

المغنى

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى المتوفى سنة ٣٣٤ هـ
ويليه

الشرح الكبير

على متن المغنى، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد
ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد
ابن حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الثاني عشر

(وبه تم الكتاب)

﴿تنبيه﴾ وضعنا كتاب المغنى في أعلى الصفحات والشرح الكبير في أدناها مفصلاً بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي

للنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشهادات

والاصل في الشهادات الكتاب والسنة والاجماع والعبارة . اما الكتاب فقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وقال تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم - وأشهدوا اذا تبايعتم)

وأما السنة فما روى وائل بن حجر قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة الى النبي ﷺ فقال الحضرمي يارسول الله ان هذا غلبنى على أرض لي فقال الكندي هي أرضي وفي يدي فايس له فيها حق ، فقال النبي ﷺ للحضرمي « ألك بينة ؟ » قال لا ، قال « فلك يمينه » قال يارسول الله الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء قال « ليس لك منه الا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشهادات

والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء - وقال سبحانه - وأشهدوا ذوي عدل منكم - وقال جل وعز - وأشهدوا اذا تبايعتم) وأما السنة فروى وائل بن حجر رضي الله عنه قال جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة الى النبي ﷺ فقال الحضرمي يارسول الله ان هذا غلبنى على أرض لي فقال الكندي هي أرضي وفي يدي فايس له فيها حق فقال النبي ﷺ للحضرمي « ألك بينة ؟ - فقال لا قال - فلك يمينه » قال يارسول الله الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه واپس يتورع من شيء قال « ليس لك منه إلا ذلك » قال فانطلق الرجل ايحلف له فقال النبي ﷺ « لان حلف على ماله لياً كله ظلماً ليلقين الله وهو عنه معرض » قال الترمذي

ذلك « قال فانطلق الرجل ليحلف له فقال رسول الله ﷺ لما أدبر « لئن حلف على ماله لياكله ظلاً ليلقين الله تعالى وهو عنه معرض » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح

وروى محمد بن عبد الله المزري عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي ﷺ قال « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » قال الترمذي هذا حديث في اسناده مقال والمزري يضيف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك وغيره إلا أن أهل العلم أجمعوا على هذا قال الترمذي والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ولان الحاجة داعية إلى الشهادة لحصول التجاهد بين الناس فوجب الرجوع إليها ، قال شريح القضاء جمر فتحه عنك بعودين يعني الشاهدين وإنما الخضم داء والشهود شفاء فأفرغ الشفاء على الداء

(فصل) وتحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية لقول الله تعالى (ولا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا) وقال تعالى (ولا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ) وإنما خص القلب بالآثم لانه موضع العلم بها ولان الشهادة أمانة فلزم أداؤها كسائر الامانات

إذا ثبت هذا فان دعي الى تحمل شهادة في نكاح أو دين أو غيره لزمته الاجابة وإن كانت عنده شهادة فدعي إلى أداؤها لزمه ذلك فان قام بالفرض في التحمل أو الاداء اثنان سقط عن الجميع وإن امتنع الكل أتموا وإنما يأثم الممتنع اذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع ، فان كان عليه ضرر

النبي ﷺ قال « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » قال الترمذي هذا حديث في اسناده مقال والمزري يضعف في الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك وغيره الا ان أهل العلم أجمعوا على هذا قال الترمذي والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم ولان العبرة تقتضي مشروعية الشهادة فان الحاجة داعية إليها لحصول التجاهد بين الناس فوجب الرجوع إليها قال شريح القضاء جمر فتحه عنك بعودين يعني الشاهدين وإنما الخضم داء والشهود شفاء فأفرغ الشفاء على الداء ، واشتقاق الشهادة من المشاهدة لان الشاهد يخبر عما شاهده ، وقيل لان الشاهد يخبره ويجعل الحاكم كالشاهد للمشهود عليه وتسمى بينة لانها تبين ما التبس وتكشف الحق في المختلف فيه ﴿ مسألة ﴾ (تحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية إذا قام بها من يكفي سقطت عن

الباقيين وان لم يقم بها أحد تعينت على من وجد

لقول الله تعالى (ولا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا) وقال - ولا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ) وإنما خص القلب بالآثم لانه موضع العلم بها ولان الشهادة أمانة فلزم أداؤها كسائر الامانات وقال الله تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات إلى أهلها) إذا ثبت هذا فاذا دعي الى تحمل شهادة في نكاح أو دين أو عدا لزمته الاجابة قال الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله) فان قام بالفرض في التحمل والاداء اثنان سقط عن الجميع ، وان امتنع الكل أتموا ، وإنما يأثم

في التحمل أو الاداء أو كان ممن لا تقبل شهادته أو يحتاج إلى التبذل في التزكية ونحوها لم يلزمه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » ولأنه لا يلزمه أن يضر بنفسه لنفع غيره ، وإذا كان ممن لا تقبل شهادته لم يجب عليه لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه وهل يأثم بالامتناع إذا وجد غيره ممن يقوم مقامه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يأثم لأنه قد تعين بدعائه ولأنه منهي عن الامتناع بقوله (ولا ياب الشهداء إذا مدعوا) (والثاني) لا يأثم لأن غيره يقوم مقامه فلم يتعين في حقه كما لو لم يدع إليها ، فأما قول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) فقد قرئ بالفتح والرفع فمن رفع فهو خبر معناه النهي ويحتمل معنيين (أحدهما) أن يكون الكاتب فاعلاً أي لا يضر الكاتب والشهيد من يدعوه بان لا يجيب أو يكتب ما لم يستكتب أو يشهد ما لم يستشهد به

(والثاني) أن يكون يضار فعل ما لم يسم فاعله فيكون معناه ومعنى الفتح واحداً أي لا يضر الكاتب والشهيد بان يقطعهما عن شفاهما بالكتابة والشهادة ويمنع حاجتهما واشتقاق الشهادة من المشاهدة لأن الشاهد يخبر عما يشاهده ، وقيل لأن الشاهد بخبره جعل الحاكم كالشاهد للمشهود عليه وتسمى بينة لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق فيما اختلف فيه

المتنع إذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع ، فإن كان عليه ضرر في التحمل أو الاداء أو كان ممن لا تقبل شهادته أو يحتاج إلى التبذل في التزكية لم تلزمه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وإنه لا يلزمه ان يضر نفسه لنفع غيره وإذا كان ممن لا تقبل شهادته لم يجب عليه لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه وهل يأثم بالامتناع إذا وجد غيره ممن يقوم مقامه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يأثم لأنه قد تعين بدعائه ولأنه منهي عن الامتناع بقوله تعالى (ولا ياب الشهداء إذا مدعوا) (والثاني) لا يأثم لأن غيره يقوم مقامه فلم يتعين في حقه كما لو لم يدع إليها فأما قول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) فقد قرئ بالفتح والرفع فمن رفع فهو خبر معناه النهي ويحتمل معنيين (أحدهما) ان يكون الكاتب فاعلاً أي لا يضر الكاتب والشهيد من يدعوه بالا يجيب أو يكتب ما لم يستكتب أو يشهد بما لم يستشهد (والثاني) ان يكون يضار فعل ما لم يسم فاعله فيكون معناه ومعنى الفتح واحداً أي لا يضر الكاتب والشهيد بقطعهما عن شفاهما بالكتابة والشهادة ويمنع حاجتهما

﴿ مسألة ﴾ (قال الحنفي ومن لزمته الشهادة فعليه ان يقوم بها على القريب والبعيد لا يسهه التخلف عن اقامتها وهو قادر على ذلك)

قد ذكرنا ان الشهادة من فروض الكفايات فان تعينت عليه بان لا يتحملها من يكفي فيها سواء لزمه القيام بها وان قام بها من يكفي غيره سقط عنه اداؤها إذا قبلها الحاكم فان كان يحملها

(مسئلة) قال (ولا يقبل في الزنا الا اربعة رجال عدول احرار مسلمين)

أجمع المسلمون على أنه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة شهود وقد نص الله تعالى عليه بقوله سبحانه (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذا لم ياتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) في أي سواها وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « أربعة وإلا حد في ظهرك » في أخبار سوى هذا واجمعوا على انه يشترط كونهم مسلمين عدولا ظاهراً وباطناً وسواء كان المشهود عليه مسلماً او ذمياً وجمهور العلماء على انه يشترط ان يكونوا رجالا أحراراً فلا تقبل شهادة النساء ولا العبيد ، وبه يقول مالك والشافعي واصحاب الرأي وشذ ابو ثور فقال تقبل فيه شهادة العبيد

وحكي عن عطاء وحماد انهما قالا : تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين لانه نقص واحد من عدد الرجال فقام مقامه امرأتان كالأموال

ولنا ظاهر الآية وان العبد مختلف في شهادته في المال فكان ذلك شبهة في الحد لانه بالشبهات يندرى ولا يصح قياس هذا على الاموال لخفة حكمها وشدة الحاجة الى اثباتها لكثرة وقوعها والاحتياط في حفظها ولهذا زيد في عدد شهود الزنا على شهود المال

(فصل) وفي الاقرار بالزنا زوايتان ذكرهما ابو بكر وللشافعي فيه قرلان (أحدهما) يثبت بشاهدين قياساً على سائر الاقارير (وانثاني) لا يثبت إلا بأربعة لانه موجب لحد الزنا اشبه فعله

جماعة فأداؤها واجب على الكل اذا امتنعوا أتموا كلهم كسائر فروض الكفريات ودليل وجوبها قول الله تعالى (ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا - وقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط - وفي آية أخرى - كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والاقربين) ولان الشهادة أمانة فلزمه اداؤها كالوديعة

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز لمن تعينت عليه أخذ الاجرة عليها ولا يجوز ذلك لمن لم تعين عليه

في أصح الوجهين)

من له كفاية فليس له أخذ الجمل على الشهادة لانه اداء فرض فان فرض الكفاية اذا قام به البعض وقع منهم فرضاً، وان لم تكن له كفاية ولا تعينت عليه حل له أخذ الجمل لان النقطة على عيانه فرض عين فلا يشغل عنه بفرض الكفاية، فاذا أخذ الرزق جمع بين الامرين فان تعينت عليه الشهادة احتل ذلك ايضاً واحتمل ألا يجوز لثلاثاً يأخذ العوض عن اداء فروض الايمان وقال أصحاب الشافعي لا يجوز أخذ الاجرة لمن تعينت عليه وهل يجوز لغيره؟ على وجهين

﴿مسئلة﴾ (ومن كانت عنده شهادة في حد لله تعالى أبيح اقامتها ولم يستحب وللحاكم ان

يعرض له بالوقوف عنها في أحد الوجهين)

(مسئلة) قال (ولا يقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال اقل من رجلين)

وهذا القسم نوعان (أحدهما) العقوبات وهي الحدود والقصاص فلا يقبل فيه الا شهادة رجلين إلا ماروي عن عطاء وحماد أنهما قالا يقبل فيه رجل وامرأتان قياساً على الشهادة في الاموال

ولنا ان هذا مما محتاط لدرته واسقاطه ولهذا يندرى بالشبهات ولا تدعو الحاجة الى اثباته وفي شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى (ان تضل إحداها فندكرا إحداها الاخرى) وأنه لا تقبل شهادتهن وان كثرن ما لم يكن معهن رجل فوجب ان لا تقبل شهادتهن فيه ولا يصح قياس هذا على المال لما ذكرنا من الفرق وبهذا الذي ذكرنا قال سعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وحماد والزهرى وربيعة ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي واتفق هؤلاء وغيرهم على أنها تثبت بشهادة رجلين ما خلا الزنا الا الحسن فانه قبل الشهادة على القتل كالشهادة على الزنا لانه يتأق به اتلاف النفس فاشبه الزنا

ولنا أنه أحد نوعي القصاص فاشبه القصاص في الطرف وما ذكره من الوصف لا أثر له فان الزنا الموجب للحد لا يثبت الا باربعة ولان حد الزنا حو لله تعالى يقبل الرجوع عن الاقرار به . ويعتبر

يجوز للشاهد اقامة الشهادة في حدود الله تعالى من غير تقديم دعوى لان ابا بكره واصحابه شهدوا على المغيرة وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر من غير تقديم دعوى فاجيزت شهادتهم . ولا يستحب اداؤها لقول رسول الله ﷺ « من ستر عورة ستره الله في الدنيا والآخرة » وللحاكم ان يعرض للشاهد بالوقوف عن الشهادة في اظهر الروايتين لما روى صالح في مسائله عن أبي عثمان النهدي قال جاء رجل الى عمر فشهد على المغيرة بن شعبة فتغير لون عمر ثم جاء آخر فشهد فاستنكر ذلك ثم جاء شاب يخطر بيديه فقال عمر ما عندك يا سلح لعقاب ؟ وصاح به عمر صيحة فقال أبو عثمان والله لقد كدت ان يغشى علي فقال يا أمير المؤمنين رأيت أمراً قبيحاً فقال الحمد لله الذي لم يشمت الشيطان باصحاب محمد فأمر باولئك انمرفجلدوا وفي رواية أنه لما شهد عنده على المغيرة شهد ثلاثة وبقي واحد فقال عمر أرى شاباً حسناً وأرجو ان لا يفضح الله على لسانه رجلا من أصحاب محمد ﷺ وهذا تعريض ظاهر

(مسئلة) (ومن كانت عنده شهادة لا دمي يعلها لم يقمها حتى يسأله فان لم يعلمها استحب له إعلامه بها وله اقامتها قبل ذلك)

إذا كان المشهود له يعلم له شهادة عند انسان لم يقمها الشاهد حتى يسأله صاحبها للاروي عن النبي ﷺ أنه قال « خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم يأتي قوم يندرون ولا يوفون ويشهدون

في شهاداء هذا النوع من الحرية والذكورية والاسلام والعدالة ما يعتبر في شهاداء الزنا على ما سئذ كره (الثاني) ما ليس بعقوبة كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والايلاء والظهار والنسب والتوكيل والوصية اليه والولاء والكتابة واشباه هذا فقال القاضي المعول عليه في المذهب ان هذا لا يثبت الا بشاهدين ذكرين ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال، وقد نص أحمد في رواية الجماعة على انه لا تجوز شهادة النساء في النكاح والطلاق وقد نقل عن أحمد في الوكالة ان كانت بعتابة دين يعني تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين فاما غير ذلك فلا . ووجه ذلك ان الوكالة في اقتضاء للدين يقصد منها المال فيقبل فيها شهادة رجل وامرأتين كالحوالة ، قال افاضي فيخرج من هذا ان النكاح وحقوقه من الرجعة وشبهها لا تقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة وما عداه يخرج على روايتين ، وقال أبو الخطاب يخرج في النكاح والعتاق أيضاً روايتان (إحداهما) لا تقبل فيه الا شهادة رجلين وهو قول النخعي والزهري ومالك وأهل المدينة والشافعي وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وربيعة في الطلاق (واثنان) تقبل فيه شهادة رجلين وامرأتين روي ذلك عن جابر بن زيد وياس بن معاوية والشعبي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك في النكاح عن عطاء واحتجوا بان لا يسقط بالشبهة فيثبت برجل وامرأتين كالمال

والا أنه ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطاع عليه الرجال فلم يكن للنساء في شهادته مدخل

ولا يستشهدون ويخونون ولا يؤتمنون » رواه البخاري فان كان لا يعلمها استجب له إعلام صاحبها بها كالأوديعة وله ادائها قبل اعلامه لقول النبي ﷺ « الا انبئكم بخير الشهداء؟ الذي يأتي بشهادته قبل ان يسألها » رواه أبو داود فيتمين حمل الحديث على هذه الصورة جمعاً بين الخبرين

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز أن يشهد إلا بما يعلمه برؤية أو سماع)

وجملة ذلك ان الشهادة لا تجوز إلا بما يعلمه بدليل قول الله تعالى (إلا من شهد بالحق وهم يعلمون) وقوله تعالى (ولا تقف ما ليس لك به علم ان السمع والبصر والفؤاد كل اولئك كان عنه مسئولا) وتخصيص هذه الثلاثة بالسؤال لان العلم بالفؤاد وهو يستند إلى السمع والبصر لان مدرك الشهادة الرؤية والسمع وهما بالبصر

وقد روي عن ابن عباس انه قال سئل رسول الله ﷺ عن الشهادة قال « هل ترى الشمس؟ » قال نعم قل « على ماها فاشهد او دع » رواه الخلال باسناده في جامعه . اذا ثبت هذا فان ملارك العلم كالشم والذوق والشمس لا حاجة اليها في الشهادة في الاغلب

﴿ مسألة ﴾ (والرؤية تختص بالأفعال كالقتل والنصب والسرقة وشرب الخمر والرضاع والولادة وغيرها)

فهذا لا يتحمل الشهادة إلا بالرؤية لانه تمكن الشهادة عليه قطعاً ومن ذلك الصفات الرئيسية

في البيع ونحوها فلا يرجع إلى غير ذلك

كالحدود والقصاص وما ذكره لا يصح فان الشبهة لا مدخل لها في النكاح وان تصور بان تكون المرأة مرتابة بالحمل لم يصح النكاح
 (فصل) وقد نقل عن احمد رضي الله عنه في الاعسار ما يدل على أنه لا يثبت الا بثلاثة لحديث قبيصة بن الحارق « حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجا من قومه لقد أصابت فلانا فاقه » قل احمد هكذا جاء الحديث فظاهر هذا أنه أخذ به ، وروي عنه أنه لا يقبل قواه إنه وصى حتى يشهد له رجلان أو رجل عدل فظاهر هذا أنه يقبل في الوصية شهادة رجل واحد وقال في الرجل يوصي ولا يحضره الا النساء قال أجزى شهادة النساء فظاهر هذا أنه أثبت الوصية بشهادة النساء على الانفراد إذا لم يحضره الرجال . قل القاضي : والمذهب أن هذا كله لا يثبت إلا بشاهدين وحديث قبيصة في حل المسئلة لا في الاعسار .

(فصل) ولا يثبت شيء من هذين النوعين بشاهد وبمين المدعي لانه اذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين لان لا يثبت بشهادة واحد وبين أولى قل أحمد ومالك في اشاهد واليمين : إنما يكون ذلك في الاموال خاصة لا يقع في حد ولا نكاح ولا طلاق ولا حنافة ولا سرقه ولا قتل وقد قل الحرقى إذا ادعى العبد أن سيده أعتقه وأتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حراً ونص عليه احمد وقال في شريكين في عبد ادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا معسرين

﴿ مسألة ﴾ (والسمع على ضربين سماع من المشهود عليه نحو الاقرار والعقود والطلاق) ونحو ذلك فيحتاج أن يسمع كلام المتعاقدين يقيناً ولا تعتبر رؤية المتعاقدين اذا عرفها وتيقن انه كلامها وبهذا قل ابن عباس والزهري وربيعه واليثة وشريح وعطاء وابن أبي ليلي ومالك ، وذهب ابو حنيفة والشافعي إلى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه لان الاصوات تشبهه فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية كالخط

ولنا انه عرف المشهود عليه يقيناً فجازت شهادته عليه كالأوراه وجواز اشتباه الاصوات كجواز اشتباه الصور ، وانما تجوز الشهادة لمن عرف المشهود عليه يقيناً ، وقد يحصل العلم بالسمع يقيناً وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية ولهذا قبلت رواية الاعمى ورواية من روى عن أزواج رسول الله ﷺ من غير محارمهن

(فصل) إذا عرف المشهود عليه باسمه وعينه ونسبه جاز أن يشهد عليه حاضراً كان أو غائباً ، وان لم يعرف ذلك لم يجز أن يشهد عليه مع غيبته وجاز أن يشهد عليه حاضراً بمعرفة عينه نصر عليه احمد قل مهنا سألت احمد عن رجل يشهد لرجل بحق له على آخر وهو لا يعرف اسم هذا ولا اسم هذا الا أنه يشهد له فقال اذ قل اشهد ان لهذا على هذا وهما شاهدان جميعاً فلا بأس وإذا كان غائباً فلا يشهد حتى يعرف اسمه ، والمرأة كالرجل في انه اذا عرف اسمها جاز أن يشهد عليها مع غيبتها وان لم يعرفها

عداين فلعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً فيخرج مثل هذا في الكتابة والولاء والوصية والوديعة والوكالة فيكون في الجميع روايتان ما خلا العقوبات البدنية والنكاح وحقوقه فانها لا تثبت بشاهد ويمين قولاً واحداً، قال القاضي المعمول عليه في جميع ما ذكرناه أنه لا يثبت الا بشاهدين وهو قول الشافعي وروى الدارقطني باسناده عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « استشرت جبريل في القضاء باليمين مع الشاهد فاشار علي في الاموال لا تعد ذلك » وقال عمرو بن دينار عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قضى بالشاهد واليمين قال نعم في الاموال، وتفسير الراوي أولى من تفسير غيره رواه الامام احمد وغيره باسنادهم

(مسئلة) قل (ولا يقبل في الاموال أقل من رجل وامرأتين ورجل عدل مع

يمين الطالب)

وجملة ذلك أن المال كالتقاضي والغصب والديون كلها وما يقصد به المال كالبيع والوقف والاجارة والهبة والصلح والمساقاة والمضاربة والشركة والوصية له والجنانية الموجبة للمال كجنانية الخطأ وعمد الخطأ والعمد الموجب للمال دون القصاص كالجائفة ومادون الموضحة من الشجاج تثبت بشهادة رجل وامرأتين، وقال أبو بكر لا تثبت الجنانية في البدن بشهادة رجل وامرأتين لانها جنانية فأشبهت ما يوجب القصاص والاول أصح لان موجبا للمال فأشبهت البيع وفارق ما يوجب القصاص لان القصاص لا تقبل فيه شهادة النساء وكذلك ما يوجبه والمال يثبت بشهادة النساء وكذلك ما يوجبه

لم يشهد عليها إلا في حال حضورها، قال احمد في رواية الجماعة لا تشهد الا لمن تعرف وعلى من تعرف ولا يشهد إلا على امرأة قد عرفها، وإن كانت ممن عرف اسمها ودعيت وزهبت وجاءت فليشهد والا فلا يشهد، فاما ان لم يعرفها فلا يجوز أن يشهد مع غيبتها ويجوز أن يشهد على عينها اذا عرف عينها ونظر إلى وجهها. قال احمد لا تشهد على امرأة حتى تنظر إلى وجهها وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها فاما من يتيقن معرفتها ويعرف صوتها يقيناً فيجوز أن يشهد عليها إذا يتيقن صوتها على ما قدمناه في المسئلة قبلها فان لم يعرف المشهود عليه فعرفه عنده من يعرفه فروي عن احمد انه قال لا يشهد على شهادة غيره الا بمعرفته لها، وقال لا يجوز للرجل أن يقول للرجل اشهد ان هذه فلانة ويشهد على شهادته وهذا صريح في المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره

وقال القاضي يجوز أن يحمل هذا على الاستحباب لتجويزه الشهادة بالاستفاضة وظاهر قوله المنع منه، وقال احمد لا تشهد على امرأة الا باذن زوجها وهذا يحتمل أنه لا يدخل عليها بيتها إلا باذن زوجها الماروي عمرو بن العاص قال نهى رسول الله ﷺ أن يستأذن على النساء الا باذن أزواجهن رواه احمد في مسنده فاما الشهادة عليها في غير بيتها جائزة لان اقرارها صحيح وتصرفها إذا كانت رشيدة صحيح فجاز أن يشهد عليها به

ولا خلاف في أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال وقد نص الله تعالى على ذلك في كتابه بقوله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين - إلى قوله - واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وأجمع أهل العلم على القول به وقد ذكرنا خبر أبي هريرة وابن عباس فيه

(فصل) وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وهو قول الفقهاء السبعة وعمر بن عبدالعزيز والحسن وشرح وإياس وعبدالله بن عتبة وأبي سلمة بن عبدالرحمن ويحيى بن يعمر وربيعه ومالك وابن أبي ليلى وأبي الزناد والشافعي وقال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي والاوزاعي لا يقضى بشاهد ويمين وقال محمد بن الحسن من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه لأن الله تعالى قال (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) فمن زاد في ذلك فقد زاد في النص والزيادة في النص نسخ ولأن النبي ﷺ قال «الينة على المدعي واليمين على من أنكر» فحصر اليمين في جانب المدعي عليه كما حصر الينة في جانب المدعي

ولنا ما روى سهيل عن أبيه عن أبي هريرة قال قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد رواه سعيد بن منصور في سننه والأئمة من أهل السنن والمسائيد قال الترمذي هذا حديث حسن غريب

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

﴿مسئلة﴾ (الضرب الثاني سماع من جهة الاستفاضة فيما يتعدر علمه في الغالب إلا بذلك كالنسب والموت والملك والنكاح والخلع والوقف ومصرفه والعق والولاء والولاية والعزل وما أشبه ذلك) قال الخرقى وما تظاهرت به الاخبار واستقرت معرفته في قلبه شهد به كالشهادة على النسب والولادة، وأجمع أهل العلم على صحة الشهادة بالنسب قال ابن المنذر لا أعلم أحداً من أهل العلم منع منه ولو منع ذلك لاستحالات معرفته إذ لا سبيل إلى معرفته قطعاً بغيره ولا يمكن المشاهدة فيه ولو اعتبرت لما عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحداً من أقاربه، وقد قال الله تعالى (يعرفونه كما يعرفون أبناءهم) وكذلك الولادة واختلف أهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة غير النسب والولادة فقال

(١) هكذا الاصل

وفي الباب 'عن علي وابن عباس وجابر ومسروق ، وقال النسائي اسناد حديث ابن عباس في اليمين مع الشاهد اسناد جيد، ولان اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنبته بها وفي حق المنكر لقوة جنبته فان الاصل براءة ذمته والمدعي ههنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه ولا حجة لهم في الآية لانها دلت على مشروعية الشاهدين والشاهد والمرأتين ولا نزاع في هذا ، وقولهم إن الزيادة في النص نسخ غير صحيح لان النسخ الرفع والازالة والزيادة في الشيء تقرير له لارفع والحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه ولان الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ولم تكن نسخا وكذلك إذا انفصلت عنه ولأن الآية واردة في التحمل دون الاداء ولهذا قال (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى) والنزاع في الاداء وحديثهم ضعيف وليس هو لخصر بدليل أن اليمين تشرع في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها وفي حق الامناء لظهور جنائيتهم وفي حق الملاعن وفي اقسامه وتشرع في حق البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن والسلمة قائمة وقول محمد في تقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن القول بنقض قضاء رسول الله ﷺ والخلفاء الذين قضوا به وقد قال الله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما) والقضاء بما قضى به محمد بن عبد الله ﷺ أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له

أصحابنا هو تسعة اشياء النكاح والملك المطلق والوقف ومصرفه والموت والعتق والولاء والولاية والعزل وبهذا قال أبو سعيد الاصطخري وبعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم لا تجوز في الوقف والولاء والعتق والزوجية لان الشهادة ممكنة فيه بالقطع ولانها شهادة بعقد فاشبهه سائر العقود ، وقال أبو حنيفة لا تقبل إلا في النكاح والموت ولا تقبل في الملك المطلق لانها شهادة بمال فاشبهه الدين ، وقال صاحباه تقبل في الولاء مثل عكرمة مولى ابن عباس

ولنا ان هذه تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها أو مشاهدة اسبابها فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالنسب قال مالك ليس عندنا من يشهد على أحباس أصحاب رسول الله ﷺ إلا بالساع وقال : الساع في الاحباس والولاء جائز وقال أحمد في رواية المروزي اشهدان دار بختان ابختان وان لم يشهدك وقيل له تشهد ان فلانة امرأة فلان ولم تشهد فقال نعم إذا كان مستفيضاً فاشهد اقول فاطمة بنت رسول ﷺ وان خديجة وعائشة زوجاته وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة ، فان قيل يمكنه العلم بذلك بمشاهدة السبب قلنا وجود السبب لا يفيد العلم بكونه سببا يقينا فانه يجوز ان يشتري ما ليس بملك البائع ويصطاد صيداً صاده غيره ثم انفلت منه وان تصور ذلك فهو نادر وقول أصحاب الشافعي تمكن الشهادة على الوقف باللفظ لا يصح لان الشهادة ليست بالعقود ههنا إنما يشهد بالوقف الحاصل بالعقد فهو بمنزلة الملك وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد وكذلك الحرية والولاء

(فصل) قال القاضي يجوز ان يحلف على ما لا تسوغ الشهادة عليه مثل ان يجد بخطه ديناً له على انسان وهو يعرف انه لا يكتب الا حقاً ولم يذكره أو يجد في رزنامج أبيه بخطه ديناً له على انسان ويعرف من أبيه الأمانة وانه لا يكتب الا حقاً فله ان يحلف عليه ولا يجوز ان يشهد به ولو أخبره بحق أبيه ثقة فسكن اليه جاز ان يحلف عليه ولم يجزله أن يشهد به وبهذا قال الشافعي والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين :

(أحدها) ان الشهادة اغيره فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ولا يحتمل هذا فيما يحلف عليه لان الحق انما هو للحالف فلا يزور أحد عليه (الثاني) ان ما يكتبه الانسان من حقوقه يكتر فينسى بعضه بخلاف الشهادة .

(فصل) وكل موضع قبل فيه الشاهد واليمين فلا فرق بين كون المدعي مسلماً أو كافراً عدلاً أو فاسقاً رجلاً أو امرأة نص عليه احمد لان من شرعت في حقه اليمين لا يتخلف حكمه باختلاف هذه الاوصاف كالذكر إذا لم تكن بينة

(فصل) قل أحد مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد فان أبي أن يحلف استخلف المطلوب ، وهذا قول مالك والشافعي ، ويروى عن أحد فان أبي المطلوب ان يحلف ثبت الحق عليه .

وهذه جميعها لا يمكن انقطع بها كما لا يمكن انقطع بالملك لأنها مرتبة عليه فوجب ان تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة كالملك سواء

﴿مسئلة﴾ (ولا تقبل الاستفاضة الا من عدد يقع العلم بخبرهم في ظاهر كلام أحمد والخرفي وقال القاضي تسمع من عدلين فصاعداً)

ذكره في المحرر لان الحقوق ثبت بقول اثنين وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعي والقول الاول هو الذي تقضيه لفظة الاستفاضة فانها مأخوذة من فيض الماء لكثرتة ولانه لو اكتفي فيه بقول اثنين لا يشترط فيه ما يشترط في الشهادة على الشهادة وانما اكتفي بمجرد السماع وقد ذكر شيخنا في كتاب المقنع الخلع فيما ثبت بالاستفاضة ولم يذكره في المغني ولا في السكافي ولا رأيت في كتاب غيره ولعله قاس على النكاح والاولى أنه لا يثبت قياساً على الطلاق والنكاح بخلاف الخلع

﴿مسئلة﴾ (وان سمع انسانا يتر بنسب أب أو ابن فصدقه المقر له جاز ان يشهد له به وان كذبه لم يشهد وان سكت جاز ان يشهد ويحتمل ألا يشهد حتى يتكرر)

إذا سمع رجلاً يقول للصبي هذا ابني جاز ان يشهد به لانه مقر بنسبه وان سمع الصبي يقول هذا ابني فسكت الاب جاز ايضاً لان سكوت الاب اقرار له والاقرار يثبت به النسب فجازت الشهادة به وانما أقيم السكوت ههنا مقام الاقرار لان الاقرار على الانتساب الباطل غير جائز بخلاف سائر

(فصل) ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعي، وبه قال الشافعي وقال مالك يقبل ذلك في الاموال لانهما في الاموال اقيمتا مقام الرجل فحلف معهما كما يحلف مع الرجل. ولنا ان البينة على المال اذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربع نسوة وما ذكره يبطل بهذه الصورة فانهما لو اقيمتا مقام رجل من كل وجه لكفي أربع نسوة مقام رجلين ولقبل في غير الاموال شهادة رجل وامرأتين ولان شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بالرجل واليمين ضعيفة فيضم ضعيف الى ضعيف فلا يقبل

(فصل) إذا ادعى رجل على رجل أنه سرق نصاباً من حرزه وأقام بذلك شاهداً وحلف معه أو شهد له بذلك رجل وامرأتان وجب له المال المشهود به ان كان باقياً أو قيمته ان كان نالفاً ولا يجب القطع لان هذه حجة في المال دون القطع، وان ادعى على رجل أنه قتل وليه عمداً فأقام شاهداً وامرأتين أو حلف مع شاهده لم يثبت فصاص ولا دية، والفرق بين المسئلتين ان السرقة توجب القطع والغرم معاً فاذا لم يثبت احدهما ثبت الآخر والقتل العمدموجب القصاص عينا في إحدى الروايتين والدية بدل عنه ولا يجب البديل ما لم يوجد البديل

وفي الرواية الاخرى الواجب احدهما لا بعينه فلا يجوز ان يتعين احدهما الا بالاختيار أو التعذر ولم يوجد واحد منهما

الدعوى ولان الذنب يغلب فيه الاثبات الاترى انه يلحق بالامكان في النكاح؟ ويحتمل ان لا يشهد حتى يتكرر ذكره أبو الخطاب لان السكوت ليس باقرار حتمي وانما اقيم مقامه فاعتبرت تقويته بالتكرار كما اعتبرت تقوية اليد في العقار بالاستمرار
 ﴿مسئلة﴾ (وان رأى شيئاً في يد انسان يتصرف فيه تصرف الملاك من النقص والبناء والاجارة والاعارة ونحوها جاز ان يشهد بالملك)

قال ذلك أبو عبد الله ابن حامد وهو قول أبي حنيفة والاصطخري، من أصحاب الشافعي ويحتمل ان لا يشهد الا باليد وتصرف ذكره القاضي لان اليد ليست منحصرة في الملك فانه قد يكون اجارة واعارة وغضب ووكاة وهو قول بعض أصحاب الشافعي. ووجه الاول ان اليد دليل الملك واستمرارها من غير منازع يقويها فخرت مجرى الاستفاضة فجاز ان يشهد بها كما لو شاهد سبب اليد من بيع أو إرث أو هبة واحتمال كونها من غضب واجارة أو نحو ذلك يعارضه استمرار اليد من غير منازع فلا يبقى مانعاً كما لو شاهد سبب اليد فان احتمال كون البائع غير المالك، والوارث والواهب لا يمنع الشهادة كذا ههنا، فان قيل فاذا بقي الاحتمال لم يحصل العلم ولا تجوز الشهادة الا بما يعلم، قلنا الظن يسمى علماً قال الله تعالى (فان علمتموهن مؤمنات) ولا سبيل الى العلم اليقيني ههنا فجاز بالظن
 (فصل) قال الشيخ رحمه الله ومن شهد بالنكاح فلا بد من ذكر شروطه وأنه تزوجها بولي

وقال ابن أبي موسى لا يجب المال في السرقة أيضاً إلا بشاهدين لأنها شهادة على فعل يوجب الحد والمال فإذا بطلت في أحدهما بطلت في الأخرى والاول أولى لما ذكرناه ، وإن ادعى رجل على رجل أنه ضرب أخاه بسهم عمداً فقتله ونفذ الى أخيه الآخر فقتله خطأ وأقام بذلك شاهداً وامرأتين أو شاهداً وحلف معه ثبت قتل الثاني لانه خطأ موجب للمال ولم يثبت قتل الاول لانه عمد موجب القصاص فهما كالجنايتين المفترقتين ، وعلى قول أبي بكر لا يثبت شيء منهما لان الجنابة عنده لا تثبت الا بشاهدين سواء كان موجبها المال أو غيره ، ولو ادعى رجل على آخر أنه سرق منه وغصبه مالا فحلف بالطلاق والعتاق ما سرق منه ولا غصبه فأقام الدعي شاهداً وامرأتين شهداً بالسرقة والغصب أو أقام شاهداً وحلف معه استحق المسروق والمغصوب لانه أتى ببينة يثبت ذلك بمثلها ولم يثبت طلاق ولا عتاق لان هذه البينة حجة في المال دون الطلاق والعتاق وظاهر مذهب الشافعي في هذا الفصل كمنهنا الا فيما ذكرناه من الخلاف عن أصحابنا

(فصل) ولو ادعى جارية في يد رجل أنها أم ولده وان ابنها ابنة منها ولد في ملكه وأقام بذلك شاهداً وامرأتين او حلفت مع شاهده حكمه بالجارية لان أم الولد مملوكة له ولهذا يملك وطأها واجارتها

مرشد وشاهدي عدل ورضاها

لان الناس يختلفون في شروطه فيجب ذكرها لئلا يكون الشاهد معتقدا صحة النكاح وهو فاسد فان شهد بعقد سواء كالبيع والاجارة فهل يشترط ذكر شروطه ؟ على روايتين مبنيتين على الروايتين فيما ادعاها وقد ذكرناه

﴿مسئلة﴾ (وان شهد بالرضاع فلا بد من ذكر عدد الرضعات وانه شرب من ثديها أو من لبن حلب منه)

لان الناس يختلفون في الرضعات وفي الرضاع المحرم فان شهد انه ابنها من الرضاع لم يكف باختلاف الناس فيما يصبر به ابنها ولا بد من ذكر ان ذلك في الحولين

﴿مسئلة﴾ (وان شهد بالقتل احتاج ان يقول ضربه بالسيف أو جرحه فقتله أو مات من ذلك فان قال جرحه فمات لم يحكم به)

لجواز ان يكون مات بغير هذا وقد روي عن شريح انه شهد عنده رجل فقال اتكأ عليه برفقه فمات فقل شريح فمات منه أو قتلته؟ فأعاد القول الاول فأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل فقتله ولا مات منه فقال له شريح قم فلا شهادة لك رواه سعيد

﴿مسئلة﴾ (ومن شهد بالزنا فلا بد ان يذكر بمن زنى؟ واين زنى؟ وانه رأى ذكره في فرجها)

لان اسم الزنا يطلق على ما لا يوجب الحد وقد يعتقد الشاهد ما ليس بزنا زنا فاعتبر ذكر صفة ليزول الاحتمال واعتبر ذكر المرأة لئلا تكون بمن تحمل له أو له في وطئها شبهة وذكر المسكن لئلا

وتزويجها ويثبت لها حكم الاستيلاء باقراره لان اقراره ينفذ في ملكه والملك يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين ولا يحكم له بالولد لانه يدعي نسبه والنسب لا يثبت بذلك ويدعي حرته أيضاً فعلى هذا يقر الولد في يد المنكر مملوكا له وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر يأخذها وولدها ويكون ابنه لان من ثبتت له العين ثبت له نماؤها والولد نماؤها ، وذكر أبو الخطاب فيها عن أحمد روايتين كقولي الشافعي

ولنا أنه لم يدع الوالد ملكا وإنما يدعي حرته ونسبه وهذان لا يثبتان بهذه البيئتين فيبقيان على ما كانا عليه (فصل) وإن ادعى رجل أنه خالغ امرأته فانكرت ثبت ذلك بشاهد وامرأتين أو يمين المدعي لانه يدعي المال الذي خالغته به وان ادعت ذلك المرأة لم يثبت الا بشهادة رجلين لانها لا تقصد منه الا الفسخ وخالصها من الزوج ولا يثبت ذلك الا بهذه البيئتين

﴿مسئلة﴾ قال (ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال مثل لرضاع واولادة والحريض والعدة وما أشبهها شهادة امرأة عدل)

لا ندلم بين أهل العلم خلافا في قبول شهادة النساء المنفردات في الجملة قال القاضي والذي تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء الولادة والاستهلال والرضاع والعيوب تحت الثياب كالرتق

تكون الشهادة منهم على فدين ومن أصحابنا من قال لا يحتاج الى ذكر المزني بها ولا ذكر المكان لانه محل الفعل فلا يعتبر ذكره كالزمان والاول اولى والزمان ممنوع في أحد الوجهين فانه يشترط ذكره لتكون شهادتهم على فعل واحد لجواز ان يكون ما شهد به احدهما غير ما شهد به الآخر ولان الناس اختلفوا في الشهادة في الحد مع تقادم الزمان فقال ابن ابي موسى لا تقبل لان عمر قال من شهد على رجل بحد فلم يشهد حين يصيبه فانما يشهد على ضعف وقال غيره من أصحابنا تقبل لانها شهادة بحق فجازت مع تقادم الزمان كالتقصاص ولانه قد يعرض له ما يمنعه الشهادة في حينها ويتمكن منها بعد ذلك

﴿مسئلة﴾ (ومن شهد بالسرقه فلا بد من ذكر المسروق منه والنصاب والحرز وصفة السرقة)

لاختلاف العلماء في ذلك

﴿مسئلة﴾ (وان شهد بالقذف فلا بد من ذكر المقذوف وصفة القذف) لذلك

﴿مسئلة﴾ (وان شهدا ان هذا العبد ابن أمة فلان لم يحكم به حتى يقولوا ولدته في ملكه) اذا ادعى عبداً انه له فشهد له شاهدان انه ابن أمة أو ادعى ثمرة شجرة فشهدت له البيئتين انها ثمرة شجرته لم يحكم له بها لجواز ان تكون ولدته قبل تملكها وانتمرت الشجرة هذه الثمرة قبل ملكه إياها، وان قالت البيئتين ولدته في ملكه أو أتمرتها في ملكه حكم له بالولد والثمرة لأنها شهدت أنها مملوكة مالم يرد سبب ينقله عنه فان قيل فقد قلتم لا تقبل شهادة بالملك السابق على الصحيح وهذه شهادة بملك سابق

واقترن والبكارة والثيابة والبرص وانقضاء العدة وعن ابي حنيفة لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع لانه يجوز ان يطلع عليه محارم المرأة من الرجال فلم يثبت بالنساء منفردات كالنكاح ولنا ما روى عقبة بن الحارث قال : تزوجت أم يحيى بنت أبي اهاب فانت أمة سوداء فقالت قد ارضعتكما فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فاعرض عني ثم أتيته فقلت يا رسول الله انها كاذبة قال « كيف وقد زعمت ذلك » متفق عليه ولانها شهادة على عورة للنساء فيها مدخل فقبل فيها شهادة النساء كالولادة وتخالف العقد فانه ليس بعورة وحكي عن أبي حنيفة أيضا أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل في الاستهلال لانه يكون بعد الولادة وخالفه صاحبه وأكثر اهل العلم لانه يكون حال الولادة فيتعذر حضور الرجال فأشبهه الولادة نفسها

وقد روي عن علي رحمه الله انه أجاز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال . رواه الامام أحمد وسعيد بن منصور إلا انه من حديث جابر الجعفي وأجازه شريح والحسن والحارث العكلي وحامد (فصل) إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل فيه شهادة النساء المنفردات فانه تقبل فيه شهادة

قلنا الفرق بينهما على تقديم التسايم ان النماء تابع للملك في الاصل فاثبات ملكه في الزمن الماضي على وجه اتبع وجري مجرى مالو قال ملكته منذ سنة واقام البينة بذلك فان ملكه يثبت في الزمن الماضي تبعاً للحال فيكون له النماء فيما مضى ، ولان البينة ههنا شهدت بسبب الملك وهو ولادتها أو وجودها في ملكه فقويت بذلك ولهذا لو شهدت بالسبب في الزمن الماضي فقالت أفرضه ألقاً أو باعه ثبت الملك وان لم يذكره فمع ذكره أولى

﴿مسئلة﴾ (وان شهدت انه اشتراها من فلان أو وقفها عليه او أعتقها لم يحكم بها حتى يقول وهي في ملكه)

لما ذكرنا في المسئلة قبلها ولانه يجوز ان يبيع ويقف ويعتق مالا يملك

﴿مسئلة﴾ (وان شهد ان هذا الغزل من قطنه والاطر من بيضته أو الدقيق من حنطته حكم له بها)

لانه لا يتصور ان يكون الطير من بيضته قبل ملكه البيضة وكذلك الغزل والدقيق ولان الغزل عين القطن وانما تغيرت صفته والدقيق اجزاء الحنطة تفرقت والطير هو البيض استحالة فكان البينة قالت هذا غزله ودقيقه وطيره وليس كذلك الولد والثمرة فانها غير الام والشجرة ولو شهد ان هذه البيضة من طيره لم يحكم له بها حتى يقول باضا في ملكه لان البيضة غير الطير وانما هي من نمائه فهي كالولد ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ما ذكرنا

(فصل) وإذا مات رجل فادعي آخر انه وارثه فشهد له شاهدان انه وارثه لا يعلمان له وارثا غيره سلم المال اليه سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا، وان قالوا لا نعلم له وارثا غيره في هذا البلد احتمل ان يسلم المال اليه واحتمل ان لا يسلم اليه حتى يستكشف القاضي عن خبره في البلدان التي سافر اليها)

المرأة الواحدة وقال طاوس يجوز شهادة المرأة في الرضاع وإن كانت سوداء ، وعن أحمد رواية أخرى لا يقبل فيه إلا امرأتان وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وابن شبرمة واليه ذهب مالك واثوري لأن كل جنس يثبت به الحق كفي فيه اثنتان كالرجال ولأن الرجال أكمل منهن عقلاً ولا يقبل منهم إلا اثنتان وقال عثمان البتي يكفي ثلاث لأن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة كما لو كان معهن رجل وقال أبو حنيفة تقبل شهادة المرأة الواحدة في ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة ، وقال عطاء والشعبي وقتادة والشافعي وأبو ثور لا يقبل فيه إلا أربع لأنها شهادة من شرطها الحرية فلم يقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات ولأن النبي ﷺ قال « شهادة امرأتين بشهادة رجل »

ولنا ما روى عقبه بن الحارث أنه قال تزوجت أم يحيى بنت أبي اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد ارضعتكما فحُت إلى النبي ﷺ فذكرت له ذلك فاعرض عني ثم ذكرت له ذلك فقال « وكيف وقد زعمت ذلك؟ » متفق عليه ، وروى حذيفة أن النبي ﷺ أجاز شهادة انقابلة ذكره الفقهاء في كتبهم ، وروى أبو الخطاب عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال « يجزىء في الرضاع شهادة امرأة واحدة » ولأنه معنى يثبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية وأخبار الديانات

وجملة ذلك أن من ادعى أنه وارث فلان الميت فشهد له شاهدان أنه وارثه لا يعلمان له وارثاً غيره قبالت شهادتهما وسلم المال اليه وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي والنعنبري، وقال ابن أبي ليلى لا يقبل حتى يبيننا أنه لا وارث له سواه

ولنا أن هذا مما لا يمكن علمه فكفي فيه الظاهر مع شهادة الاصل بعدم وارث آخر قال أبو الخطاب سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا وكذلك ذكره شيخنا ويحتمل أن لا يقبل الا من أهل الخبرة الباطنة لأن عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه بخلاف أهل الخبرة الباطنة فإن الظاهر أنه لو كان له وارث آخر لم يخف عليهم وهذا قول الشافعي فاما ان قالوا لا نعلم له وارثاً بهذه البلدة أو بارض كذا وكذا احتمل أن يسلم المال اليه وبهذا قال أبو حنيفة كما لو قالوا لا نعلم له وارثاً وذكر ذلك مذهباً لاخذ واحتمل أن هذا ليس بدليل على عدم وارث سواه لانهما قد يعلمان أنه لا وارث له في تلك الارض ويعلمان له وارثاً في غيرها فلم تقبل شهادتهما كما لو قالوا لا نعلم له وارثاً في هذا البيت وهذا قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد وهو أولى ان شاء الله تعالى

(فصل) إذا مات رجل فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن الميت لانعلم له وارثاً سواه وشهد آخران لآخران هذا الغلام بن هذا الميت لانعلم له وارثاً سواه فلا تعارض بينهما وثبت نسب الغلامين منه ويكون الارث بينهما لانه يجوز أن تعلم كل بيعة مالم تعلمه الأخرى .

وما ذكره الشافعي من اشتراط الحرية غير مسلم وقول النبي ﷺ « وسلم شهادة امرأتين بشهادة رجل في الموضع الذي تشهد فيه مع الرجل »

(فصل) فان شهد الرجل بذلك فقال أبو الخطاب تقبل شهادته وحده لانه أكل من المرأة فاذا اكتفي بها وحدها فلا ن يكتفي بأولى ولان ما قبل فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل كالرواية

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن لزمته الشهادة فليده ان يقوم بها على القريب والبعيد لا يسمعه

اتخلف عن اقامتها وهو قادر على ذلك)

وجامته ان اداء الشهادة من فروض الكفايات فان تعينت عليه بأن لا يتحملها من يكفي فيها سواء لزمه القيام بها وان قام بها اثنان غيره سقط عنه أداؤها اذا قبلها الحاكم فان كان تحملها جماعة فادائها واجب على الكل إذا امتنعوا انما كلهم كسائر فروض الكفايات ودليل وجوبها قول الله تعالى (ولا تكتموا الشهادة من يكتمها فانه آثم قلبه) وقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم او الوالدين والاقربين ان يكن غنيا او فقيراً فالله أولى بهما) وفي الآية الاخرى (كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ان تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى) ولان الشهادة امانة فلزمه اداؤها عند طلبه كالوديعة ولقوله تعالى (ان الله

﴿ مسألة ﴾ (ويجوز شهادة المستخفي)

المستخفي هو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه ليسمع اقراره ولا يعلم به مثل أن يجحد الحق علانية ويقر به سراً فيختبئ شاهداً في موضع لا يعلم بهما ليسمعا اقراره به ثم يشهدا به فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة، وهو قول الشافعي وروي عن أحمد رواية أخرى لا تسمع شهادته اختاره ابو بكر وابن أبي موسى وروي ذلك عن شريح والشعبي لان الله تعالى قال (ولا تجسسوا) وروي عن النبي ﷺ انه قال « من حدث بحدث ثم التفت فمبي أمانة » يعني انه لا يجوز لسامعه ذكره عنه لالتفاته وحذره وقال مالك ان كان المشهود عليه ضعيفاً ينخدع لم يقبل عليه وان لم يكن كذلك قبلت .

ولنا انهما شهدا بما سمعاه يقيناً فقبلت شهادتهما كما لو علم بهما .

﴿ مسألة ﴾ (ومن سمع رجلاً يقر بحق أو يشهد شاهداً بحق او سمع حاكماً يحكم او يشهد على حكمه وانفاذه جاز أن يشهد به في إحدى الروايتين ولا يجوز في الأخرى حتى يشهده على ذلك)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله فيمن سمع رجلاً يقر بحق فالذهب انه يجوز ان يشهد عليه وان لم يقل للشاهد اشهد علي وهي التي ذكرها الخري وبه قال الشعبي والشافعي، وعن احمد رواية ثانية لا يشهد حتى يقول له المقر اشهد علي كما لا يجوز ان يشهد على شهادة رجل حتى يسترعيه إياها ويقول له اشهد على شهادتي وعنه رواية ثالثة إذا سمعه يقر بقرض لا يشهد وإذا سمعه يقر بدين شهد ، لان المقر بالدين معترف انه عليه والمقر بالقرض لا يعترف بذلك لجواز أن يكون قد وفاه وعنه

يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها) فان عجز عن اقامتها او تضرر بها لم تجب عليه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد وان تفعلوا فانه فسوق بكم)

(فصل) ومن له كفاية فليس له اخذ الجمل على الشهادة لانه اداء فرض فان فرض الكفاية اذا قام به البعض وقع منهم فرضا، وان لم تكن له كفاية ولا تعينت عليه حل له اخذ، والنفقة على عياله فرض عين فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية فاذا اخذ الرزق جمع بين الامرين وان تعينت عليه الشهادة احتمل ذلك ايضا واحتمل ان لا يجوز لثلا يأخذ العوض عن اداء فرض عين وقل اصحاب الشافعي لا يجوز اخذ الاجرة لمن تعينت عليه وهل يجوز لغيره؟ على وجهين

(مسئلة) قال (وما أدركه من الفعل نظرا او سممه تبتنا وان لم ير المشهود عليه شهد به)

وجملة ذلك ان الشهادة لا تجوز الا بما علمه بدليل قوله تعالى (الا من شهد بالحق وهم يعلمون) وقوله تعالى (ولا تقف ما ليس لك به علم ان السمع والبصر والفؤاد كل اولئك كان عنه مسئولا) وتخصيصه لهذه الثلاثة بالسؤال لان العلم بالفؤاد وهو يستند إلى السمع والبصر ولان مدرك الشهادة الرؤية والسمع وهما بالبصر والسمع وروي عن ابن عباس انه قال سئل رسول الله ﷺ عن الشهادة قل «هل ترى الشمس؟» قال نعم قال — على مثلها فاشهد او دع» رواه الخلال في الجامع

رواية رابعة إذا سمع شيئا فدعي إلى الشهادة به فهو بالخيار ان شاء شهد وان شاء لم يشهد قال ولكن يجب عليه إذا شهد ان يشهد (ولا ياب الشهداء إذا مادعوا) قل إذا شهدوا وقال ابن أبي موسى إذا سمع رجلا يقر لرجل بحق ولم يقل اشهد علي بذلك وسع الشاهد أن يشهد عليه فيقول أشهد اني حضرت اقرار فلان بكذا، وان سمعه يقول اقترضت من فلان أو قبضت من فلان لم يجوز ان يشهد به والصحيح الاول لان الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه فجاز ان يشهد به كما يجوز ان يشهد بما رآه من الافعال فلما الشهادة على الشهادة فهي ضعيفة فاعتبرت تقويتها بالاسترعاء وذكر القاضي ان في الافعال روايتين

(احدهما) لا يشهد به حتى يقول له المشهود عليه اشهد، قال شيخنا وهذا ان اراد به العموم في جميع الافعال فلا يصح لان ذلك يؤدي إلى منع الشهادة عليه بالكلية فان الناصب لا يقول لاحد اشهد اني غضبت ولا السارق ولا الزاني واشباه هؤلاء وقد شهد ابو بكره وأصحابه على المغيرة بالزنا فلم يقل عمر هل اشهدكم اولا؟ ولا قاله للذين شهدوا على قدامة بشرب الخمر ولا قاله عثمان للذين شهدوا على الوليد بن عقبة بشرب الخمر ولم يقل هذا احد من الصحابة ولا غيرهم ولا باعنا عن حاكم من حكام المسلمين في قديم اندهر وحديثه أنه رد شهادة على فعل بكون الشاهد لم يحملها فحصل ذلك اجماعاً ولان الشاهد مخبر صادق وهذا يحصل من غير ان يقال له اشهد وكذلك ان سمع

باسناده . إذا ثبت هذا فإن مدرك العلم الذي تقع به الشهادة اثنان الرؤية والسمع وما عدهما من مدارك العلم كالشم والذوق واللمس لاحاجة اليها في الشهادة في الاغلب فأما ما يقع بالرؤية فلافعال كالغصب والاتلاف والزنا وشرب الخمر وسائر الأفعال وكذلك الصفات المرئية كالعيوب في البيع ونحوها فهذا لا تتحمل الشهادة فيه الا بالرؤية لانه تمكن الشهادة عليه قطعاً فلا يرجع إلى غير ذلك وأما السماع فنوعان

(أحدهما) من المشهود عليه مثل العتود كالبيع والاجارة وغيرهما من الأقوال فيحتاج الى ان يسمع كلام المتوقدين ولا تعتبر رؤية المتعاقدين إذا عرف فمادتين انه كلامهما وهذا قال ابن عباس والزهري وربيعه والليث وشرح وعطاء وابن ابي ليلى ومالك وذهب ابو حنيفة والشافعي إلى ان الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه لان الاصوات تشبهه فلا يجوز ان يشهد عليها من غير رؤية كالخط ولما اذ عرف المشهود عليه يتمنا فجازت شهادته عليه كاللوراه وجواز اشتباه الاصوات كجواز اشتباه الصور وانما تجوز الشهادة لمن عرف المشهود عليه يقيناً وقد يحصل العلم بالسمع يقيناً وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية ولهذا قبلت رواية الأعمى ورواية من روى عن ازواج رسول الله ﷺ من غير محارمهن

وأما النوع الثاني فسنذكره ان شاء الله تعالى في المسئلة التي تلي هذا

الحاكم يحكم أو يشهد على حكمه وانفاذه جاز ان يشهد على ذلك في اظهر الروايتين والاخرى لا يجوز حتى يشهده ووجهها ما ذكرنا والله اعلم (فصل) ولو حضر شاهدان حسابا بين رجلين شرطاً عليهما ان لا يحتذا عليهما شيئاً كان للشاهدين ان يشهدا بما سمعا منهما ولم يسقط ذلك بشرطهما لان الشاهد ان يشهد بما سمعه أو علمه وقد حصل ذلك سواء اشهد أو منىء وكذلك يشهدان على العتود بحضورهما وعلى الجنائيات بمشاهدتهما ولا يحتاجان الى إظهاره وبه قال ابن سيرين ومالك والثوري والشافعي

(فصل) والحقوق على ضربين (أحدهما) حق لآدمي معين كالخقوق المالية وانسكاح وغيره من العقود والعتوبات كالتصاص وحد التذف والوقف على آدمي معين فلا تسمع الشهادة فيه الا بعد الدعوى لان الشهادة فيه حق لآدمي فلا يستوفى الا بعد مطالبته واذنه ولانها حبة على الدعوى ودليل لها فلا يجوز تقبيلها عليها (الضرب الثاني) ما كان حقاً لآدمي غير معين كالوقوف على الفقراء والمساكين أو على مسجد أو سقاية أو متبرة مسئلة الوصية لشيء من ذلك أو نحو هذا، وما كان حقاً لله تعالى كالحدود انظار الصلة لله تعالى أو الزكاة أو كفارة فلا تقمتر الشهادة الى تقدم الدعوى لان ذلك ليس له مستحق معين من الادميين يدنيه ويطلب به ولذلك شهد أبو بكر وأصحابه على المغيرة وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرح الخمر من غير تقدم دعوى فاجيزت شهادتهم

(فصل) اذا عرف المشهود عليه باسمه وعينه ونسبه جاز ان يشهد عليه حاضراً كان أو غائباً وان لم يعرف ذلك لم يجوز ان يشهد عليه مع غيبته وجاز ان يشهد عليه حاضراً بمعرفة عينه نص عليه احمد قال مهنا سألت أحمد عن رجل شهد لرجل بحق له على رجل وهو لا يعرف اسم هذا ولا اسم هذا إلا أنه يشهد له فقال اذا قال أشهد ان لهذا على هذا وعما شاهدان جميعاً فلا بأس وان كان غائباً فلا يشهد حتى يعرف اسمه

(فصل) والمرأة كالرجل في انه اذا عرفها وعرف اسمها ونسبها جاز ان يشهد عليها مع غيبتها وان لم يعرفها لم يشهد عليها مع غيبتها قال أحمد في رواية الجماعة لا تشهد الا لمن تعرف وعلى من تعرف ولا يشهد إلا على امرأة قد عرفها وان كانت ممن قد عرف اسمها ودعيت وذهبت وجاءت فليشهد والا فلا يشهد فأما ان لم يعرفها فلا يجوز ان يشهد مع غيبتها ويجوز ان يشهد على عيناها اذا عرف عيناها ونظر الى وجهها قال أحمد ولا يشهد على امرأة حتى ينظر الى وجهها وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها فأما من يتيقن معرفتها وتعرف بصوتها يقينا فيجوز ان يشهد عليها اذا تيقن صوتها على ما قدمناه في المسئلة قبلها فان لم يعرف المشهود عليه فعرفه عنده من يعرفه فقد روي عن أحمد انه قال لا يشهد على شهادة غيره الا بمعرفة لها وقل لا يجوز للرجل ان يقول للرجل انا أشهد ان هذه فلانة ويشهد على شهادته وهذا صريح في المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره وقال القاضي

ولذلك لم يعتبر في ابتداء الوقف قبول من أحد ولا رضى من أحد وكذلك ما لا يتعلق به حق أحد كتحريم الزوجة بالطلاق أو الظهار أو إعتاق الرقيق تجوز الحسبة به ولا تعتبر فيه الدعوى فلو شهد شاهدان بعق عبد أو أمة ابتداء ثبت ذلك سواء صدقهما المشهود عليه أو لم يصدقهما وهذا قال الشافعي وقال به أبو حنيفة في الامة وقال في العبد لا يثبت ما لم يصدق العبد به ويدعيه لان العتق حقه فاشبه سائر حقوق ولما نلتها شهادة بعق فلا تنتقر الى تقدم الدعوى كعتق الامة وتخالف سائر حقوق الأدي لان حق لله تعالى ولهذا لا ينتقر الى قبول العتق ودليل ذلك الامة وبه يبطل ما ذكره فان قال الامة يتعلق باعتاقها تحريم الوطاء قلنا هذا لا أثر له فان البيع يوجب تحريراً عليه ولا تسمع الشهادة الا بعد الدعوى

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (إذا شهد أحدهما أنه غصبه ثوباً أحمر وشهد الآخر أنه غصبه ثوباً أبيض أو شهد أحدهما أنه غصبه اليوم وشهد الآخر أنه غصبه أمس لم تكمل البيعة وكذلك كل شهادة على الفعل اذا اختلفنا في الوقت)

متى كانت الشهادة على فعل فاختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه أو صفة له تدل على تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما مثل ان يشهد أحدهما أنه غصبه ديناراً يوم السبت بدمشق ويشهد الآخر أنه غصبه بصر أو يشهد أحدهما أنه غصبه ديناراً ويشهد الآخر أنه غصبه ثوباً فلا تكمل الشهادة لان كل فعل لم يشهد به شاهدان. وهكذا ان اختلفنا في زمن القتل ومكانه أو صفته أو في ثوب الخمر أو القذف

يجوز ان يحمل هذا على الاستحباب لتجويزه الشهادة بالاستفاضة وظاهر قوله المنع منه وقال احمد لا يشهد على امرأة الا باذن زوجها وهذا يحتمل انه لا يدخل عليها بيثها ليشهد عليها الا باذن زوجها لما روى عمرو بن العاص قال نهى رسول الله ﷺ ان يستأذن على النساء الا باذن أزواجهن روى احمد في مسنده فأما الشهادة عليها في غير بيتها فجازة لان اقرارها صحيح وتصرفها إذا كانت رشيدة صحيح فجاز ان يشهد عليها به

(فصل) وإذا عرف الشاهد خطه ولم يذكر انه شهد به فهل يجوز ان يشهد بذلك؟ فيه روايتان (أحدهما) لا يجوز ان يشهد بها قال أحمد في رواية حرب في من يرى خطه وخاتمه ولا يذكر الشهادة قل لا يشهد الا بما يعلم وقال في رواية غيره يشهد اذا عرف خطه وكيف تكون الشهادة الا هكذا؟ وقال في موضع آخر إذا عرف خطه ولم يحفظ فلا يشهد الا ان يكون منسوخاً عنده موضوعاً تحت ختمه وحرزه فيشهد وان لم يحفظه، وقال ايضا اذا كان ردي الحفظ فيشهد ويكتبها عند هذه رواية ثالثة وهو ان يشهد إذا كانت مكتوبة عنده بخطه في حرزه ولا يشهد إذا لم تكن كذلك بنزلة القاضي في احدي الروايتين إذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه أمضاه ولا يمضيه إذا لم يكن كذلك

لم تكمل الشهادة لان ما شهد به أحد الشاهدين غير الذي شهد به الآخر فلم يشهد بكل واحد من الفعلين الا شاهد واحد فلم يقبل إلا على قول أبي بكر فان هذه الشهادة تكمل ويثبت المشهود به اذا اختلفا في الزمان أو المكان، فاما ان اختلفا في صفة الفعل فشهد أحدهما أنه سرق مع الزوال كيساً أبيض وشهد الآخر أنه سرق مع الزوال كيساً أسود وشهد أحدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد الآخر أنه سرقه عشياً لم تكمل الشهادة ذكره ابن حامد وقال أبو بكر تكمل الشهادة والاول اصح لان كل فعل لم يشهده الا واحد على ما قدمنا، فان اختلفا في صفة المشهود به اختلفا في صفة المشهود به مثل ان يشهد أحدهما بثوب والآخر بدينار فلا خلاف في أن الشهادة لا تكمل لانه لا يمكن ايجابها جميعاً لانه يكون ايجاب حق عليه بشهادة واحد ولا ايجاب أحدهما بعينه لان الآخر لم يشهد به وليس أحدهما أولى من الآخر فاما ان شهد بكل فعل شاهدان واختلفا في المكان أو الزمان أو الصفة ثبتا جميعاً لان كلاهما قد شهد به بينة عادلة لو انفردت اثبتت الحق وشهادة الاخرى لا تعارضها لا مكان الجمع بينهما الا ان يكون الفعل مما لا يمكن تكراره كقتل رجل بعينه فتعارض البيتان لعلنا أن أحدهما كاذبة ولا نعلم أيتهما هي؟ بخلاف ما يتكرر ويمكن صدق البينتين فيه فانها يثبتان جميعاً ان ادعاهما وان لم يدع إلا أحدهما ثبت له مادعاه دون ما لم يدعه، وان شهد اثنان انه سرق مع الزوال كيساً أسود وشهد آخر ان انه سرق مع الزوال كيساً أبيض أو شهد اثنان انه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخر ان انه سرقه عشياً فقال القاضي يتعارضان وهو مذهب الشافعي كما لو كان المشهود به قتلاً، قال شيخنا والصحيح أن هذا لا تعارض فيه لانه يمكن صدق البينتين بان يسرق عند الزوال كيسين أبيض

عليها بالاستفاضة كالنسب قال مالك ليس عندنا من يشهد على احباس أصحاب رسول الله ﷺ إلا بالسمع وقال مالك السماع في الاحباس والولاء جائز وقال أحمد في رواية المروزي اشهد ان دار بختان لبختان وان لم يشهدك وقيل له تشهد ان فلانة امرأة فلان ولم تشهد النكاح؟ فقال نعم اذا كان مستفيضاً فأشهد اقول ان فاطمة ابنة رسول الله ﷺ وان خديجة وعائشة زوجاه وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة . فان قيل يمكنه العلم في هذه الاشياء بمشاهدة السبب قلنا وجود السبب لا يفيد العلم بكونه سبباً يقيناً فانه يجوز ان يشترى ما ليس بملك البائع ويصطاد صيدا صاده غيره ثم انقلت منه وان تصور ذلك فهو نادر وقول أصحاب الشافعي يمكن الشهادة في الوقف باللفظ لا يصح لان الشهادة ليست بالعقود ههنا وإنما يشهد بالوقف الحاصل بالعقد فهو بمنزلة الملك وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد وكذلك الحرية والولاء وهذه جميعها لا يمكن التقطع بها كما لا يمكن انقطع بالملك لانها مرتبة على الملك فوجب ان تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة كالمالك سواء قال مالك ليس عندنا من شهد على احباس أصحاب رسول الله ﷺ الا على السماع . اذا ثبت هذا فكلام أحمد والخريقي يقتضي ان لا يشهد بالاستفاضة حتى تكثر به الاخبار ويسمعه من عدد كثير يحصل به العلم لقول الخريقي : فيما تظاهرت به الاخبار واستقرت معرفته في انقلب يعني حصل العلم به وذكر القاضي في المحرر انه يكفي ان يسمع من اثنين عدلين ويسكن قلبه الى خبرهما لان الحقوق تثبت بقول اثنين وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعي واقول الاول هو الذي يقتضيه لفظ الاستفاضة فانها مأخوذة من فيض الماء لكثرة ولانه لو اكتفي فيه بقول اثنين لا يشترط فيه ما يشترط في الشهادة على الشهادة وانما اكتفي بمجرد السماع

اليوم ، فقال أصحابنا تكمل الشهادة وقال الشافعي لانكامل لان كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد أشبهه ما لو شهد بالعضب في وقتين . ووجه قول أصحابنا أن المشهود به شيء واحد يجوز ان يعاد مرة بعد اخرى ويكرن واحداً فاختلفا في الوقت ليس باختلاف فيه فلم يؤثر كما لو شهد احدهما بالعربية والآخر بالفارسية وكذلك الحكم في كل شهادة على قول والحكم فيه كالحكم في البيع الا النكاح فانه كالفعل إذا شهد احدهما انه تزوجها أمس وشهد الآخر انه تزوجها اليوم لم تكمل الشهادة في قولهم جميعاً لان النكاح أمس غير النكاح اليوم فلم يشهد بكل واحد من العقدين الا شاهد واحد فلم يثبت كما لو كانت الشهادة على فعل .

﴿ مسألة ﴾ (وكذلك القذف إذا شهد احدهما انه قذفه غدوة وشهد الآخر انه قذفه عشية أو شهد احدهما أنه قذفه بالعربية وشهد الآخر أنه قذفه بالعجمية أو اختلفا في المكان لم يثبت القذف) لان القذف في مكان غير القذف في المكان الآخر وكذلك الاختلاف في الزمان وقال أبو بكر يثبت القذف لان المشهود به واحد وإن اختلفت العبارة واختلف الزمان والاول المذهب

(فصل) في الشهادة على الاقرار بالفعل مثل أن يشهد أحدهما انه أفر عندي يوم الخميس بدمشق

(فصل) فان كان في يد رجل دار أو عقار يتصرف فيها تصرف الملاك بالسكني والاعارة والاجارة والعمارة والهدم والبناء من غير منازع فقال أبو عبد الله بن حامد يجوز ان يشهد له بملكها وهو قول أبي حنيفة والاصطخري من أصحاب الشافعي قال القاضي ويحتمل ان لا يشهد الا بما شاهده من الملك واليد والتصرف لان اليد ليست منحصرة في الملك قد تكون باجارة واعارة وغصب وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . ووجه الاول ان اليد دليل الملك واستمرارها من غير منازع يقويها فحرت مجرى الاستفاضة فجاز ان يشهد بها كما لو شاهد سبب اليد من بيع أو إرث أو هبة واحتمال كونها عن غصب أو اجارة يعارضه استمرار اليد من غير منازع فلا يبقى مانعا كما لو شاهد سبب اليد فان احتمال كون البائع غير مالك والوارث والواهب لا يمنع الشهادة كذا ههنا . فان قيل فاذا بقي الاحتمال لم يحصل العلم ولا تجوز الشهادة الا بما يعلم . قلنا الظن يسمى علما قال الله تعالى (فان علمتموهن مؤمنات) ولا سبيل الى العلم اليقيني ههنا فجازت بالظن

(فصل) وإذا سمع رجلا يقول لصبي هذا ابني جاز ان يشهد به لانه مقر بنسبه وان سمع الصبي يقول هذا أبي والرجل يسمعه فسكت جاز ان يشهد ايضاً لان سكوت الاب اقرار له والاقرار يثبت النسب فجازت الشهادة به وإنما اقيم السكوت ههنا مقام الاقرار لان الاقرار على الانتساب الباطل جائز بخلاف سائر الذعاوى ولان النسب يغلب فيه الاثبات الأخرى أنه يلحق بالإمكان في

أنه قتله أو قذفه أو غصبه كذا أو ان له في ذمته كذا ويشهد الآخر أنه أقر عندي بهذا يوم السبت بحمص كملت شهادتهما ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال زفر لا تكمل شهادتهما لان كل اقرار لم يشهد به إلا واحد فلم تكمل الشهادة كالشهادة على الفعل

ولنا ان المقر به واحد وقد شهد اثنان بالاقرار به فكملت شهادتهما كما لو كان الاقرار بهما واحداً وفارق الشهادة على الفعل فان الشهادة فيها على فمابين مختلفين فنظيره من الاقرار ان يشهد أحدهما أنه أقر عندي أنه قتله يوم الخميس وشهد الآخر أنه أقر أنه قتله يوم الجمعة فان شهادتهما لا تقبل ههنا ويحقق ما ذكرناه أنه لا يمكن جمع الشهود لسماع الشهادة في حق كل واحد والعادة جارية بطلب الشهود في أما كنهم لا في جمعهم إلى الشهود له فيمضي اليهم في أوقات منفردة واما كن مختلفة فيشهدهم على إقراره فان كان الاقرار بفعلين مختلفين مثل أن يقول أحدهما أشهد انه أقر عندي أنه قتله يوم الخميس وقال الآخر أشهد أنه أقر عندي انه قذفه بالعجمية لم تكمل الشهادة لان الذي يشهد به أحدهما غير الذي شهد به صاحبه فلم تكمل الشهادة كما لو شهد أحدهما أنه أقر أنه غصبه دنانير وشهد الآخر أنه غصبه دراهم لم تكمل وعلى قول أبي بكر تكمل الشهادة في القتل والقذف لان القذف بالمريية أو العجمية والقتل بالبصرة أو الكوفة ايسر من مقتضى فلا تعتبر في الشهادة والاول أصح

التسكاح؟ وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يشهد مع السكوت حتى يتكرر لأن السكوت ليس بأقرار حقيقي وإنما أقيم مقامه فأعتبرت تقويته بالتكرار كما أعتبرت تقوية اليد في العقار بالاستمرار (فصل) وإذا شهد عدلان أن فلانا مات وخلف من الورثة فلانا وفلانا فلا نعلم له وارثا غيرهما قبلت شهادتهما وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي والعمري وقال ابن أبي ليلى لا تقبل حتى يبيننا أنه لا وارث له سواهما.

ولنا أن هذا مما لا يمكن علمه فيكفي فيه الظاهر مع شهاد الاصل بعدم وارث آخر قال أبو الخطاب سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا وبمحملة أن لا تقبل إلا من أهل الخبرة الباطنة لأن عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه بخلاف أهل الخبرة الباطنة فإن الظاهر أنه لو كان له وارث آخر لم يخف عليهم وهذا قول الشافعي فاما أن قالوا لا نعلم له وارثا بهذه البلدة أو بارض كذا وكذا لم تقبل وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يقضى به كما لو قالوا لا نعلم له وارثا وذكر ذلك مذهبا لاحد أيضاً

ولنا أن هذا ليس بدليل على عدم الوارث لأنها قد يعلمان أنه لا وارث له في تلك الارض ويعلمان له وارثا في غيرها فلم تقبل شهادتهما كما لو قالوا لا نعلم له وارثا في هذا البيت

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

﴿مسئلة﴾ (وان شهد شاهد أنه أقر له بألفين وشهد آخر أنه أقر له بألف ثبت الألف ويخلف

على الآخر مع شاهده ان احب)

وجملة ذلك أنه إذا شهد احد الشاهدين بشيء وشهد الآخر ببعضه صحمت الشهادة وثبت ما اتفقا عليه وحكم به وهذا قول شريح ومالك والشافعي وابن أبي ليلى وأبي يوسف ومحمد وإسحاق وإبي

﴿ مسألة ﴾ قال (من لم يكن من الرجال والنساء عاقلًا مسلمًا بالغًا عدلًا لم تجز شهادته)

وجملته ان يعتبر في الشاهد سبعة شروط (أحدها) ان يكون عاقلًا ولا تقبل شهادة من ليس بعاقل اجماعًا قاله ابن المنذر وسواء ذهب عقله بجنون أو سكر أو طفولية وذلك لانه ليس بمحصل ولا تحصل الثقة بقوله ولانه لا يأثم بكذبه ولا يتحرز منه (الثاني) ان يكون مسلمًا ونذ كر هذا فيما بعد ان شاء الله تعالى (الثالث) ان يكون بالغًا فلا تقبل شهادة صبي لم يبلغ بحال يروى هذا عن ابن عباس وبه قال اقسام وسالم وعطاء ومكحول وابن أبي ليلى والاوزاعي والثوري والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه وعن أحمد رحمه الله رواية اخرى ان شهادتهم تقبل في الجراح إذا شهدوا قبل الاقتراق عن الحالة التي تجارحواعليها وهذا قول مالك

لان الظاهر صدقهم وضبطهم فان تفرقوا لم تقبل شهادتهم لانه يَحْتَمَلُ ان يلقنوا قال ابن الزبير ان أخذوا عند مصاب ذاك فبالحري ان يعقلوا ويحفظوا وعن الزهري ان شهادتهم جائزة ويستحلف أولياء المشجوع وذكره عن مروان وروي عن أحمد رواية ثالثة ان شهادته تقبل إذا كان ابن عشر قال ابن حامد فعلى هذا الرواية تقبل شهادتهم في غير الحدود واقصاص كالعبيد وروي عن علي رضي الله

عبيد وحكي عن الشعبي انه شهد عنده رجلان شهد احدهما انه طلقها تطليقة وشهد الآخر انه يطلقها تطليقتين فقال قد اختلفتا قوما وحكي عن ابي حنيفة انه إذا شهد شاهد انه اقر بالف وشهد آخر انه اقر بال ألفين لم تكمل الشهادة لأن الاقرار بالالف غير الاقرار بالالفين ولم يشهد بكل اقرار الا واحد .

ولنا ان الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه فحكم به كما لو لم يرد احدهما على صاحبه وما ذكروه من ان كل اقرار إنما شهد به واحد يبطل بما إذا شهد احدهما انه اقر بالف غدوة وشهد الآخر انه اقر بال ألف عشيا فن الشهادة تكمل مع ان كل اقرار إنما شهد به واحد فاما ما انفرد به احدهما فان للمدعي ان يحلف معه ويستحق هذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين وهذا فيما إذا أطلق الشهادة او لم تختلف الاسباب والصفات .

(فصل) إذا شهد له شاهدان بالف وشاهدان بخمسة مائة ولم تختلف الاسباب والصفات دخلت الخمسة مائة في الالف ووجب له الالف بالشاهدين، وان اختلفت الاسباب والصفات ووجب له الالف والخمسة مائة ولم يدخل احدهما في الآخر لانهما مختلفان

﴿ مسألة ﴾ (وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفًا وشهد آخران له عليه ألفين فهل تكمل البيعة

على ألف ؟ على وجهين)

(أحدهما) : تكمل كالتي قبلها ، (والثاني) : لا تكمل لانه يحتمل أن يكون الألف المنفرد

من غير الألفين .

عنه ان شهادة بعضهم تقبل على بعض وروى ذلك عن شريح والحسن والنخعي قال ابراهيم كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم قال المغيرة وكان اصحابنا لا يجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد وروى الامام احمد باسناه عن مسروق قال كنا عند علي فجاء خمسة غلمة فقالوا انا كنا ستة غلمة نتغاط ففرق منا غلام فشهد الثلاثة على الاثنين انهما غرقاه وشهد الاثنان على الثلاثة انهم غرقوه فجعل على الاثنين ثلاثة اخماس الدية وجعل على الثلاثة خمسيها وقضى بنحو هذا مسروق والمذهب ان شهادتهم لا تقبل في شيء لقول الله تعالى (واشهدوا شهيدين من رجالكم وقال - واشهدوا ذوي عدل منكم - وقال - ممن ترضون من الشهداء - والصبي ممن لا يرضى وقال - ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه) فأخبر ان الشاهد السكائم لشهادته آثم والصبي لا يآثم فيدل على انه ليس بشاهد ولان الصبي لا يخاف من مأثم الذنب فيزعه عنه ويمنعه منه فلا تحصل الثقة بقوله ولان من لا يقبل قوله على نفسه في الاقرار لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون يحقق هذا ان الاقرار أوسع لانه يقبل من الكافر والمناسق والمرأة ولا تصح الشهادة منهم ولان من لا تقبل شهادته في المال لا تقبل في الجراح كالفاسق ومن لا تقبل شهادته على من ليس بمثله لا تقبل على مثله كالمجنون (الشرط الرابع) العدالة لقول الله تعالى (واشهدوا ذوي عدل منكم) ولا تقبل شهادة المناسق لذلك وتقول الله تعالى (ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) فأمر بالتوقف عن نبأ الفاسق والشهادة نبأ فيجب

﴿ مسألة ﴾ (وإن شهد أحدهما أن له عليه ألفاً من قرض وشهد الآخر أن له عليه ألفاً من ثمن مبيع لم تكمل البيعة)

أما إذا اختلفت الاسباب والصفات مثل أن يشهد شاهد بألف من قرض وآخر بألف من ثمن مبيع أو يشهد شاهد بألف بيض وآخر بألف سود أو يشهد أحدهما بالف دينار والآخر بالف درهم لم تكمل البيعة وكان له أن يحلف مع كل واحد منهما أو يستحتمها أو يحلف مع أحدهما ويستحق ماشهده

﴿ مسألة ﴾ (وإن شهد شاهدان أن له عليه ألفاً وقال أحدهما قضاة بعضه بطلت شهادته نص عليه وإن شهد انه أقرضه ألفاً وقال أحدهما قضاة نصفه صحَّت شهادتهما)

إذا شهدا ان له عليه ألفاً ثم قال أحدهما قضاة نصفه بطلت شهادته وهكذا ذكره أبو الخطاب وذلك بأنه شهد بأن الالف جميعه عليه فاذا قضاة بعضه لم يكن الالف كله عليه فيكون كلامه متناقضاً فتمسدت شهادته وفارق هذا ما لو شهد بألف ثم قال بل بخمسمائة لان ذلك رجوع عن الشهادة بخمسمائة واقرار بغلط نفسه وهذا لا يقول ذلك على وجه الرجوع والمنصوص عن أحمد ان شهادته تقبل بخمسمائة فانه قال إذا شهد بألف ثم قال أحدهما قبل الحكيم قضاة منه خمسمائة افسدت شهادته والمشهود له ما اجتمعا عليه وهو خمسمائة فصحت شهادته في نصف الالف الباقي وأبطالها في النصف الذي ذكر أنه قضاة لانه بمنزلة الرجوع عن الشهادة به فأشبهه ما لو قال أشهد بألف بل خمسمائة قال أحمد ولو جاء

التوقف عنه وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود في الاسلام ولا ذي غمر على أخيه » رواه أبو عبيد وكان أبو عبيد لا يراه خص بالخائن والخائنة أمانات الناس بل جميع ما اقترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه من صغير ذلك وكبيره قال الله تعالى (انا عرضنا الامانة على السموات والارض والجبال) الآية وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا يؤسر رجل بغير العدول ولان دين الفاسق لم يزه عن ارتكاب محظورات الدين فلا يؤمن ان لا يزهه عن الكذب فلا تحصل الثقة بجزه إذا تقرر هذا فالفسوق نوعان

(احدهما) من حيث الافعال فلا نعلم خلافا في رد شهادته (والثاني) من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة فيوجب رد الشهادة أيضاً وبه قال مالك وشريك واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وقال شريك أربعة لا تجوز شهادتهم (رافضي) يزعم ان له إماما مقترضة طاعته (وخارجي) يزعم ان الدنيا دار حرب (وقدري) يزعم ان المشيئة اليه (ومرحجي) ورد شهادة يعقوب وقال ألا أرد شهادة من يزعم أن الصلاة ليست من الايمان ؟ وقال ابي حامد من أصحاب الشافعي المختلفون على ثلاثة أضرب (ضرب) اختلفوا في الفروع فهؤلاء لا يفسقون بذلك ولا ترد شهادتهم وقد اختلف الصحابة في الفروع ومن بعدهم من التابعين .

