

الشرح الكبير على متن المقنع

تأليف الشيخ الامام

شمس الدين أبي محمد عبد الرحمن بن الشيخ أبي عمر محمد بن
أحمد بن قدامة المقدسي

الجزء الثاني عشر والأخير

بسم الله الرحمن الرحيم كتاب الشهادات
والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقول الله تعالى
{ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن
ترضون من الشهداء } - وقال سبحانه - { وأشهدوا ذوي عدل منكم } وقال
جل وعز { وأشهدوا إذا تبايعتم } وأما السنة [فروى وائل بن حجر رضي الله
عنه قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه
وسلم فقال الحضرمي : يا رسول الله إن هذا غلبنني على أرض لي فقال
الكندي : هي أرضي وفي يدي فليس له فيها حق فقال النبي صلى الله عليه
وسلم للحضرمي : ألك بينة ؟ - فقال : لا قال : - فلك يمينه قال : يا رسول الله
الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء قال : ليس لك
منه إلا ذلك قال : فانطلق الرجل ليحلف له فقال للنبي صلى الله عليه وسلم :
لأن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض [قال الترمذي :
هذا حديث حسن صحيح [وروى محمد بن عبد الله العزمي عن عمرو بن
شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : البينة على
المدعي واليمين على المدعى عليه [قال الترمذي : هذا حديث في إسناده
مقال و العزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك وغيره
إلا أن أهل العلم أجمعوا على هذا قال : قال الترمذي والعمل على هذا عند أهل
العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم ولأن العبرة
تقتضي مشروعية الشهادة فإن الحاجة داعية إليها لحصول التجاحد بين الناس
فوجب الرجوع إليها قال شريح القضاء جمر فنحه عنك بعودين يعني الشاهدين
وإنما الخصم داء والشهود فافرغ الشفاء على الداء واشتقاق الشهادة من
المشاهدة لأن الشاهد يخبر عما شاهده وقيل لأن الشاهد يخبره ويجعل الحاكم
كالشاهد للمشهود عليه وتسمى بينة لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق في
المختلف فيه

مسألة تحمل الشهادة وإداؤها فرض على الكفاية إذا قام بها من يكفي سقطت
عن الباقي وإن لم يكن بها أحد تعينت على من وجد
لقول الله تعالى { ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا } وقال { ولا تكتموا الشهادة
ومن يكتمها فإنه أثم قلبه } و إنما خص القلب بالإثم لأنه موضع العلم بها ولأن
الشهادة أمانة فلزم إداؤها كسائر الأمانات وقال الله تعالى { إن الله يامركم
أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها } إذا ثبت هذا فإذا دعي إلى تحمل شهادة في نكاح
أو دين أو عدة لزمته الإجابة قال الله تعالى { يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين

بالقسط شهداء لله { فإن قام بالفرض في التحمل والأداء اثنان سقط عن الجميع وإن امتنع الكل أثموا وإنما يَأثم الممتنع إذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع فإن كان عليه ضرر في التحمل أو الأداء أو كان ممن لا تقبل شهادته أو يحتاج إلى التبذل في التزكية لم تلزمه لقول الله تعالى { ولا يضار كاتب ولا شهيد } وقول النبي صلى الله عليه وسلم [لا ضرر ولا ضرار] وإنه لا يلزمه أن يضر نفسه لنفع غيره وإذا كان ممن لا تقبل شهادته لم تجب عليه لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه وهل يؤثم بالامتناع إذا وجد غيره ممن يقوم مقامه ؟ فيه وجهان : أحدهما : يؤثم لأنه قد تعين بدعاية ولأنه منهي عن الامتناع بقوله تعالى : { ولا يَأب الشهداء إذا ما دعوا } والثاني : لا يؤثم لأن غيره يقوم مقامه فلم تتعين في حقه كما لو لم يدع إليها فأما قول الله تعالى : { ولا يضار كاتب ولا شهيد } فقد قرئ بالفتح والرفع فمن رفع فهو خبر معناه النهي ويحتمل معنيين : أحدهما أن يكون الكاتب فاعلا أي لا يضر الكاتب والشهيد من يدعوه بالأجيرة أو يجيب أو يكتب ما لم يستكتب أو يشهد بما لم يستشهد والثاني : أن يكون يضار فعل ما لم يسم فاعله فيكون معناه ومعنى الفتح واحدا أي لا يضر الكاتب والشهيد بقطعهما عن شغلها بالكتابة والشهادة ويمنعا حاجتهما

[جزء 12 - صفحة 5]

مسألة : قال الخرقى : ومن لزمته الشهادة فعليه أن يقوم بها على القريب والبعيد لا يسعه التخلف عن إقامتها وهو قادر على ذلك
مسألة : قال الخرقى ومن لزمته الشهادة فعليه أن يقوم بها على القريب والبعيد لا يسعه التخلف عن إقامتها وهو قادر على ذلك
قد ذكرنا أن الشهادة من فروض الكفايات فإن تعينت عليه بأن لا يتحملها من يكفي فيها سواه لزمه القيام بها وإن قام بها من يكفي غيره سقط عنه أداؤها إذا قبلها الحاكم فإن كان تحملها جماعة فأداؤها واجب على الكل إذا امتنعوا أثموا كلهم كسائر فروض الكفايات ودليل وجوبها قول الله تعالى { ولا يَأب الشهداء إذا ما دعوا } وقوله تعالى { يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط } وفي آية أخرى { كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين } ولأن الشهادة أمانة فلزمه أداؤها كالوديعة

[جزء 12 - صفحة 6]

مسألة : ولا يجوز لمن تعينت عليه أخذ الأجرة عليها ولا يجوز ذلك لمن لم تتعين عليه في أصح الوجهين

مسألة ولا يجوز لمن تعينت عليه أخذ الأجرة عليها ولا يجوز ذلك لمن لم تتعين عليه في أصح الوجهين
من له كفاية فليس له أخذ الجعل على الشهادة لأنها أداء فرض فإن فرض الكفاية إذا قام به البعض وقع منهم فرضا وإن لم تكن له كفاية ولا تعينت عليه حل له أخذ الجعل لأن النفقة على عياله فرض عين فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية فإذا أخذ الرزق جمع بين الأمرين فإن تعينت عليه الشهادة احتمل ذلك أيضا واحتمل ألا يجوز لئلا يأخذ العوض عن أداء فروض الأعيان وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز أخذ الأجرة لمن تعينت عليه وهل يجوز لغيره ؟ على وجهين

مسألة : ومن كانت عنده شهادة في حد لله تعالى أبيح إقامتها ولم يستحب و للحاكم أن يعرض له بالوقوف في أحد الوجهين
مسألة ومن كانت عنده شهادة في حد لله تعالى أبيح إقامتها ولم يستحب وللحاكم أن يعرض له بالوقوف في أحد الوجهين
يجوز للشاهد إقامة الشهادة في حدود الله تعالى من غير تقدم دعوى لأن أبا بكر وأصحابه شهدوا على المغيرة وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر من غير تقدم دعوة فأجيزت شهادتهم ولا يستحب أدائها [لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : من ستر عورة ستره الله في الدنيا والآخرة] وللحاكم أن يعرض للشاهد بالوقوف عن الشهادة في أظهر الروايتين لما روى صالح في مسائله عن أبي عثمان النهدي قال : جاء رجل إلى عمر فشهد على المغيرة بن شعبة فتغير لون عمر ثم جاء آخر فشهد فاستنكر ذلك ثم جاء شاب يختر بيديه فقال عمر : ما عندك يا سلح العقاب ؟ وصاح به عمر صيحة فقال أبو عثمان : والله لقد كدت أن يغشى علي فقال يا أمير المؤمنين رأيت أمرا قبيحا فقال الحمد لله الذي لم يشمت الشيطان بأصحاب محمد فأمر بأولئك نفر فجلدوا وفي رواية أنه لما شهد عنده على المغيرة شهد ثلاثة و بقي واحد فقال عمر : أرى شابا حسنا وأرجو أن لا يفضح الله على لسانه رجلا من أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم وهذا تعريض ظاهر

[جزء 12 - صفحة 7]

مسألة : ومن كانت عنده شهادة لآدمي يعلمها لم يقمها حتى يسأله فإن لم يعلمها استحب له إعلامه بها وله إقامتها قبل ذلك
مسألة ومن كانت عنده شهادة لآدمي يعلمها لم يقمها حتى يسأله فإن لم يعلمها استحب له إعلامه بها وله إقامتها قبل ذلك
إذا كان المشهود له يعلم له شهادة عند إنسان لم يقمها الشاهد حتى يسأله صاحبها لما [روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم يأتي قوم يندرون ولا يوفون ويشهدون ولا يستشهدون

ويخونون ولا يؤتمنون [رواه البخاري فإن كان لا يعلمها استحب له إعلام صاحبها بها كالوديعة وله أداؤها قبل إعلامه] لقول النبي صلى الله عليه وسلم : ألا أنبئكم بخير الشهداء ؟ الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها [رواه أبو داود فيتعين حمل الحديث على هذه الصورة جمعا بين الخبرين

[جزء 12 - صفحة 8]

مسألة : ولا يجوز أن يشهد إلا بما يعلمه برؤية أو سماع
مسألة ولا يجوز أن يشهد إلا بما يعلمه برؤية أو سماع
وجملة ذلك أن الشهادة لا تجوز إلا بما يعلمه بدليل قول الله تعالى : { إلا من شهد بالحق وهم يعلمون } وقوله تعالى : { ولا تقف ما ليس لك به علم إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤولا } وتخصيص هذه الثلاثة بالسؤال لأن العلم بالفؤاد وهو يستند إلى السمع والبصر لأن مدرك الشهادة الرؤيا والسمع وهما بالبصر
وقد روي [عن ابن عباس أنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشهادة قال : هل ترى الشمس ؟ قال نعم قال : على مثلها فاشهد أو دع]
رواه الخلال بإسناده في جامعه إذا ثبت هذا فإن مدارك العلم كالشم والذوق واللمس لا حاجة إليها في الشهادة في الأغلب

مسألة : والرؤية تختص بالأفعال كالقتل والغصب والسرقة وشرب الخمر والرضاع والولادة وغيرها
مسألة والرؤية تختص بالأفعال كالقتل والغصب والسرقة وشرب الخمر والرضاع والولادة وغيرها
فهذا لا يحتمل الشهادة إلا بالرؤية لأنه تمكن الشهادة عليه قطعاً ومن ذلك الصفات المرئية في المبيع ونحوها فلا يرجع إلى غير ذلك

[جزء 12 - صفحة 9]

مسألة : والسمع على ضربين من المشهود عليه نحو الإقرار والعقود والطلاق
مسألة : والسمع على ضربين من الشهود عليه نحو الإقرار والعقود والطلاق
ونحو ذلك فيحتاج أن يسمع كلام المتعاقدين يقينا ولا تعتبر رؤية المتعاقدين إذا عرفهما وتيقن أنه كلامهما وبهذا قال ابن عباس و الزهري و ربيعة و الليث و شريح و عطاء و ابن أبي ليلي و مالك و ذهب أبو حنيفة و الشافعي إلى أن

الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه لأن الأصوات تشتهب فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية كالخط ولنا أنه عرف المشهود عليه يقينا فجازت شهادته عليه كما لو رآه وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور وإنما تجوز الشهادة لمن عرف المشهود عليه يقينا وقد حصل العلم بالسماع يقينا وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية ولهذا قبلت رواية الأعمى ورواية من روى عن أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير محارمهن

فصل إذا عرف المشهود عليه باسمه وعينه ونسبه جاز أن يشهد عليه حاضرا بمعرفة عينه نص عليه أحمد قال مهنا : سألت أحمد عن رجل يشهد لرجل بحق له علياخر وهو لا يعرف اسم هذا ولا اسم هذا إلا أنه يشهد له فقال : إذا قال اشهد أن لهذا على هذا وهما شاهدان جميعا فلا بأس وإذا كان غائبا فلا يشهد حتى يعرف اسمه والمرأة كالرجل في أنه إذا عرف اسمها جاز أن يشهد عليها مع غيبتها وإن لم يعرفها لم يشهد عليها إلا في حال حضورها قال أحمد في رواية الجماعة لا تشهد إلا لمن تعرف وعلى من تعرف ولا يشهد إلا على امرأة قد عرفها وإن كانت ممن عرف اسمها ودعيت وذهبت وجاءت فليشهد وإلا فلا يشهد فاما إن لم يعرفها فلا يجوز أن يشهد مع غيبتها ويجوز أن يشهد على عينها إذا عرف عينها ونظر إلى وجهها قال أحمد : لا تشهد على امرأة حتى تنظر إلى وجهها وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها فاما من يتيقن معرفتها ويعرف صوتها يقينا فيجوز أن يشهد عليها إذا تيقن صوتها على ما قدمناه في المسألة قبلها فإن لم يعرف المشهود عليه فعرفه عنده من يعرفه فروي عن أحمد أنه قال : لا يشهد على شهادة غيره إلا بمعرفته لها وقال : لا يجوز للرجل أن يقول للرجل أشهد أن هذه فلانة ويشهد على شهادته وهذا صريح في المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره وقال القاضي : يجوز أن يحمل هذا على الاستحباب لتجويزه الشهادة بالاستفاضة وظاهر قوله المنع منه وقال أحمد : لا تشهد على امرأة إلا بإذن زوجها وهذا يحتمل أنه لا يدخل عليها بيتها إلا بإذن زوجها [لما روى عمرو بن العاص قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يستأذن على النساء إلا بإذن أزواجهن] رواه أحمد في مسنده و فاما الشهادة عليها في غير بيتها فجازة لأن إقرارها صحيح و تصرفها إذا كانت رشيدة صحيح فجاز أن يشهد عليها به

فصل : إذا عرف الشاهد خطه ولم يذكر الشهادة فهل يجوز أن يشهد بذلك ؟ على روايتين إحداهما لا يجوز قال أحمد في رواية حرب فيمن يرى خطه وخاتمه ولا يذكر الشهادة : لا يشهد إلا بما يعلم وقال في رواية : يشهد إذا عرف خطه وكيف تكون الشهادة إلا هكذا ؟ وقال في موضع آخر إذا عرف خطه ولم يحفظ فلا يشهد إلا أن يكون منسوخا عنده موضوعا تحت ختمه وحرزه فيشهد وإن لم يحفظ وقال أيضا : إذا كان رديء الحفظ يشهد ويكتبها عنده وهذه رواية ثالثة وهو أن يشهد إذا كانت مكتوبة عنده بخطه في حرزه ولا يشهد إذا لم تكن كذلك بمنزله القاضي في إحدى الروايتين إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه ولا يمضيه إذا لم يكن كذلك

مسألة : الضرب الثاني سماع من جهة الاستفاضة فيما يتعذر علمه في الغالب إلا بذلك كالنسب والموت والملك والنكاح والخلع والوقف ومصرفه والعتق والولاء والعزل وما اشبه بذلك

مسألة : الضرب الثاني سماع من جهة الاستفاضة فيما يتعذر علمه في الغالب إلا بذلك كالنسب والموت والملك والنكاح والخلع والوقف ومصرفه والعتق والولاء والعزل وما اشبه بذلك

قال الخرقى : وما تظاهرت به الأخبار واستقرت معرفته في قلبه شهد به كالشهادة على النسب والولادة وأجمع أهل العلم على صحة الشهادة بالنسب قال ابن المنذر : لا أعلم أحد ق والزوجية لأن الشهادة ممكنة فيه بالقطع ولأنها شهادة بعقد فأشبهه سائر العقود وقال أبو حنيفة لا تقبل إلا في النكاح والموت ولا تقبل في الملك المطلق لأنها شهادة بمال فأشبهه الدين وقال صاحباه : تقبل في الولاء مثل عكرمة مولى ابن عباس

ولنا أن هذه تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها أو مشاهدة أسبابها فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالنسب قال مالك : ليس عندنا من يشهد على أحباس أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا بالسماع وقال : السماع في الأحباس والولاء جائز وقال أحمد في رواية المروزي أشهد أن دار أختان لأختان وإن لم يشهدك وقيل له : تشهد أن فلانة امرأة فلان ولم تشهد فقال نعم إذا كان مستفيضا فأشهد أقول فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وأن خديجة وعائشة زوجاته وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة فإن قيل يمكنه العلم بذلك بمشاهدة السبب قلنا وجود السبب لا يفيد العلم بكونه سببا يقينا فإنه يجوز أن يشتري ما ليس بملك البائع ويصطاد صيدا صاده غيره ثم انفلت منه وإن تصور ذلك فهو نادر وقول أصحاب الشافعي تمكن الشهادة على الوقف باللفظ لا يصح لأن الشهادة ليست بالعقود ههنا إنما يشهد بالوقف الحاصل بالعقد فهو بمنزلة الملك وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد وكذلك الحرية والولاء وهذه جميعها لا يمكن القطع بها كما لا يمكن القطع بالملك لأنها مرتبة عليه فوجب أن تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة كالملك سواه

مسألة : ولا تقبل الاستفاضة إلا من عدد يقع العلم بخبرهم في ظاهر كلام أحمد والخرقي وقال القاضي : تسمع من عدلين فصاعدا

مسألة : ولا تقبل الاستفاضة إلا من عدد يقع العلم بخبرهم في ظاهر كلام أحمد
والخرقي وقال القاضي : تسمع من عدلين فصاعدا
ذكره في المحرر لأن الحقوق تثبت بقول اثنين وهذا قول المتأخرين من
أصحاب الشافعي والقول الأول هو الذي تقتضيه لفظة الاستفاضة فإنها مأخوذة
من فيض الماء لكثرتة ولأنه لو اكتفي فيه بقول اثنين لا يشترط فيه ما يشترط
في الشهادة على الشهادة وإنما اكتفي بمجرد السماع وقد ذكر شيخنا في
كتاب المقنع الخلع فيما يثبت بالاستفاضة ولم يذكره في المغني ولا في الكافي
ولا رأيت في كتاب غيره ولعله قاسه على النكاح والأولى أنه لا يثبت قياسا على
الطلاق والنكاح بخلاف الخلع

مسألة : وإن سمع إنسانا يقر بنسب أب أو ابن فصدقة المقر له جاز أن يشهد
له به وإن كذبه لم يشهد وإن سكت جاز أن يشهد ويحتمل ألا يشهد حتى يتكرر
مسألة : وإن سمع إنسانا يقر بنسب أب أو ابن فصدقة المقر له جاز أن يشهد
له به وإن كذبه لم يشهد وإن سكت جاز أن يشهد ويحتمل ألا يشهد حتى يتكرر
إذا سمع رجلا يقول للصبي هذا ابني جاز أن يشهد به لأنه مقر بنسبه وإن سمع
الصبي يقول هذا أبي فسكت الأب جاز أيضا
لأن سكوت الأب إقرار له والإقرار يثبت به النسب فجازت الشهادة به وإنما
أقيم السكوت ههنا مقام الإقرار لأن الإقرار
على الانتساب غير جائز بخلاف سائر الدعاوي ولأن النسب
يغلب فيه الإثبات ألا ترى أنه يلحق بالإمكان في النكاح ؟ ويحتمل أن لا يشهد
حتى يتكرر ذكره أبو الخطاب لأن السكوت ليس بإقرار حقيقي وإنما أقيم
مقامه فاعتبرت تقويته بالتكرار كما اعتبرت تقوية اليد في العقار بالاستمرار

[جزء 12 - صفحة 14]

مسألة : وإن رأى شيئا في يد إنسان يتصرف فيه تصرف الملاك من النقص
والبناء والإجارة والإعارة ونحوها جاز أن يشهد بالملك
مسألة : وإن رأى شيئا في يد إنسان يتصرف فيه تصرف الملاك
من النقص والبناء والإجارة والإعارة ونحوها جاز أن يشهد بالملك
قال ذلك أبو عبد الله بن حامد وهو قول أبي حنيفة و الاصطخري من أصحاب
الشافعي ويحتمل أن لا يشهد إلا باليد والتصرف ذكره القاضي لأن اليد ليست
منحصرة في الملك فإنه قد يكون بإجارة وإعارة وغصب ووكالة وهو قول بعض
أصحاب الشافعي ووجه الأول أن اليد دليل الملك
واستمرارها من غير منازع يقوئها فجزت مجرى الاستفاضة فجاز أن يشهد بها
كما ولو شاهد سبب اليد من بيع أو إرث أو هبة واحتمال كونها من غصب وإجارة
أو نحو ذلك يعارضه

استمرار اليد من غير منازع فلا يبقى مانعا كما لو شاهد سبب اليد فإن احتمال كون البائع غير المالك والوارث والواهب لا يمنع الشهادة كذا ههنا فإن قيل : فإذا بقي الاحتمال لم يحصل العلم ولا تجوز الشهادة إلا بما يعلم قلنا : الظن يسمى علما قال الله تعالى : { فإن علمتموهن مؤمنات } ولا سبيل إلى العلم اليقيني ههنا فجاز بالظن فصل : قال الشيخ رحمه الله : ومن شهد بالنكاح فلا بد من ذكر شروطه وأنه تزوجها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاهما لأن الناس يختلفون في شروطه فيجب ذكرها لئلا يكون الشاهد معتقدا صحة النكاح وهو فاسد فإن شهد بعقد سواه كالبيع والإجارة فهل يشترط ذكر شروطه ؟ على روايتين مبنيتين على الروايتين فيما ادعاهما وقد ذكرناه

[جزء 12 - صفحة 15]

مسألة : وإن شهد بالرضاع فلا بد من ذكر عدد الرضعات وأنه شرب من ثديها أو من لبن حلب منه
مسألة : وإن شهد بالرضاع فلا بد من ذكر عدد الرضعات وأنه شرب من ثديها أو من لبن حلب منه
لأن الناس يختلفون في الرضعات وفي الرضاع المحرم فإن شهد أنه ابنها من الرضاع لم يكفي لاختلاف الناس فيما يصير به ابنها ولا بد من ذكر أن ذلك في الحولين

مسألة : وإن شهد بالقتل احتاج أن يقول ضربه بالسيف أو جرحه فقتله أو مات من ذلك فإن قال جرحه فمات لم يحكم به
مسألة : وإن شهد بالقتل احتاج أن يقول ضربه بالسيف أو جرحه فقتله أو مات من ذلك فإن قال جرحه فمات لم يحكم به
لجواز أن يكون مات بغير هذا وقد روي عن شريح أنه شهد عنده رجل فقال اتكأ عليه بمرفقه فمات فقال شريح : فمات أو فقتله ؟ فأعاد القول الأول فأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل فقتله ولا مات منه فقال له شريح قم فلا شهادة لك رواه سعيد

مسألة : ومن شهد بالزنا فلا بد أن يذكر بمن زنا ؟ وأين زنا وأنه رأى ذكره في فرجها
مسألة : ومن شهد بالزنا فلا بد أن يذكر بمن زنا ؟ وأين زنا وأنه رأى ذكره في فرجها

لأن اسم الزنا يطلق على ما لا يوجب الحد وقد يعتقد الشاهد ما ليس بزنا زنا فاعتبر ذكر صفته ليزول الاحتمال واعتبر ذكر المرأة لئلا تكون ممن تحل له أو له في وطنها شبهة وذكر المكان لئلا تكون الشهادة منهم على فعلين ومن أصحابنا من قال : لا يحتاج إلى ذكر المزني بها ولا ذكر المكان لأنه محل الفعل فلا يعتبر ذكره كالزمان والأول أولى والزمان ممنوع في أحد الوجهين فإنه يشترط ذكره لتكون شهادتهم على فعل واحد لجواز أن يكون ما شهد به أحدهما غير ما شهد به الآخر ولأن الناس اختلفوا في الشهادة في الحد مع تقادم الزمان فقال ابن أبي موسى : لا تقبل لأن عمر قال : من شهد على رجل بحد فلا يشهد حين يصيبه وإنما يشهد على ضغن وقال غيره من أصحابنا تقبل لأنها شهادة بحق فجازت مع تقادم الزمان كالقصاص ولأنه قد يعرض له ما يمنعه الشهادة في حينها ويتمكن منها بعد ذلك

[جزء 12 - صفحة 16]

مسألة : وإن شهد بالقذف فلا بد من ذكر المقذوف وصفة القذف لذلك
مسألة : وإن شهد بالقذف فلا بد من ذكر المقذوف وصفة القذف لذلك

مسألة : وإن شهد أن هذا العبد ابن أمة فلان لم يحكم به حتى يقول ولدته في ملكه
مسألة : وإن شهد أن هذا العبد ابن أمة فلان لم يحكم به حتى يقول ولدته في ملكه

إذا ادعى عبدا أنه له فشهد له شاهدان أنه ابن أمته أو ادعى ثمرة شجرة فشهدت له البينة أنها ثمرة شجرته لم يحكم له بها لجواز أن تكون ولدته قبل تملكها وأثمرت الشجرة هذه الثمرة قبل ملكه إياها وإن قالت البينة ولدته في ملكه أو أثمرتها في ملكه حكم له بالولد والثمرة لأنها شهدت أنها نماء ملكه ما لم يرد سبب ينقله عنه فإن قيل فقد قلتم لا تقبل شهادة بالملك السابق على الصحيح وهذه شهادة بملك سابق قلنا الفرق بينهما على تقديم التسليم أن النماء تابع للملك في الأصل فإثبات ملكه في الزمن الماضي على وجه التبع وجر مجرى ما لو قال : ملكته منذ سنة وأقام البينة بذلك فإن ملكه يثبت في الزمن الماضي تبعا للحال فيكون له النماء فيما مضى ولأن البينة ههنا شهدت بسبب الملك وهو ولادتها أو وجودها في ملكه وقويت بذلك ولهذا لو شهدت بالسبب بالزمن الماضي فقالت أقرضه ألفا أو باعه ثبت الملك وإن لم يذكره فمع ذكره أولى

[جزء 12 - صفحة 17]

مسألة : وإن شهدت أنه اشتراها من فلان أو وقفها عليه أو أعتقها لم يحكم بها حتى يقولا وهي في ملكه
مسألة : وإن شهدت أنه اشتراها من فلان أو وقفها عليه أو أعتقها لم يحكم بها حتى يقولا وهي في ملكه
لما ذكرناه في المسألة قبلها ولأنه يجوز أن يبيع ويقف ويعتق مالا يملك

مسألة : وإن شهد أن هذا الغزل من قطنه والطائر من بيضته أو الدقيق من حنطته حكم له بها
مسألة : وإن شهد أن هذا الغزل من قطنه والطائر من بيضته أو الدقيق من حنطته حكم له بها

لأنه لا يتصور أن يكون الطير من بيضته قبل ملكه البيض وكذلك الغزل والدقيق ولأن الغزل عين القطن وإنما تغيرت صفته والدقيق أجزاء الحنطة تفرقت والطير هو البيض استحجال فكان البيضة قالت هذا غزله ودقيقه وطيره وليس كذلك الولد والثمرة فأنهما غير الأم والشجرة ولو شهد أن هذه البيضة من طيره لم يحكم له بها حتى يقول باضها في ملكه لأن البيض غير الطير وإنما هي من نمائه فهي كالولد ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ما ذكرناه
فصل : وإذا مات رجل فادعى آخر أنه وارثه فشهد له شاهدان أنه وارثه لا يعلمان له وارثا غيره سلم المال إليه سواء كان من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا وإن قالا : لا نعلم له وارثا غيره واحتمل أن يسلم المال إليه واحتمل أن لا يسلم إليه حتى يستكشف القاضي عن خبره في البلدان التي سافر وجملة ذلك أن من ادعى أنه وارث فلان الميت فشهد له شاهدان أنه وارثه لا يعلمان له وارثا غيره قبلت شهادتهما وسلم المال إليه وبهذا قال أبو حنيفة و مالك و الشافعي و العنبري وقال ابن أبي ليلى : لا يقبل حتى يبيننا أنه لا وارث له سواء ولنا أن هذا مما لا يمكن علمه فكفى فيه الظاهر مع شهادة الأصل بعدم وارث آخر قال أبو الخطاب : سواء كان من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا وكذلك ذكره شيخنا وباحتمل ألا يقبل إلا من أهل الخبرة الباطنة لأن عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه بخلاف أهل الخبرة الباطنة فإن الظاهر أنه لو كان له وارث آخر لم يخف عليهم وهذا قول الشافعي فأما إن قالا : لا نعلم له وارثا بهذه البلد أو بأرض كذا وكذا احتمل أن يسلم المال إليه وبهذا قال أبو حنيفة كما لو قالا : لا نعلم له وارثا وذكر ذلك مذهبا لأحمد واحتمل أن هذا ليس بدليل على عدم وارث سواء لأنهما قد يعلمان أنه لا وارث له في تلك الأرض ويعلمان له وارثا في غيرها فلم تقبل شهادتهما كما لو قالا : لا نعلم له وارثا في هذا البيت وهذا قول مالك و الشافعي و أبي يوسف و محمد وهو أولى إن شاء الله تعالى

فصل : إذا مات رجل فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن الميت لا نعلم له وارثا سواء وشهد آخرا أن هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثا سواء فلا

تعارض بينهما وثبت نسب الغلامين منه ويكون الإرث بينهما لأنه يجوز أن تعلم كل بينة ما لم تعلم الأخرى

[جزء 12 - صفحة 19]

مسألة : وتجوز شهادة المستخفي

مسألة : وتجوز شهادة المستخفي

المستخفي هو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه ليسمع إقراره ولا يعلم به مثل أن يجحد الحق علانية ويقر به سرا فيختبئ شاهدان في موضع لا يعلم بهما ليسمعا إقراره به ثم يشهدا به فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة وهو قول الشافعي وروي عن أحمد رواية أخرى لا تسمع شهادته اختاره أبو بكر وابن أبي موسى وروي ذلك عن شريح و الشعبي لأن الله تعالى قال : { ولا تجسسوا } وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من حدث بحديث ثم التفت فهي أمانة يعني أنه لا يجوز لسماعه ذكره عنه لالتفاته وحذره وقال مالك : إن كان المشهود عليه ضعيفا ينخدع لم يقبل عليه وإن لم يكن كذلك قبلت

ولنا أنهما شهدا بما سمعاه يقينا قبلت شهادتهما كما لو علم بهما

مسألة : ومن سمع رجلا يقر بحق أو يشهد شاهدا بحق أو سمع حاكما يحكم أو يشهد على حكمه وإنفاذه جاز أن يشهد به في إحدى الروايتين ولا يجوز في الأخرى حتى يشهده على ذلك

مسألة : ومن سمع رجلا يقر بحق أو يشهد شاهدا بحق أو سمع حاكما يحكم أو يشهد على حكمه وإنفاذه جاز أن يشهد به في إحدى الروايتين ولا يجوز في الأخرى حتى يشهده على ذلك

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن سمع رجلا يقر بحق فالمذهب أنه يجوز أن يشهد عليه وإن لم يقل للشاهد : اشهد علي وهي التي ذكرها الخرقى وبه قال الشعبي و الشافعي وعن أحمد رواية ثانية لا يشهد حتى يقول له المقر : اشهد علي كما لا يجوز أن يشهد على شهادة رجل حتى يسترعيه إياها ويقول له : اشهد علي شهادتي وعنه رواية ثالثة إذا سمعوه يقر بقرض لا يشهد وإذا سمعه يقر بدين شهد لأن المقر بالدين معترف أنه عليه والمقر بالقرض لا يعترف بذلك لجواز أن يكون قد وفاه وعنه رواية رابعة إذا سمع شيئاً فدعي إلى الشهادة به هو بالخيار إن شاء شهد وإن شاء لم يشهد قال : ولكن يجب عليه إذا شهد أن يشهد ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا قال : إذا شهدوا وقال ابن أبي موسى : إذا سمع رجلا يقر لرجل بحق ولم يقل : اشهد علي بذلك وسع الشاهد أن يشهد عليه فيقول : اشهد أني حضرت إقرار فلان بكذا وإن سمعه يقول : اقترضت من فلان أو قبضت من فلان لم يجوز أن يشهد به والصحيح

الأول لأن الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه فجاز أن يشهد به كما يجوز أن يشهد بما رآه من الأفعال فأما الشهادة على الشهادة فهي ضعيفة فاعتبرت تقويتها باسترعاء وذكر القاضي أن في الأفعال روايتين :

أحدهما : لا يشهد به حتى يقول المشهود عليه : اشهد قال شيخنا : وهذا إن أراد به العموم في جميع الأفعال فلا يصح لأن ذلك يؤدي إلى منع الشهادة عليه بالكلية فإن الغاصب لا يقول لأحد : أشهد أنني غصبت ولا السارق ولا الزاني وأشباه هؤلاء وقد شهد أبو بكره وأصحابه على المغيرة بالزنا فلم يقل عمر هل أشهدكم أولا ؟ ولا قاله للذين شهدوا على قدامة بشرب الخمر ولا قاله عثمان للذين شهدوا على الوليد ابن عقبة بشرب الخمر ولم يقل هذا أحد من الصحابة ولا غيرهم ولا بلغنا عن حاكم من حكام المسلمين في قديم الدهر وحديثه أنه رد شهادة على فعل لكون الشاهد لم يحملها فحصل ذلك إجماعا ولأن الشاهد مخير صادق وهذا يحصل من غير أن يقال له : اشهد وكذلك إن سمع الحاكم يحكم أو شهد على حكمه وإنفاذه جاز أن يشهد على ذلك في أظهر الروايتين والأخرى لا يجوز حتى يشهده ووجهها ما ذكرناه والله أعلم

فصل : ولو حضر شاهدان حسابا بين رجلين شرطا عليهما شيئا كان للشاهدين أن يشهدا بما سمعاه منهما ولم يسقط ذلك بشرطهما لأن للشاهد أن يشهد بما سمعه أن علمه وقد حصل ذلك سواء أشهده أو منعه وكذلك يشهدان على العقود بحضورهما وعلى الجنايات بمشاهدتها ولا يحتاجان إلى إسهاد وبه قال ابن سيرين و مالك و الثوري و الشافعي

فصل : والحقوق على ضربين أحدهما : حق لآدمي معين كالحقوق المالية والنكاح وغيره من العقود والعقوبات كالقصاص و حد القذف والوقف على آدمي معين فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى لأن الشهادة فيه حق لآدمي فلا يستوفى إلا بعد مطالبته وإذنه ولأنها حجة على الدعوى ودليل لها فلا يجوز تقديمها عليها الضرب الثاني : ما كان حقا لآدمي غير معين كالوقوف على الفقراء والمساكين أو على مسجد أو سقاية أو مقبرة مسبلة والوصية لشيء من ذلك أن نحو هذا وما كان حقا لله تعالى كالحدود الخالصة لله تعالى أو الزكاة أو الكفارة فلا تفتقر الشهادة إلى تقديم الدعوى لأن ذلك ليس له

مستحق معين من الآدميين يدعيه ويطلب به ولذلك شهد أبو بكره وأصحابه على المغيرة وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر من غير تقديم دعوى فأجيزت شهادتهم ولذلك لم يعتبر في ابتداء الوقف قبول من أحد ولا رضا منه وكذلك ما لا يتعلق به حق أحد كتحریم الزوجة بالطلاق أو الظهار أو إعتاق الرقيق تجوز الحسبة به ولا تعتبر فيه الدعوى فلو شهد شاهدان بعقوب عبد أن أمة ابتداء ثبت ذلك سواء صدقهما المشهود عليه أو لم يصدقهما وبهذا قال الشافعي وقال به أبو حنيفة في الأمة وقال في العبد : لا

يثبت ما لم يصدق العبد به ويدعيه لأن العتق حقه فأشبهه سائر حقوقه ولنا أنها شهادة بعقوب فلا تفتقر إلى تقديم الدعوى بعقوب الأمة وتخالف سائر حقوق الآدمي لأنه حق لله تعالى ولهذا لا يفتقر إلى قبول العتق ودليل ذلك الأمة وبه يبطل ما ذكره فإن قال : الأمة يتعلق بإعتاقها تحريم الوطاء قلنا : هذا لا أثر له فإن البيع يوجب تحريمها عليه ولا تسمع الشهادة إلا بعد الدعوى

فصل : قال الشيخ رحمه الله : إذا شهد أحدهما أنه غصبه ثوبا أحمر وشهد آخر أنه غصبه ثوبا أبيض أو شهد أحدهما : أنه غصبه اليوم وشهد الآخر أنه غصبه أمس لم تكمل البينة وكذلك كل شهادة على الفعل إذا اختلفا في الوقت حتى كانت الشهادة على ما فعل فاختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه أو صفة له تدل على تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما مثل أن يشهد أحدهما أن غصبه ديناراً يوم السبت بدمشق وبشهد الآخر أنه غصبه بمصر أو يشهد أحدهما أنه غصبه ديناراً أنه غصبه ثوبا فلا تكمل الشهادة لأن كل فعل لم يشهد به شاهدان وهكذا إن اختلفا في زمن القتل ومكانه أو صفته أو في شرب الخمر أو القذف لم تكمل الشهادة لأن ما شهد به أحد الشاهدين غير الذي شهد به الآخر فلم يشهد بكل واحد من الفعلين إلا شاهد واحد إلا على قول أبي بكر فإن هذه الشهادة تكمل ويثبت المشهود به إذا اختلفا في الزمان أو المكان فأما إن اختلفا في صفة الفعل فشهد أحدهما أنه سرق مع الزوال كيساً أبيض وشهد الآخر أنه سرق مع الزوال كيساً أسود أو شهد أحدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد الآخر أنه سرقه عشياً لم تكمل الشهادة ذكره ابن حامد وقال أبو بكر : تكمل الشهادة والأول أصح لأن كل فعل لم يشهده إلا واحد على ما قدمناه فإن اختلفا في صفة المشهود به اختلفا يوجب تغايرهما مثل أن يشهد أحدهما بثوب والآخر بدينار فلا خلاف في أن الشهادة لا تكمل لأنه لا يمكن إيجابهما جميعاً لأنه يكون إيجاب حق عليه بشهادة واحد ولا إيجاب أحدهما بعينه لأن الآخر لم يشهد به وليس أحدهما أولى من الآخر فأما إن شهد بكل فعل شاهدان واختلفا في المكان أو الزمان أو الصفة ثبتا جميعاً لأن كلا منهما قد شهد به بينة عادلة لو انفردت أثبتت الحق وشهادة الأخرى لا تعارضها لإمكان الجمع بينهما إلا أن يكون الفعل مما لا يمكن تكراره كقتل رجل بعينه فتعارض البيتان لعلمنا أن إحداهما كاذبة ولا نعلم أبتهما هي ؟ بخلاف ما يتكرر ويمكن صدق البينتين فيه فإنهما يثبتان جميعاً إن ادعاهما وإن لم يدع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه دون ما لم يدعيه وإن شهد إثنان مع الزوال أنه سرق كيساً أسود وشهد آخران أنه سرق مع الزوال كيساً أبيض أو شهد إثنان أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخران أنه سرقه عشياً فقال القاضي : يتعارضان وهو مذهب الشافعي كما لو كان المشهود به قتلًا قال شيخنا : والصحيح أن هذا لا تعارض فيه لأنه يمكن صدق البينتين بأن يسرق عند الزوال كيسين : أبيض وأسود وتشهد كل بينة بأحدهما ويمكن أن يسرق كيساً غدوة ثم يعود إلى صاحبه أو غيره فيسرقه عشياً ومع إمكان الجمع لا تعارض فلي هذا إن ادعائهما المشهود له ثبت له في الصورة الأولى وأما في الصورة الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب فإن المشهود به وإن كان فعلين لكنهما في محل واحد فلا يجب أكثر من ضمانه وإن لم يدع المشهود له إلا أحد الكيسين ثبت له ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه إياه وإن شهد له شاهد بسرقة كيس في يوم وشهد آخر بسرقة كيس في يوم آخر أو شهد أحدهما بسرقة من مكان وشهد آخر بسرقة في مكان آخر أو شهد أحدهما بغصب كيس أبيض وشهد آخر بغصب كيس أسود فادعاهما المشهود له فله أن يحلف مع كل واحد منهما ويحكم له به

لأنه مال قد شهد له شاهد وإن لم يدعي إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه ولم يثبت له الآخر لأنه لم يدعه

[جزء 12 - صفحة 24]

مسألة : وإن شهد أحدهما أنه أقر له بألف أمس وشهد آخر أنه أقر له بألف اليوم أو شهد أحدهما أنه باعه داره أمس وشهد آخر أنه باعه إياها اليوم كملت البينة وثبت البيع والإقرار وكذلك كل شهادة على القول
مسألة : وإن شهد أحدهما أنه أقر له بألف أمس وشهد آخر أنه أقر له بألف اليوم أو شهد أحدهما أنه باعه داره أمس وشهد آخر أنه باعه إياها اليوم كملت البينة وثبت البيع والإقرار وكذلك كل شهادة على القول
أما إذا شهد أحدهما أنه أقر له بألف أمس وشهد آخر أنه أقر له بألف اليوم كملت البينة لأن الألف التي شهد بها أحدهما هي الألف التي شهد بها الآخر ولأن الشاهدين شهدا بألف وإن شهد أحدهما أنه باعه أمس وشهدا آخر أنه باعه اليوم أو شهد أحدهما أنه طلقها أمس وشهد آخر أنه طلقها اليوم وقال أصحابنا : تكمل الشهادة وقال الشافعي : لا تكمل لأن كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد أشبه ما لو شهد بالغصب في وقتين ووجه قول أصحابنا أن المشهود به شيء واحد يجوز أن يعاد مرة بعد أخرى ويكون واحدا فاختلافهما في الوقت ليس باختلاف فيه فلم يؤثر كما لو شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية وكذلك الحكم في كل شهادة على قول فالحكم فيه كالحكم في البيع إلا النكاح فإنه كالفعل إذا شهد أحدهما أنه تزوجها أمس وشهد الآخر أنه تزوجها اليوم لم تكمل الشهادة في قولهم جميعا لأن النكاح أمس غير النكاح اليوم فلم يشهد بكل واحد من العقدين إلا شاهد واحد فلم يثبت كما لو كانت الشهادة على فعل

[جزء 12 - صفحة 25]

مسألة : وكذلك القذف إذا شهد أحدهما أنه قذفه غدوة وشهد الآخر أنه قذفه عشية أو شهد أحدهما أنه قذفه بالعربية وشهد الآخر أنه قذفه بالعجمية أو اختلفا في المكان لم يثبت القذف
مسألة : وكذلك القذف إذا شهد أحدهما أنه قذفه غدوة وشهد الآخر أنه قذفه عشية أو شهد أحدهما أنه قذفه بالعربية وشهد الآخر أنه قذفه بالعجمية أو اختلفا في المكان لم يثبت القذف

لأن القذف في مكان غير القذف في المكان الآخر وكذلك الاختلاف في الزمان وقال أبو بكر : يثبت القذف لأن المشهود به واحد وإن اختلفت العبارة واختلف الزمان والأول المذهب

فصل : في الشهادة على الإقرار بالفعل مثل أن يشهد أحدهما أنه أقر عندي يوم الخميس بدمشق أنه قتله أو قذفه أو غصبه كذا أو أنه له في ذمته كذا ويشهد الآخر أنه أقر عندي بهذا يوم السبت بحمص كملت شهادتهما وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي وقال زفر : لا تكمل شهادتهما لأن كل إقرار لم يشهد به إلا واحد فلم تكمل الشهادة كالشهادة على الفعل ولنا أن المقر به واحد وقد شهد إثنان بالإقرار به فكملت شهادتهما كما لو كان الإقرار بهما واحد وفارق الشهادة عن الفعل فإن الشهادة فيها على فعلين مختلفين فنظيره من الإقرار أن يشهد أحدهما أنه أقر عندي أنه قتله يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله يوم الجمعة فإن شهادتهما لا تقبل ههنا ويحقق ما ذكرناه أنه لا يمكن جمع الشهود لسماح الشهادة في حق كل واحد والعادة جارية بطلب الشهود في أماكنهم لا في جمعهم إلى المشهود له فيمضي إليهم في أوقات منفردة وأماكن مختلفة فيشهدهم على إقراره فإن كان الإقرار بفعلين مختلفين مثل أن يقول أحدهما : أشهد أنه أقر عندي أنه قتله يوم الخميس وقال الآخر : أشهد أنه أقر عندي أنه قذفه بالعجمية لم تكمل الشهادة لأن الذي يشهد به أحدهما غير الذي شهد به صاحبه فلم تكمل الشهادة كما لو شهد أحدهما أنه أقر أنه غصبه دنائير وشهد الآخر غصبه دراهم لم تكمل وعلى قول أبي بكر : تكمل الشهادة في القتل والقذف لأن القذف بالعربية أو العجمية والقتل بالبصرة والكوفة ليس من المقتضي فلا تعتبر في الشهادة والأول أصح

فصل : فإن شهد أحدهما أنه غصبه هذا العبد وشهد الآخر أنه أقر غصبه منه كملت الشهادة وحكم بها لأنه يجوز أن يكون الغصب الذي أقر به هو الذي شهد الشاهد به فلم يختلف الفعل وكملت الشهادة كما لو شهد في وقتين على إقراره بالغصب وقال القاضي : لا تكمل الشهادة ولا يحكم بها وهو قول الشافعي لأنه يجوز أن يكون ما أقر به غير ما شهد به الشاهد وهذا يبطل بالشهادة على إقرارين فإنه يجوز أن يكون ما أقر به عند أحد الشاهدين غير ما أقر به عند الآخر إذا كانا في وقتين مختلفين ولأنه إذا أمكن جعل الشهادة على فعل واحد لم يحمل على اثنين كالإقرارين وكما لو شهد بالغصب إثنان وشهد على الإقرار به إثنان فإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد من زيد أو أقر بغصبه منه وشهد الآخر أنه ملك زيد لم تكمل شهادتهما لأنهما لم يشهدا على شيء واحد وإن شهدا أنه أخذه من يده ألزمه الحاكم رده إلى يديه لأن اليد دليل الملك فيرده إلى يده لتكون دلالته ثابتة له قال مهنا : سألت أبا عبد الله عن رجل ادعى دارا في يد رجل وأقام شاهدين شهد أحدهما قال : أشهد أن هذه الدار لفلان وقال الآخر : أشهد أن هذه الدار دار فلان قال : شهادتهما جائزة

مسألة : وإن شهد شاهد أنه أقر له بألفين وشهد آخر أنه أقر له بألف ثبت الألف ويحلف على الآخر مع شاهده إن أحب
مسألة : وإن شهد شاهد أنه أقر له بألفين وشهد آخر أنه أقر له بألف ثبت الألف ويحلف على الآخر مع شاهده إن أحب
وجملة ذلك أنه إذا شهد أحد الشاهدين بشيء وشهد الآخر ببعضه صحت الشهادة وثبت ما اتفقا عليه وحكم به وهذا قول شريح و مالك و الشافعي و ابن أبي ليلى و أبي يوسف و محمد و إسحاق و أبي عبيد و حكي عن الشعبي أنه شهد عنده رجلان شهد أحدهما أنه طلقها تطليقة وشهد آخر أنه طلقها تطليقتين فقال : قد اختلفتما و حكي عن أبي حنيفة أنه إذا شهد شاهد أنه أقر بألف وشهد آخر أنه أقر بألفين لم تكمل الشهادة لأن الإقرار بألف غير الإقرار بألفين ولم يشهد بكل إقرار إلا واحد ولنا أن الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه فحكم به كما لو لم يرد أحدهما على صاحبه وما ذكروه من أن كل إقرار إنما يشهد به واحد يبطل بما إذا شهد أحدهما أنه أقر بألف غدوة وشهد الآخر أنه أقر بألف عشيا فإن الشهادة تكمل مع أن كل إقرار إنما يشهد به واحد فأما ما انفرد به أحدهما فإن للمدعي أن يحلف معه ويستحق هذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين وهذا فيما إذا أطلقا الشهادة أو لم تختلف الأسباب والصفات
فصل : إذا شهد له شاهدان بألف وشاهدان بخمسائة ولم تختلف الأسباب والصفات دخلت الخمسائة في الألف ووجب له الألف بالشاهدين وإن اختلفت الأسباب والصفات ووجب له الألف والخمسائة ولم يدخل أحدهما في الآخر لأنهما مختلفان

[جزء 12 - صفحة 28]

مسألة : وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفا وشهد آخر أن له عليه ألفين فهل تكمل البينة على ألف ؟ على وجهين
مسألة : وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفا وشهد آخر أن له عليه ألفين فهل تكمل البينة على ألف ؟ على وجهين :
أحدهما : تكمل كالتي قبلها والثاني : لا تكمل لأنه يحتمل أن يكون الألف المنفرد من غير الألفين

[جزء 12 - صفحة 29]

مسألة : وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفا من قرض وشهد آخر أن له عليه ألفا من ثمن مبيع لم تكمل البينة

مسألة : وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفا من قرض وشهد آخر أن له عليه ألفا من ثمن مبيع لم تكمل البيعة
أما إذا اختلفت الأسباب والصفات مثل أن يشهد شاهد بألف من قرض وآخر بألف من ثمن مبيع أو يشهد شاهد بألف بيض وآخر بألف سود أو يشهد أحدهما بألف دينار والآخر بألف درهم لم تكمل البيعة وكان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحقهما أو يحلف مع أحدهما ويستحق ما شهد به

مسألة : وإن شهد شاهدان أن له عليه ألفا وقال أحدهما قضاة بعضه بطلت شهادته نص عليه وإن شهد أنه أقرضه ألفا وقال أحدهما : قضاة نصفه صحت شهادتهما

مسألة : وإن شهد شاهدان أن له عليه ألفا وقال أحدهما قضاة بعضه بطلت شهادته نص عليه وإن شهد أنه أقرضه ألفا وقال أحدهما : قضاة نصفه صحت شهادتهما

إذا شهد أن عليه ألفا ثم قال أحدهما : قضاة نصفه بطلت شهادته وهكذا ذكر أبو الخطاب وذلك بأنه شهد أن الألف جميعه عليه فإذا قضاة بعضه لم يكن الألف كله عليه فيكون كلامه متناقضا فتفسد شهادته وفارق هذا ما لو شهد بألف ثم قال : بل بخمسائة لأن ذلك رجوع عن الشهادة بخمسائة وإقرار بغلط نفسه وهذا لا يقول ذلك على وجه الرجوع والمنصوص عن أحمد أن شهادته تقبل بخمسائة فإنه قال : إذا شهد بألف ثم قال أحدهما : قبل الحكم قضاة منه خمسائة أفسد شهادته والمشهود له ما اجتمعا عليه وهو خمسائة فصحت شهادته في نصف الألف الباقي وأبطلها في النصف الذي ذكر أنه قضاة لأنه بمنزلة الرجوع عن الشهادة به فأشبهه ما لو قال : أشهد بألف بل خمسائة قال أحمد : ولو جاء بعد هذا المجلس فقال : أشهد أنه قضاة منه خمسائة لم يقبل منه لأنه قد أمضى الشهادة فهذا يحتمل أنه أراد إذا جاء بعد الحكم فشهد بالقضاء لم يقبل منه لأن الألف قد وجب بشهادتهما وحكم الحاكم ولا تقبل شهادته بالقضاء لأنه لا يثبت بشاهد واحد فأما إن شهد أنه أقرضه ألفا ثم قال أحدهما : قضاة منه خمسائة قبلت شهادته في باقي الألف وجهها واحدا لأنه لا تناقض فيلا كلامه ولا اختلاف

[جزء 12 - صفحة 30]

مسألة : وإن كانت له بينة بألف فقال : أريد أن تشهدا لي بخمسائة لم يجز
مسألة : وإن كانت له بينة بألف فقال : أريد أن تشهدا لي بخمسائة لم يجز
وعن أبي الخطاب يجوز قال أحمد : إذا شهد على الألف وكان الحاكم لا يحكم إلا على مائتين فقال له صاحب الحق أريد أن تشهدا لي على مائة لم يشهد إلا بألف قال القاضي : وذلك أن على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد قال الله

تعالى : { ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها } ولأنه لو ساع للشاهد أن يشهد ببعض ما أشهد لساع للقاضي أن يقضي ببعض ما شهد به الشاهد وقال أبو الخطاب : عندي يجوز بذلك لأن من شهد بألف فقد شهد به بمائة وإذا شهد بمائة لم يكن كاذبا في شهادته فجاز كما لو كان قد أقرضه مائة مرة وتسعمائة أخرى قال شيخنا : والأول أصح لما ذكر القاضي لأن شهادته بمائة ربما أوهمت أن هذه المائة غير التي شهدت بأصله فيؤدي إلى إيجابها عليه مرتين قال أحمد : إذا قال : أشهد على مائة درهم ومائة درهم ومائة درهم فشهد على مائة دون مائة كره إلا أن يقول أشهدوني على مائة ومائة ومائة يحكيه كله للحاكم كما كان

فصل : قال أحمد : إذا شهد بألف درهم ومائة دينار فله دراهم ذلك البلد ودينيره قال القاضي : لانه لما جاز أن يحمل مطلق العقد على ذلك جاز أن تحمل الشهادة عليه

فصل : إذا شهد شاهد انه باعه هذا العبد بألف وشهد آخر انه باعه إياه بخمس مائة لم تكمل البيعة لاختلافهما في صفة البيع وله أن يحلف مع أحدهما ويثبت له ما حلف عليه فإن شهد بكل عقد شاهدان ثبت البيعان فإن أضافا البيع إلى وقت واحد مثل أن يشهدا أنه باعه هذا العبد مع الزوال بألف وشهد آخر أنه باعه إياه مع الزوال بخمس مائة تعارضت البيعتان وسقطتا لأنه لا يمكن اجتماعهما وكل بيعة تكذب الأخرى وإن شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد كان له أن يحلف مع أحدهما ولا يتعارضان لأن التعارض إنما يكون مع البيعتين الكاملتين

[جزء 12 - صفحة 32]

باب شروط من تقبل شهادته وهي ستة : أحدهما البلوغ فلا تقبل شهادة الصبيان وعنه تقبل ممن هو في حال العدالة وعنه لا تقبل إلا في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحال التي تجارحوا عليها

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فالمشهور عنه أنها لا تقبل شهادة الصبي ما لم يبلغ روي هذا عن ابن عباس وبه قال القاسم وسالم وعطاء ومكحول وابن أبي ليلى والاوزاعي والثوري والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه وعن أحمد رواية ثانية أن شهادته تقبل إذا كان ابن عشر قال ابن حامد : فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم في غير الحدود والقصاص كالعبيد وروي عن علي رضي الله عنه : أن شهادة بعضهم تقبل على بعض وروي ذلك عن شريح والحسن والنخعي قال إبراهيم : كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم قال المغيرة : وكان أصحابنا لا يجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد وروي الإمام أحمد بإسناده عن

مسروق قال : كنا عند علي فجاهه خمسة غلمة فقالوا : إنا كنا ست غلمة
تغاط فغرق منا

فشهد الثلاثة على الإثنين أنهما غرقاه وشهد الاثنان على الثلاثة أنهم غرقوه
فجعل على الاثنين ثلاثة اخماس الدية وجعل على الثلاثة خمسيها وقضى بنحو
هذا مسروق وعنه رواية ثالثة أن شهادتهم لا تقبل إلا في الجراح إذا شهدوا قبل
الافتراق عن الحال التي تجارحوا عليها فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم وهو قول
مالك

لأن الظاهر صدقهم وضبطهم ولا تقبل بعد الإفتراق لأنه يحتمل أن يلقنوا قال
ابن الزبير : إن أخذوا عند مصاب ذلك فبالحري
أن يعقلوا ويحفظوا وعن الزهري أن شهادتهم جائزة ويستحلف أولياء
المشجوج وذكره عن مروان والمذهب أن شهادتهم لا تقبل في شيء لقول الله
تعالى : { وأشهدوا ذوي عدل منكم } وقال سبحانه : { ممن ترضون من
الشهداء } والصبي لا يرضى وقال جل وعز : { ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها
فإنه أثم قلبه } فأخبر أن الشاهد الكاتم لشهادته أثم والصبي لا يأثم فيدل على
أنه ليس بشاهد ولأن الصبي لا يخاف من مآثم الكذب فيزرعه عنه ويمنعه منه
فلا تحصل الثقة بقوله ولأن من لا يقبل قوله على نفسه في الإقرار لا تقبل
شهادته على غيره كالمجنون يحقق هذا أن الإقرار أوسع لأنه يقبل من الكافر
والفاسق والمرأة ولا تصح الشهادة منهم ولأن من لا تقبل شهادته في المال لا
تقبل في الجراح كالفاسق

والثاني : العقل فلا تقبل شهادتهم ولا مجنون إلا من يخنق في الاحيان إذا شهد
في حال إفاقته ولا تقبل شهادة من ليس بعاقل
إجماعا قال ابن المنذر : وسواء ذهب عقله بجنون أو سكر أو صغر لأنه ليس
بمحصل ولا تحصل الثقة بقوله فأما من يخنق في الأحيان إذا شهد في حال
إفاقته فتقبل شهادته لأنها شهادة من عاقل أشبه من يخنق
الثالث : الكلام فلا تقبل شهادة الأخرس نص عليه أحمد قيل له : وإن كتبها ؟
قال : لا أدري

وهو قول أصحاب الرأي وقال مالك والشافعي وابن المنذر : تقبل إذا فهمت
إشارته لقيامها مقام نطقه في كل أحكامه من كلامه ونكاحه وغير ذلك فذلك
في شهادته واستدل ابن المنذر بأن النبي صلى الله عليه وسلم أشار وهو
جالس إلى الناس وهم قيام أن اجلسوا فجلسوا
ولنا أنها شهادة بالإشارة فلم تجز كإشارة الناطق لأن الشهادة يعتبر فيها اليقين
ولذلك لا يكتفي بإيماء الناطق ولا يحصل اليقين بالإشارة وإنما اكتفي بإشارته
في أحكامه المختصة به للضرورة ولا ضرورة ههنا

وما استدل به ابن المنذر لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان قادرا
على الكلام وعمل بإشارته إلى الصلاة ولو شهد الناطق بالإشارة والإيماء لم
تصح شهادته إجماعا فعلم أن الشهادة تفارق غيرها من الأحكام ويحتمل أن
تقبل فيما طريقه الرؤية إذا فهمت إشارته لأن إشارته بمنزلة نطقه كما في
سائر أحكامه والأول أولى لأننا قبلنا إشارته فيما يختص به للضرورة ولا
ضرورة ههنا

الرابع : الإسلام فلا تقبل شهادة كافر إلا أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيرهم وحضر الموصي الموت فتقبل شهادتهم و يحلفهم الحاكم بعد العصر لا نشترى به ثمننا ولو كان ذا قربي ولا نكتم شهادة الله وأنها لوصية الرجل بعينه فإن عثر على أنهما استحقا إثما قام آخران من أولياء الوصي فحلفا بالله لشهادتنا احق من شهادتهما ولقد خانا وكتما ويقضي لهم أن شهادة بعض أهل الذمة تقبل على بعض والأول المذهب

وجملة ذلك أن شهادة أهل الكتاب لا تقبل في شيء على مسلم ولا كافر إلا في الوصية في السفر على ما ذكره ذكره الخرقى و روى ذلك عن أحمد نحو من عشرين نفسا وممن قال لا تقبل شهادتهم الحسن وابن أبي ليلي والأوزاعي ومالك وأبو ثور ونقل حنبل عن أحمد أن شهادة بعضهم تقبل على بعض وخطاه الخلال في نقله هذا وقال صاحبه أبو بكر : هذا غلط لا شك فيه وقال ابن حامد : بل المسألة على روايتين قال ابو حفص البرمكي : تقبل شهادة السبي بعضهم على بعض في النسب إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه والمذهب الأول والظاهر غلط من روى خلاف ذلك وذهبت طائفة من أهل العلم إلى أن شهادة بعضهم على بعض تقبل ثم اختلفوا فمنهم من قال : الكفر ملة واحدة فتقبل شهادة اليهودي على النصراني والنصراني على اليهودي هذا قول حماد وسوار والثوري وأبي حنيفة وأصحابه وعن قتادة والحكم وأبي عبيد واسحاق تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ولا تقبل شهادة يهودي على نصراني ولا نصراني على يهودي ويروى عن الزهري والشعبي كقولنا وقولهم واحتجوا بما روي عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض رواه ابن ماجه ولأن بعضهم يلي على بعض فتقبل شهادة بعضهم على بعض كالمسلمين

ولنا قول الله تعالى : { وأشهدوا ذوي عدل منكم } وقال تعالى : { واستشهدوا شهيدين من رجالكم } - إلى قوله - { ممن ترضون من الشهداء } والكافر ليس بذي عدل ولا هو منا ولا من رجالنا ولا ممن نرضاه ولأنه لا تقبل شهادته على غير أهل دينه فلا تقبل على أهل دينه كالحربي والخبر يرويه أهل مجالد وهو ضعيف وإن ثبت فيحتمل أنه أراد اليمين فإنها تسمى شهادة قال الله تعالى في اللعان : { فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين } وأما الولاية فمتعلقها القرابة والشفقة وقرابتهم ثابتة وشفقتهم كشفقة المسلمين وجازت لموضع الحاجة فإن غير أهل دينهم لا يلي عليهم والحاكم يتعذر عليه ذلك لكثرتهم بخلاف الشهادة فإنها ممكنة من المسلمين وقد روي عن معاذ رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [لا تقبل شهادة أهل دين إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم]

فصل : فأما شهادة أهل الكتاب بوصية المسافر الذي مات في سفره إذا شهد بها شاهدان من أهل الذمة قبلت شهادتهم إذا لم يوجد غيرهما من المسلمين ويستحلفان بعد العصر على ما ذكرنا في صدر المسألة قال ابن المنذر : وبهذا أكابر الماضين يعني الآية التي في سورة المائدة ومما قاله شريح والنخعي والأوزاعي ويحيى بن حمزة وقضى بذلك عبد الله بن مسعود وأبو موسى رضي

الله عنه وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : لا تقبل لأن من لا تقبل شهادته في غير الوصية لا تقبل في الوصية كالفاسق ولأن الفاسق لا تقبل شهادته فالكافر أولى واختلفوا في تأويل الآية فمنهم من حملها على التحمل دون الأداء ومنهم قال المراد بقوله : من غيركم أي من عشيرتكم ومنهم من قال : المراد بالشهادة اليمين ولنا قول الله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت } الآية وهذا نص الكتاب وقد قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه فروى ابن عباس قال : خرج رجل من بني تميم الداري وعدي بن زيد فمات السهمي بأرض ليس بها مسلم فلما قدما بتركته فقدوا جام فضة مخوصا بالذهب حلفهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وجدوا الجام بمكة فقالوا : اشتريناه من تميم وعدي فقام رجلان من أولياء السهمي فحلفا بالله ليشهادتنا أحق من شهادتهما وأن الجام لصاحبهم فنزلت فيهم { يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم } الآية وعن الشعبي أن رجلا من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقا ولم يجد أحد من المسلمين يشهده على وصيته فأشهد رجلين من أهل الكتاب فقدموا الكوفة فأتيا الأشعري فأخبراه وقدما بتركته ووصيته فقال الأشعري : هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاحلفهما بعد العصر ما خانا ولا كذبا ولا بدلا ولا كتما ولا غيرا وأنها لو وصية الرجل وتركته فأمضى شهادتهما رواه أبو داود وروى الخلال حديث أبي موسى باسناده وحمل الآية على أنه أراد من غير عشيرتكم لا يصح لأن الآية نزلت في قصة عدي وتمام بلا خلاف بين المفسرين وقد فسره بما قلنا سعيد بن المسيب والحسين وابن سيرين وعبيدة وسعيد ابن جبير وسليمان التيمي وغيرهم ودلت عليه الأحاديث التي رويناها ولأنه لو صح ما ذكره لم تجب الأيمان لأن الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهم وحملها على التحمل لا يصح لأنه أمر باحلافهم ولا أيمان في التحمل وحملها على اليمين لا يصح لقوله : { فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشترى به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله } ولأنه عطفها على ذوي العدل من المؤمنين وهما شاهدان وروى أبو عبيد في الناسخ والمنسوخ أن ابن مسعود قضى بذلك في زمن عثمان قال أحمد : أهل المدينة ليس عندهم حديث أبي موسى من أين يعرفونه ؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله وقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضاء الصحابة وعملهم بما ثبت في الكتاب والسنة فتعين المصير إليه والعمل به سواء وافق القياس أو خالفه

[جزء 12 - صفحة 41]

مسألة : ويتخرج قبول شهادة أهل الذمة على قبول شهادة الفاسق من جهة الاعتقاد المتدين به إذا لم يتدين بالشهادة لموافقيه على مخالفته كالخطابية

مسألة : ويتخرج قبول شهادة أهل الذمة على قبول شهادة الفاسق من جهة الاعتقاد المتدين به إذا لم يتدين بالشهادة لموافقيه على مخالفه كالخطابية وكذلك قال أبو الخطاب وروى عن أحمد جواز الرواية عن القدرى إذا لم يكن داعية فكذلك الشهادة ولنا أنه أحد نوعي الفسق فترد به الشهادة كالنوع الآخر ولأنه فاسق فترد شهادته للآية

[جزء 12 - صفحة 42]

مسألة : فأما من فعل شيئاً من الفروع المختلف فيها فتزوج بغير ولي أو شرب من النبيذ ما لا يسكره أو أخرج الحج مع إمكانه ونحوه متأولاً فلا ترد شهادته مسألة : فأما من فعل شيئاً من الفروع المختلف فيها فتزوج بغير ولي أو شرب من النبيذ ما لا يسكره أو أخرج الحج مع إمكانه ونحوه متأولاً فلا ترد شهادته وإن قبله معتقداً تحريمه ردت شهادته ويحتمل أن لا ترد نص عليه أحمد في شارب النبيذ يحد ولا ترد شهادته وبهذا قال الشافعي وقال مالك : ترد شهادته لأنه فعل ما يعتقد الحاكم تحريمه فأشبهه المتفق على تحريمه ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يختلفون في الفروع فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه ولا يفسقه ولأنه فرع مختلف فيه فلم ترد شهادة فاعله كالذي يوافق عليه الحاكم فأما إن فعله معتقداً تحريمه ردت شهادته إذا تكرر ويحتمل أن لا ترد وبه قال أصحاب الشافعي : لأنه فعل لا يرد شهادة بعض الناس فلا يرد شهادة البعض الآخر كالمتفق على حله ووجه الأول أنه فعل محرم على فاعله ويأثم به فأشبهه المتفق على تحريمه وبهذا فارق معتقد حله وقد روي عن أحمد فيمن يجب عليه الحج فلا يحج ترد شهادته وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور فأما من يعتقد أنه على التراخي وبتركه بنية فعله فلا ترد شهادته كسائر ما ذكرنا وقيل : ترد لأنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : لقد هممت أن أنظر في الناس فمن وجدته يقدر على الحج ولا يحج ضربت عليه الجزية ثم قال : ما هم بمسلمين ما هم بمسلمين

[جزء 12 - صفحة 43]

مسألة : الثاني : استعمال المروءة وهو فعل ما يجمله ويزينه وترك ما يندسه ويشينه فلا تقبل شهادة المصانع والمتمسخر والمغني والرقاص واللاعب بالشطرنج والنرد والحمام والذي يتغدى في السوق ويمد رجليه في مجمع الناس ويحدث بمباضعته أهله وأمه ويدخل الحمام بغير منزر ونحو ذلك

مسألة : الثاني : استعمال المروءة وهو فعل ما يجمله ويزينه وترك ما يدنسه ويشينه فلا تقبل شهادة المصانع والمتمسخر والمغني والرقاص واللاعب بالشطرنج والنرد والحمام والذي يتغدى في السوق ويمد رجليه في مجمع الناس ويحدث بمباضعته أهله وأمه ويدخل الحمام بغير مؤزر ونحو ذلك المروءات : اجتناب الأمور الدنيئة المزرية به وذلك نوعان : أحدهما : في الأفعال كالأكل في السوق وهو الذي ينصب مائدة في السوق ويأكل والناس ينظرون إليه ولا يعني أكل شيء يسير كالكسرة ونحوها وإن كان يكشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه أو يمد رجليه في مجمع الناس أو يتمسخر بما يضحك الناس به أو يخاطب امرأته أو أمته أو غيرهما بحضرة الناس الخطاب الفاحش أو يحدث الناس بمباضعته أهله أو نحو هذا من الأفعال الدنيئة فلا تقبل شهادته لأن هذا سخف ودناءة فمن رضيه لنفسه واستحسنه فليست له مروءة ولا تحصل الثقة بقوله قال أحمد في رجل شتم بهيمة قال الصالحون : لا تقبل شهادته حتى يتوب وقد [روى ابن مسعود البدرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى إذا لم تستح فاصنع ما شئت] يعني من لم يستح صنع ما شاء ولأن المروءة تمنع الكذب وتزجر عنه ولهذا يمتنع منه ذو المروءة وإن لم يكن ذا دين فقد روي عن أبي سفيان أنه حين سأله قيصر عن النبي صلى الله عليه وسلم وصفته قال : والله لولا أنني كرهت أن يؤثر عني الكذب لكذبتة ولم يكن يومئذ ذا دين ولأن الكذب دناءة والمروءة تمنع من الدناءة وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب اعتبرت في العدالة كالدين ومن فعل شيئاً من هذا مختلفياً به لم يمنع من قبول شهادته لأن مروءته لا تسقط به وكذلك إن فعله مرة أو شيئاً قليلاً لم ترد شهادته لأن صغير المعاصي لا يمنع الشهادة إذا قل فهذا أولى ولأن المروءة لا تختل بقليل هذا ما لم يكن عادة

[جزء 12 - صفحة 45]

فصل في اللعب

كل لعب فيه قمار فهو محرم أي لعب كان وهو من الميسر الذي أمر الله تعالى باجتنابه ومن تكرر منه ذلك ردت شهادته وما خلا القمار وهو اللعب الذي لا عوض فيه من الجانبين ولا من أحدهما فممنه ما هو محرم وممنه ما هو مباح فالمحرم اللعب بالنرد وهذا قول أبي حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي وقال

بعضهم : هو مكروه غير محرم

ولنا ما [روى أبو موسى قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من لعب بالنردشير فقد عصى الله ورسوله] [وروى بريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من لعب النردشير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه] رواه أبو داود وكان سعيد بن جبير إذا مر على أصحاب النردشير لم يسلم عليهم إذا ثبت هذا فمن تكرر منه اللعب به لم تقبل شهادته سواء لعب به قماراً

أو غير قمار وهو قول أبي حنيفة و مالك وظاهر مذهب الشافعي وقال مالك :
من لعب بالشطرنج والنرد فلا أرى شهادته إلا باطلة لأن الله تعالى قال :
{ فماذا بعد الحق إلا الضلال } وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال
فصل : والشطرنج كالنرد في التحريم إلا أن تحريم النرد أكد لورود النص في
تحريمه وهذا في معناه فيثبت فيه حكمه قياسا عليه وذكر القاضي أبو الحسين
ممن ذهب إلى تحريمه علي بن أبي طالب و ابن عمر و ابن عباس و سعيد بن
المسيب و القاسم و سالما و عروة و محمد بن علي بن الحسين و مطر الوراق
و مالكا و أبا حنيفة وذهب الشافعي إلى إباحته و حكى ذلك أصحابه عن أبي
هريرة و سعيد بن المسيب و سعيد بن جبير واحتجوا بأن الأصل الإباحة ولم يرد
تحريمه نص ولا هو في معنى المنصوص عليه فيبقى على الإباحة ويفارق
الشطرنج النرد من وجهين : أحدهما : أن في الشطرنج تدبير الحرب فأشبهه
اللعب بالحرب والرمي بالنشاب والمسابقة بالخيال
والثاني : أن المعول في النرد على ما يخرج الكعبتان فأشبهه الأزام والمعول
في الشطرنج على حذفه وتدبيره فأشبهه المسابقة بالسهام
ولنا قول الله سبحانه وتعالى : { إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس
من عمل الشيطان فاجتنبوه } قال علي رضي الله عنه : الشطرنج من
الميسر ومر رضي الله عنه على قوم فقال : ما هذه التماثيل التي أنتم عاكفون
؟ قال أحمد : أصح ما في الشطرنج قول علي رضي الله عنه [وروى واثلة بن
الاسقع قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله عز وجل ينظر في
كل يوم ستمائة وستين نظرة ليس لصاحب الشاه فيها نصيب] ولأنه لعب يصد
عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فأشبهه اللعب بالنرد وقولهم : لا نص فيها وقد
ذكرنا فيها نصا وهو في معنى المنصوص على تحريمه وقولهم : إن فيها تدبير
الحرب قلنا لا يقصد هذا منها وأكثر اللاعبين بها إنما يقصدون منها اللعب
والقمار وقولهم : إن المعول فيها على تدبيره فهو أبلغ في اشغاله بها وصدها
عن ذكر الله وعن الصلاة إذا ثبت هذا فقال أحمد : النرد أشد من الشطرنج إنما
قال ذلك لورود النص في النرد بخلاف الشطرنج إذا ثبت هذا فقال القاضي :
هو كالنرد في رد الشهادة وهو قول أبي حنيفة و مالك لاشتراكهما في التحريم
وقال أبو بكر : إن فعله من يعتقد تحريمه فهو كالنرد في حقه وإن فعله من
يعتقد إباحته لم ترد شهادته إلا أن يشغله عن الصلاة في أوقاتها أو يخرجها إلى
إلى الحلف الكاذب أو نحوه من المحرمات أو يلعب بها على الطريق أو يفعل
في لعبه ما يستخف به من أجله ونحو هذا مما يخرج عن المروءة وهذا مذهب
الشافعي وذلك لأنه مختلف فيه أشبهه سائر المختلف فيه
فصل : فأما اللاعب بالحمام يطيرها فلا شهادة له وهذا قول أصحاب الرأي
وكان شريح لا يجيز شهادة صاحب حمام ولا حمام ولأنه سفه ودناءة وقلة
مروءة ويتضمن أذى الجيران وإشراقه على دورهم ورميه إياها بالحجارة وقد
[روي أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يتبع حماما فقال : شيطان يتبع
شيطانة] فإن اتخذ الحمام لطلب فراخها أو لحمل الكتب أو للانس بها من غير
أذى يتعدى إلى الناس فلا بأس وقد [روى عبادة بن الصامت أن رجلا أتى النبي
صلى الله عليه وسلم فشكا إليه الوحشة فقال : اتخذ زوجا من الحمام]

فصل : فأما المسابقة المشروعة بالخيل وغيرها من الحيوانات أو على الأقدام فمباحة ولا دناءة فيها ولا ترد بها الشهادة وقد ذكرنا مشروعيتها ذلك في باب المسابقة وكذلك ما في معناها من الثقاف واللعب بالحراب وقد لعب الحبشة بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم بالحراب وقامت عائشة رضي الله عنها تنظر اليهم وتستتر به حتى ملت وسائر اللعب إذا لم يتضمن ضررا ولا شغلا عن فرض فالأصل إباحته فما كان فيه دناءة يترفع عنه ذوو المروءات منع الشهادة إذا فعله ظاهرا وتكرر منه وما لا دناءة فيه لم ترد به بحال

مسألة : فأما الشين في الصناعة كالحجام والحائك والنخال والنفاط والقمام والزبال والمشعوذ والدباغ والحارس والكناس فهل تقبل شهادتهم إذا حسنت طرائقهم ؟ على وجهين

الصناعات الدنيئة : كالكساح والكباش لا تقبل شهادتهما لما روى سعيد في سننه أن رجلا أتى ابن عمر فقال له : إني رجل كناس فقال له : أي شيء تكنس الزبل ؟ قال : لا قال : فالعذرة ؟ قال : نعم قال : الأجر خبيث وما تزوجت فخبث حتى تخرج منه كما دخلت فيه وعن ابن عباس مثله في الكساح ولأن هذا دناءة يجتنبه أهل المروءات فأشبهه الذي قبله فأما الزبال ونحوهم ففيه وجهان : أحدهما : لا تقبل شهادتهم لأنها دناءة تجتنبها أهل المروءات فهو كالذي قبله والثاني : يقبل لأن بالناس إليه حاجة فعلى هذا الوجه إنما تقبل شهادته إذا كان يتنظف للصلاة في وقتها ويصليها فإن صلى بالنجاسة لم تقبل شهادته وجها واحدا وأما الحائك والحارس والدباغ فهو أعلى من هذا الصنائع فلا ترد به الشهادة وذكر شيخنا فيها وجهين وكذلك ذكرها أبو الخطاب والأولي قبول شهادة الحائك والحارس والدباغ لأنه قد تولاهما كثير من الصالحين وأهل المروءات وأما سائر الصنائع التي لا دناءة فيها فلا ترد الشهادة بها إلا من كان منهم يحلف كاذبا أو يعد ويخلف وغلب هذا عليه فإن شهادته ترد وكذلك من كان منهم يؤخر الصلاة عن أوقاتها ولا يتنزّه عن النجاسات فلا شهادة له ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا كالصائغ والصيرفي ولم يتق ذلك ردت شهادته

[جزء 12 - صفحة 49]

فصل في الملاهي

وهي على ثلاثة أضرب : محرم وهو ضرب الأوتار والنايات والمزامير كلها والعود والطنبور والمعزفة والرباب ونحوها فمن أدام استماعها ردت شهادته لأنه [يروي عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا ظهر في أمتي خمس عشرة خصلة حل بهم البلاء] ذكر منها إظهار المعازف والملاهي [وقال سعيد ثنا فرج بن فضالة عن علي بن يزيد عن القاسم عن أبي أمامة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن الله بعثني رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير لا يحل بيعهن ولا شراؤهن ولا التجارة فيهن وثمانهن حرام] يعني الضاربات [وروى نافع قال : سمع ابن عمر

مزمارة فوضع اصبعيه على أذنيه ونأى عن الطريق وقال لي : يا نافع هل تسمع شيئاً ؟ قال : فقلت : لا قال : فرفع اصبعيه من أذنيه وقال : كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا [رواه الخلال في جامع من طريقين ورواه أبو داود في سننه وقال : حديث منكر وقد احتج قوم بهذا الخبر على إباحة المزمارة وقالوا : لو كان حراماً لمنع النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر من سماعه ومنع ابن عمر نافعاً من استماعه ولأنكر على الزامر بها قلنا : الأول لا يصح لأن المحرم استماعها دون سماعها والاستماع غير السماع ولهذا فرق الفقهاء في سجود التلاوة بين السامع والمستمع ولم يوجبوا على من سمع شيئاً محرماً سيد أذنيه قال الله تعالى : { وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه } ولم يقل سدوا أذانهم والمستمع هو الذي السماع ولم يوجد هذا من ابن عمر وإنما وجد السماع ولأن بالنبي صلى الله عليه وسلم حاجة إلى معرفة انقطاع سماع الصوت عنه لأنه عدل عن الطريق وسد أذنيه فلم يكن ليرجع إلى الطريق ولا يرفع اصبعيه من أذنيه حتى ينقطع الصوت عنه فأبيح للحاجة وأما الإنكار فلعله كان في أول الهجرة حينما لم يكن الإنكار واجباً أو قبل إمكان الإنكار لكثرة الكفار وقلة أهل الإسلام فإن قيل : فهذا الخبر ضعيف فإن أبا داود ضعفه لأنه لم يقع له إلا من إحدى الطريقين وضرب مباح وهو الدف [فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف] أخرجه مسلم وذكر أصحابنا وأصحاب الشافعي أنه مكروه في غير النكاح لأنه يروى عن عمر أنه كان إذا سمع صوت الدف بعث فنظر فإن كان في وليمة سكت وإن كان في غيرها عمد الدرّة [ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أن امرأة جاءت فقالت : إني نذرت إن رجعت من سفرك سالماً أن أضرب على رأسك بالدف فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أوفي بنذرك] رواه أبو داود ولو كان مكروهاً لم يأمرها به وإن كان مندوراً [وروت الربيع بنت معوذ قالت دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم صبيحة بنى بي فجعلت جوهرات يضربن بدف لهن ويندبن من قتل من أبائي يوم بدر إلى أن قالت إحداهن : وفينا نبي يعلم ما في غد فقال : دعي هذا وقولي الذي كنت تقولين] متفق عليه فأما الضرب به للرجال فهو مكروه على كل حال لأنه إنما يضرب به النساء والمخنثون والمشبهون بهن ففي ضرب الرجال به تشبه بالنساء فأما الضرب بالقضيب فيكره إذا انضم إليه مكروه أو محرم كالتصفيق والغناء والرقص وإن خلا عن ذلك كله لم يكره لأنه ليس بألة لهو ولا بطرب ولا يسمع منفرداً بخلاف الملاهي ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا

فصل : واختلف أصحابنا في الغناء فذهب الخلال وصاحبه أبو بكر عبد العزيز إلى إباحتها قال أبو بكر عبد العزيز : الغناء والنوح معنى واحد مباح ما لم يكن معه منكر ولا فيه طعن فإن الخلال يحمل الكراهة من أحمد على الأفعال المذمومة لا على القول بعينه وروي عن أحمد أنه سمع من عند ابنه صالح قوالاً فلم ينكر عليه وقال له صالح : يا أبا عبد الله أليس كنت تكرههم ؟ فقال : قيل لي إنهم يستعملون المنكر وممن ذهب إلى إباحة الغناء من غير كراهة إبراهيم بن سعد وكثير من أهل المدينة والعنبري [لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت :

كانت عندي جاريتان تغنيان فدخل أبو بكر فقال : مزموه الشيطان في بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : دعها فإنها أيام عيد [متفق عليه وعن عمر رضي الله عنه أنه قال : الغناء زاد الراكب واختار القاضي أنه مكروه غير محرم وهو قول الشافعي وقال : من اللهو المكروه وقال أحمد : الغناء ينبت النفاق في القلب لا يعجبني وذهب آخرون من أصحابنا إلى تحريمه قال أحمد فيمن مات وخلف ولدا يتيما وجارية مغنية فاحتاج الصبي إلى بيعها : تباع سا 1 جة قيل له : إنها تساوي مغنية ثلاثين ألفا وتساوي ساذجة عشرين ديناراً فقال : لا تباع إلا أنها ساذجة واحتجوا على تحريمه بما روي عن ابن الحنفية في قوله تعالى : { واجتنبوا قول الزور } قال : الغناء وقال ابن عباس و ابن مسعود في قول الله تعالى : { ومن الناس من يشتري لهو الحديث } قال : هو الغناء [وعن أبي أمامة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء المغنيات وبيعهن والتجارة فيهن وأكل أثمانهن حرام] أخرجه الترمذي وقال : لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم أهل العلم فيه

[وروي ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الغناء ينبت النفاق في القلب] والصحيح أنه قول ابن مسعود وعلى كل حال من اتخذ الغناء صناعة يؤتى إليه ويأتي له أو اتخذ غلامه أو جارية مغنيين يجمع عليهما الناس فلا شهادة له لأن هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة وسقوط مروءة ومن حرمه فهو مع سفهه عاص مصر متظاهر بفسقه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وإن كان لا ينسب نفسه إلى الغناء وإنما يترنم لنفسه ولا يغني للناس أو كان غلامه وجاريتته إنما يغنيان له ابنى هذا على الخلاف فيه فمن أباحه أو كرهه لم ترد شهادته ومن حرمه قال : إن دام عليه ردت شهادته كسائر الصغائر وإن لم يداوم عليه لم ترد شهادته وإن فعله من يعتقد حله فقياس المذهب أن لا ترد شهادته بما لا يشتهر به منه كسائر المختلف فيه من الفروع ومن كان يغشى بيوت المغني أو يغشاه المغنون للسمع متظاهراً بذلك وكثر منه ردت شهادته في قولهم جميعاً لأنه سفه ودناءة وإن كان مستتراً به فهو كالمغني لنفسه على ما ذكر من التفصيل فيه

فصل : فأما الحداء وهو الإنشاد التي تساق به الإبل فمباح لا بأس به في فعله واستماعه [لما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر وكان عبد الله بن رواحة جيد الحداء وكان مع الرجال وكان انجشة مع النساء فقال النبي صلى الله عليه وسلم لابن رواحة : حرك بالقوم فاندفع ينشد فتبعه انجشة فأعنقت الإبل فقال النبي صلى الله عليه وسلم لانجشة : رويدك رفقا بالقوارير يعني النساء] وكذلك نشيد الأعراب وهو النصب لا بأس به وسائر أنواع الإنشاد ما لم يخرج إلى حد الغناء وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يسمع إنشاد الشعر فلا ينكره والغناء من الصوت ممدود مكسور والغنى من المال مقصور والحداء ممدود مضموم كالحداء ويجوز الكسر كالنداء

فصل : والشعر كالكلام حسنه كحسنة وقبيحه كقبيحه [وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إن من الشعر لحكماً وكان يضع لحسان منبراً

يقوم عليه فيهجو من هجا رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين
وأنشده كعب بن زهير قصيدته بانث سعاد فقلبي اليوم متبول في المسجد :
وقال له عمه العباس : يا رسول الله إني أريد أن أمتدحك فقال : قل لا يفضض
الله فاك فأنشده [

(من قبلها طبت في الظلال ... وفي مستودع حيث يخصف الورق)
[وقال عمرو بن الشريد : أردفني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال :
امعك من شعر أمية ؟ قلت : نعم فأنشدته بيتا فقال : هيه حتى أنشدته مائة
قافية وقال النبي صلى الله عليه وسلم يوم حنين :
(أنا النبي لا كذب ... أنا ابن عبد المطلب)]

وقد اختلف في هذا فقيل : ليس بشعر وإنما هو كلام موزون وقيل : بل هو
شعر ولكنه بيت واحد قصير فهو كالنثر ويروى أن أبا الدرداء قيل له : ما من
أهل بيت في الأنصار إلا وقد قال الشعر قال : وأنا قد قلت :
(يريد العبد أن يعطى مناه ... ويأبى الله إلا ما أراد)

(يقول العبد فائدتي ومالي ... وتقوى الله أفضل ما استفادا)
وليس في إباحة الشعر اختلاف وقد قاله الصحابة والعلماء والحاجة تدعو إليه
لمعرفة اللغة والعربية وللإستشهاد به في التفسير وتعرف معنى كلام الله
وكلام رسوله صلى الله عليه وسلم ويستدل به أيضا على النسب والتاريخ وأيام
العرب ويقال : الشعر ديوان العرب فإن قيل : فقد قال الله تعالى :
{ والشعراء يتبعهم الغاؤون } [وقال النبي صلى الله عليه وسلم : لأن يمتلئ
أحدكم قيحا حتى يريه خير له من أن يمتلئ شعرا] رواه أبو داود و أبو عبيد
وقال : معنى يريه يأكل جوفه يقال : وراه يريه قال الشاعر :
(وراهن ربي مثل ما قد ورينني ... واحمى على أكبادهن المكاوبا)

قلنا : أما الآية فالمراد بها من أسرف وكذب بدليل وصفه لهم بقوله : { ألم تر
أنهم في كل واد يهيمون * وأنهم يقولون ما لا يفعلون } ؟ ثم استثنى المؤمنين
بقوله : { إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وذكروا الله كثيرا } ولأن الغالب
على الشعراء قلة الدين والكذب وقذف المحصنات وهجاء الأبرياء لا سيما من
كان في ابتداء الإسلام ممن يهجو النبي صلى الله عليه وسلم ويهجو المسلمين
ويعيب الإسلام ويمدح الكفار فوقع الذم على الأغلب واستثنى منهم من لا يفعل
الخصال المذمومة فالآية دليل على إباحته ومدح أهله المتصفين بالصفات
الجميلة وأما الخبر فقال أبو عبيد : معناه أن يغلب عليه الشعر حتى يشغله عن
القرآن والفقه وقيل : المراد به كان هجاء وفحشا فما كان من الشعر يتضمن
هجاء المسلمين والقذح في أعراضهم أو التشبب بامرأة بعينها بالإفراط في
وصفها فذكر أصحابنا أنه محرم وهذا إن أريد به أنه محرم على قائله فهو صحيح
وأما على رواية فلا يصح فإن المغازي يروى فيها قصائد الذين هاجوا بها أصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكر ذلك أحد وقد روي أن النبي صلى الله
عليه وسلم أذن في الشعر الذي تقاولت به الشعراء في يوم بدر وأحد وغيرهما
إلا قصيدة أمية بن أبي الصلت الحائية وكذلك يروى شعر قيس بن الحطيم في
التشبيب في عمرة بنت رواحة أخت عبد الله بن رواحة أم النعمان بن بشير وقد
سمع النبي صلى الله عليه وسلم قصيدة كعب بن زهير وفيها التشبيب بسعاد

ولم يزل الناس يرون أمثال هذا ولا ينكر وروينا أن النعمان بن بشير دخل مجلساً فيه رجل يغنيهم بقصيدة قيس بن الحطيم فلما دخل النعمان سكتوه من قبل أن فيها ذكر أمه فقال النعمان : فلم يقل بأساً إنما قال :
(وعمره من سروات النساء ... تفح بالمسك أردانها)
وكان عمر بن طلحة بمجلس فغناهم رجل بشعر فيه ذكر أمه فسكتوه فقال :
دعوه فإن قائل هذا الشعر كان زوجها فأما الشاعر فمتى كان يهجو المسلمين ويمدح بالكذب أو يقذف مسلماً أو مسلمة فإن شهادته ترد وسواء قذف المسلم بنفسه أو بغيره وقد قيل : أعظم الناس ذنباً رجل يهاجي رجلاً فيهجو القبيلة بأسرها وقد روينا أن أبا دلامة ؟ شهد عند قاض فخاف أن ترد شهادته فقال :

(إن الناس غطوني تغطيت عنهم ... وإن بحثوا عني ففيهم مباحث)
فقال القاضي : ومن يبحثك يا أبا دلامة ؟ وغرم المال من عنده ولم يظهر أنه رد شهادته

فصل في قراءة القرآن بالالحن : أما قرأته من غير تلحين فلا بأس بها وإن حسن صوته به فهو أفضل [فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : زينوا أصواتكم بالقرآن] [وروي زينوا القرآن بأصواتكم] [وقال : لقد أوتي أبو موسى مزماراً من مزامير آل داود فقال أبو موسى : لو أعلم أنك تستمع لحبرته لك تحبيرا] [وروي أن عائشة أبطأت على النبي صلى الله عليه وسلم ليلة فقال : أين كنت يا عائشة ؟ فقالت : يا رسول الله كنت أسمع قراءة رجل في المسجد لم أسمع أحداً يقرأ أحسن من قراءته فقام النبي صلى الله عليه وسلم فاستمع قراءته ثم قال : هذا سالم مولى أبي حذيفة الحمد لله الذي جعل في أمي مثل هذا] قال صالح : قلت لأبي : [زينوا القرآن بأصواتكم] ما معناه قال : أن تحسنه وقيل له ما معنى [من لم يتغن بالقرآن] قال : يرفع صوته به وهكذا قال الشافعي وقال الليث : يتحزن به ويتخشع به ويتباكى به وقال ابن عيينة و عمرو بن الحارث و وكيع : يستغني به فاما القرآن بالتلحين فينظر فيه فإن لم يفرط في التمطيط والمد وإشباع الحركات فلا بأس به [فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد قرأ ورفع صوته] [وقال الراوي : لولا أن تجتمع الناس إلي لحكيت لكم قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عليه الصلاة والسلام : ليس منا من لم يتغن بالقرآن] [وقال : ما أذن الله لشيء كإذنه لنبي حسن الصوت يتغن بالقرآن] أي يجهر به ومعنى أذن استمع قال القاضي هو مكروه على كل حال ونحوه قال أبي عبيد وقال : معنى قوله [من لم يتغن بالقرآن] أي يستغني به
قال الشاعر :

(وكنت امرأً زمناً بالعراق ... عفيف النياح كثير التغني)
قال : ولو كان الغناء بالصوت لكان من لم يتغن بالقرآن وروي نحو هذا التفسير عن ابن عيينة وقال القاضي أحمد بن محمد البرني هذا قول من أدركنا من أهل العلم وقال الوليد بن مسلم : يتغن بالقرآن يجهر به وقيل : يحسن صوته به قال شيخنا : والصحيح أن هذا القدر من التلحين لا بأس به ولأنه لو كان مكروهاً لم يفعله النبي صلى الله عليه وسلم ولا يصح حمله على التغني في حديث [ما

أذن الله لشيء كإذنه لنبي يتغنى بالقرآن [على الاستغناء لأن معنى أذن استمع وإنما تسمع القراءة ثم قال يجهر والجهر صفة القراءة لا صفة الاستغناء فأما إذا أسرف في المد والتمطيط وإشباع الحركات بحيث يجعل الضمة واوا والفتحة ألفا والكسرة ياء كره ذلك ومن أصحابنا من قال : يحرم لأنه يغير القرآن ويخرج الكلمات عن وضعها ويجعل الحركات حروفا وقد روينا عن أبي عبد الله أن رجلا سأله عن ذلك فقال له : ما اسمك ؟ قال : محمد قال : أيسرك أن يقال لك موحامد ؟ قال : لا قال : ولا يعجبني أن يتعلم الرجل الألحان إلا أن يكون حرمه مثل حرم أبي موسى قال له رجل : فيكلمون قال : لا كل ذا واتفق أهل العلم على أنه تستحب قراءة القرآن بالتحزين والترتيل والتحسين [وروى بريدة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اقرأوا القرآن بالحزن فإنه نزل بالحزن] وقال المروزي سمعت أبا عبد الله قال لرجل : لو قرأت وجعل أبو عبد الله ربما تفرغرت عينه وقال زهير بن حرب : كنا عند يحيى القطان فجاء محمد بن سعيد فقال له يحيى : اقرأ فقرا فغشي على يحيى حتى حمل وأدخل وقال محمد بن صالح العدوي : قرأت عند يحيى

بن سعيد القطان فغشي عليه حتى فاته خمس صلوات
فصل : ولا تقبل شهادة الطفيلي وهو الذي يأتي طعام الناس من غير دعوة وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا وذلك لأنه [يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أتى طعاما لم يدع إليه دخل سارقا وخرج معيرا] ولأنه يأكل محرما ويفعل ما فيه سفه ودناءة وذهاب مروءة فإن لم يتكرر هذا منه لم ترد شهادته لأنه من الصغائر ومن سئل من غير أن تحل له المسألة فأكثر ردت شهادته لأنه فعل محرما وأكل سحتا وأتى دناءة [وقد روي قبيصة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة : رجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش - أو قال : - سدادا من عيش ورجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك] فأما السائل ممن تباح له المسألة فلا ترد شهادته بذلك إلا أن يكون أكثر عمره سائلا فينبغي أن ترد شهادته لأن ذلك دناءة وسقوط مروءة فإن أخذ من الصدقة من يجوز له الأخذ من غير مسألة لم ترد شهادته لأنه فعل جائز لا دناءة فيه وإن أخذ منها ما لا يجوز له وتكرر ذلك منه ردت شهادته لأنه مصر على الحرام

فصل : قال الشيخ رحمه الله : وما زالت الموانع منهم فبلغ الصبي وعقل المجنون وأسلم الكافر وتاب الفاسق قبلت شهادتهم بمجرد ذلك لأن المقتدي لقبول الشهادة موجود وإنما ردت لوجود المانع فإذا زال المانع عمل المقتضي عمله كما لو لم يوجد المانع وتقبل توبة الفاسق لقول الله سبحانه وتعالى : { وهو الذي يقبل التوبة عن عباده } وقوله سبحانه : { ومن يعمل سوءا أو يظلم نفسه ثم يستغفر الله يجد الله غفورا رحيفا } [وقال النبي صلى الله عليه وسلم : التائب من الذنب كمن لا ذنب له] وقال عمر رضي الله عنه : بقية عمر المرء لا قيمة له يدرك فيه ما فاته ويحيي ما أماته ويبدل الله سيئاته حسنات والتوبة على ضربين باطنة وحكيمة فالباطنة فيما بينه وبين الله تعالى فإن كانت المعصية لا توجب حقا عليه في الحكم كقبلة

الأجنبية والخلوة بها وشرب المسكر والكذب فالتوبة منها الندم والعزم على أن لا يعود [فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : التوبة النصوح تجمع أربعة أشياء : الندم بالقلب والاستغفار باللسان وإضمار ألا يعود]
وبمجانبة خلطاء السوء وإن كانت توجب حقا عليه لله تعالى أو لآدمي كمنع الزكاة والغصب فالتوبة منها بما ذكرناه وترك المظلمة حسب إمكانه بأن يؤدي الزكاة ويرد المغصوب أو بدله وإن عجز عن ذلك نوى رده متى قدر عليه فإن كان عليه حق في البدن وكان حقا لآدمي كالقصاص وحد القذف فالمشترط في التوبة التمكين من نفسه ببذلها للمستحق وإن كان حقا لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر فتوبته بالندم والعزم على ترك العود ولا يشترط الإقرار به فإن كان ذلك لا يشتهر عنه فالأولى له ستر نفسه والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى [لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أتى شيئا من هذه القاذورات فليستتر بستر الله فإن من أبدى لنا صفحته أقمنا عليه الحد] فإن الغامدية حين أقرت بالزنا لم ينكر عليها النبي صلى الله عليه وسلم ذلك وإن كانت معصيته مشهورة فذكر القاضي أن الأولى به الإقرار ليقام عليه الحد لأنه إذا كان مشهورا فلا فائدة في ترك إقامة الحد عليه
قال شيخنا : والصحيح أن ترك الإقرار أولى [لأن النبي صلى الله عليه وسلم عرض للمقر عنده بالرجوع عن الإقرار فعرض لما عز وللمقر عنده بالسرقة بالرجوع مع اشتهاره عنه بإقراره حتى قيل أنه لما قطع السارق كأنما أسف وجهه رمادا ولم يرد بالإقرار ولا الحث عليه في كتاب ولا سنة ولا يصح له قياس إنما ورد الشرع بالستر والاستتار والتعريض للمقر بالرجوع عن الإقرار]
وقال لهزال : وهو الذي أمر ما عزا بالإقرار يا هزال لو سترت بثوبك لكان خيرا لك [وقال أصحاب الشافعي : توبة هذا إقراره ليقام عليه الحد وليس بصحيح لما ذكرناه ولأن التوبة توجد حقيقتها بدون الإقرار وهي تجب ما قبلها كما ورد في الأخبار مع ما دلت عليه الآيات في مغفرة الذنوب بالاستغفار وترك الأسرار وأما البدعة فالتوبة منها بالاعتراف بها واعتقاد ضد ما كان يعتقد منها مسألة : ولا يعتبر إصلاح العمل وعنه يعتبر في التائب إصلاح العمل سنة ظاهر كلام أحمد و الخرقى أنه لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة من قبول الشهادة وصحة الولاية في النكاح إصلاح العمل وهو أحد القولين للشافعي وهو القول الآخر يعتبر إصلاح العمل إلا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنا فلم يكمل عدد الشهود فإنه يكفي مجرد التوبة من غير إعتبار إصلاح وما عداه فلا تكفي التوبة حتى تمضي عليه سنة تظهر فيها توبته ويبين فيها صلاحه وهذا رواية عن أحمد حكاه أبو الخطاب لأن الله تعالى قال : { إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا } وهذا نص فإنه نهى عن قبول شهادتهم ثم استثنى التائب المصلح ولأن عمر رضي الله عنه لما ضرب صبيغا أمر بهجرانه حتى بلغته توبته فأمر أن لا يكلم إلا بعد سنة

[ولنا قوله صلى الله عليه وسلم : التوبة تجب ما قبلها] و [قوله : التائب من الذنب كمن لا ذنب له] ولأن المغفرة تحصل بمجرد التوبة فكذلك الأحكام ولأن التوبة من الشرك بالإسلام ولا يحتاج إلى اعتبار ما بعده فهو أعظم الذنوب فما دونه أولى وأما الآية فيحتمل أن يكون الإصلاح من التوبة وعطفه عليها لاختلاف

اللفظين ودليل ذلك قول عمر لأبي بكر : تب أقبل شهادتك ولم يعتبر أمر آخر ولأن من كان غاصبا فرد ما في يديه أو مانعا للزكاة فأداها وتاب إلى الله عز وجل قد حصل منه الإصلاح وعلم نزوله عن معصيته نادما عليه فإنه لو لم ترد التوبة لما أدى ما في يديه ولأن تقديره بسنة تحكم لم يرد به الشرع والتقدير إنما يثبت بالتوقيف وما ورد عن عمر في حق صبيغ إنما كان لأنه تائب من بدعة وكانت توبته بسبب الضرب والهجران فيحتمل أنه أظهر التوبة تسترا بخلاف مسألتنا وقد ذكر القاضي أن التائب من البدعة يعتبر له سنة لحديث صبيغ رواه أحمد في الورع قال : ومن علامة توبته أن يجتنب من كان يواليه من أهل البدع ويوالي من كان يعاديه من أهل السنة والصحيح أن التوبة من البدعة كغيرها إلا أن تكون التوبة تفعل بسبب الإكراه كتوبة صبيغ فيعتبر له مدة يظهر أن توبته عن إخلاص لا عن إكراه وللحاكم أن يقول للمتظاهر بالمعصية : تب أقبل شهادتك وقال مالك : لا أعرف هذا قال الشافعي : وكيف لا يعرفه [وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتوبة] وقاله عمر لأبي بكر

[جزء 12 - صفحة 62]

مسألة : و لا تقبل شهادة القاذف حتى يتوب

مسألة : و لا تقبل شهادة القاذف حتى يتوب

و جملة ذلك أن القاذف إذا كان زوجا فحقق قذفه ببينة أو لعان أو كان أجنبيا فحققه بالبينة أو بإقرار المقذوف لم يتعلق بقذفه فسق ولا حد ولا رد شهادته وإن لم يحقق قذفه بشيء من ذلك تعلق به وجوب الحد عليه والحكم بفسقه ورد شهادته لقوله تعالى :

{ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون } فإن تاب لم يسقط عنه الحد وزال الفسق بلا خلاف وتقبل شهادته عندنا روى ذلك عن عمر وأبي الدرداء وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والزهرى وعبد الله بن عتبة و جعفر بن أبي ثابت وأبي الزناد و مالك و الشافعي و البتي و إسحاق و أبو عبيد و ابن المنذر وذكره ابن عبد البر عن يحيى بن سعيد و ربيعة وقال شريح و الحسن و النخعي و سعيد بن جبير و الثوري وأصحاب الرأي : لا تقبل شهادته إذا جلد وإن تاب وعند أبي حنيفة لا ترد شهادته قبل الجلد وإن لم يتب والخلاف معه في فصلين :

أحدهما : أنه عندنا تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحققه وعند أبي حنيفة و مالك لا تسقط إلا بالجلد

والثاني : أنه إن تاب قبلت شهادته وإن جلد وعند أبي حنيفة لا تقبل وتعلق لقول الله تعالى : { ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا } وبما [روى ابن ماجه بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه

وسلم : لا تجوز شهادة خائن ولا محدود في الإسلام واحتج في الفصل الآخر بأن القذف قبل حصول الجلد يجوز أن تقوم به البيعة فلا يجب به التفسيق [ولنا في الفصل الثاني إجماع الصحابة رضي الله عنهم] فإنه روى عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول لأبي بكر حين شهد على المغيرة بن شعبة : تب أقبل شهادتك ولم ينكر ذلك منكر فكان إجماعا]

قال سعيد بن المسيب : شهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة رجال : أبو بكر وشبل بن معبد ونافع بن الحارث ونكل زياد فجلد عمر الثلاثة وقال لهم عمر : توبوا تقبل شهادتكم فتاب رجلان وقبل عمر شهادتهما وأبي أبو بكر فلم يقبل شهادته وكان قد عاد مثل النصل من العبادة ولأنه تاب من ذنبه فقبلت شهادته كالتائب من الزنا يحققه أن الزنا أعظم من القذف به وكذلك قتل النفس التي حرم الله وسائر الذنوب إذا تاب فاعلها قبلت شهادته فهذا أولى

وأما الآية فهي حجة لنا لأنه استثنى التائبين بقوله تعالى : { إلا الذين تابوا } والاستثناء من النفي إثبات فيكون تقديره إلا الذين تابوا فاقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين فإن قالوا : إنما يعود الاستثناء إلى الجملة التي تليه بدليل أنه لا يعود إلى الجلد قلنا : بل يعود إليه أيضا لأن هذه الجملة معطوف بعضها على بعض بالواو وهي للجمع تجعل الجمل كلها كالجملة الواحدة فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا ما منع [ولهذا لما قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا يؤمن الرجل الرجل في بيته ولا يجلس على تكرمته إلا بإذنه] عاد الاستثناء إلى الجملتين جميعا ولأن الاستثناء يغير ما قبله فعاد الجمل المعطوف بعضها على بعض بالواو كالشرط فإنه لو قال : امرأته طالق وعبده حر إن لم يقم عاد الشرط إليهما كذا الاستثناء بل عود الاستثناء إلى الشهادة أولى لأن رد الشهادة هو المأمور به فيكون الحكم و التفسيق خرج مخرج الخبر و التعليل لرد الشهادة فعود الاستثناء إلى الحكم المقصود أولى من رده إلى التعليل وحديثهم ضعيف يرويه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف قال ابن عبد البر : لم يرفعه في روايته حجة وقد روي من غير طريقه ولم يذكر فيه هذه الزيادة فدل ذلك على أنها من غلطة ويدل على خطئه قبول شهادة كل محدود في غير المقذوف بعد ثبوته ثم لو قدر صحته فالمراد به من لم يتب بدليل كل محدود تاب سوى هذا

وأما الفصل الأول فدليلنا فيه الآية فإنه رتب على رمي المحصنات ثلاثة أشياء : إيجاب الجلد ورد الشهادة و الفسق فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمي الذي لم يمكنه تحقيقه كالجلد ولأن الرمي هو المعصية والذنب الذي يستحق به العقوبة وتثبت به المعصية الموجبة رد الشهادة والحد كفارة وتطهير فلا يجوز تعليق رد الشهادة به وإنما الجلد ورد الشهادة حكمان للقذف فيثبتان جميعا به وتختلف استيفاء أحدهما لا يمنع ثبوت الآخر وقولهم : إنما يتحقق بالجلد لا يصح لأن الجلد حكم القذف الذي تعذر تحقيقه فلا يستوفى قبل تحقق القذف وكيف يجوز أن يستوفى حد قبل تحقق سببه ويصير متحققا بعده هذا باطل

فصل : والقاذف في الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب والشاهد بالزنا إذا لم تكمل البيعة تقبل روايته دون شهادته وحكي عن الشافعي أن شهادته لا ترد ولنا أن عمر لم يقبل شهادة أبي بكر وقال له : تب اقبل شهادتك وروايته مقبولة ولا نعلم خلافا في قبول رواية أبي بكر مع رد عمر شهادته

مسألة : وتوبته أن يكذب نفسه وقيل : إن علم صدق فتوبته أن يقول : قد ندمت على ما قلت ولا أعود إلى مثله وأنا تائب إلى الله تعالى منه
 مسألة : وتوبته أن يكذب نفسه وقيل : إن علم صدق فتوبته أن يقول : قد ندمت على ما قلت ولا أعود إلى مثله وأنا تائب إلى الله تعالى منه
 ظاهر كلام أحمد و الخرقى أن توبة القاذف إكاذبه نفسه فيقول : كذبت فيما قلت وهذا منصوص الشافعي و الاصطخري من أصحابه قال ابن عبد البر : وممن قال هذا سعيد بن المسيب و طاوس و عطاء و الشعبي و إسحاق و أبو ثور و أبو عبيدة لما [روي عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : في قول الله تعالى : { إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم } قال : توبة إكذاب نفسه] ولأن عرض المقذوف يلوث بقذفه فكذابه نفسه يزيل ذلك التلويث فتكون التوبة وذكر القاضي أن القذف إن كان سباً فالتوبة منه إكذاب نفسه وإن كان شهادة فالتوبة منه أن يقول القذف حرام باطل ولن أعود إلى ما قلت وهذا قول بعض أصحاب الشافعي قال : وهو المذهب لأنه قد يكون صادقاً فلا يؤمر بالكذب والخبر محمول على الاقرار بالبطلان لأنه من نوع إكذاب قال شيخنا : والأولى أنه متى علم من نفسه الصدق فيما قذف به فتوبته الاستغفار والاقرار ببطلان ما قال وتحريمه فإنه لا يعود إلى مثله وإن لم يعلم صدق نفسه فتوبته إكذاب نفسه سواء كان القذف بشهادة أو سب لأنه قد يكون كاذباً في الشهادة صادقاً في السب ووجه الأول أن الله تعالى سمى القاذف كاذباً على الإطلاق لقوله سبحانه : { فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون } فتكذيب الصادق نفسه يرجع إلى أنه كاذب في حكم الله تعالى وإن كان في نفس الأمر صادقاً

فصل : ولا يشترط في الشهادة الحرية بل تجوز شهادة العبد في كل شيء إلا في الحدود والقصاص على إحدى الروايتين وتجوز شهادة الأمة فيما تجوز فيه شهادة النساء

الكلام في هذه المسألة في ثلاثة فصول : أحدها : في قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص والمذهب أنها مقبولة روي ذلك عن علي وأنس رضي الله عنهما قال أنس : ما علمت أن أحداً رد شهادة العبد وبه قال عروة و شريح و إياس و ابن سيرين و البتي و أبو ثور و داود و ابن المنذر وقال مجاهد و الحسن و عطاء و مالك و الأوزاعي و الثوري و أبو حنيفة و الشافعي و أبو عبيد : لا تقبل شهادته لأنه غير ذي مروءة ولأنها مبنية على الكمال لا تتبعض فلم يدخل فيها العبد كالميراث وقال الشافعي و النخعي و الحكم : تقبل في الشيء اليسير

