

# بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

## أبو بكر الكاشاني

### الجزء الرابع

من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع تأليف الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاشاني الحنفي الملقب بملك العلماء المتوفى سنة هـ 587 رية (الطبعة الاولى) 1409 هـ 1989 م الناشر المكتبة الحبيبية كانسي رود حاجي غيبي چوك كوئته  
پاكستان

[ 2 ]

بسم الله الرحمن الرحيم { كتاب الرضاع } قد ذكرنا في كتاب النكاح ان المحرمات نكاحا على التأبيد أنواع ثلاثة محرمات بالقرابة ومحرمات بالصهرية ومحرمات بالرضاع وقد بينا المحرمات بالقرابة والصهرية في كتاب النكاح وهذا الكتاب وضع لبيان المحرمات بالرضاع والكلام في هذا الكتاب يقع في ثلاثة مواضع أحدها في بيان المحرمات بالرضاع والثاني في بيان صفة الرضاع المحرم والثالث في بيان ما يثبت به الرضاع (فصل) أما الاول فالاصل ان كل من يحرم بسبب القرابة من الفرق السبع الذين ذكرهم الله عزوجل في كتابه الكريم نصا أو دلالة على ما ذكرنا في كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاعة إلا ان الحرمة في جانب المرضعة متفق عليها وفي جانب زوج المرضعة مختلف فيها أما تفسير الحرمة في جانب المرضعة فهو ان المرضعة تحرم على المرضع لانها صارت أما له بالرضاع فتحرم عليه لقوله عزوجل وأمهاكم اللاتي أرضعنكم معطوفا على قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم فسمى سبحانه وتعالى المرضعة ام المرضع وحرمها عليه وكذا بناتها يحرم من عليه سواء كن من صاحب اللبن أو من غير صاحب اللبن من تقدم منهن ومن تاخر لانهن اخواته من الرضاعة وقد قال الله عزوجل واخواتكم من الرضاعة اثبت تعالى الاخوة بين بنات المرضعة وبين المرضع والحرمة بينهما مطلقا من غير فصل بين اخت واخت وكذا بنات بناتها وبنات ابنائها وان سفلن لانهن بنات أخ المرضع واخته من الرضاعة وهن يحرم من النسب كذا من الرضاعة ولو أرضعت امرأة صغيرين من اولاد الاجانب صارا اخوين لكونهما من اولاد المرضعة فلا يجوز المناكحة بينهما إذا كان احدهما انثى والاصل في ذلك ان كل اثنين اجتمعا على ثدى واحد صارا اخوين أو اختين أو اخا واختا من الرضاعة فلا يجوز لاحدهما ان

[ 3 ]

يتزوج بالآخر ولا بولده كما في النسب وامهات المرضعة يحرم من على المرضع لانهن جداته من قبل امه من الرضاعة وآباء المرضعة اجداد المرضع من الرضاعة فيحرم عليهم كما في النسب واخوات المرضعة يحرم من على المرضع لانهن خالاته من الرضاعة واخواتها احوال المرضع فيحرم عليهم كما في النسب فاما بنات اخوة المرضعة واخواتها فلا يحرم من على المرضع لانهن بنات احواله وخالاته من الرضاعة وانهم لا يحرم من النسب فكذا من الرضاعة وتحرم المرضعة على ابناء المرضع وابناء ابنائه وان سفلوا كما في النسب هذا تفسير الحرمة في جانب المرضعة

والاصل في هذه الجملة قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فيجب العمل بعمومه الا ما خص بدليل واما الحرمة في جانب زوج المرضعة التي نزل لها منه لبن فثبتت عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وروى عن رافع بن خديج رضى الله عنه انه قال لا تثبت وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار وبشر المريسي ومالك وهى المسألة الملقبة عند الفقهاء بلبن الفحل انه هل يحرم أو لا وتفسير تحريم لبن الفحل ان المرضعة تحرم على زوج المرضعة لانها بنته من الرضاع وكذا على ابناؤه الذين من غير المرضعة لانهم اخوتها لاب من الرضاعة وكذا على ابناؤه وابناء بناته من غير المرضعة لانهم ابناؤه اخوة المرضعة واخواتها لاب من الرضاعة وعلى هذا إذا كان لرجل امرأتان فحملتا منه وارضعت كل واحدة منهما صغيرا أجنبيا فقد صاروا اخوين لاب من الرضاعة فان كان احدهما انثى فلا يجوز النكاح بينهما لان الزوج اخوها لابيها من الرضاعة وإن كانا اثنتين لا يجوز لرجل ان يجمع بينهما لانهما اختان لاب من الرضاعة وتحرم على آباء زوج المرضعة لانهم اجدادها من قبل الاب من الرضاعة وكذا على اخوته لانهم اعمامها من الرضاعة واخواته عمات المرضع فيحرم من عليه واما اولاد اخوته واخواته فلا تحرم المناكحة بينهم لانهم اولاد الاعمام والعمات ويجوز النكاح بينهم في النسب فيجوز في الرضاع هذا تفسير لبن الفحل احتج من قال انه لا يحرم بان الله عزوجل بين الحرمة في جانب المرضعة ولم يبين في جانب الزوج بقوله تعالى وأمهاكم من اللاتي ارضعنكم ولو كانت الحرمة ثابتة في جانبه لبينها كما بين في النسب بقوله عزوجل حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ولان المحرم هو الارضاع وانه وجد منها لا منه فصارت بنتا لها لا له والدليل عليه انه لو نزل للزوج لبن فارتضعت منه صغيرة لم تحرم عليه فإذا لم تثبت الحرمة بلبنه فكيف تثبت بلبن غيره ولنا الحديث المشهور وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروى ان عائشة رضى الله عنها قالت جاء عمى من الرضاعة فاستأذن على فابيت ان أذن له حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم انما هو عمك فاذني له فقلت يا رسول الله انما أرضعتني المرأة ولم يرضعنى الرجل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انه عمك فليلج عليك قالت عائشة رضى الله عنها وكان ذلك بعد ان ضرب علينا الحجاب أي بعد أمر الله عزوجل النساء بالحجاب عن الاجانب وقيل كان الداخل عليك أفلح أختك وكنيت امرأة أبي القعيس أرضعتها وعن عمرة أن عائشة رضى الله عنها أخبرتها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عندها وانها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة قالت عائشة فقلت يا رسول الله هذا رجل يستأذن في بيتك فقال أراه فلانا لعم حفصة من الرضاعة فقلت يا رسول الله لو كان فلانا حيا لعمي من الرضاعة أكان يدخل على فقال نعم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة وعن على رضى الله عنه انه قال لا تنكح من أرضعته امرأة أبيك ولا امرأة أخيك ولا امرأة ابنك وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه سئل عن رجل له امرأتان أو جارية وامرأة فارضعت هذه غلاما وهذه جارية هل يصلح للغلام أن يتزوج الجارية فقال رضى الله عنه لا اللقاح واحد بين الحكم وأشار إلى المعنى وهو اتحاد اللقاح ولان المحرم هو اللبن وسبب اللبن هو ماء الرجل والمرأة جميعا فيجب ان يكون الرضاع منهما جميعا كما كان الولد لهما جميعا وأما قولهم ان الله تعالى بين الحرمة في جانب المرضعة لا في جانب زوجها فنقول ان لم بينها نصا فقد بينها دلالة وهذا لان البيان من الله تعالى بطريقتين بيان احاطة وبيان كفاية فيبين في النسب بيان احاطة وبيان في الرضاع بيان كفاية تسليطا

للمجتهدين على الاجتهاد والاستدلال بالنصوص عليه على غيره وهو ان الحرمة في جانب المرضعة لمكان اللبن وسبب حصول اللبن ونزوله هو ماؤهما جميعا فكان الرضاع منهما جميعا وهذا لان اللبن انما يوجب الحرمة لاجل الجزئية والبعضية لانه ينبت اللحم وينشر العظم على ما نطق به الحديث ولما كان سبب حصول اللبن ونزوله ماءهما جميعا وبارتضاع اللبن تثبت الجزئية بواسطة نبات اللحم يقام سبب الجزئية مقام حقيقة الجزئية في باب الحرمان احتياطا والسبب يقام مقام المسبب خصوصا في باب الحرمان أيضا ألا ترى ان المرأة تحرم على جدها كما تحرم على أبيها وان لم يكن تحريمها على جدها منصوصا عليه في الكتاب العزيز لكن لما كان مبينا بيان كفاية وهو ان البنت وان حدثت من ماء الاب حقيقة دون ماء الجد لكن الجد سبب ماء الاب أقيم السبب مقام المسبب في حق الحرمة احتياطا كذا ههنا والدليل عليه انه لما لم يذكر البنات من الرضاعة نسا لم يذكر بنات الاخوة والاخوات من الرضاعة نسا وانما ذكر الاخوات ثم ذكر لبنات الاخوة والاخوات دلالة حتى حرمن بالاجماع كذا ههنا على انه ان لم يبين بوحى متلو فقد بين بوحى غير متلو على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد خرج الجواب عن قولهم ان الارضاع وجد منها لما ذكرنا انه وجد منهما لان سبب حصول اللبن ماؤهما جميعا فكان الارضاع منهما جميعا واما الزوج إذا انزل له لبن فارتضعت به صغيرة فذاك لا يسمى رضاعا عرفا وعادة ومعنى الرضاع أيضا لا يحصل به وهو اكتفاء الصغير به في الغذاء لانه لا يغنيه من جوع فصار كلبن الشاة والله عز وجل أعلم ثم انما تثبت الحرمة من جانب الزوج إذا كان لها زوج فاما إذا لم يكن لها زوج بان ولدت من الزنا فنزل لها لبن فأرضعت به صبيا فالرضاع يكون منها خاصة لا من الزاني لان نسبه يثبت منها لا من الزاني والاصل ان كل من يثبت منه النسب يثبت منه الرضاع ومن لا يثبت منه النسب لا يثبت منه الرضاع وكذا البكر إذا نزل لها لبن وهى لم تتزوج قط فالرضاع يكون منها خاصة والله الموفق وكذا كل من يحرم بسبب المصاهرة من الفرقى الاربع الذين وصفناهم في كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاع فيحرم على الرجل أم زوجته وبناتها من زوج آخر من الرضاع كما في النسب الا ان الام تحرم بنفس العقد على البنت إذا كان صحيحا والبنت لا تحرم الا بالدخول بالام كما في النسب وكذا جدات زوجته من أبيها وأمها وان علون أو بنات بناتها وبنات أبنائها وان سفلى من الرضاع كما في النسب وكذا تحرم حليمة ابن الرضاع وابن ابن الرضاع وان سفلى على ابن الرضاع أب أبيه وان علا كما في النسب وتحرم منكوحة أب الرضاع وأب أبيه وان علا على ابن الرضاع وابن ابنه وان سفلى كما في النسب وكذا يحرم بالوطئ أم الموطوءة وبناتها من الرضا على الواطئ وكذا جداتها وبنات بناتها كما في النسب وتحرم الموطوءة على أب الواطئ وابنه من الرضاع وكذا على أجداده وان علوا وعلى أبناء أبنائه وان سفلوا كما في النسب سواء كان الوطئ حلالا بان كان بملك اليمين أو الوطئ بنكاح فاسد أو شبهة نكاح أو كان بزنا عندنا وعند الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة فلا يوجب حرمة الرضاع والمسألة قد مرت في كتاب النكاح ثم قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب مجرى على عمومته الا في مسئلتين احدهما انه لا يجوز للرجل ان يتزوج باخت ابنه من النسب لأمه وهو ان يكون لابنه أخت لأمه من النسب من زوج اخر كان لها ويجوز له ان يتزوج أخت ابنه من الرضاع وهو ان يكون لابنه من الرضاع أخت من النسب لم ترضعها امرأته لان المانع من الجواز في النسب كون أم الاخت موطوءة الزوج لان أمها إذا كانت موطوءة كانت هي بنت الموطوءة وانها حرام وهذا لم يوجد

في الرضاع ولو وجد لا يجوز كما لا يجوز في النسب والثانية انه لا يجوز للرجل ان يتزوج أم أخته من النسب لانيه وهو ان يكون له أخت من أبيه من النسب لا من أمه لا يجوز له ان يتزوج أم هذه الاخوت ويجوز له أن يتزوج أم أخته من الرضاع وهو ان يكون له أخت من الرضاعة فيتزوج أمها من النسب لان لمانع في النسب كون المتزوجة موطوءة أبيه وهذا لم يوجد في الرضاع حتى لو وجد لا يجوز كما في النسب ويجوز للرجل ان يتزوج أخت أخيه لانيه من النسب وصورته

[ 5 ]

منكوحه أبيه إذا ولدت ابنا ولها بنت من زوج آخر فهي أخت أخيه لانيه فيجوز له أن يتزوجها وكذا يجوز للرجل أن يتزوج أخت أخته من الرضاع وهذا ظاهر ويجوز لزوجة المرضعة أن يتزوج أم المرضع من النسب لان المرضع ابنة ويجوز للانسان أن يتزوج أم ابنه من النسب وكذا أب المرضع من النسب يجوز له أن يتزوج المرضعة لانها أم ابنه من الرضاع فهي كام ابنه من النسب وكذا يجوز له أن يتزوج بمحارم أبي الصبي من الرضاعة أو النسب كما يجوز له أن يتزوج بأمه والله عزوجل أعلم (فصل) وأما صفة الرضاع المحرم فالرضاع المحرم ما يكون في حال الصغر فاما ما يكون في حال الكبر فلا يحرم عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم الا ما روى عن عائشة رضى الله عنها انه يحرم في الصغر والكبر جميعا واحتجت بظاهر قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة من غير فصل بين حال الصغر والكبر وروى ان أبا حذيفة تنب سالما وكان يدخل على امرأته سهلة بنت سهيل فلما نزلت آية الحجاب أتت سهلة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله قد كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل على وليس لنا الا بيت واحد فماذا ترى في شأنه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضيعه عشر رضعات ثم يدخل عليك وكان سالم كبيرا فدل ان الرضاع في حال الصغر والكبر محرم وقد عملت عائشة رضى الله عنها بهذا الحديث بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم حتى روي عنها انها كانت إذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم بنت أبي بكر رضى الله عنها وبنات أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق رضى الله عنه أن يرضعنه فدل عملها بالحديث بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم على انه غير منسوخ ولنا ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل يوما على عائشة رضى الله عنها فوجد عندها رجلا فتغير وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال من هذا الرجل فقالت عائشة هذا عمى من الرضاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انظرن ما اخواتكم من الرضاعة انما الرضاعة من المجاعة أشار صلى الله عليه وسلم إلى ان الرضاع في الصغر هو المحرم إذ هو الذى يدفع الجوع فاما جوع الكبير فلا يندفع بالرضاع وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الرضاع ما أنبت اللحم وأنشر العظم وذلك هو رضاع الصغير دون الكبير لان ارضاعه لا يثبت اللحم ولا ينشر العظم وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرضاع ما فتق الامعاء ورضاع الصغير هو الذى يفتق الامعاء لا رضاع الكبير لان امعاء الصغير تكون ضيقة لا يفتقها الا اللبن لكونه من أطف الاغذية كما وصفه الله تعالى في كتابه الكريم بقوله عزوجل لبنا خالصا سائغا للشاربين فاما أمعاء الكبير فمفتقة لا تحتاج إلى الفتق باللبن وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا رضاع بعد فصال وروى ان رجلا من أهل البادية ولدت امرأته ولدا فمات ولدها فورم ثدى المرأة فجعل الرجل يمصه ويمجه فدخلت جرعة منه حلقه فسأل عنه أبا موسى الاشعري رضى الله عنه قال قد حرمت عليك ثم جاء إلى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه فسأله فقال هل سألت أحد فقال نعم

سألت أبا موسى الأشعري فقال حرمت عليك ف جاء ابن مسعود أبا موسى الأشعري  
رضى الله عنهما فقال له أما علمت انه انما يحرم من الرضاع ما أنت اللحم فقال أبو  
موسى لا تسألوني عن شئ ما دام هذا الحبر بين أظهركم وعن عبد الله بن عمر أن  
رجلا جاء إلى عمر رضى الله عنه فقال كانت لى وليدة أطؤها فعمدت امرأتى إليها  
فارضعتها فدخلت عليها فقالت دونك مقدور الله أرضعتها فقال عمر رضى الله عنه  
واقعها فهى جارتك فانما الرضاعة عند الصغر وبهذا تبين ان ليس المراد من الآية  
الكريمة رضاع الكبير لان النبي صلى الله عليه وسلم فسر الرضاع المحرم بكونه  
دافعا للجوع منبثا للحم منشرا للعظم فاتقا للامعاء وهذا وصف رضاع الصغير لا الكبير  
فصارت السنة مبينة لما في الكتاب أصله أما حديث سالم فالجواب عن التعلق به من  
وجهين أحدهما يحتمل انه كان مخصوصا بذلك يدل عليه ما روى ان سائر أزواج رسول  
الله صلى الله عليه وسلم أبين أن يدخل عليهن بالرضاع في حال الكبير أحد من  
الرجال وقلن ما نرى الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم سهلة بنت سهيل  
الارخصة في سالم وحده

[ 6 ]

فهذا يدل على ان سالما كان مخصوصا بذلك وما كان خصوصية بعض الناس لمعنى لا  
نعقله لا يحتمل القياس ولا نترك به الاصل المقرر في الشرع والثاني ان رضاع الكبير  
كان محرما ثم صار منسوخا بما رويانا من الاخبار وأما عمل عائشة رضى الله عنها فقد  
روى عنها ما يدل على رجوعها فانه روى عنها انها قالت لا يحرم من الرضاع الا ما  
أنت اللحم والدم وروى انها كانت تأمر بنت أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر رضى الله  
عنهم ان ترضع الصبيان حتى يدخلوا عليها إذا صاروا رجالا على ان عملها معارض  
بعمل سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم فانهن كن لا يربن أن يدخلن عليهن بتلك  
الرضاعة احد من الرجال والمعارض لا يكون حجة وإذا ثبت ان رضاع الكبير لا يحرم  
ورضاع الصغير محرم فلا بد من بيان الحد الفاصل بين الصغير والكبير في حكم  
الرضاع وهو بيان مدة الرضاع المحرم وقد اختلف فيه قال أبو حنيفة ثلاثون شهرا ولا  
يحرم بعد ذلك سواء فطم أو لم يفظم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى  
حولان لا يحرم بعد ذلك فطم أو لم يفظم وهو قول الشافعي وقال زفر ثلاثة أحوال  
وقال بعضهم خمس عشرة سنة وقال بعضهم أربعون سنة احتج أبو يوسف ومحمد  
بقوله والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة جعل الله  
تعالى الحولين الكاملين تمام مدة الرضاع وليس وراء التمام شئ ويقوله تعالى  
وفصاله في عامين وقوله عزوجل وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وأقل مدة الحمل ستة  
أشهر فبقى مدة الفصال حولين وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا  
رضاع بعد الحولين وهذا نص في الباب ولابي حنيفة قوله تعالى وأمهاكم اللاتي  
أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة أثبت الحرمة بالرضاع مطلقا عن التعرض لزمان  
الارضاع الا انه قام الدليل على ان زمان ما يعد الثلاثين شهرا ليس بمراد فيعمل  
باطلاقه فيما وراءه وقوله تعالى فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور والاستدلال  
به من وجهين أحدهما انه أثبت لهما ارادة الفصال بعد الحولين لان الفاء للتعقيب  
فيقتضى بقاء الرضاع بعد الحولين ليتحقق الفصال بعدهما والثاني انه أثبت لهما ارادة  
الفصال مطلقا عن الوقت ولا يكون الفصال الا عن الرضاع فدل على بقاء حكم  
الرضاع في مطلق الوقت إلى ان يقوم الدليل على التقييد وقوله تعالى وان أردتم ان  
تسترضعوا أولادكم أثبت لهما ارادة الاسترضاع مطلقا عن الوقت فمن ادعى التقييد  
بالحولين فعليه الدليل ولان الارضاع انما يوجب الحرمة لكونه منبثا للحم منشرا

للعظم على ما نطق به الحديث ومن المحال عادة ان يكون منبتا للحم إلى الحولين ثم لا ينبت بعد الحولين بساعة لطيفة لان الله تعالى ما أجرى العادة بتغير الغذاء الا بعد مدة معتبرة ولان المرأة قد تلد في البرد الشديد والحر الشديد فإذا تم على الصبي سنتان لا يجوز ان تؤمر المرأة بقطامه لانه يخاف منه الهلاك على الولد إذ لو لم يعود بغيره من الطعام فلا بد وان تؤمر بالرضاع ومحال أن تؤمر بالرضاع ويحرم عليها الرضاع في وقت واحد فدل ان الرضاع بعد الحولين يكون رضاعا الا أن أبا حنيفة استحسّن في تقديره مدة ابقاء حكم الرضاع بعد الحولين بستة أشهر لانه أقل مدة تغير الولد فان الولد يبقى في بطن أمه ستة أشهر يتغذى بغيرها ثم ينفصل فيصير أصلا في الغذاء وزفر اعتبر بعد الحولين سنة كاملة فقال لما ثبت حكم الرضاع في ابتداء السنة الثالثة لما قاله أبو حنيفة يثبت في بقيتها كالسنة الاولى والثانية وأما الآية الاولى ففيها ان الحولين مدة الرضاع في حق من أراد تمام الرضاعة وهذا لا ينفي أن يكون الزائد على الحولين مدة الرضاع في حق من لم يرد أن يتم الرضاعة مع ما أن ذكر الشيء بالتمام لا يمنع من احتمال الزيادة عليه ألا ترى إلى قوله صلى الله عليه وسلم من أدرك عرفة فقد تم حجه وهذا لا يمنع زيادة الفرض عليه فان طواف الزيارة من فروض الحج على أن في الآية الكريمة ان الحولين تمام مدة الرضاع لكنها تمام مدة الرضاع في حق الحرمة أو في حق وجوب أجر الرضاع على الاب فالنص لا يتعرض له وعندهما تمام مدة الرضاع في حق وجوب الاجر على الاب حتى ان الام المطلقة إذا طلبت الاجر بعد الحولين ولا ترضع بلا أجر لم يجبر الاب على أجر الرضاع فيما زاد على الحولين أو تحمل الآية على هذا

[ 7 ]

توفيقا بين الدلائل لان دلائل الله عزوجل لا تتناقض وأما الآية الثانية فالفصال في عامين لا ينفي الفصال في أكثر من عامين كما لا ينفيه في أقل من عامين عن تراص منهما وتشاور فكان هذا استدلالا بالسكوت كقوله عزوجل فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الآية أنه لا يمنع جواز الكتابة إذا لم يعلم فيهم خيرا وأما الآية الثالثة فتحتمل ما ذكرتم ان المراد من الحمل هو الحمل بالبطن والفصال هو الفطام فيقتضى أن تكون مدة الرضاع سنتين ومدة الحمل ستة أشهر كما روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما وتحتمل أن يكون المراد من الحمل الحمل باليد والحجر فيقتضى أن يكون الثلاثون مدة الحمل والفصال جميعا لانه يحمل باليد والحجر في هذه المدة غالبا لا أن يكون بعض هذه مدة الحمل وبعضها مدة الفصال لان اضافة السنتين إلى الوقت لا تقتضي قسمة الوقت عليهما بل تقتضي أن يكون جميع ذلك الوقت مدة لكل واحد منهما كقول القائل صومك وزكاتك في شهر رمضان هذا لا يقتضي قسمة الشهر عليهما بل يقتضي كون الشهر كله وقتا لكل واحد منهما فيقتضى أن يكون ثلاثون شهرا مدة الرضاع كما هو مذهب أبي حنيفة فلا يكون حجة مع الاحتمال على أنه ان وقع التعارض بين الآيات ظاهرا لكن ما تلونا حاضر وما تلوتم مبيح والعمل بالحاضر أولى احتياطا وأما الحديث فالمشهور لا رضاع بعد فصال ونحن نقول بموجبه فجائز أن يكون أصل الحديث هذا وأن من ذكر الحولين حملة على المعنى عنده ولو ثبت هذا اللفظ فيحتمل أن يكون معناه الارضاع على الاب بعد الحولين أي في حق وجوب الاجر عليه على ما ذكرنا من تأويل الآية أو يحمل على هذا عملا بالدلائل كلها والله الموفق ثم الرضاع يحرم في المدة على اختلافهم فيها سواء فطم في المدة أو لم يفظم هذا جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا حتى لو فصل الرضيع في مدة الرضاع ثم سقى بعد ذلك في المدة كان ذلك رضاعا محرما ولا يعتبر الفطام وانما يعتبر الوقت

فيحرم عند أبي حنيفة ما كان في السنتين ونصف وعندهما ما كان في السنتين لان الرضاع في وقته عرف محرما في الشرع لما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين ما إذا افطم أو لم يفطم وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال إذا فطم في السنتين حتى استغنى بالفظام ثم ارتضع بعد ذلك في السنتين أو الثلاثين شهرا لم يكن ذلك رضاعا لانه لا رضاع بعد الفطام وان هي فطمته فأكل أكلا ضعيفا لا يستغنى به عن الرضاع ثم عاد فأرضع كما يرضع أولا في الثلاثين شهرا فهو رضاع محرم كما يحرم رضاع الصغير الذي لم يفطم ويحتمل أن تكون رواية الحسن تفسيراً لظاهر قول أصحابنا وهو ان الرضاع في المدة بعد الفطام انما يكون رضاعاً محرماً إذا لم يكن الفطام تاماً بان كان لا يستغنى بالطعام عن الرضاع فان استغنى لا يحرم بالاجماع ويحمل قول النبي صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد الفصال على الفصال المتعارف المعتاد وهو الفصال التام المغنى عن الرضاع ويستوى في الرضاع المحرم قليله وكثيره عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وروى عن عبد الله بن الزبير وعائشة رضى الله عنهما ان قليل الرضاع لا يحرم وبه أخذ الشافعي فقال لا يحرم الا خمس رضعات متفرقات واحتج بما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت كان فيما نزل عشر رضعات يحرم ثم صرن إلى خمس فتوفى النبي صلى الله عليه وسلم وهو فيما يقرأ وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحرم المصاة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان ولان الحرمة بالرضاع لكونه منبأ للحم منشراً للعظم وهذا المعنى لا يحصل بالقليل منه فلا يكون القليل محرماً ولنا قوله عزوجل وأمها تكمل اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة مطلقاً عن القدر وروى عن علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس رضى الله عنهم أنهم قالوا قليل الرضاع وكثيره سواء وروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال الرضعة الواحدة تحرم وروى أنه لما بلغه أن عبد الله بن الزبير يقول لا تحرم الرضعة والرضعتان فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير وتلى قوله تعالى وأمها تكمل اللاتي أرضعنكم وروى أنه لما بلغه أن عائشة رضى الله عنها تقول لا تحرم المصاة والمصتان فقال حكم الله تعالى أولى وخير من حكمها وأما حديث عائشة رضى الله عنها فقد قيل انه لم يثبت عنها وهو الظاهر فانه روى أنها قالت توفى النبي صلى الله عليه وسلم وهو مما يتلى في القرآن فما إلى نسخته ولا نسخ بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم ولا

[ 8 ]

يحتمل أن يقال ضاع شئ من القرآن ولهذا ذكر الطحاوي في اختلاف العلماء ان هذا حديث منكر وانه من صياغة الحديث ولئن ثبت فيحتمل أنه كان في رضاع الكبير فسخ العدد بنسخ رضاع الكبير وأما حديث المصاة والمصتين فقد ذكر الطحاوي أن في اسناده اضطراباً لان مداره على عروة بن الزبير عن عائشة رضى الله عنها وروى أنه سئل عروة عن الرضاعة فقال ما كان في الحولين وان كان قطرة واحدة محرماً والراوي إذا عمل بخلاف ما روى أوجب ذلك وهنا في ثبوت عنده لعمل به على أنه ان ثبت فيحتمل ان الحرمة لم تثبت لعدم القدر المحرم ويحتمل أنها لم تثبت لانه لا يعلم ان اللبن وصل إلى جوف الصبي أم لا وما لم يصل لا يحرم فلا يثبت لعدم القدر المحترم ولا تثبت الحرمة بهذا الحديث بالاحتمال ولهذا قال ابن عباس رضى الله عنهما إذا عقى الصبي فقد حرم حين سئل عن الرضعة الواحدة هل تجرم لان العقى اسم لما يخرج من بطن الصبي حين يولد أسود لزوج إذا وصل اللبن إلى جوفه يقال هل عقيتم صبيكم أي هل سقيتموه عسلاً ليسقط عنه عقيه انما ذكر ذلك ليعلم أن اللبن قد صار في جوفه لانه لا يعقى من ذلك اللبن حتى يصير في جوفه ويحتمل أنه

كان ذلك في ارضاع الكبير حين كان محرما ثم نسخ وأما قوله ان الرضاع انما يحرم لكونه منبثا للحم منشرا للعظم فنقول القليل ينبت وينشر بقدره فوجب أن يحرم بأصله وقدره على أن هذه الاحاديث ان ثبتت فهي مبيحة وما تلونا محرم والمحرّم يقضى على المبيح احتياطا لان الجرعة الكيرة عنده لا تحرم ومعلوم ان الجرعة الواحدة الكثيرة في اثبات اللحم وانشار العظم فوق خمس رضعات صغار فدل أنه لا مدار على هذا وكذا يستوى فيه لبن الحية والميتة بأن جلب لبنها بعد موتها في قدح فأوجر به صبي يحرم عندنا وقال الشافعي لبن الميتة لا يحرم ولا خلاف في أنه إذا جلب لبنها في حياتها في أنا فأوجر به الصبي بعد موتها الصبي أنه يثبت به الحرمة (وجه) قوله ان حكم الرضاع هو الحرمة والمرأة بالموت خرجت من أن تكون محلا لهذا الحكم ولهذا لم تثبت حرمة المصاهرة بوطنها عندكم فصار لبنها كلبن البهائم ولو ارتضع صغيران من لبن بهيمة لا تثبت حرمة الرضاع بينهما كذا هذا وإذا لم تثبت الحرمة في حقها لا تثبت في حق غيرها لان المرضعة أصل في هذا الحكم فأولا يثبت في حقها فكيف يتعدى إلى غيرها فإذا لم يثبت في حقها فكيف يتعدى إلى غيرها بخلاف ما إذا جلب حال حياتها ثم أوجر الصبي بعد وفاتها لانها كانت محلا قابلا للحكم وقت انفصال اللبن منها فلا يبطل بموتها بعد ذلك وههنا بخلافه ولان اللبن قد ينجس بموتها لتنجس وعائه وهو الثدي فاشبه البول والدم ولنا الحديث المشهور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واسم الرضاع لا يقف على الارتضاع من الثدي فان العرب تقول يتيم راضع وان كان يرضع بلبن الشاة والبقر ولا على فعل الارتضاع منها يدل ان لو ارتضع الصبي منها وهى نائمة يسمى ذلك رضاعا حتى يحرم ويقال أيضا أرضع هذا الصبي بلبن هذه الميتة كما يقال أرضع بلبن الحية وقوله صلى الله عليه وسلم الرضاع من المجاعة وقوله الرضاع ما انبت اللحم وأنشر العظم وقوله صلى الله عليه وسلم الرضاع ما فتق الامعاء ولبن الميتة يدفع الجوع وينبت اللحم وينشر العظم ويفتق الامعاء فيوجب الحرية ولان اللبن كان محرما في حال الحياة والعارض هو الموت واللبن لا يموت كالبيضة كذا روى عن عمر رضى الله عنه انه قال اللبن لا يموت ولان الموت يحل محل الحياة ولا حياة في اللبن الا ترى انها لم تتألم بأخذه في حال حياتها والحيوان يتألم بأخذ ما فيه حياة من لحمه وسائر اعضائه وإذا لم يكن فيه حياة كان حاله بعد موت المرأة كحالة قبل موتها وقبل موتها محرم كذا بعده وأما قوله المرأة بالموت خرجت من أن تكون محلا للمحرمة وهى الاصل في هذه الحرمة فنقول الحرمة في حال الحياة ما تثبت باعتبار الاصاله والتبعية بل باعتبار انبات اللحم وانشار العظم وقد بقى هذا المعنى بعد الموت فتبقى الحرمة بخلاف حرمة مصاهرة لانها تثبت لدفع فساد قطيعة الرحم أو باعتبار الجزئية والبعضية لكون الوطئ سببا لحصول الولد ولك واحد من المعنيين لا يتقدر بعد الموت لذلك افترقا وقوله اللبن ينجس بالموت ممنوع وهذا شئ بناه على أصله فأما على أصل أصحابنا فاللبن لا ينجس بالموت بل هو طاهر بعد الموت وان تنجس الوعاء

[ 9 ]

الاصلى له ونجاسة الظرف انما توجب نجاسة المظروف إذا لم يكن الظرف معدنا للمظروف وموضعا له في الاصل فاما إذا كان في الاصل موضعه ومظانه فنجاسته لا توجب نجاسة المظروف الا ترى ان الدم الذي يجرى بين اللحم والجلد في المذكاة لا ينجس اللحم لما كان في معدنه ومظانه فكذلك اللبن والدليل عليه انه لو جلب لبنها في حال حياتها في وعاء نجس فأوجر به الصبي يحرم ولا فرق بين الوعاءين إذ النجس في الحالين ما يجاور اللبن لا عينه ثم نجاسة الوعاء الذى ليس بمعدن اللبن



لما لم يمنع وقوع التحريم فما هو معدن له أولى ويستوى في تحريم الرضاع الارتضاع من الثدي والاسعاط والايجار لان المؤثر في التحريم هو حصول الغذاء باللبن وانبات اللحم وانشار العظم وسد المجاعة لان يتحقق الجزئية وذلك يحصل بالاسعاط والايجار لان السعوط يصل إلى الدماغ وإلى الحلق فيغذى ويسد الجوع والوجور يصل إلى الجوف فيغذى وأما الاقطار في الاذن فلا يحرم لانه لا يعلم وصوله إلى الدماغ لضيق الخرق في الاذن وكذلك الاقطار في الاحليل لانه لا يصل إلى الجوف فضلا عن الوصول إلى المعدة وكذلك الاقطار في العين والقبل لما قلنا وكذلك الاقطار في الجائفة وفي الآمة لان الجائفة تصل إلى الجوف لا إلى المعدة والآمة ان كان يصل إلى المعدة لكن ما يصل إليها من الجراحة لا يحصل به الغذاء فلا تثبت به الحرمة والحقنة لا تحرم بان حقن الصبي باللبن في الرواية المشهورة وروى عن محمد انها تحرم وجه هذه الرواية انها وصلت إلى الجوف حتى أوجبت فساد الصوم فصار كما لو وصل من الفم وجه ظاهر الرواية أن المعتبر في هذه الحرمة هو معنى التغذية والحقنة لا تصل إلى موضع الغذاء لان موضع الغذاء هو المعدة والحقنة لا تصل إليها فلا يحصل بها نبات اللحم ونشور العظم واندفاع الجوع فلا توجب الحرمة ولو جعل اللبن مخيضاً أو رائباً أو شيرازاً أو جبناً أو أقطاً أو مصلاً فتناوله الصبي لا يثبت له الحرمة لان اسم الرضاع لا يقع عليه وكذا لا يثبت اللحم ولا ينشر العظم ولا يكتفي به الصبي في الاغتذاء فلا يحرم ولو اختلط اللبن بغيره فهذا على وجوه اما ان اختلط بالطعام أو بالدواء أو بالماء أو بلبن البهائم أو بلبن امرأة أخرى فان اختلط بالطعام فان مسته النار حتى نضج لم يحرم في قولهم جميعاً لانه تغير عن طبعه بالطبخ وان لم تمسه النار فان كان الغالب هو الطعام لم تثبت الحرمة لان الطعام إذا غلب سلب قوة اللبن وأزال معناه وهو التغذية فلا يثبت به الحرمة وان كان اللبن غالباً للطعام وهو طعام يستبين لا يثبت به الحرمة في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يثبت وجه قولهما ان اعتبار الغالب والحاق المغلوب بالعدم أصل في الشرع فيجب اعتباره ما أمكن كما إذا اختلط بالماء أو بلبن شاة ولا يبي حنيفة ان الطعام وان كان أقل من اللبن فانه يسلب قوة اللبن لانه يرق ويضعف بحيث يظهر ذلك في حس البصر فلا تقع الكفاية به في تغذية الصبي فكان اللبن مغلوباً معنى وان كان غالباً صورة وان اختلط بالدواء أو بالدهن أو بالنبيذ يعتبر فيه الغالب فان كان اللبن غالباً يحرم لان هذه الاشياء لا تحل بصفة اللبن وصورته غذاء بل بقدر ذلك لانها انما تخلط باللبن ليوصل اللبن إلى ما كان لا يصل إليه بنفسه لاختصاصها بقوة التنفيذ ثم اللبن بانفراده يحرم فمع هذه الاشياء أولى وان كان الدواء هو الغالب لا تثبت به الحرمة لان اللبن إذا صار مغلوباً صار مستهلكاً فلا يقع به التغذية فلا تثبت به الحرمة وكذا إذا اختلط بالماء يعتبر فيه الغالب أيضاً فان كان اللبن غالباً يثبت به الحرمة وان كان الماء غالباً لا يثبت به وهذا عندنا وعند الشافعي إذا قطر من الثدي مقدار خمس رضعات في حب ماء فسقى منه الصبي تثبت به الحرمة وجه قوله أن اللبن وصل إلى جوف الصبي بقدره في وقته فتثبت الحرمة كما إذا كان اللبن غالباً ولا شك في وقت الرضاع والدليل على ان القدر المحرم من اللبن وصل إلى جوف الصبي ان اللبن وان كان مغلوباً فهو موجود شائع في أجزاء الماء وان كان لا يرى فيوجب الحرمة ولنا ان الشرع علق الحرمة في باب الرضاع بمعنى التغذية على ما نطقت به الاحاديث واللبن المغلوب بالماء لا يغذى الصبي لزوال قوته ألا ترى انه لا يقع الاكتفاء به في تغذية الصبي فلم يكن محرماً وقد

خرج الجواب عما ذكره المخالف وذكر الجصاص ان جواب الكتاب ينبغي أن يكون قولهما فاما على قول أبي حنيفة ينبغي ان لا يحرم وان كان اللبن غالبا وقاس الماء على الطعام وجمع بينهما من حيث ان اختلاطه بالماء يسلب قوته وان كان الماء قليلا كاختلاطه بالطعام القليل وفي ظاهر الرواية أطلق الجواب ولم يذكر الخلاف ولو اختلط بلبن البهائم كلبن الشاة وغيره يعتبر فيه الغالب أيضا لما ذكرنا ولو اختلط لبن امرأة أخرى فالحكم أخرى فالحكم للغالب منهما في قول أبي يوسف وروى عن أبي حنيفة كذلك وعند محمد يثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر وجه قول محمد ان اللبنيين من جنس واحد والجنس لا يغلب فلا يكون خلط الجنس بالجنس استهلاكًا فلا يصير القليل مستهلكًا في الكثير فيغذى الصبي كل واحد منهما بقدره بانبات اللحم وانشار العظم أو سد الجوع لان أحدهما لا يسلب قوة الآخر والدليل على ان خلط الجنس بالجنس لا يكون استهلاكًا له ان من غصب من آخر زيتًا فخلطه بزيت آخر اشتركا فيه في قولهم جميعا ولو خلطه بشيرج وبدهن آخر من غير جنسه يعتبر الغالب فان كان الغالب هو المغصوب كان لصاحبه أن يأخذه ويعطيه قسط ما اختلط بزيتة وان كان الغالب غير المغصوب صار المغصوب مستهلكًا فيه ولم يكن له أن يشاركه فيه ولكن الغاصب يغرم له مثل ما غصبه فدل ذلك على اختلاف حكم الجنس الواحد والجنسين وأبو يوسف اعتبر هذا النوع من الاختلاط باختلاط اللبن بالماء وهناك الحكم للغالب كذا ههنا ولمحمد ان يفرق بين الفصلين فان اختلاط اللبن بما هو من جنسه لا يوجب الاخلال بمعنى التغذية من كل واحد منهما بقدره لان أحدهما لا يسلب قوة الآخر وليس كذلك اختلاط اللبن بالماء واللبن مغلوب لان الماء يسلب قوة اللبن أو يخل فلا يحصل التغذية أو يختل والله عزوجل أعلم ولو طلق الرجل امرأته ولها لبن من ولد كانت ولدته منه فانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر وهى كذلك فارضعت صبيًا عند الثاني ينظر ان أرضعت قبل ان تحمل من الثاني فالرضاع من الاول بالاجماع لان اللبن نزل من الاول فلا يرتفع حكمه بارتفاع النكاح كما لا يرتفع بالموت وكما لو حلب منها لبن ثم ماتت لا يبطل حكم الرضاع من لبنها كذا هذا وان أرضعت بعدما وضعت من الثاني فالرضاع من الثاني بالاجماع لان اللبن منه ظاهرا وان أرضعت بعد احملت من الثاني قبل أن تضع فالرضاع من الاول إلى أن تضع في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ان علم أن هذا اللبن من الثاني بان ازداد لبنها فالرضاع من الثاني وان لم يعلم فالرضاع من الاول وروى الحسين بن زياد عنه أنها إذا حلبت فاللبن للثاني وقال محمد وزفر الرضاع منهما جميعا إلى أن تلد فإذا ولدت فهو من الثاني وجه قول محمد أن اللبن الاول باقى والحمل سبب لحدوث زيادة لبن فيجتمع لبنان في ثدى واحد فتثبت الحرمة بهما كما قال في اختلاط أحد اللبنيين بالآخر بخلاف ما إذا وضعت لان اللبن الاول ينقطع بالوضع ظاهرا وغالبا فكان اللبن من الثاني فكان الرضاع منه وجه قول أبي يوسف أن الحامل قد ينزل لها لبن فلما ازداد لبنها عند الحمل من الثاني دل أن الزيادة من الحمل الثاني إذ لو لم يكن لكان لا يزداد بل ينقص إذ العادة أن اللبن ينقص بمضي الزمان ولا يزداد فكانت الزيادة دليلا على أنها من الحمل الثاني لا من الاول وجه رواية الحسن عنه ان العادة ان بالحمل ينقطع اللبن الاول ويحدث عنده لبن آخر فكان الموجود عند الحمل الثاني من الحمل الثاني لا من الاول فكان الرضاع منه لا من الاول ولا بي حنيفة أن نزول اللبن من الاول ثبت بيقين وهو ولادة أخرى لا الحمل لان الحامل قد ينزل لها لبن بسبب الحمل وقد لا ينزل حتى تضع والثابت بيقين لا يزول بالشك وأما قول أبي يوسف لما ازداد اللبن دل على حدوث اللبن من الثاني فممنوع أن زيادة اللبن تدل على حدوث اللبن من الحمل فان لزيادة اللبن أسبابا من زيادة الغذاء وجودته وصحة البدن واعتدال الطبيعة وغير ذلك فلا يدل الحمل على

حدوث الزيادة بالشك فلا ينقطع الحكم عن الاول بالشك وقد خرج الجواب عما قاله محمد والله الموفق للصواب ويستوى في تحريم الرضاع المقارن للنكاح والطارئ عليه لان دلائل التحريم لا توجب الفصل بينهما وبين هذا الاصل في

[ 11 ]

مسائل إذا تزوج صغيرة فارضعتها أمه من النسب أو من الرضاع حرمت عليه لأنها صارت أختاً له من الرضاع فتحرم عليه كما في النسب وكذا إذا أرضعتها أخته أو بنته من النسب أو من الرضاع لأنها صارت بنت أخته أو بنت بنته من الرضاعة وأنها تحرم من الرضاع كما تحرم من النسب ولو تزوج صغيرتين رضيعتين فجاءت امرأة أجنبية فارضعتها معها أو على التعاقب حرمتا عليه لانهما صارتا أختين من الرضاعة فيحرم الجمع بينهما في حالة البقاء كما يحرم في حالة الابتداء كما في النسب ويجوز ان يتزوج احدهما أيتها شاء لان المحرم هو الجمع كما في النسب فان كن ثلاثاً فارضعتن جميعاً معاً حرمن عليه لانهن صرن أخوات من الرضاعة فيحرم الجمع بينهما وله أن يتزوج واحدة منهن أيتها شاء لما قلنا وان أرضعتن على التعاقب واحدة بعد واحدة حرمت عليه الاولتان وكانت الثالثة زوجته لأنها لما أرضعت الاولى ثم الثانية صارتا أختين فبانتا منه فإذا أرضعت الثالثة فقد صارت أختاً لهما لكنهما أجنبيتين فلم يتحقق الجمع فلا تبين منه وكذا إذا أرضعت البنيتين معاً ثم الثالثة حرمتا والثالثة حرمتا والثالثة امرأته لما قلنا ولو أرضعت الاولى ثم الثنتين معاً جميعاً لان الاولى لم تحرم كذا الارضاع لعدم الجمع فإذا أرضعت الاخرتين معاصرن أخوات في حالة واحدة فيفسد نكاحهن ولو كن أربع صبيات فارضعتن على التعاقب واحدة بعد واحدة حرمن جميعاً لأنها لما أرضعت الثانية فقد صارت أختاً للأولى فحصل الجمع بين الأختين من الرضاعة فبانتا ولما أرضعت الرابعة فقد صارت أختاً للثالثة فحصل الجمع فبانتا وحكم المهر والرجوع في هذه المسائل نذكره في المسألة التي تليها وهى ما إذا تزوج صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة أما حكم النكاح فقد حرمتا عليه لان الصغيرة صارت بنتاً لها والجمع بين الام والبنت من الرضاع نكاحاً حراماً كما يحرم من النسب ثم ان كان ذلك بعدما دخل بالكبيرة لا يجوز له أن يتزوج واحدة منهما أبداً كما في النسب وان كان قبل أن يدخل بالكبيرة جاز له أن يتزوج الصغيرة لأنها ربيته من الرضاع لم يدخل فلا يحرم عليه نكاحها كما في النسب لا يجوز له أن يتزوج الكبيرة أبداً لأنها أم منكوحته من الرضاع فتحرم بمجرد نكاح البنت دخل بها أو لم يدخل بها كما في النسب وأما حكم المهر فاما الكبيرة فان كان قد دخل بها فلها جميع مهرها سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد لان المهر قد تأكد بالدخول فلا يحتمل السقوط بعد ذلك فلها مهرها ولها السكنى ولا نفقة لها لان السكنى حق الله تعالى فلا تسقط بفعلها والنفقة تجب حقاً لها بطريقة الصلة وبالارضاع خرجت عن استحقاق الصلة فان كان لم يدخل بها سقط مهرها فلا مهر لها ولا سكنى ولا نفقة سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد لان الاصل أن الفرقة الحاصلة قبل الدخول توجب سقوط كل المهر لان المبدل يعود سليماً إلى المرأة وسلامة المبدل لا حد المتعاقدين يوجب سلامة المبدل للآخر لئلا يجتمع المبدل والبديل في ملك واحد في عقد المبادلة كان ينبغي ان لا يجب على الزوج شئ سواء كانت الفرقة بغير طلاق أو بطلاق الا أن الشرع أوجب عليه في الطلاق قبل الدخول مالا مقدراً بنصف المهر المسمى ابتداءً بطريق المتعة صلة لها تطيبها لقبها لما لحقها من وحشة الفراق بفوات نعمة الزوجية عنها من غير رضاها فإذا أرضعت فقد رضيت بارتفاع النكاح فلا تستحق شيئاً وأما الصغيرة فلها نصف المهر على الزوج عند عامة العلماء وقال مالك لا شئ لها وجه

قوله ان الفرقه جاءت من قبلها لوجود علة الفرقه منها وهى ارتضاعها لانه بذلك يحصل اللبن في جوفها فينبت اللحم وينشر العظم فتحصل الجزئية اللتي هي المعنى المؤثر في الحرمة وانما الموجود من المرصعة التمكين من ارتضاعها بالقامها ثديها فكانت محصلة للشرط والحكم للعلة لا للشرط فلا يجب على الزوج للصغيرة شئ ولا يجب على الزوج للمرصعة شئ أيضا ولنا ما ذكرنا ان الفرقه من أيهما كانت توجب سقوط كل المهر لما ذكرنا وانما يجب نصف المهر مقدرًا بالمسمى ابتداء صلة للمرأة نظرا لها ولم يوجد من الصغيرة ما يوجب خروجها عن استحقاق النظر لان فعلها لا يوصف بالخطر وليست هي من أهل الرضا لنجعل فعلها دلالة الرضا بارتفاع النكاح فلا تحرم نصف الصداق بخلاف الكبيرة لان اقدامها على الارضاع دلالة الرضا بارتفاع النكاح وهى من أهل الرضا وارضاعها جناية فلا تستحق النظر بايجاب نصف المهر لها ابتداء إذ الجاني لا يستحق النظر على جنايته بل يستحق الزجر وذلك بالحرمان

[ 12 ]

لئلا يفعل مثله في المستقبل فلا يجب لها شئ سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد لان فعلها جناية في الحالين ويرجع الزوج بما أدى على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان كانت لم تتعمد لم يرجع عليها كذا ذكر المشايخ وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وروى عن محمد أن له أن يرجع عليها سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد وهو قول زفر وبشر المريسي والشافعي وجه قولهم أن هذا ضمان الاتلاف وأنه لا يختلف بالعمد والخطأ والدليل على ان هذا ضمان الاتلاف ان الفرقه حصلت من قبلها بارضاعها ولهذا لم تستحق المهر اصلا ورأسا سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد وإذا كان حصول الفرقه من قبلها بارضاعها صارت بالارضاع مؤكدة نصف المهر على الزوج لانه كان محتملا للسقوط بردتها أو تمكينها من ابن الزوج أو تقبيلها إذا كبرت فهى بالارضاع أكدت نصف المهر بحيث لا يحتمل السقوط فصارت متلفة عليه ماله فتضمن وجه قول محمد أنها وان تعمدت الفساد فهى صاحبة شرط في ثبوت الفرقه لان علة الفرقه هي الارتضاع للصغيرة لما بينا والحكم يضاف إلى العلة لا إلى الشرط على أن ارتضاعها ان كان سبب الفرقه فهو سبب محض لانه طرأ عليه فعل اختياري وهو ارتضاع الصغيرة والسبب إذا اعترض عليه فعل اختياري يكون سببا محضا والسبب المحض لا حكم له وان كان صاحب السبب متعمدا في مباشرة السبب كفتح باب الاصطبل والقفص حتى خرجت الدابة وضلت أو طار الطير وضاع ولان الضمان لو وجب عليها اما ان يحب باتلاف ملك النكاح أو باتلاف الصداق أو بتأكيد نصفه على الزوج لا وجه لان ملك النكاح غير مضمون بالاتلاف على أصلنا ولا وجه للثاني لانها ما أتلفت الصديق بل اسقطت نصفه والنصف الباقي بقى واجبا بالنكاح السابق ولا وجه للثالث لان التأكيد لا يماثل التفويت فلا يكون اعتداء بالمثل ولا بي حنيفة وأبى يوسف أن الكبيرة وان كانت محصلة شرط الفرقه وعلة الفرقه من الصغيرة كما ذكره محمد لكن الاصل ان الشرط مع العلة إذا اشتركا في الحظر والاباحة أي في سبب المؤاخذه وعدمه فاضافة الحكم إلى العلة أولى من اضافته إلى الشرط فاما إذا كان الشرط محظورا والعلة غير موصوفة بالحظر فاضافة الحكم إلى الشرط أولى من اضافته إلى العلة كما في حق البئر على قارعة الطريق فالكبيرة إذا لم تكن تعمدت الفساد فقد استوى الشرط والعلة في عدم الحظر فكانت الفرقه مضافة إلى العلة وهى ارتضاعها وان كانت تعمدت الفساد كان الشرط محظورا وهو ارتضاع الكبيرة والعلة غير موصوفة بالحظر وهى ارتضاع الصغيرة فكان اضافة الحكم إلى الشرط أولى وإذا اضيفت الفرقه إلى الكبيرة عند تعمدها الفساد ووجب نصف المهر للصغيرة على

الزوج ابتداء ملازما للفرقة صارت الفرقة الحاصلة منها كأنها علة لوجوبه لا انه بقى النصف بعد الفرقة واجبا بالنكاح السابق لان ذلك قول بتخصيص العلة لانه قول ببقاء نصف المهر على وجود العلة المسقطة لكله وانه باطل فصارت الكبيرة متلفة هذا القدر من المال على الزوج إذ الاداء مبني على الوجوب فيثبت له حق الرجوع عليها ولهذا المعنى وجب الضمان على شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا بالاجماع بخلاف ما إذا لم تتعمد الفساد لان عند عدم التعمد لا تكون الفرقة مضافة إلى فعل الكبيرة فلم يوجد منها علة وجوب نصف المهر على الزوج فلا يرجع عليها وأما مسألة فتح باب الاصطبل والقفص فكما يلزمهما يلزم محمدا لان عنده يضمن الفاتح وان اعترض علي الفتح فعل الاختياري فقد خرج الجواب عن الباقي فافهم ثم تعمد الفساد يثبت بثلاثة أشياء بعلمها بنكاح الصغيرة وعلمها بفساد النكاح بارضاعها وعدم الضرورة وهي ضرورة خوف الهلاك على الصغيرة لو لم ترضعها والقول قولها في انها لم تتعمد الفساد مع يمينها لان الزوج بدعوى تعمد الفساد يدعى عليها الضمان وهي تنكر فكان القول قولها وعلى هذا حكم المهر والرجوع في المسائل المتقدمة من الاتفاق والاختلاف ولو تزوج كبيرة وصغيرتين فأرضعتها الكبيرة فان أرضعتها معا حرمن عليه لانهما جميعا صارتا بنتين للمرضعة فصار جامعا بينهما نكاح فحرمن عليه ولا يجوز له أن يتزوج الكبيرة أبدا سواء كان دخل بها أو لم يدخل بها لانها أم منكوحته فتحرم بنفس العقد على البنت ولا يجوز له أن يجمع بين الصغيرتين نكاحا أبدا لانهما صارتا أختين من الرضاع ويجوز أن يتزوج باحدهما ان كان لم يدخل

[ 13 ]

بالكبيره لانها ربيته من الرضاع فلا تحرم بمجرد العقد على الام كما في النسب وان كان قد دخل بها لا يجوز كما في النسب وان أرضعتها على التعاقب واحدة بعد أخرى فقد حرمت الكبيرة مع الصغيرة الاولى لانها لما أرضعت الاولى صارت بنتا لها فحصل الجمع بين الام والبنت فبانتا منه وأما الصغيرة الثانية فانما أرضعتها بعدما بانت الكبيرة فلم يصر جامعا لكنها ربيته من الرضاع فان كان قد دخل بامها تحرم عليه والا فلا ولا يجوز نكاح الكبيرة بعد ذلك ولا الجمع بين الصغيرتين لما ذكرنا ولو تزوج كبيرة وثلاث صبيات فأرضعتهم على التعاقب واحدة بعد أخرى حرمن عليه جميعا لانها لما أرضعت الاولى صارت بنتا لها فحصل الجمع بين الام والبنت فحرمتا عليه ولما أرضعت الثانية فقد أرضعتها والكبيره والصغيرة الاولى مباتتان فلا يحرم بسبب الجمع لعدم الجمع ولكن ينظر ان كان قد دخل بالكبيره تحرم عليه للحال لانها ربيته وقد دخل بامها وان كان لم يدخل بامها لا تحرم عليه للحال حتى ترضع الثالثة فإذا ارتضعت الثالثة حرمتا عليه لانهما صارتا أختين والحكم في تزوج الكبيرة بعد ذلك والجمع بين صغيرتين وتزوج احدى الصغائر ما ذكرنا ولو تزوج صغيرتين وكبيرتين فعمدت الكبيرتان إلى احدى الصغيرتين فأرضعتها احدهما بعد أخرى ثم أرضعتا الصغيرة الثانية واحدة بعد أخرى بانت الكبيرتان والصغيرة الاولى والصغيرة الثانية امرأته لانهما لما أرضعتا الصغيرة الاولى صارت كل واحدة من الكبيرتين أم امرأته وصارت الصغيرة بنت امرأته فصار جامعا بينهما فحرمن عليه فلما أرضعتا الثانية فقد أرضعتاها بعد ثبوت البينونة فلم يصر جامعا فلا تحرم هذه الصغيرة بسبب الجمع ولكنها ابنة منكوحه كانت له فان كان لم يدخل بها لا تحرم عليه وان كان قد دخل بها تحرم ولا يجوز له نكاح واحدة من الكبيرتين بعد ذلك بحال والامر في جواز نكاح الصغيرة الاولى على التفصيل الذي مر ولو كانت احدى الكبيرتين أرضعت الصغيرتين واحدة بعد الاخرى ثم أرضعت الكبيرة الاخرى الصغيرتين واحدة بعد الاخرى ينظر ان كانت

الكبيرة الاخيرة بدأت بالتى بدأت بها الكبيرة الاولى بانث الكيبرتان والصغيرة الاولى والصغيرة الاخرى امرأته وان كانت بدأت بالتى لم تبدأ بها الاولى حرمن عليه جميعا وانما كان كذلك لان الكبيرة الاولى لما أرضعت الصغيرة الاولى فقد صارت بنتها فحصل الجمع بين الام والبنت فحرمتا عليه فلما أرضعت الاخرى أرضعتها وهى أجنبية فلم يتحقق الجمع لكن صارت الاخرى ربيته فان كان لم يدخل بامها لا تحرم وان كان قد دخل بها تحرم فلما جاءت الكبيرة الاخيرة فأرضعت الصغيرة الاولى فقد صارت أم منكوحته فحرمت عليه فلما أرضعت الصغيرة الاخرى فقد أرضعتها وهى أجنبية فصارت ربيته فلا تحرم إذا كان لم يدخل بامها وان كان قد دخل بامها تحرم وإذا كانت الكبيرة الاخيرة بدأت بالتى لم تبدأ بها الكبيرة الاولى فقد صارت بنتا لها فصار جامعها مع أمها فرحمتا عليه كما حرمت الكبيرة الاولى مع الصغيرة الاولى فحرمن جميعا ولو كان تحته صغيرة وكبيرة فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة بانثا لانهما صارتا أختين وكذا إذا أرضعت أخت الكبيرة الصغيرة لانها صارت بنت أخت امرأته والجمع بين المرأة وبين بنت أختها لا يجوز في الرضاع كما لا يجوز في النسب ولو أرضعتها عمه الكبيرة أو خالتها لم تبين لانها صارت بنت عمه امرأته أو بنت خالتها ويجوز للانسان أن يجمع بين امرأة وبين بنت عمتها أو بنت خالتها في النسب فكذا في الرضاع ولو طلق رجل امرأته ثلاثا ثم أرضعت المطلقة قبل انقضاء عدتها امرأة له صغيرة بانث الصغيرة لانها صارت بنتا له فحصل الجمع في حال العدة والجمع في حال قيام العدة كالجمع في حال قيام النكاح ولو زوج ابنه وهو صغير امرأة لها لبن فارتدت وبانت من الصبي ثم أسلمت فتزوجها رجل فحبلت منه ثم أرضعت بلبنها ذلك الصبي الذي كان زوجها حرمت على زوجها الثاني كذا روى بشر بن الوليد عن محمد لان ذلك الصبي صار ابنا لزوجها فصارت هي منكوحة ابنه من الرضاع فحرمت عليه ولو زوج رجل أم ولده مملوكا له صغيرا فأرضعته بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى مولاها لان الزوج صار ابنا لزوجها فصارت هي موطوءة أبيه فتحرم عليه ولا يجوز للمولى أن يطأها بملك اليمين لانها

[ 14 ]

منكوحة ابنه ولو تزوج صغيرة فطلقها ثم تزوج كبيرة لها لبن فأرضعتها حرمت عليه لانها صارت أم منكوحة كانت له فتحرم بنكاح البنت والله عزوجل أعلم. { فصل }  
وأما بيان ما يثبت به الرضاع أي يظهر فالرضاع يظهر بأحد أمرين أحدهما الاقرار والثاني البيينة أما الاقرار فهو ان يقول لامرأة تزوجها هي أختى من الرضاع أو أمي من الرضاع أو بنتى من الرضاع ويثبت على ذلك ويصبر عليه فيفرق بينهما لانه أقر ببطلان ما يملك ابطاله للحال فيصدق فيه على نفسه وإذا صدق لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها فلا يكون نفي ابقاء النكاح فائدة فيفرق بينهما سواء صدقته أو كذبت لانه لان الحرمة ثابتة في زعمه ثم ان كان قبل الدخول بها فلها نصف المهر ان كذبت لان الزوج مصدق على نفسه لا عليها بابطال حقها في المهر وان كان بعد الدخول بها فلها كمال المهر والنفقة والسكنى لانه غير مصدق بابطال حقها فان أقر بذلك ثم قال أوهمت أو أخطأت أو غلطت أو نسيت أو كذبت فهما على النكاح ولا يفرق بينهما عندنا وقال مالك والشافعي يفرق بينهما ولا يصدق على الخطأ وغيره وجه قولهما انه أقر بسبب الفرقة فلا يملك الرجوع كما لو أقر باطلاق ثم رجع قال لامرأته كنت طلقتك ثلاثا ثم قال أوهمت والدليل عليه انه لو قال لامته هذه امرأتي أو أمي أو أختى أو ابنتى ثم قال أوهمت انه لا يصدق وتعتق كذا ههنا ولنا ان الاقرار اخبار فقوله هذه أختى اخبار منه انها لم تكن زوجته قط لكونها محرمة عليه على التأييد فإذا قال أوهمت صار كانه

قال ما تزوجتها ثم قال تزوجتها وصدقته المرأة ولو قال ذلك يقران على النكاح كذا هذا بخلاف الطلاق لان قوله كنت طلقتك ثلاثا اقرار منه بانشاء الطلاق الثلاث من جهته ولا يتحقق انشاء الطلاق الا بعد صحة النكاح فإذا أقر ثم رجع عنه لم يصدق وبخلاف قوله لامته هذه أمي أو ابنتي لان ذلك لا يقتضى نفى الملك في الاصل ألا ترى انها لو كانت أمه أو ابنته حقيقة جاز دخولها في ملكه حتى يقع العتق عليها من جهته فتضمن هذا اللفظ منه انشاء العتق عليها فإذا قال أوهمت لا يصدق كما لو قال هذه حرة ثم قال أوهمت وكذلك إذا أقر الزوج بهذا قبل النكاح فقال هذه أختي من الرضاع أو أمي أو بنتي وأصر على ذلك وداوم عليه لا يجوز له أن يتزوجها ولو تزوجها يفرق بينهما ولو قال أوهمت أو غلطت جاز له ان يتزوجها عندنا لما قلنا ولو جحد الاقرار فشهد شاهدان على اقراره فرق بينهما وكذلك إذا أقر بالنسب فقال هذه أمي من النسب أو بنتي أو أختي وليس لها نسب معروف وانها تصلح بنتا له أو أما له فانه يسئل مرة أخرى فان أصر على ذلك وثبت عليه يفرق بينهما لظهور النسب باقراره مع اصراره عليه وان قال أوهمت أو أخطأت أو غلطت يصدق ولا يفرق بينهما عندنا لما قلنا وان كان لها نسب معروف أو لا تصلح أما أو بنتا له لا يفرق بينهما وان دام على ذلك لانه كاذب في اقراره بيقين والله أعلم وأما البينة فهي ان يشهد على الرضاع رجلان أو رجل أو امرأتان ولا يقبل على الرضاع أقل من ذلك ولا شهادة النساء بانفرادهن وهذا عندنا وقال الشافعي يقبل فيه شهادة أربع نسوة وجه قوله ان الشهادة على الرضاع شهادة على عورة إذ لا يمكن تحمل الشهادة الا بعد النظر إلى الثدي وانه عورة فيقبل شهادة النساء على الانفراد كالولادة ولنا ما روى محمد بن عكرمة بن خالد المخزومي عن عمر رضى الله عنه انه قال لا يقبل على الرضاع أقل من شاهدين وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم يظهر النكير من أحد فيكون اجماعا ولان هذا باب مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالمال وانما قلنا ذلك لان الرضاع مما يطلع عليه الرجال أما ثدى الامة فلانه يجوز للجانب النظر إليه وأما ثدى الحرة فيجوز لمحارمها النظر إليه فثبت ان هذه الشهادة مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد لان قبول شهادتهن بانفرادهن في أصول الشرع للضرورة وهى ضرورة عدم اطلاق الرجال على المشهود به فإذا جاز الاطلاع عليه في الجملة لم تتحقق الضرورة بخلاف الولادة فانه لا يجوز لاحد فيها من الرجال الاطلاع عليها فدعت الضرورة إلى القبول وإذا شهدت امرأة على الرضاع فالافضل للزوج ان يفارقها لما روى عن محمد ان عقبة ابن الحرث قال تزوجت بنت أبي اهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت انى أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله صلى

[ 15 ]

الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم فارقها فقلت امرأة سوداء وانها كيت وكيت فقال صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل وفي بعض الروايات قال عقبة فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعرض ثم ذكرته فأعرض حتى قال في الثالثة أو الرابعة فدعها إذا وقوله فارقها أو فدعها إذا ندب إلى الافضل والاولى ألا ترى انه صلى الله عليه وسلم لم يفرق بينهما بل أعرض ولو كان التفريق واجبا لما أعرض فدل قوله صلى الله عليه وسلم فارقها على بقاء النكاح وروى ان رجلا تزوج امرأة فجاءت امرأة فزعمت انها أرضعتهم فسال الرجل عليا رضى الله عنه فقال هي امرأتك ليس أحد يحرمها عليك فان تنزهت فهو أفضل وسأل ابن عباس رضى الله عنهما فقال له مثل ذلك ولانه يحتمل ان تكون صادقة في شهادتها فكان الاحتياط هو

المفارقة فإذا فارقتها فالأفضل له أن يعطيها نصف المهر إن كان قبل الدخول بها  
 لاحتمال صحة النكاح لاحتمال كذبها في الشهادة والأفضل لها إن لا تأخذ شيئاً منه  
 لاحتمال فساد النكاح لاحتمال صدقها في الشهادة وإن كان بعد الدخول فالأفضل  
 للزوج إن يعطيها كمال المهر والنفقة والسكنى لاحتمال جواز النكاح والأفضل لها إن  
 تأخذ الأقل من مهر مثلها ومن المسمى ولا تأخذ النفقة والسكنى لاحتمال الفساد وإن  
 لم يطلقها فهو في سعة من المقام معها لأن النكاح قائم في الحكم وكذا إذا شهدت  
 امرأتان أو رجل وامرأة أو رجلان غير عدلين أو رجل وامرأتان غير عدل لما قلنا وإذا  
 شهد رجلان أو رجل وامرأتان وفرق بينهما فإن كان قبل الدخول بها فلا شيء لها لأنه  
 تبين أن النكاح كان فاسداً وإن كان بعد الدخول بها يجب لها الأقل من المسمى ومن  
 مهر المثل ولا تجب النفقة والسكنى في سائر الانكحة الفاسدة والله عز وجل أعلم. {  
 كتاب النفقة} النفقة أنواع أربعة نفقة الزوجات ونفقة الأقارب ونفقة الرقيق ونفقة  
 البهائم والجمادات أما نفقة الزوجات فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان وجوبها  
 وفي بيان سبب الوجوب وفي بيان الشرائط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب منها  
 وفي بيان كيفية وجوبها وبيان سبب الوجوب وفي بيان ما يسقطها بعد وجوبها  
 وصورته ديناً في الذمة أما وجوبها فقد دل عليه الكتاب والسنة والاجماع والمعقول  
 أما الكتاب العزيز فقوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم أي على قدر  
 ما يجده أحدكم من السعة والمقدرة والأمر بالأمر بالاسكان أمر بالاتفاق لأنها لا تصل إلى  
 النفقة إلا بالخروج والاكتساب وفي حرف عبد الله بن مسعود رضى الله عنه  
 أسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم وهو نص وقوله عز وجل ولا  
 تضاروهن لتضيقوا عليهن أي لا تضاروهن في الاتفاق عليهن فتضيقوا عليهن النفقة  
 فيخرجن أو لا تضاروهن في المسكن فتدخلوا عليهن من غير استئذان فتضيقوا  
 عليهن المسكن فيخرجن وقوله عز وجل وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى  
 يضعن حملهن وقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله  
 عز وجل لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله وقوله  
 عز وجل ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف قيل هو المهر والنفقة وأما النسبة فما روى  
 عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوار  
 لا يملكن لأنفسهن شيئاً وإنما أخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله  
 لكم عليهن حق إن لا يوطئن فرشكم أحداً ولا يأذن في بيوتكم لأحد تکرهونه فإن  
 خفتم نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح ولهن  
 عليكم كسوتهن ورزقهن بالمعروف ثم قال ثلاثاً الأهل بلغت ويحتمل أن يكون هذا  
 الحديث تفسيراً لما أجمل الحق في قوله ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف فكان  
 الحديث مبيناً لما في الكتاب أصله وروى إن رجلاً جاء إلى رسول الله صلى الله عليه  
 وسلم فقال ما حق المرأة على الزوج فقال صلى الله عليه وسلم يطعمها إذا اطعم  
 ويكسوها إذا كسى وإن لا يهجرها إلا في المبيت ولا يضربها ولا يقبح وقال النبي صلى  
 الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك

[ 16 ]

بالمعروف ولو لم تكن النفقة واجبة لم يحتمل أن يأذن لها بالأخذ من غير إذنه وأما  
 الاجماع فلأن الأمة أجمعت على هذا وأما المعقول فهو إن المرأة محبوسة بحبس  
 النكاح حقاً للزوج ممنوعة عن الاكتساب بحقه فكان نفع حبسها عائداً إليه فكانت  
 كفايتها عليه كقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمن ولأنها إذا كانت محبوسة  
 بحبسه ممنوعة عن الخروج للكسب بحقه فلو لم يكن كفايتها عليه لهلك ولهذا جعل



للقاضى رزق في بيت مال المسلمين لحقهم لانه محبوس لجهتهم ممنوع عن الكسب فجعلت نفقته في مالهم وهو بيت المال كذا هنا { فصل } وأما سبب وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلماء فيه قال اصحابنا سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها وقال الشافعي السبب هو الزوجية وهو كونها زوجة له وربما قالوا ملك النكاح للزوجة عليها وربما قالوا القوامية واحتج بقوله تعالى الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من أموالهم أوجب النفقة عليهم لكونهم قوامين والقوامية تثبت بالنكاح فكان سبب وجوب النفقة النكاح لان الاتفاق على المملوك من باب اصلاح الملك واستبقائه فكان سبب وجوبه الملك كنفقة المماليك ولنا ان حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح مؤثر في استحقاق النفقة لها عليه لما بينا فاما الملك فلا اثر له لانه قد قوبل بعوض مرة وهو المهر فلا يقابل بعوض آخر إذ العوض الواحد لا يقابل بعوضين ولا حجة له في الآية لان فيها اثبات القوامية بسبب النفقة لا ايجاب النفقة بسبب القوامية وعلى هذا الاصل يبنى انه لا نفقة على مسلم في نكاح فاسد لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح لان حق الحبس لا يثبت في النكاح الفاسد وكذا النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة وكذا في عدة منه ان ثبت حق الحبس لانه لم يثبت بسبب النكاح لانعدامه وانما يثبت لتحصين الماء ولان حال العدة لا يكون أقوى من حال النكاح فلما لم تجب في النكاح فلان لا تجب العدة أولى وتجب في العدة من نكاح صحيح لوجود سبب الوجوب وهو استحقاق الحبس للزوج عليها بسبب النكاح لان النكاح قائم من وجه فتستحق النفقة كما كانت تستحقها قبل الفرقة بل أولى لان حق الحبس بعد الفرقة تأكد بحق الشرع وتأكد السبب يوجب تأكد الحكم فلما وجبت قبل الفرقة فبعدها أولى سواء كانت العدة عن فرقة بطلان أو عن فرقة بغير طلاق وسواء كانت الفرقة بغير طلاق من قبل الزوج أو من قبل المرأة الا إذا كانت من قبلها بسبب محذور استحسانا أو شرح هذه الجملة ان الفرقة إذا كانت من قبل الزوج بطلاق فلها النفقة والسكنى سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا وسواء كانت حاملا أو حائلا بعد ان كانت مدخولا بها عندنا لقيام حق حبس النكاح وعند الشافعي ان كانت مطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا وهي حامل فكذلك فاما المبتوتة إذا كانت حاملا فلها السكنى ولا نفقة لها لزوال النكاح بالابانة وكان ينبغي أن لا يكون لها السكنى الا انه ترك القياس في السكنى بالنص وعند ابن أبي ليلى لا نفقة للمبتوتة ولا سكنى لها والمسألة ذكرت في كتاب الطلاق وفي بيان أحكام العدة وسواء كان الطلاق ببذل أو بغير بدل وهو الخلع والطلاق على مال لما قلنا ولو خالعهما على أن يبرأ من النفقة والسكنى يبرأ من النفقة ولا يبرأ من السكنى لكنه يبرأ عن مؤنة السكنى لان النفقة حقها على الخلوص وكذا المعتدة اسقاطه ولو أبرأته عن النفقة من غير قطع لا يصلح الابراء لان الابراء اسقاط الواجب فيستدعى تقدم الوجوب والنفقة تجب شيئا فشيئا على حسب مرور الزمان فكان الابراء اسقاطا قبل الوجوب فلم يصح بخلاف ما إذا اختلعت نفسها على نفقتها لما ذكرناه في الخلع ولانها جعلت الابراء عن النفقة عوضا عن نفسها في العقد ولا يصح ذلك الا بعد سابقة الوجوب فيثبت الوجوب مقتضى الخلع باصطلاحهما كما لو اصطلاحا على النفقة انها تجب وتصير دينا في الذمة كذا هذا وكذلك الفرقة بغير طلاق إذا كانت من قبله فلها النفقة والسكنى سواء كانت بسبب مباح كخيار البلوغ أو بسبب محذور كالردة ووطئ أمها أو ابنتها أو تقييلهما بشهوة بعد ان يكون بعد الدخول بها لقيام السبب وهو حق

الحبس للزوج عليها بسبب النكاح وإذا كانت من قبل المرأة فإن كانت بسبب مباح كخيار الإدراك وخيار العتق وخيار عدم الكفاءة فكذلك لها الفقة والسكنى وإن كانت بسبب محظور بان ارتدت أو طأعت ابن زوجها أو أباه أو لمستته بشهوة فلا نفقة لها استحسانا ولها السكنى وإن كانت مستكرهة والقياس إن يكون لها النفقة والسكنى في ذلك كله وجه القياس إن حق الحبس قائم وتستحق النفقة كما إذا كانت الفرقة من قبلها بسبب مباح وكما إذا كانت الفرقة من قبل الزوج بسبب مباح أو محظور وللإستحسان وجهان أحدهما إن حق الحبس قد بطل بردتها إلا ترى أنها تحبس بعد الردة جبرا لها على الإسلام لثبوت بقاء حق النكاح فلم تجب النفقة بخلاف ما إذا كانت الفرقة بسبب مباح لأن هناك حبس النكاح قائم فبقيت النفقة وكذا إذا كانت من قبل الزوج بسبب هو معصية لأنها لا تحبس بردة الزوج فيبقى حبس النكاح فتبقى العدة لكن هذا يشكل بما إذا طأعت ابن زوجها أو قبلته بشهوة أنها لا تستحق النفقة وإن بقي حبس النكاح ما دامت العدة قائمة ولا اشكال في الحقيقة لأن هناك عدم الاستحقاق لانعدام شرط من شرائط الاستحقاق وهو إن لا يكون الفرقة من قبلها خاصة بفعل هو محظور مع قيام السبب وهو حبس النكاح فاندفع الاشكال بحمد الله تعالى والثاني إن حبس النكاح إنما أوجب النفقة عليه صلة لها فإذا وقعت الفرقة بفعلها الذي هو معصية لم تستحق الصلة إذ الجاني لا يستحق الصلة بل يستحق الزجر وذلك في الحرمان في الاستحقاق كمن قتل مورثه بغير حق أنه يحرم الميراث لما قلنا كذا هذا بخلاف ما إذا كانت مستكرهة على الوطئ لأن فعلها ليس بجناية فلا يوجب حرمان الصلة وكذا إذا كانت الفرقة بسبب مباح وبخلاف الزوج لأن النفقة حقها قبل الزوج فلا يؤثر فعله الذي هو معصية في إسقاط حق الغير فهو الفرق بين الفصلين وإنما لم تحرم السكنى بفعلها الذي هو معصية لما قلنا إن في السكنى حق الله تعالى فلا يحتمل السقوط بفعل العبد ولو ارتدت في النكاح حتى حرمت النفقة ثم أسلمت في العدة لا تستحق النفقة ولو ارتدت في العدة ثم أسلمت وهي في العدة تعود النفقة ووجه الفرق إن النفقة في الفصل الثاني بقيت واجبة بعد الفرقة قبل الردة لبقاء سبب الوجوب وهو حبس النكاح وقت وجوب العدة ثم امتنع وجوبها من بعد تعارض الردة فإذا عادت إلى الإسلام فقد زال العارض فتعود النفقة وأما في الفصل الأول فالنفقة لم تبق واجبة وقت وجوب العدة لبطلان سبب وجوبها بالردة في حق حبس النكاح لأن الردة أوجبت بطلان ذلك الحبس فلا يعود من غير تجديد النكاح فلا تعود النفقة بدونه والأصل في هذا إن كل امرأة لم تبطل نفقتها بالفرقة ثم بطلت في العدة لعارض منها ثم زال العارض في العدة تعود نفقتها وكل من بطلت نفقتها بالفرقة لا تعود النفقة في العدة وإن زال سبب الفرقة في العدة بخلاف ما إذا نشزت ثم عادت أنها تستحق النفقة لأن النشوز لم يوجب بطلان حق الحبس الثابت بالنكاح وإنما فوت التسليم المستحق بالعقد فإذا عادت فقد سلمت نفسها فاستحقت النفقة ولو طأعت ابن زوجها أو أباه في العدة أو لمستته بشهوة فإن كانت معتدة من طلاق وهو رجعى فلا نفقة لها لأن الفرقة ما وقعت بالطلاق وإنما وقعت بسبب وجد منها وهو محظور وإن كان الطلاق بائنا أو كانت معتدة عن فرقة بغير طلاق فلها النفقة والسكنى بخلاف ما إذا ارتدت في العدة أنه لا نفقة لها إلى أن تعود إلى الإسلام وهي في العدة لأن حبس النكاح يفوت بالردة ولا يفوت بالمطوعة والميس ولو ارتدت في العدة ولحقت بدار الحرب ثم عادت واسلمت أو سييت واعتقت أو لم تعتق فلا نفقة لها لأن العدة قد بطلت باللاحق بدار الحرب لأن الردة مع اللحاق بمنزلة الموت ولو طلق امرأته وهي أمة طلاقا بائنا وقد كان المولى بوأها مع زوجها بيتا حتى

وجبت النفقة ثم أخرجها المولى لخدمته حتى سقطت النفقة ثم أراد ان يعيدها إلى الزوج ويأخذ النفقة كان له ذلك وان لم يكن بوأها المولى بيتا حتى طلقها الزوج ثم أراد ان يبؤها مع الزوج في العدة لتجب النفقة فانها لا تجب وجه الفرق ان النفقة كانت واجبة في الفصل الاول لوجود سبب الوجوب وهو الاحتباس وشرطه وهو التسليم الا انه لما أخرجها إلى خدمته فقد فوت على الزوج الاحتباس الثابت حقا له والتسليم فامتنع وجوب النفقة حقا له فإذا أعادها إلى الزوج عاد حقه فيعود حق

[ 18 ]

المولى في النفقة فاما في الفصل الثاني فالنفقة ما كانت واجبة في العدة لانعدام سبب الوجوب أو شرط الوجوب وهو التسليم فهو بالبينونة يريد الزام الزوج النفقة ابتداء في العدة فلا يملك ذلك والاصل في ذلك ان كل امرأة كانت لها النفقة يوم الطلاق ثم صارت إلى حال لا نفقة لها فيها فلها ان تعود وتأخذ النفقة وكل امرأة لا نفقة لها يوم الطلاق فليس لها نفقة أبدا الا الناشزة وتفسير ذلك والوجه فيه ما ذكرنا ويستوى في نفقة المعتدة عدة الاقراء وعدة الاشهر وعدة الحمل لاستواء الكل في سبب الاستحقاق فينفق عليها ما دامت في العدة وان تطاولت المدة لعذر الحبل أو لعذر آخر ويكون القول في ذلك قولها لان ذلك أمر يعرف من قبلها حتى لو ادعت انها حامل أنفق عليها إلى سنتين منذ طلقها لان الولد يبقى في البطن إلى سنتين فان مضت سنتان ولم تضع فقالت كنت أتوهم اني حامل ولم أحض إلى هذه الغاية وطلبت النفقة لعذر امتداد الطهر وقال الزوج انك ادعيت الحمل فانما تجب على النفقة لعدة الحمل واكثر مدة الحمل سنتان وقد مضى ذلك فلا نفقة على فان القاضي لا يلتفت إلى قوله ويلزمه النفقة إلى ان تنقضي عدتها بالاقراء وتدخل في عدة الاياس لان أحد العذرين ان بطل وهو عذر الحمل فقد بقى الآخر وهو عذر امتداد الطهر إذ الممتد طهرها من ذوات الاقراء وهي مصدقة في ذلك فان لم تحض حتى دخلت في حد الاياس أنفق عليها ثلاثة أشهر فان حاضت في الاشهر الثلاثة واستقبلت العدة بالحيض فلها النفقة لانها معتدة وكذلك لو كانت صغيرة يجامع مثلها فطلقها بعد ما دخل بها انفق عليها ثلاثة أشهر فان حاضت في الاشهر الثلاثة واستقبلت عدة الاقراء انفق عليها حتى تنقضي عدتها لما قلنا وان طالبت امرأة بالنفقة وقدمته إلى القاضي فقال الرجل للقاضي قد كنت طلقته منذ سنة ووقد انقضت عدتها في هذه المدة ووجدت المرأة الطلاق فان القاضي لا يقبل قول الزوج انه طلقها منذ سنة ولكن يقع الطلاق عليها منذ أقر به عند القاضي لانه يصدق في حق نفسه لا في ابطال حق الغير فان أقام شاهدين على انه طلقها منذ سنة والقاضي لا يعرفهما أمره القاضي بالنفقة وفرض لها عليه النفقة لان الفرقة منذ سنة لم تظهر بعد فان أقام بينة عادلة أو أقرت هي انها قد حاضت ثلاث حيض في هذه السنة فلا نفقة لها على الزوج وان كانت أخذت منه شيئا ترده عليه لظهور ثبوت الفرقة منذ سنة وانقضاء العدة وان قالت لم أحض في هذه السنة فالقول قولها ولها النفقة لان القول في انقضاء العدة قولها فان قال الزوج قد أخبرتني ان عدتها قد انقضت لم يقبل قوله في ابطال نفقتها لانه غير مصدق عليها في ابطال حقها ولو طلق امرأته ثلاثا أو بائنا فامتدت عدتها إلى سنتين ثم ولدت لاكثر من سنتين وقد كان الزوج أعطاه النفقة إلى وقت الولادة فانه يحكم بانقضاء عدتها قبل الولادة لستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد ويسترد نفقة ستة أشهر قبل الولادة وعند أبي يوسف لا يسترد شيئا من النفقة وكذلك إذا اطلق امرأته في حال المرض فامتد مرضه إلى سنتين وامتدت عدتها إلى سنتين ثم ولدت المرأة بعد الموت بشهر وقد كان أعطاه النفقة إلى وقت الوفاة فانها لا ترث ويسترد منها نفقة

سنة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تراث ولا يسترد شيئاً من النفقة وقد مرت المسئلتان في كتاب الطلاق ولا نفقة في الفرقة قبل الدخول بأي سبب كانت لارتفاع النكاح من كل وجه فيعدم السبب وهو الحبس الثابت بالنكاح وأم الولد إذا أعتقها مولاها ووجبت عليها العدة لا نفقة لها وإن كانت محبوسة ممنوعة عن الخروج لأن هذا الحبس لم يثبت بسبب النكاح وإنما يثبت لتحسين الماء فاشبهت المعتدة من النكاح الفاسد ولأن نفقتها قبل العتق إنما وجبت بالاحتباس وأنه قائم (فصل) وأما شرط وجوب هذه بالاعتاق ونفقة الزوجة إنما وجبت بالاحتباس وأنه قائم (فصل) وأما شرط وجوب هذه النفقة فلوجوبها شرطان أحدهما يعم النوعين جميعاً أعنى نفقة النكاح ونفقة العدة والثاني يخص أحدهما وهو نفقة العدة أما الأولى فتسليم المرأة نفسها إلى الزوج وقت وجوب التسليم ونعنى بالتسليم التخلية وهي أن تخلى بين نفسها وبين زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها حقيقة إذا كان المانع من قبلها أو من قبل غير الزوج فإن لم يوجد التسليم على هذا التفسير وقت وجوب التسليم فلا نفقة لها وعلى هذا تخرج مسائل إذا

[ 19 ]

تزوج بالغة حرة صحيحة سليمة ونقلها إلى بيته فلها النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه وكذلك إذا لم ينقلها وهي بحيث لا تمنع نفسها وطلبت النفقة ولم يطالبها بالنفقة فلها النفقة لأنه وجد سبب الوجوب وهو استحقاق الحبس وشرطه وهو التسليم على التفسير الذي ذكرنا فالزوج بترك النقلة ترك حق نفسه مع إمكان الاستيفاء فلا يبطل حقها في النفقة فإن طالبها بالنفقة فامتنعت فإن كان امتناعها بحق بان امتنعت لاستيفاء مهرها العاجل فلها النفقة لأنه لا يجب عليها التسليم قبل استيفاء العاجل من مهرها فلم يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم وعلى هذا قالوا لو طالبها بالنفقة بعدما أوفاه المهر إلى دار موصوبة فامتنعت فلها النفقة لأن امتناعها بحق فلم يجب عليها التسليم فلم تمتنع من التسليم حال وجوب التسليم ولو كانت ساكنة منزلها فمنعته من الدخول عليها لا على سبيل النشوز فإن قالت حولني إلى منزلك أو أكثر لي منزلاً أنزله فاني احتاج إلى منزلي هذا أخذ كراءه فلها النفقة لأن امتناعها عن التسليم في بيتها لغرض التحويل إلى منزله أو الكراء امتناع بحق فلم يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم وإن كان بغير حق بان كان الزوج قد أوفاه مهرها أو كان مؤجلاً فلا نفقة لها لانعدام التسليم حال وجوب التسليم فلم يوجد شرط الوجوب فلا تجب ولهذا لم تجب النفقة للناشزة وهذه ناشزة ولو منعت نفسها عن زوجها بعدما دخل بها برضاها لاستيفاء مهرها فلها النفقة عند أبي حنيفة لأنه منع بحق عنده وعندهما لا نفقة لها لكونه منعاً بغير حق عندهما ولو منعت نفسها عن زوجها بعدما دخل بها على كره منها فلها النفقة محقة في المنع وإن كانت صغيرة يجامع مثلها فهي كالبالغة في النفقة لأن المعنى الموجب للنفقة يجمعهما وإن كانت لا يجامع مثلها فلا نفقة لها عندنا وعند الشافعي لها النفقة بناء على أن سبب الوجوب عنده النكاح وشرطه عدم النشوز وقد وجد أو شرط الوجوب عندنا تسليم النفس ولا يتحقق التسليم في الصغيرة التي لا يجامع مثلها لا منها ولا من غيرها لقيام المانع في نفسها من الوطئ والاستمتاع لعدم قبول المحل لذلك فأنعدم شرط الوجوب فلا يجب وقال أبو يوسف إذا كانت الصغيرة تخدم الزوج وينتفع الزوج بها بالخدمة فسلمت نفسها إليه فإن شاء ردها وإن شاء أمسكها فإن أمسكها فلها النفقة وإن ردها فلا نفقة لها لأنها إذا لم تحتمل الوطئ لم يوجد التسليم الذي أوجبه العقد فكان له أن يمتنع من القبول فإن أمسكها فلها النفقة لأنه حصل له منها نوع

منفعة وضرب من الاستمتاع وقد رضى بالتسليم القاصر وان ردها فلا نفقة لها حتى  
يجئ حال يقدر فيها على جماعها لانعدام التسليم الذي أوجبه العقد وعدم رضاه  
بالتسليم القاصر وان كان الزوج صغيرا والمرأة كبيرة فلها النفقة لوجود التسليم منها  
على التفسير الذي ذكرنا وانما عجز الزوج عن القبض وأنه ليس بشرط لوجوب  
النفقة وكذلك لو كان الزوج مجبوبا أو عنيانا أو محبوسا في دين أو مريضا لا يقدر على  
الجماع أو خارجا للحج فلها النفقة لما قلنا ولو كانت المرأة مريضة قبل النقلة مرضا  
يمنع من الجماع فنقلت وهى مريضة فلها النفقة بعد النقلة وقبلها أيضا فإذا طلبت  
النفقة فلم ينقلها وهى لا تمتنع من النقلة لو طالبها الزوج وان كانت تمتنع فلا نفقة لها  
كالصحيحة كذا ذكر في ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه لا نفقة لها قبل النقلة  
فإذا نقلت وهى مريضة فله أن يردها وجه رواية أبى يوسف أنه لم يوجد التسليم إذ هو  
تخلية وتمكين ولا يتحقق ذلك مع المانع وهو تبوؤ المحل فلا تستحق النفقة كالصغيرة  
التي لا تحتمل الوطئ وإذا سلمت نفسها وهى مريضة له ان يردها لان التسليم الذى  
أوجبه العقد وهو التسليم الممكن من الوطئ لما لم يوجد كان له أن لا يقبل التسليم  
إلى لم يوجبه العقد وهكذا قال أبو يوسف في الصغيرة التي لم يجمع مثلها أن له ان  
يردها لما قلنا وجه ظاهر الرواية أن التسليم في حق التمكين من الوطئ ان لم يوجد  
فقد وجد في حق التمكين من الاستمتاع وهذا يكفى لوجوب النفقة كما في الحائض  
والنفساء والصائمة صوم رمضان وإذا امتنعت فلم يوجد منها التسليم رأسا فلا  
تستحق النفقة وقال أبو يوسف إذا كانت المريضة تؤنسه وينتفع بها في غير الجماع  
فان شاء ردها وان شاء أمسكها فان أمسكها فلها النفقة وان ردها فلا نفقة لها لما  
ذكرنا في الصغيرة وان نقلت وهى صحيحة ثم مرضت في بيت الزوج مرضا لا  
تستطيع معه الجماع لم تبطل نفقتها بلا خلاف لان التسليم المطلق وهو التسليم

[ 20 ]

الممكن من الوطئ والاستمتاع قد حصل بالانتقال لانها كانت صحيحة كذا الانتقال ثم  
قصر التسليم لعارض يحتمل الزوال فاشبه الحيض أو نقول التسليم المستحق بالعقد  
في حق المريضة التي لا تحتمل الجماع قبل الانتقال وبعده هو التسليم في حق  
الاستمتاع لا في حق الوطئ كما في حق الحائض وكذا إذا نقلها ثم ذهب عقلها  
فصارت معتوهة مغلوبة أو كبرت فطعننت في السن حتى لا يستطيع زوجها جماعها أو  
أصابها بلاء فلها النفقة لما قلنا ولو حبست في دين ذكر في الجامع الكبير أن لا نفقة  
لها ولم يفصل بين ما إذا كان الحبس قبل الانتقال أو بعده وبين ما إذا كانت قادرة  
على التخلية أولا لان حبس النكاح قد بطل باعراض حبس الدين لان صاحب الدين  
أحق بحبسها بالدين وفات التسليم أيضا بمعنى من قبلها وهو مطلقا فصارت كالناشزة  
وذكر الكرخي أنها إذا كانت محبوسة في دين من قبل النقلة فان كانت تقدر على أن  
تخلى بينه وبين نفسها فلها النفقة وان كانت في موضع لا تقدر على التخلية فلا نفقة  
لها وهذا تفسير ما أجمله محمد في الجامع لانها إذا كانت تقدر على أن توصله إليها  
فالظاهر منها عدم المنع لو طالبها الزوج وهذا تفسير التسليم فان لم يطالبها  
فالتقصير جاء من قبله فلا يسقط حقها وان كانت لا تقدر على التخلية فالتسليم فات  
بمعنى من قبلها وهو مماطلتها فلا تستوجب النفقة ولو حبست بعد النقلة لم تبطل  
نفقتها لما قلنا في المريضة وذكر القدوري أن ما ذكره الكرخي في الحبس محمول  
على على ما إذا كانت محبوسة لا تقدر على قضائه فاما إذا كانت قادرة على القضاء  
فلم تقض فلا نفقة لها وهذا صحيح لانها إذا لم تقض مع القدرة على القضاء صارت  
كأنها حبست نفسها فتصير بمعنى الناشزة ولو فرض القاضى لها النفقة ثم أخذها

رجل كارهة فهرب بها شهرا أو غصبها غاصب لم يكن لها نفقة في المدة التي منعها لفوات التسليم لا لمعنى من جهة الزوج وروى عن أبى يوسف أن لها النفقة لان الفوات ما جاء من قبلها والرتقاء والقرناء لهما النفقة بعد النقلة وقبلها إذا طلبتا ولم يظهر منهما الامتناع في ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أن لهما النفقة بعد الانتقال فاما قبل الانتقال فلا نفقة لهما وجه رواية أبى يوسف أن التسليم الذى أوجبه العقد لم يوجد في حقهما قبل الانتقال وبعده الا أنه لما قبلهما مع العلم بالعيب فقد رضى بالتسليم القاصر كما قال في المريضة الا أن ههنا قال لا يجوز له أن يردهما وقال في الصغيرة التى ينتفع بها في الخدمة والمريضة التى يستأنس بها أن له أن يردهما وجه ظاهر الرواية ان العقد انعقد في حقهما موجبا تسليم مثلهما وهو التمكين من الاستمتاع دون الوطئ وهذا النوع من التسليم يكفى لاستحقاق النفقة كتسليم الحائض والنفساء والمحرمة والصائمة مع ما ان التسليم المطلق يتصور منهما بواسطة ازالة المانع من الرتق والقرن بالعلاج فيمكن الانتفاع بهما وطأ ولو حجت المرأة حجة فريضة فان كان ذلك قبل النقلة فان حجت بلا محرم ولا زوج فهى ناشرة وان حجت مع محرم لها دون الزوج فلا نفقة لها في قولهم جميعا لانها امتنعت من التسليم بعد وجوب التسليم فصارت كالناشرة وان كانت انتقلت إلى منزل الزوج ثم حجت مع محرم لها دون الزوج فقد قال أبو يوسف لها النفقة وقال محمد لا نفقة لها وجه قول محمد ان التسليم قد فات بامر من قبلها وهو خروجها فلا تستحق النفقة كالناشرة ولا يبي يوسف ان التسليم المطلق قد حصل بالانتقال إلى منزل الزوج ثم فات بعارض أداء فرض وهذا لا يبطل النفقة كما لو انتقلت إلى منزل زوجها ثم لزمها صوم رمضان أو نقول حصل التسليم المطلق بالانتقال ثم فات لعذر فلا تسقط النفقة كالمريضة ثم إذا وجبت لها النفقة على أصل أبى يوسف يفرض لها القاضى نفقة الإقامة لا نفقة السفر لان الزوج لا يلزمه الا نفقة الحضر فأما زيادة المؤنة التى تحتاج إليها المرأة في السفر من الكراء ونحو ذلك فهى عليها لا عليه لانها لاداء الفرض والفرض عليها فكانت تلك المؤنة عليها لا عليه كما لو مرضت في الحضر كانت المداواة عليها لا على الزوج فان جاورت بمكة أو أقامت بها بعد أداء الحج اقامة لا تحتاج إليها سقطت نفقتها لانها غير معذورة في ذلك فصارت كالناشرة فان طلبت نفقة ثلاثة أشهر قدر الذهاب والمجئ لم يكن على الزوج ذلك ولكن يعطيها نفقة شهر واحد فإذا عادت أخذت ما بقى لان الواجب عليه لها نفقة الإقامة لا نفقة السفر ونفقة الإقامة تفرض لها كل شهر فشهر

[ 21 ]

وهذه الجملة لا تتفرع على أصل محمد هذا إذا لم يخرج الزوج معها إلى الحج فأما إذا خرج فلها النفقة بلا خلاف لوجود التسليم المطلق لامكان الانتفاع بها وطأ واستمتاعا في الطريق فصارت كالمقيمة في منزله ولو آلى منها أو ظاهر منها فلها النفقة لان حق الحبس قائم والتسليم موجود ولتمكنه من وطئها والاستمتاع بها بغير واسطة في الايلاء وبواسطة تقديم الكفارة في الظهار فوجد سبب وجوب النفقة وشرط وجوبها فتجب ولو تزوج أخت امرأته أو عمتها أو خالتها ولم يعلم بذلك حتى دخل بها فرق بينهما ووجب عليه أن يعتزلها مدة عدة أختها فلا مرأته النفقة لو جود سبب الوجوب وشرطه وهو التسليم الا انه امتنع الانتفاع بها بعارض يزول فأشبهه الحيض والنفاس وصوم رمضان ولا نفقة لاختها وان وجبت عليها العدة لانها معتدة من نكاح فاسد وعلى هذا الاصل يخرج ما إذا تزوج حر أو عبد أو أمة أو قنة أو مدبرة أو أم ولد انه ان بواها المولى تجب النفقة والا فلا لان سبب الوجوب وهو حق الحبس وشرطه وهو

التسليم لا يتحقق بدون التبوئة لان التبوئة لان هو ان يخلى المولى بنيتها وبين زوجها في منزل زوجها لا يستخدمها فإذا كانت مشغولة بخدمة المولى لم تكن محبوسة عند الزوج ولا مسلمة إليه ولا يجبر المولى على التبوئة لان خدمتها حق المولى فلا يجبر الانسان على ايفاء حق نفسه لغيره فان بواها المولى ثم بداله أن يستخدمها فله ذلك لما ذكرنا ان خدمتها حق المولى لان منافع سائر الا أعضاء بقيت على ملكه وانما أعارها للزوج بالتبوئة وللمعير أن يسترد عاريته ولا نفقة على الزوج مدة الاستخدام لفوات التسليم فيها من جهة المولى ولو بواها مولاه بيت الزوج فكانت تجيء في أوقات إلى مولاه فتخدمه من غير ان يستخدمها قالوا لا تسقط نفقتها لان الاسترداد انما يحصل بالاستخدام ولم يوجد لان هذا القدر من الخدمة لا يقدر في التسليم كالحرية إذا خرجت إلى منزل أبيها وان كانت مكاتبة تزوجت باذن المولى حتى جاز العقد فلها النفقة ولا يشترط التبوئة لان خدمتها ليست حق المولى إذ لا حق للمولى في منافعها ألا ترى انه ليس للمولى أن يستخدمها فكانت في منافعها كالحرية فيجبر المولى على التسليم ويجب على الزوج النفقة والعبد إذا تزوج باذن المولى حرة أو أمة فهو في وجوب النفقة كالحر لا ستوائهما في سبب الوجوب وهو حق الحبس وشرطه وهو التسليم ولهذا استويا في وجوب المهر الا ان الفرق بينهما ان النفقة إذا صارت مفروضة على العبد تتعلق برقبته وكسبه يباع فيها الا ان يفديه المولى فيسقط حق الغريم كسائر الديون ويبدأ بها قبل الغلة لمولاه فان كان المولى ضرب عليه ضريبة فان نفقة امرأته تقدم على ضريبة مولاه لانها بالفرض صارت دينا في رقبته حيث يباع بها فأشبهه سائر الديون بخلاف الغلة فانها لا تحب للمولى على عبده دين في الحقيقة فان مات العبد قبل البيع بطلت النفقة ولا يؤخذ المولى بشئ لفوات محل التعليق فيبطل التعليق كالعبد المرهون إذا هلك يبطل الدين الذي تعلق به وكذلك إذا قتل العبد في ظاهر الرواية وذكر الكرخي انه إذا قتل كانت النفقة في قيمته وجه ما ذكره الكرخي ان القيمة قامت مقام العبد لانها بد له فتقوم مقامه كانه هو كما في سائر الديون وجه ظاهر الرواية ان القيمة انما تقام مقام القرية في الديون المطلقة لا فيما جرى مجرى الصلات النفقة تجرى مجرى الصلات على أصل أصحابنا لما نذكر ان شاء الله تعالى فتسقط بالموت قبل القبض كسائر الصلات ولهذا لو كان الزوج حرا فقتل خطأ سقت عندنا ولا تقام الدية مقامه فكذا إذا كان عبدا وكذلك المدير وأم الولد لما قلنا غير ان هؤلاء لا يباعون لان ديونهم تتعلق باكسابهم لا برقابهم لتعذر استيفائها من رقابهم لان الاستيفاء بالبيع ورقابهم لا تحتمل البيع وأما المكاتب فعندنا يعلق الدين بقربته وكسبه كالقن لتصور الاستيفاء من رقبته لاحتمال العجز لانه إذا عجز يعود قنا فيسعى فيها ما دام مكاتبا فإذا قضى بعجزه وصار قنا يباع فيها الا ان يفديه المولى كما في الكتابة وأما المعتق البعض فهو عند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب الا انه لا يتصور فيه العجز والبيع في الدين فيسعى في نفقتها وعندهما هو حر عليه دين ولا يجب على العبد نفقة ولده سواء كمن من امرأة حرة أو أمة لانه ان كان من حرة يكون حرا فلا يجب على العبد نفقة

[ 22 ]

الحر وتكون على الام نفقته ان كانت غنية وان كانت محتاجة فعلى من يرث الولد من القرابة وان كان من أمة فيكون عبدا لمولاه فلا يلزم غيره نفقته وكذلك الحر إذا تزوج أمة فولدت له أولادا فنفقة الاولاد على مولى الامة لانهم مماليكه والعبد والحر في ذلك سواء وكذلك المدبرة وأم الولد في هذا كالامة القنة لما قلنا وان كان مولى الامة في هذه المسائل فقيرا والزوج أب الولد غنيا لا يؤمر الاب بالنفقة على ولده بل

اما ان يبيعه مولاه أو ينفق عليه ان كان من أمة قنة وان كان من مدبرة أو أم ولد ينفق الاب عليه ثم يرجع على المولى إذا أيسر لتعذر الجبر على البيع ههنا لعدم قبول المحل فأما إذا كانت مكاتبه فنفقة أولادها لا تجب على زوجها وانما تجب على الام المكاتبه سواء كان الاب حرا أو عبدا لان ولد المكاتبه ملك المولى رقبة وهو حق المكاتبه كسبا ألا ترى انها تستعين باكسابه في رقيتها وعتقها وإذا كانت اكسابه حقا لها كانت نفقته عليها لان نفقة الانسان تتبع كسبه قال النبي صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان زوج ابنته من عبده فلها النفقة على العبد لان البنت يجب لها على أبيها دين فيجوز أن يجب على عبد أبيها وان زوج أمته من عبده فنفتها جميعا على المولى لانها جميعا ملك المولى والله عزوجل أعلم والكتابية في استحقاق النفقة على زوجها المسلم كالمسلمة لاستوائهما في سبب الاستحقاق وشرطه والذمي في وجوب النفقة عليه لزوجه التي ليست من محارمه كالمسلم لاستوائهما في سبب الوجوب وشرطه ولان ما ذكرنا من دلائل الوجوب لا يوجب الفصل بين المسلم والذمي في النفقة ولقول النبي صلى الله عليه وسلم وإذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وعلى المسلم نفقة زوجته فهكذا على الذمي وأما إذا كانت من محارمه فقد قال أبو حنيفة انها إذا طلبت النفقة فان القاضي يقضى بالنفقة لها وعند أبي يوسف ومحمد وزفر والشافعي لا يقضى بناء على ان هذا النكاح فاسد عندهم وأما عند أبي حنيفة فقد ذكر بعض مشايخنا انه صحيح عندهم حتى قال انهما يقران عليه ولا يعترض عليهما قبل ان يترافعا أو يسلم أحدهما وذكر الكرخي ان هذا النكاح فاسد بالاجماع وانما أوجب أبو حنيفة النفقة مع فساد هذا النكاح لانها يقران عليه مع فساده عنده فان أبا حنيفة قال انى أفرض عليه النفقة لكل امرأة أقرت على نكاحها جائزا كان النكاح عندي أو باطلا ووجهه انه لما أقره على نكاحها فقد الحق هذا النكاح بالنكاح الصحيح في حق وجوب النفقة وقد يلحق النكاح الفاسد بالصحيح في بعض الاحكام من النسب والعدة وغير ذلك وبستوى في استحقاق هذه النفقة المعسرة والموسرة فتستحق الزوجة النفقة على زوجها وان كانت موسرة لاستوائهما في سبب الاستحقاق وشرطه ولان هذه النفقة لها شبه بالاعواض فيستوى فيها الفقير والغنى كنفقة القاضى والمضارب بخلاف نفقة المحارم انها لا تجب للغنى لانها تجب صلة محضة لمكان الحاجة فلا تجب عند عدم الحاجة وتجب هذه النفقة من غير قضاء القاضى لكنها لا تصير دينا في الذمة الا بقضاء أو رضا على ما نذكر ان شاء الله تعالى بخلاف نفقة ذوى الارحام فانها لا تجب من غير قضاء القاضى ونفقة الوالدين والمولودين تجب من غير قضاء القاضى والفرق بين هذه الجملة يذكر في نفقة الاقارب ان شاء الله تعالى ولا نفقة للناشزة لفوات التسليم بمعنى من جهتها وهو النشوز والنشوز في النكاح ان تمنع نفسها من الزوج بغير حق خارجة من منزله بان خرجت بغير اذنه وغابت أو سافرت فاما إذا كانت في منزله ومنعت نفسها في رواية فلها النفقة لانها محبوسة لحقه منتفع بها ظاهرا وغالبا فكان معنى التسليم حاصل والنشوز في العدة ان تخرج من بيت العدة مراغمة لزوجها أو تخرج لمعنى من قبلها وقد روى ان فاطمة بنت قيس كانت تبذو على احمائها فنقلها النبي صلى الله عليه وسلم إلى بيت ابن أم مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى لان الاخراج كان بمعنى من قبلها فصارت كأنها خرجت بنفسها مراغمة لزوجها وأما الثاني وهو الشرط الذي يخص نفقة العدة فهو ان لا يكون وجوب العدة بفرقة حاصلة من قبلها بسبب محذور استحسانا والقياس انه ليس بشرط وقد مر وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وكل امرأة لها النفقة فلها الكسوة لقوله



تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وغير ذلك من النصوص التي ذكرناها فيما تقدم ولان سبب وجوبها

[ 23 ]

لا يختلف وكذا شرط الوجوب ويجبان على الموسر والمعسر لان دليل الوجوب لا يفصل والله أعلم وكل امرأة لها النفقة لها السكنى لقوله عزوجل أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرأ ابن مسعود رضى الله عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم ولانها استويا في سبب الوجوب وشرطه وهو ما ذكرنا فيستويان في الوجوب ويستوى في وجوبهما أصل الموسر والمعسر لان دلائل الوجوب لا توجب الفصل وانما يختلفان في مقدار الواجب منهما وسنبينه ان شاء الله تعالى في موضعه ولو أراد الزوج ان يسكنها مع ضررتها أو مع احمائها كام الزوج وأخته وبنته من غيرها وأقاربه فأبت ذلك عليه ان يسكنها في منزل مفرد لانهن ربما يؤذيها ويضررن بها في المساكنة وابطؤها دليل الاذى والضرر ولانه يحتاج إلى ان يجامعها ويعاشرها في أي وقت يتفق ولا يمكنه ذلك إذا كان معهما ثالث حتى لو كان في الدار بيوت ففرغ لها بيتا وجعل لبيتها غلقا على حدة قالوا انها ليس لها ان تطالبه ببيت آخر ولو كانت في منزل الزوج وليس معها أحد يساكنها فشكت إلى القاضى ان الزوج يضربها ويؤذيها سأل القاضى جيرانها فان أخبروا بما قالت وهم قوم صالحون فالقاضي يؤدبه ويأمره بان يحسن إليها ويأمر جيرانه ان يتفصحو عنها وان لم يكن الجيران قوما صالحين أمره القاضى ان يحولها إلى جيران صالحين فان أخبروا القاضى بخلاف ما قالت أقرها هناك ولم يحولها وللزوج ان يمنع أباه وأمه وولدها من غيره ومحارمها من الدخول عليها لان المنزل منزله فكان له ان يمنع من شاء وليس له ان يمنعهم من النظر إليها وكلامها خارج المنزل لان ذلك ليس بحق له الا أن يكون في ذلك فتنة بان يخاف عليها الفساد فله ان يمنعهم من ذلك أيضا (فصل) وأما بيان مقدار الواجب منها فالكلام في هذا الفصل في موضعين أحدهما في بيان ما تقدر به هذه النفقة والثانى في بيان ما تقدر به اما الاول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا هذه النفقة غير مقدرة بنفسها بكفايتها وقال الشافعي مقدرة بنفسها على الموسر مدان وعلى المتوسط مد ونصف وعلى المعسر نصف مد واحتج بظاهر قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته أي قدر سعته فدل انها مقدرة ولانه اطعام واجب فيجب ان يكون مقدرا كالاطعام في الكفارات ولانها وجبت بدلا لانها تجب بمقابلة الملك عندي ومقابلة الحبس عندكم فكانت مقدرة كالثمن في البيع والمهر في النكاح ولنا قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مطلقا عن التقدير فمن قدر فقد خالف النص ولانه أوجبها باسم الرزق ورزق الانسان كفايته في العرف والعادة كرزق القاضى والمضارب وروى ان هند امرأة أبى سفيان قالت يارسول الله ان أبى سفيان رجل شحيح وانه لا يعطينى ما يكفينى وولدى فقال صلى الله عليه وسلم خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف نص عليه أفضل الصلاة والسلام على الكفاية فدل ان نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية ولانها وجبت بكونها محبوسة بحق الزوج ممنوعة عن الكسب لحقه فكان وجوبها بطريق الكفاية كنفقة القاضى والمضارب وأما الآية فهي حجة عليه لان فيها أمر الذى عنده السعة بالانفاق على قدر السعة مطلقا عن التقدير بالوزن فكان التقدير به تقييد المطلق فلا يجوز الا بدليل وقوله انه اطعام واجب يبطل بنفقة الاقارب فانه اطعام واجب وهى غير مقدرة بنفسها بل بالكفاية والتقدير بالوزن في الكفارات ليس لكونها نفقة واجبة بل لكونها عبادة محضة لوجوبها على وجه الصدقة كالزكاة فكانت مقدرة بنفسها كالزكاة ووجوب هذه

النفقة ليس على وجه الصدقة بل على وجه الكفاية فتتقدر بكفايتها كنفقة الاقارب  
وأما قوله انها وجبت بدلا ممنوع ولسنا نقول انها تجب مقابلة الحبس بل تجب جزاء  
على الحبس ولا يجوز ان تكون واجبة بمقابلة ملك النكاح لما ذكرنا وإذا كان وجوبها  
على سبيل الكفاية فيجب على الزوج من النفقة قدر ما يكفيها من الطعام والادام  
والدهن لان الخبز لا يؤكل عادة الا مادوما والدهن لابد منه للنساء ولا تقدر نفقتها  
بالدراهم والدنانير على أي سعر كانت لان فيه اضارا باحد الزوجين إذ السعر قد يعلو  
وقد يرخص بل تقدر لها على حسب اختلاف الاسعار غلاء ورخصا رعاية للجانبين  
ويجب عليه من الكسوة في كل سنة مرتين صيفية وشتوية لانها كما تحتاج إلى  
العطام والشراب تحتاج إلى اللباس

[ 24 ]

لستر العورة ولدفع الحر والبرد ويختلف ذلك باليسار والاعسار والشتاء والصيف على  
ما نذكر ان شاء الله تعالى وذكر في كتاب النكاح ان المعسر يفرض عليه خمسة  
دراهم في الشهر والموسر عشرة وذلك محمول على اعتبار قرار السعر في الوقت  
ولو جاء الزوج بطعام يحتاج إلى الطبخ والخبز فابت المرأة الطبخ والخبز يعني بان  
تطبخ وتخبز لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال بين علي  
وفاطمة رضى الله عنهما فجعل أعمال الخارج على علي وأعمال الداخل على فاطمة  
رضى الله عنهما لكنها لا تجبر على ذلك ان أبت ويؤمر الزوج ان يأتي لها بطعام مهيا  
ولو استأجرها للطبخ والخبز لم يجز ولا يحوز لها أخذ الاجرة على ذلك لانها لو أخذت  
الاجرة لاخذتها على عمل واجب عليها في الفتوى فكان في معنى الرشوة فلا يحل لها  
الاخذ وذكر الفقيه أبو الليث ان هذا إذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت  
من بنات الاشراف فاما إذا كانت تقدر على ذلك وهي ممن تخدم بنفسها تجبر على  
ذلك وان كان لها خادم يجب لخدمتها أيضا النفقة والكسوة إذا كانت متفرغة لشغلها  
ولخدمتها لا شغل لها غيرها لان أمور البيت لا تقوم بها وحدها فتحتاج إلى خادم ولا  
يجب عليه لاكثر من خادم واحد في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يجب  
لخادمين ولا يجب أكثر من ذلك وروى عنه رواية أخرى ان المرأة إذا كانت يحل  
مقدارها عن خدمة خادم واحد وتحتاج إلى أكثر من ذلك تجب؟ لاكثر من ذلك  
بالمعروف وبه أخذ الطحاوي وجه ظاهر قول أبي يوسف ان خدمة امرأة لا تقوم  
بخادم واحد بل تقع الحاجة إلى خادمين يكون أحدهما معيناً للآخر وجه قولهما ان  
الزوج لو قام بخدمتها لنفسه لا يلزمه نفقة خادم أصلا وخادم واحد يقوم مقامه فلا  
يلزمه غيره لانه إذا قام مقامه صار كانه خدم بنفسه ولان الخادم الواحد لابد منه  
والزيادة على ذلك ليس له حد معلوم يقدر به فلا يكون اعتبار الخادمين أولى من  
الثلاثة والاربعة فيقدر بالاقل وهو الواحد هذا إذا كان الزوج موسرا فاما إذا كان معسرا  
فقد روى الحسن عن أبي حنيفة انه ليس عليه نفقة خادم وان كان لها خادم وقال  
محمد ان كان لها خادم فعليه نفقته والا فلا وجه قول محمد انه لما كان لها خادم علم  
انها لا ترضى بالخدمة بنفسها فكان على الزوج نفقة خادمها وان لم يكن لها خادم دل  
انها راضية بالخدمة لنفسها فلا يجبر على اتخاذ خادم لم يكن وجه رواية الحسن ان  
الواجب على الزوج المعسر من النفقة أدنى الكفاية وقد تكفى المرأة بخدمة نفسها  
فلا يلزمه نفقة الخادم وان كان لها خادم وأما الثاني وهو بيان من يقدر به هذه النفقة  
فقد اختلف فيه أيضا ذكر الكرخي ان قدر النفقة والكسوة يعتبر بحال الزوج في  
يساره واعساره لا بحالها وهو قول الشافعي أيضا وذكر الخصاص انه يعتبر بحالهما  
جميعا حتى لو كان موسرين فعليه نفقة اليسار وان كانا معسرين فعليه نفقة الاعسار

وكذلك إذا كان الزوج معسرا والمرأة موسرة ولا خلاف في هذه الجملة فاما إذا كان الزوج موسرا والمرأة معسرة فعليه نفقة اليسار على ما ذكره الكرخي وعلى قول الخصاف عليه أدنى من نفقة الموسرات وأوسع من نفقة المعسرين حتى لو كان الزوج مفرطا في اليسار يأكل خبز الحواري ولحم الحمل والدجاج والمرأة مفرطة في الفقر تأكل في بيت أهلها أيضا ولكن يطعمها خبز الحنطة ولحم الشاة وكذلك الكسوة على هذا الاعتبار وجه قول الخصاف ان في اعتبار حالتهما في تقدير النفقة والكسوة نظرا من الجانبين فكان أولى من اعتبار حال أحدهما والصحيح ما ذكره الكرخي لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاه وهذا نص في الباب وإذا عرف هذا فنقول إذا كان الزوج معسرا ينفق عليها أدنى ما يكفيها من الطعام والادام والدهن بالمعروف ومن الكسوة أدنى ما يكفيها من الصيفية والشتوية وان كان متوسطا ينفق عليها أوسع من ذلك بالمعروف ومن الكسوة أرفع من ذلك بالمعروف وان كان غنيا ينفق عليها أوسع من ذلك كله بالمعروف ومن الكسوة أرفع من ذلك كله بالمعروف وانما كانت النفقة والكسوة بالمعروف لان دفع الضرر عن الزوجين واجب وذلك في ايجاب الوسط من الكفاية وهو تفسير المعروف فيكفيها من الكسوة في الصيف قميص وخمار

[ 25 ]

وملحفة وسراويل في عرف ديارنا على قدر حاله من الخشن واللين والوسط والخشن إذا كان من الفقراء واللين إذا كان من الاغنياء والوسط إذا كان من الاوساط وذلك كله من القطن أو الكتان على حسب عادات البلدان الا الخمار فانه يفرض على الغنى خمار جريز وفي الشتاء يزداد على ذلك حشويا وفروة بحسب اختلاف البلاد في الحر والبرد وأما نفقة الخادم فقد قيل ان الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم كما يلزم المعسر نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية وكذا الكسوة ولو اختلفا فقالت المرأة انه موسر وعليه نفقة الموسرين وقال الزوج اني معسر وعلى نفقة المعسرين والقاضي لا يعلم بحاله ذكر في كتاب النكاح ان القول قول الزوج مع يمينه وكذا ذكر القاضي والخصاف وذكر محمد في الزيادات ان القول قول المرأة مع يمينها وأصل هذا انه متى وقع الاختلاف بين الطالب وبين المطلوب في يسار المطلوب واعساره في سائر الديون فالمشايخ اختلفوا فيه منهم من جعل القول قول المطلوب مطلقا ومنهم من جعل القول قول الطالب مطلقا ومنهم من حكم فيه رأى المطلوب ومحمد فصل بين الامرين فجعل القول قول الطالب في البعض وقول المطلوب في البعض وذكر في الفصل أصلا يوجب أن يكون القول في النفقة قول المرأة وكذا فصل الخصاف لكنه ذكر أصلا يقتضى أن يكون القول في النفقة قول الزوج وبيان الاصلين وذكر الحج يأتي في كتاب الحيس ان شاء الله تعالى فان أقامت المرأة البينة على يساره قبلت بينتها وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينتها لانها مثبتة وبينة الزوج لا تثبت شيئا ولو فرض القاضي لها نفقة شهر وهو معسر ثم أيسر قبل تمام الشهر يزيد لها في الفرض لان النفقة تختلف باختلاف اليسار والاعسار وكذلك لو فرض لها فريضة للوقت والسعر رخيص ثم غلا فلم يكفها ما فرض لها فانه يزيد لها في الفرض لان الواجب كفاية الوقت وذلك يختلف باختلاف السعر ولو فرض لها نفقة شهر فدفعها الزوج إليها ثم ضاعت قبل تمام الشهر فليس عليه نفقة أخرى حتى يمضى الشهر وكذا إذا كساها لزوج فضاغت الكسوة قبل تمام المدة فلا كسوة لها عليه حتى تمضى المدة التي أخذت لها الكسوة بخلاف نفقة الاقارب فان هناك يجبر على نفقة أخرى وكسوة أخرى لتمام

المدة التي أخذ لها الكسوة إذا حلف انها ضاعت ووجه الفرق ان تلك النفقة تجب للحاجة ألا ترى انها لا تجب الا للمحتاج وقد تحققت الحاجة إلى نفقة أخرى وكسوة أخرى ووجوب هذه النفقة ليس معلولا بالحاجة بدليل انها تجب للموسرة الا ان لها شبهة بالاعراض وقد جعلت عوضا عن الاحتباس في جميع الشهر فلا يلزمه عوض آخر في هذه المدة ولو فرض القاضى لها نفقة أو كسوة فمضى الوقت الذي أخذت له وقد بقيت تلك النفقة أو الكسوة بان أكلت من مال آخر أو لبست ثوبا آخر فلها عليه نفقة أخرى وكسوة أخرى بخلاف نفقة الاقارب والفرق ما ذكرنا ان نفقة الاقارب تجب بعلة الحاجة صلة محضة ولا حاجة عند بقاء النفقة والكسوة ونفقة الزوجات لا تجب لمكان الحاجة وانما تجب جزاء على الاحتباس لكن لها شبهة العوضية عن الاحتباس وقد جعلت عوضا في هذه المدة وهي محتبسة بعد مضي هذه المدة بحبس آخر فلا بد لها من عوض آخر ولو نفذت نفقتها قبل مضي المدة التي لها أخذت أو تخرق الثوب فلا نفقة لها على الزوج ولا كسوة حتى تمضى المدة بخلاف نفقة الاقارب وكسوتهم والفرق نحو ما ذكرنا والله أعلم. (فصل) وأما بيان كيفية وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلماء في كيفية وجوبها قال أصحابنا انها تجب على وجه لا يصير دينا في ذمة الزوج الا بقضاء القاضى أو بتراضى الزوجين فان لم يوجد أحد هذين تسقط بمضي الزمان وقال الشافعي انها تصير دينا في الذمة من غير قضاء القاضى ولا رضاه وتسقط بمضي الزمان فيقع الكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان ان الفرض من القاضى أو التراضي هل هو شرط صيرورة هذه النفقة دينا في ذمة الزوج أم لا وفي بيان شرط جواز فرضها من القاضى على الزوج إذا كان شرطا وفي بيان حكم صيرورتها دينا في ذمة الزوج أما الاول فهو على الاختلاف الذي ذكرنا احتج الشافعي بقوله عزوجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى كلمة ايجاب فقد أخبر سبحانه وتعالى عن وجوب النفقة والكسوة مطلقا عن الزمان وقوله عزوجل لينفق ذو سعة

[ 26 ]

من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله أمر تعالى بالانفاق مطلقا عن الوقت ولان النفقة قد وجبت والاصل ان ما وجب على الانسان لا يسقط الا بالايصال أو بالابراء كسائر الواجبات ولانها وجبت عوضا لوجوبها بمقابلة المتعة فبقيت في الذمة من غير قضاء كالمهر والدليل عليه ان الزوج يجبر على تسليم النفقة ويحبس عليها والصلة لا تحتمل الحبس والجبر ولنا ان هذه النفقة تجرى مجرى الصلة وان كانت تشبه الاعراض لكنها ليست بعوض حقيقة لانها لو كانت عوضا حقيقة فاما ان كانت عوضا عن نفس المتعة وهي الاستمتاع واما ان كانت عوضا عن ملك المتعة وهي الاختصاص بها لا سبيل إلى الاول لان الزوج ملك متعتها بالعقد فكان هو بالاستمتاع متصرفا في ملك نفسه باستيفاء منافع مملوكة له ومن تصرف في ملك نفسه لا يلزمه عوض لغيره ولا وجه للثاني لان ملك المتعة قد قوبل بعوض مرة فلا يقابل بعوض آخر فخلت النفقة عن معوض فلا يكون عوضا حقيقة بل كانت صلة ولذلك سماها الله تعالى رزقا بقوله عزوجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والرزق اسم للصلة كرزق القاضى والصلات لا تملك بانفسها بل بقريئة تنضم إليها وهي القبض كما في الهبة أو قضاء القاضى لان القاضى له ولاية الالزام في الجملة أو التراضي لان ولاية الانسان على نفسه أقوى من ولاية القاضى عليه بخلاف المهر لانه أوجب بمقابلة ملك المتعة فكان عوضا مطلقا فلا يسقط بمضي الزمان كسائر الديون المطلقة ولا حجة له في الآيتين لان فيهما وجوب النفقة لبقاؤها

واجبة لانهما لا يتعرضان للوقت فلو ثبت البقاء انما يثبت باستصحاب الحال وانه لا يصلح للزام الخصم وأما قوله ان الاصل فيما وجب على انسان لا يسقط الا بالايصال أو البراء فنقول هذا حكم الواجب مطلقا لا حكم الواجب على طريق الصلة بل حكمه انه يسقط بمضي الزمان كنفقة الاقارب وأجرة المسكن وقد خرج الجواب عن قوله انها وجبت عوضاً وأما الجبر والحبس فالصلة تحتل ذلك في الجملة فانه يجبر على نفقة الاقارب ويحبس بها وان كانت صلة وكذا من أوصى بان يوهب عبده من فلان بعد موته فمات الموصى فامتنع الوارث من تنفيذ الهبة في العبد يجبر عليه ويحبس بانه وان كانت الهبة صلة فدل ان الجبر والحبس لا ينفيان معنى الصلة وعلى هذا يخرج ما إذا استدان على الزوج قبل الفرض أو التراضي فانفقت انها لا ترجع بذلك على الزوج بل تكون متطوعة في الانفاق سواء كان الزوج غائبا أو حاضرا لانها لم تصر دينا في ذمة الزوج لعدم شرط صيرورتها دينا في ذمته فكانت الاستدانة الزام الدين الزوج بغير أمره وأمر من له ولاية الامر فلم يصح وكذا إذا أنفقت من مال نفسها لما قلنا وكذا لو أبرأت زوجها من النفقة قبل فرض القاضى والتراضي لا يصح البراء لانه ابراء عما ليس بواجب والبراء اسقاط واسقاط ما ليس بواجب ممتنع وكذا لو صالحت زوجها على نفقة وذلك لا يكفيها ثم طلبت من القاضى ما يكفيها فان القاضى يفرض لها ما يكفيها لانها حطت ما ليس بواجب والحط قبل الوجوب باطل كالبراء والله أعلم وأما الثاني فلوجوب الفرض على القاضى وجوازه منه شرطان أحدهما طلب المرأة الفرض منه لانه انما يفرض النفقة على الزوج حقا لها فلا بد من الطلب من صاحب الحق والثاني حضرة الزوج حتى لو كان الزوج غائبا فطلبت المرأة من القاضى أن يفرض لها عليه نفقة لم يفرض وان كان القاضى عالما بالزوجية وهذا قول أبى حنيفة الآخر وهو قول شريح وقد كان أبو حنيفة أولا يقول وهو قول ابراهيم النخعي ان هذا ليس بشرط ويفرض القاضى النفقة على الغائب وحجة هذا القول ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لهند امرأة أبى سفيان خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف وذلك من النبي صلى الله عليه وسلم كان فرضا للنفقة على أبى سفيان وكان غائبا وحجة القول الاخير ان الفرض من القاضى على الغائب قضاء عليه وقد صح من اصلنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا ان يكون عنه خصم حاضر ولم يوجد وأما الحديث فلا حجة له فيه لان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما قال لهند على سبيل الفتوى لا على طريق القضاء بدليل انه لم يقدر لها ما تأخذه من مال أبى سفيان وفرض النفقة من القاضى تقديرها فإذا لم تقدر لم تكن فرضا فلم تكن قضاء تحقيقه ان من يجوز القضاء على الغائب فانما يجوزه إذا كان غائبا

[ 27 ]

غيبه سفر فاما إذا كان في المصر فانه لا يجوز بالاجماع لانه لا يعد غائبا وأبو سفيان لم يكن مسافرا فدل ان ذلك كان اعانة لا قضاء فان لم يكن القاضى عالما بالزوجية فسألت القاضى أن يسمع بينتها بالزوجية ويفرض على الغائب قال أبو يوسف يسمعها ولا يفرض وقال زفر يسمع ويفرض لها وتستدين عليه فإذا حضر الزوج وأنكر يأمرها باعادة البينة في وجهه فان فعلت نفذ القرض وصحت الاستدانة وان لم يفعل لم ينفذ ولم يصح وجه قول زفر ان القاضى انما يسمع هذه البينة لاثبات النكاح على الغائب ليقال ان الغيبة تمنع من ذلك بل ليتوصل بها إلى الفرض ويجوز سماع البينة في حق حكم دون حكم كشهادة رجل وامرأتين على السرقة وانها تقبل في حق المال ولا تقبل في حق القطع كذا هنا تقبل هذه البينة في حق صحة الفرض لا في اثبات النكاح

فإذا حضر وأنكر استبعاد منها البينة فإن أعادت نفذ الفرض وصحت الاستدانة عليه والا فلا والصحيح قول أبي يوسف لان البينة على أصل أصحابنا لا تسمع الا على خصم حاضر ولا خصم فلا تسمع وما ذكره زفر ان بينتها تقبل في حق صحة الفرض غير سديد لان صحة الفرض مبنية على ثبوت الزوجية فإذا لم يكن إلى اثبات الزوجية بالبينة سبيل لعدم الخصم لم يصح فلا سبيل إلى القبول في حق صحة الفرض ضرورة هذا إذا كان الزوج غائبا ولم يكن له مال حاضر فاما إذا كان له مال حاضر فان كان المال في يدها وهو من جنس النفقة فلها ان تنفق على نفسها منه بغير أمر القاضى لحديث أبي سفيان فلو طلبت المرأة من القاضى فرض النفقة فذلك المال وعلم القاضى بالزوجية وبالمال فرض لها النفقة لان لها أن تأخذه فتتفق على نفسها من غير فرض القاضى في هذه الصورة قضاء بل كان اعانة لها على استيفاء حقها وان كان في يد مودعة أو مضاربه أو كان له دين على غيره فان كان صاحب اليد مقرا بالوديعة والزوجية أو كان من عليه الدين مقرا بالدين والزوجية أو كان القاضى عالما بذلك فرض لها في ذلك المال نفقتها في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يفرض وجه قوله انه هذه قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه حاضرا إذا المودع ليس بخصم عن الزوج وكذا المديون فلا يجوز ولنا ان صاحب اليد وهو المودع إذا أقر بالوديعة والزوجية أو أقر المديون بالدين والزوجية فقد أقر ان لها حق الاخذ والاستيفاء لان للزوجة أن تمديد ها إلى ما لزوجها فتأخذ كفايتها منه لحديث امرأة أبي سفيان فلم يكن القاضى فرض لها النفقة في ذلك المال قضاء بل كان اعانة لها على أخذ حقها وله على احياء زوجته فكان له ذلك وان جحد أحد الامرين ولا اعلم للقاضى به لم يسمع البينة ولم يفرض لان سماع البينة والفرض يكون قضاء على الغائب من غير خصم حاضر لانه ان أنكر الزوجية لا يمكنها اقامة البينة على الزوجية لان المودع ليس بخصم عنه في الزوجية وان انكر الوديعة أو الدين لا يمكنها اقامة البينة على الوديعة والذين لانها ليست بخصم عن زوجها في اثبات حقوقه فكان سماع البينة على ذلك قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وذلك غير جائز عندنا هذا إذا كان الوديعة والدين من جنس النفقة بان كانت دراهم أو دنانير أو اطعاما أو ثيابا من جنس كسوتها فاما إذا كان من جنس آخر فليس لها أن تتناول شيئا من ذلك وان طلبت من القاضى فرض النفقة فيه فان كان عقارا لا يفرض القاضى النفقة فيه بالا جماع لانه لا يمكن ايجاب النفقة فيه الا بالبيع ولا يباع العقار على الغائب في النفقة بالاتفاق وان كان منقولا من العروض فقد ذكر القاضى في شرحه مختصرا الطحاوي الخلاف فيه فقال القاضى لا يبيع العروض عليه في قول أبي حنيفة وعندهما له ان يبيعه عليه وهى مسألة الحجر على الحر العاقل البالغ وذكر القدورى المسألة على الاتفاق فقال القاضى انما يبيع على أصلهما على الحاضر الممتنع عن قضاء الدين لكونه طالما في الامتناع دفعا لظلمه الغائب لا يعلم امتناعه فلا يعلم ظلمه فلا يباع عليه وإذا فرض القاضى لها النفقة في شئ من ذلك وأخذ منها كفيلا فهو حسن لاحتمال أن يحضر الزوج فيقيم البينة على طلاقها أو على ايفاء حقها في النفقة عاجلا فينبغي أن يستوثق فيما يعطيها بالكفالة ثم إذا رجع الزوج ينظر ان كان لم يجعل لها النفقة فقد مضى الامر وان كان قد عجل وأقام البينة على ذلك أو لم يقم له بينة واستحلفها فنكلت فهو بالخيار ان شاء أخذ من المرأة وان شاء أخذ من الكفيل

[ 28 ]

ولو أقرت المرأة انها كانت قد تعجلت النفقة من الزوج فان الزوج يأخذ منها ولا يأخذ من الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر في حقها لا في حق الكفيل ولو طلبت

الزوجة من الحاكم أن يدفع مهرها ونفقتها من الوديعة والدين لم يفعل ذلك وان كان عالما بهما لان القضاء بالنفقة في الوديعة والدين كان نظرا للغائب لما في الانفاق من احياء زوجته بدفع الهلاك عنها والظاهر انه يرضى بذلك وهذا المعنى لا يوجد في المهر والدين ولو كان الحاكم فرض لها على الزوج النفقة قبل غيبته فطلبت من الحاكم أن يقضى لها بنفقة ماضية في الوديعة والدين قضى لها بذلك لانه لما جاز القضاء بالنفقة في الوديعة والدين يستوى فيه الماضي والمستقبل لان طريق الجواز لا يختلف وكذلك إذا كان للغائب مال حاضر وهو من جنس النفقة وله أولاد صغار فقراء وكبار ذكور زمنى فقراء أو اناث فقيرات ووالدان فقيران فان كان المال في ايديهم فلهم ان ينفقوا منه على انفسهم وان طلبوا من القاضى فرض النفقة منه فرض لان الفرض منه يكون اعانة لا قضاء ان كان المال في يد مودعه أو كان دينا على انسان فرض القاضى نفقتهم منه وكذلك إذا أقر المودع والمديون بالوديعة والدين والنسب أو علم القاضى بذلك لان نفقة الوالدين والمولدين تجب بطريق الاحياء لان الانسان يرضى باحياء كله وجزئه من ماله ولهذا كان لاحدهما أن يمد يده إلى مال الآخر عند الحاجة وبأخذه من غير قضاء ولا رضا وقد تحققت الحاجة ههنا فكان للقاضى أن يفرض من طريق الاعانة لصاحب الحق وان جردهما أو أحدهما ولا علم للقاضى به لم يفرض لما ذكرنا في الزوجة ولا يفرض لغيرهما ولا من ذوى الرحم المحرم نفقتهم في مال الغائب لان نفقتهم من طريق الصلة المحضة إذ ليس لهم حق في مال الغائب أصلا ألا ترى انه ليس لاحد أن يمد يده إلى مال صاحبه فيأخذه وان مست حاجته من غير قضاء القاضى فكان الفرض قضاء على الغائب من غير خصم حاضر فلا يجوز وان لم يكن المال من جنس النفقة فليس لهم أن يبيعوا بانفسهم وليس للقاضى ان يبيع على الغائب في النفقة على هؤلاء العقار بالاجماع والحكم في العروض ما بينا من الانفاق أو الاختلاف وفي بيع الاب العروض خلاف نذكره في نفقة المحارم وأما يسار الزوج فليس بشرط لوجوب الفرض حتى لو كان معسر أو طلبت المرأة الفرض من القاضى فرض عليه إذا كان حاضرا وتستدين عليه فتنفق على نفسها لان الاعسار لا يمنع وجوب هذه النفقة فلا يمنع الفرض وإذا طلبت المرأة من القاضى فرض النفقة على زوجها الحاضر فان كان قبل النقلة وهى بحيث لا تمتنع من التسليم لو طالبها بالتسليم أو كان امتناعها بحق فرض القاضى لها اعانة لها على الوصول إلى حقها الواجب لوجود سبب الوجوب وشرطه وان كان بعد ما حولها إلى منزله فزعمت انه ليس ينفق عليها أو شكت التضييق في النفقة فلا ينبغى له انه يجعل بالفرض ولكنه يأمره بالنفقة والتوسيع فيها لان ذلك من باب الامسك بالمعروف وانه مأمور به ويتأتى في الفرض ويتولى الزوج الانفاق بنفسه قبل الفرض إلى ان يظهر ظلمه بالترك والتضييق في النفقة فحينئذ يفرض عليه نفقة كل شهر وبأمره أن يدفع النفقة إليها لتنفق هي بنفسها على نفسها ولو قالت أيها القاضى انه يريد أن يغيب فخذ لى منه كفيلا بالنفقة لا يجبره القاضى على اعطاء الكفيل لان نفقة المستقبل غير واجبة للحال فلا يجبر على الكفيل بما ليس بواجب يحققه انه لا يجبر على التكفيل بدين واجب فكيف بغير الواجب والى هذا أشار أبو حنيفة فقال لا أوجب عليه كفيلا بنفقة لم تجب لها بعد وقال أبو يوسف أستحسن أن أخذ لها منه كفيلا بنفقة أشهر لانا نعلم بالعادة ان هذا القدر يجب في السفر لان السفر يمتد إلى شهر غالبا والجواب ان نفقة الشهر لا تجب قبل الشهر فكان تكفيلا بما ليس بواجب فلا يجبر عليه ولكن لو أعطاه كفيلا جاز لان الكفالة بما ينوب على فلان جائزة وأما الثالث وهو بيان حكم صيرورة هذه النفقة دينا في ذمة الزوج فنقول إذا فرض القاضى لها كل شهر أو تراضيا على ذلك ثم منعها الزوج قبل ذلك أشهر غائبا كان أو حاضرا فلها ان تطالبه بنفقة ما مضى

لأنها لما صارت ديناً بالفرض أو التراضي صارت في استحقاق المطالبة بها كسائر الديون بخلاف نفقة الاقارب إذا مضت المدة ولم تؤخذ أنها تسقط لأنها لا تصير ديناً رأساً لأن وجوبها

[ 29 ]

للكفاية وقد حصلت الكفاية فيما مضى فلا يبقى الواجب كما لو استغنى بماله فاما وجوب هذه النفقة فليس للكفاية وان كانت مقدرة بالكفاية ألا ترى أنها تجب مع الاستغناء بان كانت موسرة وليس في مضي الزمان الا الاستغناء فلا يمنع بقاء الواجب ولو انفقت من مالها بعد الفرض أو التراضي لها انه ترجع على الزوج لان النفقة صارت ديناً عليه وكذلك إذا استدان على الزوج لما قلنا سواء كانت استدانته باذن القاضى أو بغير اذنه غير انها ان كانت بغير اذن القاضى كانت المطالبة عليها خاصة ولم يكن للغريم ان يطالب الزوج بما استدانته وان كانت باذن القاضى لها ان تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين وهو فائدة اذن القاضى بالاستدانة ولو فرض الحاكم النفقة على الزوج فامتنع من دفعها وهو موسر وطلبت المرأة حبسه لها ان تحبسه لان النفقة لما صارت ديناً عليه بالقضاء صارت كسائر الديون الا انه لا ينبغي ان يحبسه في أول مرة تقدم إليه بل يؤخر الحبس إلى مجلسين أو ثلاثة يعظه في كل مجلس يقدم إليه فان لم يدفع حبسه حينئذ كما في سائر الديون لما نذكر في كتاب الحبس ان شاء الله تعالى وإذا حبس لاجل النفقة فما كان من جنس النفقة سلمه القاضى إليها بغير رضاه بالاجماع وما كان من خلاف الجنس لا يبيع عليه شيئاً من ذلك ولكن يأمره أن يبيع بنفسه وكذا في سائر الديون في قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يبيع عليه وهى مسألة الحجر على الحر العاقل البالغ نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى فان ادعى الزوج انه قد أعطاها النفقة وأنكرت فالقول قولها مع يمينها لان الزوج يدعى قضاء دين عليه وهى منكرة فيكون القول قولها مع يمينها كما في سائر الديون ولو أعطاها الزوج مالا فاختلفا فقال الزوج هو من المهر وقالت هي هو من النفقة فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لان التمليك منه فكان هو أعرف بجهة التمليك كما لو بعث إليها شيئاً فقالت هو هدية وقال هو من المهر ان القول فيه قوله الا في الطعام الذى يؤكل لما قلنا كذا هذا ولو كان للزوج عليها دين فاحتسبت عن نفقتها جاز لكن برضا الزوج لان التقاض انما يقع بين الدينين المتماثلين ألا ترى انه لا يقع بين الجيد والردئ ودين الزوج أقوى دليل انه لا يسقط بالموت ودين النفقة يسقط بالموت فاشبهه الجيد بالردئ فلا بد من المقاصة بخلاف غيرها من الديون والله أعلم. (فصل) وأما بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصورته ديناً في ذمة الزوج فالمسقط لها بعد الوجوب قيل صورته ديناً في الذمة واحد وهو مضي الزمان من غير قرض القاضى والتراضي وأما المسقط لها بعد صورته ديناً في الذمة فأمور منها الابراء عن النفقة الماضية لأنها لما صارت ديناً في ذمته كان الابراء اسقاط لدين واجب فيصح كما في سائر الديون ولو أبرأته عما يستقبل من النفقة المفروضة لم يصح الابراء لأنها تجب شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان فكان الابراء منها اسقاط الواجب قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب أيضاً وهو حق الحبس لانه لا يتجدد بتجدد الزمان فلم يصح وكذا يصح هبة النفقة الماضية لان هبة الدين يكون ابراء عنه فيكون اسقاط دين واجب فيصح ولا تصح هبة ما يستقبل لما قلنا ومنها موت أحد الزوجين حتى لو مات الرجل قبل اعطاء النفقة لم يكن للمرأة أن تأخذها من ماله ولو ماتت المرأة لم يكن لورثتها أن يأخذوا لما ذكرنا انه تجرى مجرى الصلة والصلة تبطل بالموت قبل القبض كالهبة فان كان الزوج أسلفها نفقتها وكسوتها ثم مات قبل مضي



ذلك الوقت لم ترجع ورثته عليها بشئ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف سواء كان قائما أو مستهلكا وكذلك لو ماتت هي لم يرجع الزوج في تركتها عندهما وقال محمد لها حصة ما مضى من النفقة والكسوة ويجب رد الباقي ان كان قائما وان كان هالكا فلا شئ بالاجماع وروى ابن رستم عن محمد انها ان كانت قبضت نفقة شهر فما دونه لم يرجع عليها بشئ وان كان المفروض أكثر من ذلك يرفع عنها نفقة شهر وردت ما بقى وجه هذه الرواية ان الشهر فما دونه في حكم القليل فصار كنفقة الحال وما زاد عليه في حكم الكثير فيثبت به الرجوع كالدين وجه ظاهر قول محمد ان هذه النفقة تشبه الاعواض فتسلم لها بقدر ما سلم للزوج من المعوض كالأجرة إذا عجل المستأجر الأجرة ثم مات أحدهما

[ 30 ]

قبل تمام المدة وجه قوله ان هذه صلة اتصل بها القبض فلا يثبت فيها الرجوع بعد الموت كسائر الصلات المقبوضة وأما قوله انها تشبه الاعواض فنعم لكن بوصفها لا بأصلها بل هي صلة باصلها ألا ترى انها تسقط بالموت قبل القبض بلا خلاف بين أصحابنا لا اعتبار معنى الصلة فيراعى فيها المعنيان جميعا فراعينا معنى الاصل بعد القبض فقلنا انها لا تبطل بالموت بعد القبض فلا يثبت فيها الرجوع اعتبارا للاصل وراعينا معنى الوصف قبل القبض فقلنا انها تبطل بالموت قبل القبض كالصلات وراعينا معنى الوصف بعد القبض فقلنا لا يثبت فيها الرجوع كالأعواض اعتبارا للاصل والوصف جميعا على ما هو الاصل في العمل بالشبهين عند الامكان والله الموفق (فصل) وأما نفقة الاقارب فالكلام فيها أيضا يقع في الموضوع التي ذكرنا في نفقة الزوجات وهي بيان وجوب هذه النفقة وسبب وجوبها وشرط الوجوب ومقدار الواجب وكيفية الوجوب وما يسقطها بعد الوجوب أما الاول وهو بيان الوجوب فلا يمكن الوصول إليه الا بعد بمعرفة أنواع القرابات فنقول وبالله التوفيق القرابة في الاصل نوعان قرابة الولادة وقرابة غير الولادة وقرابة غير الولاد نوعان أيضا قرابة محرمة للنكاح كالأخوة والعمومة والخؤولة وقرابة غير محرمة للنكاح كقرابة بنى الاعمام والاخوال والخالات ولا خلاف في وجوب النفقة في قرابة الولاد وأما نفقة الوالدين فلقوله عزوجل وقضى ربك أن لا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا أي أمر ربك وقضى أن لا تعبدوا الا اياه وأمر سبحانه وتعالى ووصى بالوالدين احسانا والانفاق عليهما حال فقرهما من أحسن الاحسان وقوله عزوجل ووصينا الانسان بوالديه حسنا وقوله تعالى أن اشكر لى ولوالديك والشكر للوالدين هو المكافأة لهما أمر سبحانه وتعالى الولد أن يكافئ لهما ويجازى بعض ما كان منهما إليه من التربية والبر والعطف عليه والوقاية من كل شر ومكروه وذلك عند عجزهما عن القيام بأمر أنفسهما والحوائج لهما وادرار النفقة عليهما حال عجزهما وحاجتهما من باب شكر النعمة فكان واجبا وقوله عزوجل وصاحبهما في الدنيا معروفا وهذا في الوالدين الكافرين فالمسلمان أولى والانفاق عليهما عند الحاجة من أعرف المعروف وقوله عزوجل ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما وانه كناية عن كلام فيه ضرب ايداء ومعلوم أن معنى التأذى بترك الانفاق عليهما عند عجزهما وقدرة الولد أكثر فكان النهى عن التأفیف نهيا عن ترك الانفاق دلالة كما كان نهيا عن الشتم والضرب دلالة ورى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه ابوه فقال يا رسول الله ان لى مالا وان لى أبا وله ومال وان أبى يريد أن يأخذ مالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لايبك أضاف مال الابن إلى الاب بلام التمليك وظاهره يقتضى أن يكون للاب في مال ابنه حقيقة الملك فان لم تثبت الحقيقة فلا أقل من أن يثبت له