بعد هذا المجاس فقال أشهد انه قضاه منه خمسمائة لم يقبل منه لانه قد أمضى الشهادة فوذا يحتمل أنه اراد إذا جاء بعد الحكم فشهد باقتضاء لم يقبل منه لان الالف قد وجب بشهادتها وحكم الحاكم ولا تقبل شهادته باقتضاء لانه لا يثبت بشاهد واحد فألما ان شهد أنه أقرضه ألفاً ثم قال أحدهما قضاه منه خمسمائة قبلت شهادته في باقي الالف وجهاً واحداً لانه لا تناقض في كلامه ولا اختلاف

﴿مسئلة﴾ (وإن كانت له بينة بألف فقال أريد ان تشهد لي بخمسمائة لم يجز)

وعند أبي الخطاب يجوز قال أحمد إذ شهد على ألف وكان الحاكم لا يحكم الا على مائتين فقال له صاحب الحق اريد ان تشهد لي على مائة لم يشهد الا بألف قال القاضي وذلك ان على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد قال الله تعالى (ذلك ادنى ان يأتوا بالشهادة على وجهها) ولانه لو سأل للشاهد ان يشهد ببعض ما شهد لسأل للقاضي ان يقضي ببعض ما شهد به الشاهد وقال أبو الخطاب عندي يجوز بذلك لان من شهد بألف فقد شهد به بمائة وإذا شهد بمائة لم يكن كاذباً في شهادته فجاز كما لو كان قد اقرضه مائة مرة وتسمائة أخرى . قال شيخنا والاول أصح لما ذكر القاضي لان شهادته بمائة ربما اوهمت ان هذه المائة غير التي شهدت باصله فيؤدي الى ايجابها عليه مرتين قل أحمد إذا

(الثاني) من نفسه ولا نكفره وهو من سب القرابة كالخوارج أو سب الصحابة كالروافض فلا تقبل لهم شهادة لذلك

(الثالث) من نكفره وهو من قال بخلق القرآن ونفي الرؤية وأضاف المشيئة إلى نفسه فلا تقبل له شهادة ، وذكر القاضي ابو يعلى مثل هذا سواء قال : وقال احمد ماتعجني شهادة الجهمية والرافضة والقدرية لمعلنة وظاهر قول الشافعي وابن ابي ليلى والثوري وابي حنيفة وأصحابه قبول شهادة أهل الأهواء وأجاز سوار شهادة ناس من بني المنبر ممن يرى الاعتزال قال الشافعي إلا أن يكونوا ممن يرى الشهادة بالكذب بعضهم لبعض كالحطابية وهم أصحاب ابي الخطاب يشهد بعضهم لبعض بتصديقه ووجه قول من أجاز شهادتهم انه اختلاف لم يخرجهم عن الاسلام أشبه الاختلاف في الفروع ولأن فسقهم لا يدل على كذبهم لكونهم ذهبوا إلى ذلك تديناً واعتقاداً انه الحق ولم يرتكبهوا علمين بتحريمه بخلاف فسق الافعال

قال ابو الخطاب ويتخرج على قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض أن الفسق الذي يتدين به من جهة الاعتقاد لا ترد الشهادة به ، وقد روي عن احمد جواز الرواية عن القديري اذا لم يكن داعية فكذلك الشهادة ولنا انه أحد نوعي الفسق فترد به الشهادة كالنوع الآخر ، ولأن المبتدع فاسق فترد شهادته الآية والمعنى .

(الشرط الخامس) أن يكون متيقظاً حافظاً لما يشهد به ، فإن كان مغفلاً او معروفاً بكثرة الغلط لم تقبل شهادته

(الشرط السادس) أن يكون ذا مروءة (الشرط السابع) انتفاء الموانع وسنشرح هذه الشروط في مواضعها إن شاء الله تعالى

قال اشهد على مائة درهم ومائة درهم فشهد على مائة دون مائة كره الا ان يقول اشهدوني على مائة ومائة ومائة يحكيه كله لالحاكم كما كان

(فصل) قال أحمد إذا شهد بالف درهم ومائة دينار فله دراهم ذلك البلد ودنانيره قال القاضي لانه لما جاز ان يحمل مطلق العقد على ذلك جاز ان يحمل الشهادة عليه

(فصل) إذا شهد شاهد انه باعه هذا العبد بالف وشهد آخر انه باعه إياه بخمسة لم تكفل البيعة لاختلافهما في صفة البيع وله ان يحلف مع أحدهما ويثبت له ما حلف عليه فان شهد بكل عقد شاهدان ثبت البيعان فان أضافا البيع الى وقت واحد مثل ان يشهدا انه باعه هذا العبد مع الزوال بالف وشهد آخر انه باعه إياه مع الزوال بخمسة تعارضت البيعتان وسقطتا لانه لا يمكن اجتماعهما وكل بيعة تكذب الاخرى وإن شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد كان له ان يحلف مع أحدهما ولا يتعارضان لان التعارض إنما يكون مع البيعتين الكاملتين

(فصل) ظاهر كلام الخرقى أن شهادة البدوي على من هو من أهل القرية وشهادة أهل القرية على البدوي صحيحة إذا اجتمعت هذه الشروط وهو قول ابن سيرين وأبي حنيفة والشافعي وأبي ثور واختاره أبو الخطاب

وقال الإمام أحمد أخشى أن لا تقبل شهادة البدوي على صاحب القرية فيحتمل هذا أن لا تقبل شهادته وهو قول جماعة من أصحابنا ومذهب أبي عبيد وقال مالك كقول أصحابنا فيما عدا الجراح وكقول الباقرين في الجراح احتياطاً للمدء، واحتج أصحابنا بما روى أبو دؤود في سننه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية » ولأنه متهم حيث عدل عن أن يشهد قروياً وأشهد بدوياً. قال أبو عبيد ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما فيهم من الجفاء بحق الله تعالى والجفاء في الدين

ولنا أن من قبلت شهادته على أهل البدو قبلت شهادته على أهل القرية كأهل القرى ويجعل الحديث على من لم تعرف عدالته من أهل البدو ونخصه بهذا لأن الغالب أنه لا يكون له من يسأله الحاكم فيعرف عدالته

﴿باب شروط من تقبل شهادته﴾

وهي ستة أحدها البلوغ فلا تقبل شهادة الصبيان وعنه تقبل ممن هو في حال العدالة وعنه لا تقبل إلا في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحال التي تجارحوا عليها
اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فالمشهور عنده أنها لا تقبل شهادة الصبي ما لم يبلغ روي هذا عن ابن عباس وبه قال القاسم وسالم وعطاء ومكحول وابن أبي ليلى والأوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه وعن أحمد رواية ثانية أن شهادته تقبل إذا كان ابن عشر قال ابن حامد فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم في غير الحدود والتقصاص كالعبيد وروي عن علي رضي الله عنه أن شهادة بعضهم تقبل على بعض، وروي ذلك عن شريح والحسن والنخعي قال إبراهيم كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم قول المغيرة وكان أصحابنا لا يجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد. وروي الإمام أحمد بإسناده عن مسروق قول كنا عند علي فجاء خمسة غلمة فقتلوا أنا كنا ست غلمة تتغاط ففرق منا غلام فشهد الثلاثة على الاثنين أنها غرقاه وشهد الاثنان على الثلاثة أنهم غرقوه فجعل على الاثنين ثلاثة أخماس الدية وجعل على الثلاثة خمسيها وقضى بنحو هذا مسروق وعنه رواية ثالثة أن شهادتهم لا تقبل إلا في الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحال التي تجارحوا عليها فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم وهو قول مالك لأن الظاهر صدقهم وضبطهم ولا تقبل بعد الافتراق لأنه يحتمل أن يلتقوا. قال ابن الزبير إن أخذوا عند مصاب

﴿مسئلة﴾ قال (والعدل من لم تظهر منه ريبة وهذا قول ابراهيم النخعي واسحاق)

وجملته أن العدل هو الذي تعتدل أحواله في دينه وأفعاله قال القاضي يكون ذلك في الدين والمروءة والاحكام ، أما الدين فلا يرتكب كبيرة ولا يداوم على صغيرة فإن الله تعالى أمر أن لا تقبل شهادة القاذف فيعاس عليه كل مرتكب كبيرة ولا يخرج عن العدالة فعل صغيرة لقول الله تعالى (الذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش إلا اللمم) قيل اللمم صغار الذنوب ولان التحرز منها غير ممكن ، جاء عن النبي ﷺ انه قال :

إن تفر اللمم تغفر جما وأي عبد لك لا ألما ؟

أي لم يلم فان لامع الماضي بمنزلة لم مع المستتبل وقيل اللمم إن يلم بالذنب ثم لا يعود فيه والكبائر كل معصية فيها حد والاشراك بالله ، وقتل النفس التي حرم الله وشهادة الزور وعقوق الوالدين وروى ابو بكر أن النبي ﷺ قال « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ الاشرك بالله وقتل النفس التي حرم الله وعقوق الوالدين — ركان متكئاً فجلس فقال — ألا وقول الزور وقول الزور » فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت . متفق عليه

قال احمد ولا تجوز شهادة آكل الربا والعاق وقاطع الرحم ولا تقبل شهادة من لا يؤدي زكاة ماله واذا أخرج في طريق المسلمين الاسطوانة والكنيف لا يكون عدلا ولا يكون ابنه عدلا اذا ورث أباه حتى يرد ما أخذ من طريق المسلمين ولا يكون عدلا إذا كذب الكذب الشديد لان النبي صلى الله عليه وسلم رد شهادة رجل في كذبه

ذلك فبالحري ان يعقلوا ويحفظوا وعن الزهري ان شهادتهم جائزة ويستحلف أولياء المشجوج وذكره عن مروان والمذهب أن شهادتهم لا تقبل في شيء لقول الله تعالى (واشهدوا ذوي عدل منكم) وقال سبحانه (ممن ترضون من الشهداء) والصبي لا يرضى وقال جل وعز (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه) فاخبر ان الشاهد الكاتم لشهادته آثم والصبي لا يآثم فيدل على انه ليس بشاهد ولان الصبي لا يخاف من مآثم الكذب فيزعه عنه ويمنعه منه فلا تحصل الثقة بقواه ولان من لا يقبل قوله على نفسه في الاقرار لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون يخفق هذا ان الاقرار اوسع لانه يقبل من الكافر والفاسق والمرأة ولا تصح الشهادة منهم ولان من لا تقبل شهادته في المال لا تقبل في الجراح كالفاسق

(واثنى) العقل فلا تقبل شهادة معتوه ولا مجنون الا من يخفق في الاحيان إذا شهد في حال افاقته ولا تقبل شهادة من ليس بعاقل اجماعا قال ابن المنذر وسواء ذهب عقله مجنون أو سكر أو صغر لانه ليس بمحصل ولا يحصل الثقة بقوله فاما من يخفق في الاحيان إذا شهد في حال افاقته فتقبل شهادته لانها شهادة من عاقل أشبه من يخفق

وقل عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود في حد ولا ذي غمر على أخيه في عداوة ولا القاطع لاهل البيت ولا مجرب عليه شهادة زور ولا ضنين في ولاء ولا قرابة » وقد رواه أبو داود وفيه « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » فاما الصغائر فان كان مصراً عليها رذت شهادته وإن كان الغالب من أمره الطاعات لم يردلما ذكرنا من عدم امكان التحرز منه .

وأما المروءة فاجتناب الامور الدنيئة المرزية به وذلك نوعان (أحدهما) من الافعال كالاكل في السوق يعني به الذي ينصب مائدة في السوق ثم يأكل والناس ينظرون ولا يعني به أكل الشيء اليسير كالكسرة ونحوها ، وإن كان يكشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه أو يمد رجليه في مجمع الناس أو يتمسخر بما يضحك الناس به أو يخاطب امرأته أو جاريتها أو غيرها بمحضرة الناس بالخطاب الفاحش أو يحدث الناس بما وضعته أهله ونحو هذا من الافعال الدنيئة ففاعل هذا لا تقبل شهادته لان هذا سخف ودناءة فمن رضيه لنفسه واستحسنه فليست له مروءة فلا تحصل الثقة بقوله ، قل احمد في رجل شتم بهيمة قال : الصالحون لا تقبل شهادته حتى يتوب

وقد روى أبو مسعود البديري قال قال رسول الله ﷺ « ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الاولى « إذا لم تستح فاصنع ما شئت » يعني من لم يستح صنع ما شاء ولان المروءة تمنع الكذب وتزجر عنه ولهذا يمتنع منه ذو المروءة وإن لم يكن ذا دين .

(الثالث) الكلام فلا تقبل شهادة الاخرس نص عليه أحمد قيل له وإن كتبها؟ قال لا أدري وهو قول أصحاب الرأي وقال مالك والشافعي وابن المنذر تقبل إذا فهمت اشارته لنيامها مقام نطقه في كل أحكامه من كلامه ونكاحه وغير ذلك فكذلك في شهادته واستدل ابن المنذر بان النبي ﷺ أشار وهو جالس الى الناس وهم قيام « ان اجاسوا فجلسوا »

ولنا انها شهادة بالاشارة فلم تجز كالشارة الناطق لان الشهادة يعتبر فيها اليقين ولذلك لا يكتفى بايماء الناطق ولا يحصل اليقين بالاشارة وانما كنتي باشارته في احكامه المختصة به للضرورة ولا ضرورة ههنا وما استدل به ابن المنذر لا يصح فان النبي ﷺ كان قادراً على الكلام وعمل باشارته الى الصلاة ولو شهد الناطق بالاشارة والاياء لم تصح شهادته اجماعاً فعلم ان الشهادة تنارق غيرها من الاحكام ويحتمل ان تقبل فيما طريقه الرؤية إذا فهمت اشارته لان اشارته بمنزلة نطقه كافي ساثر احكامه والاول اولى لانا لانا قبلنا اشارته فيما يختص به للضرورة ولا ضرورة ههنا

(الرابع) الاسلام فلا تقبل شهادة كافر إلا اهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيرهم وحضر الوصي الموت فتقبل شهادتهم ويحلفهم الحاكم بعد العصر لان شترى به ثمنا ولو كان ذا قبري ولا نكتم شهادة الله وانها لو وصية الرجل بعينه فان عثر على انها استحقا إنما قام آخرا من اولياء (المغني والشرح الكبير) (٥) (الجزء الثاني عشر)

وقد روي عن أبي سفيان أنه حين سأله قيصر عن النبي ﷺ وصفته فقال : والله لولا أي كرهت أن يؤثر عني الكذب لكذبته ، ولم يكن يومئذ ذا دين ولأن الكذب دناءة والمروءة تمنع من الدناءة وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب اعتبرت في العدالة ككلمين ومن فعل شيئاً من هذا محتفياً به لم يمنع من قبول شهادته لان مروءته لا تسقط به وكذلك إن فعله مرة أو شيئاً قليلاً لم ترد شهادته لان صغير المعاصي لا يمنع الشهادة إذا قل فهذا أولى ولأن المروءة لا تختل بقليل هذا ما لم يكن عادته .

(النوع الثاني) في الصناعات الدنيئة كالسكاح والسكناس لا تقبل شهادتها لما روى سعيد في سننه أن رجلاً أتى ابن عمر فقال له أي رجل كناس قال أي شيء تكنس؟ الزبل؟ قال : لا . قال فالعذرة؟ قال : نعم قال - منه كسبت المال ومنه تزوجت ومنه حججت؟ قال نعم . قال الأجر خبيث وما تزوجت خبيث حتى تخرج منه كما دخلت فيه . وعن ابن عباس مثله في السكاح ولأن هذا دناءة يجتنبه أهل المروءات فأشبهه الذي قبله . فأما الزبال والقراد والحجام ونحوهم ففيه وجهان (أحدهما) لا تقبل شهادتهم لانه دناءة يجتنبه أهل المروءات فهو كالذي قبله (والثاني) تقبل لان بالناس اليه حاجة فعلى هذا الوجه انما تقبل شهادته إذا كان يتنظف للصلاة

الوصي خلفاً بالله لشهادتنا احق من شهادتها ولقد خانا وكنا ويقضى لهم وعنه ان شهادة بعض اهل الذمة تقبل على بعض والاول المذهب

وجملة ذلك ان شهادة اهل الكتاب لا تقبل في شيء على مسلم ولا كافر الا في الوصية في السفر على ما ذكره الحرقي ، وروى ذلك عن احمد نحو من عشرين نفساً ومن قل لا تقبل شهادتهم الحسن وابن ابي ليلى والاوزاعي ومالك وابو ثور ونقل حنبل عن احمد ان شهادة بعضهم تقبل على بعض وخطأه الخلال في نقله هذا وقال صاحبه ابو بكر هذا غلط لا شك فيه وقال ابن حامد بل المسئلة على ووايتين قال ابو حفص البرمكي تقبل شهادة السبي بعضهم على بعض في النسب إذا ادعى احدهم ان الآخر اخوه والمذهب الاول والظاهر غلط من روى خلاف ذلك وذهبت طائفة من اهل العلم إلى ان شهادة بعضهم على بعض تقبل ثم اختلفوا فمنهم من قال الكفر ملة واحدة فتقبل شهادة اليهودي على النصراني والنصراني على اليهودي هذا قول حماد وسوار واثوري وابي حنيفة واصحابه وعن قتادة والحكم وابي عبيد واسحاق تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ولا تقبل شهادة يهودي على نصراني ولا نصراني على يهودي ويروى عن الزهري والشعبي كقولنا وقولهم ، واحتجوا بما روي عن جابر ان النبي ﷺ اجاز شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض رواه ابن ماجه ولان بعضهم يلي على بعض فتقبل شهادة بعضهم على بعض كالمسلمين

ولنا قول الله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقال تعالى (واسشهدوا شهدين من رجالكم)-

في وقتها ويصلبها فان صلى بالنجاسة لم تقبل شهادته وجها واحداً واما الحياثك والحارس والدباغ فهي اعلى من هذه الصنائع فلا ترد بها الشهادة وذكرها أبو الخطاب في جملة ما فيه وجهان وأما سائر الصنائع التي لا دناءة فيها فلا ترد الشهادة بها الا من كان منهم يحلف كذباً أو بعد ويخلف وغلب هذا عليه فان شهادته ترد وكذلك من كان منهم يؤخر الصلاة عن أوقاتها أو لا يتنزه عن النجاسات فلا شهادة له ومن كانت صناعته محرمة كصانع المزامير والطنابير فلا شهادة له ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا كالصائغ والصير في ولم يتوق ذلك ردت شهادته

(فصل) في اللعب كل لعب فيه قمار فهو محرم أي لعب كان وهو من الميسر الذي أمر الله تعالى باجتنابه ومن تكرر منه ذلك ردت شهادته وما خلا من انقهار وهو اللعب الذي لا عوض فيه من الجانبين ولا من احدهما فنه ما هو محرم ومنه ما هو مباح فأما المحرم فاللعب بالترد وهذا قول أبي حنيفة وأكثر اصحاب الشافعي وقال بعضهم هو مكروه غير محرم

ولنا ماروي أبو موسى قال سمعت رسول الله ﷺ قال «من لعب بالتردشير فقد عصي الله ورسوله» وروي بريدة ان النبي ﷺ قال «من لعب بالتردشير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه» رواها ابو داود وكان سعيد بن جبير إذا مر على أصحاب الردشير لم يسلم عليهم إذا ثبت هذا فن تكرر منه اللعب به لم تقبل شهادته سواء لعب به قماراً أو غير قمار وهذا قول

إلى قوله- ممن ترضون من الشهداء) والكافر ليس بذئ عدل ولا هو منا ولا من رجالنا ولا ممن نرضاه ولانه لا تقبل شهادته على غير اهل دينه فلا تقبل على اهل دينه كالحربي والخبيري واهل اهل مجالد وهو ضعيف وان ثبت فيحتمل انه اراد اليمين فانها تسمى شهادة قال الله تعالى في اللعان (فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين) واما الولاية فمتعلتها القرابة والشفقة وقرابتهم ثابتة وشفقتهم كشفقة المسلمين وجازت لموضع الحاجة فان غير اهل دينهم لا يبلي عليهم والحاكم يتعذر عليه ذلك لكثرتهم بخلاف الشهادة فانها ممكنة من المسلمين ، وقد روي عن معاذ رضي الله عنه ان النبي ﷺ قال «لا تقبل شهادة اهل دين الا المسلمين فانهم عدول على انفسهم وعلى غيرهم

(فصل) فأما شهادة اهل الكتاب بوصية المسافر الذي مات في سفره إذا شهد بها شاهدان من اهل الذمة قبات شهادتهم إذا لم يوجد غيرهما من المسلمين ويستحلان بعد العصر على ما ذكرنا في صدر المسئلة قول ابن المنذر وبهذا قال أكبر الماضين يعني الآية التي في سورة المائدة ومن قاله شريح والنخعي والاوزاعي ويحيى بن حمزة وقفي بذلك عبد الله بن مسعود وابو موسى رضي الله عنها وقال ابو حنيفة ومالك والشافعي لا تقبل لان من لا تقبل شهادته في غير الوصية لا تقبل في الوصية كالفاسق ولان الفاسق لا تقبل شهادته فالكافر اولى واختلافه وافي تأويل الآية فمنهم من حملها على انتحمل دون الاداء ومنهم قال المراد بقوله من غيركم أي من عشيرتكم ومنهم من قال المراد بالشهادة اليمين

أبي حنيفة ومالك وظاهر مذهب الشافعي قال مالك من أحب بالترد والشرطنج فلا أرى شهادته طائفة لان الله تعالى قال (فماذا بعد الحق إلا الضلال؟) وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال (فصل) فاما الشرطنج فهو كالترد في التحريم إلا أن الترد أكد منه في التحريم لورود النص في تحريمه لكن هذا في معناه فيثبت فيه حكمه قياساً عليه

وذكر القاضي أبو حسين ممن ذهب إلى تحريمه علي بن أبي طالب وابن عمر وابن عباس وسعيد ابن المسيب والقاسم وسالما وعروة ومحمد بن علي بن الحسين ومطار الوراق ومالك وهو قول أبي حنيفة وذهب الشافعي إلى إباحته ، وحكى ذلك أصحابه عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير واحتجوا بان الاصل الاباحة ولم يرد بتحريمها نص ولا هي في معنى النصوص عليه فتبقى على الاباحة ويفارق الشرطنج الترد من وجهين (أحدهما) أن في الشرطنج تدبير الحرب فاشبهه اللعب بالحرب والرمي بالنشاب والمسابقة بالخيل

(والثاني) أن المول في الترد على ما يخرج الكعبتان فاشبهه الاضلام والمول في الشرطنج على حدته وتدبيره فاشبهه المسابقة بالسهام

ولنا قول الله تعالى (إنما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) قال علي رضي الله عنه الشرطنج من الميسر . ومر علي رضي الله عنه على قوم يلعبون بالشرطنج فقال ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون ؟ قال احمد أصح ما في الشرطنج قول علي رضي الله عنه

وانا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم ان اتم ضربتم في الارض فأصابكم مصيبة الموت) الآية وهذا نص الكتاب وقد قضى به رسول الله ﷺ وأصابه فروى ابن عباس قال خرج رجل من بني تميم الداري وعدي بن زيد فمات السهمي بأرض ايسر بها مسلم فلما قدما بركته فقد واجم فضة مخصوصا بالذهب فحلفها رسول الله ﷺ ثم وجدوا الجم بمكة فقالوا اشتريناه من تميم وعدي فقام رجلان من أولياء السهمي فخافنا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وان الجم لصاحبهم فنزلت فيهم (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم) الآية

وعن الشعبي أن رجلا من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقا ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته فاشهد رجلين من أهل الكتاب فندما الكوفة فأبى الأشعري فإخبراه وقدما بركته ووصيته فقال الأشعري هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ فاحلفها بعد العيمر ماخانا ولا كذبا ولا بدلا ولا كتما ولا غيرا وأنها الوصية الرجل وتركته فاهضى شهادتهما رواه أبو داود وروى الخليل حديث أبي موسى باسناده وحمل الآية على أنه أراد من غير عشرتكم لا يصح لأن الآية نزلت في قصة عدي وتمام بلاخلاف بين المفسرين وقد فسره بما قلنا سعيد بن المسيب والحسن

وروى واثلة بن الاسقع رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « إن الله عز وجل ينظر في كل يوم ثلاثمائة وستين نظرة ليس لصاحب الشاه فيها نصيب » رواه أبو بكر باسناده ولانه لعب يصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فاشبهه اللعب بالترد

وقولهم لانص فيها قد ذكرنا فيها نصاً وهي أيضاً في معنى الترد المنصوص على تحريمه . وقولهم إن فيها تدبير الحرب قلنا لا يقصد هذا منها وأكثر اللاعبين بها انما يقصدون منها اللعب أو التمار . وقولهم ان المعول فيها على تدبيره فهو أبلغ في اشتغاله بها وصدها عن ذكر الله والصلاة

إذا ثبت هذا فقال احد الترد أشد من الشطرنج وانما قال ذلك لورود النص في الترد والاجماع على تحريمها بخلاف الشطرنج . واذا ثبت تحريمها فقال القاضي هو كالترد في رد الشهادة به وهذا قول مالك وأبو حنيفة لانه محرم مثله

وقال أبو بكر إن فعله من يعتقد تحريمه فهو كالترد في حقه وإن فعله من يعتقد إباحته لم ترد شهادته إلا أن يشغله عن الصلاة في أوقاتها أو يخرجها إلى الحلف الكاذب ونحوه من المحرمات أو يلعب بها على الضرب أو يفعل في لعبه ما يستخف به من أجله ونحو هذا مما يخرج عن المروءة وهذا مذهب الشافعي وذلك لانه مختلف فيه فاشبهه سائر المختلف فيه

(فصل) واللاعب بالحمام يطيرها لاشهادته وهذا قول أصحاب الرأي وكان شرح لايجز

وابن سيرين وعبيدة وسعيد بن جبير وسامان التيمي وغيرهم ودلت عليه الأحاديث التي رويناها ولانه لو صح ما ذكره لم يجب الايمان لان الشاهدين من المسلمين لاقسامه عليهم وحملها على التحمل لا يصح لأنه أمر باحلافهم ولا ايمان في التحمل وحملها على اليمين لا يصح لقوله (فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشترى به ثمنا ولو كان ذا قربي ولا نكتم شهادة الله) ولانه عطفها على ذوي العدل من المؤمنين وهما شاهدان وروى أبو عبيد في النسخ المنسوخ أن ابن مسعود قضى بذلك في زمن عثمان قال احمد اهل المدينة ليس عندهم حديث أبي موسى من أين يعرفونه ؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله وقضاء رسول الله ﷺ وقضاء الصحابة وعلمهم بما ثبت في الكتاب والسنة فتعين المصير اليه والعمل به سواء وافق القياس او خالفه

(الخامس) ان يكون ممن يحفظ . فلا تقبل شهادة مغفل ولا معروف بكثرة الغلط والنسيان لان الثقة لا تحصل بقوله لاحتمال ان يكون من غلظه وتقبل شهادة من يقل ذلك منه لأن احداً لا يسلم من الغلط .

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (السادس) (العدالة) وهي استواء احواله في دينه واعتدال اقواله وافعاله وقيل العدل من لم تظهر منه ريبة ويعتبر له شيان الصلاح في الدين وهو أداء الفرائض واجتناب المحارم وهو ان لا يرتكب كبيرة ولا يدمن على صغيرة) فان الله تعالى نهى ان تقبل شهادة القاذف

شهادة صاحب حمام ولا حمام وذلك لانه سفه ودناءة وقلة مروءة ويتضمن أذى الجيران بطيره
 وإشرافه على دورهم ورميه إياها بالحجارة
 وقد رأى النبي ﷺ رجلاً يتبع حماماً فقال « شيطان يتبع شيطانه » وإن اتخذ الحمام لصلب
 فراخها أو لحمل الكتب أو للانس بها من غير أذى يتعدى إلى الناس لم ترده شهادته . وقد روى عبادة
 ابن الصامت أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فشكى إليه الوحشة فقال « اتخذ زوجاً من حمام »
 (فصل) فاما المسابقة المشروعة بالخيول وغيرها من الحيوانات أو على الاقدام فباحة لادناءة فيها
 ولا ترد به الشهادة ، وقد ذكرنا مشروعية ذلك في باب المسابقة وكذلك ما في معناه من التقرف
 واللعب بالحراب وقد لعب الحبشة بالحراب بين يدي رسول الله ﷺ وقامت عائشة خلفه تنظر
 اليهم وتستتر به حتى مات ولان في هذا تعلماً للحرب فانه من الآلة فاشبه المسابقة بالخيول والمناضلة
 وضائر للعب اذا لم يتضمن ضرراً ولا شغلاً عن فرض فلاصل إباحته فاكن منه فيه دناءة
 يترفع عنه ذوو الروءات منع الشهادة اذا فعله ظاهراً و تكرر منه ، وما كن منه لادناءة فيه لم
 ترد بها الشهادة بحال

فيقاس عايه كل مرتكب كبيرة ولا يخرججه عن العدالة فدل صغيرة لقول الله تعالى (الذين يجتنبون
 كبائر الاثم والفواحش إلا اللغم) قيل اللغم صغار الذنوب ولان التحرز منها غير ممكن وجاء عن
 النبي ﷺ انه قال « ان تغفر اللهم تغفر جما وأي عبد لك لا ألما » اي لم يلم فان لامع الماضي بمنزلة لم
 مع المستقبل وقيل اللغم ان يلم بالذنب ولا يعود فيه والكبائر كل ذنب فيه حد والاشراك بالله وقتل
 النفس التي حرم الله وعقوق الوالدين ، وقد روى ابو بكره ان رسول الله ﷺ قال « الا انبثكم
 بأكبر الكبائر الاشرارك بالله وقتل النفس التي حرم الله وعقوق الوالدين — وكان متكئاً فجلس فقال —
 الا وقول الزور وشهادة الزور » فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت متفق عليه قل احمد لا يجوز شهادة
 آكل الربا والعاق وقاطع الرحم ولا من لا يؤدي زكاة ماله ، وإذا اخرج في طريق المسلمين الاسطوانة
 والكنيف لا يكون عدلاً ولا يكون ابنه عدلاً إذا ورث أباه حتى يرد ما أخذ من طريق المسلمين ولا
 يكون عدلاً إذا كذب الكذب الشديد لان النبي ﷺ رد شهادة رجل في كذبة . وقال عن الزهري
 عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود في حد ولا ذي غمر
 على أخيه في عداوة ولا القاطع لاهل البيت ولا مجرب عليه شهادة زور ولا ضنين في قرابة ولا ولاء »
 وقد رواه أبو داود « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » فاما
 الصفائر فان كان مصراً عليها ردت شهادته . وان كان الغالب من امره الطاعات لم ترد لما ذكرنا
 من عدم إمكان التحرز منه .

﴿ مسألة ﴾ (ولا تقبل شهادة فاسق لقوله سبحانه وتعالى (واشهدوا ذوي عدل منكم)

﴿ فصل في الملاهي ﴾

وهي على ثلاثة أضرب (محرم) وهو ضرب الاوتار والنايات والمزامير كلها والعود والطنبور والمعزفة والرباب ونحوها فمن أدام استماعها ردت شهادته لانه يروى عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا ظهرت في أمتي خمس عشرة خصلة حل بهم البلاء » فذكر منها اظهار المعازف والملاهي

وقال سعيد ثنا فرج بن فضالة عن علي بن يزيد عن القاسم عن ابي امامة قال : قال رسول الله ﷺ « إن الله يبشئ رحمة للعالمين وأمرني بمحق المعازف والمزامير لا يحمل يمين ولا شراؤه ولا تعليمهن ولا التجارة فيهن ومنهن حرام » يعني الضاربات

وروى نافع قال : سمع ابن عمر مزماراً قال فوضع أصبعيه في أذنيه ونأى عن الطريق وقال لي يا نافع هل تسمع شيئاً ؟ قال قلت لا ، قال فرفع أصبعيه من أذنيه وقال : كنت مع النبي ﷺ فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا . رواه خلال في جامعه من طريقين ، ورواه أبو داود في سننه وقال حديث منكر

وقد احتج قوم بهذا الخبر على إباحتهم وقالوا لو كان حراماً منع النبي ﷺ ابن عمر من سماعه ومنع ابن عمر نافعاً من استماعه ولأنكر على الزمار بها قلنا أما الاول فلا يصح لان المحرم استماعها

وقال سبحانه (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) الآية والشهادة نبأ فيجب التوقف عنه وقد روي في الحديث « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود في الاسلام ولا ذي غمر على أخيه » رواه أبو عبيد وكان أبو عبيد لا يرى الخائن والخائنة مختصاً بإمانات الناس بل جميع ما فرض الله تعالى على العباد القيام به واجتنابه من كبير ذلك وصغيره قال الله تعالى (انا عرضنا على السموات والارض والجبال) الآية وروي عن عمر أنه قال لا يؤسر رجل بغير المدول ولان دين الفاسق لا يزعه عن ارتكاب محظورات الدين فلا يؤمن ان لا يزعه عن الكذب فلا تحصل الثقة بخرجه إذا تقرر هذا فالفسق نوعان :

(أحدهما) من جهة الافعال فلا خلاف في رد شهادته (الثاني) من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة فيوجب رد الشهادة أيضاً . وبه قال مالك وشريك واسحاق وأبو عبيد وابو ثور قال شريك أربعة لا تجوز شهادتهم رافضي يزعم أنه له اماما مقترضة طاعته وخارجي يزعم ان الدنيا دار حرب وقد يزعم ان المشيئة اليه ومرجىء ، وردد شهادة يعقوب وقال الاراد شهادة قوم يزعمون ان الصلاة ليست من الايمان ؟ وقال ابو حامد من اصحاب الشافعي المختلفون على ثلاثة اضرب (ضرب) اختلفوا في الفروع فهو لا يفسقون ولا ترد شهادتهم وقد اختلفت الصحابة في الفروع ومن بعدهم من التابعين

دون سماعها والاستماع غير السماع ولهذا فرق الفقهاء في سجود التلاوة بين السامع والمستمع ولم يوجبوا على من سمع شيئاً محرماً سد أذنيه وقال الله تعالى (وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه) ولم يقل سدوا آذانهم والمستمع هو الذي يقصد السماع ولم يوجد هذا من ابن عمر وإنما وجد منه السماع ولأن النبي ﷺ حاجة إلى معرفة انقطاع الصوت عنه لأنه عدل عن الطريق وسد أذنيه فلم يكن يرجع إلى الطريق ولا يرفع أصبعيه عن أذنيه حتى ينقطع الصوت عنه فأبيح للحاجة وأما الإنكار فلعله كان في أول الهجرة حين لم يكن الإنكار واجباً أو قبل إمكان الإنكار لكثرة الكفر وقلة أهل الإسلام. فإن قيل فهذا الخبر ضعيف فإن أبا داود رواه وقال هو حديث منكر. قلنا قد رواه الخلال بإسناده من طريقين فنلأبأ داود ضعفه لأنه لم يقع له إلا من إحدى الطريقين وضرب مباح ودو الدف فإن النبي ﷺ قال « أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف » أخرجه مسلم . وذكر أصحابنا وأصحاب الشافعي أنه مكروه في غير النكاح لأنه يروى عن عمر أنه كان إذا سمع صوت الدف بعث فنظار فإن كان في وليمة سكت وإن كان في غيرها عمد بالدرة ولنا ما روي عن النبي ﷺ أن امرأة جاءت به فقالت إني نذرت إن رجعت من سفرك سالماً أن أضرب على رأسك بالدف فقتل النبي ﷺ « أوف بنذرك » رواه أبو داود . ولو كان مكروها لم يأمرها به وإن كان منذوراً

(اثني) من نفسه ولا تكفره وهو من سب القرابة كالخوارج أو من سب الصحابة كالروافض فلا تقبل لهم شهادة لذلك
 (اثنان) من تكفره وهو من قال بخلق القرآن ونفى الرؤية وأضاف المشيئة إلى نفسه فلا تقبل له شهادة وذكر القاضي أبو يعلى مثل هذا سواء قال: وقال أحمد ما تجبني شهادة الجهمية والرافضة والقدرية المعانة وظاهر قول الشافعي وابن أبي ليلى والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قبول شهادة أهل الأهواء وأجاز سوار شهادة ناس من بني العنبر ممن يرى الاعتزال قال الشافعي إلا أن يكون ممن يرى الشهادة بالكذب كالخطابية وهم أصحاب أبي الخطاب يشهد بعضهم لبعض بتصديقه
 ووجه قول من أجاز شهادتهم أنه اختلاف لم يخرجهم عن الإسلام أشبه الاختلاف في الفروع ولأن فسقهم لا يدل على كذبهم لكونهم ذهبوا إلى ذلك تديناً واعتقاداً أنه الحق ولم يرتكبوه عالمين بتحريمه بخلاف فسق الافطال .
 مسئلة (ويتخرج قبول شهادة أهل الذمة على قبول شهادة الفاسق من جبة الاعتقاد المتدين به إذا لم يتدين بالشهادة لموافقته على مخالفته كالخطابية .
 وكذلك قال أبو الخطاب . وروي عن أحمد جواز الرواية عن القدري إذا لم يكن داعية فكذلك الشهادة .

وروت الربيع بنت معوذ قالت : دخل علي رسول الله ﷺ صبيحة بنى بي فجعلت جواريات يضربن بدف لهن ويندبن من قتل من آبائي يوم بدر إلى ان قالت إحداهن وفيما نبي يعلم ما في غد فقال « دعي هذا وقولي الذي كنت تقولين » متفق عليه
وأما الضرب به للرجال فمكروه على كل حال لانه انما كان يضرب به النساء والمختون المشبهون بهن ففي ضرب الرجال به تشبه بالنساء وقد لعن النبي ﷺ المشبهين من الرجال بالنساء
فاما الضرب بالتضيب فمكروه اذا انضم اليه محرم أو مكروه كالتصفيق والغناء والرقص وإن خلا عن ذلك كله لم يكره لانه ليس بألة ولا يطرب ولا يسمع منفرداً بخلاف الملاهي ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا

(فصل) واختلاف أصحابنا في الغناء فذهب أبو بكر الخلال وصاحبه أبو بكر عبد العزيز إلى إباحته ، قال ابو بكر عبد العزيز والغناء والنوح معنى واحد مباح ما لم يكن معه منكر ولا فيه طعن وكان الخلال يحمل الكراهة من احمد على الافعال المذمومة لا على القول بعينه
وروي عن احمد أنه سمع عند ابنه صالح قوالاً فلم ينكر عليه وقال له صالح يا أبا عبد الله كنت تكره هذا ؟ فقال انه قيل لي انهم يستعملون المنكر . ومن ذهب إلى إباحته من غير كراهة سعد بن ابراهيم وكثير من أهل المدينة والعنبري لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : كانت عندي جارتان

ولنا أنه أحد نوعي الفسق فترد به الشهادة كالنوع الآخر ولانه فاسق فترد شهادته للآية ﴿م-ثلة﴾ (فاما من فعل شيئاً من الفروع المختلف فيها فتزوج بغير ولي أو شرب من النبيذ ما لا يسكره أو اخر الحج مع امكانه ونحوه متأولاً فلا ترد شهادته)
وإن قبله معتقداً تحريمه ردت شهادته . ويحتمل أن لا ترد بص عايه أحد في شارب النبيذ يحد ولا ترد شهادته . وبهذا قال لشافعي وقال مالك ترد شهادته لانه فعل ما يعتقده الحاكم تحريمه فاشبه المتفق على تحريمه

ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يختلفون في الفروع فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه ولا يفسقه ولانه فرع مختلف فيه فلم ترد شهادته فاعله كالذي يوافقته عليه الحاكم ، فاما ان فعله معتقداً تحريمه ردت شهادته إذا تكرر ويحتمل أن لا ترد وبه قال أصحاب الشافعي لانه فعل لا يرد شهادة بعض الناس فلا يرد شهادة البعض الآخر كالمتفق على حله

ووجه الاول انه فعل محرم على فاعله ويأثم به فاشبه المتفق على تحريمه ، وبهذا فارق معتقد حله وقد روي عن احمد فيمن يجب عليه الحج فلا يحج ترد شهادته وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور فاما من يعتقد أنه على التراخي وتبركه بنية فعله فلا ترد شهادته كسائر ما ذكرنا وقيل ترد لانه (المغني والشرح الكبير) (٦) (الجزء الثاني عشر)

تغنيان فدخل أبو بكر فقال مزبور الشيطان في بيت رسول الله ﷺ؟ فقال رسول الله ﷺ «دعها فلها أيام عيد» متفق عليه

وعن عمر رضي الله عنه انه قال الغناء زاد الراكب . واختار القاضي انه مكروه غير محرم وهو قول الشافعي قال هو من اللهو المكروه ، وقال احمد الغناء ينبت النفاق في القلب لا يعجبني وذهب آخرون من أصحابنا إلى تحريمه ، قال أحمد في من مات وخلف ولداً يتما وجارية مغنية فاحتاج الصبي إلى بيعها تباع ساذجة قيل له إنها تساوي مغنية ثلاثين ألفاً وتساوي ساذجة عشرين ديناراً قال لا تباع إلا على أنها ساذجة . واحتجوا على تحريمه بما روي عن ابن الحنفية في قوله تعالى (واجتنبوا قول الزور) قال الغناء ، وقال ابن عباس وابن مسعود في قوله (ومن الناس من يشترى لهُو الحديث) قال هو الغناء .

وعن أبي امامة أن النبي ﷺ نهي عن شراء المغنيات وبيعهن والتجارة فيهن وأكل أثمانهن حرام ، أخرجه الترمذي وقال لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم فيه أهل العلم وروى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال « الغناء ينبت النفاق في القلب » والصحيح انه من قول ابن مسعود وعلى كل حال من اتخذ الغناء صناعة يؤتى له ويأتي له أو اتخذ غلاماً أو جارية مغنين يجمع عليهما الناس فلا شهادة له لان هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة وسقوط مروءة ومن حرمه فهو مع سفهه غاص مصر متظاهر بفسوقه ، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وإن كان لا ينسب نفسه إلى الغناء وإنما يترجم لهنسه ولا يعني الناس أو كان غلامه وجاريته إنما يغنيان له انبى هذا على الخلاف فيه فن أباحه أو كرهه لم ترد شهادته ومن حرمه قال إن داوم عليه ردت شهادته كسائر الصفات وإن

روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال لقد هممت أن انظر في الناس فمن وجدته يقدر على الحج ولا يحج ضربت عليه الجزية ثم قال ما هم بمسلمين ما هم بمسلمين

﴿مسئلة﴾ الثاني (استعمال المروءة وهو فعل ما يجمله ويزينه وترك ما يندسه ويشينه فلا تقبل شهادة المصانع ، والمتمسخر ، والمعني ، والرقاص ، واللاعب بالشطرنج ، والنرد ، والحمام والذي يتغدى في السوق ويمد رجله في مجمع الناس ويحدث بمباضعته أهله وأمه ويدخل الحمام بغير مئزر ونحو ذلك)

المروءات اجتناب الامور الدنيئة المزرية به وذلك نوعان (أحدهما) في الافعال كالاكل في السوق وهو الذي ينصب مائدة في السوق يأكل والناس ينظرون اليه ولا يعني أكل شيء يسير كاللكسرة ونحوها ، وإن كان يكشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه أو يمد رجله في مجمع الناس أو يتمسخر بما يضحك الناس به أو يخاطب امرأته أو أمته أو غيرها بحضرة الناس الخطاب الفاحش أو يحدث الناس بمباضعته أهله أو نحو هذا من الافعال الدنيئة فلا تقبل شهادته لان هذا سخر ودناءة فمن

لم يداوم عليه لم ترد شهادته وان فعله من يعتقد حله بقياس المذهب انه لا ترد شهادته بما لا يشتهر به منه كسائر المختلف فيه من الفروع ومن كان يعشى بيوت الفناء أو يفشاه المغنون للسمع متظاهراً بذلك وكثر منه ردت شهادته في قولهم جميعاً لانه سفه ودناءة وان كان معتبراً به فهو كالمغني لنفسه على ما ذكر من التفصيل فيه .

(فصل) واما الحداء وهو الانشاد الذي تساق به الابل فبإباح لا بأس به في فعله واسمائه لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كنا مع رسول الله ﷺ في سفر وكان عبد الله بن رواحة جيد الحداء وكان مع الرجال وكان انجشة مع النساء فقال النبي ﷺ لابن رواحة «حرك بالقوم» فاندفع يرتجز فتبعه انجشة فاعتقت الابل فقل النبي ﷺ «لا نجشة رويدك رفقا بالقوارير» يعني النساء وكذلك زئيد الاعراب وهو النصب لا بأس به وسائر انواع الانشاد ما لم يخرج إلى حد الفناء وقد كان النبي ﷺ يسمع انشاد الشعر فلا يذكره . والفناء من الصوت ممدود مكسور والغنى من المال مقصور والحداء مضموم ممدود كالدهاء والرعاء ويجوز الكسر كالنداء والهجاء والغذاء (فصل) والشعر كالكلام حسنه كحسنة وقبيحه كقبيحة وقد روي عن النبي ﷺ انه قال «ان من الشعر لحكماً» وكان يضع لسان منبراً يقوم عليه فيهبو من هجي رسول الله ﷺ والمسلمين وأشدده كعب بن زهير قصيدة* بانث سعاد قلبي اليوم مبتول* في المسجد وقال له عمه العباس يارسول الله اني اريد ان امتدحك فقال قل لا يفضض الله فاك فانشده

من قبلها طبت في الظلال وفي مستودع حيث يخصف الورق
وقال عمرو بن الشريد أردفني رسول الله ﷺ فقال «أمعك من شعر أمية؟ قلت نعم فانشدته بيتا فقال «هيه» فانشدته بيتا فقال «هيه» حتى انشدته مائة قافية وقال النبي ﷺ يوم حنين

رضيه لنفسه واستحسنه فليست له مروءة ولا تحصل الثقة بقوله قال احمد في رجل شتم بهيمة قال الصالحون لا تقبل شهادته حتى يتوب ، وقد روى ابن مسعود البديري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان مما أدرك الناس من كلام النبوة الاولى إذا لم تستح فاصنع ما شئت » يعني من لم يستح صنع ماشاء ولان المروءة تمنع الكذب وتزجر عنه ولهذا يمتنع منه ذوال مروءة وإن لم يكن ذا دين فقد روي عن ابي سفيان أنه حين سأله قيصر عن النبي ﷺ وصفته قال والله لولا أني كرهت أن يؤثر عني الكذب لكذبته ولم يكن يومئذ ذا دين ولان الكذب دناءة والمروءة تمنع من الدناءة وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب اعتبرت في العدالة كالدين ومن فعل شيئاً من هذا مختلفياً به لم يمنع من قبول شهادته لان مروءته لا تسقط به وكذلك إن فعله مرة أو شيئاً قليلاً لم ترد شهادته لان صغير المعاصي لا يمنع الشهادة إذا قل فهذا اولى ولان المروءة لا تختل بقليل هذا ما لم يكن عادة .

انا النبي لا كذب انا ابن عبد المطلب
وقد اختلف في هذا فقيل ليس بشعر وإما هو كلام وزون وقيل بل هو شعر ولكنه بيت
واحد قصير فهو كالنثر ويروى ان ابا الدرداء قيل له مامن اهل بيت في الانصار إلا وقد قال
الشعر قال وأنا قد قلت :

يريد المرء ان يعطى مناه ويأبى الله إلا ما اراد
يقول المرء فائدتي ومالي وتقوي الله افضل ما استفادا

وليس في إباحة الشعر خلاف وقد قاله الصحابة والعلماء والحاجة تدعو اليه لمعرفة اللغة والعربية
والاستشهاد به في التفسير وتعرف معاني كلام الله تعالى وكلام رسوله ﷺ ويستدل به أيضاً على
النسب والتاريخ وأيام العرب ويقال الشعر ديوان العرب فان قيل فقد قال الله تعالى (والشعراء يتبعهم
الغاؤون) وقال النبي ﷺ « لئن بمتلىء جوف أحدكم قيحاً حتى يريه خيره له من أن يمتلىء شعراً »
رواه أبو داود وأبو عبيد وقال معنى يريه يا كل جوفه يقال وراه يريه قال الشاعر :
وراهن ربي مثل ما قد وربني وأحمى على أكبادهن المكلوبا

قلنا أما الآية فلراد بها من أسرف وكذب بدليل وصفه لم بقوله (ألم تر انهم في كل واديعيون
وأنتهم يقولون ما لا يفعلون؟) ثم استثنى المؤمنين فقال (إلا الذين آمنوا و عملوا الصالحات وذكروا الله

(فصل في اللعب)

كل لعب فيه قمار فهو محرم. أي لعب كان وهو من الميسر الذي أمر الله تعالى باجتنابه ومن
تكرر منه ذلك ردت شهادته وما خال القمار وهو اللعب الذي لا عوض فيه من الجانبين ولا من أحدهما
فمنه ماهو محرم ومنه ماهو مباح فالمحرم اللعب بالنرد وهذا قول أبي حنيفة وأكثر اصحاب الشافعي
وقال بعضهم هو مكروه غير محرم .

ولنا ما روى أبو موسى قال سمعت رسول الله ﷺ قال « من لعب بالنردشير فقد عصي الله
ورسوله » . وروى بريدة أن النبي ﷺ قال « من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير
ودمه » « رواه أبو داود وكان سعيد بن جبير إذا مر على أصحاب النردشير لم يسلم عليهم. إذا ثبت
هذا فمن تكرر منه اللعب به لم تقبل شهادته سواء لعب به قماراً أو غير قمار وهو قول أبي حنيفة ومالك
وظاهر مذهب الشافعي . وقال مالك : من لعب بالشطرنج والنرد فلا أرى شهادته إلا باذلة لان الله
تعالى قال (فماذا بعد الحق إلا الضلال) وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال

(فصل) والشطرنج كالنرد في التحريم إلا أن تحريم النرد أكد لورود النص في تحريمه وهذا
في معناه فيثبت فيه حكمة قياساً عليه، وذكر القاجاني أبو الحسين ممن ذهب إلى تحريمه علي بن أبي طالب

كثيراً) ولان الغالب على الشعراء قلة الدين والكذب وقذف المحصنات وهجاء الابرياء سيما من كان في ابتداء الاسلام ممن يهجو المسلمين ويهجو النبي ﷺ ويعيب الاسلام ويمدح الكفار فوق الذم على الاغلب واستثنى منهم من لا يفعل الخصال المذمومة فالآية دليل على إباحته ومدح أهله المتصفين بالصفات الجميلة

وأما الخبر فقال ابو عبيد معناه أن يغاب عليه الشعر حتى يشغله عن القرآن والفقه وقيل المراد به ما كان هجاء وخشافا كان من الشعر يتضمن هجو المسلمين والمدح في أعراضهم أو التشبب بامرأة بعينها والافراط في وصفها فذكر أصحابنا انه محرم وهذا إن أريد به انه محرم على قائله فهو صحيح وأما على راويه فلا يصح فان المغازي تروى فيها قصائد الكفار الذين هاجروا أصحاب رسول الله ﷺ لا ينكر ذلك أحد وقد روي أن النبي ﷺ أذن في الشعر الذي تقاولت به الشعراء في يوم بدر وأحد وغيرها إلا قصيدة أمية بن ابي الصلت الحائمية ، وكذلك يروى شعر قيس بن الخطيم في التشبيب بعمرة بنت رواحة أخت عبد الله بن رواحة وأم النعمان بن بشير

وقد سمع النبي ﷺ قصيدة كعب بن زهير وفيها التشبيب بسعاد ولم يزل الناس يروون أمثال هذا ولا ينكر . وروينا أن النعمان بن بشير دخل مجلساً فيه رجل يغنيهم بقصيدة قيس بن الخطيم فلما دخل النعمان سكتوه من قبل ان فيها ذكر أمه فقال النعمان دعوه فانه لم يقل بأساً إنما قال وعمرة من سروات النساء تنفخ بالمسك أردانها

وابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والقاسم وسالما وعروة ومحمد بن علي بن الحسين ومطر الوراق ومالك وأبا حنيفة وذهب الشافعي إلى إباحته وحكي ذلك أصحابه عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير واحتجوا بأن الاصل الاباحة ولم يرد بتحريمه نص ولا هو في معنى المنصوص عليه فيبقى على الاباحة ويفارق الشطرنج النرد من وجهين (أحدهما) ان في الشطرنج تدبير الحرب فأشبهه اللاعب بالحرب والرعي بالنشاب والمسابقة بالخيول (والثاني) ان المعول في النرد على ما يخرج السكعبتان فأشبهه الازلام والمعول في الشطرنج على حذقه وتدييره فأشبهه المسابقة بالسهام

ولنا قول الله سبحانه وتعالى (إنما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) قال علي رضي الله عنه الشطرنج من الميسر ومر رضي الله عنه على قوم فقال ماهذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون ؟ قل أحمد أصح ما في الشطرنج قول علي رضي الله عنه وروى وثالة بن الاسقع قال قال رسول الله ﷺ « ان لله عز وجل في كل يوم ستمائة وستين نظرة ليس اصحاب الشاه فيها نصيب » ولانه لمب يصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فأشبهه اللاعب بالنرد وقولهم لا نص فيها وقد ذكرنا فيها نصاً وهو في معنى المنصوص على تحريمه وقولهم ان فيها تدبير الحرب قلنا لا يقصد هذا

وكان عمران بن طلحة في مجلس ففناهم رجل بشعر فيه ذكر أمه فسكتوه من أجله فقال دعوه فان قائل هذا الشعر كان زوجها
فاما الشاعر فتي كان يهجو المسلمين أو يمدح بالكذب أو يقذف مسلماً أو مسلمة فان شهادته ترد
وسواء قذف المسلمة بنفسه أو بغيره وقد قيل أعظم الناس ذنباً رجل يهاجي رجلاً فيهجو القبيلة
باسرها . وقد روينا أن أبا دلامة شهد عند قاضٍ أظنه ابن أبي ليلى يخاف أن يرد شهادته فقال
إن الناس غطوني تغطيت عنهم وإن يجرأوا عني ففهم مباحث
فقال القاضي ومن يبحتك يا أبا دلامة وغرم المال من عنده ولم يظهر انه رد شهادته

﴿ فصل في قراءة القرآن بالالخان ﴾

أما قراءته من غير تلحين فلا بأس به وإن حسن صوته فهو أفضل فان النبي صلى الله عليه وسلم
قال « زينوا أصواتكم بالقرآن — وروي — زينوا القرآن بأصواتكم — وقال — لقد أوتي أبو
موسى مزماراً من مزامير آل داود »
وروي ان النبي ﷺ قال لابي موسى « لقد مررت بك البارحة وأنت تقرأ ولقد أوتيت مزماراً
من مزامير آل داود » فقال أبو موسى لو أعلم أنك تسمع لخبرتة لك تحبيراً

منها وأكثير اللاعبين بها انما يقصدون منها اللعب والقمار وقولهم ان الممول فيها على تدبيره فهو أبلغ
في اشغاله بها وصددها عن ذكر الله وعن الصلاة . إذا ثبت هذا فقال أحمد الترد أشد من الشطرنج
انما قل ذلك لورود النص في الترد بخلاف الشطرنج . إذا ثبت هذا فقل اتماضي : هو كالترد في رد
الشهادة وهو قول أبي حنيفة ومالك لا اشتراكها في التحريم وقل أبو بكر ان فعله من يعتد بتحريمه
فهو كالترد في حقه وإن فعله من يعتد بإباحته لم ترد شهادته الا ان يشغله عن الصلاة في أوقاتها أو
يخرجه إلى الحلف الكاذب أو نحوه من المحرمات أو يلعب بها على الطريق أو يفعل في لعبه ما يستخف
به من أجله ونحو هذا مما يخرجه عن المروءة ، وهذا مذهب الشافعي وذلك لانه مختلف فيه أشبه
سائر المختلف فيه

(فصل) فأما اللاعب بالحمام يطيرها فلاشهادة له وهذا قول أصحاب الرأي وكان شريح لا يجيز
شهادة صاحب حمام ولا حمام ولانه سفه ودناءة وقلة مروءة ويتضمن اذى الجيران واشرافه على
دورهم ورميه اياها بالمجارة ، وقد روي ان النبي ﷺ رأى رجلاً يتبع حماماً فقال « شيطان يتبع
شيطانه » فان أخذ الحمام لطلب فراخها أو لحمل السكتب أو للانس بها من غير اذى يتعدى إلى
الناس فلا بأس ، وقد روى عبادة بن الصامت أن رجلاً أتى النبي ﷺ فشكا اليه الوحشة فقال
« اتخذ زوجاً من الحمام »

وروي ان عائشة رضي الله عنها أبطأت على النبي ﷺ ليلة فقال « أين كنت يا عائشة ؟ » فقالت يا رسول الله كنت أستمع قراءة رجل في المسجد لم أسمع أحداً يقرأ أحسن من قراءته فقام النبي ﷺ فاستمع قراءته ثم قال « هذا سالم مولى ابي حذيفة الحمد لله للذي جعل في أمي مثل هذا » وقال صالح قلت لابي « زينوا القرآن باصواتكم » مامعناه ؟ قال أن يحسنه وقيل له نامعني « من لم يتغن بالقرآن » قال يرفع صوته به وهكذا قال الشافعي وقال الليث يتحزن به ويتخشع به ويتباكى به ، وقال ابن عينة وعمر بن الحارث ووكيع يستغني به

فأما القراءة بالتلحين فينظر فيه فان لم يفرط في التمليط والمد واشباع الحركات فلا بأس به فان النبي ﷺ قد قرأ ورجع ورفع صوته قال الراوي اولاً أن يجتمع الناس علي الحكيت لكم قراءته . وقال عليه السلام « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » وقال « ما أذن الله اشيء كاذنه لني حسن الصوت يتغني بالقرآن يجهر به » ومعنى أذن : استمع . قال الشاعر * في سماع يأذن الشيخله *
وقال القاضي هو مكروه على كل حال ونحوه قول أبي عبيد وقال معنى قوله « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » أي يستغني به قال الشاعر

وكنت امرءاً زمناً بالعراق عفيف المناخ كثير المغني

(فصل) فأما المسابقة المشروعة بالخيل وغيرها من الحيوانات أو على الاقدام فباحة ولا دناءة فيها ولا ترد بها الشهادة وقد ذكرنا مشروعية ذلك في باب المسابقة وكذلك ما في معناها من اشقاق والاهب بالحراب وقد لعب الحبشة بين يدي النبي ﷺ بالحراب وقامت عائشة رضي الله عنها تنظر اليهم وتستتر به حتى ملت وسائر اللعب إذا لم يتضمن ضرراً ولا شغلاً عن فرض فالاصل اباحته فما كان فيه دناءة يرفع عنه ذوا الروءات منع الشهادة إذا فعله ظاهراً وتكرر منه ومالا دناءة فيه لم ترد الشهادة به بحال

﴿ مسئلة ﴾ (فأما الشين في الصناعة كالحجام والحائك والنخال والنفاط واتقام والزبال والمشعوذ والدياغ والحارس والكناس فهل تقبل شهادتهم إذا حسنت طرائقهم ؟ على وجهين)
الصناعات الدينية كالكناس والكباش لا تقبل شهادتهما لما روى سعيد في سننه أن رجلاً أتى ابن عمر فقال له اني رجل كناس فقال له أي شيء تكنس ؟ الزبل قال لا قال فالعذرة ؟ قال نعم قال الاجر خبيث وما تزوجت فخيث حتى تخرج منه كما دخلت فيه وعن ابن عباس مثله في الكساح ولان هذا دناءة يجتنبه اهل الروءات فاشبه الذي قبله فاما الزبال ونحوهم ففيه وجهان (أحدهما) لا تقبل شهادتهم لانها دناءة يجتنبها اهل الروءات فهو كالذي قبله (والثاني) يقبل لان الناس اليه حاجة فعلى هذا الوجه انما تقبل شهادته إذا كان يتنظف للصلاة في وقته ويصليها فان صلى بالنجاسة لم تقبل شهادته وجهاً واحداً ، وأما الحائك والحارس والدياغ فهو أعلى من هذه الصنائع فلا ترد به

قال ولو كان من الغناء بالصوت لكان ممن لم يغن بالقرآن ليس من النبي ﷺ وروى نحو هذا التفسير عن ابن عيينة . وقال القاضي احمد بن محمد البرني هذا قول من أدر كنا من أهل العلم . وقال الوليد بن مسلم يتغنى بالقرآن يجهر به وقيل بحسن صوته به

والصحيح ان هذا القدر من التلحين لا بأس به لانه لو كان مكروهاً لم يفعله النبي ﷺ ولا يصح حمله على التغني في حديث « ما أذن الله لشيء كاذنه لني يتغنى بالقرآن » على الاستغناء لان معنى أذن استمع وإنما تستمع القراءة، ثم قال يجهر به والجهر صفة القراءة لا صفة الاستغناء . فأما إن افترط في المد والتعطيط وإشباع الحركات بحيث يجعل الضمة واواً والفتحة ألفاً والكسرة ياء كره ذلك ومن اصحابنا من يحرمه لانه يغير القرآن ويخرج الكلمات عن وضعها ويجعل الحركات حروفاً

وقد روينا عن أبي عبد الله ان رجلاً سأله عن ذلك فقال له ما اسمك؟ قال محمد قال أيسرك ان يقال لك يا موحد؟ قال لا فقال لا يعجبني ان يتعلم الرجل الا الحان إلا أن يكون حرمه مثل حرم أبي موسى فقال له رجل فيكلمون فقال لا كل ذاء، واتفق العلماء على أنه تستحب قراءة القرآن بالتحزين والترتيل والتحسين، وروى بريدة قال قال رسول الله ﷺ « اقرؤوا القرآن بالحزن فانه نزل بالحزن » وقال المروزي سمعت ابا عبد الله قال لرجل لو قرأت وجعل ابو عبد الله ربما تغرغرت عينه وقال زهير بن حرب كنا عند يحيى القطان فجاء محمد بن سعيد الترمذي فقال له يحيى اقرأ فقرأ

الشهادة وذكر شيخنا فيها وجهين وكذلك ذكرها أبو الخطاب والاولى قبول شهادة الحائلك والحارس والديباغ لانه قد تولاهما كثير من الصالحين وأهل المروءات وأما سائر الصنائع التي لا دناءة فيها فلا ترد الشهادة بها إلا من كان منهم يحلف كاذباً أو يهد ويخاف وغلب هذا عليه فان شهادته ترد وكذلك من كان منهم يؤخر الصلاة عن أوقاتها ولا يتنزه عن النجاسات فلا شهادة له ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا كالصائغ والصرفي ولم يتق ذلك ردت شهادته

﴿ فصل في الملاهي ﴾

وهي على ثلاثة أضرب : محرم وهو ضرب الاوتار والنايات والمزامير كلها والعود والطنبور والمزفة والرباب ونحوها فن آدم اسماءها ردت شهادته لانه يروى عن علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « إذا ظهر في أمي خمس عشرة خصلة حل بهم البلاء » ذكر منها إظهار الممازف والملاهي وقال سعيد ثنا فرج بن فضالة عن علي بن يزيد عن الغاسم عن أبي امامة قال قال رسول الله ﷺ « إن الله بعثني رحمة للعالمين وأمرني بحق الممازف والمزامير لا يحل بيعهن ولا شراءهن ولا التجارة فيهن وثمنهن حرام » يعني المضاربات وروى نافع قال سمع ابن عمر مراراً فوضع أصبعيه على أذنيه ونأى عن الطريق وقال لي يا نافع هل تسمع شيئاً؟ قال فقلت لا قل فرفع أصبعيه من أذنيه وقال

فغشي على يحيى حتى حمل فأدخل ، وقال محمد بن صالح العدوي قرأت عند يحيى بن سعيد القطان فغشي عليه حتى فاتته خمس صلوات

(فصل) ولا تقبل شهادة الطفيلي وهو الذي يأتي طعام الناس من غير دعوة وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً وذلك لأنه يروى عن النبي ﷺ انه قال « من أتى إلى طعام لم يدع إليه دخل سارقاً وخرج معيراً » ولأنه يأكل محرماً ويفعل ما فيه سفه ودناءة وذهاب مروءة فان لم يتكرر هذا منه لم ترد شهادته لأنه من الصفات

(فصل) ومن سأل من غير أن تحل له المسئلة فأكثر ردت شهادته لأنه فعل محرماً وأكل سحتاً وأتى دناءة ، وقد روى قبيصة قال قال رسول الله ﷺ « ان المسئلة لا تحل إلا لأحد ثلاثة : رجل اصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسئلة حتى يصيب قواماً من عيش — أو — سداداً من عيش ورجل اصابته فاقة حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجبى من قومه لقد اصابته فلانا فاقة فحلت له المسئلة حتى يصيب قواماً من عيش — أو — سداداً من عيش ورجل تحمل حمالة فحلت له المسئلة حتى يصيبها ثم يمسك فما سوى ذلك من المسئلة فهو سحت يأكله صاحبه سحتاً يوم القيامة » رواه مسلم وأما السائل ممن تباح له المسئلة فلا ترد شهادته بذلك إلا أن يكون أكثر عمره سائلاً أو يكسر ذلك منه فينبغي أن ترد شهادته لان ذلك دناءة وسقوط مروءة ومن أخذ من الصدقة ممن يجوز له

كنت مع النبي ﷺ فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا رواه الخلال في جامعه من طريقين ورواه أبو داود في سننه وقال حديث منكر وقد احتج قوم بهذا الخبر على إباحة الزمار وقالوا لو كان حراماً لمنع النبي ﷺ ابن عمر من سماعه ومنع ابن عمر نافعاً من استماعه ولأن نكر على الزامر بها قلنا الاول لا يصح لان المحرم استماعها دون سماعها والاستماع غير السماع ولهذا فرق الفقهاء في سجود التلاوة بين السامع والمستمع ولم يوجبوا على من سمع شيئاً محرماً سد أذنيه قال الله تعالى (إذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه) ولم يقل سدوا آذانهم والمستمع هو الذي يقصد السماع ولم يوجد هذا من ابن عمر وإنما وجد السماع ولان بالنبي ﷺ حاجة إلى معرفة انقطاع سماع الصوت عنه لانه عدل عن الطريق وسد أذنيه فلم يكن ليرجع إلى الطريق ولا يرفع أصبعيه من أذنيه حتى ينقطع الصوت عنه فابيح للحاجة وأما الانكار فلهل كان في أول الهجرة حينما لم يكن الانكار واجباً أو قبل امكان الانكار لكثرة الكفار وقلة أهل الاسلام فان قيل فهذا الخبر ضعيف فان أبا داود رواه وقال هو حديث منكر قلنا قد رواه الخلال من طريقين فلعل أبا داود وضعفه لانه لم يقره إلا من إحدى الطريقين (وضرب مباح) وهو الدف فان النبي ﷺ قال « اعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف » أخرجه مسلم وذكر أصحابنا وأصحاب الشافعي انه مكروه في غير النكاح لانه يروى عن عمر انه كان إذا سمع صوت الدف بعث فنظر فان كان في وليمة سكنت وان كان في غيرها عمد الدرّة

الأخذ من غير مسألة لم ترد شهادته لانه فعل جائز لادناءة فيه وان أخذ منها ما لا يجوز له وتكرر ذلك منردت شهادته لانه مصر على الحرام

(فصل) ومن فعل شيئاً من الفروع مختلفاً فيه معتقداً إباحته لم ترد شهادته كالمزوج بغير ولي أو بغير شهود وآكل متروك التسمية وشارب يسير النبيذ نص عليه أحمد في شارب النبيذ يحد ولا ترد شهادته وبهذا قال الشافعي، وقال مالك ترد شهادته لانه فعل ما يعتقد الحاكم تحريمه فأشبه المتفق على تحريمه ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يختلفون في الفروع فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه ولا يفسقه ولانه نوع مختلف فيه فلم ترد شهادته فاعله كالذي يوافقته عليه الحاكم وإن فعل ذلك معتقداً تحريمه ردت شهادته به اذا تكرر، وقال أصحاب الشافعي لأرد شهادته به لانه فعل لا ترد به شهادة بعض الناس فلا ترد به شهادة البعض الآخر كالتفق على حله

ولنا انه فعل يحرم على فاعله ويأثم به فاشبهه المجمع على تحريمه وبهذا فارق معتقد حله وقدروي عن احمد فيمن يجب عليه الحج فلا يحج ترد شهادته وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور، فامان يعتقد انه على التراخي ويتركه بنية فاعله فلا ترد شهادته كسائر ما ذكرنا ويحتمل أن ترد شهادته مطلقاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من قدر على الحج فلم يحج فليمت إن شاء يهوديا أو نصرانياً » وقال

ولنا ماروي عن النبي ﷺ ان امرأة جاءت به فقالت إني نذرت إن رجعت من سفرك سالما أن أضرب على رأسك بالدف فقال النبي ﷺ « أوف بنذرك » رواه ابو داود ولو كان مكروها لم يأمرها به وإن كان مندوراً، وروت الربيع بنت معوذ قالت دخل علي رسول الله ﷺ صبيحة بني فجمعت جوهرات يضربن بدف لهن ويندبن من قتل من أبائي يوم بدر إلى أن قالت إحداهن وفينا نبي يعلم ما في غد فقال دعني هذا وقولي الذي كنت تقولين « متفق عليه فاما الضرب به للرجال فهو مكروه على كل حال لانه إنما يضرب به النساء والخثون، والمشبهون بهن ففي ضرب الرجال به تشبه بالنساء. فاما الضرب بالقضيب فيكره إذا انضم اليه مكروه أو محرم كالتصفيق والغناء والرقص وإن خلا عن ذلك كما لم يكره لأنه ليس بالآلة لهو ولا بطرب ولا يسمع منفرداً بخلاف الملاهي، ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا

(فصل) واختلف اصحابنا في الغناء فذهب الخلال وصاحبه ابو بكر عبدالعزيز إلى إباحته قال ابو بكر عبدالعزيز الغناء والنوح معنى واحد مباح ما لم يكن معه منكر ولا فيه طعن فان الخلال يحمل الكراهة من احد على الانعزال المذمومة لا على القول بعينه، وروي عن احمد انه سمع من عند ابنه صالح قوالا فلم ينكر عليه، وقال له صالح يا أبا عبد الله كنت تكرههم؟ فقال قيل لي انهم يستعملون المنكر، ومن ذهب إلى إباحة الغناء من غير كراهة ابراهيم بن سعد وكثير من أهل المدينة والعبدي لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كانت عندي جارتان تغنيان فدخلى ابو بكر فقال ضربوا

عمر لقد همت أن أنظر في الناس فمن وجدته يقدّر على الحج ولا يجهج ضربت عليه الجزية ثم قال ما هم بمسلمين ما هم بمسلمين

(مسئلة) قال (وتجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم)

وجاءته أنه إذا شهد بوصية المسافر الذي مات في سفره شاهدان من أهل الذمة قبلت شهادتهما إذا لم يوجد غيرها ويستحلفان بعد العصر ما خانا ولا كتما ولا اشتريا به ثمنا ولو كان ذاقربي ولا نكتم شهادة الله أنا إذا لم نؤمن
قال ابن المنذر وبهذا قال أكابر الماضين يعني الآية التي في سورة المائدة ، وممن قاله شريح والنخعي والاوزاعي ويحيى بن حمزة وقضى بذلك ابن مسعود و أبو موسى رضي الله عنها
وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا تقبل لأن من لا تقبل شهادته على غير الوصية لا تقبل في الوصية كالفاسق ولأن الفاسق لا تقبل شهادته فالكافر أولى واختلفوا في تأويل الآية فمنهم من حملها على التحمل دون الاداء ومنهم من قال المراد بقوله من غير كم أي من غير عشرتكم ومنهم من قال الشهادة في الآية اليمين

الشيطان في بيت رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ «دعها فإنها أيام عيد» متفق عليه، وعن عمر رضي الله عنه انه قال الغناء زاد الراكب واختار القاضي انه مكروه غير محرم وهو قول الشافعي وقال من اللهو المكروه ، وقال احمد الغناء ينبت النفاق في القلب لا يعجبني ، وذهب آخرون من أصحابنا إلى تحريمه قال احمد فيمن مات وخلف ولداً يتيماً ، جارية مغنية فاحتاج الصبي إلى بيعها تباع ساذجة قيل له انها تساوي مغنية ثلاثين الفاً وتساوي ساذجة عشرين ديناراً فقال لا تباع إلا على انها ساذجة واحتجوا على تحريمه بما روي عن ابن الحنفية في قوله تعالى (واجتنبوا قول الزور) قال الغناء
وقال ابن عباس وابن مسعود في قول الله تعالى (ومن الناس من يشتري لهو الحديث) قال هو الغناء وعن أبي امامة ان النبي ﷺ نهى عن شراء المغنيات وبيعهن والتجارة فيهن وأكل ثمنهن حرام أخرجه الترمذي وقال لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم أهل العلم فيه

وروى ابن مسعود ان النبي ﷺ قال « الغناء ينبت النفاق في القلب » والصحيح انه قول ابن مسعود ، وعلى كل حال من أخذ الغناء صناعة يؤتى اليه ويأتي له او أخذ غلامه او جارية مغنيين يجمع عليهما الناس فلا شهادة له لان هذا عند من لم يجرمه سفه ودناءة وسقوط مروءة ومن حرمه فهو مع سفهه عاص مصر متظاهر بفسقه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ، وإن كان لا ينسب نفسه إلى الغناء وإنما يترنم لنفسه ولا يعني للناس او كان غلامه وجاريته انها يغنيان له انبنى هذا على الخلاف فيه فن أباحه او كرهه لم ترد شهادته ، ومن حرمه قال ان دام عليه ردت شهادته كسائر الصغائر

ولنا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابكم مصيبة الموت) الآية وهذا نص الكتاب وقد قضى به رسول الله ﷺ وأصحابه فروى ابن عباس قال : خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري وعدي بن زيد فمات السهمي بارض ايمس بها مسلم فلما قدما بتركته فقدوا جام فضة مخصوصاً بالذهب فاحلفها رسول الله ﷺ ثم وجدوا الجام بمكة فقالوا اشتريناه من تميم وعدي فقام رجلان من أولياء السهمي فحلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتها وإن الجام لصاحبهم فنزلت فيهم (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم) الآية

وعن الشعبي أن رجلا من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقا ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته فاشهد رجلين من أهل الكتاب فقدموا الكوفة فاتيا الأشعري فاخبراه وقدما بتركته ووصيته فقال الأشعري هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ فاحلفها بعد العصر ماخانا ولا كذبا ولا بدلا ولا كما ولا غيرا وانها لوصية الرجل وتركته فامضى شهادتهما . رواها أبو داود في سننه

وروى الخلال حديث أبي موسى باسناده وحمل الآية على انه أراد من غير عشيرتكم لا يصح

وإن لم يداوم عليه لم ترد شهادته ، وإن فعله من يعتقد حله فقياس المذهب أن لا ترد شهادته بما لا يشتهر به منه كسائر المختلف فيه من الفروع ، ومن كان يغشى بيوت المغني أو يفشاه المغنون للسمع مظاهراً بذلك وكثر منه ردت شهادته في قولهم جميعاً لأنه سفه ودناءة ، وإن كان مستتراً به فهو كالمغني لنفسه على ما ذكر من التفصيل فيه

(فصل) فاما الحداء وهو الانشاد التي تساق به الابل فبإباح لا بأس به في فعله واستماعه لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كنا مع رسول الله ﷺ في سفر وكان عبد الله بن رواحة جديماً الحداء وكان مع الرجال وكان أنجشة مع النساء فقال النبي ﷺ لابن رواحة «حرك بالقوم» فاندفع يندفقتبعه أنجشة فأعنت الابل فقل النبي ﷺ « لا أنجشة رويدك رفقا بالقوارير » يعني النساء وكذلك نشيد الأعراب وهو النصب لا بأس به وسائر أنواع الانشاد المأخوذ إلى حداءه ، وقد كان النبي ﷺ يسمع انشاد الشعر فلا ينكره وانما من الصوت ممدود مكسور والغنى من النال مقصور والحداء ممدود مضموم كالحداء ويجوز الكسر كالنداء

(فصل) والشعر كالكلام حسنة كحسنة وقبيحة كقبيحة ، وقد روي عن النبي ﷺ انه قال «إن من الشعر لحكماً» وكان يضع لحسان منبراً يقوم عليه فيجوز من هجا رسول الله ﷺ والمسلمين وأنشده كعب بن زهير قصيدته * بانت سعاد فتلبي اليوم متبول * في المسجد وقال له عمه العباس يا رسول الله إني أريد أن أمتدحك فقال قل لا يفضض الله فاك فأنشده

لان الآية نزلت في قضية عدي وتميم بلاخلاف بين المفسرين وقد فسرهما بما قلنا سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعبيدة وسعيد بن جبير والشعبي وسليمان التيمي وغيرهم ودلت عليه الاحاديث التي رويناها ، ولانه لو صح ما ذكره لم تجب الايمان لان الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهم وحملها على التحمل لا يصح لانه امر باحلافهم ولا ايمان في التحمل وحملها على اليمين لا يصح لقوله (فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشترى به ثمناً ولو كان ذاقربي ولا نكتم شهادة الله) الآية ولانه عطفها على ذوي العدل من المؤمنين وهما شاهدان

وروى ابو عبيد في الناسخ والمذسوخ أن ابن مسعود قضى بذلك في زمن عثمان ، قال احد أهل المدينة ليس عندهم حديث ابي موسى من أين يعرفونه؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله وقضاء رسول الله ﷺ وقضاء الصحابة به وعملهم بما ثبت في الكتاب والسنة فتعين المصير اليه والعمل به سواء وافق القياس أو خالفه

﴿مسئلة﴾ قال (ولا تجوز شهادتهم في غير ذلك)

مذهب ابي عبد الله أن شهادة أهل الكتاب لا تقبل في شيء على مسلم ولا كافر غير ما ذكرنا رواه عنه نحو من عشرين نفساً. ومن قال لا تقبل شهادتهم الحسن وابن ابي ليلى والاوزاعي ومالك

من قبلها طبت في الظلال وفي مستودع حيث يخصف الورق
وقال عمر بن الشريد أورد في رسول الله ﷺ فقال «أمعك من شعر أمية؟» قلت نعم فأنشده بيتاً فقال «هيه» حتى أنشدته مائة قافية وقال النبي ﷺ يوم حنين
أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب
وقد اختلف في هذا فقيل ليس بشعر وإنما هو كلام موزون ، وقيل بل هو شعر ولكنه بيت واحد قصير فهو كالنثر ، ويروى ان ابا الدرداء قيل له ما من أهل بيت في الانصار إلا وقد قل الشعر قال وأنا قد قلت

يريد العبد أن يعطى مناه ويأبى الله إلا ما أراد

يقول العبد فائدني ومالي وتقوى الله أفضل ما استفادا

وليس في إباحة الشعر اختلاف وقد قاله الصحابة والعلماء والحاجة تدعو اليه لمعرفة اللغة العربية وللإستشهاد به في التفسير وتعرف معنى كلام الله تعالى وكلام رسوله ﷺ ويستدل به أيضاً على النسب والتاريخ وأيام العرب ويقال الشعر ديوان العرب فان قيل فقد قال الله تعالى (والشعراء يتبعهم الغاؤون) وقال النبي ﷺ « لان يتلى أحدكم قيحاً حتى يريه خيره له من أن يتلى شعراً » رواه ابو داود وابو عبيد وقال معنى يريه ياكل جوفه . يقال وراه يريه . قال الشاعر :

والشافعي وأبو ثور ونقل حنبل عن أحمد أن شهادة بعضهم على بعض لم تقبل وخطأ الخلال في نقله هذا وكذلك صاحبه أبو بكر قال هذا غلط لاشك فيه وقل ابن حامد بل المسئلة على روايتين وقال أبو حفص البرمكي تقبل شهادة السبي بعضهم لبعض في النسب إذا ادعى أحدهم أن الآخر أخوه والمذهب الأول والظاهر غلط من روى خلاف ذلك ، وذهبت طائفة من أهل العلم إلى أن شهادة بعضهم على بعض تقبل ثم اختلفوا فمنهم من قل الكافر كله ملة واحدة فتقبل شهادة اليهودي على النصراني والنصراني على اليهودي هذا قول حماد وسوار والثوري والبيتي وأبي حنيفة وأصحابه وعن قتادة والحكم وأبي عبيد وإسحاق تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ولا تقبل شهادة يهودي على نصراني ولا نصراني على يهودي وروي عن الزهري والشعبي كقولنا وكقولهم ، واحتجوا بما روي عن جابر أن النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ، رواد ابن ماجه ولان بعضهم يلي على بعض فتقبل شهادة بعضهم على بعض كالمسلمين .

