

الكتاب: بدائع الصنائع
المؤلف: أبو بكر الكاشاني
الجزء: ٤
الوفاة: ٥٨٧
المجموعة: فقه المذهب الحنفي
تحقيق:
الطبعة: الأولى
سنة الطبع: ١٤٠٩ - ١٩٨٩ م
المطبعة:
الناشر: المكتبة الحبيبية - باكستان
ردمك:
ملاحظات:

الجزء الرابع من
كتاب بدائع الصنائع

في
ترتيب الشرائع
تأليف

الامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي
الملقب بملك العلماء المتوفى سنة هج ٥٨٧ رية
(الطبعة الأولى)

١٤٠٩ هـ ١٩٨٩ م

الناشر

المكتبة الحبيبية

كانسي رود حاجي غيبي چوك كوئته
باكستان

بسم الله الرحمن الرحيم

{كتاب الرضاع}

قد ذكرنا في كتاب النكاح ان المحرمات نكاحا على التأييد أنواع ثلاثة محرمات
بالقربة ومحرمات بالصهرية

ومحرمات بالرضاع وقد بينا المحرمات بالقربة 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 الأول فالأصل ان كل من يحرم بسبب القربة من الفرق السبع الذين ذكرهم
الله عز وجل في

كتابه الكريم نصا أو دلالة على ما ذكرنا في كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاعة الا 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 لأنها صارت أما له بالرضاع فتحرم عليه لقوله عز وجل وأمهاكم اللاتي
أرضعنكم معطوفا على قوله تعالى

حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم فسمى سبحانه وتعالى المرضعة أم المرضع وحرما
عليه وكذا بناتها يحرم من عليه

سواء كن من صاحب اللبن أو من غير صاحب اللبن من تقدم منهن ومن تأخر لأنهن
أخواته من الرضاعة وقد قال

الله عز وجل وأخواتكم من الرضاعة أثبت تعالى الاخوة بين بنات المرضعة وبين
المرضع والحرمة بينهما

مطلقا من غير فصل بين أخت وأخت وكذا بنات بناتها وبنات أبنائها وان سفلن لأنهن
بنات أخ المرضع

وأخته من الرضاعة وهن يحرم من النسب كذا من الرضاعة ولو أرضعت امرأة صغيرين
من أولاد الأجانب

صارا أخوين لكونهما من أولاد المرضعة فلا يجوز المناكحة بينهما إذا كان أحدهما
أنثى والأصل في ذلك

ان كل اثنين اجتمعا على ثدي واحد صارا أخوين أو أختين أو أخا وأختا من الرضاعة
فلا يجوز لأحدهما ان

(Y)

يتزوج بالآخر ولا بولده كما في النسب وأمهات المرضعة يحرم من على المرضع لأنهن جداته من قبل أمه من الرضاعة وآباء المرضعة أجداد المرضع من الرضاعة فيحرم عليهم كما في النسب وأخوات المرضعة يحرم من على المرضع لأنهن خالاته من الرضاعة وأخواتها أحوال المرضع فيحرم عليهم كما في النسب فاما بنات اخوة المرضعة وأخواتها فلا يحرم من على المرضع لأنهن بنات أحواله وخالاته من الرضاعة وانهن لا يحرم من النسب فكذا من الرضاعة وتحرم المرضعة على أبناء المرضع وأبناء أبنائه وان سفلوا كما في النسب هذا تفسير الحرمة في جانب المرضعة والأصل 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 رضي الله عنهم وروى عن رافع بن خديج رضي الله عنه أنه قال لا تثبت وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار وبشر المريسي ومالك وهي المسألة الملقبة عند الفقهاء بلبن الفحل انه هل يحرم أو لا وتفسير تحريم لبن الفحل ان المرضعة تحرم على زوج المرضعة لأنها بنته من الرضاع وكذا على أبنائه الذين من غير المرضعة لأنهم أخوتها لأب من الرضاعة وكذا على أبناء أبنائه وأبناء بناته من غير المرضعة لأنهم أبناء اخوة المرضع وأخواتها لأب من الرضاعة وعلى هذا إذا كان لرجل امرأتان فحملتا منه وأرضعت كل واحدة منهما صغيرا أجنبيا فقد صارا أخوين لأب من الرضاعة فإن كان أحدهما أنثى فلا يجوز النكاح بينهما لان الزوج أخوها لأبيها من الرضاعة وإن كانا أنثيين لا يجوز لرجل ان يجمع بينهما لأنهما أختان لأب من الرضاعة وتحرم على آباء زوج المرضعة لأنهم أجدادها من قبل الأب من الرضاعة وكذا على اخوته لأنهم أعمامها من الرضاعة وأخواته عمات المرضع فيحرم من عليه واما أولاد اخوته وأخواته فلا تحرم المناكحة بينهم لأنهم أولاد الأعمام والعمات ويجوز النكاح بينهم في النسب فيجوز في الرضاع هذا تفسير لبن الفحل احتج من قال إنه لا يحرم بان الله عز وجل بين الحرمة في جانب

المرضعة ولم يبين في جانب الزوج بقوله تعالى وأمها تكم من اللاتي أرضعنكم ولو كانت الحرمة ثابتة في جانبه لبينها كما بين في النسب بقوله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ولأن 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 أن عائشة رضي الله عنها قالت جاء عمي من الرضاعة فاستأذن علي فأبيت ان آذن له حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم إنما هو عمك فاذني له فقلت يا رسول الله إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انه عمك فليج عليك قالت عائشة رضي الله عنها وكان ذلك بعد ان ضرب علينا الحجاب أي بعد أمر الله عز وجل النساء بالحجاب عن الأجانب وقيل كان الداخل عليك أفلح أبا القعيس وكانت امرأة أبي القعيس أرضعتها وعن عمرة أن عائشة رضي 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 علي فقال نعم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة وعن علي رضي الله عنه أنه قال لا تنكح من أرضعته امرأة أبيك ولا امرأة أخيك ولا امرأة ابنك وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه سئل عن رجل له امرأتان أو جارية وامرأة فأرضعت هذه غلاما وهذه جارية هل يصلح للغلام أن يتزوج الجارية فقال رضي الله عنه لا اللقاح واحد بين الحكم وأشار إلى المعنى وهو اتحاد اللقاح ولأن المحرم هو اللبن وسبب اللبن هو ماء الرجل والمرأة جميعا فيجب أن يكون الرضاع منهما جميعا كما كان الولد لهما جميعا وأما قولهم إن الله تعالى بين الحرمة في جانب المرضعة لا في جانب زوجها فنقول إن لم بينها نصا فقد بينها دلالة وهذا لان البيان

من الله تعالى بطريقتين بيان إحاطة وبيان كفاية فبين في النسب بيان إحاطة وبين 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 إنما يوجب الحرمة لأجل
الجزئية والبعضية لأنه 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 الحرمات
احتياطا والسبب يقام مقام المسبب خصوصا في باب الحرمات 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
مبيننا بيان كفاية وهو ان البنت
وان حدثت من ماء الأب حقيقة دون ماء الجد لكن الجد سبب ماء الأب أقيم السبب
مقام المسبب في حق الحرمة
احتياطا كذا ههنا والدليل عليه انه لما لم يذكر البنات من الرضاعة نصا لم يذكر بنات
الاخوة والأخوات من
الرضاعة نصا وإنما ذكر الأخوات ثم ذكر لبنات الاخوة والأخوات دلالة حتى حرمن
بالاجماع كذا ههنا على أنه
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 إن 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 لأنه لا يغنيه من
جوع فصار كلبن الشاة والله عز
وجل أعلم ثم إنما 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 والأصل ان
كل من يثبت منه النسب يثبت منه الرضاع ومن لا يثبت منه النسب لا يثبت منه
الرضاع وكذا البكر إذا نزل لها
لبن وهي لم تتزوج قط فالرضاع يكون منها خاصة والله الموفق وكذا كل من يحرم

بسبب المصاهرة من الفرق الأربع
الذين وصفناهم في كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاع فيحرم على الرجل أم زوجته
وبنتها من زوج آخر من الرضاع
كما في النسب الا ان الام تحرم بنفس العقد على البنت إذا كان صحيحا والبنت لا
تحرم الا بالدخول بالأم كما في النسب
وكذا جدات زوجته من أبيها وأمها وان علون أو بنات بناتها وبنت أبنائها وان سفلى
من الرضاع كما في النسب
وكذا تحرم حليمة ابن الرضاع وابن ابن الرضاع وان سفلى على أب 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 وبنتها 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 سفلى كما في
النسب سواء كان الوطئ حلالا بأن 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 إحداهما انه لا يجوز للرجل ان
يتزوج بأخت ابنه من النسب
لامه وهو أن يكون لابنه أخت لأمه من النسب من زوج آخر كان لها ويجوز له ان
يتزوج أخت ابنه من الرضاع
وهو أن يكون لابنه من الرضاع أخت من النسب لم ترضعها امرأته لان المانع من
الجواز في النسب كون أم الأخت
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 لأبيه وهو أن يكون له أخت
من أبيه من النسب لا من أمه لا يجوز له ان يتزوج أم هذه الأخت ويجوز له أن يتزوج
أم أخته من الرضاع وهو أن يكون
له أخت من الرضاة 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
لأبيه من النسب وصورته

(٤)

منكوحة أبيه إذا ولدت ابنا ولها بنت من زوج آخر فهي أخت أخيه لأبيه فيجوز له أن يتزوجها وكذا يجوز للرجل أن يتزوج أخت أخته من الرضاع وهذا ظاهر ويجوز لزواج المرضعة أن يتزوج أم المرضع من النسب لان المرضع ابنه ويجوز للانسان أن يتزوج أم ابنه من النسب وكذا أب المرضع من النسب يجوز له أن يتزوج المرضعة لأنها أم ابنه من الرضاع فهي كأم ابنه من النسب وكذا يجوز له أن يتزوج بمحارم أبي الصبي من الرضاعة أو النسب كما يجوز له أن يتزوج بأمه والله عز وجل 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 رضي الله عنهم الا ما روى عن عائشة رضي 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 أن أبا حذيفة تبنى 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 أرضعيه عشر رضعات ثم يدخل عليك وكان سالم كبيرا فدل ان الرضاع في حال الصغر والكبر محرم وقد عملت عائشة رضي الله عنها بهذا الحديث بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم حتى روى عنها انها كانت إذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم بنت أبي بكر رضي الله عنها وبنات أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق رضي الله عنه ان يرضعنه فدل عملها بالحديث بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم على أنه غير منسوخ ولنا ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل يوما على عائشة رضي الله عنها فوجد عندها رجلا فتغير وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال من هذا الرجل فقالت عائشة هذا عمي من الرضاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انظرن ما أخواتكم من الرضاعة إنما الرضاعة من المجاعة أشار صلى الله عليه وسلم

إلى أن الرضاع في الصغر هو المحرم إذ هو الذي يدفع الجوع فاما جوع الكبير فلا يندفع بالرضاع وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الرضاع ما أنبت اللحم وأنشأ العظم وذلك هو رضاع الصغير دون الكبير لان ارضاعه لا ينبت اللحم ولا ينشأ العظم وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال الرضاع ما فتق الأمعاء ورضاع الصغير هو الذي يفتق الأمعاء لا رضاع الكبير لان أمعاء الصغير تكون ضيقة لا يفتقها الا اللبن لكونه من ألطف الأغذية كما وصفه الله تعالى في كتابه الكريم بقوله عز وجل لبنا خالصا سائغا للشاربين فاما أمعاء الكبير فمفتقة لا تحتاج إلى الفتق باللبن وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال لا رضاع بعد فصال وروى أن رجلا من أهل البادية ولدت امرأته ولدا فمات ولدها فورم ثدي المرأة فجعل الرجل يمصه ويمججه فدخلت جرعة منه حلقه فسأل عنه أبا موسى الأشعري رضي الله عنه قال قد حرمت عليك ثم جاء إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فسأله فقال هل سألت أحد فقال نعم سألت أبا موسى الأشعري فقال حرمت عليك فجاء ابن مسعود أبا موسى الأشعري رضي الله عنهما فقال له أما علمت أنه إنما يحرم من الرضاع ما أنبت اللحم فقال أبو موسى لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين أظهركم وعن عبد الله بن عمر أن رجلا جاء إلى عمر رضي الله عنه فقال كانت لي وليدة أطؤها فعمدت امرأتي إليها فأرضعتها فدخلت عليها فقالت دونك مقدور الله أرضعتها فقال عمر رضي الله عنه واقعها فهي جاريتك وإنما الرضاعة عند الصغير 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 للأمعاء 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 أن سائر أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أبين أن يدخل عليهن بالرضاع في حال الكبر أحد من الرجال وقلن ما نرى الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم سهلة بنت

سهيل الا رخصة في سالم وحده

(٥)

فهذا يدل على أن سالما كان مخصوصا بذلك وما كان خصوصية بعض الناس لمعنى لا نعقله لا يحتمل القياس
ولا نترك به الأصل المقرر في الشرع والثاني ان رضاع الكبير كان محرما ثم صار منسوخا بما رويناه من الاخبار
وأما عمل عائشة رضي الله عنها فقد روى عنها ما يدل على رجوعها فإنه روى عنها انها قالت لا يحرم من الرضاع
الا ما أنبت اللحم والدم وروى أنها كانت تأمر بنت أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر رضي الله عنهم ان ترضع
الصبيان حتى يدخلوا عليها إذا صاروا رجالا على أن عملها معارض بعمل سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم
فإنهن كن لا يرين أن يدخلن عليهن بتلك الرضاعة أحد 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 شيء وبقوله تعالى وفصاله في عامين وقوله عز وجل وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وأقل مدة
الحمل ستة أشهر فبقي مدة الفصال حولين وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا رضاع بعد الحولين
وهذا نص في الباب ولأبي حنيفة قوله تعالى وأمها لكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة أثبت الحرمة
بالرضاع مطلقا عن التعرض لزمان الارضاع الا انه قام الدليل على أن 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 إرادة الفصال بعد الحولين لان الفاء للتعقيب فيقتضى بقاء

الرضاع بعد الحولين ليتحقق
الفصال بعدهما والثاني انه أثبت لهما إرادة الفصال مطلقا عن الوقت ولا يكون الفصال
الا عن الرضاع فدل على بقاء
حكم الرضاع في مطلق الوقت إلى أن يقوم الدليل على التقييد وقوله تعالى وان أردتم
ان تسترضعوا أولادكم
أثبت لهما إرادة الاسترضاع مطلقا عن الوقت فمن ادعى التقييد بالحولين فعليه الدليل
ولان الارضاع إنما
يوجب الحرمة لكونه منبئا للحم منشرا للعظم على ما نطق به الحديث ومن المحال
عادة أن يكون منبئا للحم إلى الحولين
ثم لا يثبت بعد الحولين بساعة لطيفة لان الله تعالى ما أجرى العادة بتغير الغذاء الا بعد
مدة معتبرة ولأن المرأة
قد تلد في البرد الشديد والحر الشديد فإذا تم على الصبي سنتان لا يجوز ان تؤمر المرأة
بفطامه
لأنه 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 استحسن
في تقديره مدة ابقاء حكم الرضاع بعد الحولين بستة أشهر لأنه أقل مدة تغير الولد فان
الولد يبقى في بطن أمه ستة أشهر
يتغذى بغذائها 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 الأولى والثانية وأما الآية
الأولى 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 الشئ بالتمام لا ليمنع 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
الأب فالنص لا يتعرض له وعندهما تمام مدة الرضاع في حق وجوب الاجر على الأب
حتى أن الام المطلقة إذا

طلبت الاجر بعد الحولين ولا ترضع بلا أجر لم يجبر الأب على أجر الرضاع فيما زاد
على الحولين أو تحمل الآية على هذا

(٦)

توفيقا بين الدلائل لان دلائل الله عز وجل لا تتناقض وأما الآية الثانية فالفصال في عامين لا ينفي الفصال في أكثر من عامين كما لا ينفيه في أقل من عامين عن تراض منهما وتشاور فكان هذا استدلالا بالسكوت كقوله عز وجل 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 رضي الله عنهما وتحتمل أن يكون المراد من الحمل الحمل باليد والحجر فيقتضى أن يكون الثلاثون مدة الحمل والفصال جميعا لأنه يحتمل باليد والحجر في هذه المدة غالبا لا أن يكون بعض هذه مدة الحمل وبعضها مدة الفصال لان إضافة 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 حاظرا وما تلوتم مبيحا 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 الأب بعد الحولين أي في حق وجوب الاجر عليه على ما ذكرنا من تأويل الآية أو يحتمل 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 وإنما 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 أفطم أو

لم يفطم وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال إذا فطم في السنتين حتى استغنى بالفطام ثم ارتضع بعد ذلك في السنتين أو الثلاثين شهرا لم يكن ذلك رضاعا لأنه 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 إنما يكون رضاعاً محرماً إذا لم يكن الفطام تاماً بأن 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 رضي الله عنهم وروى عن عبد الله بن الزبير وعائشة رضي الله عنهما ان قليل الرضاع لا يحرم وبه أخذ الشافعي فقال لا يحرم الا خمس رضعات متفرقات واحتج بما روى عن عائشة رضي 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 المصصة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان ولان الحرمة بالرضاع لكونه منبتاً للحم منشراً للعظم وهذا المعنى لا يحصل بالقليل منه فلا يكون القليل محرماً ولنا قوله عز وجل وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة مطلقاً عن القدر وروى عن علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا قليل الرضاع وكثيره سواء وروى عن ابن عمر رضي 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 وتلي قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وروى أنه لما بلغه أن عائشة رضي الله عنها تقول لا تحرم المصصة والمصتان فقال حكم الله تعالى أولى وخير من حكمها وأما حديث عائشة رضي الله عنها فقد قيل إنه لم يثبت عنها وهو الظاهر فإنه روى أنها

قالت توفى النبي صلى الله عليه وسلم وهو مما يتلى في القرآن فما إلى نسخه ولا نسخ
بعد وفاة لني صلى الله عليه وسلم ولا

(٧)

يحتمل أن يقال ضاع شئ من القرآن ولهذا ذكر الطحاوي في اختلاف العلماء ان هذا حديث منكر وانه من صيارفة الحديث ولئن ثبت فيحتمل أنه كان في رضاع الكبير فسخ العدد بنسخ رضاع الكبير وأما حديث المصصة والمصتين فقد ذكر الطحاوي أن في اسناده اضطرابا لان مداره على عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها وروى أنه سئل عروة عن الرضاعة فقال ما كان في الحولين وإن كان قطرة واحدة محرم 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 لأنه لا يعلم أن 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 رضي 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 لزج إذا وصل اللبن إلى جوفه يقال هل عقيتم صبيكم أي هل سقيتموه عسلا ليسقط عنه عقيه إنما ذكر ذلك ليعلم أن اللبن قد صار في جوفه لأنه لا يعقى من ذلك اللبن حتى يصير في جوفه ويحتمل أنه كان ذلك في ارضاع الكبير حين كان محرما ثم نسخ وأما قوله إن الرضاع إنما يحرم لكونه منبئا للحم منشرا للعظم فنقول القليل يثبت وينشر بقدره فوجب أن يحرم بأصله وقدره على أن هذه الأحاديث ان ثبتت فهي مبيحة وما تلونا محرم والمحرم يقضى على المبيح احتياطا لان الجرعة الكثيرة 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 حلب 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 إن حكم الرضاع هو الحرمة والمرأة بالموت خرجت من أن تكون محلا لهذا الحكم ولهذا لم تثبت حرمة المصاهرة بوطئها عند كم 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 لأنها كانت محلا قابلا للحكم
وقت انفصال اللبن منها فلا يبطل بموتها
بعد ذلك وههنا بخلافه ولان اللبن قد ينجس بموتها لتنجس وعائه وهو الثدي فأشبهه
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 وإن كان يرضع بلبن الشاة والبقر ولا على فعل
الارتضاع منها بدليل انه لو ارتضع
الصبي منها وهي 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 الأمعاء ولبن الميتة يدفع الجوع وينبت اللحم وينشر العظم ويفتق الأمعاء
فيوجب الحرية ولان اللبن
كان محرما في حال الحياة والعارض هو الموت واللبن لا يموت كالبيضة كذا روى
عن عمر رضي الله عنه أنه 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 أعضائه 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 وهي الأصل
في هذه الحرمة فنقول الحرمة
في حال الحياة ما تثبت باعتبار الأصالة والتبعية بل باعتبار انبات اللحم وانشار العظم
وقد بقي هذا المعنى بعد الموت
فتبقى الحرمة بخلاف حرمة مصاهرة لأنها 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

(٨)

الأصلي له ونجاسة الظرف إنما توجب نجاسة المظروف إذا لم يكن الظرف معدنا للمظروف وموضعا له في الأصل
فاما إذا كان في الأصل موضعه ومظانه فنجاسته لا توجب نجاسة المظروف ألا ترى ان الدم الذي يجرى بين اللحم والجلد في المذكاة لا ينجس اللحم لما كان في معدنه ومظانه فكذلك اللبن والدليل عليه انه لو حلب 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 الذي 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 والى الحلق فيغذى ويسد الجوع والوجور يصل إلى الجوف فيغذى وأما الأقطار في الاذن فلا يحرم لأنه لا يعلم وصوله إلى الدماغ لضيق الخرق في الاذن وكذلك الأقطار في الإحليل لأنه لا يصل إلى الجوف فضلا عن الوصول إلى المعدة وكذلك الأقطار في العين والقبل لما قلنا وكذلك الأقطار في الجائفة وفي الآمة لان الجائفة تصل إلى الجوف لا إلى المعدة والآمة إن 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 التغذي 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 مخيضا أو رابيا أو شيرازا أو جبنا أو أقطا أو مصلا 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
جميعا لأنه تغير عن طبعه بالطبخ وان لم تمسه النار فإن كان الغالب هو الطعام لم تثبت
الحرمة لان الطعام إذا غلب سلب
قوة اللبن وأزال معناه وهو التغذى فلا يثبت به الحرمة وإن كان اللبن غالبا 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 ولأبي حنيفة ان الطعام
وإن كان أقل من اللبن فإنه
يسلب قوة اللبن لأنه يرق ويضعف بحيث يظهر ذلك في حس البصر فلا تقع الكفاية به
في تغذية الصبي فكان اللبن
مغلوبا معنى وإن كان غالبا صورة وان اختلط بالدواء أو بالدهن أو بالنبيذ يعتبر فيه
الغالب فإن كان اللبن غالبا يحرم لأن هذه
الأشياء لا تحل بصفة اللبن وصورته غذاء بل بقدر ذلك لأنها إنما تخلط باللبن
ليوصل اللبن إلى ما كان لا يصل
إليه بنفسه لاختصاصها بقوة التنفيذ ثم اللبن بانفراده يحرم فمع هذه الأشياء أولى وإن
كان الدواء هو الغالب لا تثبت
به الحرمة لان اللبن إذا صار مغلوبا صار مستهلكا فلا يقع به التغذى فلا تثبت به الحرمة
وكذا إذا اختلط بالماء
يعتبر فيه الغالب أيضا فإن كان اللبن غالبا يثبت به الحرمة وإن كان الماء غالبا 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 غالبا ولا شك في وقت
الرضاع والدليل على أن
القدر المحرم من اللبن وصل إلى جوف الصبي ان اللبن وإن كان مغلوبا فهو موجود
شائع في أجزاء الماء وإن كان
لا يرى فيوجب الحرمة ولنا ان الشرع علق الحرمة في باب الرضاع بمعنى التغذي على
ما نطقت به الأحاديث
واللبن المغلوب بالماء لا يغذى الصبي لزوال قوته ألا ترى انه لا يقع الاكتفاء به في
تغذية الصبي فلم يكن محرما وقد



(9)

خرج الجواب عما ذكره المخالف وذكر الجصاص ان جواب الكتاب ينبغي أن يكون قولهما فاما على قول أبي حنيفة ينبغي ان لا يحرم وإن كان اللبن غالبا وقاس الماء على الطعام وجمع بينهما من حيث إن اختلاطه بالماء يسلب قوته وإن 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 اللبنين من جنس واحد والجنس لا يغلب فلا يكون خلط الجنس بالجنس استهلاكا فلا يصير القليل مستهلكا في الكثير فيغذى الصبي كل واحد منهما بقدره بانبات اللحم وانشار العظم أو سد الجوع لان أحدهما لا يسلب قوة الاخر والدليل على أن خلط الجنس بالجنس لا يكون استهلاكا له ان من غصب من آخر زيتا فخلطه بزيت آخر اشتركا فيه في قولهم جميعا ولو خلطه بشيرج وبدهن آخر من غير جنسه يعتبر الغالب فإن كان الغالب هو المغصوب كان لصاحبه أن يأخذه ويعطيه قسط ما اختلط بزيتته وإن كان الغالب غير المغصوب صار المغصوب مستهلكا 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 التغذي من كل واحد منهما بقدره لان أحدهما لا يسلب قوة الآخر وليس كذلك اختلاط اللبن بالماء واللبن مغلوب لأن الماء يسلب قوة اللبن أو يخل فلا يحصل التغذي أو يختل والله عز وجل أعلم ولو طلق الرجل امرأته ولها لبن من ولد كانت ولدته منه فانقضت عدتها وتزوجت بزواج آخر وهي كذلك فأرضعت صبيا عند الثاني ينظر ان أرضعت قبل ان تحمل من الثاني فالرضاع من الأول بالاجماع لان اللبن نزل من الأول فلا يرتفع

حكيمه 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 ما حملت من الثاني قبل أن تضع فالرضاع من الأول 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 الأول وروى الحسن 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 الأول باقي والحمل سبب لحدوث زيادة لبن فيجتمع لبنان في ثدي واحد فتثبت الحرمة بهما كما قال في اختلاط أحد اللبنين بالآخر بخلاف ما إذا وضعت لان اللبن الأول 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 الأول وجه رواية الحسن عنه ان العادة ان بالحمل ينقطع اللبن الأول ويحدث عنده لبن آخر فكان الموجود عند الحمل الثاني من الحمل الثاني لا من الأول فكان الرضاع منه لا من الأول ولأبي حنيفة أن نزول اللبن من الأول 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 الأول بالشك وقد خرج الجواب عما قاله محمد والله الموفق للصواب ويستوى في تحريم الرضاع الرضاع المقارن للنكاح والطارئ عليه لان دلائل التحريم لا توجب الفصل بينهما وبيان هذا الأصل في



(۱۰)

مسائل إذا تزوج صغيرة فأرضعتها أمه من النسب أو من الرضاع حرمت عليه لأنها
صارت أختا 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 فأرضعتها
معا أو على التعاقب حرمتا عليه لأنهما صارتا أختين من الرضاعة فيحرم الجمع بينهما
في حالة البقاء كما يحرم في حالة الابتداء
كما في النسب ويجوز ان يتزوج إحداهما أيتها شاء لان المحرم هو الجمع كما في
النسب فان كن ثلاثا فأرضعتهم جميعا معا
حرمن عليه لأنهن صرن أخوات من الرضاعة فيحرم الجمع بينهن وله أن يتزوج واحدة
منهن أيتها شاء لما قلنا وان
أرضعتهم على التعاقب واحدة بعد واحدة حرمت عليه الأولتان وكانت الثالثة زوجته
لأنها لما أرضعت الأولى ثم
الثانية صارتا أختين فباتتا منه فإذا أرضعت الثالثة فقد صارت أختا لهما لكنهما أجنبيتين
فلم يتحقق الجمع فلا تبين
منه وكذا إذا أرضعت البنيتين معا ثم الثالثة حرمتا والثالثة حرمتا والثالثة امرأته لما قلنا
ولو أرضعت الأولى ثم الثنتين معا حرمن
جميعا لان الأولى لم تحرم كذا الارضاع لعدم الجمع فإذا أرضعت الاخرتين معا
أخوات في حالة واحدة فيفسد
نكاحهن ولو كن أربع صبيات فأرضعتهم على التعاقب واحدة بعد واحدة حرمن جميعا
لأنها لما أرضعت الثانية فقد
صارت أختا للأولى فحصل الجمع بين الأختين من الرضاعة فباتتا ولما أرضعت الرابعة
فقد صارت أختا للثالثة فحصل
الجمع فباتتا وحكم المهر والرجوع في هذه المسائل نذكره في المسألة التي تليها وهي
ما إذا تزوج صغيرة وكبيرة فأرضعت
الكبيرة الصغيرة أما حكم النكاح فقد حرمتا عليه لان الصغيرة صارت بنتا لها والجمع
بين الام والبنت من الرضاع نكاحا
حرام كما يحرم من النسب ثم إن كان ذلك بعدما دخل بالكبيرة لا يجوز له أن يتزوج
واحدة منهما أبدا كما في النسب
وإن 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 أبدا لأنها أم منكوخته من الرضاع فتحرم

بمجرد نكاح البنت دخل بها أو لم يدخل بها كما في النسب وأما حكم المهر فاما الكبيرة فإن 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 حقا لها بطريقة الصلة وبالارضاع خرجت عن استحقاق الصلة فإن كان لم يدخل بها سقط مهرها فلا مهر لها ولا سكنى ولا نفقة سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد لان الأصل أن الفرقة الحاصلة قبل الدخول توجب سقوط كل المهر لان المبدل يعود سليما إلى المرأة وسلامة المبدل لا حد المتعاقدين يوجب سلامة البدل للآخر لئلا يجتمع المبدل والبدل 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 مقدرا بنصف المهر المسمى ابتداء بطريق المتعة صلة لها تطيبها لقلبها لما لحقها من وحشة الفراق بفوات نعمة الزوجية عنها من غير رضاها فإذا أرضعت فقد رضيت بارتفاع النكاح فلا تستحق شيئا وأما الصغيرة فلها نصف المهر على الزوج عند عامة العلماء وقال مالك لا شئ لها وجه قوله إن الفرقة جاءت من قبلها لوجود علة الفرقة منها وهي ارتضاعها لأنه بذلك يحصل اللبن في جوفها فينبت اللحم وينشر العظم فتحصل الجزئية التي هي المعنى المؤثر في الحرمة وإنما الموجود من المرضعة التمكين من ارتضاعها بالقامها ثديها فكانت محصلة للشرط والحكم للعلة لا للشرط فلا يجب على الزوج للصغيرة شئ ولا يجب على الزوج للرضعة شئ أيضا ولنا ما ذكرنا ان الفرقة من أيهما كانت توجب سقوط كل المهر لما ذكرنا وإنما يجب نصف المهر مقدرا 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 اقدمها على الارضاع دلالة الرضا بارتفاع النكاح وهي من أهل الرضا وارضاعها جناية فلا

تستحق النظر بايجاب نصف المهر لها ابتداءً إذ الجاني لا يستحق النظر على جنايته بل
يستحق الزجر وذلك بالحرمان

لئلا يفعل مثله في المستقبل فلا يجب لها شيء سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد لان فعلها جنائية في الحالين ويرجع الزوج بما أدى على الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد وإن كانت لم تتعمد لم يرجع عليها كذا ذكر المشايخ وهذا قول أبي حنيفة وأبي 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 أن هذا ضمان الاتلاف ان الفرقة حصلت من قبلها بارضاعها ولهذا لم تستحق المهر أصلا ورأسا سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد وإذا كان حصول الفرقة من قبلها بارضاعها صارت بالارضاع مؤكدة نصف المهر على الزوج لأنه كان محتملا للسقوط بردتها أو تمكينها من ابن الزوج أو تقبلها إذا كبرت فهي بالارضاع أكدت نصف المهر بحيث لا يحتمل السقوط فصارت متلفة عليه ماله فتضمن وجه قول محمد أنها وان تعمدت الفساد فهي صاحبة شرط في ثبوت الفرقة لأن علة الفرقة هي الارتضاع للصغيرة لما بينا والحكم يضاف إلى العلة لا إلى الشرط على أن ارضاعها إن كان سبب الفرقة فهو سبب محض لأنه طرأ عليه فعل اختياري وهو ارتضاع الصغيرة والسبب إذا اعترض عليه فعل اختياري يكون سببا محضا والسبب المحض لا حكم له وإن كان صاحب السبب متعمدا في مباشرة السبب كفتح باب الإصطبل والقفص حتى خرجت الدابة وضلت أو طار الطير وضاع ولأن 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 لأنها ما أتلفت الصديق بل أسقطت نصفه والنصف الباقي بقي واجبا بالنكاح السابق ولا وجه للثالث لان التأكيد لا يماثل التفويت فلا يكون اعتداء بالمثل ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الكبيرة وإن كانت محصلة شرط الفرقة وعلة الفرقة من الصغيرة كما ذكره محمد لكن الأصل ان الشرط مع العلة إذا اشتركا في الحظر والإباحة أي في سبب المؤاخذة وعدمه فإضافة الحكم إلى العلة أولى من اضافته إلى الشرط فاما إذا كان

الشرط محظورا والعلة غير موصوفة بالحظر إضافة 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 الفرقة مضافة إلى العلة وهي ارتضاعها وإن كان ت تعمدت الفساد كان الشرط محظورا وهو ارتضاع الكبيرة والعلة غير موصوفة بالحظر وهي ارتضاع الصغيرة فكان إضافة الحكم إلى الشرط أولى وإذا أضيفت الفرقة إلى الكبيرة عند تعمدتها الفساد ووجب نصف المهر للصغيرة على الزوج ابتداء ملازما للفرقة صارت الفرقة الحاصلة منها كأنها علة لوجوبه لا انه بقي النصف بعد الفرقة واجبا بالنكاح السابق لان ذلك قول بتخصيص العلة لأنه قول ببقاء نصف المهر على وجود العلة المسقطه لكليه وانه باطل فصارت الكبيرة متلفة هذا القدر من المال على الزوج إذ الأداء مبنى 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 الإصطبل والقفص فكما يلزمهما يلزم محمدا لان عنده يضمن الفاتح وان اعترض على 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 أنها 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 فأرضعتهم الكبيرة فان أرضعتهم معا حرمن عليه لأنهما جميعا صارتا بنتين للمرضعة فصار جامعا بينهن نكاح فحرمن عليه ولا يجوز له أن يتزوج الكبيرة أبدا سواء كان دخل بها أو لم يدخل بها لأنها أم منكوحته فتحرم بنفس العقد على البنت ولا يجوز له

أن يجمع بين الصغيرتين نكاحاً أبداً لأنهما صارتا أختين من الرضاع ويجوز أن يتزوج
بإحدهما إن كان لم يدخل

بالكبرية لأنها ربيته من الرضاع فلا تحرم بمجرد العقد على الام كما في النسب وإن كان قد دخل بها لا يجوز كما
في النسب وان أرضعتها على التعاقب واحدة بعد أخرى فقد حرمت الكبيرة مع الصغيرة الأولى لأنها لما أرضعت الأولى صارت بنتا لها فحصل الجمع بين الام والبنت فبانتا منه وأما الصغيرة الثانية فإنما أرضعتها بعدما بانت الكبيرة فلم يصر جامعا لكنها ربيته من الرضاع فإن كان قد دخل بأبها 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 لأنها لما أرضعت الأولى صارت بنتا لها فحصل الجمع بين الام والبنت فحرمتا عليه ولما أرضعت الثانية فقد أرضعتها والكبيرة والصغيرة الأولى مبانثان فلا يحرم بسبب الجمع لعدم الجمع ولكن ينظر إن كان قد دخل بالكبيرة تحرم عليه للحال لأنها ربيته وقد دخل بأبها وإن كان لم يدخل بأبها لا تحرم عليه للحال حتى ترضع الثالثة فإذا ارتضعت الثالثة حرمتا عليه لأنهما 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 إحداهما بعد أخرى ثم أرضعتا الصغيرة الثانية واحدة بعد أخرى بانت الكبيرتان والصغيرة الأولى والصغيرة الثانية امرأته لأنهما لما أرضعتا الصغيرة الأولى صارت كل واحدة من الكبيرتين أم امرأته وصارت الصغيرة بنت امرأته فصار جامعا بينهما فحرمن عليه فلما أرضعتا الثانية فقد أرضعتاها بعد ثبوت البيونة فلم يصر جامعا فلا تحرم هذه الصغيرة بسبب الجمع ولكنها ابنة منكوحة كانت له فإن كان لم يدخل بها لا تحرم عليه وإن كان قد دخل بها تحرم ولا يجوز له نكاح واحدة من الكبيرتين بعد ذلك بحال والامر في جواز نكاح الصغيرة الأولى على التفصيل الذي مر ولو كانت احدى الكبيرتين أرضعت الصغيرتين واحدة بعد الأخرى ثم أرضعت الكبيرة الأخرى الصغيرتين واحدة بعد الأخرى ينظر إن كانت

الكبيرة الأخيرة
بدأت بالتى بدأت بها الكبيرة الأولى بانت الكبيرتان والصغيرة الأولى والصغيرة الأخرى
امرأته وإن كانت بدأت
بالتى لم تبدأ بها الأولى حرمن عليه جميعا وإنما كان كذلك لان الكبيرة الأولى لما
أرضعت الصغيرة الأولى فقد
صارت بنتها فحصل الجمع بين الام والبنت فحرمتا عليه فلما أرضعت الأخرى أرضعتها
وهي أجنبية فلم يتحقق
الجمع لكن صارت الأخرى ربيته فإن كان لم يدخل بأمها لا تحرم وإن كان قد دخل
بها تحرم فلما جاءت الكبيرة
الأخيرة فأرضعت الصغيرة الأولى فقد صارت أم منكوحته فحرمت عليه فلما أرضعت
الصغيرة الأخرى
فقد أرضعتها وهي أجنبية فصارت ربيته فلا تحرم إذا كان لم يدخل بأمها وإن كان قد
دخل بأمها تحرم وإذا كانت
الكبيرة الأخيرة بدأت بالتى لم تبدأ بها الكبيرة الأولى فقد صارت بنتا لها فصار جامعها
مع أمها فرحمتا عليه كما حرمت
الكبيرة الأولى مع الصغيرة الأولى فحرمن جميعا ولو كان تحته صغيرة وكبيرة فأرضعت
أم الكبيرة الصغيرة باننا لأنهما
صارتا أختين وكذا إذا أرضعت أخت الكبيرة الصغيرة لأنها صارت بنت أخت امرأته
والجمع بين المرأة وبين
بنت أختها لا يجوز في الرضاع كما لا يجوز في النسب ولو أرضعتها عمة الكبيرة أو
خالتها لم تبين لأنها صارت بنت عمة
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 بانت
الصغيرة لأنها 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 لأنها

منكوحة ابنه ولو تزوج صغيرة فطلقها ثم تزوج كبيرة لها لبن فأرضعتها حرمت عليه لأنها صارت أم منكوحة
كانت له فتحرم بنكاح البنت والله عز وجل أعلم.

{فصل} وأما بيان ما يثبت به الرضاع أي يظهر فالرضاع يظهر بأحد أمرين أحدهما الإقرار والثاني البينة أما الإقرار فهو أن يقول لامرأة تزوجها هي أختي من الرضاع أو أمي من الرضاع أو بنتي من الرضاع ويثبت على ذلك ويصبر عليه فيفرق بينهما لأنه أقر ببطلان ما يملك إبطاله للحال فيصدق فيه على نفسه وإذا صدق لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها فلا يكون نفي إبقاء النكاح فائدة فيفرق بينهما سواء صدقته أو كذبه لان الحرمة ثابتة في زعمه ثم إن كان قبل الدخول بها فلها نصف المهر ان كذبه لان الزوج مصدق على نفسه لا عليها بابطال حقها في المهر وإن كان بعد الدخول بها فلها كمال المهر والنفقة والسكنى لأنه 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 أختي أو ابنتي ثم قال أوهمت انه لا يصدق وتعتق كذا ههنا ولنا ان الإقرار اخبار فقوله هذه أختي اخبار منه انها لم تكن زوجته قط لكونها محرمة عليه على التأييد فإذا قال أوهمت صار كأنه 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 نفي الملك في الأصل 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 غلظت 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 فإنه يسئل مرة أخرى فان أصر على ذلك وثبت عليه يفرق بينهما لظهور النسب باقراره مع اصراره عليه وان قال أوهمت أو أخطأت أو غلظت يصدق ولا يفرق بينهما عندنا لما قلنا وإن كان لها نسب معروف أو لا تصلح أما أو بنتا له لا يفرق بينهما وان دام على ذلك لأنه كاذب في اقراره بيقين والله أعلم وأما البيئنة 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 إن 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 عن عكرمة بن خالد المخزومي عن عمر رضي الله عنه أنه 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 وإنما قلنا ذلك لان الرضاع مما يطلع عليه الرجال أما ثدي الأمة فلانه يجوز للأجانب النظر إليه وأما ثدي 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 وهي ضرورة عدم اطلاع الرجال على المشهود به فإذا جاز الاطلاع عليه في الجملة لم تتحقق الضرورة بخلاف الولادة فإنه لا يجوز لاحد فيها من الرجال الاطلاع عليها فدعت الضرورة إلى القبول وإذا شهدت امرأة على الرضاع فالأفضل للزوج ان يفارقها لما روى عن محمد ان عقبه ابن الحرث قال تزوجت بنت أبي اهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت انى أرضعتكما

فذكرت ذلك لرسول الله صلى

(١٤)

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 عقبه 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 الأفضل والأولى ألا ترى انه صلى الله عليه وسلم لم يفرق بينهما بل أعرض ولو كان التفريق واجبا لما اعرض فدل قوله صلى الله عليه وسلم فارقها على بقاء النكاح وروى أن رجلا تزوج امرأة فجاءت امرأة فزعمت أنها أرضعتها فسأل الرجل عليا رضي الله عنه فقال هي امرأتك ليس أحد يحرمها عليك فان تنزهت فهو أفضل وسأل ابن عباس رضي الله عنهما فقال له مثل ذلك ولأنه يحتمل أن تكون صادقة في شهادتها فكان الاحتياط هو المفارقة فإذا فارقها فالأفضل له أن يعطيها نصف المهر إن كان قبل الدخول بها لاحتمال صحة النكاح لاحتمال كذبها في الشهادة والأفضل لها ان لا تأخذ شيئا منه لاحتمال فساد النكاح لاحتمال صدقها في الشهادة وإن كان بعد الدخول فالأفضل للزوج ان يعطيها كمال المهر والنفقة والسكنى لاحتمال جواز النكاح والأفضل لها ان تأخذ الأقل من مهر مثلها ومن المسمى ولا تأخذ النفقة والسكنى لاحتمال الفساد وان لم يطلقها فهو في سعة من المقام معها لان 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 ان النكاح كان فاسدا وإن كان بعد الدخول بها يجب لها الأقل من المسمى ومن مهر المثل ولا تجب النفقة والسكنى في سائر الأنكحة الفاسدة والله عز وجل أعلم.

{ كتاب النفقة }

النفقة أنواع أربعة نفقة الزوجات و نفقة الأقارب و نفقة الرقيق و نفقة البهائم و الجمادات 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
وصيرورتها دينا 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 والامر بالا
سكان أمر بالاتفاق لأنها لا تصل إلى
النفقة الا بالخروج والاكتساب وفي حرف عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أسكنوهن
من حيث سكنتم وأنفقوا
عليهن من وجدكم وهو نص وقوله عز وجل ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن أي لا
تضاروهن في الانفاق عليهن
فتضيقوا عليهن النفقة فيخرجن أو لا تضاروهن في المسكن فتدخلوا عليهن من غير
استئذان فتضيقوا عليهن المسكن
فيخرجن وقوله عز وجل وان 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 السنة فما روى عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم أنه قال
اتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوار لا يملكن لأنفسهن شيئا وإنما أخذتموهن بأمانة
الله واستحللتم فروجهن بكلمة
الله لكم عليهن حق ان لا يوطئن فرشكم أحدا ولا يأذن في بيوتكم لاحد تكرهونه فان
خفتن نشوزهن فعظوهن
واهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم كسوتهن ورزقهن
بالمعروف ثم قال ثلاثا الا هل
بلغت ويحتمل أن يكون هذا الحديث تفسيرا لما أجمل الحق في قوله ولهن مثل الذي
عليهن بالمعروف فكان
الحديث مبينا لما في الكتاب أصله وروى أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال ما حق المرأة
على الزوج فقال صلى الله عليه وسلم يطعمها إذا أطعم ويكسوها إذا كسى وان لا
يهجرها الا في المبيت ولا يضربها
ولا يقبح وقال النبي صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال أبي
سفيان ما يكفيك وولدك

بالمعروف ولو لم تكن النفقة واجبة لم يحتمل أن يأذن لها بالاخذ من غير اذنه وأما
الاجماع فلان الأمة أجمعت على
هذا وأما المعقول فهو ان المرأة محبوسة بحبس النكاح حقا للزوج ممنوعة عن
الاكتساب بحقه فكان نفع
حبسها عائدا إليه فكانت كفايتها عليه كقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان
ولأنها إذا كانت محبوسة
بحبسه ممنوعة عن الخروج للكسب بحقه فلو لم يكن كفايتها عليه لهلكت ولهذا
جعل للقاضي رزق في بيت مال
المسلمين لحقهم لأنه 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 أصحابنا 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 أثر
له لأنه 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 الأصل
يبني 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
لأنه لم يثبت بسبب النكاح لانعدامه وإنما 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 إن كانت مدخولا بها عندنا لقيام حق حبس النكاح وعند الشافعي
إن كانت مطلقة طلاقا رجعيا
أو بائنا وهي حامل فكذلك فاما المبتوتة إذا كانت حاملا فلها السكنى ولا نفقة لها
لزوال النكاح بالإبانة 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 ببدل أو بغير بدل
وهو الخلع والطلاق على مال
لما قلنا ولو خالعا على أن يبرأ من النفقة والسكنى يبرأ من النفقة ولا يبرأ من السكنى
لكنه يبرأ عن مؤنة السكنى لان
النفقة حقها على الخلوص وكذا مؤنة السكنى فتملك الابراء عن حقها فاما السكنى
ففيها حق الله عز وجل فلا تملك
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 ولأنها جعلت الابراء عن النفقة عوضا عن
نفسها في العقد ولا يصح ذلك الا بعد
سابقة الوجوب فيثبت الوجوب مقتضى الخلع باصطلاحهما كما لو اصطلحا على النفقة
انها تجب وتصير دينا في الذمة
كذا هذا وكذلك الفرقة بغير طلاق إذا كانت من قبلها فلها النفقة والسكنى سواء كانت
بسبب مباح كخيار البلوغ

أو بسبب محذور كالردة ووطئ أمها أو ابنتها أو تقبيلهما بشهوة بعد أن يكون بعد
الدخول بها لقيام السبب وهو حق

الحبس للزوج عليها بسبب النكاح وإذا كانت من قبل المرأة فإن كانت بسبب مباح كخيار الادراك وخيار العتق وخيار عدم الكفاءة فكذلك لها النفقة والسكنى وإن كانت بسبب محذور بان ارتدت أو طاعت ابن زوجها أو أباه أو لمستته بشهوة فلا نفقة لها استحسانا ولها السكنى وإن كانت مستكرهة والقياس أن يكون لها النفقة والسكنى في ذلك كله وجه القياس ان حق الحبس قائم وتستحق النفقة كما إذا كانت الفرقة من قبلها بسبب مباح وكما إذا كانت الفرقة من قبل الزوج بسبب مباح أو محذور وللاستحسان وجهان أحدهما ان حق الحبس قد بطل بردتها الا ترى انها تحبس بعد الردة جبرا لها على الاسلام لثبوت بقاء حق النكاح فلم تجب النفقة بخلاف ما إذا كانت الفرقة بسبب مباح لان 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 طاعت ابن زوجها أو قبلته بشهوة انها لا تستحق النفقة وان بقي حبس النكاح ما دامت العدة قائمة ولا اشكال في الحقيقة لان هناك عدم الاستحقاق لانعدام شرط من شرائط الاستحقاق وهو ان لا يكون الفرقة من قبلها خاصة بفعل هو محذور مع قيام السبب وهو حبس النكاح فاندفع الاشكال بحمد الله تعالى والثاني ان 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 انه يحرم الميراث لما قلنا كذا هذا بخلاف ما إذا كانت مستكرهة على الوطئ لان فعلها ليس بجناية فلا يوجب حرمان الصلة وكذا إذا كانت الفرقة بسبب مباح وبخلاف الزوج لان النفقة حقها قبل الزوج فلا يؤثر فعله الذي هو معصية في اسقاط 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 ان 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
الاسلام فقد زال العارض فتعود
النفقة وأما في الفصل الأول فالنفقة لم تبقى واجبة وقت وجوب العدة لبطلان سبب
وجوبها بالردة في حق حبس
النكاح لان الردة أوجبت بطلان ذلك الحبس فلا يعود من غير تجديد النكاح فلا تعود
النفقة بدونه والأصل في هذا
ان كل امرأة لم تبطل نفقتها بالفرقة ثم بطلت قي العدة لعارض منها ثم زال العارض في
العدة تعود نفقتها وكل من بطلت
نفقتها بالفرقة لا تعود النفقة في العدة وان زال سبب الفرقة في العدة بخلاف ما إذا
نشزت ثم عادت انها تستحق النفقة
لان النشوز لم يوجب بطلان حق الحبس الثابت بالنكاح وإنما فوت التسليم المستحق
بالعقد فإذا عادت فقد سلمت
نفسها فاستحقت النفقة ولو طاوعت ابن زوجها أو أباه في العدة أو لمستته بشهوة فإن
كانت معتدة من طلاق وهو رجعي
فلا نفقة لها لان الفرقة ما وقعت بالطلاق وإنما وقعت بسبب وجد منها وهو محذور
وإن كان الطلاق بائنا أو كانت
معتدة عن فرقة بغير طلاق فلها النفقة والسكنى بخلاف ما إذا ارتدت في العدة انه لا
نفقة لها إلى أن تعود إلى الاسلام
وهي في العدة لان حبس النكاح يفوت بالردة ولا يفوت بالمطوعة والمس ولو ارتدت
في العدة ولحقت بدار الحرب
ثم عادت وأسلمت أو سببت وأعتقت أو لم تعتق فلا نفقة لها لأن العدة قد بطلت
باللحاق بدار الحرب لان الردة مع
اللحاق بمنزلة الموت ولو طلق امرأته وهي أمة طلاقاً بائناً وقد كان المولى بوأها مع
زوجها بيتاً 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 بيتاً حتى
طلقها الزوج ثم أراد ان ييوئها مع الزوج في العدة لتجب النفقة فإنها لا تجب وجه
الفرق ان النفقة كانت واجبة في
الفصل الأول 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

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 والأصل 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 الأقراء وعدة الأشهر وعدة
الحمل لاستواء الكل في سبب الاستحقاق فينفق عليها ما دامت في العدة وان تناولت
المدة لعذر الحمل 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 فإنما تجب على النفقة لعدة
الحمل وأكثر مدة الحمل سنتان
وقد مضى ذلك فلا نفقة على فان القاضي لا يلتفت إلى قوله ويلزمه النفقة إلى أن
تنقضي عدتها بالأقراء وتدخل في عدة
الإياس لان أحد العذرين ان بطل وهو عذر الحمل فقد بقي الاخر وهو عذر امتداد
الطهر إذ الممتد طهرها من ذوات
الأقراء وهي مصدقة في ذلك فإن لم تحض حتى دخلت في حد الإياس أنفق عليها ثلاثة
أشهر فان حاضت في الأشهر
الثلاثة واستقبلت العدة بالحيض فلها النفقة لأنها معتدة وكذلك لو كانت صغيرة يجامع
مثلها فطلقها بعد ما دخل بها
انفق عليها ثلاثة أشهر فان حاضت في الأشهر الثلاثة واستقبلت عدة الأقراء انفق عليها
حتى تنقضي عدتها لما قلنا وان
طالبته امرأة بالنفقة وقدمته إلى القاضي فقال الرجل للقاضي قد كنت طلقته منذ سنة
وقد انقضت عدتها في هذه المدة
وجحدت المرأة الطلاق فان القاضي لا يقبل قول الزوج انه طلقها منذ سنة ولكن يقع
الطلاق عليها منذ أقر به عند
القاضي لأنه يصدق في حق نفسه لا في ابطال حق الغير فان أقام شاهدين على أنه
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 وإن كانت أخذت منه شيئاً
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 لأنه غير
مصدق عليها في ابطال حقها ولو
طلق امرأته ثلاثاً أو بائناً فامتدت عدتها إلى سنتين ثم ولدت لأكثر من سنتين وقد كان
الزوج أعطاها النفقة إلى وقت
الولادة فإنه يحكم بانقضاء عدتها قبل الولادة لسنة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد
ويسترد نفقة ستة أشهر
قبل الولادة وعند أبي يوسف لا يسترد شيئاً من النفقة وكذلك إذا أطلق امرأته في حال
المرض فامتد مرضه
إلى سنتين وامتدت عدتها إلى سنتين ثم ولدت المرأة بعد الموت بشهر وقد كان
أعطاها النفقة إلى وقت الوفاة فإنها
لا تترث ويسترد منها نفقة ستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف تترث ولا
يسترد شيئاً من النفقة وقد مرت
المسئلتان في كتاب الطلاق ولا نفقة في الفرقة قبل الدخول باي سبب كانت لارتفاع
النكاح من كل وجه فينعدم
السبب وهو الحبس الثابت بالنكاح وأم الولد إذا أعتقها مولها ووجبت عليها العدة لا
نفقة لها وإن كانت محبوسة
ممنوعة عن الخروج لان هذا الحبس لم يثبت بسبب النكاح وإنما يثبت لتحصين الماء
فأشبهت المعتدة من النكاح
الفاسد ولان نفقتها قبل العتق إنما وجبت بملك اليمين لا بالاحتباس وقد زال بالاعتاق
ونفقة الزوجة إنما وجبت
بالاحتباس وأنه قائم
(فصل) وأما شرط وجوب هذه النفقة فلوجوبها شرطان أحدهما يعم النوعين جميعاً
أعني نفقة النكاح ونفقة العدة
والثاني يخص أحدهما وهو نفقة العدة أما الأول فتسليم المرأة نفسها إلى الزوج وقت
وجوب التسليم ونعني 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

(١٨)

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 امكان
الاستيفاء فلا يبطل حقها في النفقة
فان 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 لان امتناعها بحق
فلم يجب عليها التسليم فلم تمتنع
من التسليم حال وجوب التسليم ولو كانت ساكنة منزلها فممنعته من الدخول عليها لا
على سبيل النشوز فان قالت حولني
إلى منزلك أو أكثر لي منزلاً أنزله فاني احتاج إلى منزلي هذا آخذ كراءه فلها النفقة لان
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 بأن 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 لان 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 فانعدم شرط الوجوب فلا يجب وقال أبو يوسف إذا كانت

الصغيرة تخدم الزوج وينتفع
الزوج بها بالخدمة فسلمت نفسها إليه فان شاء ردها وان شاء أمسكها فان أمسكها
فلها النفقة وان ردها فلا نفقة لها
لأنها إذا لم تحتمل الوطئ لم يوجد التسليم الذي أوجبه العقد فكان له أن يمتنع من
القبول فان أمسكها فلها النفقة لأنه
حصل له منها نوع منفعة وضرب من الاستمتاع وقد رضى بالتسليم القاصر وان ردها
فلا نفقة لها حتى يجيء حال
يقدر فيها على جماعها لانعدام التسليم الذي أوجبه العقد وعدم رضاه بالتسليم القاصر
وإن كان الزوج صغيرا والمرأة
كبيرة فلها النفقة لوجود التسليم منها على التفسير الذي ذكرنا وإنما عجز الزوج عن
القبض وأنه ليس بشرط لوجوب
النفقة وكذلك لو كان الزوج مجبوبا أو عينيا 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 وهي مريضة فلها
النفقة بعد النقلة وقبلها أيضا
فإذا طلبت النفقة فلم ينقلها وهي لا تمتنع من النقلة لو طالبها الزوج وإن كانت تمتنع
فلا نفقة لها كالصحيحة
كذا ذكر في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه لا نفقة لها قبل النقلة فإذا نقلت
وهي مريضة فله أن يردها وجه
رواية أبي يوسف أنه لم يوجد التسليم إذ هو تخلية وتمكين ولا يتحقق ذلك مع المانع
وهو تبوء المحل فلا تستحق النفقة
كالصغيرة التي لا تحتمل الوطئ وإذا سلمت نفسها وهي مريضة له ان يردها لان
التسليم الذي 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
يجامع 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 يكفي 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 وهي صحيحة

ثم مرضت في بيت الزوج مرضا لا تستطيع معه الجماع لم تبطل نفقتها بلا خلاف لان التسليم المطلق وهو التسليم

الممكن من الوطئ والاستمتاع قد حصل بالانتقال لأنها كانت صحيحة كذا الانتقال
ثم قصر التسليم لعارض يحتمل
الزوال فأشبهه 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 فطعت 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
ويبين ما إذا كانت قادرة على
التخلية أو لا 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
فإن كانت تقدر على أن تخلى بينه وبين نفسها فلها النفقة وإن كانت في موضع لا
تقدر على التخلية فلا نفقة
لها وهذا تفسير ما أجمله محمد في الجامع لأنها إذا كانت تقدر على أن توصله إليها
فالظاهر منها عدم المنع لو طالبها الزوج
وهذا تفسير التسليم فإن لم يطالبها فالتقصير جاء من قبله فلا يسقط حقها وإن 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 ما إذا كانت محبوسة لا
تقدر على قضاءه فاما إذا كانت
قادرة على القضاء فلم تقض فلا نفقة لها وهذا صحيح لأنها إذا لم تقض مع القدرة على
القضاء صارت كأنها حبست
نفسها فتصير بمعنى الناشزة ولو فرض القاضي 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 أبي 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
أبي يوسف أن لهما النفقة بعد الانتقال فاما قبل الانتقال فلا نفقة لهما وجه رواية أبي

يوسف أن التسليم الذي 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 التي ينتقع بها في الخدمة
والمريضة التي 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 يكفي لاستحقاق النفقة كتسليم الحائض والنفساء والمحرمة والصائمة مع
ما ان التسليم المطلق يتصور منهما
بواسطة إزالة المانع من الرق والقرن بالعلاج فيمكن الانتفاع بهما وطأ ولو حجت
المرأة حجة فريضة فإن كان
ذلك قبل النقلة فان حجت بلا محرم ولا زوج فهي ناشرة وان حجت مع محرم لها
دون الزوج فلا نفقة لها في قولهم
جميعا لأنها امتنعت من التسليم بعد وجوب التسليم فصارت كالناشزة وإن 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
بأمر من قبلها وهو خروجها فلا تستحق النفقة كالناشزة ولأبي 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 أبي يوسف يفرض لها القاضي نفقة الإقامة لا نفقة السفر لان الزوج لا
يلزمه الا نفقة الحضر
فأما زيادة المؤنة التي تحتاج إليها المرأة في السفر من الكراء ونحو ذلك فهي عليها لا
عليه لأنها لأداء 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 إقامة لا تحتاج إليها سقطت نفقتها لأنها غير معذورة
في ذلك فصارت كالناشزة
فان طلبت نفقة ثلاثة أشهر قدر الذهاب والمجئ لم يكن على الزوج ذلك ولكن يعطيها
نفقة شهر واحد فإذا

عادت أخذت ما بقي لان الواجب عليه لها نفقة الإقامة لا نفقة السفر ونفقة الإقامة
تفرض لها كل شهر فشهرا

وهذه الجملة لا تنفرع 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 لأختها وان وجبت عليها العدة لأنها معتدة من نكاح فاسد وعلى هذا الأصل يخرج ما إذا تزوج حر أو عبد أو أمة أو قنة أو مدبرة أو أم ولد انه ان بوأها المولى تجب النفقة والا فلا لان سبب الوجوب وهو حق الحبس وشرطه وهو التسليم لا يتحقق بدون التبوئة لان التبوئة لان هوان يخلي المولى بينها 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 بوأها المولى ثم بدا له أن يستخدمها فله ذلك لما ذكرنا ان خدمتها حق المولى لان منافع سائر الأعضاء بقيت على ملكه وإنما أعارها للزوج بالتبوئة وللمعير أن يسترد عاريتها ولا نفقة على الزوج مدة الاستخدام لفوات التسليم فيها من جهة المولى ولو بوأها مولاها بيت الزوج فكانت تجيء في أوقات إلى مولاها فتخدمه من غير أن يستخدمها قالوا لا تسقط نفقتها لان الاسترداد إنما يحصل بالاستخدام ولم يوجد ولان هذا القدر من الخدمة لا يقدر في التسليم كالحررة إذا خرجت إلى منزل أبيها وإن كانت مكاتبة تزوجت بإذن 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 بإذن المولى حرة أو أمة فهو
في وجوب النفقة كالحرة لاستوائهما 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 فإن
كان المولى ضرب عليه ضريبة
فان نفقة امرأته تقدم على ضريبة مولاه لأنها بالفرض صارت دينا في رقبته حيث يباع
بها فأشبه سائر الديون
بخلاف الغلة فإنها 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 لأنها بد له فتقوم مقامه كأنه هو كما في سائر الديون وجه ظاهر
الرواية ان القيمة إنما تقام مقام القرية
في الديون المطلقة لا فيما يجرى مجرى الصلوات النفقة تجرى مجرى الصلوات على
أصل أصحابنا لما نذكر إن شاء الله
تعالى فتسقط بالموت قبل القبض كسائر الصلوات ولهذا لو كان الزوج حرا فقتل خطأ
سقت عندنا ولا تقام
الدية مقامه فكذا إذا كان عبدا وكذلك المدبر وأم الولد لما قلنا غير أن 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 لأنه إذا عجز يعود
قنا فيسعى فيها ما دام
مكاتباً 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 لأنه إن كان من حرة يكون حراً فلا يجب على العبد نفقة

الحر وتكون على الام نفقته إن كانت غنية وإن كانت محتاجة فعلى من يرث الولد من القرابة وإن كان من أمة
فيكون عبدا لمولاها فلا يلزم غيره نفقته وكذلك الحر إذا تزوج أمة فولدت له أولادا فنفقة الأولاد على مولى الأمة
لأنهم مماليكه والعبد والحر في ذلك سواء وكذلك المدبرة وأم الولد في هذا كالأمة القنة لما قلنا وإن كان مولى
الأمة في هذه المسائل فقيرا والزواج أب الولد غنيا لا يؤمر الأب بالنفقة على ولده بل اما ان يبيعه مولاه أو ينفق
عليه إن كان من أمة قنة وإن كان من مدبرة أو أم ولد ينفق الأب عليه ثم يرجع على المولى إذا أيسر لتعذر الجبر على
البيع ههنا لعدم قبول المحل فأما إذا كانت مكاتبة فنفقة أولادها لا تجب على زوجها وإنما تجب على الام المكاتبة
سواء كان الأب حرا أو عبدا لان ولد المكاتبة ملك المولى رقبة وهو حق المكاتبة 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 فنفقتهما جميعا على المولى لأنهما جميعا ملك
المولى والله عز وجل أعلم والكتابية في استحقاق النفقة على زوجها المسلم كالمسلمة لاستوائهما في سبب
الاستحقاق وشرطه والذمي في وجوب النفقة عليه لزوجته 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 فأعلمهم 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 أن هذا النكاح فاسد عندهم وأما عند أبي حنيفة فقد ذكر بعض مشايخنا انه صحيح
عندهم حتى قال إنهما يقران عليه ولا يعترض عليهما قبل ان يترافعا أو يسلم أحدهما

وذكر الكرخي ان هذا النكاح فاسد بالاجماع وإنما أوجب أبو حنيفة النفقة مع فساد هذا النكاح لأنهما يقران عليه مع فساده عنده فان أبا حنيفة قال إني 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 الأحكام من النسب والعدة وغير ذلك ويستوى في استحقاق هذه النفقة المعسرة والموسرة فتستحق الزوجة النفقة على زوجها وإن كانت موسرة لاستوائهما في سبب الاستحقاق وشرطه ولأن هذه النفقة لها شبه بالاعواض فيستوى فيها الفقير والغنى كنفقة القاضي والمضارب بخلاف نفقة المحارم انها لا تجب للغنى لأنها تجب صلة محضنة لمكان الحاجة فلا تجب عند عدم الحاجة وتجب هذه النفقة من غير قضاء القاضي لكنها لا تصير دينا في الذمة الا بقضاء أو رضا على ما نذكر إن شاء الله تعالى بخلاف نفقة ذوي الأرحام فإنها لا تجب من غير قضاء القاضي ونفقة الوالدين والمولودين تجب من غير قضاء القاضي والفرق بين هذه الجملة يذكر في نفقة الأقارب إن 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 لأنها محبوسة لحقه منتفع بها ظاهرا وغالبا فكان معنى التسليم حاصلًا والنشوز في العدة ان تخرج من بيت العدة مراغمة لزوجها أو تخرج لمعنى من قبلها وقد روى أن 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 وجوبهما

لا يختلف وكذا شرط الوجوب ويجبان على الموسر والمعسر لان دليل الوجوب لا
يفصل والله أعلم وكل امرأة لها
النفقة لها السكنى لقوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرأ ابن
مسعود رضي الله عنه أسكنوهن
من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم ولأنهما استويا في سبب الوجوب وشرطه
وهو ما ذكرنا فيستويان في
الوجوب ويستوي في وجوبهما أصل الموسر والمعسر لان دلائل الوجوب لا توجب
الفصل وإنما
يختلفان في مقدار الواجب منهما وسنبيته إن شاء الله تعالى في موضعه ولو أراد الزوج
ان يسكنها مع ضررتها أو مع
احمائها كأم الزوج وأخته وبنته من غيرها وأقاربه فأبت ذلك عليه ان يسكنها في منزل
مفرد لأنهن ربما يؤذيها
ويضررن بها في المساكنة واباؤها دليل الأذى والضرر ولأنه يحتاج إلى أن 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 إنها ليس
لها ان تطالبه بيت آخر ولو كانت في منزل الزوج وليس معها أحد يساكنها فشكت
إلى القاضي ان الزوج يضربها
ويؤذيها سأل القاضي 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 القاضي ان يحولها إلى
جيران صالحين فان أخبروا
القاضي 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
والثاني في بيان من تقدر به اما الأول 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 مقدره ولأنه اطعام واجب فيجب أن يكون مقدرًا كالاطعام في الكفارات ولأنها وجبت بدلا لأنها تجب بمقابلة الملك عندي ومقابلة الحبس عندكم فكانت مقدره كالثمن في البيع والمهر في النكاح ولنا قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مطلقا عن التقدير فمن قدر فقد خالف النص ولأنه أوجبها باسم الرزق ورزق الانسان كفايته في العرف والعادة كرزق القاضي والمضارب وروى أن هند امرأة أبي سفيان قالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وانه لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال صلى الله عليه وسلم خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف نص عليه أفضل الصلاة والسلام على الكفاية فدل ان نفقة الزوجة مقدره بالكفاية ولأنها وجبت بكونها محبوسة بحق الزوج ممنوعة عن الكسب لحقه فكان وجوبها بطريق الكفاية كنفقة القاضي والمضارب وأما الآية فهي حجة عليه لان فيها أمر الذي عنده السعة بالانفاق على قدر السعة مطلقا عن التقدير بالوزن فكان التقدير به تقييد المطلق فلا يجوز الا بدليل وقوله إنه اطعام واجب يبطل بنفقة الأقارب فإنه اطعام واجب وهي غير مقدره بنفسها بل بالكفاية والتقدير بالوزن في الكفارات ليس لكونها نفقة واجبة بل لكونها عبادة محضة لوجوبها على وجه الصدقة كالزكاة فكانت مقدره بنفسها كالزكاة ووجوب هذه النفقة ليس على وجه الصدقة بل على وجه الكفاية فتقدر بكفايتها كنفقة الأقارب وأما قوله إنها وجبت بدلا ممنوع ولسنا نقول إنها تجب مقابلة الحبس بل تجب جزاء على الحبس ولا يجوز أن تكون واجبة بمقابلة ملك النكاح لما ذكرنا وإذا كان وجوبها على سبيل الكفاية فيجب على الزوج من النفقة قدر ما يكفيها من الطعام والإدام والدهن لان الخبز لا يؤكل عادة الا مادوما والدهن لا بد منه للنساء ولا تقدر نفقتها بالدرهم والدنانير على أي سعر كانت لان فيه اضارا بأحد الزوجين إذ السعر قد يغلو وقد يرخص بل تقدر لها على حسب اختلاف الأسعار غلاء ورخصا رعاية للجانبين ويجب عليه من الكسوة في كل سنة مرتين صيفية وشتوية لأنها كما تحتاج إلى الطعام

والشراب تحتاج إلى اللباس

(٢٣)

لستر العورة ولدفع الحر والبرد ويختلف ذلك باليسار والاعسار والشتاء والصيف على ما نذكر إن 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 فأبت المرأة الطبخ والخبز يعني بان تطبخ وتخبز لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال بين علي وفاطمة رضي الله عنهما فجعل أعمال الخارج على علي وأعمال الداخل على فاطمة رضي الله عنهما لكنها لا تجبر على ذلك ان أبت ويؤمر الزوج ان يأتي لها بطعام مهياً ولو استأجرها للطبخ والخبز لم يجز ولا يحوز لها أخذ الأجرة على ذلك لأنها لو أخذت الأجرة لآخذتها 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 وإن كان لها خادم يجب لخدمتها أيضاً النفقة والكسوة إذا كانت متفرغة لشغلها ولخدمتها لا شغل لها غيرها لان أمور البيت لا تقوم بها وحدها فتحتاج إلى خادم ولا يجب عليه لأكثر من خادم واحد في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يجب لخدمين ولا يجب أكثر من ذلك وروى عنه رواية أخرى ان المرأة إذا كانت يجلب مقدارها عن خدمة خادم واحد وتحتاج إلى أكثر من ذلك تجب؟ لأكثر من ذلك بالمعروف وبه أخذ الطحاوي وجه ظاهر قول أبي يوسف ان خدمة امرأة لا تقوم بخادم واحد بل تقع الحاجة إلى خدمين يكون أحدهما معينا للآخر وجه قولهما ان الزوج لو قام بخدمتها لنفسه لا يلزمه نفقة خادم أصلاً وخادم واحد يقوم مقامه فلا يلزمه غيره لأنه إذا قام مقامه صار كأنه خدم بنفسه ولان الخادم الواحد لا بد منه والزيادة على ذلك ليس له حد معلوم يقدر به فلا يكون اعتبار الخادمين أولى من الثلاثة والأربعة فيقدر بالأقل وهو الواحد هذا إذا كان الزوج موسراً فاما إذا كان معسراً فقد روى الحسن عن أبي حنيفة انه ليس عليه نفقة خادم وإن كان

لها خادم وقال محمد إن كان لها خادم فعليه نفقته والا فلا وجه قول محمد انه لما كان لها خادم علم أنها لا ترضى بالخدمة بنفسها فكان على الزوج نفقة خادمها وان لم يكن ها 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 وإن 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 وإن 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 بيتها خبز الشعير لا يجب عليه أن يطعمها ما يأكله ولا يطعمها ما كانت تأكل في بيت أهلها أيضا ولكن يطعمها خبز الحنطة ولحم الشاة وكذلك الكسوة على هذا الاعتبار وجه قول الخصاف ان في اعتبار حالتها 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 والإدام والدهن بالمعروف ومن الكسوة أدنى ما يكفيها من الصيفية والشتوية وإن كان متوسطا ينفق عليها أوسع من ذلك بالمعروف ومن الكسوة أرفع من ذلك بالمعروف وإن كان غنيا ينفق عليها أوسع من ذلك كله بالمعروف ومن الكسوة أرفع من ذلك كله بالمعروف وإنما 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

وملحفة وسراويل في عرف ديارنا على قدر حاله من الخشن واللين والوسط والخشن
إذا كان من الفقراء واللين
إذا كان من الأغنياء والوسط إذا كان من الأوساط وذلك كله من القطن أو الكتان على
حسب عادات البلدان
الا الخمار فإنه يفرض على الغنى خمار حرير وفي الشتاء يزداد على ذلك حشويا وفروة
بحسب اختلاف البلاد في الحر
والبرد وأما نفقة الخادم فقد قيل إن 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 الأصلين وذكر الحجج يأتي في
كتاب الحبس إن شاء الله تعالى فان
أقامت المرأة البينة على يساره قبلت بينتها وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينتها لأنها 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 فإنه 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 فضاعت
الكسوة قبل تمام المدة فلا
كسوة لها عليه حتى تمضى المدة التي أخذت لها الكسوة بخلاف نفقة الأقارب 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 بالاعواض وقد جعلت عوضا عن
الاحتباس في جميع الشهر فلا يلزمه
عوض آخر في هذه المدة ولو فرض القاضي 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 الأقارب
والفرق ما ذكرنا ان نفقة الأقارب تجب بعلة الحاجة صلة محضة ولا حاجة عند بقاء
النفقة والكسوة ونفقة الزوجات
لا تجب لمكان الحاجة وإنما 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 تمضي المدة
بخلاف نفقة الأقارب 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 القاضي أو بتراضي الزوجين فإن لم يوجد أحد
هذين تسقط بمضي الزمان وقال
الشافعي انها تصير دينا في الذمة من غير قضاء القاضي ولا رضاه وتسقط بمضي الزمان
فيقع الكلام في هذا الفصل في
مواضع في بيان ان الفرض من القاضي أو التراضي هل هو شرط صيرورة هذه النفقة دينا
في ذمة الزوج أم لا وفي
بيان شرط جواز فرضها من القاضي على الزوج إذا كان شرطا وفي بيان حكم
صيرورتها دينا في ذمة الزوج أما الأول
فهو على الاختلاف الذي ذكرنا احتج الشافعي بقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن
وكسوتهن بالمعروف وعلى
كلمة ايجاب فقد أخبر سبحانه وتعالى عن وجوب النفقة والكسوة مطلقا عن الزمان

وقوله عز وجل لينفق ذو سعة

(٢٥)

من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله أمر تعالى بالانفاق مطلقا عن الوقت
ولان النفقة قد وجبت والأصل
ان ما وجب على الانسان لا يسقط الا بالايصال أو بالابراء كسائر الواجبات ولأنها
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 وإن كانت تشبه الاعراض لكنها
ليست بعوض حقيقة لأنها
لو كانت عوضا حقيقة فاما إن كانت عوضا عن نفس المتعة وهي الاستمتاع واما إن
كانت عوضا عن ملك المتعة وهي
الاختصاص بها لا سبيل إلى الأول 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
لثاني لان ملك المتعة قد قوبل بعوض
مرة فلا يقابل بعوض آخر فخلت النفقة عن معوض فلا يكون عوضا حقيقة بل كانت
صله ولذلك سماها الله تعالى رزقا
بقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والرزق اسم للصلة كرزق
القاضي والصلوات لا تملك
بأنفسها بل بقرينة تنضم إليها وهي القبض كما في الهبة أو قضاء القاضي لان القاضي له
ولاية الالزام في الجملة أو التراضي
لأن ولاية الانسان على نفسه أقوى من ولاية القاضي عليه بخلاف المهر لأنه أوجب
بمقابلة ملك المتعة فكان عوضا
مطلقا فلا يسقط بمضي الزمان كسائر الديون المطلقة ولا حجة له في الآيتين لان فيهما
وجوب النفقة لابقاؤها واجبة
لأنهما لا يتعرضان للوقت فلو ثبت البقاء إنما يثبت باستصحاب الحال وانه لا يصلح
لالزام الخصم وأما قوله إن الأصل
فيما وجب على إنسان لا يسقط الا بالايصال أو الابراء فنقول هذا حكم الواجب مطلقا
لا حكم الواجب على طريق
الصلة بل حكمه انه يسقط بمضي الزمان كنفقة الأقارب وأجرة المسكن وقد خرج
الجواب عن قوله إنها
وجبت عوضا وأما الجبر والحبس فالصلة تحتمل ذلك في الجملة فإنه يجبر على نفقة
الأقارب ويحبس بها وإن كانت
صلة وكذا من أوصى بان يوهب عبده من فلان بعد موته فمات الموصى فامتنع الوارث

من تنفيذ الهبة في العبد
يجبر عليه ويحبس بأنه وإن كانت الهبة صلة فدل ان الجبر والحبس لا ينفيان معنى
الصلة وعلى هذا يخرج ما إذا
استدانت على الزوج قبل الفرض أو التراضي فأنفقت انها لا ترجع بذلك على الزوج بل
تكون متطوعة في الانفاق
سواء كان الزوج غائبا أو حاضرا لأنها 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 القاضي والتراضي لا يصح الابراء لأنه ابراء عما ليس
بواجب والابراء اسقاط
واسقاط ما ليس بواجب ممتنع وكذا لو صالحت زوجها على نفقة وذلك لا يكفيها ثم
طلبت من القاضي ما يكفيها فان
القاضي يفرض لها ما يكفيها لأنها حطت ما ليس بواجب والحط قبل الوجوب باطل
كالابراء والله أعلم وأما
الثاني فلو جوب الفرض على القاضي وجوازه منه شرطان أحدهما طلب المرأة الفرض
منه لأنه إنما يفرض النفقة
على الزوج حقا لها فلا بد من الطلب من صاحب الحق والثاني حضرة الزوج حتى لو
كان الزوج غائبا فطلبت المرأة من
القاضي أن يفرض لها عليه نفقة لم يفرض وإن كان القاضي عالما بالزوجية وهذا قول
أبي حنيفة الآخر وهو قول
شريح وقد كان أبو حنيفة أولا يقول وهو قول إبراهيم النخعي ان هذا ليس بشرط
ويفرض القاضي النفقة على الغائب
وحجة هذا القول ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لهند امرأة أبي
سفيان خذي من مال أبي سفيان
ما يكفيك وولدك بالمعروف وذلك من النبي صلى الله عليه وسلم كان فرضا للنفقة
على أبي سفيان وكان غائبا وحجة
القول الأخير ان الفرض من القاضي على الغائب قضاء عليه وقد صح من أصلنا ان
القضاء على الغائب لا يجوز الا أن يكون
عنه خصم حاضر ولم يوجد وأما الحديث فلا حجة له فيه لان رسول الله صلى الله
عليه وسلم إنما قال لهند على
سبيل الفتوى لا على طريق القضاء بدليل انه لم يقدر لها ما تأخذه من مال أبي سفيان
وفرض النفقة من القاضي

تقديرها فإذا لم تقدر لم تكن فرضا فلم تكن قضاء تحقيقه ان من يجوز القضاء على
الغائب فإنما يجوزه إذا كان غائبا

غيبية سفر فاما إذا كان في المصر فإنه لا يجوز بالاجماع لأنه لا يعد غائبا وأبو سفيان لم يكن مسافرا فدل ان ذلك كان إعانة لا قضاء فإن لم يكن القاضي عالما بالزوجية فسألت القاضي أن يسمع بينها بالزوجية ويفرض على الغائب قال أبو يوسف يسمعها ولا يفرض وقال زفر يسمع ويفرض لها وتستدين عليه فإذا حضر الزوج وأنكر يأمرها بإعادة البينة في وجهه فان فعلت نفذ القرض وصحت الاستدانة وان لم يفعل لم ينفذ ولم يصح وجه قول زفر ان القاضي إنما يسمع هذه البينة لاثبات النكاح على الغائب ليقال إن 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 استعاد منها البينة فان 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 بينها 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 فإن كان المال في يدها وهو من جنس النفقة فلها ان تنفق على نفسها منه بغير أمر القاضي لحديث أبي سفيان فلو طلبت المرأة من القاضي فرض النفقة فذلك المال وعلم القاضي بالزوجية وبالمال فرض لها النفقة لان لها أن تأخذه فتنفق على نفسها من غير فرض القاضي في هذه الصورة قضاء بل كان إعانة لها على استيفاء حقها وإن كان في يد مودعة أو مضاربه أو كان له دين على غيره فإن كان صاحب اليد مقرا بالوديعة والزوجية أو كان من عليه الدين مقرا بالدين والزوجية أو كان القاضي عالما بذلك فرض لها في ذلك المال نفقتها في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يفرض وجه قوله إنه هذه قضاء على الغائب من غير أن 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 القاضي فرض لها النفقة في ذلك المال قضاء بل كان إعانة لها على أخذ حقها وله على احياء زوجته فكان له ذلك وان جحد أحد الامرين ولا اعلم للقاضي به لم يسمع البينة ولم يفرض لان سماع البينة والفرض يكون قضاء على الغائب من غير خصم حاضر لأنه ان أنكر الزوجية لا يمكنها إقامة البينة على الزوجية لان المودع ليس بخصم عنه في الزوجية وان أنكر الوديعة أو الدين لا يمكنها إقامة البينة على الوديعة والذين لأنها ليست بخصم عن زوجها في اثبات حقوقه فكان سماع البينة على ذلك قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وذلك غير جائز عندنا هذا إذا كان الوديعة والدين من جنس النفقة بأن 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 القاضي فرض النفقة فيه فإن كان عقارا لا يفرض القاضي النفقة فيه بالا جماع لأنه لا يمكن ايجاب النفقة فيه الا بالبيع ولا يباع العقار على الغائب في النفقة بالاتفاق وإن كان منقولا من العروض فقد ذكر القاضي في شرحه مختصرا الطحاوي الخلاف فيه فقال القاضي لا يبيع العروض عليه في قول أبي حنيفة وعندهما له ان يبيعها عليه وهي مسألة الحجر على الحر العاقل البالغ وذكر القدوري المسألة على الاتفاق فقال القاضي إنما يبيع على أصلهما على الحاضر الممتنع عن قضاء الدين لكونه ظالما في الامتناع دفعا لظلمه الغائب لا يعلم امتناعه فلا يعلم ظلمه فلا يباع عليه وإذا فرض القاضي 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 إن كان لم يجعل لها النفقة فقد مضى الامر وإن 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

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 وإن كان عالما بهما لان القضاء بالنفقة في الوديعة والدين كان نظرا للغائب لما في الانفاق من احياء زوجته بدفع الهلاك عنها والظاهر أنه 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 لأنه 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 زمني فقراء أو إناث فقيرات ووالدان فقيران فإن كان المال في أيديهم فلهم ان ينفقوا منه على أنفسهم وان طلبوا من القاضي فرض النفقة منه فرض لان الفرض منه يكون إعانة لا قضاء إن كان المال في يد مودعه أو كان ديناً على إنسان فرض القاضي نفقتهم منه وكذلك إذا أقر المودع والمديون بالوديعة والدين والنسب أو علم القاضي بذلك لان نفقة الوالدين والمولدين تجب بطريق الاحياء لان الانسان يرضى باحياء كله وجزئه من ماله ولهذا كان لأحدهما أن يمد يده إلى مال الآخر عند الحاجة ويأخذه من غير قضاء ولا رضا وقد تحققت الحاجة ههنا فكان للقاضي أن يفرض من طريق الإعانة لصاحب الحق وان جحدهما أو أحدهما ولا علم للقاضي به لم يفرض لما ذكرنا في الزوجة ولا يفرض لغيرهما ولا من ذوي الرحم المحرم نفقتهم في مال الغائب لان نفقتهم من طريق الصلة المحضة إذ ليس لهم حق في مال الغائب أصلاً ألا ترى انه ليس لأحد أن يمد يده إلى مال صاحبه فيأخذه وان مست حاجته من غير قضاء القاضي فكان الفرض قضاء على الغائب من غير خصم حاضر فلا يجوز وان لم يكن المال من جنس النفقة فليس لهم أن يبيعوا بأنفسهم وليس للقاضي ان يبيع على الغائب في النفقة على هؤلاء العقار بالاجماع والحكم في العروض

ما بينا من الانفاق أو الاختلاف
وفي بيع الأب العروض خلاف نذكره في نفقة المحارم وأما يسار الزوج فليس بشرط
لوجوب الفرض حتى لو
كان معسر أو طلبت المرأة الفرض من القاضي فرض عليه إذا كان حاضرا وتستدين
عليه فتنفق على نفسها لان
الاعسار لا يمنع وجوب هذه النفقة فلا يمنع الفرض وإذا طلبت المرأة من القاضي فرض
النفقة على زوجها الحاضر
فإن كان قبل النقلة وهي بحيث لا تمتنع من التسليم لو طالبها بالتسليم أو كان امتناعها
بحق فرض القاضي لها إعانة لها على
الوصول إلى حقها الواجب لوجود سبب الوجوب وشرطه وإن كان بعد ما حولها إلى
منزله فزعمت أنه ليس ينفق
عليها أو شكت التضييق في النفقة فلا ينبغي 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 أن
يظهر ظلمه بالترك والتضييق في النفقة فحينئذ يفرض عليه نفقة كل شهر ويأمره أن يدفع
النفقة إليها لتنفق هي بنفسها
على نفسها ولو قالت أيها القاضي انه يريد أن يغيب فخذ لي منه كفيلا بالنفقة لا يجبره
القاضي 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 آخذ لها منه كفيلا بنفقة أشهر لأننا 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 القاضي 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 دينا بالفرض أو التراضي
صارت في استحقاق المطالبة

بها كسائر الديون بخلاف نفقة الأقارب إذا مضت المدة ولم تؤخذ انها تسقط لأنها لا
تصير ديناً رأساً لان وجوبها

للكفاية وقد حصلت الكفاية فيما مضى فلا يبقى الواجب كما لو استغنى بماله فاما
وجوب هذه النفقة فليس للكفاية
وإن كانت مقدرة بالكفاية ألا ترى انها تحب مع الاستغناء بأن كانت موسرة وليس في
مضي الزمان الا الاستغناء
فلا يمنع بقاء الواجب ولو أنفقت من مالها بعد الفرض أو التراضي لها انه ترجع على
الزوج لان النفقة صارت دينا
عليه وكذلك إذا استدانت على الزوج لما قلنا سواء كانت استدانتها باذن القاضي أو
بغير اذنه غير أنها إن كانت
بغير اذن القاضي كانت المطالبة عليها خاصة ولم يكن للغريم ان يطالب الزوج بما
استدانت وإن كانت باذن القاضي
لها ان تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين وهو فائدة اذن القاضي بالاستدانة ولو
فرض الحاكم النفقة على الزوج
فامتنع من دفعها وهو موسر وطلبت المرأة حبسه لها ان تحبسه لان النفقة لما صارت
دينا 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 فإن لم يدفع حبسه حينئذ كما في سائر الديون لما نذكر في كتاب الحبس إن
شاء الله تعالى وإذا حبس لأجل
النفقة فما كان من جنس النفقة سلمه القاضي 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 أبي حنيفة وعند أبي
يوسف ومحمد يبيع عليه وهي
مسألة الحجر على الحر العاقل البالغ نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى فان
ادعى الزوج انه قد أعطها
النفقة وأنكرت فالقول قولها مع يمينها لان الزوج يدعى قضاء دين عليه وهي منكرة
فيكون القول قولها مع يمينها
كما في سائر الديون ولو أعطها 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 الذي يؤكل لما قلنا كذا هذا ولو كان
للزوج عليها دين فاحتسبت عن
نفقتها جاز لكن برضا الزوج لان التقاص إنما يقع بين الدينين المتماثلين ألا ترى انه لا

يقع بين الجيد والردئ ودين
الزوج أقوى دليل انه لا يسقط بالموت ودين النفقة يسقط بالموت فأشبه الجيد بالردئ
فلا بد من المقاصة بخلاف
غيرها من الديون والله أعلم.
(فصل) وأما بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها دينا في ذمة الزوج فالمسقط لها
بعد الوجوب قيل
صيرورتها دينا في الذمة واحد وهو مضى الزمان من غير قرض القاضي والتراضي وأما
المسقط لها بعد صيرورتها دينا
في الذمة فأمر منها الابراء عن النفقة الماضية لأنها لما صارت دينا في ذمته كان
الابراء اسقاطا لدين واجب فيصح
كما في سائر الديون ولو أبرأته عما يستقبل من النفقة المفروضة لم يصح الابراء لأنها
تجب شيئا فشيئا على حسب
حدوث الزمان فكان الابراء منها اسقاط الواجب قبل الوجوب وقبل وجود سبب
الوجوب أيضا وهو حق الحبس
لأنه 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 فإن كان الزوج أسلفها نفقتها وكسوتها ثم
مات قبل مضى 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 إن كان قائما وإن كان
هالكا فلا شئ بالاجماع وروى ابن رستم عن محمد انها إن كانت قبضت نفقة شهر
فما دونه لم يرجع عليها
بشئ وإن كان المفروض أكثر من ذلك يرفع عنها نفقة شهر وردت ما بقي 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 الاعراض فتسلم لها بقدر ما سلم للزوج من المعوض كالإجارة إذا عجل

المستأجر الأجرة ثم مات أحدهما

(٢٩)

قبل تمام المدة وجه قوله إن هذه صلة اتصل بها القبض فلا يثبت فيها الرجوع بعد الموت كسائر الصلوات المقبوضة
وأما قوله إنها تشبه الاعراض فنعم لكن بوصفها لا بأصلها بل هي صلة بأصلها ألا ترى أنها تسقط بالموت قبل القبض
بلا خلاف بين أصحابنا لاعتبار معنى الصلة فيراعى فيها المعنيان جميعا فراعينا معنى الأصل بعد القبض فقلنا إنها
لا تبطل بالموت بعد القبض فلا يثبت فيها الرجوع اعتبارا للأصل وراعينا معنى الوصف قبل القبض فقلنا إنها تبطل
بالموت قبل القبض كالصلوات وراعينا معنى الوصف بعد القبض فقلنا لا يثبت فيها الرجوع كالأعراض اعتبارا
الأصل والوصف جميعا على ما هو الأصل في العمل بالشبهين عند الامكان والله الموفق (فصل) وأما نفقة الأقارب 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 الأول وهو
بيان الوجوب فلا يمكن الوصول إليه الا بعد بمعرفة أنواع القرابات فنقول وبالله التوفيق القرابة في الأصل نوعان قرابة
الولادة وقرابة غير الولادة وقرابة غير الولاد نوعان أيضا قرابة محرمة للنكاح كالأخوة والعمومة والخؤولة وقرابة غير
محرمة للنكاح كقرابة بنى الأعمام والأحوال والحالات ولا خلاف في وجوب النفقة في قرابة الولاد وأما نفقة
الوالدين فلقوله عز وجل وقضى ربك أن لا تعبدوا الا إياه وبالوالدين احسانا أي أمر ربك وقضى أن لا تعبدوا الا
إياه وأمر سبحانه وتعالى ووصى بالوالدين احسانا والانفاق عليهما حال فقرهما من أحسن الاحسان وقوله عز وجل
ووصينا الانسان بوالديه حسنا وقوله تعالى أن اشكر لي 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 عز وجل وصاحبهما في الدنيا معروفا وهذا في الوالدين الكافرين فالمسلمان

أولى والانفاق عليهما عند الحاجة من أعرف المعروف وقوله عز وجل ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما وانه كناية عن كلام فيه ضرب ايذاء ومعلوم أن معنى التأذى بترك الانفاق عليهما عند عجزهما وقدرة الولد أكثر فكان النهي عن التأفيف نهيا عن ترك الانفاق دلالة كما كان نهيا عن الشتم والضرب دلالة وروى عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه أبوه فقال يا رسول الله ان لي مالا وان لي أبا وله ومال وان أبي يريد أن يأخذ مالي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك أضاف مال الابن إلى الأب بلام التمليك وظاهره يقتضى أن يكون للأب في مال ابنه حقيقة الملك فإن لم تثبت الحقيقة فلا أقل من أن يثبت له حق التمليك 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 احتجتم إليه بالمعروف والحديث حجة أوله وآخره أما بآخره فظاهر لأنه صلى الله عليه وسلم أطلق للأب الاكل من كسب ولده إذا احتاج إليه مطلقا عن شرط الاذن والعوض فوجب القول به وأما بأوله فلان معنى قوله وان ولده من كسبه أي كسب ولده من كسبه لأنه 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 ككسب عبده المأذون فكانت نفقته فيه وأما نفقة الولد فلنقله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن إلى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن أي رزق والوالدات المرضعات فإن كان المراد من الوالدات المرضعات المطلقات المنقضيات العدة ففيها ايجاب نفقة الرضاع على المولود له وهو الأب لأجل الولد كما في قوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وإن كان المراد منهن المنكوحات أو المطلقات المعتدات فإنما ذكر النفقة والكسوة في حال الرضاع وإن كانت المرأة تستوجب ذلك من غير ولد لأنها تحتاج إلى فضل اطعام وفضل كسوة لمكان الرضاع ألا ترى أن لها أن تفطر لأجل الرضاع إذا كانت صائمة

لزيادة حاجتها إلى الطعام بسبب

(٣٠)

الولد ولان الانفاق عند الحاجة من باب احياء المنفق عليه والولد جزء الوالد و احياء نفسه واجب كذا احياء جزئه
واعتبار هذا المعنى يوجب النفقة من الجانبين ولأن 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 الأب للابن والابن للأب 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 بالسرقة وهي من مسائل نذكرها هناك إن شاء الله
تعالى ثم الكلام في المسألة على سبيل الابتداء احتج الشافعي فقال إنا الله تعالى أوجب النفقة على الأب لا غير بقوله
تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فمن كان مثل حاله في القرب يلحق به والا فلا ولا يقال إن الله تعالى قال
وعلى الوارث مثل ذلك لان ابن عباس رضي 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 رضي 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 ومصداق 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 الأول أولى ولأنه 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 المضاربة لان الكلام كله معطوف بعضه 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 رضي 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 وإنما يرجع ذلك إلى مثل ما لزم الأب وذلك يقتضى أن يجب على الوارث
أن يسترضع الوالدة بأجرة 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 أبي ليلى واحتج بظاهر قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك من غير
فصل بين وارث ووارث وانا نقول
المراد من الوارث الأقارب الذي له رحم محرم لا مطلق الوارث عرفنا ذلك بقراءة عبد
الله بن مسعود رضي الله عنه
وعلى الوراث ذي 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 بالسرقه 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 الأقارب
في الولادة وغيرها من الرحم المحرم هو القرابة المحرمة للقطع لأنه إذا حرم قطعها
يحرم كل سبب مفض إلى القطع وترك
الانفاق من ذي 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 إن

كانت حال الانفراد واما إن كانت حال

(٣١)