حق التملك عند الحاجة وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فكلوا من كسب أولادكم إذا اجتمع إليه بالمعروف والحديث حجة اوله وآخره أما با آخره فظاهر لانه صلى الله عليه وسلم أطلق للاب الاكل من كسب ولده إذا احتاج إليه مطلقا عن شرط الاذن والعوض فوجب القول به وأما باوله فلان معنى قوله وان ولده من كسبه أي كسب ولده من كسبه لانه جعل كسب الرجل أطيب المأكول والمأكول كسبه لا نفسه وإذا كان كسب ولده كسبه كانت نفقته فيه لان نفقة الانسان في كسبه ولان ولده لما كان من كسبه كان كسب ولده ككسبه وكسب كسب الانسان كسب ككسب عبده المأذون فكانت نفقته فيه وأما نفقة الولد فلقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن إلى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن أي رزق الوالدات المرضعات فان كان المراد من الوالدات المرضعات المطلقات المنقضيات العدة ففيها إيجاب نفقة الرضاع على المولود له وهو الاب لاجل الولد كما في قوله تعالى فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن وان كان المراد منهن المنكوحات أو المطلقات المعتدات فانما ذكر النفقة والكسوة في حال الرضاع وان كانت المرأة تستوجب ذلك من غير ولد لانهما تحتاج إلى فضل اطعام وفضل كسوة لمكان الرضاع ألا ترى أن لها أن تفطر لاجل الرضاع إذا كانت صائمة لزيادة حاجتها إلى الطعام بسبب

[ 31 ]

الولد ولان الانفاق عند الحاجة من باب احياء المنفق عليه والولد جزء الوالد واحياء نفسه واجب كذا احياء جزئه واعتبار هذا المعنى يوجب النفقة من الجانبين ولان هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالاجماع والانفاق من باب الصلة فكان واجبا وتركه مع القدرة للمنفق وتحقق حاجة المنفق عليه يؤدي إلى القطع فكان حراما واختلف في وجوبها في القرابة للنكاح سوى قرابة الولادة قال أصحابنا تجب وقال مالك والشافعي لا تجب غير أن مالكا يقول لا نفقة الا على الاب لابن والابن للاب حتى قال لا نفقة على الجد لابن الابن ولا على ابن الابن للجد وقال الشافعي تجب على الوالدين والمولودين والكلام في هذه المسألة بناء على أن هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع عندنا خلافا لهما وعلى هذا يبنى العتق عند الملك ووجوب القطع بالسرقه وهى من مسائل نذكرها هناك ان شاء الله تعالى ثم الكلام في المسألة على سبيل الابتداء احتج الشافعي فقال انا الله تعالى أوجب النفقة على الاب لا غير بقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فمن كان مثل حاله في القرب يلحق به والا فلا ولا يقال ان الله تعالى قال وعلى الوارث مثل ذلك لان ابن عباس رضى الله عنه صرف قوله ذلك ترك المضارة لا إلى النفقة والكسوة فكان معناه لا يضار الوارث باليتيم كما لا تضار الوالدة والمولود بولدهما ولنا قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وروى عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت رضى الله عنهما وجماعة من التابعين أنه معطوف على النفقة والكسوة لا غير لا على ترك المضارة معناه على الوارث مثل ما على المولود من النفقة والكسوة ومصدق هذا التأويل أنه لو جعل عطفا على هذا لكان عطف الاسم على الاسم وانه شائع ولو عطف على ترك المضارة لكان عطف الاسم على الفعل فكان الاول أولى ولانه لو جعل عطفا على قوله لا تضار لكان من حق الكلام أن يقول والوارث مثل ذلك وجماعة من أهل التأويل عطفوا على الكل من النفقة والكسوة وترك المضارة لان الكلام كله معطوف بعنه على بعض بحرف الواو وانه حرف جمع فيصير الكل مذكورا في حالة واحدة فينصرف قوله ذلك إلى الكل أي على الوارث مثل ذلك من النفقة والكسوة وانه لا يضارها ولا

تضاره في النفقة وغيرها وبه تبين رجحان هذين التأويلين على تأويل ابن عباس رضى الله عنهما على أن ما قاله ابن عباس ومن تابعه لا ينفى وجوب النفقة على الوارث بل يوجب لان قوله تعالى لا تضار والدة بولدها نهى سبحانه وتعالى عن المضارة مطلقا في النفقة وغيرها فإذا كان معنى اضرار الوالد الوالدة بولدها بترك الانفاق عليها أو بانتزاع الولد منها وقد أمر الوارث بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك أنه لا يضارها فانما يرجع ذلك إلى مثل ما لزم الاب وذلك يقتضى أن يجب على الوارث أن يسترضع الوالدة باجرة مثلها ولا يخرج الولد من يدها إلى يد غيرها اضرارا بها وإذا ثبت هذا فظاهر الآية يقتضى وجوب النفقة والكسوة على كل وارث أو على مطلق الوارث الا من خص أو قيد بدليل وأما القرابة التي ليست بمحرمة للنكاح فلا نفقة فيها عند عامة العلماء خلافا لابن أبى ليلى واحتج بظاهر قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك من غير فصل بين وارث ووارث وأنا نقول المراد من الوارث الاقارب الذى له رحم محرم لا مطلق الوارث عرفنا ذلك بقراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك ولان وجوبها في القرآن العظيم معلولا بكونها صلة صيانة لها عن القطعية فيختص وجوبها بقرابة يجب وصلها ويحرم قطعها ولم توجد فلا تجب ولهذا لا يثبت العتق عند الملك ولا يحرم النكاح ولا يمنع وجوب القطع بالسرقة والله الموفق (فصل) وأما سبب وجوب هذه النفقة اما نفقة الولادة فسبب وجوبها هو الولادة لان به تثبت الجزئية والبعضية والانفاق على المحتاج احياء له ويجب على الانسان احياء كله وجزئه وان شئت قلت سبب نفقة الاقارب في الولادة وغيرها من الرحم المحرم هو القرابة المحرمة للقطع لانه إذا حرم قطعها يحرم كل سبب مفض إلى القطع وترك الانفاق من ذى الرحم المحرم مع قدرته وحاجة المنفق عليه تفضى إلى قطع الرحم فيحرم الترك وإذا حرم الترك وجب الفعل ضرورة وإذا عرف هذا فنقول الحال في القرابة الموجبة للنفقة لا يخلو اما ان كانت حال الانفراد واما ان كانت حال

[ 32 ]

الاجتماع فان كانت حال الانفراد بان لم يكن هناك ممن تجب عليه النفقة الا واحدا تجب كل النفقة عليه عند اجتماع شرائط الوجوب لوجود سبب وجوب كل النفقة عليه وهو الولاد والرحم المحرم وشرطه من غير مزاحم وان كانت حال الاجتماع فالاصل أنه متى اجتمع الاقرب والابعد فالنفقة على الاقرب الولاد وغيرها من الرحم المحرم فان استويا في القرب ففي قرابة الولاد يطلب الترجيح من وجه آخر وتكون النفقة على من وجد في حقه نوع رجحان فلا تنقسم النفقة عليهما على قدر الميراث وإن كان كل واحد منهما وارثا وان لم يوجد الترجيح فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما وأما في غيرها من الرحم المحرم فان كان الوارث أحدهما والآخر محجوبا فالنفقة على الوارث ويرجح بكونه وارثا وان كان كل واحد منهما وارثا فالنفقة عليهما على قدر الميراث وانما كان كذلك لان النفقة في قرابة الولاد تجب بحق الولادة لا بحق الورثة قال الله تعالى وعلى المولد له رزقهن وكسوتهن بالمعروف علق سبحانه وتعالى وجوبها باسم الولادة وفي غيرها من الرحم وتجب بحق الورثة لقوله عزوجل وعلى الوارث مثل ذلك علق سبحانه وتعالى الاستحقاق بالارث فتجب بقدر الميراث ولهذا قال أصحابنا ان من أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ولو أوصى لولد فلان كان الذكر والانشى فيه سواء فدل به ما ذكرنا وبيان هذا الاصل إذا كان له ابن وابن ابن فالنفقة على الابن لانه أقرب ولو كان الابن معسرا وابن الابن موسرا فالنفقة على الابن أيضا إذا لم يكن زمنا لانه هو الاقرب ولا سبيل

إلى ايجاب النفقة على الابعد مع قيام الاقرب الا ان القاضى يأمر ابن الابن بانه يؤدى عنه على ان يرجع عليه إذا ايسر فيصير الابعد نائباً عن الاقرب في الاداء ولو أدى بغير أمر القاضى لم يرجع ولو كان له أب وجد فالنفقة على الاب لا على الجد لان الاب أقرب ولو كان الاب معسرا والجد موسرا فنفقته على الاب أيضا إذا لم يكن زمنا لكن يؤمر الجد بان ينفق ثم يرجع على الاب إذا ايسر ولو كان له أب وابن ابن فنفقته على الاب لانه أقرب الا انه إذا كان الاب معسرا غير زمن وابن الابن موسرا فانه يؤدى عن الاب بامر القاضى ثم يرجع عليه إذا ايسر ولو كان له أب وابن فنفقته على الابن لا على الاب وان استويا في القرب والوراثة ويرجع الابن بالايجاب عليه لكونه كسب الاب فيكون له حقا في كسبه وكون ماله مضافا إليه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيئك ولا يشسارك الولد في نفقة والده أحد لما قلنا وكذا في نفقة والدته لعدم المشاركة في السبب وهو الولادة والاختصاص بالسبب يوجب الاختصاص بالحكم وكذا لا يشارك الانسان أحد في نفقة جده وجدته عند عدم الاب والام لان الجد يقوم مقام الاب عند عدمه والجدة تقوم مقام الام عند عدمها ولو كان له ابنان فنفقته عليهما على السواء وكذا إذا كان له ابن وبنت ولا يفضل الذكر على الانثى في النفقة لاستوائهما في سبب الوجوب وهو الولاد ولو كان له بنت وأخت فالنفقة على البنت لان الولاد لها وهذا يدل على ان النفقة لا تعتبر بالميراث لان الأخت ترث مع البنت ولا نفقة عليها مع البنت ولا تجب على بالابن نفقة منكوحة أبيه لانها أجنبية عنه الا ان يكون الاب محتاجا إلى من يخدمه فحينئذ يجب عليه نفقة امرأته لانه يؤمر بخدمة الاب بنفسه أو بالاجير ولو كان للصغير أبوان فنفقته على الاب لا على الام بالاجماع وان استويا في القرب والولاد ولا يشارك الاب في نفقة ولده أحد لان الله تعالى خص الاب بتسميته بكونه مولودا له وأضاف الولد إليه بلام الملك وخصه بايجاب نفقة الولد الصغير عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن أي رزق الوالدات المرضعات سمى الام والدة الاب مولودا له وقال عزوجل فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن خص سبحانه وتعالى الاب بايتاء أجر الرضاع بعد الطلاق وكذا أوجب في الايتين كل نفقة الرضاع على الاب لولده الصغير وليس وراء الكل شئ ولا يقال ان الله عزوجل قال وعلى المولد له رزقهن ثم قال وعلى الوارث مثل ذلك والام وراثة فيقتضى ان تشارك في النفقة كسائر الورثة من ذوى الرحم المحرم وكمن قال أوصيت لفلان من مالى بألف درهم وأوصيت لفلان مثل ذلك ولم تخرج الوصيتان من الثلث أنهما يشتركان فيه كذا هذا لانا نقول لما جعل الله عزوجل كل النفقة على الاب بقوله وعلى المولود رزقهن تعذر ايجابها على الام

[ 33 ]

حال قيام الاب فيحمل على حال عدمه ليكون عملا بالنص من كل وجه في حال الحاليين ولم يوجد مثل هذا في سائر ذوى الرحم المحرم وفي باب الوصية لا يمكن العمل بكل واحدة من الوصيتين في حالين وقد ضاق المحل عن قبولهما في حالة واحدة فلزم القول بالشركة ضرورة ولو كان الاب معسرا غير عاجز عن الكسب والام موسرة فالنفقة على الاب لكن تؤمر الام بالنفقة ثم ترجع بها على الاب إذا ايسر لانها تصير دينا في ذمته إذا أنفقت بامر القاضى ولو كان للصغير أب وأم أم فالنفقة على الاب والحضانة على الجدة لان الام لما لم تشارك الاب في نفقة ولده الصغير مع قربها فالجدة مع بعدها أولى هذا إذا كان الولد صغيرا فقيرا وله أبوان موسران فاما إذا كان كبيران وهو ذكر فقير عاجز عن الكسب فقد ذكر في كتاب النكاح ان نفقته أيضا على الاب خاصة وذكر الخصاف انه على الاب والام أثلاثا ثلثا ها على الاب وثلثها

على الام وجه ما ذكره الخصاص ان الاب انما خص بايجاب النفقة عليه لابنه الصغير لاختصاصه بالولاية وقد زالت ولايته بالبلوغ فيزول الاختصاص فتجب عليهما على قدر ميراثهما رواية كتاب النكاح ان تخصيص الاب بالايجاب حال الصغر لاختصاصه بتسميته بكونه مودا له وهذا ثابت بعد الكبر فيختص بنفقته كالصغير واعتبار الولاية والارث في هذه النفقة غير سديد لانها تجب مع اختلاف الدين ولا ولاية ولا ارث عند اختلاف ولا يشارك الجد أحد في نفقة ولد ولده عند عدم ولده لانه يقوم مقام ولده عند عدمه ولا يشارك الزوج في نفقة زوجته أحد لانه لا يشاركه أحد في سبب وجوبها وهو حق الثابت بالنكاح حتى لو كان لها زوج معسر وابن موسر من غير هذا الزوج أو أب موسر أو أخ موسر فنفقتهما على الزوج لا على الاب والابن والاخ لكن يؤمر الاب أو الابن أو الاخ بان ينفق عليها ثم يرجع على الزوج إذا أيسر ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما لانهما في القرية والوراثة سواء ولا ترجيح لاحدهما على الآخر من وجه آخر فكانت النفقة عليهما على قدر الميراث السدس على الجد والباقي على ابن الابن كالميراث ولو كان له أم وجد كانت النفقة عليهما أثلاثا الثلث على الام والثلثان على الجد على قدر ميراثهما وكذلك إذا كان له أم وأخ لاب وأم أو لاب أو ابن أخ لاب وأم أو لاب أو عم لام وأب أولاب كانت النفقة عليهما اثلاثا ثلثها على الام والثلثان على الاخ وابن الاخ والعم وكذلك إذا كان له أخ لاب وأم وأخت لاب وأم كانت النفقة عليهما أثلاثا على قدر ميراثهما ولو كان له أخ لاب وأم أخ لام فالنفقة عليهما أسداسا سدسها على الاخ لاب وأم وخمسة أسداسها على الاخ لاب وأم ولو كان له جد وجدة كانت النفقة عليهما أسداسا على قدر الميراث ولو كان له عم وعمة فالنفقة على العم لانهما استويا في القرابة المحرمة للقطع والعم هو الوارث فيرجع بكون وارثا وكذلك لو كان له عم وخال لما قلنا ولو كان له عمة وخالة أو خال فالنفقة عليهما أثلاثا ثلثاها على العمة والثلث على الخال أو الخالة ولو كن له خال وابن عم فالنفقة على الخال لا على ابن العم لانهما ما استويا في سبب الوجوب وهو الرحم المرحم للقطع إذا الخال هو ذو الرحم المحرم واستحقاق الميراث للترجيح والترجيح يكون بعد الاستواء في ركن العلة ولم يوجد ولو كان له عمة خالة وابن عم فعلى الخالة الثلث وعلى العمدة الثلثان لاستوائهما في سبب استحقاق الارث فيكون النفقة بينهما على قدر الميراث ولا شئ على ابن العم لانعدام سبب الاستحقاق في حقه وهو القرابة المحرمة للقطع ولو كان له ثلاث اخوات متفرقات وابن عم فالنفقة على الاخوات على خمسة أسهم ثلاثة أسهم على الأخت لاب وأم وسهم على الأخت لاب على قدر الميراث ولا يعتد بابن العم في النفقة لانعدام سبب الاستحقاق في حقه فيلحق بالعدم كانه ليس له الا الاخوات وميراثه لهن على خمسة أسهم كذا النفقة عليهن ولو كان له ثلاثة اخوة متفرقين فالنفقة على الاخ للاب والام وعلى الاخ للام على قدر الميراث أسداسها لان الاخ لا يرث معهما فيلحق معهما بالعدم ولو كان له عم وعمة خالة فالنفقة على العم لان العم مساو لهما في الاستحقاق وهو الرحم المحرم وفضلهما بكونه وارثا إذا الميراث له لا لهما فكانت النفقة عليه لا عليهما وان كان العم معسرا فالنفقة عليهما لانه يجعل كالميت والاصل في هذا ان كل من كان يجوز جميع الميراث

[ 34 ]

وهو معسر يجعل كالميت وإذا جعل كالميت كانت النفقة على الباقيين على قدر موارثهم وكل من كان يجوز بعض الميراث لا يجعل كالميت فكانت النفقة على قدر موارث من يرث معه بيان هذا الاصل رجل معسر عاجز عن الكسب وله ابن معسر

عاجز عن الكسب أو هو صغير وله ثلاثة أخوة متفرقين فنفقة الاب على أخيه لاييه وأمه وعلى أخيه لأمه أسداسا سدس النفقة على الاخ لام وخمسة أسداسها على الاخ لاب وأم ونفقة الولد على الاخ لاب وأم خاصة لان الاب يحوز جميع الميراث فيجعل كالميت فيكون نفقة الاب على الاخوين على قدر ميراثهما منه وميراثهما من الاب هذا فأما الابن فوارثه العم لاب وأم لا العم لاب ولا العم لام فكانت نفقته على عمه لاب وأم ولو كان للرجل ثلاث أخوات متفرقات كانت نفقته عليهن اخماسا ثلاثة اخماسها على الاخت لاب وأم وخمس على الاخت لاب وخمس على الاخت لام على قدر موارثهن ونفقة الابن على عمته لاب وأم لانها هي الوارثة منه لا غير ولو كان مكان الابن بنت والمسألة بحالها فنفقة الاب في الاخوة المتفرقين على أخيه لاييه وأمه وفي الاخوات المتفرقات على أخته لاييه وأمه لان البنت لا تحوز جميع الميراث فلا حاجة إلى أن تجعل كالميتة فكان الوارث معها الاخ للاب والام لا غير والاخت لاب وأم لا غير لان الاخ والاخت لام لا يرثان مع الولد والاخ لاب لا يرث مع الاخ لاب وأم والاخت لاب لا ترث مع البنت والاخت لاب وأم لان الاخوات مع البنات عصبية وفي العصبية تقدم الاقرب فالاقرب فكانت النفقة عليهما وكذلك نفقة البنت على العم لاب وأم أو على العمة لاب وأم لانهما وارثاها بخلاف الفصل الاول لان هناك لا يمكن الايجاب للنفقة على الاخوة والاخوات الا يجعل الابن كالميت لانه يحوز جميع الميراث فمست الحاجة إلى أن يجعل ميتا حكما ولو كان الابن ميتا كان ميراث الاب للاخ وأم وللاخ لاب وأم وللاخ لام اسداسا وللخوات اخماسا فكذلك النفقة وعلى هذا الاصل مسائل (فصل) وأما شرائط وجوب هذه النفقة فانواع بعضها يرجع إلى المنفق عليه خاصة وبعضها يرجع إلى المنفق خاصة وبعضها يرجع اليهما وبعضها يرجع إلى غيرهما أما الذي يرجع إلى المنفق عليه خاصة فانواع ثلاثة احدها اعساره فلا تجب لموسر على غيره نفقة في قرابة الولاد وغيرها من الرحم لان وجوبها معلول بحاجة المنفق عليه فلا تجب لغير المحتاج ولانه إذا كان غنيا لا يكون هو بايجاب النفقة له على غيره أولى من الايجاب لغيره عليه فيقع التعارض فيمتنع الوجوب بل إذا كان مستغنى بماله كان ايجاب النفقة في ماله أولى من ايجابها في مال غيره بخلاف نفقة الزوجات انها تجب للزوجة الموسرة لان وجوب تلك النفقة لا يتبع الحاجة بل لها شبه بالاعواض فيستوى فيها المعسرة والموسرة كثمان البيع والمهر واختلف في حد المعسر الذي يستحق النفقة قيل هو الذي يحل له أخذ الصدقة ولا تجب عليه الزكاة وقيل هو المحتاج ولو كان له منزل وخادم هل يستحق النفقة على قريبه الموسر فيه اختلاف الرواية رواية لا يستحق حتى لو كان أختا لا يؤمر الاخ بالانفاق عليها وكذلك إذا كانت بنتا له أو أما وفي رواية يستحق وجه الرواية الاولى ان النفقة لا تجب لغير المحتاج وهؤلاء غير محتاجين لانه يمكن الاكتفاء بالادنى بان يبيع بعض المنزل أو كله ويكترى منزلا فيسكن بالكراء أو يبيع الخادم وجه الرواية الاخرى أن بيع المنزل لا يقع الا نادرا وكذا لا يمكن لكل أحد السكنى بالكراء أو بالمنزل المشترك وهذا هو الصواب أن لا يؤمر أحد ببيع الدار بل يؤمر القريب بالاتفاق عليه ألا ترى انه تحل الصدقة لهؤلاء ولا يؤمرون ببيع المنزل ثم الولد الصغير إذا كان له مال حتى كانت نفقته في ماله لا على الاب وان كان الاب موسرا فان كان المال حاضرا في يد الاب أنفق منه عليه وينبغي أن يشهد على ذلك إذ لو لم يشهد فمن الجائز أن ينكر الصبي إذا بلغ فيقول للاب انك أنفقت من مال نفسك لا من مالي فيصدقه القاضي لان الظاهر ان الرجل الموسر ينفق على ولده من مال نفسه وان كان لولده مال فكان الظاهر شاهدا للولد فيبطل حق الاب وان كان المال غائبا ينفق من مال نفسه بامر القاضي اياه بالانفاق ليرجع أو يشهد على انه ينفق من مال نفسه ليرجع به في مال ولده ليملكه الرجوع لما ذكرنا ان

الظاهر ان الانسان يتبرع بالانفاق من مال نفسه على ولده فإذا كره القاضى بالانفاق من ماله ليرجع أو أشهد

[ 35 ]

على انه ينفق ليرجع فقد بطل الظاهر وتبين انه انما أتفق من ماله على طريق القرض وهو يملك اقراض ماله من الصبى فيمكنه الرجوع وهذا في القضاء فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيسعه أن يرجع من غير أمر القاضى والاشهاد بعد أن نوى بقلبه أنه ينفق ليرجع لانه إذا نوى صار ذلك ديناً على الصغير وهو يملك اثبات الدين عليه لانه يملك اقراض ماله منه والله عزوجل عالم بنيته فجاز له الرجوع فيما بينه وبين الله تعالى والله أعلم والثانى عجزه عن الكسب بان كان به زمانة أو قعد أو فلج أو عمى أو جنون أو كان مقطوع اليدين أو أشلهما أو مقطوع الرجلين أو مفقوء العينين أو غير ذلك من العوارض التى تمنع الانسان من الاكتساب حتى لو كان صحيحاً مكتسباً لا يقضى له بالنفقة على غيره وان كان معسراً الا للاب خاصة والجد عند عدمه فانه يقضى بنفقة الاب وان كان قادراً على الكسب بعد أن كان معسراً على ولده الموسر وكذا نفقة الجد على ولد ولده إذا كان موسراً وانما كان كذلك لان المنفق عليه إذا كان قادراً على الكسب كان مستغنى بكسبه فكان غناه بكسبه كغناه بماله فلا تجب نفقته على غيره الا الولد لان الشرع نهى الولد عن الحاق أدنى الاذى بالوالدين وهو التأليف بقوله عزوجل ولا تقل لهما أف ومعنى الاذى في الزام الاب الكسب مع غنى الولد أكثر فكان أولى بالنهي ولم يوجد ذلك في الابن ولهذا لا يحبس الرجل بدين ابنه ويحبس بدين أبيه ولان الشرع أضاف مال الابن إلى الاب بلام الملك فكان ماله كماله وكذا هو كسب كسبه فكان ككسبه فكانت نفقته فيه والثالث ان الطلب والخصومة بين يدى القاضى في احدى نوعي النفقة وهى نفقة غير الولاد فلاتجب بدونه لانه لا تجب بدون قضاء القاضى والقضاء لا بد له من الطلب والخصومة وأما الذى يرجع إلى المنفق خاصة فيساره في قرابة غير الولاد من الرحم المحرم فلا يجب على غير الموسر في هذه القرابة نفقة وان كان قادراً على الكسب لان وجوب هذه النفقة من طريق الصلة والصلات تجب على الاغنياء لا على الفقراء وإذا كان يسار المنفق شرط وجوب النفقة عليه في قرابة ذى الرحم فلا بد من معرفة حد اليسار الذى يتعلق به وجوب هذه النفقة روى عن أبى يوسف فيه انه اعتبر نصاب الزكاة قال ابن سماعة قال في نوادره سمعت أباً يوسف قال لا أجبر على نفقة ذى الرحم المحرم من لم يكن معه تجب فيه الزكاة ولو كان معه مائتا درهم الا درهما وليس له عيال وله أخت محتاجة لم أجبره على نفقتها وان كان يعمل بيده ويكتسب في الشهر خمسين درهما وروى هشام عن محمد انه قال إذا كان له نفقة شهر وعنده فضل عن نفقة شهر له ولعياله أجبره على نفقة ذى الرحم المحرم قال محمد وأما من لا شئ له وهو يكتسب كل يوم درهما يكتفى منه بأربعة دوايق فانه لنفسه ولعياله ما يتسع به وينفق فضله على من يجبر على نفقته وجه رواية هشام عن محمد ان من كان عنده كفاية شهر فما زاد عليها فهو غنى عنه في الحال والشهر يتسع للاكتساب فكان عليه صرف الزيادة إلى أقاربه وجه قول أبى يوسف ان نفقة ذى الرحم صلة والصلات انما تجب على الاغنياء كالصدقة وحد الغنا في الشريعة ما تجب فيه الزكاة وما قاله محمد اوفق وهو انه إذا كان له كسب دائم وهو غير محتاج إلى جميعه فما زاد على كفايته يجب صرفه إلى أقاربه كفضل ماله إذا كان له مال ولا يعتبر النصاب لان النصاب انما يعتبر في وجوب حقوق الله تعالى المالية والنفقة حق العبد فلا معنى للاعتبار بالنصاب فيها وانما يعتبر فيها امكان الاداء ولو طلب الفقير العاجز عن الكسب من ذى الرحم

المحرم منه نفقة فقال أنا فقير وادعى هو انه غنى فالقول قول المطلوب لان الاصل هو الفقر والغنا عارض فكان الظاهر شاهد له فمحمد يحتاج إلى الفرق بينه وبين نفقة الزوجات والفرق له ان الاقدام على النكاح دليل القدرة فبطلت شهادة الظاهر وأما قرابة الولاد فينظر ان كان المنفق هو الاب فلا يشترط يساره لوجوب النفقة عليه بل قدرته على الكسب كافية حتى تجب عليه النفقة على أولاده الصغار والكبار الذكور الزمنى الفقراء والانات الفقيرات وان كن صحيحات وان كان معسرا بعد أن كان قادرا على الكسب لان الانفاق عليهم عند حاجتهم عن الكسب احياءهم واحياؤهم احياء نفسه لقيام الجزية والعصبية واحياء نفسه واجب ولو كان لهم جد موسر لم يفرض النفقة على الجد ولكن يؤمر

[ 36 ]

الجد بالانفاق عليهم عند حاجتهم ثم يرجع به على ابنه لان النفقة لا تجب على الجد مع وجود الاب إذا كان الاب قادرا على الكسب ألا ترى انه لا يجب عليه نفقة ابنه فنفقة أولاده أولى وان لم يكن الاب قادرا على الكسب بان كان زمنا قضى بنفقتهم على الجد لان عليه نفقة أبيهم فكذا نفقتهم وروى عن أبي يوسف انه قال في صغير له والد محتاج وهو زمن فرضت نفقته على قرابته من قبل أبيه دون قرابته من قبل أمه كل من أجبرته على نفقة الاب أجبرته على نفقة الغلام إذا كان زمنا لان الاب إذا كان زمنا كانت نفقته على قرابته فكذا نفقة ولده لانه جزؤه قال فان لم يكن له قرابة من قبل أبيه قضيت بنفقته على أبيه وأمرت الحال أن ينفق عليه ويكون ذلك دينا على الاب ووجه الفرق بين قرابة الاب وقرابة الام ان قرابة الاب تجب عليهم نفقة الاب إذا كان زمنا فكذا نفقة ولده الصغير فاما قرابة الام فلا يجب عليهم نفقة الاب ولا نفقة الولد لان الاب لا يشاركه أحد في نفقة ولده وان كان المنفق هو الابن وهو معسر مكتسب ينظر في كسبه فان كان فيه فضل عن قوته يجبر على الانفاق على الاب من الفضل لانه قادر على احيائه من غير خلل يرجع إليه وان كان لا يفضل من كسبه شئ يؤمر فيما بينه وبين الله عزوجل ان يواسى أباه إذ لا يحسن أن يترك أباه ضائعا جائعا يتكفف الناس وله كسب وهل يجبر على ان ينفق عليه وتفرض عليه النفقة إذا طلب الاب الفرض أو يدخل عليه في النفقة إذا طلب الاب ذلك قال عامة الفقهاء انه لا يجبر على ذلك وقال بعضهم يجبر عليه واحتجوا بما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال لو أصاب الناس السنة لادخلت على أهل كل بيت مثلهم فان الناس لم يهلكوا على أنصاف بطونهم وقال النبي صلى الله عليه وسلم طعام الواحد يكفى الاثنين وجه قول العامة ان الجبر على الانفاق والاشراك في نفقة الولد المعسر يؤدي إلى اعجازه عن الكسب لان الكسب لا يقوم الا بكمال القوة وكمال القوة بكمال الغذاء فلو جعلناه نصفين لم يقدر على الكسب وفيه خوف هلاكهما جميعا وذكر في الكتاب رأيت لو كان الابن يأكل من طعام رجل غنى يعطيه كل يوم رغيفا أو رغيفين يؤمر الابن ان يعطى أحدهما أباه قال لا يؤمر به ولو قال الاب للقاضى ان ابني هذا يقدر على ان يكتسب ما يفضل عن كسبه مما ينفق على لكنه يدع الكسب عمدا يقصد بذلك عقوقى ينظر القاضى في ذلك فان كان الاب صادقا في مقالته أمر الابن بان يكتسب فينفق على أبيه وان لم يكن صادقا بان علم انه غير قادر على اكتساب زيادة تركه هذا إذا كان الولد واحدا فان كان له أولاد صغار وزوجة ولا يفضل من كسبه شئ ينفق على أبيه فطلب الاب من القاضى أن يدخله في النفقة على عياله يدخله القاضى ههنا لان ادخال الواحد على الجماعة لا يخل بطعامهم خلافا لادخال الواحد على الواحد هذا إذا لم يكن الاب عاجزا عن الكسب فاما إذا كان عاجزا عنه بان كان زمنا يشارك



الابن في قوته ويدخل عليه فيأكل معه وان لم يكن له عيال لانه ليس في المشاركة خوف الهلاك وفي ترك المشاركة خوف هلاك الاب فتجب المشاركة وكذلك الام إذا كانت فقيرة تدخل على ابنها فتأكل معه لكن لا يفرض لهما عليه نفقة على حدة والله عزوجل أعلم وأما الذي يرجع اليهما جميعا فنوعان أحدهما اتحاد الدين في غير قرابة الولاد من الرحم المحرم فلا تجرى النفقة بين المسلم والكافر في هذه القرابة فاما في قرابة الولاد فاتحاد الدين فيها ليس بشرط فيجب على المسلم نفقة آبائه وأمهاته من أهل الذمة ويجب على الذمي نفقة أولاده الصغار الذين أعطى لهم حكم الاسلام باسلام أمهم ونفقة أولاده الكبار المسلمين الذين هم من أهل استحقاق النفقة على ما نذكره ووجه الفرق من وجهين أحدهما ان وجوب هذه النفقة على طريق الصلة ولا تجب صلة رحم غير الوالدين عند اختلاف الدين وتجب صلة رحم الوالدين مع اختلاف الدين بدليل انه يجوز للمسلم ان يبتدئ بقتل أخيه الحربى ولا يجوز له ان يبتدئ بقتل أبيه الحربى وقد قال سبحانه في الوالدين الكافر وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يرد مثله في غير الوالدين والثانى ان وجوب النفقة في قرابة الولاد بحق الولادة لما ذكرنا ان الولادة توجب الجزئية والبعضية بين الوالد والولد وذا لا يختلف باختلاف الدين فلا يختلف الحكم المتعلق به والوجوب في غيرها من الرحم المحرم بحق الورثة ولا وراثة عند اختلاف الدين

[ 37 ]

فلا نفقة ولو كان للمسلم ابنان أحدهما مسلم والاخر ذمي فنفقته عليهما على السواء لما ذكرنا ان نفقة الولادة لا تختلف باختلاف الدين والثانى اتحاد الدار في غير قرابة الولادة من الرحم فلا تجرى النفقة بين الذمي الذى في دار الاسلام وبين الحربى في دار الحرب لاختلاف الدارين ولا بين الذمي والحربى المستأمن في دار الاسلام لان الحربى وان كان مستأمنا في دار الاسلام فهو من أهل الحرب وانما دخل دار الاسلام لحوائج يقضيها ثم يعود ألا ترى ان الامام يمكنه من الرجوع إلى دار الحرب ولا يمكنه من اطالة الاقامة في دار الاسلام فاختلف الداران وكذا لا نفقة بين المسلم المتوطن في دار الاسلام وبين الحربى الذى أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لاختلاف الدارين وهذا ليس بشرط في قرابة الولاد والفرق بينهما من وجهين أحدهما ان وجوب هذه النفقة في هذه القرابة بطريق الصلة ولا تجب هذه الصلة عند اختلاف الدارين وتجب في قرابة الولاد والثانى ان الوجوب ههنا بحق الورثة ولا وراثة عن اختلاف الدارين والوجوب هناك بحق الولادة وانه لا يختلف وأما الذى يرجع إلى غيرهما فقضاء القاضى في أحد نوعي النفقة وهى نفقة غير الولاد من الرحم المحرم فلا تجب هذه النفقة من غير قضاء القاضى ولا يشترط ذلك في نفقة الولاد حتى تجب من غير قضاء كما تجب نفقة الزوجات ووجه الفرق ان نفقة الولاد تجب بطريق الاحياء لما فيها من دفع الهلاك لتحقق معنى الجزئية والبعضية بين المنفق والمنفق عليه ويجب على الانسان احياء نفسه بدفع الهلاك عن نفسه ولا يقف وجوبه على قضاء القاضى فاما نفقة سائر ذى الرحم المحرم فليس وجوبها من طريق الاحياء لانعدام معنى الجزئية وانما تجب صلة محضة فجاز ان يقف وجوبها على قضاء القاضى وبخلاف نفقة الزوجات لان لها شيها بالاعواض فمن حيث هي صلة لم تصر دينا من غير قضاء ورضا ومن حيث هي عوض تجب من غير قضاء عملا بالشبهين وعلى هذا يخرج ما إذا كان الرجل غائبا وله مال حاضر ان القاضى لا يأمر أحدا بالنفقة من ماله الا الابوين الفقيرين وأولاده الفقراء الصغار الذكور والاناث والكبار الذكور الفقراء العجزة عن الكسب والاناث الفقيرات والزوجة لانه لا حق لاحد في ماله الا لهؤلاء ألا ترى انه

ليس لغيرهم أن يمد يده إلى ماله فيأخذه وان كان فقيرا محتاجا ولهم ذلك فكان الامر من القاضى بالانفاق من ماله لغيرهم قضاء على الغائب من غير خصم حاضر ولا يكون لهم قضاء بل يكون اعانة ثم ان كان المال حاضرا عند هؤلاء وكان النسب معروفا أو علم القاضى بذلك أمرهم بالنفقة منه لان نفقتهم واجبة من غير قضاء القاضى فكان الامر من القاضى بالانفاق اعانة لا قضاء وان لم يعلم بالنسب فطلب بعضهم ان يثبت ذلك عند القاضى بالبينة لا تسمع منه البينة لانه يكون قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وكذلك ان كان ماله وديعة عند انسان وهو مقر بها أمرهم القاضى بالانفاق منها وكذا إذا كان له دين على انسان وهو مقر به لما قلنا ولو دفع صاحب اليد أو المديون إليهم بغير اذن القاضى يضمن وإذا وقع باذنه لا يضمن واستوثق القاضى منهم كفيلا ان شاء وكذا لا يأمر الجد وولد الولد حال وجود الاب والولد لانهما حال وجودهما بمنزلة ذوى الارحام ويأمرهما حال عدمهما لان الجد يقوم مقام الاب حال عدمه وولد الولد يقوم مقام الولد حال عدمه وان كان صاحب اليد أو المديون منكرا فارادوا أن يقيموا البينة لم يلتفت القاضى إلى ذلك لما ذكرنا فان أنفق الاب من مال ابنه ثم حضر الابن فقال للاب كنت موسرا وقال الاب كنت معسرا ينظر إلى حال الاب وقت الخصومة فان كان معسرا فالقول قوله وان كان موسرا فالقول قول الابن لان الظاهر استمرار حال اليسار والاعسار والتغير خلاف الظاهر فيحكم الحال وصار هذا كالأجر مع المستأجر إذا اختلفا في جريان الماء وانقطاعه انه يحكم الحال لما قلنا كذا هذا فان اقاما البينة فالبينة بينة الابن لانها تثبت أمر زائدا وهو الغنا هذا إذا كان المال من جنس النفقة من الدراهم والدنانير والطعام والكسوة فان كان من غير جنسها فالقاضي لا يبيع على الغائب العقار لاجل القضاء بالانفاق وكذا الاب الا إذا كان الولد صغيرا فليبع العقار وأما العروض فهل يبيعها القاضى فالامر فيه على ما ذكرنا من الانفاق والاختلاف وهل يبيعها الاب قال أبو حنيفة يبيع مقدار ما يحتاج إليه لا الزيادة على ذلك وهو

[ 38 ]

استحسان وقال أبو يوسف ومحمد لا يبيع ولا خلاف ان الام لا تتبع مال ولدها الصغير والكبير وكذا الاولاد لا يبيعون مال الابوين (وجه) قولهما وهو القياس أنه لا ولاية للاب على الولد الكبير فكان هو وغيره من الاقارب سواء ولهذا يبيع العقار وكذا العروض ولابي حنيفة أن في بيع العروض نظرا للولد الغائب لان العروض مما يخاف عليه الهلاك فكان يبيعها من باب الحفظ والاب يملك النظر بحفظ ماله وغير ذلك بخلاف العقار فانه محفوظ بنفسه فلا حاجة إلى حفظه بالبيع فيبقى يبعه تصرفا على الولد الكبير فلا يملكه ولان الشرع أضاف مال الولد إلى الوالد وسماه كسبا له فان لم يظهر ذلك في حقيقة الملك فلا أقل من أن يظهر في ولاية بيع عرضه عند الحاجة (فصل) وأما بيان مقدار الواجب من هذه النفقة فنفقة الاقارب مقدرة بالكفاية بلا خلاف لانها تجب للحاجة فتقدر بقدر الحاجة وكل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه له المأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع ان كان رضيعا لان وجوبها للكفاية والكفاية تتعلق بهذه الاشياء فان كان للمنفق عليه خادم يحتاج إلى خدمته تفرض له أيضا لان ذلك من جملة الكفاية (فصل) وأما بيان كيفية وجوبها فهذه النفقة تجب على وجه لا تصير دينا في الذمة أصلا سواء فرضها القاضى أو لا بخلاف نفقة الزوجات فانها تصير دينا في الذمة بفرض القاضى أو بالتراضى حتى لو فرض القاضى للقريب نفقة شهر فمضى الشهر ولم يأخذ ليس له أن يطالبه بها بل تسقط وفى نفقة الزوجات للمرأة ولاية المطالبة بما مضى من النفقة في مدة الفرض وقد ذكرنا وجه الفرق

بينهما في نفقة الزوجات فيقع الفرق بين النفقتين في اشيء منها ما وصفناه آنفا ان نفقة المرأة تصير دينا بالقضاء أو بالرضا ونفقة الاقارب لا تصير دينا أصلا ورأسا ومنها ان نفقة الاقارب أو كسوتهم لا تجب لغير المعسر ونفقة الزوجات أو كسوتهن تجب للعسرة والموسرة ومنها ان نفقة الاقارب أو كسوتهم إذا هلكت قبل مضي مدة الفرض تجب نفقة أخرى وكسوة أخرى وفي نفقة الزوجات لا تجب ومنها ان نفقة الاقارب أو كسوتهم إذا تعيبت بعد مضي المدة لا تجب أخرى وفي نفقة الزوجات تجب وقد مر الفرق بين هذه الجملة في فصل نفقة الزوجات ومنها أنه إذا عجل نفقة مدة في الاقارب فمات المنفق عليه قبل تمام المدة لا يسترد شيئا منها بلا خلاف وفي نفقة الزوجات محمد ويحبس في نفقة الاقارب كما يحبس في نفقة الزوجات أما غير الاب فلا شك فيه وأما الاب فيحبس في نفقة الولد أيضا ولا يحبس في سائر ديونه لان ايداء الاب حرام في الاصل وفي الحبس ايدأؤه الا ان في النفقة ضرورة وهي ضرورة دفع الهلاك عن الولد إذ لو لم ينفق عليه لهلك فكان هو بالامتناع من الانفاق عليه كالقاصد اهلاكه فدفع قصده بالحبس ويحمل هذا القدر من الاذى لهذه الضرورة وهذا المعنى لم يوجد في سائر الديون ولان ههنا ضرورة أخرى وهي ضرورة استدراك هذا الحق أعنى النفقة لانها تسقط بمضي الزمان فتقع الحاجة إلى الاستدراك بالحبس لان الحبس يحمله على الاداء فيحصل الاستدراك ولو لم يحبس يفوت حقه رأسا فشرع الحبس في حقه لضرورة استدراك الحق صيانة له عن الفوات وهذا المعنى لا يوجد في سائر الديون لانها تفوت بمضي الزمان فلا ضرورة إلى الاستدراك بالحبس ولهذا قال أصحابنا ان الممتنع من النفقة يضرب ولا يحبس بخلاف الممتنع من سائر الحقوق لانه لا يمكن استدراك هذا الحق بالحبس لانه يفوت بمضي الزمان فيستدرك بالضرب بخلاف سائر الحقوق وكذلك الجد أب الاب وان علا لانه يقوم مقام الاب عند عدمه (فصل) وأما بيان المسقط لها بعد الوجوب فالمسقط لها بعد الوجوب هو مضي الزمان من غير قبض ولا استدانة حتى لو فرض القاضى نفقة شهر للقريب فلم يقبض ولا استدان عليه حتى مضت المدة سقطت النفقة لما ذكرنا ان هذه النفقة تجب صلة محضة فلا يتأكد وجوبها الا بالقبض أو ما يقوم مقامه والله أعلم (فصل) وأما نفقة الرقيق فالكلام في هذا الفصل في مواضع في بيان وجوب هذه النفقة وفي بيان سبب وجوبها وفي بيان شرط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان كيفية الوجوب أما الاول فوجوبها ثابت

[ 39 ]

بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب فقوله عزوجل أو ما ملكت أيما نكم معطوفا على قوله وبالوالدين احسانا أمر بالاحسان إلى المماليك ومطلق الامر يحمل على الوجوب والانفاق عليهم احسان بهم فكان واجبا ويحتمل أن يكون أمرا بالاحسان إلى المماليك أمرا بتوسيع النفقة عليهم لان المرء لا يترك أصل النفقة على مملوكه اشفاقا على ملكه وقد يقتر في الانفاق عليه لكونه مملوكا في يده فامر الله عزوجل السادات بتوسيع النفقة على مماليتهم شكرا لما أنعم عليهم حيث جعل من هو من جوهرهم وأمثالهم في الخلقة خدما وخولا أدلاء تحت أيديهم يستخدمونهم ويستعملونهم في حوائجهم وأما السنة فما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوصى بالمملوك خيرا ويقول أطعموهم مما تاكلون وأكسوهم مما تلبسون ولا تكلفوهم ما لا يطيقون فان الله تعالى يقول لا يكلف الله نفسا الا وسعها وعن أنس رضى الله عنه قال كان آخر وصية رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حضرته الوفاة الصلاة وما ملكت أيما نكم وجعل صلى الله عليه وسلم يغرغر بها في صدره وما يقبض

بها لسانه وعليه اجماع الامة أن نفقة المملوك واجبة وأما المعقول فهو عبد مملوك لا يقدر على شئ فلو لم تجعل نفقته على مولاه لهلك (فصل) وأما سبب وجوبها فالملك لانه يوجب الاختصاص بالمملوك انتفاعا وتصرفا وهو نفس الملك فإذا كانت منفقته للمالك كانت مؤنته عليه إذ الخراج بالضمان وعلى هذا يبنى أنه لا يجب على العبد نفقة ولده لعدم الملك لان أمه ان كانت حرة فهو حرة وان كانت مملوكة فهو ملك مولاه فكانت نفقته على المولى ولان العبد لا مال له بل هو وما في يده لمولاه والمولى أجنبى عن هذا الولد فكيف تجب النفقة في مال الغير لملك الغير وكذا لا يجب على الحر نفقة ولده المملوك بأن تزوج حر أمة غيره فولدت ولدا لانه ملك غيره فلا تجب عليه نفقة مملوك غيره ولو أعتق عبده بطلت النفقة لبطلان سبب الوجوب وهو الملك ثم ان كان بالغاً صحيحاً فنفقته في كسبه وان كان صغيراً أو زمناً قالوا ان نفقته في بيت المال لانه واحد من المسلمين حر عاجز لا يعرف له قريب وبيت المال مال المسلمين فكانت نفقته فيه وكذا اللقيط إذا لم يكن معه مال فنفقته في بيت المال لما قلنا وقالوا في الصغير في يد رجل قال لرجل هذا عبدك أودعته فجدد قال محمد أستحلفه بالله عزوجل ما أودعته فان حلف قضيت بنفقته على الذى هو في يده لانه أقر برقه ثم أقر به لغيره وقد رد الغير اقراره فبقى في يده واليد دليل الملك فيلزمه نفقته قال محمد ولو كان كبيراً لم أستحلف المدعى عليه لانه إذا كان كبيراً كان في يد نفسه وكان دعواه هدراً فيقف الامر على دعوى الكبير فكل من ادعى عليه أنه عبده وصدقه فعليه نفقته ولو كان العبد بين شريكين فنفقته عليهما على قدر ملكيهما وكذلك لو كان في أيديهما كل واحد منهما يدعى أنه له ولا بينة لهما فنفقته عليهما وقالوا في الجارية المشتركة بين اثنين أتت بولد فادعاه المولى ان نفقة هذا الولد عليهما وعلى الولد إذا كبر كل واحد منهما لان كل واحد منهما أب كامل في حقه والله أعلم (فصل) وأما شرط وجوبها فهو أن يكون الرقيق مملوك المنافع والمكاسب للمولى فان لم يكن فلا تجب عليه نفقته فيجب على الانسان نفقة عبده القن والمدبر وأم الولد لان أكسابهم ملك المولى ولا تجب عليه نفقة مكاتبه لانه غير مملوك المكاسب لمولاه ألا ترى أنه أحق بكسبه من مولاه فكان في مكاسبه كالحر فكانت نفقته في كسبه كالحر وكذا معتق البعض لانه بمنزلة المكاتب عند أبى حنيفة وعندهما حر عليه دين والعبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر نفقته على صاحب الخدمة لا على صاحب الرقبة لان منفقته لصاحب الخدمة ونفقة عبد الرهن على الراهن لان ملك الذات والمنفعة له ونفقة عبد الوديعة على المودع لما قلنا ونفقة عبد العارية على المستعير لان ملك المنفعة في زمن العارية له إذ الاعارة تملك المنفعة ونفقة عبد الغصب قبل الرد على الغاصب لان منافعه تحدث على ملكه على بعض طرق أصحابنا حتى لو لم تكن مضمونة على الغاصب فكانت نفقته عليه ولان رد المغصوب على الغاصب ومؤنة الرد عليه لكونها من ضرورات الرد والنفقة من ضرورات الرد لانه لا يمكنه الا باستيقائه ولا يبقى عادة الا بالنفقة فكانت النفقة مؤنات الرد لكونها من ضروراته فكانت على الغاصب والله أعلم

[ 40 ]

(فصل) وأما مقدار الواجب فمقدار الكفاية لان وجوبها للكفاية فتقدر بقدر الكفاية كنفقة الاقارب (فصل) وأما كيفية وجوبها فانها تجب على وجه يجبر عليها عند الطلب والخصومة في الجملة بيان ذلك أن المملوك إذا خاصم مولاه في النفقة عند القاضى فان القاضى يأمره بالنفقة عليه فان أبى ينظر القاضى فكل من يصلح للاجارة يؤاجره وينفق عليه من أجرته أو يبيعه ان كان محلاً للبيع كاقن رأى البيع أصلح ولا يجبر على

الانفاق وان لم يصلح للاجارة بان كان صغيرا أو جارية ولا محلا للبيع كالمدير وأم الولد يجبره على الانفاق لانه لا يمكن بيعه ولا اجارته وتركه جائعا تضييع إلى آدمى فيجبر المولى على الانفاق والله عزوجل أعلم (وأما) نفقة البهائم فلا يجبر عليها في ظاهر الرواية ولكنه يفتى فيما بينه وبين الله تعالى أن ينفق عليها وروى عن أبي يوسف أنه يجبر عليها لان في تركه جائعا تعذيب الحيوان بلا فائدة وتضييع المال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك كله ولانه سفه لخلوه عن العاقبة الحميدة والسفه حرام عقلا وجه ظاهر الرواية أن الجبر على الحق يكون عند الطلب والخصومة من صاحب الحق ولا خصم فلا يجبر ولكن تجب فيما بينه وبين الله تعالى لما قاله أبو يوسف وكما نفقة الجمادات كالذور والعقار فلا يجبر عليها لما قلنا ولا يفتى أيضا بالوجوب الا أنه إذا كان هناك تضييع المال فيكره له ذلك والله عزوجل أعلم (كتاب الحضانة) الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الحضانة وفي بيان من له الحضانة وفي بيان مدد الحضانة وفي بيان مكان الحضانة أما الاول فالحضانة في اللغة تسعمل في معنيين كأحدهما جعل الشى في ناحية يقال حضن الرجل الشى أي اعتزله فجعله في ناحية منه والثانى لاضم إلى الجنب يقال حضنته واحتضنته إذا ضمته إلى جنبك والحضن الجنب فحضانة الام ولدها هي ضمها اياه إلى جنبها واعتزالها اياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وامساكه وغسل ثيابه ولا تجبر الام على ارضاعه الا أن لا يوجد من ترضعه فتجبر عليه وهذا قول عامة العلماء وقال مالك ان كانت شريفة لم تجبر وان كانت دنية تجبر والصحيح قول العامة لقوله عزوجل لا تضار والدة بولدها قيل في بعض وجوه التأويل أي لا تضار بالزام الارضاع مع كراهتها وقوله عزوجل في المطلقات فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن جعل تعالى أجر الرضاع على الاب لا على الام مع وجودها فدل ان الرضاع ليس على الام وقوله عزوجل وعلى المولود رزقهن وكسوتهن بالمعروف أي رزق الوالدات المرضعات فان أريد به المطلقات ففيه أنه لا ارضاع على الام حيث أوجب بدل الارضاع على الاب مع وجود الام وان أريد به المنكوحات كان المراد منه والله عزوجل أعلم ايجاب زيادة النفقة على الاب للام المرضعة لاجل الولد والا فالنفقة تستحقها المنكوحه من غير ولد ولا ن الارضاع انفاق على الولد ونفقة الولد يختص بها الوالد لا يشاركه فيها كنفقته بعد الا استغناء فكما لا تجب عليها نفقته بعد الاستغناء لا تجب عليها قبله وهو ارضاعه وهذا في الحكم وأما في الفتوى فتفتي بانها ترضعه لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها قيل في بعض تأويلات الآية أي لا تضار بولدها بان ترميه على الزوج بعد ما عرفها وألفها ولا ترضعه فيتضرر الولد ومتمى تضرر الولد تضرر الوالد لانه يتألم قلبه بذلك وقد قال الله تعالى ولا مولود له بولده أي لا يضار المولود بسبب الاضرار بولده كذا قيل في بعض وجوه التأويل ولان النكاح عقد سكن وازدواج وذلك لا يحصل الا باجماعهما على مصالح النكاح ومنها ارضاع الولد فيفتى به ولكنها ان أبت لا تجبر عليه لما قلنا الا إذا كان لا يوجد من يرضعه فحينئذ تجبر على ارضاعه إذ لو لم تجبر عليه لهلك الولد ولو التمس الاب لولده مرضعا فارادت الام أن ترضعه بنفسها فهي أولى لانها أشفق عليه ولان في انتزاع الولد منها اضرارها بها وانه منهي عنه لقوله عزوجل لا تضار والدة بولدها قيل في بعض الإقاول أي لا يضارها زوجها بانتزاع الولد منها وهي تريد امساكه وارضاعه فان أرادت أن تأخذ على ذلك أجرا في صلب النكاح لم يجز لها ذلك لان الارضاع وان لم يكن مستحقا عليها في الحكم فهو مستحق في الفتوى ولا يجوز أخذ

الاجر على أمر مستحق لانه يكون رشوة ولانها قد استحققت نفقة النكاح وأجرة الرضاع بمنزلة النفقة فلا تستحق نفقتين ولان أجر الرضاع يجب لحفظ الصبي وغسله وهو من نظافة البيت ومنفعة البيت تحصل للزوجين فلا يجوز لها أن تأخذ عوضا عن منفعة تحصل لها حتى لو استأجرها على ارضاع ولده من غيرها جاز لان ذلك غير واجب عليها فلا يكون أخذ الاجرة على فعل واجب عليها وكذا ليس في حفظه منفعة تعود إليها لانه لا يجب عليها أن تسكنه معها وكذلك إذا كانت معتدة من طلاق رجعى لا يحل لها أن تأخذ الاجرة كما لا يجوز في صلب النكاح لان النكاح بعد الطلاق الرجعى قائم من كل وجه وأما المبتونة ففيها روايتان في رواية لا يجوز لها أن تأخذ الاجرة لانها مستحقة للنفقة والسكنى في حال قيام العدة فلا يحل لها الاجرة كما لا يحل للزوجة وفي رواية يجوز لان النكاح قد زال بالابانة فصارت كالأجنبية وأما إذا انقضت عدتها فالتمست أجرة الرضاع وقال الاب أنا أجد من يرضعه بغير اجر أو باقل من ذلك فذلك له لقوله تعالى فان تعاسرتم فسترتم فسترتم له أخرى ولان في الزام الاب بما تلمسه الام اضرار بالاب وقد قال الله سبحانه وتعالى ولا مولود له بولده أي لا يضر الاب بالتزام الزيادة على ما تلمسه الاجنبية كذا ذكر في بعض التأويلات ولكن ترضعه عند الام ولا يفرق بينهما لما فيه من الحاق الضرر بالام والله أعلم (فصل) وأما بيان من له الحضانة فالحضانة تكون للنساء في وقت وتكون لرجال في وقت والاصل فيها النساء لانهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار ثم تصرف إلى الرجال لانهم على الحماية والصيانة واقامة مصالح الصغار اقدر ولكل واحد منهما شرط فلا بد من بيان شرط الحضانتين ووقتتهما أما التي للنساء فمن شرائطها أن تكون المرأة ذات رحم محرم من الصغار فلا حضانة لبنات العم وبنات الخال وبنات العمه وبنات الخالة لان مبنى الحضانة على الشفقة والرحم المحرم هي المختصة بالنفقة ثم يتقدم فيها الاقرب فالاقرب فأحق النساء من ذوات الرحم المحرم بالحضانة الام لانه لا أقرب منها ثم أم الام ثم أم الاب لان الجدتين وان استوتبتا في القرب لكن احدهما من قبل الام أولى وهذه الولاية مستفادة من قبل الام فكل من يدلى بقراءة الام كان أولى لانها تكون أشفق ثم الاخوات فأم الاب أولى من الاخت لان لها ولادا فكانت أدخل في الولادة وكذا هي أشفق وأولى الاخوات الاخت لاب وأم ثم الاخت لام ثم الاخت لاب لان الاخت لاب وأم تدلى بقرابتين فترجح على الاخت لام بقراءة الاب وترجح الاخت لام لانها تدلى بقراءة الام فكانت أولى من الاخت لاب واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الاخت لاب مع الخالة أيتها أولى روى عنه في كتاب النكاح أن الخالة أولى وهو قول محمد وزفر وروى عنه في كتاب الطلاق أن الاخت لاب أولى وجه الرواية الاولى ما روى أن بنت حمزة لما رأت عليا رضى الله عنه تمسكت به وقالت ابن عمى فأخذها فاختصم فيها على وجعفر وزيد بن حارثة رضى الله عنهم فقال رضى الله عنه بنت عمى وقال جعفر بنت عمى وخالتها عندي وقال زيد بن حارثة رضى الله عنه بنت أخى آخيت بينى وبين حمزة يا رسول الله فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها لخالتها وقال صلى الله عليه وسلم الخالة والدة فقد سمي الخالة والدة فكانت أولى وجه الرواية الاخرى أن الاخت لاب بنت الاب والخالة بنت الجد فكانت الاخت أقرب فكانت أولى وبنت الاخت لاب وأم أولى من الخالة لانها من ولد الابوين وكذا بنت الاخت لام لانها من ولد الام والخالة ولد الجد وكذا بنت الاخت لاب أولى من الخالة على الرواية الاخرى لانها من ولد الاب والخالة ولد الجد فكانت أولى وأما على الرواية الاولى فلا شك أن الخالة تتقدم على أمها وهى الاخت لاب فلان تتقدم على بنتها وهى أبعد من أمها أولى وبنات الاخت أولى من بنات الاخ لان الاخ لاحق له في الحضانة والاخت لها حق فيها فكان ولد الاخت أولى والخالات أولى من بنات الاخ لان بنت الاخ

تدلى بقرابة الذكر والخالة تدلى بقرابة الام فكانت الخالة أولى وبنات الاخ أولى من العمات وان كانت كل واحدة منهما أعنى بنت الاخ والعمة تدلى بذكر لكن بنت الاخ أقرب لانها ولد الاب والعمة ولد الجد فكانت بنت الاخ أقرب فكان أولى ثم الخالات أولى من

[ 42 ]

العمات وان تساوين في القرب لان الخالات يدلين بقرابة الام فكن أشفق وأولى الخالات الخالة لاب وأم لانهما تدلى بقرابتين ثم الخالة لام لادلائها بقرابة الام ثم الخالة لاب ثم العمات وذكر الحسن بن زياد في كتاب الطلاق أن أم الاب أولى من الخالة في قول أبي يوسف وقال زفر الخالة أولى وجه قول زفر قول النبي صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وجه قول أبي يوسف ان أم الاب لها ولاد والولاية في الاصل مستفادة بالولاد أولى لعمات العمة لاب وأم لانها تدلى بقرابتين ثم العمة لام لاتصالها بجهة الام ثم العمة لاب وأما بنات العم والخال والعمة والخالة فلا حق لهن في الحضانة لعدم الرحم المحرم والله أعلم ومنها أن لا تكون ذات زوج أجنبي من الصغير فان كانت فلا حق له في الحضانة وأصله ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجرى له حواء وثديي له سقاء ويزعم أبوه أن ينزعه مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به منه ما لم تنكحي وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال طلق عمر رضى الله عنه أم ابنه عاصم رضى الله عنه فلقبها ومعها الصبى فنازعها وارتفعا إلى أبو بكر الصديق رضى الله عنه فقضى أبو بكر رضى الله عنه بعاصم بن عمر رضى الله عنهما لأمه ما لم يشب أو تتزوج وقال ان ربحها وفراشها خير له حتى يشيب أو تتزوج وذلك بمحض من الصحابة رضى الله عنهم ولان الصغير يلحقه الجفاء والمذلة من قبل الاب لانه يبغضه لغيرته وينظر إليه نظر المغشى عليه من الموت ويقتر عليه النفقة فيتضرر به حتى لو تزوجت بذي رحم محرم من الصبى لا يسقط حقها في الحضانة كالجدة إذا تزوجت بجد الصبى أو الام تزوجت بعم الصبى أنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة ولو مات عنها زوجها أو أبانها عاد حقها في الحضانة لان المانع قد زال فيزول المنع ويعود حقها وتكون هي أولى ممن هي أبعد منها كما كانت ومنها عدم ردتها حتى لو ارتدت عن الاسلام بطل حقها في الحضانة لان المرتدة تحبس فيتضرر به الصبى ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع وسئل محمد عن النساء إذا اجتمعن ولهن أزواج قال يضعه القاضي حيث شاء لانه لا حق لهن فصار كمن لا قرابة له ومنها ان تكون حرة فلا حق للامة وأم الولد في حضانة الولد الحر لان الحضانة ضرب من الولاية وهما ليستا من أهل فاما إذا اعتقتا فهما في الحضانة كالحره لانهما استفادتا الولاية بالعتق وأهل الذمة في هذه الحضانة بمنزلة أهل الاسلام لان هذا الحق انما يثبت نظرا للصغير وأنه لا يختلف بالاسلام والكفر وكذا اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق حتى لو كانت الحاضنة كتائية والولد مسلم كانت في الحضانة كالمسلمة كذا ذكر في الاصل لما قلنا وكان أبو بكر احمد بن علي الرازي يقول انها أحق بالصغير والصغيرة حتى يعقلا فإذا عقلا سقط حقها لانها تعود هما اخلاق الكفرة وفيه ضرر عليهما والله عزوجل الموفق (فصل) وأما وقت الحضانة التي من قبل النساء فالام والجدتان أحق بالغلام حتى يستغنى عنهن فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده كذا ذكر في ظاهر الرواية وذكر أبو داود بن رشيد عن محمد ويتوضأ وحده يريد به الاستنجاء أي ويستنجى وحده ولم يقدر في ذلك تقديرا وذكر الخفاف

سبع سنين أو ثمان سنين أو نحو ذلك وأما الجارية فهي أحق بها حتى تحيض كذا ذكر في ظاهر الرواية وحكى هشام عن محمد حتى تبلغ أو تشتهي وإنما اختلف حكم الغلام والجارية لان القياس ان تتوقت الحضانة بالبلوغ في الغلام والجارية جميعا لانها ضرب ولاية ولانها ثبتت للام فلا تنتهي الا بالبلوغ كولاية الاب في المال الا انا تركنا القياس في الغلام باجماع الصحابة رضى الله عنهم لما روينا أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب عاصم أو تتزوج أمه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فتركنا القياس في الغلام باجماع الصحابة رضى الله عنهم فبقى الحكم في الجارية على أصل القياس ولان الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق باخلاق الرجال وتحصيل أنواع الفضائل واكتساب أسباب العلوم والاب على ذلك أقوم وأقدر مع ما أنه لو ترك في يدها لتخلق باخلاق النساء وتعود بشمائلهن وفيه ضرر وهذا المعنى لا يوجد في الجارية فترك في يد الام بل تمس الحاجة إلى الترك في يدها إلى

[ 43 ]

وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق باخلاقهن وخدمة البيت ولا يحصل ذلك الا وأن تكون عند الام ثم بعدما حاضت أو بلغت عند الام حد الشهوة تقع الحاجة إلى حمايتها وصيانتها وحفظها عن يطمع فيها لكونها لحما على وضم فلا بد ممن يذب عنها والرجال ذلك أقدر وأما غير هؤلاء من ذوات الرحم المحرم من الاخوات والخالات والعمات إذا كان الصغير عندهن فالحكم في الجارية كالحكم في الغلام وهو انها تترك في أيديهن إلى ان تأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها ثم تسلم إلى الاب وإنما كان كذلك لانها وان كانت تحتاج بعد الاستغناء إلى تعلم آداب النساء لكن في تأديبها استخدامها وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الامهات من الاخوات والخالات والعمات فتسليمها إلى الاب احترازا عن الوقوع في المعصية وأما التي للرجال فأما وقتها فما بعد الاستغناء في الغلام إلى وقت البلوغ وبعد الحيض في الجارية إذا كانت عند الام أو الجدتين وان كانا عند غيرهن فما بعد الاستغناء فيهما جميعا إلى وقت البلوغ لما ذكرنا من المعنى وإنما توقفت هذا الحق إلى وقت بلوغ الصغير والصغيرة لان ولاية الرجال على الصغار والصغائر تزول بالبلوغ كولاية المال غير أن الغلام إذا كان غير مأمون عليه فلاب أن يضمه إلى نفسه ولا يخلى سبيله كيلا يكتسب شيئا عليه وليس عليه نفقته الا أن يتطوع فاما إذا بلغ عاقلا واجتمع رأيه واستغنى عن الاب وهو مأمون عليه فلا حق للاب في امسাকে كما ليس له أن يمنع من ماله فيخلى سبيله فيذهب حيث شاء والجارية ان كانت ثيبا وهى غير مأمونة على نفسها لا يخلى سبيلها وان كانت مأمونة على نفسها فلا حق له فيها ويخلى سبيلها وتترك حيث أحببت وان كانت بكر لا يخلى سبيلها وان كانت مأمونة على نفسها لانها مطمع لكل طامع ولم تختبر الرجال فلا يؤمن عليها الخداع وأما شرطها فمن شرائطها العصوبة فلا تثبت الا للعصبة من الرجال ويتقدم الاقرب فالاقرب الاب ثم الجد أبوه وان علا ثم الاخ لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب ثم العم لاب وأم ثم العم لاب ثم ابن العم لاب وأم ثم ابن العم لاب ثم العم لاب وأم ثم عم الاب لاب وأم ثم عم الجد لاب وأم ثم عم الجد لاب ولو كان لها ثلاثة أخو كلهم على درجة واحدة بان كانوا كلة لاب وام أو لاب أو ثلاثة أعمام كلهم على درجة واحدة فافضلهم صلاحا وورعا أولى فان كانوا في ذلك سواء فأكبرهم سنا أولى بالحضانة فان لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم



اختار لها القاضى أفضل المواضع لان الولاية في هذه الحالة إليه فيراعى الاصلح فان رآه أصلح ضمها إليه والا فيضعها عند امرأة مسلمة أمينة وكل ذكر من قبل النساء فلا حق له في الولد مثل الاخ والخال وأبوالام لانعدام العصوبة وقال محمد ان كان للجارية ابن عم وخال وكلاهما لا بأس به في دينه جعلها القاضى عند الخال لانه محرم وابن العم ليس بمحرم فكان المحرم أولى والاخ من الاب أحق من الخال لانه عصبه وهو أيضا أقرب لانه من أولاد الاب والخال من أولاد الجد وذكر الحسن ابن زياد أن الصبى إذا لم يكن له قرابة من قبل النساء فالعم أولى به من الخال وأبوالام لانه عصبته والاخ لاب أولى من العم وكذلك ابن الاخ لانه أقرب فان لم تكن له قرابة أشفق من جهة أبيه من الرجال والنساء فان الام والنساء فان الام أولى من الخال والاخ لام لان لها ولادها وهى أشفق ممن لا ولاد له من ذوى الارحام ومنها إذا كان الصغير جارية أن تكون عصبته ممن يؤتمن عليها فان كان لا يؤتمن لفسقه ولخيانته لم يكن له فيها حق لان في كفاله لها ضرر عليها وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر حتى لو كانت الاخوة والاعمام غير مأمونين على نفسها ومالها لا تسلم إليهم وينظر القاضى امرأة من المسلمين ثقة عدلة أمينة فيسلمها إليها إلى أن تبلغ فتترك حيث شاءت وان كانت بكرًا ومنها اتحاد الدين فلا حق للعصبة في الصبى الا أن يكون على دينه كذا وذكر محمد وقال هذا قول ابى حنيفة وقياسه لان هذا الحق لا يثبت الا للعصبة واختلاف الدين يمنع التعصيب وقد قالوا في الاخوين إذا كان أحدهما مسلما والآخر يهوديا والصبى يهودى أن اليهودى أولى به لانه عصبه لا المسلم والله عزوجل الموفق ولا خيار للغلام ولا جارية إذا اختلف الابوان فيهما قبل

[ 44 ]

البلوغ عندنا وقال الشافعي يخير الغلام إذا عقل التخيير واحتج بما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت زوجي يريد أن ينتزع ابنه منى وانه قد نفعني وسقاني من بئر أبى عتبة فقال استهما عليه فقال الرجل من يشاقني في ابن فقال النبي صلى الله عليه وسلم للغلام اختر أيهما شئت فاختر أمه فأعطاهما إياه ولان في هذا نظر للصغير لانه يحتاج الاشفق ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للام أنت حق به ما لم تنكحي ولم يخير ولان تخيير الصبى ليس بحكمة لانه لغلبة هواه يميل إلى اللذة الحاضرة من الفراغ والكسل والهرب من الكتاب وتعلم آداب النفس ومعا لم الدين فيختار شر الابوين وهو الذى يهمله ولا يؤدبه وأما حديث أبى هريرة رضى الله عنه فالمراد منه التخيير في حق البالغ لانها قالت نفعني وسقاني من بئر أبى عتبة ومعنى قولها نفعني أي كسب على والبالغ وهو الذى يقدر على الكسب وقد قيل ان بئر أبى عتبة بالمدينة لا يمكن الصغير الاستقاء منه فدل على ان المراد منه التخيير في حق البالغ ونحن به نقول ان الصبى إذا بلغ نخير والدليل عليه ما روى عن عمارة بن ربيعة المخزومى انه قال غزا أبى نحو البحرين فقتل فجاء عمى ليذهب بى فخاصمته أمى إلى على بن أبى طالب رضى الله عنه ومعنى أخ لى صغير فخبرني على رضى الله عنه ثلاثا فاخترت أمى فأبى عمى ان يرضى فوكزه على رضى الله عنه بيده وضربه بدرته وقال لو بلغ هذا الصبى أيضا خير فهذا يدل على ان التخيير لا يكون الا بعد البلوغ (فصل) وأما بيان مكان الحضانة مكان الزوجين إذا كانت الزوجة بينهما قائمة حتى لو أراد الزوج أن يخرج من البلد وأراد أن يأخذ ولده الصغير ممن له الحضانة من النساء ليس له ذلك حتى يستغنى عنها لما ذكرنا انها أحق بالحضانة منه فلا يملك انتزاعه من يدها لما فيه من ابطال حقها فضلا عن الاخراج من البلد وان ارادت المرأة أن تخرج من المصر الذى هي فيه إلى غيره

فللزوج أن يمنعها من الخروج سواء كان معها ولدا ولم يكن لان عليها المقام في بيت زوجها وكذلك إذا كانت معتدة لا يجوز لها الخروج مع الولد ويدونه ولا يجوز للزوج اخراجها لقوله عزوجل تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وأما إذا كانت منقضية العدة فارادت أن تخرج بولدها من البلد الذي هي فيه إلى بلد فهذا على أقسام ان أرادت أن تخرج إلى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك مثل ان تزوج كوفية بالكوفة ثم نقلها إلى الشام فولدت أولادا ثم وقعت الفرقة بينهما وانقضت العدة فارادت ان تنقل أولادها إلى الكوفة فلها ذلك لان المانع هو ضرر التفريق بينه وبين ولده وقد رضى به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها لان من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر انه يقيم فيه والولد من ثمرات النكاح فكان راضيا بحضانة الولد في ذلك البلد فكان راضيا بالتفريق الا ان النكاح ما دام قائما يلزمها اتباع الزوج فإذا زال فقد زال المانع وان وقع النكاح في غير بلدها بان لم يكن لها ان تنتقل بولدها إلى بلدها بان تزوج امرأة كوفية بالشام فوقعت الفرقة فارادت أن تنقل ولدها إلى الكوفة لم يكن لها ذلك لانه إذا لم يقع النكاح في بلدها لم توجد دلالة الرضا بالمقام في في بلدها فلم يكن راضيا بحضانة الولد فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق ولو أرادت أن تنقل الولد إلى بلد ليس ذلك ببلدها ولكن وقع النكاح فيه كما إذ تزوج كوفية بالشام فنقلها إلى البصرة فوقعت الفرقة بينهما فارادت أن تنقل بأولادها إلى الشام ليس لها ذلك كذا ذكر في الاصل لان ذلك البلد الذي وقع فيه النكاح ليس ببلدها ولا بلد الزوج بل هو دار غربة لها كالبلد الذي فيه الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه فلم يكن راضيا بحضانة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق فاعتبر في الاصل شرطين أحدهما أن يكون البلد الذي تريد ان تنقل إليه الولد بلدها والثاني وقوع النكاح فيه فما لم يوجد لا يثبت لها ولاية لا نقل وروى عن أبي يوسف ان لها ذلك واعتبر مكان العقد فقط وولاية أشار محمد في الجامع الصغير فقال وانما أنظر في هذا إلى عقدة النكاح اين وقعت وهكذا اعتبر الطحاوي والخصاف اتباعا لقول محمد في الجامع وهذا غير سديد لان محمدا وان أجمل المسألة في الجامع فقد فصلها في الاصل على الوجه الذي وصفنا والمجمل يحمل على المفسر وقد يكون المفسر بيانا للمجمل كالنص

[ 45 ]

المجمل من الكتاب والسنة إذا لحق به التفسير انه يصير مفسرا من الاصل كذا هذا والله عزوجل الموفق هذا إذا كانت المسافة بين البلدين بعيدة فان كانت قريبة بحيث يقدر الاب أن يزور ولده ويعود إلى منزله قبل الليل فلها ذلك لانه لا يلحق الاب كبير ضرر بالنقل بمنزلة النقل إلى أطراف البلد وأما اهل السواد فالحكم في السواد كالحكم في المصر في جميع الفصول الا في فصل واحد بيانه ان النكاح إذا وقع في الرستاق فارادت المرأة أن تنقل الصبي إلى قريتها فان كان أصل النكاح وقع فيها فلها ذلك كما في المصر لما قلنا وان كان وقع في غيرها فليس لها نقله إلى قريتها ولا إلى القرية التي وقع فيها النكاح إذا كانت بعيدة لما ذكرنا في المصر وان كانت قريبة على التفسير الذي ذكرنا فلها كما في المصر وان كان الاب متوطنا في المصر فارادت نقل الولد إلى القرية فان كان تزوجها فيها وفي قريتها فلها ذلك وان كانت بعيدة عن المصر لما ذكرنا في المصر وان لم تكن تلك قريتها فان كانت قريته ووقع فيها أصل النكاح فلها ذلك كما في المصر وان كان لم يقع النكاح فيها فليس لها ذلك وان كانت قريبة من المصر بخلاف المصرين لان اخلاق أهل السواد لا تكون مثل اخلاق أهل المصر أجفى فيتخلق الصبي باخلاقهم فيتضرر به ولم يوجد من الاب دليل

الرضا بهذا الضرر إذا لم يقع أصل النكاح في القرية والله عزوجل أعلم وليس للمرأة أن تنقل ولدها إلى دار الحرب وان كان قد تزوجها هناك وكانت حربية بعد ان يكون زوجها مسلما أو ذميا لان في ذلك اضرار بالصبي لانه يتخلق باخلاق الكفرة فيتضرر به وان كان كلاهما حربيين فلها ذلك لان الصبي تبع لهما وهما من أهل دار الحرب والله عزوجل أعلم وهو الموفق (كتاب الاعتاق) الكلام في هذا الكتاب في الاصل في مواضع في بيان أنواع الاعتاق وفي بيان ركن الاعتاق وفي بيان شرائط الركن وفي بيان صفة الاعتاق وفي بيان حكم الاعتاق وفي بيان وقت ثبوت حكمه وفي بيان ما يظهر به الاعتاق أما الاول فالاعتاق في القسمة الاولى ينقسم إلى أربعة أقسام واجب ومندوب إليه ومباح ومحذور أما الواجب فالاعتاق في كفارة القتل والظهار واليمين والافطار الا انه في باب القتل والظهار والافطار واجب على التعيين عند القدرة عليه وفي اليمين واجب على التخيير قال الله تعالى في كفارة القتل واطهار فتحرير رقبة وفي كفارة اليمين أو تحرير رقبة وانه أمر بصيغة المصدر كقوله عزوجل فضرِب الرقاب وقوله عزوجل والوالدات يرضعن أو لادهن وقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ونحو ذلك وقال النبي صلى الله عليه وسلم في كفارة الافطار أعتق رقبة وأما المندوب إليه فهو الاعتاق لوجه الله تعالى من غير ايجاب لان الشرع ندب إلى ذلك لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أيما مؤمن أعتق مؤمنا في الدين أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار وعن واثلة بن الاسقع قال أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم في صفة الاعتاق فقال لنا قد أوجب فقال صلى الله عليه وسلم اعتقوا عنه يعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار وعن أبي نجيح السلمى قال كنا مع رسول الله عليه وسلم بالطائف فسمعته يقول من رمى بسهم في سبيل الله فله درجة في الجنة ومن شاب شبيبة في الاسلام كانت له نورا يوم القيامة وأيما رجل مسلم أعتق رجلا مسلما كان به وقاء كل عظم من عظام محرره من النار وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كان بها وقاء كل عظم محررتها من النار وعن البراء بن عازب قال جاء اعرابي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله علمني عملا يدخلني الجنة فقال صلى الله عليه وسلم أعتق النسمة وفك الرقبة أو ليسا واحدا فقال صلى الله عليه وسلم لا تعتق النسمة ان تنفرد بعقها وفك الرقبة ان تعين في افكاكها وفي بعض الروايات ان تعين في قتمنها وأما المباح فهو الاعتاق من غير نية لوجود معنى الاباحة فيه وفيه تخيير العاقل بين تحصيل الفعل وتركه شرعا وأما المحذور فهو ان يقول لعبيده أنت حر لوجه الشيطان

[ 46 ]

ويقع العتق لوجود ركن الاعتاق وشرطه وقوله لوجه الشيطان لبيان الغرض ونقسمه أيضا أقساما أخذ نذكرها في مواضعها ان شاء الله تعالى (فصل) وأما ركن الاعتاق فهو الذى جعل دلالة على العتق في جملة أو ما يقوم مقام اللفظ فيحتاج فيه إلى بيان الالفاظ التى يثبت بها العتق في الجملة اما مع النية أو بدون النية والى بيان ما لا يثبت به العتق من الالفاظ رأسا أما الاول فالالفاظ التى يثبت بها العتق في الجملة فتقسم ثلاثة أقسام صريح وملحق بالصريح وكناية وأما الصريح فهو اللفظ المشتق من العتق أو الحرية أو الولاء نحو قوله أعتقتك أو حررتك أو أنت عتيق أو معتق أو أنت مولاي لان لا صريح في اللغة اسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد عند السامع وهذه الالفاظ بهذه الصفة أما لفظ العتق والحرية فلا شك فيه لانه لا يستعمل الا في العتق فكان ظاهر المراد عند السامع فكان صريحا فلا يفتقر إلى النية كصريح الطلاق

إذ النية لتعيين المحتمل وأما لفظ الولاء فالمولى وان كان من الالفاظ المشتركة في الاصل لوقوعه على مسميات مختلفة الحدود والحقائق بمنزلة اسم العين والقرء وغيرهما فانه يقع على الناصر قال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم ويقع على ابن العم قال الله تبارك وتعالى خبرا عن نبيه زكريا عليه الصلاة والسلام وانى خفت المولى من ورثي ويقع على المعتق والمعتق لكن ههنا لا يحمل معنى الناصر لان المولى لا يستنصر بعبد ولا ابن العم إذا كان العبد معروف النسب ولا المعتق إذا العبد لا يعتق مولاه فتعين المعتق مرادا به واللفظ المشترك يتعين بعض الوجوه الذي يحتمل مراده بدليل معين فكان صريحا في العتق فلا يحتاج إلى النية كقوله أنت حر أو عتيق وكذا إذا ذكره هذه الالفاظ بصيغة النداء بان قال يا حر يا عتيق يا معتق لانه ناداه بما هو صريح في الدلالة على العتق لكون اللفظ موضوعا للعتق والحرية ولا يعتبر المعنى بالموضوعات فيثبت العتق من غير نية كقوله أنت حر أو عتيق أو معتق وذكر محمد انه لو كان اسم العبد حرا وعرف بذلك الاسم فقال له يا حر لا يعتق لانه ذا كان مسمى بذلك الاسم معروفا به لندائه يحمل على الاسم لا على الصفة فلا يعتق وكذا إذا قال له مولاي يعتق عليه عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يعتق من غير نية وجه قوله يا مولاي يحتمل التعظيم ويحتمل العتق فلا يحتمل على التحقيق الا بالنية كقوله يا سيدي ويا مالكي ولنا ان النداء للعبد باسم المولى لا يراد به التعظيم للعبد واکرمه عادة وانما يراد به الاعتاق فيحمل عليه كان قال أنت مولاي ولو قال ذلك يعتق عليه كذا هذا بخلاف قوله يا سيدي ويا مالكي لان هذا قد يذكر على وجه التعظيم والاکرام فلا يثبت به العتق من غير قرينة وعلل محمد لهذا فقال لانا انما أعتقناه في قوله يا مولاي لاجل الولاء لاجل الملك ومعناه ما ذكرنا والله عزوجل أعلم ولو قال في شئ من هذه الالفاظ من قوله أعتقتك أو نحوه عنيت به الخبر كذبا لا يصدق في القضاء لعدوله عن الظاهر لانه يستعمل في انشاء العتق في عرف اللغة والشرع كما يستعمل في الاخبار فان العرب قبل ورود الشرع كانوا يعتقون عبيدهم بهذه الصيغة وفي الحمل على الخبر حمل على الكذب وظاهر حال العاقل بخلافه فلا يصدق في القضاء كما لو قال لامرأته طلقتك نوى به الاخبار كذبا لا يصدق في القضاء ويصدق به فيما بينه وبين الله عزوجل لانه نوى ما يحتمله كلامه لانه يحتمل الاخبار وان كان ارادته الخبر خلاف الظاهر ولو قال عنيت به انه كان خيرا فان كان مؤكدا لا يصدق أصلا كذب محض وان كان انشاء لا يصدق قضاء لان الظاهر ارادة الانشاء من هذه الالفاظ فلا يصدق في العدول عن الظاهر ويصدق ديانة اللفظ يحتمل عن الماضي ولو قال أنت حر من عمل كذا أو أنت حر اليوم من هذا العمل عتق في القضاء لان العتق بالنسبة إلى الاعمال والازمان لا يتجزأ لاستحالة ان يعتق اليوم ويسترق غدا أو يعتق في عمل وبرق في عمل فكان الاعتاق في عمل دون عمل وفي زمان دون زمان اعتاقا من الاعمال كلها وفي الازمان بأسرها فإذا نوى بعض الاعمال والازمان فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدق القاضي وكذا إذا قال أنت مولاي وقال عنيت به الموالة في الدين لا يصدق في القضايا لانه خلاف الظاهر إذ هو يستعمل لولاء العتق ظاهرا

[ 47 ]

ويصدق ديانة لان اللفظ يحتمل ما نوى ولو قال ما أنت الا حر عتق لان قوله ما أنت الا حرا أكد من قوله أنت حر لانه اثبات بعد النفي كقولنا لا اله الا الله ولو قال أنت حر لوجه الله تعالى عتق لان اللام في قوله لوجه الله تعالى لام الغرض فقد نجز الحرية وبين ان غرضه من التحرير وجه الله عزوجل وكذا لو قال لعبد أنت حر لوجه

الشیطان عتق ذكره محمد في الاصل لانه أعتقه بقوله أنت حر وبين غرضه الفاسد من الاعتاق فلا يقدر في العتق ولو دعى عبده سالما فقال يا سالم فأجابه مرزوق فقال أنت حر ولا نية له عتق الذي أجابه لان قوله أنت حر خطاب والمتكلم أولى بصرف الخطاب إليه من الساكت ولو قال عتيت سالما عتقا في القضاء أما مرزوق فلان الإشارة مصروفة إليه لما بينا فلا يصدق في انه ما عناه وأما سالم فباقراره وأما فيما بينه وبين الله تعالى فانما يعتق الذي عناه خاصة لان الله تعالى يطلع على سره ولو قال يا سالم أنت حر فإذا هو عبد آخر له أو لغيره عتق سالم لانه لا مخاطب ههنا الا سالم فيصرف قوله أنت حر إليه والله عز وجل أعلم وأما الذي هو ملحق بالصريح فهو ان يقول لعبده وهبت لك نفسك أو وهبت لك نفسك أو وهبت نفسك منك أو بعث نفسك منك وبعثت سواء قبل أو لم يقبل نوى أو لم ينو لان الايجاب من الواهب أو البائع ازالة الملك من الموهوب أو المبيع وانما الحاجة إلى القبول من الموهوب له والمشتري لثبوت الملك لهما وههنا لا يثبت للعبد في نفسه لانه لا يصلح مملوكا لنفسه فتبقى الهبة والبائع ازالة الملك عن الرقيق لا إلى أحد وهذا معنى الاعتاق ولهذا لا يفتقر إلى القبول فلا يحتاج إلى النية أيضا لان اللفظ صريح في الدلالة على زوال الملك عن الموهوب والمبيع والاعتاق ازالة الملك وقد قال أبو حنيفة إذا قال لعبده وهبت لك نفسك وقال أردت وهبت له عتقه أي لا أعتقه لم يصدق في القضاء لان الهبة وضعت لازالة الملك عن الموهوب وهبة العتق استبقاء الملك على الموهوب فقد عدل عن ظاهر الكلام فلا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله كلامه وروى عن أبي يوسف فيمن قال لعبده أنت مولى فلان أو عتق فلان انه يعتق في القضاء لانه أخبر انه معتق فلان ولا يكون معتق فلان الا وان يكون مملوكا لفلان فاعتقه فان أعتقك فلان فليس بشيء لان قوله أعتقك فان أعتقك فلان فليس بشيء لان قوله أعتقك فلان يحتمل انه أراد أن فلانا أنشأ العتق فيك ولا يكون ذلك الا بعد الملك ويحتمل انه أراد به انه قال لك للحال أنت حر ولا ملك له فيه فلا يعتق بالشك والله عز وجل أعلم ومن هذا القبيل إذا اشترى أباه أو أمه أو ابنه عتق عليه نوى أو لم ينو عند عامة العلماء لان شراءه جعل اعتاقا شرعا حتى تتأدى به الكفارة إذا اشترى أباه ناويا عن الكفارة في قول أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر والشافعي وعند مالك لا يعتق الا باعتاق مبتدأ والاصل ان كل من يملك ذا رحم محرم منه بالشراء أو بقبول الهبة والصدقة أو الوصية أو بالارث يعتق عليه وقال مالك لا يعتق ما لم يعتقه وقال الشافعي لا يعتق بالملك الا من له ولد فاما من لا ولد له فلا يعتق الا باعتاق مبتدأ أما مالك فانه احتج بما روى أبو داود في سننه باسناده عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزى ولد والدة الا أن يجده مملوكا فيشتره فيعتقه حقق صلى الله عليه وسلم الاعتاق عقيب الشراء ولو كان الشراء نفسه اعتاقا لم يتحقق الاعتاق عقيبه لان اعتاق المعتق لا يتصور فدل ان شراء القريب ليس باعتاق ولان الشراء اثبات الملك الاعتاق ازالة الملك وبينهما منافاة فكيف يكون اللفظ الواحد اثباتا وازالة ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انى دخلت السوق فوجدت أخى يباع فاشتريته وأنا أريد أعتقه فقال له صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى قد أعتقه والحديثان حجة على مالك والشافعي ومعنى قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة فتعتقه أي تعتقه بالشراء يحمل على هذا عملا بالاحاديث كلها صيانة لها عن التناقض واما قوله الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالة الملك فنعم ولكن الممتنع اثبات حكم وضده بلفظ واحد في زمان واحد وأما في

زمانين فلا لان علل الشرع في الحقيقة دلائل واعلام على المحكومات الشرعية فيجوز ان يكون لفظ الشراء السابق علما على ثبوت الملك في الزمان الاول وذلك اللفظ بعينه علما على ثبوت العتق في الزمان الثاني إذ لا تنافى عند اختلاف الزمان وأما

[ 48 ]

الكلام الشافعي فمبنى على ان القرابة المحرمة للنكاح فيما سوى الولاد وهى قرابة الاخوة والعمومة والخؤولة حرام القطع عندنا وعنده لا يحرم قطعها وعلى هذا بينى وجوب القطع بالسرقة ووجوب النفقة في هذه القرية انه لا يقطع ويجب النفقة عندنا خلافا له ولا خلاف في ان القرابة الولاد حرام القطع ولا خلاف أيضا في ان القرابة التى لا تحرم النكاح كقرابة بين الاعمام غير محرمة القطع فالشافعى يلحق هذه القرابة بقرابة بنى الاعمام ونحن نلحقها بقرابة الولاد وجه قوله ان العتق انما يثبت بالقرابة لكون العتق صلة وكون القرابة مستدعية للصلة والاحسان إلى القريب والعتق من أعلى الصلات فلا يثبت الا بأعلى على القرابات وهى قرابة بنى الاعمام ولهذا الحق بها في كثير من الاحكام وهى جريان القصاص في نفس والطرف وقبول الشهادة والحبس بالدين وجواز الاستئجار ونكاح الحليلة وعدم التكاثر ولنا ان قرابة الولاد انما اوجبت العتق عند الملك لكونها محرمة القطع وابقاء الملك في القريب يفضى إلى قطع الرحم لان الملك نفسه من باب الذل والهوان فيورث وحشة وانها توجب التباعد بين القريبين وهو تفسير قطعية الرحم وشرع السبب المفضى إلى القطع مع تحريم القطع متناقض فلا يبقى الملك دفعا للتناقض فلا يبقى الرق ضرورة لانه لم يشرع بقاءه في المسلم والذمى الا لاجل الملك المحترم للمالك المعصوم وإذا زال الرق ثبت العتق ضرورة والقرابة المحترمة للنكاح محرمة القطع لان النصوص المقتضية لحرمة قطع الرحم عامة أو مطلقة قال الله تبارك وتعالى واتقوا الله الذى تساءلون به والارحام معناه واتقوا الله الذى تساءلون به فلا تعصوه واتقوا الارحام فلا تقطعوها ويحتمل ان يكون معناه واتقوا الله وصلوا الارحام وقد روى في الاخبار عن رسول الله صلى الله وسلم انه قال صلوا الارحام فانه أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الآخرة والامر بالوصل يكون نهيا عن القطع لانه ضده والامر بلا فعل نهى عن ضده وروى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرحم شجنة من الله تعالى معلقة بالعرش تقول يا رب هذا مقام العائذ بك قطعت ولم أوصل فيقول الله تبارك وتعالى أما يكفيك انى شققت لك اسما من اسمى أنا الرحمن وأنت الرحم فمن وصلك وصلته ومن قطعك بتته ومثل هذا الوعيد لا يكون الا بارتكاب المحرم فدل ان قطع الرحم حرام والرحم هو القرابة سميت القرابة رحما اما باعتبار ان الرحم مشتق من الرحمة كما جاء في الحديث والقرابة سبب الرحم والشفقة على القريب طبعاً واما باعتبار العضو المخصوص من النساء المسمى بالرحم محل السبب الذى يتعلق به وجود القرابات فكان كل قرابة أو مطلق القرابة محرمة القطع بظاهر النصوص الا ما خص أو قيد دليل ثم نخرج الاحكام أما جريان القصاص فلا يفضى إلى قطع الرحم لان القصاص جزاء الفعل وجزاء الفعل يضاف إلى الفاعل فكان الاخ القاتل أو القاطع هو قاطع الرحم فكأنه قتل نفسه أو فقطع طرفه باختياره وكذا الحبس بالدين لانه جزاء المطل الذى هو جناية فكان مضافاً إليه وأما الاجارة فهى عقد معاوضة وهو تمليك المنفعة بالمال وانه حصل باختياره فلا يفضى إلى القطع الا انه لا يجوز استئجار الاب ابنه في الخدمة التى يحتاج إليها الاب لا لانه يفضى إلى قطعية الرحم بل لان ذلك يستحق على الابن شرعاً فلا يجوز ان يستحق الاجر في مقابلته فلا يدخل في

العقد ولو استأجر الابن أباه يصح ولكن يفسخ احتراماً للاب ونحن نسلم ان للاب زيادة احترام شرعاً يظهر في حق هذا وفي حق القصاص والحبس ولا كلام فيه وأما نكاح الحليلة فانه وان كان فيه نوع من الغضاضة لكن هذا النوع من الغضاضة غير معتبر في تحريم القطع فلان الجمع بين الاختين حرم للصيانة عن قطعية الرحم ثم يجوز نكاح الاخت بعد طلاق أختها وانقضاء عدتها وان كان لا يخلو عن نوع غضاضة وأما التكاثر فعند أبي يوسف ومحمد يتكاثر الاخ كما في قرابة الولاد وعن أبي حنيفة فيه روايتان ثم نقول عدم تكاثر الاخ لا يفرض إلى قطعية الرحم لان ملكه لا يصلح للتكاثر لانه من باب الصلة والتبرع وملك المكاتب ملك ضروري لا يظهر في حق التبرع والعتق فإذا لم يكاتب عليه لم يقدر الاخ على ازالة الذل عنه وهو الملك فلا يفرض إلى الغضاضة بخلاف الولد لان ملك المكاتب وان كان ضرورياً لم يشرع الا في حق حرية نفسه لكن

[ 49 ]

حرية أبيه وابنه في معنى حرية نفسه لان المرء يسعى لحرية أولاده وآبائه مثل ما يسعى لحرية نفسه فهو الفرق والله عزوجل أعلم وسواء كان المالك لذي الرحم المحرم بالغاً أو صبياً عاقلاً أو مجنوناً يعتق عليه إذا ملكه لعموم قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم منه فهو حر ولانه علق الحكم هو الحرية بالملك فيقتضى ان كل من كان من أهل الملك كان من أهل هذا الحكم والصبى والمجنون من أهل الملك فكانا من أهل هذا الحكم فان قيل ان الصبى العاقل إذا اشترى أباه يعتق عليه وشراء القريب اعتاقاً عند أصحابنا حتى تتأدى به الكفارة والصبى وان كان عاقلاً فليس من أهل الاعتاق فينبغي ان لا يعتق أو لا يكون الشراء اعتاقاً قيل ان كون شراء الاب اعتاقاً عرفناه بالنص وهو ما روينا من حديث أبي هريرة رضى الله عنه والنص قابل للتخصيص والتقييد وقد قام الدليل على ان الصبى ليس بمراد لانه ليس من أهل الاعتاق فلا يكون الشراء من الصبى وان كان عاقلاً اعتاقاً بل يكون تمليكا فقط فيعتق عليه بالملك شرعاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر لا بالاعتاق ولو ملك حليلة ابنه أو منكوحة أبيه أو أمه من الرضاع لا يعتق عليه وكذا إذا ملك ابن العم أو العمة أو ابنتها أو ابن الخال أو الخالة أو بنتهما لا يعتق لان شرط العتق ملك ذى رحم محرم فلا بد من وجودهما أعنى الرحم المحرم ففي الاول وجد المحرم بلا رحم وفي الثاني وجد الرحم بلا محرم فلا يثبت العتق وأهل الاسلام وأهل الذمة في ذلك سواء لاستوائهم في حرمة قطع الرحم وأهلية الاعتاق وأهلية الملك ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم فهو حر وولاء المعتق لمن عتق عليه لان العتق ان وقع بالشراء فالشراء اعتاق وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق وان وقع بالملك شرعاً فالملك للمعتق عليه فكان الولاء له ولو اشترى أمة وهى حبلى من أبيه والامة لغير الاب جاز الشراء وعتق ما في بطنها ولا تعتق الامة ولا يجوز بيعها قبل ان تضع وله ان يبيعها إذا وضعت أما جواز الشراء فلا شك فيه لان شراء الاخ جائز كسواء الاب وسائر ذوى الرحم المحرم وأما عتق الحمل فلانه أخوه وقد ملكه فيعتق عليه ولا تعتق الام عليه لانها أجنبية عنه لعدم القرابة بينهما يحققه انه لو ملكها أبوه لا تعتق عليه فابنه أولى وأما عدم جواز بيعها ما دام الحمل قائماً فلان في بطنها ولد حراً ولان بيع الحامل بدون الحمل لا يجوز ألا ترى انه لو باعها واستثنى الحمل يفسد البيع فإذا كان الولد حراً والحر لا يكون محلاً للبيع يصير كأنه استثنى الولد وإذا وضعت جاز بيعها لان المانع قد زال وإذا ملك شقفاً من ذى رحم محرم منه عتق عليه قدر ما ملك في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد

وزفر يعتق كله كما لو اعتق شقفا من عبد له أجنبي لان العتق يتجزأ عنده وعندهم لا يتجزأ ولو ملك رجلان ذا رحم محرم من أحدهما حتى عتق عليه فهذا لا يخلو اما ان ملكاه بسبب لهما فيه صنع واما ان ملكاه بسبب لا صنيع لهما فيه فان ملكاه بسبب لهما فيه صنع بان ملكاه بالشراء أو بقبول الهبة أو الصدقة أو الوصية لا يضمن من عتق عليه لشريكه شيئا موسرا كانت أو معسرا في قول أبي حنيفة ولكن يسعى له العبد في نصيبه وعند أبي يوسف ومحمد يضمن الذي عتق عليه نصيبه ان كان موسرا وعلى هذا الخلاف إذا باع رجل نصف عبده من ذى رحم محرم من عبده أو وهبه له حتى عتق عليه لا يضمن المشتري نصيب البائع عند أبي حنيفة موسرا كان القريب أو معسرا ولكن يسعى العبد في نصف قيمته للبائع وعندهما يضمن ان كان موسرا وان كان معسرا يسعى العبد ولو قال الرجل لعبد ليس بفريب له ان ملكته فهو حر ثم اشتراه الحالف وغيره صفقة واحدة ذكر الجصاص أنه على هذا الخلاف أنه لا ضمان عليه وفي قول أبي حنيفة وعندهما يضمن وذكر الكرخي أنى لا أعرف الرواية في هذه المسألة واجمعوا على أن العبد إذا كان بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من قريب العبد حتى عتق عليه أن المشتري يضمن نصيب الشريك الساكت ان كان موسرا ولا يضمن البائع شيئا والكلام في هذه المسائل بناء على أن الاعتاق يتجزأ عند أبي حنيفة وعندهما لا يتجزأ ووجه البناء على هذا الاصل ان الاعتاق لما لم يكن متجزئا عندهما وشراء القريب اعتاق فكان شراء نصيبه اعتاقا لنصيبه واعتاق نصيبه اعتاق لنصيب صاحبه فيعتق كله كالعبد المشترك بين اثنين اعتقه أحدهما وهو موسر ولما كان متجزئا عنده كان شراء نصيبه

[ 50 ]

اعتاقا لنصيبه خاصة فلم يكن افسادا لنصيب شريكه ولان تمليكا لنصيبه أيضا لان ذلك ثبت لضرورة تكيل الاعتاق لضرورة عدم التجزئة فإذا كان متجزئا عنده فلا ضرورة إلى التكميل فلا حاجة إلى التمليك والدليل عليه أنه لا ضمان إذا كان معسرا وضمن الاتلاف والتمليك لا يسقط بالاعسار وكان ينبغي أن لا يجب الضمان على الشريك المعتق الا انا عرفنا وجوب الضمان ثمة مخالفا للاصول بالنص نظرا للشريك الساكت وهو مستحق للنظر إذ لم يوجد منه الرضا بمباشرة الاعتاق من الشريك ولا بمباشرة شرطه وههنا وجد لان كل واحد من المشتريين راض بشراء صاحبه وكيف لا يكون راضيا به وأن شراء كل واحد منهما شرط لصحة شراء صاحبه حتى لو أوجب البائع لهما فقبل أحدهما دون صاحبه لم يصح وكذا البائع نصف عبده من ذى رحم محرم راض بشرائه ومن رضى بالضرر لا ينظر له فلم تكن هذه المواضع نظير المنصوص عليه فبقى الحكم على الاصل بخلاف البعد المشترك بين اثنين باع أحدهما نصيبه من ذى رحم محرم منه لان هناك لم يوجد دليل الرضا من الشريك الساكت بشراء القريب أصلا حتى يوجب سقوط حقه في الضمان فكان في معنى المنصوص عليه فيلحق به ثم وجه الكلام لابي حنيفة على طريق الابتداء أنه وان سلم أن شراء نصيبه اعتاق لنصيبه شريكه لكن هذا افساد مرضى به من جهة الشريك لانه رضى بشراء نفسه واثبات الملك له في نصيبه ولا يمكنه ذلك بدون شراء صاحبه لان الخلاف فيما إذا أوجب البائع البيع لهما صفقة واحدة فلا بد وأن يكون القبول موافقا للايجاب إذا البائع ما رضى الا به ألا ترى أنه لو قال بعث منكما فقبل أحدهما ولم يقبل الآخر لم يصح البيع فكان الرضا بشراء نفسه راضا بشراء صاحبه فكان شراء القريب افساد النصيب الشريك برضا الشريك فلا يوجب الضمان كما إذا كان العبد مشتركا بين اثنين فقال أحدهما لصاحبه اعتق نصيبك أو رضيت باعتاق نصيبك فاعتق لا يضمن كذا هذا



فان قيل هذه النكتة لا تتمشى في الهبة فان أحدهما إذا قبل الهبة دون الاخر يثبت له الملك فلم يكن الرضا بقبول الهبة في نصيبه رضا بقبول صاحبه فلم يكن هذا افسادا مرضيا به من جهة الشريك وكذا لا تتمشى فيما إذا لم يعلم الشريك الاجنبى أن شريكه قريب العبد لانه إذا لم يعلم به لم يعلم كون شراء الشريك اعتاقا لنصيبه فلا يعلم كونه افساد النصيب شريكه فلا يثبت رضاه بالافساد لان الرضا بالشئ بدون العلم محال فالجواب أن هذا من باب عكس العلة لانه أراه الحكم مع عدم العلة وهذا تفسير العكس والعكس ليس بشرط في العلل الشرعية لجواز أن يكون لحكم واحد شرعى علل فنحن نفينا وجوب الضمان في بعض الصور بما ذكرنا وبنقيه في غيره بعلة أخرى ثم نقول أما فصل الهبة فنقول كل واحد منهما بالقبول لكنهما إذا قبلا جميعا كان قبولهما صحة قبول الآخر حتى ينفرد كل واحد منهما بالقبول لكنهما إذا قبلا جميعا كان قبولهما بمنزلة شئ واحد لانه جواب ايجاب واحد مثاله إذا قرأ المصلى آية واحدة قصيرة أو طويلة على الاختلاف يتعلق به الجواز ولو قرأ عشر آيات أو أكثر يتعلق الجواز بالكل ويجعل الكل كاية واحدة كذا هذا وأما فصل العلم فتخرجه على جواب ظاهر الرواية وهو أن عند أبى حنيفة لا يجب الضمان سواء علم أو لم يعلم وعندهما يجب أو لم يعلم نص عليه في الجامع الصغير اما على أصلهما فظاهر لان الضمان عندهما يجب مع العلم الجهل أولى وأما على أصل أبى حنيفة فلا سقوط ضمان الاتلاف عند الاذن والرضا به لا يقف على العلم فان من قال لرجل كل هذا الطعام والأذن لا يعلم أنه طعام نفسه فأكله الرجل لا يستحق الضمان عليه وان لم يعلم به وهذا لان حقيقة العلم ليست بشرط في بناء الاحكام عليها بل المعتبر هو سبب حصول العلم والطريق الموصل إليه ويقام ذلك مقام حقيقة العلم كما يقام سبب القدرة مقام حقيقة القدرة وطريق حصول العلم ههنا في يده وهو السؤال والفحص عن حقيقة الحال فإذا لم يفعل فقد قصر فلا يستحق الضمان وروى بشر عن أبى يوسف أنه فصل بين العلم والجهل فقال ان كان الأجنبي يعرف ذلك فان العبد يعتق ويسعى للاجنبي في قول أبى حنيفة وأبى يوسف وان كان لا يعلم فهو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء تم عليه وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ووجه هذه الرواية ان الشراء مع شركة الاب عيب فكان بمنزلة سائر العيوب أنه ان علم به المشتري يلزمه البيع كما في سائر العيوب وان لم يعلم به لم يلزمه مع العيب وإذا لم يلزمه العقد

[ 51 ]

في حق أحد الشريكين لم يلزم في حق الآخر فلا يعتق العبد ويثبت للمشتري حق الفسخ وذكر في الجامع الصغير لو اشترى رجل نصف عبد ثم اشترى أب العبد النصف الباقي وهو موسر فالمشتري بالخيار بمنزلة عبد بين اثنين اعتقه أحدهما فالمشتري بالخيار لانه لم يوجد من المشتري الاجنبى ما هو دليل الرضا في سقوط الضمان عن الاب فلا يسقط وروى عن أبى يوسف أنه قال لو أن عبدا اشترى نفسه هو وأجنبي من مولاه فالبيع باطل في حصته الأجنبي لانه اجتمع العتق والبيع في عقد واحد في زمان واحد لان بيع نفس العبد منه اعتاق على مال فلا يصح البيع بخلاف الرجلين اشترى ابن أحدهما أنه يصح وان اجتمع الشراء والعتق في عقد واحد لان شراء القريب تملك في الزمان الاول واعتاق في الزمان الثاني وأنه جائز لما بينا وروى عن أبى يوسف أنه قال إذا قال ان ملكت من هذا العبد شيئا فهو حر ثم اشتراه الحالف وأبوه صفقة واحدة عتق على الاب وهذا على أصله لان العتق عنده لا يتجزأ وقد اجتمع للعتق سببان القرابة واليمين الا أن القرابة سابقة على اليمين فإذا ملكاه صار كان عتق الاب أسبق فيعتق النصيبان عليه ولهذا قال في رجل قال ان اشريت فلانا أو بعضه

فهو حر فادعى رجل آخر أن انه ثم اشرياه عتق عليهما ونصف ولائه للذي أعتقه وهو ابن الذي ادعاه لان النسب ههنا لم يسبق اليمين فيعتق نصيب كل واحد منهما عليه وولأوه بينهما لانه عتق عليهما والولاء للمعتق وان ملك اثنان ذا رحم محرم من أحدهما سبب لا صنع لهما فيه بان ورثا عبدا وهو قريب أحدهما حتى عتق عليه لا يضمن نصيب شريكه موسرا كان أو معسرا ولكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريكه في قولهم جميعا لان العتق ههنا ثبت بالملك شرعا من غير اعتاق من جهة أحد من العباد إذ لا صنع لاحد من العباد في الارث ووجوب الضمان على المرء يعتمد شرعا صنعا من جهته ولم يوجد من القريب فلا يضمن والله الموفق ومن هذا القبيل ألفاظ النسب وذكرها لا يخلو اما أن يكون على وجه الصفة واما أن يكون على سبيل الفداء فان ذكرها على طريق الصفة بان قال لملوكة هذا ابني فهو لا يخلو اما ان كان يصلح ابنا له بان كان يولد مثله لمثله واما ان كان لا يصلح ولا يخلو اما ان كان مجهول النسب أو معروف النسب من الغير فان كان يصلح ابنا له هل فان كان مجهول النسب يثبت النسب والعتق بالاجماع وان كان معروف النسب من الغير لا يثبت النسب بلا شك ولكن يثبت العتق عندنا وعند الشافعي لا يثبت العتق والاصل عنده أن العتق بناء على النسب فان ثبت النسب ثبت العتق والا فلا وان كان لا يصلح ابنا له فلا يثبت النسب بلا شك وهل يعتق قال أبو حنيفة يعتق سواء كان مجهول النسب أو معروف النسب وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق والاصل عندهما أن التعتق مبنى على تصور النسب واحتمال ثبوته فان تصور ثبوته ثبت العتق والا فلا والاصل عند أبي حنيفة ان ثبوت العتق لا يقف على ثبوت النسب ولا على تصور ثبوته وكذلك لو قال لمملوكته هذه بنتى فهو على هذا التفصيل والاتفاق والاختلاف الذي ذكرنا في الابن وجه قولهم أن العتق لو ثبت لا يخلو اما ان ثبت ابتداء أو بناء على ثبوت النسب لا وجه للاول لانه لم يوجد الاعتاق ابتداء ولا سبيل للثاني أما عند الشافعي فلان النسب لم يثبت في المسئلتين جميعا فلا يثبت العتق بناء عليه وأما عندهما فلان في المسألة الثانية لا يتصور ثبوت النسب فلا يثبت العتق وفي المسألة الاولى يتصور ثبوت النسب منه حقيقة بالزنا والاشتهار من غيره بناء على النسب الظاهر فيعتق ولابي حنيفة أن كلام العاقل المتدين يحمل على الصحة والسداد ما أمكن لا اعتبار عقله ودينه دلالة وأممكن تصحيح هذا الكلام من وجهين الكناية والمجاز أما الكناية فلو جود طريق الكناية في اللغة وهو الملازمة بين الشئيين أو المجاورة بينهما غالبا على وجه يكن بينهما تعلق الوجود به أو عنده أو تعلق البقاء وتكون الكناية كالتابع للمكنى والكنى هو المقصود فيترك اسم الاصل صريحا ويكنى عنه باسم الملازم اياه التابع له كما في قوله عزوجل أو جاء أحد منكم من الغائط والغائط اسم للمكان الخالي المطئن من الارض كنى به عن الحدث لملازمة بين هذا المكان وبين الحدث غالبا وعادة إذ العادة ان الحدث يوجد في مثل هذا المكان تسترا عن الناس وكذا الاستنجاء والاستجمار كناية عن تطهير موضع الحدث إذ الاستنجاء طلب النجو والاستجمار طلب الجمار

[ 52 ]

وكذا العرب تقول مازلنا نطأ السماء حتى أتيناكم من أي نطأ المطر إذا المطر نزل من السماء ونحو ذلك من مواضع الاستعمال والبنوة في الملك ملازمة للحرية فجاز ان يكنى بقوله هذا ابني عن قوله هذا معتقي وذكر الصريح والكناية في الكلام سواء لو صرح فقال هذا معتقي عتق فكذا إذا كنى به وأما المجاز فلان من طرقه المشابهة بين الذاتين وفي المعنى الملازم المشهور في محل الحقيقة فيطلق اسم المستعار عنه على المستعار له لاطهار المعنى الذي هو ظاهر في المستعار عنه خفى في

المستعار له كما في الاسد مع الشجاع والحمار مع البليد ونحو ذلك وقد وجد هذا الطريق هنا من وجهين أحدهما ان الابن في اللغة اسم للمخلوق من ماء الذكي والانثى وفيه معنى ظاهر لازم وهو كونه منعما عليه من جهة الاب بالاحياء لاكتساب سبب وجوده وبقائه بالتربية والمعتق منعما عليه من جهة المعتق إذ الاعتاق انعام على المعتق وقال الله عزوجل واذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه قيل في التفسير أنعم الله تعالى عيله بالاسلام وأنعمت عليه بالاعتاق فكان بينهما مشابهة في هذا المعنى أنه معنى لازم مشهور فيجوز اطلاق اسم الابن على المعتق مجاز الاظهار نعمة العتق كاطلاق اسم الاسد على الشجاع والحمار على البليد والثاني ان بين معتق الرجل وبين ابنه الداخل في ملكه مشابهة في معنى الحرية وهو معنى لازم للابن الداخل في ملكه بحيث لا ينفك عنه وانه مشهور فيه فوجد طريق الاستعارة فصحت الاستعارة وقد خرج الجواب عن قولهم ان العتق اما ان ثبت ابتداء أو بناء على النسب لانا نقول ابتداء لكن باحد الطريقتين وهو الكناية أو المجاز على ما بينا ولا يلزم على أبي حنيفة ما إذا قال لامرأته هذا بنتى ومثله لا يلد مثلها انه لا تقع الفرقة بينهم لان اقراره بكونها بنتا له نفى النكاح لاجل النسب وههنا لم يثبت النسب فلا ينتفى النكاح فاما ثبوت العتق فليس يقف على ثبوت والدليل على الفرقة بين المسئلتين انه لو قال لزوجته وهى معروفة النسب من الغير هذه بنتى لم تقع الفرقة ولو قال لامته هذه بنتى وهى معروفة النسب تعتق وما افترقا الا لما قلنا وكذا لو قال لزوجته هذه بنتى وهى تصلح بنتا له ثم قال أوهمت أو أخطأت لا تقع الفرقة ولو قال لامته هذه بنتى وهى تصلح بنتا له ثم قال أوهمت أو أخطأت يقع العتق فدل على التفريق بينهما وكذلك لو قال هذا أبى فان كان يصلح أباً له وليس للقائل أب معروف يثبت النسب والعتق بلا خلاف وان كان يصلح أباً له ولكن للقائل أب معروف لا يثبت النسب ويعتق عندنا خلافا للشافعي وان كان لا يصلح أباً له يثبت النسب بلا شك ولكن يعتق عند أبي حنيفة وعندهما لا يعتق وكذا لو قال هذه أُمى فا لكلام فيه كالكلام في الاب وأما الكلام في الحرية بان كان المملوك أمة ففي كل موضع يثبت النسب ثبت الحرية والا فلا ولو قال لعبد هذه بنتى أو قال لامته هذا ابني اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يعتق وقال بعضهم لا يعتق ولو قال لمملوكه هذا عمى أو خالي يعتق بلا خلاف بين أصحابنا ولو قال هذا أختى أو أختى ذكر في الاصل انه لا يعتق بخلاف قوله هذا ابني أو أبى أو عمى أو خالي وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يعتق كما في قوله عمى أو خالي وجه هذه الرواية ان هذا وصف مملوكه بصفة من يعتق عليه إذا ملكه فيعتق عليه كما إذا قال هذا عمى أو خالي وجه رواية الاصل ان قوله هذا أختى يحتمل تحقيق العتق ويحتمل الاكرام والتخفى به لانه يستعمل في ذلك عرفا وشرعا قال الله تعال فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم فلا يحمل على العتق من غير نية بخلاف اسم الخال والعم فانه لا يستعمل في الاكرام عرفا وعادة فلا يقال هذا خالي أو عمى على ارادة الكرام فكان ذكره للتحقيق وبخلاف قوله هذا بنى أو هذا أبى لانه لا يستعمل في الاكرام عرفا وشرعا وقد منع الشرع من ذلك قال الله تعالى وما جعل أدياءكم أبناءكم وقال سبحانه وتعالى أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانك في الدين ومواليكم روى انهم كانوا يسمون زيد بن حارثة زيد بن محمد فنزل قوله تعالى ما كان محمد أباً أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين فكفوا عن ذلك وان لم يكن مستعملا في الاكرام يحمل على التحقيق وأما النداء فهو ان يقول يا ابني يا أبى يا ابنتى يا أُمى يا خالي يا عمى أو يا أختى أو يا أختى على رواية الحسن لا يعتق في هذه الفصول لان الغرض بذكر اسم النداء هو استحضار المنادى لا تحقيق معنى الاسم فيه الا إذا كان الاسم موضوعا له على ما بينا

فاحتمل انه أراد به النداء على طريق الاكرام دون تحقيق العتق فلا يحتمل من غير نية ولو قال لعبده يا ابن أو لامته يا ابنة لا يعتق لعدم الاضافة إلى نفسه ولو قال يا بنى أو يا بينة يعتق لوجود الاضافة وأما الكناية فنحو قوله لا سبيل لى عليك أو لا ملك لى عليك أو خليت سبيلك أو خرجت من ملكى فان نوى العتق يعتق والا فلا لان كل واحدة من هذه الالفاظ يحتمل العتق ويحتمل غيره فان قوله لا سبيل لى عليك يحتمل سبيلا للوم والعقوبة أي ليس لى عليك سبيل اللوم والعقوبة لوفائك بالخدمة والطاعة ويحتمل لا سبيل لى عليك لانى كاتبتك فزالتي يدي عنك ويحتمل لا سبيل لى عليك لانى أعتقتك فلا يحمل على التعق الا بالنية ويصدق إذا قال عنيت به غير العتق الا إذا قال لا سبيل لى عليك الا سبيل الولاء فانه يعتق في القضاء ولا يصدق انه أراد به غير العتق لانه نفى كل سبيل وأثبت سبيل الولاء واطلاق الولاء يراد به ولاء العتق وذلك لا يكون الا بعد العتق ولو قال الا سبيل الموالة دين في القضاء لان مطلق الموالة يراد بها في الدين أو يستعمل في ولاء الدين وولاء العتق فاي ذلك نوى يصدق في القضاء وقوله لا ملك لى عليك يحتمل ملك اليد أي كاتبتك فزالتي يدي عنك ويحتمل لا ملك لى عليك لانى يعتقك ويحتمل لا ملك لى عليك لانى أعتقتك فتقف على النية وقوله خليت سبيلك يحتمل سبيل الاستخدام أي لا أستخدامك ويحتمل أعتقتك ولو قال له أمرك بيدك أو قال له اختر وقف على النية لانه يحتمل العتق وغيره فكان كناية ولو قال له أمر عتقتك بيدك أو جعلت عتقتك في يدك أو قال له اختر العتق أو خيرتك في عتقتك أو في العتق لا يحتاج فيه إلى النية لانه صريح ولكن لا بد من اختيار العبد العتق وقف على المجلس لانه تمليك وقوله خرجت عن ملكى يحتمل ملك التصرف فيكون بمعنى كاتبتك ويحتمل أعتقتك ولو قال لمملوكه نسبك حر أو أصلك حر فان كان يعلم انه سبى لا يعتق وان لم يكن سبى يعتق لان الاصل ان حرية الابوين تقضى حرية الولد لان المتولد من الحرين يكون حرا الا ان حرية المسبى بطلت بالسبى فبقى الحكم في غير المسبى على الاصل ولو قال لعبده أنت لله تعالى لم يعتق في قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ان نوى العتق يعتق وجه قوله الله تعالى يحتمل ان يكون بيان جهة القرية للاعتاق المحذوف فإذا نوى العتق يعتق كما لو قال أنت حر لله ولايى حنيفة ان الاعتاق اثبات صفة للمملوك لم تكن ثابتة قبل الاعتاق لانه اثبات العتق ولم يوجد لان كونه لله تعالى كان ثابت قبل الاعتاق فلم يكن ذلك اعتاق فت يعتق ولو قال له أنت عبد الله لم يعتق بلا خلاف أما على قول أبى حنيفة فظاهر لما ذكرنا ان الاعتاق انشاء العتق فيقتضى ان لا يكن ثابتا قبله وكونه عبد الله صفة ثابتة له قبل هذه المقالة وأما على قول أبى يوسف فلان قوله عبد الله لا يحتمل ان يكون جهة القرية للاعتاق وقوله لله تعالى يحتمل ذلك وروى عن أبى يوسف انه قال إذا قال لعبده قد جعلتك لله تعالى في صحته أو مرضه وقال لم أنو العتق ولم يقل شيئا حتى مات قبل ان يبين لا يعتق وان نوى العتق عتق وكذلك إذا قال هذا في مرضه فمات قبل ان يبين فهو عبد أيضا لانه يحتمل انه أراد بهذا اللفظ النذر ويحتمل انه أراد به العتق فلا يعتق الا بالنية ولا يلزم الورثة بعد الموت الصدقة لان النذر يسقط بالموت عندنا وروى عن أبى يوسف انه قال إذا قال لامته أطلقتك يريد به العتق تعتق لان الاطلاق ازالة اليد والمرء يزبل يده عن عبده بالعتق وبغير العتق بالكتابة فإذا نوى به العتق عتق كما لو قال لها خليت سبيلك ولو قال لها طلقتك يريد به العتق لا تعتق عندنا لما نذكر ولو قال فرجك على حرام يريد به العتق لم تعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان كما لو اشترى أخته من الرضاة أو جارية قد وطئ أمها أو بنتها أو

جارية مجوسية انه لا تعتق وروى عن أبى يوسف انه قال إذا قال لعبده أن ت ح ر أو قال لزوجته أن ت ط ال ق فتهجى ذلك هجاء ان نوى العتق أو الطلاق وقع لانه يفهم من هذه الحروف عند انفرادها ما يفهم عند التركيب والتأليف الا انها ليست بصريحة في الدلالة على المعنى لانه عند انفرادها لم توضع للمعنى فصارت بمنزلة الكناية فتقف على النية واما ما يقوم مقام اللفظ في الدلالة على العتق فالكتابة المستبينة لانه في الدلالة المراد بمنزلة اللفظ الا أن فيها ضرب استتار وابهام لان الانسان يكتب ذلك لارادة العتق وقد

[ 54 ]

يكتب لتجويد الخط فالتحقيق بسائر الكنايات فافتقر إلى النية والكلام في هذا كالكلام في الطلاق وقد ذكرناه في الطلاق وكذا الاشارة من الاخرس إذا كانت معلمة مفهومة المراد لانه في الدلالة على المراد في حقه كالعبارة في الطلاق والاصل في قيام الاشارة مقام العبارة قوله خطأ بالمريم عليها السلام فقولي انى نذرت للرحمن صوما أي صمتا وامساکا وذلك على الاشارة لا على القول منها وقد سماها الله تعالى قولا فدل أنها تعمل عمل القول وأما الالفاظ التي يقع بها العتق أصلا نوى أو لم ينو فنحو أن يقول لعبده قم أو اقعد أو اسقنى ونوى به العتق لان هذه الالفاظ لا تحمل العتق فلا تصح فيها نية العتق وكذا لو قال لا سلطان لى عليك لان السلطنة عبارة عن نفاذ المشية على وجه القهر فانتفاؤها لا يقتضى انتفاء الرق كالمكاتب فلا يقتضى العتق بخلاف قوله لا سبيل لى عليك لانه نفى السبيل كلها ولا ينتفى السبيل عليها مع قيام الرق ألا ترى أن للمولى على مكاتبه سبيل المطالبة ببدل الكتابة وكذا السلطان يحتمل الحجة أيضا فقوله لا سلطان لى عليك أي لا حجة لى عليك وانتفاء حجته على عبده لا يوجب حرته وكذا لو قال لعبده اذهب حيث شئت أو توجه حيث شئت من بلاد الله تعالى يريد به العتق أو قال له أنت طالق أو طلقتك أو أنت بائن أو ابنتك أو قال لامته أنت طالق أو طلقتك أو أنت بائن أو ابنتك أنت على حرام أو حرمتك أو أنت خليفة أو برة أو بنة أو اذهبي أو اخرجي أو اعزبي أو تقنعي أو استبرئي أو اختاري ونوى العتق فاختارت وغير ذلك مما ذكرنا في الطلاق وهذا عندنا وعند الشافعي يقع العتق بها إذا نوى ولقب المسألة أن صريح الطلاق وكناية لا يقع بها العتاق عندنا خلافا له وجه قوله أن قوله لمملوكته أنت طالق أو طلقتك اثبات الاطلاق أو ازالة القيد وانه نوعان كامل وذلك بزوال الملك والرق وهو تفسير العتق وناقص ذلك بزوال اليد لا غير كما في المكاتب والمأذون فإذا نوى به العتق فقد نوى أحد النوعين فنوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته ولهذا إذا قال لزوجته أنت حرة ونوى به الطلاق طلقت كذا هذا ولنا أن هذه الالفاظ المضافة إلى المملوك عبارات عن زوال يد المالك عنه أما قوله أنت طالق فلان الطلاق عبارة عن رفع القيد والقيد عبارة عن المنع عن العمل لا عن الملك والمانع يد المالك فرع المانع يكون بزوال يد المالك عن المملوك لا يقتضى العتق كالمكاتب وكذا قوله اذهب حيث شئت أو توجه إلى ابن شئت لانه عبارة عن رفع اليد عنه وانه لا ينفى الرق كالمكاتب وبه تبين أن القيد ليس بمتنوع بل هو نوع واحد وزواله عن المملوك لا يقتضى زوال الملك كالمكاتب وكذا قوله أنت بائن أو ابنتك لانه ينبئ عن الفصل والتباعد وكذا التحريم بجامع الرق كالاخت من الرضاة والامة المجوسية ونحو ذلك بخلاف قوله لامراته أنت حرة لان التحريم تخليص والقيد ثبوت فينا فيه ولان ملك اليمين لا يثبت بلفظ النكاح وما لا يملك بلفظ النكاح لا يزول الملك عنه بلفظ الطلاق كسائر الاعيان وهذا لان الطلاق رفع ما يثبت بالنكاح فإذا لم يثبت ملك اليمين بلفظ النكاح لا يتصور رفعه بلفظ الطلاق بخلاف قوله لامراته أنت

حرة ونوى به الطلاق لان ملك المتعة لا يختص بثوته بلفظ النكاح فانه كما يثبت بغير النكاح يثبت بغيره من الشراء وغيره فلا يختص زواله بلفظ الطلاق ألا ترى أنه يزول برودة المرأة وكذا بشرائها بان اشترى الزوج امرأته فجاز أن يزول بلفظ التحرير ولو قال لعبده رأسك رأس حر أو بدنك بدن حر أو فرجك فرج حرلم يعتق لان هذا تشبيه لكن بحذف حرف التشبيه وانه جائز من باب المبالغة قال الله تعالى وهى تمر مر السحاب أي كمر السحاب وقال الشاعر وعيناك عيناه وجيدك جيدها \* سوى أن عظم الساق منك دقيق فتشبيه الشئ بالشئ لا يقتضى المشاركة بينهما في جميع الصفات وهذا معنى قولهم كلام التشبيه لا عموم له قال الله عز وجل كأنهن الياقوت والمرجان وقال تعالى كأنهن بيض مكنون فلا يعتق ولو نون فقال رأسك رأس حر وبدنك بدن حر وفرجك فرج حر فهو لان هذا ليس بتشبيه بل هو وصف وقد وصف جملة أو ما يعبر به عن جملة بالحرية فيعتق لو قال ما أنت الا مثل الحر لم يعتق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى كذا ذكر في الاصل

[ 55 ]

لان هذا تشبيه بحرف التشبيه والتشبيه لا يقتضى المشاركة في جميع الصفات بخلاف قوله ما أنت الا حر لان ذلك ليس بتشبيه بل هو تحرير لانه نفى وأثبت والنفى ما زاده الا تأكيدا كقول القائل لغيره ما أنت الا فقيه وروى عن أبى يوسف أنه قال إذا قال كل مالى حر وله عبيد لم يعتقوا لانه جمع بين العبد وغيرهم من الاموال ووصف الكل بالحرية بقوله كل مالى حر ومعلوم أن غير العبيد من الاموال لا يحتمل الوصف بالحرية التى هي العتق فينصرف الوصف بالحرية إلى الحرية التى يحتملها الكل وهى أن تكون جميع أمواله خالصة صافية له لا حق لا حد فيها فلا تعتق عبيده والله عز وجل الموفق (فصل) وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع إلى المعتقد خاصة وبعضها يرجع إلى المعتقد خاصة وبعضها يرجع اليهما جميعا وبعضها يرجع إلى نفس الركن أما الذى يرجع إلى المعتقد خاصة فمنها أن يكون عاقلا حقيقة أو تقديرا حتى لا يصح الاعتاق من الصبى الذى لا يعقل والمجنون كما لا يصح الطلاق منها وأما المجنون الذى يجن في حال ويفيق في حال فما يوجد منه في حال افاقته فهو فيه بمنزلة سائر العقلاء وما يوجد منه في حال جنونه فهو بمنزلة المجنون المطبق اعتبار الحقيقة وأما السكران فاعتاقه كطلاقه وقد مر ذلك في كتاب الطلاق ومنها أن لا يكون معتوها ولا مدهوشا ولا مبرسما ولا مغمى عليه ولا نائما حتى لا يصح الاعتاق من هؤلاء كما لا يصح الطلاق منهم لما ذكرنا في الطلاق ومنها أن يكون بالغاً فلا يصح الاعتاق من الصبى وان كان عاقلا كما لا يصح الطلاق منه ولو قال رجل اعتقت عبدى وأنا صبى أو قال وأنا نائم كان القول قوله والاصل فيه انه إذا أضاف الاعتاق إلى حال معلوم الكون وهو ليس من أهل الاعتاق فيها يصدق بان قال اعتقته وأنا صبى أو وأنا نائم أو مجنون وقد علم جنونه أو وأنا حربى في دار الحرب على أصل أبى حنيفة ومحمد وقد علم ذلك منه لانه إذا أضاف الاعتاق إلى زمان لا يتصور منه الاعتاق علم ان أراد به صيغة الاعتاق لا حقيقة الاعتاق فلم يصر معترفا بالاعتاق ولو قال اعتقته وأنا مجنون ولم يعلم له جنون لا يصدق لانه إذا أضافه إلى حالة لا يتيقن وجودها فالظاهر أنه أراد الرجوع عما أقر به فلا يقبل منه ولو قال اعتقته قبل أن أخلق أو قبل أن يخلق لا يعتق لان زمان ما قبل انخلاقه وانخلاق العبد معلوم فقد أضاف الاعتاق إلى زمان معلوم الكون ولا يتصور منه فيه الاعتاق فلا يعتق وأما كونه طائعا فليس بشرط عندنا خلافا للشافعي والمسألة مرت في كتاب الطلاق وكونه جادا ليس بشرط بالاجماع حتى يصح اعتاق الهازل وكذا كونه عامدا حتى يصح اعتاق الخاطئ لما ذكرنا في الطلاق

وكذا التكلم باللسان ليس بشرط فيصح الاعتاق بالكتابة المستبينة والاشارة المفهومة وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط في الاعتاق بعوض وبغير عوض إذا كان الخيار للمولى حتى يقع العتق ويبطل الشرط أما إذا كان بغير عوض فظاهر لان ثبوت الخيار لفائدة الفسخ والاعتاق بغير العوض لا يحتمل الفسخ وكذا ان كان بعوض لان العوض من جانب المولى هو العتق وانه لا يقبل لا الفسخ فلا معنى للخيار فيه وان كان الخيار للعبد فخلوه عن خياره شرط صحته حتى لورد العبد العقد في مدة الخيار فيفسخ العقد ولا يعتق لان العوض في جانبه هو المال فكان محتملا للفسخ فيصح شرط الخيار فيه كما في الطلاق على مال وقد ذكرناه في كتاب الطلاق وعلى هذا الصلح من دم العمدة بشرط الخيار وان الخيار ان كان مشروطا للمولى يبطل الخيار ويصح الصلح لان الخيار لثبوت الفسخ والذى من جانب المولى وهو العفو لا يحتمل الفسخ وان كان الخيار للقاتل جاز لان ما هو العوض من جانبه وهو المال قابل للفسخ ثم إذا جاز الخيار وفسخ القاتل العقد هل يبطل العفو فالقياس أن يبطل لانه تعلق بشرط المال ولم يسلم المال وفي الاستحسان لا يبطل ويلزم القاتل الدية كذا روى عن محممة أما صحة العفو وسقوط القصاص فلان عفو الولي يصير شبهة والقصاص يسقط بالشبهات وأما وجوب الدية فلان الولي لم يرض باسقاطه بغير عوض ولا عوض الا الدية إذ هي قيمة النفس ثم فرق بين الاعتاق على مال وبين الكتابة فانه يجوز فيها شرط الخيار للمولى لانها عقد معاوضة يلحقها الفسخ فيجوز شرط الخيار في طرفيها كالبيع بخلاف الاعتاق على مال والله عزوجل

[ 56 ]

الموفق وكذا اسلام المعتق ليس بشرط فيصح الاعتاق من الكافر الا ان اعتاق المرتد لا ينفذ في الحال في قول ابي حنيفة بل هو موقوف وعندهما نافذ واعتاق المرتد نافذ بلا خلاف والمسألة نذكرها في كتاب السير ان شاء الله تعالى وكذا صحة المعتق فيصح الاعتاق من المريض مرض الموت لان دليل الجواز لا يوجب الفصل الا ان الاعتاق من المريض يعبر من الثلث لانه يكون وصية ومنها النية في أحد نوعي الاعتاق وهو الكناية دون الصريح ويستوى في صريح الاعتاق وكناياته ان يكون ذلك بمباشرة المولى بنفسه على طريق الاصاله أو بغيره على طريق النيابة عن المولى باذنه وأمره وذلك أنواع ثلاثة تفويض وتوكيل ورسالة فالتفويض هو التخيير والأمر باليد صريحا وكناية علي ما بينا والأمر بالاعتاق كقوله اعتق نفسك وقوله أنت حر ان شئت والتوكيل هو ان يأمر غيره بالاعتاق بان يقول لغيره اعتق عبي فلانا من غير التقييد بالمشية والرسالة معروفة وقد فسرناها في كتاب الطلاق والحكم في هذه الفصول في العتاق كالحكم فيها في الطلاق وقد استوفينا الكلام فيها في كتاب الطلاق بتوفيق الله عزوجل ومنها عدم الشك في الاعتاق وهو شرط الحكم بثبوت العتق فان كان شاكا فيه لا يحكم بثبوت ما ذكرنا في الطلاق وأما الذي يرجع إلى المعتق خاصة فنوعان أحدهما الاضافة فمنها ان يكون المضاف إليه العتق موجودا بيقين فان لم يكن لم تصح الاضافة بان قال لجارية مملوكة له حمل هذه الجارية مملوكة له حمل هذه الجارية حر أو ما في بطن هذه الجارية حر فان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت التكلم عتق وان ولدت لسته أشهر فصاعدا لم يعتق لانها إذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت اليمين تيقنا بوجوده في ذلك الوقت لان المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر فان ولدت واحدا لاقل منها بيوم ثم ولدت آخر لاكثر منها بيوم عتاق جميعا لان الاول عتق لكونه في البطن يوم الكلام فإذا اعتق الاول عتق الثاني لانهما توأمان واما إذا جاءت به لسته أشهر فصاعدا من وقت التكلم فلا نستيقن بوجوده وقت التكلم

لاحتمال حدوثه بعد ذلك فوقع الشك في ثبوت الحرية فلا تثبت مع الشك ومنها  
الاضافة إلى بدن المعتق أو إلى جزء جامع منه وهو الذى يعبر به عن جميع البدن أو  
إلى جزء شائع عندنا خلافا للشافعي حتى لو أضاف إلى جزء معين لا يعبر به عن جميع  
البدن لا يصح عندنا وعنده يصح كما في الطلاق غير انه إذا أضاف العتق إلى جزء شائع  
منه لا يعتق كله عند أبي حنيفة وانما يعتق قدر ما اضاف إليه لا غير وعند أبي يوسف  
ومحمد يعتق كله وفي الطلاق تطلق كلها بلا خلاف بناء على ان العتق يتجزأ عند أبي  
حنيفة وعندهما لا يتجزأ والطلاق لا يتجزأ بالاجماع فابو حنيفة يحتاج إلى الفرق بين  
الطلاق والعتاق ووجه الفرق له ان ملك النكاح لا يراد به الا الوطئ والاستمتاع وذلك لا  
يتحقق في التبعض دون البعض فلا يكون اثبات حكم الطلاق في البعض دون البعض  
مفيد فلزم القول بالتكامل فاما ملك اليمين فلم يوضع للاستمتاع والوطئ فانه يثبت  
مع حرمة الوطئ والاستمتاع كالامة المجوسية والمحرمة بالرضاع والمصاهرة وانما  
وضع للاسترباح أو الاستخدام وذلك يتحقق مع قيام الملك في البعض دون البعض  
فكان ثبوت العتق في البعض دون البعض مفيدا فهو الفرق فلا ضرورة إلى التكامل  
واما كون المضاف إليه العتق معلوما فليس بشرط لصحة الاضافة عند عامة العلماء  
فيصح اضافته إلى المجهول بان قال لعبيده أحد كما حر أو قال هذا حر أو هذا أو قال  
ذلك لامتيه وقال نفاة القياس شرط حتى لا تصح الاضافة المجهول عندهم والكلام في  
العتاق على نحو الكلام في الطلاق وقد ذكرناه في كتاب الطلاق وسواء كانت الجهالة  
مقارنة أو طارئة بان عتق واحدا من عبيده عينا ثم نسي المعتق لما ذكرنا في كتاب  
الطلاق ومنها قبول العبد في الاعتاق على مال فما لم يقبل لا يعتق ومنها المجلس  
وهو مجلس الاعتاق ان كان العبد حاضرا ومجلس العلم ان كان غائبا لما نذكر في  
موضعه ان شاء الله تعالى وأما الذى يرجع اليهما جميعا فهو الملك إذ المالك  
والمملوك من الاسماء الاضافية والعلاقة التى تدرو عليها الاضافة من الجانبين هي  
الملك فكون المعتق مملوك المعتق رقية وقت ثبوت العتق شرط ثبوته فيحتاج في  
هذا الفصل إلى بيان كون المعتق مملوك المعتق رقية وقت ثبوت العتق شرط ثبوته  
والى بيان انه هل يشترط ان يكون مملوكه وقت الاعتاق وهو التكلم بالعتق أم لا والى  
بيان من

[ 57 ]

يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الاعتاق المضاف إليه ومن لا يدخل أما الاول  
فالدليل على اعتبار هذا الشرط قول النبي صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه  
ابن آدم ولان زوال ملك المحل شرط ثبوت العتق فيه ولا بد للزوال من سابقة الثبوت  
وعلى هذا يخرج اعتاق عبد الغير بغير اذنه إذ لا ينفذ لعدم الملك ولكن يتوقف على  
اجازة المالك عندنا وعند الشافعي لا يتوقف وهى مسألة تصرفات الفضولي وموضعها  
كتاب البيوع وكذا العبد المأذون لا يملك الاعتاق وكذا المكاتب لانعدام ملك الرقية  
وكذا لو اشترى العبد المأذون أو المكاتب ذا رحم منه لا ينعق عليه لما قلنا ولو  
اشترى العبد المأذون ذا رحم محرم من مولاه فان لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته  
عتق عليه لانه إذا لم يكن عليه دين فقد ملكه المولى فيعتق عليه كما لو اشتراه  
بنفسه وان كان عليه دين مستغرق لرقبته لا يعتق عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف  
ومحمد يعتق بناء على ان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده وعندهما  
يملك وهى من مسائل المأذون ولو اشترى المكاتب ابنه من مولاه أو ذا رحم محرم  
من مولاه لم يعتق في قولهم جميعا لان المولى لم يملكه لانه من كسب المكاتب  
والمولى لا يملك اكساب مكاتبه فلا يعتق ولو اشترى المكاتبه ابنا من سيدها عتق



لان اعتاق المولى نفذ في المكاتبه وولدها فيعتق من طريق الحكم لاجل النسب ويجوز اعتاق المولى المكاتب والمولى المكاتب والعبد الماذون والمشتري قبل القبض والمرهون والمستأجر لقيام ملك القرية وكذا العبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر إذا أعتقه الموصى له بالرقبة لما قلنا وعلى هذا الاصل يخرج قول أبى يوسف في الحربى إذا أعتق عبدا حربيا له في دار الحرب انه يعتق لقيام الملك وأما عند أبى حنيفة ومحمد فلا يعتق ولا خلاف في انه إذا أعتقه وخلق سبيله يعتق منهم من قال لا خلاف في العتق انه يعتق وانما الخلاف في الولاة انه هل يثبت منه أم لا ذكر الطحاوي عن أبى حنيفة ان للعبد ان يوالى من شاء ولا يكون ولاؤه للمعتق والصحيح ان الخالف ثابت في العتق فانهم قالوا في الحربى إذا دخل اليها ومعه ممالك فقال هم مدبرون انه لا يقبل قوله وان قالهم أولادي أو هن أمهات أولادي قبل قوله فهذا يدل على ان التدبير لا يثبت في دار الحرب ورواية الطحاوي عن أبى حنيفة محمولة على ما اذا خرج إلى دار الاسلام وإذا خرج إلى دار الاسلام فلا ولاء له عليه عندهما لانه لم يعتق باعتاقه وانما عتق بخروجه إلى دار الاسلام وعند أبى يوسف عتق باعتاق مولاه له وجه قول أبى يوسف في مسألة العتق انه أعتق ملك نفسه فيعتق كما لو باعه وكما لو كان في دار الاسلام فاعتق عبدا له حربيا أو مسلما أو ذميا كالمسلم إذا أعتق عبده المسلم في دار الحرب ولا شك انه أعتق ملك نفسه لان أموال أهل الحرب املاكهم حقيقة الا ترى انهم يرثون ويورث عنهم ولو كانت جارية يصح من الحربى استيلاؤها الا انه ملك غير معصوم ولهما ان اعتاق الحربى عبده الحربى في دار الحرب بدون التخلية لا يفيد معنى العتق لان العتق عبارة عن قوة حكمية تثبت للمحل يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه وهذا لا يحصل بهذا الاعتاق بدون التخلية لان يده عليه تكون قائمة حقيقة وملك أهل الحرب في دار الحرب في ديانتهم بناء على القهر الحسى والغلبة الحقيقية حتى ان العبد إذا قهر مولاه فاستولى عليه ملكه وإذا لم توجد التخلية كان تحت يده وقهره حقيقة فلا يظهر معنى العتق هذا معنى قول المشايخ معتق بلسانه مسترق بيده بخلاف ما إذا أعتق في دار الاسلام لان يد الاستيلاء والتملك تنقطع بثبوت العتق في دار الاسلام فيظهر معنى العتق وهو القوة الدافعة يد الاستيلاء وبخلاف المسلم إذا أعتق عبده المسلم في دار الحرب لان المسلم لا يدين الملك لا بالاستيلاء والغلبة الحقيقية ولو كان عبده حربيا فاعتقه المسلم في دار الحرب يعتق من غير تخلية استحسانا والقياس أن لا يعتق عندهما كالحربى إذا أعتق عبده الحربى في دار الحرب ومنهم من جعل المسألة على الاختلاف وعلى هذا لا خلاف إذا ملك الحربى في دار الحرب ذا رحم محرم منه انه لا يعتق عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يعتق لان ملك القريب يوجب العتق فكان الخلاف فيه كالخلاف في الاعتاق وأما الثاني فالاعتاق لا يخلو إما أن يكون تنجيز وإما أن يكون تعليقا بشرط وإما أن يكون اضافة إلى وقت فان كان تنجيزا يشترط قيام الملك وقت وجوده لان التنجيز اثبات

[ 58 ]

العتق للحال ولا عتق بدون الملك وان كان تعليقا فالتعليق في الاصل نوعان تعاليق محض ليس فيه معنى المعاوضة وتعليق فيه معنى المعاوضة فيكون تعليقا من وجه ومعاوضة من وجه والتعليق المحض نوعان أيضا تعليق بما سوى الملك وسببه من الشروط وتعليق وتعليق بالملك أو سبب الملك وكل واحد منهما على ضربين تعليق صورة ومعنى وتعليق معنى لا صورة فيقع الكلام في الحاصل في موضعين أحدهما في بيان أنواع التعليق ما يشترط لصحته قيام الملك وقت وجوده وما لا يشترط

والثانى في بيان ما يظهر به وجود الشرط أما الاول فالتعليق المحض بما سوى الملك وسببه من الشروط فنحو التعليق بدخول الدار وكلام زيد وقدم عمرو ونحو ذلك بأن يقول لعبده ان دخلت الدار فأنت حر أو ان كلمت فلانا أو إذا قدم فلان ونحو ذلك فانه تعليق صورة ومعنى لوجود حرف التعليق والجزاء وهذا النوع من التعليق لا يصح الا في الملك حتى لو قال لعبد لا يملكه ان دخلت الدار فأنت حر ثم اشتراه فدخل الدار لا يعتق لان تعليق بالشرط ليس الا اثبات العتق عند وجود الشرط لا محالة ولا عتق بدون الملك ولا يوجد الملك عند وجود الشرط الا إذا كان موجودا عند التعليق لان الظاهر بقاءه إلى وقت الشرط وإذا لم يكن موجودا وقت التعليق كان الظاهر عدمه عند وجود الشرط فلا يثبت العتق عند وجوده لا محالة ولان اليمين بغير الله عزوجل شرط وجزاء والجزاء ما يكون غالب الوجود عند وجود الشرط أو متيقن الوجود عند وجوده لتحصيل معنى اليمين وهو التقوى على الامتناع أو على التحصيل فإذا كان الملك ثابتا وقت التعليق كان الجزء غالب الوجود عند وجود الشرط لان الظاهر بقاء الملك إلى وقت الشرط فيحصل معنى اليمين وكذا أضاف اليمين إلى الملك أو سببه كان الجزء متيقن الوجود عند وجود الشرط فيحصل معنى اليمين فتتقعد اليمين إذا وجد التعليق في الملك حتى صلح فالعبد على ملكه في جميع الاحكام قبل وجود الشرط وإذا وجد الشرط وهو في ملكه يعتق وان لم يكن في ملكه تنحل اليمين لا إلى جزء حتى لو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر فباعه قبل دخول الدار فدخل الدار وهو ليس في ملكه يبطل اليمين ولو لم يدخل حتى اشتراه ثانيا فدخل الدار عتق لان اليمين لا يبطل بزوال الملك لان في بقائها فائدة لاحتمال العود بالشراء وغيره من أسباب الملك الا أنه لم ينزل الجزء عند الشرط لعدم الملك فإذا أعاد الملك واليمين قائم عتق على ما ذكرنا في الطلاق ولو قال لعبده ان بعتك فأنت حر فباعه بيعا صحيحا لا يعتق لعدم الملك له فيه عند الشرط ولو باعه بيعا فاسدا وهو في يده حنث لو جود الملك له فيه ولو كان التعليق في الملك بشرطين يراعى قيام الملك عند وجود الشرط الاخير عندنا خلافا لزفر حتى لو قال لعبده ان دخلت هذين الدارين فأنت حر فباعه قبل الدخول فدخل احدي الدارين ثم اشتراه فدخل الدار الاخرى يعتق عندنا وزفر لا يعتق والمسألة مرت في كتاب الطلاق ولو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر ان كلمت فلانا يعتبر قيام الملك عندنا الدخول أيضا لانه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين واليمين بالعناق لا تنعقد في الملك أو مضافة إلى الملك أو بسببه كانه قال له عند الدخول ان كلمت فلانا فأنت حر ولو قال لعبده أنت حر ان شئت أو أجبته أو رضيت أو هويت أو قال لامته ان كنت تحبيني أو تبغضيني أو اذا حضت فأنت حرة فالجواب في الطلاق وقد ذكرنا هذه المسائل وأخوتها في كتاب الطلاق ولو قال أنت حر ان لم يشأ فلان فان قال فلان شئت في مجلس علمه لا يعتق لعدم شرطه وان قال لا أشاء يعتق لكن لا بقول لا أشاء لان له أن يشاء في المجلس بل لبطلان المجلس لا يعتق باعراضه واشتغاله بشي آخر بقوله لا أشاء ألا ترى أنه إذا قال ان لم يشأ فلان اليوم فأنت حر فقال فلان شئت لا يعتق ولو قال لا أشاء لا يعتق لان له أن يشاء بعهد ذلك ما دامت المدة باقية الا إذا مضى اليوم ولم يشأ فحينئذ يعتق ولو علق بمشيئة نفسه فقال أنت حر ان شئت أنا فما لم توجد المشيئة منه في عمره لا يعتق ولا يقتصر على المجلس لان هذا ليس تفريق إذ العناق بيده ولو قال أنت حر ان لم تشأ فان قال شئت لا يعتق لعدم الشرط وان قال لا أشاء لا يعتق لان العدم لا يتحقق بقوله لا أشاء إذ له أن يشاء بعد ذلك إلى أن يموت بخلاف الفصل الاول لان هناك اقتصر على المجلس فإذا قال لا أشاء فقد أعرض عن المجلس وههنا لا يقتصر على