ولنا قول الله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقال تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) والكافر ليس بذوي عدل ولا هو منا

وراهن ربي مثل ما قد ورينني وأحى على اكبادهن المسكوايا

قلنا أما الآية فالمراد بها من اسرف وكذب بدليل وصفه لهم بقوله (ألم تر انهم في كل واد يهيمون وأنهم يقولون مالا يفعلون؟) ثم استثنى المؤمنين بقوله (الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وذكروا الله كثيراً) ولان الغالب على اشعراء تلة الدين والكذب وقذف المحصنات وهجاء الابرياء لا سيما من كان في ابتداء الاسلام ممن يهجو النبي ﷺ ويهجو المسلمين ويعيب الاسلام ويمدح الكفار فوقع الذم على الاغاب واستثنى منهم من لا يفعل الخصال المذمومة فلاية دليل على إباحته ومدح أهله المنتصفين بالصفات الجميلة ، واما الخبر فقال أبو عبيد معناه أن يغاب عليه الشعر حتى يشغله عن اقرآن وافتقه وقيل المراد به ما كان هجاء وخشاً فما كان من الشعر يتضمن هجاء المسلمين واتدح في اعراضهم او التشبب بامرأة بعينها بالافراط في وصفها فذكر أصحابنا أنه محرم وهذا ان اريد به أنه محرم على قائله فهو صحيح ، وأما على راويه فلا يصح فان المغازي يروى فيها قصائد الذين هاجوا بها أصحاب رسول الله ﷺ لا ينكر ذلك أحد ، وقد روي ان النبي ﷺ أذن في الشعر الذي تقاولت به الشعراء في يوم بدر وأحد وغيرها الاقصيدة أمية بن ابي الصلت الحائية وكذلك يروى شعر قيس بن الخزيم في التشبب بعمره بنت رواحة اخت عبد الله بن رواحة ام النعمان ابن بشير وقد سمع النبي ﷺ قصيدة كعب بن زهير وفيها التشبب بسعاد ولم يزل الناس يروون أمثال هذا ولا ينكر وروينا ان النعمان بن بشير دخل مجلساً فيه رجل يفتنهم بقصيدة قيس بن الخظيم فلما دخل النعمان سكتوه من قبل ان فيها ذكر امه فقال النعمان فلم يقل: بأساً انما قال

ولا من رجالنا ولا ممن نرضاه ولانه لا تقبل شهادته على غير أهل دينه فلا تقبل على أهل دينه كالحرابي والخبر يرويه مجالد وهو ضعيف وإن ثبت فيحتمل انه أراد اليمين فانها تسمى شهادة ، قال الله تعالى في اللعان (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين) وأما الولاية فتعاقبها القرابة والشفقة وقرابتهم ثابتة وشفقتهم كشفقة المسلمين وجازت لموضع الحاجة فان غير أهل دينهم لا يلي عليهم والحاكم يتوذر عليه ذلك لكثرتهم بخلاف الشهادة فانها مكنة من المسامحة وقد روي عن معاذ ان النبي ﷺ كان لا يقبل شهادة أهل دين إلا المسلمين فانهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم

(مسألة) قال (ولا تقبل شهادة خصم ولا جار الى نفسه ولا دافع عنها) .

أما الخصم فهو نوعان (أحدهما) كل من خصم في حق لا تقبل شهادته فيه كالأوكيل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه ولا الوصي فيما هو وصي فيه ولا الشريك فيما هو شريك فيه ولا المضارب بمال أو حق للمضاربة ولو غصب الوديعة من المودع وطالب بها لم تقبل شهادته فيها وكذلك ما أشبهه هذا لانه خصم فيه فلم تقبل شهادته به كذلك ، (والثاني) العدو فشهادته غير مقبولة على عدوه في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ربيعة والثوري وإسحاق ومالك والشافعي ويريد

وعمرة من سروات النساء * تفح بالمسك اردانها

وكان عمر بن طلحة بجاس فغناهم رجل بشعر فيه ذكر امه فسكتوه فقال دعوه فان قائل هذا الشعر كان زوجها فأما لشاعر فمضى كان يهجو المسلمين ويمدح بالكذب أو يقذف مسلماً أو مسلمة فان شهادته ترد وسواء قذف المسلمة بنفسه أو بغيره وقد قيل أعظم الناس ذنباً رجل يهاجي رجلاً فيهجو القبيلة بأسرها وقد روي ان أبادلماة ؟ شهد عند قاض فخاف ان ترد شهادته فقال

ان الناس غطوني تغليت عنهم وان بحثوا عني ففهمم مباحث

فقال القاضي ومن يبحتك يا ابا دلامة ؟ وغرم المال من عنده ولم يظهر انه رد شهادته

(فصل في قراءة القرآن بالالخان) اما قراءته من غير تلحين فلا بأس بها وان حسن صوته به فهو أفضل فان النبي ﷺ قال « زينوا أصواتكم بالقرآن » وروي « زينوا القرآن بأصواتكم » وقال « لقد أوتي أبو موسى مزماراً من مزامير آل داود » فقال أبو موسى لو أعلم انك تستمع لحبزه لك تحبيراً وروي ان عائشة أبطأت على النبي ﷺ ليلة فقال أين كنت يا عائشة فقالت يا رسول الله كنت أسمع قراءة ترجل في المسجد لم أسمع أحداً يقرأ أحسن من قراءته فقام النبي ﷺ فاستمع قراءته ثم قال « هذا سالم مولى ابي حذيفة الحمد لله الذي جعل في امتي مثل هذا » قال صالح قلت « لا يزينوا القرآن بأصواتكم » ما معناه قال ان تحسنه وقيل له ما معني « من لم يتغن بالقرآن » قال يرفع صوته به ، وهكذا قال الشافعي وقال الليث يتحزن به ويتخشم به ويتباكى به . وقال ابن عيينة وعمرو بن الحارث وو كيع يستغني به فاما القرآن بالتامحين فينظر فيه فان لم يفرط في التعطيط والمد واشباع الحركات فلا بأس به فان النبي ﷺ قد قرأ ورجع ورفع صوته

بالعداوة ههنا العداوة الدنيوية مثل ان يشهد انتقدفون على القاذف والمقطوع عليه الطريقة على القاطع والمقتول وليه على القاتل والمجروح على الجارح والزوج يشهد على امرأته بالزنا فلا تقبل شهادته لانه يقر على نفسه بعداوته لها لافسادها فراشه .

فأما العداوة في الدين كالمسلم يشهد على الكافر أو الحق من اهل السنة يشهد على مبتدع فلا ترد شهادته لان العدالة بالدين والدين يمنعه من ارتكاب محذور دينه وقال ابو حنيفة لاتمنع العداوة الشهادة لانها لاتخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصدقة .

ولما ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قل رسول الله ﷺ « لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » رواه أبو داود الغمر الحقد ولان العداوة تورث الأهمة فتمنع الشهادة كالقراة القريبة وتخالف الصدقة فان في شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه وبيع آخرته بدنياه غيره وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفي من عدوه فاقترقا فان قيل فلم قبلتم شهادة المسلمين على الكفار مع العداوة ؟ قلنا العداوة ههنا دينية والدين لا يقتضي شهادة الزور ولا ان يترك دينه بموجب دينه .

(فصل) فان شهد على رجل بحق فقدفنه المشهود عليه لم ترد شهادته بذلك لاننا لو ابطالنا شهادته بهذا لتمكن كل مشهود عليه من ابطال شهادة الشاهد بأن يقذفه ويفارق ما لو طرأ الفسق

وقال الراوي لولا ان تجتمع الناس إلى الحكيم كقراءة رسول الله ﷺ وقال عليه الصلاة والسلام « ليس منامن لم يتغن بالقرآن » وقال « ما أذن الله لشيء كاذنه لني حسن الصوت يتغنى بالقرآن » أي يجهر به ومعنى اذن استمع قال القاضي هو مكروه على كل حال ونحوه قول أبي عبيد وقال معنى قوله « من لم يتغن بالقرآن » أي يستغني به قال الشاعر :
و كنت أمراً زمنا بالعراق عفيف النياح كثير التغني

قال ولو كان الغناء بالصوت لكان من لم يغن بالقرآن وروي نحو هذا التفسير عن ابن عيينة وقال القاضي أحمد بن محمد البرقي : هذا قول من أدركنا من اهل العلم وقال الوليد بن مسلم يتغنى بالقرآن يجهر به وقيل يحسن صوته به . قال شيخنا والصحيح أن هذا انقدر من التلحين لا بأس به ولانه لو كان مكروها لم يفعله النبي ﷺ ولا يصح حمله على التغني في حديث « ما أذن الله لشيء كاذنه لني يتغنى بالقرآن » على الاستغناء لان معنى اذن استمع وإنما تسمع القراءة ثم نال يجهر والجهر صفة انقراءة لا صفة الاستغناء فاما إذا أسرف في المد والتمطيط واشباع الحركات بحيث يجعل الضمة واواً والفتحة ألفاً والكسرة ياء كره ذلك ومن أصحابنا من قال يحرم لانه يغير انقرآن ويخرج الكلمات عن وضعها ويحمل الحركات حروفاً ، وقد روينا عن أبي عبد الله أن رجلاً سأله عن ذلك فقال له ما اسمك ؟ قال محمد قال أيسرك أن يقال لك يا موحد ؟ قل لا قال ولا يعجبني أن يتعلم الرجل الا الحان إلا ان يكون حرمه مثل حرم أبي موسى قال له رجل فيكلمون قل لا كل ذا

بعد أداء الشهادة وقبل الحكم فإن رد الشهادة فيه لا يفضي إلى ذلك بل إلى عكسه ولأن طريقان الفسق يورث تهمة في حال أداء الشهادة لأن العادة أسراره فظهوره بعد أداء الشهادة يدل على أنه كان يسره حالة أدامها وههنا حصلت العداوة بامر لانهمة على الشاهد فيه وأما المحاكاة في الأموال فليست بعداوة تمنع الشهادة في غير ما حاكم فيه

وأما قوله ولا جار إلى نفسه فإن الجار إلى نفسه هو الذي ينتفع بشهادته ويجر اليه بها نفعاً كشهادة الغرماء للمفلس بدين أو عين وشهادتهم للميت بدين أو مال فإنه لو ثبت للمفلس أو الميت دين أو مال تعلق حقوقهم به ويفارق ما لو شهد الغرماء لحي لا حجر عليه بمال فإن شهادتهم تقبل لأن حقهم لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بدمته

فإن قيل إذا كان معسراً سقطت عنه المطالبة فإذا شهد له بمال ملكا مطابته فجزء إلى أنفسهم نفعاً قلنا لم تثبت المطالبة بشهادتهم إنما تثبت بيساره وإقراره لدعواه الحق الذي شهدوا به ولا تقبل شهادة الوارث للموروث بالجرح قبل الاندمال لأنه قد يسري الجرح إلى نفسه فتجب الدية لم بشهادتهم ولا شهادة الشفيع ببيع شقص له فيه الشفعة ولا شهادة السيد لعبد المأذون له في التجارة ولا لمكاتبه، قال القاضي ولا تقبل شهادة الأجير لمن استأجره وقال نص عليه أحمد

واتفق أهل العلم على أنه تستحب قراءة القرآن بالتحزين والترتيل والتحسين وروى بريدة قال قال رسول الله ﷺ «اقرأوا القرآن بالحزن فإنه نزل بالحزن» وقال المروزي سمعت أبا عبد الله قال لرجل لو قرأت وجعل أبو عبد الله ربما تفرغرت عينه وقال زهير بن حرب كنا عند يحيى القطن فجاء محمد بن سعيد فقال له يحيى اقرأ فقرا فغشي على يحيى حتى حمل وادخل وقال محمد بن صالح العدوي قرأت عند يحيى بن سعيد القطن فغشي عليه حتى فإنه خمس صلوات

(فصل) ولا تقبل شهادة الطميلي وهو الذي يأتي طعام الناس من غير دعوة، وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً وذلك لأنه يروى عن النبي ﷺ أنه قال «من أتى طعاماً لم يدع إليه دخل سارقاً وخرج معيراً» ولأنه يأكل محرماً ويفعل ما فيه سفه ودناءة وذهاب مروءة فإن لم يتكرر هذا منه لم ترد شهادته لأنه من الصفائر ومن سأل من غير أن يحل له المسئلة فأكثر ردت شهادته لأنه فعل محرماً وأكل سحتاً واتى دناءة، وقد روى قبيصة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إن المسئلة لا تحل إلا لأحد ثلاثة رجل أصابته جائحة فأجتاحت ماله فحلت له المسئلة حتى يصيب فوا ما من عيش - أو قال - سداداً من عيش، ورجل تحمل حمالة فحلت له المسئلة حتى يصيبها ثم يمسك» فاما السائل ممن تباح له المسئلة فلا ترد شهادته بذلك إلا أن يكون أكثر عمره سائلاً فينبغي أن ترد شهادته لأن ذلك دناءة وسقوط مروءة، فإن أخذ من الصدقة من يجوز له الأخذ من غير

فان قيل فلم قبلتم شهادة الوارث لموروثه مع انه اذا مات ورثه فقد جر إلى نفسه بشهادته نفعاً قلنا لاحق له في ماله حين الشهادة وانما يحتمل أن يتجدد له حق وهذا لا يمنع قبول الشهادة كالمشهد لامرأة يحتمل أن يزوجها أو لغريم له بما لا يحتمل أن يوفيه منه أو ينلس فيتملق حقه به وانما المانع ما يحصل للشاهد به نفع حال الشهادة

فان قيل فقد منعتم قبول شهادته لموروثه بالجرح قبل الاندمال لجواز أن يتجدد له حق وإن لم يكن له حق في الحال فان قلتم قد انعقد سبب حقه قلنا يبطل بالشاهد لموروثه الرض بمحق فان شهادته تقبل مع انعقاد سبب استحقاؤه بدليل أن عطيته له لا تنفذ وعطيته لغيره تنفذ على الخروج من الثالث قلنا انما منعنا الشهادة لموروثه بالجرح لانه ربما أفضى إلى الموت فتجب الدية للوارث الشاهد به ابتداء فيكون شاهداً لنفسه موجباً له بها حقاً ابتداء بخلاف الشاهد للمريض أو المجروح بما له فانه انما يجب للمشهود له ثم يجوز أن ينتقل ويجوز أن لا ينتقل فلم يمنع الشهادة له كالشهادة لغريمه فان قيل فقد أجزتم شهادة الغريم لغريمه بالجرح قبل الاندمال كما أجزتم شهادته له بماله قلنا انما أجزناها لان الدية لا تجب للشاهد ابتداء انما تجب للقتيل أو لورثته ثم يستوفي الغريم منها فاشبهت الشهادة له بالمال

مسألة لم ترد شهادته لانه فعل جائز لا دناءة فيه وان اخذ منها ما لا يجوز له وتكرر ذلك منه ردت شهادته لانه مصر على الحرام.

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (ومتى زالت الموانع منهم فبلغ الصبي وعقل المجنون واسلم الكافر وتاب الفاسق قبلت شهادتهم بمجرد ذلك)

لان المقتضي لقبول الشهادة موجود وإتبادرت لوجود المانع فاذا زال المانع عمل المقتضي عمله كما لو لم يوجد المانع وتقبل توبة الفاسق لقول الله سبحانه وتعالى (وهو الذي يقبل التوبة عن عباده) وقوله سبحانه (ومن يعمل سوءاً أو يظلم نفسه ثم يستغفر الله يمد الله غفوراً رحيماً) وقال النبي ﷺ «التائب من الذنب كمن لا ذنب له» وقال عمر رضي الله عنه: بقية عمر المرء لا قيمة له يدرك فيه ما ماتت ويحيي فيه ما مات ويبدل الله سيئاته حسنات والتوبة على ضربين باطنة وحكمية فالباطنة فيما بينه وبين الله تعالى فان كانت المعصية لا توجب حقاً عليه في الحكم كقبلة الاجنبية والخلوة بها وشرب المسكر والكذب فالتوبة منها الندم والعزم على ان لا يعود فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال «التوبة النصوح تجمع أربعة أشياء لندم بالقلب والاستغفار باللسان واضمار أن لا يعود» وبمجانبة خطاء السوء وإن كانت توجب حقاً عليه لله تعالى أو لآدمي كمنع الزكاة والغصب فالتوبة منها بما ذكرنا وترك الظلمة حسب إمكانه بان يؤدي الزكاة ويرد المغصوب أو بدله وان عجز عن ذلك نوى رده متى قدر

وأما الدافع عن نفسه فمثل أن يشهد المشهود عليه بجرح الشهود أو تشهد عاقلة اتقاتل خطأ بجرح الشهود الذين شهدوا به لما فيه من دفع ائدية عن أنفسهم فإن كان الشاهدان بالجرح فقيرين احتمل قبول شهادتهما لانهما لا يحملان شيئاً من الدية واحتمل أن لا تقبل لانه يخاف أن يوسرأ قبل الحول فيحتملا وكذلك الخلاف في البعيد الذي لا يحمل لبعده فانه لا يأمن أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول فيحمل ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه بقضاء الحق أو الإبراء منه ولا شهادة أحد الشفيعين على الآخر باسقاط شفعته لانه يوفر الحق على نفسه ولا شهادة بعض غرماء الفئس على بعضهم باسقاط دينه أو استيفائه ولا بعض من أوصي له بمال على آخر بما يطل وصيته اذا كانت وصيته تحصل بها مزاحته إما لضيق امثلك عنها أو لسكون الوصيتين بمعين فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه لان الشاهد به متهم لما يحصل بشهادته من نفع نفسه ودفع الضرر عنها فيكون شاهداً لنفسه وقد قل الزهري مضت السنة في الاسلام أن لا تجرز شهادة خصم ولا ظنين والظنين المتهم وروى طلحة بن عبد الله بن عوف قل : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا شهادة لخصم ولا ظنين . ومن رد شهادة الشريك لشريكه شريح وانخمي واثوري والشافعي واصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفاً

عليه فان كان عليه فيها حق في البدن وكان حقاً لا دمي كالتقصاص وحدث ائذف فالمتشرط في التوبة التمكن من نفسه ببذلها المستحق وان كان حقاً لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر فتوبته بالدم والعزم على ترك العود ولا يشترط الاقرار به فان كان ذلك لا يشتهر عنه فالاولى له ستر نفسه والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى لان النبي ﷺ قال « من أتى شيئاً من هذه القاذورات فاستتر بستر الله فان من ابدى لنا صفة حته افنا عليه الحد » من ائذف من هذه القاذورات فاستتر بستر الله ذلك وان كانت معصيته مشهورة فذكر انقاضي أن الاقرار اتمام عليه الحد لانه إذا كان مشهوراً فلا فائدة في ترك إقامة الحد عليه .

قل شيخنا والصحيح ان ترك الاقرار أولى لان النبي ﷺ عرض للمقر عنده بالرجوع عن الاقرار فعرض لما عز والمقر عنده بالسرقة بالرجوع مع اشتباره عنه باقراره وكره الاقرار حتى قيل إنه لما قطع السارق كذا أسف وجهه رمادا ولم يرد الامر بالاقرار ولا الحث عليه في كتاب ولاسنة ولا يصح له قياس انما ورد الشرع بالستر والاستتار والتعريض المقر بالرجوع عن الاقرار وقل لهزال وهو الذي امرعازا بالاقرار « ياهزال لو سترت بشوبك لكان خيراً لك » وقل أصحاب الشافعي توبة هذا اقراره ليقام عليه الحد وليس بصحيح لما ذكرنا ولان التوبة توجد حقيقتها بدون الاقرار وهي تجب ما قبلها كما ورد في الاخبار مع ما دللت عليه الايات في مغفرة الذنوب بالاستغفار وترك الاسرار وأما البدعة فالتوبة منها بالاعتراف بها واعتقاد ضد ما كان يعتقد منها

(فصل) وإن شهد الشريك لشريكه في غير ماهو شريك فيه أو الوكيل لوكاله في غير ماهو وكيل فيه أو العدو لعدوه أو الوارث لموروثه بمال أو بالجرح بعد الاندمال أو شهد أحد الشفيعين بعد أن أسقط شفيعته على الآخر باسقاط شفيعته أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر بما يسقط وصيته أو كانت إحدى الوصيتين لاتزاحم الاخرى ونحو ذلك مما لا تهمة فيه قبلت لان المقتضي لقبول الشهادة متحقق والمانع منتف فوجب قبولها عملاً بالمقتضي

(مسئلة) قال (ولا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الغلط والغفلة)

وجملته انه يعتبر في اشاهد أن يكون موثقاً بقوله لتحصل غلبة الظن بصدقه ولذلك اعتبرنا العدالة ومن يكثر غاظه وتغفله لا يوثق بقوله لاحتمال أن يكون من غلطاته فربما شهد على غير من استشهد عليه أو لمير من شهد له أو بغير ما استشهد به واذا كان مغفلاً فربما استزله انهم بغير شهادته فلا تحصل ائمة بقوله ولا يمنع من الشهادة وجود تناط نادر أو غفلة نادرة لان أحداً لا يسلم من ذلك فلو منع ذلك الشهادة لانسد بابها فاعتبرنا الكثرة في المنع كما اعتبرنا كثرة المعاصي في الاخلال بالعدالة

(مسئلة) (ولا يعتبر اصلاح العمل وعنه يعتبر في اثائب اصلاح العمل سنة)

ظاهر كلام احمد والخرفي انه لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة من قبول الشهادة وصحة الولاية في النكاح اصلاح العمل وهو أحد اقولين لشافعي وفي اقول الاخر يعتبر اصلاح العمل الا أن يكون ذنبه الشهادة بازناً فلم يكمل عدد اشهود فإنا يفي مجرد اتوبته من غير اعتبار اصلاحه وما عداه فلا تكفي التوبة حتى تمضي عليه سنة تظهر فيها توبته ويدين فيها اصلاحاً وهذا روايتان عن أحمد حكاهما أبو الخطاب لان الله تعالى قال (الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا) وهذا نص فإنه من قبول شهادتهم ثم استثنى اثائب المصلح ولان عمر رضي الله عنه لما ضرب صبيغاً أمر بهجران حتى بلغته توبته فامر ان لا يكلم الا بعد سنة ولنا قوله عليه السلام «اتوبة نجب مقبها» وقوله «اثائب من الذنب كن لا ذنب له» ولان المغفرة تحصل بمجرد التوبة في ذلك الاحكام ولان اتوبة من اشرك بالاسلام ولا يحتاج الى اعتبار ما بعده وهو أعظم الذنور فما دونه أولى وأما الاية فيحتمل ان يكون اصلاح من التوبة وعطفه عليها لاختلاف اللفظين ودليل ذلك قول عمر لابي بكره تب أقبل شهادتك ولم يعتبر أمر آخر ولان من كان غاصبا فرد ما في يديه او مانعاً لذكاة فأداها وتاب الى الله عز وجل قد حصل منه اصلاح وعلم نزوله عن معصيته نادماً عليه فانه لو لم يرد اتوبة لما أدى ما في يديه ولان تقديره بسنة يحكم لم يرد به الشرع والتقدير انما يثبت بالتوقيف وما ورد من عمر في حق صبيغ انما كان لانه تائب من بدعة وكانت توبته بسبب الضرب والهجران فيحتمل انه اظهر اتوبة تسراً بخلاف مسئلتنا وقد ذكر القاضي ان التائب من البدعة يعتبر له سنة لحديث صبيغ رواه احمد في الورع قل ومن علامة

« مسألة » قال (وتجوز شهادة الاعمي اذا تيقن للصوت)

روي هذا عن علي وابن عباس وبه قول ابن سيرين وعطاء والشعبي والزهري ومالك وابن ابي ليلى واسحاق وابن المنذر

وقال ابو حنيفة والشافعي لا تقبل شهادته وروي ذلك عن النخعي وابي هاشم واختلف عن الحسن واياس وابن ابي ليلى واجاز الشافعي شهادته بالاستفاضة والترجمة واذا أقر عند أذنه ويد الاعمي على رأسه ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم فشهد عليه ولم يجزها في غير ذلك لان من لا تجوز شهادته على الافعال لا تجوز على الاقوال كالصبي ولان الاصوات تشبهه فلا يحصل اليقين فلم يجز أن يشهد بها كالخط

ولنا قوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وسائر الآيات في الشهادة ولانه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالصير وفارق الصبي فانه ليس رجل ولا عدل ولا مقبول الرواية ولان السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين وقد يكون المشهود عليه من ألفه الاعمي وكثرت صحبته له وعرف صوته يقيناً فيجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه كالصير ولا سبيل إلى انكار حصول اليقين في بعض الاحوال

توبته ان يجتنب من كان يواليه من اهل البدع ويوالي من كان يعاديه من اهل السنة والصحيح ان التوبة من البدعة كغيرها الا ان تكون التوبة تفعل بسبب الاكراه كتوبة صبيغ فيعتبر له مدة يظهر ان توبته عن اخلاص لاعن اكراه وللحاكم ان يقول للمتظاهر بالمعصية تب اقبل شهادتك وقال مالك لا اعرف هذا قال الشافعي وكيف لا يعرفه وقد امر النبي ﷺ بالتوبة وقوله عمر لابن بكرة ؟

« مسألة » (ولا تقبل شهادة القاذف حتى يتوب)

وجملة ذلك ان القاذف اذا كان زوجا لحقت قذفه بيعة او لعان او كان اجنبيا لحقته بالبيعة او بأقرار المذوف لم يتعاق بتذنه فسق ولاحد ولاحد شهادة وان لم يحقق قذفه بشيء من ذلك تعاق به وجوب الحد عليه والحكم بفسقه ورد شهادته لقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً واولئك هم الفاسقون) فان تاب لم يسقط عنه الحد وزل الفسق بلا خلاف وتقبل شهادته عندنا روي ذلك عن عمر وابي لدرداء وابن عباس وبه قول عطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والزهري وعبد الله بن عتبة وجعفر بن ابي ثابت وابي الزناد ومالك والشافعي والبخاري واسحاق وابو عبيد وابن المنذر وذ كره ابن عبد البر عن يحيى بن سعيد وربيعة وقول شرح والحسن والنخعي وسعيد بن جبير وامثوري وأصحاب الرأي لا تقبل شهادته اذا جلدوا وإن تاب؛ وعند أبي حنيفة لا ترد شهادته قبل الجلد وإن لم يتب والخلاف معه في فصلين :

قال قتادة للسمع قيافة كقيافة البصر ولهذا قال أصحاب الشافعي تقبل شهادته فيما يثبت بالاستفاضة ولا يثبت عندهم حتى يسمعها من عدلين ولا بد أن يعرفها حتى يعرف عدانتها فإذا صح أن يعرف الشاهدين صح أن يعرف المقر ولا خلاف في قبول روايته وجواز استماعه من زوجته إذا عرف صوتها وصحة قبوله النكاح وجواز اشتباه الاصوات كجواز اشتباه الصور وفارق الافعال فان مدرّكها الرؤية وهي غير ممكنة من الاعمى والاقوال مدرّكها السمع وهو يشارك البصير فيه وربما زاد عليه ويفارق الخط فانه لو تيقن من كتب الخط أو رآه وهو يكتبه لم يجوز أن يشهد بما كتب فيه إذا ثبت هذا فانه لا يجوز أن يشهد إلا إذا تيقن الصوت وعلم المشهود عليه يقيناً فان جوز أن يكون صوت غيره لم يجوز أن يشهد به كالأشبهه على البصير المشهور عليه فلم يعرفه

(فصل) فان تحمل الشهادة على فعل ثم عمي جاز أن يشهد به إذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا تجوز شهادته أصلاً لانه لا يجوز أن يكون حاكماً ولنا ما تقدم ولان العمى قد حاسة لا تخل بالتكليف فلم يمنع قبول الشهادة كالصمم ويفارق الحكم فانه يعتبر له من شروط الكمال ما لا يعتبر للشهادة ولذلك يعتبر له السمع والاجتهاد وغيرها فان لم

(أحدهما) انه عندنا تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحققه وعند أبي حنيفة ومالك لا تسقط الا بالجلد (والثاني) انه ان تاب قبلت شهادته وإن جلد وعند أبي حنيفة لا تقبل وتعلق لقول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) وبما روى ابن ماجه باسناده عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قل رسول الله ﷺ لا تجوز شهادة خائن ولا محدود في الاسلام واحتج في الفصل الآخر بان القذف قبل حصول الجلد يجوز ان تقوم به البيئنة فلا يجب به التفسيق

ولنا في الفصل الثاني إجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول لابي بكره حين شهد على اغيرة بن شعبة تب أقبل شهادتك ولم ينكر ذلك منكر فكان إجماعاً قال سعيد بن المسيب شهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة رجال أبو بكره وشبل بن معبد ونافع بن الحارث ونكل زياد بن جناد عمر الثلاثة وقال لهم عمر تبوا تقبل شهادتكم فتاب رجلان وقبل عمر شهادتهما وأبي أبو بكره فلم يقبل شهادته وكان قد عاد مثل النصل من العبادة ولانه تاب من ذنبه قبلت شهادته كالتائب من الزنا يحققه ان الزنا أعظم من القذف به وكذلك قتل النفس التي حرم الله وسائر الذنوب إذا تاب فعلمها قبلت شهادته فهذا أولى . وأما الآية فهي حجة لنا لأنه استثنى التائبين بقوله تعالى (إلا الذين تابوا) والاستثناء من النفي إثبات فيكون تقديره إلا الذين تابوا فقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين فان قالوا انما يعود الاستثناء الى الجملة التي تليه بدليل انه لا يعود الى الجملد قلنا بل يعود إليه ايضاً لان هذه الجمل معطوف بعضها على بعض بالواو وهي للجمع تجمل الجمل كلها كالجمل الواحد

يعرف المشهود عليه باسمه ونسبه لكر تيقن صوته لكثرة إنفاه له صح أن يشهد به أيضاً لما ذكرنا في أول المسئلة

وإن شهد عند الحاكم ثم عي قبل الحكم بشهادته جاز الحكم بها وهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة لا يجوز الحكم بها لأنه ممنى يمنع قبول الشهادة مع صحة النطق فمنع الحكم بها كالفسق

ولنا أنه معنى طراً بعد أداء الشهادة لا يورث تهمة في حال الشهادة فلم يمنع قبولها كالموت وفارق الفسق فإنه يورث تهمة حال الشهادة

(فصل) ولا تجوز شهادة الأخرس بحال نص عليه أحمد رضي الله عنه فقال لا تجوز شهادة الأخرس قيل له وإن كتبها؟ قال لا أدري وهذا قول أصحاب الرأي، وقال مالك والشافعي وابن المنذر تقبل إذا فهمت اشارته لأنها تقوم مقام نطقه في أحكامه من طلاقه ونكاحه وظهاره وإبلائه وكذلك في شهادته واستدل ابن المنذر بأن النبي صلى الله عليه وسلم أشار وهو جالس في الصلاة إلى الناس وهم قيام أن اجلسوا فجلسوا

فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا ما منع . ولهذا لما قل النبي ﷺ « لا يؤمن الرجل الرجل في بيته ولا يجلس على تكريمته إلا بإذنه » عاد الاستثناء إلى الجاهل جميعاً ولأن الاستثناء إنما ير ما قبله فعاد الجمل المعطوف بعضها على بعض بالواو كالشروط فإنه لو قال امرأته طالق وعنده حران لم يرقم عاد الشرط اليها كذا الاستثناء بل عود الاستثناء إلى الشهادة أولى لأن رد الشهادة هو المأمور به فيكون الحكم والتفسير خرج مخرج الخبر والتعليل لرد الشهادة فعود الاستثناء إلى الحكم المقصود أولى من رده إلى التعليل وحديثهم ضعيف يرويه الحجاج بن أرطاه وهو ضعيف قال ابن عبد البر لم يرفعه في روايته حجة، وقد روي من غير طريقه ولم يذكر فيه هذه الزيادة فدل ذلك على أنها من غلظه ويدل على خطئه قبول شهادة كل محدود في غير القنوف بعد ثبوته ثم لو قدر صحته فلمراد به من لم يتب بدليل كل محدود تاب سوى هذا .

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

ولنا أنها شهادة بالإشارة فلم تجز كإشارة الناطق، بحقته أن الشهادة يعتبر فيها اليقين ولذلك لا يكتفى بإيحاء الناطق ولا يحصل اليقين بالإشارة وإنما اكتفي بإشارته في أحكامه المختصة به للضرورة ولا ضرورة ههنا ولهذا لم يجز أن يكون حاكماً ولأن الحاكم لا يمضي حكمه إذا وجد حكمه بخذه تحت ختمه ولم يذكر حكمه والشاهد لا يشهد برؤية خطئه فلأن لا يحكم بخط غيره أولى وما استدل به ابن المنذر لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان قادراً على الكلام وعمل بإشارته في الصلاة، ولو شهد الناطق بالإيحاء والإشارة لم يصح إجماعاً فعلم أن الشهادة مفارقة لغيرها من الأحكام

(مسئلة) قال ولا تجوز شهادة الوالدين وان دلوا للولد وان سفل ولا شهادة الولد وان سفل لهما وان دلوا

ظاهر المذهب ان شهادة الوالد لولده لا تقبل ولا لولد ولده وان سفل وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ولا تقبل شهادة الولد للوالده ولا لوالدته ولا لجدته ولا جده من قبل أبيه وامه وان

(فصل) وانقاذ في الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب والشاهد بالزنا إذا لم تكمل البينة تقبل روايته دون شهادته وحكي عن الشافعي ان شهادته لا ترد ولنا ان عمر لم يقبل شهادة ابي بكره وقل له تب اقبل شهادتك وروايته مقبولة ولا نعلم خلافا في قبول رواية ابي بكره مع رد عمر شهادته

(مسئلة) (وتوبته أن يكذب نفسه وقيل ان علم صدق نفسه فتوبته أن يقول فندمت على ما قلت ولا أعود إلى مثله وأنا تائب إلى الله تعالى منه)

ظاهر كلام احمد والخري أن توبة القاذف ا كذابه نفسه فيقول كذبت فيما قلت وهذا منصوص للشافعي واختيار الاصطخري من أصحابه قال ابن عبد البر ومن قال هذا سعيد بن المسيب وطاوس وعطاء والشعبي وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيدة لما روي عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن عمر عن النبي ﷺ انه قال في قول الله تعالى (إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم) قال توبته إكذاب نفسه. ولأن عرض المقدوف يلوث بتذفه فا كذابه نفسه بزيل ذلك التلويث فتكون التوبة، وذكر القاضي ان القذف ان كان سباً فالتوبة منه إ كذاب نفسه وإن كان شهادة فالتوبة منه أن يقول القذف حرام باطل ولن أعود إلى ما قلت وهنا قول بعض أصحاب الشافعي قل وهو المذهب لأنه قد يكون صادقا فلا يؤمر بالكذب والخبر محمول على الاقرار بالبطان لأنه نوع إ كذاب. قال شيخنا والاولى انه متى علم من نفسه الصدق فيما قذف به فتوبته الاستغفار والاقرار ببطان ما قاله وتحريمه فانه لا يعود إلى مثله وان لم يعلم صدق نفسه فتوبته إ كذاب نفسه

علوا وسواء في ذلك الآباء والامهات وأباؤهما وأمهاتهما وبه قال شريح والحسن والشعبي والنخعي ومالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي

وروي عن أحمد رحمه الله رواية ثالثة تقبل شهادة الابن لا ييهو ولا تقبل شهادة الاب له لان مال الابن في حكم مال الاب له ان يتملكه إذا شاء فشهادته له شهادة لنفسه او يجربها لنفسه نفعاً قال النبي ﷺ «انت ومالك لا بيك» وقال «ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم» ولا يوجد هذا في شهادة الابن لا ييهو وعنه رواية ثالثة تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه في مالهمة فيه كلنكاح والطلاق واتصاص والمال اذا كان مستغنى عنه لان كل واحد منهما لا ينتفع بما يثبت للآخر من ذلك فلا تهمة في حقه وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة

وروي ذلك عن شريح وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو ثور والمزني وداود واسحاق وابن المنذر لعموم الآيات ولانه عدل تقبل شهادته في غير هذا الموضع فتقبل شهادته فيه كالأجنبي ولنا ما روى الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ انه قال «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة

سواء كان القذف بشهادة او سب لأنه قد يكون كاذبا في الشهادة صادقا في السب ، ووجه الاول ان الله تعالى سمي القاذف كاذبا على الاطلاق بقوله سبحانه (فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) فتكذيب الصادق نفسه يرجع إلى انه كاذب في حكم الله تعالى ، وإن كان في نفس الامر صادقا

(فصل) ولا يشترط في الشهادة الحرية بل تجوز شهادة العبد في كل شي إلا في الحدود والقصاص على احدي الروايتين وتجوز شهادة الامة فيما تجوز فيه شهادة النساء

الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة فصول (أحدها) في قبول شهادة العبد في اعدا الحدود والقصاص والمذهب انها مقبولة . روي ذلك عن علي وأنس رضي الله عنهما قال أنس ما علمت ان أحدا رد شهادة العبد وبه قال عروة وشريح وإياس وابن سيرين والبتي وأبو ثور وداود وابن المنذر ، وقال مجاهد والحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والثوري وابو حنيفة والشافعي وابو عبيد لا تقبل شهادته لأنه غير ذي مروءة ولا أنها مبنية على الكمال لا تتبعض فلم يدخل فيها العبد كالميراث ، وقال الشافعي والنخعي والحكم تقبل في الشيء اليسير

ولنا عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها فانه من رجالنا وهو عدل تقبل روايته وفتياه وأخباره الدينية ، وروي عقبه بن الحارث قال : تزوجت ام يحيى بنت أبي اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال « وكيف وقد زعمت ذلك » متفق عليه

ولا ذي عمر على أخيه ولا ظنين في قرابة ولا ولاء» والظنين المتهم والاب يتهم لولده لان ماله كماله بما ذكرنا لان بينهما بمضية فكأنه يشهد لنفسه ولهذا قال عليه السلام « فاطمة بضعة مني يربيني ماراها » ولانه متهم في الشهادة لولده كتهمة العدو في الشهادة على عدوه وخبر أخص من الايات فتخص به (فصل) فأما شهادة احدهما على صاحبه فتقبل نص عليه احمد وهذا قول عامة أهل العلم ولم اجد عن احمد في الجامع فيه خلافا وذلك لقول الله تعالى (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم أو الوالدين والأقربين) فأمر بالشهادة عليهم ولو لم تقبل لما أمر بها ولا نها انما ردت للتهمة في إيصال النفع ولا تهمة في شهادته عليه فوجب ان تقبل كشهادة الاجنبي بل أولى فان شهادته لنفسه لما ردت للتهمة في إيصال النفع الى نفسه كان اقراره عليه مقبولا وحكى القاضي في المجرى رواية اخرى ان شهادة أحدهما لا تقبل على صاحبه لان شهادته له غير مقبولة فلا تقبل عليه كالفاسق وقال بعض الشافعية لا تقبل شهادة الابن على أبيه في قصاص ولا حد كذف لانه لا يقتل بقتله ولا يحد بكذفه فلا يلزمه ذلك والمذهب الاول لما ذكرنا ولانه يتهم له ولا يتهم عليه فشهادته عليه أبلغ في الصدق كاقراءه على نفسه

(فصل) وان شهد اثنان بطلاق ضرة أمهما وكذب زوجها لها قبلت شهادتهما لان حق أمهما

وفي رواية ابي داود فقلت يارسول الله انها لكاذبة فقال « وما يدريك وقد قالت ما قالت ؟ دعها عنك » ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته كالحجر وقولهم ليس له مروءة ممنوع بل هو كالحجر ينقسم إلى من له مروءة، ومن لا مروءة له، وقد يكون منهم العلماء والامراء والصالحون والأتقياء سئل اياس ابن معاوية عن شهادة العبد فقال أنا ارد شهادة عبدالعزيز بن صهيب، وكان منهم زياد بن أبي عياش من العلماء والزهاد وكان عمر بن عبدالعزيز يرفع قدره ويكرمه ومنهم عكرمة مولى ابن عباس من العلماء الثقات وكثير من الموالي كانوا عبيدا وأبناء عبيد لم يحدث فيهم بالاعتاق الا الحرية وهي لا تغير طبعا ولا تحدث علما ولا دينيا ولا مروءة ولا يقبل منهم الا من كان ذا مروءة ولا يصح قياس الشهادة على الميراث فان الميراث خلافة للموروث في ماله وحقوقه والعبد لا يمكنه الخلافة لان ما يصير اليه يملكه سيده فلا يمكن أن يخلف فيه ولان الميراث يقتضي التمليك والعبد لا يملك ومبنى الشهادة على العدالة التي هي مظنة الصدق وحصول الثقة من القول والعبد أهل لذلك فوجب أن تقبل شهادته

﴿النصل الثاني﴾ ان شهادته لا تقبل في الحدود وفي انقصاص احتمالا لان (أحدهما) تقبل شهادته

فيه لأنه حق آدمي، ولا يصح الرجوع عن الاقرار به أشبه الاموال

(والثاني) لا تقبل لأنه عقوبة بدنية تدبر بالشبهات فأشبه الحد وقد ذكرنا في هذا الكتاب في الحد وانقصاص روايتين وكذلك ذكره الشريف وابو الخطاب فانها ذكرنا في العقوبات كلها روايتين (أحدهما) تقبل لما ذكرنا ولأنه رجل عدل فتقبل شهادته فيها كالحجر والثانية لا تقبل وهي

لا يزداد به. وسواء كان المشهود عليه ابها أو اجنبيا وتوفير الميراث لا يمنع قبول الشهادة بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه

(فصل) وتجوز شهادة الرجل لآبائه من الرضاعة وأبيه منها وسائر أقاربه منها لانه لا نسب بينهما يوجب الاتفاق والصلة وعق أحدهما على صاحبه وتبسطه في ماله بخلاف قرابة النسب

«مسئلة» قال (ولا السيد لعبد ولا العبد لسيد)

أما شهادة السيد لعبد فغير مقبولة لان مال العبد لسيد فشهادته له شهادة لنفسه ولهذا قال النبي ﷺ «من باع عبداً واه مال فماله للبايع الا ان يشترطه المبتاع» ولان علم في هذا خلافة ولا تقبل شهادته له أيضاً بنكاح ولا لامته بطلاق لان في طلاق امته تخليصها له وابعادة بضعها له وفي نكاح العبد نفع له ونفع مال الانسان نفع له ولا تقبل شهادة العبد لسيد لانه يتبسط في مال سيده وينتفع به ويتصرف فيه وتجب نفقته منه ولا يقطع بسرقة فلا تقبل شهادته له كلابن مع ابيه

ظاهر المذهب لان الاختلاف في قبول شهادته في الاموال نقص وشبهة فلم تقبل شهادته فيما يندرى بالشبهات ولانه ناقص الحال فلم تقبل شهادته في الحد واقصاص كالمرأة

(المفصل الثالث) ان شهادة الامة تقبل فيما تقبل فيه شهادة النساء قياساً عليهن فان النساء لا تقبل شهادتهن في الحدود والقصاص وانما تقبل في المال او شبهه والامة كالحرية فيما عداها وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث: ورحم المكاتب والندبر وأم الولد والمعق بضمه حكم القن فيما ذكر نالان الرق فيهم وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه لا تجوز شهادة المكاتب وبه قول عطاء والشعبي والنخعي ولنا بما ذكرناه في العبد ولأنه اذا ثبت الحكم في القن ففي هؤلاء أولى

(فصل) وتجوز شهادة الاصح في الرثبات وعلى المسموعات قبل صممه اما شهادته على الرثبات فهو فيها كالذي يسمع فتقبل شهادته فيها وتجوز شهادته في المسموعات التي كانت قبل صممه كما تجوز شهادة الاعمى على الافعال التي رآها قبل العمى اذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه

«مسئلة» (وتجوز شهادة الاعمى في المسموعات اذا تيقن الصوت بالاستفاضة)

روي هذا عن علي وابن عباس وبه قال ابن سيرين وعطاء والشعبي والزهري ومالك وابن أبي ليلى وإسحاق وابن المنذر، وقل ابو حنيفة والشافعي لا تقبل شهادته، وروي ذلك عن النخعي وابي هاشم واحتلف فيه عن الحسن واياس وابن أبي ليلى وأجاز الشافعي شهادته بالاستفاضة والترجمة اذا أقر عند أذنه ود الاعمى على رأسه ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم فشهد عليه ولم يجزها في غير ذلك لان من لا تجوز شهادته على الافعال لا تجوز على الاقوال كالصبي ولأن الاصوات تشبه فلا يحصل اليقين فلم يجز أن يشهد بها كالخط

« مسألة » قال (ولا الزوج لامرأته ولا المرأة لزوجها)

وبهذا قال الشافعي والنخعي ومالك وإسحاق وأبو حنيفة وأجاز شهادة كل واحد منها لصاحبه شرح والحسن والشافعي وأبو ثور لانه عقد على منفعة فلا يمنع قبول الشهادة كالأجارة ، وعن احمد رواية أخرى كقولهم . وقال الثوري وابن أبي ليلى تقبل شهادة الرجل لامرأته لانه لا شبهة في حقه ولا تقبل شهادتها له لان يساره وزيادة حقه من النفقة تحصل بشهادتها له بالمال فهي متهمة لذلك ولذا ان كل واحد منها يرث الآخر من غير حجب وينبسط في ماله عادة فلم تقبل شهادته له كلابن مع أبيه ولان يسار الرجل يزيد نفقة امرأه ويسار المرأة تزيد به قيمة المملوك لزوجها فكان كل واحد منها ينتفع بشهادته لصاحبه فلم تقبل كشهادته لنفسه ، ويحقق هذا ان مال كل واحد منها يضاف إلى الآخر . قال الله تعالى (وقرن في بيوتكن) وقال (لا تدخلوا بيوت النبي) فاضاف البيوت اليهن تارة وإلى النبي ﷺ أخرى ، وقال (لا تخرجوهن من بيوتهن) وذلك عمر للذي قال له ان غلامي سرق مرآة امرائي: لا قطع عليه عبدكم سرق مالكم . ويفارق عقد الاجارة من هذه الوجوه كلها

ولنا قول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) ولا تارجل عدل متبول الرواية فقبلت شهادته كالبصير وفارق الصبي فانه ليس برجل ولا عدل ولا مقبول الرواية ولان السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين وقد يكون المشهود عليه من ألفه الاعمى وكثرت صحبته له وعرف صوته يقينا فلا يشك فيه فوجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه كالبصير ولهذا أجاز الشافعي وأصحابه شهادته بالاستفاضة ولا تثبت عندهم حتى يسمعه من عدلين ولا بد ان يعرفهما حتي يعرف عدتهما فاذا صح ان يعرف الشاهدين صح ان يعرف المقر ولا خلاف في قبول روايته وجواز استماعه من زوجته إذا عرف صوتها وصحة قبول النكاح ، وجواز اشتباه الاصوات كجواز اشتباه الصفة وفارق الافعال فان مدركها الرؤية وهي غير ممكنة من الاعمى والاقوال مدركها السمع وهو يشارك البصير فيه وربما زاد عليه ويفارق الخط فانه لو تيقن من كتب الخط او رآه يكتبه لم يجوز ان يشهد بما كتب فيه إذا ثبت هذا فانه لا يجوز ان يشهد الا اذا تيقن الصوت وعلم المشهود عليه يقيناً فان جوز ان يكون صوت غيره لم يجوز ان يشهد به كما لو اشتبه على البصير المشهود عليه فلم يعرفه

﴿مسئلة﴾ (وتجاوز في الرثبات التي تحمها قبل العمى اذا عرف المغال باسمه ونسبه وما يتميز به)
وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تجوز شهادته أصلاً لانه لا يجوز ان يكون حاكماً ولنا ما تقدم في المسئلة قبلها ولان العمى فقد حاسة لا يحل بالتكليف فلم يمنع قبول الشهادة

(مسئلة) قال (وشهادة الاخ لآخيه جائزة)

قال ابن المنذر أجمع اهل العلم على ان شهادة الاخ لآخيه جائزة روي هذا عن ابن الزبير وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي واثوري ومالك والشافعي وأبو عبيد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي

وحكي عن ابن المنذر عن الثوري انه لا تقبل شهادة كل ذي رجم محرم . وعن مالك انه لا تقبل شهادته لآخيه إذا كان منقطعاً اليه في صلته وبره لانه متهم في حقه . وقل ابن المنذر قال مالك لا تجوز شهادة الاخ لآخيه في النسب وتجوز في الحقوق

ولنا عموم الآيات ولانه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كالأجنبي ولا يصح القياس على الوالد والولد لان بينهما بعضية وقرابة قوية بخلاف الاخ

(فصل) وشهادة العم وابنه والخال وابنه وسائر الاقارب أولى بالجواز فان شهادة الاخ إذا أجزت مع قربه كان تذييبها على شهادة من هو أبعد منه بطريق الاولى

كالصمم وفارق الحكم فانه يعتبر له من شروط الكمال مالا يعتبر للشهادة ولذلك يعتبر له السمع والاجتهاد وغيرهما .

(مسئلة) (فان لم يعرف المشهود عليه باسمه ونسبه ولم يعرفه الا بعينه قبلت شهادته أيضاً لما ذكرنا في المسئلة الاولى)

وهذا قول القاضي ويصنع للحاكم بما يتميز به قل شيخنا ويحتمل ان لا تقبل لان هذا مما لا ينضب غالباً (مسئلة) (وان شهد عند الحكم ثم عمي قبلت شهادته وجز الحكم بها)

وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يجوز الحكم لانه منى يمنع قبول الشهادة مع صحة النطق فمنع الحكم بها كالفسق

ولنا أنه معنى طراً بعد اداء لا يورث تهمة في حال الشهادة فلم يمنع قبولها كالموت وفارق الفسق فانه يورث تهمة حال الشهادة

(مسئلة) (وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره)

هذا قول اكثر اهل العلم منهم عداء والحسن والشعبي والزهري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو حنيفة وأصحابه وقال مالك والليث لا تجوز شهادته في الزنا وحده لانه متهم فان العادة فيمن فعل قبيحاً انه يجب ان يكون له نظراء وحكي عن عثمان انه قل ودت الزانية ان النساء كلهن زنين

ولنا عموم الآيات فانه عدل مقبول الشهادة في غير الزنا فيقبل في الزنا كفره ولان من قبلت شهادته في القتل قبلت في الزنا كولد الرشدة قال ابن المنذر وما احتجوا به غلط من وجوده (أحدها)

(فصل) وتقبل شهادة أحد الصديقين لصاحبه في قول عامة العلماء إلا مالكا قيل لا تقبل شهادة الصديق اللطيف لأنه يجر إلى نفسه نفعاً بها فهو متهم فلم تقبل شهادته كشهادة العدو على عدوه ولنا عموم أدلة الشهادة ومقاله يبطل شهادة الغريم للمدين قبل الحجر وإن كان ربما قضاء دينه منه فجر إلى نفسه نفعاً أعظم مما يرجى ههنا بين الصديقين. فلما الداوة فسببها محذور وفي الشهادة عليه شفاء عيظه منه فخافت الصداقة

«مسئلة» قل (وتجوز شهادة العبد في كل شيء الا في الحدود، وتجوز شهادة الامه فيما تجوز فيه شهادة النساء)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (أحدها) في قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص فالمنهه انهما مقبولة روي ذلك عن علي وأنس رضي الله عنهما. قل أنس ما علمت ان أحداً رد شهادة العبد وبه قال عروة وشريح وإياس وابن سيرين والبيه وأبو ثور وداود وابن المنذر وقال عطاء ومجاهد والحسن ومالك والأوزاعي وأشوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو عبيد لا تقبل

ان ولد الزنا لم يفعل قبيحاً يجب ان يكون له نظراء فيه (والثاني) لا أنلم ما ذكر عن عثمان ثابتاً عنه وأشبه ذلك ان لا يكون ثابتاً وغير جائز ان يثبت عن عثمان كلام بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكره (الثالث) ان الزاني لو تاب لتبطل شهادته وهو الذي فعل الفعل التبيح فاذا قبات شهادته مع ما ذكره فغيره أولى فإنه لا يجوز ان يلزم ولده من وزره اكثر مما لزمه ولا يتعدى الحكم الى غيره من غير ان يثبت بيه مع ان ولده لا يلزمه شيء من ضرره لقول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى) وولد الزنا لم يفعل شيئاً يستوجب به حكا

«مسئلة» (وتقبل شهادة الانسان على فعل نفسه كمرضة بالرضاع واقاسم على القسمة والحاكم على حكا بعد العزل)

تجوز شهادة المرضة على الرضاع لما ذكرنا من حديث عقبة بن الحارث وكذلك شهادة اقسام على القسمة لانه يشهد لغيره فصح على فعل نفسه كما لو شهد على فعل غيره وكذلك تقبل شهادة الحاكم على حكا بعد العزل لذلك وفي ذلك كله اختلاف لما ذكرنا فيما مضى

«مسئلة» (وتقبل شهادة البدوي على القروي والقروي على البدوي اذا اجتمعت الشروط) وهو ظاهر كلام الخري وهو قول ابن سيرين وابي حنيفة والشافعي وابي ثور وأجازه أبو الخطاب وعن أحمد في شهادة البدوي على القروي أخشى ان لا تقبل فيحتمل وجهين (أحدهما) لا تقبل وهو قول جماعة من اصحابنا ومذهب ابي عبيد وقال مالك كقول اصحابنا فيما عدا الجراح وكقول الباين احتياطاً للدماء واحتج اصحابنا بما روى ابو داود في سننه عن ابي هريرة رضي الله عنه عن

شهادته لانه غير ذي مروءة ولانها مبنية على الكمال لاتتبعض فلم يدخل فيها العبد كالميراث . وقال الشعبي والنخعي والحكم تقبل في الشيء اليسير

ولما عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها فانه من رجالنا وهو عدل قبل روايته وفتياه وأخباره الدينية . وروى عقبة بن الحارث قال تزوجت أم يحيى بنت أبي اهاب فجات أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال « وكيف وقد زعمت ذلك؟ » متفق عليه وفي رواية أبي داود فقلت يا رسول الله انها لكاذبة قل « وما يدريك وقد قالت ما قالت دعها عنك » ولانه عدل غير متهم فتقبل شهادته كالحر . ولا نسلم انه غير ذي مروءة فانه كالحر يقسم الى من له مروءة ومن لا مروءة له وقد يكون منهم الامراء والعلماء والصلحون والأتقياء

سئل إياس بن معاوية عن شهادة العبيد فقال اذا ارد شهادة عبد العزيز بن صهيب وكان منهم زياد ابن ابي زياد مولى ابن عباس من العلماء لزهاد وكان عمر بن عبد العزيز يرفقه قدره ويكرمه ومنهم عكرمة مولى ابن عباس أحد العلماء انتمت وكثير من العلماء الموالي كانوا عبيداً او أبناء عبيد لم يحدث فيهم بالاعتناق إلا الحرية والحرية لاتغير طبعاً ولا تحدث علماً ولا مروءة ولا يقبل منهم إلا من كان ذا مروءة ولا يصح قياس الشهادة على الميراث فان الميراث خلافة للموروث في ماله وحقوقه والعبد لا يتمكنه الخلافة

النبي ﷺ انه قال « لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية » ولانه متهم حيث عدل اذا أشهد قروياً وأشهد بدوياً قال ابو عبيد ولا أرى شهادتهم ردت الا لما فيهم من الجفاء بحق الله والجفاء في الدين (والثاني) تقبل لان من قبلت شهادته على أهل البلد وقبلت شهادته على البدو قبلت شهادته على أهل القرى ويجعل الحديث على من لم تعرف عدائته من أهل البدو ونخصه بهذا لان الغالب ان لا يكون له من يسأله الحاكم فيتعرف عدائته

باب موانع الشهادة

ويمنع قول الشهادة ستة أشياء (أحدها) قرابه الولادة فلا تقبل شهادة والد لولده وان سفل ولا ولد لوالده وان علا .

ظاهر المذهب أن شهادة الوالد لولده لاتقبل ولا لولد لولده وان سفل وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات ولا تقبل شهادة الولد لوالده ولا والدته ولا جده ولا جدته من قبل أبيه وأمه وان علوا وسواء في ذلك الآباء والامهات وآبأؤهما وأمهاتهما وبه قال شريح والحسن والشعبي والنخعي ومالك والثامني وأسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وروي عن أحمد : وانه ثانية تقبل شهادة الابن لابيه ولا تقبل شهادة الاب لابنه لان مال الابن في حكم مال الأب له أن يملكه اذا شاء فشهادته له شهادة لنفسه أو يجرها لنفسه فنعماً قال النبي ﷺ « انت ومالك لأبيك » وقال « ان أطيب

لان ما يصير إليه يملكه سيده فلا يمكن أن يخلف فيه ولان الميراث يقتضي التمليك والعبد لا يملك ومبنى الشهادة على العدالة التي هي مظنة الصدق وحصول الثمّة من انقول والعبد أهل لذلك فوجب ان تقبل شهادته

(الفصل الثاني) ان شهادته لا تقبل في الحد وفي انقصاص احتملان (أحدهما) تقبل شهادته فيه لانه حق آدمي لا يصح الرجوع عن الاقرار به فأشبهه الاموال (وإثاني) لا تقبل لانه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات فأشبهه الحد. وذكر الشريف وأبو الخطاب في المقوبات كلها من الحدود وانقصاص روايتين [إحدهما] تقبل لما ذكرنا ولانه رجل عدل فتقبل شهادته فيها كالحرة وإثانية لا تقبل وهو ظاهر المذهب لان الاختلاف في قبول شهادته في الاموال نقص وشبهة فلم تقبل شهادته فيما يدرأ بالشبهات ولانه ناقص الحال فلم تقبل شهادته في الحد وانقصاص كالمراة

(الفصل الثالث) شهادة الامة جائزة فيما تجوز فيه شهادة النساء لان النساء لا تقبل شهادتهن في الحدود وانقصاص وإنما تقبل في المال أو سببه والامة كالحرة فيما عداهما فساوتهن في الشهادة وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث

(فصل) وحكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن قيا ذكرنا لان الرق فيهم وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا تجوز شهادة المكاتب وبه قال عطاء والشعبي والنخعي

ما أكل الرجل من كسبه وان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم « ولا يوجد هذا في شهادة الابن لابيّه وعنه رواية ثالثة تقبل شهادة كل واحد منهما لاجابه فيما لا تهمة فيه كالنكاح والطلاق وانقصاص والمال إذا كان مستغنى عنه لان كل واحد منهما لا ينتفع بما يثبت للآخر من ذلك فلا تهمة في حقه وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة وروي ذلك عن شريح وبه قال عمر بن عبدالعزيز وأبو ثور والمزني ودواد وإسحاق وابن المنذر لعموم الآيات ولانه عدل تقبل شهادته في غير هذا الموضع فتقبل شهادته فيه كالأجنبي

وانما ماروى الزهري عن عائشة عن النبي ﷺ انه قال «لا تجوز شهادة غائن ولا غائنة ولا ذي فمهر على أخيه ولا ظنين في قرابة ولا ولاء» والظنين المتهم والاب متهم لولده لأن ماله كماله بما ذكرنا ولان بينهما بعضية فكأنه يشهد لنفسه ولهذا قال عليه الصلاة والسلام «فاطمة بضعة مني بريبي ما رابها» ولانه متهم في الشهادة على عدوه والخبر أخص من الآيات فتختص به

﴿مسألة﴾ (وتقبل شهادة بعضهم على بعض في أصح الروايتين)

أما شهادة أحدهما على صاحبه فتقبل، نص عليه أحمد وهذا قول عامة أهل العلم، قال شيخنا ولم اجد عن احمد في الجامع فيه اختلافاً وذلك لقوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم او الوالدين والاقربين) فأمر بالشهادة عليهم ولو لم تقبل لما امر بها ولا نهى

ولنا ما ذكرناه في العبد . وإذا ثبت الحكم في القن ففي هؤلاء أولى لانهم أكمل منه لوجود أسباب الحرية فيهم

(مسئلة) قال (وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره) .

هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والحسن والشعبي والزهري والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأبو حنيفة وأصحابه وقال مالك والليث لا تجوز شهادته في الزنا وحده لانه مهم فان العادة في من فعل قبيحاً انه يجب أن يكون له نظراء وحكي عن عثمان انه قال ودت الزانية ان النساء كلهن زنين . ولنا عموم الآيات وانه عدل مقبول الشهادة في غير الزنا فقبل في الزنا كغيره ومن قبلت شهادته في اقتل قبلت في الزنا كولد لرشدة ، قال ابن المنذر وما احتجوا به غلط من وجوه (احدها) ان ولد الزنا لم يفعل فعلاً قبيحاً يجب ان يكون له نظراء فيه ، (والثاني) اني لا اعلم ما ذكر عن عثمان ثابتاً عنه وأشبه ذلك ان لا يكون ثابتاً عنه وغير جائز ان يطلق دثان كلاماً بالظن عن ضمير امرأة لم يسمها تذكره (الثالث) ان الزاني لو تاب قبلت شهادته وهو الذي فعل الفعل القبيح فاذا قبلت شهادته مع ما ذكره فغيره أولى فانه لا يجوز ان يلزم والده من وزره اكثر مما يلزمه وما يتعدى

إنما ردت شهادته لانه لم يسمه في ائصال النفع ولا تهمته في شهادته عليه فوجب ان تقبل كشهادة الاجنبي بل أولى فان شهادته لنفسه لما ردت لانه في ائصال النفع الى نفسه كان اقراره عليها مقبولاً وفيه رواية أخرى ان شهادة احدهما لا تقبل على صاحبه حكاه القاضي في المجرى لان شهادته غير مقبولة فلا تقبل عليه كالفاسق وقال بعض الشافعية لا تقبل شهادة الابن على ابيه في قصاص ولا حد قذف لانه لا يقتل بقتله ولا يحد بقذفه فلا يلزمه ذلك والمذهب الأول لما ذكرنا ولانه يتهم له ولا يتهم عليه فشهادته عليه ابلغ في الصدق كشهادته على نفسه

(فصل) فان شهد اثنان بطلاق ضرة أمهما أو قذف زوجها لها قبلت شهادتهما لان حق امهما لا يزداد به وسواء كان الشهود عليه اباهما أو اجنبياً وتوفر الميراث لا يمنع قبول الشهادة بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه

(فصل) وتجوز شهادة الرجل لابنه من الرضاعة وابه وسائر أقاربه منها لانه لانسب بينهما يوجب الانفاق والصلة وعتق أحدهما على صاحبه وتبسطه في ماله بخلاف قرابة النسب

﴿ مسئلة ﴾ ولا تقبل شهادة أحد الزوجين لصاحبه في احدى الروايتين (

هذا الذي ذكره الحرقى وبه قال الشعبي والنخعي ومالك واسحاق وأبو حنيفة والرواية الاخرى يجوز هذا وقول شريح والحسن والشافعي وأبي ثور لانه عقد على منفعة فلا يمنع قبول الشهادة كالاجارة

(المعنى والشرح الكبير) (١٠) (الجزء الثاني عشر)

الحكم إلى غيره من غير ان يثبت فيه مع ان ولده لا يلزمه شيء من وزره لقول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى) وولد الزنا لم يفعل شيئاً يستوجب به حكماً .

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا تاب القاذف قبلت شهادته)

وجملته ان القاذف إن كان زوجاً فحقق قذفه ببينة او ايمان او كان اجنبياً فحققه بالبينة او باقرار المقتدوف لم يتعلق بقذفه فسق ولا حد ولا رد شهادة ، وان لم يحقق قذفه بشيء من ذلك تعلق به وجوب الحد عليه والحكم بفسقه ورد شهادته لقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً واولئك هم الفاسقون) فان تاب لم يسقط عنه الحد وزال الفسق بلا خلاف وتقبل شهادته عندنا وروي ذلك عن عمر وابي الدرداء وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والزهري وعبدالله بن عتبة وجمعة بن ابي ثابت وابو الزناد ومالك والشافعي والبيهقي واسحاق وابو عبيد وابن المنذر وذكره ابن عبد البر عن يحيى بن سعيد وربيعه وقال شرح والحسن والنخعي وسعيد بن جبير والثوري واصحاب الراي لا تقبل شهادته إذا جلد وإن تاب وعند ابي حنيفة لا ترد شهادته قبل الجلد وإن لم يتب بالخلاف معه في فصلين

وقال الثوري وابن ابي تقبل شهادة الرجل لامرأته لانه لا تهمه في حقه ولا تقبل شهادتها له لان يساره وزيادة حقه من النفقة يحصل بشهادتها له بالمال فهي متهمه لذلك ولنا أن كل واحد من الزوجين يرث الآخر من غير حجب ويتوسط في ماله عادة فلم تقبل شهادته له كالابن مع أبيه ولان يسار الرجل يزيد نفقة امرأته ويسار المرأة يزيد في قيمة بضعها المملوك لزوجها فكان كل واحد منهما يضاف إلى الآخر قال الله تعالى (وقرن في بيوتكن) وقال (لا تدخلوا بيوت النبي) فضاف البيوت اليهن تارة وإلى النبي ﷺ أخرى وقال تعالى (لا تخرجوهن من بيوتهن) وقال عمر للذي قال له إن غلامي سرق امرأة امرأتي : لا قطع عليه عبدكم سرق مالكم ويفارق عقد الاجارة من هذه الوجوه كلها

﴿ مسألة ﴾ (ولا تقبل شهادة السيد لعبد ولا العبد لسيدة)

أما شهادة السيد لعبد فغير مقبولة لان مال العبد لسيدة فشهادته له شهادة لنفسه ولهذا قال النبي . « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » ولا نعلم في هذا خلافاً ولا تقبل شهادته له أيضاً بنكاح ولا أتمته بطلاق لان في طلاق أمته تخايصاً له وإباحة بضعها في نكاح العبد نفع له ونفع مال الإنسان نفع له ولا تقبل شهادة العبد لسيدة لانه يتوسط في ماله وينتفع به ويتصرف فيه ويجب نفقته منه ولا يقطع بسرقة فلا تقبل شهادته له كالابن مع أبيه

﴿ مسألة ﴾ (وتقبل شهادة الاخ لاخته وسائر الاقارب والصدیق لصديقه والمولى لعتيقه)

(أحدهما) أنه عندنا تسقط شهادته بالقذف إذا لم يحتمه وعند أبي حنيفة ومالك لا تسقط إلا بالجلد (والثاني) أنه إذا تاب قبلت شهادته وإن جاد وعند أبي حنيفة لا تقبل وتعلق بقول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) وروى ابن ماجه بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا محرم وفي الإسلام » واحتج في الفصل الآخر بأن القذف قبل حصول الجلد يجوز أن تقوم به البينة فلا يجب به التمسيق .

ولنا في الفصل الأول إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه يروى عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقول لا يبي بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبه تب أقبل شهادتك ولم ينكر ذلك منكرك فكان إجماعاً قال سعيد بن المسيب شهد على المغيرة ثلاثة رجال أبو بكرة ونافع بن الحارث وشبل بن معبد ونكل زياد بن جناد عمر الثلاثة وقل لهم توبوا تقبل شهادتكم فتاب رجلان وقبل عمر شهادتهما وأبي بكرة فلم يقبل شهادته وكان قد عاد مثل النصل من العبادة ولأنه تائب من ذنبه فقبلت شهادته كالتائب من الزنا يحققه أن الزنا أعظم من القذف به ، وكذلك قتل النفس التي حرم الله وسائر الذنوب إذا تاب فاعلمها قبلت شهادته فهذا أولى وأما الآية فهي حجة لنا فإنه استثنى التائبين بقوله تعالى (إلا الذين تابوا) والاستثناء من النفي إثبات فيكون تقديره (إلا الذين تابوا) فاقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين

قال ابن المنذر اجمع أهل العلم على أن شهادة الأخ لآخيه جائزة وري ذلك عن ابن الزبير وبه قال شرح وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأبو عبيد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وحكى ابن المنذر عن الثوري أنه لا تقبل شهادة كل ذي رجم محرم وعن مالك أنه لا تقبل شهادته لآخيه إذا كان منقطعاً إليه في صانته وبرء لأنه متهم في حقه وقال ابن المنذر قال مالك لا تجوز شهادة الأخ لآخيه في النسب وتجوز في الحقوق

ولنا عموم الآيات ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كالأجنبي ولا يصح القياس على الوالد والولد لان بينهما بعضية وقرابة بخلاف الأخ

(فصل) وشهادة العم وابنه والخال وابنه وسائر الأقارب أولى بالجواز فان شهادة الأخ إذا اجيزت مع قربه كان تذيها على قبول شهادة من هو أبعد منه بطريق الأولى وتقبل شهادة أحد الصديقين للآخر في قول عامة العلماء إلا مالك قال لا تقبل شهادة الصديق الملائف لأنه يجر إلى نفسه نفعاً بها فهو متهم فلم تقبل شهادته كشهادة العدو على عدوه

ولنا عموم أدلة الشهادة وما قاله يبطل بشهادة الغريم للمدين قبل الحجر وان كان ربما قضاة دينه منه فجر إلى نفسه نفعاً أعظم مما يرجى ههنا من الصديقين وأما العداوة فسيبها محصور وفي الشهادة عليه شفاء غيظه منه فخالف الصداقة وتجوز شهادة المولى المعتق لعتيقه لأنه لأهمه فيه أشبه الأجنبي ولأنه بمرلة الأخ وشهادة الأخ لآخيه مقبولة كما ذكرنا

فان قالوا إنما يعود الاستثناء إلى الجملة التي تليه بدليل انه لا يعود إلى الجملد ، قنا بل يعود اليه أيضاً لان هذه الجمل معطوف بعضها على بعض بالواو وهي للجمع تجعل الجمل كلها كاجملة الواحدة فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا مامنع منه مانع ولهذا الما قال النبي صلى الله عليه وسلم «لا يؤمن الرجل الرجل في بيته ولا يجلس على تكمرته إلا بإذنه» عاد الاستثناء إلى الجملتين جميعاً ولان الاستثناء يغير ما قبله فعاد إلى الجمل المعطوف بعضها على بعض بالواو كما شرط فانه لو قال امرأته طالق وعنده حران لم يقم عاد الشرط اليها كذا الاستثناء بل عود الاستثناء إلى رد الشهادة أولى لان رد الشهادة هو المأمور به فيكون هو الحكم والتفسيق خرج مخرج الخبر والتعليل لرد الشهادة فعود الاستثناء إلى الحكم المقصود أولى من رده إلى التعليل وحديثهم ضعيف يرويه الحجاج ابن أرطاه وهو ضعيف قول ابن عبد البر : لم يرفعه من روايته حجة وقد روي من غير طريقه ولم تذكر فيه هذه الزيادة فدل ذلك على أنها من غلطه ويدل على خطائه قبول شهادة كل محدود في غير القذف بعد توبته ثم لو قدر صحته فالمراد به من لم يتب بدليل كل محدود تائب سوى هذا

وأما الفصل الثاني فدلينا فيه الآية فانه رتب على رمي المحصنات ثلاثة أشياء إيجاب الجلد ورد الشهادة والفسق فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمي الذي لم يمكنه تحقيقه كالجلد ولان الرمي هو المعصية والذنب الذي يستحق به العتوبة وثبت به المعصية الواجبة لرد الشهادة والحد كفارة وتظهر

(فصل) الثاني ان يجر إلى نفسه نفعاً بشهادته كشهادة السيد لمكاتبه والوارث لموروثه والعبد المأذون له في التجارة وكذلك لا تقبل شهادة الوارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال لانه قديسري الجرح إلى نفسه فتجب الدية لهم ولا تقبل شهادة الشفيح ببيع الشقص الذي له فيه الشفعة لانه يجر إلى نفسه نفعاً ولا تقبل شهادة الغرماء بدين المفلس أو بعين ولا شهادتهم للبيت بدين أو مال فانه لو ثبت للمفلس أو للبيت دين أو مال تعلقت حقوقهم به ويفارق ما لو شهد الغرماء لحي لا حجر عليه بمال فان شهادتهم تقبل لان حقهم لا يتعلق بماله وإنما يتعاق بذمته فان قيل اذا كان معسراً سقطت عنه المطالبة فاذا شهد له بمال ملك مطالبته فجزوا إلى أنفسهم نفعاً قلنا لم تثبت المطالبة بشهادتهم إنما ثبتت بيساره واقاراره لدعوى الحق الذي شهدوا به قال القاضي ولا تقبل شهادة الاجير لمن استأجره نص عليه أحمد فان قيل فلم قبلتم شهادة الوارث لموروثه مع أنه إذا مات ورثه فقد جرد إلى نفسه نفعاً بشهادته قلنا لاحق له في ماله حين الشهادة وإنما يحتمل ان يتجدد له حق وهذا لا يمنع قبول الشهادة كما لو شهد لامرأة يحتمل ان يتزوجها أو لغريم بمال له يحتمل ان يوفيه أو يفلس فيتعلق حقه به وإنما المانع ما يحصل به نفع حال الشهادة فان قيل فقد منعتهم قبول شهادته لموروثه بالجرح قبل الاندمال لجواز ان يتجدد له حق وان لم يكن له حق في الحال فان قلتم قد انعقد سبب حقه قلنا يبطل بالشاهد لموروثه المرين فان شهادته تقبل مع انعقاد سبب استحقاقه بدليل ان علميته له لاتنفذ وعظيتمه لغيره تنقضي على الخروج من الثالث

فلا يجوز تعليق رد الشهادة به وإنما الجلد ورد الشهادة حكمان القذف فيثبتان جميعاً به وتختلف استيفاء أحدهما لا يمنع ثبوت الآخر وقولهم إنما يتحقق بالجلد لا يصح، لأن الجلد حكم القذف الذي تعذر تحقيقه فلا يستوفى قبل تحقق القذف وكيف يجوز أن يستوفى حد قبل تحقق سببه ويصير متحققاً بعده؟ هذا باطل .
(فصل) والقاذف في الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب والشاهد بالزنا إذا لم تكمل الدينة تقبل روايته دون شهادته وحكي عن الشافعي أن شهادته لا ترد .

ولنا أن عمر لم يقبل شهادة أبي بكره وقال له تب أقبل شهادتك وروايته متبولة ولا نعلم خلافاً في قبول رواية أبي بكره مع رد عمر شهادته .

«مسئلة» قال (وتوبته أن يكذب نفسه)

ظاهر كلام أحمد والخزفي أن توبة القاذف إكذاب نفسه فيقول كذبت فيما قلت وهذا منصوص الشافعي واختيار الاصطخري من أصحابه قال ابن عبد البر ومن قال هذا سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والشعبي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور لما روى الزهري عن سعيد بن المسيب عن عمر عن

قلنا إنما منعنا الشهادة لموروثه بالجرح لأنه ربما افضى إلى الموت به فتجب الدية للوارث الشاهد به ابتداء فيكون شاهداً لنفسه موجبا له بها حقا ابتداء بخلاف الشاهد للمريض والمجروح بمال فإنه إنما يجب للمشهود له ثم يجوز أن ينتقل ويجوز أن لا ينتقل فلم يمنع الشهادة له كالشهادة لعريمه فإن قيل فقد اجزتم شهادة العريم بالجرح قبل الاندمال كما اجزتم شهادته له بما له قلنا إنما اجزناها لأن الدية لا تجب للشاهد ابتداء إنما يجب للقتيل أو لورثته ثم يستوفي العريم منها فاشبهت الشهادة بالمال .

«مسئلة» (ولا تقبل شهادة الموذى له الميت والوكيل لموكله بما هو وكيل فيه والشريك لشريكه والغرماء المفاس بالمال واحد الشفيعين بعفو الآخر عن شفيعته وكذلك المضارب بمال المضاربة) لأنه مهم ولأن الشفعة إذا بطلت المشهود عايه توفرت على الشاهد فيكون شاهداً لنفسه ومن رد شهادة الشريك لشريكه شريح وانخعي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً فاما ان شهد الشريك لشريكه في غير ما هو شريك فيه أو الوكيل لموكله في غير ما هو وكيل فيه أو العدو لعدوه أو الوارث لموروثه بمال أو بالجرح بعد الاندمال أو شهد أحد الشفيعين بعد ان اسقط شفيعته على الآخر باسقاط شفيعته أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر بما يسقط وصيته أو كان أحد الوصيتين لايزاحم بها الأخرى ونحو ذلك مما لا تهمة فيه قبلت لان المقتضى لقبول الشهادة متحقق والمانع منتف فوجب قبولها عملاً بالمقتضى

(فصل) ولا تقبل شهادة الوصى للموصى عليهم ان كانوا في حجره وهذا قول أكثر اهل العلم منهم الشعبي والثوري ومالك والشافعي والاوزاعي وابو حنيفة وأجاز شريح وابو ثور شهادته لهم إذا كان الخصم غيره لأنه اجنبي متهم فقبلت شهادته لهم كما بعد زوال الوصية

النبي ﷺ انه قال في قوله تعالى (الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم) قال توبته اكداب نفسه ولان عرض المقذوف تلوث بقذوقه فاكدابه نفسه يزيل ذلك التلويث فتكون التوبة به وذكر القاضي أن القذف ان كان سباً فالتوبة منه اكداب نفسه وان كان شهادةً فالتوبة منه أن يقول القذف حرام باطل ولن أعود إلى ما قلت وهذا قول بعض اصحاب الشافعي قال وهو المذهب لانه قد يكون صادقاً فلا يؤمر بالكذب والخبر محمول على الاقرار بالبطلان لانه نوع اكداب

والأولى انه متى علم من نفسه الصدق فيما قذف به فتوبته الاستغفار والاقرار ببطلان ما قاله وتحريمه وانه لا يعود إلى مثله وان لم يعلم صدق نفسه فتوبته اكداب نفسه سواء كان القذف بشيأة او سب لانه قد يكون كاذباً في الشهادة صادقاً في السب

ووجه الاول ان الله تعالى سمي القاذف كاذباً إذا لم يأت بأربعة شهداء على الاطلاق بقوله سبحانه (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فادلم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) فتكذيب الصادق نفسه يرجع إلى انه كاذب في حكم الله وان كان في نفس الامر صادقاً

(فصل) وكل ذنب تلزم فاعله التوبة منه متى تاب منه قبل الله توبته بدليل قوله تعالى (والذين إذا فعلوا فاحشة أو ظلموا أنفسهم ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم ومن يغفر الذنوب إلا الله ولم يصروا على ما فعلوا وهم يعلمون * اولئك جزاؤهم مغفرة من ربهم) الآية وقال (ومن يعمل

ولنا انه شهد بشيء هو خصم فيه فاه الذي يطالب بمقوقهم ويخاصم فيها ويتصرف فيها فلم تقبل شهادته به كما لو شهد بمال نفسه ولانه يأكل من أموالهم عند الحاجة فيكون متهماً بالشهادة به وقولهم في حجره احترازاً أمالو شهد لهم بعد زوال ولايته عنهم فانها تقبل والحكم في أمين الحالم يشهد للآيتام الذين هم تحت ولايته كالحكم في الوصي سواء قياساً عليه فاما شهادته عليهم فمقبولة لانعلم فيه خلافاً فانه لايتهم عليهم ولايجر بشهادته عليهم نفعاً ولا يدفع بها عنهم ضرراً فهو كلاجني

(فصل) الثالث أن يدفع عن نفسه ضرراً كشهادة العاقلة بجرح شهود قتل الخطأ والغرماء بجرح شهود الدين على المفلس والسيد بجرح من شهد على مكاتبه أو عبده بدين والوصي بجرح الشاهد على الآيتام والشريك بجرح الشاهد على شريكه وسائر من لا تقبل شهادته لانسان اذا شهد بجرح الشاهد عليه . إنما لم تقبل شهادة العاقلة بجرح شهود قتل الخطأ لما فيه من دفع الدية عن انفسهم

فان كان الشاهدان بالجرح فقيرين احتمل قبول شهادتهما لانهما لا يحملان شيئاً من الدية واحتمل ان لا تقبل لجواز أن يوسرا قبل الحول فيحملان وكذلك الخلاف في البعيد الذي لا يحمل لبعده لجواز أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول فيحمل ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه بقضاء الحق أو الابراء منه ولا شهادة أحد الشفيعين على الآخر باسقاط شفعته ولا شهادة بعض غرماء المفلس على بعض باسقاط دينه أو استيفائه أو بعض من أوصي له بمال على آخر بما يبطل وصيته إذا كانت

سوءاً أو يظلم نفسه ثم يستغفر الله يمجده الله غفوراً رحيماً) ولأن النبي ﷺ قال « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » وقال عمر رضي الله عنه بقبة عمر المؤمن لا قيمة له يدرك فيه مافات ومحبي فيه ما أمات ويبدل الله سيئاته حسنات

والتوبة على ضربين باطنة وحكومية، فأما الباطنة فهي ما بينه وبين ربه تعالى فان كانت المعصية لا توجب حقاً عليه في الحكم كقبلة اجنبية او الخلوقة بها وشرب مسكر أو كذب فالتوبة منه الندم والعزم على ان لا يعود وقد روي عن النبي ﷺ انه قال « الندم توبة » وقيل التوبة النصوح تجتمع أربعة اشياء الندم بالقلب والاستغفار باللسان وإخبار ان لا يعود ومجانبة خلطاء السوء وإن كانت توجب عليه حقاً لله تعالى أو لآدمي كمنع الزكاة والنصب فالتوبة منه بما ذكرنا وترك المظلمة حسب امكانه بان يؤدي الزكاة ويرد المغصوب او مثله ان كان مثلياً والا قيمته وان عجز عن ذلك نوى رده متى قدر عليه فان كان عليه فيها حق في البدن فان كان حقاً لآدمي كالتقصاص وحد القذف اشترط في التوبة التمكن من نفسه وبذلها للمستحق وان كان حقاً لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر فتوبته ايضاً بالندم والعزم على ترك العود ولا يشترط الاقرار ؛ فان كان ذلك لم يشتهر عنه فالاولى له ستر نفسه والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى لان النبي ﷺ قال « من آتى شيئاً من هذه القاذورات فليستتر بستر الله تعالى فانه من ابدى لنا صفحته اقمنا عليه الحد » فان الغامدية حين اقرت بالزنا لم

وصيته تحصل بها مزاحمته إما لضيق اثاث عنهما أو لكون الوصيتين بمدين فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه لان اشهاد به متهم لما يحصل بشهادته من دفع الضرر عن نفسه ونفعها فيكون شاهداً لنفسه ، وقد قال الزهري مضت السنة في الاسلام أن لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين والظنين المتهم ، وروى طلحة بن عبد الله بن عوف قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم « أن لا شهادة لخصم ولا ظنين »

(فصل) الرابع العداوة كشهادة المقذوف على قاذفه والمقطوع عليه الطريق على قاطعه والزوج بالزنا على امرأته .