الاجتماع فإن 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
وشروطه من غير مزاحم وإن كانت
حال الاجتماع فالأصل أنه متى اجتمع الأقرب والأبعد فالنفقة على الأقرب 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 فإن كان الوارث أحدهما والآخر
محجوبا فالنفقة على الوارث ويرجح
بكونه وارثا وإن كان كل واحد منهما وارثا فالنفقة عليهما على قدر الميراث وإنما
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 عز وجل وعلى الوارث
مثل ذلك علق سبحانه وتعالى
الاستحقاق بالإرث فتجب بقدر الميراث ولهذا قال أصحابنا ان من أوصى لورثة فلان
وله بنون وبنات فالوصية
بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ولو أوصى لولد فلان كان الذكر والأنثى فيه سواء فدل به
ما ذكرنا وبيان هذا
الأصل إذا كان له ابن وابن ابن فالنفقة على الابن لأنه أقرب ولو كان الابن معسرا وابن
الابن موسرا فالنفقة على
الابن أيضا إذا لم يكن زمنا لأنه هو الأقرب ولا سبيل إلى ايجاب النفقة على الابعد مع
قيام الأقرب الا ان القاضي يأمر
ابن الابن بأنه يؤدي عنه على أن يرجع عليه إذا أيسر فيصير الابعد نائبا عن الأقرب في
الأداء ولو أدى بغير أمر القاضي
لم يرجع ولو كان له أب وجد فالنفقة على الأب لا على الجد لان الأب أقرب ولو
كان الأب معسرا والجد موسرا فنفقته
على الأب أيضا إذا لم يكن زمنا لكن يؤمر الجد بان ينفق ثم يرجع على الأب إذا أيسر
ولو كان له أب وابن ابن فنفقته على
الأب لأنه أقرب الا انه إذا كان الأب معسرا غير زمن وابن الابن موسرا فإنه يؤدي عن

الأب بأمر القاضي ثم يرجع عليه إذا أيسر ولو كان له أب وابن فنفقته على الابن لا على الأب وان استويا في القرب والوراثة ويرجع الابن بالايجاب عليه لكونه كسب الأب فيكون له حقا في كسبه وكون ماله مضافا إليه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك ولا يشارك 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 الأب والام لان الجد يقوم مقام الأب 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 الأنثى في النفقة لاستوائهما في سبب الوجوب وهو الولاد ولو كان له بنت وأخت فالنفقة على البنت لان الولاد لها وهذا يدل على أن النفقة لا تعتبر بالميراث لان الأخت ترث مع البنت ولا نفقة عليها مع البنت ولا تجب على الابن نفقة منكوحة أبيه لأنها أجنبية عنه الا أن يكون الأب محتاجا إلى من يخدمه فحينئذ يجب عليه نفقة امرأته لأنه يؤمر بخدمة الأب بنفسه أو بالأجير ولو كان للصغير أبوان فنفقته على الأب لا على الام بالاجماع وان استويا في القرب والولاد ولا يشارك الأب في نفقة ولده أحد لان الله تعالى خص الأب 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 الأب مولودا له وقال عز وجل فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن خص سبحانه وتعالى الأب بايتاء أجر الرضاع بعد الطلاق وكذا أوجب في الآيتين كل نفقة الرضاع على الأب لولده الصغير وليس وراء الكل شيء ولا يقال إن الله عز وجل قال وعلى المولود له رزقهن ثم قال وعلى الوارث مثل ذلك والام ووراثة فيقتضى ان تشارك في النفقة كسائر الورثة من ذوي الرحم المحرم وكم قال أوصيت لفلان من مالي بألف درهم وأوصيت لفلان مثل ذلك ولم تخرج الوصيتان من الثلث أنهما يشتركان فيه

كذا هذا لأننا نقول لما جعل الله عز وجل كل النفقة على الأب بقوله وعلى المولود
رزقهن تعذر ايجابها على الام

حال قيام الأب فيحمل على حال عدمه ليكون عملا بالنص من كل وجه في حال
الحالين ولم يوجد مثل هذا في سائر ذوي
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 الأب معسرا غير عاجز عن الكسب والام
موسرة فالنفقة على الأب
لكن تؤمر الام بالنفقة ثم ترجع بها على الأب إذا أيسر لأنها تصير دينا في ذمته إذا
أنفقت بأمر القاضي ولو كان للصغير
أب وأم أم فالنفقة على الأب والحضانة على الجدة لان الام لما لم تشارك الأب 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 الأب خاصة وذكر الخصاص انه على
الأب والام أثلاثا ثلثاها على
الأب وثلثها على الام وجه ما ذكره الخصاص ان الأب إنما خص بايجاب النفقة عليه
لابنه الصغير لاختصاصه
بالولاية وقد زالت ولايته بالبلوغ فيزول الاختصاص فتجب عليهما على قدر ميراثهما
رواية كتاب النكاح
ان تخصيص الأب بالايجاب حال الصغر لاختصاصه بتسميته بكونه مودا له وهذا ثابت
بعد الكبر فيختص بنفقته
كالصغير واعتبار الولاية والإرث في هذه النفقة غير سديد لأنها تجب مع اختلاف
الدين ولا ولاية ولا ارث عند
اختلاف ولا يشارك الجد أحد في نفقة ولد ولده عند عدم ولده لأنه يقوم مقام ولده
عند عدمه ولا يشارك الزوج
في نفقة زوجته أحد لأنه 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 أو
أب موسر أو أخ موسر فنفقتهما على الزوج لا على الأب والابن والأخ لكن
يؤمر الأب أو الابن أو الأخ بان ينفق عليها ثم يرجع على الزوج إذا أيسر ولو كان له
جد وابن ابن فالنفقة عليهما على
قدر ميراثهما لأنهما في القرابة والوراثة سواء ولا ترجيح لأحدهما 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 لأب وأم أو
 لأب أو ابن أخ لأب وأم أو لأب
 أو عم لام وأب أو لأب كانت النفقة عليهما أثلاثا ثلثها على الام والثلثان على الأخ
 وابن الأخ والعم وكذلك إذا كان له
 أخ لأب وأم وأخت لأب وأم كانت النفقة عليهما أثلاثا على قدر ميراثهما ولو كان له
 أخ لأب وأم أخ لام فالنفقة
 عليهما أسداسا سدسها على الأخ لأب وأم وخمسة أسداسها على الأخ لأب وأم ولو
 كان له جد وجدة كانت النفقة عليهما
 أسداسا على قدر الميراث ولو كان له عم وعمة فالنفقة على العم لأنهما 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 العمه
 والثلث على الخال أو الخالة ولو كن له خال وابن عم فالنفقة على الخال لا على ابن
 العم لأنهما 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 عمه خالة وابن عم فعلى الخالة الثلث
 وعلى العمه الثلثان لاستوائهما في
 سبب استحقاق الإرث فيكون النفقة بينهما على قدر الميراث ولا شيء على ابن العم
 لانعدام سبب الاستحقاق في
 حقه وهو القرابة المحرمة القطع ولو كان له ثلاث أخوات متفرقات وابن عم فالنفقة
 على الأخوات على خمسة أسهم
 ثلاثة أسهم على الأخت لأب وأم وسهم على الأخت لأب على قدر الميراث ولا يعتد
 بابن
 العم في النفقة لانعدام سبب الاستحقاق في حقه فيلحق بالعدم كأنه ليس له الا
 الأخوات وميراثه لهن على خمسة
 أسهم كذا النفقة عليهن ولو كان له ثلاثة اخوة متفرقين فالنفقة على الأخ للأب والام
 وعلى الأخ للام على قدر
 الميراث أسداسها لان الأخ لا يرث معهما فيلحق معهما بالعدم ولو كان له عم وعمه
 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

وإن كان العم معسرا فالنفقة عليهما لأنه يجعل كالميت والأصل في هذا ان كل من
كان يجوز جميع الميراث

وهو معسر يجعل كالميت وإذا جعل كالميت كانت النفقة على الباقيين على قدر
مواريتهم وكل من كان يحوز بعض
الميراث لا يجعل كالميت فكانت النفقة على قدر مواريت من يرث معه بيان هذا
الأصل رجل معسر عاجز عن
الكسب وله ابن معسر عاجز عن الكسب أو هو صغير وله ثلاثة اخوة متفرقين فنفقة
الأب على أخيه لأبيه وأمه وعلى
أخيه لأمه أسداسا سدس النفقة على الأخ لام وخمسة أسداسها على الأخ لأب وأم
ونفقة الولد على الأخ لأب وأم
خاصة لان الأب يحوز جميع الميراث فيجعل كالميت فيكون نفقة الأب على الأخوين
على قدر ميراثهما منه وميراثهما
من الأب هذا فأما الابن فوارثه العم لأب وأم لا العم لأب ولا العم لام فكانت نفقته
على عمه لأب وأم ولو كان للرجل
ثلاث أخوات متفرقات كانت نفقته عليهن أخماسا ثلاثة أخماسها على الأخت لأب
وأم وخمس على الأخت
لأب وخمس على الأخت لام على قدر مواريتهن ونفقة الابن علي عمته لأب وأم لأنها
هي الوارثة منه لا غير ولو كان
مكان الابن بنت والمسألة بحالها فنفقة الأب في الاخوة المتفرقين على أخيه لأبيه وأمه
وفي الأخوات المتفرقات على
أخته لأبيه وأمه لان البنت لا تحوز جميع الميراث فلا حاجة إلى أن تجعل كالميتة
فكان الوارث معها الأخ للأب والام
لا غير والأخت لأب وأم لا غير لان الأخ والأخت لام لا يرثان مع الولد والأخ لأب لا
يرث مع الأخ لأب وأم
والأخت لأب لا ترث مع البنت والأخت لأب وأم لان الأخوات مع البنات عصبة وفي
العصبات تقدم الأقرب
فالأقرب فكانت النفقة عليهما وكذلك نفقة البنت على العم لأب وأم أو على العممة
لأب وأم لأنهما وارثاها بخلاف
الفصل الأول لان هناك لا يمكن الايجاب للنفقة على الاخوة والأخوات الا يجعل الابن
كالميت لأنه يحوز جميع
الميراث فمست الحاجة إلى أن يجعل ميتا حكما ولو كان الابن ميتا كان ميراث الأب
للأخ وأم وللأخ لأب وأم وللأخ لام أسداسا
وللأخوات أخماسا فكذلك النفقة وعلى هذا الأصل مسائل
(فصل) وأما شرائط وجوب هذه النفقة فأنواع بعضها يرجع إلى المنفق عليه خاصة
وبعضها يرجع إلى المنفق خاصة

وبعضها يرجع إليهما وبعضها يرجع إلى غيرهما أما الذي يرجع إلى المنفق عليه خاصة
فأنواع ثلاثة أحدها اعساره فلا
تجب لموسر على غيره نفقة في قرابة الولاد وغيرها من الرحم لان وجوبها معلول
بحاجة المنفق عليه فلا تجب لغير
المحتاج ولأنه 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 كتمن
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 الأخ بالانفاق عليها وكذلك إذا كانت بنتا له أو أما وفي رواية يستحق
وجه الرواية الأولى ان النفقة لا تجب
لغير المحتاج وهؤلاء غير محتاجين لأنه يمكن الاكتفاء بالأدنى بان يبيع بعض المنزل
أو كله ويكترى منزلا فيسكن بالكراء
أو يبيع الخادم وجه الرواية الأخرى 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 إلا
تري انه تحل الصدقة
لهؤلاء ولا يؤمرون ببيع المنزل ثم الولد الصغير إذا كان له مال حتى كانت نفقته في
ماله لا على الأب وإن كان الأب
موسرا فإن كان المال حاضرا في يد الأب أنفق منه عليه وينبغي أن يشهد على ذلك إذ
لو لم يشهد فمن الجائز أن ينكر
الصبي إذا بلغ فيقول للأب انك أنفقت من مال نفسك لا من مالي فيصدقه القاضي لأن
الظاهر أن الرجل الموسر ينفق
على ولده من مال نفسه وإن كان لولده مال فكان الظاهر شاهدا للولد فيبطل حق الأب
وإن كان المال غائبا ينفق من
مال نفسه بأمر القاضي إياه بالانفاق ليرجع أو يشهد على أنه ينفق من مال نفسه ليرجع
به في مال ولده ليملكه الرجوع
لما ذكرنا ان الظاهر أن الانسان يتبرع بالانفاق من مال نفسه على ولده فإذا كره

القاضي بالانفاق من ماله ليرجع أو أشهد

(٣٤)

على أنه ينفق ليرجع فقد بطل الظاهر وتبين انه إنما أتفق من ماله على طريق القرض وهو يملك اقراض ماله من الصبي
فيمكنه الرجوع وهذا في القضاء فأما فيما بينه وبين الله تعالى فيسعه أن يرجع من غير أمر القاضي والاشهاد بعد أن
نوى بقلبه أنه ينفق ليرجع لأنه إذا نوى صار ذلك دينا على الصغير وهو يملك اثبات الدين عليه لأنه يملك اقراض ماله
منه والله عز وجل عالم بنيته فجاز له الرجوع فيما بينه وبين الله تعالى والله أعلم والثاني عجزه عن الكسب بأن كان به زمانة
أو قعد أو فلح أو عمى أو جنون أو كان مقطوع اليدين أو أشلهما أو مقطوع الرجلين أو مفقوء العينين أو غير ذلك من
العوارض التي تمنع الانسان من الاكتساب حتى لو كان صحيحا مكتسبا لا يقضى له بالنفقة على غيره وإن كان
معسرا الا للأب خاصة والجد عند عدمه فإنه يقضى بنفقة الأب وإن كان قادرا على الكسب بعد أن كان معسرا
على ولده الموسر وكذا نفقة الجد على ولد ولده إذا كان موسرا وإنما كان كذلك لان المنفق عليه إذا كان قادرا
على الكسب كان مستغنى بكسبه فكان غناه بكسبه كغناه بماله فلا تجب نفقته على غيره الا الولد لان الشرع
نهى الولد عن الحاق أدنى الأذى بالوالدين وهو التأليف بقوله عز وجل ولا تقل لهما أف ومعنى الأذى في الزام
الأب 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 الأب بلام الملك فكان ماله كماله وكذا هو كسب كسبه
فكان ككسبه فكانت نفقته فيه والثالث ان الطلب والخصومة بين يدي القاضي في احدى نوعي النفقة وهي نفقة غير
الولاد فلا تجب بدونه لأنها لا تجب بدون قضاء القاضي والقضاء لا بد له من الطلب والخصومة وأما الذي يرجع إلى
المنفق خاصة فيساره في قرابة غير الولاد من الرحم المحرم فلا يجب على غير الموسر في هذه القرابة نفقة وإن كان قادرا
على الكسب لان وجوب هذه النفقة من طريق الصلة والصلوات تجب على الأغنياء لا على الفقراء وإذا كان
يسار المنفق شرط وجوب النفقة عليه في قرابة ذي الرحم فلا بد من معرفة حد اليسار

الذي يتعلق به وجوب هذه النفقة روى عن أبي يوسف فيه انه اعتبر نصاب الزكاة قال ابن سماعة قال في نوادره سمعت أبا يوسف قال لا أجبر على نفقة ذي 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 وإن كان يعمل بيده ويكتسب في الشهر خمسين درهما وروى هشام عن محمد أنه قال إذا كان له نفقة شهر وعنده فضل عن نفقة شهر له ولعياله أجبره على نفقة ذي الرحم المحرم قال محمد وأما من لا شيء له وهو يكتسب كل يوم درهما يكتفى منه بأربعة دوانيق فإنه 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 أبي يوسف ان نفقة ذي الرحم صلة والصلات إنما تجب على الأغنياء كالصدقة وحد الغنا في الشريعة ما تجب فيه الزكاة وما قاله محمد أوفق 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 إنما يعتبر في وجوب حقوق الله تعالى المالية والنفقة حق العبد فلا معنى للاعتبار بالنصاب فيها وإنما يعتبر فيها امكان الأداء ولو طلب الفقير العاجز عن الكسب من ذي الرحم المحرم منه نفقة فقال أنا فقير وادعى هو انه غنى فالقول قول المطلوب لان الأصل 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 إن كان المنفق هو الأب فلا يشترط يساره لوجوب النفقة عليه بل قدرته على الكسب كافية حتى تجب عليه النفقة على أولاده الصغار والكبار الذكور الزمنى الفقراء والإناث الفقيرات وان كن صحیحات وإن كان معسرا بعد أن كان قادرا على الكسب لان الانفاق عليهم عند حاجتهم عن الكسب احيائهم و احيائهم احياء

نفسه لقيام الجزئية والعصبية واحياء نفسه واجب ولو كان لهم جد موسر لم يفرض
النفقة على الجد ولكن يؤمر

الجد بالانفاق عليهم عند حاجتهم ثم يرجع به على ابنه لان النفقة لا تجب على الجد مع وجود الأب إذا كان الأب قادرا على الكسب ألا ترى انه لا يجب عليه نفقة ابنه فنفقة أولاده أولى وان لم يكن الأب قادرا على الكسب بأن كان زمنا قضى بنفقتهم على الجد لان عليه نفقة أبيهم فكذا نفقتهم وروى عن أبي يوسف أنه 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 الأب أجبرته على نفقة الغلام إذا كان زمنا لان الأب إذا كان زمنا كانت نفقته على قرابته فكذا نفقة ولده لأنه جزؤه قال فإن لم يكن له قرابة من قبل أبيه قضيت بنفقته على أبيه وأمرت الحال أن ينفق عليه ويكون ذلك دينا على الأب ووجه الفرق بين قرابة الأب وقرابة الام ان قرابة الأب تجب عليهم نفقة الأب إذا كان زمنا فكذا نفقة ولده الصغير فاما قرابة الام فلا يجب عليهم نفقة الأب ولا نفقة الولد لان الأب لا يشاركه أحد في نفقة ولده وإن كان المنفق هو الابن وهو معسر مكتسب ينظر في كسبه فإن كان فيه فضل عن قوته يجبر على الانفاق على الأب من الفضل لأنه قادر على احيائه من غير خلل يرجع إليه وإن كان لا يفضل من كسبه شيء يؤمر فيما بينه وبين الله عز وجل ان يواسي أباه إذ لا يحسن أن يترك أباه ضائعا جائعا يتكفف الناس وله كسب وهل يجبر على أن ينفق عليه وتفرض عليه النفقة إذا طلب الأب الفرض أو يدخل عليه في النفقة إذا طلب الأب ذلك قال عامة الفقهاء انه لا يجبر على ذلك وقال بعضهم يجبر عليه واحتجوا بما روى عن عمر رضي الله عنه أنه 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 يكفي 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

أيؤمر الابن ان يعطى
أحدهما أباه قال لا يؤمر به ولو قال الأب للقاضي ان ابني هذا يقدر على أن يكتسب ما
يفضل عن كسبه مما ينفق على
لكنه يدع الكسب عمدا يقصد بذلك عقوبي ينظر القاضي في ذلك فإن كان الأب
صادقا في مقالته أمر الابن بان
يكتسب فينفق على أبيه وان لم يكن صادقا بان علم أنه غير قادر على اكتساب زيادة
تركه هذا إذا كان الولد واحدا
فإن كان له أولاد صغار وزوجة ولا يفضل من كسبه شيء ينفق على أبيه فطلب الأب
من القاضي أن يدخله في
النفقة على عياله يدخله القاضي ههنا لان ادخال الواحد على الجماعة لا يدخل بطعامهم
خللا بينا بخلاف ادخال الواحد على
الواحد هذا إذا لم يكن الأب عاجزا عن الكسب فاما إذا كان عاجزا عنه بأن كان زمنا
يشارك الابن في قوته ويدخل
عليه فيأكل معه وان لم يكن له عيال لأنه ليس في المشاركة خوف الهلاك وفي ترك
المشاركة خوف هلاك الأب
فتجب المشاركة وكذلك الام إذا كانت فقيرة تدخل على ابنها فتأكل معه لكن لا
يفرض لهما عليه نفقة على حدة والله
عز وجل أعلم وأما الذي يرجع إليهما 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
بشروط 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 ذكره 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 الحربي ولا يجوز له أن
يبتدئ بقتل أبيه الحربي وقد
قال سبحانه في الوالدين الكافر وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يرد مثله في غير
الوالدين والثاني 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 الوراثة
ولا وراثة عند اختلاف الدين

فلا نفقة ولو كان للمسلم ابنان أحدهما مسلم والاخر ذمي فنفقته عليهما على السواء
لما ذكرنا ان نفقة الولادة لا
تختلف باختلاف الدين والثاني اتحاد الدار في غير قرابة الولادة من الرحم فلا تجرى
النفقة بين الذمي الذي في
دار الاسلام وبين الحربي في دار الحرب لاختلاف الدارين ولا بين الذمي والحربي
المستأمن في دار الاسلام
لان الحربي وإن كان مستأمنا في دار الاسلام فهو من أهل الحرب وإنما دخل دار
الاسلام لحوائج يقضيها ثم يعود
ألا ترى ان الامام يمكنه من الرجوع إلى دار الحرب ولا يمكنه من إطالة الإقامة في دار
الاسلام فاختلف الداران
وكذا لا نفقة بين المسلم المتوطن في دار الاسلام وبين الحربي الذي أسلم في دار
الحرب ولم يهاجر اليها 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 والثاني
ان الوجوب ههنا بحق
الوراثة ولا وراثة عن اختلاف الدارين والوجوب هناك بحق الولادة وانه لا يختلف وأما
الذي يرجع إلى غيرهما
فقضاء القاضي في أحد نوعي النفقة وهي نفقة غير الولاد من الرحم المحرم فلا تجب
هذه النفقة من غير قضاء القاضي
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 والعضوية بين المنفق
والمنفق عليه ويجب على الانسان
احياء نفسه بدفع الهلاك عن نفسه ولا يقف وجوبه على قضاء القاضي فاما نفقة سائر
ذي الرحم المحرم فليس وجوبها
من طريق الاحياء لانعدام معنى الجزئية وإنما تجب صلة محضة فجاز ان يقف وجوبها
على قضاء القاضي وبخلاف
نفقة الزوجات لان لها شبهها 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 القاضي لا يأمر أحدا بالنفقة
من ماله الا الأبوين الفقيرين وأولاده الفقراء الصغار الذكور والإناث والكبار الذكور

الفقراء العجزة عن الكسب
والإناث الفقيرات والزوجة لأنه لا حق لا حد في ماله الا لهؤلاء ألا ترى انه ليس
لغيرهم أن يمد يده إلى ماله فيأخذه
وإن كان فقيرا محتاجا ولهم ذلك فكان الامر من القاضي بالانفاق من ماله لغيرهم
قضاء على الغائب من غير خصم حاضر
ولا يكون لهم قضاء بل يكون إعانة ثم إن كان المال حاضرا عند هؤلاء وكان النسب
معروفا أو علم القاضي بذلك أمرهم
بالنفقة منه لان نفقتهم واجبة من غير قضاء القاضي فكان الامر من القاضي بالانفاق
إعانة لا قضاء وان لم يعلم بالنسب
فطلب بعضهم ان يثبت ذلك عند القاضي بالبينة لا تسمع منه البينة لأنه يكون قضاء
على الغائب من غير أن يكون عنه
خصم حاضر وكذلك إن كان ماله وديعة عند انسان وهو مقر بها أمرهم القاضي
بالانفاق منها وكذا إذا كان له دين
على إنسان وهو مقر به لما قلنا ولو دفع صاحب اليد أو المديون إليهم بغير اذن القاضي
يضمن وإذا وقع باذنه لا يضمن
واستوثق القاضي منهم كفيلا ان شاء وكذا لا يأمر الجد وولد الولد حال وجود الأب
والولد لأنهما حال وجودهما
بمنزلة ذوي الأرحام ويأمرهما حال عدمهما لان الجد يقوم مقام الأب حال عدمه وولد
الولد يقوم مقام الولد حال
عدمه وإن كان صاحب اليد أو المديون منكرًا فأرادوا أن يقيموا البينة لم يلتفت القاضي
إلى ذلك لما ذكرنا فان أنفق
الأب من مال ابنه ثم حضر الابن فقال للأب كنت موسرا وقال الأب كنت معسرا ينظر
إلى حال الأب وقت
الخصومة فإن كان معسرا فالقول قوله وإن كان موسرا فالقول قول الابن لأن 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 أقاما البينة فالبينة بينة الابن لأنها تثبت أمر زائدا وهو الغنا
هذا إذا كان المال من جنس النفقة
من الدراهم والدينانير والطعام والكسوة فإن كان من غير جنسها فالقاضي لا يبيع على
الغائب العقار لأجل القضاء
بالانفاق وكذا الأب الا إذا كان الولد صغيرا فليبع العقار وأما العروض فهل يبيعها
القاضي فالامر فيه على

ما ذكرنا من الانفاق والاختلاف وهل يبيعها الأب قال أبو حنيفة يبيع مقدار ما يحتاج إليه لا الزيادة على ذلك وهو

استحسان وقال أبو يوسف ومحمد لا يبيع ولا خلاف ان الام لا تبيع مال ولدها الصغير والكبير وكذا الأولاد
لا يبيعون مال الأبوين (وجه) قولهما وهو القياس أنه لا ولاية للأب على الولد الكبير فكان هو وغيره من الأقارب
سواء ولهذا يبيع العقار وكذا العروض ولأبي حنيفة أن في بيع العروض نظرا للولد الغائب لان العروض مما
يخاف عليه الهلاك فكان يبيعها من باب الحفظ والأب يملك النظر بحفظ ماله وغير ذلك بخلاف العقار فإنه
محفوظ بنفسه فلا حاجة إلى حفظه بالبيع فيبقى بيعه تصرفا على الولد الكبير فلا يملكه ولان الشرع أضاف مال الولد
إلى الوالد وسماه كسبا له فإن 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 الأقارب مقدرة بالكفاية بلا خلاف لأنها تجب للحاجة
فتقدر بقدر الحاجة وكل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه له المأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع إن كان
رضيعا لان وجوبها للكفاية والكفاية تتعلق بهذه الأشياء فإن 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 القاضي أو لا
بخلاف نفقة الزوجات فإنها تصير دينا في الذمة بفرض القاضي أو بالتراضي حتى لو فرض القاضي للقريب نفقة شهر
فمضى الشهر ولم يأخذ ليس له أن يطالبه بها بل تسقط وفي 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 أشياء منها ما وصفناه آنفا ان
نفقة المرأة تصير دينا بالقضاء أو بالرضا ونفقة الأقارب لا تصير دينا أصلا ورأسا ومنها ان نفقة الأقارب أو كسوتهم
لا تجب لغير المعسر ونفقة الزوجات أو كسوتهن تجب للعسرة والموسرة ومنها ان نفقة الأقارب أو كسوتهم إذا
هلكت قبل مضى مدة الفرض تجب نفقة أخرى وكسوة أخرى وفي نفقة الزوجات لا تجب ومنها ان نفقة الأقارب

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 الأقارب فمات المنفق عليه قبل تمام
المدة لا يسترد شيئاً منها بلا خلاف
وفي نفقة الزوجات محمد ويحبس في نفقة الأقارب كما يحبس في نفقة الزوجات أما
غير الأب فلا شك فيه وأما
الأب فيحبس في نفقة الولد أيضاً ولا يحبس في سائر ديونه لأن إيذاء الأب حرام في
الأصل وفي الحبس إيذاؤه إلا أن
في النفقة ضرورة وهي ضرورة دفع الهلاك عن الولد إذ لو لم ينفق عليه لهلك فكان هو
بالامتناع من الانفاق عليه كالقاصد
أهلاكه فدفع قصده بالحبس ويحمل هذا القدر من الأذى لهذه الضرورة وهذا المعنى لم
يوجد في سائر الديون ولأن
ههنا ضرورة أخرى وهي ضرورة استدراك هذا الحق أعني النفقة لأنها تسقط بمضي
الزمان فتقع الحاجة إلى
الاستدراك بالحبس لأن الحبس يحمله على الأداء فيحصل الاستدراك ولو لم يحبس
يفوت حقه رأساً فشرع
الحبس في حقه لضرورة استدراك الحق صيانة له عن الفوات وهذا المعنى لا يوجد في
سائر الديون لأنها تفوت
بمضي الزمان فلا ضرورة إلى الاستدراك بالحبس ولهذا قال أصحابنا إن الممتنع من
النفقة يضرب ولا يحبس بخلاف
الممتنع من سائر الحقوق لأنه لا يمكن استدراك هذا الحق بالحبس لأنه يفوت بمضي
الزمان فيستدرك بالضرب
بخلاف سائر الحقوق وكذلك الجد أب الأب وإن علا لأنه يقوم مقام الأب عند عدمه
(فصل) وأما بيان المسقط لها بعد الوجوب فالمسقط لها بعد الوجوب هو مضي الزمان
من غير قبض ولا
استدانة حتى لو فرض القاضي نفقة شهر للقريب فلم يقبض ولا استدان عليه حتى
مضت المدة سقطت النفقة لما
ذكرنا إن هذه النفقة تجب صلة محضة فلا يتأكد وجوبها إلا 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
الأول فوجوبها ثابت



(۳۸)

بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب فقوله عز وجل 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 يقتدر في الانفاق عليه لكونه مملوكا في يده فامر الله عز وجل السادات بتوسيع النفقة على ممالئكم شكرا لما أنعم عليهم حيث جعل من هو من جوهرهم وأمثالهم في الخلقة خدما وخولا أذلاء تحت أيديهم يستخدمونهم ويستعملونهم في حوائجهم وأما السنة فما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوصى بالمملوك خيرا ويقول أطعموهم مما تأكلون وأكسوهم مما تلبسون ولا تكلفوهم ما لا يطيقون فان الله تعالى يقول لا يكلف الله نفسا الا وسعها وعن أنس رضي الله عنه قال كان آخر وصية رسول الله صلى الله وسلم حين حضرته الوفاة الصلاة وما ملكت أيما نكم وجعل صلى الله عليه وسلم يغرغر بها في صدره وما يقبض بها لسانه وعليه اجماع الأمة 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 لأنه يوجب الاختصاص بالمملوك انتفاعا وتصرفا وهو نفس الملك فإذا كانت منفعته للمالك كانت مؤنثة عليه إذ الخراج بالضمان وعلى هذا بينى أنه لا يجب على العبد نفقة ولده لعدم الملك لان أمه إن كانت حرة فهو حرة وإن كانت مملوكة فهو ملك مولاه فكانت نفقته على المولى ولان العبد لا مال له بل هو وما في يده لمولاه والمولى أجني 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 لأنه ملك غيره فلا تجب عليه نفقة مملوك غيره ولو أعتق عبده بطلت النفقة لبطلان سبب الوجوب وهو الملك ثم إن كان بالغا صحيحا فنفقته في كسبه وإن كان صغيرا أو زنا قالوا إن نفقته في بيت المال لأنه 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 فوجد قال محمد أستحلفه بالله عز وجل ما أودعته فان حلف قضيت بنفقته
على الذي هو في يده لأنه أقر
برقه ثم أقر به لغيره وقد رد الغير اقراره فبقي في يده واليد دليل الملك فيلزمه نفقته قال
محمد ولو كان كبيرا لم أستحلف
المدعى عليه لأنه إذا كان كبيرا كان في يد نفسه وكان دعواه هدرا 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 أت 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 فإن
لم يكن فلا تجب عليه
نفقته فيجب على الانسان نفقة عبده القن والمدبر وأم الولد لان أكسابهم ملك المولى
ولا تجب عليه نفقة مكاتبه لأنه
غير مملوك المكاسب لمولاه ألا ترى أنه أحق بكسبه من مولاه فكان في مكاسبه
كالحر فكانت نفقته في كسبه كالحر
وكذا معتق البعض لأنه بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة وعندهما حر عليه دين والعبد
الموصى برقبته لانسان وبخدمته
لاخر نفقته على صاحب الخدمة لا على صاحب الرقبة لان منفعته لصاحب الخدمة
ونفقة عبد الرهن على الراهن
لان ملك الذات والمنفعة له ونفقة عبد الوديقة على المودع لما قلنا ونفقة عبد العارية
على المستعير لان ملك المنفعة في زمن
العارية له إذ الإعارة تمليك 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 لأنه لا يمكنه الا باستبقائه ولا
يبقى عادة الا بالنفقة فكانت

النفقة مؤنات الرد لكونها من ضروراته فكانت على الغاصب والله أعلم

(٣٩)

(فصل) وأما مقدار الواجب فمقدار الكفاية لان وجوبها للكفاية فتقدر بقدر الكفاية كنفقة الأقارب

(فصل) وأما كيفية وجوبها فإنها تحب على وجه يجبر عليها عند الطلب والخصومة في الجملة بيان ذلك أن المملوك

إذا خاصم مولاه في النفقة عند القاضي فان القاضي يأمره بالنفقة عليه فان أبى ينظر القاضي فكل من يصلح للإجارة

يؤاجره وينفق عليه من أجرته أو يبيعه إن كان محلا للبيع كاقن رأى البيع أصلح ولا يجبر على الانفاق وان لم يصلح

للإجارة بأن كان صغيرا أو جارية ولا محلا للبيع كالمدير وأم الولد يجبره على الانفاق لأنه لا يمكن بيعه ولا اجارته وتركه

جائعا تضييع إلى آدمي فيجبر المولى على الانفاق والله عز وجل 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 ولأنه سفه لخلوه عن العقابة

الحميدة والسفه حرام عقلا وجه ظاهر الرواية أن الجبر على الحق يكون عند الطلب والخصومة من صاحب الحق ولا

خصم فلا يجبر ولكن تحب فيما بينه وبين الله تعالى لما قاله أبو يوسف وكما نفقة الجمادات كالدور والعقار فلا يجبر عليها

لما قلنا ولا يفتى أيضا بالوجوب الا أنه إذا كان هناك تضييع المال فيكره له ذلك والله عز وجل 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 الأول فالحضانة في اللغة تستعمل في معنيين كأحدهما جعل الشئ في ناحية يقال حضن الرجل الشئ

أي اعتزله فجعله في ناحية منه والثاني لاضم إلى الجنب يقال حضنته واحتضنته إذا ضمته إلى جنبك والحضن الجنب

فحضانة الام ولدها هي ضمها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه 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 إن كانت شريفة لم تجبر

وإن كانت دنية تجبر والصحيح قول العامة لقوله عز وجل لا تضار والدة بولدها قيل في بعض وجوه التأويل أي لا تضار بالزمام الارضاع مع كراهتها وقوله عز وجل في المطلقات فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن جعل تعالى أجر الرضاع على الأب لا على الام مع وجودها فدل ان الرضاع ليس على الام وقوله عز وجل وعلى المولود رزقهن وكسوتهن بالمعروف أي رزق الوالدات المرضعات فان أريد به المطلقات ففيه أنه لا أرضاع على الام حيث أوجب بدل الارضاع على الأب مع وجود الام وان أريد به المنكوحات كان المراد منه والله عز وجل أعلم ايحاب زيادة النفقة على الأب للام المرضعة لأجل الولد والا فالنفقة تستحقها المنكوحه من غير ولد ولا ن الارضاع انفاق على الولد ونفقة الولد يختص بها الوالد لا يشاركه فيها كنفقته بعد الاستغناء فكما لا تجب عليها نفقته بعد الاستغناء لا تجب عليها قبله وهو ارضاعه وهذا في الحكم وأما في الفتوى فتفتي بأنها 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 ومتى تضرر الولد تضرر الوالد لأنه 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 فيفتي 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 الأب لولده مرضعا فأرادت الام أن ترضعه بنفسها فهي أولى لأنها أشفق عليه ولان في انتزاع الولد منها اضراراً بها وانه منهي عنه لقوله عز وجل لا تضار والدة بولدها قيل في بعض الأقاويل 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 لأنه يكون رشوة ولأنها 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 الأجرة على فعل واجب عليها وكذا ليس في حفظه منفعة تعود إليها لأنه لا يجب عليها أن تسكنه
معها وكذلك إذا كانت معتدة من طلاق رجعي لا يحل لها أن تأخذ الأجرة كما لا يجوز في صلب النكاح لان النكاح
بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه وأما المبتونة ففيها روايتان في رواية لا يجوز لها أن تأخذ الأجرة لأنها مستحقة
للفقة والسكنى في حال قيام العدة فلا يحل لها الأجرة كما لا يحل للزوجة وفي رواية يجوز لان النكاح قد زال بالإبانة
فصارت كالأجنبية وأما إذا انقضت عدتها فالتمست أجرة الرضاع وقال الأب أنا أجد من يرضعه بغير اجر أو بأقل
من ذلك فذلك له لقوله تعالى فان تعاسرتم فسترضع له أخرى ولان في الزام الأب بما تلتمسه الام اضرار بالأب وقد
قال الله سبحانه وتعالى ولا مولود له بولده أي لا يضر الأب بالتزام الزيادة على ما تلتمسه الأجنبية كذا ذكر في بعض
التأويلات ولكن ترضعه عند الام ولا يفرق بينهما لما فيه من الحاق الضرر بالأم والله أعلم
(فصل) وأما بيان من له الحضانة فالحضانة تكون للنساء في وقت وتكون لرجال في وقت والأصل فيها النساء
لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار ثم تصرف إلى الرجال لأنهم على الحماية والصيانة وإقامة مصالح الصغار
أقدر 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 الأقرب فالأقرب فأحق النساء من ذوات الرحم المحرم بالحضانة
الام لأنه لا أقرب منها ثم أم الام ثم أم الأب لان الجدتين وان استويتا في القرب لكن

إحداهما من قبل الام أولى
وهذه الولاية مستفادة من قبل الام فكل من يدلى بقرابة الام كان أولى لأنها تكون
أشفق ثم الأخوات فأم الأب أولى
من الأخت لان لها ولادا فكانت أدخل في الولادة وكذا هي أشفق وأولى الأخوات
الأخت لأب وأم ثم الأخت
لام ثم الأخت لأب لان الأخت لأب وأم تدلى بقرابتين فترجح على الأخت لام بقرابة
الأب وترجح الأخت لام
لأنها تدلى بقرابة الام فكانت أولى من الأخت لأب واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في
الأخت لأب مع الخالة
أيتهما أولى روى عنه في كتاب النكاح أن الخالة أولى وهو قول محمد وزفر وروى
عنه في كتاب الطلاق أن الأخت
لأب أولى وجه الرواية الأولى ما روى أن بنت حمزة لما رأت عليا رضي الله عنه
تمسكت به وقالت ابن عمى فأخذها
فاختصم فيها على وجعفر وزيد بن حارثة رضي الله عنهم فقال رضي الله عنه بنت
عمى وقال جعفر بنت عمى ونخالتها
عندي وقال زيد بن حارثة رضي الله عنه بنت أخي آخيت بيني 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
الأخرى أن الأخت لأب بنت الأب والخالة بنت الجد فكانت الأخت أقرب فكانت
أولى وبنت الأخت
لأب وأم أولى من الخالة لأنها من ولد الأبوين وكذا بنت الأخت لام لأنها من ولد الام
والخالة ولد الجد وكذا بنت
الأخت لأب أولى من الخالة على الرواية الأخيرة لأنها من ولد الأب والخالة ولد الجد
فكانت أولى وأما على الرواية
الأولى فلا شك أن الخالة تتقدم على أمها وهي الأخت لأب فلان تتقدم على بنتها وهي
أبعد من أمها
أولى وبنات الأخت أولى من بنات الأخ لان الأخ لاحق له في الحضانة والأخت لها
حق فيها فكان ولد
الأخت أولى والخالات أولى من بنات الأخ لان بنت الأخ تدلى بقرابة الذكر والخالة
تدلى بقرابة الام فكانت
الخالة أولى وبنات الأخ أولى من العمات وإن كانت كل واحدة منهما أعني بنت الأخ
والعمة تدلى بذكر لكن

بنت الأخ أقرب لأنها ولد الأب والعمة ولد الجد فكانت بنت الأخ أقرب فكان أولى
ثم الخالات أولى من

(٤١)

العمات وان تساوين في القرب لان الخالات يدلين بقراة الام فكن أشفق وأولى الخالات الخالة لأب وأم
لأنهما تدلى بقرابتين ثم الخالة لام لادلائها بقراة الام ثم الخالة لأب ثم العمات وذكر الحسن بن زياد في كتاب الطلاق
أن أم الأب 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 الأب لها ولاد والولاية في الأصل مستفادة بالولاد أولى العمات العمة لأب وأم
لأنها تدلى بقرابتين ثم العمة لام لاتصالها بجهة الام ثم العمة لأب 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 فإن 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 وحجري 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 رضي الله عنه أم ابنه عاصم رضي الله عنه
فلقيها ومعها الصبي فنازعها وارتفعا إلى أبو بكر الصديق رضي الله عنه فقضى أبو بكر رضي الله عنه بعاصم بن عمر رضي الله عنهما
لامه ما لم يشب أو تتزوج وقال إن ريحها وفراشها خير له حتى يشيب أو تتزوج وذلك بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم ولان الصغير يلحقه الجفاء والمذلة من قبل الأب لأنه يبغضه لغيرته وينظر إليه نظر المغشى عليه من
الموت ويقتر عليه النفقة فيتضرر به حتى لو تزوجت بذي رحم محرم من الصبي لا يسقط حقها في الحضانة كالجدة إذا
تزوجت بجد الصبي أو الام تزوجت بعم الصبي أنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك وهو القراة 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 الصبي ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع وسئل محمد عن النساء

إذا اجتمعن ولهن أزواج قال
يضعه القاضي حيث شاء لأنه لا حق لهن فصار كمن لا قرابة له ومنها أن تكون حرة
فلا حق للأمة وأم الولد في حضانة
الولد الحر لان الحضانة ضرب من الولاية وهما ليستا من أهل فاما إذا أعتقتا فهما في
الحضانة كالحرة لأنهما
استفادتا الولاية بالعتق وأهل الذمة في هذه الحضانة بمنزلة أهل الاسلام لان هذا الحق
إنما 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 الأصل لما قلنا وكان أبو بكر أحمد
بن علي الرازي يقول إنها أحق بالصغير
والصغيرة حتى يعقلا فإذا عقلا سقط حقها لأنها تعود هما أخلاق الكفرة وفيه ضرر
عليهما والله عز وجل الموفق
(فصل) وأما وقت الحضانة التي من قبل النساء فالأم والجذتان أحق بالغلام حتى
يستغنى عنهن فيأكل وحده
ويشرب وحده ويلبس وحده وكذا 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 الخصاف 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
لأنها ضرب ولاية ولأنها ثبتت
للأم فلا تنتهي الا بالبلوغ كولاية الأب في المال الا انا تركنا القياس في الغلام باجماع
الصحابة رضي الله عنهم لما روينا
أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قضى بعاصم بن عمر لأمه ما لم يشب عاصم أو
تتزوج أمه وكان ذلك بمحضر من
الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فتركنا القياس في الغلام
باجماع الصحابة رضي الله عنهم فبقي
الحكم في الجارية على أصل القياس ولان الغلام إذا استغنى يحتاج إلى التأديب والتخلق
بأخلاق الرجال وتحصيل
أنواع الفضائل واكتساب أسباب العلوم والأب على ذلك أقوم وأقدر مع ما أنه لو ترك
في يدها لتخلق بأخلاق

النساء وتعود بشمائلهن وفيه ضرر وهذا المعنى لا يوجد في الجارية فترك في يد الام
بل تمس الحاجة إلى الترك في يدها إلى

وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن 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 الأخوات والخالات والعمات إذا كان الصغير عندهن فالحكم في الجارية كالحكم في الغلام وهو انها تترك في أيديهن إلى أن تأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها ثم تسلم إلى الأب وإنما كان كذلك لأنها وإن كانت تحتاج بعد الاستغناء إلى تعلم آداب النساء لكن في تأديبها استخدامهما وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الأمهات من الأخوات والخالات والعمات فتسليمها إلى الأب 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 وإن كانا عند غيرهن فما بعد الاستغناء فيهما جميعا إلى وقت البلوغ لما ذكرنا من المعنى وإنما توقت هذا الحق إلى وقت بلوغ الصغير والصغيرة لأن ولاية الرجال على الصغار والصغائر تزول بالبلوغ كولاية المال غير أن الغلام إذا كان غير مأمون عليه فللأب 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 الأب وهو مأمون عليه فلا حق للأب في امساكه كما ليس له أن يمنع من ماله فيخلى سبيله فيذهب حيث شاء والجارية إن كانت ثيبا وهي غير مأمونة على نفسها لا يخلى سبيلها وإن كانت مأمونة على نفسها فلا حق له فيها ويخلى سبيلها وتترك حيث أحببت وإن كانت بكر لا يخلى سبيلها وإن كانت مأمونة على نفسها لأنها مطمع لكل طامع ولم تختبر الرجال فلا يؤمن عليها الخداع وأما شرطها فمن شرائطها العسوبة فلا تثبت الا للعسبة من الرجال ويتقدم الأقرب فالأقرب الأب ثم الجد أبوه وان علا ثم الأخ لأب وأم ثم الاخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ثم العم لأب وأم ثم ابن العم لأب وأم ثم ابن العم

لأب إن كان الصبي غلاما وإن كان
جارية فلا تسلم إليه لأنه ليس بمحرم منها لأنه يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها وأما
الغلام فإنه عصبه أحق به ممن هو
أبعد منه ثم عم الأب لأب وأم ثم عم الأب لأب ثم عم الجد لأب وأم ثم عم الجد
لأب ولو كان لها ثلاثة أخو كلهم على
درجة واحدة بأن كانوا كلة لأب وأم أو لأب أو ثلاثة أعمام كلهم على درجة واحدة
فأفضلهم صلاحا وورعا أولى
فإن كانوا في ذلك سواء فأكبرهم سنا أولى بالحضانة فإن لم يكن للجارية من عصباتها
غير ابن العم اختار لها القاضي أفضل
المواضع لان الولاية في هذه الحالة إليه فيراعى الأصلح فان رآه أصلح ضمها إليه والا
فيضعها عند امرأة مسلمة أمينة
وكل ذكر من قبل النساء فلا حق له في الولد مثل الأخ والنخال وأبو الأم لانعدام
العصوبة وقال محمد إن كان للجارية
ابن عم ونخال وكلاهما لا بأس به في دينه جعلها القاضي عند النخال لأنه محرم وابن
العم ليس بمحرم فكان المحرم أولى
والأخ من الأب أحق من النخال لأنه عصبه وهو أيضا أقرب لأنه من أولاد الأب والنخال
من أولاد الجد وذكر الحسن
ابن زياد أن الصبي إذا لم يكن له قرابة من قبل النساء فالعم أولى به من النخال وأبو الأم
لأنه عصبته والأخ لأب أولى من العم
وكذلك ابن الأخ لأنه أقرب فإن لم تكن له قرابة أشفق من جهة أبيه من الرجال والنساء
فان الام والنساء فان الام أولى من النخال والأخ
لام لان لها ولاد أو هي أشفق ممن لا ولاد له من ذوي الأرحام ومنها إذا كان الصغير
جارية أن تكون عصبته ممن يؤتمن
عليها فإن كان لا يؤتمن لفسقه ولخيانتته لم يكن له فيها حق لان في كفالتة لها ضرر
عليها وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع
الضرر حتى لو كانت الاخوة والأعمام غير مأمونين على نفسها ومالها لا تسلم إليهم
وينظر القاضي امرأة من المسلمين ثقة
عدلة أمينة فيسلمها إليها إلى أن تبلغ فتترك حيث شاءت وإن كانت بكرا ومنها اتحاد
الدين فلا حق للعصبة في الصبي
الا أن يكون على دينه كذا وذكر محمد وقال هذا قول أبي حنيفة وقياسه لان هذا الحق
لا يثبت الا للعصبة
واختلاف الدين يمنع التعصيب وقد قالوا في الأخوين إذا كان أحدهما مسلما والآخر
يهوديا والصبي يهودي أن

اليهودي أولى به لأنه عصابة لا المسلم والله عز وجل الموفق ولا خيار للغلام ولا جارية
إذا اختلف الأبوان فيهما قبل

البلوغ عندنا وقال الشافعي يخير الغلام إذا عقل التخيير واحتج بما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت زوجي يريد أن ينتزع ابنه مني وأنه قد نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة فقال استهما عليه فقال الرجل من يشاقني في ابن فقال النبي صلى الله عليه وسلم للغلام اختر أيهما شئت فاختار أمه فأعطاها إياه ولان في هذا نظر للصغير لأنه يحتاج الاشفق ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للام أنت حق به ما لم تنكحي ولم يخير ولان تخيير الصبي ليس بحكمة لأنه لغلبة هواه يميل إلى اللذة الحاضرة من الفراغ والكسل والهرب من الكتاب وتعلم آداب النفس ومعا لم الدين فيختار شر الأبوين وهو الذي يهمله ولا يؤدبه وأما حديث أبي هريرة رضي الله عنه فالمراد منه التخيير في حق البالغ لأنها قالت نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة ومعنى قولها نفعني أي كسب على والبالغ وهو الذي يقدر على الكسب وقد قيل إن بئر أبي عتبة بالمدينة لا يمكن الصغير الاستقاء منه فدل على أن المراد منه التخيير في حق البالغ ونحن به نقول إن الصبي إذا بلغ نخير والدليل عليه ما روى عن عمارة بن ربيعة المخزومي أنه قال غزا أبي نحو البحرين فقتل فجاء عمي ليذهب بي فخاصمته أمي إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومعني أخ لي صغير فخيرني علي رضي الله عنه ثلاثا فاخترت أمي فأبى عمي ان يرضى فوكزه علي رضي الله عنه بيده وضربه بدرته وقال لو بلغ هذا الصبي أيضا خير فهذا يدل على أن 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 أرادت المرأة أن تخرج من المصر الذي 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 وبدونه ولا يجوز للزوج اخراجها لقوله

عز وجل تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وأما إذا كانت منقضية العدة فأرادت 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 فأرادت 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 أنه 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 فوَقعت الفرقة فأرادت أن تنقل ولدها إلى الكوفة لم يكن لها ذلك لأنه إذا لم يقع النكاح في بلدها لم توجد دلالة الرضا بالمقام 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 فوَقعت الفرقة بينهما فأرادت أن تنقل بأولادها إلى الشام ليس لها ذلك كذا ذكر في الأصل 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 الأصل 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 ولايه أشار محمد في الجامع الصغير فقال وإنما أنظر في هذا إلى عقدة النكاح أين وقعت وهكذا اعتبر الطحاوي والخصاف اتباعا لقول محمد في الجامع وهذا غير سديد لان محمدا وان أجمل المسألة في الجامع فقد فصلها في الأصل على الوجه الذي وصفنا والمجمل يحمل على المفسر

وقد يكون المفسر بياناً للمحمل كالنص

(٤٤)

المجمل من الكتاب والسنة إذا لحق به التفسير انه يصير مفسرا من الأصل كذا هذا
والله عز وجل الموفق هذا إذا
كانت المسافة بين البلدين بعيدة فإن كانت قريبة بحيث يقدر الأب أن يزور ولده
ويعود إلى منزله قبل الليل
فلها ذلك لأنه لا يلحق الأب كبير ضرر بالنقل بمنزلة النقل إلى أطراف البلد وأما أهل
السواد فالحكم في السواد كالحكم
في مصر في جميع الفصول الا في فصل واحد بيانه ان النكاح إذا وقع في الرستاق
فأرادت المرأة أن تنقل الصبي
إلى قريتها فإن كان أصل النكاح وقع فيها فلها ذلك كما في مصر لما قلنا وإن كان
وقع في غيرها فليس لها نقله إلى
قريتها ولا إلى القرية التي وقع فيها النكاح إذا كانت بعيدة لما ذكرنا في مصر وإن
كانت قريبة على التفسير الذي
ذكرنا فلها كما في مصر وإن كان الأب متوطنا في مصر فأرادت نقل الولد إلى
القرية فإن كان تزوجها فيها وفي
قريتها فلها ذلك وإن كانت بعيدة عن مصر لما ذكرنا في مصر وان لم تكن تلك
قريتها فإن كانت قريته ووقع فيها
أصل النكاح فلها ذلك كما في مصر وإن كان لم يقع النكاح فيها فليس لها ذلك وإن
كانت قريبة من مصر بخلاف
المصريين لان أخلاق أهل السواد لا تكون مثل أخلاق أهل مصر أجفئ فيتخلق الصبي
بأخلاقهم
فيتضرر به ولم يوجد من الأب دليل الرضا بهذا الضرر إذا لم يقع أصل النكاح في القرية
والله عز وجل أعلم وليس
للرأة أن تنقل ولدها إلى دار الحرب وإن كان قد تزوجها هناك وكانت حربية بعد أن
يكون زوجها مسلما أو ذميا
لان في ذلك اضرار بالصبي لأنه يتخلق بأخلاق الكفرة فيتضرر به وإن كان كلاهما حر
يبين فلها ذلك لان الصبي
تبع لهما وهما من أهل دار الحرب والله عز وجل أعلم وهو الموفق
(كتاب الاعتاق)
الكلام في هذا الكتاب في الأصل 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 الأول فالاعتاق في القسمة الأولى ينقسم إلى أربعة أقسام واجب ومندوب إليه

ومباح ومحظور 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 وظهار
فتحريم رقبة وفي كفارة اليمين
أو تحرير رقبة وانه أمر بصيغة المصدر كقوله عز وجل فاضرب الرقاب وقوله عز وجل
والوالدات يرضعن
أولادهن 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 رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما مؤمن أعتق
مؤمناً في الدنيا أعتق الله تعالى بكل
عضو منه عضواً منه من النار وعن واثلة بن الأسقع قال أتينا رسول الله صلى الله عليه
وسلم في صاحب لنا قد أوجب
فقال صلى الله عليه وسلم أعتقوا عنه يعتق الله تعالى بكل عضو منه عضواً منه من النار
وعن أبي نجيح السلمي 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 رجلاً مسلماً
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 عملاً يدخلني الجنة فقال صلى الله
عليه وسلم أعتق النسمة وفك الرقبة فقال أوليساً واحداً فقال صلى الله عليه وسلم لا تعتق
النسمة ان تنفرد بعقتها وفك
الرقبة ان تعين في افكاكها وفي بعض الروايات ان تعين في فثمنها وأما المباح فهو
الاعتاق من غير نية لوجود معنى
الإباحة فيه وفيه تخيير العاقل بين تحصيل الفعل وتركه شرعاً وأما المحظور فهو أن
يقول لعبده أنت حر لوجه الشيطان

ويقع العتق لوجود ركن الاعتاق وشرطه وقوله لوجه الشيطان لبيان الغرض ونقسمه أيضا أقساما أخذ نذكرها في مواضعها إن شاء الله تعالى

(فصل) وأما ركن الاعتاق فهو الذي جعل دلالة على العتق في الجملة أو ما يقوم مقام اللفظ فيحتاج فيه إلى بيان الألفاظ التي يثبت بها العتق في الجملة اما مع النية أو بدون النية والى بيان مالا يثبت به العتق من الألفاظ رأسا

أما الأول فالألفاظ التي 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 الألفاظ بهذه الصفة أما لفظ العتق والحرية فلا شك فيه لأنه 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 وإن كان من الألفاظ المشتركة في الأصل لوقوعه على مسميات مختلفة الحدود والحقائق بمنزلة اسم العين والقرء وغيرهما فإنه 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 خيرا عن نبيه زكريا عليه الصلاة والسلام واني خفت المولى من ورائي 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 الألفاظ بصيغة النداء بان قال يا حر يا عتيق يا معتق لأنه 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 لأنه ذا كان مسمى بذلك الا سم 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 وأكرمه
عادة وإنما يراد به الاعتاق فيحتمل
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 والاكرام فلا يثبت به العتق من غير قرينة وعلل محمد لهذا فقال لأننا إنما
أعتقناه في قوله يا مولاي لأجل
الولاء لأجل الملك ومعناه ما ذكرنا والله عز وجل أعلم ولو قال في شئ من هذه
الألفاظ من قوله أعتقتك أو نحوه
عنيت به الخبر كذبا لا يصدق في القضاء لعدوله عن الظاهر لأنه يستعمل في إنشاء
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 عز وجل لأنه نوى ما يحتمله كلامه لأنه
يحتمل الاخبار وإن كان ارادته الخبر
خلاف الظاهر ولو قال عنيت به انه كان خبرا فإن كان مؤكدا لا يصدق أصلا كذب
محض وإن كان انشاء
لا يصدق قضاء لأن الظاهر إرادة الانشاء من هذه الألفاظ 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 والأزمان لا يتجزأ لاستحالة ان يعتق اليوم
ويسترق غدا أو
يعتق في عمل ويرق في عمل فكان الاعتاق في عمل دون عمل وفي زمان دون زمان
اعتاقا من الاعمال كلها وفي
الأزمان بأسرها فإذا نوى بعض الاعمال والأزمان فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدقه
القاضي وكذا إذا قال أنت
مولاي وقال عنيت به الموالاتة في الدين لا يصدق في القضايا لأنه خلاف الظاهر إذ هو
يستعمل لولاء العتق ظاهرا



(٤٦)

ويصدق ديانة لان اللفظ يحتمل ما نوى ولو قال ما أنت الا حر عتق لان قوله ما أنت
الا حر أكد من قوله أنت حر
لأنه اثبات بعد النفي كقولنا لا إله إلا 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 عز وجل وكذا لو قال
لعبدته أنت حر لوجه الشيطان
عتق ذكره محمد في الأصل لأنه 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 عنيت سالما عتقا في القضاء أما مرزوق
فلان الإشارة مصروفة إليه لما
بيننا فلا يصدق في أنه ما عناه وأما سالم فباقراره وأما فيما بينه وبين الله تعالى فإنما 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 لأنه لا
مخاطب ههنا الا سالم فيصرف قوله
أنت حر إليه والله عز وجل أعلم وأما الذي هو ملحق بالصريح فهو أن يقول لعبدته
وهبت لك نفسك أو وهبت لك نفسك أو وهبت نفسك
منك أو بعت نفسك منك ويعتق سواء قبل أو لم يقبل نوى أو لم ينو لان الايجاب من
الواهب أو البائع إزالة الملك من
الموهوب أو المبيع وإنما الحاجة إلى القبول من الموهوب له والمشتري لثبوت الملك
لهما وههنا لا يثبت للعبد في نفسه
لأنه لا يصلح مملوكا لنفسه فتبقى الهبة والبيع إزالة 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 إزالة الملك
وقد قال أبو حنيفة إذا قال لعبدته وهبت لك نفسك وقال أردت وهبت له عتقه أي لا
أعتقه لم يصدق في القضاء لان
الهبة وضعت لإزالة 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 لأنه نوى ما يحتمله كلامه
وروى عن أبي يوسف فيمن
قال لعبدته أنت مولى فلان أو عتيق فلان انه يعتق في القضاء لأنه أخبر انه معتق فلان ولا

يكون معتق فلان الا وأن 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 أنه 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
خلافًا لزفر والشافعي وعند
مالك لا يعتق الا باعتاق مبتدأ والأصل ان كل من يملك ذا رحم محرم منه بالشراء أو
بقبول الهبة والصدقة أو الوصية
أو بالإرث يعتق عليه وقال مالك لا يعتق ما لم يعتقه وقال الشافعي لا يعتق بالملك الا
من له ولاد فاما من لا ولاد له فلا
يعتق الا باعتاق مبتدأ أما مالك فإنه احتج بما روى أبو داود في سننه باسناده عن أبي
هريرة عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم أنه قال لن يجزى ولد والدة الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه حقيق صلى
الله عليه وسلم الاعتاق عقيب الشراء
ولو كان الشراء نفسه اعتاقا لم يتحقق الاعتاق عقيب لان اعتاق المعتق لا يتصور فدل
ان شراء القريب ليس باعتاق
ولأن الشراء اثبات الملك الاعتاق إزالة الملك وبينهما منافاة فكيف يكون اللفظ الواحد
اثباتا وإزالة ولنا ما روى عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر وعن ابن
عباس رضي الله عنهما قال جاء رجل إلى
النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انى دخلت السوق فوجدت أخي 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 بالأحاديث كلها صيانة
لها عن التناقض واما قوله الشراء
اثبات الملك والاعتاق إزالة 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 أن يكون
لفظ الشراء السابق علما على ثبوت

المملك فى الزمان الأول وذلك اللفظ بعينه علما على ثبوت العتق فى الزمان الثانى إذ لا
تنافى عند اختلاف الزمان وأما

الكلام الشافعي فمبنى على أن القرابة المحرمة للنكاح فيما سوى الولاد وهي قرابة
الاخوة والعمومة والخؤولة حرام
القطع عندنا وعنده لا يحرم قطعها وعلى هذا بينى وجوب القطع بالسرقة ووجوب
النفقة في هذه القرابة انه لا يقطع
ويجب النفقة عندنا خلافا له ولا خلاف في أن القرابة الولاد حرام القطع ولا خلاف
أيضا في أن القرابة التي لا تحرم
النكاح كقرابة بين الأعمام غير محرمة القطع فالشافعي يلحق هذه القرابة بقرابة بنى
الأعمام ونحن نلحقها بقرابة
الولاد وجه قوله إن العتق إنما يثبت بالقرابة لكون العتق صلة وكون القرابة مستدعية
للصلة والاحسان إلى القريب
والعتق من أعلى الصلات فلا يثبت الا بأعلى على القرابات وهي قرابة بنى الأعمام ولهذا
الحق بها في كثير من الأحكام وهي
جريان القصاص في نفس والطرف وقبول الشهادة والحبس بالدين وجواز الاستئجار
ونكاح الحليلة وعدم
التكاتب ولنا ان قرابة الولاد إنما أوجبت 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
القريين وهو تفسير قطعية الرحم
وشرع السبب المفضى إلى القطع مع تحريم القطع متناقض فلا يبقى الملك دفعا
للتناقض فلا يبقى الرق ضرورة لأنه لم
يشرع بقاءه في المسلم والذمي الا لأجل 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 الذي
تساءلون به والأرحام معناه واتقوا الله الذي تساءلون به فلا تعصوه واتقوا الأرحام فلا
تقطعوها ويحتمل أن يكون
معناه واتقوا الله وصلوا الأرحام وقد روى في الاخبار عن رسول الله صلى الله وسلم أنه
قال صلوا الأرحام فإنه
أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الآخرة والامر بالوصل يكون نهيا عن القطع لأنه ضده
والامر بلا فعل نهى عن ضده
وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال الرحم شجنة من الله تعالى معلقة بالعرش تقول
يا رب هذا مقام العائذ بك قطعت
ولم أوصل فيقول الله تبارك وتعالى أما يكفئك انى شققت لك اسما من اسمي أنا

الرحمن وأنت الرحم فمن وصلك وصلته
ومن قطعك بنته 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 الذي يتعلق به
وجود القرابات فكان كل قرابة
أو مطلق القرابة محرمة القطع بظاهر النصوص الا ما خص أو قيد دليل ثم نخرج
الأحكام أما جريان القصاص فلا
يفضى إلى قطع الرحم لان القصاص جزاء الفعل وجزاء الفعل يضاف إلى الفاعل فكان
الأخ القاتل أو القاطع هو قاطع
الرحم فكأنه قتل نفسه أو فقطع طرفه باختياره وكذا الحبس بالدين لأنه جزاء المطل
الذي هو جنابة فكان مضافاً إليه
وأما الإجارة فهي عقد معاوضة وهو تمليك المنفعة بالمال وانه حصل باختياره فلا
يفضى إلى القطع الا انه لا يجوز
استئجار الأب ابنه في الخدمة التي يحتاج إليها الأب لا لأنه يفضى إلى قطعية الرحم بل
لان ذلك يستحق على الابن
شرعا فلا يجوز ان يستحق الا جر في مقابلته فلا يدخل في العقد ولو استأجر الابن أباه
يصح ولكن يفسخ احتراماً
للأب ونحن نسلم ان للأب زيادة احترام شرعا يظهر في حق هذا وفي حق القصاص
والحبس ولا كلام فيه وأما
نكاح الحليلة فإنه وإن كان فيه نوع من الغضاضة لكن هذا النوع من الغضاضة غير
معتبر في تحريم القطع فلان الجمع بين
الأختين حرم للصيانة عن قطعية الرحم ثم يجوز نكاح الأخت بعد طلاق أختها وانقضاء
عدتها وإن كان لا يخلو عن
نوع غضاضة وأما التكاثر فعند أبي يوسف ومحمد يتكاتب الأخ كما في قرابة الولاد
وعن أبي حنيفة فيه روايتان ثم
نقول عدم تكاتب الأخ لا يفضى إلى قطعية الرحم لان ملكه لا يصلح للتكاتب لأنه من
باب الصلة والتبرع وملك
المكاتب ملك ضروري لا يظهر في حق التبرع والعقود فإذا لم يكاتب عليه لم يقدر
الأخ على إزالة الذل عنه وهو الملك
فلا يفضى إلى الغضاضة بخلاف الولد لان ملك المكاتب وإن كان ضرورياً لم يشرع
الا في حق حرية نفسه لكن



(٤٨)

حرية أبيه وابنه في معنى حرية نفسه لان المرء يسعى لحرية أولاده وآبائه مثل ما يسعى لحرية نفسه فهو الفرق والله عز وجل أعلم وسواء كان المالك لذي الرحم المحرم بالغا أو صبيا عاقلا أو مجنونا يعتق عليه إذا ملكه لعموم قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم منه فهو حر ولأنه 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 إن الصبي العاقل إذا اشترى أباه يعتق عليه وشراء القريب اعتاقا عند أصحابنا حتى تتأدى به الكفارة والصبى وإن كان عاقلا فليس من أهل الاعتاق فينبغي ان لا يعتق أو لا يكون الشراء اعتاقا قيل إن كون شراء الأب اعتاقا عرفناه بالنص وهو ما روينا من حديث أبي هريرة رضي الله عنه والنص قابل للتخصيص والتقيد وقد قام الدليل على أن الصبي ليس بمراد لأنه ليس من أهل الاعتاق فلا يكون الشراء من الصبي وإن كان عاقلا بل يكون تملكيا فقط فيعتق عليه بالملك شرعا لقول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر لا بالاعتاق ولو ملك حليمة 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 ذي رحم محرم فلا بد من وجودهما أعني الرحم المحرم ففي الأول 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 أعتق وان وقع بالملك شرعا فالملك للمعتق عليه فكان الولاء له ولو اشترى أمة وهي حبلى من أبيه والأمة لغير الأب جاز الشراء وعتق ما في بطنها ولا تعتق الأمة ولا يجوز بيعها قبل ان تضع وله ان يبيعها إذا وضعت أما جواز الشراء فلا شك فيه لان شراء الأخ جائز كشراء الأب وسائر ذوي الرحم المحرم وأما عتق الحمل فلانه أخوه وقد ملكه فيعتق عليه ولا تعتق الام عليه

لأنها أجنبية عنه لعدم القرابة بينهما
يحققه انه لو ملكها أبوه لا تعتق عليه فابنه أولى وأما عدم جواز بيعها ما دام الحمل
قائما فلان في بطنها ولد حرا ولان بيع
الحامل بدون الحمل لا يجوز ألا ترى انه لو باعها واستثنى الحمل يفسد البيع فإذا كان
الولد حرا والحر لا يكون محلا للبيع
يصير كأنه استثنى الولد وإذا وضعت جاز بيعها لان المانع قد زال وإذا ملك شقفا من
ذي رحم محرم منه عتق عليه قدر
ما ملك في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد وزفر يعتق كله كما لو أعتق
شقفا من عبد له أجنبي لان العتق يتجزأ
عنده وعندهم لا يتجزأ ولو ملك رجلا من أحدهما حتى عتق عليه فهذا
لا يخلو اما ان ملكاه بسبب
لهما فيه صنيع 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 إن كان موسرا
وعلى هذا الخلاف إذا باع رجل نصف عبده من ذي 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
قيمه للبائع وعندهما يضمن
إن كان موسرا وإن كان معسرا يسعى العبد ولو قال الرجل لعبد ليس بقريب 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 إن 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 الأصل
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 أعتقه أحدهما وهو موسر ولما
كان متجزئا عنده كان شراء نصيبه

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 و ضمان الاتلاف والتمليك لا يسقط بالاعسار وكان ينبغي أن لا يجب الضمان على الشريك المعتقد الا انا عرفنا وجوب الضمان ثمة مخالفا للأصول 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 فليل أحدهما دون صاحبه لم يصح وكذا البائع نصف عبده من ذي رحم محرم راض بشرائه ومن رضى بالضرر لا ينظر له فلم تكن هذه المواضع نظير المنصوص عليه فبقي الحكم على الأصل بخلاف البعد المشترك بين اثنين باع أحدهما نصيبه من ذي 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 لأبي حنيفة على طريق الابتداء أنه وان سلم أن شراء نصيبه اعتاق لنصيبه شريكه لكن هذا افساد مرضى به من جهة الشريك لأنه 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 للإيجاب 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 رضا بشراء صاحبه فكان شراء القريب افساد النصيب الشريك برضا الشريك فلا يوجب الضمان كما إذا كان العبد مشتركا بين اثنين فقال أحدهما لصاحبه أعتق نصيبك أو رضيت باعتاق نصيبك فاعتق لا يضمن كذا هذا فان قيل هذه النكتة لا تتمشى في الهبة فان أحدهما إذا قبل الهبة دون الآخر 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 الا جنبي أن شريكه قريب العبد لأنه 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 لأنه أراه الحكم مع عدم العلة وهذا تفسير العكس والعكس
ليس بشرط في العلل الشرعية لجواز
أن يكون لحكم واحد شرعي علل فنحن نفينا وجوب الضمان في بعض الصور بما
ذكرنا ونبقيه في غيره بعلة أخرى ثم
نقول أما فصل الهبة فنقول كل واحد منهما وان لم يكن قبوله شرط صحة قبول الآخر
حتى ينفرد كل واحد منهما بالقبول
لكنهما إذا قبلا جميعا كان قبولهما بمنزلة شئ واحد لأنه 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 فتخريجه على جواب ظاهر الرواية وهو أن عند أبي حنيفة لا
يجب الضمان سواء علم أو لم يعلم
وعندهما يجب أو لم يعلم نص عليه في الجامع الصغير اما على أصلهما فظاهر لأن
الضمان عندهما يجب مع العلم الجهل
أولى وأما على أصل أبي 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 الأحكام 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 أبي يوسف أنه فصل بين
العلم والجهل فقال إن كان الأجنبي
يعرف ذلك فان العبد يعتق ويسعى للأجنبي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وإن كان لا
يعلم فهو بالخيار ان شاء نقض
البيع وان شاء تم عليه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ووجه هذه الرواية ان الشراء
مع شركة الأب 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

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 أعتقه أحدهما فالمشتري بالخيار لأنه لم يوجد من المشتري الا جنبي ما هو دليل الرضا في سقوط الضمان عن الأب فلا يسقط وروى عن أبي يوسف أنه قال لو أن عبدا اشترى نفسه هو وأجنبي من مولاه فالبيع باطل في حصته الأجنبي لأنه 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 الأول واعتاق في الزمان الثاني وأنه جائز لما بينا وروى عن أبي يوسف أنه قال إذا قال إن ملكت من هذا العبد شيئا فهو حر ثم اشتراه الحالف وأبوه صفقة واحدة عتق على الأب 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 الأب أسبق فيعتق النصيبان عليه ولهذا قال في رجل قال إن اشترت فلانا أو بعضه فهو حر فادعى رجل آخر أن انه ثم اشترىه عتق عليهما ونصف ولائه للذي أعتقه وهو ابن الذي ادعاه لان النسب ههنا لم يسبق اليمين فيعتق نصيب كل واحد منهما عليه وولاه بينهما لأنه 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 الإرث 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 لمملوكه هذا ابني فهو لا يخلو اما إن كان يصلح ابنا له بأن كان يولد

مثله لمثله واما إن كان لا يصلح ولا يخلو اما
إن كان مجهول النسب أو معروف النسب من الغير فإن كان يصلح ابنا له هل فإن كان
مجهول النسب يثبت النسب والعتق
بالاجماع وإن كان معروف النسب من الغير لا يثبت النسب بلا شك ولكن يثبت العتق
عندنا وعند الشافعي لا يثبت
العتق والأصل عنده أن العتق بناء على النسب فان ثبت النسب ثبت العتق والا فلا وإن
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 والأصل عندهما أن التعتق مبنى على تصور النسب واحتمال ثبوته فان تصور
ثبوته ثبت العتق والا فلا والأصل
عند أبي حنيفة ان ثبوت العتق لا يقف على ثبوت النسب ولا على تصور ثبوته وكذلك
لو قال لمملوكته هذه بنتي 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 للأول لأنه 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 الأولى يتصور ثبوت النسب منه حقيقة بالزنا
والاشتهار من غيره بناء على
النسب الظاهر فيعتق ولأبي حنيفة أن كلام العاقل المتدين يحمل على الصحة والسداد
ما أمكن لاعتبار عقله
ودينه دلالة وأمكن 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 الأصل صريحا ويكنى عنه باسم
الملازم إياه التابع له كما في
قوله عز وجل أو جاء أحد منكم من الغائط والغائط اسم للمكان الخالي المظمئن من
الأرض كنى به عن الحدث لملازمة
بين هذا المكان وبين الحدث غالبا وعادة إذ العادة ان الحدث يوجد في مثل هذا
المكان تستر عن الناس وكذا

الاستنجاء والاستجمار كناية عن تطهير موضع الحدث إذ الاستنجاء طلب النجوة
والاستجمار طلب الجمار

وكذا العرب تقول ما زلنا 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 طرقة المشابهة بين الذاتين وفي المعنى الملازم المشهور في محل الحقيقة فيطلق اسم المستعار عنه على المستعار له لاظهار المعنى الذي هو ظاهر في المستعار عنه خفى في المستعار له كما في الأسد مع الشجاع والحمار مع البليد ونحو ذلك وقد وجد هذا الطريق هنا من وجهين أحدهما ان الابن في اللغة اسم للمخلوق من ماء الذكي والأنثى وفيه معنى ظاهر لازم وهو كونه منعما عليه من جهة الأب بالاحياء لاكتساب سبب وجوده وبقائه بالتربية والمعتق منعما عليه من جهة المعتق إذ الاعتاق انعام على المعتق وقال الله عز وجل وإذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه في التفسير أنعم الله تعالى عليه بالاسلام وأنعمت عليه بالاعتاق فكان بينهما مشابهة في هذا المعنى أنه معنى لازم مشهور فيجوز اطلاق اسم الابن علي المعتق مجاز الاظهار نعمة العتق كاطلاق اسم الأسد 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 إن العتق اما ان ثبت ابتداء أو بناء على النسب لأنا نقول ابتداء لكن بأحد الطريقتين وهو الكناية أو المجاز على ما بينا ولا يلزم على أبي حنيفة ما إذا قال لامرأته هذا بنتي ومثله لا يلد مثلها انه لا تقع الفرقة بينهم لان اقراره بكونها بنتا له نفى النكاح لأجل النسب وههنا لم يثبت النسب فلا ينتفى النكاح فاما ثبوت العتق فليس يقف على ثبوت والدليل على الفرقة بين المسئلتين انه لو قال لزوجته وهي معروفة النسب من الغير هذه بنتي لم تقع الفرقة ولو قال لامته هذه بنتي وهي معروفة النسب تعتق وما افترقا الا لما قلنا وكذا لو قال لزوجته هذه بنتي وهي تصلح بنتا له ثم قال أوهمت أو أخطأت لا تقع

الفرقة ولو قال لامته هذه بنتي وهي
تصلح بنتا له ثم قال أوهمت أو أخطأت يقع العتق فدل على التفريق بينهما وكذلك لو
قال هذا أبي فإن كان يصلح أبا له
وليس للقائل أب معروف يثبت النسب والعتق بلا خلاف وإن كان يصلح أبا له ولكن
للقائل أب معروف لا يثبت
النسب ويعتق عندنا خلافا للشافعي وإن كان لا يصلح أبا له يثبت النسب بلا شك
ولكن يعتق عند أبي حنيفة
وعندهما لا يعتق وكذا لو قال هذه أُمي فالكلام فيه كالكلام في الأب وأما الكلام في
الحرية بأن كان المملوك أمة
ففي كل موضع يثبت النسب تثبت الحرية والا فلا ولو قال لعبده هذه بنتي أو قال لامته
هذا ابني اختلف المشايخ فيه
قال بعضهم يعتق وقال بعضهم لا يعتق ولو قال لمملوكه هذا عمي أو خالي يعتق بلا
خلاف بين أصحابنا ولو قال هذا أخي
أو أختي ذكر في الأصل انه لا يعتق بخلاف قوله هذا ابني أو أبي أو عمي أو خالي
وروى الحسن عن أبي حنيفة
انه يعتق كما في قوله عمي أو خالي وجه هذه الرواية ان هذا وصف مملوكه بصفة من
يعتق عليه إذا ملكه فيعتق عليه كما
إذا قال هذا أعمى أو خالي وجه رواية الأصل ان قوله هذا أخي يحتمل تحقيق العتق
ويحتمل الاكرام والتخفي به لأنه
يستعمل في ذلك عرفا وشرعا قال الله تعالى فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين
ومواليكم فلا يحمل على العتق من غير
نية بخلاف اسم الخال والعم فإنه لا يستعمل في الاكرام عرفا وعادة فلا يقال هذا خالي
أو عمي على إرادة الكرام فكان
ذكره للتحقيق وبخلاف قوله هذا بنى أو هذا أبى لأنه لا يستعمل في الاكرام عرفا
وشرعا وقد منع الشرع من ذلك
قال الله تعالى وما جعل أدعياءكم أبناءكم وقال سبحانه وتعالى أدعوهم لآبائهم هو
أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم
فإخوانك في الدين ومواليكم روى أنهم كانوا يسمون زيد بن حارثة زيد بن محمد
فنزل قوله تعالى ما كان محمد أبا أحد من
رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين فكفوا عن ذلك وان لم يكن مستعملا في
الاكرام يحمل على التحقيق وأما
النداء فهو أن يقول يا ابني يا أبى يا ابنتي يا أُمي يا خالي يا عمي أو يا أختي أو يا أخي
على رواية الحسن لا يعتق في هذه الفصول

لان الغرض بذكر اسم النداء هو استحضر 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 الإضافة إلى نفسه ولو قال يا بنى أو يا بينة يعتق لوجود الإضافة وأما الكناية فنحو قوله لا سبيل لي عليك أو لا ملك لي عليك أو خلعت سبيلك أو خرجت من ملكي فان نوى العتق يعتق والا فلا لان كل واحدة من هذه الألفاظ يحتمل العتق ويحتمل غيره فان قوله لا سبيل لي عليك يحتمل سبيلا للوم والعقوبة أي ليس لي عليك سبيل اللوم والعقوبة لوفائك بالخدمة والطاعة ويحتمل لا سبيل لي عليك لأنني كاتبتك فزالت يدي عنك ويحتمل لا سبيل لي عليك لأنني أعتقتك فلا يحمل على العتق الا بالنية ويصدق إذا قال عنيت به غير العتق الا إذا قال لا سبيل لي عليك الا سبيل الولاء فإنه يعتق في القضاء ولا يصدق انه أراد به غير العتق لأنه نفى كل سبيل وأثبت سبيل الولاء واطلاق الولاء يراد به ولاء العتق وذلك لا يكون الا بعد العتق ولو قال الا سبيل الموالاة دين في القضاء لان مطلق الموالاة يراد بها في الدين أو يستعمل في ولاء الدين وولاء العتق فأني ذلك نوى يصدق في القضاء وقوله لا ملك لي عليك يحتمل ملك اليد أي كاتبتك فزالت يدي عنك ويحتمل لا ملك لي عليك لأنني يعتقك ويحتمل لا ملك لي عليك لأنني أعتقتك فتقف على النية وقوله خلعت سبيلك يحتمل سبيل الاستخدام أي لا أستخدمك ويحتمل أعتقتك ولو قال له أمرك بيدك أو قال له اختر وقف على النية لأنه 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 أوفي العتق لا يحتاج فيه إلى النية لأنه صريح ولكن لا بد من اختيار العبد العتق وقف على المجلس لأنه تمليك وقوله خرجت عن ملكي يحتمل ملك التصرف فيكون بمعنى كاتبتك ويحتمل أعتقتك ولو قال لمملوكه نسبك حر أو أصلك حر فإن كان يعلم أنه سبي لا يعتق وان لم يكن سبي يعتق لان الأصل ان حرية الأبوين تقضى حرية الولد لان المتولد من الحرين يكون حرا الا ان حرية المسبي بطلت بالسبي فبقي الحكم في غير المسبي على الأصل ولو قال لعبده أنت لله تعالى لم

يعتق في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ان نوى العتق يعتق وجه قوله الله تعالى يحتمل أن يكون بيان جهة القرية للاعتاق المحذوف فإذا نوى العتق يعتق كما لو قال أنت حر لله ولأبي حنيفة ان الاعتاق اثبات صفة للمملوك لم تكن ثابتة قبل الاعتاق لأنه 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 أبي 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 أبي يوسف فلان قوله عبد الله لا يحتمل أن يكون جهة القرية للاعتاق وقوله لله تعالى يحتمل ذلك وروى عن أبي يوسف أنه قال إذا قال لعبدك 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 لأنه 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 أبي يوسف أنه قال إذا قال لامته أطلقتك يريد به العتق تعتق لان الاطلاق إزالة اليد والمرء يزيل يده عن عبده بالعتق وبغير العتق بالكتابة فإذا نوى به العتق عتق كما لو قال لها خلعت سبيلك ولو قال لها أطلقتك 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 الرضاعة أو جارية قد وطئ أمها أو بنتها أو جارية مجوسية انه لا تعتق وروى عن أبي يوسف أنه قال إذا قال لعبد أن ت ح ر أو قال لزوجه أن ت ط ال ق فتهجي ذلك هجاء ان نوى العتق أو الطلاق وقع لأنه يفهم من هذه الحروف عند انفرادها ما يفهم عند التركيب والتأليف الا انها ليست بصريحة في الدلالة على المعنى لأنها عند انفرادها لم توضع للمعنى فصارت بمنزلة الكناية فتقف على النية واما ما يقوم مقام اللفظ في الدلالة على العتق فالكتابة المستبينة

لأنها في الدلالة المراد بمنزلة اللفظ الا أن فيها ضرب استتار وابهام لان الانسان يكتب ذلك لإرادة العتق وقد

يكتب لتجويد الخط فالتحقيق بسائر الكنايات فافتقر إلى النية والكلام في هذا كالكلام في الطلاق وقد ذكرناه في
الطلاق وكذا الإشارة من الأخرس إذا كانت معلمة مفهومة المراد لأنها في الدلالة على المراد في حقه كالعبارة في
الطلاق والأصل في قيام الإشارة مقام العبارة قوله خطابا لمريم عليها السلام فقولي انى نذرت للرحمن صوما أي
صمتا وامساكا وذلك على الإشارة لا على القول منها وقد سماها الله تعالى قولاً فدل أنها تعمل عمل القول وأما الألفاظ
التي يقع بها العتق أصلاً نوى أو لم ينو فنحو أن يقول لعبده قم أو اقعد أو اسقني ونوى به العتق لأن هذه الألفاظ لا تحمل
العتق فلا تصح فيها نية العتق وكذا لو قال لا سلطان لي عليك لان السلطنة عبارة عن نفاذ المشية على وجه القهر
فانتفاؤها لا يقتضى انتفاء الرق كالمكاتب فلا يقتضى العتق بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأنه نفى السبل 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 لي عليك أي لا حجة لي 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 برية
أو بنة أو اذهبي أو أخرجي 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 خلافاً له وجه قوله أن قوله لمملوكته أنت طالق أو طلقتك اثبات الاطلاق أو إزالة 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 الألفاظ 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 أين
شئت لأنه 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 ابتك لأنه ينبىء عن الفصل والتباعد
وكذا التحريم يجامع الرق
كالأخت من الرضاة والأمة المجوسية ونحو ذلك بخلاف قوله لامرأته 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
الأعيان وهذا لان الطلاق رفع ما يثبت بالنكاح فإذا لم يثبت ملك اليمين بلفظ النكاح
لا يتصور رفعه بلفظ الطلاق
بخلاف قوله لامرأته أنت حرة ونوى به الطلاق لان ملك المتعة لا يختص بثبوت بلفظ
النكاح فإنه كما يثبت بغير
النكاح يثبت بغيره من الشراء وغيره فلا يختص زواله بلفظ الطلاق ألا ترى أنه يزول
بردة 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
حر لم يعتق لان هذا تشبيه لكن بحذف حرف التشبيه وانه جائز من باب المبالغة قال
الله تعالى وهي تمر مر السحاب
أي كمر السحاب وقال الشاعر
وعيناك عيناه وجيدك جيدها * سوى أن عظم الساق منك دقيق
فتشبيه الشيء بالشيء 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 الأصل



(٥٤)

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 لأنه نفى وأثبت والنفي ما زاده الا تأكيدا كقول القائل لغيره ما أنت الا فقيه وروى عن أبي يوسف أنه قال إذا قال كل مالي حر وله عبيد لم يعتقدوا لأنه جمع بين العبد وغيرهم من الأموال ووصف الكل بالحرية بقوله كل مالي حر ومعلوم أن غير العبيد من الأموال لا يحتمل الوصف بالحرية التي هي العتق فيصرف الوصف بالحرية إلى الحرية التي يحتملها الكل وهي أن تكون جميع أمواله خالصة صافية له لا حق لا حد فيها فلا تعتق عبيده والله عز وجل الموفق

(فصل) وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يرجع إلى المعتقد خاصة وبعضها يرجع إلى المعتقد خاصة وبعضها يرجع إليهما جميعا وبعضها يرجع إلى نفس الركن أما الذي يرجع إلى المعتقد خاصة فمنها أن يكون عاقلا حقيقا أو تقديرا حتى لا يصح الاعتاق من الصبي الذي لا يعقل والمجنون كما لا يصح الطلاق منها وأما المجنون الذي 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 بالغا فلا يصح الاعتاق من الصبي وإن كان عاقلا كما لا يصح الطلاق منه ولو قال رجل أعتقت عبيدي وأنا صبي أو قال وأنا نائم كان القول قوله والأصل فيه انه إذا أضاف الاعتاق إلى حال معلوم الكون وهو ليس من أهل الاعتاق فيها يصدق بان قال أعتقته وأنا صبي أو وأنا نائم أو مجنون وقد علم جنونه أو وأنا حربي في دار الحرب على أصل أبي حنيفة ومحمد وقد علم ذلك منه لأنه إذا أضاف الاعتاق إلى زمان لا يتصور منه الاعتاق علم أن أراد به صيغة الاعتاق لا حقيقة الاعتاق فلم يصر معترفا بالاعتاق ولو قال أعتقته وأنا مجنون ولم يعلم له جنون لا يصدق لأنه إذا أضافه إلى حالة لا يتيقن وجودها فالظاهر أنه أراد الرجوع عما أقر به فلا يقبل منه ولو قال

أعتقته 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
والإشارة 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 إن كان بعوض لان العوض من جانب المولى هو العتق وانه لا يقبل لا الفسخ فلا
معنى للخيار فيه وإن 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 العمد بشرط الخيار وان الخيار إن كان مشروطا للمولى يبطل الخيار
ويصح الصلح لان الخيار
لثبوت الفسخ والذي من جانب المولى وهو العفو لا يحتمل الفسخ وإن كان الخيار
للقاتل جاز لان ما هو العوض من
جانبه وهو المال قابل للفسخ ثم إذا جاز الخيار وفسخ القاتل العقد هل يبطل العفو
فالقياص أن يبطل لأنه 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 فإنه
يجوز فيها شرط الخيار للمولى
لأنها عقد معاوضة يلحقها الفسخ فيجوز شرط الخيار في طرفيها كالبيع بخلاف
الاعتاق على مال والله عز وجل



(۵۵)

الموفق وكذا اسلام المعتق ليس بشرط فيصح الاعتاق من الكافر الا ان اعتاق المرتد لا
ينفذ في الحال في قول أبي حنيفة
بل هو موقوف وعندهما نافذ واعتاق المرتد نافذ بلا خلاف والمسألة نذكرها في
كتاب السير إن 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 لأنه يكون وصية ومنها النية في أحد نوعي الاعتاق وهو الكناية
دون الصريح ويستوى
في صريح الاعتاق وكناياته أن يكون ذلك بمباشرة المولى بنفسه على طريق الأصالة أو
بغيره على طريق النيابة عن
المولى بآذنه وأمره وذلك أنواع ثلاثة تفويض وتوكيل ورسالة فالتفويض هو التخيير
والامر باليد صريحا وكناية
على ما بينا والامر بالاعتاق كقوله أعتق نفسك وقوله أنت حر ان شئت والتوكيل هو
ان يأمر غيره بالاعتاق بأن يقول
لغيره أعتق عبدي 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 عز وجل ومنها
عدم الشك في الاعتاق وهو شرط الحكم بثبوت العتق فإن كان شاكا فيه لا يحكم
بثبوته لما ذكرنا في الطلاق وأما الذي
يرجع إلى المعتق خاصة فنوعان أحدهما الإضافة فمنها أن يكون المضاف إليه العتق
موجودا بيقين فإن لم يكن لم تصح
الإضافة بان قال لجارية مملوكة له حمل هذه الجارية مملوكة له حمل هذه الجارية حر
أو ما في بطن هذه الجارية حر فان ولدت لأقل من ستة أشهر
من وقت التكلم عتق وان ولدت لستة أشهر فصاعدا لم يعتق لأنها إذا ولدت لأقل من
ستة أشهر من وقت اليمين
تيقنا بوجوده في ذلك الوقت لأن المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر فان ولدت واحدا
لأقل منها بيوم ثم ولدت آخر
لأكثر منها بيوم عتاق جميعا لان الأول عتق لكونه في البطن يوم الكلام فإذا أعتق الأول
عتق الثاني لأنهما توأمان واما
إذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا من وقت التكلم فلا نستيقن بوجوده وقت التكلم
لاحتمال حدوثه بعد ذلك فوقع
الشك في ثبوت الحرية فلا تثبت مع الشك ومنها الإضافة إلى بدن المعتق أو إلى جزء

جامع منه وهو الذي 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 وعندة يصح كما في الطلاق غير أنه إذا أضاف العتق إلى جزء شائع منه لا يعتق كله عند أبي حنيفة وإنما يعتق قدر ما أضاف إليه لا غير وعند أبي يوسف ومحمد يعتق كله وفي الطلاق تطلق كلها بلا خلاف بناء على أن العتق يتجزأ عند أبي حنيفة وعندهما لا يتجزأ والطلاق لا يتجزأ بالاجماع فأبو 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 فإنه يثبت مع حرمة الوطئ والاستمتاع كالأمة المجوسية والمحرمة بالرضاع والمصاهرة وإنما 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 الإضافة 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 الإضافة 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 إن كان العبد حاضرا ومجلس العلم إن كان غائبا لما نذكر في موضعه إن شاء الله تعالى وأما الذي يرجع إليهما جميعا فهو الملك إذ المالك والمملوك من الأسماء الإضافية والعلاقة التي تدور عليها الإضافة من الجانبين هي الملك فكون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت ثبوت العتق شرط ثبوته فيحتاج في هذا الفصل إلى بيان كون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت

ثبوت العتق شرط ثبوته والى بيان انه هل يشترط أن يكون مملوكه وقت الاعتاق وهو
التكلم بالعتق أم لا والى بيان من

يدخل تحت مطلق اسم المملوك في الاعتاق المضاف إليه ومن لا يدخل أما الأول
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 إجازة المالك
عندنا وعند الشافعي لا يتوقف وهي مسألة تصرفات الفضولي وموضعها كتاب البيوع
وكذا العبد المأذون لا يملك
الاعتاق وكذا المكاتب لانعدام ملك الرقبة وكذا لو اشترى العقد المأذون أو المكاتب
ذا رحم منه لا يعتق عليه لما
قلنا ولو اشترى العبد المأذون ذا رحم محرم من مولاه فإن لم يكن عليه دين مستغرق
لرقبته عتق عليه لأنه إذا لم يكن
عليه دين فقد ملكه المولى فيعتق عليه كما لو اشتراه بنفسه وإن كان عليه دين مستغرق
لرقبته لا يعتق عند أبي حنيفة
وعند أبي يوسف ومحمد يعتق بناء على أن المولى لا يملك كسب عبده المأذون
المديون عنده وعندهما يملك وهي من
مسائل المأذون ولو اشترى المكاتب ابنه من مولاه أو ذا رحم محرم من مولاه لم يعتق
في قولهم جميعا لان المولى لم يملكه
لأنه من كسب المكاتب والمولى لا يملك اكساب مكاتبه فلا يعتق ولو اشترت
المكاتبه ابنها من سيدها عتق لان
اعتاق المولى نفذ في المكاتبه وولدها فيعتق من طريق الحكم لأجل النسب ويجوز
اعتاق المولى المكاتب والمولى المكاتب والعبد
المأذون والمشتري قبل القبض والمرهون والمستأجر لقيام ملك الرقبة وكذا العبد
الموصى برقبته لانسان وبخدمته
لآخر إذا أعتقه الموصى له بالرقبة لما قلنا وعلى هذا الأصل يخرج قول أبي يوسف في
الحربي إذا أعتق عبدا حربيا له
في دار الحرب انه يعتق لقيام الملك وأما عند أبي حنيفة ومحمد فلا يعتق ولا خلاف
في أنه إذا أعتقه وخلق سبيله
يعتق منهم من قال لا خلاف في العتق انه يعتق وإنما الخلاف في الولاء انه هل يثبت
منه أم لا ذكر الطحاوي عن أبي
حنيفة ان للعبد ان يوالي من شاء ولا يكون ولاؤه للمعتق والصحيح ان الخالف ثابت
في العتق فإنهم قالوا في الحربي
إذا دخل الينا ومعه ممالك فقال هم مدبرون انه لا يقبل قوله وان قال هم أولادي أو

هن أمهات أولادي قبل قوله فهذا يدل على أن التدبير لا يثبت في دار الحرب ورواية الطحاوي عن أبي حنيفة محمولة على ما إذا خرج إلى دار الاسلام وإذا خرج إلى دار الاسلام فلا ولاء له عليه عندهما لأنه لم يعتق باعتاقه وإنما عتق بخروجه إلى دار الاسلام وعند أبي يوسف عتق باعتاق مولاه له وجه قول أبي 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 الحربي استيلاؤها الا انه ملك غير معصوم ولهما ان اعتاق الحربي عبده الحربي 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 أن 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 كالحربي إذا أعتق عبده الحربي في دار الحرب ومنهم من جعل المسألة على الاختلاف وعلى هذا لا خلاف إذا ملك الحربي في دار الحرب ذا رحم محرم منه انه لا يعتق عند أبي حنيفة محمد وعند أبي 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 إضافة إلى وقت فإن كان تنجيزا يشترط قيام الملك وقت وجوده لان التنجيز اثبات

