

[1]

(الجزء الثامن من) كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالاصول أيضا سميت صنعها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي (تنبيه) قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان دار المعرفة بيروت - لبنان

[2]

بسم الله الرحمن الرحيم (كتاب المكاتب) (قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله الكتابة لغة هو الضم والجمع يقول كتب البغلة إذا جمع بين سفريها بحلقة ومنه فعل الكتابة لما فيها من الضم والجمع بين الحروف فسمى العقد الذي يجري بين المولى وعبده بطريق المعاوضة كتابا إما لأنه لا يخلو عن كنية الوثيقة عادة ولهذا سمي مكاتبه على ميزان المفاعلة لان العبد يكتب لمولاه كما يكتب المولى لعبده ليكون في يد كل واحد منهما ما يتوثق به أو سمي كتابة لان المولى به يضم العبد إلى نفسه في اثبات صفة المالكية له يدا فان موجب هذا العقد ثبوت المالكية للعبد يدا في نفسه وكسبه لان المالكية عبارة عن ضرب قوة وقد ثبتت له هذه القوة بنفس العقد حتى يختص بالتصرف في منافع ومكاسبه ويذهب للتجارة حيث شاء ولهذا لا يمنعه المولى من الخروج للسفر ولو شرط عليه أن لا يخرج كان الشرط باطلا لان ذلك ثابت له بضرورة هذه المالكية ومقصود المولى من اثبات هذه المالكية له أن يتمكن من أداء المال بالتكسب وربما لا يتمكن منه الا بالخروج من بلدة إلى بلدة وموجب العقد ما يثبت بالعقد المطلق ثم عتقه عند أداء المال لاتمام هذه المالكية لان العقد معاوضة فيقتضى المساواة بين المتعاقدين وأصل البذل يجب للمولى في ذمته بنفس العقد ولكن لا يتم ملكه الا بالقبض لان الذمة تضعف بسبب الرق فان صلاحية الذمة لوجوب المال فيها من كرامات البشر وذلك ينتقض بالرق كالحل الذي يبنى عليه ملك النكاح ولهذا لا يثبت الدين في ذمة العبد الا متعلقا بمالكية رقبته وهذا لا يتحقق فيما كان واجبا للمولى لان المالكية حقه فلماذا كان ما يجب له ضعيفا في ذمته فثبت للعبد بمقابلته مالكية ضعيفة أيضا ثم إذا تم الملك المولى بالقبض تتم المالكية للعبد أيضا وتام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق لضرورة اتمام المالكية

ثم جواز هذا العقد ثبت بالنص قال الله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيما نكم فكاتبوهم ان علمتهم فيهم خيرا وبظاهر الآية يقول داود ومن تابعه إذا طلب العبد من مولاه أن يكاتبه وقد علم المولى فيه خيرا يجب عليه أن يكاتبه لان الامر يفيد الوجوب وقال بعض مشايخنا الامر قد يكون لبيان الجواز والاباحة كقوله تعالى وإذا حللتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة والعادة ان المولى انما يكاتب عبده إذا علم فيه خيرا ولكن هذا ضعيف فانه إذا حمل على هذا لم يكن مفيدا شيئا وكلام الله تعالى منزه عن هذا ولكن نقول الامر قد يكون للندب والاباحة ثابتة بدون هذا الشرط والندب متعلق بهذا الشرط فانما ندب المولى إلى أن يكاتبه إذا علم فيه خيرا ثم الكتابة قد تكون ببدل منجم مؤجل وقد تكون ببدل حال عندنا بظاهر الآية فالتنجيم والتأجيل زيادة على ما يتلى في القرآن ومثل هذه الزيادة لا يمكن اثباتها بالرأى فعرفنا أنه ليس بشرط بل هو ترفيه والشافعي رحمه الله تعالى لا يجوز الكتابة الا مؤجلا منجما أقله نجمان قال لان العبد يلتزم الاداء بالعقد والقدرة على التسليم شرط لصحة التزام التسليم بالعقد وهو يخرج من يد مولاه مفلسا فلا يقدر على التسليم الا بالتأجيل والاكنتساب في المدة فإذا كان مؤجلا منجما كان ملتزما تسليم ما يقدر على تسليمه فيصح وإذا كان حالا فانما يلتزم تسليم ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح العقد توضيحه أن صفة الحلول تفوت ما هو المقصود بالكتابة لانه يثبت للمولى حق المطالبة عقيب العقد والعبد عاجز عن الاداء ويتحقق عجزه بفسخ العقد فيفوت ما هو المقصود وكل وصف يفوت ما هو المقصود بالعقد يجب نفيه عن العقد وذلك لا يكون الا بالتنجيم والتأجيل قال وهذا بخلاف السلم على أصله فان المسلم إليه قبل العقد كان من أهل الملك والعاقل لا يلتزم الا تسليم ما يقدر على تسليمه فعرفنا قدرته على التسليم بهذا الطريق وهنا العبد قبل العقد لم يكن أهلا للملك فيتيقن بعجزه عن التسليم في الحال ولان بعقد السلم يدخل ملك المسلم إليه بدل بقدرته على تسليم المسلم فيه في الحال وهو رأس المال وهنا بالعقد لا يدخل في ملك العبد شيء بقدرته على تسليم البديل في الحال (وحجتنا) في ذلك أن البديل في باب الكتابة معقود به كالثمن في باب البيع والقدرة على تسليم الثمن ليس بشرط لصحة الشراء فالقدرة على تسليم البديل في باب الكتابة مثله وهذا لان العقد انما يرد على المعقود عليه فتشترط القدرة على تسليم المعقود عليه ولهذا لا يجوز البيع الا بعد أن يكون المبيع

مملوكا للبائع مقدور التسليم له ولهذا شرطنا الاجل في السلم لان المسلم فيه معقود عليه وهو غير مقدور التسليم في الحال لانه غير مملوك للمسلم إليه وقدرته على التسليم لا تتحقق الا بملكه فلا يجوز الا مؤجلا ليثبت قدرته على التسليم بالتحصيل في المدة ولان الكتابة عقد ارفاق فالظاهر ان المولى لا يضيق على المكاتب ولا يطالبه بالاداء ما لم يعلم قدرته عليه الا انه لا يذكر الاجل ليكون منفضلا في تأخير المطالبة منعما عليه كما كان في الاصل العقد وليمتحنه بما تفرس فيه من الخير حتى إذا تبين له خلافه تمكن من فسخ العقد وبه فارق السلم لانه مبنى على الضيق والمماكسة فالظاهر انه لا يؤخر عنه بعد توجه المطالبة له

اختياراً فلهذا لا يجوز الا بذكر الاجل ليثبت به قدرته على التسليم ثم يعتق المكاتب بأداء المال سواء قال له إذا أديت إلى فأنت حر أو لم يقل له وللشافعي قول انه لا بد من أن يضم هذا بقلبه ويظهر بلسانه وهذا بعيد لما بينا ان العتق عند الاداء حكم العقد وثبوت الحكم بثبوت السبب والقصد إلى الحكم والتكلم به بعد مباشره العقد ليس بشرط كما في البيع فان اضمار التملك بالقلب واطهاره باللسان ليس بشرط لثبوته عند مباشرة البيع فهذا مثله وان عجز عن أول نجم منها أو كانت حالة فلم يؤدها حين طالبه بها رد في الرق لتغير شرط العقد وتمكن الخلل في مقصود المولى وقد بينا خلاف أبي يوسف في كتاب العتاق وبستوى ان شرط ذلك في الكتابة أو لم يشترط وحكي ابن أبي ليلى قال هذا إذا شرط عند العقد ان يرد في الرق إذا كسر نجماً فان لم يشترط ذلك فما لم يكسر نجماً لا يرد في الرق وهذا فاسد لان تمكن الخلل فيما هو مقصود العاقد يمكنه من الفسخ سواء شرط ذلك في العقد أو لم يشترط كوجود العيب بالمبيع وهذا لان موجب العقد الوفاء بمقتضاه وبدونه ينعدم تمام الرضا وانعدام تمام الرضا في العقد المحتمل للفسخ يمنع ثبوت صفة اللزوم والعاقد في العقد الذي لا يكون لازماً متمكن من الفسخ شرط ذلك أو لم يشترط كما في الوكالة والشركة فان كاتبه على ألف منجمة فان عجز عن نجم فمكاتبته الفأ درهم لم تجز هذه المكاتبه لان هذا العقد لا يصح الا بتسيمة البذل كالبيع وفي باب البيع لا تصح التسمية بهذه الصفة لكونها مترددة بين الالف والالفين فكذلك في المكاتبه وهذا في معنى صفتين في صفقة واحدة وقد ورد النهي في ذلك ثم فيه تعليق وجوب بعض البذل بالخطر وهو عجزه عن اداء نجم وهذا شرط فاسد تمكن فيما هو من صلب العقد وهو البذل فيفسد به العقد وقد قررنا هذا الاصل في العتاق وان كاتبه على ألف

[5]

درهم على نفسه وماله وللعبد ألف درهم أو أكثر فهو جائز ولا يدخل بينه وبين عبده ربا قال عليه الصلاة والسلام لاربايين العبد وسيده ثم مقصود المولى الارفاق بعبده واشترط مال العبد للعبد في الكتابة يحقق هذا المقصود لانه كما لا يتمكن من الكسب الا بمنافعه لا يتمكن من تحصيل الربح الا برأس مال له فلتحقق معني الارفاق صح اشتراط ماله له والربا هو الفضل الخالي عن العوض والمقابلة إذا كان مستحقاً بمعاوضة محضه فما يكون بطريق الارفاق كما قررنا لا يكون ربا فان كان في يده مال سيده لم يدخل ذلك في الكتابة لانه شرط له في العقد مالا مضافاً إليه واطرافه المال إلى المرء اما ان يكون بكونه ملكاً له أو لكونه كسباً له والعبد ليس من أهل الملك فالاطرافه إليه لكونه كسباً له بل يده فيه يد مولاه فهو كسائر الاموال التي في يد المولى وانما يدخل في هذه التسمية كسبه من مال ورقيق وغير ذلك لانه مضاف إليه شرعاً قال عليه الصلاة والسلام من باع عبداً وله مال وكذلك ما كان سيده وهبه له أو وهبه له غيره بعلمه أو بغير علمه لان ذلك كله كسبه فانه حصل له بقبوله وعدم علم المولى لا يخرج من أن يكون كسباً له فيدخل ذلك كله في هذه التسمية ثم موجب عقد الكتابة ان يكون هو أحق بكسبه واشترط ما اكتسبه قبل العقد ليس من جنس ما هو موجب العقد فيكون داخل في هذا الايجاب فاما مال المولى الذي ليس من كسب العبد ليس بجنس ما هو موجب العقد فلا يستحقه بهذه التسمية وان كاتبه على أن يخدمه شهراً فهو جائز استحساناً وفي القياس لا يجوز لان الخدمة غير معلومة وفيما لا يصح الا بتسمية البذل لا بد

من أن يكون المسمى معلوما ثم خدمته مستحقة لمولاه بملكه رقبته وانما يجوز عقد الكتابة إذا كان يستحق به المولى ما لم يكن مستحقا له ولكنه استحس فقال أصل الخدمة معلوم بالعرف ومقداره ببيان المدة وانما تكون الجهالة في الصفة وذلك لا يمنع صحتها تسميته في الكتابة كما لو كاتبه على عبد أو ثوب هروى ثم المولى وان كان يستخدمه قبل الكتابة فلم يكن ذلك دينا له في ذمة العبد وتسميته في العقد يصير واجبا له في ذمته فهو بمنزلة الكسب كان مستحقا لمولاه قبل العقد وانما يؤدي بدل الكتابة من ذلك الكسب ولكن لما كان وجوبه في الذمة بالتسمية في العقد صح العقد بتسميته وكذلك ان كاتبه على أن يحفر له بئرا قد سمي طولها وعرضها وأراه مكانها أو على أن يبني له دارا قد أراه أجرها وحصها وما يبني بها فهو على القياس والاستحسان الذي قلنا وان كاتبه على أن يخدم رجلا

[6]

شهرا فهو جائز في القياس لان المولى انما يشترط الخدمة لنفسه ثم يجعل غيره نائبا في الاستيفاء فهو واشترطه الاستيفاء بنفسه سواء الا أنه قال هنا يجوز في القياس بخلاف الاول لان خدمته لم تكن مستحقة لذلك الرجل قبل العقد وانما تصير مستحقة بقبوله بالعقد فاما خدمته لمولاه وحفر البئر وبناء الدار كان مستحقا له قبل العقد بملك رقبته وذلك الملك يبقى بعد الكتابة فهذا الحرف يفرق بينهما في وجه القياس وان كاتبه على ألف درهم يؤديها إلى غريم له فهو جائز لانه بشرط المال لنفسه بالعقد ثم أمره بأن يقضى به دينا عليه وجعل الغريم نائبا في قبضه منه وقبض نائبه كقبضه بنفسه وكذلك ان كاتبه على ألف درهم يضمنها لرجل عن سيده فالكتابة والضمان جائران وهذا ليس بضمان هو تبرع من المكاتب بل هو التزام أداء مال الكتابة إلى من أمره المولى بالاداء إليه ولا فرق في حقه بين أن يلتزم الاداء إلى المولى وبين أن يلتزم الاداء إلى من أمره المولى بالاداء إليه وان ضمن لرجل مالا بغير اذن سيده سوى الكتابة لم يجز لانه انما يضمن المال ليؤديه من كسبه وكسبه لا يحتمل التبرع فكذلك التزامه بطريق التبرع ليؤديه من كسبه لا يجوز وهذا لانه بقى عبدا بعد الكتابة ولا يجب المال في ذمة العبد الا شاغلا لمالية رقبته أو كسبه فإذا كان بطريق التبرع لم يكن شغل كسبه فلا يثبت دينا في ذمته للحال وكذلك ان اذن له المولى في ذلك لان المولى ممنوع من التبرع بكسبه فلا يعتبر اذنه في ذلك وبه فارق القن فانه لو كفل باذن مولاه صح لان المولى مالك للتبرع بمالية رقبته وكسبه فإذا اذن له في هذا الالتزام يثبت المال في ذمته متعلقا بمالية رقبته فكان صحيحا وان ضمن عن السيد لغريم له بمال على أن يؤديه من المكاتب أو قبل الحوالة به فهو جائز لانه لا يتحقق معنى التبرع في هذا الالتزام فانه مطلوب ببدل الكتابة سواء كان طالبا به المولى أو المضمون له ولان دين الكتابة وجب في ذمته شاغلا لكسبه حتى يؤديه من كسبه فما يلتزم اداؤه من الكتابة فهو متمكن من اداء ذلك من كسبه فلماذا صح هذا الضمان وان كاتبه على مال منجم ثم صالحه على أن يجعل بعضها ويحط عنه ما بقى فهو جائز لانه عبده ومعنى الارفاق فيما يجرى بينهما أظهر من معنى المعاوضة فلا يكون هذا مقابلة الاجل ببعض المال ولكنه أرفاق من المولى بحط بعض البذل وهو مندوب إليه في الشرع ومساهلة من المكاتب في تعجيل ما بقى قبل حل الاجل ليتوصل به الي (إلى) شرف الحرية وهو مندوب إليه في الشرع أيضا بخلاف ما لو جرت

هذه المعاملة بين حرين لان معنى المعاوضة فيما بينهما يغلب على معنى الارفاق فيكون هذا مبادلة الاجل بالدرهم ومبادلة الاجل بالدرهم ربا وكذلك ان صالحه من الكتابة على شئ بعينه فهو جائز لان دين الكتابة يحتمل الاسقاط بالابراء وقبضه غير مستحق فالاستبدال به صحيح كالثمن في البيع وهذا لان في الاستبدال اسقاط القبض بعوض وإذا جاز اسقاط القبض بما هو ابراء حقيقة وحكما بغير عوض فكذلك بالعوض وان فارقه قبل القبض لم يفسد الصلح لانه افتراق عن عين بدين ألا ترى أنه لو اشترى ذلك الشئ بعينه بما عليه من الكتابة جاز وان لم يقبضه في المجلس وان صالحه على عرض أو غيره مؤجل لم يجز لانه دين بدين ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالى بالكالى فان كاتبه على ألف ردهم منجمة على أن يؤدي إليه مع كل نجم ثوبا قد سمي جنسه أو على أن يؤدي مع كل نجم عشرة دراهم فذلك جائز لان ما ضمنه إلى المسمى في كل نجم يكون بدلا مشروطا عليه بمنزلة الالف الذى ذكره أولا والثوب الذى هو مسمى الجنس يصلح ان يكون بدلا في الكتابة لانه مبنى على التوسع فكان هذا بمنزلة قوله كاتبك على كذا وكذا وهو صحيح يتضح فيما ذكر بعده أنه لو قال له على ان تؤدي مع مكاتبك ألف درهم لانه لا فرق بين ان يقول كاتبك على ألف درهم مع ألف درهم أو يقول على ألف درهم وألف درهم وإذا ثبت ان جميع ذلك بدل فإذا عجز عن اداء شئ منه بعد حله رد في الرق وان كاتبه على ألف درهم فادائها ثم استحققت من يد المولى فالمكاتب حر لوجود شرط عتقه وهو الاداء والعتق بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ فالاداء وان بطل بالاستحقاق بعد الوجود لا يبطل العتق ولان المكاتب لم تقع على هذه الالف بعينها يريد به أن بدل الكتابة كان في ذمته وما يؤديه عوض عن ذلك فان الديون تقضى بأمثاله لا بأعيانها وبذل المستحق مملوك للمولى بالقبض والمكاتب قابض لما في ذمته فيكون مملوكا له وان كان بدله مستحقا ومن ملك ما في ذمته سقط عنه ذلك فلهذا كان حرا ويرجع عليه السيد بألف مكانها لان قبضه قد انتقض بالاستحقاق فكانه لم يقبض أو وجد المقبوض زيوفا فرده فلهذا رجع بألف مكانها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

(باب ما لا يجوز من المكاتب) (قال) رضى الله عنه وإذا كاتب الرجل عبده على قيمته لم يجز لان عقد الكتابة لا يصح الا بتسمية البدل كعقد البيع والقيمة مجهول الجنس والقدر عند العقد فلم تصح تسميته وهو تفسير العقد الفاسد فان موجب الكتابة الفاسدة القيمة بعد تمامها فإذا أدى إليه القيمة عتق لان العقد انعقد مع الفساد فينعقد موجبا لحكمه والاصل أن العقد الفاسد معتبر بالجائز في الحكم لان صفة الفساد لا تمنع انعقاد أصل العقد بل تدل على انعقاده فان قيام الوصف بالموصوف فان الصفة تبع وبانعدام التبع لا ينعدم الاصل ثم العقود الشرعية لا تنعقد الا مفيدة للحكم في الحال أو في الثاني ولا يمكن تعرف حكم العقد الفاسد من نفسه لان الشرع لم يرد بالاذن فيه فلا بد من أن يتعرف حكمه من الجائز ولان الحكم يضاف إلى أصل العقد لا إلى صفة الجواز والذي يتعلق بصفة الجواز لزوم

العقد بنفسه وذلك لا يثبت مع الفساد فأما حكم العتق عند أداء البدل مضاف إلى أصل العقد وأصل العقد منعقد وقد وجد أداء البدل لانا ان نظرنا إلى المسمى فهو القيمة وان نظرنا إلى الواجب شرعا عند فاسد العقد فهو القيمة فلهذا يعتق بأداء القيمة وان كاتبه على ثوب لم يسم جنسه لم يجز لان الثياب أجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت دينا في الذمة في شئ من المعاوضات كما في النكاح وان أدى إليه ثوبا لم يعتق لانا لم نعلم بأداء المشروط حقيقة فاسم الثوب كما يتناول ما أدى يتناول غيره ولم يوجد أداء بدل الكتابة أيضا حكما لان بدل الكتابة هو القيمة في العقد الفاسد وبأداء الثوب لا يصير مؤديا القيمة فلهذا لا يعتق (فان قيل) المسمى ثوب وهذا الاسم حقيقة لما أدى فينبغي أن يعتق وان لم يكن هذا هو البدل حكما كما لو كاتبه على خمر فأدى (قلنا) نعم المسمى ثوب ولكننا نقول الثياب متفاوتة تفاوتها فاحشا فلا وجه لتعيين هذا الثوب مسمى لانه لو تعين لم يكن للمولى أن يرجع عليه بشئ آخر فانه مال متقوم وقد سلم له وفي هذا ضرر عليه فلدفع الضرر عنه لا يتعين هذا مسمى ولان هذا بمنزلة الاسم المشترك وفي المشترك لا يتعين بمطلق الاسم ولا عموم للاسم المشترك فلهذا لا يعتق بأداء الثوب وكذلك لو كاتبه على خمر أو خنزير أو دار بغير عينها لان الدار لا تثبت في الذمة في شئ من العقود ولان اختلاف البلدان والمحال في الدار كاختلاف الاجناس في

[9]

الثياب ولهذا لو وكله بشراء دار له لم يصح التوكيل وان كاتب أمته على ألف درهم على ان يطأها مادامت مكاتبه لم تجز الكتابة وقد بينا هذه المسألة بما فيها من الاختلاف والظن في كتاب العتاق فان وطئها السيد ثم أدت الكتابة فعليه عقرها لما بينا ان العقد الفاسد معتبر بالجائز في الحكم وفي الكتابة الجائزة يلزمه العقر بالوطئ وينقرر عليه إذا أدت الكتابة فكذلك في الفاسد وهذا بخلاف البيع الفاسد فان البائع إذا وطئ الجارية المبيعة قبل التسليم ثم سلمها إلى المشتري فاعتقها لم يكن على البائع عقر في الوطئ والفرق بينهما ان الملك للمشتري في البيع الفاسد يحصل عند القبض مقصورا عليه لان السبب ضعيف فلا يفيد الحكم حتى يتقوى بالقبض فلا يتبين بقبض المشتري أن وطئ البائع كان في غير ملكه بل كان وطؤه في ملكه فلا يلزمه العقر ولهذا لو وطئها غير البائع قبل التسليم بشبهة كان العقر للبائع ولو اكتسب كسبا كان ذلك للبائع بخلاف الكتابة فانها إذا تمت بأداء البدل يثبت الاستحقاق لها من وقت العقد حتى لو وطئ بشبهة كان العقر لها ولو اكتسبت كانت الاكتسابات كلها لها فلهذا يجب العقر على المولى بوطنها وحقيقة المعنى في الفرق أن موجب الكتابة اثبات الملكية لها في اليد والمكاسب وذلك في حكم المسلم إليها بنفس العقد لما لها من اليد في نفسها الا أن المولى كان متمكنا من الفسخ والاسترداد لفساد السبب فإذا زال ذلك بالعتق تقرر الاستحقاق لها بأصل العقد ووزانه (ووزنه) المبيع بعد قبض المشتري فانه يكون مملوكا له ويتمكن البائع من فسخ العقد لفساد السبب فإذا زال ذلك بالاعتاق تقرر الملك له من وقت القبض وإذا كاتب عبده مكاتبه فاسده ثم مات المولى فأدى المكاتبه إلى الورثة عتق استحسانا وفي القياس لا يعتق لان العقد الفاسد لكونه ضعيفا في نفسه لا يمنع ملك الوارث ومن ضرورة انتقاله إلى الوارث بطلان ذلك العقد ولو عتق بالاداء انما يعتق من جهة الوارث والوارث لم يكاتبه ولكنه استحسن فقال ما هو المعقود عليه مسلم إلى العبد بنفس العقد فيموت المولى لا يبطل حقه وان تمكن الوارث من

ابطاله لفساد السبب كالمبيع في البيع الفاسد بعد التسليم فان البائع إذا مات لا يملكه وارثه ولا يبطل ملك المشتري فيه وان كان الوارث يتمكن من استرداده وتملكه لفساد السبب حتى لو أعتقه المشتري نفذ عتقه فكذلك هنا بعد الموت يبقى العقد ما لم يفسخ الوارث وإذا بقى العقد كان أداء البديل إلى الوارث القائم مقام المورث كأدائه إلى

[10]

المورث في حياته فلماذا يعتق به وان كاتب أمته مكاتبه فاسدة فولدت ولدا ثم أدت المكاتبه عتق ولدها معها اعتبارا للعقد الفاسد بالجائز في الحكم لما بينا أن الاستحقاق إذا تم لها بالأداء فانه يحكم بشوته من وقت العقد كما في استحقاق الكسب وان ماتت قبل أن تؤدي فليس على ولدها أن يسعى في شيء لانه انما يلزمه السعاية فيما كان واجبا على أمه ومع فساد العقد لم يكن عليها شيء من المال فكذلك لا يكون على ولدها فان استسعاها في مكاتبه الام فأداه لم يعتق في القياس لان العقد فاسد والاستحقاق به ضعيف والحق الضعيف في الام لا يسرى إلى الولد وفي الاستحسان يعتق هو وأمه مستندا إلى حال حياتها اعتبارا للعقد الفاسد بالجائز في الحكم ولان الولد جزء منها وكان أدائه في حياة الام كأدائها فكذلك بعد موت الام أدائه كأدائها وان كاتبها على ألف درهم على أن كل ولد تلده فهو للسيد أو على أن تخدمه بعد العتق فالكاتبه فاسدة لان هذا الشرط مخالف لموجب العقد وهو متمكن في صلب العقد فيفسد به العقد ولانها بالكاتبه تصير أحق بأولادها واكسابها ولو شرط عليها مع الالف شيئا مجهولا من كسبها لم تصح الكتابة فكذلك إذا شرط مع الالف ما تلده لنفسه لان ذلك مجهول ثم ان أدت مكاتبها تعتق وفيه طعن بشر وقد بيناه في كتاب العتاق وان كاتبها على ألف درهم إلى العطاء أو الدياس أو إلى الحصاد أو إلى نحو ذلك مما لا يعرف من الاجل جاز ذلك استحسانا وفي القياس لا يجوز لان عقد الكتابة لا يصح الا بتسمية البديل كالمبيع وهذه الآجال المجهولة إذا شرطت في أصل البيع فسد بها العقد فكذلك الكتابة ولكنه استحسان فقال الكتابة فيما يرجع إلى البديل بمنزلة العقود المبنية على التوسع في البديل كالنكاح والخلع ومثل هذه الجهالة في الاجل لا يمنع صحة التسمية في الصداق فكذلك في الكتابة وهذا لان الجهالة المستدركة في الاجل نظير الجهالة المستدركة في البديل وهو جهالة الصفة بعد تسمية الجنس فكما لا يمنع ذلك صحة التسمية في الكتابة فكذلك هذا فان تأخر العطاء فانه يحل المال إذا جاء أجل العطاء في مثل ذلك الوقت الذي يخرج فيه لان المقصود وقت العطاء لا عينه فان الآجال تقدر بالاقوات ولها أن تعجل المال وتعتق لان الاجل حقها فيسقط باسقاطها ولها في هذا التعجيل منفعة أيضا وهو وصولها إلى شرف الحرية في الحال ولو كاتبها على مائة فولدت ولدا ثم أعتق السيد الام لم يعتق ولدها معها لان أصل العقد لم يكن منعقدا فان الكتابة لا تنعقد الا بتسمية

[11]

مال منقوم والمينة ليست بمال منقوم ألا ترى أن البيع به لا ينعقد حتى لا يملك المشتري المبيع بالقبض فكذلك الكتابة وإذا لغى العقد يبقى اعتاق

الام بعد انفصال الولد عنها فلا يوجب ذلك عتق ولدها بخلاف ما إذا كاتبها على ألف درهم مكاتبه فاسدة فولدت ولدا ثم أعتق السيد الام عتق ولدها معها لان العقد هناك منعقد مع الفساد فثبت حكمه في الولد اعتبارا للفساد بالجائز ثم عتق الام باعتاق السيد اياها بمنزلة عتقها بأداء البدل فيعتق ولدها معها وان كاتبها على ألف درهم وهى قيمتها على أنها إذا أدت فعتقت فعليها ألف أخرى جاز على ما قال لانه جعل بدل الكتابة عليها ألفى درهم الا أنه علق عتقها بأداء الالف من الالفين وذلك صحيح فإذا أدت الالف عتقت وعليها الالف الاخرى كما كان الشرط بينهما إذ لا يبعد ان تكون مطالبة ببذل الكتابة بعد عتقها كما لو استحق البدل بعد ما أدت إلى المولى تبقى مطالبة ببذل الكتابة وقد عتقت بالاداء وان كاتبها على حكمه أو حكمها لم تجز المكاتبه لانه ما سمي في العقد مالا متقوما فحكمه قد يكون بغير المال كما يكون بالمال فإذا أدت قيمتها لم تعتق لان أصل العقد لم يكن منعقدا باعتبار أنه لم يسم فيه مالا متقوما فهذا والكتابة على الميته سواء وان كاتبها على عبد بعينه لرجل لم يجز وكذلك ما عينه من مال غيره من مكيل أو موزون وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يجوز حتى أنه ان ملك ذلك العين فأداه إلى المولى عتق أو عجز عن ادائه رد في الرق لان المسمى مال متقوم وقدرته على التسليم بما يحدث له من ملك فيه موهوم فتصح التسمية كما في الصداق إذ سمي عبد غيره فتصح التسمية بهذا الطريق فاما في ظاهر الرواية يقول بأن العتق في عقد المعاوضة يكون معقودا عليه وقدرة العاقد على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد في العقود التى تحتمل الفسخ وملك الغير ليس بمقدور التسليم للعبد فلا تصح تسميته بخلاف النكاح فشرط صحة التسمية هناك ان يكون المسمى مالا متقوما لا ان يكون مقدور التسليم لان القدرة على التسليم فيما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط لصحة العقد فغيا ليس بمقصود أولى ثم روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى انه ان ملك ذلك العين فأدى لم يعتق الا ان يكون المولى قال له إذا أدت إلي فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم التعليق وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى ان قول زفر رحمه الله تعالى كذلك وهو رواية الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وروى أصحاب الاملاء عن أبي

[12]

يوسف رحمه الله تعالى انه قال يعتق بالاداء قال له المولى ذلك أو لم يقل لان العقد منعقد مع الفساد لكون المسمى مالا متقوما وقد وجد الاداء فيعتق كما لو كاتبه على خمر فأدى ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان ملك الغير لم يصر بدلا في هذا العقد بتسميته لانه غير مقدور التسليم له إذا لم يسم شيئا اخر معه فلم ينعقد العقد أصلا فانما يكون العتق باعتبار التعليق بالشرط فإذا لم يصرح بالتعليق قلنا بأنه لا يعتق كما لو كاتبه على ثوب أو على مية وان قال كاتبك على هذه الالف درهم وهى لغيرها جازت المكاتبه لان النقود لا تتعين في عقود المعاوضات فانما ينعقد العقد بألف هي دين في ذمتها ألا ترى ان تلك الالف لو كانت من كسبها لم تجبر على ادائها بعينها وإذا أدت غيرها عتقت وكذلك ان قالت كاتبني على ألف درهم على ان أعطيها من مال فلان فالعقد جائز وهذا الشرط لغو لان الالف تجب في ذمتها بالتدبير في أداء ما في ذمتها إليها وإذا كاتبها واشترط فيها الخيار لنفسه أو لهما جاز ذلك لان عقد الكتابة يتعلق به اللزوم ويحتمل الفسخ بعد انعقاده ويعتمد تمام الرضا فيكون كالبيع في حكم شرط الخيار لهما أو لاحدهما لان اشتراط الخيار للفسخ بعد الانعقاد ينعدم

به تمام الرضا بالزوم فان ولدت ولدا ثم أسقط صاحب الخيار خياره فالولد مكاتب معها لان لزوم العقد عند اسقاط الخيار يثبت من وقت العقد الا ترى ان في البيع تسلم الزوائد المنفصلة والمتصلة للمشتري إذا تم العقد بالاجازة فكذلك في الكتابة وان مات المولى قبل اسقاط الخيار والخيار له أو ماتت الامة والخيار لها فالخيار يسقط بموت من له كما في البيع ويسعى الولد فيما عليها لانه مولود في كتابتها وان أعتق المولى نصفها قبل ان يسقط خياره فهذا منه فسخ الكتابة كما لو أعتق جميعها وإذا انفسخت الكتابة فعليها السعاية في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة وكذلك لو أعتق السيد ولدها كان هذا فسحا للكتابة لان الولد جزء منها وهو داخل في كتابتها فاعتاقه الولد كاعتاق بعضها وان كان الخيار لها فالولد يعتق باعتاق المولى ولا يسقط عنها به شئ من البديل لان الولد تبع لا يقابله شئ من البديل ولهذا لو مات لا يسقط عنها شئ من البديل وان كاتبها على ألف درهم تؤديها إليه نجومًا واشترط أنها ان عجزت عن نجم فعليها مائة درهم سوى النجم فالكتابة فاسدة لتعلق بعض البديل بشرط فيه خطر وقد تقدم نظير هذا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

[13]

(باب مكاتبه العبدین) (قال) رضى الله عنه وإذا كاتب الرجل عبيدین له مكاتبه واحدة على ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه على أنهما ان أديا عتقا وان عجزا ردا في الرق فهو جائز استحسانا وقد بيناه في العتاق فان أدى أحدهما جميع الالف عتقا لوصول جميع المال إلى المولى ولان أداء أحدهما كالأداء فان كل واحد منهما مطالب بجميع المال وهما كشخص واحد في حكم الاداء حتى ليس للمولى أن يأبى قبول المال من احدهما ثم يرجع المؤدى على صاحبه بحصته حتى إذا كانت قيمتها سواء رجع بنصفه لانه تحمل عنه بأمره وكذلك لو أدى احدهما شيئا رجع على صاحبه بنصفه قل ذلك أو كثر اعتبارا للبعض بالكل بخلاف مال على حرين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فان أدى أحدهما هناك النصف يكون عن نفسه خاصة لانه في النصف أصيل والمال على الاصيل أقوى منه على الكفيل وصرف المؤدى إلى الاقوى ممكن لانه يجوز الحكم ببراءة ذمة أحدهما عن نصيبه قبل براءة الآخر وهنا لا يمكن جعل المؤدى من نصيب المؤدى خاصة لانه إذا جعل كذلك برئت ذمته عما عليه من البديل فيعتق والحكم بعتق أحدهما قبل وصول جميع المال إلى المولى متعذر فلماذا جعلنا المؤدى عنهما فيرجع على صاحبه بنصفه وللسيد أن يأخذ أيهما شاء بجميع المال لان كل واحد منهما التزم جميع المال على أن يكون أصيلا في النصف كفيلا في النصف وان مات أحدهما لم يسقط عن الحي شئ منها لانه مات عن كفيل فيبقى عقد الكتابة في حق الميت ببقاء كفيله ولان الحي منهما محتاج إلى تحصيل العتق لنفسه ولا يتوصل إلى ذلك الا بأداء جميع المال فلحاجته بقى مطالبا بجميع المال وان أدى يحكم بعتقهما جميعا وان أعتق المولى أحدهما تسقط حصته لوقوع الاستغناء له باعتاق المولى إياه ولان المولى باعتاقه إياه يصير مبرئا له عن حصته من بدل الكتابة وبراءة الاصيل إبراء الكفيل أو يجعل اعتاقه كقبض حصته من البديل منه بطريق انه أنقله بتصرفه فلماذا يعتق الآخر بأداء حصته من البديل ولو كانتا أمتين فولدت احدهما وأعتق السيد ولدها لم يسقط شئ من المال عنهما لان الولد تبع لا يقابله شئ من البديل والمولى باعتاقه لا يكون مبرئا ولا يكون قابضا لشئ من بدل الكتابة والمسألة على ثلاثة أوجه أحدهما ما بينا والثاني

أن يكاتبهما على ألف درهم مكاتبه واحدة ولم يزد على هذا وفي هذا إذا أدى أحدهما حصته من المال يعتق لان المولى حين أوجب العقد لهما ببدل واحد فقد شرط على كل واحد منهما حصته من المال وكذلك هما بالقبول انما يلتزم كل واحد منهما حصته فلا يكون للمولى أن يطالب كل واحد منهما الا بقدر حصته وبالاداء برئت ذمته فيحكم بحريته والثالث أن يقول المولى إذا أديا عتقا وان عجز ردا في الرق ولا يذكر كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فعند زفر رحمه الله تعالى جواب هذا الفصل كجواب الثاني يعتق أحدهما بأداء حصته لان كل واحد منهما لم يلتزم بالقبول الا حصته ألا ترى أنه ليس للمولى أن يطالب أحدهما بجميع المال وان احدهما إذا أدى جميع المال لم يرجع على صاحبه بشئ بخلاف ما إذا شرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه ولكننا نقول لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال إلى المولى لان ما شرط المولى في العقد يجب مراعاته إذا كان صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند أدائهما جميع المال نصا فلو عتق احدهما بأداء حصته كان مخالفا لشرطه ولان كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ولو عتق احدهما بأداء حصته لم يبق لقول المولى ان أديا عتقا وان عجزا ردا فائدة وما استدل به زفر رحمه الله تعالى ممنوع فان عندنا هذا كالفصل الاول في جميع الاحكام فلهذا قلنا ما لم يصل جميع المال إلى المولى لا يعتق واحد منهما رجل كاتب عبدا له على نفسه وعلى عبد له غائب بألف درهم جاز ذلك استحسانا وفي القياس الحاضر منهما يصير مكاتبا بحصته من الالف إذا قسم على قيمته وقيمة الغائب لانه لا ولاية للحاضر على الغائب في قبول العقد في حقه فانما يصح قبوله في حق نفسه فلا يلزمه الا حصته من البديل والدليل عليه أنه ليس للمولى ان يطالب الغائب بشئ من البديل فعرفا ان حكم الكتابة لم يثبت في حقه وانما يثبت في حق الحاضر خاصة وجميع البديل ليس بمقابلته فلا يلزمه الا حصته من البديل وجه الاستحسان أن المولى شرط للعتق وصول جميع المال إليه فلا يحصل هذا المقصود إذا أوجبنا على الحاضر حصته فقط ولكن اما ان يجعل كانه كاتب الحاضر على الالف وعلق عتق الغائب بأدائه وهذا التعليق ينفرد به المولى أو يجعل العقد كأنه بقبول الحاضر منعقدا فيما لا يضر بالغائب لان تأثير انعدام الولاية للحاضر على الغائب في دفع الضرر عنه لا في منع أصل العقد فان انعقاد العقد بكلام المتعاقدين وهو مملوك لهما ولهذا جعلنا البيع الموقوف سببا تاما قبل اجازة المالك ولكن لا يثبت به ما يضر بالمالك وهو

ازالة ملكه فكذلك هنا لا ضرر على الغائب في انعقاد العقد في حقه ولا في عتقه عند اداء الحاضر انما الضرر في وجوب البديل عليه فلا يثبت هذا الحكم بقبول الحاضر وهذا هو الاصح فان أدى الحاضر المال عتقا لانعقاد العقد في حقهما ووصول جميع البديل إلى المولى سواء قال في الكتابة إذا أدبت فانتما حران أو لم يقل ولا يرجع على الغائب بشئ لانه لم يجب في ذمته شئ من البديل ولو كان واجبا وأدى هذا بغير أمره لم يرجع عليه فإذا لم يكن واجبا فأولى وان مات الغائب لم يرفع عن الحاضر شئ منه لانه ما كان على

الغائب شئ من البديل ولان العقد بقى في حق الغائب بعد موته ببقاء من يؤدي بدل الكتابة عنه وان مات الحاضر فليس للمولى أن يطالب الغائب بشئ من البديل لانه لم يلتزم له شيئا ولهذا كان لا يطالبه بشئ في حياة الحاضر فكذلك بعد موته ولكن ان قال الغائب انا اؤدى جميع المكاتبه وجاء بها وقال المولى لا أقبلها ففي القياس للمولى أن لا يقبل لانه متبرع غير مطالب بشئ من البديل فيسقط بموت من عليه حين لم يترك وفاء وانفسخ العقد فبقى الغائب عبدا قنا للمولى وكسبه له فيكون له أن لا يقبل المؤدى منه بجهة الكتابة ولكنه استحسن فقال ليس للمولى أن لا يقبل منه ويعتقان جميعا بأداء هذا الغائب لان حكم العقد ثبت في حق الغائب فيما لا يضر به وذلك بمنزلة البيع بحكم العقد في حق الحاضر فيكون الحاضر مع الغائب هنا بمنزلة مكاتب اشترى ولده ثم مات وقد بينا أن الولد هناك لا يطالب بالبديل ولكن ان جاء به حالا فأدى عتقا جميعا فهذا مثله والمعنى ان الحاضر مات عمن يؤدي البديل ويختار ذلك لتحصيل الحرية لنفسه وهو الغائب فتبقى الكتابة ببقائه بهذه الصفة حتى إذا اختار الاداء يكون أدأؤه كاداء الحاضر ولكن لا يثبت الاجل في حقه لان الاجل ينبنى على وجوب المال فانه تأخير للمطالبة ولا وجوب على الغائب وإذا كانا حين فأراد المولى بيع الغائب لم يكن له ذلك في الاستحسان لما بينا أن بقبول الحاضر تم السبب في حق الغائب فيما لا يضره وامتناع بيعه على المولى لا يضره فيجعل قبول الحاضر عنه في هذا الحكم كقبوله بنفسه وبهذا تبين أن الاصح هذا الطريق دون طريق تعليق عتقه بأداء الحاضر لان مجرد تعليق العتق بالشرط لا يمنع بيع المولى فيه قبل وجود الشرط رجل قال لعبده قد كاتبت عبدي فلانا الغائب على كذا على أن تؤديها عنه فرضي بذلك الحاضر فهذا لا يجوز لان الحاضر هنا مملوك فن لم يدخله المولى في الكتابة والمولى لا يستوجب على عبده دينا وقد بينا أن بقبول الحاضر لا يمكن ايجاب المال في ذمة الغائب

[16]

وجواز عقد الكتابة لا ينفك عن وجوب البديل وإذا لم يجب البديل هنا على أحد لم يجز العقد بخلاف الاول فقد وجب المال هناك على الحاضر لما صار مكاتباً ولكن ان أدى الحاضر هنا المال إلى المولى عتق الغائب استحساناً وفي القياس لا يعتق لان العقد صار لغوا حين لم يتعلق به وجوب البديل على أحد وجه الاستحسان أن هذا التصرف من المولى إما أن يجعل كتعليقه عتق الغائب بأداء الحاضر وهو ينفرد بهذا التعليق أو يجعل العبد بمباشرة المولى وقبول الحاضر منعقداً في حق الغائب فيما لا يضر به وعتقه عند أداء الحاضر ينفعه ولا يضره فيثبت حكم العقد في حقه بمباشرة لهما لان المولى يستبد بالتصرف الموجب لعتق العبد لا في الزام المال في ذمته والاداء يتحقق بدون تقدم الوجوب كما يتحقق ممن ليس بواجب عليه وهو المتبرع وان كاتب الحر على عبد لرجل على أن ضمن عنه المكاتبه لم يجز لانه لم يجب البديل بقبول الحر على العبد ولا يمكن ايجاب بدل الكتابة على الحر ابتداء بقبوله ولان الحر لا يضمن عنه ما لم يجب عليه ولو ضمن عنه لسيده ما كان واجبا عليه من بدل الكتابة لم يجز فإذا ضمن ما لم يجب عليه أولى وكذلك ان كان هذا العبد ابنا لهذا الحر وهو صغير أو كبير لانه لا ولاية للحر على ولده المملوك في الزام المال عليه فهو كالأجنبي في ذلك وكذلك عبد وابن له صغير لرجل واحد كاتب الاب على ابنه لم يجز لان الاب لما لم يدخل في الكتابة لم يلزمه البديل وليس له ولاية على الابن في الزام البديل اياه لكونه مملوكا الا أنه ان أدى الاب عنه في الوجهين يعتق

استحسانا لما بينا رجلان لكل واحد منهما عبد فكاتباهما معا على ألف درهم كتابة واحدة أن أديا عتقا وإن عجزا ردا في الرق قال يكون كل واحد منهما مكاتبا بحصته لصاحبه حتى إذا أدى حصته من البديل إلى مولاه يعتق لأن كل واحد منهما إنما يستوجب البديل على مملوكه ويعتبر شرطه في حق مملوكه لا في حق مملوك الغير فانما وجب لكل واحد منهما على مملوكه بقبوله حصته من الألف فإذا أدى فقد برئت ذمته من بدل الكتابة فيعتق بخلاف ما إذا كانا لشخص واحد لأن شرط المولى في حقهما معتبر وقد شرط انهما لا يعتقان الا بوصول جميع المال إليه فلهذا لا يعتق واحد منهما هناك بأداء حصته ولو كاتب عبدا له صغيرا يعقل ويعبر عن نفسه جاز لانه من أهل العبارة وقول معتبر عند اذن المولى ألا ترى أنه لو أذن له في التجارة نفذ تصرفه فكذلك إذا أوجب له الكتابة وإذا أذن له في القبول فيعتبر قبوله لأن فيه منفعة له وإن كان

[17]

صغيرا لا يعقل فلا معتبر بقبوله والكتابة لا تنعقد بمجرد الايجاب بدون القبول حر كاتب على عبد لرجل فأدى إليه المكاتبه يعتق ولا يرجع الحر بالمال على العبد ولا على المولى أما على العبد فلانه لم يلتزم شيئا من المال ولا أمر الحر بالأداء عنه وأما على المولى ففي القياس له أن يسترد المال لانه رشاه حيث أعتق عبده فيثبت له حق الرجوع عليه كما لو قال له أعتق عبدك بألف درهم وأعطائها إياه فأعتقه كان له أن يرجع فيما أعطاه وبضمنه ان كان قد استهلكه فكذلك فيما سبق توضيحه أن المال لو كان واجبا على العبد فضمنه عنه الحر للسيد وأدى كان له أن يرجع عليه فيسترد منه ما أدى إليه فإذا لم يجب المال على العبد أولى ولكنه استحسنت وقال انه تبرع بأداء المال عنه ولو كان العبد قبل الكتابة ثم أدى حر عنه على سبيل التبرع لم يرجع بالمؤدى على المولى فكذلك الحر إذا كان هو القابل للعقد لأن قبوله كقبول العبد فيما لا يضر به ولانه لو رجع صار المولى مغرورا من جهته بقبوله وأدائه ودفع الضرر والغرور واجب فلهذا جعلناه متبرعا بأداء بدل الكتابة فلا يرجع به على أحد رجل كاتب عبيد له كتابة واحدة ان أديا عتقا وإن عجزا ردا ثم عجز أحدهما فرده المولى في الرق أو قدمه إلى القاضى فرده وهو لا يعلم بمكاتبة المولى الآخر معه ثم أدى الآخر جميع المكاتبه فانهما يعتقان جميعا لانهما كشيخص واحد ألا ترى أنهما لا يعتقان الا بأداء جميع المال معا وكما جعلنا في حق العتق كشيخص واحد فكذلك في العجز فيعجز أحدهما لا يتحقق تغير شرط الكتابة على المولى ما لم يظهر عجز الآخر فلهذا لا ينفذ قضاء القاضى برده في الرق ولان في هذا القضاء اضرارا بالغائب لانه يسقط حصة الغائب من البديل لا محالة إذا نفذ قضاء القاضى بعجزه والغائب لا يعتق بأداء حصته فيتضرر من هذا الوجه والحاضر ليس بخصم عن الغائب فيما يضره وكذلك ان استسعى الغائب بعد ذلك في نجم أو نجمين ثم عجز فرده هو أو القاضى فهذا باطل لان رد الاول في الرق لما لم يصح صار ذلك كالمعدوم فلا يتحقق العجز بهذا الآخر لتوهم قدرة الاول بالأداء بعد العجز فلهذا لا يصح ردهما في الرق الا معا وكذلك إذا كاتب الرجلان عبدا واحدا مكاتبه واحدة فغاب أحدهما وقدم الآخر العبد إلى القاضى وقد عجز لم يرد في الرق ما لم يجتمع المولى لان العقد واحد باتحاد القابل ولان من ضرورة الحكم بعجزه في نصيب الحاضر الحكم بعجزه في نصيب الغائب أيضا والحاضر ليس بخصم عن الغائب فلا يرد في الرق ما لم يجتمعا ولو كان المولى واحدا فمات عن

ورثة كان لبعضهم ان يردده في الرق بقضاء القاضى اما لان كل واحد منهم خصم عن الميت وردده في الرق قضاء على الميت لانه يبطل به حقه في الولاء ولان بعض الورثة خصم عن بعض فيما هو ميراث بينهم الا ترى ان أحد الورثة إذا أثبت دينا على انسان بالينة للميت ثبت في حق الكل وكذلك إذا ثبت عليه دين ولكن لورده بغير قضاء لم يصح ذلك منه لان للآخرين رأيا في المسامحة والمهلة معه فلا يكون له ولاية الاستبداد بقطع رأبهم وان كان المكاتب هو الميت عن ولدين لم يكن للمولى أن يرد أحدهما في الرق حتى يجتمعا لان كل واحد منهما بانفراده كاف لبقاء عقد الكتابة باعتباره فبعجز أحدهما لا يظهر عجز الميت كما لا يظهر عجزه بعدم أحدهما عند وجود الآخر الا ترى انه لو عجز أحدهما وأدى الآخر عتقا جميعا فلهذا لا يردهما في الرق حتى يجتمعا وإذا كاتب عبيدين له مكاتبه واحدة فارتد أحدهما وقتل الآخر فان الحى لا يعتق ما لم يؤد جميع المكاتبه مراعاة لشروط المولى كما في حال حياة الآخر وان أدى عتقا جميعا لانهما في حكم الاداء كشخص واحد فبعد موت أحدهما يبقى العقد في حقه ببقاء من يؤدى بدل الكتابة وهو الحى فلهذا عتقا بأدائه وان كان المرتد حين قتل ترك له كسبا اكتسبه في رده فان المولى يأخذ من ذلك المال جميع المكاتبه لانه مات عن وفاء فيبقى عقد الكتابة لحاجته إلى تحصيل الحرية ولا يحصل ذلك الا بأداء جميع المال فلهذا أخذ المولى جميع المكاتبه من تركته ويعتقان جميعا ثم يرجع ورثته على الحى بحصته كما لو أداه في حياته وهذا لانه مضطر في الاداء حيث لا يتوصل إلى العتق الا به وبهذا تبين فساد استدلال زفر فان عنده أحدهما إذا أدى لا يرجع على صاحبه وان عندنا يرجع بعد مقالة المولى إذا أدى عتقا وان عجزا ردا ثم بقية الكسب ميراث لهم لما بينا في العتاق أن قيام حق المولى في كسبه يمنعا أن نجعل كسب رده فينا فيكون ميراثا لورثته وكذلك ان كان المرتد لحق بدار الحرب أخذ الباقي بجميع المكاتبه لان أكثر ما فيه أن لحاقه بدار الحرب كموته والآخر لا يتوصل إلى العتق الا بأداء جميع البدل فإذا أدى رجع على المرتد بحصته إذا رجع كما يرجع في تركته أن لو مات وان لم يرجع حتى مات في دار الشرك عن مال وظهر المسلمون على ماله لم يرجع هذا المؤدى فيه بشئ لان ذلك المال صار فينا للمسلمين إذ لم يبق فيه للمولى حق حين حكم بحريته والدين لا يبقى في المال الذى صار فينا وان وجده قبل القسمة الا ترى أن حرا لو استدان دينا ثم ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب ولم يخلف مالا هنا فظهر المسلمون عليه وعلى ماله فقتلوه لم

يكن لغرمائه على ماله سبيل لانه صار فينا وهذا لان السبي يوجب صفاء الحق في المسبى للسبى ولا يصفو له الحق إذا بقي الدين فيه وان عجز المكاتب الحاضر والآخر مرتد في دار الحرب لم يردده القاضى في الرق لان لحاقه بدار الحرب لم يتم لما بقي حق المولى في كسبه ورقبته فهو بمنزلة الغائب في دار الاسلام وقد بينا أنه إذا كان أحدهما غائبا لا يحكم بعجز الحاضر قبل رجوعه فهذا مثله فان رد القاضى هذا في الرق لم يكن ردا للآخر حتى إذا رجع مسلما لم يرد إلى مولاه رقيقا لما بينا أن الحاضر

ليس بخصم عن الغائب وان عجز الغائب لم يظهر بعجز الحاضر فلهذا لا تنسخ الكتابة في حق الغائب وان كان مرتدا في دار الحرب رجل كاتب عبدا له وامراته مكاتبه واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ثم ولدت ولدا فقتل الولد فقيمه للام دون الاب لانه جزء منها يتبعها في الرق والحرية فيتبعها في الكتابة أيضا فلهذا كان بدل نفسه لها وكسبه وأرش الجناية عليه كله لها وان قتل المولى فعليه قيمته وكان قصاصا بالكتابة ان كانت قد حلت أو رضيت هي بالقصاص ان لم تكن حلت لان الاجل حقها فيسقط باسقاطها كما لو عجلت المال ثم ترجع على الزوج بحصته إذا حلت الكتابة لانها صارت مؤدية جميع البديل بالمقاصة فترجع على الزوج بحصته بحكم الكفالة ولكن رضاها بسقوط الاجل يعتبر في حقها دون حق الزوج فلهذا لا ترجع عليه الا بعد حل المال وان كان في القيمة فضل على الكتابة فذلك الفضل وما ترك الولد من مال فهو للام دون الاب لان الولد قتل وهو مملوك وقد كان تبعا للام في الكتابة فكسبه وما فضل من قيمته يكون لها خاصة وكذلك ان كان الولد جارية فكبرت وولدت ابنة ثم قتلت الابنة السفلى كانت قيمتها للجدة لان السفلى كالعليا في انها تابعة للجدة داخله في كتابتها وان ماتت الجدة وبقي الولدان والزوج كان على الولدين من السعاية ما كان على الجدة لانهما في حكم جزء منها فيسعيان فيما كان عليها وان أدى أحد الولدين لم يرجع على صاحبه بشئ لانه مؤد عن الجدة وكسبه في حكم اداء بدل الكتابة بمنزلة كسب الجدة فلا يرجع على صاحبه بشئ لهذا ولكنه يرجع على الزوج بحصته كما لو أدت الجدة في حياتها جميع البديل رجعت على الزوج بحصته ثم يسلم له ذلك دون الآخر لانه كسبه وانما يسلم للجدة من كسبه قدر ما يحتاج إليه لاداء بدل الكتابة وتحصيل الحرية لنفسها فما فضل من ذلك يسلم للمكتسب وهذا هو الذي رجع به فاضل عن حاجتها فيكون للمكتسب خاصة رجل كاتب عبيد له مكاتبه واحدة

[20]

بألف درهم وقيمتها سواء فأدى أحدهما مائتي درهم ثم أعتقه المولى بعد ذلك فانه يرجع بنصف ما أدى على صاحبه لانه قبل العتق كان قد استوجب الرجوع على صاحبه بنصف ما أدى قل ذلك أو كثر فلا يبطل ذلك بعتقه لان عتقه مقرر لحقه لا يبطل له ثم يرفع عن الآخر نصف ما بقي من الكتابة اعتبارا للبعض بالكل وقد بينا أنه لو أعتق أحدهما في حال بقاء جميع الكتابة صار كالباطل للنصف أو كالمبرئ له عن النصف فكذلك في حق الباقي هنا وكذلك لو أعتق الذي لم يؤد لان اداء أحدهما كادائهما فلا يختلف حكم عتقهما وايهما عتق فانه يؤخذ على حاله بمكاتبه صاحبه لانه بمنزلة الكفيل عنه وقد صحت هذه الكفالة تبعا لعقد الكتابة حين كان مطالباً بجميع المال قبل عتق صاحبه فكذلك يبقى مطالباً بنصيب صاحبه بعد عتقه فإذا أدى رجوع به عليه وليس من ضرورة امتناع صحة كفالته ابتداء بما يبقى على صاحبه بعد حرينه امتناع بقاء ما كان ثابتاً ألا ترى أن الابق يمنع ابتداء البيع ولا يمنع بقاءه والعدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع بقاءه والله سبحانه أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب مكاتبه المكاتب) (قال) رضى الله عنه قد بينا ان للمكاتب ان يكاتب استحسانا فان أعتقه بعد الكتابة لم ينفذ عتقه كما قبله لانه لا يملكه حقيقة وهو متبرع في اعتاقه وكذلك ان وهب له نصف المكاتبه أو كلها لانه ابراء بطريق التبرع وكذلك لو قال المكاتب لعبده إذا أعطيتني ألف درهم فأنت حر فهذا باطل ولو أدى لم يعتق لان تعليق العتق بالشرط لا يصح ممن ليس باهل للتنجيز كالصبي وهذا بخلاف

الكتابة لانه عقد معاوضة بمنزلة البيع أو أنفع منه في حق المكاتب ولهذا
احتمل الفسخ بالتراضى ولو اعتبر معنى التعليق فيه لم يحتمل الفسخ
مكاتب كاتب جاريته ثم وطئها فعلفت منه فان شاءت مضت على الكتابة
لان الاستيلاء لا ينافى ابتداء الكتابة فكذلك بقاءها وإذا اختارت ذلك أخذت
عقرها لان المكاتب فيما يلزمه من العقر بالوطئ كالحرق وقد بينا أن الحر
إذا وطئ مكاتبته يلزمه عقرها لانها صارت أحق بنفسها فكذلك المكاتب
وان شاءت عجزت نفسها فتكون بمنزلة أم ولده لا يبيعه كما لو استولد
المكاتب جاريته فان عجزت نفسها فأعتقها المولى لم يجز كما لو أعتق
جارية من كسب مكاتبه بخلاف ما لو أعتق

[21]

ولدها لان الولد داخل في كتابته حتى يعتق بعته فيكون مملوكا للمولى
فأما الام لم تدخل في كتابته ألا ترى أنها لا تعتق بعته ولكنها أم ولد له
يطأها ويستخدمها فلم تصر مملوكة للمولى لان ثبوت ملك المولى
لضرورة التبعية في الكتابة وامتناع بيعها لانها تابعة للولد في هذا الحكم لا
أنها داخله في الكتابة وان مات الولد لم يكن للمكاتب أن يبيعه أيضا لان
امتناع البيع فيها كان تبعا لحق الولد وحق الولد بموته لا يبطل فكذلك حق
الام وانما امتنع بيعها تبعا لثبوت نسب ولدها منه وذلك باق بعد موته مكاتب
كاتب جاريته ثم استولدها المولى فعليه العقر لها لانها صارت أحق بنفسها
والولد مع أمه بمنزلتها لانه جزء منها وقد بينا في كتاب العتق أنه لا يمكن
الحكم بحرية ولدها مجانا ولا بالقيمة فان عجزت أخذ المولى الولد بالقيمة
استحسانا لانها بالعجز صارت أمة قنة للمكاتب والمولى إذا استولد أمة
مكاتبه يكون الولد حرا بالقيمة استحسانا والجارية مملوكة للمكاتب بمنزلة
المغرور وان كان المكاتب هو الذي وطئها ثم مات ولم يترك مالا فان لم
تلد مضت على الكتابة لان المكاتب مات عن وفاء باعتبار ما عليها من البدل
وقد بينا ان الوفاء بمال هو دين له معتبر كالوفاء بالمال العين وان كانت
ولدت خبرت فان شاءت رفضت مكاتبته وسعت هي وولدها في مكاتبته
الاول وان شاءت مضت على مكاتبته لانه تلقاها جهتا حرية اما اداء كتابة
نفسها لتعتق مع ولدها به أو اداء كتابة المكاتب بعد رفض مكاتبته لانها
بمنزلة أم الولد والمكاتب إذا مات عن أم ولد له ومعها ولد مولود في
الكتابة سعت هي مع ولدها في المكاتبه ويعتقان بالاداء فهذا مثله ولو كان
ترك مالا فيه وفاء بالمكاتبه أدبت مكاتبته وحكم بحريته وحرية ولده وتبطل
المكاتبه عنها لانها صارت أم ولد للمكاتب فعتق بموته حين حكمنا بحريته
ووقع الاستغناء لها عن اداء مكاتبته وان عجزت هي والمولى هو المدعى
للولد والمكاتب الاول ميت فالولد حر وعلى المولى قيمته لان كتابة
المكاتب باق بعد موته للوفاء بها وبولدها وقد بينا انها لو عجزت في حياة
المكاتب أخذ المولى ابنه بالقيمة فكذلك بعد موته وان كان بالقيمة وفاء
بالمكاتبه عتق المكاتب لان المولى صار مستوفيا لبدل الكتابة بالمقاصة
وكانت الام مملوكة لورثة المكاتب ان كان له وارث سوى المولى وان لم
يكن صارت للمولى بالارث وكانت أم ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت
النسب مكاتب كاتب عبده ثم كاتب عبده أمته فاستولدها المكاتب الاول
أخذت منه عقرها لما سقط الحد عنده بشبهة حق الملك له فيها بعد عجزها

وعجز من كاتبها ومصنت على كتابتها لانها أحق بنفسها ومكاسبها وولدها بمنزلتها لانه جزء منها فان عجزت كان الولد للمكاتب الاول بالقيمة لان حق المكاتب في كسب مكاتبه كحق الحر فان الثابت له حق الملك وفي حق الملك المكاتب والحر سواء فكما ان الحر يأخذ ولده بالقيمة في هذه الصورة استحسانا فكذلك المكاتب الا ان الحر إذا أخذه بالقيمة كان حرا مثله والمكاتب إذا أخذه بالقيمة كان مثله أيضا داخلا في كتابته لان كسب المكاتب يحتمل الكتابة ولا يحتمل الحرية فان أعتق المولى هذا الولد نفذ عتقه لانه لما دخل في كتابته صار ملكا للمولى فان كاتب المكاتب عبده ثم كاتب الثاني أيضا عبدا له ثم عجز الاوسط فالمكاتب الآخر يصير للمكاتب الاول لان الاوسط صار عبدا قنا له ومكاتبه أيضا يصير مكاتبا له ولا يكون عجز الاوسط عجزا للآخر فإذا أدى عتق وان عجز كان عبدا له ثم ذكر مسألة العناق إذا ولدت المكاتب ابنتا ثم ولدت الابنة ابنتا ثم أعتق المولى احدها وقد بينا ذلك بتمامه هناك رجل كاتب جاريتين له مكاتبه واحدة ثم استولد احدهما فالولد حر والام مع الجارية الاخرى مكاتبه كما كانت ولا خيار لها في ذلك بخلاف ما إذا كاتب مكاتبه وحدها لان هناك لها أن تعجز نفسها قبل الاستيلاء وتفسخ الكتابة به فكذلك بعد الاستيلاء وهنا لم يكن لها أن تعجز نفسها قبل الاستيلاء وتفسخ الكتابة لحق الاخرى فانهما كشخص واحد فلا يظهر العجز في حق احدهما دون الاخرى ألا ترى أن الاخرى لو أدت المكاتبه بعد ما عجزت هذه نفسها عتقا فلهذا لا تخير وكذلك لو كانت احدهما ولدت بنتا فاستولد السيد البنت لم تصر أم ولد له والولد حر بغير قيمة لان المكاتبه تسعى لتحصيل الحرية لنفسها وأولادها وأولاد اولادها وفي هذا تحصيل مقصودها ولانه لو تحقق عجزها كان ولد الولد حرا بغير قيمة لثبوت نسبه فكذلك قبل عجزها ومعنى قوله ان الابنة لا تصير أم ولد انه لا يبطل عنها حكم تبعية الام في الكتابة لان مقصود الام في حقها لا يحصل بالاستيلاء ألا ترى أنا لو أخرجناها من المكاتبه وجعلناها أم ولد للمولى لم تعتق بأداء المال لان في هذا تفويت مقصوده فلهذا ابقينا حكم الكتابة فيها حتى تعتق الام بالاداء مكاتبه كاتبت عبدا ثم ولدت ولدا ثم ماتت ولم تدع شيئا قال يسعى الولد فيما على أمه لانه مولود في كتابتها ولا يجوز ان يعتبر ما على المكاتب في اسقاط السعاية عنه لان ذلك دين لا يمكن اداء كتابتها منه قبل حله ألا ترى أنه لو كان لها على حر

دين إلى أجل قضى على الولد بالسعاية فكذلك هنا فان كان نجم الكتابة إلى سنة فقضى على الولد بالسعاية فعجز عنها عند حله قبل حلول ما على المكاتب أو قبل حلول الدين الذي على الأجنبي فانه يرد في الرق لانه قائم مقام الام ولو عجزت هي في حياتها عن أداء نجم حل عليها ردت في الرق ولا يلتفت إلى مالها من الدين المؤجل على غيرها لانها لا تصل إلى ذلك الا بعد حله فقبل الحلول بمنزلة المعدوم في تحقق عجزها حتى ترد في الرق فكذلك ولدها بعد موتها فان رد في الرق ثم خرج الدين من الأجنبي أو المكاتب فهو للمولى والولد رقيق له لان كتابتها قد بطلت بقضاء القاضى برد الولد في الرق فهذا المال كسب أمته فيكون للمولى مع ولدها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب كتابة العبد على نفسه وولده الصغار) (قال) رضى الله عنه رجل كاتب عبده على نفسه

وولده الصغار قال هو جائر لانه لو كاتب عبدا حاضرا نفسه وعلى غائب جاز إذا قبل الغائب فهذا مثله أو أولى لان ولده إليه أقرب من الاجنبي فان عجز قبل ادراك الولد أو بعده فرد في الرق كان ذلك ردا للولد أيضا لان الاولاد صغار عاجزون عن الكسب ولانه ليس عليهم شئ من المال انما المال على الاب وقد تحقق عجزه فيرد في الرق ويكون ذلك ردا في حق من دخل في العقد تبعا له لان ثبوت الحكم في التبع بثبوته في الاصل وهذا بخلاف المكاتبين إذا عجز أحدهما لان هناك الآخر مطالب بالمال فبعجز احدهما لا يظهر العجز في حق الاخر وهنا الاولاد لا يطالبون بشئ من المال لان الاب مملوك لا ولاية له على أولاده في الزام المال اياهم فلهذا يتم العجز به كما تم العقد بقبوله فان أدرك ولده فقالوا نحن نسعى في المكاتبه لم يلتفت إليهم لان المكاتبه قد سقطت برد الاب في الرق وكذلك لو كانوا بالعين حين عجز الاب لانه ليس عليهم شئ من المال فقدرتهم على السعياء وعجزهم عنها سواء وان مات الاب ولم يدع شيئا سعوا في المكاتبه على النجوم وكان ينبغي في القياس أن لا يثبت النجوم في حقهم ولكن ان جاؤا بالمال حالا والا ردوا في الرق كما بينا في العبد الغائب والحاضر إذا مات الحاضر ولكن قال هنا قبول الاب الكتابة في حق اولاده صحيح فيما يرجع إلى مقصوده وعتق الاولاد من مقاصده كعتق نفسه فكما يثبت الاجل ويبقى باعتبار بقائه لتحصيل

[24]

مقصوده فكذلك يبقى باعتبار بقاء الولد لانه من مقاصده بخلاف العبد الغائب فانه لا مقصود للحاضر في عتقه توضيحه ان حال الاولاد هنا كحال ولد مولود في الكتابة لان ذلك الولد كما حدث حدث مكاتبيا وهذا الولد كما عقد عقد الكتابة صار مكاتبيا ثم ذلك الولد يسعي على النجوم فهذا الولد مثله يقرره ان سبب الولاية وهو الابوة ثابت هنا حتى إذا تم سقوط حق المولى بعتقهما كان له الولاية فيعتبر قيام السبب أيضا فيما ينفعهما ولا يضر بالمولى وفي القول بان الولد يسعي في النجوم منفعة لهما فان كانوا صغارا لا يقدرين على السعياء ردوا في الرق لتحقيق العجز في حق الاب حين لم يخلف ما يؤدي به بدل الكتابة ولا من يؤدي عنه وان كانوا يقدرين عليها فسعى بعضهم في المكاتبه فأداها لم يرجع على اخوته بشئ لانه ما أدى عنهم إذ لم يكن عليهم شئ من المال وانما أدى عن الاب لان المال عليه الا ترى انه لو أدى في حياة الاب لم يرجع على اخوته بشئ فكذلك بعد موته فان ظهر للاب مال كان ميراثا بينهم لاستناد حريتهم إلى ما استند إليه حريه أبيهم ولم يكن لهذا ان يأخذ من تركه الاب ما أدى لانه متبرع فيما أدى إذ لم يكن مطالبيا بشئ من المال كما في حال حياة الاب ولانه بمنزلة الاب في المكاتبه فانما يؤدي لتحصيل العتق لنفسه وكسبه فيما يؤدي به البديل ككسب أبيه فلهذا لا يرجع بالمؤدي في تركه أبيه وكان للمولى أن يأخذ كل واحد من الاولاد بجميع المال لا باعتبار أنه دين في ذمته ولكن باعتبار انه قائم مقام أبيه وفيما هو من حقوق الاب كان قبوله صحيحا في حق الاولاد فيأخذ كل واحد منهما بجميع المال كأنه ليس معه غيره ولهذا لو مات بعضهم لا يرفع عن بقيةهم شئ من المكاتبه كما لو كان معدوما في الابتداء وهذا لان المكاتبه واحدة في حقهم وفي حق الاب فلا يعتق أحد منهم الا بوصول جميع المال إلى المولى فان أعتق المولى بعضهم رفع عنهم بحصة قيمة المعتق لان اعتاق المولى بعضهم بمنزلة القبض منه لحصته وفيما يرجع إلى منفعتهم لكل واحد منهم حصة من البديل وان كان الاب هو القابل لان العقد مضاف إلى الكل قصدا بخلاف