وجملة ذلك ان شهادة العدو لا تقبل على عدوه في قول أكثر أهل العلم منهم ربيعة والثوري واسحاق ومالك والشافعي والمراد بالعداوة ههنا العداوة الدنيوية مثل شهادة المقذوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على انقاطع والمقتول وليه على القاتل والمجروح على الجراح والزوج يشهد بالزنا على امرأته فلا تقبل شهادته لانه يقر على نفسه بعداوة لها بافسادها فراشه ، وأما العداوة في الدين كالمسلم يشهد على الكافر او المحق من اهل السنة يشهد على المنتدع فلا ترد شهادته لان العداوة في الدين والدين يمنع من ارتكاب محظور في دينه ، وقال ابو حنيفة لا تمنع العداوة الشهادة لانها لا تحل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصداقة لا تمنع الشهادة له

ينكر عليها النبي ﷺ ذلك، وإن كانت معصية مشهورة فذكر القاضي أن الأولى الاقرار به ليقام عليه الحد لانه اذا كان مشهوراً فلا فائدة في ترك اقامة الحد عليه والصحيح ان ترك الاقرار أولى لان النبي ﷺ عرض للمقر عنده بالرجوع عن الاقرار فعرض للمعز وللقرع بالسرقة بالرجوع مع اشتهاره عنه باقراره وكره الاقرار حتى انه قيل لما قطع السارق كأنما اسف وجهه رمادا ولم يرد الامر بالاقرار ولا الحث عليه في كتاب ولا سنتولا يصح لاقياس انما ورد الشرع بالستر والاستتار والتعريض للمقر بالرجوع عن الاقرار، وقال لهزال وكان هو الذي أمر ماعزاً بالاقرار « يا هزال لو سترته بشوبك كان خيراً لك »

وقال أصحاب الشافعي توبة هذا إقراره ليقام عليه الحد وليس بصحيح لما ذكرنا ولان التوبة توجد حقيقتها بدون الاقرار وهي تجب ما قبلها كما ورد في الاخبار مع مادلت عليه الآيات في مغفرة الذنوب بالاستغفار وترك الاصرار. وأما البدعة فالتوبة منها بالاقرار بها والرجوع عنها واعتقاد ضد ما كان يعتقد منها

(فصل) ظاهر كلام أحمد والخرقى انه لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة من قبول الشهادة وصحة ولايته في النكاح اصلاح العمل وهو أحد القولين للشافعي وفي القول الآخر يعتبر اصلاح العمل إلا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنا ولم يكمل عدد الشهود فانه يكفي مجرد التوبة من غير اعتبار اصلاح

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لا تجوز شهادة خائن ولا بخائن ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه » رواه ابو داود والعمري والحدود لان العداوة تورث التهمة فتمنع الشهادة كالقربة القريبة وتخالف الصداقة فان شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه وبيع آخره بدنياه غيره وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفي من عدوه فافترقا، فان قيل فلم قبلم شهادة المسلمين على الكفار مع العداوة؟ قلنا العداوة ههنا دينية والدين لا يقتضي شهادة الزور ولا ان يترك دينه بموجب دينه

(فصل) فان شهد على رجل بحق فقتله المشهود عليه لم ترد شهادته بذلك لانا لو أبطلنا شهادته بهذا لتمكن كل مشهود عليه بابطال شهادة الشاهد بقتله ويفارق ما لو طرأ الفسق بعد اداء الشهادة وقبل الحكم فان رد الشهادة فيه لا يفضي إلى ذلك بل الى عكسه لانه طرأ الفسق يورث تهمة في حال اداء الشهادة لان العادة اسراره فظهوره بعد اداء الشهادة يدل على أنه كان يسره حال أدائها وههنا حصلت العداوة بأمر لا تهمة على الشاهد فيه، فأما المحاكاة في الاموال فليست عداوة تمنع الشهادة في غير ما حكم فيه

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (الشرط الخامس ان يشهد الفاسق بشهادة فترد ثم يتوب فيعيدها فانها لا تقبل للتهمة) وبهذا قال الشافعي واصحاب الرأي وقال ابو ثور والمزني وداود تقبل قول

وماعده فلا تكفي التوبة حتى تمضي عليه سنة تظهر فيها توبته ويتبين فيها اصلاحه. وذكروا أبو الخطاب هذا رواية لأحمد لأن الله تعالى قال (إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا) وهذا نص فإنه نهى عن قبول شهادتهم ثم استثنى التائب المصلح، ولأن عمر رضي الله عنه لما ضرب صبيغاً أمر بهجرانه حتى بلغته توبته فأمر أن لا يكلم إلا بعد سنة

ولنا قوله عليه السلام «التوبة تجب ما قبلها» وقوله «التائب من الذنب من لا ذنب له» ولأن المغفرة تحصل بمجرد التوبة فذلك الأحكام ولأن التوبة من الشرك بالإسلام لا تحتاج إلى اعتبار ما بعده وهو أعظم الذنوب كلها فما دونة أولى فاما الآية فيحتمل أن يكون الإصلاح هو التوبة وعطفه عليها لاختلاف اللفظين ودليل ذلك قول عمر لابي بكره تب اقبل شهادتك ولم يعتبر أمراً آخر ولأن من كان غاصباً فرد مافي يديه أو مانعاً الزكاة فأداها وتاب إلى الله تعالى قد حصل منه الإصلاح وعلم نزوعه عن معصيته باداء ما عليه ولو لم يرد التوبة. ا. أدى مافي يديه ولأن تقييده بالسنة تحم لم يرد الشرع به والتقدير انما يثبت بالتوقيف وما ورد عن عمر في حق صبيغ انما كان لأنه تائب من بدعة وكانت توبته بسبب الضرب والهجران فيحتمل انه أظهر التوبة تستراً بخلاف مسألتنا

وقد ذكر القاضي أن التائب من البدعة يعتبر له مضي سنة لحديث صبيغ رواه احمد في الورع قال ومن علامة توبته أن يجتنب من كان يواليه من أهل البدع ويوالي من كان يعاديه من أهل السنة

ابن المنذر والنظر يدل على هذا لأنها شهادة تقبل في غير هذه الشهادة فتقبلت فيها قياساً على غيرها وكما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد اسلامه ولما أنه منهم في أدامها لأنه يميز بردها وتلجته غضاضة لكونها ردت بسبب نقص يتعير به وضلاح حاله بعد ذلك من فعله يزول به المار فتلجته التهمة في أنه قصد اظهار العدالة واعادة الشهادة لتقبل فيزول ما حصل بردها ولأن الفسق يخفى فيحتاج في معرفته الى بحث واجتهاد فعند ذلك نقول شهادته مردودة بالاجتهاد فلا تقبل بالاجتهاد لان ذلك يؤدي الى نقض الاجتهاد بالاجتهاد وفارق ما لو إذا رد شهادة كافر لكفره او صبي لصنوره او عبد لرقه ثم أسلم الكافر وبلغ الصبي وعق العبد واعادوا تلك الشهادة فانها لا ترد لانها لم ترد أولاً بالاجتهاد وانما ردت باليقين ولأن البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتهم انه فعلهما لتقبل شهادته والكافر لا يرى كفره عاراً ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت

﴿مسألة﴾ ولو لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلاً قبلت

وذلك لان التحمل لا تعتبر فيه العدالة ولا البلوغ ولا الاسلام لانه لا تومة في ذلك وانما يعتبر ذلك للاداء فاذا رأى القاسق شيئاً او سمعه ثم عدل وشهد به قبلت شهادته بغير خلاف نعلمه وهكذا

والصحيح أن التوبة من البدعة كغيرها إلا أن تكون التوبة بفعل يشبه الاكراه كتوبة صبيغ فيعتبر له مدة تظهر أن توبته على إخلاص لا عن اكراه وللحاكم أن يقول للمظاهر بالمعصية تب أقبل شهادتك قال مالك لأعرف هذا ، قال الشافعي وكيف لا يعرفه وقد أمر النبي ﷺ بالتوبة وقاله عمره لابني بكرذ؟

« مسألة » قال (ومن شهد بشهادة قد كان شهيد بها وهو غير عدل وردت عليه لم تقبل

منه في حال عدالته)

وجملته أن الحاكم إذا شهد عنده فاستى فرد شهادته افسقه ثم تاب وأصلح وأعاد تلك الشهادة يمكن له أن يقبلها وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال ابو ثور والمزني وداود تقبل ، قال ابن المنذر والنظر يدل على هذا لانها شهادة عدل فتقبل كما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد اسلامه .

ولنا انه متهم في اداها لانه يعير بردها ولحنته غضاضة لكونها ردت بسبب نقص يتغير به وصلاح حاله بعد ذلك من فله يزول به العار فلمحته تمهت في أن قصد اظهار العدالة واعادة الشهادة لتقبل فيزول ما حصل بردها ولان الفسق يخفى فيحتاج في معرفته إلى بحث واجتهاد فعند ذلك نقول شهادة مردودة بالاجتهاد فلا تقبل بالاجتهاد لان ذلك يؤدي إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد وفارق ما اذا

الصبي والكافر في زمن النبي ﷺ يروون عنه بعد ان كبروا كالحسن والحسين وابن عباس وابن الزبير وابن جعفر وانعمان بن بشير ، والرواية في معنى الشهادة تشترط لها العدالة وغيرها من الشروط المعتبرة للشهادة

« مسألة » (ولو شهد وهو كافر أو صبي أو عبد فردت شهادتهم ثم أعادوها بمد زوال الكفر

والصبا والرق قبلت)

ولما ذكرنا في الفصل الذي قبله او قد روي عن النخعي والزهري وقتادة وأبي الزناد ومالك انها ترد أيضاً في حق من أسلم وبلغ عن احمد رواية كذلك لانها شهادة مردودة فلم تقبل كشهادة من كان فاسقا وقد ذكرنا ما يقتضي فرقا بينهما في ترقن ، وروي عن أحمد في العبد إذا ردت شهادته لرقه ثم عتق واعاد تلك الشهادة روايتان وقد ذكرنا الاولى ان شهادته تقبل لان العتق من غير فعله وهو أمر يظهر بخلاف الفسق « مسألة » (وان شهد لمكاتبه او لموروثه بمجرد قبل رثته فردت ثم أعادها بعد عتق المكاتب

وبرء الجرح ففي ردها وجهان)

(أحدهما) تقبل لان زوال المانع ليس من فعلهم فأشبهه زوال الصبا والبلوغ ولان ردها بسبب

لا عار فيه فلا يهتم في قصد نفي العار باعادتها بخلاف الفسق

(والثاني) لا تقبل لان ردها باجتهاده فلا يبتعضها باجتهاده والاوّل أصح فان الاصل قبول

ردت شهادة كافر اكفره أو صبي لصغره أو عبد لرقه ثم أسلم الكافر وبلغ الصبي وغتق العبد وأعادوا تلك الشهادة فإنها لا ترد لأنها لم ترد أولاً بالاجتهاد وإنما ردت باليقين ولأن البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتهم في انه فعلهما لتقبل شهادته والكافر لا يرى كفره عاراً ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت عليه

وقد روي عن النخعي والزهري وقتادة وابي الزناد ومالك أنها ترد أيضاً في حق من أسلم وبلغ وعن احمد رواية أخرى كذلك لأنها شهادة مردودة فلم تقبل كشهادة من كان فاسقاً وقد ذكرنا ما يقتضي فرقا بينها فيفرقان ، وروى عن احمد في العبد اذا ردت شهادته لرقه ثم عتق وادعى تلك الشهادة روايتان ، وقد ذكرنا ان الاولى ان شهادته تقبل لان العتق من غير فعله وهو أمر يظهر بخلاف الفسق

(فصل) وإن شهد السيد لمكاتبة فردت شهادته أو شهد وارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال فردت شهادته ثم عتق المكاتب وبرأ الجرح وأعادوا تلك الشهادة ففي قبولها وجهان (أحدهما) تقبل لان زوال المانع ليس من فعلهم فأشبهه زوال الصبي بالبلوغ ولان ردها بسبب لآعار فيه فلا يتهم في قصد نفي العار باعادتها بخلاف الفسق (والثاني) لا تقبل لانه ردها باجتهاده فلا ينقضها باجتهاده والاول أشبه بالصحة فان الاصل

شهادة العدل لم يمنع منه ما نع ولا يصح القياس على الشهادة المردودة بالفسق لما ذكرنا بينها من الفرق ويخرج على هذا كل شهادة مردودة إما للهمة او لعدم الاهلية إذا أعادوها بعد زوال الهمة ووجود الاهلية هل تقبل ؟ على وجهين

﴿مسئلة﴾ (وان شهد الشريك بعفو شريكه عن الشفعة ثم عفا الشاهد عن شفيعته وأعاد تلك الشهادة لم تقبل ذكره القاضي)

لانه متهم فاشبهه لفاسق والاولى أنها تخرج على الوجهين لانها إنما ردت لكونها يجربها الى نفسه نفماً وقد زال ذلك بعفوه والله أعلم .

(باب أقسام المشهود به)

والشهود به ينقسم خمسة أقسام: (أحدها) الزنا وما يوجب حده فلا يقبل فيه إلا أربعة رجال أحرار . أجمع المسلمون على أنه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة شهود وقد نص الله تعالى عليه بقوله (سبحانه لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال « أربعة إلا حد في ظهرك » في أخبار سوى هذا وأجمعوا على أنه يشترط كونهم عدولا ظاهراً

قبول شهادة العدل ما لم يمنع منه مانع ولا يصح القياس على الشهادة المردودة للفسق لما ذكرنا بينهما من الفرق. ويخرج على هذا كل شهادة مردودة إما لاهمة أو لعدم الاهلية إذا أعادها بعد زوال التهمة ووجود الاهلية فهل تقبل؟ على وجهين

«مسئلة» قال (وان كان لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلاً قبلت منه)

وذلك لان التحمل لا تعتبر فيه العبدالة ولا البلوغ ولا الاسلام لانه لاثمة في ذلك وانما يعتبر ذلك في الاداء فاذا رأى الفاسق شيئاً أو سمعه ثم عدل وشهد به قبلت شهادته بتغير خلاف نعلمه وهكذا الصبي والكافر اذا شهد بعد الاسلام والبلوغ قبلت وكذلك الرواية ولذلك كان الصبيان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم يروون عنه بعد أن كبروا كالحسن والحسين وابن عباس والنعمان ابن بشير وابن الزبير وابن جعفر والشهادة في معنى الرواية ولذلك اعتبرت له العدالة وغيرها من الشروط المعتبرة للشهادة

«مسئلة» قال (ولو شهد وهو عدل فلم يحكم بشهادته حتى حدث منه ما لا تجوز شهادته

معه لم يحكم بها

وجملة ذلك أن الشاهدين اذا شهدا عند الحاكم وهما ممن تبيل شهادته ولم يحكم بها حتى فسقا أو

باطناً مسلمين سواء كل المشهود عليه مسلماً أو ذمياً وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالاً أحراراً فلا تقبل فيه شهادة النساء ولا العبيد وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وشذ أبو ثور فقال تقبل شهادة العبيد وحكاه أبو الخطاب والشريف رواية في المذهب، وحكي عن حماد وعطاء أنها قالا تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين لأنه نقص واحد من عدد الرجال فقام مقامه امرأتان كالأموال ولنا ظاهر الآية وان العبد مختلف في شهادته فكان ذلك شبهة في الحد لانه يندرى بالشبهات ولا يصح قياس هذا على الاموال لخفة حكمها وشدة الحاجة الى إثباتها لكثرة وقوعها والاحتياط في حفظها ولهذا زيد في عدد شهود الزنا على شهود المال

«مسئلة» (وهل يثبت الاقرار بالزنا بشاهدين أو لا يثبت الا باربعة؟ على روايتين)

وللشافعي قولان (أحدهما) يثبت بشاهدين قياساً على سائر الاقارب (والثاني) لا يثبت الا باربعة لانه موجب لحد الزنا فاشبه فعله

(فصل) (الثاني القصاص وسائر الحدود فلا يقبل فيه إلا رجلان حران)

الاماروي عن عطاء وحماد انهما قالا يقبل فيه رجل وامرأتان قياساً على الشهادة في الاموال ولنا ان هذا مما يحتاط لدرته واسقائه ولهذا يندرى بالشبهات ولا تدعو الحاجة إلى اثباته وفي شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى (أن تفضل إحداها فذكر إحداها الاخرى) وان شهادتهن

كفراً لم يحكم بشهادتهما وبهذا قال أبو يوسف والشافعي ، وقال أبو ثور والمزني يحكم بها لان بقاء أهلية الشهادة ليس شرطاً في الحكم بدليل مالوماتا ولان فسقها تجدد بعد أداء الشهادة فاشبهه مالو تجدد بعد الحكم بها ووجه ذلك من طريقين (أحدهما) أن عدالة الشاهد شرط للحكم فيعتبر دوامها إلى حين الحكم لان الشروط لا بد من وجودها في المشروط واذ فسق انتفى الشرط فلم يجز الحكم (والثاني) أن ظهور فسقه وكفره يدل على تقدمه لان العادة أن الانسان يسر الفسق ويظهر العدالة ، والزندق يسر كفره ويظهر اسلامه فلا نأمن كونه كافراً أو فاسقاً حين أداء الشهادة فلم يجز الحكم بها مع الشك فيها ، فاما إن حدث هذا منه بعد الحكم بشهادته لم ينقض لان الحكم وقع صحيحاً لاستمرار شرطه إلى انتهائه ولانه قد وجد مقروناً بشرطه ظاهراً فلا ينقض بالشك كما لو رجع عن الشهادة وكما لو صلى بالتميم ثم وجد الماء لكن إن كان ذلك قبل الاستيفاء وكان حدا لله تعالى لم يجز استيفاؤه بالشهادتين لانه يدرأ وهذا شبهة فيه فاشبهه مالو رجع عن الاقرار به قبل استيفائه وإن كان مالا استوفى لان الحكم قد تم وثبت الاستحقاق بامر ظاهر الصحة فلا يبطل بامر محتمل ولذلك لم يبطل رجوعه عن اقراره وإن كان حد قذف أو قصاصاً احتمل وجهين (أحدهما) يستوفى وهذا قول أبي حنيفة لانه حق آدمي مطالب به أشبه المأل

لا تقبل وان كثرت مالم يكن معهن رجل فوجب ان لا تقبل شهادتهن فيه ولا يصح قياس هذا على المال لما ذكرنا من انفرق بهذا الذي ذكرناه قال سعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وحامد والزهري وربيعه ومالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وانفق هؤلاء كلهم على أنه يثبت بشهادة رجلين ما خلا الزنا إلا الحسن فانه قال الشهادة على القتل كالشهادة على الزنا لا يقبل فيها إلا أربعة ، وروي ذلك عن أبي عبد الله لأنها شهادة يثبت بها القتل فلم تثبت إلا بأربعة كالشهادة على زنا المحصن .

ولنا أنه احد نوعي انقصاص فيقبل فيه اثنان كقطع الطرف وفارق الزنا فإنه مختص بهذا وليست العلة كونه قتلاً بدليل وجوب الأربعة في زنا البكر ولا قتل فيه ولانه انفرد بإيجابه الحد على لراى به والشهود إذا لم تكمل شهادتهم فلم يجز ان يلحق به ما ليس مثله

(فصل) ولا تقبل الشهادة على القتل الا مع زوال الشبهة في لفظ الشاهد نحو ان يقول ضربه فقتله وقد ذكرنا ذلك فان كانت الشهادة بالجرح فقتلاً ضربه فواضح أو فاتضح منه أو فوجدناه موضعا من الضربة قبلت شهادتهما فان قالوا ضربه فاتضح رأسه أو فوجدناه موضعا أو فاسال دمه أو وجدنا في رأسه موضحة لم يثبت الايضاح لجواز أن يتضح عقيب ضربه بسبب آخر ولا بد من تعبير الموضحة في إيجاب القصاص لانه إن كان في رأسه موضحتان فيحتاجان الى بيان ما شهدنا به منهما وإن كانت

(وانثاني) لا يستوفى وهو قول محمد لانه عقوبة على البدن تدرء بالشبهات أشبه الحد وللشافعي وجهان كهذين ، وأما ما حدث بعد الاستيفاء فلا يؤثر في حد ولا حق لان الحق استوفى بما ظاهره الصحة وسوغ الشرع استيفاءه فلم يؤثر فيه ما طرأ بعده كما لو لم يظهر شيء .
(فصل) فاما إن أديا الشهادة وهما من أهلها ثم ماتا قبل الحكم بها حكم الحاكم بشهادتهما سواء ثبتت عدالتهما في حياتهما أو بعد موتهما وسواء كان المشهود به حداً أو غيره وكذلك إن جنوا أو أغمى عليهم وبهذا قال الشافعي لان الموت لا يؤثر في شهادته ولا يدل على الكذب فيها ولا يمتثل أن يكون موجودا حال اداء الشهادة والجنون والاعماء في معناه بخلاف الفسق والكفر

« مسئلة » قال (وشهادة المدل على شهادة العدل جائزة في كل شيء الا في الحدود اذا كان الشاهد الاول ميتاً أو غائباً)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (أحدها) في جوازها (والثاني) في موضعها (والثالث) في شرطها . أما الاول فان الشهادة على الشهادة جائزة باجماع العلماء ، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي قل أبو عبيد أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على امضاء الشهادة على الشهادة في الاموال ولان الحاجة داعية اليها فانها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الوقف وما يتأخر اثباته عند

واحدة فيحتمل ان يكون قد أوسعها غير المشهود عليه فيجب ان يعينها الشاهدان فيقولان هذذ فان قالوا أوضحه في موضع كذا من رأسه موضحة قدر مساحتها كذا وكذا قبلت شهادتهما وإن قالا لانعلم قدرها أو مرضعها لم يحكم بالقصاص لانه يتعذر مع الجهالة وتجب دية الواضحة لانها لا تختلف باختلافها وان قالا ضرب رأسه فأسال دمه في بازلة وان قالا فسال دمه لم يثبت شيء لجواز أن يسيل دمه بسبب آخر وان قالا نشهد أنه ضربه فقتل يده ولم يكن أقتلع اليدين قبلت شهادتهما وثبتت انقصاص لعدم الاشتباه وان كان أقتلع اليدين ولم يعيننا المقطوعة لم يجب قصاص لانهما لم يعينا اليد التي يجب فيها القصاص منهما وتجب دية اليد لانها تختلف باختلاف الايدي

(فصل) فان شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمداً والآخر أنه أقر بقتله ولم يقل عمداً ولا خطأ ثبت القتل لان البينة قد كملت عالية ولم تثبت صفته ففسأل المشهود عليه عن صفته فإن أنكر أصل القتل لم يقبل انكاره لقيام البينة به وان أقر بقتل العمد ثبت باقراره وان أقر بالخطأ فانكر الولي فالقول قول القتال وهل يستحلف على ذلك ؟ يخرج فيه وجهان فان صدقه الولي على الخطأ ثبت عليه وان أقر بقتل العمد وكذبه الولي وقال بل كان خطأ لم يجب القود لان الولي لا يدعيه وتجب دية الخطأ ولا تحملها اعاقلة في هذه المواضع كلها ولا شيئاً منها وتكون في ماله لانها لم تثبت ببينة وفي بعضها اعاقلة مقرنها في ماله دون مال عاقلته وان شهد أحدهما أنه قتله عمداً وشهد الآخر أنه قتله خطأ ثبت القتل

الحاكم ثم يموت شهوده وفي ذلك ضرر على الناس ومشتقة شديدة فوجب أن تقبل كشهادة الاصل .
(افصل الثاني) انها تقبل في الاموال وما يقصد به المال باجماع كما ذكر ابو عبد ولا تقبل في حد وهذا قول النخعي والشعبي وأبي حنيفة وأصحابه وقال مالك والشافعي في قول وأبو ثور: تقبل في الحدود وكل حق لان ذلك يثبت بشهادة الاصل فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال

ولنا ان الحدود مبنية على الستر والدرء بالشبهات والاسقاط بالرجوع عن الاقرار والشهادة على الشهادة فيها شبهة فانها يتطرق اليها احتمال الغلط والسهو والكذب في شهود انفرع مع احتمال ذلك في شهود الاصل وهذا احتمال زائد لا يوجد في شهادة الاصل وهو معتبر بدليل انها لا تقبل مع اقدرة على شهود الاصل فوجب ان لا تقبل في ما يندري بالشبهات ولانها تقبل للحاجة ولا حاجة اليها في الحد لان ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه ولانه لا نص فيها ولا يصح قياسها على الاموال لما بينهما من الفرق في الحاجة والتساهل فيها ولا يصح قياسها على شهادة الاصل لما ذكرنا من الفرق فبدل اثباتها، وظاهر كلام احمد انها لا تقبل في اقصاص أيضاً ولا حد ائذف لانه قل انما تجوز في الحتوق أما الدماء والحد فلا وهذا قول أبي حنيفة

وقال مالك والشافعي وأبو ثور تقبل وهو ظاهر كلام الحرقى له قوله: في كل شيء إلا في الحدود لانه حق آدمي لا يسقط بالرجوع عن الاقرار به ولا يستحب ستره فأشبهه الاموال، وذكر أصحابنا هذا

دون صفته ويطالب ببيان صفته على ما ذكرنا لان الفعل قد يعتقده أحدهما خطأ والآخر عمدا ويكون الحكم كما لو شهد احدهما انه أقر بقتله خطأ. أن الشهود عليه يسأل على ما ذكرنا في أول الفصل فان شهد أحدهما انه قتله غدوة والآخر انه قتله عشية أو شهد احدهما أنه قتله بسيف وقال الآخر بعضا لم تتم الشهادة ذكره القاضي لان كل واحد منهما يخالف صاحبه ويكذبه، وهو مذهب الشافعي وقال أبو بكر يثبت القتل لاتفاقهما عليه واختلافهما في الصفة فيثبت القتل كما لو شهد أحدهما بقتل العمد والآخر بقتل الخطأ والاول أصح لان القتل غدوة غير "سيف عشية ولا يتصور أن يقتل غدوة ثم يقتل عشاء ولا ان يقتل بسيف ثم يقتل بخلاف الخطأ والعمد فان الفعل واحد والخلاف في نيته وقصده وقد يخفى ذلك على أحدهما دون الآخر فان شهد أحدهما أنه قتله وشهد الآخر أنه قر بقتله ثبت القتل نص عليه أحمد واختاره أبو بكر واختار القاضي أنه لا يثبت وهو مذهب الشافعي لان أحدهما شهد بغير ما شهد به الآخر فلم تنفق شهادتهما على فعل واحد

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

(فصل) اذا قتل رجل عمداً قتلًا يوجب اقصاص فشهد أحد الورثة على واحد منهم أنه عفي

رواية عن احمد لان ابن منصور نقل ان سفيان قال شهادة رجل مكان رجل في الطلاق جائزة قال احمد ما احسن مقال؟ فجملة أصحابنا رواية في القصاص وليس هذا برواية ذن الطلاق لا يشبهه القصاص والمذهب انها لا تقبل فيه لانه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات وتنبى على الاسقاط فأشبهت الحدود فأما ماعدا الحدود والقصاص والاموال كالنكاح والطلاق وسائر ما لا يثبت الا بشاهدين فنص احمد على قبولها في الطلاق والحقوق فيدل على قبولها في جميع هذه الحقوق وهو قول الخريقي وقال ابن حامد لا تقبل في النكاح ونحوه قول أبي بكر فعلى قولهما لا تقبل الا في المال وما يقصد به المال وهو قول أبي عبيد لانه حق لا يثبت الا بشاهدين فأشبهه حد القذف، ووجه الاول انه حق لا يدرك بالشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال وهذا فارق الحدود

(الفصل الثالث في شروطها) ولها ثلاثة شروط [أحدها] أن تتعذر شهادة الاصل لموت أو غيبة أو مرض أو حبس أو خوف من سلطان أو غيره وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي . وحكي عن أبي يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهادة الاصل قياساً على الرواية وأخبار الديانات . وروي عن الشعبي انها لا تقبل إلا أن يموت شاهد الاصل لانها إذا كانا حين رجعي حضورهما فكانا كالحاضرين . وعن احمد مثل هذا إلا ان القاضي تأوله على الموت وما في معناه من الغيبة ابعدة ونحوها ويمكن تأويل قول الشعبي على هذا فيزول هذا الخلاف

عن القصاص سقط القود سواء كان الشاهد عدلاً أو فاسقاً لان شهادته تضمنت سقوط حقه من القصاص وقوله مقبول في ذلك . ذن أحد الوالدين إذا عفا عن حقه سقط القصاص كاه ويشبهه هذا ما لو كان عبد بين شريكين فشهد أحدهما ان شريكه أعنق نصيبه وهو موسر عتق نصيب الشاهد . وإن انكره الآخر فان كان الشاهد شهد بالعفو عن القصاص والمال لم يسقط المال لان الشاهد اعترف ان نصيبه سقط بغير اختياره فأما نصيب المشهود عليه فان كان الشاهد ممن لا تقبل شهادته فالقول قول المشهود عليه مع يمينه اذا حلف ثبتت حصته من الدية وان كان مقبول القول حلف الجاني معه وسقط حق المشهود عليه ويحلف الجاني انه عفا عن الدية ولا يحتاج الى ذكر العفو عن القصاص لانه قد سقط بشهادة الشاهد فلا يحتاج الى ذكره في اليمين لانه انما حلف على ما يدعى عليه ولا يدعى عليه غير الدية

(فصل) اذا جرح رجل فشهد له رجلان من ورثته غير الوالدين والمولودين وكانت الجراح مندملة قبات شهادتهما لانها . يجزان الى أنفسهما نفعاً وان كانت غير مندملة لم يحكم بشهادتهما وقد ذكرناه وان شهد وارث المريض له بمال ففي قبول شهادتهم وجهان (أظهرهما) قبولهما كما لو شهدا له وهو صحيح

(واشني) لا تقبل لانه متى ثبت المال المريض تعلق حق ورثته به ولهذا لا ينفذ تبرعه فيه فيما

ولنا على اشتراط تعذر شهادة شاهد الاصل انه اذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدي الاصل استغنى عن البحث عن عدالة شاهدي الفرع وكان أحوط للشهادة فان سماعه منها معلوم وصدق شاهدي الفرع مظنون والعمل باليقين مع إمكانه أولى من اتباع الظن ، ولان شهادة الاصل تثبت نفس الحق وهذه انما تثبت الشهادة عليه ، ولان في شهادة الفرع ضعفاً لانه يتطرق اليها احتمالان : احتمال غلط شاهدي الاصل واحتمال غلط شاهدي الفرع فيكون ذلك وهناً فيها ولذلك لم تنتهض لاثبات الحدود والقصاص فينبغي أن لا تثبت إلا عند عدم شاهدي الاصل كسائر الابدال ولا يصح قياسها على أخبار الديانات لانه خفف فيها ولهذا لا يعتبر فيها العدد ولا الذكورية ولا الحرية ولا اللفظ والحاجة داعية اليها في حق عموم الناس بخلاف مستثلتنا

ولنا على قبولها عند تعذرها بغير الموت انه تعذرت شهادة الاصل فتقبل شهادة الفرع كما لو مات شاهد الاصل ويخالف الحاضرين فان سماع شهادتهما يمكن فلم يميز غير ذلك إذا ثبت هذا فذكر القاضي ان الغيبة المشترطة لسماع شهادة الفرع أن يكون شاهد الاصل بموضع لا يمكنه أن يشهد ثم يرجع من يومه وهذا قاله أبو يوسف وأبو حامد من أصحاب الشافعي لان الشاهد تشق عليه المطالبة بمثل هذا السفر وقد قال الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وإذا لم يكلف الحضور تعذر سماع شهادته فاحتيج الى سماع شهادة الفرع

زاد على الثلث وان شهد لمجروح بالجرح من لا يرثه لسكونه محجوباً كالاخوين يشهد ان لاخيها وله ابن سمعت شهادتهما فان مات ابنه نظرت فان كان الحاكم حكم بشهادتهما لم ينقض حكمه لان ما يطرأ بعد الحكم بالشهادة لا يؤثر فيها كالفسق ، وان كان ذلك قبل الحكم بالشهادة لم يحكم بها لانها صاروا مستحقين فلا يحكم بشهادتهما كولو فسق الشاهدان قبل الحكم بشهادتهما ، وان شهد على رجل بالجرح الموجب للدية على العاقلة فشهد بعض عاقلة للشهود عليه بجرح الشهود لم تقبل شهادته وان كان فقيراً لانه قد يكون ذامال وقت العقل فيكون دافعا عن نفسه ويحتمل ان تقبل لانها لا يحملان شيئاً من الدية وان كان الجرح مما لا تحمله العاقلة كجراحة العمى سمعت شهادتهما لانها لا يدفمان عن أنفسهما ضرراً ، وان كان الشاهدان شهدا على اقراره بالجرح قبلت لان العاقلة لا تحمل الاعتراف وان كانت شهادتهما بجرح عقله دون ثلث الدية خطأ وكانت شهادتهما بالجرح قبل الاندمال لم تقبل لانها ربما صارت نفساً فتحملها وان كان بعده قبلت لانها لا تحتمل ما ، ون ذلك

(فصل) وإذا شهد رجلان على رجلين انها قتلا رجلاً ثم شهد المشهود عليهما على الاولين انها اللذان قتلاه فصدق الولي الاولين وكذب الآخرين وجب القتل عليهما لان الولي يكذبها وهما يدفمان بشهادتهما عن أنفسهما ضرراً وان صدق الجميع بطلت شهادتهم أيضاً لانه يتصديق (الجزء الثاني عشر) (١٢) (المغني والشرح الكبير)

وقال أبو الخطاب تمبر مسافة القصر وهو قول أبي حنيفة وأبي الغائب الطبري مع اختلافهم في مسافة القصر كل على أصله لأن مادون ذلك في حكم الحاضر في الترخيص وغيره بخلاف مسافة القصر ويعتبر دوام هذا الشرط إلى الحكم فلو شهد شاهد الفرع فلم يحكم بشهادتها حتى حضر شاهداً الاصل وقف الحكم على جماع شهادتهما لأنه قدر على الاصل قبل العمل بالبدل فلم يجز العمل به كالتيمم يقدر على الماء قبل الصلاة ولأن حضورهما ولو وجد قبل أداء ثم أدا الفرع منع فإذ أطراً قبل الحكم منع منه كالفسق (الشرط الثاني) ان يتحقق شروط الشهادة من العدالة وغيرها في كل واحد من شهود الاصل والفرع على الوجه الذي ذكرناه لأن الحكم ينبني على الشهادتين جميعاً فاعتبرت الشروط في كل واحد منهما ولا خلاف في هذا فعلمه فان عدل شهود الفرع شهود الاصل فشهدا بعد التيمم وعلى شهادتهما جاز بغير خلاف فعلمه وإن لم يشهدا بعد التيمم جاز ويتولى الحاكم ذلك فان علم عدالتها حكم وإن لم يعرفها بحث عنها وبهذا قال الشافعي

وقال الثوري وأبو يوسف إن لم يعدل شاهداً الفرع شاهدي الاصل لم يسمع الحاكم شهادتهما لأن ترك تعديله يرتاب به الحاكم وأيس بصحيح لأنه يجوز أن لا يعرف ذلك فيرجع فيه إلى بحث الحاكم ويجوز أن يعرف عدالتها ويتركها اكتفاء بما ثبتت عند الحاكم من عدالتها ولا بد من استمرار هذا الشرط ووجود العدالة في الجميع إلى انقضاء الحكم لما ذكرنا في شاهد الاصل قبل هذا، وان مات

الاولين مكذب للاخرين وتصديقه الاخرين تكذيب للاولين وهما متهمان لما ذكرناه فان قيل فكيف تصور هذه المسئلة والشهادة انما تكون بعد الدعوى فكيف يتصور فرض تصديقهم وتكذيبهم؟ قلنا يتصور ان يشهدا قبل الدعوى إذا لم يعلم الولي من قتله ولهذا روي عن النبي ﷺ انه قال « خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل ان يسألها » وهذا معني ذلك

(فصل) (الثالث ما ليس بمال ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال غير الحدود والقصاص كالنكاح والطلاق والرجعة والنسب والعتق والولاء والوكالة في غير المال والوصية اليه وما أشبه ذلك فلا يقبل فيه الا رجلا ن وعنه في الرجعة والنكاح والعتق انه يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين وعنه في العتق انه يقبل فيه شاهد ويمين المدعي وقال القاضي النكاح وحقوقه من الطلاق والخلع والرجعة لا يثبت إلا بشاهدين رواية واحدة والوكالة والوصية والكتابة ونحوها تخرج على روايتين)

وجملة ذلك ان ما ليس بقوية ولا يقصد به المال كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والايلاء والظهار والنسب والتوكيل والوصية اليه والولاء والكتابة وأشباه هذا فقال القاضي المعول عليه في المذهب ان هذا لا يثبت الا بشاهدين ذكرين ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال وقد نص أحمد في رواية الجماعة على انه لا تجوز شهادة النساء في النكاح والطلاق وقد نقل عن أحمد في الوكالة ان كانت بمطالبة دين يعني يقبل فيها شهادة رجل وامرأتين فأما غير ذلك فلا ووجه ذلك ان الوكالة

شهود الاصل والفرع لم يمنع الحكم وكذلك لو مات شهود الاصل قبل اداء الفروع شهادتهم لم يمنع من اداؤها والحكم بها لان موتهم من شرط سماع شهادة الفروع والحكم فلا يجوز جعله مانعاً وكذلك إن جنوا لان جنونهم بمنزلة موتهم

(الشرط الثالث) أن يعينا شاهدي الاصل ويسميها ، وقال ابن جرير اذا قاله كزين حرين عدلين جاز ، وإن لم يسميا لان الفرض معرفة الصفات دون العين وليس بصحيح لجواز أن يكونا عدلين عندهما مجروحين عند غيرهما ولان المشهود عليه ربما أمكنه جرح الشهود فاذا لم يعرف أعيانها تعذر عليه ذلك

(الشرط الرابع) أن يسترعي شاهد الاصل الشهادة فيقول اشهد على شهادتي أنني أشهد أن لفلان على فلان كذا أو أقر عندي بكذا ، أو سماع شاهداً يسترعي آخر شهادة يشهده عليها فيجوز لهذا السامع أن يشهد بها لحصول الاسترعاء ويحتمل أن لا يجوز له أن يشهد إلا أن يسترعي بعينه وهو قول أبي حنيفة ، قال احمد لا تكون شهادة إلا أن يشهدك فأما اذا سمعته يتحدث فاما ذلك حديث وبما ذكرناه قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد فأما إن سمع شاهداً يشهد عند الحاكم بحق أو سمعه يشهد بحق يعزبه إلى سبب نحو أن يقول أشهد أن فلان على فلان ألفاً من ثمن مبيع فهل يشهد به ؟ قال أبو الخطاب فيه روايتان

في اقتضاء الدين يقصد منها المال فيقبل فيها شهادة رجل وامرأتين كالحوالة قال القاضي فيخرج من هذا ان النكاح وحقوقه من الرجعة وشبهها لا تقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة وما عداه يخرج على روايتين وقال أبو الخطاب في النكاح والعتاق أيضاً روايتان

(أحدهما) لا يقبل فيه الا شهادة رجلين وهو قول النخعي والزهري ومالك وأهل المدينة والشافعي وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وربيعة في الطلاق

(والثانية) تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين روي ذلك عن جابر بن زيد وإياس بن معاوية والشعبي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك في النكاح عن عطاء واحتجوا بان لا يسقط بالاشبهة فيثبت برجل وامرأتين كالمال

ولنا انه ليس بمال ولا يقصد به المال ويطلع عليه الرجال فلم يكن للنساء في شهادته مدخل كالمحدود والقصاص وما ذكره لا يصح فإن الشبهة لا مدخل لها في النكاح وان تصور بان تكون المرأة مرتابة بالحمل لم يصح النكاح

(فصل) وقد نقل عن أحمد في ادعسار ما يدل على انه لا يثبت الا بثلاثة لحديث قبيصة بن مخارق وفيه «حتى يشهد ثلاثة من ذوي الحجى من قومه لقد أصابت فلاناً فاقه» قال احمد هكذا جاء الحديث

وذكر القاضي أن له الشهادة به وهو مذهب الشافعي لانه بالشهادة عند الحاكم ونسبته للحق إلى سببه يزول الاحتمال ويرتفع الاشكال فتجوز له الشهادة على شهادته كما لو استرعاه (والرواية الاخرى) لا يجوز أن يشهد على شهادته وهو قول أبي حنيفة وأبي عبيد لان الشهادة على الشهادة فيها معنى النيابة فلا ينوب عنه إلا باذنه ومن نصر الاول قال هذا ينقل شهادته ولا ينوب عنه لانه لا يشهد مثل شهادته وإنما يشهد على شهادته ، فأما إن قال اشهد أني أشهد على فلان بكذا فالاشبه أن يجوز أن يشهد على شهادته وهذا قول أبي يوسف لان معنى ذلك اشهد على شهادتي وقال أبو حنيفة لا يجوز إلا أن يقول اشهد على شهادتي اني اشهد لانه إذا قال اشهد فقد أمره بالشهادة ولم يسترعه وما عدا هذه المواضع لا يجوز أن يشهد فيها على الشهادة ، فإذا سمعه يقول اشهد أن لفلان على فلان ألف درهم لم يجز أن يشهد على شهادته لانه لم يسترعه الشهادة فيحتمل أن يكون وعده بها وقد وصف الوعد بالوجوب مجازاً عن النبي ﷺ قال «العدة دين» ويحتمل أن يريد بالشهادة العلم فلم يجز لسامعه الشهادة به ، فان قيل فلو سمع رجلاً يقول لفلان علي ألف درهم جز أن يشهد بذلك فكذا هذا قلنا الفرق بينهما من وجهين :

(أحدهما) أن الشهادة تحتمل العلم ولا تحتمل الاقرار

فظاهر هذا انه أخذ به وروي عنه لا يقبل انه وصى حتى يشهد له رجلان أو رجل عدل فظاهر هذا انه اثبت الوصية بشهادة النساء على الا نفراد اذا لم يحضره الرجال نال اتمام المذهب في هذا كله لا يثبت الا بشاهدين وحديث قبيصة في حل المسئلة لافي الاعمار

(فصل) ولا يثبت شيء مما ذكرنا بشاهد وبمين المدعي لانه إذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين فلان لا يثبت بشاهد واحد وبمين أولى قل أحد ومالك في الشاهد والمين انما يكون ذلك في الاموال خاصة لا يقع في حد ولا زكاح ولا دلاق ولا عتاقة ولا سرقة ولا قتل وعن أحمد في العتق انه يثبت بشاهد وبمين العبد ذكره الخرفي فقال اذا ادعى العبد ان سيده اعتقه وأنى بشاهد حلف مع شاهدة وصار حراً ونصر عليه أحمد وقال في الشريكين في عبد ادعى كل واحد منهما ان شريكه أعتق حقه منه وكانا مسيرين عداين فله عبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصبة حراً فيخرج مثل هذا في الـتـاب والولاء والرصية والوديعة والوكالة فيكون في الجميع روايتان ما خلا العقوبات البدنية والنكاح وعتوقه فانه لا يثبت بشاهد وبمين قول واحد اقال القاضي :

المعمول عليه في جميع ما ذكرناه أنه لا يثبت الا بشاهدين وهو قول الشافعي وقد روى الدارقطني باسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال «استشرت جبريل في القضاء بالمين مع الشاهد فأشار علي في الاموال لاتعدو ذلك» وقال عمرو بن دينار عن ابن عباس عن النبي ﷺ انه قضى بالشاهد والمين ، قل نعم في الاموال ، وتفسير الراوي أولى من تفسير غيره ورواه الامام أحمد باسناده وغيره

(الثاني) أن الاقرار أوسع في لزومه من الشهادة بدليل صحته في المجهول وانه لا يراعى فيه العدد بخلاف الشهادة ولان الاقرار قول الانسان على نفسه وهو غير متهم عليها فيكون أقوى منها ولهذا لا تسمع الشهادة في حق المقر ولا يحكم بها ولو قال شاهد الاصل انا أشهد أن فلان على فلانا ألفاً فاشهد به أنت عليه لم يجز أن يشهد على شهادته لانه ما استرعاه شهادته فيشهد عليها ولا هو شاهد بالحق لانه ماسمع الاعتراف به ممن هو عليه ولا شاهد سببه

(فصل) فأما كيفية الاداء اذا كان قد استرعاه الشهادة فانه يقول أشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه وعدالته اشهدني انه يشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا أو أن فلانا أقر عندني بكذا، وإن لم يعرف عدالته لم يذكرها وإن سمعه يشهد غيره قال أشهد ان فلان بن فلان اشهد على شهادته أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا وإن كان سمعه يشهد عند الحاكم قال أشهد أن فلان بن فلان شهد على فلان بن فلان عند الحاكم بكذا ، وإن كان نسب الحق إلى سببه قال اشهد أن فلان بن فلان قال اشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا من جهة كذا وكذا، وإذا أراد الحاكم أن يكتب ذلك كتبه على ما ذكرنا في الاداء

(فصل) واختلفت الرواية في شرط خامس وهو الذكورية في شهود الفرع فعن أحمد أنها شرط فلا يقبل في شهود الفرع نساء بحال سواء كان الحق مما تقبل فيه شهادة النساء أولى وهذا

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

وجملة ذلك أن المال كالقرض والرهن والديون كلها وما يقصد به المال كالبيع والوقف والاجارة والهبة والصالح والمساقاة والمناربة والتسركة والوصية له والجناية الموجبة للمال كالحطأ وعمد الخطأ والعمد الموجب للمال دون القصاص كالجائفة وما دون الموضحة من الشجاج يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، وقال أبو بكر لا تثبت الجناية في البدن بشهادة رجل وامرأتين لانها جناية فأشبهت ما يوجب القصاص والاول أصح لان موجبها المال فأشبهت البيع وفارق ما يوجب القصاص ، لان القصاص لا تقبل فيه شهادة النساء كذلك ما يوجبه والمال يثبت بشهادة النساء فكذلك ما يوجبه ولا خلاف في أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال ، وقد نص الله تعالى على ذلك في كتابه العزيز بقوله سبحانه (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) وأجمع أهل العلم على القول به .

(فصل) وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد وبين ، روي ذلك عن أبي بكر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ، وبه قال الفقهاء السبعة وعمر بن عبد العزيز وشريح والحسن وإياس

قول مالك والثوري والشافعي لانهم يثبتون بشهادتهم شهادة شهود الاصل دون الحق و ليس ذلك بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال فاشبهه القصاص والحد .

(والثانية) للنساء مدخل فيما لو كان المشهود به يثبت بشهادتهن في الاصل قال حرب قيل لاحمد فشهادة امرأتين على شهادة امرأتين تجوز ؟ قال نعم يعني اذا كان معها رجل وذكر الازاعي قال سمعت نمير بن اوس يجيز شهادة المرأة على شهادة المرأة . ووجهه ان المقصود بشهادة الفروع اثبات الحق الذي يشهد به شهود الاصل فقبلت فيه شهادتهن كالبيع ويفارق الحد والقصاص فانه ليس المقصد من الشهادة به اثبات مال بحال فاما شهود الاعل فيدخل النساء فيه فيجوز ان يشهد رجلان على شهادة رجل وامرأتين في كل حق يثبت بشهادتهن مع الرجال في قول أكثر أهل العلم وذكر أبو الخطاب في المنع منه رواية أخرى لان في الشهادة على الشهادة ضعفا لما ذكرنا من قبل فلا مدخل للنساء فيها لانها زداد بشهادتهن ضعفاً .

ولنا ان شهود الفرع ان كانوا يثبتون شهادة الاصل فهي تثبت بشهادتهم وان كانوا يثبتون نفس الحق فهي تثبت بشهادتهم ولان النساء شهدن بالمال او ما يقصد به المال فيثبت بشهادتهن كما لو ادبها عند الحاكم وما ذكر للرواية الاخرى لا أصل له .

(فصل) ويجوز ان يشهد على كل واحد من شاهدي الاصل شاهد فرع فيشهد شاهدا فرع

وعبدالله بن عتبة وأبو سلمة بن عبدالرحمن ويحيى بن يعمر وربيعة ومالك وابن أبي ليلى وأبو الزناد والشافعي وقل الشعبي والنخعي وأصحاب الرأي والاوزاعي لا يقضى بشاهد ويمين وقال محمد بن الحسن من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه لان الله تعالى قال (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) فمن زاد في ذلك فقد زاد في النص والزيادة في النص نسخ ، ولان النبي ﷺ قال «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» فحصر اليمين في جانب المدعي عليه كما حصر البينة في جانب المدعي .

ولنا ما روي سهيل عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد ، رواه سعيد بن منصور في سننه والأئمة من أهل السنن والمسائيد ، قال الترمذي هذا حديث غريب وفي الباب عن علي وابن عباس وجابر وقال النسائي إسناد ابن عباس في اليمين مع الشاهد اسناد جيد ولان اليمين تشرع فيمن ظهر صدقه وقوى جانبه ولذلك شرعت في حق صاحب اليد لقوة جنبته بها وفي حق المنكر لقوة جنبته فان الاصل براءة ذمته والمدعي ههنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين في حقه ولا حجة لهم في الآية لانها دلت على مشروعية الشاهد والمرأتين ولا نزاع في هذا وقولهم إن الزيادة في النص نسخ غير صحيح لان النسخ الرفع والازالة والزيادة في الشيء تقرير له لارفع والحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه

على شاهدي أصل قل انقاضي لا يختلف كلام أحمد في هذا وهو قول شريح والشعبي والحسن وابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وإسحاق والبتي والعنبري ومير بن اوس وقال إسحاق لم يزل أهل العلم على هذا حتى جاء هؤلاء وقال أحمد وشاهد على شاهد يجوز لم يزل الناس على ذا شريح فن دونه إلا ان أبا حنيفة أنكروه وذهب أبو عبدالله بن بطة إلى أنه لا يقبل على كل شاهد أصل إلا شهادته فرع وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لأن شاهدي الفرع يثبتان شهادة شاهدي الاصل فلا تثبت شهادة كل واحد منهما باقل من شاهدين كما لا يثبت اقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما واحد .

ولنا ان هذا يثبت بشاهدين وقد شهد اثنان بما يشبهه فيثبت كما لو شهدا بنفس الحق ولان شاهدي الفرع بدل من شهود الاصل فيكفي في عددها ما يكفي في شهادة الاصل ولان هذا اجماع على ما ذكره أحمد وإسحاق ولان شاهدي الفرع لا ينقلان عن شاهدي الاصل حقا عليهما فوجب ان يقبل فيه قول واحد كخبر الديانات فانهم اتما ينقلون الشهادة وليست حقا عليهم ولهذا لو أنكراها لم يمد الحاكم عليهما ولم يطلبها منهما وهذا الجواب عما ذكره . فاذا ثبت هذا فن اعتبر لكل شاهد أصل شاهدي فرع اجاز ان يشهد شاهدان على كل واحد من شاهدي الاصل وبهذا قل

ولان الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ولم تكن نسخاً فكذلك إذا انفصلت عنه ولان الآية واردة في "تحمل دون الأداء" ولهذا قال (ان تضل احداً فتذكر احداً الاخرى) والنزاع في الأداء وحديثهم ضعيف وايس هو للحضر بدليل أن اليمين تشرع في حق المودع إذا ادعى رد الوديعة وتلفها في حق الامناء لظهور جانبهم وفي حق الماعن وفي القسامة وتشرع في حق البائع والمشتري إذا اختلفا في اثنان والسلعة قائمة وقول محمد في نقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن القول بنقض قضاء رسول الله ﷺ والخلفاء الذين قضوا به وقد قال الله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكوك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً) واتقضاء بما قضى به رسول الله ﷺ محمد بن عبدالله أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له .

(فصل) قل القاضي يجوز أن يحلف على ما لا تجوز الشهادة عليه مثل ان يجد بخطه ديناً له على إنسان وهو يعرف أنه لا يكتب إلا حقاً ولم يذكره أو يجد رزماً حج أبيض بخطه ديناً له على إنسان ويعرف من أبيه الامانة وانه لا يستب إلا حقاً فله أن يحلف عليه ولا يجوز أن يشهد به ولو أخبره بحق أبيه ثقة فسكن اليه جاز أن يحلف عليه ولم يجوز أن يشهد به ، وبهذا قل الشافعي والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين .

(أحدهما) أن الشهادة لغيره فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ولا يحتمل هذا فيما يحلف عليه لان الحق إنما هو للحالف فلا يزور أحد عليه .

مالك وأصحاب الرأي قال الشافعي ورأيت كثيراً من الحكام والفتن يجيزه وخرجه على قولين (أحدهما) جوازه والآخر لا يجوز حتى يكون شهود الفرع أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع . واختاره المزني لأن من يثبت به أحد طرفي الشهادة لا يثبت به الطرف الآخر كما لو شهد أصل مع شاهد ثم شهد مع آخر على شهادة شاهد الأصل الآخر .

ولنا أنها شهدا على قولين فوجب أن يتقبل كما لو شهدا بقرارين بمقتين أو باقرار اثنين وإنما لم يجز أن يشهد شاهد الأصل فرعاً لأنه يؤدي إلى أن يكون بدل أصلاً في شهادة بحق وذلك لا يجوز ولا هم يثبتون بشهادتهم شهادة الأصل وليست شهادة أحدهم ظرفاً لشهادة الآخر فعلى قول الشافعي إن يثبت الحق بشهادة رجل وامرأتين ووجب أن يكون شهود الفرع ستة وأن كان حق يثبت بربع نسوة فوجب أن يكون شهود الفرع ثمانية وأن كان المشهود به زناً خرج فيه خمسة أقوال (أحدها) لا مدخل لشهادة الفرع في اثباته .

(والثاني) يجوز ويجب أن يكون شهود الفرع ستة عشر فيشهد على شهادة كل واحد من شهود الأصل أربعة (الثالث) يكفي ثمانية (الرابع) يكونون أربعة يشهدون على كل واحد (الخامس) يكفي شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الأصل وهذا اثبات لحد الزنا بشاهدين وهو بعيد (فصل) وإن شهد بالحق شاهداً أصل وشاهداً فرع يشهدان على شهادة أصل آخر جزء، وإن شهد شاهد أصل وشاهد فرع خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا من قبل ، وإن شهد شاهد أصل ثم

(اثاني) أن ما يكتبه الانسان من حقوقه يكثر فينسى بعضه بخلاف الشهادة والأولى التورع عن ذلك إن شاء الله تعالى .

(فصل) وكل موضع قبل فيه الشاهد واليمين فلا فرق بين كون المدعي مسلماً أو كافراً عدلاً أو فسقاً رجلاً أو امرأة ، نص عليه أحمد لأن من شرعت في حقه اليمين لا يختلف حكمه باختلاف هذه الاوصاف كالنكر إذا لم تكن بينة .

(فصل) قال أحمد مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد فإن أبي أن يحلف استحلف المطلوب ، وهذا قول مالك والشافعي وروى عن أحمد : ذن أبي المطلوب أن يحلف ثبت الحق عليه .

(فصل) ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعي وبه قول الشافعي ، وقال مالك يقبل ذلك في الاموال لأنها في الاموال أقيمتا مقام الرجل فيحلف معها كما يحلف مع الرجل ويحتمل لنا مثل ذلك .

ولنا أن البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربعة نسوة وما ذكره يبطل بهذه الصورة فإنها لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه لسكنى أربع نسوة مقام رجلين ولقبيل في غير الاموال شهادة رجل وامرأتين ، لأن شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بالرجل واليمين ضعيفة فيضم ضعيف إلى ضعيف فلا يقبل .

شهد هو وآخر فرعا على شاهد اصل آخر لم تغد شهادته الفرعية شيئاً وكان حكم ذلك حكم ما لو شهد على شهادته شاهد واحد

﴿ مسئلة ﴾ قال (وبشهد على من سمعه يقر بحق وان لم يقل للشاهد اشهد علي)

اختلفت الرواية عن احمد في هذه المسئلة فالمذهب ما ذكره الخري وبه قال الشعبي والشافعي وعن احمد رواية ثانية لا يشهد حتى يقول له المقر اشهد علي كما انه لا يجوز ان يشهد على شهادة رجل حتى يسترعيه اياها ويقول له اشهد علي شهادتي ، وعنه رواية ثالثة اذا سمعه يقر بقرض لا يشهد واذا سمعه يقر بدين يشهد لان المقر بالدين معترف انه عليه والمقر بالقرض لا يعترف بذلك لجواز ان يكون اقترض منه ثم واه ، وعنه رواية رابعة اذا سمع شيئاً فدعي إلى الشهادة فهو بالخيار ان شاء شهد وان شاء لم يشهد قال ولكن يجب عليه اذا شهد ان يشهد اذا دعي (ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا) قال اذا شهدوا وقل ابن ابي موسى : اذا سمع رجلا يقر لرجل بحق ولم يقل اشهد علي بذلك وسمع الشاهد فلان يشهد عليه فيقول اشهد اني حضرت اقرار فلان بكذا ولا يقول اشهد على اقراره وان سمعه يقول اقترضت من فلان أو قبضت من فلان لم يجز ان يشهد به ، والصحيح

(فصل) ولا يشترط أن يقول في يمينه وان شاهدي صادق في شهادته وقيل يشترط وهل تقبل شهادة رجل وامرأتين وشاهد ويمين في دعوى قتل الكافر لاستحقاق سلبه ودعوى الاسير إسلاماً سابقاً لمنع رقه؟ على روايتين من المحرر

(الخامس) ما لا يطلع عليه الرجال كعيوب النساء تحت الثياب والرضاع والاستهلال والبكارة والثبوبة والحيض ونحوه فيقبل فيها شهادة امرأة واحدة وعنه لا يقبل فيها أقل من امرأتين وان شهد به لرجل كان أولى بثبوته ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في قبول شهادة النساء المنردات في الجملة ، قال القاضي والذي تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء الولادة والاستهلال والرضاع والعيوب تحت الثياب كالرتق والقرن والبكارة والثبابة والبرص وانقضاء العدة وعن أبي حنيفة لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع لانه يجوز ان يطلع عليه محارم المرأة من الرجال فلم يثبت بالنساء منفردات كالنكاح .

ولنا ماروي عقبه بن الحارث قال تزوجت ام يحيى بنت ابي اهاب فأتت أمة سوداء فقالت قد أرضعتك فأثبت النبي ﷺ ذلك له فأعرض عني ثم أتته فقلت يا رسول الله انها كاذبة فقال « وكيف وقد زعمت ذلك ؟ » ولانها شهادة على عورة للنساء فيها مدخل فقبل فيها شهادة النساء كالولادة ويخالف عقد النكاح فانه ليس بعورة وحكي عن أبي حنيفة أيضاً أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل في الاستهلال لانها تكون بعد الولادة وخالفه صاحبه وأكثر أهل العلم لانها تكون حال الولادة

الاول لان الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه فجاز ان يشهد به كما يجوز ان يشهد بما رآه من الافعال ، و ذكر القاضي أن في الافعال روايتين

(احدهما) لا يشهد به حتى يقول المشهود عليه اشهد وهذا ان اراد به العموم في جميع الافعال فلا يصح لان ذلك يؤدي الى منع الشهادة عليها بالسكينة فان الغاصب لا يقول لاحد اشهد على أني اغصب ولا السارق ولا الزاني ولا القاتل واشباه هؤلاء وقد شهد ابو بكر وأصحابه على المغيرة بالزنا فلم يقل عمر هل اشهدكم او لا؟ ولم يقل هذا احد من الصحابة ولا من غيرهم ولا قاله الذين شهدوا على قدامة بشرب الخمر ولا قاله عمر للذين شهدوا على الوليد بن عقبة وان اراد به الافعال التي تكون بالتراضي كالقرض والقبض فيه وفي الرهن والبيع والاقتران ونحو ذلك جاز

(فصل) ولو حضر شاهدان حساباً بين اثنين شرطاً عليهما ان لا يحفظا عاينها شيئاً كان للشاهدين ان يشهدا بما سمعاه منهما ولم يسقط ذلك شرطهما لان للشاهد ان يشهد بما سمعه أو علمه وذلك قد حصل له سواء اشهده او سمعه وكذلك يشهدان على العقود بحضورها وعلى الجنائيات بمشاهدتها ولا يحتاجان الى اشهاد وبهذا قال ابن سيرين ومالك والثوري والشافعي

(فصل) والحقوق على ضربين

(أحدها) حق لادمي معين كالحقوق للمالية والنكاح وغيره من العقود والعقوبات كاتصاص

فيتعذر حضور الرجال فأشبهت الولادة نفسها وقدرروي عن علي انه أجاز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال رواه الامام أحمد وسعيد بن منصور من حديث جابر الجعفي وأجازه شرح والحسن والحارث العملي وحماذ فاذا ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل فيه شهادة النساء المنفردات فانه يقبل فيه شهادة المرأة الواحدة ، وقال طاوس تجوز شهادة المرأة في الرضاع وإن كانت سوداء ، وعن احمد رواية أخرى لا يقبل فيه إلا امرأتان وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وابن شبرمة واليه ذهب مالك والثوري لان كل جنس يثبت به الحق يكفي فيه اثنتان كالرجال ولان الرجال أكمل منهم ولا يقبل منهم إلا اثنتان وقال عثمان يكفي ثلاث لأن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة كما لو كان معين رجل وقال ابو حنيفة تقبل شهادة المرأة الواحدة في ولادة الزوجات دون ولادة المطلقة ، وقال عطاء والشعبي وقتادة لا يقبل فيها إلا أربع لأنها شهادة من شرطها الحرية فلم تقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات ، ولان النبي ﷺ قال « شهادة امرأتين بشهادة رجل »

ولنا حديث عقبة بن الحارث الذي ذكرناه وروى حذيفة ان النبي ﷺ قال « يجزي في الرضاع شهادة امرأة واحدة » ولأنه معنى يثبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية واخبار الديانات ، وما ذكره الشافعي من اشتراط الحرية غير مسلم ، وقول النبي ﷺ « شهادة امرأتين بشهادة رجل » في الموضع الذي تشهد فيه مع الرجل فان شهد الرجل بذلك قبل وحده وهو قول

وحد ائذف والوقف على آدمي معين فلا تسمع الشهادة فيه الا بعد الدعوى لان الشهادة فيه حق لآدمي فلا تستوفى الا بعد مطالبته واذنه ولائها حجة على الدعوى ودليل لها فلا يجوز تقدمها عليها (الضرب الثاني) ما كان حقاً لآدمي غير معين كالوقف على الفقراء والمساكين أو جميع المسلمين أو على مسجد أو سقاية أو متبرة مسبلة أو الوصية لشيء من ذلك ونحو هذا أو ما كان حقاً لله تعالى كالحدود الخالصة لله تعالى أو الزكاة أو الكفارة فلا تنتهر الشهادة به الى تقدم الدعوى لان ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه ويطلب به ولذلك شهد أبو بكره واصحابه على المغيرة وشهد الجارود وابو هريرة على قدامة بن مفلون بشرب الخمر وشهد الذين شهدوا على الوليد بن عقبة بشرب الخمر أيضاً من غير تقدم دعوى فأجيزت شهادتهم ولذلك لم يعتبر في ابتداء الوقف قبول من أحد ولا رضى منه ، وكذلك ما لا يتعلق به حق أحد الغريمين كتحريم الزوجة بالطلاق أو الظهار أو اعتاق الرقيق تجوز الحسبة به ولا تعتبر فيه دعوى ولو شهد شاهدان بعتق عبد أو أمة ابتداء ثبت ذلك سواء صدقها المشهود بعتقه أو لم يصدقها وبهذا قال الشافعي وبه قال ابو حنيفة في الامة وقال في العبد لا يثبت ما لم يصدق العبد به ويدعيه لان العتق حقه فأشبه سائر حقوقه ولنا انها شهادة بعتق فلا تنتهر الى تقدم الدعوى كعتق الامة ويخالف سائر الحقوق لانه حق لله تعالى ولهذا لا ينتهر الي قبول المعتق ودليل ذلك الامة وما ذكره يبطال بعتق الامة فان قيل

ابي الخطاب لانه اكمل من المرأة فاذا اكتفى بها وحدها فلان يكتفى به أولى ولان ما قبل فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل كالرواية
 ﴿فصل﴾ قال رحمه الله (وإذا شهد بقتل العمد رجل وامرأتان لم يثبت قصاص ولا دية ، وان شهدوا بالسرقه ثبت المال دون القطع)

لأن السرقة توجب القطع والمال فاذا قصرت عن أحدهما أثبتت الآخر . والقتل يوجب اقتصاص والمال بدل منه فاذا لم يثبت الاصل لم يجب بدله ، وإن قلنا موجه أحد شديين لم يتعين أحدهما إلا بالاختيار فلو أوجبنا الدية وحدها أوجبنا معينا ، وقال ابن أبي موسى لا يجب المال فيما إذا شهدوا بالسرقه ولا انها شهادة لا توجب الحد وهو أحد موجهها فاذا بطلت في أحدهما بطلت في الآخر
 ﴿مسئلة﴾ (وإذا ادعى رجل الخلع قبل فيه رجل وامرأتان او شاهد ويمين المدعي)

لانه يدعي المال الذي خالعت به وان ادعته المرأة لم يقبل فيه إلا رجلان لأنها لا تقصد منه إلا الفسخ وخالصها من الزوج ولا يثبت ذلك بهذه البينة فاما ان اختلفا في عوض الخلع خاصة ثبت برجل وامرأتين وكذلك ان اختلفا في الصداق لانه مال

(فصل) وان ادعى رجل انه ضرب أخاه بسهم عمداً فقتله ونفذ إلى أخيه الآخر فقتله خطأ وأقام بذلك شاهداً وامرأتين او شاهداً وحلف معه ثبت قتل الثاني لأنه خطأ موجه المال ولم يثبت

الامة يتعلق باعتاقها تحريم الوطاء قلنا هذا لا اثر له فن المنع يوجب تحريمها عليه ولا تسمع الشهادة به الا بعد الدعوى

(فصل) ومن كانت عنده شهادة لا دمي لم يخجل اما أن يكون عالماً بها أو غير عالم فان كان عالماً بها لم يحز للشاهد أدائها حتى يسأله ذلك لقول النبي ﷺ « خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يأتي قوم يندرون ولا يوفون ويشهدون ولا يستشهدون ويخونون ولا يؤمنون » رواه البخاري ولان أداءها حق للمشهود له فلا يستوفى الا برضاه كسائر حقوقه وان كان المشهود له غير عالم بها جاز للشاهد ادائها قبل طلبها لأن النبي ﷺ قال « ألا أتنبئكم بخير الشهداء ؟ : الذي يأتي بشهادته قبل ان يسألها » رواه مسلم وأبو داود ومالك وقال مالك هو الذي يأتي بشهادته ولا يعلم بها الذي هي له وهذا الحديث وان كان مطاقاً فإنه يتعين حمله على هذه الصور جمعاً بين الحديتين ولانه اذا لم يكن عالماً بها فتركه طلبها لا يدل على انه لا يريد اقامتها بخلاف العالم بها وهذا مذهب الشافعي .

(فصل) ويعتبر لفظ الشهادة في أدائها فيقول اشهد انه اقر بكذا ونحوه ولو قال ألم أو أحق

وأنتن أو أعرف لم يعتمد به لان الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة فلا بد من الاتيان بفعلها المشتق منها ولان فيها معنى لا يحصل في غيرها من المفغضات بدليل أنها تستعمل في اليمين فيقال اشهد بالله ولهذا تستعمل في اللعان ولا يحصل ذلك من غيرها وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً

قتل الأول لأنه عمد موجه القصاص فهما كالجنايتين المقتقتين وعلى قول أبي بكر لا يثبت منهما شيء لان الجناية عنده لا تثبت إلا بشاهدين سواء كان موجبها المال او غيره ، ولو ادعى رجل على آخر انه سرق منه وغضبه مالا خلف بالطلاق والعتاق ماسرق منه ولا غضبه ، وأقام المدعي شاهداً أو امرأتين شهدا بالسرقة والغضب ، او شاهداً وحلف معه استحق السروق والغضوب لأنه أتى بيينة يثبت ذلك بمثلها ولم يثبت طلاق ولا عتق لأن هذه البينة جحد في المال دون الطلاق والعتاق وظاهر مذهب الشافعي

﴿ مسألة ﴾ (واذا شهد رجل وامرأتان لرجل بجارية انها أم ولده وولدها منه فضي له بالجارية ام الولد وهل ثبت حرية الولد ونسبه من مدعيه ؟ على روايتين)

أما الجارية فنحكم له بها لان ام الولد مملوكة له ولهذا يملك وطأها واجارتها واعارتها وتزويجها ويثبت لها حكم الاستيلاء باقراره لأن إقراره ينفذ في ملكه ولذلك يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين . ولا نحكم له بالولد لأنه يدعي نسبه والنسب لا يثبت بذلك ويدعي حرته أيضاً فعلى هذا نقول الولد في يد المنكر مملوك له وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر يأخذها وولدها ويكون ابنه لأن من يثبت له العين تثبت له نماؤها والولد نماؤها وذكر فيها ابو الخطاب عن احمد روايتين كقول الشافعي

﴿ مسألة ﴾ قال (وتجوز شهادة المستخفي اذا كان عدلا)

المستخفي هو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه لئلا يسمع اقراره ولا يعلم به مثل من يجحد الحق علانية ويقر به سراً فيختبئ شاهدان في موضع لا يعلم بهما لئلا يسمع اقراره به ثم يشهدا به فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة وبهذا قال عمرو بن حريث وقال كذلك يفعل بالخائن والفاجر وروى مثل ذلك عن شريح وهو قول الشافعي وروى عن أحمد رواية أخرى لا تسمع شهادته وهو اختيار أبي بكر وابن أبي موسى وروى ذلك عن شريح والشعبي لان الله تعالى قال (ولا تجسسوا) وروى عن النبي ﷺ انه قال « من حدث بحديث ثم التفت فهي أمانة » يعني أنه لا يجوز لسامعه ذكره عنه لالتفاته وحذره ، وقال : مالك ان كان المشهود عليه ضعيفاً ينخدع لم يقبل عليه وان لم يكن كذلك قبلت ولنا أنها شهدا بما سمعاهما يقيناً فقبلت شهادتهما كما لو علم بها

﴿ كتاب الاقضية ﴾

﴿ مسألة ﴾ قال ابو القاسم رحمه الله (واذا هلك رجل وخلف ولدين ومائتي درهم فافر أحدهما بمائة درهم دينا على أبيه لاجنبي دفع الى المقر له نصف ما في يده من إرثه عن أبيه الا ان يكون المقر عدلا فيشاه الغريم ان يحلف مع شهادة الابن ويأخذ باثني وتسكون المائة الباقية بين الابنين)

ولنا انه لم يدع الولد ملكا وإنما يدعي حريته ونسبه ، وهذا لا يثبتان بهذه البيعة فيقيمان على ما كانا عليه

(فصل) فإن ادعى انها كانت ملكه فأعتقها لم يثبت ذلك بشاهد وامرأتين لان البيعة شهدت بملك قديم فلم يثبت والحرية لا تثبت إلا برجل وامرأتين ويحتمل أن تثبت كالتالي قبلها

﴿ باب الشهادة على الشهادة والرجوع عن الشهادة ﴾

(تقبل الشهادة على الشهادة فيما يقبل فيه كتاب القاضي وترد فيما يرد فيه)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (أحدها) جوازها (والثاني) في موضعها (والثالث) في شرطها . أما الاول فان الشهادة على الشهادة جائزة باجماع العلماء وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي . قال ابو عبيد اجتمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على امضاء الشهادة على الشهادة في الاموال ، ولان الحاجة داعية اليها فانها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الموقوف وما يتأخر اثباته عند الحاكم ثم يموت شهوده ، وفي ذلك ضرر على الناس ومشقة شديدة فوجب أن تقبل كشهادة الاصل

هذه المسئلة في الاقرار من بعض الورثة وقد ذكرناها في باب الاقرار وانه انما يلزم المقر من الدين بقدر ميراثه منه وميراثه ههنا النصف فيكون عليه نصف الدين وهو نصف المائة ونصفها الباقي يشهد به على أخيه فان كان عدلاً فشاء الغريم حلف مع شهادته واستحق الباقي لانه لا تهمة في حق الابن المقر فانه لا يجرى الى نفسه بهذه الشهادة نفعاً ولا يدفع بياضراً وان شهد اجنبي مع الوارث المقر كملت الشهادة وحكم للمدعي بما شهد به له اذا كان عدلين وأدى الشهادة بلفظ الشهادة ولا يكفي بلفظ الاقرار في الشهادة لما ذكرنا من قبل وان كان الاقرار من اثنين من الورثة عدلين مثل ان يخلف ثلاثة بين فيقر اثنان منهم بالدين ويشهدان به فان شهادتهما تقبل ويثبت باقي الدين في حق النكر وبهذا كله قال الحسن والشعبي والشافعي وابن المنذر وقال حماد وأصحاب الرأي المقر به كله في نعيب المقر وهو قول الشعبي وعلى هذا ينبغي ان لا تقبل شهادة المقر بالدين لانه يجرى بشهادته نفعاً الى نفسه وهو اسقاط بعض ما قرره عن نفسه والاقرار بوصية تخرج من الثلث كالاقرار بالدين فيما ذكرناه

(فصل) ولو ثبت لرجل على رجل دين ببينة لم يمنع ذلك قبول شهادته عليه بدين أو وصية في قول عامة أهل العلم إلا ابن أبي ليلى قال لا تقبل شهادته على غريمه الميت بذلك فيحتمل انه منع من ذلك لثلا يواطىء من يشهد له بدين فيحاص الغرماء بما شهد له به ثم يقاسمه ولنا أنه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كغيره وذلك لانه لا يجرى بشهادته الى نفسه نفعاً ولا

(الفصل الثاني) انها تقبل في المال وما يقصد به المال كما ذكر ابو عبيد ولا تقبل في حد وهذا قول الشعبي والنخعي وابي حنيفة وقال مالك والشافعي في قول وابو ثور تقبل في الحدود وفي كل حق لان ذلك يثبت بشهادة الاصل فيثبت بالشهادة على الشهادة كال

ولنا ان الحدود مبنية على الستر والدرء بالشبهات والاسقاط بالرجوع عن الاقرار والشهادة على الشهادة فيها شبهة فانها يتطرق اليها احتمال العاط والسهو والكذب في شهود الفرع مع احتمال ذلك في شهود الاصل وهذا احتمال زائد لا يوجد في شهود الاصل وهو معتبر بدليل انها لا تقبل مع القدرة على شهود الاصل فوجب أن لا تقبل فيما يندريء بالشبهات ولائها إنما تقبل للحاجة والحاجة اليها في الحد لان ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه ولا نه لانص فيها ولا يصح قياسها على شهادة الاصل لما ذكرنا فيبطل اثباتها ، وظاهر كلام احمد انها لا تقبل في القصاص أيضاً ولا حد القذف لانه قال انما يجوز في الحقوق . اما الدماء والحد فلا وهذا قول ابي حنيفة وقال مالك والشافعي يقبل وهو ظاهر كلام الخري لقوله في كل شيء إلا في الحدود ولأنه حق آدمي لا يسقط بالرجوع عن الاقرار به ولا يستحب ستره فأشبهه الاموال وذكر أصحابنا هذا رواية في الطلاق وليس هذا برواية فان الطلاق لا يشبه القصاص والمذهب انها لا تقبل فيه لأنه عقوبة فيه تدرأ بالشبهات وتبني على الاسقاط فأشبهت الحدود فاما ما عدا الحدود والاتصاص والاموال كالنكاح والطلاق وسائر ما لا يثبت إلا

يدفع بها ضراً بل يضر نفسه بها لكون المشهود له يزاوجه في الاستيفاء وينقص ما يأخذه فهو أقرب إلى الصدق وأحرى أن تقبل شهادته وما ذكرناه له من الاحتمال يوجد في الاجنبي فلم يمنع قبول شهادته

مسئلة قال (ولو هلك رجل عن ابنين وله حق بشاهد وعليه من الدين ما يستغرق ميراثه فابى الوارثان أن يحلفا مع الشاهد لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت ويستحق فإن حلف الوارثان مع الشاهد حكم بالدين فدفع الى الغريم)

وجملته ان الرجل إذا مات مفلساً وادعى ورثته ديناً له على رجل فانكر فاقاموا شاهداً عدلاً وحلفوا معه حكم بالدين للميت ثم تقضى منه ديونه ثم تنفذ وصاياه من اثالث الا ان يجيز الورثة فان أبى الورثة ان يحلفوا لم يكن للغريم أن يحلف مع شاهد الميت وبهذا قال اسحاق وأبو ثور والشافعي في الجديد وقال في القديم للغريم ان يحلف ويستحق وهذا قول مالك لان حقه متعلق به بدليل أنه لو ثبت انال قدم حقه على الورثة وكانت له الميراث كالأورث

ولنا ان الدين للورثة دون الغريم فليكن له ان يحلف عليه كما لو لم يستغرق الدين ميراثه والدليل على أنه لو ارث أنه يكتفى بيمينه ولو كان لغيره لما اكتفى به ولان حق الغريم في ذمة الميت والدين للميت ولهذا يشهد الشاهد بان الدين للميت والذي يحلف معه انما يحلف على هذا ولا يجوز للغريم ان يحلف لي

بشاهدين فنص أحمد على قبولها في الطلاق والحقوق فدل على قبولها في جميع هذه الحقوق وهذا قول الخري، وقال ابن حامد لا تقبل في النكاح ونحوه قول أبي بكر فعلى قولها لا تقبل الا في المال وما يقصد به المال وهو قول أبي عبيد لانه حق لا يثبت الا بشاهدين فأشبهه حد القذف. ووجه الاول أنه حق لا يدرأ بالشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال وبهذا فارق الحدود

(الفصل الثالث) في شروطها وهي ثلاثة (أحدها) أن تعذر شهادة شهود الاصل بموت أو مرض أو غيبة الى مسافة القصر وعنه لا تقبل إلا أن يموت شاهد الاصل

هذا أحد الشروط وهو تعذر شهادة الاصل لموت أو غيبة أو مرض أو حبس أو خوف من سلطان أو غيره، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وحكي عن أبي يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهادة الاصل قياساً على ارواية وأخبار الديانات وروي عن الشعبي أنها لا تقبل إلا ان يموت شاهد الاصل لانهما اذا كانا حيين رجي حضورهما فكانا كالحاضرين وعن أحمد مثل ذلك الا ان القاضي تأوله على الموت وما في معناه من الغيبة البعيدة ونحوها ويمكن تأويل قول الشعبي على هذا فيزول هذا الخلاف ولنا على اشتراط تعذر شاهد الاصل انه إذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدي الاصل يستغني عن البحث عن عدالة شاهدي الفرع وكان احوط للشهادة فان سماعه منهما معلوم وصدق شاهدي الفرع عليهما مظنون والعمل بالميراث مع امكانه أولى من اتباع الظن ولان شهادة الاصل

في ذمة المدعى عليه ديناً بالاتفاق فلم يجز أن يحلف على دين غيره الذي لا فعل له فيه لان النبي ﷺ إنما جعل اليمين للمالك ولا يلزم على هذا الوكيل لانه يحلف على فعل نفسه ولان الغريم لو حلف مع الشاهد ثم أبرأ الميت من الدين لرجع الدين إلى الورثة ولو كان قد ثبت له بيمينه لم يرجع اليهم وهكذا لو وصى الميت لانسان ثم لم يحلف الورثة لم يكن الموصى له ان يحلف لما ذكرناه

(فصل) فان حلف أحد الابنين مع الشاهد لم يثبت من الدين الا قدر حصته وهكذا اذا ادعى الورثة وصية لايهم أو ديناً وأقاموا شاهداً لم يثبت جميعه الا بايمان جميعهم، وان حلف بعضهم ثبت من الدين والوصية بقدر حقه ولا يشاركه فيه باقي الورثة لانه لا يثبت لهم حق بدون أيمانهم ولا يجوز أن يستحقوا يمين غيرهم ويقضي من دين أبيه بقدر ما ثبت له فان كان في الورثة صغير أو معتوه وقف حقه حتى يبلغ الصغير ويعقل المعتوه لانه لا يمكن ان يحلف على حاله ولا يحلف وليه لكون اليمين لا تدخلها النيابة وان كان فيهم آخرس مفهوم الاشارة حلف وأعطى حصته وان لم تفهم اشارته وقف حقه أيضا فان مات أو مات الصبي والمعتوه قام وورثتهم مقامهم في اليمين والاستحقاق فان طالب اولياؤها في حياتها بحبس المدعى عليه حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون يعقل الاخرس الاشارة أو باقامة كفيل لم يجابوا الى ذلك لان الحبس عذاب لا يستحق على من لم يثبت عليه حق

(فصل) وتركة الميت يثبت الملك فيها لورثته وسواء كان عليه دين أو لم يكن نص عليه أحمد

ثبتت نفس الحق وهذا إنما تثبت الشهادة عليه ولان في شهادة الفرع ضعفاً لانه يتطرق اليها احتمالان احتمال غلط شاهدي الفرع فيكون ذلك. وهنا فيها ولذلك لم ينتهض لاثبات الحدود والقصاص فينبغي أن لا تثبت الا عند عدم شهادة الاصل كسائر الابدال ولا يضح قياسها على أخبار الديانات لانه خفف فيها وكذلك لا يعتبر فيها العدد ولا الذكورية ولا الحرية ولا اللفظ والحاجة داعية اليها في حق عموم الناس بخلاف مسألتنا .