العتق للحال ولا عتق بدون الملك وإن كان تعليقا فالتعليق في الأصل نوعان تعاليق محض ليس فيه معنى المعاوضة وتعليق فيه معنى المعاوضة فيكون تعليقا من وجه ومعاوضة من وجه والتعليق المحض نوعان أيضا تعليقا بما سوى الملك وسببه من الشروط وتعليق وتعليق بالملك أو سبب الملك وكل واحد منهما على ضربين تعليقا 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 والثاني في بيان ما يظهر به وجود الشرط أما الأول فالتعليق المحض بما سوى الملك وسببه من الشروط فنحو التعليق بدخول الدار وكلام زيد وقدم عمرو ونحو ذلك بأن يقول لعبدك ان دخلت الدار فأنت حر أو ان كلمت فلانا أو إذا قدم فلان ونحو ذلك فإنه تعليقا صورة ومعنى لوجود حرف التعليق والجزاء وهذا النوع من التعليق لا يصح الا في الملك حتى لو قال لعبدك ان دخلت الدار فأنت حر ثم اشتراه فدخل الدار لا يعتق لان تعليقا 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 لأن الظاهر بقاؤه 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 عز وجل 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 لأن 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 فتعقد اليمين إذا وجد التعليق في الملك حتى صلح فالعبد على ملكه في جميع الأحكام قبل وجود الشرط وإذا وجد الشرط وهو في ملكه يعتق وان لم يكن في ملكه تنحل اليمين لا إلى جزء حتى لو قال لعبدك 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 الجزاء 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 الأخير عندنا خلافا لزفر حتى لو قال لعبده ان دخلت هذين الدارين فأنت حر فباعه قبل الدخول فدخل احدى الدارين ثم اشتراه فدخل الدار الأخرى 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 لأنه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين واليمين بالعتاق لا تنعقد في الملك أو مضافة إلى الملك أو بسببه كأنه قال له عند الدخول ان كلمت فلانا فأنت حر ولو قال لعبده أنت حر ان شئت أو أجبت أو رضيت أو هويت أو قال لامته ان كنت تحبيني أو تبغضيني أو إذا 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 بشئ آخر بقوله لا أشاء ألا ترى أنه إذا قال إن 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 العتاق 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

بمخالفة الفصل الأول لأن هناك اقتصر على المجلس فإذا قال لا أشياء 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 غدا ان
شئت فالمشيئة في الغد فان شاء
في الحال لا يعتق ما لم يشأ في الغد ولو قال أنت حر ان شئت غدا فالمشيئة إليه في
الحال فإذا شاء في الحال عتق غدا لان
في الفصل الأول 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 جميعا
وقال زفر المشيئة إليه للحال في الفصلين جميعا ومن هذا القبيل قول الرجل لبعده ان
أديت إلى ألفا فأنت حر لأنه تعليق
صورة ومعنى لوجود الشرط والجزاء فيصح في الملك ويتعلق العتق بوجود الشرط وهو
الأداء إليه في ملكه فإذا جاء
بالف وهو في ملكه وخلي بينه وبين الألف شاء المولى أو أبي وهو تفسير الجبر على
القبول الا أن القاضي يجبره على
القبض بالحبس كذا فسره محمد فقال إن 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 الأداء إليه ولا يتحقق
الأداء إليه الا بالقبض ولم يوجد فلا يعتق كما لو قال إن أديت إلى عبدا فأنت حر فجاء
بعبد ردئ وخلي بينه وبينه
لا يعتق ولو قبل يعتق وكذا إذا قال أديت إلى كرا من حنطة رديئة ولو قبل يعتق
وكذا إذ قال إن أديت إلى ثوبا أو دابة فأتى بثوب مطلق أو دابة مطلقة لا يعتق بدون
القبول وكذا إذا قال إن أديت
إلى ألفا أحج بها أو حججت بها لا يعتق بتسليم الألف ما لم يقبل وكذا إذا قال إن
أديت إلى هذا الدين من الخمر لا يعتق
بالتخلية بدون القبول (وجه) الاستحسان ان أداء المال إلى الانسان عبارة عن تسليمه
إليه قال الله تبارك وتعالى
أن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات 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
ينازعه فيه أحد وهذا يحصل

بالتخلية ولهذا كانت التخلية تسليما في الكتابة وكذا في المعاوضات المطلقة فلا يحتاج فيه إلى القبض كما لا يحتاج إليه في الكتابة ولا معاوضات المطلقة مع ما أن التخلية تتضمن القبض لأنها تفيد التمكن من التصرف وهو تفسير القبض لا الجعل في البراجم كما في سائر المواضع وأما المسائل فهناك لم يوجد الشرط أما مسألة العبد فلانه وان ذكر العبد مطلقا فإنما أراد به المقيد وهو العبد المرغوب فيه لا ما ينطلق عليه اسم العبد ذلك بدلالة حاله فلا يعتق بأداء الردئ فإذا قبل يعتق لأنه إذا قبل تبين أنه ما أراد به المقيد بل المطلق وعلم أن له فيه غرضا آخر في الجملة فلا تعتبر الدلالة مع الصريح بخلافه حتى لو أتى بعبد جيد أو وسط وخلي يعتق وهو الجواب في مسألة الكر وأما مسألة الثوب فشم 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 والكرباس والصوف وكل جنس تحته أنواع فكان الوسط مجهولا جهالة متفاحشة ولا يقع على أدنى الوسط من هذه الأجناس كما لا يقع على أدنى الردئ لان قيمة أدنى الوسط وهو الكرباس وهو ثوب تستر به العورة مما لا يرغب فيه بمقابلة إزالة الملك عن عبد قيمته ألف ومتى بقي مجهولا لا تنقطع المنازعة فلا يتحقق التسليم والتخلية حتى لو قال إن أديت 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 إن أديت إلى فرسا فأنت حر فقد قالوا إنه يقع عليلا وسط ويجبر على القبول وأما مسألة الحج ففيها تفصيل ان قال إن أديت إلى ألفا فحججت بها فتى بالألف لا يعتق لأنه علق العتق بشرطين فلا يعتق بوجود أحدهما ولو قال إن أديت إلى ألفا أحج بها يعتق إذا خلى ويكون وقوله أحج بها لبيان الغرض ترغيبا للعقد في الأداء 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 أنه متى أتى

(٥٩)

بها فهو حر فقبل يكون كتابة فاسدة فلو جاء بها المكاتب وخلقى بينه وبينها يعتق لوجود الشرط ويلزمه قيمة نفسه
فيحوز 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
بشروطها لا بطريق المعاوضة والمسائل تدل عليها فإنه ذكر عن بشر بن الوليد أنه قال سمعت أبا يوسف قال في رجل
قال لعبد إذا أدت إلى ألفا فأنت حر أو متى أدت أو ان أدت 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 الألف فالعبد رقيق يورث مع اكسابه بخلاف الكتابة ولو مات العبد
قبل الأداء وترك مالا فماله كله للمولى ولا يؤدي عنه فيعتق بخلاف المكاتب وان بقي بعد الأداء 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 إن المولى لو باعه قبل الأداء صح كما في قوله لعبد ان دخلت الدار فأنت حر بخلاف
المكاتب فإنه لا يحوز بيعه من غير رضا المكاتب وإذا رضى تنفسخ المكاتب ولو قال لعبدين له ان أدت إلى ألفا
فأنتما حران فان أدى أحدهما حصته لم يعتق أحدهما لأنه علق العتق بأداء الألف ولم يوجد وكذا إذا أدى أحدهما
الألف كلها من عنده لأنه جعل شرط عتقهما أداءهما جميعا الألف ولم يوجد الألف فلا يعتقان كما إذا قال لهما ان
دخلتما هاتين الدارين فأنتما حران فدخل أحدهما لا يعتق ما لم يدخل الآخر وان أدى أحدهما الألف كلها وقال
خمسمائة من عندي وخمسمائة أخرى بعث بها صاحبي ليؤديها إليك عتقا لوجود الشرط وهو أداء الألف منهما
حصه أحدهما بطريق الأصالة وحصه الآخر بطريق النيابة لان هذا باب ترى فيه النيابة فقام أدأؤه مقام أداء
صاحبه ولو أدى عنهما رجل آخر لم يعتقا لعدم الشرط وهو أدأؤهما وأما إذا أدى

الأجنبي الألف وقال أوّديها إليك
على أنهما حران فقبلها المولى علي ذلك عتقا لان هذا بمنزلة التعليق بشرط آخر مع
الأجنبي كأنه قال له ان أديت إلى ألفا
فعبدي حر ويرد المال إلى المولى لان المولى لا يستحق المال بعق 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 ألفي
هذه ودفع إليه فطلق ان الألف
تكون للمطلق لان الزوج لم يحصل بالطلاق منفعة إذ هو اسقاط حق والأجنبي صار
متبرعا عنها بذلك فأشبهه ما إذا
قضى عنها ديننا بخلاف العتق لأنه حصلت للمولى منفعة وهو الولاء فلا يجوز أن
يستحق بدلا على الغير ولو أداها
الأجنبي وقال هما أمراني أن أوّديها عنهما فقبلها المولى عتقا لوجود الشرط لأنه 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 بالأداء من هذا الكسب لان الاذن ثبت بمقتضى القبول
والكسب كان قبل القبول فصار
بمنزلة المغصوب بان غضب 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 الأداء وعتق العبد
ولا يرجع المولى على العبد بمثله بعد العتق استحسانا والقياس ان يرجع لأنه أدى مال
المولى فيرجع عليه كما لو اكتسبه
قبل القبول بخلاف المكاتب لأنه أدى من مال نفسه لان اكتسابه ملكه الا انهم
استحسنوا فقالوا إنه لا يرجع لأنه
أدى بإذن المولى فكان اقدمه على هذا القبول اذنا له بالتجارة دلالة لأنه لا يتوصل إلى
أداء الألف الا بالتجارة فيصير
مأذونا في التجارة فقد حصل الأداء من كسب هو مأذون في الأداء منه من جهة المولى
فلا يستحق الرجوع عليه
أو نقول الكسب الحاصل بعد القبول ليس على حكم ملك المولى في القدر الذي
يؤدى 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 عنى مائة فحط عنه فادى تسعمائة لم
يعتق لان الشرط لم يوجد بخلاف

الكتابة فان العتق فيها يثبت بطريق المعاوضة والحط يلتحق بأصل العفو في المعاوضات كالبيع وكذا لو أدى مكان الدراهم دنانير لا يعتق وان قبل لعدم الشرط ولو قال لعبد ان خدمتني سنة فأنت حر فخدمه أقل من سنة لم يعتق حتى يكمل خدمته وكذا ان صالحه من الخدمة على دراهم أو من الدراهم التي جعل عليه على دنانير وكذا إذا قال أخدم أولادي سنة وأنت حر فمات بعضهم قبل تمام السنة لم يعتق وهذا كله دليل على أن العتق ثبت بوجود الشرط حقيقة فلا يختلف الحكم فيه بالرضا وعدمه واسقاط بعض الشرط كما في سائر الأزمان ألا يرى أنه إذا قال له ان دخلت هاتين الدارين فأنت حر فدخل إحدهما وقال المولى أسقط عنك دخول الأخرى لا يسقط كذا هذا ولو أبرأ المولى العبد من الألف لم يعتق لعدم الشرط وهو الأداء ولو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق وذكر محمد في الزيادات انه إذا قال إن أدت لي ألفا في كيس أبيض فأنت حر فادها في كيس أسود لا يعتق وفي الكتابة يعتق وهذا نص على أن 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 القاضي 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 الأصل لأنه عتق تعلق بالشرط والجزاء لا يتقيد بالملك القائم فكان حكمه في الملك الثاني كحكمه في الملك الأول كما في قوله إن دخلت الدار فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل وأما الوجه لمحمد فهو ان دلالة الحال دلت على التقييد بالملك القائم ظاهرا لان غرضه من التعليق بالأداء 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 لتقييده بالملك القائم ظاهرا بدلالة الحال وإذا قبل يعتق لأنه تبين ان المراد منه المطلق ولو قال لامته إذا أدت إلى ألف كل شهر مائة فأنت 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 الأجل انه كتابة وجه رواية أبي حفص ان هذا تعليق العتق
بشروط في وقت
وهذا لا يدل على أنه كتابة كما لو قال لها ان دخلت دار فلان اليوم أو دار فلان غدا
فأنت حرة لا يكون ذلك كتابة
وان أدخل الأجل فيه والدليل على أن الصحيح هذه الرواية انه إذا قال لها إذا أدت إلى
ألفا في هذا الشهر فأنت
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 بالأداء هل
يقتصر على المجلس فان
قال متى أدت أو متى ما أدت أو ان ما أدت فلا شك ان هذا كله لا يقتصر على
المجلس لان في هذه الألفاظ معنى
الوقت وان قال إن أدت إلى ذكر في الأصل انه يقتصر على المجلس وظاهر ما رواه
بشر عن أبي يوسف يدل انه
لا يقتصر على المجلس فإنه قال في رواية عن أبي يوسف أنه قال في رجل قال لعبده ان
أدت إلى ألفا فأنت حر أو متى
أدت أو ان أدت فقد سوى بين هذه الكلمات ثم فكلمة إذا أو متى لا يقتصر على
المجلس فكذا في كلمة ان وكذا
ذكر بشر ما يدل عليه فإنه قال عطفنا على روايته عن أبي يوسف ان المولى إذا باعه ثم
اشتراه فأدى المال عتق ويعد ان
ينفذ البيع والشراء وأداء المال في مجلس واحد وهذا يدل على أن العتق لا يقتصر على
المجلس في الألفاظ كلها والوجه
فيه ظاهر لأنه عتق معلق بالشرط فلا يقف على المجلس كالتعليق بسائر الشروط من
قوله إن دخلت الدار فأنت حر
وغير ذلك وجه رواية الأصل ان العتق المعلق بالأداء معلق باختيار العبد فصار كأنه قال
أنت حر ان شئت
ولو قال إن شئت يقتصر على المجلس ولو قال إذا شئت أو متى شئت لا يقتصر على
المجلس كذا ههنا وسواء أدى

الألف جملة واحدة أو على التفاريق خمسة وعشرة وعشرين انه يجبر على القبول حتى
إذا تم الألف يعتق لأنه علق

العتق بأداء الألف مطلقا وقد أدى وروى ابن رستم عن محمد فيمن قال لعبده في مرضه إذا أديت إلى ألف فأنت حر
وقيمة العبد ألف فأداها من مال اكتسبه بعد القول فإنه يعتق من جميع المال استحسناً
أبو حنيفة ذلك وقال زفر
يعتق من الثلث وهو القياس ووجهه أن الكسب حصل على ملك المولى لأنه كسب
عبده فإذا أسقط حقه عن الرقبة
كان متبرعا فيعتبر من الثلث كما لو أعتقه ابتداء بخلاف الكتابة لأن المولى لا يملك
اكساب العبد المكاتب
فكان كسبه عوضا عن الرقبة فيعتق من جميع المال وجه الاستحسان أن القدر الذي
يؤدى من الكسب الحاصل
بعد القول ليس على ملك المولى ككسب المكاتب لأن المولى أطعمه العتق بأدائه 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 لأنه أتى
بجواب الأمر لأن جواب الأمر بالواو فيقتضى وجوب ما تعلق بالأمر وهو الأداء ولو
قال أد إلى ألفا فأنت حر فلا
رواية في هذا وقيل هذا والأول سواء لا يعتق إلا بأداء المال إليه لأن جواب الأمر قد
يكون بحرف الفاء ولو قال أد إلى
ألفا أنت حر يعتق للحال أدى أو لم يؤد لأنه لم يوجد ما يوجب تعلق العتق بالأداء
حيث لم يأت بحرف الجواب والله
عز وجل أعلم ومن هذا القبيل إذا قال لامته ان ولدت ولدا فهو حر أو قال إذا ولدت
ولدا فهو حر ويعتبر لصحة قيام
الملك في الأمة وقت التعليق كما في قوله إن ولدت فأنت حرة لأن الملك إذا كان ثابتا
في الأمة وقت التصرف
فالظاهر بقاؤه إلى وقت الولادة فلا حاجة إلى إضافة 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 فألقت جنينا ميتا كان فيه ما في جنين الأمة لأن 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
الحرية لأن الحرية تحصل منها للحمل
فالضرب صادفه وهو حر إلا أنا لا نحكم به ما لم تلد لأننا لا نعلم بوجوده فإذا أُلقت

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 بالأرش
على الضارب فقد صار محكوما بحدوث الحياة فيه لان الأرش لا يجب الا باتلاف
الحي ولو باعها المولى فولدت عند
المشترى قبل مضي ستة أشهر كان الولد حرا والبيع باطل لأننا تيقنا أنه باعها والحمل
موجود والحرية ثابتة فيه وحرية
الحمل تمنع جواز بيع الام لما مر وان ولدته لستة أشهر فصاعدا لم يعتق لأننا لم نتيقن
بحصول الولد يوم البيع فلا يجوز
فسخ البيع واثبات الحرية ولو قال لامته إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة
فولدت غلاما وجارية فهذا لا يخلو
من أوجه اما ان علم أيهما ولد أولا بان اتفق المولى على أنهما يعلمان ذلك واما ان لم
يعلم بان اتفقا على أنهما
لا يعلمان واما ان اختلفا في ذلك فان علم أيهما ولد أولا فإن كان الغلام هو الأول فهو
رقيق لان المعلق بولادته عتق
الام وهي إنما تعتق بعد الولادة فكان انفصال الولد على حكم الرق فلا يؤثر فيه عتق
الام وتعتق الام بوجود الشرط
وتعتق الجارية بعقتها وإن كانت الجارية هي الأولى لم يعتق واحد منهم لعدم شرط
العتق وان لم يعلم فالغلام رقيق على
كل حال لأنه لا حال له في الحرية أصلا سواء كان متقدما في الولادة أو متأخرا لأنه
إن كان أولا فذاك شرط عتق
أمه لا شرط عتقه وعتق أمه لا يؤثر فيه لما بينا وإن كانت الجارية أولا فولادتها لم
تجعل شرط العتق في حق أحد فلم
يكن للغلام حال في الحرية رأسا فكان رقيقا على كل حال وأما الجارية والام فيعتق من
كل واحدة منهما نصفها
وتسعى في نصف قيمتها لان كل واحدة منهما تعتق في حال وترق في حال لان الغلام
إن كان أولا عتقت الام والجارية
أما الام فلوجود شرط العتق فيها وأما الجارية فلعتق الام لان الام إذا عتقت عتقت
الجارية بعقت الام تبعا لها فعتقتا
جميعا وإن كانت الجارية أولا لا يعتقان لأنه لم يوجد شرط العتق في الام وإذا لم تعتق
الام لا تعتق الجارية لان عتقها
بعقتها فإذا هما يعتقان في حال ويرقان في حال فيتصرف العتق فيهما فيعتق من كل
واحدة منهما نصفها على الأصل

المعهد لأصحابنا في اعتبار الأحوال عند اشتباهها والعمل بالدليلين بقدر الامكان
وروى عن محمد أنه يستحلف

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 وخصم وارثه بعده فأقر
أنه لا يدري وحلف بالله تعالى ما يعلم
الغلام ولد أولا رقا ووجه هذه الرواية أن الأحوال إنما تعتبر عند تعذر البيان والبيان
ههنا ممكن بالرجوع إلى قول
الحالف فلا تعتبر الأحوال والجواب انه لا سبيل إلى البيان باليمين ههنا لان الخصمين
متفقان على أنهما لا يعلمان
الأول منهما فلا يجوز للقاضي أن يكلف المولى الحلف على أنه لا يعلم الأول منهما
مع تصادقهما على ذلك وان اختلفا
فالقول قول المولى ان الجارية هي الأولى لأنه ينكر العتق ولو قال لامته إن كان أول
ولد تلدينه غلاما فأنت حرة وإن كان
ت جارية فهي حرة فولدت غلاما وجارية فان علم أن الغلام كان أولا عتقت الام
والجارية لا غير أما 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 الأولى 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 إن كان أولا عتقت الجارية لان
أمها تعتق فتعتق هي بعق الام وإن كان
ت 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 فإنما يعتق نصفها لأنها
تعتق في حال وترق في حال لان
الغلام إن كان هو الأول تعتق الام والجارية أيضا بعق الام وإن 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 للأحوال
وان اختلفا فالقول قول المولى لما بينا ولو قال لها إن كان أول ولد تلدينه غلاما فهو
حر وإن كان جارية فأنت حرة
فولدت غلاما وجارية فان علم أن الغلام ولد أولا عتق هو لا غير وان علم أن الجارية

ولدت أولا عتقت الام والگلام
لا غير وان لم يعلم أيهما ولد أولا فالگلام حر على كل حال لأنه لا حال له في الرق
سواء كان أولا أو آخرا والجارية رقيقة
على كل حال لأنه لا حال لها في الحرية تقدمت في الولادة أو تأخرت لان الغلام إن
كان هو الأول لا يعتق الا هو وإن كان
ت الجارية هي الأولى لا تعتق الا الام والگلام فلم يكن للجارية حال في الحرية فبقيت
رقيقة والام يعتق منها
نصفها وتسعى في نصف قيمتها لان الجارية إن كانت هي الأولى تعتق الام كلها وإن
كان الغلام هو الأول لا يعتق شيء
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 لأنه جعل ولادتها أولا شرط حرية الام فإذا وجد الشرط عتقت الام
ويعتق كل من ولد بعد ذلك
بعثت الام تبعا 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 وإنما كان كذلك أما الغلامان فلان أول من ولدت إن كان غلاما عتق الغلام
كله لوجود الشرط وإن 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 فإنها
تعتق في حال ولا تعتق
في حال لان أول ما ولدت إن كان غلاما لا تعتق أصلا وإن كان جارية تعتق فتعتق في
حال وترق في حال فيعتق

نصفها وتسعى في نصفها وأما الجاريتان فأحدهما أمة بلا شك لان أول ما ولدت إن
كان غلاما فهما رقيقان

وإن كانت جارية فان الأولى لا تعتق وتعتق الأخرى بعنق الام فإذا في حالة لهما حرية واحدة وفي حالة لا شئ لهما فيثبت لهما نصف ذلك وليست إحداهما بأولى من الأخرى فيصير ذلك بينهما نصفين وهو ربع الكل فيعتق من كل واحدة منهما ربعها وتسعى في ثلاثة أرباع قيمتها والله عز وجل أعلم ولو قال لامته ان ولدت غلاما ثم جارية فأنت حرة وان ولدت جارية ثم غلاما فالغلام حر فولدت غلاما وجارية فإن كان الغلام أولا عتقت الام لوجود شرط عتقها والغلام والجارية رقيقان لانفصالهما على حكم الرق وعتق الام لا يؤثر فيهما وإن كانت الجارية أولا عتق الغلام لوجود الشرط والام والجارية رقيقتان لان عتق الغلام لا يؤثر فيهما وان لم يعلم أيهما أولا واتفقا على أنهما لا يعلمان ذلك فالجارية رقيقة لأنه لا حال لها في الحرية لأنها ترق في جميع الأحوال وأما الغلام والام فإنه يعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى في نصف قيمته لان كل واحد منهما يعتق في حال ويرق 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 بعنقها وبقي الغلامان والجارية الأولى 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 الأول لوجود الشرط وبقي من سواه رقيقا وكذلك إذا ولدت جارية ثم غلامين ثم جارية عتق الغلام الأول لا غير لوجود شرط العتق في حقه لا غير وكذلك إذا ولدت جارية ثم غلاما ثم جارية عتق الغلام الأول لا غير لما قلنا وان لم يعلم بان اتفقوا على أنهم لا يعلمون أيهم الأول يعتق من الأولاد من كل واحد ربه لان أحد الغلامين مع احدى الجاريتين رقيقان على كل حال

لأنه ليس لهما حال في الحرية والجارية الأخرى والغلام الآخر يعتق كل واحد منهما في حال ويرق في حال فيعتق من كل واحد نصفه فما أصاب الجارية يكون بينها وبين الجارية الأخرى نصفين إذ ليست إحداهما بأولى من الأخرى فيعتق من كل واحدة ربعها وكذلك ما أصاب الغلام يكن بينه وبين الغلام الآخر نصفين لما قلنا وأما الام فيعتق منها نصفها لأنه 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 لأقل من ستة أشهر من يوم حلف عتق ما في بطنها وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا لا يعتق لأنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر تيقنا بكونه موجودا وقت التعليق لان الولد لا يولد لأقل من ستة أشهر فتيقنا بكونه داخلا تحت الايجاب وإذا جاءت به لستة 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 الأول يوم تلد لان هناك شرط الولادة ولم تشترط ههنا ولو قال لها إذا حملت فأنت حرة فولدت لأقل من سنتين أو لسنتين من وقت الكلام لا تعتق وان ولدت لأكثر من سنتين تعتق لان يمينه يقع على حمل يحدث بعد اليمين فإذا ولدت لأقل من سنتين أو لسنتين يحتمل انها كانت حبلى من وقت الكلام لا تعتق وان ولدت لأكثر 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 ولدنا لأكثر 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 أليس 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 إن
ولدت بعد المقالة لأكثر من سنتين

حتى عتقت وقد كان وطئها قبل الولادة فان وطئها قبل الولادة لأقل من ستة أشهر فعليه العقر وان وطئها قبل الولادة لستة أشهر فصاعدا الا عقر عليه لأنها إذا ولدت لأقل من ستة أشهر منذ وطئها علم أنه وطئها وهي حامل لان الحمل لا يكون أقل من ستة أشهر فإذا وضعت لأقل من ستة أشهر بعد الوطئ علم أن العلق حصل قبل هذا الوطئ فيجب عليه العقر لأنه علم أنه وطئها بعد ثبوت الحرية فإذا ولدت لستة 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 لدلائها على فراغ الرحم ولو باع هذه الجارية قبل ان تلد ثم ولدت في يد المشتري ينظر ان ولدت لأقل من سنتين أو لسنتين بعد اليمين يصح البيع لجواز ان الولد حدث بعد اليمين فلا يبطل البيع بالشك وان ولدت لأقل من سنتين بعد اليمين ينظر إن كان ذلك لأقل من ستة أشهر قبل البيع لا يجوز البيع لأنه حدث الولد قبل البيع فعتقت هي ولدها وبيع الحر لا يجوز وإن كان ذلك لستة أشهر فصاعدا من وقت البيع فإنها تعتق لان من الجائز ان الولد حدث بعد البيع والبيع قد صح ف لا يفسخ بالشك ولو قال لها إن كان حملك غلاما فأنت حرة وإن كان جارية فهي حرة فكان حملها غلاما وجارية لم يعتق أجد منهم لان الحمل اسم لجميع ما في الرحم قال الله تعالى وأولات الأحمال أجلهن يرضعن 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 كأنه قال إن كان كل حملك غلاما فأنت حرة وإن كان كل حملك جارية فهي حرة فولدت غلاما وجارية فلا يعتق

أحدهم وكذلك لو قال إن كان ما في
بطنك لان هذا عبارة عن جميع ما في بطنها ولو قال إن كان في بطنك عتق الغلام
والجارية لان قوله إن 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 حبلى فأنت حرة فولدت لأقل من ستة أشهر فهي حرة وولدها وان ولدت لسته
أشهر أو أكثر لم يعتق لان أقل
مدة الحمل ستة أشهر فإذا أتت لأقل من ستة أشهر علم أن الحمل كان موجودا وقت
اليمين فعتق الام لوجود شرط
عتقها وهو كونها حاملا وقت اليمين ويعتق الحمل بعثتها تبعاً لها وإذا أتت لسته أشهر
أو أكثر يحتمل أن يكون بحمل
حادث بعد اليمين فلا يعتق ويحتمل أن 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 أن 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
الإحاطة بما دخلت عليه لكنه تعليق من حيث المعنى لوجود معنى التعليق فيه لأنه 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 إن ولدت ولدا أو أن دخلت الدار ونحو ذلك فكان معنى التعليق موجودا فيه
فلا يصح الا إذا كانت الأمة
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 الإضافة الملك وسببه ويصح إذا كانت الأمة في
ملكه وقت التعليق وقيام
أملك في الأمة يكفي لصحة ولا ولا يشترط إضافة الولادة إلى الملك للصحة بأن يقول
كل ولد تلدينه أنت في ملكي فهو حر لما بينا فيما تقدم ثم إن ولدت في ملكه يعتق

الولد لوجود الشرط في الملك وان ولدت في غير ملكه

(٦٥)

لا يعتق لعدم الملك وتبطل اليمين لوجود الشرط كما إذا قال لعبد ان دخلت الدار فأنت 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 فإن كانت الأمة ملك الحالف يوم حلف عتق الولد والا فلا وينظر في ذلك إلى ملك الأمة لا إلى ملك العبد لان الولد في الرق والحرية يتبع الام لا الأب فإذا كانت الأمة على ملكه وقت التكلم فالظاهر بقاء الملك فيها إلى وقت الولادة وملك الام سبب ثبوت ملك الولد فصار كأنه قال كل ولد يولد كل من أمة لي فهو حر فإذا لم تكن الأمة مملوكة له في الحال فالظاهر بقاءه على العدم لا يوجد ملك الولد وقت الولادة ظاهرا فلم يوجد التعليق في الملك ولا الإضافة 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 وهي 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 أنه لا يعتق الولد الميت وإن كان الولد الميت ولدا حقيقة وهل يعتق الولد الحي قال أبو حنيفة يعتق وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق وحاصل الكلام يرجع إلى كيفية الشرط ان الشرط ولادة ولد مطلق أو ولادة ولد حي فعندهما الشرط ولادة ولد مطلق فإذا ولدت ولدا ميتا فقد وجد الشرط فينحل اليمين فلا يتصور نزول الجزاء بعد ذلك وعند أبي حنيفة الشرط ولادة ولد حي فلم يتحقق الشرط بولادة ولد ميت فيبقى اليمين فينزل الجزاء عند وجود الشرط وهو ولادة ولد حي وجه قولهما ان الحالف جعل الشرط ولادة مطلق لأنه أطلق اسم الولد ولم يقيده 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 وعبدي 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 لعبده ان دخلت الدار فأنت حر فباعه قبل الدخول ثم دخل
تنحل اليمين لكن لا إلى أجزاء
حتى لو اشتراه ودخل لا يعتق وان أمكن تقييد التعليق بالملك كأنه قال إن دخلت الدار
وأنت في ملكي مع ذلك لم يتقيد
به كذا ههنا ولأبي حنيفة ان الايجاب أضيف إلى محل قابل للحرية إذ العاقل الذي
يقصد ايجاب الحرية فيما لا يحتمل
الحرية لأنه سفه والقابل للحرية هو الولد الحي فيتقيد به كأنه قال أول ولد ولدته حيا
فهو حر كما إذا قال لآخر ان
ضربتك فعبدي 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 لتحقيق 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 فأنت حرة أو قال ولد تلدينه فأنت حرة فولدت ميتا
عتقت 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
فقلت حضت فكذبها
يقع الطلاق عليها ولا يقع على الأخرى وإن كان الشرط واحدا كذا هذا وأما التعليق
بدخول الدار فإنما لم يتقيد
بالملك لان التقييد للتصحيح والايجاب هناك صحيح بدون الملك لقبول المحل العتق
عند وجود الشرط ألا ترى انه
يقف على إجازة المالك والباطل لا يقف على الإجازة وإنما 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 التقييد بصفة الحياة وذكر
محمد في الأصل إذا قال أول عبد يدخل على فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم حي
عتق الحي ولم يذكر خلافا فمن أصحابنا

من قال هذا قول أبي حنيفة خاصة لان ما أضيف إليه الايجاب وهو العبد لا يحتمل
الوجوب الا بصفة الحياة فصار

كأنه قال أول عبد يدخل على حيا فهو حر كما في الولادة فأما على قولهما فلا يعتق لان الحالف أطلق اسم العبد فيجری على اطلاقه ولا يقيد بحياة العبد كما في الولادة ومنهم من قال هذا قولهم جميعا قال القدوري وهو الصحيح لأنه 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 شيئا 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 لي فهو حر ويقع على ما في ملكه في الحال حتى لو لم يكن يملك شيئا 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 أخر بان قال إن دخلت هذه الدار فكل مملوك لي حر أو قال إذا دخلت أو إذا ما دخلت أو متى ما دخلت أو قال كل مملوك لي حر ان دخلت الدار فهذا كله على ما في ملكه يوم حلف وكذا إذا قال كل مملوك أملكه ولا نية له لان صيغة أفعل وإن 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 إله إلا 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 الأصالة لأنه ليس للحال صيغة أخرى وللاستقبال السين 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
ويصدق في قوله أردت ما يحدث ملكي فيه في المستقبل فيعتق عليه باقراره كما إذا
قال زينب طالق وله امرأة معروفة
بهذا الاسم ثم قال لي 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 وهي 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 إن دخلت
الدار فكل مملوك أملكه حر أو قال كل مملوك أملكه حر ان دخلت الدار فهذا والأول
سواء في أن اليمين إنما يتعلق
بما في ملكه يوم حلف لأنه علق التعلق بشرط فيتناول ما في ملكه لا ما يستفيده كما
إذا قال كل عبد يدخل الدار فهو حر
فان قال أردت به ما استحدث ملكه عتق ما في ملكه إذا وجد الشرط باليمين وما
يستحدث باقراره لأنه لا يصدق في
صرف الكلام عن ظاهره ويصدق في التشديد على نفسه فإن لم يكن في ملكه يوم
حلف مملوك فاليمين لغو لأنها تتناول
الحال فإذا لم يكن له مملوك للحال لا تنعقد اليمين لانعدام المحلوف عليه بخلاف
قوله إن كلمت فلانا أو ان دخلت الدار
فكل مملوك اشتريه فهو حر وكل امرأة أتزوجها فهي طالق لان قوله أشترى 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 لأنه لما وقت باليوم أو الشهر أو السنة
فلا بد وأن يكون التوقيت مقيدا

ولو لم يتناول الا ما في ملكه يوم الحلف لم يكن مقيدا فان قال عنيت به أحد الصنفين
دون الآخر لم يدين في القضاء لأنه

نوى تخصيص العموم وانه خلاف الظاهر فلا يصدق في الفضاء ويصدق فيما بينه وبين
الله عز وجل لان الله مطلع على
نيته ولو قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نية له ذكر محمد في الجامع أنه يعتق
من ملكه في غد ومن كان في ملكه قبله
وهو قوله في الاملاء أيضا وهو احدى روايتي أبي 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 الذي ملكه في غد والذي ملكه قبل الغد كأنه قال في الغد
كل مملوك أملكه اليوم فهو حر فيتناول
الكل وجه قول أبي يوسف ان قوله أملك إن كان للحال عند الاطلاق ولكنه لما أضاف
العتق إلى زمان في المستقبل
انصرف إلى الاستقبال بهذه القرينة كما ينصرف إليه بقرينة السين فلا يتناول الحال
وعلى هذا الخلاف إذا قال
كل مملوك أملكه رأس شهر كذا فهو حر ورأس شهر الليلة التي 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 فإنه يقال في العرف والعادة لأول 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 إنما هو على ما
يملكه يوم الجمعة فهذا على أصل أبي
يوسف صحيح لأنه أضاف العتق إلى زمان مستقبل فان قال كل مملوك لي حر يوم
الجمعة فهذا على من في ملكه يعتقون
يوم الجمعة ليس هو على ما يستقبل لأنه 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 لأنه جعل مجيء الغد شرطا
لثبوت العتق لا غير فيعتق من في ملكه لكن عند مجيء غد والله عز وجل أعلم ومن
القبيل الاعتاق المضاف إلى
المجهول عند بعض مشايخنا لأنه تعليق معنى لا صورة ولا يثبت العتق في أحدهما قبل
الاختيار وإنما ثبت عند
الاختيار في أحدهما عينا وهو الذي يختار العتق فيه مقصورا على الحال كأنه 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 لأبي يوسف ويقال إنه 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 فإنه ظهر الاختلاف
بين أبي يوسف ومحمد في
الطلاق فيمن قال لامرأته إحدا كما طالق ان العدة تعتبر من وقت الاختيار في قول أبي
يوسف والعدة إنما تجب من
وقت وقوع الطلاق فيدل على أن الطلاق لم يكن واقعا وإنما يقع عند الاختيار مقصورا
عليه وفي قول محمد تعتبر من
وقت الكلام السابق وهذا يدل على أن الطلاق قد وقع من حين وجوده وإنما الاختيار
بيان وتعيين لمن وقع عليها
الطلاق وأما الإشارة فإنه روى عن أبي يوسف أنه قال إذا أعتق أحد عبده تعلق العتق
بذمته ويقال له أعتق وهذا
إشارة إلى أن العتق غير نازل في المحل إذ لو كان نازلا لما كان معلقا بالذمة ومعنى
قوله يقال له أعتق أي اختر العتق
لإجماعنا على أنه لا يكلف بانشاء الاعتاق وذكر محمد في الزيادات يقال له بين وهذا
إشارة 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 الفرقة واجبة على العنين وإنما يقوم القاضي
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

الحقيقة وهما في هذا المعنى مستويان وجه القول الأول ان قوله أحدكما حر تنجيز الحرية في أحدهما وليس بتعليق حقيقة لانعدام حرف التعليق الا انه تنجيز في غير المعين بالاختيار ووجه القول الثاني ان العتق اما ثبت 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 للأول لأنه ربما يختار غير الحر فيلزم القول بانتقال الحرية من الحر إلى الرقيق أو انتقال الرق من الرقيق إلى الحر أو استرقاق الحر والأول محال والثاني غير مشروع فتعين الثاني ضرورة وهي 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 أن المسائل تتخرج عليه وهذا غير سديد لان القول الواحد لا يكون اظهار أو انشاء إذ الانشاء اثبات أمر لم يكن والاظهار إبداء أمر قد كان وبينهما تناف وثمره هذا الاختلاف تظهر في الأحكام وانها في الظاهر متعارضة بعضها يدل على صحة القول الأول 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 أن يقول لعبد لا يملكه ان ملكتك فأنت حر أو ان اشتريتك فأنت 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 إن اليمين بالطلاق والعتاق لا يصح الا في الملك أو مضافا إلى
الملك ولم توجد الإضافة إلى الملك
لأن الشراء قد يفيد الملك للمشتري وقد لا يفيد كالشراء بشرط الخيار وشراء الوكيل
فلم توجد الإضافة إلى الملك فلا
يصح بخلاف قوله إن ملكتك ولنا ان مطلق الشراء ينصرف إلى الشراء المتعارف وهو
الشراء لنفسه ومن غير
شرط الخيار وانه من أسباب الملك فكان ذكره ذكرا للملك والإضافة إليه إضافة إلى
الملك كأنه قال إن
ملكتك فأنت حر ولأنه لما علق العتق بالشراء ولا بد من الملك عند الشراء لثبوت العتق
كان هذا تعليق العتق بالشراء
الموجب للملك كأنه قال إن اشتريتك شراء موجبا للملك فأنت حر فإذا اشتراه شراء
موجبا للملك فقد وجد الشرط
فيعتق ولو قال إن 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
الإضافة إلى الملك لان التسري
لا يصح بدون الملك فكانت الإضافة إلى التسري إضافة إلى الملك فيصح التعليق ولنا
انه لم يوجد الملك وقت التعليق ولا
الإضافة إلى الملك والكلام فيه ولا إلى سبب الملك لان التسري 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 إن التسري لا صحة له بدون الملك فهذا مسلم ان الملك شرط صحة التسري
وجوازه لكن الحالف جعل وجوده شرط
العتق والتسري نفسه بوجود من غير ملك فلم يكن التعليق به تعليقا بسبب الملك فلم
يصح ثم اختلف في تفسير التسري 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 إن الانسان يطأ جاريته ويحصنها ولا يقال لها
سرية وإنما يقال ذلك إذا
كان يطلب منها الولد أو تكون أم ولده هذا هو العرف والعادة ولهما انه ليس في لفظ
التسري ما يدل على طلب الولد لأنه

لا يخلو اما أن يكون مأخوذا من السرو وهو الشرف فتسمى الجارية سرية بمعنى انه
أسرى الجوارى أي أشرفهن واما

أن 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 فعلت منه لم تعتق لعدم
التسري لأنه لم يوجد منه الا الوطئ
والوطئ وحده لا يكون تسريا بلا خلاف فلم يوجد شرط العتق فلا تعتق ولو قال لامرأة
حرة ان ملكتك فأنت حرة
أو قال لها ان اشتريتك فأنت حرة فارتدت عن الاسلام ولحقت بدار الحرب ثم سببت
فاشترها 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 فاشترها صارت مدبرة لأنه 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
بالمملك أو بسببه معنى لا صورة فهو أن يقول
الحر كل مملوك أملكه فيما يستقبل فهو حر ويتعلق العتق بملك يستفيده لأنه نص على
الاستقبال وروى ابن سماعه
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 لأنه في الفصل الأول عقد
يمينه على الشراء في السنة فتعتق كل جارية يشتريها في السنة فتعتق كل جارية يشتريها
في السنة ساعة الشراء كأنه 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 لأنه 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 لأنه 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 لأن ذلك 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 أن أموت فهذا كله باب واحد يدخل فيه ما يستقبل دون ما كان في ملكه لأنه أضاف الحرية إلى المستقبل فان قال أردت بقولي كل مملوك أملكه سنة أن يكون ما في ملكه يوم حلف مستداما سنة دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في القضاء لأن الظاهر أنه إنما وقت السنة لاستفادة الملك لا لاستمرار الملك القائم فلا يصدق في العدول عن الظاهر ولو قال إن 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 لأنه 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 لأنه حذف الفعل و عوض عنه بالتنوين فيعتق كل ما كان مملوكا له يوم الدخول فكأنه قال عند الخول كل مملوك لي 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 ومأواه 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 إن كلمت فلانا أو إذا كلمت فلانا أو إذا جاء غد فكل مملوك اشتريته فهو حر فهذا على ما يشتريه بعد الكلام

لا قبله حتى لو كان اشترى ممالك قبل الكلام ثم كلم لا يعتق واحد منهم وما اشترى
بعده يعتق ووجه الفرق ان في

(٧٠)

الفصل الأول جعل الكلام شرط انحلال اليمين لان قوله كل مملوك أشتريه فهو حر يمين تامة لوجود الشرط والجزاء
فإذا قال إن كلمت فلانا فقد جعل كلام فلان غاية لانحلالها فإذا كلمه انحلت فلا يدخل ما بعد الكلام كقوله كل مملوك لي 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 أشتريه فهو حر وذلك يتناول المستقبل ولو قال كل مملوك أشتريه إذا دخلت الدار فهو حر أو قال قدم فلان فهذا على ما يشتري بعد الفعل الذي حلف عليه ولا يعتق ما اشتري قبل ذلك الا ان يعينهم لأنه جعل دخول الدار شرطاً لانعقاد اليمين فيصير عند دخول الدار شرط انعقاد اليمين ان قوله كل مملوك أشتريه شرط وقوله إذا دخلت الدار شرط آخر ولا يمكن ان يجعل شرطاً واحداً لعدم حرف العطف ولا سبيل إلى الغاء الشرط الثاني لان الغاء تصرف العاقل مع امكان تصحيحه خارج عن العقل ولتصحيحه وجهان أحدهما ان يجعل الشرط الثاني مع جزائه يمينا وجزاء الشرط الأول 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 الأول 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 عني 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 فتنحل اليمين لا إلى جزاء ولو قال كل مملوك أملكه إذا أعتقت فهو حر فعتق فملك عبدا عتق لأنه علق العتق بالملك الحاصل له بعد عتقه وانه ملك صالح للاعتاق فصحت الإضافة 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 الضارة المحضة

فاما العبد فهو من أهله لكونه
عاقلا بالغا الا انه لا ينفذ تنجيز منه لعدم شرطه وهو الملك الصالح فإذا علق بملك
يصلح شرطا له صح ولو قال لك
كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حرا وقال كل مملوك أشتريه فهو حر فعتق فملك
بعد ذلك عبدا أو اشترى عبدا لا يعتق
عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يعتق وجه قولهما ان قوله إن 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 ولأبي 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 إن ملكت هذا العبد بعينه
في
المستقبل فهو حر فملكه في حال الكتابة فباعه ثم اشتراه بعد ما صار حرا لا يعتق
وتحل اليمين بالشراء الأول
لان الملك المجازي مراد فخرجت الحقيقة عن الإرادة كي 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 إن
اشتريت هذا العبد فهو حر أو ان اشتريت هذه الشاة فهي هدى لم يلزمه في قياس قول
أبي حنيفة حتى يضيف إلى
ما بعد العتق فيقول إن اشتريته بعد العتق وقال أبو يوسف ومحمد يلزمه لان من أصل
أبي حنيفة أن العبد يضاف إليه
الشراء في الحال وإن 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 إن
دخلت هذه الدار فعبدني هذا حرم ثم أعتق فدخل الدار لم يعتق العبد لان هذا الملك
غير صالح للعتق ولم توجد



(۷۱)

الإضافة إلى ما يصلح وقالوا في حر قال لامرأة حرة إذا ملكتك فأنت حرة أو إذا
اشتريتك فأنت حرة فارتدت
ولحقت بدار الحرب ثم سببت فاشتراها الحالف انها لا تعتق في قياس قول أبي حنيفة
وعندهما تعتق بناء على أن من
أصل أبي 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 أبي حنيفة في هذا الفصل
ظاهر لأن اليمين تحمل على ما يسبق إلى الأوهام ولا تنصرف الأوهام إلى ارتدادها
ولحوقها بدار الحرب وسببها لأن
ذلك غير مظنون بالمسلمة فكان صرف كلامه إلى ما ذكرنا أولى من صرفه إلى ما
تسبق إليه الأوهام ومن أصلهما أنه
يحمل مطلق الملك على الملك الحقيقي الصالح للاعتاق وهو الذي يوجد بعد السبي
ولو قال لها إذا ارتدت وسببت
فملكك أو اشتريتك فأنت حرة فكان ذلك عتقت في قولهم لأنه أضاف العتق إلى
الملك الحقيقي فيضاف إليه والله
عز وجل أعلم ومن هذا القبيل إذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لأن
الأول اسم لفرد سابق وقد
وجد ولو اشترى عبيدين معا لم يعتق أحدهما لأنه ان وجد معنى السبق فمل يوجد معنى
التفرد فان اشترى عبيدين معا
ثم اشترى آخر لم يعتق الثالث لأنه ان وجد فيه معنى التفرد فقد انعدم معنى السبق وقد
استشهد محمد في الكتاب لبيان
الثالث ليس بأول 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 وآخره ولو قال أول
عبد اشتريه واحد فهو حر عتق الثالث لأنه أعتق عبدا يتصف بكونه فردا سابقا في حال
الشراء وقد وجد هذا
الوصف في العبد الثالث ولو قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم لم يشتر
غيره حتى مات المولى لم يعتق لأن
الآخر اسم لفرد لاحق وهذا فرد سابق فكان أولا لا آخره ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم
مات المولى عتق الثاني لأنه
آخر عبد اشتراه واختلف في وقت ثبوت العتق فعند أبي حنيفة يعتق يوم اشتراه وعند

أبي يوسف ومحمد يوم مات
وجه قولهما أنه علق العتق بصفة الآخرية وإنما يتحقق عند موته إذا لم يشتتر آخرا ألا
ترى أنه لو اشترى بعده عبدا
آخر حرم هو من أن يكون آخرا فيتوقف اتصافه بكونه آخر على عدم الشراء بعده ولا
يتحقق ذلك الا بالموت لأبي
حنيفة أنه لما لم يشتتر آخر بعده حتى مات تبين أنه كان آخرا يوم اشتراه الا أنا كنا لا
نعرف ذلك لجواز أن يشتري آخر
بعده فتوقفنا في تسميته آخرا فإذا لم يشتتر آخر حتى مات زال التوقف وتبين أنه كان
آخرا من وقت الشراء ولو اشترى
عبدا ثم عبدين معا لم يعتق أحدهم أما الأول فلا شك فيه لأنه أول فلا يكون آخرا وأما
الآخران فلان الآخر اسم لفرد
لاحق ولم يوجد معنى التفرد فلا يعتق أحدهما وأما بيان ما يظهر به وجود الشرط
فالحالف لا يخلو اما أن يكون مقرا
بوجود الشرط واما أن يكون منكرا وجوده فإن كان مقرا يظهر باقراره كائنا ما كان من
الشرط وإن كان منكرا فإن 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 وإن 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 الأمة بان قال لها ان ولدت فأنت حرة فقالت ولدت فكذبها
المولى فشهدت امرأة على الولادة
لا تعتق عن أبي حنيفة حتى يشهد بالولادة رجلان 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 والأنثى لانعدام الخلل في الملك والإضافة ولو قال عنيت به الذكور
دون الإناث لم يدين في القضاء

لأنه ادخل كلمة الإحاطة على المملوك فإذا نوى به البعض فقد نوى تخصيص العموم
وانه خلاف الظاهر فلا

يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما يحتمله كلامه ويدخل فيه المدبر والمدبرة وأم الولد وولدهما لما قلنا ألا ترى أن للمولى أن يطاء المدبرة وأم الولد مع أن حل الوطئ منفي شرعا الا بأحد نوعي الملك مطلقا بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيماهم فإنهم غير ملومين ولا يدخل ففيه المكاتب الا ان يعينه لأنه خرج عن يده بعقد الكتابة وصار حرا يدا فاحتل الملك والإضافة 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 أعتق بعضه لأنه 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 ينويهم وقال محمد يدخلون من غير نية وجه قوله إنه إذا لم يكن على العبد دين فعبد عبده ملكه بلا خلاف فيعتق ولهما أن في الإضافة إليه قصور ألا ترى أنه يقال هذا عبد فلان وهذا عبد عبده فلا يدخل تحت مطلق الإضافة الا بالنية لأنه لما نوى فقد اعتبر الملك دون الإضافة والحاصل أن محمدا يعتبر نفس الملك ولا خلل في نفسه وهما يعتبران معه الإضافة وفي الإضافة خلل واعتبارهما أولى لان الحالف اعتبر الامرين جميعا بقوله كل مملوك لي فما لم يوجد على الاطلاق لا يعتق وإن كان على عبده دين محيط برقبته وبما في يده لم يعتق عبيده عند أبي حنيفة وان نواهم بناء على أصله ان المولى لا يملك عبد عبده المأذون المديون دينا مستفقا لرقبته وكسبه وقال أبو سفيان ان نواهم عتقوا لأنهم مماليكه الا انهم لا يضافون إليه عند الاطلاق فإذا نوى وفيه تشديد على نفسه عتقوا وعند محمد يعتقون وان لم ينوهم بناء على ما ذكرنا ان محمدا لا ينظر الا إلى الملك وهما ينظران إلى إلى الملك والإضافة جميعا ولا يدخل فيه مملوك بينه وبين أجنبي كذا قال أبو يوسف لان بعض المملوك لا يسمى مملوكا حقيقة وان نواه عتق استحسانا لأنه نوى ما يحتمله لفظه في الجملة وفيه تشديد

على نفسه فيصدق وهل يدخل
فيه الحمل إن كان أمة في ملكه يدخل ويعتق بعقتها وإن كان في ملكه الحمل دون
الأمة بأن كان موصى له بالحمل
لم يعتق لأنه لا يسمى مملوكا على الاطلاق لان في وجوده خطرا ولهذا لا يجب على
المولى صدقة الفطر عنه والدليل
عليه أنه لو قال إن اشترت 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 لي غيرك حر لم
يعتق حملها فثبت أن اطلاق اسم
المملوك لا يتناول الحمل فلا يعتق الا إذا كان أمة في ملكه فيعتق بعقتها لأنه في حكم
اجزائها وأما التعليق الذي
فيه معنى المعاوضة فهو الكتابة والاعتاق على مال أما الكتابة فلها كتاب مفرد وأما
الاعتاق على مال فالكلام
فيه في مواضع في بيان ألفاظه وفي بيان ماهية الاعتاق على مال وفي بيان ما يصح
تسميته فيه من البدل وما لا يصح
وفي بيان حكم الصحة التسمية وفسادها أما الأول فنحو أن يقول لعبده أنت حر على
ألف درهم أو بألف درهم أو على
أن تعطيني ألفا أو على أن تؤدي إلى ألفا أو على أن تجيئني بألف أو على أن لي عليك
ألفا أو على ألف تؤديها إلى وكذا
لو قال بعت نفسك منك على كذا أو وهبت لك نفسك على أن تعوضني كذا فهذا
وقوله أنت حر على كذا أو أعتقك
على كذا سواء إذا قبل عتق لما ذكر فيما تقدم ان البيع إزالة ملك البائع عن المبيع
والهبة إزالة 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 فنفي البيع والهبة إزالة الملك لا إلى أحد ببدل على العبد وهذا
تفسير الاعتاق على مال ولو قال أنت
حر وعليك ألف درهم يعتق من غير قبول ولا يلزمه المال عند أبي 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 بشرط
قبول العوض فيراعى فيه من جانبه

أحكام التعليق حتى لو ابتداء المولى فقال أنت حر على ألف درهم ثم أراد ان يرجع عنه
قبل قبول العبد لا يملك الرجوع

عنه ولا الفسخ ولا النهي عن القبول ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول العبد ولا يشترط حضور العبد حتى لو كان غائبا عن المجلس يصح ويصح تعليقه بشرط واضافته إلى وقت بأن يقول له ان دخلت الدار وان كلمت فلانا فأنت حر على ألف درهم أو يقول إن دخلت أو ان كلمت فلانا فأنت حر على ألف درهم غدا أو رأس شهر كذا ونحو ذلك ولا يصح شرط الخيار فيه بان قال أنت حر على ألف على أنى بالخيار ثلاثة أيام ومن جانب العبد معاوضة وهو معاوضة المال بالعتق لأنه من جانبه تمليك المال بالعوض وهذا معنى معاوضة المال فيراعى فيه من جانبه أحكام معاوضة المال كالبيع ونحوه حتى لو ابتداء العبد فقال اشترت 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 والإضافة إلى الوقت بان اشترت 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 أعتقه نفذ اعتاقه ويجوز بشرط الخيار لهما عند أبي 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 لأنه 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 إن أدت إلى ألفا فأنت حر لأنه ليس فيه معنى المعاوضة رأسا بل هو تعليق محض وقد علقه بشرط الأداء فلا يعتق قبله والعتق ههنا تعلق بالقبول فإذا قبل عتق ولو قال المولى أعتقتك أمس بألف درهم فلم يقبل وقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لأنه من جانب المولى تعليق بشرط القبول والعبد يدعى وجود الشرط والمولى ينكر فكان القول قول المولى كما لو قال عبده ان دخلت الدار اليوم فأنت 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 أمس بألف درهم فلم تقبل وقال المشتري بل قبلت فالقول قول المشتري والفرق ان البيع لا يكون بيعا 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 إنما 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 لأنه هو المستحق عليه المال فكان القول قوله في القدر المستحق كما في سائر الديون ولأنه لو وقع الاختلاف في أصل الدين كان القول قول المنكر فكذا إذا وقع في القدر وان أقاما بينة فالبينة بينة المولى لأنها تثبت زيادة بخلاف التعليق بالأداء 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 أقاما البينة فالبينة بينة العبد لان الأصل هو العمل بالبينتين ما أمكن إذ هو عمل بالدليلين وههنا أمكن الجمع بينهما لعدم التنافي لأننا نجعل كان المولى علق عتقه بكل واحد من الشرطين على حياله فأيهما 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 أحكامه وذكر على الرازي أصلا فقال المستسعى على ضربين كل من يسعى في تخليص رقبتة فهو في حكم المكاتب عند أبي حنيفة وكل من يسعى في بدل رقبتة الذي لزمه بالعتق أو في قيمة رقبتة لأجل بدل شرط عليه أو لدين ثبت في رقبتة فهو بمنزلة الحر في أحكامه مثل ان يعتق الراهن عبده المرهون وهو معسر وكذلك العبد المأذون إذا أعتق وعليه دين وكذلك أمة أعتقها سيدها على أن تتزوجه فقبلت ثم أبت فإنها تسعى في قيمتها وهي بمنزلة الحرة وكذلك إذا قال لعبده أنت حر رقبتك فقبل ذلك فهو بمنزلة الحر وإنما كان كذلك لان السعاية في هذه الفصول لزمته بعد ثبوت

الحرية وفي الفصل الأول قبل ثبوتها وإنما يسعى ليتوسل بالسعاية إلى الحرية عند أبي
حنيفة وعلى هذا لو أبرأ المولى

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
أنت حرة على ألف درهم فقبلت ثم ولدت ثم ماتت لم يكن على الولد أن يسعى في شيء مما أعتقت عليه لأنها عتقت
بالقبول ودين الحرة لا يلزم ولدها وسواء أعتق عبده على عوض فقبل أو نصف عبده على عوض فقبل انه يصح غير أنه
إذا أعتق نصفه على عوض فقبل يعتق نصفه بالعوض ويسعى العبد في نصف قيمته عن النصف الآخر فإذا
أدى بالسعاية عتق باقيه وهو قبل الأداء بمنزلة المكاتب في جميع أحكامه الا انه لا يرد في الرق وهذا قول أبي حنيفة وعلى
قول أبي يوسف ومحمد يعتق كله ولا سعاية عليه بناء على أن 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 الزيادات فيمن قال لعبده أنت حر على ألف درهم أنت حر على مائة دينار فقال العبد قد قبلت عتق وكان عليه
المالان جميعا وكذا لو قال لامرأته أنت طالق ثلاثا على مائة دينار فقالت قد قبلت طلقت ثلاثا بالمالين جميعا وهذا قول محمد وقال أبو يوسف في مسألة الطلاق القبول على الكلام الأخير وهي طالق ثلاثا
بمائة دينار قال الكرخي وكذلك قياس قوله في العتق ووجهه انه لما أوجب العتق بعوض ثم أوجبه بعوض آخر فقد
انفسخ الايجاب الأول 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 الأول فيصح الايجابان وينصرف القبول إليهما
جميعا إذ هو يصلح جواب لهما جميعا فيلزم المالان جميعا بخلاف البيع لان ايجاب البيع يحتمل الفسخ فيتضمن الثاني
انفساخ الأول ولو باع المولى العبد من نفسه أو وهب له نفسه على عوض فله ان يبيع العوض قبل القبض لأنه 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 أصحابنا أن جميع الديون يجوز التصرف فيها قبل القبض كأثمان 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 أعتقه عليه فهو جائز لأنه صار حرا بالقبول والكفاية بدين على حر جائزة كالكفاية بسائر الديون وولاؤه يكون للمولى لأنه عتق على ملكه والمال دين على العبد لأنه في جانبه معاوضة والمولى أيضا لم يرض بخروجه عن ملكه الا يبدل وقد قبله العبد والله عز وجل اعلم وأما بيان ما تصح تسميته من البديل وما لا تصح وبيان حكم التسمية وفسادها فالبديل لا يخلو اما أن يكون عين مال واما أن يكون منفعة وهي الخدمة فإن كان عين مال فاما أن يكون بعينه بأن كان معينا مشارا إليه واما إن كان بغير عينه بأن كان مسمى غير مشار إليه فإن كان بعينه عتق إذا قبل لأن عدم ملكه لا يمنع صحة تسميته عوضا لأنه مال معصوم متقوم معلوم ثم إن أجاز المالك سلم عينه إلى المولى وان لم يجز فعلى العبد قيمة العين لان تسميته قد صحت ثم تعذر تسليمه لحق الغير فتحجب قيمته إذ الاعتراف 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 الاعتراف على القيمة اعتاق صحيح فتحجب قمته كما في النكاح والخلع والطلاق على مال وإن كان بغير عينه فإن كان المسمى معلوم الجنس والنوع والصفة كالمكيل والموزون فعليه المسمى وإن 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 العمد وإن كان مجهول الجنس كالثوب والدابة والدار فعليه قيمة نفسه لان الجهالة متفاحشة ففسدت

التسمية والأصل فيه ان كل

(٧٥)

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 أن هناك إذا
فسدت التسمية يجب مهر
المثل وههنا تجب قيمة العبد لان الموجب الأصلي هناك مهر المثل لأنه قيمة البضع
وهو العدل والمصير إلى المسمى عند
صحة التسمية فإذا فسدت صير إلى الموجب الأصلي والموجب الأصلي ههنا قيمة العبد
لان الاعتاق على مال معاوضة
من جانب العبد ومبنى المعاوضة على المعادلة وقيمة الشئ هي التي تعادله الا أن عند
صحة التسمية يعدل عنها إلى المسمى
فإذا فسدت وجب العوض الأصلي وهو قيمة نفس العبد وإن كان البدل منفعة وهي
خدمته بأن قال لعبده 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 أعتقه على مال عين فإذا مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة لأنه قبل الخدمة
للمولى وقد مات المولى لكن للورثة
أن يأخذوا العبد بقيمة نفسه وإن كان قد خدم بعض السنة فلهم أن يأخذوه بقدر ما بقي
من الخدمة وهذا قول أبي حنيفة
وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ العبد بقيمة تمام الخدمة إن كان لم يخدم وإن كان قد
خدم بعض الخدمة يؤخذ
بقيمة ما بقي 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 يقضى لمولاه
في ماله بقيمة نفسه عندهما وعنده يقضى بقيمة الخدمة وأصل المسألة ان من باع العبد
من نفسه بجارية بعينها ثم
استحقت 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 فإن 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 لأن العقد وقع
على مال في الذمة وإنما المقبوض عوض عما في الذمة فإذا استحق المقبوض فقد
انفسخ فيه القبض فبقي موجب
العقد على حاله فله أن يرجع على العبد بذلك وإن كان عينا في العقد وهو مكيل أو
موزون فكذلك يرجع المولى على
العبد بمثله لما قلنا وإن 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 لأنه
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 لأنه تبين أنه وقع على عين هي ملك المستحق ولم يجز
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 فأعتقها 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
لأنه مبادلة المال بمال ليس بمال فأشبه النكاح والمرأة في باب النكاح لا تملك رد
المهر الا في العيب الفاحش وكذا
المولى ههنا ولو قال عبد لرجل لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بألف درهم فاشتره
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
لأنه أتى بما وكل به فنفذ على الموكل ثم ذكر في الجامع أن المولى يطالب الوكيل ثم
الوكيل يطالب العبد فقد جعل

هذا التصرف في حكم معاوضة المال بالمال كالبيع ونحوه لان حقوق العبد إنما ترجع إلى الوكيل في مثل هذه

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 لأنه إذا لم يبين فالبائع رضى بالبيع لا بالاعتاق فلو قلنا إنه 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 بأن يشتري نفسه من مولاه بألف درهم فاشترى فان بين وقت الشراء أنه يشتري للآمر ولا يعتق لأنه اشترى للآمر لا لنفسه فيقع الشراء للآخر ويصير قابضا لنفسه بنفس العقد لأنه في يد نفسه وليس للبائع أن يحبسه لاستيفاء الثمن لأنه صار مسلما إياه حيث عقد على شئ هو في يده وهو نفسه ولو وجد الأمر به عيبا له ان يرده ولكن العبد هو الذي يتولى الرد لأنه وكيل وحقوق هذا العقد ترتجع إلى العاقد وان لم يبين وقال لمولاه 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 المالان 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 بأن قال قبلت طلقت ثلاثا بالمالين جميعا في قول محمد وأما عند أبي يوسف فالقبول على الكلام الأخير في المسئلتين ووجهه ان القبول خرج عقب الايجاب الأخير فينصرف إليه ولأنه لما أوجب بعوض ثم أوجب بعوض آخر تضمن الثاني انفساخ الأول 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 الأول بخلاف البيع لأنه يحتمل الرقع

والفسخ فيوجب الثاني ارتفاع الأول وهذا إذا قبل بالمالين أو قبل على الإبهام فاما إذا قبل بأحد المالين بان قال قبلت بالدرهم أو قال قبلت بالدنانير ذكر القاضي 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 الأمالي أنه يعتق ووجهه أن المولى أتى بايجابين مختلفين فكان للعبد أن يقبل بأيهما شاء ولو قال أنت حر على ألف درهم أو مائة دينار فان قبل بأحد المالين عينا عتق بان قال قبلت بالدرهم أو قال قبلت بالدنانير لأنه أعتقه بأحد المالين وان قبل بأحد المالين غير عين عتق أيضا 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 لأنه أعتقه على أحد المالين فلا تلزمه الزائدة والبيان إلى أبعدهم 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 بألف ولا يخير لان الجنس متحد والتخيير بين الأكثر والأقل في الجنس الواحد لا يفيد لأنه لا يختار الا الاقل بخلاف الفصل الأول لان هناك اختلف الجنس فكان التخيير مفيدا هذا كله إذا أضاف العتق إلى معين فان أضافه إلى مجهول بان قال لعبيده أحد كما حر بألف 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 بخمسمائة لا يعتق واحد منهما لأنه أعتق أحدهما بألف لا

بخمسمائة وان قبل كل واحد منهما

(٢٢)

بألف بان قال كل واحد منهما قبلت بألف درهم أو قال قبلت ولم يقل بألف أو قال ما قبلنا بألف أو قال قبلنا ولم يذكرنا
الألف عتق أحدهما بألف لوجود شرط العتق وهو قبول كل واحد منهما الألف ويقال للمولى اختر العتق في أحدهما
لأنه هو الذي أجمل العتق فكان البيان إليه فأيهما اختار عتق ولزمته الألف فان مات قبل البيان يعتق من كل واحد
منهما نصفه بخمسائة ويسعى في نصف قيمته لأنه لما مات قبل البيان وقد شاع عتق رقبة فيهما فيقسم عليهما نصفين
ولو قال أحدكما حر بألف درهم فقبلا ثم قال أحدكما حر بألف درهم أو قال أحدكما حر بغير شيء فاللفظ الثاني لغو لأنهما
لما قبلا العتق بالايجاب الأول 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 شيء عتق أحدهما باللفظ الثاني بغير شيء لأنهما لما لم يقبلا
لم ينزل العتق بالايجاب الأول فصح الايجاب الثاني وهو تنجيز العتق على أحدهما غير عين فيقال للمولى اصرف اللفظ
الثاني إلى أحدهما فإذا صرفه إلى أحدهما عتق ذلك بغير شيء لان التنجيز حصل بغير بدل وأما الآخر فان قبل البدل
في المجلس يعتق والا فلا لان الايجاب الأول وقع صحيحا لحصوله بين عبيد وتعلق العتق بشرط القبول وقد وجد فيه
ضرب اشكان وهو أن شرط وجوب الحرية لأحدهما 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 الأول لان الاعتاق من المعتق لا يتصور فتعين الآخر للقبول وقد قبل فيعتق ولو قبلا
جميعا قبل البيان عتقا لان العتق لم ينزل بالايجاب الأول لأنه تعليق العتق بشرط القبول فلا ينزل قبل وجود الشرط
فيصح الايجاب الثاني فإذا قبلا جميعا فقد تيقنا بعتقهما لان أيهما أريد بالايجاب الأول عتق بالقبول وأيهما أريد
بالايجاب الثاني عتق من غير قبول لأنه ايجاب بغير بدل فكان عتق كل واحد منهما

متيقنا به لكن عتق أحدهما
بالايجاب الأول وعتق الآخر بالايجاب الثاني فيعتقان ولا يقضى عليهما بشئ لان
أحدهما وان عتق بالايجاب
ببدل الا انه مجهول والقضاء بايجاب المال على المجهول متعذر كرجلين قالوا لرجل
لك على أحدنا ألف درهم انه لا يلزمهما
بهذا الاقرار شئ لكون المقضى عليه مجهولا كذا هذا ولو لم يقبلا جميعا ولكن قبل
أحدهما لا يعتق الا أحدهما
لوجود شرط عتق أحدهما وهو قبول أحدهما في هذه الصورة لما بينا من الفقه ثم إن
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 الأول بألف ان قبل في المجلس لان القابل منهما يعتق بالايجاب
الأول وانه ايجاب ببدل فيعتق
ببدل وغير القابل يعتق بالايجاب الثاني وانه ايجاب بغير بدل فيعتق بغير بدل ولو قال
لعبيده أحدكما حر بغير شئ ثم
قال أحدكما حر بألف درهم فالكلام الثاني لغو لان أحدهما عتق بالايجاب الأول
لوجود تنجيز العتق في أحدهما
فالثاني يقع جمعا بين الحر والعبد فيبطل ولو قال أحدكما حر بألف درهم فقبل أن
يقبلا قال أحدكما كما حر بمائة دينار فان
قبل كل واحد منهما العتق بأحد 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 قبلا
جميعا بالمالين بان قال كل واحد
منهما قبلت بالمالين أو قال جميعا قد قبلنا يخير 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 الأول فلا شك فيه
ولأنه أضيف إلى أحد العبيدين
وكذا الثاني لان الايجاب الأول لم يتصل به القبول والعتق معلق بالقبول فلايجاب
الثاني حصل مضافا إلى أحد عبيدين

فيصح ومتى صح الايجاب الثاني فيحتمل أنه عنى به من عناه بالايجاب بالأول ويحتمل
أنه عنى به العبد الآخر لذلك

خير المولى فان مات قبل البيان عتق من كل واحد ثلاثة أرباعه بنصف المالكين لان أحدهما حر ييقين لأنه أراد بالايجاب الثاني غير من أراد به بالأول فكان الثابت بالكلامين عتقين بكل كلام عتق وان أراد بالثاني عين من أراد بالأول كان الثابت بالكلامين عتق واحد فإذا عتق واحد ثابت ييقين والعتق الآخر يثبت في حال ولا يثبت في حال فينصف فثبت عتق ونصف عتق بالمالكين وليس أحدهما بكمال العتق بأولى من الآخر فينقسم عتق ونصف عتق بينهما فيصيب كل واحد منهما ثلاثة أرباع العتق بنصف المالكين ويسعى في ربع قيمته ولو قال لعبد له بعينه أنت حر على ألف درهم فقبل ان يقبل جمع بين عبد له آخر وبينه فقال أحدكما حر بمائة دينار فقالا قبلنا بخير المولى فان شاء صرف اللفظين إلى المعين وعتق بالمالكين 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 انه أراد به غير المعين فيقال له بين فأيهما بين فالحكم للبيان فان مات قبل البيان عتق المعين كله لأنه دخل تحت الايجابين جميعا أما الايجاب الأول فلا شك فيه لأنه خصه به فلا يشاركه فيه غيره وأما الايجاب الثاني فلان قوله أحدكما 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 وهي ما عناه باللفظين وفي حال لا يلزمه منها شيء وهي ما إذا عني باللفظ الثاني غيره فينتصف ذلك فيلزمه خمسون دينارا وأما غير المعين فإنه يعتق نصفه بنصف المائة لأنه يعتق في حال ولا يعتق في حال لأنه ان عناه بالايجاب الثاني يعتق كله بكل المائة وان لم يعنه لا يعتق شيء منه ولا يلزمه شيء فيعتق في حال ولم يعتق في حال فتعبر الأحوال ويعتق نصفه بنصف المائة وهو خمسون هذا إذا عرف المعين من غير المعين فإن لم يعرف وقال كل واحد منهما أنا المعين يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه بنصف المالكين وهو نصف الألف 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
عبدین والمراد بالايجاب الثاني ههنا غير المراد بالايجاب الأول فإذا قبلا فقد وجد
شرط نزول العتق فيهما جميعا وانقطع
خيار المولى ههنا فيعتقان جميعا وعلى كل واحد منهما خمسمائة لان أحد ما عتق
بألف والآخر بخمسمائة لكنا
لا ندري الذي عليه الألف والذي عليه خمسمائة الا انا تيقنا بوجوب 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 الذي قبل العتق بأكثر المالين لأنه لا يخلو اما ان عناه المولى بالايجاب
بالأقل أو بالايجاب بالأكثر
فتيقنا بعتقه ثم في الأكثر قدر الأقل وزيادة فيلزمه خمسمائة كأنه قال قبلت بالمالين
فيلزمه الأقل وهو خمسمائة
ويصير بعد العتق كأنه قال لك على ألف درهم أو خمسمائة ولو قال ذلك لزمه الأقل
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 الأقل داخل في الأكثر 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
لأنه أعتق أحدهما بألف
والآخر بألفين فتيقنا بوجوب الألف على كل واحد منهما كرجلين قال لرجل لك على
أحدنا ألف وعلى الآخر
ألفان يلزم كل واحد منهما ألف لكون الألف 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

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 أبي حنيفة ينبغي ان لا يعتق وهو القياس على مسألة الشهادة بالألف والألفين
والصحيح انه يعتق بلا خلاف وإذا أعتق لا يلزمه الألف درهم لان الواجب أحد المالين وأحدهما أقل والآخر
أكثر والجنس متحد فيتعين بالأقل للوجوب ولا يخير العبد ههنا لان التخيير بين الأقل والأكثر عند اتحاد الجنس
غير مفيد لأنه يختار الأقل لا محالة وان قبل أحدهما الألف 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 الذي عليه الألف منهما والذي عليه المائة الدينار كائنين
قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم وعلى الآخر مائة دينار انه لا يلزم أحدهما شيء كذا هذا وكذا هذا في الطلاق بان
قال لامرأته إحداكما طالق بألف والأخرى 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 الذي قبلت ولو قبل أحدهما بالمالين عتق ويلزمه
أي المالين اختاره لان الواجب أحدهما وهما جنسان مختلفان فكان التخيير مفيدا فيخير بخلاف الفصل
الأول فان قبل الآخر في المجلس عتقا وسقط المال عن القابل الأول لان المقتضى عليه مجهول هذا إذا كان قبل
قبل البيان من الأول فان قبل بعد البيان عتق الثاني بغير شيء وعتق الأول بالمالين لان بيانه في حق نفسه صحيح وفي
حق الآخر لم يصح ولو قال أحدكما حر بألف والآخر حر بغير شيء فان قبلا جميعا عتقا لوجود شرط عتقهما
وهو قبولهما ولا شيء عليهما لان الذي عليه البدل مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول كرجلين قال 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 الذي 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
الذي هو بيدل إذا قبل في المجلس وكذا لو لم يقبل واحد منهما حتى صرف الايجاب
الذي هو بغير بدل إلى أحدهما
يعتق هو ويعتق الآخر ان قبل البديل في المجلس والا فلا وان مات المولى قبل البيان
عتق القابل كله وعليه خمسمائة
واعتق نصف الذي لم يقبل ويسعى في نصف قيمته اما عتق القابل كله فلان عتقه ثابت
بيقين لأنه ان أريد بالايجاب
الأول عتق وان أريد بالايجاب الثاني عتق فكان عتقه متيقنا به وأما لزوم خمسمائة لأنه
ان أعتق بالإياب الأول
يعتق بألف وان أعتق بالايجاب الثاني يعتق بغير شيء فينصب الألف فيلزمه خمسمائة
وأما عتق النصف من غير
القابل ان أريد باللفظ الأول لا يعتق وان أريد 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
أضافة 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
الإضافة لان إضافة 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 الإضافة لأنه إن كان موجودا وقت الإضافة فالظاهر أنه 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 والأصل
اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه اما الإضافة إلى وقت مطلق فنحو أن يقول
لعبدك أنت حر غدا أو رأس
شهر كذا فيعتق إذا جاء غد أو رأس الشهر لأنه جعل الغد أو رأس الشهر ظرفا للعتق
فلا بد من وقوع العتق عنده

ليكون ظرفا له وليس هذا تعليقا بشرط لانعدام أدوات التعليق وهي كلمات الشرط
ولهذا لو حلف لا يحلف فقال

هذه المقالة لا يحنث بخلاف ما إذ 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 إن 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 يأجوج ومأجوج ودابة الأرض وخروج الدجال وطلوع الشمس من مغربها ونحو ذلك مما دل عليه الكتاب ووردت به الاخبار والجواب الصحيح ان يقال إن مجئ الغد وإن 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 موتهما وحينئذ لا يكون شرطا لعدم تصور الجزاء على أن الشرط اسم لما جعل علما لنزول الجزاء سواء كان موهوم الوجود أو متيقن الوجود وأما الإضافة إلى وقت موصوف فنحو أن 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 شئ من هذه الحوادث قبل تمام الشهر لا يعتق لأنه أضاف العتق إلى الوقت الموصوف فلا يثبت فله ويشترط تمام الشهر وقت التكلم وإن كان العبد في ملكه قبل ذلك بشهور بل بسنين لان إضافة 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 مقتصرًا 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 أن 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 مجيء 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 لأنه 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 مجيء رمضان ووجه الفرق
لأبي 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 إنما يتصور بين موجودين لا بين موجود ومعدوم فصار العتق
وإن 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 فبعدها 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 أنه مجهول الذات فلا يحكم بالعتق قبل وجود الموت وإذا وجد فقد وجد
المعرف للشهر بخلاف الشهر

المتقدم على شهر رمضان فإنه معلوم الذات لأنه كما وجد شعبان علم أنه موصوف
بالتقدم على رمضان وههنا بخلافه
وبخلاف القدوم والدخول فان بعد مضي 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 الأصل 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 الأصل 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
فعبده حر فمضت مدة ثم علم أنه 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 إن 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 إن كان حمل فلانة غلاما فأنت
طالق فولدت غلاما يقع الطلاق
على طريق التبين كذا هذا والذي يؤيد ما قلنا إن رجلا لو قال آخر امرأة أتزوجها فهي
طالق فتزوج امرأة ثم أخرى
ثم ماتت طلقت الثانية على وجه التبين المحض عند أبي حنيفة وإن كان لا يحكم
بطلاقها ما لم يمتم كذا ههنا وقالوا لو
خالعها 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 بأن كانت غير مدخول بها وهؤلاء طعنوا فيما ذكر محمد في الكتاب لتخريج قول أبي حنيفة انه ان مات فلان وهي في العدة يحكم ببطان الخلع ويؤمر الزوج برد بدل الخلع وإن كانت غير معتدة وقت موت فلان بأن كان بعد الخلع قبل موت فلان أسقطت 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 الأخير ان هذا الشهر من ابتداء وجوده موصوف بالتقدم فتبين ان الطلقات الثلاث كان واقعة من ذلك الوقت سواء كانت معتدة أو غير معتدة كما لو قال إن كان فلان في الدار فامرأته طالق ثم خالعتها 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 إن العتق أو الطلاق يقع وقت الموت ثم يستند إلى أول الشهر الا انه يظهر انه كان واقعا من أول الشهر ووجهه مما لا يمكن الوصول إليه الا بمقدمة وهي ان ما كان الدليل على وجوده قائما يجعل موجودا في حق الأحكام لان إقامة 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 عز وجل 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 لأصل الامكان في هذا الباب وأما ما كان الدليل في حقه منعما فهو في حق الأحكام ملحق بالدم وإذا عرف هذا فنقول الشهر الذي يموت فلان في آخره فان اتصف بالتقدم من وقت وجوده لكن كان

دليل اتصافه منعدما أصلا فلم يكن لهذا الاتصاف عدة ويبقى ملك النكاح إلى آخر جزء
من أجزاء الشهر فيعلم

كونه متقدما على موته ومن ضرورة اتصاف هذا الجزء بالتقدم اتصاف جميع الأجزاء المتقدمة عليه إلى تمام الشهر ولا يظهر ان دليل الاتصاف كان موجودا في أول الشهر إذا الدليل هو آخر جزء من أجزاء الشهر ووجود الجزء الأخير من الشهر مقارنة لأول الشهر محال فلم يكن دليل اتصاف الشهر بكونه متقدما موجودا فلم يعتبر هذا الاتصاف فبقي ملك النكاح إلى وقت وجود الجزء الأخير فيحكم في هذا الجزء بكونها طالق ومن ضرورة كونها طالقا في هذا الجزء ثبوت الانطلاق من الأصل لأنها تكون طالقا بذلك الطلاق المضاف إلى أول الشهر الموصوف بالتقدم على الموت فلا جل هذه الضرورة حكم بالطلاق من أول 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 أول الشهر ضرورة جعل كان الطلاق يقع للحال ثم بعد وقوعه يسرى إلى أول الشهر هكذا يوجب ضرورة ما بينا من الدليل وإذا جعل هكذا يخرج عليه المسائل أما العدة فإنها تجب في آخر جزء من اجزاء حياة فلان الميت لأنها مما يحتاط في ايجابها فوجب للحال وجعل كان الطلاق وقع للحال وأما الخلع فإن كانت العدة باقية وقت الموت لم يصح وإن كانت منقضية العدة صح لأنها 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 أول الشهر علم أنه خالعه وهي بائنة عنه فلم يصح الخلع ويؤمر الزوج برد بدل الخلع وإذا كانت منقضية العدة وقت الموت فالنكاح الذي كان يبقى إلى آخر جزء من أجزاء حياته لضرورة عدم الدليل لا يبقى لارتفاعه بالخلع فبقي النكاح إلى وقت الخلع ولم يظهر انه كان مرتفعا عند الخلع فحكم بصحة الخلع ولا يؤمر الزوج برد بدل الخلع بخلاف ما إذا قال إن 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 إن كان حمل فلانة غلاما لان الولد في البطن يمكن الوقوف

في الجملة على صفة الذكورة
والأنوثة فإنه ما من ساعة الا ويجوز ان يسقط الحمل فانعقد الطلاق تنجيزا ثم علمنا
بعد ذلك وبخلاف ما إذا قال آخر
امرأة أتزوجها فهي 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 الاخر وهو الفرد اللاحق وهي فرد
وهي لاحقة ألا ترى أنه يقول
امرأتي الأولى وامرأتي الأخيرة الا انه لا يحكم بوقوع الطلاق للحال لاحتمال انه يتزوج
بثالثة فتسلب صفة الأخيرة
عن الثانية فإذا مات قبل أن يتزوج بثالثة تقررت صفة الأخيرة للثانية من الأصل 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 لأمر أنه ان لم أتزوج عليك فأنت طالق ولم يتزوج حتى مات انه يقع الطلاق على
امرأته مقتصر أعلى الحال لان
هناك علق الطلاق صريحا بعدم الزوج والعدم يستوعب العمر ألا ترى ان لو تزوج في
العمر ومرة لا يوصف بعدم
الزوج لان الوجود قد تحقق ولعدم يقابل الوجود فلا يتحقق مع الوجود فيتم ثبوته عند
الموت والمعلق بشرط ينزل
عند تحقق الشرط بتمامه فوق مقتصر على حال وجود الشرط وأما هذا فليس بتعليق
الطلاق بشرط بل هو إضافة
الطلاق إلى وقت موصوف بصفة فيتحقق الطلاق عند تحقق الصفة بدليله على التقدير
الذي ذكرنا والله عز وجل
الموفق ولو قال لامرأته أنت طالق قبل موتي بشهر أو قبل موتك بشهر فمات لتمام
الشهر أو ماتت لا يقع الطلاق
عند هما وعند أبي حنيفة يقع فهما فرقا بن الطلاق والعتاق فقالا 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 لأنه يقع بعد
الموت كما في التدبير والله عز وجل
أعلم ولو قال لعبده أنت حر قبل موت فلان وفلان بشهر أو قبل قدوم فلان بشهر فان
مات أحدهما أو قدم قبل

مضى شهر لا يعتق أبدا لأنه أضاف أعتق إلى شهر موصوف بالتقدم على موتيهما أو
قدومهما ولم يوجد ولا يتصور

وجوده بعد ذلك لأنه 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 موتهما أو قدومهما جميعا وهذا غير ذلك وان مضى شهر ثم مات أحدهما عتق العبد وان لم يمت الاخر بعد بخلاف ما إذا قال أنت حر قبل قدوم فلان وفلان بشهر ثم قدم أحدهما لتمام الشهر انه لا يعتق ما لم يقدم الاخر ووجه الفرق على ما بينا فيما تقدم وهو انه إذا مات أحدهما تحقق كون الشهر سابقا على موتهما وإذا قدم أحدهما لم يتحقق كون الأول سابقا على قدومهما وإنما يتحقق عند وجود قدومهما جميعا فكان القياس ان لا يعتق ما لم يموتا جميعا في لحظة واحدة بعد مضى شهر فكذا في القدوم وهو قول على الرازي لان العتق أضيف إلى شهر موصوف بالتقدم على موتهما أو قدومهما متصل بهما لأنه أضاف العتق إلى شهر متقدم على موتهما أو قدومهما ومن ضرورة ذلك وجود موتهما أو قدومهما 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 والأضحى بشهر حيث يعتق كما أهل هلال رمضان لان وجود وقت متصف بالتقدم عليهما بشهر مستحيل والعاقل لا يقصد بكلامه المستحيل فعلم أنه أراد به إضافة العتق إلى وقت موصوف بالتقدم على أحد اليومين بشهر وعلى الآخر بمدة غير مقدرة وفيما نحن فيه لا استحالة فيراعى عين ما أضاف وجوب الاستحالة عن هذا ان الأصل في أحكام 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 والأضحى هكذا فكذا في المستحيل عادة وكذا لو قال أنت حر قبل قدوم فلان وموت فلان بشهر فان مات أحدهما أو قدم أحدهما قبل مضى 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 الاخر الا انه لا يستدل لما ذكرنا ان الموت كائن
لا محالة والقدوم موهوم
الوجود ولو قال أنت حر الساعة إن كان في علم الله عز وجل ان فلانا يقدم إلى شهر
فهذا وقوله قبل قدوم فلان بشهر
سواء لأنه لا يراد بهذا علم الله تعالى الأزلي القائم بذاته عز وجل وإنما 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 عز وجل أعلم
ولو قال أنت حر بعد موتي بشهر فكاتبه في نصف الشهر ثم مات لتتمام الشهر فإن كان
استوفى بدل الكتابة ثم مات
لتتمام الشهر كان العتق حاصلًا بجهة الكتابة وإن كان لم يستوف بعد بدل الكتابة عتق
بالاعتاق السابق وسقط
اعتبار الكتابة عند أبي حنيفة وهذا يدل على أن العتق يثبت بطريق الاستناد عنده وقال
أبو القاسم الصفار انه تبطل
الكتابة من الأصل سواء كان استوفى بدل الكتابة أو لم يستوف وهو قياس قول من
يقول بثبوت العتق من طريق
الظهور المحض لأنه 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 لوصله إلى الحرية
بسبب الكتابة عند أداء البدل
وإن كان لم يستوف بعد بدل الكتابة فإن كان العبد يخرج من الثلث عتق من جميع
المال وان لم يكن له مال غيره
عتق ثلثه بالتدبير لأنه مدبر مقيد لان عتقه علق بموت موصوف بصفة قد يوجد على
تلك الصفة وقد لا يوجد ويسعى
في الأقل من ثلثي قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند أبي يوسف وعند محمد يسعى في
الأقل 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 الأقل
من ثلثي قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد في
الأقل 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 الأقل

منها بدون التخيير ثم عند أبي حنيفة في مسألة الكتابة يعتبر صحة المالك ومرضه في أول الشهر هكذا ذكر في النوادر لأنه يصير معتقا من ذلك الوقت وقيل هذا هو الحيلة لمن أراد أن يدبر عبده ويعتق من جميع المال وإن كان لا يخرج من الثلث بأن يقول أنت حر قبل موتي 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 لأنه يصير عندهما معتقا بعد الموت والله عز وجل المستعان وأما الإضافة إلى وقتين فالأصل 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 لأنه جعل الوقتين جميعا ظرفا للعتق فلو توقف وقوعه على أحدهما لكان الظرف واحدا لوقتتين لا كلاهما وانه ايقاع تصرف العاقل لا على الوجه الذي أوقعه ولو قال أنت حر اليوم غدا أعتق في اليوم لأنه أضاف الاعتاق إلى يوم ثم وصف اليوم بأنه غد وانه محال ويطل وصفه وبقيت الإضافة إلى اليوم ولو قال أنت حر غدا اليوم يعتق في الغد لأنه 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 لأنه 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 لأنه جعل أحد الوقتين ظرفا فلو أعتق في اليوم لكان الوقتان جميعا ظرفا وهذا خلاف تصرفه ولو قال أنت حر ان قدم فلان أو غدا فان قدم فلان قبل مجيء 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

والأصل فيه انه ذكر
شرطا ووقتا في تصرف واحد ولا يمكن الجمع بينهما لما بين التعليق بشرط وبين
الإضافة إلى وقت من التنافي فلا بد
من اعتبار حدهما وترجيحه على الآخر فأبو يوسف رجح جانب الشرط لان الشرط لا
يصلح ظرفا 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 والإضافة فإن كان
العقل هو السابق يعتبر التصرف
تعليقا واعتباره تعليقا يقتضى نزول العتق عند أول الشرطين كما إذا علقه بأحد الشرطين
نصا وإن 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 أن 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 وإنما يتصور
استثناء بعض الجملة الملفوظة
نحو أن يقول لعبيده أنتم أحرار الا سالما لان نص الاستثناء مع نص المستثنى منه تكلم
بالباقى ولو استثنى عتق بعض
العبد يصح عند أبي حنيفة ولا يصح عند هما بناء على أن 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 غلاماي
حران سالم وبريع الا بريعا ان استثناءه جائز لأنه 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 لأنه لما

ذکر کل واحد منهما بانفراده کان هذا استثناء عن کل واحد منهما فکان استثناء الكل
من الكل فلا یصح ولو قال

أنت حر وحر ان إن 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 إن شاء الله تعالى ولأبي حنيفة قوله لغو لثبوت الحرية باللفظ
الأول فكان فاصلا
بمنزلة السكوت بخلاف قوله أنت حر لله إن 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 ممالكي الا
واحدا أحرار انه يعتق الخمسة جميعا
لأنه لما قال عشرة من ممالكي أحرار الا واحدا فقد استثنى الواحد من العشرة
والاستثناء تكلم بالباقي فصار كأنه قال
تسعة من ممالكي أحرار وله خمسة ولو قال ذلك عتقوا جميعا كذا هذا ولو قال
ممالكي العشرة أحرار الا واحدا عتق
منهم أربعة لان هذا رجل ذكر مماليكه وغلط في عددهم بقوله العشرة فيلغو هذا القول
ويبقى قوله ممالكي أحرار
الا واحدا ولو قال ذلك وله خمسة ممالك يعتق أربعة منهم كذا هذا والله عز وجل
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 إن
كان معسرا يتجزأ وإن كان
موسرا لا يتجزأ والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم قال بعضهم فيمن أعتق
نصف عبد بينه وبين غيره
انه يعتق نصفه وبقي الباقي رقيقا يجب تخريجه إلى العتاق وهو مذهب عبد الله بن
مسعود رضي الله عنه وقال بعضهم
يعتق كله وليس للشريك الا الضمان وقال علي وابن عباس رضي الله عنهما عتق ما عتق
ورق ما رق هما احتجا
بالنص والمعقول والأحكام 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 التجزي 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
حكومي يصير به الآدمي محلا للملك فيعتبر الحكمي بالحقيقي وثبوت القوة الحقيقية
والضعف الحقيقي في النصف شائعا
مستحيل فكذا الحكمي ولان للعتق آثارا من المالكية والولاية والشهادة والإرث
ونحوها وثبوت هذه الآثار
لا يحتمل التجزي ولهذا لم يتجزأ في حال الثبوت حتى لا يضرب الامام الرق في
أنصاف السبايا ويمن عليهم بالانصاف
كذا في حالة البقاء وأما الأحكام فان اعتاق النصف قد تعدى إلى النصف الباقي في
الأحكام 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 القاضي على ذلك وهذا من آثار عدم التجزي 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 وإضافة التصرف إلى بعض ما لا يتجزأ في حقه
يكون إضافة إلى الكل كالطلاق
والعفو عن القصاص والله أعلم ولأبي حنيفة النصوص والمعقول والحكم أما النص فما
روى عن عن عبد الله بن عمر
رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله وسلم أنه قال من أعتق نصيبا له من مملوك
كلف عتق بقية وان لم يكن عنده
ما يعتقه فيه جاز ما صنع وروى كلف عتق ما بقي وروى وجب عليه أن يعتق ما بقي
وذلك كله نص على التجزي
لان تكليف عتق الباقي لا يتصور بعد ثبوت العتق في كله وقوله صلى الله عليه وسلم
جاز ما صنع إشارة إلى عتق
البعض إذ هو الذي صنعه لا غير وروى عن عبد الله بن عمر رضي 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 إن كان

معسرا فيدل على التجزي في حالة اليسار والاعسار وروى عن أبي هريرة عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم أنه

قال من كان له شقص في مملوك فأعتقه فعليه خلاصه من ماله إن 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 إن كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه وأما المعقول فهو ان الاعتاق إن كان تصرفا في الملك والمالية بالإزالة فالملك متجزئ وكذا المالية بلا شك حتى تجرى فيه سهام الورثة ويكون مشتركا بين جماعة كثيرة من الغانمين وغيرهم وإن كان تصرفا في الرق فالرق متجزئ أيضا لان محله متجزئ وهو العبد وإذا كان محله متجزئا كان متجزئا ضرورة وأما حكم الاثنين إذا أعتقا عبدا مشتركا بينهما كان الولاء بينهما نصفين والولاء من أحكام العتق تجزؤه على تجزئ العتق وأما الحديث فقد قيل إنه غير مرفوع بل هو موقوف على عمر رضي الله عنه وقد روى عنه خلافة فإنه 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 لأنه 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 بالأحاديث كلها وأما قولهما ان العتق قوة حكومية فيعتبر بالقوة الحقيقية وثبوتها في البعض شائعا ممتنع فكذا الحكمية فنقول لم قلت ان اعتبار الحكم بالحقيقة لازم أليس 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 إنها 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 إقامة حقوق الغير وقولهما لا
يتجزأ ثبوته كذا زواله من مشايخنا
من منع وقال إن الامام إذا ظهر على جماعة من الكفرة وضرب الرق على أنصافهم 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 التخريج إلى الاعتاق وامتناع جواز
التصرفات فليس لعدم التجزي
بل لمعنى آخر نذكره انشاء الله تعالى وأما الاستيلاء فممنوع أنه لا يتجزأ بل هو
متجزئ فان الأمة 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 بكمال يتكامل وإذا وجد قاصرا لا يتكامل بل يثبت بقدره وفي
مسئلتنا وجد قاصرا فلم
يتكامل وكذا اعتاق أم الولد متجزئ والثابت له عتق النصف وإنما 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 الأصل يبنى 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 إن كان موسرا
وليس له خيار الترك على حاله
لأنه لا سبيل إلى الانتفاع به مع ثبوت 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

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 انصبغ ثوب انسان بصبغ غيره من غير صنع أحد فاختر
صاحب الثوب الثوب انه يجب عليه ضمان الصبغ لصيرورة الصبغ 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 إن
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 وهي كون الشيء
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 رضي الله عنه وروى محمد
ابن الحسن عن أبي يوسف عن الحجاج بن أرطاة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
أنه قال من أعتق عبدا بينه وبين شريكه يقوم نصيب شريكه قيمة عدل فإن كان موسرا ضمن نصيب شريكه وإن 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 لأنه يسعى لتخليص رقبته عن الرق

كالمكاتب وتثبت فيه جميع أحكام
المكاتب من الإرث 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 لأنا 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 إنما كان كذلك لان بدل الكتابة يجب بحقيقة العقد إذ الكتابة معاوضة
من وجه فافتقرت إلى
التراضي والسعاية لا تجب بعقد الكتابة حقيقة بل مكاتبه حكمية ثابتة بمقتضى اختيار
السعاية فلا يقف وجوبها على
الرضا لان الرضا إنما شرط في الكتابة المبتدأة لأنه 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 الا 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 الا الضمان في الحالين جميعا وهو قول بشر بن غياث المريسي وهو القياس
لان ضمان الاتلاف لا يختلف
بالاعسار واليسار الا 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 بقي 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