ولنا عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها فإنه من رجالنا وهو عدل تقبل روايته وفتياه وأخباره الدينية [وروى عقبة بن الحارث قال : تزوجت أم يحيى بنت أبي أهاب فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : وكيف وقد زعمت ذلك] متفق عليه [وفي رواية أبي داود فقلت : يا رسول الله إنها لكاذبة فقال : وما يدريك وقد قالت ما قالت ؟ دعها عنك] ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته كالحق وقولهم : ليس له مروءة ممنوع بل هو كالحري ينقسم إلى من له مروءة ومن لا مروءة له وقد يكون منهم العلماء والأمرء والصالحون والأتقياء سئل إياس بن معاوية عن شهادة العبد فقال : أنا أرد شهادة عبد العزيز بن صهيب وكان منهم زياد بن أبي عياش من العلماء والزهاد وكان عمر بن عبد العزيز يرفع قدره ويكرمه ومنهم عكرمة مولى ابن عباس من العلماء الثقات وكثير من الموالى كانوا عبيدا وأبناء عبيد لم يحدث فيهم بالاعتناق إلا الحرية وهي لا تغير طبعها ولا تحدث علما ولا دينا ولا مروءة ولا يقبل منهم إلا من كان ذا مروءة ولا يصح قياس الشهادة على الميراث فإن الميراث خلافة للموروث في ماله وحقوق والعبد لا يمكنه الخلافة لأن ما يسير إليه يملكه سيده فلا يمكن أن يخلف فيه ولأن الميراث يقتضي التمليك والعبد لا يملك ومبنى الشهادة على العدالة التي هي مظنة الصدق وحصول الثقة من القول والعبد أهل لذلك فوجب أن تقبل شهادته

الفصل الثاني : إن شهادته لا تقبل في الحدود وفي القصاص احتمالا : أحدهما : تقبل شهادته فيه لأنه حق آدمي ولا يصح الرجوع عن الإقرار به أشبه الأموال والثاني لا تقبل لأنه عقوبة بدينه تدرأ بشبهات فأشبه الحد وقد ذكرنا في هذا الكتاب في الحد والقصاص روايتان وكذلك ذكره الشريف وأبو الخطاب فإنهما ذكرا في العقوبات كلها روايتين : إحداهما : تقبل لما ذكرنا ولأنه رجل عدل فتقبل شهادته فيها كالحق والثانية لا تقبل وهي ظاهر المذهب لأن الاختلاف في قبول شهادته في الأموال ونقص وشبه فلم تقبل شهادته فيما يندرى في الشبهات ولأنه ناقص الحال فلم تقبل شهادته وفي الحد والقصاص كالمراة

الفصل الثالث : إن شهادة الأمة تقبل فيما تقبل فيه شهادة النساء قياسا عليهن فإن النساء لا تقبل شهادتهن في الحدود والقصاص وإنما تقبل في المال أو شبهه والأمة كالحرة فيما عداهما وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث وحكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعهده حكم القن فيما ذكرنا لأن الرق فيهم وقد روى عن عمر رضي الله عنه أنه لا تجوز شهادة المكاتب وبه قال عطاء و الشعبي و النخعي

ولنا ما ذكرناه في العبد لأنه إذا ثبت الحكم في القن ففي هؤلاء أولى فصل : فتجوز شهادة الأصم في المرثيات وعلى المسموعات قبل صممه أما شهادته على المرثيات فهو كالذي يسمع فتقبل شهادته فيها وتجاوز شهادته في المسموعات التي كانت قبل صممه كما تجوز شهادة الأعمى على الأفعال التي رآها قبل العمى إذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه

مسألة : وتجوز شهادة الأعمى في المسموعات إذا تيقن الصوت بالاستفاضة
مسألة : وتجوز شهادة الأعمى في المسموعات إذا تيقن الصوت بالاستفاضة
روي هذا عن علي وابن عباس وبه قال ابن سيرين وعطاء و الشعبي و الزهري
و مالك و ابن أبي ليلى و إسحاق و ابن المنذر وقال أبو حنيفة و الشافعي : لا
تقبل شهادته وروي ذلك عن النخعي و أبي هاشم و اختلف فيه عن الحسن و
إياس و ابن أبي ليلى و أجاز الشافعي شهادته بالاستفاضة والترجمة إذا قرأ عند
أذنه ويد الأعمى على رأسه ثم ضبطه حتى حضر عن الحاكم فشهد عليه ولم
يجزها في غير ذلك لأن من لا تجوز شهادته على الأفعال لا تجوز على الأقوال
كالصبي ولأن الأصوات تشبهه فلا يحصل اليقين فلم يجز أن يشهد بها كالخط
ولنا قول الله تعالى : { واستشهدوا شهيدين من رجالكم } ولأنه رجل عدل
مقبول الرواية فقبلت شهادته كالبصير وفارق الصبي فإنه ليس برجل ولا عدل
ولا مقبول الرواية ولأن السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين وقد يكون
المشهود عليه ممن ألفه الأعمى وكثرت صحبته له وعرف صوته يقينا فلا يشك
فيه فوجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه كالبصير ولهذا أجاز الشافعي وأصحابه
شهادته بالاستفاضة ولا تثبت عندهم حتى يمسعها من عدلين ولا بد أن يعرفهما
حتى يعرف عدلتهما فإذا صح أن يعرف الشاهدين صح أن يعرف المقر ولا
خلاف في قبول روايته وجواز استماعه من زوجته إذا عرف صوتها وصحة قبول
النكاح وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصفة وفارق الأفعال فإن مدركها
الرؤية وهي غير ممكنة من الأعمى والأقوال مدركها السمع وهو يشارك البصير
فيه وربما زاد عليه ويفارق الخط فإنه لو تيقن من كتب الخط أو رآه يكتبه لم
يجز أن يشهد بما كتب فيه إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز أن يشهد إلا إذا تيقن
الصوت وعلم المشهود عليه يقينا فإن جوز أن يكون صوت غيره لم يجز أن
يشهد به كما لو اشتبه على البصير المشهود عليه فلم يعرفه

مسألة : وتجوز في المرثيات التي تحملها قبل العمى إذا عرف الفاعل باسمه
ونسبه ما يتميز به
مسألة : وتجوز في المرثيات التي تحملها قبل العمى إذا عرف الفاعل باسمه
ونسبه ما يتميز به
وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا تجوز شهادته أصلا لأنه لا يجوز أن يكون
حاكما

ولنا ما تقدم في المسألة قبلها ولأن العمى فقد حاسة لا يخل بالتكليف فلم يمنع قبول الشهادة كالصمم وفارق الحكم فإنه يعتبر له من شروط الكمال ما لا يعتبر للشهادة ولذلك يعتبر له السمع والاجتهاد وغيرهما

[جزء 12 - صفحة 70]

مسألة : فإن لم يعرف المشهود عليه باسمه ونسبه ولم يعرفه إلا بعينه قبلت شهادته أيضا لما ذكرنا في المسألة الأولى
مسألة : فإن لم يعرف المشهود عليه باسمه ونسبه ولم يعرفه إلا بعينه قبلت شهادته أيضا لما ذكرنا في المسألة الأولى
وهذا قول القاضي ويصفه للحاكم بما يتميز به قال شيخنا : ويحتمل أن لا تقبل لأن هذا مما لا ينضب غالبا

مسألة : وإن شهد عند الحاكم ثم عمى قبلت شهادته وجاز الحكم بها
مسألة : وإن شهد عند الحاكم ثم عمى قبلت شهادته وجاز الحكم بها
وبهذا قال الشافعي و أبو يوسف و محمد وقال أبو حنيفة : لا يجوز الحكم لأنه معني يمنع قبول الشهادة مع صحة النطق فمنه الحكم بها كالفسق
ولنا أنه معني طرأ بعد أداء لا يورث تهمة في حال الشهادة فلم يمنع قبولها كالموت وفارق الفسق فإنه يورث تهمة حال الشهادة

مسألة : وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره
مسألة : وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره
هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء و الحسن و الشعبي و الزهري و الشافعي و إسحاق و أبو عبيد و أبو حنيفة وأصحابه وقال مالك و الليث : لا تجوز شهادته في الزنا وحده لأنه متهم فإن العادة فيمن فعل قبيحا أنه يحب أن يكون له نظراء وحكي عن عثمان أنه قال : ودت الزانية أن النساء كلهن زنين
ولنا عموم الآيات فإنه عدل مقبول الشهادة في غير الزنا فيقبل في الزنا كغيره ولأن من قبلت شهادته في القتل قبلت في الزنا كولد الرشدة قال ابن المنذر : وما احتجوا به غلط من وجوه : أحدها : أن ولد الزنا لم يفعل قبيحا يجب أن يكون له نظراء فيه والثاني : لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتا عنه وأشبه ذلك أن لا يكون ثابتا وغير جائز أن يثبت عن عثمان كلام بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكره الثالث : أن الزاني لو تاب لقبلت شهادته وهو الذي فعل الفعل القبيح فإذا قبلت شهادته مع ما ذكره فغيره أولى فإنه لا يجوز أن يلزم ولده من وزره أكثر مما لزمه ولا يتعدى الحكم إلى غيره من غير أن يثبت فيه مع أن

ولده لا يلزمه شيء من ضرره لقول الله تعالى : { ولا تزر وازرة وزر أخرى }
وولد الزنا لم يفعل شيئاً يستوجب به حكماً

[جزء 12 - صفحة 71]

مسألة : وتقبل شهادة الإنسان على فعل نفسه كالمرضعة بالرضاع والقاسم
على القسمة والحاكم على حكمه بعد العزل
مسألة : وتقبل شهادة الإنسان على فعل نفسه كالمرضعة بالرضاع والقاسم
على القسمة والحاكم على حكمه بعد العزل
تجوز شهادة المرضعة على الرضاع لما ذكرنا من حديث عقبة بن الحارث
وكذلك شهادة القاسم على القسمة لأنه يشهد لغيره فصح على فعل نفسه كما
لو شهد على فعل غيره وكذلك تقبل شهادة الحاكم على حكمه بعد العزل لذلك
وفي ذلك كله اختلاف لما ذكرنا فيما مضى

مسألة : وتقبل شهادة البدوي على القروي والقروي على البدوي إذا اجتمعت
الشروط
مسألة : وتقبل شهادة البدوي على القروي والقروي على البدوي إذا اجتمعت
الشروط
وهو ظاهر كلام الخرقى وهو قول ابن سيرين و أبي حنيفة و الشافعى و أبى
ثور وأجازة أبو الخطاب
وعن أحمد في شهادة البدوي على القروي : أخشى أن لا تقبل فيحتمل وجهين
: أحدهما : لا تقبل وهو قول جماعة من أصحابنا ومذهب أبى عبيد وقال مالك
كقول أصحابنا فيما عدا الجراح وكقول الباقيين احتياطاً للدماء واحتج أصحابنا
بما روى أبو داود في سننه [عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبي صلى الله
عليه وسلم أنه قال : لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية] ولأنه متهم حيث
عدل إذا أشهد قروياً وأشهد بدوياً قال أبو عبيد : ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما
فيهم من الجفاء بحقوق الله والجفاء في الدين والثاني : تقبل لأن من قبلت
شهادته على أهل البلد وقبلت شهادته على البدو قبلت شهادته على أهل القرى
ويحمل الحديث على من لم تعرف عدالته من أهل البدو ونخصه بهذا لأن
الغالب أن لا يكون له من يسأله الحاكم فيتعرف عدالته

[جزء 12 - صفحة 72]

باب موانع الشهادة

ويمنع قبول الشهادة ستة أشياء : أحدها : قرابة الولادة فلا تقبل شهادة والد لولده وإن سفل ولا ولد لوالده وإن علا
ظاهر المذهب أن شهادة الوالد لولده لا تقبل ولا لولد لولده وإن سفل وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ولا تقبل شهادة الولد لوالده ولا والدته ولا جده ولا جدته من قبل أبيه وأمه وإن علوا وسواء في ذلك الآباء والأمهات وآبأؤهما وأمهاتهما وبه قال شريح و الحسن و الشعبي و النخعي و مالك و الشافعي و إسحاق و أبو عبيد وأصحاب الرأي وروي عن أحمد رواية ثانية تقبل شهادة الابن لأبيه ولا تقبل شهادة الأب لابنه لأن مال الابن في حكم مال الأب له أن يتملكه إذا شاء فشهادته له شهادة لنفسه أو يجر بها لنفسه نفعا [قال النبي صلى الله عليه وسلم : أنت ومالك لأبيك] و [قال : إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم] ولا يوجد هذا في شهادة الابن لأبيه وعنه رواية ثالثة تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه فيما لا تهمة فيه كالنكاح والطلاق والقصاص والمال إذا كان مستغنى عنه لأن كل واحد منهما لا ينتفع بما يثبت للآخر من ذلك فلا تهمة في حقه وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة وروي عن شريح وبه قال عمر بن عبد العزيز و أبو ثور و المزني و داود و إسحاق و ابن المنذر لعموم الآيات ولأنه عدل تقبل شهادته في غير هذا الموضع فتقبل شهادته فيه كأجنبي [ولنا ما روى الزهري عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه ولا ظنين في قرابة ولا ولاء] والظنين المتهم والأب متهم لولده لأن ماله كماله بما ذكرنا ولأن بينهما بعضية فكأنه يشهد لنفسه [ولهذا قال عليه الصلاة والسلام : فاطمة بضعة مني يربيني ما رابها] ولأنه متهم في الشهادة على عدوه والخبر أخص من الآيات فتخص به

مسألة : وتقبل شهادة بعضهم على بعض في أصح الروايتين
أما شهادة أحدهما على صاحبه فتقبل نص عليه أحمد وهذا قول عامة أهل العلم قال شيخنا : ولم أجد عن أحمد في الجامع فيه اختلافا وذلك لقوله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين } فأمر بالشهادة عليهم ولو لم تقبل لما أمر بها ولأنها إنما ردت شهادته له للتهمة في إيصال النفع ولا تهمة في شهادته عليه فوجب أن تقبل كشهادة الأجنبي بل أولى فإن شهادته لنفسه لما ردت للتهمة في إيصال النفع إلى نفسه كان إقراره عليها مقبولا وفيه رواية أخرى أن شهادة أحدهما لا تقبل على صاحبه حكاها القاضي في المجرد لأن شهادته غير مقبولة فلا تقبل عليه كالفاسق وقال بعض الشافعية : لا تقبل شهادة الابن على أبيه في قصاص ولا حد قذف لأنه لا يقتل بقتله ولا يحد بقذفه فلا يلزمه ذلك والمذهب الأول لما ذكرنا ولأنه يتهم له ولا يتهم عليه فشهادته عليه أبلغ في الصدق كشهادته على نفسه

فصل : فإن شهد إثنان بطلاق ضرة أمهما أو قذف زوجها لها قبلت شهادتهما لأن حق أمهما لا يزداد به وسواء كان المشهود عليه أباهما أو أجنبيا وتوفر الميراث لا يمنع قبول الشهادة بدليل لقبول شهادة الوارث لموروثه

فصل : وتجاوز شهادة الرجل لابنه من الرضاعة وأبيه وسائر أقاربه منها لأنه لا نسب بينهما يوجب الإنفاق والصلة وعتق أحدهما على صاحبه وتبسطه في ماله بخلاف قرابة النسب

[جزء 12 - صفحة 74]

مسألة : ولا تقبل شهادة أحد الزوجين لصاحبه في إحدى الروايتين
مسألة : ولا تقبل شهادة أحد الزوجين لصاحبه في إحدى الروايتين
هذا الذي ذكره الخرقى وبه قال الشعبي و النخعي و مالك و إسحاق و أبو حنيفة والرواية الأخرى يجوز هذا وقول شريح و الحسن و الشافعي و أبي ثور لأنه عقد على منفعة فلا يمنع قبول الشهادة كالإجازة وقال الثوري و ابن أبي ليلى : تقبل شهادة الرجل لامرأته لأنه لا تهمة في حقه ولا تقبل شهادتها له لأن يساره وزيادة حقها من النفقة يحصل بشهادتها له بالمال فهي متهمة لذلك ولنا أن كل واحد من الزوجين يرث الآخر من غير حجب ويتبسط في ماله عادة فلم تقبل شهادته له كالابن مع أبيه ولأن يسار الرجل يزيد نفقة امرأته ويسار المرأة يزيد في قيمة بضعتها المملوك لزوجها فكان كل واحد منهما يضاف إلى الآخر قال الله تعالى : { وقرن في بيوتكن } وقال : { لا تدخلوا بيوت النبي } فأضاف البيوت إليهن تارة وإلى النبي صلى الله عليه وسلم أخرى وقال تعالى : { لا تخرجوهن من بيوتهن } وقال عمر للذي قال له أن غلامي سرق امرأة امرأتي : لا قطع عليه عبدكم سرق مالكم ويفارق عقد الإجازة من هذه الوجوه كلها

[جزء 12 - صفحة 75]

مسألة : ولا تقبل شهادة السيد لعبده ولا العبد لسيد
مسألة : ولا تقبل شهادة السيد لعبده ولا العبد لسيد
أما شهادة السيد لعبده فغير مقبولة لأن مال العبد لسيد فشهاده له شهادة لنفسه ولهذا [قال النبي صلى الله عليه وسلم : من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع] ولا نعلم في هذا خلافا ولا تقبل شهادته له أيضا بنكاح ولا لأتمته بطلاق لأن في طلاق أمته تخليصا له وإباحة بضعتها في نكاح العبد نفع له ونفع مال الإنسان نفع له ولا تقبل شهادة العبد لسيد لأنه يتبسط في ماله وينتفع به ويتصرف فيه وتجب نفقته منه ولا يقطع بسرقة فلا تقبل شهادته له كالابن مع أبيه

مسألة : وتقبل شهادة الأخ لأخيه وسائر الأقارب والصدىق لصديقه والمولى
لعتيقه

مسألة : وتقبل شهادة الأخ لأخيه وسائر الأقارب والصدىق لصديقه والمولى
لعتيقه

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن شهادة الأخ لأخيه جائزة روي ذلك
عن ابن الزبير وبه قال شريح و عمر بن عبد العزيز و الشعبي و الثوري و مالك
و الشافعي و أبو عبيد و إسحاق و أبو ثور و أصحاب الرأي و حكى ابن المنذر عن
الثوري أنه لا تقبل شهادة كل ذي رحم محرم وعن مالك : أنه لا تقبل شهادته
لأخيه إذا كان منقطعا إليه في صلته وبره لأنه متهم في حقه وقال ابن المنذر :

قال مالك : لا تجوز شهادة الأخ لأخيه في النسب و تجوز في الحقوق
ولنا عموم الآيات ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كالأجنبي ولا يصح
القياس على الوالد والولد لأن بينهما بعضية وقرابة بخلاف الأخ

فصل : وشهادة العم وابنه والخال وابنه وسائر الأقارب أولى بالجواز فإن
شهادة الأخ إذا أجزت مع قربه كان تنبيها على قبول شهادة من هو أعدل منه
بطريق الأولى وتقبل شهادة أحد الصديقين للآخر في قول عامة العلماء إلا
مالكا قال : لا تقبل شهادة الصديق الملاطف لأنه يجر إلى نفسه نفعا بها فهو
متهم فلم تقبل شهادته كشهادة العدو على عدوه

ولنا عموم أدلة الشهادة وما قاله يبطل بشهادة الغريم للمدين قبل الحجر وإن
كان ربما قضاه دينه منه فجر إلى نفسه نفعا أعظم مما يجري ههنا من
الصديقين وأما العداوة فسببها محصور وفي الشهادة عليه شفاء غيظه عليه
فخالف الصداقة وتجاوز شهادة المولى المعتق لعتيقه لأنه لا تهمة فيه أشبه
الأجنبي ولأنه بمنزلة الأخ وشهادة الأخ لأخيه مقبولة كما ذكرنا

فصل : الثاني : أن يجر إلى نفسه نفعا بشهادته كشهادة السيد لمكاتبه
والوارث لموروثه والعبد المأذون له في التجارة وكذلك لا تقبل شهادة الوارث
لموروثه بالجرح قبل الاندمال لأنه قد يسري الجرح إلى نفسه فتجب الدية لهم
ولا تقبل شهادة الشفيع ببيع الشقص الذي له فيه الشفعة لأنه يجر إلى نفسه
نفعا ولا تقبل شهادة الغرماء بدين المفلس أو بعين ولا شهادتهم للमित بدين أو
مال فإنه لو ثبت للمفلس أو للميت دين أو مال تعلقت حقوقهم به ويفارق ما لو
شهد الغرماء لحي لا حجر عليه بمال فإن شهادتهم تقبل لأن حقهم لا يتعلق

بماله وإنما يتعلق بدمته فإن قيل : إذا كان معسرا سقطت عنه المطالبة فإذا
شهد له بمال ملك مطالبته فجروا إلى أنفسهم نفعا قلنا : لم تثبت المطالبة
بشهادتهم إنما ثبتت بيساره وإقراره لدعوى الحق الذي شهدوا به قال القاضي
: ولا تقبل شهادة الأجير لمن استأجره نص عليه أحمد فإن قيل : فلم قبلتم

شهادة الوارث لموروثه مع أنه إذا مات ورثه فقد جر إلى نفسه نفعا في شهادته
قلنا : لا حق له في مال حين الشهادة وإنما يحتمل أن يتجدد له حق وهذا لا
يمنع قبول الشهادة كما لو شهد لإمرأة يحتمل أن يتزوجها أو لغريم بمال له
يحتمل أو يوفيه أو يفلس فيتعلق حقه به وإنما المانع ما يحصل به نفع حال
الشهادة فإن قيل : فقد منعتم قبول شهادته لموروثه بالجرح قبل الاندمال
لجواز أن يتجدد له حق وإن لم يكن له حق في الحال فإن قلت : قد انعقد سبب

حقه قلنا : يبطل بالشاهد لموروثه المريض فإن شهادته تقبل مع انعقاد سبب استحقاؤه بدليل أن عطيته له لا تنفذ وعطيته لغيره تقف على الخروج من الثلث قلنا : إنما معنا الشهادة لموروثه بالجرح لأنه ربما أفضى إلى الموت به فتجب الدية للوارث الشاهد به ابتداء فيكون شاهدا لنفسه موجبا له بها حقا ابتداء بخلاف الشاهد للمريض والمجروح بمال فإنه إنما يجب للمشهود له ثم يجوز أن ينتقل ويجوز أن لا ينتقل فلم يمنع الشهادة له كالشهادة لغيره فإن قيل : فقد أجزتم شهادة الغريم لغيره بالجرح قبل الاندمال كما أجزتم شهادته له بماله قلنا : إنما أجزناها لأن الدية لا تجب للشاهد ابتداء إنما تجب للقتيل أو لورثته ثم يستوفي الغريم منها فأشبهت الشهادة بالمال

[جزء 12 - صفحة 78]

مسألة : ولا تقبل شهادة الموصى له للميت والوكيل لموكله بما هو وكيل فيه والشريك لشريكه والغرماء للمفلس بالمال وأحد الشفيعين بعفو الآخر عن شفاعته وكذلك المضارب بمال المضاربة

مسألة : ولا تقبل شهادة الموصى له للميت والوكيل لموكله بما هو وكيل فيه والشريك لشريكه والغرماء للمفلس بالمال وأحد الشفيعين بعفو الآخر عن شفاعته وكذلك المضارب بمال المضاربة

لأنه متهم ولأن الشفاعة إذا بطلت للمشهود عليه توفرت على الشاهد فيكون شاهدا لنفسه وممن رد شهادة الشريك لشريكه شريح و النخعي و الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا فأما إن شهد الشريك لشريكه في غير ما هو شريك فيه أو الوكيل لموكله في غير ما هو وكيل فيه أو العدو لعدوه أو الوارث لموروثه بمال أو بالجرح بعد الاندمال أو شهد أحد الشفيعين بعد أن أسقط شفيعته على الآخر بإسقاط شفيعته أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر بما يسقط وصيته أو كان إحدى الوصيتين لا يزاحم به الأخرى ونحو ذلك مما لا تهمة فيه قبلت لأنه المقتضي لقبول الشهادة متحقق والمانع منتف فوجب قبولها عملا بالمقتضي

فصل : ولا تقبل شهادة الوصي للموصى عليهم إن كانوا في حجره وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الشعبي و الثوري و مالك و الشافعي و الأوزاعي و أبو حنيفة وأجاز شريح و أبو ثور شهادته لهم إذا كان الخصم غيره لأنه أجنبي متهم فقبلت شهادته لهم كما بعد زوال الوصية

ولنا أنه شهد بشيء هو خصم فيه فإنه الذي يطالب بحقوقهم وبخاصم فيها ويتصرف فيها فلن تقبل شهادته به كما لو شهد بمال نفسه ولأنه يأكل من أموالهم عند الحاجة فيكون متهما بالشهادة به وقولهم في حجره احتراز أما لو شهد لهم بعد زوال ولايته عنهم فإنها تقبل والحكم في أمين الحاكم يشهد للأيتام الذين هم تحت ولايته كالحكم في الوصي سواء قياسا عليه فأما شهادته

عليهم فمقبولة لا نعلم فيه خلافا فإنه لا يتهم عليهم ولا يجر بشهادته عليهم نفعاً ولا يدفع بها عنهم ضرراً فهو كالأجنبي

فصل : الثالث : أن يدفع عن نفسه ضرراً كشهادة العاقلة بجرح شهود قتل الخطأ والغرماء بجرح شهود الدين على المفلس والسيد بجرح من شهد على مكاتبه أو عبده بدين والوصي بجرح الشاهد على الأيتام والشريك بجرح الشاهد على شريكه وسائر من لا تقبل شهادته لإنسان إذا شهد بجرح الشاهد عليه إنما لم تقبل شهادة العاقلة بجرح شهود قتل الخطأ لما فيه من دفع الدية عن أنفسهم فإن كان الشاهدان بالجرح فقيرين احتمل قبول شهادتهما لأنهما لا يحملان شيئاً من الدية واحتمل أن لا تقبل لجواز أن يوسرأ قبل الحول فيحملان وكذلك الخلف في البعيد الذي لا يحمل لبعده لجواز أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول فيحمل ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه بقضاء الحق أو الإبراء منه ولا شهادة أحد الشفيعين على الآخر بإسقاط شفاعته ولا شهادة بعض غرماء المفلس على بعض بإسقاط دينه أو استيفائه أو بعض من أوصى له بمال على آخر بما يبطل وصيته إذا كانت وصيته تحصل بها مزاحمته إما لضيق الثلث عنهما أو لكون الوصيتين بمعين فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه لأن الشاهد به متهم لما يحصل بشهادته من دفع الضرر عن نفسه ونفعها فيكون شاهداً لنفسه وقد قال الزهري : مضت السنة في الإسلام أن لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين والظنين المتهم [وروى طلحة بن عبد الله بن عوف قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا شهادة لخصم ولا ظنين]

فصل : الرابع : العداوة كشهادة المقذوف على قاذفه والمقطوع عليه الطريق على قاطعه والزوج بالزنا على امرأته

وجملة ذلك أن شهادة العدو لا تقبل على عدوه في قول أكثر أهل العلم منهم ربيعة و الثوري و إسحاق و مالك و الشافعي والمراد بالعداوة ههنا العداوة الدنيوية مثل شهادة المقذوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على القاطع والمقتول عليه على القاتل والمجروح على الجارح والزوج يشهد بالزنا على امرأته فلا تقبل شهادته لأنه يقر على نفسه بعداوته لها بإفسادها فراشه وأما العداوة في الدين كالمسلم يشهد على الكافر أو المحق من أهل السنة يشهد على المبتدع فلا ترد شهادته لأن العداوة في الدين والدين يمنعه من ارتكاب محذور في دينه قال أبو حنيفة : لا تمنع العداوة الشهادة لأنها لا تخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصداقة لا تمنع الشهادة له

[ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه] رواه أبو داود والغمر الحقد ولأن العداوة تورث التهمة فتمنع الشهادة كالقراية القريبة وتخالف الصداقة فإن شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه وبيع آخرته بدنيا غيره وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتنسفي من عدوه فافتراقاً فإن قيل : فلم قبلتم شهادة المسلمين على الكفار مع العداوة ؟ قلنا : العداوة ههنا دينه والدين لا يقتضي شهادة الزور ولا أن يترك دينه بموجب دينه

فصل : فإن شهد على رجل بحق فقتله المشهود عليه لم ترد شهادته بذلك لأن لو أبطلنا شهادته بهذا لتمكن كل مشهود عليه بإبطال شهادة الشاهد بقتله ويفارق ما لو طرأ الفسق بعد أداء الشهادة وقبل الحكم فإن رد الشهادة فيه لا يفضي إلى ذلك بل إلى عكسه لأن طريان الفسق يورث تهمة في حال أداء الشهادة لأن العادة أسرارها فظهوره بعد أداء يدل على أنه كان يسره حال أدائها وههنا حصلت العداوة بأمر لا تهمة على الشاهد فيه فأما المحاكمة في الأموال فليست عداوة تمنع الشهادة في غير ما حكم فيه

فصل : قال رحمه الله : الشرط الخامس : أن يشهد الفاسق بشهادة فترد ثم يتوب فيعيدها فإنها لا تقبل للتهمة وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور و المزني و داود : تقبل قال ابن المنذر : والنظر يدل على هذا لأنها شهادة تقبل في غير هذه الشهادة فقبلت فيها قياسا على غيرها وكما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد إسلامه

ولنا أنه متهم في أدائها لأنه يعير بردها وتلحقه غضاظة لكونها ردت بسبب نقص يتعير به وصلاح حاله بعد ذلك من فعله يزول به العار فتلحقه التهمة في أنه قصد إظهار العدالة وإعادة الشهادة فتقبل فيزول ما حصل بردها ولأن الفسق يخفى فيحتاج في معرفته إلى بحث واجتهاد فعند ذلك نقول : شهادته مردودة بالاجتهاد فلا تقبل بالاجتهاد لأن ذلك يؤدي إلى نقص الاجتهاد بالاجتهاد وفارق ما لو إذا رد شهادة كافر لكفره أو صبي لصغره أو عبد لرقه ثم أسلم الكافر وبلغ الصبي وعتق العبد وأعادوا تلك الشهادة فإنها لا ترد لأنها لم ترد أولا بالاجتهاد وإنما ردت باليقين ولأن البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتهم أنه فعلهما لتقبل شهادته والكافر لا يرى كفره عارا ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت

[جزء 12 - صفحة 82]

مسألة : و لو لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلا قبلت
مسألة : و لو لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلا قبلت
و ذلك لأن التحمل لا تعتبر فيه العدالة ولا البلوغ ولا الإسلام لأنه لا تهمة في ذلك وإنما يعتبر ذلك للأداء فإذا رأى الفاسق شيئا أو سمعه ثم عدل وشهد به قبلت شهادته بغير خلاف نعلمه وهكذا الصبي والكافر في زمن النبي صلى الله عليه وسلم يروون عنه بعد أن كبروا كالحسن والحسين وابن عباس وابن الزبير وابن جعفر والنعمان بن بشير والرواية في معنى الشهادة تشترط لها العدالة وغيرها من الشروط المعتبرة للشهادة

[جزء 12 - صفحة 83]

مسألة : ولو شهد وهو كافر أو صبي أو عبد فردت شهادتهم ثم أعادوها بعد زوال الكفر والصبا والرق قبلت

مسألة : ولو شهد وهو كافر أو صبي أو عبد فردت شهادتهم ثم أعادوها بعد زوال الكفر والصبا والرق قبلت

ولما ذكرنا في الفصل الذي قبلها وقد روي عن النخعي و الزهري و قتادة و أبي الزناد و مالك أنها ترد أيضا في حق من أسلم وبلغ وعن أحمد رواية كذلك لأنها شهادة مردودة فلم تقبل كشهادة من كان فاسقا وقد ذكرنا ما يقتضي فرقا بينهما فيفترقان وروي عن أحمد في العبد إذا ردت شهادته لرقه ثم عتق وأعاد تلك الشهادة روايتان وقد ذكرنا الأولى أن شهادته تقبل لأن العتق من غير فعله وهو أمر يظهر بخلاف الفسق

مسألة : وإن شهد لمكاتبه أو لموروثه بجرح قبل برئه فردت ثم أعادها بعد عتق المكاتب وبرء الجرح ففي ردهما وجهان

مسألة : وإن شهد لمكاتبه أو لموروثه بجرح قبل برئه فردت ثم أعادها بعد عتق المكاتب وبرء الجرح ففي ردهما وجهان :

أحدهما : تقبل لأن زوال المانع ليس من فعلهم فأشبهه زوال الصبا والبلوغ ولأن ردها بسبب لا عار فيه فلا يتهم بقصد نفي العار بإعادتها بخلاف الفسق والثاني : لا تقبل لأن ردها باجتهاده فلا ينقضها باجتهاده والأول أصح فإن الأصل قبول شهادة العدل لم يمنع منه مانع ولا يصح القياس على الشهادة المردودة بالفسق لما ذكرنا بينهما من الفرق ويخرج على هذا كل شهادة مردودة إما للتهمة أو لعدم الأهلية إذا أعادوها بعد زوال التهمة ووجود الأهلية هل تقبل ؟ على وجهين

[جزء 12 - صفحة 84]

مسألة : وإن شهد الشريك بعفو شريكه عن الشفعة ثم عفا الشاهد عن شفيعته وأعاد تلك الشهادة لم تقبل ذكره القاضي

مسألة : وإن شهد الشريك بعفو شريكه عن الشفعة ثم عفا الشاهد عن شفيعته وأعاد تلك الشهادة لم تقبل ذكره القاضي

لأنه متهم فأشبهه الفاسق والأولى أنها تخرج على الوجهين لأنها إنما ردت لكونها يجربها إلى نفسه نفعاً وقد زال ذلك بعفوه والله أعلم

باب أقسام المشهود به

والمشهود به ينقسم خمسة أقسام : أحدهما : الزنا وما يوجب حده فلا يقبل إلا أربعة رجال أحرار

أجمع المسلمون على أنه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة شهود وقد نص الله تعالى عليه بقوله سبحانه : { لولا جاؤوا عليه بأربعة شهداء فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون } و [قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أربعة وإلا حد في ظهرك] في أخبار سوى هذا و أجمعوا على أنه يشترط كونهم عدلا ظاهرا وباطنا مسلمين سواء كل المشهود عليه مسلما أو ذميا وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالا أحرارا فلا تقبل فيه شهادة النساء ولا العبيد وبه يقول مالك و الشافعي وأصحاب الرأي وشد أبو ثور فقال : تقبل شهادة العبيد وحكاه أبو الخطاب و الشريف رواية في المذهب و حكي عن حماد و عطاء أنهما قالا : تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين لأنه نقص واحد من عدد الرجال فقام مقامه امرأتان كالأموال ولنا ظاهر الآية وأن العبد مختلف في شهادته فكان ذلك شبهة في الحد لأنه يندرى بالشبهات ولا يصح قياس هذا على الأموال لخفة حكمهما وشد الحاجة إلى إثباتها لكثرة وقوعها والاحتياط في حفظها ولهذا زيد في عدد شهود الزنا على شهود المال

مسألة : وهل يثبت الإقرار بالزنا بشاهدين أولا يثبت إلا بأربعة ؟ على روايتين و للشافعي قولان : أحدهما : يثبت بشاهدين قياسا على سائر الأقارب والثاني : لا يثبت إلا بأربعة لأنه موجب لحد الزنا فأشبهه فعله

فصل : الثاني : القصاص وسائر الحدود فلا يقبل فيه إلا رجلان حران إلا ما روي عن عطاء و حماد أنهما قالا : يقبل فيه رجل وامرأتان قياسا على الشهادة في الأموال

ولنا أن هذا مما يحتاط لدرئه واسقاطه ولهذا يندرى بالشبهات ولا تدعو الحاجة إلى إثباته وفي شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى : { أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى } وأن شهادتهن لا تقبل وإن كثرت ما لم يكن معهن رجل فوجب أن لا تقبل شهادتهن فيه ولا يصح قياس هذا على المال لما ذكرنا من الفرق وبهذا الذي ذكرناه قال سعيد بن المسيب و الشعبي و النخعي و حماد و الزهري و ربيعة و مالك و الشافعي و أبو عبيد و أبو ثور وأصحاب الرأي : واتفق هؤلاء كلهم على أنه يثبت بشهادة رجلين ما خلا الزنا إلا الحسن فإنه قال : الشهادة على القتل كالشهادة على الزنا لا يقبل فيها إلا أربعة وروي ذلك عن أبي عبد الله لأنها شهادة يثبت بها القتل فلم تثبت إلا بأربعة كالشهادة على زنا المحصن

ولنا أنه أحد نوعي القصاص فيقبل فيه اثنان كقطع الطرف وفارق الزنا فإنه مختص بهذا وليست العلة كونه قتلا بدليل وجوب الأربعة في زنا البكر ولا قتل فيه ولأنه انفرد بإيجابه الحد على الرامي به والشهود إذا لم تكمل شهادتهم فلم يجز أن يلحق به ما ليس مثله

فصل : ولا تقبل الشهادة على القتل إلا مع زوال الشبهة في لفظ الشاهد نحو أن يقول : ضربه فقتله وقد ذكرنا ذلك فإن كانت الشهادة بالجرح فقلا : ضربه فأوضحه أو فاتضح منه أو وجدناه موضحا من الضربة قبلت شهادتهما فإن قالا : ضربه فاتضح رأسه أو فوجدناه موضحا أو فأسال دمه أو وجدنا في رأسه موضحة لم يثبت الإيضاح لجواز أن يتضح عقيب ضربه بسبب آخر ولا بد من

تعبير الموضح في إيجاب القصاص لأنه إن كان في رأسه موضحتان فيحتاجان إلى بيان ما شهدا به منهما وإن كانت واحدة فيحتمل أن يكون قد أوسعها غير المشهود عليه فيجب أن يعينها الشاهدان فيقولان : هذه فإن قالوا : أوضحه في موضع كذا من رأسه موضحة قدر مساحتها كذا وكذا قبلت شهادتهما وإن قالوا : لا نعلم قدرها أو موضعها لم يحكم بالقصاص لأنه يتعذر مع الجهالة وتجب دية الموضحة لأنها لا تختلف باختلافها وإن قالوا : ضرب رأسه فأسال دمه في بازلة وإن قالوا فسال دمه لم يثبت شيء لجواز أن يسيل دمه بسبب آخر وإن قالوا : نشهد أنه ضربه فقطع يده ولم يكن أقطع اليدين قبلت شهادتهما ويثبت القصاص لعدم الاشتباه وإن كان أقطع اليدين ولم يعينا المقطوع لم يجب قصاص لأنهما لم يعينا اليد التي يجب فيها القصاص منهما وتجب دية اليد لأنها تختلف باختلاف الأيدي

فصل : فإن شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمدا والآخر أنه أقر بقتله ولم يقل عمدا ولا خطأ ثبت القتل لأن البينة قد كملت عليه ولم تثبت صفته فنسال المشهود عليه عن صفته فإن أنكر أصل القتل لم يقبل إنكاره لقيام البينة به وإن أقر بقتل العمد ثبت بإقراره وإن أقر بالخطأ فأنكر الولي فالقول قول القاتل وهل يستحلف على ذلك ؟ يخرج فيه وجهان : فإن صدقه الولي على الخطأ ثبت عليه وإن أقر بقتل العمد وكذبه الولي وقال : بل كان خطأ لم يجب القود لأن الولي لا يدعيه وتجب دية الخطأ ولا تحملها العاقلة في هذه المواضع كلها ولا شيئاً منها وتكون في ماله لأنها لم تثبت بينة وفي بعضها القاتل مقر أنها في ماله دون مال عاقلته وإن شهد أحدهما أنه قتله عمدا وشهد الآخر أنه قتله خطأ ثبت القتل دون صفته ويطالب ببيان صفته على ما ذكرناه لأن الفعل قد يعتقده أحدهما خطأ والآخر عمدا ويكون الحكم كما لو شهد أحدهما أنه أقر بقتله خطأ أن المشهود عليه يسأل على ما ذكرناه في أول الفصل فإن شهد أحدهما أنه قتله غدوة والآخر أنه قتله عشية أو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وقال الآخر بعضا لم تتم الشهادة ذكره القاضي لأن كل واحد منهما يخالف صاحبه وبكذبه وهو مذهب الشافعي وقال أبو بكر : يثبت القتل لاتفاقهما عليه واختلافهما في الصفة فيثبت القتل كما لو شهد أحدهما بقتل العمد والآخر بقتل الخطأ والأول أصح لأن القتل غدوة غير السيف عشية ولا يتصور أن يقتل غدوة ثم يقتل عشية ولا أن يقتل بسيف ثم يقتل بعضا بخلاف الخطأ والعمد فإن الفعل واحد والخلاف في نيته وقصده وقد يخفى ذلك على أحدهما دون الآخر فإن شهد أحدهما أنه قتله وشهد الآخر أنه أقر بقتله ثبت القتل نص علي أحمد واختاره أبو بكر واختار القاضي أنه لا يثبت وهو مذهب الشافعي لأن أحدهما شهد بغير ما شهد به الآخر فلم تتفق شهادتهما على فعل واحد

ولنا أن الذي أقر به هو القتل الذي شهد به الشاهد فلا تنافي بينهما فيثبت بشهادتهما كما لو شهد أحدهما بالقتل عمدا وشهد الآخر بالقتل خطأ أو كما لو شهد أحدهما أن له عليه ألفا وشهد الآخر أنه أقر له بألف

فصل : إذا قتل رجل عمدا قتلا يوجب القصاص فشهد أحد الورثة على واحد منهم أنه عفا عن القصاص سقط القود سواء كان الشاهد عدلا أو فاسقا لأن شهادته تضمنت سقوط حقه من القصاص وقوله مقبول في ذلك فإن أحد

الولييين إذا عفا عن حقه سقط القصاص كله وبشبهه هذا ما لو كان عبد بين شريكين فشهد أحدهما أن شريكه أعتق نصيبه وهو موسر عتق نصيب الشاهد وإن أنكره الآخر فإن كان الشاهد شهد بالعفو عن القصاص والمال لم يسقط المال لأن الشاهد اعترف أن نصيبه سقط بغير اختياره فأما نصيب المشهود عليه فإن كان الشاهد ممن لا تقبل شهادته فالقول قول المشهود عليه مع يمينه إذا حلف ثبتت حصته من الدية وإن كان مقبول القول حلف الجاني معه وسقط حق المشهود عليه ويحلف الجاني أنه عفا عن الدية ولا يحتاج إلى ذكر العفو عن القصاص لأنه قد سقط بشهادة الشاهد فلا يحتاج إلى ذكره في اليمين لأنه إنما حلف على ما يدعى عليه ولا يدعى عليه غير الدية

فصل : إذا جرح رجل فشهد له رجلان من ورثته غير الوالدين والمولودين وكانت الجراح مندملة قبلت شهادتهما لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعاً وإن كانت غير مندملة لم يحكم بشهادتهما وقد ذكرناه وإن شهد وارث المريض له بمال ففي قبول شهادتهم وجهان : أظهرهما قبولها كما لو شهدا له وهو صحيح والثاني : لا تقبل لأنه متى ثبت المال للمريض تعلق حق ورثته به ولهذا لا ينفذ تبرعه فيه فيما زاد على الثلث وإن شهد لمجروح بالجرح من لا يرثه لكونه محجوباً كالأخوين يشهدان لأخيها وله ابن سمعت شهادتهما فإن مات ابنه نظرت فإن كان الحاكم حكم بشهادتهما لم ينقض حكمه لأن ما يطرأ بعد الحكم بالشهادة لا يؤثر فيها كالفسق وإن كان ذلك قبل الحكم بالشهادة لم يحكم بها لأنهما صارا مستحقين فلا يحكم بشهادتهما كما لو فسق الشاهدان قبل الحكم بشهادتهما وإن شهد على رجل بالجرح الموجب للدية على العاقلة فشهد بعض عاقلة المشهود عليه بجرح الشهود لم تقبل شهادته وإن كان فقيراً لأنه قد يكون ذا مال وقت العقل فيكون دافعاً عن نفسه ويحتمل أن تقبل لأنهما لا يحملان شيئاً من الدية وإن كان الجرح مما لا تحمله العاقلة كجراحة العمى سمعت شهادتهما لأنهما لا يدفعان عن أنفسهما ضرراً وإن كان الشاهدان شهدا على إقراره بالجرح قبلت لأن العاقل لا تحمل الاعتراف وإن كانت شهادتهما بجرح عقله دون ثلث الدية خطأ وكانت شهادتهما بالجرح قبل الاندمال لم تقبل لأنها ربما صارت نفساً فتحملها وإن كان بعده قبلت لأنها لا تحمل ما دون ذلك

فصل : وإذا شهد رجلان على رجلين أنهما قتلا رجلاً ثم شهد المشهود عليهما على الأولين أنهما اللذان قتلاه فصدق الولي الأولين وكذب الآخران وجب القتل عليهما لأن الولي يكذبهما وهما يدفعان بشهادتهما عن أنفسهما ضرراً وإن صدق الجميع بطلت شهادتهم أيضاً لأنه بتصديق الأولين مكذب للآخرين وتصديقه الآخرين تكذيب للأوليين وهما متهمان لما ذكرناه فإن قيل : فكيف تتصور هذه المسألة والشهادة إنما تكون بعد الدعوى فرض تصديقهم وتكذيبهم ؟ قلنا : يتصور أن يشهد قبل الدعوى إذا لم يعلم الولي من قتله [ولهذا روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها] وهذا معنى ذلك

فصل : الثالث : ما ليس بمال ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال غير الحدود والقصاص كالنكاح والطلاق والرجعة والنسب والعتق والولاء والوكالة في غير المال والوصية إليه وما أشبه ذلك فلا يقبل فيه إلا

رجلان وعنه في الرجعة والنكاح والعتق أنه يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وعنه في العتق أنه يقبل فيه شاهد ويمين المدعي وقال القاضي : النكاح وحقوقه من الطلاق والخلع والرجعة لا يثبت إلا بشاهدين رواية واحدة والوكالة والوصية والكتابة ونحوها تخرج على روايتين وجملة ذلك أن ما ليس بعقوبة ولا يقصد به المال كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والإبلاء والظهار والنسب والتوكيل والوصية إليه والولاء والكتابة وأشباه هذا فقال القاضي : المعول عليه في المذهب أن هذا لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال وقد نص أحمد في رواية الجماعة على أنه لا تجوز شهادة النساء في النكاح والطلاق وقد نقل عن أحمد في الوكالة إن كانت بمطالبة دين يعني يقبل فيها شهادة رجل وامرأتين فأما غير ذلك فلا ووجه ذلك أن الوكالة في اقتضاء الدين يقصد منها المال فيقبل فيها شهادة رجل وامرأتين كالحوالة قال القاضي : فيخرج من هذا أن النكاح وحقوقه من الرجعة وشبهها لا تقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة وما عداه يخرج على روايتين وقال أبو الخطاب : في النكاح والعتاق أيضا روايتان : إحداهما : لا يقبل فيه إلا شهادة رجلين وهو قول النخعي و الزهري و مالك وأهل المدينة و الشافعي وبه قال سعيد بن المسيب و الحسن و ربيعة في الطلاق

والثانية : تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين روي عن جابر بن زيد و إياس بن معاوية و الشعبي و الثوري و إسحاق و أصحاب الرأي وروي ذلك في النكاح عن عطاء و احتجوا بأنه لا يسقط بالشبهة فيثبت برجل وامرأتين كالمال ولنا أنه ليس بمال ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال فلم يكن للنساء في شهادته مدخل كالحدود والقصاص وما ذكروه لا يصح فإن الشبهة لا مدخل لها في النكاح وإن تصور أن تكون المرأة مرتابة بالحمل فلا يصح النكاح فصل : وقد نقل عن أحمد في الإعسار ما يدل على أنه لا يثبت إلا بثلاثة [لحديث قبيصة بن مخارق وفيه : حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة] قال أحمد هكذا جاء الحديث فظاهر هذا أنه أخذ به وروي عنه لا يقبل أنه وصى حتى يشهد له رجلان أو رجل عدل فظاهر هذا أنه أثبت الوصية بشهادة النساء على الانفراد إذا لم يحضره الرجال قال القاضي المذهب في هذا كله لا يثبت إلا بشاهدين وحديث قبيصة في حل المسألة لا في الإعسار

فصل : ولا يثبت شيء مما ذكرنا بشاهد ويمين المدعي لأنه إذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين فلأن لا يثبت بشاهد واحد ويمين أولى قال أحمد و مالك في الشاهد واليمين : إنما يكون ذلك في الأموال خاصة لا يقع في حد ولا نكاح ولا طلاق ولا عتاق ولا سرقة ولا قتل وعن أحمد في العتق أنه يثبت بشاهد ويمين العبد ذكره الخرقى فقال : إذا ادعى العبد أن سيده أعتقه وأتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حرا ونص عليه أحمد وقال في الشريكين في عبد : إدعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكان معسرين عدلين فللعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حرا أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حرا فيخرج مثل هذا في الكتابة والولاء والوصية والوديعة والوكالة فيكون في الجميع

روايتان ما خلا العقوبات البدنية والنكاح وحقوقه فإنه لا يثبت بشاهد وبمين قولاً واحداً قال القاضي المعمول عليه في جميع ما ذكرناه أنه لا يثبت إلا في شاهدين وهو قول الشافعي [وقد روى الدارقطني بإسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : استشرت جبريل في القضاء باليمين مع الشاهد فأشار علي في الأموال لا تعدو ذلك] و [قال عمرو بن دينار عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه قضى بالشاهد واليمين قال : نعم في الأموال] وتفسير الراوي أولى من تفسير غيره ورواه الإمام أحمد بإسناده وغيره

فصل : الرابع : المال وما يقصد به المال كالبيع والرهن والقرض والوصية له وجناية الخطأ يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وشاهد ويمين المدعي وهل يقبل في جناية العمد الموجبة للمال دون القصاص كالهاشمة والمنقلة شهادة رجل وامرأتين ؟ على روايتين

وجملة ذلك أن المال كالقرض والرهن والديون كلها وما يقصد به المال كالبيع والوقف والإجارة والهبة والصلح والمساواة والمضاربة والشركة والوصية له والجناية الموجبة للمال كالخطأ وعمد الخطأ والعمد الموجب للمال دون القصاص كالجائفة وما دون الموضحة من الشجاج يثبت بشهادة رجل وامرأتين وقال أبو بكر : لا تثبت الجناية في البدن بشهادة رجل وامرأتين لأنها جناية فأشبهت ما يوجب القصاص والأول أصح لأن موجبها المال فأشبهت البيع وفارق ما يوجب القصاص لأن القصاص لا تقبل فيه شهادة النساء كذلك ما يوجبه والمال يثبت بشهادة النساء فكذلك ما يوجبه ولا خلاف في أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال وقد نص الله تعالى على ذلك في كتابه العزيز بقوله سبحانه : { واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان } وأجمع أهل العلم على القول به

فصل : وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين روي ذلك عن أبي بكر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وبه قال الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز وشريح والحسن وإياس وعبد الله بن عتبة وأبو سلمى بن عبد الرحمن ويحيى بن يعمر وربيعه ومالك وابن أبي ليلى وأبو الزناد والشافعي وقال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي والأوزاعي : لا يقضى بشاهد وبمين وقال محمد بن الحسن : من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه لأن الله تعالى قال : { واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان } فمن زاد في ذلك فقد زاد في النص والزيادة في النص نسخ [ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : البينة على المدعي واليمين على من أنكر] فحصر اليمين في جانب المدعى عليه كما حصر البينة في جانب المدعي

ولنا [ما روى سهيل عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قضى رسول الله باليمين مع الشاهد الواحد] رواه سعيد بن منصور في سننه والأئمة من أهل السنن والمسانيد قال الترمذي هذا حديث غريب وفي الباب عن علي وابن عباس وجابر وقال النسائي : إسناده عن ابن عباس في اليمين مع الشاهد إسناده جيد ولأن اليمين تشرع فيمن ظهر صدقه وقوي جانبه ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنبته بها وفي حق المنكر لقوة جنبته فإن الأصل براءة

ذمته والمدعي ههنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه ولا حجة لهم في الآية لأنها دلت في مشروعية الشاهد والمرأتين ولا نزاع في هذا وقولهم أن الزيادة في النص نسخ غير صحيح لأن النسخ والرفع والإزالة والزيادة في الشيء تقرير له لا رفع والحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه ولأن الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ولم تكن نسخا فكذلك إذا انفصلت ولأن الآية واردة في التحمل دون الأداء ولهذا قال : إن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى والنزاع في الأداء وحديثهم ضعيف وليس هو للحصر بدليل أن اليمين تشرع في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها في حق الأمناء لظهور جانبهم وفي حق الملاعن وفي القسامة وتشرع في حق البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة وقول محمد في نقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن القول بنقض قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الذي قضوا به وقد قال الله تعالى : { فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما } والقضاء بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم محمد بن عبد الله أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له

فصل : قال القاضي يجوز أن يحلف على ما لا تجوز الشهادة عليه مثل أن يجد بخطه ديناً له على إنسان وهو يعرف أنه لا يكتب إلا حقا ولم يذكره أو يجد روزنامج أبيه بخطه ديناً له على إنسان ويعرف من أبيه الأمانة وأنه لا يكتب إلا حقا فله أن يحلف عليه ولا يجوز أن يشهد به ولو أخبره بحق أبيه ثقة فسكن إليه جاز أن يحلف عليه لم يجز أن يشهد به وبهذا قال الشافعي والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين :

أحدهما : أن الشهادة لغيره فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه فلا يحتمل هذا فيما يحلف عليه لأن الحق إنما هو للحالف فلا يزور أحد عليه الثاني : إنما يكتبه الإنسان من حقوقه يكثر فينسى بعضه بخلاف الشهادة والأولى التورع عن ذلك إن شاء الله تعالى

فصل : وكل موضع قبل فيه الشاهد واليمين فلا فرق بين كون المدعي مسلماً أو كافراً عدلاً أو فاسقاً رجلاً أو امرأة نص عليه أحمد لأن من شرعت في حقه اليمين لا يختلف حكمه باختلاف هذه الأوصاف كالمنكر إذا لم تكن بينة فصل : قال أحمد : مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد فإن أبى أن يحلف استحلف المطلوب وهذا قول مالك و الشافعي وروي عن أحمد : فإن أبى المطلوب أن يحلف ثبت الحق عليه

فصل : ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعي وبه قال الشافعي وقال مالك يقبل ذلك في الأموال لأنهما في الأموال أقيمتا مقام الرجل فيحلف معهما كما يحلف مع الرجل ويحتمل لنا مثل ذلك

ولنا أن البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربعة نسوة وما ذكروه يبطل بهذه الصورة فإنهما لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه لكفى أربع نسوة مقام رجلين ولقبل في غير الأموال شهادة رجل وامرأتين لأن

شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بالرجل واليمين ضعيفة فيضم ضعيف إلى
ضعيف فلا يقبل

فصل : ولا يشترط أن يقول في يمينه : وإن شاهدي صادق في شهادته وقيل :
يشترط وهل تقبل شهادة رجل وامرأتين وشاهد ويمين في دعوى قتل الكافر
لاستحقاق سلبه ودعوى الأسير إسلاما سابقا لمنع رقه ؟ على روايتين من
المحرر

الخامس : ما لا يطلع عليه الرجال كعيوب النساء تحت الثياب والرضاع
والاستهلال والبكارة والثيوبه والحيض ونحوه فيقبل فيها شهادة امرأة واحدة
وعنه لا يقبل فيها أقل من امرأتين وإن شهد به لرجل كان أولى بثبوتها ولا نعلم
بين أهل العلم خلافا في قبول شهادة النساء المنفردات في الجملة قال
القاضي : والذي تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء : الولادة
والاستهلال والرضاع والعيوب تحت الثياب كالرتق والقرن والبكارة والثياب
والبرص وانقضاء والعدة وعن أبي حنيفة لا تقبل شهادتهن منفردات على
الرضاع لأنه يجوز أن يطلع عليه محارم المرأة من الرجال فلم يثبت بالنساء
منفردات كالنكاح

[ولنا ما روى عقبة بن الحارث قال : تزوجت أم يحيى بنت أبي اهاب فأنت أمة
سوداء فقالت : قد أرضعتكما فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك
له فأعرض عني ثم أتيت فقلت : يا رسول الله إنها كاذبة فقال : وكيف وقد
زعمت ذلك ؟] ولأنها شهادة على عورة للنساء فيها مدخل فقبل فيها شهادة
النساء كالولادة وبخالف عقد النكاح فإنه ليس بعورة وحكي عن أبي حنيفة أيضا
أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل في الاستهلال لأنها تكون بعد الولادة
وخالفه صاحباه وأكثر أهل العلم لأنه تكون حال الولادة فيتعذر حضور الرجال
فأشبهت الولادة نفسها وقد روي عن علي أنه أجاز شهادة القابلة وحدها في
الاستهلال رواه الإمام أحمد و سعيد بن منصور من حديث جابر الجعفي وأجازه
شريح و الحسن و الحارث العكلي و حماد فإذا ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل
فيه شهادة النساء منفردات فإنه يقبل فيه شهادة المرأة الواحدة وقال طاوس
: تجوز شهادة المرأة في الرضاع وإن كانت سوداء وعن أحمد رواية أخرى لا
يقبل فيه إلا امرأتان وهو قول الحكم و ابن أبي ليلى و ابن شبرمة وإليه ذهب
مالك و الثوري لأن كل جنس يثبت به الحق يكفي فيه اثنان كالرجال ولأن
الرجال أكمل منهن ولا يقبل منهن إلا اثنان وقال عثمان يكفي ثلاث لأن كل
موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة كما لو كان معهن رجل قال أبو حنيفة :
تقبل شهادة المرأة الواحدة في ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة وقال عطاء
و الشعبي و قتادة : لا يقبل فيها إلا أربع لأنها شهادة من شرطها الحرية فلم
تقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات [ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
يجزي في الرضاع شهادة امرأة واحدة] ولأن معنى يثبت بقول النساء
المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية وأخبار الديانات وما ذكره الشافعي
من اشتراط الحرية غير مسلم [وقول النبي صلى الله عليه وسلم شهادة
امرأتين بشهادة رجل] في الموضع الذي تشهد فيه مع الرجل فإن شهد الرجل
بذلك قبل وحده وهو قول أبي الخطاب لأنه أكمل من المرأة فإذا اكتفي بها

وحدها فلأن يكتفى به أولى ولأن ما قبل فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل كالرواية
فصل : قال رحمه الله : وإذا شهد بقتل العمدة رجل وامرأتان لم يثبت قصاص ولا دية وإن شهدوا بالسرقة ثبت المال دون القطع لأن السرقة توجب القطع والمال فإذا قصرت عن أحدهما أثبتت الآخر والقتل يوجب القصاص والمال بدل منه فإذا لم يثبت الأصل لم يجب بدله وإن قلنا موجه أحد شئئين لم يتعين أحدهما إلا بالاختيار فلو أوجبتا الدية وحدها أوجبتا معينا وقال ابن أبي موسى : لا يجب المال فيما إذا شهدوا بالسرقة ولأنها شهادة لا توجب الحد وهو أحد موجبها فإذا بطلت في أحدها بطلت في الآخر

[جزء 12 - صفحة 100]

مسألة : إذا ادعى رجل الخلع قبل فيه رجل وامرأتان أو شاهد وبمين المدعي مسألة : إذا ادعى رجل الخلع قبل فيه رجل وامرأتان أو شاهد وبمين المدعي لأنه يدعي المال الذي خالعت به وإن ادعته المرأة لم يقبل فيه إلا رجلا لأنها لا تقصد منه إلا الفسخ وخلاصها من الزوج ولا يثبت ذلك بهذه البينة فأما إن اختلفا في عوض الخلع خاصة ثبت برجل وامرأتين وكذلك إن اختلفا في الصداق لأنه مال
فصل : وإن ادعى رجل أنه ضرب أخاه بسهم عمدا فقتله ونفذ إلى أخيه الآخر فقتله خطأ وأقام بذلك شاهدا وامرأتين أو شاهدا وحلف معه ثبت قتل الثاني لأنه خطأ موجه المال ولم يثبت قتل الأول لأنه عمد موجه القصاص فهما كالجنايتين المفترقتين وعلى قول أبي بكر لا يثبت منهما شيء لأن الجناية عنده لا تثبت إلا بشاهدين سواء كان موجبها المال أو غيره ولو ادعى رجل على آخر أنه سرق منه وغصبه مالا فحلف بالطلاق والعتاق ما سرق منه ولا غصبه وأقام المدعي شاهدا أو امرأتين شهدا بالسرقة والغصب أو شاهدا وحلف معه استحق المسروق والمغصوب لأنه أتى ببينة يثبت ذلك بمثلها ولم يثبت طلاق ولا عتق لأن هذه البينة جحد في المال دون الطلاق والعتاق وظاهر مذهب الشافعي

[جزء 12 - صفحة 101]

مسألة : وإذا شهد رجل وامرأتان لرجل بجارية أنها أم ولده وولدها منه قضي له بالجارية أم الولد وهل تثبت حربة الولد ونسبه من مدعيه ؟ على روايتين
مسألة : وإذا شهد رجل وامرأتان لرجل بجارية أنها أم ولده وولدها منه قضي له بالجارية أم الولد وهل تثبت حربة الولد ونسبه من مدعيه ؟ على روايتين

أما الجارية فنحكم له بها لأن أم الولد مملوكة له ولهذا يملك وطأها وإجارتها وإعارتها وتزويجها ويثبت لها حكم الاستيلاء بإقراره ينفذ في ملكه ولذلك يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين ولا نحكم له بالولد لأنه يدعي نسبه والنسب لا يثبت بذلك ويدعي حرته أيضا فعلى هذا نقول الولد في يد المنكر مملوكا له وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر : يأخذها وولدها ويكون ابنه لأن من ثبت له العين ثبت له نماؤها والولد نماؤها وذكر فيها أبو الخطاب عن أحمد روايتين كقول الشافعي ولنا أنه لم يدع الولد وإنما يدعي حرته ونسبه وهذان لا يثبتان بهذه البينة فيبقيان على ما كانا عليه

فصل : فإن ادعى أنها كانت ملكه فأعتقها لم يثبت ذلك بشاهد وامرأتين لأن البينة شهدت بملك قديم فلم يثبت والحرية لا تثبت إلا برجل وامرأتين ويحتمل أن تثبت كالتى قبلها

[جزء 12 - صفحة 102]

باب الشهادة على الشهادة والرجوع عن الشهادة

تقبل الشهادة على الشهادة فيما يقبل فيه كتاب القاضي وترد فيما يرد فيه الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة : أحدها : جوازها والثاني : في موضعها والثالث : في شرطها

أما الأول فإن الشهادة على الشهادة جائزة بإجماع العلماء وبه يقول مالك و الشافعي وأصحاب الرأي قال أبو عبيد : اجتمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على إمضاء الشهادة على الشهادة في الأموال ولأن الحاجة داعية إليها فإنها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الموقوف وما يتأخر إثباته عند الحاكم ثم يموت شهوده وفي ذلك ضرر على الناس ومشقة شديدة فوجب أن تقبل كشهادة الأصل

الفصل الثاني : أنها تقبل في المال وما يقصد به المال كما ذكر أبو عبيد ولا تقبل في حد وهذا قول الشعبي و النخعي و أبي حنيفة وقال مالك و الشافعي في قول و أبو ثور : تقبل في الحدود وفي كل حق لأن ذلك يثبت بشهادة الأصل فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال

ولنا أن الحدود مبنية على الستر والدرء بالشبهات والإسقاط بالرجوع عن الإقرار والشهادة على الشهادة فيها شبهة فإنها يتطرق إليها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود الفرع مع احتمال ذلك في شهود الأصل وهذا احتمال زائد لا يوجد في شهود الأصل وهو معتبر بدليل أنها لا تقبل مع القدرة على شهود الأصل فوجب أن لا تقبل فيما يندريء بالشبهات ولأنها إنما تقبل للحاجة ولا حاجة إليها في الحد لأن ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه ولأنه لا نص فيها ولا يصح قياسها على شهادة الأصل لما ذكرنا فيبطل إثباتها وظاهر كلام أحمد أنها لا تقبل في القصاص أيضا ولا حد القذف لأنه قال : إنما يجوز في

الحقوق أما الدماء والحد فلا وهذا قول أبي حنيفة وقال مالك و الشافعي : يقبل وهو ظاهر كلام الخرقى لقوله : في كل شيء إلا في الحدود ولأنه حق آدمي لا يسقط بالرجوع عن الإقرار به ولا يستحب ستره فأشبهه الأموال وذكر أصحابنا هذا رواية في الطلاق وليس هذا برواية فإن الطلاق لا يشبهه القصاص والمذهب أنها لا تقبل فيه لأنه عقوبة فيه تدرأ بالشبهات وتبنى على الإسقاط فأشبهت الحدود فأما ما عدا الحدود والقصاص والأموال كالنكاح والطلاق وسائر ما لا يثبت إلا بشاهدين فنص أحمد على قبولها في الطلاق والحقوق فدل على قبولها في جميع هذه الحقوق وهذا قول الخرقى وقال ابن حامد : لا تقبل في النكاح ونحوه قول أبي بكر فعلى قولهما لا تقبل إلا في المال وما يقصد به المال وهو قول أبي عبيد لأنه حق لا يثبت إلا بشاهدين فأشبه حد القذف ووجه الأول أنه حق لا يدرأ بالشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال وبهذا فارق الحدود

الفصل الثالث : في شروطها وهي ثلاثة : أحدها : أن تتعذر شهادة شهود الأصل بموت أو مرض أو غيبة إلى مسافة القصر وعنه لا تقبل إلا أن يموت شاهد الأصل

هذا أحد الشروط وهو تعذر شهادة الأصل لموت أو غيبة أو مرض أو حبس أو خوف من سلطان أو غيره وبهذا قال مالك و أبو حنيفة و الشافعي و حكي عن أبي يوسف و محمد جوازها مع القدرة على شهادة الأصل قياسا على الرواية وأخبار الديانات وروي عن الشعبي أنها لا تقبل إلا أن يموت شاهد الأصل لأنهما إذا كانا حيين رجي حضورهما فكانا كالحاضرين وعن أحمد مثل ذلك إلا أن القاضي تأوله على الموت وما في معناه من الغيبة البعيدة ونحوها ويمكن تأويل قول الشعبي على هذا فيزول هذا الخلاف

ولنا على اشتراط تعذر شاهد الأصل أنه إذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدي الأصل يستغني عن البحث عن عدالة شاهدي الفرع وكان أحوط للشهادة فإن سماعه منهما معلوم وصدق شاهدي الفرع عليهما مظنون والعمل باليمين مع إمكانه أولى من اتباع الظن ولأن شهادة الأصل تثبت نفس الحق وهذا إنما تثبت الشهادة عليه ولأن في شهادة الفرع ضعفا لأنه يتطرق إليها احتمالان : احتمال غلط شاهدي الفرع فيكون ذلك وهنا فيها ولذلك لم ينتهض لإثبات الحدود والقصاص فينبغي أن لا تثبت إلا عند عدم شهادة الأصل كسائر الأبدال ولا يصح قياسها على أخبار الديانات لأنه خفف فيها وكذلك لا يعتبر فيها العدد ولا الذكورية ولا الحرية ولا اللفظ والحاجة داعية إليها في حق عموم الناس بخلاف مسألتنا

ولنا على قبولها عند تعذرها بغير الموت أنه قد تعذرت شهادة الأصل فتقبل شهادة الفرع كما لو مات شاهد الأصل وبخالف الحاضرين فإن سماع شهادتهما ممكن فلم يجز غير ذلك إذا ثبت هذا فذكر القاضي أن الغيبة المشروطة لسماع شهادة الفرع أن يكون شاهد الأصل بموضع لا يمكن أن يشهد ثم يرجع من يومه وهذا قول أبو يوسف و أبو حامد من أصحاب الشافعي لأن الشاهد تشق عليه المطالبة بمثل هذا السفر وقد قال تعالى : { ولا يضار كاتب ولا شهيد } وإذا لم يكلف الحضور تعذر سماع شهادته فاحتج إلى سماع شهادة

الفرع وقال أبو الخطاب : تعتبر مسافة القصر وهو قول أبي حنيفة وأبي الطيب الطبري مع اختلافهم في مسافة القصر كل على أصله لأن ما دون ذلك في حكم الحاضر في الترخيص وغيره بخلاف مسافة القصر ويعتبر دوام هذا الشرط إلى الحكم وسنذكره إن شاء الله تعالى

مسألة : ولا يجوز لشاهد الفرع أن يشهد حتى يسترعيه شاهد الأصل فيقول : أشهد على شهادتي أنني أشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه أقر عندي أو أشهدني على نفسي طوعا بكذا أو شهدت عليه أو أقر عندي بكذا وإن سمعه يقول : أشهد على فلان بكذا لم يجز أن يشهد إلا أن يسمعه يشهد عند الحاكم أو يشهد بحق يعزبه إلى سبب من بيع أو إجارة أو قرض فهل يشهد به ؟ على وجهين

يشترط لجواز شهادة الفرع أن يسترعيه على ما ذكرنا فإن سمع شاهدا يسترعي آخر شهادة يشهد عليها جاز لهذا السامع أن يشهد بها لحصول الاسترعاء ويحتمل أن لا يجوز له أن يشهد إلا أن يسترعيه بعينه وهو قول أبي حنيفة قال أحمد : لا تكون شهادة إلا أن يكون يشهدك فأما إن سمعه يتحدث فإنما ذلك حديث وبما ذكرناه قال الشافعي وأصحاب الرأي و أبو عبيد فأما إن سمع شاهدا يشهد عند الحاكم بحق أو سمعه يشهد بحق يعزبه إلى سبب نحو أن يقول : أشهد أن لفلان على فلان ألفا من ثمن مبيع فهل يشهد به ؟ فيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب وذكر القاضي أن له الشهادة وهو مذهب الشافعي لأنه بالشهادة عند الحاكم ونسبة الحق إلى سببه يزول الاحتمال ويرتفع الاشكال فتجوز له الشهادة على شهادته كما لو استرعاه والرواية الأخرى لا تجوز له أن يشهد على شهادته وهو قول أبي حنيفة وأبي عبيد لأن الشهادة فيها مع النيابة فلا ينوب عنه إلا بإذنه ومن نصر الأول قال : أشهد أنني أشهد على فلان بكذا فالأشبه أنه يجوز أن يشهد على شهادته وهو قول أبي يوسف لأن معنى ذلك أشهد على شهادتي أنني أشهد لأنه إذا قال : أشهد فقد أمره بالشهادة ولم يسترعه وما عدا هذه المواضع لا يجوز أن يشهد فيها على الشهادة فإذا سمعه يقول : أشهد أن لفلان على فلان ألف درهم لم يجز أن يشهد على شهادته لأنه لم يسترعه الشهادة فيحتمل أن يكون وعده بها وقد يوصف الوعد بالوجوب مجازا [فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : العدة دين] ويحتمل أن يريد بالشهادة العلم فلم يجز لسامعه الشهادة به فإن قيل : فلو سمع رجلا يقول لفلان على فلان ألف درهم جاز أن يشهد بذلك فكذا هذا قلنا : الفرق بينهما من وجهين : أحدهما أن الشهادة تحتمل العلم ولا يحتمل الإقرار ذلك الثاني : أن الإقرار أوسع في لزومه من الشهادة بدليل صحته في المجهول وأنه لا يراعى فيه العدد بخلاف الشهادة ولأن الإقرار قول الإنسان على نفسه وهو غير متهم عليها فيكون أقوى منها ولهذا لا تسمع الشهادة في حق المقر ولا يحكم بها ولو قال شاهد الأصل أنا أشهد أن لفلان على فلان ألفا فاشهد به أنت عليه لم يجز أن يشهد على شهادته لأنه ما استرعاه شهادته فيشهد عليها ولا هو شاهد بالحق لأنه ما سمع الاعتراف به ممن هو عليه ولا شاهد سببه

فصل : فأما كيفية الأداء إذا كان قد استرعاه الشهادة فإنه يقول : أشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه وعدالته أشهدني أنه أشهد أن لفلان بن فلان كذا أو أن فلانا أقر عندي بكذا وإن لم يعرف عدالته لم يذكرها وإن سمعه يشهد غيره قال : أشهد أن فلان بن فلان أشهد على شهادته أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا وإن كان سمعه عند الحاكم قال : أشهد أن فلان بن فلان شهد على فلان بن فلان عند الحاكم بكذا وإن كان نسب الحق إلى سببه قال : أشهد أن فلان بن فلان قال : أشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا من جهة كذا وكذا وإذا أراد الحاكم أن يكتب ذلك كتبه على ما ذكرنا

فصل : ويشترط أن يعينا شاهدي الأصل على ما ذكرنا وبسماهما وقال ابن جرير : إذا قالا : ذكرين حرين عدلين جاز وإن لم يسميا لأن الغرض معرفة الصفات دون العين وليس بصحيح لجواز أن يكونا عدلين عندهما وهما مجروحان عند غيرهما ولأن المشهود عليه ربما أمكنه جرح الشهود فإن لم يعرف أعيانهما تعذر عليه ذلك

[جزء 12 - صفحة 109]

مسألة : وثبت شهادة شاهدي الأصل بشهادة شاهدين يشهدان عليهما سواء شهدوا على كل واحد منهما أو شهد على كل واحد منهما شاهد من شهود الفرع وقال أبو عبد الله بن بطة : لا يثبت حتى يشهد أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع

مسألة : وثبت شهادة شاهدي الأصل بشهادة شاهدين يشهدان عليهما سواء شهدوا على كل واحد منهما أو شهد على كل واحد منهما شاهد من شهود الفرع وقال أبو عبد الله بن بطة : لا يثبت حتى يشهد أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع

وجملة ذلك أنه لا يجوز أن يشهد على كل واحد من شاهدي الأصل شاهد فرع فيشهد شاهدا فرع على شاهدي أصل قال القاضي : لا يختلف كلام أحمد عن هذا وهو قول

شريح و الشعبي و الحسن و ابن شبرمة و ابن أبي ليلى و الثوري و اسحاق و البتي و العنبري وقال اسحاق : لم يزل أهل العلم على هذا حتى جاء هؤلاء قال أحمد : وشاهد على شاهد يجوز لم يزل الناس على ذا شريح فمن دونه إلا

أن أبا حنيفة أنكره وذهب أبو عبد الله بن بطة إلى أنه لا يقبل على كل شاهد أصل إلا شاهدا فرع وهذا قول أبي حنيفة و مالك و الشافعي لأن شاهدي الفرع يثبتان شهادة شاهدي الأصل فلا يثبت شهادة كل واحد منهما بأقل من شاهدين كما لا يثبت إقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما واحد

ولنا أن هذا يثبت بشاهدين وقد شهد اثنان بما يثبتته فيثبتكما لو شهدا بنفس الحق ولأن شاهدي الفرع بدل من شاهدي الأصل فيكفي في عددها ما يكفي في شهادة الأصل ولأن هذا إجماع على ما ذكره أحمد و إسحاق ولأن شاهدي الفرع لا ينقلان عن شاهدي الأصل حقا عليهما فوجب أن يقبل فيه قول واحد كإخبار الديانات فإنهما لا ينقلان الشهادة وليست حقا عليهما ولهذا لو أنكرهما لم يعد الحاكم عليهما ولم يبطلها منهما وهذا الجواب عما ذكره إذا ثبت هذا فمن اعتبر لكل شاهد أصل شاهدي فرع أجاز أن يشهد شاهدان على كل واحد من شاهدي الأصل وبه قال مالك وأصحاب الرأي قال الشافعي : رأيت كثيرا من الحكام والمفتين يجيزه وخرجه على قولين : أحدهما : جوازه والآخر : لا يجوز حتى يكون شهود الفرع أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع واختاره المزني لأن من يثبت به أحد طرفي الشهادة لا يثبت به الطرف الآخر كما لو شهد أصلا ثم يشهد مع آخر على شهادة شاهد الأصل الآخر ولنا أنهما شهدا على قولين فوجب أن يقبل كما لو شهدا بإقرار اثنين أو بإقرارين بحقين وإنما لا يجوز أن يشهد شاهد الأصل فرعا لأنه يؤدي أن يكون بدلا أصلا بشهادة بحق وذلك لا يجوز ولأنهم يثبتون بشهادتهم شهادة الأصل وليست شهادة أحدهما طرفا لشهادة الآخر فعلى قول الشافعي إن يثبت الحق بشهادة رجل وامرأتين وجب أن يكون شهود الفرع ستة وإن كان ثبت بأربع نسوة وجب أن يكون شهود الفرع ثمانية وإن كان المشهود به زنا خرج فيه خمسة أقوال : أحدها : لا مدخل لشهادة الفرع في إثباته والثاني : يجوز ويجب أن يكون شهود الفرع ستة عشر فيشهد على كل واحد من شهود الأصل أربعة : الثالث : يكفي ثمانية والرابع : يكون أربعة يشهدون على كل واحد والخامس : يكفي شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الأصل وهذا إثبات لحد الزن بشاهدين وهو بعيد

فصل : فإن شهد بالحق شاهد أصل و شاهدا فرع يشهدان على شاهد أصل آخر جاز وإن شهد شاهد أصل وشاهد فرع خرج فيه ما ذكرنا من الخلاف من قبل فصل : وإن شهد شاهد أصل ثم شهد هو وآخر فرعا على شاهد أصل آخر لم تفد شهادته الفرعية شيئا وكان حكم ذلك حكم ما لو شهد على شهادته شاهد واحد

[جزء 12 - صفحة 111]

مسألة : ولا مدخل للنساء في شهادة الفرع
مسألة : ولا مدخل للنساء في شهادة الفرع
عن أحمد أن الذكورية شرط فلا يقبل في شهود الفرع نساء بحال سواء كان الحق مما يقبل شهادة النساء أولا وهذا قول الشافعي و مالك و الثوري لأنهم يثبتون بشهادتهم شهود الأصل دون الحق و ليس ذلك بمال و لا المقصود منه المال و يطلع عليه الرجل فأشبهه القصاص و الحد و الثانية : لهن مدخل فيما

كان المشهود به يثبت بشهادتهن في الأصل قال حرب : قيل لأحمد : فشهادة امرأتين على شهادة امرأتين تجوز ؟ قال : نعم يعني إذا كان معهما رجل وذكر الأوزاعي قال : سمعت نمير بن أوس يجيز شهادة المرأة على شهادة المرأة ووجهه أن المقصود بشهادتهن إثبات الحق الذي شهد به شهود الأصل فيدخل النساء فيه فيجوز أن يشهد رجلان على رجل وامرأتين و ذكر أبو الخطاب رواية أخرى أن النساء ليس لهن مدخل في الشهادة على الشهادة لأن فيها ضعفا لما ذكرنا من قبل فلا مدخل لهن فيها لأنها تزداد بشهادتهن ضعفا فاعتبرت تقويتها باعتبار الذكورية فيها فعلى هذه الرواية لا يكن أصولا و لا فروعا و لنا أن شهود الفرع أن كانوا يثبتون شهادة الأصول فهي تثبت بشهادتهم وإن كانوا يثبتون نفس الحق فهو يثبت بشهادتهم ولأن النساء يشهدن بالمال أو ما يقصد به المال فيثبت بشهادتهن كما لو أدينها عند الحاكم و ما ذكر للرواية الأخرى لا أصل له

[جزء 12 - صفحة 112]

مسألة : قال القاضي : لا تجوز شهادة رجلين على شهادة رجل وامرأتين نص عليه أحمد وقال أبو الخطاب : هذه الرواية سهو من ناقلها
مسألة : قال القاضي : لا تجوز شهادة رجلين على شهادة رجل وامرأتين نص عليه أحمد وقال أبو الخطاب : هذه الرواية سهو من ناقلها

مسألة : ولا يجوز للحاكم أن يحكم بشهادة شاهدين الفرع حتى تثبت عنده عدالتهما وعدالة شاهدي الأصل
مسألة : ولا يجوز للحاكم أن يحكم بشهادة شاهدين الفرع حتى تثبت عنده عدالتهما وعدالة شاهدي الأصل
وذلك لأن الحكم ينبني على الشاهدين جميعا فاعتبرت الشروط في كل واحد منهما ولا نعلم في هذا خلافا فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع فشهدا بعدالتهما على شهادتهما جاز بغير خلاف نعلمه وإن لم يشهدا بعدالتهما جاز ويتولى الحاكم ذلك فإذا علم عدالتهما حكم وإن لم يعرفهما وهذا مذهب الشافعي وقال الثوري و أبو يوسف : إن لم يعدل شاهد الفرع شاهدي الأصل لم يسمع الحاكم شهادتهما لأن ترك تعديله يرتاب به الحاكم ولا يصح ذلك لأنه يجوز أن لا يعرف ذلك فيرجع فيه إلى بحث الحاكم ويجوز أن يعرفا عدالتهما ويتركانها اكتفاء بما يثبت عند الحاكم من عدالتهما

مسألة : وإن شهدوا عنده فلم يحكم حتى حضر شهود الأصل وقف الحكم على سماع شهادتهم لأنه قدر على الأصل قبل العمل بالبذل فأشبهه المتيمم إذا قدر على الماء فلا تصح صلاته حتى يتوضأ

مسألة : وإن شهدوا عنده فلم يحكم حتى حضر شهود الأصل وقف الحكم على سماع شهادتهم لأنه قدر على الأصل قبل العمل بالبذل فأشبهه المتيمم إذا قدر على الماء فلا تصح صلاته حتى يتوضأ

مسألة : وإن حدث منهم ما يمنع قبول شهادتهم لم يجز الحكم

مسألة : وإن حدث منهم ما يمنع قبول شهادتهم لم يجز الحكم لا بد من اشتراط اسم العدالة في الجميع إلى استمرار الحكم لما ذكرنا في شاهد الأصل قبل هذا فعلى هذا إن رجعوا قبل الحكم لم يحكم بها لأن الحكم ينبني عليها فأشبهه ما لو فسق شهود الفرع أو رجعوا

مسألة : فإن حكم بشهادتهما ثم رجع شهود الفرع لزمهم الضمان لأن الإتلاف كان بشهادتهم فلزمهم الضمان كما لو أتلفوا بأيديهم

مسألة : فإن حكم بشهادتهما ثم رجع شهود الفرع لزمهم الضمان لأن الإتلاف كان بشهادتهم فلزمهم الضمان كما لو أتلفوا بأيديهم

مسألة : فإن رجع شهود الأصل لم يضمنوا

مسألة : فإن رجع شهود الأصل لم يضمنوا لأن الإتلاف كان بشهادة غيرهم فلا يلزمهم ضمان كالمسبب مع المباشر ولأنهم لم يلجئوا الحاكم إلى الحكم ويحتمل أن يضمنوا لأن الحكم يضاف إليهم بدليل أنه تعتبر عدالتهم فالزمهم الضمان لو حكم ما بشهادتهم ثم رجعوا ولأنهم سبب في الحكم فيضمنون كالمزكين

فصل : فإن مات شهود الأصل أو الفرع لم يمنع الحكم وكذلك لو مات شهود الأصل قبل أداء الفروع الشهادة لم يمنع من أدائها والحكم بها لأن موتهم من شرط سماع شهادة الفروع والحكم فلا يجوز جعله مانعا وكذلك إن جنوا لأن جنونهم بمنزلة موتهم

فصل : قال الشيخ رحمه الله : ومتى رجع شهود المال بعد الحكم لزمهم الضمان ولم ينقض الحكم سواء كان المال قائما أو تالفا

وسواء كان قبل القبض أو بعده أما الرجوع به على المحكوم له فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً أنه لا يرجع به عليه ولا ينقض الحكم في قول أهل الفتيا من علماء الأمصار وحكي عن سعيد بن المسيب والأوزاعي أنهما قالا : ينقض الحكم وإن استوفى الحق ثبت بشهادتهما فإذا رجعا زال ما يثبت به الحكم كما لو تبين أنهما كانا كافرين

ولنا أن حق المشهود له وجب له فلا يسقط بقولهما كما لو ادعياه لأنفسهما يحقق هذا أن حق الإنسان لا يزول إلا بنية أو إقرار ورجوعهما ليس بشهادة ولهذا لا يفتقر إلى لفظ الشهادة ولا هو إقرار من صاحب الحق وفارق ما إذا تبين أنهما كانا كافرين لأننا تبينا أنه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العدول وفي مسألتنا لم يتبين ذلك بجواز أن يكونا عدلين صادقين في شهادتهما وإنما كذبا في رجوعهما ويفارق العقوبات حيث لا تستوفى لأنها تدرأ بالشبهات وأما الرجوع على الشاهدين به فهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأصحاب الرأي وقول الشافعي القديم وقال في الجديد لا يرجع بشيء إلا أن يشهدا بعقوب عبد فيضمننا قيمته لأنه لم يوجد منهما إتلاف للمال ولا يد عادية عليه فلا يضمننا كما لو وردت شهادتهما

ولنا أنهما أقررا إنما أخرج ماله من يده بغير حق وحالا بينه وبينه فلزمهما الضمان كما لو شهدا بعقوبته ولأنهما أزالا يد السيد عن عبده بشهادتهما المرجوع عنها فأشبهه ما لو شهدا بحريته ولأنهما تسببا إلى إتلاف حقه بشهادتهما بالزور عليه فلزمهما الضمان كشاهدي القصاص يحقق هذا أنه إذا لزمهما القصاص الذي يدرأ بالشبهات فوجوب المال أولى وقوله أنهما ما أتلفا المال يبطل بما إذا شهدا بعقوبته فإن الرق في الحقيقة لا يزول بشهادة الزور وإنما حالا بين سيده وبينه وفي موضوع إتلاف المال فهما تسببا إلى تلفه فلزمهما ضمان ما تلف بسببهما كشاهدي القصاص وشهود الزنا وحافر البئر وناصب السكين

[جزء 12 - صفحة 116]

مسألة : وإن رجع شهود العتق غرموا القيمة

مسألة : وإن رجع شهود العتق غرموا القيمة

كالحكم في الشهادة بالمال على ما ذكرنا من الخلاف لأنهما من جملة المال وإن شهدا بالحرية ثم رجعا عن الشهادة لزمهما غرامة قيمتهما لسيدهما بغير خلاف بينهم فيه فإن المخالف في التي قبلها وهو الشافعي وقد وافق ههنا وهو حجة عليه فيما خالف فيه وبغرموا القيمة لأن العبيد من المتقومات

مسألة : وإن رجع شهود الطلاق قبل الدخول غرموا نصف المسمى وإن كان بعده لم يغرموا شيئا

مسألة : وإن رجع شهود الطلاق قبل الدخول غرموا نصف المسمى وإن كان بعده لم يغرموا شيئاً
إذا شهدا بطلاق امرأة تبين به فحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة وكان قبل الدخول فالواجب عليهما نصف المسمى
وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليهِ : يجب مهر المثل لأنهما تلتفا عليه البضع فلزمهما عوضه وهو مهر المثل وفي القول الآخر يلزمهما نصف مهر المثل لأنه إنما يملك نصف البضع بدليل أنه إنما يجب عليه نصف المهر ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرجه من ملكه بردتها وإسلامها أو قتلها نفسها فإنها لا تضمن شيئاً ولو فسخت نكاحها قبل الدخول برضاع من يفسخ به نكاحها لم يغرم شيئاً وإنما يجب نصف المسمى لأنهما ألزماه للزوج بشهادتهما وقرراه عليه كما يرجع به على فسخ نكاحه برضاع أو غيره وقوله إنه ملك نصف البضع غير صحيح فإن البضع لا يجوز تملكه نصفه ولأن العقد ورد على جميعه والصداق واجب جميعه ولهذا تملكه المرأة إذا قبضته ونماؤه لها وتملك طلبه إذا لم تقبضه وإنما يسقط نصفه بالطلاق وأما أن يكون الحكم بالفرقة بعد الدخول فليس عليهما ضمان وبه قال أبو حنيفة وعن أحمد رواية أخرى عليهما ضمان المسمى في الصداق لأنهما فوتا عليه نكاحاً وجب عليه به عوض فكان عليهما ضمان ما وجب به كما قبل الدخول وقال الشافعي يلزمهما له مهر المثل لأنهما ألتفا البضع وقد سبق الكلام معه في هذا ولا يصح القياس على ما قبل الدخول لأنهما قررا عليه نصف المسمى وكان بعرض السقوط وههنا قد تقرر المهر كله بالدخول فلم يقررا عليه شيئاً ولم يخرجوا من ملكه متقوماً فأشبه ما لو أخرجاه من ملكه بقتلها أو أخرجه هي بردتها

[جزء 12 - صفحة 117]

مسألة : وإن رجع شهود القصاص أو الحد قبل الاستيفاء لم يستوف وإن كان بعده وقالوا أخطأنا فعليهم دية ما تلف و يقسط الغرم على عددهم فإن رجع أحدهم غرم بقسطه
مسألة : وإن رجع شهود القصاص أو الحد قبل الاستيفاء لم يستوف وإن كان بعده وقالوا أخطأنا فعليهم دية ما تلف و يقسط الغرم على عددهم فإن رجع أحدهم غرم بقسطه
وجملة ذلك أن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد أدائها لم تخل من ثلاثة أحوال أحدها : أن يرجعوا قبل الحكم بها فلا يجوز الحكم بها في قول عامة أهل العلم وحكي عن أبي ثور أنه شذ عن أهل العلم فقال يحكم بها لأن الشهادة قد أديت فلا تبطل برجوع من شهد بها كما لو رجعا بعد الحكم وهذا فاسد لأن الشهادة شرط الحكم فإذا زالت قبله لم يجز كما لو فسقا ولأن رجوعهما يظهر به كذبهما فلم يجز به الحكم كما لو شهد بقتل رجل ثم علمت حياته ولأنه زال

ظنه في أن ما شهد به حقي فلم يجز به الحكم كما لو تغير اجتهاده وفارق ما بعد الحكم فإنه تم بشرطه ولأن الشك لا يزيل ما حكم به كما لو تغير اجتهاده الحال الثاني : أن يرجع بعد الحكم وقبل الاستيفاء فإن كان المحكوم به عقوبة كالحق والقصاص لم يجز استيفاؤه لأن الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعهما من أعظم الشبهات ولأن المحكوم به عقوبة لم يبق ظن استحقاقها ولا سبيل إلى خبرها فلم يجز استيفاؤها كما لو رجعا قبل الحكم وإن كان المحكوم به مالا استوفى ولم ينقض الحكم وقد ذكرناه وفارق المال القصاص والحد فإنه يمكن جبره بإلزام الشاهد عوضه والحد والقصاص لا يجبر بإيجاب مثله على الشاهدين لأن ذلك ليس بجبر ولا يحصل لم وجب له منه عوض وإنما شرع للزجر والتشفي والانتقام لا للجبر فإن قيل : فلم قلت أنه إذا حكم بالقصاص ثم فسق الشاهد استوفى في أحد الوجهين ؟ قلنا الرجوع أعظم في الشبهة من طريان الفسق لأنهما يقران أن شهادتهما زور وأنهما كانا فاسقين حين شهدا وحين حكم الحاكم بشهادتهما وهذا الذي طرأ فسقه لا يتحقق كون شهادته كذبا ولا أنه كان فاسقا حين أدى الشهادة ولا حين الحكم بها ولهذا لو فسق بعد الاستيفاء لم يلزمه شيء والراجعان تلزمهما غرامة ما شهدا به فاقتربا الحال الثالث : أن يرجع بعد الاستيفاء فإنه لا يبطل الحكم ولا يلزم المشهود له شيء سواء كان المشهود به مالا أو عقوبة لأن الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به ووصول الحق إلى مستحقه ويرجع به على الشاهدين فإن كان المشهود إتلافا في مثله القصاص كالقتل والجرح وقالوا : عمدنا الشهادة عليه بالزور ليقتل أن يقطع فعليهما القصاص وبه قال ابن أبي ليلى و الأوزاعي و الشافعي و أبو عبيد وقال أصحاب الرأي : لا قود عليهما لأنهما لم يباشرا الاتلاف فأشبهها حافر البئر إذا اتلف به شيء

ولنا أن عليا رضي الله عنه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقطعه ثم عادا فقالا : أخطأنا ليس هذا السارق فقال علي : لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما ولا مخالف له في الصحابة ولأنهما تسببا إلى قتله وقطعه بما يفضي إليه غالبا فلزمهما القصاص كالمكره وفارق الحفر فإنه لا يفضي إلى القتل غالبا وقد ذكرنا هذه المسألة في الجنايات فإن قالوا : عمدن الشهادة عليه ولم نعلم أنه يقتل بهذا وكان ممن يجوز أن يجهل ذلك وجبت الدية في أموالهما مغلظة لأنه شبه عمد ولم تحمله العاقلة لأنه ثبت باعترافهما وإن قال أحدهما عمدت قتله وقال الآخر : أخطأت فعلى العامد نصف الدية مغلظة وعلى الآخر نصفها مخففة ولا قصاص في الصحيح من المذهب وإن قال كل واحد منهما إنما اعترف بعمد شارك فيه مخطئا وهو لا يوجب القصاص والإنسان إنما يؤخذ بإقراره لا بإقرار غيره فعلى هذا تجب عليهما دية مغلظة وإن قال أحدهما : عمدنا جميعا وقال الآخر : عمدت وأخطأ صاحبي فعلى الأول القصاص وفي الثاني وجهان كالتي قبلها وإن قالوا : أخطأنا فعليهما الدية مخففة في أموالهما لأن العاقلة لا تحمل الاعتراف وإن قال أحدهما : عمدنا معا وقال الآخر : أخطأنا معا فعلى الأول القصاص وعلى الثاني نصف الدية مخففة لأن كل واحد منهما يؤخذ بإقراره وإن قال كل واحد منهما : عمدت ولا أدري ما فعل صاحبي فعليهما القصاص لإقرار كل واحد منهما بالعمد ويحتمل أن لا يجب عليهما

القصاص لأن إقرار كل واحد منهما لو انفرد لم يجب عليه قصاص وإنما يؤخذ الإنسان بإقراره لا بإقرار صاحبه وإن قال أحدهما : عمدت ولا أدري ما قصد صاحبي سئل صاحبه فإن قال مثل قوله فهي كالتي قبلها وإن قال : عمدنا معا فعليه القصاص وفي الأول وجهان وإن قال : أخطأت أو أخطأنا فلا قصاص على كل واحد منهما وإن جهل حال الآخر بجنون أو موت أو لم يقدر عليه فلا قصاص على المقر وعليه نصيبه من الدية المغلظة

فصل : وإن رجع أحد الشاهدين وحده فالحكم فيه كالحكم في رجوعهما في أن الحاكم لا يحكم بشهادتهما إذا كان رجوعه قبل الحكم ولا تستوفى العقوبة إذا رجع قبل استيفائها لأن الشرط يختل برجوعه كاختلاله برجوعهما وإن كان رجوعه بعد الاستيفاء لزم حكم إقراره وحده فإن أقر بما يوجب القصاص وجب عليه وإن أقر بما يوجب دية مغلظة وجب عليه قسطه منهما وإن أقر بالخطأ وجب عليه قسطه من الدية المخففة وإن كان الشهود أكثر من اثنين في الحقوق المالية أو القصاص ونحوه فيما يثبت بشاهدين أو أكثر من أربعة فرجع الزائد منهم قبل الحكم أو الاستيفاء لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفاء لأن ما بقي من البينة كاف في إثبات الحكم واستيفائه وإن رجع بعد الاستيفاء فعليه القصاص إن أقر بما يوجبه أو قسطه من الدية أو من المفوت بشهادتهم إن كان غير ذلك وفي ذلك اختلاف ذكرنا بعضه

فصل : وكل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع فإنه يوزع بينهم على عددهم قلو أو كثروا قال أحمد في رواية ابن منصور : إذا شهد بشهادة ثم رجع وقد أتلف مالا فإنه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة فإن كانوا اثنين فعليه النصف وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث وعلى هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر فإن رجع أحدهم وحده غرم بقسطه على ما ذكرنا وفيه اختلاف يذكر إن شاء الله تعالى فإذا شهد أربعة بالقتل فقتل المشهود عليه ثم رجع واحد فعليه الربع إن قال : أخطأنا وإن رجع اثنان فعليهما النصف

[جزء 12 - صفحة 121]

مسألة : فإذا شهد ستة بالزنا على محصن فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد فعليه القصاص أو سدس الدية وإن رجع اثنان فعليهما القصاص أو ثلث الدية

مسألة : فإذا شهد ستة بالزنا على محصن فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد فعليه القصاص أو سدس الدية وإن رجع اثنان فعليهما القصاص أو ثلث الدية

وبهذا قال أبو عبيد وقال أبو حنيفة : إن رجع واحد أو اثنان فلا شيء عليهما لأن بينة الزنا قائمة قدمه غير محقون وإن رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية وإن رجع أربعة فعليهم نصف الدية وإن رجع خمسة فعليهم ثلاثة أرباعها وإن رجع الستة فعلى كل واحد منهم سدسها ومنصوص الشافعي فيما إذا رجع اثنان كمنذهب أبي حنيفة واختلف أصحابه فيما إذا شهد بالقصاص ثلاثة فرجع أحدهم فقال أبو إسحاق لا قصاص عليه لأن بينة القصاص قائمة وهل يجب عليه ثلث الدية ؟

على وجهين : قال ابن الحداد : القصاص وفرق بينه وبين الراجع من شهود الزنا إذا كان زائدا بأن دم المشهود عليه بالزنا غير محقون وهذا دمه محقون وإنما أبيع دمه لولي القصاص وحده واختلفوا فيما إذا شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم على وجهين أحدهما : يضمن الثلث والثاني : لا شيء عليه
ولنا أن الإتلاف حصل بشهادتهم فالراجع يقر بالمشاركة فيه عمدا عدوانا كمن هو مثله في ذلك فلزمه القصاص كما لو أقر بمشاركتهم في مباشرة قتله ولأنه أحد من قتل المشهود عليه بشهادته فأشبه الثاني من شهود القصاص والرابع من شهود الزنا ولأنه أحد من حصل الإتلاف بشهادته فلزمه من الضمان بقسطه كما لو رجع الجميع وقولهم أن دمه غير محقون غير صحيح فإن الكلام فيما إذا قتل لم يبقى له دم يوصف بحقن ولا عدمه وقيام الشهادة لا يمنع وجوب القصاص كما لو شهدت لرجل باستحقاق القصاص فاستوفاه ثم أقر أنه قتله ظلما وأن الشهود شهود زور والتفريق بين القصاص والرجم يكون دم القاتل غير محقون لا يصح لأنه غير محقون بالنسبة إلى من قتله ولأن كل واحد مؤاخذ بإقراره ولا يعتبر قول شريكه ولهذا لو أقر أحد الشريكين بعمدها وقال الآخر : أخطانا وجب القصاص على المقر بالعمد

[جزء 12 - صفحة 123]

مسألة : وإن شهد أربعة بالزنا وإثتان بالإحصان ثم رجع الجميع لزمتهم الدية أسداسا في أحد الوجهين وفي الأخرى على شهود الزنا النصف وعلى شهود الإحصان النصف فإن شهد أربعة بالزنا وشهد اثنان منهم بالإحصان صحت الشهادة فإن رجم ثم رجعوا عن الشهادة فعلى من شهد بالإحصان ثلثا الدية على الوجه الأول وعلى الوجه الثاني يلزمهم ثلاثة أرباعها
مسألة : وإن شهد أربعة بالزنا وإثتان بالإحصان ثم رجع الجميع لزمتهم الدية أسداسا في أحد الوجهين وفي الأخرى على شهود الزنا النصف وعلى شهود الإحصان النصف فإن شهد أربعة بالزنا وشهد اثنان منهم بالإحصان صحت الشهادة فإن رجم ثم رجعوا عن الشهادة فعلى من شهد بالإحصان ثلثا الدية على الوجه الأول وعلى الوجه الثاني يلزمهم ثلاثة أرباعها
وجملة ذلك أنه إذا شهد أربعة بالزنا وإثتان بالإحصان فرجم ثم رجعوا عن الشهادة فالضمان على جميعهم وقال أبو حنيفة : لا ضمان على شهود الإحصان لأنهم شهدوا بالشرط دون السبب الموجب للقتل وإنما يثبت ذلك بشهادة الزنا ولأصحاب الشافعي وجهان كالمذهبيين
ولنا أن قتله حصل بمجموع الشهادة فتجب الغرامة على الجميع كما لو شهدوا جميعا على الزنا وفي كيفية الضمان وجهان :
أحدهما : يوزع عليهم على عدد رؤوسهم كشهود الزنا لأن القتل حصل من جميعهم والثاني : على شهود الزنا النصف وعلى شهود الإحصان النصف لأنهما حزبان فلكل حزب نصف فإن شهد أربعة بالزنا وإثتان منهم بالإحصان ثم رجعوا

فعلى الأول على شاهدي الإحصان الثلثان وعلى الآخر الثلث لأن على شاهدي الإحصان الثلث لشهادتهما به والثلث بشهادتهما بالزنا وعلى الآخرين الثلث لشهادتهما بالزنا وحده وعلى الوجه الثاني على شهود الإحصان ثلاثة أرباع الدية لأن عليهما النصف لشهادتهما بالإحصان ونصف الباقي لشهادتهما بالزنا ويحتمل أن لا يجب على شاهدي الإحصان إلا النصف لأن كل واحد منهما جنى جنايتين وبنى كل واحد من الآخرين جناية واحدة فكانت الدية بينهم على عدد رؤوسهم لا على عدد جنائيتهم كما لو قتل اثنان واحدا جرحه أحدهما جرحا والآخر اثنين

فصل : وإذا حكم الحاكم في المال برجل وامرأتين ثم رجعا عن الشهادة يوزع الضمان عليهم على الرجل نصفه وعلى كل امرأة ربعه وإن رجع أحدهم وحده فعليه من الضمان حصته وإن كان الشهود رجلا وعشر نسوة فرجعوا عن شهادتهم فعلى الرجل السدس وعلى كل امرأة نصف السدس وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي لأن كل امرأتين كرجل فالعشر كخمسة رجال ويحتمل أن يجب عليهن النصف وعلى الرجل النصف وبهذا قال أبو يوسف و محمد لأن الرجل نصف البينة بدليل أنه لو رجع وحده قبل الحكم كان كرجوعهن كلهن فيكون الرجل حزبا والنساء حزبا فإن رجع بعض النسوة وحده والرجل فعلى الراجع مثل ما عليه إذا رجع الجميع وعند أبي حنيفة وأصحابه متى رجع من النسوة معا زاد على اثنين فليس على الراجعات شيء وقد مضى الكلام معهم في هذا

فصل : وإذا شهد أربعة بأربعمائة فحكم الحاكم بها ثم رجع واحد عن مائة وآخر عن مائتين والثالث عن ثلاثمائة والرابع عن أربعمائة فعلى كل واحد منهم ما رجع عنه بقسطه فعلى الأول خمسة وعشرون وعلى الثاني خمسون وعلى الثالث خمسة وسبعون وعلى الرابع مائة لأن كل واحد منهم يقر بأنه فوت على المشهود عليه ربع ما رجع عنه ويقتضي مذهب أبي حنيفة أن لا يلزم الراجع عن الثلاثمائة والأربعمائة أكثر من خمسين خمسين لأن المائتين اللتين رجع عنهما قد بقي بهما شاهدان

[جزء 12 - صفحة 125]

مسألة : وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين ثم رجع الشاهد غرم المال كله ويتخرج أن يغرم النصف
مسألة : وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين ثم رجع الشاهد غرم المال كله ويتخرج أن يغرم النصف
المنصوص عن أحمد رحمه الله أنه يضمن المال كله في رواية جماعة ويتخرج أن يضمن النصف وبه قال مالك و الشافعي لأنه أحد حجتى الدعوى فكان عليه النصف كما لو كان شاهدين

ولنا أن الشاهد حجة الدعوى فكان الضمان عليه كالشاهدين يحققه أن اليمين قول الخصم وقول الخصم ليس بحجة على خصمه وإنما هو شرط الحكم فجرى مجرى مطالبته للحاكم بالحكم وبهذا ينفصل عما ذكره وإن سلمنا أنها حجة لكن إنما جعلها حجة شهادة الشاهد ولهذا لم يجز تقديمها على شهادته بخلاف شهادة الشاهد الآخر قال أبو الخطاب : ويتخرج أن لا يلزمه إلا النصف إذ قلنا برد اليمين على المدعي

فصل : وإذا شهد شاهدان أنه أعتق هذا العبد عن ضمان مائة درهم وقيمة العبد مائتان فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا رجع السيد على الشاهدين بمائة لأنها تمام القيمة وكذلك إن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول على مائة ونصف المسمى مائتان غرما للزوج مائة لأنهما فوتاها بشهادتهما المرجوع عنها وإن شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصداق ذكراه وشهد آخران بدخوله بها ثم رجعوا بعد الحكم عليه بصداقها فعلى شهود النكاح الضمان لأنهم ألزموه المسمى ويحتمل أن يكون عليهم النصف وعلى الآخرين النصف لأنهما قرراه وشاهدا النكاح أو جباه فيقسم بين الأربعة أرباعا وإن شهد مع هذا شاهدان بالطلاق لم يلزمهما شيء لأنهما لم يفوتا عليه شيئا يدعيه ولا أوجبا عليه ما لم يكن واجبا

[جزء 12 - صفحة 127]

مسألة : إن بان بعد الحكم أن الشاهدين كانا كافرين أو فاسقين نقض الحكم ويرجع بالمال أو ببذله على المحكوم له وإن كان المحكوم به إتلافا فالضمان على المزكين فإن لم يكن ثم تزكية فعلى الحاكم وعنه لا ينقض إذا كانا فاسقين مسألة : وإن بان بعد الحكم أن الشاهدين كانا كافرين أو فاسقين نقض الحكم ويرجع بالمال أو ببذله على المحكوم له وإن كان المحكوم به إتلافا فالضمان على المزكين فإن لم يكن ثم تزكية فعلى الحاكم وعنه لا ينقض إذا كانا فاسقين وجملة ذلك أن الحاكم إذا حكم بشهادة شاهدين ثم بانا فاسقين أو كافرين فإن الإمام ينقض حكمه ويرد المال إن كان قائما أو عوضه إن كان تالفا فإن تعذر ذلك لإعساره أو غيره فعلى الحاكم ثم يرجع على المشهود له وعن أحمد رواية أخرى لا ينقض حكمه إذا كانا فاسقين ويغرم الشهود المال وكذلك إذا شهد عنده عدلان أن الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ففيه روايتان واختلف أصحاب الشافعي فيه أيضا ولا خلاف بين الجميع أنه ينقض حكمه إذا كانا كافرين وينقض حكم غيره إذا ثبت عنده أنه حكم بشهادة كافرين فنقيس على ذلك إذا حكم بشهادة فاسقين فإن شهادة الفاسقين مجمع على ردها وقد نص الله تعالى على التبين فيها فقال سبحانه : { يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا } وأمر بإشهاد العدول فقال سبحانه : { وأشهدوا ذوي عدل منكم } وقال سبحانه : { ممن ترضون من الشهداء } فيجب نقض الحكم لفوات العدالة كما يجب نقضه لفوات الإسلام ولأن الفسق معنى لو ثبت عند

الحاكم قبل الحكم منعه فإذا شهد شاهدان أنه كان موجودا حال الحكم وجب
نقض الحكم كالكفر والرق في العقوبات إذا ثبت هذا فإن أبا حنيفة قال : لا
يسمع الحاكم الشهادة بفسق الشاهدين قبل الحكم ولا بعده ومتى جرح
المشهود عليه البينة لم تسمع بينته بالفسق لكن يسأل عن الشاهدين ولا يسمع
على الفسق شهادة لأن الفسق لا يتعلق به حق أحد فلا تسمع فيه الدعوى
والبينة

ولنا أنه معنا يتعلق به الحكم فسمعت فيه الدعوى والبينة كالتركية وقوله : لا
يتعلق به حق أحد ممنوع فإن المشهود عليه يتعلق حقه بفسقه في منع الحكم
عليه قبل الحكم ونقضه بعده وتبرئته من أخذ ماله أو عقوبته بغير حق فوجب
أن تسمع فيه الدعوى والبينة كما لو ادعى رق الشاهد ولم يدعه لنفسه ولأنه إذا
لم تسمع البينة بالفسق أدى إلى ظلم المشهود عليه فإن لم يسمع عليه
شهادتهم وحكم عليه بشهادة الفاسقين كان ظلما له فأما إن قامت البينة أنه
حكم بشهادة والدين أو ولدين أو عدوين فإن كان الحاكم الذي حكم بشهادتهما
ممن يرى الحكم به لم ينقض حكمه لأنه حكم باجتهاده فيما يسوم فيه الاجتهاد
فلم يخالف نصا ولا إجماعا فإن كان ممن لا يرى الحكم بشهادتهم نقضه لأن
الحاكم يعتقد بطلانه