المجلس فله أن يشاء بعد ذلك حتى يموت فإذا مات فقد تحقق العدم فيعتق قبل موته بلا فصل ويعتبر من ثلث المال كوقوع العتق في المرض إذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض ولو قال أنت حر غداً ان شئت فالمشيئة في الغد فان شاء في الحال لا يعتق ما لم يشأ في الغد ولو قال أنت حر ان شئت غداً فالمشيئة إليه في الحال فإذا شاء في الحال عتق غداً لان في الفصل الاول علق الاعتاق المضاف إلى الغد بالمشيئة في الغد وفي الفصل الثاني أضاف الاعتاق المعلق بالمشيئة إلى الغد فيقتضى تقدم المشيئة على الغد وروى عن أبي حنيفة أنه قال المشيئة في الغد في الفصلين جميعاً وقال زفر المشيئة إليه للحال في الفصلين جميعاً ومن هذا القبيل قول الرجل لبعده ان أدبت إلى ألفا فأنت حر لانه تعليق صورة ومعنى لوجود الشرط والجزاء فيصح في الملك ويتعلق العتق بوجود الشرط وهو الإداء إليه في ملكه فإذا جاء بالف وهو في ملكه وخلقى بينه وبين الالف شاء المولى أو أبى وهو تفسير الجبر على القبول الا أن القاضى يجبره على القبض بالحبس كذا فسر محمد فقال ان العبد إذا أحضر المال بحيث يتمكن المولى من القبض عتق وهذا استحسان والقياس أن لا يعتق ما لم يقبض أو يقبل وهو قول زفر (وجه) القياس انه علق التعتق بشرط الاداء إليه ولا يتحقق الاداء إليه الا بالقبض ولم يوجد فلا يعتق كمالول قال ان أدبت إلى عبداً فأنت حر فجاء بعبد ردئ وخلقى بينه وبينه لا يعتق ولو قبل يعتق وكذا إذا قال أدبت إلى كرا من جنطة رديئة ولو قبل يعتق وكذا إذا قال ان أدبت إلى ثوبا أو دابة فأنت بثوب مطلق أو دابة مطلقة لا يعتق بدون القبول وكذا إذا قال ان أدبت إلى ألفا أحج بها أو حججت بها لا يعتق بتسليم الالف ما لم يقبل وكذا إذا قال ان أدبت إلى هذا الدين من الخمر لا يعتق بالتخية بدون القبول (وجه) الاستحسان ان أداء المال إلى الانسان عبارة عن تسليمه إليه قال الله تبارك وتعالى أن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها أي تسلموا وقال سبحانه وتعالى خيرا عن نبيه موسى عليه الصلاة والسلام ان أدوا إلى عباد الله أي سلموا وتسليم الشئ عبارة عن جعله سالما خالصا لا ينازع فيه أحد وهذا يحصل بالتخية ولهذا كانت التخية تسليما في الكتابة وكذا في المعاوضات المطلقة فلا يحتاج فيه إلى القبض كما لا يحتاج إليه في الكتابة ولا معاوضات المطلقة مع ما أن التخية تتضمن القبض لانها تفيد التمكّن من التصرف وهو تفسير القبض لا الجعل في البرامج كما في سائر المواضع وأما المسائل فهناك لم يوجد الشرط أما مسألة العبد فلانه وان ذكر العبد مطلقا فانما أراد به المقيد وهو العبد المرغوب فيه لا ما ينطلق عليه اسم العبد ذلك بدلالة حاله فلا يعتق بأداء الردئ فإذا قبل يعتق لانه إذا قبل تبين أنه ما أراد به المقيد بل المطلق وعلم أن له فيه عرضا آخر في الجملة فلا تعتبر الدلالة مع الصريح بخلافه حتى لو أتى بعبد جيد أو وسط وخلقى يعتق وهو الجواب في مسألة الكر وأما مسألة الثوب فثم لا يعتق ما لم يقبل ولا يعتق بأداء الوسط لان الثياب أجناس مختلفة وأنواع متفاوتة واسم الثوب يقع على كل ذلك على الانفراد من الديباج والخز والكتاب والكرياس والصوف وكل جنس تحته أنواع فكان الوسط مجهولا جهالة متفاحشة ولا يقع على أدنى الوسط من هذه الاجناس كما لا يقع على أدنى الردئ لان قيمة أدنى الوسط وهو الكرياس وهو ثوب تستر به العورة مما لا يرغب فيه بمقابلة ازالة الملك عن عبد قيمته ألف ومتى بقى مجهولا لا تنقطع المنازعة فلا يتحقق التسليم والتخية حتى لو قال ان أدبت إلى ثوبا هرويا فأنت حر يقع على الوسط وإذا جاء به يجبر على القبول وكذا الجواب عن مسألة الدابة لان الدواب أجناس مختلفة تحتها أنواع متفاوتة واسم الدابة على كل ذلك على الانفراد حتى لو قال ان أدبت إلى فرسا فأنت حر فقد قالوا انه يقع عليلا وسط

ويجبر على القبول وأما مسألة الحج ففيها تفصيل ان قال ان أدبت إلى ألفا فحججت بها فتى بالالف لا يعتق لانه علق العتق بشرطين فلا يعتق بوجود أحد هما ولو قال ان أدبت إلى ألفا أحج بها يعتق إذا خلى ويكون وقوله أحج بها لبيان الغرض ترغيبا للعقد في الإداء حيث يصير كسبه مصروفا إلى طاعة الله تعالى لا على سبيل الشرط ومسألة الخمر لا رواية فيها ولكن ذكر في الكتابة انه إذا كاتب عبده على دن من خمر أو على كذا عدد من الخنازير على انه متى أتى

[ 60 ]

بها فهو حر فقبل يكون كتابة فاسدة فلو جاء بها المكاتب وخلقى بينه وبينها يعتق لوجود الشرط ويلزمه قيمة نفسه فيجوز ان يقاس عليه ويقال يعتق ههنا بالتخلية أيضا وقال بعض المشايخ ان العتق في هذا الفصل ثبت من طريق المعاوضة لا بوجود الشرط حقيقة كما في الكتابة والصحيح انه ثبت بوجود الشرط حقيقة كما سائر التعليقات بشرطها لا بطريق المعاوضة والمسائل تدل عليها فانه ذكر عن بشر بن الوليد انه قال سمعت أبا يوسف قال في رجل قال لعبده إذا أدبت إلى ألفا فأنت حر أو متى أدبت أو ان أدبت فان أبا حنيفة قال ليس هذا بمكاتب وللمولى أن يبيعه وكذا قال أبو يوسف ومحمد فان أدى قبل ان يبيعه فان أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمدا قالوا يجبر المولى على قبوله ويعتق استحسانا فان مات المولى قبل ان يؤدي الف فالعبد رقيق يورث مع اكسابه بخلاف الكتابة ولو مات العبد قبل الإداء وترك مالا فماله كله للمولى ولا يؤدي عنه فيعتق بخلاف المكاتب وان بقى بعد الإداء في يده مال مما اكتسبه فهو للمولى بخلاف المكاتب لان المكاتب في يد نفسه ولا سبيل للمولى على اكسابه مع بقاء الكتابة فبعد الحرية أولى وقالوا ان المولى لو باعه قبل الإداء صح كما في قوله لعبده ان دخلت الدار فأنت حر بخلاف المكاتب فانه لا يجوز بيعه من غير رضا المكاتب وإذا رضى تنفسخ الكتابة ولو قال لعبدين له ان أدبتما إلى ألفا فأنتما حران فان أدى أحدهما حصته لم يعتق أحدهما لانه علق العتق بأداء الف ولم يوجد وكذا إذا أدى أحدهما الف كلها من عنده لانه جعل شرط عتقهما أداءهما جميعا الف ولم يوجد الف فلا يعتقان كما إذا قال لهما ان دخلتما هاتين الدارين فأنتما حران فدخل أحدهما لا يعتق ما لم يدخل الآخر وان أدى أحدهما الف كلها وقال خمسمائة من عندي وخمسمائة أخرى بعث بها صاحبي ليؤديها إليك عتقا لوجود الشرط وهو أداء الف منهما حصة أحدهما بطريق الاصاله وحصة الآخر بطريق النيابة لان هذا باب ترى فيه النيابة فقام أداءه مقام أداء صاحبه ولو أدى عنهما رجل آخر لم يعتقا لعدم الشرط وهو أداءهما وأما إذا أدى الأجنبي الف وقال أؤديها إليك على انهما حران فقبلها المولى على ذلك عتقا لان هذا بمنزلة التعليق بشرط آخر مع الأجنبي كأنه قال له ان أدبت إلى ألفا فعبدى حر ويرد المال إلى المولى لان المولى لا يستحق المال بعقد عبده قبل الغير ولان منفعة هذا العتق تحصل له فلا يجوز ان يستحق بذلك على الغير مالا بخلاف ما إذا قال لآخر طلق امرأتك على ألفى هذه ودفع إليه فطلق ان الف تكون للمطلق لان الزوج لم يحصل بالطلاق منفعة إذ هو اسقاط حق والأجنبي صار متبرعا عنها بذلك فأشبهه ما إذا قضى عنها ديناً بخلاف العتق لانه حصلت للمولى منفعة وهو الولاء فلا يجوز أن يستحق بدلا على الغير ولو أداها الأجنبي وقال هما أمراني أن أؤديها عنهما فقبلها المولى عتقا لوجود الشرط لانه يجوز أن يكون الرجل رسولا عنهما فأداء الرسول أداء المرسل فان أدى العبد من مال اكتسبه قبل القبول عتق لوجود الشرط ويرجع المولى عليه بمثله لان المولى ما اذن له بالإداء من هذا الكسب لان الاذن ثبت بمقتضى القبول والكسب كان قبل القبول فصار بمنزلة

المغصوب بان غصب ألفا من رجل وأدى ولم يجز المغصوب منه أداءه فان العبد يعتق لوجود الشرط وللغاصب أن يسترد المغصوب وللمولى ان يرجع على العبد بمثلها وان أدى من مال اكتسبه بعد القبول صح الاداء وعتق العبد ولا يرجع المولى على العبد بمثله بعد العتق استحسانا والقياس ان يرجع لانه أدى مال المولى فيرجع عليه كما لو اكتسبه قبل القبول بخلاف المكاتب لانه أدى من مال نفسه لان اكتسابه ملكه الا انهم استحسنا فقالوا انه لا يرجع لانه أدى باذن المولى فكان اقدمه على هذا القبول اذنا له بالتجارة دلالة لانه لا يتوصل إلى أداء الالف الا بالتجارة فيصير مأذونا في التجارة فقد حصل الاداء من كسب هو مأذون في الاداء منه من جهة المولى فلا يستحق الرجوع عليه أو نقول الكسب الحاصل بعد القبول ليس على حكم ملك المولى في القدر الذي يؤدي ككسب المكاتب فصار من هذا الوجه كالمكاتب ولو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت لم يعتق ولدها بخلاف المكاتبه إذا ولدت ثم أدت فعتقت انه يعتق ولدها ولو قال العبد للمولى حط عني مائة فحط عنه فادى تسعمائة لم يعتق لان الشرط لم يوجد بخلاف

[ 61 ]

الكتابة فان العتق فيها يثبت بطريق المعاوضة والحط يلتحق بأصل العفو في المعاوضات كالبيع وكذا لو أدى مكان الدارهم دنائير لا يعتق وان قبل لعدم الشرط ولو قال لعبد ان خدمتني سنة فانت حر فخدمه أقل من سنة لم يعتق حتى يكمل خدمته وكذا ان صالحه من الخدمة على دراهم أو من الدراهم التي جعل عليه على دنائير وكذا إذا قال اخدم أولادي سنة وأنت حر فمات بعضهم قبل تمام السنة لم يعتق وهذا كله دليل على ان العتق ثبت بوجود الشرط حقيقة فلا يختلف الحكم فيه بالرضا وعدمه واسقاط بعض الشرط كما في سائر الازمان ألا يرى انه إذا قال له ان دخلت هاتين الدارين فانت حر فدخل احدهما وقال المولى أسقط عنك دخول الاخرى لا يسقط كذا هذا ولو أبرأ المولى العبد من الالف لم يعتق لعدم الشرط وهو الاداء ولو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق وذكر محمد في الزيادات انه إذا قال ان أدت لى ألفا في كيس ابيض فانت حر فادها في كيس أسود لا يعتق وفي الكتابة يعتق وهذا نص على ان العتق ههنا بوجود الشرط لا من طريق المعاوضة بخلاف الكتابة وان باع هذا العبد ثم اشتراه وأدى إليه يجبر على القبول عند أبي يوسف وقال محمد في الزيادات لا يجبر على قبولها عتق وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يجبر على القبول ولم يذكر الخلاف وعلى هذا إذا رده عليه بعيب أو خيار وجه قول أبي يوسف ظاهر مطرد على الاصل لانه عتق تعلق بالشرط والجزاء لا يتقيد بالملك القائم فكان حكمه في الملك الثاني كحكمه في الملك الاول كما في قوله ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل وأما الوجه لمحمد فهو ان دلالة الحال دلت على التقييد بالملك القائم ظاهرا لان غرضه من التعليق بالاداء تحريضه على الكسب ليصل إليه المال وذلك في المال القائم وأكد ذلك بوجود العتق المرغب له في الكسب مع احتمال ان المراد منه مطلق الملك فإذا أتى بالمال بعد ما باعه واشتراه فلم يقبل لا يعتق لتقيده بالملك القائم ظاهرا بدلالة الحال وإذا قبل يعتق لانه تبين ان المراد منه المطلق ولو قال لامته إذا أدت إلى ألف كل شهر مائة فانت حرة فقبلت ذلك فليس هذا بكتابة وله ان يبيعه ما لم تؤد وان كسرت شهرا لم تؤد إليه ثم أدت إليه في غير ذلك الشهر لم تعتق كذا ذكر في رواية أبي حفص وهشام وذكر في رواية أخرى وقال هذه مكاتبه وليس له أن يبيعه وان كسرت شهرا واحدا ثم أدت في غير ذلك الشهر كان جائزا وجه هذه الرواية انه أدخل فيه الاجل انه كتابة وجه رواية أبي

حفص ان هذا تعليق العتق بشرط في وقت وهذا لا يدل على انه كتابة كما لو قال لها ان دخلت دار فلان اليوم أو دار فلان غدا فانت حرة لا يكون ذلك كتابة وان أدخل الاجل فيه والدليل على ان الصحيح هذه الرواية انه إذا قال لها إذا أدبت إلى ألفا في هذا الشهر فانت حرة فلم تؤدها في ذلك الشهر وأدتها في غيره لم تعتق ولو كان ذلك كتابة لما بطل ذلك الا بحكم الحاكم أو بتراضيهما فدل ان هذا ليس بكتابة بل هو تعليق بشرط لكن بوقت دون وقت ثم التعليق بالاداء هل يقتصر على المجلس فان قال متى أدبت أو متى ما أدبت أو ان ما أدبت فلا شك ان هذا كله لا يقتصر على المجلس لان في هذه الالفاظ معنى الوقت وان قال ان أدبت إلى ذكر في الاصل انه يقتصر على المجلس وظاهر ما رواه بشر عن أبي يوسف يدل انه لا يقتصر على المجلس فانه قال في رواية عن أبي يوسف انه قال في رجل قال لعبدته ان أدبت إلى ألفا فانت حر أو متى أدبت أو ان أدبت فقد سوى بين هذه الكلمات ثم فكلمة إذا أو متى لا يقتصر على المجلس فكذا في كلمة ان وكذا ذكر بشر ما يدل عليه فانه قال عطفا على روايته عن أبي يوسف ان المولى إذا باعه ثم اشتراه فأدى المال عتق ويبعد ان ينفذ البيع والشراء وأداء المال في مجلس واحد وهذا يدل على ان العتق لا يقتصر على المجلس في الالفاظ كلها والوجه فيه ظاهر لانه عتق معلق بالشرط فلا يقف على المجلس كالتعليق بسائر الشروط من قوله ان دخلت الدار فانت حر وغير ذلك وجه رواية الاصل ان العتق المعلق بالاداء معلق باختيار العبد فصار كانه قال أنت حر ان شئت ولو قال ان شئت يقتصر على المجلس ولو قال إذا شئت أو متى شئت لا يقتصر على المجلس كذا ههنا وسواء أدى الالف جملة واحدة أو على التفاريق خمسة وعشرة وعشرين انه يجبر على القبول حتى إذا تم الالف يعتق لانه علق

[ 62 ]

العتق بأداء الالف مطلقا وقد أدى وروى ابن رستم عن محمد فيمن قال لعبدته في مرضه إذا أدبت إلى ألف فانت حر وقيمة العبد ألف فأداها من مال اكتسبه بعد القول فانه يعتق من جميع المال استحسان أبو حنيفة ذلك وقال زفر يعتق من الثلث وهو القياس ووجهه ان الكسب حصل على ملك المولى لانه كسب عبده فإذا أسقط حقه عن الرقبة كان متبرعا فيعتبر من الثلث كما لو أعتقه ابتداء بخلاف الكتابة لان المولى لا يملك اكساب العبد المكاتب فكان كسبه عوضا عن الرقبة فيعتق من جميع المال وجه الاستحسان أن القدر الذي يؤدي من الكسب الحاصل بعد القول ليس على ملك المولى ككسب المكاتب لان المولى أطعمه العتق بادائه إليه فصار تعليق العتق به سببا داعيا إلى تحصيله فصار كسبه من هذا الوجه بمنزلة كسب المكاتب ولو قال له أد إلى ألف وأنت حر فما لم يؤد لا يعتق لانه أتى بجواب الامر لان جواب الامر بالواو فيقتضى وجوب ما تعلق بالامر وهو الاداء ولو قال أد إلى ألفا فانت حر فلا رواية في هذا وقيل هذا والاول سواء لا يعتق الا باداء المال إليه لان جواب الامر قد يكون بحرف الفاء ولو قال أد إلى ألفا أنت حر يعتق للحال أدى أو لم يؤد لانه لم يوجد ما يوجب تعليق العتق بالاداء حيث لم يأت بحرف الجواب والله عزوجل أعلم ومن هذا القبيل إذا قال لامته ان ولدت ولدا فهو حر أو قال إذا ولدت ولدا فهو حر ويعتبر لصحة قيام الملك في الامة وقت التعليق كما في قوله ان ولدت فانت حرة لان الملك إذا كان ثابتا في الامة وقت التصرف فالظاهر بقاءه إلى وقت الولادة فلا حاجة إلى اضافة الولادة إلى الملك فيصح فإذا صح التعليق فكل ولد تلده في ملكه يعتق وان ولدت في غير ملكه لا يعتق وتبطل اليمين بان ولدت بعدما مات المولى أو بعدما باعها ولو ضرب ضارب بطنها فالقت جنينا ميتا كان فيه ما في جنين الامة لان الحرية تحصل بعد

الولادة والضرب حصل قبل الولادة فكان عبدا فلا يجب ضمان الحر ولو قال إذا حملت بولد فهو حر كان فيهما في جنين الحرة لان الحرية تحصل منها للحمل فالضرب صادفه وهو حر الا أنا لا نحكم به ما لم تلد لانا لا نعلم بوجوده فإذا ألفت فقد علمنا بوجوده وقت الضرب فان قيل الحرية لا تثبت الا بعد حدوث الحياة فيه ولا نعلم ذلك فكيف يحكم بحريته فالجواب أنه لما حكم الشرع بالارش على الضارب فقد صار محكوما بحدوث الحياة فيه لان الارش لا يجب الا باتلاف الحى ولو باعها المولى فولدت عند المشتري قبل مضى ستة أشهر كان الولد حرا والبيع باطل لانا تيقنا أنه باعها والحمل موجود والحرية ثابتة فيه وحرية الحمل تمنع جواز بيع الام لما مر وان ولدته لستة شهر فصاعدا لم يعتق لانا لم نتيقن بحصول الولد يوم البيع فلا يجوز فسخ البيع وأثبات الحرية ولو قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية فهذا لا يخلو من أوجه اما ان علم أيهما ولد أولا بان اتفق المولى على انهما يعلمان ذلك واما ان لم يعلم بان اتفقا على أنهما لا يعلمان واما ان اختلفا في ذلك فان علم أيهما ولد أولا فان كان الغلام هو الاول فهو رقيق لان المعلق بولادته عتق الام وهى انما تعتق بعد الولادة فكان انفصال الولد على حكم الرق فلا يؤثر فيه عتق الام وتعتق الام بوجود الشرط وتعتق الجارية بعقتها وان كانت الجارية هي الاولى لم يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق وان لم يعلم فالغلام رقيق على كل حال لانه لا حال له في الحرية أصلا سواء كان متقدما في الولادة أو متأخرا لانه ان كان أولا فذاك شرط عتق أمه لا شرط عتقه وعتق أمه لا يؤثر فيه لما بينا وان كانت الجارية أولا فولادتها لم تجعل شرط العتق في حق أحد فلم يكن للغلام حال في الحرية رأسا فكان رقيقا على كل حال واما الجارية والام فيعتق من كل واحدة منهما نصفها وتسعى في نصف قيمتها لان كل واحدة منهما تعتق في حال وترق في حال لان الغلام ان كان أولا عتقت الام والجارية أما الام فلوجود شرط العتق فيها وأما الجارية فلعتق الام لان الام إذا عتقت عتقت الجارية بعنتق الام تبعها لها فعتقتا جميعا وان كانت الجارية أولا لا يعتقان لانه لم يوجد شرط العتق في الام وإذا لم تعتق الام لا تعتق الجارية لان عتقها بعنتقها فإذا هما يعتقان في حال ويرقان في حال فيتنصف العتق فيهما فيعتق من كل واحدة منهما نصفها على الاصل المعهود لاصحابنا في اعتبار الاحوال عند اشتباهها والعمل بالدليلين بقدر الامكان وروى عن محمد أنه يستحلف

[ 63 ]

المولى على علمه بالله تعالى ما يعلم الغلام ولد أولا فان نكل عن اليمين عتقت الام وابنتها وكان الغلام عبدا وان حلف كانوا جميعا أرقاء وكذلك إذا لم يخاصم المولى حتى مات وخوصم وارثه بعده فأقر أنه لا يدري وحلف بالله تعالى ما يعلم الغلام ولد أولا رقوا ووجه هذه الرواية أن الاحوال انما تعتبر عند تعذر البيان والبيان ههنا ممكن بالرجوع إلى قول الحالف فلا تعتبر الاحوال والجواب انه لا سبيل إلى البيان باليمين ههنا لان الخصمين متفقان على انهما لا يعلمان الاول منهما فلا يجوز للقاضي أن يكلف المولى الحلف على أنه لا يعلم الاول منهما مع تصادقهما على ذلك وان اختلفا فالقول قول المولى ان الجارية هي الاولى لانه ينكر العتق ولو قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كانت جارية فهي حرة فولدت غلاما وجارية فان علم أن الغلام كان أولا عتقت الام والجارية لا غير اما الام فلوجود الشرط وأما الجارية فلعتق الام وأما رق الغلام فلانفصاله على حكم الرق فلا يؤثر فيه عتق الام وان علم أن الجارية كانت هي الاولى عتقت هي لا غير لان المعلق بولادتها عتقها لا غير وعتقها لا يؤثر في غيرها وان لم يعلم أيهما أول فالجارية حرة على كل حال والغلام عبد على

كل حال ويعتق نصف الام وتسعى في نصف قيمتها أما حرية الجارية على كل حال  
فلانه لا حال لها في الرق لان الغلام ان كان أولا عتقت الجارية لان أمها تعتق فتعتق  
هي بعثق الام وان كانت الجارية أولا فقد عتقت لوجود شرط العتق في حقها فكانت  
حرة على كل حال وأما رق الغلام على كل حال فلانه ليس له حال في الحرية سواء  
ولد أولا أو آخرا وأما الام فانما يعتق نصفها لانها تعتق في حال وترق في حال لان  
الغلام ان كان هو الاول تعتق الام والجارية أيضا بعثق الام وان كانت الجارية أولا تعتق  
الجارية لا غير لان المعلق به عتقها لا غير وعتقها لا يتعدى إلى عتق الام فإذا تعتق الام  
في حال ولا تعتق في حال فيعتق نصفها اعتبارا للاحوال وان اختلفا فالقول قول  
المولى لما بينا ولو قال لها ان كان أول ولد تدينه غلاما فهو حر وان كان جارية فانت  
حرة فولدت غلاما وجارية فان علم أن الغلام ولد أولا عتق هو لا غير وان علم أن  
الجارية ولدت أولا عتقت الام والغلام لا غير وان لم يعلم أيهما ولد أولا فالغلام حر  
على كل حال لانه لا حال له في الرق سواء كان أولا أو آخرا والجارية رقيقة على كل  
حال لانه لا حال لها في الحرية تقدمت في الولادة أو تأخرت لان الغلام ان كان هو  
الاول لا يعتق الا هو وان كانت الجارية هي الاولى لا تعتق الا الام والغلام فلم يكن  
للجارية حال في الحرية فبقيت رقيقة والام يعتق منها نصفها وتسعى في نصف قيمتها  
لان الجارية ان كانت هي الاولى تعتق الام كلها وان كان الغلام هو الاول لا يعتق شئ  
منها فتعتق في حال ولا تعتق في حال فيعتق نصفها وتسعى في النصف اعتبارا  
للحالين وعملا بهما بقدر الامكان وان اختلفا فالقول قول المولى لما ذكرنا هذا إذا  
ولدت غلاما وجارية فاما إذا ولدت غلامين وجاريتين والمسألة بحالها فان علم أولهم  
أنه ابن يعتق هو لا غير لان المعلق عتقه لا غير يعتق هو لا غير عند وجود الشرط وان  
علم أنه جارية فهي رقيقة ومن سواها أحرار لانه جعل ولادتها أولا شرط حرية الام  
فإذا وجد الشرط عتقت الام ويعتق كل من ولد بعد ذلك بعثق الام تبعاً لها وان لم يعلم  
من كان أولهم يعتق من الغلامين كل واحد منهما ثلاثة أرباعه ويسعى في ربع قيمته  
ويعتق من الام نصفها وتسعى في نصف قيمتها ويعتق من البنيتين من كل واحدة منهما  
ربعها وتسعى في ثلاثة أرباع قيمتها وانما كان كذلك أما الغلامان فلان أول من ولدت  
ان كان غلاما عتق الغلام كله لوجود الشرط وان كان جارية عتق الغلامان لان الام  
تعتق ويعتق كل من ولد بعد ذلك وهم الغلامان والجارية الأخرى وقد تيقنا بحرية أحد  
الغلامين وشككنا في الآخر وله حالتان يعتق في حال ولا يعتق في حال فيجعل ذلك  
نصفين فيعتق غلام واحد ونصف من الآخر ولا يعلم أيهما عتق كله وأيهما عتق نصفه  
فاستويا في ذلك وليس أحدهما في ذلك بأولى من الآخر فيعتق من كل واحد منهما  
ثلاثة أرباعه ويسعى في ربع قيمته وأما الام فانها تعتق في حال ولا تعتق في حال لان  
أول ما ولدت ان كان غلاما لا تعتق أصلا وان كان جارية تعتق فتعتق في حال وترق في  
حال فيعتق نصفها وتسعى في نصفها وأما الجاريتان فاحدهما أمة بلا شك لان أول ما  
ولدت ان كان غلاما فهما رقيقان

[ 64 ]

وان كانت جارية فان الاولى لا تعتق وتعتق الأخرى بعثق الام فإذا في حالة لهما حرية  
واحدة وفي حالة لا شئ لهما فيثبت لهما نصف ذلك وليست احدهما باولى من  
الأخرى فيصير ذلك بينهما نصفين وهو ربع الكل فيعتق من كل واحدة منهما ربعها  
وتسعى في ثلاثة أرباع قيمتها والله عزوجل أعلم ولو قال لامته ان ولدت غلاما ثم  
جارية فانت حرة وان ولدت جارية ثم غلاما فالغلام حر فولدت غلاما وجارية فان كان  
الغلام أولا عتقت الام لوجود شرط عتقها والغلام والجارية رقيقان لانفصالهما على



حكم الرق وعتق الام لا يؤثر فيهما وان كانت الجارية أولا عتق الغلام لوجود الشرط والام والجارية رقيقتان لان عتق الغلام لا يؤثر فيهما وان لم يعلم أيهما أولا واتفقا على انهما لا يعلمان ذلك فالجارية رقيقة لانه لا حال لها في الحرية لانها ترق في جميع الاحوال وأما الغلام والام فانه يعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى في نصف قيمته لان كل واحد منهما يعتق في حال وبرق في حال فيعتق نصفه ويسعى في نصف قيمته وإذا اختلفا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه هذا إذا ولدت غلاما وجارية فاما إذا ولد غلامين وجاريتين والمسألة بحالها فان ولدت غلامين ثم جاريتين عتقت الام لوجود الشرط وعتقت الجارية الثانية بعتقها وبقي الغلامان والجارية الاولى أرقاء وان ولدت غلاما ثم جاريتين ثم غلاما عتقت الام لوجود الشرط والجارية الثانية والغلام الثاني يعتق الام وان ولد غلاما ثم جارية ثم غلاما ثم جارية عتقت الام لوجود الشرط والغلام الثاني والجارية الثانية يعتق الام وان ولدت جاريتين ثم غلامين عتق الغلام الاول لوجود الشرط وبقي من سواه رقيقا وكذلك إذا ولدت جارية ثم غلامين ثم جارية عتق الغلام الاول لا غير لوجود شرط العتق في حقه لا غير وكذلك إذا ولدت جارية ثم غلاما ثم جارية ثم غلاما عتق الغلام الاول لا غير لما قلنا وان لم يعلم بان اتفقوا على انهم لا يعلمون أيهم الاول يعتق من الاولاد من كل واحد ربه لان أحد الغلامين مع احدى الجاريتين رقيقان على كل حال لانه ليس لهما حال في الحرية والجارية الاخرى والغلام الآخر يعتق كل واحد منهما في حال وبرق في حال فيعتق من كل واحد نصفه فما أصاب الجارية يكون بينها وبين الجارية الاخرى نصفين إذ ليست احدهما باولى من الاخرى فيعتق من كل واحدة ربعها وكذلك ما أصاب الغلام يكن بينه وبين الغلام الآخر نصفين لما قلنا وأما الام فيعتق منها نصفها لانه أن سبق ولادة الغلام فتعتق لوجود الشرط وان سبقت ولادة الجارية لا تعتق فيعتق نصفها وتسعى في نصف قيمتها وان اختلفوا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه لما قلنا ولو قال لها ان ولدت ما في بطنك فهو حر فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم حلف عتق ما في بطنها وان جاءت به لسته أشهر فصاعدا لا يعتق لانها إذا جاءت به لاقل من ستة أشهر فتيقنا بكونه موجودا وقت التعليق لان الولد لا يولد لاقل من ستة أشهر فتيقنا بكونه داخل تحت الايجاب وإذا جاءت به لسته أشهر فصاعدا لم نتيقن بوجوده بل يحتمل ان لا يكون موجودا ثم وجد بعد فلا يدخل تحت الايجاب مع الشك وكذا إذا قال لها ما في بطنك حر الا انه ههنا يعتق من يوم حلف وفي الفصل الاول يوم تلد لان هناك شرط الولادة ولم تشترط ههنا ولو قال لها إذا حملت فأنت حرة فولدت لاقل من سنتين أو لسنتين من وقت الكلام لا تعتق وان ولدت لاكثر من سنتين لان يمينه يقع على حمل يحدث بعد اليمين فإذا ولدت لاقل من سنتين أو لسنتين يحتمل انها كانت حبلى من وقت الكلام لا تعتق وان ولدت لاكثر من سنتين أو لسنتين يحتمل انها كانت حبلى وقت اليمين ويحتمل انه حدث الحمل بعد اليمين فيقع الشك في شرط ثبوت الحرية فلا تثبت الحرية مع الشك فاما إذا ولدت لاكثر من سنتين فقد تيقنا ان الحمل حصل بعد اليمين لان الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فقد وجد شرط العتق وهو الحمل بعد اليمين فيعتق فان قيل ليس ان من أصلكم ان الوطئ إذا كان مباحا تقدر مدة الحبل بستة أشهر فهلا قدرتم ههنا كذلك فالجواب ان هذا من أصلنا فيما لم يكن فيه اثبات رجعة أو اعتاق بالشك ولو جعلنا مدة الحمل ههنا ستة أشهر لكان فيه اثبات العتق بالشك وهذا لا يجوز ثم ان ولدت بعد المقالة لاكثر من سنتين

حتى عتقت وقد كان وطئها قبل الولادة فان وطئها قبل الولادة لاقل من ستة أشهر فعليه العقر وان وطئها قبل الولادة لسته أشهر فصاعدا الا عقر عليه لانها إذا ولدت لاقل من ستة أشهر منذ وطئها علم انه وطئها وهى حامل لان الحمل لا يكون أقل من ستة أشهر فإذا وضعت لاقل من ستة أشهر بعد الوطئ علم ان العلوق حصل قبل هذا الوطئ فيجب عليه العقر لانه علم انه وطئها بعد ثبوت الحرية فإذا ولدت لسته أشهر فصاعدا من وقت الوطئ يحتمل ان الحمل حصل بذلك الوطئ فلا يجب العقر لان الوطئ لم يصادف الحرية ويحتمل انه حصل بوطئ قبله فيجب العقر فيقع الشك في وجوب العقر فلا يجب مع الشك وينبغي في الورع والتنزه إذا قال لها هذه المقالة ثم وطئها ان يعتزلها حتى يعلم أحامل أم لا فان حاضت وطئها بعد ما طهرت من حيضها لجواز انها قد حملت بذلك الوطئ فعتقت فإذا وطئها بعد ذلك كان وطئ الحرة فيكون حرا ما فيعتزلها صيانة لنفسه عن الحرام فإذا حاضت تبين ان الحمل لم يوجد إذا الحامل لا تحيض ولهذا تستبرأ الجارية المشتراة بحيضة لدالتها على فراغ الرحم ولو باع هذه الجارية قبل ان تلد ثم ولدت في يد المشتري ينظر ان ولدت لاقل من سنتين أو لسنتين بعد اليمين يصح البيع لجواز ان الولد حدث بعد اليمين فلا يبطل البيع بالشك وان ولدت لاقل من سنتين بعد اليمين ينظر ان كان ذلك لاقل من ستة أشهر قبل البيع لا يجوز البيع لانه حدث الولد قبل البيع فعتقت هي ولدها وبيع الحر لا يجوز وان كان ذلك لسة أشهر فصاعدا من وقت البيع فانها تعتق لان من الجائز ان الولد حدث بعد البيع والبيع قد صح ف لا يفسخ بالشك ولو قال لها ان كان حملك غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فكان حملها غلاما وجارية لم يعتق أحد منهم لان الحمل اسم لجميع ما في الرحم قال الله تعالى وأولات الاحمال أجهلن يضعن حملهن والمراد منه جميع ما في البطن حتى لا تنقضي العدة الا بوضع جميع ما في الرحم وليس كل الحمل الغلام وحده ولا الجارية وحدها بل بعضه غلام وبعضه جارية فصار كانه قال ان كان كل حملك غلاما فانت حرة وان كان كل حملك جارية فهي حرة فولدت غلاما وجارية فلا يعتق أحدهم وكذلك لو قال ان كان ما في بطنك لان هذا عبارة عن جميع ما في بطنها ولو قال ان كان في بطنك عتق الغلام والجارية لان قوله ان كان في بطنك غلام ليس عبارة عن جميع ما في البطن بل يقتضى وجوده وقد وجد غلام ووجد أيضا جارية فعتقا ولو قال لها ان كنت حبلتي فانت حرة فولدت لاقل من ستة أشهر فهي حرة وولدها وان ولدت لسته أشهر أو أكثر لم يعتق لان أقل مدة الحمل ستة أشهر فإذا أتت لاقل من ستة أشهر علم ان الحمل كان موجودا وقت اليمين فعتق الام لوجود شرط عتقها وهو كونها حاملا وقت اليمين ويعتق الحمل بعقها تبعاً لها وإذا أتت لسته أشهر أو أكثر يحتمل ان يكون بحمل حادث بعد اليمين فلا يعتق ويحتمل ان يكون بحمل موجود وقت اليمين فيعتق فوقع الشك في العتق فلا يعتق مع الشك ومن هذا القبيل التدبير والاستيلاء لان كل واحد منهما تعليق العتق بشرط الموت الا ان التدبير تعليق بالشرط قولا والاستيلاء تعليق بالشرط فعلا لكن الشرط فيهما يدخل وعلى الحكم لا على السبب ولكل واحد منهما كتاب مفرد وأما التعليق المحض بما سوى الملك وسببه معنى لا صورة فنحو ان يقول لامته كل ولد تلد ينة فهو حر وهذا ليس بتعليق من حيث الصورة لانعدام حرف التعليق وهو ان إذا ونحو ذلك لا كلمة كل ليست كلمة تعليق بل هي كلمة الاحاطة بما دخلت عليه لكنه تعليق من حيث المعنى لوجود معنى التعليق فيه لانه أوقع العتق على موصوف بصفة وهو الولد الذي تلده فيتوقف وقوع العتق على اتصافه بتلك الصفة كما يتوقف على وجود الشرط المعلق به صريحا في قوله ان ولدت ولدا أو أن دخلت الدار ونحو ذلك فكان معنى التعليق

موجودا فيه فلا يصح الا إذا كانت الامة في ملكه وقت التعليق حتى لو قال لامه لا يملكها كل ولد تلدينه فهو حر لا يصح حتى لو اشتراها فولدت منه ولدا لا يعتق الولد لعدم الملك وقت التعليق وعدم الاضافة الملك وسببه ويصح إذا كانت الامة في ملكه وقت التعليق وقيام املك في الامة يكفى لصحة ولا ولا يشترط اضافة الولادة إلى الملك للصحة بان يقول كل ولد تلدينه أنت في ملكي فهو حر لما بينا فيما تقدم ثم ان ولدت في ملكه يعتق الولد لوجود الشرط في الملك وان ولدت في غير ملكه

[ 66 ]

لا يعتق لعدم الملك وتبطل اليمين لوجود الشرط كما إذا قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر فباعه فدخل الدار يبطل اليمين حتى لو اشتراه ثانيا فيدخل الدار لا يعتق كذا هذا وعلى هذا إذا قال لعبد يملكه أو لا يملكه كل ولد يولد لك فهو حر فولد له ولد من أمة فان كانت الامة ملك الحالف يوم حلف عتق الولد والا فلا وينظر في ذلك إلى ملك الامة لا إلى ملك العبد لان الولد في الرق والحرية يتبع الام لا الاب فإذا كانت الامة على ملكه وقت التكلم فالظاهر بقاء الملك فيها إلى وقت الولادة وملك الام سبب ثبوت ملك الولد فصار كانه قال كل ولد يولد كل من أمة لى فهو حر فإذا لم تكن الامة مملوكة له في الحال فالظاهر بقاءه على العدم لا يوجد ملك الولد وقت الولادة ظاهرا فلم يوجد التعليق في الملك ولا الاضافة إلى الملك فلا يصح هذا إذا ولد الولد من أمة مملوكة للحالف من نكاح فاما إذا ولد منها من سفاح بان زنى الغلام بها فولدت منه هل يعتق أم لا فقد اختلف المشايخ فيه وهى من مسائل الجامع ولو قال لامته أول ولد تلدينه فهو حر أو ان ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم ولدت حيا لا شك في انه لا يعتق الولد الميت وان كان الولد الميت ولدا حقيقة وهل يعتق الولد الحى قال أبو حنيفة يعتق وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق وحاصل الكلام يرجع إلى كيفية الشرط ان الشرط ولادة ولد مطلق أو ولادة ولد حى فعندهما الشرط ولادة ولد مطلق فإذا ولدت ولدا ميتا فقد وجد الشرط فينحل اليمين فلا يتصور نزول الجزاء بعد ذلك وعند أبى حنيفة الشرط ولادة ولد حى فلم يتحقق الشرط بولادة ولد ميت فيبقى اليمين فينزل الجزاء عند وجود الشرط وهو ولادة ولد حى وجه قولهما ان الحالف جعل الشرط ولادة مطلق لانه أطلق اسم الولد ولم يقيد بصفة الحياة والموت والولد الميت ولد حقيقة حتى تصير المرأة به نفساء وتنقضي به العدة وتصير الجارية أم ولد له ولهذا لو كان المعلق عتق عبد آخر أو طلاق امرأة نزل عند ولادة ولد ميت وكذا إذا قال لها ان ولدت ولدا فهو حر وعبدى فلان فولدت ولدا ميتا عتق بعده ولو لم تكن هذه الولادة شرطا لما عتق فإذا ولدت ولدا ميتا فقد وجد الشرط لكن المحل غير قابل للجزاء فينحل اليمين لا إلى جزاء وتبطل كما إذا قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر فباعه قبل الدخول ثم دخل تنحل اليمين لكن لا إلى جزاء حتى لو اشتراه ودخل لا يعتق وان أمكن تقييد التعليق بالملك كانه قال ان دخلت الدار وأنت في ملكي مع ذلك لم يتقيد به كذا ههنا ولا بى حنيفة ان الايجاب أضيف إلى محل قابل للحرية إذ العاقل الذى يقصد ايجاب الحرية فيما لا يحتمل الحرية لانه سفه والقابل للحرية هو الولد الحى فيتقيد به كانه قال أول ولد ولدته حيا فهو حر كما إذا قال لآخر ان ضربتك فعبدى حر انه يتقيد بحال الحياة للمضروب حتى لو ضربه بعد موته لا يحنث لعدم قبول المحل للضرب كذا ههنا ولا فرق سوى ان ههنا تقيد لنزول الجزاء وهناك تقيد لتحقق الشرط بخلاف ما إذا علق بالولادة عتق عبد آخر أو طلاق امرأته لان هناك المحل المضاف إليه الايجاب قابل للعتاق والطلاق فلا ضرورة إلى التقييد بحياة الولد كما إذا قال لها ان ولدت ولدا فانت حرة أو قال ولد تلدينه فانت حرة

فولدت ميتا عنتق وههنا بخلافه وهو الجواب عن قوله إذا ولدت ولدا فهو حر وعبدي فلان ان ولادة الولد الميت تصلح شرطا في عتق عبد آخر لكون المحل قابلا للتعليق ولا تصلح شرطا في عتق الولد لعدم قبول المحل ويجوز أن يعلق بشرط واحد جزآن ثم ينزل عند وجود أحدهما دون الآخر لمانع كمن قال لامرأته إذا حضت فأنت طالق وفلانة معك فقالت حضت فكذبها يقع الطلاق عليها ولا يقع على الاخرى وان كان الشرط واحدا كذا هذا وأما التعليق بدخول الدار فانما لم يتقيد بالملك لان التقيد للتصحيح والايجاب هناك صحيح بدون الملك لقبول المحل العتق عند وجود الشرط ألا ترى انه يقف على اجازة المالك والباطل لا يقف على الاجازة وانما الملك شرط النفاذ أما ههنا فلا وجه لتصحيح الايجاب في الميت رأسا لعدم احتمال المحل إذ لا سبيل إلى اعتاق الميت بوجه فدعت الضرورة إلى التقيد بصفة الحياة وذكر محمد في الاصل إذا قال أول عبد يدخل على فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم حى عتق الحى ولم يذكر خلافا فمن أصحابنا من قال هذا قول أبى حنيفة خاصة لان ما أضيف إليه الايجاب وهو العبد لا يحتمل الوجوب الا بصفة الحياة فصار

[ 67 ]

كانه قال أول عبد يدخل على حيا فهو حر كما في الولادة فأما على قولهما فلا يعتق لان الحالف أطلق اسم العبد فيجوز على اطلاقه ولا يقيد بحياة العبد كما في الولادة ومنهم من قال هذا قولهم جميعا قال القدورى وهو الصحيح لانه علق العتق باسم العبد والعبد اسم للمرقوق وقد بطل الرق بالموت فلم يوجد الشرط بادخاله عليه فيعتق الثاني لوجود الشرط في حقه بخلاف الولد لان الولد اسم للمولود والميت مولود حقيقة فان قيل الرق لا يبطل بالموت بدليل انه يجب على المولى كفن عبده الميت فالجواب ان وجوب الكفن لا يدل على الملك ألا ترى ان من مات ولم يترك شيأ فكفنه على أقاربه وان لم يكن هناك ملك وإذا زال ملكه عن الميت صار الثاني أول عبد من عبده ادخل عليه فوجد الشرط فيعتق ومن هذا القبيل قول الرجل كل مملوك لى فهو حر ويقع على ما في ملكه في الحال حتى لو لم يكن يملك شيأ يوم الحلف كان اليمين لغوا حتى لو ملكه في المستقبل لا يعتق لان هذا الكلام لا يستعمل الا للحال فلا يعتق به عتق ما ليس بمملوك له في الحال وكذا إذا علق بشرط قدم الشرط أو آخر بان قال ان دخلت هذه الدار فكل مملوك لى حر أو قال إذا دخلت أو إذا ما دخلت أو متى ما دخلت أو قال كل مملوك لى حر ان دخلت الدار فهذا كله على ما في ملكه يوم حلف وكذا إذا قال كل مملوك أملكه ولا نية له لان صيغة أفعل وان كانت تستعمل للحال والاستقبال لكن عند الاطلاق يراد به الحال عرفا وشرعا ولغة أما العرف فان من قال فلان يأكل أو يفعل كذا يريد به الحال أو يقول الرجل أنا أملك ألف درهم يريد به الحال وأما الشرع فان من قال أشهد أن لا اله الا الله يكون مؤمنا ولو قال أشهد أن لفلان على فلان كذا يكون شاهدا ولو قال أقر ان لفلان على كذا صح اقراره وأما اللغة فان هذه الصيغة موضوعة للحال على طريق الاصاله لانه ليس للحال صيغة أخرى وللاستقبال السنين وسوف فكانت الحال أصلا فيها والاستقبال دخيلا فعند الاطلاق يصرف إلى الحال ولو قال عنيت به ما استقبل ملكه عتق ما في ملكه للحال وما استحدث الملك فيه لما ذكرنا ان ظاهر هذه الصيغة للحال فإذا قال أردت به الاستقبال فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق فيه وبصدق في قوله أردت ما يحدث ملكى فيه في المستقبل فيعتق عليه باقراره كما إذا قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم ثم قال لى امرأة أخرى بهذا الاسم عنيتها طلقت المعروفة بظاهر هذا اللفظ والمجهولة باعترافه كذا ههنا وكذا لو قال كل مملوك

أملكه الساعة فهو حر ان هذا يقع على ما في ملكه وقت الحلف ولا يعتق ما يستفيده بعد ذلك الا أن يكون نوى ذلك فيلزمه ما نوى لان المراد من الساعة المذكورة هي الساعة المعروفة عند الناس وهى الحال لا الساعة الزمانية التي يذكرها المنجمون فيتناول هذا الكلام من كان في ملكه وقت التكلم لا من يستفيده بعده فان قال أردت به من أستفيده في هذه الساعة الزمانية يصدق فيه لان اللفظ يحتمله وفيه تشديد على نفسه ولكن لا يصدق في صرفه اللفظ عمن يكون في ملكه للحال سواء أطلق أو علق بشرط قدم الشرط أو أخر بان قال ان دخلت الدار فكل مملوك أملكه حر أو قال كل مملوك أملكه حر ان دخلت الدار فهذا والاول سواء في ان اليمين انما يتعلق بما في ملكه يوم حلف لانه علق التعلق بشرط فيتناول ما في ملكه لا ما يستفيده كما إذا قال كل عبد يدخل الدار فهو حر فان أردت به ما استحدث ملكه عتق ما في ملكه إذا وجد الشرط باليمين وما يستحدث باقراره لانه لا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره ويصدق في التشديد على نفسه فان لم يكن في ملكه يوم حلف مملوك فاليمين لغو لانها تتناول الحال فإذا لم يكن له مملوك للحال لا تنعقد اليمين لانعدام المحلوف عليه بخلاف قوله ان كلمت فلانا أو ان دخلت الدار فكل مملوك اشتريه فهو حر وكل امرأة أنزوجهها فهى طالق لان قوله اشترى أو أتزوج لا يحتمل الحال فاقضى ملكا مستأنفا وقد جعل الكلام أو الدخول شرطا لانعقاد اليمين فيمن يشترى أو يتزوج فيعتبر ذلك بعد اليمين ولو قال كل مملوك أملكه اليوم فهو حر ولا نية له وله مملوك فاستفاد في يومه ذلك مملوك آخر عتق ما في ملكه وما استفاد ملكه في اليوم لو قال هذا الشهر أو هذه السنة لانه لما وقت باليوم أو الشهر أو السنة فلا بد وان يكون التوقيت مقيدا ولو لم يتناول الا ما في ملكه يوم الحلف لم يكن مقيدا فان قال عتيت به احد الصنفين دون الآخر لم يدين في القضاء لانه

[ 68 ]

نوى تخصيص العموم وانه خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله عزوجل لان الله مطلع على نيته ولو قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نية له ذكر محمد في الجامع انه يعتق من ملكه في غد ومن كان في ملكه قبله وهو قوله في الاملاء أيضا وهو احدى روايتي ابي سماعة عنه وقال أبو يوسف لا يعتق الا من استفاد ملكه في غد ولا يعتق من جاء غد وهو في ملكه وهو احدى روايتي ابن سماعة عن محمد وجه قول محمد انه أوجب العتق لكل من يضاف إليه الملك في غد فيتناول الذى ملكه في غد والذى ملكه قبل الغد كانه قال في الغد كل مملوك أملكه اليوم فهو حر فيتناول الكل وجه قول أبي يوسف ان قوله أملك ان كان للحال عند الاطلاق ولكنه لما أضاف العتق إلى زمان في المستقبل انصرف إلى الاستقبال بهذه القرينة كما ينصرف إليه بقرينة السنين فلا يتناول الحال وعلى هذا الخلاف إذا قال كل مملوك أملكه رأس شهر كذا فهو حر ورأس شهر الليلة التى يهل فيها الهلال ومن الغد إلى الليل وكان القياس أن يكون رأس الشهر أول ساعة منه لان رأس كل شهر ما رأس عليه وهو أوله الا انهم جعلوه اسما لما ذكرنا للعرف والعادة فانه يقال في العرف والعادة لاول يوم من الشهر هذا رأس الشهر وروى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال كل مملوك أملكه يوم الجمعة فهو حر قال ليس هذا على ما في ملكه انما هو على ما يملكه يوم الجمعة فهذا على أصل أبي يوسف صحيح لانه اضاف العتق إلى زمان مستقبل فان قال كل مملوك لى حر يوم الجمعة فهذا على من في ملكه يعتقون يوم الجمعة ليس هو على ما يستقبل لانه عقد يمينه على من في ملكه في الحال وجعل عتقهم موقتا بالجمعة فلا يدخل فيه الاستقبال فاما إذا قال كل مملوك

أملكه إذا جاء غد فهو حر فهذا على ما في ملكه في قولهم لانه جعل مجيء الغد شرطا لثبوت العتق لا غير فيعتق من في ملكه لكن عند مجيء غد والله عزوجل أعلم ومن القبيل الاعتاق المضاف إلى المجهول عند بعض مشايخنا لانه تعليق معنى لا صورة ولا يثبت العتق في أحدهما قبل الاختيار وانما ثبت عند الاختيار في أحدهما عينا وهو الذي يختار العتق فيه مقصورا على الحال كانه علق عتق أحدهما بشرط اختيار العتق فيه كالتعليق بسائر الشروط ومن دخول الدار وغير ذلك الا انه ثمة الشرط يدخل على السبب والحكم جميعا وههنا جميعا يدخل على الحكم لا على السبب كالتدبير والبيع بشرط الخيار كذا قال بعض مشايخنا في كيفية الاعتاق المضاف إلى المجهول وبعضهم نسب هذا القول لابي يوسف ويقال انه قول أبي حنيفة أيضا وقال بعضهم هو تنجيز العتق في غير العتق للحال واختيار العتق في أحدهما بيان وتعيين لمن وقع عليه العتق بالكلام السابق من حين وجوده وبعضهم نسب هذا القول إلى محمد والحاصل ان الخلاف في كيفية هذا التصرف على الوجه الذي وصفنا غير منصوص عليه من أصحابنا لكنه مدلول عليه ومشار إليه أما الدلالة فانه ظهر الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد في الطلاق فيمن قال لامرأته احداكما طالق ان العدة تعتبر من وقت الاختيار في قول أبي يوسف والعدة انما تجب من وقت وقوع الطلاق فيدل على ان الطلاق لم يكن واقعا وانما يقع عند الاختيار مقصورا عليه وفي قول محمد تعتبر من وقت الكلام السابق وهذا يدل على ان الطلاق قد وقع من حين وجوده وانما الاختيار بيان وتعيين لمن وقع عليها الطلاق وأما الاشارة فانه روى عن أبي يوسف انه قال إذا أعتق أحد عبده تعلق العتق بذمته ويقال له أعتق وهذا اشارة إلى ان العتق غير نازل في المحل إذ لو كان نازلا لما كان معلقا بالذمة ومعنى قوله يقال له أعتق أي اختر العتق لاجماعنا على انه لا يكلف بانشاء الاعتاق وذكر محمد في الزيادات يقال له بين وهذا اشارة إلى الوقوع في غير المعين لان البيان للموجود لا للمعدوم والى هذا ذهب الكرخي والقُدوري وحققا الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد الا ان القُدوري حكى عن الكرخي انه كان يفرق بين العتاق والطلاق فيجعل الاختيار بيانا في الطلاق بالاجماع من قبل ان العتاق يحتمل الثبوت في الذمة والطلاق لا يحتمل قال وكان غيره من أصحابنا يسوى بينهما لان الطلاق أيضا يحتمل الثبوت في الذمة في الجملة ألا ترى ان الفرقه واجبة على العينين وانما يقوم القاضى مقامه في التفريق وهو الصحيح انهما يستويان لان تعلق العتق بالذمة ليس معناه الا انعقاد سبب الوقوع من غير وقوع وهو معنى حق الحرية دون

[ 69 ]

الحقيقة وهما في هذا المعنى مستويان وجه القول الاول ان قوله احكما حر تنجيز الحرية في أحدهما وليس بتعليق حقيقة لانعدام حرف التعليق الا انه تنجيز في غير المعين بالاختيار ووجه القول الثاني ان العتق اما يثبت باختيار العتق واما ان يثبت بالكلام السابق والثاني لا سبيل إليه لان اختيار العتق لم يعرف اعتاقا في الشرع الا ترى انه لو قال لعبده اخترت عتقك لا يعتق فلا بد وان يثبت بالكلام السابق فلا يخلو اما ان يثبت حال وجوده في أحدهما غير عين ويتعين باختياره واما ان يثبت عند وجود الاختيار في أحدهما عينا وهو تفسير التعليق بشرط الاختيار لا وجه للاول لانه ربما يختار غير الحر فيلزم القول بانتقال الحرية من الحر إلى الرقيق أو انتقال الرق من الرقيق إلى الحر أو استرقاق الحر والاول محال والثاني غير مشروع فتعين الثاني ضرورة وهى ان يثبت العتق عند وجود الاختيار بالكلام السابق مقصورا على حال الاختيار وهو تفسير التعليق ثم القائلون بالبيان اختلفوا في كيفية البيان منهم من قال

البيان اظهار محض ومنهم من قال هو اظهار من وجه وانشاء من وجه واستدلوا لما ذكر محمد في الزيادات في موضع يقال له بين وفي موضع يقال له أعتق وزعموا ان المسائل تتخرج عليه وهذا غير سديد لان القول الواحد لا يكون اظهار أو انشاء إذ الانشاء اثبات أمر لم يكن والاطهار ابداء أمر قد كان وبينهما تناف وثمره هذا الاختلاف تظهر في الاحكام وانها في الظاهر متعارضة بعضها يدل على صحة القول الاول وبعضها يدل على صحة القول الثاني ونحن نشير إلى ذلك إذا انتهينا إلى بيان حكم الاعتاق وبيان وقت ثبوت حكمه فاما ترجيح أحد القولين على الآخر وتخرج المسائل عليه فمذكوران في الخلافات وأما التعليق بالملك أو بسببه صورة ومعنى فنحو ان يقول لعبد لا يملكه ان ملكتك فانت حر أو ان اشتريتك فانت حر وانه صحيح عندنا حتى لو ملكه أو اشتراه يعتق وان لم يكن الملك موجودا وقت التعليق وقال الشافعي لا يصح ولا يعتق وقال بشر المريسي يصح التعليق بالملك ولا يصح بسبب الملك وهو الشراء أما الكلام مع الشافعي فعلى نحو ما ذكرنا في كتاب الطلاق وأما مع بشر فوجه قوله ان اليمين بالطلاق والعتاق لا يصح الا في الملك أو مضافا إلى الملك ولم توجد الاضافة إلى الملك لان الشراء قد يفيد الملك للمشتري وقد لا يفيد كالشراء بشرط الخيار وشراء الوكيل فلم توجد الاضافة إلى الملك فلا يصح بخلاف قوله ان ملكتك ولنا ان مطلق الشراء ينصرف إلى الشراء المتعارف وهو الشراء لنفسه ومن غير شرط الخيار وانه من أسباب الملك فكان ذكره ذكرا للملك والاضافة إليه اضافة إلى الملك كانه قال ان ملكتك فانت حر ولانه لما علق العتق بالشراء ولا بد من الملك عند الشراء لثبوت العتق كان هذا تعليق العتق بالشراء الموجب للملك كانه قال ان اشتريتك شراء موجبا للملك فانت حر فإذا اشتراه شراء موجبا للملك فقد وجد الشرط فيعتق ولو قال ان تسريت جارية فهي حرة فاشترى جارية فتسراها لا تعتق عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تعتق ولو تسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت بالاجماع وجه قول زفر انه وجدت الاضافة إلى الملك لان التسرى لا يصح بدون الملك فكانت الاضافة إلى التسرى اضافة إلى الملك فيصح التعليق ولنا انه لم يوجد الملك وقت التعليق ولا الاضافة إلى الملك والكلام فيه ولا إلى سبب الملك لان التسرى ليس من أسباب الملك ألا ترى انه يتحقق في غير الملك كالجارية المغصوبة واليمين بالعتاق والطلاق لا يصح الا في الملك أو مضافا إلى الملك أو سببه ولم يوجد شئ من ذلك وأما قوله ان التسرى لا صحة له بدون الملك فهذا مسلم ان الملك شرط صحة التسرى وجوازه لكن الحالف جعل وجوده شرط العتق والتسرى نفسه يوجد من غير ملك فلم يكن التعليق به تعليقا بسبب الملك فلم يصح ثم اختلف في تفسير التسرى قال أبو حنيفة ومحمد هو ان يطأها ويحصنها ويمنعها من الخروج والبروز سواء طلب منها الولد أو لم يطلب وقال أبو يوسف طلب الولد مع التحصين شرط وجه قوله ان الانسان يطأ جاريته ويحصنها ولا يقال لها سرية وانما يقال ذلك إذا كان يطلب منها الولد أو تكون أم ولده هذا هو العرف والعادة ولهما انه ليس في لفظ التسرى ما يدل على طلب الولد لانه لا يخلو اما ان يكون مأخوذا من السرو وهو الشرف فتسمى الجارية سرية بمعنى انه أسرى الجوارى أي أشرفهن واما

[ 70 ]

ان يكون مأخوذا من السرو وهو الجماع قال الله تعالى ولكن تواعدوهن سرا قيل جماعا وليس في أحدهما ما ينبي عن طلب الولد ولو وطئ جارية كانت في ملكه يوم الحلف فعلمت منه لم تعتق لعدم التسرى لانه لم يوجد منه الا الوطئ والوطئ وحده لا يكون تسريا بلا خلاف فلم يوجد شرط العتق فلا تعتق ولو قال لامرأة حرة ان

ملكته فانت حرة أو قال لها ان اشتريتك فأنت حرة فارتدت عن الاسلام ولحقت بدار الحرب ثم سببت فاشتراها الحالف ذكر محمد في الجامع أن على قياس قول أبي حنيفة لا تعتق وعند أبي يوسف ومحمد تعتق يعنى به قياس قوله في المكاتب والعبد المأذون إذا قال كل عبد أملكه فيما استقبل فهو حر أو قال كل عبد أشتريه فهو حر فيعتق ثم ملك عبدا أو اشترى عبدا على قول أبي حنيفة لا يعتق وعلى قولهما يعتق والمسألة تأتي في موضعها ولو قال لامة لا يملكها ان اشتريتك فأنت حرة بعد موتى فاشتراها صارت مدبرة لانه علق تدبيرها بسبب الملك وهو الشراء لان قوله أنت حرة بعد موتى صورة التدبير وقد علقه بالشراء فيصير عند الشراء قائلا أنت حرة بعد موتى وأما التعليق بالملك أو بسببه معنى لا صورة فهو ان يقول الحر كل مملوك أملكه فيما يستقبل فهو حر ويتعلق العتق بملك يستفيده لانه نص على الاستقبال وروى ابن سماعة عن محمد في النوادر إذا قال كل جارية أشتريها إلى سنة فهي حرة فكل جارية يشتريها إلى سنة فهي حرة ساعة يشتريها قال وان قال كل جارية أشتريها فهي حرة إلى سنة فاشترى جارية لم تعتق إلى سنة لانه في الفصل الاول عقد يمينه على الشراء في السنة فتعتق كل جارية يشتريها في السنة فتعتق كل جارية يشتريها في السنة ساعة الشراء كانه قال عند الشراء أنت حرة فتعتق وفي الفصل الثاني جعل الشراء شرطا لعتق مؤقت بالسنة فكأنه قال بعد الشراء أنت حرة إلى سنة قال ولو قال كل مملوك أشتريه فهو حر غدا عندي على كل مملوك يشتريه قبل الغد وان اشترى مملوكا غدا لا يعتق لانه جعل الشراء شرطا لزوال حرية مؤقتة بوجود الغد فلا بد من تقدم الملك لينزل العتق الموقت به ولو قال كل مملوك أملكه إلى ثلاثين سنة فهذا على ما يستقبل ملكه في الثلاثين سنة أولها من حين حلف بعد سكوته في قولهم جميعا ولا يكون على ما في ملكه قبل ذلك لانه لما أضاف العتق إلى الاستقبال تعين اللفظ للمستقبل وإذا انصرف إلى الاستقبال لا يحمل على الحال إذ اللفظ الواحد لا ينتظم معنيين مختلفين بخلاف قوله غدا عند محمد لان ذاك ليس أصلا إلى الاستقبال بل هو ايقاع عتق على موصوف بصفة فيتناول كل من كان على تلك الصفة وكذلك إذا قال كل مملوك أملكه ثلاثين سنة أو في ثلاثين سنة أو قال أملكه إلى سنة أو سنة أو في سنة أو قال أملكه أبدا أو إلى ان أموت فهذا كله باب واحد يدخل فيه ما يستقبل دون ما كان في ملكه لانه أضاف الحرية إلى المستقبل فان قال أردت بقولى كل مملوك أملكه سنة ان يكون ما في ملكه يوم حلف مستداما سنة دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في القضاء لان الظاهر انه انما وقت السنة لاستفادة الملك لا لاستمرار الملك القائم فلا يصدق في العدول عن الظاهر ولو قال ان دخلت الدار فكل مملوك أملكه يومئذ فهو حر وقال إذا قدم فلان فكل مملوك أملكه يومئذ فهو حر ولا نية له عتق ما في ملكه يوم دخل الدار لانه علق عتق كل عبد يكون مملوكا له يوم الدخول بالدخول لان معنى قوله يومئذ أي يوم الدخول هذا هو مقتضى اللغة لان تقديره يوم إذا دخل الدار لانه حذف الفعل وعوض عنه بالتنوين فيعتق كل ما كان مملوكا له يوم الدخول فكأنه قال عند الخول كل مملوك لى فهو حر وسواء دخل الدار ليلا أو نهارا لان اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق قال الله سبحانه وتعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا إلى فئة فقد باء بغضب من الله وماواه جهنم وبئس المصير وهذا الوعد يلحق المولى دبره ليلا ونهارا ولان غرض الحالف الامتناع من تحصيل الشرط فلا يختص بوقت دون وقت ولو قال كل مملوك اشتريته فهو حر ان كلمت أو إذا كلمت فلانا أو إذا جاء غد ولا نية له فهذا يقع على ما يشتريه قبل الكلام فكل مملوك اشتراه قبل الكلام ثم تكلم عتق وما اشتراه بعد الكلام لا يعتق ولو قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا أو إذا كلمت فلانا أو إذا جاء غد



فكل مملوك اشتريته فهو حر فهذا على ما يشتره بعد الكلام لا قبله حتى لو كان اشترى مماليك قبل الكلام ثم كلم لا يعتق واحد منهم وما اشترى بعده يعتق ووجه الفرق ان في

[ 71 ]

الفصل الاول جعل الكلام شرط انحلال اليمين لان قوله كل مملوك اشتره فهو حر يمين تامة لوجود الشرط والجزاء فإذا قال ان كلمت فلانا فقد جعل كلام فلان غاية لانحلالها فإذا كلمه انحلت فلا يدخل ما بعد الكلام كقوله كل مملوك لى حر ان دخلت الدار وفي الفصل الثاني جعل كلام فلان شرط انعقاد اليمين فإذا كلمه الآن انعقدت اليمين فيدخل فيه ما بعده لا ما قبله فيصير كأنه قال عند الكلام كل مملوك اشتره فهو حر وذلك يتناول المستقبل ولو قال كل مملوك اشتره إذا دخلت الدار فهو حر أو قال قدم فلان فهذا على ما يشترى بعد الفعل الذى حلف عليه ولا يعتق ما اشترى قبل ذلك الا ان يعينهم لانه جعل دخول الدار شرطاً لانعقاد اليمين فيصير عند دخول الدار شرط انعقاد اليمين ان قوله كل مملوك اشتره شرط وقوله إذا دخلت الدار شرط آخر ولا يمكن ان يجعل شرطاً واحد العطف ولا سبيل إلى الغاء الشرط الثاني لان الغاء تصرف العاقل مع امكان تصحيحه خارج عن العقل ولتصحيحه وجهان احدهما ان يجعل الشرط الثاني مع جزائه يمينا وجزاء الشرط الاول وحينئذ لا بد من ادراج حرف الفاء لان الجزاء المتعقب للشرط لا يكون بدون حرف الفاء وفيه تغيير والثاني ان يجعل شرط الانعقاد وفيه تغيير أيضا بجعل المقدم من الشرطين مؤخرا الا ان التغيير فيه أقل لان فيه تبديل محل الكلام لا غير وفي الاول اثبات ما ليس بثابت فكان الثاني أقل تعبيراً فكان التصحيح به أولى وتسمى هذه اليمين اليمين المعترضة لاعتراض شرط بين الشرط والجزاء ولو نوى الوجه صحت نيته لان اللفظ يحتمله ولهذا قال محمد الا ان يعنى غير ذلك فيكون على ما عنى ولو قال المكاتب أو العبد المأذون كل عبد أملكه فهو حر فعتق ثم ملك عبدا لا يعتق لان قوله أملك للحال لما يتناوله للحال نوع ملك الا انه غير صالح للاعتاق فتتحل اليمين لا إلى جزاء ولو قال كل مملوك أملكه إذا أعتقت فهو حر فعتق فملك عبدا عتق لانه علق العتق بالملك الحاصل له بعد عتقه وانه ملك صالح للاعتاق فصحت الاضافة بخلاف الصبي إذا قال كل مملوك أملكه بعد البلوغ فهو حر ثم بلغ فملك عبدا انه لا يعتق لان الصبي ليس من أهل الاعتاق تنجيذا وتعليقا لكونه من التصرفات الصارة المحضة فاما العبد فهو من أهله لكونه عاقلا بالغا الا انه لا ينفذ تنجيز منه لعدم شرطه وهو الملك الصالح فإذا علق بملك يصلح شرطاً له صح ولو قال لك كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حراً وقال كل مملوك اشتره فهو حر فعتق فملك بعد ذلك عبدا أو اشترى عبدا لا يعتق عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يعتق وجه قولهما ان قوله ان قوله أملكه فيما استقبل يتناول كل ما يملكه إلى آخر عمره فيعمل بعموم اللفظ كما في الحر ولان في الحمل على الاستقبال تصحيح تصرفه وفي الحمل على الحال ابطال فكان الحمل على الاستقبال أولى ولا يبي حنيفة ان للمكاتب نوع ملك ضروري ينسب إليه في حالة الرق في حالة الكتابة بمنزلة المجاز لمقابلة الملك المطلق ألا ترى إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال الحديث أضاف المال إليه بلام الملك دل ان له نوع فهو مراد بهذا الايجاب دليل انه لو قال ان ملكت هذا العبد بعينه في المستقبل فهو حر فملكه في حال الكتابة فباعه ثم اشتراه بعد ما صار حراً لا يعتق وتتحل اليمين بالشراء الاول لان الملك المجازى مراد فخرجت الحقيقة عن الإرادة كى لا يؤدي إلى الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد وقد قالوا في عبد قال الله

تعالى على عتق نسمة أو اطعام مسكين لزمه ذلك وكان عليه إذا عتق لان هذا ايجاب الاعتاق والاطعام في الذمة وذمته تحتل الايجاب فيصح ويلزمه الخروج عنه بعد العتق ولو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر أو ان اشتريت هذه الشاة فهي هدى لم يلزمه في قياس قول أبى حنيفة حتى يضيف إلى ما بعد العتق فيقول ان اشتريته بعد العتق وقال أبو يوسف ومحمد يلزمه لان من اصل أبى حنيفة أن العبد يضاف إليه الشراء في الحال وان كان بمنزلة المجاز بمقابلة الشراء بعد الحرية والمجاز مراد فلا تكون الحقيقة مرادة ومن أصلهما ان هذا يتناول ما يستقبل من الشراء في عمره وتصحيح اليمين أيضا أولى من ابطالها وقد قالوا جميعا في مكاتب أو عبد قال ان دخلت هذه الدار فعبدي هذا حرم ثم اعتق فدخل الدار لم يعتق العبد لان هذا الملك غير صالح للعتق ولم توجد

[ 72 ]

الإضافة إلى ما يصلح وقالوا في حر قال لامرأة حرة إذا ملكتك فانت حرة أو إذا اشتريتك فانت حرة فارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سببت فاشتراها الحالف انها لا تعتق في قياس قول أبى حنيفة وعندهما تعتق بناء على أن من أصل أبى حنيفة أنه يحمل الملك أو الشراء على ما يقبله المحل في الحال وهو ملك النكاح ههنا والشراء أيضا يصلح عبارة عن سبب هذا الملك وهو النكاح والحرية أيضا تصلح عبارة عما يبطله وهو الطلاق وكلام أبى حنيفة في هذا الفصل ظاهر لان اليمين تحمل على ما يسبق إلى الاوهام ولا تنصرف الاوهام إلى ارتدادها ولحوقها بدار الحرب وسببها لان ذلك غير مظنون بالمسلمة فكان صرف كلامه إلى ما ذكرنا أولى من صرفه إلى ما تسبق إليه الاوهام ومن أصلهما أنه يحمل مطلق الملك على الملك الحقيقي الصالح للاعتاق وهو الذي يوجد بعد السبب ولو قال لها إذا ارتدت وسببت فملكتك أو اشتريتك فانت حرة فكان ذلك عتقت في قولهم لانه أضاف العتق إلى الملك الحقيقي فيضاف إليه والله عزوجل أعلم ومن هذا القبيل إذا قال أول عبد أشترته فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق وقد وجد ولو اشترى عبيدين معا لم يعتق أحدهما لانه ان وجد معنى السابق فمل يوجد معنى التفرد فان اشترى عبيدين معا ثم اشترى آخر لم يعتق الثالث لانه ان وجد فيه معنى التفرد فقد انعدم معنى السابق وقد استشهد محمد في الكتاب لبيان الثالث ليس باول أنه لو قال آخر عبد اشتريته فهو حر فاشترى عبيدين معا ثم اشترى آخر ثم مات المولى أنه يعتق الثالث فدل أنه آخر وإذا كان آخر لا يكون أولا ضرورة لاستحالة كونه ذات واحدة من المخلوقين أولا وآخر ولو قال أول عبد اشترته واحد فهو حر عتق الثالث لانه أعتق عبدا يتصف بكونه فردا سابقا في حال الشراء وقد وجد هذا الوصف في العبد الثالث ولو قال آخر عبد أشترته فهو حر فاشترى عبدا ثم لم يشتر غيره حتى مات المولى لم يعتق لان الآخر اسم لفرد لاحق وهذا فرد سابق فكان أولا لا آخر ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات المولى عتق الثاني لانه آخر عبد اشتراه واختلف في وقت ثبوت العتق فعند أبى حنيفة يعتق يوم اشتراه وعند أبى يوسف ومحمد يوم مات وجه قولهما أنه علق العتق بصفة الأخيرة وانما يتحقق عند موته إذا لم يشتر آخر ألا ترى أنه لو اشترى بعده عبدا آخر حرم هو من أن يكون آخر فيتوقف إتصافه بكونه آخر على عدم الشراء بعده ولا يتحقق ذلك الا بالموت لابي حنيفة أنه لما لم يشتر آخر بعده حتى مات تبين أنه كان آخر يوم اشتراه الا أنا كنا لا نعرف ذلك لجواز أن يشترى آخر بعده فتوقفنا في تسميته آخر فإذا لم يشتر آخر حتى مات زال التوقف وتبين أنه كان آخر من وقت الشراء ولو اشترى عبدا ثم عبيدين معا لم يعتق أحدهم أما الاول فلا شك فيه لانه أول فلا يكون آخر وأما

الآخران فلان الآخر اسم لفرد لاحق ولم يوجد معنى التفرد فلا يعتق أحدهما وأما بيان ما يظهر به وجود الشرط فالحالف لا يخلو أما أن يكون مقرا بوجود الشرط وأما أن يكون منكرا وجوده فان كان مقرا يظهر باقراره كائنا ما كان من الشرط وان كان منكرا فان كان الشرط مما لا يعرف الا من قبل المحلوف بعته كمشيئة ومحبة وبغضة والحيز ونحو ذلك يظهر بقوله وإذا اختلفا كان القول قوله لأنه إذا كان أمرا لا يعرف الا من قبله كان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله وان كان أمرا يمكن الوصول إليه من قبل غيره كدخول الدار وكلام زيد وقدم عمرو ونحو ذلك إذا اختلفا لا يظهر الا ببينة تقوم عليه من العبد ويكون القول عند عدم البينة قول المولى لان العبد يدعى عليه العتق وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه ولو كان الشرط ولادة الامة بان قال لها ان ولدت فانت حرة فقالت ولدت فكذبها المولى فشهدت امرأة على الولادة لا تعتق عن أبي حنيفة حتى يشهد بالولادة رجلا أو رجل وامرأتان وعندهما تعتق بشهادة امرأة واحدة ثقة والمسألة مرت في فصول العدة من كتاب الطلاق وأما الثالث وهو بيان من يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الاعتاق المضاف إليه ومن لا يدخل فنقول وبالله التوفيق يدخل تحته عبد الرهن والوديعة والآبق والمغصوب والمسلم والكافر والذكر والانثى لانعدام الخلل في الملك والاضافة ولو قال عنيت به الذكور دون الاناث لم يدين في القضاء لانه ادخل كلمة الاحاطة على المملوك فإذا نوى به البعض فقد نوى تخصيص العموم وانه خلاف الظاهر فلا

[ 73 ]

يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه ويدخل فيه المدبر والمديرة وأم الولد وولدهما لما قلنا ألا ترى أن للمولى أن يطأ المديرة وأم الولد مع ان حل الوطئ منفي شرعا الا باحد نوعي الملك مطلقا بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ولا يدخل فيه المكاتب الا ان يعينه لانه خرج عن يده بعقد الكتابة وصار حرا يدا فاختل الملك والاضافة فلا يدخل تحت اطلاق اسم المملوك ولهذا لا يحل له وطؤها ولو وطئها يلزمه العقر وان عنى المكاتبين عتقوا لان الاسم يحتمل ما عنى وفيه تشديد على نفسه فيصدق وكذا لا يدخل فيه العبد الذي اعتق بعضه لانه حر عندهما وعنده بمنزلة المكاتبه ويدخل عبده المأذون سواء كان عليه دين أو لم يكن لما قلنا وأما عبيد عبده المأذون إذا لم يكن عليه دين فهل يدخلون قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يدخلون إلا أن ينوبهم وقال محمد يدخلون من غير نية وجه قوله انه إذا لم يكن على العبد دين فعبد عبده ملكه بلا خلاف فيعتق ولهما أن في الاضافة إليه قصور ألا ترى أنه يقال هذا عبد فلان وهذا عبد عبده فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الا بالنية لانه لما نوى فقد اعتبر الملك دون الاضافة والحاصل أن محمدا يعتبر نفس الملك ولا خلل في نفسه وهما يعتبران معه الاضافة وفي الاضافة خلل واعتبارهما أولى لان الحالف اعتبر الامرين جميعا بقوله كل مملوك لى فما لم يوجد على الاطلاق لا يعتق وان كان على عبده دين محيط برقبته وبما في يده لم يعتق عبيده عند ابي حنيفة وان نواهم بناء على اصله ان المولى لا يملك عبد عبده المأذون المديون دينا مستفقا لرقبته وكسبه وقال أبو سفيان ان نواهم عتقوا لانهم مماليكه الا انهم لا يضافون إليه عند الاطلاق فإذا نوى وفيه تشديد على نفسه عتقوا وعند محمد يعتقون وان لم ينوبهم بناء على ما ذكرنا ان محمدا لا ينظر الا إلى الملك وهما ينظران إلى الملك والاضافة جميعا ولا يدخل فيه مملوك بينه وبين اجنبي كذا قال أبو يوسف لان بعض المملوك لا يسمى

مملوكا حقيقة وان نواه عتق استحسانا لانه نوى ما يحتمله لفظه في الجملة وفيه تشديد على نفسه فيصدق وهل يدخل فيه الحمل ان كان أمة في ملكه يدخل ويعتق بعقها وان كان في ملكه الحمل دون الامة بان كان موصى له بالحمل لم يعتق لانه لا يسمى مملوكا على الاطلاق لان في وجوده خطرا ولهذا لا يجب على المولى صدقة الفطر عنه والدليل عليه أنه لو قال ان اشتريت مملوكين فهما حران فاشترى جارية حاملا لم يعتقا لان شرط الحنث شراء مملوكين والحمل لا يسمى مملوكا على الاطلاق وكذا لو قال لامته كل مملوك لى غيرك حر لم يعتق حملها فثبت أن اطلاق اسم المملوك لا يتناول الحمل فلا يعتق الا إذا كان أمة في ملكه فيعتق بعقها لانه في حكم اجزائها وأما التعليق الذى فيه معنى المعاوضة فهو الكتابة والاعتاق على مال أما الكتابة فلها كتاب مفرد وأما الاعتاق على مال فالكلام فيه في مواضع في بيان أفاضله وفي بيان ماهية الاعتاق على مال وفي بيان ما يصح تسميته فيه من البديل وما لا يصح وفي بيان حكم الصحة التسمية وفسادها أما الاول فنحو أن يقول لعبدك أنت حر على ألف درهم أو بالف درهم أو على أن تعطيني ألفا أو على أن تؤدى إلى ألفا أو على أن تجيئني بالف أو على أن لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها إلى وكذا لو قال بعث نفسك منك على كذا أو وهبت لك نفسك على ان تعوضني كذا فهذا وقوله انت حر على كذا أو اعتقك على كذا سواء إذا قبل عتق لما ذكر فيما تقدم ان البيع ازالة ملك البائع عن المبيع والهبة ازالة ملك الواهب عن الموهوب ثم لو كان المشتري والموهوب له ممن يصح له الملك في المبيع والموهوب يثبت الملك لهما والعبد ممن لا يصح ان يملك نفسه لما فيه من الاستحالة فنفى البيع والهبة ازالة الملك لا إلى احد ببدل على العبد وهذا تفسير الاعتاق على مال ولو قال انت حر وعليك الف درهم يعتق من غير قبول ولا يلزمه المال عند أبى حنيفة وعندهما لا يعتق الا بالقبول فإذا قبل عتق ولزمه المال وعلى هذا الخلاف إذا قال العبد لمولاه اعتقني ولك ألف درهم فاعتقه والمسألة ذكرت في كتاب الطلاق وأما بيان ماهيته فالاعتاق على مال من جانب المولى تعليق وهو تعليق العتق بشرط قبول العوض فيراعى فيه من جانبه احكام التعليق حتى لو ابتداء المولى فقال أنت حر على ألف درهم ثم أراد ان يرجع عنه قبل قبول العبد لا يملك الرجوع

[ 74 ]

عنه ولا الفسخ ولا النهى عن القبول ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول العبد ولا يشترط حضور العبد حتى لو كان غائبا عن المجلس يصح وبصح تعليقه بشرط واضافته إلى وقت بان يقول له ان دخلت الدار وان كلمت فلانا فانت حر على الف درهم أو يقول ان دخلت أو ان كلمت فلانا فانت حر على ألف درهم غدا أو رأس شهر كذا ونحو ذلك ولا يصح شرط الخيار فيه بان قال انت حر على ألف على انى بالخيار ثلاثة أيام ومن جانب العبد معاوضة وهو معاوضة المال بالعتق لانه من جانبه تمليك المال بالعوض وهذا معنى معاوضة المال فيراعى فيه من جانبه احكام معاوضة المال كالبيع ونحوه حتى لو ابتداء العبد فقال اشتريت نفسي منك بكذا فله ان يرجع عنه ويبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول المولى وبقيام المولى أيضا ولا يقف على الغائب عن المجلس ولا يحتمل التعليق بالشرط والاضافة إلى الوقت بان اشتريت نفسي منك بكذا إذا جاء غدا أو قال عند رأس شهر كذا ولو قال إذا جاء غد فأعتقني على كذا جاز لان هذا توكيل منه بالاعتاق حتى يملك العبد عزله قبل وجود الشرط وبعده وقبل ان يعتق ولو لم يعزله حتى اعتقه نفذ اعتاقه ويجوز بشرط الخيار لهما عند أبى حنيفة على ما ذكرنا في كتاب الطلاق في فصل الخلع والطلاق على مال ولا

يصح الاعتاق على مال الا في الملك لان التعليق بما سوى الملك وسببه من الشروط لا صحة له بدون الملك وكذا المعاوضة ويعتق العبد بنفس القبول لانه من جانبه تعليق بشرط قبول العوض وقد وجد الشرط فينزل المعلق كالتعليق بدخول الدار وغيره ومن جانب العبد معاوضة وزوال الملك عن المعوض يتعلق بنفس قبول العوض في المعاوضات كالبيع ونحوه بخلاف قوله ان ادبت إلى ألفا فانت حر لانه ليس فيه معنى المعاوضة رأسا بل هو تعليق محض وقد علقه بشرط الاداء فلا يعتق قبله والعتق ههنا تعلق بالقبول فإذا قبل عتق ولو قال المولى اعتقتك امس بالف درهم فلم يقبل وقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه من جانب المولى تعليق بشرط القبول والعبد يدعى وجود الشرط والمولى ينكر فكان القول قول المولى كما لو قال عبده ان دخلت الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم والعبد يدعى الدخول وانكر المولى كان القول قول المولى وكذا ههنا ولو كان الاختلاف في البيع كان القول قول المشتري بان قال البائع بعتك عبدي امس بالف درهم فلم تقبل وقال المشتري بل قبلت فالقول قول المشتري والفرق ان البيع لا يكون يباع الا بعد قبول المشتري فإذا قال بعتك فقد أقر بالقبول فبقوله لم تقبل يريد الرجوع عما أقر به وابطال ذلك فلم يقبل بخلاف الاعتاق على مال لان كونه تعليقا لا يقف على وجود القبول من العبد انما ذاك شرط وقوع العتق فكان الاختلاط واقعا في ثبوت العتق وعدمه فكان القول قول المولى ولو اختلف المولى والعبد في مقدار البدل فالقول قول العبد لانه هو المستحق عليه المال فكان القول قوله في القدر المستحق كما في سائر الديون ولانه لو وقع الاختلاف في اصل الدين كان القول قول المنكر فكذا إذا وقع في القدر وان اقاما بينة فالبينة بينة المولى لانها تثبت زيادة بخلاف التعليق بالاداء إذا اختلفا في مبلغ المال ان القول فيه قول المولى لان الاختلاف هناك وقع في شرط ثبوت العتق إذ هو تعليق محض فالعبد يدعى العتق على المولى وهو ينكر فكان القول قوله وان اقاما البينة فالبينة بينة العبد لان الاصل هو العمل بالبينتين ما أمكن إذ هو عمل بالدليلين وههنا امكن الجمع بينهما لعدم التناقض لانا نجعل كان المولى علق عتقه بكل واحد من الشرطين على حياله فايهما وجد عتق ثم إذا قبل العبد عتق وصار البدل المذكور دينا في ذمته إذا كان مما يحتمل الثبوت في الذمة في الجملة على ما تبين ويسعى وهو حر في جميع احكامه وذكر على الرازي اصلا فقال المستسعى على ضربين كل من يسعى في تخلص رقبته فهو في حكم المكاتب عند ابي حنيفة وكل من يسعى في بدل رقبته الذي لزمه بالعتق أو في قيمة رقبته لاجل بدل شرط عليه أو لدين ثبت في رقبته فهو بمنزلة الحر في احكامه مثل ان يعتق الراهن عبده المرهون وهو معسر وكذلك العبد المأذون إذا اعتق وعليه دين وكذلك امة اعتقها سيدها على ان تتزوجه فقبلت ثم ابت فانها تسعى في قيمتها وهي بمنزلة الحرة وكذلك إذا قال لعبده انت حر رقبتك فقبل ذلك فهو بمنزلة الحر وانما كان كذلك لان السعاية في هذه الفصول لزمتم بعد ثبوت الحرية وفي الفصل الاول قبل ثبوتها وانما يسعى ليتوسل بالسعاية إلى الحرية عند ابي حنيفة وعلى هذا لو ابرأ المولى

[ 75 ]

المكاتب من مال الكتابة فلم يقبل فهو حر وعليه ان يؤدي الكتابة لان الابراء يصح من غير قبول الا انه يرتد بالرد لكن فيما يحتمل الرد والعتق لا يحتمل الرد فلم يرتد بالرد والمال يحتمل الرد فيرتد بالرد فيعتق يلزمه المال ولو قال لامته انت حرة على الف درهم فقبلت ثم ولدت ثم ماتت لم يكن على الولد ان يسعى في شئ مما اعتقت عليه لانها عتقت بالقبول ودين الحرة لا يلزم ولدها وسواء اعتق عبده على عوض

فقبل أو نصف عبده على عوض فقبل انه يصح غير انه إذا اعتق نصفه على عوض فقبل يعتق نصفه بالعوض ويسعى العبد في نصف قيمته عن النصف الآخر فإذا ادى بالسعاية عتق باقيه وهو قبل الاداء بمنزلة المكاتب في جميع احكامه الا انه لا يرد في الرق وهذا قول ابي حنيفة وعلى قول ابي يوسف ومحمد يعتق كله ولا سعاية عليه بناء على ان العتق يتجزأ عنده فعتق البعض يوجب عتق الباقي فيجب تخريجه إلى العتاق فيلزمه السعاية وعندهما لا يتجزأ فكان عتق البعض بعوض للكل بذلك العوض وذكر محمد في الزبادات فيمن قال لعبده انت حر على ألف درهم انت حر على مائة دينار فقال العبد قد قبلت عتق وكان عليه المالان جميعا وكذا لو قال لامرأته انت طالق ثلاثا على مائة دينار فقالت قد قبلت ثلاثا بالمالين جميعا وهذا قول محمد وقال ابو يوسف في مسألة الطلاق القبول على الكلام الاخير وهى طالق ثلاثا بمائة دينار قال الكرخي وكذلك قياس قوله في العتق ووجهه انه لما اوجب العتق بعوض ثم اوجبه بعوض آخر فقد انفسخ الايجاب الاول فتعلق القبول بالثاني كما في البيع ولمحمد ان الاعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى والزوج وانه لا يحتمل الانفساخ فلم يتضمن الايجاب الثاني انفساخ الاول فيصح الايجابان وينصرف القبول اليهما جميعا إذ هو يصلح جواب لهما جميعا فيلزم المالان جميعا بخلاف البيع لان ايجاب البيع يحتمل الفسخ فيتضمن الثاني انفساخ الاول ولو باع المولى العبد من نفسه أو وهب له نفسه على عوض فله ان يبيع العوض قبل القبض لانه مملوك بسبب لا ينفخ بهلاكه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالميراث وله ان يعتقه على مال مؤجل ويكون ذلك دينا عليه مؤجلا وله ان يشتري منه شيئا يدا بيد ولا خير فيه نسيئة لان من أصل اصحابنا أن جميع الديون يجوز التصرف فيها قبل القبض كاثمان البياعات والعروض والغصوب الا بدل الصرف والسلم الا انه لا بد من القبض في المجلس لئلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو أعطاه كفيلا بالمال الذي اعتقه عليه فهو جائز لانه صار حرا بالقبول والكفاية بدين على حر جائزة كالكفاية بسائر الديون وولأوه يكون للمولى لانه عتق على ملكه والمال دين على العبد لانه في جانبه معاوضة والمولى أيضا لم يرض بخروجه عن ملكه الا ببذل وقد قبله العبد والله عزوجل اعلم وأما بيان ما تصح تسميته من البدل وما لا تصح وبيان حكم التسمية وفسادها فالبذل لا يخلو اما أن يكون عين مال واما أن يكون منفعة وهى الخدمة فإن كان عين مال فاما أن يكون بعينه بأن كان معيناً مشاراً إليه واما ان كان بغير عينه بأن كان مسمى غير مشار إليه فان كان بعينه عتق إذا قبل لان عدم ملكه لا يمنع صحة تسميته عوضا لانه مال معصوم متقوم معلوم ثم ان أجاز المالك سلم عينه إلى المولى وان لم يجز فعلى العبد قيمة العين لان تسميته قد صحت ثم تعذر تسليمه لحق الغير فتجب قيمته إذ الاعتاق على القيمة جائز كما إذا قال أعتقك على قيمة رقبتك أو على قيمة هذا الشيء فقبل يعتق وكذا عدم الملك في باب البيع لا يمنع صحة التسليم أيضا حتى لو اشترى شيئا بعبد مملوك لغيره صح العقد الا أن هناك ان لم يجز المالك يفسخ العقد إذ لا سبيل إلى ايقاعه على القيمة إذ البيع على القيمة بيع فاسد وههنا لا يفسخ لامكان الايقاع على القيمة إذ الاعتاق على القيمة اعتاق صحيح فتجب قمته كما في النكاح والخلع والطلاق على مال وان كان بغير عينه فان كان المسمى معلوم الجنس والنوع والصفة كالمكيل والموزون فعليه المسمى وان كان معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة كالثياب الهروية والحيوان من الفرس والعبد والجارية فعليه الوسط من ذلك وإذا جاء بالقيمة يجبر المولى على القبول لان جهالة الصفة لا تمنع صحة التسمية فيما وجب بدلا عما ليس بمال كالمهر وبدل الخلع والصلح من دم العمدة وان كان مجهول

جهالة تزيد على جهالة القيمة توجب فساد التسمية كالجهالة الزائدة على جهالة مهر المثل في باب النكاح والكلام فيه كالكلام في المهر وقد ذكرناه على سبيل الاستقصاء في كتاب النكاح الا ان هناك إذا فسدت التسمية يجب مهر المثل وههنا تجب قيمة العبد لان الموجب الاصلى هناك مهر المثل لانه قيمة البضع وهو العدل والمصير إلى المسمى عند صحة التسمية فإذا فسدت صير إلى الموجب الاصلى والموجب الاصلى ههنا قيمة العبد لان الاعتاق على مال معاوضة من جانب العبد ومبنى المعاوضة على المعادلة وقيمة الشئ هي التي تعادله الا ان عند صحة التسمية يعدل عنها إلى المسمى فإذا فسدت وجب العوض الاصلى وهو قيمة نفس العبد وان كان البدل منفعة وهي خدمته بأن قال لعبدك أنت حر على أن تخدمني سنة فقبل فهو حر حين قبل ذلك والخدمة عليه يؤخذ بها لان تسمية الخدمة قد صحت فتلزمه المسمى كما إذا اعتقه على مال عين فإذا مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة لانه قبل الخدمة للمولى وقد مات المولى لكن للورثة أن يأخذوا العبد بقيمة نفسه وان كان قد خدم بعض السنة فلهم أن يأخذوه بقدر ما بقى من الخدمة وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ العبد بقيمة تمام الخدمة ان كان لم يخدم وان كان قد خدم بعض الخدمة يؤخذ بقيمة ما بقى ما من الخدمة وكذلك إذا قال أنت حر على أن تخدمني أربع سنين فمات المولى قبل الخدمة على قولهما على العبد قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته أربع سنين ولو كان العبد خدمه ثم مات المولى فعلى قولهما على العبد ثلاثة أرباع قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته ثلاث سنين وكذلك لو مات العبد وترك ما لا يقضي لمولاه في ماله بقيمة نفسه عندهما وعنده يقضى بقيمة الخدمة وأصل المسألة ان من باع العبد من نفسه بجارية بعينها ثم استحققت الجارية فعلى قولهما يرجع على العبد بقيمة نفسه وعلى قول محمد يرجع بقيمة الجارية وكذلك لو لم تستحق ولكنه وجد بها عيبا فردها فهو على هذا الاختلاف وجملة الكلام فيه ان المولى إذا قبض العوض ثم استحق من يده فان كان العوض بغير عينه كالمكيل والموزون الموصوفين في الذمة أو العروض والحيوان كالثوب الهروي والفرس والعبد والجارية فعلى العبد مثله في المكيل والموزون والوسط في الفرس والحيوان لان العقد وقع على مال في الذمة وانما المقبوض عوض عما في الذمة فإذا استحق المقبوض فقد انفسخ فيه القبض فبقى موجب العقد على حاله فله أن يرجع على العبد بذلك وان كان عينا في العقد وهو مكيل أو موزون فكذلك يرجع المولى على العبد بمثله لما قلنا وان كان عرضا أو حيوانا فقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف يرجع على العبد بقيمة نفسه وقال محمد يرجع عليه بقيمة المستحق (وجه) قول محمد ان العقد لم يفسخ باستحقاق العوض لانه لا يحتمل الفسخ فيبقى موجبا لتسليم العوض وقد عجز عن تسليمه فيرجع عليه بقيمته كالخلع والصلح عن دم العمد ولهما أن العقد قد انفسخ في حق أحد العوضين وهو المستحق لانه تبين أنه وقع على عين هي ملك المستحق ولم يجر وإذا انفسخ العقد في حقه لم يبق موجبا على العبد تسليمه فلا يجب عليه قيمته وانفساخه في حق أحد العوضين يقتضى انفساخه في حق العوض الآخر وهو نفس العبد الا أنه تعذر اظهاره في صورة العبد فيجب اظهاره في معناه وهو قيمته فتجب عليه إذ قيمته قائمة مقام رد عينه كمن باع عبدا بجارية فاعتقها ومات العبد قبل التسليم انه يجب على البائع رد قيمة

العبد لا رد قيمة الجارية كذا ههنا ثم ما ذكرنا من الاختلاف في العيب إذا كان العيب فاحشا لان العيب الفاحش في هذا الباب يوجب الرد بلا خلاف كما في باب النكاح فأما إذا كان غير فاحش فكذلك عندهما وأما عند محمد فلا يملك ردها لانه مبادلة المال بمال ليس بمال فأشبهه النكاح والمرأة في باب النكاح لا تملك رد المهر الا في العيب الفاحش وكذا المولى ههنا ولو قال عبد رجل لرجل اشترى لى نفسي من مولاى بألف درهم فاشتراه فالوكيل لا يخلو اما أن يبين وقت الشراء انه يشتري نفس العبد للعبد واما ان لم يبين فان بين جاز الشراء وعتق العبد بقبول الوكيل ويجب الثمن لانه أتى بما وكل به فنفذ على الموكل ثم ذكر في الجامع ان المولى يطالب الوكيل ثم الوكيل يطالب العبد فقد جعل هذا التصرف في حكم معاوضة المال بالمال كالبيع ونحوه لان حقوق العبد انما ترجع إلى الوكيل في مثل هذه

[ 77 ]

المعاوضة وذكر في كتاب الوكالة أنه يطالب العبد ولا يطالب الوكيل واعتبره معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والطلاق على مال والصلح عن دم العمد وان لم يبين يصير مشتريا لنفسه لا للعبد لانه إذا لم يبين فالبائع رضى بالبيع لا بالاعتاق فلو قلنا انه يصير مشتريا للعبد ويعتق لكان فيه اثبات الولاية على البائع من غير رضاه وهذا لا يجوز وكذلك لو بين لكنه لو خالف في الثمن بان اشترى بزيادة يكون مشتريا لنفسه لما قلنا هذا إذا أمر العبد رجلا فاما إذا أمر رجل العبد بان يشتري نفسه من مولاى بألف درهم فاشترى فان بين وقت الشراء أنه يشتري للآمر ولا يعتق لانه اشترى للآمر لا لنفسه فيقع الشراء للآخر وبصير قابضا لنفسه بنفس العقد لانه في يد نفسه وليس للبائع أن يحبسه لاستيفاء الثمن لانه صار مسلما اياه حيث عقد على شئ هو في يده وهو نفسه ولو وجد الأمر به عيبا له ان يرده ولكن العبد هو الذى يتولى الرد لانه وكيل وحقوق هذا العقد ترجع إلى العاقد وان لم يبين وقال لمولاى بع نفسي منى بألف درهم فباع صار مشتريا لنفسه وعتق لان بيع نفس العبد منه اعتاق وكذا إذا بين وخالف أمره يصير مشتريا لنفسه ويعتق ولو قال لعبد واحد أنت حر على ألف درهم فقبل أن يقبل قال له أنت حر على مائة دينار فان قال قبلت بالمالين عتق ويلزمه المالاين جميعا بلا خلاف وان قال قبلت مبهما ولم يبين فكذلك في قول محمد وكذلك ولو قال لامرأته أنت طالق ثلاثا على ألف درهم أنت طالق ثلاثا على مائة دينار انها ان قالت قبلت بالمالين طلقت بالمالين بلا خلاف وان اجمت بان قال قبلت طلقت ثلاثا بالمالين جميعا في قول محمد وأما عند أبى يوسف فالقبول على الكلام الاخير في المسئلتين ووجهه ان القبول خرج عقب الايجاب الاخير فينصرف إليه ولانه لما أوجب بعوض ثم أوجب بعوض آخر تضمن الثاني انفساخ الاول كما في البيع فيتعلق القبول بالثاني كما في البيع ولمحمد الفرق بين الاعتاق والطلاق على مال وبين البيع وهو ان الاعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى والزوج وأنه لا يحتمل الانفساخ فلم يوجب الثاني رفع الاول بخلاف البيع لانه يحتمل الرقع والفسخ فيوجب الثاني ارتفاع الاول وهذا إذا قبل بالمالين أو قبل على الابهام فاما إذا قبل باحد المالين بان قال قبلت بالدرهم أو قال قبلت بالدنانير ذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوي أنه لا يعتق وعلل بان للمولى أن يقول أعتقتك بالمالين جميعا فلا يعتق بقبول أحدهما مع الشك وذكر أبو يوسف في الامالى أنه يعتق ووجهه أن المولى أتى بايجابين مختلفين فكان للعبد أن يقبل بايهما شاء ولو قال أنت حر على ألف درهم أو مائة دينار فان قبل باحد المالين عتق بان قال قبلت بالدرهم أو قال قبلت بالدنانير لانه أعتقه باحد المالين وان قبل باحد المالين غير عين عتق ايضا لوجود



الشرط ويلزمه أحد المالين والبيان إليه كما إذا قال لفلان على ألف درهم أو مائة دينار يلزمه أحدهما والبيان إليه وكذا ولو قال قبلت بالمالين لاشك أنه يعتق لان في قبول المالين قبول أحدهما فوجد شرط العتق فيعتق ويلزمه أحد المالين لانه أعتقه على أحد المالين فلا تلزمه الزيادة والبيان إلى ابعدهم يختار أيهما شاء وكذلك إذا قال قبلت ولم يبين يعتق ويلزمه أحد المالين وخيار التعيين إليه لان قوله قبلت يصلح جواب الايجاب فيصير كأنه قال قبلت بحد هما ولم يعين أو قبلت بهما وهناك يعتق وخيار التعيين إليه كذا ههنا وعلى هذا إذا قال لامرأته أنت طابق على ألف درهم أو على مائة دينار فقبلت بأحدهما عينا أو غير عين أو قبلت بالمالين أو أبهمت لما قلنا في العتق وكذلك لو قال أنت حر على ألف درهم أو على ألفين الا ان ههنا إذا قبل بالمالين يعتق بالف ولا يخير لان الجنس متحد والتخيير بين الاكثر والاقل في الجنس الواحد لا يفيد لانه لا يختار الا الاقل بخلاف الفصل الاول لان هناك اختلف الجنس فكان التخيير مفيدا هذا كله إذا أضاف العتق إلى معين فان أضافه إلى مجهول بان قال لعبيده أحد كما حر بالف درهم لا يعتق واحد منهما ما لم يقبلا جميعا حتى لو قبل أحدهما ولم يقبل الآخر لا يعتق لان قوله أحد كما يقع على القابل يقع على غير القابل فمن الجائز أنه عنى به غير القابل ألا ترى أن له أن يقول عنيت به غير القابل فلو حكمنا بعتق القابل لكان فيه اثبات العتق بالشك وان قبلا جميعا فان قبل كل واحد منهما بخمسائة لا يعتق واحد منهما لانه أعتق أحدهما بالف لا بخمسائة وان قبل كل واحد منهما

[ 78 ]

بالف بان قال كل واحد منهما قبلت بالف درهم أو قال قبلت ولم يقل بالف أو قالا ما قبلنا بالف أو قالا قبلنا ولم يذكرنا الالف عتق أحدهما بالف لوجود شرط العتق وهو قبول كل واحد منهما الالف ويقال للمولى اختر العتق في أحدهما لانه هو الذي أجمل العتق فكان البيان إليه فايهما اختار عتق ولزمته الالف فان مات قبل البيان يعتق من كل واحد منهما نصفه بخمسائة ويسعى في نصف قيمته لانه لما مات قبل البيان وقد شاع عتق رقبة فيهما فيقسم عليهما نصفين ولو قال أحدكما حر بالف درهم فقبلا ثم قال أحدكما حر بالف درهم أو قال أحدكما حر بغير شئ فاللفظ الثاني لغو لانهما لما قبلا العتق بالايجاب الاول فقد نزل العتق في أحدهما لوجود شرط النزول وهو قبولهما فالايجاب الثاني يقع جمعا بين حر وعبد فلا يصح ولو لم يقبلا ثم قال أحدكما حر بغير شئ عتق أحدهما باللفظ الثاني بغير شئ لانهما لما لم يقبلا لم ينزل العتق بالايجاب الاول فصح الايجاب الثاني وهو تنجيز العتق على أحدهما غير عين فيقال للمولى اصرف اللفظ الثاني إلى أحدهما فإذا صرفه إلى أحدهما عتق ذلك بغير شئ لان التنجيز حصل بغير بدل وأما الآخر فان قبل البدل في المجلس يعتق والا فلا لان الايجاب الاول وقع صحيحا لحصوله بين عبيدين وتعلق العتق بشرط القبول وقد وجد فيه ضرب اشكان وهو أن شرط وجوب الحرية لاحدهما هو قبولهما ولم يوجد ههنا الا قبول أحدهما فينبغي أن لا يعتق العبد الآخر والجواب أن الايجاب أضيف الا أحدهما ألا يرى أنه قال أحدكما حر وقد وجد القبول من أحدهما ههنا الا انه إذا لم ينجز عتق أحدهما يتوقف عتق أحدهما على قبولهما جميعا لاحتمال أنه أراد به الآخر فإذا عينه في التخيير علم أنه ما أراده بالايجاب الاول لان الاعتاق من المعتق لا يتصور فتعين الآخر للقبول وقد قبل فيعتق ولو قبلا جميعا قبل البيان عتقا لان العتق لم ينزل بالايجاب الاول لانه تعليق العتق بشرط القبول فلا ينزل قبل وجود الشرط فيصح الايجاب الثاني فإذا قبلا جميعا فقد تيقنا بعتقهما لان أيهما أريد بالايجاب الاول عتق

بالقبول وأيهما أريد بالإيجاب الثاني عتق من غير قبول لانه ايجاب بغير بدل فكان عتق كل واحد منهما متيقنا به لكن عتق أحدهما بالإيجاب الاول وعتق الآخر بالإيجاب الثاني فيعتقان ولا يقضى عليهما بشئ لان أحدهما وان عتق بالإيجاب ببدل الا انه مجهول والقضاء بإيجاب المال على المجهول متعذر كرجلين قالوا لرجل لك على أحدهما ألف درهم انه لا يلزمهما بهذا الاقرار شئ لكون المقضى عليه مجهولا كذا هذا ولو لم يقبلوا جميعا ولكن قبل أحدهما لا يعتق الا أحدهما لوجود شرط عتق أحدهما وهو قبول أحدهما في هذه الصورة لما بينا من الفقه ثم ان صرف المولى اللفظ الثاني إلى غير القابل عتق غير القابل بغير شئ وعتق القابل بألف وانصرف اللفظ الثاني إلى القابل عتق القابل بغير شئ وعتق غير القابل باللفظ الاول بألف ان قبل في المجلس لان القابل منهما يعتق بالإيجاب الاول وانه ايجاب ببدل فيعتق ببدل وغير القابل يعتق بالإيجاب الثاني وانه ايجاب بغير بدل فيعتق بغير بدل ولو قال لعبيد أحدهما حر بغير شئ ثم قال أحدهما حر بألف درهم فالكلام الثاني لغو لان أحدهما عتق بالإيجاب الاول لوجود تنجيز العتق في أحدهما فالثاني يقع جمعا بين الحر والعبد فيبطل ولو قال أحدهما حر بألف درهم فقبل أن يقبل أحدهما قال أحدهما كما حر بمائة دينار فان قبل كل واحد منهما العتق باحد المالين بان قبل أحدهما بألف درهم وقبل الآخر بمائة دينار أو قبل أحدهما بالمالين ولم يقبل الآخر أو قبل أحدهما بالمالين وقبل الآخر بمال واحد لا يعتق واحد منهما لان للمولى أن يجمع المالين على أحدهما فيقول عنيتك بالمالين أو يقول عنيت غيرك فلا يثبت العتق مع الشك فان قبل جميعا بالمالين بان قال كل واحد منهما قبلت بالمالين أو قال جميعا قد قبلنا بخير المولى فيقال له اما ان تصرف اللفظين جميعا إلى أحدهما فتجمع المالين عليه فيعتق بالمالين ويبقى الآخر رقيقا واما ان تصرف أحد اللفظين إلى أحدهما والآخر إلى صاحبه فيعتق أحدهما بألف درهم والآخر بمائة دينار لان الايجابين وقعا صحيحين أما الاول فلا شك فيه ولانه أضيف إلى أحد العبيد وكذا الثاني لان الايجاب الاول لم يتصل به القبول والعتق معلق بالقبول فالإيجاب الثاني حصل مضافا إلى أحد عبيدين فيصح ومتى صح الايجاب الثاني فيحتمل أنه عنى به من عناه بالإيجاب بالاول ويحتمل أنه عنى به العبد الآخر لذلك

[ 79 ]

خير المولى فان مات قبل البيان عتق من كل واحد ثلاثة أرباعه بنصف المالين لان أحدهما حر بيقين لانه أراد بالإيجاب الثاني غير من أراده بالاول فكان الثابت بالكلامين عتقين بكل كلام عتق وان اراد بالثاني عين من أراده بالاول كان الثابت بالكلامين عتق واحد فإذا عتق واحد ثابت بيقين والعتق الآخر يثبت في حال ولا يثبت في حال فينصف فثبت عتق ونصف عتق بالمالين وليس أحدهما بكامل العتق باولى من الآخر فينقسم عتق ونصف عتق بينهما فيصيب كل واحد منهما ثلاثة أرباع العتق بنصف المالين ويسعى في ربع قيمته ولو قال لعبد له بعينه أنت حر على ألف درهم فقبل ان يقبل جمع بين عبد له آخر وبينه فقال أحدهما حر بمائة دينار فقلا قبلنا بخير المولى فان شاء صرف اللفظين إلى المعين وعتق بالمالين جميعا وان شاء صرف أحد اللفظين إلى أحدهما والآخر إلى الآخر وعتق المعين بألف درهم وغير المعين بمائة دينار لان الايجابين صحيحان لما قلنا فيحتمل أنه أراد بالثاني المعين أيضا ويحتمل أنه أراد به غير المعين فيقال له بين فإيهما بين فالحكم للبيان فان مات قبل البيان عتق المعين كله لانه دخل تحت الايجابين جميعا أما الايجاب الاول فلا شك فيه لانه خصه به فلا يشاركه فيه غيره وأما الايجاب الثاني فلان قوله أحدهما يقع على كل واحد منهما فإذا قبل الايجابين وجد شرط عتقه فيعتق فيلزمه ألف درهم وخمسون دينارا أما الألف

فلانه لا مشاركة للثاني فيهما وأما نصف المائة الدينار فلانه في حال يلزمه مائة دينار وهى ما عناه باللفظين وفي حال لا يلزمه منها شئ وهى ما إذا عنى باللفظ الثاني غيره فينتصف ذلك فيلزمه خمسون دينارا وأما غير المعين فانه يعتق نصفه بنصف المائة لانه يعتق في حال ولا يعتق في حال لانه ان عناه بالايجاب الثاني يعتق كله بكل المائة وان لم يعنه لا يعتق شئ منه ولا يلزمه شئ فيعتق في حال ولم يعتق في حال فتعبر الاحوال ويعتق نصفه بنصف المائة وهو خمسون هذا إذا عرف المعين من غير المعين فان لم يعرف وقال كل واحد منهما أنا المعين يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه بنصف المالين وهو نصف الالف ونصف المائة الدينار لاستواءهما في ذلك والثابت عتق ونصف عتق فيصيب كل واحد منهما ثلاثة أرباع العتق ويسعى في ربع قيمته ولو قال لعبيده أحد كما حر على ألف درهم والآخر على خمسمائة فان قال جميعا قبلنا أو قال كل واحد منهما قبلت بالمالين أو قال كل واحد منهما قبلت بأكثر المالين عتقا جميعا فيلزم كل واحد منهما خمسمائة أما عتقهما فلان الايجابين خرجا على الصحة بخروج كل واحد منهما بين عبيدين والمراد بالايجاب الثاني ههنا غير المراد بالايجاب الاول فإذا قبلا فقد وجد شرط نزول العتق فيهما جميعا وانقطع خيار المولى ههنا فيعتقان جميعا وعلى كل واحد منهما خمسمائة لان أحدهما عتق بألف والآخر بخسمائة لكننا لا ندرى الذى عليه الالف والذى عليه خمسمائة الا انا تيقنا بوجود خمسمائة على كل واحد منهما وفي الفصل الثاني شك فيجب المتيقن ولا يجب المشكوك فيه كائنين قال لرجل لك على أحدنا ألف درهم وعلى الآخر خمسمائة لا يطالب كل واحد منهما الا بخمسمائة لما قلنا فكذا هذا ولو قبل أحدهما بأقل المالين والآخر بأكثر المالين عتق الذى قبل العتق بأكثر المالين لانه لا يخلو اما ان عناه المولى بالايجاب بالاقل أو بالايجاب بالاكثير فتيقنا بعنقه ثم في الاكثير قدر الاقل وزيادة فيلزمه خمسمائة كانه قال قبلت بالمالين فيلزمه الاقل وهو خمسمائة ويصير بعد العتق كانه قال لك على ألف درهم أو خمسمائة ولو قال ذلك لزمه الاقل كذا ههنا ولو قبل كل واحد منهما بأقل المالين لا يعتقان لان حجة المولى لم تنقطع لان له أن يقول لم أعتقك بهذا المال بخلاف ما إذا قبل أحدهما بأكثر المالين لان الاقل داخل في الاكثير ولو قال أحدكما حر بألف والآخر بألفين فان قبلا بان قال كل واحد منهما قبلت بالمالين أو قال قبلنا عتقا لوجود شرط عتقهما وعلى كل واحد منهما ألف لانه أعتق أحدهما بألف والآخر بألفين فتيقنا بوجود الالف على كل واحد منهما كرجلين قال لرجل لك على أحدنا ألف وعلى الآخر ألفان يلزم كل واحد منهما ألف لكون الالف تيقنا بها كذا هذا وان قبل أحدهما المالين جميعا بان قال قبلت بالمالين أو قال قبلت بأكثر المالين بان قال قبلت بالمالين أو قال قبلت بألفين يعتق لوجود شرط العتق وهو القبول

[ 80 ]

أما إذا قبل بالمالين أو قال قبلت فلا شك فيه وكذا إذا قبل بأكثر المالين لوجود القبول المشروط بيقين فيعتق وقيل هذا على قياس قولهما فاما على قياس قول أبى حنيفة ينبغي ان لا يعتق وهو القياس على مسألة الشهادة بالالف والالفين والصحيح انه يعتق بلا خلاف وإذا اعتق لا يلزمه الالف درهم لان الواجب أحد المالين وأحدهما أقل والآخر أكثر والجنس متحد فيتعين بالاقل للوجوب ولا يخير العبد ههنا لان التخيير بين الاقل والاكثير عند اتحاد الجنس غير مفيد لانه يختار الاقل لا محالة وان قبل أحدهما الالف لا يعتق لان للمولى أن يصرف العتق إلى الآخر كما إذا قال أحدكما حر بألفين فقبل أحدهما ولو قال أحدكما حر بألف أحدكما حر بمائة دينار فان قبلا عتقا لوجود شرط

العتق ولا شيء عليهما لان المقضى عليه مجهول إذ لا يدري الذى عليه الالف منهما والذي عليه المائة الدينار كاثنين قالوا لرجل لك على أحدنا ألف درهم وعلى الآخر مائة دينار أنه لا يلزم أحدهما شيء كذا هذا وكذا هذا في الطلاق بان قال لامرأته احداكما طالق بألف والاخرى بمائة دينار فقبلتا جميعا طلقت كل واحدة منهما طلقة بائنة ولا يلزمهما شيء لما قلنا وان قبل أحدهما العتق بألف درهم أو بمائة دينار أو قبل أحدهما العتق بأحد المالين والآخر بالمال الآخر لا يعتق واحد منهما لان للمولى أن يقول لم أعنك بهذا المال الذى قبلت ولو قبل أحدهما بالمالين عتق ويلزمه أي المالين اختاره لان الواجب احدهما وهما جنسان مختلفان فكان التخيير مفيدا فيخير بخلاف الفصل الاول فان قبل الآخر في المجلس عتقا وسقط المال عن القابل الاول لان المقضى عليه مجهول هذا إذا كان قبل قبل البيان من الاول فان قبل بعد البيان عتق الثاني بغير شيء وعتق الاول بالمالين لان بيانه في حق نفسه صحيح وفي حق الآخر لم يصح ولو قال أحدكما حر بألف والآخر حر بغير شيء فان قبل جميعا عتقا لوجود شرط عتقهما وهو قبولهما ولا شيء عليهما لان الذى عليه البذل مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول كرجلين قالوا لرجل لك على أحدنا ألف درهم ولا شيء على الآخر لا يجب على أحدهما شيء لجهالة من عليه الواجب كذا ههنا وان قبل أحدهما بألف ولم يقبل الآخر يقال للمولى اصرف اللفظ الذى هو اعتاق بغير بدل إلى أحدهما فان صرفه إلى غير القابل عتق غير القابل بغير شيء وعتق القابل بألف وان صرفه إلى القابل عتق القابل بغير شيء ويعتق الآخر بالايجاب الذى هو يبدل إذا قبل في المجلس وكذا لو لم يقبل واحد منهما حتى صرف الايجاب الذى هو بغير بدل إلى أحدهما يعتق هو ويعتق الآخر ان قبل البذل في المجلس والا فلا وان مات المولى قبل البيان عتق القابل كله وعليه خمسمائة وعتق نصف الذى لم يقبل ويسعى في نصف قيمته اما عتق القابل كله فلان عتقه ثابت بيقين لانه ان اريد بالايجاب الاول عتق وان اريد بالايجاب الثاني عتق فكان عتقه متيقنا به وأما لزوم خمسمائة لانه ان أعتق بالاياب الاول يعتق بألف وان أعتق بالايجاب الثاني يعتق بغير شيء فينصب الالف فيلزمه خمسمائة وأما عتق النصف من غير القابل ان اريد باللفظ الاول لا يعتق وان اريد باللفظ الثاني يعتق فيعتق في حال دون حال فينتصف عتقه فيعتق نصفه ويسعى في نصف قيمته هذا إذا كان الاعتاق تنجيذا أو تعليقا بشرط فأما إذا كان إضافة إلى وقت فلا يخلو اما ان أضافه إلى وقت واحد واما ان أضافه إلى وقتين فان أضافه إلى وقت واحد فأما ان أضافه إلى مطلق الوقت واما ان أضافه إلى وقت موصوف بصفة وفي الوجوه كلها يشترط وجود الملك وقت الاضافة لان اضافة الاعتاق إلى وقت اثبات العتق في ذلك الوقت لا محالة ولا ثبوت للعتق بدون الملك ولا يوجد الملك في ذلك الوقت الا إذا كان موجودا وقت الاضافة لانه ان كان موجودا وقت الاضافة فالظاهر انه يبقى إلى الوقت المضاف إليه فيثبت العتق وإذا لم يكن موجودا كان الظاهر بقاءه على العدم فلا يثبت العتق في الوقت المضاف إليه لا محالة فيكون خلاف تصرفه والاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذى اوقعه اما الاضافة إلى وقت مطلق فنحو ان يقول لعبده أنت حر غدا أو رأس شهر كذا فيعتق إذا جاء غد أو رأس الشهر لانه جعل الغد أو رأس الشهر ظرفا للعتق فلا بد من وقوع العتق عنده ليكون ظرفا له وليس هذا تعليقا بشرط لانعدام أدوات التعليق وهى كلمات الشرط ولهذا لو حلف لا يحلف فقال

هذه المقالة لا يحنث بخلاف ما ذ قال أنت حر إذا جاء غد لان ذلك تعليق بشرط لوجود كلمة التعليق فان قيل كيف يكون تعليقا بشرط ما في وجوده خطر ومجئ الغد كائن لا محالة قيل من مشايخنا من قال ان الغد في مجيئه خطر لاحتمال قيام الساعة في كل ساعة قال الله سبحانه وتعالى وما أمر الساعة كلمح البصر أو هو أقرب فيصلح مجئ الغد شرطا لكن هذا الجواب ليس بسديد لان الساعة لا تقوم الا عند وجود اشتراطها من خروج ياجوج وماجوج ودابة الارض وخروج الدجال وطلوع الشمس من مغربها ونحو ذلك مما دل عليه الكتاب ووردت به الاخبار والجواب الصحيح ان يقال ان مجئ الغد وان كان متيقن الوجود يمكن كونه شرطا لوقوع العتق وليس بمتيقن الوجود بل له خطر الوجود والعدم لاحتمال موت العبد قبل مجئ الغد أو موت المولى أو موتها وحينئذ لا يكون شرطا لعدم تصور الجزاء على ان الشرط اسم لما جعل علما لنزول الجزاء سواء كان موهوم الوجود أو متيقن الوجود وأما الاضافة إلى وقت موصوف فنحو ان يقول لعبده أنت حر قبل دخولك الدار بشهر أو قبل قدوم فلان بشهر أو قبل موت فلان بشهر ولا شك انه لا يعتق قبل وجود الوقت الموصوف حتى لو وجد شيء من هذه الحوادث قبل تمام الشهر لا يعتق لانه أضاف العتق إلى الوقت الموصوف فلا يثبت فله ويشترط تمام الشهر وقت التكلم وان كان العبد في ملكه قبل ذلك بشهور بل بسنين لان اضافة العتق إلى وقت ايجاب العتق فيه غير ايجاب العتق في الزمان الماضي وايجاب العتق في الزمان الماضي لا يتصور فلا يحمل كلام العاقل عليه ولا شك ان العتق ثبت عند وجود هذه الحوادث لتمام الشهر واختلف في كيفية ثبوته فقال زفر يثبت من أول الشهر بطريق الظهور وقال أبو يوسف ومحمد يثبت مقصترا على حال وجود الحوادث وأبو حنيفة فرق بين القدوم والدخول وبين الموت فقال في القدوم والدخول كما قالوا وفي الموت كما قال زفر حتى لو كان المملوك أمة فولدت في وسط الشهر يعتق الولد في قول أبي حنيفة وزفر وعندهما لا يعتق وجه قول زفر انه أوقع العتق في وقت موصوف بكونه متقدما على هذه الحوادث بشهر فإذا وجدت بعد شهر متصلة به علم ان الشهر من أوله كان موصوفا بالتقدم عليها لا محالة فتبين ان العتق كان واقعا في أول الشهر كما إذا قال أنت حر قبل رمضان بشهر ولا فرق سوى ان هناك يحكم بالعتق من أول هلال شعبان ولا يتوقف على مجئ شهر رمضان وههنا لا يحكم بالعتق من أول الشهر لان ثمة رمضان يتصل بشعبان لا محالة وههنا وجود هذه الحوادث يحتمل ان يتصل بهذا الشهر ويحتمل أن لا يتصل لجواز انها لا توجد أصلا فاما في ثبوت العتق في المسئلتين من ابتداء الشهر فلا يختلفان ولهذا قال أبو حنيفة ثبوت العتق بطريق الظهور في الموت وجه قولهما ان هذا في الحقيقة تعليق بهذه الحوادث لانه أوقع العتق في شهر متصف بالتقدم على هذه الحوادث ولا يتصف بالتقدم عليها الا باتصالها به ولا تتصل به الا بعد وجودها فكان ثبوت العتق على هذا التدرج متعلقا بوجود هذه الحوادث فيقتصر على حال وجودها ولهذا قال أبو حنيفة هكذا في الدخول والقدوم كذا في الموت بخلاف شعبان لان اتصاف شعبان بكونه متقدما على رمضان لا يقف على مجئ رمضان ووجه الفرق لابي حنيفة بين الدخول والقدوم وبين الموت ان في مسألة القدوم والدخول بعدما مضى شهر من وقت التكلم يبقى الشهر الذي أضيف إليه العتق وهو موهوم الوجود قد يوجد وقد لا يوجد لان قدوم فلان موهوم الوجود قد يوجد وقد لا يوجد فان وجد يوجد هذا الشهر والا فلا فلما ذكرنا ان هذا الشهر لا وجود له بدون الاتصاف ولا اتصاف بدون الاتصال ولا اتصال بدون القدوم إذ الاتصال انما يتصور بين موجودين لا بين موجود ومعدوم فصار العتق وان كان مضافا إلى الشهر متعلقا بوجود القدوم فكان هذا تعليقا ضرورة فيقتصر الحكم المتعلق به على حال وجود الشرط كما في

سائر التعليقات فاما في مسألة الموت فبعدما مضى شهر من زمن الكلام لم يبق ذات الشهر الذي أضيف إليه العتق موهوم الوجود بل هو كائن لا محالة لان الموت كائن لا محالة فصار هذا الشهر متحقق الوجود بلا شك بخلاف الشهر المتقدم على الدخول والقدوم غير انه مجهول الذات فلا يحكم بالعتق قبل وجود الموت وإذا وجد فقد وجد المعرف للشهر بخلاف الشهر

[ 82 ]

المتقدم على شهر رمضان فانه معلوم الذات لانه كما وجد شعبان علم انه موصوف بالتقدم على رمضان وههنا بخلافه وبخلاف القدوم والدخول فان بعد ضمي شهر من وقت الكلام بقي ذات الشهر الذي أضيف إليه العتق موهوم الوجود فلم يكن القدوم معرفا للشهر بل كان محصلا للشهر الموصوف بهذه الصفة بحيث لولا وجوده لما وجد هذا الشهر البتة فكان الموت مظهرا معيننا للشهر فيظهر من الاصل من حين وجوده ثم اختلف مشايخنا في كيفية الظهور على مذهب أبي حنيفة قال بعضهم هو ظهور محض فتبين ان العتق كان واقعا من أول الشهر من غير اعتبار حالة الموت وهو ان يعتبر الوقوع أولا ثم يسرى إلى أول الشهر لان الاصل اعتبار التصرف على الوجه الذي أثبتته المتصرف والمتصرف أضاف العتق إلى أو الشهر المتقدم على الموت فيقع في أول الشهر لا في آخره فكان وقت وقوع الطلاق أول الشهر فيظهر ان العتق وقع من ذلك الوقت كما إذا قال أن كان فلان في الدار فعنده حر فمضت مدة ثم علم انه كان في الدار يوم التكلم يقع العتق من وقت التكلم لا من وقت الظهور وهؤلاء قالوا لو كان مكان العتاق طلاق ثلاث فالعدة تعتبر من أول الشهر في قول أبي حنيفة حتى لو حاضت في الشهر حيضتين ثم مات فلان كانت الحيضتان محسوبتين من العدة ولو كان قال أنت طالق قبل موت فلان بشهرين أو ثلاثة أشهر ثم مات فلان لتمام المدة أو كانت المرأة رأت ثلاثة حيض في المدة تبين عند موته ان الطلاق كان واقعا وان العدة قد انقضت كما لو قال ان كان زيد في الدار فامرأتي طالق ثم علم بعدما حاضت المرأة ثلاثة حيض انه كان في الدار يوم التكلم به تبين انها قد طلقت من ذلك الوقت وانها منقضية العدة كذا هذا وكذلك لو قال ان كان حمل فلانة غلاما فانت طالق فولدت غلاما يقع الطلاق على طريق التبيين كذا هذا والذي يؤيد ما قلنا ان رجلا لو قال آخر امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم ماتت طلقت الثانية على وجه التبيين المحض عند أبي حنيفة وان كان لا يحكم بطلاقها ما لم يموت كذا ههنا وقالوا لو خالعه في وسط الشهر ثم مات فلان لتمام الشهر فالخلع باطل ويؤمر الزوج برد بدل الخلع سواء كانت عند الموت معتدة أو منقضية العدة أو كانت ممن لا عدة عليها بان كانت غير مدخول بها وهؤلاء طعنوا فيما ذكر محمد في الكتاب لتخريج قول أبي حنيفة انه ان مات فلان وهي في العدة يحكم ببطلان الخلع ويؤمر الزوج برد بدل الخلع وان كانت غير معتدة وقت موت فلان بان كان بعد الخلع قبل موت فلان اسقطت سقطا أو كانت غير مدخول بها لا يبطل الخلع ولا يؤمر الزوج برد بدل الخلع وقالوا هذا التخريج لا يستقيم على قول أبي حنيفة لان هذا ظهور محض فتبين عند وجود الجزء الاخير ان هذا الشهر من ابتداء وجوده موصوف بالتقدم فتبين ان الطلاقات الثلاث كان واقعة من ذلك الوقت سواء كانت معتدة أو غير معتدة كما لو قال ان كان فلان في الدار فامرأته طالق ثم خالعه ثم تبين انه كان يوم الحلف في الدار انه يتبين ان الخلع كان باطلا على الاطلاق سواء كانت معتدة أو لم تكن كذا ههنا والفقهاء ان وقت الموت إذا لم يكن وقت وقوع الطلاق لا يعتبر فيه قيام الملك والعدة وعامة مشايخنا قالوا ان العتق أو الطلاق يقع وقت الموت ثم يستند إلى أول الشهر

الا انه يظهر انه كان واقعا من اول الشهر ووجهه مما لا يمكن الوصول إليه الا بمقدمة وهى ان ما كان الدليل على وجوده قائما يجعل موجودا في حق الاحكام لان اقامة الدليل مقام المدلول أصل في الشرع والعقل ألا ترى ان الخطاب يدور مع دليل القدرة وسببها دون حقيقة القدرة ومع دليل العلم وسببه دون الحقيقة العلم حتى لا يعذر الجاهل بالله عزوجل لقيام الآيات الدالة على وجود الصانع ولا بالشرائع عند امكان الوصول إلى معرفتها بدليلها ثم الدليل وان خفى بحيث يتعذر الوصول إليه يكتفى به إذا كان ممكن الحصول في الجملة إذ الدلائل تتفاوت في نفسها في الجلاء والخفاء والمستدلون أيضا يتفاوتون في الغباوة والذكاء فالشرع أسقط اعتبار هذا التفاوت فكانت العبرة لاصل الامكان في هذا الباب وأما ما كان الدليل في حقه منعما فهو في حق الاحكام ملحق بالدم وإذا عرف هذا فنقول الشهر الذى يموت فلان في آخره فان اتصف بالتقدم من وقت وجوده لكن كان دليل اتصافه منعما أصلا فلم يكن لهذا الاتصاف عدة ويبقى ملك النكاح إلى آخر جزء من أجزاء الشهر فيعلم

[ 83 ]

كونه متقدما على موته ومن ضرورة اتصاف هذا الجزء بالتقدم اتصاف جميع الاجزاء المتقدمة عليه إلى تمام الشهر ولا يظهر ان دليل الاتصاف كان موجودا في اول الشهر إذا الدليل هو آخر جزء من أجزاء الشهر ووجود الجزء الاخير من الشهر مقارنا لاول الشهر محال فلم يكن دليل اتصاف الشهر بكونه متقدما موجودا فلم يعتبر هذا الاتصاف فبقى ملك النكاح إلى وقت وجود الجزء الاخير فيحكم في هذا الجزء بكونها طالق ومن ضرورة كونها طالقا في هذا الجزء ثبوت الانطلاق من الاصل لانها تكون طالقا بذلك الطلاق المضاف إلى اول الشهر الموصوف بالتقدم على الموت فلا جل هذه الضرورة حكم بالطلاق من اول الشهر لكن بعد ما كان النكاح إلى هذا الوقت قائما لعدم دليل الاتصاف بالتقدم على ما بينا ثم لما حكم بكونها طالقا وثبت الانطلاق فيما مضى من اول الشهر ضرورة جعل كان الطلاق يقع للحال ثم بعد وقوعه يسرى إلى اول الشهر هكذا يوجب ضرورة ما بينا من الدليل وإذا جعل هكذا يخرج عليه المسائل أما العدة فانها تجب في آخر جزء من اجزاء حياة فلان الميت لانها مما يحتاط في ايجابها فوجبت للحال وجعل كان الطلاق وقع للحال وأما الخلع فان كانت العدة باقية وقت الموت لم يصح وان كانت منقضية العدة صح لانها إذا كانت باقية كان النكاح باقيا من وجه ويحكم ببقائه إلى هذه الحالة لضرورة عدم الدليل ثم يحكم للحال بكونها طالقا بذلك الطلاق المضاف وسرى واستند إلى اول الشهر علم انه خالعه وهى بائة عنه فلم يصح الخلع ويؤمر الزوج برد بدل الخلع وإذا كانت منقضية العدة وقت الموت فالنكاح الذى كان يبقى إلى آخر جزء من اجزاء حياته لضرورة عدم الدليل لا يبقى لارتفاعه بالخلع فبقى النكاح إلى وقت الخلع ولم يظهر انه كان مرتفعا عند الخلع فحكم بصحة الخلع ولا يؤمر الزوج برد بدل الخلع بخلاف ما إذا قال ان كان زيد في الدار لان دليل الوقوف على كون زيد في الدار موجود حالة التكلم فانعقد الطلاق تنجيذا لو كان هو في الدار لان التعليق بالموجود تحقق وبخلاف ما إذا قال ان كان حمل فلانة غلاما لان الولد في البطن يمكن الوقوف في الجملة على صفة الذكورة والانوثة فانه ما من ساعة الا ويجوز ان يسقط الحمل فانعقد الطلاق تنجيذا ثم علمنا بعد ذلك وبخلاف ما إذا قال آخر امرأة أنزوجها فهى طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات انه يقع الطلاق على الثانية من طريق التبيين لان هناك لما تزوج الثانية اتصفت بكونها آخر الوجود حد الآخر وهو الفرد اللاحق وهى فرد وهى لاحقة ألا ترى انه يقول امرأتى الاولى وامراتى الاخرة الا انه لا يحكم بوقوع الطلاق للحال لاحتمال

انه يتزوج بثالثة فتسلب صفة الاخيرة عن الثانية فإذا مات قبل أن يتوج بثالثة تقررت صفة الأخيرة للثانية من الاصل حكم بوقوع الطلاق من ذلك الوقت وهنا دليل اتصاف الشهر بالتقدم منعدم في أول الشهر وما لا دليل عليه يلحق بالعدم هو هذا بخلاف ما إذا قال لامرأته ان لم أتزوج عليك فانت طالق ولم يتزوج حتى مات انه يقع الطلاق على امرأته مقتصر على الحال لان هناك علق الطلاق صريحا بعدم التزوج والعدم يستوعب العمر ألا ترى ان لو تزوج في العمر ومرة لا يوصف بعدم التزوج لان الوجود قد تحقق ولعدم يقابل الوجود فلا يتحقق مع الوجود فيتم ثبوته عند الموت والمعلق بشرط ينزل عند تحقق الشرط بتمامه فوقع مقتصرًا على حال وجود الشرط وأما هذا فليس بتعليق الطلاق بشرط بل هو اضافة الطلاق إلى وقت موصوف بصفة فيتحقق الطلاق عند تحقق الصفة بدليله على التقدير الذي ذكرنا والله عزوجل الموفق ولو قال لامرأته أنت طالق قبل موتي بشهر أو قبل موتك بشهر فمات لتمام الشهر أو ماتت لا يقع الطلاق عندهما وعند أبي حنيفة يقع فهما فرقا بن الطلاق والعتاق فقلا العتاق يقع الطلاق لا يقع لان عندهما هذا تصرف تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والمعلق بالشرط ينزل بعد وجود الشرط والزوج بعد الموت ليس من أهل ايقاع الطلاق ولا المرأة بعد موتها محل لوقوع الطلاق عليها بخلاف العتق لانه يقع بعد الموت كما في التدبير والله عزوجل أعلم ولو قال لعبدته أنت حر قبل موت فلان وفلان بشهر أو قبل قدوم فلان بشهر فان مات أحدهما أو قدم قبل مضي شهر لا يعتق أبدا لانه أضاف اعتق إلى شهر موصوف بالتقدم على موتيهما أو قدومهما ولم يوجد ولا يتصور

[ 84 ]

وجوده بعد ذلك لانه لو تم الشهر بعد موت أحدهما أو قدوم أحدهما كان موصوفا بالتقدم على موت أحدهما أو قدوم أحدهما وهو ما أضاف العتق إلى هذا الشهر بل إلى شهر موصوف بالتقدم على موتيهما أو قدوميهما جميعا وهذا غير ذاك وإن مضي شهر ثم مات أحدهما عتق العبد وان لم يممت الاخر بعد بخلاف ما إذا قال أنت حر قبل قدوم فلان وفلان بشهر ثم قدم أحدهما لتمام الشهر انه لا يعتق ما لم يقدم الآخر ووجه الفرق على ما بينا فيما تقدم وهو انه إذا مات أحدهما تحقق كون الشهر سابقا على موتيهما وإذا قدم أحدهما لم يتحقق كون الاول سابقا على قدوميهما وانما يتحقق عند وجود قدوميهما جميعا فكان القياس ان لا يعتق ما لم يموتا جميعا في لحظة واحدة بعد مضي شهر فكذا في القدوم وهو قول على الرازي لان العتق أضيف إلى شهر موصوف بالتقدم على موتيهما أو قدوميهما متصل بهما لانه أضاف العتق إلى شهر متقدم على موتيهما أو قدوميهما ومن ضرورة ذلك وجود موتيهما أو قدوميهما جميعا وعند ثبوت التراخي فيما بين الموتين أو القدومين يكون العتق واقعا قبل موت أحدهما أو قدوم أحدهما بشهر وقبل موت الآخر أو قدوم الآخر بشهر وانه خلاف ما أضاف فلا يقع بخلاف ما إذا قال أنت حر قبل يوم الفطر والاضحى بشهر حيث يعتق كما أهل هلال رمضان لان وجود وقت منتصف بالتقدم عليهما بشهر مستحيل والعاقلة لا يقصد بكلامه المستحيل فعلم انه أراد به اضافة العتق إلى وقت موصوف بالتقدم على أحد اليومين بشهر وعلى الآخر بمدة غير مقدرة وفيما نحن فيه لا استحالة فإراعى عين ما أضاف وجوب الاستحالة عن هذا ان الاصل في احكام الشرع ان المستحيل عادة يلحق بالمستحيل حقيقة وقدوم شخص في جزء لا يتجزء من الزمان بحيث لا يقدم أحدهما على صاحبه مستحيل عادة وكذا موت شخصين على هذا الوجه والجواب في المستحيل حقيقة وهو مسألة الفطر والاضحى هكذا فكذا في المستحيل



عادة وكذا لو قال أنت حر قبل قدوم فلان وموت فلان بشهر فان مات احدهما أو قدم احدهما قبل مضي الشهر لا يعتق أبدا لما قلنا وان مات أحدهما لتمام الشهر لا يعتق حتى يقدم الآخر وان قدم أحدهما بعد مضي الشهر عتق ولا ينتظر موت الآخر الا انه لا يستدل لما ذكرنا ان الموت كائن لا محالة والقدوم موهوم الوجود ولو قال أنت حر الساعة ان كان في علم الله عزوجل ان فلانا يقدم إلى شهر فهذا وقوله قبل قدوم فلان بشهر سواء لانه لا يراد بهذا علم الله تعالى الازلي القائم بذاته عزوجل وانما يراد به ظهور هذا القدوم المعلوم لنا وقد يظهر لنا وقد لا يظهر فكان شرطا فيقتصر العتق على حالة وجود الشرط كما في سائر التعليقات بشروطها والله عزوجل أعلم ولو قال أنت حر بعد موتى بشهر فكاتبه في نصف الشهر ثم مات لتمام الشهر فان كان استوفى بدل الكتابة ثم مات لتمام الشهر كان العتق حاصلًا بجهة الكتابة وان كان لم يستوف بعد بدل الكتابة عتق بالاعتاق السابق وسقط اعتبار الكتابة عند أبي حنيفة وهذا يدل على ان العتق يثبت بطريق الاستناد عنده وقال أبو القاسم الصفار انه تبطل الكتابة من الاصل سواء كان استوفى بدل الكتابة أو لم يستوف وهو قياس قول من يقول بثبوت العتق من طريق الظهور المحض لانه تبين ان العتق يثبت من أول الشهر فتبين ان الكتابة لم تصح وقد ذكرنا تصحيح ما ذكر في الكتاب وهو العتق بطريق الاستناد فيما تقدم فلا نعيده وعندهما ان استوفى بدل الكتابة فالامر ماض لان العتق عندهما يثبت مقتصرًا على حال الموت وهو حر في هذه الحالة لوصوله إلى الحرية بسبب الكتابة عند أداء البذل وان كان لم يستوف بعد بدل الكتابة فان كان العبد يخرج من الثلث عتق من جميع المال وان لم يكن له مال غيره عتق ثلثه بالتدبير لانه مدبر مقيد لان عتقه علق بموت موصوف بصفة قد يوجد على تلك الصفة وقد لا يوجد ويسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند أبي يوسف وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي بدل الكتابة ومن ثلثي قيمته وأصل المسألة ان من دبر عبده ثم كاتبه ثم مات المولى ولا مال له غيره يعتق ثلثه مجانًا بالتدبير ثم يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة فهذا على ذلك الا ان عند أبي حنيفة يخير بين ان يسعى في هذا وبين ان يسعى في ذلك وعندهما يسعى في الاقل

[ 85 ]

منها بدون التخيير ثم عند أبي حنيفة في مسألة الكتابة يعتبر صحة المالك ومرضه في أول الشهر هكذا ذكر في النوادر لانه يصير معتقا من ذلك الوقت وقيل هذا هو الحيلة لمن أراد أن يدبر عبده ويعتق من جميع المال وان كان لا يخرج من الثلث بان يقول أنت حر قبل موتى بشهر أو شهرين أو ثلاثة أشهر أو ما شاء من المدة ليعتق من ذلك الوقت وهو فيه صحيح فيعتق من جميع المال وعندهما كيف ما كان يعتبر عتقه من الثلث لانه يصير عندهما معتقا بعد الموت والله عزوجل المستعان وأما الاضافة إلى وقتين فالاصل فيه ان المضاف إلى وقتين ينزل عند أولهما والمعلق بشرطين ينزل عند آخرهما والمضاف إلى أحد الوقتين غير عين فينزل عند أحدهما والمعلق بأحد شرطين غير عين ينزل عند أولهما ولو جمع بين فعل ووقت يعتبر فيه الفعل وينزل عند وجوده في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه ينزل عند أولهما أيهما كان وبيان هذه الجملة إذا قال لعبده أنت حر اليوم وغدا يعتق في اليوم لانه جعل الوقتين جميعًا ظرفًا للعتق فلو توقف وقوعه على أحدهما لكان الظرف واحدًا لوقتتين لا كلاهما وانه ايقاع تصرف العاقل لا على الوجه الذي أوقعه ولو قال أنت حر اليوم غدا أعتق في اليوم لانه أضاف الاعتاق إلى يوم ثم وصف اليوم بانه غد وانه محال ويبطل

وصفه وبقيت الاضافة إلى اليوم ولو قال أنت حر غدا اليوم يعتق في الغد لانه أضاف العتق إلى الغد ووصف الغد باليوم وهو محال فلم يصح وصفه وبقيت اضافته العتق إلى الغد فيعتق في الغد ولو قال أنت حر ان قدم فلان وفلان فما لم يقدم جميعا لا يعتق لانه علق عتقه بشرطين فلا ينزل عند آخرهما إذ لو نزل عند أولهما لبطل التعليق بهما ولكان ذلك تعليقا بأحدهما وهو علق بهما جميعا لا بأحدهما ولو قال أنت حر اليوم أو غدا يعتق في الغد لانه جعل أحد الوقتين طرفا فلو اعتق في اليوم لكان الوقتان جميعا طرفا وهذا خلاف تصرفه ولو قال أنت حر ان قدم فلان أو غدا فان قدم فلان قبل مجئ الغد عتق وان جاء الغد قبل قدوم فلان لا يعتق ما لم يقدم في جواب ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف ان أيهما سبق مجيؤه يعتق والاصل فيه انه ذكر شرطا ووقتا في تصرف واحد ولا يمكن الجمع بينهما لما بين التعليق بشرط وبين الاضافة إلى وقت من التنافي فلا بد من اعتبار حدهما وترجيحه على الآخر فابو يوسف رجح جانب الشرط لان الشرط لا يصلح طرفا والظرف قد يصلح شرطا فكان الرجحان لجانب الشرط فاعتبر تعليقا بأحد الشرطين فينزل عند وجود أولهما أيهما كان كما إذا نص على ذلك ونحن رجحنا السابق منهما في اعتبار التعليق والاضافة فان كان العفل هو السابق يعتبر التصرف تعليقا واعتباره تعليقا يقتضى نزول العتق عند اول الشرطين كما إذا علقه بأحد شرطين نصا وان كان الوقت هو السابق يعتبر اضافته واعتبارها يقتضى نزول العتق عند آخر الوقتين كما إذا أضاف إلى آخر الوقتين نصا والله عز وجل أعلم وأما الذي يرجع إلى نفس الركن فهو ما ذكرنا في الطلاق وهو ان يكون الركن عاريا عن الاستثناء رأسا كيفما كان الاستثناء وضعيا كان أو عرفيا عند عامة العلماء والكلام في الاستثناء في العتاق وبيان أنواعه وماهية كل نوع وشرائط صحته على نحو الكلام في باب الطلاق وقد ذكرنا ذلك كله في كتاب الطلاق ولا يختلفان الا في شئ واحد وهو انه يتصور استثناء بعض العدد في الطلاق ولا يتصور في العتاق لان الطلاق ذو عدد فيتصور فيه استثناء بعض العدد والعتق لا عدد له فلا يتصور فيه استثناء بعض العدد وانما يتصور استثناء بعض الجملة الملفوظة نحو ان يقول لعبيده أنتم أحرار الا سالما لان نص الاستثناء مع نص المستثنى منه تكلم بالباقي ولو استثنى عتق بعض العبد يصح عند أبي حنيفة ولا يصح عند هما بناء على ان العتق يتجزأ عنده فيكون استثناء البعض من الكل فيصح وعندهما لا يتجزأ فيكون استثناء الكل من الكل فلا يصح وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد فيمن قال غلامى حران سالم وبريع الا بريعا ان استثناءه جائز لانه ذكر جملة ثم فصلها بقوله سالم وبريع فانصرف الاستثناء إلى الجملة الملفوظة بها فكان استثناء البعض من الجملة الملفوظة فصح وليس كذلك ما إذا قال سالم حر وبريع الا سالما لانه لما ذكر كل واحد منهما بانفراده كان هذا استثناء عن كل واحد منهما فكان استثناء الكل من الكل فلا يصح ولو قال