المعتق فأمر ثبت شرعا غير معقول المعنى بالأحاديث التي روينا لان الاعتاق إذا كان متجزئا عنده كان المعتق متصرفا في ملك نفسه على طريق الاقتصار ومن تصرف في ملك نفسه لا يؤخذ 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 الا أن وجوب الضمان حالة اليسار ثبت بالنصوص تبعا غير معقول فتبقى حالة الاعسار على أصل القياس أو ثبت معقولا بمعنى النظر للشريك كي 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 مقابله عوض فيكون ضمان صلة وتبرع كنفقة المحارم و ضمان الصلة والتبرع إنما يجب حالة اليسار كما في نفقة الأقارب أو وجب نظرا للعبد لأنه تبرع عليه باعتاق نصفه فلم يتم غرضه في ايصال ثمرات العتق إلى العبد فوجب عليه الضمان تميما لغرضه فيختص وجوبه بحالة اليسار ومن مشايخنا من سلك طريقة أخرى لأبي 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 المزية للملك عقيب فعلة وإنما يملك الاعتاق والسعاية والحكم متى ثبت عقيب وصف مؤثر يضاف إليها الا أنه لا يجب على المعسر نصا بخلاف القياس ومنهم من قال هو ضمان تملك لأنه بوجود 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 و ضمان التملك لا يستدعى وجود الاتلاف كضمان 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 إن كان لا يحتمل النقل إلى ملك غيره ويجوز بيعه منه أيضا في القياس هكذا ذكر في الأصل وقال إن 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 الا أن في الاستحسان لا يجوز بيعه من المعتقد كما لا يجوز من غيره لكن هذا لا ينفي جواز النقل لا على وجه البيع فان الشيء قد يحتمل النقل إلى إنسان بالضمان وإن كان لا يحتمله بجهة البيع فان الخمر تنتقل إلى المسلم بالضمان بأن أ تلف على ذمي خمره وإن كانت لا تنتقل إليه بالبيع على أن قبول المحل لانقال الملك فيه بشرط حال انعقاد السبب لا حال أداء الضمان لأنه 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 الذي أعتق فالمعتقد بالخيار ان شاء أعتق ما بقي وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لما ذكرنا في الشريك الذي لم يعتق لان نصيبه انتقل إليه فقام مقامه وبأي وجه عتق من الاعتاق أو السعاية فولاء العبد كله له لأنه عتق كله على ملكه هذا إذا كان المعتقد موسرا فأما إن كان معسرا فللشريك أربع خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لما ذكرنا وأما على قول أبي يوسف ومحمد فيعتق كله لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ فكان اعتاق بعضه اعتاقا ل كله ولا خيار للشريك عندهما وإنما له الضمان لا غير إن كان المعتقد موسرا وإن كان معسرا فله السعاية لا غير لما ذكرنا ان المعتقد صار متلفا نصيب الشريك فكان ينبغي أن يكون الواجب هو الضمان في حالة اليسار والاعسار الا أن وجوب السعاية حال الاعسار ثبت بخلاف القياس بالنص وأما على قول الشافعي إن كان المعتقد موسرا عتق كله وللشريك أن يضمه لا غير كما قالوا وإن 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 لأبي حنيفة فيقتصر حكم تصرف المعتقد على نصيبه فيبقى نصيبه على ما كان من مشايخنا

من قال لا خلاف بين أصحابنا في أن العتق لا يتجزأ وإنما اختلفوا في الاعتاق وهذا غير
سديد لان الاعتاق لما كان

متجزئا عند أبي 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 لأنه 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 عز وجل وحق العبد بالاجماع وإنما اختلفوا في الرجحان فالقول بالتملك 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 منفي شرعا فان قيل إن كان في التملك اضرار بالمعتق ففي المنع من التملك اضرار بالشريك الساكت لما فيه من منعه من المتصرف في ملكه فوقع التعارض فالجواب انا لا نمعنه من التملك أصلا ورأسا فان له ان يضمن المعتق ويستسعى العبد ويكاتبه وفي التضمين تملكه من المعتق بالضمان وفي الاستسعاء والمكاتبه إزالة الملك إلى عوض وهو السعاية وبدل الكتابة فكان فيما قلنا رعاية الجانبين فكان أولى فان اختار التدبير فدبر نصيبه صار نصيبه مدبرا عند أبي 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 فيؤدي فيعتق لان تدبيره اختيار منه للسعاية وله أن يعتق لان المدبر قابل للاعتاق وليس له أن يضمن المعتق لان التضمين يقتضى تملك المضمون والمدبر لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك لان تدبيره اختيار منه للسعاية واختيار السعاية يسقط ولاية التضمين على ما نذكر إن شاء الله تعالى وان اختار الكتابة فكاتب نصيبه يصير نصيبه مكاتبا عند أبي حنيفة لما ذكرنا وكانت مكاتبته اختيارا منه للسعاية حتى لا يملك تضمين المعتق بعد ذلك ولان ملك المكاتب وهو مكاتب لا يحتمل النقل أيضا 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 فإن كانت المكاتبه على قدر قيمته
جازت لأنه قد ثبت له اختيار السعاية
فإذا كاتبه على ذلك فقد اختار السعاية وتراضيا عليها وان كاتبه على أقل من قيمته
يجوز أيضا لأنه رضى باسقاط بعض
حقه وله أن يرضى باسقاط الكل فهذا أولى وان كاتبه على أثر من قيمته فإن كانت
الزيادة مما يتغابن الناس
في مثلها جازت أيضا لأنها ليست زيادة متحققة لدخولها تحت تقوم أحد المقومين
وإن كانت مما لا يتغابن الناس في يطرح عنه الفضل لان مكاتبته اختيار للسعاية
والسعاية من جنس الدراهم والدنانير فلا يجوز أخذ الزيادة
على القدر المستحق لأنه يكون ربا وإن كانت المكاتبه على العروض جازت بالقليل
والكثير لان الثابت له عليه
وهو السعاية من جنس الدراهم والدنانير بالعروض جائز قلت العروض أو كثرت وإن
كانت على الحيوان جازت
لان الحيوان يثبت دينا في الذمة عوضا 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 فإن كان الصلح
على الدراهم والدنانير على نصف قيمته لاشك أنه جائز وكذا إذا كان على أقل من
نصف قيمته لأنه يستحق نصف
القيمة فإذا رضى بدونه فقد أسقط بعض حقه فيجوز وكذا إن 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 جميعا 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 لأنه ضمان اتلاف عندهما وأما عند أبي حنيفة فالصلح عن

المتلف أو المغصوب على

(٩٠)

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 عوضا عن المتلف فجاز وضمان العتق ليس بضمان 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 إنما يملك المغصوب عند اختيار الضمان لا قبله بدليل ان له أن لا يضمه ليهلك على ملكه فيثاب على ذلك ويخاصم الغاصب يوم القيامة فكان المغصوب قبل اختيار الضمان على ملك المغصوب منه فكان هذا صلحا عن العبد على هذا القدر من المالكين فكأنه ملكه منه به وأنه محتمل للملك فصح ومعتق البعض لا يحتمل التملك مقصودا فكان الصلح عن قيمته فلا يجوز لما بينا والثالث ان الضمان في باب الغصب يجب وقت الغصب لأنه هو السبب الموجب للضمان فيثبت الملك إلى الغاصب في المغصوب في ذلك الوقت وانه في ذلك الوقت قابل للتملك فيصح الصلح على القليل والكثير والضمان في باب العتق يجب وقت العتق والعبد في ذلك الوقت لا يحتمل التملك مقصودا فالصلح لا يقع عن العبد وإنما يقع عن قيمته فلا تجوز الزيادة من قيمته وإن كان الصلح على عرض جاز بالقليل والكثير لان ذلك بيع العرض بالدرهم والدنانير وذلك جائز كيفما كان وان صالحه على شيء من الحيوان كالعبد والفرس ونحوهما فان صالح العبد جاز وعليه الوسط وان صالح المعتق لم يجز لان في الفصل الأول جعل الحيوان بدلا عن العتق وأنه ليس بمال والحيوان يثبت دينا في الذمة بدلا عما ليس بمال كالاعتاق على مال والكتابة والنكاح والصلح عن دم العمدة ولان الصلح مع العبد في معنى مكاتبته وان كاتبه على عبد مطلق أو فرس يصح ويجب الوسط كذا هذا وأما في الفصل الثاني فإنما 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
والصبي والمجنون لا يملكان
الاعتاق فلا يملكه من يلي عليهما وإنما ملك الأب والوصي الاستسعاء والتضمين لان
الاستسعاء مكاتبة والأب
والوصي يملكان مكاتبة عبد الصبي والمجنون والتضمين فيه نقل الملك إلى المعتق
فيشبه البيع وهما يملكان بيع مال
الصبي والمجنون وكذلك لو كان الشريك مكاتباً مآذونا عليه دين أنه يتخير بين
الضمان والسعاية والمكاتبة الا أنهما
لا يملكان الاعتاق لانعدام ملك الرقبة أما ثبوت الخيار للمكاتب فلا شك فيه لأنه
أخص بالتصرف فيما في يده من
المولى وأما المآذون الذي عليه دين فكذلك لان المولى لا يملك ما في يده على أصل
أبي حنيفة فيكون الخيار للعبد
وعلى أصلهما إن كان يملك لكن العبد أخص بالتصرف فيما في يده من المولى فإن لم
يكن عليه دين فالخيار للمولى كما في
الحرية لأنه إذا لم يكن عليه دين فهو وما في يده ملك المولى فكان الخيار للمولى فان
اختار الشريك السعاية ففي الصبي
والمجنون الولاء لهما لأنهما من أهل الولاء لكونهما حرين وفي المكاتب والمآذون
الولاء للمولى لكونهما رقيقين
والولاء لا يثبت الا للحر وان لم يكن للصغير والمجنون ولي ولا وصى فإن كان هناك
حاكم نصب الحاكم من يختار لهما
أصلح الأمور من التضمين والاستسعاء والمكاتبة وان لم يكن هناك حاكم وقف الامر
حتى يبلغ الصبي 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 بقي 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 الإشارة فيما روينا
من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان
له شقص في مملوك فأعتقه
فعليه خلاصه من ماله إن كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد في رقبتة 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

ثم يسار المعتق واعساره يعتبر وقت الاعتاق حتى لو كان معسرا وقت الاعتاق لا
يضمن وأن أيسر بعد ذلك لأن ذلك
وقت وجوب الضمان فيعتبر ذلك الوقت كضمان الاتلاف والغصب ولو اختلفا في
اليسار والاعسار فإن كان
اختلفاهما حال الاعتاق فالقول قول المعتق لأن الأصل هو الفقر والغنا عارض فكان
الظاهر شاهدا للمعتق والبينة
بينة الآخر لأنها تثبت زيادة وإن كان الاعتاق متقدما واختلفا فقال المعتق أعتقت عام
الأول وأنا معسر ثم أيسرت
فيعتبر ذلك الوقت وقال الآخر بل أعتقته عام الأول وأنت موسر فالقول قول المعتق
وعلى الشريك اقامه البينة لأن
حالة اعتبار اليسار والاعسار شاهد للمعتق فيحكم الحال كما إذا اختلف صاحب
الرحى والطحان في انقطاع الماء
وجريانه أنه يحكم الحال كذا ههنا وقد قال أبو يوسف في عبيد 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 إنما انظر إلى حاله يوم أوقع بمنزلة
من كاتب نصيبه من العبد ثم أدى
العبد فيعتق ثم إنما أنظر إلى حال مولاه يوم عتق المكاتب ولا أنظر إلى حاله يوم كاتب
وهذا على أصله صحيح لأن إضافة
العتق إلى المجهول تعليق لعتق عبده بشرط الاختيار كأنه علقه به نصا فيعتبر حاله يوم
الاختيار لأنه 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 لأن
يوم الدخول هو يوم العتق وأما على أصل محمد فإضافة العتق إلى المجهول تنجيز وإنما
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 لأنه 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 والأصل في
هذه الجملة ان الحال إن كانت تشهد لأحدهما فالقول قوله لان الحال شاهد صادق
أصله مسألة الطاحونة وإن كانت
لا تشهد لأحدهما فالقول قول المعتق لأنه منكر فإن 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
قيمه للحال ولا يعتبر التحالف والبينة لان الحال أصدق 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 يرجع إلى قيمته في الحال لان الحال إذا شهدت
لأحدهما فالظاهر أن قيمته
كانت كذلك وقت الاعتاق إذ الأصل دوام الحال والتغير خلاف الأصل 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 فهنا لا يمكن تحكيم
الحال بالرجوع إلى قيمة العبد في الحال لأنها تزيد وتنقص في المدة ويكون القول قول
المعتق لان الشريك يدعى عليه
زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كالمتلف والغاصب وقالوا في الشفعة إذا
احترق البناء واختلف الشفيع
والمشترى في قيمته وقيمة الأرض ان المرجع إلى قيمة الأرض في الحال والقول قول
المشترى في البناء لان الشفيع
يريد أن يملك عليه الأرض بالشفعة فلا يجوز أن يملكها الا بقوله فأما المعتق فلا يريد
أن يملك على شريكه وإنما
شريكه يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر وكذلك إذا كان العبد هالكا فالقول قول
المعتق لما قلنا إنه منكر للزيادة
والله عز وجل أعلم فان هلك العبد قبل ان يختار الشريك الذي لم يعتق شيئا هل له أن
يضمن المعتق إذا كان موسرا
اختلفت الرواية فيه عن أبي حنيفة روى محمد عنه وهو رواية الحسن واحدى روايتي
أبي يوسف ان له أن يضمن

المعتق وروى أبو يوسف رواية أخرى عنه أنه لا ضمان على المعتق وجه هذه الرواية ان
تضمين المعتق ثبت نصا

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 التضمين ثبتت شرعا بشريطة نقل ملك المضمون إلى الضمان فإذا هلك لم يبق الملك فلا يتصور نقله فتبقى ولاية التضمين على أصل القياس وجه رواية محمد ان ولاية التضمين 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 إن كان له تركة وان لم يكن فهو دين عليه لما ذكرنا من أصل أبي حنيفة ان نصيب الشريك يبقى على ملكه وله أن يضمن المعتق إن 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 وإن 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 فإن كان في حال صحته يؤخذ نصف قيمة العبد من تركته بلا خلاف وإن كان في حال مرضه لم يضمن شيئا حتى لا يؤخذ من تركته وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يستوفى الشريك من ماله قيمة نصيبه وهذا مبني على الأصل الذي ذكرنا ان الاعتاق لا يتجزأ عندهما وعنده يتجزأ ووجه البناء على هذا الأصل 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 لأنها حال
خلوص أمواله وفي مرض الموت
يتعلق بها حق الورثة حتى لا يصح اقراره للورثة أصلا ويصح تبرعه على الأجنبي الا من
الثالث ولا تصح كفالتة ولا
اعتاقه الا من الثالث فلم يكن حال المرض حال يسار مطلق ولا ملك مطلق فبقي الامر
فيها على أصل القياس ولان ضمان
العق ضمان صلة وتبرع لوجوبه من غير صنع من جهة المعتقد في نصيب الشريك الا
ترى أنه لا يجب على المعسر
والصلوات إذا لم تكن مقبوضة تسقط بالموت كنفقة الأقارب والزكاة وغير ذلك والى
هذا أشار محمد لأبي حنيفة
أنه لو وجب الضمان على المريض ويؤخذ من تركته يكون هذا من مال الوارث
والمعنى فيه ان الشرع جعل الثالث
للمريض في حال مرض موته والثالثين للورثة قال النبي صلى الله عليه وسلم انه الله تعالى
تصدق عليكم بثالث
أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم وهكذا نقول في حالة الصحة أنه يجب
صلة ثم قد ينقلب معاوضة في
حالة البقاء فإنه يثبت به الملك في المضمون في حق الاعتاق والاستسعاء كالهبة بشرط
العوض انه ينعقد صلة ثم ينقلب
معاوضة وكذا الكفالة تنعقد تبرعا حتى لا تصح الا ممن هو أهل التبرع ثم تنقلب
معاوضة وإنما انقلبت معاوضة لأنه
يوجب الملك في رقبة الغير مجازاة لصلته أو تحملا عن العبد لأن 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 بالأداء إلى المكفول له انقلبت معاوضة ألا ترى أن من قال في حال الصحة ما
كان لك على فلان فهو على ثم
كان له على فلان في مرضه فأخذ ذلك من المريض فإنه يعتبر من جميع المال لا من
الثالث ويؤخذ من تركته ولو وجد
ابتداء الكفالة في المرض يكون المؤدى معتبرا من الثالث 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

لأنهم يخلفون الميت ويقومون مقامه وكان للمورث ذلك قبل موته فكذا لهم وان
انفردوا فأراد بعضهم الاعتاق

وبعضهم التضمين ذكر في الأصل 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 التفريع على مذهبه وجه ما ذكر في الأصل ان نصيب الشريك قد بقي على
ملكه عند أبي حنيفة لتجزئ
الاعتاق عنده وقد انتقل نصيبه إلى الورثة بموته فصاروا كالشركاء في الأصل 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 الإناث وهو فائدة كونه للميت لان من أصل أبي حنيفة ان
المعتق بعضه في معنى المكاتب
والمكاتب لا ينتقل فيه بالإرث فكان ولاؤه للميت كذا هذا وإذا كان المعتق موسرا يوم
أعتقه فاختار الشريك
تضمينه ثم أراد أن يرجع عن ذلك ويختار السعاية ذكر في الأصل 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 تفسيرا لما ذكره في ظاهر الرواية
واليه ذهب الجصاص وقال أراد بما
ذكر في الكتاب إذا قضى به القاضي 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 إلا أن يرضى به المضمن أو يقضى به القاضي ومنهم من جعل في المسألة روايتين
وجه ما ذكر في الأصل 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 حاملاً لا يضمن المعتق من
قيمة الولد شيئاً لان الحمل
بمنزلة طرف من أطرافها والأطراف بمنزلة الأوصاف والأوصاف لا تفرد بالضمان إلا
بعد وجود سبب وجوب
الضمان فيها مقصوداً ولان الحمل في الآدمية نقصان فكيف يلزمه بنقصان المتلف زيادة
ضمان وكذلك كل
حمل يعتق أمه إذا كان المعتق مالكهما كما في الرهن وان 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 وبعضهم السعاية

وبعضهم العتق فذلك لهم ولكل واحد منهم ما اختار في قول أبي حنيفة لان اعتاق نصيبه أو جب 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 الأول إن كان موسرا وان شاء أعتق أو دبر أو كاتب أو استسعى لان نصيبه بقي على ملكه فثبت له الخيارات للتخريج إلى الاعتاق وليس له أن يضمن المعتق الثاني وإن كان موسرا لان تضمين الأول ثبت على مخالفة القياس لما ذكرنا انه لا صنع للمعتق في نصيب الشريك باتلاف نصيبه وإنما عرفناه بالنص نظرا للشريك وانه يحصل بتضمين الأول ولان ضمان العتق ضمان معاوضة في الأصل فإذا أعتق الأول 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 الأول فالأولى ان يعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لأنه قام مقام المضمن وليس له ان يضمن المعتق الثاني لان الأول لم يكن له ان يضمه فكذا من قام مقامه وأما على أصلهما فلما أعتق الأول أعتق جميع العبد فلم يصح اعتاق الثاني وليس للثاني والثالث الا التضمين إن كان المعتق موسرا أو السعاية إن 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 وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى وان 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 شقصا منه يمضى 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 في قياس قول أبي حنيفة في السهم ان يعتق منه سدسه لان السهم عبارة عن السدس في عرف الشرع لما روى عن ابن

مسعود رضي 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 إن كان المدبر موسرا فللشريك ست خيارات ان شاء
أعتق وان شاء دبر وان شاء
كاتب وان شاء ضمن وان شاء استسعى وان شاء تركه على حاله وإن كان معسرا
فلشريكه 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 أبي حنيفة
لان التدبير عنده متجزئ كالاعتاق فيثبت له الخيارات أما خيار العتق والتدبير والمكاتبة
والسعاية فلان
نصيبه بقي على ملكه في حق التخريج إلى العتاق وأما خيار التضمين فلانه بالتدبير
أخرجه من أن يكون محلا للتملك
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
تخريجه إلى الحرية ما لم يمت المدبر فان اختار تضمين المدبر فللمدبر 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 للمدبر 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 فبقي أربع
خيارات وأما على قول أبي يوسف ومحمد صار كله مدبرا لان التدبير على أصلهما لا
يتجزأ كالاعتاق المعجل وليس
للشريك الا التضمين موسرا كان المدبر أو معسرا على الرواية المشهورة عنهما لان
ضمان النقل والتملك لا يختلف
باليسار والاعسار كالبيع ولو كان العبد بين ثلاثة رهط دبره أحدهم وهو موسرا ثم
أعتقه الثاني وهو موسرا فللشريك

الثالث أن يضمن المدبر ثلث قيمته ويرجع به المدبر على العبد وليس له أن يضمن
المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث

قيمته مدبر أوليس له أن يضمه ما انتقل إليه من نصيب الثالث وهذا قول أبي حنيفة
وقال أبو يوسف
ومحمد العبد كله مدبر للذي دبره ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان أو معسرا
لان التدبير لما كان متجزئا
عند أبي 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 المدبر وللساكت أن يضمه لأنه أتلف عليه
نصيبه فكان له ولاية
التضمين وليس له أن يضم المعتقد لان ضمان المعتقد ضمان معاوضة في الأصل وهو
ضمان التملك وهو أن يكون
بمقابلة الضمان ملك المضمون كضمان الغاصب ولو ضمن المعتقد لا يملك المعتقد
المضمون لان التدبير انعقد سببا
لوجوب الضمان على المدبر وانه يوجب ملك المضمون فصار ذلك النصيب مجال لا
يحتمل النقل إلى غير المدبر فتعذر
تضمين المعتقد ولان المدبر بالتدبير قد ثبت له حق الولاء والولاء لا يلحقه الفسخ فلا
يجوز ان ينقله إلى الغير
وللمدبر ان يضم المعتقد لأنه بالاعتاق أتلف نصيبه باخراجه من أن يكون منتفعا به
منفعة الاستخدام
فيضمن له قيمة نصيبه لكن مدبر الآن المتلف مدبر ويرجع به المدبر على العبد لان
نصيب الساكت انتقل إليه
فقام هو مقامه وكان له أن يستسعى العبد فكذا للمدبر ولان الحرية لم يثبت في جزء
منه فجاز ابقاؤه على الرق ولم يمكن
ان يجعل هذا ضمان معاوضة لان نصيبه مدبر والمدبر لا يحتمل النقل إلى ملك الغير
فجعل ضمان جناية بطريق الضرورة
وان شاء المدبر أعتق نصيبه الذي دبره لان باعتاق شريكه لم يزل ملك هو ان شاء
استسعى العبد كما في عتق أحد
الشريكين فان اختار الضمان كان للمعتقد أن يستسعى العبد لان المدبر أقامه مقام نفسه
فكان له أن يستسعيه فكذا
له وليس له أن يضم المعتقد قيمة الثلث الذي انتقل إليه من الثالث لان المدبر إنما 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 المعتقد
فلا يضم المعتقد له ذلك وأما عندهما فالتدبير لما لم يكن متجزئا صار الكل مدبرا

ويضمن ثلثي قيمة للشريكين
لاتلاف نصيبهما عليهم سواء كان موسرا أو معسرا لا تجب السعاية هنا بخلاف
الاعتاق لان بالاعتاق يزول ملكه
فيسعى وهو حر وهنا بالتدبير لا يزول ملكه بل يصير العبد كله مدبرا له وكسب
المدبر للمولى فتعذر الاستسعاء وعلى
هذا إذا شهد أحد الشريكين على الآخر بالاعتاق بأن 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 وعندهما إن كان المشهود
عليه موسرا فلا سعاية للشاهد على العبد وإن 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 لأنهما بشهادتهما
يجران المغنم إلى أنفسهما لأنهما
يثبتان به حق التضمين لأنفسهما ولا شهادة لجار المغنم على لسان رسول الله صلى الله
عليه وسلم الا انه بشهادته على
صاحبه صار مقر بفساد نصيبه باقراره على صاحبه باعتاق نصيبه فشهادته على صاحبه
واققراره عليه ان لم يجز فاققراره
بفساد نصيب نفسه جائز لان الانسان يصدق باقراره على نفسه خصوصا فيما يتضرر به
ولا يعتق نصيب الشريك
الشاهد لأنه لم يوجد منه الاقرار يعتق نصيبه بل بفساد نصيبه وإنما أقر 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 لأنه
لم يعتق نصيب نفسه وأما السعاية فلان فساد نصيبه بوجب 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 وإن كان
المشهود عليه
موسرا فلان في زعمه ان شريكه قد أعتق وان له حق التضمين أو الاستسعاء الا انه تعذر
التضمين لان

اقراره لم يجز عليه في حقه فبقي له حق الاستسعاء وأما المنكر فلان في زعمه ان نصيبه
على ملكه وقد تعذر

عليه التصرف فيه باقرار شريكه فكان له ان يستسعى وأما عندهما فإن كان المنكر
موسرا فلا سعاية
للشاهد على العبد لأنه يزعم أنه عتق باعتاق شريكه وانه لا يستحق الا الضمان لان
السعاية لا تثبت مع اليسار على
أصلهما وإن 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 من
هما 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 أولا 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 وتعذر التضمنين حيث لم يصدقه الآخر فبقي الاستسعاء ولا فرق عند أبي
حنيفة بين حال اليسار والاعسار
وأما على قولهما فإن كانا موسرين فلا سعاية لواحد منهما لان كل واحد منهما يدعى
الضمان على شريكه ويزعم أن
لا سعاية له مع اليسار فلم يثبت له ما أبرأ العبد عنه وإن كانا معسرين يسعى العبد لكل
واحد منهما لان كل واحد منهما
يزعم أن شريكه أعتق وهو معسر فلا حق له الا السعاية وإن كان أحدهما موسرا
والآخر معسرا يسعى العبد للموسر ولم
يسع للمعسر لان الموسر يزعم أن لا ضمان على شريكه وإنما له السعاية على العبد

والمعسر إنما 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 ملكه عتق عليه عبد بين رجلين قال أحدهما ان كنت دخلت هذه الدار أمس فأنت حر وقال الآخر ان لم تكن دخلتها أمس فأنت حر ولا يدري أكان دخل أو لم يدخل عتق نصف العبد بينهما ويسعى في نصف قيمته بين الموليين موسرين أو معسرين في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف إن كانا معسرين سعى في نصف قيمته بينهما وإن كانا موسرين فلا يسعى لاحد وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للمعسر في ربع قيمته ولا يسعى للموسر وقال محمد إن كانا موسرين لا يسعى وإن 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 الحانث منهما مجهول فكان من يقضى عليه بسقوط نفس السعاية مجهولا فلا يمكن القضاء به ولأبي حنيفة وأبي يوسف ان نصف العبد قد عتق بيقين لان أحد الشركين حانث بيقين إذ العبد لا يخلو من أن يكون دخل الدار أو لم يدخل إذ لا واسطة بين الدخول والعدم وليس أحدهما بتعيينه للحنث 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 فإن كانا معسرين سعى لهما وإن كانا موسرين لا يسعى لهما وإن كانا أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى للمعسر ولا يسعى للموسر وما ذكره محمد ان هذا كشهادة كل واحد منهما على الاخر غير سديد لان ههنا تيقنا بحرية نصف العبد لما بينا وفي مسألة الشهادة لم نستيقن

بالحرية لاحتمال أن تكون الشهادتان كاذبتين وأما قوله إن الذي يقضى عليه بالعتق بغير
سعاية مجهول فنعم لكن هذا

لا يمنع القضاء إذا كان المقضى له معلوما لان المقضى له إذا كان معلوما يمكن رفع
الجهالة التي من جانب المقضى بالقسمة
والتوزيع وإذا كان مجهولا لا يمكن فان حلف رجلان على عبيدين كل واحد منهما
لأحدهما فقال أحدهما لعبده إن كان
زيد قد دخل هذه الدار اليوم فأنت حر وقال الآخر لعبده ان لم يكن زيد دخل هذه
الدار اليوم فأنت 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 الأول 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 لاحد العبيدين
أنت حر ان لم يدخل فلأن هذه الدار اليوم وقال الآخر للعبد الآخر ان دخل فلأن هذه
الدار اليوم فأنت حر فمضى
اليوم وتصادقا على أنهما لا يعلمان دخل أو لم يدخل فان هذين العبيدين يعتق من كل
واحد منهما ربه ويسعى في ثلاثة
أرباع قيمته بين الموليين نصفين وقال محمد قياس قول أبي حنيفة أن 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 أن يكون دخل الدار اليوم
أو لم يكن دخل فكان نصف أحدهما حرا بيقين وليس أحدهما بذلك أولى من الآخر
فيقسم نصف الحرية
بينهما فيعتق من كل واحد منهما ربه 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 أن المقضى له وعليه مجهولان ولا سبيل إلى القضاء بالحرية
مع جهالتهما 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 أن 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 أن 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 عز وجل الموفق
(فصل) وأما بيان حكم الاعتاق وبيان وقت ثبوت حكمه فللاعتاق أحكام بعضها أصلي
وبعضها من التوابع أما
الحكم الأصلي 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 الحكمي
الذي يصير به الآدمي محلا للتملك وعلى عبارة التحرير الحكم الأصلي للتحرير هو
ثبوت الحرية لان التحرير هو
اثبات الحرية وهي 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 إن كان
تنجيذا ثبت هذا الحكم للحال
وإن كان تعليقا بشرط أو إضافة إلى وقت يثبت بعد موجود الشرط والوقت ويكون
المحل قبل ذلك على حكم
ملك المالك في جميع الأحكام 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 إن كان في الصحة وأما إن كان في المرض فإن 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

فالاقتاق صادف خالص ملكه

(٩٨)

لا حق لاحد فيه فننفذ وإن كان في المرض فإن كان له مال آخر سوى العبد والعبد كله يخرج من ثلث المال
يعتق كله لان الثلث خالص حقه لا حق للورثة فيه وإنما تعلق حقهم في الثلثين والأصل فيه ما روى عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم أنه قال إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم وإن 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 أعتق عبدا له عند موته ولا مال له غيره فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم ثلثه واستساعه في ثلثي قيمته فدل الحديث
على جواز الاعتاق في مرض الموت حيث أجاز النبي صلى الله عليه وسلم ذلك على أن 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 فإن كان عليه دين فإن كان مستغرقا لقيمته 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 الأعرج ان رجلا أعتق عبدا له عند الموت وعليه دين فقال النبي صلى الله عليه وسلم يسعى في الدين
وهكذا روى عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وإن كان الدين غير مستغرق لقيمة العبد بأن 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 شيء وهو سدس الكل ويسعى
في ثلثي النصف فالحاصل انه يعتق سدسه مجانا بغير شيء ويسعى في خمسة أسداسه ثلاثة أسهم للغريم وسهمان
للورثة ولو كان له عبدان فأعتقهما وهو مريض فهو على التفاصيل التي ذكرنا انه إن

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 الحي خمسة
ويسعى في أربعة أخماسه
فيحصل للورثة أربعة أسهم وللحي 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 العبدان
سهمان فيكون ثمانية أسهم فيجعل كل عبد على أربعة أسهم فيعتق من كل واحد ربه
ويسعى في ثلاثة أرباعه
فيحصل للورثة ستة أسهم وللعبدان سهمان والميت استوفى سهمها 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 فإن كان عليه دين مستغرق يسعى كل واحد في قيمته
للغرماء ردا للوصية لان العتق في مرض

الموت وصية ولا وصية الا بعد قضاء الدين وإن كان الدين غير مستغرق بأن كان ألفا
وقيمة كل واحد منهما ألف يسعى

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 مجاناً وهو السدس يسعى في
ثلثي النصف ففي الحاصل عتق
من كل واحد سدسه مجاناً ويسعى في خمسة أسداسه والله عز وجل 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
حراً 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 والإرث وغير ذلك لكن هذه
ليست من الأحكام
الأصلية 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 المعتق اما إن كانت أصلية
واما إن كان طارئة فإن كانت أصلية وهي أن تكون الصيغة من الابتداء مضافة إلى أحد
المدكورين غير عين
فيجهل المضاف إليه لمزاحمة صاحبه إياه في الاسم فصاحبه المزاحم لا يخلو اما أن
يكون محتملاً للاعتاق أو لا يكون محتملاً
له والمحتمل لا يخلو من أن يكون ممن ينفذ اعتاقه فيه أو ممن لا ينفذ فإن كان
محتملاً للاعتاق وهو ممن ينفذ اعتاقه فيه نحو أن يقول
لعبيده أحدكما حر أو يقول هذا حر أو هذا أو يقول سالم حر أو بريع لا ينوي أحدهما
بعينه فالكلام في هذا
الفصل في موضعين أحدهما في بيان كيفية هذا التصرف والثاني في بيان الأحكام
المتعلقة به أما الكيفية فقد ذكرنا
الاختلاف فيها فيما تقدم وأما الكلام في الأحكام المتعلقة به في الأصل فنوعان نوع
يتعلق به في حال حياة المولى ونوع
يتعلق به بعد وفاته أما الأول فنقول ولا قوة الا بالله تعالى ان للمولى ان يستخدمهما قبل
الاختيار وهذا يدل على أن
العتق غير نازل في أحدهما لأنه 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 إن كانت من المولى واما إن كانت من الأجنبي ولا تخلو اما إن كانت على النفس أو على ما دون النفس فإن كانت الجناية من المولى فإن كان ت على ما دون النفس بان قطع يد العبدین فلا شئ علیه 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 وإن كانت جناية على النفس بان قتلها فان قتلها على التعاقب فالأول عبد والثاني حر لأنه لما أقدم على قتل الأول فقد تعين الثاني للعتق فإذا قتله فقد قتل حرا فعليه الدية وتكون لورثته لان الدية تصير ميراثا للورثة ولا يكون للمولى من ذلك شئ لأنه 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 بأولى من الآخر فشاعت حرية واحدة فيهما وهذا يؤيد القول بنزول العتق في غير العين وإن كانت الجناية من الأجنبي فإن كانت فما دون النفس بان قطع انسان يد العبدین فعليه أرش العبيد وذلك نصف قيمته كل واحد منهما لكن يكون أرشهما لمولى سواء قطعهما معا أو على التعاقب لان القطع لا يبطل خيار المولى وهذا يوجب القول بعدم نزول العتق إذ لو نزل لكان الواجب أرش يد عبد وحر وهو نصف قيمة عبد ونصف دية حر وإن كانت في النفس فالقاتل لا يخلو اما إن كان واحدا واما إن كان اثنين فإن كان واحدا فان قتلها معا فعلى القاتل نصف قيمة كل واحد منهما نصف قيمة هذا ونصف قيمة ذلك ويكون للمولى وعليه نصف دية كل واحد منهما نصف دية هذا ونصف دية ذلك وتكون لورثتهما وهذا دليل على أن العتق نازل في غير العين إذا لو لم يكن لكان الواجب في قتلها معا قيمة عبيد ومع ذلك لم يجب بل ووجب دية حر وقيمة عبد لان أحدهما حر وقد قتل حرا وعبدا والواجب بقتل الحر الدية وبقتل العبد القيمة والدية للورثة والقيمة للمولى وإنما انقسم لان كل واحد منهما تجب ديته في حال وقيمته في حال لاحتمال انه حر

وعبد فينقسم ذلك على اعتبار الأحوال كما هو أصل أصحابنا وان قتلها على التعاقب
يجب على

القاتل قيمة الأول للمولى ودية الثاني للورثة لان قتل الأول يوجب تعين الثاني للعتق
فيتعين الأول للمولى وقد قتل
حرا وعبدا خطأ وإن 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 إن 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 وإنما
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 فوجوب القيمتين حجة أحد القولين وانقسامهما حجة القول
الآخر وان وقع قتل كل واحد
منهما على التعاقب فعلى قاتل الأول القيمة للمولى وعلى قاتل الثاني الدية للورثة لان
أحدهما قتل عبدا والآخر قتل
حر الآن قتل الأول أوجب تعين الثاني للحرية والأول للرق ولو كان المملوك كان أمتين
فولدت كل واحدة منهما ولدا أو
ولدت إحدهما ولدا فاختار المولى عتق إحدهما عتقت هي وعتق ولدها سواء كان
للأخرى 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 تبعا لها
وأما على قول التعليق فلان العتق ان لم ينزل فقد انعقد سبب النزول في أحدهما فيسرى
إلى ولدها كالأستيلاد
والكتابة ولو ماتت الأمتان معا قبل الاختيار وقد ولدت كل واحدة منهما ولدا خير
المولى فيختار عتق أي الولدين
شاء لأنهما لما ماتتا معا لم تتعين إحدهما للحرية فحدث الولدان على وصف الام
فيخير المولى فيهما كما كان يخير في الام
فان مات أحد الولدين قبل الآخر مع بقاء الأمتين لا يلتفت إلى ذلك ويخير المولى لأنه
لم يتعلق بموته تعيين إذ الحرية
إنما تتقين فيه بتعيينها في أمه وحكم التعيين في الام قائم لان تعيينها ممكن فيخير المولى

فيهما فأيهما اختار عتقها
فعتقت عتق ولدها ولو قتل الأمتين معا رجل خير المولى في الولدين لما قلنا في الموت
وأيهما اختار عتقه فعتق لا يرث من
أرث أمه شيئا لأنه إنما عتق باختيار العتق فيه وذلك يتأخر عن الموت فلا يرث شيئا بل
يكون الكل للمولى وهذا نص
مذهب التعليق لان العتق لو كان نازلا في إحداهما لحدوثهما على وصف الام لكان
الاختيار تعيينا لمن وقع عليه
العتق فكان عتقه متقدما على موت الام فينبغي أن يرث والله عز وجل أعلم ولو وطئت
الأمتان بشبهة قبل اختيار
المولى يجب عقر أمتين ويكون للمولى كالأرث وهذا يؤيد قول التعليق إذ لو كان
تنجيزا لكان الواجب عقر حرة
وأمة ولكان نصف ذلك للأمتين والنصف للمولى ولما كان كسبهما له والأرث فالعقر
أولى لأنهما لا يملكان
بدون ملك الأصل وقد يملك الكسب بدون ملك الأصل كالغاصب فلما كان الكسب
له فالأرث 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 لأنه غير جائز بالاجماع
وأما على قول التعليق فلان حق
الحرية قد ثبت وهو انعقاد سبب الحرية لأحدهما فيمنع جواز البيع كما لو جمع بين
قن ومدبر في البيع ولم يبين حصية
كل واحد منهما من الثمن ولو أنه باعهما صفقة واحدة وسلمهما إلى المشتري
فأعتقهما فيقال للبائع اختر العتق في
أحدهما وأيهما اختار عتقه عتق الآخر على المشتري الا ان المشتري لما قبضهما بعقد
فاسد فقد ملك أحدهما ونفذ
اعتاقه فيه فإذا عين البائع أحدهما للعتق تعين الآخر للملك الفاسد فينفذ فيه اعتاق
المشتري وإنما بدئ بتخيير 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
أحدهما لاستحالة انقسام الحرية على

الحر والملك قد زال عن أحدهما فتعذر الانقسام وبقي الخيار فقام الوارث مقام
المورث فان قيل الخيار عندكم لا يورث

فكيف ورثتم هذا لخيار وهذا منكم تناقض فالجواب أن هذا الخيار لا يورث عندنا بل يثبت للورثة ابتداء لا بطريق الإرث بل لأنهم استحقوا قيمة أحد العبدین فكان لهم التعین 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 الإرث كذا هذا فإن لم يعتق المشتري حتى مات البائع لم ينقسم العتق فيهما حتى يفسخ القاضي البيع فإذا فسخه انقسم وعتق من كل واحد منهما نصفه وإنما كان كذلك لما ذكرنا من فوات شرط الانقسام وهو عدم زوال الملك في أحدهما والملك قد زال عن أحد العبدین فتعذر التقسيم والتوزيع الا ان البيع الفاسد واجب الفسخ حقا للشرع رفعا للفساد وفسخه بفعل القاضي أو بتراضي 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 الاختلاف 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 وقرن يصح في القرن وهذا لان الجمع بين الحر والعبد في البيع إنما يوجب فساد البيع لأنه 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 بطلت الهبة والصدقة فيهما وبطل امهارها لأنه لما مات فقد شاع العتق فيهما لوجود شرط الشيعاء فيعتق من كل واحد منهما نصفه ومعتق البعض لا يحتمل التمليك من الغير ولو أسرهما أهل الحرب

كان للمولى أن يختار عتق أحدهما
ويكون الآخر لأهل الحرب لأن أهل الحرب لم يملكوهما بالأسر لأن أحدهما حر
وحق الحرية لأحدهما ثابت
وكل ذلك يمنع من التملك بالأسر ولهذا لا يملكون المكاتب والمدبر بالأسر كما
يملكون الحر وإذا لم يملكا بالأسر
بقيا على ملك المولى وله خيار العتق فإذا اختار أحدهما بقي الآخر عبدا فيملكه أهل
الحرب فإن لم يختار المولى حتى مات
بطل ملك أهل الحرب بينهما لأنه لما مات المولى شاعت الحرية وعتق من كل واحد
منهما نصفه فتعذر التملك ولو أسر
أهل الحرب أحدهما لم يملكوه لأن أحدهما حرا وثبت له حق الحرية وكل ذلك يمنع
من التملك بخلاف ما إذا باع
أحدهما لأن بيعه إياه اختيار منه للملك فقد باع ملكه باختياره فصح ولو اشتراها من
أهل الحرب تاجر فللمولى أن
يختار عتق أيهما شاء ويأخذ الآخر بحصته من الثمن لأن 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 فاختر المولى عتقه عتق وبطل
الشراء لما ذكرنا أن ولاية
الاختيار قائمة للمولى فان أخذه المولى من الذي اشتراه بالثمن عتق الآخر لأن أخذه
إياه إعادة له إلى قديم ملكه فيتعين
الآخر للعتق كأنه أعتقه ولو قال في صحته لعبيده أحدكما حر ثم مرض الموت فاختر
عتق أحدهما يعتق من
جميع المال وإن كانت قيمته أكثر من الثلث بأن كانت قيمته أكثر من الثلث بان قيمة
أحدهما ألفا وقيمة الآخر ألفين فبين العتق في الذي
قيمه ألفان وهذا يدل على أن إضافة العتق إلى المجهول ايقاع وتنجيز إذ لو كان تعليقا
واقصر العتق على حالة المرض
ينبغي أن يعتبر من الثلث كما لو أنشأ العتق في المرض والله عز وجل الموفق وللعبدین
حق مخاصمة المولى فلهما أن
يرفعانه إلى القاضي ويستعديا عليه وإذا استعديا عليه أعداهما القاضي وأمره بالبيان أعني
اختيار أحدهما
وجبره عليه بالحبس لو امتنع أما على مذهب التنجيز فلان العتق نازل في أحد منهما
غير عين وكل واحد منهما لا يجوز أن

يكون هو الحر والحرية حقه أوله فيها حق وأما على مذهب التعليق فلان الحرية ان
تثبت في أحدهما فقد يثبت حق

(١٠٢)

الحرية أعني انعقد سبب ثبوت الحرية أصلا وهذا حقه وله فيه حق والبيان طريق استيفاء هذا الحق فكان كل واحد منهما بسبيل من الخصومة والمطالبة بالبيان وإنما كان البيان إلى المولى لان الاجمال
منه فكان البيان إليه كما في بيان المجمل والمشارك في النصوص وكم نأقر 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 لأحدهما عينا
إياك عنيت أو نويت أو أردت بذلك اللفظ الذي ذكرت أو اخترت أن تكون حرا باللفظ الذي قلت أو أنت
حر بذلك اللفظ الذي قلت أو بذلك الاعتاق أو أعتقتك بالعتق السابق وغير ذلك من الألفاظ 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 اختياري العتق في الآخر دلالة لما نذكر إن شاء الله تعالى وان قال عنت
به الذي لزمني بقولي أحدكما حر يصدق في القضاء ويحمل قوله أعتقتك على اختيار العتق أي اخترت عتقتك
وأما الدلالة فهي أن يخرج المولى أحدهما عن ملكه بالبيع أو بالهبة أو بالصدقة أو بانشاء العتق أو يرهن
أحدهما أو يؤجر أو يكاتب أو يدبر أو يستولد إن كانت أمة لان الأصل ان من خير بين أمرين ففعل ما يستدل به
على اختياره أحدهما يجعل ذلك اختيارا منه دلالة ويقوم ذلك مقام النص كأنه قال اخترت والأصل 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 ينافي اختيار العتق المبهم في المتصرف فيه وهي التصرفات المزيلة للملك ومنهما مالا ينافي اختيار
العتق المبهم في المتصرف فيه لكن اختيار العتق المبهم فيه يبطله وهو الرهن والإجارة والكتابة والتدبير والاستيلاء
والعاقل يقصد صحة تصرفاته وسلامتها عن الانتقاض 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 التخريج على قول من يقول إن 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 الا بالملك فكان اقدمه على بيع أحدهما اختيارا إياه للملك فيتعين الآخر للعتق ضرورة وأما على مذهب التعليق أما خيار المشتري فلا يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف فينافي اختيار المبهم فيه وأما اختيار البائع فلان اختيار العتق المبهم يبطل شرط الخيار وسواء كان البيع صحيحا أو فاسدا إذا قبض المشتري لأنه وقع مزيلا للملك فيتعين الآخر للعتق دلالة أو ضرورة وأما إذا لم يقبض فقد ذكر في الأصل 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 وأبي 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 بأحد العبدین وقع العتق في الآخر وهكذا روى ابن سماعة عن أبي 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 الأصل 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 فأنت 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

(١٠٣)

كما لو أعتق 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 لأحدهما ان دخلت الدار فأنت حر ثم قال أحدكما ثم دخل الذي
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 المملوك كان أختين فوطئ المولى أحدهما فان علقت منه عتقت الأخرى بالاجماع لأنها صارت أم ولد
له وقد ذكرنا ان الاستيلاء يكون معيناً للعتق في الأخرى وان لم تعلق لا تعتق الأخرى في قول أبي حنيفة وعند أبي
يوسف ومحمد تعتق وروى ابن سماعه عن أبي يوسف أنه قال وكذلك لو قبل إحداهما بشهوة ولمس بشهوة أو
نظر إلى فرجها عن شهوة ولو استخدم إحداهما لا تعتق الأخرى في قولهم جميعاً لان الاستخدام تصرف لا يختص
بالمملك إذ قد يستخدم الحرة (وجه) قولهما ان الظاهر من حال العاقل المتدين الاقدام على الوطئ الحلال لا الحرام وحل
الوطئ لا يثبت الا بأحد نوعي المملك 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 الموطوءة فيتبين أنه وطئ حرة من غير نكاح
فيجعل الوطئ بيانا ضرورة التحرج عن الحرام حالا وما لا حتى لو قال إحداكما مدبرة ثم وطئ إحداهما
لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك الاستمتاع فلا حاجة إلى التحرز بالبيان ولهذا جعل الوطئ بيانا في
الطلاق المبهم حتى لو قال لامرأته إحداكما طالق فوطئ إحداهما طلقت الأخرى كذا ههنا ولأبي حنيفة أن كون
الوطئ بيانا للعتق في غير الموطوءة يستدعي العتق ليكون العتق تعييناً 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 عز وجل
فامسك بمعروف أو تسريحاً باحسان قيل في التفسير ان الامسك بالمعروف هو الوطئ

والنفقة وإذا كان الوطئ
مستحقا بالنكاح عند اختيار الامسك فإذا قصد وطئ إحداهما صار مختارا لامسакها
فيلزمه ايفاء المستحق شرعا
ضرورة اختيار الامسك فيصير مختارا طلاق الأخرى والوطئ في الأمة مستحق بحال
فلا يكون وطئ إحداهما
اختيار للعتق في الأخرى لو صار مختارا للامسك إنما يصير ليقع وطؤه حلالا تخرجنا
عن الحرمة ووطؤه إياهما جميعا
حلال وباختيار إحداهما لا يظهر ان وطئ الموطوءة كان حراما لان العتق ثبت حال
الاختيار مقصورا عليهما وأما
الضرورة فتحو أن يموت أحد العبدین قبل الاختيار فيعتق الآخر لأنه بالموت خرج من
أن يكون محلا لاختيار العتق
المبهم فتعين الآخر ضرورة من غير تعيين المولى لا نصا ولا دلالة وهذا يدل على أن
العتق غير نازل إذ لو كان نازلا لما
تعين الآخر للعتق لان التعيين للضرورة وهي 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 الحي 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 الحي 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 سماعة عن
محمد لان قوله أحد هاتين أم ولدى
أو أحد هذين ابني ليس بانشاء بل هو اخبار عن أمر سابق والاخبار يصح في الحي
والميت فيقف على بيانه وقوله
أحدكما حر أو أحد هذين حر انشاء للحرية في أحدهما والانشاء لا يصح الا في الحي
فإذا مات أحدهما تعين الآخر
للحرية وكذا إذا قتل أحدهما سواء قتله المولى أو أجنبي لما قلنا غير أن القتل إن كان
من المولى فلا شئ عليه وإن كان

من الأجنبي فعليه قيمة العبد المقتول للمولى فان اختار المولى عتق المقتول لا يرتفع
العتق عن الحي ولكن قيمة المقتول

(١٠٤)

تكون لورثته لان المولى قد أقر بحريته فلا يستحق شيئا 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 فالأرش للمولى بلا شك وان بينه في المجني عليه ذكر القدوري في شرحه ان الأرش للمولى أيضا ولا شئ للمجني عليه من الأرش وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان الأرش يكون للمجني عليه وهكذا ذكر القاضي فيما إذا قطع المولى ثم بين العتق أنه ان بينه في المجني عليه يجب عليه أرش الأحرار ويكون للعبد وعلل بأنه أقر على نفسه بأنه جنى على حر وان بينه في غير المجني عليه فلا شئ على المولى ولم يذكر القدوري هذا الفصل وإنما ذكر فصل الأجنبي وما ذكره القاضي قياس مذهب التنجيز لان البيان يكون تعيينا لمن وقع عليه العتق فيتبين انه كان حرا وقت ورود الجناية عليه فيوجب أرش الأحرار على المولى للعبد وما ذكره القدوري قياس مذهب التعليق لان العتق ثبت وقت الاختيار مقصورا عليه فلا يظهر لان الجناية صادفت يد حر والله عز وجل أعلم ولو قال عبدي حر وليس له الا عبد واحد عتق لأنه تعين بالايجاب فانصرف إليه فان قال لي عبد آخر عنيته لم يصدق في القضاء لأنه إذا لم يعرف له عبد آخر انصرف ايجابه إلى هذا العبد ظاهرا فلا يصدق في العدول عن الظاهر الا ببينة تقوم على أن له عبدا آخر ويصدق فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه نوى ما يحتمله لفظه ولو قال أحد عبيدي حر أو أحد عبدي حر وليس له الا عبد واحد عتق لان لفظة أحد لا تقتضي أحادا ألا ترى أن الله تعالى موصوف بأنه أحد قال سبحانه وتعالى قل هو الله أحد ولا مثل له ولا شريك ولا أحد غيره في الأزل وروى بشر عن أبي يوسف فيمن كان له ثلاثة أعبد فقال أحد عبيدي حر أحد عبيدي حر أحد عبيدي حر قال ذلك ثلاثا عتقوا لان أحدهم عتق باللفظ الأول لأنه أحد عبيده وعتق الاخر باللفظ الثاني لهذا المعنى وقد بقي له عبدا فيعتق أحدهما وعتق الثالث باللفظ الثالث وان لم يبق الا عبد واحد كما لو قال ابتداء أحد

عبيدي حر وليس له الا عبد واحد
ولو قال أحدكم حر أحدكم حر لم يعتق الا واحد لان أحدهم عتق باللفظ
الأول ثم باللفظ الثاني جمع بين حر
وعبدين فقال أحدكم حر لم يصح ثم باللفظ الثالث جمع بين عبد وحرين فلم يصح
ذلك أيضا لأنه يحمل على الاخبار
وهو صادق فيما أخبر ولو قال لعبده أنت حر أو مدبر يؤمر بالبيان فان قال عنيت به
الحرية عتق وان قال عنيت 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 لأنه يعتق بالاعتاق البات في حالة
الصحة ونصفه يعتق من الثلث
لأنه 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 عبدین فقال أحدكما حر
أو مدبر يؤمر بالبيان
فان مات قبل البيان ولا مال له غيرهما والقول في الصحة عتق نصف كل واحد منهما
للسيوع الا أن الربع من
كل واحد منهما يعتق مجانا 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 الأولين ولو
قال هذا حر وهذا أو هذا عتق الأول ويؤمر بالبيان في الآخرين وكذلك هذا في الطلاق
ووجه الفرق ان كلمة أو في
الفصل الأول دخلت بين الأول 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 للأول عينا ثم أدخل
كلمة أو في الثاني والثالث

فأوجبت حرية أحدهما غير عين فعتق الأول ويؤمر بالبيان في الثاني والثالث وهذا
بخلاف ما إذا قال إن كلمت هذا

أو هذا وهذا فعبدى حر انه ان كلم الأول وحده حنث وان كلم الثاني أو الثالث وحده لا يحنث ما لم يكلمهما جميعا ولو قال إن كلمت هذا وهذا أو هذا فعبدى حر فان كلم الثالث وحده حنث وان كلم الأول أو الثاني وحده لا يحنث ما لم يكلمهما جميعا لان في الفصل الأول جعل شرط الحنث كلام الأول وحده أو كلام الثاني والثالث جميعا لأنه جعل الثالث معطوفا على الثاني بحرف العطف فقد ادخل كلمة أو بين الأول وحده وبين الثاني والثالث جميعا وأما في الفصل الثاني فقد جعل شرط الحنث كلام الأول والثاني جميعا أو كلام الثالث وحده لأنه عطف الثاني على الأول بحرف العطف وأدخل كلمة أو بين الأول والثاني جميعا والثالث وحده والله عز وجل أعلم ولو اختلط حر بعبد كرجل له عبد فاختلط بحر ثم كل واحد منهما يقول أنا حر والمولى يقول أحدكما عبدي كان لكل واحد منهما أن يحلفه بالله تعالى ما يعلم أنه حر فان حلف لأحدهما 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 فإن لم يبين وقال لا أدرى أيهما حر لا يجبر على البيان ولكن يعتق من كل واحد منهما نصفه مجانا 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 لأنه 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 مجانا ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته وفصل الشيوخ دليل نزول العتق في أحدهما إذ الثابت تشييع والموت ليس باعتاق علم أن الكلام السابق وقع تنجيذا للعتق في أحدهما ثم فرق بين

هذا الخيار وبين خيار التعيين في باب البيع لأنه الوارث هناك يقوم مقام الموت في البيان وههنا لا ووجه الفرق ان هناك ملك المشتري أحد العبدین

مجهولا إذ كل واحد منهم محل للملك فإذا مات فالوارث ورث منه عبدا مجهولا فمتى جرى الإرث ثبت ولاية التعيين أما ههنا فأحدهما حر أو استحق الحرية وذلك يمنع جريان الإرث في أحدهما فيمنع ولاية التعيين هذا إذا كان المزاحم له محتملا للعتق وهو ممن ينفذ اعتاقه فيه فأما إذا كان ممن لا ينفذ اعتاقه فيه بأن جمع بين عبده وعبد 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 وإن كان المزاحم ممن لا يحتمل العتق أصلا 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 أبي 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 بقريئة النية والحر لا يحتمل انشاء الحرية فينصرف إلى العبد ولو جمع بين عبده ومدبره فقال أحدكما حر لا يصير عبده مدبر الا بالنية ويحمل على الاخبار كما في الجمع بين الحر والعبد ولو جمع بين عبديه ومدبره فقال اثنان منكم مدبران صار أحد عبديه مدبرا ويؤمر بالبيان لان قوله اثنان منكم يصرف أحدهما إلى المدبر ويكون اخبارا عن تدبيره إذ الصيغة للخبر في الوضع وهو صادق في هذا الاخبار والآخر يصرف إلى أحد العبدین فيكون انشاء للتدبير في أحدهما إذ لا يمكن حمله على الخبر لأنه يكون كذبا فيحمل على الانشاء كأنه قال للمدبر هذا مدبر وأحد العبدین مدبر فيؤمر بالبيان كما لو قال ذلك ابتداء لعبديه أحدكما مدبر فان مات المولى قبل

البيان انقسم تدبير رقبة بين العبدین نصفین فاعتق المدبر المعروف من الثلث ويعتق
نصف كل واحد من العبدین من

(١٠٦)

الثالث لان التدبير وصية والوصية تعتبر من الثلث سواء كان في المرض أو في الصحة وهذا كما لو جمع بين عبيد وحر فقال اثنان منكم حران انه يصرف أحدهما إلى الاخبار عن حرية أحدهم والاخر إلى إنشاء الحرية في أحد العبيد لا غير كأنه قال للحر ان هذا حر وأحد العبيد 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 الأصل يقع في موضعين أحدهما يتعلق في حال الحياة والثاني يتعلق بحال الموت أما الأول فما دام المولى حيا يؤمر بالبيان ثم إن بدأ بالبيان للايجاب الأول فان عنى به الخارج عتق الخارج بالايجاب الأول وتبين ان ايجاب الثاني بين الثابت والداخل وقع صحيحا ووقعه بين عبيد فيؤمر بالبيان لهذا الايجاب وان عنى بالايجاب الأول الثابت عتق الثابت بالايجاب الأول وتبين ان الايجاب الثاني وقع لغوا لحصوله بين حر وعبد في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه قال الكلام الثاني ينصرف إلى الداخل وهذا غير سديد لان على قوله إذا جمع بن 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 الأول بين الخارج والثابت على حاله كما كان فيؤمر بالبيان كما كان وان عنى به الثابت بالايجاب الثاني وعتق الخارج بالايجاب الأول لتعيينه للعتق باعتاق الثابت وأما الذي يتعلق بما بعد الموت فهنا حالان حال ما بعد موت العبيد وحال ما بعد موت المولى أما موت العبيد فان مات الخارج عتق الثابت بالايجاب الأول وتبين ان الايجاب الثاني وقع باطلا وان مات الثابت عتق الخارج بالايجاب الأول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت قد أعيد عليه الايجاب فعتقه يوجب تعيين كل واحد منهما للعتق وان مات الداخل يؤمر المولى بالبيان للايجاب الأول فان عنى به الخارج عتق الخارج

بالايجاب الأول وبقى الايجاب
الثاني بين الداخل والثالث فيؤمر بالبيان وان عنى به الثابت تبين ان الايجاب الثاني وقع
باطلا وأما موت المولى قبل
البيان فإن 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 إن كان عنى بالايجاب الأول الخارج عتق كله ولم يعتق به الثابت وإن 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
الأول ثم الثابت بالايجاب الثاني يعتق نصفه الباقي في حال ولا يعتق في حال فيتنصف
ذلك النصف فيعتق ربه
بالايجاب الثاني وقد عتق نصفه بالايجاب الأول فيعتق ثلاثة أرباعه وأما وجه قول
محمد فهو ان
الايجاب الثاني يصح في حال ولا يصح في حال لأنه إن كان المولى عنى بالايجاب
الأول الخارج يصح الايجاب الثاني
لان الثابت يبقى رقيقا فيقع الايجاب الثاني جمعا بين العبدین فيصح وإن كان عنى به
الثابت لا يصح لأنه 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 الأول 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 إن كان
عنى به الثابت عتق به النصف
الباقي ولا يعتق الداخل وإن 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 أن 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 أحدكما حر يبطل أصلا ورأسا ومحمد اعتبر الايجاب الثاني حيث قال بثبوت
نصف حرية بين الثابت والداخل هذا

(١٠٧)

إذا كان القول منه في الصحة فإن كان في المرض فإن 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 سهما ضرورة فيكون جميع المال أحد وعشرين فصار كل عبد سبعة أسهم لان ماله ثلاثة أعبد وقد صار ماله كله أحد وعشرين سهما 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 كالخارج وإذا صار سهام الوصايا سبعة تصير سهام الورثة أربعة عشر ضرورة فاستقام الثلث والثلثان 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 عز وجل 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 الأحكام

المتعلقة به أما الأول فلا
خلاف في أن أحدهما حر قبل البيان لان الصيغة أضيفت إلى معين والمعين محل لنزول
العتق فيه فكان البيان في
هذا النوع اظهر وتعييننا لمن نزل فيه العتق وأما الثاني فالأحكام المتعلقة به ضربان أيضا
ضرب يتعلق به في حال حياة
المولى وضرب يتعلق به بعد موته أما الأول فنقول إذا أعتق احدى جاريتيه بعينها ثم
نسيها أو أعتق احدى جواريه
العشرة بعينها ثم نسي المعتقة فإنه 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 والأصل في هذا الباب ما روينا من حديث وابصة بن معبد رضي الله عنه عن
رسول الله صلى الله عليه
وسلم أنه 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 أنه وطئ واحدة منهن فحكمه نذكره
هنا والحيلة في أن يباح له وطئهن
ان يعقد عليهن عقد النكاح فتحل له الحمره 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 أو له
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 عز وجل ما
أعتقه لان الاستحلاف لفائدة
النكول والنكول بذل أو اقرار والعتق يحتمل كل ذلك ثم إن نكل لهما عتقا لأنه 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 للأول يعتق
الذي لم يحلف له لأنه لما حلف
للأول والله ما أعتقه فقد أقر برقه فيتعين الاخر للحرية كما إذا قال ابتداء لأحدهما عينا
هذا عبد وان لم يحلف له عتق

هو لأنه بذل لهم الحرية أو أقر وان تشاحا في اليمين حلف لهما جميعا بالله عز وجل
ما أعتق واحد منهما فان حلف

(١٠٨)

لهما فإن كانا أمتين يحجب منهما حتى يبين لما ذكرنا ان حرية أحدهما 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 الأصلية 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 أن يقول المولى لأحدهما عينا هذا الذي كنت أعتقته ونسيت وأما الدلالة أو الضرورة فهي أن يقول أو يفعل ما يدل على البيان نحو ان يتصرف في أحدهما تصرفا لا صحة له بدون الملك من البيع والهبة والصدقة والوصية والاعتاق والإجارة والرهن والكتابة والتدبير والاستيلاء إذا كانتا جاريتين لأن هذه التصرفات لا صحة لها الا في الملك فكان اقدامه دليل اختياره الملك في التصرف فيه وتعين الآخر للعتق وكذا إذا كانا أمتين فوطئ إحداهما عتقت الأخرى بلا خلاف لان إحداهما حرة بيقين فكان وطئ إحداهما تعيينا لها للرق والأخرى للعتق وتعيين الأخرى للعتق ضرورة انتفاء المزاحم بخلاف الجهالة الأصلية على أصل أبي حنيفة لان العتق غير نازل في إحداهما فكانت كل واحدة منهما حلال الوطئ وان كن عشرا فوطئ إحداهن 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 فتتعين الباقية وهي 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 والأحسن أن لا يطأ واحدة منهن لاحتمال أن تكون الموطوءة هي الحرة فلو أنه وطئ فحكمه ما ذكرنا ولو ماتت واحدة منهن قبل البيان فالأحسن أن لا يطأ الباقيات قبل البيان لاحتمال أن تكون المعتقة فيهن فلو أنه وطئهن قبل البيان جاز لان فعل المسلم العدل محمول على الجواز ما أمكن وأمكن ههنا بان يحمل على أنه قد تذكر أن المعتقة منهن هي الميتة لان البيان في هذا النوع من الجهالة اظهر وتعيين لمن نزلت فيه الحرية من الأصل فلم

تكن الحياة شرطا لمحلية البيان وكان
اقدامه على وطئهن تعيينا للميتة للعتق والباقيات للرق دلالة أو تعيين الباقيات للرق
ضرورة بخلاف الجهالة الأصلية
إذا ماتت واحدة منهن أن الميتة لا تتعين للحرية لان الحرية هناك غير نازلة في إحداهن
وإنما تنزل عند وجود الشرط
وهو الاختيار مقصورا عليه والمحل ليس بقابل للحرية وقت الاختيار فهو الفرق ولو
كانت اثنتين فماتت واحدة منهما
لا تتعين الباقية للعتق لان الميتة لم تتعين للرق لانعدام دليل يوجب التعيين فلا تتعين
الأخرى للعتق ضرورة فوقف
تعيينها للعتق على البيان نصا أو دلالة إذ الميتة لم تخرج عن كونها محلا للبيان إذ البيان
في هذا النوع اظهر وتعيين بخلاف
النوع الأول في أصح القولين ولو قال المولى هذا مملوك وأشار إلى أحدهما يتعين
الأخر للعتق دلالة أو ضرورة ولو
باعهما جميعا صفقة واحدة كان البيع فاسدا لأنه 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 إياه للرق ويتعين الباقي
للعنتق 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 يطاء جاريته وان يتصرف فيها تصرف الملاك لان الجهالة تمكنت في الجانبين
جميعا المعتق والمعتق فوقف
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 إحداهن 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 الأصلية

والله عز وجل أعلم

(١٠٩)

فصل وأما بيان ما يظهر به حكمه فالمظهر له شيان أحدهما الاقرار والثاني البينة أما الأول فلا شك ان الاقرار من المولى باعتاق عبده يظهر به العتق لأن الظاهر أن 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 عبد غيره 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 تقييده في حقه فيعتق عليه وأما البينة فجملة الكلام فيها أنه لا خلاف في أنها تقبل على عتق المملوك إذا ادعى المملوك العتق وأنكر المولى سواء كان المملوك عبدا أو جارية فاما إذا لم يدع وأنكر العتق والمولى أيضا منكر فهل تقبل الشهادة على عتقه من غير دعواه فإن كان المملوك جارية تقبل بالاجماع وإن كان عبدا 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 كالأموال وسائر حقوق العباد وعندهما هي حق الله تعالى والشهادة على حقوق الله عز وجل مقبولة من غير دعوى أحد كالشهادة على اعتاق الانسان أمته وتطليقه امرأته والشهادة على أسباب الحدود الخالصة لله عز وجل من الزنا والشرب والسكر الا السرقة فإنه شرط فيها الدعوى لتحقق السبب إذ لا يظهر كون الفعل سرقة شرعا بدون الدعوى لما نذكر في كتاب السرقة فتكلم في المسألة بناء وابتداء 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 حرا وأكل ثمنه وكذا يتعلق به أهلية وجوب حقوق الله عز وجل من الكفارات والزكوات والجمع والجماعات فثبت أن العتق حق الله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى لقبول الشهادة القائمة عليه كما في عتق الأمة وطلاق المرأة وكما في الحدود الخالصة وكذا الأحكام تدل على أن الدعوى ليست بشرط فان الشهادة على حرية الأصل 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 الأصل تسمع
دعواه ولو كانت الدعوى
فيه شرطا لكان التناقض مانعا من صحة الدعوى كما في سائر الدعاوى ولأبي 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 لأنه 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 أحدهما 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 يوجب 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 وإنما 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 عز وجل ألا ترى ان سائر الحقوق الثابتة
للعباد يحرم ابطالها ولا يدل على أن
حرمة ابطالها حق الله تعالى على أنا ان سلمنا ان في العتق حق الله تعالى فالمقصود
حاصل لأنه من حيث إنه حق الله
تعالى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى العبد ومن حيث إنه حق العبد لا تقبل فدارت
الشهادة بين القبول وعدم القبول
فلا تقبل مع الشك ولهذا لم تقبل الشهادة على القذف من غير دعوى المقذوف وإن
كان حد القذف حق الله تعالى من

وجه وحق العبد من وجه كذا ههنا وأما الأحكام فاما عتق الأمة فثمة هكذا نقول إن
تلك الشهادة لا تقبل على العتق

من حيث ذات العتق لما قلنا في العبد وإنما تقبل من حيث إن عتق الأمة حق الله تعالى على الخلوص من حيث إنه 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 إنه سبب للحراب لا من حيث ذاته بل ذات الكفر موجب لأنهما 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 إنه 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 فإنه قيل ما ذكرتم من العذر في فصل الأمة والطلاق لا يصح لان الشهادة على عتق المجوسية والأخت من الرضاعة مقبولة من غير دعوى وهذه الشهادة لا تتضمن حرمة الفروج لان الحرمة كانت ثابتة قبل ذلك وكذا الشهادة على الطلاق الرجعي والطلاق المضاف إلى الملك يقبل من غير دعوى ولا تتضمن هذه الشهادة تحريم الفرج فالجواب أن من أصحابنا من يمنع المسئلتين الأولتين فقالوا لا تقبل الشهادة فيهما من غير دعوى لأنها لا تتضمن تحريم الفرج ومنهم من سلم مسألة المجوسية ومنع مسألة الأخت من الرضاعة وفرق بينهما من حيث إن وطئ الأمة المجوسية مملوك للمولى وإنما 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 الأخت من الرضاعة فحرام الوطئ حقيقة حيث لو وطئها يسقط احصانه مع قيام ملك اليمين والمعتبر في الباب تحريم الفرج لا الأنوثة والشهادة على النسب قط لا تقبل من غير دعوى وفيما ذكر من المسألة وهي ما إذا كان صغيرا فلا تقبل عند أبي حنيفة ما لم ينصب القاضي خصما عن الصغير ليدعى النسب له بطريق النيابة شرعا نظرا للصغير العاجز عن احياء حقه بنفسه والقاضي نصب ناظرا للمسلمين وكان ذلك شهادة على خصم وأما الاستيلاء فهو سبب لتحريم الفرج

والدعاوى في الجملة لأنه 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 الرجعي 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 والقاضي مكلف بالقضاء بالظاهر فكان ينبغي أن لا تشترط الدعوى لقبول الشهادة أصلا ولهذا لم تشترط في عتق الأمة وطلاق المرأة وأسباب الحدود الا أنا عرفنا اشتراطها فيما وراء العتق من حقوق العباد بالاجماع فيقتصر على مورد الا جماع (وجه) قول أبي حنيفة ان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب محتمل للكذب فلا يفيد العلم للقاضي بالمشهود به والأصل أن لا يجوز القضاء بما لا علم للقاضي به وبما ليس بثابت قطعا لقوله عز وجل ولا تقف ما ليس لك به علم وانه اسم للثابت قطعا وقوله سبحانه وتعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا ثبوت مع احتمال العدم فكان ينبغي أن لا يجوز القضاء به أصلا 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 الأمة وطلاق المرأة أو لدفع فساد السكر في حد الشارب والسكر فالحق المحتمل بالمتيقن أو اكتفى بظاهر الصدق مع الاحتمال دفعا للفساد فبقي الحكم فيما وراء ذلك على الأصل 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 منعه 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

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 إحداهما 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 معلوما فجازت الشهادة له بخلاف حال الصحة فان الشهادة هناك وقعت لاحد العبدین فكان المشهود له مجهولا فلم تجز الشهادة ولان المولى لما مات فقد شاع العتق فيهما جميعا فصار كل واحد منهما خصما في حق نفسه متعينا فتقبل الشهادة بخلاف حال الحياة والصحة وكذلك جواب أبي حنيفة في هذه المسألة في الأمتين بأن شهدا بأنه أعتق إحدى أمتيه انها لا تقبل لان انعدام اشتراط الدعوى بقبول الشهادة على عتق الأمة لكونه سببا لحرمة الفرج وهي حق الله تعالى ولا تثبت حرمة الفرج بالعتق المبهم عند أبي حنيفة فكان الجواب في العبدین والأمتين ههنا عنده على السواء بخلاف ما إذا شهدا على أنه طلق إحدى امرأتيه انها تقبل لأنها 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 عبدا له وسماه ونسبناه ان الشهادة باطلة لان الشاهد إذا نسي ما تحمل لا تقبل شهادته ولو شهدا أنه أعتق عبده سالما ولا يعرفان سالما وله عبد اسمه سالم ليس له غيره تقبل شهادتهما ولو شهدا به في البيع لا تقبل ووجه الفرق ان البيع لا يحتمل الجهالة أصلا والعتق يحتمل ضربا من الجهالة ألا ترى أنه لا يجوز بيع أحد العبدین ويجوز اعتاق أحد العبدین ولو اختلف الشاهدان في الشرط الذي علق به العتق لم تجز شهادتهما لأنهما شهدا بعقدين كل عقد لا يثبت الا بشهادة شاهدين ولم يوجد والأصل فيه انه إذا اختلفت شهادة الشاهدين فإن كان ذلك في دعوى العتق لا تقبل أصلا وإن

كان في دعوى المال ففيه
تفصيل ووافق واختلاف نذكر ذلك كله في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى والله
عز وجل 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 الأول 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
الفاظ قد تكون بصريح
اللفظ مثل أن يقول أنت مدبر أو دبرتك وقد تكون 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 شرطا كما إذا قال لعبده أنت حر في دخولك الدار وقد يكون بلفظ اليمين
بأن يقول إن مت فأنت حر
أو يقول إذا مت أو متى ما مت أو ان حدث بي حدث أو متى حدث بي
لأنه علق العتق بالموت مطلقا
وكذا إذا ذكر في هذه الألفاظ مكان الموت الوفاة أو الهلاك ولو قال إن مات فلان
فأنت حر لم يكن
مدبرا لأنه 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 لأنه علق عتقه بالموت وأنه علق عتقه بالموت وأنه كائن لا محالة
ولأبي يوسف ان علق بأحد الامرين فلا يصير مدبرا

كما لو قال إن مت أو مات زيد ولو قال إن 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 وإنما لا يصير مدبرا للحال لأنه يحتمل أن يموت المولى أولا فلا يعتق لأنه علق العتق بشرطين بموته وموت فلان فلا يعتق بموته وحده ويصير العبد ميراثا فبعد ذلك ان مات فلان ووجد الشرط الآخر فإنما وجد بعدما انتقل الملك إلى الورثة ويحتمل 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 الأصل 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 لأنه بعد الكلام صار التدبير مطلقا فكذا هذا وقد يكون بلفظ الوصية وهو أن يوصى لعبده بنفسه أو برقبته أو بعتقه أو يوصيه بوصية يستحق من جعلتها رقبته أو بعضها نحو أن يقول له أوصيتك بنفسك أو برقبتك أو بعتقك أو كل ما يعبر به عن جملة البدن لان الموصى يزيل ملكه بالوصية ثم إن 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 إزالة 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 بثلث مالي لان رقبته من جملة ماله فصار موصى له بثلثها ولان هذا إزالة الملك من الثلث لا إلى أحد فيكون اعتاقا وروى بشر عن أبي 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 عز وجل أعلم وأما المقيد فهو

ان يعلق عتق عبده بموته موصوفا
بصفة أو بموته وشرط آخر نحو أن يقول إن مت من مرضى هذا أو في سفري هذا
فأنت حر أو يقول إن 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 إن شاء الله تعالى وروى الحسن عن أبي حنيفة أن
لو قال إذا مت ودفنت أو
غسلت أو كفنت فأنت حر فليس بمدبر يريد به في حق الأحكام المتعلقة بالتدبير في
حال حياة المدبر لأنه 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 فدخل العبد الدار انه لا يعتق
كذا هذا لكنه استحسنت
وقال يعتق من الثلث لأنه علق العتق بالموت وبما هو من علائقه 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 إن دخلت الدار أو ان كلمت فلانا أو إذا قدم زيد
فأنت مدبر لان التدبير اثبات
حق الحرية وحقية الحرية تحتمل التعليق بالشرط فكذا في حق التدبير وذكر محمد في
الأصل إذا قال
أنت حر بعد موتى ان شئت فان نوى بقوله إن شئت الساعة فشاء العبد في ساعته تلك
صار مدبرا لأنه علق التدبير
بشرط وهو المشيئة وقد وجد الشرط فيصير مدبرا كما إذا قال إن دلت الدار فأنت
مدبر وان غنى به مشيئته بعد الموت
فليس للعبد مشيئة حتى يموت المولى لأنه علق العتق بشرط يوجد بعد الموت فإذا وجد
قبله لا يعتبر فان مات المولى
فشاء عند موته فهو حر من ثلثه كذا ذكره في الأصل وذكر الحاكم في مختصره ان
المراد منه أن يعتقه الوصي أو

الوارث لان العتق ههنا لم يتعلق بالموت وإنما تعلق به وبأمر آخر بعده فيصير بمنزلة الوصية بالاعتاق فيجب أن لا يعتق

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 القاضي
وهذا يؤيد قول الحاكم
والجصاص لأنه لا فرق بين المسئلتين سوى أن هناك علق بمشيئة العبد وههنا علق
بمشيئة الأجنبي 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 شيئاً 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 مدبراً لان التدبير
اثبات حق الحرية فيحتمل الإضافة كاثبات حقيقة الحرية ولهذا احتمل التعليق بالشرط
كذا الإضافة وقد
روى بشر عن أبي يوسف فيمن قال لعبد أنت حر بعد موتى بشهر فليس بمدبر ولا
يعتق الا أن يعتق وروى ابن
سماعة عن محمد أنه قال القياس أن يكون باطلاً ألا ترى أنه لو جنى قبل الشهر دفع
بالجناية ولو لحقه دين يبيع فيه ووجه
القياس ما ذكرنا انه لم أعلق العتق بمضي شهر بعد الموت فكما مات انتقل الملك فيه
إلى الورثة ولم يبق الا مضي الزمان
وهو الشهر فلا يحتمل ثبوت العتق به فيبطل الا أنهم استحسنوا فجعلوه وصية بالاعتاق
لان تصرف العاقل يحتمل
على الصحة ما أمكن وأمكن حمله على الوصية بالاعتاق بعد مضي شهر بعد الموت
فيحتمل عليها ولو قال أنت حر قبل موتى
شهر فليس بمدبر لأنه ما أضاف العتق إلى الموت أصلاً بل إضافة 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 لأبي 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 لأبي 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 لأنه
ما علق عتقه بالموت بل بشهر
ومتصل بالموت فيصير كأنه قال أنت حر قبل موتى بساعة ولو قال يوم أموت فأنت حر
أو أنت حر يوم أموت فان
نوى به النهار دون الليل لم يكن مدبرا لأنه 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 إن مت
إلى سنة أو إلى عشر سنين فأنت حر فليس بمدبر لأنه علق عتقه بموت بصفة تحتمل
الوجود والعدم فان قال إن 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 لأنه 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 فالتبول بعد الموت كذا ذكر في
الجامع الصغير وهذا جواب ظاهر

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 إن هذا ايجاب العتق في لحال 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 لأنه 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 وإنما يعتبر بعد الموت فإذا قبل بعد الموت فهل يعتق بعد الموت بنفس القبول أولا يعتق الا باعتاق الوارث أو الوصي أو القاضي لم يذكر هذا في الجامع الصغير ولو قال أنت مدبر على ألف فقبل فهو مدبر والمال ساقط كذا ذكر الكرخي لأنه علق التدبير بشرط وهو قبول المال فإذا قبل صار مدبرا والمدبر على ملك المولى فلا يجوز أن يلزمه دين لمولاه فسقط وروى بشر عن أبي يوسف في نوادره فيمن قال لعبدك 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 الألف وعتق وهو رواية عمرو عن محمد وقال أبو يوسف ان لم يقبل حتى مات ليس له أن يقبل وظاهر قوله أدى الألف وعتق يقتضى ثبوت العتق من غير اعتاق الوارث أو الوصي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي إذا قال إذا مت فأنت حر على ألف درهم فإنما 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 الا بايقاع من الوارث أو الوصي لأنه 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
تنجيذا وتعليقا حتى لو قال له ان دخلت الدار فأنت حر فدخل يعتق كما لو نجز العتق
والوصي يملك التنجيز لا التعليق حتى
لو علق بالدخول فدخل لا يعتق ولان الوارث يتصرف بحكم الخلافة عن الميت ويقوم
مقامه كأنه هو والوصي يتصرف
بالامر فلا يتعدى تصرفه موضع الامر كالوكيل والوكيل بالاعتاق لا يملك التعليق ولو
أعتقه الوصي أو الوارث عن
كفارة لزمته لا يسقط عنه لأنه 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 لأنه 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 أبي يوسف في
المسائل المتقدمة والله عز وجل الموفق ولو قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتى
فما في ملكه صار مدبرا وما يستفيده
يعتق من الثلث بغير تدبير وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يدخل في
هذا الكلام ما يستفيده (وجه)
قوله إن المملوك للحال مراد من هذا الايجاب فلا يكون ما يستفيده مرادا لان الحال
مع الاستقبال معنيان 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 لأنه تعليق العتق بالشرط
فاليمين إن 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
بثلث 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 فإنهما يشتملان على معنى اليمين والمعارضة
كذا هذا والله عز وجل أعلم
(فصل) وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يعم نوعي التدبير أعني المطلق المقيد وبعضها
يخص أحدهما وهو

المطلق أما الذي 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 أن يقول لعبد لا يملكه ان ملكتك فأنت مدبر أو ان اشتريتك فأنت مدبر لأنه التزم اثبات حقيقة الحرية بعد الموت واثبات حق الحرية في الحال ولا يثبت ذلك الا بعد وجود الملك في الحال لأنه 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 إن شاء الله تعالى ومنها أن يكون التعليق بموت المولى حتى لو علق بموت غيره بأن قال إن مات فلان فأنت حر لا يصير مدبرا أصلا وأما الذي يخص أحدهما فضربان أحدهما أن يكون التعليق بمطلق موت المولى فإن كان بموت موصوف بصفة لا يكون تدبيرا مطلقا بل يكون مقيدا والثاني أن 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 لأنه 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 اعتاقا فكان الخلاف فيه لازما وعلى هذا يخرج عبد بين اثنين دبره أحدهما ان على قول أبي حنيفة صار نصيبه خاصة مدبر أو نصيب شريكه على ملكه لكون التدبير متجزئا عنده فيقتصر على نصيبه ثم إن كان المدبر موسرا فللشريك ست خيارات أن 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 بقي على ملكه في حق التخريج إلى العتاق وأما خيار التضمين فلانه التدبير أخرجه من أن يكون محلا للتملك مطلقا بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك فقد أتلفه 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 المدبر فان اختار
الاعتاق فأعتق فللمدبر أن يرجع
على المعتق بنصف قيمته مدبرا لأنه أتلف عليه نصيبه وهو مدبر فيضمن قيمته مدبرا
والولاء بينهما لان الاعتاق
منهما لان نصيب المدبر لا يحتمل الانتقال إلى المعتق لان التدبير يمنع من ذلك
وللمعتق أن يرجع على العبد بما ضمن
لان منفعة الاعتاق حصلت له وان شاء المدبر أعتق نصيبه وان شاء كانت وان شاء
استسعى وليس له الترك على
حاله لأنه معتق البعض فيجب تخريجه إلى العتاق هذا إذا كان المعتق موسرا فإن كان
معسرا فللمدبر 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 لأنه صار معتق البعض وان شاء أعتق وان شاء
كاتب وليس له الترك على
حاله لما قلنا فان مات الشريك الاخر قبل أخذ السعاية عتق نصيبه من الثلث أيضا لما
قلنا وبطلت السعاية لان
العتق حصل بموت المولى المدبر إذا أعتق بموت مولاه وقيمته تخرج من الثلث لا
يجب عليه السعاية وقيل إن هذا
على قياس قول أبي حنيفة فاما على قياس قولهما فلا يبطل لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ
فقد عتق كله بموت
الأول 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 عنه فإذا مات الشريك
فهذا مدبر مات مولاه وقيمته 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 الأداء وهو يخرج من
الثلث عتق وبطلت عنه

السعاية وإن كان لا يخرج من الثلث بان لم يكن له مال غيره ففيه خلاف بين أصحابنا
الثلاثة يذكر فيما بعد إن شاء الله

تعالى وان اختار تضمين المدبر فضمنه فقد صار العبد كله للمدبر لانتقال نصيب شريكه إليه بالضمان والولاء كله للمدبر لان كله عتق على ملكه وللمدبر أن يرجع بما ضمن على العبد فيستسعيه لان الشريك كان له أن يستسعيه فلما ضمن المدبر قام مقامه فيما كان له فان مات المدبر 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 شأؤوا أعتقوا ذلك النصف وان شأؤوا دبروا وان شأؤوا كاتبوا وان شأؤوا تركوه على حاله وان اختار الاستسعاء سعى العبد في نصف قيمته فإذا أدى يعتق ذلك النصف ولا يضمن الشريك للمدبر شيئا لان العتق حصل بسبب لا صنع له فيه فلم يوجد منه سبب وجوب الضمان وللمدبر 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 المدبر قبل أن يأخذ السعاية بطلت السعاية وعتق ذلك النصف من ثلث ماله لما بينا وان اختار ترك نصيبه على حاله فمات يكون نصيبه موروثا عنه فينتقل الخيار إلى الورثة في الاعتاق التدبير والكتابة والاستسعاء والترك على حاله لان نصيبه انتقل إليهم وقد كان له هذه الخيارات وان مات المدبر عتق ذلك النصف من الثلث ولغير المدبر أن يستسعى العبد في نصف قيمته ان شاء وان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وليس له خيار الترك لأنه صار معتق البعض فيجب تخريجه إلى العتق لا محالة والولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه هذا إذا كان المدبر موسر فإن 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 المدبر لشريكه نصف قيمته موسرا كان أو معسرا فقد فرقا بين التدبير وبين الاعتاق ان في الاعتاق لا يضمن إذا كان معسرا وإنما 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 المعتك وصار حرا
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
أنت مدير أو نصيبي منك مدير
أو قال إذا مت فأنت حر أو أنت حر بعد موتى وخرج الكلامان معا صار مدبرا لهما
بلا خلاف لان تدبير كل واحد
منهما صادف ملك نفسه فصار العبد مدير بينهما فإذا مات أحدهما عتق نصيبه من
الثلث والا آخر بالخيار ان شاء
أعتق وان شاء كاتب وان شاء استسعى وليس له أن يتركه على حاله لأنه صار معتك
البعض فإذا مات الباقي منهما قبل
أخذ السعاية بطلت السعاية وعتق إن كان يخرج من الثلث لما ذكرنا وان قالوا جميعا
إذا متنا فأنت 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 إن مت أنا وفلان فأنت حر أو أنت 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 أعتقوا وان
شاءوا دبروا وان شاءوا كاتبوا وان شاءوا استسعوا وان شاءوا ضمنوا الشريك إن كان
موسرا وإذا مات الآخر عتق
نصيبه من الثلث هذا إذا دبره أحدهما أو كلاهما فان دبر أحدهما أو أعتقه الآخر فهذا
في الأصل 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 فإن كان الاعتراف سابقا بان أعتقه أحدهما أولا ثم دبره الاخر فاما على
قول أبي يوسف ومحمد فكما أعتقه
أحدهما فقد عتق كله لان الاعتراف عندهما لا يتجزأ وتدبير الشريك باطل لأنه صادف
الحر والولاء كله للمعتق لان
كله عتق باعتاقه وعليه الضمان إن كان موسرا وعلى العبد السعاية إن 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 الاخر فقد صح تدييره لأنه دبر ملك نفسه فصح
وصار ميراثا للمعتق عن

الضمان لأنه قد ثبت له باعتراف الشريك خيارات منها التضمين منها التدبير فإذا دبره فقد استوفى حقه فبرئ المعتق عن الضمان ولأنه إنما يثبت له ولاية التضمين بشرط نقل نصيبه إلى المعتق بالضمان وقد خرج الجواب عن احتمال النقل بالتدبير فسقط الضمان والمدبر بالخيار ان شاء أعتق نصيبه الذي صار مدبرا وان شاء كاتبه وان شاء استسعى العبد وليس له أن يتركه على حاله لأنه قد عتق بعضه فوجب تخريجه إلى العتق بالطرق التي بينا وإذا مات المدبر عتق نصيبه الذي صار مدبرا من الثلث والولاء بينهما لان كله عتق باعترافهما النصف بالاعتاق البات والنصف بالتدبير فعتق والنصف كل واحد منهما على ملكه وإن كان التدبير سابقا بان دبره أحدهما أو لا ثم أعتق الآخر فعلى قولهما كما دبره أحدهما صار كله مدبرا له لان التدبير عندهما يتجزأ كالاقتاق البات ويضمن المدبر نصيب شريكه قنا سواء كان موسرا أو معسرا لما بينا وأما على قول أبي حنيفة فلم يصير كله مدبرا بل نصيبه خاصة لتجزى التدبير عنده فصح اعتاق الشريك فعتق نصفه وللمدبر أن يرجع على المعتق بنصف قيمة العبد مدبرا إن كان المعتق موسرا لما ذكرنا فيما تقدم وان شاء العتق نصيبه الذي هو مدبر وان شاء استسعى العبد وليس له أن يتركه على بحاله لأنه معتق البعض وان خرج الكلامان معا لا يرجع أحدهما على صاحبه بضمن لأن الضمان إنما يجب باتلاف مال الغير فإذا خرج الكلامان معا كان كل واحد منهما متصرفا في ملك نفسه لا متلفا ملك غيره فلا يجب عليه الضمان ومنهم من قال هذا على قياس قول أبي حنيفة لان الاعتاق والتدبير كل واحد منهم يتجزأ عنده فصح التدبير في النصف والاعتاق في النصف فاما على قياس قولهما ينفذ الاعتاق ويطلق التدبير لان الاعتاق والتدبير لا يتجزأان والاعتاق أقوى فيدفع الأدنى وإن كان أحدهما سابقا لكن لا نعلم السابق منهما من اللاحق ذكر في الأصل ان المعتق يضمن ربع قيمة العبد للمدبر ويستسعى العبد له في الربع الاخر 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
والهدمى ولهذا قال بعض أهل الأصول
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 المعتقد لوقوع الشك في سبب وجوبه لان التدبير إن كان لاحقا كان المدبر
بالتدبير جبريا للمعتقد من الضمان
لما مر وإن كان سابقا يجب الصمان على المعتقد فوقع الشك في الوجوب والوجوب
لم يكن ثابتا فلا يثبت مع الشك
وجه الاستحسان له اعتبار الأحوال وهو ان الاعتاق إذا كان متقدما على التدبير فقد أبرأ
المدبر المعتقد عن الضمان
وإن كان متأخرا فالمعتقد ضامن وقد سقط ضمان التدبير بالاعتاق بعده فإذا لا ضمان
على المدبر في الحالين جميعا والمعتقد
يضمن في حال ولا يضمن في حال والمضمون هو النصف فيتصرف فيعتق ربع القيمة
ويسعى العبد للمدبر في الربع
الآخر لأنه لما تعذر التضمن فيه ووجب تخريجه إلى العتاق أخرج بالسعاية كما لو
كان المعتقد موسرا والله عز وجل
أعلم مدبرة بين رجلين جاءت بولد ولم يدع أحدهما فهو مدبر بينهما كأمه لان ولد
المدبرة مدبر لما نذر في بيان حكم
التدبير إن 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 جميعا لأنه
ولد مدبر تهما جميعا وفي
اثبات النسب من المدعي ابطال هذا الحق عليه والولاء لا يلحقه الفسخ وجه
الاستحسان ان النسب قد ثبت في
نصيب المدعى 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 لأنه لا تنافي بينهما فيثبت
النسب من الشريك المدعى 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

عند أبي حنيفة كالاعتاق الا انه يتكامل في بعض المواضع لوجود سبب التكامل على أنا
نقول الاستيلاء لا يتجزأ
فيما يحتمل نقل الملك فيه فما لا يحتمل فهو متجز وههنا لا يحتمل لما نذكر ويغرم
المدعى 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 مدبرا لأنه بالدعوة أتلف على شريكه ملكه الثابت ظاهرا لأنه حصل في محل هو
ملكهما فإذا ادعاه فقد أتلف
على شريكه ملكه الثابت من حيث الظاهر باخراجه من أن يكون منتفعا به منفعة
الكسب الخدمة فيضمن
نصف قيمته مدبرا لأنه اتلف على شريكه نصف المدبر ولا يعزم نصف قيمة الجارية
لان نصيب الشريك قد بقي
على ملكه ولم تصر الجارية كلها أم ولد له لان استيلاء نصيب شريكه يعتمد تملك
نصيبه ونصيبه لا يحتمل التملك
لكونه مدبرا بخلاف الأمة 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 شيئا لان هناك
نصيب الشريك محتمل النقل
فأمكن القول بتملك نصيبه ببدل ضرورة صحة الاستيلاء والتملك يستند إلى وقت
العلق فتبين ان الولد حدث على ملكه
فلا يكون مضمونا عليه وههنا نصيب الشريك لا يحتمل النقل فيقتصر الاستيلاء على
نصيب المدعى وينفرد الولد
بالضمان لانفراده بسبب وجوب الضمان فان مات المدعى أو لا عتق نصيبه بغير شيء
لان نصيبه أم ولد له تسعى في
نصيبه ولا يضمن للشريك الساكت شيئا لحصول العتق من غير صنعه وهو لموت
ويسعى في نصيب الآخر في قولهم
جميعا 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 أن الاعتاق يتجزأ عنده
وعند هما 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 فإن لم يمت واحد
منهما حتى ولدت ولد آخر فادعاه فهو ضامن لنصف العقر لأنه أقر بوطئ مدبرة
مشتركة بينهما وأيها 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 ولدهما جميعا ويطلب
التدبير إلى خلف هو خير وهو
الاستيلاء لان عتق الاستيلاء ينفذ من جميع المال فكان خيرا لها من التدبير وحكم
الضمان في القن ما هو الحكم في
الجارية القنة وسنذكره في كتاب الاستيلاء إن 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 إن 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
اختر الكتابة سعى على النجوم وان اختار السعاية في ثلثي قيمته يسعى حالا وهذا قول
أبي حنيفة وقال أبو يوسف
يسعى في الأقل من جميع الكتابة ومن ثلثي القيمة وقال محمد يسعى في الأقل 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 مبني
على أن العتق يتجزأ عند أبي حنيفة
وعندهما لا يتجزأ ووجه البناء على هذا الأصل ان العتق لما كان متجزئا عنده لم يعتق
بموت المولى الا ثلث العبد
وبقى الثلثان منه رقيقا وقد توجه أي الثلثين العتق من جهتين إحداهما الكتابة بأداء 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 أعتق