فصل : فإن كان المحكوم به إتلافا كالقطع في السرقة والقتل ثم بان أنهما
كافران أو فاسقان أو عبدان أو أحدهما فلا ضمان على الشاهدين لأنهما
مقيمان على أنهما صادقان فيما شهدا به وإنما الشرع منع قبول شهادتهما
بخلاف الراجعين عن الشهادة فإنهما اعترفا بكذبهما فإن لم يكن ثم مزكون
فالضمان على الحاكم أو الإمام الذي تولى ذلك لأنه حكم بشهادة من لا يجوز له
الحكم بشهادته ولا قصاص عليه لأنه مخطيء وتجب الدية وفي محلها روايتان
إحداهما : في بيت المال والثانية : على العاقلة وقد ذكرنا ذلك فيما مضى و
للشافعي قولان كالروايتين فإن قلنا الدية على العاقلة لم تحمل إلا الثلث فما
زاد ولا تحمل الكفارة لأنها لا تحمل ذلك في محل الوفاق كذا ههنا وتكون
الكفارة في مال القاتل وإن قلنا في بيت المال فينبغي أن يكون فيه القليل
والكثير لأنه يكثر فيه خطاه فجعل الضمان عليه يحفف به وإن قل ولأن جعله
في بيت المال لعله أنه نائب عنهم وخطأ النائب على مستنبيه وسواء تولى
الحاكم الاستيفاء بنفسه أو أمر من يتولاه قال أصحابنا : وإن كان الولي
استوفاه كما لو استوفاه الحاكم لأن الحاكم سلطه على ذلك ومكنه منه والولي
يدعي أنه حقه فإن قيل فإذا كان الولي استوفى حقه فينبغي أن يكون الضمان
عليه كما لو حكم له بمال فقبضه ثم بان فسق الشهود فكان الضمان على
المستوفي دون الحاكم كذا ههنا قلنا : ثم حصل في يد المستوفي ما للمحكوم
عليه بغير حق فوجب عليه رده أو ضمانه إن تلف وههنا لم يحصل في يده شيء
وإنما أتلف شيئا بخطأ الإمام وتسليطه عليه فافترقا
فإن كان ثم مزكون مثل أن يشهد بالزنا أربعة فيزكيهم اثنان فرجم المشهود
عليه ثم بان الشهود فسقة أو عبيدا أو بعضهم فلا ضمان على الشهود لأنهم
يزعمون أنهم محقون ولم يعلم كذبهم يقينا والضمان على المزكين وبهذا قال
أبو حنيفة والشافعي وقال القاضي الضمان على الحاكم لأنه حكم بقتله من

غير تحقيق شرطه ولا ضمان على المزكين لأنه شهادتهما شرط وليست الموجبة وقال أبو الخطاب في رؤوس المسائل : الضمان على الشهود بالزنا ولنا أن المزكين شهدوا بالزور شهادة أفضت إلى قتله فلزمهم الضمان كشهود الزنا إذا رجعوا ولا ضمان على الحاكم لأنه أمكن إحالة الحكم على الشهود فأشبهه ما إذا رجعوا عن الشهادة وقولهم إن شهادتهم شرط لا يصح لأن من أصلنا أن شهود الإحصان يلزمهم الضمان وإن لم يشهدوا بالسبب وقد نص عليه أحمد وقول أبي الخطاب لا يصح لأن شهود الزنا لم يرجعوا ولا علم كذبهم بخلاف المزكين فإنه تبين كذبهم وأنهم شهدوا بالزور فأما إن تبين فسق المزكين فالضمان على الحاكم لأن التفريط منه حيث قبل شهادة فاسق من غير تزكية ولا بحث فلزمه الضمان كما لو قبل شهادة شهود الزنا من غير تزكية ثم تبين كذبهم

فصل : ولو جلد إمام إنسانا بشهادة شهود ثم بان أنهم فسقة أو كفرة أو عبيد فعلى الإمام ضمان ما حصل بسبب الضرب

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه ولنا أنها جناية صدرت عن خطأ الإمام فكانت مضمونة عليه كما لو قطعه أو قتله

[جزء 12 - صفحة 131]

مسألة : وإن شهدوا عند الحاكم بحق ثم ماتوا حكم بشهادتهم إذا ثبتت عدالتهم
مسألة : وإن شهدوا عند الحاكم بحق ثم ماتوا حكم بشهادتهم إذا ثبتت عدالتهم
لأنهم أدوا الشهادة أشبه ما لو كانوا أحياء وكذلك إن جنوا لأن جنونهم بمنزلة موتهم

مسألة : وإذا علم الحاكم بشاهد الزور عزره وطاف به في المواضع التي يشتهر فيها فيقال أنا وجدنا هذا شاهد زور فاجتنبوه

مسألة : إذا علم الحاكم بشاهد الزور عزره وطاف به في المواضع التي يشتهر فيها فيقال أنا وجدنا هذا شاهد زور فاجتنبوه

شهادة الزور من أكبر الكبائر وقد نهى تعالى عنه في كتابه مع نهيه عن الأوثان فقال سبحانه : { فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور } [وروى أبو بكر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ قالوا : بلى يا رسول الله ! قال : الإشراف بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال : ألا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت [متفق عليه] وروى أبو حنيفة عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : شاهد الزور لا تزول قدماه حتى تجب له النار] فمتى ثبت عند الحاكم أن رجلا شهد بزور عمدا عزره وشهره في قول

أكثر أهل العلم وروى ذلك عن عمر رضي الله عنه وهو قول شريح و القاسم بن محمد و سالم بن عبد الله و الأوزاعي و ابن أبي ليلى و مالك و الشافعي وقال أبو حنيفة لا يعزر ولا يشهر ولأنه قول منكر وزور كالظهار وروى عنه الطحاوي أنه يشهر وأنكره المتأخرون

ولنا أنه قول محرم يضر به الناس فأوجب العقوبة على قائله كالسب والقذف ويخالف الظهار من وجهين : أحدهما : أنه يختص بضرره والثاني : أنه أوجب كفارة شاقة هي أشد من التعزير ولأنه قول عمر رضي الله عنه ولا نعلم له في الصحابة مخالفا إذا ثبت ذلك فإن عقوبته غير مقدره وإنما ذلك مفوض إلى رأي الحاكم إن رأى ذلك بالجلد فعل وإن رآه بحبس أو كشف رأسه وتوبيخه فعل ولا يزيد في جلده على عشر جلدات وقال الشافعي : لا يزيد على تسع وثلاثين وقال ابن أبي ليلى يجلد خمسا وسبعين سوتا وهذا أحد قولي أبي يوسف وقال الأوزاعي في شاهدي الطلاق : يجلدان مائة ويغرمان الصداق [ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : لا يجلد أحد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله] متفق عليه وقال القاسم و سالم : يخفق سبع خفقات فأما شهرته بين الناس فإنه يوقف في سوقه إن كان من أهل السوق أو في قبيلته إن كان من أهل القبائل أو في مسجده إن كان من أهل المساجد ويقول الموكل به : إن الحاكم يقر عليكم السلام ويقول : هذا شاهد زور فأعرفوه وهذا مذهب الشافعي وأتيا الوليد بن عبد الملك بشاهد زور فأمر بقطع لسانه وعنده القاسم و سالم فقالا : سبحان الله بحسبه أن يخفق سبع خفقات ويقام بعد العصر فيقال هذا أبو فييس فوجدناه شاهد زور ففعل ذلك به ولا يسخم وجهه ولا يركب ولا يكلف أن ينادي على نفسه وروى عن عمر رضي الله عنه أنه يجلد أربعين جلده ويسخم وجهه ويطال حبسه رواه الإمام أحمد وقال سوار يلبس ويدار به على حلق المسجد فيقول من رأني فلا يشهد بزور وروى عن عبد الملك بن يعلى قاضي البصرة أنه أمر بحلق بعض رؤوسهم وتسخيم وجوههم ويطاف بهم في السوق والذي شهدوا له معهم ولنا أن هذا مثله وقد [نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المثلى] وما روي عن عمر فقد روي عنه خلافه وأنه حبسه يوما وخلق سبيله وفي الجملة ليس في هذا تقدير شرعي فما فعل الحاكم مما رآه لم يخرج عن مخالفة نص أو معنى نص فله ذلك ولا يفعل به شيء من هذا حتى يتحقق أنه شاهد زور وتعمد ذلك أو يشهد على رجل بفعل في الشام ويعلم أن المشهود عليه في ذلك الوقت في العراق أو يشهد بقتل رجل وهو حي وأن هذا البهيمة في يد هذا منذ ثلاثة أعوام وسنها أقل من ذلك أو يشهد على رجل أنه فعل شيئا وقد مات قبل ذلك وأشباه هذا مما يعلم به كذبه ويعلم تعمده لذلك فأما تعارض البيتين أو ظهور فسقه أو غلظه في شهادته فلا يؤدب لأن الفسق لا يمنع الصدق والتعارض لا يمنع أنه كذب إحدى البيتين بعينها والغلط قد يعرض للصادق العدل ولا يتعمده فيعفى عنه قال الله تعالى : { ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم } فصل : ومتى علم أن الشاهدين شهدا بالزور تبين أن الحكم كان باطلا ولم ينقضه لأننا تبينا كذبهما وإن كان المحكوم به ما لا رد إلى صاحبه وإن كان إتلافا فعلى الشاهدين ضمانه لأنهما سبب إتلافه إلى أن يثبت ذلك بإقرارهما على

أنفسهما من غير موافقة المحكوم له فيكون ذلك رجوعاً منهما عن شهادتهما وقد مضى حكم ذلك
فصل : وإن تاب شاهد الزور ومضى على ذلك مدة تظهر فيها توبته وتبين صدقه فيها وعدالته قبلت شهادته وبه قال أبو حنيفة و الشافعي وقال مالك : لا تقبل شهادته أبداً لأن ذلك لا يؤمن منه ولنا أنه تائب من ذنبه وقبلت توبته كسائر التائبين وقوله لا يؤمن منه ذلك قلنا مجرد الاحتمال لا يمنع قبول الشهادة بدليل سائر التائبين فإنه لا يؤمن معاودة ذنوبهم وشهادتهم مقبولة

[جزء 12 - صفحة 134]

مسألة : ولا تقبل الشهادة إلا بلفظ الشهادة فإن قال أعلم أو أحق لم يحكم به مسألة : ولا تقبل الشهادة إلا بلفظ الشهادة فإن قال أعلم أو أحق لم يحكم به وجملة ذلك أن لفظ الشهادة معتبر في أدائها فيقول : أشهد أنه أقر بكذا ونحوه ولو قال أعلم أو أحق أو أتيقن أو أعرف لم يعتد به لأن الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة فلا بد من الإتيان بفعلها المشتق منها ولأن فيها معنى لا يحصل في غيرها من اللفظات بدليل أنها تستعمل في اللعان ولا يحصل ذلك من غيرها وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم في ذلك خلافاً
فصل : وإذا عين العدل شهادته بحضرة الحاكم فزاد بها أو نقص قبلت منه ما لم يحكم بشهادته ذكره الخرقى مثل أن يشهد بمائة ثم يقول بل هي مائة وخمسون أو بل هي تسعون فإنه يقبل منه رجوعه ويحكم بما شهد به أخيراً وبهذا قال أبو حنيفة و الثوري وقال الزهري لا تقبل شهادته الأولى ولا الأخيرة لأن كل واحد منهما ترد ولأن الأولى مرجوع عنها والثانية : غير موثوق بها لأنها من مقر بغلطة وخطاه في شهادته فلا يؤمن أن تكون في الغلط كالأولى وقال مالك : يؤخذ بأقل قوليه لأنه أدى الشهادة وهو غير متهم فلا يقبل رجوعه عنها كما لو اتصل بها الحكم
ولنا أن شهادته الآخرة شهادة من عدل غير متهم لم يرجع عنها فوجب الحكم بها كمالو لم يتقدمها ما يخالفها ولا تعارضها الأولى لأنها قد بطلت برجوعه عنها ولا يجوز الحكم بها لأنها شرط الحكم فوجب استمراره إلى انقضائه ويفارق رجوعه بعد الحكم لأن الحكم قد تم باستمرار شرطه فلا ينقض بعد تمامه

[جزء 12 - صفحة 136]

باب اليمين في الدعاوى
وهي مشروعة في حق المنكر في كل حق لآدمي

وجملة ذلك أن الحقوق على ضربين أحدهما : ما هو حق لآدمي والثاني : ما هو حق لله تعالى وحق الآدمي ينقسم قسمين :

أحدهما : ما هو مال أو المقصود منه المال كالبيع والقرض والصلح والغصب والجنابة الموجبة للمال فيستخلف فيه [لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه] متفق عليه ولحديث الحضرمي و الكندي

القسم الثاني : ما ليس بمال ولا المقصود منه المال وهو كل ما لا يثبت إلا بشاهدين كالقصاص وحد القذف والنكاح والطلاق والرجعة والعتق والنسب والاستيلاء والولاء والرق ففيه روايتان :

إحدهما : لا يستخلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين قال أحمد : ولم أسمع من مضى جوز الأيمان إلا في الأموال والعروض خاصة وهذا قول مالك ونحوه قول أبي حنيفة فإنه قال : لا يستخلف في النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والفيئة في الإيلاء ولا في الرق وما يتعلق به من الاستيلاء والولاء والنسب لأن هذه الأشياء لا يدخلها البذل وإنما تعرض اليمين فيما يدخلها البذل فإن المدعى عليه مخير بين أن يحلف أو يسلم ولأن هذه الأشياء لا تثبت إلا بشاهدين ذكرين فلا تعرض فيها اليمين كالحدود

والرواية الثانية : يستخلف في الطلاق والقصاص والقذف وقال الخرقي : إذا قال : ارتجعتك فقالت انقضت عدتي قبل رجعتك فالقول قولها مع يمينها وإذا اختلفا في مضي الأربعة الأشهر في الإيلاء فالقول قوله مع يمينه فيخرج في هذا أنه يستخلف في كل حق لآدمي وهذا قول الشافعي و أبي يوسف و محمد [لقول النبي صلى الله عليه وسلم : لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم] ولأن اليمين على المدعى عليه وهذا عام في مدعى وهو ظاهر في دعوى الدماء لذكرها في الدعوى مع عموم الأحاديث ولأنها دعوى صحيحة في حق آدمي فجاز أن يحلف عليه كدعوى المال وهذا أولى إن شاء الله تعالى وقال أبو بكر عبد العزيز تشرع اليمين في كل حق لآدمي إلا في النكاح والطلاق لأن هذا مما لا يحل بذله فلم يستخلف كحقوق الله سبحانه وإنما كان كذلك لأن الإيضاع مما يحتاط لها فلا تستباح بالنكاح لأن النكاح ليس بحجة قوية لأنه سكون مجرد يحتمل أن يكون للخوف من اليمين ويحتمل أن يكون للجهل بحقيقة الحال ويحتمل أن يكون لعلمه بصدق المدعي ومع هذه الاحتمالات لا ينبغي أن يقضي به فيما يحتاط له وقال أبو الخطاب : تشرع اليمين في كل حق لآدمي إلا في تسعة أشياء : النكاح والرجعة والطلاق والرق والاستيلاء والنسب والقذف والقصاص لأن البذل لا يدخل هذه الأشياء ثم يستخلف فيها كحقوق الله سبحانه وقال القاضي : في الطلاق والقصاص والقذف روايتان إحدهما : لا يستخلف فيها لذلك والثانية : يستخلف فيها لأنها دعوى صحيحة يستخلف فيها كدعوى المال وأما الستة الباقية فلا يستخلف فيها رواية واحدة لما سبق وقال الخرقي : لا يستخلف في القصاص ولا المرأة إذا أنكرت النكاح وتحلف إذا ادعت انقضاء عدتها لما سبق وإذا أقام العبد شاهداً بعته حلف مع شاهده وعتق وهي إحدى الروايتين عن أحمد وقد ذكرنا ذلك

مسألة : ولا يستحلف في حقوق الله سبحانه وهي نوعان : أحدهما الحدود فلا تشرع فيها يمين لا نعلم في هذا خلافا لأنه لو أقر ثم رجع عن إقراره قبل منه وخلي من غير يمين فلأن لا يستحلف مع عدم الإقرار أولى ولأنه يستحب ستره والتعريض للمقر به بالرجوع عن إقراره وللشهود ترك الشهادة والستر عليه [قال النبي صلى الله عليه وسلم لهزال في قصة ماعز : يا هزال لو سترته بثوبك لكان خيرا لك] فلا تشرع فيه يمين بحال

النوع الثاني : الحقوق المالية كدعوى الساعي الزكاة على رب المال وإن الحول قد تم وكمل النصاب فقال أحمد : القول قول رب المال بغير يمين ولا يستحلف الناس على صدقاتهم وقول الشافعي وأبي يوسف : يستحلف لأنها دعوى مسموعة يتعلق بها حق آدمي أشبهه حق الآدمي ووجه الأول أنه حق لله تعالى أشبه الحد ولأن ذلك عبادة فلا يستحلف عليها كالصلاة ولو ادعى عليه أن عليه كفارة يمين أو ظهار أو نذر أو صدقة أو غيرها فالقول قوله في نفي ذلك من غير يمين ولا تسمع الدعوى في هذا ولا في حد لله تعالى ولأنه لا حق للمدعي فيه ولا ولاية له عليه فلا تسمع منه دعواه كما لو ادعى حقا لغيره من غير إذنه ولا ولاية له عليه فإن تضمنت دعواه حقا له مثل أن يدعي بسرقة ماله لتضمن السارق أو يأخذ منه ما سرق أو يدعي عليه الزنا بجاريتته ليأخذ مهرها منه سمعت دعواه ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمي دون حق الله تعالى

[جزء 12 - صفحة 139]

مسألة : ويجوز الحكم في المال وما يقصد به المال بشاهد ويمين المدعي
مسألة : ويجوز الحكم في المال وما يقصد به المال بشاهد ويمين المدعي
روي ذلك عن الخلفاء الأربعة رضي الله عنهم وقد سبق ذكر ذلك ولا تقبل فيه شهادة امرأتين ويمين لأن شهادة النساء ناقصة وإنما أجزت بانضمام الذكر إليهن فلا يقبلن منفردات وإن كثرن ويحتمل أن يقبل لأن المرأتين في المال مقام رجل فيحلف معهما كما يحلف مع الرجل وهو مذهب مالك ويبطل ذلك بشهادة أربع نسوة فإنه لا يقبل إجماعا

[جزء 12 - صفحة 140]

مسألة : وهل يثبت العتق بشاهد ويمين ؟ على روايتين
مسألة : وهل يثبت العتق بشاهد ويمين ؟ على روايتين
إحدهما : يثبت وهو اختيار الخرقى وأبي بكر لأنه إزالة ملك فيقبل فيه شاهد ويمين كالبيع أو إتلاف مال فيقبل فيه شاهد ويمين كالإتلاف بالفعل

والرواية الثانية : لا تثبت الحربة إلا بشاهدين عدلين ذكرين لأنه ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال فاشبه الحدود والقصاص

مسألة : ولا يقبل في النكاح والرجعة وسائر ما لا يستحلف فيه كالطلاق والوصية شاهد ويمين
مسألة : ولا يقبل في النكاح والرجعة وسائر ما لا يستحلف فيه كالطلاق والوصية شاهد ويمين
لقول الله تعالى في الرجعة : { وأشهدوا ذوي عدل منكم } وقسنا عليه سائر ما ذكرنا لأنه ليس بمال ولا يقصد به المال أشبه العقوبات وفيه رواية أخرى يقبل فيه رجل وامرأتان أو يمين لأنه ليس بعقوبة ولا يسقط بالشبهة أشبه المال وقال القاضي : النكاح لا يثبت إلا بشاهدين والثاني يخرج فيه روايتان ذكرنا وجههما

[جزء 12 - صفحة 141]

مسألة : ومن حلف على فعل نفسه أو دعوى عليه في الإثبات حلف على البت
مسألة : ومن حلف على فعل نفسه أو دعوى عليه في الإثبات حلف على البت
معنى البت القطع أي يحلف بالله ما له علي شيء والایمان كلها على البت والقطع إلا على نفي فعل الغير فإنها على نفي العلم وبه قال أبو حنيفة و مالك و الشافعي وقال الشعبي و النخعي : كلها على العلم [وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد و ذكر حديث البستاني عن القاسم بن عبد الرحمن عن النبي صلى الله عليه وسلم : لا تضطروا الناس في أيمانهم أن يلحفوا على ما لا يعلمون] ولأنه لا يحلف على ما لا علم له به وقال ابن أبي ليلى : كلها على البت كما يحلف على فعل نفسه

[ولنا حديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم استحلف رجلا فقال : قل والله الذي لا إله إلا هو ما له عليك حق] [وروى الأشعث بن قيس أن رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في أرض من اليمن فقال الحضرمي : يا رسول الله إن أرضي اغتصبتها أبو هذا وهي في يده قال : هل لك بينة ؟ قال لا ولكن أحلفه : والله ما يعلم أنها أرضي اغتصبتها أبوه فتها الكندي لليمين [رواه أبو داود ولم ينكر ذلك النبي صلى الله عليه وسلم وما ذكروه لا يصح لأنه يمكنه الإحاطة بفعل نفسه ولا يمكنه ذلك في فعل غيره فافترقا في اليمين كم لو افترقا الشهادة فأنها تكون بالقطع فيما يمكن القطع فيه من العقود وعلى الظن فيما لا يمكن فيه القطع من الأملاك والأسباب وعلى نفي العلم فيما لا تمكن الإحاطة بانتفائه

كالشهادة علي أنه لا وارث له إلا فلان وفلان وحديث القاسم بن عبد الرحمن
محمول على اليمين على نفي فعل الغير
إذا ثبت هذا فإنه يحلف فيما عليه على البت نفيًا كان أو إثباتًا وأما ما يتعلق
بفعل غيره فإن كان إثباتًا مثل أن يدعي أنه اقترض أو باع ويقيم شاهداً بذلك
فإنه يحلف مع شاهده على البت والقطع وإن كان على نفي العلم مثل أن
يدعي عليه دين أو غصب أو جنابة فإنه يحلف على نفي العلم لا غير وإن حلف
عليه على البت كفاه وكان التقدير فيه العلم كما في الشاهد إذا شهد بعدد
الورثة وقال ليس له وارث غيرهم سمع ذلك وكان التقدير فيه علمه ولو ادعى
عليه أن عبده استدان أو جنى فأنكر ذلك فيمينه على نفي العلم لأنها يمين على
فعل الغير فاشبهت يمين الوارث على نفي الموروث
فصل : ذكر ابن أبي موسى أنه اختلف قوله فيمن باع سلعة فظهر المشتري
على عيب بها وأنكره البائع هل اليمين على البتات أو على علمه ؟ على روايتين
ولو ابق عند المشتري فادعى على البائع أنه ابق عنده فأنكر هل يلزمه أن
يحلف أنه لم يابق قط أو على نفي علمه ؟ على روايتين إلا أن يكون ولده
فيلزمه أن يحلف أنه لم يابق قط ووجه كون اليمين على نفي علمه أنها على
نفي فعل الغير فأشبهه ما لو ادعى عليه أن عبده جنى ووجه الأخرى أنه ادعى
عليه أنه باعه معيباً يستحق رده عليه فلزمته اليمين على البت كما لو كان إثباتاً

[جزء 12 - صفحة 142]

مسألة : ومن توجهت عليه يمين الجماعة فقال : أحلف يمينا واحدة فرضوا جاز
وإن أبوا حلف لكل واحد يمينا
مسألة : ومن توجهت عليه يمين الجماعة فقال : أحلف يمينا واحدة فرضوا جاز
وإن أبوا حلف لكل واحد يمينا
إذا كان الحق لجماعة فرضوا بيمين واحدة صح وسقطت دعواهم باليمين لأنها
حقهم ولأنه لما جاز ثبوت الحق بيينة واحدة لجماعة جاز سقوطه بيمين واحدة
قال القاضي : ويحتمل أن لا يصح حتى يحلف لك واحد يمينا وهو أحد الوجهين
لأصحاب الشافعي لأن اليمين حجة في حق الواحد فإذا رضي بها اثنان صارت
الحجة في حق كل واحد منهما ناقصة لا يعمل برضا الخصم كما لو رضي أن
يحكم عليه بشاهد واحد والصحيح الأول لأن الحق لهما فإذا رضي به جاز ولا
يلزم من رضاهما بيمين واحدة أن يكون لكل واحد بعض اليمين كما أن الحقوق
إذا قامت بها بيينة واحدة لا تكون لكل حق بعض البيينة فاما أن حلفه الحاكم
لجميعهم يمينا واحدة فخطأه أهل عصره
فصل : قال الشيخ رحمه الله واليمين المشروعة هي اليمين بالله تعالى اسمه
في قول عامة أهل العلم إلا أن مالكا أحب بالله الذي لا إله إلا هو وإن استحلف
حاكم بالله أجزاء

قال ابن المنذر وهذا أحب إلي لأن ابن عباس روي [أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استحلف رجلا فقال : قل والله الذي لا إله إلا هو ما له عندك شيء] رواه أبو داود [وفي حديث عمر حين حلف لأبي قال : والله الذي لا إله إلا هو إن النخل لنخلي وما لأبي فيها شيء] وقال الشافعي : إن كان المدعى قصاصا أو عتقا أو حدا أو مالا يبلغ نصابه غلظت اليمين فحلف بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية وقال في القسمات عالم خائنة الأعين وما تخفي الصدور وهذا اختبار أبي الخطاب وذكر القاضي أن هذا في إيمان القسمات خاصة وليس بشرط ولنا قول الله تعالى : { فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشتري به ثمنا ولو كان ذا قربى } وقال تعالى : { فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما } وقال تعالى في اللعان : { فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله } وقال سبحانه : { وأقسموا بالله جهد أيمانهم } قال بعض المفسرين : من أقسم بالله فقد أقسم بالله جهد اليمين [واستحلف النبي صلى الله عليه وسلم ركابة بن عبد يزيد في الطلاق فقال : والله ما أردت إلا واحدة ؟] وقال عثمان لابن عمر : تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه ولأن فيه كفاية فوجب أن يكتفي باسمه في اليمين كالمواضع التي سلموها فأما حديث ابن عباس وابن عمر فإنه يدل على جواز الاستحلاف لذلك وما ذكرناه يدل على الاكتفاء باسم الله وحده وما ذكره الباقرين تحكم لا نص فيه ولا قياس يقتضيه إذا ثبت هذا فإن اليمين في حق المسلم والكافر جميعا بالله تعالى لا يحلف أحد بغيره لقول الله تعالى : { فيقسمان بالله } [ولقول النبي صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت]

[جزء 12 - صفحة 145]

مسألة : وإن رأى الحاكم تغليظها بلفظ أو زمن أو مكان جاز
 مسألة : وإن رأى الحاكم تغليظها بلفظ أو زمن أو مكان جاز
 ففي اللفظ يقول : والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور واليهود : والله الذي أنزل التوراة على موسى وخلق له البحر وأنجاه من فرعون وملئه والنصراني يقول : والله الذي أنزل الإنجيل على عيسى وجعله يحيى الموتى ويرى الأكمة والأبرص والمجوسي يقول : والله الذي خلقني وصورني

ورزقني والزمان يحلفه بعد العصر وبين الأذنين والمكان يحلفه بمكة بين الركن والمقام وفي الصخرة بيت المقدس وفي سائر البلدان عند المنبر ويحلف أهل الذمة في المواضع التي يعظمونها وهذا الذي ذكره شيخنا اختيار أبي الخطاب قال : وقد أومأ إليه أحمد في رواية الميموني وذكر التغليظ في حق المجوسي قال : قل والله الذي خلقني ورزقني وإن كان وثنيا حلفه بالله

وحده وكذلك إن كان لا يعبد الله لأنه لا يجوز الحلف بغير الله تعالى [لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كان فليحلف بالله أو ليصمت] ولأن هذا إن لم يكن يعد هذه يمينا فإنما يزداد بها إثما وعقوبة وربما عجلت عقوبته فيتعظ بذلك ويعتبر به غيره وهذا كله ليس بشرط في اليمين وإنما للحاكم فعله إذا رأى وظاهر كلام الخرقى إن اليمين لا تغلظ إلا في حق أهل الذمة ولا تغلظ في حق المسلم [وبه قال أبو بكر وذلك لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني لليهود نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على من زنى ؟] رواه أبو داود وكذلك قال الخرقى تغلظ في المكان فيحلف في المواضع التي يعظمونها ويتوقى الكذب فيها ولم يذكر التغليظ بالزمان وممن قال يستحلف أهل الكتاب بالله وحده مسروق و أبو عبيدة بن عبد الله و وعطاء و شريح و الحسن و إبراهيم و كعب بن سور و مالك و الثوري و أبو عبيد وممن قال : لا يشرع التغليظ بالزمان والمكان في حق مسلم أبو حنيفة وصاحبه و قال مالك و الشافعي : تغلظ ثم اختلفا فقال مالك : يحلف في المدينة على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويحلف قائما ولا يحلف قائما إلا على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويستحلفون في غير المدينة في مساجد الجماعات ولا يحلف عند المنبر الأعلى ما يقطع فيه السارق فصاعدا وهو ثلاثة دراهم وقال الشافعي يستحلف المسلم بين الركن والمقام في مكة وفي المدينة عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي سائر البلدان في الجوامع عند المنبر وعند الصخرة بيت المقدس وتغلظ في الزمان في الاستحلاف بعد العصر على نحو ما ذكرناه في صدر المسألة ولا تغلظ في المال إلا في نصاب فصاعدا وتغلظ في الطلاق والعناق والحد والقصاص وقال ابن حزم تغلظ بالقليل والكثير [واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم : من حلف على منبري هذا بيمين أئمة فليتوبوا مقعده من النار] فثبت أنه يتعلق بذلك تأكيد اليمين وروى مالك قال : اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما إلى مروان بن الحكم فقال زيد : أحلف له مكاني فقال مروان : لا والله عند منقطع الحقوق قال : فاجعل زيد يحلف أنه حقه لحق وبأبي أن يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب

ولنا قول الله تعالى : { فأخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الأوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما } ولم يذكر مكانا ولا زمانا ولا زيادة في اللفظ [واستحلف النبي صلى الله عليه وسلم ركاة في الطلاق فقال : أالله ما أردت إلا واحدة ؟] قال : أالله ما أردت إلا واحدة ولم يغلظ يمينه بزمن ولا مكان ولا زيادة لفظ وحلف عمر لأبي حين تحكما إلا زيد في مكانه وكانا في بيت زيد وقال عثمان لابن عمر : تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه وفيما ذكره من التغليظ تقييد لهذا النصوص مخالفة للإجماع فإن ما ذكر عن الخليفين عمر وعثمان مع من حضرهما لم ينكر وهو في الشهرة فكان إجماعا وقوله تعالى : { تحبسونهما من بعد الصلاة } إنما كان في حق أهل الكتاب والوصية في السفر وهي قضية خولف فيها القياس في مواضع منها قبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين ومنها استحلاف الشاهدين ومنها

استحلاف خصومهما عند العثور على استحقاقهما الإثم وهم لا يعلمون بها أصلاً فكيف يحتجون بها ؟ ولما ذكر إيمان المسلمين أطلق اليمين ولم يقيدها والاحتجاج بهذا أولى من المصير إلى ما خلف به القياس وترك العمل به وما حديثهم فليس فيه دليل على مشروعية اليمين عند المنبر إنما فيه دليل على تغليظ الإثم على الحالف وأما قضية مروان فمن العجب احتجاجهم بها وذهابهم إلى قول مروان في قضية خالفه زيد فيها وقول زيد فقيه الصحابة وقارئهم وأفرضهم أحق أن يحتج به من قول مروان الذي لو انفرد ما جاز الاحتجاج به فكيف يجوز مع مخالفة إجماع الصحابة وقول أئمتهم وفقهائهم ومخالفة فعل النبي صلى الله عليه وسلم وإطلاق كتاب الله سبحانه وتعالى ؟ فهذا ما لا يجوز إنما ذكر الخرقى [التغليظ بالمكان واللفظ في حق الآدمي لاستحلاف النبي صلى الله عليه وسلم اليهود بقوله : نشدتم بالله الذي أنزل التوراة على موسى] وروي عن كعب بن سور في النصراني قال : إذهبوا به إلى المذبح واجعلوا الإنجيل في حجره والتوراة على رأسه وقال الشعبي في نصراني : اذهب إلى البيعة فاستحلفه بما يستحلف به مثله وقال ابن المنذر : لا أعلم حجة توجب أن يستحلف في مكان بعينه و لا يمينا يستحلف بها غير التي يستحلف بها المسلمون و في الجملة لا خلاف بين المسلمين في أن التغلظ بالمكان والزمان والألفاظ غير واجب إلا أن ابن الصباغ ذكر في وجوب التغلظ بالمكان قولين للشافعي و خالفه ابن القاص فقال : لا خلاف بين أهل العلم أن القاضي حيث استحلف المدعى عليه في عمله و بلد قضائه جاز و إنما التغلظ بالمكان اختيار منه فيكون التغلظ عند من رآه اختياراً و استجاباً

فصل : قال ابن المنذر : ولم أجد أحداً يوجب اليمين بالمصحف و قال الشافعي : رأيتهم يؤكدون بالمصحف ورأيت ابن مازن و هو قاض بصنعاء يغلظ اليمين بالمصحف قال أصحابه : فيغلظ عليه بإحضار المصحف لأنه يشتمل على كلام الله و أسمائه و هذه زيادة على ما أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم في اليمين و على ما فعله الخلفاء و قضاتهم من غير دليل و لا حجة يستند إليها و لا يترك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم و فعل أصحابه بفعل ابن مازن و لا غيره

[جزء 12 - صفحة 150]

مسألة و لا تغلظ اليمين إلا فيما له خطر كالجنايات والعقاق والطلاق وما تجب فيه الزكاة من المال عند من يرى التغليظ

مسألة : و لا تغلظ اليمين إلا فيما له خطر كالجنايات والعقاق والطلاق وما تجب فيه الزكاة من المال عند من يرى التغليظ

وقيل : ما يقطع فيه السارق روي ذلك عن مالك لأن التغليظ زيادة على اليمين التي ورد الشرع بوجودها فلا تجب إلا بزيادة على مطلق الحق وترك التغليظ

أولا على ما اختاره شيخنا ودل عليه إلا في موضع ورد الشرع به وضح
[كتحليف رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود بقوله : نشدتكم بالله الذي
أنزل التوراة على موسى] ونحوه

[جزء 12 - صفحة 151]

مسألة : وإن رأى الحاكم ترك التغليظ فتركه كان مصيبا
مسألة : وإن رأى الحاكم ترك التغليظ فتركه كان مصيبا
[لموافقته مطلق النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام : ولكن اليمين على
المدعى عليه]

فصل : ومن توجهت عليه يمين وهو فيها صادق أو توجهت له أبيع له الحلف
وعلى شيء عليه من إثم ولا غيره لأن الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرما
وقد أمر الله سبحانه نبيه عليه الصلاة والسلام أن يقسم على الحق في ثلاثة
مواضع من كتابه منها قوله تعالى : { زعم الذين كفروا أن لن يبعثوا قلا بلى
وربي لتبعثن } وحلف عمر لأبي على نخل ثم وهبه إياه وقال : خفت إن لم
أحلف أن يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم فيصير سنة قال حنبل : بلى أبو
عبد الله بمثل هذا جاء إليه ابن عمه فقال لي قبلك حق من ميراث أبي
وأطالبك بالقاضي وأحلفك فقبل لأبي عبد الله ما ترى ؟ قال أحلف له إذا لم
يكن له في قلبي حق وأنا غير شاك في ذلك حلفت له وكيف لا أحلف وابن عمر
قد حلف ؟ وأنا من أنا وعزم أبو عبد الله على اليمين فكفاه الله ذلك ورجع
الغلام عن تلك المطالبة واختلف في الأولى فقال قوم : الحلف أولى من افتداء
يمينه لأن عمر حلف ولأن في الحلف فائدتين إحداهما حفظ ماله عن الضياع
وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعته والثانية : تخليص أخيه الظالم
من ظلمته بأكل المال بغير حقه وهذا من نصحه ونصرتة بكفه عن ظلمه وقد
أشار النبي صلى الله عليه وسلم أن يحلف ويأخذ حقه وقال أصحابنا : الأفضل
افتداء يمينه فإن عثمان افتدى يمينه وقال : خفت أن يصادف قدرا فيقال :
حلف وعوقب أو هذا شؤم يمينه وروى الخلال بإسناده أن حذيفة عرف جملا
سرق له فخاصم إلى قاضي المسلمين فصارت اليمين على حذيفة فقال : لك
عشرة دراهم فأبى فقال : لك عشرون فأبى فقال : لك ثلاثون فأبى فقال ذاب
الأيمن فقال سبحانه : { إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا
خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم
ولهم عذاب أليم } [وروى ابن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم من حلف على يمين صبر يقطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي
الله وهو عليه غضبان] متفق عليه وقد روي في حديث أن يمين الغموس تدع
بلاقع

فصل : ومن ادعى عليه دين وهو معسر به لم يحل له أن يحلف أنه لا حق له
عليه وبهذا قال المزني وقال أبو ثور : له ذلك لأن الله تعالى قال ذاب الأليم

فقال سبحانه : { إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم } [وروى ابن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان] متفق عليه وقد روي في حديث أن يمين الغموس تدع بلاقع فصل : ومن ادعى عليه دين وهو معسر به لم يحل له أن يحلف أنه لا حق له عليه وبهذا قال المزني وقال أبو ثور : له ذلك لأن الله تعالى قال : { وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة } ولأنه لا يستحق مطالبته في الحال ولا يجب عليه أدائه إليه ولنا أن الدين في ذمته وهو حق له عليه ولو لم يكن عليه حق لم يجز إنظاره به

فصل : ويمين الحالف على حسب جوابه فإذا ادعى أنه خصبه أو استودعه أو اقترض منه نظرنا في جواب المدعى عليه فإن قال : ما خصبتك ولا استودعتني ولا اقترضتني كلف أن يحلف على ذلك وإن قال : ما لك علي شيء أو لا تستحق علي شيئا أو لا تستحق علي ما ادعيت ولا شيئا منه كان جوابا صحيحا ولا يكلف الجواب عن الخصب والوديعة والقرض لأنه يجوز أن يكون خصب منه ثم رده عليه فلو كلف جحد ذلك كان كاذبا وإن أقر به ثم ادعى الرد لم يقبل منه فإذا طلبت منه اليمين حلف على حسب ما أجاب ولو ادعى أنني ابتعتك الدار التي في يدك فأنكره وطلب يمينه فإن كان أجاب بأنك لا تستحقها حلف على ذلك

قال أحمد في رجل ادعى على رجل أنه أودعه فأنكره هل يحلف ما أودعتك ؟ قال : إذا حلف ما لك عندي ولا في يدي شيء فهو يأتي على ذلك ؟ وهذا يدل على أنه لا يلزمه أن يحلف على حسب الجواب وأنه متى حلف ما لك قبلي حق برىء بذلك ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

فصل : ولا تدخل اليمين النيابة ولا يحلف أحد عن غيره فلو كان المدعى عليه صغيرا أو مجنونا لم يحلف عنه حتى يبلغ الصبي أو يعقل المجنون ولم يحلف عنه وليه ولو ادعى الأب لابنه الصغير حقا أو ادعاه الوصي أو الأمين له وأنكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه فإن نكل قضى عليه ومن لم ير القضاء بالنكول ورأى رد اليمين على المدعي لم يحلف الولي عنهما ولكن تقف اليمين ويكتب الحاكم محضرا بنكول المدعى عليه وإن ادعى على العبد دعوى وكانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه كالقصاص والطلاق والقذف والخصومة معه دون سيده فإن قلن أن اليمين تشرع في هذا حلف العبد دون سيده وإن نكل لم يحلف غيره وإن كان مما لا يقبل قول العبد فيه كاتلاف مال أو جناية توجب المال فالخصم السيد واليمين عليه ولا يحلف العبد فيها بحال وإن نكل من توجهت عليه اليمين عنها وقال لي بينة أقيمها أو حساب أستثبته لأحلف على ما أتيقنه فذكر أبو الخطاب أنه لا يمهل وإن لم يحلف جعل ناكلا وقيل : لا يكون ذلك نكولا ويمهل مدة قريبة كما لو ادعى قضاء أو إبراء

فصل : ولو ادعى على رجل دينا أو حقا فقال : قد أبرأتني منه واستوفيته مني فالقول قول المنكر الإبراء والاستيفاء مع يمينه ويكفيه أن يحلف بالله أن هذا الحق وبسميه تسمية يصير بها معلوما - ما برئت ذمتك منه ولا من شيء منه أو

ما برئت ذمتك من ذلك الحق ولا من شيء منه وإن ادعى استيفاءه أو البراءة
بجهة معلومة كفاه الحلف على تلك الجهة وحدها

[جزء 12 - صفحة 163]

باب الدعاوى والبيانات

الدعوى إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً أو ملكاً أو استحقاقاً أو نحوه وهو في
الشرع إضافة إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته والمدعى
عليه من يضاف إليه استحقاق شيء عليه وقال ابن عقيل الدعوى : الطلب
قال الله تعالى : { ولهم ما يدعون }
مسألة : والمدعى من إذا ترك سكت والمنكر من إذا سكت لم يترك
وقيل المدعى من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره وإثبات حق في ذمته
والمدعى عليه من ينكر ذلك وقد يكون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه بأن
يختلفا بالعقد فيدعي كل واحد منهما أن اليمين غير الذي ذكره صاحبه
[والأصل في الدعوى قول النبي صلى الله عليه وسلم : لو أعطى الناس
بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه] رواه
مسلم وفي حديث : [البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه]

مسألة : ولا تصح الدعوى والإنكار إلا من جائز التصرف

مسألة : ولا تصح الدعوى والإنكار إلا من جائز التصرف

لأن من لا يصح تصرفه لا قول له في المال ولا يصح إقراره ولا تصرفه فلا
تسمع دعواه ولا إنكاره كما لا يسمع إقراره

[جزء 12 - صفحة 164]

مسألة : وإن تداعيا عينا لم تخل من ثلاثة أقسام

مسألة : وإن تداعيا عينا لم من ثلاثة أقسام

أحدهما : أن تكون في أحدهما فهي له مع يمينه أنه لا حق للآخر فيما إذا لم تكن
بينة

[لما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
وسلم لو أن الناس أعطوا بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن
اليمين على المدعى عليه] متفق عليه [وقال النبي صلى الله عليه وسلم في
قصة الحضرمي والكندي شاهداً أو يمينه ليس لك إلا ذلك] ولأن الظاهرة من
اليد الملك

مسألة : ولو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر أخذ بزمامها فهي للأول
مسألة : ولو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر أخذ بزمامها فهي للأول
لأن تصرفه أقوى ويده أكد وهو المستوفي لمنفعتها فإن كان لأحدهما عليها حمل والآخر راكبها فهي للراكب لأنه أقوى تصرفا فإن اختلفا في الحمل فادعاه الراكب وصاحب الدابة فهو للراكب لأن يده على الدابة والحمل معا فأشبه ما لو اختلف الساكن وصاحب الدار في قماش فيها وإن تنازع الراكب وصاحب الدابة في السرج فهو لصاحب الدابة لأن السرج في العادة يكون لصاحب الفرس ولو تنازع اثنان في ثياب عبد لأحدهما فهو لصاحب العبد لأن يد العبد عليها وإن تنازع صاحب الثياب وآخر في العبد اللابس لها فهما سواء لأن نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحب الثياب ومذهب الشافعي في هذا الفصل كالذي ذكرنا
فصل : وإن تنازعا قميصا أحدهما لابسها والآخر أخذ بكمه فهو للابسها لأن تصرفه أقوى وهو المستوفي لمنفعته فإن كانت كمة في يد أحدهما وباقيه مع الآخر أو تنازعا عمامة طرفها في يد أحدهما وباقيها في يد الآخر فهما سواء فيها لأن يد الممسك بالطرف عليها بدليل أنه لو كان باقيها على الأرض فنازعه فيه غيره كانت له وإذا كانت في أيديهما تساويا فيها
فصل : ولو كانت دار فيها أربعة أبيات في أحد أبيتها ساكن وفي الثلاثة الباقية ساكن آخر فاختلغا فيها فإن لكل واحد ما هو ساكن فيه لأن كل بيت منفصل عن صاحبه ولا يشارك الخارج منه الساكن فيه في ثبوت اليد عليه وإن تنازعا الساحة التي يطرق منها إلى البيوت فهي بينهما نصفان لاشتراكهما في ثبوت اليد عليها فأشبهت العمامة فيما ذكرنا

[جزء 12 - صفحة 165]

مسألة : وإن تنازع صاحب الدار والخياط الإبرة والمقص فيها للخياط
مسألة : وإن تنازع صاحب الدار والخياط الإبرة والمقص فيها للخياط
لأن تصرفه فيها أكثر واطهر والظاهر أن الإنسان إذا دعا خياطا يخيط له فالعادة أنه يحمل معه إبرته ومقصه وإن اختلفا في القميص فهو لصاحب الدار إذ ليست العادة أن يحمل القميص معه يخيطه في دار غيره وإنما العادة أن يخيط قميص صاحب الدار فيها
وإن اختلف صاحب الدار والنجار في القدوم والمنشار وآلة النجار فهي للنجار وإن اختلفا في الخشبة المنشور والأبواب والرفوف المنجورة فهي لصاحب

الدار وإن اختلف النجاد ورب الدار في قوس الندف فهو للنجاد وإن اختلفا في الفرش و القطن و الصوف فهو لصاحب الدار

[جزء 12 - صفحة 166]

مسألة : وإن تنازع هو و القراب القرية فهي للقراب
مسألة : وإن تنازع هو و القراب القرية فهي للقراب
وإن اختلفا في الخابية و الجرار فهي لصاحب الدار ومذهب الشافعي في هذه المسائل على ما ذكرناه

مسألة : وإن تنازعا عرصة فيها شجر أو بناء لأحدهما فهي له
مسألة : وإن تنازعا عرصة فيها شجر أو بناء لأحدهما فهي له
لأنه استوفى لمنفعتها

مسألة : وإن تنازعا حائطا معقودا ببناء أحدهما أو وحده أو متصلا به اتصالا لا يمكن إحداثه أو له عليه أزج فهو له وإن كان محلولا من بنائهما أو معقودا بهما فهو بينهما

مسألة : وإن تنازعا حائطا معقودا ببناء أحدهما أو وحده أو متصلا به اتصالا لا يمكن إحداثه أو له عليه أزج فهو له وإن كان محلولا من بنائهما أو معقودا بهما فهو بينهما

وجملة ذلك أن الرجلين إذا تنازعا حائطا بين ملكهما وتساويا في كونه معقود ببنائهما معا وهو أن يكون متصلا بهما إتصالا لا يمكن إحداثه بعد بناء الحائط مثل اتصال البناء بالطين كهذه التي لا يمكن إحداث اتصال بعضها ببعض أو تساويا في كونه محلولا من بنائهما أي غير متصل ببنائهما الاتصال المذكور أي بينهما شق مستطيل كما يكون بين الحائطين اللذين الصق إحداهما بالآخر فهما سواء في الدعوى إن لم تكن لواحد منهما بينة تحالفا فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط أنه له وتكون بينهما نصقين لأن كل واحد منهما يده على نصف الحائط لكون الحائط في أيديهما وإن حلف كل واحد منهما على جميع الحائط أنه له وما هو لصاحبه جاز وبهذا قال أبو حنيفة و أبو ثور و ابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفا لأن المختلفين في العين إذا لم تكن لواحد منهما بينة فالقول قول من هي في يده مع يمينه وإذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها فيكون القول قوله في نصفها مع يمينه وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها وإن كان لكل واحد منهما بينة تعارضتا وسارا كمن لا بينة لهما فإن لم تكن لهما بينة ونكلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى على الناكل فكان الكل للآخر وإن كان متصلا ببناء أحدهما

دون الآخر فهو له مع يمينه وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي وقال أبو ثور : لا يرجح بالعقد ولا ينظر إليه ولنا أن الظاهر أن هذا البناء بني كله بناء واحدا فإذا كان بعضه لرجل كان باقيه له والبناء الآخر الظاهر أنه بني وحده فإنه لو بني مع هذا كان متصلا به فالظاهر أنه لغير صاحب هذا الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجح بهذا كاليد فإن قيل فلم لا تجعلونه له بغير يمين لذلك ؟ قلنا لأن ذلك ظاهر وليس بيقين إذ يحتمل أن أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرعا من حائطه أو كان له فوهبه إياه أو بناه بأجرة فشرعة اليمين من أجل الاحتمال كما شرعت في حق صاحب اليد وسائر من وجبت عليه اليمين فأما إن كان معقودا ببناء أحدهما يمكن إحدائه كالبناء باللبن والآجر فإنه يمكن أن ينزع من الحائط المبنى نصف لبنة أو آجرة ويجعل مكانها لبنة صحيحة أو آجرة صحيحة تعقد الحائطين فقال القاضي لا يرجح بهذا لاحتمال أن يكون فعل هذا يمتلك الحائط المشترك وظاهر كلام الخرقى أنه يرجح بهذا الاتصال كما يرجح بالاتصال الذي لا يمكن إحدائه لأن الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه بنزع آجره وتغيير بنائه وفعل ما يدل على ملكه له فوجب أن يرجح كما يرجح باليد مع أنها تحتمل أن تكون يدا عادية حدثت بالغصب أو بالعارية أو بالإجارة ولم يمنع ذلك الترجيح بها فإن كان لأحدهما عليه بناء كحائط مبني عليه أو عقد معتمد عليه أو قبة ونحو هذا فهو له وبهذا قال الشافعي لأن وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة لكونه منتفعا به فجرى مجرى حمله على البهيمة وزرعه في الأرض ولأن الظاهر أن الإنسان لا يترك غيره يبني على حائط وكذلك إن كانت عليه سترة أو كان في أصل الحائط خشبة أو طرفها بجانب حائط منفرد به أحدهما أو له عليه أزج معقود فالحائط المختلف فيه له لأن الظاهر في الخشبة أنها لمن ينفرد بوضع بنائه عليها فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له

[جزء 12 - صفحة 168]

مسألة : ولا ترجح الدعوى بوضع خشب أحدهما عليه ولا بوجوه الآجر والتزويق والتجسيص ومعاقد القمط في الخص
مسألة : ولا ترجح الدعوى بوضع خشب أحدهما عليه ولا بوجوه الآجر والتزويق والتجسيص ومعاقد القمط في الخص
قال أصحابنا : لا ترجع دعوى أحدهما بوضع خشبة على الحائط وهو قول الشافعي لأن هذا مما يسمح به الجار وقد ورد في الخبر النهي عن المنع منه وهو عندنا حق يجب التمكين منه فلا ترجح به الدعوى كإسناد متاعه إليه وتجسيصه وتزويقه ويحتمل أن ترجح به الدعوى وهو قول مالك لأنه ينتفع به بوضع ماله عليه فأشبهه الباني عليه والزارع في الأرض وورود الشرع بالنهي عن المنع منه لا يمنع كونه دليلا على الاستحقاق بدليل أننا استدللنا بوضعه على كون الوضع مستحقا على الدوام حتى متى زال جازت إعادته ولأن كونه

مستحقا تشترط له الحاجة إلى وضعه ففيما لا حاجة إليه له منعه من وضعه
وأما السماح به فإن أكثر الناس لا يسامحون به ولهذا [روى أبو هريرة الحديث
عن النبي صلى الله عليه وسلم طأطؤوا رؤوسهم كراهة لذلك فقال مالي
أراكم عنها معرضين ؟ والله لأرمين بها بين أكتافكم] وأكثر الفقهاء لا يوجبون
التمكين من هذا ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريمه ولأن
الحائط يبنى لذلك فيرجع به كالأزج وقال أصحاب أبي حنيفة لا ترجح الدعوى
بالجذع الواحد لأن الحائط لا يبنى له وترجع بالجدعين لأن الحائط يبنى لهما
ولنا أنه موضوع على الحائط فاستوى في ترجيح الدعوى قليله وكثيره كالبناء
فصل : ولا ترجح الدعوى بكون الدواخل إلى أحدهما والخارج ووجوه الأجر
والحجارة ولا كون الأجرة الصحيحة مما يلي أحدهما وقطع الأجر مما يلي ملك
الآخر ولا بمعاهد القمط في الخص يعني عقد الخيوط التي يشد بها الخص وبهذا
قال أبو حنيفة و الشافعي وقال أبو يوسف و محمد : يحكم به لمن إليه وجه
الحائط ومعاهد القمط لما [روى نمران بن حارثة التميمي عن أبيه أن قوما
اختصموا إلى النبي و صلى الله عليه وسلم في خص فبعث حذيفة بن اليمان
يحكم بينهم فحكم لمن تليه معاهد القمط ثم رجع إلى النبي صلى الله عليه
وسلم فأخبره فقال : أصبت وأحسن [رواه ابن ماجه وروي نحوه عن علي
ولأن العرف جار بأن من بنى حائطا جعل وجه الحائط إليه
ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام [البينة على المدعي واليمين على من
أنكر] ولأن وجه الحائط ومعاهد القمط إذا كانا شريكين فيه لا بد من أن يكون
إلى أحدهما إذا لا يمكن كونه إليهما جميعا فبطلت دلالاته كالتزويق ولأنه يراد
للزينة فهو كالتزويق وحديثهم لا يثبت أهل النقل وإسناده مجهول قال ابن
المنذر قال الشالنجي : ذكرت هذا الحديث لأحمد فلم يقنعه وذكرته لإسحاق بن
راهويه فقال : ليس هذا حديثا ولم يصححه وحديث علي فيه مقال وما ذكروه
من العرف ليس بصحيح فإن العادة جعل وجه الحائط إلى الخارج ليراه الناس
كما يلبس الرجل أحسن ثيابه أعلاها الظاهر للناس ليروه فيتزين به فلا دليل
فيه
فصل : ولا ترجح الدعوى بالتزويق والتحسين ولا بكون أحدهما له الأجر وسترة
غير مبنية عليه لأنه مما يتسامح به ويمكن إحداثه

[جزء 12 - صفحة 170]

مسألة : وإن تنازع صاحب العلو والسفل في السلم والدرجة فهي لصاحب
العلو إلا أن يكون تحت الدرجة مسكن لصاحب السفلى فيكون بينهما وإن تنازعا
في السقف الذي بينهما فهو بينهما
مسألة : وإن تنازع صاحب العلو والسفل في السلم والدرجة فهي لصاحب
العلو إلا أن يكون تحت الدرجة مسكن لصاحب السفلى فيكون بينهما وإن تنازعا
في السقف الذي بينهما فهو بينهما

إذا تنازع صاحب العلو والسفل في الدرجة التي يصعد منها ولم يكن تحتها مرفق لصاحب السفل كسلم مستمر أو دكة فهي لصاحب العلو وحده لأن له اليد والتصرف وحده لكونها مصعد صاحب العلو لا غير والعريضة التي عليها الدرجة له أيضا لانتفاعه بها وحده وإن كان تحتها بيت بنيت لأجله وليكون مدرجا للعلو فهي بينها لأن يدهما عليه ولأنها سقف للسفلاني وموطيء للفوقاني فهي كالسقف وإن كان تحتها طباق صغيرة لم تبين الدرجة لأجله وإنما جعل مرفقا يجعل فيه حب الماء ونحوه فهي لصاحب العلو لأنها بنيت لأجله وحده ويحتمل أن تكون بينهما لأن يدهما وانتفاعهما حاصل بها فهي كالسقف

فصل : فإن تنازعا السقف الذي بينهما تحالفا وكان بينهما وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة : هو لصاحب السفل لأن السقف على ملكه فكان القول قوله فيه كما لو تنازعا سرجا على دابة أحدهما كان القول قول صاحبها وحكي عن مالك أنه لصاحب السفل وحكي عنه أنه لصاحب العلو لأنه يجلس عليه ويتصرف فيه ولا يمكن السكنى إلا به

ولنا أنه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما كالحائط بين الملكين وقولهم : هو على ملك صاحب السفل يبطل بحيطان العلو ولا يشبه السرج على الدابة لأنه لا ينتفع به غير صاحبها ولا يراد إلا لهذا فكان في يده وهذا السقف ينتفع به كل واحد منهما لأنه سماء صاحب السفل يظله وأرض صاحب العلو يقله فاستوبا فيه وإن تنازعا حوائط العلو فهي لصاحب العلو لما ذكرنا

[جزء 12 - صفحة 172]

مسألة : وإن تنازع المؤجر والمستأجر في رف مقلوع أو مضراع له شكل منصوب في الدار فهو لصاحبها وإلا فهو بينهما

مسألة : وإن تنازع المؤجر والمستأجر في رف مقلوع أو مضراع له شكل منصوب في الدار فهو لصاحبها وإلا فهو بينهما

وجملة ذلك أن المكتري والمكري إذا اختلفا في شيء في الدار فإن كان مما ينقل ويحول كالآثاث والأواني والكتب فهو للمكتري لأن العادة أن الإنسان يكرى داره فارغة من رحله وقماشه وإن كان في شيء مما يتبع في البيع كالأبواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرفوف المسمرة والسلايم المستمرة والرمى المنصوبة وحجرها الفوقاني فهو للمكري لأنه من توابع الدار فأشبهه الشجرة المغروسة فيها وإن كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقال أحمد : إذا اختلفا في الرفوف فهي لصاحب الدار فظاهر هذا العموم في الرفوف كلها وقال القاضي : هي بينهما إذا تحالفا لأنها لا تتبع في البيع فأشبهت القماش فهذا ظاهر يشهد للمكتري وللمكري ظاهر يعارض هذا وهو أن المكري يترك الرفوف في الدار ولا ينقلها عنها فإذا تعارض الظاهر من الجانبين استوبا وهذا مذهب الشافعي فعلى هذا إن تحالفا كانت بينهما وإن حلف

أحدهما ونكل الآخر فهي لمن حلف وذكر شيخنا في الكتاب المشروح أنه إن كان للرف شكل منصوب في الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه وإن لم يكن له شكل فهو بينهما إذا تحالفا لأنه إذا كان له شكل منصوب في الدار فالمنصوب تابع للدار فهو لصاحبها والظاهر أن أحد الرفين لمن له الآخر وكذلك إذا اختلفا في مصراع باب مقلوع فالحكم فيه كما ذكرنا هكذا ذكره أبو الخطاب وذكره القاضي في موضع لأن أحدهما لا يستغني عن صاحبه فكان أحدهما لمن له الآخر كالحجر الفوقاني من الرحي والمفتاح مع السكرة

[جزء 12 - صفحة 173]

مسألة : وإن تنازعا دارا في أيديهما فادعاها أحدهما وادعى الآخر نصفها جعل بينهما نصفين واليمين على مدعي النصف
مسألة : وإن تنازعا دارا في أيديهما فادعاها أحدهما وادعى الآخر نصفها جعل بينهما نصفين واليمين على مدعي النصف
نص عليه أحمد ولا يمين على الآخر لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه ولا أعلم في هذا خلافا إلا أنه حكى عن ابن شبرمة أن لمدعي الكل ثلاثة أرباعها لأن النصف له لا منازع له فيه والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه
ولنا أن مدعي النصف على ما يدعيه فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوي فإن لكل واحد منهما بينة بما يدعيه فقد تعارضت بينتاهما فيكون النصف لمدعي الكل والنصف الآخر يئبني على الخلاف في أي البينتين تقدم وظاهر المذهب تقديم بينة المدعي الكل وعلى قول أبي حنيفة وصاحبه إن كانت الدار في يد ثالث لا يدعيها فلنصف لصاحب الكل لا منازع له فيه ويقرع بينهما في النصف الآخر فمن خرجت له القرعة خلف وكان له وإن كان لكل واحد بينة تعارضتا وسقطتا وصارا كمن له لا بينة لهما وإن قلنا تستعمل البينتان أقرع بينهما وقدم من تقع له القرعة في أحد الوجهين والثاني يقسم بينهما النصف فيكون لمدعي الكل ثلاثة أرباعها
فصل : فإن كانت دار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها وادعى الثالث سدسها فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم وليس ههنا اختلاف ولا تجاحد وإن ادعى كل واحد منهم أن بقية الدار وديعة أو عارية كانت لكل واحد منهما بما ادعاه من الملك بينة قضى له بها لأن بينته تشهد بما ادعاه ولا معارض لها وإن لم تكن لواحد منهم بينة حلف كل واحد منهم وأقر في يده ثلثها
فصل : فإن ادعى أحدهم جميعها والآخر نصفها والآخر ثلثها فإن لم يكن لواحد منهم بينة قسمت بينهم ثلاثا وعلى كل واحد منهم اليمين على ما حكم له به لأن يد كل واحد منهم على ثلثها وإن كان لأحدهم بينة نظرت فإن كانت لمدعي الجميع فهي له وإن كانت لمدعي النصف أخذه والباقي بين الآخرين نصفين لصاحب الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس ويحلف الآخر

على الربع الذي يأخذه جميعه وإن كانت البينة لمدعي الثلث أخذه والباقي بين الآخرين لمدعي الكل السدس بغير يمين ويحلف على السدس الآخر ويحلف الآخر على جميع ما يأخذه وإن كانت لكل واحد بما يدعيه بينة فإن قلنا تقدم بينة صاحب اليد قسمت بينهم أثلاثا لأن يد كل واحد منهم على الثلث وإن قلنا تقدم بينة الخارج فينبغي أن تسقط بينة صاحب الثلث لأنها داخله ولمدعي النصف السدس لأن بينته خارجه فيه ولمدعي الكل خمسة أسداس لأن له السدس بغير بينة لكونه لا منازع له فيه لأن أحدا لا يدعيه وله الثلثان لكون بينته خارجه فيهما وقيل : بل لمدعي الثلث السدس لأن بينته تدعي الكل وتدعي النصف تعارضتا فيه وتساقتا وبقي لمن هو في يده ولا شيء لمدعي النصف لعدم ذلك فيه وسواء كان لمدعي الثلث بينة أن لم تكن وإن كانت العين في يد غيرهم واعترف أنه لا يملكها ولا بينة لهم فالنصف لمدعي الكل لأنه ليس منهم من يدعيه ويقرعه بينهم في النصف الباقي فإن خرجت القرعة لصاحب الكل أو صاحب النصف حلف وأخذه وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث ثم يقرع بين الآخرين في السدس فمن قرع صاحبه حلف وأخذه وإن أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه فالنصف لمدعي الكل لما ذكرنا والسدس الزائد يتنازعه مدعي الكل ومدعي النصف والثلث يدعيه الثلاثة وقد تعارضت البيئات فيه فإن قلنا تسقط البيئات قرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه فمن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون الحكم فيه كما لو لم تكن لهم بينة وهذا قول أبي عبيد وقول الشافعي إذ كان بالعراق وعلى الرواية التي تقول إذا تعارضت البيتان قسمت العين بين المتداعيين فلمدعي الكل النصف ونصف السدس الزائد وثلث الثلث ولمدعي النصف نصف السدس وثلث الثلث ولمدعي الثلث ثلثه وهو التسع فتخرج المسألة من ستة وثلاثين لمدعي الكل النصف ثمانية عشر ونصف السدس ثلاثة والتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سهما ولصاحب النصف سبعة ولمدعي الثلث أربعة وهو التسع وهذا قياس قول قتادة والحارث العكلي وابن شبرمة وحماد و أبي حنيفة وهو قول الشافعي وقال أبو ثور : يأخذ مدعي الكل النصف ويوقف الباقي حتى يتبين وروى هذا عن مالك وهو قول الشافعي وقال ابن أبي ليلى وقوم من أهل العراق : تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض لصاحب الكل ستة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنان فصح من أحد عشر سهما وسأل سهل بن عبد الله بن أويس عن ثلاثة ادعوا كيسا وهو بأيديهم ولا بينة لهم وحلف كل واحد منهم على ما ادعاه ادعى أحدهم جميعه وادعى الآخر ثلثيه وادعى آخر نصفه فأجاب فيها بشعر :

(نظرت أبا يعقوب في الحسب التي ... طرت فأقامت منهم كل قاعد)

(فللمدعي الثلثين ثلث وللذي ... استلأط جميع المال عند التحاشد)

(من المال نصف غير ما سنيوبه ... وحصته من نصف ذا المال زائد)

(وللمدعي نصفاً من المال ربعه ... ويؤخذ نصف السدس من كل واحد)

وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العول فكأن المسألة عالت إلى ثلاثة عشر وذلك أنه أخذ مخارج الكسور وهي ستة فجعلها لمدعي الكل وثلاثها أربعة لمدعي الثلثين ونصفها ثلاثة لمدعي النصف صارت ثلاثة عشر فصل : فإن كانت الدار في أيدي أربعة فادعى أحدهم جميعها والثاني ثلثها والثالث نصفها والرابع ثلثها ولا بينة لهم حلف كل واحد منهم وله ربعها لأنه في يده والقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن أقام كل واحد منهم بما ادعاه بينة قسمت بينهم أربعاً أيضاً لأننا إن قلنا تقدم بينة الداخل فكل واحد منهم داخل في ربعها فتقدم بينته فيه وإن قلنا تقدم بينة الخارج فإن الرجلين إذا ادعيا عينا في يد غيرهما فأنكرهما وأقام كل واحد منهم بينة بدعواه تعارضتا وأقر الشيء في يد من هو في يده وإن كان الدار في يد خامس لا يدعيها ولا بينة لواحد منهم بما ادعاه فالثلث لمدعي الكل لأن أحداً لا ينازعه فيه ويقرعه بينهم في الباقي فإن خرجت القرعة لصاحب الكل أو مدعي الثلثين أخذه وإن وقعت لمدعي النصف أخذه وأقرع بين الباقيين في الباقي فإن وقعت لصاحب الثلث أخذه وأقرع بين الثلاثة في الثلث الباقي وهذا قول أبي عبيد و الشافعي إذ كان بالعراق إلا أنهم عبروا عنه بعبارة أخرى فقالوا : لمدعي الكل الثلث ويقرعه بينه وبين مدعي النصف في السدس الزائد عن الثلث ثم يقرعه بين الأربعة في الثلث الباقي ويكون الإقراع في ثلاثة مواضع على الرواية الأخرى الثلث لمدعي ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعي الثلثين ثم يقسم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعي النصف أثلاثاً ثم يقسم الثلث الباقي بين الأربعة أرباعاً وتصح المسألة من ستة وثلاثين سهماً لصاحب الكل ثلثها اثنا عشر ونصف السدس الزائد عن النصف ثلاثة وثلث السدس الزائد عن الثلث سهمان وربع الثلث الباقي ثلاثة فيحصل له عشرون سهماً وذلك خمسة أتساع الدار ولمدعي الثلثين ثمانية أسهم تسعان وهي مثل ما لمدعي الكل بعد الثلث الذي انفرد به ولمدعي النصف خمسة أسهم تسع وربع تسع ولمدعي الثلث ثلاثة نصف سدس وعلى قول من قسمها على العول من خمسة عشر لصاحب الكل ستة ولصاحب الثلثين أربعة ولصاحب الثلث سهمان ولصاحب النصف ثلاثة وعلى قول أبي ثور : لصاحب الكل الثلث ويوقف الباقي

[جزء 12 - صفحة 178]

مسألة : وإن تنازع الزوجان أو ورثتهما في قماش البيت فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان يصلح للنساء فهو للمرأة وما كان يصلح لهما فهو بينهما مسألة : وإن تنازع الزوجان أو ورثتهما في قماش البيت فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان يصلح للنساء فهو للمرأة وما كان يصلح لهما فهو بينهما إذا اختلف الزوجان في قماش البيت أو في وضعه فقال كل واحد منهما : جميعه لي أو قال كل واحد منهما : هذه العين لي وكان لأحدهما بينة ثبت له بلا خلاف وإن لم تكن لواحد منهم بينة فالمنصوص عن أحمد أن ما يصلح للرجال

من العمائم وقمصانهم وجبايهم والأقبية والطبالسة والسلاح وأشباه ذلك القول فيه قول الرجل مع يمينه وما يصلح للنساء كحليهن وقمصهن ومقانعهن ومغازلهن فالقول قول المرأة مع يمينها وما يصلح لهما كالمفارش والأواني فهو بينهما وسواء كان في أيديهما من طريق الحكم أو من طريق المشاهدة وسواء اختلفوا في حال الزوجية أو بعد البينونة وسواء اختلفا أو اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثة الآخر

قال أحمد في رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختان في الرجل يطلق زوجته أو يموت فتدعي المرأة المتاع : فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان من متاع النساء فهو للنساء وما استقام أن يكون للرجال وللنساء فهو بينهما فإن كان المتاع على يدي غيرهما فمن أقام البينة دفع إليه وإن لم تكن لهما بينة أقرع بينهما فمن كانت له القرعة حلف وأعطى المتاع وقال في رواية مهنا : وكذلك إن اختلفا وأحدهما مملوك وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى لأن أيديهما جميعا على قماش البيت بدليل ما لو نازعهما فيه أجنبي كان القول قولهما وقد يرجح أحدهما على صاحبه بدا وتصرفا فيجب تقديمه كما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر أخذ بزمامها أو قميصا أحدهما لا بسه والآخر أخذ بكمه أو جدارا متصلا بجداريهما معقودا ببناء أحدهما

[جزء 12 - صفحة 179]

مسألة : وإن اختلف صانعان في قماش دكان لهما حكم بألة كل صناعة لصاحبها في ظاهر كلام أحمد و الخرقى

مسألة : وإن اختلف صانعان في قماش دكان لهما حكم بألة كل صناعة لصاحبها في ظاهر كلام أحمد و الخرقى

لما ذكرنا فيما اختلف الزوجان في قماش البيت بألة العطار له وآلة النجارين للنجار فإن لم يكونا في دكان واحد ولكن اختلفا في عين لم يرجح أحدهما بصلاحية العين المختلف له فيها كما يذكر في مسألة الزوجين بعد وقال القاضي : هذا إنما هو إذا كانت أيديهما عليه من طريق الحكم أما ما كان في يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه وإن كان في أيديهما قسم بينهما نصفين سواء كان يصلح لهما أو لأحدهما وهذا قول أبي حنيفة و محمد بن الحسن إلا أنهما قالوا ما يصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم فالقول فيه قول الرجل مع يمينه وإذا اختلف أحدهما وورثه الآخر فالقول قول الباقي لأن اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكمية بدليل ما لو تنازع الخياط وصاحب الدار في الإبرة والمقص كانت للخياط وقال أبو يوسف : القول قول المرأة فيما جرت العادة أنه قدر جهاز مثلها وقال مالك : ما صلح لكل واحد منهما فهو له وما صلح لهما كان للرجل سواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم لأن البيت للرجل وبده عليه أقوى لأن عليه السكنى وقال الشافعي وزفر والبتي : ما كان في البيت فهو لهما نصفين فيحلف كل واحد

منهما على نصفه وبأخذه وروي ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه
لأنهما تساويا في ثبوت يدهما على المدعي وعدم البينة فلم يقدم أحدهما على
صاحبه كالذي يصلح لهما أو كما لو كان في يدهما من حيث المشاهدة عند من
سلم ذلك

ولنا أن يديهما جميعا على متاع البيت بدليل ما لو نازعهما فيه أجنبي كان القول
قولهما وقد يرجح أحدهما على صاحبه يدا وتصرفا فيجب أن يقدم كما لو تنازعا
دابة أحدهما رآكها والآخر أخذ بزمامها أو جدارا متصلا بداريهما معقودا ببناء
أحدهما أوله أزج

ولنا على أبي حنيفة و القاضي أنهما تنازعا فيما في أيديهما أشبه إذا كان في
اليد الحكمة فأما ما كان يصلح لهما فإنه في أيديهما ولا مزية لأحدهما على
صاحبه أشبه إذا كان في أيديهما من جهة المشاهدة والدلالة على أنه ليس
للباقي منهما أن وارث الميت قائم مقامه أشبه ما لو جعل أحدهما لنفسه وكيفا
فصل : فأما إذا لم تكن لأحدهما يد حكمية بل تنازع رجل وامرأة في عين غير
قماش بينهما فلا يرجح أحدهما بصلاحيه ذلك له بل إن كانت في أيديهما فهي
بينهما وإن كانت في يد أحدهما فهي له وإن كانت في يد غيرهما اقترعا عليها
فمن خرجت له القرعة فهي له واليمين على من حكما له بها في كل المواضع
لأنه ليس لهما يد حكمية فأشبهها سائر المختلفين

[جزء 12 - صفحة 181]

مسألة : وكل من قلنا هو له فهو له مع يمينه إذا لم تكن بينة لاحتمال ما ادعاه
خصمه
مسألة : وكل من قلنا هو له فهو له مع يمينه إذا لم تكن بينة لاحتمال ما ادعاه
خصمه

مسألة : وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها
مسألة : وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها
وجملة ذلك أن البينة إذا كانت للمدعي وحده وكانت العين في يد المدعي عليه
حكم باليمين للمدعي بغير خلاف ولم يحلف وهو قول أهل الفتيا من أهل
الأمصار منهم الزهري و الثوري و أبو حنيفة و مالك و الشافعي وقال شريح
وعون بن عبد الله و النخعي و الشعبي و ابن أبي ليلى : يستحلف الرجل مع
بينته قال شريح : لو أثبت كذا وكذا شهداء عندي ما قضيت لك حتى تحلف
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [البينة على المدعي واليمين على
المدعي عليه] ولأن البينة أحد حجتي الدعوى فيكتفى بها كاليمين إذا ثبت ذلك
فقال أصحابنا : لا فرق بين الحاضر والغائب والحى والميت والعاقل والمجنون
والصغير والكبير وقال الشافعي : إذا كان المشهود عليه لا يعبر عن نفسه

أحلف المشهود له لأنه لا يعبر عن نفسه في دعوى القضاء والإبراء فيقوم الحاكم مقامه في ذلك لنزول الشبهة قال شيخنا : وهذا حسن فإن قيام البينة للمدعي بثبوت حقه لا ينفي احتمال القضاء والإبراء بدليل أن المدعي عليه لو ادعاه سمعت دعواه وبينته فإذا كان حاضرا مكلفا فسكوته عن الدعوى دليل على انتفائه فيكتفى بالنية فإن كان غائبا أو ممن لا قول له بقي احتمال ذلك من غير دليل يدل على انتفائه فتشرع اليمين لغيره وإن لم تكن للمدعي بينة وكانت للمنكر بينة سمعت بينته ولم يحتج إلى الحلف معها لأننا بتقديمها مع التعارض وأنه لا يحلف معها فمع إفرادها أولى وإن قلنا بتقديم بينة المدعي عليه فيجب أن يكتفى بها عن اليمين لأنه أقوى من اليمين فإذا اكتفى باليمين فيما هو أقوى منها أولى ويحتمل أن تشرع أيضا لأن البينة ههنا يحتمل أن يكون مستندها اليد والتصرف
فلا تفيد إلا ما أفادته اليد والتصرف لا يغني عن اليمين فكذلك ما قام مقامه

[جزء 12 - صفحة 182]

مسألة : وإن كان لكل واحد منهما بينة حكم بها للمدعي في ظاهر المذهب وعنه إن شهدت بينة المدعي عليه أنها له نتجت في ملكه أو قطعية من الإمام قدمت بينته وإلا فهي للمدعي بينته وقال القاضي فيهما : إذا لم يكن مع بينة الداخل ترجيح لم يحكم بها رواية واحدة وقال أبو خطاب : فيه رواية أخرى أنها مقدمة بكل حال

مسألة : وإن كان لكل واحد منهما بينة حكم بها للمدعي في ظاهر المذهب وعنه إن شهدت بينة المدعي عليه أنها له نتجت في ملكه أو قطعية من الإمام قدمت بينته وإلا فهي للمدعي بينته وقال القاضي فيهما : إذا لم يكن مع بينة الداخل ترجيح لم يحكم بها رواية واحدة وقال أبو خطاب : فيه رواية أخرى أنها مقدمة بكل حال

وجملة ذلك أن من ادعى عينا في يد غيره فأنكره وأقام كل واحدة منهما بينة حكم بها للمدعي بينته وتسمى بينة الخارج وبينة المدعي عليه تسمى بينة الداخل وقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما إذا تعارضتا فالمشهور عنه تقديم بينة المدعي ولا تسمع بينة المدعي عليه بحال وهذا اختيار الخرقى وهو قول إسحاق وعنه رواية ثانية إن شهدت بينة الداخل بسبب الملك فقالت نتجت في ملكه أو اشتراها أو نسجها أو كانت بينته أقدم تاريخا قدمت وإلا قدمت بينة المدعي وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور في التناج والنساج فيما لا يتكرر نسجه وأما ما يتكرر نسجه كالخز والصوف فلا تسمع بينته لأنها إذا شهدت بالسبب فقد أفادت ما لا تفيده اليد وقد روى جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم اختصم إليه رجلان في دابة أو بعير فأقام كل واحد منهم البينة أنه أنتجها فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يده وذكر أبو الخطاب رواية ثالثة أن بينة المدعي عليه تقدم بكل حال وهو قول

شريح والشعبي والحكم و الشافعي وأبي عبيدة وقال : هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروي ذلك عن طاوس وأنكر القاضي كون هذا رواية عن أحمد وقال : لا تقدم بينة الداخل إذا لم تغد إلا ما أفادته يده رواية واحدة واحتج من ذهب إلى تقديم بينة المدعي عليه بأن جنبته أقوى لأن الأصل معه ويمينه تقدم على يمين المدعي فإذا تعارضت البيتان وجب إبقاء يده على ما فيها وتقديمه كما لو لم تكن بينة لواحد منهما وحديث جابر يدل على هذا فإنه إنما قدم بينته ليده

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [البينة على المدعي واليمين على المدعي عليه] فجعل جنس البينة من جنبه المدعي فلا يبقى في جنبه المدعي عليه بينة ولأن بينة المدعي أكثر فائدة فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح والتعديل ودليل كثيرة فائدتها أنها تثبت شيئاً لم يكن وبينه المنكر إنما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة ولأن الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد والتصرف فإن ذلك جائز عند كثير من أهل العلم فصارت البينة بمنزلة اليد المفردة فتقدم عليه بينة المدعي كما تقدم اليد كما أن شهادي الفرع لما كانا مبنيين على شاهدي الأصل لم تكن لهما مزية عليهما فصل : وأي البينتين قدمناها لم يحلف صاحبها وقال الشافعي في أحد قوليهِ : يستحلف صاحب اليد لأن البينتين سقطتا بتعارضهما فصارتا كما لا بينة لهما فيحلف الداخل كما لو لم تكن لواحد منهم بينة ولنا أن إحدى البينتين راجحة فيجب الحكم بها منفردة كما لو تعارض خبران خاص و عام أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه ولا نسلم أن البينة الراجحة تسقط وإنما ترجح ويعمل بها وتسقط المرجوحة

[جزء 12 - صفحة 184]

مسألة : وإن أقام الداخل بينة أنه اشتراها من الخارج وأقام بينة أنه اشتراها من الداخل فقال القاضي : تقدم بينة الداخل لأنه الخارج في المعنى وقيل : تقدم بينة الخارج

مسألة : وإن أقام الداخل بينة أنه اشتراها من الخارج وأقام الخارج بينة أنه اشتراها من الداخل فقال القاضي : تقدم بينة الداخل لأنه الخارج في المعنى وقيل : تقدم بينة الخارج

لقول النبي صلى الله عليه وسلم [البينة على المدعي] فصل : إذا ادعى الخارج أن العين ملكه وأنه أودعها الداخل أو أعاره إياها أو أجرها منه ولم تكن لواحد منهما بينة فالقول قول المنكر مع يمينه لا نعلم فيه خلافاً وإن كان لكل واحد منهما بينة قدمت بينة الخارج وهو قول الشافعي وقال القاضي : بينة الداخل مقدمة لأنه هو الخارج في المعنى كالمسألة قبلها لأنه ثبت أن المدعي صاحب اليد فإن يد الداخل نائبة عنه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه] فتكون البينة للمدعي كما لو لم يدع الإيداع يحققه أن دعواه الإيداع زيادة في حخته وشهادة البينة بها تقوية لها فلا يجوز أن تكون مبطللة لبينته وإن ادعى الخارج أن الداخل غصبه إياها وأقاما بينتين قضي للخارج ويقتضي قول القاضي أنها للداخل والأولى ما ذكرناه

فصل : فإن كان في يد رجل جلد شاة مسلوخة ورأسها وسواقطها وبقاياها في يد آخر فادعاهما كل واحد منهما جميعها منهما ولا بينة لهما ولا لأحدهما فلكل واحد منهما ما في يده مع يمينه وإن أقاما بينتين وقلنا تقدم بينة الداخل فلكل واحد منهما ما في يده من غير يمين وإن كان في يد كل واحد منهم شاة فادعى كل واحد منهما أن الشاة التي في يد صاحبه له ولا بينة لهما حلف كل واحد منهما لصاحبه وكانت الشاة التي في يده له وإن أقاما بينتين فلكل واحد منهما الشاة التي في يد صاحبه ولا تعارض بينهما وإن كان كل واحد قال هذه الشاة التي في يدك فلكل واحد منهما الشاة التي في يد صاحبه ولا تعارض بينهما وإن كان كل واحد قال هذه الشاة التي في يدك فلكل واحد منهما الشاة التي في يد صاحبه ولا تعارض بينهما وإن كان كل واحد قال هذه الشاة التي في يدك فلكل واحد منهما الشاة التي في يد صاحبه ولا تعارض بينهما وإن كان كل واحد قال هذه الشاة التي في يدك فلكل واحد منهما الشاة التي في يد صاحبه ولا تعارض بينهما وإن كان كل واحد قال هذه الشاة التي في يدك فلكل واحد منهما الشاة التي في يد صاحبه ولا تعارض بينهما وإن كان كل واحد قال هذه الشاة التي في يدك فلكل واحد منهما الشاة التي في يد صاحبه ولا تعارض بينهما وإن كان كل واحد قال هذه الشاة التي في يدك فلكل واحد منهما الشاة التي في يد صاحبه ولا تعارض بينهما

شهدت بالنتاج جعل لكل واحد منهما ما في يده

فصل : إذا ادعى زيد شاة في يد عمرو وأقام بها بينة فحكم له بها حاكم ثم ادعاه عمرو على زيد وأقام بها بينة فإن قلنا بينة الخارج مقدمة لم تسمع بينة عمرو لأن بينة زيد مقدمة عليها وإن قلنا بينة الداخل مقدمة نظرنا في الحكم كيف وقع ؟ فإن كان حكم بها لزيد لأن عمرا لا بينة له ردت إلى عمرو لأنه قد قامت له بينة واليد كانت له وإن كان حكم بها لزيد لأنه يرى تقديم بينة الخارج لم ينقض حكمه لأنه حكم بما يسوغ الاجتهاد فيه وإن كانت بينة عمرو قد شهدت له أيضا وردها الحاكم لفسقها ثم عدلت لمن ينقض الحكم أيضا لأن الفاسق إذا شهد عند الحاكم بشهادة فردها لفسقه ثم أعادها بعد لم تقبل وإن لم يعلم الحكم كيف كان لم ينقض لأنه حكم حاكم الأصل جريانه على الصحة والعدل فلا ينقض بالاحتمال وإن جاء ثالث فادعاهما وأقام بها بينة فبينته وبينة زيد متعارضتان ولا يحتاج زيد إلى إقامة بينة لأنها قد شهدت مرة وهما سواء في الشهادة حال التنازع فلم يحتج إلى إعادتها كالبينة إذا شهدت ووقف الحكم على البحث عن حالها ثم بان عدالتها فإنها تقبل ويحكم بها من غير إعادة شهادتهما كذا ههنا

فصل : وإذا كان في يد رجل شاة فادعاهما رجل أنها له منذ سنة وأقام بذلك بينة وادعى الذي هي في يده أنها في يديه منذ سنتين وأقام بذلك بينة فيه للمدعي بغير خلاف لأن بيئته تشهد له بالملك وبينة الداخل تشهد باليد خاصة فلا تعارض بينهما لإمكان الجمع بينهما بأن تكون اليد عن غير ملك فكانت بينة الملك أولى وإن شهدت بيئته بأنها ملكه منذ سنتي فقد تعارض ترجيحان تقديم التاريخ من بينة الداخل وكون الأخرى بينة الخارج ففيه روايتان : إحداهما : تقدم بينة الخارج وهو قول أبي يوسف ومحمد وأبي ثور ويقتضيه عموم كلام الخرقى

لقوله عليه الصلاة والسلام [البينة على المدعي] ولأن بينة الداخل يجوز أن يكون مستندها اليد فلا تفيد أكثر مما تفيده اليد فاشبهت الصورة الأولى والثانية : تقدم بينة الداخل وهو قول أبي حنيفة و الشافعي لأنها تضمنت زيادة وإن كانت بالعكس فشهدت بينة الداخل أنه يملكها منذ سنة وسهدت بينة الخارج أنه يملكها منذ سنتين قدمت بينة الخارج إلى على الرواية التي تقدم فيها بينة الداخل فيخرج فيها وجهان بناء على الروايتين في التي قبلها وظاهر مذهب الشافعي تقديم بينة الداخل على كل حال وقال بعضهم فيها قولان فإن ادعى الخارج أنها ملكه منذ سنة وادعى الداخل أنه اشتراها منه منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الداخل ذكره القاضي وهو قول أبي ثور فإن اتفق تاريخ البينتين إلا أن بينة الداخل تشهد بنتاج أو شراء أو غنيمة أو إرث أو هبة من مالك أو قطعة من الإمام أو سبب من أسباب الملك ففي أيهما يقدم روايتان ذكرناهما فإن ادعى أنه اشتراها من الآخر قضي له بها لأن بينة الابتاع شهدت بأمر حادث خفي على البينة الأخرى فقدمت عليها كما تقدم بينة الجرح والتعديل

فصل : قال رحمه الله : القسم الثاني أن تكون العين في يديهما فيتحالفاً وتقسم بينهما

وجملة ذلك أنه إذا تنازع نفسان في عين في أيديهما فادعى كل واحد منهما أنها له دون صاحبه ولم تكن لهما بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين لا نعلم في هذا خلافاً لأن يد كل واحد منهم على نصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن نكلا جميعاً عن اليمين فكذلك لأن كل واحد منهما يستحق ما في يد الآخر بنكوله وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضي له بجميعها لأنه يستحق ما في يده بيمينه وما في يد الآخر بنكوله أو بيمينه التي ردت عليه بنكول صاحبه وإن كان لأحدهما بينة دون الآخر حكم له بها بغير خلاف علمناه لأنه يرجح بالبينة

[جزء 12 - صفحة 188]

مسألة : وإن تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر تحالفاً وهي بينهما
مسألة : وإن تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر تحالفاً وهي بينهما
لأنها حاجز بين ملكيهما فكانت يدهما عليه كما لو تنازعا حائطاً بين داريهما وفي كل موضع قلنا هو بينهما نصفين إنما يحلف كل واحد منهما على النصف الذي يجعله له دون ما لا يحصل له

مسألة : وإن تنازعا صبياً في يديهما فكذلك
مسألة : وإن تنازعا صبياً في يديهما فكذلك

لأن يديهما عليه واليد دليل الملك والطفل لا يعبر عن نفسه فهو كالبهيمة والمتاع إلا أن يعترف أن سبب يده غير الملك مثل أن يلتقطه فلا تقبل دعواه لرقه لأن اللقيط محكوم بحريته فأما غيره فقد وجد فهي دليل الملك من غير معارض فيحكم برقه فعلى هذا إذا بلغ فادعى الحرية لم تسمع دعواه لأنه محكوم برقه قبل دعواه فأما إن كان مميزا فقال إني حر منعا منه إلا أن تقوم بيته برقه لأن الظاهر الحرية وهي الأصل في بني آدم والرق طارئ عليها فإن كان له بيته قدمت البيته لأنها تقدم على الأصل لأنها تشهد بزيادة ويحتمل أن يكون كالطفل فيكون بينهما لأنه غير مكلف أشبه الطفل والأول أولى لأن المميز يصح تصرفه بالوصية ويلزم بالصلاة أشبه البالغ ولأنه يعرب عن نفسه في دعوى الحرية أشبه البالغ فأما البالغ إذا ادعى رقه فأنكر لم يثبت رقه إلا بيته وإن لم تكن له بيته فالقول قوله مع يمينه في الحرية لأنها الأصل وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي فإن ادعى رقه اثنان فأقر بهما بالرق ثبت رقه فإن ادعاه كل واحد منهم لنفسه فاعترف لأحدهما فهو لمن اعترف له وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يكون بينهما نصفين لأن يدهما عليه فأشبهه الطفل والثوب

ولنا أنه إنما ثبت رقه باعترافه فكان مملوكا لمن اعترف له كما لو لم تكن يده عليه ويخالف الثوب والطفل فإن الملك حصل فيهما باليد وقد تساويا فيها وههنا حصل بالاعتراف وقد اختص به أحدهما فكان مختصا به فإن أقام كل واحد بيته أنه مملوكه تعارضتا وسقطتا ويقرعه بينهما أو يقسم بينهما على ما مر من التفصيل فإن قلنا بسقوطهما ولم يعترف لهما بالرق فهو حر وإن اعترف لأحدهما فهو لمن اعترف له وإن أقر لهما معا فهو بينهما لأن البيتين سقطتا فصارتا كالمعدومتين وإن قلنا بالقرعة أو بالقسمة فأنكرهما لم يلتفت إلى إنكاره فإن اعترف لأحدهما لم يلتفت إلى اعترافه لأن رقه ثابت بالبيته فلم يبق له يد على نفسه كما قلنا فيما إذا ادعى رجلان دارا في يد ثالث وأقام كل واحد بيته أنها ملكه واعترف أنها ليست له ثم أقر أنها ليست له ثم أقر أنها لأحدهما لم يرجح بإقراره

[جزء 12 - صفحة 190]

مسألة : وإن كان لأحدهما بيته حكم له بها لأنه ترجح بالبيته وإن كان لكل واحد منهما بيته قدم أسبقهما تاريخا فإن وقتت إحدهما وأطلقت الأخرى فهما سواء ويحتمل تقديم المطلقة

مسألة : وإن كان لأحدهما بيته حكم له بها لأنه ترجح بالبيته وإن كان لكل واحد منهما بيته قدم أسبقهما تاريخا فإن وقتت إحدهما وأطلقت الأخرى فهما سواء ويحتمل تقديم المطلقة

أما إذا أقام كل واحد منهما بيته وتساويتا تعارضتا وقسمت العين بينهما نصفين وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لما روى أبو موسى أن رجلين

اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بغير فأقام كل واحد منهم شاهدين فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبعير بينهما نصفين رواه أبو داود ولأن كل واحد منهما داخل في نصف العين خارج في نصفها فتقدم بينة كل واحد منهما فيما في يده عند من يقدم بينة الداخل وفيما في يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج فيستويان على كل واحد من القولين

[جزء 12 - صفحة 191]

مسألة : وإن كانت إحداهما متقدمة التاريخ وحكم بها له مثل أن تشهد إحداهما أنها له منذ سنة وتشهد الأخرى أنها للآخر منذ سنتين فيقدم أسبقهما تاريخا مسألة : وإن كانت إحداهما متقدمة التاريخ وحكم بها له مثل أن تشهد إحداهما أنها له منذ سنة وتشهد الأخرى أنها للآخر منذ سنتين فيقدم أسبقهما تاريخا قال القاضي : هو قياس المذهب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لأن المتقدمة التاريخ أثبتت الملك له في وقت لم تعارضه فيه البينة الأخرى فيثبت الملك فيه ولهذا له المطالبة بالنماء في ذلك الزمان وتعارضت البيتان في الملك في الحال فسقطنا وبقي ملك السابق تحت استدامته وأن لا يثبت لغيره ملك إلا من جهته وظاهر كلام الخرقى التسوية بينهما وهو أحد قولي الشافعي ووجهه أن الشهيد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز أن يعلم به دون الأول بدليل أنه لو ذكر أنه اشتراه من الآخر أو وهبه إياه لقدمت بينته اتفاقا فإذا لم يرجح بها فلا أقل من التساوي وقولهم : إنه يثبت الملك في الزمان الماضي من غير معارضة قلنا إنما يثبت تبعا لثبوته في الحال ولو انفرد بأن يدعي الملك في الماضي لم تسمع دعواه ولا بينته

مسألة : فإن وقتت إحداهما وأطلقت الأخرى فهما سواء ذكره القاضي ويحتمل أن يحكم به لمن يوقت قاله أبو الخطاب وهو قول أبي يوسف ومحمد مسألة : فإن وقتت إحداهما وأطلقت الأخرى فهما سواء ذكره القاضي ويحتمل أن يحكم به لمن يوقت قاله أبو الخطاب وهو قول أبي يوسف ومحمد ولنا أنه ليس في إحداهما ما يقتضي الترجيح من تقدم الملك ولا غيره فوجب استنواؤهما كما لو أطلقا أو استوى تاريخهما

مسألة : وإن شهدت إحداهما بالملك والأخرى بالملك والنتاج أو سبب من أسباب الملك فهل يرجح بذلك ؟ على وجهين مسألة : وإن شهدت إحداهما بالملك والأخرى بالملك والنتاج أو سبب من أسباب الملك فهل يرجح بذلك ؟ على وجهين :

إحداهما : لا يرجح به وهو اختيار الخرقى لأنهما تساوتا فيما يرجع إلى المختلف فيه وهو ملك العين الآن فوجب تساويهما في الحكم
والثاني : تقدم بنية التناج وما في معناه وهو مذهب أبي حنيفة لأنها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب والأخرى خفي عليها ذلك فيحتمل أن تكون شاهدها مستندة إلى مجرد اليد والتصرف فتقدم الأولى عليها كتقديم بينة الجرح على التعديل وهذا قول القاضي فيما إذا كانت العين في يد غيرهما

[جزء 12 - صفحة 192]

مسألة : ولا تقدم إحداهما بكثرة العدد ولا اشتهاار العدالة ولا الرجلان على الرجل والمرأتين ويقدم الشهادان على الشاهد واليمين في أحد الوجهين
مسألة : ولا تقدم إحداهما بكثرة العدد ولا اشتهاار العدالة ولا الرجلان على الرجل والمرأتين ويقدم الشهادان على الشاهد واليمين في أحد الوجهين
لا ترجح إحدى البيتين بكثرة العدد واشتهاار العدالة وهو قول أبي حنيفة و الشافعي ويتخرج أن يرجح بذلك مأخوذاً من قول الخرقى ويقدم الأعمى أوثقهما في نفسه وهذا قول مالك لأن أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة ولأنها خبر ولأن الشهادة إنما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به وإذا كثر العدد أو قويت العدالة كان الظن أقوى وقال الأوزاعي : تقسم على عدد الشهود فإذا شهد لأحدهما شاهدان وللآخر أربعة قسمت العين بينهما أثلاثاً لأن الشهادة سبب الاستحقاق فتوزع الحق عليها
ولنا أن الشهادة مقدره بالشرع فلا تختلف بالزيادة كالدية بخلاف الخبر فإنه مجتهد في قبول خبر الواحد دون العدد فرجح بالزيادة والشهادة متفق فيها على خبر الاثنين فصار الحكم متعلقاً بهما دون اعتبار الظن ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات لا تقبل شهادتين وإن كثرن حتى صار الظن بشهادتين أغلب من شهادة الذكربن ؟ وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين في المال لأن كل واحدة من البيتين حجة في المال فإذا اجتمعتا تعارضتا فأما إن كان لأحدهما شهادان وللآخر شاهد فبذل يمينه معه ففيه وجهان :

أحدهما : يتعارضان لأن كل واحد منهما حجة بمفرده فأشبه الرجلين مع الرجل والمرأتين والثاني : يقدم الشاهدان لأنهما حجة متفق عليها والشاهد واليمين مختلف فيهما ولأن اليمين قوله لنفسه والبينة الكاملة شهادة الأجنبيين فوجب تقديمها كتقديمها على يمين المنكر وهذا الوجه أصح إن شاء الله تعالى و للشافعي قولان كالوجهين

[جزء 12 - صفحة 193]

مسألة : وإن تساوتا تعارضتا وقسمت العين بينهما بغير يمين وعنه أنهما يتحالفان كمن لا بينة لهما وعنه أنه يقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذها مسألة : وإن تساوتا تعارضتا وقسمت العين بينهما بغير يمين وعنه أنهما يتحالفان كمن لا بينة لهما وعنه أنه يقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذها وجملة ذلك أن البينتين إذا تساوتا تعارضتا وقسمت العين نصفين لما ذكرنا من حديث أبي موسى وما ذكرناه من المعنى واختلف الرواية هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين ؟ وري أنه يحلف وهو الذي ذكره الخرقى لأن البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب إسقاطهما كالخبرين إذا تعارضا وتساويا وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به وهذا أحد قولي الشافعي بناء على أن اليمين تجب على الداخل مع بينته ويحلف معها والرواية الأخرى : تقسم بينهما العين من غير يمين وهو قول مالك وأبي حنيفة والقول الثاني للشافعي وهو أصح إن شاء الله للخبر والمعنى الذي ذكرناه ولا يصح قياس هاتين البينتين على الخبرين المتساويين لأن كل بينة راجحة في نصف العين على كل واحد من القولين وقد ذكرنا أن البينة يحكم بها من غير يمين وفيه رواية أخرى أنه يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنها له لاحق للآخر فيها وكانت العين له كما لو كانت في يد غيرهما ذكر هذه الرواية أبو الخطاب والأولى أصح إن شاء الله تعالى للخبر والمعنى

[جزء 12 - صفحة 194]

مسألة : وإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد لم تسمع البينة على ذلك حتى تقول : وهي ملكه وتشهد البينة به مسألة : وإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد لم تسمع البينة على ذلك حتى تقول : وهي ملكه وتشهد البينة به وجملة ذلك أنه متى كان في يد رجل عين فادعى آخر أنه اشتراها من زيد وهي ملكه وأقام بذلك بينة حكم له بها لأنه ابتاعها من مالكها وكذا إن شهدت أنه باعه إياها وسلمها إليه حكم له بها لأنه لم يسلمها إليه إلا وهي في يده وإن لم يذكر إلا التسليم لم يحكم بها لأنه يمكن أن يبيعه ما لا يملكه فلا يزال صاحب اليد فإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد وهي ملكه وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو وهي ملكه وأقاما بذلك بينتين تعارضتا فإن كانت في يد أحدهما أنبنى ذلك على الروايتين في تقديم بينة الخارج والداخل فإن كانت في أيديهما قسمت بينهما لأن بينة كل واحد منهما داخلة في أحد النصفين خارجة عن النصف الآخر وإن كانت في يد أحد البائعين فأنكرهما وادعاهما لنفسه فإن قلنا تسقط البيتان خلف وكانت له وإن أقر بها لأحدهما صار الداخل إلا أن يقر بعد أن يحلف أنها له وإن قلنا يقدم أحدهما بالقرعة فهي لمن تخرج له القرعة مع

يمينه وإن قلنا تقسم بينهما قسمت ورجع كل أحد منهما بنصف ثمنها فإن كان المبيع مما يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد أو كان المشتري مقرا بقبضه فلا خيار لواحد منهما ولا الرجوع بشيء من الثمن لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع وإن كان من المكيل والموزون ولم يقبض فلكل واحد منهما الخيار في الفسخ والإمضاء فإن اختار أحدهما الفسخ لم يتوفر المبيع على الآخر لأن البائع اثنان والله أعلم

[جزء 12 - صفحة 195]

مسألة : وإن أقام أحدهما بينة أنها ملكه وأقام الآخر بينة أنه اشتراها أو أعتقه قدمت بينة الثاني
مسألة : وإن أقام أحدهما بينة أنها ملكه وأقام الآخر بينة أنه اشتراها أو أعتقه قدمت بينة الثاني
لأنها تشهد بأمر حادث على الملك خفي على بينة الملك ولا تعارض بينهما فيثبت الملك للأول والشراء منه للثاني

مسألة : وإن أقام رجل بينة أن هذه الدار لأبي خلفها تركة وأقامت امرأته بينة أن أباه أصدقها إياها فهي للمرأة لما ذكرنا
مسألة : وإن أقام رجل بينة أن هذه الدار لأبي خلفها تركة وأقامت امرأته بينة أن أباه أصدقها إياها فهي للمرأة لما ذكرنا
فصل : قل رضي الله : القسم الثالث تداعيا عينا في يد غيرها فإنه يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنها له وأخذها
وجملة ذلك أن الرجلين إذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولا بينة لهما فأنكرهما فالقول قوله مع يمينه بغير خلاف وإن اعترف أنه لا يملكها وقال : لا أعرف صاحبها أو قال : هي لأحدكما لا أعرفه عينا اقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف أنها له وسلمت إليه لما روى أبو هريرة أن رجلين تداعيا عينا لم تكن لواحد منهما بينة فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم أن يستهما على اليمين أحبا أم كرها رواه أبو داود ولأنهما تساوبا في الدعوى ولا بينة لواحد منهما ولا يد والقرعة تميز عند التساوي كما لو اعتق عبدا لا مال له غيرهم في مرض موته

[جزء 12 - صفحة 196]

مسألة : فإن كان المدعى عبدا فأقر لأحدهما لم يرجح باقراره
مسألة : فإن كان المدعى عبدا فأقر لأحدهما لم يرجح باقراره

لأنه محجور عليه أشبه الطفل فإن كانت لأحدهما بينة حكم له بها بغير خلاف نعلمه

مسألة : وإن كانت لكل واحد منهما بينة ففيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب مسألة : وإن كانت لكل واحد منهما بينة ففيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب إحداهما : تسقط البيئتان ويقترع المتداعيان على اليمين كما لو لم تكن بينة هذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقى لأنه ذكر القرعة ولم يفرق بين أن تكون معها بينة أو لم تكن روي هذا عن ابن عمر وابن الزبير وبه قال إسحاق وأبو عبيد وهو رواية عن مالك وقديم قول الشافعي لما روى ابن المسيب أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في امرأة وجاء كل واحد منهما بشهود عدول على عدة واحدة فأسهم النبي صلى الله عليه وسلم بينهما رواه الشافعي في مسنده ولأن البيئتين حجتان تعارضتا من غير ترجيح لإحداهما على الأخرى فسقطتا كالخبرين

والرواية الثانية : تستعمل البيئتان وفي كيفية استعمالهما روايتان : إحداهما : تقسم العين بينهما وهو قول الحارث العكلي وقتادة وابن شبرمة وحماد و أبي حنيفة وقول للشافعي لما ذكرنا من حديث أبي موسى ولأنهما تساويا في دعواه فتساويا في قسمته والرواية الثانية : تقدم إحداهما وهو قول للشافعي وله قول رابع يوقف الأمر حتى يتبين وهو قول أبي ثور لأنه اشتبه الأمر فوجب التوقف كالحاكم إذا لم يتضح الحكم له في قضية ولنا خبر أبي موسى وخبر ابن المسيب ولأن تعارض الحجتين لا يوجب التوقف كالخبرين بل إذا تعذر الترجيح أسقطناهما ورجعنا إلى دليل غيرهما إذا ثبت هذا فأما إذا أسقطنا البيئتين أقرعنا بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها كما لو لم تكن لهما بينة وإن قلنا يعمل بالبيئتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة أخذها من غير يمين وهذا قول الشافعي لأن البينة تغني عن اليمين وقال أبو الخطاب : عليه اليمين مع بينته ترجيحاً لها وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كأولى وإنما يظهر اختلاف الحكم في شيء آخر سنذكره إن شاء الله تعالى

فصل : وإن أنكرهما من العين في يده وكانت لأحدهما بينة حكم له بها وإن أقام كل واحد منهم بينة فإن قلنا تستعمل البيئتان أخذت العين من يده وقسمت بينهما على قول من يرى القسمة وتدفع إلى من تخرج له القرعة عند من يرى ذلك وغن قلنا تسقط البيئتان حلف صاحب اليد وأقرت في يده كما لو لم تكن لهما بينة

مسألة : وإن أقر صاحب اليد لأحدهما لم يرجح بإقراره إذا قلنا لا تسقط
البيتان

مسألة : وإن أقر صاحب اليد لأحدهما لم يرجح بإقراره إذا قلنا لا تسقط
البيتان

لأنه قد ثبت زوال ملكه فصار كالأجنبي وإن قلنا بسقوطهما فأقر بها لهما أو
لأحدهما قبل إقراره فأما إن أقر بها في الابتداء لأحدهما صار المقر به صاحب
اليد لأن من هي في يده مقر بأن يده نائبة عن يده وإن أقر لهما جميعا فاليد
لكل واحد منهما في الجزء الذي أقر له به لذلك

مسألة : وإن ادعاه صاحب اليد لنفسه وقلنا بسقوط البيتين حلف لكل واحد
منهما وهي له وهو قول القاضي

مسألة : وإن ادعاه صاحب اليد لنفسه وقلنا بسقوط البيتين حلف لكل واحد
منهما وهي له وهو قول القاضي

لأنه صاحب اليد وهو منكر فلزمته اليمين لقول النبي صلى الله عليه وسلم
[اليمين على من أنكر] وقال أبو بكر : بل يقرع بين المدعين فتكون لمن
تخرج له القرعة وهذا يبنى على أن البيتين إذا تعارضا لا يسقطان فرجحت
إحدى البيتين بالقرعة كما لو أقر صاحب اليد أنها لأحدهما لا يعلمه بعينه
فصل : إذا تداعيا عينا في يد غيرهما فقال هي لأحدهما لا أعرفه عينا أو قال لا
أعرف صاحبها أو هو أحدهما أو غيركما أو قال أودعنيها أحدهما أو رجل لا أعرفه
عينا فادعى كل واحد منهما أنك تعلم أنني صاحبها أو أنني الذي أودعتكها
وطلب يمينه لزمه أن يحلف له لأنه لو أقر له لزمه تسليمها إليه ومن لزمه
الحق مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار ويحلف على ما ادعاه من نفي العلم
وإن صدقاه فلا يمين عليه وإن صدقه أحدهما حلف الآخر وإن أقر بها لأحدهما
أو لغيرهما صار المقر له صاحب اليد فإن قال غير المقر له احلف لي أن العين
ليس ملكي أو أنني ليست الذي أودعكها لزمته اليمين لكل واحد منها في
النصف المحكوم به لصاحبه وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه في النصف
المحكوم له به

فصل : إذا كان في يد رجل دار فادعاه نفسان فقال أحدهما أجرتكها وقال
الآخر هي داري اعترتكها أو قال هي داري ورثتها من أبي أو قال هي داري ولم
يذكر شيئا آخر فأنكرهما صاحب اليد فالقول قوله مع يمينه وإن كان لأحدهما
بينة حكم له بها فإن أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه تعارضا وكان الحكم
على ما ذكرنا فيما مضى إلا على الرواية التي تقدم فيها البينة الشاهدة بالسبب
فإن بينة من ادعى أنه روثها مقدمة لشهادتها بالسبب وإن أقام أحدهما بينة أنه
غصبه إياها وأقام الآخر بينة أنه أقر له بها فهي للمغصوب منه ولا تعارض بينهما
لأن الجمع بينهما ممكن بأن يكون غصبها من هذا وأقر بها لغيره وإقرار الغاصب
باطل وهذا مذهب الشافعي فتدفع إلى المغصوب منه

فصل : نقل ابن منصور عن أحمد في رجل أخذ من رجلين ثوبين أحدهما
بعشرة والآخر بعشرين ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من هذا فادعى أحدهما ثوبا

من هذين التوبين وادعاه الآخر يقرع بينهما فأيهما أصابته القرعة حلف وأخذ الثوب الجديد والآخر للآخر وإنما قال ذلك لأنهما تنازعا عينا في يد غيرهما فصل : إذا تداعيا عينا فقال كل واحد منهما هذه العين لي استدنتها من زيد بمائة ونقدته إياها ولا بينة لواحد منهما فإن أنكرهما زيد فهي له مع يمينه وإن أقر بها لأحدهما سلمها إليه وحلف للآخر وإن أقر لكل واحد منهما بنصفها سلمت إليهما وحلف لكل واحد منهما على نصفها وإن قال لا أعلم لمن هي أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها وإن حلف البائع له ثم أقر بها لأحدهما سلمت إليه وإن أقر بها للآخر لزمته غرامتها له وإن أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه وكانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين مثل أن يدعي أحدهما أنه اشتراها في المحرم وادعى الآخر أنه اشتراها في صفر وشهدت بينة كل واحد منهما للآخر بدعواه فهي للأول لتقدم بينته بأنه باعها منه أولا وزال ملكه عنها فيكون بيع الثاني باطلا لكونه باع ما لا يملكه ويطالب برد الثمن وإن اتفق تاريخهما أو كانتا مطلقتين أو أحدهما مطلقة والأخرى مؤرخة تعارضتا لتعذر الجمع فينظر في العين فإن كانت في يد أحدهما انبنى ذلك على بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الداخل جعلها لمن هي في يده ومن قدم بينة الخارج جعلها له وإن كانت في يد البائع وقلنا تسقط البيتان رجوع إلى البائع فإن أنكرهما حلف لهما وكانت له وأن أقر لأحدهما سلمت إليه وحلف للآخر وأن أقر لهما فهي بينهما ويحلف لكل واحد منهما على نصفها كما لو لم يكن لهما بينة وإن قلنا لا تسقط البيتان لم يلتفت إلى إنكاره ولا اعترافه وهذا قول القاضي وأكثر أصحاب الشافعي لأنه قد ثبت زوال ملكه وإن يده لا حكم لها فلا حكم لقوله فمن قال يقرع بينهما أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهي له مع يمينه وهذا قول القاضي لم يذكر غيره وقال أبو الخطاب : يقسم بينهما وقد نص عليه أحمد في رواية الكوسج في رجل أقام بينة أنه اشترى سلعة بمائة وأقام الآخر بينة أنه اشتراها بمائتين فكل واحد منهما يستحق نصف السلعة بنصف الثمن ويكونان شريكين وحمل القاضي هذه الرواية على أن العين في أيديهما أو على أن البائع أقر لهما جميعا وإطلاق الرواية يدل على صحة قول أبي الخطاب فعلى هذا إن كان المبيع مما لا يدخل في ضمان المشتري إلا يقبضه الثمن وإن اختار الفسخ رجوع كل واحد منها بجميع الثمن وإن اختار أحدهما الفسخ توفرت السلعة كلها على الآخر إلا أن يكون الحاكم قد حكم بنصف السلعة ونصف الثمن فلا يعود النصف الآخر إليه وهذا قول الشافعي في كل موضع