ولنا على قبولها عند تعذرها بغير الموت أنه قد تعذرت شهادة الاصل فتقبل شهادة الفرع كما لو مات شاهد الاصل ويخالف الحاضرين فان سماع شهادتهما ممكن فلم يجز غير ذلك . اذا ثبت هذا فذكر القاضي ان الغيبة المشروطة لسمع شهاد الفرع أن يكون شاهد الاصل بموضع لا يمكن أن يشهد ثم يرجع من يومه وهذا قاله أبو يوسف وأبو حامد من أصحاب الشافعي لان الشاهد تشق عليه المصالة بمثل هذا السفر . وقد قال تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) وإذا لم يكلف الحضور تعذر سماع شهادته فاحتيج إلى سماع شهادة الفرع وقال أبو الخطاب تعتبر مسافة القصر . وهو قول أبي حنيفة وأبي الطيب الطبري مع اختلافهم في مسافة القصر كل على أصله لأن مادون ذلك في حكم الحاضر في الترخص وغيره بخلاف مسافة القصر ويعتبر دوام هذا الشرط إلى الحكم وسنذكره ان شاء الله تعالى

فيمن افلس ثم مات قال قد انتقل المبيع الى الورثة وحصل ملكا لهم وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان الدين يستغرق التركة منع نقلها الى الورثة فان كان لا يستغرقها لم يمنع انتقال شي منها وقال ابو سعيد الاصطخري يمنع بقدره وقد أوما احمد إلى مثل هذا فانه قال في أربعة بنين ترك أبوهم داراً وعليه دين فقال أحد البنين أنا أعطي ودعوا لي الربع فقال احمد هذه الدار للغرماء لا يرثون شيئاً حتى يؤدوا الدين وهذا يدل على أنها لم تنتقل اليهم عنده لانه يمنع الوارث من امساك الربع بدفع قيمته لان الدين لم يثبت في ذم الورثة فيجب أن يتعلق بالتركة والمذهب الاول ولهذا قلنا إن الغريم لا يحلف على دين الميت وذلك لان الدين محله الذمة وانما يتعلق بالتركة فيتخير الورثة بين قضاء الدين منها أو من غيرها كالرهن والجاني ولهذا لا يلزم الغرماء نفقة العبيد ولا يكون نماء التركة لهم ولانه لا يخلو من أن تنتقل إلى الورثة أو إلى الغرماء أو تبقى للميت أو لا تكون لاحد، لا يجوز أن تنتقل إلى الغرماء لانها لو انتقلت اليهم لزمهم نفقة الحيوان وكان نماءها لهم غير محسوب من دينهم ولا يجوز أن تبقى للميت لانه لم يبق أهلا للملك ولا يجوز أن لا تكون لاحد لانها مال مملوك فلا بد من مالك ولانها لو بقيت بغير مالك لا يبيح لمن يتماها كسائر المباحات فبنت أنها انتقلت إلى الورثة فعلى هذا اذا نمت التركة مثل أن غلت الدار وأثمرت النخيل ونتاجت الماشية فهو للوارث ينفرد به لا يتعلق به حق الغرماء لانه نماء ملكه فاشبهه كسب الجاني ويحتمل أن يتعلق به حق الغرماء

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز لشاهد الفرع ان يشهد حتى يسترعيه شاهد الاصل فيقول اشهد على شهادتي اني اشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه أقر عندي أو أشهدني على نفسه طوعاً بكذا أو شهدت عليه أو أقر عندي بكذا، وان سمعه يقول اشهد على فلان بكذا لم يجز أن يشهد إلا أن يسمعه يشهد عند الحاكم أو يشهد بحق يعزیه الى سبب من بيع أو اجارة أو قرض فهل يشهد؟ به على وجهين)

يشترط لجواز شهادة الفرع أن يسترعيه على ما ذكرنا فان سمع شاهداً يسترعي آخر شهادة يشهد عليها جاز لهذا السامع ان يشهد بها لحصول الاسترعاء ويحتمل أن لا يجوز له ان يشهد إلا ان يسترعيه بعينه وهو قول أبي حنيفة قال احمد لا تكون شهادة الا ان يكون يشهدك فاما ان سمعه يتحدث فانما ذلك حديث وبما ذكرناه قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد فاما ان سمع شاهداً يشهد عند الحاكم بحق أو سمعه يشهد بحق يعزیه الى سبب نحو ان يقول اشهد ان فلان على فلان الفاً من ثمن بيع فهل يشهد به؟ فيه روايتان ذكرها أبو الخطاب، وذكر القاضي أن له الشهادة وهو مذهب الشافعي لانه بالشهادة عند الحاكم ونسبة الحق الى سببه يزول الاحتمال ويرتفع الاشكال فتجوز له الشهادة على شهادته كما

كخفاء الرهن ومن اختار الاول قال تعلق الحق بالرهن أكد لانه ثبت باختيار الثالث ورضاه ولهذا منع التصرف فيه وهذا يثبت بغير رضی المالك ولم يمنع التصرف فكان أشبه بالجاني وعلى الرواية الاخرى يكون بناء التركة حله حكم التركة وما يحتاج اليه من المؤنة منها ، وإن تصرف الورثة في التركة ببيع أو هبة أو قسمة فعلى الرواية الاولى تصرفهم صحيح فان قضوا الدين وإلا نقضت تصرفاتهم كما لو تصرف السيد في العبد الجاني ولم يتض دين الجاية ، وعلى الرواية الاخرى تصرفاتهم فاسدة لانهم تصرفوا فيما لم يملكوه

(فصل) اذا خلف ثلاثة بنين وأبوين فادعى البنون ان أباهم وقف داره عليهم في صحته وأقاموا بذلك شاهداً واحداً حلفوا معه وصارت وفقاً عليهم وسقط حق الابوين وإن لم ينفوا معه ولم يكن على الميت دين ولا له وصية حلف الابوان وكان نصيبها طلقاً لها ونصيب البنين وفقاً عليهم باقرارهم لانه ينفذ باقرارهم ، وإن كان على الميت دين أو وصى بشيء قضى دينه ونفذت وصيته وما بقي بين الورثة فما حصل للبنين كان وفقاً عليهم باقرارهم ، وإن حلف واحد منهم كان ثابث الدار وفقاً عليه والباقي يقضى منه الدين وما فضل يكون ميراثاً فما حصل للابنين منه كان وفقاً عليهما ولا يرث الحالف شيئاً لانه يعترف انه لا يستحق منها شيئاً سوى ما وقف عليه، وإن حلفوا كلهم فثبت الوقف عليهم لم يخل من أن يكون الوقف مرتباً على بطن ثم على بطن بعد بطن أبداً أو مشتركاً فان كان مرتباً فإذا انقرض الاولاد الثلاثة انتقل الوقف إلى البطن الثاني بغير يمين لانه قد ثبت كونه وفقاً بالشاهدين

لو استرعه والرواية الاخرى لا يجوز له ان يشهد على شهادته وهو قول أبي حنيفة وأبي عبيد لأن الشهادة فيها معنى النيابة فلا ينوب عنه الا باذنه ومن نصر الاول قال هذا ينقل شهادته ولا ينوب عنه لانه لا يشهد مثل شهادته إنما يشهد على شهادته، فاما ان قال اشهد اني اشهد على فلان بكذا فلا شبه أنه يجوز ان يشهد على شهادته وهو قول أبي يوسف لان معنى ذلك اشهد على شهادتي اني اشهد لانه اذا قال اشهد فقد امره بالشهادة ولم يسترعه وما عدا هذه المواضع لا يجوز ان يشهد فيها على الشهادة فاذا سمعه يقول اشهد ان فلان على فلان ألف درهم لم يجوز ان يشهد على شهادته لانه لم يسترعه الشهادة فيحتمل ان يكون وعده بها وقد يوصف الوعد بالوجوب مجازاً فان النبي ﷺ قال « العدة دين » ويحتمل أن يرند بالشهادة العلم فلم يجوز لسامعه الشهادة به، فان قيل فلو سمع رجلاً يقول فلان على فلان الف درهم جاز ان يشهد بذلك فكذلك هذا قلنا الفرق بينهما من وجهين :

(أحدهما) ان الشهادة تحتمل العلم ولا يحتمل الاقرار ذلك (الثاني) أن الاقرار أوسع في لزومه من الشهادة بدليل صحته في المجهول وانه لا يراعى فيه العدد بخلاف الشهادة ولان الاقرار قول الانسان على نفسه وهو غير متهم عليها فيكون أقوى منها ولهذا لا تسمع الشهادة في حق المقر ولا يحكم بها ولو قال شاهد الاصل انا اشهد ان فلان على فلان ألفاً فاشهد به انت عليه لم يجوز ان يشهد على

وبين الأولاد فلم يحتج من انتقل اليه إلى بيته كما لو ثبت بشاهدين وكمال التوروث وكذلك إذا انقرض الأولاد ورجع إلى المالكين لم يحتاجوا في ثبوته لهم إلى يمين لما ذكرناه وإن انقرض أحد الأولاد انتقل نصيبه منه إلى أخوته أو إلى من شرط الواقف انتقاله اليه بغير يمين لما ذكرنا فإن امتنع البطن الأول من اليمين فقد ذكرنا أن نصيبهم يكون وفقاً عليهم باقرارهم فإذا انقضوا كان ذلك وفقاً على حسب ما أقروا به فن كان اقرارهم انه وقف عليهم ثم على أولادهم فقال أولادهم نحن نحلف مع شاهدنا لتكون جميع الدار وفقاً لنا فلم ذلك لانهم يتقانون الوقف من الواقف فلم اثباته كالبطن الأول، فأما إن حلف أحد البنين ونكحل أخواه ثم مات الخالف نظرت فان مات بعد موت أخوته صرف نصيبه إلى أولاده وجاهاً واحداً وإن مات في حياة أخوته ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) ينصرف إلى أخوته لأنه لا يثبت للبطن الثاني شيء مع بقاء أحد من البطن الأول (والثاني) ينتقل إلى أولاده لأن أخويه أستا حقهما بنكولها فصارا كالمعدومين (والثالث) ينصرف إلى أقرب عصابة الواقف لأنه لم يمكن صرفه إلى الأخوين ولا إلى البطن الثاني لما ذكرنا فيصرف إلى أقرب عصابة الواقف إلى أن يموت الأخوان ثم يعود إلى البطن الثاني والأول أصح لأن الأخوين لم يسقطا حقوقهما وإنما امتنعا من إقامة الحجية عليه ولذلك لو اعترف لهما الأبوان ثبت الوقف من غير يمين وهما قد حصل الاعتراف من البطن الثاني فوجب أن ينصرف اليهما لحصول الاتفاق من الجميع على استحقاقهما له

شهادته لأنه ما استرعه شهادته فيشهد عليها ولا هو شاهد بالحق لأنه ما سمع الاعتراف به ممن هو عاينه ولا شاهد سببه .

(فصل) فأما كيفية الاداء إذا كان قد استرعه الشهادة فإنه يقول أشهد أن فلان بن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه وعدائته أشهدني أنه يشهد أن فلان بن فلان كذا أو ان فلاناً اقر عندني بكذا وان لم يعرف عدائته لم يذكرها وان سمعه يشهد غيره قل اشهد ان فلان بن فلان اشهد على شهادته ان فلان بن فلان على فلان بن فلان كذا او كذا ، وان كان سمعه يشهد عند الحاكم قل اشهد ان فلان بن فلان شهد على فلان بن فلان عند الحاكم بكذا ، وان كان نسب الحق إلى سببه قل اشهد ان فلان بن فلان قال اشهد ان فلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا من جهة كذا وكذا وإذا اراد الحاكم ان يكتب ذلك كتبه على ما ذكرنا

(فصل) ويشترط ان يميننا شاهدي الاصل على ما ذكرنا ويسميها . وقال ابن جرير إذا ولا ذكرين حرين عدلين جازوان لم يسميان الغرض معرفة الصفات دون اليمين وليس بصحيح لجواز ان يكونا عدلين عندهما وجرحان عند غيرهما ولان الشهود عليهم بما أمكنه جرح اليهود فإذا لم يعرف أعيانها تعذر عليه ذلك .

فإن قيل فإذا كان البطن الثاني صفاراً فما حصل الاعتراف منهم قلنا قد حصل الاعتراف من الحالف الذي ثبتت الحجة بيمينه وبالبينة التي ثبت بها الوقف وبها يستحق البطن الثاني فاكتمنى بذلك في انتقاله إلى الاخوين كما يكتمنى به في انتقاله إلى البطن الثاني بعد انقراض الاخوين ، ويدل على صحة هذا اننا اكتفينا بالبينة في أصل الوقف وفي كفيته وصفته وترتيبه فيما عدا هذا المختلف فيه فيجب أن يكتمنى به فيه . فأما ان كان شرط الواقف ان مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إليه انتقل إلى أولاده وجهاً واحداً لانه لا منازع لهم فيه ، وان مات من غير ولد انتقل إلى اخويه على الوجه الصحيح ويخرج فيه الوجهان الآخران

(الحال الثاني) إذا كان الوقف مشتركاً وهو ان يدعوا ان أباهم وقف داره على ولده وولد ولده ما تناسلوا فقد شرك بين البطون ففي هذه الحال إذا حلف أولاده الثلاثة مع شاهدهم ولم يكن أحد من أولادهم معهم موجوداً ثبت الوقف على الثلاثة، وان كان من أولادهم أحد موجوداً فهو شريكهم فان كان كبيراً حلف واستحق وان لم يحلف كان نصيبه ميراثاً تقضى منه الديون وتنفذ الوصايا وباقيه للورثة لانه يأخذ الوقف ابتداءً من الواقف بغير واسطة فهو كأحد البنين ، وان كان صغيراً أو حدث لأحد البنين ولد يشاركونهم في الوقف أو كان أحد البنين صغيراً وقف نصيبه من الوقف عليه ولا يسلم إلى وليه حتى يبلغ فيحلف أو يمنع لانه يتلقى الوقف من غير واسطة فان قيل فلم يستحق بغير يمين لكون البنين المستحقين معترفين له بذلك فيكتمنى باعتبارهم كما لو

﴿مسئلة﴾ (وتثبت شهادة شاهدي الاصل بشهادة شاهدين يشهدان عليها سواء شهدوا على كل واحد منهما أو شهد على كل واحد منهما شاهد من شهود افرع وقال ابو عبدالله بن بطالة لا يثبت حتى يشهد اربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع) .

وجملة ذلك انه يجوز أن يشهد على كل واحد من شاهدي الاصل شاهد فرع فيشهد شاهدا فرع على شاهدي اصل ، قال القاضي لا يخلف كلام احمد في هذا . وهو قول شريح والشعبي والحسن وابن شبرمة وابن ابي ليلى واثيري واسحاق والبيتي والعنبري وقال اسحاق لم يزل اهل العلم على هذا حتى جاء هؤلاء . قال احمد وشاهد على شاهد يجوز لم يزل الناس على ذا شريح فمن دونه إلا أن أباحنيفة أنكره ، وذهب ابو عبدالله بن بطالة إلى أنه لا يقبل على كل شاهد أصل الا شاهدا فرع وهذا قول ابي حنيفة ومالك والشافعي لان شاهدي الفرع يثبتان شهادة شاهدي الاصل فلا تثبت شهادة كل واحد منهما بأقل من شاهدين كما لا يثبت إقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما واحد ولنا ان هذا يثبت بشاهدين وقد شهد اثنان بما يثبت به فيثبت كما لو شهدا بنس الحق ولأن شاهدي الفرع يدل من شاهدي الاصل فيكتمنى في تعددها ما يكفي في شهادة الاصل ولان هذا اجماع

كان في أيديهم دار فاعترفوا لصغير منها بشرك فانه يعلم لي وليه؟ قلنا الفرق بينهما ان الدار التي في أيديهم لم يكن لهم فيها منازع ولا يوجب على أحد منهم فيها يمين وهذه ينازعهم فيها الابوان وأصحاب الديون والوصايا وانما يأخذونها بأيانهم فاذا أقروا بمشارك لهم فقد اعترفوا بأنه كواحد منهم لا يستحق إلا يمينه كما لا يستحق واحد منهم إلا باليمين، ويفارق ما إذا كان الوقف مرتباً على بطن بعد بطن فانه لا يشاركم أحد من البطن الثاني، فاذا بلغ الصغير الموقوف نصيبه خلف كان له، وان امتنع نظرت فان كان موجوداً حين الدعوى أو قبل حلهم كان نصيبه ميراثاً كما لو كان بالغاً فامتنع من اليمين، فان حدث بعد أيانهم وثبت الوقف نساء كان له نصيبه أيضاً لان الوقف ثبت في جميع الدار ما يمان البنين فلا يبطل بامتناع من حدث الا انه ان اقر انها ليست وقفاً وكذب البنين في ذلك كان نصيبه من الغلة ميراثاً حكمه حكم نساء الميراث. وإن لم يكذبهم فنصيبه وقف له

وقال القاضي ان امتنع من اليمين رد نصيبه الى الاولاد الثلاثة ولم يفرق بين من كان موجوداً حال الدعوى والحادث بعدها لانه لا يجوز أن يستحق شيئاً بغير يمينه ولا يجوز أن يبطل الوقف الثابت بأيانهم فتعين رد نصيبه إليهم

ولنا انه إن كان موجوداً حال الدعوى وحلفهم فهو شريكهم حين يثبت الوقف فلم يجوز ان يثبت الوقف في نصيبه بغير يمينه كالبائع، وان كان حادثاً بعد ثبوت الوقف بأيانهم فهم مقرون له بنصيبه وهو يصدقهم في إقرارهم فلم يجوز لهم أخذ نصيبه كما لو أقروا له بمال ولا نهم يقرون بأنهم لا يستحقون

على ما ذكره احمد وإسحاق ولان شاهدي الفرع لا ينقلان عن شاهدي الاصل حقاً عليهما فوجب أن يقبل فيه قول واحد كخبر الديانات فانها لا ينقلان الشهادة ويسقت حقاً عليهما ولهذا لو أنكرهما لم يعد الحاكم عليهما ولم يبطلها منبها وهذا للجواب عما ذكره. إذا ثبت هذا فمن اعتبر لكل شاهد أصل شاهدي فرع أجاز أن يشهد شاهدان على كل واحد من شاهدي الاصل وبه قال مالك وأصحاب الرأي قال الشافعي رأيت كثيراً من الحكماء والمنهين يجيزه وخرجه على قولين (أحدهما) جوازه (والآخر) لا يجوز حتى يكون شهود الفرع أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع، واختاره المزني لان من يثبت به أحد طرفي الشهادة لا يثبت به الطرف الآخر كما لو شهد أصلاً ثم يشهد مع آخر على شهادة شاهد الاصل الآخر

ولنا انهما شهدا على قولين فوجب أن يقبل كما لو شهدا بقرائنين او باقرارين بحقين وانما لم يجوز أن يشهد شاهد الاصل فرعاً لانه يؤدي الى أن يكون بدلاً أصلاً بشهادة يمتنع وذلك لا يجوز ولا نهم يثبتون بشهادتهم شهادة الأصل وليست شهادة أحدهما ظرفاً لشهادة الآخر فعلى قول الشافعي إن يثبت الحق بشهادة رجل واحد وجب أن يكون شهود الفرع ستة وإن كان ثبت بأربع نسوة وجب أن يكون شهود الفرع ثمانية وإن كان الشهود به زناً خرج فيه خمسة أقوال (أحدها) لا مدخل لشهادة

أكثر من ثلاثة أرباع الوقف فلا يجوز لهم أخذ أكثر من ذلك ، وأن مات الصغير قبل بلوغه قام وازنه بمقامه فيما ذكرنا وان مات أحد البنين البالغين قبل بلوغ الصغير وقف أيضاً نصيبه مما كان لعلمه الميث وكان الحكم فيه كالحكم في نصيبه الاصيل

وقال افاضي ان بلغ ذمتك من الميث فلربيع موقوف إلى حين موت الثلث ويقسم بين البالغين وورثة الميث لانه كان بين الثلثة ونصيبه من الميث للبالغين الحيين خاصة لانها مستحقا الوقف

(مسألة) قال (ومن ادعى دعوى وذكر أن بينته بالعدم منه خاف المدعى عليه ثم أحضر

المدعي بينته حكم بها ولم تكن الميثين مزيلة للحق)

وجاءه ان المدعي إذا ذكر ان بينته بعيدة نه أو لا يمكنه احضارها أو لا يريد اقامتها فطالب الميثين من المدعى عليه أئلف له فاذا حلف ثم احضر المدعي بينة حكم له وهذا نال شريح والشعبي ومالك والثوري والليث والشافعي وأبو حنيفة وأبو يوسف واسحاق وحكي عن ابن أبي ليلى وداود ان بينته لا تسمع لان البين حجة المدعى عليه فلا تسمع بعدها حجة المدعي كما لا تسمع يمين المدعى عليه بعد بينة المدعي .

ولنا قول عمر رضي الله عنه المينة الصادقة أحب إلي من الميث الناجرة وظاهر هذه البيعة الصدق ويلزم من

الفرع في اثباته (واثماني) يجوز ويجب أن يكون شهود الفرع ستة عشر فيشهد على كل واحد من شهود الاصل أربعة (الثالث) يكفي ثمانية (والرابع) يكون أربعة يشهدون على كل واحد (والخامس) يكفي شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الاصل وهذا اثبات لحد الزنا بشاهدين وهو بعيد

(فصل) فإن شهد بالحق شاهد أصل وشاهدا فرع يشهدان على شهادة أصل آخر جاز وإن شهد

شاهد أصل وشاهد فرع خرج فيه ما ذكرنا من الخلاف من قبل

(فصل) وان شهد شاهد أصل ثم شهد هو وآخر فرعاً على شاهد أصل آخر لم تعد شهادته الفرعية شيئاً

وكان حكم ذلك حكم ما لو شهد على شهادته شاهد واحد

﴿ مسألة ﴾ (ولا مدخل للنساء في شهادة الفرع)

عن احمدان الذكورية شرط فلا يقبل في شهود الفرع نساء بحال سواء كان الحق مما يقبل فيه شهادة

انساء اولاً ، وهذا قول الشافعي ومالك والثوري لانهم يشبهون بشهادتهم شهود الاصل دون الحق وليس

ذلك بمال ولا التصود منه للمال ويطلع عليه الرجل فأشبهه القصاص والحد (واثمانية) لمن مدخل فيما

كان الشهود به ثبت بشهادتهم في الاصل قال حرب قيل لاحمد فشهادة امرأتين على شهادة امرأتين

تجوز ؟ قال نعم يعني إذا كان معها رجل ، وذكر الازاعي قل : سمعت نعيم بن أوس يجيز شهادة

المرأة على شهادة المرأة . ووجهه ان المقصود بشهادتهم اثبات الحق الذي شهد به شهود الاصل فيدخل

صدقها فجور اليمين التقدمة فتكون أولى ولأن كل حالة يجب عليه الحق فيها باقراره يجب عليه باليمين كقبل اليمين وما ذكره لا يصح لأن اليمين الاصل واليمين بدل عنها ولهذا لا تشرع الا عند تعذرها والبديل يبطل بالقدرة على البديل كبطان التيمم بالقدرة على الماء ولا يبطل الاصل بالقدرة على البديل ويبدل على الفرق بينها أنها حال اجتماعها وإمكان سماعها تسمع اليمين ويحكم بها ولا تسمع اليمين ولا يسأر عنها (فصل) فإن طلب المدعي حبس المدعى عليه أو إقامة كفيل به إلى أن تحضر بينته البعيدة لم

يقبل منه ولم يكن له ملازمة خصمه نص عليه أحمد لأنه لم يثبت له قبله حق بحبس به ولا يقم به كتيلا ولأن الحبس عذاب فلا يلزم معصوما لم يتوجه عليه حق ولأنه لو جاز ذلك لتمكن كل ظالم من حبس من شاء من الناس بغير حق، وإن كانت بينته قريبة فله ملازمته حتى يحضرها لأن ذلك من ضرورة اقامتها فانه لو لم يتمكن من ملازمته لذهب من مجالس الحاكم ولا تمكن اقامتها إلا بحضوره، ولأنه لما تمكن من احضاره مجلس الحاكم اقيم اليمين عليه تمكن من ملازمته فيه حتى تحضر اليمين وتفارق اليمين البعيدة أو من لا يمكن حضورها فان إقامته إلى حين حضورها يحتاج إلى حبس أو ما يقوم مقامه ولا سبيل إليه

(فصل) ولو أقيم المدعي شاهداً واحداً ولم يحلف معه وطلب يمين المدعى عليه أحلف له ثم إن أحضر شاهداً آخر بعد ذلك كملت بينته وقضي بها لما ذكرنا في التي قبلها، وإن قال المدعي لي بينة حاضرة وأريد احلاف المدعى عليه ثم أقيم اليمين عليه ففيه وجهان

النساء فيه فيجوز أن يشهد رجلان على رجل وامرأتين، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى ان النساء ليس لهن مدخل في الشهادة على الشهادة لأن فيها ضمماً لما ذكرنا من قبل فلا مدخل لهن فيها لأنها تزاد بشهادتهن ضمماً فاعتبرت تقويتها باعتبار الذكورية فيها فعلى هذه الرواية لا يكن أصولاً ولا فروعاً ولنا ان شهود الفرع ان كانوا يشترن شهادة الاصول فهي تثبت بشهادتهم وان كانوا يشتون نفس الحق فهو يثبت بشهادتهم ولان النساء يشهدن بالمال او ما يقصد به المال فيثبت بشهادتهن كما لو أدنهن عند الحاكم وما ذكر للرواية الاخرى لا أصل له

﴿مسئلة﴾ (قال القاضي لا تجوز شهادة رجلين على شهادة رجل وامرأتين) نص عليه أحمد

وقال أبو الخطاب هذه الرواية سهو من ناقلها

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز للحاكم أن يحكم بشهادة شاهدي الفرع حتى تثبت عنده عدلتهما

وعدالة شاهدي الأصل)

وذلك لان الحكم يبنى على الشهادتين جميعاً فاعتبرت الشروط في كل واحد منهما ولا تعلم في هذا خلافاً فان عدل شهود الاصل شهود الفرع فشهدا بعدالتهما على شهادتهما جاز بغير خلاف تعلمه وان لم يشهدا بعدالتهما جاز، ويتولى الحاكم ذلك فاذا علم عدلتهما حكم وان لم يعرفهما وهذا مذهب الشافعي

(أحدهما) له ذلك ويستحلف خصمه لانه يملك استحلافه اذا كانت بينته بعيدة فكذلك اذا كانت قريبة ، ولأنه لو قل لأريد إقامة بينتي القريبة ملك استحلافه فكذلك اذا أراد إقامتها (الثاني) لا يملك استحلافه لان في البيعة غنية عن اليمين فلم تشرع معها ولان البيعة أصل واليمين بدل فلا يجمع بين البدل والاصل كالتيهم مع الماء وذرق البعيدة فانها في الحال كالمعدومة للعجز عنها وكذلك التي لا يريد اقامتها لانه قد تكون عايه مشقة في احضارها أو عليها في الحضور مشقة فيسقط ذلك للمشقة بخلاف التي يريد اقامتها

(مسئلة) قال (واليمين التي يبرأ بها المطلوب هي اليمين بالله وان كان الحالف كافراً)

وجملته أن اليمين المشروعة في الحقوق التي يبرأ بها المطلوب هي اليمين بالله في قول عامة أهل العلم إلا أن مالكاً أحب ان يحلف بالله الذي لا إله الا هو ، وإن استحلف حاكم بالله اجزأ ، قال ابن المنذر هذا أحب إلي لان ابن عباس روى ان رسول الله ﷺ استحلف رجلاً فقال له « قل والله الذي لا إله الا هو ماله عندك شيء » رواه ابو داود وفي حديث عمر حين حلف لابي قال والله الذي لا إله الا هو إن النخل لنخلي وما لأبي فيها شيء
وقال الشافعي إن كان المدعى قصاصاً أو عتاقاً أو حداً أو مالا يبلغ نصاباً غلظت اليمين فيحلف

وقال الثوري وابو يوسف ان لم يعدل شاهداً الفرع شاهدي الاصل لم يسمع الحاكم شهادتهما لان ترك تعديله يرتاب به الحاكم ولا يصح ذلك لانه يجوز أن لا يعرف ذلك فيرجع فيه إلى بحث الحاكم ويجوز أن يعرف اعدالتهما ويتركها اكتفاء بما يثبت عند الحاكم من عدالتهما

(مسئلة) (وان شهدوا عنده فلم يحكم حتى حضر شهود الاصل وقف الحاكم على سماع شهادتهم)

لأنه قدر على الاصل قبل العمل بالبدل فأشبهه التيمم إذا قدر على الماء فلا تصح صلاته حتى يتوضأ

(مسئلة) (وان حدث منهم ما يمنع قبول شهادتهم لم يجز الحكم)

لا بد من اشتراط اسم العدالة في الجميع إلى استمرار الحكم لما ذكرنا في شاهد الاصل قبل هذا فعلى

هذا ان رجعوا قبل الحكم لم يحكم بها لان الحكم ينبنى عايمها فأشبهه ما لو فسق شهود الفرع اورجعوا

(مسئلة) (فان حكم بشهادتهما ثم رجع شهود الفرع لم يضمن الضمان) لان الاتلاف كان بشهادتهم

فلم يضمن الضمان كما لو أتلفوا بأيديهم

(مسئلة) (فان رجع شهود الاصل لم يضمنوا)

لان الاتلاف كان بشهادة غيرهم فلا يلزمهم ضمان كالتسبب مع المباشر ولأنهم لم يباحثوا الحاكم إلى

الحكم ويحتمل أن يضمنوا لان الحكم يضاف اليهم بدليل انه تعتبر عدالتهم فلم يضمن الضمان كما لو حكم

بشهادتهم ثم رجعوا ولأنهم سبب في الحكم فيضمنون كالمزكين

بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية وقال في القسامة عالم خائنة الاعين وما تخفي الصدور وهذا اختيار أبي الخطاب . وذكر القاضي ان هذا في أيمان القسامة خاصة وليس بشرط

ولنا قول الله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لانشترى به ثمناً) وقال تعالى (فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما) وقال تعالى في اللعان (فشهادة أحدكم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين) وقال تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) قال بعض أهل التفسير من أقسم بالله فقد أقسم جهد اليمين

واستحلف النبي ﷺ كأنه بن عبد بندي في الزلاق فقال « آ الله ما أردت إلا واحدة » وفي حديث الحضرمي والكندي أن النبي ﷺ قال « ألك بيعة ؟ » قال لا ولكن أحلفه والله ما يعلم أنها أرضي غصبتها . رواه ابو داود

وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه ولان في الله كفاية فوجب أن يكتب في باسمه في اليمين كالموضع الذي سلمه وأما حديث ابن عباس وعرفانه يدل على جواز الاستحلاف كذلك وما ذكرناه يدل على الاكتفاء باسم الله وحده وما ذكره الباقر فتحكم لانص فيه ولا قياس يقتضيه اذا ثبت هذا فإن اليمين في حق المسلم والكافر جميعاً بالله تعالى لا يحلف أحد بغيره لقول الله تعالى (فيقسمان بالله) ولقول النبي ﷺ « من كان حائفاً فليحلف بالله أو ليصمت »

(فصل) فان مات شهرد الاصل أو الفرع لم يمنع الحكم وكذلك لو مات شهود الاعل قبل أداء الفروع الشهادة لم يمنع من أدائها والحكم بها لان موتهم من شرط سماع شهادة الفروع والحكم فلا يجوز جعله مانعاً وكذلك ان جنوا لان جنونهم بمنزلة موتهم

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (ومتى رجع شهود المال بعد الحكم لزمهم الضمان ولم ينقض الحكم سواء كان المال قائماً او تالفاً)

وسواء كان قبل القبض أو بعده أما الرجوع به على المحكوم له فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً انه لا يرجع به عليه ولا ينقض الحكم في قول أهل الفتيا من علماء الإصهار وحكي عن سعيد بن المسيب والاوزاعي انها قال لا ينقض الحكم وان استوفى الحق ثبت بشهادتهما فاذا رجع ازال ما ثبت به الحكم كالأوتيين انها كانا كافرين ولنا ان حق المشهود له ووجب له فلا يسقط بقولهما كما لو ادعياه لأنفسهما يحقق هذا ان حق الانسان لا يزول إلا ببينة او اقرار ورجوعهما ليس بشهادة ولهذا لا يفتر إلى لفظ الشهادة ولا هو إقرار من صاحب الحق وفارق ما إذا تبين انها كانا كافرين لاننا تبينا انه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العدول وفي مسئلتنا لم يتبين ذلك بجواز أن يكونا عدلين صادقين في شهادتهما وانما كذباني رجوعهما ويفارق العقوبات حيث لا تستوفى لأنها تدرأ بالشبهات . وأما الرجوع على الشاهدين

(فصل) وتشرع اليمين في حق كل مدعى عليه سواء كان مسلماً أو كافراً عدلاً أو فاسقاً امرأة أو رجلاً لقول النبي ﷺ «اليمين على المدعى عليه»
وروى شقيق عن الأشعث بن قيس قال: قال كان بيني وبين رجل من اليهود أرض فحججني فقدمته إلى النبي ﷺ فقال لي رسول الله ﷺ «هل لك بينة؟» قلت لا، قال لليهودي «احلف» قلت إذا يحلف فيذهب بمالي فأنزله عز وجل (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً) إلى آخر الآية رواه البخاري وأبو داود وابن ماجه . وفي حديث الحضرمي قلت انه رجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه قال ليس لك منه إلا ذلك

(مسئلة) قال (الأ أنه إن كان يهودياً قبل له قن والله الذي أنزل التوراة على موسى وإن كان نصرانياً قبل له قن والله الذي أنزل الانجيل على عيسى وإن كان لهم مواضع بمظموها ويتوقون أن يحلفوا فيها كما بين حالتها فيها)

ظاهر كلام الخري رحمه الله أن اليمين لا تعاضل إلا في حق أهل الذمة ولا تغلظ في حق المسلمين ونحو هذا قول أبو بكر ووجه تغليظها في حقهم ما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ يعني به فهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأصحاب الرأي وقول الشافعي انقديم وقال في الجديد لا يرجع عليهما بشيء إلا أن يشهدا بعقوبتهما فبعضنا قيمته لأنه لم يوجد منها اتلاف للمال ولا يد عادية عليه فلم يضمننا كما لو ردت شهادتها

وانما انها أقرا انما أخرج ماله من يده بغير حق وحالا بينه وبينه فليضمنها الضمان كما لو شهدا بعقوبته ولانها أزالا يد السيد عن عبده بشهادتهما المرجوع عنها فأشبهه ما لو شهدا بحريته ولانهما تسببا إلى اتلاف حقه بشهادتهما بالزور عليه فليضمنهما الضمان كشاهدي القصاص يحقق هذا انه إذا لزمها القصاص الذي يدرأ بالشبهات فوجوب المال أولى وقوله انهما ما أتلفا المال يبطل بما إذا شهدا بعقوبته فإن الرق في الحقيقة لا يزول بشهادة الزور وإنما حالا بين سيده وبينه وفي موضع اتلاف المال فها تسببا إلى تلفه فليضمنهما ضمان ما تلف بسببهما كشاهدي القصاص وشهود الزنا وحافر البئر وناصر السكين .

(مسئلة) (وان رجع شهود العتق غرموا القيمة)

كالحكم في الشهادة بالمال على ما ذكرنا من الخلاف لانها من جملة المال .

وإن شهدا بالحريية ثم رجعا عن الشهادة لزمهما غرامة قيمتهما لسيدتهما بغير خلاف بينهم فيه ، فإن المخالف في التي قبها هو الشافعي وقد وافق هنا وهو حجة عليه فيما خالف فيه وبغير ما قيمته لان العبيد من المتقومات .

للإهود « نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على من زنى؟ » رواه أبو داود وكذلك قول الخريقي تغاظ بالمكان فيحلف في المواضع التي يعظمها ويتوقى الكذب فيها ولم يذكر التغليظ بالزمان ، وقال أبو الخطاب إن رأى التغليظ في اليمين في اللفظ بالزمان والمكان فله ذلك قال وقد أوما إليه أحمد في رواية الميموني وذكر التغليظ في حق المجوسي قال فيقال له قل والله الذي خلقني ورزقني وإن كان وثناً حلفه بالله وحده وكذلك إن كان لا يعبد الله لأنه لا يجوز أن يحلف بغير الله لقول النبي ﷺ « من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت » ولأن هذا إن لم يكن يعتد هذه يميناً فإنه يزداد بها أثماً وعتوبة وربما عجات عقوبته فيتعظ بذلك ويعتبر به ، غيره وهذا كله ليس بشرط في اليمين وإنما للحاكم فعله إذا رأى

ومن قال يستحلف أهل الكتاب بالله وحده مسروق وأبو عبيدة بن عبد الله وعطاء وشريح والحسن وإبراهيم بن كعب بن سور ومالك والثوري وأبو عبيد
ومن قال لا يشرع التغليظ بالزمان والمكان في حق مسلم أبو حنيفة وصاحباه وقال مالك والشافعي تغاظ ثم اختلفا فقال مالك يحلف في المدينة على منبر رسول الله ﷺ ويحلف قائماً ولا يحلف قائماً إلا على منبر رسول الله ﷺ ويستحلفون في غير المدينة في مساجد الجماعات ولا يحلف عند المنبر الأعلى ما يقطع فيه السارق فصاعداً وهو ثلاثة دراهم وقال الشافعي يستحلف المسلم بين الركن والقام بمكة وفي المدينة عند منبر رسول الله ﷺ وفي سائر البلدان في الجوامع عند المنبر وعند الصخرة في بيت

﴿ مسألة ﴾ (وإن رجع شهود الطلاق قبل الدخول غرموا نصف المسمى وإن كان بعده لم يغرموا شيئاً) إذا شهدا بطلاق امرأة تبين به حكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة وكان قبل الدخول فالواجب عليهما نصف المسمى .

وهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قولييه يجب مهر المثل لأنها تلتفأ عليه البضع فلزمها عوضه وهو مهر المثل وفي القول الآخر يلزمها نصف مهر المثل لأنه إنما يملك نصف البضع بدليل أنه إنما يجب عليه نصف المهر .

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرج من ملكه بردها أو إلامها أو قلها نفسها فنما لا تضمن شيئاً ولو فسخت نكاحها قبل الدخول برضاع من يفسخ به نكاحها لم يغرم شيئاً وإنما يجب نصف المسمى لأنها أزماء للزوج بشهادتها وقرراه عليه كما يرجع به على فسخ نكاحه برضاع أو غيره وقوله أنه ملك نصف البضع غير صحيح فإن البضع لا يجوز تملك نصفه ولأن العقد ورد على جميعه والصدق واجب جميعه ولهذا تملكه المرأة إذا قبضته ونماؤها وتملك طلبه إذا لم تقبضه وإنما يسقط نصفه بالطلاق وأما إن يكون الحكم بالفرقة بعد الدخول فليس عليهما ضمان وبه قال أبو حنيفة وعن أحمد رواية أخرى عليهما ضمان المسمى في الصداق لأنهما فوتتا عليه

المقدس وتغلظ في الزمان في الاستحلاف بعد العصر ولا تغلظ في المال الا في نصاب فصاعدا وتغلظ في الطلاق والنتاق والحد والقصاص وهذا اختيار ابي الخطاب وقال ابن جرير تغلظ في القليل والكثير واحتجوا بقول الله تعالى (تحبسونها من بعد الصلاة فيقسمان بالله) قيل أراد بعد العصر وروي عن النبي ﷺ أنه قال « من حلف على منبري هذا يمين آئمة فليتبوأ مقعده من النار » فثبت أنه يتعلق بذلك تأكيد اليمين وروى مالك قال اخنصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما الى مر. ان بن الحكم فقال زيد أحلف له مكاني فقال مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق قال فجعل زيد يحلف ان حته لحي ويأبى ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب

ولنا قول الله تعالى (فأخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهما الاوليان فيقسمان بالله لشهادتنا احق من شهادتهما) ولم يذكر مكانا ولا زمنا ولا زيادة في اللفظ. واستحلف النبي ﷺ ركاة في الطلاق فقال « آ الله ما أردت الا واحدة ؟ » قال آ الله ما أردت الا واحدة ولم يغلظ يمينه بزمن ولا مكان ولا زيادة لفظ وسائر ما ذكرنا في التي قبلها وحلف عمر لابي حين تحا كما الى زيد في مكابزه وكانا في بيت زيد وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بعنا وما به داء تعلمه ؟ وفي ما ذكره تقييد لمطلق هذه النصوص ومخالفة الاجماع ذن ما ذكرنا عن الخليفة عمر وعثمان مع من حضرهما لم ينكر وهو في محل الشهرة فكان اجماعا وقوله تعالى (تحبسونها من بعد الصلاة) وانما كان في حق أهل الكتاب في الوصية في السفر وهي قضية خولف فيها القياس في مواضع منها قبول شهادة أهل

نكاحا وجب عليه به عوض فكان عليهما ضمان ماوجب به كما قبل الدخول ، وقال الشافعي يلزمهما له مهر المثل لانهما اتانما البضع وتد سبق الكلام. مه في «ذا ولا يصح القياس على ما قبل الدخول لانهما قررا عليه نصف المسمى وكان بعرض السقوط وهما قد تقرر المهر كله بالدخول فلم يقرر عليه شيئا. ولم يخرجنا من ملكه منقوما فأشبهه ما لو أخرجاه من ملكه بقلمها او أخرجه هي بردتها .

﴿ مسألة ﴾ (وان رجع شهود انقصاص أو الحد قبل الاستيفاء لم يستوف وان كان بعده وقلوا أخطأنا فعليه دية ماتلف ويقسط اعزم على عددهم فان رجع أحدهم غرم بقسطه) .

وجملة ذلك أن الشهود اذا رجعوا عن شهادتهم بعد ادائها لم تخل من ثلاثة احوال (أحدها) أن يرجعوا قبل الحكم بها فلا يجوز الحكم بها في قول عامة أهل العلم وحكى عن ابي ثور أنه تدعن أهل العلم فقال يحكم بها ، لان الشهادة قد أدبت فلا تبطل برجوع من شهد بها كما لو رجعا بعد الحكم وهذا فاسد ، لان الشهادة شرط الحكم فإذا زالت قبله لم يميز كما لو فسقا ولان رجوعهما يظهر به كذبهما فلم يميز به الحكم كما لو شهد بقتل رجل ثم علمت حياته ولانه زال ظنه في أن ماشهد به حق فلم يميز به الحكم كما لو تغير اجتهاده وفارق ما بعد الحكم ذنه تم بشرطه ولان الشك لا يزال ماحكم به كما لو تغير اجتهاده (الحال الثاني) أن يرجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فان كان المحكوم به عقوبة كالحدا والقصاص لم يجز استيفاءه ، لان

[المغني والشرح الكبير الشهادة بالوصية في السفر والمواضع التي خالفت فيها القياس ١١٧]

الكتاب على المسلمين ومنها استخلاف الشاهدين ومنها استخلاف خصومهما عند العتور على استحقاقهما الاثم وهم لا يعلمون بها أصلاً فكيف يحتجون بها، ولما ذكر إيمان المسلمين أطلق اليمين ولم يقيدها والاحتجاج بهذا أولى من المصير إلى ما خولف فيه اقياس وترك العمل به وأما حديثهم فليس فيه دليل على مشروعية اليمين عند النبر إنما فيه تغليظ اليمين على الحالف عنده ولا يلزم من هذا الاستخلاف عنده . وأما قصة مروان فمن العجب احتجاجهم بها وذهابهم إلى قول مروان في قضية خالفة زيد فيها وقول زيد ففيه الصحابة وقاضيتهم وأفضيتهم أحق أن يحتج به من قول مروان فإن قول مروان لو انفرد ما جاز الاحتجاج به فكيف يجوز الاحتجاج به على مخالفة إجماع الصحابة؟ وقول أئمتهم وفقهائهم ومخالفته فعل النبي ﷺ وإطلاق كتاب الله تعالى وهذا ما لا يجوز وإنما ذكر الخرقى التغليظ بالمكان واللفظ في حق الذي لاستخلاف النبي ﷺ اليهود بقوله « نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى » ولقول الله تعالى في حق الكتابيين (تحبسونهما من بعد الصلاة) ولأنه روي عن كعب بن سور في نصراني قال اذهبوا به إلى المذبح واجعلوا الإنجيل في حجره والتوراة على رأسه وقال الشعبي في نصراني اذهب به إلى البيعة فاستخلفه بما يستخلف به مثله وقول ابن المنذر لا أعلم حجة توجب أن يستخلف في مكان بعينه ولا يمين غير الذي يستخلف بها المسلمون وعلى كل حال فلا خلاف بين أهل العلم في أن التغليظ بالزمان والمكان والالفاظ غير واجب

الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعهما من أعظم الشبهات ولأن المحكوم به عقوبة لم يبق ظن استحقاقها ولا سبيل إلى خبرها فلم يجز استيفاءها كما لو رجعا قبيل الحكم وإن كان المحكوم به مالا استوفي ولم ينتقض الحكم وقد ذكرناه وفارق المالا قصاص والحد فانه يمكن جبره بالزام الشاهد عوضه والحد واقصاص لا يجبر بإيجاب مثله على الشاهدين لأن ذلك ليس يجبر ولا يحصل لمن وجب له منه عوض وإنما شرع للزجر والتشفي والانتقام لا للجبر، فان قيل فله قلمم أنه إذا حكم بالقصاص ثم فسق الشاهد استوفي في أحد الوجهين قلنا الرجوع أعظم في الشبهة من طريان الفسق لانهما يقران أن شهادتهما زور وانهما كانا فاسقين حين شهدا وحين حكم الحاكم بشهادتهما وهذا الذي طرأ فسقه لا يتحقق كون شهادته كذبا ولا انه كان فاسقا حين أدى الشهادة ولا حين الحكم بها ولهذا لو فسق بعد الاستيفاء لم يلزمه شيء والراجح أن تلزمهما غرامة ما شهدا به فافترقا، (الحال الثالث) أن يرجعا بعد الاستيفاء فانه لا يبطل الحكم ولا يلزم المشهود له شيء سواء كان المشهود به مالا أو عقوبة لأن الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به ووصول الحق إلى مستحقه ويرجع به على الشاهدين فإن كان المشهود اتلافاً في مثله اقصاص كالقتل والجرح وقالنا عمدنا الشهادة عليه بالزور ليقطع أو يقطع فليما القصاص وبه قال ابن أبي ليلى والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد وقال أصحاب الرأي لا قود عليهما لانهما لم يباشرا الاتلاف فأشبهها حافر البئر إذ اتلف به شيء .

الا ان ابن الصباغ ذكر ان في وجوب التغليظ بالمكان قواين للشافعي وخالفه ابن العاص فقال لا خلاف بين أهل العلم في ان القاضي حيث استحلف المدعى عليه في عمله وبلد قضائه جاز وانما التغليظ بالمكان فيه اختيار فيكون التغليظ عند من رآه اختيارا واستحسانا

(فصل) قال ابن المنذر ولم نجد أحداً يوجب اليمين بالمصحف وقال الشافعي رأيتهم يؤكدون بالمصحف ورأيت ابن مازن وهو قاض بصنماء يفاظ اليمين بالمصحف قل أصحابه فيفاظ عليه بحضور المصحف لانه يشتمل على كلام الله تعالى واسمائه وهذا زيادة على ما أمر به رسول الله ﷺ في اليمين وفعله الخلفاء الراشدون وقضاتهم من غير دليل ولا حجة يستند اليها ولا يترك فعل رسول الله ﷺ وأصحابه لفعل ابن مازن ولا غيره

(مسئلة) قال (ويحلف الرجل فيما عليه على البت ويحلف الوارث على دين الميت على العلم)

يعنى البت القطع ابي يحلف بالله ماله على شيء . وجملة الامر ان الايمان كلها على البت واقطع الإعلى نفي فعل الغير فانها على نفي العلم وبهذا قول أبوحنيفة ومالك والشافعي وقال الشعبي والنخعي كلها على العلم وذكره ابن ابي موسى رواية عن أحمد وذكر احمد حديث الشيباني عن انقاسم ابن عبد الرحمن عن النبي ﷺ « لا تضطروا الناس في ايمانهم ان يحلفوا على ما لا يعلمون » ولانه لا يكلف مالا علم لهبه وقال ابن ابي ليلى كلها على البت كما يحلف على فعل نفسه

ولنا أن علياً رضي الله عنه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقتله ثم عادا فقالا أخطأنا ليس هذا السارق فقال علي لو أعلم أنكما تمدتما لقطعتهما ولا يخالفه في الصحابة ولانهما تسببا إلى قتله وقطعه بما يفضي اليه غالباً فلزمهما القصاص كالمكره وفارق الحنفي فإنه لا يفضي إلى القتل غالباً وقد ذكرنا هذه المسئلة في الجنائيات فان قالوا عمدنا الشهادة عليه ولم نعلم أنه يقتل بهذا وكانا ممن يجوز أن يجهلا ذلك وجبت الدية في أموالهما مغالطة لانه شبه عمد ولم تحملها العاقلة لانه ثبت باعترافهما وان قيل أحدهما عمدت قتله وقال الآخر أخطأت فعلى العائد نصف الدية مغالطة وعلى الآخر نصفها مخففة ولا قصاص في الصحيح من المذهب وان قال كل واحد منهما إنما اعترف بعمد شارك فيه مخففاً وهو لا يوجب القصاص والانسان إنما يؤخذ باقراره لا باقرار غيره فعلى هذا تجب عليهما دية مغالطة وإن قال أحدهما عمدنا جميعاً وقال الآخر عمدت وأخطأ صاحبي فعلى الاول اقتصاص وفي الثاني وجهان كالتي قبلها، وإن قالوا أخطأنا فعليهما الدية مخففة في أموالهما لان العاقلة لا تحمل الاعتراف وان قال أحدهما عمدنا معاً وقال الآخر اخطأنا معاً فعلى الاول اقتصاص وعلى الثاني نصف الدية مخففة لان كل واحد منهما يؤخذ باقراره وان قال كل واحد منهما عمدت ولا أدري ما فعل صاحبي فعليهما القصاص لاقرار كل واحد منهما بالعمد ويحتمل أن لا يجب عليهما القصاص، لأن اقرار كل واحد منهما لو انفرد

ولنا حديث ابن عباس ان النبي ﷺ استحلف رجلا فقال له «قل والله الذي لا اله الا هو ماله عليك حق» وروى الاشعث بن قيس ان رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصا الى النبي ﷺ في أرض من اليمن فقال الحضرمي يا رسول الله ان ارضي اغتصبنيها أبو هذا وهي في يده قال «هل لك بينة؟» قال لا ولكن احلفه والله العظيم ما يعلم انها ارضي اغتصبنيها أبو ههه الكندي لليمين رواه أبو داود ولم ينكر ذلك النبي ﷺ وما ذكره لا يصح لانه يمكنه الاحاطة بنفسه ولا يمكنه ذلك في فعل غيره فافرقا في اليمين كما افترقت الشهادة فانها تكون بالقطع فيما يمكن القطع فيه من العقود وعلى الظن فيما لا يمكن فيه القطع من الاملاك والانساب وعلى نفي العلم فيما لا يمكن الاحاطة بانتفائه كالشهادة على أنه لا وارث له غير فلان وفلان ، وحديث القاسم بن عبد الرحمن محمول على اليمين على نفي فعل الغير

إذا ثبت هذا فإنه يحلف فيما عليه على البت نفيًا كان أو اثباتًا ، وأما ما يتعلق بفعل غيره فن كان اثباتًا مثل ان يدعي انه اقترض أو باع ويقيم شاهداً بذلك فإنه يحلف مع شاهده على البت واقطع وإن كان على نفي العلم مثل ان يدعي عليه دين او غصب أو جنابة أو فاهه يحلف على نفي العلم لا غير وإن حلف عليه على البت كنفاه وكان التقدير فيه العلم كما في الشاهد إذا شهد بعدد الورثة وقال ليس له وارث غيرهم سمع ذلك وكان التقدير فيه علمه ، ولو ادعى عليه ان عبده جنى أو استدان فأنكر ذلك فيمينه على نفي العلم لانها يمين على نفي فعل الغير فأشبهت يمين الوارث على نفي الموروث

لم يجب عليه قصاص وإنما يؤخذ الانسان باقراره لا باقرار صاحبه وان قل أحدهما عمدت ولا أدري ما قصد صاحبي سئل صاحبه فان قال مثل قوله فربي كالتي قبلها ، وإن قال عمدنا معاً فعليه اقتصاص وفي الاول وجهان وإن قال أخطأت أو أخطأنا فلا قصاص على كل واحد منهما وان جهل حال الآخر بجنون أو موت أو لم يقدر عليه فلا قصاص على المقر وعليه نصيبه من الدية المغلظة .

(فصل) وان رجع أحد الشاهدين وحده فالحكم فيه كالحكم في رجوعهما في ان الحكم لا يحكم بشهادتهما اذا كان رجوعه قبل الحكم ولا تستوفى العقوبة إذا رجع قبل استيفائها لان الشرط يختل برجوعه كاختلاله برجوعهما وان كان رجوعه بعد الاستيفاء لزم حكم اقراره وحده فن اقربما يوجب اقتصاص وجب عليه وان اقربما يوجب دية مغالطة وجب عليه قسطه منها وان أقر بالخطأ وجب عليه قسطه من الدية المحققة وان كان الشهود أكثر من اثنين في الحقوق المالية والقصاص ونحوه فيما يثبت بشاهدين أو أكثر من أربعة فرجع لزائد منهم قبل الحكم أو الاستيفاء لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفاء لان ما بقي من البينة كفي في اثبات الحكم واستيفائه وان رجع بعد الاستيفاء فعليه اقتصاص ان اقربما يوجبه أو قسطه من الدية أو من المقتوت بشهادتهم ان كان غير ذلك وفي ذلك اختلاف ذكرنا بعضه

(فصل) قال ابن أبي موسى اختلاف قول احمد في من باع سلعة وظهر المشتري على عيبها وانكره البائع هل اليمين على البتات أو على علمه؟ على روايتين ولو ابق عند المشتري فادعى على البائع انه ابق عنده فأزكر هل يلزمه ان يحلف انه لم يأبق قط أو على نفي علمه؟ على روايتين الا ان يكون ولده فيحلف انه لم يأبق قط، ووجه كون اليمين على علمه انها على نفي فعل الغير فأشبهه ما لو ادعى عليه ان عبده جنى، ووجه الاخرى انه اذا ادعى عليه انه باعه معيباً يستحق به رده عليه فلزمته اليمين على البت كما لو كان اثباتاً

(فصل) ومن توجهت عليه يمين هو فيها صادق أو توجهت له ابيح له الحلف ولا شيء عليه من اثم ولا غيره لان الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرماً وقد أمر الله تعالى نبيه أن يقسم على الحق في ثلاثة مواضع من كتابه وحلف عمر لابي علي نخيل ثم وهبه له وقال خفت ان لم احلف ان يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم فتصير سنة وقال حنبل بلي ابو عبد الله بنحو هذا جاء اليه ابن عمه فقال لي قبلك حن من ميراث ابي واطالبك بالقاضي واحمك فقيل لابي عبد الله ماترى؟ قال احلف له إذا لم يكن له قبلي حق وانا غير شاك في ذلك حلفت له وكيف لا احلف وابن عمر قد حلف وانا من انا وعزم ابو عبد الله على اليمين فكفاه الله ذلك ورجع الغلام عن تلك المطالبة واختلف في الاولى فقال قوم الحلف اولى من افتداء يمينه لان عمر حلف ولان في الحلف فائدتين (احدهما) حفظ ما له عن الضياع وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته (والثانية) تخليص اخيه الظالم

(فصل) وكل موضع وجب انضمان على الشهود بالرجوع فانه يوزع بينهم على عددهم قلوا أو كثروا قل أحد في روايه بن منصور إذا شهد بشهادة ثم رجع وقد اتلف مالا فانه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة فان كانوا اثنين فعليه النصف وان كانوا ثلاثة فعليه الثلث وعلى هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر فان رجع أحدهم وحده غرم بقسطه على ما ذكرنا وفيه اختلاف يذكر إنشاء الله تعالى فإذا شهد اربعة بالقتل فقتل المشهود عليه ثم رجع واحد فعليه الربع ان قال أخطأنا وان رجع اثنان فعليه النصف

﴿مسئلة﴾ (إذا شهد ستة بالزنا على محصن فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد فعليه القصاص أو سدس الدية وان رجع اثنان فعليه القصاص أو ثلث الدية) وهذا قال ابو عبيد وقال ابو حنيفة ان رجع واحد أو اثنان فلا شيء عليهما لان بيعة الزنا قائمة قدمه غير محقون وان رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية وان رجع اربعة فعليهم نصف الدية وان رجع خمسة فعليهم ثلثة ارباعها وان رجع الستة فعلى كل واحد منهم سدسها ومنصوص الشافعي فيما إذا رجع اثنان كذهب ابي حنيفة واختاف أصحابه فيما إذا شهد بالقصاص ثلاثة فرجع أحدهم فقال ابو اسحاق لا قصاص عليه لان بيعة القصاص قائمة وهل يجب عليه ثلث الدية؟

من ظلمه واكل المال بغير حقه وهذا من نصيحته ونصرته بكفه عن ظلمه وقد أشار النبي ﷺ على رجل ان يحلف ويأخذ حتمه وقال أصحابنا الأفضل افتداء يمينه فان عثمان افتدى يمينه وقال خفت ان تصادف قدرا فيقال حلف فعوقب ، او هذا شؤم يمينه

وروى الخلال باسناده ان حذيفة عرف جملا سرق له فخاصم فيه إلى قاضي المسلمين فصارت اليمين على حذيفة فقال لك عشرة دراهم فأبى فقال لك عشرون فأبى فقال لك ثلاثون فأبى فقال لك اربعون فأبى فقال حذيفة اتراني اترك جملي؟ حلف بالله أنه لا ما باع ولا وهب ولان في اليمين عند الحاكم تبذلا ولا يامن ان يصادف قدرا فينسب إلى الكذب وانه عوقب بخلنه كاذباً وفي ذهاب ماله له اجر وليس هذا تضييعاً للمال فان أخاه المسلم ينتفع به في الدنيا ويفرغه له في الآخرة

وأما عمر فإنه خاف الاستئنان به وترك الناس الحلف على حقوقهم فيدل على انه لولا ذلك لما حلف وهذا أولى والله تعالى أعلم

(فصل) فأما الحلف الكاذب لئلا يتبع به مل خبيد فزيه اثم كبير وقد قيل انه من الكبائر لان الله تعالى وعد عليه العذاب الأليم فقال سبحانه (ان الذين يشتركون بهم الله وأيمانهم ثمنا قليلا أو ائتمك لا خلاق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم القيامة ولا يزيكهم ولهم عذاب أليم) قال الأشعث بن قيس نزلت هذه الآية كان لي بئر في أرض ابن عم لي فأتيت رسول الله ﷺ فقال « بينك أو يمينه » قلت إذا يحلف عليها فقال رسول الله ﷺ « من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقنطع بها مال امرئ مسلم لقي الله وهو عليه غضبان » أخرجه البخاري

على وجهين قل ابن الحداد عليه القصاص وفرق بينه وبين الراجع من شهود الزنا إذا كان زائدا بان دم المشهود عليه بالزنا غير محقون وهذا دم محقون وانما أبيض دمه لولي القصاص وحده واختلفوا فيما إذا شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم على وجهين (أحدهما) بضمن الثلث (والثاني) لاشيء عليه

ولنا ان الاتلاف حصل بشهادتهم فالراجع يقر بالشاركة فيه عمداً عدواناً كن هو مثله في ذلك فلزمه القصاص كما لو أقر بمشاركتهم في مباشرة قتله ولانه أحد من قتل المشهود عليه بشهادته فأشبهه الثاني من شهود القصاص والرابع من شهود الزنا ولانه أحد من حصل الاتلاف بشهادته فلزمه من الضمان بقسطه كما لو رجع الجميع ، وقولهم ان دمه غير محقون غير صحيح فإن الكلام فيما إذا قتل ولم يبق له دم يوصف بمقتن ولا عدمه وقيام الشهادة لا يمنع وجوب القصاص كما لو شهدت لرجل باستحقاق القصاص فاستوفاه ثم أقر انه قتله ظلماً وان المشهود شهود زور والتفريق بين القصاص

وروى ابن مسعود قال قال رسول الله ﷺ « من حلف على يمين صبر يفتطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر اتي الله وهو عليه غضبان » متفق عليه . وقال النبي ﷺ في حديث الكندي « لئن حلف على ماله لياأكله ظمأ ليلقين الله وهو عنه معرض » وهو حديث حسن صحيح . وقد روي في حديث ان يمين الغموس تذر الديار بلاقع ويستحب للحاكم أن يخوف المدعى عليه من اليمين الفاجرة ويقرأ عليه الآية والاعبار

(فصل) ومن ادعى عليه دين وهو معسر به لم يحل له أن يحلف انه لاحق له علي وبهذا قل المزني . وقال ابو ثور له ذلك لان الله تعالى قال (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ولانه لا يستحق مطالبته به في الحال ولا يجب عليه أداؤه اليه . ولنا ان الدين في ذمته وهو حق له عليه ولو لم يكن عليه حق لم يجب إنظاره به

(فصل) ويمين الخالف على حسب جوابه فاذا ادعى عليه اته غضبه أو استودعه وديعة أو اقترض منه نظرنا في جواب المدعى عليه فان قال ما غضبتك ولا استودعتني ولا أقرضتني كلف أن يحلف على ذلك فان قال مالك علي حق أو لا تستحق علي شيئاً ، أو لا تستحقني علي ما ادعيتني ولا شيئاً منه كان جواباً صحيحاً ولا يكلف الجواب عن الغصب والوديعة والقرض لانه يجوز أن يكون غضب منه ثم رده عليه فلو كان جحد ذلك كان كاذباً وإن أقر به ثم ادعى الرد لم يقبل منه فاذا طلب منه اليمين حلف على حسب ما أجاب

والرجم يكون دم القاتل غير محقون لا يصح لانه غير محقون بالنسبة الى من قتله ولان كل واحد مؤاخذ باقراره ولا يعتبر قول شريكه ولهذا لو أقر أحد الشريكين بعمدها وقال الآخر أخطأنا ووجب القصاص على القدر بالعمد

﴿ مسألة ﴾ (وان شهد أربعة بالزنا واثنان بالاحصان ثم رجع الجميع لزمتمهم الدية اسداساً في أحد الوجوه وفي الاخرى على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف فان شهد أربعة بالزنا وشهد اثنان منهم بالاحصان تحت الشهادة فان رجم ثم رجعوا عن الشهادة فعلى من شهد بالاحصان ثلثاً الدية على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يلزمهم ثلاثة أرباعها)

وجملة ذلك انه اذا شهد أربعة بالزنا واثنان بالاحصان فرجم ثم رجعوا عن الشهادة فالضمان على جميعهم وقال أبو حنيفة لا ضمان على شهود الاحصان لانهم شهدوا بالشرط دون السبب الموجب للقتل وانما يثبت ذلك بشهادة الزنا ولاصحاب الشافعي وجهان كما للذهبي

وانا ان قتله حصل بمجموع الشهادة فتجب الغرامة على الجميع كما شهدوا جميعاً على الزنا وفي

كيفية الضمان وجهان

ولو ادعى انني ابتعت منك الدار التي في يدك فأنكره وطلب يمينه نظرنا في جوابه فان اجاب بأنك لاتستحقها حلف على ذلك ولم يلزمه ان يحلف انه ما ابتاعها لانه قد يبتاعها منه ثم يردّها عليه وان اجاب بأنك لم تبتعها مني حلف على ذلك

قول احمد في رجل ادعى على رجل انه أودعه فأنكره هل يحلف ما أودعني ؟ قال إذا حلف مالك عندي شيء ولا لك في يدي شيء فهو يأتي على ذلك ، وهذا يدل على انه لا يلزمه الحلف على حسب الجواب وانه متى حلف مالك قبلي حتى يرى بذلك ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) ولا تدخل اليمين النياية ولا يحلف أحد عن غيره فلو كان المدعى عليه صغيراً او مجنوناً لم يحلف عنه ووقف الامر حتى يبايع الصبي ويمتل المجنون ولم يحلف عنه وليه ، ولو ادعى الاب لابنه الصغير حتماً أو ادعاه الوصي او الامين له فانكر المدعى عليه فاقول قوله مع يمينه فان نكل قضى عليه ومن لم ير القضاء بالاكول ورأى رد اليمين على المدعي لم يحلف الولي عنها ولكن تقف اليمين ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعى عليه ، وان ادعى على العبد دعوى نظرت فان كانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه كالتصاص والطلاق واقذف فالخصومة معه دون سيده فان قلنا ان اليمين تشرع في هذا أحلف العبد دون سيده وان نكل لم يحلف غيره ، وان كان مما لا يقبل قول العبد فيه كالاف مال أو جنائية توجب المال فالخصم السيد واليمين عليه ولا يحلف العبد فيها بحال (فصل) وإذا نكل من توجهت عليه اليمين عنها وقال لي بينة أقيمها او حساب استثبتته لأحلف

(احدهما) يوزع عليهم على عدد رؤوسهم كشهود الزنا لان القتل حصل من جميعهم (واثنائي) على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف لانهما حزبان فلكل حزب نصف فان شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالاحصان ثم رجعوا فعلى الاول على شاهدي الاحصان الثمان وعلى الاخر الثلث لان على شاهدي الاحصان الثالث لشهادتهما به واثلث بشهادتهما بالزنا وعلى الآخريين الثلث لشهادتهما بالزنا - وعلى الوجه الثاني على شهود الاحصان ثلاثة ارباع الدية لان عليهما النصف لشهادتهما بالاحصان ونصف الباقي لشهادتهما بالزنا ويحتمل ان لايجب على شاهدي الاحصان الا النصف لان كل واحد منهما جنى جنائين وجنى كل واحد من الاخرين جنائة واحدة فكانت الدية بينهم على عدد رؤوسهم لاعتلى عدد جنائيتهم كما لو قتل اثنان وا- دماً جرحه أحدهما جرحاً والاخر اثنين

(فصل) وإذا حكم الحاكم في المال برجل وامرأتين ثم رجعوا عن الشهادة يوزع الضمان عليهم على الرجل نصفه وعلى كل امرأة ربه وان رجع أحدهم وحده فعليه من الضمان حصته وان كان الشهود رجلاً وعشر نسوة فرجوعوا عن شهادتهم فعلى الرجل السدس وعلى كل امرأة نصف السدس وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لان كل امرأتين كرجل فالعشر كخمسة رجال ويحتمل ان يجب عليهن النصف وعلى الرجل النصف وبهذا قال أبو يوسف ومحمد لان الرجل نصف البينة بدليل أنه

على ما أتيقن فذكر أبو الخطاب أنه لا يمهل وإن لم يحلف جعلنا كلا وقيل لا يكون ذلك نكولا ويمهل مدة قريبة وإن قل ما أريد أن احلف أو سكت فلم يذكر شيئاً نظراً في المدعى فإن كان مالا أو الممسود منه المال تضي عليه بنكوله ولم ترد اليمين على المدعي نص عليه أحمد فقال أنا لا أرى رد اليمين إن حلف المدعى عليه والا دفع إليه حقه وبهذا قال أبو حنيفة واختار أبو الخطاب إن له رد اليمين على المدعي إن ردها حلف المدعي وحكم له بما ادعاه قال وقد صرح به أحمد فقال ما هو ببعيد يحلف ويستحق وقال هو قول أهل المدينة. روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال شريح والشعبي والنخعي وابن سيرين ومالك في المال خاصة وقاله الشافعي في جميع الدعاوى لما روي عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ رد اليمين على طالب الحق رواه الدارقطني ولأنه إذا نكل ظهر صدق المدعي وقوي جانبه فتشعر اليمين في حقه كالمدعى عليه قبل نكوله وكالمدعي إذا شهد له شاهد واحد ولأن النكول قد يكون لجهله بالحل وتورعه عن الحلف على ما لا يتحققه أو للخوف من عاقبة اليمين أو ترفعها معها مع صدقه في إنكاره ولا يتعين بنكوله صدق المدعي فلا يجوز الحكم له من غير دليل فإذا حلف كانت يمينه دليلاً عند عدم ما هو أقوى منها كفي موضع الوفاق وقال ابن أبي ليلى لا ادعه حتى يقر أو يحد

ولنا قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على جانب المدعى عليه» فخصرها في جانب المدعى عليه وقوله «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» فجعل جنس اليمين في جنبة المدعى عليه كما جعل

نصف البينة بدليل أنه لو رجع وحده قبل الحكم كان كرجو: من كاهن فيكون الرجل حزباً والنساء حزباً فإن رجع بعض النسوة وحده والرجل فعلى الراجع مثل ما عليه إذا رجع الجميع وعند أبي حنيفة وأصحابه متى رجع من التوبة معازاد على اثنين فليس على الراجعات شيء، وقد مضى الكلام معهم في هذا

(فصل) وإذا شهد أربعة بأربعائة فحسم الحاكم بها ثم رجع واحد عن مائة وآخر عن مائتين والثالث عن ثلاثمائة والرابع عن أربعائة فعلى كل واحد منهما ما رجع عنه بقسطه فعلى الأول خمسة وعشرون وعلى الثاني خمسون وعلى الثالث خمسة وسبعون وعلى الرابع مائة لأن كل واحد منهم يقر بأنه فوت على المشهود عليه وبع ما رجع عنه ويتضي مذهب أبي حنيفة إن لا يلزم الراجع عن الثلاثمائة والأربعائة أكثر من خمسين خمسين لأن المائتين اللتين رجع عنهما قد تقي بهما شاهدان

﴿مسئلة﴾ (وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين ثم رجع الشاهد نزع المال كله ويتخرج إن نزع النصف)

المنصوص عن أحمد رحمه الله أنه يضمن المال كله في رواية جماعة ويتخرج إن يضمن النصف وبه قال مالك والشافعي لأنه أحد حجتي الدعوى فكان عليه النصف كما لو كانا شاهدين

جنس البينة في جنبه المدعي وقال احمد قدم ابن عمر الى عثمان في عسده فقل له احلف انك ما بعته وبه عيب علمته فابي ابن عمر ان يحلف فرد العبد عليه ولم يرد اليمين على المدعي ولانها بينة في المال فحكم فيها بالنكول كما لو مات من لا وارث له فوجد الامام في دفتره ديناً له على انسان فطالبه به فانكره وطلب منه اليمين فانكره فانه لا خلاف ان اليمين لا ترد وقد ذكر اصحاب الشافعي في هذا انه يقضى بالنكول في احد الوجهين وفي الآخر يحبس المدعى عليه حتى يقرأ ويحلف ، وكذلك لو ادعى رجل على ميت انه وصى اليه بتفريق ثابته وانكر الورثة ونكلوا عن اليمين قضى عليهم والخبر لا تعرف صحته ومخالفة ابن عمر له في القصة التي ذكرناها تدل على ضعفه فانه لم يرد اليمين على المدعي ولا ردها عثمان فعلى هذا إذا نكل عن اليمين قول له الحاكم ان حلفت والا قضيت عليك ثلاثاً فان حلف والا قضى عليه وعلى التول الآخر يقول له لك رد اليمين على المدعي فان ردها حلف وقضى له وان نكل عن اليمين سئل عن سبب نكوله فان قال لي بينة اقيمها أو حساب استتبته لاحلف على ما أتبعته اخرت الحكومة وان قال ما اريد ان احلف سقط حقه من اليمين فلو بذلها في ذلك المجلس بعد هذا لم تسمع منه إلى ان يعود في مجلس آخر فان قيل فالمدعى عليه لو امتنع من اليمين ثم بذلها سمعت منه فلم منعتم سماعها ههنا ؟ قلنا اليمين في حق المدعى عليه هي الاصل فمتى قدر عاينها او بذلها وجب قبولها والمصير اليها كالمبدلات مع ابدالها وأما يمين المدعي فهي بدل فاذا امتنع منها لم ينتقل الحق الى غيره فاذا امتنع منها سقط حقه منها لضعفها ،

ولنا ان الشاهد حجة الدعوى فكان الضمان عليه كالشاهدين بحقته ان اليمين قول الخصم وقول الخصم اس بحجة على خصمه وانما هو شرط الحكم فجزى مجرى مطالبته للحاكم بالحكم وبهذا ينفصل عما ذكره ، وان سلمنا انها حجة لكن انما جعلها حجة شهادة الشاهد ولهذا لم يجز تقديمها على شهادته بخلاف شهادة الشاهد الآخر قال أبو الخطاب ويتخرج ان لا يلزمه الا النصف اذا قلنا برد اليمين على المدعي

(فصل) واذا شهد شاهدان انه أعتق هذا العبد عن ضمان مائة درهم وقيمة العبد مائتان فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجما رجوع السيد على الشاهدين بمائة لانها تمام القيمة وكذلك ان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول على مائة ونصف المسمى مائتان غرماً للزواج مائة لانهما فوتاهما بشهادتهما الرجوع عنها ، وان شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصدق ذكره وشهد آخران بدخوله بها ثم رجعوا بعد الحكم عليه بصدقها فعلى شهود النكاح الضمان لانهم الزموا المسمى ويحتمل أن يكون عليهم النصف وعلى الآخرين النصف لانهما قرراه وشاهدا النكاح أوجباه فيقسم بين الأربعة ارباعاً ، وان شهد مع هذا شاهدان بالطلاق لم يلزمهما شيء لانهما لم يفوتا عليه شيئاً يدعيه ولا أوجباً عليه ما لم يكن واجباً .

وأما إذا حلف وقضى له فعاد المدعى عليه وبذل اليمين لم يسمع منه وهكذا لو بذلها بعد الحكم عليه بنكوله لم يسمع لان الحكم قد تم فلا ينتقض كما لو قامت به بيعة ، فأما غير المال وما لا يقصد به المال فلا يقضى فيه بالنكول نص عليه أحمد في القصاص

ونقل عنه في رجل ادعى على رجل انه قد فقه فقال استخلفوه فان قال لا احلف أقيم عليه قال أبو بكر هذا قول قديم والمذهب انه لا يقضى في شيء من هذا بالنكول ولا فرق بين القصاص في النفس والقصاص في الأطراف وبهذا قول أبو يوسف ومحمد وقول أبو حنيفة يقضى بالنكول في القصاص فيما دون النفس وعن أحمد مثله والاول هو المذهب لان هذا أحد نوعي القصاص فأشبهه النوع الآخر فلي هذا ما يصنع به فيه وجوهان (أحدهما) يخلى سبيله لانه لم يثبت عليه حجة وتكون فائدة شرعية اليمين الردع والزجر (والثاني) يحبس حتى يقر أو يحلف ، وأصل الوجوهين المرأة إذا نكحت عن الأمان

(فصل) وإذا حلف فقال ان شاء الله تعالى أعيدت عليه اليمين لان الاستثناء يزيل حكم اليمين وكذلك ان وصل يمينه بشرط أو كلام غير مفهوم ، وان حلف قبل ان يستخلفه الحاكم أعيدت عليه ولم يعتد بما حلف قبل الاستحلاف ، وكذلك ان استخلفه الحاكم قبل ان يسأله المدعي استحلافه لم يعتد بها

(فصل) ولو ادعى على رجل ديناً أو حقاً فقال قد أبرأتني منه أو استوفيته مني فالقول قول من ينكر الأبراء والاستيفاء مع يمينه ويكفيه ان يحلف بالله ان هذا الحق ويسميه تسمية يصير بها معلوماً ما برئت ذمتك منه ولا من شيء منه أو ما برئت ذمتك من ذلك الحق ولا من شيء منه وان ادعى استيفاءه أو البراءة بجهة معلومة حلف على تلك الجهة وحدها وكفاه

﴿مسئلة﴾ (وان بان بعد الحكم ان الشاهدين كانا كافرين أو فاسقين نقض الحكم ويرجع بالمال أو يبداه على المحكوم به ، وان كان المحكوم به اتلفاً فالضمان على الزكينة فان لم يكن ثم تزكية فعلى الحاكم ، وعنه لا ينتقض اذا كانا فاسقين)

وجملة ذلك أن الحاكم اذا حكم بشهادة شاهدين ثم بانا فاسقين أو كافرين فان الامام ينتقض حكمه ويرد المال ان كان قائماً أو عوضه ان كان تالفاً ، فان تعذر ذلك لاعتساره أو غيره فعلى الحاكم ثم يرجع على الشهود له وعن احمد رواية أخرى لا ينتقض حكمه اذا كانا فاسقين ويفرم الشهود المال وكذلك اذا شهد عنده عدلان أن الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ففيه روايتان ، واختلف أصحاب الشافعي فيه أيضا ولا خلاف بين الجميع انه ينتقض حكمه اذا كانا كافرين وينقض حكم غيره اذا ثبت عنده انه حكم بشهادة كافرين فتقيس على ذلك اذا حكم بشهادة فاسقين فان شهادة الفاسقين مجمع على ردها وقد نص الله تعالى على التبين فيها فقال سبحانه (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) وأمر

(فصل) والحقوق على ضربين (أحدهما) ما هو حق لآدمي (والثاني) ما هو حق لله تعالى
 فحق الآدمي ينقسم قسمين (أحدهما) ما هو مال أو المقصود منه المال فهذا تشرع فيه اليمين بلا
 خلاف بين أهل العلم فإذا لم تكن للمدعي بيعة حلف المدعى عليه وبرىء وقد ثبت ههنا في قصة
 الحضرمي والكندي الذين اختلفا في الارض وعموم قول النبي ﷺ «واكن اليمين على المدعى
 عليه» (القسم الثاني) ما ليس بمال ولا المقصود منه المال وهو كل ما لا يثبت الا بشاهدين كالقصاص
 وحد القذف وانكاح والطلاق والرجعة والعتق والنسب والاستيلاء والولاء والرق ففيه روايتان
 (إحدهما) لا يستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين قال أحمد لم اسمع من مضي جوزوا
 الايمان الا في الاموال والعروض خاصة بهذا قول مالك ونحوه قول أبي حنيفة فإنه قال لا يستحلف
 في النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والفيئة في الايلاء ولا في الرق وما يتعلق به من الاستيلاء
 والولاء والنسب لان هذه الاشياء لا يدخلها البدل وإنما تعرض اليمين فيما يدخله البدل فان المدعى
 عليه مخير بين ان يحلف أو يسلم ولان هذه الاشياء لا تثبت الا بشاهدين ذكرين فلا تعرض فيها
 اليمين كالحدود (والرواية الثانية) يستحلف في الطلاق والقصاص والقذف وقول الخزي اذا قال
 ارجعتك فقات انتقضت مدني قبل رجعتك فقولها مع يمينها، واذا اختلف في مضي الاربسة
 اشهر فالقول قوله مع يمينه فيخرج من هذا انه يستحلف في كل حق لآدمي وهذا قول الشافعي
 وأبي يوسف ومحمد لقول النبي ﷺ «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم
 ولكن اليمين على المدعى عليه» أخرجه سلم وهذا عام في كل مدعى عليه وهو ظاهر في دعوى الدماء
 لذكرها في الدعوى مع عموم الاحاديث ولانها دعوى صحيحة في حق لآدمي لجاز ان يحلف فيها
 المدعى عليه كدعوى المال. (الضرب الثاني) حقوق الله تعالى وهي نوعان (أحدهما) الحدود فلا
 تشرع فيها يمين ولا نعلم في هذا خلافا لانه لو قرم رجوع عن اقراره قبل منه وخلي من غير يمين

وامر باشهاد العدول فقال سبحانه (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقال سبحانه (من ترضون من
 الشهداء) فيجب نقض الحكم لغوات العدالة كما يجب نقض لغوات الاسلام ولان الفسق معنى لو ثبت
 عند الحاكم قبل الحكم منعه فاذا شهد شاهدان انه كان موجوداً حال الحكم وجب نقض الحكم كالكفر
 والرق في العقوبات. اذا ثبت هذا فان ابا حنيفة قال لا يسمع الحاكم الشهادة بفسق الشاهدين قبل الحكم
 ولا بعده ومتى جرح المشهود عليه البيعة لم تسمع بيئته بالفسق لكن يسأل عن الشاهدين ولا يسمع
 على الفسق شهادة لان الفسق لا يتعلق به حق أحد فلا تسمع فيه الدعوى والبيعة.

ولنا أنه معنى يتعلق به الحكم فسمعت فيه الدعوى والبيعة كالتزكية، وقوله لا يتعلق به حق
 أحد ممنوع فان المشهود عليه يتعلق حقه بفسقه في منع الحكم عليه قبل الحكم ونقضه بعد. وتبرئته
 من اخذ ماله او عتوبته بغير حق فوجب ان تسمع فيه الدعوى والبيعة كما لو ادعى رق الشاهد ولم

فلان لا يستحلف مع عدم الاقرار أولى ولانه يستحب ستره والتمريض للمقربه بالرجوع عن اقراره وللشهود بترك الشهادة والستر عليه قال النبي ﷺ لهزال في قصة ماعز « ياهزال لوسترته بشوبك لكان خيرا لك » فلا تشرع فيه يمين بحال . (النوع الثاني) الحقوق المالية كدعوى الساعي الزكاة على رب المال وان الحول قد تم وكل النصاب فقال احمد القول قول رب المال من غير يمين ولا يستحلف الناس على صدقاتهم وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد يستحلف لانها دعوى مسموعة أشبه حق الآدمي .

ولنا أنه حق لله تعالى اشبه الحد ولان ذلك عبادة فلا يستحلف عليها كالعساة ولو ادعى عليه ان عابه كإفارة يمين أوظهار أو نذر صدقة أو غيرها فالقول قوله في نفي ذلك من غير يمين ولا تسمع الدعوى في هذا ولا في حد لله تعالى لانه لاحق للمدعي فيه ولا ولاية له عليه فلا تسمع منه دعواه كما لو ادعى حقا لغيره من غير اذنه ولا ولاية له عليه فان تضمنت دعواه حقا له مثل ان يدعي سرقة له ليضمن السارق أو يأخذ منه ما سرقه أو يدعي عليه ائزنا بجاريتيه يأخذ مهرها منه سمعت دعواه ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمي دون حق الله تعالى .

يدعه لنفسه ولانه إذا لم تسمع البيعة بالفسق أدى إلى ظلم المشهود عليه فاذا لم يسمع عليه شهادتهم وحكم عليه بشهادة الفاسقين كان ظلماً له فأما ان قامت البيعة انه حكم بشهادة والدين أو ولدن او عاوين فان الحاكم الذي حكم بشهادتهما ممن يرى الحكم به لم ينقض حكمه لانه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ولم يخلف نصاً ولا اجماعاً، فان كل ممن لا يرى الحكم بشهادتهم نقضه لان الحاكم يعتقد بطلانها .