ثلثه 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 لأنه يختار الأقل لا محالة
ولان الواجب عليه إذا كان
أحد المالين وأحدهما أكثر من الآخر أو أقل كان الأقل متيقنا به فليزمه ذلك وأما فصل
المقدار فوجه قول محمد ان
بدل الكتابة كله قوبل بكل الرقبة لأن العقد قد انعقد عليه حيث قال كاتبك على كذا
وقد عتق ثلث الرقبة فيسقط
عنه ما كان بمقابلته وهو ثلث البدل 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 الأقل من ثلثي الكتابة
ومن ثلثي القيمة لما قلنا ولهما ان العبد كان استحق ثلث رقبته بالتدبير السابق قبل عقد
الكتابة فإنه يسلم له ذلك كائنا
ما كان فإذا كاتبه بعد ذلك فالبدل لا يقابل القدر المستحق وهو الثلث وإنما 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 البدل إلى
ما يصح المقابلة به وهو الثلثان كمن طلق امرأته الحرة تطليقتين ثم طلقها ثلاثا على
ألف درهم لزمها كل الألف لما قلنا
وكذا إذا جمع بين من يحل نكاحها وبين من لا يحل نكاحها فتزوجها بألف درهم
وجبت الألف كلها بمقابلة نكاح
من يحل له نكاحها عند أبي حنيفة وإذا كان الامر على ما وصفنا فالثلث وان عتق عند
الموت لكن لا بدل بمقابلته
وإنما البدل كله بمقابلة الثلثين فلم يسقط من البدل شيء 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 الأقل من ثلثي الكتابة
فقد اتفقوا على
المقدار وهنا حيث قالوا مقدار بدل الكتابة ثلثان وإنما كان كذلك لان هناك كاتبه
والعبد لم يكن استحق شيئا من
رقبته فكان جميع البدل بمقابلة جميع الرقبة وقد عتق عند الموت بسبب التدبير ثلثه

فيسقط ما كان بإزائه من البدل
فبقي الثلثان بلا خلاف وإنما اختلفوا في الخيار فعند أبي حنيفة يخير بين الثلثين من
بدل الكتابة مؤجلا وبين ثلثي
القيمة معجلا وعندهما يجب عليه الأقل منهما بناء على تجزى الاعتاق وعدم تجزيه
على ما بينا في الفصل الأول والله
علم عز وجل 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 مطلقا وهذا
عندنا وعند الشافعي
لا حكم له في حال حياة المدبر رأسا 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 أنه 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 رضي الله عنهما عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم
أنه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وهذا نص في الباب وعن أبي
سعيد الخدري وجابر بن
عبد الله الأنصاري 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 رضي الله عنهم مثل مذهبنا
وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح ومسروق وسعيد بن المسيب والقاسم بن
محمد وأبي جعفر محمد بن علي 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 الأجلة لقلت بجواز بيع المدبر لما دل عليه

من النظر ولنا لاثبات حق

(١٢٠)

الحرية ضرورة الاجماع ودلالة غرض المدبر أما ضرورة الاجماع فهي ان الحرية تثبت بعد الموت بالاجماع والحرية لا بد لها من سبب ولا سبب ههنا سوى الكلام السابق فلا يخلو اما أن يجعل سببا للحال واما أن يجعل سببا بعد الشرط ولا سبيل إلى الثاني لأنه ليس من أهل مباشرة السبب فتعين أن يكون سببا عند وجوده فكان الكلام السابق سببا في الحال لثبوت الحرية بعد الموت ولسنا نعنى 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 تقربا إلى الله عز وجل بالاعتقاد لاعتقاد رقبته من النار كما نطق به الحديث واما حقا لخدمته القديمة مع بقاء منفعه على ملكه في حياته لحاجته إليها ولا طريق لتحصيل الغرضين الا بجعل التدبير سببا في الحال لثبوت الحرية بعد الموت إذ لو ثبتت الحرية في الحال لفات غرضه في الانتفاع به ولو لم ينعقد شيئا رأسا لفات غرضه في العتق لجواز أن يبيعه لشدة غضب أو غير ذلك فكان انعقاده سببا في الحال وتأخر الحرية إلى ما بعد الموت طريق احراز الغرضين فثبت ذلك بدلالة الحال فيتقيد الكلام به إذ الكلام يتقيد بدلالة الغرض فان قيل هذا مناقض لأصلكم لان التدبير تعليق العتق بالشرط ومن أصلكم ان التعليقات ليست أسبابا للحال وإنما تصير أسبابا عند وجود شروطها وعلى هذا بنيتم تعليق الطلاق والعتاق بالملك وسببه وههنا جعلتم التدبير سببا لثبوت الحرية للحال وهذا مناقضة في الأصل والتناقض في الأصل دليل فساد الفرع فالجواب ان هذا أصلنا فيما يمكن اعتباره سببا عند وجود الشرط وفيما لم يرد المتكلم جعله سببا في الحال وفي التعليق بسائر الشروط وأمكن اعتباره سببا عند وجود الشرط وههنا لا يمكن لما بينا وكذا في التعليق بسائر الشروط أراد المتكلم كونه سببا عند الشرط وههنا أراد كونه سببا في الحال لما قلنا فتعين سببا للحال لثبوت الحرية في الثاني وأما حديث عطاء فيحتمل ان ذلك كان تدبيراً مقيدا وقوله باع حكاية فعل فلا عموم له ويحتمل أن يكون معنى قوله باع أي أجر إذ

الإجارة تسمى بيعا بلغة أهل
المدينة وهكذا روى محمد باسناده ان النبي صلى الله عليه وسلم باع خدمة مدبر ولم
يبيع رقبتة ويحتمل أنه كان ذلك
في ابتداء الاسلام حين كان يبيع الحر مشروعا على ما روى أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم باع رجلا بدينه يقال له
سرق ثم صار منسوخا بنسخ بيع الحر لثبوت حق الحرية في المدبر الحاقا للحق
بالحقيقة في باب الحرمات وأما المدبر
المفيد فهناك لا يمكن أن يجعل الكلام سببا للحال لان الامر متردد بين ان يموت من
ذلك المرض وفي ذلك السفر أو
لا يموت فكان الشرط محتمل الوجود والعدم فلم يكن التعليق سببا للحال كالتعليق
بسائر الشروط وكذا لما علق العتق
بأمر يحتمل الوجود والعدم دل انه 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 إن في
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 فان 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 للمدبر 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 لان الرهن
والارتهان من باب ايفاء الدين واستيفائه؟ عندنا فكان من باب تمليك العين وتملكها
ويجوز اجارته لأنها لا تبطل هذا
الحق لأنها تصرف في المنفعة بالتمليك لا في العين والمنافع على ملك المدبر وقد
روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
أنه باع خدمة المدبر ولم يبيع رقبتة ويبيع خدمة المدبر يبيع منفعته وهو معنى الإجارة
ويجوز الاستخدام وكذا
الوطئ الاستمتاع في الأمة لأنها استيفاء المنافع ويجوز تزويجها لان التزويج تمليك
المنافع وعن عبد الله بن عمر

أنه كان يظأ مدبرته ولان الاستيلاء أكد من التدبير لأنه يوجب الحرمة من جميع المال
والتدبير من الثلث

ثم الاستيلاء لا يمنع من الإجارة والاستخدام ولا يمنع من الاستمتاع والوطئ والتزويج في الأمة فالتدبير أولى والأجرة والمهر والعقر والكسب والغلة للمولى لأنها بدل المنافع والمنافع ملكه والأرش له لأنه بدل جزء فات على ملكه ولا يتعلق الدين برقبته لان رقبة لا تحتمل البيع لما بينا ويتعلق بكسبه ويسعى في ديونه بالغة ما بلغت وجنائته على المولى وهو الأقل من قيمته ومن أرش الجناية ولا يضمن المولى أكثر من قيمة واحدة وان كثرت الجنایات لما نذكر في كتاب الجنایات إن شاء الله تعالى ويجوز اعتاقه 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 لأنه يريد تعجيل الحرية إليه والمولى يملك ذلك كما يملك مكاتبة أم الولد ولد المدبرة من غير سيدها بمنزلتها لاجماع الصحابة رضي الله عنهم على ذلك فإنه روى عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال ولد المدبرة بمنزلتها يعتق بعثتها ويرق برقها وروى أن عثمان رضي الله عنه خوصم إليه في أولاد مدبرة فقضى ان ما ولدته قبل التدبير عبد وما ولدته بعد التدبير مدبر وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فيكون اجماعا وهو قول شريح ومسروق وعطاء وطاوس ومجاهد وسعيد بن جبير والحسن وقتادة رضي الله عنهم ولا يعرف في السلف خلاف ذلك وإنما 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 أفضية عثمان رضي الله عنه بحضرة الصحابة رضي 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 والبيينة بينة المدبرة لان المدبرة تدعى سراية التدبير إلى الولد والمولى ينكر فكان القول قوله مع اليمين ويحلف على علمه لان الولادة ليست فعله والبيينة 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 إن كان الولد في يدها
فالقول قولها وإن كان في يد المولى
فالقول قوله لأنه إذا كان في يدها كان الظاهر شاهدا لها وإذا كان في يده كان الظاهر
شاهدا له بخلاف المدبرة لأنها
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 فالأم مدبرة
الولد رقيق لان الام إنما صارت
مدبرة بالشرط ولم يوجد الشرط في حق الولد وانه منفصل فلا يسرى إليه تدبير الام
والله عز وجل 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 بأن ارتد المولى عن
الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب لان الردة مع اللحاق بدار الحرب تجرى
مجرى الموت في زوال الاملاك
وكذا المستأمن إذا اشترى عبدا في دار الاسلام فدبره والحق بدار الحرب فاسترق
الحربي عتق مدبره لان
الاسترقاق أوجب زوال ملكه عن أمواله حكما فكان بمنزلة الموت وكذا ولد المدبرة
الذي ليس من مولاها لأنه 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 رضي الله عنهم
وهو قول سعيد بن جبير وشريح
والحسن وابن سيرين رضي الله عنهم وروى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ان
عتقه من جميع المال وهو
قول إبراهيم النخعي وحماد وجعلوه كأم الولد ولنا ما روينا عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم أنه قال المدبر 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 لأنه وصية في الحالين وسواء كان التدبير مطلقاً أو مقيداً
لعموم الحديث إلا أنه خص منه

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
فإن 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 فإن كان عليه
دين يسعى في جميع قيمته في
قضاء ديون المولى لان الدين مقدم على الوصية ومنها ان ولاء المدبر للمدبر لأنه المعتق
وقد قال النبي صلى الله عليه
وسلم الولاء لمن أعتق ولا ينتقل هذا الولاء عن المدبر وان عتق المدبر من جهة غيره
كمدبرة 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 المدبر بين شريكين أعتقه أحدهما
وهو موسر فضمن عتق بالضممان
ولم يتغير الولاء عن الشركة في قول أبي حنيفة لما ذكرنا فيما تقدم وعلى قول أبي
يوسف ومحمد إذا أعتق أحدهما
نصيبه عتق جميعه والولاء بينهما
(فصل) وأما بيان ما يظهر به التدبير فالتدبير يظهر بما يظهر به الاعتاق البات وهو
الاقرار والبينة لأنه 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 فإن لم
يدع وأنكر التدبير مع المولى لا يقبل البينة على التدبير من غير دعوى العبد في قول أبي
حنيفة وعندهما يقبل والحجج
على نحو ما ذكرنا في الاعتاق البات الا أن الشهادة على عتق الأمة تقبل من غير دعواه
بالاجماع الشهادة على تدبير
الأمة على الاختلاف لان تدبير الأمة لا يوجب تحريم الفرغ فلم تكن الشهادة قائمة
على حق الله تعالى ولو شهدا أنه
دبر أحد عبديه بغير عينه في الصحة فالشهادة باطلة في قول أبي 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 مدبر بعد موتى فقد صار مدبرا لم تجز شهادتهما في قول أبي حنيفة لجهالة المدعى ولو شهد أنه قال هذا حر بعد موتى لابل هذا كانا جميعا مدبرين ويعتقان بعد موته من ثلثه لأنه لما قال هذا حر بعد موتى فقد صار مدبر فلما قال لا بل هذا فقد رجع عن الأول وتدارك بالثاني ورجوعه لا يصح وتداركه صحيح كما إذا قال لإحدى امرأتيه هذه طالق لا بل هذه ولو شهدا أنه قال هذا حر البتة لا بل هذا مدبر جازت الشهادة لهما لأنه أعتق الأول ثم رجع وتدارك بالثاني فالرجوع لا يصح ويصح التدارك فصار الأول حر والثاني مدبرا 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 لأنهما شهدا على شيئين مختلفين كما في الاعتاق البات والله عز وجل أعلم وهو الموفق (كتاب الاستيلاء)

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الاستيلاء لغة وعرفا وفي بيان شرطه وفي بيان صفتيه 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 إنه يستوى 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

الخلق في تصيير الجارية أم ولد لان أحكام الولادة تتعلق بمثل هذا السقط وهو ما ذكرنا وان لم يكن استبان شيء من خلقه فألقت مضغة أو علقة أو نطفة فادعاه المولى فإنها لا تصير أم ولد كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لأنه ما لم يستبين خلفه لا يسمي ولدا وصيرورة الجارية أم ولد بدون الولد محال ولأنه 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 حبلى منى أو قال ما في بطنها من ولد فهو منى ثم قال بعد ذلك لم تكن حاملا وإنما كان ريحا وصدقته الأمة فإنهما لا يصدقان وهي أم ولد لأنه 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 ريحا وصدقته لم تصر أم ولد لان قوله ما في بطنها يحتمل الولد والريح فقد تصادقا على اللفظ المحتمل فلم يثبت الاستيلاء ولو قال المولى إن كانت هذه الجارية حبلى فهو منى فأسقطت سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه صارت أم ولد لما بينا فان ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر صارت أم ولد له لان الطريق إلى ثبوت نسب الحمل منه هذا لان معني قوله إن كانت حبلى فهو منى أي انى وطئتها فان حبلت من وطئ فهو منى فإذا أتت بعد هذه المقابلة بولد لأقل 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 لأننا

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 والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم في جاريته مارية القبطية لما ولدت إبراهيم ابن النبي عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها والمراد منه التسبب أي ولدها سبب عتقها غير أنهم اختلفوا في جهة التسبب فقال أصحابنا هي ثبوت نسب الولد وقال الشافعي هي علوق الولد حرا مطلقا (وجه) قوله إن الولد حر بلا شك وانه جزء الام وحرية الجزء تقتضي حرية الكل إذ لا يحتمل أن يكون الكل رقيقا والجزء حرا كان ينبغي أن تعتق الام للحال الا أنه إنما لا تعتق لان الولد انفصل منها وحرية على اعتبار الانفصال لا توجب حرية الام كما لو أعتق الجنين فقلنا بثبوت حق الحرية في الحال وتأخر الحقيقة إلى بعد الموت عملا بالشبهين ولنا ان الوطئ والمعلق أوجب الجزئية بين المولى والجارية بواسطة الولد لاختلاط الماءين وصيرورتهما شيئا واحدا وانخلاق الولد منه فكان الولد جزءا لهما وبعد الانفصال عنهما ان لم يبق جزءا لها على الحقيقة فقد بقي حكما لثبوت النسب ولهذا تنسب كل الام إليه بواسطة الولد يقال أم ولده فلو بقيت حقيقة الحرية لثبت حقيقة الحرية للحال فإذا بقيت حكما ثبت الحق على ما عليه وضع مأخذ الحجج في ترتيب الأحكام على قدر قوتها وضعفها والى هذا المعنى أشار عمر رضي الله عنه فقال أبعد ما اختلفت لحومكم بلحومهن ودماءكم بدمائهن تريدون بيعهن ثم اختلف أصحابنا في كيفية هذا السبب فقال علماءنا الثلاثة السبب هو ثبوت النسب شرعا وقال زفر هو ثبوت النسب مطلقا سواء ثبت شرعا 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

(١٢٤)

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 إبراهيم النخعي لأن السبب عنده علوق الولد حرا على الإطلاق ولم يوجد لأن الولد رقيق في حق مولاه وإذا ملك ولده الذي استولده عتق عليه بالاجماع أما عندنا فلأنه ملك ذا رحم محرم منه فيعتق وأما عنده فلأنه ملك ولدا ثابت النسب منه شرعا 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 بأن قال زنى بها أو فجرت بها أو قال هو ابني من زنا أو فجور وصدقته وصدقه 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 مطلقا وقد ثبت النسب حقيقة بدليل انه لو تملك الولد عتق عليه بلا خلاف بين أصحابنا والسبب عند أصحابنا الثلاثة هو ثبوت نسب الولد شرعا ولم يثبت (فصل) وأما شرطه فما هو شرط ثبوت النسب شرعا وهو الفراش ولا فراش الا بملك اليمين أو شبهه أو تأويل الملك أو ملك النكاح أو شبهته ولا تصير الأمة فراشا في ملك اليمين بنفس الوطنى بل بالوطنى مع قرينة الدعوى عندنا وهي من مسائل كتاب الدعوى فلا يثبت الاستيلاء بدون الدعوة ويستوى في الاستيلاء ملك القنة والمدبرة لاستوائهما في اثبات النسب الا أن المدبرة إذا صارت أم ولد بطل التدبير لأن أمية الولد أنفع لها ألا ترى ان أم الولد لا تسعى لغريم ولا لوارث والمدبرة تسعى ويستوى في ثبات النسب ملك كل الجارية وبعضها وكذا في الاستيلاء حي لو أن جارية بين اثنين علق في ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وصارت الجارية كلها أم ولد له بالضمان وهو نصف قيمة الجارية ويستوى في هذا الضمان اليسار والاعسار ويغرم نصف العقر لشريكه ولا يضمن من قيمة الولد شيئا أما ثبوت النسب فلحصول الوطنى في محل له فيه ملك لأن ذلك القدر من الملك

أوجب ثبوت النسب بقدره النسب لا يتجزأ وإذا ثبت في بعضه ثبت في كله ضرورة
عدم التجزي 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 الا آخر اما باعتبار ان الاستيلاء لا يتجزأ فيما يمكن
نقل الملك فيه فإذا ثبت في البعض
يثبت في الكل لضرورة عدم التجزي واما باعتبار انه وجد سبب التكامل وهو انسب
على كونه متجزئا 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 متملكا نصيب شريكه ضرورة
صحة الاستيلاء في
ذلك النصيب ولا سبيل إلى تملك مال الغير من غير بدل فيتملكه بالبدل وهو نصف
قيمتها وإنما استوى في هذا
الضمان حالة اليسار والاعسار لأنه 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
بالعلق السابق فصار الولد جاريا على ملكه فلا يكون مضمونا عليه ولان الولد في
حال العلق لا قيمة له فلا يقابل
بالضمان ولأنه كان بمنزلة الأوصاف 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 إن شاء الله تعالى
ويستوى في دعوة النسب حالة الصحة والمرض لان النسب من الحوائج الأصلية
وكذلك إذا ادعاه أحدهما
وأعتقه الآخر وخرج القول منهما معا فعتقه باطل ودعوة صاحبه أولى لان الدعوة
استندت إلى حالة متقدمة وهي



(۱۲۵)

العلوق والعتق وقع في الحال فصارت الدعوة أسبق من الاعتاق فكانت أولى وان ادعياه جميعا فهو ابنيهما والجارية أم ولد لهما تخدم لهذا يوما ولذا ك يوما ولا يضمن واحد منهما من قيمة الام لصاحبه شيئا ويضمن كل واحد منهما نصف العقر فيكون قصاصا أما ثبوت النسب منهما فمذهبنا وعند الشافعي يثبت من أحدهما ويتعين بقول القافة هي من مسائل كتاب الدعوى وأما صيرورة نصيب كل واحد منهما من الجارية أم ولد فلتبوت نسب ولدها منه فصار كأنه انفرد بالدعوة وإنما لا يضمن أحدهما للآخر شيئا من قيمة الام لان نصيب كل واحد منهما لم ينتقل إلى شريكه وإنما ضمن كل واحد منهما لصاحبه نصف العقر لوجود سبب وجوب الضمان وهو الاقرار بالوطئ في ملك الغير فيصير أحدهما قصاصا للآخر لعدم الفائدة في الاستيفاء وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة فادعوه جميعا 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 إن شاء الله تعالى وإن كانت الأنصباء مختلفة بأن كان لأحدهم السدس والآخر الربع والآخر الثلث والآخر ما بقي يثبت نسبه منهم ويصير نصيب كل واحد منهم من الجارية أم ولد له لا يتعدى إلى نصيب صاحبه حتى تكون الخدمة والكسب والغلة بينهم على قدر أنصبتهم لان كل واحد منهم ثبت الاستيلاء منه في نصيبه فلا يجوز أن يثبت فيه استيلاء غيره ولو كانت الأمة بين الأب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعا معا أو كانت بين حر وعبد فادعياه أو بين حر ومكاتب أو بين مكاتب وعبد أو بين مسلم وذمي أو بين كتابي ومجوسي أو بين عبد مسلم أو مكاتب مسلم وبين حر كافر أو بين ذمي ومرتد فحكمه يذكر في كتاب الدعوى هذا إذا كان العلوق في ملك المدعيين فإن لم يكن بان اشتريها وهي حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما أو كلاهما فهو من مسائل الدعوى نذكره هناك إن شاء الله تعالى وكذا إذا ولدت الجارية المشتركة بين اثنين ولدين فادعى كل واحد منهم ولدا ولدتهما في بطن أو بطنين والدعتان 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
فحكّم هذه الجملة في كتاب الدعوى وكذا دعوة الأب نسب ولد جارية ابنه مع
فروعها ودعوة اللقيط مع فصولها
تذكر ثمة إن شاء الله تعالى أمة بين رجلين أقر أحدهما أنها 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 فإن مات الشهود عليه
سعت لورثته وكانت في حال السعاية كالمكاتبة فإن أدت عتقت وكان نصف ولائها
للمشهود عليه والنصف لبيت
المال وهو قول أبي يوسف الآخر وقال محمد يسعى الساعة في نصف قيمتها للمشهود
عليه فإذا أدت فهي حرة
لا سبيل لاحد عليها وجه قوله إن المقر قد أفسد على شريكه ملكه باقراره لأنه 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 لأنه 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 الأمة
عن السعاية فبطل حقه في
رقبته وبقي حق المنكر في نصيبه كما كان ولان المقر لا يخلو اما إن كان صادقا في
الاقرار واما إن كان فيه كاذبا فإن كان
صادقا كانت الجارية كلها أم ولد لصاحبه فيسلم له كمال الاستخدام وإن 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 لزعمه ان كل الخدمة لشريكه الا ان شريكه لما رد عليه بطلت خدمة اليوم وبيع

(١٢٦)

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 فإنها تسعى في نصف قيمتها لورثته لان في زعم الشاهد انها عتقت
بموت صاحبه لزعمه انها أم ولد صاحبه
والأمة المشتركة بين اثنين إذا أقر أحدهما على شريكه بالعتق كان له عليها السعاية وان
كذبه صاحبه في الاقرار
كذلك ههنا ونصف الولاء للمشهود عليه لأنها 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 لأنه أقر انه حر الأصل وانه لا
سعاية عليه ونظير هذه المسألة
ما روى بشر عن أبي 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 أدت فعتقت سعت
للآخر وكان قول أبي
يوسف في ذلك أنها كأم الولد ثم رجع وقال توقف كما قال أبو حنيفة الا في تبعض
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 إياه 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 فإنما يستسعاها يوما ويتركها

يوما لأنه يملك جميع منافعها فلا يملك ان يستسعى الا على مقدار حقه فإذا أدت عتق نصيبه ويسعى للمنكر في نصيبه لأنه فسد نصيبه وتعذر تضمين المقر فكان له ان يستسعى وأبو يوسف وافق أبا حنيفة الا أنه يقول إن التدبير يتجزأ فهو بدعوى التدبير على شريكه يدعى الضمان عليه موسرا كان أو معسرا فكان مبرئا للأمة عن السعاية فلم يبق له حق الاستسعاء ولا حق الاستخدام فيوقف نصيبه والله عز وجل 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 الأمة موسرين كانا أو معسرين لان كل واحد منهما يدعى حق الحرية من جهته والابراء للأمة 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 الأمة من السعاية وادعى الضمان على شريكه وروى المعلى عن أبي يوسف في عبد بين شريكين قال أحدهما للآخر هذا ابني وابنك أو ابني 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 وإنما كان كذلك لأنه 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 ابني وسكت فلم يصدقه صاحبه حتى قال هو ابني معك فهو موقوف فان قال صاحبه هو ابني دونك فهو كما قال لأنه أقر له بالنسب ابتداء وسكت فقد استقر اقراره ووقف على التصديق فقولته 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 ابني أو قال ليس بابني ولا ابني 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

وإذا بطل اقراره التحق بالعدم فجاز ان يدعيه لنفسه ولأبي حنيفة انه لما أقر بالنسب
لغيره فقد زعم أنه 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
لأنه لما قال هو ابني فقد صدقه فقد
ثبت نسبه منه فاقراره بعد ذلك بقوله وابنك لم يصح قال محمد فإن كان هذا الغلام
يعقل فالمرجع إلى تصديقه لأنه إذا
كان عاقلا كان في يد نفسه فلا تقبل دعوى النسب عليه من غير تصديقه قال وإن 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 والأمة
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 الاخر 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 ويصير 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 وهي رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف
وروى ابن سماعة عن أبي
يوسف انه لا شيء على مدعى الولد من قيمة الام ولا من العقر ولا شيء 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 أقر انها حرة الأصل فكان منكرها ضمان القيمة فلا يثبت له حق التضمين فان رجع
عن دعواه وأكذب نفسه
ثبت له حق الضمان الذي اعترف به له شريكه وجه قول أبي حنيفة ومحمد واحدى

الروايتين 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 الوطى لاقاها ونصفها مملوك للشريك فما صادف ملك غيره يجب به العقر وأما قوله إن مدعى الام أقر أنها حرة الأصل 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 القاضي بألفين على المدعى عليه ان الشفيع يأخذها بالألفين من المشتري وان سبق من المشتري الاقرار بالشراء بألف لما انه كذبه شرعا كذا هذا والثاني ان اقراره بحريتها وجد بعدما حكم بزوالها عن ملكه لأنها جعلت زائلة عنه من وقت العلق فلم يصلح اقراره فلم يصح اقراره ابراء إياه 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 لسته أشهر أو لأكثر أو لأقل فان نسب الولد يثبت على كل حال إذا ادعاه لان المكاتبه 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 المكاتبه من الكتابة عتقها وعتق أولادها وقد حصل لها هذا الغرض فلا يضمن له شيئا ثم إن جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر فعليه العقر لأنه تبين أن الوطى حصل في حال الكتابة وان جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ كاتبها فلا عقر عليه لأنه علم أنه وطئها قبل الكتابة والمكاتبه 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 وبلاستيلاء تسقط عنها السعاية فكان التخيير مفيدا فكان لها أن تختار أيهما شاءت وان ادعى المولى ولد

جارية المكاتب له وقد علقت به في ملك المكاتب فإنه يرجع إلى تصديق المكاتب فان
كذب المولى لم يثبت نسب

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 الدعوى الا أنه 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 الأخرى لأبي 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 لأنه 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 مولاهما ولدها أو اشترى عبدا صغيرا
فادعاه لم يجز دعوته الا
بالتصديق كما في المسألة الأولى الا ان هناك إذا صدقه يثبت النسب ويعتق وههنا ان
صدقه المكاتب ثبت نسبه ولا
يعتق لان تلك الدعوة دعوة استيلاء لعدم العلق 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
إنه لا يتجزأ عنده أيضا

لكن فيما يحتمل نقل الملك فيه وأما فيما لا يحتمل فهو متجزئ عنده وبيان هذا ما ذكرنا فيما تقدم في الأمة 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 الاستيلاد 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 وستأتي المسألة في موضعها والفرق بين المدبر وأم الولد في هذا الحكم إن شاء الله تعالى ولو كانت مدبرة صار نصيب المدعى أم ولد له ونصيب الآخر بقي مدبرا على حاله وإن كانت مكاتبة بين اثنين صار نصيب المدعى أم ولد عند أبي حنيفة وتبقى الكتابة وعندهما يصير الكل أم ولد للمدعى وتفسخ الكتابة في النصف وهي من مسائل كتاب المكاتب

(فصل) وأما حكم الاستيلاد فنوعان أيضا كحكم التدبير أحدهما يتعلق بحال حياة المستولد والثاني يتعلق بما بعد موته أما الأول فما ذكرنا في التدبير وهو ثبوت حق الحرية عند عامة العلماء وقال بشر بن غياث المريسي وداود بن علي الأصفهاني امام أصحاب الظاهر لا حكم له في الحال وعلى هذا تبنتى جملة من الأحكام فلا يجوز بيع أم الولد عند العامة وعندهما يجوز واحتجا بما روى عن جابر بن عبد الله أنه قال كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنها 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 أنه قال أم الولد لا تباع ولا توهب وهي حرة من جميع المال وهذا نص في الباب وروى عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في أم إبراهيم 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 وجهه و كل ذلك عدم

(١٢٩)

يمنع جواز البيع وروى أن سعيد بن المسيب سئل عن بيع أمهات الأولاد فقال إن الناس يقولون إن أول من أمر بعق أمهات الأولاد 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 بعق أمهات الأولاد وإن لا يبعن في الدين ولا يعجلن في الثلث وكذا جميع التابعين على أنه 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 الأولاد فقال كان رأيي ورأي عمر أن لا يبعن ثم رأيت يبعن 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 وسلم على عتق أمهات الأولاد 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 إشارة 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 ولأن 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 الإجارة لأنها تسمى يباع في لغة أهل المدينة ولأنها بيع في الحقيقة لكونها مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب ويحتمل أنه كان في ابتداء الاسلام حينما كان بيع الحر مشروعا ثم انتسخ بانتساخه فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما قوله إنها 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 لأنها أم الولد لان أمية الولد تتبع ثبات النسب والكفر لا يمنع ثبوت النسب ولما دخل المستأمن دار الاسلام بأمان فقد رضى 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 لأن هذه التصرفات توجب زوال ملك العين فيوجب بطلان هذا الحق وما لا يوجب بطلان هذا الحق فهو جائز كالإجارة والاستخدام والاستسعاء والاستغلال والاستمتاع والوطئ لأنها تصرف في المنفعة لا في العين والمنافع مملوكة له والأجرة والكسب والغلة والعقر والمهر للمولى لأنها 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 وإنما الممنوع منه تصرف يبطل هذا الحق وهذه التصرفات لا تبطله وكذا الأرش له بدل جزء هو ملكه وله أن يزوجها لان تزويج تملك 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 لأقل من ستة أشهر فهو من المولى والنكاح فاسد لأنه تبين أنه زوجها وفي بطنها ولد ثابت النسب منه وان ولدت لأكثر 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 لأنه في ملكه وقد أقر بحريته فيعتق عليه وان لم يثبت نسبه منه كما إذا قال لعبده 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

(١٣٠)

الحرمة أو زوجها فجاءت بولد لسته أشهر من وقت التزويج فلا يثبت نسبه الا بالدعوة وإنما قلنا أنه يثبت
نسب ولدها من المولى من غير دعوة عند عدم الحرمة المؤبدة والنكاح لأنها صارت
فراشا بثبوت نسب ولدها
والولد المولود على الفراش يثبت نسبه من غير دعوة قال النبي صلى الله عليه وسلم
الولد للفراش بخلاف الأمة القنة
أو المدبرة لأنه لا يثبت نسب ولدها وان حصنها المولى وطلب ولدها بدون الدعوة
عندنا فلا تصير فراشا بدون
الدعوة ثم إنما يثبت نسب ولد أم الولد بدون الدعوة دون ولد القنة والمدبرة لأن
الظاهر أن ولد أم الولد من المولى
لأنه لا يتحرز عن الاعلاق إذ التحرز لخوف فوت ماليتها وقد حصل ذلك منه فالظاهر
أن 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
عز وجل أعلم فان صارت أم الولد محرمة على المولى على التأييد بان وطئها ابن
المولى أو أبوه أو وطئ المولى أمها أو
بنتها فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر لم يثبت نسب الولد الذي أتت به بعد التحريم
من غير دعوة لأن الظاهر أنه
ما وطئها بعد الحرمة فكان حرمة الوطئ كالنفي دلالة وان ادعى يثبت النسب لان
الحرمة لا تزيل الملك وذكر
القُدوري في شرحه مختصر الكرخي أصلا فقال إذا حرمت أم الولد بما يقطع نكاح
الحرمة ويزيل 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 الزوجة فلان تقطع فراش أم الولد أولى وكذلك إذا زوجها فجاءت
بولد لأكثر من ستة أشهر لأنها
صارت فراشا للزوج فيستحيل أن تصير فراشا لغيره الا أنه إذا ادعى يعتق عليه كما إذا
قال لعبده وهو معروف النسب
من الغير هذا ابني وان حرمت عليه بما لا يقطع نكاح الحرمة لا يزيل فراشها مثل
الحيض والنفاس والاحرام والصوم
يثبت نسب ولدها منه لأنه تحريم عارض لا يغير حكم الفراش وللمولى أن ينفي 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 فالقوي
هو فراش النكاح حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة ولا ينتفى الا باللعان والضعيف
فراش الأمة حتى لا يثبت النسب
فيه من غير دعوة والوسط فراش أم الولد حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة وينتفى من
غير لعان لأنه يحتمل الانتقال
بالتزويج فيحتمل الانتفاء بالنفي بخلاف فراش الزوج ثم إنما ينتفى بالنفي إذا لم يقض
به القاضي أو لم تتناول المدة فاما إذا
قضى القاضي به أو تناولت المدة فلا ينتفى لأنه يتأكد بقضاء القاضي 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 بمدة 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 الأحكام هذا إذا
استولد جارياً في ملكه فإن كان
استولدها في ملك غيره بنكاح حتى يثبت نسب ولدها منه ثم ملكها ولها ولد من زوج
آخر بان استولدها ثم فارقتها
فزوجها 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 وإن كان ملك الغير لكنه لما ملكها
فقد صارت أم ولد
عند أصحابنا وإنما صارت أم ولد بالعلوق السابق والولد حدث بعد ذلك فيحدث على
وصف الام فإذا ملكه يثبت
فيه الحكم الذي يثبت في الام ولنا أن الاستيلاء في الام وهو أمية الولد شرعا إنما تثبت
وقت ملك الام والولد منفصل

في ذلك الوقت والسراية لا تثبت في الولد المنفصل ويتعلق الدين بكسبها لا برقبته
لأنها لا تقبل البيع لما ذكرنا وتسعى

في ديونها بالغة ما بلغت لان الدين عليها لا في رقبته وأرش جنايتها على المولى وهو الأقل من قيمتها ومن الأرش وليس على المولى الا قدر قيمتها وان كثرت الجنايات كالمدبر ويجوز اعتاقها لما فيه من استعجال مقصودها وهو الحرية ولو أعتق المولى نصفها يعتق كلها وكذا إذا كانت مشتركة بين اثنين فاعتق أحدهما نصيبه عتق جميعها لما ذكرنا ولا ضمان على المعتق ولا سعاية عليها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد إن كان المعتق موسرا ضمن لشريكه وإن كان معسرا سعت في نصف قيمتها للشريك الذي لم يعتق ولو مات عن أم ولد بينه وبين شريكه عتق جميعها ولا ضمان عليه بالاجماع لأنه 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 الأسباب ولقب المسألة ان أم الولد هل هي متقومة من حيث إنها مال أم غير متقومة عنده غير متقومة من هذه الجهة وعندهما متقومة وأجمعوا على أنها متقومة من حيث إنها نفس ولا خلاف في أن المدبر متقوم من حيث إنه 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 الصبي 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 كالمدبر والدليل على أن رقها متقوم ان أم ولد النصراني إذا أسلمت تخرج إلى العتاق السعاية فلولا ان ماليتها متقومة لعتقت مجانا ولم يكن للمولى أخذ السعاية بدلا عن ماليتها وكذا يجوز للمولى أن يكتبها الاعتياض إنما يجوز عن مال متقوم والدليل عليه انها تضمن بالقتل بالاجماع ولأبي حنيفة قول النبي صلى الله عليه وسلم لما ولدت إبراهيم عليه السلام أعتقها ولدها فظاهر الحديث يقتضى ثبوت العتق في لحال في العتق في حق جميع الأحكام 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 الواطئ والموطوءة يجعلهما نفسا
واحدة فقضيته ثبوت العتق للحال
في جميع الأحكام الا انه يظهر في سائر الأحكام بالاجماع فيظهر في حق سقوط
التقوم بخلاف المدبر 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 المدبر والثابت بالضرورة يتقيد بقدر الضرورة والضرورة في حرمة البيع الا في
سقوط التقوم وههنا الامر
على القلب من ذلك لان السبب يقتضى الحكم للحال والتأخر على خلاف الأصل
والدليل على أنها غير متقومة من
حيث إنها مال لأنها لا تسعى لغريم ولا لوارث ولو كانت متقومة من حيث إنها مال
لثبت للغريم حق فيها
وللوارث في ثلثها فيجب ان يسعى في ذلك كالمدبر والسعاية مبينة على هذا الأصل
لان استسعاء العبد يكون بقيمته
ولا قيمة لام الولد فلا سعاية عليها وأما قوله إن ملك المولى فيها قائم بعد الاستيلاء
والعصمة قائمة فمسلم لكن
قيام الملك والعصمة لا يقتضى التقوم 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 يتركون وذلك ولذلك جعلت خمرهم متقومة كذا هذا والثاني ان أم ولد
النصراني إذا أسلمت تجعل مكاتبة
للضرورة إذ لا يمكن القول بعنقها لان ملك الذي 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 ولأنه لا يوقف على كون ما
يقابله مالا متقوما كما في النكاح
والخلع ثم إذا سعت تسعى وهي رقيقة عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تسعى وهي حرة
وجه قوله إن الاستسعاء استدلال بها

وهذا لا يجوز ولنا ما ذكرنا ان في الحكم بعقها ابطال ملك الذي عليه وتتعلق ديونه
بذمة المفلس وملكه معصوم

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 وإنما ضمننت بالقتل لان ضمان القتل ضمان الدم والنفس وانها متقومة من هذه الجهة وما ذكر محمد في الاملاء عن أبي حنيفة فذلك ضمان القتل لأنه إذا لم يحفظها حتى هلكت بسبب حادث فقد تسبب لقتلها وتجوز كتابتها كما يجوز اعتاقها لما فيه من تعجيل العتق إليها ولا تشكل الكتابة على أصل أبي حنيفة انها معاوضة ورق أم الولد لا قيمة له فلا يجوز ان يستحق المولى عليه عوضا لان صحة المعاوضة لا تقف على كون المعوض مالا أصلا فضلا عن كونه متقوما كما في النكاح والخلع فان مات المولى قبل ان تؤدي بدل الكتابة عتقت ولا شئ عليها أما العتق فلأنها كانت أم ولد وقد مات مولاهما وأما العتق بغير شئ فلان الكتابة قد بطلت لان الحرية توجهت إليها من وجهين الاستيلاء والكتابة فإذا ثبت العتق بأحدهما بطل حكم الآخر وكذا يجوز اعتاقها على مال وبيعها نفسها حتى إذا قبلت عتقت والمال دين عليها لان الاعتاق على مال من باب تعجيل الحرية وأما الذي يتعلق بما بعد موت المولى فمنها عتقها لان عتقها كان معلقا شرعا بموت المولى لما روى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما رجل ولدت أمته منه فهي معتقة عن دبر منه وقد روينا عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حين ولدت أم إبراهيم 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 والحكمي بالردة واللحوق بدار الحرب لما ذكرنا في كتاب التدبير وكذا الحربي والمستأمن إذا اشترى جارية في دار الاسلام واستولدها ثم يرجع إلى دار الحرب فاشترى الحربي عتقت الجارية لما ذكرنا في المدبر وكذا يعتق ولدها الذي ليس من مولاهما 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
أنه قال أم الولد لا تباع ولا توهب
وهي حرة من جميع المال وهذا نص وروينا عن سعيد بن المسيب أنه قال أمر رسول
الله صلى الله عليه وسلم بعثت
أمهات الأولاد من غير الثلث لا يبعن في دين ولا يجعلن في الثلث وفي بعض الروايات
ولا يجعلن في الثلث ولا
يستسعين في دين وفي بعضها أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثت أمهات الأولاد
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 إن أقر 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 وإن كان
الاقرار به في مرض موته فإن 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 الأصلية وتصرف المريض في
مرض الموت فيما يحتاج إليه
حاجة أصلية نافذ كشاء الطعام والكسوة ونحو ذلك وان لم يكن معها ولد عتقت من
الثلث لأنه 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 وفي بيان ركن المكاتبه
وفي بيان شرائط

الركن وفي بيان ما يملكه المكاتب من التصرفات وما لا يملكه وفي بيان ما يملكه
المولى من التصرف في المكاتب وما
لا يملكه وفي بيان صفة المكاتبه وفي بيان حكم المكاتبه وفي بيان ما تنفسخ به
المكاتبه اما الأول فالقياس
أن لا تجوز المكاتبه لما فيها من ايجاب الدين للمولى على عبده وليس يجب للمولى
على عبده دين وفي
الاستحسان جائز بالكتاب والسنة واجماع الأمة أما الكتاب فقوله عز وجل فكاتبوهم
ان علمتم فيهم خيرا
وأدنى درجات الامر الندب فكانت الكتابة مندوبا إليها فضلا عن الجواز وقوله عز وجل
ان علمتم فيهم خيرا
أي رغبة في إقامة الفرائض وقيل وفاء لأمانة الكتابة وقيل حرفة وروى هذا عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم
أنه قال في قوله عز وجل خيرا أي حرفة ولا ترسلوهم كلابا على الناس وأما السنة فما
روى محمد بن الحسن باسناده
عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما
عبد كوتب على مائة أوقية
فأداها كلها الا عشر أواق فهو رقيق وقال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي
عليه درهم وروى أن عائشة
رضي الله عنها كتبت بريرة بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليها وعليه
اجماع الأمة وبه تبين ان قول
داود بن علي الأصفهاني ان الكتابة واجبة قول مخالف للاجماع وان تعلقه بظاهر الامر
لا يصح لان الأمة من لدن
رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا يتركون مماليتهم بعد موتهم ميراثا
لورثتهم من غير نكير فعلم أن ليس
المراد من هذا الامر الوجوب وأما الجواب عن وجه القياس ان المولى لا يجب له على
عبده دين فهذا على الاطلاق
ممنوع وإنما 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 لعبده كاتبك على كذا سواء ذكر فيه حرف التعليق بأن يقول

على أنك ان أديت إلى 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
الأداء 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 أبرأه عن بدل الكتابة
يعتق ولو كان ثبوت العتق
فيها من طريق التعليق بالشرط لما عتق لعدم الشرط وهو الأداء وكذا لو قال لعبد أنت
حر على ألف تؤديها إلى
نجوما 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 نجوما كل نجم كذا فإذا أديت فأنت حر وان عجزت فأنت
رقيق وقبل ونحو ذلك من الألفاظ
لان العبرة في العقود إلى المعاني لا للألفاظ 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 بالشروط لا
يفرد بالأركان لما فيه من قلب
الحقيقة وهو جعل التبع 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 المكاتب من الصبي
الذي لا يعقل والمجنون ومنها البلوغ
وهي شرط النفاذ حتى لا تنفذ الكتابة من الصبي العاقل وإن كان حرا أو مأذونا في
التجارة من قبل المولى أو الوصي
لان المكاتب ليست بتجارة إذ التجارة مبادلة المال بالمال والمكاتب ليست كذلك
وليست من توابع التجارة ولا
من ضروراتها ولهذا لا يملكها العبد المأذون الشريك شركة العنان لما قلنا وله أن

يکتاب عبده باذن أبيه أو وصيه

(۱۳۴)

لان الأب والوصي يملكان العقد بأنفسهما فيملكان الاذن به للصبي إذا كان عاقلا ومنها الملك والولاية وهذا شرط نفاذ لان المكاتبه فيها معنى المعاوضة والتعليق وكل واحد منهما عند الانفراد لا يصح بدون الملك والولاية فكذا عند الاجتماع فلا تنفذ المكاتبه من الفضولي لانعدام الملك والولاية وتنفذ من الوكيل لأنه نائب الموكل فكان تصرفه تصرف الموكل وكذا من الأب والوصي استحسانا والقياس أن لا تنفذ وجه القياس ان المكاتبه تصرف يفضى إلى العتق وهما لا يملكان الاعتراف لا بغير بدل ولا يبدل كالاتفاق على مال ويبيع نفس العبد منه وجه الاستحسان ان المكاتبه من باب اكتساب المال ولهما ولاية اكتساب المال كالبيع والإجارة بخلاف الاعتراف على مال وبيع نفس العبد منه لان ذلك ليس من باب الاكتساب بل هو من باب الاعتراف لان العبد يعتق بنفس القبول فيبقى المال دينا في ذمة المفلس فان أقر الأب أو الوصي بقبض بدل الكتابة فإن كانت الكتابة معروفة ظاهرة بمحضر الشهود يصدق ويعتق المكاتب لأنه 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 الأب أو الوصي بعتق عبد اليتيم لا يجوز وإذا كانت الكتابة ظاهرة كان ذلك منه اقرارا باستيفاء الدين فيصح اقراره ولو كاتب الأب أو الوصي ثم أدرك الصبي فلم يرض بالكتابة فالمكاتبه ماضية الا أنه ليس للوصي ولا للأب أن يقبض بدل الكتابة لأنه إنما 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 فإن كانوا كبارا لا يجوز للوصي أن يكاتب ولا للأب لزوال ولايتهما بالبلوغ سواء كانوا حضورا أو غيابا لان الموجب لزوال الولاية لا يختلف وهذا بخلاف البيع لان الوارث الكبير إذا كان غائبا ان للأب والوصي أن يبيع المنقول لان

بيع المنقول من باب الحفظ
لأن حفظ ثمنه أيسر من حفظ عينه ولهما ولاية الحفظ وليس في الكتابة حفظ فلا
يملكها وإن كانت الورثة
صغارا وكبارا ذكر في الأصل 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 لأنه إذا لم يحز 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 لأنه 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 يحز كذا ذكر في الأصل ولم
يفصل بين ما إذا كان الدين محيطا
بالتركة وبين ما إذا لم يكن محيطا بها منهم من أجرى المذكور في الأصل 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 لأنها لو صحت لصارت حقوقهم منجمة مؤجلة وحقوقهم معجلة فلا يملك
تأجيلها بالكتابة وإن كان غير محيط
بالتركة فكذلك لان ذلك القدر من الدين يتعلق بالتركة مطلقا وتبطل الكتابة لان ذلك
القدر من الدين يتأجل
تسليمه فيتضرر به الغريم الا أن يختار استيفاءه من غيرها فيجوز لأن عدم الجواز لحق
الغريم فإذا استوفى من محل
آخر فقد زال حقه فزال المانع بين الجواز وذكر القدوري ان المسألة محمولة على ما
إذا كان للميت غير العبد أو غير
القدر الذي يقضى به الدين فاما إذا لم يكن الدين محيطا بالتركة يجوز له ذلك لأنه إذا
كان هناك مال آخر يقضى به الدين
فحق الغرماء لا يتعلق بعين العبد لان التعليق بحاجتهم إلى استيفاء دينهم وانه يحصل
بدونه ولأنه لو تعلق قليل الدين
بجملة التركة لأدى إلى الحرج لان التركة قلما تخلو عن قليل الدين ولا يجوز لاحد
الوصيين أن يكاتب بغير اذن
صاحبه في قول أبي حنيفة ومحمد ويجوز في قول أبي يوسف وأصل المسألة انه هل
لاحد الوصيين أن يتصرف في

مال اليتيم بغير اذن صاحبه فهو على الخلاف الذي ذكرنا وهي من مسائل كتاب
الوصايا ولوصي الوصي أن يكاتب

لأنه 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 لأنها وقعت جائزة لوقوعها في الملك الا أنه كان للغرماء النقض لقيام حقهم فإذا قضى دينهم فقد زال حقهم فبقيت جائزة ولا يرجع المولى بما قضى من الدين على المكاتب لأنه 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 فإن كان المولى أخذ البدل ثم علم الغرماء بذلك فلهم أن يأخذوا من المولى ما أخذ من بدل الكتابة لأنه 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 النقض فان بقي من دينهم شئ كان لهم أن يضمّنوا المولى قيمته لأنه 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 إياه مع علمه ان الغرماء أحق منه بكسبه دلالة الرضا بما أخذ منه ولو كان العبد مرهونا أو مؤاجرا فكاتبته وقفت المكاتبه على إجازة المرتهن والمستأجر فان أجازا جاز وان فسخا هل تنسخ بفسخهما فهو على ما نذكر في البيوع والإجازات إن 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 الأداء عتقا لأنهما يعتقان بموت السيد هذا إذا كانا يخرجان من الثلث فإن كانا لا يخرجان من الثلث فأم الولد تعتق من غير اعتبار الثلث ولا تسعى وأما المدبر فله الخيار في قول أبي 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 أبي يوسف ومحمد لا خيار له لكن عند أبي يوسف يسعى في الأقل من جميع الكتابة ومن ثلثي القيمة وعند محمد يسعى في الأقل 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 لأنها من التصرفات التي تحتل الفسخ فيفسدها الكره والهزل والخطأ كالبيع ونحوه وأما حرية المكاتب فليست من شرائط جواز المكاتبه فتصح مكاتبه المكاتب لما نذكر إن شاء الله تعالى وكذا اسلامه فتحوز مكاتبه الذمي عبده الكافر لقوله صلى الله عليه وسلم فإذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلمين أن يكاتبوا عبيدهم فكذا لأهل الذمة ولان المكاتبه مشتملة على معنى المعاوضة والتعليق وكل واحد منهما يملكه الذمي حالة الانفراد 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 إياه والصيانة تحصل بالكتابة لزوال ولاية الاستخدام بزوال يده عنه بالمكاتبه وأما مكاتبه المرتد فموقوفة في قول أبي حنيفة فان قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وان أسلم نفذت وعندهما هي نافذة وهي من مسائل السير والله عز وجل الموفق (فصل) وأما الذي 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 لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر والمكاتبه فيها معنى البيع ومنها أن يكون عاقلا وهو من شرائط الانفاد حتى لو كاتب عبدا له مجنوننا أو

صغیرا لا یعقل لا تنعقد مکاتبته

(۱۳۶)

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 لأنه أداه 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 إجازة العبد بعد البلوغ ذكر القدوري أنه لا يتوقف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه يتوقف والصحيح ما ذكره القدوري لان تصرف الفضولي إنما يتوقف على الإجازة إذا كان له مجيز وقت التصرف وههنا لا مجيز له وقت وجوده إذ الصغير ليس من أهل الإجازة فلا يتوقف بخلاف ما إذا كان العبد كبيرا غائبا فجاء رجل وقبل الكتابة عنه ورضى المولى ان الكتابة تتوقف على إجازة العبد لأنه من أهل الإجازة وقت قبول الفضولي عنه فكان له مجيزا وقت التصرف فتوقف فلو أدى القابل عن الصغير إلى المولى ذكر في الأصل أنه يعتق استحسانا وجعله بمنزلة قوله إذا أدت إلى كذا فعبدى حر وقال وهذا والكبير سواء القياس أن لا يعتق لان المكاتبه على الصغير لم تنعقد لأنه ليس من أهل القبول فيبقى الأداء بغير مكاتبه فلا يعتق وجه الاستحسان ان المكاتبه فيها معنى المعاوضة ومعنى التعليق والمولى إن 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 لأنه إنما 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 بالإجازة استند جواب العقد إلى وقت وجوده والأداء حصل عن عقد جائز فلا يكون له الاسترداد فلو أن 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 تنتهي 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 فسخ 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 الأداء لا يطالب بالأداء
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 وهي من مسائل المأذون
(فصل) وأما الذي يرجع إلى بدل الكتابة فمنها أن يكون مالا وهو شرط الانعقاد فلا
تنعقد المكاتبه على الميتة
والدم لأنهما ليسا بمال في حق أحد لا في حق المسلم ولا في حق الذمي ألا ترى ان
المشترى 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 فأنت حر فادى فإنه يعتق بالشرط وإذا أعتق بالشرط لا يرجع
المولى عليه بقيمته لان هذا
ليس بمكاتبه إنما هو اعتاق معلق بالشرط بمنزلة قوله إن دخلت الدار فأنت حر ومنها
أن يكون متقوما وانه 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 وإن كان مالا في حق المسلمين فهي 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

(١٣٧)

خمر أو خنزير لان ذلك مال متقوم عندهم كالخل والشاة عندنا فان كاتب ذمي عبد ا
له كافرا على خمر فأسلم أحدهما
فالمكاتبه ماضية وعلى العبد قيمة الخمر لان المكاتبه وقعت صحيحة لكون الخمر مالا
متقوما في حقهم الا أنه إذا أسلم
أحدهما فقد تعذر التسليم أو التسلم لان المسلم منهي عن ذلك فتجب قيمتها ولا
ينفسخ العقد بخلاف ما إذا اشترى الذمي
من ذمي شيئا بخمر ثم أسلم أحدهما قبل قبض الثمن الخمر ان البيع يبطل وههنا لا
تبطل المكاتبه لان عقد المكاتبه مبناه على
المساهلة والمسامحة نظرا للعبيد لا لهم إلى شرف الحرية فلا ينفسخ بتعذر تسليم
المسمى أو تسلمه بل يصار إلى بدله
فاما البيع فعقد مماكسة ومضايقة لا تجرى فيه من السهولة ما يجرى في المكاتبه
فينفسخ عند تعذر تسليم عين المسمى
ويرتفع وإذا ارتفع لا يتصور تسليم القيمة مع ارتفاع سبب الوجوب ومنها أن يكون
معلوم النوع والقدر سواء كان معلوم
الصفة أو لا وهو من شرائط الانعقاد فإن كان مجهول القدر أو مجهول النوع لم ينعقد
وإن كان معلوم النوع والقدر
مجهول الصفة جازت المكاتبه والأصل ان الجهالة متى فحشت منعت جواز المكاتبه
والا فلا وجهالة النوع والقدر
جهالة فاحشة وجهالة الصفة غير فاحشة فإنه روى عن عمر رضي الله عنه انه أجاز
المكاتبه على الوصفاء بمحضر من
الصحابة رضي الله عنهم فيكون اجماعا على الجواز والاجماع على الجواز اجماع
على سقوط اعتبار هذا النوع من
الجهالة في باب الكتابة وبيان هذا الأصل 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 اختلافا
متفاحشا وكذا الدور تجرى مجرى الأجناس المختلفة لتفاحش التفاوت بين دار ودار
في الهيئة والتقطيع وفي 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 الأشياء لكثرة التفاوت في أنواعها
وأشخاصها بمنزلة الأجناس 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 ردى أو وسط وانها لا تمنع صحة التسمية كما
في النكاح والخلع والأصل ان
الحيوان يثبت ديناً 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 لأنه ثبت
ديناً في الذمة في مبادلة المال بالمال إذا كان موصوفاً ويثبت في مبادلة ما ليس بمال
بمال وان لم يكن موصوفاً 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 البدل هناك مسمى ولا تسمية للبدل ههنا رأساً فكانت الجهالة أكثر والى
هذا أشار في
الأصل فقال رأيت لو حكم المولى عليه بملءء الأرض ذهباً كان يلزمه أو حكم العبد
على نفسه بفلس هل كان يعتق فلم
ينعقد العقد أصلاً فلا يعتق بالحكم وان كاتب على ألف درهم إلى العطاء أو إلى الدياس
أو إلى الحصاد أو نحو ذلك مما
يعرف من الأجل جاز استحساناً والقياس ان لا يجوز لان الأجل مجهول وجهالة الأجل
تبطل البيع فتبطل المكاتبه
وجه الاستحسان ان الجهالة تدخل في صلب العقد لأنها لا ترجع إلى البدل وإنما
دخلت في أمر زائد ثم هي غير
متفاحشة فلا توجب فساد المكاتبه وكجهالة الوصف بخلاف البيع إلى هذه الأوقات
انه يفسد لان الجهالة لا توجب

فساد العقد لذلتها بل لافضائها إلى المنازعة عل ما تجرى في هذا القدر في المكاتبه
لان مبناهها على المسامحة

(١٣٨)

بخلاف البيع فان مبناه على المماكسة فيفضى إلى المنازعة ولهذا جازت الكفالة إلى هذه الأوقات ولم يحز تأجيل الثمن إليها في البيع بخلاف المكاتبه إلى مجئ المطر وهبوب الريح لأنه ليس لذلك وقت معلوم ففحشت الجهالة فان كاتبه إلى العطاء فاخذ العطاء فان الأجل 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 البدل 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 البدل ولا جواز للمكاتبه من غير تسمية البدل 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 ردى 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 أنه إذا أدى القيمة عتق لأن العقد الفاسد له حكم في الجملة عندنا كالبيع الفاسد إذا اتصل به القبض والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول حتى يثبت الملك في البيع وتجب العدة والعقر ويثبت النسب في النكاح وكذا المكاتبه الفاسدة ولو قال كاتبك على دراهم فالمكاتبه 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 لأنها مختلفة ولا يدري في أي شئ يستخدمه وانه يستخدمه في الحضر أو في السفر و جهالة 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 لأي شيء يصلح فصار كما لو عينها نصا ولهذا جازت الإجارة على هذا الوجه فالمكاتبة أولى لأنها أقبل للجهالة من الإجارة ولو كاتبه على أن يخدم رجلا شهرا فهو جائز في القياس كذا ذكره في الأصل ولم يرد به قياس الأصل لان ذلك يقتضى ان لا يجوز لما ذكرنا وإنما أراد به القياس على الاستحسان الذي ذكرنا ويجوز القياس على موضع الاستحسان إذا كان الحكم في الاستحسان معقول المعنى كقياس الجماع ناسيا على قياس الأكل 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 أن يحفر بئرا قد سمي له طولها وعمقها ومكانها أو على أن يبنى له دارا وأراه آجرها وجصها وما يبنى بها لأنه كاتبه على بدل معلوم ألا ترى ان الإجارة عليه جائزة فالكاتبة أولى ولو كاتبه على أن يخدمه ولم يذكر الوقت فالكاتبة 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 لأنه يكون مكاتبة بغير بدل في الحقيقة فلا يجوز كما إذا باع داره من إنسان بعبد هو لصاحب الدار انه لا يجوز البيع لأنه يكون بيعا بغير ثمن في الحقيقة كذا هذا وكذا لو كاتبه على ما في يد العبد من الكسب وقت المكاتبة لان ذلك مال المولى فيكون مكاتبة على مال المولى فلم يجز وأما كون البدل ديناً 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 على عبد بعينه لرجل لم يجز ولم يذكر الخلاف وذكر في كتاب الشرب إذا كاتبه على أرض لرجل جاز ولم يذكر الخلاف وذكر ابن سماعة 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 يجر ولأنه لما جاز عند عدم الإجازة فعند الإجازة
أولى ويجوز أن يكون قول محمد

تفسيرا للروايتين المبهمتين فتحمل رواية كتاب المكاتب على حال عدم الإجازة ورواية كتاب الشرب على حال الإجازة وجه رواية كتاب المكاتب انه كاتبه على مال لا يملك لأنه كاتبه على عبد هو ملك الغير فلا يجوز وبه علل في الأصل فقال لأنه كاتبه على ما لا يملك لأنه كاتبه على ملك الغير وشرح هذا التعليل ان المكاتبه عقد وضع لا كسب المال والعبد لا يقدر على اكساب هذا العين لا محالة لان مالك العبد قد لا يبيعه وقد يبيعه فلا يحصل ما وضع له العقد ولأنا لو قضينا بصحة هذه المكاتبه لفسدت من حيث تصح لأنه إذا كاتبه على عبد هو ملك الغير ولم يجز المالك فقد تعذر عليه التسليم فكان موجبها وجوب قيمة العبد فيصير كأنه كاتبه على قيمة عبد فيفسد من حيث يصح وما كان في تصحيحه افساده فيقضى بفساده من الأصل 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 الإجازة ان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الإجازة كالمبيع وكذلك كلما عينه من مال غيره من عرض أو مكيل أو موزون لأن هذه الأشياء كلها تتعين في العقود بالتعيين فكانت كالعبد ولو قال كاتبك على ألف فلأن 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 البدل 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 إن العبد عاجز عن تسليم البدل

عند العقد لأنه 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 الأولى لان المنع أسهل من الرفع وكذا مأخذ الاسم يدل على ما قلنا فان الكتابة مأخوذة من الكتاب والكتاب يذكر بمعنى الأجل قال الله عز وجل 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 الأجل فيه شرطا كالمسلم لما كان مأخوذا من التسليم كان تسليم رأس المال فيه شرطا لجواز السلم وكذا الصرف لما كان ينبئ عن نقل البديل من يد إلى يد كان القبض فيه من الجانبين شرطا كذا هذا ولنا قوله عز وجل 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 إن العبد عاجز عن تسليم البديل عند العقد فمسلم لكن الأداء يكون بعد العقد ويحتمل حدوث القدرة بعده بأنه يكتب مالا بقبول 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 لأغلبن أنا ورسلي وشئ من هذه المعاني لا ينبئ عن التأجيل ثم إذا كانت المكاتبه حالة فان أدى البديل حين طالبه المولى بها والا يرد في الرق سواء شرط ذلك في العقد أو لم يشرط بان قاله له ان لم تؤدها إلى حالة فأنت رقيق أو لم يقل لأنه 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 وري عن علي رضي الله عنه أنه 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 رضي الله عنهما انه
كاتب عبدا له فعجز عن نجم واحد فرده إلى الرق والظاهر أن ذلك كان على علم من
الصحابة رضي 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 يرده إلى الرق عند قواته كما لو عجز عن نجمين وأما
احتجاجه بقول علي رضي الله عنه
فغير سديد لأنه 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 إن 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 فإن كان له مال حاضر أو
غائب مرجو حضوره بان قال لي مال على إنسان أو حال يجيء في القافلة فان القاضي
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
القاضي ذلك عند رجاء الوصول ولو اختلف المولى والمكاتب في قدر البدل أو جنسه
بان قال المولى كاتبك على
ألفين أو على الدنانير وقال العبد كاتبني على ألف أو على الدراهم فالقول قول
المكاتب في قول أبي حنيفة الآخر
سواء كان قد أدى عن بدل الكتابة شيئا أو كان لم يؤد وكأن يقول أو لا يتحالفان
ويترادان كالبيع لان في
المكاتبه معنى المبادلة ثم رجع وقال القول قول المكاتب لأنه 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 إن 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 عز وجل أعلم

(فصل) وأما الذي يرجع إلى نفس الركن من شرائط الصحة فخلوه عن شرط فاسد وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد الداخلة في صلب العقد من البدل فإن لم يخالف مقتضى العقد جاز الشرط والعقد وان خالف مقتضى العقد لكنه لم يدخل في صلبه يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا وإنما 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 كالاتاق فلا يؤثر فيه الشرط الفاسد عملا بالمعنيين جميعا بقدر الامكان وعلى هذا مسائل إذا كاتب جارية على ألف درهم على أن يطأها ما دامت مكاتبة أو على أن يطأها مرة فالكاتبة فاسدة لأنه شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى العقد لان عقد المكاتبة يوجب حرمة الوطء وانه دخل في صلب العقد لدخوله في البدل حيث جعل بدل الكتابة بألف درهم ووطئها ففسدت المكاتبة ولو كاتبه على ألف درهم على أن لا تخرج من المصر أو على أن لا يسافر فالشرط فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد لأن العقد يقتضى انفكاك الحجر وانفتاح طريق الاطلاق له إلى أي بلد ومكان شاء فيفسد الشرط لكن لا يفسد عقد الكتابة لأنه شرط لا يرجع إلى صلب العقد ومثله من الشروط لا يوجب فساد العقد لما بينا من الفقه فلو أنها أدت الألف في المسألة الأولى عتقت في قول عامة العلماء وقال بشر بن غياث المريس لا تعتق وجه قوله إن المولى جعل شرط العتق شيئين الألف ووطأها والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما كما إذا كاتبها على ألف ورطل من خمر فأدت الألف دون الخمر ولنا ان الوطء لا يصلح عوضا في المكاتبة فلا يتعلق العتق به فالحق ذكره بالعدم بخلاف الخمر فإنه يصلح عوضا في الجملة لكونه مالا مقدور التسليم فلم يلحق بالعدم وتعلق العتق بأدائها ثم إذا أدت فعتقت ينظر إلى قيمتها فإن كانت قيمتها

ألف درهم فلا شئ للمولى عليها

(١٤١)

ولا لها على المولى لأنها مضمونة بالقيمة لكونها مقبوضة بحكم عقد فاسد المقبوض
بحكم عقد فاسد مضمون لأنه 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 وهي ألف درهم وقد وصل بتمامه إلى المولى فلا يكون لأحدهما بعد ذلك
على صاحبه سبيل كما لو باع رجل
من آخر عبده بألف درهم ورطل من خمر وقبض البائع الألف وسلم العبد إلى المشتري
وهلك في يده لا يرجع أحدهما
على صاحبه لوصل ما يستحقه البائع على المشتري إليه فكذا ههنا وإن كانت قيمة
الجارية أكثر من ألف رجع المولى
عليها بما زاد على الألف لأنها مضمونة بكامل قيمتها وما أدت إليه كمال قيمتها
فيرجع عليها وصار هذا كما إذا باع عبده من
ذمي بألف ورطل من خمر وقبض الألف وسلم العبد وهلك في يد المشتري وقيمته
أكثر من ألف انه يرجع بما زاد لما
قلنا كذا هذا وإن كانت قيمة المكاتبه أقل من الألف وأدت الألف 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 إن 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 وإن
كانت قيمته أقل يرجع
المشتري على البائع بفضل الثمن كذا ههنا ولنا انها لو رجعت عليه لأدى إلى ابطال
العتق لأنها عتقت بأداء 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 أدت إلى ألفا فأنت حرة فأدت ألفا وخمسمائة وقيمتها
ألف عتقت ولا ترجع عليه بشئ
فيقع الشك في ثبوت حق الرجوع فلا يثبت مع الشك وكذا لو كاتبها وهي حامل على
ألف ان ما في بطنها من ولد فهو
له وليس في المكاتبه أو كاتب أمة على ألف درهم على أن كل ولد تلده فهو للسيد

فالمكاتبة فاسدة لأنه شرط شرطا
مخالفا لموجب العقد لان موجه أن يكون كل ولد تلده يكون مكاتبا تبعا لها فكان
هذا شرطا فاسد أو انه داخل في صلب
العقد لأنه يرجع إلى البديل فيوجب فساد العقد وان أدت الألف عتقت لما قلنا ثم إذا
أعتقت ينظر إلى قيمتها والى المؤدى
على ما ذكرنا وكذا لو كاتب عبده على ألف درهم وعلى أن يخدمه ولم يبين مقدار
الخدمة فادى الألف عتق لما قلنا ثم
ينظر إلى قيمته والى الألف على ما وصفنا ولو كاتبه على ألف منجمة على أنه ان عجز
عن نجم منها فمكاتبته ألفا درهم لم تجز
هذه المكاتبة لتمكن العذر في البديل لأنه لا يدرى انه يعجز أو لا يعجز ويمكن الجهالة
فيه جهالة فاحشة فيفسد العقد
ولنهي 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 فالمكاتبة والضمان جائران بخلاف
البيع إذا باع عبد بألف درهم
يؤديها إلى فلان أو على أن 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 أن لا يخرج
من المصر أو لا يسافر الا ان هناك شرط الضمان باطل وههنا جائز لان ضمان المكاتب
عن سيده كفالتة عنه بما عليه
مقيدا جائز لان ذلك واجب عليه فلأن يكون متبرعا في الضمان وضمن المكاتب عن
الأجنبي إنما لا يصح لكونه متبرعا
ولم يوجد فان كاتبه على ألف درهم منجمة على أن يؤدى إليه مع كل نجم ثوبا وسمى
نوعه جاز لان مكاتبته على بدل معلوم
حيث سمي نوع الثوب فصار الألف 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 بأن يقول بعتك هذا العبد
بألف درهم على أن تعطيني معه مائة دينار وتصير الألف والمائة دينار ثمنا لما قلنا كذا
ههنا وكذلك ان قال على أن
تعطيني مع كل عشرة دراهم وكذلك لو قال على أن تؤدى مع مكاتبتك ألف
درهم لان الكل صار بدلا في العقد

ولو كاتبه على ألف درهم وهي قيمته على أنه إذا أدى وعتق عليه فعليه ألف أخرى جاز
وكان الأمر على ما قاله إذا

أدى الألف عتق وعليه ألف أخرى بعد العتق لأنه لو جعل الألفين 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 أن يكون المكاتب أحق بنفسه وماله فهو جائز وإن كان للعبد ألف أو
أكثر ولا يدخل بينه وبين عبده
ربا كذا ذكر في الأصل وفرق بينه وبين البيع إذا باع عبده مع ماله بألف درهم ومال
العبد ألف درهم انه لا يجوز البيع
لان الف يقابل الألف 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 الأصل 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 الأرش والعقر وان حصلا بعد العقد يكون للمولى لأنه لا ينسب إلى
العبد بخلاف بيع الدرهم
بالدرهمين انه لا يجوز ويكون ربا لان مراد محمد في قوله إنه لا يجرى الربا بين العبد
وسيده فيما ليس بمعاوضة مطلقة
والكتابة وإن 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 أنه بالخيار أو على أن 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 أن 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 فان أبطل خياره في الأيام
الثلاثة جاز كالبيع وان لم يبطل حتى مضت ثلاثة أيام يتمكن الفساد كما في البيع
وعندهما يجوز قلت المدة أو كثر بعد
إن كانت معلومة من شهر أو نحو ذلك كما في البيع
(فصل) وأما بيان ما يملك المكاتب من التصرفات ومالا يملكه فله ان يبيع ويشترى
لأنه صار
مأذونا في التجارة والبيع والشراء من باب التجارة وله ان يبيع بقليل الثمن وكثيره وبأي
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 وهي 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
مرابحة الا أن يبين وكذلك المولى
فيما اشترى منه لان بيع المرابحة بيع أمانة فيجب صيانتها 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 لأنه بعقد المكاتب
صار أحق بمكاسبه فصار كأجنبي في المعاوضة المطلقة وكذا لا يجوز ذلك للمولى
لما بينا وله أن يأذن لعبد في التجارة
لان الاذن في التجارة وسيلة إلى الاكتساب والمكاتب مأذون في الاكتساب فان لحقه
دين يبيع 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 شيء قد اشتراه لأنه بالكتابة صار مأذونا بالتجارة وهذا من عمل

التجارة وليس له أن يحط بعد

(١٤٣)

البيع بغير عيب ولو فعل لم يجز لأنه من باب التبرع وهو لا يملك التبرع وله أن يرد ما اشترى بالعيب إذا لم يرض به سواء اشترى من أجنبي أو من مولاه لأنه أولى بكسبه من مولاه فصار كالعبد المأذون إذا كان عليه دين وله الشفعة فيما اشتراه المكاتب لان املاكهما متميزة ولهذا جاز بيع أحدهما من صاحبه فصارا كالأجنيين وله ان يأذن لعبدته في التجارة لأنه من باب الاكتساب ولا تجوز هبة المكاتب شيئاً من ماله ولا اعتاقه سواء عجز بعد ذلك أو عتق وترك وفاء لان هذا كله تبرع وكسب المكاتب لا يحتمل التبرع وحكى عن ابن أبي ليلى أنه قال عتقه وهبته موقوفان فان عتق يوماً مضى ذلك عليه وان رجع مملوكاً بطل ذلك وجه قوله إن حال المكاتب موقوف بين ان يعتق وبين ان يعجز فكذا حال عتقه وهبته والجواب ان العقد عندنا إنما يتوقف إذا كان له مجيز حال وقوعه وههنا لا مجيز لعتقه حال وقوعه فلا يتوقف فإذا هب 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 فأنت حر لا يصح وكذا إذا قال إن أديت إلى ألفا فأنت حر لا يصح لان ذلك تعليق وليس بمكاتبه لما ذكرنا في كتاب العتاق وللمكاتب ان يكاتب عبداً من اكسابه استحساناً والقياس ان لا يجوز لأنه عقد يفضى إلى العتق فلا يجوز كما لو أعتقه على مال وجه الاستحسان ان المكاتبه نوع 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 وإنما المكاتب له دين يتعلق بذمة المفلس فكان ذلك اعتاقاً بغير بدل من حيث المعنى وفي المكاتبه المكسب يكون للمكاتب فلم يكن اعتاقاً 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 مولاه لا يعتق على
مولاه 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 الأسفل بعد ذلك يثبت
ولاؤه من الأعلى لأنه بالعتق صار
من أهل ثبوت الولاء منه وان أدى الأسفل أولا يعتق ويثبت ولاؤه من المولى ولا يثبت
من الأعلى لأنه ليس من
أهل ثبوت الولاء فان عتق بعد ذلك لا يرجع إليه الولاء 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 والأصل ان
كل من لا يجوز له أن يبيعه
لا يجوز له أن يكاتبه الا أم ولده لان هؤلاء يعتقون بعته فلا يجوز أن يسبق عتقهم
عتقه ولأنهم 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 أن سلمان رضي 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 لأنه يجذب قلوب
الناس فيحملهم ذلك على الاهداء إليه فيمكن من أداء بدل الكتابة ويملك الإجارة
والإعارة والايديع لان الإجارة
من التجارة ولهذا ملكها المأذون بالتجارة والإعارة 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
لا ان لا يملكه المستقرض
حتى لو تصرف فيه نفذ تصرفه لأنه 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 لأنه أعتق ملك
نفسه كذا قرض المكاتب ولا تجوز وصيته لأنها تبرع ولا تجوز كفالة المكاتب بالمال
ولا بالنفس بإذن المولى ولا

بغير اذنه لأنها تبرع أما الكفالة بالنفس فلأنها التزام تسليم النفس من غير عوض
والكفالة بالمال التزام تسليم المال من

غير عوض إن كانت بغير اذن المكفول عنه وإن كانت باذنه فهي وإن كانت مبادلة في
الانتهاء فهي تبرع في الابتداء
والمكاتب ليس من أهل التبرع وسواء أذن المولى فيها أو لم يأذن لان المولى لا يملك
كسبه فلا يصح اذنه بالتبرع
ويجوز له أن يتوكل بالشراء وإن 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 إن كان لا يثبت له لكن
الوكالة من ضرورات التجارة فان
أدى فعتق لزمته الكفالة لان الكفالة وقعت صحيحة في حقه لأنه أهل الا انه لا يطالب
به في الحال لأنه لم يصح في حق
المولى فإذا أعتق فقد زال حق المولى فيطالب به العبد المحجور إذا كفل ثم عتق
بخلاف الصبي إذا كفل ثم بلغ لان
الصبي ليس من أهل الكفالة لأنه ليس له قول صحيح في نفسه بخلاف العبد تصرف في
ملكه وتجاوز كفالته عن سيده
لان بدل الكتابة واجب عليه فلم يكن متبرعا بها والأداء إليه والى غيره سواء وهل يجوز
له قبول الحوالة فهذا على
وجهين إن كان عليه دين لانسان وعلى صاحب الدين دين لآخر فاحاله على المكاتب
فهو جائز لأنه 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 لأنه 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 عشرين له مكاتبه واحدة على
ألف درهم على أن كل واحد
منهما كفيل عن صاحبه فهذه المسألة على ثلاثة أوجه 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 إن 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 ولأنه كفالة ببدل الكتابة والكفالة ببدل الكتابة باطلة وجه الاستحسان ان هذا ليس بكفالة في الحقيقة بل هو تعليق العتق بالأداء والمولى بملك تعليق عتقهما بأداء كل واحد منهم ولو فعل هكذا كان جائزا كذلك هذا وأما إذا كاتبهما على ألف درهم على أنهما ان أديا عتقا وان عجزا ردا في الرق فكذلك الجواب في قول علمائنا الثلاثة وعند زفر كل واحد منهما مكاتب على حدة فأيهما أدى حصته يعتق وجه قوله إن كل واحد منهما يلزمه كتابة نفسه خاصة فلا يجب عليه كتابة غيره مال لم يشترطا ولم يوجد الشرط ولنا ان المولى علق عتقهما بأداء الألف فما لم يوجد لا يقع العتق كما إذا قال لعبد ين له ان دخلتما هذه الدار فأنتما حران فدخل أحدهما لا يعتق ما لم يدخل جميعا فكذلك ههنا لا يعتق واحد منهما الا بأداء الألف وإذا لم يعتق واحد منهما الا بأداء الألف صار جميع الألف على كل واحد منهما فصار كما إذا كف كل واحد منهما عن صاحبه ونظير هذا الاختلاف ما قالوا في كتاب الطلاق والعناق ان من قال لامرأتين له ان شئتما فأنتما طالقان أو قال لعبد ين له ان شئتما فأنتما 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 فأيهما أدى حصته فإنه يعتق في قولهم جميعا لأنه لم يعلق عتقهما بأدائهما جميعا فانصرف نصيب كل واحد منهم إليه خاصة وصار كل واحد منهما مكاتبا 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 لأنه يعتق ومن شرط

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 أدأؤه 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 الحي 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 المعتقد 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 بخصته المكاتب وان شاء أخذ المعتقد بحق الكفالة فان أخذ المكاتب لا يرجع عليه لأنه أدى دين نفسه وان أخذ المعتقد وأدى رجوع على المكاتب لأنه كفيله ولا يجوز للمكاتب أن يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبه لان المكاتب عبد ما بقي 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 بالنكاح ولا يزوج ابنه وابنته لأن 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 لأنه يتعلق المهر برقبته فلم يكن اكتسابا ويجوز اقراره بالدين واستيفاءه لان ذلك من ضرورات التجارة والمكاتبه 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 لأنه مات عبدا فلا تجوز وصيته وأما إذا ترك وفاء فلانا وان حكمنا بعنقه فإنما 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 وفى وجه اختلفوا فيه
فاما الوجه الذي تجوز بالاجماع فهو أن يقول إذا عتقت فثلث مالي وصية فادى فعتق
ثم مات صحت وصيته بالاجماع
لأنه أضاف الوصية إلى حال الحرية والحر من أهل الوصية وأما الوجه الذي لا تجوز
بالاجماع وهو ان يوصى بعين
ماله لرجل فادى فعتق ثم مات لا يجوز لأنه ما أضاف الوصية إلى حال الحرية وإنما
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 الإجازة 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 لأنها 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 وفى الرقاب قيل في التفسير ما أداها المكاتبون ويحل
للمولى أن يأخذ ذلك من قضاء من
المكاتبه ويحل له تناوله بعد العجز وإن كان المولى غنيا لأن العين تختلف باختلاف
أسباب الملك حكما وإن كانت
عينا واحدة حقيقة والأصل فيه ما روى أن بريرة رضي 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 ايصاؤه لأنه مات عبد والعبد ليس من أهل الايصاء وان مات بعدما أدى بدل
الكتابة جاز الايصاء وتكون

وصيته كوصيته لحر لان الولاية إنما تنقل إليه عند الموت وعند الموت كان حراً 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 الأولاد
الأحرار الذين ولدوا من امرأة حرة يكون أضعف الأوصياء كوصي الام فيكون له ولاية الحفظ ولا يكون له ولاية البيع والشراء على رواية الزيادات وعلى رواية كتاب القسمة جعل كوصي الأب حيث أجاز قسمته في العقارات والقسمة تمنع البيع والله عز وجل أعلم
(فصل) وأما بيان ما يملك المولى من التصرف في المكاتب وما لا يملكه فيشتمل عليه حكم المكاتبه نذكره في فصل الحكم إن 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 لأنه عقد شرع نظرا للعبيد وتمام نظرهم ان لا يلزم في حقهم ويجوز رد المكاتب إلى الرق وفسخ الكتابة دون قضاء القاضي عند عامة العلماء وقال ابن أبي ليلى لا يجوز رده الا عند القاضي لأن العقد قد صح فلا يفسخ الا بقضاء القاضي ولنا روى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه أجاز ذلك ولم ينقل عن غيره خلافة واليه أشار في الأصل فقال بلغنا ذلك عن ابن عمر رضي 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 القاضي كالبيع بشرط الخيار وغيره فاما الفاسد منه فغير لازم من الجانبين حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ من غير رضا الآخر لأن العقد الفاسد واجب النقص والفسخ حق للشرع رفعا للفساد كالبيع الفاسد وغيره والثاني انها متجزئة في قول أبي حنيفة وعندهما غير متجزئة لأنها 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 أبي حنيفة لان الكتابة متجزئة عنده فصحت في ذلك النصف لا غير وصار في النصف الآخر مأذونا بالتجارة لان

الكتابة تقتضي وجوب أداء
بدل الكتابة ولا يمكنه الأداء الا بالاذن والاذن لا يتجزأ فصار الاذن في قدر الكتابة اذنا
في الكل فصار
مأذونا 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
الأداء فنصفه له ونصفه
للمولى في قول أبي حنيفة لان نصفه مكاتب ونصفه رقيق في قولهما والكسب كله
لمكاتب لأنه صار مكاتباً
وما اكتسب بعد الأداء فكله للمكاتب بالاجماع وليس للمولى فيه شئ اما على قولهما
فلا يشكل لأنه حر عليه دين
وأما على أصل أبي حنيفة فلان المستسعى كالمكاتب وكسب المكاتب له وإذا كاتب
نصف عبده ثم أراد أن يحول بينه
وبين الكسب لم يكن له ذلك لأنه لما كاتب نصفه فقد اذن له بالاكتساب لأنه لا
يتوصل إلى أداء بدل الكتابة الا
بالكسب فلا يملك الحجر عليه الا بعد فسخ الكتابة ولا يفسخ الا برضاه بخلاف العبد
المأذون كله انه يملك حجره
ومنعه من الاكتساب لأنه إنما صار مأذونا بالقول فيصير محجوراً عليه بحجره والاذن
ههنا لا يثبت بالقبول بل مقتضى
الكتابة فلا يصير محجوراً عليه الا بفسخ الكتابة فان أراد ان يخرج من المصر فله منعه
بالقياس ولكن استحسن ان
لا يمنعه وكذلك إذا أراد ان يستخدمه يوماً أو يستسعيه يوماً ويخلى عنه يوماً للكسب
له ذلك في القياس ولكن
استحسن ان لا يتعرض له في شئ حتى يؤدي أو يعجز كذا ذكر في الأصل وجه القياس
ان نصفه رقيق لم تزل
يده عنه فله أن يمنعه من الخروج من المصر لأجل النصف فيقول له إن كان نصفك
مكاتباً فالنصف الآخر غير
مكاتب فلي المنع فكان له أن يمسكه ويستخدمه يوماً كالعبد المشترك وجه
الاستحسان انه بعقد الكتابة صار مأذونا
بالاكتساب وذلك بالخروج إلى الأمصار 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



(١٤٧)

للنصف الذي ليس بمكاتب أو يجعل النصف الذي هو غير مكاتب تبعاً للنصف الذي هو مكاتب وهذا الثاني أولى
لان الحرية والرق إذا اجتماعا غلبت الحرية الرق وفي الكتابة شعبة من العتق لأنها تعقد للعتق في المستقبل وهي سبب
من أسبابه 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 أعتق نصفه أو دبر نصفه ثم باعه انه لا يجوز كذا هذا ولان المكاتب له أن يكتب ويخرج
من المصر بغير اذن المولى فصار كأنه باعه بشرط ان لا يسلم إلى المشتري ولو فعل هكذا كان البيع فاسدا كذلك هذا
ولو باع نصف نفسه من العبد لا يجوز لان يبيع العبد من نفسه بيع في الحقيقة بل هو اعتاق بمال بدليل ان الولا يثبت
منه بدليل انه لو باع نفس المدبر من المدبر يجوز ولو كان يبعها لما جاز وإذا أعتق نصفه فالعبد بالخيار ان شاء أدى الكتابة
وعتق وان شاء عجز ويسعى في نصف قيمته لأنه يوجه إليها وجهها عتق في ذلك النصف عتق بأداء 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 مكاتبا لكن لشريكه ان ينقض الكتابة لأنه يتضرر به في الحال
وفي ثاني الحال لأنه لا يجوز بيعه في الحال لان نصفه مكاتب وفي الثاني يصير مستسعى فكان له حق الفسخ
والكتابة تحتل الفسخ ولا يصح فسخه الا بقضاء القاضي لان الشريك الذي كاتب تصرف في ملك نفسه فلا
يفسخ تصرفه الا بقضاء القاضي أو برضا العبد فإن لم يعلم به الشريك حتى أدى عتق نصفه لان الكتابة نفذت في
نصيبه فإذا وجد شرط العتق عتق ثم الذي 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 الذي كاتب له أن يرجع على العبد بما قبض شريكه منه لأنه
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 الذي لم يكتب هذا في الكسب الذي اكتسبه قبل الأداء وأما
ما اكتسبه بعد الأداء فهو
له خاصة لأنه بعد الأداء يصير مستسعى والمستسعى أحق بمنافعه ومكاسبه من السيد
فان اختلف العبد والمولى فقال
العبد هذا كسب اكتسبته بعد الأداء وقال المولى بل اكتسبته قبل الأداء فالقول قول
العبد لان الكسب شئ
حادث فيحال حدوثه إلى أقرب الأوقات وصار الحكم بعد كعبد بين اثنين أعتقه
أحدهما فإن كان موسرا فللشريك
ثلاث اختيارات وإن كان معسرا فخيران هذا إذا كان بغير اذن الشريك فإذا كان باذنه
فإن كان لم يأذن له بقبض
الكتابة فهذا والأول سواء الا في فصلين أحدهما انه لا يكون له حق الفسخ ههنا لوجود
الرضا والثاني انه ليس له ان
يضمنه نصف قيمة العبد بعدما عتق لأنه رضى بالعتاق حيث أذن له في الكتابة وإن كان
أذن له بقبض بدل الكتابة
فهذا والأول 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 والأول 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 وأجاز قبل أن يؤدي صار
مكاتباً بينهما فلا يعتق جميعه الا بأداء الألف إليهما معا فإذا أدى إليهما معا عتق وان
أدى إلى أحدهما أولا لا يعتق
لان المكاتبه وقعت بصيغة واحدة هذا إذا لم يأذن له بقبض الكتابة فان أذن له بقبض
الكتابة فان أدى إليهما
عتق كله وان أدى جميعه إلى الذي كاتب عتق كله والألف بينهما وان أدى كله إلى
الشريك لا يعتق حتى يصل نصفه
إلى شريكه وهذا كله قول أبي حنيفة وأما على قولهما فان كتابة النصف وكتابة الجميع
سواء لان الكتابة عندهما
لا تتجزأ فإن لم يجز صاحبه حتى أدى عتق كله ويأخذ الشريك منه نصف ما قبض ولا
يرجع هو على العبد بما
قبض منه شريكه ونصف الكسب الفاضل للمكاتب ونصفه للذي لم يكتب والولاء كله
للذي كاتبه ويضمن

حصّة شريكه إن كان موسرا ويسعى العبد إن كان معسرا وان أجاز شريكه صار مكاتبا
بينهما فان أدى إليهما معا

عتق والولاء بينهما وجميع الكسب للمكاتب وان أدى إلى أحدهما لا يعتق حتى يصل
نصفه إلى الآخر الا إذا
أذن لشريكه بقبض الكتابة فان أدى كله إلى المأمور عتق وان أدى كله إلى الأمر لا
يعتق حتى يصل نصفه إلى
المأمور ولو كان عبد بين رجلين كاتب كل واحد منهما نصيبه على الانفراد بان كاتب
أحدهما نصيبه على ألف درهم
ثم كاتب الآخر نصيبه على مائة دينار صار نصيب كل واحد منهما مكاتبا له فإذا أدى
إليهما معا عتق وان أدى إلى
أحدهما عتق نصيبه ولا يشاركه الآخر فيما قبض لأنه لما كاتب صار راضيا بكتابته
وللمكاتب ان يقضى غريما
دون غريم ونصيب الآخر مكاتب على حاله فإذا أدى 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 الذي سمى فما لم يوجد جميع المسمى لا
يعتق والحكم فيه ما ذكرنا ان لو
كاتب كل واحد منهما نصيبه وهذا قول أبي حنيفة وأما على قولهما فكتابة البعض
وكتابة الكل سواء فان
أدى إليهما عتق والولاء بينهما وان أدى إلى أحدهما أولا عتق كله من المؤدى إليه
وثبت الولاء منه ويضمن إن كان
موسرا ويسعى العبد إن كان معسرا الا أن على قول محمد يضمن أو يسعى العبد في
نصف القيمة أو في كتابة الآخر في
الأقل منهما وقال أبو يوسف بطلت كتابة الآخر وإنما يضمن العبد أو يسعى في نصف
قيمه لا غير ولو كان عبد
بين اثنين فكاتباه جميعا مكاتبة واحدة فأدى إلى أحدهما حصته لم يعتق حصته منه ما
لم يؤد جميع الكتابة إليهما لأنهما
جعلا شرط عتقه أداء جميع المكاتبة فلا يعتق الا بوجود الشرط بخلاف ما إذا كان
لكل واحد منهما عبد
فكاتباهما جميعا مكاتبة واحدة ان كل واحد منهما يكون مكاتبا على حدة حتى لو
أدى حصته يعتق لان ههنا
لو جعل كل نصف مكاتبا على حدة لأدى إلى تغيير شرطهما لان شرطهما ان يعتق
بأداء الكل فلا
يعتق أحدهما الا بأداء جميع الكتابة حتى لا يؤدي إلى تغيير الشرط وهذا المعنى لم

يوجد هناك لان عتق
أحدهما لا يؤثر في 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 أدى
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
أبي يوسف صار حكمه حكم
عبد بين اثنين أعتقه أحدهما وعلى قول محمد إن كان المعتق موسرا ينظر إلى قدر
نصيب شريكه والى باقى الكتابة فأيهما
كان أقل ضمن ذلك وإن كان معسرا سعى العبد في الأقل فإن لم يعتقه أحدهما ولكن
دبره صار نصيبه مدبرا ويكون
مكاتباً على حاله لان التدبير لا ينافي الكتابة فان أدى الكل عتق والولاء يثبت منهما وان
عجز صار كعبد بين اثنين دبره
أحدهما صار نصيبه مدبرا ولشريكه خمس خيارات إن كان موسرا وإن كان معسرا
فأربع خيارات وهذا قول أبي حنيفة
وفى قولهما صار كله مدبرا لان التدبير لا يتجزأ فبطلت الكتابة ويضمن لشريكه نصف
القيمة موسرا
كان أو معسرا في قول أبي يوسف وعلى قياس قول محمد وجب ان يضمن الأقل من
نصف القيمة ومن جميع ما بقي
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 لأنه قد ثبت لها حق الحرية
من وجهين فلها ان تختار أيهما
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 فإنها
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

شيئا وهذا قول أبي حنيفة وعلى قولهما صارت الجارية كلها أم ولد لان الاستيلاء لا
يتجزأ وبطلت الكتابة

فيعزم للشريك نصف القيمة ونصف العقر موسرا كان أو معسرا وعلى قول محمد
وجب ان يضمن الأقل من نصف
العقر ومن كتابة شريكه عبد كافر بين مسلم وذمي كاتب الذمي نصيبه باذن شريكه
على خمر جازت الكتابة في قول
أبي حنيفة ولا تجوز في يقول أبي يوسف ومحمد ولا شركة للمسلم فيما أخذ
النصراني منه من الخمر بناء على أن الكتابة
متجزئة عند أبي حنيفة كالعق فلكاتب الذمي نصيبه على خمر باذن شريكه وقعت
المكاتبة على نصيب نفسه
خاصة والذمي 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 الذمي
لأنها كتابة واحدة فإذا بطل
بعضها بطل كلها ولا شركة للمسلم فيما أخذ النصراني من الخمر لان المسلم ممنوع
من قبض الخمر وان كاتباه جميعا
على خمر مكاتبة واحدة لم يجز في نصيب واحد منهما أما في نصيب المسلم فلا
يشكل وأما في نصيب الذمي فلان المكاتبة
واحدة فإذا بطل بعضها بطل الكل ولو أدى إليهم أعتق وعليه قيمته للمسلم وللذمي
نصف الخمر وإنما عتق بالأداء
إليهما 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 الذمي لان الذمي قد سلم له
شرطه لان الخمر مال متقوم في حق
المسلم فيسعى في نصف قيمته له والله عز وجل أعلم
(فصل) وأما حكم المكاتبة ويندرج فيها بيان ما يملكه المولى من التصرف في
المكاتب وما لا يملكه
فنقول وبالله التوفيق المكاتبة أنواع ثلاثة صحيحة وفاسدة وباطلة اما الصحيحة فلها
أحكام بعضها يتعلق
بما قبل أداء بدل الكتابة وبعضها يتعلق بأداء بدل الكتابة اما الأول فزوال يد المولى عن
المكاتب وصيرورة
المكاتب أحق بمنافعه ومكاسبه وصيرورة المولى كالأجنبي عنها وثبوت حق المطالبة
للمولى ببذل 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 أبي حنيفة ان المبيع يزول عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري وهذا غير سديد لان الملك صفة إضافية فيستحيل وجوده بدون المضاف إليه كسائر الأوصاف الإضافية من الأبوة 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 لأننا لا نعلم أن العقد يجاز أو يفسخ فيتوقف في علمنا بجهلنا بعاقبة الامر وعند الإجازة 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 مأذونا في التجارة لأنه وجب عليه أداء بدل الكتابة ولا يتمكن من الأداء 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 الإجازة تمليك 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 لأن جوازه يعتمد ملك الرقبة وانه قائم سواء كان المولى صحيحا أو مريضا غير أنه إن كان صحيحا يعتق مجانا وإن كان مريضا والعبد يخرج من الثلث فكذلك وكذلك إذا كان لا يخرج من الثلث لكن أجازت 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 الأقل لان الكتابة سبقت الاعتاق والاعتاق في المرض بمنزلة التدبير ولو دبره كان حكمه هذا على ما ذكرنا في كتاب التدبير كذا إذا أعتقه في المرض ويجوز له اعتاقه عن الكفارة عندنا خلافا للشافعي والمسألة تذكر في كتاب الكفارات ولو أعتق الولد

المولود أو المشتري في

(١٥٠)