فصل : ولو كان في يد رجل دار فادعى عليه رجلان كل واحد منهما يزعم أنه غصبها منه وأقام بذلك بينة فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ادعى كل واحد منهما : إني اشتريتها منه على ما مضى من التفصيل فيه

مسألة : وإن كان في يد رجل عبد فادعى أنه اشتراه من زيد فادعى العبد أن زيدا أعتقه وأقام كل واحد بينة انبنى على بينة الداخل والخارج فإن كان العبد في يد زيد فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ادعى عينا في يد غيرهما

مسألة : وإن كان في يد رجل عبد فادعى أنه اشتراه من زيد فادعى العبد أن زيدا أعتقه وأقام كل واحد بينة انبنى على بينة الداخل والخارج فإن كان العبد في يد زيد فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ادعى عينا في يد غيرهما

إذا ادعى رجل عبدا في يد آخر أنه اشتراه منه وادعى العبد أن سيده أعتقه ولا بينة لهما فإنكرهما حلف لهما والعبد له فإن أقر لأحدهما ثبت ما أقر به ويحلف للآخر وإن أقام أحدهما بينة بما ادعاه ثبت وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه وكانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قدمنا الأولى وبطلت الأخرى لأنه إن سبق العتق لم يصح البيع وإن سبق البيع لم يصح العتق لأنه اعتق عبد غيره فإن قيل يحتمل أنه عاد إلى ملكه فأعتقه قلنا وقد ثبت الملك للمشتري فلا يبطله عتق البائع وإن كانتا مؤرخين بتاريخ واحد أو مطلقتين أو إحداهما مطلقة تعارضتا لأنه لا ترجيح لإحداهما على الأخرى فإن كان في يد المشتري انبنى ذلك على الخلاف في تقديم بينة الداخل والخارج فإن قدمنا بينة الداخل فهو للمشتري وإن قدمنا بينة الخارج قدم العتق لأنه خارج وإن كان في يد البائع وقلنا إن البينتين تسقطان بالتعارض صارا كمن لا بينة لهما فإن أنكرهما حلف لهما وإن أقر بالعتق ثبت ولم يحلف العبد لأنه لو أقر بأنه ما أعتقه لم يلزمه شيء فلا فائدة في إحلافه وإن قلنا ترجح إحدى البينتين بالقرعة قرعنا بينهما فمن خرجت قرعته قدمناه قال أبو بكر : هذا قياس قول أبي عبد الله فعلى هذا يحلف من خرجت له القرعة في أحد الوجهين وإن قلنا يقسم قسمنا العبد فجعلنا نصفه مبيعا ونصفه حرا ويسري العتق إلى جميعه إن كان البائع موسرا لأن البينة عليه أنه أعتقه مختارا وقد ثبت العتق في نصفه بشهادتهما

[جزء 12 - صفحة 203]

مسألة : وإن كان في يده عبد وادعى عليه رجلان كل واحد منهما أنه اشتراه بثمن سماه فصدقهما لزمه الثمن لكل واحد منهما وإن أنكرهما حلف لهما وبريء وإن صدق أحدهما لزم ما ادعاه وحلف للآخر وإن كان لأحدهما بينة فله الثمن ويحلف للآخر وإن كان لكل واحد منهم بينة وأمكن صدقهما لاختلاف تاريخهما أو إطلاقهما أو إطلاق إحداهما وتاريخ الأخرى عمل بهما وإن اتفق تاريخهما تعارضتا والحكم على ما تقدم

مسألة : وإن كان في يده عبد وادعى عليه رجلان كل واحد منهما أنه اشتراه بثمن سماه فصدقهما لزمه الثمن لكل واحد منهما وإن أنكرهما حلف لهما وبريء وإن صدق أحدهما لزم ما ادعاه وحلف للآخر وإن كان لأحدهما بينة فله الثمن ويحلف للآخر وإن كان لكل واحد منهم بينة وأمكن صدقهما لاختلاف

تاريخهما أو اطلاقهما أو إطلاق إحدهما وتاريخ الأخرى عمل بهما وإن اتفق تاريخهما تعارضتا والحكم على ما تقدم وإن كان في يد إنسان عين فادعى عليه رجلان كل واحد منهما أنك اشتريته مني بألف وأقام بذلك بينة واتفق تاريخهما مثل أن يقول اشتراها مني مع الزوال يوم كذا ليوم واحد فهما متعارضتان فإن قلنا يسقطان رجع إلى قول المدعي عليه فإن أنكرهما حلف لهما وبريء وإن أقر لأحدهما فعليه له الثمن ويحلف للآخر وإن أقر لهما فعليه لكل واحد منهم الثمن لأنه يحتمل أن يشتريها من أحدهم ثم يهبها للآخر ويشتريها منه وإن قال اشتريتها منكما صفقة واحدة بألف فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن وله أن يحلف على الباقي وإن قلنا يقرع بينهما وجب الثمن لمن تخرج له القرعة ويحلف للآخر ويبرأ وإن قلنا يقسم قسم الثمن بينهما ويحلف لكل واحد منهما على الباقي فإن كان التاريخان مختلفين أو كانتا مطلقتين أو أحدهما مطلقة ثبت العقدان ولزمه الثمنان لأنه يمكن أن يشتريها من أحدهما ثم يملكها الآخر فيشتريها منه وإذا أمكن صدق البينتين والجمع بينهما وجب تصديقهما فإن قيل فلم قلت إن البائع إذا كان واحدا والمشتري اثنان فأقام أحدهما بينة أنه اشتراه في المحرم وأقام الآخر بينة أنه اشتراه في صفر يكون الشراء الثاني باطلا؟ قلنا إنه إذا ثبت الملك للأول لم يبطله بأن يبيعه للثاني ثانيا وفي مسألتنا ثبوت شرائه من كل واحد منهما يبطل ملكه لأنه لا يجوز أن يشتري ثانيا ملك نفسه ويجوز أن يبيع البائع ما ليس له فافترقا فإن قيل فإذا كانت البيتان مطلقتين أو إحدهما مطلقة احتتمل أن يكون تاريخهما واحدا فيتعارضان والأصل براءة ذمة المشهود عليه فلا تشغل بالشك قلنا : متى أمكن صدق البينتين وجب تصديقهما ولم يكن ثم شك وإنما يبقى الوهم والوهم لا تبطل به البينة لأنها لو بطلت به لم يثبت بها حق أصلا لأنه ما من بينة إلا ويحتمل أن تكون كاذبة أو غير عادلة أو متهمة أو معارضة ولم يلتفت إلى الوهم كذا ههنا

[جزء 12 - صفحة 205]

مسألة : وإن ادعى كل واحد منهما أنه باعني إياه بألف وأقام بينة قدم أسبقهما تاريخا لما ذكرنا فإن لم تسبق إحدهما تعارضتا
مسألة : وإن ادعى كل واحد منهما أنه باعني إياه بألف وأقام بينة قدم أسبقهما تاريخا لما ذكرنا فإن لم تسبق إحدهما تعارضتا

مسألة : وإن قال أحدهما : غصني إياه وقال الآخر : ملكنيه أو أقر لي به فإن أقام كل واحد منهما بينة فهو للمغصوب منه ولا يغرم للآخر شيئا

مسألة : وإن قال أحدهما : غضبني إياه وقال الآخر : ملكنيه أو أقر لي به فإن أقام كل واحد منهما بينة فهو للمغصوب منه ولا يغرم للآخر شيئاً لأنه لا تعارض بينهما لجواز أن يكون غضبه من هذا ثم ملكه الآخر والله أعلم

مسألة : وإذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قبل إقرارها
مسألة : وإذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قبل إقرارها
لأنها أقرت على نفسها وهي غير متهمة لأنها لو أردت ابتداء النكاح لم تمنع منه فإن ادعاها اثنان فأقرت لأحدهما لم يقبل إقرارها لأن الآخر يدعي ملكاً بضعها وهي معترفة أن ذلك قد ملك عليها فصار إقرارها بحق غيرها ولأنها متهمة فإنها لو أردت ابتداء تزويج أحد المتداعيين لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الآخر فإن قيل : فلو تداعيا عينا في يد ثالث فأقر لأحدهما قبل قلنا لا يثبت الملك بإقراره في العين إنما يجعله كصاحب اليد فيحلف والنكاح لا يستحق باليمين فلم ينفع الإقرار بها ههنا فإن كان أحد المتداعيين له بينة حكم له به لأن البينة حجة في النكاح وغيره وإن أقاما بينتين تعارضتا وسقطا وحيل بينهما وبينها ولا يرجح أحد المتداعيين بإقرار المرأة لما ذكرنا ولا بكونها في بيته وبده لأن اليد لا تثبت على حرة ولا سبيل إلى القسمة ههنا ولا إلى القرعة لأنه لا بد مع القرعة من اليمين ولا مدخل لها ههنا

[جزء 12 - صفحة 206]

باب في التعارض البينتين
إذا قال بعده متى قتلت فأنت حر فادعى العبد أنه قتل وأنكر الورثة فالقول قولهم لأن الأصل عدم القتل فإن أقام بينة بدعوه عتق وإن أقام الورثة بينة بموته قدمت بينة العبد في أحد الوجهين لأنها تشهد بزيادة وهي القتل والثاني : يتعارضان لأن إحداهما تشهد بصد ما شهدت به الأخرى فيبقى على الرق

مسألة : وإن قال إن مت في المحرم فسالم حر وإن مت في صفر فغانم حر وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه بموجب عتقه قدمت بينة سالم في أحد الوجوه

مسألة : وإن قال إن مت في المحرم فسالم حر وإن مت في صفر فغانم حر وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه بموجب عتقه قدمت بينة سالم في أحد الوجوه

لأن معها زيادة علم فإنها أثبتت ما يجوز أن يختفي على البينة الأخرى والثاني : يتعارضان ويبقى العبد على الرق لأنهما سقطا فصارا كمن لا بينة لهما والثالث : يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعة فأما إن لم تقم لواحد منهما بينة وأنكر

الورثة فالقول قولهم لأنه يجوز أن يموت في غير هذين الشهرين وإن أقروا لأحدهم عتق بإقرارهم وكذلك إن أقام بينة

[جزء 12 - صفحة 207]

مسألة : وإن قال : إن مت من مرضي هذا فسالم حر وإن برئت فغانم حر فأقاما بينتين تعارضتا وبقيتا على الرق ذكره أصحابنا والقياس أن يعتق أحدهما بالقرعة ويحتمل أن يعتق غانم وحده لأن بينته تشهد بزيادة
مسألة : وإن قال : إن مت من مرضي هذا فسالم حر وإن برئت فغانم حر فأقاما بينتين تعارضتا وبقيتا على الرق ذكره أصحابنا والقياس أن يعتق أحدهما بالقرعة ويحتمل أن يعتق غانم وحده لأن بينته تشهد بزيادة
إذا قال : إن مت من مرضي هذا فسالم حر وإن برئت فغانم حر فمات وادعى كل واحد منهما موجب عتقه أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق لأنه لا يخلو من أن يكون برأ أو لم يبرأ فيعتق أحدهما على كل حال ولم تعلم عينه فيخرج بالقرعة كما لو اعتق أحدهما فأشكل عليها ويحتمل أن يقدم قول سالم لأن الأصل عدم البرء وإن أقام كل واحد منهما بينة بموجت عتقه فقال أصحابنا : يتعارضان ويبقى العبدان على الرق وهذا مذهب الشافعي لأن كل واحدة منهما تكذب الأخرى وتثبت زيادة تنفيها الأخرى وهذا قول لا يصح وهو ظاهر الفساد لأن التعارض أثر في أسقاط البينتين ولو لم يكونا أصلا لعتق أحدهما فكذلك إذا سقطا وذلك لأنه لا يخلو من إحدى الحالتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق أحدهما فيلزم وجوده كما لو قال : إن كان هذا الطائر غرابا فسالم حر وإن لم يكن غرابا فغانم حر ولم يعلم حاله ولكن يحتمل وجهين : أحدهما : يقرع بينهما كما في مسألة الطائر ولأن البينتين إذا تعارضتا قدمت إحداهما بالقرعة في رواية والثاني : تقدم بينة غانم لأنها شهدت بزيادة وهي البرء وإن أقر الورثة لأحدهم عتق بإقرارهم ولم يسقط حق الآخر مما ذكرنا إلا أن يشهد عدلان منهم بذلك مع انتفاء التهمة فيعتق وحده إذا لم تكن للآخر بينة

[جزء 12 - صفحة 208]

مسألة : وإن اتلف ثوبا فشهدت بينة أن قيمته عشرون وشهدت أخرى أن قيمته ثلاثون لزمته أقل القيمتين
مسألة : وإن اتلف ثوبا فشهدت بينة أن قيمته عشرون وشهدت أخرى أن قيمته ثلاثون لزمته أقل القيمتين
وجملة ذلك أنه إذا شهد شاهد أنه غصبه ثوبا قيمته درهمان وشهد آخر أن قيمته ثلاثة ثبت ما اتفقا عليه وهو درهمان فله أن يحلف مع الآخر على درهم لأنهما

اتفقا على درهمين وانفرد أحدهما بدرهم فاشبه ما لو شهد أحدهما بالف والآخر بخمسائة وإذا شهد شاهدان ان قيمته درهماً وشاهدان ان قيمته ثلاثة ثبت له درهماً وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة له ثلاثة لأنه قد شهد بها شاهدان وهما حجة فيؤخذ بهما كما يؤخذ بالزيادة في الأخبار وكما لو شهد شاهدان بألف وشاهدان بألفين فإنه يجب له ألفان قال القاضي : ويتوجه لنا مثل ذلك كما لو شهد له شاهدان بألف وشاهدان بخمسائة ولنا أن من شهد أن قيمته درهماً ينفي أن قيمته ثلاثة فقد تعارضت البيتان في الدرهم ويخالف الزيادة في الأخبار فإن من يروي الناقص لا ينفي الزيادة وكذلك من شهد بألف لا ينفي أن عليه ألفاً آخر فإن قيل : فلم قلت إنه إذا شهد بواحدة من القيمتين شاهدان تعارضتا وإن شهد شاهد لم يتعارضاً وكان له أن يحلف مع الشاهد بالزيادة عليها ؟ قلنا : لأن الشاهدين حجة وبينه وإذا كملت من الجانبين تعارضت الحجتان لتعذر الجمع بينهما أما الشاهد الواحد فليس بحجة وحده وإنما يصير حجة مع اليمين فإذا حلف مع أحدهما كملت الحجة مع يمينه ولم يعارضها ما ليس بحجة كما لو شهد بأحدهما شاهدان وبالأخر شاهد واحد

[جزء 12 - صفحة 209]

مسألة : ولو ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت فورثناها ثم مات ابني فورثته وقال أخوها : بل ما ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين وأن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وسقطتا أيضاً وقياس مسائل الخرقى أن يجعل للأخ سدس مال الابن والباقي للزوج
مسألة : ولو ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت فورثناها ثم مات ابني فورثته وقال أخوها : بل ما ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين وأن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وسقطتا أيضاً وقياس مسائل الخرقى أن يجعل للأخ سدس مال الابن والباقي للزوج
وجملة ذلك أنه إذا مات جماعة يرث بعضهم بعضاً واختلف الأحياء من ورثتهم في السابق بالموت في المسألة المذكورة فقال الزوج : ماتت المرأة أولاً فصار ميراثها كله لي ولأبني ثم مات ابني فصار ميراثه لي وقال أخوها : مات ابنها أولاً فورثت ثلث ماله ثم ماتت فكان ميراثها بيني وبينك نصفين حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وجعلنا ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته دون من مات معه لأن سبب استحقاق الحي من موروثه موجود وإنما يمتنع لبقاء موروث الآخر بعده وهذا الأمر مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك فيكون ميراث الابن لأبيه لا مشارك له فيه وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين وهذا مذهب الشافعي فإن قيل : فقد أعطيتم الزوج النصف

وهو لا يدعي إلا الربع قلنا بل هو مدع لجميعه ربه بميراثها منه وثلاثة أرباعه بميراثها من أبيه قال أبو بكر : قد ثبتت البنية بيقين فلا يقطع ميراث الأب فيه إلا بينة تقوم للأخ وهذا تعليل لقول الخرقى في هذه المسألة وذكر قولاً آخر يحتمل أن الميراث بينهما نصفين قال شيخنا : وهذا ما يدري ما أراد به إن أراد أن مال المرأة بينهما نصفين لم يصح لأنه يفضي إلى إعطاء الأخ ما لا يدعيه ولا يستحقه يقينا لأنه لا يدعي من مال الابن أكثر من سدسه ولا يمكن أن يستحق أكثر منه وإن أراد أن ثلث مال الابن يضم إلى مال المرأة فيقسمانه نصفين لم يصح لأن نصف ذلك إلى الزوج باتفاق منهما لا ينازعه الأخ فيه وإنما النزاع بينهما في نصفه ويحتمل أن يكون هذا مراده كما لو تنازع رجلان داراً في أيديهما فادعاهما أحدهم كلها وادعى الآخر نصفها فإنها تقسم بينهما نصفين وتكون اليمين على مدعي النصف إلا أن الفرق بين هذه المسألة وتلك أن الدار في أيديهما فكل واحد منهما في يده نصفها فمدعي النصف يدعيه وهو في يده فقبل قوله فيه مع يمينه وفي مسألتنا يعترفان أن هذا ميراث عن البنين فلا يد لأحدهما عليه لاعترافهما بأنه لم يكن لهما وإنما هو ميراث يدعيانه من غيرهما وإن أراد أن سدس مال الابن يضم إلى نصف مال المرأة فيقسم بينهما نصفين فله وجه لأنهما تساويا في دعواه فيقسم بينهما كما لو تنازعا دابة في أيديهما وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به والذي يقتضيه قول أصحابنا في العرقى والهدمى أن يكون سدس الابن للأخ وباقي ميراثهما للزوج لأننا نقدر أن المرأة ماتت أولاً فيكون ميراثها لابنها وزوجها ثم مات الابن فورثه أبوه وهو الزوج فصار ميراثها كله لزوجها ثم نقدر أن الابن مات أولاً فورثه أبواه لأمه الثلث ثم ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين لكل واحد منهما السدس فلم يرث الأخ إلا سدس مال الابن كما ذكرنا قال شيخنا : ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتها واتفق وارثها على الجهل به والقولان المتقدمان قول الخرقى وقول أبي فيما إذا ادعى ورثة كل ميت أنه مات أخيراً وأن الآخر مات قبله فإن كان لأحدهما بينة بما ادعاه حكم له بها وإن أقاما بينتين تعارضتا وهل يسقطان أو يقرع بينهما أن يقسمان ما اختلفا فيه ؟ يخرج على الروايات الثلاث فصل : قال الشيخ رحمه الله : إذا شهدت بينة على ميت أنه وصى بعق سالم وهو ثلث ماله وشهدت بينة أخرى أنه وصى بعق غانم هو ثلث ماله أقرع بينهما فمن تقع به القرعة عتق دون صاحبه إلا أن يجيز الورثة لأن الوصيتين ثبتتا بشهادة العدول فيقرع بينهما سواء اتفق تاريخهما أو اختلف لأن الوصية يستوي فيها المتقدم والمتأخر فمن خرجت له القرعة عتق جميعه وقال أبو بكر و ابن أبي موسى : يعتق نصف كل واحد منهما بغير قرعة لأن القرعة إنما تجب إذا كان أحدهما عبداً والآخر حراً ولا كذلك ههنا فيجب أن يقسم بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كما لو أوصى لاثنتين بمال والأول قياس المذهب لأن الاعتاق بعد الموت كالإعتاق في المرض الموت وقد ثبت في الاعتاق في مرض الموت أنه يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين كذلك بعد الموت ولأن المعنى المقتضي في أحدهما في الحياة موجود بعد الممات فيثبت فأما أن صرح فقال : إذا مات فنصف كل واحد من

سالم وغانم حر أو كان في لفظه ما يقتضيه أو دلت عليه قرينة ثبت ما اقتضاه وإن أجاز الورثة عتقهما عتقا لأن الحق لهم فأشبه ما لو أعتقوهما بعد موته

[جزء 12 - صفحة 212]

مسألة : وإن شهدت بينة سالم أنه رجع عن عتق غانم عتق سالم وحده سواء كانت بينته وارثة أو لم تكن
مسألة : وإن شهدت بينة سالم أنه رجع عن عتق غانم عتق سالم وحده سواء كانت بينته وارثة أو لم تكن
لأنهما لا يجبران بشهادتهما إلى أنفسهما نفعا ولا يدفعان عنها ضررا فإن قيل فهما يثبتان لأنفسهما ولاء سالم قلنا : وهما يسقطان ولاء غانم أيضا على أن الولاء إنما هو اثبات سبب الميراث ومثل ذلك لا ترد الشهادة فيه كما يثبت النسب بالشهادة وإن كان الشاهد يجوز أن يرث المشهود له وتقبل شهادته لأخيه بالمال وإن جاز أن يرثه

مسألة : وإن كانت قيمة غانم سدس المال وبينته أجنبية قبلت
مسألة : وإن كانت قيمة غانم سدس المال وبينته أجنبية قبلت
لأنه بينة غير متهمة فتقبل شهادتها كما لو كانت قيمته ثلث المال وإن كانت بينته وارثة عتق العبدان لأن البينة الوارثة متهمة في شهادتها لكونها ترد إلى الرق من كثرت قيمته وترد شهادتها في الرجوع كما لو كانت فاسقة ويعتق سالم كله بالبينة العادلة ويعتق غانم لأن سالم لما عتق بشهادة الأجنبي صار كالمغصوب فصار غانم ربع التركة فيعتق جميعه لنقصه عن ثلث الباقي لأن الباقي يصير كأنه التركة جميعها وإنما يعتق بإقرارهم لا بشهادتهم قال أبو بكر : ويحتمل أن يقرع بينهما فإن خرجت القرعة لسالم عتق وحده وإن خرجت لغانم عتق هو ونص سالم كما لو لم تشهد بالرجوع فإن الشهادة بالرجوع لم تقبل فكان وجودها كعدمها فإنه في هذه الصورة يعتق فيها ثلث المال وتكمل في أحدهما فإذا وقعت القرعة لسالم عتق جميعه لأنه ثلث المال وإن وقعت لغانم عتق جميعه ونصف سالم لأن ذلك ثلث المال

[جزء 12 - صفحة 213]

مسألة : وإن شهدت بينة أنه أعتق سالما في مرضه وشهدت أخرى أنه وصى بعتق غانم وكل واحد منهما ثلث المال عتق سالم وحده

مسألة : وإن شهدت بينة أنه أعتق سالما في مرضه وشهدت أخرى أنه وصى بعق غانم وكل واحد منهما ثلث المال عتق سالم وحده لأنه لا ينفذ تصرفه في مرضه إلا في الثلث إذا لم تجز الورثة وعتق سالم منجز وعتق غانم وصية فيقدم عتق سالم على الوصية

مسألة : وإن شهدت بينة غانم أنه أعتقه في مرضه أيضا عتق أقدمهما تاريخا فإن جهل السابق عتق أحدهما بالقرعة
مسألة : وإن شهدت بينة غانم أنه أعتقه في مرضه أيضا عتق أقدمهما تاريخا فإن جهل السابق عتق أحدهما بالقرعة
وجملة ذلك أنه إذا ادعى سالم أنه أعتقه في مرض موته وادعى عبده غانم أنه أعتقه في مرض موته وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه فلا تعارض بينهما لأن ما شهدت به كل بينة لا ينفي ما شهدت به الأخرى ولا يكذبها فيثبت إعتاقه لهما فإن كانت البيتان مؤرختين مختلفين عتق الأول منهما ورق الثاني إلا أن يجيز الورثة لأن المريض إذا تبرع تبرعا يعجز ثلثه قدم الأول فالأول وإن اتفق تاريخهما أو اطلقتا أو احدهما فهما سواء لأنه لا مزية لإحدهما على الأخرى فيستويان ويقرع بينهما فيعتق من تخرج له القرعة ويرق الآخر إلا أن يجيز الورثة لأنه لا يخلو إما أن يكون أعتقهما معا فيقرع بينهما كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم في العبيد الستة الذي أعتقهم سيدهم عند موته ولم يكن له مال سواهم أو يكون أعتق أحدهما قبل صاحبه وأشكل علينا فيخرج بالقرعة كما في مسألة الطائر وقيل يعتق من كل واحد نصفه وهو قول الشافعي لأنه أقرب إلى التعديل منهما فإن في القرعة قد يرق السابق المستحق للعتق ويعتق الثاني المستحق للرق وفي القسمة لا يخلو المستحق للعتق من حرية ولا المستحق للرق من رق ولذلك قسمنا المختلف فيه على إحدى الروايتين : إذا تعارضت بينتان والأول المذهب لأنه لا يخلو من شبهة بإحدى الصورتين اللتين ذكرناهما والقرعة ثابتة في كل واحد منهما وقولهم إن في القرعة احتمال إرقاق الحر قلنا : وفي القسمة إرقاق نصف الحر يقينا وتحريم نصف الرقيق يقينا وهو أعظم ضررا

[جزء 12 - صفحة 215]

مسألة : فإن كانت بينة أحدهما وارثة ولم تكذب الأجنبية فكذلك وإن قالت ما أعتق سالما إنما أعتق غانما عتق غانم كله وحكم سالم كحكمه لو لم يطعن في بينته في أنه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة وإلا فلا وإن كانت الورثة فاسقة ولم تطعن في بينة سالم عتق سالم كله وينظر في بينة غانم فإن كان تاريخ عتقه سابقا أو خرجت القرعة له عتق كله وإن كان متأخرا أو

خرجت القرعة لسالم لم يعتق منه شيء وقال القاضي : يعتق من غانم نصفه وإن كذبت بينة سالم عتق العبدان
مسألة : فإن كانت بينة أحدهما واثرة ولم تكذب الأجنبية فكذلك وإن قالت ما أعتق سالما إنما أعتق غانما عتق غانم كله وحكم سالم كحكمه لو لم يطعن في بينته في أنه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة وإلا فلا وإن كانت الوراثة فاسقة ولم تطعن في بينة سالم عتق سالم كله وينظر في بينة غانم فإن كان تاريخ عتقه سابقا أو خرجت القرعة له عتق كله وإن كان متأخرا أو خرجت القرعة لسالم لم يعتق منه شيء وقال القاضي : يعتق من غانم نصفه وإن كذبت بينة سالم عتق العبدان

وجملة ذلك أن المريض إذا خلف ابنين لا وارث له سواهما فشهدا أنه اعتق سالما في مرض موته وشهد أجنبيان أنه أعتق غانما في مرض موته وكل واحد ثلث ماله ولم يطعن الاثنان في شهادتهما وكانت البيئتان عادلتين فالحكم فيه كالحكم فيما إذا كانتا اجنبتين سواء لأنه قد ثبت أن الميت اعتق العبدان وإن طعن الاثنان في شهادة الأجنبيين وقالا : ما اعتق غانما إنما اعتق سالما لم يقبل قولهما في رد شهادة الأجنبية لأنها بينة عادلة مثبتة والأخرى نافية وقول المثبت يقدم على قول النافي ويكون حكم ما شهدت به إذا لم تطعن الوراثة في شهادتها أنه يعتق إن تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة ويرق إذا تأخر تاريخه أو خرجت القرعة لغيره وأما الذي شهد به الابنان فيعتق كله لإقرارهما بإعتاقه وحده واستحقاقه الحرية

وهذا قول القاضي وقيل : يعتق ثلثاه إن حكم بعقق سالم وهو ثلث الباقي لأن العبد الذي شهد به الأجنبيان كالمغصوب من التركة والذاهب من التركة بموت أو تلف فيعتق ثلث الباقي وهو ثلثا غانم والأول أصح لأن المعتبر خروجه من الثلث حال الموت وحال الميت في قول الابنين لم يعتق سالم إنما عتق بالشهادة بعد الموت فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل موته فإن كان الاثنان فاسقان ولم يردا شهادة الأجنبية ثبت العتق لسالم ولم يزاحمه من شهد له الاثنان لفسقهما فلا يقبل قولهما في اسقاط حق ثبت بينة عادلة وقد أقر الابنان بعقق غانم فينظر فإن تقدم تاريخ عتقه أو أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق كله كما قلنا في التي قبلها وإن تأخر تاريخ عتقه أو خرجت القرعة لغيره لم يعتق منه شيء لأن الاثنين لو كانا عدلين لم يعتق منه شيء فإذا كانا فاسقين أولى وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي : يعتق نصفه في الأحوال كلها لأنه استحق العتق بإقرار الورثة مع ثبوت عتق الآخر بالبينة العادلة فصار بالبينة كأنه أعتق العبدان فيعتق منه نصفه

قال شيخنا : وهذا لا يصح فإنه لو أعتق العبدان لأعتقنا أحدهما بالقرعة ولأنه في حال تقديم تاريخ من شهدت له البينة لا يعتق منه شيء وكانت بينة عادلة فمع فسوقها أولى وإن كذبت الوراثة الأجنبية فقالت ما أعتق سالما إنما أعتق غانما عتق العبدان وقيل : يعتق من غانم ثلثاه والأول أولى
فصل : إذا شهد عدلان أجنبيان أنه وصى بعقق سالم وشهد عدلان وارثان أنه رجع عن الوصية بعقق سالم ووصى بعقق غانم وقيمتها سواء أو كانت قيمة

غانم أكثر قبلت شهادتهما وبطلت وصية عتق سالم وقد ذكرناه فإن كان الوارثان فاسقين لم تقبل شهادتهما في الرجوع ويلزمهما إقرارهما لغانم فيعتق سالم بالبينة العادلة ويعتق غانم بإقرار الورثة بالوصية باعتاقه وحده وذكر القاضي وأصحاب الشافعي أنه إنما يعتق ثلثاه لأنه لما أعتق سالم بشهادة الأجنبي صار كالمغصوب فصار غانم نصف التركة فيعتق ثلثاه وهو ثلث التركة

ولنا أن الوارثة تقر بأنه حين الموت ثلث التركة وأن عتق سالم إنما كان بشهادتهما بعد الموت فصار كالمغصوب بعد الموت ولو غصب بعد الموت لم يمنع عتق غانم كله فكذلك الشهادة بعتقه وقد ذكر القاضي فيما إذا شهدت بينة عادلة بإعتاق سالم في مرضه ووراثه فاسقة باعتاق غانم في مرضه وإنه لم يعتق سالما أن غانما يعتق كله وهذا مثله فأما إن كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم فالوارثة متهمة لكونها ترد إلى الرق من كثرت قيمته فترد شهادتها في الرجوع كما ترد شهادتهما بالرجوع عن الوصية بعتق سالم ويعتق غانم كله أو ثلث الباقي على ما ذكرنا من الاختلاف فيما إذا كانت فاسقة فإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم لكن شهدت بالوصية بعتق غانم وهي بينة عادلة ثبتت الوصيتان سواء كانت قيمتهما سواء أو مختلفة إن خرجا من الثلث وإن لم يخرجوا من الثلث أقرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة ويعتق تمام الثلث من الآخر سواء تقدمت إحدى الوصيتين عن الأخرى أو استوتا لأن المتقدم والمتأخر من الوصايا سواء

فصل : ولو شهدت بينة عادلة أنه وصى لزيد بثلث ماله وشهدت بينة أخرى أنه رجع عن الوصية لزيد ووصى لعمره بثلث ماله وشهدت بينة ثالثة أنه رجع عن الوصية لعمره ووصى لبكر بثلث ماله صحت الشهادة كلها وكانت الوصية لبكر سواء كانت البيئات من الورثة أن لم تكن لأنه لا تهمة في حقهم وإن كانت شهادة البينة الثالثة أنه رجع عن إحدى الوصيتين لم تفد هذه الشهادة لأنه قد ثبت بالبينة الثانية أنه رجع عن الوصية لزيد وهي إحدى الوصيتين فعلى هذا تثبت الوصية لعمره وإن كانت البينة شهدت بالوصية لعمره ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهدت الثالثة برجوعه عن إحدى الوصيتين لا بعينها فقال القاضي لا تصح الشهادة وهو مذهب الشافعي لأنهما لم يعينا المشهود عليه وتصير كما لو قال : نشهد أن لهذا على هذين ألفا أو أن لأحد هذين على هذا ألفا فيكون الثلث بين الجميع أثلاثا وقال أبو بكر قياس قول أبي عبد الله أنه يصح الرجوع عن إحدى الوصيتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة بالرجوع عن وصيته بطلت وهذا قول ابن أبي موسى وإذا صح الرجوع عن أحدهما بغير تعيين صحت الشهادة به لذلك ووجه ذلك أن الوصية تصح بالمجهول وتصح الشهادة فيها بالمجهول فجازت في الرجوع من غير تعيين الرجوع عن وصيته فصل : إذا شهد شاهدان أنه وصى لزيد بثلث ماله وشهد واحد أنه وصى لعمره بثلث ماله انبنى هذا على الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين ؟ فيه وجهان أحدهما : يتعارضان فيحلف عمرو مع شاهده ويقسم الثالث بينهما لأن الشاهد واليمين حجة في المال فأشبه الشاهدين والثاني : لا يعارضهما لأن الشاهدين أقوى فعلى هذا ينفرد زيد بالثلث وتقف وصية عمرو على إجازة الورثة

فأما إن شهد واحد أنه رجع عن وصية زيد ووصى لعمر وثلثه فلا تعارض بينهما ويحلف عمرو مع شاهده وتثبت الوصية له والفرق بين المسألتين أن في الأولى تقابلت البيتان فقدمنا إقرارهما وفي الثانية لم تتقابلا وإنما يثبت بالرجوع وهو يثبت بالشاهد واليمين لأن المقصود به المال وهذا مذهب الشافعي
فصل : إذا اختلفا في دار في يد أحدهما فأقام المدعي بيته أن هذه الدار كانت أمس ملكه أو منذ شهر فهل تسمع هذه البينة ويقضي بها ؟ على وجهين : أحدهما : تسمع وبحكم بها لأنها تثبت الملك في الماضي وإذا ثبت استديم حتى يعلم زواله والثاني : لا يحكم بها قال القاضي : وهو الصحيح لأن الدعوى لا تسمع ما لم يدع المدعي الملك في الحال فلا تسمع بيته على ما لم يدعه لكن إن انضم إلي شهادتهما بينا سبب يد الثاني وتعريف تعديهما فقالا : نشهد أنها كانت ملكه أمس فغصبها هذا منه أو سرقها أو ضلت منه فالتقطها هذا ونحو ذلك سمعت وقضي بها لأنها إذا لم تبين السبب فاليد دليل الملك ولا تنافي بين ما شهدت به البينة وبين دلالة اليد لجواز أن تكون ملكه أمس ثم تنتقل إلى صاحب اليد فإذا ثبت أن سبب إليه عدوان خرجت عن كونها دليلا فوجب القضاء باستدامة الملك السابق وإن أقر المدعي عليه أنها كانت ملكا للمدعي أمس أو فيما مضى سمع إقراره وحكم به في الصحيح لأنه حينئذ يحتاج إلى بيان سبب انتقالها إليه فيصير هو المدعي فيحتاج إلى البينة ويفارق البينة من وجهين أحدهما : أنه أقوى من البينة لكونها شهادة من الإنسان على نفسه ويحول به النزاع بخلاف البينة ولهذا تسمع في المجهول ويقضي به بخلاف البينة والثاني : أن البينة لا تسمع إلا على ما ادعاه والدعوى يجب أن تكون معلقة بالحال والإقرار يسمع ابتداء وإن شهدت البينة أنها كانت في يده أمس ففي سماعها الوجهان وإن أقر المدعي عليه بذلك والصحيح أنه يسمع ويقضي به لما ذكرنا
فصل : قال الشيخ رحمه الله : إذا مات رجل وخلف ولدين مسلما وكافرا فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه فإن عرف أصل دينه فالقول قول من يدعيه وإن لم يعرف فالميراث للكافر لأن المسلم لا يقر ولده على الكفر في دار الإسلام

إذا مات رجل لا يعرف دينه وخلف تركة وابنين أحدهما مسلم والآخر كافر فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه وأن الميراث له دون أخيه فالميراث للكافر ذكره الخرقى لأن دعوى المسلم لا تخلو من أن يدعي كون الميت مسلما أصليا فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوه الكافر مرتدا وهذا خلاف الظاهر فإن المرتد لا يقر على رده في دار الإسلام أو يقول إن أباه كان كافرا فأسلم قبل موته فهو معترف بأن الأصل ما قاله أخوه مدع زواله وانتقاله والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله وذكر ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أنها في الدعوى سواء فالميراث بينهما نصفين كما لو تنازع اثنان عينا في يديهما ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منهما وهو قول أبي حنيفة لأن الدار دار الإسلام يحكم بإسلام لقيطها ويثبت للميت فيها إذا لم يعرف أصل دينه حكم الإسلام في الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على تكفين أموات المسلمين ولأنه يدفن في مقابر المسلمين ويغسل فيثبت فيه سائر أحكام المسلمين فكذلك في ميراثه ولأن الإسلام يعلو

ولا يعلى ويجوز أن يكون أخوه الكافر مرتدا لم تثبت عند الحاكم رده ولم ينته إلى الإمام خبره وظهور الإسلام بناء على هذا أظهر من ثبوت الكفر بناء على كفر أبيه ولهذا جعل الشرع أحكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه وقال القاضي : قياس المذهب أننا ننظر فإن كانت التركة في أيديهما أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف واستحق كما قلنا فيما إذا تداعيا عينا ويقتضي كلامه أنها إذا كانت في يد أحدهما فهي له مع يمينه وهذا قول لا يصح لأن كل واحد منهما يقر بأن هذه التركة تركة هذا الميت وأنه إنما يستحقها بالميراث فلا حكم ليده وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يقف الأمر حتى يعرف أصل دينه أو يصطلحا وهذا قول الشافعي وقد ذكرنا الدليل على ظهور كفره فأما ظهور حكم الإسلام في الصلاة عليه وغسله وغير ذلك فإن هذا لا ضرر فيه على أحد وأما قوله إن الإسلام يعلو ولا يعلى فإنما يعلو إذا ثبت والنزاع في ثبوته وهذا إذا لم يثبت أصل دينه فإن ثبت أصل دينه فالقول قول من ينفيه مع يمينه وهذا قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر وقال أبو حنيفة القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا في التي قبلها

ولنا أن الأصل بقاء ما كان عليه فكان القول قول من يدعيه كسائر المواضع وأما إن لم يعترف المسلم أنه أخوه وادعى كل واحد منهما أن الميت أبواه دون الآخر فهما سواء في الدعوى لتساوي أيديهما عليه ودعاويهما فإن المسلم والكافر في الدعوى سواء ويقسم المال بينهما نصفين كما لو كان في أيديهما دار فادعى كل واحد منهما أنها له ولا بينة لهما ويحتمل أن يقدم قول المسلم لأن حكم الميت حكم المسلمين في غسله والصلاة عليه وسائر أحكامه وقال القاضي : يقرع بينهما كما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولم يدعها لنفسه ويحتمل أن يقف الأمر حتى يعرف أصل دينه وهو قول الشافعي إلا أن يصطلحا

[جزء 12 - صفحة 223]

مسألة : وإن أقام كل واحد بينة أنه مات على دينه تعارضتا وإن قاله شاهدان : نعرفه مسلما وقال شاهدان : نعرفه كافرا فالميراث للمسلم إذا لم يؤرخ الشهود معرفتهم

مسألة : وإن أقام كل واحد بينة أنه مات على دينه تعارضتا وإن قاله شاهدان : نعرفه مسلما وقال شاهدان : نعرفه كافرا فالميراث للمسلم إذا لم يؤرخ الشهود معرفتهم

أما إذا أقاما بينتين كل واحد بينة أنه مات على دينه ولم يعرف أصل دينه تعارضتا وإن عرف أصل دينه نظرنا في لفظ الشهادة فإن شهدت كل واحدة منهما أنه كان آخر كلامه التلغظ بما شهدت به فهما متعارضتان وإن شهدت إحداهما أنه مات على دين الإسلام وشهدت الأخرى أنه مات على دين الكفر قدمت بينة من يدعي انتقاله عن دينه لأن المبقية له على أصل دينه تثبت شهادتها على الأصل الذي تعرفه لأنهما إذا عرفا أصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه

جاز لهما أن يشهدا أنه مات على دينه الذي عرفاه والبينة الأخرى معها علم لم تعلمه الأولى فقدمت عليها كما لو شهدا أن هذا العبد كان ملكا لفلان إلي أن مات وشهد آخران أنه أعتقه أو باعه قبل موته قدمت بينة العتق والبيع فأما إن قال شاهدان نعرفه مسلما وقال شاهدان : نعرفه كافرا نظرنا في تاريخهما فإن اختلف تاريخهما عمل بالآخرة منهما لأنه ثبت أنه انتقل عما شهدت به الأولى إلى ما شهدت به الأخرى وإن كانتا مطلقتين أو إحداهما مطلقة قدمت بينة المسلم لأن المسلم لا يقر على الكفر في دار الإسلام وقد يسلم الكافر فيقر وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد نظرنا في شاهديهما فإن كانت على اللفظ فهما متعارضتان وإن لم تكن على اللفظ ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان وإن عرف أصل دينه قدمت الناقلة له عن أصل دينه وكل موضع تعارضت البيتان فقال الخرقى : تسقط البيتان ويكونان كمن لا بينة لهما وقد ذكرنا روايتين أخريين إحداهما : يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذ والثانية : يقسم بينهما ونحو هذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : تقدم بينة الإسلام على كل حال وقد مضى الكلام معه وقد قال الخرقى : إذا قال شاهدان نعرفه كان مسلما وقال شاهدان : نعرفه كان كافرا فالميراث للمسلم إذا لم يؤرخ الشهود معرفتهم وهو محمول على من لم يعلم أصل دينه أو على أن أصل دينه الكفر أما من كان مسلما في الأصل فينبغي أن تقدم بينة الكفر لأن بينة الإسلام يجوز أن تستند إلى ما كان عليه في الأصل

فصل : وإن خلف ابنا مسلما وأخا كافرا فاختلغا في دينه حال موته فالحكم فيها كالتى قبلها وهكذا سائر الأقارب

[جزء 12 - صفحة 226]

مسألة : وإن خلف أبوين كافرين وابنين مسلمين فاختلغوا في دينه فالقول قول الأبوين ويحتمل أن القول قول الابنين

مسألة : وإن خلف أبوين كافرين وابنين مسلمين فاختلغوا في دينه فالقول قول الأبوين ويحتمل أن القول قول الابنين

ظاهر المذهب أن القول قول الأبوين لأن كون الأبوين كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه لأن الولد قبل بلوغه محكوم له بدين أبويه فيثبت أنه كافرا في صغره ويحتمل أن القول قول الابنين لأن كفر أبويه يدل على أصل دينه في صغره وإسلام ابنيه يدل على إسلامه في كبره فيعمل بها جميعا يحمل كل واحد منهما على مقتضاه فهو كما لو قال شاهدان : نعرفه كافرا في صغره وقال : شاهدان نعرفه مسلما في كبره

فصل : وإن خلف ابنا كافرا وأخا وامرأة مسلمين فاختلغوا في دينه فالقول قول الابن على قول الخرقى ووجه ما سبق فيما إذا خلف ابنين مسلما وكافرا وقال القاضي : يقرع بينهما وقد سبق تعليقه في مسألة الابنين وقال أبو بكر : قياس المسألة أن تعطى المرأة الربع ويقسم الباقي بين الأخ والابن نصفين

لأنها تدعي زيادة عليه فيدخل في عموم قوله تعالى : ولهن الربع مما تركتم فلا يخرج إلا بدليل تخصيصها ولا يخرج بالشك ويقسم الباقي بين الأخوين لتساويهما في الدعوى وهو في أيديهما

فصل : ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت وادعت أنها أسلمت قبل موته وأنكرها الورثة فالقول قولهم لأن الأصل عدم ذلك فإن لم يثبت أنها كافرة فادعى عليها الورثة أنها كانت كافرة وأنكرتهم فالقول قولها لأن الأصل عدم ما ادعوه وإن ادعوا أنه طلقها قبل موته فأنكرتهم فالقول قولها فإن اعترفت بالطلاق وانقضاء العدة وادعت أنه راجعها فالقول قولهم وإن اختلفوا في انقضاء عدتها فالقول قولها في أنها لم تنقض لأن الأصل بقاءها ولا نعلم في هذا كله خلافا

وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولو خلف ولدين مسلمين اتفقا على أن أحدهما كان مسلما حين موت أبيه وادعى الآخر أنه أسلم في حياة أبيه ووجده أخوه فالميراث للمتفق عليه لأن الأصل بقاء الكفر إلا أن يعلم زواله وعلى أخيه اليمين وتكون على نفي العلم لأنها على نفي فعل أخيه إلا أن يكون ثبت أنه أسلم قبل قسم التركة فيرث فإن من أسلم على ميراث قبل القسمة قسم له وإن كان أحدهما حرا والآخر رقيقا ثم عتق واختلفا في حرته عند الموت فالقول قول من ينفيها وإن لم يثبت أنه كان رقيقا ولا كافرا فادعى عليه أنه كذلك فأنكر فالقول قوله والميراث بينهما لأن الأصل الحرية والإسلام وعدم ما سواهما

فصل : إذا أسلم أحد الابنين في غرة شعبان والآخر في غرة رمضان واختلفا في موت أبيهما فقال الأول : مات في شعبان فورثته وحدي وقال الآخر : مات في رمضان فالميراث بينهما لأن الأصل بقاء حياته حتى يعلم زوالها وإن أقام واحد منهما بينة ففيه وجهان

أحدهما : يتعارضان والثاني : تقدم بينة موته في شعبان لأنها مع زيادة علم لأنه ثبت موته في شعبان ويجوز أن يخفي ذلك على البينة الأخرى

[جزء 12 - صفحة 231]

مسألة : ولو مات مسلم وخلف ولدين مسلما وكافرا فأسلم الكافر وقال : أسلمت قبل موت أبي وقال أخوه : بل بعده فلا ميراث له لأن الأصل بقاء الكفر حتى يعلم زواله وعلى أخيه اليمين وتكون على نفي العلم لأنها على نفي فعل الغير وقد ذكرناه

مسألة : ولو مات مسلم وخلف ولدين مسلما وكافرا فأسلم الكافر وقال : أسلمت قبل موت أبي وقال أخوه : بل بعده فلا ميراث له لأن الأصل بقاء الكفر حتى يعلم زواله وعلى أخيه اليمين وتكون على نفي العلم لأنها على نفي فعل الغير وقد ذكرناه

مسألة : وإن قال : أسلمت في المحرم ومات أبي في صفر فلي الميراث وقال أخوه : بل مات في ذي الحجة فله الميراث مع أخيه لأن الأصل بقاء الحياة فإن أقام كل واحد بينة بدعواه فهل يتعارضان أو نقدم بينة من ادعى تقديم موته ؟ فيه وجهان ذكرناهما في الفصل قبل هاتين المسألتين والله أعلم

مسألة : وإن قال : أسلمت في المحرم ومات أبي في صفر فلي الميراث وقال أخوه : بل مات في ذي الحجة فله الميراث مع أخيه لأن الأصل بقاء الحياة فإن أقام كل واحد بينة بدعواه فهل يتعارضان أو نقدم بينة من ادعى تقديم موته ؟ فيه وجهان ذكرناهما في الفصل قبل هاتين المسألتين والله أعلم

كتاب التعق

العتق في اللغة الخلوص ومنه : عتاق الخيل وعتاق الطير أي خالصتها وسمي البيت الحرام (عتيقا) لخلوصه من أيدي الجبابرة وهو في الشرع تحرير الرقبة وتخليصها من الرق يقال : عتق العبد وأعتقته أنا وهو عتيق ومعتق والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقول الله { فتحرير رقبة } وقال تعالى : { فك رقبة } وأما السنة فما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم [من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها إربا منه من النار حتى إنه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج] متفق عليه في أخبار كثيرة سوى هذا وأجمعت الأمة على صحة العتق وحصول القرية به

مسألة : وهو من أفضل القرب

مسألة : وهو من أفضل القرب

لأن الله تعالى جعله كفارة للقتل والوطء في رمضان والإيمان وجعله النبي صلى الله عليه وسلم فكاكا لمعتقه من النار ولأن فيه تخليص الأدمي المعصوم من ضرر الرق وملك نفسه ومنافعه وتكميل أحكامه وتمكينه من التصرف في نفسه ومنافعه على حسب إرادته واختياره واعتاق الرجل أفضل من اعتناق المرأة لما روي كعب بن مرة البهزي قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول [أيما رجل أعتق رجلا مسلما كان فكاكه من النار يجزي بكل عظم من عظامه عظما من عظامه وأيما رجل مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاكه من النار يجزي بكل عظم من عظامهما عظما من عظامه وأيما امرأة

اعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار تجزي بكل عظم من عظامها عظما
من عظامها [وقيل : عتق المرأة للمرأة أفضل

[جزء 12 - صفحة 234]

مسألة : والمستحب عتق من له كسب ودين ينتفع بالعتق
مسألة : والمستحب عتق من له كسب ودين ينتفع بالعتق
فأما من لا قوة له ولا كسب فلا يستحب عتقه ولا كتابته لسقوط نفقته عن
سيده باعتاقه فيضيع أو يصير كلا على الناس ويحتاج إلى المسألة فلا يستحب
عتقه ولا كتابته فإن كان ممن يخاف عليه الرجوع إلى دار الحرب وترك إسلامه
أو يخاف عليه الفساد كمن يخاف أنه إذا أعتق فاحتاج سرق أو فسق أو قطع
الطريق أو جارية يخاف عليها الزنا والفساد كره إعاقه فإن غلب على الظن
إفصاؤه إلى هذا كان محرما لأن التوصل إلى الحرام حرام فإن أعتقه صح لأنه
اعتقا صدر من أهله في محله فصح كعتق غيره

مسألة : ويحصل العتق بالقول والملك ولا يحصل بالنية المجردة
مسألة : ويحصل العتق بالقول والملك ولا يحصل بالنية المجردة
لأنه إزالة ملك فلا يحصل بالنية المجردة كالطلاق وألفاظه تنقسم إلى صريح
وكناية فالصريح لفظ العتق والحرية كيف صرفا نحو : أنت حر أو محرر أو عتيق
أو معتق أو أعتقتك لأن هذين اللفظين وردا في الكتاب والسنة وهما يستعملان
في العتق عرفا فمتى أتى بشيء من هذه الألفاظ حصل به العتق سواء نواه أو
لم ينوه قال أحمد في رجل لقي امرأة في الطريق فقال تنحي يا حرة فإذا هي
جاريته قال : قد عتقت عليه وقال في رجل قال لخدم قيام في وليمة : مروا
أنتم أحرار وكانت معهم أم ولده لم يعلم بها قال هذا : عندي تعتق أم ولده
ويحتمل أن لا تعتق في هذين الموضوعين لأنه قصد باللفظة الأولى غير العتق
فلم تعتق به كما لو قال : عبدي حر يريد أنه عفيف كريم الأخلاق وباللفظة
الثانية أراد غير أم ولده فأشبهه ما لو نادى امرأة من نسائه فأجابته غيرهما فقال
: أنت طالق يظنها المناداة فإنها لاتطلق في رواية فكذا ههنا وأما إن قصد غير
العتق كالرجل يقول : عبدي هذا حر يريد عفته وكرم أخلاقه أو يقول : لعبده ما
أنت إلا حر أي أنك لا تطيعني ولا ترى لي حقا ولا طاعة فلا يعتق في ظاهر
المذهب قال حنبل سئل أبو عبد الله عن رجل قال لغلame : أنت حر وهو يعاتبه
قال إذا كان لا يريد به العتق يقول كأنك حر ولا يريد أن يكون حرا أو كلاما شبه
هذا رجوت أن لا يعتق وأنا أهاب المسألة لأنه نوى بكلامه ما يحتمله فانصرف
إليه كما لو نوى بكناية العتق العتق قال : وإن طلب استحلافه حلف وبيان
احتمال اللفظ لما أراده أن المرأة تمدح بهذا يقال : امرأة حرة يعنون عفيفة

وتمدح المملوكة به أيضا ويقال للحبي الكريم الأخلاق حر قالت سبيعة ترثي عبد المطلب :

(ولا تسأما أن تبكيا كل ليلة ... ويوم علي حر كريم الشمائل)
وأما الكناية : فنحو قوله خلتك والحق بأهلك واذهب حيث شئت ونحوها وكذلك قوله : حبلك على غاربك فهذا إن نوى به العتق عتق وإن لمن ينوه لم يعتق لأنه يحتمل غيره ولم يرد به كتاب ولا سنة ولا عرف استعمال وفي قوله : لا سبيل لي عليك ولا ملك لي عليك ولا رق لي عليك وفككت رقبتك وأنت مولاي وأنت لله وأنت سائبة روايتان : إحداهما : أنه صريح والأخرى : كناية ذكر القاضي و أبو الخطاب في قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك : روايتين إحداهما : أنه صريح والأخرى : كناية قال شيخنا : والصحيح أنه كناية لما ذكرناه فأما قوله : لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك وأنت لله فقال القاضي : هو صريح نص عليه أحمد وذكر أبو الخطاب فيه روايتين لأنه يحتمل غير العتق ولا خلاف في المذهب أنه يعتق به إذا نوى وممن قال يعتق بقوله : أنت لله إذا نوى الشعبي والمسيب بن رافع و حماد و الشافعي وقال أبو حنيفة : لا يعتق به لأن مقتضاه : أنت عبد الله أو مخلوق لله وهذا لا يقتضي العتق ولنا أنه يحتمل أنت حر لله أو عتيق لله أو عبد الله وحده لست بعبد لي ولا لأحد سوى الله فإذا نوى الحرية به وقعت كسائر الكنايات وما ذكروه لا يصح لأن احتمالها لما ذكروه لا يمنع احتمالها لما ذكرناه بدليل سائر الكنايات فإنها تحتمل العتق وغيره ولو لم تحتمل إلا العتق لكانت صريحة فيه وما احتمل أمرين انصرف إلى أحدهما بالنية وهذا شأن الكنايات وما ذكروه من الاحتمال يدل على أن هذا ليس بصريح وإنما هو كناية وقوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك خبر عن انتفاء ملكه ولم يرد به شرع ولا عرف استعمال في العتق فلم يكن صريحا فيه كقوله : ما أنت عبدي ولا مملوكي وقوله لامرأته : ما أنت امرأتي ولا زوجتي وفي قوله فككت رقبتك وأنت سائبة وأنت مولاي روايتان إحداهما : هو صريح في العتق لأنها تتضمنه وقد جاء في كتاب الله تعالى فك رقبة يعني العتق فكانت صريحة كقوله اعتقتك والثانية : هو كناية لأنه يحتمل غير العتق

[جزء 12 - صفحة 237]

مسألة : وفي قوله لأمته : أنت طالق وأنت حرام روايتان
مسألة : وفي قوله لأمته : أنت طالق وأنت حرام روايتان
إحداهما : هي كناية والأخرى لا تعتق به وهو قول أبي حنيفة لأن الطلاق لفظ وضع لازالة الملك عن المنفعة فلم يزل به الملك عن الرقبة كفسخ الإجارة ولأن ملك الرقبة لا يستدرك بالرجعة فلا ينحل كسائر الأملاك
والثانية : هو كناية تعتق به إذا نراه وهو قول مالك و الشافعي لأن الرق أحد الملكين على الآدمي فيزول بلفظ الطلاق كالأخر أو فيكون للفظ الموضوع لإزالة أحدهما كناية في إزالة الآخر كالحرية في إزالة النكاح ولأن فيه معنى

الإطلاق فإذا نوى به إطلاقها من ملكه فقد نوى بلفظه ما يحتمله فتحصل به الحرية كسائر كنايات العتق
فصل : وإن قال لأمته : أنت حرام ينوي به العتق عتقت وذكر أبو الخطاب أن فيها رواية أخرى لا تعتق كقوله لها : أنت طالق والصحيح أنها تعتق به لأنه يحتمل أنك حرام علي لكونك حرة فتعتق به كقوله لا سبيل لي عليك

[جزء 12 - صفحة 238]

مسألة : وإن قال لعبده وهو أكبر منه : أنت ابني لم يعتق ذكره القاضي ويحتمل أن يعتق
مسألة : وإن قال لعبده وهو أكبر منه : أنت ابني لم يعتق ذكره القاضي ويحتمل أن يعتق
إذا قال لأب أكبر منه أو لمن لا يولد لمثله : هذا ابني مثل أن يقول من له عشرون سنة لمن له خمسة عشرة سنة : هذا ابني لم يعتق ولم يثبت نسبه وقال أبو حنيفة يعتق وخرجه أبو الخطاب وجها لنا لأنه اعترف بما ثبت به حرته فأشبهه ما لو أقر بها
ولنا أنه قول يتحقق كذبه فيه فلم يثبت الحرية كما لو قال لطفل : هذا أبي أو لطفلة : هذه أمي قال ابن المنذر هذا من قول النعمان شاذ لم يسبقه أحد إليه ولا تبعه أحد عليه وهو محال من الكلام وكذب يقينا ولو جاز هذا لجاز أن يقول الرجل لطفل : هذا أبي لأنه لو قال لزوجته وهي أسن منه : هذه ابنتي أو قال لها وهو أسن منها هذه أمي لم تطلق كذا هذا

مسألة : وإن اعتق حاملا عتق جنينها إلا أن يستثنيه
مسألة : وإن اعتق حاملا عتق جنينها إلا أن يستثنيه
لأنه يتبعها في البيع والهبة ففي العتق أولى فإن استثناه لم يعتق روي ذلك عن ابن عمر وأبي هريرة و النحعي و إسحاق و ابن المنذر وقال ابن سيرين : له ما استثنى وقال عطاء و الشعبي : إذا استثنى ما في بطنها فله ثياه وقال مالك و الشافعي لا يصح استثناء الجنين لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم وقياسا على استثنائه في البيع أشبه بعض أعضائها
ولنا أنه قول ابن عمر وأبي هريرة قال أحمد : أذهب إلى حديث ابن عمر في العتق ولا أذهب إليه في البيع ولقول النبي صلى الله عليه وسلم : [المسلمون على شروطهم] ولأنه يصح إفراده بالعتق فصح استثنائه كالمنفصل وخبرهم نقول به والحمل معلوم فصح استثنائه للحديث ويفارق البيع لأنه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات العوض ليعلم هل هو قائم مقام العوض أم لا ؟ والعتق تبرع لا تتوقف صحته على معرفة صفات المعتق ولا تنافيه الجهالة ويكفي العلم بوجوده وقد وجد ولذلك صح أفراد الحمل بالعتق ولم يصح بالبيع ولأن استثناءه

في البيع إذا بطل بطل البيع كله وههنا إذا بطل استثنائه لم يبطل العتق في الأمة ويسري الإعتاق إليه فكيف يصح إلحاقه به مع تضاد الحكم فيها ؟ ولا يصح قياسه على بعض أعضائها لأنه يصح انفراده بالحرية عن أمه فيما إذا أعتقه دونها وفي ولد المغرور بحرية أمة وفيما إذا وطئ بشبهة وفي ولد أم الولد وغير ذلك ولا يصح ذلك في بعض أعضائها ولأن الولد يرث ويورث ويوصي به فكيف يصح قياسه على بعض الأعضاء ؟
وروى الأثرم عن ابن عمر أنه أعتق أمة واستثنى ما في بطنها ولأنها ذات حمل فصح استثناء حملها كما لو باع نخلة لم تؤبر واشترط ثمرتها وقال القاضي : يخرج على الروايتين فيما إذا استثنى ذلك في البيع والمنصوص عن ما ذكرنا من أنه يصح استثنائه في العتق ولا يصح في البيع لما ذكرنا من الفرق بينهما

[جزء 12 - صفحة 240]

مسألة : وإن أعتق ما في بطنها دونها عتق وحده
مسألة : وإن أعتق ما في بطنها دونها عتق وحده
لا نعلم في ذلك خلافاً وهو قول سفيان وأحمد وإسحاق لأن حكمه حكم الإنسان المنفرد ولهذا يورث الجنين إذا ضرب بطن امرأة فأسقطت جنينا وجب فيه غرة موروثه عنه كأنه سقط حيا وتصح الوصية به وله ويرث إذا مات موروثه قبل أن يولد ثم ولد بعده فصح عتقه كالمفصل
فصل : ولا يصح العتق إلا من جائز التصرف فلا يصح عتق الصبي والمجنون قال ابن المنذر هذا قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعبي والزهري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم [رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ] ولأنه تبرع بالمال فلم يصح كالهبة ولا يصح عتق المحجور عليه للسفه وهو قول القاسم بن محمد وعنه يصح قياساً على طلاقه وتدييره ولنا أنه محجور عليه في ماله لحظ نفسه فلم يصح عتقه كالصبي ولأنه تصرف في المال في حياته أشبه هبته وبيعه ويفارق الطلاق لأن الحجر عليه في ماله والطلاق ليس بتصرف فيه ويفارق التدبير لأنه تصرف فيه بعد موته وغناه عنه بالموت ولهذا صحت وصيته ولم تصح هبته المنجزة وعتق السكران ميبين على طلاقه وفي من الخلاف ما فيه ولا يصح عتق المكره كما لا يصح بيعه ولا تصرفاته ولا يصح عتق الموقوف لأن فيه إبطالا لحق البطن الثاني منه وليس له ذلك

فصل : ولا يصح العتق من غير المالك بغير إذنه فلو أعتق عبد ولده الصغير أو يتيمه الذي في حجره لم يصح ولهذا قال الشافعي وابن المنذر وقال مالك : يصح عتق عبد ولده الصغير لقوله عليه الصلاة والسلام : [أنت ومالك لأبيك] ولأن له عليه ولاية وله فيه حق فصح اعتاقه كماله

ولنا أنه عتق من غير مالك فلم يصح كإعتاق عبد ولده الكبير قال ابن المنذر :
لما ورث الله الأب من مال ابنه السدس مع ولده دل على أنه لا حق له في
سأئره وقوله صلى الله عليه وسلم : [أنت ومالك لأبيك] لم يرد به حقيقة
الملك وإنما أراد المبالغة في وجوب حقه عليك وإمكان الأخذ من مالك وامتناع
مطالبتك إياه بما أخذ منه ولهذا لمن ينفذ إعتاقه لعبد ولده الكبير الذي ورد
الخبر فيه وثبوت الولاية له على مال ولده أبلغ في امتناع اعتاق عبده لأنه إنما
أثبت عليه الولاية لحظ الصبي ليحفظ ماله عليه وينمي له ويقوم بمصالحه التي
يعجز الصبي عن القيام بها وإذا كان مقصود الولاية الحفظ اقتضت منع التفريط
والتضييع بإعتاق رقيقه التبرع بماله ولو قاله رجل لعبد : أنت حر من مالي
فليس بشيء فإن اشتراه بعد ذلك مملوكه ولا شيء عليه وبه قال مالك و
الشافعي وعامة الفقهاء ولو بلغ رجلا أن رجلا قال لعبد : أنت حر من مالي
فقال : قد رضيت فليس بشيء وبه قال الثوري وإسحاق

[جزء 12 - صفحة 241]

مسألة : وأما الملك فمن ملك ذا رحم محرم عتق عليه وعنه لا يعتق إلا عمودا
النسب

مسألة : وأما الملك فمن ملك ذا رحم محرم عتق عليه وعنه لا يعتق إلا عمودا
النسب

ذو الرحم المحرم القريب الذي يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما رجلا والآخر
امرأة وهم الوالدان وإن علوا من قبل الأب والأم جميعا والولد وإن سفل من
ولد البنين والبنات والأخوة والأخوات وأولادهم وإن سفلوا والأعمام العمات
والأخوال والخالات وإن علوا دون أولادهم فمتى ملك أحدا منهم عتق عليه روي
ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال الحسن و جابر بن زيد
وعطاء والحكم وابن أبي ليلي و الثوري و الليث و أبو حنيفة والحسن بن صالح
وشريك ويحيى بن آدم واعتق مالك الوالدين والمولودين وإن بعدوا والأخوة
والأخوات دون أولادهم ولم يعتق الشافعي إلا عمودي النسب وعن أحمد كذلك
ولم يعتق داود وأهل الظاهر أحدا حتى يعتقه لقول النبي صلى الله عليه وسلم
[لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه] رواه مسلم
ولنا ما روى الحسن عن سمرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
[من ملك ذا رحم محرم فهو حر] رواه أبو داود و الترمذي وقال حديث حسن
ولأنه ذو رحم محرم فعتق عليه بالملك كعمودي النسب وكالأخوة والأخوات عن
مالك فأما قوله : (حتى يشتريه فيعتقه) فيحتمل أنه أراد فيشتريه فيعتقه
بشرائه كما يقال : ضربه فقتله والضرب هو القتل وذلك لأن الشراء لما كان
يحصل به العتق تارة دون أخرى جاز عطف صفته عليه كما يقال : ضربه فأطار
رأسه وسواء ملكه بشراء أو هبة أو غنيمة أو إرث أو غيره لا نعلم بين أهل العلم
فيه خلافا

فصل : ولا خلاف في أن المحارم من غير ذوي الأرحام لا يعتقون على سيدهم كالأم من الرضاعة الأخ منها والريبة وأم الزوجة وابنتها إلا أنه حكى عن الحسن و ابن سيرين وشريك أنه لا يجوز بيع الأخ من الرضاعة وروي عن ابن مسعود أنه كرهه والأول أصح قال الزهري : جرت السنة بأن يباع الأخ والأخت من الرضاعة ولأنهم لا نص في عتقهم ولا هم في معنى المنصوص عليه فيبقون على الأصل ولأنهما لا رحم بينهما ولا توارث ولا تلزمه نفقته فأشبهه الريبة وأم الزوجة

[جزء 12 - صفحة 243]

مسألة : وإن ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه في ظاهر كلام أحمد
مسألة : وإن ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه في ظاهر كلام أحمد
لأن أحكام الولد غير ثابتة فيه وفي الميراث والحجب والمحرمية ووجوب الإنفاق وثبوت الولاية عليه ويحتمل أن يعتق لأنه جزؤه حقيقة وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج ولهذا لو ملك ولده المخالف له في الدين عتق عليه مع انتفاء هذه الأحكام

مسألة : وإن ملك سهما ممن يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله وعليه قيمة نصيب شريكه وإن كان معسرا لم يعتق عليه إلا ما ملك وإن ملكه بالميراث لم يعتق منه إلا ما ملك موسرا كان أو معسرا وعنه أنه يعتق عليه نصيب الشريك إن كان موسرا
مسألة : وإن ملك سهما ممن يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله وعليه قيمة نصيب شريكه وإن كان معسرا لم يعتق عليه إلا ما ملك وإن ملكه بالميراث لم يعتق منه إلا ما ملك موسرا كان أو معسرا وعنه أنه يعتق عليه نصيب الشريك إن كان موسرا

وجملة ذلك أن من ملك سهما ممن يعتق عليه فإنه يعتق عليه ما ملك منه سواء ملكه بعوض أو بغير عوض كالاغتنام والوصية وسواء ملكه باختياره كالذي ذكرنا أو بغير اختياره كالميراث لأن كل ما يعتق به الكل يعتق به البعض كالإعتاق بالقول ثم ينظر فإن كان معسرا لم يسر العتق واستقر في ذلك الجزء ورق الباقي لأنه لو اعتقه بقوله لم يسر إعتاقه بتصريحه بالعتق وقصده إياه فهنا أولى وإن كان موسرا وكان الميراث باختياره كالملك بغير الميراث سرى إلى باقيه فعتق جميع العبد ولزمه لشريكه قيمة باقيه لأنه فوته عليه وبهذا قال مالك و الشافعي وأبو يوسف وقال قوم : لا يعتق عليه إلا ما ملك سواء ملكه بشراء أو غيره لأن هذا لم يعتقه وإنما عتق عليه بحكم الشرع عن غير اختيار منه فلم يسر كما لو ملكه بالميراث وفارق ما أعتقه لأنه فعله باختياره قاصدا إليه

ولنا أنه فعل سبب العتق اختياراً منه وقصد إليه فسرى ولزمه الضمان كما لو وكل من أعتق نصيبه وفارق الميراث فإنه حصل بغير فعله ولا قصده ولأن من باشر سبب السراية اختياراً لزمه الضمان كمن جرح إنساناً فسرى جرحه ولأن مباشرة ما يسرى ونسبته إليه في لزوم حكم السراية واحدة بدليل استواء الحافز والدافع في ضمان الواقع فأما إن ملكه بالميراث لم يسر العتق فيه واستقر فيما ملكه ورق الباقي موسراً كان أو معسراً لأنه لم يتسبب إلى إعتاقه وإنما حصل بغير اختياره وبه قال مالك و الشافعي و أبو يوسف وعن أحمد ما يدل على أنه يسرى إلى نصيب الشريك إذا كان موسراً لأنه عتق عليه بعضه وهو موسر فسرى إلى باقيه كما لو وصى له به فقبله والمذهب الأول لأنه لم يعتقه ولا تسبب إليه فلم يضمن ولم يسر كالأجنبي وفارق ما تسبب إليه فصل : وإن ورث الصبي والمجنون جزءاً ممن يعتق عليهما عتق ولم يسر إلى باقيه لأنه إذا لم يسر في حق المكلف ففي حقهما أولى وإن وهب لهما أو وصى لهما به وهما معسران فعلى وليهما قبوله لأنه نفع لهما بإعتاق قريبهما من غير ضرر يلحق قريبهما وإن كانا موسرين ففيه وجهان مبنيان على أنه هل يقوم عليهما باقيه إذا ملكا بعضه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يقوم ولا يسرى العتق إليه لأنه يدخل ملكه بغير اختياره أشبه ما لو ورثه والثاني : يقوم عليه لأن قبول وليه يقوم مقام قبوله فأشبه الوكيل فعلى هذا الوجه ليس لوليه قبوله لما فيه من الضرر وعلى الأول يلزمه قبوله لأنه نفع بغير ضرر إذا كان ممن لا تلزمه نفقته وإذا قلنا ليس له أن يقبله فقبله احتمال أن لا يصح القبول لأنه فعل ما لم يأذن له الشرع فيه فأشبه ما لو باع ماله بغير واحتمل أن يصح وتكون الغرامة عليه لأنه ألزمه هذه الغرامة فكانت عليه كنفقة الحج إذا حجه

فصل : وإن باع عبداً لذي رحمه وأجنبي صفقة واحدة عتق كله إذا كان ذو رحمة موسراً وضمن لشريكه قيمة حقه منه وقال أبو حنيفة : لا يضمن لشريكه شيئاً لأن ملكه لم يتم إلا بقبول شريكه فصار كأنه أذن له في اعتاق بملكه باختياره فوجب أن يقوم عليه باقيه مع يساره كما لو انفرد بشرائه ولا نسلم أنه لا يصح قبوله إلا بقبول شريكه

فصل : إذا كانت مزوجة ولها ابن موسر فاشتراها هو وزوجها وهي حامل منه صفقة واحدة عتق نصيب الابن من أمه ويسرى إلى نصيب الزوج ويقوم عليه وعتق الحمل عليهما معا لأنه ابن الزوج وأخو الابن ولا يجب لأحدهما على الآخر منه شيء لأنه عتق عليهما في حال واحدة ولو كانت المسألة بحالها فوهبت لهما أو وصي لهما بها فقبلها في حال واحدة فكذلك وإن قبلها أحدهما قبل الآخر نظرنا فإن قبل الابن أولاً عتقت الأم وحملها وعليه قيمة باقيهما للزوج وإن قبل الزوج أولاً عتق عليه الحمل كله ثم إذا قبل الابن عتقت عليه الأم كلها ويتقاصان ويرد كل واحد منهما الفضل على صاحبه ومن قال في الوصية إن الملك لا يثبت فيها بالموت فالحكم فيه كما لو قبلها دفعة واحدة

مسألة : وإن مثل بعده فجدع أنفه وأذنه أو نحو ذلك عتق نص عليه
مسألة : وإن مثل بعده فجدع أنفه وأذنه أو نحو ذلك عتق نص عليه
لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن زبعا أبا روح وجد غلاما له مع
جاريته فقطع ذكره وجدع أنفه فأتى العبد النبي صلى الله عليه وسلم فذكر
ذلك له فقال النبي صلى الله عليه وسلم [ما حملك على ما فعلت ؟ قال :
فعل كذا وكذا قال : أذهب فأنت حر] قال القاضي والقياس أن لا يعتق لأن
سيده لم يعتقه بلفظ صريح ولا كناية وإذا ثبت الحديث وجب العمل به وترك
القياس

[جزء 12 - صفحة 247]

مسألة : وإذا أعتق العبد فماله لسيده
مسألة : وإذا أعتق العبد فماله لسيده
وري هذا عن ابن مسعود وأبي أيوب وأنس بن مالك وبه قال قتادة والحكم و
الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي وروي ذلك عن حماد والبتي وداود بن أبي
هند وحميد وعنه رواية أخرى أنه للعد وبه قال الحسن وعطاء و النخعي و مالك
وأهل المدينة يبيعه لما روى نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم
أنه قال : [من أعتق عبدا وله مال فمال للعبد] رواه الإمام أحمد وغيره
وروى حماد بن سلمة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أنه كان إذا أعتق عبدا لم
يعرض لماله
ولنا ما روى الأثرم بإسناده عن ابن مسعود أنه قال لغلامه عمير : يا عمير إني
أريد أن أعتقك عتقا هنيئا فأخبرني بمالك فإني سمعت رسول الله صلى الله
عليه وسلم يقول : [أيما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فماله
لسيده] ولأن العبد وماله كانا للسيد فزال ملكه عن أحدهما فبقي ملكه في
الآخر كما لو باعه وقد دل عليه حديث النبي صلى الله عليه وسلم : [من باع
عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع] فأما حديث ابن عمر فقال
أحمد يرويه عبد الله بن جعفر بن أبي جعفر من أهل مصر وهو ضعيف في
الحديث كان صاحب فقه فأما في الحديث فليس هو فيه بالقوي وقال أبو الوليد
: هذا الحديث خطأ فأما فعل ابن عمر فهو تفضل منه على معتقه قيل لأحمد :
كان هذا عندك على التفضل ؟ فقال : أي لعمرى على التفضل قيل له فكأنه
عندك للسيد ؟ فقال : نعم للسيد مع البيع سواء
فصل : قال الشيخ رضي الله عنه : وإذا أعتق جزءا من عبده معيناً أو مشاعاً
عتق كله
أما إذا أعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف فإنه يصح عتقه بإجماع أهل العلم
فإن أعتق بعضه عتق كله في قول جمهور العلماء روي ذلك عن عمر وابنه

رضي الله عنهما وبه قال الحسن والحكم والأوزاعي والثوري والشافعي قال ابن عبد البر : عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا يعتق كله إذا أعتق نصفه وقال طاوس : يعتق في عتقه ويرق في رقه وقال حماد و أبو حنيفة : يعتق منه ما أعتق ويسعى في باقيه وخالف أبو حنيفة أصحابه فلم يروا عليه سعاية وروي عن مالك في رجل أعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات فقال : أرى نصف حرا ونصفه رقيقا لأنه تصرف في بعضه فلم يسر إلى باقيه كالبيع ولنا قول النبي صلى الله عليه : [من أعتق شركا له في عبد فكان معه ما يبلغ ثمنه قوم عليه قيمة عدل وعتق عليه جميع العبد] وإذا عتق عليه نصيب شركه كان تنبيها على عتق جميعه إذا كان كله ملكا له وقال النبي صلى الله عليه وسلم : [من أعتق شقفا له من مملوك فهو حر من ماله] ولأنه إزالة ملك عن بعض مملوكه الأدمي فزال عنه جميعه كالطلاق ويفارق البيع فإنه لا يحتاج إلى السعاية ولا يبنى على التغليب والسراية : إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يعتق جزءا كبيرا كنصفه أو ثلثه أو صغيرا كعشره أو عشر عشره ولا نعلم في هذا خلافا بين القائلين بسراية العتق إذا كان مشاعا فصل : فإن أعتق جزءا معينا كرأسه أو يده أو أصبعه عتق كله أيضا وبه قال قتادة والشافعي وإسحاق وقال أصحاب الرأي : إن أعتق رأسه أو ظهره أو بدنه أو بطنه أو جسده أو نفسه أو فرجه عتق كله لأن حياته لا تبقى بدون ذلك وإن أعتق يده أو عضوا تبقى حياته بدونها لم يعتق لأنه يمكن إزالة ذلك مع بقاءه فلم يعتق كإعتاق شعره ولنا أنه أعتق عضوا من أعضائه فعتق جميعه كرأسه فأما إذا أعتق شعره أو سنه أو ظفره لم يعتق وقال قتادة والليث في الرجل يعتق ظفر عبده : يعتق كله لأنه من أجزائه أشبه أصبعه ولنا أن هذه الأشياء تزول وتخرج غيرها فأشبهت الشعر والريق وسنذكر ذلك في الطلاق والعتق مثله

[جزء 12 - صفحة 249]

مسألة : وإن أعتق شركا له في عبد وهو موسر بقيمة باقيه عتق كله وعليه قيمة باقيه يوم العتق لشريكه
 مسألة : وإن أعتق شركا له في عبد وهو موسر بقيمة باقيه عتق كله وعليه قيمة باقيه يوم العتق لشريكه
 وجملته أن الشريك إذا أعتق نصيبه من العبد عتق عليه لانعلم فيه خلافا لما ذكرنا من الأثر وإذا عتق نصيبه سرى العتق إلى جميعه فصار جميعه حرا وعلى المعتق قيمة انصباة شركائه والولاء له هذا قول مالك و ابن أبي ليلى وابن شبرمة و الثوري و الشافعي وأبي يوسف ومحمد وإسحاق وقال البتي : لا يعتق إلا حصة المعتق ونصيب الباقيين باق على الرق ولا شيء على المعتق لما روى التلب عن أبيه أن رجلا أعتق شقفا له في مملوك فلم يضمه النبي صلى الله

عليه وسلم رواه الإمام أحمد ولأنه لو باع نصيبه لاختص البيع به فكذلك العتق إلا أن تكون جارية نفيسة يغالي فيها فيكون ذلك بمنزلة الجنابة من المعتق للضرر الذي أدخله علي شريكه وقال أبو حنيفة لا يعتق إلا حصة المعتق ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد وإن شاء ضمن شريكه فيعتق حينئذ

ولنا الحديث الذي روينا وهو صحيح متفق عليه ورواه مالك في موطنه عن نافع عن ابن عمر فثبت النبي صلى الله عليه وسلم العتق في جميعه وأوجب قيمة نصيب المعتق عليه ولم يجعل له خيرة ولا لغيره وروى قتادة عن أبي المليح عن أبيه أن رجلا من قومه أعتق شقصا له في مملوك فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل خلاصه عليه في ماله وقال : [ليس لله شريك] قال أبو عبد الله الصحيح أنه عن أبي المليح عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسل وليس فيه عن أبيه هذا معنى كلامه وقول البتي شاذ يخالف الأخبار كلها فلا يعول عليه وحديث التلب يتعين حمله على المعسر جمعا بين الأحاديث وقياس العتق على البيع لا يصح فإن البيع لا يسري فيما إذا كان العبد كله له والعتق يسري فإنه لو باع نصف عبده لم يسر ولو أعتقه عتق كله فإذا ثبت هذا فإن ولاءه يكون له لأنه عتق باعتاقه من ماله ولا خلاف في هذا عند من يرى عتقه عليه

فصل : ولا فرق في هذا بين أن يكون الشركاء مسلمين أو كافرين أو بعضهم مسلما وبعضهم كافرا ذكره القاضي وهو قول الشافعي وذكر أبو الخطاب في الكافر وجهها أنه إذا أعتق نصيبه من مسلم أنه لا يسري إلى باقيه ولا يقوم عليه لأنه لا يصح شراء الكافر عبدا مسلما

ولنا عموم الخبر ولأن ذلك يثبت لإزالة الضرر فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرد بالعيب والغرض ههنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التملك بخلاف الشراء ولو قدر أن ههنا تملكا لكان تقديرا في أدنى زمان حصل ضرورة تحصيل العتق لا ضرر فيه فإن قدر فيه ضرر فهو مغمور بالنسبة إلى ما يحصل من العتق فوجوده كالعدم وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق

[جزء 12 - صفحة 251]

مسألة : فإن أعتقه الشريك بعد ذلك وقبل أخذ القيمة لم يثبت له فيه عتق
مسألة : فإن أعتقه الشريك بعد ذلك وقبل أخذ القيمة لم يثبت له في عتق لأنه قد صار حرا بعتق الأول له لأن عتقه حصل باللفظ لا بدفع القيمة وصار جميعه حرا واستقرت القيمة على المعتق الأول فلا ينعق بعد ذلك بعتق غيره وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى و الثوري وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وابن المنذر و الشافعي في قول له اختاره المزني وقال الزهري وعمر بن دينار و مالك و الشافعي في قول : لا يعتق إلا بدفع القيمة ويكون قبل ذلك ملكا

لصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم : [قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم يعتق] فجعله عتيقا بعد دفع القيمة ولأن العتق إذا ثبت بعوض ورد الشرع به مطلقا لم يعتق إلا بالأداء كالمكاتب و للشافعي قول ثالث أن العتق مراعى فإن دفع القيمة تبينا أن العتق كان حصل من حين اعتق نصيبه وإن لم يدفع القيمة تبينا أنه لم يكن عتق لأن فيه احتياطا لهما جميعا

ولنا حديث ابن عمر فإنه روي بالفاظ مختلفة تجتمع في الدلالة على الحرية باللفظ فروى أبو أيوب عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيق] رواه أبو داود و النسائي وفي لفظ رواه ابن أبي مليكة عن نافع عن ابن عمر [فكان له مال فقد عتق كله] وفي رواية ابن أبي ذئب عن نافع عن ابن عمر [وكان للذي يعتق ما يبلغ ثمنه بقيمة العدل يعتق كله] وروى أبو داود بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : [من أعتق شقفا في مملوك فهو حر من ماله] وهذه نصوص في محل النزاع فإنه جعله حرا وعتيقا باعتاقه مشروطا بكونه موسرا ولأنه عتيق بالسراية فكانت حاصلة من لفظه عقيبه كما لو أعتق جزءا من عبده ولأن القيمة معتبرة وقت الإعتاق ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الإعتاق وعند الشافعي : لا ينفذ بالإعتاق أيضا فدل على أن العتق حصل فيه بالإعتاق الأول فإما حديثهم فلا حجة لهم فيه فإن الواو لا تقتضي ترتيبا وأما العطف بثم في اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب فإنها قد ترد لغير الترتيب كقوله سبحانه : { ثم الله شهيد على ما يفعلون } فأما العوض فإنما وجب عن المتلف بالإعتاق بدليل اعتباره بقيمته حين الإعتاق وعدم اعتبار التراضي فيه ووجوب القيمة من غير وكس ولا شطط بخلاف الكتابة إذا ثبت هذا فإن الشريك إذا أعتقه بعد عتق الأول وقبل أخذ القيمة لم يثبت له فيه عتق ولا له عليه ولاء ولاؤه كله للمعتق الأول وعليه القيمة لأنه قد صار حرا بإعتاقه وعند مالك يكون ولاؤه بينهما على قدر ملكهما فيه ولا شيء على المعتق الأول من القيمة ولو أن المعتق الأول لم يؤد القيمة حتى أفلس عتق العبد وكانت القيمة في ذمته دينا يزاحم بها الشريك عندنا وعند مالك لا يعتق منه إلا ما عتق ولو كان المعتق جارية حاملا فلم يؤد القيمة حتى وضعت حملها فليس على المعتق إلا قيمتها حين أعتقها لأنه حينئذ حررها وعند مالك يقوم ولدها أيضا ولو أتلف العبد قبل أداء القيمة تلف حرا والقيمة على المعتق لأنه فوت رقه وعند مالك لاشيء على المعتق وما لم يقوم ويحكم بقيمته فهو في جميع أحكامه عبد

فصل : والقيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق لأنه حين الإلتاف وهو قول الشافعي على أقواله كلها فإن اختلفا في قدره رجع إلى قول المقومين فإن كان العبد قد مات أو غاب أو تأخر تقويمه زمنا تختلف فيه القيم ولم تكن بينة فالقول قول المعتق لأنه منكر للزيادة والأصل براءة ذمته منها وهذا أحد قولي الشافعي فإن اختلفا في صناعة في العبد توجب زيادة في القيمة فالقول قول المعتق كذلك إلا أن يكون العبد يحسن الصناعة في الحال ولم يمض زمن يمكن تعلمها فيه فيكون القول قول الشريك لعلمنا بصدقه وإن مضى زمن يمكن

حدوثها فيه ففيه وجهان : أحدهما : القول قول المعتق لأن الأصل براءة ذمته والثاني : القول قول الشريك لأن الأصل بقاء ما كان وعدم الحدوث وإن اختلف في عيب ينقص قيمته كسرقة أو إباق فالقول قول الشريك لأن الأصل السلامة فبالجهة التي رجحنا قول المعتق في نفي الصناعة يرجح قول الشريك في نفي العيب وإن كان العيب في حال الاختلاف واختلفا في حدوثه فالقول قول المعتق لأن الأصل براءة ذمته وبقاء ما كان على ما كان وعدم العيب فيه ويحتمل أن يكون القول قول الشريك لأن الأصل براءته من العيب حين الإعتاق فصل : والمعتبر في اليسار في هذا أن يكون له فضل عن قوت يومه وليلته وما يحتاج إليه من حوائجه الأصلية من الكسوة وسائر ما لا بد منه ما يدفعه إلى شريكه ذكره أبو بكر في التنبيه وإن وجد بعض ما بقي بالقيمة قوم عليه قدر ما يمكنه منه ذكره أحمد في رواية ابن منصور وهو قول مالك وقال أحمد : لا يباع فيه دار ولا رباغ ومقتضى هذا ان لا يباع له أصل مال وقال مالك و الشافعي : يباع عليه سوار بيته وماله بال من كسوته ويقضي عليه في ذلك كما يقضي عليه في سائر الدعاوي والمعتبر في ذلك حال تلفظه بالعتق لأنه حال الوجوب فإن أيسر المعسر بعد ذلك لم يسر إعتاقه وإن أعسر الموسر لم يسقط ما وجب عليه لأنه وجب عليه فلم يسقط بإعساره كدين الإتلاف نص عليه أحمد

[جزء 12 - صفحة 254]

مسألة : وإن كان معسرا لم يعتق إلا نصيبه وبقي حق شريكه فيه وعنه يعتق كله ويستسعى العبد في قيمة باقيه غير مشقوق عليه
مسألة : وإن كان معسرا لم يعتق إلا نصيبه وبقي حق شريكه فيه وعنه يعتق كله ويستسعى العبد في قيمة باقيه غير مشقوق عليه
ظاهر المذهب أن المعسر إذا أعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق ولم يسر إلى نصيب شريكه بل يبقى على الرق فإذا أعتق شريكه عتق عليه نصيبه وهذا قول إسحاق وأبي عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير وهو قول مالك و الشافعي على ما بيناه فيما مضى وروي عن عروة أنه اشترى عبدا عتق نصفه فكان عروة يشاهره شهر عبد وشهر حر وروي عن أحمد أن المعتق إذا أعتق نصيبه استسعى العبد في قيمة باقيه حتى يؤديها فيعتق وهو قول بان شبرمة وابن أبي ليلي و الأوزاعي وأبي يوسف ومحمد لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : [من أعتق شقصا له في مملوك فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال وإلا استسعى العبد غير مشقوق عليه] متفق عليه ورواه أبو داود قال ابن أبي ليلي وابن شبرمة فإذا استسعى في نصف قيمته ثم أيسر معتقه رجح عليه بنصف القيمة لأنه هو ألجأه إلى هذا وكلفه إياه وعن أبي يوسف ومحمد أنهما قالا : يعتق جميعه وتكون قيمة نصيب الشريك في ذمته لأن العتق لا يتبعض فإذا وجد في البعض سرى إلى جميعه كالطلاق وتلزم المعتق القيمة لأنه المتلف لنصيب صاحبه بإعتاقه فوجب قيمته في ذمته كما

لو أتلفه وقال أبو حنيفة : لا يسري فيه العتق وإنما يستحق به إعتاق النصب
الباقي فيخير شريكه بين إعتاق نصيبه فإذا آداه إليه عتق والولاء بينهما
ولنا حديث ابن عمر وهو صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث ولأن
الاستسعاء إعتاق بعوض فلم يجبر عليه كالكتابة ولأن في الاستسعاء إضراراً
بالشريك والعبد أما الشريك فإننا نحيله على سعاية قد لا يحصل منها شيء أصلاً
وإن حصل فالظاهر أنه يكو متفرقاً ويفوت عليه ملكه وأما العبد فإنه يجبره
على سعاية لم يردّها وكسب لم يختره وهذا ضرر في حقهما وقد قال النبي
صلى الله عليه وسلم : [لا ضرر ولا ضرار] وقال سليمان ابن حرب : أليس
ألزم المعتق ثمن ما بقي من العبد لئلا يدخل على شريكه ضرر فإذا أمره
بالسعي وإعطاء كل شهر درهمين ولم يقدر على تملكه فإي ضرر أعظم من
ذلك ؟ فأما حديث الاستسعاء فقال الأثرم : ذكره سليمان بن حرب فطعن فيه
وضعه وقال أبو عبد الله ليس في الاستسعاء ثبت عن النبي صلى الله عليه
وسلم حديث أبي هريرة يرويه ابن أبي عروبة وأما شعبة وهشام الدستوائي
فلم يذكره وحدث به معمر ولم يذكر فيه السعاية قال أبو داود وهمام أيضاً لا
يقوله قال المروزي وضعف أبو عبد الله حديث سعيد وقال ابن المنذر : لا يصح
حديث الاستسعاء وذكر همام أن ذكر الاستسعاء من فتيا قتادة وفرق بين
الكلام الذي هو من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول قتادة قال بعد
ذلك فكان قتادة يقول : إن لم يكن له مال استسعى قال ابن البر حديث
أبي هريرة يدور على قتادة وقد اتفق شعبة وهشام وهمام على ترك ذكره وهم
الحجة في قتادة والقول قولهم فيه عند جميع أهل العلم إذا خالفهم غيرهم فأما
قول أبي حنيفة وقول صاحبيه الأخير فلا شيء معهم يحتجون به من حديث قوي
ولا ضعيف بل هو مجرد رأي وتحكم يخالف الحديثين جميعاً قال ابن البر :
لم يقل أبو حنيفة وزفر بحديث ابن عمر ولا بحديث أبي هريرة على وجهه وكل
قول خالف السنة فمردود على قائله والله المستعان
فصل : وإذا قلنا بالسعاية احتمل أن يعتق كله وتكون القيمة في مدة العبد دينا
يسعى في أدائها وتكون أحكامه أحكام الأحرار فإن مات وفي يده مال كان
لسيده بقية السعاية وباقي ماله موروث ولا يرجع العبد على أحد وهذا قول أبي
يوسف ومحمد ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدي السعاية فيكون حكمه قبل أدائها
حكم من بعضه رقيق إن مات فللشريك الذي لم يعتق من ماله مثل ما يكون له
على قول من لم يقل بالسعاية لأنه إعتاق بأداء مال فلم يعتق قبل أدائه
كالمكاتب وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة : يرجع العبد على المعتق إذا أيسر
لأنه كلفه السعاية بإعتاقه
ولنا أنه حق لزوم العبد في مقابلة حرته فلم يرجع به على أحد كمال الكتابة
ولأنه لو رجع به على السيد لكان هو الساعي في العوض كسائر الحقوق
الواجبة عليه

مسألة : وإذا كان العبد لثلاثة لأحدهم نصفه ولآخر ثلثه ولثالث سدسه فإعتق صاحب النصف وصاحب السدس معا وهما موسران عتق عليهما وضمنا حق شريكهما فيه نصفين وصار ولاؤه بينهما أثلاثا ويحتمل أن يضمناه على قدر ملكهما فيه

مسألة : وإذا كان العبد لثلاثة لأحدهم نصفه ولآخر ثلثه ولثالث سدسه فإعتق صاحب النصف وصاحب السدس معا وهما موسران عتق عليهما وضمنا حق شريكهما فيه نصفين وصار ولاؤه بينهما أثلاثا ويحتمل أن يضمناه على قدر ملكهما فيه

إذا كان العبد مشتركا بين جماعة فأعتق اثنان منهم وهم موسرون معا سرى عتقهم إلى بقاي العبد ويكون الضمان بينهم على عدد رؤسهم يتساوون في ضمانه وولائه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يقسم بينهم على قدر أملاكهم وهو قول مالك في إحدى الروايتين عنه لأن السراية جعلت بإعتاق ملكهما وما وجب بسبب الملك كان على قدره كالنفقة واستحقاق الشفعة ولنا أن عتق النصيب إتلاف لرق الباقي وقد اشتركا فيه فيتساويان في الضمان كما لو جرح أحدهما جرحا والآخر جرحين فمات بهما أو ألقى أحدهما جزءا من النجاسة في مائع وألقى الآخر جزأين ويفارق الشفعة فإنها ثبتت لإزالة الضرر عن نصيب الشريك الذي لم يبع فكان استحقاقه على قدر نصيبه ولأن الضمان ههنا لدفع الضرر منهما وفي الشفعة لدفع الضرر عنهما والضرر منهما يستويان في إدخاله على الشريك وفي الشفعة ضرر صاحب النصف أعظم من ضرر صاحب السدس فاختلفا إذا ثبت هذا كان ولاؤه بينهما أثلاثا لأننا إذا حكمنا بأن الثلث معتق عليهما نصفين فنصفه سدس إذا ضمناه إلى النصف الذي لأحدهما صار ثلثين وإذا ضمنا السدس الآخر إلى سدس المعتق صار ثلثا وعلى الوجه الآخر يصير الولاء بينهما أرباعا لصاحب السدس ربه ولصاحب النصف ثلاثة أرباعه والضمان كذلك ويشترط عتقهما معا بأن يوكل من يعتقه عنهما أو يوكل أحدهما الآخر في عتق نصيبه ويتلفظا به معا لأنه لو سبق أحدهما صاحبه عتق عليه جميعه على ما ذكرنا ويشترط اليسار أيضا فيهما فإن كان أحدهما موسرا وحده قوم عليه نصيب من لم يعتق لأن المعسر لا يسري عتقه فيكون الضمان على المعسر خاصة فإن كان أحدهما موسرا ببعض ما يخصه قوم عليه ذلك القدر وباقيه على الآخر مثل أن يجد صاحب السدس قيمة نصف السدس فيقوم عليه ويقوم الربع على صاحب النصف ويصير ولاؤه بينهم أرباعا لصاحب السدس ربه وباقيه لمعتق النصف لأنه لو كان أحدهما معسرا قوم الجميع على الآخر فإذا كان موسرا ببعضه قوم الباقي على صاحب النصف لأنه موسر وفيه اختلاف ذكرناه من قبل

مسألة : وإذا أعتق الكافر نصيبه من مسلم وهو موسر سرى إلى باقيه في أحد الوجهين
مسألة : وإذا أعتق الكافر نصيبه من مسلم وهو موسر سرى إلى باقيه في أحد الوجهين

ذكره القاضي وهو قول الشافعي لأنه تقويم متلف فاستوى فيه المسلم والكافر كتقويم المتلفات والوجه الثاني لا يسري ذكره أبو الخطاب لأن فيه تقدير الملك والكافر لا يجوز أن يملك المسلم والأول أصح إن شاء الله تعالى

[جزء 12 - صفحة 259]

مسألة : وإن ادعى كل واحد من الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه وهما موسران فقد صار العبد حرا باعتراف كل واحد منهما وصار مدعيا على شريكه قيمة حقه منه ولا ولاء عليه لواحد منهما
مسألة : وإن ادعى كل واحد من الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه وهما موسران فقد صار العبد حرا باعتراف كل واحد منهما وصار مدعيا على شريكه قيمة حقه منه ولا ولاء عليه لواحد منهما
وجملة ذلك أن الشريكين الموسرين إذا ادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق نصيبه فكل واحد منهما معترف بحرية نصيبه شاهد على شريكه بحرية نصفه الآخر لأنه يقول لشريكه اعتقت نصيبك فسرى العتق إلى نصيبي فعتق كله عليك ولزمك لي قيمة نصيبي فصار العبد حرا لا اعترافهما بحريته وبقي كل واحد منهما يدعي قيمة حصته على شريكه فإن كانت لأحدهما بينة حكم له بها وإن لم تكن بينة حلف كل واحد منهم لصاحبه وبرئا فإن نكل أحدهما قضي عليه وإن نكلا جميعا تساقط حقاهما لتمامتهما ولا ولاء عليه لواحد منهما لأنه لا يدعيه ولا فرق في هذه الحال بين العدلين والفاسقين والمسلمين والكافرين لتساوي العدل والفاسق والمسلم والكافر في الاعتراف والدعوى فإن اعتراف أحدهما به بعد ذلك ثبت له لأنه لا مستحق له سواء وإنما لم يثبت له لإنكاره له فإذا اعترف به زال الإنكار فثبت له ولزمته قيمة نصيب شريكه لا اعترافه بها

[جزء 12 - صفحة 260]

مسألة : وإن كانا معسرين لم يعتق على واحد منهما
مسألة : وإن كانا معسرين لم يعتق على واحد منهما
لأنه ليس في دعوى أحدهما على صاحبه أنه أعتق نصيبه اعتراف بحرية نصيبه ولا ادعاء استحقاق قيمتها على المعتق لكن عتق المعسر لا يسري إلى غيره فلم يكن في دعواه أكثر من أنه شاهد على صاحبه باعتراف نصيبه فإن كانا

فاسقين فلا أثر لكلامهما في الحال ولا عبرة بقولهما لأن غير العدل لا تقبل شهادة وإن كانا عدلين فشاهدتهما مقبولة لأن كل واحد منهما لا يجر إلى نفسه بشهادته نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً وقد حصل للعبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل فإن حلف معهما عتق كله وإن حلف مع أحدهما عتق نصفه على الرواية التي تقول : إن العتق يثبت بشاهد وبيمين وإن لم يحلف لم يعتق منه شيء لأن العتق لا يحصل بشاهد من غير يمين وإن كان أحدهما عدلاً دون الآخر فله أن يحلف مع شهادة العدل وبصير نصفه حراً والآخر رقيقاً
فصل : ومن قال بالاستسعاء فقد اعترف بأن نصيبه خرج من يده فيخرج العبد كله ويستسعى في قيمته لاعتراف كل واحد منهما بذلك في نصيبه

مسألة : وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق عليه ولم يسر إلى النصف الذي كان له

مسألة : وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق عليه ولم يسر إلى النصف الذي كان له

لأن عتقه حصل باعترافه بحريته بإعتاق شريكه ولا يثبت له عليه ولاء لأنه لا يدعي إعتاقه بل يعترف أن المعتق غيره وإنما هو مخلص له ممن يسترقه ظلماً فهو كمخلص الأسير من أيدي الكفار وقال أبو الخطاب : يسري لأنه شراء حصل به الإعتاق فأشبهه شراء بعض ولده فإن أكذب نفسه في شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه منه لم يقبل لأنه رجوع عن الإقرار بالحرية فلم يقبل كما لو أقر بحرية عبده ثم أكذب نفسه وهل يثبت له الولاء عليه إن أعتقه ؟ فيه احتمالان : أحدهما : لا يثبت لما ذكرناه والثاني : يثبت : لأننا نعلم أن على العبد ولاء ولا يدعيه أحد سواه ولا ينازعه فيه فوجب أن يقبل قوله فيه وإن اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد حراً ولا ولاء عليه لواحد منهما فإن اعتق كل واحد منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه في شهادته فهل يثبت له ولاء ما أعتقه ؟ على وجهين وإن أقر كل واحد منهما بأنه كان أعتق نصيبه وصدق الآخر في شهادته بطل البيعان وثبت لكل واحد منهما الولاء على نصفه لأن أحداً لا ينازعه فيه وكل واحد منهما يصدق الآخر في استحقاق الولاء ويحتمل أن يثبت الولاء لهما وإن لم يكذب واحد منهما نفسه لأننا نعلم أن الولاء ثابت عليه لهما ولا يخرج عنهما وإنه بينهما إما بالعتق الأول وإما بالثاني لأنهما إن كانا صادقين في شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذي أعتقه أولاً وإن كانا كاذبين فقد أعتق كل واحد منهما نصفه بعد أن اشتراه وإن كان أحدهما صادقاً والآخر كاذباً فلا ولا للصادق منهما لأنه لم يعتق النصف الذي كان له ولا صح عتقه في الذي اشتراه لأنه كان حراً قبل شرائه والولاء كله للكاذب لأنه أعتق النصف الذي كان له ثم اشترى النصف الذي لشريكه وكل واحد منهما يساوي صاحبه في الاحتمال فيقسم بينهما

فصل : وكل من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه عتق عليه وإن شهد اثنان عليه بذلك فرد شهادتهما ثم اشترياه أو أحدهما عتق وبهذا قال مالك و الأزواعي و الشافعي و ابن المنذر وهو قياس قول أبي حنيفة ولا يثبت

للمشتري ولاء على العبد لأنه لا يدعيه ولا للبائع لأنه ينكر عتقه ولو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا موسرين فعتق عليهما أو كانا معسرين عدلين فحلف العبد مع كل واحد منهما وعتق العبد أو ادعى عبد أن سيده أعتقه فأنكر وقامت البينة بعتقه عتق ولا ولاء على العبد في هذه المواضع كلها لأن أحدا لا يدعيه ولا يثبت لأحد حث ينكره فإن عاد من ثبت إعتاقه فاعترف به ثبت له الولاء لأنه لا مستحق له سواه وإنما لم يثبت له لانكاره له فإذا اعترف زال الإنكار وثبت له وأما الموسران إذا اعتق عليهما فإن صدق أحدهما صاحبه في أنه أعتق نصيبه وحده أو أنه سبق بالعتق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الآخر وإن اتفقا على أن كل واحد منهما أعتق نصيبه دفعة واحدة سبق بالعتق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الآخر وإن اتفقا على أن كل واحد منهما أعتق نصيبه دفعة واحدة فالولاء بينهما وإن ادعى كل واحد منهما أنه المعتق وحده أو أنه السابق فأنكر الآخر تحالفا والولاء بينهما نصفين

[جزء 12 - صفحة 262]

مسألة : وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا عتق نصيب المعسر وحده مسألة : وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا عتق نصيب المعسر وحده لاعترافه بأن نصيبه قد صار حرا باعتقا شريكه الموسر الذي يسري عتقه ولم يعتق نصيب الموسر لأنه يدعي أن المعسر الذي لا يسري عتقه أعتق نصيبه فعتق وحده ولا تقبل شهادة المعسر عليه لأنه يجر إلى نفسه نفعاً لكونه يجب عليه بشهادته قيمة حصته فعلى هذا إن لم تكن للعبد بينة سواه حلف الموسر وبريء من القيمة والعتق جميعاً ولا ولاء للمعسر في نصيبه لأنه لا يدعيه ولا للموسر أيضاً لذلك فإن عاد المعسر فأعتقه وادعاه ثبت له وإن أقر الموسر بإعتاق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضاً وعليه غرامة نصيب المعسر ويثبت له الولاء وإن كان للعبد بينة تشهد بإعتاق الموسر وكانت عدلين ثبت العتق ووجبت القيمة للمعسر عليه وإن كانت عدلاً واحداً وحلف العبد معه ثبت العتق في إحدى الروايتين والأخرى لا يثبت العتق وللمعسر أن يحلف معه ويستحق قيمة نصيبه سواء حلف العبد أو لم يحلف لأن الذي يدعيه مال يقبل فيه شاهد ويمين

فصل : وإذا ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه وأنكر الآخر وكان المدعي عليه موسراً عتق نصيب المدعي وحده لاعترافه بحريته بسراية عتق شريكه وصار مدعياً نصف القيمة على شريكه ولا يسري لأنه لا يعترف أنه المعتق له وإنما عتق باعترافه بحريته لا بإعتاقه له ولا ولاء عليه لإنكاره له قال القاضي : وولأوه موقوف وإن كان المدعي عدلاً لم تقبل شهادته لأنه يدعي نصف قيمته على شريكه فيجر بشهادته إليه نفعاً ومن شهد بشهادة يجر بها إليه نفعاً بطلت كلها وأما إن كان المدعي عليه معسراً فالقول قوله مع يمينه ولا يعتق منه شيء فإن كان المدعي عدلاً حلف العبد مع شهادته وصار نصفه حراً

وقال حماد إن كان المشهود عليه موسرا سعى له وإن كان معسرا سعى لهما
وقال أبو حنيفة : إن كان معسرا استسعى العبد وولأؤه بينهما وإن كان موسرا
فولاء نصفه موقوف فإن اعترف أنه اعتق استحق الولاء وإلا كان الولاء لبيت
المال

[جزء 12 - صفحة 264]

مسألة : وإذا قال أحد الشريكين : إذا اعتقت نصيبك فنصيبى حر فأعتق الأول
وهو موسر عتق كله عليه
مسألة : وإذا قال أحد الشريكين : إذا اعتقت نصيبك فنصيبى حر فأعتق الأول
وهو موسر عتق كله عليه
هذا اختيار الأصحاب أنه يعتق على الأول ويقوم عليه نصيب الشريك إن كان
موسرا ولا يقع إعتاق شريكه لأن السراية سبقت فمنعت عتق الشريك قال
شيخنا : ويحتمل أن يعتق عليهما جميعا لأن عتق نصيبه سبب السراية وشرط
لعتق نصيب الشريك فلم يسبق أحدهما الآخر لوجودهما في حال واحدة وقد
يرجح وقوع عتق الشريك لأنه تصرف منه في ملكه والسراية تقع في غير ملك
على خلاف الأصل فكان نفوذ عتق الشريك أولى ولأن سراية العتق على خلاف
الأصل لكونها إتلافا لملك المعصوم بغير رضاه وإلزاما للمعتق غرامة لم يلتزمها
بغير اختياره وإنما ثبت لمصلحة تكميل العتق فإذا حصلت هذه المصلحة بإعتاق
الملك كان أولى

مسألة : وإن كان معسرا لم يعتق عليه إلا نصيبه
مسألة : وإن كان معسرا لم يعتق عليه إلا نصيبه لما ذكرنا من أن عتق المعسر
لا يسري إلى نصيب شريكه ويعتق نصيب شريكه بالشرط

مسألة : وإن قال : إذا اعتقت نصيبك فنصيبى حر مع نصيبك فأعتق نصيبه عتق
عليهما موسرا كان أو معسرا
مسألة : وإن قال : إذا اعتقت نصيبك فنصيبى حر مع نصيبك فأعتق نصيبه عتق
عليهما موسرا كان أو معسرا
ولم يلزم المعتق شيء لأن العتق وجد منهما معا فهو كما لو وكلا رجلا في
اعتاقه عنهما فأعتقهما وقيل : يعتق كله على المعتق لأن إعتاق نصيبه شرط
عتق نصيب شريكه فيلزم أن يكون سابقا عليه والأول أولى لأنه أمكنه العمل
بمقتضى شرطه فوجب العمل به لما ذكرنا
فصل : فإن قال : إن اعتقت نصيبك فنصيبى حر قبل إعتاقك وقعا معا إذا أعتق
نصيبه هذا مقتضى قول أبي بكر و القاضي ومقتضى قول ابن عقيل أن يعتق

كله على المعتق ولا يقع إعتاق شريكه لأنه إعتاق في زمن ماض ومقتضى قول ابن شريح ومن وافقه ممن قال بسرابة العتق أن لا يصح إعتاقه لأنه يلزم من عتق نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته فيمتنع إعتاق نصيب هذا ويمتنع عتق نصيب الشريك ويفضي إلى الدور فيمتنع الجميع وسنذكر ذلك في الطلاق إن شاء الله تعالى

فصل : إذا كان لرجل نصف عبيدين متساويين في القيمة لا يملك غيرهما فأعتق أحدهما في صحته عتق وسرى إلى نصيب شريكه لأن موسر بالنصف الذي له من العبد الآخر فإن أعتق النصف الآخر عتق لأن وجوب القيمة في ذمته لا يمنع صحة عتقه ولم يسر لأنه معسر وإن أعتق الأول في مرض موته لم يسر لأنه إنما ينفذ عتقه في ثلث اله وثلث ماله هو الثلث من العبد الذي أعتق نصفه وإذا أعتق الثاني وقف على إجازة الورثة وإن أعتق الأول في صحته وأعتق الثاني في مرضه لم ينفذ عتق الثاني لأن عليه دينا يستغرق قيمته فيمنع صحة عتقه إلا أن يجيز الورثة