(فصل) فان كان المحكوم به اتلأفا كالقطع في السرقة والقتل ثم بان أنها كافرين أو فاسقان أو عبدان أو أحدهما فلا ضمان على الشاعدين لانهما متمان على أنهما صادقان فيما شهدا به وإتسا الشرع منع قبول شهادتهما بخلاف الراجحين عن الشهادة فانهما اعترفا بكدنهما فن لا يمكن ثم زكون فالضمان على الحاكم أو الامام الذي تولى ذلك لانه حكم بشهادة من لا يجوز له الحكم بشهادته ولا قصاص عليه لانه مخدأء وتجب الدية وفي محلها روايتان (احدهما) في بيت انال (واثنانية) على العاقلة وقد ذكرنا ذلك فيما مضى وللشافعي قولان كالروايتين، فان قلنا الدية على العاقلة لم تحمل الاثالث فما زاد ولا تحمل الكفارة لانها لا تحمل ذلك في محل الوفق كذنى ههنا وتكون الكفارة في مال القاتل، وان قلنا في بيت المال فينبغي أن يكون فيه اقليل والكثير لانه يكفر فيه خطؤه فجعل الضمان عليه يمحف به وان قل ولان جملة في بيت المال لعلته انه نائب عنهم وخطأ النائب على مستتبته وسواء تولى الحاكم الاستيفاء بنفسه أو أمر من يتولاه، قال أصحابنا وان كان الولي استوفاه فهو كما لو استوفاه الحاكم لان الحاكم سلطه على ذلك وممكنه منه والولي يدعي انه حقه فان قيل فاذا

(مسئلة) قال (واذا شهد من الاربعة اثنان ان هذا زنى بها في هذا البيت وشهد الآخرون

انه زنى بها في البيت الآخر فالاربعة قذفة وعليهم الحد)

وجماته ان من شرط صحة الشهادة على الزنا اجتماع الشهود الاربعة على فعل واحد فان لم يجتمعوا لم تكمل الشهادة وكان الجميع قذفة وعليهم الحد فاذا شهد اثنان انه زنى بها في هذا البيت واثنان انه زنى بها في بيت آخر فما اجتمعوا على الشهادة بزنا واحد لان الزنا في هذا البيت غير الزنا في الآخر فلم تكمل شهادتهم ويحدون حد القذف ، وبهذا قال مالك والشافعي في أحد قولي ، وقال ابو بكر تكمل شهادتهم ويحد المشهود عليه واستبعده ابو الخطاب وقال هذا سهو من الناقل لانه يخالف الاصول والاجماع والحد يدراً بالشبهات فكيف يجب بها ؟

وقال النخعي وأصحاب الرأي وأبو ثور والشافعي في قول لاحد على الشهود لانهم كملوا اربعة ولا على المشهود عليه لانهم لم يشهدوا بزنا واحد يجب الحد به

ولنا انهم لم يشهدوا بزنا واحد فلزمهم الحد كما لو شهد اثنان انه زنى بامرأة واثنان انه زنى بغيرها . ولانه لا يخلو من ان تكون شهادتهم بزنا واحد او باثنين فان كانت بفعل واحد مثل ان يعين الجميع وقتاً واحداً لا يمكن زناه فيه في الموضوعين فائنان منهم كاذبان يقيناً واثنان منهم لو خلوا

كان الولي استوفى حقه فينبغي أن يكون الضمان عليه كما لو حكم له بمال فقبضه ثم بان فسق الشهود كان الضمان على المستوفي دون الحاكم كذا ههنا قلنا ثم حصل في يد المستوفي مال المحكوم عليه بغير حق فوجب عليه رده أو ضمانه ان تلف وههنا لم يحصل في يده شيء وانما أتلف شيئاً بخطأ الامام وتسليطه عليه فافرقا .

(فصل) فان كان ثم مزكون مثل ان يشهد بالزنا اربعة فيزكيتهم اثنان فرجم الشهود عليه ثم بان الشهود فسقة أو عبيداً أو بعضهم فلا ضمان على الشهود لانهم يزعمون أنهم محقون ولم يعلم كذبهم يقيناً والضمان على الزكيات ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي ، وقال انقاضي الضمان على الحاكم لانه حكم بقتله من غير تحقيق شرطه ولا ضمان على الزكيات لان شهادتهما شرط وليست الموجبة ، وقال ابو الخطاب في رءوس المسائل الضمان على الشهود بالزنا

ولنا ان الزكيات شهدوا بالزور شهادة أفضت إلى قتله فلزمهم الضمان كشهدوا الزنا اذا رجعوا ولا ضمان على الحاكم لانه أمكن احالة الحكم على الشهود فاشبه ما إذا رجعوا عن الشهادة وقولهم إن شهادتهم شرط لا يصح لان من أصلنا ان شهود الاحصان يلزمهم النضان وان لم يشهدوا بالسبب

عن المعارضة لشهادتهم لكانا قذفة فمع التعارض اولى، وإن كانت شهادتهم بفعلين كانوا قذفة كما لو عينوا في شهادتهم انه زنى مرة اخرى، وما ذكره يبطل بالاصل الذي ذكرناه

(فصل) وكذلك كل شهادة على فعلين مثل ان يشهد اثنان انه زنى بامرأة و آخران انه زنى باخرى أو يشهدان انه زنى في يوم و آخران انه زنى بها في آخر أو يشهدان انه زنى بها ليلا و آخران انه زنى بها نهاراً أو يشهدان انه زنى بها غدوة و يشهد آخران انه زنى بها عشياً و أشباه هذا فانهم قذفة في هذه المواضع و عليهم الحد لما ذكرناه ، فان شهد اثنان انه زنى بها في زاوية بيت و شهد آخران انه زنى بها في زاوية منه اخرى و كانتا متباعدين فالحكم فيه كما ذكرنا و قال ابو حنيفة تقبل شهادتهم و يحمد المشهود عليه استحساناً و هو قول ابي بكر

ولنا انها مكانان لا يمكن وقوع الفعل الواحد فيهما ولا يصح نسبته اليهما فاشبهوا البيتين . واما إن كانتا متقاربتين تمكن نسبته إلى كل واحدة منهما لقربه منها كملت الشهادة لا مكلف صدقهم في نسبته إلى الزاويتين جميعاً

(فصل) ومتى كانت الشهادة على فعل فاختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه او صفة له تدل على تفاوت الفعلين لم تكمل شهادتهما مثل ان يشهد أحدهما انه غصبه ديناراً يوم السبت و يشهد الآخر انه غصبه ديناراً يوم الجمعة او يشهد أحدهما انه غصبه بدمشق و يشهد الآخر انه غصبه بمصر ، أو يشهد

وقد نص عليه احمد و قول ابي الخطاب لا يصح لان شهود الزنا لم يرجعوا ولا علم كذبهم بخلاف الزكيات فانه تمين كذبهم وانهم شهدوا بالزور فأما ان تبين فسق الزكيات فالضمان على الحاكم لان التفريط منه حيث قبل شهادة فاسق من غير تزكية ولا بحث فلزمه الضمان كما لو قبل شهادة شهود الزنا من غير تزكية ثم تبين كذبهم

(فصل) ولو جلد امام انساناً بشهادة شهود ثم بان أنهم فسقة أو كفرة أو عبيد فعلى الامام ضمان ما حصل بسبب الضرب)

وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا ضمان عليه

ولنا انها جناية صدرت عن خطأ الامام فكانت مضمونة عليه كما لو قطعه او قتله

﴿مسئلة﴾ (وإن شهدوا عند الحاكم بحق ثم ماتوا حكم بشهادتهم إذا ثبتت عدالتهم)

لانهم أدوا الشهادة ، أشبه مالو كانوا أحياء وكذلك ان جنوا لان جنونهم بمنزلة موتهم

﴿مسئلة﴾ (و اذا علم الحاكم بشاهد الزور عزره و طاف به في المواضع التي يشتهر فيها فيقال

انا وجدنا هذا شاهد زور فاجتنبوه)

شهادة الزور من اكبر الكبائر وقد نهى تعالى عنه في كتابه مع نهيهم عن الاوثان فقال سبحانه

(فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) وروى ابو بكر رضي الله عنه أن النبي ﷺ

قال « ألا أنبئكم باكبر الكبائر ؟ » قالوا بلى يا رسول الله قال « الاشرار بالله و عتوق الوالدين »

أحدهما انه غصبه ديناراً ويشهد الآخر انه غصبه ثوباً فلا تكمل الشهادة لان كل فعل لم يشهد به شاهدان . وهكذا ان اختلفا في زمن القتل أو مكانه أو صفته او في شرب الخمر أو القذف لم تكمل الشهادة لان ماشهد به احد الشاهدين غير الذي شهد به الآخر فلم يشهد بكل واحد من الفعلين إلا شاهد واحد فلم يقبل إلا على قول ابي بكر فان هذه الشهادة لم تكمل ويثبت المشهود به اذا اختلفا في الزمان والمكان ، فأما ان اختلفا في صفة الفعل فشهد أحدهما انه سرق مع الزوال كديساً أبيض وشهد آخر انه سرق مع الزوال كديساً أسود ، او شهد أحدهما انه سرق هذا الكيس غدوة وشهد الآخر انه سرقه عشياً لم تكمل الشهادة ذكره ابن حامد وقال أبو بكر تكمل والاول أصح لان كل فعل لم يشهد به إلا واحد على ما قدمناه

وان اختلفا في صفة المشهود به اختلافاً يوجب تفايرهما مثل أن يشهد أحدهما بثوب والآخر بدينار فلا خلاف في ان الشهادة لا تكمل لانه لا يمكن ايجابها جميعاً لانه يكون ايجاباً بالحق عليه بشهادة واحد، ولا ايجاب أحدهما بعينه لان الآخر لم يشهد به وليس أحدهما اولي من الآخر ، فأما ان شهد بكل فعل شاهدان واختلفا في الزمان أو المكان أو الصفة ثبتاً جميعاً لان كل واحد منهما قد شهدت به بيعة عادلة لو انفردت أثبتت الحق وشهادة الاخرى لا تعارضها لامكان الجمع بينهما الا ان يكون الفعل مما لا يمكن تكرره كقتل رجل بعينه فتعارض البيعتان لعلنا ان أحدهما كاذبة ولا نعم

وكان متكثراً فجلس فقال «ألا و قول الزور وشهادة الزور» فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت متفق عليه وروى ابو حنيفة عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « شاهد الزور لا تزول قدماه حتى تجب له النار » فمضى ثبت عند الحاكم أن رجلاً شهد بزور عمداً عزره وشهره في قول أكثر أهل العلم ، وروى ذلك عن عمر رضي الله عنه وهو قول شرح والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله والأوزاعي وابن ابي ليلى ومالك والشافعي وقول ابو حنيفة لا يعزر ولا يشهر ولأنه قول منكر وزور فلا يعزر به كالفهار، وروى عنه الحارثي انه يشهر وانكره المتأخرون ولنا انه قول محرم يضر به الناس فأوجب العقوبة على قائله كالسب والقذف ويخالف الظاهر من وجهين (أحدهما) انه يختص بضرره (والثاني) انه اوجب كفارة شاقة هي يشد من التعزير ولا نه قول عمر رضي الله عنه ولا نعم له في الصحابة مخالفاً . إذا ثبت ذلك فان عقوبته غير مقدره وإنما ذلك مفوض الى رأي الحاكم ان رأى ذلك بالجد فعل وإن رآه بحبس او كشف راسه وتوبيخه فعل ولا يزيد في جلده على عشر جلدات وقال الشافعي لا يزيد على تسع وثلاثين وقال ابن ابي ليلي يجلد خمسا وسبعين سوطاً . وهذا احد قولي ابي يوسف وقول الاوزاعي في شاهدي الطلاق يجلدان مائة ويغرمان الصداق .

ولنا قول النبي ﷺ « لا يجلد أحد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله » متفق عليه

١٣٢ حكم لو كانت الشهادة على فعل اختلف الشاهدان في زمانه أو مكانه (اللفظي والشرح الكبير)

أيتها هي بخلاف ما يتكرر ويمكن صدق البيتين فيه فانهما جميعاً يثبتان ان ادعاهما ، وان لم يدع الا احدهما ثبت له مادعاه دون ما لم يدعه

وان شهد اثنان انه سرق مع الزوال كيسا اسود وشهد آخران انه سرق مع الزوال كيسا ابيض او شهد اثنان انه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخران انه سرقه عشياً فقال القاضي :
يتعارضان وهو مذهب الشافعي كما لو كان المشهود به قتلا والصحيح ان هذا لا تعارض فيه لانه يمكن صدق البيتين بأن يسرق عند الزوال كيسين ابيض وأسود فتشهد كل بيته بأحدهما ويمكن ان يسرق كيسا غدوة ثم يعود إلى صاحبه او غيره فيسرقه عشياً ومع إمكان الجمع لا تعارض ، فعلى هذا ان ادعاهما المشهود له ثبتا له في الصورة الاولى ، وأما في الصورة الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب فان المشهود به وان كان فعلين لكنهما في محل واحد فلا يجب أكثر من ضمانه وان لم يدع المشهود له الا احد الكيسين ثبت له ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه اياه ، وان شهد له شاهد بسرقة كيس في يوم وشهد آخر بسرقة كيس في يوم آخر او شهد احدهما في مكان وشهد آخر بسرقة في مكان آخر أو شهد احدهما بنصب كيس ايمن وشهد آخر بنصب كيس اسود فادعاهما المشهود له فله ان يجان مع كل واحد منهما ويحكم له به لانه مال قد شهد له به شاهد ، وإن لم يدع الا احدهما ثبت له مادعاه ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه اياه

وقال القاسم وسالم يخفق سبع خفقات فأما شهرته بين الناس فانه يوقف في سوقه ان كان من اهل السوق أو في قبيلته ان كان من اهل القبائل أو في مسجده ان كان من اهل المساجد ويقول الموكل به ان الحاكم يقرأ عليكم السلام ويقول هذا شاهد زور فاعرفوه ، وهذا مذهب الشافعي وأبي الوليد بن عبد الملك بشاهد زور فأمر بقطع لسانه وعنده قاسم وسالم فقالا سبحان الله بحسبه ان يخفق سبع خفقات ويقام بعد العصر فيقال هذا أبو قبيس وجدناه شاهد زور ففعل ذلك به ، ولا يسخم وجهه ولا يركب ولا يكلف أن ينادي على نفسه ، وروى عن عمر رضي الله عنه أنه يجلد أربعين جلدة ويسخم وجهه ويطلب حبسه رواه الامام احمد وقال سوار يابب ويدار به على حلق السجدة فيقول من رأني فلا يشهد بزور وروى عن عبد الملك بن يعلى قاضي البصرة أنه امر بجلق بعض رؤسهم وتسخم وجوههم ويظاف بهم في السوق والذي شهدوا له معهم .

ولنا أن هذا مثله وقد نهى النبي ﷺ عن المثلة وماروي عن عمر فتد روي عنه خلافه وانه حبسه يوماً وخطى سبيله وفي الجملة ليس في هذا تقدير شرعي فما فعل الحكم بما رآه لم يخرج عن مخالفة نص أو معنى نص فله ذلك ولا يفعل به شيء من هذا حتى يتحقق أنه شاهد زور وتعمد ذلك أو يشهد على رجل بفعل في الشام ويعلم ان المشهود عليه في ذلك الوقت في العراق أو يشهد بقتل رجل وهو حي وأن هذه البيمة في يد هذا منذ ثلاثة أعوام وسنها اقل من ذلك أو يشهد على رجل

(فصل) فأما الشهادة على الاقرار مثل أن يشهد أحدهما انه أقر عندي يوم الخميس بدمشق انه قتله او قذفه او غصبه كذا او ان له في ذمته كذا ويشهد آخر انه أقر عندي بهذا يوم السبت بمحصر كملت شهادتهما وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وقول زفر لا تكمل شهادتهما لان كل اقرار لم يشهد به إلا واحد فلم تكمل الشهادة فأشبه الشهادة على الفعل

ولنا أن المقر به واحد وقد شهد اثنان بالاقرار به فكملت شهادتهما كما لو كان الاقرار بهما واحداً وفارق الشهادة على الفعل فان الشهادة فيها على فعلين مختلفين فنظيره من الاقرار أن يشهد أحدهما انه أقر عندي انه قتله في يوم الخميس وشهد الآخر انه أقر أنه قتله يوم الجمعة فان شهادتهما لا تقبل ههنا وبحق ما ذكرناه انه لا يمكن جمع الشهود لسماح الشهادة في حق كل واحد والعادة جارية بطلب الشهود في أماكنهم لاني جمعهم إلى المشهود له فيمضي اليهم في أوقات متفرقة وأماكن مختلفة فيشهدهم على اقراره وإن كان الاقرار على فعلين مختلفين مثل أن يقول أحدهما أشهد انه أقر عندي انه قتله يوم الخميس وقال الآخر أشهد انه أقر عندي انه قتله يوم الجمعة او قال أحدهما أشهد انه أقر عندي انه قذفه بالعربية ، وقال الآخر أشهد انه أقر عندي انه قذفه بالعجمية لم تكمل الشهادة لان الذي شهد به أحدهما غير الذي شهد به صاحبه فلم تكمل الشهادة كما لو شهد أحدهما انه اقر انه غصبه دنانير وشهد الآخر انه أقر انه غصبه دراهم لم تكمل الشهادة ، وعلى قول ابي بكر تكمل الشهادة في القتل والقذف لان القذف بالعربية أو العجمية ، واقتل بالبصرة او الكوفة ليس من انتقضي فلا يعتبر في الشهادة ولم يؤثر والاول أصح

انه فعل شيئاً وقد مات قبل ذلك وأشبه هذا مما يعلم به كذبه ويعلم تعمله لذلك فأما تعارض البيتين أو ظهور فسقه أو غلظه في شهادته فلا يؤدب لأن الفسق لا يمنع الصدق واتعارض لا يمنع أنه كذب احدى البيتين بعينها والغلط قد يرض للصادق العدل ولا يعتمد فيعفى عنه قول الله تعالى (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم)

(فصل) ومتى علم ان الشاهدين شهدا بالزور تبين ان الحكم كان باطلا ولم نقضه لانا تبينا كذبها وان كان المحكوم به مالا رد الى صاحبه وإن كان اتلافا فعلى الشاهدين ضمانه لانهما سبب اتلافاً الى أن يثبت ذلك باقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له فيكون ذلك رجوعاً منهما عن شهادتهما وقد مضى حكم ذلك .

(فصل) وان تاب شاهد الزور ومضى على ذلك مدة تظهر فيها توبته وتبين صدقه فيها وعدالته قبلت شهادته ، وبه قال ابو حنيفة والشافعي وقال مالك لا تقبل شهادته أبداً لأن ذلك لا يؤمن منه .

(فصل) فان شهد أحدهما انه باع أمس وشهد الآخر انه باع اليوم او شهد أحدهما انه طلقها أمس وشهد الآخر انه طلقها اليوم فقال أصحابنا تكمل الشهادة وقال الشافعي لا تكمل لان كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد أشبه ما لو شهد بالنصب في وقتين

ووجه قول أصحابنا ان المشهود به شيء واحد يجوز ان يعاد مرة بعد أخرى ويكون واحداً فاختلافهما في الوقت ليس باختلاف فيه فلم يؤثر كما لو شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية

(فصل) وكذلك الحكم في كل شهادة على قول فالحكم فيه كالحكم في البيع إلا النكاح فإنه كالفعل الواحد فإذا شهد أحدهما انه تزوجها أمس وشهد الآخر انه تزوجها اليوم لم تكمل الشهادة في قولهم جميعاً لان النكاح أمس غير النكاح اليوم فلم يشهد بكل واحد من العقدين الا شاهد واحد فلم يثبت كما لو كانت الشهادة على فعل وكذلك ائذف فإنه لا تكمل الشهادة إلا ان يشهد على قذف واحد (فصل) فإن شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد وشهد الآخر أنه أقر بنصبه منه كملت الشهادة وحكم

بها لانه يجوز ان يكون الغصب الذي اقر به هو الذي شهد الشاهد به فلم يختلف الفل وكملت الشهادة كما لو شهدا في وقتين على اقراره بالغصب وقال القاضي لا تكمل الشهادة ولا يحكم بها وهو قول الشافعي لانه يجوز ان يكون ما اقر به غير ما شهد به الشاهد وهذا يبطل بالشهادة على اقرارين فإنه يجوز ان يكون ما اقر به عند أحد الشائدين غير ما اقر به عند الآخر اذا كانا في وقتين مختلفين ولانه إذا امكن جعل الشهادة على واحد لم تحمل على اثنين كالأقرارين وكما لو شهد بالنصب اثنان

وانما انه تائب من ذنبه قبلت توبته كسائر التائبين وقوله لا يؤمن منه ذلك . قلنا مجرد الاحتمال لا يمنع قبول الشهادة بدليل سائر التائبين فإنه لا يؤمن معاودة ذنوبهم وشهادتهم مقبولة ﴿مستئلة﴾ (ولا تقبل الشهادة الا بانظ الشهادة فإن قل أعلم او احق لم يحكم به) وجملة ذلك أن لفظ الشهادة معتبر في أدائها فيقول أشهد أنه اقر بكذا ونحوه ولو قل أعلم أو احق أو اتيقن أو اعرف لم يعتد به لأن الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة فلا بد من الاثبات بفعلها المشتق منها ولان فيها معنى لا يحصل في غيرها من اللفظات بدليل انها تستعمل في الالمان ولا يحصل ذلك من غيرها وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم في ذلك خلافاً .

(فصل) واذا عين العدل شهادته بحضور الحاكم فزاد فيها أو نقص قبلت منه ما لم يحكم بشهادته ذكره الخرقى مثل ان يشهد بمائة ثم يقول بل هي مائة وخمسون أو بل هي تسعون فإنه يقبل منه رجوعه ويحكم بما شهد به أخيراً وبهذا قال أبو حنيفة والثوري واسحاق وقال الزهري لا تقبل شهادته الاولى ولا الاخرة لان كل واحدة منهما ترد ولان الاولى مرجوع عنها (والثانية) غير موثوق بها لأنها من مقر بلفظه وخطئه في شهادته فلا يؤمن أن تكون في الغلط كالاولى وقال مالك يؤخذ باقل قوله لانه أدى الشهادة وهو غير متهم فلا يقبل رجوعه عنها كما لو اتصل بها الحكم

وشهد على الاقرار به اثنان وان شهد أحدهما أنه غضب هذا العبد من زيد أو أنه اقر بغضبه منه وشهد الاخر أنه ملك زيد لم تكمل شهادتها لانها لم يشهدا على شيء واحد وان شهد أنه أخذه من يديه الزمه الحاكم رده الى يديه لان اليد دليل الملك فترد الى يده لتكون دلائلها ثابتة له قول من: سألت أبا عبد الله عن رجل ادعى دارا في يد رجل وأقام شاهدين شهد أحدهما ان هذه الدار لفلان وقال الاخر اشهد ان هذه الدار دار فلان قال فلان قال شهادتها جائزة

(فصل) ومن شهد بالنكاح فلا بد من ذكر شروطه لان الناس يختلفون في شروطه فيجب ذكرها امثالا يكون الشاهد يعتد ان النكاح صحيح وهو فاسد ، وان شهد بعقد سواه كالبيع والاجارة فهل يشترط ذكر شروطه؟ على روايتين (أحدهما) يشترط ذكرها لان الناس يختلفون في شروطه فاشترط ذكرها كالنكاح (وانثانية) لا يشترط ذكر شروطه لانه لا يشترط ذكرها في الدعوى فكذلك في الشهادة به بخلاف النكاح وان شهد بالرضاع فلا بد من ذكر أنه شرب من ثديها أو من لبن حاب منه وعدد الرضعات لان الناس يختلفون في عدد الرضعات وفي الرضاع المحرم وان شهد أنه ابنها من الرضاع لم يكف لاختلاف الناس فيما يصير به ابنها ولا بد من ذكر ان ذاك كان في الحولين وان شهد بالقتل فلا بد من وصف القتل فيقول جرحه فقتله أو ضربه بكذا فقتله ولو قال ضربه فمات لم يحكم بذلك لجواز ان يكون مات بغير هذا وقد روي عن شريح انه شهد عنده رجل فقتل أشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه فمات فقال له شريح فمات منه أو قتله؟ فاعاد القول الاول وأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل فقتله ولا فمات منه فقال اه شريح قم فلا شهادة لك رواه سميد ومن شهد بالزنا فلا بد من ذكر الزاني والمزني بها ويمكن الزنا

ولنا ان شهادته الآخرة شهادة من عدل غير متهم لم يرجع عنها فوجب الحكم بها كما لو لم يتقدمها ما يخالفها ولا تعارضها الاولى لانها قد بطلت برجوعه عنها ولا يجوز الحكم بها لانها شرط الحكم فوجب استمرارها الى انقضائه ويفارق رجوعه بعد الحكم لان الحكم قد تم باستمرار شرطه فلا ينقض بعد تمامه .

(باب اليمين في الدعاوى)

وهي مشروعة في حق المنكر في كل حق لآدمي وجملة ذلك أن الملتوق على ضربين (أحدهما) ما هو حق لآدمي (وانثاني) ما هو حق لله تعالى وحق لآدمي ينقسم قسمين :

(أحدهما) ما هو مال أو المقصود منه المال كالبيع والقرض والصلح والغصب والجنابة الموجبة للمال فيستحلف فيه لقول رسول الله ﷺ «لويعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» متفق عليه ولحديث الحضرمي والكندي

وصفته لان اسم الزنا يطالق على ما لا يوجب الحد وقد يعتد الشاهد ما ليس بزنا زنا فاعتبر ذكر صفته ليزول الاحتمال واغبر ذكر المرأة لثلاث تكون ممن تحمل له أو له في وطئها شبهة وذكر المكان لثلاث تكون الشهادة منهم على فعلين ومن أصحابنا من قال لا يحتاج الى ذكر المزي بها ولا ذكر المكان لانه محل للفعل فلم يعتبر ذكره كالزمان وان شهد بالسرقة فلا بد من ذكر سرقة نصاب من الحرز وذكر المسروق منه وصفة السرقة وان شهد بالقذف فلا بد من ذكر المذوف وصفة القذف وان شهد بمال احتاج الى تحريمه بمثل ما ذكرنا في الدعوى وان ترك الشاهد ذكر شيء يحتاج الى ذكره سأل الحاكم عنه كما سأل شريح الشاهد الذي شهد عنده أنه انكأ عليه بمرفقه حتى مات، وان حرر المدعي دعواه أو حرر أحد الشاهدين شهادته وشهد بها وقل الآخر اشهد بمثل ذلك أو قال حين حرر المدعي دعواه أشهد بذلك أو بهذا اجزأه

(مسئلة) قال (ولو جاء أربعة متفرقون والحاكم جالس في مجلس حكمه لم يقم قبل شهادتهم وان جاء بعضهم بعد ان قام الحاكم كانوا قذفة وعليهم الحد)

هذه المسئلة قد ذكرناها في كتاب الحدود بما أغنى عن اعادةها هنا

(مسئلة) قال (ومن حكم بشهادتهما بجرح أو قتل ثم رجعا وقالا عمدنا اقتص منها وان قالا اخطأنا غرما الدية أو ارش الجرح)

وجملة الامران الشهود اذا رجعوا عن شهادتهم بعد ادائها لم يخل من ثلاثة أحوال (احدها)

(القسم الثاني) ما ليس بمال ولا المقصود منه المال وهو كل ما لا يثبت الا بشاهدين كالتقصاض وحد القذف والنكاح والطلاق والرجعة والعتق والنسب والاستيلاء والولاء والرق ففيه روايتان: (احدها) لا يستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين قال احمد ولم أسمع من مضي جوز الايمان إلا في الاموال والعروض خاصة، وهذا قول مالك ونحوه قول أبي حنيفة فانه قال لا يستحلف في النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والفيئة في الايلاء ولا في الرق وما يتعلق به من الاستيلاء والولاء والنسب لان هذه الاشياء لا يدخلها البدل وانما تعرض اليمين فيما يدخلها البدل فان المدعى عليه مخير بين ان يحلف او يسلم ولا في هذه الاشياء لا تثبت الا بشاهدين ذكرين فلا تعرض فيها اليمين كالحديد.

(والرواية الثانية) يستحلف في الطلاق والتقصاض والقذف وقال الخري اذا قال ارتجعتك فقالت اقتضت عدتي قبل رجعتك فالتول قولها مع يمينها وإذا اختلفا في مضي الاربعة الا شهر في الايلاء فالتول قوله مع يمينه فيخرج في هذا أنه يستحلف في كل حق لا دمي وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد

ان يرجعوا قبل الحكم بها فلا يجوز الحكم بها في قول عامة أهل العلم وحكي عن أبي ثور أنه شذ عن أهل العلم وقال يحكم بها لان الشهادة قد ادبت فلا تبطل برجوع من شهد بها كما لو رجعا بعد الحكم وهذا فاسد لان الشهادة شرط الحكم فاذا زالت قبله لم يجوز كما لو فسقا ولان رجوعهما يظهر به كذبهما فلم يجوز الحكم بها كما لو شهدا بقتل رجل ثم علم حياته ولانه زال ظنه في ان ما شهد به حق فلم يجوز له الحكم به كما لو تغير اجتهاده وفارق ما بعد الحكم فانه تم بشرطه ولأن الشك لا يزيل ما حكم به كما لو تغير اجتهاده . (الحال الثاني) ان يرجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فينظر فان كان المحكوم به عقوبة كالحلد والقصاص لم يجوز استيفاؤه لان الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعهما من أعظم الشبهات ولان المحكوم به عقوبة ولم يتعين استحقاقها ولا سبيل الى جبرها فلم يجوز استيفاؤها كما لو رجعا قبل الحكم وفارق المال فانه يمكن جبره بالزام الشاهدين عوضه والحد والقصاص لا ينجبر بايجاب مثله على الشاهدين لان ذلك ليس بجبر ولا يحصل لمن وجب له منه عوض وانما شرع للزجر والتشفي والانتقام لا للجبر فان قيل فقد قلتم انه اذا حكم بالقصاص ثم فسق الشاهدان استوفى في احد الوجهين قلنا الرجوع أعظم في الشبهة من طريان الفسق لانهما يقران ان شهادتهما زور وانهما كانا فاسقين حين شهدا وحين حكم الحاكم بشهادتهما وهذا الذي طرأ فسقه لا يتحقق كون شهادته كذبا ولا أنه كان فاسقا حين ادى الشهادة ولا حين الحكم بها ولهذا لو فسق بعد الاستيفاء لم يلزمه شيء والراجح ان تلزمهما غرامة ماشهدا به فافترقا وان كان المشهود به مالا استوفى ولم ينقض حكمه في قول

لقول النبي ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم » ولان اليمين على المدعى عليه وهذا عام في كل مدعى وهو ظاهر في دعوى الدماء لذكرها في الدعوى مع عموم الاحاديث ولأنها دعوى صحيحة في حق آدمي فجاز أن يحلف عليه كدعوى المال وهذا أولى إن شاء الله تعالى . وقال ابو بكر عبدالعزيز تشرع اليمين في كل حق لا دمي إلا في النكاح والطلاق لان هذا مما لا يحل بذله فلم يستحلف كقوله فوق الله سبحانه وانما كان كذلك لان الابضاع مما محتاط لها فلا تسباح بالنكول لأن النكول ليس بحجة قوية لانه سكوت مجرد يحتمل أن يكون للخوف من اليمين ويحتمل أن يكون للجول بحقيقة الحال ، ويحتمل أن يكون لعلمه بصدق المدعي ومع هذه الاحتمالات لا ينبغي أن يقضى به فيما محتاط له ، وقال ابو الخطاب تشرع اليمين في كل حق لا دمي إلا في تسعة أشياء النكاح والرجعة والطلاق والرق والاستيلاء والنسب والقذف والقصاص لان البدل لا يدخل هذه الاشياء ثم يستحلف فيها كحقوق الله سبحانه ، وقال القاضي في الطلاق والقصاص والقذف روايتان (احدهما) لا يستحلف فيها لذلك (والثانية) يستحلف فيها لانها دعوى صحيحة يستحلف فيها كدعوى المال . وأما الستة الباقية فلا يستحلف فيها رواية واحدة لما سبق وقال الخري لا يستحلف

أهل الفتيا من علماء الامصار وحكي عن سعيد بن المسيب والاوزاعي أنهما قالوا ينقض الحكم وان استوفى الحق لان الحق ثبت بشهادتهما فاذا رجعا زال ما ثبت به الحكم فنقض الحكم كما لو تبين أنهما كانا كافرين

ولنا أن حق المشهود له وجبه فلا يسقط بقولها كما لو ادعياه لانفسها . يحقق هذا ان حق الانسان لا يزول إلا ببينة أو اقرار ورجوعها ليس بشهادة ولهذا لا يفتقر إلى لفظ الشهادة ولا هو اقرار من صاحب الحق وفارق ما اذا تبين أنهما كانا كافرين لاننا تبينا انه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العدول وفي مسئلتنا لم يتبين ذلك بجواز أن يكونا عدلين صادقين في شهادتهما وانما كذبا في رجوعهما ويفارق العقوبات حيث لا تستوفي فانها تدرأ بالشبهات

(الحال الثالث) أن يرجعا بعد الاستيفاء فانه لا يبطل الحكم ولا يلزم المشهود له شيء سواء كان للمشهود به مالا أو عقوبة لان الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به ووصول الحق إلى مستحقه ورجوعه به على الشاهدين ثم ينظر فان كان المشهود به اتلافا في مثله القصاص كالقتل والمجرح نظرنا في رجوعها فان قالوا عمدنا الشهادة عليه بالزور ليقتل أو يقطع فمليها القصاص وبهذا قال ابن شبرمة وابن ابي ليلى والاوزاعي والشافعي وأبو عبيد

وقال أصحاب الرأي لا قود عليها لانهما لم يباشرا الاتلاف فأشبهها حافر البئر وناصب السكين اذا تلف بهما شيء

في القصاص ولا المرأة اذا أنكرت النكاح وتحلف إذا ادعت انقضاء عدتها لما سبق وإذا أقام العبد شاهداً بمتمه حلف مع شاهده وعتق وهي إحدى الروايتين عن احمد وقد ذكرنا ذلك ﴿مسئلة﴾ (ولا يستحلف في حقوق الله سبحانه) وهي نوعان (أحدهما) الحدود فلا تشرع فيها يمين لانتم في هذا خلافا لانه لو أقر ثم رجع عن اقراره قبل منه وخلي من غير يمين فلان لا يستحلف مع عدم الاقرار اولى ولانه يستحب ستره والتعريض للمقرب به بالرجوع عن اقراره وللشهود ترك الشهادة والستر عليه قال النبي ﷺ لهزال في قصة معاذ « ياهزال لو سترته بثوبك لكان خيرا لك » فلا تشرع فيه يمين بحال

(النوع الثاني) الحقوق المالية كدعوى الساعي الزكاة على رب المال وان الحول قد تم وكل النصاب فقال احمد القول قول رب المال بغير يمين ولا يستحلف الناس على صدقاتهم وقول الشافعي وابو يوسف يستحلف لانها دعوى مسموعة يتعلق بها حق آدمي اشبه حق الآدمي ، ووجه الاول انه حق لله تعالى اشبه الحد ولان ذلك عبادة فلا يستحلف عليها كالصلاة ولو ادعي عليه ان عليه كفارة يمين او ظهار او نذر أو صدقة او غيرها فالقول قوله في نفي ذلك من غير يمين ولا تسمع الدعوى في هذا ولا في حد لله تعالى ولانه لا حق للمدعي فيه ولا ولاية له عليه فلا تسمع منه دعواه

ولنا ان علياً رضي الله عنه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقامه ثم نادا فقالا اخطانا ليس هذا هو السارق فقال علي لو علمت انكما تعمدا لقطعتمكما ولا مخالف له في الصحابة فيكون اجماعا ولائهما تسببا إلى قتله أو قطعه بما يفضي اليه غالباً فلزمها القصاص كالمكره وثارق الحفر ونصب السكين فإنه لا يفضي إلى القتل غالباً

وقد ذكرنا هذه المسئلة في القصاص فأما إن قالوا عمدنا الشهادة عليه ولا ندلم انه يقتل بهذا وكانا ممن يجوز أن يجهلا ذلك وجت الدية في أموالها معاقلة لانه شبه عمد ولم تحملها المعاقلة لانه ثبت باعترافها والمعاقلة لا تحمل اعترافا ، وإن قال أحدهما عمدت قتله وقال الآخر اخطأت فعلى العائد نصف دية معاقلة وعلى الآخر نصف دية مخففة ولا قصاص في الصحيح من المذهب لانه قتل عمد وخطأ وإن قال كل واحد منهما عمدت واخطأ صاحبي احتمل أن يجب القصاص عليهما لاعتراف كل واحد منهما بعمد نفسه واحتمل وجوب الدية لان كل واحد منهما انما اعترف بعمد شارك فيه مخطئا وهذا لا يوجب القصاص والانسان انما يؤخذ باقراره لا باقرار غيره فعلى هذا تجب عليهما دية معاقلة وإن قال أحدهما عمدنا جميعاً وقال الآخر عمدت واخطأ صاحبي فعلى الاول القصاص وفي الثاني وجهان كالتالي قبلها

وإن قالوا جميعاً اخطانا فعليهما الدية مخففة في أموالها لان المعاقلة لا تحمل الاعتراف ، وإن قال أحدهما عمدنا معاً وقال الآخر اخطانا معاً فعلى الاول القصاص وعلى الثاني نصف دية مخففة لان كل

كما لو ادعى حقا لغيره من غير اذنه ولا ولاية له عليه فان تضمنت دعواه حقا له مثل ان يدعي سرقة ماله لتضمن السارق أو يأخذ منه ما سرق أو يدعي عليه الزنا بجاريته ليأخذ مهره منه سمعت دعواه ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمي دون حق الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (ويجوز الحكم في المال وما يقصد به المال بشاهد ويمين المدعي)

روي ذلك عن الخلفاء الاربعة رضي الله عنهم ، وقد سبق ذكر ذلك ولا تقبل فيه شهادة امرأتين ويمين لان شهادة النساء ناقصة وانما اجيزت بانضمام الذكر اليهن فلا يقبلن منفردات وان كثرن ويحتمل ان يقبل لان الرأتين في المال مقام رجل فيحلف معهما كما يحلف مع الرجل وهو مذهب مالك ويبطل ذلك بشهادة اربع نسوة فإنه لا يقبل اجماعا

﴿مسئلة﴾ (وهل يشترق بشاهد ويمين ؟ على روايتين)

(احدهما) يشترق وهو اختيار الخري وأبي بكر لانه ازالة ملك فيقبل فيه شاهد ويمين كالبيع أو اتلاف مال فيقبل فيه شاهد ويمين كالاتلاف بالفعل

(والرواية الثانية) لا تثبت الحرية إلا بشاهدين عدلين ذكرين لانه ليس بمال ولا المقصود منه

المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فأشبه الحدود والقصاص

منها يؤخذ بحكم اقراره ، وإن قال كل واحد منها عمدت ولا أدري ما فعل صاحبي؟ فعليهما القصاص لا اقرار كل واحد منهما بالعمد ويحتمل أن لا يجب عليهما القصاص لان اقرار كل واحد منهما لو انفرد لم يجب عليه قصاص وإنما يؤخذ الانسان باقراره لا باقرار صاحبه ، وإن قال أحدهما عمدت ولا أدري ما قصد صاحبي سئل صاحبه فذا قل عمدت ولا أدري ما قصد صاحبي فهي كالتي قبلها وإن قال عمدنا فعليه القصاص وفي الاول وجبان، وإن قال اخطأت او اخطأنا فلا قصاص على واحد منهما، وإن جهل حل الآخر بان يجن أو يموت أو لا يقدر عليه فلا قصاص على المقر وعليه نصيبه من الدية المملظة

(فصل) وإن رجع أحد الشاهدين وحده فالحكم فيه كالحكم في رجوعهما في أن الخالم لا يحكم بشهادتهما إذا كان رجوعه قبل الحكم وفي أنه لا يستوفي العقوبة إذا رجع قبل استيفائها لان الشرط يخل برجوعه كاختلافه برجوعهما، وإن كان رجوعه بعد الاستيفاء لزمه حكم اقراره وحده فإن اقر بما يوجب القصاص وجب عليه، وإن أقر بما يوجب دية مغلظة وجب عليه قسطه منها، وإن أقر بالخطأ وجب عليه نصيبه من الدية المحففة وإن كان الشهود أكثر من اثنين في الخنوق المائية أو القصاص ونحوه فثبت بشاهدين أو أكثر من أربعة فرجع الزائد منهم قبل الحكم والاستيفاء لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفاء لان ما بقي من البيضة كاف في اثبات الحكم واستيفائه، وإن رجع بعد الاستيفاء فعليه القصاص إن أقر بما يوجبه أو قسطه من الدية أو من المفوت بشهادتهم إن كان غير ذلك وفي ذلك اختلاف سندكره إن شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (ولا يقبل في النكاح والرجعة وسائر ما لا يستحلف فيه كالطلاق والوصية شاهد ويمين)

لقول الله تعالى في الرجعة (وأشهدوا ذوي عدل منكم) وقسنا عليه سائر ما ذكرنا لانه ليس بمال ولا يقصد به المال أشبه العقوبات وفيه رواية اخرى يقبل فيه رجل وامرأتان أو يمين لانه ليس بعقوبة ولا يسقط بالشبهة أشبه المال وقال القاضي النكاح لا يثبت الا بشاهدين والثاني يخرج فيه روايتان ذكرنا وجههما

﴿مسئلة﴾ (ومن حلف على فعل نفسه أو دعوى عليه في الاثبات حلف على البت)

معنى البت القطع أي يحلف بالله ما له علي شيء والايمان كلها على البت والقطع الا على نفي فعل الغير فانها على نفي العلم وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعي وقول الشعبي والنخعي كلها على العلم وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد وذكروا حديث البستاني عن القاسم بن عبد الرحمن عن النبي ﷺ « لا تضطروا الناس في ايمانهم ان يحلفوا على ما لا يعلمون » ولانه لا يحلف على ما لا علم له به وقال ابن ابي ليلى كلها على البت كما يحلف على فعل نفسه

ولما حديث ابن عباس ان النبي ﷺ استحلف رجلا فقال « قل والله الذي لا اله الا هو مال عليك حق » وروى الأشعث بن قيس ان رجلا من كندة ورجلا من ضرموت اختصما الى رسول الله ﷺ في ارض من اليمن فقال الحضرمي يا رسول الله إن أرضي اغتصبها ابو هذا وهي في يده

«مسئلة» قال (وان كانت شهادتها بمال غيره ولم يرجع به على المحكوم له به سواء كان المال قائماً أو تالفاً)

أما كونه لا يرجع به على المحكوم له به فلا يعلم فيه بين أهل العلم خلافاً سواء ما حكيناه عن سعيد بن المسيب والأوزاعي وقد ذكرنا الكلام معهما فيما مضى، فأما الرجوع به على الشاهدين فهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأصحاب الرأي وهو قول الشافعي القديم وقال في الجديد لا يرجع عليهما بشيء إلا أن يشهدا بعقوبتة فيضمننا قيمته لأنه لم يوجد منهما إتلاف للمال ولا يد عادية عليه فلم يضمننا كما لو ردت شهادتهما

ولنا إنهما أخرجاهما من يده بغير حق وحالا بينه وبينه فلزمهما الضمان كما لو شهدا بعقوبة ولا نهما أزالا يد السيد عن عبده بشهادتهما المرجوع عنها فاشبهه ما لو شهدا بجره ولا نهما تسببا إلى إتلاف حقه بشهادتهما بالزور عليه فلزمهما الضمان كشاهدي القصاص يحقق هذا أنه إذا أزمها القصاص الذي يدرأ بالشبهات فوجوب المال أولى. وقولهم إنهما ما أتلفا المال يبطل بما إذا شهدا بعقوبة فإن الرق في الحقيقة لا يزول بشهادة الزور وإنما حالا بين سيده وبينه وفي موضع إتلاف المال فهما تسببا إلى تلفه فيلزمهما ضمان ما تلف بسببهما كشاهدي القصاص وشهود الزنا وخافر البئر وناصر السكين

قال «هل لك بينة؟» قل لا ولكن أحلفه: والله ما يعلم أنها أرضي اغتصبنيها أبوه فتبها الكندي لليمين رواه أبو داود ولم يذكر ذلك النبي ﷺ وما ذكره لا يصح لأنه يمكنه الاحاطة بفعل نفسه ولا يمكنه ذلك في فعل غيره فافترقا في اليمين كما لو افترقت الشهادة فأنها تكون بالقطع فيما يمكن القطع فيه من العقود وعلى الظن فيما لا يمكن فيه القطع من الاملاك والاسباب وعلى نفي العلم فيما لا يمكن الاحاطة بانتفائه كالشهادة على أنه لا وارث له إلا فلان وفلان وحديث القاسم بن عبد الرحمن محمول على اليمين على نفي فعل الغير

إذا ثبت هذا فإنه يحلف فيما عاينه على البت نفيًا كان أو اثباتًا، وأما ما يتعلق بفعل غيره فإن كان اثباتًا مثل أن يدعي أنه اقترض أو باع ويقيم شاهداً بذلك فإنه يحلف مع شاهده على البت والقطع، وإن كان على نفي مثل أن يدعي عاينه دين أو غضب أو جنابة فإنه يحلف على نفي العلم لا غير، وإن حلف عليه على البت كفاه وكان التقدير فيه العلم كما في الشاهد إذا شهد بعدد الورثة وقال ليس له وارث غيرهم سمع ذلك وكان التقدير فيه علمه ولو ادعى أن عبده استدان أو جنى فأنكر ذلك فيه يمينه على نفي العلم لأنها يمين على فعل الغير فاشبهت يمين الوارث على نفي فعل الموروث (فصل) ذكر ابن أبي موسى أنه اختلف قوله فيمن باع ساعة فظفر المشتري على عيب بها فأنكره البائع هل اليمين على البتات أو على علمه؟ على روايتين ولو ابقى عبد المشتري فادعى على البائع أنه ابقى عنده فأنكر هل يلزمه أن يحلف أنه لم يأبق قط أو على نفي علمه؟ على روايتين إلا أن يكون ولده

(مسئلة) قال (وان كان المحكوم به عبداً أو أمة غرماً قيمته)

أما إذا شهدا بالعبد أو الامة لغير مالكة فالحكم في ذلك كالحكم في الشهادة بالمال على ما ذكرنا من الخلاف فيه لأنها من جملة المال وإن شهدا بجزيةتهما ثم رجعا عن الشهادة لزمهما غرامة قيمتهما لسيدهما بغير خلاف بينهم فيه فإن الخفاف في التي قبلها هو الشافعي وقد وافق ههنا وهو حجة عليه فيما خالف فيه فإن اخراج العبد عن يد سيده بالشهادة بجزيةته كاخراجه عنها بالشهادة به لغير مالكة فإذا لزمه الضمان ثم لزمه ههنا وغرماً القيمة لان العبيد من المتقومات لامن ذوات الامثال

(فصل) وإن شهدا بطلاق امرأة تبين به فحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة وكان قبل الدخول فالواجب عليهما نصف المسمى وبهذا قال ابو حنيفة

وقال الشافعي في أحد قوليه يجب مهر المثل لانهما أتلغا عليه البضع فلزمهما عوضه وهو مهر المثل وفي القول الآخر لزمه ما نصف مهر المثل لانه انما ملك نصف البضع بدليل انه انما يجب عليه نصف المهر ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ان لو أخرجته من ملكه بردها أو اسلامها أو قتلها نفسها فانها لا تضمن شيئاً، ولو فسخت نكاحها قبل الدخول برضاع من ينفسخ به نكاحها لم يفرم شيئاً وانما وجب عليهما نصف المسمى لانهما ألزماه للزوج بشهادتهما وقرراه عليه فرجع عليهما كما يرجع به على من فسخ نكاحه برضاع أو غيره

فيلزمه ان يحلف أنه لم يأت قط، ووجه كون اليمين على نفي علمه انها على نفي فعل الغير فاشبه ما لو ادعى عليه ان عبده جنى، ووجه الاخرى أنه ادعى عليه أنه باعه مبيعاً يستحق رده عليه فلزمته اليمين على البت كما لو كان اثباتاً

(مسئلة) (ومن توجهت عليه يمين الجماعة فقال احلف يمينا واحدة فرضوا جاز وان ابوا حلف لكل واحد يمينا)

إذا كان الحق لجماعة فرضوا بيمين واحدة صح وسقطت دعواهم باليمين لانها حقهم ولانه لما جاز ثبوت الحق بينة واحدة لجماعة جاز سقوطه بيمين واحدة قل القاضي: ويحتمل ان لا يصح حتى يحلف لكل واحد يمينا وهو احد الوجهين لاصحاب الشافعي لان اليمين حجة في حق الواحد فإذا رضي بها اثنان عارت الحجة في حق كل واحد منهما ناقصة لا يعمل برضى الخصم كما لورضي ان يحكم عليه بشاهد واحد والصحيح الاول لان الحق لهما فإذا رضيا به جاز ولا يلزم من رضاهما بيمين واحدة ان يكون لكل واحد بعض اليمين كما ان الحقوق اذا قامت بها بينة واحدة لا تكون لكل حق بعض البينة فاما ان حلفه الحاكم لجميعهم يمينا واحدة فخطأه أهل عصره^(١)

(١) كذا بالاصل

(فصل) قال (الشيخ رحمه الله واليمين المشروعة هي اليمين بالله تعالى اسمه في قول عامة

وقوله انه ملك نصف البضع غير صحيح فان البضع لا يجوز تملك نصفه ولان العقد ورد على جميعه والصداق واجب جميعه ولهذا تملكه المرأة اذا قبضته ونماؤه لها وتملك طلبه اذا لم تقبضه وانما يسقط نصفه بالطلاق ، وأما إن كان الحكم بالفرقة بعد الدخول فلان ضمان عليهما وبه قال ابو حنيفة وعن احمد رواية أخرى عليهما ضمان المسمى في الصداق لانهما فوتتا عليه نكاحا وجب عليه به عوض فكان عليهما ضمان ماوجب به كما لو شهدا بذلك قبل الدخول

وقول الشافعي يلزمهاله، المثل لانهما أتلفا البضع عليه وقد سبق الكلام معه في هذا ولا يصح انقياس على ما قبل الدخول لانهما قررا عليه نصف المسمى وكان بعرض السقوط وههنا قد تقرر المهر كاه بالدخول فلم يتررا عليه شيئا ولم يخرجوا من ملكه متقوما فأشبهه مالهو أخرجاه من ملكه بقبتها او أخرجهت هي بردتها

(فصل) وان شهدا على امرأة بنكاح فخكم به الحاكم ثم رجما نظرت فان طلقها الزوج قبل دخوله بها لم يعرف ما شيء لانها لم يفوتا عليها شيئا وان دخل بها وكان الصداق المسمى بتدريج مهر المثل او اكثر منه ووصل اليها فلا شيء عليهما لانها اخذت عوض ما فوتاه عليها وان كان دونه فعليهما ما بينهما وان لم يصل اليهما فعليهما ضمان مهر مثابا لانه عوض ما فوتاه عليها

(فصل) وان شهدا بكتابة عبده ثم رجما نظرت فان عجز ورد في الرق فلا شيء عليهما فان ادى وعقق فعليهما ضمان جميعه لانهما فوتاه عليه بشهادتهما ويحتمل ان يلزمهما ما بين قيمته وما

أهل العلم الا ان مالكا أحب بالله الذي لا اله الا هو وان استحلف حاكم بالله أجزاء) قال ابن المنذر وهذا أحب إلي لان ابن عباس روى ان رسول الله ﷺ استحلف رجلا فقال «قل والله الذي لا اله الا هو ماله عندك شيء» رواه أبو داود وفي حديث عمر حين حلف لابي قول والله الذي لا اله الا هو ان النخل لتخلي ومالابي فيها شيء وقول الشافعي ان كان المدعى قصاصا أو عقاقا أو وحداً أو مالا يبلغ نصاباً غلظت اليمين فحلف بالله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية وقال في انقسامه عالم خائفة الاعين وما يخفي الصدور وهذا اختيار أبي الخطاب وذكروا القاضي ان هذا في ايمان القسامه خاصة وليس بشرط

وانا قول الله تعالى (فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشتري به) لنا ولو كان ذا قرني) وقال تعالى (فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما) وقال تعالى في اللعان (فشهدا أحدهم أربع شهادات بالله) وقال سبحانه (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) قال بعض المفسرين من أقسم بالله فقد أقسم بالله جهد اليمين واستحلف النبي ﷺ ركاته بن عبد يزيد في الطلاق فقال «آله ما أردت الا واحدة» وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه ولان فيه كفاية فوجب ان يكتبني باسمه في اليمين كالمواضع التي سلوهافأما حديث ابن عباس وابن عمر فانه يدل على جواز الاستحلاف لذلك وما ذكروه يدل على

قبضه من كتابته والاول اولى لان ما قبضه من كسب عبده فلا يحسب عليه وان اراد تفرغها بشهادتهما ويحتمل أن يلزمها قبل انكشاف الحل فينبغي ان يفرمها ما بين قيمته سليما ومكاتبها وان شهدا باستيلاء أمته ثم رجعا فينبغي أن يرجع عليهما بما نتصتها الشهادة من قيمتها وان عتقت بموته رجع الورثة بما بقي من قيمتها

(فصل) وكل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع وجب ان يوزع بينهم على عددهم قولا أو كتوبا قال احمد في رواية اسحاق بن منصور إذا شهد بشهادة ثم رجع وقد اتلف مالا فانه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة فان كانوا اثنين فعليه النصف وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث وعلى هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر وسواء رجع وحده أو رجعوا جميعا وسواء رجع الزائد عن القدر الكافي في الشهادة أو من ايس بزائد فلو شهد أربعة بالقصاص فرجع واحد منهم وقال عمدنا قتله فعليه القصاص وإن قال أخطأنا فعليه ربع الدية وان رجع اثنان فعليهما القصاص أو نصف الدية وان شهد ستة بالزنا على محصن فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد فعليه القصاص او سدس الدية وإن رجع اثنان فعليهما القصاص أو ثلث الدية وبهذا قال أبو عبيد، وقال أبو حنيفة إن رجع واحد أو اثنان فلا شيء عليهما لان بينة الزنا قائمة قدمه غير محقون وان رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية وان رجع أربعة فعليهم نصف الدية وإن رجع خمسة فعليهم ثلاثة أرباعها وإن رجع الستة فعلى كل واحد منهم سدسها ومنصوص الشافعي فيما إذا رجع اثنان كذهب ابي حنيفة واختلف أصحابه فيما إذا شهد بالقصاص ثلاثة فرجع أحدهم فقال

الاكتفاء بسم الله وحده وما ذكره الباقرن تحكم لانص فيه ولا قياس يقتضيه إذا ثبت هذا فان اليمين في حق المسلم والكافر جميعا بالله تعالى لا يحلف أحد بغيره لقول الله تعالى (فيقسمان بالله) ولقول النبي ﷺ من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت

﴿مسئلة﴾ (وان رأى الحاكم تغايرها بلفظ أو زمن أو مكان جاز)

ففي اللفظ يقول والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع الذي يعلم خائنة الاعين وما تخفي الصدور واليهودي والله الذي انزل التوراة على موسى وفاق له البحر وانجاء من فرعون وملائته والنصراني يقول والله الذي انزل الانجيل على عيسى وجملة يحيى الموتي ويبرئ الاكهم والابرس والمجوسي يقول والله الذي خلقني وصورني ورزقني، والزمان يحافه بعد العصر وبين الاذنين والنكان يملفه بمكة بين الركن والمقام وفي الصخرة بيت المقدس وفي سائر البلدان عند المنبر ويحلف أهل الذمة في المواضع التي يعظمونها وهذا الذي ذكره شيخنا اختيار أبي الخطاب قال وقد أوما اليه أحمد في رواية اليموني وذكر التغاير في حق المجوسي قال قل والله الذي خلقني ورزقني وان كان وثنيًا حلفه بالله وحده وكذلك ان كان لا يعبد الله لانه لا يجوز الحلف بغير الله تعالى لقول رسول الله ﷺ «من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت» ولان

أبو اسحاق لا قصاص عليه لان بيعة القصاص قائمة وهل يجب عليه ثلث الدية ؟ على وجهين وقال ابن الحداد عليه القصاص وفرق بينه وبين الراجع من شهود الزنا إذا كان زائداً فان دم المشهود عليه بالزنا غير محقون وهذا دمه محقون وانما أبيع دمه لولي القصاص وحده ، واختلفوا فيما إذا شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم على وجهين (أحدهما) يضمن الثلث (والثاني) لا شيء عليه ولنا أن الاتلاف حصل بشهادتهم فالراجع مقر بالمشاركة فيه عمداً عدواناً لمن هو مثله في ذلك فلزمه انقصاص كما لو أقر بمشاركتهم في مباشرة قتله ولانه أحد من قتل المشهود عليه بشهادته فأشبهه اثناي من شهود القصاص والرابع من شهود الزنا ولانه أحد من حصل الاتلاف بشهادته فلزمه من الضمان بقسطه كما لو رجع الجميع ولان ما تضمنه كل واحد مع اتفاقهم على الرجوع يضمنه إذا انفرد بالرجوع كما لو كانوا أربعة ، وقولهم إن دمه غير محقون غير صحيح فان الكلام فيما إذا قتل ولم يبق له دم يوصف بمحقن ولا عدمه وقيام الشهادة لا يمنع وجوب انقصاص كما لو شهدت لرجل باستحقاق انقصاص فاستوفاه ثم أقر بأنه قتله ظلماً وأن الشهود شهدوا بالزور ، والتفريق بين انقصاص والرجم يكون دم القاتل غير محقون لا يصح لانه غير محقون بالنسبة إلى من قتله ولان كل واحد مؤاخذ باقراره ولا يعتبر قول شريكه ولهذا لو أقر أحد الشريكين بعمدهما وقتل الآخر أخطأنا وجب القصاص على المقر بالعمد

(فصل) وإذا حكم الحاكم في المال بشهادة رجل وامرأتين ثم رجعوا عن الشهادة توزع الضمان عليهم على الرجل نصفه وعلى كل امرأة ربعه ، وإن رجع أحدهم وحده فعليه من الضمان حصته ، وإن كان الشهود رجلاً وعشر نسوة فرجعوا فعلى الرجل السدس وعلى كل امرأة نصف السدس وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لان كل امرأتين كرجل فالعشر كخمس رجال ويحتمل أن يجب عليهن النصف وعلى الرجل النصف وهذا قول أبو يوسف ومحمد لان الرجل نصف البيعة بدليل أنه لو رجع وحده

هذا ان لم يكن يعد هذه يميناً فانما يزداد بها اثماً وعمتوبة وربما عجلت عقوبته فيتمتع بذلك ويعتبره غيره وهذا كله ليس بشرط في اليمين وانما للحاكم فعله إذا رأى ، وظاهر كلام الخرقى ان اليمين لا تغلظ الا في حق أهل الذمة ولا تغلظ في حق المسلم وبه قال أبو بكر وذلك لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ يعني « لليهود نشدتكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى ما تجدون في التوراة على من زنى ؟ » رواه أبو داود وكذلك قال الخرقى تغلظ في المكان فيجلب في المواضع التي يعظمونها ويتوقى الكذب فيها ولم يذكر التغليظ بالزمان ، ومن قال يستحلف أهل الكتاب بالله وحده مسروق وأبو عبيدة بن عبد الله وعطاء وشريح والحسن وإبراهيم وكعب بن سور ومالك وأبو بصير وأبو عبيد ومن قال لا يشرع التغليظ بالزمان والمكان في حق مسلم أبو حنيفة وصاحبه وقال مالك والشافعي تغلظ ثم اختلفا فقل مالك يحلف في المدينة على منبر رسول الله ﷺ ويحلف قائماً ولا

(المعنى والشرح الكبير) (١٩) (الجزء الثاني عشر)

قبل الحكم كان كرجوعهن كلهن فيكون الرجل حزباً والنساء حزباً، فإن رجع بعض النسوة وحده أو الرجل فعلى الراجع مثل ما عليه إذا رجع الجميع وعند أبي حنيفة وأصحابه متى رجع من النسوة ما زاد على اثنين فليس على الراجعين شيء وقد مضى الكلام معهم في هذا

(فصل) وإذا شهد أربعة بأربعائة فحكم الحاكم بها ثم رجع واحد عن مائة وآخر عن مائتين والثالث عن ثلاثمائة والرابع عن أربعائة فعلى كل واحد ما رجع عنه بقسطه فعلى الأول خمسة وعشرون وعلى الثاني خمسون وعلى الثالث خمسة وسبعون وعلى الرابع مائة لأن كل واحد منهم مقر بأنه فوت على المشهود عليه ربع ما رجع عنه ويقضي مذهب أبي حنيفة أن لا يلزم الراجع عن اثلاثمائة والأربعائة أكثر من خمسين وخمسين لأن المائتين لا تلزم الراجع عن اثلاثمائة لأن المائتين التي رجعا عنها قد بقي بها شاهدان

(فصل) وإذا شهد أربعة بالزنا واثنان بالاحصان فرجم ثم رجعوا عن الشهادة فالضمان على جميعهم، وقال أبو حنيفة لا ضمان على شهود الاحصان لأنهم شهدوا بالشروط دون السبب الموجب للقتل وإنما يثبت ذلك بشهادة الزنا ولاصحاب الشافعي وجهان كاللذهبيين ولنا إن قتله حصل بمجموع الشهادات فتجب الغرامة على الجميع كما لو شهدوا جميعهم بالزنا وفي كيفية الضمان وجهان

(أحدهما) يوزع عليهم على عدد دروسهم كشهود الزنا لأن القتل حصل من جميعهم (والثاني) على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف لأنهم حزبان فلكل حزب نصف، فإن شهد أربعة بالزنا واثنان منهم بالاحصان ثم رجعوا فعلى الوجه الأول على شاهدي الاحصان الثلثان وعلى الآخرين الثلث لأن على شاهدي الاحصان الثلث لشهادتهما به والثلث لشهادتهما بالزنا وعلى الآخرين الثلث لشهادتهما بالزنا وحده وعلى الوجه الثاني على شهود الاحصان ثلاثة أرباع الدية لأن عليها للنصف لشهادتهما بالاحصان ونصف الباقي لشهادتهما بالزنا ويحتمل أن لا يجب على شاهدي الاحصان إلا النصف لأن كل واحد

يحلف قائماً الأعلى منبر رسول الله ﷺ ويستحلفون في غير المدينة في مساجد الجماعات ولا يحلف عند المنبر الأعلى ما يقطع فيه السارق فصاعداً وهو ثلاثة دراهم وقال الشافعي يستحلف المسلم بين الركن والمقام بمكة وفي المدينة عند منبر رسول الله ﷺ وفي سائر البلدان في الجوامع عند المنبر وعند الصخرة ببيت المقدس وتغلظ في الزمان في الاستحلاف بعد العصر على نحو ما ذكرناه في صدر المسئلة ولا تغلظ في المال إلا في نصاب فصاعداً وتغلظ في الطلاق والعناق والحد والقصاص وقال ابن حزم تغلظ بالقليل والكثير واحتجوا بقول النبي ﷺ « من حلف على منبري هذا يمين آئمة فليتبوأ مقعده من النار » فثبت أنه يتعلق بذلك تأكيد اليمين، وروى مالك قول اخنعم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار كانت بينهما إلى مروان بن الحكم فقال زيد أحلف له مكاني فقال مروان لا

منهما جنبي جنائيتين وجرى كل واحد من الآخرين جنابية واحدة فكانت الدية بينهم على عدد رؤوسهم لاعلى عدد جناباتهم كالموتل اثنان واحداً جرحه أحدهما جرحاً والآخر جرحين

(فصل) واذا شهد شاهدان انه أعتق هذا العبد على ضمان مائة ذرهم وقيمة العبد مائتان فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا سيد على الشاهدين بمائة لانها تمام القيمة وكذلك لو شهدا على رجل انه طلق زوجته قبل الدخول على مائة ونصف المسمى مائتان غرماً للزوج مائة لانهما فوتاهما بشهادتهما المرجوع عنها

(فصل) واذا شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصداق ذكراه وشهد آخران بدخوله بها ثم رجعوا بعد الحكم عليه بصداقها فعلى شهود النكاح الضمان لانهم أزموه المسمى ويحتمل أن يكون عليهم النصف وعلى الآخرين النصف لانهما قرراه وشاهدا النكاح أوجباه فقسم بين الاربعة أرباعاً وإن شهد مع هذا شاهدان بالطلاق لم يلزمهما شيء لانهما لم يفوتا عليه شيئاً يدعيه ولا أوجبا عليه ما لم يكن عليه واجباً

(فصل) وإن شهد شاهدا فرع على شاهدي أصل فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجع شاهدا الفرع فعليهما الضمان لأعلم بينهم في ذلك خلافاً، وإن رجع شاهدا الاصل وحدهما لزمهما الضمان أيضاً وبه قول الشافعي ومحمد بن الحسن

وحكى أبو الخطاب عن اتقاضي انه لا ضمان عليهما وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف لان الحكم تعلق بشهادة شاهدي الفرع بدليل انهما جعلتا شهادة شاهدي الاصل شهادة فلم يلزم شاهدي الاصل ضمان لعدم

والله الا عند منقطع الحقوق قل فجعل زيد يحلف أن حقه لحق ويأبى ان يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب .

ولنا قول الله تعالى (فأخرا ن يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الاوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما) ولم يذكر مكانا ولا زمانا ولا زيادة في اللفظ ، واستحلف النبي ﷺ ركابة في الطلاق فقال « آالله ما أردت إلا واحدة ؟ » قال آالله ما أردت الا واحدة ولم يلفظ يمينه بزم من ولا مكان ولا زيادة لفظ ، وحلف عمر لابي حين تحاكما الى زيد في مكانه وكانا في بيت زيد وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه وفيما ذكره من التغليظ تقييد لهذه النصوص ومخالفة للاجماع فان ما ذكر عن الخليفةين عمر وعثمان مع من حضرهما لم ينكر وهو في الشهرة فكان إجماعا وقوله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة) إنما كان في حق أهل الكتاب والوصية في السفر وهي قضية خولف فيها القياس في مواضع، منها قبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين ، ومنها استحلاف الشاهدين ، ومنها استحلاف خصومهما عند العور على استحقاقها الاثم وهم لا يعلمون بها أصلا فكيف

تعاق الحاكم بشهادتهما . ولنا أن الحق ثبت بشهادة شاهدي الاصل بدليل اعتبار عدائهما فاذا رجعا
ضمنا كشاهدي الفرع

(فصل) واذا حكم الحاكم بشاهد ويمين فرجع الشاهد غرم جميع المال نص عليه احمد في رواية
جماعة ، وقال مالك والشافعي : يلزمه النصف لأنه أحد حجتي الدعوى فكان عليه النصف
كما لو كانا شاهدين

ولنا أن الشاهد حجة الدعوى فكان الضمان غايه كالشاهدين . يحققه أن اليمين قول الخصم وقول
الخصم ليس بحجة على خصمه وإنما هو شرط الحكم فجزى مجرى مطالبته الحاكم بالحكم وبهذا ينفصل
عما ذكره ولو سلمنا أنها حجة لكن إنما جعلها حجة شهادة اشاهد ولهذا لم يجز تقديمها على شهادته
بخلاف شهادة الشاهد الآخر ، قل ابو الخطاب ويخرج أن لا يلزمه إلا انصف المحكوم به اذا
قلنا ترد اليمين على المدعي

(فصل) واذا رجعوا عن الشهادة بعد الحكم وقولوا عدنا ووجب ليم اقتصاص لم يعزروا لان
القصاص يعني عن تعزيرهم ، وإن كان في مال عزروا وغرموا لانهم جنوا جناية كبيرة وارتكبوا
جريمة عظيمة وهي شهادة الزور وبمقتضى أن لا يعزروا لان رجوعهم توبة منهم فيسقط عنهم التعزير
ولان شرعية تعزيرهم تتمهم الرجوع ، خوفا منه فلا يشرح ، وإن قولوا اخفنا لم يعزروا لان الله تعالى
قال (وايس عايكم جناح فيما اخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) هذا إن كان قولهم يحتمل الصدق
في الخطأ وإن لم يحتمله عزروا ولم يقبل قولهم

يحتجون بها ؟ ولما ذكر ايمان المسلمين أطلق اليمين ولم يقيدھا والاحتجاج بهذا أولى من التصير
الى ماخولف فيه اقياس وترك العدل به . وأما حديثهم فاليس فيه دليل على مشروعية اليمين عند
المنبر إنما فيه دليل على تغليظ الائم على المانف . وأما قضية مروان فن العجب احتجاجهم بها وذهابهم
الى قول مروان في قضية خالفه زيد فيها وقول زيد فقيه الصحابة وقدمهم وأقرضهم أحق أن يحتج
به من قول مروان الذي لو انفرد ما جاز الاحتجاج به فكيف يجوز مع مخالفة اجماع الصحابة وقول
أئمتهم وفقهائهم ومخالفة فعل النبي ﷺ واطلاق كتاب الله سبحانه وتعالى ؟ فهذا مما لا يجوز إنما
ذكر الخرقى التفاضل بالمكان واللفظ في حق الأدمي لاستحلاف النبي ﷺ اليود بقوله « نشدتكم
بالله الذي أنزل التوراة على موسى » وروي عن كعب بن سوز في النصراني قل : اذهبوا به الى المذبح
واجعلوا الانجيل في حجره والتوراة على رأسه ، وقال الشعبي في نصراني : اذهب الى البيعة فاستحلفه
بما يستحلف به مثله .

وقل ابن المنذر لا أعلم حجة توجب أن يستحلف في مكان بعينه ولا يميناً يستحلف بها غير التي
يستحلف بها المسلمون ، وفي الجملة لا خلاف بين المسلمين في أن تغليظ بالمكان والزمان والانفاظ غير

(مسئلة) قال (واذا قطع الحاكم يد السارق بشهادة اثنين ثم بان انهما كافران أو فاسقان كانت دية اليد في بيت المال)

وجملته أن الحاكم إذا حكم بشهادة اثنين في قطع أو قتل وأنفذ ذلك ثم بان أنهما كافران أو فاسقان أو عبدان أو أحدهما فلا ضمان على الشاهدين لانهما مقيان على أنهما صادقان فيما شهدا به وإنما الشرع منع قبول شهادتهما بخلاف الراجعين عن الشهادة فانهما اعترفا بكنبهما ويجب الضمان على الحاكم أو الامام الذي تولى ذلك لانه حكم بشهادة من لا يجوز له الحكم بشهادته ولا قصاص عليه لانه مخفيء وتجب الدية وفي محلها روايتان

(احداهما) في بيت المال لانه نائب للمسلمين ووكيلهم وخطأ الوكيل في حق موكله عليه ولان خطأ الحاكم يكثر لكثرة تصرفاته وحكوماته فإيجاب ضمان ما يخطيء فيه على عاقبته اجحف بهم فقتضى ذلك التخفيف عنه بجعله في بيت المال ولهذا المعنى حملت العاقلة دية الخطأ عن القاتل

(والرواية الثانية) هي على عاقبته مخففة مؤجلة لما روي ان امرأة ذكرت عند عمر بسوء فأرسل اليها فأجهضت ذابطنها فباع ذلك عمر فشاور الصحابة فقال بعضهم لاشيء عليك انما انت مؤدب وقال علي عليك الدية فقال عمر عزمت عليك لاتبرح حتى تقسمها على قومك يعني قريشا لانهم عاقبة عمر و لو كانت في بيت المال لم يتمها على قومه ولانه من خطائه فتحمله عاقبته كخطائه في غير الحكومة والشافعي قولان كالروايتين فإذا قلنا ان الدية على عاقبته لم تحمل إلا الثالث فصاعدا ولا تحمل الكفارة لان العاقلة لا تحمل الكفارة في عمل الوفاق كذاهنا وتكون الكفارة في ماله وإذا قلنا انه في بيت المال فينبغي أن يكون فيه القليل والكثير لان جعله في بيت المال اهله انما نائب عنهم وخطأ النائب على مستنبتهم وهذا يدل

واجب الا أن ابن الصباغ ذكر في وجوب التعليل بالمكان قولين للشافعي وخالفه ابن انقاص فال لا خلاف بين أهل العلم أن انقاضي حيث استخلف المدعى عليه في عمله وبإد قضاة جاز وإنما التعليل بالمكان اختيار مندفيكون التعليل عند من رآه اختياراً واستحباباً .

(افصل) قال ابن المنذر ولم أجد أحداً يوجب اليمين بالمصحف وقال الشافعي رأيهم يؤكدون بالمصحف ورأيت ابن مازن وهو قاض بصنعاء يلفظ اليمين بالمصحف قال أصحابه فيعاط عليه باحضار المصحف لأنه يشتمل على كلام الله وأسمائه وهذه زيادة على ما أمر به رسول الله ﷺ في اليمين وعلى ما فعله الخلفاء وقضاةهم من غير دليل ولا حجة يستند إليها ولا يترك فعل رسول الله ﷺ وفعل أصحابه لفعل ابن مازن ولا غيره

(مسئلة) (ولا نلفظ اليمين الا بما له خازر كالحجيات والعتاق والذلاقي وما نجب فيه الزكاة من المال عند من يرى التعليل)

يكثر خطؤه فجعل الضمان في ماله يجحف به وان قل لسكثرة تكرره وسواء تولى الحاكم الاستيفاء بنفسه أو أمر من تولاه قال أصحابنا وان كان الولي استوفاه فهو كما لو استوفاه الحاكم لان الحاكم سلطه على ذلك ومكنه منه والولي يدعي أنه حقه ، فان قيل فاذا كان الولي استوفى حقه فيذبحي ان يكون الضمان عليه كالمو حكم له بمال فقبضه ثم بان فسق شهوده كان الضمان على المستوفي دون الحاكم كذا ههنا قلنا ثم حصل في يد المستوفي مال المحكوم عليه بغير حق فوجب عليه رد أو ضمانه إن أتلف وههنا لم يحصل في يده شيء وانما أتلف شيئاً بخطأ الامام وتسليطه عليه فأقرنا

(فصل) وان شهيد بالزنا أربعة فزكاهم اثنان فرجم المشهود عليه ثم بان ان الشهود فسقة أو عبيد أو بعضهم فلا ضمان على الشهود لانهم يزعمون أنهم محقون ولم يعلم كذبهم بيقين أو الضمان على الزكينة وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال القاضي الضمان على الحاكم لانه حكم بقتله من غير تحقق شرطه ولا ضمان على الزكينة لان شهادتهما شرط وليست الموجبة وقال أبو الخطاب في رد وس المسائل الضمان على الشهود الذين شهدوا بالزنا ولنا ان الزكينة شهدوا بالزور شهادة أفضت الى قتله فلزمهم الضمان كشهود الزنا اذا رجعوا ولا ضمان على الحاكم لانه لا يمكن احالة الضمان على الشهود فاشبه ما اذا رجعوا عن الشهادة وقوله ان شهادتهم شرط لا يصح لان من أصابنا ان شهود الاحصان يلزمهم الضمان وان لم يشهدوا بالسبب وقد نص عليه أحمد وقول أبي الخطاب لا يصح لان شهود الزنا لم يرجعوا ولا علم كذبهم بخلاف الزكينة فانه تبين كذبهم وأنهم شهدوا بالزور ، وأما ان تبين فسق الزكينة فالضمان على الحاكم لان التفريط منه حيث قبل شهادة فسق من غير تزكية ولا يبحث فيلزمه الضمان كالمو قبل شهادة شهود الزنا من غير تزكية ثم تبين فسقهم

(فصل) ولو جلد الامام إنسانا بشهادة شهود ثم بان أنهم فسقة أو كفرة أو عبيد فعلى الامام ضمان ما حصل من أثر الضرب وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه

وقيل ما يقطع فيه السارق روي ذلك عن مالك لان التغليظ زيادة على اليمين التي ورد الشرع بوجوبها فلا تجب الا بزيادة على مطلق الحق وترك التغليظ أولى على ما اختاره شيخنا ودل عليه الا في موضع ورد الشرع به وصح كتخليف رسول الله ﷺ اليهود بقوله « ذمذمكم بالله الذي أنزل التوراة على موسى » ونحوه

﴿مسئلة﴾ (وان رأى الحاكم ترك التغليظ فتركه كان مصيباً)

لموافقة مطابق النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » (فحل) ومن توجهت عليه يمين وهو فيها صادق او توجهت له أبيع له الحلف ولا شيء عليه من اثم ولا غيره لان الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرماً وقد أمر الله سبحانه نبيه عليه الصلاة والسلام أن يقسم على الحق في ثلاثة مواضع من كتابه منها قوله تعالى (زعم الذين كفروا أن إن

ولنا أنها جناية صدرت عن خطأ الامام فكانت مضمونة عليه كالمال قطعته أو قتله
 (فصل) ولو حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ثم بان أنها فاسقان أو كافرين فان الامام ينقض
 حكمه ويرد المال ان كان قائماً وعوضه ان كان تالفاً فان تعذر ذلك لاعساره أو غيره فعلى الحاكم
 ضمانه ثم يرجع على المشهود له، وعن أحمد رواية أخرى لا ينقض حكمه إذا كانا فاسقين ويغرم الشهود
 المال وكذلك الحكم إذا شهد عنده عدلان ان الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ففيه روايتان لا يغرم
 الشهود المال وكذلك الحاكم إذا شهد واختلاف أصحاب الشافعي فيه أيضاً ولا خلاف بين الجميع في أنه
 ينقض حكمه إذا كانا كافرين وينقض حكم غيره إذا ثبت عنده أنه حكم بشهادة كافرين فقيس على ذلك
 ما إذا حكم بشهادة فاسقين فان شهادة الناسقين يجمع على ردها وقد نص الله تعالى على التبين فيها
 فقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فبينوا) وأمر بالشهاد العدل وقال (واشهدوا
 ذوي عدل منكم) واعتبر الرضا بالشهداء فقل تعالى (ممن ترضون من الشهداء) فيجب نقض الحكم
 لفوات العدالة كما يجب نقضه لفوات الاسلام ولان الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم
 منعه فإذا شهد شاهدان أنه كان موجوداً حالة الحكم وجب نقض الحكم كالكنز والرق في العقوبات
 إذا ثبت هذا فان آبا حنيفة قال لا يسع الحاكم الشهادة بفسق الشاهدين لا قبل الحكم ولا بعده ،
 ومتى جرح المشهود عليه البيعة لم تسمع بيئته بالفسق ولكن يسأل عن الشاهدين ولا تسمع على الفسق
 شهادة لان الفسق لا يتعاق به حق أحد فلا تسمع فيه الدعوى والبيعة

ولنا أنه معنى يتعلق بالحكم به فسمعت فيه الدعوى والبيعة كالتزكية وقوله لا يتعلق به حق أحد
 ممنوع فان المشهود عليه يتعلق حقه بفسقه في منع الحكم عليه قبل الحكم ونقضه بعده وتبرئته من
 أخذ ماله أو عقوبته بغير حق فوجب ان تسمع فيه الدعوى والبيعة كما لو ادعى ريق الشاهدين ولم يدعه
 لنفسه ولانه اذا لم تسمع البيعة الفسق ادى الى ظلم المشهود عليه لانه يمكن ان لا يعرف فسق الشاهدين

يبعثوا قل بلى وربى لتبعن) « وحلف عمر لابي على نخل ثم وهبه إياه وقال خفت ان لم احلف ان
 يمنع الناس من الحلف على حقوقهم فيصير سنة قال حنبل بلى أبو عبد الله بمثل هذا جاء إليه ابن عمه
 فقال لي قبلك حق من ميراث أبي وأطالبك بالقاضي وأحلفك فقيل لابي عبد الله ماترى؟ قال أحلف
 له، اذا لم يكن له في قبلي حق وأنا غير شاك في ذلك حلفت له وكيف لا أحلف وابن عمر قد حلف؟
 وانا من أنا؟ وعزم ابو عبد الله على اليمين فكفاه الله ذلك ورجع الغلام عن تلك المطالبة واختلف
 في الاولى فقال قوم الحلف أولى من افتداء يمينه لان عمر حلف ولان في الحلف فئدتين (احداها)
 حفظ ماله عن الضياع وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته (والثانية) تخليص أخيه الظالم من مظلمته
 وأكل المال بغير حقه وهذا من نصحه ونصرته بكفه عن ظلمه وقد أشار النبي ﷺ على رجل ان
 يحلف ويأخذ حقه وقال أصحابنا الافضل افتداء يمينه فان عثمان افتدى يمينه وقال خفت ان يصادف
 قدراً فيقال حلف وعوقب، أو هذا شؤم يمينه. وروى الحلال باسناده ان حذيفة عرف رجلاً سرق

الاشهود المشهود عليه فاذا لم تسمع شهادتهم وحكم عليه بشهادة الفاسقين كان ظالماً له ، فاما ان قامت اليقينة انه حكم بشهادة والدين او ولدن او عدوين نظر في الحالم لذي حكم بشهادتهما ان كان ممن يرى الحكم به لم ينقض حكمه لانه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ولم يخلف نصاً ولا اجماعاً ، وان كان ممن لا يرى الحكم بشهادتهم نقضه لان الحالم به يعتقد بطلاننا والفرق بين المال والاتلاف ان المال ان كان باقياً وجب رده إلى صاحبه لان كل واحد أحق بماله ، وإن كان تالفاً وجب ضمانه على آخذه لانه آخذه بغير اذن صاحبه ولا استئذان لاخذه ، أما الاتلاف فإنه لم يحصل به في يد المتلف شيء برده ولم يمكن تضمينه لانه إنما أتلفه بحكم الحاكم وتسليمه عليه وهو لا يقر بعدوانه بل يقول استوفيت حقي ولم يثبت خلاف دعواه ولم يمكن تضمين الشهود لانهم يقولون شهدنا بما علمنا وأخبرنا بما رأينا وسعدنا ولم نكنتم شهادة الله تعالى التي لزمنا اذاؤها ولم يثبت كذبهم فوجب اعادة الضمان على الحالم لانه حكم من غير وجود شرط الحكم ويمكن من اتلاف المصوم من غير بحث عن عادة الشهود وكان اتفرط منه فوجب اعادة الضمان عليه .