الكتابة جاز ولا يسقط شئ من بدل الكتابة والقياس ان لا يجوز اعتاقه وهو قول زفر
وجه القياس ان في اعتاقه
الولد ابطال حق المكاتب لأنه يملك كسب ولده المولود والمشتري وبالاعتاق يبطل
واليه أشار في الأصل فقال لان
للمكاتب ان يستخدمهم وجه الاستحسان ان المكاتب إنما يسعى في حرية نفسه
وأولاده وقد نال هذا المقصود
وإنما لا يسقط من بدل الكتابة شئ لان البدل كله على المكاتب فلا يسقط شئ منه
بعثت الولد ولو أعتق أم ولد
المكاتب لم يجوز لان المكاتب لو عتق كانت هي أم ولد على حالها لأنها لم تصر
مكاتبه بكتابتها فلا تعتق بعثت المكاتب
ولا يجوز له بيع المكاتب بغير رضاه بلا خلاف لان فيه ابطال حق المكاتب من غير
رضاه وهو حق الحرية فلا يجوز
بيعه كالمدر وأم الولد وان رضى به المكاتب جاز ويكون ذلك فسخا 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 لأنه لما باعه المولى رضاه فقد تراضيا على الفسخ
فيكون إقالة والكتابة تحتمل الإقالة
وما روى عن عائشة رضي الله عنها انها اشترت بريرة وكانت مكاتبه فمحمول على أن
ذلك كان رضاها 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 لأنه بدل منفعة
مملوكة لها ولو وطئها فعلفت منه
ثبت نسب الولد إذا ادعاه لان النسب يثبت بشبهة الملك وتأويل الملك فلا يثبت
بحقيقته أولى صدقته المكاتبه
أو كذبت له لما مر ثم إن جاءت بولد لا أكثر من ستة أشهر فعليه العقر وان جاءت به لأقل
من ستة أشهر فلا عقر عليه
والمكاتبه بالخيار ان شاءت مضت على كتابتها فادت وعتقت وأخذت العقر إذا كان
العلوق في حال الكتابة
وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد وسقط العقر لما ذكرنا في كتاب الاستيلاء
ولو جنى المولى على المكاتب
غرم الأرش ليستعين به على الكتابة ولو استهلك شيئاً من كسبه فهو دين عليه لأنه أحق

بكسبه من المولى فكان في
مكاسبه كالحر وكذا ما استهلك المكاتب من مال المولى لما قلنا ولو اشترى المكاتب
امراته 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 إنشاء النكاح وإذا طرأت على النكاح لا تبطله ولهذا قال
أصحابنا ان المولى إذا زوج ابنته من
مكاتبه لا يبطل النكاح بموت الأب 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 كالحر فيقطع بخصومته ولو جنى المكاتب على إنسان خطأ
فإنه يسعى في الأقل من قيمته
ومن أرش الجناية لان رقبته مملوكة للمولى الا أنه تعذر الدفع من غير اختيار بسبب
الكتابة فصار كالعبد القن إذا جنى
جناية ثم أعتقه المولى من غير علمه بالجناية والحكم هناك ما ذكرنا فكذا ههنا فينظر
إن كان أرش الجناية أقل من
قيمه فعليه أرش الجناية لان المجني عليه لا يستحق أكثر من ذلك فإذا دفع ذلك فقد
سقط حقه وإن كانت قيمته
أقل من أرش الجناية فعليه قيمته لان حكم الجناية تعليق بالرقبة لكون الرقبة ملك المولى
وهي لا تحتمل أكثر من قيمتها
فلا يلزمه أكثر من ذلك وكذلك لو جنى جنایات خطأ قبل أن يحكم عليه بالجناية
الأولى لا يجب عليه الا قيمة واحدة
وان كثرت جنایاته في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجب عليه في كل جناية الأقل من
أرشها ومن قيمته وهذا
فرع اختلافهم في أن جنایاته تتعلق بالرقبة أو بدمته فعندنا تتعلق برقبته والرقبة لا تتسع
لأكثر من قيمة واحدة وعنده
تتعلق بدمته والذمة متسعة والصحيح قولنا لما ذكرنا ان رقبته مملوكة للمولى فإنها
مقدور الدفع في الجملة بان يعجز فيدفع
الا انه تعذر الدفع بالمنع السابق وهو الكتابة من غير اختيار فصار كما لو جنى جنایات
ثم أعتقه المولى من غير علمه بها
وهناك لا يلزمه الا قيمة واحدة كذلك ههنا هذا إذا جنى ثانيا قبل ان يحكم عليه
الحاكم بالأولى فاما إذا حكم الحاكم

بأولى ثم جنى ثانيا فإنه يلزمه قيمة أخرى بالجناية الثانية لأنها لما حكم الحاكم فقد انتقلت الجناية من رقبته إلى ذمته

فحصلت الجناية الثانية والرقبة فارغة من جنائته متعلقة بها فصار بمنزلة الجناية المبتدأة
فرق بين هذا وبين ما إذا حفر
المكاتب بئرا على قارعة الطريق فوقع فيها انسان ووجب عليه أن يسعى في قيمته يوم
حفر ثم وقع فيها آخر انه لا يلزمه
أكثر من قيمة واحدة سواء حكم الحاكم بالأولى أم لم يحكم ووجه الفرق ان هناك
الجناية واحدة وهي حفر البئر فالضمان
الذي يلزمه إنما يلزمه بسبب واحد فوقع الثاني وإن 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 الأولى
وانتقالها إلى ذمته فيتعدد السبب فيتعدد الحكم ولو سقط حائط مائل اشهد عليه على
إنسان فقتله فعليه ان يسعى في
قيمه لان المكاتب يملك النقص فيصح 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 جنائيات ثم عجز قبل ان يقضى بها دفعه مولاه بها أو فداه وان قضى
عليه بالسعاية ثم عجز فهي دين في رقبته
يباع فيه لأنه 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 جنائته عمدا بان قتل رجلا عمدا قتل به لأنه لو كان حر لقتل به فالمكاتب أولى
هذا إذا جنى المكاتب على غيره
فاما إذا جنى غيره عليه فإن كان خطأ فالأرش له وأرشه أرش العبد اما كون الأرض له
فلان اجزائه ملحقة بالمنافع وهو
أحق بمنافعه وأما كون أرشه أرش العبد فلانه عبد ما بقي عليه درهم بالحديث فكانت
الجناية عليه جناية على العبد فكان
أرشها أرش العبيد وإن كان عمدا فالمسألة على ثلاثة أوجه في وجه يجب القصاص في
قولهم وفي وجه لا يجب القصاص
وفي وجه اختلفوا فيه أما الأول فهو أن يقتله رجل عمدا ولم يترك وفاء فللمولى أن يقتل
القاتل لأنه لم يترك وفاء فقد
مات عاجزا فمات عبدا والعبد إذا قتل عمدا يجب القصاص على قاتله إن كان عبدا

بالاجماع وإن كان حر عندنا
كذلك ههنا وأما الوجه الثاني فهو أن يقتل عمدا ويترك وفاء ويترك ورثة أحرارا سوى
المولى فلا يجب القصاص
لاشتمه ولى القصاص لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في أنه يموت حرا أو عبدا
على ما نذكر إن شاء الله تعالى
فمن قال مات حرا قال ولاية الاستيفاء للورثة ومن قال مات عبدا قال الولاية للمولى
فاشتمه 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 لأحدهما 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 وإنما
لصاحب الخدمة فيها حق فإذا
اجتمعا في الاستيفاء فقد رضى باسقاط حقه ويقول لصاحب الخدمة حقي 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 أبي حنيفة وأبي
يوسف يجب القصاص للمولى
لأنه لا اشتباه ههنا لان القصاص يكون للمولى كيفما كان سواء مات حرا أو عبدا وقال
محمد لا يجب لان المولى ان
لم يشتمه فسبب ثبوت الولاية قد اشتمه لأنه ان مات حرا فالولاية تثبت بالإرث وان مات
عبدا فالولاية تثبت بالملك
والجواب عن هذا من وجهين أحدهما ان السبب لم يشتمه لان المسبب واحد وهو
الملك والولاء أثر من آثار الملك
والثاني ان سلمنا ان السبب قد اشتمه لكن لا اشتباه في الحكم وهو الولاية لأنها ثابتة
ببقيين فتثبت بأي 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

عجز كان القصاص للمولى فاشتبه الولي وبهذا علل في الأصل فقال لأني لا أدري انه للمولى أو للمكاتب ومعناه ما ذكرنا وان اجتماعا على ذلك لم يقتض أيضا لان الولاية لأحدهما وهو غير معلوم فان عفوا فغفوهما 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 القاتل 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 الأصل ان كال ديتين التقيا من جنس واحد في الذمة وليس في اسقاطه ابطال العقد ولا استحق قبضه في المجلس فإنه يصير أحدهما بالآخر قصاصا وما بقي يكون لوارثه لا للمولى لأنه قاتله فلا يرثه وإنما 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 والفداء فالمكاتب أولى بخلاف نفس المكاتب إذا جنى انه يلزمه الأقل من قيمته ومن أورش الجناية لان نفس المكاتب لا تحتمل النقل بخلاف كسبه وإذا لم تحتمل النقل فتعذر الدفع من غير اختيار فصار كما لو أعتق نفس العبد الجاني من غير علمه بالجنابة وثمة يلزمه الأقل من قيمته ومن أورش الجناية كذا ههنا ويؤخذ المكاتب بأسباب الحدود الخالصة ونحوها كالزنا والسرقة والشرب والسكر والقذف لا القن لأنه مأخوذ بها فالمكاتب أولى ولا يقطع في سرقة من مولاه لأنه عبده وكذا لا يقطع في سرفته من ابن مولاه ولا من امرأة مولاه ولا من كل ذي 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
كالحرق فيقطع بخصومته ويصح
من المولى وغيره نسب ولد أمته المكاتبه إذا لم يكن له نسب معروف صدقته المكاتبه
أو كذبت به جاءت به لأقل من ستة
أشهر أو لأكثر 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 الأمة بالخيار ان شاءت عجزت
نفسها وان شاءت مضت على
الكتابة فان مضت على الكتابة فلها العقر إن كان العلق في حال الكتابة بان جاءت به
لأقل من ستة أشهر من وقت
الكتابة لأنها 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 لأنه دين قاصر حتى لا تجوز الكفالة عند عامة العلماء خلافا لابن
أبي ليلى هو يقول بأنه دين
فتصح الكفالة كسائر الديون ولنا أن حكم الكفالة ثبوت حق المطالبة للكفيل بمثل ما
في ذمة الأصيل وهذا
لا يتحقق ههنا لان الثابت في ذمة الأصيل 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 الذي يتعلق بأداء بدل الكتابة
فهو عتق المكاتب ولا يعتق الا بأداء جميع بدل الكتابة عند عامة العلماء وهو قول زيد
بن ثابت رضي الله عنه وقال
على رضي الله تعالى عنه يعتق بقدر ما أدى ويبقى الباقي رقيقا وقال ابن مسعود رضي
الله عنه إذا أعطى مقدار قيمته عتق

ثم يصير بمنزلة الغريم قال عبد الله بن عباس رضي الله عنهما إذا كاتب العبد مولاه فهو
غريم من الغرماء وهذا يدل على

أن مذهبه ان المكاتب يعتق بنفس الكتابة وقد روى محمد بن الحسن عن شريح مثل ذلك وجه قول علي 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 البديل والمبدل وهذا لا يجوز وجه قول ابن مسعود رضي الله عنه ان قيمة العبد مالية فلو عتق بأداء ما هو أقل من قيمته لتضرر به المولى وإذا أدى قدر قيمته فلا ضرر على المولى وجه قول ابن عباس رضي الله عنه ما 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 رضي الله عنه قول النبي صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وهذا نص في الباب ولان المولى علق عتقه بأداء جميع بدل الكتابة فلا يعتق ما لم يؤد جميعه كما لو قال لعبده إذا أديت إلى ألفا فأنت حر انه لا يعتق ما لم يؤد جميع الألف كذا ههنا ثم العتق كما يثبت بأداء بدل الكتابة يثبت بأداء العوض عن بدل الكتابة لان عوض الشئ يقوم مقامه ويسد مسده كأنه هو كما في البيع وغيره على أن بدل الكتابة دين في ذمة العبد وقضاء الديون يكون بأعواضها لا بأعيانها وكذا يثبت بالابراء لما نذكر ثم إذا أدى بدل الكتابة وعتق يعتق ولده المولود في الكتابة بان ولد للمكاتب ولد من أمة اشتراها لأنه صار مكاتباً تبعاً للأب فيثبت فيه حكم الأصل الا ان للمولى أن يطالب الأب دون الولد لأنه لم يدخل في العقد مقصوداً بل تبعاً فلا يملك مطالبة التبع حال قيام المتبوع وكما يعتق المكاتب الأداء من كسبه يعتق بالأداء 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 حالاً والا رددناكم في الرق بخلاف الولد المولود في الكتابة لما نذكر وأما ما سوى الوالدين والمولودين من ذوي

الرحم المحرم كالأخ والعم والخال
ونحوهم فهل يدخلون في الكتابة قال أبو حنيفة لا يدخلون وقال أبو يوسف ومحمد
يدخلون ويسعون على النجوم
بمنزلة الوالدين والمولودين والأصل 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
ولأبي حنيفة ان الأصل أن
لا يثبت التکاتب رأسا لان ملك المكاتب ملك ضروري لكونه مملوكا ما بقي عليه
ردهم فلا يظهر في حق التبرع
والعتق وإنما يظهر في حق حرية نفسه الا ان حرية ولده وأبويه في معنى حرية نفسه
لمكان الحرية ولم يوجد في سائر
ذوي الرحم فبقي الامر فيهم على الأصل وبدل القياس من وجه آخر يقتضى أن لا
يدخل الولد لأنه كسبه وحق
الحرية لا يسرى للاكتساب ككسب أم الولد والمدبر وإنما 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
إن كان الولد في يد المولى فالقول قوله إنه انفصل قبل العقد وإن كان في يد الأمة
فالقول قولها ويحكم فيه الحال كمن استأجر
عبدا ومضت مدة الإجارة ثم اختلفا فادعى المستأجر الإباق والمؤاجر ينكر انه ينظر إن
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
فإن كان في الحال منقطعا فالقول قول المستأجر وإن كان جاريا فالقول قول المؤاجر
ولو تصادقا في الإباق والانقطاع
واختلفا في مدة الإباق والانقطاع فالقول قول المستأجر لأنه منكر وجوب الزيادة
وسواء كان الأداء في حال حياة
العاقدين أو بعد موتهما حتى لو مات المولى فادى المكاتب إلى ورثته عتق لأن العقد لا
ينفسخ بموت المولى بلا خلاف
وكذا لو مات المكاتب عن وفاء يؤدي بدل الكتابة إلى المولى ويحكم بعتقه 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

المكاتب وقد اختلف الصحابة رضي الله عنهم في المكاتب إذا مات عن وفاء انه يموت حراً أو عبداً قال علي رضي الله عنه
وعبد الله بن مسعود رضي الله عنه يموت حراً فيؤدى بدل كتابته ويحكم بحريته وبه أخذ أصحابنا وعن زيد بن
ثابت رضي الله عنه انه يموت عبداً 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 الأول لان العتق معلق بأداء البدل والأداء 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 إنه يعتق مستندا إلى آخر جزء من أجزاء حياته وهو قابل للعتق في ذلك الوقت لان الأصل فيما يثبت مستندا
انه يثبت للحال ثم يستند ألا ترى ان من باع مال الغير توقف على إجازة المالك عندكم فان هلك المال ثم أجاز المالك
لا تلحقه الإجازة لان الحكم يثبت عند الإجازة 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 أخطأ شريح وإن كان قاضيا فان زيد بن ثابت رضي الله عنه يقول إن
المكاتب إذا مات عن وفاء وعليه دين بدئ بالدين ثم بالكتابة فاختلف الصحابة رضي الله عنهم في الترتيب والميل
على اتفاقهم على بقاء عقد الكتابة بعد الموت فرواية قتادة تشير إلى اجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما قلنا ومثله
لا يكذب فلا يعتد بخلاف الشافعي لان المعنى في الحقيقة معلق بسلامة البدل للمولى اما صورة ومعنى بالاستيفاء
واما معنى الصورة بأخذ العوض أو الإبراء لا بصورة الأداء من المكاتب لان العتق يثبت من غير أداء أصلا بأخذ
المولى وبالإبراء وقد سلم البدل للمولى اما صورة ومعنى بالاستيفاء واما معنى لا صورة بالإبراء أما طريق الاستيفاء
فلان هذا عقد معاوضة بين المولى والمكاتب وحكمه في جانب المولى ملك البدل وسلامته وفي جانب المكاتب
سلامة رقبته بالحريه 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 أبرأه جاز الابراء ويعتق ولو أحال 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 والإجارة كما في الخلع
والاعتاق على مال الا أن الزوال لو ثبت ههنا للحال بقي الدين في ذمة المفلس
ويتكامل في الأداء فيتضرر به المولى
فيمتنع الناس عن الكتابة فشرع هذا العقد على خلاف موجب المعاوضات في ثبوت
السلامة وزوال المبدل عن
المولى الا بسلامة البدل 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 بأخذ الورثة فإذا أدى ذلك إلى المولى فقد وجد الشرط وهو سلامة البدل للمولى
فيسلم المبدل للمكاتب وهو
رقبته له وأما الابراء فهو انه لما بلغ آخر حياته يسقط عنه المطالبة بأداء البدل لعجزه
عن الأداء بنفسه وانتقل إلى المال
خلفا عن المطالبة عنه فيطالب به وصيه أو وارثه أو وصي القاضي 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 الأداء بل سلامة البدل صورة
ومعنى بالاستيفاء أو معنى
بالابراء وقد حصل ومن أصحابنا من قال إن العتق يثبت بعد الأداء 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 الأحرار لان
المكاتب يعتق في آخر جزء

من حياته ثم يموت فيموت حر فيرث منه أولاده الأحرار وكذلك أولاده الذين ولدوا في الكتابة لأنهم صاروا مكاتبين تبعوا له فإذا عتق هو في آخر حياته يعتقدون هم أيضا تبعوا له فإذا مات هو فقد مات حرا وهم أحرار فيرثونه وكذا أولاده الذين اشتراهم في الكتابة ووالداه لما قلنا وكذا ولده الذي كوتب معه كتابة واحدة لأنه عتق معه في آخر حياته فيرثه وأما ولده الذي كاتبه كتابة على حدة لا يرثه لأنه 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 تدبيره وغير ذلك وترك ولدا حرا أو ولدا ولد له في الكتابة من أمته يبدأ بدين الأجنبي ثم بدين المولى ثم بالكتابة والباقي ميراث بين سائر أولاده وبطلت وصاياه أما بطلان وصاياه فلوجهين أحدهما يخص التدبير والثاني يعم سائر الوصايا أما الأول فلأن المدبر يعتقد بموت السيد والمكاتب ليس من أهل الاعتاق وأما الثاني فلأنه إذا أدى عنه بعد الموت فإنه 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 الذي هو فعله فإذا لم يتسع الوقت له لا يمكن اثباته بخلاف الميراث لأن الملك ينتقل إلى الورثة من غير صنع العبد وإذا بطلت الوصايا بقيت الديون وأما ترتيب الديون فيبدأ بدين الأجنبي لأن الأصل في الديون المتعلقة بالتركة انه يبدأ بالأقوى فالأقوى كما في دين الصحة مع دين المرض ودين الأجنبي أقوى من دين المولى لأنه يبطل بالرق دين المولى ولا يبطل دين الأجنبي بل يباع فيه فيبدأ بدين الأجنبي ثم ينظر في بقية التركة فإن كان فيها وقاء بدين المولى وبالكتابة بدئ بدين المولى ثم بالكتابة لأن 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 لأنه لو بدئ بقضاء
دين المولى لبطل القضاء لأنه إذا قضى ذلك فقد صار عاجزا فيكون قد مات عاجز
فتبطل الكتابة فلم يصح
القضاء لأنه 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 لأولاده الأحرار من امرأة حرة ولأولاده المولودين في الكتابة
لأنهم عتقوا بعثقه في آخر
جزء من أجزاء حياته فيرثون كالأحر الأصل ولو مات وترك وفاء وعليه دين وجناية
ومكاتبة 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 بقي من المال فان
كن فيه وفاء بالكتابة فإنه يبدأ
بالجناية لأنه 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 لأنه لا حق لصاحب الجناية في مال العبد وإنما كان حقه في الرقبة وقد
فاتت الرقبة وهذا إذا كان
القاضي لم يقض بالجناية في حال حياته فإن كان القاضي قضى عليه بالجناية صار
حكمه حكم سائر الديون وأما المهر فإن كان
تزوج نكاحا صحيحا بإذن المولى فحكمه حكم سائر الديون وإن كان النكاح بغير اذن
المولى لا يجب للمرأة شيء ما لم
يقضى سائر الديون والجناية والكتابة فان فضل شيء يصرف إلى المهر لان في النكاح
الفساد إنما يتبع بالمهر بعد
العناق لأنه يصح في حق المولى فإذا زال حق المولى فحينئذ يؤخذ به فان أدبت كتابته
وحكم بحريته وحرية أولاده
صار الباقي ميراثا لأولاده كلهم لأنهم عتقوا بعثقه وكذلك إن كان الابن مكاتبا معه
لأنهم عتقوا في زمان واحد وان
كاتب الابن مكاتبة على حدة لا يرث منه لأنه لا يعتق بعثقه 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

مولاه فولدت منه ثم اشتراها المكاتب وولدها أو المكاتبه ولدت من غير مولاه فإنه يسعى في الكتابة على نجوم أبيه لا يبطل الأجل لأنه إذا مات لا عن وفاء فقد مات عاجزا فقام الولد مقامه كأنه حي ولو كان حيا حقيقة لكان يسعى على نجومه فكذا ولد بخلاف ما إذا مات عن وفاء لأنه مات قادرا فيؤدى بدل الكتابة للحال ولا يؤخر إلى أجله بل يبطل الأجل لان موت من عليه الدين يبطل الأجل في الأصل كما في سائر الديون وليس ههنا أحد يقوم مقامه حتى يجعل كأنه حي وإذا أدى السعاية عتق أبوه وهو وأما ولده المشتري في الكتابة فإنه 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 وإنما 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 اظهار ذلك في الحكم ترتيبا للأحكام على مراتب الحجج في القوة والضعف وذكر القاضي في شرح الكافي الخلاف في المسألة وجعل ما ذكرنا قول أبي حنيفة وأما على قولهما فالولد المشتري الولد المولود سواء وجه قولهما ان التكاتب على الولد المولود لمكان التبعية وهي موجودة في المشتري وجواب أبي حنيفة عن هذا ان معنى التبعية في المولد أقوى منه في المشتري فلا يصح القياس ولو مات من غير وفاء وترك الديون التي ذكرنا فالخيار في ذلك إلى الولد يبدأ باي ذلك شاء لان المكاتب إذا لم يترك وفاء صار التدبير إلى الولد لأنه يقضى من كسبه فيبدأ باي 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 فإن لم يكن معها ولد بيعت
في المكاتب وإن كان معها ولد استسعت فيها على الأجل الذي كان للمكاتب صغيرا
كان ولدها أم كبيرا بناء على
أن المكاتب إذا اشترى أم ولد وليس معها ولد فإنها لا تدخل في مكاتبته وكان له أن
يبيعها عند أبي حنيفة وكذا
الموالاته عندهما تدخل في مكاتبته فكذلك بعد موته تكون بمنزلته لما دخلت في
الكتابة وإذا كان معها فإنها
تتبع ولدها في الكتابة عند أبي حنيفة ولا يجوز بيعها فكذا بعد الموت إذا كان معها
ولد ولده في الكتابة يصير
كأنه قائم لان الابن قام مقامه ولي قولهما لا فرق بين وجود الولد وعدمه وجه قولهما
انها إنما تسعى لان عتاق
الاستيلاء بمنزلة عتاق النسب فلا يبطل بموت الولد فكان حالها بعد موت الولد وقبله
واحدا ولأبي حنيفة انه
لا وراثة بينه وبينها وإنما دلت في كتابته لكتابة ولدها تبعا فإذا مات الولد بطلت
كتابتها لأنه كتابة الولد
بطلت بموته فيبطل ما كان تبعا له والله عز وجل أعلم ولو ولدت المكاتبه ولد واشترت
ولدا ثم ماتت سعيا في
الكتابة على النجوم والذي يلي الأداء 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 ألا ترى ان محمدا ذكر في الأصل فان قلت فلا يجب على الاخر شيء من
السعاية قال لأنها لو لم تدع غيره
بيع الا أن يؤدي الكتابة عاجلا وإنما قلنا الذي يلي الأداء هو الولد المولود في الكتابة
لما ذكرنا ان الولد
المشتري لا يقوم مقام المكاتب على الاتفاق أو على أصل أبي حنيفة والمكاتبه ولو
كاتب حية لكانت تملك كسب
ولدها المشتري فكذا الذي يقوم مقامها وان سعى المشتري فادى الكتابة لم يرجع على
أخيه بشيء لأنه 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
المشترى بشئ من هذا المعنى وقال

بعضهم هذا إذا أدى المولود في الكتابة من مال تركته الام فاما إذا أدى من كسب اكتسبه بنفسه فإنه يرجع بنصفه على المشتري ولم يذكر في الأصل حكم المولود في الكتابة وإنما ذكر حكم المشتري انه إذا أدى لا يرجع ولو اكتسب هذا الابن المشتري كسبا كان لأخيه أن يأخذه ويستعين به في كتابته لما ذكرنا ان الولد المولود قائم مقام الام وهي 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 أمره القاضي أن يؤجر نفسه أو أمر أخاه أن يؤجره ويستعين باجره على أداء الكتابة كان ذلك جائزا لأنه بمنزلتها وما اكتسب الولد المولود في الكتابة بعد موت أمه قبل الأداء فهو له خاصة لأنه داخل في كتابة الام وقائم مقامها فما اكتسبه يكون له وما يكتسب أخوه حسب من التركة فتقضى منه المكاتبه والباقي 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 أنه 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 بأولى من الآخر والله عز وجل الموفق وأما الفاسد وهي التي فاتها شيء من شرائط الصحة وهي ما ذكرنا فيما تقدم فلا يثبت بها شيء من الأحكام المتعلقة بما قبل الأداء لان الكتابة الفاسدة لا توجب زوال شيء مما كان للمالك عنه إلى المكاتب فكان الحال بعد العقد كالحال قبله وأما الحكم المتعلق بالأداء 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 الأصل أن يكون الشيء مضمونا بالمثل

والقيمة هي المثل لأنها مقدار ماليته
وإنما المصير إلى المسمى عند صحة التسمية تحرزا عن الفساد لجهالة القيمة فإذا
فسدت فلا معنى للتحرز فوجب الرجوع
إلى الأصل 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 الأداء في
حياة المولى أو بعد موته إلى ورثته استحسانا والقياس ان لا يعتق بالأداء إلى الورثة وجه
القياس أن العتق في الكتابة
الفاصلة يقع من طريق التعليق بالشرط لان في الكتابة معنى المعاوضة ومعنى اليمين فإذا
فسدت بطل معنى المعاوضة
فبقي معنى اليمين واليمين تبطل بموت الحالف ولان الكتابة الفاسدة لا توجب زوال
ملك المولى وإذا بقي ملكه فإذا
مات قبل الأداء انتقل إلى ورثته فلا يعتق بالأداء 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 إن ملك المولى لا يزول في الكتابة الفاسدة فنعم لكن قبل قبض
البطل فاما بعد القبض فإنه يزول
ذلك عند الأداء ولو كاتب أمته كتابة فاسدة فولدت ولدا ثم أدت عتقت وعتق ولدها
معها لما ذكرنا ان الكتابة
الفاصلة تعمل عمل الصحيح عند اتصال القبض به والأولاد 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

ورثته تعتق استحسانا والقياس أن لا تعتق وأما الباطلة وهي التي فاتها شرط من شرائط
الانعقاد فلا يثبت بها شيء من
الأحكام لان التصرف الباطل لا وجود له الا من حيث الصورة كالبيع الباطل لا وجود
له الا من حيث الصورة كالبيع الباطل ونحوه فلا يعتق بالأداء الا إذا نص
على التعليق بان قال إن أديت إلى ألفا فأنت حر فادى يعتق لكن بالمكاتبة بل بالتعليق
بالشرط ولا يلزمه شيء كما في
التعليق بسائر الشروط
(فصل) وأما بيان ما تنفسخ به الكتابة فإنها تنفسخ بالإقالة لأنها من التصرفات المحتملة
للفسخ لكون المعاوضة
فيها أصلا فتجوز اقلتها كسائر المعاوضات وكذا تنفسخ بفسخ العبد من غير رضا
المولى بأن يقول فسخت
المكاتبة أو كسرتها سواء كانت فاسدة أو صحيحة لما ذكرنا انها وإن كانت صحيحة
فإنها غير لازمة في جانب
العبد نظرا له فيملك الفسخ من غير رضا المولى والمولى لا يملك الفسخ من غير رضا
المكاتب لأنها عقد لازم في
جانبه وهل تنفسخ بالموت أما بموت المولى فلا تنفسخ بالاجماع لأنه إن 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 المعتق بعد موته لما نذكر في كتاب الولاء إن 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 لأنه عتق
باعثاقهم فكان ماله ميراثا بينهم إذ الولاء يورث به إن كان لا يورث نفسه واما بموت
المكاتب فينظر ان مات عن وفاء
لا ينفسخ عندنا خلافا للشافعي وان مات لا عن وفاء ينفسخ بالاجماع لأنه مات عاجزا
فلا فائدة في بقاء العقد فينفسخ
ضرورة ولا ينفسخ بردة المولى بان كاتب مسلم عبده ثم ارتد للمولى لأنها لا تبطل
بموت المولى حقيقة فبموته حكما أولى ان
لا ينفسخ ولهذا لا تبطل سائر عقوده 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 أبي حنيفة إذا لم يعلم ذلك الا بقوله بناء على أن تصرفات المرتد نافذة عنده بل هي موقوفة وان علم ذلك بشهادة الشهود جاز قبضه وكذا يجوز للمرتد أخذ الدين بشهادة الشهود في كل ما وليه من التصرفات كذا ذكر في الأصل 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 لأنه إنما يملك لكونه من حقوق هذا العقد وحقوق هذا العقد وهو المكاتب لا يتعلق بالعقد فلا يملك القبض بخلاف البيع وأما على أصلهما فإقراره بالقبض جائز لان تصرفاته نافذة عندهما فإن لم يقبض شيئاً حتى لحق بدار الحرب فجعل القاضي ماله ميراثاً بين ورثته فأخذوا الكتابة ثم رجع مسلماً فولاء 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 بأعيانها لان الوارث إنما قبض بتسليط المورث فصار بمنزلة الوكيل والله عز وجل أعلم (كتاب الولاء)

الولاء نوعان ولاء عتاقة وولاء مولاة أما ولاء العتاقة فلا خلاف في ثبوته شرعاً عرفنا ذلك بالسنة واجماع الأمة والمعقول أما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وهذا نص روى أن رجلاً اشترى عبداً فأعتقه فجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انى اشتريت هذا فأعتقته فقال صلى الله عليه وسلم هو أخوك ومولاك فان شكرك فهو خير له وشر لك وإن كفرك فهو خير لك وشر له وان مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصبته والاستدلال به من وجهين أحدهما انه جعله عصبة إذا لم يترك وارثاً آخر والثاني انه صلى الله عليه وسلم جعل المعتق مولى المعتق بقوله صلى الله عليه وسلم هو أخوك ومولاك ولا يكون مولاه الا وأن يكون ولاؤه له

ونظير هذا الاستدلال استدلالنا بقوله عز وجل والله خلقكم وما تعملون على تقدير تسليم إرادة 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 عز وجل 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 وشرك لك لأنه قد وصل إليه شئ من العوض فأوجب ذلك نقصانا في الثواب لأنه يصير كأنه أعتقه على عوض فكان ثوابه أقل ممن أعتق ولم يصل إليه على اعتاقه عوض دنيوي أصلا ورأسا وقوله صلى الله عليه وسلم وان كفرك فهو خير لك لان اعتاقه إذا خلى عن عوض دنيوي يتكامل ثوابه في الآخرة وقوله صلى الله عليه وسلم وشرك له لان شكر النعمة واجب عقلا وشرعا فإذا لم يشكره فقد ترك الواجب فكان شرا له وروى أن معتق بنت حمزة رضي الله عنه مات وترك بنتا فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته والنصف لابنة حمزة وروى عن عمر رضي الله عنه وعلى وعبد الله بن مسعود وأبي بن كعب وزيد بن ثابت وأبي مسعود الأنصاري وأسامة ابن زيد رضي الله عنهم انهم قالوا الولاء للكبير فاتفق هؤلاء النجباء من الصحابة رضي 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 وسيأتي تفسير هذا الحديث في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى وأما الاجماع فان الأمة أجمعت على ثبوت هذا الولاء واما المعقول فمن وجوه أحدها ان الاعتاق انعام إذ المعتق أنعم على المعتق بإيصاله إلى شرف الحرية ولهذا سمي المولى الأسفل مولى النعمة في عرف الشرع وكذا سماه الله تعالى انعاما فقال عز وجل في زيد مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم وإذ تقول للذي 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 والثاني

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 كالايلاد من حيث المعنى لان كل واحد منهما احياء معنى فان المعتق سبب لحياة المعتق

باكتساب سبب الأهلية والمالكية والولاية التي يمتاز بها الآدمي عن البهائم كما أن الأب سبب حياة الولد

باكتساب سبب وجوده عادة وهو الايلاد ثم الايلاد سبب لثبوت النسب فالاعتاق يكون سببا لثبوت الولاء

كالايلااد وهذا معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمه النسب والله عز وجل أعلم فبعد هذا يقع الكلام في مواضع في بيان سبب ثبوته وفي بيان شرائط الثبوت وفي بيان صفة الثابت وكيفيةه 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 والاعتاق 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 للآمر لان العتق يقع عنه ولو قال لآخر أعتق عبدك عنى ألف درهم فأعتق فالولاء للآمر

لان العتق يقع عنه استحسانا والقياس أن 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

للمأمور فكان العتق عنه ولنا ان الامر بالفعل أمر بما لا وجود للفعل بدونه 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 بتمليكك منه بذلك البدل ثم باعتاقه عنه تصحيحا لتصرفه
كأنه صرح بذلك فقال بعه منى وأعتقه عنى ففعل ولو قال أعتق عبدك عنى ولم يذكر البدل فاعتق فالولاء
للمأمور في قول أبي حنيفة ومحمد لان العتق عنه وعند أبي يوسف هذا والأول سواء وجه قوله على نحو ما
ذكرنا في المسألة الأولى ولهما الفرق بين المسئلتين وهو انه في المسألة الأولى أمكن اثبات الملك للأمر
بالبدل المذكور بمقتضى الامر بالاعتاق لان الملك في البيع الصحيح لا يقف على القبض بل يثبت بنفس
العقد فصار المأمور بئعا عبده منه بالبدل المذكور ثم معتقا عنه بأمره وتوكيله وأما في المسألة الثانية
فلا يمكن اثبات الملك بالتمليك الثابت بطريق الاقتضاء لان التملك من غير عوض يكون هبة والملك في باب الهبة
لا يثبت بدون القبض فإذا أعتق فقد أعتق ملك نفسه لا ملك الامر فيقع عن نفسه فكان الولاية له فهو الفرق ولو قال
أعتق عبدك ولم يقل شئ آخر فأعتق فالولاء للمأمور لان العتق عنه لأنه عتق عن نفسه لان عن 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 لأنه لم يطلب اعتاق العبد لنفسه وإنما طلب اعتاق العبد
للعبد وهو فضولي فيه فإذا عتق المالك توقف اعتاقه على إجازة العبد كما إذا قال لغيره بع عبدك هذا من فلان على ألف
درهم فباعه أنه يتوقف على إجازة 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

مسلمًا والآخر كافرًا لوجود
السبب ولعموم الحديث حتى لو أعتق مسلم ذمياً أو ذمي مسلماً فولاء المعتق منهم
للمعتق لما قلنا إلا أنه لا يرثه لانعدام
شرط الإرث وهو اتحاد الملة قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يتوارث أهل ملتين بشيء
وقال صلى الله عليه وسلم
لا يرث المؤمن الكافر ولا الكافر المؤمن ويجوز أن يكون الولاء ثابتاً لإنسان ولا يرث
به لانعدام شرط الإرث به على
ما نذكر حتى لو أسلم الذمي منهما قبل موت المعتق ثم مات المعتق يرث به لتحقق
الشرط وكذا لو كان للذمي الذي هو
معتق العبد المسلم عصابة من المسلمين بأن كان له عم مسلم أو ابن عم مسلم فإنه يرث
الولاء لأن الذمي يجعل بمنزلة الميت
وان لم يكن له عصابة من المسلمين يرد إلى بيت المال ولو كان عبد مسلم بين مسلم
وذمي فأعتقه ثم مات العبد فنصف
ولائه للمسلم لأن المسلم يرث المسلم والنصف الآخر لأقرب عصابة الذمي من
المسلمين إن كان له عصابة مسلم وان لم
يكن يرد إلى بيت المال ولو أعتق حربي عبده الحربي في دار الحرب لم يصير بذلك
مولاه حتى لو خرجا إلى دار الإسلام
مسلمين لا ولاء له وهذا قول أبي حنيفة ومحمد لأنه لا يعتق عندهما لأنه لا يعتق
بكلام الاعتاق وإنما يعتق بالتخلية
والعتق الثابت بالتخلية لا يوجب الولاء وعند أبي يوسف يصير مولاه ويكون له ولاؤه
لأن اعتاقه بالقول قد صح في
دار الحرب وكذلك لو دبره في دار الحرب فهو على هذا الاختلاف ولا خلاف في أن
استيلائه 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 عبداً له مسلماً أو ذمياً في دار الحرب فولأؤه له لأن اعتاقه جائز بالاجماع وان
أعتق عبداً له حريباً في دار الحرب
لا يصير مولاه عند أبي حنيفة لأنه لا يعتق بالقول وإنما يعتق بالتخلية وعند أبي يوسف
يصير مولاه لثبوت العتق
بالقول وقول محمد فيه مضطرب حتى لو أسلم العبد في دار الحرب وخرجاً مسلمين
إلى دار الإسلام فلا ولاء لمعتق
على المعتق وللمعتق أن يوالي من شاء عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يرث المعتق من
المعتق وله ولاؤه إذا خرجا

مسلمين وان سبى العبد المعتق كان مملوكا للذي سباه في قولهم جميعا ولا يخلو اما
أن يكون مملوكا أو حرا فإن كان مملوكا

كان محلا للاستيلاء والتملك وكذا إن كان حرا لان الحربي 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 أن أيهما مات ولم يترك
عصبة من النسب ورثه صاحبه
لوجود سبب الإرث 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 الذي 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 الذي
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 فالثبوت الولاية شرائط بعضها يعم
ولاء العتاقة وولاء ولد
العتاقة وبعضها يخص ولاء ولد العتاقة فأما الذي يعمهما جميعا فهو أن لا يكون للعبد
المعتق أو لولده عصبة من جهة
النسب فإن كان لا يرثه المعتق لأنه يرثه من طريق التعصيب وفي العصبات يعتبر الأقوى
فالأقوى ولا شك ان
العصبة من جهة النسب أقوى فكان أولى وهذا لان الولاء وإن كان لحمة كلحمة
النسب كما نطق به الحديث لكنه
لا يكون مثل حقيقة النسب فكان اعتبار حقيقة النسب أولى فإن لم يكن له عصبة من
جهة النسب وله أصحاب
الفرائض أو ذوو الأرحام فحكمه يذكر في موضعين إن شاء الله تعالى وأما الذي يخص
ولد العتاقة فمنها أن تكون
الام معتقة فإن كانت مملوكة فلا ولاء لاحد عليه ما دام مملوكا سواء كان الأب حرا
أو مملوكا لان الولد يتبع الام في
الرق والحرية فكان مملوكا لمولى أمه فلا يتصور الولاء ومنها أن لا تكون الام حرة
أصلية فإن كانت فلا ولاء
لاحد على ولدها وإن كان الأب معتقا لما ذكرنا ان الولد يتبع الام في الرق والحرية

ولا ولاء لاحد على أمه فلا ولاء
على ولدها فإن كانت الام معتقة والأب معتق فالولد يتبع الأب في الولاة ويكون ولاؤه
لمولى الأب لا لمولى الام
لان الولاة كالنسب والأصل في النسب هو الأب ومنها أن لا يكون الأب عربيا فإن
كان الأب عربيا والام مولاة
لقوم فالولد تابع للأب ولا ولاء عليه لان الولاة أثر من آثار الرق ولا رق على عربي ولو
كان الأب نبطيا وهو حر
مسلم لم يعتق وله ولاء مولاة أو لم يكن فالولد يتبع الام في ولاء العتاقة عند أبي حنيفة
ومحمد وعند أبي يوسف يكون
تبعاً للأب كما في العربي (وجه) قول أبي يوسف ان النسب يشبه النسب والنسب إلى
الآباء وإن كان أضعف ألا
ترى ان الام لو كانت من العرب والأب من الموالي فالولد يكون تابعا لقوم الأب ولهما
ان ولاء الام لمواليها لأجل
النصرة فيثبت للولد هذه النصره ولا نصره له من جهة الأب لان من سوى العرب لا
يتناصرون بالقبائل فصار كمعتقة
تزوجت عبدا فيكون ولاء أولادها لمواليها ومنها أن لا يكون للأب مولى عربي فإن
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 فإن كان لا يكون
ولاؤه لموالي الأب ولا لموالي الام بل يكون لمن أعتقه لأنه إذا أعتق صار له ولاء نفسه
لقوله صلى الله عليه وسلم الولاة
لمن أعتق فلا يكون تبعاً لغيره في الولاة وبيان هذا الأصل يذكر في بيان صفة الولاة
وأما صفته فله صفات منها ان
الإرث به عند وجود سبب ثبوته وشرطه من طريق التعصيب ومعنى هذا الكلام ان
المعتق إنما يرث بالولاة مال
المعتق بطريق العصوبة ويكون المعتق آخر عصابات المعتق مقدما على ذوي الأرحام
وعلى أصحابنا الفرائض في
استحقاق ما فضل من سهامهم حتى أنه لو لم يكن للمعتق وارث أصلا أو كان له ذو
الرحم كان الولاة للمعتق وإن كان له
أصحاب الفرائض فإنه يعطى فرائضهم أولا فان فضل شيء يعطى المعتق والا فلا شيء له
ولا يرد الفضل على أصحاب
الفرائض وإن كانوا ممن يحتمل الرد عليه وهذا قول عامة العلماء وهو قول علي وابن
عباس وزيد رضي الله عنهم وروى

عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنه لا يرث بطريق التعصيب وهو مؤخر
عن أصحاب الفرائض في

استحقاق الفاضل وعن ذوي الأرحام أيضا واحتجوا بظاهر قوله تعالى وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فظاهره يقتضى أن يكون ذو الرحم أولى من المعتق (وجه) قول الأولين ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه جعل ولاء مولى بنت حمزة رضي الله عنه بينها وبين بنت معتقها نصفين فقد أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم بنت حمزة رضي الله عنه مقام العصبات حيث جعل النصف الآخر لها ولم يأمر برده على بنت المعتق ولو كان الامر كما زعموا لأمر صلى الله عليه وسلم بالرد كما في سائر المواريث إذا لم يكن هناك عصبية وقال صلى الله عليه وسلم ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلاولى رجل ذكر وأولى رجل ذكر ههنا هو المولى وروى فلاولى عصبية ذكر وهو المولى ههنا وأما الآية الكريمة فقال بعضهم في تأويلها أي ذوو الأرحام من العصبية بعضهم أولى ببعض أي الأقرب من ذوي الأرحام من العصبات بعضهم أولى ببعض من الأبعد كالابن مع ابن الابن والأخ لأب وأم مع الأخ لأب ونحو ذلك وإذا عرف هذا الأصل فبيانه في مسائل إذا مات المعتق وترك أما ومولى فللأم الثلث والباقي للمولى عند الأولين لأنه عصبية وعند الآخرين الثلث للام بالفرض والباقي ردا عليها أيضا وان ترك بنتا ومولى فللبنت فرضها وهو النصف والباقي للمولى عند الأولين لأنه عصبية وعند الآخرين النصف للبنت بالفرض والباقي ردا عليها ولو ترك ثلاث أخوات متفرقات وأما وترك مولاه فللأخت للأب والام النصف وللأخت للأب السدس تكملة الثلثين وللأخت للأم السدس وللأم السدس فقد استغرقت سهامهم الميراث فلم يبق شئ للمولى وان ترك امرأة ومولى فللمرأة فرضها وهو الربع والباقي للمولى بلا خلاف وكذا إذا كان المعتق أمة فتركت زوجها ومولى فللزوجة فرضه وهو النصف والباقي للمولى أما على قول الأولين فلان المولى عصبية فكان الباقي له وأما على قول الآخرين فلانه لا سبيل إلى الرد إذ لا يرد على الزوج والزوجة فان ترك المعتق عمه وخالة ومولاه فالمال للمولى في قول الأولين لأنه آخر العصبات يقدم على ذوي الأرحام وفي قول

الآخرين للعممة الثلثان وللخاله
الثلث لتقدم ذوي الأرحام عليه وقس على هذا نظائره وعلى هذا يخرج ما إذا اشترت
المرأة عبدا فأعتقته ثم مات العبد
المعتق وترك ابنته فللابنة النصف وما بقي فمولاته لأنها عصبه وهذا قول الأولين وأما
على قول الآخرين فالباقي
يرد عليها بالقرابة وإذا اشترت أباها فعتق ثم مات الأب وليس له عصبه فلابنته النصف
بالنسب وما بقي فلابنته أيضا
بحق الولاء بالرد لأنها عصبه الأب في الولاء وعلى قول الآخرين ما بقي يرد عليها
بالقرابة فإن كان الأب أعتق عبدا
قبل أن يموت ثم مات الأب ثم مات العبد المعتق ولم يترك عصبه فإنها ترثه لأنه 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 أختان لأب وأم أباهما ثم مات الأب ولم يترك عصبه وترك ابنتيه
هاتين فللابنتين الثلثان بالنسب
وما بقي فلهم أيضا بلا خلاف ولكن عند الأولين بطريق العصبوبة لأنهما عصبه وعند
الآخرين بطريق الرد
وان اشترت إحداهما أباهما ثم مات الأب ولم يترك عصبه وترك ابنتيه هاتين فللابنتين
الثلثان بالنسب وللتي
اشترت الأب الثلث والباقي خاصة بالولاء في قول الأولين لأنها عصبه وفي قول
الآخرين الباقي يرد عليهما نصفين
فان اشترتا أباهما ثم إن إحداهما والأب اشترتا أبا لهما من الأب ثم مات الأب فان
المال بين الابنتين وبين الابن
لذكر مثل حظ الأنثيين لأنه مات حرا عن ابن حر وعن ابنتين حرتين فكان الميراث
لهم بالقرابة فلا عبرة للولاء في
ذلك فان مات الابن بعد ذلك فلاختيه الثلثان بالنسب والثلث الباقي نصفه للتي اشترته
مع الأب خاصة لان لها نصف
ولاء الأخ لأنه عتق بشرائها وشراء الأب فكان ولاؤه بينها وما بقي فبينهما نصفان
لأنهما مشتركتان في ولاء
الأب فصار حصة الأب بينهما نصفين وهو سدس جميع المال وتخرج المسألة من اثنتي
عشر للأختين الثلثان لكل
واحدة منهما أربعة أسهم ونصف ثلث الباقي وذلك سهمان للتي اشترته مع الأب
بالولاء ونصف الثلث بينها نصفان

بولاء الأب لكل واحدة منهما سهم فصار للتي اشترته سبعة أسهم وللأخرى خمسة أسهم وهذا على قياس قول علي

وابن عباس وزيد رضي الله عنهم وأما على قياس قول عمر وابن مسعود رضي الله
عنهما إذا مات الابن بعد موت
الأب فلاختيه الثلثان بالنسب كما قالوا والثلث الباقي يرد عليهما فان اشترت إحداهما
الأب واشترت الأخرى
والأب أختا لهما ثم مات الأب فالمال بين الابن والابنتين للذكر مثل حظ الأنثيين لما
قلنا فان مات الأخ بعد ذلك
فالأختين الثلثان بالنسب ونصف الثلث الباقي للتي اشترت الأخ مع الأب وما بقي فهو
لتي اشترت الأب خاصة فيصير
المال بينهما نصفين وهذا على قول علي وابن عباس وزين رضي الله عنهم وأما على
قول عمر وابن مسعود رضي الله عنه
ما فالثلث الباقي يرد عليهما والله عز وجل الموفق ومنها انه لا يورث من المعتق بعد
موته ولا يكون سبيله سبيل
الميراث وإنما يستحقه عصة المعتق بنفسها وهم الذكور من عصبته لا الإناث ولا
الذكور من أصحاب الفرائض
والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لحمه ك لحمه النسب لا يباع ولا
يوهب ولا يورث أي لا يورث من
المعتق لاجتماعنا على أنه يورث من المعتق ولان الولاء لما كان سببه النسب ثم النسب
لا يورث نفسه وإن كان يورث
به فكذا الولاء وروينا عن النجباء السبعة رضي الله عنهم أنهم قالوا بلفظ واحد الولاء
للكبير فالظاهر هو
السماع فإن لم يكن فقد ظهرت الفتوى بينهم ولم يظهر لهم فيها مخالف فيكون
اجماعا ومعين قولهم الولاء للكبير أي
للأقرب وهو أقرب العصة إلى المعتق يقال فلان أكبر قومه إذا كان أقربهم إلى الأصل
الذي ينسبون إليه وإنما
شرطنا الذكورة في هذه العصوبة لان الأصل في العصة هم الذكور إذ العصة عبارة عن
الشدّة والقوة قال الله تبارك
وتعالى خيرا عن بنى يعقوب عليهم الصلاة والسلام وإذ قالوا ليوסף واخوه أحب إلى
أبينا منا ونحن عصة أي
جماعة أقوىاء أشداء قادرين على النفع والدفع وهذا قول عامة العلماء وعن إبراهيم
النخعي وشريح ان الولاء يجرى
مجرى المال فيورث من المعتق كما يورث سائر أمواله الا أنه إنما 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 رضي الله عنهم انهم 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 عصابة المعتق يوم موت المعتق
أحرز الولاء أيضا بدليل ان المرأة تحرز المال ولا تحرز الولاء بالاجماع فعلم أن المراد
منع العصابات وبه نقول
ولان في الحمل على ما قلنا عملا بالدلائل بقدر الامكان فهو أولى ثم بيان هذا في
الأصل 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 لأنه الأكبر إذ هو أقرب عصابات المعتق بنفسها والأصل انه يعتبر كون المستحق
عصابة يوم موت المعتق لا يوم
موت المعتق ويعتبر له الكبر من حيث القرب لا من حيث السن ألا ترى ان الابن قد
يكون أكبر سنا من عمه الذي
هو ابن المعتق وهذا على قول عامة العلماء وأما على قول إبراهيم وشريح فالمال بين
ابن المعتق وبين ابن ابنه نصفين
لأنه يجري مجرى الميراث عندهما فكما مات المعتق فقد ورثاه جميعا فانتقل الولاء
إليهما 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 الأول نصفين بلا خلاف أما على قول عامة العلماء فلاستوائهما في العصابة
وأما على قول إبراهيم
النخعي وشريح فلانتقال نصيب كل واحد منهما إلى ولده ولو كان الأول حين مات
ترك ابنين ثم مات الباقي وترك
ابنا واحدا ثم مات المعتق فالولاء بين ابن هذا وابني الأول يكون ثلاثا عندنا لاستواء
الكل في العصابة وعندهما
الولاء بينهما نصفين النصف لابن هذا والنصف الآخر بين ابني الأول نصفين لأنهما
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

عامۃ العلماء لاسواءئهم فف العصوبة والقرب من المعفق وعلى قول إبراهفم وشرفح المال
بفنفم أألاأا أأا لا بن

الابن الواحد والثالث الآخر بين الخمسة بنى الابن والثالث الاخر بين العشرة بنى الابن
فتصح فريضتهم 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 الذي هو شريك أبيه خاصة لأنه شريكه في الاعتاق
والنصف الباقي بينهما نصفان
لان ذلك حصة أبيه فيكون بينهما بالسوية فيصير الولاء بينهما على أربعة أسهم ثلاثة
أرباعه للابن الذي كان شريك
أبيه والربع للآخر فان مات شريك أبيه قبل العبد وترك ابنا ثم مات العبد المعتق فلابن
الابن نصف الولاء الذي
كان لأبيه خاصة والنصف الآخر للابن وحده لأنه الكبر من عصبة الأب 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 أثلاثا لكل واحد منهم الثلث فيصير لابن
شريك أبيه الثلثان ويصير
لابني عمه الثلث لكل واحد منهما السدس فان مات المعتق وترك ابنا وأبا ثم مات العبد
المعتق فالولاء للابن وابن
الابن وان سفل لا للأب في قول أبي حنيفة ومحمد وعامة الفقهاء وعند أبي يوسف
سدسا الولاء للأب والباقي للابن
وهو قول إبراهيم النخعي وشريح وهذا على أصلهما صحيح لأنهما ينزلان الولاء منزلة
الميراث والحكم في الميراث هذا
وإنما المشكل قول أبي يوسف لأنه لا يحل ما يتركه المعتق بعد موته محل الإرث بل
يجعله العصبة المعتق بنفسها والأب
لا عسوبة له مع الابن بل هو صاحب فريضة كما في ميراث المال فكان الابن هو
عصبة فكان الولاء له فان مات
المعتق وترك أبا وثلاثة اخوة متفرقين أحا لأب وأم وأخا لأب وأخا لأم ثم مات العبد
العتق فالولاء للأب خاصة
لأنه العصبة فان مات الأب ثم مات العبد المعتق فالولاء للأخ من الأب والام لأنه أقرب
العصبات إلى المعتق
فان مات الأخ من الأب والام وترك ابنا فان الولاء يرجع إلى الأخ لأب لأنه الكبر فان

مات الأخ من الأب وترك
ابنا فان الولاء يرجع إلى ابن الأخ للأب والام لأنه أقرب فان مات ابن الأخ من الأب
والام وترك ابنا فان
الولاء يرجع إلى ابن الأخ من الأب لأنه أقرب فان مات ابن الأخ من الأب وترك ابنا
فان الولاء يرجع إلى ابن
ابن الأخ من الأب والام لأنه أقرب ولا يرث الأخ من الام ولا أحد من ذوي الأرحام
شيئا من الولاء لما بينا فيما تقدم
ولو مات المعتق وترك جده أبا أبيه وأخاه لأبيه وأمه أو لأبيه فالولاء للجد لا للأخ في
قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف
ومحمد الولاء بين الجد والأخ نصفين بناء على أنه لا ميراث للأخ مع الجد عنده
وعندهما يورثان الأخ مع الجد بالتعصيب
فان مات المعتق وترك ابنا وبناتا ثم مات العبد المعتق فالولاء للابن لا للبنت لان الابن
هو العصبه بنفسه لا البنت
ولقول النبي صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن
أو كاتبين أو كاتب من كاتبين ولم
يوجد ههنا المستثنى فبقي استحقاها الولاء على أصل النفي وجمله الكلام فيه ان النساء
لا يرثن بالولاء الا ما أعتقن أو أعتق
من أعتقن أو كاتبين أو كاتب من كاتبين أو دبرن أو دبرن وأولادهم وأولاد
أولادهم وان سلفوا إذا كانوا من امرأة
معتقة أو ما جر معتقهن من الولاء إليهن وبيان هذه الجملة امرأة أعتقت 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 أعتق ومن تعم الذكر والأنثى فلو أن معتقها أعتق عبدا له ثم
مات العبد الأسفل ولم
يترك وارثا فولأؤه لمولاه الذي أعتقه ولا يرث مولاه منه شيئا لأنه معتق مولاه وليس
بمعتقها حقيقة بل معتق معتقها
فكان اثبات الولاء للمعتق حقيقة أولى فان مات العبد الاعلى ولم يترك عصبه ثم مات
العبد الأسفل فولأؤه للمرأة
المعتقة لأنه معتق معتقها فيدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم أو أعتق من أعتقن ولو
ترك العبد الاعلى عصبه فماله
لعصبته لما ذكرنا ان شرط الإرث بالولاء ان لا يكون للمعتق عصبه من النسب وكذلك
لو أن المعتق الثاني أعتق

ثالثا والثالث أعتق رابعا فميراثهم كلهم إذا ماتوا لها إذا لم يخلف من مات منهم مولى
أقرب إليه منها ولا عصبه 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 الأسفل أولا فعتق كان ولاؤه لها لان الاعلى ليس من أهل الولاء لأنه عبد مملوك بعد وكذا إذا أديا 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 أولادها وولاء أولاد أولادهم الذين ولدوا من امرأة معتقة يكون لها لان ولاءهم يثبت لأبائهم وولاء آبائهم لها كذا ولاء أولادهم امرأة زوجت عبدها بمولاة قوم فولدت ولدا فولاء 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 لأبيه فإن لم يكن له أب فإن كان مات فولأؤه للمرأة التي أعتقت أباه هذا تفسير جر موالي النساء الولاء إليهن والله عز وجل أعلم امرأة أعتقت عبدا لها ثم ماتت ثم مات العبد المعتق فولاء معتقها لولدها الذكور إن كانوا من عصبتها وعقله عليهم أيضا بلا خلاف وإن كانوا من غير عصبتها فولاء 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 وانه لا يورث وكذلك ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال يرجع الولاء إلى عصبتها إذا انقطع ولدها الذكور وهو قول عامة العلماء وإذا لم يكن لها عصبة من نسب وكان لها موالي اعتقوها فالولاء لمواليها وكان شريح يجعل الولاء بعد بنيتها لعصبة البنين دون عصبتها لأنه يجعل الولاء ميراثا كالمال وبيان هذه الجملة امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها وأخا لها ثم مات العبد المعتق فماله لابنها لا لأخيها بلا خلاف فان مات ابنها وترك اخاله وأباه فان الولاء للخال دون الأب لان الخال أخ

المعتقة وهو عصبتها والأب
لا قرابة بينه وبين المعتقة وعلى قول شريح الولاء الذي للأخ ينبغي أن يكون للأب لا
للخال لان الأب عصة
الابن وكذلك إذا مات الابن وترك أخوا لأب أو عما أو جدا من قبل أبيه أو ترك ابني عم
أو ترك موالي أبيه
فهذا كله سواء والولاء يرجع إلى عصة الام الأقرب منهم فالأقرب إن كان لها بنو عم
يرجع إليهم وان لم يكن
وكان لها موالي أعتقوها يرجع الولاء إليهم وفي قول شريح لا يرجع الولاء ويمضى
على جهته وعن الشعبي وابن أبي
ليلي ان الولاء للذكور من ولدها والعقل عليهم أيضا دون سائر عصة المعتقة وقالوا كما
يرثونه كذلك يعقلون عنه
لان الخراج بالضمنان الصحيح قول العامة لما ان عليا والزبير رضي الله عنهما اختصما
إلى عمر رضي الله عنه في ولاء
مولى صفية بنت عبد المطلب فقال الزبير هي أمتي فانا ارثها ولي ولاؤها وقال علي هي
عمتي وأنا عصبتها وأنا أعقل عنها
فلي ولاؤها فقضى عمر رضي الله عنه بالولاء للزبير وبالعقل على علي رضي الله عنه
والمعنى فيه ان استحقاق الميراث
بالعصوبة والابن في ذلك مقدم على الأخ وابن العم وأما العقل فبالتناصر ألا ترى ان
أهل الديوان يتعقلون بالتناصر
ولا ميراث بينهم ولا عصوبة والتناصر لها ولمولاها يقوم 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 والإناث وأخواته ولو جنى
جناية لها عقل كان عقلها على عصبته دون ولده وأخواته ولو أعتق أمة له ثم غرقا
جميعا ولا يدرى أيهما مات أولا
لم يرث المولى منها وكان ميراثه لعصبة المولى ان لم يكن لها وراث واصل المسألة ان
الغرقى والهدمى 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 المعتق على ابطاله حتى
لو أعتق عبده سائبة بان
أعتقه وشرط أن يكون سائبة لا ولاية له عليه كان شرطه باطلا وولاؤه له عند عامة
العلماء وقال مالك وولاؤه لجميع

المسلمين والصحيح قول العامة لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وكذا لا يملك نقله إلى غيره حتى لا يجوز بيعه

وهبته والتصدق به والوصية وهذا قول عامة العلماء وقال بعضهم يملك نقله بالبيع وغيره واحتجوا بما روى أن أسماء رضي الله عنها أعتقت عبدا فوهبت الولاء لابن مسعود رضي الله عنهما ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمه النسب لا يباع ولا يوهب ولان محل هذه التصرفات المال والولاء ليس بمال فلا يجوز بيعه كالنسب واما ما روى عن أسماء رضي الله عنها فيحتمل أن يكون معناه وهبت له ما استحقت بالولاء وهو المال فرواه الراوي ولاء لكونه مستحقا بالولاء أو يحمل على هذا توفيقا بين الدلائل وكذا إذا باع عبدا أو شرط على المشتري أن يكون ولاؤه له فالشرط باطل ويكون ولاؤه للمشتري إذا أعتق عبده وشرط أن يكون ولاؤه لجماعة المسلمين لم يصح ويكون ولاؤه له لما روى أن عائشة رضي الله عنها لما اشترت بريرة شرط عليها أن يكون ولاؤها لمواليها فخطب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في خطبته ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وإن كان مائة شرط وهل يحتمل الولاء التحول من محل إلى محل ينظر فيه ان ثبت بايقاع العتق فيه لا يتحول ابدا لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق الزم الولاء المعتق وان ثبت بحصول العتق لغيره تبعا يتحول إذا قام دليل التحول وبيان هذه الجملة عند تزوج أمة لقوم فولدت منه ولد فأعتقها مولاهما وولدها أو كانت حبلى به حين أعتقها أو أعتقها فولدت بعد العتق لأقل من ستة أشهر أو كانت معتدة من طلاق أو موت فولدت لتمام سنتين من يوم الموت أو الطلاق وقد أعتق الأب رجل آخر كان ولاء الولد للذي أعتقه مع أمه ولا يتحول إلى مولى أبيه وان أعتق أبوه بعد ذلك لأنه لما اعتقهما فقد ثبت ولاء الولد بايقاع العتق فيه فلا يحتمل التحول وكذا إذا أعتقها وهي حبلى لما قلنا وكذا إذا أعتقها ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الاعتراق لأننا تيقنا بكونه في البطن وقت الاعتراق لان الولد لا يولد لأقل من ستة أشهر فيثبت ولاؤه بالاعتراق فلا يتحول ولو جاءت بولد لستة أشهر فصاعدا يتحول ولاؤه إلى موالي الأب لأننا لم نعلم يقينا انه كان في البطن وقت اعتراق الام فيجعل كأنها حبلت بعد العتق فيكون حرا تبعا للام

ويثبت له الولاء من موالي أمه
على جهة التبعية وولاء الولد إذا ثبت لموالي الام على وجه التبعية يتحول إلى موالي
الأب إذا أعتق الأب لما نذكر إن شاء الله
عز وجل 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 الولاء بالاعتاق
فلا يتحول إلى غيره إذا كانت المعتقة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعثتها لان الولد
يتبع الام في الرق والحرية فان
أعتق أبوه جر ولاء الولد إلى مولاه هكذا روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه
قال إذا كانت الحرة تحت مملوك
فولدت عتق الولد بعثتها فإذا أعتق أبوه جر الولاء وعن الزبير بن العوام رضي الله عنه
أنه أبصر فتية لعساء أعجبه ظرفهم
وأمهم مولاة لرافع بن خديج رضي الله عنه وأبوهم عبد لبعض الحرقه من جهينة أو
لبعض أشجع فاشترى الزبير أباهم
فاعتقه ثم قال انتسبوا إلى وقال رافع بل هم موالي فاختمنا إلى عثمان رضي الله عنه
في ولاء الولد فقضى بولائهم للزبير يعني
ان الأب جر ولاء ولده إلى مولاهم وهو الزبير حين أعتقه الزبير وكان ذلك بمحضر من
الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل
انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا ولان الأصل في الولاء هو الأب لان الولاء لحمه
كلحمه النسب والأب هو الأصل في
النسب حتى ينسب الولد إلى الأب ولا ينسب إلى الام الا عند تعذر النسبة إلى الأب
وكذا في اعتبار الولاء وإنما يعتبر
جانب الام عند تعذر الاعتبار من جانب الأب بان لم يكن من أهل الولاء ولا تعذر ههنا
فيعتبر جانبه ولان الإرث بالولاء
من طريق العصوبة والتعصيب من قبل الأب أقوى فكان أولى ولو مات الأب عبدا ولم
يعتق كان ولاء ولده
لموالي الام ابدا لتعذر اعتبار جانب الأب وأما الجد فهل يجر ولاء الحافد بأن كان
للأب الذي هو عبد ابن عبد وهو
جد الصبي فاعتق الجد والأب عبد على حاله قال عامة العلماء لا يجر ولا يكون مسلما
باسلام الجد وولاء أولاد ابنه
العبد لموالي الام لا لموالي الجد وقال الشعبي يجر ويكون مسلما باسلام الجد وجه
قوله إن الجد يقوم مقام الأب في

الولاية فان الأب إذا كان عبدا تتحول الولاية إلى الجد فكذا يقوم مقامه في جر الولاء
والاسلام ولنا أن الأب

فاصل بين الابن والجد فلا يكون الابن تابعا له في الولاء والاسلام ولان الجد لو جر
الولاء لكان لا يثبت الولاء
لموالي الام رأسا إذ لا شك ان أصله يكون حرا اما من الجد أي لأبيه أو من قبله من
الأجداد إلى آدم صلى الله عليه
وسلم فلما ثبت الولاء لموالي الام في الجملة ثبت ان الجد لا يجر وكذا لا يصير
مسلمًا باسلام الجد لأنه لو صار مسلمًا
باسلامه لصار مسلمًا باسلام جد الجد ولكان الناس كلهم مسلمين باسلام آدم صلى
الله عليه وسلم وينبغي أن
لا يجوز استرقاق أحد والمعلوم بخلافه فثبت أن القول بجعل الولد تابعا للجد في الولاء
باطل وأما بيان قدره فالولاء
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 أحكام منها الميراث وهو أن يرث المعتق مال المعتق
لما ذكرنا من الأدلة ويرث مال
أولاده عن وجود شرط الإرث وهو ما ذكرنا منها تحمل العقل للتقصير في النصرة
والحفظ ومنها ولاية الانكاح
لأنه آخر العصابات ثم إذا ورث المعتق مال المعتق فإن كان العتق معلوما يدفع إليه وان
لم يعلم توقف والولاء كما إذا
اشترى رجل عبدا ثم إن المشتري أقر ان البائع كان قد أعتقه قبل أن يبيعه فهو حر
وولاؤه موقوف إذا جحد
البائع ذلك فان صدقه بعد ذلك لزمه الولاء 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 إياه فقد
ثبت في حقه لأنه في اقراره
على نفسه مصدق ان لم يصدق على غيره فيثبت اعتاق البائع حقه فيثبت حرية العبد في
حقه لكن ليس له أن
يرجع بالثمن على البائع لان اقراره بالاعتاق لم ينفذ في حقه لتكذيبه إياه فلم يثبت عتق
العبد في حقه وأما كون الولاء
موقوفا فلانه لا يمكن اثباته للمشتري لأنه لم يوجد منه الاقرار باعتاق العبد عن نفسه
ولا يمكن اثباته للبائع لان
اقراره المشتري لم ينفذ عليه فلم يكن العتق معلوما فبقي ولاء العبد موقوفا على تصديق

البائع وورثته فان صدقه
البائع لزمه الولاء لوجود الاعتاق منه باقراره ولزمه رد الثمن إلى المشتري لأنه 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 فإنه 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
موقوفاً لما قلنا الا إذا صدقه ورثة البائع بعد موته فيلزم الولاء البائع استحساناً والقياس
ان لا يلزمه في هذا وفي الوجه
الأول أيضاً 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 لأنهم يملكون
اعتاق العبد للحال فكان اقرار على أنفسهم بثبوت الولاء لهم في الحقيقة فيصح اقرارهم
في حق أنفسهم بثبوت الولاء
وكذلك أمة 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 أقر على صاحبه بعتقها عند
موت صاحبه فيصح اقرار
كل واحد منهما في حق نفسه ويكون وولاؤها موقوفاً لان كل واحد منهما نفى الولاء
عن نفسه والحقه بصاحبه فانتفى
عن نفسه ولم يلحق بصاحبه فبقي موقوفاً وكذلك عبد بين رجلين قال كل واحد منهما
لصاحبه انك قد أعتقت هذا
العبد وجحد الآخر فالعبد حر وولاؤه موقوف حتى لو مات وترك مالا لم يرثه واحد
منهما ويوقف في بيت المال
إلى أن 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
موقوفاً أيضاً لأنه يثبت به فيوقف في بيت المال كاللقطة وأما جنايته فإنما لا تتحمل عنه
بيت المال لان له عاقلة غير

بيت المال وهو نفسه فلا يجوز حمل عقله على بيت المال ويصير هو عاقلة نفسه في
هذه الحالة لجهالة مولاه بخلاف

الميراث فإنه 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 ولاؤه كان ثابتا من إنسان الا انه لا يعرف وإنما يجعل العقل على بيت المال إذا لم يكن له ولاء ثابت الا ان ميراثه يوضع في بيت المال لأنه مال ضائع ولا يثبت ولاء اللقيط من أحد فكان عقله على بيت المال كما أن ميراثه لبيت المال والله عز وجل أعلم وأما بيان ما يظهر به الولاء فالولاء يظهر بالبينة مرة وبالأقرار أخرى أما البينة فنحو ان يدعى رجل انه وارثه بولاء العتاقة فيشهد له شاهدان ان هذا الحي أعتق هذا الحي أو أعتق هذا الميت وهو يملكه وهو وارثه ولا يعلمون له وارثا غيره جازت الشهادة لأنهم 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 مولاة 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 بينة جعل ميراثه بينهما لأنهما استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوى والحجة فيستويان في الاستحقاق ولو وقتا وقتا فالسابق وقتا أولى لأنه أثبت العتق في وقت لا ينازعه فيه صاحبه وكان الثاني مستحقا عليه ولو كان هذا في ولاء المولاة كان صاحب الوقت الآخر أولى لان ولاء المولاة يحتمل النقض والفسخ فكان عقد الثاني نقضا للأول الا ان يشهد شهود صاحب الوقت الأول أنه كان قد عقل عنه لأنه حينئذ لا يحتمل النقض فأشبهه ولاء العتاقة وان أقام رجل البينة انه أعتقه وهو يملكه لا يعلمون له وارثا سواه فقضى له القاضي بميراثه وولائه ثم أقام آخر البينة على مثل ذلك لم يقبل الا ان يشهدوا انه اشترى من الأول قبل ان يعتقه ثم أعتقه وهو يملكه فيبطل قضاء الأول لان الأصل أن القاضي إذا اقصي بقضية

فإنه لا يسمع ما ينافيها الا إذا
تبين ان القضاء الأول كان باطلا وإذا لم يشهدوا انه اشتراه من الأول قبل ان يعتقه ثم
يتبين بطلان القضاء الأول
فلا تقبل البينة من الثاني الا إذا قامت على الشراء من الأول قبل ان يعتقه فيقبل ويقضى
للثاني وييطل قضاؤه
لأول لأنه تبين بهذه الشهادة ان الأول 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 فإن كان له أولاد كبار فأنكروا ذلك
وقالوا أبونا مولى العتاقة
لفلان آخر فالأب مصدق نفسه وأولاده مصدقون على أنفسهم لأنه لا ولاية للأب على
الأولاد الكبار
فلا ينفذ اقراره عليه ويصح اقرارهم على أنفسهم لان لهم ولاية على أنفسهم وإن كان
الأولاد صغارا كان الأب
مصدقا لأنه له ولاية على أولاده الصغار ألا ترى انه لو عقد مع إنسان عقد الولاء تبعه
أولاده الصغار وان كذبت
الام ونفت ولاءه لم يلتفت إلى قولها ويؤخذ بقول الأب لان الأب إذا كان حيا كانت
الولاية له والولاء يشبه
النسب والنسب إلى الآباء وكذلك ان قالت هم ولدى من غيرك لم تصدق لأنهم في يد
الأب دون الام فلا تصدق الام
أنهم لغيره فان قالت ولدته بعد عتقي بخمسة أشهر فهو مولى المولى وقال الزوج
ولديته بعد عتقك بستة أشهر فالقول
قول الزوج لان الولد ظهر في حال يكون ولاؤه لمولى الأب والمرأة تدعى انها ولدت
في حال يكون ولاؤه لمولى الام فكان
الحال شاهدا للزوج فلا يقبل قولها الا بينة ونظير هذا الزوج والمرأة إذا اختلفا فقال
أحدهما كان النكاح قبل
سنة أشهر والولد من الزوج وقال الآخر كان النكاح منذ أربعة أشهر فالقول قول الذي
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 لأنه سبب التوارث فيستوى فيه الصحة والمرض كالنسب والنكاح ولو قال
أعتقني فلان أو فلان وادعاه

كل واحد منهما على صاحبه فهذا الاقرار باطل لأنه اقرار بمجهول فان أقر بعد ذلك لأحدهما أو لغيره انه مولاه

جاز لان اقراره الأول وقع باطلا لجهالة المقر له والولاء لا يثبت من المجهول كالنسب
فبطل والتحق بالعدم فبعد ذلك له
ان يقر لمن شاء والله عز وجل أعلم
(فصل) وأما ولاء الموالاتة فالكلام فيه في مواضع في بيان ثبوته شرعا وفي بيان سبب
الثبوت وفي بيان شرائط
الثبوت وفي بيان صفة السبب وفي بيان حكمه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان ما يظهر
به أما الأول فقد اختلف في
ثبوت هذا الولاء قال أصحابنا انه ثابت ويقع به التوارث وهو قول عمر وعلى وعبد الله
بن مسعود رضي الله عنهم وهو
قول إبراهيم النخعي وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه انه يورث به ويوضع في بيت
المال وبه أخذ مالك والشافعي وجه
قولهما ان في عقد الولاء ابطال حق جماعة المسلمين لأنه إذا لم يكن للعاقد 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
قالا إذا أوصى بجميع ماله لانسان ولا وارث له لم يصح لأنه إذا لم يكن له وارث معين
كان وارثه جماعة المسلمين فلا
يملك ابطال حقهم كذا هذا والصحيح قولنا بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتابة
الكريم فقله عز وجل
والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم والمراد من النصيب الميراث لأنه سبحانه وتعالى
أضاف النصيب إليهم
فيدل على حق لهم مقدر في التركة وهو الميراث لأنه هذا معطوف على قوله ولكل
جعلنا موالى مما ترك الوالدان
الأقربون لكن عند عدم ذوي الأرحام عرفناه بقوله عز وجل وأولو الأرحام بعضهم أولى
ببعض في كتاب الله
وأما السنة فما روى عن تميم الداري رضي الله عنه أنه قال سألت رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن أسلم على يدي
رجل ووالاه فقال صلى الله عليه وسلم هو أحق الناس به محياه ومماته أي حال حياته
وحال موته أراد به صلى الله عليه
وسلم محياه في العقل ومماته في الميراث وأما المعقول فهو ان بيت المال إنما يرث
بولاء الايمان فقط لأنه بيت مال
المؤمنين قال الله عز وجل 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 الموالاته يتأخر عن سائر الأقارب ومولى العتاقة يتقدم على ذوي
الأرحام لان الولاء بالرحم فوق
الولاء بالعقد فيختلف عن ذوي الأرحام وولاء العتاقة بما تقدم من النعمة بالاعتاق الذي
هو احياء وايلااد معنى الحق
بالتعصيب من حيث المعنى ولذلك قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمه كلحمه
النسب وأما قولهما ان جماعة
المسلمين ورثته فلا يقدر على ابطال حقهم بالعقد فنقول إنما 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 أن يقول الذي أسلم على يد انسان له أو لغيره
أنت مولاي ترثني إذا مت
وتعقل عنى إذا جنبت فيقول قبلت سواء قال ذلك للذي أسلم على يديه أو لا آخر بعد
ان ذكر الإرث والعقل في
العقد ولو أسلم على يد رجل ولم يواله ووالى غيره فهو مولى للذي والاه عند عامة
العلماء وعند عطاء هو مولى للذي
أسلم على يده والصحيح قول العامة لقوله عز وجل والذين عقدت أيمانكم فآتوهم
نصيبتهم جعل الولاء للعاقد
وكذا لم ينقل ان الصحابة أثبتوا 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 الذي أسلم على يده فثبت
أن نفس الاسلام على يد رجل ليس سببا لثبوت الولاء له بل السبب هو العقد فما لم
يوجد لا يثبت الإرث والعقل
وأما شرائط العقد فمنها عقل العاقد إذ لا صحة بايجاب والقول بدون العقل وأما البلوغ
فهو شرط الانعقاد في جانب
الايجاب فلا ينعقد الايجاب من الصبي وإن كان عاقلا حتى لو أسلم الصبي العاقل على
يد رجل والاه لم يجز وان أذن
أبوه الكافر بذلك لان هذا عقد وعقود الصبي العاقل إنما يقف على اذن وليه ولا ولاية
للأب الكافر على ولده المسلم
فكان اذنه والعدم بمنزلة واحدة ولهذا لا تجوز سائر عقود باذنه كالبيع ونحوه كذا

عقد الموالاة وأما من جانب

(١٧٠)

القبول فهو شرط النفاذ حتى لو والى بالغ صبيا فقبل الصبي ينعقد موقوفا على إجازة أبيه
أو وصيه فان أجاز جاز لان
هذا نوع عقد فكان قبول الصبي فيه بمنزلة قبوله في سائر العقود فيجوز بإذن وليه
ووصيه كسائر العقود وللأب
والوصي أن يقبلا عنه كما في البيع ونحوه وكذلك لو والى رجل عبدا فقبل العبد وقف
على إجازة المولى فإذا أجاز
جاز الا ان في العبد إذا أجاز المولى فالولاء من المولى وفي الصبي إذا أجاز الأب
والوصي فيكون الولاء من الصبي
وإنما كان كذلك لان العبد لا يملك شيئا فوقع قبوله لمولاه ألا ترى انه لو اشترى شيئا
كان المشتري لمولاه فاما الصبي
فهو من أهل الملك ألا ترى انه لو اشترى شيئا كان المشتري له ولو والى رجل مكاتبا
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 عبدا فادى وعتق كان الولاء للمولى بخلاف الصبي فإنه من
أهل الولاء ألا يرى أن الأب
لو كاتب عبد ابنه 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 ذمي لذمي أو لمسلم أو
مسلم لذمي بالمال جازت الوصية كذا الموالاة وكذا الذمي إذا والى ذميا ثم أسلم
الأسفل جاز لما قلنا وكذا الذكورة
ليست بشرط فتجوز موالاة الرجل امرأة والمرأة رجلا وكذا دار الاسلام حتى لو أسلم
حربي فوالى مسلما في دار
الاسلام أو في دار الحرب فهو مولاه لان الموالاة عقد من العقود فلا يختلف بالذكورة
والأنوثة ودار الاسلام ودار
الحرب والله عز وجل أعلم ومنها أن لا يكون للعقد وارث وهو أن لا يكون له من
أقاربه من يرثه فإن كان لم يصح العقد
لان القرابة أقوى من العقد ولقوله عز وجل وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب
الله وإن كان له زوج
أو زوجة يصح العقد وتعطى نصيبها والباقي للمولى ومنها أن لا يكون من العرب حتى
لو والى عربي رجلا من غير قبيلته
لم يكن مولاه ولكن ينسب إلى عشيرته وهم يعقلون عنه لأن جواز الموالاة للتناصر

والعرب يتناصرون بالقبائل وإنما
تجوز موالاة العجم لأنهم ليس لهم قبيلة فيتناصرون بها فتجوز موالاتهم لأجل التناصر
وأما الذي هو من العرب فله
قبيلة ينصرونه والنصرة بالقبيلة أقوى فلا يصير مولى ولهذا لم يثبت عليه ولاء العتاقة
وكذا ولاء الموالاة ولأنه لما لم
يثبت عليه ولاء العتاقة مع أنه أقوى فولاء الموالاة أولى وكذا لو والت امرأة من العرب
رجلا من غير قبيلتها لما بينا
ومنها أن لا يكون من موالي العرب لان مولاهم منهم لقوله صلى الله عليه وسلم وان
مولى القوم منهم ومنها أن لا يكون
معتق أحد فإن كان لا يصح منه عقد الموالاة لان ولاء العتاقة أقوى من ولاء الموالاة
لأنه لا يلحقه الفسخ وولاء
الموالاة يلحقه الفسخ فلا يجوز رفع الأقوى بالأضعف ومنها أن لا يكون قد عقل عنه
بيت المال لأنه لما عقل عنه بيت
المال فقد صار ولاؤه لجماعة المسلمين فلا يجوز تحويله إلى واحد منهم بعينه فإن
كان قد عقل عنه لم يجز أبدا لأنه سواء
كان عاقد غيره فعقل عنه أو عقل عنه بيت المال حتى لو مات فان ميراثه لمن عاقده أو
ولا فعقل عنه أو لبيت المال لأنه لما
عاقد غيره فعقل عنه فقد تأكد عقده ولزم وخرج عن احتمال النقض والفسخ لما يذكر
فلا يصح معاقده غيره وكذا
إذا عقل عن الذي يواليه وإن كان عاقد غيره ولم يعقل عنه جاز عقده مع آخر لان
مجرد العقد بدون العقل غير لازم فكان
اقدامه على الثاني فسخا للأول وأما صفة العقد فهو أنه عقد جائز غير لازم حتى لو والى
رجلا كان له أن يتحول عنه
بولائه إلى غيره لأنه عقد لا يملك به شئ فلم يكن لازما كالكوكالة والشركة لأنه بمنزلة
الوصية بالمال والوصية غير لازمة
فكذا عقد الموالاة الا إذا عقل عنه لأنه إذا عقل عنه فقد تأكد العقل بقضاء القاضي وفي
التحول به إلى غيره فسخ
قضائه فلا يملك فسخ القضاء وكذا له أن يفسخه صريحا قبل أن يعقل عنه لان كل
عقد غير لازم لكل واحد من
العاقدين فسخه كسائر العقود التي 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 بحضوره

الآخر أي بعلمه لأنه تعلق به حق الآخر فلا يملك اسقاطه مقصورا من غير علمه كعزل
الوكيل مقصورا من غير عمله

الا أن يوالي الأسفل آخر فيكون ذلك نقضا دلالة وان لم يحضر صاحبه أو انتقاضا
ضرورة لأنه لا يملك موالاة غيره
الا بانفساخ الأول فينفسخ الأول دلالة وضرورة وقد يثبت الشيء دلالة أو ضرورة وإن
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 والإرث 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
الإرث 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
تبعاً لهم حتى لو والى انسانا وله أولاد صغار صاروا موالى للذي والاه الأب وكذا إذا
والى انسانا ثم ولد له أولاد دخلوا
في ولاء الأب بطريق التبعية ولان للأب ولاية على ولده الصغير فينفذ عقده عليه ولا
يصير أولاده الكبار موالى
بموالاة الأب لانقطاع التبعية والولاية بالبلوغ حتى لو والى الأب انسانا وله ابن كبير
فوالى رجلا آخر فولأؤه
له لا لمولى أبيه ولو كبر بعض أولاده الصغار فأراد التحول عنه إلى غيره فإن 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
كبيراً وقت عقد الأب لجاز له التحول وكذا إذا كبر في العقد لان المانع من السراية في
الحالين واحد وهو عدم التبعية
والولاية وأما عدم الجواز عند العقل فلما ذكرنا من اتصال قضاء القاضي به وفي التحول
فسخه وهذا لا يجوز فيلزم
ضرورة ولو عاقدت امرأة عقد الولاء ولها أولاد صغار لا يصيرون موالى للذي والته
أهمهم ولا تشبه الام في هذا الباب
الأب لأنه ليس للمرأة ولاية على أولادها الصغار ألا ترى انها لا تشتري لهم ولا تبيع

عليهم وللأب أن يفعل ذلك
وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف في المسألة فقال يثبت حكم
ولائها في أولادها الصغار في قول أبي حنيفة
وعندهما لا يثبت ولو والى رجل رجلا ثم ولد من امرأة قد والت رجلا فولاء الولد
لمولى الأب لأنه اجتمع
ولا أن ولاء الأب وولاء الام فترجح جانب الأب لان للأب ولاية عليهم ولا ولاية للام
ألا ترى ان للأب أن يعقد
على ولده عقد البيع والنكاح وليس للام ذلك فكذا عقد الولاء وكذا لو والت وهي
حبلى ولا يشبه هذا ولاء العتاقة
لان في ولاء العتاقة إذا أعتقها وهي 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 يصير الولد أصلا في الولاء
فكان تبعا للأب في الولاء كما في المسألة الأولى وكذلك لو كان لهما أولاد صغار
فوالت الام انسانا ثم والى الأب
آخر فولاء الأولاد لموالي الأب لما قلنا ذممة أسلمت فوالت رجلا ولها ولد صغير من
ذمي لم يكن ولاء ولدها لمولاها
في قول أبي يوسف ومحمد وقى قياس قول أبي 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 ولأبي
حنيفة ان الذمي لا ولاية له على ولده المسلم فتعذر اثبات الولاء من الأب والولاء إذا
تعذر اثباته من جهة الأب
يثبت من جهة الام كما إذا كان الأب عبدا وكما في ولاء العتاقة إذا كان الأب عبدا
ولو قدم حربي الينا بأمان فاسلم
ووالى رجلا ثم سبى ابنه فاعتق لم يجر ولاء الأب وان سبى أبوه فأعتق جر ولاء ابنه
إلى مولاة لان الابن يتبع الأب
في الولاء لما ذكرنا فاما الأب فلا يتبع الابن لأنه لا ينسب إليه وإنما ينسب الابن إلى
أبيه فإن كان ابن الابن أسلم
ووالى رجلا لم يجر الجد ولاءه وذكر في الأصل وقال لان الجد لا يجر الولاء الا ان
يجر ولاء ابنه فيجر بجره ولاء ابنه
ولاء قال الحاكم الشهيد وجه هذه المسألة أن يكون الأسفل مواليا والأوسط حريبا
والجد معتقا فلا يجر ولاء

الأسفل الا ان يسلم الأوسط ويوالي فيجر الجد ولاءه وولاء الأسفل بجر ولاءه ولو
أسلم حربي أو ذمي على يدي

رجل ووالاه ثم أسلم ابنه الكبير على يدي رجل آخر ووالاه كان كل واحد منهما مولى
للذي والاه ولا يجر
بعضهم إلى بعض وليس هذا كالعتاق انه إذا أعتق أبوه جر ولاء الولد إلى نفسه لان ههنا
ولاء كل واحد منهما
ثبت بالعقد وعقد كل واحد منهما يجوز على نفسه ولا يجوز على غيره وهناك ولاء
الولد ثبت بالعقد وولاء الأب ثبت
بالعتق وولاء العتق أقوى من ولاء الموالاة فيستتبع الأقوى الأضعف وههنا بخلافه لان
ولاء كل واحد منهما
ليس أقوى من ولاء صاحبه لثبوت كل واحد منهما بالعقد فهو الفرق
(فصل) وأما صفة الحكم فهو ان الولاء الثابت بهذا العقد لا يحتمل التمليك بالبيع
والهبة والصدقة والوصية لأنه ليس
بمال فلا يكون محلا للبيع كالنسب وولاء العتاقة ولقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لا
يباع ولا يوهب حتى لو باع رجل
ولاء موالاة أو عتاقة بعبد وقبضه ثم أعتقه كان عتاقه باطلا لأنه قبضه بغير بدل إذ الولاء
ليس بمال فلم يملكه فلم يصح
اعتاقه كما لو اشترى عبد بميتة أو دم أو بحر وقبضه ثم أعتقه ولو باع المولى الأسفل
ولاءه من آخر أو وهبه لا يكون
بيعا أيضا ولا هبة لما قلنا لكنه يكون نقضا لولاء الأول وموالاة لهذا الثاني لان الولاء لا
يعتاض منه فبطل العوض
وبقى قوله الولاء لك فيكون موالاة بينه وبين الثاني كما لو سلم الشفعة بمال صح
التسليم لكن لا يجب المال
(فصل) وأما بيان ما يظهر به فإنه يظهر بما ظهر به ولاء العتاقة وهو الشهادة المفسرة أو
الاقرار سواء كان الاقرار
في الصحة أو المرض لأنه 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 للقاضي أن
يمنع منه إذا لم يخاصمه أحد لان
القاضي لا يدرى البيت المال أو لغيره وهو يدعى انه له ولا مانع عنه فلا يتعرض له فان
خاصمه أحد سأله القاضي البينة
لأنه لا يد له وكان مدعيا فعليه البينة
(كتاب الإجارة)
الكلام في هذا الكتاب يقع في سبع مواضع في بيان جواز الإجارة وفي بيان ركن
الإجارة ومعناها وفي بيان شرائط

الركن وفي بيان صفة الإجارة وفي بيان حكم الإجارة وفي بيان حكم اختلاف العاقدين
في عقد الإجارة وفي بيان
ما ينتهي به عقد الإجارة أما الأول فالإجارة جائزة عند عامة العلماء وقال أبو بكر
الأصم انها لا تجوز والقياس ما قاله
لان الإجارة بيع المنفعة والمنافع للحال معدومة والمعدوم لا يحتمل البيع فلا يجوز
إضافة البيع إلى ما يؤخذ في المستقبل
كإضافة البيع إلى أعيان تؤخذ في المستقبل فإذا لا سبيل إلى تجويزها لا باعتبار الحال
ولا باعتبار المال فلا جواز لها
رأسا لكننا استحسنا الجواز بالكتاب العزيز والسنة والاجماع أما الكتاب العزيز فقوله عز
وجل خبرا عن أب
المرأتين اللتين سقى لهما موسى عليه الصلاة والسلام قال إني أريد أن أنكحك احدى
ابنتي هاتين على أن تأجرني
ثمانى حجج أي على أن تكون أجيرا إلى أو على أن تجعل عوضي من إنكاحي ابنتي
إياك رعى غنمي ثمانى حجج يقال
آجره الله تعالى أي عوضه وأثابه وقوله عز وجل خبرا عن تينك المرأتين قالت إحداهما
يا أبت استأجره ان خير
من استأجرت القوى الأمين 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 عز وجل فإذا
قضيت الصلاة فانتشروا في
الأرض وابتغوا من فضل الله والإجارة ابتغاء الفضل وقوله عز وجل ليس عليكم جناح
أن تبتغوا فضلا من ربكم
وقد قيل نزلت الآية في حج المكارى فإنه روى أن رجلا جاء إلى ابن عمر رضي الله
عنهما فقال إنا قوم نكرى ونزعم
أن ليس لنا حج فقال أستم تحرمون وتقفون وترمون فقال نعم فقال رضي الله عنه أنتم
حجاج ثم قال سألت رسول
الله صلى الله عليه وسلم عما سألتني فلم يجبه حتى أنزل الله عز وجل ليس عليكم
جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم أنتم حجاج وقوله عز وجل في استئجار الظئر وان
أردتم ان تترضعوا أولادكم فلا

جناح عليكم نفى سبحانه وتعالى الجناح عمن يسترضع ولده والمراد منه الاسترضاع بالأجرة دليله قوله تعالى إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف قيل أي الاجر الذي قبلتم وقوله فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وهذا نص وهو في المطلقات وأما السنة فما روى محمد في الأصل عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة رضي 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 الإجارة وهو اعلام الاجر فيدل على الجواز وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه أمر صلى الله عليه وسلم بالمبادرة إلى اعطاء أجر الأجير قبل فراغه من العمل من غير فصل فيدل على جواز الإجارة 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 رضي الله عنها أنها قالت استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رضي 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 الدثلي فأخذ بهم طريق الساحل وأدنى ما يستدل بفعل النبي صلى الله عليه وسلم الجواز وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على رافع بن خديج وهو في حائط فأعجبه فقال لمن هذا الحائط فقال لي يا رسول الله استأجرته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تستأجره بشئ منه خص صلى الله عليه وسلم النهى باستئجاره ببعض الخارج منه ولو لم تكن الإجارة 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 والتقارير أحد وجوه السنة واما الاجماع فان الأمة أجمعت على ذلك قبل وجود الأصم حيث يعقدون عقد الإجارة من زمن الصحابة رضي الله عنهم إلى يومنا هذا من

غير نكير فلا يعبا بخلافه إذ هو
خلاف الاجماع وبه تبين ان القياس متروك لان الله تعالى إنما شرع العقود لحوائج
العباد وحاجتهم إلى الإجارة
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 بالهبه والإعارة لان نفس كل واحد لا تسمح بذلك فيحتاج إلى
الإجارة فجوزت بخلاف القياس
لحاجة الناس كالسلم ونحوه تحقيقه ان الشرع شرع لكل حاجة عقدا يختص بها
فشرع لتمليك العين بعوض عقدا
وهو البيع وشرع لتمليكيها بغير عوض عقدا وهو الهبة وشرع لتمليك المنفعة بغير عوض
عقدا وهو الإعارة فلو لم يشرع
الإجارة مع امتساس الحاجة إليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلا وهذا خلاف
موضوع الشرع
(فصل) وأما ركن الإجارة ومعناها اما ركنها فالايجاب والقبول وذلك بلفظ دال عليها
وهو لفظ الإجارة
والاستئجار والاكتراء والاكراء فإذا وجد ذلك فقد تم الركن والكلام في صيغة
الايجاب والقبول وصفتهما في
الإجارة كالكلام فيهما في البيع وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع وأما معنى الإجارة
فالإجارة بيع المنفعة لغة ولهذا
سامها أهل المدينة بيعا وأرادوا به بيع المنفعة وهذا سمي البدل في هذا العقد أجرة
وسمى الله بدل الرضاع أجر بقوله
فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن والأجرة بدل المنفعة لغة ولهذا سمي المهر في باب
النكاح اجر بقوله عز وجل
فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن أي مهرهن لان المهر بدل المنفعة البضع
وسواء أضيف إلى الدور
والمنازل والبيوت والحوانيت والحمامات والفساطيط وعبيد الخدمة والدواب والثياب
والحلي والأواني والظروف
ونحو ذلك أو إلى الصناعات من القصار والخياط والصباع والصائغ والنجار والبناء
ونحوهم والأجير قد يكون خاصا
وهو الذي يعمل لواحد وهو المسمى بأجير الواحد وقد يكون مشتركا وهو الذي يعمل
لعامة الناس وهو المسمى بالأجير
المشترك وذكر بعض المشايخ ان الإجارة نوعان إجارة على المنافع وإجارة على
الاعمال وفسر النوعين بما ذكرنا وجعل

المعقود عليه في أحد النوعين المنفعة وفي الآخر العمل وهي في الحقيقة نوع واحد
لأنها بيع المنفعة فكان المعقود عليه