الولد المولود في الكتابة إذا أعتقه المولى فإنه لا يسقط شيء من البذل
لأنه كان تبعا في العقد وشيء من البذل لا يقابل التبعا وان كان فيهم جارية
فاستولدها السيد أخذت عقرها وهي مكاتبه على حالها ليس لها ان تعجز
نفسها لمكان إختونها ألا ترى أنهم لو أدوا عتقت هي أيضا وان كان الولد
كبارا حين كاتب على نفسه وعليهم بغير أمرهم وأدى الكتابة عتقوا ولم
يرجع بشيء منها عليهم

[25]

في هذا الوجه ولا في الوجه الاول لان بقوله لم يلزمهم شيء من البذل
فكان هو مؤديا المال عن نفسه لا عنهم رجل كاتب عبدا له وامراته مكاتبه
واحدة على أنفسهما وأولادهما وهم صغار ثم ان انسانا قتل الولد فقيمته
للابوين جميعا يستعينان بها في الكتابة لانهما قبلا الكتابة عليهم وحالهما
في ذلك على السواء إذ لا ولاية لواحد منهما عليه ولا يمكن جعل هذه
القيمة للمولى لان الولد صار مكاتباً لقبولهما فلا يبقى للمولى سبيل على
كسبه ولا على قيمة رقبته فلا بد من أن تؤخذ القيمة منه فتكون للابوين
لانهما كانا ينفقان عليه في حياته فكانا أحق بحضنته وهذا بخلاف الولد
المولود بينهما بعد الكتابة فان قيمته للام خاصة لان ثبوت الكتابة في الولد
هناك بطريق التبعية وجانب الام يترجح في ذلك لانه جزء منها وهنا ثبوت
الكتابة في حق الولد بالقبول والقبول منهما جميعا وان غاب الاب فاراد
المولى سعاية الولد لم يكن له ذلك لان وجوب المال بقبولهما كان عليهما
دون الولد فما بقيا حين لم يكن على الولد شيء من المال وليس للابوين
سبيل على كسب الولد لانه مكاتب للمولى مقصودا بالعقد معهما وليس
للابوين سبيل على كسب المكاتب بخلاف الولد المولود في الكتابة فانه تبع
للام فكانت أحق بكسبه لتستعين به على أداء البذل وان مات الولد وترك
مالا فماله للابوين مثل قيمته على ما بينا أنه مكاتب معهما فلا سبيل
للمولى على ماله ولكنهما يأخذان ماله فيستعينان به على أداء البذل وان
أعتق السيد الولد رفعت حصته عن الابوين لما بينا أن العقد تناوله مقصودا
فكان له من البذل حصته وان لم يكن للمولى أن يطالبه به لانعدام القبول
من جهته وصار المولى قابضا بعتقه حصته وان لم يعتقه وأراد أن يأخذه
بشيء من الكتابة لم يكن له ذلك ما بقى أحد الوالدين لان قبولهما عليه غير
معتبر في الالتزام والابوان هما الاصلان في وجوب المال عليهما بالقبول
فما بقى شيء من الاصل لا يظهر حكم الخلف فإذا ماتا قلنا ان وقعت
الكتابة والولد صغير سعى فيها على النجوم بعد موتها كما يسعى الولد
المولود في الكتابة وان وقعت وهو كبير فعليه أن يؤدي المكاتبه حاله والا
رد في الرق بمنزلة العبد الحاضر والغائب لانه لا ولاية للابوين على الولد
الكبير بعد سقوط حق المولى عنه فهو بمنزلة الاجنبي في حقهما فلا
يبقى الاجل بعد موتها لان الاجل لتأخير المطالبة وهو غير مطالب لانعدام
القبول منه أو ممن له ولاية عليه فقلنا ان جاء بالمال جالا والا رد في الرق
والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

[26]

(باب مكاتبة الوصي) (قال) رضي الله عنه وللوصي أن يكاتب عبد اليتيم استحسانا وفي القياس لا يصح ذلك منه لانه ارفاق للحلل واعتاق باعتبار المال وجه الاستحسان أن الوصي قائم مقام اليتيم فيما فيه النظر له والكتابة أنظر له من البيع لان بالبيع يزول ملكه عن العين قبل وصول البديل إليه وبالكتابة لا يزوال ملكه عن العين الا بعد وصول المال إليه وتسقط نفقته عنه في الحال وإذا تعذر وصول المال إليه بعجزه تفسخ للكتابة فكان عبدا له على حاله فإذا ملك البيع ملك الكتابة بالطريق الاولى فان وهب المال له بعد الكتابة لم يحز لانه تبرع بما لا يملكه فلا يصح من جهته ولا من جهة الصبي لانه ليس بقائم مقامه في التبرع وان أقر بالقبض صدق لانه المال وجب بعقده وهو يملك مباشرة قبضه فيصح اقراره بالقبض أيضا (فان قيل) فعلى قياس هذا ينبغي أن تصح هبته في حق المكاتب لما كان الوجوب بعقده كما لو باعه من انسان ثم أبرأ المشتري عن الثمن جاز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى (قلنا) لان في البيع هو كالعاقد لنفسه فيما هو من حقوق عقده ولهذا كان قبض الثمن إليه بعد بلوغ اليتيم فأما في الكتابة هو معبر عن اليتيم ولهذا لا يملك قبض البديل بعد بلوغ اليتيم فيكون هو بالهبة متبرعا بما لا يملكه ولان هبة البديل من المكاتب اعتاق له والوصي لا يملك الاعتاق فأما الاقرار بالقبض ليس باعتاق ولكنه إقرار بما يملك الانشاء فيه وان قال قد كنت كاتبته وأدى إلى لم يصدق لان الاقرار بالكتابة وقبض البديل اعتاق له (فان قيل) أليس انه يملك انشاء الكتابة واستيفاء البديل فينبغي أن يصح اقراره به (قلنا) انما يملك الانشاء لانه يدخل بتصرفه في ملك اليتيم ظاهرا مثل ما يخرج عن ملكه وذلك لا يوجد في الاقرار (فان قيل) فكذلك إذا أقر باستيفاء البديل بعد ما باشر الكتابة (قلنا) هناك بمباشرة الكتابة يدخل في ملكه ظاهرا مثل ما يخرج عن ملكه ثم بالاقرار بالقبض ليس يخرج من ملكه شيئا انما يقرر ملكه في البديل بقبضه ولو وكل الوصي بقبض بدل الكتابة جاز لانه يملك مباشرة القبض بولايته فيصح توكيله به غيره كالأب فان كاتبه ثم أدرك اليتيم فلم يرض به فالكتابة ماضية لانه تصرف نفذ من الوصي في حال قيام ولايته فلا يملك اليتيم ابطاله بعد البلوغ كالبيع وهذا لان فعله في حال

[27]

بقاء ولايته كفعل اليتيم بنفسه غير أنه لا يدفع المال إلى الوصي لان ولاية القبض له كان بطريق نيابته عن اليتيم وقد زال ذلك فهو كدين وجب ليتيم لا بعقد الوصي لا يملك الوصي قبضه بعد بلوغه وهذا لان العاقد في باب الكتابة سفير ألا ترى أن الوكيل بالكتابة لا يملك القبض وأنه ليس عليه تسليم المعقود عليه فلا يقبض البديل بحكم العقد أيضا ولكن القبض إلى اليتيم بعد بلوغه ولا يعتق المكاتب الا بالاداء إليه أو إلى وكيله وكذلك لو كان القاضى عزل الوصي الذي كان كاتب وجعل غيره وصيا كان قبض البديل إلى الثاني دون الاول حتى لو أدى إلى الاول أو أدى إلى اليتيم لم يعتق ولا يجوز لاحد الوصيين ان يكاتب بغير اذن صاحبه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ويجوز في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى بمنزلة بيع أحد الوصيين عبداليتيم فان عندهما لا ينفرد به أحدهما لان الأب أقام رأبهما مقام رأى نفسه ورأى المثنى لا يكون كراى الواحد وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول تصرف الوصي بحكم ولايته ولكل واحد من الوصيين ولاية تامة ولا يجوز للوصي أن يعتق على مال كما لا يعتق بغير مال لان العبد يخرج من ملك اليتيم بنفس القبول والبديل في ذمة مفلسة كالتاوي

وكذلك لا يبيع نفس العبد منه بمال لانه اعتاق بجعل ألا ترى أنه إذا صح عتق بنفس القبول قبل أداء المال بخلاف الكتابة ولا يجوز للوصي ان يكتب إذا كانت الورثة كبارا غيبا كانوا أو حضورا لانه ليس له على الورثة الكبار ولاية وإنما له حفظ المال عليهم فانما يملك التصرفات فيما يرجع إلى الحفظ والكتابة ليست من هذه الجملة ألا ترى انه لا يبيع العقار (قال) وكذلك لو كانوا صغارا فادركوا ثم كاتبه الوصي لم يجز كما لو كانوا كبارا ألا ترى أنهم لو كاتبوه بانفسهم صح منهم وإنما ثبت الولاية للوصي في حال لا يملك المولى عليهم مباشرة التصرف بنفسه وكذا ان كان بعض الورثة كبارا فأبوا أن يجيزوا كتابة الوصي لم تجز مكاتبته لانه لا ولاية له في نصيب الكبار والصغير لو كان بالغاً فكاتب نصيبه بنفسه كان للآخر أن يفسخ الكتابة فكذا إذا فعله الوصي وان كانت الورثة صغارا وعلى الميت دين فكاتب الوصي عبدا من تركته لم يجز وان كان الدين لا يحيط بماله لان حق الغريم مقدم وما لم يصل إليه كمال حقه لا يسلم شئ من التركة إلى الوارث فلا يمكن تصحيح كتابته للغريم إذ ليس للوصي عليه ولاية ولا لليتيم لانه لا يسلم له شئ الا بعد وفاء الدين ولا للميت لان حقه في تفرغ ذمته ويتأخر ذلك في كتابته فلهذا لم يجز عقده الا ان يستوفى الغريم

[28]

حقه من بقية التركة فحينئذ تنفذ الكتابة لان المانع قيام حق الغريم وقد زال ذلك بوصول دينه إليه وكذلك ان كان مكان الدين وصية بالثلث لانه لا ولاية للوصي على الموصى له في كتابة نصيبه وثلث العبد بالوصية صار له فلا تنفذ الكتابة من الوصي فيه كما لو كان بعض الورثة كبارا رجل أوصى بثلث ماله وله عبيد لا مال له غيرهم وترك يتامى صغارا فكاتب الوصي بعض الرقيق فأدى إليه جميع المكاتبه فانه يعتق حصه الورثة منه لان ثلثي المكاتب كان مملوكا لهم والوصى قائم مقامهم في الكتابة ولو كانوا بالغين فكاتبوا واستوفوا البديل عتق نصيبهم فكذلك إذا فعله الوصي فيأخذ الموصى له من المكاتب حصته لان ثلث العبد بموت الوصي صار له وإنما أدى بدل الكتابة من كسبه وثلث الكسب حقه فكان له ان يستوفى ذلك من الوصي وله أن يضمن الورثة حصته من العبد ان كانوا أغنياء لانهم معتقون له وأحد الشريكين إذا أعتق وهو موسر يكون ضامنا لنصيب شريكه والصبي لا ينفى اليسار فلا يمنع وجوب ضمان العتق أيضا وقد بينا في العتاق أن الرق لا يمنع وجوب ضمان العتق فالصبي أولى لان الرق ينافى حقيقة الملك والصبي لا ينافيه وليس له أن يضمن الوصي شيئا لان الوصي نائب عن الورثة بمنزلة الوكيل لهم بعد البلوغ فلا يكون معتقا وإنما يجب الضمان على المعتق والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب مكاتبه الامه الحامل) (قال) رضى الله تعالى عنه رجل كاتب أمة له حاملا فما في بطنها داخل في كتابتها ذكر أو لم يذكر كما يدخل في بيعها لانه جزء منها ولانها لو حبلت بعد الكتابة وولدت كان الولد داخلا في كتابتها فإذا كان موجودا عند العقد أولى فان استثنى ما في بطنها لم تجز الكتابة كما لو باعها واستثنى ما في بطنها وهذا لانه بالاستثناء بشرط ما في بطنها لنفسه وهو شرط فاسد متمكن في صلب العقد فتبطل به الكتابة كما لو استثنى وطأها أو خدمتها لنفسه وان كاتب ما في بطنها دونها لم يجز كما لو باع ما في البطن وهذا لان ما في البطن بمنزلة جزء منها فلا يحتمل الكتابة مقصودا ولان الكتابة لا تتم الا بالقبول والقبول من الجنين لا يتحقق وليس لاحد عليه ولاية القبول الام وغيرها فيه سواء لان

القابل لا يمكن أن يجعل نائباً فان نيابة الغير شرعا فيما يكون متصورا من المنوب عنه وان كاتبها وهى حامل

[29]

فولدت ثم ماتت سعى الولد في مكاتبها على نجومها لانه جزء منها انفصل بعد ثبوت حكم الكتابة فيها والنجوم تبقى ببقاء مثل هذا الجزء وان كان عليها دين سعى فيه أيضا لان هذا الجزء قائم مقامها وهى في حياتها كانت تسعى في الدين والكتابة جميعا فان أدى الولد المكاتبه قبل الدين عتق وأخذه الغرماء بالدين حتى يسعى لهم فيه استحسانا وفي القياس لا يعتق لان كسب الولد فيما يرجع إلى حاجتها ككسبها وانما يبدأ من كسبها بالدين قبل الكتابة لان الدين أقوى من الكتابة ألا ترى أنه لا يسقط عنها بالعجز ولكنه استحسن فقال الولد قائم مقامها وهى في حياتها لو أدت الكتابة قبل الدين عتقت وكان للغرماء أن يطالبوها بالدين فكذلك الولد إذا أدى وهذا لان ذمة الولد خلف عن ذمتها ولهذا بقيت النجوم ببقاء الولد فهما دينان في ذمته فإذا قضى أحدهما من كسبه صح قضاؤه ولا سبيل للغرماء على ما أخذه المولى لان حقهم في ذمته فيطالبونه بأن يسعى لهم كما لو كانت هي التي أدت الكتابة في حياتها وان عجز عن المكاتبه رده القاضي رقيقا ويبيع في الدين للغرماء كما لو عجزت هي في حياتها وهذا لان الدين ثابت في ذمته والدين في ذمة الرقيق يثبت متعلقا بمالية الرقبة فيباع فيه وان كان المولى قد قبض منه شيئا من المال فهو سالم له كما لو كان أخذ منها في حياتها وهذا لانه بمنزلة غريم من الغرماء وللمكاتب أن يقضى بعض غرمائه ويسلم المقبوض للقابض عتق المكاتب أو عجز لانه في قضاء الدين بكسبه كالحرق وإذا قتل الولد خطأ أخذت الدية من عاقلة القاتل فيبدأ منها بقضاء الدين لان بدل نفس الولد بمنزلة كسبه وذلك في حاجتها بمنزلة مالها فيبدأ منه بقضاء الدين ثم بالكتابة لان الذمه لما خربت تعلقت الحقوق بالمال فيبدأ بالأقوى والدين أقوى من الكتابة ثم تقضى الكتابة بعد ذلك والباقي يكون لورثة الابن دون ورثة الام لانه يحكم بعقها وعتق الولد بأداء المكاتبه ولا حق لها فيما كان فاضلا عن حاجتها من بدل نفس الولد وكسبه ألا ترى أن الولد لو كان حيا كان الفضل سالما له فكذا يسلم لورثته بعد موته ويستوى ان كاتبها وهى حامل أو ولدت في كتابتها وان ماتت الام وتركته مالا وفاء بالدين الذى عليها فقبض المولى ذلك من الكتابة تعتق الام والولد إذا كان الولد هو الذى أدى إليه لانه خلف عنها فأداؤه كأدائها الا أن الغرماء أحق بذلك المال يأخونه من المولى لان حقهم تعلق بماله بعد الموت كما يتعلق حق غرماء الحر بماله بعد موته وحقهم أقوى من حق المولى وليس للابن ولاية ابطال حقهم فلهذا

[30]

أخذوا المال منه ثم يرجع هو على الابن ببدل الكتابة ولكن لا يبطل العتق كما لو استحق المقبوض من البديل وهذا بخلاف ما إذا لم تترك مالا وأدى الولد الكتابة من كسبه لان هناك حق الغرماء في ذمته كحق المولى وهو مكاتب قائم مقام الام فيملك تخصيص بعض الغرماء بقضاء الدين من كسبه وان كان المولى هو الذى قبض مالها من غير أداء الولد إليه لم يعتق لان

هذا مال الغرماء فالمولى غاصب في أخذه لا مستوف لبدل الكتابة بخلاف ما إذا أدى الولد لانه يكون مؤديا بدل الكتابة بمال هو حق غيره ألا ترى أنه لو كان في يدها مال مغصوب لانسان فغصب المولى ذلك منها لم تعتق ولو أدت إليه بجهة الكتابة عتقت فكذلك بعد موتها وان كان القاضي دفعه إليه وهو لا يعلم أن عليها دين فهو بمنزلة الباب الاول تعتق هي وولدها لان أداء القاضي كأداء الولد أو أقوى منه لان القاضي له ولاية قضاء دين الميت من ماله كما يكون لمن يخلفه ذلك وان أعتق المولى ولدها في حياتها عتق ولم يرفع عنها شئ من الكتابة لانه تبع محض لا يقابله شئ من البدل إذا لم يكن من أهل القبول وقت عقد الكتابة فهو كالولد المولود في الكتابة وان مات ولم تترك مالا فأعتق المولى الولد جاز العتق لانه قائم مقامها ولو أعتقها المولى جاز العتق وان كان عليها دين وبقي حق الغرماء في ذمتها فكذلك إذا أعتق ولدها وهذا لان حق غرمائها لا يتعلق بذمة الولد ما بقيت الكتابة انما يتعلق بالكسب وبالعتق لا يفوت شئ من محل حقهم فلا يمنع نفوذ العتق من المولى ولا يفوت الغرماء شئ من محل حقهم ولا يضمن للغرماء شيئاً ولكن الولد يسعى لهم في الدين كما كان يفعل قبل العتق رجل كاتب أمته وهي حبلى أو حبلت من بعد ثم أعتق نصفها قبل أن تلد عتق من الولد مثل ذلك لان الجنين تبع لها وثبوت الحكم في التبع بثبوتها في الاصل فلهذا يعتق منه بقدر ما عتق منها وهي بالخيار ان شاءت سعت في نصف المكاتبه وان شاءت سعت في نصف القيمة في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان العتق عنده يتجزى وقد تلقاها جهتا حرية الكتابة والسعاية فتختار أيتهما شاءت فان ماتت بعد ما ولدت يسعى الولد فيما على أمه لانها بمنزلة المكاتبه سواء اختارت السعاية في نصف المكاتبه أو نصف القيمة والولد مولود في كتابتها فيسعى فيما عليها ولا يسعى في شئ من قيمة نفسه لان ثبوت العتق في نصفه بطريق التبعية للام فلا ينقلب مقصودا فيما كان فيه تبعا وان كان عليها دين يسعى الولد في جميع الدين أيضا لانه قائم مقامها فيما كان عليها من الدين والكتابة وهذا لانه لا يعتق

[31]

الا بعثتها فكان هذا والولد المولود في الكتابة سواء وان أعتقه المولى لم يبطل عنه الدين لان الدين قد ثبت في ذمته على أن يؤدي من سعابته باعتبار خلافته عنها فلا يبطل باعتاق المولى اياه كما لا يبطل باعتاق المولى اياها وان كان هذا الولد جارية فعلمت من المولى ثم مات المولى عتقت بجهة الاستيلاد لانها كانت كالمكاتبه للمولى وسعت في الدين الذي على أمها كما لو كان المولى أعتقها في حياته ولم تسع في المكاتبه لان سعابتها في المكاتبه كان لتحصيل العتق لنفسها وقد عتقت ولان المولى باعتاقه اياها بعد موت الام يصير ميرثا لها عن بدل الكتابة ألا ترى أنه لو أعتق أمها في حياتها كان ميرثا لها عن بدل الكتابة فكذلك الولد ويستوى ان أعتقها قصدا أو بالاستيلاد وإذا كاتب الرجل أمة فولدت ولدا فجنى على الولد جنابة أو اكتسب مالا فجميع ذلك للام لانه تابع لها في الكتابة فكسبه وأرش طرفه لها وليس للولد أن يمنع شيئاً منها وان كان كبيرا فان عتقا ثم ماتت الام فذلك ميراث عنها سواء كانت أخذت منه أو لم تأخذ بخلاف ما يكتسبه الولد بعد موتها وهذا لان في حال بقاء الاصل لا عبرة للتبع فكان كسب الولد ككسبها ولو اكتسبت ثم عتقت وماتت كان كسبها ميراثا عنها سواء كان في يدها أو في يد غيرها فكذلك كسب ولدها فأما بعد الموت فإما ما هو الاصل ولكن بقي الولد خلفا عنها فيما كان من حاجتها وحاجتها إلى أداء البدل لتعتق به فلهذا كان ما وراء ذلك من كسب الولد له وان مات

الولد بعد العتق من تلك الجراحة كان جميع قيمته للام لان الجاني صار قاتلا له فان بالعتق لا تنقطع السراية هنا حين لم يتبدل المستحق وإذا صار قاتلا له وهو مكاتب وقت جنايته فيكون الواجب عليه القيمة ويكون ذلك سالما للام وان مات الولد عن مال وورثة أحرار ثم ماتت الام قبل أن تأخذه ولم تترك شيئا فذلك المال مالها لان سبب الاستحقاق تم لها في حياتها فلا يبطل حقها بموتها ولكن القيمة مالها ويأخذ المولى منه المكاتبه والباقي ميراث عنها ويجوز لولد المكاتبه ان يبيع ويشترى لانه بمنزلة أمه مكاتب فيملك التصرف وان كان كسبه لها بحكم التبعية في الكتابة فان لحقه دين ثم ماتت الام سعى في جميع ذلك كما كان يسعى في حياتها فان أكتسب مالا قضى منه الدين الذي عليه وعلى أمه وسعى في الكتابة لانه مع لحوق الدين اياه هو قائم مقام الام بعد موتها فيسعى في جميع ما عليها وان مات بدئ بدينه لان دينه في ذمته أقوى من حيث انه أسبق تعلقا وانه أصيل فيه لمباشرة سببه فيبدأ من كسبه بدينه ثم بدين أمه ألا ترى ان المكاتبه لو أذنت لعبيدها في

[32]

التجارة فلحقه دين ثم ماتت كان غرماء العبد أحق بمالية الرقبة من غرمائها فكذلك الولد وهذا لان كسبه لها بعد ما يفرغ من حاجته فان حاجة المكتسب في كسبه مقدم على حاجة غيره مكاتبه ولدت بنتا فكبرت وارثت ولحقت بالدار ثم أسرت لم تكن فينا لانها مكاتبه تبع لامها والمكاتبه لا تملك بالاسر فتحبس حتى تتوب أو تموت كما لو كانت الام هي التي فعلت ذلك وبهذا ونحوه يتبين فساد قول من يقول من أصحابنا ان أحدا لا يتكاتب على أحد فان الابنة لو لم تصر مكاتبه حقيقة لصارت فينا بالاسر فان ماتت المكاتبه عن غير وفاء فان القاضي يخرج الابنة من الحبس حتى تسعى فيما على امها لان حبسها لحق الشرع وحق الامه والمولى فيها وفي سعايتها مقدم على حق الشرع الا ترى ان الامه إذا ارتدت لم تحبس ولكنها تدفع إلى المولى يستخدمها ويحبسها فكذلك الابنة هنا تخرج لتسعى فيما على امها مكاتبه ولدت ولدا ثم قتلها الولد فقتلها بمنزلة موتها وليس عليه من جنايته شيء لانه جزء منها فكانها جنت على نفسها ولانه لو جنى على غيرها كان موجب جنايته في كسبه وكسبه لها فلو وجب لها بجنايته شيء انما يجب فيما هو من حقها فلا يكون مفيدا وان جنت الام جناية على انسان ثم ماتت قبل ان يقضى عليها بشيء سعى الولد في الجناية والكتابة لانه قائم مقامها وهي في حياتها كانت تسعى فيها فان عجز نظر فان كان القاضي قضى لولى الجناية بالقيمة فهو بمنزلة الدين على الولد ببيع فيه وان كان القاضي لم يقبض لولى الجناية بشيء بطلت الجناية بعجزه كما لو عجزت في حال حياتها قبل قضاء القاضي ثم ماتت وهذا لان حق ولى الجناية في رقبته وانما يصير دينا في ذمتها بقضاء القاضي فإذا ماتت قبل القضاء بطل حقه لفوات محله فكذلك هنا والله أعلم بالصواب (باب مكاتبه الرجلين) (قال) وإذا كاتب الرجلان عبدهما مكاتبه واحدة فأدى إلى أحدهما حصته لم يعتق نصيبه منه ما لم يؤد جميع المكاتبه اليهما لان العقد واحد في حق المكاتب فلا يعتق شيء منه باداء بعض البذل كما لو كان لرجل واحد وهذا لان المقبوض غير سالم للقابض بل لشريكه أن يستوفي منه نصفه لانه مال وجب لهما بسبب واحد عوضا عما هو مشترك بينهما فكان ادأؤه إلى أحدهما كادائه اليهما وان أعتقه أحدهما جاز لانه مالك لنصيبه متمكن من اعتاقه

بعد الكتابة كما كان متمكنا منه قبل ذلك وكذلك ان وهب له نصيبه من المكاتبه أو ابراه عنه عتق لانه لو كان مالكا لجميعه كان معتقا له بابرائه عن جميع البديل فكذلك إذا كان مالكا لبعضه كان معتقا لحصته بابرائه اياه عن حصته من البديل بمنزلة مالو قال له أنت حر بخلاف ما لو استوفى حصته وهذا لان ما أسقط بالهبة والابراء نصيبه خاصة فيتحقق به براءة ذمة المكاتب عن نصيبه فأما المستوفى ليس بنصيبه خاصة حتى كان لشريكه ان يشاركه فلا يتم براءة ذمته عن نصيبه بهذا الاستيفاء وكذلك ان سلم الشريك للقابض ما قبض أو كان قبض نصيبه باذن شريكه لانه لا يتم سلامة المقبوض له بهذا أيضا حتى لو عجز الغلام كان المأخوذ بينهما نصفين وهذا لانه انما سلم المقبوض بشرط أن يسلم له ما في ذمة المكاتب فإذا فات شرطه بالعجز رجع بنصف ما قبض كالمحال عليه إذا مات مفلسا يعود الدين إلى ذمة المحيل ثم المكاتب بالخيار بعد اعتاق أحدهما اياه ان شاء عجز ويكون الشريك بالخيار بين التضمين والسعاية في نصف القيمة والعتق في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وبين العتق والسعاية ان كان المعتق معسرا لانه بتعجيره نفسه انفسخت الكتابة فيكون حكمه حكم عبد مشترك بين اثنين يعتقه أحدهما وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يضمن المعتق نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في نصف قيمته ان كان معسرا كما هو مذهبه في العبد المشترك وعلى قول محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف القيمة ونصف ما بقي من الكتابة وكذلك يسعى العبد في الاقل عند عسرة المعتق لان وجوب الضمان والسعاية لدفع الضرر عن الشريك ويندفع الضرر عنه بايجاب الاقل كأن حقه وقت الاعتاق كان في الاقل ألا ترى أنه يعتق نصيبه باتصال ذلك إليه والضرر يندفع عنه باتصال حقه إليه وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول اعتبار الاقل بحكم بقاء الكتابة وحين عجز نفسه فقد انفسخت الكتابة فكان حق الساكت في نصف العبد عينا ولا يندفع الضرر عنه الا باتصال نصف القيمة إليه ولا معنى لاعتبار الاقل بعد ذلك وان اختار المصطفى على المكاتبه ثم مات عن مال كثير أخذ المولى الذي لم يعتق نصف المكاتبه من ماله كما كان يطالبه به في حياته ثم الباقي بعد ذلك لورثته وإذا كاتب الرجلان عبيدا بينهما مكاتبه واحدة ان أديا عتقا وان عجزا ردا فانه يكون كل واحد منهما مكاتب بينهما على حدة بحصته وذلك بأن يقسم المسمى على قيمتهما فيكون كل واحد منهما مكاتبيا بحصته وإذا أدى أحدهما حصته اليهما عتق بخلاف ما لو كانا لرجل واحد لان هناك كل واحد منهما

يمكن أن يجعل ملتزما لجميع البديل البعض بطريق الاصاله والبعض بطريق الكفالة مراعاة لشرط المولى والمالك واحد فلا يكون ذلك منهما كفالة على الحقيقة فأما هنا نصف كل واحد منهما لمالك على حدة فلو جعلنا كل واحد منهما مطالبا بجميع البديل كان بحكم الكفالة في البعض وفي نصف ذلك كفالة من كل واحد منهما عن مملوك هو لغير مولاه فيكون كفالة حقيقة ولا تصح الكفالة من المكاتب ولا يبدل الكتابة فلهذا كان كل واحد منهما مطالبا بحصته خاصة يعتق بأداء ذلك اليهما كما لو كاتبه كل واحد

منهما بعقد على حدة عبد بين رجلين كاتب احدهما نصيبه بغير اذن شريكه فللشريك أن يرد المكاتبه وقال ابن أبي ليلي رحمه الله تعالى ليس له ذلك بمنزلة ما لو أعتق أحدهما نصيبه أو بمنزلة ما لو باع أحدهما نصيبه لان تصرف المكاتب لاقى خالص ملكه ولكننا نقول هذا عقد محتمل للفسخ وفي ابقائه ضرر على الشريك الآخر أما في الحال فلانه يتعذر عليه بيع نصيبه وأما بعد الاداء فلانه يتعذر عليه استدامة الملك في نصيبه فلدفع الضرر عن نفسه يتمكن من فسخ عقد شريكه وإذا جاز فسخ الكتابة لدفع الضرر عن المتعاقدين فلان يجوز فسخه لدفع الضرر عن غيرهما ممن لم يرض بعقدهما أولى ولا يبعد أن يلقى تصرف الانسان ملكه ثم للغير أن يفسخه لدفع الضرر عن نفسه كالراهن يبيع المرهون أو الأجر يبيع المؤاجر فان أعتقه الشريك الآخر بعد ذلك نفذ عتقه عندنا وقال ابن أبي ليلي لا ينفذ عتقه حتى ينظر ماذا يصنع في المكاتبه فان أداها عتق وضمن الذي كاتبه نصيب شريكه والولاء كله له وان عجز ينفذ عتقه وهذا بناء على أصله أن الكتابة لا تتجزى وأن المولى بعقد الكتابة يستحق الولاء فإذا صار المكاتب مستحقا لجميع ولائه لا يملك الآخر ابطاله عليه بالاعتاق ولكن يتوقف حكم اعتاقه لتوقف ملكه في نصيبه فان أدى الكتابة تبين أن نصيب الشريك كان منتقلا إلى المكاتب فيضمن المكاتب له نصف قيمته والولاء كله له وان عجز تبين أنه كان مشتركا بينهما فينفذ عتق المعتق في نصيبه فأما عندنا نصيب الشريك باق على ملكه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى غير مكاتب وعندهما مكاتب كان متمكنا من فسخ الكتابة فيعتق نصيبه باعتاقه وإذا أعتق فالمكاتب بالخيار في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان شاء مضى على الكتابة وادى البدل وكان ولاؤه لهما وإذا اختار ذلك فليس للمكاتب ان يضمن المعتق شيئا لانه ما اتلف عليه شيئا من حقه وان شاء عجز نفسه فعند ذلك يخير الذي كاتبه بين عتقه

[35]

واستسعائه وتضمنين شريكه لما بينا وعندهما يعتق كله باعتاق أحدهما وان كان المعتق موسرا فلآخر حق التضمنين فان كان معسرا فلآخر حق الاستسعاء على ما بينا من الاختلاف بينهما وعلى هذا لو كاتب الآخر نصيبه أيضا عند ابن أبي ليلي لا ينفذ منه وعندنا ينفذ ويكون مكاتبها بينهما وليس للمكاتب الاول أن يفسخ عقد الثاني وان باشره بغير اذنه لان ثبوت حق الفسخ لمعنى دفع الضرر ولا ضرر عليه هنا لان نصيبه مكاتب ثم المسألة في كتابة أحد الشريكين على ثلاثة أوجه أحدها ان يكون بغير اذن شريكه ويستوفى البدل قبل ان يفسخ الشريك الكتابة فنقول على قول أبي حنيفة رحمه الله يعتق نصيبه لوجود شرط العتق وهو أداء البدل ثم يكون للساكت ان يأخذ من المكاتب نصف ما أخذ من العبد لان المؤدى كسبه وكسبه كان مشتركا بينهما فله ان يأخذ نصف ذلك منه ونصف ما بقي من الكسب في يد العبد أيضا ثم يرجع المكاتب على العبد بما أخذه منه شريكه لان جميع البدل كان بمقابلة نصيبه وقد سلم نصيبه للعبد أيضا ولم يسلم للمولى نصف البدل فيرجع به عليه كما لو استحقه مستحق آخر من يده ثم ان كان المكاتب موسرا فللشريك خير بين ثلاثة أشياء وإذا اختار التضمنين يرجع المكاتب بما ضمن على العبد ويكون الولاء كله له وان اختار الاستسعاء أو الاعتاق أو كان المكاتب معسرا فالولاء بينهما وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الجواب كذلك الا أن المكاتب لا يرجع على العبد بالنصف الذي أخذه شريكه منه لان عندهما صار الكل مكاتباً فان جميع البدل مقابل بجميع الكسب ولم يسلم له الا النصف وقد سلم للمولى

من جهته نصف البديل أيضا ثم ان كان المكاتب موسرا فليس للساكت الا
التضيمن وان كان معسرا فليس له الا الاستسعاء والوجه الثاني أن يكاتب
أحدهما نصيبه باذن شريكه فعلى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى إذا
استوفى البديل عتق نصيبه وللشريك أن يرجع عليه بنصف ما أخذ أيضا
وينصف ما بقى من الكسب في يد العبد لانه آذاه من كسبه واذنه في العقد
لا يكون اذنا في قبض البديل ألا ترى أن الوكيل بالكتابة لا يملك قبض البديل
فلهذا كان هذا الفصل والفصل الاول سواء عنده الا في حكمين أحدهما أنه
لا يكون للآخر حق فسخ الكتابة والآخر أنه لا يكون له أن يضمن المكاتب بعد
العتق لوجود الرضا منه بالسبب وعلى قولهما اذنه في كتابة نصيبه يكون
اذنا في كتابة الكل فيصير الكل مكاتبا بينهما الا أن يقبض أحدهما جميع
البديل لا يعتق ما لم يصل إلى الآخر نصيبه لان

[36]

المكاتب في نصيبه كان وكيفا والوكيل بالكتابة لا يملك القبض للبديل فإذا
وصل إلى الآخر نصيبه حينئذ يعتق وما بقى من الكسب كله سالم للعبد
والوجه الثالث أن يأذن أحدهما لشريكه في أن يكاتب نصيبه ويقبض البديل
فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى إذا قبض المكاتب البديل فليس للشريك أن
يرجع بشئ من المقبوض لانه قبضه برضاه وصار هو اذنا للعبد في أن
يقضي دينه بكسبه فلا يثبت له حق استرداد شئ من القابض بخلاف الاول
وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يعتق كله بقبض المكاتب سواء
وصل إلى الشريك نصيبه أو لم يصل لانه كان وكيفا من جهته في قبض
البديل فيعتق العبد بالاداء إليه والمقبوض مشترك بينهما ولا سبيل للشريك
على ما بقى من كسب العبد في يده سواء وصل إليه نصيبه مما قبضه
المكاتب أو لم يصل بأن هلك في يده لان هلاك نصيبه في يد وكيله كهلاكه
في يده وان كان أحد الشريكين كاتب جميع العبد فقول أبى حنيفة رحمه
الله تعالى في هذا كقولهما حتى إذا عتق بالاداء إليه رجع الشريك عليه
بنصف المقبوض وإذا كان بغير اذنه لم يكن له أن يرجع على العبد بشئ من
ذلك لان جميع البديل هنا بمقابلة جميع الكسب والرقة ولم يسلم له من
جهة المكاتب الا النصف وقد سلم للمكاتب نصف البديل أيضا فلا يرجع عليه
بشئ آخر فان أذن أحدهما لصاحب أن يكاتب نصيبه ويقبض البديل ثم نهاه
بعد ما قبض بعضه صح نهيه لان اذنه للمكاتب في قضاء دينه بنصيبه من
الكسب لا يكون ملزما شيئا اياه فيكون له أن يرجع عن ذلك حتى يشاركه
فيما يقبض بعده ولا يشاركه فيما كان قبض قبل النهى اعتبارا للبعض
بالكل وان كاتب أحدهما نصيبه بغير اذن شريكه فلم يعلم به شريكه حتى
كاتبه نصيبه باذن الاول ثم علم بكتابة الاول فأراد ردها لم يكن له ذلك لانه
بمباشرة الكتابة في نصيبه صار مسقطا لخياره فان الخيار له كان لدفع
الضرر وقد التزم ذلك الضرر ثم ما يأخذ واحد منهما بعد هذا منه فهو سالم
له لا يشاركه الآخر فيه لان نصيب كل واحد منهما صار مكاتبا بعقد باشره
بنفسه فلا يكون بينهما في البديل شركة كما لو باع كل واحد منهما نصيبه
بعقد على حدة بخلاف ما إذا كاتباه معا لان البديل هناك وجب لهما بعقد
واحد وان كان الاول أخذ منه شيئا قبل كتابة الثاني كان للثاني أن يشاركه
فيه لان الثاني انما يكون مسقطا حقه عن كسبه بكتابة نفسه فيقتصر ذلك
على ما يكتسبه بعد كتابته فلا يتعدى إلى ما كان قبله وان أذن كل واحد
منهما لصاحبه في مكاتبته نصيبه منه فهذا اذن له

في القبض ولا يرجع أحدهما فيما قبض الآخر ولا يشركه وقوله وهذا اذن له في القبض تجوز في العبارة فان الاذن في الكتابة لا يكون اذنا في القبض ولكن انما لا يرجع واحد منهما على صاحبه لان المكاتب صار أحق بجميع كسبه ونصيب كل واحد منهما من البديل واجب بعقد على حدة فلا شركة بينهما في المقبوض وان كاتب أحدهما نصيبه منه بعد ما اذن له صاحبه في الكتابة والقبض فقبض بعض الكتابة ثم عجز الغلام ففي القياس للشريك أن يرجع على القابض بنصف المقبوض لانه انما رضى بقبضه ليعتق نصيبه به ولم يعتق حين عجز الغلام ولانه انما رضى الاذن بأن يقضى العبد دينه بنصيبه من الكسب وبعد العجز لا دين فيقي هو وكسب عبد مشترك بينهما فله أن يأخذ منه نصفه وفي الاستحسان لا سبيل له عليه فيما قبض اعتبارا للبعض بالكل وهذا لانه صار مسقطا حقه عن المقبوض حين اذن له في قبضه فلا يعود حقه فيه بعجز الغلام ألا ترى أنه لو تبرع انسان بقضاء بعض البديل عن المكاتب ثم عجز المكاتب عما بقي لم يكن للمتبرع استرداد ما تبرع به فهذا مثله وإذا كاتب أحدهما كله بغير اذن شريكه ثم وهب للعبد نصف المكاتب لم يعتق منه شيء كما لو كان العبد كله له وهذا لانه أضاف الهبة إلى نصف شائع فلا يتعين لذلك حصة نصيبه خاصة فلهذا لا يعتق وان قال وهبت لك جميع حصتي من هذه المكاتب عتق إما لان جميع البديل وجب بعقده فكان هذا وقوله وهبت لك المكاتب كلها سواء أو لانه برئ من حصته من البديل حين أضاف الهبة إلى نصيبه خاصة بمنزلة ما لو كاتباه ثم وهب أحدهما جميع حصته الا أن الاول أصح لان العبد هنا لا يعتق الا بأداء جميع البديل إليه فعلم أن هبة جميع حصته تكون هبة لجميع المكاتب مكاتبه بين رجلين علق من أحدهما فهي بالخيار لانه تلقاها جهتا حرية فان شاءت عجزت فكانت أم ولد له ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها لانها أمة بينهما وقد استولدها وان شاءت مضت على الكتابة وأخذت عقرها فان مضت على الكتابة ثم علق من الآخر ثم عجزت فالولد الاول للاول والولد الثاني للثاني لان نصفها في الظاهر مكاتب له حين استولدها وذلك يكفي لثبوت نسب الولد الثاني منه وهي أم ولد للاول لانه استحق حق أمية الولد في جميعها الا أن المكاتبه في نصيب الآخر كان مانعا من ظهور هذا الاستحقاق قبل العجز وقد ارتفع هذا المانع بالعجز فصارت أم ولد له من ذلك الوقت ألا ترى أن الخيار إذا سقط في البيع

بشرط الخيار يثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى يستحق الزوائد وإذا صارت أم ولد له فعليه نصف قيمتها للثاني وعلى الثاني جميع قيمة الولد لانه تبين أنه استولد مملوكة الغير ولكنه كان مغرورا باعتبار ظاهر الملك فيكون ولده حرا بالقيمة ولم يذكر حكم العقر لانه على رواية هذا الكتاب وجب نصف العقر على الثاني ونصف العقر على الاول فيكون أحدهما قصاصا بالآخر وقد بينا في كتاب الدعوى أن الاصح وجوب جميع العقر على الثاني ثم يكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول نصف العقر على الثاني وبيننا هناك ان قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أيضا انه حين استولدها أحدهما صار الكل أم ولد له وهي مكاتبه فلا يصح استيلاذ الثاني بعد ذلك ولا يثبت النسب منه بالدعوى مكاتبه بين رجلين ولدت بنتا ثم وطئ أحدهما الابنة فعلقت منه قال ثبت نسبه منه لان

الابنة بمنزلة أمة مكاتبه بينهما فيثبت نسب ولدها من احدهما بالدعوى كما ثبت نسب ولد المكاتبه والابنة على حالها ليس لها أن تخرج نفسها من المكاتبه لتكون أم ولد للمستولد لانها تابعة في العقد فلا تملك فسخ العقد في حق نفسها مقصودا ولا ولاية لها على فسخ العقد في حق أمها ولان الام انما كانت تعجز نفسها عما عليها من البدل وليس على الولد شئ من البدل وقد كان للام منفعة في التخيير فخيرناها ولا منفعة للابنة في ذلك وعلى المستولد عقربا لانه وطئها وهى مكاتبه ولكن عقربا للام بمنزلة كسبها وانها تابعة للام في الكتابة فان عجزت المكاتبه صارت الابنة أم ولد للواطن لان المانع من ظهور أمية الولد في نصيب شريكه منها قد ارتفع بعجز الام وانما تصير أم ولد له من حين علقت منه فلهذا يضمن لشريكه نصف قيمتها يوم علقت منه وان لم تعجز فاعتق الشريك الآخر الابنة بعد علوقها من الاول عتقت عند أبي حنيفة رحمه الله لان نصيبه من الابنة باق على ملكه ما بقيت الكتابة فيها فينفذ عتقه ولا سعاية عليها لان نصيب المعتق عتق باعتاقه ونصيب الآخر بمنزلة أم الولد ولا سعاية على أم الولد للمستولد في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى بمنزلة أم ولد بين شريكين أعتقها أحدهما وولدها حر لانه ثابت النسب من المستولد وقد عتقت بذلك لكونه متمكنا من اعتاقه ولا سعاية عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضا لان اعتاق الشريك نصيبه من الام يكون اعتاقا لنصيبه منه كما بينا من عتق السفلى باعتاق العليا على أصله والمكاتبه باقية على حالها تعتق بالاداء أو تعجز فتكون أمة بينهما مكاتبه بين رجلين ولدت فاعتق

[39]

أحدهما الولد عتق نصيبه منه لكونه مالكا لنصيبه بسبب دخوله في مكاتبه الام وهو على حاله حتى تعجز الام أو تعتق لانه لما صار تبعا لأمه في الكتابة لا ينقلب مقصودا ما بقى حكم التبعية ولان الام لها حق في كسب الولد فلا يتمكن المعتق من ابطال حقها في كسبه فان عتقت عتق معها لبقاء حكم التبعية في النصف الذي بقى رقيقا منه فان عجزت فقد زال معنى التبعية وصار الولد مقصودا وهو مشترك بينهما أعتقه أحدهما وقد بينا حكم العبد المشترك يعتقه أحد الشريكين وإذا اختار التضمين يضمنه نصف قيمته وقت اعتاقه لا وقت عجز الام لان وجوب الضمان بسبب الاعتاق فتعتبر القيمة عند ذلك كما تعتبر قيمة المغصوب وقت الغصب مكاتبه بين رجلين ولدت بنتا فوطئا الابنة فعلمت فولدت منهما ثم ماتا فالابنة حرة لانها كانت أم ولد لهما فتعتق بموتهما كما لو أعتقها وهذا لانها استغنت عن تبعية الام لما ظهر لها من سبب العتق مجانا وتبقي الام على مكاتبته لان نفوذ العتق في التبعية لا يوجب عتق الاصل ولو كانت الام هي التي ولدت منهما ثم ماتا عتقت هي بجهة الاستيلاء وعتق ولدها أيضا لانه تبع لها وثبوت العتق في التبعية بثبوتها في الاصل ولان عتقها بالاستيلاء كعتقها باعتاق منهما ابتداء وقد بينا أنهما إذا أعتقها عتق الولد معها لان اعتاقهما إياها بمنزلة الاستيفاء لما عليها من المكاتبه وان عجزت ثم ولدت منهما بعد ذلك فالولد الاول رقيق لان بعجزها انفسخت الكتابة وصار الولد الاول رقيقا ثم يثبت فيها حق أمية الولد بعد انفصال هذا الولد عنها وحق العتق لا يسري إلى الولد المنفصل كحقيقة العتق وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى إذا كاتب احد الشريكين بغير اذن شريكه ثم علقت منه فهى أم ولد له وأبو حنيفة رحمه الله تعالى في هذا لا يخالفهما لان نصيب الشريك عنده لم يصر مكاتبيا فتصير أم ولد للمشترى ولكنه حفظ جوابهما ولم يحفظ جواب أبي حنيفة وهى مكاتبه على حالها لان الكتابة لا تنافى

الاستيلاء سابقا ولا طارئاً وبضمن نصف قيمتها ونصف عقرها للشريك وهذه اجازة للمكاتب لان العقد في حق الشريك لدفع الضرر عنه وقد زال ذلك بتحول نصيبه إلى المستولد قال وهذا بمنزلة رجل له أم ولد كاتبها يريد به التشبيه في حكم لزوم الكتابة فأما في مسألة الاصل المستولد ضامن نصف العقر لان كتابته في نصيبه كان نافذاً ومن استولد مكاتبته يلزمه العقر لها وقد فسره بعد هذا فقال جارية بين رجلين كاتبها احدهما بغير اذن شريكه ثم

[40]

وطئ الذي كاتبها قبل ان يعلم شريكه بالمكاتبه فولدت منه فهي أم ولد له والمكاتبه جائزة وبضمن الواطئ نصف قيمتها ونصف عقرها للشريك ونصف العقر لها وللمكاتبه الخيار لانه تلقاها جهتا حرية فان اختارت الكتابة أخذت نصف العقر منه وان اختارت ان تكون أم ولد له لم يكن لها نصف العقر لان استحقاتها نصف العقر لكونها أحق بنفسها بعقد الكتابة وقد زال ذلك حين اختارت الاستيلاء فان أم الولد لا تستوجب على مولاهنا ديناً وان أجاز شريكه المكاتبه بعدما علقت منه فجازته باطلة وهي مكاتبه لانه أجاز عقداً باطلاً ولان نصيبه تحول إلى المكاتب بالاستيلاء وانما كان يعتبر اجازته باعتبار ملكه فان وطئها الذي لم يكاتب فعلمت منه فهي أم ولد الذي علقت منه لانه مالك لنصيبه منها فصح استيلاءه فيها والمكاتبه على حالها جائزه حتى يردّها الواطئ لانه لا منافاة بين الاستيلاء والكتابة وكل واحد منهما يطرأ على صاحبه فلم يكن اقدمه على الاستيلاء إبطالا منه للكتابة ولكنه لو انفسخت الكتابة بعد ذلك صار الكل أم ولد له لان المانع من انتقال نصيب الشريك إليه بالاستيلاء هو الكتابة وقد ارتفعت وان كاتبها احدهما باذن شريكه ثم استولدها الآخر فان شاءت عجزت وكانت أم ولد المستولد لزوال المانع في نصيب الشريك وان شاءت مضت على كتابتها وأخذت منه نصف العقر لان الكتابة في نصيب الشريك لازمة حين باشرها باذن شريكه وتأخذ منه نصف العقر لانها أحق بنفسها في ذلك النصف فإذا أدت المكاتبه عتقت ولم تسع للمستولد في شئ لان نصيبه منها أم ولد ولا سعاية على أم الولد للمستولد في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان كاتب احدهما نصيبه بغير اذن شريكه فاكتمبت مالا وقضت منه الكتابة فعتقت ثم اكتسبت مالا ثم حضر الذي لم يكاتب فله نصف ما اكتسبته قبل اداء الكتابة ولها نصفه لان نصيب المكاتب منها مكاتب ونصيب الشريك مملوك له والكسب يملك بملك الاصل وما اكتسبته بعد اداء الكتابة فهو لها لان عندهما تعتق كلها بعق البعص وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يعتق نصيب المكاتب ونصيب الشريك بمنزلة المكاتب لما عليها من السعاية والمكاتب أحق بكسبه من المولى فلها لم يكن للشريك شئ مما اكتسبت بعد اداء الكتابة فان ماتت قبل ان تؤدي شيئاً وتركت مالا فنصفه للذي لم يكاتب لانه كسب نصيبه منها وبأخذ الذي كاتب النصف الباقي في المكاتبه لان كسب نصيبه منها والمكاتبه كانت نافذة في نصيبه فيأخذ بدل

[41]

الكتابة من تركتها بعد موتها ثم يأخذ الذي لم يكتب نصف قيمتها مما بقي ان كان شريكه معسرا لانه يثبت له حق استسعاها في نصف القيمة ان كانت حية وقد ماتت عن مال فيأخذ تلك السعاية من مالها والباقي ميراث لورثتها الاحرار لانه حكم بعقها بأداء السعاية مستندا إلى حال حياتها فان لم يكن لها وارث غيرهما كان ما بقي بينهما نصيبين لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فهي مولاة لهما وان شاء أن يضمن شريكه لانه موسرا كان له ذلك لان المكاتب صار معتقا لنصيبه ثم يرجع به المكاتب في مالها كما يرجع عليها لو كانت حية ويكون ولاؤها وميراثها له ان لم يكن لها وارث لانه تملك نصيب شريكه بالضمن وان كانت ماتت بعد ما أدت المكاتبه وقد تركت مالا لا يدرى متى اكتسبته قبل الاداء أو بعده فالمال له لان الكسب حادث فيحال حدوثه إلى أقرب الاوقات وهو ما بعد أداء الكتابة ولان سبب الاستحقاق لها لانه قد ظهر وهو اكتسابها واستحقاق النصف لشريكه لم يعلم سببه وهو كون نصيبه قنا حين اكتسب ولا يقال قد عرفنا نصيبه مملوكا قنا له فيجب التمسك بذلك حتى يتبين خلافه لان هذا ظاهر علم زواله بعد ما أدت الكتابة واستصحاب الحال انما يعتبر إذا لم يكن خلافه معلوما في الحال جارية بين رجلين كاتبها أحدهما بغير اذن شريكه فأدت إليه الكتابة ثم وطئها الآخر فعلفت منه قال تسعى له في نصيبه لان نصيبه بمنزلة المكاتب لما عليها من السعاية ولا نصير أم ولد له أما عندهما لانها عتقت بأداء الكتابة وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه تعذر استدامة الملك لما نفذ فيها من العتق من جهة المكاتب وانما تكون أم ولد له إذا عجزت عن السعاية وليس لها ذلك ههنا حتى لو مات المستولد قبل أن تؤدي السعاية عتق نصيبه بجهة الاستيلاء وسقط عنها السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى رجل كاتب جارية ثم مات عن ابنين فاستولدها أحدهما فهي بالخيار ان شاءت عجزت فكانت أم ولد له ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه لان الكتابة انفسخت بالعجز فصارت مشتركة بينهما ارثا قد استولدها أحدهما وان شاءت مضت على كتابتها وأخذت عقرها لان المكاتب لا يورث ما بقيت الكتابة وقد سقط الحد عن الواطئ بشبهة حق الملك الثابت له فيها بانعقاد سببه فيجب العقر لها وإذا كاتب الرجلان جارية بينهما مكاتبه واحدة ثم ارتد أحدهما عن الاسلام فأدت المكاتبه اليهما ثم قتل مرتدا قال لا تعتق وليس أدؤها إلى المرتد بشئ في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى

[42]

وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تعتق لان قبض المرتد عندهما جائز كقبض المسلم بمنزلة قولهما في تصرفات المرتد وأما في قول أبي حنيفة تصرفات المرتد تتوقف وتبطل بقتله فكذلك قبضه نصيبه من البذل كان موقوفا وبالقتل تبين أنه كان حق الوارث فكان قبضه باطلا وترجع الورثة على الشريك بنصف ما أخذ كما لو كان هو أخذ نصيبه وحده ولهذا لا يعتق نصيب الشريك منها أيضا ثم يستسعونها في النصف الباقي فان عجزت ردت في الرق بمنزلة مكاتبه أدت نصف البذل إلى الموليين ثم عجزت ثم أشار في الاصل إلى أنه وان كاتبه في حالة الردة لم يجز قبضه لبذل الكتابة بخلاف ما إذا باعه في حالة الردة وقبض ثمنه كان جائزا من قبل ان بالردة صار ماله كأنه للوارث والعاقد في باب الكتابة لا يستحق قبض البذل بعقده إذا كانت المكاتبه لغيره بخلاف العاقد في باب البيع فان حق قبض الثمن له وان كان البيع لغيره وكان في هذا الكلام نظر لان بيعه في كسب اسلامه لا ينفذ بعد الردة ما لم يسلم وبعد الاسلام يجوز قبضه

في المكاتبه وفي الثمن جميعا وانما هذا الفرق فيما إذا كان البيع والكتابة قبل الردة فلا يجوز قبضه لبدل الكتابة بعد الردة ويجوز قبضه الثمن بحق العقد ونما لحقه الحجر بالردة كالعبد المأذون إذا باع شيئا ثم حجر عليه مولاه كان قبضه الثمن صحيحا ولو لحق المرتد منهما بدار الحرب فأدت جميع الكتابة إلى الشريك الآخر لم تعتق لان قبضه نصيب ورثة المرتد باطل وان أدت إلى الشريك الباقي وإلى ورثة المرتد عتقت إذا كان قد قضى بلحاظه كما لو مات فدفعت الكتابة إلى الشريك الحي وإلى ورثة الميت وان عجزت بعد ما ارتد أحدهما فردها في الرق ثم قتل المرتد على رده فهي على مكاتبها لان فسخ الكتابة في نصيب المرتد باطل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ككتابه والكتابة إذا كانت واحدة لا يمكن فسخها في البعض دون البعض بسبب العجز كما لو كان أحد الموليين غائبا فعجزت عن المكاتبه لم يفسخ القاضي العقد بخصوصه الشاهد منهما حتى يحضر الآخر وإذا ارتد الشريكان معا ثم عجزت المكاتبه فرداها في الرق فان أسلما فهي أمة قنة بينهما وان قتلا على الردة فهي على مكاتبها وان كانت المكاتبه بين رجلين فولدت بنتا ثم ان أحد الموليين وطئ الابنة فعلقت منه ووطئ الآخر الام فعلقت منه فقالتا نحن نعجز فذلك لهما ومراده أن للام ان تعجز نفسها لانه تلقاها جهتا حرية وأما الولد فليس من هذا الخيار في شئ لانه ليس عليه شئ من البدل

[43]

فإذا اختارت الام المصلى على الكتابة أخذت كل واحدة منهما عقرها من الواطئ وعقر الابنة يكون للام بمنزلة الكسب وان عجزت كانت كل واحدة منهما أم ولد للذي وطئها ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى إذا كاتب الرجل نصيبه من عبده بغير إذن شريكه فللشريك أن يرد ذلك ولا يرد الا بقضاء القاضي الا أن يرضى العبد ومولاه الذي كاتبه أن ينقض الكتابة وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى أيضا لان ثبوت حق الفسخ للآخر مختلف فيه بين العلماء فلا يتم الا بقضاء القاضي أو التراضي كالرجوع في الهبة وهذا لان الفاسخ انما يفسخ باعتبار ملكه والعاقد يمنعه من ذلك باعتبار ملكه أيضا فإذا استوت الاقدام كان الفضل إلى القاضي والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب مكاتبه الرجل شقفا من عبده) (قال) رضى الله عنه وإذا كاتب الرجل نصف عبده جاز ذلك وصار كله مكاتباً بذلك في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان الكتابة عندهما لا تتجزأ كالعقود وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يقتصر على القدر الذي كاتب منه فان أدى المكاتبه عتق منه ذلك القدر ويسعى فيما بقي من قيمته على قدر ما يطبق بمنزلة رجل أعتق بعض عبده ومعنى هذا أنه ليس للمولى أن يطالبه بالسعاية في الحال ولكن يجعله منجما عليه بحسب ما يعلم أنه يطبق ادائه لانه معسر فيستحق النظرة النى الميسرة بالنص ولان مقصود تكميل العتق دون التصيق عليه وان اكتسب العبد مالا قبل الاداء إليه فنصفه له ونصفه للمولى لان نصفه مملوك للمولى غير مكاتب والكسب يملك بملك الاصل وما اكتسب بعد الاداء ليس للمولى منه شئ لان النصف منه عتق بالاداء والنصف الآخر يستسعى كالمكاتب فيكون هو أحق بجميع كسبه بعد الاداء وإذا كاتب نصفه ثم أراد أن يحول بينه وبين الكسب لم يكن له ذلك لان مقصود المولى بالكتابة تمكينه من التقلب والتكسب ليؤدي به البدل وقد ثبت هذا الحق للمكاتب بكتابة النصف لازما فكما لا يكون له أن يفسخ الكتابة لا يكون له أن يحول بينه وبين الكسب وإذا أراد أن يخرج من

المصر فله أن يمنعه في القياس لان نصفه مملوك له وللمولى أن يمنع ملكه من السفر ولا يتأتي (يتأتى) السفر في قدر ما صار مكاتباً

[44]

منه وحده فكان للمولى أن يمنع دفعا للضرر عن ملكه كمن استأجر دابة ليركبها هو ليس له أن يركب غيره أو استأجر ثوبا ليلبسه هو ليس له أن يلبس غيره لان الركوب واللبس يتفاوت فيه الناس فيصير المستأجر ممنوعاً من التصرف فيما يملكه من المنفعة على وجه يلحق الضرر بصاحب الثوب ولكنه في الاستحسان لا يمنع من ذلك لان المولى أثبت له حق الثقلب والتكسب وربما لا يحصل له هذا المقصود في المصر والخروج من المصر للطلب طريق ظاهر بين الناس فيصير مثبتاً له ذلك الحق حين كاتب نصفه فلا يمنعه بعد ذلك منه وهذا أولى الوجهين بالاخذ به لان المقصود من هذا العقد الارقاق به وكذلك لو أراد أن يستخدمه أو يستسعيه يوماً ويخلي عنه يوماً للكسب فله ذلك في القياس لان خدمته ومنفعته ككسبه فكما أن للمولى أن يأخذ نصف كسبه فكذلك له أن يجعل نصف خدمته لنفسه بالتهايؤ بينه وبين نفسه وفي الاستحسان لا يعرض له في شئ حتى يؤدي أو يعجز لانه أثبت له حق الثقلب والتكسب وذلك بمنافعه يكون فمن ضرورة ثبوت هذا الحق له لازماً ان يكون أحق بمنافعه وهذا أولى الوجهين بالاخذ به لانه ارفاق به وليس فيه ضرر على مولاه فانه إذا اكتسب بمنافعه كان للمولى أن يأخذ نصفه فيكون هذا تحويلاً لحقه من المنفعة إلى الكسب ولا ضرر فيه ولو جعلنا المكاتب أحق بكسبه كان فيه ابطال حق المولى عن نصف الكسب فلهذا لا يعتبر الارقاق في ذلك وإذا كاتب نصف جاريته فولدت ولداً كان ولدها بمنزلتها ونصف كسبه للمولى لان نصف الولد مملوك كنصف الام ونصف كسبه للام لانه داخل في كتابتها فتأخذ حصة ذلك من كسبه فان أدت عتق نصفها ونصف الولد معها ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته لان كل واحد منهما معتق البعض وقد احتبس ما بقي من ملك المولى فيه عنده وكل واحد منهما مقصود في هذه السعاية فإذا اكتسب الولد بعد ذلك فذلك الكسب له دون أمه ومولاه لانه صار كالمكاتب بما لزمه من السعاية في نصف قيمته مقصوداً وان ماتت الام قبل أن تؤدي شيئاً من كتابتها يسعى الولد في المكاتب لان نصفه تبع للام في الكتابة فيقوم مقامها بعد موتها في السعاية وفي المكاتبه فإذا أداها عتق نصفها كما لو أدت في حال حياتها ويسعى بعد ذلك في نصف قيمته ولا يسعى في نصف قيمة أمه لان في السعاية في نصف القيمة كل واحد منهما مقصود فلا يجب عليه ما كان واجباً عليها من السعاية لان ذلك في حكم التبعية ولا تبعية هنا في حق

[45]

ذلك النصف وهو بمنزلة رجل أعتق نصف جاريته ونصف ولدها ثم ماتت الام فلا سعاية على الولد من قبل الام ولو كان أعتق نصف أمته وهي حبلى فولدت بعد ذلك أو حبلت بعد العتق فهذا الولد يسعى فيما على أمه إذا ماتت لان جميع الولد تبع لها ألا ترى أنه ليس عليه شئ من السعاية مقصوداً فيسعى فيما عليها بعد موتها وإذا كاتب نصف أمته فولدت ولداً ثم

ماتت الام وتركت مالا وعليها دين قضى الدين من جميع تركتها أولا لان نصفها مكاتب ونصفها مأذون ودين المأذون في كسبه مقدم على حق المولى ويكون للمولى نصف ما بقي بعد الدين لان نصفه ملكه وكسب ذلك النصف له بعد الفراغ من الدين ونصف المكتسب لها فيؤدى من ذلك كتابتها فان بقي شئ أخذ المولى نصف قيمتها لانه كان يستسعيها في نصف القيمة بعد أداء الكتابة لو كانت حية فيأخذ ذلك من تركتها بعد موتها والباقي ميراث لورثتها لانا حكمنا بموتها حرة ولا يرث هذا الولد منها شيئا لان استناد العتق في الولد إلى حال حياتها كان في النصف الذى هو تبع لها وفى النصف الباقي الولد مقصود فان عليه أن يسعى في نصف قيمته ولا يعتق الا بعد أداء سعائه فكان بمنزلة المملوك عند موت أمه فان لم تدع الام شيئا سعى الولد في الدين كله لان في حكم الدين الولد قائم مقام لام كولد المأذونة وولد المكاتبه يسعى في الكتابة أيضا لهذا المعنى ثم يسعى في نصف قيمة نفسه لانه معتق النصف بعد أداء الكتابة ولا يسعى في نصف قيمة الام لما بينا أنه ليس بتبع لها في هذا النصف فان أدى الكتابة قبل أن يؤدى دين الغرماء عتق نصفه ونصف أمه كما لو أدت في حياتها ولم يرجع الغرماء على المولى بما أخذ لكنهم يتبعون الولد بالدين لانه قائم مقامها فأخذه بدل الكتابة منه كأخذه منها وإذا أخذ منها كان المأخوذ سالما والغرماء يتبعونها بديونهم فكذلك الولد وما اكتسب الولد قبل أن يؤدى الكتابة فنصفه للمولى بعد الدين لان الولد بمنزلتها وقد بينا أنه يبدأ بالدين من كسبها ثم يسلم للمولى نصف ما بقي باعتبار ملكه في نصفها فكذلك الولد رجل كاتب نصف أمته فاستدانت دينا سعت في جميع الدين لان كتابة النصف من المولى يتضمن الاذن للنصف الآخر في التجارة على ما بينا أنه تمليك لها من التقلب والتكسب ومن ضرورته الاذن في التجارة فان عجزت كان جميع الدين في جميع رقبتها تباع في ذلك لان جميع الدين ظهر وجوبه في حق المولى باعتبار الاذن

[46]

فتباع فيه بعد العجز وكذلك ان كانت لشريكين وكاتبها أحدهما باذن شريكه فاستدانت دينا ثم عجزت فالدين في جميع رقبته تباع فيه لان رضا الشريك بالكتابة يتضمن الاذن لها في التجارة في نصيب نفسه ضرورة عبد بين رجلين اذن له أحدهما في التجارة فاستدان دينا فهو في نصيب الاذن خاصة لان الاذن رضى بتعلق الدين بمالية رقبته وذلك منه صحيح في نصيبه دون نصيب شريكه وكذلك ان كاتب أحدهما بغير اذن شريكه لان الشريك لم يرض بتعلق الدين بنصيبه ولا بثبوت حكم الاذن في نصيبه بخلاف ما إذا كانت الكتابة بأذنه فان اشترى الذى اذن له في التجارة نصيب شريكه بعد ما لحقه الدين فالدين في النصف الاول خاصة كما لو كان قبل شرائه وكذلك ما استدان بعد هذا بغير علم مولاه لان حكم الاذن لم يثبت في المشتري بنفس شرائه وهذا النصف كان محجورا قبل الشراء وتأثير الشراء في رفع الاذن الثابت لا في اثباته وان علم أنه يشتري ويبيع فلم ينهه فالقياس كذلك لان شراءه وبيعه صحيح باعتبار الاذن في نصفه وتأثير سكوت المولى في اثبات الرضا بتصرفه لينفذ ذلك دفعا للضرر والغرور عمن عامله وذلك حاصل بدون ثبوت الاذن في النصف الباقي فلا يجعل سكوته اذنا وفى الاستحسان يلزمه جميع ذلك في جميع الرقبة اعتبارا للبعض بالكل فانه لو كان الكل محجورا فراه المولى يبيع ويشترى فلم ينهه صار الكل ماذونا فكذلك إذا كان النصف محجورا لان سكوته عن النهي بعد العلم بتصرفه بمنزلة التصريح بالاذن وإذا كاتب نصف عبده لم يكن له أن يبيع

الباقى لانه ثبت للعبد حق التكبسب والتقلب لازما وفى بيع الباقي ابطال هذا الحق عليه فان باعه من العبد عتق النصف الذى باعه لان بيع النصف من نفسه اعتاق وكتابة البعض لا تمنع اعتاق ما بقى منه لان فى الاعتاق تقرير حقه لا ابطاله وله الخيار ان شاء عجز وسعى فى نصف قيمته وان شاء مضى على الكتابة فان مضى على الكتابة وأدى بعضها ثم عجز حسب له ما أدى من نصف القيمة وسعى فيما بقى منه لان بعتق النصف صار هو أحق بجميع كسبه وللمولى عليه اما الكتابة واما نصف القيمة فما سبق فيه يكون محسوبا مما له عليه وكذلك بدل الكتابة فى حال قيام العقد أو نصف القيمة بعد العجز عنه وما كان كسبه قبل أن يشتري نفسه فله نصفه وللمولى نصفه لان نصفه كان مملوكا للمولى حين اكتسب هذا المال فان كان أدى إلى المولى شيئا قبل أن يشتري نفسه فقال المولى اطرح نصف ذلك المؤدى لان لى نصف الكسب فله ذلك ان كان أداه

[47]

من شئ اكتسبه وان كان أداه من دين استدانه فلا شئ للمولى من ذلك لما قلنا انه فى النصف الآخر مأذون له ولا يسلم كسبه للمولى الا بعد الفراغ من دينه ولو كاتب نصف عبده ثم اشترى السيد من المكاتب شيئا جاز الشراء فى نصفه لان النصف منه مكاتب والنصف مأذون وشراء المولى من مكاتبه مفيد وشراؤه من المأذون إذا لم يكن عليه دين غير مفيد فلهذا كان نصف المشتري للسيد بنصف لثمن والنصف الآخر للسيد بقديم ملكه وان اشترى المكاتب من مولاة عبدا ففى الاستحسان جاز شراؤه فى الكل كما لو اشتراه من غيره لان النصف منه مكاتب والنصف مأذون وفى القياس لا يجوز شراؤه الا فى النصف لان النصف منه مكاتب والنصف مملوك للمولى وشراء المملوك من مولاة لا يجوز إذا لم يكن عليه دين لانه غير مفيد ويجوز إذا كان عليه دين لانه مفيد فكذلك هنا وبالقياس ناخذ لانه أقوى الوجهين فالعقود الشرعية غير مطلوبة بعينها بل لغايتها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب كتابة العبد المأذون) (قال) رضى الله عنه وإذا كاتب الرجل عبده المأذون جاز إذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين يحيط برقبته أو لا يحيط بها فللغرماء أن يردوا الكتابة بمنزلة ما لو باعه المولى لان هناك الغرماء يتوصلون إلى حقهم من الثمن فى الحال وهنا لا يتوصلون إلى حقهم لان بدل الكتابة منجم مؤجل عليه فإذا كان لهم أن ينقضوا البيع لدفع الضرر عنهم فلان يكون لهم أن ينقضوا الكتابة أولى فان أخذ المولى الكتابة أو بعضها ثم علم الغرماء بذلك فلهم أن يأخذوا ذلك من المولى لان حق الغرماء فى كسبه مقدم على حق المولى فلا يسلم للمولى شئ من كسبه ما بقى حق الغرماء ولكن العبد قد عتق ان كان أدى جميع الكتابة لوجود الشرط بمنزلة ما لو أعتقه المولى فان قيام الدين عليه لا يمنع صحة اعتاق المولى اياه فان بقى من دينهم شئ كان لهم أن يضمّنوا المولى قيمته لان مالبة رقبته كان حقا للغرماء حتى يبيعوه فى دينهم وقد أبطل المولى ذلك عليهم بالاعتاق فيضمن قيمته ثم يتبعون العبد ببقية دينهم لانه كان فى ذمته وبالعق تقوى ذمته ولا يرجع المولى على العبد بالمكاتب لانه انما كاتبه ليؤدى البديل من كسبه وهو كان عالما فى ذلك الوقت أن كسبه مشغول بالدين فيكون راضيا بقبض البديل مشغولا ولان