[ 86 ]

أنت حر وحر ان ان شاء الله تعالى بطل الاستثناء في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد الاستثناء جائز وجه قولهما ان هذا كلام واحد معطوف على بعض بحرف العطف فلا يقع به الفصل بين المستثنى والمستثنى منه كما لو قال أنت حر لله ان شاء الله تعالى ولابي حنيفة قوله لغو لثبوت الحرية باللفظ الاول فكان فاصلا بمنزلة السكوت بخلاف قوله أنت حر لله ان شاء الله تعالى لان قوله لله تعالى ليس بلغو فلا يكون فاصلا وروى ابن سماعة في نوادره عن محمد في رجل له خمسة من الرقيق فقال عشرة من مماليكى الا واحدا أحرار انه يعتق الخمسة جميعا لانه لما قال عشرة

من مماليكى أحرار الا واحدا فقد استثنى الواحد من العشرة والاستثناء تكلم بالباقي  
فصار كانه قال تسعة من مماليكى أحرار وله خمسة ولو قال ذلك عتقوا جميعا كذا  
هذا ولو قال مماليكى العشرة أحرار الا واحدا عتق منهم أربعة لان هذا رجل ذكر  
مماليكه وغلط في عددهم بقوله العشرة فيلغو هذا القول ويبقى قوله مماليكى أحرار  
الا واحدا ولو قال ذلك وله خمسة مماليك يعتق أربعة منهم كذا هذا والله عزوجل أعلم  
(فصل) وأما صفة الاعتاق فهي ان الاعتاق هل يتجزأ أم لا وقد اختلف فيه قال أبو  
حنيفة يتجزأ سواء كان المعتق موسرا أو معسرا وقال أبو يوسف ومحمد لا يتجزأ  
كيفما كان المعتق وقال الشافعي ان كان معسرا يتجزأ وان كان موسرا لا يتجزأ  
والمسألة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم قال بعضهم فيمن أعتق نصف عبد بينه  
وبين غيره انه يعتق نصفه ويقى الباقي رقيقا يجب تخريجه إلى العتاق وهو مذهب عبد  
الله بن مسعود رضى الله عنه وقال بعضهم يعتق كله وليس للشريك الا الضمان وقال  
على وابن عباس رضى الله عنهما عتق ما عتق ورق ما رق هما احتجا بالنص  
والمعقول والاحكام أما النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال  
من أعتق شقصا له من عبد عتق كله ليس لله فيه شريك وهذا نص على عدم التجزى  
وفي رواية من أعتق شركا له في عبد فقد عتق كله ليس لله فيه شريك وأما المعقول  
فهو ان العتق في العرف اسم لقوة حكمية دافعة يد الاستيلاء والرق اسم لضعف  
حكمي يصير به الآدمى محلا للتملك فيعتبر الحكمى بالحقيقي وثبوت القوة الحقيقية  
والضعف الحقيقي في النصف شائعا مستحيل فكذا الحكمى ولان للعتق أثارا من  
المالكية والولاية والشهادة والارث ونحوها وثبوت هذه الآثار لا يحتمل التجزى ولهذا لم  
يتجزأ في حال الثبوت حتى لا يضرب الامام الرق في انصاف السبايا ويمن عليهم  
بالانصاف كذا في حالة البقاء وأما الاحكام فان اعتاق النصف قد تعدى إلى النصف  
الباقي في الاحكام حتى امتنع جواز التصرفات الناقلة للملك فيه من البيع والهبة  
والصدقة والوصية عند أصحابنا وكذا يجب تخريجه إلى عتق الكل بالضمان أو بالسعاية  
حتى يجبره القاضى على ذلك وهذا من آثار عدم التجزى وكذا الاستيلاء لا يتجزأ حتى  
لو استولد جارية بينه وبين شريكه وادعاه تصير كلها أو ولد له بالضمان ومعلوم ان  
الاستيلاء يوجب حق الحرية لا حقيقة الحرية فالحق إذا لم يتجزأ فالحقيقة أولى وكذا  
لو أعتق نصف أم ولده أو أم ولد بينه وبين شريكه عتق كلها وإذا لم يكن الاعتاق  
متجزئا لم يكن المحل في حق العتق متجزئا وازافة التصرف إلى بعض ما لا يتجزأ  
في حقه يكون اضافة إلى الكل كالطلاق والعفو عن القصاص والله أعلم ولابي حنيفة  
النصوص والمعقول والحكم أما النص فما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله  
عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من أعتق نصيبا له من مملوك كلف عتق  
بقيته وان لم يكن عنده ما يعتقه فيه جاز ما صنع وروى كلف عتق ما بقى وروى وجب  
عليه أن يعتق ما بقى وذلك كله نص على التجزى لان تكليف عتق الباقي لا يتصور بعد  
ثبوت العتق في كله وقوله صلى الله عليه وسلم جاز ما صنع اشارة إلى عتق البعض  
إذ هو الذى صنعه لا غير وروى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أيضا عن رسول  
الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق شركا له في عبد وكان له ما يبلغ ثمن  
العبد قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا عتق ما  
عتق والحديث يدل على تعلق عتق الباقي بالضمان إذا كان المعتق موسرا وعلى عتق  
البعض ان كان معسرا فيدل على التجزى في حالة اليسار والاعسار وروى عن أبى  
هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه

قال من كان له شقص في مملوك فأعتقه فعليه خلاصه من ماله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد في رقبته غير مشقوق عليه وفي رواية من أعتق شقصا له من مملوك فعليه أن يعتقه كله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه وأما المعقول فهو ان الاعتاق ان كان تصرفا في الملك والمالية بالازالة فالملك متجزئ وكذا المالية بلا شك حتى تجرى فيه سهام الورثة ويكون مشتركا بين جماعة كثيرة من الغانمين وغيرهم وان كان تصرفا في الرق فالرق متجزئ أيضا لان محله متجزئ وهو العبد وإذا كان محله متجزئا كان متجزئا ضرورة وأما حكم الاثنيين إذا أعتقا عبدا مشتركا بينهما كان الولاء بينهما نصفين والولاء من أحكام العتق تجزؤه على تجزى العتق وأما الحديث فقد قيل انه غير مرفوع بل هو موقوف على عمر رضى الله عنه وقد روى عنه خلافه فانه روى أنه قال في عبد بين صبي وبالغ أعتق البالغ نصيبه قال ينتظر بلوغ الصبي فإذا بلغ الصبي ان شاء أعتق وان شاء استسعى ولئن ثبت رفعه فتأويله من وجهين أحدهما ان معنى قوله عتق كله أي استحق عتق كله لانه يجب تخرج الباقي إلى العتق لا محالة فيعتق الباقي لا محالة بالاستسعاء أو بالضمان وما كان مستحق الوجود يسمى باسم الكون والوجود قال الله تعالى انك ميت وانهم ميتون والثاني أنه يحتمل أن المراد منه عتق كله للحال ويحتمل ان المراد منه عتق كله عند الاستسعاء والضمان فنحمله على هذا عملا بالاحاديث كلها وأما قولهما ان العتق قوة حكمية فيعتبر بالقوة الحقيقية وثبوتها في البعض شائعا ممتنع فكذا الحكمية فنقول لم قلت ان اعتبار الحكم بالحقيقة لازم ليس ان الملك عبارة عن القدرة الحكمية والقوة والقدرة سواء ثم الملك يثبت في النصف شائعا وهذا لان الامر الشرعي يعرف بدليل الشرع وهو النص والاستدلال لا بالحقائق وما ذكر من الآثار فليست من لوازم العتق ألا ترى أنه يتصور ثبوت العتق بدونها كما في الصبي والمجنون بل هي من الثمرات وفوات الثمرة لا يخل بالذات ثم انها من ثمرات حرية كل الشخص لا من ثمرات حرية البعض فان الولايات والشهادات شرعت قضاء حق العاجزين شكرا لنعمة القدرة وذلك عند كمال النعمة وهو أن ينقطع عنه حق المولى ليصل إلى اقامة حقوق الغير وقولهما لا يتجزأ ثبوته كذا زواله من مشايخنا من منع وقال ان الامام إذا ظهر على جماعة من الكفرة وضرب الرق على انصافهم ومن على الانصاف جاز ويكون حكمهم حكم معتق البعض في حالة البقاء ثم سلمنا فالرق متجزئ في نفسه حالة الثبوت لكنه تكامل لتكامل سببه وهو الاستيلاء إذ لا يتصور وروده على بعض المحل دون بعض وفي حالة البقاء وجود سبب زواله كاملا وقاصرا فيثبت كاملا وقاصرا على حسب السبب وأما التخرج إلى الاعتاق وإمتناع جواز التصرفات فليس لعدم التجزى بل لمعنى آخر نذكره انشاء الله تعالى وأما الاستيلاء فممنوع أنه لا يتجزأ بل هو متجزئ فان الامة المشتركة بين اثنين إذا جازت بولد فادعياه جميعا صارت أم ولد لهما الا أنه إذا ادعى أحدهما صارت كلها أم ولد له لوجود سبب التكامل وهو نسبة كل أم الولد إليه بواسطة الولد على ما نذكره في كتاب الاستيلاء وما من متجزئ الا وله حال الكمال إذا وجد السبب بكامل يتكامل وإذا وجد قاصرا لا يتكامل بل يثبت بقدره وفي مسألتنا وجد قاصرا فلم يتكامل وكذا اعتاق أم الولد متجزئ والثابت له عتق النصف وانما يثبت له العتق في النصف الباقي لا باعتاقه بل لعدم الفائدة في بقاء نصيب الشريك كما في الطلاق والعفو عن القصاص على ما عرف في مسائل الخلاف والله أعلم وإذا عرف هذا الاصل بينى عليه مسائل عبد بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه يعتق نصيبه لا غير عند أبي حنيفة لان الاعتاق عنده متجزئ واعتاق البعض لا يوجب اعتاق الكل بل يعتق بقدر ما أعتق ويبقى الباقي رقيقا وللشريك الساكت خمس خيارات ان شاء أعتق نصيبه وان شاء

دبره وان شاء كاتبه وان شاء استسعاه معسرا كان المعتق أو موسرا ويسعى وهو رقيق وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وليس له خيار الترك على حاله لانه لا سبيل إلى الانتفاع به مع ثوب الحرية في جزء منه وترك المال من غير انتفاع أحد به سبب له وأنه حرام فلا بد من تخريجه إلى العتق وله الخيار في ذلك من الوجوه التي وصفنا أما خيار الاعتاق والتدبير والكتابة فلان نصيبه باق

[ 88 ]

على ملكه وأنه يحتمل لهذه التصرفات كما في حال الابتداء وأما خيار السعاية فلان نصيبه صار محتسبا عند العبد لحقه لثبوت العتق له في نصفه فيصير مضمونا عليه كما إذا انصغ ثوب انسان بصيغ غيره من غير صنع أحد فاختر صاحب الثوب انه يجب عليه ضمان الصيغ لصيرورة الصيغ محتسبا عنده لقيامه بثوب مملوك له لا يمكنه التمييز كذا ههنا ولان في السعاية سلامة نفسه ورقبته له وان لم تصر رقبته مملوكة له ويجوز ايجاب الضمان بمقابلة سلامة الرقبة من غير تملك كالمكاتب وشراء العبد نفسه من مولاه ولان منفعة الاعتاق حصلت فكان عليه ضمانه لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ثم خيار السعاية مذهبا وقال الشافعي لا أعرف السعاية في الشريعة والوجه لقوله ان ضمان السعاية اما أن يكون ضمان اتلاف واما أن يكون ضمان تملك ولا اتلاف من العبد بوجه إذ لا صنع له في الاعتاق رأسا ولا ملك يحصل للعبد في نفسه بالضمان ولان المولى لا يجب له على عبده دين لما فيه من الاستحالة وهى كون الشئ الواحد واجبا عليه وله ولان العبد معسر والضمان في هذا الباب لا يجب على المعسر ألا ترى أنه لا يجب على المعتق إذا كان معسرا مع وجود الاعتاق منه فالعبد أولى ولنا ما روينا من حديث أبي هريرة رضى الله عنه وروى محمد ابن الحسن عن أبى يوسف عن الحجاج بن أرطاة عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق عبدا بينه وبين شريكه يقوم نصيب شريكه قيمة عدل فان كان موسرا ضمن نصيب شريكه وان كان معسرا سعى العبد غير مشقوق عليه فدل ان القول بالسعاية لازم في الجملة عرفها الشافعي أو لم يعرفها وكذا ما ذكرنا من المعاني وبه يتبين ان ضمان السعاية ليس ضمان اتلاف ولا ضمان تملك بل هو ضمان احتباس وضمان سلامة النفس والرقبة وحصول المنفعة لان ذلك من أسباب الضمان على ما بينا وقوله لا يجب للمولى على عبده دين قلنا وقد يجب كالمكاتب والمستسعى في حكم المكاتب عنده إلى أن يؤدي السعاية إلى الشريك الساكت إذا اختار السعاية أو إلى المعتق إذا ضمنه الشريك الساكت لانه يسعى لتخليص رقبته عن الرق كالمكاتب وثبت فيه جميع أحكام المكاتب من الارث والشهادة والنكاح فلا يرث ولا يورث ولا يشهد ولا يتزوج الا اثنتين لا يفترقان الا في وجه واحد وهو أن المكاتب إذا عجز يرد في الرق والمستسعى لا يرد في الرق إذا عجز لان الموجب للسعاية موجود قبل العجز وبعده وهو ثبوت الحرية في جزء منه ولان رده في الرق ههنا لا يفيد لانا لو رددناه إلى الرق لاحتجنا إلى أن نجبره على السعاية عليه ثانيا فلا يفيد الرق فان قيل بدل الكتابة لا يلزم العبد الا برضاه والسعاية تلزمه من غير رضاه فأنى يستويان فالجواب انه انما كان كذلك لان بدل الكتابة يجب بحقيقة العقد إذ الكتابة معاوضة من وجه فافتقرت إلى التراضي والسعاية لا تجب بعقد الكتابة حقيقة بل مكتوبة حكمية ثابتة بمقتضى اختيار السعاية فلا يقف وجوبها على الرضا لان الرضا انما شرط في الكتابة المبتدأة لانه يجوز أن يرضى بها العبد ويجوز أن لا يرضى بها ويختار البقاء على الرق فوقفت على الرضا وههنا لا سبيل إلى استبقائه على الرق شرعا إذ لا يجوز ذلك فلم يشترط رضاه للزوم السعاية ثم اختلف

أصحابنا فقال أبو حنيفة هذا الخيار يثبت للشريك الذي لم يعتق سواء كان المعتق معسرا أو موسرا وقال أبو يوسف ومحمد لا يثبت إلا إذا كان معسرا لان الاعتاق لما لم يكن متجزئا عندهما كان المعتق متلفا نصيب الشريك فوجب عليه الضمان ووجوب الضمان يمنع وجوب السعاية فكان ينبغي أن لا يجب حال الاعسار أيضا وأن لا يكون الواجب إلا الضمان في الحالين جميعا وهو قول بشر بن غياث المريسي وهو القياس لان ضمان الاتلاف لا يختلف بالاعسار واليسار إلا أنا عرفنا وجوبها على خلاف القياس بالنص الذي روينا والنص ورد فيها في حال الاعسار فحال اليسار يقف على أصل القياس ولما كان متجزئا عنده لم يكن الاعتاق اتلافا لنصيب الشريك حتى ويجب ضمان الاتلاف لكن بقى نصيبه محتسبا عند العبد بحقه بحيث لا يمكن استخلاصه منه وهذا يوجب الضمان على ما بينا وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين حال اليسار وبين حال الاعسار فيثبت خيار السعاية في الحالين وإذا عتق بالاعتاق أو بالسعاية أو ببدل الكتابة فالولاء بينهما لان الولاء للمعتق والاعتاق حصل منهما وأما خيار التضمين حال يسار

[ 89 ]

المعتق فأمر ثبت شرعا غير معقول المعنى بالاحاديث التي روينا لان الاعتاق إذا كان متجزئا عنده كان المعتق متصرفا في ملك نفسه على طريق الاقتصار ومن تصرف في ملك نفسه لا يؤاخذ بما حدث غيره عند تصرفه لا بتصرفه كمن أحرق دار نفسه فاحترقت دار جاره أو اسقى أرض نفسه فنزت أرض جاره أو حفر بئرا في دار نفسه فوقع فيها انسان ونحو ذلك إلا أن وجوب الضمان حالة اليسار ثبت بالنصوص تعبدا غير معقول فتبقى حالة الاعسار على أصل القياس أو ثبت معقولا بمعنى النظر للشريك كى لا يتلف ماله بمقابلة مال في ذمة المفلس من غير صنع من المعتق في نصيب شريكه فصلح أن يكون موجبا للضمان ومن غير أن يكون في مقابلته عوض فيكون ضمان صلة وتبرع كنفقة المحارم وضمن الصلة والتبرع إنما يجب حالة اليسار كما في نفقة الاقارب أو وجب نظرا للعبد لانه تبرع عليه باعتاق نصفه فلم يتم غرضه في ايصال ثمرات العتق إلى العبد فوجب عليه الضمان تتيما لغرضه فيختص وجوبه بحالة اليسار ومن مشايخنا من سلك طريقة أخرى لابي حنيفة في ضمان العتق فقال هذا ضمان افساد عنده لان المعتق باعتاقه نصيبه أفسد نصيب شريكه حيث أخرجه من أن يكون منتفعا به في حقه حتى لا يملك فيه سائر التصرفات المزيلة للملك عقيب فعلة وإنما يملك الاعتاق والسعاية والحكم متى ثبت عقيب وصف مؤثر يضاف إليها إلا أنه لا يجب على المعسر نصا بخلاف القياس ومنهم من قال هو ضمان تملك لانه بوجوب الضمان على المعتق يصير نصيب شريكه ملكا له حتى كان له أن يعتق نصيبه مجانا بغير عوض وان شاء استسعى العبد وهذا تفسير ضمان التملك أن يكون بمقابلة الضمان ملك العوض وهذا كذلك ولهذا كان ضمان الغصب ضمان تملك وضمن التملك لا يستدعى وجود الاتلاف كضمن الغصب فان قيل كيف يكون ضمان التملك والمضمون وهو نصيب الشريك لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك قيل يحتمل النقل إلى ملك المعتق بالضمان ان كان لا يحتمل النقل إلى ملك غيره ويجوز بيعه منه أيضا في القياس هكذا ذكر في الاصل وقال ان باع الذي لم يعتق نصيبه من المعتق أو وهبه له على عوض أخذ منه وهذا واختياره الضمان سواء في القياس غير أن هذا أفحشهما والبيع هو نقل الملك بعوض إلا أن في الاستحسان لا يجوز بيعه من المعتق كما لا يجوز من غيره لكن هذا لا ينفى جواز النقل لا على وجه البيع فان الشئ قد يحتمل النقل إلى انسان بالضمان وان كان لا يحتمله بجهة البيع فان الخمر تنتقل إلى

المسلم بالضمان بأن أتلّف على ذمى خمره وان كانت لا تنتقل إليه بالبيع على أن قبول المحل لانتقال الملك فيه بشرط حال انعقاد السبب لا حال أداء الضمان لانه لا يملكه من ذلك الوقت فيراعى قبول المحل في ذلك الوقت ألا ترى أن من غصب من آخر عبدا فهلك في يده ثم ادعى الضمان أنه يملكه ومعلوم ان الهالك لا يقبل الملك لكن لما كان قابلا وقت انعقاد السبب والملك يثبت من ذلك الوقت يعتبر قبول المحل فيه وكذا ههنا ثم إذا ضمن الذى أعتق فالمعتق بالخيار ان شاء أعتق ما بقى وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لما ذكرنا في الشريك الذى لم يعتق لان نصيبه انتقل إليه فقام مقامه وبأى وجه عتق من الاعتاق أو السعاية فولاء العبد كله له لانه عتق كله على ملكه هذا إذا كان المعتق موسرا فأما ان كان معسرا فللشريك أربع خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لما ذكرنا وأما على قول أبى يوسف ومحمد فيعتق كله لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ فكان اعتاق بعضه اعتاقا لكليه ولا خيار للشريك عندهما وانما له الضمان لا غير ان كان المعتق موسرا وان كان معسرا فله السعاية لا غير لما ذكرنا ان المعتق صار متلفا نصيب الشريك فكان ينبغى أن يكون الواجب هو الضمان في حالة اليسار والاعسار الا أن وجوب السعاية حال الاعسار ثبت بخلاف القياس بالنص وأما على قول الشافعي ان كان المعتق موسرا عتق كله وللشريك أن يضمه لا غير كما قالا وان كان معسرا يعتق ما أعتق ويبقى الباقي محلا لجميع التصرفات المزيلة للملك من البيع والهبة وغير ذلك لان الاعتاق عنده لا يتجزأ في حالة اليسار وفي حالة الاعسار يتجزأ لما ذكرنا من الدلائل لابي حنيفة فيقتصر حكم تصرف المعتق على نصيبه فيبقى نصيبه على ما كان من مشايخنا من قال لا خلاف بين أصحابنا في أن العتق لا يتجزأ وانما اختلفوا في الاعتاق وهذا غير سديد لان الاعتاق لما كان

[ 90 ]

متجزئا عند أبى حنيفة كان العتق متجزئا ضرورة إذ هو حكم الاعتاق والحكم يثبت على وفق العلة ولما لم يكن متجزئا عندهما لم يكن الاعتاق متجزئا أيضا لما قلنا ولان القول بهذا قول بتخصيص العلة لانه يوجد الاعتاق في النصف ويتأخر العتق فيه إلى وقت الضمان أو السعاية وانه قول بوجود العلة والحكم وهو تفسير تخصيص العلة وأنه باطل لنا ان العتق وان ثبت في نصيب المعتق على طريق الاقتصار عليه لكن في الاعتاق حق الله عزوجل وحق العبد بالاجماع وانما اختلفوا في الرجحان فالقول بالتمليك ابطال الحقين وهذا لا يجوز وكذا فيه اضرار بالمعتق باهدار تصرفه من حيث الثمرة للحال واضرار بالعبد من حيث الحاق الذل به في استعمال النصف الحر والضرر منقى شرعا فان قيل ان كان في التمليك اضرار بالمعتق ففي المنع من التمليك اضرار بالشريك الساكت لما فيه من منعه من المتصرف في ملكه فوقع التعارض فالجواب اننا لا نمنع من التمليك أصلا ورأسا فان له ان يضمن المعتق ويستسعى العبد ويكاتبه وفي التضمن تمليكه من المعتق بالضمان وفي الاستسعاء والمكاتبة ازالة الملك إلى عوض وهو السعاية وبذل الكتابة فكان فيما قلنا رعاية الجانبين فكان أولى فان اختار التدبير فدبر نصيبه صار نصيبه مدبرا عند أبى حنيفة لان نصيبه باق على ملكه يحتمل التخريج إلى العتق والتدبير تخريج إلى العتق الا أنه لا يجوز له أن يتركه على حاله ليعتق بعد الموت بل يجب عليه السعاية للحال فيؤدى فيعتق لان تدبيره اختيار منه للسعاية وله أن يعتق لان المدبر قابل للاعتاق وليس له أن يضمن المعتق لان التضمن يقتضى تملك المضمون والمدبر لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك لان تدبيره اختيار منه للسعاية واختيار السعاية يسقط ولاية التضمن

على ما نذكر ان شاء الله تعالى وان اختار الكتابة فكاتب نصيبه يصير نصيبه مكاتباً عند أبي حنيفة لما ذكرنا وكانت مكاتبته اختياراً منه للسعاية حتى لا يملك تضمين المعتق بعد ذلك ولان ملك المكاتب وهو مكاتب لا يحتمل النقل أيضاً فتعذر التضمين ويملك اعتاقه لان الكتابة لا تمنع من الاعتاق ثم معتق البعض إذا كوتب فالامر لا يخلو اما ان كاتبه على الدراهم والدنانير واما ان كاتبه على العروض واما ان كاتبه على الحيوان فان كاتبه على الدراهم والدنانير فان كانت المكاتبه على قدر قيمته جازت لانه قد ثبت له اختيار السعاية فإذا كاتبه على ذلك فقد اختار السعاية وتراضيا عليها وان كاتبه على أقل من قيمته يجوز أيضاً لانه رضى باسقاط بعض حقه وله أن يرضى باسقاط الكل فهذا أولى وان كاتبه على أثر من قيمته فان كانت الزيادة مما يتغابن الناس في مثلها جازت أيضاً لانها ليست زيادة متحققة لدخولها تحت تقوم أحد المقومين وان كانت مما لا يتغابن الناس في يطرح عنه الفضل لان مكاتبته اختياراً للسعاية والسعاية من جنس الدراهم والدنانير فلا يجوز أخذ الزيادة على القدر المستحق لانه يكون ربا وان كانت المكاتبه على العروض جازت بالقليل والكثير لان الثابت له عليه وهو السعاية من جنس الدراهم والدنانير بالعروض جائز قلت العروض أو كثرت وان كانت على الحيوان جازت لان الحيوان يثبت دينا في الذمة عوضاً عما ليس بمال ولهذا جاز ابتداء الكتابة على حيوان ويجب الوسط كذا هذا ولو صالح الذي لم يعتق العبد أو المعتق على مال فهذا لا يخلو عن الاقسام التي ذكرناها في الكتابة فان كان الصلح على الدراهم والدنانير على نصف قيمته لاشك أنه جائز وكذا إذا كان على أقل من نصف قيمته لانه يستحق نصف القيمة فإذا رضى بدونه فقد أسقط بعض حقه فيجوز وكذا ان كان على أكثر من نصف قيمته مما يتغابن الناس في مثله لما قلنا فأما إذا كان على أكثر من نصف قيمته مما لا يتغابن الناس في مثله فالفضل باطل في قولهم جميعاً أما على أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر لان نصف القيمة قد وحب على العبد أو على المعتق والقيمة من الدراهم والدنانير فالزيادة على القدر المستحق تكون فضل مال لا يقابله عوض في عقد المعاوضة فيكون ربا كمن كان له على آخر ألف درهم فصالحه على ألف وخمسمائة ان الصلح يكون باطلا كذا هذا وهذا على أصلهما مطرد لان عندهما أن من أتلف على آخر مالا مثل له أو غصب منه مالا مثل له فهلك في يده فالثابت في ذمته القيمة حتى لو صالح على أكثر من قيمته لا يجوز عندهما فكذا ضمان العتق لانه ضمان اتلاف عندهما وأما عند أبي حنيفة فالصلح عن المتلف أو المغصوب على

[ 91 ]

أضعاف قيمته جائز وههنا نقول لا يجوز فيحتاج إلى الفرق بين المسئلتين والفرق له من وجوه أحدهما ان الواجب بالاتلاف والغصب فيما لا مثل له من جنسه في ذمة المتلف والغاصب هو المتلف لا قيمته فإذا صالح على أكثر من قيمة المتلف والمغصوب كان ذلك عوضاً عن المتلف فجاز وضمن العتق ليس بضمن اتلاف ولا ضمان غصب عنده لثبوت المتلف والمغصوب في الذمة فكان الثابت في الذمة هو القيمة وهي دراهم ودنانير فلا يجوز الصلح على أكثر منها والثاني ان الغاصب انما يملك المغصوب عند اختيار الضمان لا قبله بدليل ان له أن لا يضمه ليهلك على مكله فيتاب على ذلك وبخاصم الغاصب يوم القيامة فكان المغصوب قبل اختيار الضمان على ملك المغصوب منه فكان هذا صلحاً عن العبد على هذا القدر من المالكين فكانه ملكه منه به وأنه محتمل للملك فصح ومعتق البعض لا يحتمل التملك مقصوداً فكان الصلح عن قيمته فلا يجوز لما بينا والثالث ان الضمان في باب الغصب يجب وقت



الغصب لانه هو السبب الموجب للضمان فيثبت الملك إلى الغاصب في المغصوب في ذلك الوقت وانه في ذلك الوقت قابل للتمليك فيصح الصلح على القليل والكثير والضمان في باب العتق يجب وقت العتاق والعبد في ذلك الوقت لا يحتمل التمليك مقصودا فالصلح لا يقع عن العبد وانما يقع عن قيمته فلا تجوز الزيادة من قيمته وان كان الصلح على عرض جاز بالقليل والكثير لان ذلك بيع العرض بالدراهم والدنانير وذلك جائز كيفما كان وان صالحه على شئ من الحيوان كالعبد والفرس ونحوهما فان صالح العبد جاز وعليه الوسط وان صالح المعتق لم يجز لان في الفصل الاول جعل الحيوان بدلا عن العتق وانه ليس بمال والحيوان يثبت دينا في الذمة بدلا عما ليس بمال كالاتفاق على مال والكتابة والنكاح والصلح عن دم العمد ولان الصلح مع العبد في معنى مكاتبته وان كاتبه على عبد مطلق أو فرس يصح ويجب الوسط كذا هذا وأما في الفصل الثاني فانما جعل الحيوان بدلا عن القيمة وانها مال والحيوان لا يثبت دينا في الذمة بدلا عن المال كالبيع ونحوه ولو كان شريك المعتق في العبد صبيا أو مجنونا له أب أو جد أو وصى فوليه أو وصيه بالخيار ان شاء ضمن المعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء كاتبه وليس له أن يعتق أو يدبر لان التدبير اعتاق والصبى والمجنون لا يملكان الاعتاق فلا يمكنه من يلى عليهما وانما ملك الاب والوصى الاستسعاء والتضمين لان الاستسعاء مكاتبه والاب والوصى يملكان مكاتبه عبد الصبى والمجنون والتضمين فيه نقل الملك إلى المعتق فيشبهه البيع وهما يملكان بيع مال الصبى والمجنون وكذلك لو كان الشريك مكاتبا ماذونا عليه دين أنه يتخير بين الضمان والسعاية والمكاتبه الا أنهما لا يملكان الاعتاق لانعدام ملك الرقبة أما ثبوت الخيار للمكاتب فلا شك فيه لانه أخص بالتصرف فيما في يده من المولى وأما الماذون الذي عليه دين فكذلك لان المولى لا يملك ما في يده على أصل أبى حنيفة فيكون الخيار للعبد وعلى أصلهما ان كان يملك لكن العبد أخص بالتصرف فيما في يده من المولى فان لم يكن عليه دين فالخيار للمولى كما في الحرية لانه إذا لم يكن عليه دين فهو وما في يده ملك المولى فكان الخيار للمولى فان اختار الشريك السعاية ففي الصبى والمجنون الولاء لهما لانهما من أهل الولاء لكونهما حربين وفي المكاتب والماذون الولاء للمولى لكونهما رقيقين والولاء لا يثبت الا للحر وان لم يكن للصغير والمجنون ولى ولا وصى فان كان هناك حاكم نصب الحاكم من يختار لهما أصلح الامور من التضمين والاستسعاء والمكاتبه وان لم يكن هناك حاكم وقف الامر حتى يبلغ الصبى ويفيق المجنون فيستوفيان حقوقهما من الخيارات الخمس ثم إذا اختلف حكم اليسار والاعسار في الضمان لابد من معرفتهما فاليسار هو أن يملك المعتق قدر قيمة ما بقى من العبد قلت أو كثرت والاعسار هو أن لا يملك هذا القدر لا ما يتعلق به حرمة الصدقة وحلها حتى لو ملك هذا القدر كان للشريك ولاية تضمينه والا فلا إلى هذا وقعت الاشارة فيما روينا من حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن رسول اله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان له شقص في مملوك فأعتقه فعليه خلاصه من ماله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد في رقبته غير مشقوق عليه اعتبر مطلق المال لا النصاب وأشار صلى الله عليه وسلم إلى أن الواجب تخليص العبد وبهذا القدر يحصل التخليص وبدونه لا يحصل

[ 92 ]

ثم يسار المعتق واعساره يعتبر وقت الاعتاق حتى لو كان معسرا وقت الاعتاق لا يضمن وأن أيسر بعد ذلك لان ذلك وقت وجوب الضمان فيعتبر ذلك الوقت كضمان الاتلاف والغصب ولو اختلفا في اليسار والاعسار فان كانا مختلفين حال الاعتاق

فالقول قول المعتق لان الاصل هو الفقر والغنا عارض فكان الظاهر شاهدا للمعتق والبينة بينة الآخر لانها تثبت زيادة وان كان الاعتاق متقدما واختلفا فقال المعتق أعتقت عام الاول وأنا معسر ثم أيسرت فيعتبر ذلك الوقت وقال الآخر بل أعتقته عام الاول وأنت موسر فالقول قول المعتق وعلى الشريك اقامه البينة لان حالة اعتبار اليسار والاعسار شاهد للمعتق فيحكم الحال كما إذا اختلف صاحب الرحي والطحان في انقطاع الماء وجريانه أنه يحكم الحال كذا ههنا وقد قال أبو يوسف في عبيدين بين رجلين قال أحدهما أحدكما حر وهو فقير ثم استغنى ثم اختار أن يوقع العتق على أحدهما ضمن نصف قيمته يوم العتق وكذلك لو كان مات قبل أن يختار وقد استغنى قبل موته ضمن ربع قيمة كل واحد منهما انما انظر إلى حاله يوم أوقع بمنزلة من كاتب نصيبه من العبد ثم أدى العبد فيعتق ثم انما أنظر إلى حال مولاه يوم عتق المكاتب ولا أنظر إلى حاله يوم كاتب وهذا على أصله صحيح لان اضافة العتق إلى المجهول تعليق لعتق عبده بشرط الاختيار كانه علقه به نصا فيعتبر حاله يوم الاختيار لانه يوم العتق كما لو قال لعبد مشترك بينه وبين غيره ان دخلت الدار فأنت حر فدخل انه يضمن نصف قيمته يوم دخل الدار لا يوم اليمين لان يوم الدخول هو يوم العتق وأما على أصل محمد فاضافة العتق إلى المجهول تنجز وانما الاختيار تعيين لمن وقع عليه العتق فيعتبر صفة العتق في يساره واعساره يوم التكلم بالعتق وكذا يعتبر قيمة في العبد في الضمان السعاية يوم الاعتاق حتى لو علمت قيمته يوم أعتق ثم ازدادت أو انتقصت أو كاتب أمة فولدت لم يلتفت إلى ذلك ويضمنه قيمته يوم أعتقه لانه يوم وجوب الضمان فيعتبر قيمته يومئذ كما في الغصب والاتلاف وان لم يعلم ذلك واختلفا فجملة الكلام فيه ان العبد لا يخلو اما أن يكون قائما وقت الخصومة واما أن يكون هالكا اتفقا على حال المعتق أو اختلفا فيها والاصل في هذه الجملة ان الحال ان كانت تشهد لاحدهما فالقول قوله لان الحال شاهد صادق أصله مسألة الطاحونة وان كانت لا تشهد لاحدهما فالقول قول المعتق لانه منكر فان كان العبد قائما وقت الخصومة واتفقا على العتق في الحال واختلفا في قيمته بأن قال المعتق قد أعتقته اليوم وقيمه وكذا وقال شريكه نعم أعتقته اليوم الا ان قيمته أكثر من ذلك يرجع إلى قيمته للحال ولا يعتبر التحالف والبينة لان الحال اصدق وكذا لو اختلفا في حال العتق فقال المعتق أعتقته قبل هذا وكانت قيمته كذا وقال الآخر أعتقته اليوم وقيمه أكثر أو قال المعتق أعتقته اليوم وقيمه كذا وقال الآخر بل أعتقته قبل ذلك وقيمه كانت أكثر رجع إلى قيمته في الحال لان الحال إذا شهدت لاحدهما فالظاهر ان قيمته كانت كذلك وقت الاعتاق إذ الاصل دوام الحال والتغير خلاف الاصل فكان الظاهر شاهدا له فأشبه اختلاف صاحب الطاحونة مع الطحان في انقطاع الماء وجريانه أنه يحكم الحال فيه كذا هذا وان اتفقا على أن العتق كان متقدما على زمان الخصومة لكن قال المعتق قيمته كانت كذا وقال الشريك بل كانت أكثر فههنا لا يمكن تحكيم الحال بالرجوع إلى قيمة العبد في الحال لانها تزيد وتنقص في المدة ويكون القول قول المعتق لان الشريك يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كالمثلث والغاصب وقالوا في الشفعة إذا احترق البناء واختلف الشفيع والمشتري في قيمته وقيمة الارض ان المرجع إلى قيمة الارض في الحال والقول قول المشتري في البناء لان الشفيع يريد أن يملك عليه الارض بالشفعة فلا يجوز أن يملكها الا بقوله فاما المعتق فلا يريد أن يملك على شريكه وانما شريكه يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر وكذلك إذا كان العبد هالكا فالقول قول المعتق لما قلنا انه منكر للزيادة والله عزوجل أعلم فان هلك العبد قبل ان يختار الشريك الذي لم يعتق شيأ هل له أن يضمن المعتق إذا كان موسرا اختلفت الرواية فيه عن أبي حنيفة روى محمد عنه وهو رواية الحسن

واحدى روايتي أبى يوسف ان له أن يضمن المعتق وروى أبو يوسف رواية أخرى عنه أنه لا ضمان على المعتق وجه هذه الرواية ان تضمن المعتق ثبت نسا

[ 93 ]

بخلاف القياس لما بينا فيما تقدم ان الشريك بالاعتاق تصرف في نصيب نفسه على وجه الاقتصار عليه لبقاء نصيب الشريك على ملكه ويده بعد الاعتاق الا ان ولاية التضمنين ثبتت شرعا بشريطة نقل ملك المضمون إلى الضمان فإذا هلك لم يبق الملك فلا يتصور نقله فتبقى ولاية التضمنين على أصل القياس وجه رواية محمد ان ولاية التضمنين قد ثبتت بالاعتاق فلا تبطل بموت العبد كما إذا مات العبد المغصوب في يد الغاصب وأما قوله ملك الشريك بهلاك العبد خرج عن احتمال النقل فنقول الضمان يستند إلى وقت الاعتاق فيستند ملك المضمون إلى ذلك الوقت كما في باب الغصب وهو في ذلك الوقت كان محتملا للنقل فأمكن ايجاب الضمان وإذا ضمن المعتق يرجع المعتق بما ضمنه في تركة العبد ان كان له تركة وان لم يكن فهو دين عليه لما ذكرنا من أصل أبى حنيفة ان نصيب الشريك يبقى على ملكه وله أن يضمن المعتق ان كان موسرا وإذا ضمنه ملك المعتق نصيبه بالسبب السابق وهو الاعتاق وكان له أن يرجع بذلك في تركة العبد كما كان له أن يأخذ منه لو كان حيا وان كان معسرا فله أن يرجع في تركة العبد وان لم يترك شيئا فلا شيء للشريك لان حقه عليه وهو قد مات مفلسا هذا إذا مات العبد وأما إذا مات أحد الشريكين فان مات المعتق فلا يخلو اما أن يكون الاعتاق منه في حال صحته واما أن يكون في حال مرضه فان كان في حال صحته يؤخذ نصف قيمة العبد من تركته بلا خلاف وان كان في حال مرضه لم يضمن شيئا حتى لا يؤخذ من تركته وهذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يستوفي الشريك من ماله قيمة نصيبه وهذا مبنى على الاصل الذي ذكرنا ان الاعتاق لا يتجزأ عندهما وعندة يتجزأ ووجه البناء على هذا الاصل ان الاعتاق لما لم يكن متجزئا عندهما كان ضمان العتق ضمان اتلاف وضمن الاتلاف لا يختلف بالصحة والمرض ولما كان متجزئا عنده كان المعتق متصرفا في ملك نفسه على طريق الاقتصار ومثل هذا لا يوجب الضمان في أصول الشرع ولهذا لو كان معسرا لا يجب الضمان ولو كان اعتاقه اتلافا أو افسادا لنصيب شريكه معنى لوجب الضمان لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار الا أنا عرفنا وجوب الضمان بالنص وانه ورد في حال اليسار المطلق وذلك في حالة الصحة لانها حال خلوص أمواله وفي مرض الموت يتعلق بها حق الورثة حتى لا يصح اقراره للورثة أصلا ويصح تبرعه على الأجنبي الا من الثلث ولا تصح كفالته ولا اعتاقه الا من الثلث فلم يكن حال المرض حال يسار مطلق ولا ملك مطلق فبقى الامر فيها على أصل القياس ولان ضمان العتق ضمان صلة وتبرع لوجوبه من غير صنع من جهة المعتق في نصيب الشريك ألا ترى أنه لا يجب على المعسر والصلات إذا لم تكن مقبوضة تسقط بالموت كنفقة الاقارب والزكاة وغير ذلك والى هذا أشار محمد لابي حنيفة أنه لو وجب الضمان على المريض ويؤخذ من تركته يكون هذا من مال الوارث والمعنى فيه ان الشرع جعل الثلث للمريض في حال مرض موته والثلثين للورثة قال النبي صلى الله عليه وسلم انه الله تعالى تصدق عليكم بثلت أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم وهكذا نقول في حالة الصحة أنه يجب صلة ثم قد ينقلب معاوضة في حالة البقاء فانه يثبت به الملك في المضمون في حق الاعتاق والاستسعاء كالهبة بشرط العوض انه ينعقد صلة ثم ينقلب معاوضة وكذا الكفالة تتعقد تبرعا حتى لا تصح الا ممن هو أهل التبرع ثم تنقلب معاوضة وانما انقلبت معاوضة لانه يوجب الملك في رقبة الغير مجازاة

لصلته أو تحملا عن العبد لان الضمان عليه في الحقيقة لحصول النفع له ثم له حق الرجوع في مالية العبد بالسعاية كما في الكفالة لان الكفيل يكون متبرعا في التحمل عن المكفول عنه ثم إذا صح تحمله وملك ما في ذمته بالاداء إلى المكفول له انقلبت معاوضة الأتري أن من قال في حال الصحة ما كان لك على فلان فهو على ثم كان له على فلان في مرضه فأخذ ذلك من المريض فانه يعتبر من جميع المال لا من الثلث ويؤخذ من تركته ولو وجد ابتداء الكفالة في المرض يكون المؤدى معتبرا من الثلث فدل على التفرقة بين الفصلين وان مات الشريك الذي لم يعتق ثبت الخيار لورثته فان اجتمعوا على شئ من الاعتاق أو التضمين أو الاستسعاء وغير ذلك فلهم ذلك بلا خلاف لانهم يخلفون الميت ويقومون مقامه وكان للمورث ذلك قبل موته فكذا لهم وان انفردوا فأراد بعضهم الاعتاق

[ 94 ]

وبعضهم التضمين ذكر في الاصل أن لهم ذلك وقال الحسن بن زياد انه ليس لهم ذلك الا أن يعتقوا أو يستسعوا أو يضمنوا والظاهر أنه رواية عن أبي حنيفة لان الاعتاق عند الحسن لا يتجزأ كما لا يتجزأ عند أبي يوسف ومحمد فلا يصح هذا التفرع على مذهبه وجه ما ذكر في الاصل ان نصيب الشريك قد بقى على ملكه عند أبي حنيفة لتجزئ الاعتاق عنده وقد انتقل نصيبه إلى الورثة بموته فصاروا كالشركاء في الاصل في العبد أعتق أحدهم نصيبه ان للباقيين أن يختار كل واحد منهم ما يشاء كذا هذا وجه رواية الحسن ان الورثة انتقل إليهم ما كان للميت وما كان له أن يختار الضمان في البعض والسعاية في البعض فكذا لهم ولان المستسعى بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة ومن كاتب عبده ثم مات ليس لورثته أن ينفردوا بأن يختار بعضهم الاعتاق وبعضهم التضمين وبعضهم الاستسعاء بل ليس لهم الا أن يجتمعوا على شئ واحد اما العتق واما الضمان كذا هذا ثم على رواية الحسن لو أعتق بعضهم كان اعتاقه باطلا ما لم يجتمعوا على الاعتاق لان المستسعى كالمكاتب على أصل أبي حنيفة ولو مات المولى فأعتق بعض الورثة المكاتب كان اعتاقه باطلا ما لم يجتمعوا عليه كذا هذا فإذا اجتمعوا على عتقه يعتق بلا خلاف والولاء يكون للميت حتى ينتقل إلى الذكور من ورثته دون الاناث وهو فائدة كونه للميت لان من أصل أبي حنيفة ان المعتق بعضه في معنى المكاتب والمكاتب لا ينتقل فيه بالارث فكان ولاؤه للميت كذا هذا وإذا كان المعتق موسرا يوم أعتقه فاختار الشريك تضمينه ثم أراد أن يرجع عن ذلك ويختار السعاية ذكر في الاصل أنه ليس له ذلك ولم يفصل بين ما إذا رضى المعتق بالضمان أو حكم به الحاكم أو لم يرض به المعتق أو حكم به الحاكم وروى ابن سماعة عن محمد ان له ذلك ما لم يقبل المعتق منه لتضمين أو يحكم به الحاكم فان قبل أو حكم به الحاكم فليس له ذلك من المشايخ من لم يجعل في المسألة اختلاف الرواية وجعل ما ذكره ابن سماعة عن محمد من التفصيل تفسيراً لما ذكره في ظاهر الرواية واليه ذهب الجصاص وقال أراد بما ذكر في الكتاب إذا قضى به القاضى أو رضى به الشريك وحكى عن الكرخي والجصاص أنهما جعلاً مسألة الغاصب وغاصب الغاصب على هذا أنه اختار المغصوب منه تضمين أحدهما ثم بدا له واختار تضمين الآخر فله ذلك الا أن يرضى به المضمن أو يقضى به القاضى ومنهم من جعل في المسألة روايتين وجه ما ذكر في الاصل ان له خيار التضمين وخيار السعاية والمخير بين شيئين إذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر فكان اختياره التضمين ابراء للعبد عن السعاية ولهذا لو اختار السعاية لم يكن له أن يختار الضمان وكانت نفس اختيار السعاية ابراء له عن الضمان من غير قضاء ولا رضا كذا إذا اختار الضمان وجه رواية ابن سماعة ان اختيار

الشريكين تضمين المعتق ايجاب الملك له في المضمون بعوض وهو الضمان وذلك لا يتم الا بالرضا أو بالقضاء فما لم يوجد أحدهما لا يتم له الاختيار وكان له الرجوع عنه إلى السعاية بخلاف ما إذا اختار الشريك السعاية أنه لا يكون له خيار التضمين بعد ذلك رضى بذلك العبد أو لم يرض لان اختيار السعاية على العبد ليس فيه ايجاب الملك للعبد بعوض حتى يقف ذلك على رضاه فلا يقف عليه فان أعتق أحدهما نصيب صاحبه لم يعتق منه شئ أما على أصل أبي حنيفة فظاهر لان العتق يتجزأ فيقتصر العتق على نصيب المعتق فإذا صادف ملك غيره لم ينفذ وأما على أصلهما فالعتق وإن كان لا يتجزأ لكن لا بد من ثبوت العتق فنصيبه ثم يسرى إلى نصيب شريكه فإذا أضاف الاعتاق إلى نصيب شريكه لم يثبت العتق في نصيب نفسه فلا يتعدى إلى نصيب الشريك وإن كان المعتق جارية حاملا لا يضمن المعتق من قيمة الولد شياً لان الحمل بمنزلة طرف من أطرافها والأطراف بمنزلة الأوصاف والأوصاف لا تفرد بالضمان الا بعد وجود سبب وجوب الضمان فيها مقصودا ولان الحمل في الأدمية نقصان فكيف يلزمه بنقصان المتلف زيادة ضمان وكذلك كل حمل يعتق أمه إذا كان المعتق مالكهما كما في الرهن وإن لم يكن مالكا للولد كما في الجارية الموصى برقبته لرجل وبحملها لآخر فأعتق صاحب الرقبة الام يعتق الحمل ويضمن قيمته لصاحبه لان الولد انفرد عن الام في الملك فجاز أن ينفرد بالضمان وإن كان العبد بين جماعة فاعتق أحدهما نصيبه فاختار بعض الشركاء الضمان وبضعهم السعاية

[ 95 ]

وبعضهم العتق فذلك لهم ولكل واحد منهم ما اختار في قول أبي حنيفة لان اعتاق نصيبه أوجب لكل واحد منهم الخيارات ونصيب كل واحد لا يتعلق بنصيب الآخر فكان لكل واحد منهم ما اختار وعلى هذا الأصل قال أبو حنيفة في عبد بين ثلاثة أعتق أحدهم نصيبه ثم أعتق الآخر بعده فللثالث ان يضمن المعتق الاول ان كان موسرا وان شاء أعتق أو دبر أو كاتب أو استسعى لان نصيبه بقى على ملكه فثبت له الخيارات للتخريج إلى الاعتاق وليس له أن يضمن المعتق الثاني وإن كان موسرا لان تضمين الاول ثبت على مخالفة القياس لما ذكرنا انه لا صنع للمعتق في نصيب الشريك باتلاف نصيبه وانما عرفناه بالنص نظرا للشريك وانه يحصل بتضمين الاول ولان ضمان العتق ضمان معاوضة في الأصل فإذا أعتق الاول فقد ثبت للشريك حق نقل الملك المضمون إليه باختيار الضمان وتعلق بذلك النقل حق الولاء والولاء لا يلحقه الفسخ فلا يملك نقل حق التضمين لا غيره فان اختار تضمين الاول فالاولى ان يعتق وإن شاء دبر وإن شاء كاتب وإن شاء استسعى لانه قام مقام المضمن وليس له ان يضمن المعتق الثاني لان الاول لم يكن له ان يضمنه فكذا من قام مقامه وأما على أصلهما فلما أعتق الاول أعتق جميع العبد فلم يصح اعتاق الثاني وليس للثاني والثالث الا التضمين ان كان المعتق موسرا أو السعاية ان كان معسرا وعلى هذا من كان له عبد فاعتق نصفه فعلى قول أبي حنيفة يعتق نصفه ويبقى الباقي رقيقا يجب تخريجه إلى العتاق فان شاء أعتق وإن شاء دبر وإن شاء كاتب وإن شاء استسعى وإن أدى السعاية أو بدل الكتابة يعتق كله وليس له ان يتركه على حاله وعلى قولهما يعتق كله سواء كان المعتق موسرا أو معسرا من غير سعاية وكذا إذا أعتق جزءا من عبده أو شقفا منه يمضي منه ما شاء ويبقى الباقي رقيقا يخرج إلى العتاق بالخيارات التي وصفنا في قول أبي حنيفة لان الاعتاق عنده متجزئ الا ان ههنا أضاف العتق إلى مجهول فيرجع في البيان إليه كما لو قال أحد عبدي حر وقيل ينبغي قى قياس قول أبي حنيفة في السهم ان يعتق منه سدسه لان السهم عبارة عن السدس في عرف

الشرع لما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه ان رجلا أوصى في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بسهم من ماله لرجل فأعطاه النبي صلى الله عليه وسلم سدس ماله وعن جماعة من أهل اللسان ان السهم عبارة عن السدس في اللغة وعندهما يعتق كله لان العتق لا يتجزأ عبد بين رجلين دبره أحدهما صار نصيبه مدبرا ثم ان كان المدير موسرا فللشريك ست خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء ضمن وان شاء استسعى وان شاء تركه على حاله وان كان معسرا فللشريك خمس خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى وان شاء تركه على حاله وليس له أن يضمن وهذا قول أبى حنيفة لان التدبير عنده متجزئ كالاعتاق فيثبت له الخيارات أما خيار العتق والتدبير والمكاتبة والسعاية فلان نصيبه بقى على ملكه في حق التخريج إلى العتاق وأما خيار التضمين فلانه بالتدبير أخرجه من ان يكون محلا للتمليك مطلقا بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك فقد أتلفه في حق هذه التصرفات فكان للشريك ولاية التضمين وأما خيار الترك على حاله فلان الحرية لم تثبت في جزء منه فجاز بقاؤه على الرق وانه مفيد لان له أن ينتفع به منفعة الاستخدام فلا يكلف تخرجه إلى الحرية ما لم يمت المدير فان اختار تضمين المدير فللمدير أن يرجع بما ضمن على العبد لان الشريك كان له أن يستسعيه فلما ضمن شريكه قام مقامه فيما كان له فإذا أدى عتق والولاء كله للمدير لان كله عتق على ملكه لانتقال نصيب شريكه إليه وان اختار الاستسعاء أو العتاق كان الولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه وأما إذا كان معسرا فلا حق له في الضمان لان ضمان التدبير لا يجب مع الاعسار كما لا يجب ضمان الاعتاق فبقى أربع خيارات وأما على قول أبى يوسف ومحمد صار كله مدبرا لان التدبير على أصلهما لا يتجزأ كالاعتاق المعجل وليس للشريك الا التضمين موسرا كان المدير أو معسرا على الرواية المشهورة عنهما لان ضمان النقل والتمليك لا يختلف باليسار والاعسار كالبيع ولو كان العبد بين ثلاثة رهط دبره أحدهم وهو موسرا ثم أعتقه الثاني وهو موسرا فللشريك الثالث أن يضمن المدير ثلث قيمته ويرجع به المدير على العبد وليس له أن يضمن المعتق وللمدير أن يضمن المعتق ثلث

[ 96 ]

قيمه مدير أو ليس له أن يضمنه ما انتقل إليه من نصيب الثالث وهذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد العبد كله مدبر للذى دبره ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان أو معسرا لان التدبير لما كان متجزئا عند أبى حنيفة فلما دبره أحدهم فقد ثبت لكل واحد من الشريكين ست خيارات فلما أعتقه الثاني فقد استوفى ما كان له فلم تبق له ولاية تضمين المدير وللصاكت أن يضمنه لانه أتلف عليه نصيبه فكان له ولاية التضمين وليس له أن يضمن المعتق لان ضمان المعتق ضمان معاوضة في الاصل وهو ضمان التملك وهو ان يكون بمقابلة الضمان ملك المضمون كضمان الغاصب ولو ضمن المعتق لا يملك المعتق المضمون لان التدبير انعقد سببا لوجوب الضمان على المدير وانه يوجب ملك المضمون فصار ذلك النصيب مجال لا يحتمل النقل إلى غير المدير فتعذر تضمين المعتق ولان المدير بالتدبير قد ثبت له حق الولاء والولاء لا يلحقه الفسخ فلا يجوز ان ينقله إلى الغير وللمدير ان يضمن المعتق لانه بالاعتاق أتلف نصيبه باخراجه من ان يكون منتفعا به منفعة الاستخدام فيضمن له قيمة نصيبه لكن مدير الان المتلف مدير ويرجع به المدير على العبد لان نصيب الصاكت انتقل إليه فقام هو مقامه وكان له أن يستسعى العبد فكذا للمدير ولان الحرية لم يثبت في جزء منه فجاز ابقاؤه على الرق ولم يمكن ان يجعل هذا ضمان معاوضة لان نصيبه مدير

والمدير لا يحتمل النقل إلى ملك الغير فجعل ضمان جناية بطريق الضرورة وان شاء المدير أعتق نصيبه الذي دبره لان باعتراف شريكه لم يزل ملك هو ان شاء استسعى العبد كما في عتق أحد الشريكين فان اختار الضمان كان للمعتق أن يستسعى العبد لان المدير أقامه مقام نفسه فكان له أن يستسعيه فكذا له وليس له أن يضمن المعتق قيمة الثلث الذي انتقل إليه من الثالث لان المدير انما ملك ذلك الثلث عند القضاء بالضمان مستند إلى وقت التدبير والمستند ثبوته في المحل يكون ثابتا من وجه دون وجه فلا يظهر ملكه في حق المعتق فلا يضمن المعتق له ذلك وأما عندهما بالتدبير لما لم يكن متجزئا صار الكل مدبرا وبضمن ثلثي قيمة للشريكين لاتلاف نصيبهما عليهما سواء كان موسرا أو معسرا لا تجب السعاية هنا بخلاف الاعتاق لان الاعتاق يزول ملكه فيسعى وهو حر وههنا بالتدبير لا يزول ملكه بل يصير العبد كله مدبرا له وكسب المدير للمولى فتعذر الاستسعاء وعلى هذا إذا شهد أحد الشريكين على الآخر بالاعتاق بان كان العبد بين رجلين وشهد أحدهما على صاحبه انه أعتقه وأنكر صاحبه لا تقبل شهادته على صاحبه ويجوز اقراره على نفسه ولم يجز على صاحبه ولا يعتق نصيب الشاهد ولا يضمن لصاحبه ويسعى العبد في قيمته بينهما موسرين كانا أو معسرين في قول أبي حنيفة وعنهما ان كان المشهود عليه موسرا فلا سعاية للشاهد على العبد وان كان معسرا فله السعاية عليه أما عدم قبول شهادته فلا شهادة الفرد في هذا الباب غير مقبولة ولو كانا اثنين لكان لا تقبل شهادتهما أيضا لانهما بشهادتهما يجران المغنم إلى أنفسهما لانهما يثبتان به حق التضمن لانفسهما ولا شهادة لجار المغنم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم الا انه بشهادته على صاحبه صار مقر بفساد نصيبه باقراره على صاحبه باعتراف نصيبه فشهادته على صاحبه واقراره عليه ان لم يجز فاقراره بفساد نصيب نفسه جائز لان الانسان يصدق باقراره على نفسه خصوصا فيما يتضرر به ولا يعتق نصيب الشريك للشاهد لانه لم يوجد منه الاقرار يعتق نصيبه بل بفساد نصيبه وانما اقر بالعتق في نصيب شريكه الا ان اقراره بالعتق في نصيب شريكه في حق شريكه لم ينفذ فينفذ اقراره بالعتق في نصيب شريكه في حقه ولا يضمن الشاهد لشريكه لانه لم يعتق نصيب نفسه وأما السعاية فلان فساد نصيبه بوجوب التخريج إلى العتق بالسعاية ويسعى العبد لهما في قيمته بينهما فيسعى للشاهد في نصف قيمته ويسعى للمنكر في نصف قيمته سواء كان المنكر موسرا أو معسرا في قول أبي حنيفة لان السعاية ثبتت مع اليسار والاعسار على أصله أما حق الاستسعاء للشاهد وان كان المشهود عليه موسرا فلان في زعمه ان شريكه قد أعتق وان له حق التضمن أو الاستسعاء الا انه تعذر التضمن لان اقراره لم يجز عليه في حقه فبقى له حق الاستسعاء وأما المنكر فلان في زعمه ان نصيبه على ملكه وقد تعذر

[ 97 ]

عليه التصرف فيه باقرار شريكه فكان له ان يستسعى وأما عندهما فان كان المنكر موسرا فلا سعاية للشاهد على العبد لانه يزعم انه عتق باعتراف شريكه وانه لا يستحق الا الضمان لان السعاية لا تثبت مع اليسار على أصلهما وان كان معسرا فللشاهد أن يستسعى وأما المنكر فيستسعى على كل حال بالاجماع معسرا كان أو موسرا لان نصيبه على ملكه ولم يوجد منه الاقرار بسقوط حقه عن السعاية فان أعتق كل واحد منهما بعد ذلك نصيبه قبل الاستسعاء جاز في قول أبي حنيفة لان نصيب المنكر على ملكه وكذلك نصيب الشاهد عنده لان الاعتاق يتجزأ فإذا أعتقا نفذ عتقهما والولاء بينهما لان العتق منهما وكذلك ان استسعى وأدى السعاية فالولاء لهما وأما على

قولهما فالولاء في نصيب الشاهد موقوف لان في زعم الشاهد ان جميع الولاء لشريكه لان الاعتاق لا يتجزأ على أصلهما وشريكه يجحد ذلك فيسلم له النصف ويوقف له النصف وان شهد كل واحد منهما على صاحبه وأنكر الآخر يحلف أولاً كل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كل واحد منهما بدعوى العتق على صاحبه يدعى وجوب الضمان على صاحبه أو السعاية على العبد وصاحبه ينكر فيحلف كل واحد منهما لصاحبه وهذا لان فائدة الاستحلاف النكول ليقضى به والنكول اما بذل أو اقرار والضمان مما يصح بذله والاقرار به وإذا تحالفا سعى العبد لكل واحد منهما في نصف قيمته في قول أبي حنيفة لان في زعم كل واحد منهما أن شريكه قد أعتق وان له الضمان أو السعاية وتعدر التضمنين حيث لم يصدقه الآخر فبقى الاستسعاء ولا فرق عند أبي حنيفة بين حال اليسار والاعسار وأما على قولهما فان كانا موسرين فلا سعاية لواحد منهما لان كل واحد منهما يدعى الضمان على شريكه وبزعم أن لا سعاية له مع اليسار فلم يثبت له ما أبرأ العبد عنه وان كانا معسرين يسعى العبد لكل واحد منهما لان كل واحد منهما يزعم أن شريكه أعتق وهو معسر فلا حق له الا السعاية وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى العبد للموسر ولم يسع للمعسر لان الموسر يزعم أن لا ضمان على شريكه وانما له السعاية على العبد والمعسر انما يزعم أن الضمان على الشريك وانه قد أبرأ العبد ثم هو عبد في قول أبي حنيفة ويسعى وهو رقيق إلى أن يؤدي ما عليه لان المستسعى في حكم المكاتب على أصله وعندهما هو حر عليه دين حين شهد الموليان فيسعى وهو حر لان في زعم كل واحد منهما أنه حر من جهة صاحبه ومن أقر بحرية عبد في مكله عتق عليه عبد بين رجلين قال أحدهما ان كنت دخلت هذه الدار أمس فانت حر وقال الآخر ان لم تكن دخلتها أمس فانت حر ولا يدري أكان دخل أو لم يدخل عتق نصف العبد بينهما ويسعى في نصف قيمته بين المولين موسرين أو معسرين في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ان كانا معسرين سعى في نصف قيمته بينهما وان كانا موسرين فلا يسعى لاحد وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للمعسر في ربع قيمته ولا يسعى للموسر وقال محمد ان كانا موسرين لا يسعى وان كانا معسرين يسعى لهما في جميع قيمته وجه قول محمد ان كل واحد منهما يدعى على صاحبه انه أعتقه فصار كشهادة كل واحد منهما على صاحبه ولان من عتق عليه نصف العبد مجانا بغير سعاية مجهول لان الحائث منهما مجهول فكان من يقضى عليه بسقوط نفس السعاية مجهولا فلا يمكن القضاء به ولابي حنيفة وأبي يوسف ان نصف العبد قد عتق بيقين لان أحد الشركين حائث بيقين إذ العبد لا يخلو من أن يكون دخل الدار أو لم يدخل إذ لا واسطة بين الدخول والعدم وليس أحدهما بتعيينه للحث أولى من الآخر والمقضى له بالعتق يتعين فيقسم نصف العتق بينهما فإذا أعتق نصف العبد بيقين تعذر ايجاب كل السعاية عليه فتجب نصف السعاية ثم على أصل أبي حنيفة يسعى في نصف قيمته بينهما سواء كانا موسرين أو معسرين لان ضمان السعاية عنده لا يختلف باليسار والاعسار وعند أبي يوسف يختلف فان كانا معسرين سعى لهما وان كانا موسرين لا يسعى لهما وان كانا أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى للمعسر ولا يسعى للموسر وما ذكره محمد ان هذا كشهادة كل واحد منهما على الآخر غير سديد لان ههنا تيقنا بحرية نصف العبد لما بينا وفي مسألة الشهادة لم نستيقن بالحرية لاحتمال أن تكون الشهادتان كاذبتين وأما قوله ان الذي يقضى عليه بالعتق بغير سعاية مجهول فنعم لكن هذا



لا يمنع القضاء إذا كان المقضى له معلوماً لان المقضى له إذا كان معلوماً يمكن رفع الجهالة التي من جانب المقضى بالقسمة والتوزيع وإذا كان مجهولاً لا يمكن فان حلف رجلان على عبيدين كل واحد منهما لاجدهما فقال أحدهما لعبيده ان كان زيد قد دخل هذه الدار اليوم فانت حر وقال الآخر لعبيده ان لم يكن زيد دخل هذه الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم ولا يدري أدخل الدار أم لم يدخل لم يعتق واحد من العبيدين لان ههنا المقضى له وعليه كل واحد منهما مجهول ولا وجه للقضاء عند تمكن الجهالة في الطرفين وفي الفصل الاول المقضى له بالعتق متيقن معلوم والقضاء في مثله جائز كمن أعتق واحدة من جواريه العشر ثم جهلها وعلى هذا قال أبو يوسف في عبيدين بين رجلين قال أحدهما لاجد العبيدين أنت حر ان لم يدخل فلان هذه الدار اليوم وقال الآخر للعبد الآخر ان دخل فلان هذه الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وتصادقا على أنهما لا يعلمان دخل أو لم يدخل فان هذين العبيدين يعتق من كل واحد منهما ربعه ويسعى في ثلاثة أرباع قيمته بين الموليين نصفين وقال محمد قياس قول أبي حنيفة ان يسعى كل واحد منهما في جميع قيمته بينهما نصفين وجه قول أبي يوسف ان نصف أحد العبيدين غير عين قد عتق بيقين لان فلانا لا يخلو من ان يكون دخل الدار اليوم أو لم يكن دخل فكان نصف أحدهما حراً بيقين وليس أحدهما بذلك أولى من الآخر فيقسم نصف الحرية بينهما فيعتق من كل واحد منهما ربعه ويسعى كل واحد منهما في ثلاثة أرباع قيمته للتخريج إلى العتق كما في المسألة المتقدمة الا ان هناك العبد واحد فيعتق منه نصفه ويسعى في النصف الباقي وههنا عبدان فيعتق نصف أحدهما غير عين ويقسم بين الموليين فيعتق على كل واحد منهما الربع ويسعى كل واحد منهما في الباقي وذلك ثلاثة أرباع قيمته وجه قياس قول أبي حنيفة ان المقضى له وعليه مجهولان ولا سبيل إلى القضاء بالحرية مع جهالتهم فيسعى كل واحد منهما في جميع قيمته بخلاف المسألة المتقدمة لان ثمة المقضى له غير مجهول ومن هذا النوع ما ذكره ابن سماعة عن أبي يوسف في عبد بين رجلين زعم أحدهما ان صاحبه أعتقه منذ سنة وانه هو أعتقه اليوم وقال شريكه لم أعتقه وقد أعتقت أنت اليوم فاضمن لي نصف القيمة لعتقك فلا ضمان على الذي زعم ان صاحبه أعتقه منذ سنة لان قوله أنا أعتقته اليوم ليس باعتاق بل هو اقرار بالعتق وانه حصل بعد اقراره على شريكه بالعتق فلم يصح وكذا لو قال أنا أعتقته أمس وأعتقه صاحبي منذ سنة وان لم يقر باعتاق نفسه لكن قامت عليه بينة انه أعتقه أمس فهو ضامن لشريكه لظهور الاعتاق منه بالبينة فدعواه على شريكه العتق المتقدم لا يمنع ظهور الاعتاق منه بالبينة ويمنع ظهوره باقراره والله عزوجل الموفق (فصل) وأما بيان حكم الاعتاق وبيان وقت ثبوت حكمه فلاعتاق أحكام بعضها أصلى وبعضها من التوابع أما الحكم الاصلى للاعتاق فهو ثبوت العتق لان الاعتاق اثبات العتق والعتق في اللغة عبارة عن القوة يقال عتق الطائر إذا قوى فطار عن وكره وفي عرف الشرع اسم لقوة حكمية للذات يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه ولهذا كان مقابله وهو الرق عبارة عن الضعف في اللغة يقال ثوب رقيق أي ضعيف وفي متعارض الشرع ويراد به الضعف الحكمى الذى يصير به الأدمى محلاً للتملك وعلى عبارة التحرير الحكم الاصلى للتحرير هو ثبوت الحرية لان التحرير هو اثبات الحرية وهى الخلوص يقال طين حر أي خالص وأرض حرة إذا لم يكن عليها خراج وفي عرف الشرع يراد بها الخلوص عن الملك والرق وهذا الحكم يعم جميع أنواع الاعتاق غير أنه ان كان تنجيزاً ثبت هذا الحكم للحال وان كان تعليقاً بشرط أو اضافة إلى وقت يثبت بعد موجود الشرط والوقت ويكون المحل قبل ذلك على حكم ملك المالك في جميع الاحكام الا في التعليق بشرط الموت المطلق وهو التدبير عندنا وكذا الاستيلاء ثم هذا الحكم قد يثبت

في جميع ما أضيف إليه وقد يثبت في بعض ما أضيف إليه وجملة الكلام فيه أن الاعتاق لا يخلو أما ان كان في الصحة وأما ان كان في المرض فان كان في الصحة عتق كله سواء كان له مال آخر أو لم يكن وسواء كان عليه دين أو لم يكن لان حق الورثة أو الغريم لا يتعلق بالمال حالة الصحة فالاعتاق صادف خالص ملكه

[ 99 ]

لا حق لاحد فيه فنفذ وان كان في المرض فان كان له مال آخر سوى العبد والعبد كله يخرج من ثلث المال يعتق كله لان الثلث خالص حقه لا حق للورثة فيه وانما تعلق حقه في الثلثين والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم وان كان لا يخرج كله من ثلث المال وأجازت الورثة الزيادة فكذلك لان المانع حق الورثة فإذا أجازوا فقد زال المانع فيعتق كله وان لم يجيزوا الزيادة يعتق منه بقدر ثلث ماله ويسعى في الباقي للورثة وان لم يكن له مال سوى العبد فان أجازت الورثة عتق كله لما قلنا وان لم يجيزوا يعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة لما قلنا والدليل عليه أيضا ما روى في حديث أبي قلابة ان رجلا اعتق عبدا له عند موته ولا مال له غيره فجاز النبي صلى الله عليه وسلم ثلثه واستسعاه في ثلثي قيمته فدل الحديث على جواز الاعتاق في مرض الموت حيث أجاز النبي صلى الله عليه وسلم ذلك على ان الاعتاق في مرض الموت وصية حيث اعتبره من الثلث وعلى بطلان قول من يقول لا سعاية في الشريعة حيث استسعى العبد هذا إذا لم يكن عليه دين فان كان عليه دين فان كان مستغرقا لقيمه ولا مال له سوى العبد أو له مال آخر لكن الدين مستغرق لماله فاعتق يسعى في جميع قيمته للغريم ردا للوصية لان الدين مقدم على الوصية الا ان العتق لا يحتمل النقص فتجب السعاية وروى عن أبي الاعرج ان رجلا أعتق عبدا له عند الموت وعليه دين فقال النبي صلى الله عليه وسلم يسعى في الدين وهكذا روى عن علي وابن مسعود رضى الله عنهما وان كان الدين غير مستغرق لقيمة العبد بان كان الدين ألف درهم وقيمة العبد ألفان يسعى في نصف قيمته للغريم ردا للوصية في قدر الدين ثم نصفه الثاني عتق بطريق الوصية فان أجازت الورثة عتق جميع نصفه الثاني وان لم تجز يعتق ثلث النصف الثاني مجانا بغير شئ وهو سدس الكل ويسعى في ثلثي النصف فالحاصل انه يعتق سدسه مجانا بغير شئ ويسعى في خمسة أسداسه ثلاثة أسهم للغريم وسهمان للورثة ولو كان له عبدان فاعتقهما وهو مريض فهو على التفاصيل التي ذكرنا انه ان كان له مال سواهما وهما يخرجان من الثلث عتقا جميعا بغير شئ لما ذكرنا وان لم يخرجوا من الثلث وأجازت الورثة الزيادة فكذلك لما قلنا وان لم يجيزوا الزيادة يعتق من كل واحد منهما بقدر ثلث ماله ويسعى في الباقي للورثة وان لم يكن له مال سواهما فان أجازت الورثة عتقا جميعا بغير شئ وان لم يجيزوا يعتق من كل واحد منهما ثلثه مجانا ويسعى في الثلثين للورثة فيجعل كل رقبة على ثلاثة أسهم لحاجتنا إلى الثلث فيصير جملة المال وهو العبدان على ستة أسهم فيخرج منها سهام العتق وسهام السعاية للعبدان سهمان من ستة وللورثة أربعة أسهم فاستقام الثلث والثلثان فان مات أحدهما قبل السعاية يجعل هو مستوفيا لوصيته متلفا لما عليه من السعاية والتلف يدخل على الورثة وعلى العبد الباقي فيجمع نصيب الورثة وذلك أربعة أسهم ونصيب العبد الحر وذلك سهم فيكون خمسة فيعتق من العبد الحى خمسة ويسعى في أربعة أخماسه فيحصل للورثة أربعة أسهم وللحى سهم والميت قد استوفى سهمها فحصل للورثة أربعة أسهم وللوصية سهمان فاستقام الثلث والثلثان ولو كان العبد ثلاثة ولم يكن له مال سواهم يعتق من كل

واحد ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته فيصير كل واحد على ثلاثة أسهم فتصير العبيد على تسعة أسهم ستة أسهم للورثة وثلاثة أسهم للعبيد فان مات أحدهم قبل السعاية صار متلفا لما عليه من السعاية مستوفيا لوصيته فيجمع نصيب الورثة وذلك ستة أسهم ونصيب العبيدين سهمان فيكون ثمانية أسهم فيجعل كل عبد على أربعة أسهم فيعتق من كل واحد ربه ويسعى في ثلاثة أرباعه فيحصل للورثة ستة أسهم وللعبيدين سهمان والميت استوفى سهمهما فاستقام الثلث والثلثان فان مات اثنان يجمع نصيب الورثة ستة وللحي سهم فيكون سبعة فيعتق من الحي سبعة ويسعى في ستة أسباع قيمته فيحصل للورثة ستة وللحي سهم والميتان استوفيا سهمين فحصلت الوصية ثلاثة أسهم والسعاية ستة فاستقام الثلث والثلثان هذا كله إذا لم يكن على الميت دين فان كان عليه دين مستغرق يسعى كل واحد في قيمته للغرماء ردا للوصية لان العتق في مرض الموت وصية ولا وصية الا بعد قضاء الدين وان كان الدين غير مستغرق بان كان الفاء وقيمة كل واحد منهما ألف يسعى

[ 100 ]

كل واحد في نصف قيمته ثم نصف كل واحد منهما وصية فان أجازت الورثة عتق النصف الباقي من كل واحد وان لم تجز الورثة يعتق من كل واحد ثلث نصف الباقي مجانا وهو السدس يسعى في ثلثي النصف ففي الحاصل عتق من كل واحد سدسه مجانا ويسعى في خمسة أسداسه والله عزوجل اعلم ثم المريض إذا أعتق عبده ولا مال له غيره فامر العبد في الحال في أحكام الحرية من الشهادة وغيرها موقوف فان برأ تبين انه صار حرا من حين أعتق وان مات فهو بمنزلة المكاتب في قول أبي حنيفة لان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما هو حر وعليه دين لان الاعتاق لا يتجزأ وأما الذي هو من التوابع فنحو المالكية والولاية والشهادة والارث وغير ذلك لكن هذه ليست من الاحكام الاصلية للاعتاق بل هي من التوابع والثمرات تثبت في بعض أنواعه دون بعض كالاعتاق المضاف إلى الصبي والمجنون ونحو ذلك ومن هذا القبيل الاعتاق المضاف إلى المجهول وجملة الكلام فيه ان جهالة المعتقد اما ان كانت أصلية واما ان كان طارئة فان كانت أصلية وهي ان تكون الصيغة من الابتداء مضافة إلى أحد المذكورين غير عين فيجهل المضاف إليه لمزاحمة صاحبه اياه في الاسم فصاحبه المزاحم لا يخلو اما ان يكون محتملا للاعتاق أو لا يكون محتملا له والمحتمل لا يخلو من ان يكون ممن ينفذ اعتاقه فيه أو ممن لا ينفذ فان كان محتملا للاعتاق وهو ممن ينفذ اعتاقه فيه نحو ان يقول لعبديه أحكما حر أو يقول هذا حر أو هذا أو يقول سالم حر أو برع لا ينوي أحدهما بعينه فالكلام في هذا الفصل في موضعين أحدهما في بيان كيفية هذا التصرف والثاني في بيان الاحكام المتعلقة به أما كيفية فقد ذكرنا الاختلاف فيها فيما تقدم وأما الكلام في الاحكام المتعلقة به في الاصل فنوعان نوع يتعلق به في حال حياة المولى ونوع يتعلق به بعد وفاته أما الاول فنقول ولا قوة الا بالله تعالى ان للمولى ان يستخدمهما قبل الاختيار وهذا يدل على ان العتق غير نازل في أحدهما لانه لا سبيل إلى استخدام الحر من غير رضاه وله ان يستعملهما ويستكسبهما وتكون الغلة والكسب للمولى وهذا أيضا يدل على ما قلنا ولو جنى عليهما قبل الاختيار فالجناية لا تخلو اما ان كانت من المولى واما ان كانت من الأجنبي ولا تخلو اما ان كانت على النفس أو على ما دون النفس فان كانت الجناية من المولى فان كانت على ما دون النفس بان قطع يد العبيدين فلا شئ عليه وهذا أيضا يدل على عدم نزول العتق حيث جعلهما في حكم المملوكين قبل الاختيار وسواء قطعهما معا أو على التعاقب لان القطع لا يبطل الخيار ولا يكون ثابتا بخلاف القتل لما نذكر وان كانت

جناية على النفس بان قتلها فان قتلها على التعاقب فالاول عبد والثاني حر لانه لما أقدم على قتل الاول فقد تعين الثاني للعتق فإذا قتله فقد قتل حرا فعليه الدية وتكون لورثته لان الدية تصير ميراثا للورثة ولا يكون للمولى من ذلك شئ لانه قاتل والقاتل لا يرث وان قتلها معا بضربة واحدة فعليه نصف دية كل واحد منهما لورثته لان المضمون على المولى أحدهما وهو الحر منهما وليس أحدهما باولى من الآخر فشاعت حرية واحدة فيهما وهذا يؤيد القول بنزول العتق في غير العين وان كانت الجناية من الأجنبي فان كانت فما دون النفس بان قطع انسان يد العبدین فعليه ارش العبيد وذلك نصف قيمته كل واحد منهما لكن يكون ارشهما لمولى سواء قطعهما معا أو على التعاقب لان القطع لا يبطل خيار المولى وهذا يوجب القول بعدم نزول العتق إذ لو نزل لكان الواجب ارش يد عبد وحر وهو نصف قيمة عبد ونصف دية حر وان كانت في النفس فالقاتل لا يخلو اما ان كان واحدا واما ان كان اثنين فان كان واحدا فان قتلها معا فعلى القاتل نصف قيمة كل واحد منهما نصف قيمة هذا ونصف قيمة ذاك ويكون للمولى وعليه نصف دية كل واحد منهما نصف دية هذا ونصف دية ذاك وتكون لورثتهما وهذا دليل على ان العتق نازل في غير العين إذا لو لم يكن لكان الواجب في قتلها معا قيمة عبيدين ومع ذلك لم يجب بل وجب دية حر وقيمة عبد لان أحدهما حر وقد قتل حرا وعيدا والواجب بقتل الحر الدية وبقتل العبد القيمة والدية للورثة والقيمة للمولى وانما انقسم لان كل واحد منهما تجب دية في حال وقيمته في حال لاحتمال انه حر وعبد فينقسم ذلك على اعتبار الاحوال كما هو أصل أصحابنا وان قتلها على التعاقب يجب على

[ 101 ]

القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة لان قتل الاول يوجب تعين الثاني للعتق فيتعين الاول للمولى وقد قتل حرا وعيدا خطأ وان كان القاتل اثنين فقتل كل واحد منهما رجلا فان وقع قتل كل واحد منهما معا فعلى كل واحد من القاتلين القيمة نصفها وايجاب القيمتين يوجب قيمة ودية على قول من يقول ان العتق غير نازل ظاهرا لان كل واحد منهما قتل عبدا خطأ وانه يوجب القيمة وأما على قول من يقول بنزول العتق قائما لم تجب الدية لان من تجب الدية عليه منهما مجهول إذ لا يعلم من الذي تجب عليه منهما فلا يمكن ايجاب الدية مع الشك والقيمة متيقنة فتجب بخلاف ما إذا كان القاتل واحدا لان هناك من عليه معلوم لا جهالة فيه وانما الجهالة فيمن له وأما انقسام القيمتين فلان المستحق لاحد البديلين هو المولى والمستحق للحق للبدل الآخر هو الوارث وكل واحد منهم يستحق في حال ولا يستحق في حال فوجب القيمتين حجة أحد القولين وانقسامهما حجة القول الآخر وان وقع قتل كل واحد منهما على التعاقب فعلى قاتل الاول القيمة للمولى وعلى قاتل الثاني الدية للورثة لان أحدهما قتل عبدا والآخر قتل حر الان قتل الاول أوجب تعين الثاني للحرية والاول للرق ولو كان المملوكان أمتين فولدت كل واحدة منهما ولدا أو ولدت احدهما ولدا فاختار المولى عتق احدهما عتقت هي وعتق ولدها سواء كان للاخرى ولد أو لم يكن أما على قول التخيير فظاهر لان العتق كان نازلا في غير العين منهما والبيان تعيين لمن وقع عليه فعتقت المعينة وعتق ولدها تبعاً لها وأما على قول التعليق فلان العتق ان لم ينزل فقد انعقد سبب النزول في احدهما فيسرى إلى ولدها كالاستيلاء والكتابة ولو ماتت الامتان معا قبل الاختيار وقد ولدت كل واحدة منهما ولدا خير المولى فيختار عتق أي الولدين شاء لانهما لما ماتتا معا لم تتعين احدهما للحرية فحدث الولدان على وصف الام فيخير المولى فيهما كما كان يخير في الام فان مات أحد الولدين قبل

الآخر مع بقاء الامتين لا يلتفت إلى ذلك وبخير المولى لانه لم يتعلق بموته تعيين إذ الحرية انما تتقين فيه بتعيينها في أمه وحكم التعيين في الام قائم لان تعيينها ممكن فيخير المولى فيهما فإيهما اختار عتقها فعتقت عتق ولدها ولو قتل الامتين معا رجل خير المولى في الولدين لما قلنا في الموت وإيهما اختار عتقه فعتق لا يرث من ارش أمه شيئا لانه انما عتق باختيار العتق فيه وذلك يتاخر عن الموت فلا يرث شيئا بل يكون الكل للمولى وهذا نص مذهب التعليق لان العتق لو كان نازلا في احدهما لحدوثهما على وصف الام لكان الاختيار تعيينا لمن وقع عليه العتق فكان عتقه متقدما على موت الام فينبغي أن يرث والله عزوجل أعلم ولو وطئت الامتان بشبهة قبل اختيار المولى يجب عقر أمتين ويكون للمولى كالارث وهذا يؤيد قول التعليق إذ لو كان تنجيزا لكان الواجب عقر حرة وأمة ولكان نصف ذلك للامتين والنصف للمولى ولما كان كسبهما له والارث فالعقر أولى لانهما لا يملكان بدون ملك الاصل وقد يملك الكسب بدون ملك الاصل كالغاصب فلما كان الكسب له فالارث والعقر أولى ولو باعهما صفقة واحدة كان البيع فاسدا اما على قول التنجيز فظاهر لان العتق إذا نزل في غير العين منهما صار جامعا بين حر وعبد في البيع من غير بيان حصية كل واحد منهما لانه غير جائز بالاجماع وأما على قول التعليق فلان حق الحرية قد ثبت وهو انعقاد سبب الحرية لاحدهما فيمنع جواز البيع كما لو جمع بين قن ومدبر في البيع ولم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن ولو أنه باعهما صفقة واحدة وسلمهما إلى المشتري فاعتقهما فيقال للبائع اختر العتق في احدهما وإيهما اختار عتقه عتق الآخر على المشتري الا ان المشتري لما قبضهما يعقد فاسد فقد ملك أحدهما ونفذ اعتاقه فيه فإذا عين البائع أحدهما للعتق تعين الآخر للملك الفاسد فينفذ فيه اعتاق المشتري وانما بدئ بتخير البائع لان التمليك منه حصل في مجهول فما لم يتعين أحدهما للحرية لا يتعين الآخر للملك الفاسد فان مات البائع قبل البيان قامت الورثة مقامه ويقال لهم بينوا فان بينوا في أحدهما عتق الآخر على المشتري ولا يقال ينبغي أن ينقسم العتق بموت المولى كما إذا مات قبل البيع لان شرط الانقسام ان لا يزول الملك عن احدهما لاستحالة انقسام الحرية على الحر والملك قد زال عن أحدهما فتعذر الانقسام وبقي الخيار فقام الوارث مقام المورث فان قيل الخيار عندكم لا يورث

[ 102 ]

فكيف ورثتم هذا لخيار وهذا منكم تناقض فالجواب أن هذا الخيار لا يورث عندنا بل يثبت للورثة ابتداء لا بطريق الارث بل لانهم استحقوا قيمة أحد العبيدين فكان لهم التعيين كما كان للبائع وهذا كما قالوا فيمن باع أحد عبديه على أنه بالخيار وقبضهما المشتري فماتا في يده ثم مات البائع ان لورثة البائع الاختيار ابتداء لا بطريق الارث كذا هذا فان لم يعتق المشتري حتى مات البائع لم ينقسم العتق فيهما حتى يفسخ القاضى البيع فإذا فسخه انقسم وعتق من كل واحد منهما نصفه وانما كان كذلك لما ذكرنا من فوات شرط الانقسام وهو عدم زوال الملك في أحدهما والملك قد زال عن أحد العبيدين فتعذر التقسيم والتوزيع الا ان البيع الفاسد واجب الفسخ حقا للشرع رفعا للفساد وفسخه بفعل القاضى أو بتراضى المتعاقدين فإذا فسخ عاد إلى ملك البائع وشاع العتق فيهما وعتق من كل واحد منهما فنصفه ولو وهبهما قبل الاختيار أو تصدق بهما أو تزوج عليهما يخير فيختار العتق في أيهما شاء وتجاوز الهبة والصدقة والامهار في الآخر لان حرية أحدهما أو حق الحرية وهو انعقاد سبب الحرية في أحدهما على الختلاف الكيفيتين لا يوجب بطلان هذه التصرفات الا ترى أنه لو جمع في الهبة أو في الصدقة أو في النكاح بين حر وعبد يصح في العبد وكذا إذا جمع فيها بين

مدبر وقن يصح في القن وهذا لان الجمع بن الحر والعبد في البيع انما يوجب فساد البيع لانه إذا جمع بينهما فقد جعل قبول البيع في كل واحد منهما شرطا لصحة قبوله في الآخر وانه شرط فاسد وهذه التصرفات لا تبطلها الشروط الفاسدة فان قيل إذا قبضهما الموهوب له أو المتصدق عليه أو المرأة فقد زال الملك عن أحدهما فكيف يخير المولى فالجواب أنا لا نقول بزوال الملك عن أحدهما قبل الاختيار بل زواله موقوف على وجود الاختيار فإذا تعين أحدهما للمعتق يزول الملك عن أحدهما وان مات المولى قبل أن يبين العتق في أحدهما يطلت الهبة والصدقة فيهما وبطل امهارها لانه لما مات فقد شاع العتق فيهما لوجود شرط الشيعاء فيعتق من كل واحد منهما نصفه ومعتق البعض لا يحتمل التملك من الغير ولو أسرهما أهل الحرب كان للمولى أن يختار عتق أحدهما ويكون الآخر لاهل الحرب لان أهل الحرب لم يملكوهما بالاسر لان أحدهما حر وحق الحرية لاحدهما ثابت وكل ذلك يمنع من التملك بالاسر ولهذا لا يملكون المكاتب والمدبر بالاسر كما يملكون الحر وإذا لم يملكا بالاسر بقيا على ملك المولى وله خيار العتق فإذا اختار أحدهما بقى الآخر عبدا فيملكه أهل الحرب فان لم يختار المولى حتى مات بطل ملك أهل الحرب بينهما لانه لما مات المولى شاعت الحرية وعتق من كل واحد منهما نصفه فتعذر التملك ولو أسر أهل الحرب أحدهما لم يملكوه لان أحدهما حرا وثبت له حق الحرية وكل ذلك يمنع من التملك بخلاف ما إذا باع أحدهما لان بيعه اياه اختيار منه للملك فقد باع ملكه باختياره فصح ولو اشتراهما من أهل الحرب تاجر فللمولى أن يختار عتق أيهما شاء وبأخذ الآخر بحصته من الثمن لان الخيار كان ثابتا للمولى قبل البيع فإذا باعوا فقد ثبت للمشتري ما كان ثابتا قبل خيار العمل فإذا اختار عتق أحدهما صح ملك أهل الحرب والمشتري منهم في الآخر فيأخذه حصته من الثمن فان اشترى التاجر أحدهما فاختار المولى عتقه وبطل الشراء لما ذكرنا أن ولاية الاختيار قائمة للمولى فان أخذه المولى من الذي اشتراه بالثمن عتق الآخر لان أخذه اياه إعادة له إلى قديم ملكه فيتعين الآخر للعتق كانه أعتقه ولو قال في صحته لعبيده أحدكما حر ثم مرض الموت فاختار عتق أحدهما يعتق من جميع المال وان كانت قيمته أكثر من الثلث بان كانت قيمته أكثر من الثلث بان قيمة الآخر ألفين فيبين العتق في الذي قيمته ألفان وهذا يدل على أن اضافة العتق إلى المجهول ايقاع وتنجز إذ لو كان تعليقا واقتصر العتق على حالة المرض ينبغي أن يعتبر من الثلث كما لو أنشأ العتق في المرض والله عزوجل الموفق وللعبيدين حق مخاصمة المولى فلهما أن يرفعانه إلى القاضى ويستعديا عليه وإذا استعديا عليه أعداهما القاضى وأمره بالبيان أعنى اختيار أحدهما وجبره عليه بالحبس لو امتنع أما على مذهب التنجز فلان العتق نازل في أحد منهما غير عين وكل واحد منهما لا يجوز أن يكون هو الحر والحرية حقه اوله فيها حق وأما على مذهب التعليق فلان الحرية ان تثبت في أحدهما فقد يثبت حق

[ 103 ]

الحرية أعنى انعقد سبب ثبوت الحرية أصلا وهذا حقه وله فيه حق والبيان طريق استيفاء هذا الحق فكان كل واحد منهما بسبيل من الخصومة والمطالبة بالبيان وانما كان البيان إلى المولى لان الاجمال منه فكان البيان إليه كما في بيان المجمل والمشترك في النصوص وكمن أقر بشئ مجهول أو باع قفيزا من صبرة كان البيان إليه كذا هذا ثم البيان أنواع ثلاثة نص ودلالة وضرورة أما النص فنحو أن يقول المولى لاحدهما عينا اياك عنيت أو نويت أو أردت بذلك اللفظ الذي ذكرت أو اخترت أن تكون حرا باللفظ الذي قلت أو أنت حر بذلك اللفظ الذى قلت أو بذلك الاعتاق أو أعتقتك

بالعتق السابق وغير ذلك من الالفاظ فلو قال أنت حر أو أعتقتك بالعتق السابق فان أراد به عتقا مستأنفا عتقا جميعا هذا بالاعتاق المستأنف وذاك باللفظ السابق لان انشاء العتق في أحدهما قبل الاختيار العتق في الآخر دلالة لما نذكر ان شاء الله تعالى وان قال عنيت به الذي لزمنى بقولى أحدكما حر يصدق في القضاء ويحمل قوله أعتقتك على اختيار العتق أي اخترت عتقك وأما الدلالة فهي أن يخرج المولى أحدهما عن ملكه بالبيع أو بالهبة أو بالصدقة أو بانشاء العتق أو يرهن أحدهما أو يؤجر أو يكتب أو يدبر أو يستولد ان كانت أمة لان الاصل ان من خير بين أمرين ففعل ما يستدل به على اختياره أحدهما يجعل ذلك اختيارا منه دلالة ويقوم ذلك مقام النص كانه قال اخترت والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لبريدة ان وطئك زوجك فلا خيار لك لما ان تمكينها زوجها من الوطئ دليل اختيارها زوجها لا نفسها فصار هذا أصلا في الباب وهذه التصرفات كلها في أحدهما دليل اختيار العتق في الآخر لان منهما ما ينافى اختيار العتق المبهم في المتصرف فيه وهى التصرفات المزيلة للملك ومنهما ما لا ينافى اختيار العتق المبهم في المتصرف فيه لكن اختيار العتق المبهم فيه يبطله وهو الرهن والاجارة والكتابة والتدبير والاستيلاء والعقل يقصد صحة تصرفاته وسلامتها عن الانتقاص والبطلان فكان اقدمه على كلا النوعين من التصرفات في أحدهما دليل على اختياره العتق المبهم في الآخر واختياره العتق المبهم في أحدهما عينا شرط لنزول العتق فيه بالكلام السابق وهذا التخرج على قول من يقول ان العتق غير نازل في العين فيهما فاما على قول من يقول بنزول العتق في أحدهما غير عين فهو ان هذه التصرفات لا صحة لها بدون الملك فالاقدام عليها يكون اختيارا للملك في المتصرف فيه فتعين الآخر فيعتق ضرورة من غير اختيار المولى نصا ودلالة كما إذا مات أحدهما قبل الاختيار وقتل وسواء كان البيع بتا أو فيه خيار للبائع أو للمشتري أما على مذهب التنجيز فلانه لا صحة للبيع إلا بالملك فكان اقدمه على بيع أحدهما اختيارا اياه للملك فيتعين الآخر للعتق ضرورة وأما على مذهب التعليق أما خيار المشتري فلا يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف فينافى اختيار المبهم فيه وأما اختيار البائع فلان اختيار العتق المبهم يبطل شرط الخيار وسواء كان البيع صحيحا أو فاسدا إذا قبض المشتري لانه وقع مزيلا للملك فيتعين الآخر للعتق دلالة أو ضرورة وأما إذا لم يقبض فقد ذكر في الاصل إذا باع أحدهما بيعا فاسدا وقبض المشتري عتق الباقي ولم يذكر انه إذا لم يقبض ماذا حكمه وهكذا ذكر محمد في الاملاء إذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدق وأقبض عتق الآخر عند أبي حنيفة وأبى يوسف وعندنا لم يذكر حال عدم القبض وذكر الجصاص ان القبض ليس بشرط ويتعين العتق في الآخر سواء قبض المشتري أو لم يقبض وهكذا ذكر القدوري وقال قد ظهر القول من أصحابنا انه إذا ساوم باحد العبدین وقع العتق في الآخر وهكذا روى ابن سماعة عن أبى يوسف أنه لو أوصى بأحدهما أو ساوم عتق الآخر ومعلوم ان المساومة دون البيع الفاسد فالسوم لما كان بيانا فالبيع أولى وبه تبين ان ذكر القبض في الاصل ليس على سبيل الشرط بل وقع ذكره اتفاقا أو اشعارا انه مع القبض من التصرفات المزيلة للملك ولو علق عتق أحدهما عينا بشرط بان قال له ان دخلت الدار فانت حر عتق الآخر أما على مذهب التنجيز فلان التعليق بما سوى الملك وسببه لا يصح الا في الملك فكان الاقدام على تعليق عتقهم اختيار الملك فيه فيتعين الآخر للعتق ضرورة

كما لو اعتق في أحدهما وأما على مذهب التعليق فلان اختيار العتق المبهم فيه يبطل التعليق بالشرط فصار كما لو دبر أحدهما وذكر ابن سماعه عن محمد أنه إذا قال لاحدهما ان دخلت الدار فانت حر ثم قال أحدهما ثم دخل الذى علق عتقه بدخول الدار حتى عتق عتق الآخر لان ملك المولى زال عن أحدهما لسبب من جهته فصار كما لو أعتقه ابتداء أو باعه ولو كان المملوكان أختين فوطئ المولى احدهما فان علقته منه عتقت الأخرى بالاجماع لانها صارت ام ولد له وقد ذكرنا ان الاستيلاء يكون معينا للعتق في الأخرى وان لم تعلق لا تعتق الأخرى في قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد تعتق وروى ابن سماعه عن أبى يوسف أنه قال وكذلك لو قبل احدهما بشهوة ولمس بشهوة أو نظر إلى فرجها عن شهوة ولو استخدم احدهما لا تعتق الأخرى في قولهم جميعا لان الاستخدام تصرف لا يختص بالملك إذ قد يستخدم الحرة (وجه) قولهما ان الظاهر من حال العاقل المتدين الاقدام على الوطئ الحلال لا الحرام وحل الوطئ لا يثبت الا باحد نوعي الملك ولم يوجد ههنا ملك النكاح فتعين ملك اليمين للحل وإذا تعينت الموطوءة للملك تعينت الأخرى للعتق ولان الوطئ لو لم يجعل بيانا فمن الجائز أن يقع اختياره على الموطوء فيتعين أنه وطئ حرة من غير نكاح فيجعل الوطئ بيانا ضرورة التحرج عن الحرام حالا وما لا حتى لو قال احداكما مدبرة ثم وطئ احدهما لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك الاستمتاع فلا حازه إلى التحرز بالبيان ولهذا جعل الوطئ بيانا في الطلاق المبهم حتى لو قال لامرأته احداكما طالق فوطئ احدهما طلقت الأخرى كذا ههنا ولابي حنيفة أن كون الوطئ بيانا للعتق في غير الموطوءة يستدعى العتق ليكون العتق تعيينا للمعتقة منهما والعتق بالكلام السابق غير نازل لما بينا من الدلائل وهكذا نقول في الطلاق المبهم أنه غير واقع في غير المعين منهما بل هو معلق بشرط الاختيار الا أن هناك جعل الوطئ دلالة الاختيار ولم يجعل ههنا لان الوطئ في باب النكاح مستحق على الزوج شرعا لقوله عزوجل فامسك بمعروف أو تسريح باحسان قيل في التفسير ان الامسك بالمعروف هو الوطئ والنفقة وإذا كان الوطئ مستحقا بالنكاح عند اختيار الامسك فإذا قصد وطئ احدهما صار مختارا لامساکها فيلزمه ايفاء المستحق شرعا ضرورة اختيار الامسك فيصير مختارا لطلاق الأخرى والوطئ في الامة مستحق بحال فلا يكون وطئ احدهما اختيارا للعتق في الأخرى لو صار مختارا للامسك انما يصير ليقع وطؤه حالا تحرجا عن الحرمة ووطؤه اياهما جميعا حلال وباختيار احدهما لا يظهر ان وطئ الموطوءة كان حراما لان العتق ثبت حال الاختيار مقصورا عليهما وأما الضرورة فنحو أن يموت أحد العبدین قبل الاختيار فيعتق الآخر لانه بالموت خرج من أن يكون محلا لاختيار العتق المبهم فتعين الآخر ضرورة من غير تعيين المولى لانصا ولا دلالة وهذا يدل على أن العتق غير نازل إذ لو كان نازلا لما تعين الآخر للعتق لان التعيين للضرورة وهى ضرورة عدم المحل ولا ضرورة لان ميت كان محلا للبيان إذ البيان تعيين لمن وقع عليه العتق بالايجاب السابق وقت وجوده وكان حيا في ذلك الوقت وهذا بخلاف ما إذا باع أحد عبديه على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام فمات أحدهما ان ملك المشتري يتعين في الميت منهما ولا يتعين في الحى لان هناك وجد المسقط للخيار في الميت قبل الموت وهو حدوث العيب فيه إذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض عادة فحدوث العيب فيه يبطل خيار المشتري فيه فيتعين بالبيع فيتعين الحى للرد وههنا حدوث العيب في أحدهما لا يوجب تعيينه للملك قبل الموت فيتعين للموت فيتعين الآخر للعتق ضرورة بخلاف ما إذا قال أحد هذين ابني أو أحد هاتين أم ولدى فمات أحدهما لم يتعين الآخر للحرية والاستيلاء كذا روى ابن سماعه عن محمد لان قوله أحد هاتين أم ولدى أو أحد هذين ابني ليس بانشاء بل هو اخبار عن أمر سابق



والاخبار يصح في الحى والميت فيقف على بيانه وقوله أحدكما حر أو أحد هذين حر انشاء للحرية في أحدهما والانشاء لا يصح الا في الحى فإذا مات أحدهما تعين الآخر للحرية وكذا إذا قتل أحدهما سواء قتله المولى أو أجنبي لما قلنا غير ان القتل ان كان من المولى فلا شئ عليه وان كان من الأجنبي فعليه قيمة العبد المقتول للمولى فان اختار المولى عتق المقتول لا يرتفع العتق عن الحى ولكن قيمة المقتول

[ 105 ]

تكون لورثته لان المولى قد أقر بحريته فلا يستحق بشياً من قيمته فان قطعت يد أحدهما لا يعتق الآخر سواء كان القطع من المولى أو من أجنبي لان القطع لا يقطع خيار المولى لبقاء محل الخيار بخلاف القتل فان قطع أجنبي يد أحدهما ثم بين المولى العتق فان بينه في غير المجني عليه فالارش للمولى بلا شك وان بينه في المجني عليه ذكر القدورى في شرحه ان الارش للمولى أيضا ولا شئ للمجني عليه من الارش وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوي ان الارش يكون للمجني عليه وهكذا ذكر القاضى فيما إذا قطع المولى ثم بين العتق أنه ان بينه في المجني عليه يجب عليه ارش الاحرار ويكون للعبد وعلل بأنه أقر على نفسه بانه جنى على حر وان بينه في غير المجني عليه فلا شئ على المولى ولم يذكر القدورى هذا الفصل وانما ذكر فصل الأجنبي وما ذكره القاضى قياس مذهب التنجيز لان البيان يكون تعيينا لمن وقع عليه العتق فيتبين انه كان حرا وقت ورود الجناية عليه فيوجب ارش الاحرار على المولى للعبد وما ذكره القدورى قياس مذهب التعليق لان العتق ثبت وقت الاختيار مقصورا عليه فلا يظهر لان الجناية صادفت يد حر والله عزوجل أعلم ولو قال عبيد حر وليس له الا عبد واحد عتق لانه تعين بالايجاب فانصرف إليه فان قال لى عبد آخر عينته لم يصدق في القضاء لانه إذا لم يعرف له عبد آخر انصرف ايجابه إلى هذا العبد ظاهرا فلا يصدق في العدول عن الظاهر الا بيينة تقوم على أن له عبداً آخر ويصدق فيما بينه وبين الله عزوجل لانه نوى ما يحتمله لفظه ولو قال أحد عبيد حر أو أحد عبيد حر وليس له الا عبد واحد عتق لان لفظة أحد لا تقتضي أحادا ألا ترى أن الله تعالى موصوف بانه أحد قال سبحانه وتعالى قل هو الله أحد ولا مثل له ولا شريك ولا أحد غيره في الازل وروى بشر عن أبى يوسف فيمن كان له ثلاثة أعبد فقال أحد عبيد حر أحد عبيد حر أحد عبيد حر قال ذلك ثلاثا عتقوا لان أحدهم عتق باللفظ الاول لانه أحد عبيده وعتق الآخر باللفظ الثاني لهذا المعنى وقد بقى له عبدان فيعتق أحدهما وعتق الثالث باللفظ الثالث وان لم يبق الا عبد واحد كما لو قال ابتداء أحد عبيد حر وليس له الا عبد واحد ولو قال أحدكم حر أحدكم حر لم يعتق الا واحد لان أحدهم عتق باللفظ الاول ثم باللفظ الثاني جمع بين حر وعبيدين فقال أحدكم حر لم يصح ثم باللفظ الثالث جمع بين عبد وحرين فلم يصح ذلك أيضا لانه يحمل على الاخبار وهو صادق فيما أخبر ولو قال لعبيده أنت حر أو مدبر يؤمر بالبيان فان قال عينت به الحرية عتق وان قال عينت به التدبير صار مدبرا وهذا ظاهر فان مات قبل البيان والقول في الصحة عتق نصفه بالاعتاق البات ونصفه بالتدبير لشيوع العتقين فيه الا أن نصفه يعتق مجانا من جميع المال لانه يعتق بالاعتاق البات في حالة الصحة ونصفه يعتق من الثلث لانه يعتق بالتدبير والعتق بالتدبير يثبت من طريق الوصية فيعتبر من الثلث سواء كان التدبير في المرض أو في الصحة ان خرج من الثلث عتق كل النصف وان لم يكن له مال غيره عتق ثلث النصف مجانا لان هذا القدر لم يتعلق به حق الورثة ويسعى في ثلثي النصف وهو ثلث الكل ولو كانا عبيدين فقال أحدكما حر أو مدبر يؤمر بالبيان فان مات قبل البيان ولا مال له غيرهما والقول في

الصحة عتق نصف كل واحد منهما للشيوع الا أن الربع من كل واحد منهما يعتق مجاناً من جميع المال لحصوله بالاعتاق البات في حالة الصحة والربع يعتق من أصوله بالتدبير ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته على كل حال ولو قال أنتما حران أو مدبران والمسألة بحالها عتق نصف كل واحد منهما بالاعتاق البات ونصف كل واحد منهما بالتدبير وهذا كله إذا كان القول في الصحة فإن كان في المرض يعتبر ذلك من الثلث ولو كان لرجل ثلاثة أعبد فقال هذا حر أو هذا أو هذا عتق الثالث ويؤمر بالبيان في الاوليين ولو قال هذا حر وهذا أو هذا عتق الاول ويؤمر بالبيان في الاخرين وكذلك هذا في الطلاق ووجه الفرق ان كلمة أو في الفصل الاول دخلت بين الاول الثاني فأوجبت حرية أحدهما غير عين ثم الثالث عطف على الحر منهما أيهما كان فصار كأنه قال أحدكما حر وهذا وفي الفصل الثاني أوجب الحرية للاول عينا ثم أدخل كلمة أو في الثاني والثالث فأوجبت حرية أحدهما غير عين فعتق الاول ويؤمر بالبيان في الثاني والثالث وهذا بخلاف ما إذا قال ان كلمت هذا

[ 106 ]

أو هذا وهذا فعبدى حر انه ان كلم الاول وحده حنث وان كلم الثاني أو الثالث وحده لا يحنث ما لم يكلمهما جميعاً ولو قال ان كلمت هذا وهذا أو هذا فعبدى حر فان كلم الثالث وحده حنث وان كلم الاول أو الثاني وحده لا يحنث ما لم يكلمهما جميعاً لان في الفصل الاول جعل شرط الحنث كلام الاول وحده أو كلام الثاني والثالث جميعاً لانه جعل الثالث معطوفاً على الثاني بحرف العطف فقد أدخل كلمة أو بين الاول وحده وبين الثاني والثالث جميعاً وأما في الفصل الثاني فقد جعل شرط الحنث كلام الاول والثاني جميعاً أو كلام الثالث وحده لانه عطف الثاني على الاول بحرف العطف وأدخل كلمة أو بين الاول والثاني جميعاً والثالث وحده والله عزوجل أعلم ولو اختلط حر بعبد كرجل له عبد فاختلط بحر ثم كل واحد منهما يقول أنا حر والمولى يقول أحدكما عبدى كان لكل واحد منهما أن يحلفه بالله تعالى ما يعلم أنه حر فان حلف لاحدهما ونكل للآخر فالذي نكل له حر دون الآخر وان نكل لهما فهما حران وان حلف لهما فقد اختلط الامر فالقاضي يقضى بالاختلاط ويعتق من كل واحد منهما نصفه بغير شئ ونصفه بنصف القيمة وكذا لو كانوا ثلاثة يعتق من كل واحد منهم ثلثه ويسعى في ثلثي قيمته كذا ذكره الكرخي وكذلك لو كانوا عشرة فهو على هذا الاعتبار وهذا كرجل أعتق أحد عبديه بعينه ثم نسيه فان بين فهو على ما بين فان لم يبين وقال لا أدري أيهما حر لا يجبر على البيان ولكن يعتق من كل واحد منهما نصفه مجاناً ونصفه بنصف القيمة كذلك ههنا وأما النوع الثاني وهو ما يتعلق به بعد موت المولى فهو ان المولى إذا قال لعبديه أحدكما حر لا ينوى أحدهما بعينه ثم مات قبل الاختيار عتق من كل واحد منهما نصفه لانه وقع الياس عن البيان والاختيار إذ لا يمكنه ذلك بنفسه وهذا الخيار لا يورث حتى يقوم الوارث فيه مقامه فيشيع العتق فيهما إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فيعتق من كل واحد منهما نصفه مجاناً ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته وفصل الشيوع دليل نزول العتق في أحدهما إذ الثابت تشييع والموت ليس باعتاق علم ان الكلام السابق وقع تنجيذاً للعتق في أحدهما ثم فرق بين هذا الخيار وبين خيار التعيين في باب البيع لانه الوارث هناك يقوم مقام الموت في البيان وههنا لا ووجه الفرق ان هناك ملك المشتري أحد العبدین مجهولاً إذ كل واحد منهم محل للملك فإذا مات فالوارث ورث منه عبداً مجهولاً فمتى جرى الارث ثبت ولاية التعيين أما ههنا فأحدهما حر أو استحق الحرية وذلك يمنع جريان الارث في أحدهما فيمنع ولاية التعيين هذا إذا كان المزاحم له محتملاً للعتق وهو ممن ينفذ اعتاقه فيه فأما إذا كان

ممن لا ينفذ اعتاقه فيه بأن جمع بين عبده وعبده غيره فقال أحدكما حر لا يعتق عبده  
 الا بالنية لان قوله أحدكما يحتمل كل واحد منهما لان عبد الغير قابل للعتق في نفسه  
 ومحتمل لنفوذ الاعتاق فيه في الجملة فلا ينصرف إلى عبد نفسه الا بالنية وان كان  
 المزاحم ممن لا يحتمل العتق أصلاً كما إذا جمع بين عبده وبين بهيمة أو حائط أو حجر  
 فقال أحدكما حر أو قال عبدي حر أو هذا وهذا فان عبده يعتق في قول أبى حنيفة نوى  
 أو لم ينو وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق الا بالنية وكذا إذا جمع بن عبده وبين ميت  
 وقد ذكرنا الكلام في هذه الجملة في كتاب الطلاق وعلى هذا إذا جمع بين عبده وبين  
 حر فقال أحدكما حر انه لا يعتق عبده الا بالنية لان صيغته صيغة الخبر فيحمل على  
 الاخبار وهو صادق في اخباره مع ما في الحمل عليه تصحيح تصرفه وانه أصل عند  
 الامكان فيحمل عليه الا إذا نوى فيحمل على الانشاء بقريظة النية والحر لا يحتمل  
 انشاء الحرية فينصرف إلى العبد ولو جمع بين عبده ومديره فقال أحدكما حر لا يصير  
 عبده مدبر الا بالنية ويحمل على الاخبار كما في الجمع بين الحر والعبد ولو جمع بين  
 عبديه ومديره فقال اثنان منكم مدبران صار أحد عبديه مدبراً ويؤمر بالبيان لان قوله  
 اثنان منكم يصرف أحدهما إلى المدبر ويكون اخباراً عن تدبيره إذ الصيغة للخبر في  
 الوضع وهو صادق في هذا الاخبار والآخر يصرف إلى أحد العبدتين فيكون انشاء للتدبير  
 في أحدهما إذ لا يمكن حمله على الخبر لانه يكون كذباً فيحمل على الانشاء كانه قال  
 للمدبر هذا مدبر وأحد العبدتين مدبر فيؤمر بالبيان كما لو قال ذلك ابتداء لعبديه  
 أحدكما مدبر فان مات المولى قبل البيان انقسم تدبير رقبة بين العبدتين نصفين  
 فيعتق المدير المعروف من الثلث ويعتق نصف كل واحد من العبدتين من

[ 107 ]

الثلث لان التدبير وصية والوصية تعتبر من الثلث سواء كان في المرض أو في الصحة  
 وهذا كما لو جمع بين عبدين وحر فقال اثنان منكم حران انه يصرف أحدهما إلى  
 الاخبار عن حرية أحدهم والآخر إلى انشاء الحرية في أحد العبدتين لا غير كانه قال  
 للحران هذا حر وأحد العبدتين حر فيؤمر بالبيان فان مات قبل البيان عتق من كل واحد  
 منهما نصفه لشيوع العتق فيهما كذا هذا ولو كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال  
 أحدكما حر ثم خرج أحدهما ودخل الآخر فقال أحدكما حر فالكلام في هذه المسألة  
 في الاصل يقع في موضعين أحدهما يتعلق في حال الحياة والثاني يتعلق بحال الموت  
 أما الاول فما دام المولى حياً يؤمر بالبيان ثم ان بدأ بالبيان للايجاب الاول فان عنى به  
 الخارج عتق الخارج بالايجاب الاول وتبين ان ايجاب الثاني بين الثابت والداخل وقع  
 صحيحاً ولو وقع بين عبدين فيؤمر بالبيان لهذا الايجاب وان عنى بالايجاب الاول  
 الثابت عتق الثابت بالايجاب الاول وتبين ان الايجاب الثاني وقع لغوا لحصوله بين حر  
 وعبد في ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه قال الكلام الثاني ينصرف إلى  
 الداخل وهذا غير سديد لان على قوله إذا جمع بين حر وعبد فقال أحدكما حر ينبغي ان  
 ينصرف إلى العبد وليس كذلك بالاجماع وان بدأ بالبيان للايجاب الثاني فان عنى به  
 الداخل عتق الداخل عتق بالايجاب الثاني وبقي الايجاب الاول بين الخارج والثابت  
 على حاله كما كان فيؤمر بالبيان كما كان وان عنى به الثابت بالايجاب الثاني وعتق  
 الخارج بالايجاب الاول لتعيينه للعتق باعتاق الثابت وأما الذى يتعلق بما بعد الموت  
 فهنا حالان حال ما بعد موت العبدتين وحال ما بعد موت المولى أما موت العبدتين فان  
 مات الخارج عتق الثابت بالايجاب الاول وتبين ان الايجاب الثاني وقع باطلا وان مات  
 الثابت عتق الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت قد أعيد عليه  
 الايجاب فعتقه يوجب تعيين كل واحد منهما للعتق وان مات الداخل يؤمر المولى

بالبيان للايجاب الاول فان عنى به الخارج عتق الخارج بالايجاب الاول وبقي الايجاب الثاني بين الداخل والثالث فيؤمر بالبيان وان عنى به الثابت تبين ان الايجاب الثاني وقع باطلا وأما موت المولى قبل البيان فان كان القول منه في الصحة يعتق من الخارج نصفه ومن الثابت ثلاثة أرباعه بلا خلاف بين أصحابنا واختلفوا في الداخل قال أبو حنيفة وأبو يوسف يعتق من الداخل نصفه وقال محمد ربه أما في مسألة الوفاق فلان المولى ان كان عنى بالايجاب الاول الخارج عتق كله ولم يعتق به الثابت وان كان عنى به الثابت عتق الثابت كله ولم يعتق به الخارج وكل واحد منهما يعتق في حال ولا يعتق في حال فيتنصف فيعتق من كل واحد منهما نصفه بالايجاب الاول ثم الثابت بالايجاب الثاني يعتق نصفه الباقي في حال ولا يعتق في حال فيتنصف ذلك النصف فيعتق ربه بالايجاب الثاني وقد عتق نصفه بالايجاب الاول فيعتق ثلاثة أرباعه وأما وجه قول محمد فهو ان الايجاب الثاني يصح في حال ولا يصح في حال لانه ان كان المولى عنى بالايجاب الاول الخارج يصح الايجاب الثاني لان الثابت يبقى رقيقا فيقع الايجاب الثاني جمعا بين العبدان فيصح وان كان عنى به الثابت لا يصح لانه يقع جمعا بين الحر والعبد فيلغو فيصح الايجاب الثاني في حال ولم يصح في حال فلا يثبت الا نصف حرية فيقسم بين الثابت والداخل فيصيب كل واحد منهما الربع ولهما ان الايجاب الثاني يدور بين الصحة والبطلان إذا نزل العتق بالايجاب الاول في غير المعين منهما ولم ينزل لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم فكان الايجاب الثاني صحيحا في الحالين جميعا فلما مات المولى قبل البيان أصاب الداخل من هذا الايجاب نصف حرية ثم ان كان عنى به الثابت عتق به النصف الباقي ولا يعتق الداخل وان كان عنى به الداخل عتق كله ولا يعتق شئ من النصف الباقي من الثابت فكل واحد منهما يثبت في حال ولا يثبت في حال فيتنصف فيعتق من الثابت ربه ومن الداخل نصفه والدليل على ان ما ذكره محمد غير سديد ان الايجاب الثاني لو كان تردد بين الصحة وعدم الصحة لبطل أصلا ورأسا لان من جمع بين حر وعبد وقال أحكما حر يبطل أصلا ورأسا ومحمد اعتبر الايجاب الثاني حيث قال بثبوت نصف حرية بين الثابت والداخل هذا

[ 108 ]

إذا كان القول منه في الصحة فان كان في المرض فان كان له مال آخر يخرجون من الثلث أو لا يخرجون لكن ان أجازت الورثة فكذلك الجواب وان لم يكن له مال سوى هؤلاء ولم تجز الورثة يقسم الثلث بينهم على قدر وصيتهم لان الاعتاق في مرض الموت وصية الوصية نفاذها من الثلث فيضرب كل واحد منهم بمقدار وصيته فوصية الخارج نصف الرقبة ووصية الثالث ثلاثة أرباع الرقبة ووصية الداخل نصف الرقبة على أصلهما فيجعل كل واحد على أربعة أسهم لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع فالخارج يضرب بنصف الرقبة وذلك سهمان والثابت يضرب بثلاثة أرباع الرقبة وذلك ثلاثة أسهم والداخل يضرب بنصف الرقبة وذلك سهمان فتجمع وصاياهم فتصير سبعة أسهم فيجعل ثلث المال مبلغ الوصايا وذلك سبعة أسهم فيكون ثلثا المال أربعة عشر سهماً ضرورة فيكون جميع المال أحد وعشرين فصار كل عبد سبعة أسهم لان ماله ثلاثة أسهم وقد صار ماله كله أحد وعشرين سهماً فيخرج منه سهام العتق سهام السعاية فالخارج يعتق منه سهمان من سبعة ويسعى في خمسة أسهم والثابت يعتق منه ثلاثة أسهم من سبعة ويسعى في أربعة أسهم والداخل يعتق منه سهمان من سبعة ويسعى في خمسة أسهم وإذا صار سهام الوصايا سبعة تصير سهام الورثة أربعة عشر ضرورة فاستقام الثلث والثلاثان وهذا التخريج على قولهما وأما على قول محمد

فالخارج يضرب بسهمين والثابت بثلاثة والداخل بسهم فذلك ستة أسهم فصار ثلث المال ستة أسهم فيكون ثلثاه مثليه وذلك اثني عشر فيصير جمع المال ثمانية عشر فصار كل عبد ستة أسهم يخرج منها سهام العتق وسهام السعاية فيعتق من الخارج بسهمان ويسعى في أربعة أسهم ويعتق من الثابت ثلاثة أسهم ويسعى في ثلاثة ويعتق من الداخل سهم واحد وسعى في خمسة أسهم فصار للورثة اثني عشر ولأصحاب الوصايا ستة فاستقام الثلث والثلثان والله عزوجل أعلم وأما الجهالة الطارئة بان أضاف صيغة الاعتاق إلى أحدهما بعينه ثم نسيهم فالكلام في هذا الفصل أيضا في موضعين أحدهما في كيفية هذا التصرف والثاني في الاحكام المتعلقة به أما الاول فلا خلاف في ان أحدهما حر قبل البيان لان الصيغة أضيفت إلى معين والمعين محل لنزول العتق فيه فكان البيان في هذا النوع اظهار وتعيينا لمن نزل فيه العتق وأما الثاني فالاحكام المتعلقة به ضربان أيضا ضرب يتعلق به في حال حياة المولى وضرب يتعلق به بعد موته أما الاول فنقول إذا أعتق احدى جاريتيه بعينها ثم نسيها أو أعتق احدى جواربه العشرة بعينها ثم نسى المعتقة فانه يمنع من وطئهن واستخدامهن حرة بيقين فكل واحدة يحتمل أن تكون هي الحرة ووطئ الحرة من غير نكاح حرام فلو قرب واحدة منهن ربما يقرب الحرة فيمنع من ذلك صيانة عن الحرام والاصل في هذا الباب ما روينا من حديث وابصة بن معبد رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الا ان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه ولا يجوز أن يطأ واحدة منهن بالتحري لما ذكرنا في كتاب الطلاق فلو انه وطئ واحدة منهن فحكمه نذكره هنا والحيلة في ان يباح له وطؤها ان يعقد عليهن عقد النكاح فتحل له الحمرة منهن بالنكاح والرقيقة بملك اليمين ولو خاصم العبدان المولى إلى القاضي وطلبا منه البيان أمره القاضي بالبيان ولو امتنع حبسه ليبين كذا ذكره الكرخي لان أحدهما حر بيقين والحرية حقه أوله فيها حق ولك صاحب حق ان يطلب حقه وإذا امتنع من الايفاء يجبر عليه ولو ادعى كل واحد منهما انه هو الحر ولا بينة له وجحد المولى فطلبا يمينه استحلفه القاضي لك واحد منهما بالله عزوجل ما أعتقه لان الاستحلاف لفائدة النكول والنكول بذل أو اقرار والعتق يحتمل كل ذلك ثم ان نكل لهما عتقا لانه بذل لهما الحرية أو أقر بها لهما وان حلف لهما يؤمر بالبيان لان أحدهما حر بيقين وحرية لا ترتفع باليمين وما ذكرنا من رواية ابن سماعة عن محمد في الطلاق يكون ذلك رواية في العتاق وهو انهما إذا استحلفا فحلف المولى للاول يعتق الذي لم يحلف له لانه لما حلف للاول والله ما أعتقه فقد أقر برقه فيتعين الآخر للحرية كما إذا قال ابتداء لاحدهما عينا هذا عبد وان لم يحلف له عتق هو لانه بذل لهم الحرية أو أقر وان تشاحا في الميين حلف لهما جميعا بالله عزوجل ما أعتق واحد منهما فان حلف

[ 109 ]

لهما فان كانا أمتين يحجب منهما حتى يبين لما ذكرنا ان حرية احدهما لا ترتفع بالحلف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان المولى لا يجبر على البيان في الجهالة الطارئة إذا لم يتذكر لما فيه من استرقاق الحر لان أحدهما حر بيقين بخلاف الجهالة الاصلية لان ثمة الحرية غير نازلة في المحل في أصح القولين فلم يكن في البيان استرقاق الحر ثم البيان في هذه الجهالة نوعان نص ودلالة أو ضرورة أما النص فنحو ان يقول المولى لاحدهما عينا هذا الذي كنت أعتقته ونسيت وأما الدلالة أو الضرورة فهي ان يقول أو يفعل ما يدل على البيان نحو ان يتصرف في احدهما تصرفا لا صحة له بدون الملك من البيع والهبة والصدقة والوصية والاعتاق والاجارة والرهن والكتابة

والتدبير والاستيلاء إذا كانتا جاريتين لان هذه التصرفات لا صحة لها الا في الملك فكان  
اقدامه دليل اختياره الملك في التصرف فيه وتعين الآخر للعتق وكذا إذا كانا أمتين  
فوطئ احدهما عتقت الاخرى بلا خلاف لان احدهما حرة بيقين فكان وطئ احدهما  
تعيينا لها للرق والاخرى للعتق وتعيين الاخرى للعتق ضرورة انتفاء المزاحم بخلاف  
الجهالة الاصلية على أصل أبي حنيفة لان العتق غير نازل في احدهما فكانت كل  
واحدة منهما حلال الوطئ وان كن عشرا فوطئ احدهن تعينت الموطوءة للرق حملا  
لامره على الصلاح وتعينت الباقيات لكون المعتقة فيهن دلالة أو ضرورة فيتعين البيان  
نصا أو دلالة وكذا لو وطئ الثانية والثالثة إلى التاسعة فتعين الباقية وهى العاشرة  
للعتق لان فعله يحمل على الجواز ولا جواز له الا في الملك فكان الاقدام على وطئهن  
تعيينا لهن للرق والباقية للعتق أو تتعين الباقية ضرورة والاحسن أن لا يطاق واحدة  
منهن لاحتمال أن تكون الموطوءة هي الحرة فلو أنه وطئ فحكمه ما ذكرنا ولو ماتت  
واحدة منهن قبل البيان فالاحسن أن لا يطاق الباقيات قبل البيان لاحتمال أن تكون  
المعتقة فيهن فلو أنه وطئهن قبل البيان جاز لان فعل السلم العدل محمول على  
الجواز ما أمكن وأمكن ههنا بان يحمل على أنه قد تذكر أن المعتقة منهن هي الميته  
لان البيان في هذا النوع من الجهالة اظهار وتعيين لمن نزلت فيه الحرية من الاصل  
فلم تكن الحياة شرطا لمحلية البيان وكان اقدامه على وطئهن تعيينا للميته للعتق  
والباقيات للرق دلالة أو تتعين الباقيات للرق ضرورة بخلاف الجهالة الاصلية إذا ماتت  
واحدة منهن أن الميته لا تتعين للحرية لان الحرية هناك غير نازلة في احدهن وانما  
تنزل عند وجود الشرط وهو الاختيار مقصورا عليه والمحل ليس بقابل للحرية وقت  
الاختبار فهو الفرق ولو كانت اثنتين فماتت واحدة منهما لا تتعين الباقية للعتق لان  
الميته لم تتعين للرق لانعدام دليل يوجب التعيين فلا تتعين الاخرى للعتق ضرورة  
فوقف تعيينها للعتق على البيان نصا أو دلالة إذ الميته لم تخرج عن كونها محلا للبيان  
إذ البيان في هذا النوع اظهار وتعيين بخلاف النوع الاول في أصح القولين ولو قال  
المولى هذا مملوك وأشار إلى أحدهما يتعين الآخر للعتق دلالة أو ضرورة ولو باعهما  
جميعا صفقة واحدة كان البيع فاسدا لانه باع حرا وعبدا صفقة واحدة ولم يبين حصة  
كل واحد منهما من الثمن وكذا لو كانوا عشرة فباعهم صفقة واحدة ويفسخ البيع في  
الكل ولو باعهم على الانفراد جاز البيع في التسعة ويتعين العاشر للعتق كذا ذكر  
الكرخي لان بيع كل واحد منهم اختيار اياه للرق ويتعين الباقي للعتق دلالة أو يتعين  
ضرورة عدم المزاحم كما لو وطئ عشرة نفر لكل واحد منهم جارية فاعتق واحد  
منهم جاريته ولا يعرف المعتق فالكل واحد منهم أن يطاق جاريته وان يتصرف فيها  
تصرف الملاك لان الجهالة تمكنت في الجانبين جميعا المعتق والمعتق فوقع الشك  
في الطرفين فلا يزال اليقين بالشك بخلاف ما إذا كانت الجوارى لواحد فاعتق واحدة  
منهن ثم نسيها أنه يمنع من وطئ الكل لان الجهالة هناك لم تقع الا في أحد الجانبين  
فلم يقع الشك الا في أحد الجانبين إذ المعتق على يقين من حرية احدهن وكل واحدة  
تحتمل أن تكون هي الحرة فيمنع من وطئهن ولو دخل الكل في ملك أحدهم صار كأن  
الكل كن في ملكه فاعتق واحدة منهن ثم جهلها وأما الثاني فهو أن المولى إذا مات  
قبل البيان يعتق من كل واحدة منهما نصفه مجانا بغير شئ ونصفه بالقيمة فتسعى  
كل واحدة منهما في نصف قيمتها للورثة لما ذكرنا في الجهالة الاصلية والله عزوجل  
أعلم

فصل وأما بيان ما يظهر به حكمه فالمظهر له شيان أحدهما الاقرار والثاني البيئة أما الاول فلا شك ان الاقرار من المولى باعتاق عبده يظهر به العتق لان الظاهر ان الانسان لا يقر على نفسه كاذبا فيصدق في اقراره على نفسه ولا يقبل على غيره لكونه شهادة على الغير وشهادة الفرد غير مقبولة ولو أقر بحرية عبده ثم اشتراه عتق عليه لان اقراره على نفسه مقبول ولا يقبل على غيره لكونه شهادة على الغير وشهادة الفرد غير مقبولة فإذا اشتراه فقد زال المانع من تقيده في حقه فيعتق عليه وأما البيئة فجملة الكلام فيها أنه لا خلاف في أنها تقبل على عتق المملوك إذا ادعى المملوك العتق وأنكر المولى سواء كان المملوك عبداً أو جارية فاما إذا لم يدع وأنكر العتق والمولى أيضا منكر فهل تقبل الشهادة على عتقه من غير دعواه فان كان المملوك جارية تقبل بالاجماع وان كان عبداً لا تقبل في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد تقبل من أصحابنا من جمل المسألة على أن عتق العبد حق العبد عند أبي حنيفة والشهادة على حقوق العباد لا تقبل من غير دعاويهم كالاموال وسائر حقوق العباد وعندهما هي حق الله تعالى والشهادة على حقوق الله عزوجل مقبولة من غير دعوى أحد كالشهادة على اعتاق الانسان أمته وتطبيقه امرأته والشهادة على أسباب الحدود الخالصة لله عزوجل من الزنا والشرب والسكر الا السرقة فانه شرط فيها الدعوى لتحقق السبب إذ لا يظهر كون الفعل سرقة شرعا بدون الدعوى لما نذكر في كتاب السرقة فتكلم في المسألة بناءً وابتداءً أما البناء فوجه قولهما ان في الاعتاق تحريم الاسترقاق وحرمة الاسترقاق حق الله تعالى قال النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أنا خصمهم ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة وذكر من جملتها رجلا باع حراً وأكل ثمنه وكذا يتعلق به اهلية وجوب حقوق الله عزوجل من الكفارات والزكوات والجمع والجماعات فثبت أن العتق حق الله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى لقبول الشهادة القائمة عليه كما في عتق الامة وطلاق المرأة وكما في الحدود الخالصة وكذا الاحكام تدل على أن الدعوى ليست بشرط فان الشهادة على حرية الاصل للعبد تقبل من غير دعواه وكذا الشهادة على نسب صبي صغير من رجل وأنكر الرجل وكذا الشهادة على المولى باستيلاء جاريته وهما منكران وكذا التناقض في العتق لا يمنع صحة الدعوى بان قال عبد لانسان اشترني فاني عبد فلان فاشتراه ثم ادعى العبد حرية الاصل تسمع دعواه ولو كانت الدعوى فيه شرطا لكان التناقض مانعا من صحة الدعوى كما في سائر الدعاوى ولابي حنيفة ان الاعتاق اثبات العتق والعتق في عرف اللغة والشرع اسم لقوة حكمية تثبت للعبد تندفع بها يد الاستيلاء والتملك عنه والقوة حقه إذ هو المنتفع بها مقصودا ألا ترى هو الذي يتضرر بانتفائها مقصود بالاسترقاق وكذا التحرير اثبات الحرية والحرية في متعارف الشرع واللغة تنبئ عن خلوص نفس العبد له عن الرق والملك وذلك حقه لانه هو المنتفع به دون غيره مقصودا وحق الانسان ما ينتفع هو به دون غيره فإذا ثبت أن العتق حق العبد فالشهادة القائمة على عتق العبد لا تقبل من غير دعواه كسائر الشهادات القائمة على سائر حقوق العباد والجامع بينهما من وجهين احدهما ان المشهود به إذا كان حقا للعبد كان العبد مشهودا له فإذا أنكر فقد كذب شهوده والمشهود له إذا أكذب شهوده لا تقبل شهادتهم له والثاني ان انكار المشهود له حقه مع حاجته إلى استيفاء حقه لينتفع به بوجوب تهمة في الشهادة لان المشهود به لو كان ثابتا لتبادر إلى الدعوى ولا شهادة وأما قوله في الاعتاق تحريم الاسترقاق فنقول الاعتاق لا ينبئ عن ذلك وانما ينبئ عن اثبات القوة والخلوص على ما بينا وذلك حقه ثم إذا ثبت حقه بالاعتاق حرم الاسترقاق لما فيه من ابطال حقه وهذا لا يدل على أن حرمة الاسترقاق حق الله عزوجل ألا ترى ان سائر الحقوق الثابتة للعبد يحرم ابطالها ولا يدل على أن حرمة

ابطالها حق الله تعالى على أنا ان سلمنا ان في العتق حق الله تعالى فالمقصود حاصل لانه من حيث انه حق الله تعالى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى العبد ومن حيث انه حق العبد لا تقبل فدارت الشهادة بين القبول وعدم القبول فلا تقبل مع الشك ولهذا لم تقبل الشهادة على القذف من غير دعوى المقذوف وان كان حد القذف حق الله تعالى من وجه وحق العبد من وجه كذا ههنا وأما الاحكام فاما عتق الامة فثمة هكذا نقول ان تلك الشهادة لا تقبل على العتق

[ 111 ]

من حيث ذات العتق لما قلنا في العبد وانما تقبل من حيث ان عتق الامة حق الله تعالى على الخلوص من حيث انه سبب لتحريم الفرج ووسيلة إليه والشئ من حيث السبب والتوسل غير ومن حيث الذات غير كما قلنا في كفر المحارب انه يوجب القتل من حيث انه سبب للحراب لا من حيث ذاته بل ذات الكفر موجب لانهما غيران كذا هذا ألا ترى أنه ينفصل أحدهما عن الآخر فان العتق قد لا يكون وسيلة إلى تحريم الفرج وهو عتق العبد ثم متى قبلت على العتق من حيث انه سبب حرمة الفرج تقبل من حيث ذات العتق وكذا في طلاق المرأة من غير دعواها وليس للعتق في محل النزاع سببية تحريم الفرج فلو قبل لقبول على ذات العتق ولا وجه إليه لما بينا فانه قيل ما ذكرتم من العذر في فصل الامة والطلاق لا يصح لان الشهادة على عتق المجوسية والاخت من الرضاة مقبولة من غير دعوى وهذه الشهادة لا تتضمن حرمة الفروج لان الحرمة كانت ثابتة قبل ذلك وكذا الشهادة على الطلاق الرجعى والطلاق المضاف إلى الملك يقبل من غير دعوى ولا تتضمن هذه الشهادة تحريم الفرج فالجواب أن من أصحابنا من يمنع المسئلتين الاولتين فقالوا لا تقبل الشهادة فيهما من غير دعوى لانهما لا تتضمن تحريم الفرج ومنهم من سلم مسألة المجوسية ومنع مسألة الاخت من الرضاة وفرق بينهما من حيث ان وطئ الامة المجوسية مملوك للمولى وانما منع من الاستيفاء لخبثها كما يمنع من الوطئ حالة الحيض ولهذا لو وطئها لا يسقط احصانه وبعد العتق لو وطئها يسقط احصانه فالشهادة على عتقها تضمنت تحريم الفرج فقبلت من غير دعوى فأما الاخت من الرضاة فحرام الوطئ حقيقة حيث لو وطئها يسقط احصانه مع قيام ملك اليمين والمعتبر في الباب تحريم القرح لا الانوثة والشهادة على النسب قط لا تقبل من غير دعوى وفيما ذكر من المسألة وهى ما إذا كان صغيرا فلا تقبل عند أبى حنيفة ما لم ينصب القاضى خصما عن الصغير ليدعى النسب له بطريق النيابة شرعا نظرا للصغير العاجز عن احياء حقه بنفسه والقاضى نصب ناظرا للمسلمين وكان ذلك شهادة على خصم وأما الاستيلاء فهو سبب لتحريم الفرج والدعاوى في الجملة لانه يوجب حقيقة الحرية عند الموت والحرمة لازمة للحرية حتى لا يباح لها مس المولى وغسله بسبب الحرية فكان الاستيلاء في الحال سببا لثبوت الحرية فكان سببا لحق الله تعالى في الحال فيقام السبب مقام الحقيقة في حق التحريم احتياطا وهو الجواب عن الطلاق الرجعى والطلاق المضاف إلى الحرية ثمة ثبت في الجملة عند وجود زوال الحل فيعتبر السبب قائما مقام المسبب في حق الحرمة احتياطا وأما الابتداء فوجه قولهما ان عدالة الشاهد دلالة صدقه في شهادته من حيث الظاهر فيثبت المشهود به ظاهرا والقاضى مكلف بالقضاء بالظاهر فكان ينبغى أن لا تشترط الدعوى لقبول الشهادة أصلا ولهذا لم تشترط في عتق الامة وطلاق المرأة وأسباب الحدود الا أنا عرفنا اشتراطها فيما وراء العتق من حقوق العباد بالاجماع فيقتصر على مورد الاجماع (وجه) قول أبى حنيفة ان خير من ليس بمعصوم عن الكذب محتمل للكذب فلا يفيد العلم للقاضى بالمشهود به والاصل أن لا يجوز



القضاء بما لا علم للقاضي به وبما ليس بثابت قطعاً لقوله عزوجل ولا تقف ما ليس لك به علم وانه اسم للثابت قطعاً وقوله سبحانه وتعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا ثبوت مع احتمال العدم فكان ينبغي أن لا يجوز القضاء به أصلاً الا أن الشرع جاء بالجواز لحاجة العباد إلى دفع الفساد وهو المنازعة القائمة بينهما بالدعوى والمنازعة سبب الفساد أو لدفع فساد الزنا كما في حد الزنا وعتق الامة وطلاق المرأة أو لدفع فساد السكر في حد الشارب والسكر فالحق المحتمل بالمتيقن أو اكتفى بظاهر الصدق مع الاحتمال دفعاً للفساد فبقى الحكم فيما وراء ذلك على الاصل وعلى هذا شاهدان شهدا على رجل أنه أعتق أحد عبديه والعبدان يدعيان العتق أو يدعيه أحدهما فان شهدا في حال حياة المولى وصحته لا تقبل شهادتهما في قول أبي حنيفة وعندهما تقبل لان الدعوى شرط قبول الشهادة على عتق العبد عنده والمدعى مجهول فجهالة المدعى منعت صحة الدعوى فامتنع قبول الشهادة وعندهما الدعوى ليس بشرط فجهالة المدعى لا تكون أقل من عدم الدعوى فلا تمنع قبول الشهادة فتقبل ويجبر على البيان وان شهدا بعد وفاته على أنه

[ 112 ]

أعتق أحدهما حال صحته فهو على هذا الخلاف وان شهدا على ذلك وهو مريض فمات أو شهدا بعد موته على أنه قال ذلك في المرض لا تقبل في قياس قول أبي حنيفة وفي الاستحسان تقبل ولا خلاف في أنهما إذا شهدا على أنه طلق إحدى امرأتيه تقبل ويخير فيختار طلاق أحدهما وجه قياس قول أبي حنيفة ما ذكرنا ان الدعوى شرط والمدعى مجهول وجه الاستحسان أن المدعى ههنا معلوم لان الاعتاق في مرض الموت وصية والخصم في تنفيذ الوصية هو الموصى فكان الميت المشهود له لوقوع الشهادة له فكان المدعى معلوماً فجازت الشهادة له بخلاف حال الصحة فان الشهادة هناك وقعت لأحد العبدین فكان المشهود له مجهولاً فلم تجز الشهادة ولان المولى لما مات فقد شاع العتق فيهما جميعاً فصار كل واحد منهما خصماً في حق نفسه متعيناً فتقبل الشهادة بخلاف حال الحياة والصحة وكذلك جواب أبي حنيفة في هذه المسألة في الامتين بأن شهدا بأنه أعتق إحدى أمته انها لا تقبل لان انعدام اشتراط الدعوى بقبول الشهادة على عتق الامة لكونه سبباً لحرمة الفرج وهى حق الله تعالى ولا تثبت حرمة الفرج بالعتق المبهم عند أبي حنيفة فكان الجواب في العبدین والامتين ههنا عنده على السواء بخلاف ما إذا شهدا على أنه طلق إحدى امرأتيه انها تقبل لانها قامت على سبب حرمة الفرج والدعوى فيها ليست بشرط ولو شهدا ان أحد هذين الرجلين أعتق عبده فلانا لم تجز شهادتهما لان المدعى عليه مجهول ولو شهدا أنه أعتق عبداً له وسماه ونسبناه ان الشهادة باطلة لان الشاهد إذا نسى ما تحمل لا تقبل شهادته ولو شهدا أنه أعتق عبده سالماً ولا يعرفان سالماً وله عبد اسمه سالم ليس له غيره تقبل شهادتهما ولو شهدا به في البيع لا تقبل ووجه الفرق ان البيع لا يحتمل الجهالة أصلاً والعتق يحتمل ضرباً من الجهالة ألا ترى أنه لا يجوز بيع أحد العبدین ويجوز اعتاق أحد العبدین ولو اختلف الشاهدان في الشرط الذى علق به العتق لم تجز شهادتهما لانهما شهدا بعقدين كل عقد لا يثبت الا بشهادة شاهدين ولم يوجد والأصل فيه انه إذا اختلفت شهادة الشاهدين فان كان ذلك في دعوى العتق لا تقبل أصلاً وان كان في دعوى المال ففيه تفصيل ووافق واختلاف نذكر ذلك كله في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى والله عزوجل أعلم (كتاب التدبير) الكلام في هذا الكتاب يقع فيما ذكرنا في كتاب العتق وهو بيان ركن التدبير وبيان شرائط الركن وبيان صفة

التدبير وبيان حكم التدبير ووقت ثبوت حكمه وبيان ما يظهر به التدبير (فصل) أما الاول فركن التدبير هو اللفظ الدال على معنى التدبير لغة وهو اثبات العتق عن دبر ثم اثبات العتق عن دبر نوعان مطلق ومقيد أما المطلق فهو أن يعلق الرجل عتق عبده بموته مطلقا وله ألفاظ قد تكون بصريح اللفظ مثل أن يقول أنت مدبر أو دبرتك وقد تكو بلفظ التحرير والاعتاق نحو أن يقول أنت حر بعد موتى أو حررتك بعد موتى أو أنت معتق أو عتيق بعد موتى أو أعتقتك بعد موتى وكذا إذا قال أنت حر عند موتى أو مع موتى أو في موتى هو بمنزلة قوله بعد موتى لان عند كلمة حضرة فعند الموت يستدعى وجود الموت فيكون موته بمعنى الشرط وجمع للمقارنة ومقارنة الشيء يقتضى وجودهما وفى للظرف فإذا دخل ما لا يصلح ظرفا يجعل شرطيا كما إذا قال لعبده أنت حر في دخولك الدار وقد يكون بلفظ اليمين بأن يقول ان مت فأنت حر أو يقول إذا مت أو متى مت أو متى ما مت أو ان حدث بى حدث أو متى حدث بى لانه علق العتق بالموت مطلقا وكذا إذا ذكر في هذه الالفاظ مكان الموت الوفاة أو الهلاك ولو قال ان مات فلان فأنت حر لم يكن مدبرا لانه لم يوجد تعليق عتق عبده بموته فلم يكن هذا تدبير بل كان تعليقا بشرط مطلق كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك وقال أبو يوسف لو قال أنت حر ان مت أو قتلت فليس بمدبر وقال زفر هو مدبر لانه علق عتقه بالموت وأنه علق عتقه بالموت وأنه كائن لا محالة ولابي يوسف ان علق بأحد الامرين فلا يصير مدبرا

[ 113 ]

كما لو قال ان مت أو مات زيد ولو قال ان مت وفلان فأنت حر أو قال أنت حر بعد موتى وموت فلان أو قال بعد موت فلان وموتى لم يكن مدبر الا أن يموت فلان قبله فيصير حينئذ مدبرا وانما لا يصير مدبرا للحال لانه يحتمل أن يموت المولى أولا فلا يعتق لانه علق العتق بشرطين بموته وموت فلان فلا يعتق بموته وحده ويصير العبد ميراثا فبعد ذلك ان مات فلان ووجد الشرط الآخر فانما وجد بعدما انتقل الملك إلى الورثة وباحتمل أن يموت فلان فيصير مدبرا ويعتق بموت المولى فكان هذا كالتدبير المقيد ثم ينظر ان مات المولى أولا فقد صار العبد ميراثا للورثة لما بينا وان مات فلان أولا فقد صار مدبرا لان التدبير صار مطلقا وصار العبد بحاله يعتق بموت المولى ثم استشهد في الاصل فقال الا ترى انه لو قال أنت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتى فكلم فلانا كان مدبرا وكذلك قوله إذا كلمت فلانا فأنت حر بعد موتى فكلمه صار مدبرا لانه بعد الكلام صار التدبير مطلقا فكذا هذا وقد يكون بلفظ الوصية وهو أن يوصى لعبده بنفسه أو برقبته أو بعنقه أو بوصيه بوصية يستحق من جملتها رقبته أو بعضها نحو أن يقول له أوصيتك بنفسك أو برقبتك أو بعنقك أو كل ما يعبر به عن جملة البدن لان الموصى يزيل ملكه بالوصية ثم ان كان الموصى له ممن يحتمل الملك يزول الملك إليه والا فيزول لا إلى أحد والحر لا يحتمل أن يملك نفسه لما فيه من الاستحالة فكانت الوصية له بنفسه ازالة الملك لا إلى أحد وهذا معنى الاعتاق وهذا الطريق جعل بيع نفس العبد وهبتها له اعتاقا كذا هذا فيصير في معنى قوله أنت حر بعد موتى وكذا لو قال له أوصيت لك بثلاث مالى لان رقبته من جملة ماله فصار موصى له بثلاثها ولان هذا ازالة الملك من الثلث لا إلى أحد فيكون اعتاقا وروى بشر عن أبى يوسف فيمن أوصى لعبده بسهم من ماله أنه يعتق بعد موته ولو أوصى له بجزء من ماله لم يعتق ووجه الفرق ان السهم عبارة عن السدس فإذا أوصى له بسدس ماله فقد دخل سدس رقبته في الوصية فاما اسم الجزء فلا يتضمن الوصية بالرقبة لا محالة فكان الخيار فيه إلى الورثة فلهم التعيين فيما شاء والله عزوجل