المنفعة في النوعين جميعا الا ان المنفعة تختلف باختلاف محل المنفعة فيختلف
استيفؤها باستيفاء منافع المنازل بالسكنى
والأراضي بالزراعة والثياب والحلل وعبيد الخدمة بالخدمة والدواب بالركوب والحمل
والأواني والظروف
بالاستعمال والصناع بالعمل من الخياطة والقصارة ونحوهما وقد يقام فيه تسليم النفس
مقام الاستيفاء كما في أجير
الوحد حتى لو سلم نفسه في المدة ولم يعلم يستحق الاجر وإذا عرف ان الإجارة بيع
المنفعة فنخرج عليه بعض المسائل
فنقول لا تجوز إجارة الشجرة والكرم للثمر لان الثمر عين الإجارة بيع المنفعة لا بيع
العين ولا تجوز إجارة الشاة للبنها
أو سمنها أو صوفها أو ولدها لأن هذه أعيان فلا تستحق بعقد الأجرة وكذا إجارة الشاة
لترضع جديا أو صبيا
لما قلنا ولا تجوز اجرة ماء في نهر أو بئر أو قناة أو عين لأن الماء عين فان استأجر
القناة والعين والبئر مع الماء لم يجز أيضا
لان المقصود منه الماء وهو عين ولا يجوز استئجار الآجام التي فيها الماء للسمك
وغيره من القصب والصيد لان كل
ذلك عين فان استأجرها مع الماء فهو أفسد وأخبث لان استئجارها بدون الماء فاسد
فكان مع الماء أفسد ولا تجوز
إجارة المراعى لان الكلاً عين فلا تحتمل الإجارة ولا تجوز إجارة الدراهم والدنانير ولا
تبرهما وكذا تبر النحاس
والرصاص ولا استئجار المكيلات والموزونات ولأنه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد
استهلاك أعيانها والداخل
تحت الإجارة المنفعة لا العين حتى لو استأجر الدراهم والدنانير ليعبر بها ميزانا أو
حنطة ليعبر بها مكيالا أو زيتا ليعبر به
أرطالا أو أمنا أو وقتا معلوما ذكر في الأصل انه يجوز لان ذلك نوع انتفاع بها مع
بقاء عينها فأشبهه استئجار سنجات
الميزان وذكر الكرخي انه لا يجوز الفقد شرط آخر وهو كون المنفعة مقصودة
والانتفاع بهذا الأشياء من هذه
الجهة غير مقصود عادة ولا يجوز استئجار 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 وإن 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 وأقام العسب مقامه كما في قوله عز وجل واسأل القرية ونحو
ذلك ولو استأجر كلبا معلما ليصيد به
أو بازيا لم يجوز لأنه استئجار على العين وهو الصيد وجنس هذه المسائل تخرج على
الأصل فان قيل أليس ان استئجار
الظئر جائز وانه استئجار على العين وهي اللبن بدليل انها لو أرضعته بلبن شاة لم تستحق
الأجرة فالجواب انه روى عن
محمد ان العقد يقع على خدمة الصبي واللبن يدخل على طريق التبع فكان ذلك
استئجارا على المنفعة أيضا
واستفائها بالقيام بخدمة الصبي من غسله وغسل ثيابه والباسها إياه وطبخ طعامه ونحو
ذلك واللبن يدخل فيه تبعا
كالصبيغ في استئجار الصباغ وإذا أرضعته بلبن الشاة فلم تأت بما دخل تحت العقد فلا
تستحق الأجرة كالصباغ
إذا صبغ الثوب لونا آخر غير ما وقع عليه العقد انه لا يستحق الاجر وذا لا يدل على أن
المعقود عليه ليس هو المنفعة
كذا ههنا ومن مشايخنا من قال إن العقود عليه هناك العين وهي اللبن مقصودا والخدمة
تبعا لان المقصود تربية الصبي
ولا يترتب الا باللبن فاجرى اللبن مجرى المنافع ولهذا لا يجوز بيعه وعلى هذا يخرج
استئجار الأقطع والأشل
للخياط بنفسه والقصار والكتابة وكل عمل لا يقوم الا باليدين واستئجار الأخرس
لتعليم الشعر والأدب والأعمى
لنقط المصاحف انه غير جائز لان الإجارة بيع المنفعة والمنفعة لا تحدث عادة الا عند
سلامة الآلات
والأسباب وكذا استئجار الأرض السبخة النزة للزراعة وهي لا تصلح لها لان منفعة
الزراعة لا يتصور حدوثها
منها عادة فلا تقع الإجارة 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 والإجارة ببيع المنفعة
والمباح لا يكون محلا للبيع
كالأعيان 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 استأجر ظل حائط خارج داره
ليقعد فيه ولو استأجر شيئا من الكتب

ليقرأ فقراً لا أجر عليه لانعدام عقد المعاوضة وعلى هذا أيضا يخرج إجارة الآجام
للسمك والقصب وإجارة المراعى

للكلاً وسائر الأعيان المباحة انها غير جائزة لما بينا والله عز وجل أعلم
(فصل) وأما شرائط الركن فأنواع بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ وبعضها
شرط الصحة
وبعضها شرط اللزوم أما شرط الانعقاد فتلاثة أنواع نوع يرجع إلى العاقد ونوع يرجع
إلى نفس العقد ونوع يرجع
إلى مكان العقد أما الذي يرجع إلى العاقد فالعقل وهو أن يكون العاقد عاقلاً حتى لا
تتعقد الأجرة من المجنون والصبي
الذي لا يعقل كما لا ينعقد البيع منهما وأما البلوغ فليس من شرائط الانعقاد ولا من
شرائط النفاذ عندنا حتى أن
الصبي العاقل لو أجر ماله أو نفسه فإن كان مأذوناً ينفذ وإن كان محجوراً يقف لي
إجازة الولي عندنا خلافاً للشافعي
وهي من مسائل المأذون ولو أجر الصبي المحجور نفسه وعمل وسلم من العمل
يستحق الاجر ويكون الاجر له أما
استحقاق الاجر فلأن عدم النفاذ كان نظراً له والنظر بعد الفراغ من العمل سليماً في
النفاذ فيستحق الأجرة ولا يهدر
سعيه فيتضرر به وكان أولى اذن له بذلك دلالة بمنزلة قبول الهبة من الغير وما كون
الأجرة المسماة له فلأنها بدل منافع
وهي حقه وكذا حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد هذا لعقد ولا لنفاذه عندنا فينفذ عقد
المملوك إن كان مأذوناً
ويقف على إجازة مولاه إن كان محجوراً وعند الشافعي لا يقف بل يبطل وإذا سلم من
العمل في إجارة نفسه أو إجارة
مال المولى وجب الاجر المسمى لما ذكرنا في الصبي 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 لأنه
صار غاصباً 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 الأجرة ههنا لا يؤدي إلى الجمع لاختلاف من عليه
الواجب وللمكاتب ان يؤاجر
ويستأجر لأنه في مكاسبه كالحرة واما كون العاقد طائعاً جاداً عامداً فليس بشرط
لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه عندنا
لكنه من شرائط الصحة كما في بيع العين واسلامه ليس بشرط أصلاً فتجوز الإجارة
والاستئجار من المسلم

والذمي الحرب المستأمن لان هذا من عقود المعاوضات فيملكه المسلم والكافر جميعا
كالبياعات 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 الأمصار ولا يمنع أن يصلى فيها بنفسه من غير جماعة لأنه ليس فيه
ما ذكرناه من المعنى ألا ترى انه
لو فعل ذلك في دار نفسه لا يمنع منه ولو كانت الدار بالسواد ذكر في الأصل انه لا
يمنع من ذلك لكن قيل إن أبا حنيفة
إنما أجاز ذلك في زمانه لان أكثر أهل السواد في زمانه كانوا أهل الذمة من المجوس
فكان لا يؤدي ذلك إلى الإهانة
والاستخفاف بالمسلمين وأما اليوم فالحمد لله عز وجل 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 الإجارة لأنه 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 أن 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 أبي حنيفة وعند أبي
يوسف ومحمد ليس بشرط بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عند أبي حنيفة

وعندهما نافذة وتصرفات المرتدة نافذة

(١٧٦)

في قولهم جميعا وهي من مسائل كتاب السير ومنها الملك والولاية فلا تنفذ إجارة الفضولي لعدم الملك والولاية لكنه
ينعقد موقوفا على إجازة المالك عندنا خلافا للشافعي كالبيع والمسألة ذكرناها في كتاب البيوع ثم الإجازة إنما تلحق
الإجارة الموقوفة بشرائط ذكرناها في البيوع منها قيام المعقود عليه وعلى هذا يخرج ما إذا أجر الفضولي فأجاز المالك
العقد انه لو أجاز قبل استيفاء المنفعة جازت وكانت الأجرة للمالك لان المعقود عليه ما فات ألا ترى انه لو عقد عليه
ابتداء بأمره جاز فإذا كان محلا لانشاء العقد عليه كان محلا للإجازة إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وان أجاز
بعد استيفاء المنفعة لم تجز اجازته وكانت الأجرة للعاقده لان المنافع المعقود عليها قد انعدمت ألا ترى أنها قد خرجت
عن احتمال انشاء العقد عليها فلا تلحقها الإجازة 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 الإجارة إن كانت قد انقضت فللغاصب
الاجر لما ذكرنا ان المعقود عليه قد انعدم والإجازة لا تلحق المعدوم وإن كان في بعض المدة فالاجر الماضي والباقي
لرب الغلام في قول أبي يوسف وقال محمد أجر ما مضى للغاصب وأجر ما بقي للمالك فأبو يوسف نظر إلى المدة فقال إذا
بقي بعض المدة لم يبطل العقد فيبقى محلا للإجازة ومحمد نظر إلى المعقود عليه فقال كل جزء من اجزاء المنفعة معقود عليه
بحياله كأنه عقد عليه عقد متبدا بالمنافع في الزمان الماضي وانعدمت فانعدم شرط لحوق الإجازة العقد فلا تلحقه
الإجازة وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف وقد قال محمد فيمن غصب أرضا فأجرها للزراعة فأجاز صاحب
الأرض الإجارة ان أجرة ما مضى للغاصب وأجرة ما بقي للمالك وهو عليه ما ذكرنا من الاختلاف قال فان أعطاه
مزارعة فأجازها صاحب الأرض جازت وإن كان الزرع قد سنبل ما لم يسمن ولا شيء للغاصب من الزرع لان
المزارعة بمنزلة شيء واحد لا يفرد بعضها من بعض فكان إجازة العقد قبل الاستيفاء بمنزلة ابتداء العقد وأما إذا سمن
الزرع فقد انقضى عمل المزارعة فلا يلحق العقد الإجازة وأما الاستئجار من الفضولي

فهو كشرائه فإنه أضاف
العقد إلى نفسه كان المستأجر له لأن العقد وجد نفاذا على العاقد فينفذ عليه وان
أضاف العقد إلى من استأجر له ينظر
ان وقعت الإضافة إليه في الايجاب والقبول جميعا يتوقف على اجازته وان وقعت
الإضافة 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
إجارة الوكيل انها نافذة ولو وجود
الولاية بإنابة المالك إياه مناب نفسه فينفذ كما لو فعله الموكل بنفسه وله أن يؤجر من
ابن الموكل وأبيه لان للموكل ذلك
لاختلاف ملكيهما كذا للوكيل وله أن يؤجر من مكاتبه لان للمولى أن يؤجر منه لأنه
لا يملك ما في يده فكذا
لو وكيله وأما العبد المأذون فإن لم يكن عليه دين فلا يملك أن يؤجر منه لان المولى لا
يجوز له ذلك لان كسبه ملكه
فكذا الوكيل وإن كان عليه دين فله ذلك أما عند أبي حنيفة فلان المولى لا يملك ما
في يده وكان بمنزلة المكاتب
فيجوز لو وكيله أن يؤجر منه وأما على قولهما فكسبه وإن كان ملكه المولى لكن تعلق
به حق الغير فجعل المالك
كالأجنبي ولا يجوز له أن يؤجر 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 يؤجر بمثل أجر الدار وبأقل
عند أبي حنيفة وعندهما ليس له
أو يؤجر بالأقل وهو على الاختلاف في البيع ولو أجر إجارة فاسدة نفذت ولان مطلق
العقد يتناول الصحيح
والفاسد كما في البيع ولا ضمان عليه لأنه لم يصر مخالفا وعلى المستأجر أجر المثل
إذا انتفع لأنه استوفى المنافع بالعقد
الفاسد ولو لم يؤجر الموكل الدار لكنه وهبها من رجل أو أعارها 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
الإجارة من الأب والوصي والقاضي وأمينه نافذة لوجود الإنابة من الشرع فللأب أن
يؤجر ابنه الصغير في عمل

من الاعمال لان ولايته على الصغير كولايته على نفسه لان شفقتة عليه كشفقتة على
نفسه وله ان يؤاجر نفسه

فكذا ابنه ولان فيها نظرا للصغير من وجهين أحدهما ان المنافع في الأصل ليست بمال خصوصا منافع الحر وبالإجارة تصير مالا وجعل ما ليس بمال من باب النظر والثاني ان ايجارة في الصنائع من باب التهذيب والتأديب والرياضة وفيه نظر للصبي فيملكه الأب وكذا وصى الأب لأنه مرضى الأب والجد أب الأب لقيامه مقام الأب عند عدمه وصيه لأنه مرضيه والقاضي لأنه نصب ناظرا وأمينه لأنه مرضيه ولا تجوز إجارة غير الأب ووصيه والجد ووصيه من سائر ذوي الرحم المحرم إذا كان له أحد ممن ذكرنا لان من سواهم لا ولاية له على الصغير ألا ترى أنه لا يملك التصرف في ماله ففي نفسه أولى الا إذا كان في حجره فتجوز اجارته إياه في قولهم إنه إذا كان في حجره كان له عليه ضرب من الولاية لأنه يربيه ويؤدبه واستعماله في الصنائع نوع من التأديب فيملكه من حيث إنه تأديب فإن كان في حجر ذي رحم محرم منه فأجره ذو رحم محرم آخر هو أقرب إليه من الذي هو في حجره بأن كان الصبي في حجر عمه وله أم فأجرته قال أبو يوسف تجوز اجارتها إياه وقال محمد لا تجوز (وجه) قول محمد ان هؤلاء لا ولاية لهم على الصبي أصلا ومقصودا وإنما يملكون الإجارة ضمنا لولاية التربية وانها تثبت لمن كان في حجره فإذا لم يكن في حجره كان بمنزلة الأجانب ولأبي يوسف ان ذا الرحم إنما يلي عليه هذا النوع من الولاية بسبب الرحم فمن كان أقرب إليه في الرحم كان أولى كالأب مع الجد وللذي في حجره ان يقبض الأجرة من حقوق العقد وهو العاقد فكان ولاية القبض له وليس له أن ينفقها عليه لان الأجرة 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 الإجارة فله الخيار ان شاء أمضى الإجارة وان شاء فسخ لان في استيفاء العقد اضارارا به لأنه بعد البلوغ تلحقه الانفة من خدمة الناس والى هذا أشار أبو حنيفة فقال رأيت لو تفقه فولى

القضاء أكنت أتركه
يخدم الناس وقد أجره أبوه هذا قبيح ولان المنافع تحدث شيئا فشيئا والعقد ينعقد على
حسب حدوث المنافع فإذا
بلغ فيصير كان الأب عقد ما يحدث من المنافع بعد البلوغ ابتداء فكان له خيار الفسخ
والإجارة كما إذا عقد ابتداء
بعد البلوغ وكذا الأب والجد ووصيهما والقاضي ووصيه في إجارة عبد الصغير وعقاره
لان لهم ولاية التصرف
في ماله بالبيع كذا بالإجارة ولو بلغ قبل انتهاء المدة فلا خيار له بخلاف إجارة النفس
وقد ذكرنا الفرق بينهما في
كتاب البيوع وليس للأب ومن يملك إجارة مال الصبي ونفسه وماله ان يؤجره بأقل من
أجر المثل قدر ما لا يتغابن
الناس في مثله عادة ولو فعل لا ينفذ لأنه 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 يؤجروا عبده لأنهم يملكون إجارة نفسه
فاجرة ماله أولى وكذا أستحسن
ان ينفقوا عليه ما لا بد منه لان في تأخير ذلك ضررا عليه وكذلك أحد الوصيين يملك
ان يؤجر اليتيم في قول أبي حنيفة
ولا يؤجر عبده وقال محمد يؤجر عبده والصحيح قول أبي حنيفة لان لكل واحد من
الوصيين التصرف فيما يخاف
الضرر بتأخيره وفي ترك إجارة الصبي ضرر منه بترك تأديبه ولا ضرر في ترك إجارة
العبد ولا تجوز إجارة الوصي
نفسه منه للصبي وهذا على أصل محمد لا يشكل لان الوصي لا يملك بيع ماله من
الصبي أصلا فلا يملك إجارة
نفسه منه أما على أصل أبي حنيفة فيحتاج إلى الفرق بين البيع والإجارة حيث يملك
البيع ولا يملك الإجارة
ووجه الفرق انه إنما يملك بيع ماله منه إذا كان فيه نظر للصغير ولا نظر للصغير في
إجارة نفسه منه لان فيها جعل
ما ليس بمال مالا فلم يجز للوصي ان يعمل في مال الصبي مضاربة والفرق بين الإجارة
والمضاربة ان الوصي بعقد
المضاربة لا يوجب حقا في مال المضاربة وإنما يوجب حقا في الربح وانه قد يكون
وقد لا يكون فلا يلحقه تهمة بخلاف

الإجارة لأنها توجب حقا في مال الصبي لا محالة وهو متهم فيه لما بينا (وأما استئجار الصغير لنفسه فينبغي ان

يجوز على قول أبي حنيفة إذا كان بأجرة لا يتغابن في مثلها لأنه يملك بيع ماله من نفسه إذا كان فيه نظر له وفي استتجاره إياه لنفسه نظرا له لما فيه من جعل ما ليس بمال مالا ويجوز للأب ان يؤاجر نفسه للصغير أو يستأجر الصغير لنفسه لان بيع مال الأب 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 الإجارة ومنها تسليم المستأجر في إجارة في إجارة المنزل ونحوها إذا كان العقد مطلقا عن شرط التعجيل بان لم يشترط تعجيل الأجرة في العقد ولم يوجد التعجيل أيضا من غير شرط عندنا خلافا للشافعي بناء على أن الحكم في الإجارة المطلقة لا يثبت بنفس العقد عندنا لأن 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 الإجارة وكيفية انعقادها في حق الحكم إن شاء الله تعالى ونعني بالتسليم التخلية والتمكين من الانتفاع يرفع الموانع في إجارة المنازل ونحوها وعبيد الخدمة أجير الوحد حتى لو أنقضت 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 لأنه 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 ملكه فلا يسقط عنه الاجر كالبائع إذا سلم المبيع إلى المشتري بالتخلية فهلك في يد البائع كان الهلاك على المشتري لأنه هلك على ملكه كذا هذا وان لم يسلم المفتاح إليه لكنه أذن له بفتح الباب فأقل مر وافتح الباب فإن 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 غصب أو كان زرعا فقطع شربه أو رحي فانقطع ماؤه لا تلزمه أجره
تلك المدة لان المعقود عليه المنفعة
في تلك المدة لأنها تحدث شيئا فشيئا فلا تصير منافع المدة مسلمة بتسليم محل
المنفعة لأنها معدومة المعدوم لا يحتمل
التسليم وإنما يسلمها على حسب وجودها شيئا فشيئا فإذا اعترض منع فقد تعذر تسليم
المعقود عليه قبل القبض فلا
يجب البدل كما لو تعذر تسليم المبيع قبل القبض بالهلاك والله عز وجل أعلم ومنها أن
يكون العقد مطلقا عن شرط
الخيار فإن كان فيه خيار لا ينفذ في مدة الخيار لان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق
الحكم ما دام الخيار قائما لحاجة من له
الخيار إلى دفع العين عن نفسه كما في بيع العين وهذا لان شرط الخيار وإن كان شرطا
مخالفا لمقتضى العقد والقياس
يأباه لما مر لكن تركنا اعتبار القياس لحاجة الناس ولهذا جاز في بيع العين كذا في
الإجارة والله عز وجل 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 الأجرة وبعضها يرجع
إلى نفس العقد أعني الركن أما
الذي يرجع إلى العاقد فرضا المتعاقدين لقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا
أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون
تجارة عن تراض منكم والإجارة تجارة لان التجارة تبادل المال بالمال والإجارة كذلك
ولهذا يملكها المأذون وانه
لا يملك ما ليس بتجارة فثبت ان الإجارة 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 لأن هذه العوارض
تنافي الرضا فتمنع صحة
الإجارة 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 عز وجل

أعلم وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فضرور منها أن يكون المعقود عليه وهو
المنفعة معلوما علما يمنع من المنازعة فان

كان مجهولا ينظر إن 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 ببيان أشياء منها بيان محل المنفعة حتى لو قال أجرتك إحدى 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 وإن 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 إجارة المشاع غير جائزة عنده وإن كان المستأجر معلوما من نصف أو ثلث أو غير ذلك فالمجهول أولى وعندهما إجارة المشاع جائزة وإنما فرق محمد بين الإجارة والبيع حيث جوز إجارة النصيب ولم يجوز بيع النصيب لان الأجرة لا تجب بنفس العقد على أصل أصحابنا وإنما تجب عند استيفاء المعقود عليه وهو المنفعة والنصيب عند الاستيفاء معلوم بخلاف البيع فان البدل 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 جريا 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 إجارة المشاع لا تجوز عنده وإن كان معلوما فالمجهول أولى وعندهما الذراع كالسهم وتجاوز إجارة السهم كذا إجارة الذراع وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع وعلى هذا تخرج إجارة 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
إجارة عبد من عبيدين وعندهما جائز كبيع الشائع وبه أخذ الشافعي وتخرج المسألة
على أصل آخر هو أولى بالتخريج
عليه ونذكر الدلائل هناك إن 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 إجارة المشاع فلا يجوز عنده
وعندهما يجوز ولو استأجر
ظهر بيت لبيت عليه شهرا أو ليضع متاعه عليه اختلف المشايخ فيه لاختلاف نسخ
الأصل ذكر في بعضها أنه
لا يجوز وفي بعضها انه يجوز وهو الصحيح لان المعقود عليه معلوم وذكر في الأصل
إذا استأجر علو منزل ليني عليه
لا يجوز في قياس قول أبي حنيفة لان البناء على يختلف في الخفة والثقل والثقيل منه
يضر بالعلو والضرر لا يدخل
في العقد لان الأجير لا يرضى به فكان مستثنى من العقد دلالة ولا ضابط له فصار محل
المعقود عليه مجهولا بخلاف
ما إذا استأجر أرضا ليني عليها انه يجوز لان الأرض 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 ارض انه لا يجوز لان قدر ما يشغل الماء من النهر
والأرض غير معلوم ولو استأجر نهرا
ليسوق منه الماء إلى أرض له فيسقيها لم يجز وذكر في الأصل إذا استأجر نهرا يابسا
يجرى فيه الماء إلى أرضه أو رحي
لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وقال رأيت لو استأجر ميزابا ليسيل
فيه ماء المطر على سطح المؤاجر 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
المشهوره 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 مضبوط فصار محل
المعقود عليه مجهولا ولو استأجر

میزابا لیرکبه فی داره کل شهر بشی مسمی جاز لان المیزاب المركب فی داره لا
تختلف منفعته بکثرة ما یسیل فیہ وقلته

فكان محل المعقود عليه معلوما ولو استأجر بالوعدة ليصب فيها وضوءا 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 والثقل 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 أليس انه لو استأجر دابة بغير عينها يجوز وإن 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 الإجارة بموتها ولا يمكنه المطالبة بدابة أخرى فيبقى في الطريق فيقضى بغير حمولة فيتضرر 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 أظليك بدانق ولا يعلم بما يظليه 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 إجارة الدور والمنازل والبيوت والحوانيت وفي استئجار الظئر 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 إن كان هو الجهالة فلا جهالة وإن 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 إن قوله يوما أو شهرا أو سنة مجهول لأنه اسم لوقت منكرو جهالة
الوقت توجب جهالة المعقود عليه
وليس في نفس العقد ما يوجب تعيين بعض الأوقات 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
إنما يعقد عقد الإجارة
للحاجة والحاجة عقيب العقد قائمة والثاني ان العاقد يقصد بعقده الصحة ولا صحة
لهذا العقد الا بالصرف 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 آجر داره شهر أو شهورا معلومة فان وقع العقد في
غرة الشهر يقع على الأهلة بلا
خلاف حتى لو نقص الشهر يوما كان عليه كمال الأجرة لان الشهر اسم للهلال وان
وقع بعدما مضى بعض الشهر ففي
إجارة الشهر يقع على ثلاثين يوما بالاجماع لتعذر اعتبار الأهلة فتعتبر بالأيام وأما في
إجارة الشهر ففيها روايتان عن
أبي حنيفة في رواية اعتبر الشهور كلها بالأيام وفي رواية اعتبر تكميل هذا الشهر بالأيام
من الشهر الأخير والباقي
بالأهلة وهكذا ذكر في الأصل فقال إذا استأجر سنة أولها هذا اليوم وهذا اليوم لأربعة
عشر من الشهر فإنه يسكن
بقية هذا الشهر وأحد عشر شهرا بالأهلة وستة عشر يوما من الشهر الأخير وهذا غلط
وقع من الكاتب والصحيح
أن يقال وأربعة عشر يوما لان ستة عشر يوما قد سكن فلم يبق لتمام الشهر بالأيام الا
أربعة عشر يوما وهكذا ذكر في
بعض النسخ وإنما يسكن ستة عشر يوما إذا كان سكن أربعة عشر يوما وهو قول أبي
يوسف ومحمد ووجهه ما ذكرنا
في كتاب الطلاق لان اسم الشهور للاهلة إذ الشهر اسم للهلال لغة الا أنه لا يمكن
اعتبار الأهلة في الشهر الأول فاعتبر
فيه الأيام ويمكن فيما بعده فيعمل بالأصل ولان كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه
لأنه يتجدد ويحدث شيئا

فشيئاً فيصير عند تمام الشهر الأول كأنه عقد الإجارة ابتداءً فيعتبر بالأهله بخلاف العده انه يعتبر فيها الأيام على احدى

الروایتین لان كل جزء من اجزاء العدة ليس بعدة ولأن العدة فيها حق الله تعالى فاعتبر فيها زيادة العدد احتياط
والإجارة حق العبد فلا يدخله الاحتياط وجه الرواية الأخرى ان الشهر الأول يكمل
بالأيام بلا خلاف وإنما
يكمل بالأيام من الشهر الثاني فإذا كمل بالأيام من الشهر الثاني يصير أول الشهر الثاني
بالأيام فيكمل من الشهر الثالث
وهكذا إلى آخر الشهور ولو قال أجزت هذه الدار سنة كل شهر بدرهم جاز بالاجماع
لان المدة معلومة والأجرة
معلومة فلا يجوز ولا يملك أحدهما الفسخ قبل تمام السنة من غير عذر ولو لم يذكر
السنة فقال أجزت 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 الأول فمعلوم وهو
الذي يعقب العقد وذكر القدوري ان الصحيح من قول أبي يوسف ومحمد انه لا يجوز
أيضا وفرقا بين الإجارة
وبيع العين من حيث إن كل شهر لا نهاية له فلا يكون المعقود عليه معلوما بخلاف
الصبرة لأنه يمكن معرفة الجملة
بالكيل وعامة مشايخنا قالوا تجوز هذه الإجارة على قولهما كل شهر بدرهم كما في
بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وفي بيع
المذروع كل ذراع بدرهم وعند أبي حنيفة لا يجوز البيع في المذروع في الكيل لا في
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 فأما بيع ذراع
من ثوب فلا يجوز لتفاوت في
أجزاء الثوب فيفضى إلى المنازعة وقال الشافعي هذه الإجارة فاسدة واعتبرها ببيع كل
ثوب من هذه الأثواب
بدرهم وهذا الاعتبار غير سديد لان الثياب تختلف في أنفسها اختلافا فاحشا ولا يمكن
تعيين واحد منها لاختلافها
فأما المشهور فإنها لا تخلف فيتعين واحد منها للإجارة عند أبي حنيفة وهو الشهر
الأول لما بينا وإذا جاز في الشهر الأول
لا غير عند أبي حنيفة فلكل واحد منهما أن يترك الإجارة عند تمام الشهر الأول فإذا

دخل الشهر الثاني ولم يترك أحدهما انعقدت الإجارة في الشهر الثاني لأنه إذا مضى الشهر الأول ولم يترك أحدهما فقد تراضيا على انعقاد العقد في الشهر الثاني فصارا كأنهما جددا العقد وكذا هذا عند مضى كل شهر بخلاف ما إذا أجر شهرا وسكت ولم يقل كل شهر لان هناك لم يسبق منه شيء يبنى عليه العقد في الشهر ثم اختلف مشايخنا في وقت الفسخ وكيفيته قال بعضهم إذا أهل الهلال يقول أحدهما على الفور فسخت الإجارة فإذا قال ذلك لا ينعقد في الشهر الثاني وان سكتا عنه انعقدت وقال بعضهم يفسخ أحدهما الإجارة 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 الأول انعقدت الإجارة في الشهر الثاني وهذا أصح الأقاويل ومعنى الفسخ ههنا وهو المنع انعقاد الإجارة في الشهر الثاني لأنه رفع العقد الموجود من الأصل 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 لأنه صار معلوما ببيان المدة والله عز وجل أعلم وأما بيان ما يستأجر له في هذا النوع من الإجارة أعني إجارة المنازل ونحوها فليس بشرط حتى لو استأجر شيئا من ذلك ولم يسم ما يعمل فيه جاز وله أن يسكن فيه نفسه ومع غيره وله أن يسكن فيه غيره بالإجارة والإعارة وله أن يضع فيه متاعا وغيره غيره أنه لا يجعل فيه حدادا ولا قصارا ولا طحانا ولا ما يضر بالبناء ويوهنه وإنما كان كذلك لان الإجارة تشرعت للانتفاع والدور والمنازل والبيوت ونحوها معدة للانتفاع بها بالسكنى ومنافع العقار المعدة للسكنى متقاربة لان الناس لا يتفاوتون في السكنى فكانت معلومة من غير تسمية وكذا المنفعة لا تتفاوت بكثرة السكان وقتلهم الا تفاوتت يسيرا وانه ملحق بالعدم ووضع المتاع من توابع السكنى وذكر في الأصل ان له أن يربط في الدار دابته وبعيره وشاته لان ذلك من توابع السكنى وقيل إن هذا الجواب على عادة أهل الكوفة والجواب فيه يختلف باختلاف العادة فإن كان في موضع جرت العادة بذلك فله ذلك والا فلا وإنما لم يكن له أن يقعد فيه من يضر

بالبناء ويوهنه من القصار والحداد

(١٨٢)

والطحان لان ذلك اتلاف العين وانه لم يدخل تحت العقد إذ الإجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولان مطلق العقد ينصرف إلى المعتاد والظاهر أن 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 آجر حانوتا في صف الحدادين من حداد يدخل عمل الحدادة فيه من غير تسمية للعادة وإنما كان له أن يؤاجر من غيره ويعير لأنه ملك المنفعة فكان له أن يؤاجر من غيره بعوض وبغير عوض وأما في إجارة الأرض فلا بد فيها من بيان ما تستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك فإن لم يبين كانت الإجارة فاسدة الا إذا جعل له ان 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 الأرض تختلف باختلاف البناء والغرس والزراعة وكذا المزروع يختلف منه ما يفسد الأرض ومنه ما يصلحها فكان المعقود عليه مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة فلا بد من البيان بخلاف السكنى فإنها لا تختلف وأما في إجارة الدواب فلا بد فيها من بيان أحد الشئيين المدة أو المكان فإن لم يبين أحدهما فسدت لان ترك البيان يفضى إلى المنازعة وعلى هذا يخرج ما إذا استأجر دابة يشيع عليها رجلا أو يتلقاه ان الإجارة فاسدة الا أن يسمى موضعا معلوما لما قلنا وكذا إذا استأجرها إلى الجبانة لان الجبانة تختلف أولها وأوسطها وآخرها لأنها موضع واسع تتباعد أطرافها وجوانبها بخلاف ما إذا استأجر دابة إلى الكوفة انه يصح العقد وإن كان أطرافها وجوانبها متباعدة لان المكان هناك معلوم بالعادة وهو منزله الذي بالكوفة لان الانسان إذا استأجر إلى بلده فإنما 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 نصا 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 الإجارة وذكر في الأصل إذا تكارى دابة من الفرات إلى جعفى وجعفى قبيلتان
بالكوفة ولم يسم إحداهما
أو إلى الكناسة وفيها كناستان ولم يسم إحداهما أو إلى بجيلة وبها بجيلتان الظاهرة
والباطنة ولم يسم إحداهما ان
الإجارة فاسدة لان المكان مجهول ولا بد فيها من بيان ما يستأجر له في الحمل
والركوب لأنهما 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 الأصل إذا استأجر بعيرين من الكوفة إلى مكة
فحمل على أحدهما محملا
فيه رجلان وما يصلح لهما من الوطاء والدثر وقد رأى الرجلين ولم ير الوطاء والدثر
وأحدهما زاملة يحمل عليها كذا
كذا محتوما من السويق والدقيق وما يصلحهما من الزيت والنخل والمعاليق ولم يبين
ذلك واشترط 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 لأنه قدر الكسوة والدثار 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 يقضى 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 الأعصار من غير نكير وان بين وزن المعاليق ووصف
ذلك والهدايا أحب إلينا لأنه
يجوز قياسا واستحسانا وذلك يكون أبعد من الخصومة لذلك قال أحب إلينا ولكل
محل قربتين من ماء وادواتين من
أعظم ما يكون لان هذا كله يصير معلوما بالعادة وذكره أفضل وكذا الخيمة والقبعة
وذكره أفضل لما قلنا وفي استئجار
العبد للخدمة والثوب للبس والقدر للطبخ لابد من بيان المدة لما قلنا والقياس أن
يشترط بيان نوع الخدمة في استئجار

العبد للخدمة لان الخدمة تختلف فكانت مجهولة وفي الاستحسان لا يشترط وينصرف
إلى المتعارف وليس له أن

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 الإجارة في هذه الأشياء 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 القاضي يفسخ الإجارة لأن العقد وقع فاسدا ورفع الفساد واجب حقا للشرع فان زرع الأرض وحمل الدابة ولبس الثوب وطبخ في القدر فمضت المدة فله ما سمي استحسانا والقياس أن يكون له أجر المثل لأنه 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 فزالت الجهالة فقد استوفى المعقود عليه في عقد صحيح فيجب كمال المسمى كما لو كان متعينا في الابتداء ولو فسخ القاضي الإجارة ثم زرع أو حمل أو لبس أو غير ذلك لا يجب شئ لان القاضي 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 والرعي ونحو ذلك لم يجز العقد وكذا بيان المعمول فيه في الأجير المشترك اما بالإشارة والتعيين أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة في ثوب القصارة والخياطة وبيان الجنس والقدر في إجارة الراعي من الخيل والإبل 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 الراعي 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 الأجير الخاص فلا يشترط بيان جنس المعمول فيه ونوعه وقدره وصفته
وإنما 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 يجز فيه لم يجز فيها إلا ان أبا حنيفة استحسنت في الظئر ان تستأجر
بطعامها وكسوتها لما نذكره في موضعه إن شاء الله
تعالى ولو استأجر انسانا لبيع له ويشترى ولم يبين المدة لم يجز 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 بأحسن
الأسماء فقال صلى الله عليه وسلم يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب
فشوبوه بالصدقة والسمسار هو
الذي يبيع أو يشتري لغيره بالأجرة فهو محمول على ما إذا كانت المدة معلومة وكذا
إذا قال بع لي هذا الثوب ولك درهم
وبين المدة وان لم يبين فباع واشترى فله أجر مثل عمله لأنه استوفى منفعته بعقد فاسد
قال الفضل بن غائم سمعت أبا
يوسف قال لا بأس أن يستأجر القاضي رجلا مشاهرة على أن يضرب الحدود بين يديه
وإن كان غير مشاهرة فالإجارة
فاسدة لأنها إذا كانت مشاهرة كان المعقود عليه معلوما ببيان المدة ويستحق الأجرة
فيها بتسليم النفس عمل أو لم
يعمل وإذا لم يذكر الوقت بقي المعقود عليه مجهولا لان قدر الحدود التي سماها غير
معلوم وكذا محل الإقامة مجهول وذكر
محمد في السير الكبير إذا استأجر الامام رجلا ليقول المرتدين والأسارى لم يجز عند
أصحابنا وان استأجره لقطع اليد جاز
ولا فرق بينهما عندي والإجارة 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 إنه استأجره
لعمل معلوم وهو القتل ومحل

معلوم وهو العنق إذ لا يباح له العدول عنه فيجوز كما لو استأجره لقطع اليد وذبح
الشاة ولهما أن محله من العنق ليس بمعلوم

بخلاف القطع فان محله 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 الأسد ولك درهم وهما صيد ليسا للمستأجر فقتله فان له أجر مثله لا أجاوز به درهما لان الأسد والذئب إذا لم يكونا في يده فيحتاج في قتلها إلى المعالجة فكان العمل مجهولا وإنما وجب عليه أجر المثل لأنه استوفى المنفعة بعقد فاسد ويكون الصيد للمستأجر لان قتل الصيد سبب لتملكه وعمل الأجير يقع للمستأجر فصار كأنه 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 الإجارة فاسدة في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد جائزة وعلى هذا الخلاف إذا استأجر الدابة إلى الكوفة أياما مسماة فالإجارة فاسدة عنده وعندهما جائزة وجه قولهما ان المعقود عليه هو العمل لأنه هو المقصود والعمل معلوم فاما ذكر المدة فهو التعجيل فلم تكن المدة معقودا عليها فذكرها لا يمنع جواز العقد وإذا وقعت الإجارة 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 إبلا إلى مكة على أن يدخله إلى عشرين ليلة كل بعير بعشرة دنانير مثلا ولم يزد على هذا ان الإجارة جائزة ثم إن وفي بالشرط أخذ المسمى وان لم يف به فله أجر مثله لا يزداد على ما شرطه ولأبي حنيفة ان المعقود عليه مجهول لأنه ذكر أمرين كل واحد منهما يجوز أن يكون معقودا عليه أعني 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 لأن العقد على المدة يقتضى وجوب الاجر من غير عمل لأنه يكون أجيرا خالصا والعقد على العمل يقتضى وجوب الاجر بالعمل لأنه يصير أجيرا

مشتركا فكان المعقود عليه
أحدهما وليس أحدهما بأولى من الآخر فكان مجهولا وجهالة المعقود عليه توجب
فساد العقد بخلاف تلك المسألة
لان قوله على أن 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 الأخرى 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 يجوز وعلى هذا أنواع الخياطة والصبغ 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
إن رددت الآبق من
موضع كذا فلك كذا وان رددته من موضع كذا فلك كذا وكما لو قال إن خيبت هذا
الثوب فبدرهم وان خيبت هذا
الأخر فبدرهم وعملهما سواء وكما لو قال إن 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 أجاز
البيع فالإجارة أولى لأنها أوسع
من البيع ألا ترى انها تقبل من الخطر ما لا يقبله البيع ولهذا جوزوا هذه الإجارة 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 درهما أو
قال لصباغ صبغت هذا الثوب بعصفر فلك درهم ن وان صبغته بزعفران فلك درهما
فذلك جائز لأنه 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 فالإجارة فاسدة لان المعقود عليه
مجهول والجواب ما ذكرناه ولو

قال أجزتك هذه الدار شهرا على أنك ان قعدت فيها حدادا فاجرها عشرة وان بعت فيها الخبز فخمسة فالإجارة جائزة
في قول أبي حنيفة الأخير وقال أبو يوسف ومحمد الإجارة فاسدة وجه قولهما ان الاجر لا يجب بالسكنى وإنما 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 بأحد العاملين وعند ذلك يتعين البدل ويصير معلوما عند وجوده ولأبي 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 أن بالتخلية وهو التمكين من الانتفاع يجب أقل 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 أجر 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 والى القادسية بدرهمين فهو جائز عنده على قولهما ينبغي ان لا يجوز لما ذكرنا ولو استأجر دابة من بغداد إلى القصر بخمسة والى الكوفة بعشرة قال محمد لو كانت المسافة إلى القصر النصف من الطريق إلى الكوفة فالإجارة جائزة وإن كانت أقل أو أكثر فهي فاسدة على أصلهما لان المسافة إذا كانت النصف فحال ما يسير

يصير البديل معلوما لأنه ان
سار إلى القصر أو إلى الكوفة فالأجرة إلى القصر خمسة فاما إذا كانت المسافة إلى
القصر أقل من النصف أو أكثر
فالأجرة حال ما يسير مجهولة لأنه ان سار إلى القصر فالأجرة خمسة وان سار إلى
الكوفة فالأجرة إلى القصر بحصته
من المسافة وجهالة الأجرة عند وجود سبب وجوبها تفسد العقد عندهما فاما على قول
أبي حنيفة فالعقد جائز
لأنه سمي منفعتين معلومتين لأنه كل واحدة منهما بدل معلوم ولو أعطى خياطا ثوبا
فقال إن خطته اليوم فلك درهم وان
خطته غدا فلك نصف درهم قال أبو حنيفة الشرط الأول صحيح والثاني فاسد حتى لو
خاطه اليوم فله درهم وان
خاطه غدا له أجر مثله على هذا نذكر تفسيره قال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان
وقال زفر الشرطان باطلان
وبه أخذ الشافعي فتكلم مع زفر والشافعي في اليوم الأول لأنهما خالفا أصحابنا الثلاثة
فيه والوجه لهما أن المعقود
عليه مجهول ولنا انه سمي في اليوم الأول عملا معلوما وبدلا معلوما وفساد الشرط
الثاني لا يؤثر في الشرط الأول
كمن عقد إجارة صحيحة وإجارة فاسدة وأما اليوم الثاني فوجه قول أبي يوسف
ومحمد على نحو ما ذكرنا في اليوم
الأول انه سمي في اليوم الثاني عملا معلوما وبدلا معلوما كما في الأول فلا معنى
لفساد العقد فيه كما لا يفسد في اليوم
الأول ولأبي حنيفة انه اجتمع في اليوم الثاني بدلان متفاوتان في القدر لان البديل
المذكور في اليوم الأول جعل
مشروطا في اليوم الثاني بدليل أنه لو لم يذكر لليوم الثاني بدلا آخر وعلم في اليوم الثاني
يستحق المسمى في الأول فلو لم
يجعل المذكور من البديل في اليوم الأول مشروطا في الثاني لما استحق المسمى وإذا
اجتمع بدلان في اليوم الثاني صار
كأنه قال في اليوم الثاني فلك درهم أو نصف درهم فكان الاجر مجهولا فوجب فساد
العقد فإذا خاطه في اليوم الثاني فله
أجر مثله لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم هكذا ذكر في الأصل وفي
الجامع الصغير وذكر محمد في الاملاء
وهو احدى روايتي ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف واحدى روايتي ابن سماعة
في نوادره عن محمد وروى ابن

سماعة في نوادره عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في رواية أخرى ان له في اليوم الثاني
اجر مثله لا يزداد على نصف درهم

وذكر القدوري ان هذه الرواية هي الصحيحة ووجهها ان الواجب في الإجارة الفاسدة
اجر المثل لا يزداد على المسمى
والمسمى في اليوم الثاني نصف درهم لا درهم إنما الدرهم مسمى في اليوم الأول
وذلك عقد آخر فلا يعتبر فيه وجه رواية
الأصل انه اجتمع في الغد تسميتان لان التسمية الأولى عند مجئ الغد قائمة لما ذكرنا
فيعمل بهما فتعتبر الأولى لمنع
الزيادة والثانية لمنع النقصان فان خطاب نصفه في اليوم الأول نصفه في الغد فله نصف
المسمى لأجل خياطته
في اليوم الأول أجر المثل لأجل خياطته في الغد لا يزداد على درهم ولا ينقص عن
نصف درهم فان خاطه في اليوم
الثالث فقد روى ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة أن له أجر مثله لا تجاوز به
نصف درهم لان صاحب الثوب لم يرض
بتأخيره إلى الغد بأكثر من النصف فتأخيره إلى اليوم الثالث أولى فان قال إن خطته
اليوم فلك درهم وان خطته غدا
فلا أجر لك ذكر محمد في املائه أنه ان خاطه في اليوم الأول فله درهم وان خاطه في
اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزداد
على درهم لان اسقاطه في اليوم الثاني لا ينفى وجوبه في اليوم الأول ونفى التسمية في
اليوم الثاني لا ينفى أصل العقد فكان
في اليوم الثاني عقد لا تسمية فيه ويجب اجر المثل ولو قال إن 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 عز
وجل أعلم ومنها أن يكون
مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا لأن العقد لا يقع وسيلة إلى المعقود بدونه فلا يجوز
استئجار الأبق لأنه لا يقدر
على استيفاء منفعة حقيقة لكونه معجوز التسليم حقيقة ولهذا لم يجز بيعه ولا تجوز
إجارة المغصوب من غير الغاصب
كما لا يجوز بيعه من غيره لما فلنا وعلى هذا يخرج إجارة المشاع من غير الشريك
انها غير جائزة عند أبي حنيفة وزفر
وقال أبو يوسف ومحمد الشافعي انها جائزة وجه قولهم إن الإجارة أحد نوعي البيع
فيعتبر بالنوع الآخر وهو بيع
العين وانه جائز في المشاع وكذا هذا فلو امتنع تعذر استيفاء منفعة بسبب الشياخ

والمشاع مقدور الانتفاع
بالمهياة ولهذا جاز بيعه وكذا يجوز من الشريك أو من الشركاء في صفقة واحدة
فكذا من الأجنبي والدليل عليه أن
الشيوع الطارئ لا يفسد الإجارة فكذا المقارن لان الطارئ في باب الإجارة مقارن لان
المعقود عليه المنفعة وانها
تحدث شيئاً فشيئاً فكان كل جزء يحدث معقوداً عليه مبتدأ ولأبي حنيفة ان منفعة
المشاع غير مقدور الاستيفاء
لان استيفاءها بتسليم المشاع والمشاع غير مقدور بنفسه لأنه اسم لسهم غير معنى
وغير المعين لا يتصور تسليمه بنفسه
حقيقة وإنما يتصور تسليمه الباقي وذلك غير معقود عليه فلا يتصور تسليمه
شرعاً 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 البدل عما في يد صاحبه وانه ليس
بمقتضى العقد أيضاً فإذا
لا يمكن تسليم المعقود عليه على الوجه الذي يقتضيه العقد أصلاً ورأساً فلا يكون
المعقود عليه مقدور الاستيفاء
حقيقة وشرعاً ولان تجويز هذا القعد بالمهياة يؤدي إلى الدور لأنه لا مهياة 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
والأرض السبخة جائز وان لم
يكن منتفعا بها ولهذا يدخل الشرب والطريق في الإجارة من غير تسمية ولا يدخلان في
البيع الا بالتسمية لان كون
المستأجر منتفعا به بنفسه شرط صحة الإجارة ولا يمكن الانتفاع بدون الشرب
والطريق بخلاف البيع وأما الإجارة
من الشريك فعن أبي حنيفة فيه روايتان ولكن سلمنا على الرواية المشهورة فلان المعقود
عليه هناك مقدور
الاستيفاء بدون المهياة لان منفعة كل الدار تحدث على ملك المستأجر لكن بسببين
مختلفين بعضها بسبب

الملك وبعضها بسبب الإجارة وكذا الشيوع الطارئ فيه روايتان عن أبي حنيفة في
رواية تفسد الإجارة كالمقارن

وفي رواية لا تفسد وهي 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 جامع نصاب عن أبي حنيفة أن الإجارة لا تجوز في الوجهين جميعا ذكرنا أبو طاهر الدباس أن إجارة المشاع إنما لا تجوز عند أبي حنيفة إذا أجر الرجل بعض ملكه فاما إذا أجر أحد الشريكين نصيبه فالعقد جائز بلا خلاف لان في الصورة الأولى تقع المهاية بين المستأجر وبين المؤجر فتكون الدار في يد المستأجر مدة وفي يدا المؤجر مدة ولا يجوز أن يستحق المؤجر الاجر مع كون الدار في يده والمهاية في الصورة الثانية إنما تقع بين المستأجر وبين غير المؤجر 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 اختصاصا قبل القسمة فأبطل الحاكم الإجارة ثم الإجارة ثم قسم وسلم بعد ذلك لم يجر العقد لأن العقد انفسخ من الأصل بابطال الحاكم فلا يحتمل الجواز الا بالاستئناف وبجوز إجارة الاثنين من واحد لان المنافع تدخل في يد المستأجر جملة واحدة من غير شيوع ويستوفى من غير مهاية ولو مات أحد المؤجرين حتى أنقضت الإجارة في حصته لا تنقض في حصة الحي وان صارت مشاعة وهو المسمى بالشيوع الطارئ لما ذكرنا وكذا يجوز رهن الاثنين من واحد وهبة الاثنين من واحد لعدم الشيوع عند القبض وكذا تجوز إجارة الواحد من الاثنين لان المنافع تخرج من ملك الآجر جملة واحدة من غير شياع ثم ثبت الشياع لضرورة تفرق ملكيهما في

المنفعة وانه يوجب قسمة المنفعة بالتهايئ
فينعدم الشيوخ ولو مات أحد المستأجرين حتى انتقضت الإجارة في حصته بقيت في
حصته الحي 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 فإنما لا تجوز عند أبي حنيفة
لان الملك في باب الهبة يقع بالقبض والشيوخ ثابت عند القبض وانه يمنع من القبض
فيمنع من وقوع الملك على ما نذكر
في كتاب الهبة وان استأجر أرضا فيها زرع للاجر أو شجر أو قصب أو كرم أو ما
يمنع من الزراعة لم تجز لأنها 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 رطبة فالأجرة فاسدة لأنه لا يمكن تسليمها الا بضرر وهو
قلع الرطبة فلا يجبر على الاضرار
بنفسه فلم تكن المنفعة مقدورة الاستيفاء شرعا فلم تجز كما لو اشترى جزعا في سقف
فان قلع رب الأرض الرطبة فقال
للمستأجر اقبض الأرض فقبضها فهو جائز لان المانع قد زال فصار كشاء الجذع في
السقف إذا نزع البائع وسلمه إلى
المشترى فان اختصاصا قبل ذلك فأبطل الحاكم الإجارة ثم قلع الرطبة بعد ذلك لم يصح
العقد لأن العقد قد بطل بابطال
الحاكم فلا يحتمل العود فان مضى من مدة الإجارة يوم أو يومان قبل أن يختصما ثم
قلع الرطبة فالمستأجر بالخيار ان شاء
قبضها على تلك الإجارة وطرح عنه ما لم يقبض وان شاء لم يقبض فرقا بين هذا أو بين
الدار إذا سلمها المؤاجر في بعض
المدة ان المستأجر لا يكون له خيار الترك ووجه الفرق أن المقصود من إجارة الأرض
الزراعة والزراعة لا تمكن في
جميع الأوقات بل في بعض الأوقات 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
إجارة الدار لان المقصود منها السكنى وسكنى كل يوم لا تعلق له بيوم آخر فلا يقف
بعض المدة فيها على بعض فلا

يوجب خللا في المقصود من الباقي فلا يثبت الخار ولو اشترى أطراف رطبة ثم
استأجر الأرض لتبقية ذلك لم تجز

الإجارة لان أصل الرطبة ملك المؤاجر فكانت الأرض 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 بأصلها ليقلعها ثم استأجر الأرض مدة معلومة لتبقيتها جاز لان الأرض ههنا مشغولة بمال المستأجر وذا
لا يمنع الإجارة كما لو استأجر ما هو في يده وكذلك إذا اشترى شجرة فيها ثمر بثمرها على أن يقلعها ثم استأجر
الأرض فبقتها فيها جاز لما قلنا قال محمد وان استعمار الأرض في ذلك كله فهو جائز لان المالك بالإعارة أباح 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 الأجير
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 ليبيع له ويشترى جاز لما مر وعلى هذا يخرج
الاستئجار على تعليم القرآن والصنائع انه لا يجوز لان الأجير لا يقدر على ايفاء العمل بنفسه فلا يقدر المستأجر على
الاستيفاء وان شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطا فقلت ومنها أن يكون العمل المستأجر له مقدور الاستيفاء
من العامل بنفسه ولا يحتاج فيه إلى غيره وخرجت المسائل عليه والأول أقرب إلى الصناعة فافهم وعلى هذا يخرج
الاستئجار على المعاصي انه لا يصح لأنه 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 والنوح لا كتابتهما وكذا لو استأجر رجلا ليقتل له رجلا أو ليسجنه أو

ليضربه ظلما وكذا كل إجارة
وقعت لمظلمة لأنه استئجار لفعل المعصية فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء
شرعا فإن كان ذلك بحق بان
استأجر انسانا لقطع عضو جاز لأنه 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 فأشبهه
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 لأنه يكون مثله
وانها غير مشروعة بخلاف الاستئجار
على تشقيق الحطب لأنه وإن 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 لأنه 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 للامة فقد ذكرنا حكمه فيما تقدم ولو استأجر ذمي مسلما
ليخدمه ذكر في الأصل انه
يجوز وأكره للمسلم خدمة الذمي أما الكراهة فلان الاستخدام استدلال فكان إجارة
المسلم
نفسه منه اذلالا لنفسه وليس للمسلم ان يذل نفسه خصوصا بخدمة الكافر وأما الجواز
فلانه
عقد معاوضة فيجوز كالبيع وقال أبو حنيفة اكره ان يستأجر الرجل امرأة حرة
يستخدمها ويخلو
بها وكذلك الأمة وهو قول أبي يوسف ومحمد أما الخلوة فلان الخلوة بالمرأة الأجنبية
معصية وأما الاستخدام
فلانه لا يؤمن معه الاطلاع عليها والوقوع في المعصية ويجوز الاستئجار لنقل الميئات
والجيف والنجاسات

لان فيه رفع أذيتها عن الناس فلو لم تجز لتضرر بها الناس وقال ابن رستم عن محمد أنه
قال لا بأس بأجرة الكناس

أرأيت لو استأجره ليخرج له حمارا ميتا أما يجوز ذلك ويجوز الاستئجار على نقل الميت الكافر إلى المقبرة لأنه جيفة فيدفع أذيتها عن الناس كسائر الأنجاس 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 أبو يوسف لا أجر له وقلت أنا إن كان الحمل الذي حمله يعلم أنه جيفة فلا أجر له وإن لم يعلم فله الاجر وجه قول محمد ان الأجير إذا علم أنه جيفة فقد نقل ما لا يجوز له نقله فلا يستحق الاجر وإذا لم يعلم فقد غرره بالتسمية والغرور يوجب الضمان ولأبي يوسف ان الأصل أن لا يجوز نقل الجيفة وإنما رخص في نقلها للضرورة وهي ضرورة رفع أذيتها ولا ضرورة في النقل من بلد إلى بلد فبقي 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 أجر له كذا ذكر في الأصل وذكر في الجامع الصغير أنه يطيب له الاجر في قول أبي حنيفة وعندهما يكره لهما أن هذه إجارة على المعصية لان حمل الخمر معصية لكونه إعانة على المعصية وقد قال الله عز وجل ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولهذا لعن الله تعالى عشرة منهم حاملها والمحمول إليه ولأبي 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 إن ذلك معصية ويكره أكل أجرته ولا تجوز إجارة الإمام للزنا لأنها إجارة على المعصية وقيل فيه نزل قوله تعالى ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء ان أردن تحصنا لتبتغوا عرض الحياة الدنيا وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن مهر البغي وهو أجر الزانية على الزنا وتجوز الإجارة للحجامة وأخذ الأجرة عليها لان الحجامة أمر مباح وما ورد من النهي عن كسب الحجام في الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من السحت عسب التيس

وكسب الحجام فهو محمول على الكراهة لدناءة الفعل والدليل عليه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قال ذلك أتاه رجل من الأنصار فقال إن لي حجاما وناضحا فأعلف ناضحني من كسبه قال صلى الله عليه وسلم نعم وروى أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام دينارا ولا يجوز استئجار الرجل أباه ليخدمه لأنه مأمور بتعظيم أبيه وفي الاستخدام استخفاف به فكان حراما فكان هذا استئجارا على المعصية وسواء كان الأب حرا أو عبدا استأجره ابنه من مولاه ليخدمه لأنه لا يجوز استئجار الأب حرا كان أو عبدا وسواء كان الأب مسلما أو ذميا لان تعظيم الأب واجب وان اختلف الدين قال الله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وهذا في الأبوين الكافرين لأنه معطوف على قوله عز وجل وان جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعمها وان شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطا وخرجتها عليه فقلت ومنها أن تكون المنفعة مباحة الاستيفاء فإن كانت محظورة الاستيفاء لم تجز الإجارة 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 أحدهما صاحبه على أن يحمل نصيبه إلى مكان معلوم والطعام غير مقسوم فحمل الطعام كله أو استأجر غلام صاحبه أو دابة صاحبه على ذلك أنه لا تجوز هذه الإجارة عند أصحابنا وإذا حمل لا اجر له وعند الشافعي هذه الإجارة جائزة وله الاجر إذا حمل وجه قوله إن الاجر تابع نصف منفعة الحمل الشائعة من شريكه لان الإجارة بيع المنفعة فتصح في الشائع كبيع العين وهذا لان عمله وهو الحمل وان صادف محلا مشتركا وهو لا يستحق الأجرة بالعمل في نصيب نفسه فيستحقها بالعمل فنصيب شريكه ولنا انه اجر ما لا يقدر على ايفائه لتعذر تسليم الشائع بنفسه فلم يكن المقذور عليه مقدور والاستيفاء وإنما لا يجب الاجر أصلا لأنه 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 مشتركاً بينهما أو سفينة أو جوالقا ان الإجارة جائزة لان
التسليم ثمة يتحقق بدون الوضع

بدليل انه لو سلم السفينة والبيت والجوالق ولم يضع وجب الاجر وههنا لا يتحقق بدون العمل وهو الحمل والمشاع غير مقدور الحمل بنفسه وذكر ابن سماعة عن محمد في طعام بين رجلين ولأحدهما سفينة وأراد أن يخرج الطعام من بلدهما إلى بلد آخر فاستأجر أحدهما نصف السفينة من صاحبه أو أرادا أن يطحنا الطعام فاستأجر أحدهما نصف الرحي الذي لشريكه أو استأجر انصاف جوالقه ليحمل عليه الطعام إلى مكة فهو جائز هذا على قول من يجيز إجارة المشاع والأصل فيه أن كل موضع لا يستحق فيه الأجرة الا بالعمل لا تجوز الإجارة فيه على العمل في الحمل مشتركة وما يستحق فيه الأجرة من غير عمل تجوز الإجارة فيه لوضع العين المشتركة في المستأجر وفقه هذا الأصل ما ذكرنا ان ما لا تجب الأجرة فيه الا بالعمل فلا بد من امكان ايفاء العمل ولا تمكين من العين المشتركة فلا يكون المعقود عليه مقدور التسليم فلا يكون مقدور الاستيفاء فلم تجز الإجارة وما لا يقف وجوب الأجرة فيه على العمل كان المعقود عليه مقدور التسليم والاستيفاء بدونه فتجوز الإجارة 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 أنه لا يصح لأنه لو صح لبطل من يحث صح لان الأجير يصير شريكا بأول جزء من العمل وهو الحمل فكان عمله بعد ذلك لا يجوز لما بينا وإذا حمل فله أجر مثله لأنه استوفى المنافع بعقد فاسد فيجب أجر المثل ولا يتجاوز به قفيزا لان الواجب في الإجارة الفاسدة الأقل من المسمى ومن أجر المثل لما نذكر في بيان حكم الإجارة الفاسدة إن شاء الله تعالى ومنها أن لا يكون العمل المستأجر له فرضا ولا واجبا على الأجير قبل الإجارة فإن كان فرضا أو واجبا عليه قبل الإجارة لم تصح الإجارة لان من أتى بعمل يستحق عليه لا يستحق الأجرة كمن قضى ديننا عليه ولهذا قلنا إن الثواب على العبادات والقرب والطاعات افضل 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 الاستتجار على الصوم الصلاة والحج انه لا يصح لأنها من فروض الأعيان ولا يصح الاستتجار على تعليم العلم لأنه فرض عين ولا على تعليم القرآن عندنا وقال الشافعي الإجارة على تعليم القرآن جائزة لأنه استتجار لعمل معلوم يبذل معلوم فيجوز ولنا انه استتجار لعمل مفروض فلا يجوز كالاستتجار للصوم والصلاة ولأنه غير مقدور الاستيفاء في حق الأجير لتعلقه بالمتعلم فأشبهه الاستتجار لحمل خشبة لا يقدر على حملها بنفسه وقد روى أن أبي بن كعب رضي الله عنه أقرأ رجلاً فأعطاه 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 لأنه 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 الأذان والإقامة والإمامة لأنها واجبة وقد روى عن عثمان بن أبي العاص الثقفي أنه قال آخر ما عهد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أصلي بالقوم صلاة أضعفهم وان اتخذ مؤذناً لا يأخذ على الأذان اجرا ولان الاستتجار على الأذان والإقامة والإمامة وتعليم القرآن والعلم سبب لتنفيذ 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 أجر 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 الأجر على ما يبلغ بنفسه لما قلنا فكذا لمن يبلغ بأمره لان ذلك تبليغ منه معنى ويجوز الاستتجار على تعليم اللغة والأدب لأنه ليس بفرض ولا واجب وكذا يجوز الاستتجار على بناء المساجد والرباطات والقناطر لما قلنا ولا

يجوز الاستئجار على غسل

(١٩١)

الميت ذكره في الفتاوى لأنه واجب ويجوز على حقر القبور وأما على حمل الجنازة فذكر في بعض الفتاوى انه جائز على الاطلاق وفي بعضها انه إن كان يوجد غيرهم يجوز وإن 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 الأب الحر واجبة على الابن الحر فإن كان الولد عبدا والأب حر فاستأجر ابنه من مولاه جاز لأنه إذا كان عبدا لا يجب عليه خدمة الأب وكذلك إن كان الابن مكاتباً لأنه لا يلزمه خدمة أبيه فكان كالأجنبي ولو استأجر امرأته لتخدمه كل شهر بأجر مسمى لم يجز لان خدمة البيت عليها فيما بينها وبين الله تعالى لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال بين علي وفاطمة رضي الله عنهما فجعل ما كان داخل البيت على فاطمة رضي الله عنها وما كان خارج البيت على علي رضي الله عنه فكان هذا استئجارا على عمل واجب فلم يجز ولأنها تنتفع بخدمة البيت والاستئجار على عمل ينتفع به الأجير غير جائز ولا يجوز استئجار الزوجة على رضاع ولده منها لان ذلك استئجار على خدمة الولد وإنما 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 لأنه لا نفقة لها على الولد فلا يكون فيه استحقاق نفقتين ولو استأجر لولده من ذوات الرحم المحرم اللاتي لهن حضانتهم جاز لأنه ليس عليهن خدمة البيت ولا نفقة لهن على ابن الولد ويجوز استئجار الزوجة لترضع ولده من غيرها لأنه ليس عليها خدمة ولد غيرها ولو استأجر على ارضاع ولده خادما أمه فخادمتها بمنزلتها فما جاز فيها جاز في خادمتها وما لم يجز فيها لم يجز في خادمتها لأنها هي المستحقة لمنفعة خادمتها فصار كنفقتها وكذا مدبرتها لأنها تملك منافها فان استأجر مكاتبتها جاز لأنها لا تملك منافع المكاتبه فكانت كالأجنبية ولو استأجرت المرأة زوجها ليخدمها في البيت باجر مسمى فهو جائز لان خدمة البيت غير

واجبة على الزوج فكان
هذا استئجارا على أمر غير واجب على الأجير وكذا لو استأجرته لرعى غنمها لان رعى
الغنم لا يجب على الزوج
وان شئت عبرت عن هذا الشرط فقلت ومنها ان لا ينتفع الأجير بعمله فإن كان ينتفع
به لم يجز لأنه حينئذ
يكون عاملا لنفسه فلا يستحق الاجر ولهذا قلنا إن الثواب على الطاعات من طريق
الافضال لا الاستحقاق
لان العبد فيما يعمله من القربات الطاعات عامل لنفسه قال سبحانه وتعالى من عمل
صالحا فلنفسه ومن عمل لنفسه
لا يستحق الاجر على غيره وعلى هذه العبارة أيضا يخرج الاستئجار على الطاعات
فرضا كانت أو واجبة أو تطوعا
لان الثوب موعود للمطيع على الطاعة فينتفع الأجير بعمله فلا يستحق الاجر وعلى هذا
يخرج ما إذا
استأجر رجلا ليطحن له قفيزا من حنطة برع من دقيقها أو ليعصر له قفيزا من سمس
بجزء معلوم من دهنه انه
لا يجوز لان الأجير 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 فالإجارة
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 الإجارة وهو محمد بن
سلمة ونصر بن يحيى ومنها
أن تكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها بعقد الإجارة ويجرى بها التعامل بين الناس
لأنه عقد شرع بخلاف
القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس فلا يجوز استئجار الأشجار
لتحفيف الثياب عليها
والاستئجار بها لأن هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ولو اشترى ثمرة شجرة ثم
استأجر الشجرة لتبقية ذلك
فيه لم يجز لأنه لا يقصد من الشجر هذا النوع من المنفعة وهو تبقية الثمر عليها فلم
تكن منفعة مقصودة عادة وكذا
لو استأجر الأرض التي فيها ذلك الشجر يصير مستأجرا باستئجار الأرض ولا يجوز
استئجار الشجر وقال أبو

يوسف إذا استأجر ثيابا لبيسها بيت ليزين بها ولا يجلس عليها فالإجارة فاسدة لان
بسط الثياب من غير استعمال

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 لأنه ليس بمنفعة مقصودة الا ترى انه لا يعتاد استيفاؤها بعقد الإجارة والله عز وجل الموفق وأما
الذي يرجع إلى محل المعقود عليه فهو أن يكون مقبوض المؤجر إذا كان منقولاً فإن لم يكن في قبضه فلا تصح
اجارته لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض والإجارة نوع بيع فتدخل تحت النهي ولان فيه غرر
انفساخ العقد لاحتمال هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ البيع فلا تصح الإجارة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن بيع فيه غرر وان لم يكن منقولاً فهو على الاختلاف المعروف في بيع العين انها تجوز عند أبي حنيفة وأبي
ويوسف ولا تجوز عند محمد وقيل في الإجارة لا تجوز بالاجماع وأما الذي يرجع إلى ما يقابل المعقود عليه وهو الأجرة
والأجرة في الإجازات معتبرة بالثمن في البياعات لان كل واحد من العقدين معاوضة المال بالمال فما يصلح ثمنا في
البياعات يصلح اجرة في الإجازات ومالا فلا وهو أن تكون الأجرة مالا متقوما معلوما وغير ذلك مما ذكرناه في كتاب
البيوع والأصل في شرط العلم بالأجرة قول النبي صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا فليعلمه أجره والعلم بالأجرة
لا يحصل الا بالإشارة والتعيين أو بالبيان وجملة الكلام فيه أن الاجر لا يخلو اما إن كان شيئا بعينه واما إن كان بغير
عينه فإن كان بعينه فإنه 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 الايفاء عند أبي حنيفة وإن كان بغير عينه
فإن 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 وإن كان في البلد نقود مختلفة يقع على النقد الغالب وإن كان فيه نقود غالبية لا بد
من البيان فإن لم يبين فسد العقد
ولا بد من بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف
ومحمد لا يشترط ذلك ويتعين
مكان العقد للايفاء وقد ذكرنا المسألة في كتاب البيوع وهل يشترط الأجل ففي
المكيلات والموزونات
والعدديات المتقاربة لا يشترط لأن هذه الأشياء كما تثبت ديننا في الذمة مؤجلا بطريق
السلم تثبت ديننا في الذمة
مطلقا لا بطريق السلم بل بطريق الفرض فكان لثبوتها أجلا فان ذكر الأجل جاز وثبت
الاجر كالسلم وان لم
يذكر جاز كالفرض وأما في الثياب فلا بد من الأجل لأنها لا تثبت ديننا في الذمة الا
مؤجلا فكان لثبوتها أجل واحد
وهو السلم فلا بد فيها من الأجل كالسلم وإن كان مما لا يثبت ديننا في الذمة في عقود
المعاوضات المطلقات كالحيوان
فإنه لا يصير معلوما بذكر الجنس والنوع والصفة والقدر الا ترى أنه لا يصلح ثمننا في
البياعات فلا يصلح أجرة في
الإجازات وحكم التصرف في الأجرة قبل القبض إذا وجبت في الذمة حكم التصرف
في الثمن قبل القبض إذا كان
دينا وقد بينا ذلك في كتاب البيوع وإذا لم يجب بأن لم يشترط فيها التعجيل فحكم
التصرف فيها نذكره في بيان حكم
الإجارة إن شاء الله عز وجل وما كان منها عينا مشارا إليها فحكمه حكم الثمن إذا
كان عينا حتى لو كان منقولا لا يجوز
التصرف فيه قبل القبض وإن 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 أجرة وهو مجهول فكانت الأجرة
مجهولة القياس في استئجار الظئر
بطعامها وكسوتها انه لا يجوز وهو قول أبي يوسف ومحمد لجهالة الأجرة وهي الطعام
والكسوة الا أن أبا حنيفة

استحسن الجواز بالنص وهو قوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
بالمعروف من غير فصل بين ما إذا كانت

الوالدة منكوحة أو مطلقة وقوله عز وجل 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 آتيتم بالمعروف نفى الله سبحانه وتعالى الجناح عن الاسترضاع مطلقا وقولهما الأجرة مجهولة مسلم لكن الجهالة لا تمنع صحة العقد لعينها بل لافضائها إلى المنازعة وجهالة الأجرة في هذا الباب لا تفضى إلى المنازعة لان العادة جرت بالمسامحة مع الاظار والتوسيع عليهن شفقة على الأولاد فأشبهت جهالة القفيز من الصبرة ولو استأجر دارا بأجرة معلومة وشرط الاجر تطيين الدار وممرتها أو تعليق باب عليها أو ادخال جذع في سقفها على المستأجر فالإجارة فاسدة لان المشروط يصير أجرة وهو مجهول فتصير الأجرة مجهولة وكذا إذا أجر أرضا 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 الأجرة مجهولة ومنها أن لا تكون الأجرة منفعة هي من جنس المعقود عليه كإجارة السكنى والخدمة بالخدمة والركوب بالركوب والزراعة بالزراعة حتى لا يجوز شئ من ذلك عندنا وعند الشافعي ليس بشرط وتجاوز هذه الإجارة وإن كانت الأجرة من خلاف الجنس جاز كإجارة السكنى بالخدمة والخدمة بالركوب ونحو ذلك الكلام فيه فرع في كيفية انعقاد هذا العقد فعندنا ينعقد شيئاً فشيئاً 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 سماعه كتب يسأله عن هذه المسألة أنه كتب إليه في الجواب انك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت منك زلة أما علمت أن بيع السكنى بالسكنى كبيع الهروي بالهروي بخلاف ما إذا اختلفت 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 آخر بالأجل 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 الماتريدي
هي ان الإجارة عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة تقع عند اتحاد
الجنس فبقي على أصل القياس
والحاجة تتحقق عند اختلاف الجنس فيجوز ويستوى في ذلك العبد والأمة حتى لو
استأجر عبداً يخدمه شهراً
بخدمة أمة كان فاسداً لاتحاد جنس المنفعة ثم في إجارة الخدمة بالخدمة إذا خدم
أحدهما ولم يخدم الآخر روى
عن أبي يوسف انه لا أجره عليه وذكر الكرخي وقال الظاهر أن له أجر المثل وجه رواية
أبي يوسف انه لما قابل
المنفعة بجنسها ولم تصح هذه المقابلة فقد جعل بإزاء المنفعة ما لا قيمة له فكان راضياً
ببذل المنفعة بلا بدل وجه ما ذكره
الكرخي انه استوفى المنافع بعقد فاسد والمنافع تتقوم بالعقد الصحيح والفاقد بما
نذكر تحقيقه انها تقوم بالعقد الفاسد
الذي لم يذكر فيه بدل رأساً بأن استأجر ولم يسم عوضاً أصلاً فإذا سمي العوض وهو
المنفعة أولى وقالوا في عبد
مشترك تهاياً الشريكان فيه فخدم أحدهما يوماً 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 يخيط معه شهراً على أن يصوغ نصيبه معه
في الشهر الداخل ان هذا
لا يجوز في العبد الواحد وان اختلف العمل وإنما يجوز في العمليين المختلفين إذا كانا
في عبيد لان هذا مهياة منهما
لأنهما فعلاً ما يستحق عليهما من غير إجارة والمهياة من شرط جوازها أن تقع على
المنافع المطلقة فاما أن يعين أحد
الشريكين على الآخر المنفعة فلا يجوز والله عز وجل أعلم وأما الذي 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

إلى المستأجر أو دابة على أن يركبها شهرا أو ثوبا على أن يلبسه شهرا ثم يسلمه إلى المستأجر فالإجارة 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 وهي منها واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج وكري الأنهار وفي إجارة الأرض وطعام العبد وعلف الدابة في إجارة العبد والدابة ونحو ذلك لان ذلك كله شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لاحد العاقدين وذكر في الأصل إذا استأجر دارا مدة معلومة بأجرة مسماة على أن لا يسكنها فالإجارة 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 الإجازات الفاسدة إنما 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 فأشبه المنع الحسى من العباد وهو الغصب بخلاف الإجارة الصحيحة لأنه لا منع هناك فتحقق التسليم فلئن لم ينتفع به المستأجر فقد أسقط حق نفسه في المنفعة فلا يسقط حق الاجر في الأجرة وإذا سكن فقد استوفى المعقود عليه بعقد فاسد وانه يوجب أجر المثل وأما قوله لا ينتقص من المسمى ففيه اشكال لأنه قد صح من مذهب أصحابنا الثلاثة ان الواجب في الإجارة الفاسدة بعد استيفاء المعقود عليه الأقل 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 إن 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 بالغاً ما بلغ كما إذا لم يذكر في العقد تسمية أصلاً
الا أنه 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 شرطاً مقررًا
مقتضى العقد لا مخالفاً له فصار كما لو أجره على أن يملك المستأجر منفعة المستأجر
ولو أجر بشرط تعجيل الأجرة أو
شرط على المستأجر أن يعطيه بالأجرة رهناً أو كفيلاً جاز إذا كان الرهن معلوماً
والكفيل حاضراً لان هذا شرط يلائم
العقد وإن كان لا يقتضيه كما ذكرنا في البيوع فيجوز كما في بيع العين وأما شرط
للزوم فنوعان نوع هو شرط
انعقاد العقد لازماً من الأصل ونوع هو شرط بقاءه على اللزوم أما الأولى فأنواع منها أن
يكون العقد صحيحاً لأن العقد
الفاسد غير لازم بل هو مستحق النقض والفسخ رفعا للفساد حقاً للشرع فضلاً عن
الجواز ومنها أن لا يكون بالمستأجر
عيب في وقت العقد وقت القبض يخل بالانتفاع به فإن كان لم يلزم العقد حتى قالوا
في العبد المستأجر للخدمة إذا ظهر
انه سارق له أن يفسخ الإجارة لان السلامة مشروط دلالة فتكون كالمشروط نصاً كما
في بيع العين ومنها أن يكون
المستأجر مرئياً المستأجر حتى لو استأجر داراً لم يرها ثم رآها فلم يرض بها انه يردّها
لان الإجارة 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 لازماً حتى لو استأجر
عبداً يخدمه أو دابة يركبها أو داراً يسكنها فمرض العبد أو عرجت الدابة أو انهدم بعض
بناء الدار فالمستأجر بالخيار ان
شاء مضى على الإجارة وان شاء فسخ بخلاف البيع إذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض
انه ليس للمشتري أن يردّه

لان الإجارة بيع المنفعة المنافع تحدث شيئاً فشيئاً فكان كل جزء من أجزاء المنافع
معقوداً مبتدأً فإذا حدث العيب

بالمستأجر كان هذا عيبا حدث بعد العقد قبل القبض وهذا يوجب الخيار في بيع العين
كذا في الإجارة فلا فرق
بينهما من حيث المعنى وإذا ثبت الخيار للمستأجر فإن لم يفسخ ومضى على ذلك إلى
تمام المدة فعليه كمال الأجرة لأنه
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 فإن كان لا يضر
بالانتفاع به بقي العقد لازما ولا خيار للمستأجر كالعبد المستأجر إذا ذهبت إحدى
عينيه وذلك لا يضر بالخدمة أو
سقط شعره أو سقط من الدار المستأجرة حائط لا ينتقع به في سكتها لأن العقد ورد
على المنفعة لا على العين إذا
الإجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولا نقصان في المنفعة بل في العين والعين غير معقود
عليها في باب الإجارة وتغير عين
المعقود عليه لا يوجب الخيار بخلاف ما إذا كان العيب الحادث مما يضر بالانتفاع
لأنه إذا كان يضر بالانتفاع
فالنقصان يرجع إلى المعقود عليه فأوجب الخيار فله أن يفسخ ثم إنما يلي الفسخ إذا
كان المؤاجر حاضرا فإن كان غائبا
فحدث بالمستأجر ما يوجب حق الفسخ فليس للمستأجر أن يفسخ لان فسخ العقد لا
يجوز الا بحضور العاقدين أو
من يقوم مقامها وقال هشام عن محمد في رجل استأجر أرضا سنة يزرعها شيئا ذكره
فزرعها فأصاب الزرع آفة من برد
أو غيره فذهب به وتأخر وقت زراعة ذلك النوع فلا يقدر أن يزرع قال إن أراد أي
يزرع شيئا غيره مما ضرره على
الأرض أقل من ضرره أو مثل ضرره فله ذلك والا فسخت عليه الإجارة وألزمته اجر ما
مضى لأنه إذا عجز عن زراعة
ذلك النوع كان استيفاء الإجارة اضرار به قال وإذا نقص الماء عن الرحي حتى يطحن
أقل من نصف طحنه
فذلك عيب لأنه لا يقدر على استيفاء العقد الا بضرر وهو نقصان الانتفاع ولو انهدمت
الدار كلها أو انقطع الماء عن
الرحى أو انقطع الشرب عن الأرض فقد اختلفت إشارة الروايات فيه ذكر في بعضها ما

يدل على أن العقد يفسخ فإنه
ذكر في إجارة الأصل إذا سقطت الدار كلها فله أن يخرج كان صاحب الدار شاهداً أو
غائباً فهذا دليل الانفساخ
حيث جاز للمستأجر الخروج من الدار مع غيبة المؤجر 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
فينفسخ العقد وذكر في بعضها ما يدل على أن العقد لا يفسخ لكن يثبت حق الفسخ
فإنه ذكر في كتاب الصلح إذا
صالح على سكنى فانهدمت لم يفسخ الصلح وروى هشام عن محمد فيمن استأجر بيتاً
وقبضه ثم انهدم فبناه الآجر
فقال المستأجر بعد ما بناه لا حاجة لي فيه قال محمد ليس للمستأجر ذلك وكذلك لو
قال المستأجر آخذه وأبى الآجر
ليس للآجر ذلك وهذا يجري مجرى النص على أن الإجارة لم تنفسخ ووجهه أن الدار
بعد الانهدام بقيت منتفعا بها
منفعة السكنى في الجملة بان يضرب فيها خيمة فلم يفت المعقود عليه رأساً فلا يفسخ
العقد على أنه ان فات كله لكن فات
على وجه يتصور عوده وهذا يكفي لبقاء العقد كمن اشترى عبداً فابق قبل القبض
والأصل فيه أن العقد المنعقد بيقين
يبقى لتوهم الفائدة لأن الثبوت بيقين لا يزال بالشك كما أن غير الثابت بيقين لا يثبت
بالشك وذكر القدوري وقال
الصحيح أن العقد يفسخ لما ذكرنا أن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت وضرب
الخيمة في الدار ليس بمنفعة مطلوبة
من الدار عادة فلا يعتبر بقاؤه لبقاء العقد وقال فيما ذكره محمد في البيت إذا بناه
المؤجر انه لما بناه تبين أن العقد لم
ينفسخ حقيقة وان حكم بفسخه ظاهراً فيجبر على التسليم والقبض وليس يمنع الحكم
بانفساخ عقد في الظاهر مع
التوقف في الحقيقة كمن اشترى شاة فماتت في يد البائع فدبغ جلدها انه يحكم ببقاء
العقد بعد الحكم بانفساخه ظاهراً
بموت الشاة كذا ههنا وإذا بقي العقد يجبر على التسليم والتسلم وقبل البناء لا يعلم أن
العقد لم يفسخ حقيقة فيجب العمل
بالظاهر وذكر محمد في السفينة إذا نقضت وصارت ألواحاً ثم بناها المؤجر انه لا
يجبر على تسليمها إلى المستأجر فقد فرق

بين السفينة وبين البيت ووجه الفرق أن العقد في السفينة قد انفسخ حقيقة لان الأصل فيها الصناعة وهي التركيب

(١٩٦)

والألواح تابعة للصناعة بدليل ان من غضب خشبة فعملها سفينة ملكها فكان تركيب الألواح بمنزلة اتخاذ سفينة أخرى فلم يجبر على تسليمها إلى المستأجر بخلاف الدار لان عرصه الدار ليست بتابعة للبناء بل العرصه 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 بقي لان منفعة الرحي قد بطلت فانفسخ العقد قال فإن كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لأنه بقي شئ من المعقود عليه له حصه 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 لأنه استوفى بعض المعقود عليه دون بعض فلا يكون عليه حصه ما لم يستوف وللّمستأجر أن يمتنع من قبول الدار بغير البيت وأن يفسخ الإجاره إذا حدث ذلك بعد قبضه لان الصفقة تفرقت في المعقود عليه وهو المنافع وتفرق الصفقة يوجب الخيار ولو استأجر دارا أشهرا مسماة فلم تسلّم إليه الدار حتى مضى بعض المدة ثم أراد أن يتسلم الدار فيما بقي من المدة فله ذلك وليس للمستأجر أن يأبى ذلك وذلك لو كان المستأجر طلبها من المؤاجر فمنعه إياها ثم أراد أن يسلمها فذلك له وليس للمستأجر أن يمتنع لان الخيار إنما يثبت بحدث تفرق الصفقة بعد حصولها مجتمعمة 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 الاخر فان استأجر دارين فسقطت إحداهما أو منعه مانع من إحداهما أو حدث في إحداهما عيب فله أن يتركهما جميعا لأن العقد وقع عليهما صفقة واحده وقد تفرقت عليه فيثبت له الخيار والله عز وجل أعلم والثاني عدم حدوث عذر بأحد العاقدين أو بالمستأجر فان حدث بأحدهما بالمستأجر عذر لا يبقى العقد لازما وله أن يفسخ وهذا عند أصحابنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط بقاء العقد لازما ولقب

المسألة ان الإجارة تفسخ
بالاعذار عندنا خلافا له (وجه) قوله إن الإجارة أحد نوعي البيع فيكون لازما كالنوع
الآخر وهو بيع الأعيان
والجامع بينهما ان العقد انعقد باتفاقهما فلا يفسخ الا باتفاقهما ولنا ان الحاجة تدعو
إلى الفسخ عند العذر لأنه لو لزم العقد
عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد لما نذكر في تفصيل الأعدار
الموجبة للفسخ فكان الفسخ في
الحقيقة امتناعا من التزام الضرر وله ولاية ذلك وقد خرج الجواب عن قوله إن هذا بيع
لأننا نقول نعم لكنه عجز عن
المضي في موجهه 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 المضي على موجب العقد الا بضرر غير مستحق بالعقد وقد
عجز ههنا فلا يشترط التراضي على
الفسخ كما في بيع العين وحدوث العيب بالمستأجر ثم إنكار الفسخ عند تحقق العذر
خروج عن العقل والشرع لأنه
يقتضى ان من اشكى ضرره فاستأجر رجلا ليقلعها فسكن الوجود يجبر على القلع ومن
وقعت في يده أكلة فاستأجر
رجلا ليقطعها فسكن الوجود ثم رأت يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلا وشرعا وإذا
ثبت ان الإجارة 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 يفسل 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 بالحنوت 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 الأجرة من غير استيفاء المنفعة والانتقال من عمل لا يكون الا للاعراض عن
الأول ورغبة عنه فان منعناه

عن الانتقال أضررنا به وان أبقينا العقد بعد الانتقال لألزمناه الأجرة من غير استيفاء
المنفعة وفيه ضرر به ولو أراد

أن ينتقل من حانوت إلى حانوت ليعمل ذلك العمل بعينه في الثاني لما ان الثاني أرخص وأوسع عليه لم يكن ذلك عذرا لأنه يمكنه استيفاء المنفعة من الأول من غير ضرر وإنما بطلت زيادة المنفعة وقد رضى بالقدر الموجود منها في الأول وعلى هذا إذا استأجر رجلا لما لا يصل إلى الانتفاع به من غير ضرر يدخل في ملكه أو بدنه ثم بدا له أن يفسخ الإجارة بأن استأجر رجلا ليقصر له ثيابا أو ليقطعها أو يخيطها أو يهدم دارا له أو يقطع شجرا له أو ليقلع ضرسه 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 الإجارة ولا يجبر على شئ من ذلك لان القسارة 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 والفصد 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 إبلا إلى مكة ثم بدا للمستأجر أن لا يخرج فله ذلك ولا يجبر على السفر لأنه لما بدا له علم أن السفر ضرر فلا يجبر على تحمل الضرر وكذا كل من استأجر دابة ليسافر ثم قعد عن السفر فله ذلك لما قلنا وقد قالوا إن الجمال إذا قال للحاكم ان هذا لا يريد أن يترك السفر وإنما يريد أن يفسخ الإجارة 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 وإنما يقول ذلك ليفسخ الإجارة استحلفه الحاكم بالله عز وجل انه يريد السفر الذي عزم عليه لأنه يدعى سبب الفسخ وهو إرادة السفر ولا يمكنه إقامة البينة عليه فلا يقبل قوله الا مع يمينه وقالوا لو خرج من المصر فراسخ ثم رجع فقال صاحب الدار إنما أظهر الخروج لفسخ الإجارة وقد عاد استحلفه الحاكم بالله عز وجل لقد خرج قاصدا إلى الموضع الذي ذكر لان المؤاجر يدعى ان الفسخ وقع بغير عذر وهو عزم السفر إلى موضع معلوم ولا يمكنه إقامة البينة عليه لان عزم المستأجر لا يعلم

الا من جهته فكان القول قوله
مع يمينه وأما الجمال إذا بدا له من الخروج فليس له أن يفسخ الإجارة ولان خروج
الجمال مع الجمال ليس بمستحق
بالعقد فان له أن يبعث غيره مع الجمال فلا يكون قعوده عذرا بخلاف خروج
المستأجر 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 لأنه يعجز عن المضي 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 لأنه لا
يمكنها الخروج من غير طواف
ولا سبيل إلى الزام الجمال للإقامة مدة النفاس لأنه يتضرر به إذ هي مدة ما جرت العادة
بإقامة القافلة قدرها فيجعل عذرا
في فسخ الإجارة وإن كانت قد ولدت قبل ذلك وقد بقي من مدة نفاسها كمدة
الحيض أو أقل أجبر الجمال على المقام
معها لأن 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 المستأجر من الإبل والعقار ونحو ذلك إذا
كان الدين ثبت قبل عقد الإجارة
بالبينة أو بالاقرار أو ثبت بالبينة بعد عقد الإجارة ولو ثبت بعد عقد الإجارة بالاقرار
فكذلك عند أبي حنيفة وأما
عندهما فالدين الثابت بالاقرار بعد عقد الإجارة لا تفسخ به الإجارة لأنه متهم في هذا
الاقرار ولأبي حنيفة ان
الظاهر أن الانسان لا يقر بالدين على نفسه كاذبا وهذا العذر من جانب المؤاجر بناء
على أن بيع المؤاجر لا ينفذ عندنا
من غير إجازة المستأجر خلافا للشافعي على ما ذكره وإذا لم يجز البيع مع عقد
الإجارة جعل الدين عذرا في فسخ الإجارة
لان ابقاء الإجارة مع لحوق الدين الفادح العاجل اضرار بالمؤاجر لأنه يحبس به ولا
يجوز الجبر على تحمل ضرر غير
مستحق بالعقد فان قيل كيف يحبسه القاضي وهو غير قادر على قضاء الدين بالمؤاجر
لتعلق حق المستأجر به فينبغي
أن لا يحبسه القاضي فالجواب ان القاضي لا يصدقه انه لا مال له سوى المؤاجر
فيحبسه إلى أن يظهر حاله وفي الحبس

ضرر على أنه ان لم يكن له مال آخر غير المؤاجر لكن حق المستأجر إنما تعلق
بالمنفعة لا بالعين وقضاء الدين يكون من

بدل العين وهو الثمن فيحبس حتى يبيع وكذلك لو اشترى شيئاً فاجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب على بائعه وان رضى المستأجر بالعيب ويجعل حق الرد بالعيب عذراً له في فسخ الإجارة لأنه 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 إبله داء فله أن يفسخ إذا كانت بعينها أما إذا أصاب الإبل 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 الإبل فصار ذلك عيباً فيها وأما مرض الجمال فظاهر رواية الأصل يقتضى أن لا يكون عذراً لان أثر المرض في المنع من الخروج وخروج الجمال بنفسه مع الجمال غير مستحق بالعقد وأما وجه رواية أبي 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 لأنه 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 لي أن أترك هذا العمل وانتقل منه إلى غيره قال محمد إن كان ذلك من عمله بأن كان حجاماً فقال قد أنفت من عملي وأريد تركه لم يكن له ذلك ويقال أوف العمل ثم انتقل إلى ما شئت من العمل لأن العقد قد لزمه ولا عار عليه فيه لأنه من أهل تلك الحرفة فهو بقوله أريد أن أتركه يريد أن يدفع عنه في الحال ويقدر على ذلك بعد انقضاء العمل وإن كان ذلك العمل ليس من عمله وصنعتة بل أسلم نفسه فيها وذلك مما يعاب به أو كانت امرأة أجزت نفسها ظئراً وهي ممن تعاب بذلك فلأهلها أن يخرجوها وكذلك ان أبت هي أن ترضعه لان من لا يكون من أهل الصنائع الدنيئة إذا دخل فيها يلحقه العار فإذا أراد الترك فهو لا يقدر على ايفاء المنافع الا بضرر وكذلك الظئر إذا لم تكن ممن يرضع مثلها فلأهلها الفسخ لأنهم يعيرون بذلك وفي المثل السائر تجوع

الحرية ولا تأكل بثديها فإن لم يمكن
إيفاء العقد الضرر فلا يقدر على تسليم المنفعة الا بضرر بخلاف ما إذا زوجت نفسها
من غير كفء انه لا يثبت لها
حق الفسخ ويثبت للأولياء لان النكاح لا يفسخ بالعدر فقد لزمها العقد والإجارة
تنفسخ بالعدر وان وقعت لازمة
ولو انهدم منزل المؤجر ولم يكن له منزل آخر سوى المنزل المؤجر فأراد أن ينقض
الإجارة ويسكنها ليس له ذلك
لأنه يمكنه أن يستأجر منزلاً آخر أو يشتري فلا ضرورة إلى فسخ الإجارة وكذا إذا أراد
التحول من هذا المصير
لأنه يمكنه أن يترك المنزل في الإجارة ويخرج بخلاف المستأجر إذا أراد أن يخرج لما
ذكرنا ولو اشترى المستأجر
منزلاً فأراد التحول إليه لم يكن ذلك عذراً لأنه يمكنه أن يؤجر دار نفسه فشرائه داراً
أخرى أو وجود دار أخرى
لا يوجب عذراً في الدار المستأجرة والله عز وجل أعلم وأما الذي هو في جانب
المستأجر فمنها عتق العبد المستأجر فإنه
عذر في فسخ الإجارة حتى لو أجر رجل عبده سنة لما مضت ستة أشهر أعتقه فهو
بالخيار ان شاء مضى على الإجارة
وان شاء فسخ أما العتق فلا شك في نفاذه لصدور الاعتاق من الأهل في المحل
المملوك المرقوق والعارض وهو حق
المستأجر لا يؤثر الا في المنع من التسليم ونفاذ العتق لا يقف على امكان التسليم بدليل
ان اعتاق الآبق نافذ وأما الخيار
فلأن العقد على المنافع ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فيصير بعد الحرية كأنه
عقد عليه ابتداء فكان له خيار
الإجارة والفسخ فان فسخ بطل العقد فيما بقي وسقط عن المستأجر الاجر فيما يبقى
وكان أجر ما مضى للمولى لأنها بدل
منفعة استوفيت على ملك المولى بعقده وان أجاز مضى على الإجارة فالأجرة فيما
يستقبل إلى تمام السنة تكون
للعبد لأنها بدل منفعة استوفيت بعد الحرية فكانت له كما لو أجر نفسه من إنسان بغير
اذن مولاه فاعتقه المولى في المدة
فلا خيار له بخلاف العبد المأذون إذا أجر نفسه بعد الحرية فان اختار الإجارة لم يكن
له أن ينقضها بعد ذلك لأنه باختيار
الإجارة أبطل حق الفسخ فلا يحتمل العود وقبض الأجرة كلها للمولى وليس للعبد أن
يقبض الأجرة الا بوكالة من

المولى لان العاقد هو المولى وحقوق العقد ترجع إلى العاقد هذا ان لم يكن المستأجر
عجل الأجرة ولا شرط المولى عليه

التعجيل فإن كان عجل أو شرط عليه التعجيل فاعتق العبد واختار المضي على الإجارة فالأجرة كلها للمولى لأنه ملكها بالتعجيل أو باشتراط التعجيل وان اختار الفسخ يرد النصف إلى المستأجر لان الأجرة بمقابلة المنفعة ولم يسلم له الا منفعة نصف المدة وسواء كان المولى أجره بنفسه أو أذن للعبد أن يؤاجر نفسه سنة فاجر ثم أعتقه المولى في نصف المدة لان عقده بإذن المولى كعقد المولى بنفسه الا ان قبض الأجرة ثم أعتقه المولى في المدة لان إجارة 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 القاضي أو أمينه فبلغ في المدة فهو عذر ان شاء أمضى الإجارة وان شاء فسخ لان في بقاء العقد بعد البلوغ ضرر بالصبي لما بينا فيما تقدم فيعجز عن المضي 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 إجارة النفس والمال ذكره في كتاب البيوع ان إجارة ماله تصرف نظر في حقه فلا يملك ابطاله بالبلوغ فاما إجارة النفس فهو في وضعها اضرار وإنما يملكها الولي أو الوصي من حيث هي تأديب وقد انقطعت ولاية التأديب بالبلوغ فاما غلاء أجر المثلي فليس بعذر تنفسخ به الإجارة الا في إجارة الوقف حتى لو أجر دارا هي ملكه ثم غلا أجر مثل الدار ليس له أن يفسخ العقد الا في الوقف فإنه يفسخ نظرا للوقف ويجدد العقد في المستقبل على أجرة معلومة وفيما مضى يجب المسمى بقدره وقيل هذا إذا ازداد أجر مثل الدور فاما إذا جاء واحد وزاد في الأجرة تعنتا على المستأجر الأول فلا يعتبر ذلك ثم إنما تفسخ هذه الإجارة إذا أمكن الفسخ فاما إذا لم يمكن فلا تفسخ بأن كان في الأرض زرع لم يستحصد لان في القلع ضرر بالمستأجر فلا تفسخ بل تترك إلى أن يستحصد الزرع بأجر المثل فإلى وقت الزيادة يجب المسمى بقدره وبعد الزيادة إلى أن يستحصد يجب أجر المثل هذا إذا غلا أجر مثل الوقف فاما إذا رخص فان الإجارة لا تفسخ لان المستأجر رضى بذلك القدر وزيادة ولان الفسخ في الوقف عند الغلاء