البذل للمولى بما أوجبه للعبد من الحق في كسبه وإنما أوجب له الحق في كسبه مشغولا بالدين فإذا سلم البذل للمولى مشغولا بالدين تتحقق المساواة وإن لم يأخذ المولى المكاتبه ولم يردّها الغرماء حتى قضى المولى دينهم جازت الكتابة لأن المانع دينهم وقد ارتفع بوصول دينهم فجازت الكتابة كما لو باعه ثم قضى الدين وهذا لأن المانع حق الغرماء وقد ارتفع بوصول دينهم إليهم ولا يرجع على العبد بما أدى عنه من الدين لأنه ظهر ملكه بما أدى فهو كما إذا أدى الفداء عن العبد الجاني ولأنه أصلح مكاتبته فيكون عاملا لنفسه في ذلك ولأنه لم يكن مطالبا بإداء هذا الدين وكان هو في الإداء كمتبرع آخر وكذلك إن أبى المولى أن يؤدي الدين فإدائه الغلام عاجلا لأنه سقط حقهم بوصول دينهم إليهم من جهة العبد رجل كاتب أمته وعليها دين فولدت ولدا وأدت المكاتبه ثم حضر الغرماء فلهم أن يأخذوا المكاتبه من السيد لأنه كسبها ويضمنونه قيمة الجارية لأنه أتلف ماليته عليهم بالعتق ويرجعون بفضل الدين إن شاءوا على الجارية وإن شاءوا على الولد لأن حق الغرماء كان متعلقا بمالية الولد لما انفصل بعد لحوق الدين أياها ألا ترى أنه يباع في ديونهم وقد احتسبت تلك المالية عند الولد بالعتق فيبيعونه بدينهم إن شاءوا ولكن لا يأخذون منه إلا مقدار قيمته لأن وجوب الدين عليه باحتباس ماليته عنده فيتقدر بذلك القدر وإن شاءوا رجعوا على الجارية بجميع ديونهم لأن ذمتها تأكدت بالعتق وليس لهم أن يضمنوا المولى قيمة الولد لأنه ما صنع في الولد شيئا وإنما عتق الولد تبعا للام بجهة الكتابة وإن ماتت الام بعد أداء بدل الكتابة فعلى الولد الأقل من قيمته ومن الدين لما قلنا أمة بين رجلين أذن لهما أحدهما في التجارة فاستدان دينا ثم كاتب الآخر نصيبه منها بادن شريكه فابى الغرماء أن يجيزوا ذلك فلهم ذلك لأنهم استحقوا بيع نصيب الأذن في ديونهم وفى لزوم الكتابة في النصف الآخر إبطال هذا الحق عليهم لأن مكاتب البعض لا يباع ولأن أذن الشريك غير معتبر في حق الغرماء لأن حقهم في نصيبه مقدم على حقه فيجعل وجود أذنه كعدمه فإن رضوا به جاز لأن المانع حقهم وإن لم يحضر الغرماء حتى أخذ المولى الكتابة عتق نصيبه لوجود شرطه وبأخذ الغرماء نصف ما أخذ من كسبه ونصف حصة نصيب الأذن وهو مشغول بديونهم ثم يرجع به الذي كتبه على المكاتبه لأن نصيب المكاتب من الكسب قد سلم لها ولم يسلم له جميع البذل

من جهتها فكان له أن يرجع عليها بما استحق من ذلك من يده أمة مأذون لها في التجارة عليها دين فولدت ولدا وكاتب السيد الولد فللغرماء أن يردوا ذلك إن لم يكن بالام وفاء بالدين لأن حقهم تعلق بمالية الولد حتى يباع به في ديونهم وفى الكتابة إبطال ذلك الحق عليهم وإن كان فيها وفاء جازت الكتابة لأن حقهم يصل إليهم من مالية الام ببيعها في ديونهم وهذا لأن الام أصل والولد تبع وإذا كان في الأصل وفاء بالدين لم يكن شئ من التبع مشغولا بالدين ألا ترى أنه إذا كان في كسبها وفاء بالدين لا يتبع رقيتها فيه فكذلك إذا كان فيها وفاء بالدين لا يباع ولدها فيه فلماذا جازت الكتابة فإن أعتق السيد الولد كان لهم أن يضمنوه قيمته إذا لم يكن في الام وفاء بالدين لأن حقهم تعلق بماليته عند عدم الوفاء في الام وقد أتلف ذلك عليهم بالاعتاق فيضمن لهم قيمته كما لو أعتق الام فإن كان السيد

معسرا فلهم أن يستسعوا الابن فيما بقى من الدين لان حقهم كان متعلقا بماليته وقد احتبس ذلك عنده بالعتق فكان لهم أن يستسعوه في الاقل من قيمته ومما بقى من الدين وان كانت الام عليها دين فولدت ولدا فشب الولد وباع واشترى ولزمه دين ثم جاء الغرماء الاولون فردوا المكاتبه فقد بطلت المكاتبه بردهم لقيام حقهم في مالية الام تباع الام لغرمائها وباع الولد لغرمائه خاصة دون غرماء امه لان دينه في ذمته وقد تعلق بماليته فهو أكد من دين غرماء الام إذ ليس في ذمته من ديونهم شئ ألا ترى أن دين العبد ودين المولى إذا اجتمعا في مالية العبد بعد موت المولى يقدم دينه على دين المولى (فان قيل) هناك دينه أسبق تعلقا بماليته وهنا دين غرماء الام أسبق تعلقا بمالية الولد (قلنا) الترجيح بالسبق انما يكون بعد المساواة في القوة وقد بينا أن دين الولد أقوى حتى يبقى كله بعد العتق والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى ولا معنى للترجيح بالسبق مع التفاوت في القوة والضعف وكذلك ان لم يكن كاتب الام ولكنه اذن للولد في التجارة لان بالاذن يتعلق دينه بمالية رقبته كما يتعلق بشئوت حكم الكتابة فيه رجل كاتب عبيدين له تاجرين عليهما دين مكاتبه واحدة فغاب أحدهما ثم جاء الغرماء فليس لهم أن يردوا الحاضر في الرق لان كتابتهما واحدة فلا يردان في الرق الامعا والحاضر لا ينتصب خصما عن الغائب فكان غيبة أحدهما كغيبتهما ألا ترى أنه لورد الحاضر في الرق وبيع في الدين ثم أدى الغائب البديل عنقا جميعا وبطل البيع فعرفنا ان رد الحاضر في الرق غير مفيد شيئا ولكنهم يستسعونه فيما عليه من الدين لان ديونهم ثابتة

[50]

في ذمته فيأخذون ذلك من كسبه وما أدى من المكاتبه فالغرماء أحق به لان ذلك من كسبه أيضا وليس لهم أن يضمّنوا المولى قيمتها لان المولى ما أنلف ماليتهما على الغرماء ولا كسبهما ألا ترى أنهما لو حضرا ردا في الرق وبيعا للغرماء في الدين وهذا لان اتلاف المالية على الغرماء يكون بشئوت حقيقة العتق في الرقبة أو حق العتق وبمجرد الكتابة لم يثبت شئ من ذلك ولهذا احتمل الكتابة الفسخ ألا ترى ان حق الغرماء بمنزلة حق الشريك ولو كاتب أحد الشريكين لم يكن للشريك الآخر أن يضمّنه شيئا قبل اداء بدل الكتابة فكذلك الغرماء ولكنهم ان شاؤا ضمّنوه قيمة هذا العبد الشاهد لانه منعهم من بيعه بتصرفه والتأخير كالأبطال في ايجاب الضمان ولو أبطل حق البيع بتصرفه بالتدبير كان ضامنا لهم فكذلك إذا أخره وليس لهم ان يضمّنوه قيمة الغائب لان امتناع بيعه ليس بتصرفه بدليل أنه لو حضر تمكنوا من بيعه ولو حضر العبدان فأجاز الغرماء مكاتبه أحدهما لم يكن لهم أن يردوا الاخر في الرق لان مكاتبتهما واحدة فجازتهم العقد في أحدهما يكون إجازة في الآخر والله أعلم بالصواب (باب ميراث المكاتب) (قال) وإذا مات المكاتب عن وفاء وعليه دين وله وصايا من تدبير وغيره وترك ولدا حرا وولدا ولد في المكاتبه من أمته بدئ من تركته بديون الاجانب لان دين الاجنبي أقوى من دين المولى حتى يبقى دين الاجنبي عليه بعد العجز دون دين المولى ثم بدين المولى ان كان ثم بالمكاتبه لان دين المولى أقوى من بدل الكتابة إذ ليس لبديل الكتابة حكم الدين ما لم يقبض ولانه يملك أن يعجز نفسه عن المكاتبه فيسقطها عن نفسه ولا يملك أن يعجز نفسه عن سائر الديون سوى المكاتبه ثم بالمكاتبه بعد ذلك فان أدبت حكم بحرته والباقي ميراث بين اولاده وبطلت وصاياهم لانه تبرع وقد بينا أن استناد العتق انما يظهر في حكم الكتابة دون وصاياهم ووصايا المكاتب في الحاصل على ثلاثة أوجه (أحدها) أن يوصى بشئ من أعيان كسبه فهذه الوصية

باطلة سواء أدى الكتابة في حال حياته أو مات قبل الاداء لان في الوصية
بالعين يراعى قيام ملك الموصى وقت الايضاء وملكه وقت الايضاء لا
يحتمل الوصية (والثانى) أن يقول إذا عتقت فثلث مالى وصية لك فان
أدعى بدل الكتابة وعتق ثم

[51]

مات جازت الوصية لان المتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز وان لم
يؤد حتى مات فهذه لوصية باطلة (والثالث) أن يقول ثلث مالى وصية لفلان
ثم يؤدى بدل الكتابة ثم يموت فهذه الوصية باطلة عند أبى حنيفة رحمه
الله تعالى صحيحة عندهما وهو نظير ما تقدم في العلق إذا قال كل مملوك
أملكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك مملوكا فان مات المكاتب وترك
ألفا وعليه للمولى ألف درهم دين وبديل الكتابة بدئ بديل الكتابة استحسانا
وفي القياس يبدأ بالدين لان الدين أقوى من بدل الكتابة وللاستحسان
وجهان (أحدهما) أن المولى لو قبض هذا المال بجهة الكتابة يسلم له من
تلك الجهة ولو قبضه من جهة الدين لا يسلم له من تلك الجهة لانه تبين أنه
مات عاجزا والمولى لا يستوجب على عبده دينا (والثانى) أنه إذا قبض بجهة
الكتابة سلم المال له ووصل المكاتب إلى شرف الحرية وإذا قبض بجهة
الدين لا يسلم له الا ذلك المال أيضا ولا تحصل الحرية للعبد فكان قبضه من
جهة يحصل بها للعبد الحرية أولى وان لم يترك مالا الا دينا على انسان
فاستسعى الولد المولود في الكتابة ولا دين على المكاتبه سواها فعجز عنه
وقد آيس من الدين أن يخرج فانه يرد في الرق لان الدين المأيوس ناو فلا
يثبت باعتباره القدرة على الاداء وبدونه قد تحقق عجز الولد ولو تحقق عجز
الام في حياتها لكانت ترد في الرق ولا معتبر بالدين المأيوس عن خروجه
فكذلك إذا تحقق عجز الولد فإذا خرج الدين بعد ذلك كان للمولى لانه كسب
أمنه وإذا ماتت المكاتبه عن وفاء وولد قد كوتب عليه مكاتبه واحدة وهو
صغير أو كبير أو عن ولد مولود في مكاتبته ورثه بعد قضاء مكاتبته لان
عتق الولد لا يستند إلى ما يستند إليه عتق الاب اما لانه مكاتبه معه مضموم
إليه في العقد أو لانه تبع له وان كان الولد مفردا بكتابتته فأداها بعد موت
الاب قبل قضاء مكاتبه الاب أو بعده لم يرثه لانه مقصود بالكتابة فانما يعتق
من وقت أداء البديل مقصورا عليه لان الاستناد للضرورة ولا ضرورة في
حقه هنا فإذا لم يستند عتقه كان هو عبدا عند موت أبيه فلهذا لا يرثه وان
مات المولى عن مكاتبه وله ورثة ذكور واناث ثم مات المكاتب عن وفاء
فانه يؤدى كتابته فيكون ذلك بين جميع ورثة المولى لانه ماله فيكون ميراثا
لهم عنه كسائر أمواله وما فضل عنها فللذكور منهم دون الاناث ان لم يكن
للمكاتب وارث سوى ورثة المولى لان باداء مكاتبته بعد موته بحكم بحرثته
وكان ولاؤه للمولى لانه مستحق ولاءه بكتابتته في حياته فانما يخلفه في
الميراث

[52]

بالولاء الذكور من عصبته دون الاناث وكذلك ان لم يمت المكاتب حتى أدى
المكاتبه إليهم أو وهبها له أو أعتقوه ثم مات فميراثه للذكور من ورثة
المولى لان بهذه الاسباب عتق على ملكه فانه عتق وهو مكاتب والمكاتب لا

يورث فلهذا كان ولاؤه للمولى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب مكاتبة الصغير) (قال) رضي الله عنه رجل كاتب عبدا صغيرا لم يعقل لم تجز لان الكتابة لا تنعقد إلا بالقبول والذي لا يعقل ليس من أهل القبول فان كان يعقل جاز لانه من أهل القبول ألا ترى أن اذن المولى له في التجارة يصح وانه يقبل الهبة والصدقة لانه نفع فكذلك الكتابة وإذا صح العقد كان هو بمنزلة الكبير في جميع الاحكام وان كان لا يعقل فكاتبه ثم أداها عنه رجل فقبلها المولى لم يعتق لان أداء البديل انما يعتبر بعد انعقاد العقد ولم ينعقد العقد حين لم يقبله أحد فلا يحصل العتق بالأداء كما لو كاتب ما في بطن جاريته فجاء رجل وأدى عنه المال لم يعتق ثم يرد المال على صاحبه لان أداءه لمقصود ولم يحصل ذلك المقصود ولانه أداءه باعتبار سبب باطل وإذا كاتب عبيدين صغيرين يعقلان مكاتبه واحدة فهما كالكبيرين في ذلك لان الصغير الذي يعقل من أهل قبول الكتابة فكان كالكبير فيما ينبنى عليه وقد بينا ان حقيقة الكفالة لا تثبت في هذه الكتابة إذا كان العبدان لرجل واحد والصغيران فيه كالكبيرين رجل كاتب على عبد لرجل رضيع رضي المولى بذلك لا يجوز لانه لا ولاية للقابل على عبد الغير ولا يلزمه البديل بالقبول في كتابة الغير ولكن ان أدى إليه المكاتبه عتق استحسانا وفي القياس لا يعتق لما بينا في الفصل الاول لان قبول الرجل على الرضيع غير معتبر ولكنه استحسان هنا فقال يعتق وقال في وجه الاستحسان أجعل هذا بمنزلة قوله إذا أدبت إلى كذا فعبيدي حر ومعنى هذا أنه خاطب الاجنبي هنا بالعقد فيمكن أن يجعل معلقا عتقه بأداء الاجنبي وفي الاول ما خاطب الاجنبي بعقد انما خاطب به الذي لا يعقل فلا يمكن أن يجعل معلقا عتقه بأداء الاجنبي وحقيقة المعنى فيه أن العقد هنا منعقد لقبول الاجنبي ولكن لم يلزم مراعاة لحق المولى حتى لم يجب له البديل على أحد فإذا أدى إليه المكاتبه فقد وصل إليه حقه فقلنا بأنه يعتق ألا ترى أنه لو كاتب حرا على عبد له غائب

[53]

ثم رجع الغائب فأجاز كان العقد جائزا ولو أدى القابل قبل رجوع الغائب عتق الغائب ولو أدى البديل الا درهما ثم رجع الغائب فأجاز فعليه أداء الدراهم الباقي ويعتق إذا أدى فهذا تبين معنى الاستحسان في الرضيع والله أعلم بالصواب (باب مكاتبة عبده على نفسه) (قال رضي الله عنه رجل كاتب عبده على نفسه وعلى عبد له آخر غائب بغير أمره على الف درهم مكاتبه واحدة وضمنها الحاضر فان مكاتبته على نفسه جائزه ولا يجوز على الغائب لانه لا ولاية له على الغائب في الالتزام وقد بينا أن على طريقة القياس الحاضر يصير مكاتبيا بحصته من البديل وعلى طريقة الاستحسان يصير مكاتبيا بجميع البديل ويثبت حكم العقد في حق الغائب فيما لا يضره حتى يمتنع بيعه ويعتق بأداء الحاضر جميع المال ولا يرجع هو على الغائب بشئ لانه لم يكن له على الغائب شئ من البديل ولا كان هو مأمورا بالأداء عنه وان عجز الحاضر رد في الرق لان المال عليه خاصة وقد تحقق عجزه ولا قول للغائب في ذلك من قبول ولا رد لان العقد غير موقوف على اجازته بل قد نفذ حين وجب جميع المال على الحاضر وانما ثبت حكم العقد في حقه تبعا ولا قول للتبع في القبول والرد وان أدى الحاضر حصته لم يعتق استحسانا لانه ملتزم بجميع البديل والمولى غير راض بعتقه ما لم يؤد جميع البديل وان مات عن غير وفاء فان عجل الآخر جميع المكاتبه قبل منه استحسانا لانه تبع في حكم العقد بمنزلة الولد المشتري في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وكذلك ان وقع العقد مع هذا والآخر حاضر ساكت

لان سكوته لا يكون التزاما للبدل وإذا لم يكن عليه شئ من البدل فحضوره
وغيبته سواء وكذلك المكاتب على نفسه وولد له صغير إذ لا ولاية للمملوك
على ولده في الزام البدل الا في وجه واحد ان مات الوالد سعى الولد في
المكاتبه على نجومها بمنزلة الولد المولود في الكتابة وقد بينا معنى هذا
رجل كاتب جارية له على نفسها وعلى جارية أخرى ثم استولد السيد
المكاتبه فاختارت العجز فلها ذلك لانها مقصودة في الكتابة والمال كله
عليها وقد تلقاها جهتا حرية فلها الخيار وان استولد الاخرى فعلى طريقة
القياس تصير أم ولد له لانها غير داخله في الكتابة وتسعى المكاتبه في
حصنها من المال وعلى طريقة الاستحسان تكون على حالها حتى ينظر ما
تصنع الاخرى لان حكم الكتابة

[54]

قد تناولها تبعا ولهذا امتنع بيعها وقد بينا أن قول التابع لا يعتبر وان ظهر
له حق عتق لجهة أخرى فإذا أدت الاخرى عتقا جميعا وان عجزت فحينئذ
تصير أم ولد له وان كان دبر لم يرفع عن المكاتبه شئ من الكتابة لان
بالتدبير لا يتغير حكم الكتابة فيها بخلاف ما لو أعتقها فانه يسقط حصنها
من البدل لتغير حكم العقد فيها بالاعتاق ألا ترى أنه لو أعتق الحاضرة
منهما سقط حصنها وجعل كالفايض للمال منهما فكذلك إذا أعتق الاخرى
يجعل كالفايض لحصتها من البدل لان الاخرى انما التزمت المال عنهما ولو
أدت الغائبة وجب القبول منها فكذلك تسقط حصتها باعتاقها وان لم
يدبرها ولكنها ولدت ولدا لم يكن له أن يبيع ولدها لان الولد بمنزلة الام وما
كان له أن يبيعها لثبوت حكم الكتابة فيها فكذلك لا يبيع ولدها واكره
للمولى ان يطأها لان حكم الكتابة قد ثبت فيها على وجه الاستحسان ألا
ترى أنه امتنع بيعها فكذلك يحرم وطؤها كالولد المولود في الكتابة وان
قتلت فأخذ المولى قيمتها وفيها وفاء بالكتابة عتقت المكاتبه لان قيمة
نفسها ككسبها ولو ماتت عن كسب كان يوفي بدل الكتابة من كسبها
ويحكم بحريتها فكذلك يجعل المولى مستوفيا لبدل الكتابة بما أخذ من
قيمتها ولم يرجع المولى على المكاتبه بشئ منه لانها لو كانت حية فادت
الكتابة لم يرجع على المكاتبه بشئ فكذلك من خلفها وهو الولي بسبب
الولاء لا يكون له أن يرجع على المكاتبه بشئ والله سبحانه وتعالى أعلم
بالصواب واليه المرجع والمآب (باب الكتابة على الحيوان وغيره) (قال)
رجل كاتب عبده على عبد مؤجل أو على وصيف جاز استحسانا وفي
القياس لا يجوز لان هذا العقد لا يصح الا بتسمية البدل فلا يثبت الحيوان
دينا في الذمة كالبيع والاحارة وفي الاستحسان قال هذا عقد مبنى على
التوسع في حكم البدل والبدل بمقابلة ما يثبت للعبد من صفة المالكية
وذلك ليس بمال والحيوان يثبت دينا في الذمة بدلا عما ليس بمال كما في
الصداق ثم قيمة الوصيف أربعون دينارا في قول أبي حنيفة رحمه الله
تعالى وعندهما على قدر الغلاء والرخص وان جاء بوصيف وسط أو قيمته
أجبر المولى على القبول كما في الصداق وقد بينا معنى هذا في النكاح
وان كاتبه على دابة أو ثوب لم يجز حتى يبين الجنس لان اسم الدابة
والثوب يشتمل على أجناس ومع جهالة الجنس لا تصح التسمية في شئ
من العقود

كما في الصداق والخلع رجل كاتب عبده على جارية فدفعها إليه فوطئها المولى فولدت منه ثم استحقها رجل قال يأخذها المستحق وعلى المولى عقرها وقيمة ولدها لانه مغرور فانه استولدها على انها مملوكته ثم يرجع المولى بقيمة الولد على المكاتب ولا يرجع بالعقر لانه مغرور من جهة المكاتب والمغرور يرجع على الغار بقيمة الولد دون العقر وهذا لان المكاتب في حكم الغرور من المولى كالأجنبي ألا ترى أنه لو ابتاع من مكاتب له جارية فاستولدها ثم استحقها مستحق أخذها وعقرها وقيمة ولدها ويرجع المولى على المكاتب بالثمن وبقيمة الولد كما لو اشتراها من أجنبي آخر ثم لا يبطل عتق المكاتب لانه قد عتق بتسليم الجارية إلى المولى والعتق بعد وقوعه لا يبطل باستحقاق البدل ولكن يرجع المولى على المكاتب بالجارية التي كاتب عليها لان قبضه انتقض بالاستحقاق من الاصل فيما يحتمل النقص فيكون رجوعه بموجب العقد كما لو كانت الكتابة على دراهم فاستحقت بعد القبض وان كاتب على دار قد سماها ووصفها أو على أرض لم يجر لان الدار والأرض لا تثبت ديناً في الذمة في شيء من العقود وهو مجهول جهالة فاحشة والى نحو هذا أشار فإذا لم يعين الدار فقد كاتب على شيء لا يعرف وإذا عينها فقد كاتب على ما لا يملك ديناً وقد بينا اختلاف الروايات في الكتابة على الأعيان ولو كاتبها على ياقوته أو لؤلؤة أو ما أشبه ذلك من العروض لم يجر أما إذا كانت بعينها فلانه لا يملك وان كانت بغير عينها فان الياقوتة واللؤلؤة لا تثبت ديناً في الذمة صداقاً فكذلك في الكتابة وهذا لان التفاوت في اليواقيت واللؤلؤ عظيم في المالية وهذه الجهالة فوق جهالة الجنس في معنى التفاوت في المالية وهو مقصود وان كاتبه على كر حنطة أو ما أشبه ذلك من المكيل والموزون جاز وله الوسط من جنسه لان جنس المسمى معلوم وجهالة الصفة لا تمنع صحة التسمية في الكتابة بخلاف السلم وان كاتبه على وصيف فأعطاه وصيفاً وعتق به ثم أصاب السيد به عيباً فأحشا رده على المكاتب ويرجع بمثله لان بدل الكتابة كالصداق يرد بالعيب الفاحش ولم يرجع المكاتب رقيقاً بعد ما عتق وكذلك ان استحق نصف الوصيف كان للمولى أن يرد ما بقى لان الشركة عيب فاحش يرد الصداق به فكذلك بدل الكتابة فيرده انشاءً ويطلبه بموجب العقد وهو وصيف ووسط والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

(باب كتابة أهل الكفر) (قال) رضى الله عنه ذمى ابتاع عبداً مسلماً فكاتبه فهو جائز ولا يرد لان شراءه صحيح عندنا فانما كاتب ملكه وكان مجبراً على بيعه ليزول به ذل الكفر عن المسلم وقد حصل هذا بالكتابة لان المكاتب بمنزلة الحر يدا وان كاتبه على خمر أو خنزير لم يجر لان القابل مسلم وهو ليس من أهل أن يلتزم في ذمته الخمر بالعقد ولكنه ان أدى الخمر عتق لان الكتابة انعقدت مع الفساد فيعتق بأداء البدل المشروط وعليه قيمته لان رقبته سلمت له بحكم عقد فاسد فيلزمه قيمته وكذلك ان كان المولى هو المسلم وقد بينا هذا الحكم فيما إذا كانا مسلمين فإذا كان أحدهما مسلماً أولى ذمى كاتب عبداً كافراً على خمر فهو جائز لان الخمر في حقهم مال متقوم بمنزلة الخل والعصير في حقنا فان أسلم العبد فالمكاتب جائزة وعليه قيمة الخمر وهذا استحسان وفي القياس يبطل العقد لان الاسلام

ورد والحرام مملوك بالعقد غير مقبوض فيجعل كالمقترن بالعقد كما في البيع ولكنه استحس فقال قد صحت الكتابة بصحة التسمية في الابتداء وباعتبار صحة العقد يثبت للعبد صفة المالكية يدا فباسلامه يتأكد ملك المالكية ولا يجوز أن يكون اسلامه مبطلا مالكيته واذ بقيت الكتابة وقد تعذر عليه تسليم الخمر باسلامه مع بقاء السبب الموجب للتسليم فيجب قيمته كما لو تزوج الذمي ذمية على خمر بغير عينها ثم أسلم احدهما الا أن أبا يوسف رحمه الله تعالى هناك يوجب مهر المثل لان بقاء العقد بعد فساد التسمية هناك ممكن فيجعل الاسلام الطارئ كالمقارن وهنا لا يمكن ابقاء العقد مع فساد التسمية ولا بد من ابقاء العقد لما قلنا فتبقى التسمية معتبرة أيضا فلهذا يجب قيمة الخمر وان كاتبه على ميتة أو دم لم يجر لان هذا ليس بمال في حقه وشرط حصة التسمية في الكتابة ان يكون المسمى مالا ثم قد بينا حكم هذا في حق المسلمين أنه لا يعتق بالاداء لان العقد غير منعقد أصلا الا أن يكون المولى قال في الكتابة إذا أدبت إلي فانت حر ثم أداه وقبله السيد فيعتق بقوله أنت حر لا بالاداء ولا يرجع عليه السيد بشئ فكذلك في حق الذمي لان معنى انعدام المالية في الميتة يعمها وإذا كاتب النصراني أم ولده فادت بعض الكتابة ثم أسلمت ثم عجزت فردها القاضى وقضى عليها بالقيمة لتعذر بيعها بسبب الاستيلاء فانه لا يحتسب بما أخذه بالسيد منها بهذه القيمة وكذلك ان أدته بعد اسلامها لانها حين

[57]

ردت في الرق صارت مملوكة له وصار هو أحق بجميع مكاسبها ألا ترى أنه لو أسلم كان متمكنا من استدامة الملك فيها وكسبها سالم له فانما قضى عليها بالسعاية بعد ما صار هذا المال للسيد فلهذا لا يحتسب بذلك المال من هذه القيمة ذمي وطئ مكاتبته فولدت منه فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت وكذلك ان أسلمت فهي على خيارها فان مضت على الكتابة أخذت عقرها من سيدها وان عجزت نفسها قضى عليها بالسعاية في قيمتها لانها أسلمت وهي أم ولده ولا عقر على السيد لان عقرها ككسبها وقد بينا حكم الكسب في الفصل الاول فكذلك هنا عبد كافر بين مسلم وذمي فكاتب الذمي نصيبه باذن شريكه على خمر تجوز المكاتبه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا تجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان عندهما الكتابة لا تتجزى ولا يمكن تنفيذها في نصيب المسلم بالخمر فكذلك في نصيب الكافر وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الكتابة تتجزى فيقتصر العقد على نصيب الكافر خاصة ولو باعه من كافر بخمر جاز فكذلك إذا كاتبه على خمر ولا يضمن للمسلم فيما أخذ النصراني من الخمر سواء كاتب باذنه أو بغير اذنه لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم والعبد قضى به دينا عليه وقد استهلكه القابض فلا يكون له ان يرجع عليه بشئ منه لان الذمي لا يضمن الخمر للمسلم بالاستهلاك وان كاتباه جميعا على خمر مكاتبه واحدة لم يجر في نصيب واحد منهما لان العقد واحد ألا ترى أنه لا يعتق الا بأداء جميع البدل لو كان دراهم وقد تعذر تصحيحه في نصيب المسلم إذا كان البدل خمرا فلا يصح في نصيب الآخر أيضا إذ لو صححناه يعتق بأداء نصيب الآخر من الخمر إليه وذلك خلاف شرطهما فان أدى اليهما عتق لوجود الشرط وعليه نصف قيمته للمسلم لان العقد في نصيبه فاسد وقد تقرر بالاداء مع صفة الفساد فيرجع على العبد بقيمة نصيبه وللذمي نصف الخمر لان المفسد قد زال في نصيبه حين عتق بالاداء وتسمية الخمر في حقه كان

صحيحاً وقد سلم له نصف الخمر كما شرط فلهذا لا يرجع على العبد بشئ ولو أن ذميين كاتباً عبداً على خمر ثم أسلم أحدهما فلهما جميعاً قيمة الخمر يوم أسلم لان العقد واحد فيجعل اسلام أحدهما في تعذر قبض الخمر كاسلامهما ولو أسلما تحول الخمر قيمة عليه ولا يعتق بأداء الخمر بعد ذلك فكذلك إذا أسلم أحدهما وهذا لان نصيب المسلم تحول إلى الدراهم باسلامه ومن ضرورته تحول نصيب الآخر إلى الدراهم أيضاً لان العقد في نصيبهما واحد فلهذا

[58]

لا يعتق نصيب واحد منهما بأداء الخمر وإذا قبض أحدهما حصته من القيمة كان المقبوض مشتركاً بينهما والباقي مشترك بينهما كما لو قبض أحدهما الخمر قبل الاسلام وهذا لان القيمة إنما سميت قيمة لقيامها مقام العين وإذا مات عبد المكاتب فالمكاتب أحق بالصلاة عليه لانه كسبه وقد كان أحق به في حياته وعليه كفنه بعد موته فيكون هو أحق بالصلاة عليه الا أنه ان كان حضر مولاه فينبغي له أن يقدمه للصلاة عليه لانه ملك مولاه فلا ينبغي له أن يتقدم عليه للصلاة على الجنابة وان كان الحق له حربى دخل دار الاسلام بأمان فاشترى عبداً مسلماً وكاتبه جاز لانه ملكه بالشراء حتى لو أعتقه أو دبره جاز ذلك فكذلك إذا كاتبه فان أدخله معه دار الحرب فهو حر ساعة أدخله في قياس قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانه لو أدخله قبل الكتابة عتق عنده فكذلك إذا أدخله بعد الكتابة لان عنده لو أعتقه جاز عتقه وادخاله اياه في دار الحرب بمنزلة اعتاقه وهذا لان الحربى لا يثبت له الملك في دار الحرب على من هو من أهل دار الاسلام فكذلك لا يبقى له عليه الملك وتام بيان هذا في السير الكبير وكذلك لو كان دبره فقضى القاضى عليه بالسعاية في قيمته أو لم يقض حتى أدخله في دار الحرب أو كانت جارية فاستولدها ثم أدخلها دار الحرب فانها تعتق وتسقط السعاية عنها وعن المدبر كما لو أعتقها وكذلك ان كان العبد ذمياً أو الامة ذمياً لانها من أهل دار الاسلام كالمسلم وان كان اشترى عبيدين فكاتبهما مكاتباً واحدة ثم رجع إلى دار الحرب بأحدهما فالذي أدخله مع دار الحرب حر كما لو أعتقه قصداً والآخر لا يعتق باعتاق أحدهما قصداً ولكنه على مكاتبته يسعى في حصته منها فان رجع الحربى إلى دار الاسلام أداها إليه وان لم يرجع فأداها إلى القاضى عتق لان من في دار الحرب حربى في حق من هو في دار الاسلام كالميت وللقاضى ولاية في قبض ديون الميت فلهذا يعتق المكاتب بأداء البديل إلى القاضى ويكون ذلك المال للحربى إذا جاء أخذه لبقاء حكم الامان له في المال الذى خلفه في دارنا وولاء العبد له لانه استحق ولاءه حين عتق على ملكه فهو كما لو أعتقه ثم رجع إلى دار الحرب ثم عاد إلى دار الاسلام فان ولاء العبد يكون له حربى مستامن في دارنا اشترى عبداً فأدخله دار الحرب عتق ولم يكن له ولاؤه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان عنده حين أدخله دار الحرب فقد سقطت حرية ملكه وبقي العبد في يد نفسه وبده محترمة فيعتق بذلك لانه لو قهر مولاه صار هو مالكا والمولى مملوكا فكذلك إذا استولى على نفسه

[59]

ومتى كان عتق العبد لتملكه نفسه لم يكن عليه ولاء كالمراغم وعلى قول
أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يعتق العبد المسلم إذا أدخله دار
الحرب حتى يظهر عليه المسلمون أو يهرب منه اليها بمنزلة العبد الحربى
إذا أسلم في دار الحرب وقال أبو حنيفة رحمه الله إذا أعتق الحربى في دار
الحرب عبدا مسلما فالعتق جائز لانه لا يملكه بعد العتق بالقهر فان حرينه
تأكد باسلامه فلهذا نفذ اعتاقه في دار الحرب وله ولاؤه لان لولاء كالنسب
والنسب يثبت ممن باشر سببه في دار الحرب كما يثبت في دار الاسلام
وكذلك الولاء وقد باشر الحربى هنا اكتساب سبب الولاء وهو إعتاقه اياه
وكل معتق يجرى عليه السبب بعد العتق والمولى حربى أو مسلم في دار
الحرب فان في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى للمعتق أن يوالى من شاء
وقد بينا في كتاب العتاق ان عتق الحربى عبده في دار الحرب لا ينفذ في
قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافا لأبى يوسف رحمه الله
تعالى وان الطحاوى رضى الله عنه جعل هذا الخلاف في الولاء وكأنه أخذ
ذلك من رواية كتاب المكاتب فانه نص هنا على الخلاف في الولاء أن
للمعتق أن يوالى من شاء في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى
وعلى قول أبى يوسف ولاؤه الذى أعتقه استحسانا وفي بعض النسخ جعل
ذلك الاستحسان من أبى يوسف رحمه الله تعالى في المسلم خاصة يعتق
الحربى أن له ولاءه بمنزلة الحربيين يعتق أحدهما صاحبه ثم أسلما قال لان
الحكم على المولى إذا كان مسلما حكم أهل الاسلام ففى التعليل أشار
إلى أن الاستحسان فيما إذا كان المولى مسلما وفى قوله هو بمنزلة
الحربيين يعتق أحدهما صاحبه ثم أسلما أشار إلى الاستحسان في الفصلين
جميعا فاشتبه مذهب أبى يوسف رحمه الله تعالى في هذا وعند أبى حنيفة
ومحمد رحمهما الله تعالى (ان ؟) الفصلين له أن يوالى من شاء لان العبد
حربى فما دام في دار الحرب لا يلزمه حكم الاسلام وإلزام الولاء عليه من
حكم الاسلام فلا يلزمه ذلك في دار الحرب وان خرج اليها فقد خرج ولا ولاء
عليه فله أن يوالى من شاء والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه
المرجع والمآب (باب ضمان المكاتب) (قال) رضى الله عنه ولا يجوز كفالة
المكاتب بالمال بأمر المكفول عنه ولا بغير أمره لانه تبرع واصطناع
معروف فانه يلتزم للغرماء مالا في ذمته من غير منفعة له في ذلك وهو
ليس من صنيع

[60]

التجار عادة بل يحترزون عنها وكذلك كفالته بالنفس لانه التزام بطريق
التبرع وهو يتضرر بذلك من حيث أنه يحبس إذا غاب المطلوب ويستوى ان
كان باذن مولاه أو بغير اذنه لانه لا ملك للمولى في منافعه ومكاسبه
فوجود اذنه فيما هو تبرع كعدمه ولانه لا ولاية للمولى في الزام شئ في
ذمته وكذلك قبول الحوالة فان معنى التزام المال في قبول الحوالة أظهر
منه في الكفالة فان كفل بمال باذن سيده ثم عجز لم تلزمه تلك الكفالة
لان أصل ضمانه كان باطلا في حالة رقه لانعدام أهلية التبرع مع الرق
وبالعجز يتأكد رقه ولا معتبر باذن سيده حين كفل وان أدى فعتق لزمته
الكفالة لان التزامه صحيح في ذمته باعتبار أنه مخاطب له قول ملزم ولا
يكون هو في هذا الالتزام أدون من العبد ولو أن عبدا محجورا كفل بكفالة
ثم عتق لزمته فالمكاتب مثله الا أن العبد إذا كفل باذن سيده يطالب به في
حال رقه لان له ولاية الزام المال في رقبته بخلاف المكاتب ولو كان
المكاتب صغيرا حين كفل لم يؤخذ بها وان عتق لان الصغير ليس له قوم
ملزم في التبرعات في حق نفسه ألا ترى أنه لو كان حرا لم يلزمه بذلك

شئ فكذلك إذا أعتق بعد الكفالة وكذلك ابن المكاتب وأبوه وقرابته لان من دخل في كتابته فحاله كحال المكاتب ومن لم يدخل في كتابته فهو عبد محجور عليه فلا تصح كفالاته وان كان باذن المكاتب لان ادته انما يعتبر فيما يملك مباشرة بنفسه وان كفل له سيده بمال على انسان جاز لانه بمنزلة الاجنبي عنه حتى يشتري منه ويبيع كسائر الاجانب وكفالة الاجنبي له بالمال صحيح لانه تبرع عليه لا منه فكذلك كفالة المولى فان عجز المكاتب رجع السيد بالمال على المكفول عنه ان كان كفل بأمره وان كان كفل بغير أمره بطل المال عنهما جميعا ولم يرجع عليه بشئ لان ما في ذمة الاجنبي وهو المال المكفول به كسب المكاتب وكسبه بالعجز يصير ملكا لمولاه فكان ملك المولى المال المكفول به بهذا الطريق كملكه والهبة منه وهناك يسقط عنهما جميعا ويرجع على المكفول عنه ان كان كفل بأمره ولم يرجع إذا كفل بغير أمره فهذا مثله ولو كان أدى السيد المال ثم عجز المكاتب رجع به المولى على الذى ضمنه بأمره لانه بالاداء استوجب الرجوع عليه وصار ذلك دينا له في ذمته فلا يسقط بعجز المكاتب بعد ذلك ويستوى ان كان المقبوض قائما بعينه في يد المكاتب أو مستهلكا لان ما قبضه المكاتب التحق بسائر أمواله فكما أن عود ماله إلى المولى بالعجز لا يمنعه من الرجوع على المكفول عنه

[61]

فكذلك عود هذا المال إليه وكذلك لو حلت المكاتبه فصارت قصاصا بماله على المولى من الضمان لان المولى بالمقاصة يصير قاضيا دين الكفالة للمكاتب أو يصير متملكا ما في ذمته فيثبت له حق الرجوع على المكفول عنه إذا كان كفل بأمره ولا تجوز مكاتبه ما في البطن وان قبلتها الام عليه لان ما في البطن غير معلوم الوجود والحياة ولا ولاية لاحد عليه في القبول والقبول منه لا يتصور وقد بينا أن كتابة الصبي الذى لا يعقل باطل فما في البطن أولى وكذلك أن تولى قبول ذلك حر على ما في البطن وضمنه لانه لا ولاية له عليه في القبول وما في البطن ليس بمحل الكتابة والعقد متى أضيف إلى غير محله كان باطلا وانما يجعل قبول الغير كقبول من هو المقصود في موضع يتحقق القبول فيه ممن هو المقصود الا أن المولى ان كان قال للحر إذا أدبت إلي ألفا فهو حر فأداه عتق إذا وضعت لاقل من ستة أشهر حتى يتيقن بوجوده في البطن يومئذ وهذا لان ما في البطن محل تنجز العتق فيكون محلا لتعليق عتقه بالشرط ويعتق بوجود شرطه ثم يرجع صاحب المال بماله لان المؤدى لم يملكه من المولى بسبب صحيح وعتق الجنين كان بوجود الشرط والشرط هو الاداء إلى المولى دون التملك منه فيبقى المال على ملك المؤدى فلهذا يرجع به عليه وان عتق الجنين وإذا وهب المكاتب هبة أو تصدق بصدقة فهو باطل لانه تبرع فان عتق بالاداء ردت الهبة والصدقة حيث كانت لانه لم يكن أهلا لما صنع ولا كان كسبه محتملا له فلغا فعله وبقي المال على ملكه فيأخذه حيث ما يجده بعد العتق بخلاف كفالاته فان ذلك التزام في ذمته وله ذمة صالحة للالتزام الحقوق فينفذ ذلك بعد عتقه وان استهلك الموهوب له أو المتصدق عليه فهو ضامن لقيمته باستهلاكه مالا لاحق له فيه يستوفى ذلك منه المكاتب في حال قيام الكتابة وبعد العتق ويستوفيه المولى بعد عجز المكاتب بطريق الاولى لان الحق في كسبه خالص له وإذا اشترى المكاتب عبدا من مولاه أو من غيره فوجد به عيبا فله ان يردده على البائع لانه في حقوق عقد الشراء كالحر والمولى منه في ذلك كأجنبي آخر فان عجز ثم وجد السيد به عيبا وقد اشتراه المكاتب من غير السيد فليسبده ان يردده بالعيب لان الحق

يخلص له بعجز المكاتب كما يخلص للمكاتب بعثقه ثم لا يمتنع عليه الرد بالعيب بعد العتق فكذلك على المولى بعد العجز والمولى يخلصه في كسبه بعد العجز خلافة الوارث المورث وللوارث حق الرد بالعيب فيما اشتراه مورثه فكذلك للمولى ذلك ولكن المكاتب هو الذى يلى رده لان الرد بالعيب من حقوق العقد

[62]

وذلك إلى العاقد خاصة ما بقي حيا وهو كالعبد المأذون يشتري شيئا ثم يحجر عليه مولاه مكاتب اشترى عبدا ثم باعه من سيده ثم عجز فوجد به السيد عيبا لم يستطع رده على عبده لانه لا يستوجب بالرد عليه شيئا فان المولى لا يستوجب على عبده ديناً ولان حق الرد بالعيب بناء على ثبوت المطالبة بتسليم الجزء الفائت وذلك غير ثابت للمولى على عبده ولا يرد على بائعه من عبده لانه ما عامله بشئ ولا كان ملكه مستفادا بذلك العقد وانما كان المستفاد بعقده ملك المكاتب فما لم يعد ذلك الملك لا تتصور الخصومة معه في العيب وكذلك ان مات المكاتب بعد العجز ثم وجد السيد بالعبد عيبا لم يرد لان اعاده الملك المستفاد للمكاتب متعذر بعد موته عاجزا عما كان متعذرا بعد عجزه في حياته فإذا عجز المكاتب وعليه دين لمولاه ودين لاجنبي فانه يبطل دين المولى عنه لان الدين في ذمة العبد لا يثبت الا شاغلا ماليته وماليته ملك مولاه وهو لا يستوجب الدين في ملكه ويباع في دين الأجنبي لانه كان ثابتا في ذمته وبقي بعد العجز كذلك فان العجز لا ينافى وجوب الدين عليه للاجنبي ابتداء إذا وجد سببه فكذلك لا ينافى بقاءه وإذا بقى الدين عليه كان متعلقا بماليته فيباع فيه وان لم يعجز ولكنه مات عن مال كثير بدئ بدين الاجنبي لانه أقوى ثم بقضاء دين المولى ومكاتبته وفي هذا أشار إلى التسوية بين المكاتب والدين الآخر للمولى وقد ذكر قبل هذا مفسرا أن دين المولى مقدم في القضاء على المكاتب وهو الصحيح وقد بينا وجهه وإذا عجز المكاتب وفى رقبته دين فجاء رجل بعبد اشتراه منه يريد رده عليه بالعيب له ذلك لانه حق استوجبه عليه قبل العجز فلا يبطل بالعجز فان رده وسلمه إليه كان الثمن دينا له في ذمته كسائر الديون والعبد المردود كسبه فيباع ويقسم ثمنه بين الراد وسائر الغرماء بالحصص لاستواء حقهم في كسبه وان قال الراد لا أردّه حتى أخذ ثمنه كان له ذلك لان حال المشتري مع البائع عند الرد كحال البائع مع المشتري في ابتداء العقد وقد كان له أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن فكذلك المشتري بعد الرد له ان يحبس لاسترداد الثمن وباعتبار بقاء يده هو أحق بماليته من سائر الغرماء فيباع له خاصة وإذا سبى المكاتب فاستدان دينا فهو بمنزلة ما استدانه في أرض الاسلام لان المكاتب لا يملك بالاسر فهو باق على ملك مولاه مكاتباً سواء كان في دار الحرب أو في دار الاسلام وان ارتد المكاتب وعليه دين واستدان في رده أيضا علم ذلك باقراره ثم قتل على رده فهو بمنزلة دين المرض حتى يبدأ بما استدانه في حال

[63]

الاسلام من اكسابه ثم ما بقى للذى ادانه في قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف رضوان عليهم أجمعين الكل في ذلك سواء لان من أصل أبى يوسف أن الحر بعد الردة في التصرفات بمنزلة الصحيح لتمكنه من دفع ما نزل به عن نفسه بالتوبة فكذلك المكاتب ومن أصل محمد رحمه الله تعالى أنه في التصرفات بمنزلة المريض لكونه مشرفا على الهلاك فكذلك المكاتب ومن أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى أن الحر بالردة تتوقف تصرفاته ويصير في حكم المحجور عليه والمكاتب انما ينفذ تصرفه بعد الردة لمراعاة حق مولاه لان كسبه قد تعلق به حق مولاه فأما في حق نفسه السبب الموجب للحجر متقرر فلهذا كان بمنزلة المريض فيما يلزمه باقراره ويقدم دين الاسلام عليه ويستوى في هذا كسب الاسلام وما اكتسبه بعد الردة لان حق المولى ثابت في ذلك كله لبقاء عقد الكتابة فلهذا يستوى الكسبان فيه وما بقى بعد قضاء ديونه وأداء مكاتبته يكون لورثته المسلمين لان قيام حق المولى يمنع من أن يجعل كسب رده فينا فيكون موروثا عنه بعد عتقه ككسب اسلامه ولو ارتد العبد المأذون ثم استدان في رده ثم أسلم فجميع ذلك في رقبته لانه باق على اذنه بعد الردة فإذا أسلم صار كأنه الردة لم تكن فيكون هذا وما استدانه في حال اسلامه سواء ولو قتل مرتدا عن مال كان غرماؤه أحق به من المولى لانهم في حال حياته كانوا أحق بكسبه من المولى فكذلك بعد موته وإذا سعى ولد المكاتب المولود في مكاتبته وقضى مكاتبته وعتق ثم حضر غرماء أبيه لم يكن لهم أن يأخذوا من المولى ما أخذ ولكنهم يتبعون الولد بدينهم لانه بعد موت أبيه قائم مقامه والمكاتب في حياته لو أدى المكاتبه أولا عتق ولا سبيل للغرماء على ما أخذه المولى فكذلك ولده بعد موته استحسنانا نقول فان كان المكاتب ترك مالا فأداه الابن إلى السيد فان الغرماء يرجعون بذلك المال على السيد لان حقهم ثبت في ذلك المال بموت المكاتب وهو مقدم على حق المولى فلا يملك الولد ابطال ذلك الحق عليهم ثم قال ويعود الابن مكاتبيا كما كان لان أداءه لما بطل صار كأن لم يؤد بدل الكتابة إلى المولى وقد قال قبل هذا في الفصل بعينه انه يكون حرا وهكذا يذكر في آخر الكتاب ويضيفه إلى أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ان ابن المكاتب إذا أدى من تركه المكاتب مالا في المكاتبه ولحقه دين كان على الميت فالعتق ماض فيؤخذ من المولى ما أخذ ويرجع على الابن ببذل الكتابة وهذا هو الاصح لان شرط عتقه قد وجد وهو الاداء فيعتق وان كان المال مستحقا

[64]

لغرماء ولكن على الرواية الاخرى يقول هو لا يخلف اباه في كسبه ما بقى الرق فيه فلا معتبر بادائه في ذلك ولكن يخلفه فيما يكتسبه بنفسه فيعتبر أداءه في ذلك ولهذا يسلم للمولى ما يقبضه من تركه المكاتب وقد بينا فيما سبق وجوه وصية المكاتب فان أوصى لعبد له فقال بيعوه بعد موتى نسمة فهذا باطل لان هذا وصية للعبد بقدر ثلثه فان البيع نسمة يكون للعتق والمشتري لا يرغب فيه بمثل الثمن ألا ترى أن الحر لو أوصى بهذا يحط عنه من الثمن بقدر ثلث ماله إذا لم يكن يرغب في الشراء بأكثر منه ووصية المكاتب بالثلث باطلة وان مات عن وفاء لما بينا أن كسبه لا يحتمل التبرع فان أجازوا بعد الموت ثم أرادوا أن يدفعوه إلى صاحبهم فلهم ذلك لان العقد كان لغوا باعتبار أنه لم يصادف محله فلا تعمل الاجازة في لزومه بخلاف ورثة الحر إذا أجازوا وصيته بما زاد على الثلث لان ذلك صادف محله لكونه مملوكا له ولكنه امتنع نفوذه لحق الورثة فأجازتهم تكون اسقاطا

لحقهم فلهذا يتم بنفسه وهنا لم يصادف محله فلا تعمل الاجازة فيه ولكنهم لو دفعوه الى صاحبه بعد الاجازة ففي القياس لهم الاسترداد أيضا لان الاجازة لا يتعقد بها العقد ابتداء ألا ترى أن الصبي لو طلق امرأته ثم أجازته بعد البلوغ كان لغوا ولكنه استحس فقال دفعهم المال إلى صاحبه تمليك منه لذلك المال وتمليكهم صحيح بعد ما خلص المال لهم من الوجه الذي قصد تمليكه فلهذا يصح ذلك ليحصل مقصودهم وإذا تصدق على المكاتب بصدقة فقضى منها الكتابة أو لم يكن فيها وفاء فعجز عن المكاتب والصدقة في يده فهي طيبة للمولى لان الصدقة تمت وصار المقبوض كسبا للمكاتب فانما يسلم للمولى اما بجهة الكتابة أو بجهة الخلافة عنه في كسبه بعد العجز فيكون طيبا له كسائر أكسابه والأصل فيه حديث بريرة وقول النبي صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وكذلك ما يتصدق به على عبد المكاتب فهو جائز لان المكاتب في حكم الصدقة كالفقير المحتاج ويجوز التصديق على عبد الفقير بزكوة المال ويحل ذلك لمولاه فكذلك على العبد المكاتب والله أعلم بالصواب (باب الاختلاف في المكاتب) (قال) رضى الله عنه قد بينا في كتاب العتاق الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله فيما إذا اختلف المولى مع المكاتب في مقدار البدل أو جنسه في حكم التحالف ثم فرع على

[65]

قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى (قال) إذا قال المكاتب كاتبني على ألف درهم وقال المولى على ألفين فجعل القاضى القول قول المكاتب مع يمينه وألزمه ألف درهم كما هو قول المكاتب ثم أقام السيد البينة على أنه كاتبه على ألفين فبينته مقبولة لما فيها من اثبات زيادة المال وهو حقه ثم ان كان المكاتب لم يؤد شيئا بعد لم يعتق الا بأداء الألفين لان الثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصمين وان كان أدى ألفا وأمضى القاضى عتقه ثم أقام المولى البينة ففي القياس هذا والأول سواء لانه تبين بالحجة أن بدل الكتابة ألفان وأن القاضى مخطئ في امضاء عتقه بعد أداء الألف ولكنه استحس فقال هو حر وعليه ألف درهم لان القاضى قضى بعتقه بدليل شرعى والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقص ثم بينة المولى بعد ذلك مقبولة على اثبات الزيادة له في ذمته غير مقبولة على نفي العتق المقضى به إذ ليس من ضرورة وجوب المال على المكاتب بطلان العتق كما لو استحق البدل من المولى لانا قد بينا اختلاف الصحابة رضى الله عنهم في وقت عتق المكاتب فمنهم من يقول يعتق بنفس العقد ومنهم من يقول يعتق بأداء قدر قيمته وقضاء القاضى بعتقه صادف موضع الاجتهاد فكان نافذا فان أدى المكاتب ألف درهم ولم يخاصمه إلى القاضى حتى أقام المولى البينة على الألفين لم يعتق حتى يؤدي الألف الباقية لانه تبين أن بدل الكتابة ألفان فلا يعتق بأداء بعض المال ولما لم يخاصمه إلى القاضى لا يمكن اثبات العتق له محالا به على قضاء القاضى في المجتهدات لان القاضى لم يقض بشئ فلهذا لا يعتق حتى يؤدي جميع المال وإذا اختلفا فقال المولى كاتبك على ألفين وقال العبد كاتبني على ألف إذا أدبت فأنا حر فأقاما البينة فانه يقضى عليه بألفين فيؤخذ ببينة المولى (المولى) على المال وببينة العبد على العتق فإذا أدى ألفا عتق وعليه ألف أخرى لان العبد قد أقام البينة على عتقه بعد أداء الألف حين شهد شهوده أنه قال إذا أدى ألفا فهو حر بمنزلة رجل أعتق عبده على ألف وقد بينا معنى هذه المسألة في كتاب العتاق الا أن هناك أبهم الجواب وهنا فسر وفرق بينما اذا شهد شهود العبد أنه قال إذا أدبت إلى فأنت حر وبين ما إذا لم يشهدوا

بذلك ولكن شهدوا أنه كاتبه على ألف ونجمها عليه نجوما فانه لا يعتق هنا حتى يؤدى ألفا أخرى وهذا الفرق صحيح لان في الفصل الاول عنقه عند أداء الالف بحكم الشرط مصرح به في شهادته ولا يوجد ذلك في الفصل الثاني فانه يعتق بحكم العقد وقد ثبت بينة المولى ان البذل بحكم العقد ألفان فلا يعتق إلا بأداء الالفين ألا ترى أنه لو كاتبه على ألف ثم جدد

[66]

الكتابة على الفين أو زاده في المكاتبه ألفا أخرى فانه لا يعتق الا بأداء الالفين فكذلك عند اقامة البينة لانا نجعل كان الامرين كانا وان اختلفا فقال العبد كاتبني على نفسي ومالى على ألف درهم وقال المولى بل كاتبك على نفسك دون مالك فالقول قول المولى والبينة بينة العبد لان العبد في هذا الفصل يدعى زيادة في حقه والمولى ينكر تلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه لانكاره والبينة بينة العبد لما فيها من اثبات الزيادة وكذلك لو قال المولى كاتبك على نفسك خاصة وقال العبد بل على نفسي وولدى فان قال المولى كان هذا المال في يدك حين كاتبك فهو مالى وقال العبد أصبته بعد ذلك فالقول قول العبد والبينة بينة المولى لان المال في يد العبد فهو مستحق بحكم يده والمولى يحتاج إلى اثبات الاستحقاق عليه بالبينة ولان الكسب حادث فيحال بحدوثه على أقرب الاوقات وهو ما بعد الكتابة ويحتاج المولى إلى اثبات التاريخ السابق بالبينة وان ادعى أحدهما فسادا في المكاتبه وأنكر الآخر فالقول قول المنكر لان اتفاهما على العقد يكون اتفاهما على ما يصح به العقد فان مطلق فعل المسلم محمول على الصحة فلا يقبل قول من يدعى الفساد الا بحجة ولان المفسد شرط زائد على ما به تتم المكاتبه فلا يثبت بمجرد الدعوى قبل اقامة الحجة ولهذا لو أقام البينة كانت البينة بينة من يدعى الفساد لانه يثبت زيادة شرط بينته وان قال المولى كاتبك على ألف إلى سنة وقال العبد إلى سنتين فالقول قول المولى والبينة بينة العبد لان الاجل حق العبد فهو يدعى زيادة في حقه وهو منكر ألا ترى أن المولى لو أنكر أصل الاجل كان القول قوله والبينة بينة العبد فكذلك إذا أنكر زيادة في الاجل وان ادعى أنه كاتبه نجوما على ألف كل شهر مائة وقال المولى نجومك مائتان كل شهر فالقول قول المولى والبينة بينة العبد لان الاختلاف بينهما في الحقيقة في فصل الاجل العبد يدعى ان الاجل عشرة أشهر والمولى يدعى أن الاجل خمسة أشهر ولو قال العبد كاتبني على مائة دينار وأقام البينة وقال المولى على ألف درهم وأقام البينة فالبينة بينة المولى لان حق المكاتب ثابت بانفاهما وانما قامت البينتان فيما هو حق المولى وبينته على اثبات حق نفسه أولى بالقبول من بينة غيره على حقه ولو قال المولى لمكاتبته ولدت هذا الولد قبل ان أكاتبك فهو عبدي وقالت بل ولدته في مكاتبتي فالقول قول من في يده الولد منهما لانه مستحق له باعتبار يده والآخر يريد استحقاقه عليه فلا يستحقه الا باقامة البينة (فان قيل) إذا كان في يد السيد فلماذا يجعل القول قوله وولادتها الولد حادث ويحال بالحادث على أقرب الاوقات

[67]

(قلنا) نعم ولكن هذا نوع ظاهر والظاهر يصلح حجة لدفع الاستحقاق ولكن لا يثبت به الاستحقاق والمكاتب يحتاج إلى استحقاق اليد على المولى في الولد والظاهر لهذا لا يكفي فان أقاما البينة فالبينة بينة المكاتبه أما إذا كان الولد في يد المولى فلانه يثبت الاستحقاق بينتها والمولى ينفي ذلك الاستحقاق وأما إذا كان في يد المكاتبه فانها بينتها تثبت حكم الكتابة في الولد وحرثه عند أدائها والمولى ينفي ذلك بينته فكان المثبت من البينتين أولى كما لو أعتق جارثه ثم اختلفا في ولدها هذا الاختلاف وأقاما البينة فالبينة بينة الجارية لما فيها من اثبات العتق للولد وإذا ماتت المكاتبه ثم اختلف ولدها والمولى في المكاتبه فهو كاختلاف المولى والام في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الآخر لان الولد قام مقام الام فاختلفه مع المولى في مقدار البدل بمنزلة اختلاف الام ولهذا لو ادعى الولد أنه أدى البدل أو أن الام أدت البدل لم يصدق الا بحجة كما لو ادعت الام ذلك في حياتها وكذلك إذا كان الاختلاف بين المكاتبه وابن المولى بعد موت المولى ولو كاتب الذمي عبدا له مسلما ثم اختلفا في مقدار البدل وأقام المولى بينة من النصارى لم تقبل لان الخصم مسلم وشهادة الكافر ليست بحجة على المسلم حربى دخل دار الاسلام بأمان فاشترى عبدا ذميا وكاتبه ثم اختلفا في المكاتبه فأقام المولى البينة من أهل الحرب ممن دخل معه بأمان لم تقبل شهادتهم على العبد الذمي لانه من أهل دارنا وشهادة أهل الحرب على من هو من أهل دارنا لا تكون حجة كشهادة الكفار على المسلمين والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب (باب مكاتبه المريض) (قال) رضي الله عنه مريض كاتب عبده على ألف درهم نجمها عليه نجومًا وقيمته ألف درهم وهو لا يخرج من ثلثه فانه يخير العبد ان شاء عجل ما زاد من القيمة على ثلث مال الميت والارد في الرق لانه بتأجيل المال عليه آخر حق الورثة إلى مضي الاجل وفيه ضرر عليهم فلا يصح فيما هو من حقهم وهذا لان ضرر التأجيل كضرر الابطال من حيث ان الحيلولة تقع بين الورثة وبين حقهم عقيب موته ألا ترى أن المريض إذا أجل في دين له على الأجنبي يعتبر له من الثلث كما لو أبرأ وان شهود التأجيل في الدين إذا رجعوا ضمنوا كشهود الأبراء فان عجل ما زاد على الثلث حسب ذلك من كل نجم بحصته لان التنجيم كان ثابتا في جميع المال وان

[68]

عجل شيئًا عند اعتراض الورثة يشيع المعجل في جميع النجوم فيكون من كل نجم بحصته إذ ليس بعض النجوم بأن يجعل المؤجل عنه أولى من البعض وان كاتبه على ألفين وقيمته ألف درهم لا مال له غيره قيل له عجل ثلثي الألفين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يقال له عجل ثلثي قيمتك لان من أصلهما أن مال المولى بدل الكتابة فلا يصح تأجيله الا في قدر الثلث ومن أصل محمد رحمه الله تعالى أن ما زاد على ثلثي قيمته كان المريض متمكنا من أن لا يملكه أصلا فإذا تملكه مؤجلا لا يثبت للأولياء حق الاعتراض على الاجل فيه وقد بيناه في كتاب العتاق وان كاتبه على ألف وقيمته ألفان ولا مال له غيره قيل له عجل ثلثي قيمتك وأنت حر والاردناك في الرق لانه حاياه بنصف المال والمحابة في المرض وصية فلا يجوز الا بقدر ثلثه وإذا استغرقت المحابة للثلث لا يمكن تصحيح التأجيل في شئ منه فيؤمر بان يعجل ثلثي قيمته أو يرد في الرق رجل كاتب عبده في صحته على ألف درهم ثم أقر في مرضه أنه استوفى بدل الكتابة فهو مصدق يعتق المكاتب لانه استحق براءة ذمته

عند اقرار المولى باستيفاء البدل منه لما كان العقد في صحته ومرضه لا يبطل الاستحقاق الثابت للمكاتب كما لو باعه من انسان في صحته ثم أقر في مرضه باستيفاء الثمن بخلاف ما لو كاتبه في مرضه ثم أقر باستيفاء البدل فانه لا يصح الا بقدر ثلثه لانه ما استحق هنا براءة ذمته عند اقراره وانما استحق براءة ذمته عند ايصال المال إليه ظاهرا ليتعلق به حق وورثته كما كان حقه متعلقا برقبته ثم تتمكن تهمة المواضعة هنا أنه قصد بتصرفه تحصيل العتق له فيجعل في حق الورثة كان المولى أعتقه مكان الكتابة فلهذا كان معتبرا من ثلثه ولو كاتبه في صحته على ألف درهم وقيمته خمسمائة ثم أعتقه في مرضه ثم مات ولم يقبض شيئا فانه يسعى في ثلثي قيمته لان مال المولى في مرضه الاقل من قيمته ومن بدل الكتابة فان ما زاد على الاقل غير متيقن بأنه له الا ترى أنه يتمكن من أن يعجز نفسه فلا يكون حقه الا في القيمة فلهذا يعتبر الثلث والثلثان في الاقل وهو قيمته فعليه أن يسعى في ثلثي قيمته ولان اعتاقه اياه ابطال للكتابة لان الاعتاق المبتدأ في حق المولى غير العتق بجهة الكتابة وإذا كان هذا ابطالا للكتابة جعل كانه لم يكاتبه وكذلك أن وهب جميع ما عليه من الكتابة في مرضه وهو حر ويسعى في ثلثي قيمته لان مال المولى هو الاقل فانما يعتبر تبرعه بالهبة من الثلث فيما يعلم أنه حقه وهو الاقل وفي الكتاب قال لانه متى

[69]

أدى ثلثي قيمته عتق وان كان على المكاتبه في قول يعقوب ومراده قول يعقوب في أنه إذا كان لعتقه وجهان سعى في أقل ما يلزمه من جهة السعاية ومن جهة المكاتبه ولا يخير بينهما لان التخيير بين القليل والكثير في الجنس الواحد غير مفيد وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا كاتبه في صحته ثم أعتقه في مرضه فهو بالخيار ان شاء سعى في ثلثي قيمته وان شاء سعى في ثلثي ما عليه وقد بينا هذا في كتاب العتاق وان كان المولى قد قبض منه قبل ذلك خمسمائة ثم أعتقه في مرضه سعى في ثلثي قيمته ولم يحتسب له شيء مما أدى قبل ذلك لانه لما عتق بالاعتاق المبتدأ بطل حكم الكتابة في حق المولى فما أدى قبل ذلك كسب عبده فيكون سالما له غير محسوب مما عليه من السعاية وهذا عندهما وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان اختار فسخ الكتابة والسعاية في ثلثي قيمته (قال) وان أدى المكاتبه الا مائة درهم ثم أعتقه في مرضه أو وهب له الباقي سعى في ثلثي المائة لان ما بقى من بدل الكتابة هنا أقل وقد بينا أن مال المولى القدر المتيقن به وهو الاقل فلهذا يعتبر الثلث والثلثان هنا من بدل الكتابة لانه أقل وإذا ولدت المكاتبه ولدا واشترت ولدا آخر لها ثم ماتت سعيا في الكتابة على النجوم لان المولود في الكتابة قائم مقام الام في بقاء النجوم ببقائه وهو المطالب ببذل الكتابة وهو الذي يلي الاداء إلى المولى عند حلول كل نجم دون المشتري لان المشتري لو كان وحده لا يطالب بالمال على النجوم ولكن إذا لم يؤد المال حالا فهو بمنزلة عبدها يباع فعرفنا أنه غير قائم مقامها وانما القائم مقامها هو المولود في الكتابة الا ترى أنه لو كان وحده كان المال في ذمته وانما يطالب به عند حلول الاجل فصار المولود في الكتابة في حق الولد الآخر كالام وفي حال حياتها كانت هي التي تطالب بالمال وتلى الاداء دون الولد فكذا هنا فان سعى الولد في الكتابة وأدى لم يرجع على أخيه بشئ لانه أدى عن أمه ولان كسبه في أداء بدل الكتابة منه بمنزلة تركتها وعند الاداء من التركة لا يرجع على أخيه بشئ فكذلك إذا أدى من كسبه ولو اكتسب هذا الابن المشتري

كسبا فلاحيه أن يأخذه فيستعين به في كتابته لانه قائم مقام أمه وكان لها في حياتها أن تأخذ كسبه فكذلك لمن قام مقامها وهذا لانه لما بقى الاجل باعتبار بقاء المولود في الكتابة ولا يبقى الاجل الا باعتبار من هو أصل عرفنا أنه أصل في هذا العقد والمشتري تبع له وعلى هذا لو أراد أن يسلمه في عمل ليأخذ كسبه فيستعين به في مكاتبته

[70]

كان له ذلك ويأمره القاضي أن يؤاجر نفسه أو يأمر أخاه أن يؤاجره كما لو كانت الام حية كان لها أن تؤاجره بأمر القاضي إذا أبى أن يؤاجر نفسه ليؤدي المكاتبه من اجارته وما اكتسب المولود في المكاتبه بعد موت الام قبل الاداء فهو له خاصة وما اكتسب أخوه حسب من تركتها فقضى منه الكتابة والباقي ميراث بينهما لان المشتري بمنزلة عبدها فيكون كسبه لها بمنزلة مال خلفته يقضى منه بدل الكتابة والباقي ميراث عنها بين الاثنين فأما المولود في الكتابة قد انتصب أصلا فإذا حكم بعثقه مستندا إلى وقت عتق أمه كان ما اكتسب بعد ذلك له خاصة وهذا كله مذهب أبى حنيفة رحمه الله تعالى فأما عندهما الولد المشتري والولد المولود في الكتابة وكل من تكاتب عليها في حكم السعاية على النجوم سواء فلا يكون لآخيه أن يأخذ منه شيئا من كسبه إذ كل واحد منهما قائم مقام الام وليس أحدهما يتبع لصاحبه وإذا كان العبد بين رجلين فمرض أحدهما ثم كاتب الصحيح بآذنه جاز ذلك وليس للوارث إبطاله لانه قائم مقام مورثه ولم يكن للمورث إبطاله فكذلك لا يكون ذلك لو ارثه وهذا لانه ليس في هذا الاذن إبطال شيء من حق الورثة عما تعلق حقهم به انما هو مجرد اسقاط خيار ثبت له وكذلك ان اذن له في القبض فقبض بعض المكاتبه ثم مات المريض لم يكن للوارث أن يأخذ منه شيئا من أصحابنا رضى الله عنهم من قال هذا غلط وينبغي أن يكون للوارث أن يأخذ منه ما زاد على الثلث لان اذنه في القبض رضا منه بأن يقضى المكاتب دينه بنصف الكسب الذي هو حق المريض وهذا تبرع منه فانما يعتبر من ثلثه ولكننا نقول المريض يتمكن من اسقاط حق ورثته عن كسبه بأن يساعده على الكتابة فيعمل رضاه أيضا بقضاء بدل الكتابة من كسبه ولا يكون للورثة سبيل على إبطال ذلك وهذا لان الكسب بدل المنفعة وتبرعه بمنفعة نصيبه لا يكون معتبرا من ثلثه فكذلك تبرعه من بدل المنفعة ولا يجوز للمكاتب ان يزوج أمته من عبده لان فيه تعيبا لهما فان النكاح عيب في العبيد والاماء جميعا ولا يسقط بهذا العقد نفقتها عنه ولا يجب المهر أيضا فكان هذا ضررا في حق المكاتب فلهذا لا يصح منه وللمكاتب أن يأذن لعبده في التجارة لانه من صنيع التجار ويقصد به اكتساب المال والمكاتب منفك الحجر عنه في مثله ولان الفك الثابت بالكتابة فوق الثابت بالاذن وإذا جاز للمأذون أن يأذن لعبده في التجارة فلان يجوز للمكاتب أولى فان لحقه دين بيع الا أن يؤدي عنه المكاتب ويجوز أن يؤدي عنه