أعلم وأما المقيد فهو ان يعلق عتق عبده بموته موصوفا بصفة أو بموته وشرط آخر نحو أن يقول ان مت من مرضى هذا أو في سفري هذا فأنت حر أو يقول ان قتلت فأنت حر أو ان غرقت فأنت حر أو ان حدث بي حدث من مرضى هذا أو من سفري هذا فأنت حر ونحو ذلك مما يحتمل أن يكون موته على تلك الصفة ويحتمل أن لا يكون وكذا إذا ذكر مع موته شرطا آخر يحتمل الوجود والعدم فهو مدبر مقيد وحكمه يذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وروى الحسن عن ابي حنيفة أن لو قال إذا مت ودفنت أو غسلت أو كفنت فأنت حر فليس بمدبر يريد به في حق الاحكام المتعلقة بالتدبير في حال حياة المدبر لانه علق العتق بالموت وبمعنى آخر فلم يكن مدبرا مطلقا فان مات وهو في ملكه استحسنت أن يعتق من الثلث والقياس أن لا يعتق كما لو قال إذا مت فدخلت الدار فأنت حر فمات المولى قد دخل العبد الدار انه لا يعتق كذا هذا لكنه استحسنت وقال يعقت من الثلث لانه علق العتق بالموت وبما هو من علاقته فصار كما لو علقه بموت نصفه فكان حكمه حكم المدبر المقيد بخلاف قوله إذا مت فدخلت الدار لان دخول الدار لا تعلق له بالموت فلم يكن تعليقا بموت نصفه فلم يكن تدبيرا أصلا بل كان يمينا مطلقا فيبطل بالموت كسائر الايمان ثم التدبير قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بشرط أما المطلق فما ذكرنا أما المعلق فنحو أن يقول ان دخلت الدار أو ان كلمت فلانا أو إذا قدم زيد فأنت مدبر لان التدبير اثبات حق الحرية وحقيقة الحرية تحتمل التعليق بالشرط فكذا في حق التدبير وذكر محمد في الاصل إذا قال أنت حر بعد موتى ان شئت فان نوى بقوله ان شئت الساعة فشاء العبد في ساعته تلك صار مدبرا لانه علق التدبير بشرط وهو المشيئة وقد وجد الشرط فيصير مدبرا كما إذا قال ان دلت الدار فأنت مدبر وان غنى به مشيئته بعد الموت فليس للعبد مشيئة حتى يموت المولى لانه علق العتق بشرط يوجد بعد الموت فإذا وجد قبله لا يعتبر فان مات المولى فشاء عند موته فهو حر من ثلثه كذا ذكره في الاصل وذكر الحاكم في مختصره ان المراد منه أن يعتقه الوصي أو الوارث لان العتق ههنا لم يتعلق بالموت وانما تعلق به وبأمر آخر بعده فيصير بمنزلة الوصية بالاعتاق فيجب أن لا يعتق

[ 114 ]

ما لم يعتق وكذا ذكر الجصاص أنه لا يعتق حتى يعتقه الورثة لما قلنا وروى ابن سماعه وعيسى بن أبان وأبو سليمان عن محمد فيمن قال لرجل إذا مت فأعتق عبدي هذا ان شئت أو قال إذا مت فأمر عبدي هذا بيدك ثم مات فشاء الرجل عتقه في المجلس أو بعد المجلس فله أن يعتقه لان هذا وصية بالاعتاق والوصايا لا يتقيد القبول فيها بالمجلس وكذا ان قال عبدي هذا حر بعد موتى ان شئت فشاء بعد موته في المجلس أو بعد المجلس فقد وجبت الوصية لما ذكرنا ان الوصية لا يتقيد قبولها بالمجلس ولا يعتق العبد حتى يعتقه الورثة أو الوصي أو القاضى وهذا يؤيد قول الحاكم والجصاص لانه لا فرق بين المسئلتين سوى أن هناك علق بمشيئة العبد وههنا علق بمشيئة الاجنبي وكذلك لو قال لعبده أنت حر ان شئت بعد موتى فمات المولى وقال العبد من مجلسه الذي علم فيه بموت المولى أو اخذ في عمل آخر فان ذلك لا يبطل شيئا مما جعله إليه لما ذكرنا ان هذا وصية بالاعتاق وليس بتملك والوصية لا يقف قبولها على المجلس وأما المضاف إلى وقت فنحو أن يقول أنت مدبر غدا أو رأس شهر كذا فإذا جاء الوقت صار مدبرا لان التدبير اثبات حق الحرية فيحتمل الاضافة كاثبات حقيقة الحرية ولهذا احتمل التعليق بالشرط كذا الاضافة وقد روى بشر عن ابي يوسف فيمن قال لعبد أنت حر بعد موتى بشهر فليس بمدبر ولا يعتق الا أن يعتق وروى ابن سماعه عن محمد أنه قال القياس أن يكون باطلا ألا ترى أنه لو جنى قبل الشهر دفع بالجنابة

ولو لحقه دين بيع فيه ووجه القياس ما ذكرنا انه لم اعلق العتق بمضى شهر بعد الموت فكما مات انتقل الملك فيه إلى الورثة ولم يبق الا مضى الزمان وهو الشهر فلا يحتمل ثبوت العتق به فيبطل الا أنهم استحسنوا فجعلوه وصية بالاعتاق لان تصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن وأمكن حمله على الوصية بالاعتاق بعد مضى شهر بعد الموت فيحمل عليها ولو قال أنت حر قبل موتى شهر فليس بمدبر لانه ما أضاف العتق إلى الموت أصلا بل أضافة إلى زمان موصوف بأنه قبل موته بشهر من وقت التكلم وهذا أيضا يحتمل الوجود والعدم لجواز أن يموت قبل تمام الشهر من وقت الكلام فلا يكون مدبر للحال وإذا مضى شهر قبل موت المولى وهو في ملكه ذكر الكرخي في مختصره أنه مدبر في قول أبي حنيفة وزفر وعند أبي يوسف ومحمد ليس بمدبر وعلل القدوري لابي حنيفة انه لما مضى شهر صار كأنه قال عند مضى الشهر أنت حر بعد موتى وذكر في الجامع أنه لا يكون مدبرا ويجوز بيعه ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح وأما على قول أبي حنيفة فلان المدبر اسم لمن علق عتقه بمطلق موت المولى وههنا ما أضاف العتق إلى الموت أصلا بل أضافه إلى أول الشهر وكذا حكمه عند أبي حنيفة يثبت من أول الشهر بطريق الظهور أو يستند إليه الثابت بالتدبير يقتصر على حالة الموت ولا يستند وبهذا تبين ان ما ذكره القدوري من التعليل لابي حنيفة غير سديد وأما على قولهما فقد ذكر في النوادر ان عندهما يصير مدبرا مطلقا ووجهه انه لما مضى الشهر ظهر ان عتقه تعلق بمطلق موت المولى فصار كأنه قال عند مضيه أنت حر بعد موتى فصار مدبرا مطلقا وأما على ظاهر الرواية منهما فلا يصير مدبرا لانه ما علق عتقه بالموت بل بشهر ومتصل بالموت فيصير كأنه قال أنت حر قبل موتى ساعة ولو قال يوم أموت فأنت حر أو أنت حر يوم أموت فان نوى به النهار دون الليل لم يكن مدبرا لانه نوى حقيقة كلامه إذا اليوم اسم لبياض النهار لغة ويجوز أن يموت بالليل لا بالنهار فلا يكون هذا مدبرا مطلقا وان عنى به الوقت المبهم فهو مدبر لان اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ومن ولى بالليل لحقه الوعيد المذكور وروى الحسن عن أبي حنيفة فيمن قال ان مت إلى سنة أو إلى عشر سنين فأنت حر فليس بمدبر لانه علق عتقه بموت بضفة تحتمل الوجود والعدم فان قال ان مت إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إلى ذلك الوقت في الغالب فهو مدبر لان موته في تلك المدة كائن لا محالة وروى هشام عن محمد فيمن قال أنت مدبر بعد موتى فهو مدبر الساعة لانه أضاف التدبير إلى ما بعد الموت والتدبير بعد الموت لا يتصور فيلغو قوله بعد موتى فيبقى قوله أنت مدبر أو يجعل قوله أنت مدبر أي أنت حر فيصير كأنه قال أنت حر بعد موتى ولو قال أنت حر بعد موتى على ألف درهم فالقبول بعد الموت كذا ذكر في الجامع الصغير وهذا جواب ظاهر

[ 115 ]

الرواية وروى عن أبي يوسف ان القبول في هذا على حالة الحياة لا بعد الموت فإذا قبل في المجلس صح التدبير وصار مدبرا ولا يلزمه المال وإذا مات عتق ولا شئ عليه (وجه) قوله ان هذا ايجاب العتق في حال بعوض الا أن العتق يتأخر إلى ما بعد الموت فكان القبول في المجلس كما إذا قال له ان شئت فأنت حر رأس الشهر تعتبر المشيئة في المجلس لثبوت الحرية رأس الشهر كذا ههنا فإذا قبل في المجلس صح التدبير ولا يلزمه المال لان المدبر مملوك للمولى مطلقا فلا يجب عليه للمولى دين وإذا مات عتق لوجود شرط العتق وهو الموت ولا يلزمه المال لانه لم يلزمه وقت القبول فلا يلزمه وقت العتق وجه ظاهر الرواية أضاف الايجاب إلى ما بعد الموت

فيكون القبول بعد الموت إذا القبول بعد الايجاب يكون ولان الاعتاق بعد الموت وصية بدليل اعتباره من الثلث وقبول الوصايا بعد الموت وإذا كان القبول بعد الموت لا يعتبر قبوله في حال الحياة وانما يعتبر بعد الموت فإذا قبل بعد الموت فهل يعتق بعد الموت بنفس القبول أولا يعتق إلا باعتاق الوارث أو الوصي أو القاضى لم يذكر هذا في الجامع الصغير ولو قال أنت مدبر على ألف فقبل فهو مدبر والمال ساقط كذا ذكر الكرخي لانه علق التدبير بشرط وهو قبول المال فإذا صار مدبرا والمدبر على ملك المولى فلا يجوز أن يلزمه دين لمولاه فسقط وروى بشر عن أبى يوسف في نوادره فيمن قال لعبدته أنت مدبر على ألف قال أبو حنيفة ليس له القبول الساعة وله أن يبيعه قبل أو لم يقبل فان مات وهو في ملكه فقال قد قبلت أدى الالف وعتق وهو رواية عمرو عن محمد وقال أبو يوسف ان لم يقبل حتى مات ليس له أن يقبل وظاهر قوله أدى الالف وعتق يقتضى ثبوت العتق من غير اعتاق الوارث أو الوصي وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوي إذا قال إذا مت فأنت حر على ألف درهم فانما يحتاج إلى القبول بعد الموت فإذا قبل بعد الموت فلا يعتق بالقبول حتى تعتقه الورثة أو الوصي لان العتق تأخر وقوعه عن الموت وكل عتق تأخر وقوعه عن الموت لا يثبت إلا بايقاع من الوارث أو الوصي لانه يكون وصية بالاعتاق فلا يثبت ما لم يوجد الاعتاق كما لو قال أنت حر بعد موتى بيوم أو بشهر انه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث أو الوصي بعد مضى اليوم أو الشهر لما قلنا كذا ههنا ثم في الوصية بالاعتاق بملك الوارث الاعتاق تنجيزا وتعليقا حتى لو قال له ان دخلت الدار فأنت حر فدخل يعتق كما لو نجز العتق والوصى يملك التنجيز لا التعليق حتى لو علق بالدخول فدخل لا يعتق ولان الوارث يتصرف بحكم الخلافة عن الميت ويقوم مقامه كأنه هو والوصى يتصرف بالامر فلا يتعدى تصرفه موضع الامر كالوكيل والوكيل بالاعتاق لا يملك التعليق ولو أعتقه الوصي أو الوارث عن كفارة لزمته لا يسقط عنه لانه يقع عن الميت والولاء عن الميت لا عن الوارث لان الاعتاق منه من حيث المعنى ولو قال أنت حر على ألف درهم بعد موتى فالقبول في هذا في الحياة بلا خلاف لانه جعل القبول في الحالين شرطا لثبوت العتق بعد الموت فإذا صار مدبرا ولا يجب المال لما قلنا فإذا مات عتق ولا شئ عليه وهذا حجة أبى يوسف في المسائل المتقدمة والله عزوجل الموفق ولو قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتى فما في ملكه صار مدبرا وما يستفيده يعتق من الثلث بغير تدبير وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يدخل في هذا الكلام ما يستفيده (وجه) قوله ان المملوك للحال مراد من هذا الايجاب فلا يكون ما يستفيده مرادا لان الحال مع الاستقبال معنيين مختلفان واللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين ولهذا لم يدخل المستفاد في هذا في الاعتاق البات كذا في التدبير ولهما ان التدبير في معنى اليمين ومعنى الوصية أما معنى اليمين فظاهر لانه تعليق العتق بالشرط فاليمين ان كان لا يصلح الا في الملك القائم أو مضافا إلى الملك أو سببه فالوصية تتعلق بما في ملك الموصى وبما يستحدث الملك فيه فان من أوصى بثلاث ماله يدخل فيه المملوك للحال وما يستفيده إلى وقت الموت وقوله اللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين قلنا قد يشتمل كالكتابة والاعتاق على مال فانهما يشتملان على معنى اليمين والمعارضة كذا هذا والله عزوجل أعلم (فصل) وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يعم نوعي التدبير أعنى المطلق المقيد وبعضها يخص أحدهما وهو المطلق أما الذى يعم النوعين فما ذكرنا في كتاب العتاق فلا يصح التدبير الا بعد صدور ركنه مطلقا عن الاستثناء

من أهله مضافا إلى محله ولا يصح الا في الملك سواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا إلى وقت أو مضافا إلى الملك أو سبب الملك نحو ان يقول لعبد لا يملكه ان ملكتك فأنت مدير أو ان اشتريتك فأنت مدير لانه التزم اثبات حقيقة الحرية بعد الموت واثبات حق الحرية في الحال ولا يثبت ذلك الا بعد وجود الملك في الحال لانه إذا كان موجودا للحال فالظاهر دوامه إلى وقت وجود الشرط والوقت وإذا لم يكن موجودا فالظاهر عدمه فلا يثبت حق الحرية عند وجود الشرط والوقت لا عند الموت فلا يحصل ما هو الغرض من التدبير أيضا على ما يذكر في بيان حكم التدبير ان شاء الله تعالى ومنها أن يكون التعليق بموت المولى حتى لو علق بموت غيره بأن قال ان مات فلان فأنت حر لا يصير مدبرا أصلا وأما الذي يخص أحدهما فضربان أحدهما أن يكون التعليق بمطلق موت المولى فان كان بموت موصوف بصفة لا يكون تدبيرا مطلقا بل يكون مقيدا والثاني ان يكون التعليق بموته وحده حتى لو علق بموته وشرط آخر لا يكون ذلك تدبيرا مطلقا وقد ذكرنا المسائل المتعلقة بهذين الشرطين فيما تقدم (فصل) وأما صفة التدبير فالتدبير متجزئ في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يتجزأ لانه باعتبار الحال اثبات حق الحرية فيعتبر باثبات حقيقة الحرية واثبات حقيقة الحرية يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ كذا اثبات حق الحرية باعتبار المال وهو اثبات حقيقة لحرية فكان اعترافا فكان الخلاف فيه لازما وعلى هذا يخرج عبد بين اثنين دبره أحدهما ان على قول أبي حنيفة صار نصيبه خاصة مدير أو نصيب شريكه على ملكه لكون التدبير متجزئا عنده فيقتصر على نصيبه ثم ان كان المدير موسرا فللشريك ست خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء ضمن وان شاء استسعى العبد وان شاء تركه على حاله أما خيار الاعتاق والتدبير والكتابة والاستسعاء فلان نصيبه بقى على ملكه في حق التخريج إلى العتاق وأما خيار التضمين فلانه التدبير أخرجه من أن يكون محلا للملك مطلقا بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك فقد أُلغى عليه في حق هذه التصرفات فكان له ولاية التضمين وأما خيار الترك على حاله فلان الحرية لم تثبت في جزء منه فجاز ابقاؤه على الرق وانه مفيد لان له أن ينتفع به منفعة الكسب والخدمة فلا يكلف بالتخريج إلى الحرية ما لم يمت المدير فان اختار الاعتاق فأعتق فللمدير أن يرجع على المعتق بنصف قيمته مدبرا لانه أُلغى عليه نصيبه وهو مدير فيضمن قيمته مدبرا والولاء بينهما لان الاعتاق منهما لان نصيب المدير لا يحتمل الانتقال إلى المعتق لان التدبير يمنع من ذلك وللمعتق أن يرجع على العبد بما ضمن لان منفعة الاعتاق حصلت له وان شاء المدير أعتق نصيبه وان شاء كانت وان شاء استسعى وليس له الترك على حاله لانه معتق البعض فيجب تخرجه إلى العتاق هذا إذا كان المعتق موسرا فان كان معسرا فللمدير ثلاث خيارات ان شاء أعتق وان شاء استسعى وان شاء كاتب وان شاء اختار التدبير فدبر نصيبه حتى صار العبد مدبرا بينهما وساوى شريكه في التصرف ثم مات أحدهم عتق نصيب البيت بالتدبير ويكون من الثلث لان التدبير وصية ويسعى في نصف قيمته للباقي ان شاء لانه صار معتق البعض وان شاء أعتق وان شاء كاتب وليس له الترك على حاله لما قلنا فان مات الشريك الآخر قبل أخذ السعاية عتق نصيبه من الثلث أيضا لما قلنا وبطلت السعاية لان العتق حصل بموت المولى المدير إذا أعتق بموت مولاه وقيمه تخرج من الثلث لا يجب عليه السعاية وقيل ان هذا على قياس قول أبي حنيفة فاما على قياس قولهما فلا يبطل لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ فقد عتق كله بموت الاول فوجبت السعاية عليه وهو حر فكان ذلك بمنزلة ديون وجبت على الحر فلا فسقط بالموت وأما على قول أبي حنيفة فلا يعتق نصيب الشريك ما لم يؤد السعاية إذا اختار السعاية لان الاعتاق متجز عنده فإذا مات الشريك فهذا مدير مات مولاه وقيمه تخرج

من الثلث فيعتق من غير سعاية وان اختار الكتابة وكاتبه صحت الكتابة لان نصيبه على ملكه فان أدى فعتق مضى الامر وان مات المولى قبل الاداء وهو يخرج من الثلث عتق وبطلت عنه السعاية وان كان لا يخرج من الثلث بان لم يكن له مال غيره ففيه خلاف بين أصحابنا الثلاثة يذكر فيما بعد ان شاء الله

[ 117 ]

تعالى وان اختار تضمين المدير فضمنه فقد صار العبد كله للمدير لانتقال نصيب شريكه إليه بالضمان والولاء كله للمدير لان كله عتق على ملكه وللمدير أن يرجع بما ضمن على العبد فيستسعيه لان الشريك كان له أن يستسعيه فلما ضمن المدير قام مقامه فيما كان له فان مات المدير عتق نصفه من ثلث المال لان نصفه قد صار مدبرا فيعتق بموته لكن من ثلث المال لما قلنا ويسعى في النصف الآخر كاملا لورثة لان ذلك النصف كان قنا وان شاءوا اعتقوا ذلك النصف وان شاءوا دبروا وان شاءوا كاتبوا وان شاءوا تركوه على حاله وان اختار الاستسعاء سعى العبد في نصف قيمته فإذا أدى يعتق ذلك النصف ولا يضمن الشريك للمدير بشياً لان العتق حصل بسبب لا صنع له فيه فلم يوجد منه سبب وجوب الضمان وللمدير أن يرجع على العبد فيستسعيه لان العبد صار كمعتق البعض فإذا أدى يعتق كله والولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه فان مات المدير قبل أن يأخذ السعاية بطلت السعاية وعتق ذلك النصف من ثلث ماله لما بينا وان اختار ترك نصيبه على حاله فمات يكون نصيبه موروثاً عنه فينتقل الخيار إلى الورثة في الاعتاق والتدبير والكتابة والاستسعاء والترك على حاله لان نصيبه انتقل إليهم وقد كان له هذه الخيارات وان مات المدير عتق ذلك النصف من الثلث ولغير المدير أن يستسعي العبد في نصف قيمته ان شاء وان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وليس له خيار الترك لانه صار معتق البعض فيجب تخريجه إلى العتق لا محالة والولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه هذا إذا كان المدير موسر فان كان معسرا فللشريك الخيارات التي ذكرنا الا اختيار التضمين واما على قولهما إذا دبر نصيبه فقد صار كله مدبر لان التدبير لا يتجزأ عندهما ويضمن المدير لشريكه نصف قيمته موسرا كان أو معسرا فقد فرقا بين التدبير وبين الاعتاق ان في الاعتاق لا يضمن إذا كان معسرا وانما يسعى العبد لان هذا ضمان اتلاف أو ضمان تملك أو ضمان حبس المال وانه لا يختلف باليسار والاعسار في أصول الشرع الا ان السعاية في باب الاعتاق ثبتت بخلاف القياس بالنص ولان بالاعتاق قد زال العبد عن ملك المعتق وصار حراً فيسعى وهو حر وههنا الملك قائم بعد التدبير وكسب المدير على ملك مولاه فلا يمكن القول بالاستسعاء هذا إذا دبره أحدهما أو دبراه على التعاقب فان دبراه معا ينظر ان قال كل واحد منهما قد دبرتك أو انت مدبر أو نصيبي منك مدبر أو قال إذا مت فانت حر أو أنت حر بعد موتى وخرج الكلامان معا صار مدبرا لهما بلا خلاف لان تدبير كل واحد منهما صادق ملك نفسه فصار العبد مدبر بينهما فإذا مات أحدهما عتق نصيبه من الثلث والا آخر بالخيار ان شاء عتق وان شاء كاتب وان شاء استسعي وليس له أن يتركه على حاله لانه صار معتق البعض فإذا مات الباقي منهما قبل أخذ السعاية بطلت السعاية وعتق ان كان يخرج من الثلث لما ذكرنا وان قالوا جميعا إذا متنا فانت حر أو أنت حر بعد موتنا وخرج كلامهما معا لا يصير مدبرا لان كل واحد منهما علق عتقه بموته وموت صاحبه فصار كان كل واحد منهما قال ان مت أنا وفلان فانت حر أو انت حر ان مت أنا وفلان الا إذا مات أحدهما فيصير نصيب الباقي منهما مدبرا لصيرورة عتقه معلقا بموت المولى مطلقا وصار نصيب الميت ميراثا لورثته ولهم الخيارات ان شاءوا اعتقوا وان شاءوا دبروا وان شاءوا كاتبوا

وان شاؤا استسعوا وان شاؤا ضمنوا الشريك ان كان موسرا وإذا مات الآخر عتق نصيبه من الثلث هذا إذا دبره أحدهما أو كلاهما فان دبر أحدهما أو اعتقه الآخر فهذا في الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما ان خرج الكلامان على التعاقب واما ان خرجا معا فان خرجا على التعاقب فاما ان علم السابق منهما واما ان لم يعلم فان علم فان كان الاعتاق سابقا بان أعتقه أحدهما أولا ثم دبره الآخر فاما على قول أبي يوسف ومحمد فكما أعتقه أحدهما فقد عتق كله لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ وتدير الشريك باطل لانه صادف الحر والولاء كله للمعتق لان كله عتق باعتاقه وعليه الضمان ان كان موسرا وعلي العبد السعاية ان كان معسرا لما ذكرنا في كتاب العتاق فصار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما وسكت الآخر وقد ذكرنا فما تقدم وأما على قول أبي حنيفة إذا أعتق أحدهما فلم يعتق الا نصيبه لتجزى العتاق عنده فلما دبره الآخر فقد صح تديره لانه دبر ملك نفسه فصح وصار ميراثا للمعتق عن

[ 118 ]

الضمان لانه قد ثبت له باعتاق الشريك خيارات منها التضمين منها التدير فإذا دبره فقد استوفى حقه فبرئ المعتق عن الضمان ولانه انما يثبت له ولاية التضمين بشرط نقل نصيبه إلى المعتق بالضمان وقد خرج الجواب عن احتمال النقل بالتدير فسقط الضمان والمدير بالخيار ان شاء أعتق نصيبه الذي صار مدبرا وان شاء كاتبه وان شاء استسعى العبد وليس له أن يتركه على حاله لانه قد عتق بعضه فوجب تخريجه إلى العتق بالطرق التي بينا وإذا مات المدير عتق نصيبه الذي صار مدبرا من الثلث والولاء بينهما لان كله عتق باعتاقهما النصف بالاعتاق البات والنصف بالتدير فعتق نصيب كل واحد منهما على ملكه وان كان التدير سابقا بان دبره أحدهما أو لا ثم أعتق الآخر فعلى قولهما كما دبره أحدهما صار كله مدبرا له لان التدير عندهما يتجزأ كالاقتاق البات ويضمن المدير نصيب شريكه قنا سواء كان موسرا أو معسرا لما بينا وأما على قول أبي حنيفة فلم يصر كله مدبرا بل نصيبه خاصة لتجزى التدير عنده فصح اعتاق الشريك فعتق نصفه وللمدير أن يرجع على المعتق بنصف قيمة العبد مدبرا ان كان المعتق موسرا لما ذكرنا فيما تقدم وان شاء العتق نصيبه الذي هو مدير وان شاء استسعى العبد وليس له أن يتركه على حاله لانه معتق البعض وان خرج الكلامان معا لا يرجع أحدهما على صاحبه بضمان لان الضمان انما يجب باتلاف مال الغير فإذا خرج الكلامان معا كان كل واحد منهما متصرفا في ملك نفسه لا متلقا ملك غيره فلا يجب عليه الضمان ومنهم من قال هذا على قياس قول أبي حنيفة لان الاعتاق والتدير كل واحد منهم يتجزأ عنده فصح التدير في النصف والاعتاق في النصف فاما على قياس قولهما ينفذ الاعتاق ويبطل التدير لان الاعتاق والتدير لا يتجزآن والاعتاق أقوى فيدفع الادنى وان كان أحدهما سابقا لكن لا نعلم السابق منهما من اللاحق ذكر في الاصل ان المعتق يضمن ربع قيمة العبد للمدير ويستسعى العبد له في الربع الآخر وهذا استحسان ولم يذكر الخلاف ومنهم من قال هذا قول أبي حنيفة فاما عندهما فالجواب فيه وفيما إذا خرج الكلامان معا سواء وجه قولهما ان كل أمرين حادثين لا يعلم تاريخهما يحكم بوقوعهما معا في أصول الشرع كالغرقى والحرقى؟ والهدمي ولهذا قال بعض أهل الاصول في النص العام والخاص إذا تعارضا وجهل التاريخ انه يجعل كأنهما وردا معا ويبنى العام على الخاص على طريق البيان ويكون المراد من النص العام ما وراء القدر المخصوص وجه قياس قول أبي حنيفة انه وقع الشك في وجوب الضمان على المعتق لوقوع الشك في سبب وجوبه لان التدير ان كان لاحقا كان المدير بالتدير جبريا للمعتق من الضمان لما مر وان كان سابقا يجب الضمان



على المعتقد فوق الشك في الوجوب والوجوب لم يكن ثابتاً فلا يثبت مع الشك وجه الاستحسان له اعتبار الاحوال وهو ان الاعتاق إذا كان متقدماً على التدبير فقد أبرأ المدير المعتقد عن الضمان وان كان متأخراً فالمعتقد ضامن وقد سقط ضمان التدبير بالاعتاق بعده فإذا لا ضمان على المدير في الحالين جميعاً والمعتقد يضمن في حال ولا يضمن في حال والمضمون هو النصف فيتنصف فيعتق ربع القيمة ويسعى العبد للمدير في الربع الآخر لانه لما تعذر التضمين فيه ووجب تخريجه إلى العتاق أخرج بالسعاية كما لو كان المعتقد موسراً والله عزوجل أعلم مدبرة بين رجلين جاءت بولد ولم يدع أحدهما فهو مدبر بينهما كماه لان ولد المدبرة مدبر لما نذر في بيان حكم التدبير ان شاء الله تعالى فان ادعاء أحدهما فالقياس ان لا يثبت نسبه منه وهو قول زفر واليه مال الطحاوي من أصحابنا وفي الاستحسان يثبت وجه القياس انهما لما دبراه فقد ثبت حق الولاء لهما جميعاً لانه ولد مدبر تهما جميعاً وفي اثبات النسب من المدعي ابطال هذا الحق عليه والولاء لا يلحقه الفسخ وجه الاستحسان ان النسب قد ثبت في نصيب المدعي لوجود سبب الثبوت وهو الوطئ في الملك وإذا ثبت في نصيبه يثبت في نصيب شريكه لان النسب لا يتجزأ وأما قوله حق الولاء لا يحتمل الفسخ فنقول نحن يثبت النسب ولا يسقط حق الولاء لانه لا تنافي بينهما فيثبت النسب من الشريك المدعي ويبقى نصف الولاء للشريك الآخر وصار نصف الجارية أم ولد له نصفها مدبرة على حلها للشريك فان قيل الاستيلاء لا يتجزأ وهذا قول بالتجزئة فالجواب ما ذكرنا في كتاب العتاق انه متجز في نفسه

[ 119 ]

عند أبي حنيفة كالاتفاق الا انه يتكامل في بعض المواضع لوجود سبب التكامل على انا نقول الاستيلاء لا يتجزأ فيما يحتمل نقل الملك فيه فما لا يحتمل فهو متجز وههنا لا يحتمل لما نذكر ويغرم المدعي نصف العقر لشريكه ونصف قيمة الولد مدبر أو لا يضمن نصف قيمة الام أما وجوب نصف العقر فلانه أقر بالوطئ في ملك الغير لا قراره بوطئ مدبرة مشتركة بينهما وانه حرام الا ان الحد لا يجب للشبهة لان نصف الجارية ملكه فيجب العقر ويعزم نصف قيمة الولد مدبراً لانه بالدعوة أتلف على شريكه ملكه الثابت ظاهراً لانه حصل في محل هو ملكهما فإذا ادعاه فقد أتلف على شريكه ملكه الثابت من حيث الظاهر باخراجه من ان يكون منتفعا به منفعة الكسب الخدمة فيضمن نصف قيمته مدبراً لانه أتلف على شريكه نصف المدبر ولا يعزم نصف قيمة الجارية لان نصيب الشريك قد بقى على ملكه ولم تصر الجارية كلها أم ولد له لان استيلاء نصيب شريكه يعتمد تملك نصيبه ونصيبه لا يحتمل التملك لكونه مدبراً بخلاف الامة القنة بين رجلين جاءت بولد فادعاه أحدهما انه يثبت النسب ويعزم نصف عقر الجارية لشريكه وتصير الجارية كلها أم ولد له لا يعزم من قيمة الولد شيئاً لان هناك نصيب الشريك محتمل النقل فامكن القول بتملك نصيبه ببدل ضرورة صحة الاستيلاء والتملك يستند إلى وقت العلوق فتبين ان الودل حدث على ملكه فلا يكون مضموناً عليه وههنا نصيب الشريك لا يحتمل النقل فيقتصر الاستيلاء على نصيب المدعي وينفرد الولد بالضمان لانفراده بسبب وجوب الضمان فان مات المدعي أو لا عتق نصيبه بغير شئ لان نصيبه ام ولد له تسعى في نصيبه ولا يضمن للشريك الساكت شيئاً لحصول العتق من غير صنعه وهو لموت ويسعى في نصيب الآخر في قولهم جميعاً لان نصيبه مدبر فان مات الآخر قبل ان يأخذ السعاية عتق كلها ان خرجت من ثلث ماله وبطلت السعاية عنها في قياس قول أبي حنيفة وعلى قياس قولهما لا تبطل بناء على ان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ وقد ذكرنا وجه البناء

فيما تقدم وان مات الذي لم يدع أو لا عتق نصيبه من الثلث لان نصيبه مدبر له ولا يسعى في نصيب الآخر في قول أبي حنيفة لان نصيبه أم ولد له ورق أم الولد ليس بمتقوم عنده وفي قولهما يسعى لان رقه متقوم فان لم يمت واحد منهما حتى ولدت ولد آخر فادعاه فهو ضامن لنصف العقر لانه أقر بوطئ مدبرة مشتركة بينهما وأيهما مات يعتق كل الجارية لان نصيب كل واحد منهما أم ولد وأم الولد إذا أعتق بعضها عتق كلها ولا سعاية عليها وان جاءت بولد وادعياه جميعا معا ثبت نسبه منهما جميعا وصارت الجارية أم ولدتهما جميعا ويبطل التدبير إلى خلف هو خير وهو الاستيلاء لان عتق الاستيلاء ينفذ من جميع المال فكان خير الها من التدبير وحكم الضمان في القن ما هو الحكم في الجارية القنة وسنذكره في كتاب الاستيلاء ان شاء الله تعالى ولود بر عبده ثم كاتبه جازت الكتابة لما ذكرنا فان أدى الكتابة قبل موت المولى عتق لوجود شرط العتق بسبب الكتابة وهو أداء بدل الكتابة وان لم يؤد حتى مات المولى عتق أيضا ان كان يخرج كله من ثلث مال المولى لو جود شرط العتق بسبب التدبير وهو موت المولى وخروج المدبر من ثلث ماله ولا سعاية عليه لان عتق المدبر وصية والوصية في الثلث نافذة فإذا خرج كله من الثلث عتق كله من غير سعاية وان لم يكن له مال آخر سواه فله الخيار ان شاء استسعى في جميع الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته فان اختار الكتابة سعى علي النجوم وان اختار السعاية في ثلثي قيمته يسعى حالا وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يسعى في الاقل من جميع الكتابة ومن ثلثي القيمة وقال محمد يسعى في الاقل من ثلث الكتابة ومن ثلثي القيمة والخلاف في هذه المسألة يقع في فصلين أحدهما في الخيار والثاني في المقدار والخلاف في الخيار بين أبي حنيفة وصاحبيه وفي المقدار بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد أما فصل الخيار فالخلاف فيه مبنى على ان العتق يتجزأ عند أبي حنيفة وعندهما لا يتجزأ ووجه البناء على هذا الاصل ان العتق لما كان متجزئا عنده لم يعتق بموت المولى الا ثلث العبد وبقي الثلثان منه رقيقا وقد توجه أي الثلثين العتق من جهتين احدهما الكتابة باداء بدل مؤجل والثانية التدبير بسعاية ثلثي القيمة معجلا فيخير ان شاء مال إلى هذا وان شاء مال إلى ذاك ولما لم يكن العتق متجزئا عندهما فإذا اعتق

[ 120 ]

ثله بالموت فقد عتق كله وبطل التأجيل في بدل الكتابة فصار المالان جميعا حالا وعليه أخذ المالين اما الكتابة واما السعاية وأحدهما أقل والآخر أكثر فلا فائدة في التخيير لانه يختار الاقل لا محالة ولان الواجب عليه إذا كان أحد المالين وأحدهما أكثر من الآخر أو أقل كان الاقل متيقنا به فليزمه ذلك وأما فصل المقدار فوجه قول محمد ان بدل الكتابة كله قوبل بكل الرقبة لان العقد قد انعقد عليه حيث قال كاتبك على كذا وقد عتق ثلث الرقبة فيسقط عنه ما كان بمقابلته وهو ثلث البديل فيبقى الثلثان ولان ثلث مال المولى لو كان مثل كل قيمة العبد لسقط عنه كل بدل الكتابة فإذا كان مثل ثلث قيمته يجب ان يسقط ثلث بدل الكتابة فيبقى الثلثان فيسعى في الاقل من ثلثي الكتابة ومن ثلثي القيمة لما قلنا ولهما ان العبد كان استحق ثلث رقبته بالتدبير السابق قبل عقد الكتابة فانه يسلم له ذلك كائنا ما كان فإذا كاتبه بعد ذلك فالبديل لا يقابل القدر المستحق وهو الثلث وانما يقابل الثلثين فإذا قال كاتبك على كذا فقد جعل المال بمقابلة ما لا يصح المقابلة به وهو الثلث وبمقابلة ما يصح المقابلة به وهو الثلثان فيصرف كل البديل إلى ما يصح المقابلة به وهو الثلثان كمن طلق امرأته الحرة تطليقتين ثم طلقها ثلاثا على ألف درهم لزمها كل الالف لما قلنا وكذا إذا جمع بين من

يحل نكاحها وبين من لا يحل نكاحها فتزوجهما بالف درهم وجبت الالف كلها بمقابلة نكاح من يحل له نكاحها عند أبي حنيفة وإذا كان الامر على ما وصفنا فالثالث وان عتق عند الموت لكن لا بدل بمقابلته وانما البدل كله بمقابلة الثلثين فلم يسقط من البدل شئ بخلاف ما إذا خرج العبد كله من الثلث لان هناك يسلم له جميع رقبته فلزم القول بالبراءة هذا إذا دبر عبده ثم كاتبه فان كاتبه ثم دبره ثم مات المولى فعلى قول أبي حنيفة ان شاء سعى في ثلثي القيمة وان شاء سعى في ثلثي الكتابة وعندهما يسعى في الاقل من ثلثي الكتابة فقد اتفقوا على المقدار ههنا حيث قالوا مقدار بدل الكتابة ثلثان وانما كان كذلك لان هناك كاتبه والعبد لم يكن استحق شيئاً من رقبته فكان جميع البدل بمقابلة جميع الرقبة وقد عتق عند الموت بسبب التدبير ثلثه فيسقط ما كان بأزائه من البدل فبقى الثلثان بلا خلاف وانما اختلفوا في الخيار فعند أبي حنيفة يخير بين الثلثين من بدل الكتابة مؤجلاً وبين ثلثي القيمة معجلاً وعندهما يجب عليه الاقل منهما بناء على تجزى الاعتاق وعدم تجزیه على ما بينا في الفصل الاول والله علم عزوجل أعلم (فصل) وأما حكم التدبير فنوعان نوع يرجع إلى حياة المدبر ونوع يرجع إلى ما بعد موته أما الذي يرجع إلى حال حياة المدبر فهو ثبوت حق الحرية للمدبر إذا كان التدبير مطلقاً وهذا عندنا وعند الشافعي لا حكم له في حال حياة المدبر رأساً فلا يثبت حقيقة الحرية ولا حقها بل حكمه ثبوت حقيقة الحرية بعد الموت مقصور عليه وعلى هذا يبنى بيع المدبر المطلق انه لا يجوز عندنا وعنده جائز ويجوز بيع المدبر المقيد بالاجماع احتج الشافعي بما روى عن عطاء انه قال دبر رجل عبده فاحتاج فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم وأدنى درجات فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز ولان التدبير تعليق العتق بالشرط وانه لا يمنع جواز البيع كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك أو كالتدبير المقيد ولان فيه معنى الوصية وذلك لا يمنع جواز البيع كما إذا أوصى بعتق عبده ثم باعه ولنا ما روى عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وهذا نص في الباب وعن أبي سعيد الخدرى وجابر بن عبد الله الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المدبر ومطلق النهى يحمل على التحريم وروى عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم مثل مذهبنا وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح ومسروق وسعيد بن المسيب والقاسم بن محمد وأبى جعفر محمد بن على ومحمد بن سيرين وعمر بن عبد العزيز والشعبي والحسن البصرى والزهرى وسعيد بن جبير وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد وقتادة حتى قال أبو حنيفة لولا قول هؤلاء الاجلة لقلت بجواز بيع المدبر لما دل عليه من النظر ولنا لاثبات حق

[ 121 ]

الحرية ضرورة الاجماع ودلالة غرض المدبر أما ضرورة الاجماع فهى ان الحرية تثبت بعد الموت بالاجماع والحرية لابد لها من سبب ولا سبب ههنا سوى الكلام السابق فلا يخلو اما أن يجعل سبباً للحال واما أن يجعل سبباً بعد الشرط ولا سبيل إلى الثاني لانه ليس من أهل مباشرة السبب فتعين أن يكون سبباً عند وجوده فكان الكلام السابق سبباً في الحال لثبوت الحرية بعد الموت ولسنا نعى ثبوت حق الحرية للمدبر الا هذا وهذا يمنع جواز البيع لان البيع ابطال السببية إذ لا تثبت الحرية عند الموت بعد البيع وأما دلالة الغرض فهو ان غرض المدبر من التدبير أن تسلم الحرية للمدبر عند الموت اما تقرباً إلى الله عزوجل بالاعتاق لاعتاق رقبته من النار كما نطق به الحديث واما

حقاً لخدمته القديمة مع بقاء منافعه على ملكه في حياته لحاجته إليها ولا طريق لتحصيل الغرضين إلا بجعل التدبير سبباً في الحال لثبوت الحرية بعد الموت إذ لو ثبتت الحرية في الحال لفات غرضه في الانتفاع به ولو لم ينعقد شيئاً رأساً لفات غرضه في العتق لجواز أن يبيعه لشدة غضب أو غير ذلك فكان انعقاده سبباً في الحال وتأخر الحرية إلى ما بعد الموت طريقاً أحرز الغرضين فثبت ذلك بدلالة الحال فيتقيد الكلام به إذ الكلام يتقيد بدلالة الغرض فإن قيل هذا مناقض لأصلكم لأن التدبير تعليق العتق بالشرط ومن أصلكم أن التعليقات ليست أسباباً للحال وإنما تصير أسباباً عند وجود شروطها وعلى هذا بنيت تعليق الطلاق والعتاق بالملك وسببه وههنا جعلتم التدبير سبباً لثبوت الحرية للحال وهذا مناقضة في الأصل والتناقض في الأصل دليل فساد الفرع فالجواب أن هذا أصلنا فيما يمكن اعتباره سبباً عند وجود الشرط وفيما لم يرد المتكلم جعله سبباً في الحال وفي التعليق بسائر الشروط وأمكن اعتباره سبباً عند وجود الشرط وههنا لا يمكن لما بيننا وكذا في التعليق بسائر الشروط أراد المتكلم كونه سبباً عند الشرط وههنا أراد كونه سبباً في الحال لما قلنا فتعين سبباً للحال لثبوت الحرية في الثاني وأما حديث عطاء فيحتمل أن ذلك كان تدبيراً مقيداً وقوله باع حكاية فعل فلا عموم له ويحتمل أن يكون معنى قوله باع أي أجر إذ الأجرة تسمى بيعاً بلغة أهل المدينة وهكذا روى محمد بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم باع خدمة مديراً ولم يبع رقبته ويحتمل أنه كان ذلك في ابتداء الإسلام حين كان يباع الحر مشروعاً على ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم باع رجلاً بدينه يقال له سرق ثم صار منسوخاً بنسخ بيع الحر لثبوت حق الحرية في المديراً الحاقاً للحق بالحقيقة في باب الحرمات وأما المديراً المفيد فهناك لا يمكن أن يجعل الكلام سبباً للحال لأن الأمر متردد بين أن يموت من ذلك المرض وفي ذلك السفر أو لا يموت فكان الشرط محتمل الوجود والعدم فلم يكن التعليق سبباً للحال كالتعليق بسائر الشروط وكذا لما علق العتق بأمر يحتمل الوجود والعدم دل أنه ليس غرضه من هذا الكلام التقرب إلى الله عز وجل باعتاق هذا العبد ولا قضاء حق الخدمة القديمة إذ لو كان ذلك غرضه لعلقه بشرط كائن لا محالة وأما قوله أن التدبير معنى الوصية فنعم لكن هذه وصية لازمة لثبوتها في ضمن أمر لازم وهو اليمين فلا يحتمل الفسخ ولهذا لا يحتمل الرجوع بخلاف الوصية بالاعتاق فإن قيل هذا يشكل بالتدبير المقيد فإنه يتضمن معنى الوصية اللازمة ومع هذا يجوز بيعه قيل معنى الوصية للحال متردد لتردد موته على تلك الصفة فلا يصير العبد موصى له قبل الموت بتلك الصفة وههنا بخلافه وإذا ثبت حق الحرية للمديراً المطلق في الحال فكل تصرف فيه يبطل هذا الحق لا يجوز وما لا يبطله يجوز ولعل هذا تخريج المسائل لا يجوز بيعه وهبته والتصدق به والوصاية به لأنه تصرف تمليك الرقبة فيبطل حق الحرية ولا يجوز رهنه لأن الرهن والارتهان من باب إيفاء الدين واستيفائه؟ عندنا فكان من باب تمليك العين وتملكها ويجوز إجارته لأنها لا تبطل هذا الحق لأنها تصرف في المنفعة بالتمليك لا في العين والمنافع على ملك المديراً وقد روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه باع خدمة المديراً ولم يبع رقبته وبيع خدمة المديراً ببيع منفعته وهو معنى الأجرة ويجوز الاستخدام وكذا الوطئ الاستمتاع في الأمة لأنها استيفاء المنافع ويجوز تزويجها لأن التزويج تمليك المنافع وعن عبد الله بن عمر أنه كان يطاءً مديراً ولأن الاستيلاء أكد من التدبير لأنه يوجب الحرمة من جميع المال والتدبير من الثلث

ثم الاستيلاء لا يمنع من الاجارة والاستخدام ولا يمنع من الاستمتاع والوطئ والتزويج في الامة فالنذير اولى والاجرة والمهر والعقر والكسب والغلة للمولى لانها بدل المنافع والمنافع ملكه والارش له لانه بدل جزء فات على ملكه ولا يتعلق الدين برقبته لان رقبة لا تحتل البيع لما بينا ويتعلق بكسبه ويسعى في ديونه بالغة ما بلغت وجنائه على المولى وهو الاقل من قيمته ومن ارش الجناية ولا يضمن المولى أكثر من قيمة واحدة وان كثرت الجنایات لما نذكر في كتاب الجنایات ان شاء الله تعالى ويجوز اعتافه لان ايصاله إلى حقيقة الحرية معجلا ولان المنع من البيع ونحوه لما فيه من منعه من وصوله إلى هذا المقصود فمن المحال أن يمنع من ايصاله إليه ولهذا جاز اعتاقه أم الولد كذا المدبر ويجوز مكاتبته لانه يريد تعجيل الحرية إليه والمولى يملك ذلك كما يملك مكاتبه أم الولد ولد المدبرة من غير سيدها بمنزلتها لاجماع الصحابة رضی الله عنهم على ذلك فانه روى عن ابن مسعود رضی الله عنه أنه قال ولد المدبرة بمنزلتها يعتق بعثتها ويرق برقبها وروى ان عثمان رضی الله عنه خصم إليه في أولاد مدبرة فقضى ان ما ولدته قبل التدبير عبد وما ولدته بعد التدبير مدبر وكان ذلك بمحض من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فيكون اجماعا وهو قول شريح ومسروق وعطاء وطاوس ومجاهد وسعيد بن جبیر والحسن وقتادة رضی الله عنهم ولا يعرف في السلف خلاف ذلك وانما قال به بعض أصحاب الشافعي فلا يعتد بقوله لمخالفته الاجماع ولان حق الحرية يسرى إلى الولد كولد أم الولد وما ولدته قبل التدبير فهو من أقضية عثمان رضی الله عنه بحضرة الصحابة رضی الله عنهم ولان حق الحرية لم يكن ثابتا في الام وقت الولادة حتى يسرى إلى الولد ولو اختلف المولى والمدبرة في ولدها فقال المولى ولدته قبل التدبير فهو رقيق وقالت هي ولدته بعد التدبير فهو مدبر فالقول قول المولى مع يمينه على علمه والبينة بينة المدبرة لان المدبرة تدعى سراية التدبير إلى الولد والمولى ينكر فكان القول قوله مع اليمين ويحلف على علمه لان الولادة ليست فعله والبينة بينة المدبرة لان فيهما اثبات التدبير ولو كان مكان التدبير عتق فقال المولى للمعتقة ولدته قبل العتق وهو رقيق وقالت بل ولدته بعد العتق وهو حر يحكم فيه الحال ان كان الولد في يدها فالقول قولها وان كان في يد المولى فالقول قوله لانه إذا كان في يدها كان الظاهر شاهدا لها وإذا كان في يده كان الظاهر شاهدا له بخلاف المدبرة لانها في يد المولى فكذا ولدها فكان الظاهر شاهدا له على كل حال وكان القول قوله ولو قال لامة لا يملكها ان ملكتك فأنت مدبرة وان اشتريتك فأنت مدبرة فولدت ولدا ثم اشتراهما جميعا فالام مدبرة الولد رقيق لان الام انما صارت مدبرة بالشرط ولم يوجد الشرط في حق الولد وانه منفصل فلا يسرى إليه تدبير الام والله عزوجل أعلم وأما الذي يرجع إلى ما بعد موت المدبر فمنها عتق المدبر لان عتقه كان معلقا بموت المولى والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط ويستوى فيه المدبر المطلق والمقيد لان عتق كل واحد منهما معلق بالشرط الا أن الشرط في المقيد الموت الموصوف بصفة فإذا وجد ذلك فقد وجد الشرط فينزل المعلق وسواء كان الموت حقيقة أو حكما بالردة بان ارتد المولى عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب لان الردة مع اللحاق بدار الحرب تجرى مجرى الموت في زوال الاملاك وكذا المستامن إذا اشترى عبدا في دار الاسلام فدبره والحق بدار الحرب فاسترق الحرى عتق مدبره لان الاسترقاق أوجب زوال ملكه عن أمواله حكما فكان بمنزلة الموت وكذا ولد المدبرة الذي ليس من مولاها لانه تبعها في حق الحرية فكذا في حقيقة الحرية ويستوى فيه المطلق والمقيد لان معنى التبعية لا يوجب الفصل ومنها ان عتقه يحسب من ثلث مال المولى وهذا قول عامة العلماء وعامة الصحابة رضی الله عنهم وهو قول سعيد

بن جبير وشريح والحسن وابن سيرين رضى الله عنهم وروى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ان عتقه من جميع المال وهو قول ابراهيم النخعي وحماد وجعلوه كام الولد ولنا ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المدير لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث ولان التدبير وصية والوصية تعتبر من ثلث المال كسائر الوصايا وسواء كان التدبير في المرض أو في الصحة لانه وصية في الحالين وسواء كان التدبير مطلقا أو مقيدا لعموم الحديث الا أنه خص منه

[ 123 ]

المقيد في حق البيع والهبة فيعمل بعمومه في حق الاعتبار من الثلث ولان معنى الوصية توجد في النوعين وانه يقتضى اعتباره من الثلث يعتبر ثلث المال يوم موت المولى لان في الوصايا هكذا يعتبر وإذا كان اعتبار عتقه من ثلث المال فان كان كله يخرج من ثلث مال المولى بأن كان له مال آخر سواه يعتق كله ولا سعاية عليه وان لم يكن له مال آخر غيره عتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة هذا إذا لم يكن على المولى دين فان كان عليه دين يسعى في جميع قيمته في قضاء ديون المولى لان الدين مقدم على الوصية ومنها ان ولاء المدير للمدير لانه المعتقد وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ولا ينتقل هذا الولاء عن المدير وان عتق المدير من جهة غيره كمديرة بين اثنين جاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعتق عليه وغرم نصيب شريكه من الولد والولاء بينهما لان حق الحرية ثابت في الحال عندنا وأنه يثبت حق الولاء وهو لا يحتمل الفسخ وكذا المدير بين شريكين أعتقه أحدهما وهو موسر فضمن عتق بالضمان ولم يتغير الولاء عن الشركة في قول أبى حنيفة لما ذكرنا فيما تقدم وعلى قول أبى يوسف ومحمد إذا أعتق أحدهما نصيبه عتق جميعه والولاء بينهما (فصل) وأما بيان ما يظهر به التدبير والتدبير يظهر بما يظهر به الاعتاق البات وهو الاقرار والبينة لانه اثبات حق الحرية في الحال فيعتبر الحق بالحقيقة وهو اثبات حقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر بالاثبات بالحال وذا يظهر بأحد هذين فكذا هذا إذا عرف هذا فنقول إذا ادعى المملوك التدبير وأنكر المولى فأقام البينة قبلت بينته بلا خلاف فان لم يدع وأنكر التدبير مع المولى لا يقبل البينة على التدبير من غير دعوى العبد في قول أبى حنيفة وعندهما يقبل والحجج على نحو ما ذكرنا في الاعتاق البات الا أن الشهادة على عتق الامة تقبل من غير دعواه بالاجماع الشهادة على تدبير الامة على الاختلاف لان تدبير الامة لا يوجب تحريم الفرج فلم تكن الشهادة قائمة على حق الله تعالى ولو شهدا أنه دبر أحد عبديه بغير عينه في الصحة فالشهادة باطلة في قول أبى حنيفة لان المدعى مجهول وعندهما يقبل ولو شهدا انه ذلك كان في المرض ويقبل عنده استحسانا والقياس أن لا يقبل وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان في كتاب العتاق ولو شهدا أنه قال هذا حر وهذا مدير بعد موتى فقد صار مديرا لم تجز شهادتهما في قول أبى حنيفة لجهالة المدعى ولو شهد أنه قال هذا حر بعد موتى لابل هذا كانا جميعا مديرين ويعتقان بعد موته من ثلثه لانه لما قال هذا حر بعد موتى فقد صار مديرا فلما قال لابل هذا فقد رجع عن الاول وتدارك بالثاني ورجوعه لا يصح وتداركه صحيح كما إذا قال لاحدى امرأته هذه طالق لابل هذه ولو شهدا أنه قال هذا حر البتة لابل هذا مدير جازت الشهادة لهما لانه أعتق الاول ثم رجع وتدارك بالثاني فالرجوع لا يصح ويصح التدارك فصار الاول حر والثاني مديرا ولو شهد أحدهما أنه دبره وشهد الآخر أنه أعتقه البتة فالشهادة باطلة لان كل واحد منهم شهد بغير ما شهد به الآخر لفظا ومعنى أما اللفظ فلا شك فيه وما المعنى فلان الاعتاق البات اثبات العتق بعد موت المولى وهما متغايران وليس على كل واحد منها الا شاهد واحد

وكذلك لو شهدا بالتدبير واختلفا في شرطه لانهما شهدا على شيئين مختلفين كما في الاعتاق البات والله عزوجل أعلم وهو الموفق (كتاب الاستيلاء) الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الاستيلاء لغة وعرفا وفي بيان شرطه وفي بيان صفته وفي بيان حكمه وفي بيان ما يظهر به أما تفسيره لغة فالاستيلاء في اللغة هو طلب الولد كالاستيهاب والاستئناس انه طلب الهبة والانس وفي العرف هو تصيير الجارية أم ولد يقال فلان استولد جاريته ان صيرها أم ولده وعلى هذا قلنا انه يستوي في صيرورة الجارية أم ولد الولد الحي والميت لان الميت ولد بدليل انه يتعلق به أحكام الولادة حتى تنقضي به العدة وتصير المرأة به نفساء وكذا لو أسقطت سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه وأقر به فهو بمنزلة الولد الحي الكامل

[ 124 ]

الخلق في تصيير الجارية أم ولد لان أحكام الولادة تتعلق بمثل هذا السقط وهو ما ذكرنا وان لم يكن استبان شئ من خلقه فألقت مضغة أو علقة أو نطفة فادعاه المولى فانها لا تصير أم ولد كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لانه ما لم يستتب خلقه لا يسمى ولدا وصيرورة الجارية أم ولد بدون الولد محال ولانه يحتمل أن يكون ولد ويحتمل أن يكون دما جامدا أو لحما فلا يثبت به الاستيلاء مع الشك وهذا الذي ذكرنا قول أصحابنا وللشافعي فيه قولان في قول قال يصب عليه الماء الحار فان ذاب فهو دم وان لم يذب فهو ولد وفي قول قال يرجع فيه إلى قول النساء والقولان فاسدان لما ذكرنا في كتاب الطلاق ولو أقر المولى فقال لجاريته حمل هذه الجارية منى صارت أم ولد له لان الاقرار بالحمل اقرار بالولد إذ الحمل عبارة عن الولد وروى عن أبي يوسف أنه قال إذا قال حمل هذه الجارية منى أو قال هي حبل منى أو قال ما في بطنها من ولد فهو منى ثم قال بعد ذلك لم تكن حاملا وانما كان ربحا وصدقته الامة فانهما لا يصدقان وهي أم ولد لانه أقر بحملها والحمل عبارة عن الولد وذلك يثبت لها حرية الاستيلاء فإذا رجع لم يصح رجوعه ولا يلتفت إلى تصديقها لان في الحرية حق الله تعالى فلا يحتمل السقوط باسقاط العبد ولو قال ما في بطنها منى ولم يقل من حمل أو ولد ثم قال بعد ذلك كان ربحا وصدقته لم تصر أم ولد لان قوله ما في بطنها يحتمل الولد والريح فقد تصادقا على اللفظ المحتمل فلم يثبت الاستيلاء ولو قال المولى ان كانت هذه الجارية حبل منى فهو منى فأسقطت سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه صارت أم ولد لما بينا فان ولدت ولدا لاقل من ستة أشهر صارت أم ولد له لان الطريق إلى ثبوت نسب الحمل منه هذا لان معنى قوله ان كانت حبل منى أي اني وطئتها فان حبلت من وطئ منى فهو منى فإذا أتت بعد هذه المقابلة بولد لاقل من ستة أشهر تيقنا انها كانت حاملا حينئذ فثبت النسب والاستيلاء فان أنكر المولى الولادة فشهدت عليها امرأة لزمه النسب لان الزوج إذا كان أقر بالحمل تقبل شهادة امرأته على الولادة على ما ذكرنا في كتاب الطلاق فان جاءت لسته أشهر فصاعدا لم يلزمه ولم تصر الجارية أم ولد لانا نعلم وجود هذا الحمل في ذلك الوقت لجواز انها حملت بعد ذلك فلا يثبت النسب والاستيلاء بالشك (فصل) وأما سبب الاستيلاء وهو صيرورة الجارية أم ولد له فقد اختلف فيه قال أصحابنا سببه هو ثبوت نسب الولد وقال الشافعي سببه علوق الولد حرا على الاطلاق بعد اتفاهم على أن حكم الاستيلاء في الحال هو ثبوت حق الحرية وثبوت حقيقة الحرية بعد موت المولى والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم في جاريته مارية القبطية لما ولدت ابراهيم ابن النبي عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها والمراد منه التسبيب أي ولدها سبب عتقها غير أنهم اختلفوا في جهة التسبيب فقال أصحابنا هي ثبوت نسب الولد

وقال الشافعي هي علوق الولد حراً مطلقاً (وجه) قوله ان الولد حر بلا شك وانه جزء الام وحرية الجزء تقتضي حرية الكل إذ لا يحتمل أن يكون الكل رقيقاً والجزء حراً كان ينبغي أن تعتق الام للحال الا أنه انما لا تعتق لان الولد انفصل منها وحرته على اعتبار الانفصال لا توجب حرية الام كما لو أعتق الجنين فقلنا بثبوت حق الحرية في الحال وتأخر الحقيقة إلى بعد الموت عملاً بالشبهين ولنا ان الوطئ والمعلق أوجب الجزئية بين المولى والجارية بواسطة الولد لاختلاط المائين وصيرورتهما شيئاً واحداً وانخلاق الولد منه فكان الولد جزءاً لهما وبعد الانفصال عنهما ان لم يبق جزءاً لها على الحقيقة فقد بقى حكماً لثبوت النسب ولهذا تنسب كل الام إليه بواسطة الولد يقال أم ولده فلو بقيت حقيقة الحرية لثبتت حقيقة الحرية للحال فإذا بقيت حكماً ثبت الحق على ما عليه وضع مأخذ الحجج في ترتيب الاحكام على قدر قوتها وضعفها والى هذا المعنى أشار عمر رضى الله عنه فقال أبعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن تريدون بيعهن ثم اختلف أصحابنا في كيفية هذا السبب فقال علماؤنا الثلاثة السبب هو ثبوت النسب شرعاً وقال زفر هو ثبوت النسب مطلقاً سواء ثبت شرعاً أو حقيقة وبيان هذه الجملة في مسائل إذا تزوج جارية انسان فاستوها ثم ملكها صارت أم ولد له عند أصحابنا لان سبب الاستيلاء هو ثبوت النسب وقد ثبت فتحقق السبب الا أنه توقف الحكم على وجود الملك فتعذر اثبات حكمه

[ 125 ]

وهو حق الحرية في غير الملك كما يتعذر اثبات الحقيقة في غيره فتأخر الحكم إلى وقت الملك وعند الشافعي لا تصير أم ولد له وهو قول ابراهيم النخعي لان السبب عنده علوق الولد حراً على الاطلاق ولم يوجد لان الولد رقيق في حق مولاه وإذا ملك ولده الذى استولده عتق عليه بالاجماع أما عندنا فلانه ملك ذا رحم محرم منه فيعتق وأما عنده فلانه ملك ولداً ثابت النسب منه شرعاً وكذلك إذا ثبت النسب من غير مالك الجارية بوطنى بشبهة ثم ملكها فقد صارت أم ولد له حين ملكها عندنا لوجود السبب وعنده لا لانعدام السبب ولو ملك الولد عتق لما قلنا ولو زنى بجارية فاستولدها بان قال زنى بها أو فجرت بها أو قال هو ابني من زنا أو فجور وصدقته وصدقته مولاه فولدت ثم ملكها لم تصر أم ولد له عند أصحابنا الثلاثة وهو استحسان والقياس أن تصير أم ولد له وهو قول زفر بناء على أن السبب عنده ثبوت النسب مطلقاً وقد ثبت النسب حقيقة بدليل انه لو تملك الولد عتق عليه بلا خلاف بين أصحابنا والسبب عند أصحابنا الثلاثة هو ثبوت نسب الولد شرعاً ولم يثبت (فصل) وأما شرطه فما هو شرط ثبوت النسب شرعاً وهو الفراش ولا فراش الا بملك اليمين أو شبهه أو تأويل الملك أو ملك النكاح أو شبهته ولا تصير الامة فراشاً في ملك اليمين بنفس الوطئ بل بالوطئ مع قرينة الدعوى عندنا وهى من مسائل كتاب الدعوى فلا يثبت الاستيلاء بدون الدعوة ويستوى في الاستيلاء ملك القنة والمديرة لاستوائهما في اثبات النسب الا أن المديرة إذا صارت أم ولد بطل التدبير لان أمية الولد أنفع لها ألا ترى ان أم الولد لا تسعى لغريم ولا لوراث والمديرة تسعى ويستوى في ثبات النسب ملك كل الجارية وبعضها وكذا في الاستيلاء حتى لو أن جارية بين اثنين علق في ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وصارت الجارية كلها أم ولد له بالضمنان وهو نصف قيمة الجارية ويستوى في هذا الضمان اليسار والاعسار وبغرم نصف العقر لشريكه ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً أما ثبوت النسب فلحصول الوطئ في محل له فيه ملك لان ذلك القدر من الملك أوجب ثبوت النسب بقدره النسب لا يتجزأ وإذا ثبت في بعضه ثبت في كله ضرورة عدم التجزى ولان النسب ثبت بشبهة الملك فلان يثبت



بحقيقة الملك أولى وأما صيرورة الجارية كلها أم ولد له فالنصف قضية للتسبب لان نصف الجارية مملوك له والنصف الاخر اما باعتبار ان الاستيلاء لا يتجزأ فيما يمكن نقل الملك فيه فإذا ثبت في البعض يثبت في الكل لضرورة عدم التجزى واما باعتبار انه وجد سبب التكامل وهو انسب على كونه متجزئاً في نفسه لان سبب الاستيلاء هو ثبوت النسب والنسب لا يتجزأ والحكم على وفق العلة فثبت الاستيلاء وفي نصيبه قضية للسبب ثم يتكامل في الباقي بسبب النسب واما باعتبار سبب آخر أوجب التكامل على ما عرف في الخلافات ثم لا سبيل إلى التكامل بدون ملك نصيب شريكه فيصير متملكاً نصيب شريكه ضرورة صحة الاستيلاء في ذلك النصيب ولا سبيل إلى تملك مال الغير من غير بدل فيتملكه بالبدل وهو نصف قيمتها وانما استوى في هذا الضمان حالة اليسار والاعسار لانه ضمان ملك كضمان المبيع وأما وجوب نصف العقر فلوجود الاقرار منه بوطئ ملك الغير وانه حرام الا أن الحد لم يجب لمكان شبهة لحصول الوطئ في ملكه وملك شريكه فلا بد من وجوب العقر ولا يدخل العقر في ضمان نصف القيمة ضمان الجزء وضمان البضع لها حكم الاجزاء وضمان الجزء لا يدخل في مثله وأما عدم وجوب نصف قيمة الولد فلانه بملك نصيب شريكه بالعلوق السابق فصار الولد جارياً على ملكه فلا يكون مضموناً عليه ولان الولد في حال العلوق لا قيمة له فلا يقابل بالضمان ولانه كان بمنزلة الاوصاف فلا يفرد بالضمان ويستوى في ثبوت النسب وصيرورة الجارية أم ولد ملك الذات وملك اليد كالمكاتب إذا استولد جارية من اكسابه على ما نذكر في كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى ويستوى في دعوة النسب حالة الصحة والمرض لان النسب من الحوائج الاصلية وكذلك إذا ادعاه أحدهما واعتقه الآخر وخرج القول منهما معا فعتقه باطل ودعوة صاحبه أولى لان الدعوة استندت إلى حالة متقدمة وهى

[ 126 ]

العلوق والعتق وقع في الحال فصارت الدعوة أسبق من الاعتاق فكانت أولى وان ادعياه جميعاً فهو ابنيهما والجارية أم ولد لهما تخدم لهذا يوماً ولذا ك يوماً ولا يضمن واحد منهما من قيمة الام لصاحبه شيئاً ويضمن كل واحد منهما نصف العقر فيكون قصاصاً أما ثبوت النسب منهما فمذهبياً وعند الشافعي يثبت من أحدهما ويتعين بقول القافة هي من مسائل كتاب الدعوى وأما صيرورة نصيب كل واحد منهما من الجارية أم ولد فلثبوت نسب ولدها منه فصار كأنه انفرد بالدعوة وانما لا يضمن أحدهما للآخر شيئاً من قيمة الام لان نصيب كل واحد منهما لم ينتقل إلى شريكه وانما ضمن كل واحد منهما لصاحبه نصف العقر لوجود سبب وجوب الضمان وهو الاقرار بالوطئ في ملك الغير فيصير أحدهما قصاصاً للآخر لعدم الفائدة في الاستيفاء وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعاً معا يثبت نسبه منهم وتصير الجارية أم ولد لهم في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يثبت النسب من أكثر من اثنين وعند محمد من أكثر من ثلاثة ونذكر الحجج في كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى وان كانت الانصباة مختلفة بأن كان لاحدهم السدس والآخر الربع والآخر الثلث والآخر ما بقى يثبت نسبه منهم ويصير نصيب كل كل واحد منهم من الجارية أم ولد له لا يتعدى إلى نصيب صاحبه حتى تكون الخدمة والكسب والغلة بينهم على قدر انصباهم لان كل واحد منهم ثبت الاستيلاء منه في نصيبه فلا يجوز أن يثبت فيه استيلاء غيره ولو كانت الامة بين الاب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعاً معا أو كانت بين حر وعبد فادعياه أو بين حر ومكاتب أو بين مكاتب وعبد أو بين مسلم وذمى أو بين كتابي ومجوسى أو بين عبد مسلم أو مكاتب مسلم وبين حر كافر أو بين ذمى ومرتد فحكمه

يذكر في كتاب الدعوى هذا إذا كان العلوق في ملك المدعين فان لم يكن بان  
اشترياها وهى حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما أو كلاهما فهو من مسائل الدعوى  
نذكره هناك ان شاء الله تعالى وكذا إذا ولدت الجارية المشتركة بين اثنين ولدين  
فادعى كل واحد منهم ولدا ولدتها في بطن أو بطنين والدعوتان خرجتا معا أو على  
التعاقب وكذا إذا ولدت جارية لانسان ثلاثة أولاد فادعى أحدهم وهم ولدوا في بطن  
واحد أو في بطون مختلفة وادعى المولى أحدهم بعينه أو بغير عينه فحكم هذه الجملة  
في كتاب الدعوى وكذا دعوة الاب نسب ولد جارية ابنه مع فروعها ودعوة اللقيظ مع  
فصولها تذكر ثمة ان شاء الله تعالى أمة بين رجلين أقر أحدهما انها أم ولد لصاحبه  
وأنكر ذلك صاحبه قال أبو حنيفة يبطل حق الشاهد في رقبته موسرا كان المشهود  
عليه أو معسرا وتخدم المشهود عليه يوما ويرفع عنها يوما فان مات الشهود عليه  
سعت لورثته وكانت في حال السعاية كالمكاتبة فان أدت عتقت وكان نصف ولانها  
للمشهود عليه والنصف لبيت المال وهو قول أبى يوسف الآخر وقال محمد يسعى  
الساعة في نصف قيمتها للمشهود عليه فإذا أدت فهى حرة لا سبيل لاحد عليها وجه  
قوله ان المقر قد أفسد على شريكه ملكه باقراره لانه لما لم يصدق الشريك انقلب  
اقراره على نفسه فمن اشترى عبدا ثم أقر ان البائع كان قد أعتقه وانكر البائع انه  
ينقلب اقراره عليه ويجعل معتقا كذا ههنا وإذا انقلب اقراره على نفسه صار مقرا  
بالاستيلاء في نصيبه ومتى ثبت في نصيبه ثبت في نصيب صاحبه لانه لم يتجزأ فقد  
أفسد نصيب صاحبه لكن لا سبيل إلى تضمينه لان شريكه قد كذبه في اقراره فكان  
لشريكه السعاية كما لو أعتق المقر نصيبه هو معسر وإذا سمعت في نصيبه وعتق  
نصيبه يعتق الكل لعدم تجزى العتق عنده ولهما ان المقر بهذا الاقرار يدعى الضمان  
على بالمنكر بسبب تملك الجارية لان الاستيلاء لا يتجزأ فيما يحتمل النقل والملك  
ويجب الضمان فيه على الشريك في حالة اليسار والاعسار ودعوى الضمان توجب  
براءة الامة عن السعاية فيبطل حقه في رقبته وبقي حق المنكر في نصيبه كما كان  
ولان المقر لا يخلو اما ان كان صادقا في الاقرار واما ان كان فيه كاذبا فان كان صادقا  
كانت الجارية كلها أم ولد لصاحبه فيسلم له كمال الاستخدام وان كان كاذبا كانت  
الجارية بينهما على ما كان قبل الاقرار فنصف الخدمة ثابتة للمنكر بيقين واعتبار هذا  
المعنى يوجب ان لا سعاية عليها أيضا فاما المقر فقد أسقط حق نفسه عن الخدمة  
لزعمة ان كل الخدمة لشريكه الا ان شريكه لما رد عليه بطلت خدمة اليوم وبيع

[ 127 ]

هذه الجارية متعذر لان الشاهد أقر أنها أم ولد وحين ما أقر كان له ملك فيما في  
الظاهر فينفذ اقراره في حقه وإذا مات المشهود عليه فانها تسعى في نصف قيمتها  
لورثته لان في زعم الشاهد انها عتقت بموت صاحبه لزعمه انها أم ولد صاحبه والامة  
المشتركة بين اثنين إذا أقر أحدهما على شريكه بالعتق كان له عليها السعاية وان  
كذبه صاحبه في الاقرار كذلك ههنا ونصف الولاء للمشهود عليه لانها عتقت على ملكه  
ووقف النصف الآخر لان المقر أقر انه للمشهود عليه والمشهود عليه رد عليه اقراره  
فلا يعرف لهذا النصف مستحق معلوم فيكون لبيت المال فان جاءت بولد فقال  
أحدهما هو ابن الشريك وأنكر الشريك فالجواب في الام كذلك وأما الولد فيعتق  
ويسعى في نصف قيمته للمشهود عليه لان الشريك المقر أقر بحرية الولد من جهة  
شريكه وأحد الشريكين إذا شهد على الآخر بالعتق وأنكر الآخر يسعى العبد للمشهود  
عليه وفي مسئلتنا لا يسعى للشاهد لانه أقر انه حر الاصل وانه لا سعاية عليه ونظير  
هذه المسألة ما روى بشر عن أبى يوسف في جارية بين شريكين ادعى أحدهما ان

شريكه دبرها وأنكر الشريك فان أبا حنيفة قال الشاهد بالخيار ان شاء دبر فخدمته يوما والآخر يوما وان شاء أمسك ولم يدبر فخدمته يوما والآخر يوما وان شاء استسعاها في نصف قيمتها فسعت له يوما وخدمت الآخر يوما فإذا ادت فعتقت سعت للآخر وكان قول أبي يوسف في ذلك انها كام الولد ثم رجع وقال توقف كما قال أبو حنيفة الا في تبويض التدبير وقال محمد تسعى الساعة وجه قول محمد على نحو ما ذكرنا في الاستيلاء وهو ان الشريك لما لم يصدقه في اقراره انقلب عليه اقراره وثبت التدبير في نصيبه وانه يتعدى إلى نصيب المنكر لعدم تجزى التدبير عنده فقد أفسد نصيب المنكر وتعذر ايجاب الضمان عليه للمنكر لتكذيبه اياه فتسعى الجارية له كما لو أنشأ التدبير في نصيبه ومن أصل أبي حنيفة ان التدبير يتجزأ فلا يصير نصيبه باقراره بالتدبير على صاحبه مدبرا كما لو دبر أحد الشريكين نصيبه انه يبقى نصيب الآخر على حاله وله التدبير والاستسعاء والترك على حاله الا ان ههنا لو اختار السعاية فانما يستسعاها يوما ويتركها يوما لانه يملك جميع منافعها فلا يملك ان يستسعى الا على مقدار حقه فإذا أدت عتق نصيبه ويسعى للمنكر في نصيبه لانه فسد نصيبه وتعذر تضمين المقر فكان له ان يستسعى وأبو يوسف وافق أبا حنيفة الا انه يقول ان التدبير يتجزأ فهو بدعوى التدبير على شريكه يدعى الضمان عليه موسرا كان أو معسرا فكان مبرئا للامة عن السعاية فلم يبق له حق الاستسعاء ولا حق الاستخدام فيوقف نصيبه والله عزوجل أعلم وروى ابن سماعة عن أبي يوسف انه إذا شهد كل واحد منهما بالتدبير على صاحبه أو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالاستيلاء فلا سبيل لواحد منهما على صاحبه ولا على الامة موسرين كانا أو معسرين لان كل واحد منهما يدعى حق الحرية من جهته والبراء للامة من السعاية ويدعى الضمان على شريكه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف فأما محمد فوافق أبا حنيفة في هذا الفصل لان كل واحد من الشريكين ههنا أبرأ الامة من السعاية وادعى الضمان على شريكه وروى المعلى عن أبي يوسف في عبد بين شريكين قال أحدهما للاخر هذا ابني وابنك أو ابنك وابني فقال الآخر صدقت فهو ابن المقر خاصة دون المصدق وكذلك قال محمد في الزيادات في صبي لا يعقل في يد رجلين قال أحدهما للآخر هو ابني وابنك وصدقه صاحبه وانما كان كذلك لانه لما قال هو ابني فكما قال ذلك ثبت نسبه منه لوجود الاقرار منه بالنسب في ملكه فلا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك قال محمد لو قال هذا ابنك وسكت فلم يصدقه صاحبه حتي قال هو ابني معك فهو موقوف فان قال صاحبه هو ابني دونك فهو كما قال لانه أقر له بالنسب ابتداء وسكت فقد استقر اقراره ووقف على التصديق فقوله بعد ذلك هو ابني يتضمن ابطال الاقرار فلا يسمع فإذا وجد التصديق من المقر له ثبت النسب منه قال فان قال المقر له ليس بابني ولكنه ابنك أو قال ليس بابني ولا ابنك أو قال ليس بابني وسكت فليس بابن لواحد منهما في قياس قول أبي حنيفة وقال محمد ان صدقه فهو ابن المقر له وان كذبه فهو ابن المقر فهذا فرع اختلافهم فيمن أقر بعبد انه ابن فلان وكذبه المقر له وادعاه المولى انه لم تصح دعوته في قول أبي حنيفة وفي قولهما تصح وجه قولهما انه لما كذبه المقر له فقد بطل اقراره كما في الاقرار بالمال

[ 128 ]

وإذا بطل اقراره التحق بالعدم فجاز ان يدعيه لنفسه ولا يبي حنيفة انه لما أقر بالنسب لغيره فقد زعم انه ثابت النسب منه فتكذيبه ينفي ثبوت النسب منه في حقه لا في حق الشريك بل بقي ثابت النسب منه في حقه فإذا ادعى ولدا هو ثابت النسب من الغير في حقه فلا تسمع دعواه ولو قال هو ابني وابنك فهو من الثاني لانه لما قال هو

ابني فقد صدقه فقد ثبت نسبه منه فاقراره بعد ذلك بقوله وابنك لم يصح قال محمد فان كان هذا الغلام يعقل فالمرجع إلى تصديقه لانه إذا كان عاقلا كان في يد نفسه فلا تقبل دعوى النسب عليه من غير تصديقه قال وان كان الولد من أمة ولدته في ملكهما فالجواب كالأول في النسب ان على قول أبي حنيفة لا يثبت من المقر بعد اعترافه لشريكه وعلى قولهم يثبت قال والامة أم ولد لمن ثبت النسب منه لان الاستيلاء يتبع النسب ومن هذا النوع ما إذا اشترى رجلان جارية فجاءت بولد في ملكهما لستة أشهر فصاعدا وادعى أحدهما ان الولد ابنه وادعى الآخر ان الجارية بنته وخرجت الدعوتان معا فالدعوة دعوة من يدعى الولد ودعوة مدعى الام باطلة لان مدعى الولد دعوته دعوة الاستيلاء والاستيلاء يستند إلى وقت العلوق ومدعى الام دعوة تحرير والتحرير يثبت في الحال ولا يستند فكانت دعوة مدعى الولد سابقة فثبت نسب الولد منه وبصير نصيبه من الجارية أم ولد له وينتقل نصيب شريكه منها إليه فكان دعوى الشريك دعوى فيما لا يملك فلا يسمع وهل يضمن مدعى الولد بنصف قيمة الام ونصف عقرها قال محمد يضمن وذكر في الجامع الكبير ان هذا قياس قول أبي حنيفة وهى رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف وروى ابن سماعه عن أبي يوسف انه لا شئ على مدعى الولد من قيمة الام ولا من العقر ولا شئ له أيضا على مدعى الام فان أكذب مدعى الام نفسه فله نصف قيمة الام ونصف عقرها على مدعى الولد ذكر الكرخي ان هذا القول أقيس ووجهه ان مدعى الام اقر انها حرة الاصل فكان منكرا ضمان القيمة فلا يثبت له حق التضمن فان رجع عن دعواه وأكذب نفسه ثبت له حق الضمان الذي اعترف به له شريكه وجه قول أبي حنيفة ومحمد واحدى الروائين عن أبي يوسف انه لما ثبت نسب الولد من المدعى فقد صار نصيبه من الجارية أم ولد فكذا نصيب شريكه لعدم تجزى الجارية في حق الاستيلاء فيما يحتمل النقل فصار متلفا نصيب شريكه عليه ولا يجوز تملك مال الغير الا بعوض فيضمن لشريكه نصف قيمة الام ويضمن له نصف عقر الجارية أيضا لان الوطئ لاقاها ونصفها مملوك للشريك فما صادف ملك غيره يجب به العقر وأما قوله ان مدعى الام أقر أنها حرة الاصل فالجواب من وجهين أحدهما انه لما قضى بكونها أم ولد للمدعى فقد صار مكذبا شرعا فبطل كما لو ادعى المشتري انه اشترى الدار بألف وادعى البائع البيع بألفين وأقام البائع البينة وقضى القاضى بألفين على المدعى عليه ان الشفيع يأخذها بالالفين من المشتري وان سبق من المشتري الاقرار بالشراء بألف لما انه كذبه شرعا كذا هذا والثانى ان اقراره بحريتها وجد بعدما حكم بزوالها عن ملكه لانها جعلت زائلة عنه من وقت العلوق فلم يصلح اقراره فلم يصح اقراره ابراء اياه عن الضمان كما في مسألة الشفيع ومن مسائل دعوى الولد إذا كاتب الرجل أمته فجاءت بولد ليس له نسب معروف فادعاه المولى ثبت نسبه منه صدقته أم كذبتة وسواء جاءت بالولد لستة أشهر أو لاكثر أو لاقل فان نسب الولد يثبت على كل حال إذا ادعاه لان المكاتب باقية على ملك المولى فكان ولدها مملوكا له ودعوة المولى ولد أمته لا تقف صحتها على التصديق وعتق الولد لان نسبه ثبت من المولى ولا ضمان عليه فيه لان غرض المكاتب من الكتابة عتقها وعتق أولادها وقد حصل لها هذا الغرض فلا يضمن له شياً ثم ان جاءت بالولد لاكثر من ستة أشهر فعليه العقر لانه تبين أن الوطئ حصل في حال الكتابة وان جاءت به لاقل من ستة أشهر منذ كاتبها فلا عقر عليه لانه علم أنه وطئها قبل الكتابة والمكاتب بالخيار ان شاءت مضت على كتابتها وان شاءت عجزت لان الحرية توجهت إليها من جهتين ولها في كل واحدة منهما غرض صحيح لان بالكتابة تتعجل لها الحرية وبالاستيلاء تسقط عنها السعاية فكان التخيير مفيدا فكان لها أن

تختار أيهما شاءت وان ادعى المولى ولد جارية المكاتب له وقد علقته به في ملك المكاتب فانه يرجع إلى تصديق المكاتب فان كذب المولى لم يثبت نسب

[ 129 ]

الولد ولا تصير الجارية أم ولد له وكانت الجارية وولدها مملوكين وان صدقه كان الولد ابن المولى وعليه قيمة يوم ولد وذكر محمد في الزيادات ولم يحك خلافا وكذا ذكر في الدعاوى الا انه قال أستحسن ذلك إذا كان الحبل في ملك المكاتب وهذا يشير إلى أن القياس ان لا يعتق الولد وان صدقه المكاتب وهو رواية عن أبي يوسف وروى ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف أن المولى يصدق بغير تصديق المكاتب وجه القياس أنه لما لم يقبل قوله بغير تصديق فكذا مع التصديق لان المكاتب لا يملك التحرير بنفسه فلا يملك التصديق بالحرية أيضا وجه الرواية الاخرى لابي يوسف أن حق الرجل في مال مكاتبه أقوى من حقه في مال ولده فلما ثبت النسب في جارية الابن من غير تصديق فهنا أولى وجه ظاهر الرواية ان حق المكاتب في كسبه أقوى من حق المولى بدليل انه لا يملك النزع من يده فكان المولى في حق ملك التصرف في مال المكاتب بمنزلة الأجنبي فتقف صحة دعوته على تصديق المكاتب فان صدقه كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد لانه يشبه ولد المغرور لثبوت الملك في الام من وجه دون وجه لان ملك الذات في المكاتب للمولى وملك التصرفات للمكاتب كالمغرور أنه يثبت الملك في الام ظاهرا وللمستحق حقيقة وولد المغرور حر بالقيمة قال محمد في الزيادات إذا اشترى المكاتب أمة حاملا فادعى مولاه ولدها أو اشترى عبدا صغيرا فادعاه لم يجز دعوته الا بالتصديق كما في المسألة الاولى الا ان هناك إذا صدقه يثبت النسب ويعتق وههنا ان صدقه المكاتب ثبت نسبه ولا يعتق لان تلك الدعوة دعوة استيلاء لعدم العلوق في الملك فكانت دعوة تحرير والمولى لا يملك تحريره الا ترى انه لو أعتقه لا تصح الا ان النسب يثبت وليس من ضرورة ثبوت النسب ثبوت العتق الا ترى ان من ادعى ولد أمة أجنبي فصدقه مولاه يثبت النسب ولا يعتق في الحال كذا ههنا (فصل) وأما صفة الاستيلاء فالاستيلاء لا يتجزأ عند أبي يوسف ومحمد كالتيدير وعند أبي حنيفة هو متجزئ الا انه قد يتكامل عند وجود سبب التكامل وشرطه وهو المكان التكامل وقيل انه لا يتجزأ عنده أيضا لكن فيما يحتمل نقل الملك فيه وأما فيما لا يحتمل فهو متجزئ عنده وبيان هذا ما ذكرنا فيما تقدم في الامة القنة بين اثنين جاءت بولد فادعاه أحدهما ان كلها صارت أم ولد له وان ادعياه جميعا صارت أم ولد لهما جميعها ثم أم الولد الخالصة إذا أعتق المولى نصفها عتق كلها بالاجماع وكذا إذا كانت بين اثنين فاعتق أحدهما نصيبه عتق جميعها بلا خلاف لكن عندهما العدم تجزى الاعتاق وعنده لعدم الفائدة في بقاء حكم الاستيلاء في الباقي لا باعتاقه كما في الطلاق والعفو عن القصاص على ما بينا في كتاب العتاق ولا ضمان على الشريك المعتق ولا سعاية عليها في قول أبي حنيفة وستأتى المسألة في موضعها والفرق بين المدبر وأم الولد في هذا الحكم ان شاء الله تعالى ولو كانت مدبرة صار نصيب المدعى أم ولد له ونصيب الآخر بقى مدبرا على حاله وان كانت مكاتبه بين اثنين صار نصيب المدعى أم ولد عند أبي حنيفة وتبقى الكتابة وعندهما يصير الكل أم ولد للمدعى وتفسخ الكتابة في النصف وهى من مسائل كتاب المكاتب (فصل) وأما حكم الاستيلاء فنوعان أيضا كحكم التديبير أحدهما يتعلق بحال حياة المستولد والثانى يتعلق بما بعد موته أما الاول فما ذكرنا في التديبير وهو ثبوت حق الحرية عند عامة العلماء وقال بشر بن غياث المريسي وداود بن علي الاصفهاني امام أصحاب الظاهر لا حكم له في الحال وعلى هذا تبنتى جملة من الاحكام فلا يجوز بيع

أم الولد عند العامة وعندهما يجوز واحتجا بما روى عن جابر بن عبد الله انه قال كنا نبيع أمهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانها مملوكة له بدليل انه يحل له وطؤها ولا يحل الوطئ الا في الملك وكذا تصح اجارتها وكتابتها فدل انها مملوكة له فيجوز بيعها كبيع القنة ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أم الولد لا تباع ولا توهب وهى حرة من جميع المال وهذا نص في الباب وروى عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في أم ابراهيم عليه السلام أعتقها ولدها فظاهره يقتضى ثبوت حقيقة الحرية للحال أو الحرية من كل وجه الا انه تأخر ذلك إلى ما بعد الموت بالاجماع فلا أقل من انعقاد سبب الحرية أو الحرية من وجه وكل ذلك عدم

[ 130 ]

يمنع جواز البيع وروى ان سعيد بن المسيب سئل عن بيع أمهات الاولاد فقال ان الناس يقولون ان أول من أمر بعتق أمهات الاولاد عمر بن الخطاب وليس كذلك لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم أول من أعتقهن ولا يجعلن في الثلث ولا يستسعين في دين وعن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الاولاد وان لا يبعن في الدين ولا يعجلن في الثلث وكذا جميع التابعين على انه لا يجوز بيع أم الولد فكان قول بشر وأصحاب الظواهر مخالفا للاجماع فيكون باطلا ومن مشايخنا من قال عليه اجماع الصحابة أيضا لما روى عن علي رضي الله عنه انه سئل عن بيع أمهات الاولاد فقال كان رأيي ورأي عمر أن لا يبعن ثم رأيت بيعهن فقال له عبيدة السلماني رأيك مع الجماعة أحب إلى من رأيك وحدك وفي رواية أخرى عن علي رضي الله عنه اجتمع رأي ورأي عمر في ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على عتق أمهات الاولاد ثم رأيت بعد ذلك ان يبعن في الدين فقال عبيدة رأيك ورأي عمر في الجماعة أحب إلى من رأيك في الفرقة فقول عبيدة في الجماعة اشارة إلى سبق الاجماع من الصحابة رضي الله عنهم ثم بدا لعلي رضي الله عنه فيحمل خلافه على أنه كان لا يرى استقرار الاجماع ما لم ينقرض العصر ومنهم من قال كانت المسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فكان علي وجابر رضي الله عنهما يريان بيع أم الولد لكن التابعين أجمعوا على أنه لا يجوز والاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند أصحابنا لما عرف في أصول الفقه ولان أم الولد تعتق عند موت السيد بالاجماع ولا سبب سوى الاستيلاء السابق فعلم أنه انعقد سببا للحال لثبوت الحرية بعد الموت وأنه يمنع جواز البيع لما بينا في التدبير وأما حديث جابر رضي الله عنه فيحتمل أنه أراد بالبيع الاجارة لانها تسمى بيعا في لغة أهل المدينة ولانها بيع في الحقيقة لكونها مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب ويحتمل أنه كان في ابتداء الاسلام حينما كان بيع الحر مشروعا ثم انتسخ بانتساخه فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما قوله انها مملوكة للمستولد فنعم لكن هذا لا يمنع انعقاد سبب الحرية من غير حرية أصلا ورأسا وهذا القدر يكفي للمنع من جواز البيع لما ذكرنا في كتاب التدبير وسواء كان المستولد مسلما أو كافرا مرتدا أو ذميا أو مستأمنا خرج إلى ديارنا ومعه أم ولده لا يجوز له بيعها لانها أم الولد لان أمية الولد تتبع ثبات النسب والكفر لا يمنع ثبوت النسب ولما دخل المستأمن دار الاسلام بامان فقد رضي بحكم الاسلام ومن حكم الاسلام أن لا يجوز بيع أم الولد وكذلك كل تصرف يوجب بطلان حق الحرية الثابتة لها بالاستيلاء لا يجوز كالهبة والصدقة والوصية والرهن لان هذه التصرفات توجب زوال ملك العين فيوجب بطلان هذا الحق وما لا يوجب بطلان هذا الحق فهو جائز كالاجارة والاستخدام والاستنساء والاستغلال والاستمتاع والوطئ لانها تصرف في المنفعة لا

في العين والمنافع مملوكة له والاجرة والكسب والغلة والعقر والمهر للمولى لانها بدل المنفعة والمنافع على ملكه وكذا ملك العين قائم لان العارض وهو التدبير لم يؤثر الا في ثبوت حق الحرية من غير حرية فكان ملك اليمين قائما وانما الممنوع منه تصرف يبطل هذا الحق وهذه التصرفات لا تبطله وكذا الارش له بدل جزء هو ملكه وله أن يزوجها لان التزويج تمليك المنفعة ولا ينبغي أن يزوجه حتى يستبرئها بحيضة لاحتمال أنها حملت منه فيكون النكاح فاسد أو يصير الزوج بالوطئ ساقيا ماءه زرع غيره فكان لتزويج تعريضا للفساد فينبغي أن يتحرز من ذلك بالاستبراء لكن هذا الاستبراء ليس بواجب بل هو مستحب كاستبراء البائع ولو زوجها فولدت لاقل من ستة أشهر فهو من المولى والنكاح فاسد لانه تبين أنه زوجها وفي بطنها ولد ثابت النسب منه وان ولدت لاكثر من ستة أشهر فهو ولد الزوج لان الزوج له فراش والولد للفراش على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا فراش للمولى لزوال فراشه بالنكاح فان ادعاه المولى وقال هذا ابني لا يثبت نسبه منه لسبق ثبوته من غيره وهو الزوج فلا يتصور ثبوته فلا تصح دعوته لكنه يعتق عليه لانه في ملكه وقد أقر بحريته فيعتق عليه وان لم يثبت نسبه منه كما إذا قال لعبد هذا ابني وهو معروف النسب من الغير ونسب ولد أم الولد يثبت من المولى من غير دعوة عند عدم الحرية الا إذا حرمت عليه حرمة مؤبدة فجاءت بولد لسته أشهر من وقت

[ 131 ]

الحرمة أو زوجها فجاءت بولد لسته أشهر من وقت التزويج فلا يثبت نسبه الا بالدعوة وانما قلنا أنه يثبت نسب ولدها من المولى من غير دعوة عند عدم الحرمة المؤبدة والنكاح لانها صارت فراشا بثبوت نسب ولدها والولد المولود على الفراش يثبت نسبه من غير دعوة قال النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش بخلاف الامة القنة أو المدبرة لانه لا يثبت نسب ولدها وان حصنها المولى وطلب ولدها بدون الدعوة عندنا فلا تصير فراشا بدون الدعوة ثم انما يثبت نسب ولد أم الولد بدون الدعوة دون ولد القنة والمدبرة لان الظاهر ان ولد أم الولد من المولى لانه لا يتحرز عن الاعلاق إذ التحرز لخوف فوت ماليتها وقد حصل ذلك منه فالظاهر ان لا يعزل عنها بل يعلقها فكان الولد منه من حيث الظاهر فلا تقع الحاجة إلى الدعوة بخلاف القنة والمدبرة فان هناك الظاهر أنه لا يعلقها بل يعزل عنها تحرزا عن اتلاف المالية فلا يعلم أنه منه إلى بدعوة فلا يثبت النسب الا بالدعوة فهو الفرق والله عزوجل أعلم فان صارت أم الولد محرمة على المولى على التأييد بان وطئها ابن المولى أو أبوه أو وطئ المولى أمها أو بنتها فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر لم يثبت نسب الولد الذي أتت به بعد التحريم من غير دعوة لان الظاهر أنه ما وطئها بعد الحرمة فكان حرمة الوطئ كالنفي دلالة وان ادعى يثبت النسب لان الحرمة لا تزيل الملك وذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي أصلا فقال إذا حرمت أم الولد بما يقطع نكاح الحره وبزيل فراشها مثل المسائل التي ذكرنا لا يثبت نسب ولدها من مولاها الا أن يدعيه لان فراش الزوجة أقوى من فراش أم الولد وهذه المعاني تقطع فراش الوجة فلان تقطع فراش أم الولد أولى وكذلك إذا زوجها فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر لانها صارت فراشا للزوج فيستحيل أن تصير فراشا لغيره الا أنه إذا ادعى يعتق عليه كما إذا قال لعبد وهو معروف النسب من الغير هذا ابني وان حرمت عليه بما لا يقطع نكاح الحره لا يزيل فراشها مثل الحيض والنفاس والاحرام والصوم يثبت نسب ولدها منه لانه تحريم عارض لا يغير حكم الفراش وللمولى أن ينفى ولد أم الولد من غير لعان أما النفي فلانه يملك العزل عنها بغير رضاها فإذا أخبر عن ذلك فقد أخبر عما يملك فكان

مصدقا وأما النفي من غير لعان فلان فراش أم الولد أضعف من فراش الحرة وهذا أصل يذكر في كتاب الدعوى أن الفرش ثلاثة قوى وضعيف ووسط والقوى هو فراش النكاح حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة ولا ينتفى إلا باللعان والضعيف فراش الامة حتى لا يثبت النسب فيه من غير دعوة والوسط فراش أم الولد حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة وينتفى من غير لعان لانه يحتمل الانتقال بالتزويج فيحتمل الانتفاء بالنفي بخلاف فراش الزوج ثم انما ينتفى بالنفي إذا لم يقض به القاضى أو لم تتناول المدة فاما إذا قضى القاضى به أو تناولت المدة فلا ينتفى لانه يتأكد بقضاء القاضى فلا يحتمل النفي بعد ذلك وكذا تطول المدة من غير ظهور النفي اقرار منه دلالة والنسب المقر به لا ينتفى بالنفي ولم يقدر أبو حنيفة لتناول المدة تقديرا وأبو يوسف ومحمد قدراه بمددة النفاس أربعين يوما وقد ذكرناه في كتاب اللعان وولد أم الولد من غير مولاها بمنزلة الام بان زوج أم ولده فولدت ولد الستة أشهر فصاعدا من وقت التزويج لان الولد يتبع الام في الرق والحرية وقد ثبت حق الحرية في الام فيسرى إلى الولد فكان حكمه حكم الام في جميع الاحكام هذا إذا استولد جارية في ملكه فان كان استولدها في ملك غيره بنكاح حتى يثبت نسب ولدها منه ثم ملكها ولها ولد من زوج آخر بان استولدها ثم فارقتها فزوجهها المولى من آخر فجاءت بولد ثم ملكها يوما من الدهر وولدها صارت الجارية أم ولده عند أصحابنا ولا يصير ولدها ولد أم ولد حتى يجوز بيعه في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر إذا ملك من ولده بعد ثبوت نسب ولدها منه فهو ولد أم ولده يثبت فيه حكم الام وجه قوله أن الاستيلاء وان كان ملك الغير لكنه لما ملكها فقد صارت أم ولد عند أصحابنا وانما صارت أم ولد بالعلق السابق والولد حدث بعد ذلك فيحدث على وصف الام فإذا ملكه يثبت فيه الحكم الذى يثبت في الام ولنا أن الاستيلاء في الام وهو أمية الولد شرعا انما تثبت وقت ملك الام والولد منفصل في ذلك الوقت والسرية لا تثبت في الولد المنفصل ويتعلق الدين بكسبها لا برقبته لانها لا تقبل البيع لما ذكرنا وتسعى

[ 132 ]

في ديونها بالغة ما بلغت لان الدين عليها لا في رقبته وارش جنايتها على المولى وهو الاقل من قيمتها ومن الارش وليس على المولى الا قدر قيمتها وان كثرت الجنايات كالمدير ويجوز اعتاقها لما فيه من استعجال مقصودها وهو الحرية ولو أعتق المولى نصفها يعتق كلها وكذا إذا كانت مشتركة بين اثنين فاعتق احد هما نصيبه عتق جميعها لما ذكرنا ولا ضمان على المعتق ولا سعاية عليها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد ان كان المعتق موسرا ضمن لشريكه وان كان معسرا سعت في نصف قيمتها للشريك الذى لم يعتق ولو مات عن أم ولد بينه وبين شريكه عتق جميعها ولا ضمان عليه بالاجماع لانه لا صنع له في الموت ويقع الاختلاف في السعاية عند أبي حنيفة لا سعاية عليها وعندهما عليها السعاية وعلى هذا الخلاف الغصب والقبض في البيع الفاسد انها لا تضمن في قول أبي حنيفة وعندهما تضمن ولا خلاف في المدبرة انها تضمن بهذه الاسباب ولقب المسألة ان أم الولد هل هي متقومة من حيث انها مال أم غير متقومة عنده غير متقومة من هذه الجهة وعندهما متقومة وأجمعوا على انها متقومة من حيث انها نفس ولا خلاف في ان المدير متقوم من حيث انه مال وربما تلقب المسألة بان رق أم الولد هل له قيمة أم لا ذكر محمد في الاملاء انها تضمن في الغصب عند أبي حنيفة كما يضمن الصبى الحر إذا غصب يعنى إذا مات عن سبب حادث بان عقره سبع أو نهشته حية أو نحو ذلك وجه قولهما أم الولد مملوكة للمولى ولا شك ولهذا يحل له وطؤها واجارتها واستخدامها وكتابتها وملكه فيما معصوم لان



الاستيلاء له لم يوجب زوال العصمة فكانت مضمونة بالغصب والاعتاق والقبض في البيع الفاسد كالمدير والدليل على ان رقتها متقوم ان أم ولد النصراني إذا أسلمت تخرج إلى العتاق السعاية فلولا ان ماليتها متقومة لعتقت مجاناً ولم يكن للمولى أخذ السعاية بدلاً عن ماليتها وكذا يجوز للمولى أن يكتبها الاعتياض انما يجوز عن مال متقوم والدليل عليه انها تضمن بالقتل بالاجماع ولابي حنيفة قول النبي صلى الله عليه وسلم لما ولدت ابراهيم عليه السلام أعتقها ولدها فظاهر الحديث يقتضى ثبوت العتق في الحال في العتق في حق جميع الاحكام الا انه خص منه الاستمتاع والاستخدام بالاجماع ولا اجماع في التقويم فكانت حرة في حق التقويم بظاهر الحديث وكذا سبب العتق للحال موجود وهو ثبوت النسب الولد لان ذلك يوجب الاتحاد بين الوائى والموطوءة يجعلهما نفساً واحدة فقضيته ثبوت العتق للحال في جميع الاحكام الا انه يظهر في سائر الاحكام بالاجماع فيظهر في حق سقوط التقويم بخلاف المدير لان هناك السبب وهو التدبير أضيف إلى ما بعد الموت لان التدبير أثبات العتق عن دبر الا انه جعل سبب للحال لضرورة ذكرناها في بيع المدير والثابت بالضرورة يعقيد بقدر الضرورة والضرورة في حرمة البيع الا في سقوط التقويم وههنا الامر على القلب من ذلك لان السبب يقتضى الحكم للحال والتأخر على خلاف الاصل والدليل على انها غير متقومة من حيث انها مال لانها لا تسعى لغريم ولا لو ارث ولو كانت متقومة من حيث انها مال لثبت للغريم حق فيها وللوارث في ثلثها فيجب ان يسعى في ذلك كالمدير والسعاية مبنية على هذا الاصل لان استسعاء العبد يكون بقيمته ولا قيمة لام الولد فلا سعاية عليها وأما قوله ان ملك المولى فيها قائم بعد الاستيلاء والعصمة قائمة فمسلم لكن قيام الملك والعصمة لا يقتضى التقويم كملك القصاص وملك النكاح وملك الخمر وجلد الميتة وأما أم ولد النصراني إذا أسلمت فالجواب من وجهين أحدهما انها متقومة زعمهم واعتقادهم ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون فإذا دانوا تقويمها بتركهم وذلك ولذلك جعلت خمورهم متقومة كذا هذا والثانى ان أم ولد النصراني إذا أسلمت تجعل مكاتبة للضرورة إذ لا يمكن القول بعقتها لان ملك الذى محترم فلا يجوز ابطاله عليه ولا سبيل إلى ابقائها على ملكه يستمتع بها ويستخدمها لما فيه من الاستدلال بالمسلمة ولا وجه دفع المذلة عنها بالبيع من المسلم لخروجها بالاستيلاء عن محلية البيع فتجعل مكاتبة وضمان الكتابة ضمان شرط ولانه لا يوقف على كون ما يقابله مالا متقوماً كما في النكاح والخلع ثم إذا سعت تسعى وهى رقيقة عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تسعى وهى حرة وجه قوله ان الاستسعاء استدلال بها وهذا لا يجوز ولنا ما ذكرنا ان في الحكم بعقتها ابطال ملك الذى عليه وتتعلق ديونه بذمة المفلس وملكه معصوم

[ 133 ]

الاستدلال في الاستمتاع والاستخدام لا في نفس الملك ألا ترى ان أمة النصراني إذا أسلمت فكاتبها المولى لا تجبر على البيع وقد خرج الجواب عن الكتابة وانما ضمنت بالقتل لان ضمان القتل ضمان الدم والنفس وانها متقومة من هذه الجهة وما ذكر محمد في الاملاء عن أبى حنيفة فذلك ضمان القتل لانه إذا لم يحفظها حتى هلكت بسبب حادث فقد تسبب لقتلها وتجاوز كتابتها كما يجوز اعتاقها لما فيه من تعجيل العتق إليها ولا تشكل الكتابة على أصل أبى حنيفة انها معاوضة ورق أم الولد لا قيمة له فلا يجوز ان يستحق المولى عليه عوضاً لان صحة المعاوضة لا تقف على كون المعوض مالا أصلاً فضلاً عن كونه متقوماً كما في النكاح والخلع فان مات المولى قبل ان تؤدى بدل الكتابة عتقت ولا شئ عليها أما العتق فلانها كانت أم ولد وقد مات

مولاهها وأما العتق بغير شئ فلان الكتابة قد بطلت لان الحرية توجهت إليها من وجهين الاستيلاء والكتابة فإذا ثبت العتق باحدهما بطل حكم الآخر وكذا يجوز اعتاقها على مال ويبيعها نفسها حتى إذا قبلت عتقت والمال دين عليها لان الاعتاق على مال من باب تعجيل الحرية وأما الذى يتعلق بما بعد موت المولى فمنها عتقها لان عتقها كان معلقا شرعا بموت المولى لما روى عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما رجل ولدت أمته منه فهي معتقة عن دبر منه وقد روينا عن ابن عباس رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حين ولدت أم ابراهيم أعتقها ولدها ومعلوم انه لا يثبت حقيقة العتق في حال الحياة فلو لم يثبت بعد الموت لتعطل الحديث ولان سبب ثبوت العتق قد وجد وهو ثبوت نسب الولد ولم يعلم في حال الحياة فلو لم يعلم بعد الموت لبطل السبب ويستوى فيه الموت الحقيقي والحكمى بالردة واللحوق بدار الحرب لما ذكرنا في كتاب التدبير وكذا الحربى والمستأمن إذا اشترى جارية في دار الاسلام واستولدها ثم يرجع إلى دار الحرب فاشترى الحربى عتقت الجارية لما ذكرنا في المدبر وكذا يعتق ولدها الذي ليس من مولاهها إذا سرت أمية الولد إليها على ما بينا لان الولد يتبع الام في الرق والحرية ومنها انها تعتق من جميع المال ولا تسعى للوارث ولا للغريم بخلاف المدبرة لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أم الولد لا تباع ولا توهب وهى حرة من جميع المال وهذا نص وروينا عن سعيد بن المسيب انه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث لا يبعن في دين ولا يجعلن في الثلث وفى بعض الروايات ولا يجعلن في الثلث ولا يستسعين في دين وفى بعضها أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث ولا يبعن في دين ولان سبب ثبوت حرية أم الولد هو ثبوت نسب الولد والنسب لا تجامعها السعاية كذا حرية الاستيلاء ومنها ان ولاءها للمولى لان الاعتاق منه لما بينا (فصل) وأما بيان ما يظهر به الاستيلاء فظهوره باقرار المولى ثم ان أقرب به في حال الصحة ان هذه لجارية قد ولدت منه فقد صارت أم ولده سواء كان معها ولد أو لم يكن لان الاقرار في حال الصحة لا تهمة فيه فيصح سواء كان معها ولد ولم يكن ولهذا لو أعتقها في الصحة يعبر من جميع المال وان كان الاقرار به في مرض موته فان كان معها ولد صارت أم ولده أيضا وتعتق من جميع المال إذا مات المولى لان كون الولد معها دليل الاستيلاء فكان الظاهر شاهدا له فيصح اقراره ولان التسبب من الحوائج الاصلية وتصرف المريض في مرض الموت فيما يحتاج إليه حاجة أصلية نافذ كسراء الطعام والكسوة ونحو ذلك وان لم يكن معها ولد عتقت من الثلث لانه متهم في اقراره في حق سائر الورثة ولم يوجد ما ينفي التهمة وهو الولد وكذا إذا لم يكن معها ولد لا تحتاج إلى التسبب فيصير قوله هذه أم ولدى كقوله هذه حرة بعد موتى فتعتق بعد موته من الثلث (كتاب المكاتب) الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان جواز المكاتبه وفى بيان ركن المكاتبه وفى بيان شرائط

[ 134 ]

الركن وفى بيان ما يملكه المكاتب من التصرفات وما لا يملكه وفى بيان ما يملكه المولى من التصرف في المكاتب وما لا يملكه وفى بيان صفة المكاتبه وفى بيان حكم المكاتبه وفى بيان ما تنسخ به المكاتبه اما الاول فالقياس أن لا تجوز المكاتبه لما فيها من ايجاب الدين للمولى على عبده وليس يجب للمولى على عبده دين وفى الاستحسان جائز بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله عزوجل فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وأدنى درجات الامر الندب فكانت الكتابة مندوبا إليها فضلا عن

الجواز وقوله عزوجل ان علمتم فيهم خيرا أي رغبة في اقامة الفرائض وقيل وفاء لامانة الكتابة وقيل حرفة وروى هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في قوله عزوجل خيرا أي حرفة ولا ترسلوهم كلابا على الناس وأما السنة فما روى محمد بن الحسن بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها كلها الا عشر أواق فهو رقيق وقال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وروى أن عائشة رضی الله عنها كتبت بريرة بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليها وعليه اجماع الامة وبه تبين ان قول داود بن علي الاصفهاني ان الكتابة واجبة قول مخالف للاجماع وان تعلقه بظاهر الامر لا يصح لان الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا يتركون مماليتهم بعد موتهم ميراثا لورثتهم من غير نكير فعلم ان ليس المراد من هذا الامر الوجوب وأما الجواب عن وجه القياس ان المولى لا يجب له على عبده دين فهذا على الاطلاق ممنوع وانما نسلم ذلك في العبد القن لا في المكاتب والمستسعى لان كسب القن ملك للمولى وكسب المكاتب والمستسعى ملكهما لا حق للمولى فيه فكان المولى كالأجنبي عن كسب المكاتب فأمكن ايجاب الدين للمولى عليه (فصل) وأما ركن المكاتبه فهو الايجاب من المولى والقبول من المكاتب أما الايجاب فهو اللفظ الدال على المكاتبه نحو قول المولى لعبيده كاتبك على كذا سواء ذكر فيه حرف التعليق بأن يقول على أنك ان أديت إلي فأنت حر أو لم يذكر عندنا وعند الشافعي ولا يتحقق الركن بدون حرف التعليق وهو أن يقول كاتبك على كذا على أنك ان أديت إلى فأنت حر بناء على أن معنى المعاوضة أصل في الكتابة ومعنى التعليق فيها ثابت عندنا والعتق عنده الاداء يثبت من حيث المعاوضة ولا من حيث التعليق بالشرط وعنده معنى التعليق فيها أصل أيضا والعتق ثبت من حيث التعليق فلا بد من حرف التعليق وما قلناه أولى بدليل انه لو أبراه عن بدل الكتابة يعتق ولو كان ثبوت العتق فيها من طريق التعليق بالشرط لما عتق لعدم الشرط وهو الاداء وكذا لو قال لعبيده أنت حر على ألف تؤديها إلى نجومنا في كل شهر كذا فقبل أو قال إذا أديت لي ألف درهم كل شهر منها كذا فأنت حر فقبل أو قال جعلت عليك ألف درهم تؤديها إلى نجومنا كل نجم كذا فإذا أديت فأنت حر وان عجزت فأنت رقيق وقيل ونحو ذلك من الالفاظ لان العبرة في العقود إلى المعاني لا للالفاظ وأما القبول فهو أن يقول العبد قبلت أو رضيت وما أشبه ذلك فإذا وجد الايجاب والقبول فقد تم الركن ثم الحاجة إلى الركن فيمن يثبت حكم العقد فيه مقصودا لا تبعا كالولد المولود في الكتابة والولد المشتري والوالدين على ما نذكر لان الاتباع كما لا يفرد بالشرط لا يفرد بالاركان لما فيه من قلب الحقيقة وهو جعل التبعية متبوعا وهذا لا يجوز (فصل) وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يرجع إلى المولى وبعضها يرجع إلى المكاتب وبعضها يرجع إلى بدل الكتابة وبعضها يرجع إلى نفس الركن ثم بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ وبعضها شرط الصحة أما الذي يرجع إلى المولى فمنها العقل وانه شرط الانعقاد فلا تنعقد المكاتبه من الصبي الذي لا يعقل والمجنون ومنها البلوغ وهي شرط النفاذ حتى لا تنفذ الكتابة من الصبي العاقل وان كان حرا أو ماذونا في التجارة من قبل المولى أو الوصي لان المكاتبه ليست بتجارة إذ التجارة مبادلة المال بالمال والمكاتبه ليست كذلك وليست من توابع التجارة ولا من ضروراتها ولهذا لا يملكها العبد المأذون الشريك شركة العنان لما قلنا وله أن يكاتب عبده باذن أبيه أو وصيه

لان الاب والوصى يملكان العقد بأنفسهما فيملكان الاذن به للصبي إذا كان عاقلا ومنها الملك والولاية وهذا شرط نفاذ لان المكاتبه فيها معنى المعاوضه والتعليق وكل واحد منهما عند الانفراد لا يصح بدون الملك والولاية فكذا عند الاجتماع فلا تنفذ المكاتبه من الفضولي لانعدام الملك والولاية وتنفيذ من الوكيل لانه نائب الموكل فكان تصرفه تصرف الموكل وكذا من الاب والوصى استحسانا والقياس أن لا تنفذ وجه القياس ان المكاتبه تصرف يفضى إلى العتق وهما لا يملكان الاعتاق لا بغير بدل ولا يبدل كالاتاق على مال وبيع نفس العبد منه وجه الاستحسان ان المكاتبه من باب اكتساب المال ولهما ولاية اكتساب المال كالبيع والاجارة بخلاف الاتاق على مال وبيع نفس العبد منه لان ذلك ليس من باب الاكتساب بل هو من باب الاتاق لان العبد يعتق بنفس القبول فيبقى المال دينا في ذمة المفلس فان أقر الاب أو الوصي بقبض بدل الكتابة فان كانت الكتابة معروفة ظاهرة بمحضر الشهود يصدق ويعتق المكاتب لانه أمين في قبض الكتابة فكان مصدقا كالوكيل بالبيع إذا باع ثم أقر بقبض الثمن وان لم تكن معروفة لم يجز اقراره ولا يعتق العبد لان الكتابة إذا لم تكن ظاهرة كان ذلك منه اقرار بالعتق واقرار الاب أو الوصي بعتق عبد اليتيم لا يجوز وإذا كانت الكتابة ظاهرة كان ذلك منه اقرارا باستيفاء الدين فيصح اقراره ولو كاتب الاب أو الوصي ثم أدرك الصبي فلم يرض بالكتابة فالمكاتبه ماضية الا أنه ليس للوصي ولا للاب أن يقبض بدل الكتابة لانه انما كان يملك القبض بولايته لا بمباشرة العقد لان حقوق العقد في المكاتبه يرجع إلى من عقد له لا إلى العاقد وقد زالت ولايته بالبلوغ بخلاف الوصي إذا باع شيئا ثم أدرك اليتيم ان له أن يقبض لان حقوق البيع وكل عقد هو مبادلة المال بالمال يرجع إلى العاقد هذا إذا كانت الورثة صغارا فان كانوا كبارا لا يجوز للوصي أن يكاتب ولا للاب لزوال ولايتهما بالبلوغ سواء كانوا حضورا أو غايبا لان الموجب لزوال الولاية لا يختلف وهذا بخلاف البيع لان الوارث الكبير إذا كان غائبا ان للاب والوصى أن يبيع المنقول لان بيع المنقول من باب الحفظ لان حفظ ثمنه أيسر من حفظ عينه ولهما ولاية الحفظ وليس في الكتابة حفظ فلا يملكانها وان كانت الورثة صغارا وكبارا ذكر في الاصل أنه لا يجوز ثم اختلف في هذا الاطلاق قال بعضهم معناه انه لا يجوز في نصيب الكبار وأما في نصيب الصغار فجائز وقال بعضهم معناه انه لا يجوز في نصيب الكبار والصغار جميعا لانه إذا لم يجز في نصيب الكبار لم يكن في جوازه في نصيب الصغار فائدة لان لهم أن يفسخوا العقد وصار كعبد بين اثنين انه يمنع أحدهما عن كتابة نصيبه الا برضا شريكه لانه لو فعل بغير اذن شريكه كان لشريكه أن يفسخ فلم يكن فيه فائدة كذا هذا ولو كان على الميت دين فكاتب الوصي عبده من تركته لم يجز كذا ذكر في الاصل ولم يفصل بين ما إذا كان الدين محيطا بالتركة وبين ما إذا لم يكن محيطا بها منهم من أجرى المذكور في الاصل على اطلاقه وقال لا تجوز مكاتبته سواء كان الدين محيطا بالتركة أو لم يكن أما إذا كان محيطا بالتركة فلان حق الغرماء يكون متعلقا بها والمكاتبه تتضمن ابطال حقهم لانها لو صحت لصارت حقوقهم منجمة مؤجلة وحقوقهم معجلة فلا يملك تأجيلها بالكتابة وان كان غير محيط بالتركة فكذلك لان ذلك القدر من الدين يتعلق بالتركة مطلقا وتبطل الكتابة لان ذلك القدر من الدين يتاجل تسليمه فيتضرر به الغريم الا أن يختار استيفاءه من غيرها فيجوز لان عدم الجواز لحق الغريم فإذا استوفى من محل آخر فقد زال حقه فزال المانع بين الجواز وذكر القدورى ان المسألة محمولة على ما إذا كان للميت غير العبد أو غير القدر الذى يقضى به الدين فاما إذا لم يكن الدين محيطا بالتركة يجوز له ذلك لانه إذا كان هناك مال آخر يقضى به الدين فحق الغرماء لا يتعلق بعين العبد لان التعليق بحاجتهم إلى استيفاء دينهم وانه يحصل بدونه ولانه لو تعلق قليل الدين بجمله التركة لادى إلى

الحرص لان التركة قلما تخلو عن قليل الدين ولا يجوز لاحد الوصيين أن يكتب بغير اذن صاحبه في قول أبى حنيفة ومحمد ويجوز في قول أبى يوسف وأصل المسألة انه هل لاحد الوصيين أن يتصرف في مال اليتيم بغير اذن صاحبه فهو على الخلاف الذى ذكرنا وهى من مسائل كتاب الوصايا ولوصى الوصي أن يكتب

[ 136 ]

لانه قائم مقام الوصي وسواء كان المملوك محجورا أو مأذونا بالتجارة وعليه دين أو لا دين عليه لان الدين لا يوجب زوال الملك عنه فتنفذ المكاتبه الا أنه إذا كان عليه دين محيط أو غير محيط فللغرماء أن يردوا المكاتبه لان لهم حق الاستيفاء من رقبته وهو بالمكاتبه أراد ابطال حقهم فكان لهم أن ينقضوا كما لو باعه وعليه دين محيط أو غير محيط ان البيع ينفذ لكن للغرماء أن ينقضوا الا إذا كان قضى المولى دينهم من مال آخر قبل أن ينقضوا فليس لهم أن ينقضوا ومضت المكاتبه لانها وقعت جائزة لوقوعها في الملك الا أنه كان للغرماء النقص لقيام حقهم فإذا قضى دينهم فقد زال حقهم فبقيت جائزة ولا يرجع المولى بما قضى من الدين على المكاتب لانها بقضاء الدين أصلح مكاتبته فكان عاملا لنفسه وكذا لو أبى المولى أن يؤدى الدين وأداه الغلام عاجلا مضت المكاتبه لما قلنا ولا يرجع العبد على المولى بما أدى لما قلنا فان كان المولى أخذ البدل ثم علم الغرماء بذلك فلهم أن يأخذوا من المولى ما أخذ من بدل الكتابة لانه كسب العبد المديون وأنه يؤخذ من المولى والعتق واقع اما من طريق المعارضة لسلامة العوض للمولى واما من طريق التعليق بالشرط لوجود الشرط وهو أداء بدل الكتابة والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقص فان بقى من دينهم شئ كان لهم أن يضموا المولى قيمته لانه أبطل حقهم في قدر قيمة العبد حيث منعهم عن بيعه بوقوع العتق ولهم أن يبيعوا العبد ببقية دينهم لان الدين كان ثابتا في ذمته متعلقا برقبته وقد بطلت الرقبة بالحرية فبقيت الذمة فكان لهم أن يبيعوه ولا يرجع المولى على العبد بما اخذ منه من بدل الكتابة لان المولى حين كاتبه كانت رقبته مشغولة بالدين فكانت مكاتبته اياه مع علمه ان الغرماء أحق منه بكسبه دلالة الرضا بما أخذ منه ولو كان العبد مرهونا أو مؤاجرا فكاتبته وقفت المكاتبه على اجازة المرتهن والمستاجر فان أجازا جاز وان فسخا هل تنفسخ بفسخهما فهو على ما نذكر في البيوع والإجازات ان شاء الله تعالى وسواء كان المملوك قنا أو غيره حتى لو كانت مدبرة أو أم ولد جازت المكاتبه لقيام الملك إذ التدبير والاستيلاء لا يزيلان الملك وهما من باب استعجال الحرية فان أديا وعتقا فقد مضى الامر وان مات المولى قبل الاداء عتقا لانهما يعتقان بموت السيد هذا إذا كانا يخرجان من الثلث فان كانا لا يخرجان من الثلث فام الولد تعتق من غير اعتبار الثلث ولا تسعى وأما المدبر فله الخيار في قول أبى حنيفة ان شاء سعى في جميع الكتابة وان شاء سعى في ثلثي القيمة إذا كان لا مال له غيره فان اختار الكتابة سعى على النجوم وان اختار السعاية في ثلثي قيمته يسعى حالا وعند أبى يوسف ومحمد لا خيار له لكن عند أبى يوسف يسعى في الاقل من جميع الكتابة ومن ثلثي القيمة وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي الكتابة ومن ثلثي القيمة وقد ذكرنا المسألة في كتاب الاستيلاء ومنها الرضا وهو من شرائط الصحة فلا تصح المكاتبه مع الاكراه والهزل والخطأ لانها من التصرفات التى تحتمل الفسخ فيفسدها الكره والهزل والخطأ كالبيع ونحوه وأما حرية المكاتب فليست من شرائط جواز المكاتبه فتصح مكاتبه المكاتب لما نذكر ان شاء الله تعالى وكذا اسلامه فتجوز مكاتبه الذمي عبده الكافر لقوله صلى الله عليه وسلم فإذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلمين أن يكتبوا

عبيدهم فكذا لاهل الذمة ولان المكاتبه مشتملة على معنى المعاوضة والتعليق وكل واحد منهما يملكه الذمي حالة الانفرد وكذا عند الاجتماع والذمي إذا ابتاع عبدا مسلما فكاتبه فهو جائز وهذا فرع أصلنا في شراء الكافر العبد المسلم انه جائز الا أنه يجبر على بيعه صيانة له عن الاستدلال باستخدام الكافر اياه والصيانة تحصل بالكتابة لزوال ولاية الاستخدام بزوال يده عنه بالمكاتبه وأما مكاتبه المرتد فموقوفة في قول ابى حنيفة فان قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وان أسلم نفذت وعندهما هي نافذة وهي من مسائل السير والله عزوجل الموفق (فصل) وأما الذى يرجع إلى المكاتبه فأنواع أيضا منها أن لا يكون فيه خطرا لعدم وقت المكاتبه وهو شرط الانعقاد حتى لو كاتب ما في بطن جاريتيه لم ينعقد لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر والمكاتبه فيها معنى البيع ومنها أن يكون عاقلا وهو من شرائط الانقاد حتى لو كاتب عبدا له مجنوناً أو صغيراً لا يعقل لا تنعقد مكاتبته

[ 137 ]

لان القبول أحد شطرى الركن وأهلية القبول لا تثبت بدون العقل لان ما هو المقصود من هذا العقد وهو الكسب لا يحصل منه فان كاتبه فادى البدل عنه رجل فقبله المولى لا يعتق لان العتق لا ينعقد بدون القبول ولم يوجد فكان أداء الأجنبي أداء من غير عقد فلا يعتق وله أن يسترد ما أدى لانه أداءه بدلا عن العتق ولم يسلم العتق ولو قبل عنه الرجل الكتابة ورضى المولى لم يجز أيضا لان الرجل قبل الكتابة من غيره من غير رضاه ولا يجوز قبول الكتابة عن غيره بغير رضاه وهل يتوقف على اجازة العبد بعد البلوغ ذكر القدورى أنه لا يتوقف وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوي أنه يتوقف والصحيح ما ذكره القدورى لان تصرف الفضولي انما يتوقف على الاجازة إذا كان له مجيز وقت التصرف وههنا لا مجيز له وقت وجوده إذ الصغير ليس من أهل الاجازة فلا يتوقف بخلاف ما إذا كان العبد كبيرا غائبا فجاء رجل وقبل الكتابة عنه ورضى المولى ان الكتابة تتوقف على اجازة العبد لانه من أهل الاجازة وقت قبول الفضولي عنه فكان له مجيزا وقت التصرف فتوقف فلو أدى القابل عن الصغير إلى المولى ذكر في الاصل أنه يعتق استحسانا وجعله بمنزلة قوله إذا أدبت إلى كذا فعبدى حر وقال وهذا والكبير سواء القياس أن لا يعتق لان المكاتبه على الصغير لم تنعقد لانه ليس من أهل القبول فيبقى الاداء بغير مكاتبه فلا يعتق وجه الاستحسان ان المكاتبه فيها معنى المعاوضة ومعنى التعليق والمولى ان كان لا يملك الزام العبد العوض يملك تعليق عتقه بالشرط فيصح من هذا الوجه ويتعلق العتق بوجود الشرط وكذا إذا كان العبد كبيرا غائبا فقبل الكتابة عنه فضولي وأداها إلى المولى يعتق استحسانا وليس للقابل استرداد المؤدى والقياس أن لا يعتق وله أن يسترد لما قلنا هذا إذا أدى الكل فان أدى البعض فله ان يسترد قياسا واستحسانا لانه انما أدى ليسلم العتق والعتق لا يسلم بأداء بعض بدل الكتابة فكان له أن يسترد الا إذا بلغ العبد فأجاز قبل أن يسترد القابل فليس له ان يسترد بعد ذلك لان بالاجازة استند جواب العقد إلى وقت وجوده والاداء حصل عن عقد جائز فلا يكون له الاسترداد فلو ان العبد عجز عن أداء الباقي ورد في الرق فليس له أن يسترد أيضا وان رد العبد في الرق لان المكاتبه لا تنفسخ بالرد في الرق بل تنتهى في المستقبل فكان حكم العقد قائما في القدر المؤدى فلا يكون له الاسترداد بخلاف باب البيع بأن من باع شيئا ثم تبرع انسان بأداء الثمن ثم فسح البيع بالرد العيب أو بوجه من الوجوه ان للمتبرع ان يسترد ما دفع لان الرفع كان بحكم العقد وقد انفسخ ذلك العقد وكذلك لو تبرع رجل بأداء المهر عن الزوج ثم ورد الطلاق قبل الدخول انه يسترد منها النصف لان الطلاق قبل الدخول

فسخ من وجه ولو كانت الفرق من قبلها قبل الدخول بها فله أن يسترد منها كل المهر ولا يكون المهر للزوج بل يكون للمتبرع لانفساخ النكاح هذا كله إذا أدى القابل فلو امتنع القابل عن الاداء لا يطالب بالاداء الا إذا ضمن فحينئذ يؤخذ به بحكم الضمان فاما بلوغه فليس بشرط حتى لو كاتبه وهو يعقل البيع والشراء جازت المكاتبه ويكون كالكبير في جميع أحكامه عندنا خلافا للشافعي لان المكاتبه اذن في التجارة واذن الصبي العاقل بالتجارة صحيح عندنا خلافا له وهى من مسائل المأذون (فصل) وأما الذى يرجع إلى بدل الكتابة فمنها أن يكون مالا وهو شرط الانعقاد فلا تنعقد المكاتبه على الميتة والدم لانهما ليسا بمال في حق أحد لا في حق المسلم ولا في حق الذمي ألا ترى ان المشتري بهما لا يملك وان قبض ولا تنعقد عليهما الا مكاتبه حتى لا يعتق وان أدى لان التصرف الباطل لا حكم له فكان ملحقا بالعدم الا إذا كان قال على أنك ان أديت إلى فانت حر فادى فانه يعتق بالشرط وإذا اعتق بالشرط لا يرجع المولى عليه بقيمته لان هذا ليس بمكاتبه انما هو اعتاق معلق بالشرط بمنزلة قوله ان دخلت الدار فانت حر ومنها أن يكون متقوماً وأنه من شرائط الصحة فلا تصح مكاتبه المسلم عبده المسلم أو الذمي على الخمر أو الخنزير ولا مكاتبه الذمي عبده المسلم على الخمر والخنزير لان الخمر وان كان مالا في حق المسلمين فهى غير متقومة في حقهم فانعقدت المكاتبه على الفساد فان أدى يعتق وعليه قيمة نفسه لان هذا حكم المكاتبه الفاسدة على ما نذكر في بيان حكم المكاتبه أما الذمي فتجوز مكاتبته عبده الكافر على

[ 138 ]

خمر أو خنزير لان ذلك مال متقوم عندهم كالخل والشاة عندنا فان كاتب ذمى عبدا له كافرا على خمر فأسلم أحدهما فالمكاتبه ماضية وعلى العبد قيمة الخمر لان المكاتبه وقعت صحيحة لكون الخمر مالا متقوماً في حقهم الا أنه إذا أسلم أحدهما فقد تعذر التسليم أو التسلم لان المسلم منهى عن ذلك فتجب قيمتها ولا يفسخ العقد بخلاف ما إذا اشترى الذمي من ذمى شيئاً بخمر ثم أسلم أحدهما قبل قبض الثمن الخمر ان البيع يبطل وههنا لا تبطل المكاتبه لان عقد المكاتبه مبناه على المساهلة والمسامحة نظرا للعييد لا لهم إلى شرف الحرية فلا يفسخ بتعذر تسليم المسمى أو تسلمه بل يصار إلى بدله فاما البيع فعقد مماكسه ومضايقة لا تجرى فيه من السهولة ما يجرى في المكاتبه فيفسخ عند تعذر تسليم عين المسمى ويرتفع وإذا ارتفع لا يتصور تسليم القيمة مع ارتفاع سبب الوجوب ومنها ان يكون معلوم النوع والقدر سواء كان معلوم الصفة أو لا وهو من شرائط الانعقاد فان كان مجهول القدر أو مجهول النوع لم ينعقد وان كان معلوم النوع والقدر مجهول الصفة جازت المكاتبه والاصل ان الجهالة متى فحشت منعت جواز المكاتبه والا فلا وجهالة النوع والقدر جهالة فاحشة وجهالة الصفة غير فاحشة فانه روى عن عمر رضى الله عنه انه أجاز المكاتبه على الوصفاء بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعاً على الجواز والاجماع على الجواز اجماع على سقوط اعتبار هذا النوع من الجهالة في باب الكتابة وبيان هذا الاصل في مسائل إذا كاتب عبده على ثوب أو دابة أو حيوان أو دار لم تنعقد حتى لا يعتق وان أدى لان الثوب والدار والحيوان مجهول النوع لاختلاف أنواع كل جنس وأشخاصه اختلافاً متفاحشا وكذا الدور تجرى مجرى الاجناس المختلفة لتفاحش التفاوت بين دار ودار في الهيئة والتقطيع وفى القيمة باختلاف المواضع من البلد ان والمحال والسكك ولهذا منعت هذه الجهالة صحة التسمية والاعتاق على مال والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فصارت هذه الاشياء لكثرة التفاوت في أنواعها

وأشخاصها بمنزلة الاجناس المختلفة فيصير كأنه كاتبه على ثوب أو دابة أو حيوان أو دار فأدى طعاما ولو كان كذلك لا يعتق وان أدى أعلى الثياب والدواب والدور بخلاف ما إذا كاتبه على قيمة فادى القيمة انه يعتق لان التفاوت بين القيمتين لا يلحقها بجنسين فكانت جهالة القيمة مفسدة للعقد لا مبطله له وان كاتبه على ثوب هروى أو عبد أو جارية أو فرس جازت المكاتبه لان الجهالة ههنا جهالة الوصف انه جيد أو ردي أو وسط وانها لا تمنع صحة التسمية كما في النكاح والخلع والاصل ان الحيوان يثبت دينا في الذمة في مبادلة المال بغير المال كما في النكاح ونحوه فتصح التسمية ويقع على الوسط كما في باب الزكاة والدية والنكاح وكذا لو كاتبه على وصيف يجوز ويقع على الوسط ولو جاء العبد بقيمة الوسط في هذه المواضع يجبر المولى على القبول كما في النكاح والخلع ونحوهم ولو كاتبه على لؤلؤة أو ياقوتة لم ينعقد لان الجهالة متفاحشة ولو كاتبه على كر حنطة أو ما أشبه ذلك من المكيل والموزون ولم يصف يجوز وعليه الوسط من جنسه لانه ثبت دينا في الذمة في مبادلة المال بالمال إذا كان موصوفا وبثت في مبادلة ما ليس بمال بمال وان لم يكن موصوفا كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والاعتاق على مال والمكاتبه معاوضة ما ليس بمال بمال في جانب المولى فتجوز المكاتبه عليه ويجب الوسط ولو كاتبه على حكمه أو على حكم نفسه لم تنعقد لان الجهالة ههنا أفحش من جهالة النوع والقدر لان البديل هناك مسمي ولا تسمية للبديل ههنا رأسا فكانت الجهالة أكثر والى هذا أشار في الاصل فقال أرايت لو حكم المولى عليه بملء الارض ذهبا كان يلزمه أو حكم العبد على نفسه بفلس هل كان يعتق فلم ينعقد العقد أصلا فلا يعتق بالحكم وان كاتب على ألف درهم إلى العطاء أو إلى الدياس أو إلى الحصاد أو نحو ذلك مما يعرف من الاجل جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الاجل مجهول وجهالة الاجل تبطل البيع فتبطل المكاتبه وجه الاستحسان ان الجهالة تدخل في صلب العقد لانها لا ترجع إلى البديل وانما دخلت في أمر زائد ثم هي غير متفاحشة فلا توجب فساد المكاتبه وكجهالة الوصف بخلاف البيع إلى هذه الاوقات انه يفسد لان الجهالة لا توجب فساد العقد لذلتها بل لافضائها إلى المنازعة عل ما تجرى في هذا القدر في المكاتبه لان مبناه على المسامحة

[ 139 ]

بخلاف البيع فان مبناه على المماكسة فيفضى إلى المنازعة ولهذا جازت الكفالة إلى هذه الاوقات ولم يجر تأجيل الثمن إليها في البيع بخلاف المكاتبه إلى مجئ المطر وهبوب الريح لانه ليس لذلك وقت معلوم ففحشت الجهالة فان كاتبه إلى العطاء فاخذ العطاء فان الاجل يحل في مثل الوقت الذي كان يخرج فيه العطاء لان المراد به العرف والعادة وقت العطاء لا عين العطاء وكذا في الحصاد والدياس ولو كاتبه على قيمته فالمكاتبه فاسدة لان القيمة تختلف بتقويم المقومين فكان البديل مجهول القدر وانه مجهول جهالة فاحشة ولهذا منعت صحة التسمية في باب النكاح حتى عدل إلى مهر المثل فتمنع صحة المكاتبه بل أولى لان النكاح يجوز بدون تسمية البديل ولا جواز للمكاتبه من غير تسمية البديل فلما لم تصح تسمية القيمة هناك فلان لا تصح ههنا أولى ولان جهالة القيمة موجب للعقد الفاسد فكان ذكرها نصا على الفساد بخلاف ما إذا كاتبه على عبد لان جهالة العبد جهالة الوصف أي جيد أو ردي أو وسط فعند الاطلاق يقع على الوسط والوسط معلوم عندهم ألا ترى ان أبا حنيفة جعل قيمة الوسط أربعين دينار فاما المكاتبه على القيمة فليست بمكاتبه على بدل معلوم عند الناس عند اطلاق الاسم فصار كما لو كاتبه على ألف أو على ألفين غير انه إذا أدى



القيمة عتق لان العقد الفاسد له حكم في الجملة عندنا كالبيع الفاسد إذا اتصل به القبص والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول حتى يثبت الملك في البيع وتجب العدة والعقر ويثبت النسب في النكاح وكذا المكاتب الفاسدة ولو قال كاتبك على دراهم فالمكاتب باطلة ولو أدى ثلاثة دراهم لا يعتق لان البدل مجهول جهالة متفاحشة وليس للدراهم وسط معلوم حتى يقع عليه الاسم بخلاف ما إذا قال أعتقتك على دراهم فقبل العبد عتق وتلزمه قيمة نفسه لان العتق هناك وقع بالقبول والجهالة متفاحشة فلزمه قيمة نفسه ولو كاتبه على أن يخدمه شهرا فهو جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز وجه القياس ان الخدمة مجهولة لانها مختلفة ولا يدري في أي شيء يستخدمه وانه يستخدمه في الحضر أو في السفر وجهالة البدل تمنع صحة الكتابة وجه الاستحسان ان الخدمة المطلقة تنصرف إلى الخدمة المعهودة فتصير معلومة بالعادة وبحال المولى انه في أي شيء يستخدمه وبحال العبد انه لاى شيء يصلح فصار كما لو عينها نسا ولهذا جازت الاجارة على هذا الوجه فالمكاتب أولى لانها أقبل للجهالة من الاجارة ولو كاتبه على ان يخدم رجلا شهرا فهو جائز في القياس كذا ذكره في الاصل ولم يرد به قياس الاصل لان ذلك يقتضى ان لا يجوز لما ذكرنا وانما أراد به القياس على الاستحسان الذى ذكرنا ويجوز القياس على موضع الاستحسان إذا كان الحكم في الاستحسان معقول المعنى كقياس الجماع ناسيا على قياس الاكل والشرب ناسيا ولان المنافع أموال في العقود وانها تصير معلومة بذكر المدة فلا فرق بين ان يستأجر رجلا ليخدمه أو ليخدم غيره وكذلك لو كاتبه على ان يحفر بئرا قد سمي له طولها وعمقها ومكانها أو على ان يبنى له دارا وأراه آجرها وجصها وما يبنى بها لانه كاتبه على بدل معلوم ألا ترى ان الاجارة عليه جائزة فالمكاتب أولى ولو كاتبه على أن يخدمه ولم يذكر الوقت فالمكاتب فاسدة لان البدل مجهول ومنها ان لا يكون البدل ملك المولى وهو شرط الانعقاد حتى لو كاتبه على عين من أعيان مال المولى لم يجز لانه يكون مكاتبه بغير بدل في الحقيقة فلا يجوز كما إذا باع داره من انسان بعبد هو لصاحب الدار انه لا يجوز البيع لانه يكون بيعا بغير ثمن في الحقيقة كذا هذا وكذا لو كاتبه على ما في يد العبد من الكسب وقت المكاتبه لان ذلك مال المولى فيكون مكاتبه على مال المولى فلم يجز وأما كون البدل دينيا فهل هو شرط جواز الكتابة بان كاتبه على شيء بعينه من عبد أو ثوب أو دار أو غير ذلك مما يتعين بالتعيين وهو ليس من أعيان مال المولى ولا كسب العبد ولكنه ملك أجنبي وهو معين مشار إليه ذكر في كتاب المكاتب إذا كاتب عبده عل عبد بعينه لرجل لم يجز ولم يذكر الخلاف وذكر في كتاب الشرب إذا كاتبه على أرض لرجل جاز ولم يذكر الخلاف وذكر ابن سماعه الخلاف فقال لا يجوز عند أبي حنيفة ويجوز عند أبي يوسف وعند محمد ان أجاز صاحبه جاز والا لم يجز واطلاق رواية كتاب المكاتب يقتضى ان لا يجوز أجاز أو لم يجز واطلاق رواية كتاب الشرب يقتضى الجواز أجاز أو لم يجز ولانه لما جاز عند عدم الاجازة فعند الاجازة أولى ويجوز أن يكون قول محمد

[ 140 ]

تفسيرا للروايتين المبهمتين فتحمل رواية كتاب المكاتب على حال عدم الاجازة ورواية كتاب الشرب على حال الاجازة وجه رواية كتاب المكاتب انه كاتبه على مال لا يملك لانه كاتبه على عبد هو ملك الغير فلا يجوز وبه علل في الاصل فقال لانه كاتبه على ما لا يملك لانه كاتبه على ملك الغير وشرح هذا التعليل ان المكاتبه عقد وضع لاكساب المال والعبد لا يقدر على اكساب هذا العين لا محالة لان مالك العبد قد لا يبيعه وقد يبيعه فلا يحصل ما وضع له العقد ولانا لو قضينا بصحة هذه المكاتبه لفسدت

من حيث تصح لانه إذا كاتبه على عبد هو ملك الغير ولم يجز المالك فقد تعذر عليه التسليم فكان موجبها وجوب قيمة العبد فيصير كانه كاتبه على قيمة عبد فيفسد من حيث يصح وما كان في تصحيحه افساده فيقضى بفساده من الاصل أو يقال إذا تعذر عليه التسليم فاما ان تجب على قيمة العبد أو قيمة نفسه وكل ذلك فاسد وجه رواية كتاب الشرب وهو المروى عن أبي يوسف أيضا ان المكاتبه في معنى الاعتاق على مال ثم لو أعتق عبده على عبد بعينه لرجل فقبل العبد جاز وجه ما روى عن محمد عن التوقف على الاجازة ان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة كالمبيع وكذلك كلما عينه من مال غيره من عرض أو مكيل أو موزون لان هذه الاشياء كلها تتعين في العقود بالتعيين فكانت كالعبد ولو قال كاتبك على ألف فلان هذه جازت المكاتبه لان الدراهم لا تعين بالتعيين في عقود المعاوضات فيقع العقد على مثلها في الذمة لا على عينها فيجوز وان أدى غيرها عتق لان المكاتبه وقعت على ما في الذمة وسواء كان البديل قليلا أو كثيرا لان دلائل جواز المكاتبه لا يفصل بين القليل والكثير وسواء كان مؤجلا أو غير مؤجل عندنا عند الشافعي لا يجوز الا مؤجلا وهو على قلب الاختلاف في السلم انه لا يجوز الا مؤجلا عندنا وعنده يجوز مؤجلا وغير مؤجل فالحاصل انه لا خلاف في جواز المكاتبه على بدل مؤجل واختلف في الجواز على بدل غير مؤجل قال أصحابنا يجوز وقال الشافعي لا يجوز الا مؤجلا منجما بنجمين فصاعدا وجه قوله ان العبد عاجز عن تسليم البديل عند العقد لانه معسر لا مال له والعجز عن التسليم عند العقد يمنع انعقاده بدليل انه لو طرأ على العقد يرفعه فإذا قارنه يمنعه من الانعقاد من طريق الاولى لان المنع أسهل من الرفع وكذا مأخذ الاسم يدل على ما قلنا فان الكتابة مأخوذة من الكتاب والكتاب يذكر بمعنى الاجل قال الله عزوجل وما أهلكنا من قرية الا ولها كتاب معلوم أي أجل لا يتقدم ولا يتأخر فسمى هذا عقد كتابة لكون البديل فيه مؤجلا ويذكر بمعنى الكتابة معروف وهو المكتوب سمي العقد بذلك لان البديل يكتب في الديوان والحاجة إلى الكتابة للمؤجل لا للحال فكان الاجل فيه شرطا كالمسلم لما كان مأخوذا من التسليم كان تسليم رأس المال فيه شرطا لجواز السلم وكذا الصرف لما كان ينبت عن نقل البديل من يد إلى يد كان القبض فيه من الجانبين شرطا كذا هذا ولنا قوله عزوجل فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا من غير فصل بين الحال والمؤجل ولان بدل الكتابة دين يجوز الاستبدال به قبل القبض فلا يشترط فيه التأجيل كسائر الديون بخلاف بدل الصرف والسلم أما قوله ان العبد عاجز عن تسليم البديل عند العقد فمسلم لكن الاداء يكون بعد العقد ويحتمل حدوث القدرة بعده بانه يكتب مالا يقبول هبة أو صدقه فيؤدى بدل الكتابة وأما مأخذ الاسم فالكتابة تحتمل معان يقال كتب أي أوجب قال الله تعالى كتب على نفسه الرحمة وكتب أي ثبت قال الله تعالى كتب في قلوبهم الايمان وكتب أي حكم وقضى قال الله تعالى كتب الله لاغلبين أنا ورسلي وشئ من هذه المعاني لا ينبت عن التأجيل ثم إذا كانت المكاتبه حالة فإن أدى البديل حين طالبه المولى بها والا يرد في الرق سواء شرط ذلك في العقد أو لم يشترط بان قاله له ان لم تؤدها إلى حالة فانت رقيق أو لم يقل لانه كاتبه على بدل موصوف بصفة الحلول فلم يكن راضيا بدون تلك الصفة وكذلك إذا كانت منجمة بنجوم معلومة فعجز عن أول نجم منها يرد إلى الرق في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يرد حتى يتوالى عليه نجمان احتج أبو يوسف بما روى عن علي رضی الله عنه انه قال المكاتب إذا توالى عليه نجمان رد في الرق فقد شرط حلول