فصل : إذا شهد شاهدان على رجل أنه أعتق شركا له في عبد فسرى إلى نصيب الشريك وغرم له قيمة نصيبه ثم رجعا عن الشهادة غرما قيمة العبد جميعه وقال بعض أصحاب الشافعي : تلزمها غرامة نصيبه دون نصيب شريكه لأنهما لم يشهدا إلا بعتق نصيبه فلم تلزمهما غرامة ما سواه ولنا أنهما فوتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه فلزمهما ضمانه كما لو فوتاه بفعلهما وكما لو شهدا عليه بجرح ثم سرى الجرح ومات المجروح فضمن الدية ثم رجعا عن شهادتهما

فصل : وإن شهد شاهدان على ميت بعتق عبد في مرض موته وهو ثلث ماله فحكم الحاكم بشهادتهما وعتق العبد ثم شهد آخران بعتق آخر وهو ثلث ماله ثم رجع الأولان عن الشهادة نظرنا في تاريخ شهادتهما فإن كانت سابقة ولم يكذب الورثة رجوعهما عتق الأول ولم يقبل رجوعهما ولم يغرم شيئا ويحتمل أن يلزمهما شراء الثاني وإعتاقه لأنهما منعا عتقه بشهادتهما المرجوع عنها وإن صدقوهما في رجوعهما وكذبوهما في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا عليهما بقيمة الأول لأنهما فوتا رقه عليهم بشهادتهما المرجوع عنها وإن كان تاريخهما متأخرا عن الشهادة الأخرى بطل حكم عتق المحكوم بعتقه لأننا تبينا أن الميت قد أعتق ثلث ماله قبل إعتاقه ولم يغرم الشاهدان شيئا لأنهما ما فوتا شيئا وإن كانتا مطلقتين أو إحداهما أو اتفق تاريخهما أقرع بينهما فإن خرجت على الثاني عتق وبطل عتق الأول ولا شيء على الشاهدين لأن الأول باق على الرق وإن خرجت قرعة الأول عتق ونظرنا في الورثة فإذا كذبوا الشاهدين الأولين في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا على الشاهدين بقيمة الأول لأنهما فوتا رقه بغير حق وإن كذبوهما في رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشيء لأنهم يقرون بعتق المحكوم بعتقه

فصل : قال الشيخ رضي الله عنه : ويصح تعليق العتق بالصفات كدخول الدار ومجيء الأمطار لأنه عتق بصفة فصح كالتدبير وإذا عقل عتق على مجيء وقت كقوله : أنت حر في رأس الحول لم يعتق حتى يجيء رأس الحول وله بيعه وهبته وإجارته ووطء الأمة كالتدبير وبه قال الأزواعي والشافعي وابن المنذر

قال أحمد : إذا قال لغلامه : أنت حر إلى أن يقدم فلان ويجيء فلان وإلى رأس السنة وإلى رأس الشهر إنما يريد إذا جاء رأس السنة أو جاء رأس الهلال وإذا قال : أنت طالق إذا جاء الهلال إنما يريد إذا جاء رأس الهلال وقال أسحاق كما قال أحمد وحكي عن مالك أنه قال : إذا قال لعبده : أنت حر في رأس الحول عتق في الحال والذي حكاه ابن المنذر عنه أنها إذا كانت جارية لم يطأها لأنه لا يملكها ملكا تاما ولا يهبها ولا يبيعها وإن مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المال وقد روي عن أحمد أنه لا يطؤها لأن ملكه غير تام عليها والأول أصح لما روي عن أبي ذر أنه قال لعبده : أنت عتق إلى رأس الحول فلولا أن العتق يتعلق بالحول لم يعلقه عليه ولأنه علق العتق بصفة فوجب أن يتعلق بها كما لو قال : إذا أدبت إلي ألفا فأنت حر واستحقاقه للعتق لا يمنع إباحة الوطاء كالاستيلاء وأما المكاتبه فإنما لم يبح وطؤها لأنها اشترت نفسها من سيدها بعوض وزوال ملكه عن إكسابها بخلاف مسألتنا ومضى جاء الوقت وهو في ملكه عتق بغير خلاف نعلمه فإن خرج عن ملكه ببيع أو ميراث لم يعتق

وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي وقال النخعي وابن أبي ليلى إذا قال لعبده : إن فعلت كذا فأنت حر فباعه بيعا صحيحا ثم فعل ذلك عتق وانتفض البيع قال ابن أبي ليلى : إذا حلف بالطلاق لا كلمت فلانا ثم طلقها طلاقا بائنا ثم كلمه حنث وعامة أهل العلم على خلاف هذا لقول النبي صلى الله عليه وسلم [لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم] ولأنه لا ملك له فلم يقع طلاقه وعتاقه كما لو لم يكن له مال متقدم

فصل : وإذا قاله لعبده : إن لم أضربك عشرة أسواط فأنت حر ولم ينو وقتا بعينه لم يعتق حتى يموت وإن باعه قبل ذلك صح بيعه ولم يفسخ في قول أكثر أهل العلم وقال مالك : ليس له بيعه فإن باعه فسخ البيع ولنا أنه باعه قبل وجود الشرط فلم يفسخ كما لو قال إن دخلت الدار فأنت حر وباعه قبل دخولها

[جزء 12 - صفحة 268]

مسألة : وإذا علق عتق عبده بشرط كقوله إن أدبت إلي ألفا فأنت حر أو إن دخلت الدار فأنت حر فهي صفة لازمة ألزمها نفسه ولا يملك إبطالها بالقول قياسا على النذر

مسألة : وإذا علق عتق عبده بشرط كقوله إن أدبت إلي ألفا فأنت حر أو إن دخلت الدار فأنت حر فهي صفة لازمة ألزمها نفسه ولا يملك إبطالها بالقول قياسا على النذر

ولذلك إن اتفق السيد والعبد على إبطالها لم تبطل لذلك ولو أبرأه السيد من الألف لم يعتق بذلك ولم يبطل التعليق لأنه لا حق له في ذمته يبرئه منه

فصل : ولا يعتق قبل وجود الصفة بكمالها فلو قال لعبده : إذا أديت إلي ألفا فأنت حر لم يعتق حتى يؤدي الألف جميعها وذكر القاضي أن من أصلنا أن العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها كما لو قال : أنت حر إن أكلت رغيفا فأكل نصفه ولا يصح ذلك لوجوه

أحدها : أن أداء الألف شرط العتق وشروط الأحكام يعتبر وجودها بكمالها لثبوت الأحكام وتنفي بانتفائها كسائر شروط الأحكام الثاني : أنه إذا علقه على وصف ذي عدد فالعدد وصف في الشرط ومن علق الحكم على شرط ذي وصف لم يثبت ما لم توجد الصفة كقوله لعبده : إن خرجت عاريا فأنت حر فخرج لابسا لم يعتق فكذلك العدد الثالث : أنه متى كان في اللفظ ما يدل على الكل لم يحث بفعل البعض كما لو حلف لا صليت صلاة أو لا صمت صياما لم يحث حتى يفرغ مما سمي صلاة ويصوم يوما ولو قال لامرأته : إن حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من الحيضة وذكر الألف ههنا يدل على أنه أراد ألفا كاملة الرابع : أن الأصل الذي ذكرناه فيما - إذا قال إن أكلت رغيفا فأنت أنه يعتق بأكل بعضه - ممنوع وإنما إذا حلف لا يصلي فشرع في الصلاة أو لا يصوم فشرع في الصيام أو لا يشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه ونحو هذا لأن الشارع في الصلاة والصيام قد صلى وصام ذلك الجزء الذي شرع فيه والقدر الذي شربه من الإناء هو ماء الإناء وقرينة حاله تقتضي المنع من الكل فتقتضي الامتناع من الكل ومتى فعل البعض فما امتنع من الكل فحث لذلك ولو حلف على فعل شيء لم يبر إلا بفعل الجميع وفي مسألتنا تعليق الحرية على أداء الألف يقتضي وجود أدائها فلا يثبت الحكم المعلق عليها دون أدائها كمن حلف ليؤدين ألفا لا يبر حتى يؤديها

الخامس : أن موضوع الشرط في الكتاب والسنة وأحكام الشريعة على أنه لا يثبت المشروط بدون شرطه كقول النبي صلى الله عليه وسلم : [من قال لا إله إلا الله دخل الجنة] فلو قال بعضها لم يستحق إلا العقوبة وقوله : [من أحميا أرضا ميتة فهي له] لا تكون به بشروعه في الإحياء ولو قال في المسابقة : من سبق إلى خمس إصابات فهو سابق لم يكن سابقا إذا سبق إلى أربع ولو قال : من رد ضالتي فله دينار لم يستحقه بالشروع في ردها فكيف يخالف موضوعات الشرع واللغة بغير دليل ؟ وإنما الرواية التي جاءت عن أحمد في الإيمان فيمن حلف أن لا يفعل شيئا ففعل بعضه : يحث لأن اليمين على الترك يقصد بها المنع فنزلت منزلة النهي والنهي عن فعل شيء يقتضي المنع من بعضه بخلاف تعليق المشروط على الشرط

فصل : وما يكتسبه العبد قبل وجود الشرط فهو لسيدته لأنه لا يوجد عقد يمنع كون كسبه لسيدته إلا أنه إذا علق عتقه على أداء مال معلوم فما أخذه السيد حسبه من المال فإذا كمل أداء المال عتق وما فضل في يده لسيدته لأنه كسب عبده وإن كان المعلق عتقه أمة فولدت لم يتبعها ولدها في أحد الوجهين لأنها أمة قن فأشبهه ما لو قال إن دخلت الدار فأنت حرة ولا تجب عليها قيمة نفسها لأنه عتق من السيد فأشبهه ما لو باشر العتق

فصل : إذا علق عتقه بصفة ثم باعه ثم اشتراه ووجدت الصفة عتق وبهذا قال أبو حنيفة و قال الشافعي فيها قولان : أحدهما : لا يعتق لأن ملكه فيه متأخر عن عقد الصفة فلم يقع العتق فيه كما لو عقد الصفة في حال زوال ملكه عنه ولنا أنه علق الصفة في ملكه وتحقق الشرط في ملكه فوجب أن يعتق كما لو لم يزل ملكه عنه وفارق ما إذا علقها في حال زوال ملكه لأنه لو نجز العتق لم يقع فإذا علقه كان أولى بعدم الوقوع بخلاف مسألتنا

[جزء 12 - صفحة 271]

مسألة : إلا أن تكون الصفة وجدت منه في حال زوال ملكه فهل تعود بعوده ؟
على روايتين
مسألة : إلا أن تكون الصفة وجدت منه في حال زوال ملكه فهل تعود بعوده ؟
على روايتين
إحدهما : لا تعود لأنها انحلت بوجودها فلم تعد كما لو انحلت بوجودها في ملكه والثانية : تعود لأنه لم توجد الصفة التي يعتق بها فأشبهه ما لو عاد إلى ملكه قبل وجود الصفة ولأن الملك مقدر في الصفة فكأنه قال : إذا دخلت الدار وأنت في ملكي فأنت حر ولم يوجد ذلك وقد روي عن أحمد في الطلاق أنه يقع لأن التعليق والشرط وجدا في ملكه فأشبهه ما لو لم يتخللها دخول ومن نصر الرواية الأولى قال إن العتق معلق بشرط لا يقتضي التكرار فإذا وجد مرة انحلت اليمين وقد وجد الدخول في ملك غيره فانحلت اليمين فلم يقع العتق به بعد ذلك ويفارق العتق الطلاق من حيث إن النكاح الثاني يبني على النكاح الأول بدليل أن طلاقا في النكاح الأول يحتسب عليه في النكاح الثاني وينقص به عدد طلاقه والملك باليمين بخلافه

[جزء 12 - صفحة 272]

مسألة : وتبطل الصفة بالموت
مسألة : وتبطل الصفة بالموت
لأن ملكه يزول بموته فتبطل تصرفاته بزواله كالبيع

مسألة : وإن قال إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتي أو أنت حر بعد موتي بشهر فهل يصح ويعتق بذلك ؟ على روايتين
مسألة : وإن قال إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتي أو أنت حر بعد موتي بشهر فهل يصح ويعتق بذلك ؟ على روايتين :

إذا قال إن دخلت الدار بعد موتي فأنت حر لم تنعقد هذه لأنه علق عتقه على صفة توجد بعد زوال ملكه فلم يصح كما لو قال : إن دخلت الدار بعد بيعي إياك فأنت حر ولأنه إعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه فلم يعتق به كالمجنز والثانية : يعتق ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لأنه صرح بذلك فحمل عليه كما لو وصى باعتاقه وكما لو وصى ببيع سلعة وبتصدق بثمنها ويفارق التصرف بعد البيع فإن الله تعالى جعل للإنسان التصرف بعد موته في ثلثه بخلاف ما بعد البيع والأول أصح إن شاء الله تعالى ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلعة لأن الملك لا يستقر للورثة فيه ولا يملكون التصرف فيه بخلاف مسألتنا وسنذكر ذلك بأبسط من هذا في التدبير إن شاء الله تعالى وعنه يصح لأنه إعتاق بعد الموت فصح كما لو قال : أنت حر بعد موتي وإن قال أنت حر بعد موتي بشهر فقد روي عن أحمد في رواية مهنا أنه لا يعتق ولا تصح هذه الصفة وقال أيضا : سألت أحمد عن رجل قال : أنت حر بعد موتي بشهر بألف درهم فقال : هذا كله لا يكون شيئا بعد موته وهذا اختيار أبي بكر وذكر القاضي و ابن أبي موسى رواية أخرى أنه يعتق إذا وجدت الصفتان بعد الموت ومضت المدة المذكورة وهذا قول الثوري و أبي يوسف و إسحاق ووجههما ما تقدم وقال أصحاب الرأي : لا يعتق حتى يعتقه الوارث وعلى قول من قال يعتق يكون قبل العتق ملكا للوارث وكسبه له كأم الولد والمدير في حياة السيد وإن كان أمة فولدت قبل وجود الصفة فولدها يتبعها في التدبير ويعتق بوجود الصفة كما تعتق هي والله سبحانه أعلم

فصل : إذا قال لعبد له مقيد هو حر إن حل قيده ثم قال : هو حر إن لم يكن في قيده عشرة أرطال فشهد شاهدان عند الحاكم أن وزن قيده خمسة أرطال فحكم بعتقه وأمر بحل قيده فوزن فوجد وزنه عشرة أرطال عتق العبد بحل قيده وتبيننا أنه ما عتق بالشرط الذي حكم الحاكم بعتقه به وهل يلزم الشاهدين ضمانه قيمته ؟ فيه وجهان : أحدهما : يلزمهما لأن شهادتهما الكاذبة سبب عتقه وإتلافه فضمننا كالشهادة المرجوع عنها ولأن عتقه حكم بحكم الحاكم المبني على الشهادة الكاذبة فأشبهه الحكم بالشهادة التي يرجعان عنها وهذا قول أبي حنيفة والثاني : لا ضمان عليهما وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن عتقه لم يحصل بالحكم المبني على شهادتهما وإنما حصل بحل قيده ولم يشهدا به فوجب أن لا يضمننا كما لو لم يحكم الحاكم

فصل : وإن قال لعبد : أنت حر متى شئت لم يعتق حتى يشاء بالقول فمتى شاء عتق سواء كان على الفور أو التراخي وإن قال : أنت حر إن شئت فكذلك ويحتمل أن يقف على المجلس لأن ذلك بمنزلة التخيير ولو قال لامرأته : اختاري نفسك لم يكن لها الاختيار إلا على الفور فإن تراخي ذلك بطل خيارها كذا تعليقه بالمشيئة وإن قال : أنت حر كيف شئت احتمل أن يعتق في الحال وهو قول أبي حنيفة لأن كيف لا تقتضي شرطا ولا وقتا ولا مكانا فلا تقتضي توقيف العتق إنما هي صفة للحال فتقتضي وقوع الحرية على أي حال كان ويحتمل أن لا يعتق حتى يشاء وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن المشيئة تقتضي الخيار فتقتضي أن يعتق قبل اختياره كما لو قال : أنت حر متى شئت لأن كيف تعطي ما تعطي حتى وأي فحكمهما حكمها وقد ذكر أبو الخطاب في الطلاق :

أنه إذا قال لزوجته : أنت طالق متى شئت وكيف شئت وحيث شئت لم تطلق
تشاء فيجىء ههنا مثله

[جزء 12 - صفحة 274]

مسألة : وإن قال إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتي فدخل في حياة السيد
صار مدبرا
مسألة : وإن قال إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتي فدخل في حياة السيد
صار مدبرا
لأنه وجه شرط التدبير وهو دخول الدار وإن لم يدخل حتى مات بطلت الصفة
لأنه يزول به الملك ولم يوجد التدبير لعدم شرطه وسنذكره في التدبير إن شاء
الله تعالى

[جزء 12 - صفحة 275]

مسألة : وإن قال إن ملكت فلانا فهو حر أو كل مملوك أملكه فهو حر فهل يصح
؟ على روايتين
مسألة : وإن قال إن ملكت فلانا فهو حر أو كل مملوك أملكه فهو حر فهل يصح
؟ على روايتين
إحداهما : لا يصح ولا يعتق روي ذلك عن ابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب
والحسن وعطاء وعروة و الشافعي و ابن المنذر ورواه الترمذي عن علي
وجابر بن عبد الله وعلي بن الحسين وشريح وغير واحد من التابعين قال وهو
قول أكثر أهل العلم لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم : [لا عتق فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم
فيما لا يملك] قال الترمذي : وهو حديث حسن وهو أحسن ما روي في هذا
الباب وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : [لا طلاق فيما لا
يملك ابن آدم وإن عينها] رواه الدارقطني وعن علي رضي الله عنه قال : قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم : [لا طلاق قبل نكاح] وروي عن النبي صلى
الله عليه وسلم أنه قال : [لا طلاق قبل ملك] رواه أبو داود الطيالسي قال
أحمد هذا عن النبي صلى الله عليه وسلم وعدة من الصحابة ولأنه قول من
سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفا فكان إجماعا وهذا ظاهر المذهب
ولأنه لا يملك بتخيير العتق فلم يملك تعليقه والثانية : يعتق إذا ملكه لأنه أضاف
العتق إلى حال يملك عتقه فيه فأشبهه ما لو كا التعليق في ملكه وروي أبو
طالب عن أحمد أنه قال : إن اشتريت هذا الغلام فهو حر فاشتراه عتق قال أبو
بكر في كتاب الشافعي لا يختلف قول أبي عبد الله إن العتق يقع إلا ما روي

محمد بن الحسن ابن هارون في العتق أنه لا يقع وما أراه إلا غلطا فإن كان قد حفظ فهو قول آخر ولأنه لو قال لأتمته : أول ولد تلدينه فهو حر فإنه يصح كذلك هذا وهو قول الثوري وأصحاب الرأي ولأنه يصح تعليقه على الإخطار فصح تعليقه على حدوث الملك كالوصية والنذر واليمين وقال مالك : إن خص جنسا من الأجناس أو عبدا بعينه عتق إذا ملكه وإن قال : كل عبد املكه لم يصح والأول أصح إن شاء الله تعالى لأنه تعليق للعتق قبل الملك فأشبهه ما لو قال لأمة غيره : إن دخلت الدار فأنت حرة ثم ملكها ودخلت الدار ولما ذكرنا من الأحاديث

[جزء 12 - صفحة 276]

مسألة : فإن قال العبد ذلك ثم عتق وملك عتق في أحد الوجهين قياسا على الحر والثاني : لا يعتق وهو الصحيح
مسألة : فإن قال العبد ذلك ثم عتق وملك عتق في أحد الوجهين قياسا على الحر والثاني : لا يعتق وهو الصحيح
لأن العبد لا يصح العتق منه حين التعليق لكونه لا يملك وإن ملك فهو ملك ضعيف غير مستقر لا يتمكن من التصرف فيه وللسيد انتزاعها منه بخلاف الحر

فصل : إذا قال الحر أول غلام أملكه فهو حر ابنى ذلك على العتق قبل الملك وفيه روايتان : ذكرناهما فإن قلنا : يصح عتق أول من يملكه لوجود الشرط فإن ملك اثنين معا عتق أحدهما بالقرعة في قياس قول أحمد فإنه قال في رواية مهنا إذا قال أول من يطلع من عبيدي فهو حر فطلع اثنان منهم أو جميعهم فإنه يقرع بينهم ويحتمل أن يعتقا جميعا لأن الأولية وجدت فيهما جميعا فثبتت الحرية فيهما كما لو قال في المسابقة من سبق فله عشرة فسبق اثنان اشتركا في العشرة وقال النخعي : يعتق أيهما شاء وقال أبو حنيفة لا عتق واحد منهما لأنه لا أول فيهما لأن كل واحد منهما مساو للآخر ومن شرط الأولية سبق الأول

ولنا : أن هذين لم يسبقهما غيرهما فكانا أول كالواحد وليس من شرط الأول أن يأتي بعده ثان بدليل ما لو ملك واحدا ولم يملك بعده شيئا وإذا وجدت الصفة فيهما فإما أن يعتقا جميعا أو يعتق أحدهما وتعيينه القرعة على ما نذكره وكذلك الحكم فيما إذا قال : أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين خرجا معا

[جزء 12 - صفحة 277]

مسألة : وإن قال : آخر مملوك أشتريه فهو حر فملك عبدا لم يعتق واحد منهم حتى يموت

مسألة : وإن قال : آخر مملوك أشتريه فهو حر فملك عبدا لم يعتق واحد منهم حتى يموت

لأنه ما دام حيا فإنه يحتمل أن يشتري عبدا يكون هو الآخر فإذا مات عتق آخرهم وتبيننا أنه كان حرا ملكه فتكون اكسابه له وإن كان أمة كان أولادها أحرارا من حين ولدتهم لأنهم أولاد حرة وإن كان وطئها فعليه مهرها لأنه وطئ حرة أجنبية ولا يحل له أن يطأها إذا اشتراها حتى يشتري بعدها غيرها لأنه ما لم يشتري بعدها غيرها فهي آخر في الحال وإنما يزول ذلك بشراء غيرها فوجب أن يحرم الوطاء وإن اشتري اثنين دفعة واحدة ثم مات فالحكم في عتقهما كالحكم فيما إذا ملك اثنين في الفصل الذي قبله

فصل : إذا قال : أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين واشكل أولهما خروجا أخرج بالقرعة كالتي قبلها فإن علم أولهما خروجا عتق وحدة وهو قول مالك و الثوري وأبي هاشم و الشافعي و ابن المنذر وقال الحسن و الشعبي وقتادة : إذا ولدت ولدين في بطن فهما حران

ولنا أنه إنما أعتق الأول والذي خرج سابقا هو الأول من المولودين فاخص العتق به فهو كما لو ولدتهما في بطنين فإن ولدت الأول ميتا والثاني حيا فذكر الشريف أنه يعتق الحي منهما وبه قال أبو حنيفة وقال أبو يوسف و الشافعي لا يعتق واحد منهما وهو الصحيح قاله شيخنا لأن شرط العتق إنما وجد في الميت وليس محلا للعتق فانحلت اليمين به وإنما قلنا إن شرط العتق وجد فيه لأنه أول ولد بدليل أنه إذا قال لأمته إذا ولدت فأنت حرة فولدت ولدا ميتا عتقت ووجه الأول أن العتق يستحيل في الميت فتعلقت اليمين بالحي كما لو قال : إن ضربت فلانا فعبدي حر فضربه حيا عتق وإن ضربه ميتا لم يعتق ولأنه معلوم من طريق العادة أنه قصد عقد يمينه على ولد يصح العتق فيه وهو أن يكون حيا فتصير الحياة مشروطة فيه فكأنه قال : أول ولد تلدينه حيا

فصل : فإن قال لأمته : كل ولد تلدينه فهو حر عتق كل ولد ولدته في قول جمهور العلماء منهم مالك و الأوزاعي و الليث و الثوري و الشافعي قال ابن المنذر : لا أحفظ عن غيرهم خلافهم فإن باع الأمة ثم ولدت لم يعتق ولدها لأنها ولدتهم بعد زوال ملكه

[جزء 12 - صفحة 279]

مسألة : فإن قال لأمته : آخر ولد تلدينه فهو حر فولدت حيا ثم ميتا لم يعتق الأول

مسألة : فإن قال لأمته : آخر ولد تلدينه فهو حر فولدت حيا ثم ميتا لم يعتق الأول

لأنه لم يوجد شرط عتقه وعلى قياس قول الشريف و أبي حنيفة فيما إذا قال ولد تلدينه فهو حر فولدت ميتا ثم حيا يعتق الحي وإن ولدت ميتا ثم حيا عتق الثاني لوجود شرطه وإن ولدت توأمين فأشك الآخر منهما فإن أحدهما استحق العتق ولم يعتق بعينه فوجب اخراجه بالقرعة وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى

مسألة : ولا يتبع ولد المعتقة بالصفة أمه في العتق في أصح الوجهين إلا أن تكون حاملا به حال عتقها أو حال تعليق عتقها
مسألة : ولا يتبع ولد المعتقة بالصفة أمه في العتق في أصح الوجهين إلا أن تكون حاملا به حال عتقها أو حال تعليق عتقها
إذا علق عتق أمة بصفة وهي حامل تتبعها ولدها في ذلك لأنه كعضو من أعضائها فإن وضعته قبل وجود الصفة ثم وجدت الصفة عتق لأنه تابع في الصفة فأشبهه ما لو كان في البطن وإن كانت حائلا حين التعليق وجدت الصفة وهي حالم عتقت هي وحملها لأن العتق وجد فيها وهي حالم فتبعها ولدها كالمنجز فإن حملت بعد التعليق وقبل وجود الصفة ثم وجدت بعد ذلك لم يعتق الولد لأن الصفة لم تتعلق به في حال التعليق وفيه وجه آخر أنه يتبعها في العتق لا في الصفة فإذا لم توجد فيه بخلاف ولد المدبرة فإنه يتبعها في التدبير وإذا بطل فيها بقي فيه

[جزء 12 - صفحة 280]

مسألة : وإذا قال لعبده : أنت حر وعليك ألف أو على ألف عتق ولا شيء عليه وعنه إن لم يقبل لم يعتق
مسألة : وإذا قال لعبده : أنت حر وعليك ألف أو على ألف عتق ولا شيء عليه وعنه إن لم يقبل لم يعتق
إذا قال لعبده : أنت حر وعليك ألف عتق ولا شيء عليه لأنه أعتقه بغير شرط وجعل عليه عوضا لم يقبله فعتق ولم يلزمه الألف هكذا ذكر المتأخرون من أصحابنا ونقل جعفر بن محمد قال : سمعت أبا عبد الله قيل له : إذا قال : أنت حر وعليك ألف درهم فقال : جيد قيل له : فإن لم يررض العبد ؟ قال : لا يعتق إنما قال له : على أن يؤدي إليه ألفا فإن لم يؤدي فلا شيء فإن قال أنت حر على ألف فكذلك في إحدى الروايتين لأن على ليست من أدوات الشرط ولا البدل فأشبهه قوله وعليك ألف والثانية ان قبل العتق عتق ولزمته الألف وإن لم يقبل لم يعتق وهذا قول مالك و الشافعي و أبي حنيفة وهذه الرواية هي الصحيحة لأنه أعتقه بعوض فلم يعتق بدون قبوله كما لو قال : أنت حر بألف ولأن على تستعمل للشرط والعوض قال الله تعالى : { قال له موسى هل أتبعك على أن تعلمن مما علمت رشدا } وقال : { فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا } وقال : { إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تاجرني

ثمانى حجج { ولو قال : فى النكاح زوجتك فلانة ابنتى على خمسمائة درهم
وقال الآخر : قبلت صح النكاح ووجب الصداق

[جزء 12 - صفحة 281]

مسألة : وإن قال : على أن تخدمنى سنة فكذلك
مسألة : وإن قال : على أن تخدمنى سنة فكذلك
وقيل إن لم يقبل لم يعتق رواية واحدة فعلى هذا إذا قبل العبد عتق فى الحال
ولزمته خدمته سنة وإن مات السيد قبل كمال السنة رجع على العبد بقيمة ما
بقي من الخدمة وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة تقسط قيمة العبد على
خدمة السنة فيسقط منها بقدر ما مضى ويرجع عليه بما بقي من قيمته
ولنا أن العتق عقد لا يلحقه الفسخ فإذا تعذر فيه استيفاء العوض رجع إلى قيمته
كالخلع فى النكاح والصلح فى دم العبد فإذا قال : أنت حر على أن تعطىنى ألفاً
فالصحيح أنه لا يعتق حتى يقبل فإذا قبل عتق ولزمه الألف فأما إن قال : أنت
حر بألف لم يعتق حتى يقبل ويلزمه الألف
فصل : قال رضى الله عنه وإذا قال : كل مملوك لى حر عتق عليه مكاتبوه
ومدبروه وأمهات أولاده وشقص يملكه
لأن اللفظ عام فيهم فعتقوا كما لو عينهم وذكر ابن أبى موسى فى الإرشاد أن
الشقص لا يعتق إلا أن ينوبه لأنه لا يملكه كله والأول المذهب

[جزء 12 - صفحة 282]

مسألة : وإن قال : أحد عبدي حر أقرع بينهما فمن وقعت له القرعة فهو حر
من حين أعتقه
مسألة : وإن قال : أحد عبدي حر أقرع بينهما فمن وقعت له القرعة فهو حر
من حين أعتقه
إذا قال : أحد عبدي حر ولم ينو واحدا بعينه عتق أحدهما بالقرعة وليس للسيد
التعيين ولا للوارث بعده فإن قال : أردت هذا بعينه قبل منه وعتق لأن ذلك إنما
يعرف من جهته وقال أبو حنيفة و الشافعى : للمعتق التعيين ويطلب بذلك
فيعتق من عينه وإن لم يكن نواه حالة القول وإذا عتق بتعيينه فليس لسائر
العبيد الاعتراض عليه لأن له تعيين العتق ابتداء فإذا أوقعه غير معين كان له
تعيينه كالطلاق
ولنا أن مستحق العتق غير معين فلم يملك تعيينه ووجب أن يميز بالقرعة كما
لو أعتق الجميع فى مرضه ولم يخرجوا من الثلث وكما لو أعتق معيناً ثم نسيه
والطلاق كمسالتنا فإن مات المعتق ولم يعين فالحكم عندنا لا يختلف وليس

للورثة التعيين بل يخرج المعتق بالقرعة وقد نص الشافعي على هذا إذا قالوا : لا ندري أيهم أعتق وقال أبو حنيفة : لهم التعيين لأنهم يقومون مقام موروثهم وقد سبق الكلام في المعتق وقوله : من حين أعتقه يريد أن العبد إن كان اكتسب مالا بعد العتق فهو له دون سيده لأننا تبينا أنه اكتسبه في حال الحرية فصل : ولو أعتق إحدى إمائة غير معينة ثم وطىء إحداهن لم يتعين الرق فيها وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي : يتعين الرق فيها لأن الحرية عنده تتعين بتعيينه ووطؤه دليل على تعيينه وقد سبق الكلام معه

[جزء 12 - صفحة 284]

مسألة : وإن مات أحد العبدین أقر بينه وبين الحي فإن وقعت على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الإعتاق سواء مات في حياة سيده أو بعده قبل القرعة

مسألة : وإن مات أحد العبدین أقر بينه وبين الحي فإن وقعت على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الإعتاق سواء مات في حياة سيده أو بعده قبل القرعة

وبهذا قال الشافعي وقال مالك : إن مات قبل موت سيده فالحي جميع التركة ولا يعتق إلا ثلثه ولا يعتبر الميت لأنه ليس بمحسوب من التركة ولهذا لو أعتق الحي بعد موته لأعتقنا ثلثه

ولنا أن الميت أحد المعتقين فوجب أن يقرع بينه وبين الحي كما لو مات بعد سيده ولأن المقصود من العتق تحصيل ثوابه وهو يحصل في حق الميت فيدخل في القرعة كالذي مات بعد سيده فعلى هذا إن خرجت القرعة على الميت حسبناه من المتركة وقومناه حين الإعتاق لأنه حين الإتلاف وإن وقعت على الحي نظرت في الميت فإن كان موته قبل موت سيده أو بعده قبل قبض الوارث له لم نحسبه من التركة لأنه لم يصل إلى الوارث فتكون التركة للحي وحده فيعتق ثلثه وتعتبر قيمته حين الإعتاق لأنه حين اتلافه وتعتبر قيمة التركة بأقل الأمرين من حين الموت إلى حين قبض الوارث لأن الزيادة تجددت على ملك الوارث فلم تحسب عليه من التركة والنقصان قبل القبض فلم يحصل له فأشبهه الشارذ والآبق وإنما يحسب عليه ما حصل في يديه ولا يحسب الميت من التركة لأنه وصل إليهم وجعلناه كالحي في تقويمه معه والحكم باعتاقه إن وقعت القرعة عليه أو من الثلثين إن وقعت على غيره وتحسب قيمته أقل الأمرين من حين موت سيده إلى حين قبضه

فصل : فإن دبر ثلاثة أعبد أو وصى بعقهم فمات أحدهم في حياته بطل تدبيره والوصية فيه وأقرع بين الحيين وأعتق من أحدهما ثلثهما لأن الميت لا يمكن الحكم بوقوع العتق فيه لكونه مات قبل الوقت الذي يعتق فيه وقبل تحقق شرط العتق بخلاف التي قبلها فإن العتق حصل من حين الإعتاق وإنما القرعة تبينه وتكشفه ولهذا يحكم بعقته من حين الإعتاق ويكون كسبه له وحكمه حكم

الأحرار في سائر أحواله وإن مات المدبر بعد موت سيده أقرع بينه وبين الأحياء
لأن العتق حصل من حين موت السيد

[جزء 12 - صفحة 287]

مسألة : وإن أعتق عبدا أو نسيه أخرج بالقرعة
مسألة : وإن أعتق عبدا أو نسيه أخرج بالقرعة
هذا قياس قول أحمد وهو قول الليث وقال الشافعي : يقف الأمر حتى يذكر
فإن مات قبل أن يبين أقرع الورثة بينهم وقال ابن وهب : يعتقدون كلهم وقال
مالك : إن أعتق عبدا له ومات ولم يبين وكانوا ثلاثة عتق منهم بقدر ثلثهم وإن
كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم وعلى هذا فيقرع بينهم فإن خرجت
القرعة على من قيمته أقل من الربع أعيدت القرعة حتى يكمل وقال أصحاب
الرأي : إن قال الشهور : نشهد أن فلانا أعتق بعض عبيده ونسيناه فشهادتهم
باطلة ونحو هذا قول الشعبي و الأوزاعي ولم يذكروا ما ذكره أصحاب الرأي
في الشهادة
ولنا أن مستحق العتق غير معين فأشبهه ما لو أعتق جميعهم في مرض موته

[جزء 12 - صفحة 288]

مسألة : فإن علم بعد أن المعتق غيره عتق وهل يبطل عتق الأول ؟ على
وجهين
مسألة : فإن علم بعد أن المعتق غيره عتق وهل يبطل عتق الأول ؟ على
وجهين
أحدهما : يبطل ويرد إلى الرق ويعتق الذي عينه لأنه تبين له المعتق فيعتق دون
غيره كما لو لم يقرع والثاني : يعتقان معا قاله الليث ومقتضى قول ابن حامد
لأن الأول ثبتت الحرية فيه بالقرعة فلا تزول كسائر الأحرار ولأن قول المعتق
ذكرت من كنت نسيته يتضمن إقراره بحرية من ذكره وإقرارا على غيره فقبل
بإقراره على نفسه دون غيره أما إذا لم يقرع فإنه يقبل قوله فيعتق من عينه
ويبرق غيره فإذا قال : أعتقت هذا عتق ورق الباقيون وإن قال : أعتقت هذا لا بل
هذا عتقا جميعا لأنه أقر بعتق الأول فلزمه ثم أقر بعتق الثاني فلزمه ولم يقبل
رجوعه عن إقراره الأول وكذلك الحكم في إقرار الوارث
فصل : قال الشيخ رضي الله عنه : وإن أعتق في مرض موته ولم يجز الورثة
اعتبر من ثلثه
إذا أعتق في مرض الموت المخوف اعتبر من الثلث إذا لم يجز الورثة وكذلك
التدبير والوصية بالعتق لأنه تبرع بمال أشبه الهبة ولأن النبي صلى الله عليه

وسلم لم يجز من عتق الذي أعتق ستة مملوكين في مرضه إلا ثلثهم وما زاد على الثلث إن أجازوه فإن ردوه بطل لأن الحق لهم فجاز بإجازتهم وبطل بردهم

[جزء 12 - صفحة 289]

مسألة : وإن أعتق جزءا من عبده أو دبره وهو أن يقول إذا مت فنصف عبدي حر ثم مات فإن كان النصف المدبر ثلث ماله من غير زيادة عتق ولم يسر مسألة : وإن أعتق جزءا من عبده أو دبره وهو أن يقول إذا مت فنصف عبدي حر ثم مات فإن كان النصف المدبر ثلث ماله من غير زيادة عتق ولم يسر لأنه لو دبر كله لم يعتق منه إلا ثلثه فإذا لم يدبر إلا ثلثه كان أولى وإن كان العبد كله يخرج من الثلث ففي تكميل الحرية روايتا : إحداهما : تكمل وهو قول أكثر الفقهاء منهم أبو حنيفة وأصحابه لأنهم يرون التدبير كالعتق في السراية وهو أحد قولي الشافعي لأنه أعتق البعض عبده فعتق جميعه كما لو أعتقه في حياته والثاني : لا يكمل العتق فيه لأنه لا يمنع جواز البيع فلم يسر كتعليقه بالصفة في الحياة فأما إن أعتق بعض عبده في مرضه فهو كعتق جميعه أن خرج من الثلث عتق جميعه وإلا عتق منه بقدر الثلث لأن الإعتاق في المرض كالإعتاق في الصحة إلا في اعتباره من الثلث وتصرف المريض في ثلثه في حق الأجنبي كتصرف الصحيح في جميع ماله وعنه لا يعتق منه إلا ما أعتق كما لو أعتق شركا له في عبد وثلثه يحتمل جميعه فصل : وإذا دبر أحد الشريكين نصيبه صح ولم يلزمه لشريكه في الحال شيء وهذا قول الشافعي فإذا مات عتق الجزء المدبر إذا خرج من ثلثه وفي سرايته إلى نصيب الشريك ما ذكرنا في المسألة قبلها وقال مالك : إذا دبر نصيبه تقاوماه فإن صار للمدبر صار مدبرا كله وإن صار للآخر صار رقيقا كله وقال الليث : يغرم المدبر لشريكه قيمة نصيبه ويصير العبد كله مدبرا فإن لم يكن له مال سعى العبد في قيمة نصيب الشريك فإذا أداها صار مدبرا كله وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن المدبر للشريك قيمة حقه موسرا كان أو معسرا ويصير المدبر له وقال أبو حنيفة : الشريك بالخيار إن شاء دبر وإن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد وإن شاء ضمن صاحبه إن كان موسرا ولنا أنه تعليق للعتق على صفة فصح في نصيبه كما لو علقه بموت شريكه

[جزء 12 - صفحة 290]

مسألة : وإن أعتق في مرضه شركا له في عبد أو دبره وثلثه يحتمل باقيه
أعطي الشريك وكان جميعه حرا في إحدى الروايتين والأخرى لا يعتق إلا ما
ملك منه

مسألة : وإن أعتق في مرضه شركا له في عبد أو دبره وثلثه يحتمل باقيه
أعطي الشريك وكان جميعه حرا في إحدى الروايتين والأخرى لا يعتق إلا ما
ملك منه

وجملته أنه إذا ملك شقصا من عبد فأعتقه في مرض موته أو دبره أو وصى
بعتقه ثم مات ولم يفك ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك لم يعتق إلا نصيبه بغير
خلاف نعلمه إلا قولا شادا أو قول من يرى السعاية وذلك لأنه ليس له من ماله
إلا الثلث الذي استغرقتة قيمة الشقص فيبقى معسرا بمنزلة من أعتق في
صحته شقصا وهو معسر فإن كان ثلث ماله يفي بقيمة حصة شريكه سرى إلى
نصيب الشريك في إحدى الروايتين فيعتق العبد كله ويعطي الشريك قيمة
نصيبه من الثلث لأن ملك المعتق لثلث المال تام له التصرف فيه بالتبرع وغيره
فهو كمال الصحيح فأشبه عتق الصحيح الموسر والثانية : لا يعتق إلى حصته لأن
ملكه يزول إلى ورثته بموته فلا يبقى شيء يقضي منه الشريك وبه قال
الأوزاعي وقال القاضي : ما أعتقه في مرض موته سرى وما دبره أو وصى
بعتقه لم يسر فالرواية في سراية العتق في حال الحياة أصح والرواية في
وقوفه في التدبير أصح وهذا مذهب الشافعي لأن العتق في الحياة ينفذ في
حال ملك المعتق وصحة تصرفه وتصرفه في ثلثه كتصرف الصحيح من ماله
كله وأما التدبير والوصية فإنما يحصل العتق به في حال زوال ملك المعتق
وتصرفاته

[جزء 12 - صفحة 291]

مسألة : وإن أعتق في مرضه ستة أعبد قيمتهم سواء وثلثه يحتملهم ثم ظهر
عليه دين يستغرقهم بيعوا في دينه ويحتمل أن يعتق ثلثهم
مسألة : وإن أعتق في مرضه ستة أعبد قيمتهم سواء وثلثه يحتملهم ثم ظهر
عليه دين يستغرقهم بيعوا في دينه ويحتمل أن يعتق ثلثهم
وجلمة ذلك أن المريض إذا أعتق عبده في مرضه أو دبرهم أو وصى بعقدهم
وهم يخرجون من ثلثه في الظاهر فأعتقناهم ثم مات فظهر عليه دين
يستغرقهم تبينا بطلان عتقهم وبقاء فيباعون في الدين ويكون عتقهم وصية
والدين يقدم على الوصية قال علي رضي الله عنه : إن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية ولأن الدين يقدم على الميراث بالاتفاق
ولهذا تبرع التركة في قضاء الدين وقد قال الله تعالى : { من بعد وصية يوصى
بها أو دين } والميراث مقدم على الوصية في الثلثين فما يقدم على الميراث
يجب أن يقدم على الوصية وبهذا قال الشافعي ورد ابن أبي ليلي عبداً أعتقه
سيده عند الموت وعليه دين قال أحمد : أحسن ابن أبي ليلي وذكر أبو الخطاب

رواية أخرى في الذي يعتق عبده في مرضه وعليه دين أنه يعتقه منه بقدر الثلث ويرد الباقي لأن تصرف المريض في ثلثه كتصرف الصحيح في جميع ماله وكما لو لم يكن عليه دين وقال قتادة و أبو حنيفة وإسحاق : يسعى العبد في قيمته

ولنا أنه تبرع في مرض موته بما يعتبر خروجه من الثلث فقدم عليه الدين كالهبة ولأنه معتبر من الثلث فقدم عليه الدين كالوصية وخفاء الدين لا يمنع ثبوت حكمه ولهذا يملك الغريم استيفاء فيتبين أنه أعتقهم وقد استحقهم الغريم بدينه فلم ينفذ عتقه كما لو أعتق ملك غيره فإن قال الورثة : نحن نقضي الدين ونمضي العتق لم ينفذ في أحد الوجهين حتى يتدثروا العتق لأن الدين كان مانعا منه فيكون باطلا ولا يصح بزوال المانع بعده والثاني : ينفذ العتق لأن المانع منه إنما هو الدين فإذا سقط وجب نفوذه كما لو أسقط الورثة حقوقهم من ثلثي التركة بعد العتق في الجميع ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين وقيل : إن أصل الوجهين إذا تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره وعلى الميت دين وقضي الدين هل ينفذ ؟ فيه وجهان :

فصل : فإن أعتق المريض ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فأقرع الورثة فأعتقوا واحدا وأرقوا اثنين ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم ففيه وجهان : أحدهما : تبطل القرعة لأن الدين شريك في الإقراع فإذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة كما لو قسم شريكان دون شريكهما الثالث والثاني : يصح الإقراع لأنه لا يمكن إمضاء القسمة وإفراد حصة الدين من كل واحد من النصيبين لأن القرعة دخلت لأجل العتق دون الدين فيقال للورثة : اقضوا ثلثي الدين وهو بقدر قيمة نصف العبد ببقيا إما من العبيد وإما من غيرهم ويجب رد نصف العبد الذي عتق فإن كان الذي أعتق عبيد أقرعنا بينهما فإذا خرجت القرعة على أحدهما وكان بقدر السدس من التركة عتق وبيع الآخر في الدين وإن كان أكثر منه عتق منه بقدر السدس وإن كان أقل عتق وعتق من الآخر تمام السدس

[جزء 12 - صفحة 293]

مسألة : وإن أعتقهم فأعتقنا ثلثهم ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من أرق منهم

مسألة : وإن أعتقهم فأعتقنا ثلثهم ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من أرق منهم

وجملته أنه إذا أعتق عبيده في مرضه أو دبرهم أو وصى بعتقهم لم يعتق إلا الثلث ويرق الثلثان إذا لم يجز الورثة عتقهم فإذا فعلنا ذلك ثم ظهر له مال بقدر ثلثيتهم تبينا أنهم قد عتقوا من حين أعتقهم أو من حين موته إن كان دبرهم أو وصى بعتقهم لأن تصرف المريض في ثلث ماله نافذ وقد بان أنهم ثلث ماله وخفاء ذلك علينا لا يمنع كونه موجودا فلا يمنع كون العتق واقعا فعلى

هذا يكون حكمهم حكم الأحرار من حين أعتقهم فيكون كسبهم لهم وإن كانوا قد تصرف فيهم ببيع أو هبة أو رهن أو تزويج بغير إذن كان باطلا وإن كانوا قد تصرفوا فحكم تصرفهم حكم تصرف الأحرار فلو تزوج عبد منهم بغير إذن سيده كان نكاحه صحيحا ووجب عليه المهر وإن ظهر له مال بقدر قيمتهم عتق ثلثاهم لأنه ثلث جميع المال فيقرع بين الذين وقفوا فيعتق من تقع له القرعة إن وفى الثلثان بقيمته وقيمة الأول وإلا عتق منه تمام الثلثين وإن ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم وإن كان بقدر ثلثهم عتق أربعة أتساعهم وعلى هذا الحساب

فصل : وإن وصى بعق عبد له يخرج من الثلث ووجب على الوصي إعتاقه فإن وصى بذلك ورثته لزمهم إعتاقه فإن امتنعوا أجبرهم السلطان أو من ينوب منابه كالحاكم لأن هذا حق الله تعالى وللعبد ومن وجب عليه ذلك ناب السلطان عنه أو نائبه كالزكاة والديون فإذا أعتقه الوارث أو السلطان عتق وما اكتسبه في حياة الموصي فهو للموصي يكون من تركته إن بقي بعده لأنه كسب عبده للقرن وما كسبه بعد موته وقبل إعتاقه فهو للوارث وقال القاضي هو للعبد لأنه كسبه بعد استقرار سبب العتق فكان له ككسب المكاتب وقال بعض أصحاب الشافعي : فيه قولان مبنيان على القولين في كسب العبد الموصى به قبل قبول الوصية

ولنا أنه عبد قن فكان كسبه للورثة كغير الموصى بعتقه وكالمعلق عتقه بصفة وفارق المكاتب فإنه يملك كسبه قبل عتقه فكذلك بعده ويبطل ما ذكره بأم الولد فإن عتقها قد استقر بسببه في حياة سيدها وكسبها له والموصى به ممنوع وإن سلمناه فالفرق بينهما أن الموصى به قد تحقق فيه سبب الملك وإنما وقف على شرط هو القبول فإذا وجد الشرط استند الحكم إلى ابتداء السبب وفي الوصية بالعتق ما وجد السبب وإنما أوصى بإيجاده وهو العتق فإذا وجد لم يجز أن يثبت حكمه سابقا عليه ولهذا يملك الموصى له القبول بنفسه والعبد ههنا لا يملك أن يعتق نفسه فإن مات العبد قبل موت سيده وقبل إعتاقه فما كسبه للورثة على قولنا ولا نعلم قول مخالفينا فيه

فصل : فإن علق عتق عبده على شرط في صحته فوجد في مرضه اعتبر خروجه من الثلث قال أبو بكر وقد نص أحمد على مثل هذا في الطلاق وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر أنه يعتق من رأس المال وهو مذهب الشافعي لأنه يتهم فيه أشبه العتق في صحته

ولنا أنه عتق في حال تعلق حق الورثة بثلثي ماله فاعتبر من الثلث كالمنجز وقولهم لا يتهم فيه قلنا : وكذلك العتق المنجز لا يتهم فيه فإن الإنسان لا يتهم بمحابة غير الوارث وتقديمه على وارثه وإنما منع منه لما فيه من الضرر بالورثة وهو حاصل ههنا ولو قال إذا قدم زيد وأنا مريض فأنت حر فقدم وهو مريض كان معتبرا من الثلث وجهها واحدا

مسألة : وإن لم يظهر له مال جزأنا له ثلاثة أجزاء كل اثنين جزءاً وأقرعنا بينهم
بسهم حرية وسهمي رق فمن خرج له سهم الحرية عتق ورق الباقون
مسألة : وإن لم يظهر له مال جزأنا له ثلاثة أجزاء كل اثنين جزءاً وأقرعنا بينهم
بسهم حرية وسهمي رق فمن خرج له سهم الحرية عتق ورق الباقون
وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان و مالك و الشافعي و إسحاق و داود
و ابن جرير وقال أبو حنيفة : يعتق من كل واحد ثلثه ويستسعى في باقيه وروي
نحو هذا عن سعيد بن المسيب و شريح و الشعبي و النخعي و قتادة و حماد لأنهم
تساووا في سبب الاستحقاق فيتساوون في الاستحقاق كما لو كان لا يملك إلا
ثلثهم وحده وهو ثلث ماله أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل وأنكر أصحاب
أبي حنيفة القرعة وقالوا : هي من القمار وحكم الجاهلية ولعلمهم يردون الخبر
الوارد في هذه المسألة لمخالفته قياس الأصول وذكر الحديث لحماد فقال :
هذا قول الشيخ - يعني إبليس - فقال له محمد بن ذكوان وضع القلم عن ثلاثة
أحدهم : المجنون حتى يفيق يعني - أنك مجنون - فقال له حماد ما دعاك إلى
هذا ؟ فقال محمد : وأنت ما دعاك إلى هذا وهذا قليل في جواب حماد وكان
حرياً أن يستتاب عن هذا فإن تاب وإلا ضربت عنقه
ولنا ما روى عمران بن حصين أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة مملوكين في
مرضه لا مال له غيرهم فجزأهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ستة أجزاء
فأعتق اثنين وأرق أربعة وهذا نص في محل النزاع وحجة لنا في الأمرين
المختلف فيهما وهما جمع الحرية واستعمال القرعة وهو حديث صحيح رواه
مسلم وأبو داود وسائر أصحاب السنن ورواه عن عمران بن الحصين الحسن و
ابن سيرين وأبو المهلب ثلاثة أئمة ورواه الإمام أحمد عن إسحاق بن عيسى
عن هشيم عن خالد الحذاء عن أبي قلابة عن أبي زيد الأنصاري رجل من
أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وروي نحوه عن أبي هريرة عن النبي صلى
الله عليه وسلم ولأنه حق في تفريقه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمة
الإجبار إذا طلبها أحد الشركاء ونظيره من القسمة ما لو كانت دار بين اثنين
لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها وفيها ثلاثة مساكن متساوية لا ضرر في قسمتها
فطلب أحدهما القسمة فإنه يجعل كل بيت سهماً ويقرع بينهم بثلاثة أسهم
لصاحب الثلث سهم وللآخر سهمان وقولهم : إن الخبر يخالف قياس الأصول
نمنع ذلك بل هو موافق لما ذكرناه وقياسهم فاسد لأنه إذا كان ملكهم ثلثهم
وحده لم يكن جميع نصيبه والوصية لا ضرر في تفريقها بخلاف مسألتنا وإن
سلمنا مخالفته قياس الأصول فقول رسول الله صلى الله عليه وسلم واجب
الاتباع سواء وافق القياس أو خالفه لأنه قول المعصوم الذي جعل الله عز وجل
قوله حجة على الخلق أجمعين وأمر باتباعه وطاعته وحذر العقاب في مخالفة
أمره وجعل الفوز في طاعته والضلال في معصيته وتطرق الخطأ إلى القائل
في قياسه أغلب من تطرق الخطأ إلى أصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم والأئمة بعدهم في روايتهم على أنهم قد خالفوا قياس الأصول بأحاديث
ضعيفة فأوجبوا الوضوء بالنبيذ في السفر دون الحضر ونقضوا الوضوء بالقهقهة
في الصلاة دون خارجها وقولهم في مسألتنا في مخالفة القياس والأصول أشد

وأعظم والضرر في مذهبهم أعظم وذلك لأن الاجماع منعقد على أن صاحب الثلث في الوصية وما في معناها لا يحصل له شيء حتى يحصل للورثة مثله وفي مسألتنا يعتقون الثلث ويستسعون العبد في الثلثين فلا يحصل للورثة شيء في الحال ويحيلونهم على السعاية فربما لا يحصل منها شيء أصلا وربما لا يحصل منها في الشهر إلا اليسير كالدرهم والدرهمين فيكون هذا كمن لم يحصل له شيء وفيه ضرر على العبيد لأنهم يجبرونهم على الكسب والسعاية من غير اختيارهم وربما كان المجرر جارية فيحملها ذلك على البغاء أو عبدا فيسرق أو يقطع الطريق وفيه ضرر على الميت حيث أفضوا بوصيته إلى الظلم والإضرار وتحقيق ما يوجب له العقاب من ربه والدعاء عليه من عبده وورثته وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي ذكرناه في حق الذي فعل هذا قال : [لو شهدته لم يدفن في مقابر المسلمين] قال ابن عبد البر : في قول الكوفيين ضروب من الخطأ والاضطراب مع مخالفة السنة الثابتة وأشار إلى ما ذكرناه

وأما إنكارهم القرعة فقد جاءت في الكتاب والسنة والاجماع قال الله تعالى : { وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم } وقال سبحانه : { فسأهم فكان من المدحضين } وأما السنة فقال أحمد في القرعة : خمس سنن أقرع بين نسائه وأقرع في ستة مملوكين وقال لرجلين : (استهما) وقال : (مثل القائم بحدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة) وقال : (لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول لاستهموا عليه) وفي حديث الزبير أن صفية جاءت بثوبين ليكفن فيهما حمزة فوجدنا إلى جنبه قتيلا فقلنا : لحمزة ثوب وللأنصاري ثوب فوجدنا أحد الثوبين أوسع من الآخر فأقرعنا عليهما ثم كفنا كل واحد في الثوب الذي صار له وتشاح الناس يوم القادسية في الأذان فأقرع بينهم سعد وأجمع العلماء على استعمالها في القسمة ولا نعلم بينهم خلافا في أن الرجل يقرع بين نسائه إذا أراد السفر بإحداهن وإذا أراد البداية في القسمة بينهن وبين الأولياء إذا تشاحوا فيمن يتولى التزويج أو من يتولى استيفاء القصاص وأشبهه هذا

فصل : في كيفية القرعة قال أحمد : قال سعيد بن جبير : يقرع بينهم بالخواتيم أقرع بين اثنين في ثوب فأخرج خاتم هذا وخاتم هذا ثم قال : يخرجون بالخواتيم ثم تدفع إلى رجل فيخرج منها واحدا قال أحمد : بأي شيء خرجت مما يتفقان عليه وقع الحكم به سواء كان رقاعا أو خواتيم وقال أصحابنا المتأخرون : الأولى أن يقطع رقاعا صغارا مستوية ثم تجعل في بنادق شمع أو غيره متساوية القدر والوزن ثم تلقى في حجر رجل لم يحضر ويغطي عليها بثوب ثم يقال له : أدخل يدك فأخرج بندقة فنفضها ونعلم ما فيها وهذا قول الشافعي وفي كيفية القرعة والعق ست مسائل

أحدها : أن يعتق عددا من العبيد لهم ثلث صحيح كثلثة أو تسعة أو ستة أو قيمتهم متساوية ولا ماله له غيرهم فيجزؤون ثلاثة أجزاء جزءا للحرية وجزأين للرق ويكتب ثلاث رقاع في واحد حرية في اثنين رق وتترك في ثلاث بنادق وتغطي بثوب ويقال لرجل لم يحضر أخرج على اسم هذا الجزء فإن خرجت قرعة الحرية عتق ورق الجزان الآخران وإن خرجت رق رق وأخرجت أخرى

على جزء آخر فإن خرجت رقعة الحرية عتق ورق الجزء الثالث وإن خرجت قرعة الرق ورق وعتق الثالث لأن الحرية تعينت فيهم وإن شئت كتبت اسم كل جزء في رقعة ثم اخرجت رقعة على الحرية فإذا أخرجت رقعة عتق المسمون فيها ويرق الباقيون وإن أخرجت رقعة على الرق المسمون فيها ثم تخرج أخرى على الرق فيرق المسمون فيها ويعتق الجزء الثالث وإن أخرجت الثانية على الحرية عتق المسمون فيها ورق الثالث

المسألة الثانية : أن تمكن قسمتهم أثلاثا وقيمتهم مختلفة يمكن تعديلهم بالقيمة كسنة قيمة اثنين منهم ثلاثة آلاف وقيمة اثنين ألفان وقيمة اثنين ألف فتجعل الاثنين الأوسطين جزءا وتجعل اثنين قيمة أحدهما ثلاثة آلاف مع آخر قيمته ألف جزءا والآخرين جزءا فتكون ثلاثة أجزاء متساوية في العدد والقيمة على ما قدمناه في المسألة الأولى قيل لأحمد لم يستووا في القيمة ؟ قال :

يقومون بالثمن

المسألة الثالثة : أن يتساووا في العدد ويختلفوا في القيمة ولا يمكن الجمع بين تعديلهم بالعدد والقيمة معا ولكن يمكن تعديلهم لكل واحد منهما منفردا كسنة أعبد قيمة أحدهم ألف وقيمة اثنين ألف وقيمة ثلاثة ألف فإنهم يعدلون بالقيمة دون العدد نص عليه أحمد فقال : إذا كانت قيمة واحد مثل اثنين قوم لأنه لا يجوز أن يقع العتق في أكثر من الثلث ولا أقل وفي قسمته بالعدد تكرر القرعة وتبعيض العتق حتى يكمل الثلث فكان التعديل بالقيمة أولى بيان ذلك أنا لو جعلنا مع الذي قيمته ألف آخر فخرجت قرعة الحرية لهما احتجنا أن نعبد القرعة بينهما فإذا خرجت على القليل القيمة عتق وعتق من الذي قيمته ألف تمام الثلث وإن وقعت قرعة الحرية على اثنين قيمتهما دون الثلث عتقا ثم أعيدت لتكميل الثلث فإذا وقعت على واحد كملت الحرية منه فحصل ما ذكرناه من التبعض والتكرار ولأن قسمتهم بين المشتركين فيهم إنما يعدلون فيها بالقيمة دون الأجزاء فعلى هذا تجعل الذي قيمته ألف جزءا والاثنين اللذين قيمتهما ألف جزءا والثلاثة الباقيين جزءا ثم يقرع بينهم على ما ذكرنا

المسألة الخامسة : أمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة كسنة أعبد قيمة اثنين سبعمائة وقيمة اثنين خمسمائة فهنا تجزئهم بالعدد لتعذر تجزئتهم بالقيمة فتجعل كل اثنين جزءا وتضم كل واحد ممن قيمتهما قليلة إلى واحد ممن قيمتهما كثيرة وتجعل المتوسطين جزءا وتقرع بينهم فإن وقعت قرعة الحرية على حر قيمته أكثر من الثلث أعيدت القرعة بينهما فعتق من تقع له قرعة الحرية ويعتق من الآخر تنمة الثلث ويرق باقيه والباقيون وإن وقعت الحرية على جزء أقل من الثلث عتقا جميعا ثم يكمل الثلث من الباقيين بالقرعة

المسألة السادسة : لم يمكن تعديلهم بالعدد ولا بالقيمة كخمسة أعبد قيمة أحدهم ألف واثنان ألف واثنان ثلاثة آلاف فيحتمل أن تجزئهم ثلاثة أجزاء فتجعل أكثرهم قيمة جزءا وتضم إلى الثاني أقل الباقيين قيمة وتجعلها جزءا والباقيين جزءا وتقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق لأن هذا أقرب إلى ما فعله النبي صلى الله عليه وسلم ويعدل الثلث بالقيمة على ما تقدم ويحتمل أن لا يجزئهم بل يخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفى الثلث فيكتب خمس رقاع

بأسمائهم ثم يخرج رقعة على الحرية فمن خرج اسمه فيها عتق ثم يخرج الثاني فمن خرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث

[جزء 12 - صفحة 302]

مسألة : وإن كانوا ثمانية فإن شاء أقرع بينهم بسهمي حرية وخمسة رق وسهم لمن ثلثاه حرن وإن شاء جزأهم أربعة أجزاء فأقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق ثم أعاد القرعة لأخراج من ثلثاه حر وإن فعل غير ذلك جاز بأن يجعل ثلاثة جزءا وثلاثة جزءا واثنين جزءا فإن خرجت على الاثنين عتقا وكمل الثلث بالقرعة من الباقين وإن خرجت الثلاثة أقرع بينهم بسهمي حرية وسهم رق فإن كان جميع ماله عبيد أقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق على كل حال

مسألة : وإن كانوا ثمانية فإن شاء أقرع بينهم بسهمي حرية وخمسة رق وسهم لمن ثلثاه حرن وإن شاء جزأهم أربعة أجزاء فأقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق ثم أعاد القرعة لأخراج من ثلثاه حر وإن فعل غير ذلك جاز بأن يجعل ثلاثة جزءا وثلاثة جزءا واثنين جزءا فإن خرجت على الاثنين عتقا وكمل الثلث بالقرعة من الباقين وإن خرجت الثلاثة أقرع بينهم بسهمي حرية وسهم رق فإن كان جميع ماله عبيد أقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق على كل حال

فصل : قد ذكرنا أنه إذا كان للمعتق مال غير العبيد مثلا قيمة العبيد عتقوا جميعهم لخروجهم من الثلث وإن كان أقل من مثليهم عتق من العبيد قدر ثلث المال كله فإذا كان العبيد نصف المال عتق ثلثاهم وإن كانوا ثلثي المال عتق نصفهم وإن كانوا ثلاثة أرباعه عتق أربعة أتساعهم وطريقه أن تضرب قيمة العبيد في ثلاثة ثم تنسب إليه مبلغ التركة فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها فإذا كانت قيمة العبيد ألفا وباقي التركة ألفين ضربت قيمة العبيد في ثلاثة تكن ثلاثة آلاف ثم تنسب إليها الألفين تكن ثلثيها فيعتق ثلثاهم وإن كانت قيمة العبيد ثلاثة آلاف وباقي التركة ضربنا قيمتهم في ثلاثة تكن تسعة وتنسب إليها التركة كلها تكن أربعة أتساعها وإن كانت قيمتهم أربعة آلاف وباقي التركة ألف ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن اثني عشر وتنسب إليها خمسة آلاف تكن ربعها وسدسها فيعتق ربعهم وسدسهم

فصل : فإن كان على الميت دين يحيط ببعض التركة قدم الدين لأن العتق وصيه وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الدين واجب وهذا تبرع وتقديم الواجب متعين فإن كان الدين بقدر نصف العبيد جعلوا جزأين وكتب رقتان رقعة للدين ورقعة للتركة ويخرج واحد منهما على أحد الجزأين فمن خرجت عليه رقعة الدين بيع فيه وكان الباقي جميع التركة يعتق ثلثهم بالقرعة على ما تقدم وإن كان الدين بقدر ثلثهم كتب ثلاث رقعات للدين واثنان للتركة وإن كان بقدر ربعهم كتب أربع رقعات للدين وثلاث للتركة ثم يقرع بين من خرجت له رقعة التركة وإن كتب رقعة للدين ورقعة للحرية ورقتين للتركة جاز وقيل : لا يجوز لثلاث رقعات الحرية قبل قضاء الدين والأول أصح

لأنه إنما يمنع من قبل قضاء الدين إذا لم يكن له وفاء فأما إن كان له وفاء لمن يمنع منه بدليل ما لو كان العتق في أقل من ثلث الباقي بعد وفاء الدين فإنه لا يمنع من العتق قبل وفائه

[جزء 12 - صفحة 304]

مسألة : وإن أعتق عبيدين قيمة أحدهما مائتان والآخر ثلثمائة فأجاز الورثة عتقهما عتقا وإن لم يجز الورثة عتق ثلثهما وكمل الثلث في أحدهما فتجمع قيمتهما فتكون خمسمائة ثم يقرع بينهما فمن خرج له سهم الحرية ضربنا قيمته في ثلاثة ونسبنا قيمتهما إلى المرتفع بالضرب فما خرج من النسبة عتق من العبد بقدره فإن وقعت على الذي قيمته مائتان ضربنا في ثلاثة صار ستمائة ونسبنا قيمتهما إلى ذلك تكن خمسة أسداسه فيعتق منه كذلك وإن وقعت على الآخر ضربنا قيمته في ثلاثة تكن تسعمائة ونسبنا قيمتهما وهي خمسمائة إلى ذلك نجدها خمسة أتساعه فيعتق منه ذلك وهو ثلث الجميع

مسألة : وإن أعتق عبيدين قيمة أحدهما مائتان والآخر ثلثمائة فأجاز الورثة عتقهما عتقا وإن لم يجز الورثة عتق ثلثهما وكمل الثلث في أحدهما فتجمع قيمتهما فتكون خمسمائة ثم يقرع بينهما فمن خرج له سهم الحرية ضربنا قيمته في ثلاثة ونسبنا قيمتهما إلى المرتفع بالضرب فما خرج من النسبة عتق من العبد بقدره فإن وقعت على الذي قيمته مائتان ضربنا في ثلاثة صار ستمائة ونسبنا قيمتهما إلى ذلك تكن خمسة أسداسه فيعتق منه كذلك وإن وقعت على الآخر ضربنا قيمته في ثلاثة تكن تسعمائة ونسبنا قيمتهما وهي خمسمائة إلى ذلك نجدها خمسة أتساعه فيعتق منه ذلك وهو ثلث الجميع

لأننا إذا ضربنا قيمة العبيدين وهي خمسمائة في ثلاثة كانت ألفا وخمسمائة وهي جميع المال فالخمسمائة بالنسبة إليها ثلث وبالنسبة إلى الذي قيمته مائتان خمسة أسداسه بعد الضرب وإلى الآخر خمسة أتساعه وكل شيء أتى من هذا فسيبيله أن يضرب في ثلاثة ليخرج بلا كسر وهذا قول من يرى جميع العتق في بعض العبيد بالقرعة وعند أبي حنيفة ومن وافقه يعتقان فيستسعيان في باقي قيمتهما وقد مضى الكلام معهم والله أعلم

مسألة : وأن أعتق واحدا من ثلاثة أعبد غير معين فمات أحدهم في حياة السيد أقرع بينه وبين الحيين فإن وقعت رقعة العتق على الميت رق الآخران

مسألة : وأن أعتق واحدا من ثلاثة أعبد غير معين فمات أحدهم في حياة السيد أقرع بينه وبين الحيين فإن وقعت رقعة العتق على الميت رق الآخران لأن القرعة يبين بها من وقع عليه العتق فوجب أن يقرع بينهم كما لو كانوا أحياء فإذا وقعت القرعة على الميت تبين رق الآخرين لأن الحرية إنما تقع على المعتق وهذان لم يعتق واحد منهما وإن وقعت على أحد الحيين عتق إن خرج

من الثلث وقد سبق شرح هذا فيما إذا قال أحد عبدي حر وذكرنا الخلاف فيه وإن أعتق الثلاثة في مرضه فمات أحدهم في حياة السيد فكذلك في قول أبي بكر لأن الحرية إنما تنفذ في الثلث فاشبه ما لو أعتق واحدا منهم قال شيخنا : والأولى أن يقرع بين الحيين ويسقط حكم الميت لأنه أعتق الثلاثة والاعتبار في خروجه من الثلث بحالة الموت وحالة الموت إنما كان له العبدان الحيان وهما كل ماله فيقرع بينهما فمن وقعت عليه القرعة عتق إن خرج من الثلث وإلا عتق منه بقدر الثلث وإن بقي من الثلث شيء بعد عتقه عتق من الآخر بقدر ما بقي من الثلث وصار بمنزلة ما لو أعتق العبدین في مرضه ولم يكن له مال غيرهم

فصل : إذ دفع العبد إلى رجل مالا فقال : اشترني من سيدي بهذا المال فأعتقني ففعل لم يخل من أن يشتريه بعين المال أو في ذمته ثم ينقد المال فإن اشتراه في ذمته ثم أعتقه صح الشراء ونفذ العتق لأنه ملكه بالشراء فنفذ عتقه له وعلى المشتري أداء الثمن الذي اشتراه به لأنه لزمه الثمن بالبيع والذي دفعه إلى السيد كان ملكا له لا يحتسب له به من الثمن فيبقى الثمن واجبا عليه يلزمه إذاؤه وكان العتق من ماله والولاء له وبه قال الشافعي وابن المنذر فأما إن اشتراه بعين المال فالشراء باطل ولا يصح العتق لأنه اشترى بعين مال غيره شيئا بغير إذنه فلم يصح الشراء ولم ينفذ العتق لأنه أعتق مملوك غيره بغير إذنه ويكون السيد قد أخذ ماله لأن ما في يد العبد محكوم به لسيدته فأما على الرواية : إن النقود لا تتعين بالتعيين فإنه يكون الحكم فيه كما لو اشتراه في ذمته ونحو هذا قال النخعي وإسحاق فإنهما قالا : الشراء والعتق جائزان ويرد المشتري مثل الثمن من غير تفريق وقال الحسن : البيع والعتق باطلان وقال الشعبي : لا يجوز ذلك ويعاقب من فعله من غير تفريق أيضا وقد ذكرنا ما يقتضي التفريق وفيه توسط بين المذهبين فكان أولى إن شاء الله تعالى

فصل : ولو كان العبد بين شريكين فأعطى العبد لأحدهما خمسين دينارا على أن يعتق نصيبه منه فأعتقه عتق وسرى إلى باقيه إن كان موسرا ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين وبنصف قيمة العبد لأن ما في يد العبد يكون بين سيديه لا ينفرد به أحدهما عن الآخر إلا أن نصيب المعتق ينفذ فيه العتق وإن كان العوض مستحقا إذ لم يقع العتق على عينها وإنما سمى خمسين ثم دفعها إليه وإن أوقع العتق على عينها يجب أن يرجع على العبد بقيمة ما أعتقه بالعوض المستحق ويسرى العتق إلى نصيب شريكه ويكون ولاؤه للمعتق

فصل : ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه فقال الوكيل : نصيبه حر عتق وسرى إلى نصيب شريكه والولاء له وإن أعتق نصيب الموكل عتق وسرى إلى نصيبه إن كان موسرا والولاء للموكل فإن أعتق نصف العبد ولم ينو شيئا احتتمل أن ينصرف إلى نصيبه لأنه لا يحتاج إلى نية ونصيب شريكه يفتقر إلى النية ولم ينو ويحتتمل أن ينصرف إلى نصيب شريكه لأنه أمره بالإعتاق فانصرف إلى ما أمر به ويحتتمل أن ينصرف إليهما لأنهما تساويا وأيهما حكمنا بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه ويحتتمل أن لا يضمن لأن الوكيل إذا أعتق نصيبه فسرى إلى نصيب شريكه لم يضمنه لأنه مأذون له في العتق وقد أعتق

بالسراية فلم يضمن كمن أذن له في إتلاف شيء فإنه لا يضمنه وإن أتلفه
بالسراية وإذا عتق نصيب شريكه لم يلزم شريكه الضمان لأنه مباشر لسبب
الإتلاف فلم يجب له ضمان ما تلف به كما لو قال له أجنيبي : أعتق عبدك
فأعتقه

[جزء 12 - صفحة 307]

باب التدبير
وهو العتق بالموت وسمي تدبيراً لأن الوفاة دبر الحياة يقال دابر الرجل يدابره
مدابرة إذا مات فسمي العتق بعد الموت تدبيراً والأصل فيه السنة والإجماع
أما السنة فما روى جابر أن رجلاً أعتق مملوكاً له عن دبر فاحتاج فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم : [من يشتريه مني ؟ فباعه من نعيم بن عبد الله
بثمانمائة درهم فدفعتها إليه وقال : أنت أحوج منه] متفق عليه وقال ابن المنذر
: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من دبر عبده أو أمته ولم
يرجع عن ذلك حتى مات والمدبر يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دين إن كان
عليه وإنفاذ وصاياه إن كان وصى وكان السيد بالغاً جائز الأمر أنه تجب له
الحرية أولها

مسألة : ويعتبر من الثلث

مسألة : ويعتبر من الثلث

إنما يعتق المدبر إذا خرج من الثلث في قول أكثر أهل العلم يروي ذلك عن
علي وابن عمر وبه قال شريح و ابن سيرين والحسن وسعيد بن المسيب وعمر
بن عبد العزيز ومكحول و الزهري وقتادة وحماد و مالك وأهل المدينة و الثوري
وأهل العراق و الشافعي وإسحاق و أبو ثور وأصحاب الرأي
وروى ابن مسعود ومسروق ومجاهد و النخعي وسعيد بن جبير أنه يعتق من
رأس المال قياساً على أم الولد وكما لو أعتق في الصحة
ولنا أنه تبرع بعد الموت فكان من الثلث كالوصية ويفارق العتق في الصحة فإنه
لم يتعلق به حق غير المعتق فنفذ في الجميع كالهبة المنجزة والاستيلاء أقوى
من التدبير لأنه ينفذ من المجنون بخلاف التدبير ونقل حنبل عن أحمد أنه يعتق
من رأس المال ولا عمل عليها قال أبو بكر : هذا قول قديم رجع عنه إلى ما
رواه الجماعة

فصل : فإن اجتمع العتق في المرض والتدبير قدم العتق لأنه أسبق فإن اجتمع
التدبير والوصية بالعتق تساوي لأنهما جميعاً عتق بعد الموت ويحتمل أن يقدم
التدبير لأن الحرية تقع فيه عقيب الموت من غير تأخر والوصية تقف على
الإعتاق بعده

مسألة : ويصح من كل من تصح وصيته
مسألة : ويصح من كل من تصح وصيته
لأنه تبرع بالمال بعد الموت أشبه الوصية وقال الخرقى : يصح تدبيره إذا جاوز
العشر وكان يعرف التدبير وكذلك الجارية إذا جاوزت التسع وقال الشافعي في
أحد قولي : يصح تدبير الصبي المميز قال بعض أصحابه : هو أصح قولي وهو
إحدى الروايتين عن مالك وروي ذلك عن شريح وعبد الله بن عتبة وقال الحسن
و أبو حنيفة : لا يصح تدبيره وهو إحدى الروايتين عن مالك و القول الثاني
للشافعي لأنه لا يصح اعتاقه فلم يصح تدبيره كالمجنون
ولنا أن عمر رضي الله عنه أجاز وصية غلام من الأنصار لا خواله من غسان
بارض يقال لها بئر جشم قومت ثلاثين ألفا رواه سعيد بن منصور وكان الغلام
ابن عشر سنين وروي اثنتي عشرة ولم يعرف له مخالف والتدبير في معنى
الوصية وقد ذكرنا ذلك في كتاب الوصايا ويخالف التدبير العتق في الحياة لأن
فيه تقويتا لماله في حياته ووقت حاجته والوصية والتدبير لا ضرر عليه فيهما
فإنه إن عاش لم يذهب شيء من ماله وإن مات فهو غير مستغن عن الثواب
فيكون ذلك زيادة في رفع درجته وإنما خص الخرقى ابن عشر سنين لأنه يؤمر
بالصلاة والجارية بتسع لقول عائشة : إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة
ولأنه سن يمكن بلوغها فيه ويتعلق به أحكام غير ذلك فأما المجنون فلا يصح
شيء من تصرفاته فلذلك لم يصح تدبيره ويصح تدبير المحجور عليه للسفاهة لما
ذكرنا في الصبي بل هو أولى بالصحة من الصبي لأنه مكلف وحاجته إلى الثواب
أكثر من حاجة الصبي وصحة تدبير السكران مبنية على صحة وصيته وقد
ذكرناه وكل من صح تدبيره فهو كالمكلف في صحة رجوعه قياسا عليه
فصل : ويصح تدبير الكافر ذميا كان أو حربيا في دار الإسلام وغيرها لأن له ملكا
صحيحا فصح تصرفه فيه كالمسلم فإن قيل لو كان ملكه صحيحا لم يملك بغير
اختياره قلنا : هذا لا ينافي الملك بدليل أنه يملك في النكاح وتملك عليه زوجته
بغير اختياره وحكم تدبيره حكم تدبير المسلم على ما نذكره

مسألة : وصريحه لفظ العتق والحرية المعلقين بالموت كقوله : أنت حر أو
عتيق أو معتق أو محرر بعد موتي فيصير بذلك مدبرا بلا خلاف نعلمه
مسألة : وصريحه لفظ العتق والحرية المعلقين بالموت كقوله : أنت حر أو
عتيق أو معتق أو محرر بعد موتي فيصير بذلك مدبرا بلا خلاف نعلمه

وكذلك إن قال أنت مدبر أو قد دبرتك فإنه يصير مدبرا بمجرد اللفظ وإن لم ينوه هذا منصوص الشافعي وقال أصحابه : فيه قول آخر إنه ليس بصريح يفتقر إلى النية لأنهما لفظان لم يكتر استعمالهما فافتقرا إلى النية كالكنيات ولنا أنهما لفظان وضعا لهذا العقد فلم يفتقر إلى النية كالبيع بخلاف الكنيات فإنها غير موضوعة له وبشاركتها فيه غيرها فافتقرت إلى النية وترجيح أحد المحتملين بخلاف الموضوع فإنه لا يفتقر إلى النية كلفظ العتق

مسألة : ويصح مطلقا ومقيدا

مسألة : ويصح مطلقا ومقيدا

فالمطلق تعليق العتق بالموت من غير شرط آخر والمقيد ضربان : أحدهما خاص مثل أن يقول : إن مت من مرضي هذا أو في بلدي هذا أو في عامي هذا فأنت حر فهذا جائز على ما قال إن مات على الصفة التي شرطها عتق العبد وإلا فلا وقال مهنا : سألت أحمد عن قال لعبدك أنت مدبر قال : يكون مدبرا ذلك اليوم فإن مات في ذلك اليوم صار حرا يعني إذا مات السيد الثاني : أن يعلق التدبير على صفة مثل أن يقول : إن دخلت الدار فأنت مدبرا أو إن قدم زيد أو إن شفى الله مريضني فأنت حر بعد موتي فهذا لا يصير مدبرا في الحال لأنه علق التدبير على شرط فإذا وجد صار مدبرا وعتق بموت سيده وإن لم يوجد في حياة السيد ووجد بعد موته لم يعتق لأن إطلاق الشرط يقتضي وجوده في الحياة بدليل ما لو علق عتقا منجزا فقال : إذا دخلت الدار فأنت حر فدخلها بعد موته لم يعتق ولأن المدبر من علق عتقه بالموت وهذا قبل الموت لم يكن مدبرا وبعد الموت لا يمكن حدوث التدبير فيه فصل : فإن قال لعبد : إذا قرأت القرآن فأنت حر بعد موتي فقرأ القرآن جميعه صار مدبرا وإن قرأ بعضه لم يصير مدبرا وإن قال : إذا قرأت قرآنا حر بعد موتي فقرأ بعض القرآن صار مدبرا لأنه في الأول عرفه بالألف واللام المقتضية للاستغراق فعاد إلى جميعه وههنا نكره فاقترضى بعضه فإن قيل : فقد قال الله تعالى : { فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم } { وإذا قرأت القرآن جعلنا بينك وبين الذين لا يؤمنون بالآخرة حجابا مستورا } ولم يرد القرآن جميعه قلنا : قضية اللفظ تتناول جميعه لأن الألف واللام للاستغراق وإنما حمل على بعضه بدليل فلا يحمل على البعض في غير ذلك الموضوع بغير دليل ولأن قرينة الحال تقتضي قراءة جميعه لأن الظاهر أنه أراد ترغيبه في قراءة القرآن فتتعلق الحرية به أو مجازاته على قراءته بالحرية والظاهر أنه لا يجازي بهذا الأمر الكثير ولا يرغب به إلا فيما يشق اما قراءة آية أو آيتين فلا

مسألة : وإن قال : متى شئت فأنت مدبر أو أنت حر بعد موتي أو إذا شئت أو
أي وقت شئت فهو تدبير بصفة فمتى شاء في حياة سيده صار مدبرا يعتق
بموته

مسألة : وإن قال : متى شئت فأنت مدبر أو أنت حر بعد موتي أو إذا شئت أو
أي وقت شئت فهو تدبير بصفة فمتى شاء في حياة سيده صار مدبرا يعتق
بموته

لأن المشيئة هنا على التراخي فمتى وجدت المشيئة وجد الشرط فهو كما لو
قال : إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتي فدخلها في حياة السيد وإن مات
السيد قبل مشيئته بطلت الصفة كما لو مات في المسألة الأخرى قبل دخول
الدار وإن قال : متى شئت بعد موتي فأنت حر أو أي وقت شئت بعد موتي فهو
تعليق للعتق على صفة بعد الموت وقد ذكرنا أنه لا يصح وقال القاضي : يصح
فعلى قوله يكون ذلك على التراخي فمتى شاء بعد موت سيده عتق وما كسب
قبل مشيئته فهو لورثة سيده لأنه عبد قبل ذلك بخلاف الموصى به فإن في
كسبه قبل القبول وجهين :

أحدهما : يكون للموصى له لأننا تبينا ملكه حين الموت وههنا لا يثبت الملك قبل
المشيئة وجها واحدا لأنه عتق معلق على شرط فلا يثبت العتق قبل الشرط
وجها واحدا

[جزء 12 - صفحة 312]

مسألة : وإن قال : إن شئت فأنت مدبر فقياس المذهب أنه على التراخي
كقوله متى شئت
مسألة وإن قال : إن شئت فأنت مدبر فقياس المذهب أنه على التراخي كقوله
متى شئت

وقال أبو الخطاب : إن شاء في المجلس صار مدبرا وإلا فلا وكذلك قال
القاضي في قوله إذا شئت وإن شئت فأنت حر بعد موتي على أنه على الفور
إن شاء في المجلس صار مدبرا وإلا بطلت الصفة ولم يصر مدبرا بالمشيئة
بعده بناء على قوله : اختاري نفسك فإنه يقف على المجلس وهذا في معناه
وإن قال : إن شئت بعد موتي أو إذا شئت بعد موتي فأنت حر كان على الفور
أيضا فمتى شاء عقيب موت سيده أو في المجلس صار حرا وإن تراخت
مشيئته عن المجلس لم يثبت فيه حرية وذكر في الطلاق أنه إذا قال : أنت
طالق إن شئت وشاء أبوك فشاءا معا وقع الطلاق سواء شاء على الفور أو
التراخي أو شاء أحدهما على الفور والآخر على التراخي وهذا مثله فيخرج في
كل مسألة مثل ما ذكره في الآخري

فصل : وإذا قال لعبد : إذا مت فأنت حر أولا ؟ أو قال : فأنت حر ؟ أو لست
بحر ؟ لم يصر مدبرا لأنه استفهام ولم يقطع بالعتق فهو كما لو قال لزوجته
أنت طالق أولا ؟ وسنذكر ذلك في الطلاق

مسألة : وإذا قال : قد رجعت في تدبيري أو أبطلته لم يبطل لأنه تعليق للعتق بصفة وعنه أنه يبطل كالوصية

مسألة : وإذا قال : رجعت في تدبيري أو أبطلته لم يبطل لأنه تعليق للعتق بصفة وعنه أنه يبطل كالوصية

اختلفت الرواية عن أحمد في بطلان التدبير بالرجوع فيه قولاً فالصحيح أنه لا يبطل لأنه علق العتق بصفة فلا يبطل كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر والثانية : يبطل لأنه جعل له نفسه بعد موته فكان ذلك وصية فجاز الرجوع فيه بالقول كما لو وصى له بعبد آخر وهو قول الشافعي القديم وقوله الجديد كالرواية الأولى وهو الصحيح كتعليقه بصفة في الحياة ولا يصح القول بأنه وصيه به لنفسه لأنه لا يملك نفسه وإنما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق ولهذا لا تقف الحرية على قبوله واختياره وتنجز عقيب الموت كتنجيزها عقيب سائر الشروط ولأنه غير ممتنع أن يجمع الأمرين فيثبت فيه حكم التعليق في امتناع الرجوع ويحتمعان في حصول العتق بالموت

فصل : إذا قال السيد لمديره : إذا أدبت إلى ورثتي كذا فأنت حر فهو رجوع عن التدبير وينبني على الروايتين إن قلنا : إن له الرجوع بالقول بطل التدبير وإن قلنا : ليس له الرجوع لم يؤثر هذا القول شيئاً وإن دبره كله ثم رجع في نصفه صح إذا قلنا بصحة الرجوع في جميعه لأنه لما صح أن يدبر نصفه ابتداء صح أن يرجع في تدبير نصفه وإن غير التدبير فكان مطلقاً فجعله مقيداً إن قلنا : يصح الرجوع وإلا فلا فإن كان مقيداً فأطلقه صح على كل حال لأنه زيادة فلا يمنع منها وإذا دبر الأخرس وكانت إشارته أو كتابته معلومة صح تدبيره ويصح رجوعه وإن قلنا بصحة الرجوع في التدبير لأن إشارته وكتابته تقوم مقام نطق الناطق في أحكامه وإن دبر وهو ناطق ثم خرس صح رجوعه بإشارته المعلومة أو كتابته وإن لم تفهم إشارته فلا عبرة بها لأنه لا يعلم رجوعه

فصل : وإذا رهن المدير لم يبطل تدبيره لأنه تعليق للعتق بصفة فإن مات السيد وهو رهن عتق وأخذ من تركته قيمته فتكون رهناً مكانه لأن عتقه بسبب من جهة سيده فأشبه ما لو باشره بالعتق ناجزاً

فصل : وإن ارتد المدير ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره لأن ملك سيده باق عليه ويصح تصرفه به بالعتق والهبة والبيع إن كان مقدوراً عليه فإن سباه المسلمون لم يملكوه لأنه مملوك لمعصوم ويرد إلى سيده إن علم به قبل قسمه ويستتاب فإن تاب وإلا قتل وإن لم يعلم به حتى قسم لم يرد إلى سيده في إحدى الروايتين والأخرى إن اختار سيده أخذه بالثمن الذي حسب به على على أخذه وإن لم يختره أخذه بطل تدبيره ومتى عاد إلى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره وإن لم يعد إلى سيده بطل تدبيره كما لو بيع وكان رقيقاً لمن هو في يده وإن مات سيده قبل سبيه عتق فإن سبي بعد هذا لم يرد إلى

ورثة سيده لأن ملكه زال عنه بحريته فصار كأحرار دار الحرب ولكن يستتاب فإن تاب وأسلم صار رقيقا يقسم بين الغانمين وإن لم يتب قتل ولم يجز استرقاقه لأنه لا يقر على كفره وقال القاضي : لا يجوز استرقاقه إذا أسلم وهو قول الشافعي : لأن في استرقاقه إبطال ولاء المسلم الذي أعتقه ولنا أن هذا لا يمنع قتله وإذهاب نفسه وولائه فلأن لا يمنع تملكه أولى ولأن المملوك الذي لم يعتقه سيده يثبت الملك فيه للغانمين إذا لم يعرف مالكه بعينه ويثبت فيه إذا قسم قبل العلم بمالكه والملك أكد من الولاة فلأن يثبت مع الولاة وحده أولى فعلى هذا لو كان المدبر ذميا فلحق بدار الحرب ثم مات سيده أو أعتقه ثم قدر عليه المسلمون فسبوه ملكوه وقسموه وعلى قول القاضي وقول الشافعي : لا يملكونه فإن كان سيده ذميا جاز استرقاقه في قول القاضي ولأصحاب الشافعي في استرقاقه وجهان : أحدهما : يجوز وهذا حجة عليهم لأن عصمة مال الذمي كعصمة مال المسلم بدليل قطع سارقه سواء كان مسلما أو ذميا ووجوب ضمانه و تحريم تملك ماله إذا أخذها الكفار ثم قدر عليه المسلمون فأدرکه صاحبه قبل قسمه قال القاضي : الفرق بينهما أن سيده ههنا لو لحق بدار الحرب جاز تملكه فجاز تملك عتيقه بخلاف المسلم قلنا : إنما جاز استرقاق سيده لزوال عصمته وذهاب عاصمه وهو ذمته وعهده وأما إذا ارتد مدبره فإن عصمة ولاءه ثابتة بعصمة من له ولاءه وهو والمسلم في ذلك سواء فإذا جاز إبطال أحدهما جاز في الآخر مثله

فصل : فإن ارتد سيد المدبر فذكر القاضي أن المذهب أنه يكون موقوفاً فإن عاد إلى الإسلام فالتدبير باق بحاله وإلا تبينا أن ملكه لم يزل وإن قتل أو مات على رده لم يعتق المدبر لانا تبينا أن ملكه زال برده وقال أبو بكر : قياس قول أبي عبد الله أن تدبيره يبطل بالردة فإن عاد إلى الإسلام استأنف التدبير وقال الشافعي : التدبير باق ويعتق بموت سيده لأن تدبيره سبق رده فهو كبيعته وهبته قبل ارتداده وهذا ينبنى على القول في مال المرتد هل هو باق على ملكه أو قد زال برده وسيذكر في باب المرتد فأما إن دبر في حال رده فتدبيره مراعى إن عاد إلى الإسلام تبينا أن تدبيره وقع صحيحا وإن قتل أو مات تبينا أنه وقع باطلا ولم يعتق المدبر وقال ابن أبي موسى : تدبيره باطل وهو قول أبي بكر لأن المال يزول بالردة وإذا أسلم رد إليه تملكا مستأنفا

[جزء 12 - صفحة 316]

مسألة : وله بيع المدبر وهبته وإن عاد إليه التدبير وعنه لا يباع إلا في الدين وعنه لا يباع الأمة خاصة
 مسألة : وله بيع المدبر وهبته وإن عاد إليه التدبير وعنه لا يباع إلا في الدين وعنه لا يباع الأمة خاصة

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في بيع المدبر فنقل عنه جماعة جواز بيعه مطلقا في الدين وغيره مع الحاجة وعدمها قال اسماعيل بن سعد : سألت أحمد عن بيع المدبر إذا كان بالرجل حاجة إلى ثمنه فقال : له أن يبيعه محتاجا كان أو غير محتاج قال شيخنا : وهذا هو الصحيح وروي مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبد العزيز وطاوس و مجاهد وهو قول الشافعي وكره بيعه ابن عمر وسعيد بن المسيب و الشعبي و النخعي و ابن سيرين و الزهري و الثوري و الازواعي وأصحاب الرأي و مالك لأن ابن عمر روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [لا يباع المدبر ولا يشتري] ولأنه استحق العتق بموت سيده أشبه أم الولد

ولنا ما [روى جابر أن رجلا أعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من يشتريه مني ؟ فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها إليه وقال : أنت أحوج مني] متفق عليه قال جابر عبد قبطي مات عام أول في إمارة بن الزبير قال أبو إسحاق الجوزجاني : صحت أحاديث بيع المدبر باستقامة الطرق والخبر إذا ثبت استغني به عن غيره من رأي الناس ولأنه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر ولأنه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع في الحياة كالوصية قال أحمد : هم يقولون : من قال : غلامي حر رأس الشهر فله يبيعه قبل رأسه الشهر فإن قال : غدا فله يبيعه اليوم وإن قال إذا مت قال لا يبيعه فالموت أكثر من الاجل ليس هذا قياسا إن جاز أن يبيعه قبل رأس الشهر فله أن يبيعه قبل مجيء الموت وهم يقولون في من قال إن مت من مرضي هذا فعبدني حر ثم لم يمت من مرضه ذلك فليس بشيء فإن قال : إن مت فهو حر لا يباع هذا متناقض إنما أصله الوصية من الثلث فله أن يغير وصيته ما دام حيا فاما خبرهم فلم يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم إنما هو من قول ابن عمر قال الطحاوي : هو عن ابن عمر وليس بمسند عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويحتمل أنه أراد بعد الموت أو على الاستحباب ولا يصح قياسه على أم الولد لأن عتقها ثبت بغير اختيار سيدها وليس بتبرع ويكون من جميع المال ولا يمكن إبطاله بحال والتدبير بخلافه والهبة كالبيع لأنها تمليك في الحياة فأشبهت البيع وروي عنه رواية ثانية أنه لا يباع إلا في الدين وهو ظاهر كلام الخرقى وقال مالك : لا يباع إلا في دين يغلب رقبة العبد فإذا كان العبد يساوي ألفا وكان عليه خمسمائة ولم يبع وروي عن أحمد أنه قال : أنا أرى بيع المدبر في الدين وإذا كان فقيرا لا يملك شيئا رأيت أن أبيع له لأن النبي صلى الله عليه وسلم باع المدبر لما علم أن صاحبه لا يملك شيئا غيره باعه النبي صلى الله عليه وسلم لما علم من حاجته وهذا قول إسحاق وأبي أيوب وأبي خيثمة وقال : إن باعه من غير حاجة أجزناه وهذا مثل الرواية الأولى ووجه قول الخرقى والرواية التي قال أحمد أنه يرى بيعه في الدين وإذا كان صاحبه فقيرا لا يملك غيره حديث جابر المذكور فإن النبي صلى الله عليه وسلم إنما باع المدبر عند الحاجة فلا تجاوز به موضع الحاجة وعن أحمد رواية رابعة أن الأمة لا تباع خاصة قال شيخنا : لا نعلم هذا التفريق بين المدبر والمدبرة عن غير إمامنا رحمه الله وإنما احتاط في رواية المنع من بيعها لأن فيه إباحة فرجها وتسليط مشتريها على

وطئها مع الخلاف في بيعها وحلها فكرة الإقدام على ذلك مع الاختلاف فيه والظاهر أن المنع منه كان على سبيل الورع لا على التحريم فإنه إنما قال : لا يعجنيني بيعها فإن عائشة باعت مدبرة لها سحرتها ولأن المدبرة في معنى المدبر فما ثبت فيه ثبت فيها

[جزء 12 - صفحة 319]

مسألة : وإن عاد إليه عاد التدبير

مسألة : وإن عاد إليه عاد التدبير

لأنه علق عتقه بصفة فإذا باعه ثم عاد إليه عادت الصفة كما لو قال : أنت حر إن دخلت الدار فباعه ثم اشتراه وذكر القاضي أن هذا مبني على أن التدبير تعليق بصفة وفيه رواية أخرى أنه وصية فيبطل بالبيع ولا يعود لأنه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشرائه وهذا مذهب الشافعي إلا أن عود الصفة بعد الشراء له فيه قولان والصحيح أن الصفة تعود بعوده إلى ملكه لأن التدبير وجد في التعليق بصفة فلا يزول حكم التعليق بوجود معنى الوصية فيه بل هو جامع لأمرين وغير ممتنع وجود الحكم بسببين فيثبت حكمهما فيه

مسألة : وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فهو بمنزلتها ولا يتبعها ولدها من قبل التدبير

مسألة : وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فهو بمنزلتها ولا يتبعها ولدها من قبل التدبير

وجملة ذلك أن الولد الحادث من المدبرة بعد تدبيرها لا يخلو من حالين : أحدهما : أن يكون موجودا حال تدبيرها ويعلم ذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر من حين التدبير فهذا يدخل معها في التدبير بغير خلاف نعلمه لأنه كعضو من أعضائه فإن بطل التدبير في الأم لبيع أو موت أو رجوع بالقول لم يبطل في الولد لأنه يثبت أصلا : الحال الثاني : أن تحمل به بعد التدبير فهذا يتبع أمه في التدبير ويكون حكمه حكمها في العتق بموت سيدها في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والقاسم ومجاهد و الشعبي و النخعي وعمير بن عبد العزيز و الزهري و مالك و الثوري و الحسن بن صالح وأصحاب الرأي وذكر القاضي أن حنبلا نقل عن أحمد أن ولد المدبرة عبد إذا لم يشترط المولى قال : فظاهر هذا أنه لا يتبعها ولا يعتق بموت سيدها وهذا قول جابر بن زيد وعطاء و للشافعي قولان كالمذهبين أحدهما : لا يتبعها وهو اختيار المزني لأن عتقها يتعلق بصفة ثبت بقول المعتق وحده فأشبهت من علق عتقها بدخول الدار قال جابر بن زيد : إنما هو بمنزلة الحائط تصدقت به إذا مت فإن ثمرته لك ما عشت ولأن التدبير وصية وولد الموصى بها قبل الموت لسيدها

ولنا ما روى عن عمر وابن عمر وجابر أنهم قالوا : ولد المدبرة بمنزلتها ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفا فكان أجماعا ولأن الأم استحققت الحرية بموت سيدها فيتبعها ولدها كأم الولد ويفارق التعليق بصفة في الحياة والوصية لأن التدبير أكد من كل واحد منهما لأنه اجتمع فيه الأحرار وما وجد فيه سببان أكد مما وجد فيه أحدهما ولذلك لا يبطل بالموت ولا بالرجوع عنه فعلى هذا إن بطل التدبير في الأم لمعنى اختص بها من بيع أو موت أو رجوع لم يبطل في ولدها ويعتق بموت سيدها كما لو كانت أمه باقية على التدبير فإن لم يتسع الثلث لهما جميعا أقرع بينهما فأيهما خرجت القرعة له عتق إن احتمله الثلث وإلا عتق منه بقدر الثلث وإن فضل من الثلث بعد عتقه شيء كمل من الآخر كما لو دبر عبدا أو أمة معا فأما الولد الذي وجد قبل التدبير فلا يتبعها فإنه لا يتبع في العتق المنجز ولا في حكم الاستيلاء ولا في الكتابة وأن لا يتبع في التدبير أولى قال الميموني : قلت لأحمد : ما كان من ولد المدبرة قبل أن تدبر ؟ قال : لا يتبعها من ولدها ما كان قبل ذلك إنما يتبعها ما كان بعد ما دبرت وذكر أبو الخطاب رواية أخرى : أنه يتبعها في التدبير كالموجود بعده لأن حنبلا قال : سمعت عمي يقول في الرجل يدبر الجارية ولها ولد قال : ولدها معها قال شيخنا : وهذا بعيد والظاهر أن أحمد إنما أراد ولدها بعد التدبير على ما صرح به في غير هذه الرواية فإن ولدها لا يتبعها في شيء من الأسباب التي تنقل الملك في الرقبة من البيع والهبة والوقف ولا يتبعها في الاستيلاء الذي هو أكد من التدبير فإن لا يتبعها في التدبير أولى

فصل : فأما ولد المدبرة فحكمه حكم أمه بغير خلاف علمناه وهو قول ابن عمر وعطاء و الزهري و الأوزاعي و الليث لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية إن تسرى المدبر بإذن سيده فولد له فروي عن أحمد أنهم يتبعونه في التدبير وروي ذلك عن مالك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن إباحة التسري تنبى على ثبوت الملك وولد الحر من أمته يتبعه في الحرية دون أمه كذلك ولد المدبر أمته يتبعه دونها ولأمه ولد من يستحق الحرية من أمته فيتبعه في ذلك كولد المكاتب من أمته

فصل : وإذا ولدت المدبرة فرجع في تدبيرها وقلنا بصحة الرجوع لم يتبعها ولدها لأن الولد المنفصل لا يتبع في الحرية ولا في التدبير ففي الرجوع أولى فإن رجع في تدبيرها جاز كما لو دبرها وابنه المنفصل وإن دبرها حاملا ثم رجع في تدبيرها حال حملها لم يتبعها الولد في الرجوع لأن التدبير إعتاق والإعتاق مبني على التغليب والسراية والرجوع عنه بعكس ذلك فلم يتبع الولد فيه وهذا كما لو ولد له توأمان فأقر بأحدهما لحقاه جميعا وإن نفى أحدهما لم ينتف الآخر وإن رجع في أحدهما دون الآخر جاز وإن دبر الولد دون أمه أو الأم دون ولدها جاز لأنه يجوز أن يعتق كل واحد منهما دون صاحبه فجواز أن يدبر أحدهما دون صاحبه أولى ولأنه تعليق العتق بصفة فجاز في أحدهما دون الآخر كالتعليق بدخول الدار وإن دبر أمته ثم قال : إن دخلت الدار فقد رجعت في تدبيره لم يصح لأن الرجوع لا يصح تعليقه بصفة وإن قال : كلما ولدت ولدا فقد رجعت في تدبيره لم يصح لذلك

فصل : إذا اختلف المدبرة وورثة سيدها في ولدها فقالت : ولدتهم بعد تدبيره فعتقوا معي وقال الورثة : بل ولدتهم قبل تدبيرك فهم مملوكون لنا فالقول قول الورثة مع إيمانهم لأن الأصل بقاء رقبهم وانتفاء الحرية عنهم فإذا لم تكن بينة فالقول قول من يوافق قوله الأصل

فصل : وكسب المدبر في حياة سيده لسيدة له أخذه منه لأن التدبير لا يخرج عن شبهه بالوصية بالعتق أو بالتعليق له على صفة أو بالاستيلاء وكل هؤلاء كسبهم لسيدهم فكذلك المدبر فإن اختلف هو وورثة سيده فيما بيده بعد عتقه فقال : كسبته بعد حررتي وقالوا بل قبلها فالقول قوله لأنه في يده ولم يثبت ملكهم عليه بخلاف الولد فإنه كان رقيقا لهم فإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الورثة عند من يرى تقديم بينة الخارج وبينة المدبر عند من يقدم بينة الداخل فإن أقر المدبر أن ذلك كان في يده في حياة سيده ثم تجدد ملكه عليه بعد موته فالقول قول الوارث لأن الأصل معهم وإن أقام المدبر بينة بدعواه قدمت بينة الورثة عند من يرى تقديم بينة الخارج وبينة المدبر عند من يقدم بينة الداخل فإن أقر المدبر أن ذلك كان في يده في حياة سيده ثم تجدد ملكه عليه بعد موته فالقول قول الوارث لأن الأصل معهم وإن أقام المدبر بدعواه قبلت وتقدم على بينة الورثة إن كانت لهم بينة لأن بينته تشهد بزيادة وإن لم يقر المدبر بأنه كان له في حياة سيده فأقام الورثة بنية به فهل تسمع بينتهم ؟ على وجهين ؟

[جزء 12 - صفحة 323]

مسألة : وله إصابة مدبرته فإن أولدها بطل تدبيرها
 مسألة : وله إصابة مدبرته فإن أولدها بطل تدبيرها
 يباح وطء أمته المدبرة وقد روي عن ابن عمر أنه دبر امتين وكان يطؤها
 وممن رأى ذلك ابن عباس وسعيد بن المسيب وعطاء و النخعي و الثوري و مالك و الليث و الأوزاعي و الشافعي قال أحمد : لا أعلم أحدا كره ذلك غير الزهري وحكي عن الأوزاعي أنه كان يقول : إن كان يطؤها قبل تدبيرها فلا بأس بوطئها بعده وإن كان لا يطؤها قبله لم يطأها بعد التدبير ولنا أنها مملوكته لم تشتت نفسها منه فحل له وطؤها لقول الله تعالى : { أو ما ملكت أيانهم فإنهم غير ملومين } وقياسا على أم الولد
 فصل : وابنة المدبرة مثلها في حل وطئها إن لم يكن وطئها أمها وعنه ليس له وطؤها
 لأن حق الحرية ثبت لها تبعا أشبه ولد المكاتبه ولنا أن ملك سيدها تام فيها فحل له وطؤها للآية وكأما واستحقاقها الحرية لا تزيد على استحقاق أمها ولم يمنع ذلك وطأها وأما ولد المكاتبه فألحقت بأمها وأمها يحرم وطؤها فكذلك ابنتها وأم هذه يحل وطؤها فيجب إلحاقها بها وكلام أحمد محمول على أنه وطئها أمها

فصل : فإن أولدها بطل تدبيرها لأن مقتضى التدبير العتق من الثلث بعد الموت والاستيلاء يقتضي ذلك مع تأكده وقوته فإنها تعتق من رأس المال وإن لم يملك غيرها ولا يمنع الدين عتقها فوجب أن يبطل به التدبير كملك الرقبة إذا طرأ على ملك النكاح أبطله

[جزء 12 - صفحة 324]

مسألة : وإن كانت المدير أو دبر المكاتب جاز
مسألة : وإن كانت المدير أو دبر المكاتب جاز
أما تدبير المكاتب فهو صحيح لا نعلم فيه خلافاً لأنه تعليق لعتقه بصفة وهو يملك إعتاقه فملك التعليق وإن كان وصية فهو وصية بما ملك وهو الإعتاق وتصح كتابة المدير نص عليه أحمد وهو قول ابن مسعود وأبي هريرة والحسن ولفظ حديث أبي هريرة عن مجاهد قال : دبرت امرأة من قريش خادماً لها ثم أرادت أن نكاته قال : فكنت الرسول إلى أبي هريرة فقال : كاتبه فإن أدى كتابته فذاك وإن حدث بك حدث عتق وأراه قال ما كان عليه له ولأن التدبير إن كان عتقا بصفة لم يمنع الكتابة كالذي علق عتقه بدخول الدار وإن كان وصية لم يمنعها كما لو وصى بعتقه ثم كاتبه ولأن التدبير والكتابة سببان للعتق فلم يمنع أحدهما الآخر كتدبير المكاتب وذكر القاضي أن التدبير يبطل بالكتابة إذا قلنا هو وصية كما لو وصى به لرجل ثم كاتبه وهذا يخالف ظاهر كلام أحمد وهو غير صحيح في نفسه ويفارق التدبير الوصية به لرجل لأن مقصود الكتابة والتدبير لا يتنافيان إذ كان المقصود منهما جميعاً العتق فإذا اجتمعا كانا أكد لحصوله فإنه متى فات عتقه بأحدهما حصل بالآخر وأيهما وجد قبل صاحبه حصل العتق به ومقصود الوصية به والكتابة يتنافيان لأن الكتابة تراد للعتق والوصية تراد لحصول الملك فيه للموصي له ولا يجتمعان

[جزء 12 - صفحة 325]

مسألة : فإن أدى عتق بالكتابة وبطل التدبير وإن مات سيده قبل الأداء عتق إن حمل الثلث ما بقي من كتابة وبطلت الكتابة وإن لم يخرج من الثلث عتق منه الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق منه وكان على الكتابة فيما بقي
مسألة : فإن أدى عتق بالكتابة وبطل التدبير وإن مات سيده قبل الأداء عتق إن حمل الثلث ما بقي من كتابة وبطلت الكتابة وإن لم يخرج من الثلث عتق منه الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق منه وكان على الكتابة فيما بقي
فصل : ومتى عتق بالتدبير كان ما في يده لسيده لأنه كان له قبل العتق فيكون له بعد العتق كما لو لم يكن مكاتباً وبطلت الكتابة ذكره أصحابنا ومذهب

الشافعي أن ما في يده له إذا لم يكن عجز قال شيخنا : وعندني أنه ينبغي أن يعتق ويتبعه ولده وإكسابه لأن السيد لا يملك إبطال كتابته لكونها عقدا لازما من جهته وإنما يملك إسقاط حقه عليه فأما ما يستحقه المكاتب من أولاده وإكسابه فلا يتمكن السيد من أخذه وبصير كما لو أبرأه من مال الكتابة ويحتمل أن يريد بالبطلان زوال العقد دون سقوط احكامه

[جزء 12 - صفحة 326]