لمعنى النظر للوقف وفى هذا
ضرر فلا تفسخ وأما العذر فى استئجار الظئر فنحو أن لا يأخذ الصبي من لبنها لأنه لم
يحصل بعض ما دخل تحت العقد
أو بقي من لبنها لان الصبي يتضرر به أو تحبل الظئر لان لبن الحامل يضر بالصبي أو
تكون سارقة لأنهم يخافون على
متاعهم أو تكون فاجرة بينة الفجور لأنها تتشاغل بالفجور عن حفظ الصبي أو أرادوا
أن يسافروا بصبيهم وأبت
الظئر أن تخرج معهم لان فى الزامهم ترك المسافرة اضرارا بهم وفى ابقاء العقد بعد
السفر اضرار أيضا أو تمرض
الظئر لان الصبي يتضرر بلبن المريضة والمرأة تتضرر بالارضاع فى المرض أيضا فيثبت
حق الفسخ من الجانبين فإن كان
وا يؤذونها بألسنتهم أمروا أن يكفوا عنها فإن لم يكفوا كان لها أن تخرج لان الأذية
محظورة فعليهم تركها فإن لم
يتركوها كان فى ابقاء العقد ضرر غير ملتزم بالعقد فكان عذرا وللزوج أن يخرجها من
الرضاع ان لم تكن الإجارة برضاه
وقيل هو على التفصيل إن كان ممن يشينه أن ترضع زوجته فله الفسخ لأنه يغير بذلك
فيتضرر به وإن كان ممن لا يشينه
ذلك لم يكن له أن يفسخ لان المملوك له بالنكاح منافع بضعها لا منافع ثديها فكانت
هي بالإجارة متصرفة فى حقها
وقيل له الفسخ فى الوجهين لأنها ان أرضعت الصبي فى بيتهم فلزوج أن يمنعها من
الخروج من منزله وان أرضعت فى
بيته فله أن يمنعها من ادخال الصبي إلى بيته ثم إذا اعترض شئ من هذه الاعذار التي
وصفناها فالإجارة تنفسخ بنفسها
أو تحتاج إلى الفسخ قال بعض مشايخنا تنفسخ بنفسها وقال بعضهم لا تنفسخ
والصواب انه ينظر إلى العذر إن كان
يوجب العجز عن المضي فى موجب العقد شرعا بأن كان المضي فيه حراما فالإجارة
تنتقض بنفسها كما فى الإجارة على
قلع الضرس إذا اشتكت ثم سكنت وعلى قطع اليد المتأكلة إذا برأت ونحو ذلك وإن
كان العذر بحيث لا يوجب
العجز عن ذلك لكنه يتضمن نوع ضرر لم يوجب العقد لا يفسخ الا بالفسخ وهل
يحتاج فيه إلى فسخ القاضي أو
التراضي ذكر فى الأصل وفى الجامع الصغير أنه لا يحتاج إليه بل للعاقد فسخها وذكر
فى الزيادات انها لا تفسخ الا

بفسخ القاضي أو التراضي وجه ما ذكر في الزيادات ان هذا خيار ثبت بعد تمام العقد فأشبهه الرد بالعيب بعد القبض

(٢٠٠)

وجه المذكور في الأصل والجامع الصغير أن المنافع في الإجارة لا تملك جملة واحدة بل شيئاً فشيئاً فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض في باب البيع يوجب للعاقد حق الفسخ ولا يقف ذلك على القضاء والرضا كذا هذا ومن مشايخنا من فصل فيه تفصيلاً فقال إن كان العذر ظاهراً لا حاجة إلى القضاء وإن كان خفياً كالدين يشترط القضاء ليظهر العذر فيه ويزول الاشتباه وهذا حسن وينبغي أن يبيع المستأجر ثم يفسخ الإجارة (فصل) وأما صفة الإجارة فالإجارة عقد لازم إذا وقعت صحيحة عرية عن خيار الشرط والعيب الرؤية عند عامة العلماء فلا تفسخ من غير عذر وقال شريح إنها غير لازمة تفسخ بلا عذر لأنها إباحة المنفعة فأشبهت الإجارة ولنا أنها تملك المنفعة بعوض فأشبهت البيع وقال سبحانه وتعالى أوفوا بالعقود الفسخ ليس من الأيفاء بالعقد وقال عمر ورضي الله عنه البيع صفقة أو خيار جعل البيع نوعين نوعاً لا خيار فيه ونوعاً فيه خيار والإجارة بيع فيجب أن تكون نوعين نوعاً ليس فيه خيار الفسخ ونوعاً فيه خيار الفسخ ولأنها معاوضة عقدت مطلقة فلا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ إلا عند العجز عن المضي في موجب العقد من غير تحمل ضرر كالبيع (فصل) وأما حكم الإجارة فالإجارة لا تخلو إما إن كانت صحيحة وإما إن كانت فاسدة وإما إن كانت باطلة أما الصحيحة فلها أحكام بعضها أصلي وبعضها من التوابع أما الحكم الأصلي فالكلام فيه في ثلاث فمواضع في بيان أصل الحكم وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان كيفية ثبوته أما الأول فهو ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر وثبوت الملك في الأجرة المسماة للآجر لأنها عقد معاوضة إذ هي بيع المنفعة والبيع عقد معاوضة فيقتضى ثبوت الملك في العوضين وأما وقت ثبوته فالعقد لا يخلو إما إن كان عقد مطلقاً عن شرط تعجيل الأجرة وإما إن شرط فيه تعجيل الأجرة أو تأجيلها فإن عقد مطلقاً فالحكم يثبت في العوضين في وقت واحد فيثبت الملك للمؤاجر في الأجرة وقت ثبوت الملك للمستأجر في المنفعة وهذا قول أصحابنا وقال الشافعي حكم الإجارة 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 لأنها
تحدث شيئا فشيئا وعنده تجعل المدة موجودة تقديرا كأنها أعيان قائمة ويثبت الحكم
فيها في الحال وعلى هذا يبنى ان
الأجرة لا تملك بنفس العقد المطلق عندنا وعنده تملك (وجه) قوله إن الإجارة عقد
معاوضة وقد وجدت مطلقة
والمعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد كالبيع الا أن الملك
لا بد له من محل يثبت فيه منافع
المدة معلومة في الحال حقيقة فتجعل موجودة حكما تصحيحا 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 لأنه 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
الأجرة في الحال تحقيقا للمعاوضة المطلقة في أي وقت تثبت فقد كان أبو حنيفة أولا
يقول إن الأجرة لا تجب الا
بعد مضي المدة مثل استئجار الأرض سنة أو عشر سنين وهو قول زفر ثم رجع هنا
فقال تجب يوما فيوما وفي الإجارة
على المسافة مثل ان استأجر بعيرا إلى مكة ذاهبا وجائيا كان قوله الأول انه لا يلزمه
تسليم الاجر حتى يعود وهو
قول زفر ثم رجع وقال يسلم حالا فحالا وذكر الكرخي انه يسلم أجرة كل مرحلة إذا
انتهى إليها وهو قول أبي يوسف
ومحمد وجه قول أبي حنيفة الأول ان منافع المدة أو المسافة من حيث إنها معقد عليها
شيء واحد فما لم يستوفها كلها
لا يجب شيء من بدلها كمن استأجر خياطا يخيط ثوبا فحاط بعضه انه لا يستحق
الأجرة حتى يفرغ منه وكذا
القصار والصباغ (وجه) وقوله الثاني وهو المشهور انه ملك البدل وهو المنفعة وانها
تحدث شيئا فشيئا على حسب
حدوث الزمان فيملكها شيئا فشيئا على حسب حدوثها فكذا ما يقابلها فكان ينبغي أن
يجب عليه تسليم الأجرة



(۲۰۱)

ساعة فساعة الا أن ذلك متعذر فاستحسن فقال يوما فيوما مرحلة فمرحلة لأنه لا يعذر فيه وروى عن أبي يوسف فيمن أستأجر بعيرا إلى مكلة انه إذا بلغ ثلث الطريق أو نصفه أعطى من الاجر بحسابه استحسانا وذكر الكرخي ان هذا قول أبي يوسف الأخير 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 الأخير عينا كان الاجر أو دينا وقال محمد إن كان دينا جاز وجه قول أبي يوسف ظاهر خارج على الأصل وهو ان الأجرة لم يملكها المؤاجر في العقد المطلق عن شرط التعجيل والابراء عما ليس بمملوك المبرئ لا يصح بخلاف الدين المؤجل لأنه مملوك وإنما 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 تصحيحا له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عنى على ألف درهم فقال أعتقت والابراء اسقاط واسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب جائز كالغفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو انعقد المنعقد والجواب انه إن كان يعنى بالانعقاد في حق الحكم فيه غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا وإن كان يعنى شيئا آخر فهو غير معقول ولو أبرأه عن بعض الأجرة أو وهب منه جاز في قولهم جميعا أما على أصل محمد فظاهر لأنه يجوز ذلك عنده في الملك فكذا في البعض وأما على أصل أبي يوسف فلان ذلك حط بعض الأجرة 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 الأجرة عينا من الأعيان فوهبها المؤاجر للمستأجر قبل استيفاء المنافع فقد قال أبو يوسف ان ذلك لا يكون نقضا للإجارة وقال محمد ان قبل المستأجر الهبة بطلت الإجارة وان ردها لم تبطل أما أبو

يوسف فقد مر على الأصل ان الهبة لم تصح لعدم الملك فالتحقت بالعدم كأنها لم توجد رأسا بخلاف المشتري إذا وهب المبيع من بئعه قبل القبض وقبله البائع ان ذلك يكون نقضا للبيع لان الهبة هناك قد صحت لصدورها من المالك فثبت الملك للبائع فانفسخ البيع وأما محمد فأقول الأجرة إذا كانت عينا كانت في حكم المبيع لان ما يقابلها هو في حكم الأعيان والمشتري إذا وهب المبيع قبل القبض من البائع فقبله البائع يبطل البيع كذا هذا وإذا رد المستأجر الهبة لا تبطل الإجارة لان الهبة لا تتم الا بالقبول فإذا رد بطلت والتحقت بالعدم وعلى هذا إذا صارف المؤاجر المستأجر بالأجرة فأخذ بها دينار بأن كانت الأجرة دراهم ان العقد باطل عند أبي يوسف في قوله الأخير وكان قوله الأول انه جائز وهو قول محمد فأبو يوسف مر على الأصل فقال الأجرة لم تجب بعقد الإجارة وما وجب بعقد الصرف لم يوجد فيه التقابض في المجلس فيبطل العقد فيه كمن باع دينارا بعشرة فلم يتقابضا ولأنه يشتري الدينار بدراهم في ذمته ثم يجعلها قصاصا بالأجرة ولا أجرة 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 الأجرة ثم تصارفا جاز كذا هذا ولو اشترى المؤاجر من المستأجر عينا من الأعيان بالأجرة جاز في قولهم لأن العقد على الأعيان والهبة جائز ان فالرهن والكفالة أولى وأما على أصل أبي يوسف فأما الكفالة فلأن جوازها لا يستدعي 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 الأجرة فاما إذا شرط في تعجيلها ملكة بالشرط ووجب تعجيلها فالحاصل ان الأجرة لا تملك عندنا الا بأحد 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

(٢٠٢)

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 العوض ولهذا صح التعجيل في ثمن المبيع وإن كان اطلاق العقد يقتضى الحلول كذا هذا وللمؤجر حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفى الأجرة كما ذكره الكرخي في جامعہ لان المنافع في باب الإجارة كالمبيع في باب البيع والأجرة في الإجازات كالثمن في البياعات وللبائع حبس المبيع إلى أن يستوفى الثمن فكذا للمؤجر حبس المنافع إلى أن يستوفى الأجرة المعجلة فان قيل لا فائدة في هذا الحبس لان الإجارة إذا وقعت على مدة فإذا حبس المستأجر مدة بطلت الإجارة في تلك المدة ولا شئ فيها من الأجرة فلم يكن الحبس مفيداً فالجواب ان الحبس مفيد لأنه يحبس ويطلب بالأجرة فان عجل والا فسخ العقد فكان في الحبس فائدة على أن هذا لا يلزم في الإجارة على المسافة بأن أجر دابة مسافة معلومة لأن العقد ههنا لا يبطل بالحبس وكذا هذا ويبطل بيع ما يتسارع إليه الفساد كالسمك الطري ونحوه إذ للبائع حبسه حتى يستوفى الثمن وإن كان يؤدي إلى ابطال البيع بهلاك المبيع قبل القبض وان وقع الشرط في عقد الإجارة على أن لا يسلم المستأجر الا بعد انقضاء مدة الإجارة فهو جائز وأما على قول أبي حنيفة الأول فظاهر لان الأجرة لا تجب الا في آخر المدة فإذا شرط كان هذا شرطاً مقررًا مقتضى العقد فكان جائزاً وأما على قوله الآخر فالأجرة وإن كانت تجب شيئاً فشيئاً فقد شرط تأجيل الأجرة والأجرة كالثمن فتحتل التأجيل كالثمن أما إذا عجل الأجرة من غير شرط فلانه لما عجل الأجرة فقد غير مقتضى مطلق العقد وله هذه الولاية لان التأخير ثبت حقاً له فيملك ابطاله بالتعجيل كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله ولأن العقد سبب استحقاق الأجرة 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 الأصل تبنى الإجارة المضافة إلى زمان في
المستقبل بان قال أجزرتك هذه الدار
غدا أو رأس شهر كذا أو قال أجزرتك هذه الدار سنة أولها غرة شهر رمضان انها جائزة
في قول أصحابنا وعند الشافعي
لا تجوز وجه البناء ان الأجرة بيع المنفعة وطريق جوازها عنده أن يجعل منافع المدة
موجودة تقديرا عقيب العقد
تصححها له إذ لا بد وأن يكون محل حكم العقد موجودا ليتمكن اثبات حكمه فيه
فجعلت المنافع موجودة حكما كأنها
أعيان قائمة بنفسها وإضافة البيع إلى عين ستوجد لا تصح كما في بيع الأعيان حقيقة
وأما عندنا فالعقد ينعقد شيئا
فشيئا على حسب حدوث المعقود عليه شيئا فشيئا وهو المنفعة فكان العقد مضافا إلى
حين وجود المنفعة من طريق
الدلالة فالتنصيص على الإضافة يكون مقرا مقتضى العقد الا أنا جوزنا الإضافة في
الإجارة دون البيع للضرورة
لان المنفعة حال وجودها لا يمكن انشاء العقد عليها فدعت الضرورة إلى الإضافة ولا
ضرورة في بيع العين لامكان
ايقاع العقد عليها بعد وجودها لكونها محتملة للبقاء فلا ضرورة إلى الإضافة وطريقنا
أولى لان جعل المعدوم موجودا
تقدير للمحال وتقدير المحال محال ولا إحالة في الإضافة إلى زمان في المستقبل فان
كثيرا من التصرفات تصح
مضافة إلى المستقبل كالطلاق والعتاق ونحوهما فكان الصحيح ما قلنا وأما الأحكام
التي هي من التوابع فكثيرة
بعضها يرجع إلى الآجر والمستأجر مما عليهما ولهما وبعضها يرجع إلى صفة المستأجر
والمستأجر فيه أما الأول فجملة
الكلام فيه ان عقد الإجارة لا يخلو اما ان شرط فيه تعجيل البدل أو تأجيله واما إن كان
مطلقا عن شرط التعجيل
والتأجيل فان شرط فيه تعجيل البدل فعلى المستأجر تعجيلها والابتداء بتسليمها سواء
كان ما وقع عليه الإجارة شيئا
ينتفع بعينه كالدار والدابة وعبد الخدمة أو كان صانعا أو عاملا ينتفع بصنعتة أو عمله
كالخياط والقصار والصياغ

والإسكاف لأنهما لما شرطا تعجيل البدل لزم اعتبار شرطهما لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وملك

(٢٠٣)

الآجر البدل 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 المستأجر في الأشياء المنتفع بأعيانها حتى يستوفى الأجرة وكذا للأجير الواحد أن يمتنع عن تسليم النفس وللأجير المشترك أن يمتنع عن ايفاء العمل قبل استيفاء الأجرة في الإجارة كالثمن في البياعات وللبائع حبس المبيع إلى أن يستوفى الثمن إذا لم يكن مؤجلا كذا ههنا وان شرط فيه تأجيل الأجرة يبدأ بتسليم المستأجر وايفاء العمل وإنما يجب تسليم البدل عند انقضاء الأجل لان الأصل في الشروط اعتبارها للحديث الذي روينا وإن كان العقد مطلقا عن شرط التعجيل والتأجيل يبدأ بتسليم ما وقع عليه العقد في نوعي الإجارة فيجب على المؤاجر تسليم المستأجر وعلى الأجير تسليم النفس أو ايفاء العمل أولا عندنا خلافا للشافعي لان الأجرة لا تجب عندنا بالعقد المطلق وعنده تجب والمسألة قد مرت غير أن في النوع الأول وهو الإجارة على الأشياء المنتفع بأعيانها إذا سلم المستأجر لا يجب على المستأجر تسليم البدل كله للحال بل على حسب استيفاء المنفعة شيئا فشيئا حقيقة أو تقديرا بالتمكن من الاستيفاء في قول أبي حنيفة الآخر وللمؤاجر أن يطلبه بالأجرة بمقدار ذلك يوما فيوما في الإجارة على العقار ونحوه ومرحلة مرحلة في الإجارة على المسافة ولكن يخير المكارى على الحمل إلى المكان المشروط إذ لو لم يخير لتضرر المستأجر وفي قوله الأول وهو قول أبي يوسف ومحمد لا يجب تسليم شيء من البدل الا عند انتهاء المدة أو قطع المسافة كلها في الإجارة على قطع المسافة وقد ذكرنا وجه القولين فيما تقدم وأما في النوع الآخر وهو استئجار الصناع والعمل فلا يجب تسليم شيء من البدل 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 الأجرة 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 لأنه لا ينتفع ببعضه

دون بعض فكان الكل
كشئ واحد فما لم يوجد لا يقابله البديل بلا خلاف بخلاف النوع الأول على قول أبي
حنيفة الآخر لان كل جزء
من السكنى وقطع المسافة مقصود فيقابل بالأجرة ثم في النوع الآخر إذا أراد الأجير
حبس العين بعد الفراغ من
العمل لاستيفاء الأجرة هل له ذلك ينظر إن كان لعمله أثر ظاهر في العين كالخياط
والقصار والصباغ والإسكاف
له ذلك لان ذلك الأثر هو المعقود عليه وهو صيرورة الثوب مخيطا مقصورا وإنما
العمل يحصل ذلك الأثر عادة
والبديل يقابل ذلك الأثر فكان كالمبيع فكان له أن يحبسه لاستيفاء الأجرة كالمبيع قبل
القبض انه يحبس لاستيفاء
الثمن إذا لم يكن الثمن مؤجلا ولو هلك قبل التسليم تسقط الأجرة لأنه مبيع هلك قبل
القبض وهل يجب الضمان فعند
أبي حنيفة لا يجب وعندهما يجب لأنه يجب قبل الحبس عندهما فبعد الحبس أولى
والمسألة تأتي في موضعها إن شاء الله
تعالى وان لم يكن لعمله أثر ظاهر في العين كالحمال والملاح والمكاري ليس له أن
يحبس العين لان ما لا أثر له في العين
فالبديل إنما يقابل نفس العمل الا أن العمل كله كشئ واحد إذ لا ينتفع ببعضه دون
بعض فكما فرغ حصل في يد
المستأجر فلا يملك حبسه عنه بعد طلبه كالكيد المودعة ولهذا لا يجوز حبس الوديعة
بالدين ولو حبسه فهلك
قبل التسليم لا تسقط الأجرة لما ذكرنا انه كما وقع في العمل حصل مسلما إلى
المستأجر لحصوله في يده فتقررت عليه
الأجرة فلا تحتمل السقوط بالهلاك ويضمن لاند حبسه بغير حق فصار غاصبا 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 غاصبا كما لو حبس المودع الوديعة بالدين هذا الذي ذكرنا ان العمل لا يصير
مسلما إلى المستأجر الا بعد الفراغ
منه حتى لا يملك الأجير المطالبة بالأجرة قبل الفراغ إذا كان المعمول فيه في يد
الأجير فإن كان في يد المستأجر فقدر
ما أوقعه من العمل فيه يصير مسلما إلى المستأجر قبل الفراغ منه حتى يملك المطالبة
بقدره من المدة بان استأجر رجلا

ليبنى له بناء في ملكه أو فيما في يده بان استأجره ليبنى له بناء في داره أو يعمل له
ساباطا أو جناحا أو يحفر له بئرا أو قناة

(٢٠٤)

أو نهر أو ما أشبه ذلك في ملكه أو فيما في يده فعمل بعضه فله أن يطالبه بقدره من الأجرة لكنه يجبر على الباقي حتى لو انهدم البناء أو انهارت البئر أو وقع فيما الماء التراب وسواها مع الأرض أو سقط الساباط فله أجر ما علمه بحصته لأنه إذا كان في ملك المستأجر 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 ويده ليس له أن يطلب شيئاً من الأجرة قبل الفراغ من عمله وتسليمه إليه حتى لو هلك قبل التسليم لا يجب شيء من الأجرة لأنه إذا لم يكن في ملكه ولا في يده توقف وجوب الأجرة 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 إلا بالتخلية وإن أراه الموضع وهو الصحيح لأن ذلك الموضع بالتعيين لم يصرف في يده فلا يصير عمل الأجير فيه مسلماً له وإن كان ذلك في غير ملك المستأجر ويده فعمل الأجير بعضه والمستأجر قريب من العامل فحلى الأجير بينه وبينه فقال المستأجر لا أقبضه منك حتى يفرغ فله ذلك لأن قدر ما عمل لم يصرف مسلماً إذا لم يكن في ملك المستأجر ولا في يده لأنه لا ينتفع ببعض عمله دون بعض فكان للمستأجر أن يمتنع من التسليم حتى يتمه ولو استأجر لبناً ليضرب له لبناً في ملكه أو فيما في يده لا يستحق الأجرة حتى يجف اللبن وينصبه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد حتى يجف أو ينصبه ويشرجه ولا خلاف في أنه إذا ضربته ولم يقمه أنه لا يستحق الأجرة لأنه ما لم يقبله من مكانه فهو أرض فلا يتناوله اسم اللبن والخلاف بينهم يرجع إلى أنه هل يصير قابضاً له بالإقامة أو لا يصير إلا بالتشريع فعلى قول أبي حنيفة يصير قابضاً له بنفس الإقامة لأن نفس الإقامة من تمام هذا العمل فيصير اللبن مسلماً إليه بها وعلى قولهما لا يصير قابضاً ما لم يشرج لأن تمام العمل به حتى لو هلك قبل النصب في قول أبي حنيفة وقبل التشريع في قولهما فلا أجر له لأنه هلك قبل تمام العمل على اختلاف الأصلين ولو هلك بعده فله الأجر لأن العمل قد تم فصار مسلماً إليه لكونه في ملكه أو في يده فهلاكه بعد

ذلك لا يسقط البدل 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 كاخراج الخبز من التنور ولأبي حنيفة ان المستأجر له ضرب اللبن
ولما جف ونصبه وجد
ما ينطلق عليه اسم اللبن وهو في يده أو في ملكه فصار قابضا له فاما التشريح فعمل
زائد لم يلزمه العامل بمنزلة النقل من
مكان إلى مكان فلا يلزمه ذلك وإن كان ذلك في غير ملكه ويده لم يستحق الأجرة
حتى يسلمه وهو أن يخلى الأجير
بين اللبن وبين المستأجر لكن ذلك بعد ما نصبه عند أبي حنيفة وعندهما بعد ما شرجه
وروى ابن سماعة عن محمد في
رجل استأجر خبازا ليخبز له قفيزا من دقيق بدرهم فخبز فاحترق الخبز في التنور قبل أن
يخرجه أو ألزقه في التنور ثم أخذه
ليخرجه فوقع من يده في التنور فاحترق فلا أجرة له لأنه هلك قبل تمام العمل لان علم
الخبز لا يتم الا بالاخراج من
التنور فلم يكن قبل الاخراج خبز فصار كهلاك اللبن قبل أن يتمه قال ولو أخرج من
التنور ووضعوه وهو يخبز في
منزل المستأجر فاحترق من غير جنايته فله الاجر ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة أما
استحقاق الاجر فلانه فرغ
من العمل باخراج الخبز من التنور حصل مسلما إلى المستأجر لكونه في ملك
المستأجر لكونه في ملك المستأجر وأما عدم وجوب الضمان
فلان الهلاك من غير صنع الأجير المشترك لا يتعلق به الضمان عنده وأما على قول من
يضمن الأجير المشترك فإنه
ضامن له دقيقا مثل الدقيق الذي دفعه إليه ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزا
وأعطاه الاجر لان قبض
الأجير قبض مضمون عندهما فلا يبرأ عن الضمان بوضعه في منزل مالكة وإنما يبرأ
بالتسليم كالغاصب إذا وجب
الضمان عليه عندهما فصاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا وأسقط الاجر لأنه لم
يسلم إليه المعمل وان شاء ضمنه
خبزا فصار العمل مسلما إليه فوجب الاجر عليه قال ولا أضمنه القصب ولا الملح لان
ذلك صار مستهلكا قبل
وجوب الضمان عليه وحين وجب الضمان عليه لا قيمة له لان القصب صار رمادا
والملاح صار ماء وكذلك الخياط

الذي يخيط له في منزله قميصا فان خاط له بعضه لم يكن له أجرته لان هذا العمل لا
ينتفع ببعضه دون بعضه فلا تلزمه الأجرة

(٢٠٥)

الا بتمامه فإذا فرغ منه ثم هلك فله الأجرة في قول أبي حنيفة لان العلم حصل مسلما إليه لحصوله في ملكه وأما علي قولهما فالعين مضمونة فلا يبرأ عن ضمانها الا بتسليمها إلى مالكها فان هلك الثوب فان شاء ضمنه قيمته صحيحا ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته مخيطا وله الاجر لما بينا ولو استأجر حمالا ليحمل له دنا من السوق إلى منزله فحمله حتى إذا بلغ باب درب الذي استأجره كسره انسان فلا ضمان على الحامل في قول أبي حنيفة وله الاجر وهو علي ما ذكرنا ان العمل إذا لم يكن له أثر ظاهر في العين كما وقع يحصل مسلما إلى المستأجر وذكر ابن سماعة عن محمد في رجل دفع ثوبا إلى خياط يخيطه بدرهم فمضى فخاطه ثم جاء رجل ففتقه قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر للخياط لان المنافع هلكت قبل التسليم فسقط بدلها قال ولا أجر الخياط على أن يعيد العمل لأنه لما فرغ من العمل فقد انتهى العقد فلا يلزمه العمل ثانيا وإن كان الخياط هو الذي فتق الثوب عليه أن يعيده لأنه لما فتقه فقد فسخ المنافع التي عملها فكأنه لم يعمل رأسا وإذا فتقه الأجنبي فقد أتلّف المنافع بدليل انه يجب عليه الضمان وقالوا في الملاح إذا حمل الطعام إلى موضع فرد السفينة انسان فلا أجر لملاح وليس له أن يعيد السفينة فإن كان الملاح هو الذي ردها ألزمه إعادة الحمل إلى الموضع الذي شرط عليه لما قلنا وإن كان الموضع الذي 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 لأننا لو جوزنا للملاح تسليمه في مكان لا ينتفع به لتلف المال على صاحبه ولو كلفناه حمله بالاجر إلى أقرب لمواضع التي يمكن القبض فيه فقدرا عينا الحقيين قالوا ولو اكرتري بغلا إلى موضع بر كبه فلما سار إلى بعضه الطريق جمح به فرده إلى موضعه الذي خرج منه فعليه الكراء بقدر ما سار لأنه استوفى ذلك القدر من المنافع فلا يسقط عنه الضمان وقال في الجامع الصغير عن أبي حنيفة في رجل استأجر رجلا يذهب إلى البصرة فيجئ بعياله فذهب فوجد فلانا قد مات فجاء بمن بقي قال له من الاجر بحسبه وعن أبي حنيفة في رجل استأجر رجلا يذهب بكتابه إلى البصرة إلى فلان

ويجئ بجوابه فذهب
فوجد فلانا قد مات فرد الكتاب فلا أجر له وهو قول أبي يوسف وقال محمد له الاجر
في الذهاب أما في المسألة الأولى
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 لأنه لا حمل له ولا مؤنة وقطع
المسافة في الذهاب وقع على الوجه
المأمور به فيستحق صحته من الاجر وفي العود لم يقع على الوجه المأمور به فلا يجب
به شيء ولهما أن المقصود من
حمل الكتاب ايصاله إلى فلان ولم يوجد فلا يجب شيء على أن المقصود وإن كان نقل
الكتاب لكنه إذا رده فقد
نقص تلك المنافع فبطل الاجر كما لو استأجره ليحمل طعاما إلى البصرة إلى فلان
فحملة فوجده قد مات فرده انه لا أجر
له لما قلنا كذا هذا وللمستأجر في إجارة الدار وغيرها من العقار أن ينتفع بها كيف
شاء بالسكنى ووضع المتاع وان
يسكن بنفسه وبغيره وأن يسكن غيره بالإجارة والإعارة الا أنه ليس له أن يجعل فيها
حدادا ولا قصارا ونحو ذلك مما
يوهن البناء بناء فيما تقدم ولو أجرها المستأجر بالأكثر من الأجرة الأولى فإن كانت
الثانية من خلاف جنس الأولى
طابت له الزيادة وإن كانت من جنس الأولى لا تطيب له حتى يزيد في الدار زيادة من
بناء أو حفر أو تطيين أو تخصيص
فإن لم يزد فيه شيئا فلا خير في الفضل ويتصدق به لكن تجوز الإجارة أما جواز
الإجارة فلا شك فيه لان الزيادة في
عقد لا يعتبر فيه المساواة بين البدل والمبدل لا تمنع صحة العقد وههنا وكذلك فيصح
العقد وأما التصديق بالفضل إذا
كانت الأجرة الثانية من جنس الأولى 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 فإن كان هناك
زيادة كان الربح في مقابلة الزيادة
فيخرج من أن يكون ربحا ولو كنس البيت فلا يعتبر ذلك لأنه ليس بزيادة فلا تطيب به
زيادة والاجر وكذا في إجارة

الدابة إذا ازاد في الدابة جوالق أو لجاما أو ما أشبه ذلك يطيب له الفضل لما بينا فان
علفها لا يطيب له لان الأجرة لا يصير

(٢٠٦)

شئ منها مقابلا بالعرف 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 لأنه 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 أنه لو استأجر ثوبا بعينه ثم غصب منه ثوبا آخر فلبسه لم يلزمه الاجر فكذلك إذا ألبس ذلك الثوب غيره لان تعيين اللابس كتعيين الملبوس فان قيل هو قد تمكن من استيفاء المعقود عليه وذلك لا يكفي لوجوب 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 اللابس عليه معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن غير اللابس ولا يكون الا بطريق تفويت يده حكما فلهذا لا يلزمه الأجرة وان سلم وإن كان استأجر ليلبس يوما إلى الليل ولم يسم من يلبسه فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فان اللبس يختلف باختلاف اللابس وباختلاف الملبوس وكما أن ترك التعيين في الملبوس عند العقد يفسد العقد فكذلك ترك تعيين اللابس 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 الإجارة 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 لأنه 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 يندم الفساد وهذا لان الجهالة في المعقود عليه وعقد الإجارة في حق
المعقود عليه كالمضاف وإنما يتجدد
انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند ذلك ووجوب الاجر عند ذلك أيضا فلهذا أو
جبنا المسمى وجعلنا التعيين في
الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه ان ضاع منه لأنه غير مخالف سواء لبس
بنفسه أو ألبس غيره بخلاف
الأول 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 لأن 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 الأصل 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
إجازة البيع فان أجاز جاز وان أبي فللمشتري أن يفسخ البيع ومتى فسخ لا يعود جائز
أبعد انقضاء مدة الإجارة وهل
يملك المستأجر فسخ هذا البيع ذكر في ظاهر الرواية انه لا يملك الفسخ حتى لو فسخ
لا يفسخ حتى إذا مضت مدة
الإجارة 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 نفذ البيع والإجارة كالعيب فإن كان
المشتري عالما بها وقت
الشراء وقعت الإجارة لازمة وان لم يكن عالما بها وقت الشراء فهو بالخيار ان شاء
نقض البيع لأجل العيب وهو الإجارة

وان شاء أمضاه وهذا كله مذهب أصحابنا وقال الشافعي البيع نافذ من غير إجازة
المستأجر وجه قوله إن البيع صادق

محله لان الرقبة ملك المؤاجر وإنما حق المستأجر في المنفعة ومحل البيع العين ولا حق المستأجر 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 تمضى مدة الإجارة فإذا مضت نفذ الاقرار في حقه أيضا فيقضى بالدار للمقر له هذا بخلاف ما إذا أجر داره من إنسان ثم أجر من غيره ان الإجارة الثانية موقوفة على إجازة المستأجر الأول فان أجازها جازت وان أبطلها بطلت وههنا ليس للمستأجر أن يبطل البيع ووجه الفرق ان عقد الإجارة يقع على المنفعة إذ هو تمليك المنفعة والمنافع مالك المستأجر الأول فتجوز بإجازته وتبطل بابطاله فاما الاقرار فإنما يقع على العين والعين ملك المؤاجر لكن للمستأجر فيها حق فإذا زال حقه بتقدير المستأجر الأول إذا أجاز الإجارة الثانية حتى نفذت كانت الأجرة له لا لصاحب الدار وفي البيع يكون الثمن لصاحب الملك ووجه الفرق على نحو ما ذكرنا لان الإجارة وردت على المنفعة وانها ملك المستأجر الأول فإذا أجاز كان بدلها له فاما الثمن فإنه بدل العين والعين ملك المؤاجر فكان بدلها له وبالإجارة لا يفسخ عقد المستأجر الأول ما لم تمض مدة الإجارة الثانية فإذا مضت فإن كانت مدتهما واحدة تنقضي المدتان جميعا وإن كانت مدة الثانية أقل فلأول أن يسكن حتى تتم المدة وكذلك لو رهنها المؤاجر قبل انقضاء مدة الإجارة 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 الإجارة 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 ما دامت في يده وبدل العين قائم مقام العين فثبت له حق حبسه و فرق القدوري بين الرهن والإجارة 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 عز وجل اعلم وللأجير ان يعمل بنفسه واجرائه إذا لم يشترط عليه في العقد ان يعمل بيده لأن العقد وقع على العمل والانسان قد يعمل بنفسه وقد يعمل بغيره ولان عمل أجرائه يقع له فيصير كأنه عمل بنفسه الا إذا شرط عليه عمله بنفسه لأن 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 جملا بعينه للحمل لا يجبر على أخذ غيره ولو استأجر على الحمل ولم يعين حملا كان للمكاري ان يسلم إليه أي جمل شاء كذا ههنا وتطيين الدار واصلاح ميزابها وما وهي 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 المؤجر ذلك لأنه عيب بالمعقود عليه والمالك لا يجبر على إزالة العيب من ملكه لكن للمستأجر ان لا يرضى بالعيب حتى لو كان استأجر وهي كذلك ورآها فلا خيار له لأنه رضى بالمبيع المعيب واصلاح دلو الماء والبالوعة والمنخرج على رب الدار ولا يجبر على ذلك وإن كان امتلا من فعل المستأجر لما قلنا وقالوا في المستأجر إذا انقضت مدة الإجارة وفي الدار تراب من كنسه فعليه ان يرفعه لأنه حدث بفعله فصار كتراب وضعه فيها وان امتلا خلاها ومجراها من فعله فالقياس أن يكون عليه نقله لأنه 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 الأرض فنقله على صاحب الدار فحملوا ذلك على العادة فان أصلح المستأجر شيئا من ذلك



(٢٠٨)

لم يحتسب له بما أنفع لأنه أصلح ملك غيره بغير أمره ولا ولاية عليه فكان متبرعا
وقبض المستأجر على المؤجر حتى
لو استأجر دابة ليركبها في حوائجه في المصر وقتا معلوما فمضى الوقت فليس عليه
تسليمها إلى صاحبها بأن يمضى بها إليه
وعلى الذي أجرها ان يقبض من منزل المستأجر لان المستأجر وان انتفع بالمستأجر
لكن هذه المنفعة إنما حصلت
له بعوض حصل للمؤجر فبقيت العين أمانة في يده كالوديعة ولهذا لا يلزمه نفقتها فلم
يكن عليه ردها كالوديعة حتى
ولو أمسكها أياما فهلكت في يده لم يضمن شيئا سواء طلب منه المؤجر أم لم يطلب
لأنه 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 فإن كان استأجرها من موضع مسمى في المصر
ذاهبا وجائيا فان على
المستأجر ان يأتي بها إلى ذلك الموضع الذي قبضها فيه لا لان الرد واجب عليه بل
لأجل المسافة التي تناولها العقد
لان عقد الإجارة لا ينتهي الا برده إلى ذلك الموضع فان حملها إلى منزله فامسكها
حتى عطبت ضمن قيمتها لأنه 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 المؤجر لأنه لما عاد إلى منزله فقد انقضت مدة الإجارة
فبقيت أمانة في يده ولم يتبرع المالك
بالانتفاع بها فلا يلزم ردها كالوديعة وليس للظئر ان تأخذ صبيا آخر فترضعه مع الأول
فان أخذت صبيا آخر
فأرضعته مع الأول فقد أساءت واثمت إن كانت قد أضرت بالصبي ولها الاجر على
الأول والآخر (أما) الاثم
فلانه قد استحق عليها كمال الرضاع ولما أرضعت صبيين فقد أضرت بأحدهما لنقصان
اللبن (وأما)
استحقاق الأجرة فلان الداخل تحت العقد الارضاع مطلقا وقد وجد وللمسترضع ان
يستأجر ظئرا آخر لقوله
عز وجل وان أردتم ان تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما أتيتم

بالمعروف نفى الجناح عن المسترضع
مطلقا فان أرضعته الأخرى فلها الاجرى أيضا فان استأجرت الظئر ظئر أخرى فأرضعته
أو دفعت الصبي
إلى جاريتها فأرضعته فلها الاجر استحسانا والقياس أن لا يكون لها الاجر وجه القياس
ان العقد وقع على عملها فلا
تستحق الاجر بعمل غيرها كمن استأجر أجيرا ليعمل بنفسه فامر غيره فعمل لم يستحق
الأجرة فكذا هذا وجه
الاستحسان ان ارضاعها قد يكون بنفسها وقد يكون بغيرها لان الانسان تارة يعمل
بنفسه وتارة بغيره ولان الثانية لما
عملت بأمر الأولى وقع عملها للأولى فصار كأنها عملت بنفسها هذا إذا أطلق فاما إذا
قيد ذلك بنفسها ليس لها
تسترضع أخرى لأن العقد أوجب الارضاع بنفسها فان استأجرت أخرى فأرضعته لا
تستحق الاجر كما
قلنا في الإجارة 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 الآن ذلك لم يدخل
في العقد وما ذكره في الأصل 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 استأجر رجلا يضرب
له لبنا ان الزنبيل والمبلن علي صاحب اللبن وهذا على عاداتهم وقالوا فيمن استأجر على
حفر قبر ان حتى التراب عليه
إن كان أهل تلك البلاد يتعاملون به وتشريع اللبن علي اللبان واخراج الخبز من التنور
على الخباز لان ذلك من تمام
العمل وقالوا في الخياط ان السلوك عليه لان عاداتهم جرت بذلك وقالوا في الدقيق
الذي يصلح به الحائك الثوب
انه على صاحب الثوب فإن كان أهل بلد تعاملوا بخلاف ذلك فهو على ما يتعاملون
وقالوا في الطباخ إذا استأجر في
عرس ان اخراج 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

(٢٠٩)

وان أراد ان يصعد بها إلى السطح والغرفة فليس عليه ذلك الا أن 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 أن تكون سنة البلد بخلاف ذلك فيكون على سنتهم وعلى هذا مسائل ولو التقط رجل لقيطا فاستأجر له ظئرا فالأجرة عليه وهو متطوع في ذلك أما لزوم الأجرة إياه 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 المستأجر والمستأجر فيه فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان صفة المستأجر والمستأجر فيه والثاني في بيان ما يغير تلك الصفة أما الأول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في أن المستأجر أمانة في يد المستأجر كالدار والدابة وعبد الخدمة ونحو ذلك حتى لو هلك في يده بغير صنعه لا ضمان عليه لان قبض الإجارة قبض مأذون فيه فلا يكون مضمونا كقبض الوديعة والعارية وسواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة لما قلنا وأما المستأجر فيه كثوب القصاراة والصباعة والخياطة والمتاع المحمول في السفينة أو على الدابة أو على الجمال ونحو ذلك فالأجير لا يدخلو اما إن كان مشتركا أو خاصا وهو المسمى أجير الوحد فإن 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 الأجير المشترك بسراج يضمن الأجير كذا روى عن محمد لان هذا ليس بحريق غالب وهو الذي يقدر على استدراكه لو علم به لأنه لو علم به لأطفأه فلم يكن موضع العذر وهو استحسان ثم إن هلك قبل العمل يضمن قيمته غير معمول ولا أجر له وان هلك بعد العمل فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته معمولا وأعطاه الاجر بحسابه وان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له واحتجا بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال على

اليد ما أخذت حتى ترده وقد عجز
عن رد عينه بالهلاك فيجب رد قيمته قائما مقامه وروى أن عمر رضي الله عنه كان
يضمن الأجير المشترك احتياطا
لأموال 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 لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك وهذا
المعنى لا يوجد في الحرق
الغالب والغرق والغالب والسرقة والغالب ولأبي حنيفة ان الأصل ان لا يجب الضمان الا
على المتعدى لقوله عز وجل
ولا عدوان الا على الظالمين ولم يوجد التعدي من الأجير لأنه مأذون في القبض
والهلاك ليس من صنعه فلا يجب
الضمان عليه ولهذا لا يجب الضمان على المودع والحديث لا يتناول الإجارة لان الرد
في باب الإجارة لا يجب على
المستأجر فكان المراد منه الإجارة والغصب وفعل عمر رضي الله عنه يحتمل انه كان
في بعض الاجراء وهو المتهم بالخيانة
وبه نقول ثم عندهما إنما يجب الضمان على الأجير إذا هلك في يده لأن العين إنما
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
التي عليها الحمل فعطب الحمل من غير صنع الأجير لا ضمان عليه لان المتاع في يد
صاحبه وكذلك إذا كان صاحب المتاع
والمكاري راكبين على الدابة أو سائقين أو قائدين لان المتاع في أيديهما فلم ينفرد
الأجير 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 إحدهما
وهما مقرونتان أو غير مقرونتين الا ان سيرهما جميعا وحبسهما جميعا فلا ضمان على
الملاح فيما هلك من يده لأنه هلك في
يد صاحبه وكذلك القطار إذا كان عليه حمولة ورب الحمولة على بعير فلا ضمان على
الجمال لان المتاع في يد صاحبه لأنه
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 لأنه لم يسلم إلى

(٢١٠)

الحمال بل هو في يده قال وان حملة إلى بيت صاحبه ثم أنزله الحمال من رأسه
وصاحب الزق فوقع من أيديهما فالحمال
ضامن وهو قول محمد الأول ثم رجع وقال لا ضمان عليه لأبي يوسف ان المحمول
داخل في ضمان الحماله بثبوت يده
عليه فلا يبرأ الا بالتسليم إلى صاحبه فإذا أخطئا جميعا فيد الحمال لم تزل فلا يزول
الضمان ولمحمد ان الشئ قد وصل إلى
صاحبه بانزاله فخرج من أن يكون مضمونا كما لو حملاه ابتداء إلى رأس الحمال
فهلك وروى هشام عن محمد فيمن دفع
إلى رجل مصحفا يعمل فيه ودفع الغلاف معه أو دفع سيفا إلى صيقل يصقله باجر ودفع
الجفن معه فضاعا قال محمد
يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن لان المصحف لا يستغنى عن الغلاف
والسيف لا يستغنى عن الجفن
فصارا كشيء واحد قال فان أعطاه مصحفا يعمل له غلافا أو سكيننا يعمل له نصلا
فضاع المصحف أو ضاع السكين لم
يضمن لأنه لم يستأجره على أن يعمل فيهما بل في غيرهما ولو اختلف الأجير وصاحب
الثوب فقال الأجير رددت
وأنكر صاحبه فالقول قول الأجير في قول أبي حنيفة لأنه أمين عنده في القبض والقول
قول الأمين مع اليمين ولكن
لا يصدق في دعوى الاجر وعندهما القول قول صاحب الثوب لان الثوب قد دخل في
ضمانه عندهما فلا يصدق
على الرد الا بيينة وإن كان الأجير خاصا فما في يده يكون أمانة في قولهم جميعا حتى
لو هلك في يده بغير صنعه لا يضمن أما
على أصل أبي حنيفة فلانه لم يوجد منه صنع يصلح سببا لوجوب الضمان لان القبض
حصل بإذن المالك وأما على
أصلهما فلان وجوب الضمان في الأجير المشترك ثبت استحسانا صيانة لأموال الناس
ولا حاجة إلى ذلك في الأجير
الخاص لان الغالب انه يسلم نفسه ولا يتسلم المال فلا يمكنه الخيانة والله عز وجل
أعلم وأما الثاني وهو بيان ما يغيره من
صفة الأمانة إلى الضمان فالمغير له أشياء منها ترك الحفظ لان الأجير لما قبض
المستأجر فيه فقد التزم حفظه وترك الحفظ
الملتزم سبب لوجوب الضمان كالمودع إذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت على ما
نذكره في كتاب الوديعة إن شاء الله
تعالى ومنها الاتلاف والافساد إذا كان الأجير متعديا فيه بان تعمد ذلك أو عنف في

الدق سواء كان مشتركا أو خاصا
وان لم يكن متعديا في الافساد بأن أفسد الثوب خطأ بعمله من غير قصده فإن كان
الأجير خاصا لم يضمن بالاجماع وإن كان
مشتركا كالتقصير إذا دق الثوب فتحرق أو ألقاه في النورة فاحترق أو الملاح غرقت
السفينة من عمله ونحو ذلك فإنه
يضمن في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يضمن وهو أحد قولي الشافعي وجه قول
زفر ان الفساد حصل بعمل مأذون
فيه فلا يجب الضمان كالأجير الخاص والمعين والدليل على أنه حصل بعمل مأذون فيه
انه حصل بالدق والدق مأذون
فيه ولئن لم يكن مأذونا فيه لكن لا يمكنه التحرز عن هذا النوع من الفساد لأنه ليس في
وسعه الدق المصلح فأشبهه
الحجام والبزاع ولئن كان ذلك في وسعه لكنه لا يمكنه تحصيله الا بحرج والحرج
منفى فكان ملحقا بما ليس في الوسع
ولنا ان المأذون فيه الدق المصلح لا المفسد لان العاقل لا يرضى بافساد ماله ولا يلتزم
الأجرة 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 أمور الدين
الا أن الخطأ في حقوق العباد ليس بعذر حتى يؤاخذ الخاطيء بالضمان وقوله لا يمكنه
التحرز عن الفساد
الا بحرج مسلم لكن الحرج إنما يؤثر في حقوق الله عز وجل بالاسقاط لا في حقوق
العباد وبهذا فارق الحجام
والبزاع لان السلامة والسراية هناك مبينة على قوة الطبيعة وضعفها ولا يوقف على ذلك
بالاجتهاد فلم يكن في وسعه
الاحتراز عن السراية فلا يتقيد العقد بشرط السلامة وأما الأجير الخاص فهناك وان وقع
عمله افسادا حقيقة الا
أن عمله يلتحق بالعدم شرعا لأنه لا يستحق الأجرة بعمله بل بتسليم نفسه إليه في المدة
فكأنه لم يعمل وعلى هذا
الخلاف الحمال إذا زلقت رجله في الطريق أو عثر فسقط وفسد حملة ولو زحمه الناس
حتى فسد لم يضمن بالاجماع

لأنه لا يمكنه حفظ نفسه عن ذلك فكان بمعنى الحرق الغالب والغرق الغالب ولو كان
الحمال هو الذي زاحم الناس

حتى انكسر يضمن عند أصحابنا الثلاثة وكذلك الراعي المشترك إذا ساق الدواب على السرعة فزاد حمن على القنطرة أو على الشط فدفع بعضها بعضا فسقط في الماء فعطب فعلى هذا الخلاف ولو تلفت دابة بسوقه أو ضربه إياها 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 الأجير حتى ضمن لا يستحق الأجرة لأنه ما أوفى المنفعة بل المضرة لان ايفاء المنفعة بالعمل المصلح دون المفسد وفي الحمال إذا وجب ضمان المتاع المحمول فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي سلمه إليه وان شاء في الموضع الذي فسد أو هلك وأعطاه الاجر إلى ذلك الموضع وروى عن أبي حنيفة انه لا خيار له بل يضمنه قيمته محمولا في الموضع الذي فسد أو هلك أما التخيير على أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر لأنه وجد جهتا الضمان القبض والاتلاف فكان له أن يضمنه بالقبض يوم القبض وله ان يضمنه بالاتلاف يوم الاتلاف أما على أصل أبي 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 أحدهما الاتلاف والثاني العقد لان الأجير بالعقد السابق التزم الوفاء بالمعقود عليه وذلك بالعمل المصلح وقد خالف والخلاف في أسباب وجوب الضمان فثبت له الخيار ان شاء ضمنه بالعقد وان شاء بالاتلاف والثاني انه لما لم يوجد منه ايفاء المنفعة في القدر التالف فقد تفرقت عليه الصفقة في المنافع فيثبت له الخيار ان شاء رضى بتفريقها وان شاء فسخ العقد ولا يكون ذلك الا بالتخيير ولو كان المستأجر على حمله عبيدا صغارا أو كبارا فلا ضمان على المكارى فيما عطب من سوقه ولا قوده ولا يضمن بنو آدم من وجه الإجارة ولا يشبه هذا المتاع لان ضمان بني آدم ضمان جنائية و ضمان الجنائية لا يجب بالعقد دلت هذه المسألة على أن ما يضمنه الأجير المشترك يضمنه بالعقد لا بالافساد والاتلاف لان ذلك يستوى فيه

المتاع والآدمي وان وجوب
الضمان فيه بالخلاف لا بالاتلاف وذكر بشر في نوادره عن أبي يوسف في القصار إذا
استعان بصاحب الثوب ليدق
معه فتخرق ولا يدرى من أي الدق تخرق ودق كان صحيحا قبل أن يدقاه قال علي
القصار نصف القيمة وقال ابن سماعة
عن محمد ان الضمان كله على القصار حتى يعلم أنه 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
أن التخرق حصل بفعل غيره
ولأبي 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 الأحوال فيه فيجب نصف القيمة وقالوا
في تلميذ الأجير المشترك إذا
وطئ ثوبا من القصار فخرقه يضمن لان وطئ الثوب غير مأذون فيه ولو وقع من يد
سراج فاحرق ثوبا من القصار
فالضمان على الأستاذ ولا ضمان على التلميذ لان الذهب والمجئ بالسراج عمل
مأذون فيه فينتقل عمله إلى الأستاذ
كأنه فعله بنفسه فيجب الضمان عليه ولو دق الغلام فانقلب الكودين من غير يده فحرق
ثوبا من القصار فالضمان
على الأستاذ لان هذا من علم القصار فكان مضافا إلى الأستاذ فإن كان ثوبا وديعة عند
الأستاذ فالضمان على الغلام
لان عمله إنما يضاف إلى الأستاذ فيما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه وهو إنما يملك
ذلك في ثياب القصار لا في
ثوب الوديعة فبقي مضافا إليه فيجب عليه الضمان كالأجنبي وكذلك لو وقع من يده
سراج على ثوب لوديعة فاحرقه
فالضمان على الغلام لما قلنا وذكر في الأصل لو أن رجلا دعى قوما إلى منزله فمشوا
على بساطه فتخرق لم يضمنوا كذلك
لو جلسوا على وسادة لأنه مأذون في المشي على البساط والجلوس على الوسادة
فالمتولد منه لا يكون مضمونا ولو وطؤا
آنية من الأواني ضمنوا لان هذا مما لا يؤذن في وطئه فكذلك إذا وطؤا ثوبا لا ييسط
مثله ولو قلبوا أثناء بأيديهم
فانكسر لم يضمنوا لان ذلك عمل مأذون فيه ولو كان رجل منهم مقلدا سيفا فحرق
السيف الوسادة لم يضمن لأنه

مأذون في الجلوس على هذه الصفة ولو جفف القصار ثوبا على جبل في الطريق فمرت
عليه حمولة فخرقته فلا ضمان

على القصار والضمان على سائق الحمولة لان الجناية من السائق لان المشي في الطريق مقيد بالسلامة فكان التلف مضافا إليه فكان الضمان عليه ولو تكارى رجل دابة ليركبها فضررها فعطبت أو كبحتها باللجام فعطبها ذلك فإنه ضامن الا أن يأذن 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 ولأبي حنيفة كان كل واحد منهما من الضرب والكبح مأذون فيه لأن العقد لا يوجب الاذن بذلك لامكان استيفاء المنافع بدونه فصار كما لو كان ذلك من أجنبي على أنا ان سلمنا أنه مأذون فيه لكنه مقيد بشرط السلامة لأنه يفعل لمصلحة نفسه مع كونه مخيرا فيه فأشبهه 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 عز وجل أعلم ومنها الخلاف وهو سبب لوجوب الضمان إذا وقع غصبا لأن الغضب 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 الصناعات كالحائك والصبانغ والخياط خلا المكان اما استئجار الدواب فالمعتبر في الخلاف فيه في الجنس والقدر والصفة في استئجار الدواب ضرر الدابة فإن كان الخلاف فيه في الجنس ينظر إن كان ضرر الدابة فيه بالخفة والثقل يعتبر الخلاف فيه من جهة الخفة والثقل فإن كان الضرر في الثاني أكثر يضمن كل القيمة إذا عطبت الدابة لأنه يصير غاصبا لكلها وإن كان الضرر في الثاني مثل الضرر في الأول أو أقل لا يضمن عندنا لان الاذن بالشئ اذن بما هو مثله أو دونه فكان مأذونا بالانتفاع به من هذه الجهة دلالة فلا يضمن وإن كان ضرر الدابة فيه لا من حيث الخفة والثقل بل من وجه آخر لا يعتبر فيه الخلاف من حيث الخفة والثقل وإنما يعتبر من ذلك الوجه لان ضرر الدابة من ذلك الوجه وإن كان الخلاف في

القدر والضرر فيه من حيث الخفة والثقل يعتبر الخلاف في ذلك القدر ويجب الضمان بقدره لأن الغصب يتحقق بذلك القدر وإن كان الضرر فيه من جهة أخرى تعتبر تلك الجهة في الضمان لا الخفة والثقل وإن 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 مأذونا 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 على أصلنا ولان المضمونات تملك على أصل أصحابنا وذا يمنع وجوب الأجرة 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 بالأرض 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 بالأول رضا بالثاني وإذا كان دونه في الضرر فإذا رضى الأول 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 الأجرة 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

جزأ فيضمن بقدر ذلك ونظير هذا ما قال أصحابنا في حائط بين شريكن أثلاثا مال إلى الطريق فاشهد على أحدهما دون الآخر فسقط الحائط على رجل فقتله الذي أشهد عليه قدر نصيبه لأنه مات من ثقل الحائط

أثلاث كذا هذا وعلى الاجر لأنه استوفى المعقود عليه وهو حمل عشرة مخاتيم وخالف في الزيادة وانها 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 ليلي يضمن قيمة كل السفينة لان التلف الحاصل بقدر الزيادة فهي علة تلف الا ترى انه لو لم يزد لما حصل التلف والجواب أن هذا ممنوع بل التلف حصل بالكل ألا ترى ان الكر الزائد لو أنفرد لما حصل به التلف فثبت أن التلف حصل بالكل والبعض مأذون وغير مأذون فيه فما هلك بما هو مأذون فيه لا ضمان عليه فيه 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 ينسط على ظهر الدابة والحديد يجتمع في موضع واحد فيكون أنكى لظهر الدابة وأعقر لها فلم يكن مأذونا 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 فطبت 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 أن التلف حصل من حرقة بالركوب فضمن ولا أجر عليه لما قلنا ولو

استأجر 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
معرفة 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 فوقت منه
آجرة فقتلت رجلا فعلى
الذي أشهد عليه نصف ديته وإن 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 والأجرة لأنه 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 فإن
كانت لا تطيقهما فعليه جميع
قيمته لأنه أتلها باركاب غيره ولو استأجر حمارا باكاف فنزعه منه وأسرجه فعطب
فلا ضمان عليه لان ضرر السرج
أقل من ضرر الاكاف لأنه يأخذ من ظهر الدابة أقل مما يأخذ اتكاف ولو استأجر
حمارا بسرج فنزع منه السرج
وأو كفه فعطب بذكر في الأصل أنه يضمن قدر ما زاد الاكاف على السرج ولم يذكر
الاختلاف وذكر في الجامع
الصغير أنه يضمن كل القيمة في قول أبي حنيفة وفي قولهما يضمن بحساب الزيادة
وجه قولهما ان الاكاف والسرج
كل واحد منهما يركب به عادة وإنما يختلفان بالثقل والخفة لان الاكاف أثقل فيضمن
قدر الثقل كما لو استأجره
بسرج فنزعه وأسرجه بسرج آخر أثقل من الأول فعتب أنه يضمن بقدر الزيادة كذا هذا
والأبي حنيفة أن الاكاف لا يخالف السرج في الثقل وإنما 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 استأجر

حمارا عاريا فاسرجه ثم ركب

(۲۱۴)

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 ذوي 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 استأجر حمارا بسرج فاسرجه بغيره فإن كان سرجا يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه وإن كان لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامن لان الثاني إذا كان مما يسرج به الحمر لا يتفاوتان في الضرر فكان الاذن بأحدهما اذنا بالآخر دلالة وإذا كان مما لا يسرج بمثله الحمر بأن كان سرجا كبيرا كسروج البرادين كان ضرره أكثر فكان اتلافا للدابة فيضمن وكذلك ان لم يكن عليه لجام فالجمله فلا ضمان عليه إذا كان مثله يلجم بمثل ذلك اللجام وكذلك ان أبدله لان الحمار لا يتلف بأصل اللجام فإذا كان الحمار قد يلجم بمثله أو أبدله بمثله لم يوجد منه الاتلاف ولا الخلاف فلا يضمن وأما الخلاف في المكان فنحو أن يستأجر دابة للركوب أو للحمل إلى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان وحكمه أنه كما جاوز المكان المعلوم دخل المستأجر 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 أولا يقول يبرأ كالمودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق وهو قول زفر وعيسى بن أبان من أصحابنا ثم رجع وقال لا يبرأ مها 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 فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك فأشبه الوديعة ولهذا لو هلك في يده ثم استحق بعد الهلاك وضمنه المستحق يرجع على المؤاجر كالمودع سواء بخلاف المستعير فإنه لا يرجع (وجه) قوله الآخر ان يد المستأجر يد نفسه لأنه قبض الشيء لمنفعة نفسه فكانت يده يد 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 لأنه لا تكون الإعادة 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 المؤجر
بالضمان فليس ذلك لكون يده يد
المؤجر بل لأنه 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
وإن كان الثاني أقرب من
الأول لأنه صار مخالفا لاختلاف الطرق إلى الأماكن فكان بمنزلة اختلاف الجنس ولا
أجرة عليه لما قلنا ولو ركبها
إلى ذلك المكان الذي عينه لكن من طريق آخر ينظر إن كان الناس يسلكون ذلك
الطريق لا يضمن لأنه لم يصبر
مخالفا وإن كانوا لا يسلكونه يضمن إذا هلكت لصيرورته مخالفا غاصبا بسلكه 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 لأنه سلم المنافع إليه بتسليم محلها إلى المكان
المعلوم فصار كما استأجر دارا ليسكنها
فسلم المفتاح إليه فلم يسكن حتى مضت المدة انه يجب الأجرة 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 لأنه خالف في المكان بالامسك الخارج عن العادة فصار
غاصبا فيضمن إذا هلك ولا
أجرة عليه لما قلنا وان لم تهلك فأمسكها في بيته فلا أجر عليه لما مر ان الأجرة
بمقابلة تسليم الدابة في جميع الطريق ولم
يوجد بخلاف ما إذا استأجرها عشرة أيام ليركبها فحبسها ولم يركبها حتى ردها يوم
العاشر ان عليه الأجرة ويسع
لصاحبها أن يأخذ الكراء وإن كان يعلم أنه لم يركبها لان استحقاق الأجرة في
الإجازات على الوقت بالتسليم في

الوقت وقد وجد فتجب الأجرة كما في إجارة الدار ونحوها بخلاف الإجارة على
المسافة فان الاستحقاق هناك بالتسليم

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 لأنه صار غاصبا بالانتفاع بها فيما وراء المدة المذكورة وأما استئجار الصناع من الحائك والخياط والصباغ ونحوهم فالخلاف إن كان في الجنس بأن دفع ثوبا إلى صباغ ليصبغه لونا فصبغه لونا آخر فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وسلم الثوب للأجير وان شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه إن كان الصبغ مما يزيد أما خيار التضمين فلفوات غرضه لان الاغراض تختلف باختلاف الألوان فله أن يضمه قيمة ثوب أبيض لتفويته عليه منفعة مقصوده فصار متلفا الثوب عليه فكان له أن يضمه وان شاء أخذ الثوب لأن الضمان وجب حقا له فله أن يسقط حقه ولا أجر له لأنه لم يأت بما وقع عليه العقد رأسا حيث لم يوف العمل المأذون فيه أصلا فلا يستحق الاجر كالغاصب إذا صبغ الثوب المنصوب ويعطيه ما زاد الصبغ فيه إن كان الصبغ مما يزيد كالحمرة والصفرة ونحوهما لأنه عين مال قائم بالثوب فلا سبيل إلى أخذه مجانا بلا عوض فيأخذه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه رعاية للحقين ونظرا من الجانبين كالغاصب وإن كان الصبغ مما لا يزيد كالسواد على 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 الألوان ولو استأجر 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 بالأرض ما لا يضرها الزرع فصار بالاشتغال بزراعة الرطبة غاصبا إياها 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 ضمن الخاتم لأنه قوت الغرض المطلوب من الخاتم وهو الختم به فصار كالمتلف إياه قال وإذا أمر رجلا أن يحمر له بيتا فحضره قال محمد أعطيه ما زادت الحضرة فيه ولا أجرة له لأنه لم

يعمل ما استأجره عليه رأسا فلا
يستحق الأجرة ولكن يستحق قيمة الصبغ 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 بصبغ مسمى فصبغه
بصبغ آخر لكنه من جنس ذلك اللون فصاحب الثوب أن 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 وإنما وجب
الاجر ههنا لان الخلاف في الصفة لا يخرج العمل من أن يكون معقودا عليه فقد أتى
بأصل المعقود عليه الا أنه لم
يأت بوصفه فمن حيث إنه لم يأت بوصفه المأذون فيه لم يجب المسمى ومن حيث إنه
أتى بالأصل وجب أجر المثل
ولا يجاوز به المسمى لان هذا شان أجر المثل لما نذكر إن شاء الله تعالى وروى
هشام عن محمد فيمن دفع إلى
رجل شبرا ليضرب له طشتا موصوفا معروفا فضرب له كوزا قال إن شاء ضمنه مثل
شبهه ويصير الكوز للعامل
وان شاء اخذه أعطاه أجر مثل عمله لا يجاوز به ما سمي لأن العقد وقع على الضرب
والصناعة صفة فقد فعل
المعقود عليه بأصله 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 فحاكه صفيقا ان
صاحب الغزل بالخيار ان شاء ضمنه
غزله وان شاء أخذ الثوب وأعطاه مثل أجر عمله لا يجاوز ما سمي وذكر في الأصل 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 وإن 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 كالعاصب وله أن يأخذ الخف لأن ولاية التضمين
تثبت لحق لمالك فإذا
رضى بالآخذ كان له ذلك وإذا أخذ أعطاه اجر مثله لأنه مأذون في العمل وقد اتى
بأصل العمل وإنما خالف في
الصفة فله ان يختاره ويعطيه اجر المثل ولا يعطيه المسمى لان ذلك بمقابلة عمل
موصوف ولم يأت بالصفة ويعطيه
ما زاد النعل لأنه عين مال قائم للخفاف فصار بمنزلة الصبغ في الثوب وإنما جعل
الاختيار في هذه المسائل إلى
صاحب الخف والثوب لأنه صاحب متبوع والنعل والصبغ تبع فكان اثبات الخيار
لصاحب الأصل أولى
وإن كان يفعل بمثله الخفاف فهو جائز وان لم يكن جيدا لان الاذن يتناول أدنى ما يقع
عليه الاسم وقد وجد ولو
شرط عليه جيدا فانعله بغير جيد فان شاء ضمنه قيمة الخف وان شاء اخذ الخف
وأعطاه اجر مثل عمله وقيمة ما زاد
فيه ولا يجاوز به ما سمي لان الردئ من جنس الجيد ويثبت الخيار لفوات الوصف
المشروط وإن كان الخلاف
في القدر نحو ما ذكر محمد في الأصل في رجل دفع غزلا إلى حائك ينسجه له سبعا
في أربع فخالف بالزيادة أو بالنقصان
فان خالف بالزيادة على الأصل 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 نقصانا في الصفة
وهي الصفاقة فيفوت غرضه فيثبت له الخيار وان شاء ضمنه مثل غزله لتعديه عليه
بتفويت منفعة مقصودة وان شاء
أخذه وأعطاه الاجر الذي سماه لأنه أتى بأصل العمل الذي هو معقود عليه وإنما خالف
في الصفة والخلاف في صفة
العمل لا يخرج العمل من أن يكون معقودا عليه كمن اشترى شيئا فوجده معيبا حتى
كان له أن يأخذه مع العيب وإن كان
الخلاف في النقصان ففيه روايتان ذكر في الأصل 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 إجارة فاسدة ليس فيها أجر مسمى وجه رواية الأصل ان العقد وقع على عمل

مقدر ولم يأت 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 شيئا أما
ثبوت الخيار فلتغير الصفة إذ
الانسان قد يحتاج إلى الثوب القصير ولا يحتاج إلى الطويل فيثبت له الخيار ولأنه إذا
زاد في طوله فقد استكثر من
الغزل فان أخذه فلا أجر له في الزيادة لأنه مقطوع فيها حيث عملها بغير اذن صاحب
الثوب فكان متبرعا فلا يستحق
الاجر عليها وذكر في الأصل إذا أعطى صباغا ثوبا 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 القدوري ان مشايخنا ذكروا تفصيلا فقالوا إن هذا على وجهين إن كان
صبغه أولا بربع 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 لأنه لما أفرده بالصبغ المأذون فيه أولا وهو ربع
الهاشمي فقد أوفاه المعقود عليه
وصار متعديا بالصبغ الثاني كأنه غصب ثوبا مصبوغا بالربع ثم صبغه بثلاثة أرباع فيثبت
له الخيار ان شاء أخذ
الثوب وأعطاه المسمى لأنه سلم له الصبغ المعقود عليه فيلزمه المسمى ويعطيه ما زاد
الصبغ الثاني فيه لأنه عين مال قائمة
للصباغ في الثوب وان شاء ضمنه قيمة الثوب مصبوغا بربع القفيز ووجب له الاجر لان
الصبغ في حكم المقبوض
من وجه لحصوله في ثوبه لكن يكمل القبض فيه لأنه لم يصل إلى يده فكان مقبوضا من
وجه دون وجه فكان له فسخ
القبض لتغير الصفة المقصودة وله أن يضمه ويضمن الاجر وإن كان صبغه ابتداء بقفيز
فله ما زاد الصبغ ولا أجر له
لأنه 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 الصبغ لا يتشرب

في الثوب دفعة واحدة بل شيئاً فشيئاً فيستوى فيه الاجتماع والافتراق وأما الإجارة
الفاسدة وهي التي فاتها شرط من
شروط الصحة فحكمها الأصلي هو ثبوت الملك للمؤاجر في أجر المثل لا في المسمى
بمقابلة استيفاء المنافع المملوكة ملكاً
فاسداً لأن المؤاجر لم يرض باستيفاء المنافع الا ببدل ولا وجه إلى ايجاب المسمى
لفساد التسمية فيجب أجر المثل ولأن
الموجب الأصل في عقود المعاوضات هو القيمة لان مبنائها على المعادلة والقيمة هي
العدل الا انها مجهولة لأنها تعرف
بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فيعدل منها إلى المسمى عند صحة التسمية
فإذا فسدت وجب المصير إلى
الموجب الأصلي وهو أجر المثل ههنا لأنه قيمة المنافع المستوفاة الا انه لا يزداد على
المسمى في عقد فيه تسمية عند أصحابنا
الثلاثة وعند زفر يزداد ويجب بالغاً ما بلغ بناء على أن المنافع عند أصحابنا الثلاثة غير
متقومة شرعاً بأنفسها وإنما تقوم بالعقد
بتقويم العاقدين والعاقدان ما قوماها الا بالقدر المسمى فلو وجبت الزيادة على المسمى
لوجبت بلا عقد وانها لا تقوم
بلا عقد بخلاف البيع الفاسد فان المبيع يباع فاسداً مضمون بقيمته بالغاً ما بلغ لأن
الضمان هناك بمقابلة العين
والأعيان متقومة بأنفسها فوجب كل قيمتها وفي قول زفر وبه أخذ الشافعي هي متقومة
بأنفسها بمنزلة الأعيان فكانت
مضمونة بجميع قيمتها كالأعيان هذا إذا كان في العقد تسمية فاما إذا لم يكن فيه
تسمية فإنه يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ
بالاجماع لأنه إذا لم يكن فيه تسمية الاجر لا يرضى باستيفاء المنافع من غير بدل كان
ذلك تملكاً بالقيمة التي هي
الموجب الأصلي دلالة فكان تقويماً للمنافع باجر المثل إذ هو قيمة المنافع في الحقيقة
ولا يثبت في هذه الإجارة شيء من
الأحكام التي هي من التوابع الا ما يتعلق بصفة المستأجر له وفيه وهي كونه أمانة في يد
المستأجر له وفيه وهي كونه أمانة في يد المستأجر حتى لو هلك لا يضمن
المستأجر لحصول الهلاك في قبض مأذن فيه من قبل المؤاجر وأما الإجارة الباطلة وهي
التي فاتها شرط من شرائط
الانعقاد فلا حكم لها رأساً 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 الإجارة فان اختلفا في مقدار البديل أو المبدل والإجارة وقعت صحيحة ينظر إن كان اختلافهما قبل استيفاء المنافع تحالفا لقول النبي صلى الله عليه وسلم إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا والإجارة نوع بيع فيتناولها الحديث والرواية الأخرى وهي قوله والسلعة قائمة بعينها يتناول بعض أنواع الإجارة وهو ما إذا باع عينا بمنفعة واختلفا فيها وإذا ثبت التحالف في نوع بالحديث ثبت في الأنواع كلها بنتيجة الاجماع لان أحدا لا يفصل بينهما ولان التحالف قبل استيفاء المنفعة موافق الأصول لان اليمين في أصول الشرع على المنكر وكل واحد منهما منكر من وجه ومدع من وجه لان المؤاجر يدعى على المستأجر زيادة الأجرة والمستأجر منكر والمستأجر يدعى على المؤاجر وجوب تسليم المستأجر بما يدعى من الأجرة والمؤاجر ينكر فكان كل واحد منهما منكرا من وجه واليمين وظيفة المنكر في أصول الشرع ولهذا جرى التحالف قبل القبض فبيع العين والتحالف ههنا قبل القبض لأنهما اختلفا قبل استيفاء المنفعة ثم إن كان الاختلاف في قدر البديل يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر وجوب الأجرة الزائدة وإن كان في قدر المبدل يبدأ بيمين المؤاجر لأنه منكر وجوب تسليم زيادة المنفعة وإذا تحالفا تفسخ الإجارة وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه لان النكول بذل أو اقرار والبديل والمبدل كل واحد منهما يحتمل البذل والاقرار وأيهما أقام البينة يقضى ببينته لان الدعوى لا تقابل الحجة وان أقاما جميعا البينة فإن كان الاختلاف في البديل فبينة المؤاجر أولى لأنها تثبت زيادة الأجرة وإن كان الاختلاف في المبدل فبينة المستأجر أولى لأنها 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 بخمسة فالامر في التحالف والنكول وإقامة أحدهما البينة على ما ذكرنا ولو أقاما جميعا البينة قبلت بينة كل واحد منهما على الفعل الذي يستحقه بعقد الإجارة فيكون إلى الكوفة

بشرة وشهرين عشرة لان

(٢١٨)

بينة كل واحد منهما تثبت زيادة لان بينة المؤاجر تثبت زيادة الاجر وبينة المستأجر
تثبت زيادة المنفعة فتقبل كل
واحدة منهما على الزيادة التي تثبتها وإن 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 ويتحالفان
وتفسخ الإجارة فيما بقي لأن العقد على المنافع ساعة فساعة على حسب حدوثها شيئاً
فشيئاً فكان كل جزء من أجزاء
المنفعة معقوداً عليه مبتدأً فكان ما بقي من المدة والمسافة منفرداً بالعقد فيتحالفان فيه
بخلاف ما إذا هلك بعض المبيع
على قول أبي حنيفة انه لا يثبت التحالف عنده لان البيع ورد على جملة واحدة وهي
العين القائمة للحال وكل جزء من
المبيع ليس معقود عليه مبتدأً إنما الجملة معقود عليها بعقد واحد فإذا تعذر الفسخ في
قدر الهالك يسقط في الباقي وإن كان
اختلافهما بعد مضي وقت الإجارة أو بعد بلوغ المسافة التي استأجر إليها لا يتحالفان
فيه والقول قول المستأجر
في مقدار البدل مع يمينه ولا يمين على المؤاجر لان التحالف يثبت الفسخ والمنافع
المنعدمة لا تحتمل فسخ العقد فلا
يثبت التحالف وهذا على أصل أبي حنيفة وأبي 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 بأنفسها على أصلنا وإنما تتقوم بالعقد فإذا
فسخت الإجارة بالتحالف
تبقى المنافع مستوفاة من غير عقد فلا تتقوم فلا يثبت التحالف بخلاف الأعيان فإنها
متقومة بأنفسها فإذا فسخ البيع
بالتحالف يبقى العقد متقوماً بنفسه في يد المشتري فيجب عليه قيمته وإنما كان القول
قول المستأجر لأنه المستحق عليه
والخلاف متى وقع في الاستحقاق كان القول قول المستحق والله عز وجل أعلم وإن
كان الاختلاف في جنس
الاجر بان قال المستأجر استأجرت هذه الدابة إلى موضع كذا بعشرة دراهم وقال الآخر
بدينار فالحكم في التحالف
والنكول وإقامة أحدهما البينة ما وصفنا فان أقاما البينة فالبينة بينة المؤاجر لأنها تثبت

الأجرة حقاله وبينه المستأجر
لا تثبت الأجرة حقاله فكانت بينه المؤاجر أولى بالقبول ولو اختلفا فقال المؤاجر
أجرتك هذه الدابة إلى القصر بدينار
وقال المستأجر إلى الكوفة بعشرة دراهم وأقاما البينة فهي إلى الكوفة بدينار وخمسة
دراهم لان الاختلاف إلى القصر
وقع في البديل فكانت بينه المؤاجر أولى لما قلنا وتثبت الإجارة إلى القصر بدينار ثم
المستأجر يدعى من القصر إلى
الكوفة بخمسة لان القصر نصف الطريق والمؤاجر يجحد هذه الإجارة فالبينة المثبتة
للإجارة أولى من النافية وقد
روى ابن سماعة عن أبي يوسف في رجل استأجر من رجل دارا سنة فاختلفا فأقام
المستأجر البينة انه استأجر احدى
عشر شهرا منها بدرهم وشهرا بتسعة وأقام البينة رب الدار انه أجرها بعشرة قال فاني
أخذ ببينة رب الدار لأنه يدعى
فضل أجرة في أحد عشر شهرا وقد أقام على ذلك بينة فتقبل بينته فاما الشهر الثاني
عشر فقد أقر المستأجر للمؤاجر فيه
بفضل الأجرة 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 أنه 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 آذن بالقطع
كان القول قوله وكذا إذا قال لم
آذن بقطعه قميصا وقد خرج الجواب عن قول ابن أبي ليلى لان المأذون فيه قطع القباء
لا مطلق القطع ولا معنى لاحد
قولي 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 وإن كان له تضمين
الخياط قيمة الثوب لان صاحب

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 بأصل العقود عليه مع تغير الصفة فكان لصاحب الثوب الرضا به
واعطاؤه أجر المثل لا المسمى لأنه لم
يأت بالمأمور به على الوصف الذي أمر به وطريقة أخرى لبعض مشايخنا أن منفعة
القباء والقميص متقاربة لأنه يمكن أن ينتفع بالقباء انتفاع القميص بان يسد وسطه
وازراره وإنما يفوت بعض الاغراض فقد وجد المعقود عليه مع
العيب فيستحق الأجرة حتى قالوا لو قطعه سراويل لم تجب له الأجرة لاختلاف منفعة
القباء والسراويل فلم يأت
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 أن 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 وروى 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 بالذي نزعت 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 الأصل في رجل دفع إلى صباغ
ثوبا ليصبغه أحمر فصبغه أحمر على ما
وصف له بالعصفر ثم اختلفا في الاجر فقال الصباغ عملته بدرهم وقال رب الثوب
بدانقين فان قامت لهما بينة أخذت
بينة الصباغ وان لم يقد لهما بينة فاني أنظر إلى ما زاد العصفر في قيمة الثوب فإن كان
درهما أو أكثر أعطيته درهما بعد ان
يحلف الصباغ ما صبغته بدانقين وإن كان ما زاد في الثوب من العصفر أقل من دانقين
بعد ان يحلف
صاحب الثوب ما صبغته الا بدانقين اما إذا قامت لهما بينة فلان بينة الصباغ تثبت زيادة
الأجرة فكانت أولى بالقبول

واما إذا لم تقم لهما بينة فلان ما زاد العصفر في قيمة الثوب إذا كان درهما أو أكثر
كان الظاهر شاهدا للصبغ الا انه
لا يزداد على درهم لأنه رضى بسقوط الزيادة وإذا كان ما زاد العصفر دانقين كان الظاهر
شاهدا لرب الثوب الا انه
لا ينقص من دانقين لأنه رضى بذلك وإن كان يزيد في الثوب نصف درهم قال أعطيت
الصبغ ذلك بعد ان يحلف ما
صبغته بدانقين لما ذكرنا ان الدعوى إذا سقطت للتعارض يحكم الصبغ فوجب قيمة
الصبغ وهذا بخلاف القصار مع
رب الثوب إذا اختلفا في مقدار الأجرة ولا بينة لما ان القول قول رب الثوب مع يمينه
لأنه 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 صبغ له قيمة فإن كان الصبغ أسود فالقول قول
رب الثوب مع يمينه على أصل
أبي حنيفة السواد نقصان عنده وكذلك كل صبغ ينقص الثوب لأنه تعذر القضاء
بالدعوى للتعارض ولا سبيل
إلى الرجوع إلى قيمة الصبغ لأنه لا قيمة له فيرجع إلى قول المستحق عليه ولو اختلف
الصبغ ورب الثوب فقال رب
الثوب أمرتك بالعصفر وقال الصبغ بالزعران فالقول قول رب الثوب في قولهم جميعا
لان الامر يستفاد من قبله ومن
هذا النوع ما إذا أمر المستعمل الصانع بالزيادة من عنده ثم اختلفا فقال في الأصل في
رجل دفع غزلا إلى حائك ينسجه
ثوبا وأمره ان يزيد في الغزل رطلا من عنده مثل غزله على أن 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 لأنه 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 المستعمل كان منا وقال الصانع قد زدت فيه رطلا فوزن الثوب
فوجد زائد على ما دفع إليه زيادة
لم يعلم أن مثلها يكون من الدقيق وادعى رب الثوب ان الزيادة من الدقيق فالقول قول

الصانع لان رب الثوب يدعى

(٢٢٠)

خلاف الظاهر وإن كان الثوب مستهلكا قبل أن يعلم وزنه ولم يقرأ المستعمل 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 درهمين قرضا على فصغه قلبا وأجرك درهم فصاغه وجاء به محشوا فاختلفا فقال الصائغ قد زدت عليه درهمين وقال رب القلب لم تزد شيئا قال محمد يتحالفان ثم الصائغ بالخيار ان شاء دفع القلب وأخذ منه أجرة خمسة دوانيق وان شاء دفع عليه عشرة دراهم فضة وأخذ القلب أما التحالف فلان الصائغ يدعى على صاحب القلب القرض وهو ينكر فيستحلف وصاحب القلب يدعى على الصائغ استحقاق القلب بغير شيء وهو ينكر فيستحلف وإذا بطل دعوى الصائغ في القلب على الوزن عشرة وإنما بذلك صاحب القلب للصائغ درهما لصياغته اثني عشر درهما فإذا لم تثبت الزيادة تلزم للعشرة خمس دوانيق وإنما كان للصائغ أن يحبس القلب ويعطى صاحب القلب مثل فضته لان عنده ان الزيادة ثابتة وان يتقرر ببطلان حقه عليها من غير عوض القرض فلا يجوز استحقاقها من غير رضاه ولا ضرر على صاحب القلب لأنه وصل إليه مثل حقه وقال ابن سماعة عن محمد في رجل دفع إلى نداد ثوبا وقطنا يندف عليه وأمره أن يزيد من عنده ما رأى ثم إن صاحب الثوب أتاه وقد ندف على الثوب عشرين استارا من قطن فاختلفا فقال صاحب الثوب دفعت إليك خمسة عشر استارا من قطن وأمرتك أن تزيد عليه عشرة وتنقص ان رأيت فلم تزد الا خمسة أساتير وقال النداد دفعت إلى عشرة وأمرتني أن أزيد عشرة فزدتها فالقول قول النداد وعلى صاحب الثوب أن دفع إليه عشرة أساتير من قطن كما ادعى لان صاحب الثوب لا يدعى على النداد مخالفة ما أمره به وإنما يدعى انه دفع إليه خمسة عشر استارا فكان القول قول النداد في مقداره فتبقى العشرة زيادة فيضمنها صاحب الثوب وإن كان صاحب الثوب قال دفعت إليك خمسة عشر وأمرتك أن تزيد عليه خمسة عشر وقال النداد 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 للنداف لان النداف يزعم أنه فعل ما أمره به وصاحب الثوب يدعى الخلاف فكان القول قوله فيما أمر به والقول قول النداف 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 أن رب الثوب ان قال إن البطانة ليست بطاتني 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 إن كانت بطانة صاحب الثوب حل له لبسها وإن كانت غيرها فقد رضى الخياط بدفعها إليه بدل بطانته فحل له لبسها وروى بشر وابن سماعة عن أبي يوسف فيمن أعطى حمالا متاعا ليحمله من موضع بأجر معلوم فحمله ثم اختلفا فقال رب المتاع ليس هذا متاعي وقال الحمل هو متاعك فالقول قول الحمل مع يمينه ولا ضمان عليه ولا يلزم الأمر الاجر الا أن يصدفه ويأخذه لان المتاع أمانة في يد الحمل فكان القول قوله ولا يلزم صاحب المتاع لأنه 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 حملة طعاما أو زيتا وقال الأجير هذا طعامك بعينه هو قال رب الطعام كان طعامي أجود من هذا فان هذا يفحش أن يكون القول فيه قول رب الطعام ويطلب الاجر ويحسن أن يكون القول قول الحمل ويأخذ الأجر إن كان قد حملة فاما إذا كانا نوعين مختلفين بأن جاء بشعير وقال رب الطعام كان طعامي حنطة فلا أجر للحمال حتى يصدقه ويأخذه وإنما قال يقبح في الجنس الواحد لان عند اتحاد الجنس يملك صاحب الطعام أن يأخذ الشعير عوضا عن طعامه لان الحمل قد بذل له ذلك فإذا أخذ العوض سلمت له المنفعة فأما في النوعين فلا يسعه أن يأخذ النوع الآخر الا بالتراضي

بالبيع فما لم يصدقه لا يستحق عليه الاجر ولو اختلف الصانع والمستأجر في أصل
الاجر كالنساج والقصار والخفاف

والصباغ فقال رب الثوب والخف عملته لي 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 أبي حنيفة مع يمينه ولا أجر عليه وقال أبو يوسف إن كان الرجل حرا ثقة فعليه الاجر والا فلا وقال محمد إن 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 إني إنما عملت بالاجر وقال رب الثوب ما شرطت لك شيئا فلا يستحق شيئا (وجه) قولهما اعتبار العرف والعادة فان انتصاه للعمل وفتحه الدكان لذلك دليل على أنه لا يعمل الا بالأجرة 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 لأن العقد لا يثبت مع الاختلاف للتعارض فلا تجب الأجرة ثم إن كان في المصنوع عين قائمة للصانع كالصبغ الذي يزيد والنعل يغرم رب الثوب والخف للصانع ما زاد الصبغ والنعل فيه لا يجاوز به درهما والا فلا والله عز وجل أعلم (فصل) وأما بيان ما ينتهي به عقد الإجارة فعقد الإجارة ينتهي بأشياء منها الإقالة لأنه معاوضة المال بالمال فكان محتملا للإقالة كالبيع ومنها موت من وقع له الإجارة الا لعذر عندنا وعند الشافعي لا تبطل بالموت كبيع العين والكلام فيه على أصل ذكرناه في كيفية انعقاد هذا العقد وهو ان الإجارة 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 المعذور فلا يملكها الوارث إذ الوارث إنما يملك ما كان على ملك المورث فما لم يملكه يستحيل وراثته بخلاف بين العين لأن 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 الا ارث لم يعقد عليه رأسا لأنها كانت معدومة حال حياة المورث والوراث لم يعقد عليها فلا يثبت الملك فيها للوراث وعند الشافعي منافع المدة تجعل موجودة لحال كأنها أعيان قائمة فأشبهه بيع العين والبيع لا يبطل بموت أحد المتبايعين كذا الإجارة وعلى هذا يخرج ما إذا أجر رجلا ن دارا من رجل ثم مات أحد المؤجرين ان الإجارة تبطل في نصيبه عندنا وتبقى في نصيب الحي 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 الوراث بالبقاء على العقد ورضى العاقد أيضا جاز ويكون ذلك بمنزلة عقد مبتدأ ولو مات الوكيل بالعقد لا تبطل الإجارة لأن العقد لم يقع له وإنما هو عاقد وكذا لو مات الأب أو الوصي لما قلنا وكذا لو مات أبو الصبي في استئجار الظئر لا تنقض الإجارة لان الإجارة وقعت للصبي والظئر وهما قائمان ولو مات الظئر انتقضت الإجارة وكذا لو مات الصبي لان كلها واحد منهما معقود له والأصل ان الإجارة تبطل بموت المعقود له ولا تبطل بموت العاقد وإنما كان كذلك لان استيفاء العقد بعد موت من وقع له العقد يوجب تغيير موجب العقد لان من وقع له إن كان هو المؤاجر فالعقد يقتضى استيفاء المنافع من ملكه ولو بقيناه بعد موته لاستوفيت المنافع من ملك غيره وهذا خلاف مقتضى العقد وإن كان هو المستأجر فالعقد يقتضى استحقاق الأجرة من ماله ولو بقينا العقد بعد موته لاستحقت الأجرة من مال غيره وهذا خلاف موجب العقد بخلاف ما إذا مات من لم يقع العقد له كالوكيل ونحوه لأن العقد منه لا يقع مقتضيا استحقاق المنافع ولا استحقاق الأجرة من ملكه فابقاء العقد بعد موته لا يوجب تغيير موجب العقد وكذلك الولي في الوقف إذا عقد ثم مات لا تنتقض الإجارة لأن 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 الأماكن من المصر لان الحكم ببطلان الإجارة وههنا يؤدي إلى الضرر بالمستأجر لما فيه من

تعريض ماله ونفسه إلى التلف فجعل

(٢٢٢)

ذلك عذرا في بقاء الإجارة وهذا معنى قولهم إن الإجارة كما تفسخ بالعدر تبقى بالعدر وقالوا فيمن أكرى إبلا إلى مكة ذاهبا وجائيا فمات الجمال في بعض الطريق فللمستأجر أن يركبها إلى مكة أو يحمل عليها وعليه المسمى لان الحكم بانفساخ الإجارة في الطريق إلحاق الضرر بالمستأجر لأنه 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 لأنه لا ضرر عليه في فسخ الإجارة عند ذلك لأنه يقدر على أن يستأجر من جمال آخر ثم ينظر الحاكم في الأصلح فان رأى بيع الجمال وحفظ الثمن للورثة أصلح فعل ذلك وان رأى امضاء الإجارة إلى الكوفة أصلح فعل ذلك لأنه نصب ناظرا محتاطا وقد يكون أحد الامرين أحوط فيختار ذلك قالوا والأفضل إذا كان المستأجر ثقة ان يمضى القاضي الإجارة والأفضل إذا كان غير ثقة ان يفسخها فان فسخها وقد كان المستأجر عجل الأجرة سمع القاضي بينته عليها وقضاه من ثمنها لان الإجارة إذا انفسخت فللمستأجر امسك العين حتى يستوفى جميع الأجرة وقام القاضي مقام الغائب فنصب له خصما وسمع عليه البينة ولو مات أحد ممن وقع له عقد الإجارة قبل انقضاء المدة وفى الأرض المستأجرة زرع لم يستحصد يترك ذلك في الأرض إلى أن 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 أن يستحصد بالاجر فيجب القول به وإنما وجب المسمى استحسانا والقياس ان يجب اجر المثل لأن العقد انفسخ حقيقة بالموت وإنما بقيناه حكما فأشبهه شبهة 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
عبداً أو ثوباً أو حلياً أو ظرفاً ودابة معينة فهلك أو هلك الثوب المستأجر فيه للخياطة
وللقصارة بطلت الإجارة لما قلنا
وإن كانت الإجارة على دواب بغير أعيانها فسلم إليه دواب فقبضها فماتت لا تبطل
الإجارة وعلى المؤاجر ان يأتيه بغير
ذلك لأنه هلك ما لم يقع عليه العقد لان الدابة إذا لم تكن معينة فالعقد يقع على منافع
في الذمة وإنما تسلم العين ليقيم منافعها
مقام ما في ذمته فإذا هلك بقي ما في الذمة بحاله فكان عليه ان يعين غيرها وقد ذكرنا
اختلاف إشارة الروايات في الدار
إذا انهدم كلها أو انقطع الماء عن الرحى أو الشرب من الأرض ان الإجارة تنفسخ أو
يثبت حق الفسخ فيما تقدم وعلى
هذا أيضا يخرج موت الظئر ان الإجارة تبطل به لأنها مستأجرة ومنها انقضاء المدة الا
لعذر لان الثابت إلى غاية
ينتهي عند وجود الغاية فتتنفسخ الإجارة بانتهاء المدة الا إذا كان ثمة عذر بان انقضت
المدة وفي الأرض زرع لم
يستحصد فإنه يترك إلى أن يستحصد بأجر المثل بخلاف ما إذا انقضت المدة وفي
الأرض رطوبة أو غرس انه يؤمر
بالقلع لان في ترك الزرع إلى أن يدرك مراعاة الحقين والنظر من الجانبين لان لقطعه
غاية معلومة فأما الرطوبة فليس
لقطعها غاية معلومة فلو لم تقطع لتعطلت الأرض على صاحبها فيتضرر به وبخلاف
الغاصب إذا زرع الأرض
المغصوبة انه يؤمر بالقلع ولا يترك إلى وقت الحصاد بالاجر لان الترك في الإجارة لدفع
الضرر عن المستأجر نظر له وهو
مستحق للنظر لأنه زرع بإذن المالك فاما الغاصب فظالم متعدي في الزرع فلا يستحق
النظر بالترك مع ما انه هو
الذي أضر بنفسه حيث زرع أراضي غيره بغير حق فكان مضافاً إليه ومنها عجز
المكاتب بعد ما استأجر شيئاً انه
يوجب بطلان الإجارة بلا خلاف لان الأجرة استحققت من كسب المكاتب وبالعجز
يبطل كسبه فتبطل
الإجارة إذ لا سبيل الا ايجابها من مال المولى فان عجز بعد ما استأجر فالإجارة باقية
في قول أبي يوسف وقال محمد

تبطل والكلام فيه راجع إلى أصل نذكره في كتاب الهبة في كيفية ملك المولى كسب
المكاتب عند عجزه ان عند أبي

يوسف كسب المكاتب موقوف ملكه في الحقيقة على عجزه أو عتقه فان عجز ملكه
لمولى من الأصل وان عتق
ملكه المكاتب من الأصل وعند محمد هو ملك المكاتب ثم إذا عجز انتقل إلى المولى
كما ينتقل الملك من
الميت إلى ورثته بالموت ووجه البناء على هذا الأصل ان عند أبي يوسف لما وقع
الملك

للمولى في الكسب من حين وجوده صار كان الإجارة 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 انتقضا الإجارة كذا هذا
وأصل هذه المسألة في المكاتب إذا وهبت له هبة ثم
عجز ان للواهب أن يرجع في قول أبي يوسف
وعند محمد لا يرجع وسنذكره في كتاب
الهبة والله عز وجل
أعلم

(تم الجزء الرابع ويليه الجزء الخامس أوله كتاب الاستصناع)