نجمين للرد في الرق ولان العجز لا يتحقق الا عند حلول نجمين لجواز ان يقرضه انسان أو يحصل له مال من موضع آخر فيؤدى فإذا اجتمع عليه مال نجمين فقد تحقق عجزه ولهما ما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما انه كاتب عبدا له فعجز عن نجم واحد فرده إلى الرق والظاهر ان ذلك كان على علم من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا ولان المولى شرط عليه في كل نجم قدرا من المال وانه شرط معتبر مفيد من شرائط الكتابة فكان له أن يردده إلى الرق عند قواته كما لو عجز عن نجمين وأما احتجاجه بقول على رضى الله عنه فغير سديد لانه احتجاج بالمسكوت لان فيه انه إذا توالى عليه نجمان يرد إلى الرق وليس فيه انه إذا كسر نجما واحدا ماذا حكمه أو يحمل على الندب وبه نقول ان المكاتب إذا كسر نجما يندب مولاه إلى أن لا يرده إلى الرق ما لم يتوالى عليه نجمان رفقا به ونظرا فان عجز عن نجمين على أصله أو عن نجم على أصلهما فان كان له مال حاضر أو غائب مرجو حضوره بان قال لى مال على انسان أو حال يجئ في القافلة فان القاضى ينتظر فيه يومين أو ثلاثة استحسانا لان هذا القدر من التأخير ما لا ضرر فيه على المولى وفيه رجاء وصول كل واحد منهما إلى حقه فيفعل القاضى ذلك عند رجاء الوصول ولو اختلف المولى والمكاتب في قدر البدل أو جنسه بان قال المولى كاتبك على ألفين أو على الدينير وقال العبد كاتبني على ألف أو على الدراهم فالقول قول المكاتب في قول أبى حنيفة الآخر سواء كان قد أدى عن بدل الكتابة شيئا أو كان لم يؤد وكان يقول أولا يتحالفان ويترادان كالبيع لان في المكاتبه معنى المبادلة ثم رجع وقال القول قول المكاتب لانه المستحق عليه ومتى وقع الاختلاف في قدر المستحق أو جنسه فالقول قول المستحق عليه في الشرع كما في سائر الديون ولان القياس يمنع التحالف لما نذكر في كتاب البيوع ان شاء الله تعالى الا أن الشرع ورد بخلاف القياس في البيع وانه مبادلة المال بالمال مطلقا والكتابة بخلافه فلم تكن في معنى البيع فلا يقاس عليه والله عزوجل أعلم (فصل) وأما الذى يرجع إلى نفس الركن من شرائط الصحة فخلوه عن شرط فاسد وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد الداخل في صلب العقد من البدل فان لم يخالف مقتضى العقد جاز الشرط والعقد وان خالف مقتضى العقد لكنه لم يدخل في صلبه يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا وانما كان كذلك لان عقد الكتابة في جانب المعقود عليه وهو العبد بمنزلة الاعتاق لما فيه من فك الحجر واسقاطه والاعتاق مما لا يبطله الشروط الفاسدة وفيما يرجع إلى البدل وجانب المولى بمنزلة البيع لان المولى عقد عقدا يؤول إلى زوال ملكه عنه فكان كالبيع والبيع مما يفسده الشروط الفاسدة لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فيجعل من الشروط الداخلة في صلب العقد كالبيع فيعمل فيه الشرط الفاسد وفيما لا يدخل في صلب العقد من الشروط يجعل كالاعتاق فلا يؤثر فيه الشرط الفاسد عملا بالمعنيين جميعا بقدر الامكان وعلى هذا مسائل إذا كاتب جارية على ألف درهم على أن يطأها ما دامت مكاتبه أو على أن يطأها مرة فالكاتبه فاسدة لانه شرط فاسد لكونه مخالفا مقتضى العقد لان عقد المكاتبه يوجب حرمة الوطئ وانه دخل في صلب العقد لدخوله في البدل حيث جعل بدل الكتابة بالف درهم ووطئها ففسدت المكاتبه ولو كاتبه على ألف درهم على أن لا تخرج من المصر أو على أن لا يسافر فالشرط فاسد لانه يخالف مقتضى العقد لان العقد يقتضى انفكاك الحجر وانفتاح طريق الاطلاق له إلى أي بلد ومكان شاء فيفسد الشرط لكن لا يفسد عقد الكتابة لانه شرط لا يرجع إلى صلب العقد ومثله من الشروط لا يوجب فساد العقد لما بينا من الفقه فلو انها أدت الالف في المسألة الاولى عتقت في قول عامة العلماء وقال بشر بن غياث المريس لا تعتق وجه قوله ان المولى جعل شرط العتق

شيئين الالف ووطأها والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما كما إذا كاتبها على ألف ورطل من خمر فأدت الالف دون الخمر ولنا ان الوطئ لا يصلح عوضا في المكاتبه فلا يتعلق العتق به فالحق ذكره بالعدم بخلاف الخمر فانه يصلح عوضا في الجملة لكونه مالا مقدور التسليم فلم يلحق بالعدم وتعلق العتق بادائها ثم إذا أدت فعتقت ينظر إلى قيمتها فان كانت قيمتها ألف درهم فلا شئ للمولى عليها

[ 142 ]

ولا لها على المولى لانها مضمونة بالقيمة لكونها مقبوضة بحكم عقد فاسد المقبوض بحكم عقد فاسد مضمون لانه يجب عليه رده وهو عاجز عن رد عينه فيرد القيمة لقيامها مقام العين كذا ههنا وجب عليها رد نفسها وقد عجزت لنفوذ العتق فيها فترد القيمة وهى ألف درهم وقد وصل بتمامه إلى المولى فلا يكون لاحدهما بعد ذلك على صاحبه سبيل كما لو باع رجل من آخر عبده بالف درهم ورطل من خمر وقبض البائع الالف وسلم العبد إلى المشتري وهلك في يده لا يرجع أحدهما على صاحبه لوصول ما يستحقه البائع على المشتري إليه فكذا ههنا وان كانت قيمة الجارية أكثر من ألف رجوع المولى عليها بما زاد على الالف لانها مضمونة بكمال قيمتها وما أدت إليه كمال قيمتها فيرجع عليها وصار هذا كما إذا باع عبده من ذمى بألف ورطل من خمر وقبض الالف وسلم العبد وهلك في يد المشتري وقيمه أكثر من ألف انه يرجع بما زاد لما قلنا كذا هذا وان كانت قيمة المكاتبه أقل من الالف وأدت الالف وعتقت هل ترجع على المولى بما أخذ من الزيادة على قيمتها قال أصحابنا الثلاثة ليس لها ان ترجع وقال زفر لها ان ترجع بالزيادة على المولى وجه قوله ان المولى أخذ منها زيادة على ما يستحقه عليها فكانت الزيادة مأخوذة بغير حق فيجب ردها كما في البيع الفاسد إذا استهلك المشتري المبيع انه كانت قيمته أكثر من الثمن يرجع البائع على المشتري بالزيادة وان كانت قيمته أقل يرجع المشتري على البائع بفضل الثمن كذا ههنا ولنا انها لو رجعت عليه لادى إلى ابطال العتق لانها عتقت باداء الكتابة فلو لم يسلم المؤدى للمولى لا يسلم العتق للمكاتبه والعتق سالم لها فيسلم المؤدى للمولى لان عقد المكاتبه مشتمل على المعارضة وعلى التعليق واعتبار جانب المعاوضة يوجب لها حق الرجوع عليه بما زاد على القيمة واعتبار معنى التعليق لا يوجب لها حق الرجوع كما لو قال لها ان أديت إلى ألفا فأنت حرة فأدت ألفا وخمسائة وقيمتها ألف عتقت ولا ترجع عليه بشئ فيقع الشك في ثبوت حق الرجوع فلا يثبت مع الشك وكذا لو كاتبها وهى حامل على ألف ان ما في بطنها من ولد فهو له وليس في المكاتبه أو كاتب أمة على ألف درهم على ان كل ولد تلده فهو للسيد فالمكاتبه فاسدة لانه شرط شرطا مخالفا لموجب العقد لان موجه ان يكون كل ولد تلده يكون مكاتبها تبعا لها فكان هذا شرطا فاسدا أو انه داخل في صلب العقد لانه يرجع إلى البدل فيوجب فساد العقد وان أدت الالف عتقت لما قلنا ثم إذا اعتقت ينظر إلى قيمتها وإلى المؤدى على ما ذكرنا وكذا لو كاتب عبده على ألف درهم وعلى ان يخدمه ولم يبين مقدار الخدمة فادى الالف عتق لما قلنا ثم ينظر إلى قيمته وإلى الالف على ما وصفنا ولو كاتبه على ألف منجمة على انه ان عجز عن نجم منها فمكاتبته ألفا درهم لم تجز هذه المكاتبه لتمكن العذر في البدل لانه لا يدري انه يعجز أو لا يعجز ويمكن الجهالة فيه جهالة فاحشة فيفسد العقد ولنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وهذا كذلك ولو كاتبه على ألف يؤديها إلى غريم له فهو جائز وكذا إذا كاتبه على ألف يضمنها لرجل عن سيده فالمكاتبه والضمان جائزان بخلاف البيع إذا باع عبد بألف درهم يؤديها إلى فلان أو على ان يضمنها المشتري عن البائع لفلان ان البيع فاسد لان البيع يفسد

بالشرط الفاسد وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد والكتابة لا تفسد بالشروط الفاسدة إذا لم تكن في صلب العقد كما لو كاتبه على ألف على ان لا يخرج من مصر أو لا يسافر الا ان هناك شرط الضمان باطل وههنا جائز لان ضمان المكاتب عن سيده كفالته عنه بما عليه مقيدا جائز لان ذلك واجب عليه فلان يكون متبرعا في الضمان وضمن المكاتب عن الأجنبي انما لا يصح لكونه متبرعا ولم يوجد فان كاتبه على ألف درهم منجمة على ان يؤدي إليه مع كل نجم ثوبا وسمى نوعه جاز لان مكاتبته على بدل معلوم حيث سمي نوع الثوب فصار الالف مع الثوب بدلا كاملا وكل واحد منهم معلوم ألا ترى ان كل واحد منهما لو انفرد في العقد جاز وكذا إذا اجمع بينهما وقد قال أصحابنا انه لو ذكر مثل ذلك في البيع جاز بان يقول بعثك هذا العبد بالف درهم على ان تعطيني معه مائة دينار وتصير الالف والمائة دينار ثمننا لما قلنا كذا ههنا وكذلك ان قال على ان تعطيني مع كل نجم عشرة دراهم وكذلك لو قال على ان تؤدي مع مكاتبك ألف درهم لان الكل صار بدلا في العقد ولو كاتبه على ألف درهم وهى قيمته على انه إذا أدى وعتق عليه فعليه ألف أخرى جاز وكان الامر على ما قاله إذا

[ 143 ]

أدى الالف عتق وعليه ألف أخرى بعد العتق لانه لو جعل الالفين جميعا بدل الكتابة لجاز ولو جعلهما جميعا بعد العتق لجاز كذا إذا جعل البعض قبل العتق والبعض بعده اعتبار للجزء بالكل وان كاتبه على ألف درهم على نفسه وماله يعنى على ان يكون المكاتب أحق بنفسه وماله فهو جائز وان كان للعبد ألف أو أكثر ولا يدخل بينه وبين عبده ربا كذا ذكر في الاصل وفرق بينه وبين البيع إذا باع عبده مع ماله بالف درهم ومال العبد ألف درهم انه لا يجوز البيع لان الف يقابل الالف فيبقى العبد زيادة في عقد المعاوضة لا يقابلها عوض فيكون ربا ولا يتحقق الربا ههنا لان الربا لا يجرى بين العبد وسيده هذا معنى ما أشار إليه في الاصل ثم مال العبد ما يحصل بعد العقد بتجارته أو بقبول الهبة والصدقة لان ذلك ينسب إلى العبد ولا يدخل فيه ما كان من مال المولى في يد العبد وقت العقد لان ذلك لا ينسب إلى العبد ولا يدخل فيه الارش والعقر وان حصل بعد العقد يكون للمولى لانه لا ينسب إلى العبد بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين انه لا يجوز ويكون ربا لان مراد محمد في قوله انه لا يجرى الربا بين العبد وسيده فيما ليس بمعاوضة مطلقة والكتابة وان كان فيها معنى المعاوضة فليست بمعاوضة مطلقة وجريان الربا يختص بالمعاوضات المطلقة بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين لان ذاك معاوضة مطلقة لان المولى كالأجنبي عن كسب المكاتب فهو الفرق ولو اختلفا فقال المولى كان هذا قبل عقد المكاتبه وقال المكاتب كان ذلك بعد العقد فالقول قول المكاتب لان الشئ في يده فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله ولو قال العبد كاتبني على ألف درهم على أن أعطيها من مال فلان فكاتبه على ذلك جازت الكتابة لان هذا شرط فاسد والشروط الفاسدة لا تبطل الكتابة إذا لم تكن داخلة في صلب العقد فلو كاتبه على ألف درهم على انه بالخيار أو على ان العبد بالخيار يوما أو يومين أو ثلاثة أيام جاز لان دلائل جواز الكتابة توجب الفصل ولان الحاجة قد تدعو إلى شرط الخيار في المكاتبه كما تدعو إليه في البيع وهو الحاجة إلى التأمل ولان الكتابة عقد قابل للفسخ ولا يعتبر فيه القبض في المجلس فجاز ان يثبت فيه خيار الشرط كالبيع فان قيل ثبوت الخيار في البيع استحسان عندكم فلا يجوز قياس غيره عليه فالجواب ما ذكرنا ان عندنا يجوز القياس على موضع الاستحسان بشرطه وهو ان يكون الحكم في موضع الاستحسان معقول المعنى ويكون مثل ذلك

المعنى موجودا في موضع القياس وقد وجد ههنا على ما ذكرنا ولا يجوز شرط الخيار فيه أكثر من ثلاثة أيام في قول أبي حنيفة فإن أبطل خياره في الايام الثلاثة جاز كالبيع وان لم يبطل حتى مضت ثلاثة أيام يتمكن الفساد كما في البيع وعندهما يجوز قلت المدة أو كثرت بعد ان كانت معلومة من شهر أو نحو ذلك كما في البيع (فصل) وأما بيان ما يملك المكاتب من التصرفات وما لا يملكه فله ان يبيع بقليل الثمن وكثيره وبأى جنس كان وبالنقد وبالنسيئة في قول أبي حنيفة وعندهما لا يملك البيع الا بما يتغابن الناس في مثله وبالدرهم والدنانير وبالنقد لا بالنسيئة كالوكيل بالبيع المطلق وهى من مسائل كتاب الوكالة وله ان يبيع ويشترى من مولاه لان المكاتب فيما يرجع إلى مكاسبه ومنافعه كالحر فكان فيها بمنزلة الأجنبي فيجوز بيعه من مولاه وشراؤه منه كما يجوز ذلك من الأجنبي الا انه لا يجوز له أن يبيع ما اشترى من مولاه مراوحة الا أن يبين وكذلك المولى فيما اشترى منه لان بيع المرابحة بيع أمانة فيجب صيانته عن الخيانة وشبهة الخيانة ما أمكن وكسب المكاتب مال المولى من وجه فيجب أن يبين حتى يرتفع الشبهة ولا يجوز له أن يبيع من مولاه درهما بدرهمين لانه بعقد المكاتبه صار أحق بمكاسبه فصار كالأجنبي في المعاوضة المطلقة وكذا لا يجوز ذلك للمولى لما بينا وله أن يأذن لعبده في التجارة لان الاذن في التجارة وسيلة إلى الاكتساب والمكاتب مأذون في الاكتساب فان لحقه دين بيع فيه الا ان يؤدي عنه المكاتب لان اذنه قد صح فصحت استدانته فيباع فيه كما في عبد الحر وله أن يحط شيئا بعد البيع لعيب ادعى عليه أو يزيد في ثمن شئ قد اشتراه لانه بالكتابة صار مأذونا بالتجارة وهذا من عمل التجارة وليس له أن يحط بعد

[ 144 ]

البيع بغير عيب ولو فعل لم يجز لانه من باب التبرع وهو لا يملك التبرع وله أن يرد ما اشترى بالعيب إذا لم يرض به سواء اشترى من أجنبي أو من مولاه لانه أولى بكسبه من مولاه فصار كالعبد المأذون إذا كان عليه دين وله الشفعة فيما اشتراه المكاتب لان املكهما متميزة ولهذا جاز بيع احدهما من صاحبه فصارا كالأجنيين وله ان يأذن لعبده في التجارة لانه من باب الاكتساب ولا تجوز هبة المكاتب شيئا من ماله ولا اعتاقه سواء عجز بعد ذلك أو عتق وترك وفاء لان هذا كله تبرع وكسب المكاتب لا يحتمل التبرع وحكى عن ابن ابي ليلى انه قال عتقه وهبته موقوفان فان عتق يوما مضى ذلك عليه وان رجع مملوكا بطل ذلك وجه قوله ان حال المكاتب موقوف بين ان يعتق وبين ان يعجز فكذا حال عتقه وهبته والجواب ان العقد عندنا انما يتوقف إذا كان له مجيز حال وقوعه وههنا لا مجيز لعتقه حال وقوعه فلا يتوقف فإذا وهب هبة أو تصدق ثم عتق ردت إليه الهبة والصدقة حيث كانت لان هذا عقد لا مجيز له حال وقوعه فلا يتوقف وسواء كان الاعتاق بغير بدل أو ببدل أما بغير بدل فلما قلنا وأما ببدل فلان الاعتاق ببدل ليس من باب الاكتساب لان العتق فيه يثبت بنفس القبول وبقي البديل في ذمة المفلس ولا يملك التعليق كما لا يملك التنجيز كما لو قال له ان دخلت الدار فانت حر لا يصح وكذا إذا قال ان ادبت إلى ألفا فانت حر لا يصح لان ذلك تعليق وليس بمكاتبه لما ذكرنا في كتاب العتاق وللمكاتب ان يكاتب عبدا من اكسابه استحسانا والقياس ان لا يجوز لانه عقد يفضى إلى العتق فلا يجوز كما لو اعتهقه على مال وجه الاستحسان ان المكاتبه نوع اكتساب المال والمكاتب يملك اكتساب المال وهذا ملك البيع وكذا المكاتبه بخلاف الاعتاق على مال فان ذلك ليس باكتساب المال الا ترى ان المكتسب بعد الاعتاق لا يكون له بل يكون للعبد وانما المكاتب له دين

يتعلق بذمة المفلس فكان ذلك اعتاقا بغير بدل من حيث المعنى وفى المكاتب المكسب يكون للمكاتب فلم يكن اعتاقا بغير بدل فافترقا وكذا لو اشترى المكاتب ذا رحم محرم منه لا يعتق لان شراء القريب اعتاق وهو لا يملك الاعتاق ولو اشترى ذا رحم محرم من مولاة لا يعتق على مولاة لان هذا كسب المكاتب والمولى لو أعتق عبدا من اكسابه صريحا لا يعتق فبالشراء أولى فان أدى الاعلى أولا عتق وثبت ولاؤه من المولى لان العتق حصل منه فإذا أدى الاسفل بعد ذلك يثبت ولاؤه من الاعلى لانه بالعتق صار من أهل ثبوت الولاة منه وان أدى الاسفل أولا يعتق ويثبت ولاؤه من المولى ولا يثبت من الاعلى لانه ليس من أهل ثبوت الولاة فان عتق بعد ذلك لا يرجع إليه الولاة لان ولاء العتاقة متى ثبت لا يحتمل الانتقال بحال وان أديا جميعا معا ثبت ولاؤهما معا من المولى وليس للمكاتب أن يكاتب ولده ولا والده والاصل ان كل من لا يجوز له أن يبيعه لا يجوز له أن يكاتبه الا أم ولده لان هؤلاء يعتقون بعنقه فلا يجوز أن يسبق عتقهم عتقه ولانهم قد دخلوا في كتابة المكاتب فلا يجوز أن يكاتبوا ثانيا بخلاف أم الولد ولا يملك التصديق الا بشئ يسير حتى لا يجوز له أن يعطى فقيرا درهما ولا أن يكسوه ثوبا وكذا لا يجوز أن يهدى الا بشئ قليل من المأكول وله أن يدعو إلى الطعام لان ذلك عمل التجار وقد روى ان سلمان رضى الله عنه أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان مكاتبا فقبل ذلك منه وكذا روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك ولان ذلك وسيلة إلى أداء مال الكتابة لانه يجذب قلوب الناس فيحملهم ذلك على الاهداء إليه فيمكن من أداء بدل الكتابة وبملك الاجارة والاعارة والايديع لان الاجارة من التجارة ولهذا ملكها المأذون بالتجارة والاعارة والايديع من عمل التجار وضرورات التجارة ولا يجوز له أن يقرض لان الفرض تبرع بابتدائه وقيل معنى قوله لا يجوز أي لا يطيب للمستقرض أكله لان لا يملكه المستقرض حتى لو تصرف فيه نفذ تصرفه لانه تصرف في ملكه ويكون المستقرض مضمونا عليه وهذا كما قلنا في حق الاعتاق انه لا يجوز ومعناه انه لا يطيب له أكله لكنه يكون مضمونا عليه حتى لو كان عبدا فاعتقه نفذ اعتاقه لانه أعتق ملك نفسه كذا قرض المكاتب ولا تجوز وصيته لانها تبرع ولا تجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالنفس باذن المولى ولا بغير اذنه لانها تبرع أما الكفالة بالنفس فلانها التزام تسليم النفس من غير عوض والكفالة بالمال التزام تسليم المال من

[ 145 ]

غير عوض ان كانت بغير اذن المكفول عنه وان كانت باذنه فهي وان كانت مبادلة في الانتهاء فهي تبرع في الابتداء والمكاتب ليس من اهل التبرع وسواء أذن المولى فيها أو لم يأذن لان المولى لا يملك كسبه فلا يصح اذنه بالتبرع ويجوز له أن يتوكل بالشراء وان كان ذلك يوجب ضمانا عليه للبائع وهو الثمن لان عند بعض مشايخنا ملك المبيع يثبت له أولا ثم ينتقل منه إلى الموكل فصار كالبيع منه وعند بعضهم ان كان لا يثبت له لكن الوكالة من ضرورات التجارة فان أدى فعتق لزمته الكفالة لان الكفالة وقعت صحيحة في حقه لانه اهل الا انه لا يطالب به في الحال لانه لم يصح في حق المولى فإذا اعتق فقد زال حق المولى فيطالب به العبد المحجور إذا كفل ثم عتق بخلاف الصبي إذا كفل ثم بلغ لان الصبي ليس من أهل الكفالة لانه ليس له قول صحيح في نفسه بخلاف العبد تصرف في ملكه وتجاوز كفالته عن سيده لان بدل الكتابة واجب عليه فلم يكن متبرعا بها والاداء إليه والى غيره سواء وهل يجوز له قبول الحوالة فهذا على وجهين ان كان عليه دين لانسان وعلى صاحب الدين دين لآخر فاحاله على المكاتب فهو جائز لانه ضمن مالا كان واجبا عليه فلم يكن متبرعا ولا فرق بين أن

يؤدي إلى هذا أو إلى غيره وإن كان لانسان على آخر دين فاحاله على المكاتب وقبل الحوالة وليس عليه دين للذي أحال عليه لا يجوز لانه تبرع وله أن يشارك حرا شركة عنان وليس له أن يشاركه شركة مفاوضة لان مبنى المفاوضة على الكفالة وهو ليس من أهل الكفالة وشركة العنان غير مبنية على الكفالة بل على الوكالة والمكاتب من أهل الوكالة ولو كاتب الرجل عبيدين له مكاتبه واحدة على ألف درهم على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فهذه المسألة على ثلاثة أو جه اما ان كاتبهما على مال وجعل كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه واما ان كاتبهما على مال ولم يجعل كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه ولكنه قال ان أديا عتقا وان عجزا ردا في الرق واما ان كاتبهما على مال ولم يكف كل واحد منهما عن صاحبه ولم يقل أيضا ان أديا عتقا وان عجزا ردا في الرق أما إذا كاتبهما على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فالقياس أن لا تجوز هذه الكتابة وفي الاستحسان تجوز إذا قبلا وجه القياس ان هذه كتابة بشرط الكفالة وكفالة المكاتب عن غير المولى لا تصح ولانه كفالة ببدل الكتابة والكفالة ببدل الكتابة باطلة وجه الاستحسان ان هذا ليس بكفالة في الحقيقة بل هو تعليق العتق بالاداء والمولى بملك تعليق عتقهما باداء كل واحد منهم ولو فعل هكذا كان جائزا كذلك هذا وأما إذا كاتبهما على ألف درهم على انهما ان أديا عتقا وان عجزا ردا في الرق فكذلك الجواب في قول علمائنا الثلاثة وعند زفر كل واحد منهما مكاتب على حدة فايهما أدى حصته يعتق وجه قوله ان كل واحد منهما يلزمه كتابة نفسه خاصة فلا يجب عليه كتابة غيره مال لم يشترطا ولم يوجد الشرط ولنا ان المولى علق عتقهما باداء الالف فما لم يوجد لا يقع العتق كما إذا قال لعبد ين له ان دخلتما هذه الدار فانتما حران فدخل أحدهما لا يعتق ما لم يدخل جميعا فكذلك ههنا لا يعتق واحد منهما الا باداء الالف وإذا لم يعتق واحد منهما الا باداء الالف صار جميع الالف على كل واحد منهما فصار كما إذا كفل كل واحد منهما عن صاحبه ونظير هذا الاختلاف ما قالوا في كتاب الطلاق والعتاق ان من قال لامرأتين له ان شئتما فانتما طالقان أو قال لعبد ين له ان شئتما فانتما حران انه على قول زفر أيهما شاء يعتق وانصرف مشيئة كل واحد منهما إلى عتق نفسه وطلاق نفسها وفي قول علمائنا الثلاثة ما لم توجد مشيئتهما جميعا في طلاقيهما جميعا أو في عتقيهما جميعا لا يعتق واحد منهما كذلك ههنا وأما الفصل الثالث وهو ما إذا كاتبهما على ألف درهم ولم يقل ان أديا عتقا وان عجزا ردا في الرق فايهما أدى حصته فانه يعتق في قولهم جميعا لانه لم يعلق عتقهما بادائهما جميعا فانصرف نصيب كل واحد منهم إليه خاصة وصار كل واحد منهما مكاتباً على حدة ثم إذا كاتبهما كتابة واحدة فادى أحدهما شيئا منه كان له أن يرجع على صاحبه بنصفه بخلاف ما إذا كان الدين على رجلين وكل واحد منهم كفيل عن صاحبه فادى أحدهما شيئا انه لا يرجع على صاحبه ما لم يجاوز النصف فإذا جاوز النصف يرجع على صاحبه بالزيادة وجه الفرق ان في مسئلتنا هذه لو جعلنا أداء عن نفسه أدى ذلك إلى تغيير شرط المولى لانه يعتق ومن شرط

[ 146 ]

المولى عتقهما جميعا فإذا كان الامر هكذا فكان أدأؤه عن نفسه وعن صاحبه حتى لا يؤدي إلى تغيير شرط المولى وهذا المعنى لم يوجد في تلك المسألة فان أداءه عن نفسه لا يؤدي إلى تغيير شرط المولى فكان أدأؤه عن نفسه إلى النصف لان نصف الدين عليه فان مات أحد المكاتبين لا يسقط شئ من الكتابة ويؤخذ من الحى جميع الكتابة وبمثله لو أعتق أحدهما سقطت حصته ووجه الفرق بينهما ان الميت من أهل أن تكون عليه الكتابة ألا ترى ان المكاتب إذا مات عن وفاء يؤدي كتابته وكذا لو ترك



والدا تؤخذ منه الكتابة فاما المعتق فليس من أهل أن تجب عليه الكتابة ألا ترى ان المكاتب لو كان واحدا فاعتقه المولى بطلت عنه الكتابة وكذلك ههنا تبطل حصته والمولى بالخيار ان شاء أخذ بحصته المكاتب وان شاء أخذ المعتق بحق الكفالة فان أخذ المكاتب لا يرجع عليه لانه أدى دين نفسه وان أخذ المعتق وأدى رجوع على المكاتب لانه كفيله ولا يجوز للمكاتب أن يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتب لان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين انه لا ينفرد أحدهما بالنيكاح ولا يزوج ابنه وإبنته لان جواز الانكاح يعتمد الولاية ولا ولاية له إذ هو عبد ولا يزوج عبده لما قلنا ويزوج أمته ومكاتبه لان تزويجهما من باب الاكتساب وعقد الكتابة عقد اكتساب المال بخلاف تزويج العبد لانه يتعلق المهر برقبته فلم يكن اكتسابا ويجوز اقراره بالدين واستيفاءه لان ذلك من ضرورات التجارة والمكاتب اذن بالتجارة فكان هو اذنا بما هو من ضرورات التجارة ولا تجوز وصية المكاتب في ماله وان ترك وفاء أما إذا لم يترك وفاء فلا شك فيه لانه مات عبدا فلا تجوز وصيته وأما ترك وفاء فلانا وان حكمنا بعنقه فانما حكمنا به قبيل الموت بلا فصل وتلك الساعة لطيفة لا تتسع للفظ الوصية ولو أوصى ثم أدى الكتابة في حال حياته وعتق فان وصيته على ثلاثة أوجه في وجه لا تجوز بالاجماع وفي وجه تجوز بالاجماع وفي وجه اختلفوا فيه فاما الوجه الذي تجوز بالاجماع فهو ان يقول إذا عتقت فثلث مالي وصية فادى فعتق ثم مات صحت وصيته بالاجماع لانه أضاف الوصية إلى حال الحرية والجر من أهل الوصية وأما الوجه الذي لا تجوز بالاجماع وهو ان يوصى بعين ماله لرجل فادى فعتق ثم مات لا يجوز لانه ما أضاف الوصية إلى حال الحرية وانما أوصى بعين ماله فيتعلق بملكه في ذلك الوقت وهو ملك المكاتب وملك المكاتب لا يحتمل التبرع فلا يجوز الا إذا أجاز تلك الوصية بعد العتق فتجوز لان الوصية مما يجوز الاجازة بدليل ان رجلا لو قال لورثته أجزت لكم أن تعطوا ثلث مالي فلانا كان ذلك منه وصية وأما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو ما إذا أوصى بثلث ماله ثم أدى وعتق ثم مات قال أبو حنيفة لا تجوز الوصية الا أن يحددها بعد العتق لانها تعلقت بملك المكاتب وملكه لا يحتمل المعروف وقال أبو يوسف ومحمد تجوز وهذا نظير ما ذكرنا في كتاب العتاق انه إذا قال العبد أو المكاتب كل مملوك أملكه إذا أعتقت فهو حر فاعتق ثم ملك مملوكا يعتق بالاجماع ولو لم يقل إذا أعتقت لا يعتق بالاجماع ولو قال كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر فعتق وملك مملوكا لا يعتق في قول أبي حنيفة وعندهما يعتق والحجج على نحو ما ذكرنا في العتاق ويجوز للمكاتب قبول الصدقات لقوله تعالى في آية الصدقات وفي الرقاب قيل في التفسير ما أداها المكاتبون ويحل للمولى أن يأخذ ذلك من قضاء من المكاتب ويحل له تناوله بعد العجز وان كان المولى غنيا لان العين تختلف باختلاف أسباب الملك حكما وان كانت عينا واحدة حقيقة والاصل فيه ما روى ان بريرة رضى الله عنها كانت يتصدق عليها وكانت تهدي ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يأكل منه ويقول هو لها صدقة ولنا هدية وكذلك الفقير إذا مات وترك مالا جمعه من الصدقات ووارثه غنى يحل له أكله لما قلنا ولو أوصى المكاتب إلى رجل أي جعله وصيا ثم مات فان مات من غير وفاء بطل ابصاؤه لانه مات عبد والعبد ليس من أهل الايضاء وان مات بعدما أدى بدل الكتابة جاز الايضاء وتكون وصيته كوصيته لحر لان الولاية انما تنقل إليه عند الموت وعند الموت كان حرا فتنقل الولاية إليه فصار كوصي الحر

وان مات عن وفاء ولم يؤد في حال حياته فان وصيه يكون وصيا على أولاده الذين دخلوا في كتابته دون الاولاد الاحرار الذين ولدوا من امرأة حرة يكون أضعف الاوصياء كوصي الام فيكون له ولاية الحفظ ولا يكون له ولاية البيع والشراء على رواية الزيادات وعلى رواية كتاب القسمة جعل كوصي الاب حيث أجاز قسمته في العقارات والقسمة تمنع البيع والله عزوجل أعلم (فصل) وأما بيان ما يملك المولى من التصرف في المكاتب وما لا يملكه فيشتمل عليه حكم المكاتبه نذكره في فصل الحكم ان شاء الله تعالى (فصل) وأما صفة المكاتبه فنوعان أحدهما انها عقد لازم من جانب المولى إذا كان صحيحا حتى لا يملك فسخه من غير رضا المكاتب إذا لم يحل نجم أو نجمان على الخلاف غير لازم في جانب المكاتب حتى ينفرد بفسخه من غير رضا المولى لانه عقد شرع نظرا للعبيد وتام نظرهم ان لا يلزم في حقهم ويجوز رد المكاتب إلى الرق وفسخ الكتابة دون قضاء القاضى عند عامة العلماء وقال ابن أبى ليلى لا يجوز رده الا عند القاضى لان العقد قد صح فلا يفسخ الا بقضاء القاضى ولنا روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما انه أجاز ذلك ولم ينقل عن غيره خلافه واليه أشار في الاصل فقال بلغنا ذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما ولان المكاتب قد ثبت له الخيار في عقد الكتابة لان له ان يعجز نفسه ومن له الخيار في العقد إذا فسخ العقد يصح فسخه دون القاضى كالبيع بشرط الخيار وغيره فاما الفاسد منه فغير لازم من الجانبين حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ من غير رضا الآخر لان العقد الفاسد واجب النقص والفسخ حق للشرع رفعا للفساد كالبيع الفاسد وغيره والثانى انها متجزئة في قول أبى حنيفة وعندهما غير متجزئة لانها عقد يفضى إلى العتق والعتق متجزئ عنده وعندهما لا يتجزأ كذا المكاتبه وعلى هذا يخرج ما إذا كاتب رجل نصف عبده انه جازت الكتابة في النصف وصار نصفه مكاتباً عند أبى حنيفة لان الكتابة متجزئة عنده فصحت في ذلك النصف لا غير وصار في النصف الآخر ماذونا بالتجارة لان الكتابة تقتضى وجوب أداء بدل الكتابة ولا يمكنه الاداء الا بالاذن والاذن لا يتجزأ فصار الاذن في قدر الكتابة اذنا في الكل فصار ماذونا في الكل ونصفه مكاتب فان أدى عتق نصفه وصار النصف الآخر مستسعى فان شاء أعتق وان شاء استسعى غير مشقوق عليه بمنزلة رجل عتق نصف عبده فان اكتسب العبد مالا قبل الاداء فنصفه له ونصفه للمولى في قول أبى حنيفة لان نصفه مكاتب ونصفه رقيق في قولهما والكسب كله لمكاتب لانه كله صار مكاتباً وما اكتسب بعد الاداء فكله للمكاتب بالاجماع وليس للمولى فيه شئ اما على قولهما فلا يشكل لانه حر عليه دين وأما على أصل ابى حنيفة فلان المستسعى كالمكاتب وكسب المكاتب له وإذا كاتب نصف عبده ثم أراد أن يحول بينه وبين الكسب لم يكن له ذلك لانه لما كاتب نصفه فقد اذن له بالاكتساب لانه لا يتوصل إلى اداء بدل الكتابة الا بالكسب فلا يملك الحجر عليه الا بعد فسخ الكتابة ولا يفسخ الا برضاه بخلاف العبد الماذون كله انه يملك حجره ومنعه من الاكتساب لانه صار ماذونا بالقول فيصير محجورا عليه بحجره والاذن ههنا لا يثبت بالقبول بل مقتضى الكتابة فلا يصير محجورا عليه الا بفسخ الكتابة فان اراد ان يخرج من المصر فله منعه بالقياس ولكن استحسن ان لا يمنعه وكذلك إذا اراد ان يستخدمه يوما أو يستسعيه يوما ويخلى عنه يوما للكسب له ذلك في القياس ولكن استحسن ان لا يتعرض له في شئ حتى يؤدي أو يعجز كذا ذكر في الاصل وجه القياس ان نصفه رقيق لم تزل يده عنه فله أن يمنعه من الخروج من المصر لاجل النصف فيقول له ان كان نصفك مكاتباً فالنصف الآخر غير مكاتب فلى المنع فكان له أن يمسكه ويستخدمه يوما كالعبد المشترك وجه الاستحسان انه بعقد الكتابة صار

مأذونا بالاكتساب وذلك بالخروج إلى الامصار فلا يجوز له منعه وان يحول بينه وبين الاكتساب بالاستخدام ولا يمكنه أن يخرج بالنصف دون النصف أو يستخدم النصف دون النصف فاما ان يجعل النصف الذي هو مكاتب تبعاً

[ 148 ]

للنصف الذي ليس بمكاتب أو يجعل النصف الذي هو غير مكاتب تبعاً للنصف الذي هو مكاتب وهذا الثاني أولى لان الحرية والرق إذا اجتمعا غلبت الحرية الرق وفي الكتابة شعبة من العتق لأنها تعقد للعتق في المستقبل وهى سبب من اسبابه وإذا كاتب نصف عبده ثم أراد ان يبيع الباقي فان باعه من غير العبد لا يجوز لان حق الحرية تعلق بالرقبة فلا يجوز بيعه من غيره كما لو اعتق نصفه أو دبر نصفه ثم باعه انه لا يجوز كذا هذا ولان المكاتب له أن يكتب ويخرج من المصر بغير اذن المولى فصار كانه باعه بشرط ان لا يسلم إلى المشتري ولو فعل هكذا كان البيع فاسداً كذلك هذا ولو باع نصف نفسه من العبد لا يجوز لان بيع العبد من نفسه بيع في الحقيقة بل هو اعتاق بمال بدليل ان الولاء يثبت منه بدليل انه لو باع نفس المدير من المدير يجوز ولو كان يبعاً لما جاز وإذا اعتق نصفه فالعبد بالخيار ان شاء ادى الكتابة وعتق وان شاء عجز ويسعى في نصف قيمته لانه يوجه إليها وجهها عتق في ذلك النصف عتق باداء الكتابة وعتق بالسعاية فله ان يميل إلى أي الوجهين شاء عبد بين رجلين كاتبه أحدهما فالامر لا يخلو اما أن كاتب نصفه أو كله وكل ذلك لا يخلو اما أن يكون باذن شريكه أو بغير اذنه وإذا أذن فلا يخلو اما ان أذن له بقبض بدل الكتابة أو لم يأذن فان كاتب نصفه بغير اذن شريكه صار نصيبه مكاتباً لكن لشريكه ان ينقض الكتابة لانه يتضرر به في الحال وفي ثانی الحال لانه لا يجوز بيعه في الحال لان نصفه مكاتب وفي الثاني يصير مستسعى فكان له حق الفسخ والكتابة تحتمل الفسخ ولا يصح فسخه الا بقضاء القاضى لان الشريك الذى كاتب تصرف في ملك نفسه فلا يفسخ تصرفه الا بقضاء القاضى أو برضا العبد فان لم يعلم به الشريك حتى ادى عتق نصفه لان الكتابة نفذت في نصيبه فإذا وجد بشرط العتق عتق ثم الذى لم يكاتب له ان يرجع على الشريك فيقبض منه نصف ما أخذ لان ما أخذه كان كسب عبد بينهما فكان له ان يشاركه في المأخوذ ثم الذى كاتب له أن يرجع على العبد بما قبض شريكه منه لانه كاتبه على بدل ولم يسلم له الا نصفه فكان له أن يرجع عليه إلى تمام البدل وما يكون من الكسب في يد العبد له نصفه بالكتابة ونصفه لشريكه الذى لم يكاتب هذا في الكسب الذى اكتسبه قبل الاداء وأما ما اكتسبه بعد الاداء فهو له خاصة لانه بعد الاداء يصير مستسعى والمستسعى أحق بمنافعه ومكاسبه من السيد فان اختلف العبد والمولى فقال العبد هذا كسب اكتسبته بعد الاداء وقال المولى بل اكتسبته قبل الاداء فالقول قول العبد لان الكسب شئ حادث فيحال حدوثه إلى أقرب الاوقات وصار الحكم بعد كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما فان كان موسراً فللشريك ثلاث اختيارات وان كان معسراً فخيران هذا إذا كان بغير اذن الشريك فإذا كان باذنه فان كان لم يأذن له بقبض الكتابة فهذا والاول سواء الا في فصلين أحدهما انه لا يكون له حق الفسخ ههنا لوجود الرضا والثانى انه ليس له ان يضمه نصف قيمة العبد بعدما عتق لانه رضى بالعتاق حيث أذن له في الكتابة وان كان أذن له بقبض بدل الكتابة فهذا والاول سواء الا في ثلاثة فصول اثنان قد ذكرناهما والثالث أن ما قبض ليس له أن يشاركه هذا إذا كاتب النصف فاما إذا كاتب الكل فهذا والاول سواء الا في فصل واحد وهو انه إذا أخذ الشريك منه نصف ما قبض من الكتابة لا يرجع ذلك على المكاتب هذا إذا كان بغير اذن الشريك فاما إذا كان باذنه واجاز قبل ان يؤدي صار مكاتباً بينهما فلا يعتق جميعه

الا باداء الالف اليهما معا فإذا ادى اليهما معا عتق وان ادى إلى أحدهما أولا لا يعتق لان المكاتبه وقعت بصيغة واحدة هذا إذا لم يأذن له بقبض الكتابة فان أذن له بقبض الكتابة فان ادى اليهما عتق كله وان ادى جميعه إلى الذى كاتب عتق كله والالف بينهما وان ادى كله إلى الشريك لا يعتق حتى يصل نصفه إلى شريكه وهذا كله قول أبى حنيفة وأما على قولهما فان كتابة النصف وكتابة الجميع سواء لان الكتابة عندهما لا تتجزأ فان لم يجز صاحبه حتى ادى عتق كله ويأخذ الشريك منه نصف ما قبض ولا يرجع هو على العبد بما قبض منه شريكه ونصف الكسب الفاضل للمكاتب ونصفه للذى لم يكاتب والولاء كله للذى كاتبه ويضمن حصة شريكه ان كان موسرا ويسعى العبد ان كان معسرا وان اجاز شريكه صار مكاتبا بينهما فان ادى اليهما معا

[ 149 ]

عتق والولاء بينهما وجميع الكسب للمكاتب وان ادى إلى أحدهما لا يعتق حتى يصل نصفه إلى الآخر الا إذا أذن لشريكه بقبض الكتابة فان ادى كله إلى المأمور عتق وان ادى كله إلى الأمر لا يعتق حتى يصل نصفه إلى المأمور ولو كان عبد بين رجلين كاتب كل واحد منهما نصيبه على الانفرد بان كاتب أحدهما نصيبه على ألف درهم ثم كاتب الآخر نصيبه على مائة دينار صار نصيب كل واحد منهما مكاتبا له فإذا ادى اليهما معا عتق وان ادى إلى أحدهما عتق نصيبه ولا يشاركه الآخر فيما قبض لانه لما كاتب صار راضيا بكتابتته وللمكاتب ان يقضى غريما دون غريم ونصيب الآخر مكاتب على حاله فإذا ادى نصيب الآخر عتق والولاء بينهما وان لم يؤد نصيب الآخر ولكنه عجز صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما والجواب فيه معروف وكذلك لو كاتب كل واحد جميع العبد صار نصيب كل واحد منهما مكاتبا له بالبدل الذى سمي فما لم يوجد جميع المسمى لا يعتق والحكم فيه ما ذكرنا ان لو كاتب كل واحد منهما نصيبه وهذا قول أبى حنيفة وأما على قولهما فكتابة البعض وكتابة الكل سواء فان ادى اليهما عتق والولاء بينهما وان ادى إلى أحدهما أولا عتق كله من المؤدى إليه وثبت الولاء منه ويضمن ان كان موسرا ويسعى العبد ان كان معسرا الا ان على قول محمد يضمن أو يسعى العبد في نصف القيمة أو في كتابة الآخر في الاقل منهما وقال ابو يوسف بطلت كتابة الآخر وانما يضمن العبد أو يسعى في نصف قيمته لا غير ولو كان عبد بين اثنين فكاتباه جميعا مكاتبه واحدة فأدى إلى أحدهما حصته لم يعتق حصته منه ما لم يؤد جميع الكتابة اليهما لانهما جعلتا شرط عتقه اداء جميع المكاتبه فلا يعتق الا بوجود الشرط بخلاف ما إذا كان لكل واحد منهما عبد فكاتباهما جميعا مكاتبه واحدة ان كل واحد منهما يكون مكاتبا على حدة حتى لو أدى حصته يعتق لان ههنا لو جعل كل نصف مكاتبا على حدة لادى إلى تغيير شرطهما لان شرطهما ان يعتق باداء الكل فلا يعتق أحدهما الا باداء جميع الكتابة حتى لا يؤدي إلى تغيير الشرط وهذا المعنى لم يوجد هناك لان عتق أحدهما لا يؤثر فى الآخر فكان الشرط فيه لغوا مكاتب بين رجلين أعتقه أحدهما قال أبو حنيفة لا ضمان عليه في ذلك لشريكه موسرا كان أو معسرا لان نصيب الآخر مكاتب على حاله لكون العتق متجزئا عنده فان ادى عتق والولاء بينهما لوجود الاعتاق منهما وان عجز صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما والحكم فيه ما ذكرنا في كتاب العتاق وعلى قولهما عتق كله لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما والولاء له الا ان على قول أبى يوسف صار حكمه حكم عبد بين اثنين أعتقه أحدهما وعلى قول محمد ان كان المعتق موسرا ينظر إلى قدر نصيب شريكه والى باقى الكتابة فأيهما كان أقل ضمن ذلك وان كان معسرا سعى العبد في الاقل فان لم يعتقه أحدهما ولكن دبره صار نصيبه مدبرا ويكون مكاتبا على حاله لان التدبير لا ينافى الكتابة فان ادى

الكل عتق والولاء يثبت منهما وان عجز صار كعبد بين اثنين دبره أحدهما صار نصيبه مدبراً ولشريكه خمس خيارات ان كان موسراً وان كان معسراً فاربع خيارات وهذا قول أبى حنيفة وفى قولهما صار كله مدبراً لان التدبير لا يتجزأ فبطلت الكتابة ويضمن لشريكه نصف القيمة موسراً كان أو معسراً في قول أبى يوسف وعلى قياس قول محمد وجب ان يضمن الاقل من نصف القيمة ومن جميع ما بقى من الكتابة ولو لم يدبره ولكن كاتب جارية فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسب الولد منه وصار نصيبه أم ولد له أما ثبوت النسب فلا خلاف فيه لان المولى إذا ادعى ولد مكاتبته ثبت النسب لان فيه تأويل الملك ثم المكاتبه بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها لانه قد ثبت لها حق الحرية من وجهين فلها ان تختار ايها شاءت ولا تصير كلها أم ولد لان الاستيلاء عندنا يتجزأ فيما لا يمكن نقل الملك فيه فان مضت على الكتابة أخذت منه عقرها واستعانت به على أداء بدل الكتابة وان عجزت نفسها وردت إلى الرق فانها تصير أم ولد للمستولد لان المعنى المانع من نقل الملك فيها قد زال ويضمن للشريك نصف قيمتها مكاتبه ونصف عقرها ولا يغرم من قيمة الولد شيئاً وهذا قول أبى حنيفة وعلى قولهما صارت الجارية كلها أم ولد لان الاستيلاء لا يتجزأ وبطلت الكتابة

[ 150 ]

فيعزم للشريك نصف القيمة ونصف العقر موسراً كان أو معسراً وعلى قول محمد وجب ان يضمن الاقل من نصف العقر ومن كتابة شريكه عبد كافر بين مسلم وذمى كاتب الذمى نصيبه باذن شريكه على خمر جازت الكتابة في قول أبى حنيفة ولا تجوز في قول أبى يوسف ومحمد ولا شركة للمسلم فيما أخذ النصراني منه من الخمر بناء على ان الكتابة متجزئة عند أبى حنيفة كالعتق فلما كاتب الذمى نصيبه على خمر باذن شريكه وقعت المكاتبه على نصيب نفسه خاصة والذمى إذا كاتب نصيبه على خمر جاز كما لو باع نصيبه بخمر وأما عندهما فالكتابة فاسدة لان من أصلهما ان العقد انعقد لهما حيث كانت باذن شريكه فلما بطل نصيب المسلم بطل نصيب الذمى لانها كتابة واحدة فإذا بطل بعضها بطل كلها ولا شركة للمسلم فيما أخذ النصراني من الخمر لان المسلم ممنوع من قبض الخمر وان كاتبه جميعاً على خمر مكاتبه واحدة لم يجر في نصيب واحد منهما أما في نصيب المسلم فلا يشكل وأما في نصيب الذمى فلان المكاتبه واحدة فإذا بطل بعضها بطل الكل ولو أدى إليهم عتق وعليه قيمته للمسلم وللذمى نصف الخمر وانما عتق بالاداء اليهما لان الكتابة فاسدة وهذا حكم الكتابة الفاسدة انه إذا أدى يعتق كما إذا كاتب المسلم عبده على خمر فادى الا انه لا يسعى في نصف قيمته للمسلم ولا يسعى في نصيب الذمى لان الذمى قد سلم له شرطه لان الخمر مال متقوم في حق المسلم فيسعى في نصف قيمته له والله عزوجل أعلم (فصل) وأما حكم المكاتبه ويندرج فيها بيان ما يملكه المولى من التصرف في المكاتب وما لا يملكه فنقول وبالله التوفيق المكاتبه أنواع ثلاثة صحيحة وفاسدة وباطلة اما الصحيحة فلها احكام بعضها يتعلق بما قبل أداء بدل الكتابة وبعضها يتعلق باداء بدل الكتابة اما الاول فزوال يد المولى عن المكاتب وصوره المكاتب احق بمنافعه ومكاسبه وصوره المولى كالأجنبي عنها وثبوت حق المطالبة للمولى ببطل الكتابة وثبوت حق الحرية للمكاتب لان ما هو المقصود من هذا العقد لا من الجانبين لا يحصل بدونها وهل تزول رقبة المكاتب عن ملك المولى بالكتابة اختلف المشايخ فيه قال عامتهم لا تزول وقال بعضهم تزول عن ملك المولى ولا يملكها العبد بمنزلة البيع بشرط الخيار للمشتري على أصل أبى حنيفة ان المبيع يزول عن ملك

البائع ولا يدخل في ملك المشتري وهذا غير سديد لان الملك صفة اضافية فيستحيل وجوده بدون المضاف إليه كسائر الاوصاف الاضافية من الابوة والبنوة والاخوة والشركة ونحوها فلا يتصور وجود مملوك لا مالك له وهكذا نقول في باب البيع لان البيع في الحقيقة ملك البائع أو ملك المشتري الا انا لا نعلم ذلك في الحال لانا لا نعلم ان العقد يجاز أو يفسخ فيتوقف في علمنا بجهلنا بعاقبة الامر وعند الاجازة أو الفسخ يتبين انه كان ثابتا للمشتري أو لبائع من وقت البيع حتى يظهر في حق الرواية هذا معنى قول أبي حنيفة في تلك المسألة وبيان هذه الجملة في مسائل إذا كاتب عبده كتابة صحيحة صار ماذونا في التجارة لانه وجب عليه أداء بدل الكتابة ولا يتمكن من الاداء الا بالكسب والتجارة كسب وليس له ان يمنعه من الكسب ولا من السفر ولو شرط عليه ان لا يسافر كان الشرط باطلا والكتابة صحيحة لما مر وليس له أن يأخذ الكسب من يده لان كسبه له ولا يجوز له اجارته ورهنه لان الاجارة تملك المنفعة ومنافع المكاتب له والرهن اثبات ملك اليد للمرتهن وملك اليد للمكاتب ولا يجوز استخدامه واستغلاله لان ذلك تصرف في المنفعة والمنافع له ويجوز اعتاقه ابتداء بلا خلاف لان جوازه يعتمد ملك الرقبة وانه قائم سواء كان المولى صحيحا أو مريضا غير انه ان كان صحيحا يعتق مجانا وان كان مريضا والعبد يخرج من الثلث فكذلك وكذلك إذا كان لا يخرج من الثلث لكن اجازت الورثة وان لم تجز الورثة فله الخيار في قول أبي حنيفة ان شاء سعى في ثلثي القيمة حالا وان شاء سعى في ثلثي الكتابة مؤجلا وعند أبي يوسف ومحمد لا خيار له ويسعى في الاقل لان الكتابة سبقت الاعتاق والاعتاق في المرض بمنزلة التدبير ولو دبره كان حكمه هذا على ما ذكرنا في كتاب التدبير كذا إذا اعتقه في المرض ويجوز له اعتاقه عن الكفارة عندنا خلافا للشافعي والمسألة تذكر في كتاب الكفارات ولو أعتق الولد المولود أو المشتري في

[ 151 ]

الكتابة جاز ولا يسقط شيء من بدل الكتابة والقياس ان لا يجوز اعتاقه وهو قول زفر وجه القياس ان في اعتاقه الولد ابطال حق المكاتب لانه يملك كسب ولده المولود والمشتري وبالاعتاق يبطل واليه أشار في الاصل فقال لان للمكاتب ان يستخدمهم وجه الاستحسان ان المكاتب انما يسعى في حرية نفسه وأولاده وقد نال هذا المقصود وانما لا يسقط من بدل الكتابة شيء لان البدل كله على المكاتب فلا يسقط شيء منه بعق الولد ولو أعتق أم ولد المكاتب لم يجز لان المكاتب لو عتق كانت هي أم ولد على حالها لانها لم تصر مكاتب بكتابتها فلا تعتق بعق المكاتب ولا يجوز له بيع المكاتب بغير رضاه بلا خلاف لان فيه ابطال حق المكاتب من غير رضاه وهو حق الحرية فلا يجوز بيعه كالمدير وأم الولد وان رضى به المكاتب جاز ويكون ذلك فسحا للكتابة لان امتناع الجواز كان لحق المكاتب فإذا رضى فقد زال المانع وذكر ابن سماعة عن محمد ان المولى والمكاتب إذا اجتمعا في البيع قال البيع لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لانه لما باعه المولى رضاه فقد تراضيا على الفسخ فيكون اقالة والكتابة تحتمل الاقالة وما روى عن عائشة رضى الله عنها انها اشترت بريرة وكانت مكاتبه فمحمول على ان ذلك كان رضاهم وعلى هذا الهبة والصدقة والوصية ولو كاتب جارية لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها لان ذلك انتفاع بها والمولى كالأجنبي في منافعها ولو وطئها غرم العقر لها تستعين به على أداء بدل الكتابة لانه بدل منفعة مملوكة لها ولو وطئها فعلقت منه ثبت نسب الولد إذا ادعاه لان النسب يثبت بشبهة الملك وتأويل الملك فلا يثبت بحقيقته أولى صدقته المكاتبه أو كذبه لما مر ثم ان جاءت بولد لاكثر من ستة أشهر فعليه العقر وان جاءت به لاقل من ستة أشهر فلا

عقر عليه والمكاتبة بالخيار ان شاءت مضت على كتابتها فادت وعتقت وأخذت العقر إذا كان العلوق في حال الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد وسقط العقر لما ذكرنا في كتاب الاستيلاء ولو جنى المولى على المكاتب غرم الارش ليستعين به على الكتابة ولو استهلك شيئاً من كسبه فهو دين عليه لانه احق بكسبه من المولى فكان في مكاسبه كالحرق وكذا ما استهلك المكاتب من مال المولى لما قلنا ولو اشترى المكاتب امرأته لا يفسخ النكاح وكذا إذا اشترت المكاتب زوجها لان الثابت للمكاتب حق الملك لا حقيقة الملك وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء كالعدة انها تمنع من انشاء النكاح وإذا طرأت على النكاح لا تبطله ولهذا قال اصحابنا ان المولى إذا زوج ابنته من مكاتبه لا يبطل النكاح بموت الاب لان البنت لا تملك المكاتب حقيقة الملك بل يثبت لها حق الملك فيمنع ذلك من الابتداء ولا يمنع من البقاء فكذا هذا ولو سرق منه يجب القطع على السارق لان المكاتب أحق بمنافعه ومكاسبه فكان له حق الخصومة فيه كالحرق فيقطع بخصومته ولو جنى المكاتب على انسان خطأ فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان رقبته مملوكة للمولى الا أنه تعذر الدفع من غير اختيار بسبب الكتابة فصار كالعبد القن إذا جنى جناية ثم اعتقه المولى من غير علمه بالجناية والحكم هناك ما ذكرنا فكذا ههنا فينظر ان كان ارش الجناية أقل من قيمته فعليه ارش الجناية لان المجني عليه لا يستحق اكثر من ذلك فإذا دفع ذلك فقد سقط حقه وان كانت قيمته أقل من ارش الجناية فعليه قيمته لان حكم الجناية تعليق بالرقبة لكون الرقبة ملك المولى وهي لا تحتمل اكثر من قيمتها فلا يلزمه أكثر من ذلك وكذلك لو جنى جنایات خطأ قبل أن يحكم عليه بالجناية الاولى لا يجب عليه الا قيمة واحدة وان كثرت جنایاته في قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر يجب عليه في كل جناية الاقل من ارشها ومن قيمته وهذا فرع اختلافهم في أن جنایاته تتعلق بالرقبة أو بذمته فعندنا تتعلق برقبته والرقبة لا تتسع لاكثر من قيمة واحدة وعنده تتعلق بذمته والذمة متسعة والصحيح قولنا لما ذكرنا ان رقبته مملوكة للمولى فانها مقدور الدفع في الجملة بان يعجز فيدفع الا انه تعذر الدفع بالمنع السابق وهو الكتابة من غير اختيار فصار كما لو جنى جنایات ثم اعتقه المولى من غير علمه بها وهناك لا يلزمه الا قيمة واحدة كذلك ههنا هذا إذا جنى ثانياً قبل ان يحكم عليه الحاكم بالاولى فاما إذا حكم الحاكم بالاولى ثم جنى ثانياً فانه يلزمه قيمة أخرى بالجناية الثانية لانها لما حكم الحاكم فقد انتقلت الجناية من رقبته إلى ذمته

[ 152 ]

فحصلت الجناية الثانية والرقبة فارغة من جنایته متعلقة بها فصار بمنزلة الجناية المبتدأة فرق بين هذا وبين ما إذا حفر المكاتب بئراً على قارعة الطريق فوق وقع فيها انسان ووجب عليه أن يسعى في قيمته يوم حفر ثم وقع فيها آخر انه لا يلزمه اكثر من قيمة واحدة سواء حكم الحاكم بالاولى أم لم يحكم ووجه الفرق ان هناك الجناية واحدة وهي حفر البئر فالضمان الذي يلزمه انما يلزمه بسبب واحد فوقع الثاني وان كان بعد حكم الحاكم لكن بسبب سابق على حكمه فصار كأنه قتلها دفعة واحدة فلا يلزمه الا قيمة واحدة فاما ههنا فقد تعددت الجناية والثانية حصلت بعد فراغ رقبته عن الاولى وانتقالها إلى ذمته فيتعدد السبب فيتعدد الحكم ولو سقط حائط مائل اشهد عليه على انسان فقتله فعليه ان يسعى في قيمته لان المكاتب يملك النقص قيض الاشهاد عليه كما في الحر ويجب عليه قيمة نفسه كما لو قتل آخر خطأ وكذلك إذا وجد في دار المكاتب قتيل فعليه ان يسعى في قيمته إذا كانت قيمته أكثر من الدية فينتقص منها عشرة دراهم فان جنى جنایات ثم عجز قبل ان يقضى بها دفعه مولاه بها

أو فداه وان قضى عليه بالسعاية ثم عجز فهي دين في رقبته يباع فيه لانه إذا لم يقض عليه لم تصر القيمة دينا في رقبته فهو عبد قن جنى جناية انه يخاطب مولاه بالدفع أو الفداء وإذا قضى عليه بالقيمة صار ذلك دينا في رقبته فإذا عجز صار حكمه حكم عبد لحقه الدين انه يباع أو يقضى السيد دينه هذا كانت جنايته عمدا بان قتل رجلا عمدا قتل به لانه لو كان حر لقتل به فالمكاتب أولى هذا إذا جنى المكاتب على غيره فاما إذا جنى غيره عليه فان كان خطأ فالارش له وأرشه أرش العبد اما كون الارض له فلان اجزاءه ملحقة بالمنافع وهو أحق بمنافعه وأما كون ارشه ارش العبد فلانه عبد ما بقى عليه درهم بالحدیث فكانت الجناية عليه جناية على العبد فكان ارشها أرش العبيد وان كان عمدا فالمسألة على ثلاثة أوجه في وجه يجب القصاص في قولهم وفي وجه لا يجب القصاص وفي وجه اختلفوا فيه أما الاول فهو أن يقتله رجل عمدا ولم يترك وفاء فللمولى أن يقتل القاتل لانه لم يترك وفاء فقد مات عاجزا فمات عبدا والعبد إذا قتل عمدا يجب القصاص على قاتله ان كان عبدا بالاجماع وان كان حر عندنا كذلك ههنا وأما الوجه الثاني فهو أن يقتل عمدا ويترك وفاء ويترك ورثة أحرارا سوى المولى فلا يجب القصاص لاشتباهه ولي القصاص لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم في أنه يموت حرا أو عبدا على ما نذكر ان شاء الله تعالى فمن قال مات حرا قال ولاية الاستيفاء للورثة ومن قال مات عبدا قال الولاية للمولى قاشتبه المولى فلم يجب القصاص فان قيل قياس هذه النكته انه إذا اجتمع المولى والورثة ينبغي أن يجب القصاص لارتفاع الاشتباه عند الاجتماع كالعبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر إذا قتل ان لهما أن يجتمعا فيقتلا وكذا العبد المرهون إذا قتل فاجتمع الراهن والمرتهن على القصاص ان لهما أن يستوفياه كذلك ههنا فالجواب ان المانع هو اشتباه المولى وهذا الاشتباه لا يزول بالاجتماع لان الولاية لاحدهما وهو المولى أو الوارث وهذا النوع من الاشتباه لا يزول اجتماعهما بخلاف مسألة الوصية لان هناك لا اشتباه فان الولاية لصاحب الرقبة لان الملك له وانما لصاحب الخدمة حقى قوى لشبهة الملك فصار بمنزلة عبد بين اثنين قتل فاجتمع الوليان على الاستيفاء بخلاف مسألة الرهن فان المستحق للقصاص هناك هو الراهن إذ الملك له الا أن للمرتهن فيه حقا فإذا رضى بالاستيفاء فقد رضى بسقوط حقه وهنا بخلافه على ما بيناه وأما الوجه الثالث فهو أن يقتل عمدا ويترك وفاء ولا وارث له سوى المولى فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف يجب القصاص للمولى لانه لا اشتباه ههنا لان القصاص يكون للمولى كيفما كان سواء مات حرا أو عبدا وقال محمد لا يجب لان المولى ان لم يشتهه فسبب ثبوت الولاية قد اشتهه لانه ان مات حرا فالولاية تثبت بالارث وان مات عبدا فالولاية تثبت بالملك والجواب عن هذا من وجهين أحدهما ان السبب لم يشتهه لان المسبب واحد وهو الملك والولاء أثر من آثار الملك والثاني ان سلطنا ان السبب قد اشتهه لكن لا اشتباه في الحكم وهو الولاية لانها ثابتة بيقين فتثبت بأى سبب كان فان قتل ابن المكاتب أو عبده عمدا فلا قود عليه لان المكاتب وهو أبو المقتول أو مولى العبد لو عتق كان القصاص له ولو

[ 153 ]

عجز كان القصاص للمولى فاشتبهه الولي وبهذا علل في الاصل فقال لاني لا أدري انه للمولى أو للمكاتب ومعناه ما ذكرنا وان اجتمعا على ذلك لم يقتص أيضا لان الولاية لاحدهما وهو غير معلوم فان عفوا فعفوهم باطل والقيمة واجبة للمكاتب اما بطلان العفو فأما عفو المولى فلانه لا يملك كسب المكاتب فلا يصح عفوه وأما عفو المكاتب



فلان القيمة قد وجبت على القائل فكان ابراء المكاتب تبرعا منه وأنه لا يملك التبرع فان قتل مولى مكاتبه عمدا أو خطأ فلا قصاص عليه في العمد بلا شك لان رقبته مملوكة له فيصير شبهة سواء ترك وفاء أو لم يترك لا يجب القصاص لما قلنا غير أنه ان ترك وفاء فعلى المولى قيمته يقضى بها كتابته وكذلك لو قتل ابنه لان القصاص قد سقط بالشبهة فتجب الدية فسقط عنه قدر ماله من الكتابة لان الاصل ان كال ديتين التقيا من جنس واحد في الذمة وليس في اسقاطه ابطال العقد ولا استحق قبضه في المجلس فانه يصير أحدهما بالآخر قصاصا وما بقى يكون لو ارثه لا للمولى لانه قاتله فلا يرثه وانما يصير ذلك قصاصا إذا حل أجل الدية لان القيمة وجبت عليه بالقتل مؤجلة ولو قتل عبد المكاتب رجلا خطأ يقال للمكاتب ادفعه أو افده بالدية لان العبد من تجارته وكسبه فكان التدبير إليه كعبد المأذون جنى جناية خطأ انه يخير المأذون بين الدفع والفاء فالمكاتب أولى بخلاف نفس المكاتب إذا جنى انه يلزمه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان نفس المكاتب لا تحمل النقل بخلاف كسبه وإذا لم تحمل النقل فتعذر الدفع من غير اختيار فصار كما لو أعتق نفس العبد الجاني من غير علمه بالجناية وثمة يلزمه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية كذا ههنا وبؤخذ المكاتب باسباب الحدود الخالصة ونحوها كالزنا والسرقه والشرب والسكر والقذف لا القن لانه مأخوذ بها فالمكاتب أولى ولا يقطع في سرقة من مولاه لانه عبده وكذا لا يقطع في سرفته من ابن مولاه ولا من امرأة مولاه ولا من كل ذى رحم محرم من مولاه لان واحدا من هؤلاء لو سرق حق المولى لا يقطع فكذا مكاتبه وكذا لو سرق واحد من هؤلاء من المكاتب لا يقطع لان واحدا منهم لو سرق من المولى لا يقطع فكذا إذا سرق من المكاتب ولو سرق منه أجنبي يقطع بخصومته لان المكاتب أحق بمكاسبه ومنافعه فكان له حق الخصومة كالحرف فيقطع بخصومته ويصح من المولى وغيره نسب ولد أمته المكتوبة إذا لم يكن له نسب معروف صدقته المكتوبة أو كذبتة جاءت به لاقل من ستة أشهر أو لاكثر لما ذكرنا فيما تقدم انه ادعى نسب ولد جارية مملوكة له رقبة فكان ولدها مملوكا له أيضا ونسب ولد الجارية المملوكة يثبت بالدعوة من غير حاجة إلى التصديق ثم الامة بالخيار ان شاءت عجزت نفسها وان شاءت مضت على الكتابة فان مضت على الكتابة فلها العقر ان كان العلوق في حال الكتابة بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الكتابة لانها أحق بمنافعها ومكاسبها والمولى كالأجنبي عنها والعقر بدل منافع بضعها فيكون لها وان عجزت نفسها وصارت أم ولد له سقط العقر هذا إذا استولد مكاتبته فان دبر مكاتبته فكذلك هو بالخيار ان شاء نقض الكتابة وان شاء مضى عليها لتوجه العتق إليه من جهتين فكان له الخيار فان مات مولاه وهو لا يخرج من الثلث فقد ذكرنا الاختلاف فيما تقدم ولو ادعى نسب ولد جارية المكاتب وليس له نسب معروف وقد علقت به في ملك المكاتب صحت دعوته لما قلنا ويحتاج فيه إلى تصديق المكاتب استحسانا وقد ذكرنا هذا في كتاب الاستيلاء ولا يحبس المكاتب ببدل الكتابة لانه دين قاصر حتى لا تجوز الكفالة عند عامة العلماء خلافا لابن أبى ليلى هو يقول بانه دين فتصح الكفالة كسائر الديون ولنا أن حكم الكفالة ثبوت حق المطالبة للكفيل بمثل ما في ذمة الاصيل وهذا لا يتحقق ههنا لان الثابت في ذمة الاصيل دين يحبس به ودين لا يحبس به فلو جوزنا الكفالة به لم يكن الثابت بها حق المطالبة بمثل ما في ذمة المكفول عنه فلا يتحقق حكم الكفالة بخلاف سائر الديون وأما الذى يتعلق باداء بدل الكتابة فهو عتق المكاتب ولا يعتق الا باءاء جميع بدل الكتابة عند عامة العلماء وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه وقال على رضى الله تعالى عنه يعتق بقدر ما أدى ويبقى الباقي رقيقا وقال ابن مسعود رضى

الله عنه إذا أعطى مقدار قيمته عتق ثم يصير بمنزلة الغريم قال عبد الله بن عباس رضى الله عنهما إذا كاتب العبد مولاه فهو غريم من الغرماء وهذا يدل على

[ 154 ]

أن مذهبه ان المكاتب يعتق بنفس الكتابة وقد روى محمد بن الحسن عن شريح مثل ذلك وجه قول على كرم الله وجهه ان المكاتبه عقد معاوضة فإذا أدى العبد بعض بدل الكتابة إلى المولى فقد ملك المولى ذلك القدر فلو لم يملك من نفسه ذلك القدر لاجتمع للمولى ملك البدل والمبدل وهذا لا يجوز وجه قول ابن مسعود رضى الله عنه ان قيمة العبد مالية فلو عتق بآداء ما هو أقل من قيمته لتضرر به المولى وإذا أدى قدر قيمته فلا ضرر على المولى وجه قول ابن عباس رضى الله عنهما انه لو لم يعتق بنفس العقد لوجب للمولى على عبده دين ولا يجب للمولى على عبده دين ولان الكتابة اعتاق على مال ومن أعتق عبده على مال وقبل العبد عتق والمال دين عليه كذلك ههنا وجه قول زيد بن ثابت رضى الله عنه قول النبي صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وهذا نص في الباب ولان المولى علق عتقه بآداء جميع بدل الكتابة فلا يعتق ما لم يؤد جميعه كما لو قال لعبده إذا أديت إلى ألفا فانت حر انه لا يعتق ما لم يؤد جميع الالف كذا ههنا ثم العتق كما يثبت بآداء بدل الكتابة يثبت بآداء العوض عن بدل الكتابة لان عوض الشئ يقوم مقامه ويسد مسده كانه هو كما في البيع وغيره على أن بدل الكتابة دين في ذمة العبد وقضاء الديون يكون باعواضها لا باعيانها وكذا يثبت بالبراء لما نذكر ثم إذا أدى بدل الكتابة وعتق يعتق ولده المولود في الكتابة بان ولد للمكاتب ولد من أمة اشتراها لانه صار مكاتباً تبعاً للاب فيثبت فيه حكم الاصل الا ان للمولى أن يطالب الاب دون الولد لانه لم يدخل في العقد مقصوداً بل تبعاً فلا يملك مطالبة التبع حال قيام المتبوع وكما يعتق المكاتب الآداء من كسبه يعتق بالآداء من كسب ولده لان كسب الولد كسبه فإذا أدى يعتق هو وولده وكذا ولده المشترك في الكتابة وولد ولده وان سفل والوالدون وان علوا إذا اشتراهم المكاتب يدخلون في الكتابة كالولد المولود سواء لا فرق بينهم الا في فصل واحد وهو أنه إذا مات المكاتب من غير مال يقال للولد المشتري وللوالدين اما أن تؤدوا الكتابة حالا والا ردناكم في الرق بخلاف الولد المولود في الكتابة لما نذكر وأما ما سوى الوالدين والمولودين من ذوى الرحم المحرم كالآخ والعم والخال ونحوهم فهل يدخلون في الكتابة قال أبو حنيفة لا يدخلون وقال أبو يوسف ومحمد يدخلون ويسعون على النجوم بمنزلة الوالدين والمولودين والاصل عندهما ان كل من إذا ملكه الحر يعتق عليه فإذا ملكه المكاتب يتكاتب عليه ويقوم مقامه وجه قولهما ان المكاتبه عقد يفضى إلى العتق فيعتبر بحقيقة العتق والحكم في الحقيقة هذا فكذا في كسب الكسب المفضى إليه ولهذا اعتبر بحقيقة العتق في الوالدين والمولودين كذا ههنا ولاي حنيفة ان الاصل أن لا يثبت التكتاب رأساً لان ملك المكاتب ملك ضروري لكونه مملوكاً ما بقى عليه ردهم فلا يظهر في حق التبرع والعتق وانما يظهر في حق حرية نفسه الا ان حرية ولده وأبويه في معنى حرية نفسه لكان الحرية ولم يوجد في سائر ذوى الرحم فيبقى الامر فيهم على الاصل وبديل القياس من وجه آخر يقتضى أن لا يدخل الولد لانه كسبه وحق الحرية لا يسرى للاكتساب ككسب أم الولد والمدير وانما استحسنا الولاد بحكم الحرية ولم يوجد والولد المنفصل قبل العقد لا يدخل في الكتابة ويكون للمولى ولو اختلفا فقال المولى ولد قبل العقد وقالت المكاتبه بعد العقد ينظر ان كان الولد في يد المولى فالقول قوله انه انفصل قبل العقد وان كان في يد الامه فالقول قولها ويحكم فيه الحال كمن استاجر عبداً ومضت مدة الاجارة ثم

اختلفا فادعى المستأجر الابق والمؤاجر ينكر انه ينظر ان كان في الحال آبقا فالقول قول المستأجر وان لم يكن في الحال آبقا فالقول قول المؤاجر وكذلك هذا في الطاحونة إذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه فان كان في الحال منقطعا فالقول قول المتساجر وان كان جاريا فالقول قول المؤاجر ولو تصادقا في الابق والانقطاع واختلفا في مدة الابق والانقطاع فالقول قول المستاجر لانه منكر وجوب الزيادة وسواء كان الاداء في حال حياة العاقدين أو بعد موتهما حتى لو مات المولى فادى المكاتب إلى ورثته عتق لان العقد لا يفسخ بموت المولى بلا خلاف وكذا لو مات المكاتب عن وفاء يؤدي بدل الكتابة إلى المولى ويحكم بعنقه عندنا وعند الشافعي لا يعتق ويسلم البدل للمولى بناء على أن عقد الكتابة لا يفسخ بموت المكاتبه عندنا كما لا يفسخ بموت المولى وعنده يفسخ بموت

[ 155 ]

المكاتب وقد اختلف الصحابة رضى الله عنهم في المكاتب إذا مات عن وفاء انه يموت حرا أو عبدا قال على رضى الله عنه وعبد الله بن مسعود رضى الله عنه يموت حرا فيؤدي بدل كتابته ويحكم بحريته وبه أخذ أصحابنا وعن زيد بن ثابت رضى الله عنه انه يموت عبدا والمال كله للمولى وبه أخذ الشافعي وجه قول الشافعي انه لو عتق لا يخلو اما أن يعتق قبل موته واما أن يعتق بعد موته لا سبيل إلى الاول لان العتق معلق باداء البدل والاداء لم يوجد قبل الموت ولا سبيل إلى الثاني لان محل العتق قد فات لان محله الرق وقد فات بالموت واثبات الشئ في غير محله محال فامتنع القول بالعتق ولا يقال انه يعتق مستندا إلى آخر جزء من أجزاء حياته وهو قابل للعتق في ذلك الوقت لان الاصل فيما يثبت مستندا انه يثبت للحال ثم يستند ألا ترى ان من باع مال الغير توقف على اجازة المالك عندكم فان هلك المال ثم أجاز المالك لا تلحقه الاجازة لان الحكم يثبت عند الاجازة مستندا فيراعى قيام محل الحكم للحال والمحل ههنا لا يحتمل العتق للحال فلا يستند ولنا ما روى عن قتادة أنه قال قلت لسعيد بن المسيب ان شريحا قال في المكاتب إذا مات عن وفاء وعليه دين بدئ بدين الكتابة ثم بالدين فقال سعيد خطأ شريح وان كان قاضيا فان زيد بن ثابت رضى الله عنه يقول ان المكاتب إذا مات عن وفاء وعليه دين بدئ بالدين ثم بالكتابة فاختلف الصحابة رضى الله عنهم في الترتيب والميل على اتفاهم على بقاء عقد الكتابة بعد الموت فرواية قتادة تشير إلى اجماع الصحابة رضى الله عنهم على ما قلنا ومثله لا يكذب فلا يعتد بخلاف الشافعي لان المعتق في الحقيقة معلق بسلامة البدل للمولى اما صورة ومعنى بالاستيفاء واما معنى الصورة بأخذ العوض أو البراء لا بصورة الاداء من المكاتب لان العتق يثبت من غير اداء أصلا بأخذ المولى وبالبراء وقد سلم البدل للمولى اما صورة ومعنى بالاستيفاء واما معنى لا صورة بالبراء أما طريق الاستيفاء فلان هذا عقد معاوضة بين المولى والمكاتب وحكمه في جانب المولى ملك البدل وسلامته وفي جانب المكاتب سلامة رقبته بالحرية وسلامة أولاده واكسابه حال سلامة البدل للمولى وفي الحال زوال يد المولى عنه وصيرورته أحق بمنافعه ومكاسبه وقد ثبت الملك في المبدل للمولى في ذمة العبد للحال حتى لو تبرع عنه انسان بالداء وقبل المولى صح ولو أبراه جاز البراء ويعتق ولو أجال المكاتب على غريم له عليه دين من اكسابه وقبل المولى صح وعتق وإذا ثبت الملك للمولى في البدل كان ينبغي أن يزول المبدل من ملكه وهو رقبة المكاتب وتسلم له رقبته تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة إذ المعاوضة في الحقيقة بين البدل والقربة كما في سائر المعاوضات من البيع والاجارة كما في الخلع والاعتاق على مال الا أن الزوال لو

ثبت ههنا للحال بقى الدين في ذمة المفلس ويتكامل في الاداء فيتضرر به المولى فيمتنع الناس عن الكتابة فشرع هذا العقد على خلاف موجب المعاوضات في ثبوت السلامة وزوال المبدل عن المولى الا بسلامة البديل له على الكمال نظرا للموالي وترغيبا لهم في عقد الكتابة ونظرا للعبيد ليتوصلوا إلى العتق فإذا جاء آخر حياته وعجز عن الكسب انتقل الدين من ذمته إلى أكسابه كما في الحر الا أن الكسب قد لا يسلم له اما بالهلاك أو باخذ الورثة فإذا أدى ذلك إلى المولى فقد وجد الشرط وهو سلامة البديل للمولى فيسلم المبدل للمكاتب وهو رقبته له وأما البراء فهو انه لما بلغ آخر حياته يسقط عنه المطالبة بأداء البديل لعجزه عن الاداء بنفسه وانتقل إلى المال خلفا عن المطالبة عنه فيطالب به وصيه أو وارثه أو وصى القاضى فإذا أدى النائب سقطت المطالبة عن النائب في آخر حياته فيبرأ عن بدل الكتابة وتسقط عنه المطالبة في ذلك الوقت فيعتق في ذلك الوقت وقد خرج الجواب عما ذكره الشافعي لما ذكرنا ان الشرط ليس هو من صورة الاداء بل سلامة البديل صورة ومعنى بالاستيفاء أو معنى بالبراء وقد حصل ومن أصحابنا من قال ان العتق يثبت بعد الاداء مقصورا عليه ويبقى حيا تقديرا لاحراز شرف الحرية كما يبقى المولى حيا بعد الموت تقديرا لاحراز شرف الكتابة ويثبت العتق فيه وهو مثبت حقيقة ويقدر حيا على اختلاف طريق أصحابنا في ذلك على ما عرف في الخلافات ولو مات المكاتب وترك وفاء وأولادا أحرارا بأن ولدوا من امرأة حرة يؤدي بدل كتابته وما فضل يكون ميراثا بين أولاده الاحرار لان المكاتب يعتق في آخر جزء

[ 156 ]

من حياته ثم يموت فيموت حر فيرث منه أولاده الاحرار وكذلك أولاده الذين ولدوا في الكتابة لانهم صاروا مكاتبين تبعا له فإذا عتق هو في آخر حياته يعتقدون هم أيضا تبعا له فإذا مات هو فقد مات حرا وهم أحرار فيرثونه وكذا أولاده الذين اشتراهم في الكتابة ووالداه لما قلنا وكذا ولده الذى كوتب معه كتابة واحدة لانه عتق معه في آخر حياته فيرثه وأما ولده الذى كاتبه كتابة على حدة لا يرثه لانه لا يعتق بعتقه فيموت حرا وولده مكاتب والمكاتب لا يرث الحر ولو مات وترك وفاء وعليه دين أجنبي ودين المولى غير الكتابة وله وصايا من تديره وغير ذلك وترك ولدا حرا أو ولدا ولد له في الكتابة من أمته يبدأ بدين الاجانب ثم بدين المولى ثم بالكتابة والباقي ميراث بين سائر أولاده وبطلت وصاياه أما بطلان وصاياه فلوجهين أحدهما يخص التدبير والثانى يعم سائر الوصايا أما الاول فلان المدبر يعتق بموت السيد والمكاتب ليس من أهل الاعتاق وأما الثانى فلانه إذا أدى عنه بعد الموت فانه يحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وذلك زمان لطيف لا يسع الوصية ثم انتقل الملك إلى الوارث والملك للموصى له يثبت بعقد الوصية الذى هو فعله فإذا لم يتسع الوقت له لا يمكن اثباته بخلاف الميراث لان الملك ينتقل إلى الورثة من غير صنع العبد وإذا بطلت الوصايا بقيت الديون وأما ترتيب الديون فيبدأ بدين الأجنبي لان الاصل في الديون المتعلقة بالتركة انه يبدأ بالاقوى فالاقوى كما في دين الصحة مع دين المرض ودين الأجنبي أقوى من دين المولى لانه يبطل بالرق دين المولى ولا يبطل دين الأجنبي بل يباع فيه فيبدأ بدين الأجنبي ثم ينظر في بقية التركة فان كان فيها وفاء بدين المولى وبالكتابة بدئ بدين المولى ثم بالكتابة لان دين المولى أقوى من دين الكتابة بدليل انه تصح الكفالة به ولا تصح بدين الكتابة وكذا المكاتب يملك اسقاط دين المكاتب عن نفسه قصدا بأن يعجز نفسه ولا يملك اسقاط دين المولى قصدا بل يسقط ضرورة بسقوط الكتابة فكان دين المولى أقوى فيقدم على دين الكتابة وان لم يكن في التركة وفاء

بالديون جميعا بدئ بدين الكتابة لانه لو بدئ بقضاء دين المولى لبطل القضاء لانه إذا قضى ذلك فقد صار عاجزا فيكون قد مات عاجز فتبطل الكتابة فلم يصح القضاء لانه بالعجز صار قنا ولا يجب للمولى على عبده القن دين وليس في البداءة بقضاء دين الكتابة ابطال القضاء فيكون أولى فيبدأ بالكتابة حتى يعتق ويكون دين المولى في ذمته فربها يستوفى منه إذا ظهر له مال وما فضل عن هذه الديون فهو ميراث لاولاده الاحرار من امرأة حرة ولاولاده المولودين في الكتابة لانهم عتقوا بعته في آخر جزء من أجزاء حياته فيرثون كالحرة الاصل ولو مات وترك وفاء وعليه دين وجناية ومكاتبه ومهر وأولاد أحرار من امرأة حرة وأولاد ولدوا في الكتابة من أمته وأولاد اشتراهم يبدأ بالدين ثم بالجناية ثم بالكتابة ثم يكون الباقي ميراثا لجميعهم لان الدين أقوى من الكتابة لما بينا ثم ينظر إلى ما بقى من المال فان كن فيه وفاء بالكتابة فانه يبدأ بالجناية لانه إذا كان به وفاء بالجناية صار كان المكاتب قن فيقضى عليه بالجناية ومتى قضى عليه بالجناية يصير عاجزا إذا لم يكن في الباقي وفاء وان لم يكن في المال وفاء بالكتابة وكان فيه وفاء بالخيار أو لم يكن فقد مات المكاتب عبدا وبطلت الجناية لانه لا حق لصاحب الجناية في مال العبد وانما كان حقه في الرقبة وقد فانت الرقبة وهذا إذا كان القاضى لم يقض بالجناية في حال حياته فان كان القاضى قضى عليه بالجناية صار حكمه حكم سائر الديون وأما المهر فان كان تزوج نكاحا صحيحا باذن المولى فحكمه حكم سائر الديون وان كان النكاح بغير اذن المولى لا يجب للمرأة شئ ما لم يقضى سائر الديون والجناية والكتابة فان فضل شئ يصرف إلى المهر لان في النكاح الفاسد انما يتبع بالمهر بعد العتاق لانه يصح في حق المولى فإذا زال حق المولى فحينئذ يؤاخذ به فان أدبت كتابته وحكم بحريته وحرية اولاده صار الباقي ميراثا لاولاده كلهم لانهم عتقوا بعته وكذلك ان كان الابن مكاتباً معه لانهم عتقوا في زمان واحد وان كاتب الابن مكاتبه على حدة لا يرث منه لانه لا يعتق بعته ولا يستند عتقه في حقه فلا يرث منه وان مات المكاتب من غير وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة بأن ولدت أمته التي اشتراها بأن كان المكاتب تزوج أمة انسان باذن

[ 157 ]

مولاه فولدت منه ثم اشتراها المكاتب وولدها أو المكاتب ولدت من غير مولاه فانه يسعى في الكتابة على نجوم أبيه لا يبطل الاجل لانه إذا مات لا عن وفاء فقد مات عاجزا فقام الولد مقامه كانه حى ولو كان حيا حقيقة لكان يسعى على نجومه فكذا ولد بخلاف ما إذا مات عن وفاء لانه مات قادرا فيؤدى بدل الكتابة للحال ولا يوخر إلى أجله بل يبطل الاجل لان موت من عليه الدين يبطل الاجل في الاصل كما في سائر الديون وليس ههنا أحد يقوم مقامه حتى يجعل كانه حى وإذا أدى السعاية عتق أبوه وهو وأما ولده المشتري في الكتابة فانه لا يسعى على نجومه بل يقال له اما أن تؤدى السعاية حالا أو ترد إلى الرق ولا يقال ذلك للمولد في الكتابة بل يسعى على نجوم أبيه ولا يرد إلى الرق الا إذا أخل بنجم أو بنجمين على الاختلاف وانما كان ذلك لان دخول الولد في الكتابة بطريق التبعية وتبعية الولد المولود في الكتابة أشد من تبعية المشتري في الكتابة لان تبعيته باعتبار الجزئية والجزئية في الولد المولود في الكتابة حصلت في العقد فكان بمنزلة المكاتب نفسه والحكم في المكاتب على ما ذكرنا فكذا فيه ولا كذلك الولد المشتري لان جزئته ما حصلت في العقد فانحطت درجته عنه فلا بد من أظهار ذلك في الحكم ترتيبا للاحكام على مراتب الحجج في القوة والضعف وذكر القاضى في شرح الكافي الخلاف في المسألة وجعل ما ذكرنا قول أبى حنيفة وأما على قولهما فالولد المشتري الولد المولود سواء وجه قولهما ان

التكاتب على الولد المولود لمكان التبعية وهى موجودة في المشتري وجواب أبى حنيفة عن هذا ان معنى التبعية في المولد أقوى منه في المشتري فلا يصح القياس ولو مات من غير وفاء وترك الديون التى ذكرنا فالخيار في ذلك إلى الولد يبدأ باى ذلك شاء لان المكاتب إذا لم يترك وفاء صار التدبير إلى الولد لانه يقضى من كسبه فيبدأ باى ذلك شاء فان أخل بنجم أو بنجمين على الاختلاف يرد في الرق ولو كان بعض أولاده غائبا وبعضهم حاضرا فعجز الحاضر لا يرد في الرق حتى يحضر الغائب لجواز أن الغائب يحضر فيؤدى ولو مات المكاتب ولم يترك وفاء لكنه ترك أم ولد فان لم يكن معها ولد بيعت في المكاتبه وان كان معها ولد استسعت فيها على الاجل الذى كان للمكاتب صغيرا كان ولدها أم كبيرا بناء على أن المكاتب إذا اشترى أم ولد وليس معها ولد فانها لا تدخل في مكاتبته وكان له أن يبيعها عند أبى حنيفة وكذا الموالة عندهما تدخل في مكاتبته فكذلك بعد موته تكون بمنزلته لما دخلت في الكتابة وإذا كان معها فانها تتبع ولدها في الكتابة عند أبى حنيفة ولا يجوز بيعها فكذا بعد الموت إذا كان معها ولد ولدته في الكتابة يصير كانه قائم لان الابن قام مقامه ولى قولهما لا فرق بين وجود الولد وعدمه وجه قولهما انها انما تسعى لان عتاق الاستيلاء بمنزلة عتاق النسب فلا يبطل بموت الولد فكان حالها بعد موت الولد وقبله واحدا ولا يبي حنيفة انه لا وراثة بينه وبينها وانما دلت في كتابته لكتابة ولدها تبعا فإذا مات الولد بطلت كتابتها لانه كتابة الولد بطلت بموته فيبطل ما كان تبعا له والله عزوجل أعلم ولو ولدت المكاتبه ولد واشترت ولدا ثم ماتت سعيها في الكتابة على النجوم والذى يلى الاداء المولود في الكتابة وهذا بناء على أن المولود في الكتابة يقوم مقام المكاتب والولد المشتري لا يقوم مقامه على الاتفاق أو على الاختلاف الا انه يسعى تبعا للولد المولود في الكتابة فلا تجب عليه السعاية الا ترى ان محمدا ذكر في الاصل فان قلت فلا يجب على الاخر شئ من السعاية قال لانها لو لم تدع غيره بيع الا أن يؤدى الكتابة عاجلا وانما قلنا الذى يلى الاداء هو الولد المولود في الكتابة لما ذكرنا ان الولد المشتري لا يقوم مقام المكاتب على الاتفاق أو على أصل أبى حنيفة والمكاتبه ولو كاتب حية لكانت تملك كسب ولدها المشتري فكذا الذى يقوم مقامها وان سعى المشتري فادى الكتابة لم يرجع على أخيه بشئ لانه أدى الكتابة من كسب الام لان كسب أم الولد المشتري للام فإذا أدى الكتابة من كسبه فقد أدى كتابة الام وكسبه لها فلا يرجع ولما ذكرنا ان الولد المولود قائم مقامها ولو كانت الام باقية فادى الولد المشتري فعتقت الام لم يرجع عليه بشئ كذا هذا وكذا الولد المولود في الكتابة لو سعى وأدى لم يرجع على المشتري بشئ من هذا المعنى وقال

[ 158 ]

بعضهم هذا إذا أدى المولود في الكتابة من مال تركته الام فاما إذا أدى من كسب اكتسبه بنفسه فانه يرجع بنصفه على المشتري ولم يذكر في الاصل حكم المولود في الكتابة وانما ذكر حكم المشتري انه إذا أدى لا يرجع ولو اكتسب هذا الابن المشتري كسبا كان لآخيه أن يأخذه ويستعين به في كتابته لما ذكرنا ان الولد المولود قائم مقام الام وهى لو كانت قائمة لكانت تملك أخذ كسب المشتري وكذا من يقوم مقامها وكذا إذا أراد أن يسلمه في عمل ليأخذ كسبه فيستعين به في مكاتبته كان له ذلك وكذلك لو أمرة القاضى أن يؤاجر نفسه أو أمر أخاه أن يؤاجره ويستعين باجره على أداء الكتابة كان ذلك جائزا لانه بمنزلتها وما اكتسب الولد المولود في الكتابة بعد موت أمه قبل الاداء فهو له خاصة لانه داخل في كتابة الام وقائم مقامها فما اكتسبه يكون له وما يكتسب أخوه حسب من التركة فتقضى منه المكاتبه والباقى منه ميراث بينهما

والفرق بينهما ان الولد المولود في الكتابة قام مقامها فكان حكمها كحكمه وكسب المكاتبه لها كذا كسب ولدها وأما الولد المشتري فلم يقيم مقامها غير انه كسبها بجميع ما اكتسبه فيصير كأنها ماتت عن مال ولو ماتت عن مال تؤدي منه كتابتها والباقي ميراثا بينهما وكذا هذا وقيل هذا كله قول أبي حنيفة فاما على قولهما فالولد ان يقوم مقامها ولا يملك كل واحد منهما كسب صاحبه لان كل واحد منهما لو كان منفردا لقام مقام المكاتبه ويسعى على النجوم عندهما فكذا إذا اجتمعا لم يكن أحدهما باولى من الآخر والله عزوجل الموفق وأما الفاسد وهي التي فاتها شيء من شرائط الصحة وهي ما ذكرنا فيما تقدم فلا يثبت بها شيء من الاحكام المتعلقة بما قبل الاداء لان الكتابة الفاسدة لا توجب زوال شيء مما كان للمالك عنه إلى المكاتب فكان الحال بعد العقد كالحال قبله وأما الحكم المتعلق بالاداء وهو العتق فالفاسد فيه كالصحيح حتى لو أدى يعتق لان الفاسد من العقد عند اتصال القبض كالصحيح على أصل أصحابنا ونفس المكاتب في قبضته الا ان في الكتابة الفاسدة إذا أدى يلزمه قيمة نفسه وفي الكتابة الصحيحة يلزمه المسمى لما عرف ان الاصل أن يكون الشيء مضمونا بالمثل والقيمة هي المثل لانها مقدار ماليته وانما المصير إلى المسمى عند صحة التسمية تحرزا عن الفساد لجهالة القيمة فإذا فسدت فلا معنى للتحرز فوجب الرجوع إلى الاصل وهو القيمة كما في البيع ونحوه وكذا في الكتابة الفاسدة للمولى ان يفسخ الكتابة بغير رضا العبد ويرده إلى الرق وليس له أن يفسخ في الصحيحة الا برضا العبد وللعبد أن يفسخ في الصحيح والفساد جميعا بغير رضا المولى لما ذكرنا ان الفاسدة غير لازمة في حقهما جميعا والصحيحة لازمة في حق المولى غير لازمة في حق العبد ثم إذا أدى في الكتابة الفاسدة ينظر إلى المسمى والى قيمة العبد أيهما أكثر على ما ذكرنا الكلام فيه فيما تقدم وسواء كان الاداء في حياة المولى أو بعد موته إلى ورثته استحسانا والقياس ان لا يعتق بالاداء إلى الورثة وجه القياس أن العتق في الكتابة الفاسدة يقع من طريق التعليق بالشرط لان في الكتابة معنى المعاوضة ومعنى اليمين فإذا فسدت بطل معنى المعاوضة فبقى معنى اليمين واليمين تبطل بموت الحالف ولان الكتابة الفاسدة لا توجب زوال ملك المولى وإذا بقى ملكه فإذا مات قبل الاداء انتقل إلى ورثته فلا يعتق بالاداء وجه الاستحسان انها مع كونها فاسدة فيها معنى المعاوضة والعتق فيها يثبت من طريق المعاوضة لا من طريق التعليق بالشرط بدليل أنه يجب فيها القيمة ولو كان العتق فيها بمحض اليمين لكان لا يجب فيها شيء لان القيمة لم تدخل تحت اليمين وكذا الولد المنفصل ومعلوم أن الولد المنفصل عند الشرط لا يدخل تحت اليمين فثبت أن فساد الكتابة لا يوجب زوال معنى المعاوضة عنها فثبت العتق فيها من طريق المعاوضة وأما قوله ان ملك المولى لا يزول في الكتابة الفاسدة فنعم لكن قبل قبض البدل فاما بعد القبض فانه يزول ذلك عند الاداء ولو كاتب أمته كتابة فاسدة فولدت ولدا ثم أدت عتقت وعتق ولدها معها لما ذكرنا ان الكتابة الفاسدة تعمل عمل الصحيح عند اتصال القبض به والاولاد يدخلون في الكتابة الصحيحة كذا في الفاسدة فان ماتت الام قبل أن تؤدي لم يكن عمل ولدها أن يسعى لان الولد قائم مقام الام ثم الام لا تجبر على السعاية كذلك الولد لكنه إذا سعى فيما على أمه يعتق استحسانا والقياس أن لا يعتق وهو على ما ذكرنا فيما إذا مات المولى فادت المال إلى

[ 159 ]

ورثته تعتق استحسانا والقياس أن لا تعتق وأما الباطلة وهي التي فاتها شرط من شرائط الانعقاد فلا يثبت بها شيء من الاحكام لان التصرف الباطل لا وجود له الا من

حيث الصورة كالبيع الباطل لا وجود له الا من حيث الصورة كالبيع الباطل ونحوه فلا يعتق بالاداء الا إذا نص على التعليق بان قال ان أدبت إلى ألفا فانت حر فادى يعتق لكن بالمكاتبه بل بالتعليق بالشرط ولا يلزمه شئ كما في التعليق بسائر الشروط (فصل) وأما بيان ما تنفسخ به الكتابة فإنها تنفسخ بالاقالة لانها من التصرفات المحتملة للفسخ لكون المعاوضة فيها أصلا فتجوز اقالتها كسائر المعاوضات وكذا تنفسخ بفسخ العبد من غير رضا المولى بان يقول فسخت المكاتبه أو كسرتها سواء كانت فاسدة أو صحيحة لما ذكرنا انها وان كانت صحيحة فإنها غير لازمة في جانب العبد نظرا له فيملك الفسخ من غير رضا المولى والمولى لا يملك الفسخ من غير رضا المكاتب لانها عقد لازم في جانبه وهل تنفسخ بالموت أما بموت المولى فلا تنفسخ بالاجماع لانه ان كان له كسب فيؤدى إلى ورثة المولى وان لم يكن في يده كسب فيكتسب ويؤدى فيعتق فكان في بقاء العقد فائدة فيبقى وان عجز عن الكسب يزول إلى الرق كما لو كان المولى حيا وإذا مات المولى فادى المكاتب مكاتبته أو بقية منها إلى ورثته عتق فولأؤه يكون لعصبة المولى لان الولاء لا يورث من المعتقد بعد موته لما نذكر في كتاب الولاء ان شاء الله تعالى وان عجز بعد موت المولى فرد إلى الرق ثم كاتبه الورثة كتابة أخرى فادى إليهم وعتق هو فولأؤه للورثة على قدر موراثتهم لانه عتق باعتاقهم فكان ماله ميراثا بينهم إذ الولاء يورث به ان كان لا يورث نفسه واما بموت المكاتب فينظر ان مات عن وفاء لا يفسخ عندنا خلافا للشافعي وان مات لا عن وفاء ينفسخ بالاجماع لانه مات عاجزا فلا فائدة في بقاء العقد فينفسخ ضرورة ولا يفسخ برده المولى بان كاتب مسلم عبده ثم ارتد للمولى لانها لا تبطل بموت المولى حقيقة فيموته حكما أولى ان لا يفسخ ولهذا لا تبطل سائر عقودهم بالردة كذا المكاتبه فان أقر بقبض بدل الكتابة وهو مرتد ثم أسلم جاز اقراره في قولهم وان قتل أو مات على الردة لم يجز في قول أبى حنيفة إذا لم يعلم ذلك الا بقوله بناء على ان تصرفات المرتد نافذة عنده بل هي موقوفه وان علم ذلك بشهادة الشهود جاز قبضه وكذا يجوز للمرتد أخذ الدين بشهادة الشهود في كل ما وليه من التصرفات كذا ذكر في الاصل لان رده بمنزلة عزل الوكيل فيملك قبض الديون التي وجبت بعقده كالوكيل المعزول في باب البيع انه يملك قبض الثمن بعد العزل وذكر في موضع آخر ولا يجوز قبض المرتدة لانه انما يملك لكونه من حقوق هذا العقد وحقوق هذا العقد وهو المكاتبه لا يتعلق بالعاقدة فلا يملك القبض بخلاف البيع وأما على أصلهما فاققراره بالقبض جائز لان تصرفاته نافذة عندهما فان لم يقبض شيئا حتى لحق بدار الحرب فجعل القاضى ماله ميراثا بين ورثته فاخذوا الكتابة ثم رجع مسلما فولأء العبد له لان رده مع لحوقه بدار الحرب بمنزلة موته ولو دفع إلى الورثة بعد موته كان الولاء له كذلك هذا ويأخذ من الورثة ما قبضوه منه ان وجد بعينه كما في سائر أملاكه التي وجدها مع الورثة باعيانها لان الوارث انما قبض بتسليط المورث فصار بمنزلة الوكيل والله عزوجل أعلم (كتاب الولاء) الولاء نوعان ولاء عتاقة وولاء مولاة أما ولاء العتاقة فلا خلاف في ثبوته شرعا عرفنا ذلك بالسنة واجماع الامة والمعقول أما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وهذا نص روى ان رجلا اشترى عبدا فأعتقه فجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انى اشتريت هذا فاعتقته فقال صلى الله عليه وسلم هو أخوك ومولاك فان شكرك فهو خير لك وشر لك وإن كفرك فهو خير لك وشر له وان مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته والاستدلال به من وجهين أحدهما انه جعله عصبه إذا لم يترك وارثا آخر والثانى انه صلى الله عليه وسلم جعل المعتقد مولى المعتقد بقوله صلى الله عليه وسلم هو أخوك ومولاك ولا يكون مولاة الا وان يكون ولاؤه له



ونظير هذا الاستدلال استدلالنا بقوله عزوجل والله خلقكم وما تعملون على تقدير تسليم ارادة المعمول من قوله سبحانه وتعالى وما تعملون في اثبات خلق الافعال من الله تبارك وتعالى أخبر سبحانه انه خلقهم وخلق معمولهم ولا معمول بدون العمل فيدل على كون المعمول مخلوق الله عزوجل وقوله الله عليه وسلم ان شكرك فهو خير له لان المعتق لما أنعم الله عليه بالاعتاق فقد وجب عليه الشكر فإذا شكره فقد أدى ما وجب عليه فكان خيرا له وقوله صلى الله عليه وسلم وشر لك لانه قد وصل إليه شئ من العوض فأوجب ذلك نقصانا في الثواب لانه يصير كانه أعتقه على عوض فكان ثوابه أقل ممن أعتق ولم يصل إليه على اعتاقه عوض دنيوى أصلا ورأسا وقوله صلى الله عليه وسلم وان كفرك فهو خير لك لان اعتاقه إذا خلى عن عوض دنيوى يتكامل ثوابه في الآخرة وقوله صلى الله عليه وسلم وشر له لان شكر النعمة واجب عقلا وشرعا فإذا لم يشكره فقد ترك الواجب فكان شرا له وروى ان معتق بنت حمزة رضى الله عنه مات وترك بنتا فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته والنصف لابنة حمزة وروى عن عمر رضى الله عنه وعلى وعبد الله بن مسعود وأبى بن كعب وزيد بن ثابت وأبى مسعود الانصاري وأسامة ابن زيد رضى الله عنهم انهم قالوا الولاء للكبير فاتفق هؤلاء النجباء من الصحابة رضى الله عنهم على لفظ واحد بدليل سماعهم ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ما ان هذا حكم لا يدرك بالقياس فالظاهر قول السماع وسيأتى تفسير هذا الحديث في أثناء المسائل ان شاء الله تعالى وأما الاجماع فان الامة أجمعت على ثبوت هذا الولاء واما المعقول فمن وجوه أحدها ان الاعتاق انعام إذ المعتق أنعم على المعتق بايصاله إلى شرف الحرية ولهذا سمى المولى الاسفل مولى النعمة في عرف الشرع وكذا سماه الله تعالى انعاما فقال عزوجل في زيد مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم واذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه قيل في التفسير أنعم الله عليه بالاسلام وأنعمت عليه بالاعتاق فجعل كسبه عند استغنائه عنه لمولاه شكرا لانعامه السابق ولهذا لا يرث المعتق من المعتق والثانى ان المعتق في نصرة المعتق حال حياته ولهذا كان عقله عليه وعليه ان ينصره بدفع الظلم عنه وبكفه عن الظلم على غيره فإذا جنى فقد قصر في أحد نوعي النصرة وهو كفه عن الظلم على غيره فجعل عقله عليه ضمانا للتقصير فإذا مات جعل ولاؤه لمعتقه جزاء للنصرة السابقة والثالث ان الاعتاق كالايلاء من حيث المعنى لان كل واحد منهما احياء معنى فان المعتق سبب لحياتة المعتق باكتساب سبب الاهلية والمالكية والولاية التي يمتاز بها الآدمى عن البهائم كما ان الاب سبب حياة الولد باكتساب سبب وجوده عادة وهو الايلاء ثم الايلاء سبب لثبوت النسب فالاعتاق يكون سببا لثبوت الولاء كالايلاء وهذا معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب والله عزوجل أعلم فيبعد هذا يقع الكلام في مواضع في بيان سبب ثبوته وفي بيان شرائط الثبوت وفي بيان صفة الثابت وكيفية وفي بيان قدره وفي بيان حكمه وفي بيان ما يظهر له أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلًا بصنعه وهو الاعتاق أو ما يجرى مجرى الاعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية أو بغير صنعه بان ورث قريبه وسواء أعتقه لوجه الله أو لوجه الشيطان وسواء أعتقه تطوعا أو عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار والايلاء واليمين والنذر وسواء كان العتاق بغير بدل أو ببدل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا وقت وسواء كان صريحا أو يجرى مجرى الصريح أو كناية أو يجرى مجرى الكناية وكذا العتق

الحاصل بالتدبير والاستيلاء ويستوى فيه صريح التدبير والإعتاق والاستيلاء والكتابة والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق من غير فصل وعلى هذا إذا أمر المولى غيره بالاعتاق في حال حياته أو بعد وفاته ان الولاء للأمر لان العتق يقع عنه ولو قال لآخر أعتق عبدك عنى على ألف درهم فأعتق فالولاء للأمر لان العتق يقع عنه استحسانا والقياس ان يكون الولاء للمأمور لان العتق يقع عن المأمور وهو قول زفر وجه القياس انه أمر باعتاق عبد الغير عن نفسه وهذا لا يصح لان العتق لا يقع بدون الملك ولا ملك للأمر بل

[ 161 ]

للمأمور فكان العتق عنه ولنا ان الامر بالفعل أمر بما لا وجود للفعل بدون كالأمر بصعود السطح يكون أمرا بنصب السلم والامر بالصلاة يكون أمرا بالطهارة ونحو ذلك ولا وجود للعتق عن الأمر بدون ثبوت الملك فكان أمر المالك باعتاق عبده عنه بالبدل المذكور أمر بتمليكه منه بذلك البدل ثم باعتاقه عنه تصحيحا لتصرفه كانه صرح بذلك فقال بعه منى واعتقه عنى ففعل ولو قال أعتق عبدك عنى ولم يذكر البدل فأعتق فالولاء للمأمور في قول أبى حنيفة ومحمد لان العتق عنه وعند أبى يوسف هذا والاول سواء وجه قوله على نحو ما ذكرنا في المسألة الاولى ولهما الفرق بين المسئلتين وهو انه في المسألة الاولى أمكن اثبات الملك للأمر بالبدل المذكور بمقتضى الامر بالاعتاق لان الملك في البيق الصحيح لا يقف على القبض بل يثبت بنفس العقد فصار المأمور بئعا عبده منه بالبدل المذكور ثم معتقا عنه بامرته وتوكيله وأما في المسألة الثانية فلا يمكن اثبات الملك بالتمليك الثابت بطريق الاقتضاء لان التمليك من غير عوض يكون هبة والملك في باب الهبة لا يثبت بدون القبض فإذا أعتق فقد أعتق ملك نفسه لا ملك الأمر فيقع عن نفسه فكان الولاية له فهو الفرق ولو قال أعتق عبدك ولم يقل شئ آخر فأعتق فالولاء للمأمور لان العتق عنه لانه عتق عن نفسه لان الأمر لعدم الطلب من الأمر بالاعتاق عنه ولو قال أعتق عبدك على ألف درهم ولم يقل عنى فأعتق توقف على قبول العبد إذا كان من أهل القبول فان قبل في مجلس علمه يعتق ويلزمه المال والا فلا لانه لم يطلب اعتاق العبد لنفسه وانما طلب اعتاق العبد للعبد وهو فضولي فيه فإذا عتق المالك توقف اعتاقه على اجازة العبد كما إذا قال لغيره بع عبدك هذا من فلان على ألف درهم فباعه أنه يتوقف على اجازة فلان كذا هذا وسواء كان المعتق ذكرا أو أنثى لوجود السبب منهما ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وقال صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن الحديث والمستثنى من المنفى مثبت ظاهرا وسواء كان المعتق والمعتق مسلمين أو كافرين أو كان أحدهما مسلما والآخر كافرا لوجود السبب ولعموم الحديث حتى لو أعتق مسلم ذميا أو ذمى مسلما فولاء المعتق منهم للمعتق لما قلنا الا أنه لا يرثه لانعدام شرط الارث وهو اتحاد الملة قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يتوارث أهل ملتين بشئ وقال صلى الله عليه وسلم لا يرث المؤمن الكافر ولا الكافر المؤمن ويجوز أن يكون الولاء ثابتا لانسان ولا يرث به لانعدام شرط الارث به على ما نذكر حتى لو أسلم الذمي منهما قبل موت المعتق ثم مات المعتق يرث به لتحقق الشرط وكذا لو كان للذمي الذى هو معتق العبد المسلم عصابة من المسلمين بأن كان له عم مسلم أو ابن عم مسلم فانه يرث الولاء لان الذمي يجعل بمنزلة الميت وان لم يكن له عصابة من المسلمين يرد إلى بيت المال ولو كان عبد مسلم بين مسلم وذمى فأعتقاه ثم مات العبد فنصف ولائه للمسلم لان المسلم يرث المسلم والنصف الآخر لاقرب عصابة الذمي من المسلمين ان كان له عصابة مسلم

وان لم يكن يرد إلى بيت المال ولو أعتق حربى عبده الحربى في دار الحرب لم يصر بذلك مولاه حتى لو خرجا إلى دار الاسلام مسلمين لا ولاء له وهذا قول أبى حنيفة ومحمد لانه لا يعتق عندهما لانه لا يعتق بكلام الاعتاق وانما يعتق بالتخلية والعتق الثابت بالتخلية لا يوجب الولاء وعند أبى يوسف يصير مولاه ويكون له ولاؤه لان اعتاقه بالقول قد صح في دار الحرب وكذلك لو دبره في دار الحرب فهو على هذا الاختلاف ولا خلاف في أن استيلاده جائز وتصير الجارية أم ولد له لا يجوز بيعها لما ذكرنا فيما تقدم ان مبنى الاستيلاء على ثبوت النسب والنسب يثبت في دار الحرب ولو أعتق مسلم عبدا له مسلما أو ذميا في دار الحرب فولأؤه له لان اعتاقه جائز بالاجماع وان أعتق عبدا له حربيا في دار الحرب لا يصير مولاه عند أبى حنيفة لانه لا يعتق بالقول وانما يعتق بالتخلية وعند أبى يوسف يصير مولاه لثبوت العتق بالقول وقول محمد فيه مضطرب حتى لو أسلم العبد في دار الحرب وخرجا مسلمين إلى دار الاسلام فلا ولاء لمعتق على المعتق وللمعتق أن يوالى من شاء عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف يرث المعتق من المعتق وله ولاؤه إذا خرجا مسلمين وان سبى العبد المعتق كان مملوكا للذى سباه في قولهم جميعا ولا يخلو اما أن يكون مملوكا أو حرا فان كان مملوكا

[ 162 ]

كان محلا للاستيلاء والتملك وكذا ان كان حرا لان الحربى الحر محل للاستيلاء والتملك وعلى هذا يخرج ما إذا دخل رجل من أهل الحرب دار الاسلام بأمان فان اشترى عبد فأعتقه ثم رجع إلى دار الحرب فسبى فاشتراه عبده المعتق فأعتقه ان كل واحد منهما يكون مولى صاحبه حتى ان أيهما مات ولم يترك عصابة من النسب ورثه صاحبه لوجود سبب الارث من كل واحد منهما وهو الاعتاق وشرطه وكذا الذمي إذا أعتق عبدا له ذميا فأسلم العبد ثم هرب الذمي المعتق ناقضا للعهد إلى دار الحرب فسبى وأسلم فاشتراه العبد الذى كان أعتقه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه لما قلنا وكذلك المرأة إذا أعتقت عبدا لها ثم ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سببت فاشتراها الذى كانت المرأة أعتقته فأعتقها كان الرجل مولى المرأة والمرأة مولاة الرجل لوجود الاعتاق من كل واحد منهما ثم العتق كما هو سبب ثبوت الولاء للمعتق فهو سبب وجوب العقل عليه حيث لو جنى المعتق كان عقله على المعتق لما ذكرنا ان عليه حفظه فإذا جنى فقد قصر في الحفظ وأما شرط ثبوته فلثبوت الولاية شرائط بعضها يعم ولاء العتاقة وولاء ولد العتاقة وبعضها يخص ولاء ولد العتاقة فأما الذى يعمها جميعا فهو أن لا يكون للعبد المعتق أو لولده عصابة من جهة النسب فان كان لا يرثه المعتق لانه يرثه من طريق التعصيب وفى العصابات يعتبر الاقوى فالاقوى ولا شك ان العصابة من جهة النسب أقوى فكان أولى وهذا لان الولاء وان كان لحمة كلحمه النسب كما نطق به الحديث لكنه لا يكون مثل حقيقة النسب فكان اعتبار حقيقة النسب أولى فان لم يكن له عصابة من جهة النسب وله أصحاب الفرائض أو ذوو الارحام فحكمه يذكر في موضعين ان شاء الله تعالى وأما الذى يخص ولد العتاقة فمنها أن تكون الام معتقة فان كانت مملوكة فلا ولاء لاحد عليه ما دام مملوكا سواء كان الاب حرا أو مملوكا لان الولد يتبع الام في الرق والحرية فكان مملوكا لمولى أمه فلا يتصور الولاء ومنها أن لا تكون الام حرة أصلية فان كانت فلا ولاء لاحد على ولدها وان كان الاب معتقا لما ذكرنا ان الولد يتبع الام في الرق والحرية ولا ولاء لاحد على أمه فلا ولاء على ولدها فان كانت الام معتقة والاب معتقا فالولد يتبع الاب في الولاء ويكون ولاؤه لمولى الاب لا لمولى الام لان الولاء كالنسب والاصل في النسب هو

الاب ومنها أن لا يكون الاب عربيا فان كان الاب عربيا والام مولاة لقوم فالولد تابع للاب ولا ولاء عليه لان الولاء أثر من آثار الرق ولا رق على عربي ولو كان الاب نبطيا وهو حر مسلم لم يعتق وله ولاء مولاة أو لم يكن فالولد يتبع الام في ولاء العتاقة عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يكون تبعا للاب كما في العربي (وجه) قول ابي يوسف ان النسب يشبه النسب والنسب إلى الآباء وان كان أضعف ألا ترى ان الام لو كانت من العرب والاب من الموالى فالولد يكون تابعا لقوم الاب ولهما ان ولاء الام لمواليها لاجل النصرة فيثبت للولد هذه النصرة ولا نصرة له من جهة الاب لان من سوى العرب لا يتناصرون بالقبائل فصار كمعتقة تزوجت عبدا فيكون ولاء أولادها لمواليها ومنها أن لا يكون للاب مولى عربي فان كان لا ولاية لاحد عليه لان حكمه حكم العربي لقول النبي صلى الله عليه وسلم ان مولى القوم منهم ومنها أن لا يكون الولد معتقا فان كان لا يكون ولاؤه لموالى الاب ولا لموالى الام بل يكون لمن أعتقه لانه إذا أعتق صار له ولاء نفسه لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق فلا يكون تبعا لغيره في الولاء وبيان هذا الاصل يذكر في بيان صفة الولاء وأما صفته فله صفات منها ان الارث به عند وجود سبب ثبوته وشرطه من طريق التعصيب ومعنى هذا الكلام ان المعتق انما يرث بالولاء مال المعتق بطريق العصوبة ويكون المعتق آخر عصابات المعتق مقدما على ذوى الارحام وعلى أصحابنا الفرائض في استحقاق ما فضل من سهامهم حتى انه لو لم يكن للمعتق وارث أصلا أو كان له ذو الرحم كان الولاء للمعتق وان كان له أصحاب الفرائض فانه يعطى فرائضهم أولا فان فضل شئ يعطى المعتق والا فلا شئ له ولا يرد الفاضل على اصحاب الفرائض وان كانوا ممن يحتمل الرد عليه وهذا قول عامة العلماء وهو قول على وابن عباس وزيد رضى الله عنهم وروى عن عمر وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما انه لا يرث بطريق التعصيب وهو مؤخر عن أصحاب الفرائض في

[ 163 ]

استحقاق الفاضل وعن ذوى الارحام أيضا واحتجوا بظاهر قوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فظاهره يقتضى أن يكون ذو الرحم أولى من المعتق (وجه) قول الاولين ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه جعل ولاء مولى بنت حمزة رضى الله عنه بينها وبين بنت معتقها نصفين فقد أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم بنت حمزة رضى الله عنه مقام العصابات حيث جعل النصف الآخر لها ولم يأمر برده على بنت المعتق ولو كان الامر كما زعموا لامر صلى الله عليه وسلم بالرد كما في سائر الموارث إذا لم يكن هناك عصابة وقال صلى الله عليه وسلم ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلاولى رجل ذكر وأولى رجل ذكر ههنا هو المولى وروى فلا ولى عصابة ذكر وهو المولى ههنا وأما الآية الكريمة فقال بعضهم في تأويلها أي ذوو الارحام من العصابة بعضهم أولى ببعض أي الاقرب من ذوى الارحام من العصابات بعضهم أولى ببعض من الابد كالابن مع ابن الابن والاخ لاب وأم مع الاخ لاب ونحو ذلك وإذا عرف هذا الاصل فبيانه في مسائل إذا مات المعتق وترك أما ومولى فلام الثلث والباقى للمولى عند الاولين لانه عصابة وعند الآخرين الثلث لام بالفرض والباقى ردا عليها أيضا وان ترك بنتا ومولى فللبنت فرضها وهو النصف والباقى للمولى عند الاولين لانه عصابة وعند الآخرين النصف للبنت بالفرض والباقى ردا عليها ولو ترك ثلاث أخوات متفرقات وأما وترك مولاة ففلاخت لاب والام النصف وللأخت لاب السدس تكملة الثلثين وللأخت للام السدس وللام السدس فقد استغرقت سهامهم الميراث فلم يبق شئ للمولى وان ترك امرأة ومولى فللمرأة فرضها وهو

الريع والباقي للمولى بلا خلاف وكذا إذا كان المعتقد أمة فتركت زوجها ومولى فللزوج فرضه وهو النصف والباقي للمولى أما على قول الاولين فلان المولى عصبه فكان الباقي له وأما على قول الآخرين فلانه لا سبيل إلى الرد إذ لا يرد على الزوج والزوجة فان ترك المعتقد عمه وخالة ومولاه فالمال للمولى في قول الاولين لانه آخر العصابات يقدم على ذوى الارحام وفي قول الآخرين للعممة الثلثان وللخالة الثلث لتقدم ذوى الارحام عليه وقس على هذا نظائره وعلى هذا يخرج ما إذا اشترت المرأة عبدا فأعتقته ثم مات العبد المعتقد وترك ابنته فللابنة النصف وما بقى فمولاته لانها عصبه وهذا قول الاولين وأما على قول الآخرين فالباقي يرد عليها بالقرابة وإذا اشترت أباهما فعتق ثم مات الاب وليس له عصبه فلابنته النصف بالنسب وما بقى فلابنته أيضا بحق الولاء بالرد لانها عصبه الاب في الولاء وعلى قول الآخرين ما بقى يرد عليها بالقرابة فان كان الاب أعتق عبدا قبل أن يموت ثم مات الاب ثم مات العبد المعتقد ولم يترك عصبه فانها ترثه لانه معتق معتقها فكان ولاؤه لها لقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن الحديث والاستثناء من النفي اثبات ظاهرا فان اشترت اختان لاب وأم أباهما ثم مات الاب ولم يترك عصبه وترك ابنتيه هاتين فللابنتين الثلثان بالنسب وما بقى فلهما أيضا بلا خلاف ولكن عند الاولين بطريق العصبية لانهما عصبه وعند الآخرين بطريق الرد وان اشترت احدهما اباهما ثم مات الاب ولم يترك عصبه وترك ابنتيه هاتين فللابنتين الثلثان بالنسب وللتى اشترت الاب الثلث والباقي خاصة بالولاء في قول الاولين لانها عصبه وفي قول الآخرين الباقي يرد عليهما نصفين فان اشترتا أباهما ثم ان احدهما والاب اشترتا أخا لهما من الاب ثم مات الاب فان المال بين الابنتين وبين الابن للذكر مثل حظ الانثيين لانه مات حرا عن ابن حر وعن ابنتين حرتين فكان الميراث لهما بالقرابة فلا عبرة للولاء في ذلك فان مات الابن بعد ذلك فلاختيه الثلثان بالنسب والثلث الباقي نصفه للتى اشترته مع الاب خاصة لان لها نصف ولاء الاخ لانه عتق بشرائها وشراء الاب فكان ولاؤه بينها وما بقى فبينهما نصفان لانهما مشتركتان في ولاء الاب فصار حصة الاب بينهما نصفين وهو سدس جميع المال وتخرج المسألة من اثنتى عشر للاختين الثلثان لكل واحدة منهما أربعة أسهم ونصف ثلث الباقي وذلك سهمان للتى اشترته مع الاب بالولاء ونصف الثلث بينها نصفان بولاء الاب لكل واحدة منهما سهم فصار للتى اشترته سبعة أسهم وللأخرى خمسة أسهم وهذا على قياس قول على

[ 164 ]

وابن عباس وزيد رضى الله عنهم وأما على قياس قول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما إذا مات الابن بعد موت الاب فلاختيه الثلثان بالنسب كما قالوا والثلث الباقي يرد عليهما فان اشترت احدهما الاب واشترت الأخرى والاب أخا لهما ثم مات الاب فالمال بين الابن والابنتين للذكر مثل حظ الانثيين لما قلنا فان مات الاخ بعد ذلك فللاختين الثلثان بالنسب ونصف الثلث الباقي للتى اشترت الاخ مع الاب وما بقى فهو للتى اشترت الاب خاصة فيصير المال بينهما نصفين وهذا على قول على وابن عباس وزين رضى الله عنهم وأما على قول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما فالثلث الباقي يرد عليهما والله عزوجل الموفق ومنها انه لا يورث من المعتقد بعد موته ولا يكون سبيله سبيل الميراث وانما يستحقه عصبه المعتقد بنفسها وهم الذكور من عصبته لا الاناث ولا الذكور من أصحاب الفرائض والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لحمه كلحمه النسب لا بيع ولا يوهب ولا يورث أي لا يورث من المعتقد لاجماعنا على أنه يورث من المعتقد ولان الولاء لما كان سببه النسب ثم

النسب لا يورث نفسه وان كان يورث به فكذا الولاء وروينا عن النجباء السبعة رضى الله عنهم أنهم قالوا بلفظ واحد الولاء للكبير فالظاهر هو السماع فان لم يكن فقد ظهرت الفتوى بينهم ولم يظهر لهم فيها مخالف فيكون اجماعا ومعين قولهم الولاء للكبير أي للاقرب وهو أقرب العصبة إلى المعتق يقال فلان أكبر قومه إذا كان أقربهم إلى الاصل الذى ينسبون إليه وانما شرطنا الذكورة في هذه العصوبة لان الاصل في العصبة هم الذكور إذ العصبة عبارة عن الشدة والقوة قال الله تبارك وتعالى خيرا عن بنى يعقوب عليهم الصلاة والسلام واذ قالوا ليوסף واخوه أحب إلى أبينا منا ونحن عصبة أي جماعة أقوياء أشداء قادرين على النفع والدفع وهذا قول عامة العلماء وعن ابراهيم النخعي وشريح ان الولاء يجرى مجرى المال فيورث من المعتق كما يورث سائر أمواله الا أنه انما يرث منه الرجال لا النساء بالنص وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم ليس للنساء الا ما أعتقن الخبر وكان شريح يقول من أحرز شيئا في حياته فهو لورثته بعد موته واحتجا بما روى عن الصحابة رضى الله عنهم أنهم قالوا من أحرز المال أحرز الولاء فقد أنزلوه منزلة المال فدل على أن حكمه حكم المال والجواب ان معنى قولهم من أحرز المال أحرز الولاء أي من أحرز المال من عصبة المعتق يوم موت المعتق أحرز الولاء أيضا بدليل ان المرأة تحرز المال ولا تحرز الولاء بالاجماع فعلم ان المراد منع العصبات وبه نقول ولان في الحمل على ما قلنا عملا بالدلائل بقدر الامكان فهو أولى ثم بيان هذا في الاصل في مسائل في رجل أعتق عبدا له ثم مات المعتق وترك ابنين ثم مات أحد الابنين وترك ابنا ثم مات العبد المعتق فولأؤه لابن المعتق لصلبه لا لابن ابنه لانه الأكبر إذ هو أقرب عصبات المعتق بنفسها والاصل انه يعتبر كون المستحق عصبة يوم موت المعتق لا يوم موت المعتق ويعتبر له الكبير من حيث القرب لا من حيث السن ألا ترى ان الابن قد يكون أكبر سنا من عمه الذى هو ابن المعتق وهذا على قول عامة العلماء وأما على قول ابراهيم وشريح فالمال بين ابن المعتق وبين ابن ابنه نصفين لانه يجرى مجرى الميراث عندهما فكما مات المعتق فقد ورثاه جميعا فانتقل الولاء اليهما ثم إذا مات أحدهما انتقل نصيبه إلى ولده كما في ميراث المال فان مات الابن الباقي وترك ابنا ثم مات المعتق فالولاء بين ابن هذا الميت وبين ابن الميت الاول نصفين بلا خلاف أما على قول عامة العلماء فلاستوائهما في العصوبة وأما على قول ابراهيم النخعي وشريح فلانتقال نصيب كل واحد منهما إلى ولده ولو كان الاول حين مات ترك ابنين ثم مات الباقي وترك ابنا واحدا ثم مات المعتق فالولاء بين ابن هذا وابنى الاول يكون ثلاثا عندنا لاستواء الكل في العصوبة وعندهما الولاء بينهما نصفين لانه هذا والنصف الاخر بين ابني الاول نصفين لانهما يجعلان لكل ولد واحد حصة أبيه فان مات المعتق وترك ثلاثة بنين فمات البنون وترك أحدهم ابنا واحدا وترك الآخر خمسة بنين وترك الثالث عشرة بنين ثم مات العبد المعتق وترك مالا فماله بين أولاد البنين بالسوية على عدد الرؤس في قول عامة العلماء لاستوائهم في العصوبة والقرب من المعتق وعلى قول ابراهيم وشريح المال بينهم أثلاثا ثلث لابن

[ 165 ]

الابن الواحد والثلث الآخر بين الخمسة بنى الابن والثلث الاخر بين العشرة بنى الابن فتصح فريضة من ثلاثين سهما لابن الابن الواحد عشرة وعشرة بين بنى الابن الآخر على خمسة وعشرة بين بنى الابن الآخر وهو الثالث على عشرة ولو أعتق رجل هو وابنه عبدا ثم مات الرجل وترك ابنين أحدهما شريكه في الاعتاق ثم مات العبد المعتق فنصف الولاء لابنه الذى هو شريك أبيه خاصة لانه شريكه في الاعتاق والنصف

الباقى بينهما نصفان لان ذلك حصة أبيه فيكون بينهما بالسوية فيصير الولاء بينهما على أربعة أسهم ثلاثة أرباعه لابن الذى كان شريك أبيه والرابع للآخر فان مات شريك أبيه قبل العبد وترك ابنا ثم مات العبد المعتق فلاين الابن نصف الولاء الذى كان لابييه خاصة والنصف الآخر للابن وحده لانه الكبر من عصبة الاب فكان أحق بنصيبه من الولاء فيصير نصف الولاء للعم ونصفه لابن أخيه فان مات العم وترك ابنين ثم مات العبد المعتق فنصف الولاء لابن شريك أبيه خاصة والنصف الآخر بينه وبين ابني عمه اثلاثا لكل واحد منهم الثلث فيصير لابن شريك أبيه الثلثان ويصير لابنى عمه الثلث لكل واحد منهما السدس فان مات المعتق وترك ابنا وأبا ثم مات العبد المعتق فالولاء للابن وابن الابن وان سفل لا للاب في قول أبى حنيفة ومحمد وعامة الفقهاء وعند أبى يوسف سدسا الولاء للاب والباقى للابن وهو قول ابراهيم النخعي وشريح وهذا على أصلهما صحيح لانهما ينزلان الولاء منزلة الميراث والحكم في الميراث هذا وانما المشكل قول أبى يوسف لانه لا يحل ما يتركه المعتق بعد موته محل الارث بل يجعله العصبة المعتق بنفسها والاب لا عصوبة له مع الابن بل هو صاحب فريضة كما في ميراث المال فكان الابن هو عصبة فكان الولاء له فان مات المعتق وترك ابا وثلاثة اخوة متفرقين أبا لاب وأم وأخا لاب وأخا لام ثم مات العبد المعتق فالولاء للاب خاصة لانه العصبة فان مات الاب ثم مات العبد المعتق فالولاء للاخ من الاب والام لانه أقرب العصبات إلى المعتق فان مات الاخ من الاب والام وترك ابنا فان الولاء يرجع إلى الاخ لاب لانه الكبر فان مات الاخ من الاب وترك ابنا فان الولاء يرجع إلى ابن الاخ والام لانه أقرب فان مات ابن الاخ من الاب والام وترك ابنا فان الولاء يرجع إلى ابن الاخ من الاب لانه أقرب فان مات ابن الاخ من الاب والام ولا يرث الاخ من الام ولا أحد من ذوي الارحام شيئا من الولاء لما بينا فيما تقدم ولو مات المعتق وترك جده أبا أبيه واخاه لابييه وأمه أو لابييه فالولاء للجد لا للاخ في قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد الولاء بين الجد والاخ نصفين بناء على انه لا ميراث للاخ مع الجد عنده وعندهما يورثان الاخ مع الجد بالتعصيب فان مات المعتق وترك ابنا وبناتا ثم مات العبد المعتق فالولاء للابن لا للبنات لان الابن هو العصبة بنفسه لا البنات ولقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن ولم يوجد ههنا المستثنى فبقى استحاقها الولاء على اصل النفي وجملة الكلام فيه ان النساء لا يرثن بالولاء الا ما اعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن وأولادهم وأولاد أولادهم وان سلفوا إذا كانوا من امرأة معتقة أو ما جر معتقهن من الولاء اليهن وبيان هذه الجملة امرأة اعتقت عبدا لها ثم مات العبد ولا وارث له فولأؤه للمرأة لقوله صلى الله عليه وسلم خاصة في النساء ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن وهذا معتقها ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق ومن تعم الذكر والانثى فلو ان معتقها اعتق عبدا له ثم مات العبد الاسفل ولم يترك وارثا فولأؤه لمولاه الذى اعتقه ولا يرث مولاه منه شيئا لانه معتق مولاه وليس بمعتقها حقيقة بل معتق معتقها فكان اثبات الولاء للمعتق حقيقة أولى فان مات العبد الاعلى ولم يترك عصبة ثم مات العبد الاسفل فولأؤه للمرأة المعتقة لانه معتق معتقها فيدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم أو أعتق من أعتقن ولو ترك العبد الاعلى عصبة فماله لعصبته لما ذكرنا ان شرط الارث بالولاء ان لا يكون للمعتق عصبة من النسب وكذلك لو ان المعتق الثاني اعتق ثالثا والثالث اعتق رابعا فميراثهم كلهم إذا ماتوا لها إذا لم يخلف من مات منهم مولى اقرب إليه منها ولاعصبة ولو كاتبت

المرأة عبدا لها فادى فعتق ثم مات العبد المكاتب فولأؤه لها لقول النبي صلى الله عليه وسلم أو كاتبين وكذا لو كان العبد المكاتب كاتب عبدا له من اكسابه فادى الاسفل أولا فعتق كان ولاؤه لها لان الاعلى ليس من أهل الولاء لانه عيد مملوك بعد وكذا إذا اديا جميعا معا فعتقا فولأؤهما لها لقوله صلى الله عليه وسلم أو كاتب من كاتبين وكذا إذا دبرت امرأة عبدا لها فماتت ثم مات العبد كان ولاؤها منها حتى يكون لذكور من عصبتها وكذا إذا ماتت المرأة حتى عتق المدبر بموتها فدبر عبدا له فولأؤه يكون لعصبتها وكذا ولاء اولادها وولاء اولادهم الذين ولدوا من امرأة معتقة يكون لها لان ولاءهم يثبت لأبائهم وولاء آبائهم لها كذا ولاء اولادهم امرأة زوجت عبدها بمولاة قوم فولدت ولدا فولأؤه الولد يكون لمولى أمه ولا يكون للمرأة منه شئ وهذا مما لا يشك فيه لان أبا الولد ليس بمعتق بل هو عبد مملوك ولا يتصور ولاء العتافة بدون العتق فلو أعتقت المرأة عبدها جر العبد المعتق ولاء الولد إلى مولاته حتى لو مات الولد ولا وارث له كان ماله لابييه فان لم يكن له أب فان كان مات فولأؤه للمرأة التى أعتقت اباه هذا تفسير جر موالى النساء الولاء اليهن والله عزوجل أعلم امرأة أعتقت عبدا لها ثم ماتت ثم مات العبد المعتق فولأؤه معتقها لولدها الذكور ان كانوا من عصبتها وعقله عليهم أيضا بلا خلاف وان كانوا من غير عصبتها فولأؤه معتقها لولدها الذكور الذين هم من غير عصبتها وعقله على سائر عصبتها دون ولدها فان انقرض ولدها وخلفوا عصبة لهم ليسوا من قوم المرأة المعتقة ولها عصبة كان لعصبتها دون عصبة ابنها لان الولاء للكبر وان لا يورث وكذلك ما روى عن على رضى الله عنه انه قال يرجع الولاء إلى عصبتها إذا انقطع ولدها الذكور وهو قول عامة العلماء وإذا لم يكن لها عصبة من نسب وكان لها موالى اعتقوها فالولاء لمواليها وكان شريح يجعل الولاء بعد بنيتها لعصبة البنين دون عصبتها لانه يجعل الولاء ميراثا كالمال وبيان هذه الجملة امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخا لها ثم مات العبد المعتق فماله لابنها لا لاختها بلا خلاف فان مات ابنها وترك اخاله واباه فان الولاء للخال دون الاب لان الخال أخ المعتقة وهو عصبتها والاب لا قرابة بينه وبين المعتقة وعلى قول شريح الولاء الذى للاخ ينبغي ان يكون للاب لا للخال لان الاب عصبة الابن وكذلك إذا مات الابن وترك أبا أو عما أو جدا من قبل أبيه أو ترك ابني عم أو ترك موالى أبيه فهذا كله سواء والولاء يرجع إلى عصبة الام الاقرب منهم فالاقرب ان كان لها بنو عم يرجع إليهم وان لم يكن وكان لها موالى أعتقوها يرجع الولاء إليهم وفى قول شريح لا يرجع الولاء ويمضى على جهته وعن الشعبي وابن ابي ليلى ان الولاء للذكور من ولدها والعقل عليهم أيضا دون سائر عصبة المعتقة وقالوا كما يرثونه كذلك يعقلون عنه لان الخراج بالضمان الصحيح قول العامة لما ان عليا والزبير رضى الله عنهما اختصما إلى عمر رضى الله عنه في ولاء مولى صفية بنت عبد المطلب فقال الزبير هي أمي فانا ارثها ولى ولاؤها وقال على هي عمتى وأنا عصبتها وأنا أعقل عنها فلى ولاؤها فقضى عمر رضى الله عنه بالولاء للزبير وبالعقل على على رضى الله عنه والمعنى فيه ان استحقاق الميراث بالعصوبة والابن في ذلك مقدم على الاخ وابن العم وأما العقل فبالتناصر ألا ترى ان أهل الديوان يتعاقلون بالتناصر ولا ميراث بينهم ولا عصوبة والتناصر لها ولمولاها بقوم أبيها لا بابنها كذلك كان العقل عليهم واعتبار العقل بالميراث غير سديد لان العقل ليس يتبع الميراث لا محالة الا ترى ان الرجل يرثه ولده الذكور والاناث وأخواته ولو جنى جناية لها عقل كان عقلها على عصبته دون ولده وأخواته ولو اعتق أمة له ثم غرقا جميعا ولا يدري أيهما مات أولا لم يرث المولى منها وكان ميراثه لعصبة المولى ان لم يكن لها وراث واصل المسألة ان الغرقى والهدمي



لا يرث بعضهم بعضا عندنا وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم لان كل أمرين حادثين لا يعرف تاريخهما يجعل كأنهما وقعا معا والمسألة تعرف في كتاب الفرائض ومنها انه لازم حتى لا يقدر المعتقد على ابطاله حتى لو اعتق عبده سائبة بان اعتقه وشرط ان يكون سائبة لا ولاية له عليه كان شرطه باطلا وولاؤه له عند عامة العلماء وقال مالك ولاءه لجميع المسلمين والصحيح قول العامة لقوله صلى الله عليه وسلم الولاة لمن أعتق وكذا لا يملك نقله إلى غيره حتى لا يجوز بيعه

[ 167 ]

وهبته والتصدق به والوصية وهذا قول عامة العلماء وقال بعضهم يملك نقله بالبيع وغيره واحتجوا بما روى ان اسماء رضي الله عنها اعتقت عبدا فوهبت الولاة لابن مسعود رضي الله عنهما ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الولاة لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولان محل هذه التصرفات المال والولاة ليس بمال فلا يجوز بيعه كالنسب واما ما روى عن اسماء رضي الله عنها فيحتمل ان يكون معناه وهبت له ما استحققت بالولاة وهو المال فرواه الراوى ولاء لكونه مستحقا بالولاة أو يحمل على هذا توفيقا بين الدلائل وكذا إذا باع عبدا أو شرط على المشتري ان يكون ولاءه له فالشرط باطل ويكون ولاءه للمشتري إذا أعتق عبده وشرط ان يكون ولاءه لجماعة المسلمين لم يصح ويكون ولاءه له لما روى ان عائشة رضي الله عنها لما اشترت بريرة شرط عليها ان يكون ولاءها لمواليها فخطب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في خطبته ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وان كان مائة شرط وهل يحتمل الولاة التحول من محل إلى محل ينظر فيه ان ثبت بايقاع العتق فيه لا يتحول ابدا لقوله صلى الله عليه وسلم الولاة لمن أعتق الولاة المعتقد وان ثبت بحصول العتق لغيره تبعا يتحول إذا قام دليل التحول وبيان هذه الجملة عند تزوج امة لقوم فولدت منه ولد فأعتقها مولاها وولدها أو كانت حبلى به حين أعتقها أو أعتقها فولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر أو كانت معتدة من طلاق أو موت فولدت لتمام سنتين من يوم الموت أو الطلاق وقد اعتق الاب رجل آخر كان ولاء الولد للذى اعتقه مع امه ولا يتحول إلى مولى ابيه وان اعتق ابوه بعد ذلك لانه لما اعتقهما فقد ثبت ولاء الولد بايقاع العتق فيه فلا يحتمل التحول وكذا إذا اعتقها وهى حبلى لما قلنا وكذا إذا أعتقها ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاعتاق لانا تيقنا بكونه في البطن وقت الاعتاق لان الولد لا يولد لاقل من ستة اشهر فيثبت ولاءه بالاعتاق فلا يتحول ولو جاءت بولد لسته أشهر فصاعدا يتحول ولاءه إلى موالى الاب لانا لم نعلم يقينا انه كان في البطن وقت اعتاق الام فيجعل كأنها حبلت بعد العتق فيكون حرا تبعا للام ويثبت له الولاة من موالى امه على جهة التبعية وولاء الولد إذا ثبت لموالى الام على وجه التبعية يتحول إلى موالى الاب إذا أعتق الاب لما نذكر ان شاء الله عزوجل وإذا كانت الام معتدة من طلاق أو موت فان نسب الولد يثبت إلى سنتين لان الوطئ كان حراما فيجعل مدة الحمل سنتين ويحكم بكون الولد في البطن يوم الاعتاق فإذا حكمنا بوجوده يوم الاعتاق يثبت الولاة بالاعتاق فلا يتحول إلى غيره إذا كانت المعتقدة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها لان الولد يتبع الام في الرق والحرية فان أعتق أبوه جر ولاء الولد إلى مولاة هكذا روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال إذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فإذا أعتق أبوه جر الولاة وعن الزبير بن العوام رضي الله عنه انه أبصر فتية لعساء أعجبه ظرفهم وامهم مولاة لرافع بن خديج رضي الله عنه وأبوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة أو لبعض أشجع

فاشترى الزبير اباهم فاعتقه ثم قال انتسبوا إلى وقال رافع بل هم موالى فاختصما إلى عثمان رضى الله عنه في ولاء الولد فقضى بولائهم للزبير يعنى ان الاب جر ولاء ولده إلى مولاهم وهو الزبير حين أعتقه الزبير وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا ولان الاصل في الولاة هو الاب لان الولاة لحمة كلحمة النسب والاب هو الاصل في النسب حتى ينسب الولد إلى الاب ولا ينسب إلى الام الا عند تعذر النسبة إلى الاب وكذا في اعتبار الولاة وانما يعتبر جانب الام عند تعذر الاعتبار من جانب الاب بان لم يكن من أهل الولاة ولا تعذر ههنا فيعتبر جانبه ولان الارث بالولاة من طريق العصوبة والتعصيب من قبل الاب اقوى فكان أولى ولو مات الاب عبدا ولم يعتق كان ولاء ولده لموالى الام ابدا لتعذر اعتبار جانب الاب وأما الجد فهل يجر ولاء الحافد بان كان للاب الذى هو عبد ابن عبد وهو جد الصبى فاعتق الجد والاب عبد على حاله قال عامة العلماء لا يجر ولا يكون مسلما باسلام الجد وولاء اولاد ابنه العبد لموالى الام لا لموالى الجد وقال الشعبي يجر ويكون مسلما باسلام الجد وجه قوله ان الجد يقوم مقام الاب في الولاية فان الاب إذا كان عبدا تتحول الولاية إلى الجد فكذا يقوم مقامه في جر الولاة والاسلام ولنا أن الاب

[ 168 ]

فاصل بين الابن والجد فلا يكون الابن تابعا له في الولاة والاسلام ولان الجد لو جر الولاة لكان لا يثبت الولاة لموالى الام رأسا إذ لا شك ان أصله يكون حرا اما من الجد أي لايه أو من قبله من الاجداد إلى آدم صلى الله عليه وسلم فلما ثبت الولاة لموالى الام في الجملة ثبت ان الجد لا يجر وكذا لا يصير مسلما باسلام الجد لانه لو صار مسلما باسلامه لصار مسلما باسلام جد الجد ولكان الناس كلهم مسلمين باسلام آدم صلى الله عليه وسلم وينبغي أن لا يجوز استرقاق احد والمعلوم بخلافه فثبت أن القول بجعل الولد تابعا للجد في الولاة باطل وأما بيان قدره فالولاة يثبت بقدر العتق لان سبب ثبوته العتق والحكم يتقدر بقدر السبب وبيانه في العبد المشترك بين اثنين أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر أو معسر وقد ذكرنا الاختلاف فيه في كتاب العتاق بناء على تجزى العتق وعدم تجزيه والله أعلم أما بيان حكم الوء فله احكام منها الميراث وهو أن يرث المعتق مال المعتق لما ذكرنا من الادلة ويرث مال أولاده عن وجود شرط الارث وهو ما ذكرنا منها تحمل العقل للتقصير في النصرة والحفظ ومنها ولاية الانكاح لانه آخر العصابات ثم إذا ورث المعتق مال المعتق فان كان العتق معلوما يدفع إليه وان لم يعلم توقف والولاة كما إذا اشترى رجل عبدا ثم ان المشتري أقر ان البائع كان قد اعتقه قبل أن يبيعه فهو حر وولاؤه موقوف إذا جحد البائع ذلك فان صدقه بعد ذلك لزمه الولاة وعليه أن يرد الثمن على المشتري وكذا ان صدقه ورثته بعد موته أما حرية العبد فان اعتاق البائع ان لم يثبت في حق البائع باقرار المشتري لتكذيب البائع اياه فقد ثبت في حقه لانه في اقراره على نفسه مصدق ان لم يصدق على غيره فثبت اعتاق البائع حقه فيثبت حرية العبد في حقه لكن ليس له أن يرجع بالثمن على البائع لان اقراره بالاعتاق لم ينفذ في حقه لتكذيبه اياه فلم يثبت عتق العبد في حقه وأما كون الولاة موقوفا فلانه لا يمكن اثباته للمشتري لانه لم يوجد منه الاقرار باعتاق العبد عن نفسه ولا يمكن اثباته للبائع لان اقراره المشتري لم ينفذ عليه فلم يكن العتق معلوما فبقى ولاء العبد موقوفا على تصديق البائع وورثته فان صدقه البائع لزمه الولاة لوجود الاعتاق منه باقراره ولزمه رد الثمن إلى المشتري لانه تبين أنه باع حر وكذا إذا مات البائع فصدقه ورثة المشتري لان ورثته قاموا مقام الميت فصار

تصديقهم كتصديق الميت هذا إذا أقر المشتري باعتاق البائع فانه أقر بتدبيره وانكر البائع فمات البائع عتق العبد لان اقرار المشتري بالتدبير من البائع اقرار منه باعتاقه العبد بعد موته فإذا مات نفذ اقراره في حقه ان لم ينفذ في حق البائع لما قلنا فيحكم بحرية العبد على المشتري وولاؤه يكون موقوفا لما قلنا الا إذا صدقه ورثة البائع بعد موته فيلزم الولاء البائع استحسانا والقياس ان لا يلزمه في هذا وفي الوجه الاول أيضا وجه القياس أن ولاء الميت لم يثبت فالورثة بالتصديق يريدون اثبات ولاء لم يثبت فلا يملكون ذلك كما لا يملكون اثبات النسب وجه الاستحسان ان تصديقهم اقرار منهم بما يملكون انشاء سببه في الحال لانهم يملكون اعتاق العبد للحال فكان اقرار على أنفسهم بثبوت الولاء لهم في الحقيقة فيصح اقرارهم في حق أنفسهم بثبوت الولاء وكذلك امة بين رجلين شهد كل واحد منهما أنها أم ولد من صاحبه وصاحبه ينكر فإذا مات أحدهما عتقت الجارية وولاؤها موقوف أما العتق فلان كل واحد منهما اقر على صاحبه بعنتقها عند موت صاحبه فيصح اقرار كل واحد منهما في حق نفسه ويكون وولاؤها موقوفا لان كل واحد منهما نفى الولاء عن نفسه والحقه بصاحبه فانتفى عن نفسه ولم يلحق بصاحبه فبقى موقوفا وكذلك عبد بين رجلين قال كل واحد منهما لصاحبه انك قد اعتقت هذا العبد وجدد الآخر فالعبد حر وولاؤه موقوف حتى لو مات وترك مالا لم يرثه واحد منهما ويوقف في بيت المال إلى ان يصدق أحدهما صاحبه لما قلنا وعلى هذا مسائل ثم كل ولاء موقوف فميراثه يوقف في بيت المال وجناية العبد على نفسه لا يعقل عنه بيت المال وإنما يوقف ميراثه ببيت المال لان ولاءه موقوف لا يعرف لمن هو فكان ميراثه موقوفا أيضا لانه يثبت به فيوقف في بيت المال كاللقطة وأما جنايته فانما لا تتحمل عنه بيت المال لان له عاقلة غير بيت المال وهو نفسه فلا يجوز حمل عقله على بيت المال وبصير هو عاقلة نفسه في هذه الحالة لجهالة مولاه بخلاف