مسألة : وإذا دبر شركا له في عبد لم يسر إلى نصيب شريكه وإن أعتق شريكه سري إلى المدبر وغرم قيمته لسيدة ويحتمل أن يسري في الأول دون الثاني مسألة : وإذا دبر شركا له في عبد لم يسر إلى نصيب شريكه وإن أعتق شريكه سري إلى المدبر وغرم قيمته لسيدة ويحتمل أن يسري في الأول دون الثاني وجملة ذلك أنه إذا دبر أحد الشريكين نصيبه لم يسر التدبير إلى نصيب شريكه موسرا كان أو معسرا وذكر أبو الخطاب وجها : أنه يسري تدبيره إذا كان موسرا ويقوم عليه نصيب شريكه وهو قول أبي حنيفة لأنه استحق العتق بموت سيده فسرى ذلك فيه كالأستيلاد و للشافعي قولان كالمذهبين ولنا أنه تعليق للعتق بصفة فلم يسر كتعليقه بدخول الدار ويفارق الاستيلاء فإنه أكد ولهذا يعتق من جميع المال ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلادها والمدبر بخلاف ذلك فعلى هذا إن مات المدبر عتق نصيبه إن خرج من الثلث وهل يسري إلى نصيب شريكه إن كان موسرا ؟ فيه روايتان ذكرناهما في كتاب العتق فإن أعتق الشريك نصيبه قبل موت السيد وهو موسر عتق وسرى إلى نصيب المدبر وذكر القاضي و أبو الخطاب فيه وجهين و للشافعي فيها قولان : أحدهما : كقولنا و الثاني : لا يسري عتقه وهو قول أبي حنيفة لأن في المدبر قد انعقد سبب الولاء على العبد فلم يكن للآخر إبطاله ولنا حديث ابن عمر الذي ذكرناها في سراية العتق إلى نصيب الشريك إذا كان موسرا ولأنه إذا سرى إلى إبطال الملك الذي هو أكد من الولاء فالولاء أولى وما ذكره لا أصل له ويبطل بما إذا علق عتق نصيبه بصفة فصل : إذا دبر كل واحد من الشريكين نصيبه فمات أحدهما عتق نصيبه وبقي نصيبه وبقي نصيب الآخر على التدبير إن لم يلف ثلثه بقيمة حصة شريكه وإن كان في يده فلهل يسري ؟ على روايتين ذكرناهما وإن قال كل واحد منهما : إذا متنا فانت حر فقال أبو بكر : قال أحمد : إذا مات أحدهما فنصيبه حر فظاهر هذا أن أحمد جعل هذا اللفظ تدبيرا من كل واحد منهما لنصيبه ومعناه إذا مات كل واحد منا فنصيبه حر فإنه قابل الجملة بالجملة فينصرف إلى مقابلة البعض بالبعث كقوله ركب الناس دوابهم ولبسوا ثيابهم وأخذوا رماحهم يريد لبس كل إنسان ثوبه وركب دابته وكذلك لو قال : أعتقوا عبيدهم كان معناه أعتق كل واحد عبده وقال القاضي : هذا تعليق للحرية بموتها جميعا وإنما قال أحمد يعتق نصيبه بناء على أن وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها قال شيخنا : ولا

يصح هذا لأنه لو كانت هذه العلة لعتق العبد كله لوجود بعض الصفة كل منهما
وسنبين هذا القول بما نذكر من بعد ومقتضي قول القاضي أن لا يعتق شيء
منه قبل موتهما جميعاً فإن قال كل واحد منهما أردت أن العبد حر بعد آخرنا
موتا انبنى هذا على تعليق الحرية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا الخلاف
في ذلك فإن قلنا : يجوز ذلك عتق بعد موت الآخر منهما عليهما جميعاً وإن قلنا
: لا يصح عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير وفي سرايته إلى باقيه إن كان ثلثه
يحتمل ذلك روايتان وإن قال كل واحد منهما : إذا مات قبل شريكي فنصبي له
فإذا مات فهو حر وإن مات بعده فنصبي حر فقد وصى كل واحد منهما للآخر
فإذا مات أحدهما صار العبد كله للآخر فإذا مات عتق كله عليه وصار ولاؤه له
كله إن قلنا : لا يصح تعليق العتق على صفة بعد الموت وإن قلنا : يصح عتق
عليهما وولاؤه بينهما

[جزء 12 - صفحة 327]

مسألة : وإذا أسلم مدبر الكافر لم يقر في يده وترك في يد عدل ينفق عليه
من كسبه وما فضل لسيدته وإن أعوز فعليه تمامه إلا أن يرجع في التدبير
ونقول بصحة رجوعه فيجبر على بيعه
مسألة : وإذا أسلم مدبر الكافر لم يقر في يده وترك في يد عدل ينفق عليه
من كسبه وما فضل لسيدته وإن أعوز فعليه تمامه إلا أن يرجع في التدبير
ونقول بصحة رجوعه فيجبر على بيعه
وجملته أنه إذا أسلم مدبر الكافر أمر بإزالة ملكه عنه لئلا يبقى الكافر مالكا
لمسلم كغير المدبر إذا قلنا بجواز بيعه ويحتمل أن يترك في يد عدل وينفق
عليه من كسبه فإن لم يكن له كسب أجبر سيده على الإنفاق عليه لأنه ملكه
وبه قال أبو حنيفة و الشافعي في أحد قوليه بناء على أن المدبر لا يجوز بيعه
ولأن في بيعه إبطال سبب العتق فكان ابقاؤه أصلح كأم الولد فإن قلنا ببيعه
فباعه ابطل تدبيره وإن قلنا يترك في يد عدل فإنه يستناب من يتولى استعماله
واكتسابه وينفق عليه من كسبه وما فضل لسيدته وإن لم يف كسبه بنفقته
فالباقي على سيده وإن اتفق هو وسيدته على المخارجة جاز وينفق على نفسه
مما فضل من كسبه فإذا مات سيده عتق إن خرج من الثلث وإلا عتق منه بقدر
الثلث وبيع الباقي على الورثة إن كانوا كفارا وإن أسلموا بعد الموت ترك فإن
رجع سيده في تدبيره وقلنا بصحة رجوعه بيع عليه وإن كان المدبر مستأمنا
فأراد الرجوع به إلى دار الحرب ولم يكن أسلم لم يمنعه منه وإن كان قد أسلم
منع لأننا نحول بينه وبينه في دار الإسلام فأولى أن يمنع من التمكن منه في دار
الحرب

[جزء 12 - صفحة 328]

مسألة : ومن أنكر التدبير لم يحكم عليه إلا بشاهدين وهل يحكم بشاهد وامرأتين أو شاهد ويمين العبد ؟ على روايتين
مسألة : ومن أنكر التدبير لم يحكم عليه إلا بشاهدين وهل يحكم بشاهد وامرأتين أو شاهد ويمين العبد ؟ على روايتين
إذا ادعى العبد على سيده أنه دبره صحت دعواه لأنه يدعي استحقاق العتق ويحتمل أن لا تصح الدعوى لأن السيد إذا انكر التدبير كان بمنزلة انكار الوصية وإنكار الوصية رجوع عنها في أحد الوجهين فيكون انكار التدبير رجوعاً عنه والرجوع عنه يبطله في إحدى الروايتين والصحيح أن الدعوى صحيحة لأن الرجوع عن التدبير لا يبطله في الصحيح من المذهب ولو أبطله فما ثبت كون الإنكار رجوعاً ولو ثبت ذلك فلا يتعين الإنكار جواباً للدعوى فإنه يجوز أن يقر إذا ثبت هذا فإن أقر السيد فلا كلام وإن أنكر ولم تكن للعبد بينة فالقول قول السيد مع يمينه لأن الأصل عدمه فإن كانت للعبد بينة حكم بها وبقبل فيها شاهدان عدلان بغير خلاف فإن لم يكن إلا شاهد واحد وقال : أنا أحلف معه أو شاهد وامرأتان لم يحكم له به في إحدى الروايتين هو مذهب الشافعي لأن الثابت به الحرية وكمال الأحكام وهذا ليس بمال ولا المقصود منه المال وبطلع عليه الرجال في غالب الأحوال أشبه النكاح والطلاق
والثانية : يثبت بذلك لأنه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه فاشبهه البيع وهذا أجود لأن البينة إنما تراه لأثبات الحكم على المشهود عليه وهو في حقه إزالة ملكه عن ماله فيثبت بهذا وإن حصل به غرض آخر للمشهود له فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البينة ولأن العتق مما يتشوف إليه وينبني على التغليب والسرية فينبغي أن يسهل طريق إثباته وإن كان الاختلاف بين العبد وورثة السيد بعد موته فهو كما لو كان الاختلاف مع السيد إلا أن الدعوى صحيحة بغير خلاف لأنهم لا يملكون الرجوع وإيمانهم على نفي العلم لأن الخلاف في فعل موروثهم وإيمانهم على نفي وتجب اليمين على كل واحد من الورثة ومن نكل منهم عتق نصيبه ولم يسر إلى باقيه وكذلك إن أقر لأن إعتاقه بفعل الموروث لا بفعل المقر ولا الناكل

فصل : إذا دبر عبده ومات وله مال سواه يفى بثلثي ماله إلا أنه غائب أو دين في ذمة إنسان لم يعتق من المدير إلا ثلثه لجواز أن يتلف الغائب أو يتعذر استيفاء الدين فيكون العبد جميع التركة وهو شريك الورثة فيها له ثلثها ولم ثلثها فلا يجوز أن يحصل على جميعها لكنه يستحق عتق ثلثه ويبقى ثلثاه موقوفين لأن ثلثه حر على كل حال لأن أسوأ الأحوال أن لا يحصل من سائر المال شيء فيكون العبد جميع التركة فيعتق ثلثه وفي ذلك خلاف ذكرناه في باب الموصي به فيما إذا وصى له بمعين ولم يكن له سوى المعين إلا مال غائب أو دين وهذا مثله في اعتباره من الثلث إذا ثبت هذا فإن العبد إذا عتق كله بقدم الغائب أو استيفاء الدين تبين أنه كان حراً حين الموت فيكون كسبه له لأنه إنما عتق بالتدبير ووجود الشرط الذي علق عليه السيد حرته وهو الموت وإنما أوقفناه للشك في خروجه من الثلث فإذا زال الشك تبين أنه كان حاصلاً

قبل زوال الشك وإن تلف المال تبينا أنه كان ثلثاه رقيقا ولم يعتق منه سوى
ثلثه وإن تلف بعض المال رق من المدبر ما زاد على قدر ثلث الحاصل من
المال

فصل : فإن دبر عبيد وله دين يخرج من ثلث المال إذا حصل أقرعنا بينهما
فعتق ممن تخرج له القرعة قدر ثلثهما وكان باقيه والعبد الآخر موقوفا فإذا
استوفي من الدين شيء كمل من عتق من وقعت له القرعة قدر ثلثه وما
فضل عتق من الآخر كذلك حتى يعتقا جميعا أو مقدار الثلث منهما فإن عتذر
استيفاء الدين لم يزد العتق على مقدار ثلثهما فإن خرج الذي وقعت له القرعة
مستحقا بطل العتق فيه وعتق من الآخر ثلثه

فصل : إذا دبر عبدا قيمته مائة وله مائة دينا عتق ثلثه ورق ثلثه ووقف ثلثه على
استيفاء الباقي وإن كانت له مائة حاضرة مع ذلك عتق من المدبر ووقف عتقه
على استيفاء الدين

فصل : وإن دبر عبده وقيمته مائة وله ابنان ومائتان دينا على أحدهما عتق من
المدبر ثلثاه لأن حصة الذي عليه الدين منه كالمستوفي ويسقط عن الذي عليه
الدين منه نصفه لأنه قدر حصته من الميراث ويبقى للآخر عليه مائة كلما
استوفى منها شيئا عتق قدر ثلثه فإن كانت المائتان دينا على الاثنين بالسوية
عتق المدبر كله لأن كل واحد منهما عليه قدر حقه وقد حصل له ذلك بسقوطه
من دينه

فصل : إذا دبر عبدا قيمته مائة وخلف ابنين ومائتي درهم دينا له على أحدهما
ووصى لرجل بثلث ماله عتق من المدبر ثلثه وسقط عن الغريم مائة وكان
للوصي سدس العبد وللابن ثلثه ويبقى سدس العبد موقوفا لأن الحاصل من
المال ثلثاه وهو العبد والمائة الساقطة عن الغريم وثلث ذلك مقسوم بين
المدبر والوصي نصفين فحصة المدبر منه ثلثه يعتق في الحال ويبقى له سدسه
موقوفا فكلما اقتضى من المائة الباقية شيء عتق من المدبر قدر سدسه
ويكون المستوفي بين الابن و الوصي أثلاثا فإذا استوفيت كلها حصل للابن
ثلثها وثلث العبد وهو قدر حقه وكمل للمدبر عتق نصفه وحصل للوصي ثلث
المائة وسدس العبد وهو قدر حقه وإن كان الدين على أجنبي لم يعتق من
المدبر إلا سدسه لأن الحاصل من التركة هو العبد وثلثه بينه وبين الوصي الآخر
وللوصي سدسه ولكل ابن سدسه ويبقى ثلثه موقوفا فكلما اقتضى من الدين
شيء عتق من المدبر قدر سدسه وكان المستوفي بين الابن والوصي
أسداسا للوصي سدسه ولهما خمسة أسداسه فيحصل لكل واحد نصف المائة
وثلثها وسدس العبد وهو قدر حقه ويحصل للوصي سدس العبد وهو قدر حقه
يعتق من المدبر نصفه وهو قدر حقه

[جزء 12 - صفحة 332]

مسألة : وإذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره لأمرين

مسألة : وإذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره لأمرين أحدهما : أنه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم فعوقب بنقيض قصده وهو إبطال التدبير كمنع الميراث بقتل الموروث ولأن العتق فائدة تحصل بالموت فتتفي بالقتل كالإرث والوصية

والثاني : أن التدبير وصية فيبطل بالقتل كالوصية بالمال ولا يلزم على هذا عتق أم الولد لكونها أكد فإنها صارت بالاستيلاء بحال لا يمكن نقل الملك فيها ولذلك لم يجز بيعها ولا هبتها ولا رهنها ولا الرجوع عن ذلك القول ولا غيره والإرث نوع من النقل فلو لم تعتق بموت سيدها انتقل الملك فيها إلى الوارث ولا سبيل إليه بخلاف المدبر ولأن سبب حرية أم الولد الفعل والبعضية الذي حصلت بينها وبين سيدها بواسطة ولدها وهو أكد من القول ولهذا نفذ استيلاء المجنون ولم ينفذ اعتاقه ولا تدبيره وسرى حكم استيلاء المعسر إلى نصيب شريكه بخلاف الاعتاق وعتقت من رأس المال والتدبير لا ينفذ إلا في الثلث ولا يملك الغرماء إبطال عتقها وإن كان سيدها مفلسا بخلاف المدبر ولا يلزم الحكم في موضع تأكد الحكم فيما دونه كما يلزم إلحاقه به في هذه المواضع التي اختلف فيها إذا ثبت فلا فرق بين كونه عمدا أو خطأ كما لا فرق في ذلك في حرمان الإرث وإبطال وصية القاتل

فصل : فأما سائر جنائياته غير قتل سيده فلا تبطل تدبيره لكن إن كانت جناية موجبة للمال أو للقصاص فعفا الولي إلى المال تعلق المال برقبته فمن جوز بيعه جعل سيده بالخيار بين تسليمه فيباع في الجناية وبين فدائه فإن سلمه في الجناية فبيع فيها بطل تدبيره وإن عاد إلى سيده عاد تدبيره وإن اختار فداءه وفداه بما يفدى به فهو مدبر بحاله ومن لم يجز بيعه أوجب فداءه على سيده كأم الولد وإن كانت الجناية موجبة للقصاص فاقتص منه في النفس بطل تدبيره وإن اقتص منه في الطرف فهو مدبر بحاله وإذا مات سيده بعد جنائته وقبل استيفائها عتق على كل حال سواء كانت موجبة للمال أو للقصاص لأن صفة العتق وجدت فيه فاشبه ما لو باشره به فإن الواجب قصاصا استوفي سواء كانت جنائته على عبد أو حر لأن القصاص قد استقر وجوبه عليه في حال رقه فلا يسقط بحدوث الحرية فيه وإن كان الواجب عليه مالا في رقبته فدي بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنائته وإن جني على المدبر فأرث الجناية لسيده فإن كانت الجناية على نفسه وجبت قيمته لسيده وبطل التدبير بهلاكه فإن قيل فهلا جعلتم قيمته قائمة مقامه كالعبد المرهوق والموقوف ؟

قلنا : الفرق بينهما من ثلاثة أوجه :

أحدهما : إن كل واحد من الوقف والرهن لازم فتعلق الحق ببذله والتدبير غير لازم لانه يمكن إبطاله بالبيع وغيره فلم يتعلق الحق ببذله

الثاني : إن الحق في التدبير للمدبر فيبطل حقه بفوات مستحقه والبذل لا يقوم مقامه في الاستحقاق والحق في الوقف للموقوف عليه وفي الرهن للمرتهن وهو باق فثبت حقه في بدل محل حقه

الثالث : أن المدبر إنما ثبت حقه بوجود موت سيده فإذا هلك قبل سيده فقد هلك قبل ثبوت الحق له فلم يكن له بدل بخلاف الرهن والوقف فإن الحق ثابت فيهما فقام بدلها مقامهما وبين الرهن

قلنا : الفرق بينهما من ثلاثة أوجه :
أحدهما : إن كل واحد من الوقف والرهن لازم فتعلق الحق ببذله والتدبير غير لازم لانه يمكن إبطاله بالبيع وغيره فلم يتعلق الحق ببذله
الثاني : إن الحق في التدبير للمدبر فيبطل حقه بفوات مستحقه والبذل لا يقوم مقامه في الاستحقاق والحق في الوقف للموقوف عليه وفي الرهن للمرتهن وهو باق فثبت حقه في بدل محل حقه
الثالث : أن المدبر إنما ثبت حقه بوجود موت سيده فإذا هلك قبل سيده فقد هلك قبل ثبوت الحق له فلم يكن له بدل بخلاف الرهن

[جزء 12 - صفحة 338]

باب الكتابة
الكتابة إعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدي في نجوم سميت كتابة لأن السيد يكتب بينه وبينه كتابا بما اتفقا عليه وقيل : سميت كتابة من الكتب وهو الضم لأن المكاتب يضم بعض النجوم إلى بعض ومنه سمي الخرز كتابا لأنه يضم أحد طرفيه إلى الآخر بخرزه قال الحريري :
(وكاتبين وما خطت أناملهم ... حرفا ولا قرأوا ما خط في الكتب)
وقال ذو الرمة :
(وفراء عرفته أنأى خوارزها ... مشلشل صنعته بينها الكتب)
يصف قرية يسيل الماء من بين خرزها سميت الكتيبة كتيبة لانضمام بعضها إلى بعض والمكاتب يضم نجومه بعضها إلى بعض والنجوم ههنا الاوقات المختلفة لأن العرب كانت لا تعرف الحساب وإنما تعرف الاوقات بطلوع النجوم كما قال بعضهم :
(إذا سهيل أول الليل طلع ... فابن اللبون الحق والحق جذع)
فسميت الأوقات نجوما والأصل في الكتابة الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقول الله تعالى : { والذين يتتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا } وأما السنة فروى سعيد عن سفيان عن الزهري عن نيهان مولى أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [إذا كان لإحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه] رواه أبو داود و ابن ماجه
وروى سهل بن حنيف أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [من أعان غارما أو غازيا أو مكاتبا في كتابته أظله الله يوم لا ظل إلا ظله] في أحاديث كثيرة سواهما وأجمعت الامة على مشروعية الكتابة

[جزء 12 - صفحة 339]

مسألة : وهي مستحبة لمن يعلم فيه خير وهو الكسب والأمانة وعنه أنها واجبة إذا ابتغها من سيده أجبر عليها

مسألة : وهي مستحبة لمن يعلم فيه خير وهو الكسب والأمانة وعنه أنها واجبة إذا ابتغها من سيده أجبر عليها

إذا سأل العبد سيده مكاتبته استحبه له اجابته إذا علم فيه خيرا ولم يجب ذلك في ظاهر المذهب وهو قول عامة أهل العلم منهم الحسن و الشعبي و مالك و الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أنها واجبة إذا دعا العبد المكتسب سيده إليها وهو قول عطاء و الضحاك وعمرو بن دينار وداود وقال اسحاق : أخشى أن يَأثم إن لم يفعل ولا يجبر عليها ووجه ذلك قول الله تعالى : { والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا } وظاهر الأمر الوجوب وروي أن سيرين أبا محمد بن سيرين كان عبداً لأنس بن مالك فسأله أن يكاتبه فأبى فأخبر سيرين عمر بن الخطاب بذلك فرفع الدرّة على أنس وقرأ عليه { والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا } فكاتبه أنس ولنا أنه إعتاق فلم يجب عليه كالأستسعاء والآية محمولة على الندب وقول عمر يخالفه فعل أنس قال أحمد : الخير صدق وصلاح ووفاء بمال الكتابة ونحو هذا قال ابراهيم وعمرو بن دينار وغيرهما وعبارتهم في ذلك مختلفة وقيل قوة على الكسب والأمانة قال الشافعي : وقال ابن عباس غنى وإعطاء المال وقال مجاهد : غنى وأداء وقال النخعي : صدق ووفاء ولا خلاف بينهم في أن من لا خير فيه لا تجب إجابته

[جزء 12 - صفحة 340]

مسألة : وهل تكره كتابة من لا كسب له ؟ على روايتين

مسألة : وهل تكره كتابة من لا كسب له ؟ على روايتين

قال القاضي : ظاهر كلام أحمد كراهته وكان ابن عمر يكرهه وهو قول مسروق و الأوزاعي وعن أحمد أنه لا يكره ولم يكرهه الشافعي وإسحاق وابن المنذر وطائفة من أهل العلم لأن جويرية بنت الحارث كاتبها ثابت بن قيس بن شماس فأنت النبي صلى الله علي وسلم تستعينه في كتابتها فأدى عنها كتابتها وتزوجها واحتج ابن المنذر بأن بريرة كاتبت ولا حرفة لها فلم ينكر ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ووجه الأول ما ذكرنا في عتقه قال شيخنا : وينبغي أن ينظر في المكاتب فإن كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع لعجزه عن الإنفاق على نفسه ولا يجد من ينفق عليه كرهت كتابته وإن كان يجد من يكفيه مؤنته لم تكره كتابته لحصوص النفع بالحربة من غير ضرر فأما جويرية فإنها كانت ذات أهل وكانت ابنة سيد قومه فإذا عتقت رجعت إلى أهلها فأخلف الله لها خيرا من أهلها فتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وصارت إحدى أمهات المؤمنين وأعتق الناس ما كان بأيديهم من قومها حين بلغهم أن رسول الله صلى الله

عليه وسلم تزوجها وقالوا : أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم تر
امرأة أعظم بركة على قومها منها وأما بريرة فإن كتابتها تدل على إباحة ذلك
وأنه ليس بمنكر ولا خلاف فيه وإنما الخلاف في كراته قال مسروق : إذا سأل
العبد مولاه المكاتبه فإن كان له مكسبه أو كان له مال فليكاتبه وإن لم يكن له
مال ولا مكسبه فليحسن ملكته ولا يكلفه إلا طاقته

[جزء 12 - صفحة 341]

مسألة : ولا يصح إلا من جائز التصرف فأما المجنون والطفل فلا تصح
مكاتبتهما لرقيقهما ولا مكاتبه سيدهما لهما لأن الكتابة نقل الملك بعوض فلا
تصح منهما كالبيع
مسألة : ولا يصح إلا من جائز التصرف فأما المجنون والطفل فلا تصح
مكاتبتهما لرقيقهما ولا مكاتبه سيدهما لهما لأن الكتابة نقل الملك بعوض فلا
تصح منهما كالبيع

مسألة : فإن كاتب المميز عبده بإذن وليه صح ويحتمل أن لا يصح بناء على
قولنا إنه لا يصح بيعه بإذن وليه ولأنه عقد إعتاق فلم يصح منه كالعق بغير مال
ولا يصح بغير إذن وليه بحال
مسألة : فإن كاتب المميز عبده بإذن وليه صح ويحتمل أن لا يصح بناء على
قولنا إنه لا يصح بيعه بإذن وليه ولأنه عقد إعتاق فلم يصح منه كالعق بغير مال
ولا يصح بغير إذن وليه بحال

مسألة : وإن كاتب السيد عبده المميز صح وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي
: لا يصح فيها جميعها بحال لأنه ليس بمكلف أشبه المجنون
مسألة : وإن كاتب السيد عبده المميز صح وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي
: لا يصح فيها جميعها بحال لأنه ليس بمكلف أشبه المجنون
ولنا أنه يصح تصرفه وبيعه بإذن وليه فصحت منه الكتابة بذلك كالمكلف ودليل
صحة تصرفه قول الله تعالى : { وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح } والابتلاء
الاختبار له بتفويض التصرف إليه ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أو لا ؟
وهل يغبن في بيعه وشرائه أو لا ؟ وإيجاب السيد لعبد المميز المكاتبه إذن له
في قبولها إذا ثبت هذا فإن كان السيد المكاتب طفلاً أو مجنوناً فلا حكم
لتصرفه ولا قوله وإن كانت المكلف أو المجنون لم يثبت لهذا التصرف حكم
المكاتبه الصحيحة ولا الفاسدة لأنه لا حكم لقولهما لكن إن قال إن أدبهما إلى
فأنتم حران فاديا عتقا بالصفة لا بالكتابة وما في أيديهما لسيدهما وإن لم يقل
ذلك لم يعتقا ذكره أبو بكر وقال القاضي : يعتقان وهو مذهب الشافعي لأن

الكتابة تتضمن معنى الصفة فيحصل العتق ههنا بالصفة المحضة كما لو قال إن ادبت إلى فأنت حر

ولنا أنه ليس بصفة صريحا ولا معنى وإنما هو عقد باطل فأشبهه البيع الباطل فصل : إذا كاتب الذمي عبده ثم أسلما صح لأنه عقد معاوضة أو عتق بصفة وكلاهما يصح منه فإذا ترافعا إلى الحاكم بعد الكتابة نظر في العقد فإن كان موافقا للشرع أمضاه وإن كانت كتابته فاسدة مثل أن يكون العوض خمرا أو خنزيرا أو غير ذلك من أنواع الفساد ففيه ثلاث مسائل إحداها : أن يكونا قد تقابضا حال الكفر فتكون الكتابة ماضية والعتق حاصلًا لأن ما تم في حال الكفر لا ينقضه الحاكم ويحكم بالعتق سواء ترافعا قبل الإسلام أو بعده

الثانية : تقابضا بعد الإسلام ثم ترافعا إلى الحاكم فإنه يعتق لأن هذه كتابة فاسدة ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة في الإسلام على ما سنذكره إن شاء الله تعالى

والثالثة : ترافعا قبل قبض العوض الفاسد أو قبض بعضه فإن الحاكم يرفع هذه الكتابو ويبطلها لأنها كتابة فاسدة لم يتصل بها قبض تبرم به ولا فرق بين إسلامهما أو إسلام أحدهما فيما ذكرناه من التغليب بحكم الإسلام وقال أبو حنيفة : إذا كاتبه على خمر ثم أسلما لم يفسد العقد ويؤدي قيمة الخمر لأن الكتابة كالنكاح ولو مهرها خمرا ثم أسلما لم يفسد العقد ويبطل الخمر ولنا أن هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسدا فإذا أسلما قبل التقابض أو أحدهما حكم بفساده كالبيع الفاسد ويفارق النكاح فإن لو عقده المسلم بخمر كان صحيحا وإن أسلم مكاتب الذمي لم تنفسخ الكتابة لأنها وقعت صحيحة ولا يجبر على إزالة ملكه لأنه خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه فإن عجز أجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ فإن اشترى مسلما فكاتبه لم تصح الكتابة لأن الشراء باطل لم يثبت له به ملك وإن أسلم عبده فكاتبه بعد إسلامه لم تصح كتابته لأن الكتابة لا تزيل الملك وقال القاضي : له ذلك وقد ذكرناه في كتاب البيع فإن عجز عاد رقيقا قنا وأجبر على إزالة ملكه عنه فصل : وتصح كتابة الحربي عبده في دار الإسلام وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا تصح لأن ملكه ناقص وحكي عن مالك أنه لا يملك ذلك بدليل أن للمسلم تملكه عليه

ولنا قوله تعالى : { وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم } وهذه الإضافة إليهم تقتضي صحة أملاكهم فتقتضي صحة تصرفاتهم إذا ثبت هذا فإذا كاتب عبده فدخلا مستأمنين إلينا لم يتعرض الحاكم لهما وإن ترافعا إليه نظر بينهما فإن كانت كتابتهما صحيحة ألزمهما حكمها وإن كانت فاسدة بين لهما فسادها وإن جاءا وقد قهر أحدهما صاحبه بطلت الكتابة لأن العبد إن قهر سيده ملكه فبطلت كتابته بخروجه عن ملك سيده وإن قهره السيد على إبطال الكتابة ورده رقيقا بطلت لأن دار الكفر دار قهر وإباحة ولهذا لو قهر حر حرا على نفسه ملكه وإن دخلا من غير قهر فقهر أحدهما الآخر في دار الإسلام لم تبطل الكتابة وكانا على ما كانا عليه قبله لأن دار الإسلام دار حظر لا يؤثر فيها القهر إلا بالحق وإن دخلا مستأمنين ثم أرادا الرجوع إلى دار الحرب لم يمنعا وأن أراد

السيد الرجوع وأخذ المكاتب معه فأبى المكاتب الرجوع معه لم يجبر لأنه بالكتابة زال سلطانه وإنما له في ذمته حق ومن له دين في ذمة غيره لا يملك إجباره على السفر معه لأجله ويقال للسيد : إن أردت الإقامة في دار الإسلام لتستوفي مال الكتابة فاعقد الذمة وأقم إن كانت مدتها طويلة وإن أردت توكيل من يقبض لك نجوم الكتابة فافعل فإذا أدى نجوم الكتابة عتق وهو مخير إن أحب المقام في دار الإسلام عقد على نفسه الذمة وإن أحب الرجوع لم يمنع وإن عجز وفسخ السيد كتابته عاد رقيقا ويرد إلى سيده والأمان باق لأنه مال سيده وسيده عقد الأمان لنفسه وماله فإذا انتقض الأمان في نفسه بعوده لم ينتقض في ماله وإن كاتبه في دار الحرب فهرب ودخل إلينا بطلت الكتابة لأن ملكه زال بقهره على نفسه فأشبه ما لو قهره على غيره من ماله وسواء جاءنا مسلما أو غير مسلم وإن جاء بإذن سيده فالكتابة بحالها لأنه لم يقهر سيده فإذا دخل إلينا بأمان بإذن سيده ثم سبى المسلمون سيده وقتل انتقلت الكتابة إلى ورثته كما لو مات حتف أنفه وإن من عليه الإمام أو فاداه أو هرب فالكتابة بحالها وإن استرقه الإمام فالمكاتب موقوف إن عتق السيد فالكتابة بحالها وإن مات أو قتل فالمكاتب للمسلمين مبقي على ما بقي من كتابته يعتق بالأداء إليهم ولاؤه لهم وإن عجز فهو رقيق لهم فإن أراد المكاتب الأداء قبل عتق سيده وموته أدى إلى الحاكم أو إلى أمينه وكان المال المقبوض موقوفا على ما ذكرناه ويعتق المكاتب بالأداء وسيده رقيق لا يثبت له ولاء قال أبو بكر : يكون الولاء للمسلمين وقال القاضي : يكون موقوفا فإن عتق سيده فهو له وإن مات رقيقا فهو للمسلمين وإن كان استرقاق سيده بعد عتق المكاتب وثبت الولاء عليه فقال القاضي : يكون ولاؤه موقوفا فإن عتق السيد كان الولاء له وإن قتل أو مات على رقه بطل الولاء لأنه رقيق لا يورث فبطل الولاء لعدم مستحقه وينبغي أن يكون للمسلمين لأن مال من لا وارث له للمسلمين فكذلك الولاء والله أعلم

فصل : وإن كاتب المرتد عبده فعلى قول أبي بكر الكتابة باطلة لأن ملكه زال برده وعلى ظاهر المذهب كتابته موقوفة إن أسلم تبينا أنها كانت صحيحة وإن مات على رده أو قبل بطلت وإن أدى في رده لم يحكم بعتقه ويكون موقوفا فإن أسلم سيده تبينا صحة الدفع إليه وعتقه وإن مات على رده أو قتل فهو باطل والعبد رقيق وإن كاتبه وهو مسلم وارتد وحجر عليه لم يكن للعبد الدفع إليه ويؤدي إلى الحاكم ويعتق بالأداء إن دفع إلى المرتد كان موقوفا كما ذكرنا وإن كاتب المسلم عبده المرتد صحت كتابته لأنه يصح بيعه فإن أدى عتق وإن أسلم فهو على كتابته

فصل : وكتابة المريض صحيحة فإن كان مرض الموت المخوف اعتبر من الثلث لأنه بيع ماله بماله فجرى مجرى الهبة ولذلك ثبت الولاء على المكاتب لكونه معتقا فإن خرج من الثلث كانت الكتابة لازمة وإن لم يخرج من الثلث لزم في قدر الثلث وباقيه موقوف على إجازة الورثة يصح بإجازته ويبطل برده وهذا قول الشافعي وقول أبو الخطاب في رؤوس المسائل : تجوز الكتابة من رأس المال لأنه عقد معاوضة أشبه البيع والأول أولى

مسألة : ولا يصح إلا بالقول وينعقد بقوله كاتبك على كذا
مسألة : ولا يصح إلا بالقول وينعقد بقوله كاتبك على كذا
لأنه لفظها الموضوع لها فانعقدت بمجرد كلفظ النكاح فيه

مسألة : ولا يفتقر إلى قوله وإن أديت إلي فأنت حر بل متى أدى عتق
مسألة : ولا يفتقر إلى قوله وإن أديت إلي فأنت حر بل متى أدى عتق
وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي : لا يعتق حتى يقول ذلك أو ينوي بالكتابة
الحرية ويحتمل مثل ذلك عندنا لأن لفظ الكتابة يحتمل المخارجة ويحتمل العتق
بالأداء فلا بد من تمييز أحدهما عن الآخر ككنايات العتق
ولنا أن الحرية موجب عقد لكتابة فثبتت عند تمامه كسائر أحكامه ولأن الكتابة
عقد وضع للعتق فلم يحتج إلى لفظ العتق ولا نيته كالتهدير وما ذكره من
استعمال الكتابة في المخارجة إن ثبت فليس بمشهور فلم يمنع وقوع الحرية
به كسائر الألفاظ الصريحة على أن اللفظ المحتمل ينصرف بالقرائن إلى أحد
محتمليه كلفظ التهدير في معاشه وغيره وهو صريح في الحرية كذلك هذا

مسألة : ولا يصح إلا على عوض معلوم منجم بنجمين فصاعدا
مسألة : ولا يصح إلا على عوض معلوم منجم بنجمين فصاعدا
لا تصح إلا على عوض معلوم لأنها عقد معاوضة أشبهت البيع ولا تجوز إلا منجمة
مؤجلة هذا ظاهر المذهب وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة : تجوز
حالة لأنه عقد على عين فإذا كان عوضه في الذمة جاز أن يكون حالا كالبيع
ولنا أنه قد روي عن جماعة من الصحابة أنهم عقدوا الكتابة ولم ينقل عن واحد
منهم عقدها حالة ولو جاز ذلك لم يتفقوا على تركه ولأن الكتابة عقد معاوضة
يعجز عن أداء عوضها في الحال فكان من شرطها التأجيل كالسلم على أبي
حنيفة ولأنها عقد معاوضة يلحقه الفسخ من شرطه ذكر العوض فإذا وقع على
وجه يتحقق فيه العجز عن العوض لم يصح كما لو أسلم في شيء لا يوجد عند
محلّه ويفارق البيع لأنه لا يتحقق فيه العجز عن العوض لأن المشتري يملك
المبيع والعبد لا يملك شيئاً وما في يده لسيده وفي التنجيم إذا كان أكثر من
نجم حكمتان إحداها ترجع إلى المكاتب وهو التخفيف عليه لأن الأداء مفرداً
أسهل ولهذا تقسط الديون على المعسرين عادة تخفيفاً عليهم والأخرى للسيد
وهي أن مدة الكتابة تطول غالباً فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه إلا
في آخر المدة فإذا عجزه عاد إلى الرق وفاتت منافعه في مدة الكتابة كلها
على سيده من غير نفع حصل له وإذا كانت منجمة نجوماً فعجز عن النجم الأول
فمدته يسيرة وإن عجز عما بعده فقد حصل للسيد نفع بما أخذ من النجوم قبل

عجزه إذا ثبت فأقله نجمان فصاعدا وهذا مذهب الشافعي ونقل عن أحمد أنه قال : من الناس من يقول نجم واحد ومنهم من يقول نجمان ونجمان أحب إلى وهذا يحتمل أن يكون معناه إني أذهب إلى أنه لا يجوز إلى نجمان ويحتمل أن يكون المستحب نجمين ويجوز نجم واحد قال ابن أبي موسى : هذا علي طريق الاختيار وإن جعل المال كله في نجم واحد جاز لأنه عقد يشترط فيه التأجيل فجاز أن يكون إلى أجل واحد كالسلم ولأن اعتبار التأجيل ليتمكن من تسليم العوض وهذا يحصل بنجم واحد ووجه الأول ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال : الكتابة على نجمين والإيتاء من الثاني بنجم وهذا يقتضي أن هذا أقل ما تجوز عليه الكتابة لأن أكثر من نجمين جائز بالإجماع وروي عن عثمان أنه غضب على عبد له فقال : لأعاقبك ولأكاتبنك على نجمين ولو جاز أقل من هذه لعاقبه به في الظاهر وفي حديث بريرة أنها أتت عائشة فقالت : يا أم المؤمنين إني كاتب أهلي على تسع أواق في كل عام أوقيه فأعينيني ولأن الكتابة مشتقة من الضم وهو ضم نجم إلى نجم فدل ذلك على افتقارها إلى نجمين والأول أقيس

[جزء 12 - صفحة 349]

مسألة : ويشترط على ما يؤدي إليه في كل نجم كالثمن في البيع ولثلا يفضي إلى النزاع والاختلاف

مسألة : ويشترط على ما يؤدي إليه في كل نجم كالثمن في البيع ولثلا يفضي إلى النزاع والاختلاف

ولا يشترط تساوي النجوم فإذا قال كاتبك على ألف إلى عشر سنين تؤدي عند انقضاء كل سنة مائة أو قال تؤدي منها مائة عند انقضاء خمس سنين وباقيها عند تمام العشرة أو قال : تؤدي في آخر العام مائة وتسعمائة عند انقضاء السنة العاشرة فكل ذلك جائز فإن قال : تؤدي في كل عام مائة جاز ويكون أجل كل مائة عند انقضاء السنة وظاهر قول القاضي وأصحاب الشافعي أنه لا يصح لأنه لا يبين وقت الأداء من العام

ولنا قول بريرة : كاتب أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية ولأن الأجل إذا علق بمدة تعلق بأحد طرفيها فإن كان بحرف إلى تعليق بأولها كقوله إلى شهر رمضان وإن كان بحرف في كان إلى آخرها لانه جعل جميعها وقتا لادائها فإذا أدى في آخرها كان مؤديا لها في وقتها فلم يتعين عليه الأداء قبله كتأدية الصلاة في آخر وقتها وإن قال تؤديها في عشر سنين أو إلى عشر سنين لم يجز لأنه نجم واحد ومن أجاز الكتابة على نجم واحد أجازها وإن قال : تؤدي بعضها في نصف المدة وباقيها في آخرها لم يجز لأن البعض يقع على القليل والكثير فيكون مجهولا

فصل : وتجوز الكتابة على مال يجوز السلم فيه لأنه يثبت في الذمة مؤجلا في معاوضة فجاز ذلك فيه كعقد السلم فإن كان في الأثمان وكان في البلد نقد واحد جاز إطلاقه لأنه ينصرف إليه فاشبه البيع وإن كان فيه نقود بعضها أغلب

في الاستعمال جاز للاطلاق أيضا وانصرف إليه عند الإطلاق كما لو انفرد وإن كانت مختلفة متساوية في الإستعمال وجب بيانه بما يتميز به من غيره من النقود وإن كان من غير الأثمان وجب وصفه بما يوصف به في السلم فأما ما لا يصح السلم فيه فلا يجوز أن يكون عوضا في الكتابة لأنه عقد معاوضة يثبت عوضه في الذمة فلم يجز بعوض مجهول كالسلم وقال القاضي يصح على عبد مطلق وله الوسط إذا كاتبه على عبد مطلق لم يصح ذكره أبو بكر وهو قول الشافعي يجوز في أحد الوجهين وهو قول حنيفة و مالك لأن العتق لا يلحقه الفسخ فجاز أن يكون الحيوان المطلق عوضا فيه كالعقل ولنا أن ما لا يجوز أن يكون عوضا في البيع والاجارة لا يجوز أن يكو عوضا في الكتابة كالثوب المطلق ويفارق العقل لأنه بدل متلف مقدر في الشرع وههنا عوض في عقد أشبه البيع ولأن الحيوان الواجب في العقل ليس بحيوان مطلق بل هو مقيد بجنسه وسنه فلم يصح الإلحاق به ولأن الحيوان المطلق لا تجوز الكتابة عليه لغير خلاف علمناه وإنما الخلاف في العبد المطلق ولم يرد الشرع به بدلا في موضع علمناه إذا ثبت هذا فإن من صحح الكتابة به أوجب له عبدا وسطا وهو السندي ويكون وسطا من السنديين في قيمته كقولنا في الصداق ولا تصح الكتابة على حيوان مطلق غير العبد فيما علمنا ولا على ثوب ولا دار ولذلك لا تجوز على ثوب من ثيابه ولا عمامة من عمائمه ولا غير ذلك من المجهولات وممن اختار الكتابة على العبد الحسن وسعيد ابن جبير والنخعي و الزهري و ابن سيرين وروي عن أبي برزة وحفصة رضي الله عنهما

[جزء 12 - صفحة 351]

مسألة : وتصح على مال وخدمة سواء تقدمت الخدمة أو تأخرت
مسألة : وتصح على مال وخدمة سواء تقدمت الخدمة أو تأخرت
تجوز الكتابة على المنافع المباحة لأنها أحد العوضين في الإجارة فجاز أن تكون عوضا في الكتابة كالأثمان ويشترط العلم بها كما يشترط في الاجارة فإن كاتبه على خدمة شهر ودينار صح ولا يحتاج إلى ذكر الشهر وكونه عقيب العقد لأن الإجارة تقتضيه فإن عين الشهر بوقت لا يتصل بالعقد مثل أن يكاتبه في المحرم على خدمته في رجب ودينار صح أيضا كما يجوز أن يؤجره داره شهر رجب في المحرم وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز على شهر لا يتصل بالعقد ويشترطون ذكر ذلك ولا يجوزون إطلاقه بناء على قولهم في الإجارة وقد سبق الكلام فيه والخلاف في باب الإجارة ويشترط كون الدينار المذكور مؤجلا لأن الاجل شرط في عقد الكتابة فإن جعل محل الدينار بعد الشهر بيوم أو أكثر صح بغير خلاف نعلمه وإن جعل محله في الشهر أو بعد انقضائه صح أيضا وهذا وقل بعض أصحاب الشافعي وقال القاضي لا يصح لأنه يكون نجما واحدا وهذا لا يصح لأن الخدمة كلها لا تكون في وقت محل الدينار وإنما يوجد جزء منها يسيرا مقاربا له وسائرهما فيما سواه ولأن الخدمة بمنزلة العوض الحاصل في ابتداء

مدتها ولهذا يستحق عوضها جميعه ويكون محلها غير محل الدينار وإنما جازت له حالة لأن المنع من الحلول في غيرها لأجل العجز عنه في الحال وهذا غير موجود في الخدمة فجازت حالة وإن جعل محل الدينار قبل الخدمة وكانت الخدمة غير متصلة بالعقد بحيث يكون الدينار مؤجلا والخدمة بعده جاز وإن كانت الخدمة متصلة بالعقد لم يتصور كون الدينار قبله ولم يجز في أوله لأنه يكون حالا ومن شرطه التأجيل

فصل : إذا كاتب السيد عبده على خدمة مفردة في مدة واحدة مثل أن يكاتبه على خدمة شهر بعينه أو سنة معينة فحكمه حكم الكتابة على نجم واحد على ما مضى من القول فيه ويحتمل أن يكون كالكتابة على أنجم لأن الخدمة تستوفى في أوقات مفردة بخلاف المال وإن جعله على شهر بعد شهر كأن كاتبه في أول المحرم على خدمته فيه وفي رجب صح لأنه على نجمين وإن كاتبه على منفعة في الذمة معلومة كخياطة ثوب عينه أو بناء حائط وصفه صح أيضا إذا كانت على نجمين وإن قال : كاتبك على أن تخدمني هذا الشهر وخياطة كذا على عقيب الشهر صح في قول الجميع وإن قال : على أن تخدمني شهرا من وقتي هذا وشهرا عقيب هذا الشهر صح أيضا وعند الشافعي لا يصح ولنا أنه كاتبه على نجمين فصح كالتالي قبلها

فصل : وإذا كاتب العبد وله مال فماله لسيدته إلا أن يشترط المكاتب فإن كان له سرية أو ولد فهو لسيدته وبه قال الثوري والحسن بن صالح و أبو حنيفة وأبو يوسف و الشافعي وقال الحسن وعطاء و النخعي و سليمان بن موسى وعمرو بن دينار و مالك و ابن أبي ليلى في المكاتب : ماله له ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى و النخعي وعمرو بن دينار و مالك في الولد واحتج لهم بما روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أعتق عبدا وله مال فمال المال للعبد

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : [من باع عبدا وله مال فماله للبايع إلا أن يشترطه المبتاع] متفق عليه والكتابة بيع ولأنه باعه نفسه فلم يدخل معه غيره كولده وأقاربه ولأنه هو وماله كانا لسيدته فإذا وقع العقد على أحدهما بقي الآخر على ما كان عليه كما لو باعه لأجنبي وحديثهم ضعيف قد ذكرنا ضعفه

[جزء 12 - صفحة 353]

مسألة : وإذا أدى ما كوتب عليه أو أبريء منه عتق لأنه لم يبق لسيدته عليه شيء ولا يعتق قبل أداء جميع الكتابة
مسألة : وإذا أدى ما كوتب عليه أو أبريء منه عتق لأنه لم يبق لسيدته عليه شيء ولا يعتق قبل أداء جميع الكتابة
هذا ظاهر كلام الخرقى لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [المكاتب عبد ما بقي عليه درهم] رواه أبو داود دل بمنطوقه على أنه لا يعتق حتى يؤدي جميع كتابته وبمفهومه على أنه إذا أدى

كتابه لا يبقى عبدا قال أحمد في عبد رجلين كاتباه على ألف فأدى تسعمائة ثم أعتق أحدهما نصيبه قال : يعتق إلا نصف المائة وقد روي عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب و الزهري أنهم قالوا : المكاتب عبد ما بقي عليه درهم رواه عنهم الأثرم وبه قال القاسم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة و الثوري وابن شبرمة و مالك و الأوزاعي و الشافعي و إسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك عن أم سلمة وروى سعيد بإسناده عن أبي قلابة قال : كن أزواج النبي صلى الله عليه وسلم لا يحتجبن من مكاتب ما بقي عليه درهم وبإسناده عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلاما على ألف دينار فأدى إليه تسعمائة دينار وعجز عن مائة دينار فرده ابن عمر في الرق

[جزء 12 - صفحة 354]

مسألة : وما فضل في يده فهو له

مسألة : وما فضل في يده فهو له

لأنه كان له قبل العتق فبقي على ما كان وعنه أنه إذا ملك ما يؤدي صار حرا لما روت أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [إذا كان لإحداكن مكاتب فكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه] رواه الترمذي وقال حديث حديث حسن صحيح فأمرهن بالحجاب بمجرد ملكه لما يؤديه ولأنه مالك لمال الكتابة أشبه ما لو أداه فعل هذا متى امتنع من الأداء أجبره الحاكم عليه كسائر الديون الحالة على القادر عليها فإن هلك ما في يده قبل الأداء صار دينا في ذمته وقد صار حرا والصحيح أنه لا يعتق حتى يؤدي وهذا قول أكثر أهل العلم لما ذكرنا من حديث عمرو بن شعيب وروى سعيد بإسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [أيما عبد كانت عليه مائة أوقية فأداها إلا عشرة أواق فهو عبد] وفي رواية : [من كاتب عبده على مائة أوقية فأداها إلا عشر أواق] أو قال : [إلا عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق] وراه الترمذي وقال : هذا حديث غريب ولأنه عتق علق بعوض فلم يعتق قبل أدائه كما لو قال : إذا أديت إلى ألفا فأنت حر فعلى هذه الرواية إذا أدى عتق وإن لم يؤدي لم يعتق فإن امتنع من الأداء فقال أبو بكر : يؤديه الإمام عنه ولا يكون ذلك عجزا ولا يملك السيد الفسخ وهو قول أبي حنيفة ويحتمل أنه إذا لم يؤدي عجزه السيد إن أحب وعاد عبدا غير مكاتب ونحوه قال الشافعي فإنه قال : إن شاء عجز نفسه وامتنع من الأداء ووجه ذلك أن العبد لا يجبر على اكتساب ما يؤديه في الكتابة فلا يجبر على الأداء كسائر العقود الجائزة ووجه الأول أنه قد ثبت للعبد استحقاق الحرية بملك ما يؤدي فلم يملك إبطالها كما لو أدى فإن تلف المال قبل أدائه جاز تعجيزه واسترقاقه وجها واحدا

فصل : إذا أبرأ السيد من مال الكتابة بريء وعتق لأن ذمته خلت من مال الكتابة فأشبه ما لو أداه وإن أبرأه من بعضه بريء منه وهو على الكتابة فيما بقي لأن الإبراء كالإداء فإن كاتبه على دنائير فأبرأه من دراهم أو بالعكس لم

تصح البراءة لأنه أبرأه مما لا يجب عليه إلا أن يريد بقدر ذلك مما لي عليك فإن
اختلفا فقال المكاتب إنما أردت من قيمة ذلك وقال السيد بل ظننت أن لي
عليك النقد الذي أبرأتك منه فلم تقع البراءة موضعها فالقول قول السيد مع
يمينه لأنه أعرف بنيته فإن مات السيد واختلف المكاتب والورثة فالقول قولهم
مع إيمانهم وبحلفون على نفي العلم وإن مات المكاتب واختلف ورثته وسيد
فالقول قول السيد لما ذكرنا

[جزء 12 - صفحة 356]

مسألة : فلو مات قبل الأداء كان ما في يده لسيدته في الصحيح عنه وعلى
الرواية الأخرى لسيدته بقية كتابته والباقي لورثته
مسألة : فلو مات قبل الأداء كان ما في يده لسيدته في الصحيح عنه وعلى
الرواية الأخرى لسيدته بقية كتابته والباقي لورثته
هذه المسألة تشبه أن تكون مبنية على المسألة التي قبلها إن قلنا إنه لا يعتق
بملك ما يؤدي فقد مات رفيقا وانفسخت كتابته بموته وكان ما في يده لسيدته
وإن قلنا إنه عتق بملك ما يؤدي فقد مات حرا وعليه لسيدته بقية كتابته لأنه دين
له عليه والباقي لورثته قال القاضي : الأصح إن الكتابة تنفسخ بموته ويموت
عبدا وما في يده لسيدته رواه الأثرم بإسناده عن عمر وزيد و الزهري وبه قال
ابراهيم وعمر بن عبد العزيز وقتادة و الشافعي لما ذكرناه في التي قبلها ولأنه
مات قبل أداء مال الكتابة فوجب أن تنفسخ كما لو لم يكن له مال وكما لو علق
عتقه بأداء ألف فمات قبل أدائها وعنه أنه يعتق ويموت حرا فيكون لسيدته بقية
كتابته والباقي لورثته روي ذلك عن علي وابن مسعود ومعاوية وبه قال عطاء
والحسن وطاوس وشريح و النخعي و الثوري والحسن بن صالح و مالك و
اسحاق وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة قال : يكون حرا في آخر جزء من حياته
وهذا قول القاضي ووجه هذه الرواية ما تقدم في التي قبلها لأنها معاوضة لا
تنفسخ بموت أحد المتعاقدين فلا تنفسخ بموت الآخر كالبيع ولأن العبد أحد من
تمت به الكتابة فلم تنفسخ بموته كالسيد والأول أولى وتفارق الكتابة البيع لأن
كل واحد من المتعاقدين غير معقود عليه ولا يتعلق العقد بعينه فلم ينفسخ
بتلفه والمكاتب هو المعقود عليه والعقد متعلق بعينه فإذا تلف تمام الأداء
انفسخ العقد كما لو تلف المبيع قبل قبضه ولأنه مات قبل وجود شرط حرته
ويتعذر وجودها بعد موته فأما إن مات ولم يخلف وفاء فلا خلاف في المذهب أن
الكتابة تنفسخ بموته ويموت عبدا وما في يده لسيدته وهو قول أهل الفتاوي من
أئمة الأمصار إلا أن يموت بعد أداء ثلاثة أرباع الكتابة عند أبي بكر و القاضي
ومن وافقهما فإنه يموت حرا في مقتضى قولهم وسنذكر ذلك إن شاء الله
تعالى وقال مالك : إن كان له ولد حر انفسخت الكتابة وإن كان مملوكا في
كتابته أجبر على دفع المال إن كان له مال وإن لم يكن له أجبر على الاكتساب
والأداء

فصل : ولا تنفسخ الكتابة بالجنون لأنها عقد لازم فلم تنفسخ بالجنون كالرهن وفارق الموت لأن العقد على العين والموت يفوت العين بخلاف الجنون ولأن القصد من الكتابة العتق والموت ينافيه ولهذا لا يصح عتق الميت والمجنون لا ينافيه بدليل صحة عتق المجنون فعلى هذا إن أدى إليه المال عتق لأن السيد إذا قبض منه فقد استوفى حقه الذي كان عليه وله أخذ المال من يده فيتضمن ذلك براءته من المال فيعتق بحكم العقد وإن لم يؤد إليه كان للسيد أن يحضره عند الحاكم وتثبت الكتابة بالبينة فيبحث الحاكم عن ماله فإن وجد له مالا سلمه في الكتابة وعتق وإن لم يجد له مالا جعل له أن يعجزه ويلزمه الانفاق عليه لأنه عاد قنا ثم إن وجد له الحاكم بعد ذلك مالا يفي بمال الكتابة أبطل فسوخ السيد لان الباطل بخلاف ما حكم به فبطل حكمه كما إذا أخطأ النص وحكم بالاجتهاد إلا أنه يرد على السيد ما أنفقه من حين الفسخ لأنه لم يكن مستحقا عليه في الباطن وإن أفاق وأقام البينة أنه كان قد دفع إليه مال الكتابة بطل أيضا ولا يرد عليه ما أنفقه لأنه أنفق عليه مع علمه بحريته فكان متطوعا بذلك فلم يرجع به وينبغي أن يستحلف الحاكم السيد أنه ما استوفى مال الكتابة وهذا قول أصحاب الشافعي ولم يذكره أصحابنا وهو حسن لأنه يحتمل أنه استوفاه والمجنون لا يعبر عن نفسه فيدعيه فيقوم الحاكم مقامه في استحلافه عليه فصل : وقتل المكاتب كموته في انفساخ الكتابة على ما أسلفنا من الخلاف سواء كان القاتل السيد أو الأجنبي ولا قصاص على قاتله الحر لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم للحديث فإن كان القاتل سيده ولم يخلف وفاء انفسخت الكتابة وعاد ما في يده إلى سيده ولم يجب عليه شيء لأنه لو وجب لوجب له فإن قيل فالقاتل لا يستحق بالقتل شيئا من تركة المقتول قلنا : ههنا لا يرجع إليه مال المكاتب ميراثا بل بحكم ملكه عليه لزوال الكتابة وإنما يمنع القاتل الميراث خاصة الا ترى أن من له دين مؤجل إذا قتل من عليه الحق حل الدين في رواية وأم الولد إذا قتلت سيدها عتقت وإن كان المكاتب قد خلف وفاء وقلنا إن الكتابة تنفسخ بموته فالحكم كذلك وإن قلنا لا تنفسخ فله القيمة على سيده تصرف إلى ورثته كما لو كانت الجناية على بعض أطرافه في حياته وإن كان الوفاء يحصل بإيجاب القيمة ولا يحصل بدونها وجب كما لو خلف وفاء لأن دية المتقول كتركته في قضاء ديونه منها وانصرافها إلى ورثته بينهم على فرائض الله تعالى ولا فرق فيما ذكرنا بين أن يخلف وارثا أو لا يخلف وارثا وذكر القاضي أنه إذا لم يخلف وارثا سوى سيده لم تجب القيمة عليه بحال ولنا أن من لا وارث له يصرف ماله إلى المسلمين ولا حق لسيده فيه لأن صرفه إلى سيده بطريق الإرث والقاتل لا ميراث له وإن كان القاتل أجنبيا وجبت القيمة للسيد إلا في الموضوع الذي لا تنفسخ الكتابة تجب لورثته

[جزء 12 - صفحة 359]

مسألة : وإذا عجلت الكتابة قبل محلها لزم السيد الأخذ وعتق

مسألة : وإذا عجلت الكتابة قبل محلها لزم السيد الأخذ وعتق هذا المنصوص عن أحمد ويحتمل أن لا يلزمه ذلك إذا كان في قبضه ضرر وذكر أبو بكر فيه رواية أخرى أنه لا يلزمه قبول المال إلا عند نجومه لأن بقاء المكاتب في هذه المدة في ملكه حق له ولم يرض بزواله فلم يزل كما لو عتق عتقه على شرط لم يعتق والصحيح في المذهب الأول وهو مذهب الشافعي إلا أن القاضي قال : أطلق أحمد و الخرقى هذا القول وهو مقيد بما لا ضرر في قبضه قبل محله كالذي لا يفسد ولا يخلف ولا يختلف قديمه وحديثه ولا يحتاج إلى مؤنة في حفظه ولا يدفعه في حال خوف يخاف ذهابه فإن اختل أحد هذه الأمور لم يلزمه قبضه مثل أن يكون مما يفسد كالعنب والرطب والبطيخ أو يخاف تلفه كالحيوان فإنه ربما تلف قبل المحل ففاته مقصوده وإن كان مما يكون حديثه خيرا من قديمه لم يلزمه أيضا أخذه لأنه ينقص إلى حين الحلول وإن كان مما يحتاج إلى مخزن كالطعام والقطن لم يلزمه أيضا لأنه يحتاج في أبقائه إلى وقت المحل إلى مؤنة فيتضرر بها ولو كان غير هذا إلا أن البلد مخوف لم يلزمه أخذه لأن في أخذه ضررا لم يرض بالتزامه وكذلك لو سلمه إليه في طريق مخوف أو في موضع يتضرر بقبضه فيه لم يلزمه قبضه ولم يعتق المكاتب ببذله

قال القاضي : و المذهب عندي أن فيه تفصيلا على حسب ما ذكرناه في السلم لأنه لا يلزم الإنسان التزام ضرر لم يقتضيه العقد ولا رضي بالتزامه وأما ما لا ضرر في قبضه فإذا عجله لزم السيد أخذه

وذكر أبو بكر أنه يلزمه قبوله من غير تفصيل اعتمادا على إطلاق أحمد القول في ذلك وهو ظاهر إطلاق الخرقى لما روى الأثرم بإسناده عن أبي بكر بن حزم أن رجلا أتى عمر فقال يا أمير المؤمنين إنني كاتبت على كذا وكذا وإنني أيسرت بالمال وأتيت به فزعم أنه لا يأخذه إلا نجوما فقال عمر رضي الله عنه يا يرفا خذ هذا المال فاجعله في بيت المال وأد إليه نجوما في كل عام وقد عتق هذا فلما رأى ذلك سيده أخذ المال وعن عثمان رضي الله عنه نحو هذا

ورواه سعيد بن منصور في سننه عن عمر وعثمان جميعا وثنا هشيم عن ابن عون عن محمد بن سيرين أن عثمان قضى بذلك ولأن الأجل حق لمن عليه الدين فإذا قدمه فقد رضي بإسقاط حقه فسقط كسائر الحقوق فإن قيل إذا علق عتق عبده على فعل في وقت ففعله في غيره لم يعتق قلنا تلك صفة مجردة لا يعتق إلا بوجودها والكتابة معاوضة يبدأ فيها بأداء العوض فافترقا ولذلك لو أبراه من العوض في الكتابة عتق ولو أبراه من المال في الصفة المجردة لم يعتق قال شيخنا : والأولى ما قاله القاضي في أن ما كان في قبضه ضرر لم يلزمه قبضه ولم يعتق ببذله لما ذكرناه من الضرر الذي لم يقتضه العقد وخبر عمر لا دلالة فيه على وجوب قبض ما فيه ضرر ولأن أصحابنا قالوا : لو لقيه في بلد آخر فدفع إليه نجوم الكتابة أو بعضها فامتنع من أخذها لضرر فيه من خوف أو مؤنة حمل لم يلزمه قبوله لما عليه من الضرر فيه وإن لم يكن فيه ضرر لزمه قبضه كذا ههنا وكلام أحمد محمول على ما إذا لم يكن في قبضه ضرر وكذلك قول الخرقى وأبي بكر

فصل : إذا أحضر المكاتب مال الكتابة أو بعضه ليسلمه فقال السيد : هذا حرام أو غصب لا أقبله منك سئل العبد عن ذلك فإن أقر به لم يلزم السيد قبوله لأنه لا يلزمه أخذ المحرم ولا يجوز له وإن أنكر وكانت للسيد بينة بدعواه لم يلزمه قبوله وتسمع بينته لأن له حقا في أن لا يقتضي دينه من حرام ولا يأمن أن يرجع صاحبه عليه به وإن لم تكن له بينة فالقول قول العبد مع يمينه فإن نكل عن اليمين لم يلزم السيد قبوله أيضا وإن حلف قيل للسيد : إما أن تقبضه وإما أن تبرئه ليعتق فإن قبضه وكان تمام كتابته عتق ثم ينظر فإن ادعى أنه حرام مطلقا لم يمنع منه لأنه لم يقر به لأحد وإنما تحريمه فيما بينه وبين الله تعالى وإن ادعى أنه غصبه من فلان لزمه دفعه إليه لأن قوله : وإن لم يقبل في حق المكاتب فإنه يقبل في حق نفسه كما لو قال رجل لعبد في يد غيره هذا حر وأنكر ذلك من العبد في يده لم يقبل قوله عليه فإن انتقل إليه بسبب من الأسباب لزمته حرته فإن أبرأه من مال الكتابة لم يلزمه قبضه لأنه لم يبق له عليه حق وإن لم يبرئه ولم يقبضه كان له دفع ذلك إلى الحاكم ويطالبه بقبضه فينوب الحاكم في قبضه عنه ويعتق العبد كما روينا عن عمر وعثمان رضي الله عنهما في قبضهما مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه

فصل : إذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره فلو كاتبه على دنائير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض وإن كانت على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره وإن كانت على نقد فأعطاه من جنسه خيرا منه وكان ينفق فيما ينفق فيه الذي كاتبه عليه لزمه أخذه لأنه زاده خيرا وإن كان لا ينفق في بعض البلدان التي ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله لأن عليه فيه ضررا

[جزء 12 - صفحة 363]

مسألة : ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيدته ويضع عنه بعض كتابته مثل أن يكاتبه على ألف في نجمين إلى سنة

مسألة : ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيدته ويضع عنه بعض كتابته مثل أن يكاتبه على ألف في نجمين إلى سنة ثم قال : عجل لي خمسمائة حتى أضع عنك الباقي أو حتى أبرئك من الباقي أو قال : صالحني منه على خمسمائة معجلة جاز ذلك وبه يقول طاوس و الزهري و النخعي و أبو حنيفة وكرهه الحسن و ابن سيرين و الشعبي وقال الشافعي : لا يجوز لأن هذا بيع ألف بخمسمائة وهو ربا الجاهلية وهو أن يزيد في الدين لأجل الأجل وهذا أيضا هبة لأن هذا لا يجوز بين الأجانب والربا يجري بين المكاتب وسيدته فلم يجز هذا بينهما كالأجانب

ولنا أن مال الكتابة غير مستقر ولا هو دين صحيح بدليل أنه لا يجبر على أدائه أن يمتنع من أدائه ولا تصح الكفالة به وما يؤديه إلى سيده كسب عبده وإنما جعل الشرع هذا العقد وسيلة إلى العتق وأوجب فيه التأجيل مبالغة في تحصيل العتق وتخفيفا على المكاتب فإذا أمكنه التعجيل على وجه يسقط عنه بعض ما

عليه كان أبلغ في حصول العتق وأخف على العبد ويحصل من السيد إسقاط بعض ماله على عبده ومن الله تعالى إسقاط بعض ما أوجبه عليه من الأجل لمصلحته ويفارق سائر الديون بما ذكرنا ويفارق الأجانب من حيث إن هذا عبده فهو أشبه بعبده القن وأما قولهم : إن الرب يجري بينهما فيمنعه ما ذكره ابن أبي موسى وإن سلمنا فإن هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه وهو يخالف ربا الجاهلية فإنه إسقاط لبعض الدين وربا الجاهلية زيادة في الدين تفضي إلى نفاذ مال المدين وتحمله ما يعجز عن وفائه من الدين فيحبس من أجله وهذا يفضي إلى تعجيل عتق المكاتب وخلصه من الرق والتخفيف عنه فافترقا

فصل : فإن اتفقا على الزيادة في الأجل والدين مثل أن يكاتبه على ألف في نجمين إلى سنة يؤدي خمسمائة في نصفها والباقي في آخرها فيجعلانها إلى سنتين بألف ومائتين في كل سنة ستمائة أو مثل أن يحل عليه نجم فيقول : أخرني إلى كذا وأزيدك كذا فلا يجوز لأن الدين المؤجل إلى وقت لا يتأخر أجله عن وقته باتفاقهما عليه ولا يتغير أجله بتغييره وإذا لم يتأخر عن وقته لم تصح الزيادة التي في مقابلته ولأن هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم وهو الزيادة في الدين للزيادة في الأجل ويفارق المسألة الأولى من هذين الوجهين فإن قيل : فكما أن الأجل لا يتأخر فكذلك لا يتعجل ولا يصير المؤجل حالا فلم جاز في المسألة الأولى ؟ قلنا إنما جاز في المسألة الأولى بالتعجيل فعلا فإنه إذا دفع إليه الدين المؤجل قبل محله جاز وجاز للسيد إسقاط باقي حقه عليه وفي هذه المسألة يأخذ أكثر مما وقع عليه العقد فهو ضد المسألة الأولى وهو ممتنع من وجه آخر لأن في ضمن الكتابة أنك متى أدبت إلى كذا فأنت حر فإذا أدى إليه ذلك فينبغي أن يعتق فإن قيل : فإذا غير الأجل والعوض فكأنهما فسحا الكتابة الأولى وجعلنا كتابة ثانية قلنا : لم يجر بينهما فسح وإنما قصدا تغيير العوض والأجل على وجه لا يصح فبطل التغيير وبقي بحاله ويحتمل أن يصح ذلك كما في المسألة الأولى فعلى هذا لو اتفقا على ذلك ثم رجع أحدهما قبل التعجيل فله الرجوع لما ذكرنا من أن الدين المتأخر لا يتأخر عن أجله ولا يتقدم وإنما له أن يؤديه محله ولمن له الدين ترك قبضه في محله وذلك إلى اختياره فإذا وعد به ثم رجع قبل الفعل فله ذلك

فصل : وإن صالح المكاتب سيده عما في ذمته بغير جنسه مثل أن يصلح عن النقود بحنطة أو شعير جاز إلا أنه لا يجوز أن يصلحه على شيء مؤجل لأنه يكون بيع بدين وإن صالحه عن الدراهم بدنانير أو عن الحنطة بشعير لم يجر التفريق قبل القبض لأن هذا بيع في الحقيقة فيشترط له القبض في المجلس وقال القاضي : يحتمل أن لا تصح هذه المصالحة مطلقا لأن هذا دين من شرطه التأجيل فلم تجز المصالحة عليه بغيره ولأنه دين غير مستقر فهو كدين السلم وقال ابن أبي موسى : لا يجري الربا بين المكاتب وسيده فعلى قوله تجوز المصالحة كيفما كانت كما تجوز بين العبد القن وسيده والأولى ما ذكرنا ويفارق دين الكتابة دين السلم فإنه يفارق سائر الديون بما ذكرنا في هذه المسألة فمفارقتة لدين السلم أعظم

مسألة : وإذا أدى وعتق فوجد السيد بالعوض عيبا فله أرشه أو قيمته ولا يرتفع العتق
مسألة : وإذا أدى وعتق فوجد السيد بالعوض عيبا فله أرشه أو قيمته ولا يرتفع العتق

وجملة ذلك أن المكاتب إذا دفع العوض في الكتابة فبان مستحقا تبين أنه لم يعتق وكان وجود هذا الدفع كعدمه لأنه لم يؤد الواجب عليه وقيل له : إن أدبت الآن وإلا فسخت كتابتك وإن كان قد مات بعد الأداء فقد مات عبدا فإن بان معيبا مثل أن كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيبا بعد قبضها نظرت فإن رضي بذلك وأمسكها استقر العتق فإن قيل يستقر العتق ولم يعطه جميع ما وقع عليه العقد فإن ما يقابل العيب لم يقبضه فأشبه ما لو كاتبه على عشرة فأعطاه تسعة قلنا : إمساكه العيب راضيا به رضا منه باسقاط حقه فجرى مجرى إبرائه من بقية كتابته وإن اختار إمساكه وأخذ أرش العيب أو رده فله ذلك قال أبو بكر : وقياس قول أحمد أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الأرش لأن العتق إتلاف واستهلاك فإذا حكم بوقوعه لم يبطل كعقد الخلع ولأنه ليس المقصود منه المال فأشبه الخلع

وقال القاضي : يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع لأن العتق إنما يستقر باستقرار الأداء وقد ارتفع الأداء فارتفع العتق وهذا مذهب الشافعي لأن الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضي فوجب أن يفسخ بوجود العيب كالبيع وإن اختار إمساكه وأخذ الأرش فله ذلك وتبين أن العتق لم يقع لأننا تبينا أن ذمته لم تبرأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ظن وقوع العتق لا يوقعه إذا بان الأمر بخلافه كما لو بان العوض مستحقا وإن تلفت العين عند السيد أو حدث بها عنده عيب استقر أرش العيب والحكم في ارتفاع العتق على ما ذكرنا فيما مضى ولو قال السيد لعبده : إن أعطيتني عبدا فانت حر فأعطاه عبدا فبان حرا أو مستحقا لم يعتق بذلك لأن معناه إن أعطيتني ملكا ولم يعطه إياه ملكا ولم يملكه إياه

فصل : وإذا دفع إليه مال الكتابة ظاهرا فقال له السيد : أنت حر أو قال : هذا حر ثم بان العوض مستحقا لم يعتق بذلك لأن ظاهره الإخبار عما حصل له بالأداء فلو ادعى المكاتب أن السيد قصد بذلك عتقه وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه لأن الظاهر معه وهو أخبر بما نوى
فصل : قال رضي الله عنه : ويملك المكاتب اكتسابه ومنافعه والشراء والبيع والإجارة والاستئجار والسفر وأخذ الصدقة والإنفاق على نفسه وولده ورقيقه وكل ما فيه صلاح المال يملك المكاتب إكسابه ومنافعه والشراء والبيع باجماع أهل العلم لأن عقد الكتابة لتحصيل العتق ولا يحصل إلا بأداء عوضه ولا يمكنه الأداء إلى بالاكتساب والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب فإنه قد جاء في بعض الآثار أن تسعة أعشار الرزق في التجارة ويملك الأجارة والاستئجار قياسا على البيع والشراء ويملك السفر قريبا كان أو بعيدا وهذا قول الشعبي و

النخعي والحسن بن صالح و أبي الحنيفة وقد أطلق أصحابنا القول في ذلك ولم يفرقوا بين السفر الطويل وغيره وقياس المذهب أن له منعه من سفر تحل نجوم كتابته قبله لأنه يتعذر معه استيفاء النجوم في وقتها والرجوع في رقه عند عجزه فمنع منه كالغريم الذي يحل الدين عليه قبل مدة سفره واختلف قوله فقال في موضع له السفر وقال في موضع ليس له السفر إذا كان قصيرا لأنه في حكم الحاضر والموضع الذي منع منه إذا كان بعيدا يتعذر معه استيفاء نجومه والرجوع في رقه عند عجزه ولنا أن المكاتب في يد نفسه وإنما للسيد عليه دين أشبه الحر المدين وما ذكروه لا أصل له ويبطل بالحر الغريم وله أخذ الصدقة الواجبة والمستحبة لأن الله تعالى جعل للمكاتبين الأخذ من الواجبة وإذا جاز الأخذ من الواجبة فالمستحبة أولى

[جزء 12 - صفحة 368]

مسألة : وإن شرط عليه أن لا يسافر ولا يأخذ الصدقة فهل يصح الشرط ؟
على وجهين

مسألة : وإن شرط عليه أن لا يسافر ولا يأخذ الصدقة فهل يصح الشرط ؟
على وجهين

إذا شرط السيد على مكاتبته أن لا يسافر فقال القاضي : الشرك باطل وهو قول الحسن وسعيد بن جبير و الشعبي و النخعي و أبي حنيفة لأنه ينافي مقتضى العقد فلم يصح شرطه كشرط ترك الاكتساب ولأنه غريم فلم يصح ترك السفر عليه كما لو أقرض لرجل قرضا بشرط أن لا يسافر وقال أبو الخطاب : يصح الشرط وله منعه من السفر وهو قول مالك لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [المسلمون على شروطهم] ولأنه شرط له فيه فائدة فلزم كما لو شرط نقدا معلوما وبيان فائدته أنه لا يأمن إياقه وأنه لا يرجع إلى سيده فيفوت العبد والمال الذي عليه ويفارق القرض فإنه عقد جائز من جانب المقرض متى شاء طالب بأخذه ومنع الغريم السفر قبل إيفائه فكان المنع من السفر حاصلا بدون شرطه بخلاف الكتابة فإنه لا يمكن السيد منعه من السفر إلا بشرطه وفيه حفظ عبده وماله فلا يمنع من تحصيله وهذا أصح إن شاء الله تعالى فعلى هذا الوجه لسيد منعه من السفر فإن سافر بغير إذنه فله رده إن أمكنه وإن لم يمكنه رده احتمل أن له تعجيزه ورده إلى الرق لأنه لم يف بما شرط عليه أشبه ما لو لم يف بأداء الكتابة واحتمل أن لا يملك ذلك لأنه مكاتب كتابة صحيحة لم يظهر عجزه فلم يملك تعجيزه كما لو لم يشترط عليه فصل : وإن شرط عليه أن لا يسأل الناس فقال أحمد : قال جابر بن عبد الله : هم على شروطهم إن رأيتهم يسأل تنهاه فإن قال : لا أعود لم يرد عن كتابته في مرة فظاهر هذا أن الشرط صحيح لازم وأنه إن خالف مرة لم يعجزه وإن خالف مرتين أو أكثر فله تعجيزه قال أبو بكر : إذا رآه يسأل مرة في مرة

عجزه كما إذا حل نجم في نجم عجزه فاعتبر المخالفة في مرتين كحلول نجمين وإنما صح الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام : [المسلمون على شروطهم] ولأن له في هذا فائدة وغرضاً صحيحاً وهو أن لا يكون كلاً على الناس ولا يطعمه من صدقتهم وأوساخهم وذكر أبو الخطاب إنه لا يصح الشرط لأن الله تعالى جعل للمكاتب سهماً من الصدقة بقوله تعالى : { وفي الرقاب } وهم المكاتبون فلا يصح اشتراط ترك طلب ما جعل الله له

[جزء 12 - صفحة 369]

مسألة : وله الإنفاق على نفسه وولده ورقيقه وكل ما فيه صلاح المال
مسألة : وله الإنفاق على نفسه وولده ورقيقه وكل ما فيه صلاح المال
لأن له التصرف في المال بما يعود بمصلحته ومصلحة ماله والإنفاق على نفسه وولده ورقيقه من أهم المصالح فينفق عليهم ما يحتاجون إليه من مأكلهم ومشربهم وكسوتهم بالمعروف مما لا غنى لهم عنه والحيوان الذي له وله تاديب عبيده وتعزيرهم إذا فعلوا ما يستحقون ذلك لأنه من مصلحة ملكه كالنفقة عليهم ولا يملك إقامة الحد عليهم لأنه موضع ولاية وما هو من أهلها وله أن يختنهم لأنه من مصلحتهم وله المطالبة بالشفعة والأخذ بها لأنه نوع شراء فإن كان المشتري للشقص سيده فله أخذه منه لأن له أن يشتري منه وإن اشترى المكاتب شقصاً لسيدته فيه شركة فله أخذه من المكاتب بالشفعة لأنه مع سيده في باب البيع والشراء كالأجنبي وإن وجبت للسيد على مكاتبه في البيع بالمحاباة صح منه وكان لسيدته الأخذ بالشفعة لأن بيعه بالمحاباة مع سيده فيه صحيح ويصح إقرار المكاتب بالبيع والشراء والعيب والدين لأنه يصح تصرفه فيه بذلك ومن ملك شيئاً ملك الإقرار به

[جزء 12 - صفحة 371]

مسألة : وليس له أن يتزوج ولا يتسرى ولا يتبرع ولا يقرض ولا يحابي ولا يقتص من عبده الجاني على بعض رقيقه ولا يعتق ولا يكاتب إلا بإذن سيده
مسألة : وليس له أن يتزوج ولا يتسرى ولا يتبرع ولا يقرض ولا يحابي ولا يقتص من عبده الجاني على بعض رقيقه ولا يعتق ولا يكاتب إلا بإذن سيده
وجملة ذلك أن المكاتب ليس له أن يتزوج إلا بإذن سيده وهو قول الحسن و مالك والليث و أبي حنيفة و الشافعي و أبي يوسف وقال الحسن بن صالح : له ذلك لأنه عقد معاوضة أشبه البيع
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : [أيما عبد تزوج إذن مواليه فهو عاهر] ولأن على السيد ضرراً لأنه إن عجز رجوع إليه ناقص القيمة ويحتاج أن يؤدي

المهر والنفقة من كسبه فيعجز عن أداء نجومه فيمنع من ذلك كالتبرع به فعلى هذا إذا تزوج لم يصح وقال الثوري : نكاحه موقوف إن أدى تبينا أنه كان صحيحا وإن عجز فنكاحه باطل

ولنا الخبر ولأنه تصرف منع منه للضرر فلم يصح كالهبة إذا ثبت هذا فإنه يفرق بينهما ولا مهر لها إن كان قبل الدخول وإن كان بعده فعليه مهر المثل يؤدي من كسبه كجنايته فإن أتت بولد لحقه نسبه لأنه من وطء في نكاح فاسد فإن كانت المرأة حرة فهو حر وإن كانت أمة فهو رقيق لسيدها فإن أذن له سيده في النكاح صح في قول الجميع فإن الخبر يدل بمفهومه على أنه يصح إذا أذن له لأن المنع من نكاحه لحق السيد فإذا أذن فيه زال المانع وقياسا على ما إذا أذن لعبد القن

فصل : وليس له التسري بغير إذن سيده لأن ملكه ناقص وقال الزهري : لا ينبغي لأهله أن يمنعوه من التسري

ولنا أن على السيد فيه ضررا فمنع منه كالتزويج وبيان الضرر أنه ربما أحبلها والحمل عيب في بنات آدم وربما تلفت وربما ولدت فصارت أم ولد يمتنع عليه بيعها في أداء كتابته فإن عجز رجعت إلى سيده ناقصة وإذا منع من التزويج لضرره فهذا أولى فإن أذن له سيده جاز وقال الشافعي : لا يجوز في أحد القولين لأنه أمر يضربه وربما أفضى إلى منعه من العتق فلم يجز بإذن السيد ولنا أنه لو أذن لعبد القن في التسري جاز فللمكاتب أولى ولأن المنع كان لأجل الضرر بالسيد فجاز بإذنه كالتزويج إذا ثبت هذا فإنه إن تسري بإذن سيده أو غير إذنه فلا حد عليه لشبهة الملك ولا مهر عليه لأنه لو وجب له ولا يجب على الإنسان شيء لنفسه فإن ولدت فالنسب لاحق به لأن الحد إذا سقط للشبهة لحقه النسب ويكون الولد مملوكا له لأنه ابن أمته ولا يعتق عليه لأن ملكه غير تام وليس له بيعه لأنه ولده ويكون موقوفا على كتابته فإن أدى عتق وعتق الولد لأنه ملك لأبيه الحر وإن عجز وعاد إلى الرق فولده رقيق أيضا ويكونان مملوكين للسيد

فصل : وليس له أن يزوج عبده وإماؤه بغير إذن سيده وهذا قول الشافعي و ابن المنذر وذكر عن مالك أن له ذلك إذا كان على وجه النظر لأن عقد على منفعه فملكه كالإجارة وحكي عن القاضي أنه قال في الخصال : له تزويج الأمة دون العبد لأنه يأخذ عوضا عن تزويجها بخلاف العبد ولأنه عقد على منافعتها أشبه إجارتها

ولنا أن على السيد فيه ضررا لأنه إن زوج العبد لزمته نفقة امرأته ومهرها وشغله بحقوق النكاح ونقص قيمته وإن زوج الأمة ملك الزوج بضعها ونقصت قيمتها وقلت الرغبات فيها وربما امتنع بيعها بالكلية وليس ذلك من جهات المكاسب فربما أعجزه ذلك عن أداء نجومه وإن عجز عاد رقيقا للسيد مع ما تعلق بهم من الحقوق ولحقهم من النقص وفارق الإجارة فإنها من جهات المكاسب عادة فعلى هذا إن وجب تزويجهم لطلبهم ذلك وحاجتهم إليه باعهم فإن العبد متى طلب التزويج خير سيده بين بيعه وتزويجه وإن أذن السيد في ذلك جاز لأن الحق له والمنع منه

فصل : وليس له استهلاك ماله ولا هبته وبه قال الحسن و مالك و الثوري و الشافعي و أصحاب الرأي و لا نعلم فيه خلافا لأن حق سيده لم ينقطع عنه لأنه قد يعجز فيعود إليه و لأن القصد من الكتابة تحصيل العتق بالأداء و هبة ماله تفوت ذلك و تجوز بإذن سيده و قال أبو حنيفة : لا تجوز لأنه يفوت المقصود بالكتابة و عن الشافعي كالمذهبيين

ولنا أن الحق لا يخرج عنهما فجاز باتفاقهما كالراهن والمرتهن و لا تصح الهبة بالثواب و قال الشافعي في أحد قوليه : تصح لأن فيها معاوضة و لنا أن الاختلاف في تقدير الثواب يوجب الغرر و لأن عوضها يتأخر فهو كالبيع نسيئة و إن أذن السيد فيها جازت و لذلك إن وهب لسيدة أو لابن سيده الصغير جاز لأن قبوله للهبة إذن فيها و ليس له أن يحايي في البيع و لا يزيد في الثمن الذي اشترى به لأنه اتلاف للمال على سيده فأشبهه الهبة و لا يجوز له أن يعير دابته و لا يهدي هدية و أجاز ذلك أصحاب الرأي و يحتمل جواز اعارة دابته و هدية المأكول و دعائه إليه كالمأذون له لأن المكاتب لا ينحط عن درجته و وجه الأول أنه تبرع بماله فلم يجر كالهبة و ليس له أن يوصي بماله و لا يحط عن المشتري شيئا و لا يقرض لأنه يعرضه للاتلاف و لا يضمن و لا يتكفل بأمد و به قال الشافعي و أصحاب الرأي لأن ذلك تبرع بماله فهو كالهبة و لا يقتص من عبده الجاني على بعض رقيقه ذكره أبو بكر لأن فيه اتلاف للمال على سيده و قال القاضي له أن يقتص من الجناة عليه و على رقيقه و يأخذ الأرش لأن فيه مصلحته

فصل : و لا يعتق رقيقه إلا بإذن سيده وبه قال الحسن و الأوزاعي و مالك و الشافعي و أبو حنيفة لأن فيه ضررا على سيده بتفويت ماله فيما لا يحصل له به مال أشبه الهبة فإن أعتق لم يصح إعتاقه و يتخرج أن يصح و يقف على إذن سيده و قال أبو بكر : هو موقوف على آخر أمر المكاتب فإن أدى عتق معتقه و إن لم يؤد رق قال القاضي : هذا قياس المذهب كقولنا في ذوي الأرحام : إنهم موقوفون

ولنا أنه تبرع بماله بغير إذن سيده فكان باطلا كالهبة و لأنه تصرف تصرفا منع منه لحق سيده فكان باطلا كسائر ما منع و لا يصح قياسه على ذوي أرحامه لأن عتقهم ليس بتصرف منه و إنما يعتقهم الشرع على مالكهم بملكهم و المكاتب ملكه ناقص فلم يعتقوا به فإذا عتق كمل ملكه فعتقوا حينئذ و المعتق إنما يعتق بالإعتاق الذي كان باطلا فلا تتبين صحته إذا كمل الملك لأن كمال الملك في الثاني لا يوجب كونه كاملا حين الإعتاق و لذلك لا يصح سائر تبرعاته بأدائه فإن أذن سيده صح و قال الشافعي في أحد قوليه : لا يصح لأن تبرعه بماله يفوت المقصود من كتابته وهو العتق الذي هو حق لله تعالى أو فيه حق له فلا يجوز تفويته و لأن العتق لا ينفك من الولاء و ليس من أهله و لأن ملك المكاتب ناقص و السيد لا يملك إعتاق ما في يده و لا هبته فلم يصح إذنه فيه و لنا أن الحق لا يخرج عنهما فإذا اتفقا على التبرع به جاز كالراهن والمرتهن و ما ذكره يبطل بالنكاح فإنه لا يملكه و لا يملكه السيد عليه و إذا أذن فيه جاز و أما الولاء فإنه يكون موقوفاً فإن عتق المكاتب كان له و إلا فهو لسيدة كما يرق مماليكه من ذوي أرحامه هذا قول القاضي و قال أبو بكر يكون لسيدة كان إعتاقه إنما صح بإذن سيده فكان كئائبه

فصل : قال شيخنا : وليس له أن يحج إذا احتاج إلى انفاق ماله فيه وذكر في كتاب الاعتكاف أن له أن يحج بغير إذن سيده لأنه كالححر المدين ونقل الميموني عن أحمد للمكاتب أن يحج من المال الذي جمعه إذا لم يأت نجمه قال شيخنا : وذلك محمول على أنه يحج بإذن سيده أما بغير إذنه فلا يجوز لأنه تبرع بما ينفق ماله فيه فلم يجز كالعتق فأما إن أمكنه الحج من غير انفاق ماله كالذي يتبرع له إنسان باحجابه أو يخدم من ينفق عليه فيجوز إذا لم يأت نجمه لأن هذا يجري مجرى تركه المكسب وليس ذلك مما يمنع منه

فصل : وليس للمكاتب أن يكاتب إلا بإذن سيده وهو قول الحسن و الشافعي لأن الكتابة نوع إعتاق فلم تجز من المكاتب كالمنجز ولأنه لا يملك الإعتاق فلم يملك الكتابة كالمأذون واختيار القاضي جواز الكتابة وهو الذي ذكره أبو الخطاب في رؤوس المسائل وهو قول مالك و أبي حنيفة و الثوري و الأوزاعي لأنه نوع معاوضة فأشبهه البيع وقال أبو بكر : هو موقوف كقوله في العتق المنجز فإن أذن فيها السيد صحت وقال الشافعي : فيها قولان وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم

[جزء 12 - صفحة 376]

مسألة : وولاء من يعتقه وبكاتبه لسيده
مسألة : وولاء من يعتقه وبكاتبه لسيده
إذا كاتب عبده فعجزا جميعا صارا رقيقين للسيد وإن أدى المكاتب الأول ثم أدى الثاني فولاء كل واحد منهما لمكاتبه وإن أدى الأول وعجز الثاني صار رقيقا للأول وإن عجز الأول وأدى الثاني فولأؤه للسيد الأول وإن أدى الثاني قبل عتق الأول عتق قال أبو بكر : وولأؤه للسيد وهو قول أبي حنيفة لأن العتق لا ينفك عن الولاء والولاء لا يوقف لأنه سبب يورث به فهو كالنسب ولأن الميراث لا يقف كذلك سببه وقال القاضي هو موقوف إن أدى عتق والولاء له وإلا فهو للسيد وهذا أحد قولي الشافعي لقول النبي صلى اله عليه وسلم : [إنما الولاء لمن اعتق] ولأن العبد ليس بملك له ولا يجوز أن يثبت له الولاء على من لم يعتق في ملكه وقولهم لا يجوز أن يقف كما لم يقف النسب والميراث ليس كذلك فإن النسب يقف على بلوغ الغلام وانتسابه إذا لم تلحقه القافة بأحد الواطئين وكذلك الميراث يوقف على أن الفرق بين النسب والميراث وبين الولاء أن الولاء يجوز أن يقع لشخص ثم ينتقل وهو ما يجره مولى الأب من مولى الأم فجاز أن يكون موقوفا والنسب والميراث بخلاف ذلك فإن مات المعتق قبل عتق المكاتب وقلنا الولاء للسيد ورثه وإن قلنا هو موقوف فميراثه أيضا موقوف

[جزء 12 - صفحة 377]

مسألة : وليس له أن يبيع نسيئة وإن باع السلعة بأضعاف قيمتها وهذا مذهب الشافعي لأن فيه تغريرا بالمال وهو ممنوع منه لتعلق حق السيد به قال القاضي ويتخرج الجواز بناء على المضارب أن له البيع نسيئة في إحدى الروايتين فيخرج ههنا مثله وسواء أخذ ضمينا أو رهينا أو لم يؤخذ لأن الغرر باق لأنه يحتمل أن يتلف الرهن ويفلس الغريم والضمين ويحتمل أن يجوز مع الرهن والضمين لأن الوثيقة قد حصلت به والعوارض نادرة على خلاف الأصل فإن باع بأكثر من قيمته حالا وجعل الزيادة مؤجلة جاز لأن الزيادة ربح وإن اشترى نسيئة جاز لأنه لا غرر فيه ولا يجوز أن يدفع به رهنا لأن الرهن أمانة وقد يتلف أو يجده الغريم وليس له أن يدفع ماله سلما لأنه في معنى البيع نسيئة وله أن يستسلف في ذمته لأنه في معنى الشراء نسيئة وله أن ينتفع بالمال وليس له أن يدفع مضاربة لأنه يسلمه إلى غيره فيغير به وفي الرهن والمضاربة وجه آخر أنه لا يجوز وله أن يأخذ قراضا لأنه من أنواع الكسب ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على ما ذكرنا

[جزء 12 - صفحة 378]

مسألة : ولا يكفر بالمال وعنه له ذلك بإذن سيده
مسألة : ولا يكفر بالمال وعنه له ذلك بإذن سيده
إذا لزم المكاتب كفارة ظهار أو جماع في رمضان أو قتل أو كفارة يمين لم يكن له التكفير بالمال لأنه عبد ولأنه في حكم المعسر بدليل أنه لا تلزمه زكاة ولا نفقة قريب وله أخذ الزكاة لحاجته وكفارة العبد والمعسر الصيام وإن أذن له سيده في التكفير بالمال جاز لأنه بمنزلة التبرع ولأن المنع لحقه وقد أذن فيه ولا يلزمه التكفير بالمال وإن أذن فيه السيد لأن عليه ضررا لما يفضي إليه من تفويت حريته كما أن التبرع لا يلزمه بإذن سيده
وقال القاضي : المكاتب كالعبد القن في التكفير ومتى أذن له سيده في التكفير بالمال انبنى على ملك العبد بالتمليك فإن قلنا لا يملك لم يصح تكفيره بغير الصيام سواء أذن فيه أو لم يؤذن لأنه يكفر بما ليس بمملوك له وإن قلنا يملك بالتمليك صح تكفيره بغير الصيام سواء أذن فيه أو لم يأذن لأنه يكفر بما ليس بمملوك له وإن قلنا يملك بالتمليك صح تكفيره بالإطعام إذا أذن فيه السيد وأن أذن له في التكفير بالعتق فهل يصح ؟ على روايتين نذكرهما في تكفير العبد إن شاء الله تعالى قال شيخنا : والصحيح أن هذا التفصيل لا يتوجه في المكاتب لأنه يملك المال بغير خلاف وإنما ملكه ناقص لتعلق حق سيده به فإذا أذن له سيده فيه صح كالتبرع

مسألة : وهل له أن يرهن أو يضارب ؟ يحتمل وجهين
مسألة : وهل له أن يرهن أو يضارب ؟ يحتمل وجهين
أحدهما : لا يجوز لأن في دفع ماله إلى غيره تغيرا به وفي الرهن خطر لأنه قد يتلف أو يجحده الغريم وهذا مذهب الشافعي والثاني : يجوز لأنه قد يرى الحظ فيه دليل أن لولي اليتيم أن يفعله في مال اليتيم فجاز كأجازته

مسألة : وليس له شراء ذوي رحمه إلا بإذن سيده
مسألة : وليس له شراء ذوي رحمه إلا بإذن سيده
لأنه تصرف يؤدي إلى إتلاف ماله لأنه يخرج من ماله ما يجوز التصرف فيه في مقابلة ما لا يجوز له التصرف فيه أشبه الهبة وهذا قول الشافعي وقال القاضي : له ذلك وهو قول الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي لأنه اشترى مملوكا لا ضرر على السيد في شرائه فصح كالأجنبي وبيانه أنه يأخذ كسبهم وإن عجز صاروا رقيقا لسيدته ولأنه يصح أن يشتريه غيره فصح شراؤه له كالأجنبي ويفارق الهبة لأنها تفوت المال بغير عوض ولأنه يرجع إلى المكاتب ولأن السيد ولأن السبب تحقق وهو صدور التصرف من أهله في محله ولم يتحقق المانع لأن ما ذكره لا نص فيه ولا له أصل يقاس عليه فإن أذن فيه سيده جاز وهو قول مالك لأن المنع لحق سيده فجاز بإذنه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم فيه قولان :

مسألة : وله أن يقبلهم إذا وهبوا له أو وصي له بهم
مسألة : وله أن يقبلهم إذا وهبوا له أو وصي له بهم :
لأنه إذا ملك شراءهم مع ما فيه من بذل ماله فلأن يجوز بغير عوض أولى وعند من لا يرى جواز شرائهم بغير إذن السيد لا يجوز قبولهم إلا إذا لم يكن فيه ضرر بماله كما قالوا في ولي اليتيم إذا وصى لليتيم بمن يعتق عليه

مسألة : وإذا ملكهم فليس له بيعهم ولا هبتهم ولا إخراجهم عن ملكه
مسألة : وإذا ملكهم فليس له بيعهم ولا هبتهم ولا إخراجهم عن ملكه
وقال أصحاب الرأي : له بيع من عدا الوالدين والمولودين لأنهم ليست قراباتهم قرابة جزئية ولا بعضية فأشبهوا الأجانب

ولنا أنه ذو رحم يعتق عليه إذا عتق فلا يجوز بيعه كالوالدين والمولودين ولأنه لا يملك بيعهم إذا كان حرا فلا يملكه مكاتبا كوالديه
فصل : ولا يعتقون بمجرد ملكه لهم لأنه لو باشرهم بالعتق أو أعتق غيرهم لم يقع العتق فلأن لا يقع بالشراء الذي أقيم مقامه أولى ومتى أدى وهم في ملكه عتقوا لأنه كمل ملكه فيهم وزال تعلق حق سيده عنهم فعتقوا حينئذ وولاؤهم له دون سيده لأنهم عتقوا عليه بعد زوال ملك سيده عنه فصاروا بمنزلة ما لو اشتراهم بعد عتقه وإن عجز ورد في الرق صاروا عبيدا للسيد لأنهم من ماله فيصيرون للسيد بعجزه كعبيده الأجانب وله كسبهم لأنهم مماليكه أشبه الأجانب ونفقتهم عليه بحكم الملك لا بحكم القرابة وكذلك الحكم في ولده من أمته قياسا عليهم
فصل : فإن أعتقهم السيد لم يعتقوا لأنه لا يملكهم فلم يملك التصرف فيهم وإن أعتقهم المكاتب بغير إذن سيده لم يعتقوا لتعلق حق سيده بهم وإن أعتقهم بإذنه عتقوا كما لو أعتق غيرهم من عبيده وإن اعتقه سيده عتق وصاروا رقيقا للسيد كما لو عجز لأن كتابته تبطل بعتقه كما تبطل بموته وعلى ما اختاره شيخنا يعتقون لأنه عتق قبل فسخ الكتابة فوجب أن يعتقوا كما لو عتق بالإبراء من مال الكتابة أو بأدائه يحقق هذا أن الكتابة عقد لازم يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه وإكسابه ويبقى حق السيد في ملك رقيقته على وجه لا يزول إلا بالإداء أو ما يقوم مقامه فلا يتسلط السيد على إبطالها فيما يرجع إلى إبطال حق المكاتب وإنما يتسلط على إبطال حقه من رقبة المكاتب فينفذ في ماله دون مال المكاتب وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى وإن مات المكاتب ولم يخلف وفاء عادوا رقيقا وقال أبو يوسف ومحمد يسعون في الكتابة على نجومها وكذلك أم ولده وقال أبو حنيفة في الولد خاصة إن جاء بالكتابة حالة قبلت منه وعتق
ولنا أنه عبد للمكاتب فصار بموته لسيدة إذا لم يخلف وفاء كالأجنبي وإن خلف وفاء انبنى على الروايتين في فسخ الكتابة على ما تقدم

[جزء 12 - صفحة 382]

مسألة : وولد المكاتب الذي ولدته في الكتابة يتبعها
مسألة : وولد المكاتب الذي ولدته في الكتابة يتبعها
تصح كتابة الأمة كما تصح كتابة العبد بغير خلاف وقد دل عليه حديث بريرة وحديث جويرية بنت الحارث ولأنها داخلة في عموم قوله تعالى : { والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا } فإذا أتت المكاتب بولد من غير سيدها من نكاح أو غيره فهو تابع لها فإن عتقت بالأداء أو بالإبراء عتق وإن فسخت كتابتها وعادت إلى الرق عاد رقيقا قنا وهذا قول شريح و مالك و الثوري و أبي حنيفة وإسحاق وسواء في هذا ما كان حملا حال الكتابة أو حدث بعدها وقال أبو ثور وابن المنذر : هو عبد القن لا يتبع أمه و

للشافعي قولان كالمذهبيين واحتجوا بأن الكتابة غير لازمة من جهة العبد فلا تسري إلى الولد كالتعليق بالصفة ولنا أن الكتابة سبب ثابت للعتق لا يجوز إبطاله فسرى إلى الولد كالاستيلاد ويفارق التعليق بالصفة فإن السيد يملك إبطاله بالبيع إذا ثبت هذا فالكلام في الولد في فصول أربعة في قيمته إذا تلف وفي كسبه وفي نفقته وفي عتقه أما قيمته إذا تلف فقال أبو بكر : هي لأمه تستعين بها على كتابتها لأن السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبدا فلا يستحق قيمته لانه بمنزلة جزء منها ولو جنى على جزء منها كان أرشها لها كذلك ولدها وإذا لم يستحقها هو كانت لأمه لأن الحق لا يخرج عنهما ولأن ولدها لو ملكته بهبة أو شراء فقتل كانت قيمته لها فكذلك إذا تبعها صار حكمه حكمها فلا يثبت ملك السيد في منفعه ولا في أروش الجناية عليه كما لا يثبت له ذلك فيها وقال الشافعي في أحد قوليهِ : تكون القيمة لسيدها لأنه لو قتلت كانت قيمتها لسيدها فكذلك ولدها والفرق بينهما أن الكتابة تبطل بقتلها فيصير مالها لسيدها بخلاف ولدها فإن العقد باق بعد قتله فنظير هذا إتلاف بعض أعضائها والحكم في إتلاف بعض أعضائه كالحكم في إتلافه وأما كسبه وأرش الجناية عليه فينبغي أن يكون لأمه أيضا لأن ولدها جزء منها تابع لها فأشبهه بقية أجزائها ولأن أداءها فكتابتها سبب لعتقه وحصول الحرية له فينبغي أن يصرف ذلك فيه بمنزلة صرفه إليه إذ في عجزها رقه وفوات كسبه عليه وأما نفقته فعلى أمه لأنها تابعة لكسبه وكسبه لها ونفقته عليها وأما عتقه فإنه يعتق بأدائها أو إبرائها ويرق بعجزها لأنه تابع لها وإن ماتت المكاتبه في كتابتها بطلت كتابتها وعاد رقيقا فنا إلا أن يخلف وفاء فيكون على الروائتين وإن أعتقها سيدها لم يعتق ولدها لأنه إنما تبعها في حكم الكتابة وهو العتق بالأداء وما حصل الأداء إنما حصل عتقها بأمر لا يتبعها فيه فأشبهه ما لو لم تكن مكاتبه ومقتضى قول أصحابنا الذين قالوا تبطل كتابتها بعتقها أن يعود ولدها رقيقا ومقتضى قول شيخنا أنه يبقى على حكم الكتابة ويعتق بالأداء لأن العقد لم يوجد ما يبطله وإنما سقط الأداء عنها لحصول الحرية بدونه فإذا لم يكن لها ولد يتبعها في الكتابة ولا في يدها مال يأخذه لم يظهر حكم بقاء العقد ولم يكن في بقاءه فائدة فانتفى لانتفاء فائدته وفي مسألتنا في بقاءه فائدة لإفضائه إلى عتق ولدها فينبغي أن يبقى ويحتمل أن يعتق بإعتاقها لأنه جرى مجرى إبرائها من المال والحكم فيما إذا عتقت باستيلاد أو تدبير أو تعليق بصفة كالحكم فيما إذا أعتقها لأنها عتقت بغير الكتابة وإن أعتق السيد الولد دونها صح عتقه نص عليه أحمد في رواية مهنا لأنه مملوك له فصح عتقه كأمه ولأنه لو أعتقه معها صح عتقه ومن صح عتقه مع غيره صح مفردا كسائر مماليكه قال القاضي : وقد كان يجب أن لا ينفذ عتقه لأن فيه ضررا بأمه لتفويت كسبه عليها فإنها كانت تستعين به في كتابتها ولعل أحمد نفذ عتقه تغليبا للعتق والصحيح أنه يعتق وما ذكره القاضي من الضرر لا يصح لوجوه :

أحدها : أن الضرر إنما يحصل في حق من له كسب يفضل عن نفقته فأما من لا كسب له فتخليصها من نفقته نفع محض ومن له كسب لا يفضل عن نفقته فلا

ضرر في اعتاقه لأنه لا يفضل لها من كسبه شيء تنتفع به فكان ينبغي أن يقيد الحكم الذي ذكره بهذا القيد

الثاني : أن النفع بكسبه ليس بواجب لها لأنها لا تملك إجباره على الكسب فلم يكن الضرر بفواته معتبرا في حقها

الثالث : أن مطلق الضرر لا يكفي في منع العتق الذي يحقق مقتضيه ما لم يكن له أصل يشهد له بالاعتبار ولم يذكر له أصلا ثم هو ملغي بعتق المفلس والراهن وسراية العتق إلى ملك الشريك فإنه يعتق مع وجود الضرر بتفويت الحق اللازم فهذا أولى

فصل : فأما ولد ولدها فإن ولد ابنها حكمه حكم أمه لأن ولد المكاتب لا يتبعه وأما ولد بنتها فهو كبناتها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا تسري الكتابة إليه لأن السراية إنما تكون مع الاتصال وهذا ولد منفصل فلا يسري إليه بدليل أن أم الولد قبل أن يستلدها لا يسري إليه الاستيلاد وهذا الولد اتصل بأمه دون جدته

ولنا أن ابنتها ثبت لها حكمها تبعاً فيجب أن يثبت لابنتها حكمها تبعاً كما ثبت لها حكم أمها ولأن البنت تبعت أمها فيجب أن يتبعها ولدها لأن علة اتباعها لأمها موجودة في ولدها ولأن البنت تعلق بها حق العتق فيجب أن يسري إلى ولدها كالمكاتبة وهذا الخلاف في ولد البنت التابعة لأمها في الكتابة فأما المولودة قبل الكتابة فلا تدخل في الكتابة فابنتها أولى

[جزء 12 - صفحة 385]

مسألة : وإن اشترى زوجته صح وانفسخ نكاحها

مسألة : وإن اشترى زوجته صح وانفسخ نكاحها

يجوز للمكاتب شراء امرأته وللمكاتبة شراء زوجها لأن ذلك يجوز لغير المكاتب فجاز للمكاتب كشراء الأجنبي وينفسخ النكاح بذلك وينفسخ النكاح بذلك وقال الشافعي : لا يفسخ لأن المكاتب لا يملك بدليل أنه لا يجوز له الشراء ولا يعتق والده وولده إذا اشتراه فأشبهه العبد القن

ولنا أن المكاتب يملك ما اشتراه بدليل أنه ثبت له الشفعة على سيده ولسيده عليه ويجري الربا بينه وبينه وإنما منع التسري لتعلق حق سيده بما في يده كما يمنع الراهن من الوطاء مع ثبوت ملكه ولذلك لم يعتق علي ذوو رحمته وإذا اشترى أحدهما الآخر فله التصرف فيه لأنه أجنبي منه

[جزء 12 - صفحة 386]

مسألة : وإن استولد أمته فهل تصير أم ولد يمتنع عليه بيعها ؟ على وجهين

مسألة : وإن استولد أمته فهل تصير أم ولد يمتنع عليه بيعها ؟ على وجهين
إذا استولد المكاتب أمته قبل عتقه وعجزه فإنها تصير أم ولد للمكاتب وليس له
بيعها نص عليه أحمد لأن ولدها له حرمة الحرية ولا يجوز بيعه ويعتق بعق أبيه
وكذلك أمه فعلى هذا لا يجوز بيعها وتكون موقوفة مع المكاتب إن اعتق فهي
أم ولده وإن رق رقت وقال القاضي في موضع : لا تصير أم ولد بحال وله بيعها
لأنها حملت بمملوك في ملك غير تام و للشافعي قولان كهذين الوجهين :
فصل : قال الشيخ رحمه الله : ولا يملك السيد شيئا من كسبه ولا يبيعه درهما
بدرهمين

لا يملك شيئا من كسب المكاتب لأنه اشترى نفسه من سيده ليملك ماله
وكسبه ومنافعه فلا يبقى ذلك لبائعه كسائر المبيعات ويجري الربا بينه وبين
سيده لأنه معه في باب المعاوضة كالأجنبي وقال ابن أبي موسى : لا ربا بينهما
لأنه عبد في الأظهر من قوله ولا ربا بين العبد وسيده ولهذا جاز أن يعجل
لسيده ويضع عنه بعض كتابته وله وطء مكاتبته إذا شرط ولو حملت منه صارت
له بذلك أم ولد ووجه الأول أن السيد مع مكاتبه في باب المعاملة كالأجنبي
بدليل أن لكل واحد منهما الشفعة على صاحبه ولا يملك كل واحد منهما
التصرف فيما بيد صاحبه وإنما يتعلق لسيدة حق فيما بيده لكونه بعرضية أن
يعجزه فيعود إليه وهذا لا يمنع جريان الربا بينهما كالأب مع ابنه فعلى هذا القول
لا يجوز التفاضل بينهما فيما يحرم التفاضل فيه بين الأجنبيين ولا النساء فيما
يحرم فيه النساء بين الأجانب

فصل : فإن كان لكل واحد منهما على صاحبه دين مثل أن كان للسيد على
مكاتبه دين من الكتابة أو غيرها وللمكاتب على سيده دين وكانا نقدا من جنس
واحد حالين أو مؤجلين أجلا واحدا تقاصا وتساقطا لأنهما إذا تساقطا بين
الأجانب فمع السيد ومكاتبه أولى وإن كانا نقدا من جنسين كدراهم ودنانير
فقال ابن أبي موسى : لو كان له على سيده ألف درهم ولسيدة عليه مائة دينار
فجعلها قصاصا بها جاز بخلاف الحرين

وقال القاضي : لا يجوز هذا لأنه بيع دين بدين وقد نهى النبي صلى الله عليه
وسلم عن بيع الدين بالدين ولأنه لا يجوز بين الأجنبيين فلم يجز بين المكاتب
وسيده كسائر المحرمات وفارق العبد القن فإنه باق في تصرف سيده وما في
يده ملك خالص لسيدة أخذه والتصرف فيه فعلى هذا لا يجوز وإن تراضيا به
وعلى قول ابن أبي موسى يجوز إذا تراضيا بذلك وتبايعاه ولا يثبت التقاص قبل
تراضيهما به لأنه بيع فإن كانا عرضين أو عرضا ونقدا لم تجز المقاصة فيهما
بغير تراضيهما بحال سواء كان العوض من جنس حقه أو من غير جنسه وإن
تراضيا بذلك لم يجز أيضا لأنه بيع دين بدين وإن قبض أحدهما من الآخر حقه ثم
دفعه إلى الآخر عوضا عن ماله في ذمته جاز إذا لم يكن الثابت في الذمة عن
سلم فإن كان ثبت عن سلم لم يجز أخذ عوضه قبل قبضه وفي الجملة أن حكم
المكاتب مع سيده في هذا هذا حكم الأجانب إلى على قول ابن أبي موسى
الذي ذكرناه

[جزء 12 - صفحة 388]

مسألة : وإن جنى عليه فعليه أرش جنايته
مسألة : وإن جنى عليه فعليه أرش جنايته
إذا جنى السيد على مكاتبته فلا قصاص عليه لأمرين أحدهما : أنه حر والمكاتب
عبد والثاني : أنه ملكه ولا يقتص من المالك لمملوكه ولكن يجب الأرش ولا
يجب إلا باندمال الجرح لأنه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته إلى نفسه فيسقط
أرشه ومتى سرى الجرح إلى نفسه انفسخت الكتابة وكان كقتله فإذا اندمل
الجرح وجب له أرشه حينئذ فإن كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم
تقاصا وإن كان من غير جنس مال الكتابة أو كان النجم لم يحل لم يتقاصا ولكل
واحد منهما مطالبة صاحبه بما يستحقه فإن رضي المكاتب بتعجيل الواجب له
عما لم يحل من نجومه جاز إذا كان من جنس مال الكتابة