[71]

الدين وان كان أكثر من قيمته لان هذا تصرف تناوله الفك الثابت بالكتابة والمكاتب في مثله كالحر ألا ترى أن فيما يبيع ويشترى بنفسه جعل كالحر

لهذا فان عجز المكاتب وقد لحق كل واحد منهما دين بيع كل واحد منهما في دين نفسه لا أن يفديهما المولى لان بعجز المكاتب صار كل واحد منهما مملوكا للمولى فيكون الرأي إليه في أن يؤدي عنهما الدين أو يباع كل واحد منهما في دينه فان فضل من ثمن المكاتب شيء لم يصرف في دين عبده لان حق غرماء العبد انما تعلق بمالية العبد وكسبه والمكاتب ليس من ذلك في شيء بل المكاتب في حق العبد بمنزلة الحر فكما لا يقضى دين العبد من مال مولاه الحر فكذلك لا يقضى من ثمن المكاتب وان فضل من ثمن العبد شيء صرف في دين المكاتب لان العبد كسبه وحق غرمائه ثبت في كسبه الا أن دين العبد كان مقدما في مالية رقبته فما يفضل من دينه صرف في دين المكاتب فان قضى المولى بعض غرماء العبد دينه ثم جاء الآخرون لم يكن لهم على من اقتضى دينه سبيل إذا لم يكن الدين مشتركا بينهم لان المولى انما قضى من خالص ملكه ولا حق للغرماء في خالص ملكه فهو بمنزلة متبرع آخر يتبرع بقضاء بعض دينه فلا يكون للباقيين على المقتضى سبيل ولكنهم يأخذون العبد بدينهم لتعلق حقهم بمالية رقبته ولا يخاصمهم المولى بما قضى من دينه في رقبته لانه لا يستوجب دينا في ذمة عبده ولا في مالية رقبته فكان هو في الاداء بمنزلة متبرع آخر وعجز المكاتب حجر على عبده لان ثبوت الاذن باعتبار الفك الثابت للمكاتب وقد زال ذلك بعجزه فيكون عجزه كموت الحر ويموت الحر يصير العبد محجورا عليه فكذلك بعجز المكاتب وكذلك بموته لانه ان مات عاجزا فقد انفسخت الكتابة وان مات عن وفاء فهو كموت الحر فيكون حجرا على العبد في الوجهين جميعا فان كان له ولد فأذن له في التجارة وعليه دين لم يصح اذنه لان غرماء العبد أحق بمالية رقبته والولد المولود في الكتابة انما يخلف أباه فيما هو حقه فأما فيما هو حق غرمائه فلا فهذا لا يصح اذنه له في التجارة وإذا أذن المكاتب لعبده في التجارة فاستدان دينا فدفعه المولى إلى الغرماء بدينهم جاز ذلك والمراد بالمولى هو المكاتب دون مولى المكاتب لانه لا حق لمولى المكاتب في التصرف في كسبه ما بقيت الكتابة والمكاتب في التصرف في كسبه كالحر فيما تناوله الفك ودفع العبد إلى الغرماء بدينهم يجوز من الحر فكذلك من المكاتب ولو أذن لعبده في التزويج لم يجز لانه لا يملك مباشرته بنفسه لما فيه من

[72]

الضرر عليه فكذلك لا يأذن العبد فيه وان أذن لامته في التزويج جاز ذلك استحسانا كما لو زوجها بنفسه لانه يأخذ مهرها ويسقط نفقها عن نفسه وفي القياس لا يجوز أيضا لان هذا التصرف ليس من صنع التجار عادة والله أعلم بالصواب (باب الخيار في الكتابة) (قال) رضى الله عنه ويجوز من اشتراط الخيار في الكتابة ما يجوز في البيع لانه عقد معاوضة يتعلق به اللزوم ويحتمل الفسخ بعد نفوذه كالبيع فان اشترط المولى لنفسه فيها الخيار ثلاثا فاكتسب العبد كسبا أو كانت جارية فوطئت بشبهة أو ولدت ولدا ثم أجاز الكتابة كان ذلك كله للمكاتب والمكاتب لان الخيار كان مانعا من نفوذ حكم الكتابة فإذا زال المانع باسقاط الخيار صار كأن لم يكن فيتم العقد من حين عقد كما في البيع إذا أجاز من له الخيار يسلم المبيع للمشتري بزوائده المتصلة والمنفصلة ولان ولدها في حكم جزء منها وهي صارت أحق بنفسها عند سقوط الخيار فكذلك بما هو جزء منها والعقر بدل جزء منها والكسب بدل منافعتها وهي أحق بمنافعها بحكم الكتابة كما أنها أحق بنفسها ولو باع المولى الولد أو وهبه وسلم أو أعتقه فهو جائز وهو رد للمكاتب كما في البيع ولو ولدت الجارية المبيعة في مدة الخيار للبائع

فأعتق الولد أو باعه كان ردا للبيع والمعنى في الكل واحد ان الولد جزء منها ولو باشر هذا التصرف فيها كان ردا للمكاتبة فكذلك في جزء منها وهذا لان الولد يسلم لها بنفوذ الكتابة بالاجازة ومقصود المولى تصحيح بيعه وهبته ولا يمكن تصحيحه الا بفسخ الكتابة فجعلناه فاسخا لهذا ولكن فيه بعض الاشكال في العتق لانه لا منافاة بين عتق الولد وبين نفوذ الكتابة فيها ألا ترى انه لو أعتق ولدها بعد نفوذ الكتابة ولزومها كان عتقه صحيحا نافذا فينبغي أن لا يجعل اعتاقه الولد ردا للكتابة على هذا الطريق ولكنه مستقيم على الطريق الاول رجل كاتب عبده على نفسه وولده صغار على أنه بالخيار ثلاثة أيام فمات بعض ولده ثم أجاز الكتابة جازت ولا يسقط عنه شئ من البديل لان البديل كله عليه دون الولد إذ لا ولاية له على ولده في الزام البديل اياه فكذلك موته لا يؤثر في كتابته ولا يسقط عنه شئ من البديل وان كاتب أمته على أنها بالخيار ثلاثا فولدت فأعتق السيد الولد فهي على خيارها لان تنفيذ عتق السيد الولد مع بقاء الكتابة فيها ممكن ألا ترى انه لو أعتق ولدها بعد لزوم الكتابة

[73]

نفذ عتقه ثم لا يحط عنها شئ من البديل لان في هذا تحصيل بعض مقصودها ألا ترى أنها لو ولدت بعد نفوذ الكتابة فأعتق المولى الولد لم يحط عنها شئ من البديل فكذلك قبل تمام الكتابة إذا أعتق الولد وهذا بخلاف ما إذا كان الخيار للمولى فان اقدامه على العتق هناك فسخ منه للعقد ألا ترى أنه لو أعتق الام كان فسخا للعقد حتى لا يعتق الولد معها فكذلك اعتاقه الولد لانه جزء منها وهو متمكن من فسخ الكتابة بخياره فأما إذا كان الخيار لها فالعقد لازم من جانب المولى ألا ترى أنه لو أعتقها لم يكن فسخا للكتابة حتى يعتق الولد معها وكذلك إذا أعتق ولدها فان ماتت بعد الولادة والخيار للمولى فله الاجازة ثم الولد بمنزلة الام استحسانا وفي القياس المكاتبة باطلة وبالقياس يأخذ محمد رحمه الله تعالى لان أو ان لزوم العقد عند اسقاط الخيار فلا بد من بقاء من هو الاصل والمقصود بالعقد عند ذلك وهذا لان البديل انما يجب عند اسقاط الخيار ولا يمكن ايجابه على الميت ولا على الولد ابتداء لانه خلف فما لم يثبت الوجوب في حق من هو الاصل لا يظهر حكمه في حق الخلف ووجه الاستحسان أن الولد جزء منها فبقاؤه عند اسقاط الخيار كبقائها ألا ترى أن بعد نفوذ العقد لو ماتت جعل الولد قائما مقامها في السعاية على النجوم فكذلك قبل تمام العقد بالاجازة إذا ماتت يجعل الولد قائما مقامها في تنفيذ العقد بالاجازة وانما استحسانا ذلك لحاجتها ولحاجة ولدها إلى تحصيل العتق عند أداء البديل ولو كان الخيار لها فموتها بمنزلة قبول المكاتبة لان الخيار لا يورث ممن هو حر فكيف يورث من المكاتبة ولكنها لما أشرفت على الموت وعجزت عن التصرف بحكم الخيار سقط خيارها فلو كان الخيار للمولى فاشترت وباعت في مدة لخيار ثم رد المولى المكاتبة لم يجر شئ مما صنعت لان المكاتبة بطلت بفسخ المولى قبل تمامها والاذن في التجارة من ضرورة نفوذ الكتابة ولزومها فإذا لم يثبت ذلك لم تكن مأذونة في التجارة فلا ينفذ تصرفها الا أن يكون المولى رآها فلم يغير عليها فيكون ذلك منه اجازة ألا ترى أن رجلا لو باع عبدا على أن البائع بالخيار ثلاثا وقبضه المشتري فأذن له في التجارة واستدان ديناً ثم رد البائع البيع لم يلزمه شئ من ذلك فكذلك في المكاتبة فأما إذا رآه يتصرف فقد قامت الدلالة لنا على أن سكوته عن النهي بعد العلم بتصرفه يكون دليل الرضا ودليل الرضا كصريح الرضا ولو

صرح بذلك كان إجازة منه للكتابة وان كان الخيار للمكاتب كان شراؤه وبيعه رضا منه بالكتابة لانه تصرف منه في المعقود عليه على

[74]

ما هو مقتضى العقد منه فيتضمن الاجازة للعقد منه وهو نظير ما لو اشترى عبدا على أنه بالخيار ثم أذن له المشتري في التجارة كان هذا رضا منه بالبيع فكذلك الكتابة والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب مكاتبة أم الولد والمدير) (قال) رضي الله عنه رجل باع أم ولد له أو مدبرته خدمتها من نفسها جاز ذلك وهما حرتان والثمن دين عليهما بمنزلة ما لو باع رقبتهم من نفسيهما وهذا لان المملوك للمولى عليهما الخدمة بملك الرقبة فهو بكل واحد من هذين اللغطين يكون مسقطا حقه عنهما بعوض ومضيفا لتصرفه إلى ما هو المملوك له عليهما فيصح ويجب البذل بنفس القبول أم ولد بين شريكين كاتبها أحدهما بغير إذن شريكه فلآخر ان ينقص الكتابة كما لو كانت قنة ولا يقال هنا ليس لهما أن يبيعاها قبل الكتابة فلماذا ثبت للساكت حق فسخ كتابة صاحبه لان لهما أن يستخدمها ويؤجراها ولان لهما أن يستديما الملك فيها وإذا ردت الكتابة تعذر على الشريك استدامة الملك فيها فكان له أن يفسخ الكتابة لدفع هذا الضرر عن نفسه ولو كاتب أم ولده وأمة له وقيمتهم سواء ثم أعتق أم الولد أو عتقت بموته فالأخرى تسعى في نصف البذل لان البذل يتوزع على قيمتهما وقيمتهم سواء وباعتاق أم الولد يصير مستوفيا حصتها من البذل وكذلك لو كاتب مدبرا له وقنا وقيمتهم سواء ثم مات المولى فان خرج المدير من الثلث فانه يسقط نصف البذل وسعي الآخر في نصف البذل وانما يعني بهاتين المسئلتين ان تكون قيمته مدبرا أو قيمتها أم ولد مثل قيمة القن لان في الانقسام انما تعتبر القيمة على الصفة التي تناولها العقد والله أعلم بالصواب (باب دعوة المكاتب) (قال) رضي الله عنه جارية بين مكاتب وحر ولدت فادعاه المكاتب فالولد ولده والجارية أم ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها للحر يوم علفت منه ولا يضمن من قيمة الولد شيئا لان المكاتب بماله من حق الملك في كسبه يملك الدعوه كالحر فبقيام الملك له في نصفها هنا ثبت نسب الولد منه من وقت العلوق وثبت لها حق أمية الولد في حق امتناع البيع تبعا

[75]

لثبوت حق الولد وبصير متملكا نصيب صاحبه منها من حين علفت فيضمن نصف عقرها لشريكه ونصف قيمتها من ذلك الوقت ولا يضمن من قيمة الولد شيئا لانه حادث على ملكه والحر في نظير هذا لا يكون ضامنا شيئا من قيمة الولد فكذلك المكاتب وأشار في الاصل إلى أن الجنين تبع ألا ترى ان أمة إذا كانت بين رجلين وهي حبلى فاشترى أحدهما نصيب صاحبه منها كان ما في بطنها أيضا للمشتري فان ضمن ذلك ثم عجز كانت الجارية وولدها مملوكا للمولى لانهما كسبه وقد خرجا من حكم الكتابة بعجزه فكانا مملوكين له وان لم يخاصمه ولم يضمنه شيئا حتى عجز كان نصف الجارية ونصف الولد لشريكه الحر لانهما خرجا من حكم الكتابة بعجزه ونصفهما على ملك الشريك الحر ما لم يصل إليه الضمان إذ لا منافاة بين ثبوت

النسب منه وبقاء الملك للشريك بخلاف الاول فان المكاتب بالضمان هناك يصير متملكا نصيب الشريك والمضمان كان واجبا ما بقيت الكتابة وقد زال ذلك بالعجز وصار الحر متمكنا من التصرف في نصيب نفسه منها ولكن عليه نصف العقر لاقرارته بوطئها بسبب الملك وهي مشتركة بينهما فان كانت مكانة بينهما فادعى المكاتب ولدها جازت الدعوة لبقاء حق ملكه في نصفها بعد الكتابة وهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وأخذت العقر من المكاتب بوطئه اياها وان شاءت عجزت وضمن المكاتب لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها ألا ترى أن الحر لو ادعى الولد كان الحكم فيه كذلك فكذلك المكاتب الا أنه إذا كان الحر هو المدعى واختارت أن تعجز نفسها فهي بمنزلة أم الولد وإذا كان المكاتب هو المدعى فهي بمنزلة أم الولد في امتناع بيعها ولكن لا تثبت أمية الولد فيها حقيقة ما لم يعتق المكاتب بالاداء فان كانا ادعى الولد فالدعوة دعوة الحر لان له حقيقة الملك في نصفها وحق الملك لا يعارض حقيقة الملك ولان في تصحيح دعوة الحر اثبات الحرية للولد في الحال وحقيقة أمية الولد للام وذلك لا يوجد في دعوة المكاتب فان اختارت المصضى على الكتابة ثم مات الحر سقط نصيب الحر من المكاتب عنها لان نصيبه عتق بموته فكأنه عتق باعتاقه وسعت في أقل من حصة المكاتب من المكاتب ومن نصف قيمتها وهذا قول محمد رحمه الله تعالى فأما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى تسعى في نصف قيمتها كما بينا في مكانة بين شريكين يعتقها أحدهما وان اختارت العجز سعت في نصف قيمتها ان كان المعتق معسرا وان كان موسرا ضمن نصف القيمة للمكاتب أما عندهما ظاهر وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان

[76]

أمية الولد لم تثبت في نصيب المكاتب بعد ألا ترى أنه لو عجز كان نصيبه ملكا للمولى فلهذا بقي قيمة رقها في حكم الضمان والسعاية ثم لا يرجع عليها بما ضمن لانه لما ملك نصيب المكاتب بالضمان صارت أم ولد له ومن أعتق نصف أم ولده عتق كلها ولا سعاية عليها فان كان المكاتب ووطنها أولا فولدت له ثم ووطنها الحر فولدت له فادعى الولدين معا ولم يعلم الا بقولهما فولد كل واحد منهما له بغير قيمة ويغرم كل واحد منهما لها الصداق وبهذا اللفظ تبين ان عقر المملوكة هو الصداق وانه في كل موضع يستعمل لفظ العقر فانما يريد به الصداق وهي بالخيار بين العجز والمصضى على المكاتب فان عجزت كانت أم ولد للحر خاصة لان دعوتها التقت فيها بالولدين ولو التقت دعوتها فيها في ولد واحد كان الحر أولى بها لان في دعوته اثبات أمية الولد لها في الحال فكذلك هنا وعليه نصف قيمتها للمكاتب لانه تملك نصيب المكاتب منها فانه لم يثبت فيها حق أمية الولد للمكاتب بعد وولد المكاتب ثابت النسب منه لان حين ووطنها كان نصفها مملوكا له وعليه نصف قيمته للحر لان الولد صار مقصودا في حق المكاتب بالدعوة حين لم يملك نصيب صاحبه من الام فيضمن قيمة نصيب شريكه من الولد له بخلاف الحر فان عجزت وعجز المكاتب معها كان ولد المكاتب رقيقا بين مولاه وبين الحر لان وجوب ضمان نصف قيمة الولد للحر على المكاتب باعتبار تملكه اياه بالاستتباع في الكتابة وقد زال ذلك بعجزه وان كان وطن المكاتب بعد وطن الحر فهي أم ولد للحر كما بينا وولد المكاتب بمنزلة أمه لا يثبت نسبه من المكاتب لانه تبين أنه استولد أم ولد الحر وقال محمد رحمه الله تعالى استحس ان أثبت نسبه وهو للحر بمنزلة أمه لانه حين ووطنها كان نصفها مملوكا له في الطاهر وذلك يكفى لثبوت النسب ولا خلاف بينهم في هذه المسألة وانما فيها القياس والاستحسان كما نص

عليه في كتاب الدعوى والزيادات في الحرين لا أن هناك مدعى الاصغر
يضمن قيمة الولد لشريكه لانه حر بحكم الغرور ولا يثبت فيه حكم أمية
الولد إذ علق حر الاصل وهنا لا يعتق الاصغر على المكاتب لانه ليس من أهل
الاعتاق فيبقى مملوكا لمدعى الأكبر بمنزلة أمه ومحمد رحمه الله تعالى
يثبت الحرية بسبب الغرور في حق المكاتب في النكاح دون ملك اليمين لان
ما ظنه المكاتب هنا لو كان حقيقة لم يكن الولد حرا والله أعلم بالصواب
واليه المرجع والمآب

[77]

(باب كتابة المرتد) (قال) رضى الله عنه مرتد كاتب عبده ثم لحق بدار الحرب
ثم رجع مسلما فان رفع المكاتب إلى القاضى فرده في الرق فالمكاتبه
باطلة والا فهو على مكاتبته لان عقده كان موقوفا عند أبى حنيفة رحمه
الله تعالى وقد بطل بقضاء القاضى فلا يعود بعد ذلك وان عاد الملك إليه
وإذا كاتب المسلم عبده ثم ارتد المولى فهو على مكاتبته وان لحق بدار
الحرب لان لحوقه بدار الحرب مرتدا كموته وبموت المولى لا تبطل الكتابة
بعد ما صحت ولكن يؤدى المكاتبه إلى ورثته وان كان المرتد قبض منه
مكاتبته فان أسلم فهو حر وان قتل مرتدا لم يحز اقراره بالقبض في قول
أبى حنيفة رحمه الله وهو على حاله إذا لم يعلم ذلك الا بقوله لان اقراره
كسائر تصرفاته قولا فيبطل إذا قتل على رده عند أبى حنيفة رحمه الله
تعالى قال فان كان يعلم ذلك يجوز أخذه للدين بشهادة الشهود في كل ما
وليه ولا يجوز أن يخرج شيئا من ملكه بثمن وغير ذلك وأكثر مشايخنا
رحمهم الله تعالى يقولون إن هذا الجواب غلط في الكتابة وانما يستقيم
هذا في ثمن المبيع لان ثمن المبيع حق القبض فيه للعاقد فاما في بدل
الكتابة حق القبض ليس للعاقد ولكنه للمالك ألا ترى أن الوكيل بالكتابة لا
يقبض البديل فكان هذا دين وجب له لا بمباشرة سببه فلا يصح قبضه في
براءة المديون إذا قتل على رده (قال) رضى الله عنه عندي أن ما ذكره في
الكتاب صحيح لان حق القبض هنا يثبت له بعقد الكتابة فانه باشر العقد في
ملكه فلهذا يستحق ولاءه وان قبض ورثته البديل وإذا ثبت أن حق القبض له
بالعقد لا يبطل ذلك بردته كما في البيع وهذا لان المكاتب يستحق الحرية
عند تسليم المال إليه وردته لا تبطل استحقاق المكاتب (فان قيل) لماذا لا
يقول في الاقرار هكذا استحق براءة قيمته عند اقراره بالقبض منه فلا
يبطل ذلك بردته (قلنا) انما يستحق براءة ذمته عند اقراره بقبض ملكه منه
والملك هنا صار لورثته وهذا لان الاقرار مخرج لبديل الكتابة من ملك ورثته
بغير عوض وهو لا يملك ذلك بعد الرده والقبض مقرر حق ورثته في
المقبوض فيمكن تنفيذ ذلك في حقهم فان لم يقبض شيئا حتى لحق بدار
الحرب فجعل القاضى ماله ميراثا لورثته فاخذوا المكاتبه ثم رجع مسلما
فولاء العبد له لانه يستحق الولاء بعقد الكتابة وإذا رجع مسلما فهو من أهل
أن يثبت الولاء له عليه ألا ترى أنه لو

[78]

كان دبر عبده فاعتقه القاضى بعد لحوقه بدار الحرب ثم رجع مسلما كان
ولاؤه له دون الورثة وهذا لان الولاء أثر من آثار الملك فيعاد إليه ما يجد من

ملكه قائما بعد اسلامه فكذلك الولاء الذي هو أثر الملك وبأخذ من الورثة ما قبضوه من بدل الكتابة ان وجد بعينه سواء قبضوا جميع البديل أو بعضه لانه قد وجد عين ماله وقال عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به والله أعلم بالصواب (باب شركة المكاتب وشفيعته) (قال) وليس للمكاتب أن يشارك حرا شركة مفاوضة لانها تنبنى على المساواة في التصرف ولا مساواة بين الحر والمكاتب في التصرفات ولان شركة المفاوضة تتضمن الكفالة العامة فان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه والمكاتب ليس من أهل الكفالة وهذا على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى أظهر فان عنده كفالة أحد المتفاوضين تلزم شريكه فلو صححنا المفاوضة بينهما لكان إذا كفل الحر بمال يلزم ذلك المكاتب ولا يجوز أن يلزم المال على المكاتب بعقد الكفالة ويجوز له أن يشارك الحر شركة عنان لانها تتضمن توكيل كل واحد منهما صاحبه بالشراء والبيع والمكاتب في ذلك كالحر فان عجز المكاتب بعد ذلك انقطعت الشركة بينهما لانه لما رد في الرق صار عبدا محجورا عليه لا يملك مباشرة التصرف لنفسه فكذلك لا يملك شريكه أن يشتري له بحكم الوكالة فلهذا تبطل الشركة (قال) وله الشفيعه فيما اشتراه المولى وللمولى فيما اشتراه المكاتب لانه بعد الكتابة التحق بسائر الاجانب في حقه في حكم البيع والشراء ألا ترى ان كل واحد منهما يشتري من صاحبه فيجوز فكذلك في حكم الاخذ بالشفيعه لان الاخذ بالشفيعه شراء (قال) ولو أعتق المكاتب بعد شركة العنان بقيت الشركة على حالها لان ملكه تأكد بالعتق وكذلك قدرته على التصرف فيبقى شريكه على وكالته (قال) وان شارك الغير شركة مفاوضة بغير اذن سيده أو باذنه ثم عتق لم تصح تلك الشركة لان المكاتب ليس من أهل المفاوضة والعقد إذا بطل لانعدام الاهلية لا يصح بحدوث الاهلية بعد ذلك (قال) وان اشترى المكاتب دارا على أنه بالخيار ثلاثة أيام فعجز ورد في الرق انقطع خياره لانه مجرد رأي كان ثابتا له بين الفسخ والامضاء فلا يبقى بعد العجز له لما صار محجورا عليه عن التصرف كما لو مات ولا يخلفه المولى في ذلك

[79]

لان رأى الانسان لا يحتمل النقل إلى غيره ولان الدار بعجزه خرجت من حكم ملكه وصارت مملوكة للمولى وذلك مسقط لخيار المشتري فان كان البائع بالخيار فهو على خياره بعد عجز المكاتب كما بعد موته وان كان الخيار للمكاتب المشتري فبيعت دار إلى جنبها فله أن يأخذ تلك الدار بالشفيعه لانه صار أحق بما اشترى حتى يملك التصرف فيه فتجب الشفيعه له باعتباره واخذه بالشفيعه يكون اسقاطا منه لخياره لانه تقرر به ملكه في المشتري حين حصل ثمرة ذلك الملك لنفسه وان لم يأخذها بالشفيعه حتى رد المشتري على البائع فلا شفيعه في الدار الاخرى لواحد منهما أما المكاتب فلانه زال جواره برد المشتري وأما البائع فلانه لم يكن جارا حين بيعت هذه الدار (قال) ولا يقطع المكاتب في سرقة من مولاه لانه مملوك له يدخل بيته من غير حشمة ولا استئذان فلا يتم احراز المال عنه والقطع لا يجب الا بسرقة مال محرر قد تم احرازه وكذلك ان سرق من ابن مولاه أو من امرأة مولاه أو من ذى رحم محرر من مولاه لان المولى لو سرق من أحد من هؤلاء أو سرق أحد من هؤلاء من المولى لم يقطع باعتبار ان بعضهم يدخل دار بعض من غير استئذان ولا حشمة وكذلك المكاتب لانه ملكه يدخل عادة في كل بيت يدخل فيه مالكة من غير استئذان فيصير ذلك شبهة في درء العقوبة عنه وكذلك لو سرق واحد من هؤلاء من المكاتب لانه لو سرق واحد من هؤلاء من المولى لم يقطع فكذلك من المكاتب لان

المكاتب ملك المولى وله في كسبه حق الملك (قال) فان سرق المكاتب من اجنبي ثم رد في الرق فاشتره ذلك الرجل لم يقطع لان القطع عقوبة تدرئ بالشبهات وفي مثله المعترض بعد الوجوب قبل الاستيفاء كالمقترن بالسبب الا ترى ان السارق لو ملك المسروق بعد وجوب القطع عليه يسقط عنه القطع وان ملكه بسبب حادث فكذلك المسروق منه إذا ملك السارق بعد وجوب القطع (قال) وان سرق المكاتب من رجل ولذلك الرجل عليه دين فانه يقطع لانه لا شبهة بينهما بسبب وجوب الدين للمسروق منه على السارق فان عجز المكاتب فطلب المسروق منه دينه فقضى القاضى ان يباع له في دينه وقد أبى المولى ان يفديه فانه يقطع في القياس لان المسروق منه لم يصر مالكا وان قضى القاضى بأن يباع في دينه ولم يذكر الاستحسان وقيل في الاستحسان ينبغي ان لا يقطع لان مالية العبد صارت له بقضاء القاضى فانه إذا بيع في الدين يصرف ثمنه إليه فيجعل هذا بمنزلة مالو صار الملك له في رقبته

[80]

في ابراث الشبهة ولكنه استحسان ضعيف فلهذا لم يذكره وكذلك العبد المأذون في جميع ما ذكرنا (قال) وان سرق المكاتب من مكاتب آخر لمولاه لم يقطع كما لو سرق من مولاه لان كسب ذلك المكاتب من وجه لمولاه أو يجعل سرقة المكاتب كسرقة مولاه ولو سرق المولى من ذلك المكاتب لا يقطع فكذلك مكاتبه وكذلك ان سرق من عبد كان بين مولاه وبين آخر وقد أعتق المولى نصيبه منه لان هذا كالمكاتب لمولاه من وجه الا ترى ان الشريك إذا اختار ضمان المولى رجع المولى به عليه فيكون بمنزلة المكاتب له (قال) وإذا سرق المكاتب من مضارب مولاه من مال المضاربة لا يقطع لانه مال المولى لو سرقه منه لا يقطع فكذا من مضاربه وكذلك لو سرق المكاتب من مال رجل لمولاه عليه مثل ذلك دين لان فعله في السرقة كفعل المولى ولو سرق المولى هذا المال لم يقطع وكيف يقطع وإنما أخذه بحق لان صاحب الحق إذا ظفر بجنس حقه له أن يأخذه فأما إذا كانت السرقة عروضا قطعاً جميعاً لان دين المولى ثابت في ذمة المديون وذلك لا يوجب له حقا ولا شبهة فيما ليس من جنس حقه في مال المديون فلهذا يقطع المولى والمكاتب بسرقة والده سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب (قال) شمس الائمة الزاهد انتهى شرح كتاب المكاتب باملاء المحصور المعاتب والمحبوس المعاقب وهو منذ حولين على الصبر مواظب وللنجاه بلطيف صنع الله مراقب والحمد لله وحده وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

[81]

بسم الله الرحمن الرحيم (كتاب الولاء) (قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد الاستاذ شمس الائمة أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله تعالى اعلم بأن الولاء نوعان ولاء نعمة وولاء موالاة فولاء النعمة ولاء العنافة وانما اخترنا هذه العبارة اقتداء بكتاب الله إذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه أي أنعم الله عليه بالاسلام وأنعمت عليه بالعتق والآية في زيد بن حارثة مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنه

وأكثر أصحابنا رضى الله عنهم يقولون سبب هذا الولاء الاعتناق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعنق عليه كان مولى له ولا اعتناق هنا والاصح أن سببه العتق على ملكه لان الحكم يضاف إلى سببه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتناق وولاء الموالة ما ثبت بالعقد فان الموالة عقد يجرى بين اثنين والحكم يضاف إلى سببه والمطلوب بكل واحد منهما التناصر وقد كانوا في الجاهلية يتناصرون بأسباب منها الحلف والمخالفة فالشرع قرر حكم التناصر بالولاء حتى قال صلى الله عليه وسلم مولى القوم من أنفسهم وحليفهم منهم فالمراد بالحليف مولى الموالة فانهم كانوا يؤكدون ذلك بالحلف ولمعنى التناصر أثبت الشرع حكم التعاقد بالولاء وبنى على ذلك حكم الارث وفي حكم الارث تفاوت بين السبيين أما ثبوت أصل الميراث بالسبيين ففي كتاب الله تعالى اشارة إليه فقال الله تعالى ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم والمراد الموالة وفيه تحقيق مقابلة الغنم بالغرم من حيث أنه يعقل جنابته ويرث ماله إلا أن الارث بولاء العتاقة أقوى لكونه متفقا عليه ولهذا قلنا مولى العتاقة آخر العصبات مقدم على ذوى الارحام وهو قول على رضى الله تعالى عنه وكان ابن مسعود رضى الله عنه يقول مؤخر عن ذوى الارحام لقوله صلى الله عليه وسلم للمعتق في معتقه وإن مات ولم يدع وارثا كنت أنت عصبته فقد شرط لتوريثه عدم الوارث وذوو الارحام من جملة

[82]

الورثة وقال صلى الله عليه وسلم الولاء مشبه بالنسب وقال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمه كلحمه النسب وما أشبه الشئ لا يراحمه ولا يقدم عليه بل يخلفه عند عدمه ولكننا نحتج بما روى أن بنت حمزة رضى الله عنها أعتقت عبدا فمات المعتق وترك بنتا فجعل رسول اله صلى الله عليه وسلم نصف المال للبنت ونصفه لبنت حمزة رضى الله عنها والباقي بعد نصيب صاحب الفرض للعصبة فتبين بهذا ان المعتق عصبة ورد الباقي على صاحب الفرض عند عدم العصبة مقدم على حق ذوى الارحام ثم لم يرد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما بقى على البنت بل جعله للمعتقة عرفنا أنها عصبة مقدم على ذوى الارحام وفي حديثه عليه الصلاة والسلام اشارة إلى هذا فانه قال كنت أنت عصبته فتبين بهذا اللفظ ان مراده ولم يدع وارثا هو عصبة وقوله والولاء كالنسب دليلنا عند التحقيق لان العتق يضاف إلى المعتق بالولاء من حيث أنه سبب لحيائه فان الحرية حياة والرق تلف حكما فكان كالأب الذى هو سبب لايجاد الولد فتستحق العصوبة بهذه الاضافة كما تستحق العصوبة بالابوة فأما قرابة ذوى الارحام لا يستحق بها الاضافة على كل حال والانسان لا يضاف إلى عمته وخالته حقيقة فكان مؤخرا عن الولاء وكان الولاء خلفا عن الابوة في حكم الاضافة فتستحق به العصوبة بهذه الاضافة كما تستحق العصوبة بالابوة ثم تقدم الورثة على ذوى الارحام فأما ولاء الموالة سبب لاستحقاق الارث عندنا ولكنه مؤخر عن ذوى الارحام وعند الشافعي رضى الله عنه ليس بسبب الارث أصلا وهو بناء على ان من أوصى بجميع ماله فيمن لا وارث له عندنا يكون للموصى له جميع المال وعنده يكون له الثلث لان من أصله ان ما زاد على الثلث حق بيت المال عند عدم الورثة العصبة فلا يملك ابطال ذلك الحق بعقده بطريق الوصية أو الموالة وعندنا المال ملكه وحقه وانما يمتنع تصرفه فيما زاد على الثلث لتعلق حق الورثة والصرف إلى بيت المال عند عدم الوارث لانه لا مستحق له لا لانه مستحق لبيت المال فإذا انعدم الوارث كان له أن يوجه

بعقده لمن شاء بطريق الوصية أو الموالة قال ابن مسعود رضى الله عنه السائبة يضع ماله حيث أحب وتمام هذه المسألة في الوصايا والفرائض إذا عرفنا هذا فنقول بدأ الكتاب بما رواه عن الصحابة عمر وعلى وابن مسعود وأبى بن كعب وزيد بن ثابت وأبى مسعود الانصاري وأسامة بن زيد رضوان الله عليهم أجمعين انهم قالوا الولاء للكبير وهو قول ابراهيم وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى وكان شريح رحمه الله تعالى يقول الولاء بمنزلة المال ولسنا نأخذ بهذا وفائدة هذا

[83]

الاختلاف أن ميراث المعتق بالولاء بعد المعتق يكون لابن المعتق دون بنته عندنا وعند شريح رحمه الله تعالى بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الانثيين هو يقول الولاء أثر من آثار الملك وكما ان أصل ملك الاب في هذا العبد بعد موته بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الانثيين فكذلك الولاء الذى هو أثر من آثار الملك فكأنه بالعتق يزول بعض الملك ويبقى بعضه فهذا معنى قوله الولاء بمنزلة المال ولكنه ضعيف فان النبي صلى الله عليه وسلم قال الولاء لحمه كلحمة النسب والنسب لا يورث وانما يورث به فكذلك الولاء وهذا لان ثبوت الولاء للمعتق باحداث قوة المالكية في المعتق ونفي المملوكية فكيف يكون الولاء جزءا من الملك ومعنى قول الصحابة رضى الله عنهم الولاء للكبير للقرب والكبير بمعنى العظم وبمعنى القرب فدخل كل واحد من المعنيين في قوله تعالى ومكروا مكرا كبيرا وتفسيره رجل أعتق عبدا ثم مات وترك ابنين ثم مات أحد الابنين وترك ابنا ثم مات المعتق فميراثه لابن المعتق لصلبه دون ابن ابنه لان ابن المعتق لصلبه أقرب إلى المعتق من ابن ابنه ولهذا كان أحق بميراثه فكذلك بالارث بولائه وهذا لان الولاء عينه لم يصر ميراثا بين الابنين حتى يخلف ابن الابن اباه في نصيبه ولكنه للاب على حاله ألا ترى أن المعتق ينسب بالولاء إلى المعتق دون أولاده فكان استحقاق الارث بالولاء لمن هو منسوب إليه حقيقة ثم يخلفه فيه أقرب عصبته كما يخلفه في ماله لو مات الاب فيكون لابنه دون ابن ابنه ودون ابنته لان هذا الاستحقاق بطريق العصوبة والبنت لا تكون عصبة بنفسها إنما تكون عصبة بالابن فعند وجوده لا تزاحمه وعند عدمه هي لا تكون عصبة وهذا لان السبب هو النصرة كما بينا والنصرة لا تحصل بالنساء ألا ترى أن النساء لا يدخلن في العاقلة عند حمل أرش الجنابة فكذلك في الارث بولاء الغير وان كان للمعتق بنت فلها النصف والباقي لابن المعتق لان الارث بالولاء طريقه العصوبة وحق أصحاب الفرائض مقدم فلهذا يعطى نصيب بنت المعتق أولا وكذلك نصيب زوجته ان كانت ثم حكم الباقي هنا كحكم جميع المال في المسألة الاولى فيكون لابن المعتق دون ابن ابنه فإذا مات هذا الابن بعد ذلك عن ابن ثم ماتت بنت المعتق فميراثها لابنى ابن المعتق جميعا لانها تابعة لابنها في الولاء فان الولاء كالكسب والولد منسوب إلى أبيه حقيقة له فكذلك يكون مولى لمولى أبيه فكان ميراثها بهذا الطريق لمعتق الاب يخلفه في ذلك ابنا ابنه كما في ماله لو مات الاب وكذلك

[84]

هذا القول في كل عصبة للمعتق وقد طول محمد رحمه الله ذلك في الاصل وحاصله يرجع إلى ما ذكرنا أن أقرب عصبة المعتق عند موت المعتق يخلفه في ميراث المعتق في ذلك الوقت وهو معنى قول الصحابة رضى الله تعالى عنهم الولاء للكبير (قال) فان كان لاحد الابنين ابنان وللآخر ابن واحد فالميراث بينهم على عدد رؤسهم لان الجد لو مات الآن كان ميراثه بينهم بالسوية فكذلك ميراث المعتق وكذلك الحكم في ولاء المدبر وميراثه وولاء أم الولد والمكاتب وميراثهما لان المدبر والمكاتب والمستولد استحق ولاءهم لما باشر من السبب ولا فرق بين أن يكون نزول العتق بهذا السبب بعد موته أو قبله وكذلك في العبد الموصى بعنقه أو بشرائه وبعنقه بعد موته لانه يستحق الولاء بما أوصى به وفعل وصيته بعد موته كفعله في حياته فان كانت بنت المعتق ماتت عن بنت ثم ماتت ابنتها فليس لابني ابن المعتق من ميراث هذه الاخيرة شئ لان المعتق لو كان حيا لم يرثها لانه ليس بمولى لها انما هو مولى لامها وقد بينا ان الولاء كالنسب والولد في النسب لا يتبع أمه إذا كان له نسب من جانب الاب فكذلك في الولاء ثم روى عن عمر وعلى وابن مسعود وأبي بن كعب وزيد بن ثابت وأبي مسعود الانصاري وأسامة بن زيد رضوان الله عليهم أجمعين أنهم قالوا ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن وعن ابراهيم أنه قال ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو كاتبن أو أعتق من أعتقن وعن شريح ليس للنساء من الولاء شئ الا ما أعتقن أو كاتبن وهذا الحديث مخالف لما ذكره الاعمش عن ابراهيم عن شريح رحمهم الله تعالى ان الولاء بمنزلة المال وبهذه الآثار نأخذ فقد روى مرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو جره ولاء معتق معتقهن والحديث وان كان شاذا فقد تأكد بما اشتهر من أقاويل الكبار من الصحابة رضى الله عنهم وبالحديث المشهور الذي روينا أن بنت حمزة رضى الله عنهما أعتقت مملوكا فمات وترك بنتا فأعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم بنته النصف وبنت حمزة رضى الله عنهما النصف فهذا تبين ان المرأة تكون عصبة لمعتقها وهذا لان سبب النسبة للولاء إحداث قوة المالكية بالعتق وقد تحقق ذلك منها كما يتحقق من الرجل بخلاف النسب فان سببه الفراش والغراش للرجل على المرأة فلا تكون المرأة صاحبة فراش ولانها أصل في هذا الولاء لمباشرتها سببه وكما أن المرأة في ملك المال تساوى الرجل فكذلك فيما يترتب عليه

[85]

بخلاف النسب فان سببه وهو الفراش يثبت بالنكاح في الاصل والمرأة لا تساوى الرجل في ملك النكاح لانها بصفة الانوثة مملوكة نكاحا فلا تكون مالكة نكاحا وإذا ثبت أنها أصل في هذا الولاء كان ميراث معتقها لها فكذلك ميراث معتق معتقها لان معتق المعتق ينسب إلى معتقه بالولاء وهى مثل الرجل في الولاء الذى هو الاصل على المعتق الاول ولان ميراث معتق المعتق يكون لمعتقه بالعصوبة ومعتقه معتقها في هذا الفصل فتخلفه في استحقاق ذلك المال كما تخلفه في استحقاق المال بالعصوبة لو مات الاب وعلى هذا مكاتبها ومكاتب مكاتبها لان الكتابة سبب في استحقاق الولاية كالعنق وعلى هذا جر ولاء معتق معتقها لان سببه العتق على ما نبينه فتستوى هي بالرجل في استحقاق ذلك (قال) وإذا أعتقت المرأة عبدا ثم ماتت عن زوجها وابن وبنت ثم مات المعتق فميراثه لابن المرأة خاصة لانه أقرب عصبتها إذ ليس لزوجها في العصوبة حظ والبنت لا تكون عصبة بنفسها فكان أقرب عصبتها الابن فيخلفها في ميراث معتقها ويستوى ان

كانت أعتقته بجعل أو بغير جعل لان ثبوت الولاء لها باحداث قوة المالكية في المعتق وفي هذا يستوي العتق بجعل أو بغير جعل (قال) وإذا اشترت امرأتان أباهما فعتق عليهما ثم اشترت احدهما مع الاب أخالها من الاب فعتق ثم مات الاب فميراثه بينهم جميعا للذكر مثل حظ الانثيين لانه مات عن ابن وابنتين فان مات الاخ بعد ذلك فلهما من ميراثه الثلثان بالنسب لانهما أختاه لاب وللاختين الثلثان ثم للتي اشترت الاخ مع الاب بالولاء نصف الثلث الباقي لانها معتقة نصفه بالشراء فان شراء القريب اعتاق وهي المشترية لنصف الاخ ولهما جميعا نصف الثلث الباقي بولاء الاب لان الاب كان هو المعتق لهذا النصف من الاخ بشرائه وهما كانتا معتقتين الاب بشرائهما اياه وقد بينا أن المرأة في ميراث معتق معتقها كالرجل ولهذا كان نصف الثلث الباقي لهما بطريق الخلافة عن أبيهما (قال) امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت وتركته ابنا وأباها ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله الاول ثم رجع فقال لايبها السدس والباقي للابن وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الابوة تستحق بها العصوبة كالبنوة ألا ترى ان الاب عصبة عند عدم الابن واستحقاق الميراث بالولاء ينبنى على العصوبة ووجود الابن لا يكون موجبا حرمان الاب أصلا عن الميراث الا ترى انه لم يصير محروما عن ميراثها بهذا فكذلك عن ميراث معتقها فالاحسن ان يجعل ميراث المعتق بينهما كميراثهما

[86]

لو ماتت الآن فيكون للاب السدس والباقي للابن وهذا لان كل واحد منهما ذكر في نفسه ويتصل بها بغير واسطة فلا يجوز أن يكون أحدهما محجوبا بالآخر فهذا شبه الاستحسان من أبي يوسف رحمه الله تعالى فاما القياس ما قاله أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لان أقرب عصبة المعتق يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن هو العصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منها بالفريضة دون العصوبة فهو كاستحقاق البنت نصف مالها بالفريضة مع الاب وذلك لا يكون سببا لمزاحمتها مع الاب في ميراث معتقها فكذلك هنا (قال) رجل أعتق أمة ثم غرقا جميعا لا يدري أيهما مات أولا لم يرث المولى منها شيئا لان الوراثة خلافة فشرط استحقاق ميراث لغير بقاؤه حيا بعد موته وذلك غير معلوم هنا ولان كل امرين ظهرا ولا يعرف التاريخ بينهما يجعل كأنهما وقعا معا إذ ليس أحدهما بالتقديم بأولى من الآخر ولو علمنا موتهما معا لم يرث المولى منها فهذا مثله ولكن ميراثها لأقرب عصبة المولى ان لم يكن لها وارث لان المولى لما لم يرثها جعل كالمعدوم فكأنه كان كافرا أو ميتا قبلها فيكون ميراثها لأقرب عصبته (قال) وإذا أعتق الرجل الأمة ثم مات وترك ابنا ثم مات الابن وترك أختا من أمه ثم ماتت الأمة فميراثها لعصبة المعتق وليس للاخ لام من ذلك شيء سواء كان اخ المعتق لأمه أو أخ لابنه لان الولاء للمعتق وأخ ابن المعتق لأمه أجنيبي من المعتق وأخ المعتق لأمه ليس بعصبة له انما هو صاحب فريضة ولا يخلف المعتق في ميراث معتقه الا من كان عصبة له (قال) امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت وتركته ابنا وأختها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث للابن لانه أقرب عصبتها يقدم على الاخ بالارث عنها فكذلك في الخلافة في ميراث معتقها وان جني جنابة فعقله على عاقلة الاخ لان جنابة معتقها كجنابيتها وحنابيتها على قوم أبيها فكذلك جنابة معتقها وابنها ليس من قوم أبيها واستدل عليه بحديث ابراهيم عن علي بن أبي طالب والزبير بن العوام رضی الله تعالى عنهم أنهما اختصما إلى عمر

رضي الله تعالى عنه في مولى لصفية بنت عبد المطلب رضي الله عنها مات فقال على رضي الله عنه عمتي وأنا أرث مولاها وأعقل عنه وقال الزبير رحمه الله تعالى أمي وأنا أرث مولاها فقضي عمر بالميراث للزبير وبالعقل على رضي الله تعالى عنه وقال الشعبي شهدت على الزبير أنه ذهب بموالي صفية وشهدت على جعدة بن هبيرة أنه ذهب بموالي أم هانئ رضي الله عنها وكان ابنا لها فخاصمه على

[87]

ميراث مولاها فبهذين الحديثين ثبت أن ميراث المعتق يكون لابن المعتقة وإن كان عقل حنايته على قوم أبيها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب (باب جر الولاء) (قال) رضي الله عنه روى عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه قال إذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعقتها فإذا أعتق أبوهم جر الولاء وبه نأخذ لأن الولد جزء من أجزائها وهي حرة بجميع أجزائها فينقصل الولد منها حرا ثم الولاء كالنسب والولد ينسب إلى أبيه بالنسب فكذلك في الولاء يكون منسوبا إلى من ينسب إليه أبوه والاب بعد العتق ينسب بالولاء إلى معتقه فكذلك ولده واستدل على إثبات جر الولاء بحديث الزبير أيضا فإنه أبصر بخير فتية لعسا أعجبه طرفهم وأمهم مولاة لرافع بن خديج وأبوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة أو لبعض أشجع فاشترى الزبير أباهم فاعتقه ثم قال انتسبوا إلى وقال رافع بل هم موالي فاختصما إلى عثمان رضي الله عنه فقضى بالولاء للزبير وفي هذا دليل أن الولد منسوب إلى موالي أمه ما لم يظهر له ولاء من جانب أبيه فإذا ظهر بالعتق جر الاب ولاء الولد إلى مواليه وهذا لأن في النسب الولد منسوب إلى أمه إذا لم يكن له نسب من أبيه للضرورة كالولد من الزنا وولد الملائنة بعد ما انقطع نسبه من أبيه ثم إذا ظهر له نسب من جانب الاب بأن أكذب الملائنة نفسه صار الولد منسوبا إليه وكذلك في الولاء وقوله فتية لعسا بيان لملاحظتهم فهو حمرة تضرب إلى السواد قال الشاعر لمياء في شفيتها حوة لعس وفي اللثات وفي أنيابها شنب وقوله أعجبنى طرفهم أي ملاحظتهم وقيل كياستهم فمن كان بهذا اللون فهو كيس عادة ثم ذكر الشعبي قال إذا أعتق الجد جر الولاء وهكذا يروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي ظاهر الرواية الجد لا يجر الولاء بخلاف الاب وقد بينا في صدقة الفطر فان هذه أربع مسائل جر الولاء وصدقة الفطر وصيرورته مسلما باسلام جده ودخول الجد في الوصية للقراءة بخلاف الاب في الفصول الأربعة روايتان بينا وجه الروايتين هناك واستبعد محمد رحمه الله تعالى قول من نقول النافلة باسلام الجد يصير مسلما فقال لو كان كذلك لكان بنو آدم مسلمين باسلام آدم صلوات الله عليه ولا يسبى صغير أبدا وهذا باطل

[88]

وكذلك في جر الولاء بعتق الجد لو أعتق الاب فلا بد من القول بأن الاب جر ولاء الولد إلى مواليه والجد أب وبعد ما ثبت جر الولاء بالابوة لا يتحقق نقله إلى غيره (قال) وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه ثم أسر أبوه فاعتق فإن الابن يكون مولى لموالي الاب لأن ولاء الموالة ضعيف والضعيف لا

يظهر في مقابلة القوى فكأنه لا ولاء على الولد لاحد وهذا بخلاف ما لو كان الابن معتق انسان فأعتق اباه انسان آخر فانه لا ينجر ولاء الابن إليه لان الولاء الثابت على الابن مثل الولاء الذي ظهر للاب وهو في هذا مقصود فيعد ما صار مقصودا في حكم لا يمكن جعله تبعا في عين ذلك (قال) وإذا تزوج العبد حرة فولدت له أولادا فأولادها موال لموالى الام معتقة كانت أو موالية فمتى أعتق أبوهم جر ولاءهم إلى مولاه أما إذا كانت موالية فلان الولد لو كان مقصودا بولاء الموالاة كان يسقط اعتباره بظهور ولاء العتق للاب فكيف إذا كان تبعا وأما كانت معتقة فلان الولد هنا تبع في الولاء وانما كان تبعا للام لضرورة عدم الولاء للاب والثابت بالضرورة لا يبقى بعد ارتفاع الضرورة وإذا كانت الام معتقة انسان والاب حر مسلم نبطى لم يعتقه أحد فالولد مولى لموالى الام في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وكذلك ان كان الاب والى رجلا وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى في الفصلين لا يكون الولد مولى لموالى الام ولكنه منسوب إلى قوم أبيه قال وكيف ينسب إلى قوم أمه وأبوه حر له عشيرة وموال بخلاف ما إذا كان الاب عبدا وتقرير هذا من وجهين أحدهما أن العبد رقيق بجميع أجزائه وماؤه جزء منه فانما تثبت الحرية لمائه لاتصاله برحمها فلهذا كان الولد مولى لمواليتها حتى يعتق الاب وهذا المعنى معدوم إذا كان الاب حرا ألا ترى أنه لو كان حرا عربيا كان الولد منسوباً إلى قوم أبيه ولا يكون مولى لموالى أمه فكذلك إذا كان أعجمياً لان العرب والعجم في حرية الاصل سواء والثانى ان الرق تلف حكماً فإذا كان الاب عبداً كان حال هذا الولد في الحكم كحال من لا أب له فيكون منسوباً إلى مولى الام وهذا المعنى معدوم إذا كان الاب حرا لان الحرية حياة باعتبار صفة المالكية والعرب والعجم فيه سواء وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أن ولاء العتاقة ولاء نعمة وهو قوى معتبر في الاحكام والحرية والنسب في حق العجم ضعيف ألا ترى أن جريتهم تحتل الابطال بالاسترقاق بخلاف حرية العرب ولان العجم ضيعوا أنسابهم

[89]

ألا ترى أن تفاخرهم ليس بالنسب ولكن تفاخرهم كان قبل الاسلام بعمارة الدنيا وبعد الاسلام بالدين واليه أشار سلمان رضى الله تعالى عنه حين قيل سلمان ابن من قال سلمان ابن الاسلام فإذا ثبت هذا الضعف في جانب الاب كان هذا وما لو كان الاب عبداً سواء وكذلك ان كان الاب مولى الموالاة لان ولاء الموالاة ضعيف لا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة فوجوده كعدمه فأما إذا كان الاب عربياً فله نسب معتبر ألا ترى أن الكفاءة بالنسب تعتبر في حق العرب ولا تعتبر في حق العجم والاصل في النسبة النسب فإذا كان في جانب الاب نسب معتبر أو ولاء قوى كان الولد منسوباً إليه وإذا عدم ذلك كان الولد مولى لموالى الام واستدل أبو يوسف رحمه الله تعالى بعربية تزوجها رجل من الموالى فولدت له ابناً فان الولد ينسب إلى قوم أبيه دون قوم أمه فكذلك إذا كانت معتقة لان كونها عربية وكونها معتقة سواء كما سويها بينهما في جانب الاب ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فرقا بينهما وقالوا في الفرق ان العربية لم تجر عليها نعمة عتاق ومعنى هذا أن الام إذا كانت معتقة فالولد ينسب إلى قومها بالولاء والنسبة بالولاء أقوى لانه معتبر شرعاً وإذا كانت عربية فلو انتسب الولد إلى قومها انما ينسب بالنسب والانتساب بالنسبة إلى الام ضعيف جداً وكذلك بواسطة الام إلى أبيها حتى لا تستحق العصوبة بمثل هذا النسب فلهذا رجحنا جانب الاب لان النسبة إليه بالنسب وإذا كان نسبه

ضعيفا لا يستحق به العصوبة (قال) وإذا أعتق الرجل أمة وولدها أو كانت
حبلى حين أعتقها أو أعتقت وولدت بعد العتق لاقل من ستة أشهر وقد
أعتق الاب رجل آخر كان الولد مولى الذى أعتقه مع أمه دون من أعتق اباه
أما إذا كان الولد منفصلا عنها فهو مملوك لمالك الام فتناول العتق
مقصودا والولد إذا صار مقصودا بولاء العتق لا يكون تبعا للاب وكذلك ان
كانت حبلى به لان الجنين باعتاقها يعتق مقصودا فان الجنين في حكم
العتق كشخص على حدة حتى يفرد بالعتق فهو والمنفصل سواء وكذلك لو
ولدت لاقل من ستة أشهر بيوم من حين أعتقت لانا تيقنا أنه كان موجودا
في البطن حين أعتقت وكذلك لو ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر
بيوم لان التوأم خلقا من ماء واحد فمن ضرورة التيقن بوجود أحدهما حين
أعتقت التيقن بوجود الآخر فاما إذا ولدت لاكثر من ستة أشهر فلم يتيقن
بوجود هذا الولد حين أعتقت فكان مولى لموالى الام تبعا وهذا لان الحل
إذا كان قائما بين الزوجين فانما

[90]

يسند العلوق إلى اقرب الاوقات إذا لا ضرورة في الاسناد إلى ما وراءه الا
إذا كانت معتدة من موت أو طلاق فحينئذ إذا جاءت به لتمام سنتين منذ يوم
مات أو طلق فالولد مولى لموالى الام لان الحل ليس بقائم في المعتدة
من طلاق بائن أو موت فيسند العلوق إلى أبعدا الاوقات لضرورة الحاجة
إلى إثبات النسب وإذا حكمنا بذلك ظهر أن الولد كان موجودا في البطن
حين أعتقت وكذلك إذا كانت معتدة من طلاق رجعى لانا لا نثبت الرجعة
بالشك ومن ضرورة اثبات النسب إلى سنتين من غير ان يجعل مراجعا
الحكم بأن العلوق قبل الطلاق وان جاءت به لاكثر من سنتين كان الولد
مولى لموالى الاب فصار مراجعا لتيقنا ان العلوق حصل بعد الطلاق وان
كانت أقرت بانقضاء العدة فان جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر بعد ذلك
ولتمام سنتين منذ طلق فالولد مولى لموالى الام لانا علمنا مجازفتها في
الاقرار بانقضاء العدة حين أقرت وهي حامل فيسند العلوق إلى أبعدا
الاوقات ولا يصير مراجعا الا أن تكون جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلق
فحينئذ يصير مراجعا لان اقرارها بانقضاء العدة صار لغوا حين تيقنا انها
كانت حاملا يومئذ فكان ولاء الولد لموالى الاب لانا لم نتيقن بكونه موجودا
في البطن حين أعتقت ولا يصير مقصودا بالولاء الا بذلك (قال) أمة معتقة
ولدت من عبد فالولد مولى لموالى أمه فان أعتق الولد وأمّه فموالاته
موالاة لموالى الام بمنزلة موالاة الام لو كانت هي التى أعتقها وكذلك ان
أسلم على يد الولد رجل ووالاه فهو مولى لموالى الام أيضا يعقلون عنه
ويرثونه لان ولدها كنفستها ولو أسلم على يدها ووالاها كان مولى لموالىها
فهذا مثله فان أعتق الاب بعد ذلك جر ولاؤها ولاء كلهم حتى يكون مولى
لموالى الاب لان ولاء الام أنجر إلى قوم الاب فكذلك ما ينبنى عليه من ولاء
معتقه ومولاه وهذا لان نسبة معتقه ومولاه إلى قوم الام كان بواسطة
وقد انقطعت هذه الوسطة حين صار هو منسوباً إلى قوم الاب ويستوى
ان كان ولد المعتقة حيا أو ميتا له ولد أو ليس له ولد لانه تبع في حكم
الولاء لمعتق أمه وبقاء الاصل يغنى عن اعتبار بقاء التبع لان ثبوت الحكم
في التبع بثبوتة في الاصل ولا يرجع عاقلة الام على عاقلة الاب بما غرموا
من ارش جنايته لانهم غرموا ذلك حين كان مولى لهم حقيقة فان حكم جر
الولاء في الولد ثبت مقصورا على الحال لان سببه وهو عتق الاب مقصور
غير مستند إلى وقت سابق وكذلك حكمه بخلاف الملائع إذا أكذب نفسه
وقد عقل جناية الولد قوم أمه

فانهم يرجعون على عاقلة الاب بذلك لان النسب يثبت من وقت العلوق فتبين باكذابه نفسه انه كان ثابت النسب منه من حين علق وقوم الام كانوا مجبرين على أداء الارش فلا يكونون متبرعين في ذلك ولو لم يعتق الاب فاراد المولى الذى أسلم على يدى ابيه أن يتحول بولائه إلى مالك ابيه وقد عقل عنه موالى الام لم يكن له ذلك لان عقده مع الابن تأكد بحصول المقصود به فلا يحتمل الفسخ وفى التحول إلى غيره فسخ الاول بخلاف ما إذا أعتق الاب فانه ليس في تحول ولائه إلى موالى الاب فسخ ذلك العقد الذى جرى بينه وبين الابن بل فيه تأكيد ذلك ولان هذا التحول يثبت حكما لضرورة اتباع التبعية الاصل والاول يكون عن قصد منه وقد يثبت الشئ حكما في موضع لا يجوز اثباته قصدا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب ولاء الموالاته) (قال) ابراهيم رضى الله عنه إذا أسلم الرجل على يد الرجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه وله أن يتحول بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه فإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول عنه إلى غيره وبهذا نأخذ والاسلام على يديه ليس بشرط لعقد الموالاته وانما ذكره على سبيل العادة وسواء أسلم على يده أو أتاه مسلما وعاقده عقد الولاء كان مولى له وكان الشعبى يقول لا ولاء الا لذي نعمة يعنى العتاق وبه يأخذ الشافعي رحمه الله تعالى وانما أخذنا فيه بقول ابراهيم رضى الله تعالى عنه لحديث أبى الاشعث حيث سأل عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن رجل أسلم على يديه ووالاه فمات وترك مالا فقال عمر رضى الله عنه ميراثه لك فان أبيت فلبيت المال ولحديث زياد عن على بن أبى طالب رضى الله عنهما ان رجلا من أهل الارض أتاه بواليه فأبى على رضى الله عنه ذلك فأتى ابن عباس رضى الله عنه فوالاه ولحديث مسروق رضى الله عنه أن رجلا من أهل الارض والى ابن عم له وأسلم على يديه فمات وترك مالا فسأل ابن مسعود رضى الله عنه عن ميراثه فقال هو لمولاه وأيد أقاويل الصحابة حديث تميم الدارى رضى الله عنه قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الرجل يسلم على يدى الرجل ما السنة فيه قال هو أولى الناس بحياه ومماته وأيد هذا قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم وقد بينا في أول الكتاب فان أسلم على يديه ولم يواله لم يعقل عنه ولم

يرثه الا على قول الروافض فانهم يقولون بالاسلام على يديه يكون مولى له لانه أحياه باخراجه اياه من ظلمة الكفر لان الكفار كالموتى في حق المسلمين فهو كما لو أحياه بالعتق وعلى هذا يزعمون أن الناس موالى على وأولاده رضى الله عنهم فان السيف كان بيده وأكثر الناس أسلموا من هيبته وهذا باطل عندنا فان الله تعالى هو الذى أحياه بالاسلام بأن هداه لذلك وبيان ذلك في قوله تعالى أو من كان ميتا فأحييناه أي كافرا فرزقناه الهدى وقال تعالى واذ تقول للذى أنعم الله عليه يعنى بالاسلام فدل أن المنعم بالاسلام هو الله تعالى فلا يجوز أن يضاف ذلك إلى الذى عرض عليه الاسلام لانه بما صنع نائب عن الشرع مباشر ما يحق عليه لله تعالى فهو في حقه كغيره من المسلمين لا يكون مولى له ما لم يعاقده عقد الولاء ثم

من أين لهم هذا التحكم ان أكثر الناس أسلموا من هبة علي وهو كان صغيرا حين أسلم الكبار من الصحابة وأبو بكر وعمر كانا مقدمين عليه رضي الله عنهم في أمور القتال وغير القتال لا يخفي ذلك على من يتأمل في أحوالهم ولكن الروافض قوم بهت لا يحترزون عن الكذب بل بناء مذهبهم على الكذب فان أسلم رجل على يدى رجل ووالى رجلا آخر فهو مولى هذا الذى والاه يرثه ويعقل عنه لانه بالاسلام على يدى الاول لم يصر مولى له ولو كان مولى بأن عاقده كان له أن يتحول عنه وقد فعل ذلك حين عاقده مع الثاني فكيف إذا لم يكن مولى للاول فان مات عن عمه أو خاله أو غيرهما من القرابة كان ميراثه لقرابته دون المولى لما بينا أنه لا يملك ابطال حق المستحق عن ماله بعقده كما لو أوصى بجميع ماله وله وارث وذوو الارحام من جملة الورثة قال صلى الله عليه وسلم الخال وارث من لا وارث له فلا يملك ابطال حقه بعقده توضيحه أن سبب ذى الرحم وهو القرابة أقوى لانه متفق على ثبوته شرعا وان اختلفوا في الارث به وعقد الولاء مختلف في ثبوته شرعا فلا يظهر الضعيف في مقابلة القوى (فان قيل) ينبغي أن يكون للمولى الثلث لانه خالص حقه يملك وضعه فيمن شاء (قلنا) نعم ولكنه بعقد الولاء ما وضع شيئا من ماله فيه انما جعله وارثا منه وفى سبب الوراثه ذو القرابة يترجح فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شئ من المال بخلاف الوصية بالثلث فانه خلافة في المال مقصودا توضيحه أن التملك بالوصية غير التملك بالارث الا ترى أن الموصى له لا يرد بالعيب ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصى بخلاف الوارث فلا يمكن جعل الثلث له لا بطريق الوصية لانه ما أوجب له ذلك ولا بطريق الارث

[93]

لترجح استحقاق القريب عليه وإذا والى رجل رجلا ثم ولد له ابن من امرأة قد والت رجلا فولد الولد لموالى الاب لان الاب هو الاصل في النسب والولاء فإذا كان للولد في جانب الاب ولاء هو مساو للولاء الذى في جانب الام يترجح جانبه كما في ولاء العتق (قال) وكذلك ان كانت والت وهى حبلى به وهذا بخلاف ولاء العتاقة فانها إذا اعتقت وهى حبلى به كان ولاء الولد لموالى أمه لان الولد هناك يكون مقصودا بالسبب وهو العتق فان الجنين محل للعتق مقصودا وهنا الجنين لم يصر مقصودا بالولاء لانه ما دام في البطن فهو ليس بمحل لعقد الموالة مقصودا لان تمام هذا القعد (العقد) بالايجاب والقبول وليس لاحد عليه ولاية القبول وإذا كان تبعا فاتباعه الاب أولى كما بينا وكذلك لو كان لهما أولاد صغار حين والى الاب انسانا وقد والت الام قبل ذلك آخر فالاولاد موال لموالى الاب لانه ليس للام ولاية عقد الولاء على الاولاد في قولهما وفى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لها ذلك عند عدم الاب اما مع وجود الاب فلا ولئن كان لها ذلك مع وجود الاب فهى ما عقدت عليهم انما عقدت على نفسها خاصة ولئن جعل عقدها على نفسها عقدا على الاولاد فعقد الاب كذلك على نفسه عقد على الاولاد وولاء الموالة يقبل التحول فيجعل الاب محولا لولائهم إلى من والاه وذلك صحيح منه ولهذا كان الاولاد موال لموالى الاب فان جنى الاب جناية فعقل الذى والاه عنه فليس لولده أن يتحول عنه إلى غيره بعد الكبر لان ولاء الاب تأكد بعقد الجناية ويتأكد (ويتأكد) التبوع يتأكد الاصل وكما ليس للاب أن يتحول عنه إلى غيره بعد ما عقل جنائته فكذلك ليس لولده ذلك إذا كبر وكذلك إذا كان هذا الولد جنى أو جنى بعض اخوته فعقل عنه مولاة فليس له أن يتحول عنه لان الاب مع أولاده كالشخص الواحد في

حكم الولاة فبعقل جناية أحدهم بتأكد العقد في حقهم جميعا بخلاف ما قبل عقل الجناية عن أحد منهم لان هناك ولاؤهم لم يتأكد فان تأكد العقد بحصول المقصود به وانما لم يجعل هذا العقد متأكدا قبل حصول المقصود به لانه ليس فيه معنى المعاوضة بل أحدهما متبرع على صاحبه بالقيام على نصرته وعقل جنايته والآخر متبرع على صاحبه في جعله اياه خليفته في ماله بعد وفاته وعقد التبرع لا يلزم بنفسه ما لم يتصل به القبض ولو كان هذا معاوضة باعتبار المعنى لم يخرج من أن يكون متبرعا صورة فيكون كالهبة بشرط العوض لا يتم بنفسه ما لم يتصل به القبض فان كان له ابن كبير

[94]

حين والى الاب فأسلم الابن على يدي رجل آخر ووالاه فولأؤه له لانه مقصود باكتساب سبب الولاة هنا بمنزلة اكتساب أبيه فهو كما لو أعتق الاب انسان والابن انسان آخر فيكون كل واحد منهما مولى لمن أعتقه وأن أسلم الابن ولم يوال أحدا فولأؤه موقوف نعتى به انه لا يكون مولى لموالى الاب بخلاف المولود في ولائه والصغير عند عقد الاب لان عقد الولاة ترتب على الاسلام عادة والابن الكبير لا يتبع أباه في الاسلام بخلاف الصغير والمولود بعد الاسلام فكذلك في حكم الولاة الذي ترتب عليه وهذا لان الصغير ليس بأصل في اكتساب سبب الولاة ألا ترى أنه لا يصح هذا العقد منه بدون اذن وليه فيجعل فيه تبعا لابيه أما الكبير أصل في اكتساب سبب هذا الولاة حتى يصح منه عقد الولاة بدون اذن أبيه وبين كونه أصلا في حكم وتبعا فيه منافاة ولهذا لا يصير مولى للذي والاه أبوه وإذا أسلمت الذمية ووالت رجلا ولها ولد صغير من رجل ذمى لم يكن ولاء ولدها لمولاه في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وفي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يكون ولاء ولدها لمولاه فمنهم من جعل هذه المسألة قياس ولاية التزويج ان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ثبت ذلك للام على ولدها الصغير حتى يصح عقدها ولا يتعلق به صفة اللزوم حتى يثبت للولد خيار البلوغ فكذلك يصح هذا العقد منها في حق الولد لانه لا يتعلق به صفة اللزوم بنفسه وعندهما ليس للام ولاية التزويج مع اختلاف في الرواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى هناك وكذلك ولاء الموالاة والاطهر أن هذه مسألة على حدة ووجه قولهما أن حكم الولاة يثبت بعقد فيستدعى الايجاب والقبول ويتردد بين المنفعة والمضرة والولد بعد الانفصال لا يكون تبعا للام في مثل هذا العقد ولا يكون لها عليه ولاية المباشرة لهذا العقد كعقد الكتابة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ولاء الموالاة اما أن يعتبر بالاسلام من حيث أنه يترتب عليه عادة أو بولاء العتاقة فان اعتبر بالاسلام فالولد الصغير يتبع أمه في الاسلام فكذا في هذا الولاة وان اعتبر بولاء العتاقة فالولد يتبع أمه فيه إذا لم يكن له ولاء من جانب أبيه وهذا لانه يتمحض منفعة في حق هذا الولد لانه مادام حيا فمولاه يقوم بنصرته وبعقل جنايته وإذا بلغ قبل أن يعقل جنايته كان له أن يتحول عنه ان شاء فعرفنا أنه منفعة محضة في حقه فيصح من الام كقبول الهبة والصدقة بخلاف عقد الكتابة فان فيه الزام الدين في ذمته ولا يتمحض منفعة في حقه وإذا أسلم حربى أو ذمى على يدي