[ 169 ]

الميراث فانه لا يمكن اثباته لغير مستحقه ولا يستحق الا أحدهما وهو غير معلوم فيوضع في بيت المال ضرورة وهذا بخلاف اللقيط انه يرثه بيت المال ويعتق عنه أيضا لان ههنا ولاءه كان ثابتا من انسان الا انه لا يعرف وإنما يجعل العقل على بيت المال إذا لم يكن له ولاء ثابت الا ان ميراثه يوضع في بيت المال لانه مال ضائع ولا يثبت ولاء اللقيط من أحد فكان عقله على بيت المال كما ان ميراثه لبيت المال والله عزوجل أعلم وأما بيان ما يظهر به الولاء فالولاء يظهر بالبينه مرة وبالاقرار أخرى أما البينه فنحو ان يدعى رجل انه وارثه بولاء العتاقة فيشهد له شاهدان ان هذا الحى أعتق هذا الحى أو أعتق هذا الميت وهو يملكه وهو وارثه ولا يعلمون له وارثا غيره جازت الشهادة لانهم شهدوا شهادة مفسرة لا جهالة فيها فقبلت ولو شهدا ان الميت مولاه وانه وارثه لا وارث له غيره لم تجز الشهادة حيث يفسر الولاء لان الولاء يختلف قد يكون ولاء عتاقة وقد يكون ولاء موالاة وأحكامها تختلف فما لم يفسر كان مجهولا فلا يقبل الشهادة عليه وكذلك لو شهدوا ان الميت مولاه مولى العتاقة أيضا لم يجز لان مولى العتاقة نوعان أعلى وأسفل واسم المولى يستعمل في كل واحد منهما على السواء فلا تقبل الشهادة الا بالبيان والتفسير ولو ادعى رجلان ولاءه بالعتق وأقام كل واحد منهما بينه جعل ميراثه بينهما لانهما استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوى والحجة فيستويان في الاستحقاق ولو وقتا وقتا والسابق وقتا أولى لانه أثبت العتق في وقت لا ينازعه فيه صاحبه وكان الثاني مستحقا عليه ولو كان هذا في ولاء الموالاة كان صاحب الوقت الآخر أولى لان ولاء الموالاة يحتمل النقص والفسخ فكان عقد

الثاني نقضا للاول الا ان يشهد شهود صاحب الوقت الاول أنه كان قد عقل عنه لانه حينئذ لا يحتمل النقص فاشبهه ولاء العتاقة وان أقام رجل البينة انه أعتقه وهو يملكه لا يعلمون له وارثا سواه فقضى له القاضى بميراثه وولائه ثم أقام آخر البينة على مثل ذلك لم يقبل الا ان يشهدوا انه اشترى من الاول قبل ان يعتقه ثم أعتقه وهو يملكه فيبطل قضاء الاول لان الاصل أن القاضى إذا اقضى بقضية فانه لا يسمع ما ينافيها الا إذا تبين ان القضاء الاول كان باطلا وإذا لم يشهدوا انه اشتراه من الاول قبل ان يعتقه ثم يتبين بطلان القضاء الاول فلا تقبل البينة من الثاني الا إذا قامت على الشراء من الاول قبل ان يعتقه فيقبل ويقضى للثاني ويبطل قضاؤه للاول لانه تبين بهذه الشهادة ان الاول أعتق ما لا يملك فتبين انه وقع باطلا وصح الثاني وأما الاقرار فنحو ان يقر رجل انه مولى لفلان مولى عتاقة من فوق أو تحت وصدقه الآخر وهو مولاه يرثه ويعقل عنه قومه لان الولاء سبب يتوارث به فيصح الاقرار به كالنسب والنكاح فان كان له أولاد كبار فانكروا ذلك وقالوا أبونا مولى العتاقة لفلان آخر فالاب مصدق نفسه وأولاده مصدقون على أنفسهم لانه لا ولاية للاب على الاولاد الكبار فلا ينفذ اقراره عليه ويصح اقرارهم على أنفسهم لان لهم ولاية على أنفسهم وان كان الاولاد صغارا كان الاب مصدقا لانه له ولاية على أولاده الصغار ألا ترى انه لو عقد مع انسان عقد الولاء تبعه أولاده الصغار وان كذبت الام ونفت ولاءه لم يلتفت إلى قولها ويؤخذ بقول الاب لان الاب إذا كان حيا كانت الولاية له والولاء يشبه النسب والنسب إلى الآباء وكذلك ان قالت هم ولدى من غيرك لم تصدق لانهم في يد الاب دون الام فلا تصدق الام أنهم لغيره فان قالت ولدته بعد عتقي بخمسة اشهر فهو مولى المولى وقال الزوج ولديته بعد عتقك بستة أشهر فالقول قول الزوج لان الولد ظهر في حال يكون ولاءه لمولى الاب والمرأة تدعى انها ولدت في حال يكون ولاءه لمولى الام فكان الحال شاهدا للزوج فلا يقبل قولها الا بينة ونظير هذا الزوج والمرأة إذا اختلفا فقال أحدهما كان النكاح قبل ستة أشهر والولد من الزوج وقال الآخر كان النكاح منذ أربعة أشهر فالقول قول الذى يدعى ان النكاح قبل ستة أشهر لان الولد ظهر في حال اثبات النسب من الزوج وهو حال قيام النكاح ويصح الاقرار بولاء العتاقة في الصحة والمرض لانه سبب التوارث فيستوى فيه الصحة والمرض كالنسب والنكاح ولو قال أعتقني فلان أو فلان وإدعاه كل واحد منهما على صاحبه فهذا الاقرار باطل لانه اقرار بمجهول فان أقر بعد ذلك لاحدهما أو لغيره انه مولاه

[ 170 ]

جاز لان اقراره الاول وقع باطلا لجهالة المقر له والولاء لا يثبت من المجهول كالنسب فيبطل والتحق بالعدم فبعد ذلك له ان يقر لمن شاء والله عزوجل أعلم (فصل) وأما ولاء الموالاة فالكلام فيه في مواضع في بيان ثبوته شرعا وفى بيان سبب الثبوت وفى بيان شرائط الثبوت وفى بيان صفة السبب وفى بيان حكمه وفى بيان صفة الحكم وفى بيان ما يظهر به أما الاول فقد اختلف في ثبوت هذا الولاء قال أصحابنا انه ثابت ويقع به التوارث وهو قول عمر وعلى وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهم وهو قول ابراهيم النخعي وقال زيد بن ثابت رضى الله عنه انه يورث به ويوضع في بيت المال وبه أخذ مالك والشافعي وجه قولهما ان في عقد الولاء ابطال حق جماعة المسلمين لانه إذا لم يكن للعاقدة وارث كان ورثته جماعة المسلمين ألا ترى انهم يعقلون عنه فقاموا مقام الورثة المعينين وكما لا يقدر على ابطال حقهم لا يقدر على ابطال حق من قام مقامهم ولهذا قالوا إذا أوصى بجميع ماله لانسان ولا وارث له لم يصح لانه إذا لم يكن له وارث معين كان وارثه جماعة المسلمين فلا يملك ابطال حقهم كذا هذا

والصحيح قولنا بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتابة الكريم فقوله عزوجل والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم والمراد من النصيب الميراث لانه سبحانه وتعالى أضاف النصيب إليهم فيدل على حق لهم مقدر في التركة وهو الميراث لانه هذا معطوف على قوله ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان الاقربون لكن عند عدم ذوى الارحام عرفناه بقوله عزوجل وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله وأما السنة فما روى عن تميم الدارى رضى الله عنه انه قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أسلم على يدى رجل ووالاه فقال صلى الله عليه وسلم هو أحق الناس به محياه ومما ته أي حال حياته وحال موته أراد به صلى الله عليه وسلم محياه في العقل ومما ته في الميراث وأما المعقول فهو ان بيت المال انما يرث بولاء الايمان فقط لانه بيت مال المؤمنين قال الله عزوجل والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض وللمولى هذا الولاء وولاء المعاقدة فكان أولى من عامة المؤمنين ألا ترى ان مولى العتاقة أولى من بيت المال للتساوي في ولاء الايمان والترجيح لولاء العتق كذا هذا الا أن مولى الموالة يتأخر عن سائر الاقارب ومولى العتاقة يتقدم على ذوى الارحام لان الولاء بالرحم فوق الولاء بالعقد فيختلف عن ذوى الارحام وولاء العتاقة بما تقدم من النعمة بالاعتاق الذى هو احياء وايلاد معنى الحق بالتعصيب من حيث المعنى ولذلك قال صلى الله عليه وسلم الولاء لرحمة كلحمة النسب وأما قولهما ان جماعة المسلمين ورثته فلا يقدر على ابطال حقهم بالعقد فنقول انما يصيرون ورثته إذا مات قبل المعاقدة فاما بعد المعاقدة فلا والدليل على بطلان هذا الكلام انه تصح وصيته بالثلث ولو كان كذلك لما صحت لكونها وصية للوارث وأما سبب ثبوته فالعقد وهو الايجاب والقبول وهو ان يقول الذى أسلم على يد انسان له أو لغيره أنت مولاي ترثني إذا مت وتعقل عنى إذا جنبت فيقول قبلت سواء قال ذلك للذى أسلم على يديه أولا آخر بعد ان ذكر الارث والعقل في العقد ولو أسلم على يد رجل ولم يواله ووالى غيره فهو مولى للذى والاه عند عامة العلماء وعند عطاء هو مولى للذى أسلم على يده والصحيح قول العامة لقوله عزوجل والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم جعل الولاء للعاقدة وكذا لم ينقل ان الصحابة أتبتوا الولاء بنفس الاسلام وكل الناس كانوا يسلمون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين وكان لا يقول أحد لمن أسلم على يد أحد انه ليس له أن يوالى غير الذى أسلم على يده فثبت أن نفس الاسلام على يد رجل ليس سببا لثبوت الولاء له بل السبب هو العقد فما لم يوجد لا يثبت الارث والعقل وأما شرائط العقد فمنها عقل العاقدة إذ لا صحة بايجاب والقول بدون العقل وأما البلوغ فهو شرط الانعقاد في جانب الايجاب فلا ينعقد الايجاب من الصبى وان كان عاقلا حتى لو أسلم الصبى العاقل على يد رجل والاه لم يجز وان أذن أبوه الكافر بذلك لان هذا عقد وعقود الصبى العاقل انما يقف على اذن وليه ولا ولاية للاب الكافر على ولده المسلم فكان اذنه والعدم بمنزلة واحدة ولهذا لا تجوز سائر عقوده باذنه كالبيع ونحوه كذا عقد الموالة وأما من جانب

[ 171 ]

القبول فهو شرط النفاذ حتى لو والى بالغ صبيا فقبل الصبى ينعقد موقوفا على اجازة أبيه أو وصيه فان أجاز جاز لان هذا نوع عقد فكان قبول الصبى فيه بمنزلة قبوله في سائر العقود فيجوز باذن وليه ووصيه كسائر العقود وللأب والوصى أن يقبلا عنه كما في البيع ونحوه وكذلك لو والى رجل عبدا فقبل العبد وقف على اجازة المولى فإذا أجاز جاز الا ان في العبد إذا أجاز المولى فالولاء من المولى وفى الصبى إذا أجاز الأب والوصى فيكون الولاء من الصبى وانما كان كذلك لان العبد لا يملك شيئا فوق قبوله

لمولاه ألا ترى انه لو اشترى شيئاً كان المشتري لمولاه فاما الصبي فهو من أهل الملك ألا ترى انه لو اشترى شيئاً كان المشتري له ولو والى رجل مكاتباً جاز وكان مولى لمولى المكاتب لان قبول المكاتب صحيح ألا ترى انه يملك الشراء فجاز قبوله الا ان الولاء يكون للمولى لان المكاتب ليس من أهل الولاء ألا ترى انه لو كاتب عبداً فادى وعتق كان الولاء للمولى بخلاف الصبي فانه من أهل الولاء ألا يرى ان الاب لو كاتب عبداً الصغير فادى فعتق ثبت الولاء من الابن وأما الاسلام فليس بشرط لصحة هذا العقد فيصح فتجوز موالاة الذمي والذمي المسلم والمسلم الذمي لان الموالاة بمنزلة الوصية بالمال ولو أوصى ذمى لذمى أو لمسلم أو مسلم لذمى بالمال جازت الوصية كذا الموالاة وكذا الذمي إذا والى ذمياً ثم أسلم الاسفل جاز لما قلنا وكذا الذكورة ليست بشرط فتجوز موالاة الرجل امرأة والمرأة رجلاً وكذا دار الاسلام حتى لو أسلم حربى فوالى مسلماً في دار الاسلام أو في دار الحرب فهو مولاه لان الموالاة عقد من العقود فلا يختلف بالذكورة والانوثة وبتدار الاسلام وبتدار الحرب والله عزوجل أعلم ومنها أن لا يكون للعاقد وارث وهو أن لا يكون له من أقاربه من يرثه فان كان لم يصح العقد لان القرابة أقوى من العقد ولقوله عزوجل وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله وان كان له زوج أو زوجة يصح العقد وتعطى نصيبها والباقي للمولى ومنها أن لا يكون من العرب حتى لو والى عربى رجلاً من غير قبيلته لم يكن مولاه ولكن ينسب إلى عشيرته وهم يعقلون عنه لان جواز الموالاة للتناصر والعرب يتناصرون بالقبائل وانما تجوز موالاة العجم لانهم ليس لهم قبيلة فيتناصرون بها فتجوز موالاتهم لاجل التناصر وأما الذى هو من العرب فله قبيلة ينصرونه والنصرة بالقبيلة أقوى فلا يصير مولى ولهذا لم يثبت عليه ولاء العتاقة وكذا ولاء الموالاة ولانه لما لم يثبت عليه ولاء العتاقة مع أنه أقوى فولاء الموالاة أولى وكذا لو والى امرأة من العرب رجلاً من غير قبيلتها لما بينا ومنها أن لا يكون من موالى العرب لان مولاهم منهم لقوله صلى الله عليه وسلم وان مولى القوم منهم ومنها أن لا يكون معتق احد فان كان لا يصح منه عقد الموالاة لان ولاء العتاقة أقوى من ولاء الموالاة لانه لا يلحقه الفسخ وولاء الموالاة يلحقه الفسخ فلا يجوز رفع الاقوى بالاضعف ومنها أن لا يكون قد عقل عنه بيت المال لانه لما عقل عنه بيت المال فقد صار ولاؤه لجماعة المسلمين فلا يجوز تحويله إلى واحد منهم بعينه فان كان قد عقل عنه لم يجر أبداً لانه سواء كان عاقداً غيره فعقل عنه أو عقل عنه بيت المال حتى لو مات فان ميراثه لمن عاقده أو ولا فعقل عنه أو لبيت المال لانه لما عاقده غيره فعقل عنه فقد تأكد عقده ولزم وخرج عن احتمال النقص والفسخ لما يذكر فلا يصح معاقده غيره وكذا إذا عقل عن الذى يواليه وان كان عاقداً غيره ولم يعقل عنه جاز عقده مع آخر لان مجرد العقد بدون العقل غير لازم فكان اقدمه على الثانى فسخاً للاول وأما صفة العقد فهو أنه عقد جائز غير لازم حتى لو والى رجلاً كان له أن يتحول عنه بولائه إلى غيره لانه عقد لا يملك به شئ فلم يكن لازماً كالوكالة والشركة لانه بمنزلة الوصية بالمال والوصية غير لازمة فكذا عقد الموالاة الا إذا عقل عنه لانه إذا عقل عنه فقد تأكد العقل بقضاء القاضى وفى التحول به إلى غيره فسخ قضائه فلا يملك فسخ القضاء وكذا له أن يفسخه صريحاً قبل أن يعقل عنه لان كل عقد غير لازم لكل واحد من العاقدين فسخه كسائر العقود التى هي غير لازمة ولان كل عقد يجوز لاحد العاقدين فسخه يجوز للآخر كسائر العقود القابلة للفسخ وهاهنا يجوز لاحد العاقدين فسخه وهو القابل فكذا الآخر الا انه ليس له أن يفسخه الا بحضور الآخر أي بعلمه لانه تعلق به حق الآخر فلا يملك اسقاطه مقصوداً من غير علمه كعزل الوكيل مقصوداً من غير عمله

الأ أن يوالى الأسفل آخر فيكون ذلك نقضا دلالة وان لم يحضر صاحبه أو انتقاضا ضرورة لانه لا يملك موالاة غيره الا بانفساخ الاول فينفسخ الاول دلالة وضرورة وقد ثبت الشئ دلالة أو ضرورة وان كان لا يثبت قصدا كمن وكل رجلا ببيع عبده ثم عزله والوكيل غائب لم يعلم به لم يصح عزله ولو باع العبد أو أعتقه انعزل الوكيل علم أو لم يعلم كذا هذا والله الموفق وأما حكم العقد فالعقل في حال الحياة والارث بعد الموت وهو أن المولى الأعلى يعقل عنه في حال حياته ويرثه بعد موته فيرث الأعلى من الأسفل عندنا لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم ويرث الأسفل من الأعلى أيضا إذا شرطا ذلك في المعاقدة بخلاف ولاء العتاقة ان هناك يرث الأعلى من الأسفل ولا يرث الأسفل من الأعلى لان سبب الارث هناك وجد من الأعلى لا من الأسفل وهو العتق والسبب ههنا العقد وقد شرط فيه التوارث من الجانبين فيعتبر ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وكما يثبت حكم الولاء في الرجال يثبت في أولادهم الصغار تبعا لهم حتى لو والى انسانا وله أولاد صغار صاروا موالى للذى والاه الاب وكذا إذا والى انسانا ثم ولد له أولاد دخلوا في ولاء الاب بطريق التبعية ولان للاب ولاية على ولده الصغير فينفذ عقده عليه ولا يصير أولاده الكبار موالى بموالاة الاب لانقطاع التبعية والولاية بالبلوغ حتى لو والى الاب انسانا وله ابن كبير فوالى رجلا آخر فولأه له لا لمولى أبيه ولو كبر بعض أولاده الصغار فاراد التحول عنه إلى غيره فان كان المولى قد عقل عنه أو عن أبيه أو عن أحد اخوته لم يكن له أن يتحول وان لم يكن عقل عن أحد منهم كان له ذلك أما جواز التحول عند عدم العقل فلانه لو كان كبيرا وقت عقد الاب لجاز له التحول وكذا إذا كبر في العقد لان المانع من السرية في الحاليين واحد وهو عدم التبعية والولاية وأما عدم الجواز عند العقل فلما ذكرنا من اتصال قضاء القاضى به وفى التحول فسخه وهذا لا يجوز فيلزم ضرورة ولو عاقدت امرأة عقد الولاء ولها أولاد صغار لا يصيرون موالى للذى وإلته أهمهم ولا تشبه الام في هذا الباب الاب لانه ليس للمرأة ولاية على أولادها الصغار ألا ترى انها لا تشتري لهم ولا تبيع عليهم وللاب أن يفعل ذلك وذكر القاضى في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف في المسألة فقال يثبت حكم ولائها في أولادها الصغار في قول أبى حنيفة وعندهما لا يثبت ولو والى رجل رجلا ثم ولد من امرأة قد والت رجلا فولأ الولد لمولى الاب لانه اجتمع ولا أن ولاء الاب وولاء الام فترجح جانب الاب لان للاب ولاية عليهم ولا ولاية للام ألا ترى ان للاب أن يعقد على ولده عقد البيع والنكاح وليس للام ذلك فكذا عقد الولاء وكذا لو والت وهى حبلى ولا يشبه هذا ولاء العتاقة لان في ولاء العتاقة إذا أعتقها وهى حبلى يثبت الولاء بالعتق والعتق يثبت في الولد كما يثبت في الام فكان للولد ولاء نفسه لكونه أصلا في العتق فاما ولاء الموالاة فبالعقد وعقدها لا يجوز على ما في بطنها فلم يصر الولد أصلا في الولاء فكان تبعا للاب في الولاء كما في المسألة الاولى وكذلك لو كان لهما أولاد صغار فوالى الام انسانا ثم والى الاب آخر فولأ الاولاد لموالى الاب لما قلنا ذممة أسلمت فوالى رجلا ولها ولد صغير من ذمى لم يكن ولاء ولدها لمولاها في قول أبى يوسف ومحمد وقى قياس قول أبى حنيفة يكون ولاء ولدها لمولاها بمنزلة العتاقة وجه قولهما ان الام لا ولاية لها على الولد بدليل انه لا يجوز لها ان تعقد على ولده عقد البيع والنكاح فكذلك عقد الولاء ولا يبي حنيفة ان الذمى لا ولاية له على ولده المسلم فتعذر اثبات الولاء من الاب والولاء إذا تعذر اثباته من جهة الاب يثبت من جهة الام كما إذا كان الاب عبدا وكما في ولاء العتاقة إذا كان الاب عبدا ولو قدم حربى الينا بامان فاسلم ووالى رجلا ثم سبى ابنه فاعتق لم يجز

ولاء الاب وان سبى أبوه فأعتق جر ولاء ابنه إلى مولاه لان الابن يتبع الاب في الولاة  
لما ذكرنا فاما الاب فلا يتبع الابن لانه لا ينسب إليه وانما ينسب الابن إلى أبيه فان كان  
ابن الابن أسلم ووالى رجلا لم يجر الجد ولاءه وذكر في الاصل وقال لان الجد لا يجر  
الولاء الا ان يجر ولاء ابنه فيجر بجره ولاء ابنه ولاءه قال الحاكم الشهيد وجه هذه  
المسألة ان يكون الاسفل مواليا والاوسط حربيا والجد معتقا فلا يجر ولاء الاسفل الا  
ان يسلم الاوسط ويوالى فيجر الجد ولاءه وولاء الاسفل بجر ولاءه ولو أسلم حربى أو  
ذمى على يدى

[ 173 ]

رجل ووالاه ثم اسلم ابنه الكبير على يدى رجل آخر ووالاه كان كل واحد منهما مولى  
للذى ووالاه ولا يجر بعضهم إلى بعض وليس هذا كالعتاق انه إذا أعتق أبوه جر ولاء  
الولد إلى نفسه لان ههنا ولاء كل واحد منهما ثبت بالعتق وعقد كل واحد منهما يجوز  
على نفسه ولا يجوز على غيره وهناك ولاء الولد ثبت بالعتق وولاء الاب ثبت بالعتق  
وولاء العتق أقوى من ولاء الموالة فيستتبع الاقوى الاضعف وههنا بخلافه لان ولاء كل  
واحد منهما ليس أقوى من ولاء صاحبه لثبوت كل واحد منهما بالعتق فهو الفرق  
(فصل) وأما صفة الحكم فهو ان الولاة الثابت بهذا العقد لا يحتمل التملك بالبيع  
والهبة والصدقة والوصية لانه ليس بمال فلا يكون محلا للبيع كالنسب وولاء العتاقة  
ولقوله صلى الله عليه وسلم الولاة لا يباع ولا يوهب حتى لو باع رجل ولاء موالة أو  
عتاقة بعبد وقبضه ثم أعتقه كان اعتاقه باطلا لانه قبضه بغير بدل إذ الولاة ليس بمال  
فلم يملكه فلم يصح اعتاقه كما لو اشترى عبد بمائة أو دم أو بحر وقبضه ثم أعتقه ولو  
باع المولى الاسفل ولاءه من آخر أو وهبه لا يكون بيعا أيضا ولا هبة لما قلنا لكنه يكون  
نقضا لولاء الاول وموالة لهذا الثاني لان الولاة لا يعتاض منه فبطل العوض وبقي قوله  
الولاء لك فيكون موالة بينه وبين الثاني كما لو سلم الشفعة بمال صح التسليم لكن لا  
يجب المال (فصل) وأما بيان ما يظهر به فانه يظهر بما ظهر به ولاء العتاقة وهو  
الشهادة المفسرة أو الاقرار سواء كان الاقرار في الصحة أو المرض لانه غير متهم  
في اقراره إذا لم يكن له وارث معلوم فيصح اقراره كما تصح وصيته بجميع ماله إذا  
لم يكن له وارث معلوم ولو مات رجل فاخذ رجل ماله وادعى انه وارث وليس  
للقاضى أن يمنع منه إذا لم يخاصمه أحد لان القاضى لا يدري البيت المال أو لغيره  
وهو يدعى انه له ولا مانع عنه فلا يتعرض له فان خاصمه أحد سأله القاضى البينة لانه  
لا يد له وكان مدعيا فعليه البينة (كتاب الاجارة) الكلام في هذا الكتاب يقع في سبع  
مواضع في بيان جواز الاجارة وفي بيان ركن الاجارة ومعناها وفي بيان شرائط الركن  
وفي بيان صفة الاجارة وفي بيان حكم الاجارة وفي بيان حكم اختلاف العاقدين في  
عقد الاجارة وفي بيان ما ينتهى به عقد الاجارة أما الاول فالاجارة جائزة عند عامة  
العلماء وقال أبو بكر الاصم انها لا تجوز والقياس ما قاله لان الاجارة بيع المنفعة  
والمنافع للحال معدومة والمعدوم لا يحتمل البيع فلا يجوز اضافة البيع إلى ما يؤخذ  
في المستقبل كاضافة البيع إلى أعيان تؤخذ في المستقبل فإذا لا سبيل إلى تجويتها  
لا باعتبار الحال ولا باعتبار المال فلا جواز لها رأسا لكننا استحسننا الجواز بالكتاب  
العزیز والسنة والاجماع أما الكتاب العزیز فقوله عزوجل خبرا عن أب المرأتين اللتين  
سقى لهما موسى عليه الصلاة والسلام قال انى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين  
على أن تأجرني ثمانى حجج أي على أن تكون أجيرا إلى أو على أن تجعل عوضى من  
انكاحي ابنتى اياك رعى غنمي ثمانى حجج يقال أجره الله تعالى أي عوضه وأثابه  
وقوله عزوجل خبرا عن تينك المرأتين قالت احداهما يا أبت استأجره ان خير من



استأجرت القوي الامين وما قص الله علينا من شرائع من قبلنا من غير نسخ يصير شريعة لنا مبتدأة ويلزمنا على أنه شريعتنا لا على أنه شريعة من قبلنا لما عرف في أصول الفقه وقوله عزوجل فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله والاجارة ابتغاء الفضل وقوله عزوجل ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم وقد قيل نزلت الآية في حج المكارى فانه روى أن رجلا جاء إلى ابن عمر رضى الله عنهما فقال انا قوم نكرى ونزعم أن ليس لنا حج فقال أستم تحرمون وتقون وترمون فقال نعم فقال رضى الله عنه أنتم حجاج ثم قال سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتنى فلم يجبه حتى أنزل الله عزوجل ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنتم حجاج وقوله عزوجل في استئجار الظئر وان أردتم ان تسترضعوا أولادكم فلا

[ 174 ]

جناح عليكم نفى سبحانه وتعالى الجناح عمن يسترضع ولده والمراد منه الاسترضاع بالاجرة دليله قوله تعالى إذا سلمتم ما أتيتم بالمعروف قيل أي الاجر الذي قبلتم وقوله فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن وهذا نص وهو في المطلقات وأما السنة فما روى محمد في الاصل عن أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا ينكح على خطبته ولا تناجشوا ولا تبيعوا بالقاء الحجر ومن استأجر أجير فليعلمه أجره وهذا منه صلى الله عليه وسلم تعليم شرط جواز الاجارة وهو اعلام الاجر فيدل على الجواز وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه أمر صلى الله عليه وسلم بالمبادرة إلى اعطاء أجر الاجير قبل فراغه من العمل من غير فصل فيدل على جواز الاجارة وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته رجل أعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره وعن عائشة رضى الله عنها أنها قالت استأجر رسول اله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رضى الله عنه رجلا من بنى الدئل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا إليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث فأتاهما فارتحلا وانطلق معهما عامر بن فهيرة والدليل الدئلى فأخذ بهم طريق الساحل وأدنى ما يستدل بفعل النبي صلى الله عليه وسلم الجواز وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على رافع بن خديج وهو في حائط فأعجبه فقال لمن هذا الحائط فقال لى يا رسول الله استأجرته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تستأجره بشئ منه خص صلى الله عليه وسلم النهى باستجاره ببعض الخارج منه ولو لم تكن الاجارة جائزة أصلا لعم النهى إذ النهى عن المنكر واجب وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يؤاجرون ويستأجرون فلم ينكر عليهم فكان ذلك تقريرا منه والتقريب أحد وجوه السنة واما الاجماع فان الامة أجمعت على ذلك قبل وجود الاصم حيث يعقدون عقد الاجارة من زمن الصحابة رضى الله عنهم إلى يومنا هذا من غير نكير فلا يعبا بخلافه إذ هو خلاف الاجماع وبه تبين ان القياس متروك لان الله تعالى انما شرع العقود لحوائج العباد وحاجتهم إلى الاجارة ماستهم لان كل واحد لا يكون له دارا مملوكة يسكنها أو أرض مملوكة يزرعها أو دابة مملوكة يركبها وقد لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم الثمن ولا بالهبة والاعارة لان نفس كل واحد لا تسمح بذلك فيحتاج إلى الاجارة فجوزت بخلاف القياس لحاجة الناس كالسلم ونحوه تحقيقه ان الشرع شرع لكل حاجة عقدا يختص بها فشرع لتمليك العين بعوض عقدا وهو البيع وشرع لتمليكها بغير عوض عقدا وهو

الهبة وشرع لتمليك المنفعة بغير عوض عقدا وهو الاعارة فلو لم يشرع الاجارة مع امتساس الحاجة إليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلا وهذا خلاف موضوع الشرع (فصل) وأما ركن الاجارة ومعناها اما ركنها فالايجاب والقبول وذلك بلفظ دال عليها وهو لفظ الاجارة والاستتجار والاكتراء والاكرء فإذا وجد ذلك فقد تم الركن والكلام في صيغة الايجاب والقبول وصفتهما في الاجارة كالكلام فيهما في البيع وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع وأما معنى الاجارة فالاجارة بيع المنفعة لغة ولهذا سماها أهل المدينة بيعا وأرادوا به بيع المنفعة وهذا سمي البديل في هذا العقد أجرة وسمى الله بدل الرضاع أجر بقوله فان ارضعن لكم فأتوهن أجورهن والاجرة بدل المنفعة لغة ولهذا سمي المهر في باب النكاح اجر بقوله عزوجل فانكحوهن باذن أهلهن وأتوهن أجورهن أي مهرهن لان المهر بدل المنفعة البضع وسواء أضيف إلى الدور والمنازل والبيوت والحوانيت والحمامات والفساطيط وعبيد الخدمة والدواب والثياب والحلى والاونى والظروف ونحو ذلك أو إلى الصناعات من القصار والخياط والصباغ والصائغ والنجار والبناء ونحوهم والاجير قد يكون خاصا وهو الذى يعمل لواحد وهو المسمى باجير الوجد وقد يكون مشتركا وهو الذى يعمل لعامة الناس وهو المسمى بالاجير المشترك وذكر بعض المشايخ ان الاجارة نوعان اجارة على المنافع واجارة على الاعمال وفسر النوعين بما ذكرنا وجعل المعقود عليه في احد النوعين المنفعة وفى الآخر العمل وهى في الحقيقة نوع واحد لانها بيع المنفعة فكان المعقود عليه

[ 175 ]

المنفعة في النوعين جميعا الا ان المنفعة تختلف باختلاف محل المنفعة فيختلف استيفائها باستيفاء منافع المنازل بالسكنى والاراضى بالزراعة والثياب والحلل وعبيد الخدمة بالخدمة والدواب بالركوب والحمل والاونى والظروف بالاستعمال والصناعات بالعمل من الخياطة والقصارة ونحوهما وقد يقام فيه تسليم النفس مقام الاستيفاء كما في اجير الوجد حتى لو سلم نفسه في المدة ولم يعلم يستحق الاجر وإذا عرف ان الاجارة بيع المنفعة فنخرج عليه بعض المسائل فنقول لا تجوز اجارة الشجرة والكرم للثمر لان الثمر عين الاجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولا تجوز اجارة الشاة للبينها أو سمنها أو صوفها أو ولدها لان هذه اعيان فلا تستحق بعقد الاجرة وكذا اجارة الشاة لترضع جديا أو صبيا لما قلنا ولا تجوز اجرة ماء في نهر أو بئر أو قناة أو عين لان الماء عين فان استأجر القناة والعين والبئر مع الماء لم يجز أيضا لان المقصود منه الماء وهو عين ولا يجوز استتجار الأجام التى فيها الماء للسبك وغيره من القصب والصيد لان كل ذلك عين فان استأجرها مع الماء فهو أفسد وأخبث لان استتجارها بدون الماء فاسد فكان مع الماء أفسد ولا تجوز اجارة المراعى لان الكلا عين فلا تحتمل الاجارة ولا تجوز اجارة الدراهم والدنانير ولا تبرهما وكذا تبر النحاس والرصاص ولا استتجار المكيلات والموزونات ولانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد استهلاك أعيانها والداخل تحت الاجارة المنفعة لا العين حتى لو استأجر الدراهم والدنانير ليعبر بها ميزانا أو حنطة ليعبر بها مكيالا أو زيتا ليعبر به أرطالا أو أمنانا أو وقتا معلوما ذكر في الاصل انه يجوز لان ذلك نوع انتفاع بها مع بقاء عينها فاشبه استتجار سنجات الميزان وذكر الكرخي انه لا يجوز الفقد شرط آخر وهو كون المنفعة مقصودة والانتفاع بهذ الاشياء من هذه الجهة غير مقصود عادة ولا يجوز استتجار الفحل للضراب لان المقصود منه النسل وذلك بانزال الماء وهو عين وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن عسب الفحل أي كرائه لان العسب في اللغة وان كان اسما للضراب لكن لا يمكن حمله عليه لان ذلك ليس بمنهى لما في النهى عنه من قطع

النسل فكان المراد منه كراء عسب الفحل الا انه حذف الكراء واقام العسب مقامه كما في قوله عزوجل واسأل القرية ونحو ذلك ولو استاجر كلبا معلما ليصيد به أو بازيا لم يجز لانه استئجار على العين وهو الصيد وجنس هذه المسائل تخرج على الاصل فان قيل أليس ان استئجار الطئر جائز وانه استئجار على العين وهى اللين بدليل انها لو أرضعته بلبن شاة لم تستحق الاجرة فالجواب انه روى عن محمد ان العقد يقع على خدمة الصبى واللين يدخل على طريق التبع فكان ذلك استئجارا على المنفعة أيضا واستفاؤها بالقيام بخدمة الصبى من غسله وغسل ثيابه والباسها اياه وطبخ طعامه ونحو ذلك واللين يدخل فيه تبعا كالصبغ في استئجار الصباغ وإذا أرضعته بلبن الشاة فلم تأت بما دخل تحت العقد فلا تستحق الاجرة كالصباغ إذا صبغ الثوب لونا آخر غير ما وقع عليه العقد انه لا يستحق الاجر وذا لا يدل على ان المعقود عليه ليس هو المنفعة كذا ههنا ومن مشايخنا من قال ان العقود عليه هناك العين وهى اللين مقصودا والخدمة تبع لان المقصود تربية الصبى ولا يترتب الا باللين فاجرى اللين مجرى المنافع ولهذا لا يجوز بيعه وعلى هذا يخرج استئجار الاقطع والاشل للخياط بنفسه والقصارة والكتابة وكل عمل لا يقوم الا باليدين واستئجار الاخرس لتعليم الشعر والادب والاعمى لنقط المصاحف انه غير جائز لان الاجارة بيع المنفعة والمنفعة لا تحدث عادة الا عند سلامة الآلات والاسباب وكذا استئجار الارض السبخة النزة للزراعة وهى لا تصلح لها لان منفعة الزراعة لا يتصور حدوثها منها عادة فلا تقع الاجارة ببيع المنفعة فلم تجز وعلى هذا يخرج استئجار المصحف انه لا يجوز لان منفعة المصحف النظر فيه والقراءة منه والنظر في مصحف الغير والقراءة منه مباح والاجارة بيع المنفعة والمباح لا يكون محلا للبيع كالاعيان المباحة من الحطب والحشيش وكذا استئجار كتب ليقرأ فيها شعرا أو فقها لان منافع الدفاتر النظر فيها والنظر في دفتر الغير مباح من غير أجر فصار كما لو استاجر ظل حائط خارج داره ليقعد فيه ولو استاجر شيئا من الكتب ليقرأ فقرا لا أجر عليه لانعدام عقد المعاوضة وعلى هذا أيضا يخرج اجارة الآجام للسمك والقصب واجارة المراعى

[ 176 ]

للکلا وسائر الاعيان المباحة انها غير جائزة لما بينا والله عزوجل أعلم (فصل) وأما شرائط الركن فأنواع بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ وبعضها شرط الصحة وبعضها شرط اللزوم أما شرط الانعقاد فثلاثة أنواع نوع يرجع إلى العاقد ونوع يرجع إلى نفس العقد ونوع يرجع إلى مكان العقد أما الذى يرجع إلى العاقد فالعقل وهو ان يكون العاقد عاقلا حتى لا تنعقد الاجرة من المجنون والصبى الذى لا يعقل كما لا ينعقد البيع منهما وأما البلوغ فليس من شرائط الانعقاد ولا من شرائط النفاذ عندنا حتى ان الصبى العاقل لو أجر ماله أو نفسه فان كان مأذونا ينفذ وان كان محجورا يقف لى اجازة الولى عدنا خلافا للشافعي وهى من مسائل المأذون ولو أجر الصبى المحجور نفسه وعمل وسلم من العمل يستحق الاجر ويكون الاجر له أما استحقاق الاجر فلان عدم النفاذ كان نظرا له والنظر بعد الفراغ من العمل سليما في النفاذ فيستحق الاجرة ولا يهدر سعيه فيتضرر به وكان اولى اذن له بذلك دلالة بمنزلة قبول الهبة من الغير وما كون الاجرة المسماة له فلانها بدل منافع وهى حقه وكذا حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد هذا لعقد ولا لنفاذه عندنا فينفذ عقد المملوك ان كان مأذونا ويقف على اجازة مولاه ان كان محجورا وعند الشافعي لا يقف بل يبطل وإذا سلم من العمل في اجارة نفسه أو اجارة مال المولى وجب الاجر المسمى لما ذكرنا في الصبى الا ان الاجر هنا يكون لمولى لان العبد ملك المولى والاجر كسبه وكسب

المملوك لمالك ولو هلك الصبي أو العبد في يد المستأجر في المدة ضمن لانه صار غاصبا حيث استعملهما من غير اذن المولى ولا يجب الاجر لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان ولو قتل العبد أو الصبي خطأ فعلى عاقلته الدية أو القيمة وعليه الاجر في ماله لان ايجاب الاجرة ههنا لا يؤدي إلى الجمع لاختلاف من عليه الواجب وللمكاتب ان يؤاجر ويستأجر لانه في مكاسبه كالحر واما كون العاقد طائعا جادا عامدا فليس بشرط لان عقد هذا العقد ولا لنفاذه عندنا لكنه من شرائط الصحة كما في بيع العين واسلامه ليس بشرط أصلا فتجوز الاجارة والاستئجار من المسلم والذمي الحرب المستامن لان هذا من عقود المعاوضات قيملكه المسلم والكافر جميعا كالياعات غير أن الذمي ان استأجر دارا من مسلم في المصر فأراد أن يتخذها مصلى للامة ويضرب فيها بالناقوس له ذلك ولرب الدار وامة المسلمين أن يمنعه من ذلك على طريق الحسبة لما فيه من احداث شعائر لهم وفيه تهاون بالمسلمين واستخفاف بهم كما يمنع من احداث ذلك في دار نفسه في أمصار المسلمين ولهذا يمنعون من احداث الكنائس في أمصار المسلمين قال النبي صلى اله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة أي لا يجوز اخصاء الانسان ولا احداث الكنيسة في دار الاسلام في الامصار ولا يمنع أن يصلى فيها بنفسه من غير جماعة لانه ليس فيه ما ذكرناه من المعنى ألا ترى انه لو فعل ذلك في دار نفسه لا يمنع منه ولو كانت الدار بالسواد ذكر في الاصل انه لا يمنع من ذلك لكن قيل ان أبا حنيفة انما أجاز ذلك في زمانه لان أكثر أهل السواد في زمانه كانوا أهل الذمة من المجوس فكان لا يؤدي ذلك إلى الاهانة والاستخفاف بالمسلمين واما اليوم فالحمد لله عزوجل فقد صار السواد كالمصر فكان الحكم فيه كالحكم في المصر وهذا إذا لم يشترط ذلك في العقد فأما إذا شرط بأن استأجر ذمي دارا من مسلم في مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلى للامة لم تجز الاجارة لانه استئجار على المعصية وكذا لو استأجر ذمي من ذمي ليفعل ذلك لما قلنا ولا بأس باستئجار ظئر كافرة والتي ولدت من فجور لان الكفر والفجور لا يؤثران في اللبن لان لبنهما لا يضر بالصبي ويكره استئجار الحمقاء لقوله صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يفسد والظاهر ان المراد منه غير الام لان الولادة أبلغ من الرضاع نهى وعلل بالافساد لان حمقها لمرض بها عادة ولبن المريضة يضر بالصبي ويحتمل ان النهى عن ذلك لئلا يتعود الصبي بعادة الحمقى لان الصبي يتعود بعادة ظئره والله أعلم وأما الذي يرجع إلى نفسه العقد ومكانه فما ذكرنا في كتاب البيوع وأما شرط النفاذ فأنواع منها خلو العاقد عن الردة إذا كان ذكرا في قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد ليس بشرط بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عند أبى حنيفة وعندهما نافذة وتصرفات المرتدة نافذة

[ 177 ]

في قولهم جميعا وهى من مسائل كتاب السير ومنها الملك والولاية فلا تنفذ اجارة الفضولي لعدم الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفا على اجارة المالك عندنا خلافا للشافعي كالبيع والمسألة ذكرناها في كتاب البيوع ثم الاجارة انما تلحق الاجارة الموقوفة بشرائط ذكرناها في البيوع منها قيام المعقود عليه وعلى هذا يخرج ما إذا أجر الفضولي فاجاز المالك العقد انه لو أجاز قبل استيفاء المنفعة جازت وكانت الاجرة للمالك لان المعقود عليه ما فات ألا ترى انه لو عقد عليه ابتداء بأمره جاز فإذا كان محلا لانشاء العقد عليه كان محلا للاجارة إذ الاجارة اللاحقة كالوكالة السابقة وان أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تجز اجازته وكانت الاجرة للعاقد لان المنافع المعقود عليها قد انعدمت ألا ترى أنها قد خرجت عن احتمال انشاء العقد عليها فلا تلحقها

الاجازة وقد قالوا فيمن غصب عبدا فأجره سنة للخدمة وفي رجل آخر غصب غلاما أو دارا فأقام البينة رجل انه له فقال المالك قد أجزت ما أجزت ان مدة الاجارة ان كانت قد انقضت فللغاصب الاجر لما ذكرنا ان المعقود عليه قد انعدم والاجازة لا تلحق المعدوم وان كان في بعض المدة فالاجر الماضي والباقي لرب الغلام في قول ابي يوسف وقال محمد اجر ما مضى للغاصب واجر ما بقى للمالك فأبو يوسف نظر إلى المدة فقال إذا بقى بعض المدة لم يبطل العقد فيبقى محلا للاجازة ومحمد نظر إلى المعقود عليه فقال كل جزء من اجزاء المنفعة معقود عليه بحاله كانه عقد عليه عقد متبدا بالمنافع في الزمان الماضي وانعدمت فانعدم شرط لحوق الاجازة العقد فلا تلحقه الاجازة وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف وقد قال محمد فيمن غصب أرضا فأجرها للزراعة فأجاز صاحب الارض الاجارة ان أجرة ما مضى للغاصب وأجرة ما بقى للمالك وهو عليه ما ذكرنا من الاختلاف قال فان أعطاه مزارعة فأجازها صاحب الارض جازت وان كان الزرع قد سنبل ما لم يسمن ولا شئ للغاصب من الزرع لان المزارعة بمنزلة شئ واحد لا يفرد بعضها من بعض فكان اجازة العقد قبل الاستيفاء بمنزلة ابتداء العقد وأما إذا سمن الزرع فقد انقضت عمل المزارعة فلا يلحق العقد الاجازة وأما الاستئجار من الفضولي فهو كشرائه فانه أضاف العقد إلى نفسه كان المستأجر له لان العقد وجد نفاذا على العاقد فينفذ عليه وان أضاف العقد إلى من استأجر له ينظر ان وقعت الاضافة إليه في الايجاب والقبول جميعا يتوقف على اجازته وان وقعت الاضافة إليه في أحدهما دون الآخر لا يتوقف بل ينفذ على العاقد لما ذكرنا في البيوع بخلاف الوكيل بالاستئجار انه يقع استئجاره للموكل وان أضاف العقد إلى نفسه والفرق على نحو ما ذكرنا في كتاب البيوع وعلى هذا تخرج اجارة الوكيل انها نافذة ولو وجود الولاية بانابة المالك إياه مناب نفسه فينفذ كما لو فعله الموكل بنفسه وله أن يؤاجر من ابن الموكل وأبيه لان للموكل ذلك لاختلاف ملكيهما كذا للوكيل وله أن يؤاجر من مكاتبه لان للمولى أن يؤجر منه لانه لا يملك ما في يده فكذا لو كيله وأما العبد المأذون فان لم يكن عليه دين فلا يملك أن يؤاجر منه لان المولى لا يجوز له ذلك لان كسبه ملكه فكذا الوكيل وان كان عليه دين فله ذلك أما عند أبي حنيفة فلان المولى لا يملك ما في يده وكان بمنزلة المكاتب فيجوز لو كليه أن يؤاجر منه وأما على قولهما فكسبه وان كان ملكه المولى لكن تعلق به حق الغير فجعل المالك كالأجنبي ولا يجوز له أن يؤاجر من أبيه وابنه وكل من لا تقبل شهادته له في قول أبي حنيفة وعندهما تجوز بأجر مثله كما في بيع العين وهو من مسائل كتاب الوكالة وله أن يؤاجر بمثل أجر الدار وبأقل عند أبي حنيفة وعندهما ليس له أو يؤاجر بالاقل وهو على الاختلاف في البيع ولو أجر اجارة فاسدة نفذت ولان مطلق العقد يتناول الصحيح والفاسد كما في البيع ولا ضمان عليه لانه لم يصير مخالفا وعلى المستأجر أجر المثل إذا انتفع لانه استوفى المنافع بالعقد الفاسد ولو لم يؤاجر الموكل الدار لكنه وهبها من رجل أو اعارها إياه فسكنها سنين ثم جاء صاحبها فلا أجر له على الوكيل ولا على الساكن لان المنافع على أصل أصحابنا لا تضمن الا بالعقد الصحيح أو الفاسد ولم يوجد ههنا وكذلك الاجارة من الاب والوصى والقاضى وأمينه نافذة لوجود الانابة من الشرع فلاب أن يؤاجر ابنه الصغير في عمل من الاعمال لان ولايته على الصغير كولايته على نفسه لان شفقتة عليه كشفتته على نفسه وله ان يؤاجر نفسه

فكذا ابنه ولان فيها نظرا للصغير من وجهين أحدهما ان المنافع في الاصل ليست بمال خصوصا منافع الحر وبالاجارة تصير مالا وجعل ما ليس بمال مالا من باب النظر والثانى ان ايجارة في الصنائع من باب التهذيب والتأديب والرياضة وفيه نظر للصبي فيملكه الاب وكذا وصى الاب لانه مرضى الاب والجد أب الاب لقيامه مقام الاب عند عدمه وصيه لانه مرضيه والقاضى لانه نصب ناظرا وأمينه لانه مرضيه ولا تجوز اجارة غير الاب ووصيه والجد ووصيه من سائر ذوى الرحم المحرم إذا كان له أحد ممن ذكرنا لان من سواهم لا ولاية له على الصغير ألا ترى أنه لا يملك التصرف في ماله ففى نفسه أولى الا إذا كان في حجره فتجوز اجارته اياه في قولهم انه إذا كان في حجره كان له عليه ضرب من الولاية لانه يربيه ويؤدبه واستعماله في الصنائع نوع من التأديب فيملكه من حيث انه تأديب فان كان في حجر ذى رحم محرم منه فأجره ذو رحم محرم آخر هو أقرب إليه من الذى هو في حجره بأن كان الصبي في حجر عمه وله أم فأجرته قال أبو يوسف تجوز اجارتها اياه وقال محمد لا تجوز (وجه) قول محمد ان هؤلاء لا ولاية لهم على الصبي أصلا ومقصودا وانما يملكون الاجارة ضمنا لولاية التربية وانها تثبت لمن كان في حجره فإذا لم يكن في حجره كان بمنزلة الاجانب ولابي يوسف ان ذا الرحم انما يلى عليه هذا النوع من الولاية بسبب الرحم فمن كان أقرب إليه في الرحم كان أولى كالأب مع الجد وللذى في حجره ان يقبض الاجرة من حقوق العقد وهو العاقد فكان ولاية القبض له وليس له أن ينفقها عليه لان الاجرة ماله والانفاق عليه تصرف في ماله وليس له ولاية التصرف في المال وكذا إذا وهب له هبة فله ان يقبضها وليس له ان ينفقها لان قبض الهبة منفعة محض للصغير ألا ترى ان الصغير يملك قبضها بنفسه وأما الانفاق فهو من باب الولاية فلا يملكه من لا يملك التصرف في ماله ولو بلغ الصبي في هذا كله قبل انقضاء مدة الاجارة فله الخيار ان شاء أمضى الاجارة وان شاء فسخ لان في استيفاء العقد اضرا را به لانه بعد البلوغ تلحقه الانفة من خدمة الناس والى هذا أشار أبو حنيفة فقال رأيت لو تفقه فولى القضاء أكنت أتركه يخدم الناس وقد أجره ابوه هذا قبيح ولان المنافع تحدث شيأ فشيأ والعقد ينعقد على حسب حدوث المنافع فإذا بلغ فيصير كان الاب عقد ما يحدث من المنافع بعد البلوغ ابتداء فكان له خيار الفسخ والاجارة كما إذا عقد ابتداء بعد البلوغ وكذا الاب والجد ووصيهما والقاضى ووصيه في اجارة عبد الصغير وعقاره لان لهم ولاية التصرف في ماله بالبيع كذا بالاجارة ولو بلغ قبل انتهاء المدة فلا خيار له بخلاف اجارة النفس وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب البيوع وليس للاب ومن يملك اجارة مال الصبي ونفسه وماله ان يؤجره بأقل من أجر المثل قدر ما لا يتغابن الناس في مثله عادة ولو فعل لا ينفذ لانه ضرر في حقه وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر وليس لغير هؤلاء ممن هو في حجره ان يؤجر عبده أو داره لان ذلك تصرف في المال فلا يملكه الا من يملك التصرف في المال كبيع المال وقال ابن سماعة عن محمد أستحسن ان يؤاجروا عبده لانهم يملكون اجارة نفسه فاجرة ماله أولى وكذا أستحسن ان ينفقوا عليه ما لا بد منه لان في تأخير ذلك ضررا عليه وكذلك أحد الوصيين يملك ان يؤاجر اليتيم في قول أبى حنيفة ولا يؤاجر عبده وقال محمد يؤاجر عبده والصحيح قول أبى حنيفة لان لكل واحد من الوصيين التصرف فيما يخاف الضرر بتأخيره وفى ترك اجارة الصبي ضرر منه بترك تأديبه ولا ضرر في ترك اجارة العبد ولا تجوز اجارة الوصي نفسه منه للصبي وهذا على أصل محمد لا يشكك لان الوصي لا يملك بيع ماله من الصبي أصلا فلا يملك اجارة نفسه منه أما على أصل أبى حنيفة فيحتاج إلى الفرق بين البيع والاجارة حيث يملك البيع ولا يملك الاجارة ووجه الفرق انه انما يملك بيع ماله منه إذا كان فيه نظر للصغير ولا نظر للصغير في اجارة نفسه

منه لان فيها جعل ما ليس بمال فلا يجوز للوصي ان يعمل في مال الصبي مضاربة والفرق بين الاجارة والمضاربة ان الوصي بعقد المضاربة لا يوجب حقا في مال المضاربة وانما يوجب حقا في الربح وانه قد يكون وقد لا يكون فلا يلحقه تهمة بخلاف الاجارة لانها توجب حقا في مال الصبي لا محالة وهو متهم فيه لما بينا (وأما استئجار الصغير لنفسه فينبغي ان

[ 179 ]

يجوز على قول أبى حنيفة إذا كان بأجرة لا يتغابن في مثلها لانه يملك بيع ماله من نفسه إذا كان فيه نظر له وفي استئجاره اياه لنفسه نظرا له لما فيه من جعل ما ليس بمال ما لا ويجوز للاب ان يؤاجر نفسه للصغير أو يستأجر الصغير لنفسه لان بيع مال الاب من الصغير وشراء ماله لنفسه لا يتقيد بشرط النظر بدليل انه لو باع ماله منه بمثل قيمته أو اشترى مال الصغير لنفسه بمثل قيمته يجوز فكذا الاجارة ومنها تسليم المستأجر في اجارة في اجارة المنزل ونحوها إذا كان العقد مطلقا عن شرط التعجيل بان لم يشترط تعجيل الاجارة في العقد ولم يوجد التعجيل أيضا من غير شرط عندنا خلافا للشافعي بناء على ان الحكم في الاجارة المطلقة لا يثبت بنفس العقد عندنا لان العقد في حق الحكم ينعقد على حسب حدوث المنفعة فكان العقد في حق الحكم مضافا إلى حين حدوث المنفعة فيثبت حكمه عند ذلك وعنده تجعل منافع المدة موجودة في الحال تقديرا كأنها عين قائمة فيثبت الحكم بنفس العقد كما في بيع العين وهذا أصل نذكره في بيان حكم الاجارة وكيفية انعقادها في حق الحكم ان شاء الله تعالى ونعني بالتسليم التخلية والتمكين من الانتفاع برفع الموانع في اجارة المنازل ونحوها وعبيد الخدمة أجبر الوحد حتى لو انقضت المدة من غير تسليم المستأجر على التفسير الذي ذكرنا لا يستحق شيئا من الاجر لان المستأجر لم يملك من المعقود عليه شيئا فلا يملك هو أيضا شيئا من الاجر لانه معاوضة مطلقة ولو مضى بعد العقد مدة ثم سلم فلا أجر له فيما مضى لعدم التسليم فيه ولو أجر المنزل فارغا وسلم المفتاح إلى المستأجر فلم يفتح الباب حتى مضت المدة لزمه كل الاجر لوجود التسليم وهو التمكين من الانتفاع برفع الموانع في جميع المدة فحدثت المنافع في ملك المستأجر فهلكت على مكله فلا يسقط عنه الاجر كالبائع إذا سلم المبيع إلى المشتري بالتخلية فهلك في يد البائع كان الهلاك على المشتري لانه هلك على مكله كذا هذا وان لم يسلم المفتاح إليه لكنه أذن له بفتح الباب فاقل مر وافتح الباب فان كان يقدر على فتح الباب بالمعالجة لزمه الكراء لوجود التسليم وان لم يقدر لا يلزمه لان التسليم لم يوجد ولو استأجر دارا ليسكنها شهرا أو عبدا يستخدمه شهرا أو دابة ليركبها إلى الكوفة فسكن واستخدم في بعض الوقت وركب في بعض المسافة ثم حدث بها مانع يمنع من الانتفاع من غرق أو مرض أو إباق أو عصب أو كان زرعاً فقطع شربه أو رحى فانقطع ماؤه لا تلزمه أجرة تلك المدة لان المعقود عليه المنفعة في تلك المدة لانها تحدث شيئا فشيئا فلا تصير منافع المدة مسلمة بتسليم محل المنفعة لانها معدومة المعدوم لا يحتمل التسليم وانما يسلمها على حسب وجودها شيئا فشيئا فإذا اعترض منع فقد تعذر تسليم المعقود عليه قبل القبض فلا يجب البديل كما لو تعذر تسليم المبيع قبل القبض بالهلاك والله عزوجل أعلم ومنها ان يكون العقد مطلقا عن شرط الخيار فان كان فيه خيار لا ينفذ في مدة الخيار لان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم مادام الخيار قائما لحاجة من له الخيار إلى دفع العين عن نفسه كما في بيع العين وهذا لان شرط الخيار وان كان شرطا مخالفا لمقتضى العقد والقياس ياباه لما مر لكن تركنا اعتبار القياس لحاجة الناس ولهذا جاز في بيع العين كذا في الاجارة

والله عزوجل الموفق وأما شرطا الصحة فلصحة هذا العقد شرائط بعضها يرجع إلى العاقد وبعضها يرجع إلى المعقود عليه وبعضها يرجع إلى محل المعقود عليه وبعضها يرجع إلى ما يقابل المعقود عليه وهو الاجرة وبعضها يرجع إلى نفس العقد أعني الركن أما الذي يرجع إلى العاقد فرضا المتعاقدين لقوله عزوجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم والاجارة تجارة لان التجارة تبادل المال بالمال والاجارة كذلك ولهذا يملكها المأذون وانه لا يملك ما ليس بتجارة فثبت ان الاجارة تجارة فدخلت تحت النص وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه فلا يصح مع الكراهة والهزل والخطأ لان هذه العوارض تنافي الرضا فتمنع صحة الاجارة ولهذا منعت صحة البيع وأما اسلام العاقد فليس بشرط فيصح من المسلم والكافر والحربي المستأمن كما يصح البيع منهم وكذا الحرية فيصح من المملوك المأذون وينفذ من المحجور وينعقد ويتوقف على ما بينا والله عزوجل أعلم وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فضرور منها ان يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوما علما يمنع من المنازعة فان

[ 180 ]

كان مجهولا ينظر ان كانت تلك الجهالة مفضية إلى المنازعة تمنع صحة العقد والا فلا لان الجهالة المفضية إلى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد فكان العقد عبثا لخلوه عن العاقبة الحميدة وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة يوجد التسليم والتسلم فيحصل المقصود ثم العمل بالمعقود عليه وهو المنفعة يكون بيان أشياء منها بيان محل المنفعة حتى لو قال أجزتك احدى هاتين الدارين أو أحد هذين العبدین أو قال استأجرت أحد هذين الصانعين لم يصح العقد لان المعقود عليه مجهول لجهالة محله جهالة مفضية إلى المنازعة فتمنع صحة العقد وعلى هذا قال أبو حنيفة إذا باع نصيبا له من دار غير مسمى ولا يعرفه المشتري انه لا يجوز لجهالة النصيب وقال أبو يوسف ومحمد يجوز إذا علم به بعد ذلك وان كان عرفه المشتري وقت العقد أو عرفه في المجلس جاز سواء كان البائع يعرفه أو لا يعرفه بعد ان صدق المشتري فما قال وجواب أبي حنيفة مبنى على أصليين أحدهما أن بيع النصيب لا يجوز عنده وهو قول محمد وعند أبي يوسف جائز والثاني ان اجارة المشاع غير جائزة عنده وان كان المستأجر معلوما من نصف أو ثلث أو غير ذلك فالمجهول أولى وعندهما اجارة المشاع جائزة وانما فرق محمد بين الاجارة والبيع حيث جوز اجارة النصيب ولم يجوز بيع النصيب لان الاجارة لا تجب بنفس العقد على أصل أصحابنا وانما تجب عند استيفاء المعقود عليه وهو المنفعة والنصيب عند الاستيفاء معلوم بخلاف البيع فان البديل فيه يجب بنفس العقد وعند العقد النصيب مجهول وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة ما إذا استأجر من عقار مائة ذراع أو استأجر من أرض جريبا أو جريبين انه لا يجوز كما لا يجوز البيع لان اسم الذراع عند يقع على القدر الذي يحله الذراع من البقعة المعينة وذلك للحال مجهول وكذا اجارة المشاع لا تجوز عنده وان كان معلوما فالمجهول أولى وعندهما الذراع كالسهم وتجاوز اجارة السهم كذا اجارة الذراع وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع وعلى هذا تخرج اجارة المشاع من غير الشريك عند أبي حنيفة انها لا تجوز لان المعقود عليه مجهول لجهالة محله إذ الشائع اسم لجزء من الجملة غير عين من الثلث والربع ونحوهما وانه غير معلوم فأشبهه اجارة عبد من عبيدين وعندهما جائز كبيع الشائع وبه أخذ الشافعي وتخرج المسألة على أصل آخر هو أولى بالتخريج عليه ونذكر الدلائل هناك ان شاء الله تعالى وان استأجر طريقا من دار ليمر فيها وقتا معلوما لم يجز في قياس قول أبي حنيفة لان البقعة المستأجرة غير



معلومة من بقية الدار فكان اجارة المشاع فلا يجوز عنده وعندهما يجوز ولو استأجر ظهر بيت ليبيت عليه شهرا أو ليضع متاعه عليه اختلف المشايخ فيه لاختلاف نسخ الاصل ذكر في بعضها أنه لا يجوز وفي بعضها انه يجوز وهو الصحيح لان المعقود عليه معلوم وذكر في الاصل إذا استأجر علو منزل ليبنى عليه لا يجوز في قياس قول أبي حنيفة لان البناء على يختلف في الخفة والثقل والثقيل منه يضربا لعلو والضرر لا يدخل في العقد لان الاجير لا يرضى به فكان مستثنى من العقد دلالة ولا ضابط له فصار محل المعقود عليه مجهولا بخلاف ما إذا استأجر أرضا ليبنى عليها انه يجوز لان الارض لا تتأثر لثقل البناء وخفته ويجوز في قياس قول أبي يوسف ومحمد لان البناء المذكور ينصرف إلى المتعارف والجواب ما ذكرنا انه ليس لذلك حد معلوم وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر شربا من نهر أو مسيل ماء في أرض انه لا يجوز لان قدر ما يشغل الماء من النهر والارض غير معلوم ولو استأجر نهرا ليسوق منه الماء إلى أرض له فيسقيها لم يجز وذكر في الاصل إذا استأجر نهرا يابسا يجري فيه الماء إلى أرضه أو رعى لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وقال أرايت لو استأجر ميزابا ليسيل فيه ماء المطر على سطح المؤجر ألم يكن هذا فاسدا وذكر هشام عن محمد فيمن استأجر موضعا معلوما من أرض مؤقتا بوقت معلوم يسيل فيه ماءه انه يجوز فصار عن محمد روايتان وجه هذه الرواية ان المانع جهالة البقعة وقد زالت الجهالة بالتعيين وجه الرواية المشهورة وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ان مقدار ما يسيل من الماء في النهر والمسيل مختلف والكثير منه مضر بالنهر والسطح والمضر منه مستثنى من العقد دلالة غير المضر غير مصبوط فصار محل المعقود عليه مجهولا ولو استأجر ميزابا ليركبه في داره كل شهر بشئ مسمى جاز لان الميزاب المركب في داره لا تختلف منفعته بكثرة ما يسيل فيه وقتله

[ 181 ]

فكان محل المعقود عليه معلوما ولو استأجر بالوعة ليصب فيها وضوا لم يجز لان مقدار ما يصب فيها من الماء مجهول والضرر يختلف فيه بقلته وكثرته فكان محل المعقود عليه مجهولا وعلى هذا يخرج أيضا ما إذا استأجر حائطا ليضع عليه جذوعا أو يبنى عليه سترة أو يضع فيه ميزابا انه لا يجوز لان وضع الجذع وبناء السترة يختلف باختلاف الثقل والخفة والثقيل منه يضر بالحائط والضرر مستثنى من العقد دلالة وليس لذلك المضر حد معلوم فيصير محل المعقود عليه مجهولا وكذلك لو استأجر من الحائط موضع كوة ليدخل عليه الضوء أو موضعا من الحائط ليتد فيه وتدا لم يجز لما قلنا فان قيل اليس انه لو استأجر دابة بغير عينها يجوز وان كان المعقود عليه مجهولا لجهالة محله فالجواب ان هذه الجهالة لا تفضى إلى المنازعة لحاجة الناس إلى سقوط اعتبارها لان المسافر لو استأجر دابة بعينها فرما تمت الدابة في الطريق فتبطل الاجارة بموتها ولا يمكنه المطالبة بدابة أخرى فيبقى في الطريق فيقضى بغير حمولة فيتنضرر به فدعت الضرورة إلى الجواز واسقاط اعتبار هذه الجهالة لحالة الناس فلا تكون الجهالة مفضية إلى المنازعة كجهالة المدة وقدر الماء الذي يستعمل في الحمام وقال هشام سألت محمدا عن الاطلاع بالنورة بأن قال أظنك بدانق ولا يعلم بما يطله من غلظه ونحافته قال هو جائز لان مقدار البدن معلوم بالعادة والتفاوت فيه يسير لا يفضى إلى المنازعة ولان الناس يتعاملون ذلك من غير نكير فسقط اعتبار هذه الجهالة بتعامل الناس ومنها بيان المدة في اجارة الدور والمنازل والبيوت والحوانيت وفي استئجار الطئر لان المعقود عليه لا يصير معلوم القدر بدونه فترك بيانه يفضى إلى المنازعة وسواء قصرت المدة أو طالت من

يوم أو شهر أو سنة أو أكثر من ذلك بعد أن كانت معلومة وهو أظهر أقوال الشافعي وفي بعضها انه لا يجوز أكثر من سنة وفي بعضها انه لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة والقولان لا معنى لهما لان المانع ان كان هو الجهالة فلا جهالة وان كان عدم الحاجة فالحاجة قد تدعو إلى ذلك وسوء عين اليوم أو الشهر أو السنة أو لم يعين ويتعين الزمان الذي يعقب العقد لثبوت حكمه وقال الشافعي لا يصح العقد ما لم يعين الوقت الذي يلي العقد نصا (وجه) قوله ان قوله يوما أو شهرا أو سنة مجهول لانه اسم لوقت منكرو جهالة الوقت توجب جهالة المعقود عليه وليس في نفس العقد ما يوجب تعيين بعض الاوقات دون بعض فيبقى مجهولا فلا بد من التعيين ولنا ان التعيين قد يكون نصا وقد يكون دلالة وقد وجد ههنا دلالة التعيين من وجهين أحدهما ان الانسان انما يعقد عقد الاجارة للحاجة والحاجة عقيب العقد قائمة والثاني ان العاقد يقصد بعقده الصحة ولا صحة لهذا العقد الا بالصراف في الشهر الذي يعقب لعقد فيتعين بخلاف ما إذا قال الله على أن أصوم شهرا أو أعتكف شهرا ان له أن يصوم ويعتكف أي شهر أحب ولا يتعين الشهر الذي يلي النذر لان تعين الوقت ليس بشرط لصحة النذر فوجب المنذور به في شهر منكر فله أن يعين أي شهر شاء ولو أجر داره شهر أو شهورا معلومة فان وقع العقد في غرة الشهر يقع على الالهة بلا خلاف حتى لو نقص الشهر يوما كان عليه كمال الاجرة لان الشهر اسم لللال وان وقع بعدما مضى بعض الشهر ففي اجارة الشهر يقع على ثلاثين يوما بالاجماع لتعذر اعتبار الالهة فتعتبر بالايام وأما في اجارة الشهر ففيها روايتان عن أبي حنيفة في رواية اعتبر الشهور كلها بالايام وفي رواية اعتبر تكميل هذا الشهر بالايام من الشهر الاخير والباقي بالالهة وهكذا ذكر في الاصل فقال إذا استأجر سنة أولها هذا اليوم وهذا اليوم لاربعة عشر من الشهر فانه يسكن بقية هذا الشهر وأحد عشر شهرا بالالهة وستة عشر يوما من الشهر الاخير وهذا غلط وقع من الكاتب والصحيح أن يقال وأربعة عشر يوما لان ستة عشر يوما قد سكن فلم يبق لتمام الشهر بالايام الا أربعة عشر يوما وهكذا ذكر في بعض النسخ وانما يسكن ستة عشر يوما إذا كان سكن أربعة عشر يوما وهو قول أبي يوسف ومحمد ووجهه ما ذكرنا في كتاب الطلاق لان اسم الشهور للالهة إذ الشهر اسم لللال لغة الا أنه لا يمكن اعتبار الالهة في الشهر الاول فاعتبر فيه الايام ويمكن فيما بعده فيعمل بالاصل ولان كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه لانه يتجدد ويحدث شيئا فشيئا فيصير عند تمام الشهر الاول كانه عقد الاجارة ابتداء فيعتبر بالالهة بخلاف العدة انه يعتبر فيها الايام على احدى

[ 182 ]

الروايتين لان كل جزء من اجزاء العدة ليس بعدة ولان العدة فيها حق الله تعالى فاعتبر فيها زيادة العدد احتياط والاجارة حق العبد فلا يدخله الاحتياط وجه الرواية الاخرى ان الشهر الاول يكمل بالايام بلا خلاف وانما يكمل بالايام من الشهر الثاني فإذا كمل بالايام من الشهر الثاني يصير أول الشهر الثاني بالايام فيكمل من الشهر الثالث وهكذا إلى آخر الشهور ولو قال أجرتك هذه الدار سنة كل شهر بدرهم جاز بالاجماع لان المدة معلومة والاجرة معلومة فلا يجوز ولا يملك أحدهما الفسخ قبل تمام السنة من غير عذر ولو لم يذكر السنة فقال أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم جاز في شهر واحد عند أبي حنيفة وهو الشهر الذي يعقب العقد كما في بيع العين بأن قال بعث منك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم انه لا يصح الا في قفيز واحد عنده لان جملة الشهور مجهولة فأما الشهر الاول فمعلوم وهو الذي يعقب العقد وذكر القدوري ان الصحيح من قول أبي يوسف ومحمد انه لا يجوز أيضا وفرقا بين الاجارة وبيع العين

من حيث ان كل شهر لا نهاية له فلا يكون المعقود عليه معلوما بخلاف الصبرة لانه يمكن معرفة الجملة بالكيل وعامة مشايخنا قالوا تجوز هذه الاجارة على قولهما كل شهر بدرهم كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وفي بيع المذروع كل ذراع بدرهم وعند ابي حنيفة لا يجوز البيع في المذروع في الكيل لافي ذراع واحد ولا في الباقي وفي المكيل والموزون في واحد ولا يجوز في الباقي في الحال الا إذا علم المشتري جملته في المجلس لان بيع قفيز من صبرة جائز لان الجهالة تفضى إلى المنازعة لعدم التفاوت بين قفيز وقفيز فاما بيع ذراع من ثوب فلا يجوز لتفاوت في أجزاء الثوب فيفضى إلى المنازعة وقال الشافعي هذه الاجارة فاسدة واعتبرها ببيع كل ثوب من هذه الاثواب بدرهم وهذا الاعتبار غير سديد لان الثياب تختلف في أنفسها اختلافا فاحشا ولا يمكن تعيين واحد منها لاختلافها فاما المشهور فانها لا تختلف فيتعين واحد منها للاجارة عند ابي حنيفة وهو الشهر الاول لما بينا وإذا جاز في الشهر الاول لا غير عند ابي حنيفة فلكل واحد منهما أن يترك الاجارة عند تمام الشهر الاول فإذا دخل الشهر الثاني ولم يترك أحدهما انعقدت الاجارة في الشهر الثاني لانه إذا مضى الشهر الاول ولم يترك أحدهما فقد تراضيا على انعقاد العقد في الشهر الثاني فصارا كأنهما جددا العقد وكذا هذا عند مضي كل شهر بخلاف ما إذا أجر شهرا وسكت ولم يقل كل شهر لان هناك لم يسبق منه شئ يبني عليه العقد في الشهر ثم اختلف مشايخنا في وقت الفسخ وكيفيته قال بعضهم إذا أهل الهلال يقول أحدهما على الفور فسخت الاجارة فإذا قال ذلك لا ينعقد في الشهر الثاني وان سكتا عنه انعقدت وقال بعضهم يفسخ أحدهما الاجارة في الحال فإذا جاء رأس الشهر عمل ذلك الفسخ السابق وقال بعضهم يفسخ أحدهما ليلة الهلال أو يومها وان سكتا حتى غربت الشمس من اليوم الاول انعقدت الاجارة في الشهر الثاني وهذا أصح الاقاويل ومعنى الفسخ ههنا وهو المنع انعقاد الاجارة في الشهر الثاني لانه رفع العقد الموجود من الاصل ولو استأجر دلوا وبكرة ليسقى غنمه ولم يذكر المدة لم يجز لان قدر الزمان الذي يسقى فيه الغنم غير معلوم فكان قدر المعقود عليه مجهولا وان بين المدة جاز لانه صار معلوما بيان المدة والله عزوجل أعلم وأما بيان ما يستأجر له في هذا النوع من الاجارة أعنى اجارة المنازل ونحوها فليس بشرط حتى لو استأجر شياً من ذلك ولم يسم ما يعمل فيه جاز وله أن يسكن فيه نفسه ومع غيره وله أن يسكن فيه غيره بالاجارة والاعارة وله أن يضع فيه متاعا وغيره غيره أنه لا يجعل فيه حدادا ولا قصارا ولا طحانا ولا ما يضر بالبناء ويوهنه وانما كان كذلك لان الاجارة تشرعت للانتفاع والدور والمنازل والبيوت ونحوها معدة للانتفاع بها بالسكنى ومنافع العقار المعدة للكسنى متقاربة لان الناس لا يتفاوتون في السكنى فكانت معلومة من غير تسمية وكذا المنفعة لا تتفاوت بكثرة السكان وقلتهم الا تفاوتا يسيرا وانه ملحق بالعدم ووضع المتاع من توابع السكنى وذكر في الاصل ان له أن يربط في الدار دابته وبعيه وشاته لان ذلك من توابع السكنى وقيل ان هذا الجواب على عادة أهل الكوفة والجواب فيه يختلف باختلاف العادة فان كان في موضع جرت العادة بذلك فله ذلك والا فلا وانما لم يكن له أن يقعد فيه من يضر بالبناء ويوهنه من القصار والحداد

[ 183 ]

والطحان لان ذلك اتلاف العين وانه لم يدخل تحت العقد إذ الاجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولان مطلق العقد ينصرف إلى المعتاد والظاهر ان الحانوت الذي يكون في صف البزازين انه لا يؤاجر لعمل الحداد والقصار والطحان فلا ينصرف مطلق العقد إليه إذ المطلق محمول على العادة فلا يدخل غيره في العقد الا بالتسمية أو بالرضا

حتى لو أجز حانوتا في صف الحدادين من حداد يدخل عمل الحدادة فيه من غير تسمية للعادة وانما كان له أن يؤاجر من غيره وبغير عوض وبغير عوض وأما في اجارة الارض فلا بد فيها من بيان ما تستاجر له من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك فان لم يبين كانت الاجارة فاسدة الا إذا جعل له أن ينتفع بها بما شاء وكذا إذا استأجرها للزراعة فلا بد من بيان ما يزرع فيها أو يجعل له أن يزرع فيها ما شاء والا فلا يجوز العقد لان منافع الارض تختلف باختلاف البناء والغرس والزراعة وكذا المزروع يختلف منه ما يفسد الارض ومنه ما يصلحها فكان المعقود عليه مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة فلا بد من البيان بخلاف السكنى فانها لا تختلف وأما في اجارة الدواب فلا بد فيها من بيان أحد الشئتين المدة أو المكان فان لم يبين أحدهما فسدت لان ترك البيان يفضى إلى المنازعة وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر دابة يشيع عليها رجلا أو يتلقاه ان الاجارة فاسدة الا أن يسمى موضعا معلوما لما قلنا وكذا إذا استأجرها إلى الجبانة لان الجبانة تختلف أولها وأوسطها وآخرها لانها موضع واسع تتباعد أطرافها وجوانبها بخلاف ما إذا استأجر دابة إلى الكوفة انه يصح العقد وان كان أطرافها وجوانبها متباعدة لان المكان هناك معلوم بالعادة وهو منزله الذي بالكوفة لان الانسان إذا استأجر إلى بلده فانما يستأجر إلى بيته ألا ترى انه ما جرت العادة بين المكاريين بطرح الحمولات على أول جزء من البلد فصار منزله بالكوفة مذكورا دلالة والمذكور دلالة كالمذكور نسا ولا عادة في الجبانة على موضع بعينه حتى يحمل العقد عليه حتى لو كان في الجبانة موضع لا يركب الا إليه يصح العقد وينصرف إليه كما يصح إلى الكوفة ولو تكارها بدرهم يذهب عليها إلى حاجة له لم يجز ما لم يبين المكان لان الحوائج تختلف منها ما ينقضى بالركوب إلى موضع ومنها ما لا ينقضى الا بقطع مسافة بعيدة فكانت المنافع مجهولة فتفسد الاجارة وذكر في الاصل إذا تكارى دابة من الفرات إلى جعفى وجعفى قبيلتان بالكوفة ولم يسم احدهما أو إلى الكناسة وفيها كناستان ولم يسم احدهما أو إلى بجيلة وبها بجيلتان الظاهرة والباطنة ولم يسم احدهما ان الاجارة فاسدة لان المكان مجهول ولا بد فيها من بيان ما يستأجر له في الحمل والركوب لانهما منفعتان مختلفتان وبعد بيان ذلك لابد من بيان ما يحمل عليها ومن يركبها لان الحمل يتفاوت بتفاوت المحمول والناس يتفاوتون في الركوب فترك البيان يقضى إلى المنازعة وذكر في الاصل إذا استأجر بعيرين من الكوفة إلى مكة فحمل على أحدهما محملا فيه رجلان وما يصلح لهما من الوطاء والذثر وقد رأى الرجلين ولم ير الوطاء والذثر وأحدهما زاملة يحمل عليها كذا محتوما من السويق والدقيق وما يصلحهما من الزيت والخل والمعاليق ولم يبين ذلك واشتراط عليه ما يكتفي به من الماء ولم يبين ذلك فهذا كله فاسد بالقياس ولكن قال أبو حنيفة أستحسن ذلك وجه القياس انه شرط عملا مجهولا لانه قدر الكسوة والذثار يختلف باختلاف الناس فصارت المنافع مجهولة وجه الاستحسان ان الناس يفعلون ذلك من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا فكان ذلك اسقاطا منهم اعتبار هذه الجهالة فلا يفضى إلى المنازعة وان اشترط المستأجر أن يحمل عليه من هدايا مكة من صالح ما يحمل الناس فهو جائز لان قدر الهدايا يعلم بالعادة وهذا مما يفعله الناس في سائر الاعصار من غير تكبر وان بين وزن المعاليق ووصف ذلك والهدايا أحب الينا لانه يجوز قياسا واستحسانا وذلك يكون أبعد من الخصومة لذلك قال أحب الينا ولكل محل قربتين من ماء وادواتين من أعظم ما يكون لان هذا كله يصير معلوما بالعادة وذكره أفضل وكذا الخيمة والقبة وذكره أفضل لما قلنا وفي استئجار العبد للخدمة والثوب للباس والقدر للطبخ لابد من بيان المدة لما قلنا والقياس أن يشترط بيان نوع الخدمة في استئجار العبد للخدمة لان الخدمة

تختلف فكانت مجهولة وفى الاستحسان لا يشترط وينصرف إلى المتعارف وليس له أن

[ 184 ]

يسافر به فلا بد من بيان ما يلبس وما يطبخ في القدر لان اللبس يختلف باختلاف اللابس والقدر يختلف باختلاف المطبوخ فلا بد من البيان ليصير المعقود عليه معلوما فان اختصما حين وقعت الاجارة في هذه الاشياء قبل أن يزرع أو يبنى أو يغرس أو قبل أن يحمل على الدابة أو يركبها أو قبل أن يلبس الثوب أو يطبخ في القدر فان القاضى يفسخ الاجارة لان العقد وقع فاسدا ورفع الفساد واجب حقا للشرع فان زرع الارض وحمل الدابة وليس الثوب وطبخ في القدر فمضت المدة فله ما سمي استحسانا والقياس أن يكون له أجر المثل لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد واستيفاء المنفعة بعقد فاسد يوجب أجر المثل لا المسمى وجه الاستحسان ان المفسد جهالة المعقود عليه والمعقود عليه قد تعين بالزراعة واللبس والطبخ فزال الجهالة فقد استوفى المعقود عليه في عقد صحيح فيجب كمال المسمى كما لو كان متعينا في الابتداء ولو فسخ القاضى الاجارة ثم زرع أو حمل أو لبس أو غير ذلك لا يجب شئ لان القاضى لما نقض فقد بطل العقد فصار مستعملا مال الغير من غير عقد فصار غاصبا والمنافع على أصلنا لا تتقوم الا بالعقد الصحيح أو الفاسد ولم يوجد ومنها بان العمل في استئجار الصناع والعمال لان جهالة العمل في الاستئجار على الاعمال جهالة مفضية إلى المنازعة فيفسد العقد حتى لو استأجر عاملا ولم يسم له العمل من القصارة والخياطة والرعى ونحو ذلك لم يجز العقد وكذا بيان المعمول فيه في الاجير المشترك اما بالاشارة والتعيين أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة في ثوب القصارة والخياطة وبيان الجنس والقدر في اجارة الراعى من الخيل والابل أو البقر أو الغنم وعددها لان العمل يختلف باختلاف المعمول وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر حفارا ليحفر له بئرا انه لا بد من بيان مكان الحفر وعمق البئر وعرضها لان عمل الحفر يختلف باختلاف عمق المحفور وعرضه ومكان الحفر من الصلابة والرخاوة فيحتاج إلى البيان ليصير المعقود عليه معلوما وهل يشترط فيه بيان المدة اما في استئجار الراعى المشترك فيشترط لان قدر المعقود عليه لا يصير معلوما بدونه وأما في استئجار القصار المشترك والخياط المشترك فلا يشترط حتى لو دفع إلى خياط أو قصار أثوابا معلومة ليخيطها أو ليقصرها جاز من غير بيان المدة لان المعقود عليه يصير معلوما بدونه وأما في الاجير الخاص فلا يشترط بيان جنس المعمول فيه ونوعه وقدره وصفته وانما يشترط بيان المدة فقط وبيان المدة في استئجار الظئر شرط جوازه بمنزلة استئجار العبد للخدمة لان المعقود عليه هو الخدمة فما جاز فيه جاز في الظئر وما لم يجر فيه لم يجر فيها الا ان أبا حنيفة استحسنت في الظئر ان تستأجر بطعامها وكسوتها لما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ولو استأجر انسانا لبيع له ويشترى ولم يبين المدة لم يجر لجهالة قدر منفعة البيع والشراء ولو بين المدة بان استأجره شهرا لبيع له ويشترى جاز لان قدر المنفعة صار معلوما ببيان المدة وما روى عن بعض الصحابة رضوان الله عليهم قال كنا نبيع في أسواق المدينة نسمى أنفسنا السماسرة فخرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم وسمانا باحسن الاسماء فقال صلى الله عليه وسلم يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة والسمسار هو الذى يبيع أو يشتري لغيره بالاجرة فهو محمول على ما إذا كانت المدة معلومة وكذا إذا قال بع لى هذا الثوب ولك درهم وبين المدة وان لم يبين فباع واشترى فله أجر مثل عمله لانه استوفى منفعته بعقد فاسد قال الفضل

بن غائم سمعت أبا يوسف قال لا بأس أن يستأجر القاضى رجلا مشاهرة على أن يضرب الحدود بين يديه وان كان غير مشاهرة فالاجارة فاسدة لانها إذا كانت مشاهرة كان المعقود عليه معلوما ببيان المدة ويستحق الاجرة فيها بتسليم النفس عمل أو لم يعمل وإذا لم يذكر الوقت بقى المعقود عليه مجهولا لان قدر الحدود التى سماها غير معلوم وكذا محل الاقامة مجهول وذكر محمد في السير الكبير إذا استأجر الامام رجلا ليقتل المرتدين والاسارى لم يجز عند أصحابنا وان استأجره لقطع اليد جاز ولا فرق بينهما عندي والاجارة جائزة فيهما هكذا ذكر محمد وأراد بقوله أصحابنا أبا يوسف وأبا حنيفة وعلى هذا الخلاف إذا استأجر رجل رجلا لاستيفاء القصاص في النفس وجه قوله انه استأجره لعمل معلوم وهو القتل ومحلّه معلوم وهو العنق إذ لا يباح له العدول عنه فيجوز كما لو استأجره لقطع اليد وذبح الشاة ولهما أن محلّه من العنق ليس بمعلوم

[ 185 ]

بخلاف القطع فان محلّه من اليد معلوم وهو المفصل وكذا محل الذبح الحلقوم والودجان وذلك معلوم وقال ابن رستم عن محمد في رجل قال لرجل اقتل هذا الذئب أو هذا الاسد ولك درهم وهما صيد ليسا للمستأجر فقتله فان له أجر مثله لا أجاوز به درهما لان الاسد والذئب إذا لم يكونا في يده فيحتاج في قتلها إلى المعالجة فكان العمل مجهولا وانما وجب عليه أجر المثل لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد ويكون الصيد للمستأجر لان قتل الصيد سبب لتملكه وعمل الاجير يقع للمستأجر فصار كانه قتله بنفسه وعلى هذا يخرج ما إذا قال لرجل استأجرتك لتخيط هذا الثوب اليوم أو لتقصر هذا الثوب اليوم أو لتخبز قفيز الدقيق اليوم أو قال استأجرتك هذا اليوم لتخيط هذا الثوب أو لتقصر أو لتخبز قدم اليوم أو أخره ان الاجارة فاسدة في قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد جائزة وعلى هذا الخلاف إذا استأجر الدابة إلى الكوفة أياما مسماة فالاجارة فاسدة عنده وعندهما جائزة وجه قولهما ان المعقود عليه هو العمل لانه هو المقصود والعمل معلوم فاما ذكر المدة فهو التعجيل فلم تكن المدة معقودا عليها فذكرها لا يمنع جواز العقد وإذا وقعت الاجارة على العمل فان فرغ منه قبل تمام المدة أي اليوم فله كمال الاجر وان لم يفرغ منه في اليوم فعليه أن يعمل في الغد كما إذا دفع إلى خياط ثوبا ليقطعه ويخيطه قميصا على أن يفرغ منه في يومه هذا أو اكرى من رجل ابلا إلى مكة على أن يدخله إلى عشرين ليلة كل بعير بعشرة دنانير مثلا ولم يزد على هذا ان الاجارة جائزة ثم ان وفى بالشرط أخذ المسمى وان لم يف به فله أجر مثله لا يزداد على ما شرطه ولا يبي حنيفة ان المعقود عليه مجهول لانه ذكر أمرين كل واحد منهما يجوز أن يكون معقودا عليه أعنى العمل والمدة أما العمل فظاهر وكذا ذكر المدة بدليل انه لو استأجره يوما للخبازة من غير بيان قدر ما يخبز جاز وكان الجواب باعتبار انه جعل المعقود عليه المنفعة والمنفعة مقدرة بالوقت ولا يمكن الجمع بينهما في كون كل واحد منهما معقودا عليه لان حكمهما مختلف لان العقد على بالمدة يقتضى وجوب الاجر من غير عمل لانه يكون أجيرا خالصا والعقد على العمل يقتضى وجوب الاجر بالعمل لانه يصير أجيرا مشتركا فكان المعقود عليه أحدهما وليس أحدهما باولى من الآخر فكان مجهولا وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد بخلاف تلك المسألة لان قوله على ان يفرغ منه في يومى هذا ليس جعل الوقت معقودا عليه بل هو بيان صفة العمل بدليل انه لو لم يعمل في اليوم وعمل في الغد يستحق أجر المثل ولو قال أجرتك هذه الدار شهرا بخمسة دراهم أو هذه الاخرى شهرا بعشرة دراهم أو كان هذا القول في حانوتين أو عبيدين أن مسافتين

مختلفتين بان قال أجرتك هذه الدابة إلى واسط بكذا أو إلى مكة بكذا فذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة استحسانا وعند زفر والشافعي لا يجوز قياسا وعلى هذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء وان ذكر أربعة لم يجز وعلى هذا أنواع الخياطة والصيغ انه ان ذكر ثلاثة جاز عندنا ولا يجوز ما زاد عليها كما في بيع العين وجه القياس انه أضاف العقد إلى أحد المذكورين وهو مجهول فلا يصح ولهذا لم يصح إذا أضيف إلى أحد الأشياء الأربعة ولنا أنه خيره بين عقد معلومين في محلين متقومين ببدلين كما لو قال ان رددت الأبق من موضع كذا فلك كذا وان رددته من موضع كذا فلك كذا وكما لو قال ان خيطت هذا الثوب فبدرهم وان خيطت هذا الآخر فبدرهم وعملهما سواء وكما لو قال ان سرت على هذه الدابة إلى موضع كذا فبدرهم وان سرت إلى موضع كذا فبدرهم والمسافة سواء وأما قولهما ان العقد أضيف إلى أحد المذكورين من غير عين فنعم لكن فوض خيار التعيين إلى المستأجر ومثل هذه الجهالة لا تفضى إلى المنازعة كجهالة قفيز من الصبرة ولهذا اجاز البيع فالاجارة أولى لانها أوسع من البيع ألا ترى انها تقبل من الخطر ما لا يقبله البيع ولهذا جوزوا هذه الاجارة من غير شرط الخيار ولم يجوزوا البيع الا بشرط الخيار وكذلك إذا دفع إلى خياط ثوبا فقال له ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان أو قال لصباغ صبغت هذا الثوب بعصفر فلك درهم ن وان صيغته بزعفران فلك درهمان فذلك جائز لانه خيره بين ايفاء منفعتين معلومتين فلا جهالة ولان الاجر على أصل أصحابنا لا يجب الا بالعمل وحين يأخذ في أحد العملين تعين ذلك الاجر وهذا عند أصحابنا الثلاثة فاما عند زفر فالاجارة فاسدة لان المعقود عليه مجهول والجواب ما ذكرناه ولو

[ 186 ]

قال أجرتك هذه الدار شهرا على انك ان قعدت فيها حدادا فاجرها عشرة وان بعث فيها الخبز فخمسة فالاجارة جائزة في قول أبي حنيفة الاخير وقال أبو يوسف ومحمد الاجارة فاسدة وجه قولهما ان الاجر لا يجب بالسكنى وانما يجب بالتسليم وهو التخلية وحالة التخلية لا يدري ما يسكن فكان البدل عنده مجهولا بخلاف الرومي والفارسي لان البدل هناك يجب بابتداء العمل ولا بد وان يتدئ باحد العملين وعند ذلك يتعين البدل ويصير معلوما عند وجوده ولا يبي حنيفة انه خير بين منفعتين معلومتين فيجوز كما في خياطة الرومية والفارسية هذا لان السكنى وعمل الحدادة مختلفتان والعقد على واحد منهما صحيح على الانفراد فكذا على الجمع وقولهما بان الاجر ههنا يجب بالتسليم من غير عمل مسلم لكن العمل يوجد ظاهرا وغالبا لان الانتفاع عند التمكين من الانتفاع هو الغالب فلا يجب الاحتراز عنه على ان بالتخلية وهو التمكين من الانتفاع يجب اقل الاجرين لان الزيادة تجب بزيادة الضرر ولم توجد زيادة الضرر وأقل الاجرين معلوم فلا يؤدي إلى الجهالة وهذا جواب امام الهدى الشيخ أبي منصور الماتريدي وعلى هذا الخلاف كل ما كان اجره يجب بالتسليم ولا يعلم الواجب به وقت التسليم فهو باطل عندهما وعند أبي حنيفة العقد جائز وأي التعيين استوفى وجب اجر ذلك كما سمي وان أمسك الدار ولم يسكن فيها حتى مضت المدة فعليه أقل المسميين لما ذكرنا ان الزيادة انا تجب باستيفاء منفعة زائدة ولم يوجد ذلك فلا يجب بالتسليم وهو التخلية الا أقل الاجرين وعلى هذا الخلاف إذا استأجر دابة إلى الحيرة على أنه ان حمل عليها شعيرا فبنصف درهم وان حمل عليها حنطة فبدرهم فهو جائز على قول أبي حنيفة الاخر وعلى قولهما لا يجوز وكذلك ان استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإلى القادسية بدرهمين فهو جائز عنده على قولهما ينبغي ان لا يجوز لما ذكرنا ولو استأجر دابة من بغداد إلى القصر بخمسة وإلى الكوفة بعشرة قال محمد لو كانت

المسافة إلى القصر النصف من الطريق إلى الكوفة فالاجارة جائزة وان كانت أقل أو أكثر فهي فاسدة على أصلهما لان المسافة إذا كانت النصف فحال ما يسير يصير البديل معلوما لانه ان سار إلى القصر أو إلى الكوفة فالاجارة إلى القصر خمسة فاما إذا كانت المسافة إلى القصر أقل من النصف أو أكثر فالاجارة حال ما يسير مجهولة لانه ان سار إلى القصر فالاجارة خمسة وان سار إلى الكوفة فالاجارة إلى القصر بحصته من المسافة وجهالة الاجارة عند وجود سبب وجوبها تفسد العقد عندهما فاما على قول أبي حنيفة فالعقد جائز لانه سمي منفعتين معلومتين لانه كل واحدة منهما بدل معلوم ولو أعطى خياطاً ثوباً فقال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غداً فلك نصف درهم قال ابو حنيفة الشرط الاول صحيح والثاني فاسد حتى لو خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غداً له أجر مثله على هذا نذكر تفسيره قال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان باطلان وبه أخذ الشافعي فتكلم مع زفر والشافعي في اليوم الاول لانهما خالفاً لأصحابنا الثلاثة فيه والوجه لهما أن المعقود عليه مجهول ولنا انه سمي في اليوم الاول عملاً معلوماً وبدلاً معلوماً وفساد الشرط الثاني لا يؤثر في الشرط الاول كمن عقد اجارة صحيحة واجارة فاسدة وأما اليوم الثاني فوجه قول ابى يوسف ومحمد على نحو ما ذكرنا في اليوم الاول انه سمي في اليوم الثاني عملاً معلوماً وبدلاً معلوماً كما في الاول فلا معنى لفساد العقد فيه كما لا يفسد في اليوم الاول ولا في حنيفة انه اجتمع في اليوم الثاني بدلان متفاوتان في القدر لان البديل المذكور في اليوم الاول جعل مشروطاً في اليوم الثاني بدليل انه لو لم يذكر لليوم الثاني بدلاً آخر وعلم في اليوم الثاني يستحق المسمى في الاول فلو لم يجعل المذكور من البديل في اليوم الاول مشروطاً في الثاني لما استحق المسمى وإذا اجتمع بدلان في اليوم الثاني صار كأنه قال في اليوم الثاني فلك درهم أو نصف درهم فكان الاجر مجهولاً فوجب فساد العقد فإذا خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم هكذا ذكر في الاصل وفي الجامع الصغير وذكر محمد في الاملاء وهو احدى روايتي ابن سماعه في نوادره عن ابى يوسف واحدى روايتي ابن سماعه في نوادره عن محمد وروى ابن سماعه في نوادره عن ابى يوسف عن ابى حنيفة في رواية أخرى ان له في اليوم الثاني اجر مثله لا يزداد على نصف درهم

[ 187 ]

وذكر القدوري ان هذه الرواية هي الصحيحة ووجهها ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يزداد على المسمى والمسمى في اليوم الثاني نصف درهم لا درهم انما الدرهم مسمى في اليوم الاول وذلك عقد آخر فلا يعتبر فيه وجه رواية الاصل انه اجتمع في الغد تسميتان لان التسمية الاولى عند مجئ الغد قائمة لما ذكرنا فيعمل بهما فتعتبر الاولى لمنع الزيادة والثانية لمنع النقصان فان خطاب نصفه في اليوم الاول نصفه في الغد فله نصف المسمى لاجل خياطته في اليوم الاول اجر المثل لاجل خياطته في الغد لا يزداد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم فان خاطه في اليوم الثالث فقد روى ابن سماعه عن محمد عن ابى حنيفة أن له أجر مثله لا يتجاوز به نصف درهم لان صاحب الثوب لم يرض بتأخيره إلى الغد باكثر من النصف فتأخيره إلى اليوم الثالث اولي فان قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غداً فلا أجر لك ذكر محمد في املائه أنه ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزداد على درهم لان اسقاطه في اليوم الثاني لا ينفى وجوبه في اليوم الاول ونفى التسمية في اليوم الثاني لا ينفى أصل العقد فكان في اليوم الثاني



عقد لا تسمية فيه ويجب اجر المثل ولو قال ان خطته أنت فاجرك درهم وان خاطه تلميذك فاجرك نصف درهم فهذا والخياطة الرومية والفارسية سواء ولو استأجر دارا شهرا بعشرة دراهم على أنه ان سكنها يوما ثم خرج فعليه عشرة دراهم فهو فاسد لان المعقود عليه مجهول وهو سكنى شهرا ويوم الله عزوجل أعلم ومنها أن يكون مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا لان العقد لا يقع وسيلة إلى المعقود بدونه فلا يجوز استئجار الآبق لانه لا يقدر على استيفاء منفعته حقيقة لكونه معجوز التسليم حقيقة ولهذا لم يجز بيعه ولا تجوز اجارة المصوب من غير الغاصب كما لا يجوز بيعه من غيره لما فلنا وعلى هذا يخرج اجارة المشاع من غير الشريك انها غير جائزة عند أبي حنيفة وزفر وقال أبو يوسف ومحمد الشافعي انها جائزة وجه قولهم ان الاجارة أحد نوعي البيع فيعتبر بالنوع الاخر وهو بيع العين وانه جائز في المشاع وكذا هذا فلو امتنع تعذر استيفاء منفعة بسبب الشيعاء والمشاع مقدور الانتفاع بالمهاياة ولهذا جاز بيعه وكذا يجوز من الشريك أو من الشركاء في صفقة واحدة فكذا من الأجنبي والدليل عليه أن الشيوع الطارئ لا يفسد الاجارة فكذا المقارن لان الطارئ في باب الاجارة مقارن لان المعقود عليه المنفعة وانها تحدث شيئا فشيئا فكان كل جزء يحدث معقودا عليه مبتدأ ولابي حنيفة ان منفعة المشاع غير مقدور الاستيفاء لان استيفاءها بتسليم المشاع والمشاع غير مقدور بنفسه لانه اسم لسهم غير معنى وغير المعين لا يتصور تسليمه بنفسه حقيقة وانما يتصور تسليمه بتسليم الباقي وذلك غير معقود عليه فلا يتصور تسليمه شرعا وأما قولهما انه يمكن استيفاء منفعة المشاع بالتهايئ فنقول لا يمكن على الوجه الذي يقتضيه العقد وهو الانتفاع بالنصف في كل المدة لان التهايؤ بالزمن انتفاع بالكل في نصف المدة وذا ليس بمقتضى العقد والتهايؤ بالمكان انتفاع برفع المستأجر في كل المدة لان نصف هذا النصف له بالملك ونصفه على طريق البديل عما في يد صاحبه وانه ليس بمقتضى العقد أيضا فإذا لا يمكن تسليم المعقود عليه على الوجه الذي يقتضيه العقد أصلا ورأسا فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا ولان تجويز هذا القعد بالمهاياة يؤدي إلى الدور لانه لا مهاياة الا بعد ثبوت الملك ولا ملك الا بعد وجود العقد ولا عقد الا بعد وجود شرطه وهو القدرة على التسليم فيتعلق كل واحد بصاحبه فلا يتصور وجوده بخلاف البيع لان كون المبيع مقدور الانتفاع ليس بشرط لجواز البيع فان بيع المهر والجحش والارض السبخة جائز وان لم يكن منتفعا بها ولهذا يدخل الشرب والطريق في الاجارة من غير تسمية ولا يدخلان في البيع الا بالتسمية لان كون المستأجر منتفعا به بنفسه شرط صحة الاجارة ولا يمكن الانتفاع بدون الشرب والطريق بخلاف البيع وأما الاجارة من الشريك فعن أبي حنيفة فيه روايتان ولئن سلمنا على الرواية المشهورة فلان المعقود عليه هناك مقدور الاستيفاء بدون المهاياة لان منفعة كل الدار تحدث على ملك المستأجر لكن بسببين مختلفين بعضها بسبب الملك وبعضها بسبب الاجارة وكذا الشيوع الطارئ فيه روايتان عن أبي حنيفة في رواية تفسد الاجارة كالمقارن

[ 188 ]

وفى رواية لا تفسد وهى الرواية المشهورة عنه ووجهها أن عدم الشيوع عنده شرط جواز هذا العقد وليس كل ما يشترط لابتداء العقد يشترط لبقائه كالخلو عن العدة فان العدة تمنع ابتداء العقد ولا تمنع البقاء كذا هذا وسواء كانت الدار كلها لرجل فأجر نصفها من رجل أو كانت بين اثنين فأجر أحدهما نصيبه من رجل كذا ذكر الكرخي في جامعه نضا عن أبي حنيفة أن الاجارة لا تجوز في الوجهين جميعا ذكرنا أبو طاهر الدباس أن اجارة المشاع انما لا تجوز عند أبي حنيفة إذا أجر الرجل بعض ملكه فاما

إذا أجر أحد الشريكين نصيبه فالعقد جائز بلا خلاف لان في الصورة الاولى تقع  
المهياة بين المستأجر وبين المؤاجر فتكون الدار في يد المستأجر مدة وفي يد  
المؤاجر مدة ولا يجوز أن يستحق المؤاجر الاجر مع كون الدار في يده والمهياة في  
الصورة الثانية انما تقع بين المستأجر وبين غير المؤاجر وهذا لا يمنع استحقاق الاجر  
لجواز أن تكون الدار في يد غير المستأجر وأجرتها عليه كما لو أعارها ثم أجرها  
والصحيح ما ذكره الكرخي لان ما ذكرنا من المانع يعم الوجهين جميعا وسواء كان  
المستأجر محتملا للقسمة أولا لان المانع من الجواز لا يوجب الفصل بينهما بخلاف  
الهبة فان المانع ثمة خص المحتمل للقسمة وهو ما ذكرنا في كتاب الهبة ولو أجر  
مشاعا يحتمل القسمة فقسم وسلم جاز لان المانع قد زال كما لو باع الجذع في  
السقف ثم نزع وسلم وكما لو وهب مشاعا يحتمل القسمة ثم قسم وسلم فان  
اختصما قبل القسمة فابطل الحاكم الاجارة ثم الاجارة ثم قسم وسلم بعد ذلك لم  
يجر العقد لان العقد انفسخ من الاصل بابطال الحاكم فلا يحتمل الجواز الا بالاستئناف  
وبجوز اجارة الاثنيين من واحد لان المنافع تدخل في يد المستأجر جملة واحدة من غير  
شيوخ ويستوفيهما من غير مهياة ولو مات أحد المؤاجرين حتى انقضت الاجارة في  
حصته لا تنقض في حصة الحى وان صارت مشاعة وهو المسمى بالشيوخ الطارئ لما  
ذكرنا وكذا يجوز رهن الاثنيين من واحد وهبة الاثنيين من واحد لعدم الشيوخ عند القبض  
وكذا تجوز اجارة الواحد من الاثنيين لان المنافع تخرج من ملك الأجر جملة واحدة من  
غير شيوخ ثم ثبت الشيوخ لضرورة تفرق ملكيهما في المنفعة وانه يوجب قسمة  
المنفعة بالتهايئ فيندم الشيوخ ولو مات أحد المستأجرين حتى انتقضت الاجارة في  
حصته بقيت في حصته الحى كما كانت ويجوز رهن الواحد من اثنين أيضا لان الرهن  
شرع وثيقة بالدين فجميع الرهن يكون وثيقة لكل واحد من المرتهنين ألا ترى انه لو  
قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يأخذ بعض الرهن وأما هبة الواحد من اثنين  
فانما لا تجوز عند أبى حنيفة لان الملك في باب الهبة يقع بالقبض والشيوخ ثابت عند  
القبض وانه يمنع من القبض فيمنع من وقوع الملك علي ما نذكر في كتاب الهبة وان  
استأجر أرضا فيها زرع للاجر أو شجر أو قصب أو كرم أو ما يمنع من الزراعة لم تجز  
لانها مشغولة بمال المؤاجر فلا يتحقق تسلميه فلا يكون المعقود عليه مقدور  
الاستيفاء شرعا فلم تجز كما لو اشترى جذعا في سقف وكذا لو استأجر أرضا فيها  
رطوبة فالاجرة فاسدة لانه لا يمكن تسليمها الا بضرر وهو قلع الرطوبة فلا يجبر على  
الاضرار بنفسه فلم تكن المنفعة مقدورة الاستيفاء شرعا فلم تجز كما لو اشترى  
جزعا في سقف فان قلع رب الارض الرطوبة فقال للمستأجر اقبض الارض فقبضها  
فهو جائز لان المانع قد زال فصار كإشراء الجذع في السقف إذا نزع البائع وسلمه  
إلى المشتري فان اختصما قبل ذلك فابطل الحاكم الاجارة ثم قلع الرطوبة بعد ذلك لم  
يصح العقد لان العقد قد بطل بابطال الحاكم فلا يحتمل العود فان مضى من مدة  
الاجارة يوم أو يومان قبل أن يختصما ثم قلع الرطوبة فالمستأجر بالخيار ان شاء قبضها  
على تلك الاجارة وطرح عنه ما لم يقبض وان شاء لم يقبض فرقا بين هذا وبين الدار  
إذا سلمها المؤاجر في بعض المدة ان المستأجر لا يكون له خيار الترك ووجه الفرق  
أن المقصود من اجارة الارض الزراعة والزراعة لا يمكن في جميع الاوقات بل في  
بعض الاوقات دون بعض وتختلف بالتقديم والتأخير فالمدة المذكورة فيها يقف بعضها  
على بعض ويكون الكل كمدة واحدة فإذا مضى بعضها فقد تغير عليه صفة العقد  
لاختلاف المعقود فكان له الخيار بخلاف اجارة الدار لان المقصود منها السكنى  
وسكنى كل يوم لا تعلق له بيوم آخر فلا يقف بعض المدة فيها على بعض فلا يوجب

خلا في المقصود من الباقي فلا يثبت الخار ولو اشترى اطراف رطبة ثم استأجر الارض لتبقيّة ذلك لم تجز

[ 189 ]

الاجارة لان أصل الرطبة ملك المؤاجر فكانت الارض مشغولة بملك المؤاجر واستئجار بقعة مشغولة بمال المؤاجر لم تصح لان كونها مشغولة بملكه يمنع التسليم فيمنع استيفاء المعقود عليه كاستئجار أرض فيها زرع المؤاجر ولو اشترى الرطبة باصلها ليقبلها ثم استأجر الارض مدة معلومة لتبقيتها جاز لان الارض ههنا مشغولة بمال المستأجر وذا لا يمنع الاجارة كما لو استأجر ما هو في يده وكذلك إذا اشترى شجرة فيها ثمر بثمرها على أن يقبلها ثم استأجر الارض فببها فيها جاز لما قلنا قال محمد وان استعمار الارض في ذلك كله فهو جائز لان المالك بالاعارة اباح الانتفاع بملكه فيجوز وعلى هذا يخرج ما ذكرنا أيضا من استئجار الفحل للانزاء واستئجار الكلب المعلم والبازي المعلم للاصطياد انه لا يجوز لان المنفعة المطلوبة منه غير مقدورة الاستيفاء إذ لا يمكن اجبار الفحل على الضراب والانزال ولا اجبار الكلب والبازي على الصيد فلم تكن المنفعة التي هي معقود عليها مقدورة الاستيفاء في حق المستأجر فلم تجز وعلى هذا يخرج استئجار الانسان للبيع والشراء انه لا يجوز لان البيع والشراء لا يتم بواحد بل بالبائع والمشتري فلا يقدر الاجير على ايفاء المنفعة بنفسه فلا يقدر المستأجر على الاستيفاء فصار كما لو استأجر رجلا ليحمل خشبه بنفسه وهو لا يقدر على حمله بنفسه ولو ضرب لذلك مدة بأن استأجر شهرا لبيع له ويشترى جاز لما مر وعلى هذا يخرج الاستئجار على تعليم القرآن والصنائع انه لا يجوز لان الاجير لا يقدر على ايفاء العمل بنفسه فلا يقدر المستأجر على الاستيفاء وان شئت افردت لجنس هذه المسائل شرطا فقلت ومنها ان يكون العمل المستأجر له مقدور الاستيفاء من العامل بنفسه ولا يحتاج فيه إلى غيره وخرجت المسائل عليه والاول أقرب إلى الصناعة فافهم وعلى هذا يخرج الاستئجار على المعاصي انه لا يصح لانه استئجار على منفعة غير مقدورة الاستيفاء شرعا كاستئجار الانسان للعب واللهو وكاستئجار المغنية والنائحة للغناء والنوح بخلاف الاستئجار لكتابة الغناء والنوح انه جائز لان الممنوع عنه نفس الغناء النوح لا كتابتهما وكذا لو استأجر رجلا ليقتل له رجلا أو ليسجنه أو ليضربه ظلما وكذا كل اجارة وقعت لمظلمة لانه استئجار لفعل المعصية فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعا فان كان ذلك بحق بان استأجر انسانا لقطع عضو جاز لانه مقدور الاستيفاء لان محله معلوم فيمكنه ان يضع السكين عليه فيقطعه وان استأجره لقصاص في النفس لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وتجاوز عند محمد هو يقول استيفاء القصاص بطريق مشروع هو حز الرقبة والرقبة معلومة فكان المعقود عليه مقدور الاستيفاء فاشبه الاستئجار لذبح الشاة وقطع اليد وهما يقولان ان القتل بضرب العنق يقع على سبيل التجافي عن المضروب فربما يصيب العنق وربما يعدل عنه إلى غيره فان أصاب كان مشروعا وان عدل كان محظورا لانه يكون مثله وانها غير مشروعة بخلاف الاستئجار على تشقيق الحطب لانه وان كان ذلك يقع على سبيل التجافي فكله مباح وههنا بخلافه فلم يكن هذا النوع من المنفعة مقدور الاستيفاء وليس كذلك القطع والذبح لان القطع يقع بوضع السكين على موضع معلوم من اليد وهو المفصل وامراره عليه وكذلك الذبح فهو الفرق ولو استأجر ذمي من مسلم بيعة ليصلى فيها لم يجز لانه استئجار لفعل المعصية وكذا لو استأجر ذمي من ذمي لما قلنا ولو استأجر الذمي دارا من مسلم أراد أن يصلى فيها من غير جماعة أو يتخذها مصلى للعامة فقد ذكرنا حكمه فيما تقدم ولو استأجر ذمي مسلما لخدمته

ذكر في الاصل انه يجوز واكره للمسلم خدمة الذمي أما الكراهة فلان الاستخدام استدلال فكان اجارة المسلم نفسه منه اذلالا لنفسه وليس للمسلم ان يذل نفسه خصوصا بخدمة الكافر وأما الجواز فلانه عقد معاوضة فيجوز كالباع وقال ابو حنيفة اكره ان يستأجر الرجل امرأة حرة يستخدمها ويخلو بها وكذلك الأمة وهو قول أبي يوسف ومحمد أما الخلوة فلان الخلوة بالمرأة الاجنبية معصية وأما الاستخدام فلانه لا يؤمن معه الاطلاع عليها والوقوع في المعصية ويجوز الاستئجار لنقل الميتات والجيف والنجاسات لان فيه رفع أذيتها عن الناس فلو لم تجز لتضرر بها الناس وقال ابن رستم عن محمد انه قال لا بأس باجرة الكناس

[ 190 ]

أرأيت لو استأجره ليخرج له حمارا ميتا أما يجوز ذلك ويجوز الاستئجار على نقل الميت الكافر إلى المقبرة لانه جيفة فيدفع أذيتها عن الناس كسائر الانجاس وأما الاستئجار على نقله من بلد إلى بلد فقد قال محمد ابتلينا بمسألة ميت مات من المشركين فاستأجروا له من يحمله إلى موضع فيدفنه في غير الموضع الذي مات فيه أراد بذلك إذا استأجروا له من ينقله من بلد إلى بلد فقال ابو يوسف لا اجر له وقلت أنا ان كان الحمال الذي حمله يعلم انه جيفة فلا اجر له وان لم يعلم فله الاجر وجه قول محمد ان الاجير إذا علم انه جيفة فقد نقل ما لا يجوز له نقله فلا يستحق الاجر وإذا لم يعلم فقد غرره بالتسمية والغرور يوجب الضمان ولابي يوسف ان الاصل أن لا يجوز نقل الجيفة وانما رخص في نقلها للضرورة وهي ضرورة رفع أذيتها ولا ضرورة في النقل من بلد إلى بلد فيبقى على أصل الحرمة كنقل الميتة من بلد إلى بلد ومن استأجر حملا يحمل له الخمر فله الاجر في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا اجر له كذا ذكر في الاصل وذكر في الجامع الصغير أنه يطيب له الاجر في قول أبي حنيفة وعندهما يكره لهما أن هذه اجارة على المعصية لان حمل الخمر معصية لكونه اعانة على المعصية وقد قال الله عزوجل ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولهذا لعن الله تعالى عشرة منهم حاملها والمحمول إليه ولابي حنيفة ان نفس الحمل ليس بمعصية بدليل ان حملها للاراقة أو التخليل مباح وكذا ليس بسبب للمعصية وهو الشرب لان ذلك يحصل بفعل فاعل مختار وليس الحمل من ضرورات الشرب فكانت سببا محضا فلا حكم له كعصر العنب وقطفه والحديث محمول على الحمل بنية الشرب وبه نقول ان ذلك معصية ويكره أكل أجرته ولا تجوز اجارة الاماء للزنا لانها اجارة على المعصية وقيل فيه نزل قوله تعالى ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء ان اردن تحصنا لتبتغوا عرض الحياة الدنيا وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن مهر البغي وهو اجر الزانية على الزنا وتجوز الاجارة للحجامة وأخذ الاجرة عليها لان الحجامة أمر مباح وما ورد من النهي عن كسب الحجامة في الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من السحت عسب التيس وكسب الحجامة فهو محمول على الكراهة لدناءة الفعل والدليل عليه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قال ذلك أتاه رجل من الانصار فقال ان لي حجاما وناضحا فأعلف ناضحي من كسبه قال صلى الله عليه وسلم نعم وروى أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجامة ديناراً ولا يجوز استئجار الرجل اباه ليخدمه لانه مأمور بتعظيم أبيه وفي الاستخدام استخفاف به فكان حراما فكان هذا استئجارا على المعصية وسواء كان الاب حرا أو عبدا استأجره ابنه من موله ليخدمه لانه لا يجوز استئجار الاب حرا كان أو عبدا وسواء كان الاب مسلما أو ذميا لان تعظيم الاب واجب وان اختلف الدين قال الله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وهذا في الابوين الكافرين

لانه معطوف على قوله عزوجل وان جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعمها وان شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطا وخرجتها عليه فقلت ومنها أن تكون المنفعة مباحة الاستيفاء فان كانت محظورة الاستيفاء لم تجز الاجارة لكن في هذا شبهة التداخل في الشروط والصناعة تمنع من ذلك وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر رجلا على العمل في شئ هو فيه شريكه نحو ما إذا كان بين اثنين طعام فاستأجر احدهما صاحبه على ان يحمل نصيبه إلى مكان معلوم والطعام غير مقسوم فحمل الطعام كله أو استأجر غلام صاحبه أو دابة صاحبه على ذلك انه لا تجوز هذه الاجارة عند أصحابنا وإذا حمل لا اجر له وعند الشافعي هذه الاجارة جائزة وله الاجر إذا حمل وجه قوله ان الاجر تابع نصف منفعة الحمل الشائعة من شريكه لان الاجارة بيع المنفعة فتصح في الشائع كبيع العين وهذا لان عمله وهو الحمل وان صادف محلا مشتركا وهو لا يستحق الاجرة بالعمل في نصيب نفسه فيستحقها بالعمل فنصيب شريكه ولنا انه اجر ما لا يقدر على ايفائه لتعذر تسليم الشائع بنفسه فلم يكن المقدور عليه مقذور والاستيفاء وانما لا يجب الاجر أصلا لانه لا يتصور استيفاء المعقود عليه إذ لا يتصور حمل نصف الطعام تبايعا ووجوب أجر المثل يقف على استيفاء المعقود عليه ولم يوجد فلا يجب بخلاف ما إذا استأجر من رجل بيتا له ليضع فيه طعاما مشتركا بينهما أو سفينة أو جوالقا ان الاجارة جائزة لان التسليم ثمة يتحقق بدون الوضع

[ 191 ]

بدليل انه لو سلم السفينة والبيت والجوالق ولم يضع وجب الاجر وههنا لا يتحقق بدون العمل وهو الحمل والمشاع غير مقذور الحمل بنفسه وذكر ابن سماعه عن محمد في طعام بين رجلين ولاحدهما سفينة وأراد أن إلى بلد آخر فاستأجر أحدهما نصف السفينة من صاحبه أو أرادا أن يطحنا الطعام فاستأجر أحدهما نصف الرحى الذى لشريكه أو استأجر انصاف جوالقه ليحمل عليه الطعام إلى مكة فهو جائز هذا على قول من يجيز اجارة المشاع والاصل فيه أن كل موضع لا يستحق فيه الاجرة الا بالعمل لا تجوز الاجارة فيه على العمل في الحمل مشتركة وما يستحق فيه الاجرة من غير عمل تجوز الاجارة فيه لوضع العين المشتركة في المستأجر وفقه هذا الاصل ما ذكرنا ان ما لا تجب الاجرة فيه الا بالعمل فلا بد من امكان ايفاء العمل ولا تمكين من العين المشتركة فلا يكون المعقود عليه مقذور التسليم فلا يكون مقذور الاستيفاء فلم تجز الاجارة وما لا يقف وجوب الاجرة فيه على العمل كان المعقود عليه مقذور التسليم والاستيفاء بدونه فتجوز الاجارة وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر رجلا على أن يحمل له طعاما بعينه إلى مكان مخصوص بقفيز منه أو استأجر غلامه أو دابته على ذلك انه لا يصح لانه لو صح لبطل من يحث صح لان الاجير يصير شريكا باول جزء من العمل وهو الحمل فكان عمله بعد ذلك لا يجوز لما بينا وإذا حمل فله أجر مثله لانه استوفى المنافع بعقد فاسد فيجب أجر المثل ولا يتجاوز به قفيزا لان الواجب في الاجارة الفاسدة الاقل من المسمى ومن أجر المثل لما نذكر في بيان حكم الاجارة الفاسدة ان شاء الله تعالى ومنها أن لا يكون العمل المستأجر له فرضا ولا واجبا على الاجير قبل الاجارة فان كان فرضا أو واجبا عليه قبل الاجارة لم تصح الاجارة لان من أتى بعمل يستحق عليه لا يستحق الاجرة كمن قضى ديننا عليه ولهذا قلنا ان الثواب على العبادات والقرب والطاعات افضال من الله سبحانه غير مستحق عليه لان وجوبها على العبد بحق العبودية لان خدمة المولى على العبد مستحقة ولحق الشكر للنعم السابقة لان شكر النعمة واجب عقلا وشرعا ومن قضى حقا مستحقا عليه

لغيره لا يستحق قبله الاجر كمن قضى ديناً عليه في الشاهد وعلى هذا يخرج الاستئجار على الصوم الصلاة والحج انه لا يصح لانها من فروض الاعيان ولا يصح الاستئجار على تعليم العلم لانه فرض عين ولا على تعليم القرآن عندنا وقال الشافعي الاجارة على تعليم القرآن جائزة لانه استئجار لعمل معلوم ببدل معلوم فيجوز ولنا انه استئجار لعمل مفروض فلا يجوز كالاستئجار للصوم والصلاة ولانه غير مقدور الاستيفاء في حق الاجير لتعلقه بالمتعلم فاشبهه الاستئجار لحمل خشية لا يقدر على حملها بنفسه وقد روى أن أبي بن كعب رضى الله عنه أقرأ رجلاً فاعطاه قوساً فسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم أتحب أن يقوسك الله بقوس من نار قال لا فقال صلى الله عليه وسلم فرده ولا على الجهاد لانه فرض عين عند عموم النفي وفرض كفاية في غير تلك الحال وإذا شهد الواقعة فتعين عليه فيقع عن نفسه وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مثل من يغزوا في أمتي ويأخذ الجعل عليه كمثل أم موسى ترضع ولدها وتأخذ عليه اجرا ولا على الاذان والاقامة والامامة لانها واجبة وقد روى عن عثمان بن أبي العاص الثقفي انه قال آخر ما عهد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أصلى بالقوم صلاة أضعفهم وان اتخذ مؤذناً لا يأخذ على الاذان اجرا ولان الاستئجار على الاذان والاقامة والتعليم القرآن والعلم سبب لتغيير الناس عن الصلاة بالجماعة وعن تعليم القرآن والعمل لان ثقل الاجر يمنعهم عن ذلك والى هذا أشار الرب جل شأنه في قوله عز وجل أم تسألهم اجرا فهم من مغرم مثقلون فيؤدى إلى الرغبة عن هذه الطاعات وهذا لا يجوز وقال تعالى وما تسألهم عليه من اجر أي على ما تبلغ إليهم اجرا وهو كان صلى الله عليه وسلم يبلغ بنفسه وبغيره بقوله صلى الله عليه وسلم الا فليبلغ الشاهد الغائب فكان كل معلم مبلغاً فإذا لم يجز له أخذ الاجر على ما يبلغ بنفسه لما قلنا فكذا لمن يبلغ بامر له لان ذلك تبليغ منه معنى ويجوز الاستئجار على تعليم اللغة والادب لانه ليس بفرض ولا واجب وكذا يجوز الاستئجار على بناء المساجد والرباطات والقناطر لما قلنا ولا يجوز الاستئجار على غسل

[ 192 ]

الميت ذكره في الفتاوى لانه واجب ويجوز على حفر القبور وأما على حمل الجنازة فذكر في بعض الفتاوى انه جائز على الاطلاق وفي بعضها انه ان كان يوجد غيرهم يجوز وان كان لا يوجد غيرهم لا يجوز لان الحمل عليهم واجب وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر الرجل ابنه وهو حر بالغ ليخدمه انه لا يجوز لان خدمة الاب الحر واجبة على الابن الحر فان كان الولد عبداً والاب حر فاستأجر ابنه من مولاه جاز لانه إذا كان عبداً لا يجب عليه خدمة الاب وكذلك ان كان الابن مكاتباً لانه لا يلزمه خدمة ابيه فكان كالأجنبي ولو استأجر امرأته لتخدمه كل شهر بأجر مسمى لم يجز لان خدمة البيت عليها فيما بينها وبين الله تعالى لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال بين علي وفاطمة رضى الله عنهما فجعل ما كان داخل البيت على فاطمة رضى الله عنها وما كان خارج البيت على علي رضى الله عنه فكان هذا استئجاراً على عمل واجب فلم يجز ولانها تنتفع بخدمة البيت والاستئجار على عمل ينتفع به الاجير غير جائز ولا يجوز استئجار الزوجة على رضاع ولده منها لان ذلك استئجار على خدمة الولد وانما اللبن يدخل فيه تبعا على ما ذكرنا فكان الاستئجار على امر عليها فيما بينها وبين الله تعالى ولان الزوجة مستحقة للنفقة على زوجها وأجرة الرضاع تجرى مجرى النفقة فلا تستحق نفقتين على زوجها حتى لو كان للولد مال فاستأجرها لارضاع ولدها منه من مال الولد جاز كذا روى ابن رستم عن محمد لانه لا نفقة لها على الولد فلا

يكون فيه استحقاق نفقتين ولو استأجر لولده من ذوات الرحم المحرم اللاتي لهن حضانتهم جاز لانه ليس عليهن خدمة البيت ولا نفقة لهن على ابن الولد ويجوز استئجار الزوجة لترضع ولده من غيرها لانه ليس عليها خدمة ولد غيرها ولو استأجر على ارضاع ولده خادم امه فخادمها بمنزلتها فما جاز فيها جاز في خادمها وما لم يجز فيها لم يجز في خادمها لانها هي المستحقة لمنفعة خادمها فصارت كنفقتها وكذا مدبرتها لانها تملك منافها فان استأجر مكاتبها جاز لانها لا تملك منافع المكاتب فكانت كالأجنبية ولو استأجرت المرأة زوجها ليعدها في البيت باجر مسمى فهو جائز لان خدمة البيت غير واجبة على الزوج فكان هذا استئجارا على أمر غير واجب على الاجير وكذا لو استأجرته لرعى غنمها لان رعى الغنم لا يجب على الزوج وان شئت عبرت عن هذا الشرط فقلت ومنها ان لا ينتفع الاجير بعمله فان كان ينتفع به لم يجز لانه حينئذ يكون عاملا لنفسه فلا يستحق الاجر ولهذا قلنا ان الثواب على الطاعات من طريق الافضال لا الاستحقاق لان العبد فيما يعمل من القربات الطاعات عامل لنفسه قال سبحانه وتعالى من عمل صالحا فلنفسه ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر علي غيره وعلى هذه العبارة ايضا يخرج الاستئجار على الطاعات فرضا كانت أو واجبة أو تطوعا لان الثوب موعود للمطيع على الطاعة فينتفع الاجير بعمله فلا يستحق الاجر وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر رجلا ليطحن له قفيزا من حنطة برع من دقيقها أو ليعصر له قفيزا من سمسسم جزء معلوم من دهنه انه لا يجوز لان الاجير ينتفع بعلمه من الطحن والعصر فيكون عاملا لنفسه وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قفيز الطحان ولو دفع إلى حائك غزلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة لان الحائك ينتفع بعمله وهو الحياكة وكذا هو في معنى قفيز الطحان فكان الاستئجار عليه منهيًا وإذا حاكه فللحائك أجر مثل عمله لاستيفائه المنفعة بأجرة فاسدة وبعض مشايخنا ببلخ جوز هذه الاجارة وهو محمد بن سلمة ونصر بن يحيى ومنها ان تكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفائها بعقد الاجارة ويجرى بها التعامل بين الناس لانه عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس فلا يجوز استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها والاستغلال بها لان هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقيتها ذلك فيه لم يجز لانه لا يقصد من الشجر هذا النوع من المنفعة وهو تبقيتها الثمر عليها فلم تكن منفعة مقصودة عادة وكذا لو استأجر الارض التي فيها ذلك الشجر يصير مستأجرا باستئجار الارض ولا يجوز استئجار الشجر وقال ابو يوسف إذا استأجر ثيابا ليبسطها ببيت ليزين بها ولا يجلس عليها فالاجارة فاسدة لان بسط الثياب من غير استعمال

[ 193 ]

ليس منفعة مقصودة عادة وقال عمرو عن محمد في رجل استأجر دابة ليجنبها يتزين بها فلا أجر عليه لان قود الدابة للتزين ليس بمنفعة مقصودة ولا يجوز استئجار الدراهم والدنانير ليزين الحانوت ولا استئجار المسك والعود وغيرهما من المشمومات للشم لانه ليس بمنفعة مقصودة الا ترى انه لا يعتاد استيفائها بعقد الاجارة والله عزوجل الموفق وأما الذي يرجع إلى محل المعقود عليه فهو ان يكون مقبوض المؤاجر إذا كان منقولا فان لم يكن في قبضه فلا تصح اجارته لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض والاجارة نوع بيع فتدخل تحت النهي ولان فيه غرر انفساخ العقد لاحتمال هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ البيع فلا تصح الاجارة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر وان لم يكن منقولا فهو على الاختلاف المعروف في بيع العين انها تجوز عند ابي حنيفة وابي ويوسف ولا تجوز

عند محمد وقيل في الاجارة لا تجوز بالاجماع وأما الذي يرجع إلى ما يقابل المعقود عليه وهو الاجرة والاجرة في الاجارات معتبرة بالثمن في البياعات لان كل واحد من العقدين معاوضة المال بالمال فما يصلح ثمنا في البياعات يصلح اجرة في الاجارات وما لا فلا وهو أن تكون الاجرة مالا متقوما معلوما وغير ذلك مما ذكرناه في كتاب البيوع والاصل في شرط العلم بالاجرة قول النبي صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا فليعلمه أجره والعلم بالاجرة لا يحصل الا بالإشارة والتعيين أو بالبيان وجملة الكلام فيه أن الاجر لا يخلو اما ان كان شيئا بعينه واما ان كان بغير عينه فان كان بعينه فانه يصير معلوما بالإشارة ولا يحتاج فيه إلى ذكر الجنس والصفة والنوع والقدر سواء كان مما يتعين بالتعيين أو مما لا يتعين كالدراهم والدنانير ويكون تعيينها كناية عن ذكر الجنس والصفة والنوع والقدر على أصل أصحابنا لان المشار إليه إذا كان مما له حمل ومؤنة يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة وان كان بغير عينه فان كان مما يثبت دينا في الذمة في المعاوضات المطلقة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة والثياب لا يصير معلوما الا ببيان الجنس والنوع من ذلك الجنس والصفة والقدر الا أن في الدراهم والدنانير إذا لم يكن في البلد الا نقد واحد لا يحتاج فيها إلى ذكر النوع والوزن ويكتفى بذكر الجنس ويقع على نقد البلد ووزن البلد وان كان في البلد نقود مختلفة يقع على النقد الغالب وان كان فيه نقود غالبية لا بد من البيان فان لم يبين فسد العقد ولا بد من بيان مكان الإيفاء فيما له حمل ومؤنة في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يشترط ذلك ويتعين مكان العقد للإيفاء وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع وهل يشترط الاجل ففي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لا يشترط لان هذه الاشياء كما تثبت دينا في الذمة مؤجلا بطريق السلم تثبت دينا في الذمة مطلقا لا بطريق السلم بل بطريق الفرض فكان لثبوتها اعلان فان ذكر الاجل جاز وثبت الاجر كالسلم وان لم يذكر جاز كالفرض وأما في الثياب فلا بد من الاجل لانها لا تثبت دينا في الذمة الا مؤجلا فكان لثبوتها أجل واحد وهو السلم فلا بد فيها من الاجل كالسلم وان كان مما لا يثبت دينا في الذمة في عقود المعاوضات المطلقات كالحيوان فانه لا يصير معلوما بذكر الجنس والنوع والصفة والقدر ألا ترى أنه لا يصلح ثمنا في البياعات فلا يصلح اجرة في الاجارات وحكم التصرف في الاجرة قبل القبض إذا وجبت في الذمة حكم التصرف في الثمن قبل القبض إذا كان دينا وقد بينا ذلك في كتاب البيوع وإذا لم يجب بان لم يشترط فيها التعجيل فحكم التصرف فيها نذكره في بيان حكم الاجارة ان شاء الله عزوجل وما كان منها عينا مشارا إليها فحكمه حكم الثمن إذا كان عينا حتى لو كان منقولا لا يجوز التصرف فيه قبل القبض وان كان عقارا فعلى الاختلاف المعروف في كتاب البيوع انه يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز وهي من مسائل البيوع ولو استأجر عبدا بأجر معلوم وبطعامه أو استأجر دابة بأجر معلوم وبعلفها لم يجز لان الطعام أو العلف يصير اجرة وهو مجهول فكانت الاجرة مجهولة القياس في استئجار الطئر بطعامها وكسوتها انه لا يجوز وهو قول أبي يوسف ومحمد لجهالة الاجرة وهي الطعام والكسوة الا أن أبا حنيفة استحسّن الجواز بالنص وهو قوله عزوجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف من غير فصل بين ما إذا كانت

[ 194 ]

الوالدة منكوحة أو مطلقة وقوله عزوجل وعلى الوارث مثل ذلك أي الرزق والكسوة وذلك يكون بعد موت المولود وقوله تعالى وان أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتهم بالمعروف ونفى الله سبحانه وتعالى الجناح عن الاسترضاع



مطلقا وقولهما الاجرة مجهولة مسلم لكن الجهالة لا تمنع صحة العقد لعينها بل لافضائها إلى المنازعة وجهالة الاجرة في هذا الباب لا تفضى إلى المنازعة لان العادة جرت بالمسامحة مع الاطأار والتوسيع عليهن شفقة على الاولاد فأشبهت جهالة القفيز من الصبرة ولو استأجر دارا باجرة معلومة وشرط الأاجر تطيين الدار وممرمتها أو تعليق باب عليها أو ادخال جذع في سقفها على المستأجر فالاجارة فاسدة لان المشروط يصير اجرة وهو مجهول فتصير الاجرة مجهولة وكذا إذا أجر ارضا وشرط كرى نهرها أو حفر بئرها أو ضرب مسناة عليها لان ذلك كله على المؤاجر فإذا شرط على المستأجر فقد جعله اجرة وهو مجهول فصارت الاجرة مجهولة ومنها أن لا تكون الاجرة منفعة هي من جنس المعقود عليه كاجارة السكنى والخدمة بالخدمة والركوب بالركوب والزراعة بالزراعة حتى لا يجوز شئ من ذلك عندنا وعند الشافعي ليس بشرط وتجاوز هذه الاجارة وان كانت الاجرة من خلاف الجنس جاز كاجارة السكنى بالخدمة والخدمة بالركوب ونحو ذلك الكلام فيه فرع في كيفية انعقاد هذا العقد فعندنا ينعقد شيا فشيا على حسب حدوث المنفعة فلم تكن كل واحدة من المنفعتين معينة بل هي معدومة وقت العقد فيتأخر قبض أحد المستأجرين فيتحقق بالنساء والجنس بانفراده يحرم النساء عندنا كاسلام الهروي في الهروي والى هذا أشار محمد فيما حكى ان ابن سماعة كتب يسأله عن هذه المسألة أنه كتب إليه في الجواب انك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة وجالست الجبائى فكانت منك زلة أما علمت أن بيع السكنى بالسكنى كبيع الهروي بالهروي بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة لان الربا لا يتحقق في جنسين وعند الشافعي منافع المدة تجعل موجودة وقت العقد كأنها أعيان قائمة فلا يتحقق معنى النسبة ولو تحقق فالجنس بانفراده لا يحرم النساء عنده وتعليل من علل في هذه المسألة ان هذا في معنى بيع الدين بالدين لان المنفعتين معدومتان وقت العقد فكان بيع الكالئ بالكالئ غير سديد لان الدين اسم لموجود في الذمة أخر بالاجل المضروب بتغيير مقتضى مطلق العقد فأما ما لا وجود له وتأخر وجوده إلى وقت فلا يسمى ديناً وحقيقة الفقه في المسألة ما ذكره الشيخ أبو منصور الماتريدى هي ان الاجارة عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة تقع عند اتحاد الجنس فبقى على أصل القياس والحاجة تتحقق عند اختلاف الجنس فيجوز ويستوى في ذلك العبد والامة حتى لو استأجر عبدا يخدمه شهرا بخدمة أمة كان فاسدا لاتحاد جنس المنفعة ثم في اجارة الخدمة بالخدمة إذا خدم أحدهما ولم يخدم الآخر روى عن أبي يوسف انه لا اجرة عليه وذكر الكرخي وقال الظاهر ان له أجر المثل وجه رواية أبي يوسف انه لما قابل المنفعة بجنسها ولم تصح هذه المقابلة فقد جعل بازاء المنفعة ما لا قيمة له فكان راضيا ببذل المنفعة بلا بدل وجه ما ذكره الكرخي انه استوفى المنافع بعقد فاسد والمنافع تتقوم بالعقد الصحيح والفاسد بما نذكر تحقيقه انها تقوم بالعقد الفاسد الذى لم يذكر فيه بدل رأسا بأن استأجر ولم يسم عوضا أصلا فإذا سمي العوض وهو المنفعة أولى وقالوا في عبد مشترك تهاياً الشريكان فيه فخدم أحدهما يوما ولم يخدم الآخر انه لا أجر له لان هذا ليس بمبادلة بل هو افراز ويجوز استئجار العبدین لعمليين مختلفين كالخياطة والصياغة لان الجنس قد اختلف وذكر الكرخي في الجامع إذا كان عبد بين اثنين أجر أحدهما نصيبه من صاحبه يخطط معه شهرا على أن يصوغ نصيبه معه في الشهر الداخل ان هذا لا يجوز في العبد الواحد وان اختلف العمل وانما يجوز في العمليين المختلفين إذا كانا في عبيدين لان هذا مهياة منهما لانهما فعلا ما يستحق عليهما من غير اجارة والمهياة من شرط جوازها أن تقع على المنافع المطلقة فاما أن يعين أحد الشريكين على الآخر المنفعة فلا يجوز والله عزوجل أعلم وأما الذى يرجع إلى ركن العقد فخلوه عن شرط

لا يقتضيه العقد ولا يلائمه حتى لو أجره داره على أن يسكنها شهرا ثم يسلمها إلى المستأجر أو أرضا على أن يزرعها ثم يسلمها

[ 195 ]

إلى المستأجر أو دابة على أن يركبها شهرا أو ثوبا على أن يلبسه شهرا ثم يسلمه إلى المستأجر فالاجارة فاسدة لان هذا شرط لا يقتضيه العقد وانه شرط لا يلائم العقد وزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض في معاوضة المال بالمال يكون ربا أو فيها شبهة الربا وكل ذلك مفسد للعقد وعلى هذا يخرج أيضا شرط تطيين الدار واصلاح ميزابها وما وهى منها واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج وكري الانهار وفي اجارة الارض وطعام العبد وعلف الدابة في اجارة العبد والدابة ونحو ذلك لان ذلك كله شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لاحد العاقدين وذكر في الاصل إذا استأجر دارا مدة معلومة بأجرة مسماة على أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة ولا أجرة على المستأجر إذا لم يسكنها وان سكنها فعليه أجر مثلها لا ينقص ما سمي أما فساد العقد فظاهر لان شرطه أن لا يسكن نفى موجب العقد وهو الانتفاع بالمعقود عليه وانه شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائم العقد فكان شرطا فاسدا وأما عدم وجوب الاجر رأسا أن لم يسكن ووجوب أجر المثل ان سكن فظاهر أيضا لان أجر المثل في الاجارات الفاسدة انما يجب باستيفاء المعقود عليه لا بنفس التسليم وهو التخلية كما في النكاح الفاسد لان التخلية هي التمكين ولا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فاشبه المنع الحسى من العباد وهو الغصب بخلاف الاجارة الصحيحة لانه لا منع هناك فتحقق التسليم فلئن لم ينتفع به المستأجر فقد أسقط حق نفسه في المنفعة فلا يسقط حق الاجر في الاجرة وإذا سكن فقد استوفى المعقود عليه بعقد فاسد وانه يوجب أجر المثل وأما قوله لا ينتقص من المسمى ففيه اشكال لانه قد صح من مذهب أصحابنا الثلاثة ان الواجب في الاجارة الفاسدة بعد استيفاء المعقود عليه الاقل من المسمى ومن أجر المثل إذا كان الاجر مسمى وقد قال في هذه المسألة انه لا ينقص من المسمى من المشايخ من قال المسألة مؤولة تأويلها انه لا ينقص من المسمى إذا كان أجر المثل والمسمى واحد أو منهم من أجرى الرواية على الظاهر فقال ان العاقدين لم يجعلوا المسمى بمقابلة المنافع حيث شرط المستأجر أن لا يسكن ولا بمقابلة التسليم لما ذكرنا انه لا يتحقق مع فساد العقد فإذا سكن فقد استوفى منافع ليس في مقابلتها بدل فيجب أجر المثل بالغ ما بلغ كما إذا لم يذكر في العقد تسمية أصلا الا انه قال لا ينقص من المسمى لان المستأجر رضى بالمسمى بدون الانتفاع فعند الانتفاع أولى ولو أجره داره أو أرضه أو عبده أو دابته وشرط تسليم المستأجر جاز لان التسليم المستأجر من مقتضيات العقد ألا ترى انه يثبت بدون الشرط فكان هذا شرطا مقررا مقتضى العقد لا مخالفا له فصار كما لو أجره على أن يملك المستأجر منفعة المستأجر ولو أجر بشرط تعجيل الاجرة أو شرط على المستأجر أن يعطيه بالاجرة رهنا أو كفيلا جاز إذا كان الرهن معلوما والكفيل حاضرا لان هذا شرط يلائم العقد وان كان لا يقتضيه كما ذكرنا في البيوع فيجوز كما في بيع العين وأما شرط للزوم فنوعان نوع هو شرط انعقاد العقد لازما من الاصل ونوع هو شرط بقائه على اللزوم أما الاولى فانواع منها أن يكون العقد صحيحا لان العقد الفاسد غير لازم بل هو مستحق النقض والفسخ رفعا للفساد حقا للشرع فضلا عن الجواز ومنها أن لا يكون بالمستأجر عيب في وقت العقد وقت القبض يخل بالانتفاع به فان كان لم يلزم العقد حتى قالوا في العبد المستأجر للخدمة إذا ظهر انه سارق له أن يفسخ الاجارة لان السلامة مشروط دلالة فتكون كالمشروط نصا كما في بيع

العين ومنها أن يكون المستأجر مرئى المستأجر حتى لو استأجر دارا لم يرها ثم رآها فلم يرض بها انه يردّها لان الاجارة بيع المنفعة فيثبت فيها خيار الرؤية كما في بيع العين فان رضى بها بطل خياره كما في بيع العين وأما الثاني فنوعان أحدهما سلامة المستأجر عن حدوث عيب به يخل بالانتفاع به فان حدث به عيب يخل بالانتفاع به لم يبق العقد لازما حتى لو استأجر عبدا يخدمه أو دابة يركبها أو دارا يسكنها فمرض العبد أو عرجت الدابة أو انهدم بعض بناء الدار فالمستأجر بالخيار ان شاء مضى على الاجارة وان شاء فسخ بخلاف البيع إذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض انه ليس للمشتري أن يردّه لان الاجارة بيع المنفعة المنافع تحدث شيئا فشيئا فكان كل جزء من أجزاء المنافع معقودا مبتدأ فإذا حدث العيب

[ 196 ]

بالمستأجر كان هذا عيبا حدث بعد العقد قبل القبض وهذا يوجب الخيار في بيع العين كذا في الاجارة فلا فرق بينهما من حيث المعنى وإذا ثبت الخيار للمستأجر فان لم يفسخ ومضى على ذلك إلى تمام المدة فعليه كمال الاجارة لانه رضى بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البدل كما في بيع العين إذا اطلع المشتري على عيب فرضى به وان زال العيب قبل أن يفسخ بان صح العبد وزال العرج عن الدابة وبنى المؤاجر ما سقط من الدار بطل خيار المستأجر لان الموجب للخيار قد زال والعقد قائم فيزول الخيار هذا إذا كان العيب مما يضر بالانتفاع بالمستأجر فان كان لا يضر بالانتفاع به بقى العقد لازما ولا خيار للمستأجر كالعبد المستأجر إذا ذهب احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شعره أو سقط من الدار المستأجرة حائط لا ينتقع به في سكنائها لان العقد ورد على المنفعة لا على العين إذا الاجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولا نقصان في المنفعة بل في العين والعين غير معقود عليها في باب الاجارة وتغير عين المعقود عليه لا يوجب الخيار بخلاف ما إذا كان العيب الحادث مما يضر بالانتفاع لانه إذا كان يضر بالانتفاع فالنقصان يرجع إلى المعقود عليه فوجب الخيار فله أن يفسخ ثم انما يلى الفسخ إذا كان المؤاجر حاضرا فان كان غائبا فحدث بالمستأجر ما يوجب حق الفسخ فليس للمستأجر أن يفسخ لان فسخ العقد لا يجوز إلا بحضور العاقدين أو من يقوم مقامها وقال هشام عن محمد في رجل استأجر أرضا سنة يزرعها شيئا ذكره فزرعها فاصاب الزرع أفة من برد أو غيره فذهب به وتأخر وقت زراعة ذلك النوع فلا يقدر أن يزرع قال ان أراد أي يزرع شيئا غيره مما ضرره على الارض أقل من ضرره أو مثل ضرره فله ذلك والا فسخت عليه الاجارة وألزمته اجر ما مضى لانه إذا عجز عن زراعة ذلك النوع كان استيفاء الاجارة اضرار به قال وإذا نقص الماء عن الرحى حتى يطحن أقل من نصف طحنه فذلك عيب لانه لا يقدر على استيفاء العقد الا بضرر وهو نقصان الانتفاع ولو انهدمت الدار كلها أو انقطع الماء عن الرحى أو انقطع الشرب عن الارض فقد اختلفت اشارة الروايات فيه ذكر في بعضها ما يدل على أن العقد يفسخ فانه ذكر في اجارة الاصل إذا سقطت الدار كلها فله أن يخرج كان صاحب الدار شاهدا أو غائبا فهذا دليل الانفساخ حيث جوز للمستأجر الخروج من الدار مع غيبة المؤاجر ولو لم تنفسخ توقف جواز الفسخ على حضوره والوجه فيه أن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت بالسقوط إذ المطلوب منها الانتفاع بالسكنى وقد بطل ذلك فقد هلك المعقود عليه فيفسخ العقد وذكر في بعضها ما يدل على أن العقد لا يفسخ لكن يثبت حق الفسخ فانه ذكر في كتاب الصلح إذا صالح على سكنى فانهدمت لم يفسخ الصلح وروى هشام عن محمد فيمن استأجر بيتا وقبضه ثم انهدم فبناه الأجر فقال المستأجر بعد ما بناه لا حاجة لى فيه

قال محمد ليس للمستأجر ذلك وكذلك لو قال المستأجر آخذه وأبى الآجر ليس للآجر ذلك وهذا يجرى مجرى النص على أن الاجارة لم تنفسخ ووجهه أن الدار بعد الانهدام بقيت منتفعا بها منفعة السكنى في الجملة بان يضرب فيها خيمة فلم يفت المعقود عليه رأسا فلا يفسخ العقد على انه ان فات كله لكن فات على وجه يتصور عوده وهذا يكفى لبقاء العقد كمن اشترى عبدا فابق قبل القبض والاصل فيه أن العقد المنعقد بيقين يبقى لتوهم الفائدة لان الثبت بيقين لا يزال بالشك كما أن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك وذكر القدورى وقال الصحيح ان العقد يفسخ لما ذكرنا أن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت وضرب الخيمة في الدار ليس بمنفعة مطلوبة من الدار عادة فلا يعتبر بقاءه لبقاء العقد وقال فيما ذكره محمد في البيت إذا بناه المؤاجر انه لما بناه تبين أن العقد لم يفسخ حقيقة وان حكم بفسخه ظاهرا فيجبر على التسليم والقبض وليس يمنع الحكم بانفساخ عقد في الظاهر مع التوقف في الحقيقة كمن اشترى شاة فماتت في يد البائع فديغ جلدتها انه يحكم ببقاء العقد بعد الحكم بانسفاخه ظاهرا بموت الشاة كذا ههنا وإذا بقى العقد يجبر على التسليم والتسلم وقبل البناء لا يعلم ان العقد لم يفسخ حقيقة فيجب العمل بالظاهر وذكر محمد في السفينة إذا نقضت وصارت ألواحا ثم بناها المؤاجر انه لا يجبر على تسليمها إلى المستأجر فقد فرق بين السفينة وبين البيت ووجه الفرق أن العقد في السفينة قد انفسخ حقيقة لان الاصل فيها الصناعة وهى التركيب