[جزء 12 - صفحة 389]

مسألة : وإن حبسه مدة فعليه أرفق الامرين به من إنظاره مثل تلك المدة أو
أجرة مثله
مسألة : وإن حبسه مدة فعليه أرفق الامرين به من إنظاره مثل تلك المدة أو
أجرة مثله
إذا حبسه سيده فقد أساء ولا يحتسب عليه بمدته في أحد الوجوه والثاني :
يحتسب عليه بمدته لأن مال الكتابة دين مؤجل فيحتسب بمدة الحبس من
الأجل كسائر الديون المؤجلة فعلى هذا الوجه يلزمه أجر مثله في المدة التي
حبسه فيها والأول أصح لأن على سيده تمكينه من التصرف مدة كتابته فإذا
حبسه مدة وجب عليه تأخيره مثل تلك المدة ليستوفي الواجب له ولأن حبسه
يفضي إلى ابطال الكتابة وتفويت مقصودها ورده إلى الرق ولأن عجزه عن أداء
نجومه في محلها بسبب من سيده فلم يستحق به فسخ العقد كما لو منع البائع
المشتري من أداء الثمن لم يستحق فسخ البيع لذلك ولو منعت المرأة زوجها
من الإنفاق عليها لم تستحق فسخ العقد لذلك والثالث : يلزم سيده أرفق
الامرين به من انظاره مثل تلك المدة أو أجرة مثله فيها لأنه وجد سببها فكان
للمكاتب أنفعهما

مسألة : وليس له أن يطاء مكاتبته إلا أن يشترط
مسألة : وليس له أن يطاء مكاتبته إلا أن يشترط
وطء المكاتبته من غير شرط حرام في قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن
المسيب والحسن و الزهري و مالك والليث و الثوري و الشافعي وأصحاب

الرأي وقيل له : وطؤها في الوقت الذي لا يشغلها الوطاء عن السعي عما هي فيه لأنها ملك يمينه فتدخل في عموم قوله تعالى : { أو ما ملكت أيماهم } ولنا أن الكتابة عقد أزال ملك استخدامها وملك عوض منفعة بعضها فيما إذا وطئت بشبهة فأزال حل وطئها كالبيع والآية مخصوصة بالمزوجة فنقيس عليها محل النزاع ولأن الملك ههنا ضعيف لأنه قد زال عن منافعتها جملة ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها وتفارق أم الولد فإن ملكه باق عليها وإنما يزول بموته فأشبهت المدبرة والموصى بها وإنما امتنع البيع لأنها استحققت العتق بموته استحقاقا لازما لا يمكن زواله

فصل : فإن شرط وطأها فله ذلك وبه قال سعيد بن المسيب وقال سائر من ذكرنا : ليس له وطؤها لأنه لا يملكه مع إطلاق العقد فلم يملكه بالشرط كما لو زوجها أو أعتقها وقال الشافعي : إذا شرط ذلك في عقد الكتابة فسد لأنه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضا فاسدا وقال مالك : لا يفسد العقد به لأنه لا يخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسد كالصحيح

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : [المؤمنون عند شروطهم] ولأنها مملوكة له شرط نفعها فصح كشرط استخدامها يحقق هذا أن منعه من وطئها مع بقاء ملكه عليها ووجود المقتضي لحل وطئها إنما كان لحقها فإذا اشترطه عليها جاز كالخدمة ولأنه استثنى بعض ما كان له فصح كاشتراط الخدمة وفارق البيع فإنه يزيل ملكه عنها

[جزء 12 - صفحة 391]

مسألة : وإن وطئها من غير أن يشترط أو وطئها أمتها أدب ولم يبلغ به الحد مسألة : وإن وطئها من غير أن يشترط أو وطئها أمتها أدب ولم يبلغ به الحد إذا وطئها من غير شرط لم يجب عليه الحد لشبهة الملك في قول عامة الفقهاء وروي عن الحسن و الزهري أنهما قالا : عليه الحد لأنه عقد عليها عقد معاوضة يحرم الوطاء فأوجب الحد بوطئها كالبيع

ولنا أنها مملوكته فلم يجب عليه الحد بوطئها كالمرهونة والمستأجرة وبخالف البيع فإنه يزيل الملك والكتابة لا تزيله بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : [المكاتب عبد ما بقي عليه درهم] وعليه مهرها إذا وطئها بغير شرط لأنه استوفى منفعتها الممنوع من استيفائها فأشبهه منافع بدنها فإن كانا عالمين عزرا وإن كانا جاهلين عزرا وإن كان أحدهما عالما والآخر جاهلا عزر العالم وعزر الجاهل ولا تخرج بالوطء عن الكتابة وقال الليث : إن طاوعته فقد فسخت كتابتها وعادت قنا

ولنا أنه عقد لازم فلم يفسخ بالمطاوعة على الوطاء كالإجارة والبيع بعد لزومه ويجب لها المهر مطاوعة كانت أو مكرهة وبه قال الحسن و الثوري و الحسن بن صالح و الشافعي وقال قتادة : يجب إذا أكرهها ولا يجب إذا طاوعته ونقله المزني عن الشافعي لأن المطاوعة بذلت نفسها بغير عوض فصارت كالزانية

ومنصوص الشافعي وجوبه في الحاليين وأنكر أصحابه ما نقله المزني وقالوا : لا يعرف وقال مالك : لا شيء عليه لأنها ملكه
ولنا أنه عوض منفعتها فوجب لها كعوض بدنها ولأن المكاتبه في يد نفسها ومنافعتها لها ولهذا لو وطئها أجنبي كان المهر لها وإنما وجب في حال المطاوعة لأن الحد سقط عنه للشبهة فوجب لها المهر كما لو وطئ امرأة بشبهة عقد مطاوعة فإن تكرر وطؤها وكان قد أدى مهر الوطاء الأول فللثاني مهر أيضا لأن الأداء قطع حكم الوطاء وإن لم يكن أدى عن الأول لم يجب إلا مهر واحد لأن هذا عن وطاء الشبهة فلم يجب إلا مهر واحد كالوطاء في النكاح الفاسد
فصل : فأما إن وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا مهر ولا تعزير لأنه وطاء يملكه ويباح له فأشبهه وطاءها قبل كتابتها وإذا وجب لها المهر بالوطاء فإن كان لم يحل عليها نجم فلها المطالبة وإن كان قد حل عليها وكان المهر من غير جنسه فلها المطالبة أيضا به وإن كان في من جنسه تقاصا وأخذ ذو الفضل فضله

[جزء 12 - صفحة 392]

مسألة : فإن أولدها صارت أم ولد له سواء وطئها بشرط أو بغير شرط
مسألة : فإن أولدها صارت أم ولد له سواء وطئها بشرط أو بغير شرط
لأنه أحبلها بحر في ملكه فكانت أم ولد كغير المكاتبه والولد حر لأن ولده من مملوكته ويلحقه نسبه لذلك ولأنه من وطاء سقط فيه الحد للشبهة ولد المغرور ولا تلزمه قيمته لأنها وضعت في ملكه
فصل : وليس له وطاء بنت مكاتبته لأنها تابعة لها موقوفة معها فلم يباح وطؤها كأما ولا يباح ذلك بالشرط لأن حكم الكتابة ثبت فيها تبعا ولم يكن وطؤها مباحا حال العقد فيشترط فإن وطئها فلا حد عليه ويأثم ويعزر لأنه وطاء محرما ولها المهر حكمه حكم كسبها يكون لأما تستعين به في كتابتها لأن ذلك سبب حريتها فإن أحبلها صارت أم ولد له والولد حر لأنه أحبلها بحر في ملكه ويلحقه نسبه ولا تجب عليه قيمتها لأن أمها لا تملكها ولا قيمة ولدها لأنها وضعت في ملكه

فصل : وليس له وطاء جارية مكاتبه ولا مكاتبته اتفاقا فإن فعل أثم وعزر ولا حد عليه لشبهة الملك لأنه يملك مالكةا وعليه مهرها لسيدتها وولده منها حر يلحقه نسبه لأن الحد سقط لشبهة الملك وتصير أم ولد له وعليه قيمتها لسيدتها لأنه أخرجها بوطئه عن ملكه ولا تجب عليه قيمة الولد لأنها وضعت في ملكه ويحتمل أن تلزمه قيمته لأنه أخرج بوطئه عن ملكه ولا تجب عليه قيمة الولد لأنها وضعت في ملكه ويحتمل أن تلزمه قيمته لأنه أخرج بوطئه عن أن يكون مملوكا لسيدتها فأشبهه ولد المغرور

فصل : ولا يملك السيد إجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمتها على التزويج لأنه زال ملكه بعقد الكتابة عن نفعها ونفع بعضها وعن عوضه وليس لواحدة منهن التزويج بغير إذنه لأن عليه ضررا في ذلك فإنه يثبت حقا للزوج فيها فرما

عجزت وعادت إليه على وجه لا يملك وطأها فإن تراضيا بذلك جاز لأن الحق لا يخرج عنهما وهو وليا وولي ابنتها وجاريتها جميعا لأن الملك له فأشبهه الجارية القن والمهر للمكاتبة على ما ذكرنا في مهرهن إذا وطئن السيد

[جزء 12 - صفحة 394]

مسألة : فإن أدت عتقت وإن مات سيدها قبل أدائها عتقت وسقط ما بقي من كتابتها وما في يدها لها إلا أن يكون بعد عجزها وقال أصحابنا : هو لورثة سيدها وكذلك الحكم فيما إذا أعتق المكاتب سيده

مسألة : فإن أدت عتقت وإن مات سيدها قبل أدائها عتقت وسقط ما بقي من كتابتها وما في يدها لها إلا أن يكون بعد عجزها وقال أصحابنا : هو لورثة سيدها وكذلك الحكم فيما إذا أعتق المكاتب سيده

قد ذكرنا أن السيد إذا استولد مكاتبته صارت أم ولد له والولد حر نسبه لاحق به ولا تبطل كتابتها بذلك لأنها عقد لازم من جهة سيدها وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيهما سبق صاحبه ثبت حكمه هذا قول الزهري و مالك و الليث و الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي و ابن المنذر وقال الحاكم : تبطل كتابتها لأنها سبب للعتق فتبطل بالاستيلاء كالتدبير

ولنا أنها عقد معاوضة فلا تبطل بالوطء كالبيع ولأنها سبب للعتق لا يملك السيد الرجوع عنه فلم يبطل بذلك كالتعليق بصفة وما ذكره يبطل بالتعليق بالصفة وتفارق الكتابة التدبير من وجوه

أحدها : أن حكم التدبير والاستيلاء واحد وهو العتق عقيب الموت والاستيلاء أقوى لأنه يعتبر من رأس المال ولا سبيل إلى إبطاله بحال فاستغنى به عن التدبير والكتابة سبب يتعجل به العتق بالأداء ويكون ما فضل من كسبها لها وتملك بها منافعتها وكسبها وتخرج عن تصرف سيدها وهذا لا يحصل بالاستيلاء فيجب أن تبقى لبقاء فائدتها

الثاني : أن الكتابة أقوى من التدبير للزومها وكونها لا تبطل بالرجوع عنها ولا بيع المكاتب ولا هبته

الثالث : أن التدبير تبرع والكتابة عقد معاوضة لازم إذا ثبت هذا فإنه يجتمع لها سببان كل واحد منهما يقتضي الحرية فأيهما تم قبل صاحبه ثبتت الحرية به كما لو انفرد لأن انضمام أحدهما إلى الآخر مع كونه لا ينافيه لا يمنع ثبوت حكمه فإن أدت عتقت بالكتابة وما فضل من كسبها فهو لها لأن المعتق بالكتابة له ما فضل من نجومه وإن عجزت وردت في الرق بطل حكم الكتابة وبقي لها حكم الاستيلاء منفردا كما لو لم تكن مكاتبته وله وطؤها وتزويجها وإجارتها وتعتق بموته وما في يدها لورثة سيدها فإن مات سيدها قبل عجزها عتقت بأنها أم ولد وسقطت الكتابة لأن الحرية حصلت فسقط العوض المذول في تحصيلها كما لو باشرها سيدها بالعتق وما في يدها لورثة سيدها في قول الخرقى و أبي الخطاب لأنها عتقت بحكم الاستيلاء فبطل حكم الكتابة فأشبهت غير المكاتبه

وقال القاضي في المجرد و ابن عقيل في الفصول : ما فضل في يدها لها وهو قول الشافعي لأن العتق إذا وقع في الكتابة لا يبطل حكمها كالإبراء من مال الكتابة ولأن ملكها كان ثابتا على ما في يدها ولم يحدث إلا ما يزيل حق سيدها عنها فيقتضي زوال حقه عما في يدها وتقرير ملكها وخلوصه لها كما اقتضى ذلك في نفسها وهذا أصح

[جزء 12 - صفحة 395]

مسألة : وكذلك الحكم فيما إذا أعتق المكاتب سيده يكون كسبه له في قول القاضي ومن وافقه
مسألة : وكذلك الحكم فيما إذا أعتق المكاتب سيده يكون كسبه له في قول القاضي ومن وافقه وعلى قياس قول الخرقي ومن وافقه يكون لسيدته كما لو عتقت الأمة المكاتب ويحتمل أن يكون لسيدتها أيضا على قول الخرقي ومن وافقه لأن السيد أعتقه برضاه فيكون رضا منه بإعطائه ماله بخلاف العتق بالاستيلاء فإنه حصل بغير رضا الورثة واختيارهم ولأنه لو كان مال المكاتب يصير إلى السيد اعتاقه لتمكن السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء فمتى كان له غرض في أخذ ماله إما لكونه يفضل عن نجوم الكتابة وإما الغرض له في بعض أعيان ماله أو لكونه يتعجله قبل أن تحل نجوم الكتابة أعتق وأخذ ماله وهذا ضرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب أن لا يشرع

فصل : وإن أتت المكاتب بولد من غير سيدها بعد استيلاء فله حكمها بالعتق بكل واحد من السببين أيهما سبق عتق به كالأمر سواء لأنه تابع لها فيثبت له ما ثبت لها وإن ماتت المكاتب بقي للولد سبب الاستيلاء وحده فإن اختلفا في ولدها فقالت : ولدته بعد كتابتي أو بعد ولادتي وقال السيد : بل قبله فقال أبو بكر : القول قول السيد مع يمينه وهذا قول الشافعي لأن الأصل كون الأمة وولدها رقيقا لسيدتها له التصرف فيهما وهو يدعي ما يمنع التصرف ثم وإن زوج مكاتبه أمته ثم باعها منه واختلفا في ولدها فقال السيد : هو لي لأنها ولدته قبل بيعها لك وقال المكاتب : بل بعده فالقول قول المكاتب لأنهما اختلفا في ملكه ويد المكاتب عليه فكان القول صاحب اليد مع يمينه كسائر الأموال ويفارق ولد المكاتب لأنها لا تدعي ملكه

فصل : وإن كاتب اثنان جاريتهما ثم وطئها أحدهما أدب فوق أدب الواطيء المكاتب الخالصة له لأن الوطاء ههنا حرم من وجهين الشركة والكتابة فهو أكد وإثمه أعظم وعليه لها مهر مثلها على ما أسلفنا فيما إذا كان السيد واحدا فإن لم يكن حل نجم قبضت المهر فإذا حل نجمها سلمته إليهما وإن حل نجمها وهو من جنس مال الكتابة وكان في يدها بقدره دفعته إلى الذي لم يطأها واحتسب على الواطيء بالمهر وإن لم يكن في يدها شيء وكان بقدر نجمها أو دونه أخذت من الواطيء نصفه وسلمته إلى الآخر وإن لم يكن من جنس مال الكتابة

فاتفقا على أخذه عوضا عن مال الكتابة فالحكم فيه كما لو كان من جنسها وإن لم يتفقا قبضت ودفعت ما عليها من مال الكتابة من عوضه أو غيره وإن عجزت ففسخا الكتابة وكان في يدها بقدر المهر أخذه الذي لم يطاءً وسقط المهر من ذمة الواطية وإن لم يكن في يدها شيء كان للذي لم يطاءً أن يرجع على الواطية بنصفه لأنه وطية جارية مشتركة بينهما فإن حبلت منه صارت أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه مع نصف المهر الواجب لها موسرا كان أو معسرا فإن كان موسرا أداه في الحال وإن كان معسرا فهو في ذمته هذا ظاهر كلام الخرقى فعلى هذا تصير أم ولد للواطية ومكاتبة له كأنه اشتراها وتكون مبقاة على ما بقي من كتابتها وتعتبر قيمتها مكاتبة مبقاة على ما بقي من كتابتها واختار القاضي أنه إن كان معسرا لم يسر الإحبال لأنه بمنزلة الإعتاق بالقول يعتبر اليسار في سرايته ونصيب الواطية قد ثبت له حكم الاستيلاء وحكم الكتابة ونصيب شريكه لم يثبت له إلا حكم الكتابة فإن أدت إليهما عتق وبطل حكم الاستيلاء ونصفها قن لا يقوم على الوارث وإن كان موسرا لأنه ليس بعتق وإن مات الواطية قبل عجزها عتق نصيبه وسقط حكم الكتابة فيه وكان الباقي مكاتبا وإن كان الواطية موسرا فقد ثبت لنصفها حكم الاستيلاء ونصفها الآخر موقوف فإن أدت إليهما عتق كلها وولاؤها لهما وإن عجزت وفسخت الكتابة قومناها حينئذ على الواطية فيدفع إلى شريكه قيمة نصيبه ويصير جميعها أم ولد له فإن مات عتقت عليه وكان وولاؤها له وهذا مذهب الشافعي وله قول آخر أنها تقوم على الموسر وتبطل الكتابة في نصف الشريك ويصير جميعها أم ولد ونصفها مكاتبا للواطية فإن أدت نصيبه إليه عتقت وسرى إلى الباقي لأنه ملكه وعتق جميعها وإن عجزت ففسخت الكتابة كانت أم ولد له خاصة فإذا مات عتقت كلها

ولنا أن بعضها أم ولد فكان جميعها كذلك كما لو كان الشريك موسرا يحقق هذا أن الولد حاصل من جميعها وهو كله من الواطية ونسبه لاحق به فينبغي أن يثبت ذلك لجميعها ويفارق الإعتاق فإنه أضعف على ما بينا من قبل ولنا على أن الكتابة لا تبطل بالتقويم أنها عتقد لازم فلا تبطل مع بقائها بفعل صدر منه كما لو استولدها وهي في ملكه أو ما لو لم تحبل منه وأما الولد فهو حر لأنه من وطء فيه شبهة ونسبه لاحق به لذلك ولا تلزمه قيمته لأنه وضعته في ملكه وروي عن أحمد في هذا روايتان : إحداهما : لا تجب قيمته لأنه نصيب شريكه انتقل إليه من حين العلوق وفي تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمه والثانية : عليه نصف قيمته لأنه كان من سبيل هذا النصف أن يكون مملوكا لشريكه فقد أئلف رقه عليه فكان عليه نصف قيمته قال القاضي : هذه الرواية أصح في المذهب وذكر هاتين الروايتين أبو بكر وذكر أنها إن وضعت بعد التقويم فلا شيء على الواطية وإن وضعت قبل التقويم غرم نصف قيمته فإن ادعى الواطية لها الاستبراء فأنت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر أم ولد وكان حكم ولدها حكمها وإن أنت به لأقل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به كما لو كان قبل الاستبراء لأننا تبينا أنها كانت حاملا وقت الاستبراء فلم يكن ذلك استبراء

مسألة : وإن وطئها جميعا فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها فإن كانت في الحالين على صفة واحدة فهما سواء في الواجب عليهما وإن كانت بكرا حين وطئها الأول فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيب فإن كان نجمها لم يحل فلها مطالبتهما بالمهرين وإن كان قد حل وهو من جنس المهر تقاصا على ما ذكرنا في المقاصة فإن أدت إليهما عتقت وكان لها المطالبة بالمهرين وإن عجزت نفسها وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين وكانا سواء لم يملك أحدهما مطالبة الآخر بشيء لأنها قبضتهما وهي مستحقة لذلك فإن كانا في يدهما اقتسماهما وإن تلفا أو بعضهما فلا شيء لهما لأن السيد لا يثبت له دين على مملوكه وإن كان الفسخ قبل قبض المهرين وهما سواء سقط عن كل واحد ما عليه وإن كان أحدهما أقل من الآخر تقاصا منهما بقدر أقلهما ويرجع من عليه أقلهما على الآخر بنصف الزيادة وإن قبضت من أحدهما دون الآخر رجع المقبوض منه على الآخر بنصف ما عليه وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر أو قبضت من أحدهما أكثر من الآخر رجع من قبض منه الأكثر على الآخر بنصف الزيادة التي أداها فإن أفضاها أحدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها لأن الإفضاء في الحرة يوجب ثلث ديتهما فيوجب في الأمة ثلث قيمتها وهو مذهب الشافعي وهذا الخلاف مبني على الواجب في إفضاء الحرة وسنذكره إن شاء الله تعالى فإن فسخت الكتابة رجع من لم يفضاها على الآخر بنصف قيمة الإفضاء على الخلاف المذكور فإن ادعى كل واحد منهما على الآخر أنه الذي أفضاها أو وطئها حلف كل واحد منهما وبريء وإن نكل أحدهما قضي عليه وإن كان الخلاف قبل عجزها فادعت على أحدهما فالقول قوله مع يمينه وإن ادعت على أحدهما غير معين لم تسمع الدعوى

مسألة : وإن ولدت من أحدهما صارت ام ولد له
 مسألة : وإن ولدت من أحدهما صارت ام ولد له لشريكه نصف قيمتها وهل يغرم نصف قيمة ولدها ؟ على روايتين
 وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه فيما إذا وطئها أحدهما

مسألة : و إن أنت بولد وألحق بهما صارت أم ولد لهما يعتق نصفها بموت أحدهما وباقيها بموت الآخر كما لو كان سيدها واحدا واستولدها فإنها تعتق بموته وعند القاضي : لا يسري استيلاذ أحدهما إلى نصيب شريكه
مسألة : و إن أنت بولد وألحق بهما صارت أم ولد لهما يعتق نصفها بموت أحدهما وباقيها بموت الآخر كما لو كان سيدها واحدا واستولدها فإنها تعتق بموته وعند القاضي : لا يسري استيلاذ أحدهما إلى نصيب شريكه
لأنه انعقد له سبب استحقاقه للولاء على نصيبه بالكتابة فلم يجز ابطاله بالسراية إلا أن يعجز فينظر حينئذ فإن كان موسرا قوم عليه نصيب شريكه وإلا فلا وقد ذكرنا قول القاضي وأجنا عنه فيما سبق

فصل : فأما إن أولدها كل واحد منهما وأتفقا على السابق منهما فعلى قول الخرقى تصير أم ولد له وولده حر يلحقه نسبه والخلاف في ذلك كالخلاف فيما إذا انفرد بإيلادها سواء وأما الثاني فقد وطىء أم ولد غيره بشبهة وأولدها فلا تصير أم ولد له لأنها مملوكة غيره فأشبهه ما لو باعها ثم أولدها وعليه مهرها لها لأن الكتابة لم تبطل والولد حر لأنه من وطء شبهة وعليه قيمته للأول لأنه فوت رقه عليه وكان من سبيله أن يكون رقيقا له حكمه حكم أمه فتلزمه قيمته على هذه الصفة وقد ذكرنا في وجوب نصف قيمة الأول خلافا فإن قلنا بوجوبها تقاصا بما لو أحد منهما على صاحبه في القدر الذي تساويا فيه ويرجع ذو الفضل بفضله وتعتبر القيمة يوم الولادة لأنها أول حال أمكن التقويم فيها وذكر القاضي في المسألة أربعة أحوال

أحدها : أن يكونا موسرين فالحكم على ما ذكرنا إلا أنه جعل المهر الواجب على الثاني للأول وهذا مذهب الشافعي ولا يصح هذا لأن الكتابة لا تبطل بالاستيلاذ ومهر المكاتبه لها دون سيدها ولأن سيدها لو وطئها وجب عليه المهر لها فلأن لا يملك المهر الواجب على غيره أولى ولأنه عوض نفعها فكان لها كآجرتها

الثاني : أن يكون الأول موسرا والثاني معسرا فيكون كالحال الأول سواء قال القاضي : إلا أن ولده يكون مملوكا لإعساره بقيمته وهذا غير صحيح لأن الولد لا يرق بإعسار والده بدليل ولد المغرور من أمة والواطيء بشبهة وكل موضع حكمنا بحرية الولد لا يختلف بالإعسار واليسار وإنما يعتبر اليسار في سراية العتق وليس عتق هذا بطريق السراية إنما هو لأجل الشبهة في الوطاء فلا وجه لاعتبار التساوي فيه والصحيح أنه حر وتجب قيمته في ذمة أبيه

الحال الثالث : أن يكونا معسرين فإنها تصير أم ولد للأول ونصفها للثاني قال : وعلى كل واحد منهما نصف مهرها لصاحبه وفي ولد كل واحد منهما وجهان : أحدهما : أن يكون كله حرا وفي ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه والثاني : نصف حر وباقيه عبد لشريكه إلا أن نصف الولد الأول عبد قن لأنه تابع للنصف الباقي من الأم وأما النصف الباقي من ولد الثاني فحكمه حكم أمه لأنه ولد منها بعد أن ثبت لنصفها حكم الاستيلاذ للأول فكان نصفه الرقيق تابعا لها في ذلك ولعل القاضي أراد ما إذا عجزت وفسخت الكتابة فأما إذا كانت باقية على الكتابة فلها المهر كاملا على كل واحد منهما إذا حكم برق نصف ولدها وجب أن يكون له حكمها في الكتابة لأن ولد المكاتبه يكون تابعا لها

الحال الرابع : أن يكون الأول معسرا والثاني موسرا فحكمه حكم الثالث سواء إلا أن ولد الثاني حر لأن الحرية تثبت لنصفه بفعل أبيه وهو موسر فسرى إلى جميعه وعليه نصف قيمته لشريكه ولم تقوم عليه الأم لأن نصفها أم ولد للأول ولو صح هذا لوجب أن لا يقوم عليه نصف الولد لأن حكمه حكم أمه في هذا فإذا منع حكم الاستيلاء السراية في الأم منعه فيما هو تابع لها ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما ذكر القاضي

فصل : وإن اختلفا في السابق منهما فادعى كل واحد منهما أنه السابق فعلى قولنا لها المهر على كل واحد منهما وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف قيمة الجارية لأنه يقول : صارت أم ولد لي بإحالي إياها ووجب لشريكي علي نصف قيمتها ولي عليه قيمة ولده لأنه يقول أولدتها بعد أن صارت أم ولد لي وهل يكون مقرا لها بنصف قيمة ولدها ؟ على وجهين سبق ذكرهما فعلى هذا إن استوى ما يدعيه وما يقر به تقاصا وتساقطا ولا يمين على صاحبه لأنه يقول : لي عليك مثل ما لك على والجنس واحد فتساقطا وإن زاد ما يقر به فلا شيء عليه لأن خصمه يكذبه في إقراره وإن زاد ما يدعيه فله اليمين على صاحبه في الزيادة ويثبت للأمة حكم العتق في نصيب كل واحد منهما بموته لإقراره بذلك ولا يقبل قوله على شريكه في إعتاق نصيبه

وقال أبو بكر في الأمة قولان : أحدهما : أن يقرع بينهما فتكون أم ولد لمن تقع القرعة له والثاني : تكون أم ولد لهما ولا يطؤها واحد منهما قال وبالأول أقول وأما القاضي فاختار أنهما إن كانا موسرين فكل واحد منهما يدعي المهر على صاحبه ويقر له بنصفه وهذا مذهب الشافعي لأن المهر عندهم لسيدتها دونها ولا يعتق شيء منها بموت الأول لاحتمال أن تكون أم ولد للآخر فإذا مات الآخر عتقت لأن سيدتها قد مات يقينا وإن كانا معسرين فكل واحد منهما يقر بأن نصفها أم ولده ويصدقه الآخر لأن الاستيلاء لا يسري مع الإعسار وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف المهر والآخر يصدقه فيتقاصان إن تساويا وإن فضل أحدهما صاحبه نظرت فإن كان كل واحد منهما يدعي الفضل تحالفا وسقط وإن كان كل واحد منهما يقر بالفضل سقط لتكذيب المقر له به وفي الولد وجهان : أحدهما : يكون حرا فيكون كل واحد منهما يدعي على الآخر نصف قيمة الولد والوجه الثاني : نصفه حر فيقر بأن نصف الولد مملوك لشريكه فيكون الولد بينهما من غير يمين وعلى الوجه الأول يتقاصان إن استوت قيمة الولدين ولا يمين في الموضوعين وأيهما مات عتق نصيبه وولأؤه له وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا فالموسر يقر للمعسر بنصف قيمة الأمة ونصف مهر مثلها ويدعي عليه جميع المهر وقيمة الولد والمعسر يقر للموسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد فيسقط إقرار الموسر للمعسر بنصف قيمة الجارية لكونه لا يدعيه ولا يصدق فيه ويتقاصان بالمهر لاستوائهما فيه ويدفع المعسر إلى الموسر نصف قيمة الولد لإقراره به ويحلف على ما يدعيه عليه من الزيادة لأنه ادعى عليه جميع قيمة الولد فأقر له بنصفها ويحلف له الموسر على نصف قيمة الولد الذي ادعاه المعسر عليه وأما الجارية فإن نصيب الموسر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه وباقيه يتنازعه فإن مات الموسر أولا عتق نصيبه وولأؤه لورثته فإذا مات المعسر عتق باقيها وإن مات المعسر أولا لم يعتق منها

شيء فإذا مات الموسر عتق جميعها ويجيء على قول أبي بكر أن يقرع بينهما في النصف المختلف فيه

فصل : فإن وطئها معا فأنت بولد لم تخل من ثلاثة أقسام :

أحدهما : أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما مثل أن تأتي به بعد استبرائها

منهما أو بعد أربع سنين منذ وطئها كل واحد منهما فيكون منغيا عنهما مملوكا

لهما حكمه حكم أمه في العتق بأدائها وتقبل دعوى الاستبراء من كل واحد

منهما لأن دعوى الاستبراء في الأمة كاللعان في الحرة

القسم الثاني : أن يكون من أحدهما بعينه دون صاحبه والحكم فيه حكم ما إذا

ولدت من أحدهما بعينه من وجوب المهر لها وقيمة نصفها لشريكه مع الخلاف

في ذلك فأما الذي لم تحبل من وطئه فإن كان الأول فعليه المهر لها وإن كان

الثاني فقد وطئ أم ولد غيره فإن كانت الكتابة باقية فعليه المهر لها أيضا وإن

كانت قد فسخت فالمهر للذي استولدها وقد وجب للثاني على الأول نصف

قيمتها وفي قيمة نصف الولد روايتان : فإن كان المهر للأول تقاصا بقدر أقل

الحقين وإن كان المهر لها رجع بحقه على الذي أحبلها وأما القاضي فقال في

هذا القسم : الحكم في الأول كالحكم فيه إذا انفرد بالوطء على ما مضى من

التفصيل وأما الثاني فإن وطئها بعد ولادتها من الأول نظرنا فإن وطئها بعد

الحكم بكونها أم ولد للأول فعليه مهر مثلها فإن كان الفسخ الكتابة في حق

نفسه لعجزها فالمهر له لأنها أم ولده وإن كان لم يفسخ فالمهر بينه وبينها

نصفين وإن وطئها بعد زوال الكتابة في حقه وقبل الحكم بأنها ولد للأول سقط

عنه نصف مهر لأن نصفها قن له وعليه النصف لها إن لم يكن الأول فسخ

الكتابة أو له إن فسخ وإن كان الأول معسرا فنصيبه منها أم ولد له ولها عليهما

المهران والحكم فيما إذا عجزت أو أدت قد تقدم فأما إن كان الولد من الثاني

فالحكم في وطاء الأول كالحكم فيه إذا وطئ منفردا ولم يحبلها وأما الثاني

فإن كان موسرا قوم عليه نصيب شريكه عند العجز فإن فسخا الكتابة قومناها

عليه وصارت أم ولد له وإن رضي الثاني بالمقام على الكتابة قومنا عليه نصيب

الأول وصارت كلها أم ولد له ونصفها مكاتب ويرجع الأول على الثاني بنصف

المهر ونصف قيمة الولد على إحدى الروايتين ويرجع الثاني على الأول بنصف

المهر فيتقاصان به إن كان باقيا عليهما وإن كان الثاني معسرا فالحكم فيه كما

لو ولدت من الأول وكان معسرا لا فصل بين المسألتين

القسم الثالث : أمكن أن يكون الولد من كل واحد منهما فيرى القافة معهما

فيلحق بمن ألحقه به منهما فمن ألحق به فحكمه حكم ما لو عرف أنه منه

بغير قافة

[جزء 12 - صفحة 406]

مسألة : ويجوز بيع المكاتب ومشتريه يقوم مقام المكاتب

مسألة : ويجوز بيع المكاتب ومشتريه يقوم مقام المكاتب

وممن قال يجوز بيع المكاتب عطاء و النخعي و الليث وابن المنذر وهو قديم
قولي الشافعي قال : ولا وجه لقول من قال لا يجوز وحكى أبو الخطاب رواية
أخرى عن أحمد أنه لا يجوز بيعه وهو قول مالك وأصحاب الرأي والحديد من
قولي الشافعي لأنه عقد يمنع استحقاق كسبه فممنع بيعه كبيعته لأجنبي وعتقه
وقال الزهري وأبو الزناد يجوز بيعه برضاه ولا يجوز بغيره وحكى ذلك عن أبي
يوسف لأن بريرة إنما بيعت برضاها وطلبها ولأن لسيده استيفاء منافعه برضاه
ولا يجوز بغير رضاه كذلك بيعه

ولنا ما وري عروة عن عائشة أنها قالت : جاءت بريرة إلى فقالت : يا عائشة
إني كاتب أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني ولم تكن قصت من
كتابتها شيئاً فقالت لها عائشة ونفست فيها أرجعي إلى أهلك إن أحبوا أن
أعطيهم ذلك جميعاً فعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فعرضت عليهم ذلك فأبوا
وقالوا : إن شئت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون ولاؤك لنا فذكرت ذلك
عائشة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : [لا يمنحك ذلك منها ابتاعي
وأعتقي إنما الولاء لمن أعتق] فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم في
الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : [أما بعد فما بال ناس يشترطون شروطاً
ليست في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان
مائة شرط قضاء الله أحق وشرطه أوثق وإنما الولاء لمن أعتق] متفق عليه
قال ابن المنذر : بيعت بريرة بعلم النبي صلى الله عليه وسلم وهي مكاتب لم
ينكر ذلك ففي ذلك أبين البيان أن بيعه جائز ولا أعلم خبراً يعارضه ولا أعلم في
شيء من الأخبار دليلاً على عجزها وتأوله الشافعي على أنها كانت قد عجزت
وكان بيعها فسخاً لكتابتها وهذا التأويل بعيد يحتاج إلى دليل في غاية القوة
وليس في الخبر ما يدل عليه بل قولها أعينيني على كتابتي دليل على بقائها
على الكتابة ولأنها أخبرتها أن نجومها في كل عام أوقية فالعجز إنما يكون
بمضي عامين عند من لا يرى العجز إلا بحلول نجمين أو بمضي عام عند
الآخرين والظاهر أن شراء عائشة لها كان في أول كتابتها ولا يصح قياسه على
أم الولد لأن سبب حربتها مستقر على وجه لا يمكن فسخه بحال فأشبهه الوقف
والمكاتب يجوز رده إلى الرق وفسخ كتابته إذا عجز فافترقا قال ابن أبي
موسى : هل للسيد أن يبيع المكاتب بأكثر من كان عليه ؟ على روايتين ولأن
المكاتب عبد مملوك لسيدته لم يتحتم عتقه فجاز بيعه كالمعلق عتقه بصفة
والدليل على أنه مملوك قول النبي صلى الله عليه وسلم : [المكاتب عبد ما
بقي عليه درهم] ولأن مولاته لا يلزمها أن تحتجب منه إذا لم يملك ما يؤدي
لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [إذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدي
فتلحتجب منه] يدل بمفهومه على أنها لا تحتجب منه قبل ذلك وإنما سقط
الحجاب عنه لكونه مملوكها ولأنه يصح عتقه ولا يصح عتق من ليس بمملوك
ولأنه يرجع عند العجز إلى كونه قنا ولو صار حراً ما عاد إلى الرق ويفارق إعتاقه
لأنه يزيل الرق بالكلية وليس بعقد إنما هو إسقاط للملك فيه وأما بيعه فلا يمنع
المشتري بيعه وأما البائع فلم يبق له فيه ملك بخلاف مسألتنا

فصل : وتجاوز هبته والوصية به وقد روي عن أحمد أنه منع هبته لأن الشرع إنما ورد ببيعه والصحيح جوازها لأن ما كان في معنى المنصوص عليه يثبت الحكم فيه

فصل : ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب
وجملة ذلك أن الكتابة لا تنفسخ بالبيع ولا يجوز إبطالها لا نرى في هذا خلافا قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن يبيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته ببيعه إذا كان ماضيا فيها مؤديا ما يجب عليه من نجومه في أوقاتها غير جائز وذلك لأنها عقد لازم فلا يبطل بالبيع كالإجارة والنكاح ويبقى على كتابته عند المشتري وعلى نجومه كما كان عند البائع مبقى على ما بقي من كتابته يؤدي إلى المشتري ما كان يؤدي إلى البائع

[جزء 12 - صفحة 409]

مسألة : فإن أدى عتق وولأؤه له وإن عجز عاد قنا له وإن لم يعلم أنه مكاتب
فله الرد والأرش

مسألة : فإن أدى عتق وولأؤه له وإن عجز عاد قنا له وإن لم يعلم أنه مكاتب
فله الرد والأرش

إذا أدى إلى المشتري عتق لأن حق المكاتب فيه انتقل إلى المشتري هو المعتقد وولأؤه له لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : [إنما الولاء لمن أعتق] وقد دل عليه حديث بريرة لأنه جعل ولأؤها لعائشة حين اشترتها وأعتقتها وإن عجز عاد قنا له لأنه صار سيده فقام مقام المكاتب وإن لم يعلم أنه مكاتب ثم علم ذلك فله فسخ البيع أو أخذ الأرش لأن الكتابة عيب لكون المشتري لا يقدر على التصرف فيه ولا يستحق كسبه ولا استخدامه ولا الوطاء إن كانت أمة فملك الفسخ كشرء الأمة المزوجة فيخير حينئذ بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين الإمساك مع الأرش على ما ذكرنا في البيع
فصل : فأما بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه فلا يصح وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي وأبو ثور وقال عطاء وعمرو بن دينار و مالك : يصح لأن السيد يملكها في ذمة المكاتب فجاز بيعها كسائر أمواله

ولنا أنه دين غير مستقر فلم يجز بيعه كدين السلم ودليل عدم الاستقرار أنه معرض للسقوط بعجز المكاتب ولأنه لا يملك السيد إجبار العبد على أدائه ولا الزامه بتحصيله فلم يجز بيعه كالعدة بالتبرع ولأنه غير مقبوض وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض فإنه باعه فالبيع باطل وليس للمشتري مطالبة المكاتب بتسليمه إليه وله الرجوع بالثمن على البائع إن كان دفعه إليه وإن سلم المكاتب إلى المشتري نجومه ففيه وجهان :

أحدهما : يعتق لأن البيع يضمن الإذن في القبض فأشبهه قبض الوكيل والثاني : لا يعتق لأنه لم يستنبه في القبض وإنما قبض لنفسه بحكم البيع الفاسد فكان القبض فاسدا فلم يعتق بخلاف وكيله فإنه استنابه ولو صرح بالإذن لم يكن

مستنيا له في القبض وإنما إذنه في القبض بحكم المعاوضة فلا فرق بين التصريح وعدمه فإن قلنا يعتق بالأداء بريء المكاتب من مال الكتابة ويرجع السيد على المشتري بما قبضه لأنه كئائب عنه فإن كان من جنس الثمن وكان قد تلف تقاصا بقدر أقلهما ورجع ذو الفضل بفضله وإن قلنا لا يعتق بذلك فمال الكتابة باق في ذمة المكاتب ويرجع المكاتب على المشتري بما دفعه إليه ويرجع المشتري على البائع فإن سلمه المشتري إلى البائع لم يصح تسليمه لأنه قبضه بغير إذن المكاتب فأشبهه ما لو أخذه من ماله بغير إذنه وإن كان من غير جنس مال الكتابة تراجعنا بما لكل واحد منهما على الآخر وإن باعه ما أخذه بما له في ذمته وكان مما يجوز البيع فيه جاز إذا كان ما قبضه السيد باقيا وإن كان قد تلف ووجبت قيمته وكان من جنس مال الكتابة تقاصا وإن كان المقبوض من جنس مال الكتابة فتحاسبنا به جاز

فصل : وإذا كان للمكاتب ولد تبعه في الكتابة فباعهما صح لأنهما ملكه ولا مانع من بيعهما ويكونان عند المشتري كما كانا عند البائع سواء وإن باع أحدهما دون صاحبه أو باع أحدهما الرجل وباع الآخر لغيره لم يصح لوجهين :

أحدهما : أنه لا يجوز التفريق بين الوالد وولده في البيع إلا بعد البلوغ على إحدى الروايتين والثاني : أن الولد تابع لوالده وله كسبه وعليه نفقته فصار في معنى مملوكه فلم يجز التفريق بينهما وعلى الرواية الأخرى يحتمل أن يجوز بيعه بعد البلوغ لأنه محل للبيع صدر فيه التصرف من أهله ويكون عند من هو عنده على ما كان عليه قبل بيعه لوالده كسبه وعليه نفقته وأرش جنائته وبعثه بعثته كما لو بيع مع والده

فصل : وتصح الوصية لمكاتبه لأنه مع سيده في المعاملة كالأجنبي ولذلك جاز دفع زكاته إليه فإن قال ضعوا عن مكاتبتي بعض كتابته أو بعض ما عليه وضعوا ماشاءوا قليلا كان أو كثيرا وقد ذكرنا نحوه في الوصايا

[جزء 12 - صفحة 412]

مسألة : وإن اشترى كل واحد من المكاتبين الآخرين صح شراء الأول وبطل شراء الثاني وسواء كانا لواحد أو لاثنتين

مسألة : وإن اشترى كل واحد من المكاتبين الآخرين صح شراء الأول وبطل شراء الثاني وسواء كانا لواحد أو لاثنتين

لا خلاف في أن المكاتب يصح شراؤه للعبيد والمكاتب يجوز بيعه على ما ذكرنا في الصحيح من المذهب فإذا اشترى أحدهما الآخر صح شراؤه وملكه لأن التصرف صدر من أهله في محله وسواء كانا مكاتبين لسيد واحد أو لاثنتين فإن عاد الثاني فاشترى الذي اشتراه لم يصح لأنه سيده ومالكة وليس للملوك أن يملك لأنه مالكة لأنه يفضي إلى تناقض الأحكام إذ كل واحد منهما يقول لصاحبه : أنا سيدك ولي عليك مال الكتابة تؤديه إلي وإن عجزت فلي فسخ كتابتك وردك إلى أن تكون رقيقا وهذا تناقض وإذا تناقض بملك المرأة زوجها ملك

اليمن لثبوت ملكه عليها في النكاح فهنا أولى ولأنه لو صح هذا لتقاصا الدينين
إذا تساويا وعتقا جميعا
إذا ثبت هذا فشرأء الأول صحيح والمبيع منهما باق على كتابته فإن أدى عتق
وولاؤه موقوف فإن أدى سيده كتابته كان الولاء له لأنه عتق بادائه إليه وإن
عجز فولاؤه لسيده لأن العبد لا يثبت له ولأن السيد يأخذ ماله فكذلك حقوقه
هذا مقتضى قول القاضي ومقتضى قول أبي بكر أن الولاء لسيده لأن المكاتب
عبد لا يثبت له الولاء فيثبت لسيده ذكر ذلك فيما إذا أعتق بإذن سيده أو كاتب
عبد فإدى كتابته وهذا نظيره ويحتمل أن يفرق بينهما لكون العتق ثم بإذن
السيد فيحصل الإنعام عنه بإذنه فيه وههنا لا يفتقر إلى إذنه فلا نعمة له عليه فلا
يكون له عليه ولاء ما لم يعجز سيده

[جزء 12 - صفحة 413]

مسألة : فإن لم يعلم السابق منهما فسد البيعان
مسألة : فإم لم يعلم السابق منهما فسد البيعان
وهذا قول أبي بكر ويرد كل واحد منهما إلى كتابته لأن كل واحد منهما مشكوك
في صحة بيعه فيرد إلى اليقين وذكر القاضي أنه يجري مجرى ما إذا زوج
الوليان فأشك الأول منهما فيقتضي هذا أن يفسخ البيعان كما يفسخ النكاحان
وعلى قول أبي بكر لا يحتاج إلى الفسخ لأن النكاح إنما احتيج فيه إلى الفسخ
من أجل المرأة فإنها منكوحة نكاحا صحيحا لواحد منهما يقينا فلا يزول إلا بفسخ
وفي مسألتنا لم يثبت يقين البيع في واحد بعينه فلم يفتقر إلى فسخ

مسألة : وإن أسر العدو المكاتب فاشتراه رجل فأحب سيده أخذه بما اشتراه
وإلا فهو عند مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالأداء وولاؤه له
مسألة : وإن أسر العدو المكاتب فاشتراه رجل فأحب سيده أخذه بما اشتراه
وإلا فهو عند مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالأداء وولاؤه له
إذا أسر الكفار مكاتباً ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها فإن أخذ في
الغنائم فعلم بحاله أو أدركه سيده قبل قسمه أخذه بغير شيء وهو على كتابته
كمن لم يؤسر وإن لم يدركه حتى قسم وصار في سهم بعض الغانمين أو
اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمه أو من الشركين وأخرجه إلى سيده فإن
السيد أحق به بالثمن الذي ابتاعه به وفيما إذا كان غنيمة رواية أخرى أنه إذا
قسم فلا حق لسيده فيه بحال فيخرج في المتشركي مثل ذلك وعلى كل تقدير
فإن سيده إن أخذه فهو مبقى على ما بقي من كتابته وإن تركه فهو في يد
مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالأداء في الموضوعين وولاؤه لمن
يؤدي إليه كما لو اشتراه من سيده

وقال أبو حنيفة و الشافعي : لا يثبت عليه ملك للكفار ويرد إلى سيده بكل حال ووافق أبو حنيفة و الشافعي في المكاتب والمدبر خاصة لأنهما عنده لا يجوز ولا نقل الملك فيهما فأشبهها أم الولد وقد تقدم الكلام في الدلالة على أن ما أدركه صاحبه مقسوما لا يستحق صاحبه أخذه بغير شيء وكذلك ما اشتراه مسلم من دار الحرب في أن المكاتب والمدبر يجوز بيعهما بما يغني عن إعادته ههنا فصل : وهل يحتسب عليه بالمدة التي كان فيها عند الكفار ؟ على وجهين : أحدهما : لا يحتسب عليه بها لأن الكتابة اقتضت تمكينه من التصرف والكسب في هذه المدة فإذا لم يحصل ذلك لم يحتسب كما لو حبسه سيده فعلى هذا يبني على ما مضى من المدة قبل الأسر وتلغى مدة الأسر كأنها لم توجد والثاني : يحتسب عليه بها لأنها من مدة الكتابة مضت بغير تفریط من سيده فاحتسب عليه بها كمرضه ولأنه مدين مضت مدة من أجل دينه في حبسه فاحتسب عليه كسائر الغرماء وفارق ما إذا حبسه سيده بما ذكرناه فعلى هذا إذا حل عليه نجم عند استقاذه جازت مطالبته به وإن حل ما يجوز تعجيزه بترك أدائه فلسيده تعجيزه ورده إلى الرق وهل له ذلك بنفسه أو بحكم الحاكم ؟ فيه وجهان :

أحدهما : له ذلك لأنه تعذر عليه الوصول إلى المال في وقته أشبه ما لو كان حاضرا والمال غائبا يتعذر إحضاره وأداؤه في مدة قريبة كان لسيده الفسخ والمال ههنا إما معدوم وإما غائب يتعذر أدائه وفي كلا الحالين يجوز الفسخ والثاني : ليس له ذلك إلا بحكم الحاكم لأنه مع الغيبة يحتاج إلى أن يبحث هل له مال أم لا ؟ وليس كذلك إذا حاضرا فإنه يطالبه فإن أدى وإلا فقد عجز نفسه فإن فسخ الكتابة بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خلص المكاتب وادعى أن له مالا في وقت الفسخ يفي بما عليه وأقام بذلك بينة بطل الفسخ ويحتمل أن لا يبطل حتى يثبت أنه كان يمكنه أدائه لأنه إذا كان متعذر الأداء كان وجوده كعدمه فصل : قال الشيخ رضي الله عنه : وإن جنى على سيده أو أجنبي فعليه فداء نفسه مقدما على الكتابة وقال أبو بكر : يتحصان وجملة ذلك أن المكاتب إذا جنى جنابة موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ويؤدي من المال في يده وبهذا قال الحسن والحكم وحماد و الأوزاعي و مالك و الحسن بن صالح و الشافعي وأبو ثور وقال عطاء و النخعي وعمرو بن دينار : جنائته على سيده وقال عطاء : ويرجع سيده بها عليه وقال الزهري : إذا قتل رجلا خطأ كتابته وولاه لولي المقتول إلا أن يفديه سيده ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : [لا يجني جان إلا على نفسه] ولأنها جنابة عبد فلم تجب في ذمة سيده كالقن إذا ثبت هذا فإنه يبدأ بأداء الجنابة قبل الكتابة سواء حل عليه نجم أو لم يحل نص عليه أحمد وهو المعمول به في المذهب وذكر أبو بكر قولاً آخر أن السيد يشارك ولي الجنابة فيضرب بما حل من نجوم كتابته لأنهما دينان فيتحصان قياساً على سائر الديون ولنا أن أرش الجنابة من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به ولذلك قدمت على حق المالك وحق المرتهن وغيرهما فوجب أن تقدم ههنا يحققه أن ملك الكتابة مقدم على ملك السيد في عبده فيجب تقديمه على عوضه وهو مال الكتابة بطريق الأولى لأن الملك فيه قبل الكتابة كان مستقرا ودين الكتابة

غير مستقر فإذا قدم على المستقر فعلى غيره أولى إذا ثبت هذا فإنه يفدي نفسه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته لأنه إن كان أرش الجناية أقل فلا يلزمه أكثر من موجب جنايته وهو أرشها وإن كان أكثر لم يكن عليه أكثر من قيمته لأنه لا يلزمه أكثر من بذل المحل الذي تعلق به الأرش فإن بدأ بدفع المال إلى ولي الجناية فوفى بأرش الجناية وإلا باع الحاكم منه بما يفى من أرشها وباقيه باق على كتابته وإن اختار السيد الفسخ فله ذلك ويعود عبدا قنا مشتركا بين السيد والمشتري وإن أبواه السيد على الكتابة فأدى عتق بالكتابة وسرى العتق إلى باقيه إن كان المكاتب موسرا ويقوم عليه وإن كان معسرا عتق منه ما عتق وباقيه رقيق فإن لم يكن في يده مال ولم يف بالجناية إلا قيمته كلها بيع كله فيها وبطلت كتابته

فصل : وإن بدأ بدفع المال إلى سيده وكان ولي الجناية سأل الحاكم فحجر على المكاتب ثبت الحجر عليه وكان النظر فيه إلى الحاكم فلا يصح دفعه إلى سيده ويرتجعه الحاكم ويسلمه إلى ولي الجناية فإن وفى وإلا كان الحكم فيه على ما ذكرنا من قبل وإن لم يكن الحاكم حجر عليه صح دفعه إلى السيد لأنه يقضي حقا عليه فجاز كما لو قضى بعض غرمائه قبل الحجر عليه فإن كان ما دفعه إلى جميع مال الكتابة عتق

[جزء 12 - صفحة 417]

مسألة : وعليه فداء نفسه ويكون الأرش في ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق ويفديه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته

مسألة : وعليه فداء نفسه ويكون الأرش في ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق ويفديه بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته

لأنه لا يلزم أكثر مما كان واجبا عليه بالجناية فإن أعتقه السيد فعليه فداؤه بذلك لأنه أتلف محل الاستحقاق فأشبه ما لو قتله

مسألة : وإن عجز فليسيدة تعجيزه ويفيده أيضا بما ذكرناه وقال أبو بكر فيه رواية أخرى أنه يفديه بأرش الجناية بالغة ما بلغت

مسألة : وإن عجز فليسيدة تعجيزه ويفيده أيضا بما ذكرناه وقال أبو بكر فيه رواية أخرى أنه يفديه بأرش الجناية بالغة ما بلغت

لأنه لو سلمه احتمل أن يرغب فيه راغب بأكثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة بإعتاقه

فصل : فإن كانت الجناية على سيده فيما دون النفس فالسيد خصمه فيها فإن كانت موجبة للقصاص فليسيدة القصاص كما يجب على عبده القن لأن القصاص يجب للزجر فيحتاج إليه العبد في حق سيده وإن عفا علي مال أو كانت موجبة للمال وجب له لأن المكاتب مع سيده كالأجنبي يصح أن يبايعه

ويثبت له في ذمته المال والحقوق كذلك الجناية ويفدي نفسه بأقل الأمرين كالجناية على الأجنبي وعنه يفديه بأرش الجناية كله فإن وفى ما في يده بما عليه فلسيده مطالبتة به وإن لم يف فلسيده تعجيزه فإذا عجزه وفسخ الكتابة سقط عنه مال الكتابة وأرش الجناية وعاد عبداً قنا ولا يثبت للسيد على عبده القن مال وإن أعتقه سيده ولا مال في يده سقط الأرش لأنه متعلق برقبته وقد أتلفها وإن كان في يده مال لم يسقط لأن الحق كان متعلقاً بالذمة وما في يده من المال فإذا تلفت الرقبة بقي الحق متعلقاً بالمال فاستوفي منه كما لو عتق بالأداء وهل يجب أقل الأمرين أو أرش الجناية كله؟ على وجهين ويستحق السيد مطالبته بأرش الجناية قبل أداء مال الكتابة لما ذكرنا من قبل في حق الأجنبي وإن اختار تأخير الأرش والبداية بقيض مال الكتابة جاز ويعتق إذا قبض مال الكتابة كله وقال أبو بكر: لا يعتق بالأداء قبل أرش الجناية لوجوب تقديمه على مال الكتابة

ولنا أن الحقين جميعاً للسيد فإذا تراضيا على تقديم أحدهما على الآخر جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهما ولأنه لو بدأ بأداء مال الكتابة في حق الأجنبي عتق ففي حق السيد أولى ولأن أرش الجناية لا يلزم أدائه قبل اندمال الجرح فيمكن تقديم وجوب الأداء عليه إذا ثبت هذا فإنه إذا أدى عتق ويلزمه أرش الجناية سواء كان في يده مال أو لم يكن لأن عتقه بسبب من جهته فلم يسقط ما عليه بخلاف ما إذا أعتقه سيده فإنه أتلف محل حقه بخلاف هذا وهل يلزمه أقل الأمرين أو جميع الأرش؟ على وجهين: وإن كانت جنايته على نفس سيده فلورثته القصاص في العمد والعفو على مال وفي الخطأ المال وحكم الورثة مع المكاتب حكم سيده معه لأن الكتابة انتقلت إليهم والعبد لو عاد قنا كان لهم وإن جنى على موروث سيده فورثه سيده فالحكم فيه كما لو كانت الجناية على سيده فيما دون النفس على ما مضى

فصل: وإن جنى المكاتب جنایات تعلقت برد رقبته واستوى الأول والآخر في الاستيفاء ولم يقدم الأول على الثاني إن كانت موجبة للمال لأنها تعلقت بمحل واحد وكذا إن كان بعضها في حال كتابته وبعضها بعد تعجيزه فهي سواء ويتعلق جميعها بالرقبة فإن كان فيها ما يوجب القصاص فلولي الجناية استيفاءه وتبطل حقوق الآخرين فإن عفا إلى مال صار حكمه حكم الجناية الموجبة للمال فإن أبراه بعضهم استوفى الباقيون لأن حق كل واحد يتعلق برقبته يستوفيه إذا انفرد فإذا اجتمعوا تراحموا فإذا أبراه بعضهم سقط حقه وتراحم الباقيون كما لو انفردوا كما في الوصايا وديون الميت فإن أدى وعتق فالضمان عليه وإن أعتقه سيده فعليه الضمان وأيهما ضمن فالواجب عليه أقل الأمرين كما ذكرنا في الجناية الواحدة ولأنه لو عجزه الغرماء وعاد قنا بيع وتحاصوا في ثمنه كذلك ههنا فأما إن عجزه سيده وعاد قنا خير بين فدائته وتسليمه فإن اختار فداءه فداه بأقل الأمرين كما لو أعتقه أو قتله وفيه رواية أخرى أنه يلزمه أرش الجناية كله لأنه لو سلمه احتمل أن يرغب فيه راغباً أكثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة باختياره إمساكه فكان عليه جميع الأرش ويفارق ما إذا أعتقه أو قتله لأن المحل تلف فتعذر تسليمه فلم يجب أكثر من قيمته والمحل ههنا باق

يمكن تسليمه وبيعه وقد ذكرنا فإن أراد المكاتب فداء نفسه قبل تعجيزه أو
أعتقه ففيما تفدى به نفسه وجهان بناء على ما إذا عجزه سيده والله أعلم

[جزء 12 - صفحة 420]

مسألة : وإن لزمته ديون تعلقت بذمته بيع بها بعد العتق
مسألة : وإن لزمته ديون تعلقت بذمته بيع بها بعد العتق
إذا اجتمع على المكاتب ثمن مبيع أو عوض قرض أو غيرهما من الديون مع مال
الكتابة وفي يده ما يفي بها فله أداؤها ويبدأ بأياها شاء كالحر وإن لم يفي بها ما
في يده وكلها حالة ولم يحجر الحاكم عليه فخص بعضهم بالقضاء صح كالحر
وإن كان فيها مؤجل فعجله بغير إذن سيده لم يجز لأن تعجيله تبرع فلم يجز
بغير إذن سيده كالهبة وإن كان بإذن سيده جاز كالهبة وإن كان التعجيل للسيد
فقبوله بمنزلة إذنه وإن كان الحاكم قد حجر عليه بسؤال غرمائه فالنظر إلى
الحاكم وإنما يحجر عليه بسؤالهم فإن حجر عليه بغير سؤالهم لم يصح لأن
الحق لهم فلا يستوفى بغير إذنهم وإن سأله سيده الحجر عليه لم يجبه إلى ذلك
لأن حقه غير مستقر فلا يحجر عليه من أجله وإذا حجر عليه بسؤال الغرماء
فقال القاضي : عندي أنه يبدأ بقضاء ثمن المبيع وعوض القرض يسوي بينهما
ويقدمهما على أرش الجناية ومال الكتابة لأن أرش الجناية محله الرقبة فإذا لم
يحصل مما في يده استوفى من رقبته

وهذا مذهب الشافعي وقد ذكرنا أن أصحابنا و الشافعي اتفقوا على تقديم
أرش الجناية على مال الكتابة فيما مضى وإذا لم يحجر عليه ودفع إلى السيد
مال الكتابة عتق وبقية الديون في ذمته يتبع بها بعد العتق لأنه صار حراً فهو
كالأحرار ولأن المداين رضي بذمته حين أدائه فكان له ما رضي به كالحر
فصل : وإذا جنى بعض عبيد المكاتب جناية توجب القصاص فللمجني عليه
الخيار بين القصاص والمال فإن اختار المال أو كانت الجناية خطأ أو شبه عمد
أو إتلاف مال تعلق أرشها برقبته وللمكاتب فداؤه بأقل الأمرين من قيمته أو
أرش جنايته لأنه بمنزلة شرائه ولس له فداؤه بأكثر من قيمته كما لا يجوز له أن
يشتره بذلك إلا أن يأذن فيه سيده فإن كان الأرش أقل من قيمته لم يكن له
تسليمه لأنه تبرع بالزائد وإن زاد الأرش على قيمته فهل يلزمه تسليمه أو يفديه
بأقل الأمرين ؟ على روايتين :

فصل : فإن ملك المكاتب ابنه أو بعض ذوي رحمه المحرم أو ولد من أمته
فجنى جناية تعلق أرشها برقبته فللمكاتب فداؤه بغير إذن سيده كما يفدي غيره
من عبيده وقال القاضي في المجرد ليس له فداؤه بغير إذنه وهو مذهب
الشافعي لأنه إتلاف لماله فإن ذوي رحمه ليسوا بمال له ولا يتصرف فيهم فلم
يجز له إخراج ماله في مقابلتهم ولا شراؤهم كالتبرع ويفارق العبد الأجنبي فإنه
ينتفع به وله صرفه في كتابته وكان له فداؤه وشراؤه كسائر أمواله ولكن إن

كان لهذا الجاني كسب فدي منه وإن لم يكن له كسب بيع في الجناية إن استغرقت قيمته وإن لم تستغرقها بيع بعضه فيها وما بقي للمكاتب ولنا أنه عبد له حي فلمك فداءه كسائر عبيده ولا نسلم أنه لا يملك شراءه وقولهم لا يتصرف فيه قلنا إلا أن كسبه له فإن عجز المكاتب صار رقيقا معه لسيدة إن أدى المكاتب لم يتضرر السيد بعنقهم وانتفع به المكاتب وإذا دار أمره بين نفع وانتفاء ضرر وجب أن لا يمنع منه وفارق التبرع فإنه يفوت المال على السيد فإن قيل فيه ضرر وهو منعه من أداء الكتابة فإنه صرف المال فيه ولم يقدر على صرفه في الكتابة عجز عنها قلنا هذا الضرر لا يمنع المكاتب منه بدليل ما لو ترك الكسب مع إمكانه أو امتنع من الأداء مع قدرته عليه فإنه لا يمنع منه ولا يجبر على كسب ولا أداء فكذلك لا يمنع مما هو معناه ولا مما يفرض إليه ولأن غاية الضرر في هذا المنع من اتمام الكتابة وليس اتمامها واجبا عليه فأشبه ترك الكسب بل هذا أولى لوجهين :

أحدهما : أن هذا فيه نفع للسيد لمصيرهم عبيدا له والثاني : أن فيه نفعاً للمكاتب باعتاق ولده وذوي رحمه ونفعا لهم بالاعتاق على تقدير الأداء فإذا لم يمنع مما يساويه في المضرة من غير نفع فيه فلأن لا يمنع مما فيه نفع لازم لإحدى الجهتين أولى وولد المكاتب يدخل في كتابتها والحكم في جنائته كالحكم في ولد المكاتب سواء

فصل : وإن جنى بعض عبيد المكاتب على بعض جنابة موجبها المال لم يثبت لها حكم لأنه لا يجب للسيد على عبده مال وإن كان موجبها القصاص فقال أبو بكر : ليس له القصاص لأنه إتلاف لماله باختياره وهذا الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وذكره أبو الخطاب في رؤوس المسائل وقال القاضي : له القصاص لأنه من مصلحة ملكه فإنه لو لم يقتص أفضى إلى إقدام بعضهم على بعض وليس له العفو على مال لما ذكرنا ولا يجوز بيعه في أرش الجناية لأن الأرش لا يثبت له في رقية عبده فإن كان الجاني من عبيد ابنه لم يجز بيعه لذلك وقال أصحاب الشافعي : يجوز بيعه في أحد الوجهين لأنه لا يملك بيعه قبل جنائته فيستفيد بالجناية ملك بيعه ولنا أنه عبده فلم يجب عليه أرش كالأجنبي وما ذكروه ينتقض بالرهن إذا جنى على راهنه

فصل : فإن جنى عبد المكاتب عليه جنابة موجبها المال كانت هدرًا لما ذكرنا وإن كان موجبها القصاص فله أن يقتص فيما دون النفس لأن العبد يقتص منه لسيدة وإن عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال فإن كان الجاني أباه لم يقتص منه لأن الوالد لا يقتل بولده وإن جنى المكاتب عليه لم يقتص منه لأن السيد لا يقتص منه لعبده وقال القاضي : فيه وجه آخر أنه يقتص منه لأن حكم الأب معه حكم الأحرار بدليل أنه لا يملك بيعه والتصرف فيه وجعلت حرته موقوفة على حرته قال القاضي : ولا نعلم موضعا يقتص فيه المملوك من مالكة غير هذا الموضع

فصل : وإن جنى على المكاتب فيما دون النفس فأرش له دون سيد لثلاثة معان أحدها : أن كسبه له وذلك عوض عما يتعطل بقطع يده من كسبه والثاني : أن المكاتب تستحق المهر في النكاح لتعلقه بعضو من أعضائها كذلك بدل

العضو الثالث : أن السيد أخذ مال الكتابة بدلا عن نفس المكاتب فلا يجوز أن يستحق عنه عوضا آخر لم لا يخول من ثلاثة أحوال :
أحدها : أن يكون الجاني سيده فلا يقتص عليه لأمرين أحدهما : أنه حر والمكاتب عبد والثاني : أنه ملكه ولا يقتص من المالك لمملوكه ولكن يجب الأرش إذا اندمل الجرح على ما يذكر في الجنايات ولأنه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته إلى نفسه فيسقط أرشه : فإذا ثبت هذا فسرى الجرح إلى نفسه انفسخت الكتابة وكان الحكم فيه كما لو قتله فإن اندمل الجرح وجب له أرشه على سيده وبتقاصان إن كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم وإن كان من غير جنس مال الكتابة أو لم يحل عليه نجم لم يتقاصا ويطلب كل واحد منهما بما يستحقه فإن اتفقا على أن يجعل أحدهما حقه ثم دفعه إلى الآخر عوضا عن حقه جاز وإن رضي المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز إذا كان من جنس مال الكتابة

الحال الثانية : إذا كان أجنيا حرا فلا قصاص لا يقتل بالعبد فإن سرى الجرح إلى نفسه انفسخت كتابته وعلى الجاني قيمته لسيدة وإن اندمل الجرح فعليه أرشه له فإن أدى الكتابة وعتق ثم سرى الجرح إلى نفسه وجبت ديته لأن اعتبار الضمان بحالة الاستقرار ويكون لورثته فإن كان الجاني السيد أو غيره من ورثته لم يرث منه شيئا لأن القاتل لا يرث ويكون لبيت المال إن لم يكن له وارث ومن اعتبر الجناية بحالة ابتداؤها أوجب على الجاني قيمته ويكون أيضا لورثته

الحال الثالث : إذا كان الجاني عبدا أو مكاتبا فإن كان موجب الجناية القصاص وكانت على النفس انفسخت الكتابة وسيده بالخيار بين القصاص والعفو على مال يتعلق برقبة الجاني وإن كانت فيما دون النفس كقطع يده فللمكاتب استيفاء القصاص وليس لسيدة منعه كما أن المريض يقتص ولا يعترض عليه ورثته والمفلس يقتص ولا يعترض عليه غرماؤه وإن عفا على مال ثبت له وإن عفا مطلقا انبنى على الروائتين في موجب العمد وإن قلنا موجب القصاص عينا صح ولم يثبت له مال وليس لسيدة مطالبته باشتراط مال لأن ذلك تكسب ولا يملك اجباره على الكسب وإن قلنا الواجب أحد أمرين ثبت له دية الجرح لأنه لما ثبت القصاص تعين المال ولا يصح عفو عن المال لأنه لا يملك التبرع بغير إذن سيده وإن صالح على بعض الأرش فحكمه حكم العفو إلى غير مال فصل : وإذا مات المكاتب وعليه ديون وأروش جنائيات ولم يكن ملك ما يؤدي في كتابته انفسخت الكتابة وسقط أرش الجنايات لأنها متعلقة برقبته وقد تلفت ويستوفي ديونه مما كان في يده فإن لم يف بها سقط الباقي قال أحمد : ليس على سيده قضاء دينه هذا كان يسعى لنفسه وإن كان قد ملك ما يؤدي في كتابته انبنى ذلك على الروائتين في عتق المكاتب بملك ما يؤديه وقد ذكرنا فيه روايتين الظاهر منهما أنه لا يعتق بذلك فتنفسخ الكتابة أيضا ويبدأ بقضاء الدين على ما ذكرنا في الحال الأول وهذا قول زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب والحسن وشريح وعطاء وعمرو بن دينار وأبي الزناد ويحيى الأنصاري وربيعه و الأوزاعي و أبي حنيفة و الشافعي والثانية : أنه إذا ملك ما يؤدي صار حرا فعلى هذا يضرب السيد مع الغرماء بما حل من نجومه روي نحو هذا عن شريح و

النخعي و الشعبي والحكم وحماد وابن أبي ليلي و الثوري والحسن بن صالح لأنه دين حال فيضرب به كسائر الديون ويجيء على قول من قال إن الدين يحل بالموت أن يضرب بجميع مال الكتابة لأنه قد حل بالموت و المذهب الأول الذي نقله الجماعة عن أحمد وقد روى سعيد في سننه ثنا هشيم ثنا منصور وسعيد عن قتادة قال : ذكرت لسعيد بن المسيب قول شريح في المكاتب إذا مات وعليه دين وبقية من مكاتبته فقلت : إن شريحا قضى أن مولاه يضرب مع الغرماء فقال سعيد : أخطأ شريح قضى زيد بالدين قبل المكاتبه فصل : قال الشيخ رضي الله عنه : وهي عقد لازم من الطرفين لا يدخلها خيار ولا يملك أحدهما فسخها وجملة ذلك أن الكتابة عقد لازم من الطرفين لأنها عقد معاوضة أشبه عقد النكاح والبيع ول يدخلها خيار لأن الخيار شرع لدفع الغبن عن المال والسيد دخل على بصيرة أن الحظ لعبده فلا معنى للخيار ولا يملك أحدهما فسخها قياسا على سائر العقود اللازمة وعنه أن العبد يملك ذلك وسنذكره ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل كسائر عقود المعاوضات

[جزء 12 - صفحة 427]

مسألة : ولا تنفسخ بموت السيد لا نعلم في ذلك خلافا ولا تنفسخ بجنونه ولا الحجر عليه لأنه عقد لازم أشبه البيع
مسألة : ولا تنفسخ بموت السيد لا نعلم في ذلك خلافا ولا تنفسخ بجنونه ولا الحجر عليه لأنه عقد لازم أشبه البيع

مسألة : ويعتق بالأداء إلى سيده وقد ذكرنا ذلك وبالأداء إلى الورثة
مسألة : ويعتق بالأداء إلى سيده وقد ذكرنا ذلك وبالأداء إلى الورثة لأنه انتقل إليهم مع بقاء الكتابة فهو كالأداء إلى موروثهم ويكون مقسوما بينهم على ما قدر موارثهم كسائر ديونه فإذا كان له أولاد ذكور وإناث فللذكر مثل حظ الأنثيين ولا يعتق حتى يؤدي إلى كل ذي حق حقه فإن أدى إلى بعضهم دون بعض لم يعتق كما لو كان بين شركاء فأدى إلى بعضهم فإن كان بعضهم غائبا وله وكيل دفع نصيبه إلى وكيله وإن لم يكن له وكيل دفع نصيبه إلى الحاكم وعتق وإن كان موليا عليه دفع إلى وليه إما أبيه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه فإن كان له وصيان لم يبرأ إلا بالدفع إليهما معا وإن كان الوارث رشيدا قبض لنفسه ولا تصح الوصية ليقبض له لأن الرشيد ولي نفسه وإن كان بعضهم رشيدا وبعضهم موليا عليه فحكم كل واحد منهم حكمه وانفرد فإن أذن بعضهم في الأداء إلى الآخر وكان الذي أذن رشيدا فأدى إلى الآخر جميع حقه عتق نصيبه ولا يسري إلى نصيب شريكه إن كان معسرا ويسري إليه إن كان موسرا ويقوم عليه نصيب شريكه كله كما لو كان بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه وهذا ظاهر الخرقى وهو أحد قولى الشافعي وقال القاضي : لا يسري عتقه وإن كان

موسرا وهذا القول الثاني للشافعي وقال أبو حنيفة : لا يعتق إلا بأداء جميع مال الكتابة لأنه أدى بعض مال الكتابة فأشبهه ما لو أداه إلى السيد فإن أبرأه من مال الكتابة بريء منه وعتق وإن أبرأه بعضهم عتق نصيبه وكذلك إن أعتق نصيبه منه عتق والخلاف في هذا كله كالخلاف فيما إذا أدى إلى بعضهم بإذن الآخر

ولنا على أنه يعتق نصيب من أبرأ من حقه عليه أو استوفى نصيبه بإذن شركائه أنه أبرأه من جميع ما له عليه فوجب أن يلحقه العتق كما لو أبرأه سيده من جميع مال الكتابة وفارق ما إذا أبرأه السيد من بعض مال الكتابة لأنه ما أبرأه من جميع حقه

ولنا على سراية عتقه أنه إعتاق لبعض العبد الذي يجوز إعتاقه من موسر جائز التصرف غير محجوز عليه فوجب أن يسري عتقه كما لو كان قنا ولأنه عتق حصل بفعله واختياره فسرى كمحل الوفاق فإن قيل في السراية اضرار بالشركاء لأنه قد يعجز فيرد إلى الرق قلنا إذا كان العتق في محل الوفاق يزيل الرق المتمكن الذي لا كتابة فيه فلأن يزيل عرضية ذلك بطريق الأولى فصل : وإذا عتق بالأداء إلى الورثة فولأؤه لسيده في إحدى الروايتين وهو اختيار الخرقي يختص به عصابته دون أصحاب الفروض وهذا قول أكثر الفقهاء واختاره أبو بكر ونقله إسحاق بن منصور عن أحمد وإسحاق وروى حنبل وصالح بن أحمد عن أبيه قال : اختلف الناس في المكاتب يموت سيده وعليه بقية من كتابته قال بعض الناس : الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن والذي يغلب على أنهن يرثن ولو عجز المكاتب بعد وفاة السيد ردا رقيقا وهذا قول طاوس و الزهري لأن المكاتب انتقل إلى الورثة بموت السيد بدليل أنهم لو أعتقوا بعد عتقهم لكان ولاؤه لهم كما لو انتقل بالشراء ولأنه يؤدي إلى الورثة فكان ولاؤه لهم كما لو أدى إلى المشتري ووجه الأول أن السيد هو المنعم بالعتق فكان الولاء له كما لو أدى إليه ولأن الورثة إنما ينتقل إليهم ما بقي للسيد وإنما بقي له دين في ذمة المكاتب والفرق بين الميراث والشراء أن السيد نقل حقه في البيع باختياره فلم يبق له فيه حق من وجه والوارث يخلف الموروث ويقوم مقامه ويولي على موروثه ولا ينتقل إليه شيء أمكن بقاءه لموروثه والولاء مما أمكن بقاءه للموروث فوجب أن لا ينتقل عنه وقد ذكرنا ذلك في باب الولاء

فصل : وإن أعتقه الورثة صح عتقهم لأنه ملك لهم فصح عتقهم له ولأن السيد لو أعتقه نفذ عتقه وهم يقومون بالمقام موروثهم وولاؤه لهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [إنما الولاء لمن أعتق] وإن أعتق بعضهم نصيبه فعتق عليه كله بالسراية قوم عليه نصيب شركائه وكان ولاؤه له وإن لم يسر لكونه معسرا أو غير ذلك فله ولاؤه ما أعتقه للخبر ولأنه منعم عليه فكان الولاء له كغير المكاتب وقال القاضي : إن أعتقوه كلهم قبل عجزه كان الولاء للسيد وإن أعتق بعضهم لم يسر عتقه ثم ينظر فإن أدى إلى الباقي عتق كله وكان ولاؤه للسيد وإن عجز فردوه إلى الرق كان ولاؤه نصيب المعتق له لأنه لولا إعتاقه لعاد سهما رقيقا كسهما سائر الورثة فلما أعتقه كان له المنعم عليه فكان الولاء له دونهم فأما إن أبرأه الورثة كلهم عتق وكان ولاؤه على الروايتين اللتين ذكرناهما فيما إذا أدى إليهم لأن الإبراء جرى مجرى أداء ما عليه ويحتمل أن

يكون الولاء لهم لأنهم أنعموا عليه بما عتق به أشبه ما لو أعتقوه وإن أبرأه بعضهم من نصيبه كان في ولاءه ما ذكرنا من الخلاف
فصل : إذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه صح بيعهم وهبتهم لأنهم يقومون مقام موروثهم وهو يملك بيعه وهبته كذلك ورثته ويكون عند المشتري الموهوب له مبقى على ما بقي من كتابته إن عجز فعجزه عاد رقيقا له وإن أدى عتق وكان ولاؤه لمن يؤدي إليه على الرواية التي نقول إن ولاءه للورثة إذا أدى إليهم وأما على الرواية الأخرى فيحتمل أن لا يصح بيعه ولا هبته لأن ذلك يقتضي إبطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذي كاتبه وليس ذلك للورثة ويحتمل أن يصح ويكون الولاء للسيد إن أعتق بالكتابة لأن السيد عقدها فعتق بها فكان ولاؤه ويفارق ما لو باعه السيد لأن السيد يبيعه أبطل حق نفسه وله ذلك بخلاف الورثة فإنهم لا يملكون إبطال حق موروثهم

فصل : إذا وصى السيد بمال الكتابة صح فإن سلم مال الكتابة إلى الموصى له أو وكيله أو وليه إن كان محجورا عليه بريء منه وعتق وولاؤه لسيدة الذي كاتبه لأنه المنعم عليه وإن أبرأه من المال عتق لأنه بريء من مال الكتابة فأشبه ما لو أدى وإن أعتقه لم يعتق لأنه لا يملك رقبته وإنما وصى له بالمال الذي عليه وإن عجز ورد في الرق صار عبدا للورثة وما قبضه الموصى له من المال فهو له لأنه قبضه بحكم الوصية الصحيحة والأمر في تعجيزه إلى الورثة لأن الحق يثبت لهم بتعجيزه ويصير عبدا لهم فكانت الخيرة في ذلك إليهم وتبطل وصية الموصى له بتعجيزه وإن وصى بمال الكتابة للمساكين ووصى إلى من يقبضه ويفرقه بينهم صح ومتى سلم المال إلى الوصي بريء وعتق وإن أبرأه منه لم يبرأ لأن الحق لغيره فإن دفعه المكاتب إلى المساكين لم يبرأ منه ولم يعتق لأن التعيين إلى الوصي دونه وإن وصى بدفع المال إلى غرمائه تعين القضاء منه كما لو وصى به عطية لهم فإن كان إنما وصى بقضاء ديونه مطلقا كان على المكاتب أن يجمع بين الورثة والوصي بقضاء الدين ويدفعه إليهم بحضرته لأن المال للورثة ولهم قضاء الدين منه ومن غيره وللوصي في قضاء الدين حق لأن له منعهم من التصرف في التركة قبل قضاء الدين

فصل : إذا مات رجل وخلف ابنين وعيدا فادعى العبد أن سيده كاتبه فصدقه ثبتت الكتابة لأن الحق لهما وإن أنكره وكانت له بينة ثبتت الكتابة وعتق بالاداء إليهما وإن عجز فلهما رده إلى الرق وإن لم يعجزاه وصبرا عليه لم يملك الفسخ وإن عجزه أحدهما وأبى الآخر تعجيزه بقي نصفه على الكتابة ورق النصف الآخر فإن لم تكن له بينة فالقول قولهما مع أيمنهما لأن الأصل بقاء الرق وعدم الكتابة وتكون أيمنهما على نفي العلم لأنها يمين على نفي فعل الغير فإن حلفا ثبت رقه وإن نكلا قضى عليهما أو ردت اليمين عليه عند من يرى ردها فيحلف العبد وتثبت الكتابة وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى برق نصفه وكتابة نصفه وإن صدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبتت الكتابة في نصفه وعليه البينة في نصفه الآخر فإن لم تكن بينة وحلف المنكر صار نصفه مكاتبا ونصفه رقيقا قنا فإن شهد المقر على أخيه قيلت شهادته لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً فإن كان معه شاهد آخر كملت الشهادة وثبتت الكتابة في جميعه وإن لم يشهد غيره فهل يحلف العبد معه ؟ على روايتين وإن لم يكن

عدلا أو لم يحلف العبد معه وحلف المنكر كان نصفه مكاتبا ونصفه رقيقا ويكون كسبه بينه وبين المنكر نصفين ونفقته من كسبه لأنها على نفسه وعلى مالك نصفه فإن لم يكن له كسب كان على المنكر نصف نفقته ثم إن اتفق هو ومالك نصفه على المهايأة مياومة أو مشاهرة أو كيفما كان جاز فإن طلب أحدهما ذلك وامتنع الآخر أجبر عليها في ظاهر كلام أحمد وهو قول أبي حنيفة لأن المنافع مشتركة بينهما فإذا أراد أحدهما حيازة نصيبه من غير ضرر لزم الآخر إجابته كالأعيان ويحتمل أن لا يجبر وهو قول الشافعي لأن المهايأة تأخير حقه الحال لكون المنافع في هذا اليوم مشتركة بينهما فلا تجب الإجابة إليه كتأخير دينه الحال فإن اقتسما الكسب مناصفة أو مهايأة جاز فإن لم يف بأداء نجومه فللمقر رده في الرق وما في يده له خاصة لأن المنكر قد أخذ حقه من الكسب وإن اختلف المنكر والمقر فيما في يد المكاتب فقال المنكر هذا كان في يده قبل دعوى الكتابة أو كسبه في حياة ابينا وأنكر ذلك المقر قال قول قوله مع يمينه لأن المدعي يدعي كسبه في وقت الأصل عدمه فيه ولأنه لو اختلف هو والمكاتب في ذلك كان القول قول المكاتب فكذلك من يقوم مقامه وإن أدى عتق نصيب المقر خاصة ولم يسر إلى نصيب شريكه لأنه لم يباشر العتق ولم ينسب إليه وإنما كان السبب من أبيه وهذا حاك عن أبيه مقر بفعله فهو كالشاهد ولأن المقر يزعم أن نصيب أخيه حر أيضا لأنه قد قبض من العبد مثل ما قبض فقد حصل أداء مال الكتابة إليهما فعتق كله بذلك وولاء النصف للمقر لأن أخاه لا يدعيه والمقر يدعي أنه كله عتق بالكتابة وهذا الولاء الذي على هذا النصف من نصيب من الولاء وقال أصحاب الشافعي : في ذلك وجهان : أحدهما : كقولنا والثاني : أن الولاء بين الابنين لأنه يثبت لموروثهما فكان لهما بالميراث قال شيخنا : والصحيح ما قلناه لما ذكرنا ولا يمتنع ثبوت الولاء للأب واختصاص أحد الابنين به كما لو ادعى أحدهما دينا لأبيه على إنسان وأنكره الآخر فإن المدعي يأخذ المدعي يأخذ نصيبه من الدين ويختص به دون أخيه وإن كان يرثه عن الأب ولذلك لو ادعياه معا وأقاما به شاهدا وأحدا فحلف أحدهما مع الشاهد وأبى الآخر فإن أعتق أحدهما حصته عتق وسرى إلى باقيه إن كان موسرا هذا قول الخرقي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : [من أعتق شركا له في عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه العدل وأعطى شركاؤه حصصهم] ولأنه موسر عتق نصيبه من عبد مشترك فسرى إلى باقيه كغير المكاتب

وقال أبو بكر والقاضي لا يعتق إلا حصته لأنه إن كان المعتق المقر فهو منفذ وإن كان المنكر لم يسر إلى نصيب المقر لأنه مكاتب لغيره وفي سراية العتق إليه إبطال سبب الولاء عليه فلم يجز ذلك

مسألة : وإن حل نجم فلم يؤده فللسيد الفسخ وعنه لا يعجز حتى يحل نجمان وعنه لا يعجز حتى يقول قد عجزت

مسألة : وإن حل نجم فلم يؤده فللسيد الفسخ وعنه لا يعجز حتى يحل نجمان وعنه لا يعجز حتى يقول قد عجزت

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما يجوز به للسيد فسخ الكتابة فروي عنه أنه يجوز له الفسخ إذا عجز عن نجم واحد وهو قول الحارث العكلي وأبي حنيفة و الشافعي لأن السيد دخل على أن يسلم له مال الكتابة على الوجه الذي كاتبه عليه ويدفع إليه المال في نجومه فإذا لم يسلم له لم يلزمه عتقه لأنه عجز عن أداء النجم في وقته فجاز في وقته فجاز فسخ كتابته كالنجم الأخير ولأنه تعذر العوض في عقد معاوضة ووجد عين ماله فكان له الرجوع كما لو باع سلعة فأفلس المشتري قبل نقد ثمنها والرواية الثانية : أن السيد لا يملك الفسخ حتى يحل نجمان قبل أدائها وهو ظاهر كلام الخرقى قال القاضي : وهو ظاهر كلام أصحابنا روي ذلك عن الحكم وابن أبي ليلى وأبي يوسف والحسن بن صالح لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال لا يرد المكاتب في الرق حيث يتوالى عليه نجمان ولأن ما بين النجمين محل الأداء الأول فلا يتحقق العجز عنه حتى يفوت محله بحلول الثاني والرواية الثالثة : أنه لا يعجز حتى يقول قد عجزت رواها ابن أبي موسى وروي عنه أنه إذا أدى أكثر مال الكتابة لم يرد إلى الرق واتبع بما بقي وإذا قلنا : للسيد الفسخ لم تنفسخ الكتابة بالعجز بل له مطالبة المكاتب بما حل من نجومه لأنه دين له حل فأشبهه دينه على الأجنبي وله الصبر عليه وتأخير به سواء كان قادرا على الأداء أو عاجزا لأنه حق له سمح بتأخيره أشبه الدين على الأجنبي فإن اختار الصبر عليه لم يملك العبد الفسخ بغير خلاف نعلمه

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهله العلم على أن المكاتب إذا حل عليه نجم ونجم أو نجومه كلها فوقف السيد عن مطالبته وتركه بحاله أن الكتاب لا تنفسخ ماداما ثابتين على العقد الأول وأن أجله به ثم بدا له الرجوع فله ذلك لأن الحال لا يتأجل بالتأجيل كالقرض وإن اختار السيد فسخ كتابته ورده إلى الرق فله ذلك بغير حضور حاكم ولا سلطان ولا يلزمه الاستيلاء به فعل ذلك ابن عمر وهو قول شريح و النخعي وأبي حنيفة و الشافعي وقال ابن أبي ليلى : لا يكون عجزه إلا عند قاض وحكي نحوه عن مالك وقال الحسن : إذا عجز استؤني بعد العجز سنتين وقال الأوزاعي : شهرين

ولنا ما روى سعيد بإسناده عن ابن عمر أنه كاتب عبدا له على ألف دينار وعجز عن مائة دينار فرده في الرق وإسناده عن عطية العوفي عن ابن عمر أنه كاتب عبده على عشرين ألفا فأدى عشرة آلاف ثم أتاه فقال : إني طفت العراق والحجاز فردني في الرق فرده وروي عنه أنه كاتب عبدا له على ثلاثين ألفا فقال له : أنا عاجز فقال له : امح كتابتك فقال : امح أنت

وروى سعيد بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب فقال : [أيما رجل كاتب غلامه على مائة فعجز عن عشر أواق فهو رقيق] ولأنه عقد عجز عن عوضه فملك فسخه كالسلم إذا تعذر المسلم فيه فإن قيل : فلم كانت الكتابة لازمة من جهة السيد غير لازمة

من جهة العبد ؟ قلنا : بل هي لازمة من الطرفين ولا يملك العبد فسخها وإنما له أن يعجز نفسه ويمتنع من الكسب وإنما جاز له ذلك لوجهين أحدهما : أن الكتابة تتضمن اعتاقا بصفة ومن علق عتقه بصفة لم يملك إبطالها ويلزم وقوع العتق بالصفة ولا يلزم العبد الإتيان بها ولا الإجبار عليها

الثاني : ان الكتابة لحظ العبد دون سيده فكان لازما لمن ألزم نفسه حظ غيره وصاحب الحظ بالخيار فيه كمن ضمن لغيره شيئا أو كفل له أو رهن عنده رهنا فصل : وإذا حل النجم على المكاتب وماله حاضر عنده طوالب به ولم يجز الفسخ قبل الطلب كما لا يجوز فسخ البيع والسلم بمجرد وجوب الدفع قبل الطلب فإن طلب منه فذكر أنه غائب عن المجلس في ناحية من نواحي البلد أو قريب منه على مسافة لا تقصر فيها الصلاة لم يمكن إحضاره قريبا لم يجز فسخ الكتابة وأمهل بقدر ما يأتي به إذا طلب الإمهال لأن هذا يسير لا ضرر فيه وإن كان معه مال من غير جنس مال الكتابة فطلب الإمهال لبيعه بجنس مال الكتابة أمهل وإن كان المال غائبا أكثر من مسافة القصر لم يلزم الإمهال هذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة : إن كان له مال حاضر أو غائب يرجو قدومه استؤني يومين وثلاثة لا أزيدة على ذلك لأن الثلاثة آخر حد القلة والقرب لما بيناه فيما مضى وما زاد عليها في حد الكثرة وهذا كله قريب بعضه من بعض فأما إذا كان قادرا على الأداء واجدا لما يؤديه فامتنع من أدائه أو قال : قد عجزت فقال الشرف أبو جعفر وجماعة من أصحابنا المتأخرين يملك السيد الفسخ وهذا الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وظاهر كلام الخرقى وهذا مذهب الشافعي وقال أبو بكر بن جعفر : ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض وهو قول أبي حنيفة و مالك و الأوزاعي وقد ذكر ذلك في كتاب البيع وفيه رواية أخرى أنه إذا قدر على أداء المال كله أنه يصير حرا بملك ما يؤدي وقد ذكرناها

فصل : فإن حل النجم والمكاتب غائب بغير إذن سيده فله الفسخ وإن كان غاب بإذنه لم يكن له أن يفسخ لأنه أذن في السفر المانع من الأداء لكن يرفع الأمر إلى الحاكم ليجعل للسيد فسخ الكتابة وإن كان قادرا على الأداء طالبه بالخروج إلى البلد الذي فيه السيد ليؤدي مال الكتابة أو يوكل من يفعل ذلك فإن فعله في أول حال الإمكان عند خروج القافلة إن كان لا يمكنه الخروج إلا معها لم يجز الفسخ وإن أخره مع الإمكان ومضى زمن المسير ثبت للسيد خيار الفسخ وإن كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع المكاتب من الدفع إليه جاز وله الفسخ إذا ثبتت وكالته بيينة بحيث يأمن المكاتب إنكار السيد فإن لم يثبت ذلك لم يلزم المكاتب الدفع إليه وكان له عذر يمنع جواز الفسخ لأنه لا يأمن أن يسلم إليه فينكر السيد وكالته ويرجع على المكاتب بالمال وسواء صدقه في أنه وكيل أو كذبه فإن كتب حاكم البلد الذي فيه السيد إلى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ليقبض منه المال لم يلزمه ذلك لأن هذا توكيل لا يلزم الحاكم الدخول فيه فإن الحاكم لا يكلف القبض للبالغ الرشيد فإن اختار القبض جرى مجرى الوكيل ومتى قبض منه المال عتق

[جزء 12 - صفحة 438]

مسألة : وليس للعبد فسخها بحال
مسألة : وليس للعبد فسخها بحال
لأنها عقد لازم ومقصودها ثبوت الحرية في العبد وذلك حق لله تعالى فلا يملك
العبد فسخه وإن كان له فيه حظ وعنه له ذلك لأن العقد لحظه فملك فسخه
كالمرتهن له فسخ الرهن دون الراهن وإن اتفق هو والسيد على فسخها جاز
لأن الحق لهما فجاز باتفاقهما كفسخ البيع والإجارة

[جزء 12 - صفحة 439]

مسألة : ولو زوج ابنته من مكاتبه ثم مات انفسخ النكاح
مسألة : ولو زوج ابنته من مكاتبه ثم مات انفسخ النكاح
إذا زوج السيد ابنته من مكاتبه برضاها ثم مات السيد وكانت من الورثة انفسخ
النكاح وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن لا يفسخ حتى يعجز وبه قال أبو حنيفة
لأنها لا ترثه وإنما تملك نصيبها من الدين الذي عليه بدليل أن الوارث لو أبرأ
المكاتب من الدين عتق وكان الولاء للميت لا للوارث فإن عجز وعاد رقيقا قلنا
انفسخ النكاح حينئذ لأنها ملكت نصيبها منه
ولنا أن المكاتب مملوك لسيدته ولا يعتق بموته فوجب أن ينتقل إلى ورثته
كسائر أملاكه ولأنها لا يجوز لها ابتداء نكاحه لأجل الملك فانفسخ نكاحها بتجدد
ذلك فيه كالعبد القن وأما كون الولاء للميت فلأن السبب وجد منه فنسب العتق
إليه وثبت الولاء له إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن ترثه كله أو ترث بعضه لأنها إذا
ملكته منه جزءا انفسخ النكاح فيه فبطل في باقيه لأنه لا ينجز فإن كانت لا
ترث أباهما لمانع من موانع الميراث فنكاحها باق بحاله والحكم في سائر الورثة
من النساء كالحكم في البنت وكذلك لو تزوج رجل مكاتبه فورثها أو بعضها
انفسخ نكاحه لذلك

[جزء 12 - صفحة 440]

مسألة : ويجب على السيد أن يؤتیه ربع مال الكتابة إن شاء وضعه عنه وإن
شاء قبضه ثم دفعه إليه
مسألة : ويجب على السيد أن يؤتیه ربع مال الكتابة إن شاء وضعه عنه وإن
شاء قبضه ثم دفعه إليه

الكلام في الإيتاء في خمسة فصول وجوبه وقدره وجنسه ووقت جوازه ووقت وجوبه

الفصل الأول : أنه يجب على السيد إيتاء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الشافعي وإسحاق وقال بريدة والحسن و النخعي و الثوري و مالك و أبو حنيفة : ليس بواجب لأنه عقد معاوضة فلا يجب فيه الإيتاء كسائر عقود المعاوضات

ولنا قول الله تعالى : { وأتوهم من مال الله الذي آتاكم } وظاهر الأمر الوجوب قال علي رضي الله عنه : ضعوا عنه ربع مال الكتابة وعن ابن عباس قال : ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئاً وتفارق الكتابة سائر العقود فإن القصد بها رفق العبد بخلاف غيرها ولأن الكتابة يستحق بها الولاء على العبد مع المعاوضة فكذلك يجب أن يستحق العبد على السيد شيئاً فإن قيل المراد بالإيتاء إعطاؤه سهما من الصدقة والندب إلى التصدق عليه وليس ذلك واجبا بدليل أن العقد يوجب العوض عليه فكيف يقتضي إسقاط شيء منه ؟ قلنا : أما الأول فإن عليا وابن عباس فسراه بما ذكرنا وهما أعلم بتأويل القرآن وحمل الأمر على الندب يخالف مقتضى الأمر فلا يصار إليه إلا بدليل وقولهم : إن العقد يوجب عليه فلا يسقط عنه قلنا : إنما يجب الرفق به عند آخر كتابته رفقا به ومواساة له وشكرا لنعمة الله تعالى كما تجب الزكاة مواساة من النعمة التي أنعم الله تعالى بها على عبده ولأن العبد ولي جمع هذا المال وتعب فيه فاقترض الحال مواساته منه كما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بإطعام عبده من الطعام الذي ولي حره ودخانه واختص هذا بالوجوب لأن فيه معونة على العتق وإعانة لمن يحق على الله تعالى عونته فإن أبا هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : [ثلاثة حق على الله تعالى عونهم المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الأداء والناكح الذي يريد العفاف] قال الترمذي : هذا

حديث حسن

الفصل الثاني : في قدره وهو الربع ذكره الخرقى و أبو بكر وغيرهما من أصحابنا روي ذلك عن علي وقال قتادة العشر وقال الشافعي و ابن المنذر : يجزي ما يقع عليه الاسم وهو قول مالك إلا أنه عنده مستحب لقول الله تعالى : [وأتوهم من مال الله الذي آتاكم] ومن للتبعيض والقليل بعض فيكتفي به وقال ابن عباس : ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئاً ولأنه قد ثبت أن المكاتب لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة بما ذكرنا من الأخبار ولو وجب إيتاؤه الربع لوجب أن يعتق إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة ولا يجب عليه أداء مال يجب رده إليه وقد روي عن ابن عمر أنه كاتب عبدا له على خمسة وثلاثين ألفا فأخذ منه ثلاثين وترك له خمسة

ولنا ما روى أبو بكر بإسناده عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم : { وأتوهم من مال الله الذي آتاكم } قال : [ربع المكاتب] وروي موقوفا عن علي ولأنه مال يجب إيتاؤه مواساة بالشرع فكان مقدرا كالزكاة ولأن حكمة إيجابه الرفق بالمكاتب وإعانتته على تحصيل العتق وهذا لا يحصل باليسير الذي هو أقل ما يقع عليه الاسم فلم يجز أن يكون هو الواجب وقول الله تعالى : { وأتوهم من مال الله } إذا ورد غير مقدر فيه فإن السنة بينته وقدرته كالزكاة

الفصل الثالث : في جنسه إن قبض مال الكتابة ثم أعطاه منه أجراً لأن الآية تقتضيه وإن وضع عنه مما وجب عليه جاز لأن الصحابة رضي الله عنهم فسروا الآية بذلك ولأنه أبلغ في النفع وأعون على حصول العتق فيكون أفضل من الإيتاء وتدل الآية عليه من طريق التنبيه وإن أعطاه من جنس مال الكتابة من غيره جاز ويحتمل أن لا يلزم المكاتب قبوله وهو ظاهر كلام الشافعي لأن الله تعالى أمر بالإيتاء منه

ولنا أنه لا فرق في المعنى بين الإيتاء منه والإيتاء من غيره إذا كان من جنسه فوجب أن يتساويا في الأجزاء كالزكاة وغير المنصوص إذا كان في معناه ألحق به ولذلك جاز الحط عنه وليس هو بإيتاء لما كان في معناه وإن آتاه من غير جنسه مثل أن يكاتبه على دراهم فيعطيه دنائير أو عروضاً لم يلزمه قبوله لأنه لم يؤته منه ولا من جنسه ويحتمل اللزوم لحصول الرفق به فإن رضي المكاتب بها جاز

الفصل الرابع : في وقت جوازه وهو من حين العقد لقول الله تعالى : { فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً وأتوهم } وذلك يحتاج إليه من حين العقد وكلما عجله كان أفضل لأنه يكون أنفع كالزكاة

الفصل الخامس : في وقت وجوبه وهو حين العتق لأن الله تعالى أمر بإيتائه من المال الذي آتاه وإذا أتى المال عتق فيجب إيتاؤه حينئذ قال علي رضي الله عنه : الكتابة على نجمين والإيتاء من الثاني فإن مات السيد قبل إيتائه فهو دين في تركته لأنه حق واجب فهو كسائر ديونه فإن ضاقت التركة عنه وعن غيره من الديون تحاصوا في التركة بقدر حقوقهم ويقدم على الوصايا لأنه دين وقد قضى النبي صلى الله عليه وسلم أن الدين قبل الوصية

[جزء 12 - صفحة 443]

مسألة : فإن أدى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن الربع عتق ولم تنفسخ الكتابة في قول القاضي وأصحابه

مسألة : فإن أدى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن الربع عتق ولم تنفسخ الكتابة في قول القاضي وأصحابه

وهو قول أبي بكر لأنه يجب رده إليه فلا يرد إلى الرق لعجزه عنه لأنه عجز عن أداء حق هو له لا حق للسيد فيه فلا معنى لتعجيزه فيما يجب رده إليه وقال علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى لما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : [إذا أصاب المكاتب حدا وميراثاً ورث بحساب ما عتق منه ويؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقي دية عبد] رواه الترمذي وقال حديث حسن وروى عن عمر وعلي أنه إذا أدى الشطر فلا رق عليه وروى ذلك عن النخعي

وقال عبد الله بن مسعود : إذا أدى قدر قيمته فهو غريم وظاهر كلام الخرقى أنه لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة

وروى الأثرم عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب و الزهري أنهم قالوا : المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وهو قول القاسم وسالم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة و الثوري وابن شيرمة و مالك و الأوزاعي و الشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وروى ذلك عن أم سلمة لما روى سعيد ثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : [أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق]

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : [المكاتب عبد ما بقي عليه درهم] رواه أبو داود ولأنه عوض عن المكاتب فلا يعتق قبل ادائه كالقدر المتفق عليه ولأنه لو عتق بعضه لسرى إلى باقيه كما لو باشره بالعتق

فأما حديث ابن عباس فمحمول على مكاتب لرجل مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بكتابته وأنكر الآخر فأدى إلى المقر وما أشبهها من الصور جمعا بين الأخبار وتوفيقا بينها وبين القياس ولأن قول النبي صلى الله عليه وسلم : [إذا كان لإحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه] دليل على اعتبار جميع ما يؤدي وروى سعيد بإسناده عن أبي قلابة قال : كن أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحتجن من المكاتب ما بقي عليه دينار ويجوز أن يتوقف العتق على اداء الجميع وإن وجب رد البعض إليه كما لو قال إذا أديت إلى فأنت حر ولله رد ربعها إليك فإنه لا يعتق حتى يؤديها وإن وجب عليه رد بعضها فصل : قال الشيخ رضي الله عنه : وإذا كاتب عبدا له كتابة واحدة بعوض واحد

صح

مثل أن يكاتب ثلاثة أعيد له بألف فيصح في قول أكثر أهل العلم منهم عطاء وسليمان بن موسى و أبو حنيفة و مالك والحسن بن صالح وإسحاق وهو المنصوص عن الشافعي وقال بعض أصحابه فيه قول آخر : أنه لا يصح لأن العقد مع ثلاثة كعقود ثلاثة عوض كل واحد منهم مجهول فلم يصح كما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بعوض واحد

ولنا أن جملة العوض معلومة وإنما جهل تفصيله فلم يمنع صحة العقد كما لو باعهم لواحد وعلى قول من قال إن العوض يكون بينهم على السواء فقد علم أيضا تفصيل العوض وعلى كل واحد منهم ثلث وكذا يقول فيما لو باعهم لثلاثة إذا ثبت هذا فكل واحد منهم مكاتب بحصته من الألف يقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد لأنه حين المعاوضة وزوال سلطان السيد عنهم فإذا أداه عتق وهذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن صالح و الشافعي وإسحاق وقال أبو بكر عبد العزيز : يتوجه لأبي عبد الله قول آخر أن العوض بينهم على عدد رؤوسهم فيتساوون فيه لأنه أضيف إليهم إضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو أقر لهم بشيء

ولنا أن هذا عوض فيتقسط على المعوض كما لو اشترى شقصا وسيفا وكما لو اشترى عبدا فرد واحدا منهم بغير أو تلف أحدهم ورد الآخر ويخالف الإقرار فإنه ليس بعوض إذا ثبت هذا فأيهم أدى حصته عتق وهذا قول الشافعي وقال ابن أبي موسى : لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة وحكي ذلك عن

أبي بكر وهو قول مالك وحكي عنه أنه إذا امتنع أحدهم من الكسب مع القدرة عليه أجبر عليه الباقيون واحتجوا بأن الكتابة واحدة بدليل أنه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقيين ولا يحصل العتق إلا بأداء جميع الكتابة كما لو كان المكاتب واحدا وقال أبو حنيفة : إن لم يقل لهم السيد إن أدبتم عتقتهم فأبهم أدى بحصته عتق وإن أدوا جميعها عتقوا كلهم ولم يرجع على صاحبه بشيء وإن قال لهم : إن أدبتم عتقتهم لم يعتق واحد منهم حتى يؤدي الكتابة كلها ويكون بعضهم حميلا عن بعض ويأخذ أيهم شاء بالمال وأبهم أداها عتقوا كلهم ويرجع على صاحبيه بحصتهما

ولنا أنه عقد معاوضة مع ثلاثة فيبرأ كل واحد منهم بأداء حصته كما لو اشتروا عبدا وكما لو لم يقل لهم : إن أدبتم عتقتهم على أبي حنيفة فإن قوله ذلك لا يؤثر لأن استحقاق العتق بأداء العوض لا بهذا القول بدليل أنه يعتق بالاداء بدون هذا القول ولم يثبت كون هذا القول مانعا من العتق وقوله : إن هذا العقد كتابة واحدة ممنوع فإن العقد مع جماعة عقود بدليل البيع ولا يصح القياس على كتابة الواحد لأن ما قدره في مقابلة عتقه وههنا في مقابلة عتقه ما يخصه فافترقا إذا ثبت هذا فإنه إن شرط عليهم في العقد أن كل واحد منهم ضامن عن الباقيين فسد الشرط والعقد صحيح وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى أن الشرط صحيح وخرجه ابن حامد وجهها بناء الروائين في ضمان الحر لمال الكتابة وقال الشافعي : العقد والشرط فاسدان لأن الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العقد بدونه لأن السيد إنما رضي بالعقد بهذا الشرط فإذا لم يثبت لم يكن راضيا بالعقد وقال مالك و أبو حنيفة العقد والشرط صحيحان لأنه من مقتضى العقد عندهما

ولنا أنه مال الكتابة ليس بلازم ولا مآله إلى اللزوم فلم يصح ضمانه كما لو جعل المال صفة مجردة في العتق فقال : إن أدبت إلى ألفا فأنت حر ولأن الضامن لا يلزمه أكثر من المضمون عنه ومال الكتابة لا يلزم المكاتب فلا يلزم الضامن ولأن الضمان تبرع وليس للمكاتب التبرع ولأنه لا يملك الضمان عن حر ولا عمن ليس معه في الكتابة فكذلك من معه وأما العقد فصحيح بدليل أن الكتابة لا تفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة

فصل : إذا مات بعض المكاتبين سقط قدر حصته نص عليه أحمد في رواية حنبل وكذلك إن أعتق بعضهم وعن مالك إن أعتق السيد أحدهم وكان مكتسبا نفذ عتقه لعدم الضرر فيه وهذا مبني على أنه لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع مال الكتابة وقد مضى الكلام فيه

فصل : فإن أدى أحد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل أداء ما عليه بغير علم سيده لم يصح لأن هذا تبرع وليس له التبرع بغير إذن سيده فإن كان قد حل نجم صرف ذلك فيه وإن لم يكن حل عليه نجم فله الرجوع فيه وإن علم السيد بذلك ورضي بقبضه عن الآخر صح لأن قبضه له راضيا مع العلم دليل على الإذن فيه فجاز كما لو أذن فيه صريحا وإن كان الأداء بعد أن عتق صح سواء علم السيد أو لم يعلم فإذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه وكان قد قصد التبرع عليه لم يرجع به وإن أداه محتسبا بالرجوع عليه بإذن المؤدى عنه رجع عليه لأنه قرض وإن كان بغير إذنه لم يرجع عليه لأنه تبرع عليه بأداء ما لا

يلزمه اداؤه بغير إذنه فلم يرجع عليه كما لو تصدق عنه صدقة تطوع وبهذا فارق سائر الديون وإن كان بإذنه وطلب استيفاءه قدم على أداء مال الكتابة كسائر الديون وإن عجز عن أدائه فحكمه حكم سائر الديون وهذا كله مذهب الشافعي

[جزء 12 - صفحة 448]

مسألة : وإن اختلفوا بعد الاداء في قدر ما أدى كل واحد منهم فالقول قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه
مسألة : وإن اختلفوا بعد الاداء في قدر ما أدى كل واحد منهم فالقول قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه
وهذا إذا أدوا وعتقوا فقال : من كثرت قيمته ادينا على قدر قيمنا وقال الآخر : بل ادينا على السواء فبقيت لنا على الأكثر بقية فمن جعل العوض بينهم على عددهم قال القول قول من يدعي التسوية ومن جعل على كل واحد قدر حصته فعنده فيه وجهان : أحدهما : القول قول من يدعي التسوية لأن أيديهم على المال فيتساوون فيه : والثاني : قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه لأن الظاهر أن الإنسان لا يؤدي إلا ما عليه
فصل : فإن جنى بعضهم فجنايته عليه دون صاحبه وبهذا قال الشافعي وقال مالك يؤديون كلهم أرشه فإن عجزوا رقوا
ولنا قول الله تعالى : { ولا تزر وازرة وزر أخرى } وقول النبي صلى الله عليه وسلم : [لا يجني جان إلا على نفسه] ولأنه لو اشترك رجلان وتعاقدا لم يحمل أحدهما جناية صاحبه فكذا ههنا ولأن ما لا يصح لا يتضمنه عقد الكتابة ولا يجب على أحدهما بفعل الآخر كالقصاص وقد بينا أن كل واحد منهما مكاتب بقدر حصته فهو كالمنفرد بعقده
فصل : إذا شرط المكاتب في كتابته أن يوالي من شاء فالشرط باطل والولاء لمن أعتق لا نعلم في بطلان الشرط خلافا لما روت عائشة رضي الله عنها قالت : [كانت في بريرة ثلاث قضايا أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا الولاء فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : اشتربها واشترطي لهم الولاء وإنما الولاء لمن أعتق فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : أما بعد فما بال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق إنما الولاء لمن أعتق] متفق عليه ولأن الولاء لا يصح نقله بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وهبته وقال : [إنما الولاء لمن أعتق] ولأنه لحمة كلحمه النسب فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه كالقراية ولأنه حكم العتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق كما لا يصح اشتراطه حكم النكاح لغير الناكح ولا حكم البيع لغير العاقد وسواء شرط أن يوالي من شاء أو شرط لبائعه أو لرجل آخر بعينه ولا تفسد