رجل ووالاه ثم أسلم ابنه على يدى آخر ووالاه كان كل واحد منهما مولى الذى والاه ولا يجر بعضهم ولاء بعض وليس هذا كالعتاق وأشار إلى الفرق ولا فرق في الحقيقة لان كل واحد منهما مقصود في سبب الولاة وهو العقد ولو كان مقصودا في سبب ولاء العتق أيضا لم يجر أحدهما ولاء الآخر وانما مراده من الفرق ان الولد الكبير لما أسلم على يدى الثاني لا يصير مولى لموالى أبيه لان هناك سبب الولاة العقد لا الاسلام وهو أصل في العقد يتمكن من مباشرته بنفسه فلهذا لا يجعل فيه تبعا لآبيه حربى أسلم ووالى مسلما في دار الحرب أو في دار الاسلام فهو مولاه لان سببه هو العقد الذى جرى بين المسلمين والعقد بين المسلمين صحيح سواء كان في دار الحرب أو كان أحدهما في دار الحرب والآخى في دار الاسلام كعقد النكاح وهذا لان المقصود التناصر والمسلم يقوم بنصرته حيث يكون أو يعتبر ولاء الموالاة بولاء العتق ولو أن مسلما في دار الاسلام أعتق عبدا مسلما له في دار الحرب كان مولى له فكذلك في الموالاة فان سبب ابنه فاعتق لم يجر ولاء الاب لان الوالد لا يتبع ولده في الولاة فان الولاة كالنسب والوالد لا ينسب إلى ولده لانه فرعه والأصل لا ينسب إلى الفرع فلهذا لا يجر الابن ولاء الاب وان سبب أبوه فاعتق جر ولاءه لما بينا ان ولاء الموالاة لا يظهر في مقابلة ولاء العتق فكان الابن بعد عتق الاب بمنزلة من لا ولاء له فيجر الاب ولاءه بخلاف ما إذا أسلم الاب ووالى رجلا لان ولاء الابن هنا مساو لولاء الاب فيظهر في مقابله فيكون كل واحد منهما مولى لمولاه ولو كان ابن ابنه لم يسب ولكنه أسلم على يدى رجل ووالاه ثم سبب الجد فاعتق لم يجر ولاء نافلته لما بينا ان الجد لا يجر الولاة الا أن يجر ولاء ابنه فان تحقق ذلك فحينئذ يجر ولاء ابنه وانما يتصور جره ولاء ابنه فيما إذا سبب أبوه فاشتراه هذا الجد حتى عتق عليه فيصير ابنه مولى لمواليه وينجر إليه ولاء النافلة بهذه الوساطة فأما إذا أعتق الابن غيره فالجد لا يجر ولاءه لكونه مقصودا بالعتق ولا يجر ولاء ولده أيضا (قال) وموالاة الصبى باطلة يعنى إذا أسلم على يدى صبى ووالاه لان بالعقد يلتزم نصرته في الحال والصبى ليس من أهل النصره ولهذا لا يدخل في العاقلة وهو ليس من أهل الالتزام بخلاف ما إذا أسلم على يدى امرأة ووالاها لان المرأة من أهل الالتزام بالعقد ومن أهل اكتساب سبب الولاة بالعتق فكذلك بالعقد وان والى رجل عبدا لم تجزه الا ان يكون باذن المولى فحينئذ يكون مولى له لانه عقد التزام النصره والعبد لا يملكه بنفسه بدون

اذن مولاه فان كان باذنه فحينئذ يكون عقده كعقد مولاه فيكون الولاة للمولى كما إذا أعتق عبدا من كسبه باذن مولاه وهذا لان المقصود به النصره والميراث بعد الموت ونصره العبد لمولاه وهو ليس بأهل للملك بالارث ولهذا يجعل المولى خلفا عنه فيما هو من حكم هذا العقد وان والى صبيا باذن أبيه أو وصيه يجوز لان عبارة الصبى إذا كان يعقل معتبرة في العقود والتزامه بالعقد باذن وليه صحيح فيما لا يكون محض مضرة كالبيع والشراء ونحوه لان الولى يملك عليه هذا العقد فانه لو قبل الولاة لولده على انسان كان صحيحا فكذلك يملكه الولد باذن أبيه ثم يكون مولى للصبى لانه أهل للولاء بنفسه إذا صح سببه ألا ترى أنه إذا ورث قريبه يعتق عليه ويكون مولى له فكذا حكم ولاء الموالاة بخلاف العبد ولو أسلم على يدى

مكاتب ووالاه كان جائزا لان المكاتب من أهل الالتزام بالعقد ومن أهل مباشرة سبب الولاء ألا ترى أنه يكاتب عبده فيكون صحيحا منه وإذا أدى مكاتبته فعتق قبل أدائه كان مولى لمولاه فكذا هنا يكون مولى لمولاه لانه مع الرق ليس بأهل لموجب الولاء وهو الارث فيخلفه مولاه فيه ولو والى ذمي مسلما أو ذميا جاز وهو مولاه وان أسلم الاسفل لان الذمي من أهل الالتزام بالعقد ومن أهل اكتساب سبب الولاء كالمسلم وإذا صح العقد فاسلام الاسفل لا يزيد الا وكادة ويبقى مولى له بعد اسلامه حتى يتحول إلى غيره ولو أسلم رجل من نصارى العرب على يدى رجل من غير قبيلته ووالاه لم يكن مولاه ولكن ينسب إلى عشيرته وأصله هم يعقلون عنه ويرثونه وكذلك المرأة لما بينا ان النسب في حق العرب معتبر وانه يضاهاى ولاء العتق ومن كان عليه ولاء العتق لم يصح منه عقد الموالة مع أحد فكذلك من كان له نسب من العرب لا يصح منه عقد الموالة مع أحد وهذا بخلاف ولاء العتق فان من ثبت عليه الرق من نصارى العرب إذا أعتق كان مولى لمعتقه لان ولاء العتق قوى كالنسب في حق العرب أو أقوى منه فيظهر مع وجوده ويتقرر حكمه بتقرر سببه فأما ولاء الموالة ضعيف لا يتقرر سببه مع وجود النسب في حق العربي والحكم يبنى على السبب ذمى أسلم ولم يوال أحد ثم أسلم آخر على يديه ووالاه فهو مولاه لانه من أهل الالتزام بالعقد ومن أهل المقصود بالولاء وان لم يكن لاحد عليه ولاء وان أسلم ذمى على يد حربى فانه لا يكون مولاه وان أسلم الحربى بعد ذلك وهذا ظاهر لانه لو أسلم على يدى مسلم لم يكن مولى له ولكن فائدة هذه المسألة بيان أن الحربى الذى يعرض الاسلام على غيره

[97]

ويلقنه لا يصير مسلما بذلك ألا ترى أنه قال وان أسلم الحربى بعد ذلك لم يكن مولاه وهذا لان من يلحق غيره شيئا لا يكون مباشرا لذلك الشيء بنفسه كالذى يلحق غيره طلاق امرأته وعتق عبده (قال) رجل والى رجلا فله أن يتحول عنه ما لم يعقل عنه ولكن انما ينتقض العقد بحضرته لان العقد تم بهما ومثل هذا العقد لا يفسخه أحدهما الا بمحضر من صاحبه كعقد الشركة والمضاربة والوكالة وهذا لان تمكن كل أحد منهما من الفسخ باعتبار أن العقد غير لازم بنفسه لا باعتبار أنه غير منعقد بنفسه ففي فسخ أحدهما الزام الآخر حكم الفسخ في عقد كان منعقدا في حقه فلا يكون الا بمحضر منه لما عليه من الضرر لو ثبت حكم الفسخ في حقه قبل علمه وهو نظير الخطاب بالشرعيات فانه لا يظهر حكم الخطاب في حق المخاطب ما لم يعلم به لدفع الضرر عنه وكذلك لو ان الاعلى تبرأ من ولاء الاسفل صح ذلك إذا كان بمحضر منه لان العقد غير لازم من الجانبين ولكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه بغير رضا صاحبه بعد أن يكون بمحضر منه وان والى الاسفل رجلا آخر كان ذلك نقضا للعقد مع الاول وان لم يكن بمحضر منه لان انتقاض العقد في حق الاول هنا يثبت حكما لصحة العقد مع الثاني وفي العقد مع الثاني لا يشترط حضرة الاول فكذلك فيما يثبت حكما له بخلاف الفسخ مقصودا وهو نظير عزل الوكيل حال غيبته لا يصح مقصودا ويصح حكما لعتق العبد الذى وكله ببيعه (فان قيل) فلماذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبا فسخ العقد الاول ولو والاهما جملة صح (قلنا) لان الولاء كالنسب مادام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول ثم ولاء الموالة بعد صحته معتبر بولاء العتق حتى إذا أعتق الاسفل عبدا ووالاه رجل فولاء معتقه وولاه للاعلى الذى هو مولاه ولو مات الاعلى ثم مات

الاسفل فانما يرثه الذكور من أولاد الاعلى دون الاناث على نحو ما بيناه
في ولاء العتق والله أعلم بالصواب (باب بيع الولاء) (قال) ذكر عن ابن عمر
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنهما قال الولاء لحمه
كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب وبهذا تأخذ دون ما روى عن سليمان بن
يسار أنه كان

[98]

مولى لميمونة بنت الحارث فوهبت ولاءه لابن العباس وهذا لان الهبة عقد
تمليك فيستدعي شيئاً مملوكاً يضاف إليه عقد الهبة ليصح التمليك فيه
وليس للمعتق على معتقه شيء مملوك وعلى هذا لو تصدق بولاء العتاقة أو
أوصى به لانسان فهو باطل وكذلك لو باع ولاء العتاقة فهو باطل لما قلنا
ولان البيع يستدعي مالا متقوماً والولاء ليس بمال متقوم وقد بينا في أول
الكتاب أو الولاء نفسه لا يورث انما يورث به كالنسب والارث قد ثبت فيما
لا يحتمل البيع والهبة كالقصاص فإذا كان لا يورث فلان لا يتحقق فيه البيع
والهبة والصدقة كان أولى وولاء الموالاة قياس ولاء العتق لا يجوز بيعه من
أحد ولا هبته لما قلنا بل أولى لان ولاء الموالاة يعتمد التراضي والاسفل
غير راض بان يكون ولاؤه لغير من عاقده وولاء العتق لا يعتمد التراضي
فإذا لم يصح التحويل هناك فهنا أولى وان كان الذى أسلم ووالى هو الذى
باع ولاءه من آخر أو وهبه كان ذلك نقضاً للولاء الاول وموالاة مع هذا الثاني
ان لم يكن عقل عنه الاول لان قصده بتصرفه ان يكون ولاؤه للثاني فيجب
تحصيل مقصوده بطريق الامكان ألا ترى أنه لو عقد مع الثاني بغير محضر
من الاول كان ذلك نقضاً منه للولاء الاول بخلاف الاعلى فانه لا يملك نقض
ولائه بغير محضر منه بحال ولكن بيع الاسفل من الثاني باطل حتى يرد
عليه ما قبض من الثاني من الثمن لان البيع لا ينعقد الا على مال متقوم
والولاء ليس بمال فلا ينعقد به البيع مضافاً إليه كالميتة والدم وإذا لم
ينعقد البيع لا يملك البدل بالقبض فلا ينفذ عتقه فيه والله أعلم بالصواب
(باب عتق الرجل عبده عن غيره) (قال) ذكر في الاصل حديث هشام بن
عروة عن ابيه عن عائشة رضى الله عنها أن بريرة اتتها تسألها في
مكاتبتها فقالت لها اشترىك فاعتقك وأوفى عنك أهلك فذكرت ذلك لهم
فقالوا الا أن نشترط الولاء لنا فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال اشترىها وأعتقها فانما الولاء لمن أعتق فاشترتها فأعتقتها
وقام رسول الله صلى الله عليه وسلم خطيباً فقال ما بال أقوام
يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى كل شرط ليس في كتاب
الله تعالى فهو باطل كتاب الله أحق بشرط الله أوثق ما بال أقوام يقولون
اعتق يا فلان والولاء لى انما الولاء لمن أعتق ثم قال هذا وهم من هشام
بن عروة ولا يأمر

[99]

النبى صلى الله عليه وسلم بباطل ولا يغرور وهو شاذ من الحديث لا يكاد
يصح انما القدر الذى صح ما ذكره ابراهيم رحمه الله تعالى لما ذكرت ذلك
لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها الولاء لمن أعتق وهو بيان للحكم
الذى بعث لاجله رسول الله صلى الله عليه وسلم فأما ما زاد عليه هشام

فهو وهم لان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يأمر بالعقد الفاسد والشراء بهذا الشرط فاسد واستدل بحديث الزهري أن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه اشترى من امرأته الثقفية جارية وشرط لها أنها لها بالثمن إذا استغنى عنها فسأل عمر رضى الله عنه عن ذلك فقال أكره أن أطاها ولاحد فيها شرط فكان عمر رضى الله عنه أوثق وأعلم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم من غيره وفى البيع مع الشرط اختلاف بين العلماء نذكره فى كتاب البيوع وفائدة هذا الحديث أن بيع المكاتبه برضاها يجوز وأن الولاء يثبت لمن حصل العتق على ملكه لا لمن شرطه لنفسه بدون ملك المحل فانه قال الولاء لمن أعتق ولاجله روى الحديث فى هذا الكتاب وإذا أعتق الرجل عن حي أو ميت قريب أو أجنبي بأذنه أو بغير اذنه فالعتق جائز عن المعتق والولاء له دون المعتق عنه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أما إذا كان بغير اذنه فهو قول الكل لانه ليس لاحد ولاية ادخال الشئ فى ملك غيره بغير رضاه سواء كان قريبا أو أجنبيا حيا أو ميتا فانما ينفذ العتق على ملك المعتق فيكون الولاء له وهذا بخلاف ما إذا تصدق الوارث عن مورثه فان ذلك يجزيه لان نفوذ الصدقة لا يستدعى ملك من تكون الصدقة عنه لا محالة ولانه بالتصدق عنه يكتسب له الثواب ولا يلزمه شيئا وبالعتق عنه يلزمه الولاء وليس للوارث أن يلزم مورثه الولاء بعد موته بغير رضاه فأما إذا كان بأذنه فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى كذلك لان التملك من المعتق عنه بغير عوض لا يحصل الا بالقبض ولم يوجد وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى يكون الولاء للمعتق عنه وقد بينا فى باب الظاهر من كتاب الطلاق وكذلك إذا قال الرجل أعتق عبدك على ألف درهم أضمنها لك ففعل لم يكن العتق عن الأمر بخلاف ما لو قال أعتق عبدك عنى على ألف لان هناك التملك يندرج فيه وذلك يستقيم إذا كان فى لفظه ما يدل عليه وهو قوله أعتقه عنى فأما هنا فليس فى لفظه ما يدل على التماس التملك منه فلا يندرج فيه التملك وبدونه يكون العتق عن المعتق دون الأمر وليس على الأمر من المال شئ لانه ضمن ما ليس بواجب

[100]

على أحد ولانه التزام له مالا بانتفاعه بملك نفسه وتحصيله والولاء لنفسه وهذا باطل قد بيناه فى كتاب العتاق وان كان أدى المال رجع عنه لانه أدى بطريق الرشوة ولو أن امرأة تزوجها رجلا على أن يعتق اباها ففعل فالولاء للزوج ولها مهر مثلها بخلاف ما إذا تزوجها على أن يعتق اباها عنها فان التملك منها يندرج هناك فيتقرر فيها رقبة الاب صداقا لها وهنا لا يندرج التملك حين لم يكن فى اللفظ عليه دليل فيبقى النكاح بغير تسمية المهر فلها مهر مثلها (قال) وكذلك الخلع يعنى أن تختلع من زوجها على أن تعتق أباه فالعتق عنها والاب مولى لها لانه عتق على ملكها ولم يبين أن الزوج هل يرجع عليها بشئ فمن أصحابنا من يقول يرجع عليها بما ساق إليها لانه شرط عليها منفعة الولاء لنفسه ولم ينل والاصح أنه لا يرجع عليها بشئ لان الولاء ليس بمال متقوم ولو خلعها على خمر لم يرجع عليها فهذا مثله ولو قال أعتق عبدك عنى على ألف درهم ففعل فهو حر على الآخر والمال لازم له والولاء له وفى هذا خلاف زفر رحمه الله تعالى وقد بيناه فى باب الظهار وكذلك ان كان الأمر بذلك امرأة العبد فسد النكاح لانها قد ملكت الرقبة وذكر حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله تعالى عنها أنها حلفت أن لا تكلم عبد الله بن الزبير رضى الله تعالى عنه فشفع عليها حتى كلمته فأعتق عنها ابن الزبير رضى الله تعالى عنه خمسين رقبة

في كفارة يمينها وبهذا استدل أبو يوسف رحمه الله تعالى فان البدل ليس
بمذكور في الحديث ولكننا نقول كما لم يذكر البدل في الحديث فلم يذكر
أنها امرأته بذلك وبالاتفاق بدون الامر لا يكون العتق عن المعتق عنه فانما
يحمل هذا على أنها كفرت يمينها وابن الزبير رحمه الله تعالى انما أعتق
شكرا لله تعالى حيث كلمته وذكر عن عائشة رضی الله تعالى عنها انها
أعتقت عن عبد الرحمن ابن أبي بكر رضی الله تعالى عنهم عبدا من تلامذه
بعد موته وانما يحمل هذا على ان عبد الرحمن رحمه الله تعالى كان أوصى
بعقوبهم وجعل إليها ذلك والله أعلم بالصواب (باب الشهادة في الولاة)
(قال) رضی الله عنه رجل مات وترك مالا ولا وارث له فادعى رجل انه
وارثه بالولاء فشهد له شاهدان ان الميت مولاه ووارثه لا وارث له غيره لم
تجز الشهادة حتى يفسر الولاة لان اسم المولى مشترك قد يكون بمعنى
الناصر قال الله تعالى ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا

[101]

وأن الكافرين لا مولى لهم وقد يكون بمعنى ابن العم قال الله تعالى واني
خفت الموالى من ورائي وقد يكون بالعتق وقد يكون بالموالاة فما لم
يفسروا لم يتمكن القاضي من القضاء بشئ وكذا لو شهدا أن الميت مولى
هذا مولى عتاقة لان اسم مولى العتاقة يتناول الاعلى ويتناول الاسفل فلا
يدري القاضي بأى الامرين يقضى وأيهما كان أعتق صاحبه (فان قيل) هذا
الاحتمال يزول بقولهما ووارثه فان الاسفل لا يرث من الاعلى وانما يرث
الاعلى من الاسفل (قلنا) بهذا لا يزول الاحتمال فمن الناس من يرى
توريث الاسفل من الاعلى وهو باطل عندنا ولعل الشاهدين اعتقدا ذلك
وقصدا به التلبس على القاضي يعلمهما انهما لو فسرا لم يقض القاضي
له بالميراث ثم قد يكون مولى عتاقة له باعتراف منه وباعتراف من ابيه أو
بعض أقاربه وبين الناس كلام في الارث يمثل هذا الولاة يختص به العصبية
أم يكون بين جميع الورثة فلهذا لا يقضى بشهادتهما ما لم يفسرا فان
شهدا ان هذا الحى أعتق هذا الميت وهو يملكه وهو وارثه لا يعلمون له
وارثا سواء جازت الشهادة لانهم فسروا ما شهدوا به على وجه لم يبق فيه
تهمة التلبس ويستوى في هذا الشهادة على الشهادة وشهادة الرجال مع
النساء لانهم يشهدون بسبب استحقاق المال فهو بمنزلة شهادتهم على
النسب وان لم يشهدوا أنه وارثه لم يرث منه شيئا لان استحقاق الارث
بولاء العتاقة مقيد بشرط وهو أن لا يكون للميت عصبية نسبا ولا يثبت ذلك
الشرط الا بشهادتهم وقولهم لا نعلم له وارثا غيره ليس بشهادة انما
الشهادة على ما يعلمون وكما انهم لا يعلمون فالقاضي لا يعلم فعرفنا أن
هذا ليس هو المشهود به فلا بد من أن يشهدوا أنه وارثه وكذلك ان شهدوا
على عتق كان من ابيه وفسروا على وجه يثبت وراثته منه فان قالوا لم
ندرك اياه هذا المعتق ولكننا قد علمنا هذا لم نجز شهادتهما على هذا اما
على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فلانهما لا يجوز ان
الشهادة على الولاة بالتسامع وأما أبو يوسف رحمه الله تعالى يجوز ذلك
ولكن إذا أطلقا الشهادة عند القاضي فاما إذا بينا انهما لم يدركا وانما
يشهدان بالتسامع فالقاضي لا يقبل ذلك وبيان هذا في كتاب الشهادات
ولو أقام المدعى شاهدين أنه أعتق أم هذا الميت وانها ولدته بعد ذلك بمدة
من عبد فلان وان اياه مات عبدا أو ماتت أمه ثم مات وهو وارثه فقد فسروا
الامر على وجهه فان القاضي يقضى له بالميراث (قال) فان أقام رجل
البينة أنه كان أعتق اياه قبل أن يموت وهو يملكه وانه وارثه فانه يقضى له
بالميراث لانه اثبت

سبب جر الولاء إليه وهو عتق الاب فتبين أن القاضى خطأ في قضائه بالميراث لموالى الام وكذلك هذا في ولاء الموالاة إذا أثبت الثاني خطأ القاضى في القضاء به للاول فانه يبطل ما قضى به ويكون الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم أو بالمعينة ولو ادعى رجلان ولاء ميت بالعتق وأقام كل واحد منهما البينة جعلت ميراثه بينهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق ولانه لا يبعد ارث رجلين بالولاء من واحد كما لو أعتقا عبدا بينهما والبيات حجج فيجب العمل بها بحسب الامكان فان وقتت كل واحدة من البينتين وقتا وكان احدهما سابقا فهو أولى لانه أثبت الولاء لنفسه في وقت لا ينازعه الغير فيه فهو كالنسب إذا أقام رجلان البينة عليه واحدهما أسبق تاريخا ولانه بعدما ثبت العتق من الاول في الوقت الذى أرخ شهوده لا يتصور ملك الثاني فيه حتى يعتقه فتبين بشهادة الذين أرخوا تاريخا سابقا بطلان شهادة الفريق الثاني وان كان ذلك في ولاء الموالاة فصاحب العقد الآخر أولى لانه بعد عقد الموالاة مع الاول يتحقق منه العقد مع الثاني ويكون ذلك نقضا للولاء الاول فشهود الآخر أثبتوا بشهادتهم ما يفسخ الولاء الاول فالقضاء بشهادتهم أولى الا أن يشهد شهود صاحب الوقت الاول انه كان عقل عنه فحينئذ قد تأكد ولاؤه ولا ينتقض بالعقد مع الآخر بل يبطل الثاني ويبقى الاول بحاله فلهذا كان الاول أولى وان أقام رجل البينة أنه أعتقه وهو يملكه وقضى له القاضى بولائه وميراثه ثم أقام آخر البينة على مثل ذلك لم يقبل القاضى ذلك كما في النسب إذا ترجح أحد المدعين بتقدم القضاء من القاضى بينته لم تقبل البينة من الآخر بعد ذلك وهذا لان القاضى يعلم كذب أحد الفريقين وقد تأكدت شهادة الفريق الاول بانضمام القضاء إليها فانما يحال بالكذب على شهادة الفريق الثاني الا أن يشهدوا أنه كان اشتراه من الاول قبل أن يعتقه ثم أعتقه وهو يملكه فحينئذ يقضى القاضى له بالميراث ويبطل قضاؤه للاول لانهم أثبتوا سبب كونه مخطئا في القضاء الاول وهو أن الاول لم يكن مالكا حين أعتقه لان الثاني كان اشتراه منه قبل ذلك رجل مات وأدعى رجل ان أباه أعتقه وهو يملكه وأنه لا وراث لابيه ولا لهذا الميت غيره وجاء بابنى أخيه فشهدا على ذلك قال لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لجدهما على ما بينا ان الولاء للمعتق والارث به كان للمعتق بطريق العصوبة على ان يخلفه في ذلك أقرب عصبته وشهادة النافلة للجد لا تقبل وكذلك شهادة ابني المعتق بذلك لا تجوز لانهما يشهدان لابيها وإذا

ادعى رجل ولاء رجل وأقام البينة انه أعتقه وهو يملكه وأقام الآخر البينة ان هذا حر الاصل أسلم على يديه ووالاه والاعلام يدعى انه حر الاصل يقضى به للذى والاه دون الذى أعتقه لان حرية الاصل تثبت له بالبينة وحرية الاصل لا ناقص لها فبعد ثبوتها تندفع بينة العتق ضرورة لان العتق يبنى على الملك وقد انتفى الملك بثبوت حرية الاصل ولهذا قضى بولائه للذى والاه وكذلك لو كان ميتا عن تركة لان إحدى البينتين تقوم على رقه والاخرى على حرته فالمثبت للحرية أولى ولان صاحب الموالاة أثبت بينته أنه عاقده عقد الولاء وذلك اقرار منه بأنه حر ولا ولاء عليه فتبوت هذا

الاقرار بالبينة كثبوتها بالمعينة أن لو كان حيا أو ادعى ذلك فإن كان حيا فأقر أنه مولى عنافة لهذا أجزت بينة العتاقة وكان هذا نقضا من الغلام للموالة لو كان والى هذا الآخر لأن العبد مكذب للذين شهدوا بحريته في الاصل ومدعى الموالة خرج من أن يكون خصما في اثبات ذلك لأن العبد باقراره بولاء العتاقة على نفسه يصير نافضا لولاء الموالة لما بينهما من المنافاة وهو متمكن من نقض ولائه ما لم يعقل عنه فإذا لم يبق خصم يدعى حرية الاصل له صح اقراره بالملك وولاء العتاقة ومن أصحابنا من يقول هذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لأن من أصله أن البينة على حرية العبد لا تقبل من غير الدعوى وعندهما تقبل فيثبت له حرية الاصل بحجة حكمية وذلك لا يحتمل النقص باقراره فينبغي أن لا يثبت عليه ولاء العتاقة عندهما والاصح ان هذا قولهم جميعا لأن بينة العتاقة تعارض بينة حرية الاصل فيما لاجله تقبل البينة عندهما وهو اثبات حقوق الشرع عليه ثم تترجح بخصم يدعيها أو لما انتفى ولاء الموالة فهذا حر لا ولاء عليه وقد أقر بأنه مولى هذا الذي يدعى ولاء العتق عليه فيكون اقراره صحيحا لأنه يقر بما هو من خالص حقه كما لو أقر بالنسب لإنسان ولا نسب له رجل مات عن بنين وبنات فادعى رجل أن أباه أعتقه وهو يملكه وشهد ابنا الميت على ذلك وادعى آخر أن أباه أعتقه فأقرت بذلك بنت الميت فالأقرار باطل والشهادة جائزة لأن الابنين يشهدان على أبيهما بالولاء ولا تهمة في شهادة الولد على والده ثم الاقرار لا يعارض البينة لأن الاقرار لا يعدو المقر والشهادة حجة في حق الناس كافة فلا بد من أن يقضى القاضي بأن الميت معتق أب المدعى ومن ضرورة هذا القضاء تكذيب الابنة فيما أقرت به فسقط اعتبار اقرارها وهو بمنزلة ما لو مات عن ألف درهم وابنين وابنة وادعى رجل دينا ألف درهم على الميت وشهد له ابنا الميت وادعى آخر دينا

[104]

ألف درهم وأقرت ابنة الميت بذلك فإنه لا يلتفت إلى اقرارها ويجعل المال كله للذي أثبت دينه بالبينة ولو شهد للآخر ابن له وابنتان ولم يوقتوا وقتا كان الولاء بينهما نصفين للمساواة بين الحجتين فإن شهادة النساء مع الرجال في الولاء مثل شهادة الرجال ولا ترجيح من حيث التاريخ في إحدى البينتين فلهذا كان الولاء بينهما نصفين ولو جاء رجل من الموالى فادعى على عربي أنه مولاه وإن أباه أعتق أباه وجاء باخويه لابيه يشهدان بذلك والعربي ينكره لم تقبل شهادتهما لأن في الحقيقة هذا منهم دعوى فإن المدعى مع اخويه في هذا الولاء سواء لانهما يشهدان لبيهما مالا فإن الولاء كالنسب تتحقق الدعوى فيه من الجانبين فإذا كان العربي منكرا كان المدعى هو الابن الذي يدعى الولاء بطريق الخلافة عن أبيه فيجعل كان الاب حتى يدعيه وشهادة الابنين لبيهما فيما يدعيه لا تكون مقبولة وإن ادعى العربي ذلك وأنكره المولى جازت الشهادة لأن انكار الابن كانكار أبيه لو كان حيا فانهما يشهدان على أبيهما بالولاء للعربي ولا تهمة في هذه الشهادة وإن ادعى رجل ولاء رجل فجاء بشاهدين فشهد احدهما أن أباه أعتقه في مرضه ولا وارث له غيره وشهد الآخر أن أباه أعتقه عن دبر موته وهو يملكه فالشهادة باطلة لا اختلافهما في المشهود به لفظا ومعنى فإن التدبير غير العتق المنجز في المرض ومثل هذا لو شهد أحدهما أن أباه قد علق عتقه بدخول الدار وقد دخل والآخر أنه قد علق عتقه بكلام فلان وقد فعل أو شهد أحدهما أن أباه كاتبه واستوفى البذل والآخر أنه أعتقه بمال فإن الكتابة غير العتق بمال ألا ترى أنه يملك الكتابة من لا يملك العتق فكان هذا اختلافا في المشهود به لفظا ومعنى بخلاف ما لو اختلفا في الزمان

والمكان حيث تقبل شهادتهما لان العتق قول ولا يختلف باختلاف الزمان
والمكان إذ القول يعاد ويكرر ويكون الثاني هو الاول ولو مات رجل فأخذ
رجل ماله وادعى أنه وارثه لم يؤخذ منه لانه لا منازع له في ذلك وخبر
المخبر محمول على الصدق في حقه إذا لم يكن هناك من يعارضه ولان
المال في يده في الحال وهو يزعم أنه ملكه فالقول قوله في ذلك فان
خاصمه فيه انسان سألته البينة لانه يدعى استحقاق اليد عليه في هذا
المال ولا يثبت الاستحقاق الا ببينة فما لم تقم البينة على سبب استحقاقه
لا يؤخذ المال من يد ذي اليد فان ادعى رجل أنه أعتق الميت وهو يملكه
وأنه لا وارث له غيره وأقام الذي في يديه المال البينة على مثل ذلك
قضيت بالولاء والميراث بينهما نصفين لان المقصود بهذه البينة اثبات
السبب وهو الولاء

[105]

وانما قامت بينة كل واحد منهما على الميت وقد استوت البينتان في ذلك
فيقضى بينهما بالولاء ثم استحقاق المال يترتب على ذلك (فان قيل لا
كذلك بل المقصود اثبات استحقاق المال واحدهما فيها صاحب اليد والآخر
خارج فاما ان يجعل هذا كبينة ذي اليد والخارج على الملك المطلق فيقضى
للخارج أو يجعل كما لو ادعى تلقى الملك من واحد وأقاما البينة فتكون بينة
ذو اليد أولى (قلنا لا كذلك بل الولاء حق مقصود يستقيم اثباته بالبينة وان
لم يكن هناك مال وانما ينظر إلى اقامتهما البينة على الولاء أولا وهما في
ذلك سواء ثم استحقاق الميراث ينبنى على ذلك وليس هذا نظير ما لو ادعى
تلقى الملك من واحد بالشراء لان السبب هناك غير مقصود حتى لا يمكن
اثباته بدون الحكم وهو الملك ولان السبب هناك يتأكد بالقبض فذو اليد
يثبت شراء متأكدا بالقبض فلهذا كانت بينته أولى وهنا الولاء متأكد بنفسه
ولا تأثير لليد على المال في تأكيد السبب فلهذا قضى بينهما فان أقام
مسلم شاهدين مسلمين انه أعتقه وهو يملكه وأنه مات وهو مسلم لا وارث
له غيره وأقام ذو اليد الذمي شاهدين مسلمين أنه أعتقه وهو يملكه وأنه
مات كافرا لا وارث له غيره فللمسلم نصف الميراث ونصف الميراث لاقرب
الناس إلى الذمي من المسلمين فان لم يكن له منهم قرابة جعلته لبيت
المال لما بينا أن المقصود اثبات الولاء وقد استوت الحجتان في ذلك فان
شهود الذمي مسلمون وهو حجة على المسلم كشهود المسلم فيثبت
الولاء بينهما نصفين ثم احدى البينتين توجب كفره عند الموت والآخرى
توجب اسلامه عند الموت والذي يثبت اسلامه أولى وإذا ثبت أنه مات
مسلماً فالمسلم يرثه المسلم دون الكافر ولكن الارث بحسب السبب
وللمسلم نصف ولاية فلا يرث به الا نصف الميراث ونصف الولاء للذمي
وهو ليس بأهل أن يرثه فيجعل كالميت ويكون هذا النصف لاقرب عصبة له
من المسلمين فإذا لم يوجد ذلك فهو لبيت المال بمنزلة ما لو مات الذمي
ولا وارث له فالولاء في هذا مخالف للنسب فان النسب لا يتجزى بحال
فيتكامل السبب في حق كل واحد منهما فإذا لم يكن احدهما ممن يرثه
فللآخر جميع المال لتكامل السبب في حقه فاما الولاء يحتمل التجزى حتى
لو أعتق رجلان عبدا كان لكل واحد منهما نصف ولأنه فلهذا لا يرث المسلم
الا نصف الميراث فان كان شهود الذمي نصارى لم تجز شهادتهم على
المسلم لان اسلام الميت يثبت بشهادة الشهود المسلمين والحجة في
الولاء تقوم عليه وشهادة النصارى ليست بحجة عليه ولان المسلم اثبت

دعواه بما هو حجة على خصمه والذمي اثبت دعواه بما ليس بحجة على خصمه فلا تتحقق المعارضة بينهما ولكن يقضي بولائه للمسلم وبجميع الميراث له فان وقت كل واحدة من البينتين وقتا في العتق وهو حي والشهود كلهم مسلمون فصاحب الوقت الاول أحق لان صاحب الوقت الاول اثبت عتقه من حين أرخ شهوده فلا تصور للعتق من الآخر بعد ذلك ومنى كانت احد البينتين طاعنة في الاخرى دافعة لها فالعمل بها أولى ذمى في يديه عبد أعتقه فأقام مسلم شاهدين مسلمين أنه عبده وأقام الذمي شاهدين مسلمين أنه أعتقه وهو يملكه أمضيت العتق والولاء للذمي لان في بينته اثبات العتق وفي بينة المسلم اثبات الملك وكل واحد منهما حجة على الخصم فيترجح بينة العتق كما لو كان كل واحد من المدعين مسلما وإذا كان شهود الذمي كفارا قضيت به للمسلم لان بينته في اثبات الملك حجة على خصمه وبينة الذمي في اثبات العتق ليس بحجة على خصمه فكأنها لم تقم في حقه وان كان المسلم أقام شاهدين مسلمين انه عبده دبره أو كانت جارية وأقام البينة انه استولدها وأقام الذمي شاهدين مسلمين على الملك والعتق فبينة الذمي أولى لان المسلم يثبت بينته حق العتق والذمي حقيقة العتق وحق العتق لا يعارض حقيقة العتق ولو قبلنا بينة المسلم وطأها بالملك بعد ما قامت البينة على حريتها وذلك قبيح ولهذا كانت بينة الذمي أولى ولو كانت أمة في يدى ذمى قد ولدت له ولدا فادعى رجل أنها أمته غصبها هذا منه وأقام البينة على ذلك وأقام ذو اليد البينة أنها أمته ولدت هذا منه في ملكه قضيت بها وبولدها للمدعى لان بينته طاعنة في بينة ذى اليد دافعة لها فانهم انما شهدوا بالملك لذى اليد باعتبار يده إذ لا طريق لمعرفة الملك حقيقة سوى اليد وقد أثبتت بينة المدعى أن يده كانت يد غصب من جهته لا يد ملك فلهذا كانت بينة المدعى أولى وإذا قضى بالملك للمدعى قضى له بالولد أيضا لانه جزء منها وولادتها في يدى الآخر بعد ما ثبت أنه ليس بمالك لها لا بوجوب أمية الولد لها وكذلك لو ادعى المدعى أنها أمته أجرها من ذى اليد أو أعارها منه أو وهبها منه وسلمها إليه لان بهذه الاسباب يثبت أن وصولها إلى يده كان من جهته وان يده فيها ليست يد ملك فهذا وفصل الغصب سواء ولو كان المدعى أقام البينة أنها أمته ولدت في ملكه قضيت بها لذى اليد لانه ليس في بينة المدعى هنا ما يدفع بينة ذى اليد لان ولادتها في ملكه لا ينفي ملك ذى اليد بعد ذلك فيبقى الترجيح لذى اليد من حيث أنه يثبت الحرية للولد وحق أمية

الولد لها وكذلك لو ادعى ذو اليد أنها أمته أعتقها وأقام المدعى البينة أنها أمته ولدت في ملكه فبينة المعتق أولى لان فيها اثبات حريتها ولا يجوز أن توطأ بالملك بعدما قامت البينة على حريتها ولو شهد شهود كل واحد منهما مع ذلك بالغصب على الآخر كان شهود العتق أيضا أولى لان البينتين تعارضتا في أن كل واحدة منهما دافعة للاخرى طاعنة فيها وللمعارضة لا تندفع واحدة منهما بالاخرى ثم في بينة ذى اليد زيادة اثبات الحرية لها واستحقاق الولاء عليها وهذا لان الولاء أقوى من الملك لانه لا يحتمل النقص بعد ثبوته وإذا كان في إحدى البينتين اثبات حق قوى ليس ذلك في الاخرى تترجح هذه البينة والله أعلم بالصواب (باب ولاء المكاتب والصبى)

(قال) رضى الله تعالى عنه وإذا كاتب المسلم عبدا كافرا ثم ان المكاتب كاتب أمة مسلمة ثم ادى الاول فعتق فولأؤه لمولاه وان كان كافرا لان الولاء كالنسب ونسب الكافر قد يكون ثابتا من المسلم فكذلك يثبت الولاء للمسلم على الكافر إذا تقرر سببه ولان الولاء أثر من آثار الملك وأصل الملك يثبت للمسلم على الكافر فكذلك أثره ولكنه لا يرثه لكونه مخالفا له في الملة وشرط الارث الموافقة في الملة ولا يعقل عنه جنايته لان عقل الجناية باعتبار النصرة والمسلم لا ينصر الكافر فإذا أدت الامة فعتقت فولأؤها للمكاتب الكافر لانها عتقت من جهته على ملكه وهو من أهل أن يثبت الولاء له لكونه حرا وكما يثبت الملك للكافر على المسلم فكذلك الولاء أو يعتبر بالنسب ونسب المسلم قد يكون ثابتا من الكافر فان ماتت فميراثها للمولى المسلم وان جنت فعقل جنايتها على عاقلة المولى المسلم لان مولاه وهو المكاتب الكافر ليس من أهل أن يرثها ولا أن يعقل جنايتها فيجعل كالمت وعند الموت معتقه يقوم مقامه في ولاء معتقه في حكم الارث وعقل الجناية فهذا مثله (فان قيل) فأى فائدة في اثبات الولاء للمسلم على الكافر وللکافر على المسلم إذا كان لا يرثه ولا يعقل جنايته بعد ذلك (قلنا) أما فائدته النسبة إليها بالولاء كالنسب مع أن الكافر قد يسلم فيرثه ويعقل جنايته بعد ذلك وبعد الاسلام قد ظهرت من الوجه الذي قلنا أن المولى المسلم معتقه فيرثه ويعقل جنايتها عاقلته رجل باع مكاتبا فبيعه باطل لانه استحق نفسه بالكتابة وفي يوق عه ابطل هذا

[108]

الحق الثابت له وقد صار بمنزلة الحر يدا فلا يقدر المولى على تسليمه بحكم البيع ومالية رقبته صار كالتاوى لان حق المولى في بدل الكتابة دون مالية الرقبة فان أعتقه المشتري بعد القبض فقبضه باطل وهو مكاتب على حاله لانه مع بقاء الكتابة ليس بمحل للبيع كالحرة والبيع لا ينفذ بدون المحل والملك لا يثبت بالقبض إذا لم يكن العقد منعقدا فلهذا كان عتق المشتري باطلا وان قال المكاتب قد عجزت وكسر المكاتبه فباعه المولى فبيعه جائز لان المكاتب يملك فسخ الكتابة بأن يعجز نفسه فانما صادفه البيع من المولى وهو فن وكذلك لو باع المكاتب برضاه يجوز في ظاهر الرواية لما روينا من حديث بريرة ولانها قصدا تصحيح البيع ولا وجه لذلك الا بتقديم فسخ الكتابة فيتقدم فسخ الكتابة ليصح البيع وقد بينا ما في هذا الفصل من اختلاف الروايات فيما أمليناه من شرح الجامع رجل كاتب عبده على ألف وهي حالة فكاتب العبد أمة على الفين ثم وكل العبد مولاه بقبض الالفين منها على ان الفا منها قضاء له من مكاتبته ففعل فان ولاء الامة للمولى لان المولى وكيل عبده في قبض الالفين منها فعتق هي بالاداء إليه ثم المولى يقبض احدى الالفين لنفسه بعد ما يقبضه للمكاتب فتبين بهذا ان عتقها يسبق عتق المكاتب ولو أدت إلى المكاتب فعتقت قبل عتق المكاتب كان ولاؤها للمولى لان المكاتب ليس من أهل ان يثبت له الولاء فيخلفه مولاه في ذلك فهذا مثله ولانا نعلم ان المكاتب لم يعتق قبلها وما لم يعتق قبلها لا يكون هو أهلا لولائها وليس للعبد المأذون له أن يعتق وان أذن له مولاه فيه إذا كان عليه دين لان كسبه حق غرمانه وكما لا يكون للمولى أن يعتق كسبه إذا كان عليه دين فكذلك لا يكون له أن يأذن للعبد فيه أو ينيبه مناب نفسه وان فعل والدین على العبد يحبط (يحيط) بكسبه ورقبته ففي نفوذه اختلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله تعالى بناء على أن المولى هل يملك كسب العبد المديون وهي مسألة المأذون وان لم يكن عليه دين جاز ذلك منه باذن المولى لان المولى يملك مباشرة بنفسه

فان كسبه خالص ما كه (ملكه) فيملك ان ينيب العبد مناب نفسه وكذلك الكتابة فان كاتب عبدا باذن المولى ثم أعتقه مولاه ثم أدى المكاتب المكاتبه عتق وولاؤه للمولى دون العبد المعتق لان العبد كان نائبا عن المولى في عقد الكتابة كالوكيل الا ترى ان المولى هو الذى يقبض بدل الكتابة منه فانما عتق عند الاداء على ملك المولى ولهذا كان الولاء له وهذا بخلاف مكاتب المكاتب إذا أدى بعد ما أعتق الاول لان الثاني مكاتب من جهة الاول باعتبار حق الملك

[109]

الذى له في كسبه وقد انقلب ذلك بالعتق حقيقة ملك وكان حق قبض البديل له فانما عتق على ملك الاول فكان له وولاؤه وليس للعبد في كسبه ملك ولا حق وبعد عتقه يكون كسبه الذى اكتسبه في حالة الرق لمولاه وللصبي أن يكاتب عبده باذن أبيه أو وصيه وليس له أن يعتقه على مال لان وليه يملك مباشرة الكتابة في عبده دون العتق بمال فكذلك يصح اذنه في الكتابة دون العتق بمال وإذا أدى المكاتب إليه البديل فولاؤه للصبي لانه عتق على ملكه وإذا ثبت أن الصبي من أهل ولاء العتق فكذلك ولاء الموالاة المصبي ان يقبل ولاء من يواليه باذن وصيه أو أبيه ولهما أن يقبلا عليه هذا الولاء لما بينا أن عقد الولاء يتردد بين المنفعة والمضرة ومعنى المنفعة فيه أظهر ومثل هذا العقد يملكه الوصي على الصبي ويصح من الصبي باذن المولى لانه يتأيد رأيه بانضمام رأى الولي إليه كما في التجارات وان أسلم صبي على يدى رجل ووالاه لم يجز عقد الموالاة لان حق الاستبداد باعتبار ما ظهر له من العقل والتمييز يثبت فيما يتمحض منفعة له دون ما يتردد بين المنفعة والمضرة والاسلام يتمحض منفعة له فيصح منه وأما عقد الولاء متردد بين المنفعة والمضرة فلا يصح منه مباشرة ما لم ينضم رأى وليه إلى رأيه وكذلك ان فعله باذن وليه الكافر لانه لما حكم باسلامه فلا ولاية للاب الكافر عليه بل هو كاجنبي آخر منه في مباشرة هذا العقد عليه فكذلك في الاذن له فيه وان أسلم رجل على يدى رجل على ان يكون وولاؤه لما في بطن امرأته أو على ان يكون لاول ولد تلده لم يجز له ذلك لانه لا ولاية لاحد على ما في البطن في ايجاب العقد ولا في قبوله وبدونه لا يثبت عقد الولاء فلهذا كان الحكم في الموجود في البطن هذا ففي المعدوم أصلا أولى رجل أعطى رجلا ألف درهم على ان يعتق عبده عن ابن المعطى وهو صغير ففعل فالعتق عن المولى الذى أعتق ولا يكون عن الصبي لان الصبي ليس له ولاية العتق في ملكه ولا لوليه ذلك عليه ولا يمكن اضممار التملك من الصبي في هذا الالتماس لان الاضممار لتصحیح ما صرح به ان أعتقه فيكون العتق عنه ويرد الالف ان كان قبض فإذا لم يكن في الاضممار تصحيح ما صرح به فلا معنى للاشتغال به ولا يمكن اضممار التملك من المعطى للمال في كلامه أيضا لانه ما التمس اعتاقه عن نفسه والتملك في ضمن هذا الالتماس فظهر أن العبد باق على ملك مولاه إلى ان أعتقه فيكون العتق عنه ويرد الالف ان كان قبض وكذلك ان كان الأمر بذلك مكاتباً أو عبداً تاجراً بأن قال لحر أعتق عبدك عني على ألف درهم لانه ليس في اضممار التملك هنا تصحيح

[110]

ما صرح به فان المكاتب والعبد ليس لهما أهلية العتق في كسبهما وان كان العبد للصبي فقال رجل لابي له أو وصيه أعتقه عنى على ألف درهم ففعله الاب جاز لانه يصير مملكا العبد من الملتمس بالالف ثم نائبا عنه في العتق وللولي حق هذا التصرف في مال الصبي كالبيع وكذلك لو قال هذا حر لمكاتب أو عبد مأذون له عبد فقال أعتقه عنى على ألف درهم لانه يصير مملكا العبد منه بألف وذلك صحيح من المكاتب والمأذون في كسبهما ثم ينوب عن الملتمس في العتق وذلك صحيح منهما أيضا وان قال ذلك مكاتب لمكاتب لم يجر ولم يعتق لان اضمار التمليك انما يجوز لتصحيح ما صرح به والمكاتب الملتمس ليس بأهل للعتق فلما ثبت التمليك منه بهذا الالتماس بقى المأمور معتقا ملك نفسه وهو مكاتب فيكون الاعتاق باطلا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب الولاء الموقوف) (قال) رضى الله تعالى عنه رجل اشترى من رجل عبدا ثم شهد أن البائع كان أعتقه قبل أن يبيعه فهو حر وولاؤه موقوف إذا جحد ذلك البائع لان المشتري مالك له في الظاهر وقد أقر بحريته بعتق نفذ فيه ممن يملكه ولو أنشأ فيه عتقا نفذ منه فكذلك إذا أقر بحريته بسبب صحيح ثم كل واحد منهما ينفي الولاء عن نفسه فالبائع يقول المشتري كاذب وانما عتق عليه باقراره والمشتري يقول عتق على البائع وولاؤه له وليس لواحد منهما ولاية الزام صاحبه الولاء فيبقى موقوفا فان صدقه البائع بعد ذلك لزمه الولاء ورد الثمن لانه أقر ببطلان البيع وانه كان حرا من جهته حين باعه وكذلك ان صدقه ورثته بعد موته اما في حق رد الثمن فلانه أوجب من التركة والتركة حقهم وأما في حق الولاء ففي القياس لا يعتبر تصديق الورثة لانهم يلزمون الميت ولاء قد أنكره وليس لهم عليه ولاية الزام الولاء ألا ترى أنهم لو أعتقوا عنه عبدا لم يلزمه وولاؤه فكذلك هذا ولكنه استحس فقال ورثته يخلفونه بعد موته ويقومون مقامه في حقوقه فيكون تصديقهم كتصديقه في حياته ألا ترى أن في النسب يجعل اقرار جميع الورثة إذا كانوا عددا كإقرار المورث فكذلك في الولاء وان كان أقر بالتدبير فانكره البائع فهو موقوف لا يخدم واحدا منهما لان كل واحد منهما تبرأ عن خدمته ولكنه يكتسب فينفق على نفسه فإذا مات البائع عتق لان المشتري مقر أنه

[111]

مدبر البائع قد عتق بموته والبائع كان مقرا أنه ملك المشتري وان اقراره فيه نافذ فيحكم بعتقه وولاؤه موقوف فان صدقه الورثة لزم الولاء البائع استحسانا لما قلنا أمة بين رجلين شهد كل واحد منهما أنها ولدت من صاحبه وصاحبه ينكر فانها تبقى موقوفة لا تخدم واحدا منهما لان كل واحد منهما يتبرأ عنها ويزعم أنها أم ولد صاحبه وان حقه في ضمان نصف القيمة على صاحبه فتبقى موقوفة حتى يموت أحدهما فإذا مات أحدهما عتقت لان الحى منهما مقر بانها كانت أم ولد للميت وقد عتقت بموته والميت منهما كان مقرا بانها أم ولد الحى وان اقراره فيها نافذ فيعتق باتفاقهما وولاؤها موقوف لان كل واحد منهما ينفي عن نفسه أمة لرجل معروفة انها له ولدت من آخر فقال رب الامة بعتكها بألف وقال الآخر بل زوجتنيها فالولد حر لان في زعم والده أنه ملك لمولى الامة فانه استولدها بالنكاح ومولى الامة يزعم أنه حر لانه باعها من أب الولد وانما استولد ملك نفسه فيثبت حرية الولد لاتفاقهما على ذلك عند اقرار مولى الامة به وولاؤه موقوف لان مولى الامة ينفي ولاءه عن نفسه ويقول هو حر الاصل علق في ملك أبيه والجارية موقوفة بمنزلة أم الولد لا يطأها واحد منهما

ولا يستخدمها ولا يستعملها لان أب الولد يتبرأ عنها لانكاره الشراء ويزعم انها أمة لمولاها ومولاها يقول هي أم ولد لأب الولد لاني قد بعته منه فتبقي موقوفة بمنزلة أم الولد لان مولاها أقر بذلك وأب الولد مقر بأن اقرار مولاها فيها نافذ فإذا مات أب الولد عتقت لان مولاها مقر بأنها عتقت بعد موت أب الولد لكونها أم ولد وأب الولد كان مقرا بأن اقرار مولاها فيها نافذ فلهذا عتقت وولاؤها موقوف لان كل واحد منهما ينفيه عن نفسه ويأخذ البائع العقر من أب الولد قصاصا من الثمن لتصادفهما على وجوب هذا القدر من المال له عليه فان أب الولد يزعم أنه دخل بها بالنكاح فعليه صداقها لمولاها ومولاها يزعم أنه باعها منه فعليه الثمن وبعد ما تصادقا على وجوب المال في ذمته لا يعتبر اختلافهما في السبب ولكن يؤمر من عليه بأن يؤدي ذلك من الوجه الذي يدعيه ويقبضه الآخر من الوجه الذي يدعى أنه واجب له رجل أقر أن أباه أعتق عبده في صحته أو في مرضه ولا وارث له سواه فولأؤه موقوف في القياس ولا يصدق على الاب لانه أقر بما لا يملك انشاءه فانه لا يملك أن يلزم ولاءه أباه بانشاء العتق فلا يصدق في الاقرار به لكونه متهما في حق أبيه ولان الولاء كالنسب وباقرار الوارث

[112]

إذا كان واحدا لا يثبت النسب عن أبيه فكذلك لا يثبت الولاء له ولكنه استحسِن وألزم ولاءه الاب إذا كان عصيتهما واحدا وقومهما من حى واحد لان الولاء أثر الملك وإقراره في أصل الملك بعد موت الاب كإقرار الاب له في حياته فكذلك في أثره ثم الارث بحكم ذلك الولاء انما يثبت للابن المقر كما لو أعتقه بنفسه وعقد الجناية يكون على قومه فإذا كانا من حى واحد فهو غير متهم في حق قومه لانه لو أنشأ عتقه بنفسه يلزمهم عقل جنائته فكذلك إذا أقر به على أبيه وان كان الاب أعتقه قوم والابن أعتقه آخرون فالولاء موقوف لانه متهم في حق موالى الاب فانه لا يملك أن يلزمهم عقل جنائته بانشاء العتق فيكون متهما في الاقرار به وهذا الفصل نظير النسب لانه لا يملك اثبات حكمه في حق الاب وقومه بطريق الانشاء فلا يصدق في الاقرار به أيضا وان كان معه ابن آخر فكذبه كان له أن يستسعى العبد في حصته لان نصف العبد مملوك وهو يزعم أن صاحبه قد أفسده عليه باقراره كاذبا ولم يصر بذلك ضامنا كما لو شهد على شريكه بالعتق بل احتبس نصيبه عند العبد فله ان يستسعيه في نصف قيمته ثم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولاء هذا النصف للذى استسعاه لانه يدعيه ويزعم أنه عتق على ملكه بأداء السعاية وولاء النصف الآخر للميت لان الولد المقر يزعم ان ولاء الكل للميت واققراره صحيح فيما هو من حقه كما لو لم يكن معه غيره ولهذا جعلنا ولاء حصته للميت إذا كان قومهما واحدا وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ولاء النصف الذى هو نصيب المقر للميت لهذا المعنى أيضا وولاء النصف الذى استسعاه موقوف لان عندهما العتق لا يتجزى فالذى استسعاه يتبرأ من الولاء ويقول انما عتق هذا النصف باقرار شريكى لان اقراره كالعتق فالولاء في الكل له والمقر يزعم أنه ليس له بل هو للميت فيعارض قولهما في نصيب الذى استسعاه فيبقى موقوفا حتى يرجع أحدهما إلى تصديق صاحبه وكذلك ان كان في الورثة رجال ونساء فأقرت امرأة منهم بذلك (فان قيل) على قولهما لما أقر المستسعى بولاء نصيبه لصاحبه وصاحبه مقر به للميت فينبغي ان يثبت ولاء العبد كله من الميت (قلنا) نعم ولكن من ضرورة اثبات كل الولاء من الميت الحكم بأنه عتق من جهة الميت وذلك يسقط حق المستسعى في السعاية فلابقاء حقه

في السعاية جعلنا ولاء هذا النصف موقوفا عبد بين رجلين قال أحدهما ان لم يكن دخل أمس المسجد فهو حر وقال الآخر ان كان دخل فهو حر قد بينا هذه المسألة في كتاب العتاق

[113]

في الاسقاط نصف السعاية عن المملوك أعادها لبيان حكم الولاة وهو انهما إذا كانا معسرين يسعى العبد في نصف قيمته بينهما والولاة بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لان نصيب كل واحد عتق على ملكه باعتبار ما أدى إليه من السعاية وما سقط باسقاطه لا باعتبار الاحوال فيكون لكل واحد منهما ولاء نصيبه وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الولاة موقوف لان كل واحد منهما ينبغي عن نفسه وبزعم أن صاحبه حانث وأن الكل عتق من جهته لان العتق عنده لا يتجزى فلهذا كان الولاة موقوفا وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يسعى في قيمته كاملة لهما والولاة موقوف لان العتق عند محمد رحمه الله تعالى لا يتجزى فكل واحد منهما يزعم أن صاحبه حانث وان الولاة كله له فلهذا يتوقف الولاة وكل ولاء موقوف فميراثه يوقف في بيت المال لانه لصاحب الولاة وهو غير معلوم والمال الذي لا يعرف مستحقه يوقف في بيت المال حتى يظهر مستحقه وجنابته على نفسه لا يعقل عنه بيت المال لان بيت المال لا يرث ماله انما يوقف المال فيه ليظهر مستحقه فلا يعقل جنابته أيضا وهذا لان بيت المال انما يعقل جنابة من يكون ولاؤه للمسلمين ومن عليه ولاء عتاقه لا يكون ولاؤه للمسلمين ونحن نتيقن أن على هذا الرجل ولاء عتاقه فلهذا لا يجعل عقل جنابته على بيت المال والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب آخر من الولاة) (قال) رضى الله عنه واللقيط حر يرثه بيت المال ويعقل عنه هكذا نقل عن عمر وعلي رضى الله عنهما وهذا لان الحرية والاسلام تثبت له باعتبار الدار فيكون ولاؤه لاهل دار الاسلام يرثونه ويعقلونه جنابته ومال بيت المال مال المسلمين بخلاف مال من عليه ولاء موقوف لان ذلك منسوب إلى المعتق وهذا غير منسوب إلى أحد حتى لو والى اللقيط انسانا قبل أن يعقل عنه بيت المال جنابته فولأؤه له لانه صار منسوباً إليه بالولاة حين عاقده وولأؤه لبيت المال لم يتأكد بعقل الجنابة حتى لو تأكد بعقل الجنابة لم يملك أن يوالى أحدا (فان قيل) الولاة عليه للمسلمين ثبت شرعا فلا يملك ابطاله بعقده كولاة العتق (قلنا) نعم ولكن ثبوته لمعنى ذلك المعنى يزول بالعقد وهو أنه غير منسوب إلى أحد بخلاف مولى العتاقه فان ثبوت الولاة عليه لمعنى لا يزول ذلك بالعقد وحكم موالى اللقيط كحكم اللقيط

[114]

لانهم ينسبون إليه بولاء العتق أو الموالاة وولأؤه للمسلمين فكذلك ولاء مواليه كما في معتق المعتق وكذلك الكافر أسلم ولا يوالى أحدا لانه غير منسوب إلى أحد بالولاة وهو من أهل دار الاسلام فهو كاللقيط فان كان بينه وبين رجل من العرب عبد فاعتقاه فجنى جنابة كان نصف الجنابة على عاقله العربي لان نصف ولأؤه له ونصفها على بيت المال لان نصف ولأؤه لمن هو مولى المسلمين وكذلك إذا ادعى ولدا وأقاما البينة فهو ولدهما

ونصف جنائته على قبيلة العربي ونصفه على بيت المال باعتبار ثبوت نسبه من اللقيط والعربي جميعا (قال) ذمى أعتق مسلما أو كافرا فأسلم الكافر كان ميراثه لبيت المال لانه مولى الكافر ولكن الكافر لا يرث المسلم وعقله على نفسه لانه منسوب بالولاء إلى انسان ولا يمكن ايجاب عقل جنائته على بيت المال ولا وجه لايجاب على الكافر لان الكافر لا ينصر المسلم فكان عقل جنائته على نفسه ألا ترى انه لو مات مولاه ولا عشيرة له من الكافر كان ماله مصروفا إلى بيت المال (قال) ولو جني جناية كان عقل جنائته على نفسه فكذلك حال المعتق وهذا إذا لم يكن للذمي عشيرة من المسلمين فان كان له ذلك فميراثه له لانه أقرب عصبة من المعتق وان والى هذا المعتق رجلا لم يحز لان عليه ولاء عتاقه لكافر فلا يتمكن من ابطاله بعقد الموالاة وان أسلم مولاه المعتق ووالى رجلا صار هذا المعتق مولاه لانه كان منسوبا إليه بالولاء وقد صار مولى لمن عاقده نصراني أعتق عبدا له مسلما كان ولاؤه لقبيلة مولاه الذي أعتقه ان كان من بنى تغلب فهو تغلبي منسوب إليهم يعقلون عنه ويرث المسلمون منهم أقربهم إلى مولاه عصبية لان الولاء يثبت للمعتق وان كان نصرانيا الا أنه لا يرث لكونه مخالفا له في الدين فيقوم أقرب عصبته مقامه في استحقاق ميراثه وعقل جنائته على قبيلة مولاه كعقل جناية مولاه لانه منسوب إليهم بالولاء وكل معتق جرى عليه الرق بعد العتق انتقض به الولاء الاول وكان حكم الولاء للعتق الذي يحدث من بعد عندنا وعند الشافعي رضى الله عنه لا ينتقض الاول بالاسترقاق فرما يقول لا يسترق من عليه ولاء لمسلم لان الولاء كالنسب ولا يبطل النسب بالاسترقاق أو لمراعاة حق المسلم في الولاء لا يجوز استرقاقه كالحرية المتأكدة بالاسلام لا يجوز ابطالها بالرق (ولكننا) نقول سبب الولاء الاول قد انعدم بالاسترقاق وهو العتق وقوة المالكية التي حدثت فيه ولا بقاء للحكم بعد بطلان السبب ولا يجوز ان يمتنع الاسترقاق لان سببه قد تقرر فلا يمتنع الا لمانع

[115]

وهي العصمة ولا عصمة باعتبار الولاء كما لا عصمة له باعتبار نسب المسلم حتى يجوز استرقاق الحربى وان كان له والد مسلم وإذا صار رقيقا للثاني فاعتقه فقد اكتسب سبب الولاء عليه لنفسه فلهذا كان مولى له حربى أعتق عبدا في دار الحرب ثم خرجا مسلمين كان له ان يوالى من شاء لما بينا ان عتقه في دار الحرب باطل لانه ان لم يخل سبيله فلا ولاية له عليه وان خلى سبيله كان عتقه نافذا ولكن لا يثبت الولاء له لان ذلك من حكم الاسلام فلا يجرى على أهل الحرب ولئن ثبت الولاء فهو أثر من آثار الملك ولا حرمة لملكه فكذلك لا حرمة لآثر ملكه ولكن باحراز العبد نفسه في دار الاسلام يبطل ذلك كله فله ان يوالى من شاء حربى دخل دارنا بأمان فاشترى عبدا فاعتقه أو أعتق عبدا جاء به من دار الحرب معه ثم رجع إلى دار الحرب فأسر وجرى عليه الرق فمعتقه مولاه لا يتحول عنه أبدا لان سبب ثبوت الولاء له العتق واحداث القوة في المملوك وذلك باق بعدما صار رقيقا وضعف حاله بسبب الرق لا يكون فوق ضعف حاله بالموت والولاء الثابت للمعتق لا يبطل بالموت فكذلك برقه (فان قيل) الرق الذي حدث فيه ينافى ابتداء الولاء بالعتق وان تقرر سببه منه كما بينا في المكاتب فكذلك ينافى بقاءه (قلنا) لا كذلك ولكن الرق مناف حقيقة الملك وعليه يترتب العتق الذي يعقبه الولاء ولا حاجة إلى ذلك في ابقاء الولاء وهو نظير الموت في أنه ينافى الملك وابتداء الولاء للميت ولا ينافى بقاءه فان مات معتقه كان ميراثه في بيت المال لان مولاه رقيق لا يرثه وليس له عشيرة من

المسلمين فيوضع ماله في بيت المال نصيب كل مال ضائع وعقل حنانيته على نفسه لانه منسوب بالولاء إلى انسان فان عتق هذا الحربى صار مولى لمعتقه وكذلك معتقه يكون مولى له بواسطة أم ولد لحربى خرجت الينا مسلمة فهى حرة توالى من شاءت لما بينا انها أحرزت نفسها بدار الاسلام ولو كانت قينة فأحرزت نفسها بالدار كانت تعتق لملكها نفسها ولا ولاء عليها لاحد فكذلك إذا كانت أم ولد ولهذا كان لها ان توالى من شاءت والاصل فيه ما روى ان ستة من عبيد اهل الطائف خرجوا مسلمين حين كان رسول الله صلى الله عليه وسلم محاصرا لهم ثم خرج مواليتهم يطلبون ولاءهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم أولئك عتقاء الله مسلم دخل دار الحرب بأمان أو أسلم حربى هناك ثم أعتق عبدا اشتراه في دار الحرب ثم أسلم عبده لم يكن مولاه في القياس وله أن يوالى من شاء في قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى

[116]

لان ثبوت الولاء عليه من حكم الاسلام وحكم الاسلام لا يجرى على الحربى في دار الحرب فإذا لم يثبت على هذا المعتقد الحربى ولاء حين أسلم فله أن يوالى من شاء وقال أبو يوسف أجعله مولاه استحسانا لما ورد في الخبر من عتق النبي عليه الصلاة والسلام زيد بن حارثة وعتق أبى بكر رضى الله عنه سبعة ممن كان يعذب في الله تعالى بمكة منهم صهيب وبلال وكان ولاؤهم له وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى كان هذا قبل أن يؤمر بالقتال وقبل أن تصير مكة دار الحرب وإنما صارت دار حرب بعدما هاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم منها وأمر بالقتال فجرى حكم الاسلام في دار الاسلام على ان أولئك المعتقين كانوا مسلمين وكانوا يعذبون بمكة والمسلم إذا أعتق عبدا مسلما في دار الحرب فولأؤه له حربى اشترى في دار الاسلام عبدا فاعتقه ثم رجع الحربى إلى دار الحرب فاسر واسترق فاشتراه معتقه وأعتقه فولأؤه الاول للآخر وولأؤه الآخر للاول لانه تقرر من كل واحد منهما اكتساب سبب الولاء في صاحبه ولا منافاة بين الولاءين لانه إذا كان يجوز نسبة كل واحد من الاخوين بالاخوة إلى صاحبه فكذلك نسبة كل واحد من المعتقين إلى صاحبه بالولاء حربى مستأمن اشترى عبدا مسلما فأدخله دار الحرب فهو حر عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقد بيناه في كتاب العتاق ولا يكون ولاؤه للذي أدخله في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لانه إنما عتق بعد وصوله إلى دار الحرب وزوال العصمة عن ملك الحربى وثبوت الولاء باعتبار عصمة الملك فإذا لم يبق لملكه عصمة لا يثبت له ولاؤه وعند أبى يوسف ومحمد ان أعتقه الذي أدخله فولأؤه له لان المسلم من اهل دار الاسلام وان كان في دار الحرب فهو ملتزم لحكم الاسلام فيثبت الولاء له بالعتق ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول إنما عتق لملكه نفسه لانه لما دخل دار الحرب حل له قتل مولاه وأخذ ماله وهو قاهر لمولاه في حق نفسه فيعتق بملكه نفسه ولهذا لا يكون عليه ولاء وإذا أسلم عبد الحربى في دار الحرب لم يعتق بنفس الاسلام لانه لم يكن محرزا نفسه بدار الاسلام قبل هذا وملكه نفسه بالاحرار بخلاف الاول على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فانه كان محرزا نفسه بدار الاسلام ولم يبطل ذلك بادخال الحربى اياه دار الحرب فان باعه الحربى من مسلم أو حربى مثله فهو حر في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان ملك الحربى زال عنه بالبيع وملك الحربى متى زال عن العبد المسلم في دار الحرب يزول إلى العتق كما لو خرج مراغما وعندهما

لا يعتق لان المشتري يخلف البائع في ملكه وهى مسألة السير فان غنمه المسلمون عتق بالاتفاق لان يده في نفسه اقرب من أيدي المسلمين إليه فبصير محرزا نفسه بمنعة الجيش حربى خرج مستأمنا في تجارة لمولاه فأسلم لم يعتق ولكن الامام يبيعه ويمسك ثمنه على مولاه لان مالية الحربى فيه صار معصوما بالامان فلا يعتق ولكن بعد الاسلام لا يجوز ابقاء المسلم في ملك الكافر ألا ترى ان مولاه لو كان معه يجبره الامام على بيعه ولم يتركه ليرجع به إلى دار الحرب فإذا لم يكن المولى معه ناب الامام عنه في البيع ويمسك ثمنه على مولاه حتى يحنى فياخذه وكذلك لو كان أسلم في دار الحرب ثم خرج اليها في تجارة لمولاه لانه ما قصد بالخروج احراز نفسه على مولاه فهو كما لو خرج مع مولاه في تجارة بخلاف ما إذا خرج مراغما لانه قصد احراز نفسه عن مولاه فكان حرا يوالى من شاء ما لم يعقل عنه بيت المال فان عقل عنه بيت المال لم يكن له أن يوالى أحدا لان ولاءه للمسلمين قد تأكد بعقد جنائته رجل ارتد ولحق بدار الحرب فمات مولى له قد كان أعتقه قبل رده فورثه الرجال من ورثته دون النساء ثم خرج ثانيا أخذ ما وجد من مال نفسه في يد ورثته ولم يأخذ ما وجد من مال مولاه في أيديهم لانه كان مرتدا حين مات مولاه والمرتب لا يرث وإنما يعاد إليه بعد الاسلام المال الذى كان له قبل الردة فأما ما لم يكن مملوكا قط لا يعاد إليه لانه لو أسلم كان هذا ملكا مبتدئا له وبسبب اسلامه لا يستحق تملك المال على أحد ابتداء وكذلك ان كان في دار الاسلام حين مات مولاه لانه مرتد فلا يرث المسلم ولكن يجعل هو كالميت في إرث مولاه فيكون ميراثه لا قرب عصبة منه من المسلمين امرأة من بنى أسد أعتقت عبدا لها في ردها أو قبل ردها ثم لحقت بدار الحرب فسيبت فاشتراها رجل من همدان فأعتقها فانه يعقل عن العبد بنو أسد في قول أبى يوسف رحمه الله تعالى الاول وترثه المرأة ان لم يكن له وارث لان قبل ردها كان عقل جنائته هذا المعتق على بنى أسد باعتبار نسبة المعتقة إليهم وذلك باق بعد السبى فان النسب لا ينقطع بالسبى وبعد ما عتقت هي منسوبة إليهم بالنسب أيضا فكان عقل جنائته عليهم ألا ترى أنه بعد السبى قبل العتق كان الحكم هكذا فلا يزداد بالعتق الا وكادة ثم رجع يعقوب عن هذا وقال يعقل عنه همدان وهو قول محمد رحمه الله تعالى لان المعتقة لما سببت فأعتقت صارت منسوبة بالولاء إلى قبيلة معتقها فكذلك معتقها يكون منسوبا إليهم بواسطتها وهذا لان ولاء العتق في