(مسئلة) قال (واذا ادعى العبد ان سيده اعتقه حاف مع شاهده وصار حراً)

روي عن أحمد في هذا روايتان (إحداهما) ان العتق ثبت بشاهد ويمين وهو اختيار أبي بكر لانه إزالة ملك فيثبت بشاهد ويمين كالبيع والهبة ولانه اتلاف للمال فيقبل فيه شاهد ويمين كالاتلاف بالفعل وإفضاؤه إلى تكميل الاحكام لا يمنع ثبوته بشاهد ويمين بدليل ان الولادة تثبت بشهادة النساء وينبغي عليها النسب الذي لا يثبت بشهادتهن (والرواية الثانية) لان ثبت الحرية إلا بشاهدين عدلين ذكرين لانها ليست بمال ولا المقصود منها المال ويطلع عليها الرجل في غالب الاحوال فأشبهت الحدود والقصاص والله أعلم

له فخاصم الى قاضي المسلمين فصارت اليمين على حذيفة فقال لك عشرة دراهم فأبى فقال لك عشرون فأبى فقال لك ثلاثون فأبى فقال لك أربعون فأبى فقال لك حذيفة أتراني أترك جملي ؟ خلف بالله انه ما باع ولا وهب ، ولان في اليمين عند الحالم تبذلاً ولا يأمن أن يصادف قدراً فينسب الى الكذب وانه عوقب بخلغه كاذباً وفي ذهاب ماله أجره ليس هذا تضديعاً للمال فان أخاه المسلم ينتفع به في الدنيا ويعمره له في الآخرة ، وأما عمر فانه خاف الاستئنان به وترك الناس الخلف على حقوقهم فيدل على أنه لولا ذلك لما حلف قال شيخنا وهذا أولى والله تعالى أعلم

(فصل) والحلف الكذب ليقطع به مال أخيه فيه اثم كبير وقيل انه من الكبائر لان الله تعالى وعد عليه العذاب الاليم فقال سبحانه (ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أؤتمنوا لخالق لهم في الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم القيامة ولا يزكهم ولهم عذاب اليم) وروى ابن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ « من حلف على يمين صبرية قطعت بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان » متفق عليه وقد روي في حديث أن يمين الفموس تدع الدبار بلاقع .

« مسئلة » قل (ومن شهد بشهادة زور أدب وأقيم للناس في المواضع التي يشتهر انه شاهد زور اذا تحتمق تسده لذلك)

وجملة ذلك ان شهادة الزور من أكبر الكبائر قد نهي الله عنها في كتابه مع نهيه عن الاوثان فقال تعالى (فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) وقد روي عن خريم بن فاتك ان النبي ﷺ قال « عدت شهادة الزور الاشرأ بالله » ثلاث مرات، ثم تلى قوله تعالى (اجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) رواه أبو داود، وروي هذا عن ابن مسعود من قوله وروي عن النبي ﷺ انه قال « ألا أنبئكم بأ أكبر الكبائر ؟ قلنا بلى يا رسول الله ، قال « الاشرأ بالله وعقوق الوالدين » وكان متكئاً فجلس فقال « ألا وقول الزور وشهادة الزور » فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت متفق عليه . وروي أبو حنيفة عن محارب بن دثير عن ابن عمر عن النبي ﷺ انه قال « شاهد الزور لا تزول قدماه حتى تجب له النار » فتى ثبت عند الحاكم عن رجل انه شهد بزور عمداً عزره وشهره في قول أكثر أهل العلم ، روي ذلك عن عمر رضي الله عنه وبه يقول شرح والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله والاوزاعي وابن أبي ليل ومالك والشافعي وعبد الملك بن يعلى قاضي البصرة وقال أبو حنيفة لا يعزر ولا يشهر لانه قول منكر وزور فلا يميز به كالظهار وروي عنه لطلحاوي انه يشهر وأنكره المتأخرون .

ولما انه قول محرم يضر به الناس فأوجب العقوبة على قائله كالسب والقذف وبخلاف الظهار من وجهين (أحدهما) انه يخمس بضرره (والثاني) انه أوجب كدارة شاقة هي أشد من التعزير ولانه قول عمر رضي الله عنه ولم تعرف له في الصحابة مخالفاً . واذا ثبت هذا فن تأديبه غير مقدور

(فصل) ومن ادعى عليه دين وهو معسر به لم يحل له ان يحلف انه لاحق له علي وبهذا قال المزني وقل ابو ثور له ذلك لان الله تعالى قال (وإن كانوا ذوعسرة فظرة إلى ميسرة) ولأنه لا يستحق مزالته في الحال ولا يجب عليه اداؤه اليه . ولما أن الدين في ذمة ، وهو حق له عليه ولو لم يكن عليه حق لم يجز انظاره به

(فصل) ويمين الخائف على حسب جوابه فاذا ادعى عليه انه غصبه أو استودعه أو اقترض منه نظرنا في جواب المدعى عليه فان قل ماغصبتك ولا استودعتني ولا أقرضتي كلف ان يحلف على ذلك ، وإن قال مالك علي شيء أو لا تستحق علي شيئاً أو لا تستحق علي ما ادعيت له ولا شيئاً منه كان جواباً صحيحاً ولا يكلف الجواب عن الفصب والوديع والقرض لانه يجوز أن يكون غصب منه ثم رده عليه فلو كلف جحد ذلك كان كاذباً ، وإن أقر به ثم ادعى الرد لم يقبل منه فاذا طلبت منه اليمين حلف (المغني والشرح الكبير) (٢٠) (الجزء الثاني عشر)

واتما هو مفوض الى رأي الحاكم إن رأى ذلك بالجلد جلده وإن رآه بجبس أو كشف رأسه وإهانته وتوبيخه فعل ذلك ولا يزيد في جلده على عشر جلدات وقال الشافعي لا يزيد على تسع وثلاثين لثلاثا يبلغ به أدنى الحدود وقال ابن أبي ليلى يجلد خمسة وسبعين سوطا وهو أحد قولي أبي يوسف، وقول الاوزاعي في شاهدي الطلاق : يجلدان مائة مائة وينرمان الصداق

ولنا قول النبي ﷺ « لا يجلد أحد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله تعالى » متفق عليه وقال اقسامه وسالم يخنق سبع خفقات ، وقال شريح يجلد أسواط فأما شهرته بين الناس فإنه يوقف في سوق إن كان من أهل السوق أو قبيلته إن كان من أهل القبائل أو في مسجده إن كان من أهل المساجد ويقول الموكل به إن الحاكم يقرأ عليكم السلام ويقول هذا شاهد زور فأعرفوه وهذا مذهب الشافعي وأبي الوعيد بن عبد الملك بشاهد الزور فأمر بقطع لسانه وعنده اقسامه وسالم فقال لا سبجان الله بحسبه أن يخنق سبع خفقات ويقام بعد العصر فيقال هذا أبو قيس وجدناه شاهد زور فنعمل ذلك به ولا يسخّم وجهه ولا يركب ولا يكلف أن ينادي على نفسه وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه يجلد اربعين جلدة ويسخّم وجهه ويظال بحسه رواه الامام أحمد ، وقال سوار يلبس ويدار به على حلق المسجد فيقول من رأي فلا يشهد بزور ، وروي عن عبد الملك بن يعلى قضي البصرة انه أمر بحلق نصف رؤوسهم وتسخيم وجوههم ويغاف بهم في الاسواق والذي شهدوا له معهم

ولنا ان هذا مثله وقد نهى النبي ﷺ عن ائمة وما روي عن عمر فقد روي عنه خلافه وانه حبسه يوما وخلي ببيله، وفي الجملة ليس في هذا تنقيد شرعي فافعل اذا حكم بما يراه مالم يخرج إلى مخالفة نص أو معنى نص فله ذلك ولا يفعل به شيء من ذلك حتى يحقق نه شاهد زور وتعمد ذلك إما باقراره أو يشهد على رجل بفعل في الشام في وقت ويعلم ان المشهد عليه في ذلك الوقت في العراق أو يشهد بقتل رجل وهو حي أو ان هذه البيمة في يد هذا منذ ثلاثة اعوام وسنها اقل من ذلك أو يشهد على رجل انه فعلا شيدا في وقت وقد مات قبل ذلك الوقت ولم يولد إلا بعده وأشبه هذا مما يتيقن به كذبه ويعلم تعمده لذلك فأما تعارض الدينتين أو ظهور فسقه أو غلظه في شهادته فلا يؤدب به لان الفسق لا يمنع الصدق والتعارض لا يعلم به كذب إحدى الدينتين بعينها والغلط قد يعرض للصادق العدل ولا يتعمده فيعنى عنه ، وقد قال الله تعالى (وليس عليكم جناح فيما اخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) وقول النبي ﷺ « عني لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »

(فصل) ومتى علم ان الشاهدين شهدا بالزور تبين ان الحكم كان باطلا ولزم نقضه لأننا تبينا كذبهما فيما شهدا به وبطلان ما حكم به فأن كان المحكوم به مالا رد إلى صاحبه ، وان كان إتلافا

على حسب ما أجاب ولو ادعى أنني ابتعتك الدار التي في يدك فانكره وطلب يمينه فان كان أجاب بانك لا تستحقها حلف على ذلك

فعلى الشاهدين ضمانه لانهما سبب إنلافه إلا ان يثبت ذلك باقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له فيكون ذلك رجوعاً منهما عن شهادتهما وقد بينا حكم ذلك

(فصل) فإذا تاب شاهد الزور وأنت على ذلك مدة تظهر فيها توبته وتبين صدقه فيها وعدالته قبلت شهادته وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور. وقال مالك لا تقبل شهادته ابداً لأن ذلك لا يؤمن منه ولما انه تألب من ذنبه قبلت توبته كسائر التائبين. وقوله لا يؤمن منه ذلك. قلنا مجرد الاحتمال لا يمنع قبول الشهادة بدليل سائر التائبين فانه لا يؤمن منهم معاودة ذنوبهم ولا غيرها وشهادتهم مقبولة والله أعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (وإذا غير المدل شهادته بمحضرة الحاكم فزاد فيها أو نقص قبلت

منه ما لم يحكم بشهادته)

وهذا مثل ان يشهد بمائة ثم يقول هي مائة وخمسون أو يقول بل هي تسعون فانه يقبل منه رجوعه ويحكم بما شهد به اخيراً وبهذا قال أبو حنيفة والثوري وسليمان بن حبيب المحاربي وإسحاق. وقال الزهري لا تقبل شهادته الاولى ولا الآخرة لان كل واحدة منها ترد الاخرى وتعارضها. ولان الاولى مرجوع عنها واثانية غير موثوق بها لانه من مقر بقلطه وخطئه في شهادته فلا يؤمن ان يكون في الغلط كالأولى. وقال مالك: يؤخذ بأقل قوليه لانه ادى الشهادة وهو غير متهم فلم يقبل رجوعه عنها كما لو اتصل بها الحكم

ولنا ان شهادته الآخرة شهادة من تدل غير متهم لم يرجع عنها فوجب الحكم بها كما لو لم يتقدمها ما يخانها ولا تعارضها الاولى لانها قد بذلت برجوعه عنها ولا يجوز الحكم بما لانها شرط الحكم فيعتبر استدرارها إلى انقضائه. ويفارق رجوعه بهد الحكم لان الحكم قد تم باسمرار شرطه فلا ينقض بهد تمامه (فصل) وان شهد بألف ثم قال قبل الحكم قضاء منه خمسمائة بذات شهادته وذلك انه شهد بان الالف جريمه عليه واذا قضاة خمسمائة لم تكن الالف كله عليه فيكون كلامه متناقضاً فتفسد شهادته، وفارق هذا ما لو شهد بألف ثم قال بل بخمسمائة لان ذلك رجوع عن الشهادة بخمسمائة وأقرار بقلط نفسه وهذا لا يقول هذا على سبيل الرجوع، والنصوص عن احمد ان شهادته تقبل بخمسمائة فانه قال إذا شهد بألف ثم قال احدهما قبل الحكم قضاء منه خمسمائة أفسد شهادته والمشهود له ما اجتمع عليه وهو خمسمائة فصحح شهادته في نصف الالف الباقي وأبضاها في النصف الذي ذكر انه قضاء لان ذلك بمنزلة الرجوع عن الشهادة به فاشبهه ما لو قال أشهد بألف بل بخمسمائة

قال احمد ولو جاء بعد هذا المجاس فقل أشهد انه قضاء منه خمسمائة لم يقبل منه لانه قد أمضى

قال احمد في رجل ادعى على رجل انه أودعه فانكره هل يحلف ما أودعتك؟ قال اذا حلف مالك عندي ولا في يدي شيء فهو يأتي على ذلك؟ وهذا يدل على انه لا يلزمه أن يحلف على حسب الجواب

الشهادة فهذا يحتمل انه اراد به انه اذا جاء بعد الحكم فشهد بالقضاء لم يقبل منه لان الالف قد وجب بشهادتها وحكم الحاكم ولا تقبل شهادته بالقضاء لانه لا يثبت بشاهد واحد ، فاما ان شهد انه اقرضه القائم قال قضاؤه منه خمسمائة قبلت شهادته في باقي الالف وجهاً واحداً لانه لا تناقض في كلامه ولا اختلاف

(مسئلة) فأر (وانما شهد شاهد بألف وآخر بخمسمائة حكم للمدعي الالف بخمسمائة وحلف مع شاهده على الخمسمائة الاخرى ان أحب)

وجملة ذلك أنه إذا شهد أحد الشاهدين بشيء وشهد الآخر ببعضه صحت الشهادة وثبت ما اتفقا عليه وحكم به وهذا قول شريح ومالك والشافعي وابن أبي ليلى وأبي يوسف ومحمد واسحاق وأبي عبيد ، وحكي عن الشعبي أنه شهد عنده رجلان شهد أحدهما أنه طلقها تطليقة وشهد الآخر أنه طلقها تطليقتين فقال قد اختلفتما قوماً ، وحكي عن أبي حنيفة أنه إذا شهد شاهد أنه أقر بألف وشهد آخر أنه أقر بألفين لم تصح الشهادة لان الاقرار بالالف غير الاقرار بالالفين فلم يشهد بكل اقرار إلا واحد ولنا أن الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه فحكم به كما لو لم يزد أحدهما على صاحبه وما ذكره من أن كل اقرار انما يشهد به واحد يبطل بما إذا شهد أحدهما أنه أقر بألف غدوة وشهد الآخر أنه أقر بالف عشياً فإن الشهادة تكمل مع أن كل اقرار انما يشهد به واحد فأما ما انفرد به أحدهما فإن للمدعي أن يحلف معه ويستحق وهذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين وهذا فيما إذا أطلما الشهادة أو لم تختلف الاسباب والصفات فأما إن اختلفت مثل أن يشهد شاهد بألف من قرض وشاهد بخمسمائة من ثمن مبيع ويشهد شاهد بألف يمين وآخر بخمسمائة سود أو يشهد شاهد بألف دينار والآخر بخمسمائة درهم لم تكمل البيعة وكان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحقها ويحلف مع أحدهما ويستحق ما شهد به

(فصل) فإن شهد له شاهدان بألف وشاهدان بخمسمائة ولم تختلف الاسباب والصفات دخلت الخمسمائة في الالف ووجب له بالشهادتين مائة وان اختلفت الاسباب والصفات ووجب له الالف والخمسمائة ولم يدخل أحدهما في الآخر لانها مختلفتان

(فصل) وإن شهد له شاهد أنه باعه هذا العبد بألف وشهد آخر أنه باعه اياه بخمسمائة لم تكمل البيعة لاختلافها في صفة البيع وله أن يحلف مع أحدهما ويثبت له ما حلف عليه وإن شهد به بكل عقد شاهدان ثبت البيعان وإن أضافا البيع إلى وقت واحد مثل أن يشهد أنه باعه هذا العبد مع الزوال بألف وشهد الآخر أنه باعه اياه مع الزوال بخمسمائة تعارضت البيعتان وسقطتا لانه لا يمكن اجتماعهما وكل بيعة تكذب

وانه متى حلف مالك قبلي حق برى بذلك ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) ولا تدخل اليمين النيابة ولا يحلف أحد عن غيره فلو كان المدعى عليه صغيراً أو مجنوناً

الآخرى وإن شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد كان له أن يحلف مع أحدهما ولا يتعارضان لأن التعارض إنما يكون بين البيئتين الكافيتين

(فصل) وإن شهد أحدهما أنه غصبه ثوباً قيمته درهمان وشهد الآخر أن قيمته ثلاثة ثبت له ما اتفقا عليه وهو درهمان وله أن يحلف مع الآخر على درهم لأنهما اتفقا على درهمين وانفرد أحدهما بدرهم فأشبه ما لو شهد أحدهما بالف وآخر بخمسة إن شهد شاهدان أن قيمته درهمان وشاهدان أن قيمته ثلاثة ثبت له درهمان وبهذا قال الشافعي وقل أبو حنيفة له ثلاثة لأنه قد شهد بها شاهدان وهما حجة فيجب الأخذ بهما كما يؤخذ بالزيادة في الأخبار وكما لو شهد له شاهدان بألف وشاهدان بألفين فإنه يجب له ألفان قال القاضي ويتوجه لنا مثل هذا بناء على مسألة الألف وخمسة

ولنا أن من شهد أن قيمته درهمان ينفي أن تكون قيمته ثلاثة فقد تعارضت البيئتان في الدرهم وتخالف الزيادة في الأخبار فإن من يروي الناقص لا ينفي الزيادة وكذلك من شهد بالف لا ينفي أن عليه ألفاً آخر فإن قيل فلم قلتم أنه إذا شهد بكل واحد من القيمتين شاهدان تعارضتا وإن شهد واحد لم تتعارضوا وكان له أن يحلف مع الشاهد بالزيادة عليها قلنا لأن الشاهدين حجة ويينة فإذا كملت من الجانبين تعارضت الحجتان لتعذر الجمع بينهما، وأما الشاهد الواحد فليس بحجة وحده وإنما يصير حجة مع اليمين فإذا حلف مع أحدهما كملت الحجة بيمينه ولم يعارضهما ما ليس بحجة كما لو شهد بأحدهما شاهدان وبالأخر شاهد واحد

﴿مسألة﴾ قال (ومن ادعى شهادة عدل فانكر أن تكون عنده ثم شهد بها بعد ذلك

وقال كنت انسيتهما قبلت منه)

وجملة ذلك أن العدل إذا أنكر أن تكون عنده شهادة ثم شهد بها وقال كنت أنسيتهما قبلت ولم ترد شهادته وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق ولا أعلم فيه مخالفاً وذلك لأنه يجوز أن يكون نسيها وإذا كان ناسياً لها فلا شهادة عنده فلا نكذب به مع أنه كان صدقه ولا يشبه هذا إذا ما قال لا بينة لي ثم أتى ببينة حيث لا تسمع فإن ذلك أقرار منه على نفسه بعدم البينة والانسان يؤخذ بأقراره وقول الشاهد لا شهادة عندي ليس بأقرار فإن الشهادة ليست له إنما هي حق عليه فيكون منكراً لها فإذا اعترف بها كان اقراراً بعد الإنكار وهو مسموع بخلاف الإنكار بعد الإنكار ولأن الناسي للشهادة لا شهادة له عنده فهو صادق في إنكاره فإذا ذكرها صارت عنده فلا تنافي بين القواين وصار هذا كمن أنكر أن يكون عنده شهادة قبل أن يستشهد ثم استشهد بعد ذلك فصارت عنده بخلاف من أنكر أن له بينة فإنه لا يخرج عن أن يكون له بينة بنسيانها

لم يحلف عنه حتى يبلغ الصبي أو يعقل المجنون ولم يحلف عنه وليه ولو ادعى الأب لابنه الصغير حقاً أو ادعاه الوصي أو الأمين له وأنكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه فإن نكل قضى عليه ومن لم ير

﴿مسئلة﴾ قل (ومن شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطات شهادته في الشكل)

وجملته أن من شهد بشهادة له بعضها مثل أن يشهد الشريك لشريكه بمال من الشركة أو يشهد على زيد بدار له ولعمرو فإن شهادته تبطل في الشكل وقل الشافعي فيها قولان (أحدهما) كة ولنا (والثاني) تصح شهادته لغيره لأنه أجنبي فتصح شهادته له كما لو لم يكن له فيها شرك ويتخرج لنا مثل هذا بناء على قولنا في عبد بين ثلاثة اشترى نفسه منهم بثلاثمائة درهم فادعى أنهم قبضوها منه فأنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً فأقر له اثنان وشهدا على المنكر بالقبض فإن شهادتهما تقبل عليه ويشار كهما فيما أخذنا من المال ولنا أنها شهادة رد بعضها للثمة فترد جميعها كما لو شهد المضارب لرب المال بمال من المضاربة ولو شهد بدين لأبيه وأجنبي أو شهد بشهادة ترد في بعض ما شهد به بطلت كلها

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا مات رجل وخلف ابناً وألف درهم فادعى رجل على الميت ألف

درهم وصدقه الأب وادعى آخر مثل ذلك وصدته الابن فإن كان في مجلس واحد كان الألف بينهما وإن كان في مجلسين كان الألف للاول ولا شيء للثاني)

وجملته إن الميت إذا خلف وارثاً وتركه فأقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغرق ميراثه فقد أقر بتعلق دينه بجميع التركة واستحقاقه لجزئها فإذا أقر بعد ذلك لآخر نظرت فإن كان في المجلس صح الاقرار واشتركا في التركة لأن حالة المجلس كلها كحالة واحدة بدليل القبض فما يعتبر القبض فيه وامكان الفسخ في البيع ولحوق الزيادة في العقد فكذلك في الاقرار، وإن كان في مجلس آخر لم يقبل اقراره لأنه يقر بحق على غيره فإنه يقر بما يقتضي مشاركة الاول في التركة ومزاحمته فيها وتنقيص حقه منها ولا يقبل إقرار الانسان على غيره، وقال الشافعي يقبل اقراره ويشتركان فيها لأن الوارث يقوم مقام الموروث ولو أقر الموروث لها قبل فكذلك الوارث ولأن منعه من الاقرار يفضي الى اسقاط حق الغرماء فإنه قد لا يمتنع حضورهم في مجلس واحد فيبطل حقه بغيبته ولأن من قبل اقراره أولاً قبل اقراره ثانياً إذا لم يتغير حاله كالوروث.

ولنا انه أقر بما يتعلق بمحل تعلق به حق غيره على وجه يضر به تعلمناً يمنع صحة تصرفه فيه فلم يقبل كإقرار الراهن بجباية عبده المرهون أو الجاني، وأما الموروث فإن أقر في صحته صح لان الدين لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بذمته، وإن أقر في مرضه لم يحاص المقر له غرماء الصحة لذلك، وإن أقر في مرضه لغريم يستغرق دينه تركته ثم أقر لآخر في مجلس آخر صح وشارك الاول والفرق بينه

القضاء بالنكول ورأى رد اليمين على المدعي لم يحلف الولي عنها وإن كان تقف اليمين ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعى عليه، وإن ادعى على العبد دعوى وكانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه

وبين الوارث ان اقراره الاول لم يمنعه التصرف في ماله ولا أن يتعلق به دين آخر بأن يستدين ديناً آخر فلم يمنع ذلك تعلق الدين بتركته بالاقرار بخلاف الوارث فانه لا يملك أن يعلق بالتركة ديناً آخر بفعله فلا يملكه بقوله ولا يملك التصرف في التركة ما لم يلتزم قضاء الدين .

(فصل) وإن مات وترك ألفاً فأقر به ابنه لرجل ثم أقر به لغيره فهو للأول ولا شيء للثاني فيه سواء كان في مجلس أو مجلسين لانه باعترافه للأول ثبت له الملك فيدفع اقراره للثاني اقراراً له بملك غيره فلم يقبل وتلزم المقر غرامته للثاني لانه فورة عليه باقراره به لغيره فأشبهه ما لو غصبه منه فدفعه الى غيره .

﴿ مسألة ﴾ قل (ومن ادعى دعوى على مريض فاوماً برأسه أي نهم لم يحكم بها

حتى يقول باسائه)

وجملة ان اشارة المريض لا تقوم مقام نطقه وسواء كان عاجزاً عن الكلام أو قادراً عليه وبهذا قل الثوري ، وقال الشافعي يقبل اقراره باشارته اذا كان عاجزاً عن الكلام لانه اقرار بالاشارة من عاجز عن الكلام فأشبهه اقرار الاخرس

وانا انه غير ما يوس من نطاه لم تقم اشارته مقام نطقه كالصحيح وبهذا فارق الاخرس فانه ما يوس من نطقه ولهذا لو ارجح عليه في الصلاة لم تصح صلواته بغير قراءة بخلاف الاخرس ، والإيسة يفرق بينها وبين من ارتفع حياضها مع امكانه في العدة ولان عجزه عن النطق غير متحقق فانه يحتمل ان يترك الكلام لصوته عليه ومشتته لالعجزه وان صار الى حل يتحقق الايس من نطقه لم يوثق باشارته لان المرض الذي أعجزه عن النطق لم يختص بلسانه فيجوز ان يكون أثر في عقله أو في سمعه فلم يدر ما قيل له بخلاف الاخرس ولان الاخرس قد تكررت اشارته حتى صارت عند من يعاشره كاليقين ومثله النطق وهذا لم تكرر اشارته فلهذا لم يرد الاقرار انما أراد الانكار أو اسكات من يسأله ومع هذه الفروق لا يصح اقياس

﴿ مسألة ﴾ قل (ومن ادعى دعوى وقال لا بينة لي ثم أتى بعد ذلك ببينة لم

تقبل لانه مكذب لبينته)

وبهذا قال محمد بن الحسن وقال أبو يوسف وابن المنذر تقبل وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه يجوز أن ينسى أو يكون الشاهدان سمعا منه وصاحب الحق لا يعلم فلا يثبت بذلك أنه كذب بينته وقال بعض أصحاب الشافعي وان كان الاشهاد امراً تولاه بنفسه لم تسمع بينته لانه كذبها وان كان وكيله أشهد على ادعى عليه

كاقصاص والطلاق والقتف والخصومة معه دون سيده فان قلنا ان اليمين تشرع في هذا حلف العبد دون سيده وان نكل لم يحلف غيره . وان كان مما لا يقبل قول العبد فيه كاتلاف مال أو

أو شهد من غير علمه أو من غير ان يشهدهم سمعت بينته لانه معذور في نفيه إياها وهذا القول حسن ولنا أنه أ كذب بينته باقراره أنه لا يشهد له أحد فاذا شهد له انسان كان تكديبا له ويفارق الشاهد اذا قال لاشهادة عندي ثم قال كنت نسيته لان ذلك اقرار لغيره بعد الانتكار وههنا هو مقرخصه بعدم البينة فلم يقبل رجوعه عنه والحكم في ما اذا قال كل بينتي زور كالحكم في ما اذا قال لا بينة لي على ما ذكرنا من الخلاف فيه

(فصل) وان قال ما أعلم لي بينة ثم أتى بيينة سمعت لانه يجوز ان تكزن له بيينة لم يعلمها ثم عليها قال أبو الخطاب ولو قال ما أعلم لي بيينة فقال شاهدان نحن نشهد لك سمعت بينته

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا شهد الوصي على من هو موصى عليهم قبات شهادته وان شهد لهم لم يقبل اذا كانوا في حجره)

أما شهادته عليهم فقبولة لانعلم فيه خلافا فانه لا يتهم عليهم ولايجز بشهادته عليهم نفعا ولايدفع عنهم بها ضررا وأما شهادته لهم اذا كانوا في حجره فغير مقبولة وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الشعبي والثوري ومالك والشافعي والاوزاعي وأبو حنيفة وابن أبي ليلى وأجاز شرح وأبو ثور شهادته لم اذا كان الخصم غيره لانه أجنبي منهم فقبلت شهادته لهم كما بعد زوال الوصية ولنا أنه شهد بشيء هو خصم فيه فانه الذي يطالب بمحقوقهم ويحاجهم فيها ويتصرف فيها فلم تقبل شهادته كما لو شهد بمال نفسه ولانه يأخذ من مالهم عند الحاجة فيكون مهما في الشهادة به فاما قوله اذا كانوا في حجره فانه يعني أنه لو شهد لهم بعد زوال ولايته عنهم قبلت شهادته لزوال المعنى الذي منع قبولها والحكم في امين الحاكم يشهد للايتام الذين هم تحت ولايته كالحكم في الوصي سواء

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا شهد من يحنق في الاحيان قبات شهادته في افقته)

قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ومن حفظنا عنه ذلك مالك والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور ولا أحسبه الا مذهب أهل الكوفة وذلك لان الاعتبار في الشهادة بحال ادائها وهو في وقت الاداء من أهل التحصيل والعقل اثابت قبات شهادته كلصبي اذا كبر ولانه عدل غيرتهم فقبلت شهادته كالصحيح وزوال عقله في غير حال الشهادة لا يمنع قبولها كالصحيح الذي ينام والمريض الذي يغمى عليه في بعض الاحيان

جناية توجب المال فالخصم السيد واليمين عليه ولا يحلف العبد فيها بحال ، وإن نكل من توجهت عليه اليمين عنها وقال لي بيينة أقيمها او حساب أستثبته لأحلف على ما أتقنه فذكر أبو الخطاب انه لا يهمل وان لم يحلف جعلنا كلالا . وقيل لا يكون ذلك نكولا ويمهل مدة قريبة كالأودعي قضاء او إبراء (فصل) ولو ادعى على رجل ديننا او حقا فقل قد أبرأني منه واستوفيته مني فالقول قول

(مسئلة) قال (وتقبل شهادة الطبيب في الموضحة اذا لم يقدر على طبيين وكذلك

البيطار في داء الدابة)

وجلتة انه اذا اختلف في الشجة هل هي موضحة أو لا أوفيا كان أكثر منها كالهاشمة والنقلة والآمة والدامعة أو أصغر منها كالباضعة والمتلاحة والسمحاق أو في الجائفة وغيرها من الجراح التي لا يعرفها إلا الاطباء أو اختلفا في داء يختص بمعرفة الاطباء أو في داء الدابة فظاهر كلام الخري انه اذا قدر على طبيين أو بيطارين لا يجزىء واحد لانه مما يطلع عليه الرجال فلم تقبل فيه شهادة واحد كسائر الحقوق فان لم يقدر على اثنين اجزأ واحد لانه مما لا يمكن كل واحد أن يشهد به لانه مما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة فاجتزىء فيه بشهادة واحد بمنزلة العيوب تحت الثياب يقبل فيها قول المرأة الواحدة فتبول قول الرجل الواحد أولى

(فصل) قال احمد رحمه الله اذا قال اشهد على مائة درهم ومائة درهم فشهد على مائة دون مائة كره إلا أن يقول اشهدولي على مائة ومائة بحكيه كله للحاكم كما كان ، وقال احمد اذا شهد على ألف وكان الحاكم لا يحكم إلا على مائة ومائتين فقال له صاحب الحق أريد أن تشهد لي على مائة لم يشهد إلا بالف قال القاضي وذلك أن على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد قال الله تعالى (ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها) ولانه لو ساغ للشاهد أن يشهد ببعض ما شهد عليه لساغ للقاضي أن يقضي ببعض ما شهد به الشاهد

وقال ابو الخطاب عندي يجوز أن يشهد بذلك لان من شهد بالف فقد شهد بمائة فاذا شهد بمائة لم يكن كاذبا في شهادته فجاز كما لو كان قد أقرضه مائة مرة وتسمائة مرة أخرى والاول أصح لما ذكره القاضي ولان شهادته بمائة ربما أوهمت ان هذه المائة غير التي شهدت باصله فيؤدي إلى إيجابها عليه مرتين

(فصل) قال احمد اذا شهد بالف درهم ومائة دينار فله من دراهم ذلك البلد ودنانيره قال القاضي لانه لما جاز أن يحمل مطلق العقد على ذلك جاز أن تحمل الشهادة عليه والله أعلم

المنكر الابراء والاستيفاء مع يمينه ويكفيه ان يحلف بالله ان هذا الحق ويسميه تسمية يصير بها معلوما — ما برئت ذمتك منه ولا من شيء منه، أو ما برئت ذمتك من ذلك الحق ولا من شيء منه وان ادعى استيفاءه او البراءة بجهة معلومة كفاه الحلف على تلك الجهة وحدها

كتاب الدعوى والبيئات

الدعوى في اللغة اضافة الانسان إلى نفسه شيئاً ما كالأو استحقاقاً أو صفقة أو نحو ذلك وهي في الشرع اضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته والمدعى عليه من يضاف إليه استحقاق شيء عليه . وقال ابن عقيل الدعوى الطالب قال الله تعالى (ولهم ما يدعون) وقيل المدعى من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره أو اثبات حق في ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك، وقيل المدعى من اذا ترك لم يسكت والمدعى عليه من اذا ترك سكت وقد يكون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه بان يختلفا في المقدم فمدعى كل واحد منهما أن الثمن غير الذي ذكره صاحبه . والاصل في الدعوى قول النبي صلى الله عليه وسلم « لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم وفي حديث « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » ولا تصح الدعوى إلا من جائز التصرف

﴿ مسألة ﴾ قال ابو القاسم رحمه الله (ومن ادعى زوجية امرأة فانكرته ولم تكن له بينة فرق بينهما ولم يحلف)

وجملته أن النكاح لا يستحلف فيه رواية واحدة ذكره القاضي وهو قول ابي حنيفة ، ويتخرج

باب الدعوى والبيئات

الدعوى اضافة الانسان إلى نفسه شيئاً أو ملكاً أو استحقاقاً أو نحوه . وهو في الشرع اضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره أو في ذمته والمدعى عليه من يضاف إليه استحقاق شيء عليه . وقال ابن عقيل الدعوى الطالب قال الله تعالى (ولهم ما يدعون)

﴿ مسألة ﴾ (والمدعى من اذا ترك سكت والمنكر من اذا سكت لم يترك)

وقيل المدعى من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره وإثبات حق في ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك وقد يكون كل واحد منهما مدعياً ومدعى عليه بأن يختلفا في المقدم فمدعى كل واحد منهما ان اليمين غير الذي ذكره صاحبه . والاصل في الدعوى قول النبي ﷺ « لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم وفي حديث « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه »

﴿ مسألة ﴾ (ولا تصح الدعوى والانتكار الا من جائز التصرف)

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

أن يستحلف في كل حق لآدمي وهو قول الشافعي وابن المنذر ونحوه قول أبي يوسف ومحمد لقول النبي ﷺ « ولكن اليمين على المدعى عليه » ولأنه حق لآدمي فيستحلف فيه كالمال، ثم اختلفوا فقال أبو يوسف ومحمد يستحلف في النكاح فإن نكل أزم النكاح، وقول الشافعي إن نكل ردت اليمين على الزوج حلف وثبت النكاح

ولنا أن هذا مما لا يحل بذله فلم يستحلف فيه كالحمد. يمتنع هذا أن الابضاع مما يمتاطفها فلا تباع بالنكول ولا به وييمين المدعي كالحدود وذلك لان النكول ليس بحجة قوية انما هو سكوت مجرد يمتنع أن يكون لحوفه من اليمين أو للجهل بحقيقة الحال أو للحياء من الحلف والتبذل في مجلس الحاكم ومع هذه الاحتمالات لا ينبغي أن يقضى به فيما يحتاط له ويمين المدعي انما هي قول نفسه لا ينبغي أن يعطى بها أمراً فيه خطر عظيم واثم كبير ويمكن من وطء امرأة يمتنع أن تكون أجنبية منه وأما الحديث فانما تناول الاموال والدماء فلا يدخل النكاح فيه، ولو دخل فيه كل دعوى لكان مخصوصاً بالحدود فالنكاح في معناه بل النكاح أولى لأنه لا يكاد يخلو من شهود كون الشهادة شرطاً في انعقاده أو من اشتغاره فيشهد فيه بالاستفاضة والحدود بخلاف ذلك. اذا ثبت هذا فإنه يفرق بينها ويحال بينه وبينها ويحلى سبيلها، وإن قلنا انها تحلف على الاحتمال الآخر فنكلت لم يقض بالنكول وتجس في أحد الوجهين حتى تقر أو تحلف وفي الآخر يحلى سبيلها وتكون فائدة شرع اليمين التخويف والردع لتقر إن كان المدعي محققاً أو تحلف فتبرأ إن كان مبطلاً

﴿ مسألة ﴾ (وان تداعيا عيناً لم تخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن تكون في يد أحدهما فهي له مع يمينه انه لا حق للآخر فيها اذا لم تكن بينة)

لما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ « لو أن الناس أعطوا بدعوام لادعي ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » متفق عليه . وقال النبي ﷺ في قصة الحضرمي والكندي « شاهدك او يمينه ليس لك الا ذلك » ولان الظاهر من اليد الملك

﴿ مسألة ﴾ (ولو تنازعا دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل والآخر أخذ بزمامها فهي للاول) لان تصرفه أقوى ويده أكد وهو المستوفي لمنفعتها، فان كان لأحدهما عليها حمل والآخر راكبها فهي للراكب لانه أقوى تصرفاً فلن اختلفنا في الحمل فداعاه الراكب وصاحب الدابة فهو للراكب لان يده على الدابة والحمل معاً فأشبهه مالو اختلف الساكن وصاحب الدار في قماش فيها . وإن تنازع الراكب وصاحب الدابة في السرج فهو لصاحب الدابة لان السرج في العادة يكون لصاحب الفرس . ولو تنازع اثنان في ثياب عبد لأحدهما فهي لصاحب العبد لان يد العبد عليها وإن تنازع صاحب الثياب وآخر في العبد الاليس لها فها سواء لان نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحب الثياب . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كالذي ذكرنا

(فصل) وإذا ادعى رجل نكاح امرأة احتج الى ذكر شرائط النكاح فيقول تزوجتها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها ان كانت ممن يعتبر رضاها وهذا منصور الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك لا يحتاج الى ذكر شرائطه لانه نوع ملك ناشبه ملك العبد الا ترى أنه لا يحتاج ان يقول وليست معتدة ولا مرتدة .

ولنا ان الناس اختلفوا في شرائط النكاح فمنهم من يشترط الولي والشهود ومنهم من لا يشترط ومنهم من يشترط اذن البكر البالغ لا يها في تزويجها ومنهم من لا يشترطه وقد يدعي نكاحا يعتده صحيفا والحاكم لا يرى صحته ولا ينبغي ان يحكم بصحة مع جهله بها ولا يعلمها ما لم تذكر الشروط وتقوم البيينة بها وتارق المال فان اسبابه تنحصر وقد يخفى على المدعي سبب ثبوت حقه والعقود تكثر شروطها ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطا سبعة وربما لا يحسن المدعي عددا ولا يعرفها الاموال مما يتساهل فيها ولذلك اقبلنا في اشتراط الولي والشهود في عقودهم فافترقا في الدعوى ، وعدم العدة والردة لم يختلف الناس فيه والاصل عدمها ولا يختلف به الاغراض فان كانت المرأة امة والزواج حراً فقياس ما ذكرناه أنه يحتاج الى ذكر عدم الطول وخوف العنت لانهما من شرائط صحة نكاحها ، وأما ان ادعى استيلاء الزوجية ولم يدع العقد لم يحتج الى ذكر الشروط في أحد الوجهين لانه يثبت بالاستمناضة ولو اشترط ذكر الشروط لاشترطت الشهادة به ولا يلزم ذلك في شهادة الاستمناضة وفي الثاني يحتاج الى ذكر الشروط لانه دعوى نكاح فاشبهه دعوى العتد

(فصل) وان تنازعا قميصاً أحدهما لابسه والآخر أخذ بكمه فهو للابسه لان تصرفه أقوى وهو المستوفي لمنفعته ، فان كان كفه في يد احدهما وباقيه مع الآخر أو تنازعا عمامة طرفها في يد أحدهما وباقيها في يد الآخر فهما سواء فيها لان يد المسك بالطرف اعياها بدليل ان لو كان باقيها على الارض فنازعه فيها غيره كانت له وإذا كانت في أيديهما تساويها

(فصل) ولو كانت دار فيها أربعة ابيات في احد أبياتها ساكن وفي الثلاثة الباقية ساكن آخر فاختلغا فيها فان لكل واحد ما هو ساكن فيه لان كل بيت منفصل عن صاحبه ولا يشارك الخارج منه الساكن فيه في ثبوت يدعائه . وإن تنازعا الساحة التي يتلحق منها الى البيوت فهي بينهما نصفان لاشتراكهما في ثبوت اليد عليها فأشبهت العمامة فيما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وإن تنازع صاحب الدار والخياط الابرة والمقرع فهما للخياط)

لان تصرفه فيها أكثر وأظهر ، والظاهر ان الانسان إذا دعى خياطاً يخيط له فاعادة له يحمل معه ابرته ومقصه . وان اختلفا في قميص فهو لصاحب الدار إذ ليست العمادة أن يحمل القميص معه يخيطه في دار غيره وإنما العمادة ان يخيط قميص صاحب الدار فيها وإن اختلف صاحب الدار والنجار في القدوم والمشار وآلة النجارة فهي للنجار . وإن اختلفا

(فصل) وان ادعت المرأة النكاح على زوجها وذكرت معه حقاً من حقوق النكاح كالصدق والنفقة ونحوها سمعت دعواها بغير خلاف تعلمه لانها تدعي حقاً لها تضيفه الى سببه فتسمع دعواها كما لو ادعت ملكاً اضافته الى الشراء، وان افردت دعوى النكاح فقال القاضي تسمع دعواها أيضاً لانه سبب لحقوق لها فتسمع دعواها فيه كالبيع، وقال أبو الخطاب فيه وجه آخر لا تسمع دعواها فيه لان النكاح حق للزوج عليها فلا تسمع دعواها حقاً لغيرها فان قلنا بالاول سئل الزوج فان أنكروا لم تكن بيعة فالقول قوله من غير يمين لانه اذا لم تستحلف المرأة والحق عليها فلا يستحلف من الحق له وهو ينكره أولى ويحتمل ان يستحلف لان دعواها انما سمعت لتضمنها دعوى حقوق مالية نشرع فيها اليمين، وان قامت البيعة بالنكاح ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها فاما ابحاثها له فتنبني على باطن الامر فان علم أنها زوجته حلت له لان انكاره النكاح ليس بطلاق ولا نوى به الطلاق، وان علم أنها ليست امرأته اما لعدم العقد أو لبيئتها منه لم تحل له وهل يمكن منها في الظاهر يحتمل وجهين (أحدهما) يمكن منها لان الحاكم قد حكم بالزوجية (والثاني) لا يمكن منها لاقاربه على نفسه بتحريمها عليه فيقبل قوله في حق نفسه دون ما عليه كما لو تزوج امرأة ثم قال هي أختي من الرضاة فاذا ثبت هذا فان دعواها النكاح كدعوى الزوج فيما ذكرنا من الكشف عن سبب النكاح وشرائط العقد ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا الفصل

في الخشبة المذشورة والابواب والرؤوف المنجورة فهي لصاحب الدار. وإن اختلف النجاد ورب الدار في قوس الندف فهو للنجاد. وان اختلفا في الفرش والتمطن والصوف فهو لصاحب الدار

﴿مسئلة﴾ (وإن تنازع هو والقربان القربة فهي للقربان) وإن اختلفا في الخابية والجرار فهي لصاحب الدار، ومذهب الشافعي في هذه المسائل على ما ذكرناه

﴿مسئلة﴾ (وان تنازعا عرصه فيها شجر أو بناء لأحدهما فهي له) لانه استوفى لمنفعتهما

﴿مسئلة﴾ (وإن تنازعا حائطا معقوداً ببناء أحدهما أو وحده أو متصلاً به اتصالاً لا يمكن إحدائه أو له عليه ائراج فهو له وإن كان محلولا من بنائهما أو معقوداً بهما فهو بينهما)

وجملة ذلك ان الرجلين إذا تنازعا حائطا بين ملكهما وتساويا في كونه معقوداً ببنائهما معاً وهو أن يكون متصلاً بهما اتصالاً لا يمكن إحدائه بعد بناء الحائط مثل اتصال البناء بالطين كهذه معطائر التي لا يمكن إحداث اتصال بعضها ببعض أو تساويا في كونه محلولا من بنائهما أي غير متصل القنائهما الاتصال المذكور بل بينهما شق مستطيل كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر فهما سواء في الدعوى إن لم تكن لواحد منهما بيعة تحالفا فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط انه له وتكون بينهما نصفين لان كل واحد منهما يده على نصف الحائط لكون الحائط في أيديهما. وإن حلف كل واحد منهما على جميع الحائط انه له وما هو لصاحبه جاز وبهذا قال أبو حنيفة وأبو ثور وابن

(فصل) فاما سائر العقود غير النكاح كالبيع والاجارة والصاح وغيرها فلا يفترق الى الكشف وذكر الشروط في اصح الوجهين لانها لا يختاط لهما ولا تنقل الى الولي والشهود فلم تفتقر الى الكشف كدعوى العين وسواء كان المبيع جارية او غيرها لانها مبيع فاشبهت الجارية وكذلك اذا كان المدعى عينا او ديناً لم يحتاج الى ذكر السبب لان اسباب ذلك تكثير ولا تنحصر وربما خفي على المستحق سبب استحقاقه فلا يكلف بيانه ويكفيه ان يقول استحق هذه العين التي في يده او استحق كذا كذا في ذمته ويقول في البيع اني اشترت منه هذه الجارية بالف درهم او بعثتها منه بذلك ولا يحتاج ان يقول وهي ملكه او وهي ملكي ونحن جائز الامر وتفرقتنا عن تراض وذكر ابو الخشاب في العقود وجهاً آخر انه يشترط ذكر شروطها قياساً على النكاح وذكر أصحاب الشافعي هذين الوجهين ووجهاً ثالثاً انما ان كان المبيع جارية اشترط ذكر شروط البيع لانه عقد يستباح به الوطاء فأشبهه النكاح، وإن كان المبيع غيرها لم يشترط لعدم ذلك والاول اولى لانها دعوى فيما لا يشترط فيه الولي والشهود أشبه دعوى العين، وما لزم ذكره في الدعوى فلم يذكره سألها الحاكم عنه لتصير الدعوى معلومة فيمكن الحاكم الحكم بها وقد ذكرنا سائر الدعاوى فيما سبق بما أغنى عن اعادته ههنا

النذر ولا أعلم فيه مخالفاً لان المختلفين في العين إذا لم تكن لواحد منهما بينة فالقول قول من هي في يده مع يمينه، وإذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها فيكون اقول قوله في نصفها مع يمينه، وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها وإن كان لكل واحد منهما بينة تعارضتا وصارا كمن لا بينة لهما فإن لم تكن لهما بينة ونكلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضي على الناكل فكان الكل للآخر، وإن كان متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر فهو له مع يمينه وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وقال أبو ثور لا يرجح بالعقد ولا ينظر اليه ولنا أن الظاهر ان هذا البناء بني كله بناء واحداً فإذا كان بمضه لرجل كان باقيه له والبناء الآخر الظاهر انه بني وحده فإنه لو بني مع هذا كان متصلاً به فالظاهر انه لغير صاحب هذا الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجح به هذا كالكيد

فان قيل فلم لا تجملوه له بغير يمين لذلك؟ قلنا لان ذلك ظاهر واما يمين إذ يحتمل ان أحدهما بني الحائط لصاحبه تبرعاً مع حائذه أو كان له فوهبه إياداً أو بناه بأجرة فشرعت اليمين من أجل الاحتمال كما شرعت في حق صاحب اليد وسائر من وجبت عليه اليمين. قلنا إن كان معقوداً ببناء أحدهما عقد يمكن إحداثه كالبناء باللبن والآجر فإنه يمكن أن ينزع من الحائط المبني نصف لبنه أو آجره ويجعل مكانها لبنه صحيحة أو آجره صحيحة تعقد الحائطين فقال القاضي: لا يرجح بهذا لاحتمال أن يكون فعل هذا ليمتلك الحائط المشترك، وظاهر كلام الخريقي أنه يرجح بهذا الاتصال كما يرجح بالاتصال الذي لا يمكن إحداثه لان الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه.

(مسئلة) قال (ومن ادعى دابة في يدرجل فانكر وأقام كل واحد منهما بيته حكم بها للمدعي بيته ولم يلتفت الي بيته المدعى عليه لان النبي ﷺ أمرنا بسماع بيته المدعي ويمين المدعى عليه وسواء شهدت بيته المدعى عليه أنها له أو قالت ولدت في ملكه عليه)

وجملة ذلك أن من ادعى شيئاً في يد غيره فأنكره ولكل واحد منهما بيته فان بيته المدعي تسمى بيته الخارج وبيته المدعى عليه تسمى بيته الداخل، وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيما إذا تعارضتا فالمشهور عنه تقديم بيته المدعي ولا تسمع بيته المدعى عليه بحال وهذا قول اسحاق وعنه رواية ثانية ان شهدت بيته الداخل بسبب الملك وقلت نتجت في ملكه أو اشتراها أو نسجها أو كانت بيته أقدم تاريخياً قدمت والا قدمت بيته المدعي وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور في التناج والنساج فيما لا يتكرر نسجه فأما ما يتكرر نسجه كالصوف والخز فلا تسمع بيته لانها إذا شهدت بالسبب فقد أفادت ما لا تفيد اليد، وقد روى جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ اختلفت اليه رجلان في دابة أو بعير فأقام كل واحد منهما البيته بأنها له أنتجها فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده، وذكروا الخطاب رواية ثالثة أن بيته المدعى عليه تقدم بكل حال وهو قول شريح والشعبي والنخعي والحكم والشافعي وأبي عبيد وقال هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروى عن طاوس وأنكر القاضي كون هذا رواية عن أحمد وقال لا تقبل بيته الداخل اذا لم تقبل الا ما أفادته يده رواية واحدة واحتج من ذهب إلى هذا القول بان جنبة المدعى عليه أقوى لان الاصل معه ويمينه

بنزع آجره وتغيير بنائه وفعل ما يدل على ملكه له فوجب ان يرجح كما يرجح باليد مع أنها تحتمل أن تكون يد عادية حدثت بالغصب أو بالعمارة أو الاجارة ولم يمنع ذلك الترجيح بها فان كان لاحدهما عليه بناء كحائط مبني عليه او عقد معتمد عليه أو قبة ونحو هذا فهو له، وبهذا قال الشافعي لأن وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة امكونه منتفعاً به فجرى مجرى حمله على البيمة وزرعه في الارض ولان الظاهر ان الانسان لا يترك غيره يبني على حائط وكذلك إن كنت عليه سترة أو كان في أصل الحائط خشبة أو طرفها بجانب حائط منفرد به احدهما أو له عليه أراج معقود فالخائض المختلف فيه له لان الظاهر في الخشبة أنها لمن ينفرد بوضع بنائه عليها فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له **(مسئلة)** ولا ترجح الدعوى بوضع خشب احدهما عليه ولا بوجوه الأجر والتزويق والتجصيص ومعاقد القمط في الخوص.

قال أصحابنا لا ترجح دعوى أحدهما بوضع خشبة على الحائط وهو قول الشافعي لان هذا مما يسمح به الجار وقد ورد في الخبر النهي عن المنع منه وهو عندنا حق يجب التمكن منه فلا ترجح به الدعوى كاسناد متاعه اليه ونحصره وتزويقه ويحتمل ان ترجح به الدعوى وهو قول مالك لانه

تقدم على يمين الدعي فاذا تعارضت البيعتان وجب ابقاء يده على ما فيها وتقديمه ان لم تكن بيعة لو احد منهما وحديث جابر يدل على هذا فانه انما قدمت يمينته ايده

ولنا قول النبي ﷺ « البيعة على المدعي واليمين على المدعى عليه » فحمل جنس البيعة في جنبة المدعي فلا يبقى في جنبة ادعى عليه بيعة ولان بيعة المدعي اكثر فائدة فوجب تقديمها كتقديم بيعة الجرح على التعديل ودليل كثيرة فائدتها انها تثبت شيئاً لم يكن وبيعة المنكر انما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه ولم تكن مفيدة ولان الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد وانصرف فان ذلك جائز عند كثير من أهل العلم فماتت البيعة بمنزلة اليد المفردة فتقدم عليها بيعة المدعي كما تقدم على اليد كما أن شاهدي الفرع لما كانا مبنيين على شاهدي الاصل لم تكن لهما مزية عليهما (فصل) وأي البيعتين قدمنا هالم يحلف صاحبها معها ، وقال الشافعي في أحد قوله يستحلف صاحب اليد لان البيعتين سقطتا بتعارضهما فصارا كمن لا بيعة لهما فيحلف الداخل كما لو لم تكن لو احد منهما بيعة

ولنا ان احدى البيعتين راجحة فيجب الحكم بها منفردة كما لو تعارض خبران بخاص وعام أو أحدهما أرجح بوجه من الوجود، ولا نسلم أن البيعة الراجحة تسقط وإنما ترجح ويعمل بها وتسقط الرجوحة (فصل) فان كانت البيعة لأحدهما دون الآخر نظرت فان كانت البيعة للمدعي وحده حكم بها ولم يحلف بغير خلاف في المذهب وهو قول أهل الفتيا من أهل الامصار منهم الزهري وأبو حنيفة

ينتفع به بوضع ماله عليه فاشبهه البايع عليه والزارع في الارض ووود التسرع بالنهي عن المنع منه لا يمنع كونه دليلاً على الاستحقاق بدليل اننا استدللنا بوضعه على كون الوضع مستحقاً على الدوام حتى متى زال جازت إعادته ولان كونه مستحقاً تشترط له الحاجة الى وضعه فنياً لا حاجة إليه له منعه من وضعه، وأما السماح به فان أكثر الناس لا يسامحون به ، ولهذا لما روى أبو هريرة الحديث عن النبي ﷺ طأطأوا رؤوسهم كراهة لذلك فقال مالي أراكم عنهم معرضين؟ والله لا رمين بها بين اكتافكم وأكثر الفقهاء لا يوجبون التمكين من هذا ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريره ولان الحائط يبني لذلك فيرجح به كالازج وقل أصحاب أبي حنيفة لا ترجح الدعوى بالجذع الواحد لان الحائط لا يبني له وترجح بالجذعين لان الحائط يبني لهما

ولنا أنه موضوع على الحائط فاستوى في ترجيح الدعوى قليلة وكثيره كالبناء

(فصل) ولا ترجح الدعوى بكون لدواخل إلى أحدهما والخوارج ووجوه الاجر والحجارة ولا كون الاجرة الصحيحة مما يلي أحدهما وقطع الآخر مما يلي ملك الآخر ولا بمعاقد القمط في الحصن يعني عقد الخيوط التي يشد بها الحصن ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقل أبو يوسف ومحمد يحكم به لمن إليه وجه الحائط ومعاقد القمط لما روى نمران بن حارثة التميمي عن ابيه أن قوما اختصموا

ومالك والشافعي وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعي والشعبي وابن أبي ليلى يستحلف الرجل مع بينته قل شرح لرجل لو أثبت عندي كذا وكذا شاهداً ما قضيت لك حتى تحلف ولنا قول النبي ﷺ للحضرمي « بينتك أو يمينه ليس لك إلا ذلك » وقول النبي ﷺ « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ولأن البينة إحدى حجتي الدعوى فيكتفي بها كاليمين . قل أصحابنا ولا فرق بين الحاضر والغائب والحلي والليت والصغير والكبير والمجنون والمكلف وقال الشافعي إذا كان المشهود عليه لا يعبر عن نفسه أحلن المشهود له لأنه لا يمكنه أن يعبر عن نفسه في دعوى القضاء والابراء فيقوم الحاكم مقامه في ذلك لنزول الشبهة وهذا حسن فإن قيام البينة المدعي بثبوت حقه لا ينفي احتمال اقضاء والابراء بدليل أن المدعى عليه لو ادعاه سمعت دعواه وبينته فن كان حاضراً مكلفاً فسكوته عن دعوى ذلك دليل على انتفائه فيكتفي بالبينة ، وإن كان غائباً أو ممن لا قول له نفي احتمال ذلك من غير دليل يدل على انتفائه فتشعر اليمين لنفيه وإن لم تكن للمدعي بينة وكانت المنكر بينة سمعت بينته ولم يحتج إلى الحلف معها لانا إن قلنا بتقدمها مع التعارض وأنه لا يحلف معها فع انفرادها أولى ، وإن قلنا بتقديم بيته المدعى عليه فيجب أن يكتفي بها عن اليمين لأنها أقوى من اليمين فإذا اكتفي باليمين فما هو أقوى منها أولى ويحتمل أن تشعر اليمين أيضاً لأن البينة ههنا يتمل أن تكون مستندتها اليد واتصرف فلا تنفيذ إلا ما أفادته اليد واتصرف وذلك لا ينفي عن اليمين فكذلك ما قام مقامه

إلى النبي ﷺ في خص فبعث حذيفة بن اليمان يحكم بينهم فحكم إن نليه معاقد اقمط ثم رجع إلى النبي ﷺ فأخبره فقال « أصبت وأحذت » رواد ابن ماجه وروى نحوه عن علي ولان العرف جار بأن من بنى حائطاً جعل وجه الحائط إليه

ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » ولان وجه الحائط ومعاقد اقمط إذا كانا شريكين فيه لا بد من ان يكون إلى أحدهما إذ لا يمكن كونه اليها جميعاً فبطات دلالة كالتزويق ، ولأنه يراد للزينة فهو كالتزويق ، وحديثهم لا يثبت أهل النقل واسناده مجهول قاله ابن المنذر قال الشالنجي ذكرت هذا الحديث لاحمد فلم يقنعه وذكرته لاسحاق بن راهويه فقل ليس هذا حديثاً ولم يصححه وحديث علي فيه مقال وما ذكره من العرف ليس بصحيح فان العادة جعل وجه الحائط إلى خارج ليراه الناس كما يابس الرجل احسن ثيابه أعلاها الظاهر للناس ليروه فيترين به فلا دليل فيه

(فصل) ولا ترجح الدعوى بالتزويق والتمحسين ولا يكون أحدهما له الآجر وسترة غير مبنية عليه لأنه مما يتساح به ويمكن إحدائه.

(فصل) وإن ادعى الخارج أن الدابة ملكه وأنه أودعها الداخل أو أعاره إياها أو أجرها منه ولم يكن لواحد منها بيعة فالقول قول المذكر مع يمينه ولا نعلم فيه خلافاً وإن كان لكل واحد منهما بيعة فبيعة الخارج مقدمة وهذا قول الشافعي
وقال القاضي بيعة الداخل مقدمة لأنه هو الخارج في المعنى لأنه ثبت أن المدعي صاحب اليد وأن يد الداخل نائبة عنه

ولنا قول النبي ﷺ « البيعة على المدعي » ولأن اليمين في حق المدعي عليه فتكون البيعة للمدعي كما لو لم يدع الايداع، يحتج به أن دعواه الايداع زيادة في حجه وشهادة البيعة بها تقوية لها فلا يجوز أن تكون مبطللة لبيئته، وإن ادعى الخارج أن الداخل غصبه إياها وأقاما بيعتين فهي للخارج وبقتضي قول القاضي أنها للداخل والاولى ما ذكرناه

(فصل) فإن كان في يد رجل جلد شاة مسلوخة ورأسها وواقظها وباقها في يد آخر فدعاها كل واحد منهما كلها ولا بيعة لواحد منهما فلكل واحد منهما ماني يده مع يمينه وإن أقام بيعتين وقلنا تقدم بيعة الخارج فلكل واحد منهما ماني يد صاحبه وإن قلنا تقدم بيعة الداخل فلكل واحد منهما ماني يده من غير يمين

(فصل) فإن كان في يد كل واحد منهما شاة فدعى كل واحد منهما أن الشاة التي في يده صاحبه

﴿مسئلة﴾ وان تنازع صاحب العلو والسفل في السلم والدرجة فهي لصاحب العلو الا أن يكون تحت الدرجة مسكن لصاحب السفل فيكون بينهما وان تنازعا في السقف الذي بينهما فهو بينهما
إذا تنازع صاحب العلو والسفل في الدرجة التي يصعد منها ولم يكن تحتها مرفق لصاحب السفل كسلم مستمر أو دكة فهي لصاحب العلو وحده لان له اليد والتصرف وحده لكونها مصعد صاحب العلو لاغير والعريضة التي عليها الدرجة له أيضا لانتماعه بها وحده وان كان تحتها بيت بنيت لأجله وليكون مدرجا للعلو فهي بينهما لان يدها عليه ولانها سقف للسفلي وموطىء للثوقاني فهي كالسقف وان كان تحتها طباق صغيرة لم تبين الدرجة لأجله وانما جعل مرفقا يحمل فيه حب الماء ونحوه فهي لصاحب العلو لاسيما بنيت لأجله وحده، وبجمل ان تكون بينهما لان يدهما وانتماعهما حاصل بها فهي كالسقف

(فصل) فإن تنازعا السقف الذي بينهما تحالفا وكان بينهما وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة هو لصاحب السفل لان السقف على ملكه فكان القول قوله فيه كما لو تنازعا سرجا على دابة أحدهما كان القول قول صاحبها وحكي عن مالك أنه لصاحب السفل وحكي عنه أنه لصاحب العلو لانه يجلس عليه ويتصرف فيه ولا يمكنه السكنى الا به

ولما انه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما

له ولا بينة لها حلف كل واحد منهما لصاحبه وكانت الشاة التي في يده له وإن أقاما بينتين فلكل واحد منهما الشاة التي في يد صاحبه ولا تعارض بينهما ، وإن كان كل واحد منهما قال هذه الشاة التي في يدك لي من نتاج شاتي هذه فالتعارض في النتاج لافي الملك إذ استحيل ان يكون كل واحد منهما يثبت الاخرى والحكم على ماتقدم ، وإن ادعى كل واحد منهما أن الشاتين لي دون صاحبي وأقاما بينتين تعارضتا وانبنى ذلك على القول في بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الخارج جعل لكل واحد منهما مافي يد الآخر ومن قدم بينة الداخل أو قدمها اذا شهدت بالنتاج جعل لكل واحد منهما مافي يده

(فصل) واذا ادعى زيد شاه في يد عمرو وأقام بها بينة فحكم له بها حاكم ثم ادعاها عمرو على زيد وأقام بها بينة فان قلنا بينة الخارج مقدمة لم تسمع بينة عمرو لان بينة زيد مقدمة عليها، وإن قلنا بينة الداخل مقدمة نظرنا في الحكم كيف وقع فان كان حكم بها لزيد لان عمرا لا بينة له ردت إلى عمرو لانه قد قامت له بينة واليد كانت له وإن حكم بها لزيد لأنه يرى تقديم بينة الخارج لم ينقض حكمه لانه حكم بما يسوغ الاجتهاد فيه وإن كانت بينة عمرو قد شهدت له أيضاً وردھا الحاكم لفسقها ثم عدلت لم ينقض الحكم أيضا لان الناسق إذا ردت شهادته لفسقه ثم أعادها بعد لم تقبل وإن لم يعلم الحكم كيف كان لم ينقض لان حكم الحاكم الاصل جريانه على العدل والانصاف والصحة فلا

كالنط بين المالكين وقولهم هو على ملك صاحب السفل يبطل بحيطان العلو ولا يشبه السرج على الدابة لانه لا ينفع به غير صاحبها ولا يراد إلا لهذا فكان في يده وهذا السقف ينفع به كل واحد منهما لانه سماء صاحب السفل يظله وأرض صاحب العلو يقبله فاستويا فيه ، وان تنازعا حوائط العلو فهي لصاحب العلو لما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وان تنازع المؤجر والمستأجر في ريف مقلوع أو مضراع له شكل منصوب في الدار فهو لصاحبها والا فهو بينهما)

وجملة ذلك ان المكثري والمكثري إذا اختلفا في شيء في الدار ذن كان مما ينتقل ويحول كالاثاث والاواني والكتب فهو للمكثري لان العادة أن الانسان يكرى داره فارغة من رحله وقاشه وإن كان في شيء مما يتبعه في البيع كالابواب المنصوبة والخوابي المدفونة والرفوف المسمرة والسلايم المستمرة والرحا المنصوبة وحجرها الفوقاني فهو للمكثري لانه من توابع الدار فاشبه الشجرة المغروسة فيها وان كانت الرفوف موضوعة على أوتاد قتال احمد إذا اختلفا في الرفوف فهي اصحاب الدار فظاهر هذا العموم في الرفوف كلها، وقال القاضي هي بينهما إذا اختلفا لانها لا تتبع في البيع فاشبهت التماس فهذا ظاهر يشهد للمكثري وللمكثري ظاهر يعارض هذا وهو أن المكثري يترك الرفوف في الدار ولا ينقلها عنها فاذا تعارض الظاهر من الجانبين استويا وهذا مذهب الشافعي فعلى هذا إن

يتمتع بالاحتمال فان جاء ثالث فادعاها وأقام بها بيعة فيدنته وبيعة زيد متعارضتان ولا يحتاج زيد إلى إقامة بيئته لأنها قد شهدت مرة وهما سواء في الشهادة حال النزاع فلم يحتج إلى إعادتها كالبينة إذا شهدت ووقف الحكم على البحث عن حالها ثم بانث عدتها فانها تقبل ويحكم من غير إعادة شهادتها كذا ههنا (فصل) وإذا كان في يد رجل شاة فادعاها رجل أنها له منذ سنة وأقام بذلك بيعة وادعى الذي هي في يده أنها في يده منذ سنتين وأقام بذلك بيعة فهي للمدعي بغير خلاف لان بيئته تشهد له بالملك وبيعة الداخل تشهد باليد خاصة فلا تعارض بينهما لا يمكن الجمع بينهما بأن تكون اليد على غير ملك فكأن بيعة الملك أولى فان شهدت بيعة بأنها ملكه منذ سنتين فقد تعارض ترجيحاً تقدم التاريخ من جهة بيعة الداخل وكون الأخرى بيعة الخارج فنيه روايتان

(أحدهما) تقدم بيعة الخارج وهو قول أبي يوسف ومحمد وأبي ثور ويقتضيه عموم كلام الخري قوله صلى الله عليه وسلم « البيعة على المدعي » ولان بيعة الداخل يجوز أن يكون مستندها اليد فلا تنفد أكثر مما تنفد اليد أشبهت الصورة التي قبها

(والثانية) تقدم بيعة الداخل وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنها تضمنت زيادة فن كانت بالعكس فشهدت بيعة الداخل انه يملكها منذ سنة وشهدت بيعة الخارج أنه يملكها منذ سنتين قدمت بيعة الخارج الا على الرواية التي تقدم فيها بيعة الداخل فيخرج فيها وجهان بناء على الروايتين في التي

تحالفا كانت بينهما وإن حلف أحدهما ونكل الآخر فهي لمن - لف وذكر شيخنا في الكتاب المشروح أنه ان كان لارف شكل منصوب في الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه وان لم يكن له شكل فهو بينهما إذا تحالفا لانه اذا كان له شكل منصوب في الدار فللمنصوب تابع للدار فهو لصاحبها والظاهر أن احد الرفين لمن له الآخر وكذلك اذا اختلفا في مصراع باب مقموع فالحكم فيه كما ذكرنا هكذا ذكره أبو الخطاب وذكره القاضي في موضع لان احدهما لا يستغني عن صاحبه فكان أحدهما لمن له الآخر كالحجر الفوقاني من الرحا والمفتاح مع السكرة

﴿ مسألة ﴾ وان تنازعا دارا في أيديهما فادعاها أحدهما وادعى الآخر نصفها جعل بينهما نصين واليمين على مدعي النصف

نص عليه احمد ولا يمين على الآخر لان النصف المحكوم له به لا منازع له فيه ولا أعلم في هذا خلافا الا انه حكى عن ابن شبرمة ان المدعي الكل ثلاثة أرباعها لان النصف له لا منازع له فيه والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه

ولما ان مدعي النصف على ما يدعيه فكان القول قواه فيه مع يمينه كسائر الدعاوى فان لكل واحد منهما بيعة بما يدعيه فقد تماضت بينتهما في النصف فيكون النصف للمدعي الكل والنصف الآخر يبنى على الخلاف في أي البيئتين تقدم ، وظاهر المذهب تقدم بيعة المدعي الكل وعلى قول

قبها وظاهر مذهب الشافعي تقديم بيعة الداخل على كل حال وقال بعضهم فيها قولان ، وإن ادعى الخارج أنها ملكه منذ سنة وادعى الداخل أنه اشتراها منه منذ سنتين وأقام كل واحد منها بيعة قدمت بيعة الداخل ذكره القاضي وهو قول أبي ثور فان اتفق تاريخ السنين إلا أن بيعة الدخل تشهد بتساج أو بشراء أو غنيمة أو ارث أو هبة من مالك أو قطيعة من الامام أو سبب من أسباب الملك ففي أيهما تقدم روايتان ذكرناهما ، وإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من الآخر قضي له بها لان بيعة الابتياح شهدت بأمر حدث خفي على البيعة الاخرى فقدمت عليها كتقدم بيعة الجرح على بيعة التعديل ﴿م-ثلة﴾ قل (ولو كانت الدابة في أيديهما فأقام أحدهما البيعة انهما له واقام الآخر البيعة انهما له نتجت في ملكه سقطت الديتان وكانا كمن لا بيعة لهما وكانت اليمين لكل واحد منهما على صاحبه في النصف المحكوم له به)

وجماته أنه إذا تنازع رجلان في عين في أيديهما فادعى كل واحد منهما انها ملكه دون صاحبه ولم تكن لها بيعة حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين لا نعلم في هذا خلافاً لان يد كل واحد منهما على نصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن نكلا جميعاً عن اليمين فهي بينهما أيضاً لان كل واحد منهما يستحق ما في يد الآخر بنكوله ، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضي له

أبي حنيفة وصاحبيه إن كانت الدار في يد ثالث لا يدعيها فلنصف لصاحب الكل لا منازع له فيه ويقرع بينهما في النصف الآخر فمن خرجت له القرعة حلف وكان له ، وإن كان لكل واحد بيعة تعارضتا وسقطتا وصارا كمن لا بيعة لهما ، وإن قلنا تستعمل الديتان اقرع بينهما وقدم من تقع له القرعة في أحد الوجهين والثاني يقسم بينهما النصف فيكون لمدي الكل ثلاثة أرباعها

(فصل) فإن كانت دار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها وادعى الثالث سدسها فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم وليس ههنا اختلاف ولا تجاحد ، وإن ادعى كل واحد منهم ان بقية الدار وديعة أو عارية كانت لكل واحد منهم بما ادعاه من الملك بيعة قضي له بها لان بيئته تشهد بما ادعاه ولا معارض لها وإن لم تكن لواحد منهم بيعة حلف كل واحد منهم وأقر في يده ثلثها

(فصل) فإن ادعى أحدهم جميعها والآخر نصفها والآخر ثلثها فإن لم يكن لواحد منهم بيعة قسمت بينهم أثلاثا وعلى كل واحد منهم اليمين على ما حكم له به لان يد كل واحد منهم على ثلثها وإن كانت لاحدهم بيعة نظرت فان كانت لمدي الجميع فهي له وإن كانت لمدي النصف أخذته والباقي بين الآخرين نصفين لصاحب الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس ويحلف الآخر على الربع الذي يأخذه جميعه وإن كانت البيعة لمدي الثلث أخذته والباقي بين الآخرين لمدي الكل السدس بغير يمين ويحلف على السدس الآخر ويحلف الآخر على جميع ما يأخذه وإن كانت لكل

بجميعها لانه يستحق ما في يده يمينه وما في يد صاحبه اما بشكوله وإما يمينه التي ردت عليه عند نكول صاحبه ، وان كانت لاحدها بيئة دون الآخر حكم له بها لانعلم في هذا خلافاً ، وان اقام كل واحد منهما بيئة وتساوتا تعارضت البيتان وقسمت العين بينهما نصفين وبهذا قال الشافعي وابو ثور واصحاب الرأي لما روى ابو موسى رضي الله عنه ان رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ في بغير فأقام كل واحد منهما شاهدين فقضى رسول الله ﷺ بالبعير بينهما نصفين رواه أبو داود ولان كل واحد منهما داخل في نصف العين خارج عن نصفها فتقدم بيئة كل واحد منهما فيما في يده عند من يقدم بيئة الداخل وفيما في يد صاحبه عندهم يقدم بيئة الخارج فيستويان على كل واحد من القولين وذكر أبو الخطاب فيها رواية أخرى أنه يقرع بينهما فن خرجت قرعته حلف أمه الاحق الآخر فيها وكانت العين له كما لو كانت في يد غيرها والاول أصح للخبر والمعنى واختلفت الرواية هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين فروي أنه يحلف وهذا ذكره الخرقى لان البيتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب اسقاطها كالخبرين اذا تعارضا وتساويا واذا سقطا صار المتخذان كمن لا بيئة لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به وهذا أحد قولي الشافعي بناء على ان اليمين تجب على الداخل مع يئته وكل واحد منهما داخل في نصفها فيحكم له به بيئته ويحلف معها في أحد القولين والرواية الاخرى ان العين تقسم بينهما من غير يمين

واحد بما يدعيه بيئة فان قلنا تقدم بيئة صاحب اليد قسمت بينهما أثلاثا لان يد كل واحد منهم على اثلاث وإن قلنا تقدم بيئة الخارج فينبغي أن تسقط بيئة صاحب الثلث لانها داخلية ولمدعي النصف السدس لان بيئته خارجة فيه ولمدعي الكل خمسة أسداس لان له السدس بغير بيئة لانه لا منازع له فيه لأن أحداً لا يدعيه وله اثنتان لكون بيئته خارجة فيهما وقيل بل لمدعي الثلث السدس لان بيئته تدعي الكل وتدعي النصف تعارضتا فيه وتساقتا وبقي لمن هو في يده ولا شيء لمدعي النصف لعدم ذلك فيه وسواء كان لمدعي الثلث بيئة أو لم تكن ، وان كانت العين في يد غيرهم واعترف انه لا يملكها ولا بيئة لهم فالنصف لمدعي الكل لانه ليس منهم من يدعيه ويقرع بينهم في النصف الباقي فان خرجت القرعة لصاحب الكل أو صاحب النصف حلف وأخذه وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث ثم يقرع بين الآخرين في السدس فن قرع صاحبه حلف وأخذه وان اقام كل واحد منهم بيئة بما ادعاه فالنصف لمدعي الكل لما ذكرنا والسدس الزائد يتنازعه مدعي الكل ومدعي النصف واثلاث يدعيه الثلاثة وقد تعارضت البيئات فيه فان قلنا تسقط البيئات قرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه فن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون الحكم فيه كما لو لم تكن لهم بيئة وهذا قول أبي عبيد وقول الشافعي إذ كان بالعراق وعلى الرواية التي تقول اذا تعارضت البيتان قسمت العين بين المتداعين فالمدعي الكل النصف ونصف السدس الزائد وثلث الثلث والمدعي النصف نصف

وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قول الشافعي وهو أصح للخبر والمعنى الذي ذكرناه ولا يصح قياس هاتين البيئتين على الخبرين المتساويين لأن كل بيئة راجحة في نصف العين على كل واحد من القولين وقد ذكرنا أن البيئة الراجحة يحكم بها من غير حاجة إلى يمين فاما أن شهدت إحدى البيئتين بأن العين لهذا وشهدت الأخرى أنها لهذا. إلا أن نتجت في ملكه فقد ذكرنا في الترجيح بهذا روايتين (أحدهما) لا يرجح به وهو اختيار الحرقى لأنها تساوي في ما يرجع إلى المختلف فيه وهو ملك العين الآن فوجب تساويها في الحكم (والثانية) تقدم بيئة التناج وما في معناه وهو مذهب أبي حنيفة لأنها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب والأخرى خفي عليها ذلك فيحتمل أن تكون شهادتهما مستندة إلى مجرد اليد والتصرف فتقدم الأولى عليها كتقدم بيئة الجرح على التعديل وهذا قول القاضي فيما إذا كانت العين في يد غيرها

(فصل) فإن شهدت أحدهما أنها له منذ سنة وشهدت الأخرى أنها له منذ سنتين فظاهر كلام الحرقى التسوية بينهما وهو أحد قول الشافعي وقول القاضي قياس المذهب تقديم أقدمهما تاريخاً وهو قول أبي حنيفة وأقول الثاني للشافعي لأن المتقدمة التاريخ أثبتت الملك له في وقت لم تعارضه فيه البيئة الأخرى فيثبت الملك فيه ولهذا المعادلة المتعاقبة بالناء في ذلك الزمان وتعارضت البيتان في الملك في الحال فسقطتا وبقي ملك السابق يجب استدامته وإن لا يثبت لغيره ملك إلا من جهته. ووجه قول

السدس وثلاث الثلث ولمدعي الثلث ثلثه وهو التسع فتخرج المسئلة من ستة وثلاثين لمدعي الكل النصف ثمانية عشر ونصف السدس ثلاثة والتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سهماً وإصاحب النصف سبعة ولمدعي الثلث أربعة وهو التسع وهذا قياس قول قتادة والحارث العكلي وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة وهو قول الشافعي وقال أبو ثور يأخذ مدعي الكل النصف ويوقف الباقي حتى يتبين وروي هذا عن مالك وهو قول الشافعي وقال ابن أبي ليلى وقوم من أهل العراق تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض لصاحب الكل ستة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنان فصح من أحد عشر سهماً.

وسئل سهل بن عبد الله بن أويس عن ثلاثة ادعوا كيساً وهو بأيديهم ولا بيئة لهم وحلف كل واحد منهم على ماداه ادعى أحدهم جميعه وادعى الآخر ثلثيه وادعى آخر نصفه فأجاب فيها بشعر:
نظرت أبا يعقوب في الحسب التي طرت * فأقامت منهم كل قاعد
فللمدعي الثلثين ثلث والذي * استلأط جميع المسال عند التحاشد
من المسال نصف غير ماسينو به * وحصته من نصف ذا المال زائد
وللمدعي نصفاً من المسال ربه * ويؤخذ نصف السدس من كل واحد
وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العول فكان المسئلة عالت إلى ثلاثة عشر وذلك

الخرقي ان الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز ان يعلم به دون الاول ولهذا لو ذكر أنه اشتراه من الاخر أو وهبه له لقدمت بينته اتفاقا فاذا لم يرجح بهذا فلا أقل من التساوي ، وقولهم إنه يثبت الملك في الزمن الماضي من غير معارضة قلنا أما يثبت تبعاً لثبوته في الحال ولو انفرد بان يدعي الملك في الماضي لم تسمع دعواه ولا بينته فان وقت احداها واطلقت الاخرى فهما سواء ذكره القاضي وقال أبو الخطاب يحتمل ان يحكم به لمن لم يوقت وهو قول أبي يوسف ومحمد ولنا أنه ليس في احداها ما يقتضي الترجيح من تقدم الملك ولا غيره فوجب استواؤها كما لو اطلقنا أو استوى تاريخهما

(فضل) ولا ترجح إحدى البيئتين بكثرة العدد ولا اشتها العدالة وهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويتخرج ان ترجح بذلك مأخوذا من قول الخرقي ويتبع الاعمى أو ثقهما في نفسه وهذا قول مالك لان أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة لانها خبر ولان الشهادة انما اعتبرت لغلبة الظن بالشاهد به واذا كثر العدد أو قويت لعدالة كان الظن به أقوى وقل الاوزاعي يقسم على عدد الشهود فاذا شهد لاحدها شاهدان والاخر أربعة قسمت لذين بينهما اثلاثا لان الشهادة سبب الاستحقاق فيوزع الحق عليها

انه أخذ مخارج الكسور وهي ستة فجعلها لمدعي الكل وثالثها اربعة لمدعي الثلثين ونصفها ثلاثة لمدعي النصف صارت ثلاثة عشر

(فصل) فان كانت الدار في أيدي أربعة فدعى أحدهم جميعها واثني ثلثها واثالث نصفها والرابع ثلثها ولا بينة لهم حلف كل واحد منهم وله ربعها لانه في يده واقول قول صاحب اليد مع يمينه، وإن أقام كل واحد منهم بما ادعاه بينة قسمت بينهم أرباعاً أيضاً لاننا ان قلنا تقدم بينة الداخل فكل واحد منهم داخل في ربعها فتقدم بينته فيه، وإن قلنا تقدم بينة الخارج فان الرجلين اذا ادعيا عيماً في يد غيرهما فأزكرهما وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه تمارضتا وأقر الشيء في يد من هو في يده، وإن كانت الدار في يد خامس لا يدعيها ولا بينة لواحد منهم بما ادعاه فثلث لمدعي الكل لان أحداً لا ينازعه فيه ويقرع بينهم في الباقي، فان خرجت القرعة لصاحب الكل أو مدعي الثلثين أخذه وإن وقعت لمدعي النصف أخذه وأقرع بين الباقيين في الباقي فان وقعت لصاحب الثلث أخذه وأقرع بين الثلاثة في الثلث الباقي وهذا قول أبي عبيد والشافعي إذ كان بالعراق إلا أنهم عبروا عنه بعبارة أخرى فقالوا لمدعي الكل اثلث ويقرع بينه وبين مدعي النصف في السدس الزائد عن الثلث ثم يقرع بين الاربعة في الثلث الباقي ويكون الاقرع في ثلاثة مواضع ، على الرواية الأخرى اثلث لمدعي الكل ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعي الثلثين ثم يقسم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعي النصف أثلاثاً ثم يقسم الثلث الباقي بين الاربعة أرباعاً وتصح المسئلة من

ولنا أن الشهادة مقدرة بالشرع فلا تختلف بالزيادة كالدية وتخالف الخبر فإنه مجتهد في قبول خبر الواحد دون العدد فرجح بالزيادة والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين فصار الحكم متعلقاً بهما دون اعتبار الظن ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات لاتقبل شهادتهن وإن كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكركين؟ وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين في المال لأن كل واحدة من البينتين حجة في المال فإذا اجتمعتا تعارضتا فأما إن كان لاحدهما شاهدان والآخر شاهد فبذل يمينه معه ففيه وجهان

(أحدهما) يتعارضان لأن كل واحد منهما حجه بمفرده فاشبهها الرجلين مع الرجل والمرأتين (والثاني) يقدم الشاهدان لأنهما حجة متفق عليها والشاهد واليمين مختلف فيهما ولأن اليمين قوله لنفسه والبينة الكاملة شهادة الاجنبيين فيجب تقديمها كتقديمها على يمين المنكر وهذا الوجه أصح إن شاء الله وللشافعي قولان كالوجهين

(فصل) وإذا كان في أيديها دار فادعاها أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها ولا بيئتهما فهي بينهما نصفين نص عليه أحمد وعلى مدعي النصف اليمين لصاحبه ولا يمين على الآخر لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه ولا نعلم في هذا خلافاً إلا أنه حكى عن ابن شبرمة أن لمدعي الكل ثلاثة أرباعها لأن النصف له لا منازع فيه والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه ولنا إن يد مدعي النصف على ما يدعيه فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى فإن كان

سنة وثلاثين سهماً لصاحب الكل ثمانها اثنا عشر ونصف السدس الزائد عن النصف ثلاثة وثلاثين السدس الزائد عن الثلث سهمان وربيع الثلث الباقي ثلاثة فيحصل له عشرون سهماً وذلك خمسة أتساع الدار، ومدعي الثلث ثمانية أسهم تسعان وهي مثل ما لمدعي الكل بعد الثلث الذي انفرد به ومدعي النصف خمسة أسهم تسع وربيع تسع، ومدعي الثلث ثلاثة نصف سدس وعلى قول من قسمها على العول من خمسة عشر لصاحب الكل ستة ولصاحب الثلثين أربعة ولصاحب الثلث سهمان ولصاحب النصف ثلاثة وعلى قول أبي ثور لصاحب الكل الثلث ويوقف الباقي

﴿مسئلة﴾ (وان تنازع الزوجان أو ورثتهما في قماش البيت فما كان يصلح للرجال فهو للرجال وما كان يصلح للنساء فهو للمرأة وما كان يصلح لهما فهو بينهما)

إذا اختلف الزوجان في قماش البيت أو في بعضه فقال كل واحد منهما جميعه لي أو قال كل واحد منهما هذه العين لي وكانت لاحدهما بيئته ثبت له بلا خلاف، وإن لم تكن لواحد منهما بيئته فالمنصوص عن أحمد أن ما يصلح للرجال من المأتم وقصانهم وجبايهم والاقبية والطبالسة والسلاح وأشباه ذلك القول فيه قول الرجل مع يمينه وما يصلح للنساء كحليهن وقصهن ومقانهن ومغازهن

لكل واحد منهما بيعة بما يدعيه فقد تعارضت بينتاهما فالنصف لمدي الكل والنصف الآخر يبيني على الخلاف في أي البيعتين تقدم وظاهر المذهب تقديم بيعة المدعي فتكرن الدار كلها لمدي الكل وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه فإن كانت الدار في يد ثالث لا يدعيها فالنصف لصاحب الكل لامنازع له فيه ويقرع بينهما في النصف الآخر فن خرجت له القرعة حلا. وكان له وإن كان لكل واحد بيعة تعارضتا وسقطتا وصارا كمن لا بيعة لهما، وإن قلنا تستعمل البيعتان أقرع بينهما وقدم من تقع له القرعة في أحد الوجهين

(والثاني) يقسم النصف المختلف فيه بينهما فيصير لمدي الكل ثلاثة أرباعها

(فصل) فإن كانت الدار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها وادعى الآخر سدسها فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم وليس ههنا اختلاف ولا تجا حد فان ادعى كل واحد منهم أن باقي الدار وديعة أو عارية معي وكانت لكل واحد منهم بما ادعاه من الملك بيعة قضي له به لان بيئته تشهد له بما ادعاه ولا معارض لها، وإن لم تكن لواحد منهما بيعة حلف كل واحد منهم وأقر في يده ثلثها (فصل) فان ادعى أحدهم جميعها وادعى الآخر نصفها والآخر ثلثها فان لم تكن لواحد منهم بيعة قسمت بينهم أثلاثاً وعلى كل واحد منهم المدين على ما حكم له به لان يد كل واحد منهم على ثلثها وإن

فالقول قول المرأة مع يمينها وما يصلح لها كالمفارش والأواني فهو بينهما وسواء كان في أيديهما من طريق الحكم أو من طريق المشاهدة وسواء اختلفوا في حال الزوجية أو بعد الينونة وسواء اختلفا أو اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثه الآخر

قال احمد في رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختان في الرجل يطلق زوجته أو يموت فتدعي المرأة المتاع: فما كان يصلح للرجال فهو للرجال وما كان من متاع النساء فهو للنساء وما استقام أن يكون للرجال وللنساء فهو بينهما، فان كان المتاع على يدي غيرها فن أقام البيعة دفع إليه وان لم تكن لهما بيعة اقرع بينهما فن كانت له القرعة حاف وأعطى المتاع وقال في رواية مهنا وكذلك ان اختلفا وأحدهما مملوك وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى لان أيديهما جميعاً على قماش البيت بدليل مالونازعها فيه اجنبي كان القول قولها وقد يرجح احدهما على صاحبه يداً وتصرفا فيجب تقديمه كما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر أخذ بزمامها أو قيصا احدهما لابسها والآخر أخذ بكمه أو جداراً متصلاً بجداريهما معقوداً ببناء احدهما.