الكتابة بهذا الشرط نص عليه أحمد وقال الشافعي : تفسد به كما لو شرط عوضا مجهولا ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الشروط الفاسدة في البيع ولنا حديث بريرة فإن أهلها شرطوا لهم الولاء فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بشرائها مع هذا الشرط وقال : [إنما الولاء لمن أعتق] ويفارق جهالة العوض فإنه ركن العقد لا يمكن تصحيح العقد إلا به وربما أفضت جهالته إلى التنازع والاختلاف وهذا شرط زائد فإذا حذفناه بقي العقد صحيحا بحاله فإن قيل المراد بقوله صلى الله عليه وسلم : [اشترطي لهم الولاء] أي عليهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يأمر بالشرط الفاسد واللام تستعمل بمعنى على كقوله تعالى : { وإن أسأتم فلها } قلنا : لا يصح لثلاثة وجوه : أحدها : أنه مخالف وضع اللفظ والاستعمال والثاني : أن أهل بريرة أوب هذا الشرط فكيف يأمرها النبي صلى الله عليه وسلم بشرط لا يقبلونه ؟

الثالث : أن ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط لأنه مقتضى العتق وحكمه ولأن في بعض الألفاظ : [لا يمنعك هذا الشرط منها ابتاعي وأعتقي] وإنما أمرها النبي صلى الله عليه وسلم بالشرط تعريفا لنا أو وجود هذا الشرط كعدمه وأنه لا ينقل الولاء عن المعتق

فصل : فإن شرط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته أو مزاحمتهم في موارثهم فهو شرط فاسد في قول عامة العلماء منهم : الحسن وعطاء وشريح وعمر بن عبد العزيز والنخعي واسحاق وأجاز إياس بن معاوية أن بشرط شيئا من ميراثه ولا يصح لأنه يخالف كتاب الله وكل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وروى سعيد ثنا هشيم عن منصور عن ابن سيرين بإسناده أن رجلا كاتب مملوكه واشترط ميراثه فلما مات المكاتب خاصم ورثته إلى شريح بميراث المكاتب لورثته فقال الرجل : ما يغني شرطي منذ عشرين سنة ؟ فقال شريح : كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط كالذي قبله

فصل : فإن شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق جاز وبه قال عطاء وابن شبرمة وقال مالك و الزهري : لا يصح لأنه ينافي مقتضى العقد أشبه ما لو شرط ميراثه

ولنا أنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه أعتق كل من يصلي من سبي العرب وشرط عليهم : أن تخدموا الخليفة من بعدي ثلاث سنوات ولأنه اشترط خدمة في عقد الكتابة أشبه ما لو شرطها قبل العتق ولأنه شرط نفعا معلوما أشبه ما لو شرط عوضا معلوما ولا نسلم أنه ينافي مقتضى العقد فإن مقتضاه العتق عند الأداء وهذا لا ينافيه

فصل : إذا كاتبه على ألفين في رأس كل شهر ألف وشرط أن يعتق عند أداء الأول صح في قياس المذهب ويعتق عند أدائه لأنه السيد لو أعتقه بغير أداء شيء صح فكذلك إذا أعتقه عند أداء البعض ويبقى الآخر ديننا عليه بعد عتقه كما لو باعه نفسه به

مسألة : وتجوز كتابة بعض عبده فإذا أدى عتق كله قاله أبو بكر
مسألة : وتجوز كتابة بعض عبده فإذا أدى عتق كله قاله أبو بكر
لأنها معاوضة فصحت في بعضه كالبيع فإذا أدى جميع كتابته عتق كله لأنه إذا
سرى العتق فيه إلى ملك غيره فالى ملكه أولى ويجب أن يؤدي إلى سيده
مثلي كتابته لأن نصف كسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق ونصفه يؤدي في
الكتابة إلا أن يرضي سيده بتأدية الجميع في الكتابة فيصح وإذا استوفى المال
كله عتق نصفه بالكتابة وباقيه بالسراية

مسألة : وتجوز كتابة حصته من العبد المشترك بغير إذن شريكه
مسألة : وتجوز كتابة حصته من العبد المشترك بغير إذن شريكه :
إذا كان لرجل نصف عبد فكاتبه صح سواء كان باقيه حرا أو مملوكا لغيره
وسواء أذن الشريك أو لم يأذن وهذا ظاهر قول الخرقى و أبي بكر وهو قول
الحكم وابن أبي ليلى وحكي عن الحسن البصري والحسن بن صالح و مالك و
العنبري وكره الثوري وحماد كتابته بغير إذن شريكه وقال الثوري : إن فعل
رددته إلا أن يكون بعده فيضمن لشريكه نصف ما في يده وقال أبو حنيفة :
يصح بإذن الشريك ولا يصح بغير إذنه وهو أحد قولي الشافعي إلا أن أبا حنيفة
قال : الإذن في ذلك إذن في تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ولا يرجع الإذن
بشيء منه وقال أبو يوسف ومحمد : يكون جميعه مكاتبا وقال الشافعي في
أحد قولي : إن كان باقيه حرا صحت كتابته وإن كان ملكا لم يصح سواء أذن
فيه الشريك أم لم يأذن لأن كتابته تقتضي إطلاقه في الكسب والسفر وملك
نصفه يمنع ذلك وبمنعه أخذ نصيبه من الصدقات لئلا يصير كسبا فيستحق سيده
نصفه ولأنه إذا أدى عتق جميعه فيفضي إلى أن يؤدي نصف كتابته ثم يعتق
جميعه

ولنا أنه عقد معاوضة على نصيبه فصح كبيعه ولأن ملك له يصح بيعه وهبته
فصحت كتابته كما لو ملك جميعه ولأنه ينفذ إعتاقه فصحت كتابته كالعبد
الكامل وكما لو كان باقيه حرا عند الشافعي أو أذن فيه الشريك عند الباقيين
وقولهم إنه يقتضي المسافرة والكسب وأخذ الصدقة قلنا : أما المسافرة
فليست من المقتضيات الأصلية فوجود مانع منها لا يمنع أصل العقد وأما
الكسب وأخذ الصدقة فإنه لا يمنع كسبه وأخذ الصدقة بجزئه المكاتب ولا
يستحق الشريك شيئا منه لأنه إنما يستحق ذلك بالجزء المكاتب ولا حق
للشريك فيه فكذلك ما حصل به كما لو ورث شيئا بجزئه الحر وأما الكسب فإن
هأياه مالك نصفه فكسب في نوبته شيئا لم يشاركه فيه أيضا وعن لم يهايته
فكسب بجملة شيئا كان بينهما له بقدر ما فيه من الجزء المكاتب ولسيده
الباقي لأنه كسبه المملوك فيه فأشبه ما لو كسب قبل كتابته فقسم بين سيده
وقولهم : إنه يفضي إلى أن يؤدي بعض الكتابة فيعتق جميعه قلنا يبطل هذا بما

لو علق عتق نصيبه على أداء مال فإنه يؤدي عوض البعض ويعتق الجميع على أنا نقول : لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة فإن جميع الكتابة هو الذي كاتبه عليه مالك نصفه ولم يبق منها شيء فلا يعتق حتى يؤدي جميعها ولأنه لا يعتق الجميع بالأداء وإنما يعتق الجزء المكاتب لا غير وباقيه إن كان المكاتب معسرا لم يعتق وإن موسرا عتق بالسراية لا بالكتابة ولا يمتنع هذا كما لو أعتق بعضه عتق جميعه وإذا جاز عتق جميعه باعتاق بعضه بطريقه السراية جاز ذلك فيما يجري مجرى العتق

[جزء 12 - صفحة 454]

مسألة : وإذا أدى ما كوتب عليه ومثله لسيده الآخر عتق كله إن كان الذي كاتبه موسرا وعليه قيمة حصة شريكه
مسألة : وإذا أدى ما كوتب عليه ومثله لسيده الآخر عتق كله إن كان الذي كاتبه موسرا وعليه قيمة حصة شريكه
وجملة ذلك أن أحد الشريكين إذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يتعد الجزء الحر الذي كاتبه لأن الكتابة عقد معاوضة فلم تسر كالبيع وليس للعبد أن يؤدي إلى مكاتبه شيئا حتى يؤدي إلى شريكه مثله سواء أذن الشريك في كتابته أو لم يؤذن لأنه إنما أذن في كتابة نصيب شريكه وذلك يقتضي أن يكون نصيبه باقيا له هذا إذا كان الكسب لجميعه فإن أدى الكتابة من جميع كسبه لم يعتق لأن الكتابة الصحيحة تقتضي العتق ببراءته من العوض وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له وإن أدى إليهما جميعا عتق كله لأن نصفه يعتق بالأداء فإذا عتق سرى إلى سائرهم إن كان الذي كاتبه موسرا وتلزمه قيمة نصيب شريكه لأن عتقه بسبب من جهته أشبه ما لو باشره بالعتق أو علق عتق نصيبه بصفة فعتق بها فأما إن ملك شيئا بجزئه المكاتب كمن هأياه سيده فكسب شيئا في نوبته أو أعطي من الصدقة من سهم الرقاب فلا حق لسيده فيه وله أداء جميعه في كتابته لأنه يستحق ذلك بما فيه من الكتابة فأشبهه النصف الباقي بعد إعطاء الشريك حقه ولو كان ثلثه حرا وثلثه مكاتبا وثلثه رقيقا فورث بجزئه الحر ميراثا وأخذ بجزئه المكاتب من سهم الرقاب فله دفع ذلك كله في كتابته لأنه ما استحق بجزئه الرقيق شيئا منه فلا يستحق مالكه منه شيئا وإذا أدى جميع كتابته عتق فإن كان الذي كاتبه معسرا لم يسر العتق ولم يتعد نصيبه كما إذا واجهه بالعتق إلا على الرواية التي نقول فيها بالاستسعاء فإنه يستسعى في نصيب الذي لم يكاتب وإن كان موسرا سرى إلى باقيه

[جزء 12 - صفحة 455]

مسألة : وإن أعتق الشريك قبل أدائه عتق عليه كله إن كان موسرا وعليه قيمة نصيب المكاتب وقال أبو بكر و القاضي : لا يسري إلى النصف المكاتب
مسألة : وإن أعتق الشريك قبل أدائه عتق عليه كله إن كان موسرا وعليه قيمة نصيب المكاتب وقال أبو بكر و القاضي : لا يسري إلى النصف المكاتب لأنه قد انعقد للمكاتب سبب الولاء فلا يجوز إبطاله إلا أن يعجز فيقوم عليه حينئذ وقال ابن أبي ليلى : عتق الشريك موقوف حتى تنظر ما يصنع في الكتابة فإن أداها عتق وكان المكاتب ضامنا لقيمة نصيب شريكه وولأؤه كله للمكاتب وإن عجز سرى عتق الشريك وضمن نصف القيمة للمكاتب وولأؤه كله له وأما الشافعي فلا يجوز كتابته إلا بإذن شريكه في أحد قولييه فإن كاتبه بإذن شريكه فأعتق الذي لم يكاتب فهل يسري في الحال أو يقف على العجز ؟ فيه قولان ولنا أنه عتق لجزء من العبد من موسر غير محجور عليه فسرى إلى باقيه كالقن وقولهم : إنه يفضي إلى إبطال الولاء قلنا : إذا كان العتق يؤثر في إبطال الملك الثابت الذي الولاء من بعض آثاره فلأن يؤثر في نقل الولاء بمفرده أولى ولأنه لو أعتق عبدا له أولاد من معتقة قوم نقل ولاؤهم إليه فإذا نقل ولاؤهم الثابت بإعتاق غيرهم فلأن ينقل ولاؤ لم يثبت بعد بإعتاق من عليه الولاء أولى ولأنه نقل الولاء عمن لم يغرم له عوضا فلأن ينقله بالعوض أولى فانتقال الولاء في موضع جر الولاء ينيه على سراية العتق وانتقال الولاء إلى المعتق لكون أولى من ثلاثة أوجه : أحدها : أن الولاء ثم ثابت وهذا بعرض الثبوت الثاني : أن النقل حصل ثم بإعتاق غيره وههنا بإعتاقه الثالث : أنه انتقل بغير عوض وههنا بعوض

فصل : وإن كان المعتق معسرا لم يسر عتقه وكان نصيبه حرا وباقيه على الكتابة فإن أدى عتق عليهما وكان ولاؤه بينهما وإن عجز عاد الجزء المكاتب رقيقا فنا إلى على الرواية التي تقول يستسعى العبد فإنه يستسعى عند عجزه في قيمة باقيه ولا يستسعى في حال الكتابة لأن الكتابة سعاية فيما اتفقا عليه فاستغني بها عن السعاية فيما يحتاج إلى التقويم فإذا عجز وفسخت الكتابة بطلت ورجع إلى السعاية في القيمة وحديث ابن عمر حجة لما ذهبنا إليه وهو ما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [من أعتق شركا له في عبد فإن كان معه ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق] متفق عليه ورواه مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر وهذا الحديث حجة على من خالفه وهذا قول الخرقى والله تعالى أعلم

[جزء 12 - صفحة 457]

مسألة : وإن كاتبها عبدهما جاز سواء كان على التساوي أو التفاضل ولا يجوز أن يؤدي إليهما إلا على التساوي

مسألة : وإن كاتباً عبدهما جاز سواء كان على التساوي أو التفاضل ولا يجوز أن يؤدي إليهما إلا على التساوي
إذا كان العبد لرجلين فكاتباه معاً سواء تساويا في العوض أو اختلفا فيه وسواء اتفق نصيباهما فيه أو اختلفا وسواء كان في عقد واحد أو عقدين صح وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي : لا يجوز أن يتفاضل في المال مع التساوي في الملك ولا التساوي في المال مع التفاضل في الملك لأن ذلك يؤدي إلى أن ينتفع أحدهما بمال الآخر لأنه إذا دفع إلى أحدهما أكثر من قدر ملكه ثم عجز رجوع عليه الآخر بذلك

ولنا أن كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة فجاز أن يختلفا في العوض كالبيع وما ذكره لا يلزم لأن انتفاع أحدهما بمال الآخر إنما يكون عند العجز وليس ذلك من مقتضيات العقد وإنما يكون عند زواله فلا يضر ولأنه إنما يؤدي إليهما على التساوي فإذا عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر الملكين فلم يكن أحدهما منتفعا إلا بما يقابل ملكه وعاد الأمر بعد زوال الكتابة إلى حكم الرق كأنه لم يزل فإن قيل فالتساوي في الملك يقتضي التساوي في أدائه إليهما ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر فيعتق نصيبه ويسري إلى نصيب صاحبه ويرجع الآخر عليه بنصف قيمته قلنا : يمكن أداء كتابته إليهما دفعة واحدة فيعتق عليهما ويمكن أن يكاتب أحدهما على مائة في نجمين في كل نجم خمسون ويكاتب الآخر على مائتين في نجمين في الأول خمسون وفي الثاني مائة وخمسون فيكون وقتهما واحدا فيؤدي إلى كل واحد منهما حقه على أن أصحابنا قد قالوا : لا يسري العتق إلى نصيب الآخر ما دام مكاتباً فلا يفضي إلى ما ذكره وإن قدر إفضاؤه إليه فلا مانع فيه من صحة الكتابة فإنه لا يخل بمقصود الكتابة وهو العتق بها ويمكن سرية العتق من غير ضرر بأن يكاتبه على مثلي قيمته فإذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته وسلم إليه باقي المال وحصل له ولاء العبد ولا ضرر في هذا ثم لو كان فيه ضرر لكنه قد رضي به حين كتابته على أقل مما كاتبه به شريكه والضرر المرضي به من جهة المضرور لا عبرة به كما لو باشره بالعتق أو أبرأه من مال الكتابة فإنه يعتق عليه ويسري عتقه ويغرم لشريكه وهو جائز فهذا أولى بالجواز

فصل : ولا يجوز أن يختلفا في التنجيم ولا أن يكون لأحدهما في النجوم قبل النجم الأخير أكثر من الآخر في أحد الوجهين لأنه لا يجوز أن يؤدي إليهما إلا على السواء ولا يجوز تقديم أحدهما بالوفاء على الآخر واختلافهما في ميقات النجوم وقدر المؤدي يفضي إلى ذلك والثاني : يجوز لأنه يمكن أن يعجل لمن تأخر نجمه قبل محله ويعطي من قل نجمه أكثر من الواجب له ويمكن أن يأذن له أحدهما في الدفع إلى الآخر قبله أو أكثر منه ويمكن أن ينظره من حل نجمه أو يرضي من له الكثير بأخذ دون حقه وإذا أمكن إفضاء العقد إلى مقصوده فلا يبطله باحتمال عدم الإفضاء إليه

فصل : وليس للمكاتب أن يؤدي إلى أحدهما أكثر من الآخر ولا يقدم أحدهما على الآخر ذكره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة و الشافعي قال شيخنا : لا أعلم فيه خلافا لأنهما سواء فيه فيستويان في كسبه وحقهما متعلق بما في يده تعلقاً واحداً فلم يكن له أن يخص أحدهما بشيء منه دون الآخر ولأنه ربما عجز

فيعود إلى الرق ويتساويان في كسبه فيرجع أحدهما على الآخر بما في يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة فإن قبض أحدهما دون الآخر شيئاً لم يصح القبض وللآخر أن يأخذ منه حصته إذا لم يكن أذن في القبض فإن أذن فيه ففيه وجهان ذكرهما أبو بكر أحدهما : يصح لأن المنع لحقه فجاز بإذنه كما لو أذن المرتهن للراهن في التصرف فيه أو أذن المشتري للبائع في قبض المبيع قبل أن يوفيه ثمنه أو أذن للمكاتب في التبرع ولأنهما لو أذنا له في الصدقة بشيء صح قبض المصدق عليه له كذلك ههنا والثاني : لا يجوز وهو اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة وأحد قول الشافعي واختيار المزني لأن ما في يد المكاتب ملك له فلا ينفذ إذن غيره فيه وإنما حق سيده في ذمته والأول أصح إن شاء الله تعالى لأن الحق لهم لا يخرج عنهم فإذا اتفقوا على شيء فلا وجه للمنع وقولهم : إنه ملك للمكاتب تعليق على العلة ضد ما تقتضيه لأن كونه ملكاً له يقتضي جواز تصرفه فيه على حسب اختياره وإنما المنع لتعلق حق سيده به فإذا أذن زال المانع فصح التقييض لوجود مقتضيه وخلوه من المانع ثم يبطل بما ذكرنا من المسائل فعلى هذا الوجه إذ دفع إلى أحدهما مال الكتابة بإذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب لأنه استوفى حقه ويسري العتق إلى باقيه إن كان موسراً وعليه قيمة حصة شريكه لأن عتقه بسببه وهذا قول الخرقى ويضمنه في الحال بنصف قيمته مكاتباً مبقى على ما بقي من كتابته وولأوه كله له وما في يده من المال للذي لم يقبض منه بقدر ما قبضه صاحبه والباقي بين العبد وبين سيده الذي عتق عليه لأن نصف عتق بالكتابة ونصفه بالسراية فحصة ما عتق بالكتابة للعبد وحصة ما عتق بالسراية للسيد وعلى ما اختاره شيخنا يكون الباقي كله للعبد لأن الكسب كان ملكاً له فلا يزول ملكه عنه بعتقه كما لو عتق بالاداء وقال أبو بكر والقاضي : لا يسري العتق في الحال وإنما يسري عند عجزه فعلى قولهما يكون باقياً على الكتابة فإن أدى إلى الآخر عتق عليهما وولأوه لهما وما يبقى في يده من كسبه فهو له وإن عجز وفسخت الكتابة قوم على الذي أدى إليه وكان ولأوه كله له وتنفسخ الكتابة في نصفه وإن مات فقد مات ونصفه حر ونصفه رقيق ولسيده الذي لم يعتق نصيبه أن يأخذ مما خلفه مثلما أخذه شريكه من مال الكتابة وله نصف ما يبقى والباقي لورثة العبد فإن لم يكن له وارث من نسبه فهو للذي أدى إليه بالولاء وإن قلنا : لا يصح القبض فما أخذه القابض بينه وبين شريكه ولا تعتق حصته من المكاتب لأنه لم يستوف عوضه ولغير القابض مطالبة القابض بنصيبه مما قبضه كما لو قبض بغير إذنه وإن لم يرجع غير القابض بنصيبه حتى أدى المكاتب إليه كتابته صح وعتق عليهما جميعاً وإن مات العبد قبل استيفاء الآخر حقه فقد مات عبداً ويستوفي الذي لم يقبض من كسبه بقدر ما أخذ صاحبه والباقي بينهما قال أحمد : في رواية ابن منصور في عبد بين رجلين كاتباه فأدى إلى أحدهما كتابته ثم مات وهو يسعى للآخر لمن ميراثه ؟ قال أحمد : كل ما كسب العبد في كتابته فهو بينهما ويرجع هذا على الآخر بنصيبه مما أخذ وميراثه بينهما قال ابن منصور : قال اسحاق بن راهويه كما قال

فصل : فإن عجز مكاتبهما فلهما الفسخ والامضاء فإن فسخا جميعاً أو أمضيا الكتابة جاز ما اتفقا عليه وإن فسخ أحدهما وأمضى الآخر جاز وعاد نصفه رقيقاً

قنا ونصفه مكاتبا وقال القاضي : تنفسخ الكتابة في جميعه وهو مذهب الشافعي لأن الكتابة لو بقيت في نصفه لعاد ملك الذي فسخ الكتابة إليه ناقصا ولنا أنها كتابة عن ملك أحدهما فلم تنفسخ بفسخ الآخر كما لو انفرد بكتابتها ولأنهما عقدان مفردان فلم ينفسخ أحدهما بفسخ الآخر كالبيع وما حصل من القبض لا يمنع لأنه إنما حصل ضمنا التصرف الشريك في نصيبه فإذا لم يمنع العقد في ابتدائه فلأن لا يبطله في دوامه أولى ولأن ضرره حصل بعقده وفسخه فلا يزال بفسخ عقد غيره ولأن في فسخ الكتابة ضررا بالمكاتب وسيده وليس دفع الضرر عن الشريك الذي فسخ بأولى من دفع الضرر عن الذي لم يفسخ لوجوه ثلاثة : أحدها : أن ضرر الذي فسخ حصل ضمنا لبقاء عقد شريكه في ملك نفسه وضرر شريكه يزول بزوال عقده وفسخ تصرفه في ملكه الثاني : أن ضرر الذي فسخ لم يعتبره الشرع في موضع ولا أصل لما ذكره من الحكم ولا يعرف له نظير فيكون بمنزلة المصالح المرسلة التي وقع الأجماع على اطراحها وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر في سائر عقود من بيعه وهبته وغير ذلك فيكون أولى

الثالث : إن ضرر الفسخ يتعدى إلى المكاتب فيكون ضررا باثنين وضرر الفاسخ لا يتعداه ثم لو قدر تساوي الضررين لوجب ابقاء الحكم على ما كان عليه ولا يجوز إحداث الفسخ من غير دليل راجح

فصل : وإذا عجز المكاتب ورد في الرق وكان في يده مال فهو لسيدته سواء كان من كسبه أو صدقة تطوع أو وصية وما كان من صدقة مفروضة ففيه روايتان : إحداهما : هو لسيدته وهو قول أبي حنيفة وقال عطاء : يجعله في السبيل أحب إلي وإن أمسكه فلا بأس والرواية الثانية : يؤخذ ما بقي في يده فيجعل في المكاتبين نقلها حنبل وهو قول شريح و النخعي و الثوري واختار أبو بكر و القاضي أنه يرد إلى أربابه وهو قول إسحاق لأنه إنما دفع إليه ليصرف في العتق فإذا لم يصرف فيه وجب رده كالغازي والغارم وابن السبيل ووجه الرواية الأولى أن ابن عمر رد مكاتبا في الرق فأمسك ما أخذه منه ولأنه يأخذ منه ولأنه يأخذ لحاجته فلم يرد ما أخذه كالفقير والمسكين وأما الغازي فإنه يأخذ لحاجتنا إليه بقدر ما يكفيه لغزوه فأما الغارم فإن غرم لإصلاح ذات البين فهو كالغازي يأخذ لحاجتنا إليه وإن غرم لمصلحة نفسه فهو كمسالتنا لا يرد

فصل : فأما ما أداه إلي سيده قبل عجزه فلا يجب رده بحال لأن المكاتب صرفه في الجهة التي أخذه لها وثبت ملك سيده عليه ملكا مستقرا فلم يزل ملكه عنه كما لو عتق المكاتب ويفارق ما في يد المكاتب فإن ملك سيده لم يثبت عليه قبل هذا والخلاف في ابتداء ثبوته وما تلف في يد المكاتب لم يرجع به عليه سواء عجز أو أدى لأن ماله تلف في يده أشبه ما لو تلف في يد سائر أصناف الصدقة وإن اشترى به عرضا وعجز والعرض في يده ففيه من الخلاف مثل ما لو وجده بعينه لأن العرض عوضه وقائم مقامه فأشبه ما لو أعطى الغازي من الصدقة ما اشترى به فرسا وسلاحا ثم فضل عن حاجته فصل : وموت المكاتب قبل الأداء كعجزه فيما ذكرنا لأن سيده يأخذ ما في يده قبل حصول مقصود الكتابة وإن أدى وبقي في يده شيء فحكمه في رده وأخذه حكم سيده في ذلك عند عجزه لأنه مال لم يؤده في كتابته بقي بعد زوالها فإن

كان قد استدان ما أداه في الكتابة وبقي عنده من الصدقة ما يقضي به دينه لم يلزمه رده لأنه محتاج إليه بسبب الكتابة فأشبه ما يحتاج إليه في أدائها
فصل : إذا قال السيد لمكاتبه : متى عجزت بعد موتي فأنت حر فهذا تعليق للحرية على صفة تحدث بعد الموت وفيه اختلاف ذكرناه فإن قلنا لا يصح فلا كلام وإن قلنا يصح فمتى عجز بعد الموت صار حرا بالصفة فإن ادعى العجز قبل حلول النجم لم يعتق لأنه لم يجب عليه شيء يعجز عنه وإن كان بعد حلوله ومعه ما يؤديه لم يقبل قوله لأنه غير عاجز وإن لم يكن معه مال ظاهر فصدقه الورثة عتق وإن كذبوه فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم المال وعجزه فإذا حلف عتق وإذا عتق بهذه الصفة كان ما في يده له إن لم تكن كتابته فسخت لأن العجز لا تنفسخ به الكتابة وإنما يثبت به استحقاق الفسخ والحرية تحصل به بأول وجوده فتكون الحرية قد حصلت له في حال كتابته فيكون ما في يده له كما لو عتق بالإبراء من مال الكتابة ومقتضى قول بعض أصحابنا أن كتابته تبطل ويكون ما في يده لورثة سيده

فصل : إذا كاتب عبدا في صحته ثم أعتقه في مرض موته أو أبرأه من مال الكتابة فإن كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته أو مال كتابته عتق مثل أن يكون له سوى المكاتب مائتان وقيمة المكاتب مائة ومال الكتابة مائة وخمسون فإن اعتبر قيمته دون مال الكتابة وهي تخرج من الثلث وإن كان بالعكس اعتبرنا مال الكتابة ونفذ العتق ويعتبر الباقي من مال الكتابة دون ما أدى منها وإنما اعتبرنا الأقل لأن قيمته إن كانت أقل فهي قيمة ما أتلف بالإعتاق ومال الكتابة ما استقر عليه فإن للعبد إسقاطه بتعجيز نفسه أو يمتنع من أدائه فلا يجبر عليه فلم يحتسب له به وإن كان عوض الكتابة أقل اعتبرناه لأنه يعتق بأدائه ولا يستحق السيد عليه سواه وقد ضعف ملكه فيه وصار عوضه وإن كان كل واحد منهما لا يخرج من الثلث مثل أن يكون ماله سوى المكاتب مائة فإننا نضم الأقل من قيمته أو مال الكتابة ونعمل بحسابه فيعتق منه ثلثاه ويبقى ثلثه بثلث مال الكتابة فإن أداه عتق وإلا رق منه ثلثه وباحتمل أنه إذا كان مال الكتابة مائة وخمسين فيفي ثلثه بخمسين فأداهما أن نقول : قد زاد مال الميث لأنه حسب على الورثة بمائة وحصل لهم ثلثه خمسون فقد زاد مال الميث فينبغي أن يزيد ما يعتق منه لأن هذا المال يحصل لهم بعقد السيد والإرث عنه ويجب أن يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه لأن ربه يجب إيتاؤه للمكاتب فلا يحسب من مال الميث فإن كان ثلاثة أرباع مال الكتابة مائة وخمسين وقيمة العبد مائة وللميث مائة أخرى عتق من العبد ثلثاه وحصل للورثة من كتابة العبد خمسون عن ثلث العبد المحسوب عليهم ثلث المائة فقد زاد لهم ثلث الخمسين فيعتق من العبد قدر ثلثها وهو قدر تسع الخمسين وذلك نصف تسعة فصار العتق ثابتا في ثلثيه ونصف تسعه وحصل للورثة المائة وثمانية أتساع الخمسين وهو مثلا ما عتق منه فإن قيل : لم أعتقتم بعضه وقد بقي عليه بعض مال الكتابة ؟ قلنا : إنما أعتقنا بعضه ههنا بإعتاق سيده لا الكتابة ولما كان العتق في مرض موته نفذ في ثلث ماله وبقي باقيه لحق الورثة والموضع الذي لا يعتق إلا بأداء جميع الكتابة إذا كان عتقه بها لأنه إذا بقي عليه شيء فما حصل لاستيفاء يخص المعاوضة فلم تثبت الحرية في العوض

فصل : فإن وصى سيده بإعتاقه أو إبرائه من الكتابة وكان يخرج من ثلثه أقل
الأميرين من قيمته أو مال الكتابة فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أعتقه في مرضه
أو أبراه إلا أنه لا يحتاج ههنا إلى إيقاع العتق لأنه أوصى به وإن لم يخرج الأقل
منهما من ثلثه عتق منه بقدر الثلث ويسقط من الكتابة بقدر ما عتق ويبقى
باقية على باقي الكتابة فإذا أداه عتق جميعه وإن عجز عتق منه بقدر الثلث
ورق الباقي وقياس المذهب أن ينتجز عتق ثلثه في الحال وإن لم يحصل للورثة
في الحال شيء لأن حق الورثة متحقق الحصول فإنه إن أدى وإلا عاد الباقي
قنا وذكر القاضي فيه وجه آخر : أنه لا ينتجز عتق شيء منه إذا لم يكن للميت
مال سواه لئلا ينتجز للوصية ما عتق ويتأخر حق الوارث ولذلك لو كان له مال
غائب أو دين حاضر لم ينتجز وصيته من الحاضر والأول أصح ما ذكرناه وأما
الحاضر والغائب فإنه إن كان موصى له بالحاضر أخذ ثلثه في الحال ووقف
الباقي على قدوم الغائب فإنه إن كان موصى له بالحاضر أخذ ثلثه في الحال
ووقف الباقي على قدوم الغائب فقد حصل للموصى له ثلث الحاضر ولم
يحصل للورثة شيء في الحال فهي كمسألتنا ولم تكمل له جميع وصيته لأن
الغائب غير موثوق بحصوله فإنه ربما تلف بخلاف ما نحن فيه فاما الزيادة
الحاصلة بزيادة مال الكتابة فإنها تقف على أدائه

فصل : قال الخرقى : وإذا كان العبد لثلاثة فجاءهم بثلمائة درهم فقال :
بيعوني نفسي بها فأجابوه فلما عاد إليهم له كتابا أنكر أحدهم أن يكون أخذ
شيئا وشهد الرجلان عليه بالأخذ فقد صار العبد حرا بشهادة الشريكين إذا كانا
عدلين وبشاركهما فيما أخذه من المال وليس على العبد بشيء اعترض على
الخرقى في هذه المسألة حيث أجاز له شراء نفسه بعين ما في يده مع أنه قد
ذكر في باب العتق : إذا قال العبد لرجل : اشتري من سيدي بهذا المال
وأعتقني فاشتراه بعين المال كان الشراء والعتق باطلا ويكون السيد قد أخذ
ماله فأجاب القاضي عن هذا الإشكال بوجوه : منها أن يكون مكاتبا وقوله :
بيعوني نفسه بهذه أي أعجل لكم الثلاثمائة وتضعون عني ما بقي من كتابتي
ولهذا ذكرها في باب المكاتب الثاني : أن يكون العبد لأجنبي قال له : اشتر
نفسك بها من غير أن يملكه إياها الثالث : أن يكون عتقا بصفة تقديره إذا قبضنا
منك هذه الدراهم فانت حر الرابع : أن يكون سادته رضوا ببيعه نفسه بما في
يده وفعلهم ذلك معه إعتاق منهم مشروط بتأدية ذلك إليهم فتكون صورته
صورة البيع ومعناه العتق بشرط الأداء كما لو قال : بعتك نفسك بخدمتي سنة
فإن منافعه مملوكة لسيدة وقد صح هذا فيها فكذا ههنا قال شيخنا وهذا الوجه
أظهر إن شاء الله تعالى لأنه لا يحتاج إلى تأويل ومتى أمكن حمل الكلام على
ظاهرة لم يجز تأويله بغير دليل إذا تقرر هذا فمتى اشتري العبد نفسه من
سادته عتق لأن البيع يخرج عن ملكهم ولا يثبت عليه ملك آخر إلا أنه ههنا لا
يعتق إلا بالقبض لأننا جعلناه عتقا مشروطا به ولهذا قال الخرقى : وقد صار
العبد حرا بشهادة الشريكين اللذين شهدا بالقبض ولو عتق بالبيع لعتق
باعترافهم به لا بالشهادة بالقبض ومتى أنكر أحدهم أخذ نصيبه من الثمن فشهد
عليه شريكاه وكانا عدلين قبلت شهادتهما لأنهما شهدا للعبد بأداء ما يعتق به
قبلت شهادتهما كأجنيين وبرجع المشهود عليه عليهما فيشاركهما فيما

أخذه لأنهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد والعبد مشترك بينهما فثمنه يجب أن يكون بينهما ولأن ما في يد العبد لهم والذي أخذه كان في يده فيجب أن يشترك فيه الجميع ويكون بينهم بالسوية وشهادتهما فيما لهما فيه نفع غير مقبولة ودفع مشاركته لهما فيه نفع لهما فلم تقبل شهادتهما فيه وقبلت بما ينتفع به العبد دون ما ينتفعان به كما لو أقر بشيء لغيرهما فيه نفع فإن إقرارهما يقبل فيما عليهما دون مالهما وقياس المذهب أن لا تقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض لأنهما يدفعان بها عن أنفسهما ضررا ومغرما ومن شهد بشهادة يجر إلى نفسه نفعاً بطلت شهادته في الكل وإنما يقبل ذلك في الإقرار لأن العدالة غير معتبرة فيه والتهمة لا تمنع من صحته بخلاف الشهادة فعلى هذا القياس يعتق نصيب الشاهدين بإقرارهما ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفاً على القبض وله مطالبته بنصيبه أو مشاركة صاحبه بما أخذ فإن شاركهما أخذ منهما ثلثي مائة ورجع على العبد بتمام المائة ولا يرجع المأخوذ منه على الآخر بشيء لأنه إن أخذ من العبد فهو يقول ظلمني وأخذ مني مرتين وإن أخذ من الشاهدين فهما يقولان : ظلمنا وأخذ منا ما لا يستحقه علينا ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه وإن كانا غير عدلين فكذلك سواء قلنا إن شهادة العدلين مقبولة أو لا لأن غير العدل لا تقبل شهادته وإنما يؤخذ بإقراره وإن أنكر الثالث البيع فنصيبه باق على الرق إذا حلف إلا أن يشهدا عليه بالبيع ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما لأنهما لا يجران إلى نفسيهما بهذه الشهادة نفعاً

فصل : وإذا كان العبد بين شريكين فكاتباه بمائة فادعى دفعها إليهما وصدقاها عتق وإن أنكره ولم تكن بينة فالقول قولهما مع إيمانهما وإن أقر أحدهما وأنكر الآخر عتق نصيب المقر وأما المنكر فعلى قول الخرقى تقبل شهادة شريكه عليه إذا كان عدلين فيحلف العبد مع شهادتهما ويصير حراً ويرجع المنكر على الشاهد عن نفسه مغرماً والقول قول السيد مع يمينه فإذا حلف فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به وهو خمسة وعشرون لأن ما قبضه كسب العبد وهو مشترك بينهما فإن قيل : فالمنكر ينكر قبض شريكه فكيف يرجع عليه ؟ قلنا : إنما ينكر قبض نفسه وشريكه مقر بالقبض ويجوز أن يكون قد قبض فلم يعلم به وإذا أقر بمتصور لزمه حكم إقراره ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه فإن قيل : لو كان عليه دين لاثنين فوفى أحدهما لم يرجع الآخر على شريكه فلم يرجع ههنا ؟ قلنا : إن كان الدين ثابتاً بسبب واحد فما قبض أحدهما منه رجع به الآخر عليه كمسألتنا وعلى أن هذا يفارق الدين لكون الدين لا يتعلق بما في يد الغريم إنما يتعلق بذمته حسب والسيد يتعلق حقه بما في يد المكاتب فلا يدفع شيئاً منه إلى أحدهما إلا كان حق الآخر ثابتاً فيه إذا ثبت هذا فإنه إن رجع على العبد بخمسين استقر ملك الشريك على ما أخذه ولم يرجع العبد عليه بشيء لأنه إنما قبض حقه وإن رجع على الشريك رجع عليه بخمسة وعشرين وعلى العبد بخمسة وعشرين ولم يرجع أحدهما على الآخر بما أخذه منه لما ذكرنا من قبل وإن عجز العبد بأداء ما رجع به عليه فله تعجيزه واسترقاقه ويكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً ويرجع على الشريك بنصف ما أخذه ولا تسري الحرية فيه لأن الشريك والعبد يعتقدان أن الحرية ثابتة في جميعه وأن المنكر غاصب لهذا النصف الذي استرقه ظالماً باسترقاقه والمنكر يدعي رق العبد

جميعه ولا يعترف بحرية شيء منه لأنه يزعم أنه ما قبضت نصيبي من كتابته وشريكي إن قبض شيئاً استحق نصفه بغير إذني فلا يعتق شيء منه بهذا القبض وسراية العتق ممتنعة على كلا القولين والسراية إنما تكون فيما إذا أعتق بعضه وبقي بعضه رقيقاً وجميعهم متفقون على خلاف ذلك وهذا منصوص الشافعي فصل : فإن ادعى العبد أنه دفع المائة إلى أحدهما ليدفع إلى شريكه حقه ويأخذ الباقي فأنكر المدعي عليه حلف وبريء فإن قال : إنما دفعت إلى حقي وإلى شريكه حقه ولا بينة للعبد فالقول قول المدعي عليه في أنه لم يقبض إلى قدر حقه مع يمينه ولا نزاع بين العبد وبين الآخر لأنه لم يدع عليه شيئاً وله مطالبة العبد بجميع حقه وله مطالبته بنصفه ومطالبة القابض بنصف ما قبضه فإن اختار مطالبة العبد فله القبض منه بغير يمين وإن اختار الرجوع على شريكه بنصفه فللشريك عليه اليمين أنه لم يقبض من المكاتب شيئاً لأنه لو أقر بذلك لسقط حقه من الرجوع فإذا أنكره لزمته اليمين إن شهد القابض على شريكه بالقبض لم تقبل شهادته لمعينين : أحدهما : أن المكاتب لم يدع عليه شيئاً وإنما تقبل البينة إذا شهدت بصدق المدعي الثاني : أنه يدفع عن نفسه مغرمًا فإن عجز العبد فلغير القابض أن يسترق نصفه ويقوم عليه نصيب شريكه لأن العبد معترف برقة غير مدع لحرية هذا النصيب بخلاف التي قبلها ويحتمل أن لا يقوم أيضا لأن القابض يدعي حرية جميعه والمنكر يدعي ما يوجب رقب جميعه فإنهما يقولان ما قبضه قبضه بغير حق فلا يعتق حتى يسلم إلى مثل ما سلم إليه وإذا كان أحدهما يدعي جميعه والآخر يدعي جزاءه فما اتفقا على حرية البعض دون البعض

فصل : وإن اعترف المدعي بقبض المائة على الوجه الذي ادعاه المكاتب وقال : قد دفعت إلى شريكه نصفها فأنكر الشريك فالقول قوله مع يمينه وله مطالبة من شاء منهما بجميع حقه وللمرجوع عليه أن يحلفه فإن رجع على الشريك فأخذ منه خمسين كان له ذلك لأنه اعترف بقبض المائة كلها ويعتق المكاتب لأنه وصل إلى كل واحد منهما قدر حقه من الكتابة ولا يرجع الشريك عليه بشيء لأنه يعترف له بأداء ما عليه وبرأته منه وإنما يزعم أن شريكه ظلمه فلا يرجع على غير ظالمه وإن رجع على العبد فله أن يأخذ منه الخمسين لأنه يزعم أنه ما قبض شيئاً من كتابته وللعبد الرجوع على القابض بها سواء صدقه في دفعها إلى المنكر أو كذبه لأنه وإن دفعها فقد دفعها غير مبر فكان مفرداً ويعتق العبد بأدائها فإن عجز عن أدائها فله أن يأخذها من القابض ثم يسلمها فإن تعذر ذلك فله تعجيزه واسترقاق نصفه ومشاركة القابض في الخمسين التي قبضها عوضاً عن نصيبه ويقوم على الشريك القابض إن كان موسراً إلا أن يكون العبد يصدق في دفع الخمسين إلى شريكه فلا يقوم لأنه يعترف أنه حر وأن هذا ظلمه باسترقاق نصفه الحر وإن أمكن الرجوع على القبض بالخمسين ودفعها إلى المنكر فامتنع من ذلك فهل يملك المنكر تعجيزه واسترقاق نصفه ؟ على وجهين بناء على القول في تعجيز العبد نفسه مع القدرة على الأداء إن قلنا له : ذلك فللمنكر استرقاقه ؟ وإن قلنا ليس له ذلك فليس للمنكر استرقاقه لأنه قادر على الأداء فإن قيل : فلم لا يرجع المنكر على القابض بنصف ما قبضه إذا استرق نصف العبد ؟ قلنا : لأنه لو رجع بها

لكان قابضا جميع حقه من مال الكتابة فيعتق المكاتب بذلك إلا أن يتعذر قبضها في نجومها فتتفسخ الكتابة ثم يطالب بها بعد ذلك فيكون له الرجوع بنصفها كما لو كانت غائبة في بلد آخر وتعذر تسليمها حتى فسخت الكتابة والله أعلم فصل : قال الشيخ رضي الله عنه : وإن اختلفا في الكتابة فالقول قول من ينكرها لأن الأصل معه

[جزء 12 - صفحة 473]

مسألة : وإن اختلفا في عوضها فالقول قول السيد في إحدى الروايتين مسألة : وإن اختلفا في عوضها فالقول قول السيد في إحدى الروايتين إذا اختلفا في عوض الكتابة فقال السيد : كاتبك على ألفين وقال المكاتب : على ألف فعنه ثلاث روايات إحداها : القول قول السيد ذكره الخرقى قال القاضي : هذا المذهب نص عليه أحمد في رواية الكوسج وهو قول الثوري و الأوزاعي و اسحاق وقال أبو بكر : اتفق أحمد و الشافعي على أنهما يتحالفان ويترادان وهو قول أبي يوسف ومحمد لأنهما اختلفا في عوض العقد القائم بينهما فيتحالفان إذا لم تكن بينة كالمتبايعين وحكي عن أحمد رواية ثالثة أن القول قول المكاتب وهو قول أبي حنيفة لأنه منكر للألف الزائد والقول قول المنكر لأنه مدعى عليه فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم : [ولكن اليمين على المدعى عليه] ووجه الأولى أنه اختلف في الكتابة فالقول قول السيد فيه كما لو اختلفا في أصلها وبفارق البيع من وجهين : أحدهما : أن الأصل في البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار إليه والأصل في المكاتب وكسبه أنه لسيدته فالقول قوله فيه الثاني : أن التحالف في البيع مفيد ولا فائدة في التحالف في الكتابة فإن الحاصل منه يحصل بيمين السيد وحده وبيان ذلك أن الحاصل بالتحالف فسح الكتابة ورد العبد إلى الرق إذا لم يرض بما حلف عليه سيده وهذا يحصل عند من جعل القول قول السيد مع يمينه فلا يشرع التحالف مع عدم فائدته وإنما قدمنا قول المنكر في سائر المواضع لأن الأصل معه والأصل ههنا مع السيد لأن الأصل ملكه للعبد وكسبه إذا ثبت هذا فمتى حلف السيد ثبتت الكتابة بألفين كما لو اتفقا عليها وسواء كان اختلافهما قبل العتق أو بعده مثل أن يدفع إليه ألفين فيعتق ثم يدعي المكاتب أن أحدهما عن الكتابة والآخر وديعة ويقول السيد : بل هي جميعا مال الكتابة ومن قال بالتحالف قال : إذا تحالفا فلكل واحد منهما فسح الكتابة إلا أن يرضى بقول صاحبه وإن كان التحالف بعد العتق في مثل الصورة التي ذكرناها لم ترتفع الحرية لأنها لا يمكن رفعها بعد حصولها ولا إعادة الرق بعد رفعه ولكن يرجع السيد بقيمته ويرد عليه ما أدى إليه فإن كانا من جنس واحد تقاصا بقدر أقلهما وأخذ ذو الفضل فضله

مسألة : وإن اختلفا في وفاء مالهما فقال العبد أديت وعتقت وأنكر السيد
فالقول قول السيد مع يمينه
مسألة : وإن اختلفا في وفاء مالهما فقال العبد أديت وعتقت وأنكر السيد
فالقول قول السيد مع يمينه
لأنه منكر والقول قول المنكر وإن اختلفا في ابرائه من مال الكتابة أو شيء
منه فالقول قول السيد مع يمينه لذلك
فصل : إذا كاتب عبيد واستوفى من أحدهما ولم يدر أيهما استوفى فقياس
المذهب أن يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر كما لو أعتق
عبدا من عبيده وأنسيه وإن ادعى الآخر عليه أنه أدى فعليه اليمين أنه ما أدى
فإن نكل عتق الآخر وإن مات السيد قبل القرعة أقرع الورثة فإن ادعى الآخ
عليهم أنه المؤدي فعليهم اليمين أنهم لا يعلمون أنه أدى لأنها يمين على نفي
فعل الغير فإن أقام أحد العبدین بينة أنه أدى عتق سواء كان قبل القرعة أو
بعدها في حياة سيده أو بعد موته وإن كان ذلك قبل القرعة تعينت الحرية فيه
ورق الآخر فإن كان بعدها فكذلك لأن القرعة ليست عتقا وإنما هي معينة للعتق
والبينة أقوى منها فيثبت بها خطأ القرعة فيتبين بقاء الرق في الذي ظننا حرته
كما تبيننا حرية من ظننا رقه ولأن من لم يؤد لا يصير مؤديا بوقوع القرعة له فلا
يوجد حكمه الذي هو العتق ويتخرج على قول أبي بكر و ابن حامد أن يعتقا على
ما نذكر في الطلاق وكذلك الحكم فيما إذا ذكر السيد المؤدي منهما ومثي
ادعى الآخر أنه أدى فله اليمين على المدعى عليه من السيد والورثة إلا أن
السيد يحلف على البت وأما الورثة فإن ادعى أنه دفع إلى موروثهم حلفوا على
نفي العلم وإن ادعى أنه دفع إليهم حلفوا على البيت وعلى كل واحد من الورثة
يمين لأن كل واحد منهم مدعى عليه فلزمته اليمين كما لو انفرد بالدعوى
فصل : إذا كان للمكاتب أولاد من معتقة غير سيده فقال سيده قد أدى إلى
وعتق فانجر ولاء ولده إلي فأنكر ذلك مولى أمهم وكان المكاتب حيا صار حرا
بهذا القول لأنه إقرار من سيده بعتقه وينجر ولاء ولده إليه وإن كان ميتا فالقول
قول مولى أمهم لأن الأصل بقاء ولاءهم له فيحلف ويبقى ولاؤهم له

مسألة : وإن أقام العبد شاهدا وحلف معه أو شاهدا وامرأتين ثبت الأداء وعتق
وهذا قول الشافعي
مسألة : وإن أقام العبد شاهدا وحلف معه أو شاهدا وامرأتين ثبت الأداء وعتق
وهذا قول الشافعي

لأن النزاع بينهما في أداء المال والمال يقبل فيه الشاهد واليمين والرجل والمرأتان فإن قيل القصد من هذه الشهادة العتق وهو لا يثبت بشاهد ويمين قلنا : بل يثبت بشاهد ويمين في رواية وإن سلمنا أن الشهادة لا تثبت لكن الشهادة ههنا بأداء المال والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الأول ولم يشهد الشاهد به ولا بينهما فيه نزاع ولا يمتنع أن يثبت بشاهدة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت إلا بشاهدين كما أن الولادة تثبت بشهادة النساء ويترتب عليها ثبوت النسب الذي لا يثبت بشهادة النساء ولا بشاهد واحد

فصل : فإن لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد فالقول قوله فإن قال : لي شاهد غائب أنظر ثلاثا فإن جاء وإلا حلف السيد ثم متى جاء شاهده وأدى الشهادة ثبتت حريته وإن جرح شاهده فقال لي شاهد آخر أنظر ثلاثا لما ذكرناه فصل : وإن أقر السيد بقبض مال الكتابة عتق العبد إذا كان ممن يصح إقراره وإن أقر بذلك في مرض موته قبل لأنه إقرار لغير وارث فيقبل وإن قال : استوفيت كتابتي كلها عتق العبد وإن قال : استوفيتها كلها إن شاء الله أو إن شاء زيد عتق ولم يؤثر الاستثناء لأن هذا الاستثناء لا مدخل له في الإقرار قال أحمد في رواية أبي طالب : إذا قال له ألف إن شاء الله كان مقرا بها ولأن هذا الاستثناء تعليق بشرط والذي يتعلق بالشرط إنما هو المستقبل وأما الماضي فلا يمكن تعليقه لأنه قد وقع على صفة لا يتغير عنها بالشرط وإنما يدل الشرط على الشك فيه فكأنه قال : استوفيت كتابتي وأنا أشك فيه فيلغو الشك ويثبت الإقرار وإن قال : استوفيت آخر كتابتي وقال : إنما أردت أنني استوفيت النجم الآخر دون ما قبله وادعى العبد إقراره باستيفاء الكل فالقول قول السيد لأنه أعرف بمراده والله أعلم

فصل : قال رضي الله عنه : والكتابة الفاسدة مثل أن يكتبه على خمر أو خنزير تغلب فيها حكم الصفة في أنه إذا أدى عتق ولا يعتق بالإبراء إذا كاتبه كتابة فاسدة على عوض مجهول أو حال أو محم كالخمر والخنزير فقد روي عن أحمد رحمه الله ما يدل على أن الكتابة على العرض المحرم باطلة لا يعتق بالأداء فيها اختاره أبو بكر فإنه روي عن أحمد أنه قال : إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق ما لم تكن الكتابة محرمة فحكم بالعتق بالأداء إلا في المحرمة واختار القاضي أنه يعتق بالأداء كسائر الكتابات الفاسدة ويمكن حمل كلام القاضي على ما إذا جعل السيد الأداء شرطا للعتق فقال : إذا أدبت لي فأنت حر فأدى فإنه يعتق بالصفة المجردة لا بالكتابة ويثبت في هذه الكتابة حكم الصفة في العتق بوجودها لا حكم الكتابة فأما إن شرط في الكتابة شرطا فاسدا فالمنصوص أنه لا يفسدها لكن يلغو الشرط وتصح الكتابة ويتخرج أن يفسدها بناء على الشروط الفاسدة في البيع وهو مذهب الشافعي وقد ذكرناه فأما الكتابة الفاسدة التي لا تكون عوضا محرما فإنها تساوي الصحيحة في أربعة أحكام

أحدها : أنه يعتق ما كوتب عليه سواء صرح بالصفة بأن يقول : إذا أدبت إلي فأنت حر أو لم يقل لأن معنى الكتابة يقتضي هذا فيصير كالمصرح به فيعتق بوجوده كالصحيحة

الثاني : إذا أعتقه بالأداء لم تلزمه قيمة نفسه ولم يرجع على سيده بما أعطاه ذكره أبو بكر وهو ظاهر كلام أحمد وقال الشافعي : يتراجعان فيجب على العبد قيمته وعلى السيد ما أخذه فيتقاصان بقدر أقلهما إن كانا من جنس واحد ويأخذ ذو الفضل فضله لأنه عقد معاوضة فاسد فوجب التراجع فيه كالبيع الفاسد ولنا أنه كتابة حصل العتق فيه بالأداء فلم يجب التراجع كما لو كان العقد صحيحا ولأن ما يأخذه السيد فهو من كسب عبده الذي يملك كسبه فلم يجب رده والعبد عتق بالصفة فلم تجب عليه قيمته كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر وأما البيع الفاسد فإنه إن كان بين هذا وسيده فلا رجوع على السيد بما أخذه وإن كان بينه وبين غيره فإنه أخذ ما لا يستحقه ودفع إلى الآخر ما لا يستحقه بعقد المقصود منه المعاوضة بخلاف هذا في مسألتنا الثالث : أن المكاتب يملك التصرف في كسبه لأن عقد الكتابة تضمن الإذن في ذلك وله أخذ الصدقات والزكوات لأنه مكاتب يعتق بالأداء أشبه الكتابة الصحيحة الرابع : أنه إذا كاتب جماعة كتابة فاسدة فأدى أحدهم حصتهم عتق على قول من قال : إنه يعتق بالكتابة الصحيحة بأداء حصته لأن معنى العقد أن كل واحد منهم مكاتب بقدر حصته متى أدى إلى كل واحد منكم قدر حصته فهو حر ومن قال : لا يعتق في الصحيحة إلا أن يؤدي جميعهم فهنا أولى فصل : وتفارق الصحيحة في ثلاثة أحكام أحدها : أن السيد إذا أبرأه من المال لم تصح البراءة ولم يعتق بذلك لأن المال غير ثابت في العقد بخلاف الكتابة الصحيحة وصار هذا كالصفة المجردة في قوله إذا أدبت إلي ألفا فأنت حر الثاني : أن لكل واحد من السيد والمكاتب فسخها سواء كان ثم صفة أو لم تكن وهذا قول أصحاب الشافعي لأن الفاسد لا يلزم حكمه والصفة ههنا مبنية على المعاوضة وتابعة لها لأن المعاوضة هي المقصودة فلما أبطل المعاوضة التي هي الأصل بطلت الصفة المبنية عليه بخلاف الصفة المجردة ولأن السيد لم يرض بهذه الصفة إلا بأن يسلم له العوض المسمى فإذا لم يسلم كان له إبطالها بخلاف الصحيحة فإن العوض سلم له فكان العقد لازما له الثالث : أنه لا يلزم السيد أن يؤدي إليه شيئا من الكتابة لأن العتق ههنا بالصفة المجردة فأشبهه ما لو قال إذا أدبت إلي ألفا فأنت حر

[جزء 12 - صفحة 483]

مسألة : وتنفسخ بموت السيد وجنونه والحجر للسفه
مسألة : وتنفسخ بموت السيد وجنونه والحجر للسفه
اختلف في انفساخها بموت السيد فذهب القاضي وأصحابه إلى بطلانها وهو قول الشافعي لأنه عقد جائز من الطرفين لا يؤول إلى اللزوم فبطل بالموت كالوكالة ولأن المقلب فيها حكم الصفة المجردة والصفة تبطل بالموت كذلك هذه الكتابة وقال أبو بكر : لا تبطل بالموت ويعتق بالأداء إلى الوارث وهو قول أبي حنيفة لأنه مكاتب يعتق بالأداء إلى السيد فيعتق بالأداء إلى الوارث كالكتابة

الصحيحة في باب العتق بالأداء فكذلك في هذا واختلف في انفساها بجنون السيد والحجر عليه والخلاف فيه كالخلاف في بطلانها بموته قال شيخنا والأولى أنها لا تبطل ههنا إلا بالصفة المجردة لا بذلك والمغلب في هذه الكتابة حكم الصفة المجردة فلا تبطل به فعلى هذا لو أدى إلى سيده بعد ذلك عتق ولا يعتق عند من أبطلها

فصل : ويملك السيد أخذ ما في يده وإن فضل من الأداء فضل فهو لسيدته هذا قول أبي الخطاب لأن كسب العبد لسيدته بحكم الأصل والعقد ههنا فاسد لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته فلم ينقل الملك في المعوض كسائر العقود الفاسدة ولأن المغلب فيها حكم الصفة المجردة وهي لا تثبت له في كسبه فكذا ههنا وفارق الكتابة الصحيحة فإنها أثبتت الكتابة في العوض فأثبتته في المعوض وقال القاضي : ما في يد المكاتب وما يكسبه وما يفضل في يده بعد الأداء له وهو مذهب الشافعي لأنها كتابة يعتق بالأداء فيها فيثبت هذا الحكم فيها كالصحيحة والأول أصح لما بين الفاسدة والصحيحة من الفروق

[جزء 12 - صفحة 486]

مسألة : وهل يتبع المكاتب ولدها فيها ؟ على وجهين
مسألة : وهل يتبع المكاتب ولدها فيها ؟ على وجهين :
أحدها : يتبعها : لأنها كتابة تعتق فيها بالأداء فيعتق ولدها به كالكتابة الصحيحة والثاني : لا يتبعها وهو أقيس وأصح لأن الأصل بقاء الرق فيه فلا يزول إلا بنص أو معنى نص وما وجد واحد منهما ولا يصح القياس على الكتابة الصحيحة لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم فيبقى على الأصل

[جزء 12 - صفحة 487]

مسألة : وقال أبو بكر : لا تنفسخ بموت السيد ولا جنونه ولا الحجر عليه للسفه
مسألة : وقال أبو بكر : لا تنفسخ بموت السيد ولا جنونه ولا الحجر عليه للسفه
وقد ذكرناه

[جزء 12 - صفحة 488]

باب أحكام أمهات الأولاد

أم الولد هي التي ولدت من سيدها في ملكه ولا خلاف في إباحة التسري ووطء الإماء لقول الله تعالى : { والذين هم لفروجهم حافظون * إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين } وقد كانت مارية القبطية أم ولد للنبي صلى الله عليه وسلم وهي أم إبراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم التي قال فيها النبي صلى الله عليه وسلم : [أعتقها ولدها] وكانت هاجر سرية إبراهيم عليه الصلاة والسلام أم اسماعيل صلى الله عليه وسلم وكان لعمر بن الخطاب رضي الله عنه أمهات أولاد أوصى لكل واحد منهن بأربعمئة وكان لعلي رضي الله عنه أمهات أولاد ولكثير من الصحابة وكان علي بن الحسين والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله من أمهات أولاد ويروى أن الناس لم يكونوا يرغبون في أمهات الأولاد حتى ولد هؤلاء الثلاثة فرغب الناس فيهن وروي عن سالم بن عبد الله قال : كان لابن رواحة جارية وكان يريد الخلوة بها وكانت امرأته ترصده فخلا البيت فوقع عليها فندرت به امرأته وقالت : أفعلتها ؟ قال : ما فعلت ! قالت : فأقر إذا فقال :

(شهدت بأن وعد الله حق ... وأن النار مثنوى الظالمينا)
(وأن العرش فوق الماء طاف ... وفوق العرش رب العالمينا)
(ويحمله ملائكة شداد ... ملائكة الإله مسومينا)
قالت : أما إذا أقررت فأذهب [فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره قال : فلقد رأيتك يضحك حتى تبدو نواجذه ويقول : هيه كيف قلت ؟ فأكرر عليه فيضحك]

[جزء 12 - صفحة 489]

مسألة : إذا حملت الأمة من سيدها فوضعت ما يتبين فيه خلق الإنسان صارت له بذلك أم ولد فإذا مات عتقت وإن لم يملك غيرها
مسألة : إذا حملت الأمة من سيدها فوضعت ما يتبين فيه خلق الإنسان صارت له بذلك أم ولد فإذا مات عتقت وإن لم يملك غيرها
ذكر ههنا لمصير الأمة أم ولد شرطين : أحدهما : أن تحمل به في ملكه سواء كان من وطاء مباح أو محرم كالوطء في الحيض والنفاس والإحرام الظهر فأما إن علقته منه في غير ملكه لم تصر بذلك أم ولد سواء علقته منه بمملوك مثل أن يطأها في ملك غيره بنكاح أو زنا أو علقته بحر مثل أن يطأها بشبهة أو غير من أمة فتزوجها على أنها حرة فاستولدها أو اشترى جارية فاستولدها ثم ظهرت مستحقة فإن الولد حر ولا تصير الأمة أم ولد في هذه المواضع بحال فإن ملكها بعد ذلك ففيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى
الشرط الثاني : أنت تضع ما يتبين فيه شيء من خلق الإنسان من رأس أو يد أو رجل أو تخيط سواء وضعته حيا أو ميتا أسقطته أو كان تاما قال عمر رضي الله عنه : إذا ولدت الأمة من سيدها فقد عتقت وإن كان سقطا وروي الأثرم بأسناده عن ابن عمر أنه قال : أعتقها ولدها وإن كان سقطا وقال الأثرم : قلت

لأبي عبد الله أم الولد إذا اسقطت لا تعتق فقال : إذا تبين فيه يد أو رجل أو شيء أو خلقة فقد عتقت هذا قول الحسن و الشافعي وقال الشعبي : إذا نكس في الخلف الرابع فكان مخلقا انقضت به عد الحرة وعتقت به الأمة قال شيخنا : ولا أعلم في هذا خلافا بين من قال بثبوت حكم الاستيلاء فأما إن ألفت نطفة أو علقة لم يثبت به شيء من أحكام الولادة لأنه ليس بولد وروي يوسف بن موسى أن أبا عبد الله قيل له : ما تقول في الأمة إذا ألفت مضغة أو علقة ؟ قال : تعتق وهذا قول إبراهيم النخعي : وذكر الخرق لمصيرها أم ولد شرطا ثالثا وهو أن تحمل بحر ويتصور ذلك في الملك في موضعين : أحدهما : في العبد إذا ملكه سيده وقلنا : إنه يملك فوطيء أمته فاستولدها فولده مملوك ولا تصير الأمة به أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاء بذلك وسواء أذن له سيده في التسري بها أو لم يذن

الثاني : إذا استولد المكاتب أمته فإن ولده مملوك له ولا يثبت للأمة أحكام أم الولد في العتق بموته في الحال لأن المكاتب ليس بحر وكذلك ولده فأولى أن لا تتحرر هي ومثى عجز المكاتب وعاد إلى الرق أو مات قبل أداء كتابته فهي أمة قن كالعبد القن وهل يملك المكاتب بيعها ؟ فيه اختلاف ذكرناه في باب المكاتب

[جزء 12 - صفحة 491]

مسألة : وتعتق بموت سيدها من رأس المال وإن لم يملك سواها

مسألة : وتعتق بموت سيدها من رأس المال وإن لم يملك سواها

وهذا قول كل من رأى عتقهن لا نعلم بينهم خلافا في ذلك وسواء ولدت في الصحة أو المرض لأنه حاصل بالتذاهد وشهوته وما يتلفه في لذاته يستوي فيه حال الصحة والمرض كالذي يأكله ويلبسه ولأن عتقها بعد الموت وما يكون بعد الموت يستوي فيه المرض والصحة كقضاء الدين والتدبير والوصية قال سعيد ثنا عن يحيى بن سعيد عن نافع قال : أدرك ابن عمر رجلا فقالا : إنا تركنا هذا الرجل يبيع أمهات الأولاد يعنيان ابن الزبير فقال ابن عمر : أتعرفان أبا حفص ؟ فإنه قضى في أمهات الأولاد أن لا يبعن ولا يوهبن يستمتع بها صاحبها فإذا مات فهي حرة وقال : ثنا عتاب عن حصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال عمر : ما من رجل كان يقر بأنه كان يطأ جاريتته يموت إلا أعتقها وإن كان سقطا وروي ابن ماجة عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : [أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه]

فصل : وإذا عتقت بموت سيدها فما كان في يدها من شيء فهو لورثة سيدها لأن أم الولد أمة وكسبها لسيدها وسائر ما في يدها له فإذا مات سيدها فعتقت انتقل ما في يدها إلى ورثته كسائر ماله وكما في يد المدبرة بخلاف المكاتبه فإن كسبها في حياة سيدها لها فإذا عتقت بقي لها كما كان لها قبل العتق

فصل : ولا فرق بين المسلمة والكافرة والفاجرة ولا بين المسلم والكافر والعفيف والفاجر في هذا في قول أهل الفتاوى من أهل الأمصار لأن ما يتعلق به العتق فيه المسلم والكافر كالتدبير والكتابة ولأن عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ولحمها بلحمه فإذا استوبا في حكمه وقد روى سعيد ثنا هشيم ثنا منصور عن ابن سيرين عن أبي عطية الهمداني عن عمر بن الخطاب قال في أم الولد : إن أسلمت وأحصنت وعفت أعتقت وإن كفرت وفجرت وغدرت رقت وقال هشيم : حدثنا يحيى بن آدم عن أم ولد رجل ارتدت عن الإسلام فكتب في ذلك إلى عمر بن عبد العزيز فكتب عمر أن بيعوها ليسببها أحد من أهل دينها فعلى هذا الحديث ينبغي أن يختص العتق بالمسلمة العفيفة وترق الكافرة الفاجرة والله أعلم

[جزء 12 - صفحة 492]

مسألة : وإن وضعت جسما لا تخطيط فيه فعلى روايتين
مسألة : وإن وضعت جسما لا تخطيط فيه فعلى روايتين
أما إذا وضعت مضغة لم يظهر فيها شيء من خلق الآدمي فشهد ثقات من القوابل ان فيها صورة خفية تعلق بها الأحكام لأنهن اطلعن على الصورة التي خفيت علي غيرهن وإن لم يشهدن بذلك لكن علم أنه مبتدأ خلق آدمي بشهادتين أو غير ذلك ففيه روايتان : إحداهما : لا تصير به الأمة أم ولد ولا تنقضي به عدة الحرة ولا يجب على الضارب المتلف له غرة ولا كفارة وهذا ظاهر كلام الخرقى و الشافعى و ظاهر ما نقله الأثرم عن أحمد و ظاهر قول الحسن و الشعبي و سائر من اشترط أن يتبين فيه شيء من خلق الآدمي والثاني : تتعلق به الأحكام الأربعة لأنه مبتدأ خلق آدمي أشبه إذا تبين و خرج أبو عبد الله بن حامد رواية ثالثة وهي أن الأمة تصير أم ولد ولا تنقضي به عدة الحرة لأنه روي عن أحمد إذا وضعت شيئا فمسته القوابل فعلمن أنه لحم ولم يتبين لحمه فيحتاج في العدة بأخرى ويحتاج بعتق الأمة فظاهر هذا أنه حكم بعتق الأمة ولم يحكم بانقضاء العدة لأن عتق الأمة تحصيل للحرة فاحتيط بتحصيلها والعدة يتعلق بها تحريم التزويج وحرمة الفرج فاحتيط بابقائها وقال بعض الشافعية : بالعكس لا تجب العدة ولا تصير الأمة أم ولد لأن الأصل عدم كل واحد منهما فيبقى على أصله ولا يصح لأن العدة كانت ثابتة والأصل بقاؤها على ما كانت عليه والأصل في الآدمي الحرية فتغلب على ما يفضي إليها

[جزء 12 - صفحة 494]

مسألة : وإن أصابها في ملك غيره بنكاح أو غيره ثم ملكها حاملا عتق الجنين ولم تصر أم ولد له وعنه تصير
مسألة : وإن أصابها في ملك غيره بنكاح أو غيره ثم ملكها حاملا عتق الجنين ولم تصر أم ولد له وعنه تصير

وسواء ملكها حاملا فولدت في ملكه أو ملكها بعد ولادتها وبه قال الشافعي لأنها علققت منه بمملوك فلم يثبت لها حكم الاستيلاء كما لو زنى بها ثم اشتراها لأن الأصل بقاء الرق وإنما خولف هذا الأصل فيما إذا حملت منه في ملكه بقول الصحابة رضي الله عنهم ففيما عداه يبقى على الأصل ونقل ابن أبي موسى عن أحمد أنها تصير أم ولد في الحالين وهو قول الحسن و أبي حنيفة لأنها أم ولده وهو مالك لها فيثبت لها حكم الاستيلاء كما لو حملت في ملكه قال شيخنا : ولم أجد هذه الرواية عن أحمد فيما إذا ملكها بعد ولادتها إنما نقل عند التوقف عنها في رواية مهنا فقال : لا أقول فيها شيئا وصرح في رواية سواه بجواز بيعها فقال : لا أرى بأسا أن يبيعها إنما الحسن وحده قال : إنها أم ولد وقال : أكثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون إنها لا تصير أم ولد حتى تلد عنده وهو يملكها كان عبدة السلماني يقول يبيعها وشريح وإبراهيم و الشعبي اما إذا ملكها حاملا فظاهر كلام أحمد أنها تصير أم ولد وهو مذهب مالك لأنها ولدت منه في ملكه فأشبهه ما لو أحبلها في ملكه وقد صرح أحمد في رواية إسحاق بن منصور أنها لا تكون أم ولد حتى تحدث عنده حملا وروى عنه ابنه صالح قال : سألت أبي عن الرجل ينكح الأمة فتلد منه ثم يبتاعها قال : لا تكون أم ولد له قلت : فإن اشتراها وهي حامل منه ؟ قال : إذا كان الوطاء يزيد في الولد وكان يطؤها بعد ما اشتراها وهي حامل كانت أم ولد له قال ابن حامد : إن وطئها في ابتداء حملها أو بواسطة صارت له بذلك أم ولد لأن الماء يزيد في سمع الولد وبصره وقال القاضي : إن ملكها حاملا فلم يطأها حتى وضعت لم تصر أم ولد وإن وطئها حال حملها نظرنا فإن كان بعد أن كمل الولد وصار له خمسة أشهر لم تصر بذلك أم ولد وإن وطئها قبل ذلك صارت له بذلك أم ولد لأن عمر قال : أبعد ما اختلطت دماؤكم ودماؤهن ولحومكم ولحومهن بعتموهن ؟ فعلى بالمخالطة ههنا حاصلة لأن الماء يزيد في الولد ولأن لحرية البعض أثرا في تحرير الجميع بدليل ما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد وقال أبو الخطاب : إن وطئها بعد الشراء فهي أم ولد وكلام الخرقى يقتضي أن لا تكون أم ولد إلا أن تحبل منه في ملكه وهو الذي رواه إسحاق ابن منصور عن أحمد وهو ظاهر المذهب لأنها لم تعلق منه بحر فلم يثبت له حكم الاستيلاء كما لو زنى بها ثم اشتراها ولأن حملها منه إذا لم يفد الحرية لولدها فلأن لا يفدها الحرية أولى ويفارق هذا ما إذا حملت منه في ملكه فإن الولد حر فتحرر بتحريره وما ذكره من أن الولد يزيد فيه الوطاء غير مستيقن فلا يثبت الحكم بالشك ولو ثبت أنه زاد لم يثبت الحكم بهذه الزيادة بدليل ما لو ملكها وهي حامل منه من زنا أو غيره فوطئها لم تصر أم ولد وإن زاد الولد به ولأن حكم الاستيلاء إنما ثبت بالإجماع في حق من حملت منه في ملكه وما عداه ليس في معناه وليس فيه نص ولا إجماع فوجب أن لا يثبت هذا الحكم ولأن الأصل الرق فتبقى على ما كان عليه

فصل : قال أحمد فيمن اشترى جارية حاملا من غير فوطئها قبل وضعها فإن الولد لا يلحق بالمشتري ولا يبيعه لكن يعتقه لأنه قد شرك فيه لأن الماء يزيد في الولد وقد [روي عن أبي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه مر بامرأة مجح على باب فسطاط فقال : لعله يريد أن يلم بها ؟ قالوا نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لقد هممت أن ألغنه لعنا يدخل معه قبره كيف يورثه وهو لا يحل له ؟ أم كيف يستخدمه وهو لا يحل له ؟] رواه أبو داود يعني أنه لو استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له لأنه ليس بولده فإن اتخذه مملوكا يستخدمه لم يحل له لأنه قد شرك فيه لكون الماء يزيد في الولد

فصل : إذا وطئ الرجل جارية ولده فإن كان قد تملكها وقبضها ولم يكن الولد وطئها ولا تعلقت بها حاجته فقد ملكها الأب بذلك وصارت جاريته والحكم فيه كما لو اشتراها وإن وطئها قبل تملكها فقد فعل محرما لقول الله تعالى :

{ والذين هم لفروجهم حافظون * إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون } وهذه ليست زوجته ولا ملك يمينه فإن قيل فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : [أنت ومال لأبيك] فأضاف مال الابن إلى أبيه بلازم الملك والاستحقاق فيدل على أنه ملكه قلنا : لم يرد النبي صلى الله عليه وسلم حقيقة الملك بدليل أنه أضاف إليه الولد وليس بمملوك وأضاف إليه ماله في حال إضافته إلى الولد ولا يكون الشيء ملكا لمالكي حقيقة بدليل أنه يحل له وطء إمامته والتصرف في ماله وصحة بيعه وهبته وعتقه ولأن الولد لو مات لم يرث أبوه منه إلا ما قدر له ولو كان ماله لاختص به ولو مات الأب لم يرث ورثته مال ابنه ولا يجب على الأب حج ولا زكاة ولا جهاد بيسار ابنه فعلم أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أراد التجوز بتشبيهه بماله في بعض أحكامه إذا ثبت هذا فإنه لا حد على الأب للشبهة لأنه إذا لم يثبت له حقيقة الملك فلا أقل من أن يكون شبهة تدرأ الحد فإن الحد يدرأ بالشبهات ولكن يعزر لأنه وطئ محرما فأشبهه وطء الجارية المشتركة وفيه وجه آخر أنه لا يعزر لأن مال ولده كماله ولا يصح لأن ماله مباح له غير ملوم عليه بخلاف وطء الأب فإنه عاد فيه ملوم عليه فإن علقت منه فالولد حر لأنه من وطء دريء فيه الحد لشبهة الملك فكان حرا كولد الجارية المشتركة ولا يلزمه قيمته لأن الجارية تصير ملكا له بالوطء فيحصل علوقها بالولد وهي ملكه وتصير أم ولد له تعتق بموته وتنتقل إلى ملكه فيحل له وطؤها بعد ذلك وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي في أحد قوليهم وقال في الآخر : لا تصير أم ولد له ولا يملكها لأنه استولدها في غير ملكه فأشبهه الأجنبي ولأن ثبوت أحكام الاستيلاء إنما كان بالإجماع فيما إذا استولد مملوكته وهذه ليست مملوكته ولا في معنى مملوكته لأنها محرمة عليه فوجب أن لا يثبت لها هذا الحكم لأن الأصل الرق فتبقى على الأصل ولأن الوطاء المحرم لا ينبغي أن يكون سببا للملك الذي هو نعمة وكرامة لأنه يفضي إلى تعاطي المحرمات ولنا أنها علقت منه بحر لأجل الملك فصارت أم ولد له كالجارية المشتركة وبهذا فارق وطء الأجنبي إذا ثبت هذا فإنه لا يلزمه مهرها ولا قيمتها وقال أبو حنيفة لا يلزمه مهرها وتلزمه قيمتها لأنه أخرجها عن ملك سيدها بفعل محرم أشبه ما لو قتلها وإنما لم يلزمه مهرها لأنه إذا ضمنها فقد دخلت قيمة البضع

في ضمانها فلم يضمنه ثانيا كما لو قطع يدها فسرى القطع إلى نفسها فإنه يضمن قيمة النفس دون قيمة اليد وقال الشافعي : يلزمه مهرها لأنه وطيء جارية غيره وطئا محرما فلزمه مهرها كالأجنبي وتلزمه قيمتها على القول بكونها أم ولد كما يلزم أحد الشريكين نصيب شريكه إذا استولد الجارية المشتركة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : [أنت ومالك لأبيك] ولأنه لا يلزمه قيمة ولدها فلم يلزمه مهرها ولا قيمتها كمملوكته ولأنه وطء صارت به الموطوءة أم ولد لأمر لا يختص ببعضها فأشبهه استيلاء مملوكته

فصل : فإن كان الابن قد وطيء جاريته ثم وطئها أبواه فأولدها فقد روي عن أحمد فيمن وقع على جارية ابنه إن كان الأب قابضا لها ولم يكن الابن وطئها فهي أم ولده فليس للابن فيها شيء

قال القاضي : فظاهر هذا أن الابن إن كان قد وطئها لم تصر أم ولد للأب باستيلائها لأنها تحرم عليه تحريما مؤبدا بوطاء ابنه ولا تحل له بحال فأشبهه وطء الأجنبي فعلى هذا القول لا يملكها ولا تعتق بموته فأما ولدها فيعتق على أخيه لأنه ذورحمه كما لو استولد مملوكته التي وطئها ابنه فانها تصير أم ولد له مع تحريمها عليه على التأبيد فكذلك ههنا لأنه وطء يدرأ فيه الحد لشبهة الملك فصارت به أم ولد كما لو لم يطأها الابن

فصل : فإن وطيء الابن جارية أبيه فهو زان عليه الحد إذا كان عالما بالتحريم ولا تصير أم ولد له ويلزمه مهرها ويعتق ولده على جده لأنه ابن ابنه إذا قلنا فإن ولد الزنا يعتق على أبيه وتحرم الجارية على الأب على التأبيد ولا تجب قيمتها على الابن لأنه لم يخرجها عن ملك أبيه ولم يمنعه بيعها ولا التصرف فيها بغير الاستمتاع فإن استولدها الأب بعد ذلك فقد فعل محرما ولا حد عليه لأنه وطء صادف ملكا وتصير أم ولد له لأنه استولد مملوكته فأشبهه ما لو وطيء أمته المرهونة

فصل : فإن وطء أمته وهي مزوجة فقد فعل محرما ولا حد عليه لأنها مملوكته ويعزر قال أحمد : يجلد ولا يرحم يعني أنه يعزر بالجلد لأنه لو وجب عليه الحد لوجب الرجم إذا كان محصنا فإن أولدها صارت أم ولد له لأنه استولد مملوكته وتعتق بموته وولده حر وما ولدت بعد ذلك من الزوج فحكمه حكم أمه

فصل : ولو ملك رجل أمه من الرضاع أو أخته أو ابنته لم يحل له وطؤها فإن وطئها فلا حد عليه في أصح الروايتين لأنها مملوكته ويعزر وإن ولدت منه فالولد حر ونسبه لاحق به وهي أم ولده ولذلك لو ملك أمة مجوسية أو وثنية فاستولدها أو ملك الكافر أمة مسلمة فاستولدها فلا حد عليه ويعزر ويلحقه نسب ولده وتصير أم ولد تعتق بموته لما ذكرنا وكذلك لو وطيء أمته المرهونة أو وطيء رب المال أمة من مال المضاربة فأولدها صارت له بذلك أم ولد وخرجت من الرهن والمضاربة وإن كان فيها ربح جعل الربح في مال المضاربة وعليه قيمتها للمرتهن تجعل مكانها رهنا أو يوفيه عن دين الرهن والله أعلم

مسألة : وأحكام أم الولد أحكام الأمة في الإجارة والاستخدام والوطء وسائر أمورها إلا فيما ينقل الملك في رقبته كالبيع والهبة والوقف أو ما يراد له كالرهن وعنه ما يدل على جواز بيعها مع الكراهة ولا عمل عليه
مسألة : وأحكام أم الولد أحكام الأمة في الإجارة والاستخدام والوطء وسائر أمورها إلا فيما ينقل الملك في رقبته كالبيع والهبة والوقف أو ما يراد له كالرهن وعنه ما يدل على جواز بيعها مع الكراهة ولا عمل عليه
وجملة ذلك أن الأمة إذا حملت من سيدها وولدت منه ثبت لها حكم الاستيلاء وحكمها حكم الإماء في حل وطئها لسيدها واستخدامها ومملك كسبها وتزويجها وإجارتها وعتقها وتكليفها وحدها وعورتها وهذا قول أكثر أهل العلم وحكي عن مالك أنه لا يملك إجارتها وتزويجها لأنه لا يملك بيعها فلا يملك تزويجها وإجارتها كالحره

ولنا أنها مملوكة ينتفع بها فيملك سيدها تزويجها وإجارتها كالحره وإنما منع بيعها لأنها استحققت أن تعتق بموته وبيعها يمنع ذلك بخلاف التزويج والإجارة ويبطل دليلهم بالموقوفة المدبرة عند من منع بيعها إذا ثبت هذا فإنها تخالف الأمة القن في أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال ولا يجوز بيعها ولا التصرف فيها بما ينقل الملك من الهبة والوقف ولا ما يراد للبيع وهو الرهن ولا تورث لأنها تعتق بموت سيدها وبزول الملك عنها روي هذا عن عمر وعثمان وعائشة وعامة الفقهاء

وروي عن علي وابن عباس وابن الزبير إباحة بيعهن وإليه ذهب داود قال ثنا سعيد ثنا سفيان عن عمرو بن عطاء عن ابن عباس في أم الولد قال : بعها كما تباع ثيابك أو بعيرك قال : وثنا أبو عوانة عن مغيرة عن الشعبي عن عبيدة قال : خطب علي الناس فقال شاورني عمر في أمهات الأولاد فرأيت أنا وعمر أن اعتقهن ففضى به عمر حياته وعثمان حياته فلما وليت رأيت أن أرقهن قال عبيدة : فرأى عمر وعلي في الجماعة أحب إلينا من رأي علي وحده وقد روى صالح بن أحمد قال : قلت لأبي : إلى أي شيء تذهب في بيع أمهات الأولاد ؟ قال : أكرهه وقد باع علي بن أبي طالب وقال في رواية إسحاق بن منصور : لا يعجنبي بيعهن قال أبو الخطاب : وظاهر هذا أنه يصح بيعهن مع الكراهة فجعل هذا رواية ثانية عن أحمد قال شيخنا : والصحيح أن هذا ليس برواية مخالفة لقوله : إنهن لا يبعن لأن السلف رحمة الله عليهم كانوا يطلقون الكراهة على التحريم كثيرا ومتى كان التحريم والمنع مصرحا به في سائر الروايات عنه وجب حمل هذا اللفظ المحتمل على المصرح به ولا يجعل ذلك اختلافا وحجة من أجاز بيعهن ما روى جابر قال : بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر فلما كان عمر نهانا فانتبهنا وما كان جائزا في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر لم يجز نسخ بقول عمر ولا غيره ولأن نسخ الأحكام إنما يجوز في عهد النبي صلى الله عليه وسلم لأن النص إنما ينسخ بنص وأما قول الصحابي فلا ينسخ ولا ينسخ به وإن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا يتركون أقوالهم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم :

ولا يتركونه بأقوالهم وإنما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على أنه لم يبلغه ولو بلغه لم يعده إلى غيره ولأنها مملوكة لم يعتقها سيدها ولا شيئاً منها ولا قرابة بينه وبينها فلم تعتق كما لو ولدت من ابنه في نكاح أو غيره ولأن الأصل الرق ولم يرد بزواله نص ولا إجماع ولا ما في معنى ذلك فوجب البقاء عليه ولأن ولادتها لو كانت موجبة لعنتها لثبت العتق بها حين وجودها كسائر أسبابه وروي عن ابن عباس رواية أخرى أنها تجعل في سهم ولدها لتعتق عليه قال سعيد : ثنا سفيان ثنا الأعمش عن زيد بن وهب قال : مات رجل منا وترك أم ولد فأراد الوليد بن عقبة أن يبيعه في دينه فأتينا عبد الله بن مسعود فذكرنا ذلك له فقال : إن كان ولا بد فاجعلوها من نصيب أولادها ولنا ما روى عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : [أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه] وقال ابن عباس : ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : [أعتقها ولدها] رواهما ابن ماجه وذكر الشريف أبو جعفر في مسائله عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع أمهات الأولاد ولا يبعن ولا يرهن ولا يرثن يستمتع بها سيدها ما بدا له فإن مات فهي حرة قال شيخنا : وهذا فيما أظن عن عمر ولا يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم بدليل قول علي : كان رأيي ورأي عمر أن لا تباع أمهات الأولاد وقوله : فقضى به عمر حياته وعثمان حياته وقول عبيدة رأي علي في الجماعة أحب إلينا من رأيه وحده وروي عكرمة عن ابن عباس قال : قال عمر : ما من رجل يقر بأنه يطلا جارية ثم يموت إلا أعتقها إذا ولدت وإن كان سقطاً فإن قيل : فكيف تصح دعوى الإجماع مع مخالفة علي وابن عباس وابن الزبير قلنا قد روي عنهم الرجوع عن المخالفة فروى عبيدة قال : بعث إلي علي وإلى شريح فقال لي : اقصوا كما كنتم تقضون فإني أبغض الاختلاف وابن عباس قال : ولد أم الولد بمنزلتها وهو الراوي لحديث عتقهن عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن عمر فيدل على موافقته لهم ثم قد ثبت الإجماع باتفاقهم قبل المخالفة واتفاقهم معصوم عن الخطأ فإن الأمة لا تجمع على ضلالة ولا يجوز أن يخلو زمن عن قائم لله بحجته ولو جاز ذلك في بعض العصر لجاز في جميعه ورأي الموافق في زمن الاتفاق خير من رأيه في الخلاف بعده فيكون الاتفاق حجة على المخالف له منهم كما هو حجة على غيره فإن قيل فلو كان الاتفاق في بعض العصر إجماعاً حرمت مخالفته فكيف خالفه هؤلاء الأئمة الذي لا تجوز نسبتهم إلى ارتكاب الحرام قلنا : الإجماع ينقسم إلى مقطوع به ومظنون وهذا من المظنون فتمكن المخالفة منهم مع كونه حجة كما وقع منهم مخالفة النصوص الظنية ولم تخرج مخالفتهم عن كونها حجة كذا ههنا فأما قول جابر بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم و أبي بكر فليس فيه تصريح بأنه كان بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا علم أبي بكر فيكون ذلك واقعا منهم على انفرادهم فلا تكون فيه حجة ويتعين حمل الأمر على هذا لأنه لو كان هذا واقعا بعلم رسول الله صلى الله عليه وسلم و أبي بكر وأقرا عليه لم تجز مخالفته ولم يجمع الصحابة بعدهما على مخالفتها ولو فعلوا ذلك لم يخل من منكر عليهم ويقول : كيف تخالفون فعل رسول الله صلى الله

عليه وسلم وفعل صاحبيه ؟ وكيف تتركون سنتهما وتحرمون ما أحلا ؟ ولأنه لو كان ذلك واقعا بعلمهما لاحتج به علي حين رأى بيعهن واحتج به كل من وافقه على بيعهن ولم يجر شيء من هذا فوجب أن يحمل الأمر على ما حملناه عليه فلا يكون فيه إذا حجة ويحتمل أنهم باعوا أمهات الأولاد في النكاح لا في الملك فصل : ومن أجاز بيعهن فعلى قوله : إن لم يبعها سيدها حتى مات ولم يكن له وارث إلا ولدها عتقت عليه وإن كان له وارث سوى ولدها حسبت من نصيبه فعتقت وكان له ما بقي من ميراثه وإن لم يبق شيء فلا شيء له وإن كانت أكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه وباقيها رقيق لسائر الورثة إلا على قول من قال : إنه إذا ورث سهمها ممن يعتق عليه سرى العتق إلى باقيه فإنه يعتق إن كان موسرا وإن لم يكن لها ولد من سيدها ورثها ورثته كسائر رقيقه

[جزء 12 - صفحة 504]

مسألة : وإن ولدت من غير سيدها فلولدها حكمها في العتق بموت سيدها سواء عتقت أو ماتت
مسألة : وإن ولدت من غير سيدها فلولدها حكمها في العتق بموت سيدها سواء عتقت أو ماتت
إذا ولدت أم الولد بعد ثبوت حكم الاستيلاء لها من غير سيدها من زوج أو غيره فحكمه حكمها في أنه يعتق بموت سيدها ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ويمتنع فيه ما يمتنع فيها قال أحمد : قال عمر وابن عباس وغيرهما : ولدها بمنزلتها ولا نعلم في هذا خلافا بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاء إلا أن عمر بن عبد العزيز قال : هم عبيد فيحتمل أنه أراد أنهم لا يثبت لهم حكم أمهم لأن الاستيلاء يختص بها فتختص بحكمه كولد من علق عتقها بصفة ويحتمل أنه أراد أنهم عبيد حكمهم حكم أمهم مثل قول الجماعة لأن الولد يتبع أمه في الرق والحرية فيتبعها في سببه إذا كان متأكدا كولد المكاتب والمديرة بل ولد أم الولد أولى لأن سبب العتق فيها مستقر لا سبيل إلى إبطاله بحال وإن ماتت أم الولد قبل سيدها لم يبطل حكم الاستيلاء في الولد وتعتق بموت سيدها لأن السبب لم يبطل وإنما لم تثبت الحرية فيها لأنها لم تبق محلا وكذلك ولد المديرة لا يبطل الحكم فيه بموت أمه وأما ولد المكاتب إذا ماتت فإنه يعود رقيقا بموتها فلم يبق حكمه فيه وفي ذلك اختلاف ذكرناه في بابه فإن أعتق السيد أم الولد أو المديرة لم يعتق ولدها لأنها عتقت بغير السبب الذي تتبعها فيه ويبقى عتقه موقوفا على موت سيده وكذلك إن أعتق ولدهما لم يعتقا بعتقه وإن أعتق المكاتب فقد قال أحمد وسفيان وإسحاق : المكاتب إذا أدت أو أعتقت عتق ولدها وأم الولد والمديرة إذا أعتقت لم يعتق ولدها حتى يموت السيد فظاهر هذا أن ولد المكاتب إذا اعتقها سيدها أنه يتبعها في العتق لأنه في حكم مالها تستحق كسبه فيتبعها في العتق كمالها ولأن إعتقاها منع أداءها بسبب من السيد فأشبهه ما لو أبرأها من مال الكتابة

فصل : فأما ولد أم الولد قبل استيلاها وولد المدبرة قبل تدبيرها وولد المكاتبه قبل كتابتها فلا يتبعها لوجوده قبل انعقاد السبب فيها وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب في أمه ولهذا لا يتبعها في العتق المنجز ففي السبب أولى وذكر أبو الخطاب في ولد المدبرة قبل التدبير روايتين فيخرج ههنا مثله وهذا بعيد لأن الولد المنفصل لا يتبعها ولا بيع ولا هبة ولا في شيء من الأحكام سوى الإسلام بشرط كونه صغيرا فكيف يتبع في التدبير ؟ ولأنه لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيبقى بحاله

[جزء 12 - صفحة 506]

مسألة : وإن مات سيدها وهي حامل فهل يستحق النفقة لمدة حملها ؟ على روايتين
مسألة : وإن مات سيدها وهي حامل فهل يستحق النفقة لمدة حملها ؟ على روايتين
هذا يشبه ما إذا مات عن امرأة حامل هل تستحق النفقة لمدة حملها ؟ على روايتين ومبني الخلاف على الخلاف في نفقة الحامل هل هي للحمل أو للحامل ؟ فإن قلنا هي للحمل فلا نفقة لها ولا للأمة الحامل لأن الحمل له نصيبه في الميراث فتجب نفقته في نصيبه لا في أنصاء شركائه وإن قلنا للحامل فالنفقة على الزوج والسيد لأنهما شغلاهما بحملها فكان عوض ذلك عليهما كما لو استأجرا دارا كانت أجرتها عليهما

[جزء 12 - صفحة 507]

مسألة : وإذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها وعنه يفديه بأرش الجناية كله
مسألة : وإذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها وعنه يفديه بأرش الجناية كله
إذا جنت أم الولد تعلق أرش جنايتها برقيبتها وعلى السيد أن يفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو دونها وبهذا قال الشافعي وحكى أبو بكر عبد العزيز قولا آخر أنه يفديها بأرش جنايتها بالغة ما بلغت لأنه لم يسلمها في الجناية فلزمه أرش جنايتها بالغة ما بلغت كالقن وقال أبو ثور وأهل الظاهر : ليس عليه فداؤها وجنايتها في ذمتها تتبع بها إذا عتقت لأنه لا يملك بيعها فلم يكن عليه فداؤها كالحره
ولنا أنها مملوكة له يملك كسبها لم يسلمها فلزمه أرش جنايتها كالقن ولا تلزمه على قيمتها لأنه لم يمتنع من تسليمها وإنما الشرع منع ذلك لكونها لم تبق محلا

للبيع ولا لنقل الملك فيها وأما القن إذا لم يسلمها فلنا فيه منع وإن سلم فلأن القن أمكن أن يسلمها للبيع فربما زاد فيها راغب أكثر من قيمتها فإذا امتنع مالكها من تسليمها أوجبتنا عليه الأرش بكماله بخلاف أم الولد فإنه لا يحتل فيها لأنه لا يجوز بيعها فلم يكن عليه أكثر من قيمتها
فصل : فإن ماتت قبل فدائها فلا شيء على سيدها لأنه لم يتعلق بذمته شيء وإنما يتعلق برقبتها فإذا ماتت سقط الحق لتلف متعلقه وإن نقصت قيمتها قبل فدائها وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء لأنها لو تلفت جميعها لسقط الفداء فيجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها وإن زادت قيمتها زاد فداؤها لأن متعلق الحق زاد فزاد الفداء بزيادته كالقن وينبغي أن تجب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاء لأن ذلك ينقصها فاعتبر كالمرض وغيره من العيوب ولأن الواجب قيمتها في حال فدائها وقيمتها ناقصة عن قيمة أم الولد فيجب أن ينقص فدائها وأن يكون مقدرًا بقيمتها في حال كونها أم ولد والحكم في المدبرة كالحكم في أم الولد إن قلنا لا يجوز بيعها وإن قلنا يجوز بيعها فيمكن تسليمها للبيع إن اختار سيدها فإن امتنع منه فهل يفديها بقيمتها أو أرش الجناية بالغة ما بلغت ؟ يخرج على روايتين

فصل : فإن كسبت بعد جنيتها شيئًا فهو لسيدها لأن الملك ثابت له دون المجني عليه وكذلك ولدها لأنه منفصل عنها فأشبهه الكسب وإن فداها في حال حملها فعليه قيمتها حاملاً لأن الولد متصل بها أشبه سمنها وإن أتلفها سيدها فعليه قيمتها لأنه أتلف حق غيره أشبه إتلاف الرهن وأن نقصها فعليه نقصها لأنه لما ضمن العين ضمن أجزائها

[جزء 12 - صفحة 509]

مسألة : فإن عادت فجنت فداها أيضا وعنه : يتعلق ذلك بذمتها
مسألة فإن عادت فجنت فداها أيضا وعنه : يتعلق ذلك بذمتها
فأما إن جنت جنایات فإن كانت الجنایات كلها قبل فداء شيء منها تعلق أرش الجميع برقبتها ولم يكن عليه فيها كلها إلا قيمتها أو أرش جمعيتها وعليه الأقل منهما ويشترك المجني عليهم في الواجب لهم
فإن لم يف بها تحاصوا فيها بقدر أروش جنائتهم وإن كانت الجناية الثانية بعد فدائه من الأولى فعليه فداؤها من التي بعدها كالأولى وحكى أبو الخطاب رواية ثانية عن أحمد أنه إذا فداها بقيمتها مرة لم يلزمه فداؤها بعد ذلك لأنها جانية فلم يلزمه أكثر من قيمتها كما لو لم يكن فداها وقال الشافعي في أحد قوليهِ : لا يضمنها ثانياً ويشترك الثاني الأول فيما أخذه كما لو كانت قبل فدائها ولنا أنها أم ولد جانية فلزمه فداؤها كالأولى ولأن ما أخذه الأول عوض جنائته أخذه بحق فلم يجز أن يشاركه غيره فيه كأرش جناية الحر أو الرقيق القن وفارق ما قبل الفداء لأن أرش الجنایات تعلق برقبتها في وقت واحد فلم يلزم السيد أكثر من قيمة واحدة كما لو كانت الجنایات على واحد

فصل : فإن أبرأ بعضهم من حقه توفر الواجب على الباقيين إذا كانت كلها قبل الفداء وإن كانت المعفو عنها بعد فدائه توفر أرشها على سيدها
فصل : وللسيد تزويجها وإن كرهت وبهذا قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي واختيار المزني وقال في القديم : ليس له تزويجها إلا برضاها لأنه قد ثبت لها حكم الحرية على وجه لا يملك السيد إبطالها فلم يملك تزويجها بغير رضاها كالمكاتبة وقال في الثالث : ليس له تزويجها وإن رضيت لأن ملكه فيها قد ضعف وهي لم تكمل فلم يملك تزويجها كاليتيمة وهل يزوجه الحاكم على هذا القول ؟ فيه خلاف وقد روي عن أحمد أنه قيل له : إن مالكا لا يرى تزويجها فقال : وما يصنع مالك ؟ هذا ابن عمر وابن عباس يقولان : إذا ولدت من غيره كان لولدها حكمها

ولنا أنها أمة يملك الاستمتاع منها واستخدامها فملك تزويجها كالقن وفارق المكاتبة فإنه لا يملك ذلك منها والقول الثالث فاسد لذلك ولأنه يفضي إلى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة إليه وقولهم يزوجه الحاكم لا يصح فإن الحاكم لا يزوج إلا عند عدم الولي أو غيبته أو عضله ولم يوجد واحد منها إذا ثبت هذا فإنه إذا زوجها فالمهر له لأنه بمنزلة كسبها وكسبها له

[جزء 12 - صفحة 511]

مسألة : وإن قتلت سيدها عمدا فعليها القصاص وإن عفوا على مال أو كانت الجناية خطأ فعليها قيمة نفسها وتعتق في الموضعين
مسألة : وإن قتلت سيدها عمدا فعليها القصاص وإن عفوا على مال أو كانت الجناية خطأ فعليها قيمة نفسها وتعتق في الموضعين
إذا قتلت أم الولد سيدها عمدا فعليها القصاص لورثة سيدها إن لم يكن له منها ولد كما لو لم تكن أم ولد وإن كان له منها ولد وهو الوارث وحده لم يجب عليها القصاص لأنه لو وجب لوجب لولدها ولا يجب للولد على أمه قصاص وقد توقف أحمد عن هذه المسألة في رواية مهنا وقال : دعنا من هذه المسائل وقياس مذهبه ما ذكرناه وإن كان مع ولده منها أولاد له من غيرها لم يجب القصاص أيضا لأن حق ولدها من القصاص يسقط فيسقط كله ونقل مهنا عن أحمد أنه يقتلها أولاده من غيرها وهذه الرواية تخالف أصول مذهبه والصحيح أنه لا قصاص عليها وإذا لم يجب القصاص فعليها قيمة نفسها وهذا قول أبي يوسف وقال الشافعي عليها الدية لأنها تصير حرة ولذلك لزمها موجب جنائتها والواجب على الحر بقتل الحر ديته
ولنا أنها جناية من أم ولد فلم يجب بها أكثر من قيمتها كما لو وجب على أجنبي ولأن اعتبار الجناية في حق الجاني بحال الجناية بدليل ما لو جنى عبد فأعتقه سيده وهي في حال الجناية أمة فإنها إنما عتقت بالموت الحاصل بالجناية فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفديها سيدها إذا قتلت غيرها ولأنها ناقصة

بالرق أشبهت القن وتفارق الحر فإنه جنى وهو كامل وإنما تعلق موجب الجناية بها لأنها فوتت رقبها بقتلها سيدها فأشبهه ما لو فوت المكاتب الجاني رقه بأدائه

[جزء 12 - صفحة 512]

مسألة : ولا حد على قاذفها وعنه : عليه الحد

مسألة ولا حد على قاذفها وعنه : عليه الحد

والأول قول أكثر أهل العلم وروي عن أحمد أن عليه الحد لأن ذلك يروي عن ابن عمر ولأنه قذف لولدها الحر وفيها معنى منع بيعها أشبهت الحررة والأول أصح لأنها أمة حكمها حكم الإمام في أكثر أحكامها ففي الحد أولى لأن الحدود تدرأ بالشبهات ويحتاط لإسقاطها ولأنها أم تعتق بالموت أشبهت المدبرة وتفارق الحررة فإنها كاملة

فصل : ولا يجب القصاص على الحررة بقتلها لعدم المكافأة فإن كان القاتل رقيقا وجب القصاص عليه لأنها أكمل منه وإن جنت على عبد أو أمة جناية فيها القصاص لزمها القصاص لأنها أمة أحكامها أحكام الإمام واستحقاقها العتق لا يمنع القصاص كالمدبرة

فصل : قال الشيخ رضي الله عنه : وإذا أسلمت أم ولد الكافر منع من غشيانها وحيل بينه وبينها وأجبر على نفقتها إن لم يكن لها كسب فإن مات قبل ذلك عتقت وعنه أنها تستسعى في حياته وتعتق

يصح استيلاء الكافر لأمه كما يصح منه عتقها وإذا استولد أمته ثم أسلمت لم تعتق في الحال وبه قال الشافعي وقال مالك : تعتق إذ لا سبيل إلى بيعها ولا إقرار ملكه عليها لما فيه من إثبات ملك كافر على مسلمة فلم يجز كالأمة القن ونقل مهنا عن أحمد مثل ذلك وعن أحمد رواية أخرى أنها تستسعى فإن أدت عتقت وهو قول أبي حنيفة لأن فيه جمعا بين الحقين حقها في أن لا يبقى ملك الكافر عليه وحقه في حصول عوض ملكه فأشبهه ببيعها إذا لم تكن أم ولد ولنا أنه إسلام طراً على ملك فلم يوجب عتقا ولا سعاية كالعبد القن وما ذكره حكمة لم يعرف من الشارع اعتبارها وبقابلها ضرر فإن في إعتاقه مجانا إضراراً بالمالك بإزالة ملكه بغير عوض وفي الاستسعاء إلزامها الكسب بغير رضاها وتضييع لحق سيدها لأن فيه إحالة على سعاية لا يدري هل يحصل منها شيء أو لا ؟ وإن حصل فالظاهر أنه يكون يسيراً في أوقات متفرقة وجوده قريب من عدمه والأولى أن يبقى الملك على ما كان عليه ويمنع من وطئها والتلذذ بها كيلاً يفعل ذلك وهو مشرك ويحال بينه وبينها ويمنع الخلوة بها لئلا يفضي إلى الوطاء المحرم ويجبر على نفقتها على التمام لأنها مملوكته ومنعه من وطئها بغير مصيبة منها فأشبهت الحائض والمريضة وتسلم إلى امرأة ثقة تكون عندها لتحفظها وتقوم بأمرها وإن احتاجت إلى آخر أو أجر مسكن فعلى سيدها وذكر القاضي أن نفقتها في كسبها والفاضل منه لسيدها فإن عجز كسبها عن نفقتها فهل يلزم سيدها تمام نفقتها ؟ على روايتين ونحو هذا مذهب الشافعي قال

شيخنا : والصحيح أن نفقتها على سيدها وكسبها له يصنع به ما شاء وعليه نفقتها على التمام سواء كان له كسب أو لم يكن لأنها مملوكته ولم يجر بينهما عقد يسقط نفقتها ولا تملك به كسبها فهي كأمته القن أو ما قبل إسلامها ولأن الملك سبب لهذين الحكمين والحادث منهما لا يصلح مانعا لأن الاستيلاء لا يمنع منها بدليل ما قبل إسلامها والإسلام لا يمنع بدليل ما لو وجد قبل ولادتها واجتماعهما لا يمنع لأنه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه لأنه إذا لم تلزمه نفقتها ولم يكن لها كسب أفضى إلى هلاكها وضياعها ولأنه يملك فاضل كسبها فلزمه فضل نفقتها كسائر ممتلكاته

[جزء 12 - صفحة 514]

مسألة : وإذا وطئ أحد الشريكين الجارية وأولدها صارت أم ولد له وولده حر وعليه قيمة نصيب شريكه فإن كان معسرا كان في ذمته
مسألة : وإذا وطئ أحد الشريكين الجارية وأولدها صارت أم ولد له وولده حر وعليه قيمة نصيب شريكه فإن كان معسرا كان في ذمته
وطء الجارية المشتركة محرم بغير خلاف علمناه بين أهل العلم ولا حد فيه في قول أكثر العلم وقال أبو ثور : يجب عليه الحد لأنه وطء محرم فأشبهه وطء

الأمة الأجنبية

ولنا أنه وطء صادف ملكه فلم يجب الحد كوطء زوجته الحائض ويفارق ما لا ملك له فيه فإنه لا شبهة له فيها ولهذا لو سرق عينا له فيها شرك لم يقطع ولو لم يكن له فيها ملك قطع ويجب عليه التعزير بغير خلاف نعلمه لما ذكرنا في حجة أبي ثور فإن وطئها ولم تحمل منه فهي باقية على ملكهما وعليه نصف مهر مثلها لأنه وطء سقط في الحد للشبهة فأوجب مهر المثل كما لو وطئها يظنها امرأته وسواء طاوعته أو أكرهها لأن وطء جارية الغير يوجب المهر وإن طاوعت لأن المهر لسيدها لا يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع بعض أعضائها والواجب عليه من المهر بقدر ملك الشريك فيها فأما إن أحبلها ووضعت ما يتبين فيه بعض خلف الإنسان فإنها تصير بذلك أم ولد للواطيء كما لو كانت خالصة له وتخرج بذلك عن ملك الشريك كما تخرج بالإعتاق موسرا كان الواطيء أو معسرا لأن الإيلاد أقوى من الإعتاق

وهذا قول الخرقي ويلزمه نصف قيمتها لأنه أخرج نصفها من ملك الشريك فلزمته قيمته كما لو أخرج بالإعتاق أو الإتلاف فإن كان موسرا أداه وإن كان معسرا فهو في ذمته كما لو أتلفها والوالد حر يلحق نسبه بوالده لأنه من وطء في محل له فيه ملك فأشبه ما لو وطئ زوجته فعلى هذا القول إن وطئها الثاني بعد ذلك فأولدها فعليه مهرها لأنه وطء صادف ملك الغير فأشبهه وطء الأمة الأجنبية فإن كان عالما فولده رقيق لأنه وطء في غير ملك ولاشبهه ملك فهو كوطء مملوكة غيره وإن جهل إيلاد شريكه وإنها صارت أم ولد له فولده

حر لأنه من وطء شبهة وعليه فداؤه بقيمته يوم الولادة لأنه الوقت الذي يمكن التقويم فيه ذكره ذكره الخرقى
وقال القاضي : الصحيح عندي أن الأول لا يسري استيلاده إذا كان معسرا ولا يقوم عليه نصيب شريكه بل يصير نصفها أم ولد ونصفها قن باق على ملك الشريك لأن الإحبال كالعتق ويجري مجراه في التقويم والسراية واعتبر في سرايته اليسار كالعتق وهو قول أبي الخطاب ومذهب الشافعي فعلى هذا إذا ولدت يحتمل أن يكون الولد كله حرا واحتمل أن يكون نصفه حرا ونصفه رقيقا كأمه وكولد المعتق بعضها وبهذا يتبين أنه لم يستحل انعقاد الأول من حر وقن ووجه القول الأول أن الاستيلاء أقوى من العتق ولهذا ينفذ من رأس المال من المريض ومن المجنون بخلاف الإعتاق
فصل : وهل يلزمه نصف قيمة الولد ؟ على وجهين ذكرهما أبو الخطاب أحدهما : لا يلزمه وهو ظاهر كلام الخرقى لأن الولد خلق حرا فلم يلزمه قيمة ولده الحر والثاني : يلزمه نصف قيمته لشريكه لأن الوطاء صادف ملك غيره وإنما انتقلت بالوطء الموجب للمهر فيكون الوطاء سبب الملك ولا يثبت الحكم إلا بعد تمام سببه فيلزم حينئذ تقدم الوطاء على ملكه فيكون في ملك غيره وفعله ذلك مع انخلاق الولد على ملك الشريك فيجب عليه نصف قيمته كولد المغرور وقال القاضي : إن وضعت الولد بعد التقويم فلا شيء على الواطئ لأنها وضعت في ملكه ووقت الوجوب حالة الوضع ولا حق للشريك فيها ولا في ولدها وإن وضعت قبل التقويم فهل تلزمه قيمة نصفه ؟ على روايتين ذكرهما أبو الخطاب واختار أنه لا يلزمه

[جزء 12 - صفحة 516]

مسألة : وعند القاضي و أبي الخطاب إن كان الأول معسرا لم يسر
مسألة : وعند القاضي و أبي الخطاب إن كان الأول معسرا لم يسر استيلاده وتصير أم ولد لهما يعتق نصفها بموت أحدهما لأنها أم ولد له وقد ذكرنا ذلك وإن أعتق أحدهما نصيبه بعد ذلك وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه ؟ على وجهين : أحدهما : لا يسري عتقه لأنه يبطل حق صاحبه من الولاء الذي انعقد سببه بالاستيلاء والثاني : يقوم عليه لحديث ابن عمر وهو أولى وأصح إن شاء الله تعالى
فصل : ولا فرق بين أن يكون في الأمة ملك قليل أو كثير فالحكم في ذلك واحد لأن مالك اليسير يملك بعضها أشبه الكثير والله سبحانه وتعالى أعلم