الحكم أقوى من النسب ألا ترى ان عقل جنائتها يكون على قوم معتقها ولو أعتقت بعد هذا عبدا كان مولى لقوم معتقها فكذلك ما سبق وقبل الردة انما كان المعتبر النسبة لانعدام ولاء العتق عليها فإذا ظهر ولاء العتق كان الحكم له كما ينسب الولد بالولاء إلى قوم أمه ما لم يظهر له ولاء في جانب أبيه فإذا ظهر كان الحكم له وكذلك لو كانت معتقة للاولين لما بينا أن الولاء الثابت عليها للاولين قد بطل حين سببت وأعتقت فكذلك ما بينتني عليه من ولاء معتقها رجل ذمى أعتق عبدا فأسلم العبد ثم نقص الذمي العهد ولحق بدار الحرب فليس للعبد أن يوالى أحد الان الولاء ثابت عليه

لمعتقه وان صار حربيا باعتبار أن صيرورته حربيا كموته وان جني جناية لم يعقل عنه بيت المال وكانت عليه في ماله لانه منسوب بالولاء للانسان وانما يعقل بيت المال عمن لا عشيرة له من المسلمين ولا ورثة وإذا أسلمت امرأة من أهل الذمة ثم أعتقت عبدا ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبى أبوها من دار الحرب كافرا فأعتقه رجل لم يجر ولاء مولاه لانها حرة حربية فلا تصير مولى لموالى أبيها لما بينا أن حكم الاسلام لا يجرى على الحربية في دار الحرب وانما ينجر ولاء معتقها إلى موالى الاب بواسطتها فإذا لم تثبت هذه الواسطة في حقهم لا ينجر إليهم الولاء فان كان مولاه الذي أعتقته مسلما فجنى جناية فعقله على بيت المال لانها حين أعتقت العبد كان ولاؤها لبيت المال ألا ترى أنها لو جنت كان عقل جنايتها على بيت المال فيثبت ذلك الحكم في حق مولاه ثم يبقى بعد ردتها كما يبقى بعد موتها لو ماتت لان من هو من أهل دار الحرب فهو في حق المسلمين كالميت امرأة من العجم أسلمت ثم أعتقت عبدا ثم سبى أبوها فاشتره رجل فأعتقه فان ولاء المرأة وولاء مولاه إلى موالى الاب وينجر بواسطتها ولاء معتقها إلى موالى الاب أيضا وهذا لان ثبوت الولاء عليها للمسلمين لا يمنعها من أن توالى انسانا فلا يمنع جر ولائها إلى قوم الاب بعد ما عتق الاب حربى أو مرتد أسلم في دار الحرب ثم أعتق عبدا مسلما ثم رجع عن الاسلام فأسر فأسلم العبد وابى المولى ان يسلم فقتل فولاء العبد للمولى لا يتحول عنه لان قتله بعد الردة كموته والولاء الثابت لا يبطل بموته فان كان له عشيرة كان عقله عليهم وان لم يكن له عشيرة فميراثه لبيت المال وعقله على نفسه لما بينا أنه منسوب بالولاء إلى انسان بعينه فلا يعقل عنه بيت المال فإذا تعذر ايجاب عقل جنايته على غيره جعل على نفسه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

[119]

(باب الاقرار بالولاء) (قال) رضى الله عنه رجل أقر أنه مولى فلان مولى عتاقة من فوق أو من تحت وصدقه الآخر فهو مولى له ويعقل عنه قومه لان الولاء كالنسب والاقرار بالنسب صحيح من الاب والابن جميعا فكذلك الاقرار بالولاء وهذا لان الاسفل يقر على نفسه بأنه منسوب إلى الاعلى بالولاء والاعلى يقر على نفسه بأنه منسوب إليه وأن عليه نصرته واقرار كل واحد منهما على نفسه نافذ وان كان له اولاد كبار وأنكروا ذلك وقالوا أبونا مولى عتاقة لفلان آخر فالاب يصدق على نفسه والاولاد مصدقون على أنفسهم لانه لا ولاية للاب عليهم بعد البلوغ في عقد الولاء فكذلك في الاقرار به وهم يملكون مباشرة عقد الولاء على أنفسهم بعد البلوغ فيملكون الاقرار به وإذا ثبت هذا في ولاء الموالاة فكذلك في ولاء العتاقة لانها في النسبة والنصرة سواء وان كان الاولاد صغارا كان الاب مصدقا عليهم لانه يملك مباشرة عقد الولاء عليهم بولاية الابوة فينفذ اقراره عليهم أيضا ولان الصغار من الاولاد يتبعونه في الاسلام ولا يعتبر اعتقادهم بخلافه فان كانت لهم أم فقالت أنا مولاة فلان وصدقها مولاه بذلك فالولد مولى موالى الاب لان كل واحد من الابوين أصل في حق نفسه ولو كان ولاء كل واحد منهما معروفا كان الولد مولى لموالى الاب ولو قالت الام للاب أنت عبد فلان وقال كنت عبد فلان فاعتقني وصدقه فلان فالقول قول الاب لان بتصادقهما ظهر في جانب الاب ولاء فلا يلتفت إلى قولهما في حق الولد بعد ذلك وكذلك لو قالت هم ولدى من غيرك لان الولد للفراس وفراس الزوج عليها ظاهر فلا تصدق فيما تدعى من فراس آخر

عليها غير معلوم ولو قالت ولدتها بعد عتقي بخمسة أشهر فهو مولى لموالى وقال الزوج ولدتها بعد عتقك بستة أشهر فالقول قول الزوج لان الولاء كالنسب وفي مثل هذا لو اختلفا في النسب بان قالت المرأة ولدتها بعد النكاح لاقول من ستة أشهر وقال الزوج بل لستة أشهر كان القول قول الزوج لظهور فراشه عليها في الحال فكذلك في الولاء لظهور ولاء الاب في الحال وهو موجب جر ولاء الولد ما لم يعلم أنه كان مقصودا بالعتق امرأة في يدها ولد لا يعرف أبوه أقرت انها معتقة هذا الرجل وصدقها ذلك الرجل لم تصدق على الابن في قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وهي مصدقة

[120]

في قول أبى حنيفة لان عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى هي تملك مباشرة عقد الولاء على ولدها وتتبعها الولد في الاسلام فتصدق في الاقرار عليه بالولاء أيضا وكذلك ان قالت كان زوجي رجلا من أهل الارض أسلم أو كان عبدا صدقت على الولد في قول أبى حنيفة ولا تصدق في قولهما لان عندهما لا تملك مباشرة عقد الولاء عليه وان كان زوجها رجلا من العرب وهي لا تعرف فأقرت انها مولى عنقاة لرجل صدقت على نفسها ولا تصدق على الولد في قول أبى حنيفة لان الولد يخاله من النسب مستغن عن الولاء واعتبار قولها عليه لمنفعة الولد فإذا لم توجد المنفعة هنا لا يعتبر قولها عليه بخلاف ما سبق والاقرار بولاء العتاقة والولاء سواء في الصحة والمرض كالاقرار بالنسب وهذا لان تصرفه في المرض انما يتعلق بالمحل الذى يتعلق به حق الغرماء والورثة وذلك غير موجود في الولاء وإذا قال فلان مولى لي قد أعتقته وقال فلان بل انا أعتقك لم يصدق واحد منهما على صاحبه في قول أبى حنيفة اعتبارا للولاء بالسبب ولو قال انا مولى لفلان وفلان أعتقني فأقر أحدهما بذلك وانكر الآخر وحلف ما أعتقته فهو بمنزلة عبد بين اثنين يعتقه أحدهما وان قال انا مولى فلان أعتقني ثم قال لا بل أعتقني فلان فهو مولى للاول لانه رجع عن الاقرار بالولاء للاول وهو لا يملك ذلك وبعد ما ثبت عليه الولاء للاول لا يصح اقراره بالولاء للثاني ولو قال أعتقني فلان أو فلان وادعى كل واحد منهما فهذا الاقرار باطل لجهالة المقر له فان الاقرار للمجهول غير ملزم اياه شيئا فيقر بعد ذلك لايهما شاء أو لغيرهما انه مولاه فيجوز ذلك كما لو لم يوجد الاقرار الاول رجل اقرانه مولى لامرأة أعتقته فقالت لم أعتقك ولكنك أسلمت على يدي وواليتنى فهو مولاها لانهما تصادقا على ثبوت أصل الولاء واختلفا في سببه والاسباب غير مطلوبة لاعتقانتها بل لاحكامها وليس له ان يتحول عنها في قول أبى حنيفة رحمه الله وله ذلك في قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لانه انما يثبت عليه بأقراره مقدار ما وجد فيه التصديق وذلك لا يمنع من التحول وأبو حنيفة رحمه الله يقول المقر يعامل في اقراره كأن ما أقر به حق وفي زعمه ان عليه ولاء عنقاة لها وذلك يمنع من التحول وأصل المسألة في النسب إذا أقر لانسان فكذب ثم ادعاه لم يصح في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وهو صحيح في قولهما وقد بيناه في العتاق وان أقرانه أسلم على يدها ووالاها وقالت بل أعتقك فهو مولاها وله ان يتحول عنها ما لم يعقل عنه قومها لان الثابت عند التصديق مقدار ما أقر به المقر وهو انما أقر بولاء

الموالة وذلك لا يمنعه من التحول ما لم يتأكد بعقل الجنابة وإن أقر ان فلانا أعتقه وقال فلان ما أعتقتك ولا أعرفك فأقر انه مولى لآخر لا يجوز ذلك في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ويجوز في قولهما اعتبارا للولاء بالنسب وفي النسب في نظيره خلاف ظاهر منهم فكذلك في الولاء وإذا مات رجلا وادعى رجلان كل واحد منهما انه أعتقه وصدق بعض أولاده من الذكور والانات أحدهما وصدق الباقرن الآخر فكل مولى للذى صدقه لان الاولاد البالغين كل واحد منهم أصل في مباشرة الولاء على نفسه ذكرا كان أو انثى فكذلك اقرار كل واحد منهما بالولاء للذى صدقه صحيح في حق نفسه والله سبحانه أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب عتق ما في البطن) (قال) رضى الله عنه رجل قال لامته ما في بطنك حر ثم قال ان حبلت فسالم حر فولدت بعد هذا القول لاقل من سنتين فالحول فيه قول المولى لجواز أن يكون هذا الولد موجودا في البطن وقت الايجاب فانما يعتق هذا أو كان من حبل حادث فانما يعتق سالم وقد بينا أن العلوق انما يستند إلى أقرب الاوقات إذا لم يكن فيه اثبات عتق بالشك فأما إذا كان فيه اثبات عتق بالشك فانما يعتبر اليقين لان بالشك لا يزول وهنا تيقنا بحرية أحدهما فالبيان فيه الي المولى كما لو قال لعبيدين له أحكما حر فان أقر انها كانت حاملا يومئذ فهذا منه اقرار بعتق الولد وان أقر أنه حبل مستقبل عتق سالم لاقراره به وان جاءت به لاكثر من سنتين عتق سالم لانا تيقنا أنه من علوق حادث رجل أوصى بما في بطن أمته لرجل فاعتقه الموصى له بعد موته فان عتقه جائز وهو مولاه لان الوصية أخت الميراث فكما ان الجنين يملك بالارث فكذلك بالوصية وعتق الموصى له في ملكه نافذ فان ضرب انسان بطنها فآلقته ميتا ففيه ما في جنين الحرة وهو ميراث لمولاه الذى أعتقه لان بدل نفس الجنين موروث عنه وأبواه مملوكان فكان ميراثا لمولاه ولو أوصى بما في بطن أمته لفلان فاعتقه الموصى له به وأعتق الوارث الامة وأعتق مولى الزوج زوج الامة فولاء الولد للموصى لانه مقصود بالعتق من جهته فان ضرب انسان بطنها فآلقته ميتا ففيه ما في جنين الحرة ميراثا لابويه لانهما حران عند وجوب بدل نفس الجنين فان كانا اعتقا بعد الضربة

قبل أن يسقط أو بعد الاسقاط فالعرة للذى أعتق الولد لانه يحكم بموت الجنين عند الضربة ولهذا وجب البدل به وعند ذلك كانا مملوكين فلا يرثانه وان عتقا بعد ذلك بل الميراث للمعتق وانما يستقيم هذا الجواب وهو ان ولاء الجنين للمعتق إذ كان عتق ما في البطن أولا أو كانا سواء فأما إذا أعتق الوارث الام أولا فان الجنين يعتق بعتق الام ويكون الوارث ضامنا للموصى له قيمة الجنين يوم تلد ولا يتصور الاعناق من جهته في الجنين بعد ذلك ولا يثبت له ولاؤه وإذا أعتق الرجل ما في بطن أمته فولدت لسته أشهر فقالت للمولى قد أقررت أنى حامل بقولك ما في بطنك حر وقال المولى هذا حبل حادث فالحول قول المولى لانكاره العتق وما تقدم لا يكون اقرارا منه بوجود الولد في البطن يومئذ بل معناه ما في بطنك حر ان كان في بطنك ولد ولو أعتق أمته وهى معتدة فجاءت بولد لتمام سنتين من وقت وجوب العدة عليها فهو مولى لموالى الام لانا حكمنا بأن العلوق كان سابقا على اعتاقه اباها حين اثبتنا نسب الولد من الزوج فان ولدت

ولدين أحدهما لتمام سنتين والآخر بعد ذلك بيوم فكذلك أيضا هكذا ذكره في الاصل وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى فأما عند محمد رحمه الله تعالى يكون الولد لموالى الاب هنا وكانها ولدتهما لأكثر من سنتين قال اتبع الشك اليقين وهما يتبعان الثاني الاول وقد بينا هذا فيما أمليناه من شرح الزيادات ولا يمين في الولاء في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان ادعى الاعلى أو الاسفل وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فيه اليمين وقد بينا هذا مع نظائره في كتاب النكاح والدعوى ولا خلاف ان المولى إذا جحد العتق فانه يستحلف لان العتق مما يعمل فيه البديل فيجرى فيه الاستحلاف وعند نكوله يقضى بالعتق ثم الولاء ينبنى عليه وهو نظير المرأة تستحلف في انقضاء العدة ثم إذا نكلت ينبنى عليه صحة رجعة الزوج وكذلك لو ادعى رجل عربي على ورثة ميت قد ترك ابنة ومالا أنه مولاه الذي أعتقه وله نصف ميراثه فلا يمين على الابنة في الولاء ولكن تحلف أنها ما تعلم له في ميراث أبيها حقا ولا ارثا لان هذا استحلاف في المال والمال مما يعمل فيه البديل وهو كمن ادعى ميراثا بنسب لا يستحلف المنكر على النسب عنده ويستحلف على الميراث وان ادعى عربي على نبطى أنه والاه وجحد النبطى فلا يمين عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وولاء الموالاته في هذا كولاء العتاقة فان أقر به بعد انكاره فهو مولاه ولا يكون جوده نقضا للولاء

[123]

وكذلك لو كان العربي هو الجاحد لان النقص تصرف في العقد بالرفع بعد الثبوت وانكار أصل الشئ لا يكون تصرفا فيه بالرفع كانكار الزوج لأصل النكاح وان ادعى نبطى على عربي أنه مولاه الذي أعتقه والعربي غائب ثم ادعى النبطى ذلك على آخر وأراد استحلافه فانه لا حلف لوجهين (أحدهما) أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى لا يرى الاستحلاف في الولاء (والثاني) أنه قد ادعى ذلك على غيره ولو أقر الثاني له بذلك لم يكن مولاه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فكيف يستحلف على ذلك وعندهما ان قدم الغائب فادعى الولاء فهو أحق به وان أنكر فهو مولى للثاني رجل من الموالى قتل رجلا خطأ فادعى ورثته على رجل من قبيلة أنه أعتقه وأرادوا استحلافه فليس لهم ذلك لانه لا يمين في الولاء ولانه ليس بخصم لهم وان أقر الرجل به لم يصدق على العاقلة لانه متهم في حق العاقلة وانما يريد أن يلزمهم مالا باقراره وهو لا يملك أن يلزمهم ذلك بانشاء التصرف في هذه الحالة فكذلك بالاقرار وتكون الدية على القاتل في ماله لان أصل وجوب الدية عليه في ماله وان كان المقتول من الموالى فادعى رجل أنه أعتقه قبل القتل وأنه لا وارث له غيره وأراد استحلاف القاتل على الولاء وهو مقر بالقتل لم يستحلف عليه ولكن يحلف ما يعلم لهذا في دية فلان المسمى عليك حقا لانه لو أقر بما ادعاه المدعى أمر بتسليم الدية إليه فإذا أنكر يستحلف على ذلك لرجاء نكوله فأما أصل الولاء فلا يمين فيه على من يدعيه فكيف على غيره وولد الملاعنة من قوم أمه وعقل جنايته عليهم لانه لا نسب له ولا ولاء من جانب الاب فيكون منسوباً إلى قوم الام بالنسب ان كانت من العرب وبالولاء ان كانت من الموالى فان أعتق ابن الملاعنة عبدا فعقل جنايته على عاقلة الام أيضا لان المعتق منسوب بالولاء إلى من ينسب إليه المعتق بواسطة وقد بينا ان المعتق منسوب إلى قوم أمه عليهم عقل جنايته فكذلك معتقه وان مات العبد بعد موت الابن وأمّه ولا وارث له غير ورثته أقرب الناس من الام من العصباء لان الولد لما كان منسوباً إليها كانت هي في حقه كالاب ولو كان له أب كان ميراث معتقه لأقرب عصبه

الاب بعد موته فكذلك هنا ولو كان لها ابن ثم مات المولى ولا وارث له غير ابن الام وهو أخ المعتق لأمه فانه يرث المولى كأنه أخ المعتق لابييه وأمه ولان هذا الابن أقرب عصبة الام في نسبة المعتق إليها كالأب فكذلك ابنها في استحقاق ميراث المعتق كابن الأب ولو كان للمعتق أخ وأخت كان ميراث المولى للأخ دون الأخت لهذين

[124]

المعنيين ولو لم يكن له وارث غير أمه لم يكن لها من الميراث شيء لما بينا أنه لا يرث من النساء بالولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن وكان الميراث لأقرب الناس منها من العصبات لانها لما لم ترث شيئاً كانت كالميتة فان ادعاه الأب وهو حي ثبت نسبه منه لان النسب قد استتر باللعان بعدما كان ثابتاً منه بالفراش وبقي موقوفاً على حقه فإذا ادعاه في حال قيام حاجته ثبت نسبه منه ورجع ولاء مواليه العتاقة والموالة إليه ويرجع عاقلة الام بما عقلوا عنهم على عاقلة الأب وما كانوا متبرعين في هذا الاداء بل كانوا مجبرين عليه في الحكم فيرجعون عليهم وقد بينا الفرق بين هذا وبين ما إذا جر الأب ولاء الولد بعدما عقل عنه موالى الام وانما يرجعون على عاقلة الأب لما بينا أن النسب انما يثبت من وقت العلوق فتبين أن عاقلة الام أدوا ما كان مستحقاً على عاقلة الأب وان كان الابن ميتاً لم تجز دعوة الأب الا أن يكون بقى له ولد لانه بالموت استغنى عن النسب فدعوى الأب لا تكون اقراراً بالنسب بل تكون دعوى للميراث وهو في ذلك متناقض فان خلف الولد ابناً فحاجة ابن الابن كحاجة الابن في تصحيح دعوى الأب ولو كان ولد الملاعنة بنتاً فماتت وتركت ولداً ثم ادعاه الأب جازت دعوته في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان موته عن ولد كموت ابن الملاعنة عن ولد وهذا لان ولدها محتاج إلى اثبات نسب أمه ليصير كريم الطرفين وفي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لم تجز دعوته لان نسبة هذا الولد إلى أبيه دون أمه فان الولد من قوم أبيه ألا ترى أن ابراهيم بن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنه كان من قريش وأن أولاد الخلفاء من الاماء يصلحون للخلافة فلا معتبر بوجود هذا الولد لما لم يكن منسوباً إليها فلماذا لا تصح دعوة الأب وان كان ولد الملاعنة أعتق عبداً ثم مات لآعن ولد فادعى الأب نسبه لم يصدق باعتبار بقاء مولاه لان الولاء أثر الملك ولو بقى له أصل الملك على العبد لم يصدق هو في الدعوة باعتباره بقاء الولاء أولى وهذا لانه انما يعتبر بقاء من يصير منسوباً إليه بالنسب إذا صحت دعوته والمولى لا يصير منسوباً إليه بالنسب وإذا لآعن بولدى توأم ثم أعتق أحدهما عبداً ومات فادعى الأب الحى منهما ثبت نسبهما لانهما خلقا من ماء واحد فبقاء أحدهما محتاجاً إلى النسبة كبقائهما

[125]

وإذا ثبت نسبهما جر الأب ولاء معتق الميت منهما إلى نفسه كما لو كان ثابت النسب منه حين أعتقه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب قال الشيخ الامام الاجل الزاهد انتهى شرح كتاب الولاء بطريق الاملاء من الممتحن بأنواع البلاء يسأل من الله تعالى تبديل

البلاء والحلاء بالعز والعلاء فان ذلك عليه يسير وهو على ما يشاء قدير
وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه الطاهرين

[126]

بسم الله الرحمن الرحيم (كتاب الايمان) (قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد
شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسى رضى
الله تعالى عنه اليمين في اللغة القوة ومنه قوله تعالى لاخذنا منه باليمين
وقال القائل رأيت عرابة الاوسى يسمو إلى الخيرات منقطع القرين إذا
ماراية رفعت لمجد تلقاها عرابة باليمين * فما يستعمل بالعهود والتوثيق
والقوة يسمى يمينا وقيل اليمين الجارحة فلما كانت يستعمل بذلها في
العهود سمي ما يؤكد به العقد باسمها وهى نوعان نوع يعرفه أهل اللغة
وهو ما يقصد به تعظيم المقسم به ويسمون ذلك قسما الا أنهم لا يخصون
ذلك بالله تعالى وفي الشرع هذا النوع من اليمين لا يكون الا بالله تعالى
فهو المستحق للتعظيم بذاته على وجه لا يجوز هتك حرمة اسمه بحال
والنوع الآخر الشرط والجزاء وهو يمين عند الفقهاء لما فيها من معنى
اليمين وهو المنع أو الايجاب ولكن أهل اللغة لا يعرفون ذلك لانه ليس فيه
معنى التعظيم ثم بدأ الكتاب ببيان النوع الاول فقال الايمان ثلاثة وهذا
اللفظ على النحو الذى ذكره محمد رحمه الله تعالى يروى عن رجلين من
الصحابه رضوان الله عليهم أجمعين أبى مالك الغفاري وكعب بن مالك
رحمهما الله ولم يرد عدد الايمان فان ذلك أكثر من أن يحصى وانما أراد أن
اليمين بالله تعالى تنقسم في أحكامها ثلاثة أقسام يمين يكفر ويمين لا
يكفر ويمين برجو أن لا يؤاخذ الله تعالى بها صاحبها فأما الذى يكفر فهو
اليمين على أمر في المستقبل لاق يجاد فعل أو نفى فعل وهذا عقد
مشروع أمر الله تعالى به في بيعة نصره الحق وفي المظالم والخصومات
وهى في وجوب الحفظ أربعة أنواع نوع منها يجب اتمام البر فيها وهو أن
يعقد على أمر طاعة أمر به أو الامتناع عن معصية وذلك فرض عليه قبل
اليمين وباليمين يزداد وكادة

[127]

ونوع لا يجوز حفظها وهو أن يحلف على ترك طاعة أو فعل معصية لقوله
صلى الله عليه وسلم من حلف أن يطيع الله فليطعه ومن حلف أن يعصى
الله فلا يعصه ونوع يتخير فيه بين البر والحنث والحنث خير من البر فيندب
فيه إلى الحنث لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى
غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفر وأدنى درجات الامر الندب
ونوع يستوي فيه البر والحنث في الاباحة فيتخير بينهما وحفظ اليمين
أولى بظاهر قوله تعالى واحفظوا أيمانكم وحفظ اليمين يكون بالبر بعد
وجودها فعرفنا أن المراد حفظ البر ومن حنث في هذا اليمين فعليه
الكفارة كما قال الله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين ويتخير بين
الطعام والكسوة والاعتاق للتنصيص على حرف أو ولان البداية بالاحف
والختم بالاغظ اشارة إلى ذلك لانها لو كانت مرتبة كانت البداية بالاغظ
والتى لا تكفر اليمين الغموس وهى المعقودة على أمر في الماضي أو
الحال كاذبة يتعمد صاحبها ذلك وهذه لبست يمين حقيقة لان اليمين عقد

مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة لاستعمال صورة اليمين كما سمي رسول الله صلى الله عليه وسلم بيع الحر بيعا مجازا لان ارتكاب تلك الكبيرة لاستعمال صورة البيع ثم لا ينعقد هذا اليمين فيما هو حكمه في الدنيا عندنا ولكنها توجب التوبة والاستغفار وعند الشافعي رحمه الله تعالى تنعقد موجبة للكفارة فمن أصله محل اليمين نفس الخبر وشرط انعقادها القصد الصحيح وعندنا محل اليمين خبر فيه رجاء الصديق لانها تنعقد موجبة للبر ثم الكفارة خلف عنه عند فوت البر فالخبر الذي لا يتصور فيه الصديق لا يكون محلا لليمين والعقد لا ينعقد بدون محله وحجته قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم فالله اثبت المؤاخذة في اليمين المكسوبة واليمين الغموس بهذه الصفة لانها بالقلب مقصودة ثم فسر هذه المؤاخذة بالكفارة في قوله بما عقدتم الايمان معناه بما قصدتم والعقد هو القصد ومنه سميت النية عقيدة وأوجب الكفارة موصولة باليمين بقوله فكفارته لان الفاء للوصل وقال في آخر الآية ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم والكفارة بنفس الحلف انما تجب بالغموس والمراد بقوله واحفظوا أيمانكم الامتناع من الحلف فان بعد الحلف انما يتصور حفظ البر وحفظ اليمين يذكر لمعنى الامتناع قال القائل

[128]

قليل الاايا حافظ ليمينه وان بدرت منه الالية برت ولان قوله خالف فعله في يمين بالله تعالى مقصود فيلزمه الكفارة كما في المعقودة على أمر في المستقبل وأقرب ما يقيسون عليه إذا حلف ليمسن السماء أو ليحولن هذا الحجر ذهابا وهذا لان وجوب الكفارة في المعقودة على أمر في المستقبل لمعنى الحظر ولهذا سميت كفارة أي ساترة وهذا الحظر من حيث الاستشهاد بالله تعالى كاذبا وذلك بعينه موجود في الغموس ولان الغموس انما يخالف المعقودة على أمر في المستقبل في توهم البر والبر مانع من الكفارة وانعدام ما يمنع الكفارة يحقق معنى الكفارة فيها ولان في أحد نوعي اليمين وهو الشرط والجزاء يسوى بين الماضي والمستقبل في موجه فكذلك في النوع الآخر (وحجتنا) في ذلك قوله تعالى ان الذين يشررون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا الآية فقد بين جزاء اليمين الغموس بالوعيد في الآخرة فلو كانت الكفارة فيها واجبة لكان الاولى بيانها ولان الكفارة لو وجبت انما تجب لرفع هذا الوعيد المنصوص وذلك لا يقول به أحد قال عليه الصلاة والسلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر منها اليمين الفاجرة يقتطع بها مال امرئ مسلم وقال اليمين الغموس تدع الديار بلاقع أي خالية من أهلها وقال ابن مسعود رضى الله تعالى عنه كنا نعد اليمين الغموس من الايمان التي لا كفارة فيها والمعنى فيه انها غير معقودة لان عقد اليمين للحظر أو الايجاب وذلك لا يتحقق في الماضي والخبر الذي ليس فيه توهم الصديق والعقد لا ينعقد بدون محله كالبيع لا ينعقد على ما ليس بمال لخلوه عن موجب البيع وهو تملك المال ولانه قارنها ما يحلها ولو طرأ عليها يرفعها فإذا قارنها منع انعقادها كالردة والرضاع في النكاح بخلاف مس السماء ونحوه فانه لم يقارنها ما يحلها لانها عقدت على فعل في المستقبل فما يحلها انعدام الفعل في المستقبل ولهذا تتوقت تلك اليمين بالتوقيت ولان الغموس محظور محض فلا يصلح سببا لوجوب الكفارة كالزنا والردة وهذا لان المشروعات تنقسم ثلاث أقسام عبادة محضة وسببها مباح محض وعقوبة محضة كالحدود وسببها محظور محض وكفارات وهى تتردد بين العبادة والعقوبة فمن

حيث أنها لا تجب الاجزاء تشبه العقوبة ومن حيث أنه يفتى بها فلا تتأدى الا بنية العبادة وتتأدى بما هو محض العبادة كالصوم تشبه العبادات فينبغي أن يكون سببها مترددا بين الحظر والاباحة وذلك المعقودة على أمر في المستقبل لانه باعتبار تعظيم حرمة اسم الله تعالى باليمين مباح وباعتبار هتك هذه الحرمة

[129]

بالحنث محذور فيصلح سببا للكفارة فأما الغموس محذور محض لان الكذب بدون الاستشهاد بالله تعالى محذور محض فمع الاستشهاد بالله تعالى أولى فلا يصلح سببا للكفارة ثم الكفارة تجب خلفا عن البر الواجب باليمين ولهذا يجب في المعقودة على أمر في المستقبل بعد الحنث لان قبل الحنث ما هو الاصل قائم فإذا حنث فقد فات الاصل فتجب الكفارة ليكون خلفا وبصير باعتبارها كانه على بره وهذا انما يتصور في خبر فيه توهم الصدق انه ينعقد موجبا للاصل ثم الكفارة خلف عنه وفي مس السماء هكذا لان السماء عين ممسوسة فلتصور البر انعقدت اليمين ثم لغواته بالعجز من حيث العادة تلزمه الكفارة في الحال خلفا عن البر فأما فيما نحن فيه لا تصور للبر فلا ينعقد موجبا لما هو الاصل فلا يمكن أن يجعل موجبا للخلف ولانه حينئذ لا يكون خلفا بل يكون واجبا ابتداء ولا يمكن جعل الكفارة واجبة باليمين ابتداء لانها حينئذ لا تكون كبيرة بل تكون سبب التزام القرية ومعنى قوله تعالى ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم وحنثتم ومن أسباب الوجوب ما هو مضمرة في الكتاب كقوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فأفطر فعدة من أيام أخر ثم ان الله تعالى أوجب الكفارة بعد عقد اليمين بقوله بما عقدتم الايمان والقراءة بالتشديد لا تتناول الا المعقودة وكذلك بالتخفيف لانه يقال عقده فانهقد كما يقال كسرتة فانكسر وانما يتصور الانعقاد فيما يتصور فيه الحل لانه ضده قال القائل * ولقلب المحب حل وعقد * ولا يتصور ذلك في الماضي أو المراد بقوله بما كسبت قلوبكم المؤاخذة بالوعيد في الآخرة لان دار الجزاء في الحقيقة الآخرة فأما في الدنيا قد يؤخذ المطيع ابتداء وينعم على العاصي استدراجا والمؤاخذة المطلقة محمولة على المؤاخذة في الآخرة ويفصل الشرط والجزاء يستدل على ما قلنا فانه إذا أضيف إلى الماضي يكون تحقيقا للكذب ولا يكون يمينا واليه يشير في الكتاب ويقول أمر الغموس أمر عظيم والبأس فيه شديد معناه أن ما يلحقه من المأثم فيه أعظم من أن يرتفع بالكفارة والنوع الثالث يمين اللغو فنفي المؤاخذة بها منصوص في القرآن قال الله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم واختلف العلماء في صورتها فعندنا صورتها أن يحلف على أمر في الماضي أو في الحال وهو يرى أنه حق ثم ظهر خلافه وهو مروى عن زرارة بن أبي أوفى وعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما في احدى الروايتين وعن محمد رحمه الله قال هو قول الرجل في كلامه لا والله بلي والله وهو قريب من قول الشافعي رضى الله تعالى عنه فان عنده اللغو

[130]

ما يجرى على اللسان من غير قصد في الماضي كان أو في المستقبل وهو
احدى الروايتين عن ابن عباس قال اليمين اللغو يمين الغضب وروى عن
عائشة رضى الله تعالى عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في
تفسير اللغو قول الرجل لا والله بلى والله وهو قول عائشة رضى الله
تعالى عنها وتأويله عندنا فيما يكون خيرا عن الماضي فان اللغو ما يكون
خاليا عن الفائدة والخبر الماضي خال عن فائدة اليمين على ما قررنا فكان
لغو فأما الخبر في المستقبل عدم القصد لا بعدم فائدة اليمين وقد ورد
الشرع بأن الهزل والجد في اليمين سواء ولما أخذ المشركون حذيفة بن
اليمان رضى الله عنه واستحلفوه أن لا ينصر محمدا صلى الله عليه وسلم
أخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم
أوف لهم بعهودهم ونحن نستعين بالله عليهم والمكره غير قاصد ومع ذلك
أمره بالوفاء به فدل أن عدم القصد لا يمنع انعقاد اليمين ممن هو من أهله
وتأويل قوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان رفع
الاثم ومن السلف من قال اللغو هو اليمين المكفرة وهذا باطل فان الله
تعالى عطف اليمين التي فيها الكفارة على اللغو والشئ لا يعطف على
نفسه ومنهم من يقول يمين اللغو اليمين على المعصية وقال بعضهم لا
كفارة فيها وقال بعضهم في محبطة بالكفارة أي لا مؤاخذة فيها بعد
الكفارة وهذا أيضا فاسد فان كون الفعل معصية لا يمنع عقد اليمين عليه
ولا يخرج عن كونه سببا للكفارة كالظهار فانه منكر من القول وزور ثم
كان موجبا للكفارة عند العود وهذا النوع لا يتحقق الا في اليمين بالله
تعالى فأما في الشرط والجزاء لا يتحقق اللغو هكذا ذكره ابن رستم عن
محمد رحمهما الله تعالى لان عدم القصد لا يمنع وقوع الطلاق والعناق
(فان قيل) فما معنى تعليق محمد رحمه الله تعالى نفي المؤاخذة في هذا
النوع من الرجاء بقوله نرجو أن لا يؤاخذ الله تعالى بها صاحبها وعدم
المؤاخذة في اليمين اللغو منصوص عليه وما عرف بالنص فهو مقطوع به
(قلنا) نعم ولكن صورة تلك اليمين مختلف فيها فانما علق بالرجاء نفي
المؤاخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها وذلك غير معلوم بالنص مع أنه لم
يرد بهذا اللفظ التعليق بالرجاء انما أراد به التعظيم والتبرك بذكر اسم الله
تعالى كما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا مر بالمقابر قال
صلى الله عليه وسلم السلام عليكم ديار قوم مؤمنين وأنا ان شاء الله بكم
لاحقون وما ذكر الاستثناء بمعنى الشك فانه كان متيقنا بالموت وقد قال
الله تعالى انك ميت وانهم ميتون ولكن معنى ذكر الاستثناء

[131]

ما ذكرنا وإذا حلف ليفعلن كذا ولم يوقت لذلك وقتا فهو على يمينه حتى
يهلك ذلك الشئ الذي حلف عليه فيلزمه الكفارة حينئذ وأعلم ان اليمين
ثلاثة أنواع مؤبدة لفظا ومعنى بأن يقول والله لا أفعل كذا أبدا أو يقول لا
أفعل مطلقا والمطلق فيما يتأبد يقتضى التأبد كالبيع ومؤقته لفظا
ومعنى بأن يقول لا أفعل كذا اليوم فيتوقت اليمين بذلك الوقت لان موجبه
الحظر أو الايجاب وذلك يحتمل التوقيت فيتوقت بتوقيته ومؤبد لفظا
مؤقت معنى كيمين الغور إذا قال تعال تعد معي فقال والله لا أتعدى
يتوقت يمينه بذلك الغداء المدعو إليه وهذا النوع من اليمين سبق به أبو
حنيفة رحمه الله تعالى ولم يسبق به وأخذه من حديث جابر بن عبد الله
وابنه حين دعيا إلى نصره انسان فحلفا أن لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك ولم
يحنثا وبناء على ما عرف من مقصود الحالف وهو الاصل في الشرع أن
يبتنى الكلام على ما هو معلوم من مقصود المتكلم قال الله تعالى

واستغرز من استطعت منهم بصوتك والمراد الامكان والاقدار لاستحالة الامر بالشرك والمعصية من الله تعالى ثم الكفارة لا تجب الا بعد فوت البر في اليمين المطلقة وانما يفوت البر بهلاك ذلك الشئ الذي حلف عليه أو بموت الحالف وأما في اليمين المؤقتة ففوت البر بمضي الوقت مع بقاء ذلك الشئ الذي حلف عليه ومع بقاء الحالف وأما إذا كان الحالف قد مات قبل مضي ذلك الوقت لا تجب الكفارة وإذا هلك ذلك الشئ ففيه اختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى نبيته في موضعه ان شاء الله تعالى وإذا قال ورحمة الله لا أفعل كذا أو غضب الله وسخط الله وعذاب الله وثوابه ورضاه وعلمه فانه لا يكون يمينا والحاصل أن نقول اليمين اما أن يكون باسم من أسماء الله تعالى أو بصفة من صفاته وذلك ينتهي على حروف القسم فلا بد من معرفتها أولا فنقول حروف القسم الباء والواو والياء أما الباء فهي للالصاق في الاصل وهي بدل عن فعل محذوف فمعنى قوله بالله أي احلف بالله قال الله تعالى ويحلفون بالله أو أقسم بالله قال تعالى وأقسموا بالله ولهذا يصح اقترانها بالكناية فيقول القائل به وبك ثم الواو تستعار للقسم بمعنى الباء لما بينهما من المشابهة صورة ومعنى أما صورة فلان مخرج كل واحد منهما يضم الشفتين وأما المعنى فلان الواو للعطف وفي العطف معنى اللصاق الا أنه لا يستقيم اظهار الفعل مع حرف الواو بأن يقول احلف والله لان الاستعارة لتوسعة صلات الاسم لا لمعنى اللصاق فإذا استعمل مع اظهار الفعل يكون بمعنى اللصاق ولهذا لا يستقيم حرف الواو مع الكناية وانما يستقيم مع التصريح

[132]

بالاسم سواء ذكر اسم الله تعالى أو اسم غير الله فيقول وأبيك وأبي ثم التاء تستعار لمعنى الواو لما بينهما من المشابهة فانهما من حروف الزوائد تستعمل العرب احدهما بمعنى الاخرى كقولهم تراث ووارث ولكن هذه الاستعارة لتوسعة صلة القسم بالله خاصة ولهذا لا يستقيم ذكر التاء الا مع التصريح بالله حتى لا يقال بالرحمن وانما يقال بالله خاصة قال الله تعالى تالله لقد اترك الله علينا تالله لا كيدن أصنامكم ثم الحلف بأسماء الله تعالى يمين في الصحيح من الجواب ومن أصحابنا من يقول كل اسم لا يسمى به غير الله تعالى كقوله والله والرحمن فهو يمين وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والعالم فان أراد به اليمين فهو يمين وان لم يرد به اليمين لا يكون يمينا وكان بشر المريسي يقول في قوله والرحمن ان أراد به اسم الله تعالى فهو يمين وان أراد به سورة الرحمن لا يكون يمينا لانه حلف بالقرآن وقد بينا في كتاب الطلاق أن قوله والقرآن لا يكون يمينا ولكن الاول أصح لان تصحيح كلام المتكلم واجب ما أمكن ومطلق الكلام محمول على ما يفيد دون ما لا يفيد وذلك في أن يجعل يمينا ويستوى ان قال والله أو بالله أو تالله وكذلك ان قال الله لان من عادة العرب حذف بعض الحروف للايجاز قال القائل قلت لها قفى فقالت قاف لا تحسبن انى نسيت الالحاف أي وقفت الا ان عند نحوي البصرة عند حذف حرف القسم يذكر منصوبا بانتزاع حرف الخافض منه وعند نحوي الكوفة يذكر مخفوضا لتكون كسرة الهاء دليلا على محذوفه وكذلك لو قال لله لان معناه بالله فان الباء واللام يتقاربان قال الله تعالى أمنتم له أي أمنتم به وقال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما دخل آدم الجنة فله ما غربت الشمس حتى خرج وذكر القفال في تفسيره إذا قال له وعنى به اليمين يكون يمينا واستدل بقول القائل لهئك من عبيسة لوسيمة * على هنوات كاذب من يقولها معناه لله انك ولو قال وايم الله فهو يمين قال محمد رحمه الله

تعالى ومعناه أيمن فهو جمع اليمين وهذا مذهب نحوي الكوفة وأما
البصريون يقولون معناه والله وأيم صلته كقولهم صه ومه وما شاكله
وكذلك لو قال لعمره الله فهو يمين باعتبار النص قال الله تعالى لعمر ك
والعمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات فكأنه قال والله الباقي وأما
الحلف بالصفات فالعراقيون من مشايخنا رحمهم الله تعالى يقولون
الحلف بصفات الذات كالقدرة والعظمة والعزة

[133]

والجلال والكبرياء يمين والحلف بصفات الفعل كالرحمة والغضب لا يكون
يميناً وقالوا صفات الذات مالا يجوز أن يوصف بضده كالقدرة وصفات
الفعل ما يجوز أن يوصف بضده يقال رحم فلان ولم يرحم فلان وغضب
على فلان ورضى عن فلان قالوا وعلى هذا ينبغي في القياس في قوله
وعلم الله أن يكون يميناً لأنه من صفات الذات فإنه لا يوصف بضد العلم
ولكنهم تركوا هذا القياس لأن العلم يذكر بمعنى المعلوم كقول الرجل في
دعائه اللهم اغفر لنا علمك فينا أي معلومك ويقال علم أبي حنيفة رحمه
الله أي معلومه والمعلوم غير الله (فان قيل) وقد يقال أيضاً انظر إلى
قدرة الله والمراد المقذور ثم قوله وقدرة الله يمين (قلنا) معنى قوله
انظر إلى قدرة الله أي إلى أثر قدرة الله تعالى ولكن بحذف المضاف
واقامة المضاف إليه مقامه فان القدرة لا تعين ولكن هذا الطريق غير
مرضى عندنا فانهم يقصدون بهذا الفرق الإشارة إلى مذهبهم أن صفات
الفعل غير الله تعالى والمذهب عندنا أن صفات الله لا هو ولا غيره فلا
يستقيم الفرق بين صفات الذات وصفات الفعل في حكم اليمين ومنهم
من يعلل فيقول رحمة الله تعالى الجنة قال الله تعالى ففي رحمة الله هم
فيها خالدون وإذا كانت الرحمة بمعنى الجنة فالسخط والغضب بمعنى النار
فيكون حلفاً بغير الله تعالى وهذا غير مرضى أيضاً لأن الرحمة والغضب
عندنا من صفة الله تعالى والاصح أن يقول الايمان مبنية على العرف
والعادة فما تعارف الناس الحلف به يكون يميناً وما لم يتعارف الحلف به لا
يكون يميناً والحلف بقدرة الله تعالى وكبريائه وعظمته متعارف فيما بين
الناس وبرحمته غضبه غير متعارف فلماذا لم يجعل قوله وعلم الله يميناً
ولهذا قال محمد رحمه الله في قوله وأمانة الله انه يمين ثم سئل عن
معناه فقال لا أدري فكأنه قال وجد العرب يحلفون بأمانة الله عادة فجعله
يميناً وذكر الطحاوي أن قوله وأمانة الله لا يكون يميناً لأنه عبادة من
العبادات والطاعات ولكن أمر الله تعالى بها وهي غير الله تعالى وجه رواية
الاصل أنه يتعذر الإشارة إلى شيء بعينه على الخصوص انه أمانة الله
والحلف به متعارف وعلمنا انهم يريدون به الصفة فكأنه قال والله الامين
فان قال ووجه الله روى عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى انه
يمين لان الوجه يذكر بمعنى الذات قال الله تعالى ويبقي وجه ربك قال
الحسن هو هو وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا يكون يميناً قال أبو
شجاع رحمه الله تعالى في حكايته عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو من
ايمان السفلة يعنى الجهلة الذين يذكرونه بمعنى الجارحة وهذا دليل على
انه لم يجعله يميناً وان قال وحق الله فهو يمين

[134]

في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى واحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى وفي الرواية الاخرى لا يكون يمينا لان حق الله على عباده الطاعات كما فسر رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله لمعاد أتدرى ما حق الله تعالى على عباده أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا والحلف بالطاعات لا يكون يمينا وجه قوله أن معني وحق الله والله الحق والحق من صفات الله تعالى قال الله تعالى ذلك بأن الله هو الحق ولا خلاف أنه لو قال والحق لا أفعل كذا انه يمين كقوله والله قال الله تعالى ولو اتبع الحق أهواءهم ولو قال حقا لا يكون يمينا لان التنكير في لفظه دليل على أنه لم يرد به اسم الله وانما أراد به تحقيق الوعد معناه أفعل هذا لا محالة فلا يكون يمينا قال الشيخ الامام رحمه الله تعالى وقد بينا في باب الابلاء من كتاب الطلاق ألقاظ القسم ما انفقوا عليه وما فيه اختلاف كقولهم هو يهودى أو نصراني أو مجوسي وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى أنه قال إذا قال هو يهودى إن فعل كذا وهو نصراني ان فعل كذا فهما يمينا وان قال هو يهودى هو نصراني ان فعل كذا فهي يمين واحدة لان في الاول كل واحد من الكلامين تام بذكر الشرط والجزاء وفي الثاني الكلام واحد حين ذكر الشرط مرة واحدة ولو حلف على أمر في الماضي بهذا اللفظ فان كان عنده أنه صادق فلا شئ عليه وان كان يعلم أنه كاذب كان محمد بن مقاتل رحمه الله تعالى يقول يكفر لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود تنجيز (تنجيز) فكانه قال هو كافر وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يكفر اعتبارا للماضي بالمستقبل ففي المستقبل هذا اللفظ يمين يكفرها كاليمين بالله تعالى ففي الماضي هو بمنزلة الغموس أيضا والاصح انه ان كان عالما يعرف انه يمين فانه لا يكفر به في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا وعنده انه يكفر بالحلف يصير كافرا في الماضي والمستقبل لانه لما أقدم على ذلك الفعل وعنده انه يكفر به فقد صار راضيا بالكفر ومن هذا الجنس تحريم الحلال فانه يمين يوجب الكفارة عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يكون يمينا الا في النساء والجوارى لان تحريم الحلال قلب الشريعة واليمين عقد شرعى فكيف ينعد بلفظ هو قلب الشريعة ولانه ليس في هذا المعنى تعظيم المقسم به ولا معنى الشرط والجزاء من حيث أنه بوجود الشرط لا يثبت عين ما علق به من الجزاء أو اليمين يتنوع بهذين النوعين (وحتنا) في ذلك قوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة إيمانكم قيل ان النبي صلى الله عليه وسلم حرم العسل على نفسه وقيل حرم مارية على

[135]

نفسه فيعمل بهما أو لما ثبت بهذه الآية أن التحريم المضاف إلى الجوارى يكون يمينا فكذلك التحريم المضاف إلى سائر المباحات كقوله والله فكما أن هاء عند وجود الشرط لا يثبت ما علق به من التحريم فكذلك في الجوارى ثم معنى اليمين في هذا اللفظ يتحقق بالقصد إلى المنع أو إلى الايجاب لان المؤمن يكون ممتنعا من تحريم الحلال وإذا جعل ذلك يمينه علامة فعله عرفنا أنه قصد منع نفسه عن ذلك الفعل كما في قوله والله لانه ثبت أن الانسان يكون ممتنعا من هتك حرمة اسم الله تعالى فكان يمينا وعلى هذا القول في قوله هو كافر ان فعل كذا كان يمينا لان حرمة الكفر حرمة تامة مصممة كهتك حرمة اسم الله تعالى فإذا جعل فعله علامة لذلك كان يمينا فأما إذا قال هو يأكل الميتة أو يستحلها أو الدم أو لحكم الخنزير ان فعل كذا فهذا لا يكون يمينا لان هذه الحرمة ليست بحرمة تامة مصممة حتى أنه ينكشف عند الضرورة وكذلك قوله هو يترك الصلاة والزكاة ان

فعل كذا لان ذلك يجوز عند تحقق الضرورة والعجز فلم يكن في معنى اليمين من كل وجه ولو ألحق به باعتبار بعض الاوصاف لكان قياسا ولا مدخل للقياس في هذا الباب وكذلك لو حلف بحد من حدود الله تعالى أو بشئ من شرائع الاسلام لم يكن يمينا لانه حلف بغير الله تعالى ولان الحلف بهذه الاشياء غير متعارف وقد بينا أن العرف معتبر في اليمين ولو قال عليه لعنة الله أو غضب الله أو أماته الله أو عذبه الله بالنار أو حرم عليه الجنة ان فعل كذا فشيء من هذا لا يكون يمينا انما هو دعاء على نفسه قال الله تعالى ويدع الانسان بالشر دعاءه بالخير ولان الحلف بهذه الالفاظ غير متعارف وسئل محمد رحمه الله تعالى عن قول وسلطان الله لا يفعل كذا فقال لا أدري ما هذا من حلف بهذا فقد أشار إلى عدم العرف والصحيح من الجواب في هذا الفصل انه إذا أراد بالسلطان القدرة فهو يمين كقوله وقدرة الله ولو جعل عليه حجة أو عمرة أو صوما أو صلاة أو صدقة أو ما أشبه ذلك مما هو طاعة ان ففعل كذا فعل لزمه ذلك الذي جعله على نفسه ولم يجب كفارة اليمين فيه في ظاهر الرواية عندنا وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى قال ان علق النذر بشرط يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضى أو رد غائبي لا يخرج عنه بالكفارة وان علق بشرط لا يريد كونه كدخول الدار ونحوه يتخير بين الكفارة وبين عين ما التزمه وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى في الجديد وقد كان يقول في القديم يتعين عليه

[136]

كفارة اليمين وروى أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى رجع إلى التخيير أيضا فان عبد العزيز ابن خالد الترمذي رضى الله تعالى عنه قال خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على أبى حنيفة رحمه الله تعالى فلما انتهيت إلى هذه المسألة فقال قف فان من رأى أن أرجع فلما رجعت من الحج إذا أبو حنيفة رحمه الله تعالى قد توفى فأخبرني الوليد بن أبان رحمه الله أنه رجع عنه قبل موته بسبعة أيام وقال يتخير وبهذا كان يفتى اسماعيل الزاهد رحمه الله قال رضى الله عنه وهو اختياري أيضا لكثرة البلوى في زماننا وكان من مذهب عمر وعائشة رضى الله عنهما أنه يخرج عنه بالكفارة ومن مذهب عبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وعبد الله بن الزبير رضى الله عنهم انه لا يخرج عنه بالكفارة حتى كان ابن عمر يقول لا أعرف في النذر الا الوفاء وأما وجه قوله الاول قوله صلى الله عليه وسلم من نذر نذرا وسمى فعليه الوفاء بما سمي ومن نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين والمعنى فيه أنه علق بالشرط ما يصح التزامه في الذمة فعند وجود الشرط يصير كالمنجز ولو نجز النذر لم يخرج عنه بالكفارة ألا ترى أن الطلاق المعلق بالشرط يجعل عند وجود الشرط كالمنجز فهذا مثله وتحقيق هذا وهو أن معنى اليمين لا يوجد هنا لانه ليس فيه تعظيم المقسم به لانه جعل دخول الدار علامة التزام الصوم والصلاة وفى الالتزام معنى القرية والمسلم لا يكون ممتنعا من التزام القرية توضيحه أن الكفارة تجب لمعنى ق الحظر لانها ستاره للذنب ومعنى الحظر لا يوجد هنا وفى القول بالخيار له تخيير بين القليل والكثير في جنس واحد حتى إذا قال ان دخلت الدار فعلى طعام ألف مسكين فمن يقول بالخيار يخيره بين اطعام عشرة مساكين وبين اطعام ألف مسكين وكذا العتق والكسوة وان قال المعسر ان دخلت الدار فعلى صوم سنة يخيره بين صوم سنة وبين صوم ثلاثة أيام والتخيير بين القليل والكثير في جنس واحد غير مفيد شرعا فلا يجوز أن يكون حكما شرعيا ووجه قوله الآخر قوله صلى

الله عليه وسلم النذر يمين وكفارته اليمين فيحمل هذا على النذر المعلق بالشرط وما رووه على النذر المرسل أو المعلق بما يريد كونه ليكون جمعا بين الاخبار والمعنى فيه أن كلامه يشتمل على معنى النذر واليمين جميعا أما معنى النذر فظاهر وأما معنى اليمين فلانه قصد بيمينه هذا منع نفسه عن ايجاد الشرط لان الانسان يمتنع من التزام هذه الطاعات بالنذر مخافة أن لا يفي بها فيلحقه الوعيد الذي ذكره الله تعالى في قوله ورهبانية ابتدعوها

[137]

ما كتبناها عليهم الا ابتغاء رضوان الله إلى قوله وكثير منهم فاسقون فإذا جعل دخول الدار علامة التزام ما يكون ممتنعا من التزامه يكون يمينا وكذلك من حيث العرف يسمى يمينا يقال حلف بالنذر فلوجود اسم اليمين ومعناها قلنا يخرج بالكفارة ولوجود معنى النذر قلنا يخرج عنه بعين ما التزمه بخلاف النذر المرسل فاسم اليمين ومعناها غير موجود فيه وكذلك المعلق بشرط يريد كونه لان معنى اليمين غير موجود فيه وهو القصد إلى المنع بل قصده اظهار الرغبة فيما جعله شرطا يقرر هذا ان معنى الحظر يتحقق هنا لان الالتزام بالنذر قرينة بشرط أن يفي بما وعد فأما بدون الوفاء يكون معصية قال الله تعالى لم تقولون ما لا تفعلون وقال الله تعالى ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن الآية ولا يدري أنه هل يفي بهذا أو لا يفي فيكون مترددا دائرا بين الحظر والاباحة بمنزلة اليمين بالله تعالى فيصلح سببا لوجوب الكفارة (فان قيل) هذا في النذر المرسل موجود (قلنا) نعم ولكن لا بد من اعتبار اسم اليمين لايجاب الكفارة لانها تسمى كفارة اليمين واسم اليمين لا يوجد في النذر المرسل ومنهم من يقول هو يمين يتوقف موجبها على تنفيذ من جهته فيخرج عنها بالكفارة كاليمين بالله تعالى بخلاف اليمين بالطلاق والعتاق فانه لا يتوقف موجبها على تنفيذ من جهته بل بوجود الشرط يقع الطلاق والعتاق ولو شرعت الكفارة فيها كانت لرفع ما وقع من الطلاق والعتاق وذلك غير مشروع هنا ولو شرعت الكفارة كانت مشروعة خلفا عن البر ليصير كانه تم على بره وذلك مشروع فانه لو تم على بره لا يلزمه شئ والتخير بين القليل والكثير في الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جائز كالعبد إذا أذن له مولاه بأداء الجمعة يتخير بين أداء الجمعة ركعتين وبين الظهر أربعاً فهذا مثله وكذلك إذا حلف بالمشي إلى بيت الله ان فعل كذا ففعل ذلك الفعل لم يلزمه شئ في القياس لانه انما يجب بالنذر ما يكون من جنسه واجب شرعا والمشي إلى بيت الله ليس بواجب شرعا ولانه لا يلزمه عين ما التزمه وهو المشي فلان لا يلزمه شئ آخر أولى وهو الحج أو العمرة وفي الاستحسان يلزمه حجة أو عمرة وهكذا روى عن علي رضي الله عنه ولان في عرف الناس يذكر هذا اللفظ بمعنى التزام الحج والعمرة وفي النذور والايمان يعتبر العرف فجعلنا هذا عبارة عن التزام حج أو عمرة مجازا لان المقصود بالكلام استعمال الناس لاظهار ما في باطنهم فإذا صار اللفظ في شئ مستعملا مجازا يجعل كالحقيقة في ذلك الشئ ثم يتخير بين الحج

[138]

والعمرة لانهما النسكان المتعلقان بالبيت لا يتوصل إلى أدائهما الا
بالاحرام والا بالذهاب إلى ذلك الموضع ثم يتخير ان شاء مشى وان شاء
ركب وارق دما لحديث عقبة بن عامر أنه قال يا رسول الله ان أختي نذرت
ان تحج ماشية فقال صلى الله عليه وسلم ان الله غني عن تعذيب أختك
مرها فلتركب ولترق دما ولان النسك بصفة المشى يكون أتم على ما روى
أن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما بعدما كف بصره كان يقول لا أتأسف
على شئ كتأسفي على ان لا أحج ماشيا فان الله تعالى قدم المشاة فقال
يأتوك رجالا وعلى كل ضامر فإذا ركب فقد أدخل فيه نقصا ونقائص النسك
تجبر بالدم وان اختار المشى فالصحيح من الجواب أنه يمشى من بيته إلى
أن يفرغ من أفعال الحج وما سواه فيه من الكلام قد بيناه في المناسك
وقد ذكرنا أنه ثمان فصول في ثلاث يلزم بلا خلاف في المشى إلى بيت
الله تعالى أو الكعبة أو مكة وفي ثلاث لا يلزمه شئ بالاتفاق وهو إذا نذر
الذهاب إلى مكة أو السفر إلى مكة أو الركوب وفي فصلين خلاف وهو ما
إذا نذر المشى إلى الحرم أو المسجد الحرام كان أبو حنيفة رحمه الله
تعالى يأخذ فيهما بالقياس وهما بالاستحسان ولو حلف بالمشى إلى بيت
الله وهو ينوي مسجدا من المساجد سوى المسجد الحرام لم يلزمه شئ لان
المنوي من احتملات لفظه فالمساجد كلها بيوت الله تعالى على معنى أنها
تجردت عن حقوق العباد فصارت معدة لاقامة الطاعة فيها لله تعالى فإذا
عملت نيته صار المنوي كالملفوظ به وسائر المساجد يتوصل إليها بغير
احرام فلا يلزمه بالتزام المشى إليها شئ ومسجد بيت المقدس ومسجد
المدينة في ذلك سواء عندنا بخلاف المسجد الحرام فإنه لا يتوصل إليه الا
بالاحرام والملتزم بالاحرام يلزمه أحد النكسين المختص أدأؤهما بالاحرام
وهو الحج أو العمرة وإذا قال أنا أحرم ان فعلت كذا أو أنا محرم أو أهدي أو
أمشى إلى البيت وهو يريد ان يعد من نفسه عدة ولا بوجب شئنا فليس
عليه شئ لان ظاهر كلامه وعد فإنه يخبر عن فعل يفعله في المستقبل
والوعد فيه غير ملزم وانما يندب إلى الوفاء بما هو قرينة منه من غير أن
يكون ذلك دينا عليه وان أراد الايجاب لزمه ما قال لان المنوي من احتملات
لفظه فان الفعل الذي يفعله في المستقبل قد يكون واجبا وقد يكون غير
واجب فإذا أراد الايجاب فقد خص أحد النوعين بنيته وتعليقه بالشرط دليل
على الايجاب أيضا لانه يدل على انه يثبت عند وجود الشرط ما لم يكن ثابتا
من قبل وهو الوجوب دون التمكن من الفعل فإنه لا يختلف بوجود الشرط

[139]

وعدمه وان لم يكن له نية ففي القياس لا يلزمه شئ لان ظاهر لفظه عدة
ولان الوجوب بالشك لا يثبت وفي الاستحسان يلزمه ما قال لان العرف بين
الناس انهم يريدون بها اللفظ الايجاب ومطلق الكلام محمول على
المتعارف والتعليق بالشرط دليل الايجاب أيضا وانما ذكر محمد رحمه الله
تعالى القياس والاستحسان في المناسك وإذا حلف ان يهدي ما لا يملكه لا
يلزمه شئ لقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر فيما لا يملكه ابن آدم ومراده
من هذا اللفظ ان يقول ان فعلت كذا فله على ان أهدي هذه الشاة وهي
مملوكة لغيره فاما إذا قال والله لاهدين هذه الشاة ينعقد يمينه لان محل
اليمين خبر فيه رجاء الصدق وذلك يكون الفعل ممكنا ومحل النذر فعل هو
قرينة واهداء شاة الغير ليس بقرينة الا ان يريد اليمين فحينئذ ينعقد لان في
النذر معنى اليمين حتى ذكر الطحاوي انه لو أضاف النذر إلى ما هو معصية
وعني به اليمين بان قال لله تعالى على ان أقتل فلانا كان يميننا ويلزمه
الكفارة بالحنث لقوله عليه الصلاة والسلام النذر يمين وكفارته كفارة

اليمين وإذا قال لله علي ان أنحر ولدي أو اذبح ولدي لم يلزمه شيء في القياس وهو قول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى وفي الاستحسان يلزمه ذبح شاة وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لكنه ان ذكر بلفظ الهدى فذلك يختص بالحرم وفي سائر الالفاظ اما أن يذبحها في الحرم أو في أيام النحر وجه القياس انه نذر باراقة دم محقون فلا يلزمه شيء كما لو قال أبي أو أمي وهذا لان الفعل الذي سماه معصية ولا نذر في معصية الله تعالى ولانه لو نذر ذبح ما يملك ذبحه ولكن لا يحل ذبحه كالحمار والبغل لا يلزمه شيء ولو نذر ذبح ما يحل ذبحه ولا يملك ذبحه كمشاة الغير لا يلزمه شيء فإذا نذر ذبح ما لا يحل ذبحه ولا يملك ذبحه أولى أن لا يلزمه شيء وجه الاستحسان ما روى أن رجلا سأل ابن عباس رضى الله عنهما عن هذه المسألة فقال أرى عليك مائة بدنة ثم قال ائت ذلك الشيخ فاسأله وأشار إلى مسروق فسأله فقال أرى عليك شاة فأخبر بذلك ابن عباس رضى الله عنهما فقال وأنا أرى عليك ذلك وفي رواية عن ابن عباس انه أوجب فيه كفارة اليمين وعن علي بن أبي طالب رضى الله عنه انه أوجب فيه بدنة أو مائة بدنة وسألت امرأة عبد الله ابن عمر فقالت انى جعلت ولدى نحيرا فقال أمر الله بالوفاء بالنذر فقالت أتأمرني بقتل ولدى فقال نهى الله عن قتل الولد وان عبد المطلب نذر ان تم له عشرة بنين أن يذبح عاشرهم فتم له ذلك بعبد الله أبي رسول الله صلى الله عليه وسلم فأفرغ بينه وبين عشر من

[140]

الابل فخرجت القرعة عليه فما زال يزيد عشرا عشرا والقرعة تخرج عليه حتى بلغت الابل مائه فخرجت القرعة عليها ثلاث مرات فنحر مائة من الابل وأرى عليك مائة من الابل والصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على صحة النذر واختلفوا فيما يخرج به فاستدللنا باجماعهم على صحة النذر لان من الاجماع أن يشتهر قول بعض الكبار منهم ولا يظهر خلاف ذلك ولا شك أن رجوع ابن عباس إلى قول مسروق قد اشتهر ولم يظهر من أحد خلاف ذلك والذي روى عن مروان أخطأ الفتيلا لا نذر في معصية الله شاذ لا يلتفت إليه فان قول مروان لا يعارض قول الصحابة مع أن الاجماع لا يعتبر فيما يكون مخالفا للقياس ولكن قول الواحد من فقهاءهم فيما يخالف القياس حجة يترك به القياس لانه لا وجه لحمل قوله الا على السماع ممن ينزل عليه الوحي ثم أخذنا بفتوى ابن عباس ومسروق في ايجاب الشاة لها لان هذا القدر متفق عليه فان من أوجب بدنة أو أكثر فقد أوجب الزيادة أو لان من أوجب الشاة فانما أوجبها استدلالا بقصة الخليل صلوات الله عليه ومن أوجب مائة من الابل فانما أوجبها استدلالا بفعل عبد المطلب والاخذ بفعل الخليل صلوات الله عليه أولى من الاخذ بفعل عبد المطلب وهو الاستدلال الفقهي في المسألة فان الشاة محل لوجوب ذبحها بايجاب ذبح مضاف إلى الولد فكان اضافة النذر بالذبح إلى الولد بهذا الطريق كالاضافة إلى الشاة فيكون ملزمة وبيانه أن الخليل صلوات الله وسلامه عليه أمر بذبح الولد كما أخبر به ولده فقال الله تعالى مخبرا عنه انى أرى في المنام انى اذبحك أي أمرت بذبحك بدليل أن ابنه قال في الجواب يا أبت افعل ما تؤمر ولانهما اعتقدا الامر بذبح الولد حيث اشتغلا به فأقر عليه وتقرير الرسل على الخطأ لا يجوز خصوصا فيما لا يحل العمل فيه بغالب الرأي من اارقة دم نبى ثم وجب عليه بذلك الامر ذبح الشاة لان الله تعالى قال وناديناه أن يا ابراهيم قد صدقت الرؤيا أي حققت وانما حقق ذبح الشاة فلا يجوز أن يقال انما سماه مصدقا رؤياه قبل ذبح الشاة لان في الآية تقدما وتأخيرا

معناه وفديناه بذبح عظيم وناديناها أن يا ابراهيم وهذا لان قبل ذبح الشاة
انما أتى بمقدمات ذبح الولد من تله للجبين وامراره السكين على حلقه وبه
لم يحصل الامتثال لانه ليس بذبح ولانه لو حصل الامتثال به لم تكن الشاة
فداء ولا يجوز أن يقول وجوب الشاة بأمر آخر لان اثبات أمر آخر بالرأى غير
ممکن ولانه حينئذ لا يكون فداء والله تعالى سمي الشاة فداء

[141]

على أنه دفع مكروه الذبح عن الولد بالشاة وهذا إذا كان وجوب الشاة بذلك
الامر ولا يجوز أن يقال وجوب عليه ذبح الولد بدليل أنه اشتغل بمقدماته
وانما كانت الشاة فداء عن ولد وجوب ذبحه وهذا لا يوجد في النذر وهذا لانه
ما وجب عليه ذبح الولد حتى جعلت الشاة فداء إذا لو كان واجبا لما تأدى
بالفداء مع وجود الاصل في يده ولان الولد كان معصوما عن الذبح وقد
ظهرت العصمة حسا على ما روى أن الشفرة كانت تنبو وتنفل ولا تقطع
وبين كونه معصوما عن الذبح وبين كونه واجب الذبح منافاة فعرفنا أنه ما
وجب ذبح الولد بل أضيف الايجاب إليه على أن ينحل الوجوب بالشاة وفائدة
هذه الاضافة الابتلاء في حق الخليل عليه السلام بالاستسلام واطهار
الطاعة فيما لا يضطلع فيه أحد من المخلوقين وللولد بالانقياد والصبر
على مجاهدة بذل الروح إلى مكاشفة الحال وليكون له ثواب أن يكون
قربانا لله تعالى كما قال النبي صلى الله عليه وسلم أنا ابن الذبيحين وما
ذبحا بل أضيف اليهما ثم فديا بالقرابين ولا يقال قد وجب ذبح الولد ثم
تحول وجوب ذبح الولد إلى الشاة بانتساح المحلية فتكون الشاة واجبة
بذلك الامر كالدين يحال من ذمة إلى ذمة فيفرغ المحل الاول منه بعد
الوجوب فيه فيكون واجبا في المحل الثاني بذلك السبب وهذا لان الوجوب
في المحل لا يكون الا بعد صلاحية المحل له وبعد ذلك وان تحول إلى محل
آخر يبقى المحل الاول صالحا لمثله كالدين إذا حول من ذمة إلى ذمة ولم
يبق الولد محلا صالحا لذبح هو قربان فعرفنا أنه لم يكن محلا وان الوجوب
بحكم ذلك الايجاب حل بالشاة من حيث أنه يقدم على الولد في قبول حكم
الوجوب ولهذا سمي فداء نظيره من الحياة أن يرمى إلى انسان فيغديه
غيره بنفسه من حيث أنه يتقدم عليه لينفذ السهم فيه لا ان يتحول إليه
بعدهما وصل إلى المحل ويقول لغيره فدتك نفس عن المكاره والمراد هذا
ومن الشرعيات الخف مقدم على الرجل في قبول حكم الحدث لا ان يتحول
إلى الخف ما حل بالرجل من الحدث ولو سلمنا انه وجب ذبح الولد فانما
كان ذلك لغيره وهو الفداء لا لعينه ولهذا صار محققا رؤياه بالفداء وفي
مثل هذا ايجاب الاصل في حال العجز عنه يكون ايجابا للفداء كالشيخ
الفاني إذا نذر الصوم يلزمه الفداء لان وجوب الصوم عليه شرعا لغيره وهو
الفداء لا لعينه فانه عاجز عنه وذكر الطبري في تفسيره ان الخليل عليه
السلام كان نذر الذبح لأول ولد يولد له ثم نسي ذلك فذكر في المنام فان
ثبت هذا فهو نص لان شريعة من قبلنا تلزمنا ما لم يظهر ناسخه