[ 197 ]

والالواح تابعة للصناعة بدليل ان من غصب خشبة فعملها سفينة ملكها فكان تركيب الالواح بمنزلة اتخاذ سفينة أخرى فلم يجبر على تسليمها إلى المستأجر بخلاف الدار لان عرصة الدار ليست بتابعة للبناء بل العرصة فيها أصل فإذا بناها فقد بنى تلك الدار بعينها فيجبر على التسليم وقال محمد فيمن استأجر رحي ماء سنة فانقطع الماء بعد ستة أشهر فامسك الرحي حتى مضت المدة فعليه أجر للسته أشهر الماضية ولا شئ عليه لما بقى لان منفعة الرحي قد بطلت فانفسخ العقد قال فان كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه بقى شئ من المعقود عليه له حصة في العقد فإذا استوفى لزمه حصته فان سلم المؤاجر الدار الا بيتا منها ثم منعه رب الدار أو غيره بعد ذلك من البيت فلا أجر على المستأجر في البيت لانه استوفى بعض المعقود عليه دون بعض فلا يكون عليه حصة ما لم يستوفى وللمستأجر أن يمتنع من قبول الدار بغير البيت وأن يفسخ الاجارة إذا حدث ذلك بعد قبضه لان الصفقة تفرقت في المعقود عليه وهو المنافع وتفرقت الصفقة يوجب الخيار ولو استأجر دارا أشهر مسماة فلم تسلم إليه الدار حتى مضى بعض المدة ثم أراد أن يتسلم الدار فيما بقى من المدة فله ذلك وليس للمستأجر أن يأبى ذلك وذلك لو كان المستأجر طلبها من المؤاجر فمنعه اياها ثم أراد أن يسلمها فذلك له وليس للمستأجر أن يمتنع لان الخيار انما يثبت بحدث تفرقت الصفقة بعد حصولها مجتمعة والصفقة ههنا حينما وقعت وقعت متفرقة لان المنافع تحدث شيئا فشيئا فكان كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدأ فكان أول جزء من المنفعة مملوكا بعقد والثاني مملوكا بعقد آخر وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في أحدهما لا يؤثر في الآخر فان استأجر دارين فسقطت احدهما أو منعه مانع من احدهما أو حدث في احدهما عيب فله أن يتركهما جميعا لان العقد وقع عليهما صفقة واحدة وقد تفرقت عليه فثبت له الخيار والله عزوجل أعلم والثاني عدم حدوث عذر بأحد العاقدين أو بالمستأجر فان حدث باحدهما بالمستأجر عذر لا يبقى العقد لازما وله أن يفسخ وهذا عند أصحابنا وعند الشافعي هذا

ليس بشرط بقاء العقد لازما ولقب المسألة ان الاجارة تفسخ بالاعذار عندنا خلافا له (وجه) قوله ان الاجارة أحد نوعي البيع فيكون لازما كالنوع الآخر وهو بيع الاعيان والجامع بينهما ان العقد انعقد باتفاقهما فلا يفسخ الا باتفاقهما ولنا ان الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر لانه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد لما نذكر في تفصيل الاعذار الموجبة للفسخ فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا من التزام الضرر وله ولاية ذلك وقد خرج الجواب عن قوله ان هذا بيع لانا نقول نعم لكنه عجز عن المضى في موجبه الا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد فكان محتملا للفسخ في هذه الحالة كما في بيع العين إذا اطلع المشتري على عيب بالمبيع وكما لو حدث عيب بالمستأجر وكذا عن قوله العقد انعقد باتفاقهما فلا يفسخ الا باتفاقهما ان هذا هكذا إذا لم يعجز عن المضى على موجب العقد الا بضرر غير مستحق بالعقد وقد عجز ههنا فلا يشترط التراضي على الفسخ كما في بيع العين وحدوث العيب بالمستأجر ثم انكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع لانه يقتضى ان من اشتكى ضرره فاستأجر رجلا ليقطعها فسكن الوجع يجبر على القلع ومن وقعت في يده أكلة فاستأجر رجلا ليقطعها فسكن الوجع ثم رأت يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلا وشرعا وإذا ثبت ان الاجارة تفسخ بالاعذار فلا بد من بيان الاعذار المثبتة للفسخ على التفصيل فنقول وبالله التوفيق ان العذر قد يكون في جانب المستأجر وقد يكون في جانب المؤجر وقد يكون في جانب المستأجر أما الذي في جانب المستأجر فنحو أن يفلس فيقوم من السوق أو يريد سفرا أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة أو من الزراعة إلى التجارة أو ينتقل من حرفة إلى حرفة لان المفلس لا ينتفع بالجانوت فكان في ابقاء العقد من غير استيفاء المنفعة اضرار به ضررا لم يلتزمه العقد فلا يجبر على عمله وإذا عزم على السفر ففي ترك السفر مع العزم عليه ضرر به وفي ابقاء العقد مع خروجه إلى السفر ضرر به أيضا لما فيه من لزوم الاجرة من غير استيفاء المنفعة والانتقال من عمل لا يكون الا للاعراض عن الاول ورغبة عنه فان منعناه عن الانتقال أضررنا به وان أبقينا العقد بعد الانتقال لالزمناه الاجرة من غير استيفاء المنفعة وفيه ضرر به ولو أراد

[ 198 ]

أن ينتقل من حانوت إلى حانوت ليعمل ذلك العمل بعينه في الثاني لما ان الثاني أرخص وأوسع عليه لم يكن ذلك عذرا لانه يمكنه استيفاء المنفعة من الاول من غير ضرر وإنما بطلت زيادة المنفعة وقد رضى بالقدر الموجود منها في الاول وعلى هذا إذا استأجر رجلا لما لا يصل إلى الانتفاع به من غير ضرر يدخل في ملكه أو بدنه ثم بدا له أن يفسخ الاجارة بأن استأجر رجلا ليقصر له ثيابا أو ليقطعها أو بخيطها أو يهدم دارا له أو يقطع شجرا له أو ليقطع ضرره أو ليحجم أو ليفصد أو ليزرع أرضا أو يحدث في ملكه شيئا من بناء أو تجارة أو حفر ثم بدا له أن لا يفعل فله أن يفسخ الاجارة ولا يجبر على شئ من ذلك لان القصارة والقطع نقصان عاجل في المال بالغسل والقطع وفيه ضرر وهدم الدار وقطع الشجر اتلاف المال والزراعة اتلاف البذر وفي البناء اتلاف الآلة وقلع الضرس والحجامة والقصد اتلاف جزء من البدن وفيه ضرر به الا أنه استأجره لها لمصلحة تأملها تربو على المضرة فإذا بدا له علم أنه لا مصلحة فيه فبقي الفعل ضررا في نفسه فكان له الامتناع من الضرر بالفسخ إذ الانسان لا يجبر على الاضرار بنفسه وكذلك لو استأجر ابلا إلى مكة ثم بدا للمستأجر أن لا يخرج فله ذلك ولا يجبر على السفر لانه لما بدا له علم ان السفر ضرر فلا يجبر على تحمل الضرر وكذا كل من استأجر دابة ليسافر ثم قعد عن السفر فله ذلك لما قلنا وقد قالوا ان

الجمال إذا قال للحاكم ان هذا لا يريد أن يترك السفر وانما يريد أن يفسخ الاجارة قال له الحاكم انتظره فان خرج ثم قفل الجمال معه فإذا فعلت ذلك فلك الاجر فان قال صاحب الدار للحاكم ان هذا لا يريد سفرا وانما يقول ذلك ليفسخ الاجارة استحلفه الحاكم بالله عزوجل انه يريد السفر الذي عزم عليه لانه يدعى سبب الفسخ وهو ارادة السفر ولا يمكنه اقامة البينة عليه فلا يقبل قوله الا مع يمينه وقالوا لو خرج من المصر فراسخ ثم رجع فقال صاحب الدار انما أظهر الخروج لفسخ الاجارة وقد عاد استحلفه الحاكم بالله عزوجل لقد خرج قاصدا إلى الموضع الذي ذكر لان المؤاجر يدعى ان الفسخ وقع بغير عذر وهو عزم السفر إلى موضع معلوم ولا يمكنه اقامة البينة عليه لان عزم المستاجر لا يعلم الا من جهته فكان القول قوله مع يمينه وأما الجمال إذا بدا له من الخروج فليس له أن يفسخ الاجارة ولان خروج الجمال مع الجمال ليس بمستحق بالعقد فان له أن يبعث غيره مع الجمال فلا يكون قعوده عذرا بخلاف خروج المستاجر لان غرضه يتعلق بخروجه بنفسه فكان قعوده عذرا ولو استأجر رجلا ليحفر له بئرا فحفر بعضها فوجدها صلبة أو خرج حجرا أو وجدها رخوة بحيث يخاف التلف كان عذرا لانه يعجز عن المضى في موجب العقد الا بضرر لم يلتزمه وقال هشام عن أبي يوسف في امرأة ولدت يوم النحر قبل أن تطوف فأبى الجمال أن يقيم قال هذا عذر لانه لا يمكنها الخروج من غير طواف ولا سبيل إلى الزام الجمال للاقامة مدة النفاس لانه يتضرر به إذ هي مدة ما جرت العادة باقامة القافلة قدرها فيجعل عذرا في فسخ الاجارة وان كانت قد ولدت قبل ذلك وقد بقى من مدة نفاسها كمدة الحيض أو أقل أجبر الجمال على المقام معها لان هذه المدة قد جرت العادة بمقام الحاج فيها بعد الفراغ من الحج وأما الذي هو في جانب المؤاجر فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه الا من ثمن المستاجر من الابل والعقار ونحو ذلك إذا كان الدين ثبت قبل عقد الاجارة بالبينة أو بالاقرار أو ثبت بالبينة بعد عقد الاجارة ولو ثبت بعد عقد الاجارة بالاقرار فكذلك عند أبي حنيفة وأما عندهما فالدين الثابت بالاقرار بعد عقد الاجارة لا تفسخ به الاجارة لانه متهم في هذا الاقرار ولابي حنيفة ان الظاهر ان الانسان لا يقر بالدين على نفسه كاذبا وهذا العذر من جانب المؤاجر بناء على أن بيع المؤاجر لا ينفذ عندنا من غير اجازة المستاجر خلافا للشافعي على ما ذكره وإذا لم يجز البيع مع عقد الاجارة جعل الدين عذرا في فسخ الاجارة لان ابقاء الاجارة مع لحوق الدين الفادح العاجل اضرار بالمؤاجر لانه يحبس به ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد فان قيل كيف يحبس القاضى وهو غير قادر على قضاء الدين بالمؤاجر لتعلق حق المستاجر به فينبغي أن لا يحبس القاضى فالجواب ان القاضى لا يصدقه انه لا مال له سوى المؤاجر فيحبسه إلى أن يظهر حاله وفى الحبس ضرر على أنه ان لم يكن له مال آخر غير المؤاجر لكن حق المستاجر انما تعلق بالمنفعة لا بالعين وقضاء الدين يكون من

[ 199 ]

بدل العين وهو الثمن فيحبس حتى يبيع وكذلك لو اشترى شيئا فاجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الاجارة ويرده بالعيب على بائعه وان رضى المستاجر بالعيب ويجعل حق الرد بالعيب عذرا له في فسخ الاجارة لانه لا يقدر على استيفائها الا بضرر وهو التزام المبيع المعيب ولو أراد المؤاجر السفر أو النقلة عن البلد وقد أجر عقارا له فليس ذلك بعذر لان استيفاء منفعة العقار مع غيبته لا ضرر عليه فيه قال أبو يوسف ان مرض المؤاجر أو أصاب ابله داء فله أن يفسخ إذا كانت بعينها أما إذا أصاب الابل داء فلان استعمال الدابة مع ما بها من الداء اجحاف بها وفيه ضرر بصاحبها والضرر لا

يستحق بالعقد فيثبت له حق الفسخ وكذا المستأجر لان المنافع تنقص بمرض الابل  
فصار ذلك عيبا فيها وأما مرض الجمال فظاهر رواية الاصل يقتضى أن لا يكون عذرا  
لان أثر المرض في المنع من الخروج وخروج الجمال بنفسه مع الجمال غير مستحق  
بالعقد وأما وجه رواية أبى يوسف وهو الفرق بين مرض الجمال وبين قعوده ان  
الجمال يقوم على جماله بنفسه فإذا مرض لا يقوم غيره مقامه الا بضرر وليس كذلك  
إذا بدا له من الخروج لانه يقدر على الخروج فإذا ترك ذلك باختياره كان عليه أن يقيم  
غيره مقامه ولو أجر صانع من الصناع أو عامل من العمال نفسه لعمل أو صناعة ثم  
قال بدا لى أن أترك هذا العمل وانتقل منه إلى غيره قال محمد ان كان ذلك من عمله  
بان كان حجاما فقال قد أنفت من عملي وأريد تركه لم يكن له ذلك ويقال أوف العمل  
ثم انتقل إلى ما شئت من العمل لان العقد قد لزمه ولا عار عليه فيه لانه من أهل تلك  
الحرفة فهو بقوله أريد أن أتركه يريد أن يدفع عنه في الحال ويقدر على ذلك بعد  
انقضاء العمل وان كان ذلك العمل ليس من عمله وصنعتة بل أسلم نفسه فيها وذلك  
مما يعاب به أو كانت امرأة أجرت نفسها ظئرا وهى ممن تعاب بذلك فلاهلها أن  
يخرجوها وكذلك ان أبت هي أن ترضعه لان من لا يكون من أهل الصنائع الدينية إذا  
دخل فيها يلحقه العار فإذا أراد الترك فهو لا يقدر على ايفاء المنافع الا بضرر وكذلك  
الظئر إذا لم تكن ممن يرضع مثلها فلاهلها الفسخ لانهم يعيرون بذلك وفى المثل  
السائر تجوع الحرة ولا تأكل بثديها فان لم يمكن ايفاء العقد الضرر فلا يقدر على  
تسليم المنفعة الا بضرر بخلاف ما إذا زوجت نفسها من غير كف ء انه لا يثبت لها حق  
الفسخ ويثبت للاولياء لان النكاح لا يفسخ بالعذر فقد لزمها العقد والاجارة تنفسخ  
بالعذر وان وقعت لازمة ولو انهدم منزل المؤاجر ولم يكن له منزل آخر سوى المنزل  
المؤاجر فاراد أن ينقض الاجارة ويسكنها ليس له ذلك لانه يمكنه أن يستأجر منزلا آخر  
أو يشتري فلا ضرورة إلى فسخ الاجارة وكذا إذا أراد التحول من هذا المصر لانه يمكنه  
أن يترك المنزل في الاجارة ويخرج بخلاف المستأجر إذا أراد أن يخرج لما ذكرنا ولو  
اشترى المستأجر منزلا فاراد التحول إليه لم يكن ذلك عذرا لانه يمكنه أن يؤاجر دار  
نفسه فيشراؤه دارا أخرى أو وجود دار أخرى لا يوجب عذرا في الدار المستأجرة والله  
عزوجل أعلم وأما الذى هو في جانب المستأجر فمنها عتق العبد المستأجر فانه عذر  
في فسخ الاجارة حتى لو أجر رجل عبده سنة لما مضت ستة أشهر أعتقه فهو بالخيار  
ان شاء مضى على الاجارة وان شاء فسخ أما العتق فلا شك في نفاذه لصدور الاعتاق  
من الاهل في المحل المملوك المرقوق والعارض وهو حق المستأجر لا يؤثر الا في  
المنع من التسليم ونفاذ العتق لا يقف على إمكان التسليم بدليل ان اعتاق الأبق نافذ  
وأما الخيار فلان العقد على المنافع ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوثها فيصير بعد  
الحرية كانه عقد عليه ابتداء فكان له خيار الاجارة والفسخ فان فسخ بطل العقد فيما  
بقى وسقط عن المستأجر الاجر فيما يبقى وكان أجر ما مضى للمولى لانها بدل  
منفعة استوفيت على ملك المولى بعقده وان أجاز مضى على الاجارة فالاجرة فيما  
يستقبل إلى تمام السنة تكون للعبد لانها بدل منفعة استوفيت بعد الحرية فكانت له  
كما لو أجر نفسه من انسان بغير اذن مولاه فاعتقه المولى في المدة فلا خيار له  
بخلاف العبد المأذون إذا أجر نفسه بعد الحرية فان اختار الاجارة لم يكن له أن ينقضها  
بعد ذلك لانه باختيار الاجارة أبطل حق الفسخ فلا يحتمل العود وقبض الاجرة كلها  
للمولى وليس للعبد أن يقبض الاجرة الا بوكالة من المولى لان العاقد هو المولى  
وحقوق العقد ترجع إلى العاقد هذا ان لم يكن المستأجر عجل الاجرة ولا شرط  
المولى عليه

التعجيل فان كان عجل أو شرط عليه التعجيل فاعتق العبد واختار المضى على الاجارة فالاجرة كلها للمولى لانه ملكها بالتعجيل أو باشتراط التعجيل وان اختار الفسخ يرد النصف إلى المستأجر لان الاجرة بمقابلة المنفعة ولم يسلم له الا منفعة نصف المدة وسواء كان المولى أجره بنفسه أو أذن للعبد أن يؤجر نفسه سنة فاجر ثم أعتقه المولى في نصف المدة لان عقده باذن المولى كعقد المولى بنفسه الا ان قبض الاجرة ثم أعتقه المولى في المدة لان اجارة المحجور وقعت فاسدة وخيار الامضاء وفي العقد الفاسد لا يثبت شرعا فبطل العقد بنفس الاعتاق بخلاف المأذون ومنها بلوغ الصبي المستأجر أجره أبوه أو وصى أبيه أو جده أو وصى جده أو القاضى أو أمينه فبلغ في المدة فهو عذر ان شاء أمضى الاجارة وان شاء فسخ لان في ابقاء العقد بعد البلوغ ضرر بالصبي لما بينا فيما تقدم فيعجز عن المضى في موجب العقد الا بضرر لم يلتزمه فكان عذرا ولو أجر واحد من هؤلاء شيئا من ماله فبلغ قبل تمام المدة لا خيار له والفرق بين اجارة النفس والمال ذكره في كتاب البيوع ان اجارة ماله تصرف نظر في حقه فلا يملك ابطاله بالبلوغ فاما اجارة النفس فهو في وضعها اضرار وانما يملكها الولي أو الوصي من حيث هي تأديب وقد انقطعت ولاية التأديب بالبلوغ فاما غلاء أجر المثلى فليس بعذر تنفسخ به الاجارة الا في اجارة الوقف حتى لو أجر دارا هي ملكه ثم غلا أجر مثل الدار ليس له أن يفسخ العقد الا في الوقف فانه يفسخ نظرا للوقف ويجدد العقد في المستقبل على اجرة معلومة وفيما مضى يجب المسمى بقدره وقيل هذا إذا ازداد أجر مثل الدور فاما إذا جاء واحد وزاد في الاجرة تعنتا على المستأجر الاول فلا يعتبر ذلك ثم انما تفسخ هذه الاجارة إذا أمكن الفسخ فاما إذا لم يمكن فلا تفسخ بأن كان في الارض زرع لم يستحصد لان في القلع ضرر بالمستأجر فلا تفسخ بل تترك إلى أن يستحصد الزرع بأجر المثل فالى وقت الزيادة يجب المسمى بقدره وبعد الزيادة إلى أن يستحصد يجب أجر المثل هذا إذا غلا أجر مثل الوقف فاما إذا رخص فان الاجارة لا تفسخ لان المستأجر رضى بذلك القدر وزيادة ولان الفسخ في الوقف عند الغلاء لمعنى النظر للوقف وفي هذا ضرر فلا تفسخ وأما العذر في استئجار الظئر فنحو أن لا يأخذ الصبي من لبنها لانه لم يحصل بعض ما دخل تحت العقد أو بقى من لبنها لان الصبي يتضرر به أو تحبل الظئر لان لبن الحامل يضر بالصبي أو تكون سارقة لانهم يخافون على متاعهم أو تكون فاجرة بينة الفجور لانها تتشاغل بالفجور عن حفظ الصبي أو أرادوا أن يسافروا بصبيهم وأبت الظئر أن تخرج معهم لان في الزامهم ترك المسافرة اضرارا بهم وفي ابقاء العقد بعد السفر اضرار أيضا أو تمرض الظئر لان الصبي يتضرر بلبن المريضة والمرأة تتضرر بالارضاع في المرض أيضا فيثبت حق الفسخ من الجانبين فان كانوا يؤذونها بالسنتهم أمروا أن يكفوا عنها فان لم يكفوا كان لها أن تخرج لان الاذية محظورة فعليهم تركها فان لم يتركوها كان في ابقاء العقد ضرر غير ملتزم بالعقد فكان عذرا وللزوج أن يخرجها من الرضاع ان لم تكن الاجارة برضاه وقيل هو على التفصيل ان كان ممن يشينه أن ترضع زوجته فله الفسخ لانه يغير بذلك فيتضرر به وان كان ممن لا يشينه ذلك لم يكن له أن يفسخ لان المملوك له بالنكاح منافع بضعها لا منافع ثديها فكانت هي بالاجارة متصرفه في حقها وقيل له الفسخ في الوجهين لانها ان أرضعت الصبي في بيتهم فلزوج أن يمنعها من الخروج من منزله وان أرضعت في بيته فله أن يمنعها من ادخال الصبي إلى بيته ثم إذا اعترض شئ من هذه الاعذار التي وصفناها فالاجارة تنفسخ بنفسها أو تحتاج إلى الفسخ قال بعض مشايخنا تنفسخ بنفسها وقال بعضهم لا تنفسخ والصواب انه ينظر إلى العذر ان كان يوجب العجز عن المضى في موجب



العقد شرعا بان كان المضى فيه حراما فالاجارة تنتقض بنفسها كما في الاجارة على قلع الضرس إذا اشتكت ثم سكنت وعلى قطع اليد المتأكلة إذا برأت ونحو ذلك وان كان العذر بحيث لا يوجب العجز عن ذلك لكنه يتضمن نوع ضرر لم يوجه العقد لا يفسخ الا بالفسخ وهل يحتاج فيه إلى فسخ القاضى أو التراضى ذكر في الاصل وفى الجامع الصغير انه لا يحتاج إليه بل للعاقده فسخها وذكر في الزيادات انها لا تفسخ الا بفسخ القاضى أو التراضى وجه ما ذكر في الزيادات ان هذا خيار ثبت بعد تمام العقد فاشبه الرد بالعيب بعد القبض

[ 201 ]

وجه المذكور في الاصل والجامع الصغير ان المنافع في الاجارة لا تملك جملة واحدة بل شيئا فشيئا فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض في باب البيع يوجب للعاقده حق الفسخ ولا يقف ذلك على القضاء والرضا كذا هذا ومن مشايخنا من فصل فيه تفصيلا فقال ان كان العذر ظاهرا لا حاجة إلى القضاء وان كان خفيا كالدين يشترط القضاء ليظهر العذر فيه ويزول الاشتباه وهذا حسن وينبغي أن يبيع المستاجر ثم يفسخ الاجارة (فصل) وأما صفة الاجارة فالاجارة عقد لازم إذا وقعت صحيحة عرية عن خيار الشرط والعيب الرؤية عند عامة العلماء فلا تفسخ من غير عذر وقال شريح انها غير لازمة تفسخ بلا عذر لانها اباحة المنفعة فأشبهت الاعارة ولنا انها تمليك المنفعة بعوض فأشبهت البيع وقال سبحانه وتعالى أوفوا بالعقود الفسخ ليس من الايفاء بالعقد وقال عمر ورضى الله عنه البيع صفقة أو خيار جعل البيع نوعين نوعا لا خيار فيه ونوعا فيه خيار والاجارة بيع فيجب أن تكون نوعين نوعا ليس فيه خيار الفسخ ونوعا فيه خيار الفسخ ولانها معاوضة عقدت مطلقة فلا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ الا عند العجز عن المضى في موجب العقد من غير تحمل ضرر كالبيع (فصل) وأما حكم الاجارة فالاجارة لا تخلو اما ان كانت صحيحة واما ان كانت فاسدة واما ان كانت باطلة اما الصحيحة فلها أحكام بعضها أصلى وبعضها من التوايع أما الحكم الاصلى فالكلام فيه في ثلاث فمواضع في بيان أصل الحكم وفى بيان وقت ثبوته وفى بيان كيفية ثبوته أما الاول فهو ثبوت الملك في المنفعة للمستاجر وثبوت الملك في الاجرة المسماة للآجر لانها عقد معاوضة إذ هي بيع المنفعة والبيع عقد معاوضة فيقتضى ثبوت الملك في العوضين وأما وقت ثبوته فالعقد لا يخلو اما ان كان عقد مطلقا عن شرط تعجيل الاجرة واما ان شرط فيه تعجيل الاجرة أو تأجيلها فان عقد مطلقا فالحكم يثبت في العوضين في وقت واحد فيثبت الملك للمؤاجر في الاجرة وقت ثبوت الملك للمستاجر في المنفعة وهذا قول أصحابنا وقال الشافعي حكم الاجارة المطلقة هو ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد بلا فصل وأما كيفية ثبوت حكم العقد فعندنا يثبت شيئا فشيئا على حسب حدوث محله وهو المنفعة لانها تحدث شيئا فشيئا وعنده تجعل المدة موجودة تقديرا كأنها اعيان قائمة ويثبت الحكم فيها في الحال وعلى هذا يبنى ان الاجرة لا تملك بنفس العقد المطلق عندنا وعنده تملك (وجه) قوله ان الاجارة عقد معاوضة وقد وجدت مطلقة والمعاوضة المطلقة تقتضى ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد كالبيع الا أن الملك لا يد له من محل يثبت فيه منافع المدة معلومة في الحال حقيقة فتجعل موجودة حكما تصحيا للعقد وقد يجعل المعدوم حقيقة موجودا تقديرا عند تحقق الحاجة والضرورة ولنا ان المعاوضة المطلقة إذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين لا يثبت في العوض الآخر إذ لو ثبت لا يكون معاوضة حقيقة لانه لا يقابله عوض ولا المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين ولا مساواة إذ لم يثبت

الملك في أحد العوضين والملك لم يثبت في أحد العوضين وهو منافع المدة لأنها معلومة حقيقة فلا تثبت في الاجرة في الحال تحقيقاً للمعاوضة المطلقة في أي وقت تثبت فقد كان أبو حنيفة أولاً يقول ان الاجرة لا تجب الا بعد مضي المدة مثل استئجار الارض سنة أو عشر سنين وهو قول زفر ثم رجع هنا فقال تجب يوماً فيوماً وفي الاجارة على المسافة مثل ان استأجر بعيراً إلى مكة ذاهباً وجائياً كان قوله الاول انه لا يلزمه تسليم الاجر حتى يعود وهو قول زفر ثم رجع وقال يسلم حالاً فحالاً وذكر الكرخي انه يسلم اجرة كل مرحلة إذا انتهى إليها وهو قول أبي يوسف ومحمد وجه قول أبي حنيفة الاول ان منافع المدة أو المسافة من حيث انها معقد عليها شئ واحد فما لم يستوفها كلها لا يجب شئ من بدلها كمن استأجر خياطاً يخيط ثوباً فحاط بعضه انه لا يستحق الاجرة حتى يفرغ منه وكذا القصار والصباغ (وجه) وقوله الثاني وهو المشهور انه ملك البدل وهو المنفعة وانها تحدث شيئاً فشيئاً على حسب حدوث الزمان فيملكها شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فكذا ما يقابلها فكان ينبغي أن يجب عليه تسليم الاجرة

[ 202 ]

ساعة فساعة الا أن ذلك متعذر فاستحسن فقال يوماً فيوماً مرحلة فمرحلة لانه لا يعذر فيه وروى عن أبي يوسف فيمن استأجر بعيراً إلى مكة انه إذا بلغ ثلث الطريق أو نصفه اعطى من الاجر بحسابه استحساناً وذلك الكرخي ان هذا قول أبي يوسف الاخير ووجهه ان السير إلى ثلث الطريق أو نصفه منفعة مقصودة في الجملة فإذا وجد ذلك القدر يلزمه تسليم بدله وعلى هذا يخرج ما إذا أبرأ المؤاجر المستأجر من الاجر أو وجهه له أو تصدق به عليه ان ذلك لا يجوز في قول أبي يوسف الاخير عينا كان الاجر أو ديناً وقال محمد ان كان ديناً جاز وجه قول أبي يوسف ظاهر خارج على الاصل وهو ان الاجرة لم يملكها المؤاجر في العقد المطلق عن شرط التعجيل والابراء عما ليس بمملوك المبرئ لا يصح بخلاف الدين المؤجل لانه مملوك وانما التأجيل لتأخير المطالبة فيصح الابراء عنه وهبة غير المملوك لا تصح وجه قول محمد ان الابراء لا يصح الا بالقبول فإذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك مقتضى التصرف تصحيحاً له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عنى على ألف درهم فقال أعتقت والابراء اسقاط واسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو انعقد المنعقد والجواب انه ان كان يعنى بالانعقاد في حق الحكم فيه غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا وان كان يعنى شيئاً آخر فهو غير معقول ولو أبرأه عن بعض الاجرة أو وهب منه جاز في قولهم جميعاً أما على أصل محمد فظاهر لانه يجوز ذلك عنده في الملك فكذا في البعض وأما على أصل أبي يوسف فلان ذلك حط بعض الاجرة فيلحق الحط بأصل العقد فيصير كما لو وجد في حال العقد بمنزلة هبة بعض الثمن في البيع وحط الكل لا يمكن الحاقه بأصل العقد ولا سبيل إلى تصحيحه للحال لعدم الملك وأما إذا كانت الاجرة عينا من الاعيان فوهبها المؤاجر للمستأجر قبل استيفاء المنافع فقد قال أبو يوسف ان ذلك لا يكون نقضاً للاجارة وقال محمد ان قبل المستأجر الهبة بطلت الاجارة وان ردها لم تبطل أما أبو يوسف فقد مر على الاصل ان الهبة لم تصح لعدم الملك فالتحقت بالعدم كأنها لم توجد رأساً بخلاف المشتري إذا وهب المبيع من بئعه قبل القبض وقبله البائع ان ذلك يكون نقضاً للبيع لان الهبة هناك قد صحت لصدورها من المالك فثبت الملك للبائع فانفسخ البيع وأما محمد فان يقول الاجرة إذا كانت عينا كانت في حكم المبيع لان ما

يقابلها هو في حكم الاعيان والمشتري إذا وهب المبيع قبل القبض من البائع فقبله البائع يبطل البيع كذا هذا وإذا رد المشتاجر الهبة لا تبطل الاجارة لان الهبة لا تتم الا بالقبول فإذا رد بطلت والتحقت بالعدم وعلى هذا إذا صارف المؤاجر المشتاجر بالاجرة فأخذ بها دينار بأن كانت الاجرة دراهم ان العقد باطل عند أبى يوسف في قوله الاخير وكان قوله الاول انه جائز وهو قول محمد فأبو يوسف مر على الاصل فقال الاجرة لم تجب بعقد الاجارة وما وجب بعقد الصرف لم يوجد فيه التقابض في المجلس فيبطل العقد فيه كمن باع دينارا بعشرة فلم يتقابضا ولانه يشتري الدينار بدراهم في ذمته ثم يجعلها قصاصا بالاجرة ولا اجرة له فيبقى ثمن الصرف في ذمته فإذا افترقا قبل القبض بطل الصرف ومحمد يقول إذا لم يجز الصرف الا ببدل واجب ولا وجوب الا بشرط التعجيل ثبت الشرط مقتضى اقدامهما على الصرف ولو شرطا تعجيل الاجرة ثم تصارفا جاز كذا هذا ولو اشترى المؤاجر من المشتاجر عينا من الاعيان بالاجرة جاز في قولهم لان العقد على الاعيان والهبة جائزان فالرهن والكفالة أولى وأما على أصل أبى يوسف فأما الكفالة فلان جوازها لا يستدعى قيام الدين للحال بدليل انه لو كفل بما يذوب له على فلان جازت وكذلك الكفالة بالدرك جائزة وكذلك الرهن بدين لم يجب جائز كالرهن بالثمن في البيع المشروط فيه الخيار ولان الكفالة والرهن شرعا للتوثق ولا توثق ملائم للاجر هذا إذا وقع العقد مطلقا عن شرط تعجيل الاجرة فاما إذا شرط في تعجيلها ملكت بالشرط ووجب تعجيلها فالحاصل ان الاجرة لا تملك عندنا الا باحد معان ثلاثة أحدها شرط التعجيل في نفس العقد والثاني التعجيل من غير شرط والثالث استيفاء المعقود عليه اما ملكها بشرط التعجيل فلان ثبوت الملك في العوضين في زمان واحد لتحقيق

[ 203 ]

معنى المعاوضة المطلقة وتحقيق المساواة التي هي مطلوب العاقدين ومعنى المعاوضة والمساواة لا يتحقق الا في ثبوت الملك فيهما في زمان واحد فإذا شرط التعجيل فلم توجد المعاوضة المطلقة بل المقيدة بشرط التعجيل فيجب اعتبار شرطهما لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم فيثبت الملك في العوض قبل ثبوته في المعوض ولهذا صح التعجيل في ثمن المبيع وان كان اطلاق العقد يقتضى الحلول كذا هذا وللمؤاجر حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفى الاجرة كما ذكره الكرخي في جامعته لان المنافع في باب الاجارة كالمبيع في باب البيع والاجرة في الاجارات كالثمن في البياعات وللبائع حبس المبيع إلى أن يستوفى الثمن فكذا للمؤاجر حبس المنافع إلى أن يستوفى الاجرة المعجلة فان قيل لا فائدة في هذا الحبس لان الاجارة إذا وقعت على مدة فإذا حبس المشتاجر مدة بطلت الاجارة في تلك المدة ولا شئ فيها من الاجرة فلم يكن الحبس مفيدا فالجواب ان الحبس مفيد لانه يحبس ويطالب بالاجرة فان عجل والافسخ العقد فكان في الحبس فائدة على أن هذا لا يلزم في الاجارة على المسافة بأن أجر دابة مسافة معلومة لان العقد ههنا لا يبطل بالحبس وكذا هذا ويبطل بيع ما يتسارع إليه الفساد كالسمك الطرى ونحوه إذ للبائع حبسه حتى يستوفى الثمن وان كان يؤدي إلى ابطال البيع بهلاك المبيع قبل القبض وان وقع الشرط في عقد الاجارة على أن لا يسلم المشتاجر الاجر الا بعد انقضاء مدة الاجارة فهو جائز وأما على قول أبى حنيفة الاول فظاهر لان الاجرة لا تجب الا في آخر المدة فإذا شرط كان هذا شرطا مقررًا مقتضى العقد فكان جائزا وأما على قوله الآخر فالاجرة وان كانت تجب شئاً فشيئاً فقد شرط تأجيل الاجرة والاجرة كالثمن فتحتمل التأجيل كالثمن أما إذا عجل الاجرة من غير شرط فلانه لما

عجل الاجرة فقد غير مقتضى مطلق العقد وله هذه الولاية لان التأخير ثبت حقا له فيملك ابطاله بالتعجيل كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله ولان العقد سبب استحقاق الاجرة فالاستحقاق وان لم يثبت فقد انعقد سببه وتعجيل الحكم قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب جائز كتعجيل الكفارة بعد الجرح قبل الموت وأما إذا استوفى المعقود عليه فلانه يملك المعوض فيملك المؤاجر العوض في مقابلته تحقيقا للمعاوضة المطلقة وتسوية بين العاقدين في حكم العقد المطلق وعلى هذا الاصل تبنى الاجارة المضافة إلى زمان في المستقبل بان قال أجزتك هذه الدار غدا أو رأس شهر كذا أو قال أجزتك هذه الدار سنة أولها غرة شهر رمضان انها جائزة في قول أصحابنا وعند الشافعي لا تجوز وجه البناء ان الاجرة بيع المنفعة وطريق جوازها عنده أن يجعل منافع المدة موجودة تقديرا عقيب العقد تصحيا له إذ لا بد وأن يكون محل حكم العقد موجودا ليتمكن اثبات حكمه فيه فجعلت المنافع موحدة حكما كأنها أعيان قائمة بنفسها واطافة البيع إلى عين ستوجد لا تصح كما في بيع الاعيان حقيقة وأما عندنا فالعقد ينقذ شيئا فشيئا على حسب حدوث المعقود عليه شيئا فشيئا وهو المنفعة فكان العقد مضافا إلى حين وجود المنفعة من طريق الدلالة فالتنصيص على الاضائة يكون مقررا مقتضى العقد الا أنا جوزنا الاضائة في الاجارة دون البيع للضرورة لان المنفعة حال وجودها لا يمكن انشاء العقد عليها فدعت الضرورة إلى الاضائة ولا ضرورة في بيع العين لامكان ايقاع العقد عليها بعد وجودها لكونها محتملة للبقاء فلا ضرورة إلى الاضائة وطريقنا أولى لان جعل المعدوم موجودا تقدير للمحال وتقدير المحال محال ولا احالة في الاضائة إلى زمان في المستقبل فان كثيرا من التصرفات تصح مضافة إلى المستقبل كالطلاق والعناق ونحوهما فكان الصحيح ما قلنا وأما الاحكام التي هي من التوايع فكثيرة بعضها يرجع إلى الأجر والمستاجر مما عليهما ولهما وبعضها يرجع إلى صفة المستاجر والمستاجر فيه أما الاول فجملة الكلام فيه ان عقد الاجارة لا يخلو اما ان شرط فيه تعجيل البديل أو تأجيله واما ان كان مطلقا عن شرط التعجيل والتأجيل فان شرط فيه تعجيل البديل فعلى المستاجر تعجيلها والابتداء بتسليمها سواء كان ما وقع عليه الاجارة شيئا ينتفع بعينه كالدار والداية وعبء الخدمة أو كان صنعا أو عاملا ينتفع بصنعه أو عمله كالخياط والقصار والصياع والاسكاف لانهما لما شرطا تعجيل البديل لزم اعتبار شرطهما لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وملك

[ 204 ]

الأجر البديل حتى تجوز له هبته والتصديق به والابراء عنه والشراء والرهن والكفالة وكل تصرف يملك البائع في الثمن في باب البيع وللمؤاجر أن يمتنع عن تسليم المستاجر في الاشياء المنتفع باعيانها حتى يستوفى الاجرة وكذا للاجير الوحد أن يمتنع عن تسليم النفس وللأجير المشترك أن يمتنع عن ايفاء العمل قبل استيفاء الاجرة في الاجارة كالثمن في البياعات وللبياع حبس المبيع إلى أن يستوفى الثمن إذا لم يكن مؤجلا كذا ههنا وان شرط فيه تأجيل الاجرة يبتدأ بتسليم المستاجر وايفاء العمل وانما يجب تسليم البديل عند انقضاء الاجل لان الاصل في الشروط اعتبارها للحديث الذي روينا وان كان العقد مطلقا عن شرط التعجيل والتأجيل يبتدأ بتسليم ما وقع عليه العقد في نوعي الاجارة فيجب على المؤاجر تسليم المستاجر وعلى الاجير تسليم النفس أو ايفاء العمل أولا عندنا خلافا للشافعي لان الاجرة لا تجب عندنا بالعقد المطلق وعندنا تجب والمسألة قد مرت غير ان في النوع الاول وهو الاجارة على الاشياء المنتفع باعيانها إذا سلم المستاجر لا يجب على المستاجر تسليم البديل كله

للحال بل على حسب استيفاء المنفعة شيئاً فشيئاً حقيقة أو تقديراً بالتمكن من الاستيفاء في قول أبي حنيفة الآخر وللمؤاجر أن يطلبه بالاجرة بمقدار ذلك يوماً فيوماً في الاجارة على العقار ونحوه ومرحلة مرحلة في الاجارة على المسافة ولكن يخير المكارى على الحمل إلى المكان المشروط إذ لو لم يخير لتضرر المستاجر وفي قوله الاول وهو قول أبي يوسف ومحمد لا يجب تسليم شئ من البديل الا عند انتهاء المدة أو قطع المسافة كلها في الاجارة على قطع المسافة وقد ذكرنا وجه القولين فيما تقدم وأما في النوع الآخر وهو استئجار الصناع والعمل فلا يجب تسليم شئ من البديل الا عند انتهاء المدة أو قطع المسافة بعد الفراغ من العمل بلا خلاف حتى قالوا في الحمال ما لم يحط المتاع من رأسه لا يجب الاجر لان الحط من تمام العمل وهكذا قال أبو يوسف في الحمال يطلب الاجرة بعد ما بلغ المنزل قبل أن يضعه انه ليس له ذلك لان الوضع من تمام العمل والفرق ان كل جزء من العمل في هذا النوع غير مقصود لانه لا ينتفع ببعضه دون بعض فكان الكل كشيء واحد فما لم يوجد لا يقابله البديل بلا خلاف بخلاف النوع الاول على قول أبي حنيفة الآخر لان كل جزء من السكنى وقطع المسافة مقصود فيقابل بالاجرة ثم في النوع الاخر إذا أراد الاجير حبس العين بعد الفراغ من العمل لاستيفاء الاجرة هل له ذلك ينظر ان كان لعمله أثر ظاهر في العين كالخياط والقصار والصباغ والاسكاف له ذلك لان ذلك الاثر هو المعقود عليه وهو صيرورة الثوب مخيطاً مقصوراً وانما العمل يحصل ذلك الاثر عادة والبديل يقابل ذلك الاثر فكان كالمبيع فكان له أن يحبسه لاستيفاء الاجرة كالمبيع قبل القبض انه يحبس لاستيفاء الثمن إذا لم يكن الثمن مؤجلاً ولو هلك قبل التسليم تسقط الاجرة لانه مبيع هلك قبل القبض وهل يجب الضمان فعند أبي حنيفة لا يجب وعندهما يجب لانه يجب قبل الحبس عندهما فبعد الحبس اولى والمسألة تأتي في موضعها ان شاء الله تعالى وان لم يكن لعمله أثر ظاهر في العين كالحمال والملاح والمكارى ليس له أن يحبس العين لان ما لا أثر له في العين فالبديل انما يقابل نفس العمل الا أن العمل كله كشيء واحد إذ لا ينتفع ببعضه دون بعض فكما فرغ حصل في يد المستاجر فلا يملك حبسه عنه بعد طلبه كالمودعة ولهذا لا يجوز حبس الوديعة بالدين ولو حبسه فهلك قبل التسليم لا تسقط الاجرة لما ذكرنا انه كما وقع في العمل حصل مسلماً إلى المستاجر لحصوله في يده فتقررت عليه الاجرة فلا تحتمل السقوط بالهلاك ويضمن لاند حبسه بغير حق فصار غاصباً بالحبس ونص محمد على الغصب فقال فان حبس الحمال المتاع في يده فهو غاصب ووجهه ما ذكرنا ان العين كنت أمانة في يده فإذا حبسها بدينه فقد صار غاصباً كما لو حبس المودع الوديعة بالدين هذا الذي ذكرنا ان العمل لا يصير مسلماً إلى المستاجر الا بعد الفراغ منه حتى لا يملك الاجير المطالبة بالاجرة قبل الفراغ إذا كان المعمول فيه في يد الاجير فان كان في يد المستاجر فقد ما أوقعه من العمل فيه يصير مسلماً إلى المستاجر قبل الفراغ منه حتى يملك المطالبة بقدره من المدة بان استاجر رجلاً ليبنى له بناء في ملكه أو فيما في يده بان استأجره ليبنى له بناء في داره أو يعمل له ساباطاً أو جناحاً أو يحفر له بئراً أو قناة

[ 205 ]

أو نهر أو ما أشبه ذلك في ملكه أو فيما في يده فعمل بعضه فله أن يطالبه بقدره من الاجرة لكنه يجبر على الباقي حتى لو أنهدم البناء أو انهارت البئر أو وقع فيما الماء التراب وسواها مع الارض أو سقط الساباط فله أجر ما علمه بحصته لانه إذا كان في ملك المستاجر أو في يده فكما عمل شيئاً حصل في يده قبل هلاكه وصار مسلماً إليه

فلا يسقط بدله بالهلاك ولو كان غير ذلك في غير ملكه وبده ليس له أن يطلب شيئاً من الاجرة قبل الفراغ من عمله وتسليمه إليه حتى لو هلك قبل التسليم لا يجب شيء من الاجرة لانه إذا لم يكن في ملكه ولا في يده توقف وجوب الاجرة فيه على الفراغ والتمام وقال الحسن بن زياد إذا أراه موضعاً من الصحراء يحفر فيه بئراً فهو بمنزلة ما هو في ملكه ويده وقال في آخر الكلام وهذا قياس قول أبي حنيفة وقال محمد لا يكون قابضاً الا بالتخلية وان أراه الموضع وهو الصحيح لان ذلك الموضع بالتعيين لم يصر في يده فلا يصير عمل الاجير فيه مسلماً له وان كان ذلك في غير ملك المستاجر ويده فعمل الاجير بعضه والمستاجر قريب من العامل فخلى الاجير بينه وبينه فقال المستاجر لا أقبضه منك حتى يفرغ فله ذلك لان قدر ما عمل لم يصر مسلماً إذا لم يكن في ملك المستاجر ولا في يده لانه لا ينتفع ببعض عمله دون بعض فكان للمستاجر أن يمتنع من التسليم حتى يتمه ولو استاجر لبناً ليضرب له لبناً في ملكه أو فيما في يده لا يستحق الاجرة حتى يجف اللبن وينصبه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد حتى يجف أو ينصبه ويشرجه ولا خلاف في انه إذا ضربه ولم يقمه انه لا يستحق الاجرة لانه ما لم يقبله من مكانه فهو أرض فلا يتناول اسم اللبن والخلاف بينهم يرجع إلى انه هل يصير قابضاً له بالاقامة أو لا يصير الا بالتشريح فعلى قول أبي حنيفة يصير قابضاً له بنفس الاقامة لان نفس الاقامة من تمام هذا العمل فيصير اللبن مسلماً إليه بها وعلى قولهما لا يصير قابضاً ما لم يشرح لان تمام العمل به حتى لو هلك قبل النصب في قول أبي حنيفة وقبل التشريح في قولهما فلا أجر له لانه هلك قبل تمام العمل على اختلاف الاصلين ولو هلك بعده فله الاجر لان العمل قد تم فصار مسلماً إليه لكونه في ملكه أو في يده فهلاكه بعد ذلك لا يسقط البديل وجه قولهما ان الامن عن الفساد يقع بالتشريح ولهذا جرت العادة بين الناس ان اللبان هو الذي يشرح ليؤمن عليه الفساد فكان ذلك من تمام العمل كإخراج الخبز من التنور ولابي حنيفة ان المستاجر له ضرب اللبن ولما جف ونصبه وجد ما ينطلق عليه اسم اللبن وهو في يده أو في ملكه فصار قابضاً له فاما التشريح فعمل زائد لم يلزمه العامل بمنزلة النقل من مكان إلى مكان فلا يلزمه ذلك وان كان ذلك في غير ملكه ويده لم يستحق الاجرة حتى يسلمه وهو أن يخلى الاجير بين اللبن وبين المستاجر لكن ذلك بعد ما نصبه عند أبي حنيفة وعندهما بعد ما شرجه وروى ابن سماعة عن محمد في رجل استاجر خبازاً ليخبز له فقيزاً من دقيق بدرهم فخبز فاحترق الخبز في التنور قبل أن يخرج أو ألزقه في التنور ثم أخذه ليخرجه فوقع من يده في التنور فاحترق فلا أجر له لانه هلك قبل تمام العمل لان علم الخبز لا يتم الا بإخراج من التنور فلم يكن قبل الإخراج خبز فصار كهلاك اللبن قبل أن يتمه قال ولو أخرجه من التنور ووضعوه وهو يخبز في منزل المستاجر فاحترق من غير جنايته فله الاجر ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة أما استحقاق الاجر فلانه فرغ من العمل بإخراج الخبز من التنور حصل مسلماً إلى المستاجر لكونه في ملك المستاجر لكونه في ملك المستاجر وأما عدم وجوب الضمان فلان الهلاك من غير صنع الاجير المشترك لا يتعلق به الضمان عنده وأما على قول من يضمن الاجير المشترك فانه ضامن له دقيقاً مثل الدقيق الذي دفعه إليه ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزاً وأعطاه الاجر لان قبض الاجير قبض مضمون عندهما فلا يبرأ عن الضمان بوضعه في منزل مالكه وانما يبرأ بالتسليم كالغاصب إذا وجب الضمان عليه عندهما فصاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه دقيقاً وأسقط الاجر لانه لم يسلم إليه المعمل وان شاء ضمنه خبزاً فصار العمل مسلماً إليه فوجب الاجر عليه قال ولا أضمنه القصب ولا الملح لان ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه وحين وجب الضمان عليه لا قيمة له لان القصب صار رماداً والملح صار

ماء وكذلك الخياط الذى يخيظ له في منزله قميصا فان خاط له بعضه لم يكن له أجرته لان هذا العمل لا ينتفع ببعضه دون بعضه فلا تلزمه الاجرة

[ 206 ]

الا بتمامه فإذا فرغ منه ثم هلك فله الاجرة في قول أبى حنيفة لان العلم حصل مسلما إليه لحصوله في ملكه وأما على قولهما فالعين مضمونة فلا يبرأ عن ضمانها الا بتسليمها إلى مالكةا فان هلك الثوب فان شاء ضمنه قيمته صحيحا ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته مخيظا وله الاجر لما بينا ولو استاجر حمالا ليحمل له دنا من السوق إلى منزله فحملة حتى إذا بلغ باب درب الذى استاجره كسره انسان فلا ضمان على الحامل في قول أبى حنيفة وله الاجر وهو على ما ذكرنا ان العمل إذا لم يكن له أثر ظاهر في العين كما وقع يحصل مسلما إلى المستاجر وذكر ابن سماعة عن محمد في رجل دفع ثوبا إلى خياط يخيظه بدرهم فمضى فخاطه ثم جاء رجل ففتقه قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر للخياط لان المنافع هلكت قبل التسليم فسقط بدلها قال ولا أجبر الخياط على أن يعيد العمل لانه لما فرغ من العمل فقد انتهى العقد فلا يلزمه العمل ثانيا وان كان الخياط هو الذى فتق الثوب عليه أن يعيده لانه لما فتقه فقد فسخ المنافع التى عملها فكأنه لم يعمل رأسا وإذا فتقه الأجنبي فقد أتلف المنافع بدليل انه يجب عليه الضمان وقالوا في الملاح إذا حمل الطعام إلى موضع فرد السفينة انسان فلا أجر للملاح وليس له أن يعيد السفينة فان كان الملاح هو الذى ردها الزمه اعادة الحمل إلى الموضع الذى شرط عليه لما قلنا وان كان الموضع الذى رجعت إليه السفينة لا يقدر رب الطعام على قبضه فعلى الملاح أن يسلمه في موضع يقدر رب الطعام على قبضه ويكون له أجر مثله فيما سار في هذا المسير لانا لو جوزنا للملاح تسليمه في مكان لا ينتفع به لتلف المال على صاحبه ولو كلفناه حمله بالاجر إلى أقرب لمواضع التى يمكن القبض فيه فقدرنا عينا الحقين قالوا ولو اكرى بغلا إلى موضع بركبه فلما سار إلى بعضه الطريق جمح به فرده إلى موضعه الذى خرج منه فعليه الكراء بقدر ما سار لانه استوفى ذلك القدر من المنافع فلا يسقط عنه الضمان وقال في الجامع الصغير عن أبى حنيفة في رجل استاجر رجلا يذهب إلى البصرة فيجئ بعياله فذهب فوجد فلانا قد مات فجاء بمن بقى قال له من الاجر بحسبه وعن أبى حنيفة في رجل استاجر رجلا يذهب بكتابه إلى البصرة إلى فلان ويجئ بجوابه فذهب فوجد فلانا قد مات فرد الكتاب فلا أجر له وهو قول أبى يوسف وقال محمد له الاجر في الذهاب أما في المسألة الاولى فلان مقصوده حمل العيال فإذا حمل بعضهم دون بعض كان له من الاجر بحساب ما حمل واما في الثانية فوجه قول محمد ان الاجر مقابل بقطع المسافة لا بحمل الكتاب لانه لا حمل له ولا مؤنة وقطع المسافة في الذهاب وقع على الوجه المأمور به فيستحق صحته من الاجر وفى العود لم يقع على الوجه المأمور به فلا يجب به شئ ولهما أن المقصود من حمل الكتاب ايصاله إلى فلان ولم يوجد فلا يجب شئ على أن المقصود وان كان نقل الكتاب لكنه إذا رده فقد نقص تلك المنافع فبطل الاجر كما لو استاجره ليحمل طعاما إلى البصرة إلى فلان فحملة فوجه قد مات فرده انه لا أجر له لما قلنا كذا هذا وللمستاجر في اجارة الدار وغيرها من العقار أن ينتفع بها كيف شاء بالسكنى ووضع المتاع وان يسكن بنفسه وبغيره وان يسكن غيره بالاجارة والاعارة الا أنه ليس له أن يجعل فيها حدادا ولا قصارا ونحو ذلك مما يوهن البناء بناء فيما تقدم ولو أجرها للمستاجر بالاكتر من الاجرة الاولى فان كانت الثانية من خلاف جنس الاولى طابت له الزيادة وان كانت من جنس الاولى لا تطيب له حتى يزيد في الدار زيادة من بناء أو حفر أو تطيبين أو

تجسيص فان لم يزد فيه شيئاً فلا خير في الفضل ويتصدق به لكن تجوز الاجارة أما جواز الاجارة فلا شك فيه لان الزيادة في عقد لا يعتبر فيه المساواة بين البدل والمبدل لا تمنع صحة العقد وههنا وكذلك فيصح القعد وأما التصديق بالفضل إذا كانت الاجرة الثانية من جنس الاولى فلان الفضل ربح ما لم يضمن لان المنافع لا تدخل في ضمان المستأجر بدليل انه لو هلك المستأجر فصار بحيث لا يمكن الانتفاع به كان الهلاك على المؤجر وكذا لو غصبه غاصب فكانت الزيادة ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فان كان هناك زيادة كان الربح في مقابلة الزيادة فيخرج من أن يكون ربحا ولو كنس البيت فلا يعتبر ذلك لانه ليس بزيادة فلا تطيب به زيادة والاجر وكذا في اجارة الدابة إذا ازاد في الدابة جوالق أو لجاما أو ما أشبه ذلك يطيب له الفضل لما بينا فان علفها لا يطيب له لان الاجرة لا يصير

[ 207 ]

شئ منها مقابلا بالعلف فلا يطيب له الفضل ولو استأجر دابة ليركبها ليس له أن يركب غيره وان فعل ضمن وكذا إذا استأجر ثوبا ليلبسه ليس له أن يلبسه غيره وان فعل ضمن لان الناس متفاوتون في الركوب والبس فان أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه ان أصابه شئ لانه غاصب في الباسه غيره وان لم يصيبه شئ فلا أجر له لان المعقود عليه ما يصير مستوقيا بلبسه غيره لا يكون معقودا عليه واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب اليد الا يرى انه لو استأجر ثوبا بعينه ثم غصب منه ثوبا آخر فلبسه لم يلزمه الاجر فكذلك إذا ألبس ذلك الثوب غيره لان تعيين اللباس كتعيين الملبوس فان قيل هو قد تمكن من استيفاء المعقود عليه وذلك لا يكفي لو جوب الاجر عليه كما لو وضعه في بيته ولم يلبسه قلنا تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده فإذا وضعه في بيته فيده عليه معتبرة ولهذا لو هلك لم يضمن فاما إذا ألبسه غيره فيده عليه معتبرة حكما ألا ترى انه ضامن وان هلك من غير اللبس فان يد اللباس عليه معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن غير اللباس ولا يكون الا بطريق تفويت يده حكما فلهذا لا يلزمه الاجرة وان سلم وان كان استأجر ليلبس يوما إلى الليل ولم يسم من يلبسه فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فان اللبس يختلف باختلاف اللباس وباختلاف الملبوس وكما أن ترك التعيين في الملبوس عند العقد يفسد العقد فكذلك ترك تعيين اللباس وهذه جهالة تفضى إلى المنازعة لان صاحب الثوب يطالبه بالباس أرفع الناس في اللبس وصيانة الملبوس وهو يأبى أن يلبس الا أحسن الناس في ذلك ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد وان اختصما فيه قبل اللبس فسدت الاجارة وان لبسه هو أعطاه غيره فلبسه إلى الليل فهو جائز وعليه الاجر استحسنا والقياس عليه أجر المثل وكذلك لو استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها أو للعمل ولم يسم من يعمل عليها فعمل عليها إلى الليل فعليه المسمى استحسانا وفي القياس عليه أجر المثل لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد وجه الاستحسان أن المفسد وهو الجهالة التي تفضى إلى المنازعة قد زال وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد وهذا لان الجهالة في المعقود عليه وعقد الاجارة في حق المعقود عليه كالمضاف وانما يتجدد انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند ذلك ووجوب الاجر عند ذلك أيضا فلهذا أو جينا المسمى وجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه ان ضاع منه لانه غير مخالف سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره بخلاف الاول فقد عين هناك لبسه عند العقد فيصير مخالفا بالباس غيره وإذا استأجر قميصا ليلبسه يوما إلى الليل فوضعه في منزله حتى جاء الليل فعليه الاجر كاملا لان



صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب إليه وما زاد على ذلك ليس في وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لان العقد انتهى بمضي المدة والا ذن في اللبس كان بحكم العقد ولو استأجر دابة ليركبها وثوبا ليلبسه لا يجوز له أن يؤاجر غيره للركوب واللبس لما قلنا ولو باع المؤاجر الدار المستأجرة بعد ما أجزها من غير عذر ذكر في الاصل أن البيع لا يجوز وذكر في بعض المواضع أن البيع موقوف وذكر في بعضها أن البيع باطل والتوفيق ممكن لان في معنى قوله لا يجوز أي لا ينفذ وهذا لا يمنع التوقف وقوله باطل أي ليس له حكم ظاهر للحال وهو تفسير التوقف والصحيح انه جائز في حق البائع والمشتري موقوف في حق المستأجر حتى إذا انقضت المدة يلزم المشتري البيع وليس له أن يمتنع من الاخذ وليس للبائع أن يأخذ المبيع من يد المستأجر من غير اجازة البيع فان أجاز جاز وان أبى فللمشتري أن يفسخ البيع ومتى فسخ لا يعود جائز ابعده انقضاء مدة الاجارة وهل يملك المستأجر فسخ هذا البيع ذكر في ظاهر الرواية انه لا يملك الفسخ حتى لو فسخ لا يفسخ حتى إذا مضت مدة الاجارة كان للمشتري أن يأخذ الدار وروى الطحاوي عن أبي حنيفة ومحمد أن له أن ينقض البيع وإذا نقضه لا يعود جائزا وروى عن أبي يوسف أنه ليس للمستأجر نقض البيع والاجارة كالعيب فان كان المشتري عالما بها وقت الشراء وقعت الاجارة لازمة وان لم يكن عالما بها وقت الشراء فهو بالخيار ان شاء نقض البيع لاجل العيب وهو الاجارة وان شاء أمضاه وهذا كله مذهب أصحابنا وقال الشافعي البيع نافذ من غير اجازة المستأجر وجه قوله ان البيع صاف

[ 208 ]

محلله لان الرقبة ملك المؤاجر وانما حق المستأجر في المنفعة ومحل البيع العين ولا حق للمستأجر فيها ولنا ان البائع غير قادر على تسليمه لتعلق حتى المستأجر به وحق الانسان يجب صيانته عن الابطال ما أمكن وأمكن ههنا بالتوقف في حقه فقلنا بالجواز في حق المشتري وبالتوقف في حق المستأجر صيانة للحقين ومراعاة للجانبين وعلى هذا إذا أجر داره ثم أقر بها لانسان ان اقراره ينفذ في حق نفسه ولا ينفذ في حتى المستأجر بل يتوقف إلى أن تمضي مدة الاجارة فإذا مضت نفذ الاقرار في حقه أيضا فيقضى بالدار للمقر له هذا بخلاف ما إذا أجر داره من انسان ثم أجر من غيره ان الاجارة الثانية موقوفة على اجازة المستأجر الاول فان أجازها جازت وان أبطلها بطلت وههنا ليس للمستأجر أن يبطل البيع ووجه الفرق ان عقد الاجارة يقع على المنفعة إذ هو تملك المنفعة والمنافع مالك المستأجر الاول فتجوز باجازه وتبطل بابطاله فاما الاقرار فانما يقع على العين والعين ملك المؤاجر لكن للمستأجر فيها حق فإذا زال حقه بتقدير المستأجر الاول إذا أجاز الاجارة الثانية حتى نفذت كانت الاجارة له لا لصاحب الدار وفي البيع يكون الثمن لصاحب الملك ووجه الفرق على نحو ما ذكرنا لان الاجارة وردت على المنفعة وانها ملك المستأجر الاول فإذا أجاز كان بدلها له فاما الثمن فانه بدل العين والعين ملك المؤاجر فكان بدلها له وبالاجارة لا يفسخ عقد المستأجر الاول ما لم تمض مدة الاجارة الثانية فإذا مضت فان كانت مدتهما واحدة تنقضي المدتان جميعا وان كانت مدة الثانية أقل فللاول أن يسكن حتى تتم المدة وكذلك لو رهنها المؤاجر قبل انقضاء مدة الاجارة ان العقد جائز فيما بينه وبين المرتهن موقوف في حق المستأجر لتعلق حقه بالمستأجر وله أن يحبس حتى تنقضي مدته وعلى هذا بيع المرهون من الراهن انه جائز بين البائع والمشتري موقوف في حق المرتهن وله ان يحبسه حتى يستوفى ماله فإذا افتكها الراهن يجب عليه تسليم الدار إلى المشتري كما في الاجارة الا ان ههنا إذا أجاز المرتهن البيع حتى

جاء وسلم الدار إلى المشتري فالثمن يكون رهنا عند المرتهن قائما مقام الدار لان حق حبس العين كان ثابتا له مادامت في يده وبدل العين قائم مقام العين قثبت له حق حبسه وفرق القدوري بين الرهن والاجارة فقال في الرهن للمرتهن ان يبطل البيع وليس للمستأجر ذلك لان حق المستأجر في المنفعة لا في العين فكان الفسخ منه تصرفا في محل حق الغير فلا يملكه وأما حق المرتهن فتعلق بغير المرهون الا ترى انه يصير به مستوفيا للدين فكان الفسخ منه تصرفا في محل حقه فيملكه والله عزوجل اعلم وللأجير ان يعمل بنفسه واجرائه إذا لم يشترط عليه في العقد ان يعمل بيده لان العقد وقع على العمل والانسان قد يعمل بنفسه وقد يعمل بغيره ولان عمل أجراءه يقع له فيصير كأنه عمل بنفسه الا إذا شرط عليه عمله بنفسه لان العقد وقع على عمل من شخص معين والتعيين مفيد لان العمال متفاوتون في العمل فيتعين فلا يجوز تسليمها من شخص آخر من غير رضا المستأجر كمن استأجر حملا بعينه للحمل لا يجبر على أخذ غيره ولو استأجر على الحمل ولم يعين حملا كان للمكاري ان يسلم إليه أي حمل شاء كذا ههنا وتطيين الدار واصلاح ميزابها وما وهى من بنائها على رب الدار دون المستأجر لان الدار ملكه واصلاح الملك على المالك لكن لا يجبر على ذلك لان المالك لا يجبر على اصلاح ملكه وللمستأجر ان يخرج ان لم يعمل المؤاجر ذلك لانه عيب بالمعقود عليه والمالك لا يجبر على ازالة العيب من ملكه لكن للمستأجر ان لا يرضى بالعيب حتى لو كان استأجر وهى كذلك ورأها فلا خيار له لانه رضى بالمبيع المعيب واصلاح دلو الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار ولا يجبر على ذلك وان كان امتلا من فعل المستأجر لما قلنا وقالوا في المستأجر إذا انقضت مدة الاجارة وفى الدار تراب من كنسه فعليه ان يرفعه لانه حدث بفعله فصار كتراب وضعه فيها وان امتلا خلاها ومجراها من فعله فالقياس ان يكون عليه نقله لانه حدث بفعله فيلزمه نقله كالكناسة والرماد الا انهم استحسنا وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة إذ العادة بين الناس ان ما كان مغيبا في الارض فنقله على صاحب الدار فحملوا ذلك على العادة فان أصلح المستأجر شيئا من ذلك

[ 209 ]

لم يحتسب له بما أنفع لانه أصلح ملك غيره بغير أمره ولا ولاية عليه فكان متبرعا وقبض المستأجر على المؤاجر حتى لو استأجر دابة ليركبها في حوائجه في المصر وقتا معلوما فمضى الوقت فليس عليه تسليمها إلى صاحبها بأن يمضى بها إليه وعلى الذى أجزها ان يقبض من منزل المستأجر لان المستأجر وان انتفع بالمستأجر لكن هذه المنفعة انما حصلت له بعوض حصل للمؤجر فبقيت العين أمانة في يده كالوديعة ولهذا لا يلزمه نفقتها فلم يكن عليه ردها كالوديعة حتى ولو أمسكها اياما فهلكت في يده لم يضمن شيئا سواء طلب منه المؤاجر ام لم يطلب لانه لم يلزمه الرد إلى بيته بعد الطلب فلم يكن متعديا في الامساك فلا يضمن كالمودع إذا امتنع عن رد الوديعة إلى بيت المودع حتى هلكت وهذا بخلاف المستعار ان رده على المستعير لان نفعه له على الخلوص فكان رده عليه لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ولهذا كانت نفقته عليه فكذا مؤنة الرد فان كان استأجرها من موضع مسمى في المصر ذاهبا وجائيا فان على المستأجر ان يأتي بها إلى ذلك الموضع الذى قبضها فيه لا لان الرد واجب عليه بل لاجل المسافة التى تناولها العقد لان عقد الاجارة لا ينتهى الا برده إلى ذلك الموضع فان حملها إلى منزله فامسكها حتى عطبت ضمن قيمتها لانه تعدى في حملها إلى غير موضع العقد فان قال المستأجر اركبها من هذا الموضع إلى موضع كذا وارجع إلى منزلي فليس على المستأجر ردها إلى منزل المؤاجر لانه لما عاد إلى

منزله فقد انقضت مدة الاجارة فبقيت أمانة في يده ولم يتبرع المالك بالانتفاع بها فلا يلزم ردها كالوديعة وليس للظئر ان تأخذ صبيا آخر فترضعه مع الاول فان أخذت صبيا آخر فارضعته مع الاول فقد أساءت واثمت ان كانت قد أضرت بالصبي ولها الاجر على الاول والآخر (أما) الاثم فلانه قد استحق عليها كمال الرضاع ولما أرضعت صبيين فقد أضرت بأحدهما لنقصان اللبن (وأما) استحقاق الاجرة فلان الداخل تحت العقد الارضاع مطلقا وقد وجد وللمسترضع ان يستاجر ظئرا آخر لقوله عزوجل وان أردتم ان تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما أتيتم بالمعروف نفى الجناح عن المسترضع مطلقا فان أرضعته الاخرى فلها الاجر أيضا فان استأجرت الظئر ظئرا أخرى فارضعته أو دفعت الصبي إلى جاريتها فارضعته فلها الاجر استحسانا والقياس أن لا يكون لها الاجر وجه القياس ان العقد وقع على عملها فلا تستحق الاجر بعمل غيرها كمن استاجر أجيرا ليعمل بنفسه فامر غيره فعمل لم يستحق الاجرة فكذا هذا وجه الاستحسان ان ارضاعها قد يكون بنفسها وقد يكون بغيرها لان الانسان تارة يعمل بنفسه وتارة بغيره ولان الثانية لما عملت بأمر الاولى وقع عملها للاولى فصار كأنها عملت بنفسها هذا إذا أطلق فاما إذا قيد ذلك بنفسها ليس لها تسترضع أخرى لان العقد أوجب الارضاع بنفسها فان استأجرت أخرى فارضعته لا تستحق الاجر كما قلنا في الاجارة على الاعمال وليس للمسترضع ان يحبس الظئر في منزله إذا لم يشترط ذلك عليها ولها ان تأخذ الصبي إلى منزلها لان المكان لم يدخل تحت العقد وليس على الظئر طعام الصبي ودواؤه الان ذلك لم يدخل في العقد وما ذكره في الاصل ان على الظئر ما يعالج به الصبيان من الريحان والدهن فذلك محمول على العادة وقد قالوا في توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود انها تحمل على عادة كل بلد حتى قالوا فيمن استاجر رجلا يضرب له لبنا ان الزنبيل والملين على صاحب اللبن وهذا على عادتهم وقالوا فيمن استاجر على حفر قبر ان حثى التراب عليه ان كان أهل تلك البلاد يتعاملون به وتشريح اللبن على اللبان واخراج الخبز من التنور على الخباز لان ذلك من تمام العمل وقالوا في الخياط ان السلوك عليه لان عادتهم جرت بذلك وقالوا في الدقيق الذي يصلح به الحائك الثوب انه على صاحب الثوب فان كان أهل بلد تعاملوا بخلاف ذلك فهو على ما يتعاملون وقالوا في الطباخ إذا استاجر في عرس ان اخرج المرق عليه ولو طبخ قدرا خاصة ففرغ منها فله الاجر وليس عليه من اخراج المرق شئ وهو مبنى على العادة يختلف باختلاف العادة وقالوا فيمن تكارى دابة يحمل عليها حنطة إلى منزله فلما انتهى إليه أراد صاحب الحنطة ان يحمل المكارى ذلك فيدخله منزله وأبى المكارى قالوا قال أبو حنيفة عليه ما يفعله الناس ويتعاملون عليه

[ 210 ]

وان أراد ان يصعد بها إلى السطح والغرفة فليس عليه ذلك الا ان يكون اشترطه ولو كان حمالا على ظهره فعليه ادخال ذلك وليس عليه ان يصعد به إلى علو البيت الا ان يشترطه وإذا تكارى دابة فالاكاف على صاحب الدابة فاما الحبال والجوالق فعلى ما تعارفه أهل الصنعة وكذلك اللجام وأما السرج فعلى رب الدابة الا ان تكون سنة البلد بخلاف ذلك فيكون على سنتهم وعلى هذا مسائل ولو التقط رجل لقيطا فاستاجر له ظئرا فالاجرة عليه وهو متطوع في ذلك أما لزوم الاجرة اياه فلانه التزم ذلك فيلزمه وأما كونه متطوعا فيه فلانه لا ولاية له على اللقيط فلا يملك ايجاب الدين في ذمته ورضاعه على بيت المال لان ميراثه لبيت المال وأما الثاني وهو الذي يرجع إلى صفة المستاجر والمستاجر فيه فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان صفة المستاجر

والمستأجر فيه والثاني في بيان ما يغير تلك الصفة أما الاول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في ان المستأجر أمانة في يد المستأجر كالدابة والخدمة ونحو ذلك حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا ضمان عليه لان قبض الاجارة قبض مأذون فيه فلا يكون مضمونا كقبض الوديعة والعارية وسواء كانت الاجارة صحيحة أو فاسدة لما قلنا وأما المستأجر فيه كثوب القصاره والصبغة والخياطة والمتاع المحمول في السفينة أو على الدابة أو على الجمال ونحو ذلك فالاجير لا يخلو اما ان كان مشتركا أو خاصا وهو المسمى أجير الوجد فان كان مشتركا فهو أمانة في يده في قول أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو أحد قولي الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد هو مضمون عليه الا حرق غالب أو غرق غالب أو لصوص مكابرين ولو احترق بيت الاجير المشترك بسراج يضمن الاجير كذا روى عن محمد لان هذا ليس بحريق غالب وهو الذى يقدر على استدراكه لو علم به لانه لو علم به لطفاه فلم يكن موضع العذر وهو استحسان ثم ان هلك قبل العمل يضمن قيمته غير معمول ولا أجر له وان هلك بعد العمل فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته معمولاً وأعطاه الاجر بحسابه وان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له واحتجا بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال على اليد ما أخذت حتى ترده وقد عجز عن رد عينه بالهلاك فيجب رد قيمته قائما مقامه وروى ان عمر رضى الله عنه كان يضمن الاجير المشترك احتياطا لاموال الناس وهو المعنى في المسألة وهو ان هؤلاء الاجراء الذين يسلم المال إليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم فلو علموا انهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس لانهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك وهذا المعنى لا يوجد في الحرق الغالب والغرق والغالب والسرق الغالب ولا على حنيفة ان الاصل ان لا يجب الضمان الا على المتعدى لقوله عزوجل ولا عدوان الا على الظالمين ولم يوجد التعدي من الاجير لانه مأذون في القبض والهلاك ليس من صنعه فلا يجب الضمان عليه ولهذا لا يجب الضمان على المودع والحديث لا يتناول الاجارة لان الرد في باب الاجارة لا يجب على المستأجر فكان المراد منه الاعارة والغصب وفعل عمر رضى الله عنه يحتمل انه كان في بعض الاجراء وهو المتهم بالخيانة وبه نقول ثم عندهما انما يجب الضمان على الاجير إذا هلك في يده لان العين انما تدخل في الضمان عندهما بالقبض كالعين المغصوبة فما لم يوجد القبض لا يجب الضمان حتى لو كان صاحب المتاع معه راكبا في السفينة أو راكبا على الدابة التى عليها الحمل فعطب الحمل من غير صنع الاجير لا ضمان عليه لان المتاع في يد صاحبه وكذلك إذا كان صاحب المتاع والمكارى راكبين على الدابة أو سائقين أو قائدين لان المتاع في أيديهما فلم ينفرد الاجير باليد فلا يلزمه ضمان اليد وروى بشر عن أبي يوسف انه ان سرق المتاع من رأس الحمال وصاحب المتاع يمشى معه لا ضمان عليه لان المتاع لم يصر في يده حيث لم يخل صاحب المتاع بينه وبين المتاع وقالوا في الطعام إذا كان في سفينتين وصاحبه في احدهما وهما مقرونتان أو غير مقرونتين الا ان سيرهما جميعا وحبسهما جميعا فلا ضمان على الملاح فيما هلك من يده لانه هلك في يد صاحبه وكذلك القطار إذا كان عليه حملولة ورب الحملولة على بغير فلا ضمان على الجمال لان المتاع في يد صاحبه لانه هو الحافظ له وروى ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل استأجر حمالا ليحمل عليه زقا من سمن فحملة صاحب الزق والحمال جميعا ليضعاه على رأس الحمال فانخرق الزق وذهب ما فيه قال أبو يوسف لا يضمن الحمال لانه لم يسلم إلى

الحمال بل هو في يده قال وان حمله إلى بيت صاحبه ثم أنزله الحمال من رأسه وصاحب الزق فوقع من أيديهما فالحمال ضامن وهو قول محمد الاول ثم رجع وقال لا ضمان عليه لابي يوسف ان المحمول داخل في ضمان الحماله بثبوت يده عليه فلا يبرأ الا بالتسليم إلى صاحبه فإذا أخطأ جميعاً فبئس الحمال لم تنزل فلا يزول الضمان ولمحمد ان الشيء قد وصل إلى صاحبه بانزاله فخرج من ان يكون مضموناً كما لو حملاه ابتداءً إلى رأس الحمال فهلك وروى هشام عن محمد فيمن دفع إلى رجل مصحفاً يعمل فيه ودفع الغلاف معه أو دفع سيفاً إلى صيقله يصقله باجر ودفع الجفن معه فصاعاً قال محمد يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن لان المصحف لا يستغنى عن الغلاف والسيف لا يستغنى عن الجفن فصاعاً كشيء واحد قال فان أعطاه مصحفاً يعمل له غلظاً أو سكيناً يعمل له نصلاً فصاع المصحف أو ضاع السكين لم يضمن لانه لم يستأجره علي ان يعمل فيهما بل في غيرهما ولو اختلف الاجير وصاحب الثوب فقال الاجير رددت وأنكر صاحبه فالقول قول الاجير في قول أبي حنيفة لانه أمين عنده في القبض والقول قول الامين مع اليمين ولكن لا يصدق في دعوى الاجير وعندهما القول قول صاحب الثوب لان الثوب قد دخل في ضمانه عندهما فلا يصدق على الرد الا ببينة وان كان الاجير خاصاً فما في يده يكون أمانة في قولهم جميعاً حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا يضمن أما على أصل أبي حنيفة فلانه لم يوجد منه صنع يصلح سبباً لوجوب الضمان لان القبض حصل باذن المالك وأما على أصلهما فلان وجوب الضمان في الاجير المشترك ثبت استحساناً لصيانة لاموال الناس ولا حاجة إلى ذلك في الاجير الخاص لان الغالب انه يسلم نفسه ولا يتسلم المال فلا يمكنه الخيانة والله عزوجل أعلم وأما الثاني وهو بيان ما يغيره من صفة الأمانة إلى الضمان فالمغير له أشياء منها ترك الحفظ لان الاجير لما قبض المستأجر فيه فقد التزم حفظه وترك الحفظ الملتزم سبب لوجوب الضمان كالمودع إذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت على ما ذكره في كتاب الوديعة ان شاء الله تعالى ومنها الاتلاف والافساد إذا كان الاجير متعدياً فيه بان تعمد ذلك أو عنف في الدق سواء كان مشتركاً أو خاصاً وان لم يكن متعدياً في الافساد بان أفسد الثوب خطأً بعمله من غير قصده فان كان الاجير خاصاً لم يضمن بالاجماع وان كان مشتركاً كالقصار إذا دق الثوب فتحرق أو ألقاه في النورة فاحترق أو الملاح غرقت السفينة من عمله ونحو ذلك فانه يضمن في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يضمن وهو أحد قولى الشافعي وجه قول زفر ان الفساد حصل بعمل مأذون فيه فلا يجب الضمان كلاجير الخاص والمعين والدليل على انه حصل بعمل مأذون فيه انه حصل بالدق والدق مأذون فيه ولئن لم يكن مأذوناً فيه لكن لا يمكنه التحرز عن هذا النوع من الفساد لانه ليس في وسعه الدق المصلح فاشبهه الحجام والبزاع ولئن كان ذلك في وسعه لكنه لا يمكنه تحصيله الا بجرح والجرح منفي فكان ملحقاً بما ليس في الوسع ولنا ان المأذون فيه الدق المصلح لا المفسد لان العاقل لا يرضى بافساد ماله ولا يلتزم الاجرة بمقابلة ذلك فيتقيد الامر بالمصلح دلالة وقوله لا يمكنه التحرز عن الفساد ممنوع بل في وسعه ذلك بالاجتهاد في ذلك وهو بذل المجهود في النظر في آلة الدق ومحلّه وارسال المدقة على المحل على قدر ما يحتمله مع الحذاقة في العمل والمهارة في الصنعة وعند مراعاة هذه الشرائط لا يحصل الفساد فلما حصل دل انه قصر كما نقول في الاجتهاد في امور الدين الا أن الخطأ في حقوق العباد ليس بعذر حتى يؤخذ الخاطئ بالضمان وقوله لا يمكنه التحرز عن الفساد الا بجرح مسلم لكن الجرح انما يؤثر في حقوق الله عزوجل بالاسقاط لا في حقوق العباد وبهذا فارق الحجام والبزاع لان السلامة والسرية هناك مبنية على قوة الطبيعة وضعفها ولا يوقف على ذلك بالاجتهاد

فلم يكن في وسعه الاحتراز عن السراية فلا يتقيد العقد بشرط السلامة وأما الاجير الخاص فهناك وان وقع عمله افسادا حقيقة الا أن عمله يلتحق بالعدم شرعا لانه لا يستحق الاجرة بعمله بل بتسليم نفسه إليه في المدة فكانه لم يعمل وعلى هذا الخلاف الحمال إذا زلقت رجله في الطريق أو عثر فسقط وفسد حمله ولو زحمه الناس حتى فسد لم يضمن بالاجماع لانه لا يمكنه حفظ نفسه عن ذلك فكان بمعنى الحرق الغالب والغرق الغالب ولو كان الحمال هو الذى زاحم الناس

[ 212 ]

حتى انكسر يضمن عند أصحابنا الثلاثة وكذلك الراعى المشترك إذا ساق الدواب على السرعة فازدحمن على القنطرة أو على الشط فدفع بعضها بعضا فسقط في الماء فعطب فعلى هذا الخلاف ولو تلفت دابة بسوقه أو ضربه اياها فان ساق سوقا معتادا أو ضرب ضربا معتادا فعطبت فهو على الاختلاف وان ساق أو ضرب سوقا وضربا بخلاف العادة يضمن بلا خلاف لان ذلك اتلاف على طريق التعدي ثم إذا تخرق الثوب من عمل الاجير حتى ضمن لا يستحق الاجرة لانه ما أوفى المنفعة بل المضرة لان ايفاء المنفعة بالعمل المصلح دون المفسد وفى الحمال إذا وجب ضمان المتاع المحمول فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته في الموضوع الذى سلمه إليه وان شاء في الموضوع الذى فسد أو هلك وأعطاه الاجر إلى ذلك الموضوع وروى عن أبى حنيفة انه لا خيار له بل يضمنه قيمته محمولا في الموضوع الذى فسد أو هلك أما التخيير على أصل أبى يوسف ومحمد فظاهر لانه وجد جهتا الضمان القبض والاتلاف فكان له أن يضمنه بالقبض يوم القبض وله ان يضمنه بالاتلاف يوم الاتلاف أما على أصل أبى حنيفة ففيه اشكال لان عنده الضمان يجب بالاتلاف لا بالقبض فكان لوجوب الضمان سبب واحد وهو الاتلاف فيجب أن تعتبر قيمة يوم الاتلاف ولا خيار له فيما يروى عنه والجواب عنه من وجهين أحدهما أنه وجد ههنا سببان لوجوب الضمان احدهما الاتلاف والثانى العقد لان الاجير بالعقد السابق التزم الوفاء بالمعقود عليه وذلك بالعمل المصلح وقد خالف والخلاف في اسباب وجوب الضمان فثبت له الخيار ان شاء ضمنه بالعقد وان شاء بالاتلاف والثانى انه لما لم يوجد منه ايفاء المنفعة في القدر التالف فقد تفرقت عليه الصفقة في المنافع فثبت له الخيار ان شاء رضى بتفريقها وان شاء فسخ العقد ولا يكون ذلك الا بالتخيير ولو كان المستاجر على حمله عبدا صغارا أو كبارا فلا ضمان على المكارى فيما عطب من سوقه ولا قوده ولا يضمن بنو آدم من وجه الاجارة ولا يشبه هذا المتاع لان ضمان بنى آدم ضمان جنائية وضمن الجنائية لا يجب بالعقد دلت هذه المسألة على ان ما يضمنه الاجير المشترك يضمنه بالعقد لا بالافساد والاتلاف لان ذلك يستوى فيه المتاع والآدمي وان وجوب الضمان فيه بالخلاف لا بالاتلاف وذكر بشر في نوادره عن أبى يوسف في القصار إذا استعان بصاحب الثوب ليدق معه فتخرق ولا يدري من أي الدق تخرق ودق كان صحيحا قبل أن يدقاه قال على القصار نصف القيمة وقال ابن سماعة عن محمد ان الضمان كله على القصار حتى يعلم انه تخرق من دق صاحبه أو ممن دقهما فمحمد مر على أصلهما ان الثوب دخل في ضمان القصار بالقبض بيقين فلا يخرج عن ضمانه الا بيقين مثله وهو أن يعلم ان التخرق حصل بفعل غيره ولا يي يوسف ان الفساد احتمل أن يكون من فعل القصار واحتمل انه من فعل صاحب الثوب فيجب الضمان على القصار في حال ولا يجب ن حال فلزم اعتبار الاحوال فيه فيجب نصف القيمة وقالوا في تلميذ الاجير المشترك إذا وطئ ثوبا من القصاره فخرقه يضمن لان وطئ الثوب غير مأذون فيه ولو وقع من يد سراج فاحرق ثوبا من القصاره فالضمان على الاستاذ ولا ضمان

على التلميذ لان الذهاب والمجئ بالسراج عمل مأذون فيه فينتقل عمله إلى الاستاذ  
كأنه فعله بنفسه فيجب الضمان عليه ولو دق الغلام فانقلب الكودين من غير يده  
فحرق ثوبا من القصاره فالضمان على الاستاذ لان هذا من علم القصاره فكان مضافا  
إلى الاستاذ فان كان ثوبا وديعة عند الاستاذ فالضمان على الغلام لان عمله انما يضاف  
إلى الاستاذ فيما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه وهو انما يملك ذلك في ثياب  
القصاره لا في ثوب الوديعة فيبقى مضافا إليه فيجب عليه الضمان كالأجنبي وكذلك لو  
وقع من يده سراج على ثوب لوديعة فاحرقه فالضمان على الغلام لما قلنا وذكر في  
الاصل لو ان رجلا دعى قوما إلى منزله فمشوا على بساطه فتحرق لم يضمنوا كذلك  
لو جلسوا على وسادة لانه مأذون في المشى على البساط والجلوس على الوسادة  
فالمتولد منه لا يكون مضمونا ولو وطؤا أنية من الاواني ضمنوا لان هذا مما لا يؤذن  
في وطئه فكذلك إذا وطؤا ثوبا لا يبسط مثله ولو قلبوا اناء بأيديهم فانكسر لم يضمنوا  
لان ذلك عمل مأذون فيه ولو كان رجل منهم مقلدا سيفا فحرق السيف الوسادة لم  
يضمن لانه مأذون في الجلوس على هذه الصفة ولو جفف القصار ثوبا على حبل في  
الطريق فمرت عليه حمولة فخرقته فلا ضمان

[ 213 ]

على القصار والضمان على سائق الحمولة لان الجناية من السائق لان المشى في  
الطريق مقيد بالسلامة فكان التلف مضافا إليه فكان الضمان عليه ولو تكارر رجل  
دابة ليركبها فضررها فعطبت أو كبحها باللجام فعطبها ذلك فانه ضامن الا أن ياذن له  
صاحب الدابة في ذلك عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد نستحسن ان لا نضمنه  
إذا لم يتعد في الضرب المعتاد والكبح المعتاد وجه قولهما ان ضرب الدابة وكبحها  
معتاد متعارف والمعتاد كالمشروط ولو شرط ذلك لا يضمن كذا هذا ولابي حنيفة كان  
كل واحد منهما من الضرب والكبح مأذون فيه لان العقد لا يوجب الاذن بذلك لامكان  
استيفاء المنافع بدونه فصار كما لو كان ذلك من اجنبي على انا ان سلمنا أنه مأذون  
فيه لكنه مقيد بشرط السلامة لانه يفعله لمنفعة نفسه مع كونه مخيرا فيه فاشبه  
ضربه لزوجته ودعوى العرف في غير الدابة المملوكة ممنوعة على أن كونهم مأذونا  
فيه لا يمنع وجوب الضمان إذا كان شرط السلامة على ما ذكرنا والله عزوجل أعلم  
ومنها الخلاف وهو سبب لوجوب الضمان إذا وقع غصبا لان الغصب سبب لوجوب  
الضمان وجملة الكلام فيه أن الخلاف قد يكون في الجنس وقد يكون في القدر وقد  
يكون في الصفة وقد يكون في المكان وقد يكون في الزمان والخلاف من هذه  
الوجوه قد يكون في استئجار الدواب وقد يكون في استئجار الصانع كالحائك والصباغ  
والخياط خلا المكان اما استئجار الدواب فالمعتبر في الخلاف فيه في الجنس والقدر  
والصفة في استئجار الدواب ضرر الدابة فان كان الخلاف فيه في الجنس ينظر ان  
كان ضرر الدابة فيه بالخفة والثقل يعتبر الخلاف فيه من جهة الخفة والثقل فان كان  
الضرر في الثاني اكثر يضمن كل القيمة إذا عطبت الدابة لانه يصير غاصبا لكلها وان  
كان الضرر في الثاني مثل الضرر في الاول أو أقل لا يضمن عندنا لان الاذن بالشئ  
اذن بما هو مثله أو دونه فكان مأذونا بالانتفاع به من هذه الجهة دلالة فلا يضمن وان  
كان ضرر الدابة فيه لا من حيث الخفة والثقل بل من وجه آخر لا يعتبر فيه الخلاف من  
حيث الخفة والثقل وانما يعتبر من ذلك الوجه لان ضرر الدابة من ذلك الوجه وان كان  
الخلاف في القدر والضرر فيه من حيث الخفة والثقل يعتبر الخلاف في ذلك القدر  
ويجب الضمان بقدره لان الغصب يتحقق بذلك القدر وان كان الضرر فيه من جهة  
أخرى تعتبر تلك الجهة في الضمان لا الخفة والثقل وان كان الخلاف في الصفة وضرر

الدابة ينشأ منها يعتبر الخلاف فيها وبين الضمان عليها وبيان هذه الجملة في مسائل إذا استجار دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فعطبت يضمن قيمتها لان الحنطة أثقل من الشعير وليس من جنسه فلم يكن ماذونا فيه أصلا فصار غاصبا كل الدابة متعديا عليها فيضمن كل قيمتها ولا أجر عليه لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان لان وجوب الضمان لصيرورته غاصبا ولا أجره على الغاصب علي أصلنا ولان المضمونات تملك على أصل أصحابنا وذا يمنع وجوب الاجرة عليه ولو استأجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها مكيلا آخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها فعطبت لا يضمن وكذلك من استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا سماه فزرع غيره وهما متساويان في الضرر بالارض وكذلك ان استأجرها ليحمل عليها قفيزا من حنطة فحمل عليها قفيزا من شعير وكذا إذا استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا آخر ضرره أقل من ضرر المسمى وهذا كله استحسان وهو قول أصحابنا الثلاثة والقياس أن يضمن وهو قول زفر لان الخلاف قد تحقق فتحقق الغصب ولنا أن الخلاف إلى مثله أو إلى ما هو دونه في الضرر لا يكون خلافا معنى لان الثاني إذا كان مثله في الضرر كان الرضا بالاول رضا بالثاني وإذا كان دونه في الضرر فإذا رضى الاول كان بالثاني أرضى فصار كما لو استأجرها ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره وهما متساويان في الكيل أو ليحمل عليها عشرة فحمل عليها تسعة انه لا يصير مخالفا كذا هذا ولو استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها أحد عشرة فان سلمت فعليه ما سمي من الاجرة ولا ضمان عليه وان عطبت ضمن جزأ من أحد عشر جزأ من قيمة الدابة وهو قول عامة العلماء وقال زفر وابن أبي ليلى يضمن قيمة كل الدابة لان التلف حصل بالزيادة فكانت الزيادة علة التلف ولنا أن تلف الدابة حصل بالثقل والثقل بعضه مأذون فيه وبعضه غير مأذون فيه فيقسم التلف أحد عشر

[ 214 ]

جزأ فيضمن بقدر ذلك ونظير هذا ما قال أصحابنا في حائط بين شريكين أثلاثا مال إلى الطريق فاشهد على أحدهما دون الآخر فسقط الحائط على رجل فقتله الذي أشهد عليه قدر نصيبه لانه مات من ثقل الحائط أثلاث كذا هذا وعلى الاجر لانه استوفى المعقود عليه وهو حمل عشرة مخاتيم وخالف في الزيادة وإنها استوفيت من غير عقد فلا أجر لها وكذا لو استأجر سفينة لي طرح فيها عشرة أو اكرار فطرح فيها أحد عشر فغرقت السفينة انه يجب الضمان بقدر الزيادة عند عامة العلماء وعند زفر وان أبى ليلى يضمن قيمة كل السفينة لان التلف حصل بقدر الزيادة فهى علة تلف الأ ترى انه لو لم يزد لما حصل التلف والجواب أن هذا ممنوع بل التلف حصل بالكل والبعض ترى ان الكر الزائد لو انفرد لما حصل به التلف فثبت أن التلف حصل بالكل والبعض مأذون وغير مأذون فيه فما هلك بما هو مأذون فيه لا ضمان عليه وما هلك بما هو غير مأذون فيه ففيه الضمان وصار كمسألة الحائط ولو استأجر دابة ليحمل عليها مائة رطل من قطن فحمل عليها مثل وزنه حديد أو أقل من وزنه فعطبت الدابة لا يضمن قيمتها لان ضرر الدابة ههنا ليس للثقل بل للانبساط والاجتماع لان القطن ينسبط على ظهر الدابة والحديد يجتمع في موضع واحد فيكون أنكى لظهر الدابة وأعقر لها فلم يكن ماذونا فيه فصار غاصبا فيضمن ولا أجره عليه لما قلنا وكذلك إذا استأجر ليحملها حنطة فحمل عليها حطبا أو خشبا أو حديدا أو حجارة أو نحو ذلك مما يكون أنكى لظهر الدابة أو أعقر له حتى عطبت يضمن كل القيمة ولا أجر عليه لما قلنا ولو استأجرها ليركبها فحمل عليها أو استأجرها ليحمل عليها فركبها حتى قطبت ضمن لان الجنس قد اختلف وقد يكون الضرر في أحدهما أكثر ولو استأجرها ليركبها فاركبها من



هو مثله في الثقل أو أخف منه ضمن لان الخلاف ههنا ليس من جهة الخفة والثقل بل من حيث الحرق والعمل فان خفيف البدن إذا لم يحسن الركوب يضر بالدابة والثقل الذي يحسن الركوب لا يضربها فإذا عطبت علم ان التلف حصل من حرقه بالركوب فضمن ولا أجر عليه لما قلنا ولو استاجر دابة ليركبها بنفسه فاركب معه غيره فعطبت فهو ضامن لنصف قيمتها ولا يعتبر الثقل ههنا لان تلف الدابة ليس من ثقل الراكب بل من قلة معرفته الركوب فصار تلفها بركوبها بمنزلة تلفها بجراحتها وركوب أحدهما مأذون فيه وركوب الاخر غير مأذون فيه فيضمن نصف قيمتها و صار كحائط بين شريكين أثلاثا أشهد على أحدهما فوقعت منه آجرة فقتلت رجلا فعلى الذي أشهد عليه نصف ديبته وان كان نصيبه من الحائط أقل من النصف لان التلف ما حصل بالثقل بل بالجرح والجراحة اليسيرة كالكثيرة في حكم الضمان كمن جرح انسانا جراحة وجرحه آخر جراحتين فمات من ذلك كان الضمان عليها نصفين كذا ههنا وعليه والاجرة لانه استوفى المعقود عليه وزيادة على ذلك وهو اركاب الغير غير أن الزيادة استوفيت من غير عقد فلا يجب بها الاجر هذا إذا كانت الدابة تطيق اثنين فان كانت لا تطيقهما فعليه جميع قيمتها لانه أتلفها بركاب غيره ولو استاجر حمارا با كاف فنزعه منه وأسرجه فعطب فلا ضمان عليه لان ضرر السرج أقل من ضرر الاكاف لانه يأخذ من ظهر الدابة أقل مما يأخذ اتكاف ولو استاجر حمارا بسرج فنزع منه السرج وأو كفه فعطب بذكر في الاصل أنه يضمن قدر ما زاد الاكاف على السرج ولم يذكر الاختلاف وذكر في الجامع الصغير أنه يضمن كل القيمة في قول أبى حنيفة وفي قولهما يضمن بحساب الزيادة وجه قولهما ان الاكاف والسرج كل واحد منهما يركب به عادة وانما يختلفان بالثقل والخفة لان الاكاف أثقل فيضمن قدر الثقل كما لو استأجره بسرج فنزعه وأسرجه بسرج آخر أثقل من الاول فعتب أنه يضمن بقدر الزيادة كذا هذا ولابي حنيفة أن الاكاف لا يخالف السرج في الثقل وانما يخالفه من وجه آخر وهو أنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ السرج ولان الدابة التي لم تألف الاكاف يضربها الاكاف والخلاف إذا لم يكن للثقل يجب به جميع الضمان كما إذا حمل مكان القطن الحديد ونحو ذلك بخلاف ما إذا بدل السرج سرج أثقل منه والاكاف باكاف أثقل منه لان التفاوت هناك من ناحية الثقل فيضمن بقدر الزيادة كما في الزيادة على المقدرات من جنسها على ما مر ولو استاجر حمارا عاريا فأسرجه ثم ركب

[ 215 ]

فعطب كان ضامنا لان السرج أثقل على الدابة وقيل هذا إذا استأجر ليركبه في المصر وهو من غرض الناس ممن يركب في المصر بغير سرج فاما إذا استأجره ليركبه خارج المصر أو هو من ذوى الهيئات لا يضمن لان الحمار لا يركب من بلد إلى بلد بغير سرج ولا اكاف وكذا ذو الهيئة فكان الاسراج مأذونا فيه دلالة فلا يضمن وان استاجر حمارا بسرج فأسرجه بغيره فان كان سرجا يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه وان كان لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامن لان الثاني إذا كان مما يسرج به الحمر لا يتفاوتان في الضرر فكان الاذن باحدهما ادنا بالآخر دلالة وإذا كان مما لا يسرج بمثله الحمر بان كان سرجا كبيرا كسروج البراذين كان ضرره أكثر فكان اتلافا للدابة فيضمن وكذلك ان لم يكن عليه لجام فالجمه فلا ضمان عليه إذا كان مثله يلجم بمثل ذلك اللجام وكذلك ان أبدله لان الحمار لا يتلف باصل اللجام فإذا كان الحمار قد يلجم بمثله أو أبدله بمثله لم يوجد منه الاتلاف ولا الخلاف فلا يضمن وأما الخلاف في المكان فنحو أن يستاجر دابة للركوب أو للحمل إلى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان

وحكمه أنه كما جاوز المكان المعلوم دخل المستاجر في ضمانه حتى لو عطب قبل العود إلى المكان المأذون فيه يضمن كل القيمة ولو عاد إلى المكان المأذون فيه هل يبرأ عن الضمان كان أبو حنيفة أو لا يقول يبرأ كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق وهو قول زفر وعيسى بن أبان من أصحابنا ثم رجع وقال لا يبرأ منها إلى صاحبها سليمة وكذلك العارية بخلاف الوديعة وجه قوله الأول ان الشيء أمانة في يده ألا ترى انه لو هلك في يده قبل الخلاف لا ضمان عليه فكانت يده يد المالك فالهالك في يده كالهالك في يد المالك فاشبه الوديعة ولهذا لو هلك في يده ثم استحق بعد الهلاك وضمنه المستحق يرجع على المؤاجر كالمودع سواء بخلاف المستعير فانه لا يرجع (وجه) قوله الآخر ان يد المستاجر يد نفسه لانه قبض الشيء لمنفعة نفسه فكانت يده نفسه لا يد المؤاجر وكذا يد المستعير لما قلنا وإذا كانت يده يد نفسه فإذا ضمن بالتعدي لا يبرأ من ضمانه الا برده إلى صاحبه لانه لا تكون الاعادة إلى المكان المأذون فيه رد إلى يد نائب المالك فلا يبرأ من الضمان بخلاف الوديعة لان يد المودع يد المالك لا يد نفسه ألا ترى انه لا ينتفع بالوديعة فكان العود إلى الوفاق رد إلى يد نائب المالك فكان ردا إلى المالك معنى فهو الفرق وأما الرجوع على المؤاجر بالضمان فليس ذلك لكون يده يد المؤاجر بل لانه صار مغرورا من جهته كالمشتري إذا استحق المبيع من يده انه يرجع على البائع بسبب الغرور كذا هذا ولو استأجرها ليركبها إلى مكان عينه فركبها إلى مكان آخر يضمن إذا هلكت وان كان الثاني أقرب من الأول لانه صار مخالفا لاختلاف الطرق إلى الاماكن فكان بمنزلة اختلاف الجنس ولا أجره عليه لما قلنا ولو ركبها إلى ذلك المكان الذي عينه لكن من طريق آخر ينظر ان كان الناس يسلكون ذلك الطريق لا يضمن لانه لم يصر مخالفا وان كانوا لا يسلكونه يضمن إذا هلكت لصيرورته مخالفا غاصبا بسلوكة وان لم تهلك وبلغ الموضع المعلوم ثم رجع وسلم الدابة إلى صاحبها فعليه الاجر ولو استأجرها ليركبها أو ليحمل عليها إلى مكان معلوم فذهب بها ولم يركبها ولم يحمل عليها شيئا فعليه الاجر لانه سلم المنافع إليه بتسليم محلها إلى المكان المعلوم فصار كما استأجر دارا ليسكنها فسلم المفتاح إليه فلم يسكن حتى مضت المدة انه يجب الاجرة لم قلنا كذا هذا ولو أمسك الدابة في الموضع الذي استأجرها ولم يذهب بها إلى الموضع الذي استأجرها إليه فان أمسكها على قدر ما يمسك الناس إلى أن يرتحل فهلك فلا ضمان عليه لان حبس الدابة ذلك القدر مستثنى عادة فكان مأذونا فيه دلالة وان حبس مقدار ما لا يحبس الناس مثله يومين أو ثلاثة فعطب يضمن لانه خالف في المكان بالامسك الخارج عن العادة فصار غاصبا فيضمن إذا هلك ولا أجره عليه لما قلنا وان لم تهلك فأمسكها في بيته فلا أجر عليه لما مر ان الاجرة بمقابلة تسليم الدابة في جميع الطريق ولم يوجد بخلاف ما إذا استأجرها عشرة أيام ليركبها فحبسها ولم يركبها حتى ردها يوم العاشر ان عليه الاجرة ويسع لصاحبها أن يأخذ الكراء وان كان يعلم انه لم يركبها لان استحقاق الاجرة في الاجارات على الوقت بالتسليم في الوقت وقد وجد فتحب الاجرة كما في اجارة الدار ونحوها بخلاف الاجارة على المسافة فان الاستحقاق هناك بالتسليم

[ 216 ]

في جميع الطريق ولم يوجد فلا يجب وأما الخلاف في الزمان فنحو أن يستأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها مدة معلومة فانتفع بها زيادة على المدة فعطبت في يده ضمن لانه صار غاصبا بالانتفاع بها فيما وراء المدة المذكورة وأما استئجار الصانع من الحائك والخياط والصباغ ونحوهم فالخلاف ان كان في الجنس بأن دفع ثوبا إلى صباغ ليصبغه لونا فصبغه لونا آخر فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وسلم

الثوب للاجير وان شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد الصيغ فيه ان كان الصيغ مما يزيد أما خيار التضمين فلفوات غرضه لان الاعراض تختلف باختلاف الالوان فله ان يضمه قيمة ثوب أبيض لتفويته عليه منفعة مقصوده فصار متلفا الثوب عليه فكان له أن يضمه وان شاء أخذ الثوب لان الضمان وجب حقا له فله أن يسقط حقه ولا أجر له لانه لم يأت بما وقع عليه العقد رأسا حيث لم يوف العمل المأذون فيه أصلا فلا يستحق الاجر كالغاصب إذا صيغ الثوب المغمصوب ويعطيه ما زاد الصيغ فيه ان كان الصيغ مما يزيد كالحمرة والصفرة ونحوهما لانه عين مال قائم بالثوب فلا سبيل إلى أخذه مجانا بلا عوض فيأخذه ويعطيه ما زاد الصيغ فيه رعاية للحقين ونظرا من الجانبين كالغاصب وان كان الصيغ مما لا يزيد كالسواد علي أصل أبي حنيفة فاختر أخذ الثوب لا يعطيه شيئا بل يضمه نقصان الثوب في قول أبي حنيفة بناء على أن السواد لا قيمة له عنده فلا يزيد بل ينقص وعندهما له قيمة فكان حكمه حكم سائر الالوان ولو استاجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطبة مع الزرع جنسان مختلفا إذ الرطبة ليست لها نهاية معلومة بخلاف الزرع وكذا الرطبة تضر بالارض ما لا يضرها الزرع فصار بالاشتغال بزراعة الرطبة غاصبا اياها بل متلفا ولا أجر له لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وقال هشام عن محمد في رجل أمر انسانا أن ينقش في فضة اسمه فنقش اسم غيره انه يضم الخاتم لانه قوت الغرض المطلوب من الخاتم وهو الختم به فصار كالمثلف اياه قال وإذا أمر رجلا أن يحمز له بيتا فحضره قال محمد أعطيه ما زادت الحضرة فيه ولا أجر له لانه لم يعمل ما استأجره عليه رأسا فلا يستحق الاجرة ولكن يستحق قيمة الصيغ الذي زاد في البيت لما مر ولو دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمي لان القباء والقميص مختلفان في الانتفاع فصار مفوتا منفعة مقصودة فصار متلفا الثوب عليه فله أن يضمه وله أن يأخذه ويعطيه أجر مثله لما قلنا وإذا كان الخلاف في الصفة نحو ان دفع إلى صباغ ثوبا ليصبغه بصيغ مسمى فصبغه بصيغ آخر لكنه من جنس ذلك اللون فصاحب الثوب ان يضمه قيمته أبيض ويسلم إليه الثوب وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمي أما ثبوت الخيار فلما ذكرنا من الخلاف في الجنس وانما وجب الاجر ههنا لان الخلاف في الصفة لا يخرج العمل من أن يكون معقودا عليه فقد أتى باصل المعقود عليه الا أنه لم يأت بوصفه فمن حيث انه لم يأت بوصفه المأذون فيه لم يجب المسمى ومن حيث انه أتى بالاصل وجب أجر المثل ولا يجاوز به المسمى لان هذا شان أجر المثل لما نذكر ان شاء الله تعالى وروى هشام عن محمد فيمن دفع إلى رجل شيئا ليضرب له طشتا موصوفا معروفا فضرب له كوزا قال ان شاء ضمنه مثل شبهه وبصير الكوز للعامل وان شاء اخذه أعطاه أجر مثل عمله لا يجاوز به ما سمي لان العقد وقع على الضرب والصناعة صفة فقد فعل المعقود عليه باصله وخالف في وصفه فيثبت للمستعمل الخيار وعلى هذا إذا دفع إلى حائك عزلا ليحوك له ثوبا صفيقا فحاك له ثوبا رقيقا أو شرط عليه أن يحوك له ثوبا رقيقا فحاکه صفيقا ان صاحب الغزل بالخيار ان شاء ضمنه غزله وان شاء أخذ الثوب وأعطاه مثل أجر عمله لا يجاوز ما سمي وذكر في الاصل إذا دفع خفه إلى خفاف لينعله فانعله بنعل لا ينعل بمثله الخفاف فصاحب الخف بالخيار ان شاء ضمنه خفه وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله في علمه وقيمة النعل لا يجاوز به ما سمي وان كان ينعل بمثله الخفاف فهو جائز وان لم يكن جيدا وأما ثبوت الخيار إذا أنلعه بما لا ينعل بمثله الخفاف فلانه لم يأت بالمأمور به رأسا بل أتى بالمأمور به ابتداء فصار كالغاصب إذا أنعل الخف

المغصوب فكان للمالك أن يضمه كالغاصب وله أن يأخذ الخف لان ولاية التضمين تثبت لحق لمالك فإذا رضى بالاخذ كان له ذلك وإذا أخذ أعطاه اجر مثله لانه ماذون في العمل وقد اتى باصل العمل وانما خالف في الصفة فله ان يختاره ويعطيه اجر المثل ولا يعطيه المسمى لان ذلك بمقابلة عمل موصوف ولم يات بالصفة ويعطيه ما زاد النعل لانه عين مال قائم للخفاف فصار بمنزلة الصيغ في الثوب وانما جعل الاختيار في هذه المسائل إلى صاحب الخف والثوب لانه صاحب متبوع والنعل والصيغ تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل اولى وان كان يفعل بمثله الخفاف فهو جائز وان لم يكن جيداً لان الاذن يتناول ادنى ما يقع عليه الاسم وقد وجد ولو شرط عليه جيداً فانعله بغير جيد فان شاء ضمنه قيمة الخف وان شاء اخذ الخف واعطاه اجر مثل عمله وقيمة ما زاد فيه ولا يجاوز به ما سمي لان الردئ من جنس الجيد ويثبت الخيار لفوات الوصف المشروط وان كان الخلاف في القدر نحو ما ذكر محمد في الاصل في رجل دفع غزلاً إلى حائك ينسجه له سبعا في أربع فخالف بالزيادة أو بالنقصان فان خالف بالزيادة على الاصل المذكور فان الرجل بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وسلم الثوب وان شاء أخذ الثوب وأعطاه الاجر المسمى أما ثبوت الخيار فلانه لم يحصل له غرضه لان الزيادة في قدر الذراع توجب نقصاناً في الصفة وهى الصفاقة فيفوت غرضه فيثبت له الخيار وان شاء ضمنه مثل غزله لتعديه عليه بتفويت منفعة مقصودة وان شاء أخذه وأعطاه الاجر الذى سماه لانه أتى باصل العمل الذى هو معقود عليه وانما خالف في الصفة والخلاف في صفة العمل لا يخرج العمل من أن يكون معقوداً عليه كمن اشترى شيئاً فوجده معيباً حتى كان له أن يأخذه مع العيب وان كان الخلاف في النقصان ففيه روايتان ذكر في الاصل ان له أن يأخذه ويعطيه من الاجر بحسابه وذكر في رواية أخرى ان عليه أجر المثل وجه هذه الرواية انه لما نقص في القدر فقد فوت الغرض المطلوب من الثوب فصار كأنه عمل بحكم اجارة فاسدة ليس فيها أجر مسمى وجه رواية الاصل ان العقد وقع على عمل مقدر ولم يات بالمقدر فصار كما لو عقد على نقل كرم من طعام إلى موضع كذا بدرهم فنقل بعضه انه يستحق من الاجر بحسابه فكذا ههنا وان أوفاه الوصف وهو الصفاقة والذراع وزاد فيه فقد روى هشام عن محمد أن صاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وصار الثوب للصانع وان شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمى ولا يزيد للذراع الزائد شيئاً أما ثبوت الخيار فلتغير الصفة إذ الانسان قد يحتاج إلى الثوب القصير ولا يحتاج إلى الطويل فيثبت له الخيار ولانه إذا زاد في طوله فقد استكثر من الغزل فان أخذه فلا أجر له في الزيادة لانه مقطوع فيها حيث عملها بغير اذن صاحب الثوب فكان متبرعاً فلا يستحق الاجر عليها وذكر في الاصل إذا أعطى صباغاً ثوباً ليصبغه بعصفر ربع الهاشمي بدرهم فصبغه بقفيز عصفر وأقر رب الثوب بذلك فان رب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه وان شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد العصفر فيه مع الاجر وذكر القدورى ان مشايخنا ذكروا تفصيلاً فقالوا ان هذا على وجهين ان كان صبغه أولاً برقع الهاشمي ثم صبغه بثلاثة أرباع القفيز فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه وان شاء أخذه وأعطاه الاجر المسمى وما زاد لثلاثة أرباع القفيز في الثوب لانه لما أفرد بالصيغ المأذون فيه اولاً وهو ربع الهاشمي فقد أوفاه المعقود عليه وصار متعدياً بالصيغ الثاني كأنه غصب ثوباً مصبوغاً بالربع ثم صبغه بثلاثة أرباع فيثبت له الخيار ان شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمى لانه سلم له الصيغ المعقود عليه فيلزمه المسمى ويعطيه ما زاد الصيغ الثاني فيه لانه عين مال قائمة للصباغ في الثوب وان شاء ضمنه

قيمة الثوب مصبوغا برقع القفيز ووجب له الاجر لان الصيغ في حكم المقبوض من وجه لحصوله في ثوبه لكن يكمل القبض فيه لانه لم يصل إلى يده فكان مقبوضا من وجه دون وجه فكان له فسخ القبض لتغير الصفة المقصودة وله أن يضمه ويضمن الاجر وان كان صبغه ابتداء بقفيز فله ما زاد الصيغ ولا أجر له لانه لم يوف بالعمل المأذون فيه فلم يعمل المعقود عليه فيصير كأنه غصب ثوبا وصبغه بعصفر وروى ابن سماعة عن محمد خلاف ذلك وهو ان له أن يأخذ الثوب ويغرم الاجر وما زاد العصفر فيه مجتمعا كان أو متفرقا لان الصيغ لا يتشرب

[ 218 ]

في الثوب دفعة واحدة بل شيئا فشيئا فيستوى فيه الاجتماع والافتراق وأما الاجارة الفاسدة وهي التي فاتها شرط من شروط الصحة فحكمها الاصلى هو ثبوت الملك للمؤاجر في أجر المثل لا في المسمى بمقابلة استيفاء المنافع المملوكة ملكا فاسدا لان المؤاجر لم يرض باستيفاء المنافع الا ببدل ولا وجه إلى ايجاب المسمى لفساد التسمية فيجب أجر المثل ولان الموجب الاصل في عقود المعاوضات هو القيمة لان مبنائها على المعادلة والقيمة هي العدل الا انها مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فيعدل منها إلى المسمى عند صحة التسمية فإذا فسدت وجب المصير إلى الموجب الاصلى وهو أجر المثل ههنا لانه قيمة المنافع المستوفاة الا انه لا يزداد على المسمى في عقد فيه تسمية عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يزداد ويجب بالغا ما بلغ بناء على ان المنافع عند أصحابنا الثلاثة غير متقومة شرعا بانفسها وانما تتقوم بالعقد بتقويم العاقدين والعاقدان ما قوماها الا بالقدر المسمى فلو وجبت الزيادة على المسمى لوجبت بلا عقد وانها لا تتقوم بلا عقد بخلاف البيع الفاسد فان المبيع بيعا فاسدا مضمون بقيمته بالغا ما بلغ لان الضمان هناك بمقابلة العين والاعيان متقومة بانفسها فوجب كل قيمتها وفي قول زفر وبه أخذ الشافعي هي متقومة بانفسها بمنزلة الاعيان فكانت مضمونة بجميع قيمتها كالاغيان هذا إذا كان في العقد تسمية فاما إذا لم يكن فيه تسمية فانه يجب أجر المثل بالغا ما بلغ بالاجماع لانه إذا لم يكن فيه تسمية الاجر لا يرضى باستيفاء المنافع من غير بدل كان ذلك تمليكا بالقيمة التي هي الموجب الاصلى دلالة فكان تقويما للمنافع باجر المثل إذ هو قيمة المنافع في الحقيقة ولا يثبت في هذه الاجارة شيء من الاحكام التي هي من التوابع الا ما يتعلق بصفة المستاجر له فيه وهي كونه أمانة في يد المستاجر له فيه وهي كونه أمانة في يد المستاجر حتى لو هلك لا يضمن المستاجر لحصول الهلاك في قبض مأذن فيه من قبل المؤاجر وأما الاجارة الباطلة وهي التي فاتها شرط من شرائط الانعقاد فلا حكم لها رأسا لان ما لا ينعقد فوجوده في حق الحكم وعدمه بمنزلة واحدة وهو تفسير الباطل من التصرفات الشرعية كالبيع ونحوه والله أعلم (فصل) وأما حكم اختلاف العاقدين في عقد الاجارة فان اختلفا في مقدار البدل أو المبدل والاجارة وقعت صحيحة ينظر ان كان اختلافهما قبل استيفاء المنافع تحالفا لقول النبي صلى الله عليه وسلم إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا والاجارة نوع بيع فيتناولها الحديث والرواية الاخرى وهي قوله والسلعة قائمة بعينها يتناول بعض أنواع الاجارة وهو ما إذا باع عينا بمنفعة واختلفا فيها وإذا ثبت التحالف في نوع بالحديث ثبت في الانواع كلها بنتيجة الاجماع لان أحدا لا يفصل بينهما ولان التحالف قبل استيفاء المنفعة موافق الاصول لان اليمين في أصول الشرع على المنكر وكل واحد منهما منكر من وجه ومدع من وجه لان المؤاجر يدعى على المستاجر زيادة الاجرة والمستاجر منكر والمستاجر يدعى على المؤاجر وجوب تسليم المستاجر بما يدعى من الاجرة والمؤاجر ينكر

فكان كل واحد منهما منكرًا من وجه واليمين وظيفة المنكر في أصول الشرع ولهذا جرى التحالف قبل القبض فبيع العين والتحالف ههنا قبل القبض لانهما اختلفا قبل استيفاء المنفعة ثم ان كان الاختلاف في قدر البذل يبدأ بيمين المستأجر لانه منكر وجوب الاجرة الزائدة وان كان قى قدر المبدل يبدأ بيمين المؤاجر لانه منكر وجوب تسليم زيادة المنفعة وإذا تحالفا تفسخ الاجارة وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه لان النكول بذل أو اقرار والبذل والمبدل كل واحد منهما يحتمل البذل والاقرار وأيهما أقام البينة يقضى بينته لان الدعوى لا تقابل الحجة وان أقاما جميعا البينة فان كان الاختلاف في البذل فبينة المؤاجر أولى لانها تثبت زيادة الاجرة وان كان الاختلاف في المبدل فبينة المستأجر أولى لانها تثبت زيادة المنفعة فان ادعى المؤاجر فضلا فيما يستحقه من الاجر وادعى المستأجر فضلا فيما يستحق من المنفعة بان قال المؤاجر أجرتك هذه الدابة إلى القصر بعشرة وقال المستأجر إلى الكوفة بخمسة أو قال المؤاجر أجرتك شهرا بعشرة وقال المستأجر شهرين بخسمة فالامر في التحالف والنكول واقامة أحدهما البينة على ما ذكرنا ولو أقاما جميعا البينة قبلت بينة كل واحد منهما على الفعل الذى يستحقه بعقد الاجارة فيكون إلى الكوفة بعشرة وشهرين بعشرة لان

[ 219 ]

بينة كل واحد منهما تثبت زيادة لان بينة المؤاجر تثبت زيادة الاجر وبينة المستأجر تثبت زيادة المنفعة فتقبل كل واحدة منهما على الزيادة التى تثبتها وان كان اختلافهما بعد ما استوفى المستأجر بعض المنفعة بان سكن الدار المستأجرة بعض المدة أو ركب الدابة المستأجرة بعض المسافة ثم اختلفوا فالقول قول المستأجر فيما مضى مع يمينه ويتحالفاً وتفسخ الاجارة فيما بقى لان العقد على المنافع ساعة فساعة على حسب حدوثها شيئاً فشيئاً فكان كل جزء من أجزاء المنفعة معقودا عليه مبتدأ فكان ما بقى من المدة والمسافة منفردا بالعقد فيتحالفاً فيه بخلاف ما إذا هلك بعض المبيع على قول أبى حنيفة انه لا يثبت التحالف عنده لان البيع ورد على جملة واحدة وهى العين القائمة للحال وكل جزء من المبيع ليس معقود عليه مبتدأ انما الجملة معقود عليها بعقد واحد فإذا تعذر الفسخ في قدر الهالك يسقط في الباقي وان كان اختلافهما بعد مضى وقت الاجارة أو بعد بلوغ المسافة التى استأجر إليها لا يتحالفاً فيه والقول قول المستأجر في مقدار البذل مع يمينه ولا يمين على المؤاجر لان التحالف يثبت الفسخ والمنافع المنعدمة لا تحتمل فسخ العقد فلا يثبت التحالف وهذا على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف ظاهر لان قيام المبيع في باب البيع شرط جريان التحالف في المبيع الهالك والمنافع ههنا هالكة فلا يثبت فيها التحالف وأما محمد فيحتاج إلى الفرق بين المبيع الهالك وبين المنافع الهالكة ووجه الفرق له أن المنافع غير متقومة بانفسها على أصلنا وانما تتقوم بالعقد فإذا فسخت الاجارة بالتحالف تبقى المنافع مستوفاة من غير عقد فلا تتقوم فلا يثبت التحالف بخلاف الاعيان فانها متقومة بانفسها فإذا فسخ البيع بالتحالف يبقى العقد متقوما بنفسه في يد المشتري فيجب عليه قيمته وانما كان القول قول المستأجر لانه المستحق عليه والخلاف متى وقع في الاستحقاق كان القول قول المستحق والله عزوجل أعلم وان كان الاختلاف في جنس الاجر بان قال المستأجر استأجرت هذه الدابة إلى موضع كذا بعشرة دراهم وقال الآخر بدينار فالحكم في التحالف والنكول واقامة أحدهما البينة ما وصفنا فان أقاما البينة فالبينة بينة المؤاجر لانها تثبت الاجرة حقا له وبينة المستأجر لا تثبت الاجرة حقا له فكانت بينة المؤاجر أولى بالقبول ولو اختلفا فقال المؤاجر أجرتك

هذه الدابة إلى القصر بدينار وقال المستأجر إلى الكوفة بعشرة دراهم واقاما البينة فهي إلى الكوفة بدينار وخمسة دراهم لان الاختلاف إلى القصر وقع في البديل فكانت بينة المؤاجر أولى لما قلنا وثبت الاجارة إلى القصر بدينار ثم المستأجر يدعى من القصر إلى الكوفة بخمسة لان القصر نصف الطريق والمؤاجر يجحد هذه الاجارة فالبينة المثبتة للاجارة أولى من النافية وقد روي ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل استاجر من رجل دارا سنة فاختلغا فاقام المستأجر البينة انه استاجر احدى عشر شهرا منها بدرهم وشهرا بتسعة وأقام البينة رب الدار انه أجرها بعشرة قال فاني آخذ بيينة رب الدار لانه يدعى فضل أجرة في أحد عشر شهرا وقد أقام على ذلك بيينة فتقبل بينته فاما الشهر الثاني عشر فقد أقر المستأجر للمؤاجر فيه بفضل الاجرة فيما ادعى فان صدقه على ذلك والا سقط الفضل بتكذيبه ولو اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك ان تقطعه قباء وقال الخياط أمرتني أن أقطعه قميصا فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا والخياط ضامن قيمة الثوب وان شاء رب الثوب أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله وقال ابن أبي ليلى القول قول الخياط مع يمينه واختلف قول الشافعي فقال في موضع مثل قولهما وقال في موضع يتحالفان فإذا حلفا سقط الضمان عن الخياط وسقط الاجر وجه قول ابن أبي ليلى ان صاحب الثوب أقر بالاذن بالقطع غير انه يدعى زيادة صفة توجب الضمان وتسقط الاجر والخياط ينكر فكان القول قوله ولنا ان الاذن مستفاد من قبل صاحب الثوب فكان القول في صفة الاذن قوله ولهذا لو وقع الخلاف في أصل الاذن بالقطع فقال صاحب الثوب لم أذن بالقطع كان القول قوله وكذا إذا قال لم أذن بقطعه قميصا وقد خرج الجواب عن قول ابن أبي ليلى لان المأذون فيه قطع القباء لا مطلق القطع ولا معنى لاحد قولى الشافعي لان التحالف وضع للفسخ ولا يمكن الفسخ ههنا فلا يثبت التحالف لان صاحبه يدعى على الخياط الغصب والخياط يدعى الاجر وذلك مما لا يثبت فيه التحالف وان كان له تضمين الخياط قيمة الثوب لان صاحب

[ 220 ]

الثوب لما حلف على دعوى الخياط فقد صار الخياط بقطعه الثوب لا على الصفة المأذون فيها متصرفا في ملك غيره بغير اذنه فصار متلفا الثوب عليه فيضمن قيمته وان شاء رب الثوب أخذ الثوب أعطاه أجر مثله أما اختيار أخذ الثوب فلانه أتى باصل العقود عليه مع تغير الصفة فكان لصاحب الثوب الرضا به واعطاؤه أجر المثل لا المسمى لانه لم يأت بالمأمور به على الوصف الذي أمر به وطريقة أخرى لبعض مشايخنا أن منفعة القباء والقميص متقاربة لانه يمكن أن ينتفع بالقباء انتفاع القميص بان يسد وسطه وازراراه وانما يفوت بعض الاغراض فقد وجد المعقود عليه مع العيب فيستحق الاجرة حتى قالوا لو قطعه سراويل لم تجب له الاجرة لاختلاف منفعة القباء والسراويل فلم يات المعقود عليه رأسا قال القدوري والرواية بخلاف هذا فان هشاما روى أن محمدا قال في رجل دفع إلى رجل شيئا ليضرب له طشتا موصوفا فضربه كوزا ان صاحبه بالخيار ان شاء ضمنه مثل شبهه والكوز للعامل وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز ما سمي ففي السراويل يجب ان يكون كذلك ووجهه ما مر ان العقد وقع على الضرب والصناعة صفة له فقد واقف في أصل المعقود عليه وخالف في الصفة فيثبت للمستعمل الخيار وروي ابن سماعة وبشر عن أبي ويوسف في رجل أمر رجلا ان ينزع له ضرسا متا كلا فنزع ضرسا متأكلا فقال الامر أمرتك بغير هذا بهذا الاجر وقال المأمور أمرتني بالذى نزعته فان أبا حنيفة قال في ذلك القول قول الامر مع يمينه لما بينا ان الامر يستفاد من قبله خاصة فكان القول في المأمور

به قوله وذكر في الاصل في رجل دفع إلى صباغ ثوبا ليصبغه أحمر فصبغه أحمر على ما وصف له بالعصفر ثم اختلقا في الاجر فقال الصباغ عملته بدرهم وقال رب الثوب بدانقين فان قامت لهما بينة أخذت بينة الصباغ وان لم يقم لهما بينة فاني أنظر إلى ما زاد العصفر في قيمة الثوب فان كان درهما أو أكثر أعطيته درهما بعد ان يحلف الصباغ ما صبغته بدانقين وان كان ما زاد في الثوب من العصفر أقل من دانقين بعد ان يحلف صاحب الثوب ما صبغته الابد انقين اما إذا قامت لهما بينة فلان بينة الصباغ تثبت زيادة الاجرة فكانت أولى بالقبول واما إذا لم تقم لهما بينة فلان ما زاد العصفر في قيمة الثوب إذا كان درهما أو أكثر كان الظاهر شاهدا للصباغ الا انه لا يزداد على درهم لانه رضى بسقوط الزيادة وإذا كان ما زاد العصفر دانقين كان الظاهر شاهدا لرب الثوب الا انه لا ينقص من دانقين لانه رضى بذلك وان كان يزيد في الثوب نصف درهم قال أعطيت الصباغ ذلك بعد ان يحلف ما صبغته بدانقين لما ذكرنا ان الدعوى إذا سقطت للتعارض يحكم الصيغ فوجب قيمة الصيغ وهذا بخلاف القصار مع رب الثوب إذا اختلفا في مقدار الاجرة ولا بينة لما ان القول قول رب الثوب مع يمينه لانه ليس في الثوب عين مال قائم للقصار فلم يوجد ما يصلح حكما فيرجع إلى قول صاحب الثوب لان القصار يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك كل صيغ له قيمة فان كان الصيغ أسود فالقول قول رب الثوب مع يمينه على أصل أبي حنيفة السواد نقصان عنده وكذلك كل صيغ ينقص الثوب لانه تعذر القضاء بالدعوى للتعارض ولا سبيل إلى الرجوع إلى قيمة الصيغ لانه لا قيمة له فيرجع إلى قول المستحق عليه ولو اختلف الصباغ ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك بالعصفر وقال الصباغ بالزعفران فالقول قول رب الثوب في قولهم جميعا لان الامر يستفاد من قبله ومن هذا النوع ما إذا أمر المتسعمل الصانع بالزيادة من عنده ثم اختلفا فقال في الاصل في رجل دفع غزلا إلى حائك ينسجه ثوبا وأمره ان يزيد في الغزل رطلا من عنده مثل غزله على ان يعطيه ثمن الغزل وأجرة الثوب دراهم مسماة فاختلفا بعد الفراغ من الثوب فقال الحائك قد زدت وقال رب الثوب لم تزد فالقول قول رب الغزل مع يمينه على عمله لان الصانع يدعى على صاحب الثوب الضمان وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه على عمله لانه يمين على فعل الغير فان حلف برئ وان نكل عن اليمين لزمه مثل الغزل لان النكول حجة يقضى بها في هذا الباب فان أقام الصانع بينة قبلت بينته ولو اتفقا ان غزل المتسعمل كان منا وقال الصانع قد زدت فيه رطلا فوزن الثوب فوجد زائد على ما دفع إليه زيادة لم يعلم ان مثلها يكون من الدقيق وادعى رب الثوب ان الزيادة من الدقيق فالقول قول الصانع لان رب الثوب يدعى

[ 221 ]

خلاف الظاهر وان كان الثوب مستهلكا قبل أن يعلم وزنه ولم يقرأ المتسعمل ان فيه مال قال الصانع فالقول قول رب الثوب لان الصانع يدعى عليه الضمان ولا ظاهر ههنا يشهد له فلم يقبل قوله وقال هشام عن محمد في رجل دفع إلى صائغ عشرة دراهم فضة وقال زد عليها درهمن قرصا على فصغه قلبا وأجرك درهم فصاغه وجاء به محشوا فاختلفا فقال الصائغ قد زدت عليه درهمن وقال رب القلب لم تزد شيئا قال محمد يتحالفان ثم الصائغ بالخيار ان شاء دفع القلب وأخذ منه أجرة خمسة دنانير وان شاء دفع عليه عشرة دراهم فضة وأخذ القلب أما التحالف فلان الصائغ يدعى على صاحب القلب القرص وهو ينكر فيستحلف وصاحب القلب يدعى على الصائغ استحقاق القلب بغير شئ وهو ينكر فيستحلف وإذا بطل دعوى الصائغ في القلب



على الوزن عشرة وانما بذلك صاحب القلب للصائع درهما لصياغته اثني عشر درهما فإذا لم تثبت الزيادة تلزم للعشرة خمس دوايق وانما كان للصائع أن يحبس القلب ويعطى صاحب القلب مثل فضته لان عنده ان الزيادة ثابتة وان يتقرر ببطان حقه عليها من غير عوض القرض فلا يجوز استحقاقها من غير رضاه ولا ضرر على صاحب القلب لانه وصل إليه مثل حقه وقال ابن سماعه عن محمد في رجل دفع إلى نذاف ثوبا وقطنا يندف عليه وأمره أن يزيد من عنده ما رأى ثم ان صاحب الثوب أتاه وقد ندف على الثوب عشريين استارا من قطن فاختلغا فقال صاحب الثوب دفعت اليك خمسة عشر استارا من قطن وأمرتك أن تزيد عليه عشرة وتنقص ان رأيت فلم ترد الا خمسة أساتير وقال النذاف دفعت إلى عشرة وأمرتني أن أزيد عشرة فزرتها فالقول قول النذاف وعلى صاحب الثوب أن دفع إليه عشرة أساتير من قطن كما ادعى لان صاحب الثوب لا يدعى على النذاف مخالفة ما أمره به وانما يدعى انه دفع إليه خمسة عشر استارا فكان القول قول النذاف في مقداره فتبقى العشرة زيادة فيضمنها صاحب الثوب وان كان صاحب الثوب قال دفعت اليك خمسة عشر وأمرتك أن تزيد عليه خمسة عشر وقال النذاف دفعت إلى عشرة وأمرتني أن أزيد عليه عشرة فزدت عليه عشرة فصاحب الثوب في هذا بالخيار ان شاء صدقه ودفع إليه عشرة أساتير وأخذ قيمة ثوبه وان شاء قيمة ثوبه مثل عشرة أساتير قطن وكان الثوب للنذاف لان النذاف يزعم أنه فعل ما أمره به وصاحب الثوب يدعى الخلاف فكان القول قوله فيما أمر به والقول قول النذاف في مقدار ما قبض وقال بشر عن أبي يوسف في رجل أعطى رجلا ثوبا ليقطعه قباء محشو أو دفع إليه البطانة والقطن فقطعه وخاطه وحشاه واتفقا على العمل والاجر فان الثوب ثوب رب الثوب والقطن قطنه غير ان رب الثوب ان قال ان البطانة ليست بطاتتي فالقول في ذلك قول الخياط مع يمينه البتة ان هذا بطانته ويلزم رب الثوب ويسع رب الثوب أن يأخذ البطانة فيلبسها لان البطانة أمانة في يد الخياط فكان القول قوله فيها ثم ان كانت بطانة صاحب الثوب حل له لبسها وان كانت غيرها فقد رضى الخياط بدفعها إليه بدل بطانته فحل له لبسها وروى بشر وابن سماعه عن أبي يوسف فيمن أعطى حمالا متاعا ليحمله من موضع باجر معلوم فحمله ثم اختلغا فقال رب المتاع ليس هذا متاعى وقال الحمال هو متاعك فالقول قول الحمال مع يمينه ولا ضمان عليه ولا يلزم الأمر الاجر الا أن يصدفه ويأخذه لان المتاع أمانة في يد الحمال فكان القول قوله ولا يلزم صاحب المتاع لانه لم يعترف باستيفاء المنافع فان صدقه فقد رجع عن قوله فوجب عليه الاجر قال والنوع الواحد والنوعان في هذا سواء الا أنه في النوع الواحد أفحش وأقبح يريد بهذا لو حمله طعاما أو زيتا وقال الاجير هذا طعامك بعينه هو قال رب الطعام كان طعامي أجود من هذا فان هذا يفحش ان يكون القول فيه قول رب الطعام ويبطل الاجر ويحسن أن يكون القول قول الحمال ويأخذ الاجر ان كان قد حمله فاما إذا كانا نوعين مختلفين بأن جاء بشعير وقال رب الطعام كان طعامي حنطة فلا أجر للحمال حتى يصدقه ويأخذه وانما قال يقبح في الجنس الواحد لان عند اتحاد الجنس يملك صاحب الطعام أن يأخذ الشعير عوضا عن طعامه لان الحمال قد بذل له ذلك فإذا أخذ العوض سلمت له المنفعة فاما في النوعين فلا يسعه أن يأخذ النوع الآخر الا بالتراضى بالبيع فما لم يصدقه لا يستحق عليه الاجر ولو اختلف الصانع والمستأجر في أصل الاجر كالنساج والقصار والخفاف

والصباغ فقال رب الثوب والخف عملته لى بغير شرط وقال الصانع لابل عملته بأجرة درهم أو اختلف رب الدار مع المستأجر فقال رب الدار أجرتها منك بدرهم وقال الساكن بل سكنتها عارية فالقول قول صاحب الثوب والخف وساكن الدار في قول أبى حنيفة مع يمينه ولا أجر عليه وقال أبو يوسف ان كان الرجل حرا ثقة فعليه الاجر والا فلا وقال محمد ان كان الرجل انتصب للعمل فالقول قوله وان لم يكن انتصب للعمل فالقول قول صاحبه وعلى هذا الخلاف إذا اتفقا على أنهما لم يشترطا الاجر لكن الصانع قال انى انما عملت بالاجر وقال رب الثوب ما شرطت لك شيئا فلا يستحق شيئا (وجه) قولهما اعتبار العرف والعادة فان انتصاه للعمل وفتح الدكان لذلك دليل على أنه لا يعمل الا بالاجرة وكذا إذا كان حريفة فكان العقد موجودا دلالة كالثابت نصا ولأبي حنيفة ان المنافع على أصلنا لا تتقوم الا بالعقد ولم يوجد أما إذا اتفقا على أنهما لم يشترطا الاجر فظاهر وكذا إذا اختلفا في الشرط لان العقد لا يثبت مع الاختلاف للتعارض فلا تجب الاجرة ثم ان كان في المصنوع عين قائمة للصانع كالصبيغ الذى يزيد والنعل يغرم رب الثوب والخف للصانع ما زاد الصبيغ والنعل فيه لا يجاوز به درهما والا فلا والله عزوجل أعلم (فصل) وأما بيان ما ينتهى به عقد الاجارة فعقد الاجارة ينتهى بأشياء منها الاقالة لانه معاوضة المال بالمال فكان محتملا للاقالة كالبيع ومنها موت من وقع له الاجارة الا لعذر عندنا وعند الشافعي لا تبطل بالموت كبيع العين والكلام فيه على أصل ذكرناه في كيفية انعقاد هذا العقد وهو ان الاجارة عندنا تنعقدنا ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع شيئا فشيئا وإذا كان كذلك فما يحدث من المنافع في يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها والملك صفة الموجود لا المعدور فلا يملكها الوارث إذ الوارث انما يملك ما كان على ملك المورث فما لم يملكه يستحيل وراثته بخلاف بين العين لان العين ملكه قائم بنفسه ملكه المورث إلى وقت الموت فجاز أن ينتقل منه إلى الوارث لان المنافع لا تملك الا بالعقد وما يحدث منها في يد الارث لم يعقد عليه رأسا لانها كانت معدومة حال حياة المورث والوارث لم يعقد عليها فلا يثبت الملك فيها للوارث وعند الشافعي منافع المدة تجعل موجودة لحال كأنها أعيان قائمة فاشبه بيع العين والبيع لا يبطل بموت أحد المتبايعين كذا الاجارة وعلى هذا يخرج ما إذا أجر رجلا ن دارا من رجل ثم مات أحد المؤجرين ان الاجارة تبطل في نصيبه عندنا وتبقى في نصيب الحى على حالها لان هذا شيوع طارئ وانه لا يؤثر في العقد في الرواية المشهورة لما بينا فيما تقدم وكذلك لو استأجر رجلا ن من رجل دارا فمات أحد المستأجرين فان رضى الوارث بالبقاء على العقد ورضى العاقد ايضا جاز ويكون ذلك بمنزلة عقد مبتدأ ولو مات الوكيل بالعقد لا تبطل الاجارة لان العقد لم يقع له وانما هو عاقد وكذا لو مات الاب أو الوصي لما قلنا وكذا لو مات أبو الصبي في استئجار الطئر لا تنقض الاجارة لان الاجارة وقعت للصبي والظئر وهما قائمان ولو مات الظئر انتقضت الاجارة وكذا لو مات الصبي لان كلها واحد منهما معقود له والاصل ان الاجارة تبطل بموت المعقود له ولا تبطل بموت العاقد وانما كان كذلك لان استيفاء العقد بعد موت من وقع له العقد يوجب تغيير موجب العقد لان من وقع له ان كان هو المؤاجر فالقعد يقتضى استيفاء المنافع من ملكه ولو بقيناه بعد موته لاستوفيت المنافع من ملك غيره وهذا خلاف مقتضى العقد وان كان هو المستأجر فالعقد يقتضى استحقاق الاجرة من ماله ولو بقينا العقد بعد موته لاستحققت الاجرة من مال غيره وهذا خلاف موجب العقد بخلاف ما إذا مات من لم يقع العقد له كالوكيل ونحوه لان العقد منه لا يقع مقتضيا استحقاق المنافع ولا استحقاق الاجرة من ملكه فابقاء العقد بعد موته لا يوجب تغيير موجب العقد وكذلك الولي في الوقف إذا عقد ثم مات لا تنتقض الاجارة لان العقد لم يقع له فموته لا يغير

حكمه ولو استأجر دابة إلى مكة فمات المؤاجر في بعض المفازة فله ان يركبها أو يحمل عليها إلى مكة أو إلى أقرب الاماكن من المصر لان الحكم ببطلان الاجارة وههنا يؤدي إلى الضرر بالمستأجر لما فيه من تعريض ماله ونفسه إلى التلف فجعل

[ 223 ]

ذلك عذرا في بقاء الاجارة وهذا معنى قولهم ان الاجارة كما تفسخ بالعدر تبقى بالعدر وقالوا فيمن اكرى إبلا إلى مكة ذاهبا وجائيا فمات الجمال في بعض الطريق فللمستأجر ان يركبها إلى مكة أو يحمل عليها وعليه المسمى لان الحكم بانفساخ الاجارة في الطريق إلحاق الضرر بالمستأجر لانه لا يجد ما يحمله ويحمل قماشه وإلحاق الضرر بالورثة إذا كانوا غيبا لان المنافع تفوت من غير عوض فكان في استيفاء العقد نظر من الجانبين فإذا وصل إلى مكة رفع الامر إلى الحاكم لانه لا ضرر عليه في فسخ الاجارة عند ذلك لانه يقدر على ان يستأجر من جمال آخر ثم ينظر الحاكم في الاصلح فان رأى بيع الجمال وحفظ الثمن للورثة اصلح فعل ذلك وان رأى امضاء الاجارة إلى الكوفة اصلح فعل ذلك لانه نصب ناظرا محتاطا وقد يكون احد الامرين احوط فيختار ذلك قالو والافضل إذا كان المستأجر ثقة ان يمضى القاضى الاجارة والافضل إذا كان غير ثقة ان يفسخها فان فسخها وقد كان المستأجر عجل الاجرة سمع القاضى بينته عليها وقضاه من ثمنها لان الاجارة إذا انفسخت فللمستأجر امساك العين حتى يستوفى جميع الاجرة وقام القاضى مقام الغائب فنصب له خصما وسمع عليه البينة ولو مات احد ممن وقع له عقد الاجارة قبل انقضاء المدة وفى الارض المستأجرة زرع لم يستحصد يترك ذلك في الارض إلى ان يستحصد ويكون على المستأجر أو على ورثته ما سمي من الاجر لان في الحكم بالانفساخ وقلع الزرع ضررا بالمستأجر وفى الابقاء من غير عوض ضررا بالوراث ويمكن توفير الحقين من غير ضرر بابقاء الزرع إلى ان يستحصد بالاجر فيجب القول به وانما وجب المسمى استحسانا والقياس ان يجب اجر المثل لان العقد انفسخ حقيقة بالموت وانما بقيناه حكما فاشبهه بشبهة العقد واستيفاء المنافع بشبهة العقد توجب اجر المثل كما لو استوفاهما بعد انقضاء المدة وجه الاستحسان التسمية تناولت هذه المدة فإذا مست الضرورة إلى الترك بعوض كان ايجاب العوض المسمى أولى لوقوع التراضي بخلاف الترك بعد انقضاء المدة لان التسمية لم تناول ما بعد انقضاء المدة فتعذر ايجاب المسمى فوجب اجر المثل ومنها هلاك المستأجر والمستأجر فيه لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه فلم يكن في بقاء العقد فائدة حتى لو كان المستأجر عبدا أو ثوبا أو حليا أو ظرفا ودابة معينة فهلك أو هلك الثوب المستأجر فيه للخياطة وللقصارة بطلت الاجارة لما قلنا وان كانت الاجارة على دواب بغير اعيانها فسلم إليه دواب فقبضها فماتت لا تبطل الاجارة وعلى المؤاجر ان ياتيه بغير ذلك لانه هلك ما لم يقع عليه العقد لان الدابة إذا لم تكن معينة فالعقد يقع على منافع في الذمة وانما تسلم العين ليقوم منافعتها مقام ما في ذمته فإذا هلك بقى ما في الذمة بحاله فكان عليه ان يعين غيرها وقد ذكرنا اختلاف اشارة الروايات في الدار إذا انهدم كلها أو انقطع الماء عن الرحى أو الشرب من الارض ان الاجارة تنفسخ أو يثبت حق الفسخ فيما تقدم وعلى هذا ايضا يخرج موت الظئر ان الاجارة تبطل به لانها مستأجرة ومنها انقضاء المدة الالعدر لان الثابت إلى غاية ينتهى عند وجود الغاية فتفسخ الاجارة بانتهاء المدة الا إذا كان ثمة عذر بان انقضت المدة وفى الارض زرع لم يستحصد فانه يترك إلى ان يستحصد بأجر المثل بخلاف ما إذا انقضت المدة وفى الارض رطبة أو غرس انه يؤمر بالقلع لان في ترك الزرع إلى ان يدرك مراعاة الحقين والنظر من

الجانبين لان لقطعه غاية معلومة فأما الرطبة فليس لقطعها غاية معلومة فلو لم تقطع لتعطلت الارض على صاحبها فيتضرر به وبخلاف الغاصب إذا زرع الارض المغصوبة انه يؤمر بالقلع ولا يترك إلى وقت الحصاد بالاجر لان الترك في الاجارة لدفع الضرر عن المستأجر نظر له وهو مستحق للنظر لانه زرع باذن المالك فاما الغاصب فظالم متعدي في الزرع فلا يستحق النظر بالترك مع ما انه هو الذى أضر بنفسه حيث زرع أراضي غيره بغير حق فكان مضافا إليه ومنها عجز المكاتب بعد ما استأجر شيئاً انه يوجب بطلان الاجارة بلا خلاف لان الاجرة استحققت من كسب المكاتب وبالعجز يبطل كسبه فتبطل الاجارة إذ لا سبيل الا ايجابها من مال المولى فان عجز بعد ما استأجر فالاجارة باقية في قول أبى يوسف وقال محمد تبطل والكلام فيه راجع إلى أصل نذكره في كتاب الهبة في كيفية ملك المولى كسب المكاتب عند عجزه ان عند أبى

[ 224 ]

يوسف كسب المكاتب موقوف ملكه في الحقيقة على عجزه أو عتقه فان عجز ملكه لمولى من الاصل وان عتق ملكه المكاتب من الاصل وعند محمد هو ملك المكاتب ثم إذا عجز انتقل إلى المولى كما ينتقل الملك من الميت إلى ورثته بالموت ووجه البناء على هذا الاصل ان عند أبى يوسف لما وقع الملك للمولى في الكسب من حين وجوده صار كان الاجارة وجدت من المولى فلا تنتقض بعجز المكاتب ولما كان الملك للمولى فيه من طريق الانتقال من المكاتب عند عجزه على أصل محمد صار بمنزلة انتقال الملك من الميت إلى وارثه عند عجزه وذلك يوجب انتقاض الاجارة كذا هذا وأصل هذه المسألة في المكاتب إذا وهبت له هبة ثم عجز ان للواهب أن يرجع في قول أبى يوسف وعند محمد لا يرجع وسنذكره في كتاب الهبة والله عزوجل أعلم (تم الجزء الرابع ويليه الجزء الخامس أوله كتاب الاستصناع)