[142]

خصوصا شريعة الخليل صلوات الله عليه قال الله تعالى فاتبع ملة ابراهيم
حنيفا فأما إذا نذر بذح عبده فمحمد رحمه الله تعالى أخذ فيه بالاستحسان

أيضا وقال أيضا يلزمه ذبح الشاة لان العبد كسبه وملكه فإذا صح اضافة النذر إلى الولد لكونه كسبا له وان لم يكن ملكا له فلان يصح اضافته إلى كسبه وهو ملكه أولى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى أخذ بالقياس فقال لا يلزمه شيء لان جعل الشاة فداء عن الولد لكرامة الولد والعبد في استحقاق الكرامة ليس بنظير الولد ولا مدخل للقياس في هذا الباب وان نذر ذبح ابن ابنه ففيه روايتان عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في احدى الروايتين لا يلزمه شيء وهو الاظهر لان ابن الابن ليس نظير الابن من كل وجه ولا مدخل للقياس في هذا الباب وفي الرواية الاخرى قال يلزمه لانه مضاف إليه بالبنوة كالابن وهو في معنى الكرامة كالابن في حقه وان أضاف النذر إلى أبيه أو أمه لا يلزمه شيء في الصحيح من الجواب لانه لا ولاية له عليهما وهما كالأجانب في حقه في حكم النذر بالذبح وفي الهارونيات يشير إلى أنه يلزمه ذبح الشاة وكأنه اعتبر أحد الطرفين بالطرف الآخر ثم قد بينا الفرق في المناسك بين النذر بالهدى والبدنة والجزور وإذا حلف بالنذر فان نوى شيئا من حج أو عمرة فعليه ما نوى لان المنوي من احتمالات لفظه فيكون كالمفوض به وان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين لقوله صلى الله عليه وسلم النذر يمين وكفارته كفارة يمين ولانه التزام بحق الله والحلف في مثله يوجب الكفارة ساترة للذنب وان حلف على معصية بالنذر فعليه كفارة يمين وقال الشعبي رحمه الله تعالى لا شيء عليه لان المعاصي لا تلتزم بالنذر والكفارة خلف عن البر الواجب باليمين أو الوفاء الواجب بالنذر وذلك لا يوجد في المعصية وحكى أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى دخل على الشعبي رضى الله عنه وسأله عن هذه المسألة فقال لا شيء عليه لان المنذور معصية فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ليس أن الظهار معصية وقد أمر الله بالكفارة فيه فتحير الشعبي وقال أنت من الارائيين وفي الكتاب استدل بهذا ويقول صلى الله عليه وسلم فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه وإذا حلف بالنذر وهو يتوى صياما ولم ينو عددا فعليه صيام ثلاثة أيام إذا حنث لان ما أوجبه على نفسه معتبر بما أوجب الله تعالى عليه وأدنى ما أوجب الله من الصيام ثلاثة أيام وكذلك إذا نوى صدقة ولم ينو عددا فعليه اطعام عشرة مساكين لكل مسكين نصف صاع من الحنطة اعتبارا لما يوجبه على نفسه بما أوجب الله تعالى عليه من

[143]

اطعام عشرة مساكين في كفارة اليمين وقد بينا هذه الفصول في المناسك ولا ينبغي أن يحلف فيقول وأبيك وأبى فانه بلغنا أن بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ونهى عن الحلف بجد من حدوده ومن الحلف بالطواغيت وفي الباب حديثان (أحدهما) حديث عمر رضى الله عنه قال تبعتني رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض الاسفار وأنا أحلف بأبى فقال لا تحلفوا بأبائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر فما حلفت بعد ذلك لا ذاكرة ولا أثرا وفي حديث آخر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من حلف بغير الله فقد أشرك ومن قال لغيره تعالى أفاخرك فليقل لا اله الا الله وإذا حلف على يمين أو نذر وقال ان شاء الله موصولا فليس عليه شيء عندنا وقال مالك يلزمه حكم اليمين والنذر لان الامور كلها بمشيئة الله تعالى ولا يتغير بذكره حكم الكلام ولكننا نستدل بقوله تعالى ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعاتبه على ذلك والوعد من الانبياء عليهم السلام كالعهد من غيرهم وقال النبي صلى الله عليه وسلم من استثنى فله ثنيه وعن ابن مسعود وابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم موقوفا عليهم ومرفوعا من حلف على يمين وقال

ان شاء الله فقد استثنى ولا حث عليه ولا كفارة الا ان ابن عباس كان يجوز الاستثناء وان كان مفصولا لقوله تعالى واذكر ربك إذا نسيت يعني إذا نسيت الاستثناء موصولا فاستثنى مفصولا ولسنا نأخذ بهذا فان الله تعالى بين حكم الزوج الثاني بعد التطبيقات الثلاث ولو كان الاستثناء المفصول صحيحا لكان المطلق يستثنى إذا ندم ولا حاجة إلى المحلل وفي تصحيح الاستثناء مفصولا اخراج العقود كلها من السيوع والانكحة من أن تكون ملزمة (قال) والى هذا أشار أبو حنيفة رحمه الله تعالى حين عاتبه الخليفة فقال أبلغ من قدرك أن تخالف جدى قال فقيم يا أمير المؤمنين قال في الاستثناء المفصول قال انما خالفته مراعاة لعهودك فإذا جاز الاستثناء المفصول فبارك الله في عهودك اذن فانهم يبائعونك ويحلفون ثم يخرجون فيستثنون فلا يبقى عليهم لزوم طاعتك فندم الخليفة وقال استر هذا علي وتأويل قوله تعالى واذكر ربك إذا نسيت أي إذا لم تذكر ان شاء الله في أول كلامك فاذكره في آخر كلامك موصولا بكلامك ثم الاستثناء مبطل للكلام ومخرج له من أن يكون عزيمة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى هو بمعنى الشرط وقد بينا هذا فيما أملينا من

[144]

إيمان الجامع وإذا حلف على يمين فحث فيها فعليه أي الكفارات شاء ان شاء أعثق ق رقية وان شاء أطعم عشرة مساكين وان شاء كسا عشرة مساكين لقول ابراهيم النخعي كل شئ في القرآن باو فهو بالخيار وان لم يجد شيئا من ذلك فعليه صيام ثلاثة أيام متتابة عندنا وهو بالخيار عند الشافعي رحمه الله تعالى ان شاء تابع وان شاء فرق لان الصوم مطلق في قوله تعالى فصيام ثلاثة أيام ولكننا نشترط صفة التتابع بقراءة ابن مسعود رضى الله عنه ثلاثة أيام متتابة وقد بينا هذا في كتاب الصوم فيحتاج إلى الفرق بين هذا وبين صدقة الفطر فقد ورد هناك حديثان أحدهما قوله عليه الصلاة والسلام أدوا عن كل حر وعبد والثاني قوله أدوا من كل حر وعبد من المسلمين ثم لم يحمل المطلق على المقيد حتى أوجبنا صدقة الفطر عن العبد الكافر وهذا لان المطلق والمقيد هناك في السبب ولا منافاة بين السببين فالتقيد في احد الحديثين لا يمنع بقاء حكم الاطلاق في الحديث الآخر بناء على أصلنا ان التعليق بالشرط لا يقتضي نفي الحكم عند عدم الشرط وهنا المطلق والمقيد في الحكم وهو الصوم الواجب في الكفارة وبين التتابع والتفريق منافاة في حكم واحد ومن ضرورة ثبوت صفة التتابع بقراءة ابن مسعود رضى الله عنه لا يبقى مطلقا (قال) ويجوز في كفارة اليمين من الرقاب ما يجزى في كفارة الطهار والحكم في هذه الرقبة مثل الحكم في تلك الرقبة سواء على ما ذكرنا في باب الطهار رجل أعثق نصف عبده عن يمينه وأطعم خمسة مساكين فذلك لا يجزى عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فاما عندهما العتق لا يتجزى ويتأدى الواجب بالعتق عندهما وعند أبي حنيفة العتق يتجزى والواجب هو اعتاق رقية أو اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم ولم يوجد ذلك لان نصف الرقية ليس برقية ولو جوزنا هذا كان نوعا رابعا فيما يتأدى به الكفارة واثبات مثله بالرأى لا يجوز وهذا بخلاف ما لو أطعم كل مسكين مدا من بر ونصف صاع من شعير لان التقدير في الطعام غير منصوب عليه في القرآن واثبات ذلك لمعنى حصول كفاية المسكين به في يومه وفي ذلك لا يفترق الحال بين الاداء من نوع واحد ومن نوعين وهنا الرقبة في التحرير وعشرة مساكين في الاطعام منصوب عليه ولو جوزنا النصف من كل واحد منهما

كان اخلايا بالمنصوص عليه وذلك لا يجوز وان حنث وهو معسر وأخر الصوم حتى أيسر لم يجزه الصوم هكذا نقل عن ابن عباس وابراهيم النخعي رضى الله عنهما إذا صام المكفر يومين ثم وجد في اليوم

[145]

الثالث ما يطعم أو يكسو لم يجزه الصوم وعليه الكفارة بالاطعام أو الكسوة لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فيسقط به حكم البدل كالمعتدة بالاشهر إذا حاضت والمتميم إذا أبصر الماء قبل اداء الصلاة وهذا لان الله تعالى شرط عدم الوجود بقوله فمن لم يجد وهذا الشرط ليس لتصحيح الصوم فان أصل الصوم صحيح من الواجد للمال ولكنه شرط ليكون الصوم كفارة يسقط به الواجب وذلك عند الاداء والفراغ منه فإذا انعدم هذا الشرط لم يكن الصوم كفارة له وللشافعي رحمه الله تعالى في هذه المسألة ثلاثة أقاويل في قول مثل قولنا وقول آخر أن المعتبر حالة الوجوب في اليسار والعسرة وما وجب عند ذلك صار ديناً في ذمته لا يتغير بتغير حاله بعد ذلك كالزكاة وصدقة الفطر واعتبره بالحدود أن المعتبر عند الوجوب بالتنصف بالرق وهذا ضعيف لان الواجب باليمين الكفارة لا ما يكفر به كالواجب بالحدث الطهارة دون ما يتطهر به من الماء والتراب بل ذلك يختلف باختلاف حاله في القدرة والعجز عند الاداء ووجوب الحد باعتبار هتك حرمة المنعم بالجنابة والنعمة تختلف بالرق والحرية وذلك عند ارتكاب الجنابة لا بعده مع ان الحدود تندري بالشبهات فإذا وجب بصفة النقصان لا يتكامل بالحرية الطارئة من بعدوله قول آخر أنه لا يجوز الصوم ما لم يكن معسراً من وقت الوجوب إلى وقت الاداء لان التكفير بالصوم عن ضرورة محضه وذلك لا يتحقق إذا كان موسراً في احدى الحالتين ولانه إذا كان موسراً عند الحنث فقد وجب عليه التكفير بالمال فهو بالتأخير إلى أن يعسر مفراط فلا يستحق التخفيف باعتبار تفريطه ولكننا نقول كما ان هذه كفارة ضرورة فالتيمم طهارة ضرورة ثم كان المعتبر فيه وقت الاداء لا وقت الوجوب وهذا لان الضرورة باعتبار حاجته إلى اسقاط الواجب عن ذمته وذلك للاداء وان اشترى عبداً شراء فاسداً فقبضه وأعتقه عن يمينه اجزأه لانه ملك العبد بالقبض واعتاقه في ملك نفسه نافذ ونية التكفير به صحيح لكونه متصرفاً فيما يملك وان وجبت عليه كفارات ايمان متفرقة فأعتق رقاباً بعددهن ولا ينوي لكل يمين رقبة بعينها أو نوى في كل رقبة عنهن اجزته استحساناً لان نية التعيين في الجنس الواحد لغو وقد بيناه في باب الظهار وكذلك لو أعتق عن احدهن وأطعم عن الاخرى وكسا عن الثالثة كان كل نوع من هذه الانواع يتأدى به الكفارة مطلقاً فيكون الحكم في كلها سواء وقد بينا في الظهار ان اعتاق الجنين لا يجزي عن الكفارة وان

[146]

كان موجوداً لكونه في حكم الاجزاء فكذلك في اليمين وكفارة المملوك بالصوم ما لم يعتق لانه اعسر من الحر المعسر لانه لا يملك وان ملك ولا يجزى أن يعتق عنه موله أو يطعم ويكسو الا على قول مالك رحمه الله تعالى فانه يقول للمولى أن يملكه حتى يتسرى باذن موله وقد بينا هذا

في كتاب الطلاق والنكاح وهذا بخلاف الحر إذا أمر انسانا ان يطعم عنه لان الحر من أهل ان يملك فيجوز أن يجعل هو ممتلكا بأن يكون المسكين قابضا له أولا ثم لنفسه والعبد ليس من أهل الملك لان الرق المنافى فيه موجود وبين صفة المالكية مالا والمملوكية مالا مغايرة على سبيل المناقاة والمكاتب والمدبر وأم الولد في هذا بمنزلة القن والمستسعى في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى كذلك لانه بمنزلة المكاتب وان صام المعسر يومين ثم وجد في اليوم الثالث ما يعتق فعليه التكفير بالمال لانعدام شرط جواز البذل قبل حصول المقصود به والاولى أن يتم صوم يومه وان أفطر فلا قضاء الا على قول زفر رحمه الله تعالى وهذا والصوم المظنون سواء ذمى حلف على يمين ثم أسلم ثم حنث في يمينه لم يكن عليه كفارة عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يلزمه الكفارة لانه من أهل اليمين فان المقصود من اليمين الحظر أو الايجاب والذمى من أهل الله تعالى ألا تقاتلون قوما نكثوا أيمانهم فقد جعل للكافرين يمينا والدليل عليه أنه يستحلف في المظالم والخصومات بالله وانه من أهل الطلاق والعناق ومن أهل اليمين بالطلاق والعناق فيكون من أهل اليمين بالله تعالى وإذا انعقدت يمينه يلزمه الكفارة عند الحنث ان حنث قبل الاسلام كفر بالمال لانه ليس من أهل التكفير بالصوم ونظيره العبد يلزمه الكفارة بالتكفير بالصوم لانه ليس بأهل للتكفير بالمال وان حنث بعد الاسلام كفر بالصوم إذا لم يجد المال والدليل على أن الكافر أهل للكفارة ان في الكفارة معنى العقوبة ومعنى العبادة فيجب على الكافر بطريق العقوبة وعلى المسلم بطريق الطهارة كالحدود فانها كفارات كما قال صلى الله عليه وسلم الحدود كفارات لاهلها ثم تقام على المسلم النائب تطهرا وعلى الكافر عقوبة (وحجتنا) في ذلك حديث قيس بن عاصم المنقري حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني حلفت في الجاهلية أو قال نذرت فقال صلى الله عليه وسلم هدم الاسلام ما كان في الشرك ولان وجوب الكفارة باعتبار هتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث وما فيه من الشرك أعظم من ذلك فقد هتك حرمة اسم الله تعالى باصراره على الشرك بأبلغ الجهات

[147]

وعقد اليمين لما فيه من الحظر والايجاب تعظيما لحرمة اسم الله تعالى والكافر ليس بأهل له قال الله تعالى فقاتلوا أئمة الكفر أنهم لا ايمان لهم والاستحلاف في المظالم والخصومات لانه من أهل مقصودها وهو النكول أو الاقرار وانعقاد يمينه بالطلاق والعناق لانه من أهلها (تنجيذا) فأما هذه اليمين موجبتها البر لتعظيم اسم الله والكافر ليس من أهل وبعد الحنث موجبتها الكفارة والكافر ليس بأهل لها لان الكفارة كاسمها ستارة للذنب قال الله تعالى ان الحسنات يذهبن السيئات ومعنى العقوبة في الكفارة صورة فأما من حيث المعنى والحكم المقصود منها العبادة ألا ترى أنه يأتي بها من غير أن تقام عليه كرها وانها تتأدى بالصوم الذي هو محض العبادة ولا تأدى الابنية العبادة والمقصود بها التطهر كما بينا بخلاف الحدود فانها تقام خزيا وعذابا ونكالا ومعنى التكفير بها إذا جاء تائبا مستسلما مؤثرا عقوبة الدنيا على عقوبة الآخرة كما فعله ما عزر رضى الله عنه فلهدا يستقيم اقامتها على الكافر بطريق الخزي والنكال رجل أعتق رقبة عن كفارة يمينه بنوى ذلك بقلبه ولم يتكلم بلسانه وقد تكلم بالعتق أجزاءه لان النية عمل القلب ويتأدى به سائر العبادات فكذلك الكفارات لان اشتراط النية فيها لمعنى العبادة وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم ان الله لا

ينظر إلى صوركم وأعمالكم وانما ينظر إلى قلوبكم (قال) ولا يجوز التكفير بعد اليمين قبل الحنث عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز بالمال دون الصوم وان كان يمينه على معصية فله في جواز التكفير قبل الحنث وجهان احتج بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته وحرف الفاء للتعقيب مع الوصل فيقتضى جواز أداء الكفارة موصولا بعقد اليمين وقال صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليكفر بيمينه وليأت الذي هو خير وفي رواية فليكفر ثم ليأت بالذي هو خير وهذا تنصيص على الامر بالتكفير قبل الحنث وأقل أحواله أن يفيد الجواز ولان السبب للكفارة اليمين فانها تضاف إلى اليمين والواجبات تضاف إلى أسبابها حقيقة ومن قال على يمين تلزمه الكفارة باعتبار أن التزام السبب يكون كناية عن الواجب به والدليل عليه اليمين بالطلاق فالسبب هناك اليمين دون الشرط حتى يكون الضمان على شهود اليمين دون شهود الشرط فكذلك اليمين بالله تعالى وإذا ثبت هذا فنقول أداء الحق المالى بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب جائز كأداء الزكاة بعد كمال النصاب قبل الحول وأما البدني لا يجوز الا بعد تقرر

[148]

الوجوب لان التكفير بالصوم للضرورة ولا ضرورة قبل تقرر الوجوب ولان هذه كفارة مالية توقف وجوبها على معنى فيجوز أدائها قبله ككفارة القتل في الأدمى والصيد إذا جرح مسلما ثم كفر بالمال قبل زهوق الروح أو جرح المحرم صيدا ثم كفر قبل موته يجوز بالمال بالاتفاق (وحدثنا) في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا تسأل الامارة فانك ان أعطيتها عن مسألة وكلت إليها وان أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها وإذا حلفت على يمين ورأيت غيرها خيرا منها فأت الذي هو خير وكفر عن يمينك وما رواه الشافعي رحمه الله تعالى محمول على التقديم والتأخير بدليل ما روينا وهذا لمعنيين أحدهما أن الامر يفيد الوجوب حقيقة ولا وجوب قبل الحنث بالاتفاق والثاني ان قوله فليكفر أمر بمطلق التكفير ولا يجوز مطلق التكفير الا بعد الحنث اما قبل الحنث يجوز عنده بالمال دون الصوم وليس من باب التخصيص لان ما يكفر به ليس في لفظه والتخصيص في الملقوظ الذي له عموم دون ما ثبت بطريق الاقتضاء والمعنى فيه أن مجرد اليمين ليس بسبب لوجوب الكفارة لان أدنى حد السبب أن يكون مؤديا إلى الشئ طريقا له واليمين مانعة من الحنث محرمة له فكيف تكون موجبة لما يجب بعد الحنث ألا ترى أن الصوم والاحرام لما كان مانعا مما يجب به الكفارة وهو ارتكاب المحظور لم يكن بنفسه سببا لوجوب الكفارة بخلاف الجرح فانه طريق يفضى إلى زهوق الروح وبخلاف كمال النصاب فانه تحقق الغني المؤدي إلى النماء الذي به يكون المال سببا لوجوب الزكاة ولان الكفارة لا تجب الا بعد ارتفاع اليمين فان بالحنث اليمين يرتفع وما يكون سببا للشئ فالوجوب يترتب على تقررره لا على ارتفاعه والدليل عليه أن اليمين ليست بسبب التكفير بالصوم حتى لا يجوز أدائه قبل الحنث وبعد وجود السبب الاداء جائز ماليا كان أو بدنيا الا ترى أن صوم المسافر في رمضان يجوز لوجود السبب وان كان الاداء متأخرا إلى أن يدرك عدة من أيام أخر واضافة الكفارة إلى اليمين لانها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة إلى الصوم والاحرام بهذا الطريق ولئن سلمنا أن اليمين سبب الكفارة انما تجب خلفا عن البر الواجب ليصير عند أدائها كأنه تم على بره ولا معتبر بالخلف في حال بقاء الواجب وقبل الحنث ما هو الاصل باق وهو البر فلا تكون الكفارة خلفا كما لا يكون التيمم طهارة مع القدرة على الماء

يقرره أن الكفارة توبة كما قال الله تعالى في كفارة القتل توبة من الله
والتوبة قبل الذنب لا تكون وهو في عقد اليمين معظم حرمة

[149]

اسم الله تعالى فأما الذنب في هتك حرمة اسم الله تعالى فالتكفير قبل
الحنث بمنزلة الطهارة قبل الحدث بخلاف كفارة القتل فإنه جزاء جنايته
وجنايته في الجرح إذ لا صنع له في زهوق الروح وبخلاف الزكاة لأنه شكر
النعمة والنعمة المال دون مضي الحول فكان حولان حول تأجيلا فيه
والتأجيل لا ينفي الوجوب فكيف ينفي تقرر السبب (قال) وإذا أعتق عبدا
عند الموت عن كفارة يمينه وليس له مال غيره عتق من ثلثه ويسعى في
ثلثي قيمته لأن ما يباشره المريض من العتق كالمضاف إلى ما بعد الموت
ولو أوصى به بعد الموت كان معتبرا من ثلثه على ما بيناه في الزكاة وسائر
الحقوق الواجبة لله تعالى وإذا لم يكن له مال سواه فقد لزمه السعاية في
ثلثي قيمته وكان هذا عتقا بعوض فلا يجزئه عن الكفارة وكذلك ان أعتقه
في صحته على مال قليل أو كثير لأن العتق بمال لا تمحض قرينة والكفارة
لا تتأدى إلا بما هو قرينة فان أبرأه من المال بعد ذلك لم يجز عن كفارته لأن
أصل العتق وقع غير مجزئ عن الكفارة والابراء عن المال بعد ذلك اسقاط
للدين ولا مدخل له في الكفارت فلهذا لا يجزئه والله سبحانه وتعالى أعلم
بالصواب (باب الاطعام في كفارة اليمين) (قال) رضى الله تعالى عنه بلغنا
عن عمر رضى الله عنه انه قال لمولى له أرقا وفي رواية (1) برقا انى
أحلف على قوم ان لا أعطيهم ثم يبدو لى فأعطيهم فإذا أنا فعلت ذلك
فأطعم عنى عشرة مساكين كل مسكين نصف صاع من حنطة أو صاعا من
تمر وفي هذا دليل انه لا بأس للانسان ان يحلف مختارا بخلاف ما يقوله
المتشعبة ان ذلك مكروه بظاهر قوله ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم ولكنا
نقول قد حلف رسول الله صلى الله عليه وسلم غير مرة من غير ضرورة
كانت له في ذلك وتأويل تلك الآية انه يجازف في الحلف من غير مراعاة
البر والحنث وفيه دليل على ان الحالف إذا رأى الحنث خيرا يجوز له ان
يحنث نفسه وقد روينا فيه حديث عبد الرحمن بن سمرة وفي حديث أبى
مالك الأشعري رحمه الله تعالى قال اتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم
في نفر من الأشعريين نستحمله فحلف أن لا يحملنا ثم رجع قوم من عنده
بخمس ذود وقالوا حملنا عليها فقلت لعله نسى يمينه فاتيته فأخبرته بذلك
فقال انى أحلف ثم أرى غيره خيرا منه فاتحلل يمينى وفيه دليل ان أو ان
التكفير ما بعد الحنث كما هو مذهبنا وأن

[150]

ما روى فليكفر يمينه وليأت الذى هو خير محمول على التقديم والتأخير
وكذلك قوله ثم يات بالذى هو خير لان ثم قد تكون بمعنى الواو قال الله
تعالى ثم كان من الذين آمنوا أي وكان ثم الله شهيد أي والله شهيد وفيه
دليل أن التوكيل بالتكفير جائز بخلاف ما يقوله بعض الناس أنه لا توكيل
في العبادة أصلا لظاهر قوله تعالى وان ليس للانسان لا ما سعى ولكنا
نقول المقصود فيما هو مالى الابتداء باخراج جزء من المال عن ملكه وذلك
يتحقق بالنائب وفيه دليل أن الوظيفة لكل مسكين نصف صاع من حنطة أو

صاع من تمر أو صاع من شعير وهكذا روى عن عائشة وابن عباس رضى الله عنهم وذكر بعده عن علي رضى الله عنه نصف صاع من حنطة وقد بينا هذه المسألة في كتاب الطهار وكفارة ليمين مثله وقد بينا ان دقيق الحنطة وسويقها بمنزلة الحنطة لان ما هو المقصود يحصل للفقير بهما مع سقوط مؤنة الطحن عنه وقد بينا ان طعام الاباحة تتأدى به الكفارة عندنا والمعتبر فيه اكلتان مشبعتان سواء كان خبز البر مع الطعام أو بغير ادم وان أعطى قيمة الطعام يجوز فكذلك في كفارة اليمين وكذلك ان غداهم وأعطاهم قيمة العشاء اعتبارا للبعض بالكل وهذا لان المقصود واحد وقد أتى من كل وظيفة بنصفه وان غداهم وعشاهم وفيهم صبي فطم أو فوق ذلك شيئا لم يجر لانه لا يستوفى كمال الوظيفة كما يستوفيه البالغ وعليه طعام مسكين واحد مكانه فان أعطى عشرة مساكين كل مسكين مدا من حنطة فعليه ان يعيد عليهم مدا مدا وان لم يقدر عليهم استقبل الطعام لان الواجب لا يتأدى الا بايصال وظيفة كاملة إلى كل مسكين وذلك نصف صاع من حنطة وذكر هشام عن محمد رحمهما الله أنه لو أوصى بأن يطعم عنه عشرة مساكين في كفارة يمينه فغدى الوصي عشرة مساكين ثم ماتوا قبل ان يعشيهم فعليه الاستقبال لان الوظيفة في طعام الاباحة الغداء والعشاء فلا يتأدى الواجب الا باتصال وظيفة كاملة إلى كل مسكين ولا يكون الوصي ضامنا لما أطعم لانه فيما صنع كان ممثلا لامره وكان بقاءهم إلى ان يعشيهم ليس في وسعه ولو كان أوصى بأن يطعم عنه عشرة مساكين غداء وعشاء ولم يذكر الكفارة فغدى الوصي عشرة فماتوا فانه يعشى عشرة أخرى ويكفي ذلك لان الموصى به أكلتان فقط دون اسقاط الكفارة بهما وقد وجد بخلاف الاول ثم قد بينا في باب الطهار ان المسكين الواحد في الايام المتفرقة كالمساكين عندنا وعند تغريب الدفعات في يوم واحد فيه اختلاف بين المشايخ فكذلك في اليمين وبيننا هناك أن اطعام فقراء أهل

[151]

الذمة في الكفارة يجوز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى الفرق بين المنذور والكفارة فقال إذا نذر اطعام عشرة مساكين فله أن يطعم فقراء أهل الذمة انما ليس له أن يطعم في الكفارة فقراء أهل الذمة اعتبارا لما أوجب الله عليه من الكفارة بالزكاة وقد بينا أنه يجوز صرف الكفارة إلى من يجوز صرف الزكاة إليه ولو أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة مساكين أجزاء ذلك من الطعام ان كان الطعام أرخص من الكسوة وان كانت الكسوة أرخص من الطعام لم يجرأ مالا يجرى كل واحد منهما عن نفسه لان المنصوص عليه ثلاثة أنواع فلو جوزنا اطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة مساكين كان نوعا رابعا فيكون زيادة على المنصوص وهذا بخلاف ما إذا أدى إلى كل مسكين مدا من حنطة ونصف صاع من شعير لان المقصود واحد وهو سد الجوعة فلا يصير نوعا رابعا فأما المقصود من الكسوة غير المقصود من الطعام ألا يرى أن الاباحة تجزى في احدهما دون الآخر ولو جوزنا النصف من كل واحد منهما كان نوعا رابعا ثم مراده من هذه المسألة إذا أطعم خمسة مساكين بطريق الاباحة والتمكين دون التمليك فان التمليك فوق التمكين وإذا كان الطعام أرخص من الكسوة أمكن اكمال التمكين بالتمليك فتجوز الكسوة مكان الطعام وان كانت الكسوة أرخص لا يمكن اقامة الطعام مقام الكسوة لان التمكين دون التمليك وفي الكسوة التمليك معتبر فلا يمكن اقامة

الكسوة مقام الطعام لانه ليس فيهما وفاء بقيمة الطعام فأما إذا ملك الطعام خمسة مساكين وكسا خمسة مساكين فانه يجوز على اعتبار انه ان كان الطعام أرخص تقام الكسوة مقام الطعام وان كانت الكسوة أرخص يقام الطعام مقام الكسوة لوجود التملك فيها إليه أشار في باب الكسوة بعد هذا ولو أطعم خمسة مساكين ثم افتقر كان عليه أن يستقبل الصيام لان اكمال الاصل بالبدل غير ممكن فانهما لا يجتمعان وليس له أن يسترد من المساكين الخمسة ما أعطاهم لانها صدقة قد تمت بالوصول إلى يد المساكين ومن كانت له دار يسكنها أو ثوب يلبسه ولا يجد شيئاً سوى ذلك اجزأه الصوم في الكفارة لان المسكن والثياب من أصول حوائجه وما لا بد منه فلا يصير به واجداً لما يكفر به بخلاف مالو كان له عبد يخدمه فان ذلك ليس من أصول الحوائج ألا ترى ان كثيراً من الناس يتعيش من

[152]

غير خادم له ولان الرقبة منصوص عليها فمع وجود المنصوص عليه في ملكه لا يجزئه الصوم وفي الكتاب علل فقال لان الصدقة تحل له وهذا يؤيد مذهب أبي يوسف رحمه الله الذي ذكره في الامالي أنه إذا كان الفاضل من حاجته دون ما يساوي مائتين يجوز له التكفير بالصوم لان الصدقة تحل له فلا يكون موسراً ولا غنياً فاما ظاهر المذهب أنه إذا كان يملك فضلاً عن حاجته مقدار ما يكفر به لا يجوز له التكفير بالصوم لان المنصوص عليه الوجود دون الغنى والبسار قال الله تعالى فمن لم يجد وهذا واحد وقد بينا في كتاب الاعتاق أن المعتبر في وجوب الضمان ملكه مقدار ما يؤدي به الضمان وان كان اليسار منصوصاً عليه هناك فهنا أولى وبيننا في الظهار أنه لو أعطى كل مسكين صاعاً عن ظهارين لا يجزئه الا عن احدهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى بخلاف ما إذا اختلف جنس الكفارة فكذلك في كفارة اليمين وان أعطى عشرة مساكين ثوباً عن كفارة يمين لم يجزه عن الكسوة لان الواجب عليه لكل مسكين كسوته وهو ما يصير به مكتسباً وبعشر الثوب لا يكون مكتسباً ويجزى من الطعام إذا كان الثوب يساويه وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يجزئه الا بالنية لانه يجعل الكسوة بدلاً عن الطعام وهو انما نواه بدلاً عن نفسه فلا يمكن جعله بدلاً عن غيره الا بنية وجه ظاهر الرواية أنه ناه للتكفير به وذلك بكفيه كما لو أدى الدراهم بنية الكفارة يجزئه وان لم ينو أن يكون بدلاً عن الطعام الا أن أبا يوسف يقول الدراهم ليست بأصل فأداؤها بنية الكفارة يكون قصداً إلى البدل فاما الكسوة أصل فأداؤها بنية الكفارة لا يكون قصداً إلى جعلها بدلاً عن الطعام ولكننا نقول عشر الثوب ليس بأصل في الكسوة لكل مسكين فهو وأداء الدراهم سواء مسلم حلف على يمين ثم ارتد ثم أسلم فحنت فيها لم يلزمه شيء لانه بالردة التحق بالكافر الاصل ولهذا حبط عمله قال الله تعالى ومن يكفر بالايمان فقد حبط عمله وكما ان الكفر الاصلى ينافى الاهلية لليمين الموجبة للكفارة فكذلك الردة تنافى بقاء اليمين الموجبة للكفارة وإذا جعل الرجل لله على نفسه اطعام مسكين فهو على ما نوى من عدد المساكين وكيل الطعام لان المنوي من احتمالات لفظه وهو شيء بينه وبين ربه وان لم يكن له نية فعلية طعام عشرة مساكين لكل مسكين نصف صاع من حنطة اعتباراً لما يوجبه على نفسه بما أوجب الله عليه من اطعام المساكين وأدنى ذلك عشرة مساكين في كفارة اليمين الا انه ان قال في نذره اطعام المساكين فليس له ان

يصرف الكل إلى مسكين واحد جملة وان قال طعام المساكين فله ذلك لان بهذا اللفظ يلتزم مقداراً من الطعام وباللفظ الاول يلتزم الفعل لان الاطعام فعل فلا يتأدى الا بأفعال عشرة ويعطى من الكفارة من له الدار والخادم لانهما يزيدان في حاجته فالدار تسترم والخادم يستنفق وقد بينا انه يجوز صرف الزكاة إلى مثله فكذلك الكفارة وان أوصى بأن يكفر عنه يمينه بعد موته فهو من ثلثه لانه لا يجب أدائه بعد الموت الا بوصية ومحل الوصية الثلث ثم ذكر الاختلاف في مقدار الصاع وقد بيناه في صدقة الفطر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (باب الكسوة) (قال) رضى الله تعالى والكسوة ثوب لكل مسكين إزار أو رداء أو قميص أو قباء أو كساء هكذا نقل عن الزهري في قوله تعالى أو كسوتهم أنه الإزار فصاعداً من ثوب تام لكل مسكين وعن ابن عباس رضى الله عنه قال لكل مسكين ثوب ويعطى في الكسوة القباء والذي روى عن أبى موسى الأشعري أنه كان يعطى في كفارة اليمين لكل مسكين ثوبين فانما يقصد التبرع باحدهما فأما الواحد يتأدى به الواجب هكذا نقل عن مجاهد رحمه الله تعالى قال أدناه ثوب لكل مسكين وأغلاه ما شئت وهذا لان الكسوة ما يكون المرء به مكتسباً وبالثوب الواحد يكون مكتسباً حتى يجوز له أن يصلى في ثوب واحد وإذا كان في ثوب واحد فالناس يسمونه مكتسباً لا عارياً والمراد بالازار الكبير الذى هو كالرداء فأما الصغير الذى لا يتم به ستر العورة لا يجزى ولو كسا كل مسكين سراويل ذكر في النوادر عن محمد رحمه الله تعالى أنه يجزئه لانه يكون به مكتسباً شرعاً حتى تجوز صلاته فيه وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يجزئه من الكسوة لان لابس السراويل وحده يسمى عرياناً لا مكتسباً الا أن تبلغ قيمته قيمة الطعام فحينئذ يجزئه من الطعام إذا نواه ولو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة لان الاكتساء به لا يحصل ولكنه يجزى من الطعام إذا كان نصف ثوب يساوى نصف صاع من حنطة ولو كسا كل مسكين قلنسوة أو أعطاه نعلين أو خفين لا يجزئه من الكسوة لان الاكتساء به لا يحصل وان أعطى كل واحد منهم عمامة فان كان ذلك يبلغ قميصاً أو رداءً أجزاءه والا لم يجزه من الكسوة لان العمامة كسوة

الرأس كالقلنسوة ولكن يجزئه من الطعام إذا كانت قيمته تساوي قيمة الطعام ولو أعطى عشرة مساكين ثوباً بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كل مسكين أكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه لا يكتسى به كل واحد منهم ولكن يجزئه من الطعام قال ألا ترى انه لو أعطى كل مسكين ربع صاع حنطة وذلك يساوى صاعاً من تمر لم يجز عنه من الطعام ولو كان هذا المد من الحنطة يساوى ثوباً كان يجزى من الكسوة دون الطعام وهذا تفسير لما أبهمه قيل هذا من انه لا يجوز اقامة الطعام مقام الكسوة وتبين بهذا ان المراد هناك التمكين دون التملك ولو أعطى مسكيناً واحداً عشرة أثواب في مرة واحدة لم يجزه كما في الطعام وان أعطاه في كل يوم ثوباً حتى استكمل عشرة أثواب في عشرة أيام أجزاءه كما في الطعام (فان قيل) الحاجة إلى الطعام تتجدد بتجدد الايام والحاجة إلى الكسوة لا تتجدد بتجدد الايام وانما تتجدد في كل ستة أشهر أو نحو ذلك (قلنا) نعم الحاجة إلى الملبوس كذلك ولكننا أقمنا التملك مقامه في باب الكسوة والتمليك

يتحقق في كل يوم وإذا قام الشيء مقام غيره يسقط اعتبار حقيقة نفسه وهذا لان الحاجة إلى الملك لا نهاية لها الا أنا لا نجوز أداء الكل دفعة واحدة للتنصيص على تفريق الافعال وذلك بتفريق الايام في حق الواحد وقد يحصل أيضا بتفريق الدفعات في يوم واحد الا أنه ليس لذلك حد معلوم فقد رنا بالايام وجعلنا تجدد الايام في حق الواحد كتجدد الحاجة تيسيرا وان أعطى عشرة مساكين عبدا أو دابة قيمته تبلغ عشرة أثواب أجزاء من الكسوة باعتبار القيمة كما لو أدى الدراهم وان لم تبلغ قيمته عشرة أثواب وبلغت قيمة الطعام أجزاء من الطعام لان مقصوده معلوم وهو سقوط الواجب به عنه فيحصل مقصوده بالطريق الممكن ولو أقام رجل البيعة عليه أنه ملكه واخذه فعليه استقبال التكفير لان المؤدى استحق من يد المسكين فكأنه لم يصل إليه ولو كسا عن رجل بأمره عشرة مساكين أجزاء عنه وان لم يعط عنه ثمننا لان فعل الغير ينتقل إليه بأمره كفعله بنفسه والمسكين يصير قابضا له أولا ثم لنفسه وقد بينا في الطعام مثله في الظهار ولو كساهم بغير أمره ورضى به لم يجز عنه لان الصدقة قد تمت من جهة المؤدى فلا يتصور وقوعها عن غيره بعد ذلك وان رضى به ولو أعطى عن كفارة ايمانه في أكفان الموتى أو في بناء مسجد أو في قضاء دين ميت أو في عتق رقبة لم يجز عنه لان الواجب انما يتأدى بالتملك إلى الفقير والتملك لا يحصل بهذا وقد بينا مثله في الزكاة أنه

[155]

لا يجزئه (فان قيل) في باب الكفارة التملك غير محتاج إليه عندكم حتى يتأدى بالتمكين من الطعام بخلاف الزكاة (قلنا) لا يعتبر التملك عند وجود ما هو المنصوص عليه وهو فعل الاطعام وهذا لا يوجد في هذه المواضع فلا بد من اعتبار التملك وذلك لا يحصل بتكفين الميت وبناء المسجد وان أعطى منها ابن سبيل منقطعاً به أجزاء لانه محل لصرف الزكاة إليه وقد بينا أن مصرف الكفارة من هو مصرف الزكاة ولو كانت عليه يمينان فكسا عشرة مساكين كل مسكين ثوبين عنهما أجزاء عن يمين واحدة في قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى كما في الطعام وإذا كسا مسكينا عن كفارة يمينه ثم مات المسكين فورثه هذا منه أو اشتراه في حياته أو وهبه له لم يفسد ذلك عليه لان الواجب قد تأدى بوصول الثوب إلى يد المسكين ولم يبطل ذلك بما اعترض له من الاسباب وقد بينا في الزكاة نظيره والاصل فيه ما روى أن بريرة كان يتصدق عليها وتهديه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ويقول هي لها صدقة ولنا هدية فهذا دليل على ان اختلاف أسباب الملك ينزل منزلة اختلاف الاعيان وفي حديث أبى طلحة أنه تصدق على ابنته بحديفة له ثم ماتت فورثها منها فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام ان الله قبل منك صدقتك ورد عليك حديقتك والله أعلم بالصواب (باب الصيام) (قال) وإذا حنت الرجل وهو معسر فعليه ثلاثة أيام متتابعة فان أصبح في يوم مقطرا ثم عزم على الصوم عن كفارة يمينه لم يجزه لانه دين في ذمته وما كان دينا في الذمه لا يتأدى الا بنية من الليل وهذا لانه انما يتأدى بالنية من النهار صوم يوم توقف الامساك في أول النهار عليه باعتبار ان النية تستند إليه وهذا فيما يكون عينا في الوقت دون ما يكون دينا في الذمة وإذا أقطرت المرأة في هذا الصوم لمرض أو حيض فعليها ان تستقبل لانها تجد ثلاثة أيام خالية عن الحيض والمرض فلا تعذر فيها بالافطار بعدد الحيض بخلاف الشهرين المتتابعين وقد بينا هذا في الصوم ولا يجزى الصوم عن هذا في أيام التشريق لانه واجب في ذمته بصفة الكمال والصوم في هذه

الايام ناقص لانه منهى عنه فلا يتأدى به ما وجب في ذمته بصفة الكمال
فان كان لهذا المعسر مال غائب عنه أو دين وهو لا يجد ما يطعم أو يكسو

[156]

ولا ما يعتق أجزاءه أن يصوم لان المانع قدرته على المال وذلك لا يحصل
بالمالك دون اليد فما يكون ديناً على مفلس أو غائباً عنه فهو غير قادر على
التكفير به الا أن يكون في ماله الغائب عبد فحينئذ لا يجزئه التكفير بالصوم
لانه متمكن من التكفير بالعتق فان نفوذ العتق باعتبار الملك دون اليد
وكذلك ان كان العبد أبق وهو يعلم حياته فانه لا يجزئه التكفير بالصوم
لقدرته على التكفير بالعتق ولو كان له مال وعليه دين مثله أجزاء الصوم
بعد ما يقضى دينه عن ذلك المال وهذا غير مشكل لانه بعد قضاء الدين
بالمال غير واحد لمال يكفر به وانما الشبهة فيما إذا كفر بالصوم قبل أن
يقضى دينه بالمال فمن مشايخنا من يقول بانه لا يجوز ويستدل بالتقييد
الذي ذكره بقوله بعد ما يقضى دينه وهذا لان المعتبر هنا الوجود دون الغنى
وما لم يقض الدين بالمال فهو واحد والاصح انه يجزئه التكفير بالصوم لما
أشار إليه في الكتاب من قول الا ترى ان الصدقة تحل لهذا وفي هذا
التعليل لا فرق بينما (بينها) قبل قضاء الدين وبعده وهذا لان المال الذي
في يده مستحق بدينه فيجعل كالمعدوم في حق التكفير بالصوم كالمسافر
إذا كان معه ماء وهو يخاف العطش يجوز له التيمم لان الماء مستحق
لعطشه فيجعل كالمعدوم في حق التيمم وان صام العبد عن كفارة يمينه
فعتق قبل ان يفرغ منه واصاب ما لا لم يجزه الصوم لانه قدر على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل وقد بينا مثله في الحر المعسر إذا أيسر
فكذلك في غيره لان السبب الموجب للكفارة بالمال متحقق في حقه
ولكن لانعدام الملك كان يكفر بالصوم وقد زال ذلك بالعتق فكان هو والحر
سواء ولو صام رجل ستة أيام عن يمينين اجزاه وان لم ينو ثلاثة أيام لكل
واحدة لان الواجب عليه نية الكفارة دون نية التمييز فان التمييز في
الجنس الواحد غير مفيد وانما يستحق شرعاً ما يكون مفيداً والصوم في
نفسه أنواع فلا يتعين نوع من الكفارات الا بالنية فاما كفارات الايمان نوع
واحد فلا يعتبر نية التمييز فيما بينها كقضاء رمضان فان عليه ان ينوي
القضاء وليس عليه نية تعيين يوم الخميس والجمعة ثم فرق أبو حنيفة وأبو
يوسف رحمهما الله تعالى بين هذا وبين الاطعام والكسوة من حيث أن
هناك لو أعطى كل مسكين صاعاً أو ثوبين عن يمينين لم يجز الا عن واحدة
لان الاداء يكون دفعة واحدة وهنا صوم ستة أيام عن يمينين لا يتصور دفعة
واحدة بل ما لم يفرغ عن صوم ثلاثة أيام لا يتصور صوم ثلاثة أخرى فلهذا
جاز كل ثلاثة عن كفارة ووزان هذا من الطعام والكسوة مالم يفرق فعل
الذم وان كان عنده طعام احدي

[157]

الكفارتين فصام لاحدهما ثم أطعم للاخرى لم يجزه الصوم لانه كفر
بالصوم في حال وجود ما يكفر به من المال وعليه أن يعيد الصوم بعد
التكفير بالطعام لانه لما كفر بالطعام عن يمين فقد صار غير واحد في
حق اليمين الاخرى وهو نظير محدثين في سفر وجدا من الماء مقدار ما

يكفى لوضوء أحدهما فتيمم أحدهما أولاً ثم توضأ الآخر به فعلى من تيمم إعادة التيمم بعدما توضأ به الآخر لهذا المعنى ولا يجوز صوم أحد عن أحد حي أو ميت في كفارة أو غيرها لحديث ابن عمر رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً لا يصوم أحد عن أحد ولأن معنى العبادة في الصوم في الابتداء بما هو شاق على بدنه وهو الكف عن اقتضاء الشهوات وهذا لا يحصل في حق زيد بأداء عمرو والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب من الأيمان) (قال) رضى الله عنه وإذا حلف الرجل على أمر لا يفعله أبداً ثم حلف في ذلك المجلس أو في مجلس آخر لا يفعله أبداً ثم فعله كانت عليه كفارة يمينين لأن اليمين عقد يباشره بمبتدأ وخبر وهو شرط وجزاء والثاني في ذلك مثل الأول فهما عقدان فيوجود الشرط مرة واحدة بحث فيهما وهذا إذا نوى يميناً أخرى أو نوى التغليب لأن معنى التغليب بهذا يتحقق أو لم يكن له نية لأن المعتبر بصيغة الكلام عند ذلك ثم الكفارات لا تندرج بالشبهات خصوصاً في كفارة اليمين فلا تتداخل وأما إذا نوى بالكلام الثاني اليمين الأول فعليه كفارة واحدة لأنه قصد التكرار والكلام الواحد قد يكرر فكان المنوي من احتمالات لفظه وهو أمر بينه وبين ربه وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى قال هذا إذا كانت يمينه بحجة أو عمرة أو صوم أو صدقة فأما إذا كانت يمينه بالله تعالى فلا تصح نيته وعليه كفارتان قال أبو يوسف رحمه الله تعالى هذا أحسن ما سمعنا منه ووجهه أن قول فعليه حجة مذكور بصيغة الخبر فيحتمل أن يكون الثاني هو الأول فأما قوله والله هذا إيجاب تعظيم المقسم به نفسه من غير أن يكون بصيغة الخبر فكان الثاني إيجاباً كالأول فلا يحتمل معنى التكرار لأن ذلك في الأخبار دون الإيقاع والإيجاب وإذا كانت إحدى اليمينين بحجة والأخرى بالله فعليه كفارة وحجة لأن معنى تكرار الأول غير محتمل هنا فانهقدت يمينان

[158]

وقد حنت فيهما بإيجاد الفعل مرة فيلزمه موجب كل واحد منهما فإن حلف ليفعلن كذا إلى وقت كذا وذلك الشيء معصية يحق عليه أن لا يفعله لأنه منهي عن الإقدام على المعصية ولا يرتفع النهي بيمينه ولكن اليمين منعقدة فإذا ذهب الوقت قبل أن يفعله فقد تحقق الحنث فيها بغوت شرط البر فيلزمه الكفارة فإن لم يؤقت فيه وقتاً وذلك الفعل مما يقدر على أن يأتي به كشرب الخمر والزنا ونحوه لم يحنث إلى أن يموت لأن الحنث بغوت شرط البر وشرط البر بوجود ذلك الشيء منه في عمره فإذا مات قبل أن يفعله فقد تحقق الحنث بغوت شرط البر حين أشرف على الموت ووجب عليه الكفارة فينبغي له أن يوصى بها لتقضى بعد موته كما ينبغي أن يوصى بسائر ما عليه من حقوق الله تعالى كالزكاة ونحوها وإذا حلف بإيمان متصلة معطوفة بعضها على بعض واستثنى في آخرها كان ذلك استثناءً جميعها لأن الكلمات المعطوفة بعضها على بعض ككلام واحد فيؤثر الاستثناء في إبطالها كلها اعتباراً للايمان بالإيقاعات وقيل هذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لأن الاستثناء عندهما لا يبطال الكلام وحاجة اليمين الأولى كحاجة اليمين الثانية فأما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى الاستثناء بمنزلة الشرط فإنما يتصرف إلى ما يليه خاصة كما لو ذكر شرطاً آخر لأن اليمين الأولى تامه بما ذكر لها من الشرط والجزاء فلا ينصرف الشرط المذكور آخرها إليها وقد بينا هذا في الجامع وكذلك لو قال إلا أن يبدو لي أو أرى غير ذلك أو إلا أن أرى خيراً من ذلك فهذا كله من ألفاظ الاستثناء وبه يخرج الكلام من أن يكون عزيمة وإيجاباً وإن قال إلا أن

لا أستطيع فهذا على ثلاثة أوجه فان كان يعني ما سبق به من القضاء فهو موسع عليه ولا يلزمه الكفارة لان المنوي من احتمالات لفظه فالمذهب عند أهل السنة ان كل شئ بقضاء وقدر وان الاستطاعة مع الفعل فإذا لم يفعل علمنا أن الاستطاعة التي قد استثنى بها لم توجد ولكن هذا في اليمين بالله فان موجبه الكفارة وذلك بينه وبين ربه فان كانت اليمين بالطلاق أو العتاق فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى ولكن لا يدين في الحكم لان العادة الظاهره أن الناس يريدون بهذه الاستطاعة ارتفاع الموانع فان الرجل يقول أنا مستطيع لكذا ولا أستطيع أن أفعل كذا على معنى أنه يمنعني مانع من ذلك قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا وفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الاستطاعة بالزاد والراحلة فإذا كان الظاهر هذا والقاضى مأمور باتباع الظاهر لا يدينه في الحكم فان كان يعني شيئاً يعرض

[159]

من البلايا لم يسقط عنه يمينه ما لم يعرض ذلك الشئ وكذلك ان لم يكن له نية في الاستطاعة فهو على أمر يعرض له فلا يكون على القضاء والقدر ما لم ينوه لما بينا أن الكلام المطلق محمول على ما هو الظاهر والمتعارف ولو قال والله لا أكلم فلانا ووالله لا أكلم فلانا رجلاً آخر ان شاء الله تعالى يعنى بالاستثناء اليمينين جميعاً كان الاستثناء عليهما لكون احد اليمينين معطوفة على الاخرى وفي بعض النسخ لم يذكر حرف العطف ولكن قال والله لا أكلم فلانا وهذا صحيح أيضاً لان موجب هذه اليمين الكفارة وذلك أمر بينه وبين ربه فإذا لم يسكت بين اليمينين كان المنوي من احتمالات لفظه أو جعل الواو في الكلام الثاني للعطف دون القسم فكأنه قال والله والله وكذلك لو قال على حجة ان كلمت فلانا وعلى عمرة ان كلمت فلانا ان شاء الله فكلمه لم يحدث لان الكلام الثاني معطوف على الاول فأما إذا قال عبدي حر ان كلمت فلانا عبدي الآخر حر ان كلمت فلانا ان شاء الله ثم كلمه فان عبده الاول حر في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله لانه لم يذكر بين الكلامين حرف العطف فانعدم الاتصال بينهما حكماً ووجد الاتصال صورة حين لم يسكت بينهما فان نوى صرف الاستثناء اليهما كان مدنيا فيما بينه وبين الله تعالى للاحتمال ولا يدين في الحكم لانه خلاف الظاهر فان الكلام الثاني غير معطوف على الاول فيصير فاصلاً بين الاستثناء والكلام الاول وان قال لامرأته ان حلفت بطلانك فعبيدي حر فهذه يمين بالعتق لان اليمين تعرف بالجزاء والجزاء عتق العبد لان الجزاء ما يتعقب حرف الجزاء وهو الفداء والشرط أن يحلف بطلان امرأته فإذا قال بعد ذلك لعبده ان حلفت بعنقك فامرأته طالق فان عبده يعتق لان بالكلام الثاني حلف بطلاق امرأته يذكر (بذكر) الشرط والجزاء طلاقها فوجد به الشرط في اليمين الاول فلماذا يعتق عبده ولا تطلق امرأته لان الحلف يعتق البعد كان سابقاً على الحلف بطلاقها وما يكون سابقاً على اليمين لا يكون شرطاً لان الحالف انما يقصد منع نفسه عن ايجاد الشرط وذلك لا يتحقق فيما كان سابقاً على يمينه ولو قال لامرأته ثلاث مرات ان حلفت بطلاقك فأنت طالق طلق اثنتين ان كان دخل بها لانه باليمين الثانية يحدث في اليمين الاولى فتطلق واحدة ثم باليمين الثالثة يحدث في اليمين الثانية فتطلق أخرى لانها في عدته وان لم يكن دخل بها لا تطلق الا واحدة لانها بانتهى بالاولى لا إلى عدة ولان شرط الحنث في اليمين الثانية لا يوجد باليمين

الثالثة لان الشرط هو الحلف بطلاقها وذلك لا يتحقق في غير الملك بدون الاضافة إلى الملك فلهذا لا تطلق الا واحدة ولو قال عبده حر ان حلف بطلاق امرأته ثم قال لامرأته أنت طالق ان شئت لا يعتق عبده وليس هذا يمين وان وجد الشرط والجزاء صورة بل هو مخير بمنزلة قوله أمرك بيديك أو اختاري فقد خير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه رضى الله تعالى عنهن مع نهيه عن اليمين بالطلاق والدليل عليه انه يشترط وجود المشيئة منها في المجلس ولو كان يمينا لم يتوقت بالمجلس كقوله أنت طالق ان كلمت وكذلك إذا قال إذا حضت حيضة لم يعتق عبده لان هذا تفسير لطلاق السنة بمنزلة قوله أنت طالق للسنة وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يعتق لان هذا ليس بايقاع لطلاق السنة بدليل انه لو جامعها في الحيض ثم طهرت وقع الطلاق عليها ولو كان هذا كقوله للسنة لم يقع فلنا هو سنى من وجه فلا يحث بالحيض وتطبيق لوجود الشرط حقيقة واما إذا قال لها إذا حضت فأنت طالق أو إذا جاء غد فأنت طالق عتق عبده عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يعتق قال لان الحالف يكون مانعا نفسه من ايجاد الشرط وانما يكون الكلام يمينا بذكر شرط يتصور المنع عنه فأما بذكر شرط لا يتصور المنع عنه لا يصير حالفا بطلاقها فلا يعتق عبده كما لو قال أنت طالق غدا ولكننا نقول الكلام يعرف بصيغته وقد وجد صيغة اليمين بذكر الشرط والجزاء ولم يغلب عليه غيره فكان يمينا بخلاف قوله أنت طالق غدا لانه ما ذكر الشرط والجزاء انما أضاف الطلاق إلى وقت وبخلاف قوله أنت طالق ان شئت أو إذا حضت حيضة لانه غلب عليه معنى آخر كما بينا وبأن لم يكن في وسعه منع هذا الشرط لا يخرج من أن يكون يمينا كما لو جعل الشرط فعل انسان آخر لا يقدر على منعه من ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب المساكنة) (قال) رضى الله عنه وإذا حلف الرجل لا يساكن فلانا ولا نية له فساكنه في دار كل واحد منهما في مقصورة على حدة لم يحث لان المساكنة على ميزان المفاعلة فشرط حثه وجود السكنى مع فلان والسكنى المكث في مكان على سبيل الاستقرار والدوام فتكون المساكنة بوجود هذا الفعل منهما على سبيل المخالطة والمقارنة وذلك إذا سكننا بيتا واحدا

أو سكننا في دار وكل واحد منهما في بيت منها لان جميع الدار مسكن واحد فأما إذا كان في الدار مقاصير وحجر فكل مقصورة مسكن على حدة فلا يكون هو مساكننا فلانا فلا يحث في يمينه بمنزلة ما لو سكننا في محلة كل واحد منهما على حدة والدليل على الفرق أن الدار التي تشتمل على المقاصير كل مقصورة منها حرز على حدة حتى لو أخرج السارق المتاع من مقصورة فاخذ في صحن الدار يقطع ولو سرق من يسكن احدى المقصورتين من المقصورة الاخرى يقطع والدار التي تشتمل على بيوت حرز واحد حتى لو أخرج السارق المتاع من بيت واخذ في صحن الدار لا يقطع ومن كان مأذونا في الدخول في أحد البيوت من الدار إذا سرق من البيت الاخر لا يقطع وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى قال هذا إذا كانت الدار كبيرة نحو دار الوليد بالكوفة ونظيره دار نوح ببخارى لان ذلك بمنزلة

المحلة فأما إذا لم يكن بهذه الصفة فانه يحنت سواء كانت دارا تشتمل على مقاصير أو على بيوت لان في عرف الناس هذا مسكن واحد ويعد الحالف مساكننا لصاحبه وان كان كل واحد منهما في مقصورة وان كان نوى حين حلف أن لا يساكنه في بيت واحد أو في حجرة أو في منزل واحد بان يكونا فيه جميعا لم يحنت حتى يساكنه فيما نوى لان المنوي من احتمالات لفظه (فان قيل) المسكن ليس في لفظه فكيف تعمل نيته في تخصيص المسكن ونية التخصيص فيما لا لفظ له باطل (قلنا) نحن لا نعتبر تخصيص المسكن حتى لو نوى شيئا بعينه لا تعمل نيته ولكن الفعل يقتضي المصدر لا محالة فيذكر الفعل يصير المصدر كالمذكور لغة وهو انما نوى أكمل ما يكون من السكنى لان أكمل ذلك أن يجمعها بيت واحد وما دون هذا عند المقابلة بهذا يكون قاصرا فيكون هذا منه نية نوع من السكنى وذلك صحيح نظيره ما قال في الجامع ان خرجت ونوى السفر تعمل نيته لانه نوى نوعا من الخروج والخروج الذي هو مصدر كالمذكور بذكر الفعل فتصح نيته في نوع منه بخلاف ما إذا نوى الخروج إلى بغداد لان المكان ليس في لفظه فلا تعمل نيته في ذلك وان كان نوى أن لا يساكنه في مدينة أو قرية وسمى ذلك فان ساكنه في شئ من ذلك حنت ولا تكون المساكنة في ذلك الا أن يسكننا بيتا واحدا أو دارا واحدة من دار البلدة أو القرية على ما بينا أن المساكنة فعل على سبيل المخالطة والمقارنة وذلك لا يكون الا في مسكن واحد وفائدة تخصيصه البلدة أو القرية اخراج سائر المواضع عن يمينه وعن أبى يوسف رحمه الله أنه

[162]

في هذا الفصل يحنت إذا جمعها المكان الذي سمي في السكنى وان كان كل واحد منهما في دار على حدة لاجل العرف فانه يقال فلان يساكن فلانا قرية كذا وبلدة كذا وان كان كل واحد منهما في دار على حدة فأما في ظاهر الرواية لا يحنت في ذلك الا أن ينويه فحينئذ تعمل نيته لما فيه من التشديد عليه وان حلف لا يساكنه في بيت فدخل عليه فيه زائرا أو ضيفا وأقام فيه يوما أو يومين لم يحنت لان هذا ليس بمساكنة انما المساكنة بالاستقرار والدوام وذلك بمتاعه وثقله ألا ترى أن الانسان يدخل في المسجد كل يوم مرارا ولا يسمى ساكنا فيه ويدخل على الامير ويكون في داره يوما ولا يسمى مساكننا له في داره فكذلك هذا الذي دخل على فلان زائرا أو ضيفا لا يكون ساكنا معه فيه فلا يحنت الا أن ينويه فحينئذ في نيته تشديد عليه فيكون عاملا ألا ترى ان الرجل قد يمر بالقرية فيبيت فيها ويقول ما سكنتها قط فيكون صادقا في ذلك ولو كان ساكنا في دار فحلف أن لا يسكنها ولا نية له ثم أقام فيها يوما أو أكثر لزمه الحنت لان السكنى فعل مستدام حتى يضرب له المدة ويقال سكن يوما أو شهرا والاستدامة على ما يستدام كالانشاء قال الله تعالى وإما ينسينك الشيطان فلا تقعد بعد الذكرى أي لا تمكث قاعدا فيجعل استدامة السكنى بعد يمينه كانشائه وكذلك اللبس والركوب لانه يستدام كالسكنى فأما إذا أخذ في النقلة من ساعته أو في نزع الثوب أو في النزول عن الدابة لم يحنت عندنا استحسانا وفي القياس يحنت وهو قول زفر رحمه الله تعالى لوجود جزء من الفعل المحلوف عليه بعد يمينه إلى أن يفرغ عنه ووجه الاستحسان أن هذا القدر لا يستطاع الامتناع عنه فيصير مستثنى لما عرف من مقصود الحالف وهو البر دون الحنت ولا يتأتى البر الا بهذا ولان السكنى هو الاستقرار والدوام في المكان والخروج ضده فالموجود منه بعد اليمين ما هو ضد السكنى حين أخذ في النقلة في الحال ولو خرج منها بنفسه ولم يشتغل بنقل الامتعة

يحدث عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يحدث لانه عقد يمينه على سكناه وحقيقة ذلك بنفسه فينعدم بخروجه عقيب اليمين وحكى عنه في تحليل هذه المسألة قال خرجت من مكة وخلفت فيها دفيترات أفأكون ساكنا بمكة (وحدثنا) في ذلك أنه ساكن فيها بثقله وعياله فما لم ينقلهم فهو ساكن فيها لما بينا أن السكنى فعل على سبيل الاستقرار والدوام وذلك لا يتأتى الا بالثقل والمتاع والعرف شاهد لذلك فانك تسأل السوقى أين تسكن فيقول في محلة كذا وهو في تجارته يكون

[163]

في السوق ثم يشير إلى موضع ثقله وعياله ومتاعه فعرفنا أن السكنى بذلك بخلاف الدفيترات فان السكنى لا تتأتى بها مع أن من مشايخنا من يقول إذا كان يمينه على أن لا يسكن بلدة كذا فخرج منها بنفسه لم يحدث وان خلف ثقله بها وقد روى بعض ذلك عن محمد رحمه الله بخلاف السكنى في الدار فان من يكون في المصر في السوق يسمى ساكنا في الدار التي فيها ثقله ومتاعه وعياله فأما المقيم بأوزجند لا يسمى ساكنا ببخارى وان كان بها عياله وثقله قال رضى الله عنه وهذه المسألة تبنى على أصل في مسائل الايمان بيننا وبين الشافعي رحمه الله تعالى أن عنده العبرة بحقيقة اللفظ والعادة بخلافها لا تعتبر لان المجاز لا يعارض الحقيقة وعندنا العادة الظاهرة اصطلاح طارئ على حقيقة اللغة والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه ألا ترى أن المديون يقول لصاحب الدين والله لاجرنيك على الشوك فيحمل على شدة المطل دون حقيقة اللفظ وكان مالك يقول ألفاظ اليمين محمولة على ألفاظ القرآن وهذا بعيد أيضا فان من حلف لا يستضيئ بالسراج فاستضاء بالشمس لا يحدث والله تعالى سمي الشمس سراجا ومن حلف لا يجلس على البساط فجلس على الارض لم يحدث والله تعالى سمي الارض بساطا ولو حلف لا يمس وتدا فمس جبلا لا يحدث وقد سمي الله تعالى الجبال أوتادا فعرفنا أن الصحيح ما قلنا فان نقل بعض الامتعة فالمرؤى عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يحدث إذا ترك بعض أمتعته فيها لانه كان ساكنا فيها بجميع الامتعة فيبقى ذلك ببقاء بعض الامتعة فيها وهو أصل لابي حنيفة حتى جعل بقاء صفة السكون في العصير مانعا من أن يكون خمرا وبقاء مسلم واحد منا في بلدة ارتد أهلها مانعا من أن تصير دار حرب الا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا هذا إذا كان الباقي يتأتى بها السكنى اما ببقاء مكنسة أو وتد أو قطعة حصير فيها لا يبقى ساكنا فيها فلا يحدث وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قريب من هذا قال ان بقي فيها ما يتأتى لمثله السكنى به يحدث والا فلا وعن محمد رحمه الله تعالى قال ان نقل إلى المسكن الثاني ما يتأتى له السكنى به لم يحدث لان بهذا صار ساكنا في المسكن الثاني فلا يبقى ساكنا في المسكن الاول ولو كان في طلب مسكن آخر فبقى في ذلك يوما أو أكثر لم يحدث في الصحيح من الجواب لانه لا يمكنه طرح الامتعة في السكة فيصير ذلك القدر مستثنى (مستثنى) لما عرف من مقصوده إذا لم يفرط في الطلب وكذلك ان بقي في نقل الامتعة أياما لكثرة أمتعته ولبعد المسافة ولم يستاجر لذلك جمالا بل جعل

[164]

ينقل بنفسه شيئاً فشيئاً لم يحنت وان بقى في ذلك شهراً إذا لم يفرط لان نقل الامتعة ضد الاستقرار في ذلك المكان فاشتغاله به يمنعه من أن يكون ساكناً فيه فلا يحنت لهذا ولو حلف لا يساكن فلانا في دار قد سماها بعينها واقتسما وضربا بينهما حائطاً وفتح كل واحد منهما باباً لنفسه ثم سكن الحالف طائفة والآخر طائفة لزمه الحنت لانه قد ساكنه فيها بعينها والمعنى فيه ان شرط حنته حين عقد اليمين ان يجمعهما فعل السكنى في الموضع الذى عينه وقد وجد ذلك بعد القسمة وضرب الحائط كما قبله وهذا بخلاف ما لو كانت يمينه على ان لا يساكنه في منزل ولم يسم داراً بعينها ولم ينوها لان هناك بالقسمة وضرب الحائط صار كل جانب منزلاً على حدة ولان في غير العين يعتبر الوصف وفى العين يعتبر العين دون الوصف كما لو حلف أن لا يكلم شاباً فكلم شيخاً كان شاباً وقت يمينه لم يحنت بخلاف ما لو حلف أن لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ يحنت وهذا لانه في الدار المعينة أظهر بيمينه التبرم منها لا من فلان وفى غير المعين انما أظهر التبرم من مساكنة فلان ولا يكون مساكناً له إذا لم يجمعهما منزل واحد ولو حلف ان لا يساكنه وهو ينوى في بيت واحد فساكنه في منزل كل واحد منهما في بيت لم يحنت لانه نوى أكمل ما يكون من المساكنة فتصح نيته وبصير المنوي كالمفوض به وان حلف أن لا يسكن داراً بعينها فهدمت وبنيت بناء آخر فسكنها يحنت لانها تلك الدار بعينها ومعنى هذا ان البناء وصف ورفع البناء الاول واحداث بناء آخر يغير الوصف وفى العين لا معتبر بالوصف واسم الدار يبقى (يبقى) بعد هدم البناء حتى لو سكنها كذلك صار حائطاً وهذا لان الدار اسم لما أدير عليه الحائط فلا يزول ذلك برفع البناء أما ترى أن العرب تطلق اسم الدار على الخرابات التي لم يبق منها الا الآثار قال القائل * عفت بالديار محلها فمقامها * وقال آخر * يادار مية بالعلياء فالسند * وهذا بخلاف ما لو حلف لا يسكن بيتاً عينه فهدم حتى ترك صحراء ثم بني بيت آخر في ذلك الموضع فسكنه لم يحنت لان اسم البيت يزول بهدم البناء ألا ترى أنه لو سكنه حين كان صحراء لم يحنت وهذا لان البيت اسم لما يكون صالحاً للبيتوتة فيه والصحراء غير صالح لذلك واليمين المعقودة باسم لا يبقى بعد زوال الاسم ثم انما حدث اسم البيت لذلك الموضع بالبناء الذى أحدث فكان هذا اسماً غير ما عقد به اليمين ووزانه من الدار ان لو جعلها بستاناً أو حماماً ثم بنى داراً فسكنها لم يحنت لان الاسم زال جعلها بستاناً أو حماماً ثم حدث اسم الدار

[165]

بصفة حادثه فلم يكن ذلك الاسم الذى انعقد به اليمين وإذا حلف لا يسكن دار فلان هذه فباعها فسكن الحالف ولم يكن له نية لم يحنت في قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد وزفر رحمهما الله تعالى يحنت وكذلك العبد والثوب وكل ما يضاف إلى انسان بالملك وجه قول محمد وزفر رحمهما الله تعالى أنه جمع في كلامه بين الاشارة والاضافة فيتعلق الحكم بالاشارة لانها أبلغ في التعريف من الاضافة فانها تقطع الشركة والاضافة لا تقطع الشركة فكان هذا بمنزلة قوله لا أسكن هذه الدار والدليل عليه ما لو قال والله لا أكلم زوجة فلان هذه صديق فلان هذا فكلم بعد ما عاداه وفارقها يحنت لما قلنا وكذلك لو قال لا أكلم صاحب هذا الطيلسان فكلم بعد ما باع الطيلسان يحنت وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول عقد يمينه على ملك يضاف إلى مالك فلا يبقى بعد زوال الملك كما لو كان أطلق دار فلان وتحقيقه من وجهين (أحدهما) أن الدار لا يقصد هجرانها لعينها بل لادى حصل من مالكها واليمين تنقيد بمقصود الحالف

فصار بمعرفة مقصوده كانه قال ما دامت لفلان بخلاف الزوجة والصديق فانه يقصد هجرانهما لعينهما وكذلك قوله صاحب الطيلسان لانه يقصد هجرانه لعينه لا لطيلسانه فكان ذكر هذه الاشياء للتعريف لا لتقييد اليمين (فان قيل) في العبد هو آدمى فيقصد هجرانه لعينه ومع ذلك قلت اذا حلف لا يكلم عبد فلان هذا فكلمه بعد ما باعه لا يحنت (قلنا) ذكر ابن سماعة في نوادره ان عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى يحنت بهذا في العبد ووجه ظاهر الرواية ان العبد مملوك ساقط المنزلة عند الاحرار فالظاهر انه اذا كان الاذى منه لا يقصد هجرانه باليمين فلا يجعل له هذه المنزلة ولكن انما يحلف اذا كان الاذى من مالكة ولان اضافة المملوك إلى المالك حقيقة كالاسم ثم لو جمع في يمينه بين ذكر الاسم والعين وزال الاسم لم يبق اليمين كما لو حلف لا يدخل هذه الدار بعينها فجعلت بستانا فدخل لم يحنت لزوال الاسم فكذلك اذا جمع بين الاضافة والتعيين فزالت الاضافة لا يبقى اليمين بخلاف الزوجة والصديق فالاضافة هناك ليست بحقيقية ولكنه تعريف كالنسية وكما انه يتعلق اليمين بالعين دون النسبة فكذلك هنا يتعلق بالعين دون الاضافة فان نوى ان لا يسكنها وان زالت الاضافة فله ما نوى لانه شدد الامر على نفسه بنيته وكذلك عند محمد رحمه الله تعالى لو نوى ان لا يسكنها ما دامت لفلان فله ما نوى لان المنوي من احتمالات لفظه واذا حلف ان لا يسكن دار فلان او دارا الفلان ولم يسم دارا بعينها ولم ينوها فسكن دارا له قد باعها بعد

[166]

يمينه لم يحنت لانه جعل شرط الحنت وجود السكنى في دار مضافة إلى فلان ولم يوجد بخلاف قوله زوجة فلان او صديق فلان لان هناك انما يقصد هجرانهما لعينهما فيتعين ما كان موجودا وقت يمينه بناء على مقصوده كما لو عينه وذكر ابن سماعة عن ابي يوسف رحمهما الله تعالى التسوية بينهما ووجهه انه عقد اليمين بالاضافة وحقيقة ذلك فيما كان موجودا وقت يمينه ولكن على هذه الرواية لا بد من ان يقال اذا جمع بين الاضافة والتعيين يبقى اليمين بعد زوال الاضافة عند ابي يوسف رحمه الله تعالى كما هو قول محمد رحمه الله تعالى واما اذا سكن دارا كانت مملوكة لفلان من وقت اليمين إلى وقت السكنى فهو حانت بالاتفاق وان سكن دارا اشتراها فلان بعد يمينه حنت في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولم يحنت في قول ابي يوسف رحمه الله تعالى وكذلك العبد والدابة والثوب ولو حلف لا يأكل طعام فلان اولا يشرب شراب فلان فتناول شيئا مما استحدثه فلان لنفسه فهو حانت بالاتفاق وقد اشار ابن سماعة إلى التسوية بين الكل عند ابي يوسف رحمه الله تعالى لما بينا انه عقد اليمين على الاضافة فما لم يوجد حقيقة وقت اليمين لا يتناوله اليمين فاما وجه قوله في الفرق على ظاهر الرواية ان الطعام والشراب يستحدث الملك فيهما في كل وقت فعرفنا ان مقصود الحالف وجود الاضافة إلى فلان وقت تناول فاما الدار والعبد والدابة فلا يستحدث الملك فيها في كل وقت فعرفنا ان مقصوده ما كان موجودا في الحال دون ما يستحدث فيه فكان هذا بمنزلة الزوجة والصديق وجه قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه عقد يمينه على ملك مضاف إلى المالك فاذا وجدت الاضافة إلى وقت الفعل كان حانتا كما في الطعام والشراب وتحقيقه ان شرط حنته وجود السكنى في دار مضافة إلى فلان بالملك وانما حمله على اليمين اذ دخله من فلان وفي هذا لا فرق بين الموجود في ملكه وقت اليمين وما استحدث الملك فيه بخلاف الزوجة والصديق وقد روى محمد عن ابي

يوسف رحمهما الله تعالى في قوله دارا لفلان انه لا يحنت إذا سكن دار
اشتراها فلان بعد يمينه بخلاف قوله دار فلان لان اللام دليل على الملك
فصار تقدير كلامه كأنه قال لا أسكن دارا هي مملوكة لفلان فيتعين
الموجود في ملكه دون ما يستحدثه ولا يوجد ذلك في قوله دار فلان وروى
بشر عن أبي يوسف رحمهما الله على عكس هذا قال إذا قال دار فلان لا
يتناول ما يستحدث الملك فيه بخلاف قوله دار الفلان لان في قوله دار
فلان تمام الكلام بذكر الاضافة ألا ترى أنه لو لم يذكر فلانا كان كلاما

[167]

مختلا فلا بد من قيام الملك لفلان وقت اليمين ليتناول اليمين وفي قوله
دارا لفلان الكلام تام بدون ذكر فلان فانه لو قال لا أسكن دارا كان
مستقيما فذكر فلان لتقييد اليمين بما يكون مضافا إلى فلان وقت
السكنى وان حلف لا يسكن دارا لفلان فسكن دارا بينه وبين آخر لم يحنت
قل نصيب الآخر أو كثر لانه جعل شرط الحنت وجود السكنى في دار يملكها
فلان والمملوك لفلان بعض هذه الدار وبعض الدار لا يسمى دارا وان حلف
لا يسكن دارا اشتراها فلان فسكن دارا اشتراها لغيره حنت لان المشتري
لغيره كالمشتري لنفسه فيما ينبنى على الشراء ألا ترى ان حقوق العقد
تتعلق به وانه يستغني عن اضافة العقد إلى غيره وانما رتب الحالف يمينه
على الشراء دون الملك فان قال أردت ما اشتراه لنفسه دين فيما بينه
وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء إذا كان يمينه بالطلاق لانه نوى
التخصيص في اللفظ العام وان حلف لا يسكن بيتا ولا نية له فسكن بيتا من
شعر أو فسطاطا أو خيمة لم يحنت إذا كان من أهل الامصار وحنث إذا كان
من أهل البادية لان البيت اسم لموضع يبات فيه واليمين يتقيد بما عرف
من مقصود الحالف فأهل الامصار انما يسكنون البيوت المبنية عادة وأهل
البادية يسكنون البيوت المتخذة من الشعر فإذا كان الحالف بدويا فقد
علمنا ان هذا مقصوده بيمينه فيحنت بخلاف ما إذا كان من أهل الامصار
واسم البيت للمبنى حقيقة فلا يختلف فيه حكم أهل الامصار وأهل البادية
لان أهل البادية يسمون البيت للمبنى حقيقة والاصل في هذا ان سائلا
سأل ابن مسعود رضى الله عنه فقال ان صاحبنا لنا أوجب بدنة أفتجزي
البقرة فقال ممن صاحبكم فقال من بين رياح قال ومتى أقتنت بنو رياح
البقر انما وهم صاحبكم الابل فدل ان عند اطلاق الكلام يعتبر عرف
المتكلم فيما يتقيد به كلامه وإذا حلف لا يسكن بيتا لفلان فسكن صفة له
حنث لان الصفة بيت الا أن يكون نوى البيوت دون الصغاف فيدين فيما بينه
وبين الله ولا يدين في القضاء لانه نوى تخصيص اللفظ العام من أصحابنا
من يقول هذا الجواب بناء على عرف أهل الكوفة لان الصفة عندهم اسم
لبيت يسكنونه يسمى (يسمى) صفا ومثله في ديارنا يسمى كاشانه فأما
الصفة في عرف ديارنا غير البيت فلا يطلق عليه اسم البيت بل ينفي عنه
فيقال هذا صفة وليس ببيت فلا يحنت قال والاصح عندي أن مراده حقيقة
ما نسميه الصفة ووجهه أن البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب
واحد وهو مبنى للبيتوتة فيه وهذا موجود في الصفة الا أن مدخله أوسع من
مدخل البيوت المعروفة

[168]

فكان اسم البيت متناولا له فيحنت بسكناه الا أن يكون نوى البيوت دون الصغاف فحينئذ يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه خص العام بنيته ولو حلف لا يسكن دار فلان هذه فسكن منزلا منها حنت لان السكنى في الدار هكذا تكون فان الانسان يقول أنا ساكن في دار فلان وانما يسكن في بعضها فانه لا يسكن تحت السور وعلى الغرف والحجر الا أن يكون نوى أن يسكنها كلها فلا يحنت حينئذ حتى يسكنها كلها لانه نوى حقيقة كلامه ومطلق الكلام وان كان محمولا على المتعارف فنية الحقيقة تصح فيه كما لو قال يوم يقدم فلان فأمراته طالق حمل على الوقت للعرف فان نوى حقيقة بياض النهار عملت نيته في ذلك فهذا مثله حتى لو كان حلف بعق أو طلاق يدين في القضاء لان هذه حقيقة غير مهجورة ولو حلف لا يسكن دارا لفلان وهو بنوى بأجر أو عارية وسكنها على غير ما عني ولم يجر قبل ذلك كلام فانه يحنت وما نوى لا يغني عنه شيئا لانه نوى التخصيص فيما ليس من لفظه فان في لفظه فعل السكنى وهو نوى التخصيص في السبب الذي يتمكن به من السكنى الا ان يكون قبل هذا كلام يدل عليه بان استعاره فأبى فحلف وهو بنوى العارية ثم سكن بأجر فحينئذ لا يحنت لان مطلق الكلام يتقيد بدلالة الحال ويصير ذلك كالمنصوص عليه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (باب الدخول) (قال) رضى الله عنه وإذا حلف لا يدخل بيتا لفلان ولم يسم بيتا بعينه ولم يكن له نية فدخل بيتا هو فيه ساكن بأجر أو عارية فهو حانت عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يحنت لان الاضافة إلى فلان بالملك حقيقة وبالسكنى مجاز فلا تجتمع الحقيقة والمجاز في لفظ واحد والحقيقة مرادة بالاتفاق فينتحى المجاز واللام في قوله لفلان دليل الملك أيضا (وحجتنا) في ذلك أنه عقد يمينه على الاضافة إلى فلان وما يسكنه فلان عارية أو اجارة مضاف إليه بمنزلة ما يسكنه بالملك ألا ترى أنك تقول بيت فلان ومنزل فلان وان كان نازلا فيه بأجر أو عارية فكذلك مع حرف اللام فان النبي عليه الصلاة والسلام حين قال لرافع بن خديج لمن هذا الحائط فقال لى استأجرته لم ينكر عليه اضافته إلى نفسه بحرف اللام ولا يقول أنه إذا دخل بيتا هو ملك فلان أنه يحنت بحقيقة الاضافة بالملك لوجود الاضافة بالسكنى

[169]

وحاصل هذا الكلام أنه يحنت باعتبار عموم المجاز وفي ذلك الملك والمستعار سواء كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان فدخلها حافيا أو متنعلا أو راكبا يحنت باعتبار عموم المجاز وهو الدخول دون حقيقة وضع القدم (فان قيل) كيف يكون للمجاز عموم والمصير إليه بطريق الضرورة (قلنا) العموم للحقيقة ليس باعتبار أنه حقيقة بل بدليل ذلك الدليل بعينه موجود في المجاز وهذا لان المجاز كالمستعار ويحصل بلبس الثوب المستعار دفع الحر والبرد كما يحصل بلبس الثوب المملوك ولا يقال بأن المجاز يصار إليه للضرورة بل هو أحد قسمي الكلام ألا ترى أن في كتاب الله تعالى مجازا وحقيقة والله تعالى يتعالى أن تلحقه الضرورة فعرفنا ان العموم يعتبر في المجاز كما في الحقيقة وعلى هذا روى عن محمد رحمه الله تعالى أنه إذا حلف لا يدخل بيتا لفلان فدخل بيتا أجره فلان من غيره لم يحنت لانه مضاف إلى المستأجر بالسكنى دون الأجر ولو حلف لا يسكن حانوتا لفلان فسكن حانوتا أجره فان كان فلان ممن يسكن حانوتا لا يحنت بهذا أيضا وان كان لا يسكن حانوتا فحينئذ يحنت لما عرف من مقصود الحالف فان من حلف لا يسكن حانوت الامير يعلم كل أحد ان مراده حانوت يملكه الامير وإذا حلف لا يدخل على فلان ولم يسم شيئا ولم يكن له نية

فدخل عليه في بيته أو في بيت غيره أو في صفة حنث لانه وجد الدخول على فلان فان الدخول عليه في موضع بيت هو فيه أو يجلس لدخول الزائرين عليه وذلك يكون في بيته تارة وفي بيت غيره أخرى والصفة في هذه كالبيت فيحنث لهذا وان دخل عليه في مسجد لم يحنث لانه معد للعبادة فيه لا للبيتوتة والجلوس لدخول الزائرين عليه وكذلك ان دخل عليه في ظلة أو سقيفة أو دهليز باب دار لم يحنث لان العرف الظاهر ان جلوسه لدخول الزائرين عليه لا يكون في مثل هذه المواضع عادة وانما يكون نادرا عند الضرورة فاما الجلوس عادة يكون في الصفة والبيت فهو وان اتاه في هذه المواضع لا يكون داخلا عليه ولا يحنث وكذلك لو دخل عليه في فسطاط أو خيمة أو بيت شعر لم يحنث الا ان يكون الحالف من أهل البادية والحاصل أنه جعل قوله لا أدخل على فلان وقوله لا أدخل عليه بيتا سواء لا اعتبار العرف كما بينا وإذا حلف لا يدخل عليه بيتا فدخل عليه في المسجد أو الكعبة لم يحنث لانه مصلى والبيت اسم للموضع المعد للبيتوتة فيه (فان قيل) أليس إن الله تعالى سمى الكعبة بيتا بقوله ان أول بيت وضع للناس وسمى المساجد بيوتا في قوله في بيوت أذن الله (قلنا) قد بينا أن

[170]

الايمان لا تنبني على لفظ القرآن وقد سمي بيت العنكبوت بيتا فقال وان أوهن البيوت لبيت العنكبوت ثم هذا لا يدل على أن مطلق اسم البيت في اليمين يتناول (قال) وكل شيء من المساكن يقع عليه اسم بيت حنث فيه ان دخل ومراده ما يطلق عليه الاسم عادة في الاستعمال وان دخل بيتا هو فيه ولم ينو الدخول عليه لم يحنث لان شرط حنثه الدخول عليه وذلك بأن يقصد زيارته أو الاستخفاف به بأن يقصد ضربه وهذا لم يوجد إذا لم ينو الدخول عليه أو لم يعلم أنه فيه ألا ترى أن السقاء يدخل دار الامير في كل يوم ولا يقال دخل على الامير وقد روى عن محمد رحمه الله تعالى أنه يحنث وان لم يعلم كونه فيه ولم ينو الدخول عليه بأن دخل على قوم هو فيهم والحالف لا يعلم بمكانه لان حقيقة الدخول عليه قد وجد ولا يسقط حكمه باعتبار جهله وإذا حلف لا يدخل على فلان ولم يسم بيتا ولم ينو دخلا دارا هو فيها لم يحنث ألا ترى أنه لو كان في بيت منها لا يراه الداخل فانه لا يكون داخلا عليه أرايت أنه لو كانت الدار عظيمة فيها منازل فدخل منزلا منها وفلان في منزل آخر كان يحنث انما يقع اليمين في هذا إذا دخل عليه بيتا أو صفة لانه حينئذ يكون داخلا عليه حقيقة الا ان يكون حلف أن لا يدخل عليه دارا فحينئذ يحنث إذا دخل داره لان اعتبار العرف عند عدم التصريح بخلافه وكذلك ان نوى دارا لانه يشدد الامر على نفسه بهذه النية ولو حلف لا يدخل بيتا وهو فيه داخل فمكث فيه أياما لم يحنث لان الدخول هو الانفصال من الخارج إلى الداخل ولم يوجد ذلك بعد يمينه انما وجد المكث فيه وذلك غير الدخول وهذا بخلاف السكنى لانه فعل مستدام يضرب له مدة فتكون للاستدامة فيه حكم الانشاء فاما الدخول ليس بمستدام ألا ترى أنه لا يضرب له المدة فانه لا يقال دخل يوما أو شهرا انما يقال دخل ومكث فيه يوما ولو قال والله لا دخلته غدا فأقام فيه حتى مضى الغد حنث لان شرط بره وجود فعل الدخول في غد ولم يوجد انما وجد المكث فيه فإذا نوى بالدخول الاقامه فيه لم يحنث لان المنوي من احتمالات لفظه فان الدخول لمقصود الاقامة وكانه جعل ذكر الدخول كناية عما هو المقصود فلماذا لم يحنث وان قال والله لا أدخلها الا عابر سبيل فدخلها ليقعد فيها أو يعود مريضا أو يطعم حنث لانه عقد يمينه على

الدخول واستثنى دخولا بصفة وهو أن يكون عابر سبيل أي مجتازا ومار طريق قال الله تعالى ولا جنبا الا عابري سبيل وقد وجد الدخول لا على الوجه المستثنى فيحنت وان

[171]

دخلها مجتازا ثم بدا له أن يقعد فيها لم يحنت لان دخوله على الوجه المستثنى فلم يحنت به وبقي ما وراء ذلك مكث في الدار وذلك غير الدخول فلا يحنت به أيضا وان نوى بكلامه أن لا يدخلها يريد النزول فيها صحت نيته لانه عابر سبيل يكون مجتازا في موضع ولا يكون نازلا فيه فجعل هذا مستثنى دليل على ان مراده منع نفسه مما هو ضده وهو الدخول للنزول فإذا صحت نيته صار المنوي كالمفوط وإذا دخلها يريد أن يطعم أو يقعد لحاجة ولا يريد المقام فيها لم يحنت لان شرط حنته دخول بصفة وهو أن يكون للسكنى والقرار ولم يوجد وإذا حلف لا يدخل دار فلان فجعلها بستانا أو مسجدا ودخلها لم يحنت قال لانه قد تغيرت عن حالها ولم يرد تغير الوصف لان ذلك لا يرفع اليمين إذا لم يكن وصفا داعيا إلى اليمين وانما أراد تغير الاسم لانه عقد اليمين باسم الدار والبستان والمسجد والحمام غير الدار فإذا لم يبق ذلك الاسم لا يبقى اليمين وكذلك لو كانت دارا صغيرة فجعلها بيتا واحدا وأشرع بابه إلى الطريق أو إلى دار فدخله لم يحنت لانه قد تغيرت وصارت بيتا وهذه اشارة إلى ما قلنا أن اسم البيت غير اسم الدار فمن ضرورة حدوث اسم البيت لهذه البقعة زوال اسم الدار وان حلف لا يدخل بيتا بعينه فهدم سقفه وبقيت حيطانه فدخله يحنت لانه بيت وان انهدم سقفه قال الله تعالى فتلك بيوتهم خاوية بما ظلموا أي ساقطة سقفها ولان البيت اسم لما هو صالح للبيتونة فيه وما بقيت الحيطان فهو صالح لذلك وان لم يكن مسقفا بخلاف ما لو انهدمت الحيطان لانه صار صحراء غير صالح للبيتونة فلا يتناول اسم البيت وان حلف لا يدخل دار فلان فاحتمله انسان فأدخله وهو كاره لم يحنت لانه مدخل لا داخل ألا ترى أن الميت قد يدخل الدار وفعل الدخول منه لا يتحقق وان أدخله بأمره حنت لان فعل الغير بأمره كفعله بنفسه فأما إذا لم يأمره ولكنه غير ممتنع راض بقلبه حتى أدخله فقد قال بعض مشايخنا يحنت لانه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يفعل صار كالأمر به وادخاله مكرها انما يكون مستثنى لانه لا يستطيع الامتناع عنه والاصح أنه لا يحنت لانه عقد يمينه على فعل نفسه وقد انعدم فعله حقيقة وحكما لان فعل الغير بغير أمره واستعماله اياه لا يصير مضافا إليه حكما الا بأمره ولم يوجد اما بترك المنع والرضا بالقلب فلا وان دخلها على دابة حنت لان سير الدابة يضاف إلى راكبها ألا ترى أن الراكب ضامن لما تطأ دابته وأنه يتمكن من إيقافه متى شاء فكان هذا والدخول ماشيا سواء وان حلف لا يضع قدمه فيها فدخلها

[172]

راكبا أو ماشيا عليه حذاء أو لم يكن حنت لان وضع القدم عبارة عن الدخول عرفا فإذا نوى حين حلف أن لا يضع قدمه ماشيا فدخلها راكبا لم يحنت لانه نوى حقيقة كلامه وهذه حقيقة مستعملة غير مهجورة وان حلف لا يدخلها

فقام على حائط من حيطانها حنت لانه قد دخلها فان القائم على حائط من حيطانها ليس بخارج منها فعرفنا أنه داخل فيها ألا ترى أن السارق لو أخذ في ذلك الموضع ومعه المال لم يقطع كما لو أخذ في صحن الدار توضيحه أن الدار اسم لما أدير عليه الحائط فيكون الحائط داخلا فيه ألا ترى أنه يدخل في بيع الدار من غير ذكر وان حلف لا يدخل في الدار فقام على السطح يحنت لان السطح من الدار ألا ترى أن من نام على سطح الدار يستجيز من نفسه أن يقول بت الليلة في داري ولو قام في طاق باب الدار والباب بينه وبين الدار لم يحنت لان الباب لاحراز الدار وما فيها فكل موضع إذا رد الباب بقي خارجا فليس ذلك من الدار فلا يحنت لانه لم يدخلها وان كان بحيث لو رد الباب بقي داخلا فهذا قد دخلها فيحنت ولو كان داخلا فيها فحلف أن لا يخرج فقام في مقام يكون الباب بينه وبين الدار إذا أغلقت حنت لان الخروج انفصال من الداخل إلى الخارج وقد وجد ذلك حين وصل إلى هذا الموضع وان أخرج احدى رجليه لم يحنت وكذلك ان حلف ان لا يدخلها فأدخل احدى رجليه لم يحنت لان قيامه بالرجلين فلا يكون باحدهما خارجا ولا داخلا ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما وعد أبي بن كعب رضى الله تعالى عنه أن يعلمه سورة ليس في التوراة ولا في الانجيل مثلها قبل أن يخرج من المسجد فعلمه بعد ما أخرج احدى رجليه ولم يكن مخالفا لوعده من أصحابنا من يقول هذا إذا كان الداخل والخارج مستويان فان كان الداخل أسفل من الخارج فبادخال احدى الرجلين يصير داخلا لان عامة بدنه تمايل إلى الداخل وان كان الخارج أسفل من الداخل فباخراج احدى الرجلين يصير خارجا لهذا المعنى والاول أصح لانه لم يوجد شرط الحنت حقيقة فلا يحنت واعتبار احدى الرجلين يوجب أن يكون حائطا والرجل الاخرى تمنع من ذلك فلا يحنت بالشك وان دخل من حائط لها حتى قام على سطح من سطوحها فقد دخلها لما بينا أن السطح مما أدير عليه الحائط فالداخل إليه يكون داخلا فيها ولو دخل بيتا من تلك الدار قد أشرع إلى السكة حنت لانه مما أدير عليه الحائط وهذا إذا كان لذلك البيت باب في الدار وباب في السكة وان دخل في علوها على الطريق الاعظم أو دخل

[173]

كثيفا منها شارعا إلى الطريق حنت وهذا إذا كانت مفتحة في الدار لانه من حجر الدار ومرافقه فالداخل إليه لا يكون خارجا من الدار وإذا لم يكن خارجا كان داخلا في الدار والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب الخروج) (قال) رضى الله عنه وإذا حلف على امرأته بالطلاق ان لا تخرج حتى يأذن لها فأذن لها مره سقطت اليمين لان حتى للغاية قال الله تعالى حتى مطلع الفجر واليمين يتوقت بالتوقيت ومن حكم الغاية أن يكون ما بعدها بخلاف ما قبلها فإذا انتهت اليمين بالاذن مرة لم يحنت بعد ذلك وان خرجت بغير اذنه الا أن ينوى الاذن في كل مرة فيحنت يكون مشددا الامر على نفسه بلفظ يحتمله ولو قال الا باذنى فلا بد من الاذن لكل مرة حتى إذا خرجت مرة بغير اذنه حنت لانه استثنى خروجها بصفة وهو أن يكون باذنه فان الباء للالصاق فكل خروج لا يكون بتلك الصفة كان شرط الحنت ومعنى كلامه الا مستاذنه قال الله تعالى وما ننزل الا بأمر ربك أي مأمورين بذلك ونظيره ان خرجت الا بقناع أو الا بملاءة فإذا خرجت مرة بغير قناع أو بغير ملاءة حنت فأما إذا قال الا ان آذن لها فهذا بمنزلة حتى إذا وجد الاذن مرة لا يبقى اليمين فيه لان الا أن بمعنى حتى فيما يتوقت قال الله تعالى الا أن يحاط بكم أي حتى يحاط بكم ألا ترى أنه لا يستقيم اظهار المصدر هنا بخلاف قوله الا باذنى فانه يستقيم أن يقول

الا خروجاً باذنى فعرفنا أنه صفة للمستثنى وهنا لو قال الا خروجاً ان آذن لك كان كلاماً مختلاً فعرفنا أنه بمعنى التوقيت وفيه طعن الفراء وقد بيناه وان حلف عليها ان لا تخرج من بيته فخرجت إلى الدار حنث لأنه جعل شرط الحنث الخروج من البيت نصاً والبيت غير الدار فيالوصول إلى صحن الدار صارت خارجة من البيت بخلاف ما لو حلف ان لا تخرج لان مقصوده هنا الخروج إلى السكة والوصول إلى موضع يراها الناس فيه ولا يوجد ذلك بخروجها إلى صحن الدار وان حلف لا يدخل فلان بيته فدخل داره لم يحنث لما بينا أنه سمي البيت نصاً والدار غير البيت فالداخل في الدار لا يكون داخلًا في البيت ألا ترى أن الانسان قد يأذن لغيره في دخول داره ولا يأذن في دخول بيته ولو حلف على امرأته أن لا تخرج من باب هذه الدار فخرجت من غير الباب لم يحنث لانه حلف بتسمية الباب

[174]

(فان قيل) مقصوده منعها من الخروج لكيلا لا يراها الاجانب وذلك لا يختلف بالباب وغير الباب (قلنا) اعتبار مقصوده يكون مع مراعاة لفظه ولا يجوز الغاء اللفظ لاعتبار المقصود ثم قد يمنعها من الخروج إلى الباب لكيلا يراها الجار المحاذي وربما يتهمها بانسان إذا خرجت من الباب رآها وإذا خرجت من غير الباب لم يرها وربما يكون على الباب كلب عقور فكان تقييد الباب مفيداً فيجب اعتباره وكذلك لو حلف على باب بعينه فخرجت من باب آخر لم يحنث مراعاة للفظه ألا ترى أن يعقوب عليه السلام قال لاولاده عليهم السلام لا تدخلوا من باب واحد وادخلوا من ابواب متفرقة وكان ذلك منه أمراً بما هو مفيد وان حلف أن لا تخرج الا باذنه فاذن لها من حيث لا تسمع لم يكن اذناً في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى هو اذن لان الاذن فعل الاذن يتم به كالرضا ولو حلف أن لا تخرج الا برضاه فرضى بذلك ولم تسمع فخرجت لم يحنث فهذا مثله وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قال الاذن اما أن يكون مشتقاً من الوقوع في الاذن وذلك لا يحصل الا بالسمع أو يكون مشتقاً من الاذان وهو الاعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله وذلك لا يحصل الا بالسمع بخلاف الرضا فانه بالقلب يكون توضيحه ان مقصوده من هذا أن لا تتجاسر بالخروج قبل أن تستأذنه وهذا المقصود لا يحصل إذا لم تسمع باذنه فكان وجوده كعدمه ولو حلف عليها لا تخرج من المنزل الا في كذا فخرجت لذلك مرة ثم خرجت في غيره حنث لوجود الخروج لا على الوجه المستثنى (المستثنى) فان كان عنى لا تخرج هذه المرة الا في كذا فخرجت فيه ثم خرجت في غيره لم يحنث لانه خص اللفظ العام ببيته وان خرجت لذلك ثم بدا لها فانطلقت في حاجة أخرى ولم تنطلق في ذلك الشيء لم يحنث لان خروجها بالصفة المستثنى (المستثنى) ثم بعد ذلك وجد منها الذهاب في حاجة أخرى لا الخروج وشرط حنثه الخروج وان حلف عليها ان لا تخرج مع فلان من المنزل فخرجت مع غيره أو خرجت وحدها ثم لحقها فلان لم يحنث لان الخروج الانفصال من الداخل إلى الخارج ولم تكن مع فلان وذلك شرط حنثه فلها لا يحنث وان لحقها فلان بعد ذلك وكذلك لو حلف لا يدخل فلان عليها بيتاً فدخل فلان أولاً ثم دخلت هي فاجتمعا فيه لم يحنث لانها دخلت على فلان وشرط حنثه دخول فلان عليها وان حلف عليها أن لا تخرج من الدار فدخلت بيتاً أو كنيفاً في علوها شارعاً إلى الطريق الاعظم لم يكن خروجها إلى هذا

الموضع خروجاً من الدار على ما بينا ان الواصل إلى هذا الموضع يكون داخلاً في الدار فلا تصير هي خارجة من الدار بالوصول إليه والله أعلم بالصواب (باب الأكل) (قال) وإذا حلف لا يأكل طعاماً أو لا يشرب شراباً فذاق شراباً من ذلك ولم يدخله حلقه لم يحنث لأنه عقد يمينه على فعل الأكل والشرب والذوق ليس باكل ولا شرب فإن الأكل أيضاً الشيء إلى جوفه بغير مهشوماً أو غير مهشوم ممضوعاً أو غير ممضوع مما يتأتى فيه الهشم والمضغ والشرب أيضاً اتصال الشيء إلى جوفه بغير مما لا يتأتى فيه الهشم والمضغ في حال اتصاله والذوق معرفة طعم الشيء بغير من غير ادخال عينه في حلقه ألا ترى أن الصائم إذا ذاق شيئاً لم يقطره والأكل والشرب مغطر له ومتى عقد يمينه على فعل فأتى بما هو دونه لم يحنث وإن أتى (أتى) بما هو فوقه حنث لأنه أتى بالمحلوف عليه وزيادة وإن كان قال لا أدوق حنث لوجود الذوق حقيقة وإن لم يدخله حلقه إلا إذا تمضمض بماء فحينئذ لا يحنث لأن قصده التطهير لا معرفة طعم الماء فلم يكن ذلك ذوقاً وإن عني بالذوق الأكل في المأكول والشرب في المشروب لم يحنث ما لم يدخله في حلقه لأن المنوي من احتمالات لفظه وفيه عرف ظاهر فإن الرجل يقول ما ذقت اليوم شيئاً أي ما أكلت وجاء في الحديث أنهم كانوا لا يتفرقون إلا عن ذوق فإن نوى ذلك عملت نيته وإن لم تكن له نية فيمينه على حقيقة ذلك لأن ذلك متعارف أيضاً إلا أنه روى هشام عن محمد بن رحمته الله تعالى أنه إذا تقدم ما يدل على أن مراده الأكل لا يحنث ما لم يأكل بأن قال تغد معي فحلف أن لا يذوق طعامه فيمينه على الأكل لأن ما تقدم دليل عليه وذلك فوق نيته وإن قال لا أدوق طعاماً ولا شراباً فذاق أحدهما حنث لأنه كرر حرف النفي فتبين أن مراده نفي كل واحد منهما على الانفرد كما قال تعالى لا يسمعون فيها لغواً ولا تأثيماً وكذلك لو قال لا أكل كذا ولا كذا أو لا أكلم فلانا ولا فلانا وكذلك إن أدخل حرفاً أو بينهما لأن في موضع النفي حرفاً أو بمعنى ولا قال الله تعالى ولا تطع منهم أثماً أو كفوراً يعني ولا كفوراً فصار كل واحد منهما كأنه عقد عليه اليمين بانفراده بخلاف ما إذا ذكر حرف الواو بينهما ولم يعد حرف النفي لأن الواو للعطف فيصير في المعنى جامعاً بينهما ولا يتم الحنث إلا بوجودهما وإن حلف لا يأكل لحماً فأكل سمكاً

طرياً أو مالحاً لم يحنث إلا على قول مالك رحمه الله تعالى فإنه يحمل الإيمان على ألفاظ القرآن وقد قال الله تعالى لتأكلوا منه لحماً طرياً وقد بينا بعد هذا والدليل عليه أن من حلف لا يركب دابة ركب كافراً لا يحنث وقد قال إن شر الدواب عند الله الذين كفروا ثم معنى اللحمية ناقص في السمك لأن اللحم ما يتولد من الدم وليس في السمك دم ومطلق الاسم يتناول الكامل وكذلك من حيث العرف لا يستعمل السمك استعمال اللحم في اتخاذ الباحات منه وبائع السمك لا يسمى لحماً والعرف في اليمين معتبر إلا أن يكون نوى السمك فحينئذ تعمل نيته لأنه لحم من وجه وفيه تشديد عليه وهو نظير قوله كل امرأة له طالق لا تدخل المختلعة فيه إلا بالنية وكل مملوك له لا يدخل فيه المكاتب قال ألا ترى أنه أكل رئة أو كبدا لم يحنث وفي رواية أبي حفص رضي الله تعالى عنه أو طحالا وإن أكل لحم غنم أو طير مشوى أو مطبوخ أو قديد حنث لأن المأكول لحم مطلق ألا ترى

أن معنى الغذاء تام فيه ويستوى في ذلك الحرام والحلال حتى لو أكل لحم خنزير أو انسان حنت لانه لا نقصان في معنى اللحمية فيه فان كمال معنى اللحمية بتولده من الدم وما يحل وما يحرم من الحيوانات والطيور فيها دم (قال) وكذلك لو أكل شيئاً من الرؤس فانما على الرأس لحم لا يقصد بأكله سوى أكل اللحم بخلاف ما لو حلف لا يشتري لحماً فاشترى رأساً لم يحنث لان فعل الشراء لا يتم به بدون البائع وبائع الرأس يسمى رأساً لا لحماً فكذلك هو لا يسمى مشترياً للحم بشراء الرأس فأما الاكل يتم به وحده فيعتبر فيه حقيقة المأكول وكذلك ان أكل شيئاً من البطون كالكرش والكبد والطحال قيل هذا بناء على عادة أهل الكوفة فانهم يبيعون ذلك مع اللحم فأما في البلاد التي لا يباع مع اللحم عادة لا يحنث بكل حال وقيل بل يحنث بكل حال لانه يستعمل استعمال اللحم لاتخاذ المرققة واللحم ما يتولد من الدم والكبد والطحال عينه دم فمعنى اللحمية فيها أظهر وكذلك ان أكل شحم الظهر فانه لحم الا أنه سمين ألا ترى أنه يباع مع اللحم وانه يسمى سمين اللحم ولا يحنث في شحم البطن والالية لانه ينفي عنه اسم اللحم ويقال انه شحم وليس بلحم ولا يستعمل استعمال اللحم في اتخاذ الباحات والالية كذلك فانه ليس بلحم ولا شحم بل له اسم خاص وفيه مقصود لا يحصل بغيره الا أن ينوى ذلك فحينئذ تعمل نيته لانه من محتملات لفظه وفيه تشديد عليه ولو حلف لا يأكل اداماً ولا نية له فالادام الخل والزيت واللبن والزبد وأشباه ذلك مما يصطبغ الخبز به ويختلط

[177]

به فأما الجبن والسمك والبيض واللحم فانه ليس بادام في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو الظاهر من قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعلى قول محمد رحمه الله تعالى وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الامالى وروي هشام عنه أن الجوز اليابس إدام كالجبن وجه قول محمد رحمه الله تعالى أن الادام ما يؤكل مع الخبز غالباً فانه مشتق من المؤادمة وهو الموافقة قال صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعبة لو نظرت إليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما أي يوفق فما يؤكل مع الخبز غالباً فهو موافق له فيكون اداماً وقال صلى الله عليه وسلم سيد ادم أهل الجنة اللحم وأخذ لقمة بيمينه وتمره بشماله وقال هذه ادم هذه فعرفنا أن ما يوافق الخبز في الاكل فهو ادم الا أنا خصصنا ما يؤكل غالباً وحده كالبطيخ والتمر والعنب لان الادام تبع فما يؤكل وحده غالباً لا يكون تبعاً فأما الجبن والبيض واللحم لا يؤكل وحده غالباً فكان اداماً ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى قال الادام تبع ولكن حقيقة التبعية فيما يختلط بالخبز ولا يحتاج إلى أن يحمل معه كالخل فان النبي صلى الله عليه وسلم قال نعم الادام الخل فما يصطبغ به فهو بهذه الصفة فأما اللحم والجبن والبيض يحمل مع الخبز فلا يكون اداماً وان كان قد يؤكل معه كالعنب توضيحه أن الادام ما لا يتأتى أكله وحده كالمالح فانه ادم والخل واللبن لا يتأتى فيه الاكل وحده لان ذلك يكون شرباً لا أكلاً فعرفنا أنه ادم فأما اللحم والجبن والبيض يتأتى (يتأتى) الاكل فيها وحدها فلم تكن اداماً الا ان ينوى ذلك فتعمل نيته لما فيه من التشديد عليه ولو حلف لا يأكل طعاماً ينوى طعاماً بعينه أو حلف لا يأكل لحماً ينوى لحماً بعينه فأكل غير ذلك لم يحنث الا انه إذا كانت يمينه بالطلاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء لانه نوى التخصيص في اللفظ العام لانه ذكر الطعام منكراً في موضع النفي والنكرة في موضع النفي نعم وان قال لا أكل وعني طعاماً دون طعام لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى وعندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى

هذا والاول سواء لان الاكل يقتضى مأكولا فكأنه صرح بذكر الطعام وهو بناء على أصله ان الثابت بمقتضى اللفظ كالملفوظ فأما عندنا لا عموم للمقتضى ونية التخصيص انما تصح فيما له عموم دون ما لا عموم له فالاصل عندنا أنه متى ذكر الفعل ونوى التخصيص في المفعول أو الحال أو الصفة كانت نيته لغوا لانه تخصيص ما لا لفظ له أما نية التخصيص في المفعول كما بينا ونية التخصيص في الحال بأن يقول لا أكلم هذا الرجل وهو قائم بين يديه ونوي (ونوي)

[178]

حال قيامه فنيته لغو بخلاف ما لو قال هذا الرجل القائم وهو ينوي حال قيامه فان نيته تعمل فيما بينه وبين الله تعالى وتخصيص الصفة ان يقول لا أتزوج امرأة وهو ينوي كوفية أو بصرية فان نيته لغو ولو نوى عربية أو حبشية عملت نيته فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى التخصيص في الجنس وذلك في لفظه ولو حلف لا يأكل شواء ولا نية له فهو على اللحم خاصة ما لم ينو غيره لان الناس يطلقون هذه اللفظة على اللحم عادة دون الفجل والجزر المشوى ألا ترى أن الشوا اسم لمن يبيع اللحم المشوى فمطلق لفظه ينصرف إليه للعرف الا أن ينوي كل ما يشوى من بيض أو غيره فتعمل نيته لما فيه من التشديد عليه ولو حلف لا يأكل رأسا قال فهذا على رؤس البقر والغنم وهذا لانا نعلم أنه لم يرد رأس كل شئ وان رأس الجراد والعصفور لا يدخل في هذا وهو رأس حقيقة فإذا علمنا أنه لم يرد الحقيقة وجب اعتبار العرف وهو الرأس الذي يشوى في التناير وبيع مشويا فكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أو لا يدخل فيه رأس الابل والبقر والغنم لانه رأس عادة أهل الكوفة فانهم يفعلون ذلك في هذه الرؤس الثلاثة ثم تركوا هذه العادة فرجع وقال يحنت في رأس البقر والغنم خاصة ثم ان أبا يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى شاهدا عادة أهل بغداد وسائر البلدان أنهم لا يفعلون ذلك الا في رأس الغنم خاصة فقالا لا يحنت الا في رؤس الغنم فعلم أن الاختلاف اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حكم وبيان والعرف الظاهر أصل في مسائل الايمان وان حلف لا يأكل بيضا فهو على بيض الطير من الدجاجة والاوز وغيرهما ولا يدخل بيض السمك ونحوه فيه الا ان ينويه لانا نعلم أنه لا يراد بهذا بيض كل شئ فان بيض الدود لا يدخل فيه فانما يحمل على ما يطلق عليه اسم البيض ويؤكل عادة وهو كل بيض له قشر كبيض الدجاجة ونحوها وان حلف لا يأكل طبيخا فهو على اللحم خاصة ما لم ينو غير استحسانا وفي القياس يحنت في اللحم وغيره مما هو مطبوخ ولكن الاخذ بالقياس يفحش فان المسهل من الدواء مطبوخ ونحن نعلم أنه لم يرد ذلك فحملناه على أخص الخصوص وهو اللحم لانه هو الذي يطبخ في العادات الظاهرة فان الطبخ في العادة ما يتخذ من الالوان والباحات وهو الذي يسمى متخذ ذلك طبيا فأما من يطبخ الأجر لا يسمى طبيا قالوا وانما يحنت إذا أكل اللحم المطبوخ فأما المقلبة اليابسة فلا وما طبخ بالماء إذا أكل المرققة مع الخبز يحنت وان لم يأكل عين اللحم لان أجزاء اللحم فيه ولان تلك المرققة تسمى طبيخا وإذا حلف لا يأكل

[179]

فاكهة فأكل عنباً أو رطباً أو رماناً لم يحنث في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويحنث في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان الفاكهة ما يؤكل على سبيل التفكه وهو التنعم وهذه الاشياء أكمل ما يكون من ذلك ومطلق الاسم يتناول الكامل وكذلك الفاكهة ما يقدم بين يدي الضيفان للتفكه به لا للشبع والرمان والرطب من أنفس ذلك كالتين وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هذه الاشياء غير الفاكهة قال الله تعالى فيهما فاكهة ونخل ورمان وقال الله تعالى وقضيا وزيتونا ونخلا وحدائق غلبا وفاكهة وأبا فتارة عطف الفاكهة على هذه الاشياء وتارة عطف هذه الاشياء على الفاكهة والشئ لا يعطف على نفسه مع أنه مذكور في موضع المنة ولا يليق بالحكمة ذكر الشئ الواحد في موضع المنة بلفظين ثم الاسم مشتق من التفكه وهو التنعم قال الله تعالى انقلبوا فكهين أي متنعمين وذلك معنى زائد على ما به القوام والبقاء والعنب والرطب يتعلق بهما القوام وقد يجتري بهما في بعض المواضع والرمان كذلك في الادوية فلا يتناولها مطلق اسم الفاكهة ألا ترى أن يابس هذه الاشياء ليس من الفواكه فان الزبيب والتمر قوت وحب الرمان من التوابل دون الفواكه وما يكون رطبه من الفواكه فيابس من الفواكه أيضا كالتين والمشمش والخوخ وما لا يكون يابس من الفواكه فرطبه لا يكون من الفواكه كالبطيخ فانه يقدم مع الفواكه بين يدي الضيفان ولا يتناوله اسم الفاكهة وأما القناء والقوقل والجزر ليس من الفواكه انما هي من البقول والتوابل بعضها يوضع على المائدة مع البقل وبعضها يجعل في القدر مع التوابل قال ويدخل في الفاكهة اليابسة اللوز والجوز وأشباه ذلك وقد بينا أن أبا يوسف رحمه الله تعالى يجعل الجوز اليابس من الادمام دون الفاكهة لانه لا يتفكه به عادة انما يأكل مع الخبز كالجبن أو يجعل مع التوابل في القدر ولكن في ظاهر الرواية يقول رطب الجوز من الفواكه فكذلك يابس للاصل الذي بينا وان حلف لا يأكل طعاما فأكل خبزا أو فاكهة أو غير ذلك حنث ومراده أو غير ذلك مما يسمى طعاما عادة دون ماله طعم حقيقة فان كل أحد يعلم أنه لا يريد السقمونيا بهذا اللفظ وله طعم عرفنا أن مراده ما يسمى في العادة طعاما ويؤكل على سبيل التطعم ولو حلف ليأكلن هذا الطعام اليوم فأكله غيره في اليوم لم يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رضي الله تعالى عنه يحنث إذا غابت الشمس والاصل فيه أن اليمين إذا كانت مؤقتة بوقت فانعقادها موجبا للبر في آخر

[180]

ذلك اليوم الا ان عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وجود ما حلف عليه ليس بشرط لانعقاد اليمين حتى إذا قال لاشرين الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء فيه تنعقد اليمين فكذلك هنا انعدام الطعام في آخر اليوم عنده لا يمنع انعقاد اليمين فإذا انعقدت وتحقق فوت شرط البر حنث فيها وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى انعدام ما حلف عليه يمنع انعقاد اليمين كما في مسألة الشرب فلا ينعقد اليمين هنا لما انعدم الطعام في آخر الوقت وهذا لان شرط حنثه ترك أكل الطعام في آخر جزء من أجزاء اليوم ولا يتصور ذلك إذا لم يبق الطعام وقد بينا ان بدون توهم البر لا ينعقد اليمين وان لم يكن وقت فيه وقتا حنث لان اليمين انعقدت في الحال لتوهم البر فيها لكون الطعام قائما في الحال ثم فات شرط البر بأكل الغير اياه فيحنث (قال) وكذلك ان مات الحالف قبل أن يأكله والطعام قائم بعينه لان شرط البر قد فات بموته وكذلك ان مضت المدة وهو حي

والطعام قائم لان شرط البر فعل الاكل في الوقت وقد تحقق فوته بمضي الوقت فحنت في يمينه وعلى هذا لو حلف ليقضين حق فلان غدا فقضاه اليوم لم يحنت في قوم ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ويحنت عند ابي يوسف رحمه الله تعالى كما جاء الغد لان عنده كما جاء الغد انعقدت اليمين فان عدم المحلوف عليه لا يمنع انعقاد اليمين عنده وان حلف لا يأكل من طعام اشتراه فلان فأكل من طعام اشتراه فلان مع آخر حنت لان ما اشتراه فلان من ذلك طعام وقد أكله فان كل جزء من الطعام يسمى طعاما بخلاف ما لو حلف لا يسكن دارا اشتراها فلان فسكن دارا اشتراها فلان وآخر معه لان نصف الدار لا يسمى دارا الا أن يكون نوى في الطعام أن يشتري هو وحده فتعمل نيته لانه نوى التخصيص في اللفظ العام فان شراء الطعام قد يكون وحده وقد يكون مع غيره وكذلك لو حلف لا يأكل من طعام يملكه فلان بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوبا لفلان أو ثوبا اشتراه فلان لان اسم الثوب للكل وبعض الثوب ليس بثوب ألا ترى أنه لو قال هذا الثوب لفلان وهو بينه وبين آخر كان كذبا ولو قال هذا الطعام لفلان وهو يعني نصفه كان صدقا ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق شيئا فأكل خبزه حنت لان عين الدقيق لا يؤكل عادة فتتصرف يمينه إلى ما يتخذ منه كما لو حلف لا يأكل من هذه النخلة واختلف مشايخنا فيما لو أكل عين الدقيق فمنهم من يقول يحنت لانه أكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر بالحقيقة لا تسقط به وهذا لان عين الدقيق مأكول والاصح أنه

[181]

لا يحنت لان هذه حقيقة مهجورة ولما انصرفت اليمين إلى ما يتخذ منه للعرف يسقط اعتبار الحقيقة كمن قال للاجنبية ان نكحتك فعبدي حر فزنى بها لم يحنت لانه لما انصرف إلى العقد لم يتناول حقيقة الوطن وان كان عنى أكل الدقيق بعينه لم يحنت بأكل الخبز لانه نوى حقيقة كلامه ولو حلف لا يأكل من هذه الحنطة شيئا فان نوى يأكلها حبا كما هو فأكل من خبزها أو سويقها لم يحنت لان المنوي حقيقة كلامه فهو كالمفوط وان لم يكن له نية فأكل من خبزها لم يحنت في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ويحنت في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى قال في الكتاب يمينه على ما يصنع منها وهذا اشارة إلى أن عندهما لو أكل من عينها لم يحنت ولكن ذكر في الجامع الصغير وان أكل من خبزها يحنت عندهما أيضا فهذا يدل على أنه يحنت بتناول عين الحنطة عندهما وهو الصحيح وجه قولهما ان أكل الحنطة في العادة هكذا يكون فانك تقول أكلنا أجود حنطة في الارض تريد الخبز ويقال أهل بلدة كذا يأكلون الحنطة وأهل بلدة كذا يأكلون الشعير والمراد الخبز الا أن ابا حنيفة رحمه الله تعالى يقول عين الحنطة مأكول عادة فانها تغلى فتؤكل وتغلى فتؤكل ويتخذ منها الهريسة ومن انعقدت يمينه على أكل عين مأكولة ينصرف يمينه إلى اكل عينه دون ما يتخذ منه كالعنب والرطب وهذا لان لكلامه حقيقة مستعملة ومجازا متعارفا ولا يراد باللفظ الواحد الحقيقة والمجاز لان المجاز مستعار والثوب الواحد في حالة واحدة لا يتصور ان يكون ملكا وعارية فإذا كانت الحقيقة مرادة هنا يتنحى المجاز وهما لا يتكران هذا الاصل ولكنهما يقولان إذا أكل الحنطة انما يحنت باعتبار عموم المجاز لا باعتبار الحقيقة وقد بينا نظائره في وضع القدم وغيره (قال) وإذا أكل من سويقها لم يحنت في قول ابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وكذلك قول محمد أيضا لان الموجود في الحنطة لبها وهو ما يصير بالطحن دقيقا ومن أصل ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ان السويق جنس

آخر غير الدقيق ولهذا جوزا بيع السويق بالدقيق متفاضلا فما تناول ليس من جنس ما كان موجودا في الحنطة التي عينها فلا يحنت وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يمينه تناولت الحقيقة فلا يحنت بأكل السويق وان حلف لا يأكل من هذا الطلع شيئا فأكل منه بعد ما صار بسرا لم يحنت لان الطلع عينه مأكول ومتى عقد يمينه على أكل ما تؤكل عينه لا ينصرف يمينه إلى ما يكون منه ثم البسر ليس من جنس الطلع ألا ترى أن بيع البسر

[182]

بالطلع يجوز كيف ما كان وكذلك لو حلف لا يأكل من هذا البسر فأكل منه بعد ما صار رطبيا لان البسر عينه مأكول ولان الرطب وان كان من جنس البسر الا أن الانسان قد يمتنع من تناول البسر ولا يمتنع من تناول الرطب والاصل أنه متى عقد يمينه على عين بوصف يدعو ذلك الوصف إلى اليمين يتقيد اليمين ببقاء ذلك الوصف وينزل منزلة الاسم ولهذا لو حلف لا يأكل من هذا الرطب فأكله بعد ما صار تمرا لم يحنت لان صفة الرطوبة داعية إلى اليمين فقد يمتنع الانسان من تناول الرطب دون التمر وهذا بخلاف ما لو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ يحنت لان صفة الشباب ليست بداعية إلى اليمين وكذلك لو حلف لا يأكل من هذا الحمل فأكله بعد ما كبر يحنت لان الصفة المذكورة ليست بداعية إلى اليمين ولو حلف لا يأكل من هذا السويق فشربه لم يحنت لان الشرب غير الاكل فان الله تعالى قال كلوا واشربوا والشئ لا يعطف على نفسه وقد بينا حد كل واحد من الفعلين وكذلك لو حلف لا يأكل من هذا اللبن فشربه أو حلف لا يشربه فأكله لم يحنت وأكل اللبن بأن يثرد فيه الخبز وشربه أن يشربه كما هو ولو تناول شيئا مما يصنع منه كالجبن والاقط لم يحنت لان عينه مأكول وقد عقد اليمين عليه ألا ترى أنه لو حلف لا يذوق من هذا الخمر فذاقه بعد ما صار خلا لم يحنت ولو حلف ليأكلن هذا السويق فأكله كله الاحبة منه لم يحنت لانه يسمى في العادة أكل ولانه لا يتصور أكل كله على وجه لا يبقى حبة في الاناء وبين لهواته وأسنانه فتحمل يمينه على ما يتأتى فيه البر إذا كان ذلك متعارفا بين الناس وعلى هذا لو حلف ليأكلن هذه الرمانة فأكلها كلها الاحبة واحدة كان قد بر في يمينه لان أكل الرمانة هكذا يكون فانه لا يمكنه أن يأكلها على وجه لا يسقط منه حبة الا أن ينوي ذلك فحينئذ قد شدد على نفسه بنية حقيقة كلامه ولو مص ماءها ورمى بالحلب لم يحنت سواء حلف على أكلها أو شربها لان هذا ليس بأكل ولا شرب ولكنه مص وان قال لامراتيه أبتكما أكلت هذه الرمانة فهي طالق فأكلتا جميعا لم تطلقا لان كلمة أي تتناول كل واحد من المخاطبين على الانفراد وشرط الطلاق أكل الواحدة جميع الرمانة ولم يوجد ذلك فلها لم تطلق واحدة منهم وان حلف لا يأكلن سمنا فأكل سويقا قدلت بسمن وأوسع حتى يستبين فيه طعمه ويرى مكانه حنت وكذلك كل شئ فيه سمن يوجد طعمه ويستبين فيه وان كان لا يوجد طعمه ولا يرى مكانه لم يحنت لانه عقد يمينه

[183]

على أكل عين السمن فلا بد من قيام عينه عند الاكل ليحنت وقيام عني المأكول بذاته أو طعمه فإذا كان يرى مكانه ويستبين فيه طعمه فقد علمنا

وجود شرط حنثه زاد هشام في نوادره أن يكون بحال يمكن عصر السمن فأما إذا كان لا يرى مكانه ولا يستبين طعمه فيه فقد صار مستهلكا فيه ولم يذكر في الكتاب ما إذا عقد اليمين على مائع فاختلط بمائع آخر من جنسه أو من غير جنسه وذكر في النوادر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا حلف لا يشرب لبنا فصب الماء في اللبن وشربه فإن كان اللون فيما شرب لون اللبن ويوجد طعمه وهو الغالب فيحنت به وإن كان اللون لون الماء فيه علمنا أن اللبن مغلوب مستهلك فلا يحنت به ألا ترى أنه يقال للاول لبن مغشوش وللثاني ماء خالطه لبن وهكذا ذكر في نسخ الاصل وعن محمد رحمه الله تعالى أنه يعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة لان القليل لا يظهر في مقابلة الكثير وإن كانا سواء لم يحنت في القياس للشك والتردد وفي الاستحسان هو حانث لان ما حلف عليه لم يصير مغلوبا بما سواه وإن حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلطه بلبن بقرة أخرى فعند أبي يوسف رحمه الله تعالى هذا والاول سواء لان المغلوب في حكم المستهلك سواء كان الغالب من جنسه أو من خلاف جنسه وعند محمد رحمه الله تعالى يحنت هنا على كل حال لان الشيء يكثر بجنسه ولا يصير مستهلكا به ولو حلف لا يأكل هذه التمرة فاختلطت بتمر فأكل ذلك التمر كله حنت لانه قد أكل تلك التمرة حقيقة فانه يأكل ثمرة ثمرة وجهله بما حلف عليه لا يمنع حنثه وإن حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها شعير حبة حبة حنت لانه قد أكل المحلوف عليه بيقين وهذا بخلاف ما سبق من السمن إذا كان لا يرى مكانه في السوق لان هناك يأكل الكل جملة فما يأكله من السمن مستهلك إذا كان لا يرى (يرى) مكانه وهنا إنما يأكل حبة حبة فإذا أكل حبة الشعير وحدها فقد وجد شرط الحنث حتى إذا كانت يمينه على الشراء لم يحنت لانه يشتري الكل جملة ومشتري الحنطة لا يسمى مشتريا للشعير وإن كان فيها حبات الشعير لان بائعها لا يسمى بائع الشعير وإن حلف لا يأكل شحما فإن أكل شحم البطن فهو حانث وإن أكل لحما يخالطه شحم البطن فهو حانث وإن أكل لحما يخالطه شحم يعني شحم الظهر لم يحنت في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو حانث في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وذكر الطحاوي قول محمد مع قول أبي حنيفة وجه قول أبي يوسف رضوان الله عليهم

[184]

أجمعين إن شحم الظهر شحم بذاته ويصلح لما يصلح له الشحم فكان كشحم البطن قال الله تعالى ومن البقر والغنم حرمتا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما والمستثني (والمستثني) من جنس المستثني منه هو الحقيقة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هذا لحم عند الناس ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل لحما يحنت بهذا وكذلك في العادة يقال في العربية سمين اللحم وبالفارسية فربهن والدليل عليه أن يمينه لو كان على الشراء لم يحنت بهذا إلا أن أبا يوسف رحمه الله تعالى يفرق بما ذكرنا إن الشراء لا يتم به وحده بخلاف الأكل ثم سمين اللحم يستعمل استعمال اللحوم في اتخاذ القلايا والباحات كاستعمال الشحوم وقد بينا إن الأيمان لا تنبني على ألفاظ القرآن وفي الآية استثناء الجوايا أيضا وما اختلط بعظم وأحد لا يقول إن مخ العظم يكون شحما وإذا حلف لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا حنت وكذلك لو حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا فيه بعض البسر فهو حانث لانه أكل المحلوف عليه حقيقة وعرفا ولو حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا حنت في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولم يحنت في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وكذلك لو حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا

وفيه شئ من البسر فهو على الخلاف أبو يوسف رحمه الله يقول المذنب لا يسمى رطباً وإنما يسمى بسراً حتى يحنث بأكله لو كانت يمينه على البسر فكيف يكون رطباً وبسراً في حالة واحدة وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالوا الجانب الذي أرطب منه رطب ألا ترى أنه لو ميز ذلك وأكله وحده حنث في يمينه فكذلك إذا أكله مع غيره ولهذا يحنث لو كانت يمينه على أكل البسر لأن أحد الجانبين منه بسر وهذا ينبنى على الأصل الذي بينا فان الرطب والبسر جنس واحد ومن أصل أبي يوسف رحمه الله تعالى أن المغلوب مستهلك بالغالب وإن كان الجنس الواحد لا يكون الاقل مستهلكاً ومحمد رحمهما الله تعالى في الجنس الواحد لا يكون الاقل مستهلكاً بالاكتر فيعتبر كل واحد منهما على حدة وإن حلف لا يأكل من هذا العنب شيئاً فأكل منه بعد ما صار زيباً لم يحنث لأن الوصف المذكور دأع إلى اليمين فقد يمتنع المرء من تناول العنب دون الزبيب وقد بينا نظيره في الرطب مع التمر ولأن الزبيب غير العنب ألا ترى أن من غصب عنياً فجعله زيباً انقطع حق صاحبه عنه ويمينه على عين مأكول فلا يتناول ما يتخذ منه ولو حلف لا يأكل جوزاً فأكل منه رطباً أو يابساً حنث وكذلك اللوز والفسق والتين واشباه ذلك لأن الاسم الذي عقد به اليمين حقيقة في الرطب واليابس منه فانه بعد

[185]

البسر لا يتحدد للعين اسم آخر بخلاف الزبيب وإن حلف لا يأكل شيئاً من الحلو فأى شئ من الحلو أكله من خبيص أو غسل أو سكر أو ناطف حنث والحلو اسم لكل شئ حلو لا يكون من جنسه غير حلو وذلك موجود في هذه الاشياء وإن أكل عنياً أو بطيخاً لم يحنث وإن كان حلواً لأن من جنسه حامض غير حلو خصوصاً باوزجند وإن حلف لا يأكل خبيصاً فأكل منه يابساً أو رطباً حنث لأن الرطب واليابس خبيص حقيقة وعرفاً وإن حلف طائعاً أو مكرهاً أن لا يأكل شيئاً سماه فأكره حتى أكله حنث وهذا لأن الاكراه لا يعدم القصد ولا يمنع عقد اليمين عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى وقد بيناه في الطلاق وبعد انعقاد اليمين شرط حنثه الاكل وذلك فعل محسوس ولا ينعدم بالاكراه ألا ترى أنه لا يمنع حصول الشيع والرى به وكذلك ان أكله وهو معمي عليه أو مجنون لأن شرط حنثه الاكل والجنون والاعماء لا يعدم فعل الاكل ووجوب الكفارة باليمين لا بالحنث وهو كان صحيحاً عند اليمين فيحنث عند وجود الشرط وإن أوجر أو صب في حلقه مكرهاً وقد حلف لا يشربه لا يحنث لانه عقد يمينه على فعل نفسه وهو ليس بفاعل بل هو مفعول به فلا يحنث ولكن لو شرب منه بعد هذا حنث لأن ما سبق غير معتبر في ايجاد شرط الحنث ولكن لا يرتفع اليمين به لأن ارتفاعها بوجود شرط الحنث وإن حلف لا يأكل طعاماً سماه فمصغه حتى دخل جوفه من مائه ثم ألقاه لم يحنث لانه ما وصل إلى جوفه عين الطعام ولا ما يتأتى (يتأتى) فيه المضع والهشم وقد بينا ان الاكل لا يتم الا بهذا وإن حلف لا يأكل تمراً فأكل قسباً لم يحنث لأن القسب يابس البسر ولو أكله رطباً لم يحنث فكذلك إذا أكله يابساً وكذلك ان أكل بسراً مطبوخاً وإن حلف لا يأكل حياً فأى حب أكل من سمسماً أو غيره حنث لأن كل شئ يقع عليه اسم الحب مما يأكله الناس فهو داخل في يمينه باعتبار العادة الا أن ينوى شيئاً بعينه فيكون على ما نوى بينه وبين الله تعالى وكل شئ يؤكل ويشرب كالتسويق والغسل واللبن فان عقد اليمين على أكله لم يحنث بشربه وإن عقد على شربه لم يحنث بأكله لانهما فعلاً مختلفان وإن كان المحل واحداً وشرط حنثه الفعل دون المحل وإن حلف لا يأكل خبزاً فأكل خبز حنطة أو شعير

حنث لانه خبز حقيقة وعرفا وان أكل من خبز غيرهما لم يحنث الا أن ينويه
لانه لا يسمى خبزا

[186]

مطلقا ولا يؤكل ذلك عادة في عامة الامصار وان أكل خبز قطايف لم يحنث
الا أن يكون نواه لانه لا يسمى خبزا مطلقا وانما يسمى قطايف وان نواه
فالمنوى من احتمالات لفظه لانه نوى خبزا مقيدا وان أكل خبز الارز فان
كان من أهل بلد ذلك طعامهم كأهل طبرستان فهو حانث فأما في ديارنا لا
يحنث لان أكل خبز الارز غير معتاد في ديارنا ولا يسمى خبزا مطلقا
وان حلف لا يأكل تمرا فأكل حيسا حنث لان هذا هو التمر بعينه لم يغلب
عليه غيره فان الحيس تمر ينقع في اللبن حتى ينتفخ فيؤكل دخل رجل
على رجل فدعاه إلى الغداء فحلف أن لا يتعدى ثم رجع إلى أهله فتعدى لم
يحنث لان يمينه انما وقعت جوابا لكلامه ومعنى هذا أن مطلق الكلام يتقيد
بما سبق فعلا أو قولا حتى لو قامت امرأته لتخرج فقال لها ان خرجت فأنت
طالق كانت يمينه على تلك الخرجة فكذلك إذا دعاه إلى الغداء فقال ان
تعديت معناه الغداء الذي دعوتني إليه ولو صرح بذلك لم يحنث إذا رجع إلى
أهله وتعدى ولا إذا تعدى عنده في يوم آخر فكذلك هنا والله سبحانه وتعالى
أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب اليمين في الشراب) (قال) رضى
الله عنه رجل حلف لا يشرب شرابا فأى شراب شربه من ماء أو غيره حنث
في يمينه لان الشراب ما يتأتى فيه فعل الشرب وقد بينا حده والماء في
ذلك كغيره فانه شراب طهور قال الله تعالى وسقاهم ربهم شرابا طهورا
فيدخل في ذلك كل شراب تشتهي الانفس وان عين شرابا بعينه دين فيما
بينه وبين الله تعالى دون القضاء لانه نوى (نوى) التخصيص في اللفظ
العام وان حلف لا يشرب نبيذا فأى نبيذ شربه حنث والنبيذ الزبيب أو التمر
ينقع في الماء فتستخرج حلاوتها ثم يجعل شرابا مأخوذ من النيد وهو
الطرح قال الله تعالى فنبيذوه وراء ظهورهم فان شرب سكر أو فضيخا أو
عصيرا لم يحنث لانه ليس بنبيذ ولا يطلق عليه اسم النبيذ عادة ولكن هذا إذا
كانت يمينه بالعربية اما بالفارسية اسم النبيذ يطلق على كل مسكر
والايمان تنبني على العرف في كل موضع ولو حلف لا يشرب ماء فشرب
نبيذا لم يحنث لانه غير الماء فانه قد تغير بما غلب عليه من حلاوة الزبيب
والتمر وان

[187]

طبخ فلا اشكال فيه انه غير الماء وان حلف لا يشرب مع فلان شرابا فشربا
في مجلس واحد من شراب واحد حنث وان كان الاناء الذى يشربان منه
مختلفا فان شرب الحالف من شراب والآخر من شراب غيره وقد ضمهما
مجلس واحد حنث لان مراده الامتناع من منادمته وقد وجد ذلك إذا جمعهما
مجلس واحد سواء كان الشراب واحدا أو مختلفا والاناء الذى يشربان فيه
واحدا أو مختلفا لان الشرب مع الغير هكذا يكون ألا ترى ان الامير مع
ندمائه يشرب ثم انأوه الذى يشرب منه غير انائهم وربما يشرب الصنف
ويزج لهم الا ان يكون نوى (نوى) شرابا واحدا حين حلف فحينئذ قد نوى
أكمل ما يكون من الشرب مع فلان ونيته لذلك صحيح ولو حلف لا يأكل

الطعام فأكل منه شيئاً يسيراً حثت وكذلك لو حلف لا يشرب الماء لان الاسم حقيقة للقليل والكثير والفعل يتحقق في القليل والكثير فإذا عني الماء كله والطعام كله لم يحث بهذا لان الماء والطعام اسم جنس فإذا عني الكل فانما نوى حقيقة كلامه فتعمل نيته فلا يحث بهذا لانه لا يستطيع ان يشرب الماء كله ولا ان يأكل الطعام كله ولو حلف لا يذوق شراباً وهو يعني لا يشرب النبيذ خاصة فأكله أكلاً لم يحث لانه ذكر الشراب والشراب يشرب فنية الشرب فيما ذكر من الذوق صحيح وقد بينا انه متى عقد بيمينه على فعل الشرب لم يحث بالاكل وان حلف لا يذوق لبناً ولا نية له فأكله أو شربه حثت لانه قد ذاقه وزاد عليه ولو حلف لا يشرب من دجلة فغرف منها بقدر وشربه لم يحث في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الا ان يضع فاه على دجلة بعينها فيشرب وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يحث لان الشرب من دجلة هكذا يكون في بقدر وشربه لم يحث في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الا ان يضع فاه على دجلة بعينها فيشرب وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يحث لان الشرب من دجلة هكذا يكون في العادة فانه يقال أهل بلدة كذا يشربون من دجلة وانما يراد بطريق الاعتراف في الاواني ولكن أبو حنيفة يقول حقيقة الشرب من دجلة يكون بالكرع وهذه حقيقة مستعملة جاء في الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات في شئ والا كرعنا وقد بينا ان الحقيقة إذا كانت مستعملة فاللفظ يحمل عليه دون المجاز والحقيقة مرادة فانه لو كرع يحث وهو حقيقة الشرب من دجلة لان من للتبعيض بالحقيقة ان يضع فاه على بعض دجلة والحقيقة استعمال اللفظ في موضعه والمجاز استعماله في غير موضعه ولا يتصور أن يكون اللفظ الواحد مستعملاً في موضعه معدولاً به عن موضعه فهذا وما تقدم

[188]

من مسألة الحنطة سواء وأن عندهما في الفصلين انما يحث لعموم المجاز (قال) ألا ترى أنه لو حلف لا يشرب من هذا الحب فغرف منه بقدر فشرب فانه يحث وهذا عندهما فأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا كان ملأنا فيمينه على الكرع خاصة وان لم يكن ملأنا فحينئذ الجواب كما قال لان الكرع لا يتأتى هنا كما لو حلف لا يشرب من هذا البئر وان تكلف للكرع من البئر ففيه اختلاف المشايخ كما بيناه في مسألة الدقيق والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (تم الجزء الثامن من كتاب المبسوط ويليه الجزء التاسع) (وأوله باب الكسوة)

مكتبة يعسوب الدين عليه السلام الالكترونية