﴿مسئلة﴾ (وان اختلف صانعان في قماش دكان لهما حكم بالآلة كل صناعة لصاحبها في ظاهر كلام أحمد والحرفي) لما ذكرنا فيما إذا اختلف الزوجان في قماش البيت فآلة العطار له وآلة النجارين للنجار فان لم يكونا في دكان واحد ولكن اختلفا في عين لم يرجح احدهما بصلاحية العين المختلف له فيها كما يذكر في مسئلة الزوجين بعد وقال القاضي هذا إنما هو اذا كانت أيديهما عليه من طريق

كانت لأحدهم بيعة نظرت فان كانت لمدعي الجميع فهي له وإن كانت لمدعي النصف أخذه والباقي بين الآخرين نصفين لمدعي الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس ويحلف الآخر على الربع الذي يأخذه جميعه فان كانت البيعة لمدعي الثلث أخذه والباقي بين الآخرين لمدعي الكل السدس بغير يمين ويحلف على السدس الآخر ويحلف الآخر على جميع ما يأخذه وإن كانت لكل واحد بما يدعيه بيعة فان قلنا تقدم بيعة صاحب اليد قسمت بينهم أثلاثاً لأن يد كل واحد منهم على الثلث وإن قلنا تقدم بيعة الخارج فينبغي أن تسقط بيعة صاحب الثلث لأنها داخله لمدعي النصف السدس لأن بيعة خارجة فيه ومدعي الكل خمسة أسداس لأن له السدس بغير بيعة أكونه لا متنازع له فيه فان أحداً لا يدعيه وله الثلثان لكون بيعته خارجة عنهما وقيل بل لمدعي الثلث السدس لأن بيعة مدعي الكل ومدعي النصف تعارضتا فيه فتساقتا وبقي لمن هو في يده ولا شيء، لمدعي النصف لعدم ذلك فيه وسواء كان لمدعي الثلث بيعة أو لم تكن وإن كانت العين في يد غيرهم واعترف أنه لا يملكها ولا بيعة لهم فالنصف لمدعي الكل لأنه ليس منهم من يدعيه وقرع بينهم في النصف الباقي فان خرجت القرعة لصاحب الكل أو لصاحب النصف حلف وأخذه، وإن خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث ثم يقرع بين الآخرين في السدس فن قرع صاحبه حلف وأخذه وإن أقام كل واحد منهم بيعة بما ادعاه فالنصف لمدعي الكل لما ذكرنا والسدس الزائد يتنازعه

الحكم أما ما كان في يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه، وإن كان في أيديهما قسم بينهما نصفين سواء كان يصلح لها أو لاحدهما وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن إلا أنهما قالوا ما يصحح لها ويدها عليه من طريق الحكم فالقول فيه قول الرجل مع يمينه، وإذا اختلف أحدهما ووزنه الآخر فالقول قول الباقي، لأن اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكيمة بدليل مالو تنازع الخياط وصاحب الدار في الابرة والمقص كانت الخياط وقال أبو يوسف اتقول قول المرأة فيما جرت العادة أنه قدر جهاز مثابا وقال مالك ماصح لاسكل واحد منهما فهو له وما صلح لها كان للرجل سواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم لأن البيت للرجل ويده عليه أقوى لأن عليه الدكنى وقال الشافعي وزفر والبي ما كان في البيت فهو لها نصفين فيحلف كل واحد منهما على نصفه ويأخذه وروي ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لأنهما تساويا في ثبوت يدهما على المدعى وعدم البيعة فلم يقدم أحدهما على صاحبه كالذي يصلح لها أو كما لو كان في يدهما من حيث المشاهدة عند من سلم ذلك ولا أن يديهما جميعا على متاع البيت بدليل ما ونازعها فيه اجنبي كان القول قولها وقد يرجح أحدهما على صاحبه يداً وتصرفا فيجب أن يقدم كما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر أخذ بزمامها أو جدارا متصلا بداريتها معمودا ببناء أحدهما وله أزوج

ولنا على أبي حنيفة والقاضي أنهم تنازعا فيما في أيديهما أشبه إذا كان في اليد الحكيمة، فاما ما كان

مدعي الكل ومدعي النصف واثلاث يدعيه الثلاثة وقد تعارضت البيئات فيه فان قلنا تسقط البيئات
أقرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه فمن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون الحكم فيه كما لو لم تكن
لم بيعة وهذا قول أبي عبيد وقول الشافعي اذ كان بالعراق

وعلى الرواية التي نقول اذا تعارضت البيئات قسمت العين بين المتداعين فمدعي الكل النصف
ونصف السدس الزائد عن الثلث وثلث الثلث ومدعي النصف نصف السدس وثلث الثلث ومدعي
الثلث ثلثه وهو التسع فتخرج المسئلة من ستة وثلاثين سهما لمدعي الكل النصف ثمانية عشر سهما
ونصف السدس ثلاثة والتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سهما ولصاحب النصف سبعة ومدعي
الثلث أربعة وهو التسع وهذا قياس قول تدة والحارث العكلي وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة
وهو قول للشافعي ، وقال أبو ثور يأخذ مدعي الكل النصف ويوقف الباقي حتى يتبين ويروى هذا
عن مالك وهو قول للشافعي

وقال ابن أبي ليلى وقوم من أهل العراق تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض لصاحب
الكل سبعة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهران فتصح من أحد عشر سهما
وسئل سهل بن عبد الله بن أبي أوس عن ثلاثة ادعوا كيدا وهو بأيديهم ولا بينة لهم
وحلف كل واحد منهم على مادعاه ، ادعى أحدهم جميعه ، وادعى آخر ثلثيه ، وادعى آخر نصفه
فاجاب فيهم بشعر يقول :

يصلح لهما فانه في أيديهما ولا مزية لاحدهما على صاحبه أشبه اذا كان في أيديهما من جهة الشاهدة
والدلالة على انه ليس للباقي منهما ان وارث الميت قائم مقامه أشبه ما لو جعل احدهما لنفسه وكيفا
(فصل) فأما اذا لم تكن لاحدهما يد حكومية بل تنازع رجل وامرأة في عين غير قرض بينهما
فلا يرجح احدهما بصلاحيه ذلك له بل ان كانت في أيديهما فهي بينهما وان كانت في يد احدهما
فهي له وان كانت في يد غيرهما اقترا عليها فمن خرجت له القرعة فهي له واليمين على من حكمنا
له بها في كل المواضع لانه ليس لهما يد حكومية فاشبهها سائر المختلفين

﴿مسئلة﴾ (وكل من قلنا هو اه فهو له مع يمينه اذا لم تكن بينة) لاحتمال مادعاه خصمه

﴿مسئلة﴾ (وان كان لاحدهما بيعة حكم له بها)

وجملة ذلك ان البيعة اذا كانت المدعي وحده وكانت العين في يد المدعى عليه حكم باليمين
للمدعي بغير خلاف ولم يحلف وهو قول اهل الفتيا من اهل الامصار منهم الزهري والثوري وابو
حنيفة ومالك والشافعي وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعي والشعبي وابن أبي ليلى يستحلف
الرجل مع بيته قال شريح لو أثبت كذا وكذا شهداء عندي ما قضيت لك حتى تحلف
وانا قول النبي ﷺ « البيعة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ولان البيعة احد حجتي الدعوى

نظرت أبا يعقوب في الحسب التي طرت فأقامت منهم كل قاعد
فللمدعي الثلثين ثلث والذي استلأط جميع المال عند التحاشد
من المال نصف غير ما سينو به وحصته من نصف ذا المال زائد
وللمدعي نصفاً من المال ربهه ويؤخذ نصف السدس من كل واحد

وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العول فكان المسئلة عالت من ستة إلى ثلاثة عشر وذلك
انه أخذ مخرج الكسور وهي ستة فجعلها للمدعي الكل وثالثها أربعة للمدعي الثلثين ونصها ثلاثة
لمدعي النصف صارت ثلاثة عشر

(فصل) ذن كانت الدار في أيدي أربعة ذدعى أحدهم جميعها والثاني ثلثها والثالث نصفها والرابع
ثلثها ولا بينة لهم حلف كل واحد وله ربهها لانها في يده فيقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن أقام
كل واحد منهم بما ادعاه بينة قدمت بينهم أرباعاً أيضاً لاننا إن قلنا تقدم بينة الداخل فكل واحد منهم
داخل في ربهها فتقدم بينته فيه وإن قلنا تقدم بينة الخارج ذن الرجابين إذا ادعيا عيناً في يد غيرهما
فأزكرهما وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وأقر الشيء في يد من هو في يده وإن كنت
الدار في يد خامس لا يدعيها ولا بينة لواحد منهم بما ادعاه فالثالث للمدعي الكل لان احدا لا ينازعه
فيه ويقرع بينهم في الباقي ذن خرجت اقرعة لصاحب الكل أو للمدعي الثلثين أخذه وإن وقعت

فيكتفي بها كاليمين إذا ثبت ذلك فقل اصحابنا لا فرق بين الحاضر والغائب والحلي والليت والعقل
والمجنون والصغير والكبير وقال الشافعي إذا كان الشهود عليه لا يبرهن عن نفسه اختلف المشهود له
لانه لا يبرهن عن نفسه في دعوى اتضا والابراء فيقوم الحكم مقامه في ذلك لنزول الشبهة قال شيخنا
وهذا حسن فان قيام البينة للمدعي بثبت حقه لا ينفى احتمال اقضاء والابراء بدليل ان المدعى عليه
لو ادعاه سمعت دعواه وبينته فإذا كان حاضراً وكلفاً فسوته عن الدعوى دليل على انتفائه فيكتفي
بالبينة فان كان غائباً او ممن لا قول له بقي احتمال ذلك من غير دليل يدل على انتفائه فتشعر اليمين
لنفيه وان لم تكن للمدعي بينة وكانت المنكر بينة سمعت بينته ولم يحتج الى الحلف معها لاننا ان
قلنا بتقديمها مع اتمارض وانه لا يخلف معها فمع افرادها اولي ، وان قلنا بتقديم بينة المدعى عليه
فيجب ان يكتفي بها عن اليمين لانها اقوى من اليمين فاذا اكتفي باليمين فما هو اقوى منها اولي
ويحتمل ان تشرع ايضا لان البينة ههنا يحتمل أن يكون مستندها اليد واتصرف فلا تفيد الا
بما افادته اليد والتصرف لا يغني عن اليمين فكذلك ما قام مقامه

﴿ مسئله ﴾ (وان كان لكل واحد منهما بينة حكم بها للمدعي في ظاهر المذهب ، وعنه إن

لمدعي النصف اخذد وأقرع بين الباقيين في الباقي وإن وقعت لصاحب الثلث اخذد وأقرع بين الثلاثة في الثلث الباقي وهذا قول أبي عبيد والشافعي إذ كان بالعراق إلا أنهم تبرؤا عنه بعبارة أخرى فقالوا للمدعي الكل الثلث ويقرعه بينه وبين مدعي الثلثين في السدس الزائد عن النصف ثم يقرع بينهما وبين مدعي النصف في السدس الزائد عن الثلث ثم يقرع بين الأربعة في الثلث الباقي ويكون الأقرع في ثلاثة مواضع، وعلى الرواية الأخرى الثلث المدعي الكل ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعي الثلثين ثم يقدم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعي النصف أثلاثاً ثم يقسم الثلث الباقي بين الأربعة أرباعاً وتحص المثلثة من ستة وثلاثين سهماً لصاحب الكل ثلثها اثنا عشر ونصف السدس الزائد على النصف ثلاثة وثلاث السدس الزائد عن الثلث سهمان وربع الثلث الباقي ثلاثة فيحصل له عشرون سهماً وهي خمسة أتساع الدار ومدعي الثلثين ثمانية أسهم تسعة عشر وهي مثل ما للمدعي الكل بعد الثلث الذي انفرد به والمدعي النصف خمسة أسهم تسع وربع تسع ومدعي الثلث ثلاثة نصف السدس، وعلى قول من قسمها على العول هي من خمسة عشر لصاحب الكل ستة وأصاحب الثلثين أربعة ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان وعلى قول أبي ثور لصاحب الكل الثلث ويوقف الباقي حتى يتبين

شهادات بينة المدعى عليه أنها له نتجت في ملكه أو قضاة من الامام قدمت بينته وإلا فهي المدعى بينته وذلك القاضي فيها إذا لم يكن مع بينة الداخل ترجيح لم يحكم بها رواية واحدة وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنها مقدمة بكل حال

وجملة ذلك ان من ادعى عينا في يد غيره فأنكره وأقام كل واحدة منها بينة حكم بها المدعى بينته وتسمى بنة الخارج وبينة المدعى عليه تسمى بينة الداخل وقد اختلفت الرواية عن أحد رده الله فيما إذا تعارضتا فمشهور عنه تقدم بنة المدعى ولا تسمع بينة المدعى عليه بحال وهذا اختيار الخري وهو قول اسحاق وعنه رواية ثانية ان شهدت بينة الداخل بسبب الملك فقالت نتجت في ملكه أو اشترها أو نسجها أو كانت بينته اقدم تاريخاً قدمت وإلا قدمت بينة المدعى وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور في النجاج والنساج فيما لا يتكرر نسجه، وأما ما يتكرر نسجه كالخز والصوف فلا تسمع بينته لانها اذا شهدت بالسبب فتدافدت إلا تفيد اليد وقد روى جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله عليه وسلم اختم اليرجلان في دابة أو بعير فقام كل واحد منها البيد أنه أنتجها فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي هي في يده، وذكروا أبو الخطاب رواية ثالثة ان بينة المدعى عليه تقدم بكل حال وهو قول شريح والشعبي والحكم والشافعي وأبي عبيد وقال هو قول أهل المدينة وأهل الشام وروى ذلك عن طاوس وأنكر القاضي كون هذا رواية عن أحمد وقال لا تقدم بينة الداخل اذا لم تفد إلا ما افادته يده رواية واحدة واحتج من ذهب الي تقديم بينة المدعى عليه بأن جنهته أقوى لان الاصل معه ويمينه تقدم

﴿مسئلة﴾ قال (ولو كانت الدابة في يد غيرهما واعترف أنه لا يملكها وإنما لاحدهما لا يعرفه عينا قرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت اليه)

وجلته ان الرجلين إذا تداعيا عينا في يد غيرهما ولا بيعة لها فأنكرها فالقول قوله مع يمينه بغير خلاف نعلمه وإن اعترف أنه لا يملكها وقال لا اعرف صاحبها او قل هي لاحد كما لا أعرفه عينا أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف أنها له وسلمت اليه لما روى ابو هريرة ان رجلين تداعيا عينا لم تكن لواحد منهما بيعة فأمرها النبي ﷺ ان يستهما على اليمين أحبا أم كرها رواه أبو داود ولأنهما تساويا في الدعوى ولا بيعة لواحد منهما ولا يد والقرعة تميز عند التساوي كما لو أعتق عبداً لا مال له غيرهم في مرض موته ، واما ان كانت لاحدهما بيعة حكم بها بغير خلاف نعلمه وإن كانت لكل واحد منهما بيعة ففيه رواية ان ذكرها أبو الخطاب

(احداها) تستط البيعتان ويقترع المدعيان على اليمين كما لو لم تكن بيعة وهذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقى لانه ذكر القرعة ولم يفرق بين أن تكون معهما بيعة أو لم تكن وروى هذا عن ابن عمر وابن الزبير وبه قال اسحاق وابو عبيد وهو رواية عن مالك وقديم قول الشافعي وذلك لما روى ابن المسيب أن رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ في أمر وجاء كل منهما بشهود

على يمين المدعي فاذا تعارضت البيعتان وجب ابقاء يده على ما فيها وتقديمه كما لو لم تكن بيعة لواحد منهما وحديث جابر يدل على هذا فانه انما قدم بيئته ليده

ولنا قول النبي ﷺ « البيعة على المدعي واليمين على المدعى عليه » فجعل جنس البيعة من جنبة المدعي فلا يبقى في جنبة المدعى عليه بيعة ولان بيعة المدعي أكثر فائدة فوجب تقديمها كتقديم بيعة الجرح والتعديل ودليل كثرة فائدتها أنها تثبت شيئاً لم يكن وبيعة المنكر انما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة ولان الشهادة بالملك يجوز ان يكون مستندها رؤية اليد واتصرف فان ذلك جائز عند كثير من أهل العلم فصارت البيعة بمنزلة اليد المفردة فقدم عليه بيعة المدعي كما تقدم اليد كما ان شاهدي الفرع لما كانا مبنيين على شاهدي الاصل لم تكن لها مزية عليهما

(فصل) وأي البيعتين قدمناها لم يحلف صاحبها وقل الشافعي في أحد قوله يستحلف صاحب اليد لان البيعتين سقطتا بتعارضهما فصارتا كمن لا بيعة لها فيحلف الداخل كما لو لم تكن لواحد منهما بيعة ولنا ان إحدى البيعتين راجحة فيجب الحكم بها منفردة كما لو تعارض خبران خاص وعام أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه ولا نسلم ان البيعة الراجحة تسقط وأما ترجح ويعمل بها وتسقط المرجوحة

﴿مسئلة﴾ (وان اقام الداخل بيئته أنه اشتراها من الخارج وأقام الخارج بيئته انه اشتراها

تدول على عدة واحدة فأسهم النبي ﷺ بينهما رواه الشافعي في مسنده ولان البيئتين حجتان تعارضتا من غير ترجيح لاحدهما على الاخرى فسقطتا كالمخبرين

(والرواية اثنائية) تستعمل البيئتان وفي كيفية استعمالها روايتان (احدهما) تقسم العين بينهما وهو قول الحارث العكلي وقادة وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة وقول الشافعي لما روى أبو موسى ان رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في بعير وأقام كل واحد منهما البيئة انه له فقضى رسول الله ﷺ به بينهما نصفين ولانهما تساويا في دعواه فيتساويان في قسمته

(والرواية اثنائية) تقدم احدهما بالقرعة وهو قول التافعي وله قول رابع يوقف الأمر حتى يتبين وهو قول أبي ثور لانه اشبه الامر فوجب التوقف كالحاكم إذا لم يتضح له الحكم في قضيته . ولما الخبران وان تعارض الحجتين لا يوجب التوقف كالمخبرين بل إذا تذاكرت جميع أسقطناهما ورجعنا إلى دليل غيرهما . إذا ثبت هذا فاننا إذا قلنا إن البيئتين تسقطان أقرع بينهما فمن خرجت له قرعة حلف وأخذها كما لو لم تكن لها بيئة ، وان قلنا يعمل بالبيئتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة أخذها من غير يمين وهذا قول الشافعي لان البيئة تغني عن اليمين ، وقال أبو الخطاب عليه اليمين مع البيئة ترجيحاً لها وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كالأولى في هذا الحكم وإنما يظهر الفرق بينهما في شيء آخر سنذكره ان شاء الله تعالى .

من الداخل فقال القاضي تقدم بيئة الداخل لانه الخارج في المعنى وقيل تقدم بيئة الخارج (

لقول النبي ﷺ « البيئة على المدعي »

(فصل) إذا ادعى الخارج ان العين ماله وأنه أودعها للداخل أو اعاره اياها أو اجرها منه ولم تكن لواحد منهما بيئة فالقول قول المنكر مع يمينه لانه لم فيه خلافا وان كان لكل واحد منهما بيئة قدمت بيئة الخارج وهو قول الشافعي وقال افاضي بيئة الداخل مقدمة لانه هو الخارج في المعنى كالمسئلة قبلها لانه ثبت ان المدعي صاحب اليد فان يد الداخل نائبة عنه

ولنا قول النبي ﷺ « البيئة على المدعي واليمين على المدعى عليه » فتكون البيئة للمدعي كما ولم يدع الايداع . يحقته ان دعواه الايداع زيادة في حجته وشهادة البيئة بها تقوية لها فلا يجوز ان تكون مبطله لبيئته ، وان ادعى الخارج ان الداخل غصبه اياه واقاما بيئتين قضي للخارج ويقضي قول القاضي انها للداخل والاولى ما ذكرناه

(فصل) فان كان في يد رجل جلد شاة مسلوخة ورأسها وسواقفها وبقاياها في يد آخر فادعاها كل واحد منهما جميعها ولا بيئة لها ولا لاحدهما فلكل واحد منهما ما في يده مع يمينه وان اقاما بيئتين وقلنا تقدم بيئة الداخل فلكل واحد منهما ما في يده من غير يمين وان كان في يد كل واحد منهما شاة فادعى كل واحد منهما ان الشاة التي في يد صاحبه له ولا بيئة لها حلف كل واحد منهما

(فصل) فان أنكرهما من العين في يده وكانت لاحدهما بيعة حكم له بها وإن أقام كل واحد منهما بيعة فإن قلنا تستعمل البيعتان أخذت العين من يده وقسمت بينهما على قول من يرى القسمة أو تدفع إلى من تخرج له القرعة على قول من يرى ذلك وإن قلنا تسقط البيعتان حلف صاحب اليد وأقرت في يده كما لو لم تكن لها بيعة وإن أقر بها بعد ذلك لها أو لاحدهما قبل إقراره وإن أقر بها في الابتداء لاحدهما صار المقر له صاحب اليد لأن من هي في يده مقر بان يده نثبة عن يده ، وإن أقر لها جميعاً فاليد لكل واحد منهما في الجزء الذي أقر له به لذلك .

(فصل) وإن تداعيا عيناً في يد غيرهما فقال هي لاحدكما لأعرفه عيناً أو قال لأعرف صاحبها فهو أحدكما أو غير كما أوقل أو دعيتها أحدكما أو رجل لأعرفه عيناً فادعى كل واحد منهما أنك تعلم أي صاحبها أو أي الذي أودعتها أو طابت يمينه لزمه أن يحلف له لأنه لو أقر له لزمه تسليمها إليه ومن لزمه الحق مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار ويحلف على ما ادعاه من نفي العلم وإن صدقاه فلا يمين عليه وإن صدقاه أحدهما حلف للآخر وإن أقر بها لواحد منهما أو غيرهما صار المقر له صاحب اليد فإن قال غير المقر له احلف لي إن اليمين ليست ملكي أو أي لست الذي أودعتها لزمه اليمين على ما ادعاه من ذلك لما ذكرنا وإن نكل عن اليمين قضى عليه بقيمتها وإن اعترف بهما لكان الحكم فيها كما لو كانت في أيديهما ابتداء وعليه اليمين لكل واحد منهما في النصف المحكوم به لصاحبه وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه في النصف المحكوم له به .

لصاحبه وكانت الشاة التي في يده له وإن أقاما بيعتين فالكل واحد منهما شاة التي في يده صاحبه ولا تعارض بينهما وإن كان كل واحد قل هذه الشاة التي في يدك لي من نتاج شاتي هذه فالتعارض في النتاج لا في الملك وإن ادعى واحد منهما أن الشاتين له دون صاحبه وأقاما بيعتين فعارضتا وأنبتى ذلك على القول في بيعة الداخل والخارج فن قدم بيعة الخارج جعل لكل واحد منهما ما في يد الآخر ومن قدم بيعة الداخل أو قدمها إذا شهدت بالنتاج جعل لكل واحد منهما ما في يده

(فصل) إذا ادعى زيد شاة في يد عمرو وأقام بها بيعة فحكم له بها حاكم ثم ادعاه عمرو على زيد وأقام بها بيعة فإن قلنا بيعة الخارج مقدمة لم تسمع بيعة عمرو لأن بيعة زيد مقدمة عليها وإن قلنا بيعة الداخل مقدمة نظرنا في الحكم كيف وقع ؟ فإن كان حكم بها لزيد لأن عمر لا بيعة له ردت إلى عمرو لأنه قد قامت له بيعة واليد كانت له وإن كان حكم بها لزيد لأنه يرى تقديم بيعة الخارج لم ينتقض حكمه لأنه حكم بما يسوغ الاجتهاد فيه وإن كانت بيعة عمرو قد شهدت له أيضاً وردها الحاكم لفسقها ثم عدلت لم ينتقض الحكم أيضاً لأن الفاسق إذا شهد عند الحاكم بشهادة فردها لفسقه ثم أعادها بعد لم تقبل وإن لم يعلم الحكم كيف كان لم ينتقض لأنه حكم حاكم الأصل جريانه على الصحة والعدل فلا ينتقض بالاحتمال وإن جاء ثالث فادعاه وأقام بها بيعة فيبيته وبيعة زيد متعارضتان ولا

(فصل) وإذا كان في يد رجل دار فادعاها نفسان قال احدهما آجر تكما وقال الآخر هي داري اعرتكما او قال هي داري ورثتها من ابي او قال هي داري ولم يذكر شيئاً آخر فأنكرها صاحب اليد وقل هي داري فالقرل قوله مع يمينه وان كان لاحدهما بيعة حكم له بها ، وإن اقام كل واحد منهما بما ادعاه بيعة تعارضتا وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى الا على الرواية التي تقدم فيها البيعة المشاهدة بالسبب فان بيعة من ادعى انه ورثها مقدمة لشهادتها بالسبب وان اقام احدهما بيعة انه غصبها منه واقام الآخر بيعة انه أقر له بها فهي للمغضوب منه ولا تعارض بينهما لان الجمع بينهما ممكن بان يكون غصبها من هذا وأقر بها لغيره واقرار الغاصب باطل وهذا مذهب الشافعي فتدفع إلى المغضوب منه ولا يفرم للمقر له شيئاً لأنه محال بينه وبينها وانما حالت البيعة بينهما ولو أقربها لاحدهما أو اقر انه غصبها من غيره لزمه تسليمها إلى من اقر له بها اولاً ولزمه غرامتها للآخر لانه حل بينه وبينها باقراره الاول .

(فصل) نقل ابن منصور عن احمد في رجل أخذ من رجلين ثوبين احدهما بعشرة والآخر بعشرين ثم لم يدربهما ثوب هذان ثوب هذا فادعى احدهما ثوباً من هذين اثوبين يعني وادعاه الآخر يقرع بينهما فأبهما اصابته اقرعة حلف وكان الثوب الجيد له والآخر للآخر ، وإنما قال ذلك لانهما تنازعا عيناً في يد غيرهما .

يحتاج زيد الى اقامة بيعة لانها قد شهدت مرتدوها سواء في الشهادة حل انتازع فلم يمتنع الى اعادتها كالبيعة اذا شهدت ووقف الحكم على البحث عن حلقها ثم بانث عدلتها فانها تقبل ويحكم بها من غير إعادة شهادتهما كذاهما

(فصل) وإذا كان في يد رجل شاة فادعاها رجل انها له منذ سنة واقام بذلك بيعة وادعى الذي هي في يده انها في يديه منذ سنتين واقام بذلك بيعة فهي للمدعي بغير خلاف لان بيئته تشهد له بالملك وبيعة الداخل تشهد باليد خاصة فلا تعارض بينهما لامكان الجمع بينهما بان تكون اليد عن غير ملك فكانت بيعة الملك اولى وان شهدت بيئته بانها ملكه منذ سنتين فقد تعارض ترجيحان تقديم التاريخ من بيعة الداخل وكون الاخرى بيعة الخارج ففيه رواية (احداهما) تقدم بيعة الخارج وهو قول ابي يوسف ومحمد وابي ثور ويقتضيه عموم كلام الخريقي لقواه عليه الصلاة والسلام « البيعة على ادعي » ولان بيعة الداخل يجوز ان يكون مستندها اليد فلا تفيد أكثر مما تفيد اليد فاشبهت الصورة الاولى (والثانية) تقدم بيعة الداخل وهو قول ابي حنيفة والشافعي لانها تضمنت زيادة وان كانت بالعكس فشهدت بيعة الداخل انه يملكها منذ سنة وشهدت بيعة الخارج انه يملكها منذ سنتين قدمت بيعة الخارج الا على الرواية التي تقدم فيها بيعة الداخل فيخرج فيها وجهان بناء على الروايتين في التي قبلها وظاهر مذهب الشافعي تقديم بيعة الداخل على كل حال وقال بعضهم فيها

فصل اذا تداعيا عينا فقال كل واحد منهما هذه العين لي اشتريتها من زيد بمائة ونقدته اياها ولا بينة لواحد منهما فان انكرهما زيد حلف وكانت العين له وان أقر بها لاحدهما سلمها اليه وحلف للآخر وان أقر لكل واحد منهما بنصفها سلمت اليهما وحلف لكل واحد منهما على نصفها وان قال لا أعلم لمن هي منكما اقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف واخذها وان حلف البائع انها له ثم أقر بها لاحدهما سلمت اليه ثم ان أقر بها للآخر لزمته غرامتها له وان اقام كل واحد منهما بما ادعاه بينة نظرنا فان كانت البيئتان مؤرختين بتاريخين مختلفين مثل ان يدعي احدهما انه اشتراها في المحرم وادعى الآخر انه اشتراها في صفر وشهدت بيده كل واحد منهما للآخر بدعواه فهي للاول لانه ثبت انه باعها للاول فزال ملكه عنها فيكون بيعه في صفر باطلا لكونه باع ما لا يملكه ويطالب برد الثمن وان كانتا مؤرختين بتاريخ واحد او مطلقتين او احدهما مطلقة والاخرى مؤرخة تعارضتا لتعذر الجمع فينظر في العين فان كانت في يد احدهما انبى ذلك على الخلاف في بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الداخل جعلها لمن هي في يده ومن قدم بينة الخارج جعلها للخارج وان كانت في يد البائع وقلنا تسقط البيئتان رجوع الى البائع فان انكرهما حلف لهما وكانت له وان أقر لاحدهما سلمت اليه وحلف للآخر وان أقر لهما فهي بينهما ويحلف لكل واحد منهما على نصفها كما لو لم تكن لهما بينة وان قلنا لا تسقط البيئتان لم يلتفت الى انكاره ولا اعترافه وهذا

قولان فان ادعى الخارج انها ملكه منذ سنة وادعى الداخل انه اشتراها منه منذ سنتين واقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الداخل ذكره القاضي وهو قول ابي ثور فان اتفق تاريخ البيئتين إلا ان بينة الداخل تشهد بنتاج أو شراء أو غنمية أو ارث أو هبة من مالك أو قطعة من الامام أو سبب من اسباب الملك ففي أيهما يقدم روايتان ذكرناهما فان ادعى انه اشتراها من الآخر قضى له بها لان بينة الاتباع شهدت بأمر حادث خفي على البيئة الاخرى فقدمت عليها كما تقدم بينة الجرح على التعمير

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (القسم الثاني أن تكون العين في أيديهما فيتحالفان وتقسم بينهما)
وجملة ذلك انه اذا تنازع نفسان في عين في أيديهما فادعى كل واحد منهما انها له دون صاحبه ولم تكن لها بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين لانعلم في هذا خلافا لان يد كل واحد منهما على نصفها واقول قول صاحب اليد مع يمينه وإن نكلا جميعاً عن اليمين فكذلك لان كل واحد منهما يستحق ما في يد الآخر بنكوله، وان نكل أحدهما وحلف الآخر قضى له بجميعةها لانه يستحق ما في يده بيمينه وما في يد الآخر بنكوله أو بيمينه التي ردت عليه بنكول صاحبه، وان كان لاحدهما بينة دون الآخر حكم له بها بغير خلاف علمناه لانه يرجع بالبينة

﴿مسئلة﴾ (وان تنازعا مسنة بين نهر أحدهما واراض الآخر تحالفا وهي بينهما)

لانها حاجز بين ملكيها فكانت يدهما عايه كما لو تنازعا حائطا بين داريهما وفي كل موضع قلنا

وهذا قول القاضي وأكثر أصحاب الشافعي لأنه قد ثبت زوال ملكه وأن يده لاحق لها فلا حكم لقوله فمن قال يقرع بينهما أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهي له مع يمينه وهذا قول القاضي لم يذكر شيئاً سوى هذا ومن قال تقسم بينهما قسمت وهذا ذكره أبو الخطاب

وقد نص عليه أحمد في رواية الكوسج في رجل أقام البيعة أنه اشترى ساعة بمائة وأقام الآخر بيعة أنه اشتراها بمائتين فكل واحد منهما يستحق النصف من الساعة بنصف الثمن فيكونان شريكين وحمل القاضي هذه الرواية على أن العين في أيديهما أو على أن البائع أقرلها جميعاً وإطلاق الرواية يدل على صحة قول أبي الخطاب

فعلى هذا إن كان المبيع مما لا يدخل في ضمان المشتري إلا بتبضه فلكل واحد منهما الخيار لان العسفة تبعضت عليه فإن اختارها الامسك رجح كل واحد منهما بنصف الثمن وإن اختار الفسخ رجح كل واحد منهما بجميع الثمن وإن اختار أحدهما الفسخ توفرت الساعة كلها على الآخر إلا أن يكون الحكم قد حكم له بنصف الساعة ونصف الثمن فلا يعود النصف الآخر إليه . وهذا قول الشافعي في كل مبيع

(فصل) فإن ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة وهي ملكه وادعى الآخر أنه اشتراها من عمرو وهي ملكه وأقام كل واحد منهما بدعواه بيعة فنده تشبه التي قبلها في المعنى فإن كانت في

هو بينهما نصفين إنما يحلف كل واحد منهما على النصف الذي يجعله له دون ما لا يحصل له

﴿مسئلة﴾ (وان تنازعا صبيها في يديهما فكذلك)

لان يديهما عليه واليد دليل الملك والطفل لا يعبر عن نفسه فهو كالبهيمة والتناع إلا أن يعترف أن سبب يده غير الملك مثل ان يلتقطه فلا تقبل دعواه لرقه لان اللقيط محكوم بحريته فاما غيره فقد وجد فيه دليل الملك من غير معارض فيحكم برقه فعلى هذا إذا بلغ فادعى الحرية لم تسمع دعواه لانه محكوم برقه قبل دعواه فاما ان كان مميزاً فقال إني حر منعا منه إلا ان تقوم بيعة برقه لان الظاهر الحرية وهي الاصل في بني آدم والرق طارئ عليها فان كان له بيعة قدمت البيعة لانها تقدم على الاصل لانها تشهد بزيادة ويحتمل أن يكون كالطفل فيكون بينهما لانه غير مكلف أشبه الطفل والاول أولى لان المميز يصح تصرفه بالوصية ويلزم بالصلاة أشبه البالغ ولانه يعرب عن نفسه في دعوى الحرية أشبه البالغ فاما البالغ إذا ادعى رقه فأنتكلم بركه الابينة وان لم تكن له بيعة فاقول قوله مع يمينه في الحرية لانها الاصل وهذا مذهب الشافعي وأبي نور وأصحاب الرئي فان ادعى رقه اثنان فأقر لها بالرق ثبت رقه فان ادعاه كل واحد منهما لنفسه فأعترف لأحدهما فهو ان اعترف له وبه قال الشافعي وقل ابو حنيفة يكون بينهما نصفين لان يدهما عليه فاشبهه الطفل والثوب

ولنا أنه إنما ثبت رقه باعتراه فكان مملوكا لمن اعترف له كما لو لم تكن يده عليه ويخالف الثوب

يد أحد المشتريين انبنى ذلك على الروايتين في تقديم بيعة الداخل والخارج وإن كانت في يديهما قسمت بينهما لأن بيعة كل واحد منهما داخلة في أحد النصفين خارجة في النصف الآخر وإن كانت في يد أحد البائعين فانكرهما وادعاهما لنفسه فان قلنا تسقط البيعتان حلف وكنت له وإن أقر بها لأحدهما صار الداخل إلا أن يقر له بعد أن يحلف أنها له وإن قلنا تقدم أحدهما بالقرعة فهي لمن تخرج له القرعة مع يمينه، وإن قلنا تقسم بينهما قسمت ورجع كل واحد منهما بنصف ثمنها وإن كان المبيع مما يدخل في ضمان المشتري بنفس المقد أو كان المشتري مقرراً بقبضه فلا خيار لواحد منهما ولا رجوع بشيء من الثمن لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع وإن كان من المكيل والموزون ولم يقبض فلكل واحد منهما الخيار في الفسخ والامضاء فإن اختار أحدهما الفسخ لم يتوفر المبيع على الآخر لأن "بائع اثنان بخلاف التي قبلها

(فصل) ولو كان في يد رجل دار فادعى عليه رجلان كل واحد منهما يزعم أنه غصبها منه وأقام بذلك بيعة فالحكم في هذه كالحكم فيما إذا ادعى كل واحد منهما أنني اشتريتها منه على مامضى من التفصيل فيه. وإن اتفق تاريخهما أو كانتا مطلقتين أو أحدهما تعارضتا، وإن قدم تاريخ أحدهما قبل ترجيح بذلك على وجهين فاما إن شهدت البيعة أنه أقر بغصبها من كل واحد منهما لزمه دفعها إلى الذي أقر له بها أولاً ويفرم قيمتها للآخر

(فصل) فإن ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها مني بالف وأقام بذلك بيعة واتفق تاريخهما

والطفل فإن الملك حصل فيما باليد وقد تساوا فيها وههنا حصل بالاعتراف وقد اختص به أحدهما فكان مختصاً به فإن أقام كل واحد بيعة أنه مملوكه تعارضتا وسقطتا ويقرع بينهما أو يقسم بينهما على ما مر من التفصيل فإن قلنا بسقوطهما ولم يعترف لهما بالرق فهو حر وإن اعترف لأحدهما فهو لمن اعترف له وإن أقر لهما معاً فهو بينهما لأن البيعتين سقطتا فصارتا كالمعدومتين وإن قلنا بالقرعة أو بالقسمة فانكرها لم يلتفت إلى إنكاره فإن اعترف لأحدهما لم يلتفت إلى اعترافه لأن رقه ثابت بالبيعة فلم يبق له يد على نفسه كقولنا فيما إذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث وأقام كل واحد بيعة أنها ملكه واعترف أنها ليست له ثم أقر أنها ليست له ثم أقر أنها لأحدهما لم يرجح باقراره

﴿مسئلة﴾ (وان كان لأحدهما بيعة حكم له بها لانه ترجح بالبيعة وإن كان لكل واحد منهما بيعة قدم اسبقهما تاريخاً من وقت أحدهما وأطلقت الأخرى فهما سواء ويحتمل تقدم المطلقة)

أما إذا أقام كل واحد منهما بيعة وتساوتا تعارضتا وقسمت العين بينهما نصفين وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لما روى أبو موسى أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في بيعير فأقام كل واحد منهما شاهدين ف قضى رسول الله ﷺ بالبيعير بينهما نصفين رواه أبو داود ولأن كل واحد منهما داخل في نصف العين خارج في نصفها فتقدم بيعة كل واحد منهما

مثل أن يقول كل واحد منهما اشتراها مني مع الزوال يوم كذا ليوم واحد فها متعارضان فان قلنا تسقطان رجوع إلى قول المدعى عليه فان أنكرهما حلف لهما وبرى وإن أقر لاحدهما فعليه له الثمن ويحلف للآخر ، وإن أقر لهما مع فعلية لكل واحد منهما الثمن لانه يحتمل أن يشتريها من أحدهما ثم يهبها للآخر ويشتريها منه . وإن قل اشتريتها منك صفة واحدة بالف فقد أقر لكل واحد منهما بصف الثمن وله أن يحلفه على الباقي وإن قلنا يقرع بينهما فن خرجت له القرعة وجب له الثمن ويحلف للآخر ويرأ وإن قلنا تقسم قسم الثمن بينهما ويحلف لكل واحد منهما على الباقي فإن كان التاريخان مختلفين أو كانتا مظلمتين أو اشداهما مطلقة والآخرى مؤرخة ثبت العقدان ولزمه الثمن لانه يمكن أن يشتريها من أحدهما ثم يملكها الآخر فيشتريها منه وإذا أمكن صدق البيتين والجمع بينهما وجب تصديقهما ، فان قيل فلم قلتم انه اذا كان البائع واحداً والمشتري اثنان فاقام أحدهما بينة انه اشتراها في المحرم واقام الآخر بينة انه اشتراها في صفر يكون الشراء الثاني باطلاً قلنا لانه إذا ثبت الملك الاول لم يبطله بان يبيعه الثاني ثانياً وفي مسألتنا ثبوت شرائه من كل واحد منهما يبطل ملكه لانه لا يجوز أن يشتري ثانياً ملك نفسه ويجوز أن يبيع البائع ماليس له فافترقا، فان قيل فاذا كانت البيتان مطلقتين أو احدهما مطلقة احتمل ان يكون تاريخهما واحداً فيتعارضان والاصل براءة ذمة الشهود عليه فلا تشتغل بالشك قلنا انه متى أمكن صدق البيتين وجب تصديقهما وإ

فيما في يده عند من يقدم بينة الداخل وفيما في يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج فيستويان على كل واحد من القولين .

﴿مسئلة﴾ (وان كانت إحداها متقدمة التاريخ وحكم بها له مثل أن تشهد احداها أنها له منذ سنة وتشهد الاخرى أنها للآخر منذ سنتين فيقدم أسبقهما تاريخاً)

قال القاضي هو قياس المذهب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان المتقدمة التاريخ أثبتت الملك له في وقت لم تعارضه فيه البينة الاخرى فيثبت الملك فيه ولهذا له المزاولة بالتمام في ذلك الزمان وتعارضت البيتان في الملك في الحال فسقطتا وبقي ملك السابق تحت استدامته وأن لا يثبت لغيره ملك الا من جهته وظاهر كلام الخرقى التسوية بينهما وهو أحد قولي الشافعي ووجهه أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز أن يعلم به دون الاول بدليل انه لو ذكر أنه اشتراه من الآخر أو وهبه إياه لفدمت بينته اتفاقاً فاذا لم يرجح بها فلا أقل من التساري وقولهم إنه يثبت الملك في الزمان الماضي من غير معارضة قلنا إنما يثبت تبعاً لثبوته في الحال ولو انفرد بان يدعي الملك في الماضي لم تسمع دعواه ولا بينته

﴿مسئلة﴾ (فان وقتت إحداها وأطلقت الاخرى فهما سواء) ذكره القاضي ويحتمل أن يحكم به لمن يوقت قانه أبو الخطاب وهو قول أبي يوسف ومحمد

يكن ثم شك وإنما يبقى الوهم والوهم لا تبطل به البينة لأنها لو بطلت به لم يثبت بها حق أصلاً لأنه ما من بينة إلا ويحتمل أن تكون كاذبة أو غير عادلة أو متهمة أو معارضة ولم يلتفت إلى هذا الوهم كذا ههنا (فصل) وإذا مات رجل فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن هذا الميتم لا نعلم له وارثاً سواه وشهد آخران لا آخران هذا الغلام ابن هذا الميتم لا نعلم له وارثاً سواه فلا تعارض بينهما وثبت نسب الغلامين منه ويكون الأثر بينهما لأنه يجوز أن تعلم كل بينة ما لم تعلمه الأخرى

(فصل) وإذا ادعى رجل عبداً في يد آخر أنه اشتراه منه وادعى العبد أن سيده أعتقه ولا بينة لهما فأبكرهما حلف لهما والعبد له وإن أقر لاحدهما ثبت ما أقر له به ويحلف للآخر وإن أقام أحدهما بينة بما ادعاه ثبت وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه وكانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قدمنا الأولى وبطلت الأخرى لأنه إن سبق العتق لم يصح البيع، لأن بيع الحر لا يبرح وإن سبق البيع لم يصح العتق لأنه اعتق عبد غيره فإن قبل يحتمل أنه عاد إلى ملكه فاعتقه قلنا قد ثبت للمالك المشتري فلا يبطله عتق البائع، وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد أو مضطمتين أو أحدهما مطابقة تمارضتا فإنه لا ترجيح لاحدهما على الأخرى إن كان في يد المشتري انتهى ذلك على الخلاف في تقديم بينة الداخل والخارج فإن قدمنا بينة الداخل فهو للمشتري وإن قدمنا بينة الخارج قدم العتق لأنه

ولنا أنه ليس في إحداها ما يقتضي الترجيح من تقدم الملك ولا غيره فوجب استواءهما كما لو أصلنا أو استوى تاريخهما

﴿مسألة﴾ (وإن شهدت أحدهما بالملك والأخرى بالملك والنتاج أو سبب من أسباب الملك فهل يرجح بذلك؟ على وجهين)

(أحدهما) لا يرجح به وهو اختيار الخري لأنهما تساوتا فيما يرجع إلى المختلف فيه وهو ملك العين الآن فوجب تساويهما في الحكم

(والثاني) تقدم بينة النتاج وما في معناه وهو مذهب أبي حنيفة لأنها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب والأخرى خفي عابها ذلك فيحتمل أن تكون شهادتها مستندة إلى مجرد اليد والتصرف فتقدم الأولى تليها كتقديم بينة الجرح على التعديل، وهذا قول القاضي فيما إذا كانت العين في يد غيرها.

﴿مسألة﴾ ولا تقدم أحدهما بكثرة العدد ولا اشتهاار العدالة ولا الرجلان على الرجل والمرأتين ويقدم الشاهدان على الشاهد واليمين في أحد الوجهين

لا ترجح إحدى البيتين بكثرة العدد واشتهاار العدالة وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويتخرج أن يرجح بذلك مأخوذاً من قول الخري ويقدم الأعمى أو ثقتها في نفسه وهذا قول مالك لأن أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة ولأنها خبر ولأن الشهادة إنما اعتبرت لغلبة الظن بالشهود به

خارج وان كان في يد البائع وقلنا إن البيئتين تسقطان بالتعارض صارا كمن لا بينة لهما ويرجع الى السيد فان انكرها حلف لهما وان اقر بالعتق ثبت ولم يحلف العبد لانه لو اقر بانه ما عتقه لم يلزمه شيء فلا فائدة في احلافه ويحلف البائع للمشتري وإن اقر للمشتري ثبت الملك ولم يحلف العبد لانه أنه لو اقر له أنه كان عتقه لم يلزمه غرم فلا دئدة في احلافه، وإن قلنا يستعملان باعتراف لحددهما لم يرجح باعترافه لان ملكه قد زال ون قلنا ترجح احدى البيئتين بالقرعة اقرعنا بينهما فمن خرجت قرعته قدمناه قل أبو بكر هذا قياس قول أبي عبد الله فملى هذا يحلف من خرجت له القرعة في أحد الوجهين وان قلنا يقسم قسمنا العبد فجعلنا نصفه مبيعا ونصفه حرا ويسري العتق إلى جميعه ان كان البائع موسرا لان البينة قامت عليه بأنه اعترفه مختاراً وقد ثبت العتق في نصفه بشهادتهما

(فصل) اذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قبل اقرارها لانها اقرت على نفسها وهي غير متهمه فنها لو اردت ابتداء النكاح لم تمنع منه وان ادعاها اثنان فأقرت لاحدهما لم يقبل منها لان الآخر يدعي ملك نصفها وهي مترفة أن ذلك قد ملكها فصار اقرارها بحق غيرها ولانها متهمه فنها لو اردت ابتداء تزويج أحد المتداعيين لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الآخر فن قيل فلو ادعيا عينا في يد ثالث فأقر لاحدهما قبل قلنا لا يثبت الملك باقراره في العين وانما يجمله كصاحب اليد فيحلف والنكاح لا يستحق باليمين فلم ينزع الاقرار به ههنا فان كان لأحد

وإذا كثر العدد أو قويت العدالة كان الظن أقوى وقل الاوزاعي تقسم على عدد الشهود فإذا شهد لاحدهما شاهداً وللآخر اربعة قسمت العين بينهما أثلاثاً لان الشهادة سبب الاستحقاق فتوزع الحق عليها ولنا ان الشهادة مقدره بالشرع فلا تختلف بالزيادة كالدية بخلاف الخبر فانه مجتهد في قبول خبر الواحد دون العدد فرجح بالزيادة والشهادة متفق فيها على خبر الاثنان فصار الحكم متعلقاً بهما دون اعتبار الظن ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات لا تقبل شهادتهن وان كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكركين؟ وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين في المال لان كل واحدة من البيئتين حجة في المال فإذا اجتهمتا تمارضتا فاما ان كان لاحدهما شاهدان وللآخر شاهد فبذل يمينه معه ففيه وجهان :

(احدهما) يتعارضان لان كل واحد منهما حجة بمفرده فاشبه الرجلين مع الرجل والمرأتين (والثاني) يقدم الشاهدان لانهما حجة متفق عليهما والشاهد واليمين مختلف فيهما ولان اليمين قوله لنفسه والبينة الكاملة شهادة الاجنبيين فوجب تقديمها كتقديمها على يمين المنكر وهذا الوجه أصح ان شاء الله تعالى وللشافعي قولان كالوجهين

﴿مسئلة﴾ وان تساوتا تعارضتا وقسمت العين بينهما بغير يمين وعنه أنهما يتحالفان كمن لا بينة لهما وعنه أنه يقرع بينهما فن قرع صاحبه حلف وأخذها

المتداعين بينة حكم له بها لان البينة حجة في النكاح وغيره وإن أقاما بينتين تعارضتا وسقطتا وحيل بينهما وبينها ولا يرجح أحد المتداعين باقرار المرأة لما ذكرنا ولا بكونها في بيته ويده لان اليد لا تثبت على حرة ولا سيد-ل الي انقصة ههنا ولا الى القرعة لانه لا بد مع القرعة من اليمين ولا مدخل لها في النكاح

(فصل) اذا قال السيد لعبدته ان قُتلت فأنت حر ثم مات فادعى العبد أنه قتل وأنكر الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم لان الاصل عدم القتل، فان أقام بينة بدعواه عتق وان اقام الورثة بينة بموته قدمت بينة العبد في أحد الوجهين لانها تشهد بزيادة وهي القتل (والثاني) تتعارضان لان احدهما تشهد بصد ما شهدت به الاخرى فيبقى على الرق وان قال ان مات في رمضان فعبدني سالم حر وان مات في شهر ربيع غنم حر ثم مات فادعى كل واحد منهما موته في الشهر الذي يعتق بموته فيه وأنكرها الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم، وان اقرروا لاحدهما عتق باقرارهم وان اقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه فبئذ ثلاثة أوجه

(أحدها) تقدم بينة سالم لان معها زيادة فلم فمنها أثبتت ما يجوز ان يخفى على البينة الاخرى وهو موته في رمضان

وجملة ذلك ان البيتين إذا تساوتا تعارضتا وقسمت العين نصفين لما ذكرنا من حديث أبي موسى وما ذكرناه من المعنى . واختلفت الرواية هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ روي انه يحلف وهو الذي ذكره الخري لان البيتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب اسقاطهما كالخبرين إذا تمارضا وتساويا وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به وهذا أحد قولي الشافعي بناء على ان اليمين تجب على الداخل مع بينته ويحلف معها

والرواية الاخرى : تقسم بينما العين من غير يمين وهو قول مالك وأبي حنيفة والقول الثاني للشافعي وهو أصح ان شاء الله للخبر والمعنى الذي ذكرناه ولا يصح قياس هاتين البيتين على الخبرين المتساويين لان كل بينة راجحة في نصف العين على كل واحد من القولين وقد ذكرنا ان البينة يحكم بها من غير يمين وفيه رواية أخرى أنه يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنها له لاحق للآخر فيها وكانت العين له كما لو كانت في يد غيرها ذكر هذه الرواية أبو الخطاب والاولى أصح ان شاء الله تعالى للخبر والمعنى .

﴿مسئلة﴾ (وإن ادعى أحدها انه اشتراها من زيد لم تسمع البينة على ذلك حتى تقول وهي ملكه وتشهد البينة به)

(والثاني) يتعارضان ويبقى العبدان على الرق لأنها سقطا فصارا كمن لا بينة لهما
 (والثالث) يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعة ، وان قال ان برئت من مرضي هذا فسالم حر
 وان مت منه فغاتم حر فمات وادعى كل واحد منهما موجب عتقه أقرع بينهما فن خرجت له القرعة
 عتق لانه لا يخلو من ان يكون برىء او لم يبرأ فيعتق أحدهما على كل حال ولم تعلم عينه فيخرج
 بالقرعة كما لو اعتق أحدهما فاشكل علينا ويحتمل ان يقدم قول غانم لان الاصل عدم البرء ، وان
 أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه فقال أصحابنا يتعارضان ويبقى العبدان على الرق وهذا مذهب
 الشافعي لان كل واحدة منهما تكذب الاخرى وتثبت زيادة تنفيها الاخرى ولا يصح هذا القول
 لان التعارض أثره في اسقاط البينتين ولو لم يكونا اصلا لعتق احدهما فكذلك اذا سقطتا وذلك
 لانه لا يخلو من احدى الحالتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق أحدهما فيلزم وجوده كما لو
 قال ان كان هذا الطائر غرابا فسالم حر وان لم يكن غرابا فغنم حر ولم يعلم حاله ولا يمكن بحتمل وجهين
 (أحدهما) أن يقرع بينهما كما في مسألة الطائر لان البينتين اذا تعارضتا قدمت احدهما بالقرعة في
 رواية (والثاني) تقدم بينة سالم لانها شهدت بزيادة وهي البرء وان اقر الورثة لاحدهم عتق باقرارهم
 ولم يسقط حق الآخر مما ذكرنا الا ان يشهد اثنان عدلان منهم بذلك مع انتفاء التهمة ويعتق
 وحده اذا لم تكن للآخر بينة

(فصل) وإذا ادعى سالم أن سيده أعتقه في مرض موته وادعى عبده الاخر غانم انه أعتقه

وجملة ذلك انه متى كان في يد رجل عين فادعى آخر انه اشتراها من زيد وهي ملكه وانام بذلك بينة
 حكم له بها لانه اذ ابتاعها من مالكها وكذا ان نهدت أنه باعها اياها وسلمها اليه حكم له بها لانه لم يسلمها اليه
 الا وهي في يده وإن لم يذكر إلا التسليم لم يحكم بها لانه يمكن أن يبيعه مالا يملكه فلا يزال صاحب
 اليد فان ادعى أحدهما انه اشتراها من زيد وهي ملكه وادعى الآخر انه اشتراها من عمرو وهي
 ملكه وأقام بذلك بينتين تعارضتا فان كانت في يد أحدهما انبى ذلك على الرويتين في تقديم بينة
 الخارج والداخل فان كانت في أيديهما قسمت بينهما لان بينة كل واحد منهما داخلية في أحد نصفين
 خارجة عن النصف الآخر وإن كانت في يد أحد البائعين فأنكرهما وادعاهما لنفسه فان قلنا تسقط
 البينتان حلف وكانت له وإن أقر بها لاحدهما صار الداخل إلا أن يقر بعد أن يحلف انها له وإن قلنا
 يقدم أحدهما بالقرعة فهي لمن تخرج له القرعة مع يمينه وإن قلنا تقسم بينهما قسمت ورجع كل احد
 منهما بنصف منها فان كان المبيع مما يدخل في ضمان المشتري بنفس المقد أو كان المشتري مقرراً بقبضه
 فلا خيار لو جد منها ولا الرجوع بشيء من الثمن لاعترافه بستوسط الضمان عن البائع وإن كان من

في مرض موته وكل واحد منهما ثلث ماله فأقام كل واحد منهما بدعواه بينة فلا تعارض بينهما لأن ما شهدت به كل بينة لا ينبغي ما شهدت به الأخرى ولا تكذب أحدهما الأخرى فيثبت اعتقاه لهما ثم ينفار فإن كانت البيتان مؤرختين بتاريخين مختلفين عتق الأول منهما ورق الثاني إلا أن يجز الورثة لأن المريض إذا تبرع به برعات يعجز ثلثه عن جميعها قدم الأول فالأول وإن اتفق تاريخهما أو أطلقتا أو أحدهما فيما سواء لأنه لا مزية لأحدهما على الأخرى فيستويان ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر إلا أن يجز الورثة لأنه لا يخلو إما أن يكون اعتقهما معاً فيقرع بينهما كما فعل النبي ﷺ في المبدأ سنة الذين اختفهم سيدهم عند موته ولم يكن له مال غيرهم أو يكون اعتق أحدهما قبل صاحبه وأشكل علينا فيخرج بالقرعة كما في مسألة الطائر وقيل يعتق من كل واحد نصفه وهو قول لشافعي لأنه أقرب إلى التعديل بينهما فإن في القرعة قد يرق السابق المستحق للعتق ويعتق الثاني المستحق للرق وفي القسمة لا يخلو المستحق للعتق من حرية ولا المستحق للرق من رق ولذلك قسمنا المختلف فيه على إحدى الروايتين إذا تمارضت به بيتان والأول المذهب لأنه لا يخلو من شبهة بإحدى الصورتين اللتين ذكرناهما والقرعة ثابتة في كل واحدة منهما وقولهم إن في القرعة احتمال إرقاق نصف الحر قلنا وفي القسمة إرفاق نصف الحر يقيناً وتحرير نصف الرقيق

المسكيل والوزون ولم يقبض فلكل واحد منهما الخيار في الفسخ والامضاء فإن اختار أحدهما الفسخ لم يتوفر المبيع على الآخر لأن البائع اثنان والله أعلم
 ﴿مسئلة﴾ (وإن أقام أحدهما بينة أنها ملكه وأقام الآخر بينة أنه اشتراها أو أعتقه قدمت بينة الثاني) لأنها تشهد بأمر حادث على الملك خفي على بينة الملك ولا تعارض بينهما فيثبت الملك للأول والشراء منه لثاني.

﴿مسئلة﴾ (وإن أقام رجل بينة إن هذه الدار لابي خلفها تركته وأقامت امرأته بينة إن أباه أصدقها إياها فهي للمرأة) لما ذكرنا
 ﴿فصل﴾ قل رضي الله عنه (القسمة اثنان تداعيا عيناً في يد غيرها فإنه يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة حلف أنها له وأخذها)

وجملة ذلك إن الرجلين إذا تداعيا عيناً في يد غيرها ولا بينة لهما فأنكرها فالتقول قوله مع بينة بغير خلاف، وإن اعترف أنه لا يملكها وقال لا أعرف صاحبها أو قال هي لأحدكما لا أعرفه عيناً أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف أنها له وسلمت إليه لما روى أبو هريرة إن رجلين تداعيا عيناً لم تكن لواحد منهما بينة فأمرهم النبي ﷺ أن يستهما على اليمين أحبا أم كرها رواه أبو داود، ولأنهما تساويا في الدعوى ولا بينة لواحد منهما ولا يد والقرعة تميز عند التساوي كما لو اعتق عبداً إلا مال له غيرهم في مرض موته

يقيناً وهو اعظم ضرراً وان كانت قيمة احدهما اثلث وقيمة الآخر دون اثلث فكان الاول او الذي خرجت قرعته اثلث عتق ورق لآخر وإن كان هو الناقص عن اثلث عتق وعتق من الآخر تمام اثلث وإن كان لاحدهما بينة ولا بينة للآخر أو بينته فأسقة عتق صاحب البينة العادلة ورق الآخر ، وان كان لكل واحد منها بينة عادلة إلا أن احدهما تشهد انه أعتق سالماً في مرضه والآخرى تشهد بان وصى بعتق غنم وكان سالم ثلث المال عتق وحده ووقف عتق غنم على إجازة الورثة ، لان التبرع يقدم على الوصية وان كان سالم أبل من اثلث عتق من غنم تمام اثلث وإن شهدت احدهما انه وصى بعتق سالم وشهدت الاخرى انه وصى بعتق غنم فهما سواء ويقرع بينهما سواء اتفق تاريخها أو اختلف لان الوصية يستوي فيها التقدم والتأخر وقيل أبو بكر وابن أبي موسى يمتنع نصف كل واحد منهما بغير قرعة ، لان القرعة إنما تجب إذا كان احدهما عبداً والآخر حراً ولا كذلك ههنا فيجب ان تقسم الوصية بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كما لو وصى لاثني بمال والأول قياس المذهب ، لان الاعتاق بعد الموت كالاعتاق في مرض الموت وقد ثبت في الاعتاق في مرض الموت انه يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين فكذلك بعد الموت ، ولان المعنى المتقضي لتكثير العتق في احدهما في الحياة موجود بعد المات فيثبت فأما إن صرح فقل اذا مات فنصف كل واحد من سالم وغنم حر أو كان في لفظه ما يتضميه أو دلت عليه قرينة ثبت ما اقتضاه

﴿ مسألة ﴾ (فن كان المدعى عبداً فأقر لاحدهما لم يرجح باقراره)

لانه محجور عليه أشبه الطفل فان كانت لاحدهما بينة حكم له بها بغير خلاف فعلمه

﴿ مسألة ﴾ (وان كانت لكل واحد منهما بينة ففيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب)

(احدهما) تستط البينتان ويقترع امتداعيان على المين كما لو لم تكن بينة هذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الخرقى لانه ذكر القرعة ولم يفرق بين ان تكون معها بينة أو لم تكن روي هذا عن ابن عمر وابن الزبير وبه ذل اسحاق وأبو عبيد وهو رواية بن مالك وقديم قولي الشافعي لما روى ابن المسيب ان رجلين اختصما الى رسول الله ﷺ في امرأة وجاء كل واحد منهما بشهود عدول على عدة واحدة فأسبم النبي ﷺ بينهما رواه الشافعي في مسنده ولان البينتين حجتان تعارضتا من غير ترجيح لاحدهما على الأخرى فسقطتا كالمخبرين

(والرواية الثانية) تستعمل البينتان وفي كيفية استعمالهما روايتان (احدهما) تقسم المين بينهما وهو قول الحارث العكلي وقتادة وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة وقول للشافعي لما ذكرنا من حديث أبي موسى ولانها تساويا في دعواه فتساويا في قسمته (والرواية الثانية) تقدم احدهما وهو قول للشافعي وله قول رابع بوقف الامر حتى يتبين وهو قول أبي ثور لانه اشبه الامر فوجب التوقف كالحاكم اذا لم يتضح الحكم له في قضية

(فصل) فان خلف المريض ابنين لاوارث له سواهما فشهدا انه اعتق سالماً في مرض موته وشهد اجنبيان انه اعتق غانماً في مرض موته وكل واحد ثلث ماله وام يعطن الابنان في شهادتهما وكانت البيتان عادلتين فالحكم فيه كالحكم فيما اذا كانا اجنبيين سواء لانه قد ثبت ان الميت اعتق العبدین فان طعن الابنان في شهادة الاجنبيين وقال ما اعتق غانماً في مرض موته وكل واحد ثلث ماله انما اعتق سالماً لم يقبل قوله في رد شهادة الاجنبية لانها بيينة عادلة مثبتة والاخرى نافية وقول المثبت يقدم على قول النافي ويكون حكم ما شهدت به حكم ما اذا لم يعطن الورثة في شهادتهما في انه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه او خرجت له القرعة ويرق اذا تأخر تاريخه او خرجت قرعة لغيره واما الذي شهد به الابنان فيعتق كاه لاقرارهما باعتاقه وحده واستحقاقه للحرية ، وهذا قول القاضي وقيل يفتق ثلثه ان حكم بعقو سالم وهو ثلث الباقي ، لأن العبد الذي شهد به الاجنبيان كانه صوب من التركة وكالذاهب من التركة بمرت أو تلف فيعتق ثلث الباقي وهو ثلثا غانم والاول اصح لان المعتبر خروجه من الثلث حال الموت وحال الموت في قول الابنين لم يعتق سالم انما عتق بالشهادة بعد الموت فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده فلا يمنع من عتق من خرج من اثلث قبل موته فان كان الابنان فاسقين ولم يردا شهادة الاجنبية ثبت العتق لسالم ولم يزاحمه من شهد له الابنان لفسقهما لان شهادة الفاسق كمدمها فلا يقبل قولهما في اسقاط حق ثبت بيينة عادلة وقد أقر الابنان بعقو غانم فينظر فان تقدم تاريخ عتقه أو أقرع بينهما فخرجت القرعة له عتق كاه كما قلنا في التي قبلها ، وإن تأخر تاريخ عتقه أو خرجت

ولنا خبر أبي موسى وخبر ابن المسيب ولان تعارض الحجتين لا يوجب الترفق كالخبرين بل اذا تعدد الترجيح أسقطناها ورجعنا الى دليل غيرها اذا ثبت هذا . فأما اذا أسقطنا البينتين أقرعنا بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها كما لو لم تكن لها بيينة ، وان قلنا يعمل بالبينتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة أخذها من غير يمين وهذا قول الشافعي لان البيينة تغني عن اليمين ، وقال أبو الخطاب عليه اليمين مع بيئته ترجيحاً لها وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كالاولى وانما يظهر اختلاف الحكم في شيء آخر سنذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) وان أنكرها من العين في يده وكانت لاحدها بيينة حكم له بها وإن أقام كل واحد منهما بيينة فنقلنا تستعمل البينتان أخذت العين من يده وقد تمت بينهما على قول من يرى اقسمة وتدفع الى من تخرج له القرعة عند من يرى ذلك ، وان قلنا تستعمل البينتان حلف صاحب اليد وأقرت في يده كما لو لم تكن لها بيينة

﴿ مسألة ﴾ (وان أقر صاحب اليد لاحدها لم يرجح باقراره اذا قلنا لا تسقط البينتان)

لانه قد ثبت زوال ما حله فصار كلاجنبي وان قلنا بسقوطها فأقر بها لها أو لاحدها قبل اقراره ، فأما ان أقر بها في الابتداء لاحدها صار المقر له صاحب اليد لان من هي في يده مقر بأن يده نائبة عن يده ، وان أقر لها جميعاً فاليد لكل واحد منهما في الجزء الذي أقر له به لذلك

القرعة لغيره لم يعتق منه شيء لان الابنين لو كانا عدلين لم يعتق منه شيء فإذا كانا فاسقين أولى وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي يعتق نصفه في الاحوال كلها لانه استحق العتق باقرار الورثة مع ثبوت العتق للآخر بالمدينة العادلة فصار بالنسبة كأنه أعتق العبدين فيعتق منه نصفه وهذا لا يصح فإنه لو أعتق العبدين لأعتقنا أحدهما بالقرعة لانه في حال تقدم تاريخ عتق من شهدت له البيعة لا يعتق منه شيء ولو كانت بينته عادلة فمع فسوقها أولى ، وإن كذبت الورثة الاجنبية فقالت ما أعتق ظنما انما أعتق سالمنا عتق العبدان وقيل يعتق من سالمنا ثلثهما والاول أولى

(فصل) فان شهد عدلان أجنبيان انه وصى بعق سالم وشهد عدلان وارثان أنه رجع عن الوصية بعق سالم ووصى بعق غانم وقيمتها سواء أو كانت قيمة غانم أكثر قبلت شهادتهما وبطلت وصية سالم لانهما لا يجران إلى أنفسهما فعمرو يدفعان عنها ضرراً لأن قيل فهما يثبتان لأنفسهما ولأنهما غانم فلذا وهما يستقطان ولأن سالم وعلى ان الولاء اثبات سبب الميراث وهذا لا يمنع قبول الشهادة بدليل ما لو شهدا بعق غانم من غير معارض ثبتت عتقه ولهما ولاؤدولو شهدا بثبوت نسب أخ لهما قيات شهادتهما مع ثبوت سبب الارث لهما وتقبل شهادة المرأة لا تخيه بالمال وإن جاز أن يرثه فان كان الوارثان فاسقين لم تقبل شهادتهما في الرجوع ويلزمهما اقرارهما انهم فيعتق سالم بالبيعة العادلة ويعتق غانم باقرار الورثة بالوصية باعتقاده وحده

﴿ مسألة ﴾ (وان ادعاه صاحب اليد لنفسه رقلنا بسقوط البيعتين حلف لكل واحد منهما وهي

له وهو قول القاضي)

لانه صاحب اليد وهو منكر فلزمته اليمين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اليمين على من أنكر » وقول أبو بكر بل يقرع بين المدعين فتكون لمن تخرج له القرعة وهذا يندبني على ان البيعتين اذا تعارضتا لا يسقطان فرجحت احدى البيعتين بالقرعة كما لو أقر صاحب اليد انها لاحدهما لا يلزمه بيعة (فصل) اذا تداعيا عينا في يد غيرهما فقال هي لاحدكما لا تعرفه عينا أو قل لا أعرف صاحبها أو هو أحدكما أو غيركما أو قل أو دعيتها أحدكما أو رجل لا تعرفه عينا فادعى كل واحد منهما أنك تدلم اني صاحبها أو اني أنا الذي أودعيتها وطالب يمينه لزمه أن يحلف له لانه لو أقر له لزمه تسليمها اليه ومن لزمه الحلق مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار ويحلف على مادعاه من نفي العلم وإن صدقاه فلا يمين عليه ، وان صدقاه أحدهما حلف الآخر وإن قر بها لاحدهما أو لغيرها صار اقرار له صاحب اليد فان قل غير اقرار له احلف لي ان العين ليست ملكي أو اني لست الذي أودعيتها لزمته اليمين على مادعاه من ذلك لما ذكرنا وإن نكل عن اليمين قضى عليه بقيمتها وإن اعترف لما كان الحكم فيها كما لو كانت في أيديهما ابتداءً وعليه اليمين لكل واحد منهما في النصف المحكوم به لصاحبه وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه في النصف المحكوم له به .

(فصل) اذا كان في يد رجل دار فادعاه نفسان فقال أحدهما أجرتكها وقال الآخر هي داري

وذكر القاضي وأصحاب الشافعي انه انما يعتق ثلثاه لانه لما أعتق سالم بشهادة الاجنبيين صار كالمغضوب فصار غانم نصف التركة فيعتق ثلثاه وهو ثلث التركة ولما ان الوارثة تقر بانه حين الموت ثلث التركة وأن عتق سالم انما كان بشهادتها بعد الموت فصار كالمغضوب بعد الموت ولو غصب بعد الموت لم يمنع عتق غانم كله فكذلك الشهادة بعتقه وقد ذكر القاضي فيما اذا شهدت بينة عادلة باعتناق سالم في مرضه ووارثة فاسقة باعتناق غانم في مرضه وان لم يعتق سالماً ان غانماً يعتق كله وهذا مثله

فأما ان كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم فالوارثة متهمة لكونها ترد إلى الرق من كثرة قيمة، فتزد شهادتها في الرجوع كما ترد شهادتها بالرجوع عن الوصية ويعتق سالم وغانم كله أو ثلثاه وهو ثلث الباقي على ما ذكرنا من الاختلاف فيما اذا كانت فاسقة وإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم لكن شهدت بالوصية بعق غانم وهي بينة عادلة ثبتت الوصيتان سواء كانت قيمتهما سواء أو مختلفة فيعتق ان خرجا من الثلث وإن لم يخرج من الثلث أفرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة ويعتق تمام الثلث من الآخر سواء تقدمت احدي الوصيتين على الاخرى أو استوتوا لان المتقدم والتأخر من الوصايا سواء

(فصل) ولو شهدت بينة عادلة انه وصى لزيد بثلاث ماله وشهدت بينة اخرى انه رجع عن

أعرتكها أو قال هي داري ورثتها من أبي أو قال هي داري ولم يذكر شيئاً آخر فأنكرها صاحب اليد فالقول قوله مع يمينه ، وان كن لاحدها بينة حكم له بها فان اقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه تعارضتا وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى إلا على الرواية التي تقدم فيها البينة الشاهدة بالسبب فان بينة من ادعى انه ورثها مقدمة لشهادتها بالسبب ، وان أقام احدهما بينة انه غصبه اياها واقام الاخر بينة انه اقر له بها فهي المغضوب منه ولا تعارض بينهما لان الجمع بينهما ممكن بأن يكون غصبها من هذا واقربها لغيره واقرار العاصب باطل وهذا مذهب الشافعي فتدفع إلى المغضوب منه (فصل) نقل ابن منصور عن احمد في رجل اخذ من رجلين ثوبين احدهما بعشرة والاخر بعشرين ثم لم يدبر أيهما ثوب هذا من هذا فادعى احدهما ثوبا من هذين الثوبين وادعاه الاخر يقرع بينهما فأيمما اصابته القرعة حلف واخذ الثوب الجديد والاخر للآخر وانما قال ذلك لانهما تنازعا عيناً في يد غيرهما .

(فصل) اذا تداعيا عينا فقال كل واحد منهما هذه العين لي استدنتها من زيد بمائة ونقدته اياها ولا بينة لواحد منهما فان أنكرها زيد فهي له مع يمينه وان أقر بها لاحدهما سلمها اليه وحلف للآخر وان أقر لكل واحد منهما بنصفها سلمت إليهما وحلف لكل واحد منهما على نصفها وان قال لأعلمن هي أقرع بينهما فن خرجت له القرعة حلف واخذها وان حلف البائع له ثم أقر بها لاحدهما سلمت اليه وان أقر بها للآخر

الوصية لزيد ووصى لعمرو بثلاث ماله وشهدت بيعة ثالثة انه رجع عن الوصية لعمرو ووصى لبكر بثلاث ماله صحت الشهادات كلها وكانت الوصية لبكر سواء كانت البيعتان من الورثة أو لم تكن لانه لاثمة في حقهم وإن كانت شهادة البيعة الثالثة انه رجع عن إحدى الوصيتين لم تعد هذه الشهادة شيئاً لانه قد ثبت بالبيعة الثانية انه رجع عن وصية زيد وهي إحدى الوصيتين فعلى هذا ثبتت الوصية لعمرو وإن كانت البيعة الثانية شهدت بالوصية لعمرو ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهدت الثالثة بالرجوع عن إحدى الوصيتين لا بعينها فقال القاضي لا تصح الشهادة وهذا مذهب الشافعي لانهما لم يعينا المشهود عليه ويصير كما لو قال لا نشهد أن لهذا على أحد عذراً ألفاً وإن لأحد هذين على هذا ألفاً ويكون للثلث بين الجميع أثلاثاً

وقال ابو بكر قياس قول ابي عبد الله انه يصح الرجوع عن إحدى الوصيتين ويقرع بينهما فمن خرجت له قرعة الرجوع عن وصيته بطلت وصيته وهذا قول ابن ابي موسى واذا صح الرجوع عن احدهما بغير تعيين صحت الشهادة به كذلك ووجه ذلك أن الوصية تصح بالمجهول وتصح الشهادة فيها بالمجهول فجازت في الرجوع من غير تعيين الرجوع عن وصيته (فصل) وان شهد شاهدان أنه وصى لزيد بثلاث ماله وشهد واحد أنه وصى لعمرو بثلاث ماله انبنى هذا على ان الشاهد "يؤمن هل يعارض الشاهدين أو لا؟ فيه وجهان

لزمته غرامتها وان أقام كل واحد منها بيعة بما ادعاه وكانت مؤرختين بتاريخين مختلفين مثل ان يدعي احدهما انه اشتراها في المحرم وادعى الآخر انه اشتراها في صفر وشهدت بيعة كل واحد منهما للآخر بدعواه فهي الاول لتقدم بيئته بانه باعها منه أولاً وزال ملكه عنها فيكون البيع الثاني باطلا لكونه باع مالا يملكه ويطالب برد الثمن وان اتفق تاريخهما أو كانتا مطلقتين أو أحدهما مطلقة والآخرى مؤرخة تعارضتا لتعذر الجمع فينظر في العين فإن كانت في يد أحدهما انبنى ذلك على بيعة الداخل والخارج فمن قدم بيعة الداخل جمعها لمن هي في يده ومن قدم بيعة الخارج جعلها له وان كانت في يد البائع وقلنا تسقط البيعتان رجع الى البائع فإن أنكرهما حلف لهما وكانت له وان أقر لاحدهما سلمت اليه وحاف للآخر وان أقر لهما فهني بينهما ويحلف لكل واحد منهما على نصفها كما لو لم يكن لهما بيعة وان قلنا لا تسقط البيعتان لم يلتفت الى انكاره ولا اعترافه وهذا قول القاضي وأكثر أصحاب الشافعي لانه قد ثبت زوال ملكه وان يده لاحكم لها فلا حكم لقوله فمن قال يقرع بينهما أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهني له مع يمينه وهذا قول القاضي لم يذكر غيره وقال أبو الخطاب يقسم بينهما وقد نص عليه أحمد في رواية الكوسج في رجل أقام بيعة انه اشتري سلعة بمائة وأقام الاخر بيعة انه اشتراها بما تثنى فكل واحد منهما يستحق نصف السلعة بنصف الثمن ويكونان شريكين وحمل القاضي هذه الرواية على ان العين في أيديهما أو على ان البائع أقر لهما

(أحدهما) يمارضها فيحلف عمرو مع شاهده ويقسم الثلث بينها لان الشاهد واليمين حجة في المال فأشبهه الشاهدين

(والثاني) لا يمارضها لان الشاهدين اقوى فيرجحان على الشاهد واليمين فعلى هذا ينفرد زيد بالثلث وتقف وصية عمرو على اجازة الورثة، فأما ان شهد واحداً أنه رجع عن وصية زيد ووصى لعمرو بثائه فلا تعارض بينها ويحلف عمرو مع شاهده وتثبت الوصية لعمرو، والفرق بين المسئلتين أن في الاولى تقابل البيئتان فقدمنا اقواهما وفي الثانية لم يتقابلا وانما ثبت الرجوع وهو ثابت بالشاهد واليمين لان المقصود به المال وهذا مذهب الشافعي والله أعلم

«مسئلة» قال (ولو كان في يده دار فادعاه رجل فأقربها لغيره فإن كان المقر له بها حاضر اجمل الخصم فيها وان كان غائبا وكانت للمدعي بيعة حكم بها للمدعي بيئته وكان الغائب تلى خصومته متى حضر)

وجملته أن الاسان اذا ادعى داراً في يد غيره فقال الذي هي في يده ليست لي انما هي لفلان وكان المقر له بها حاضراً سئل عن ذلك فإن صدقه صار الخصم فيها وكان صاحب اليد لان من

جميعاً واطلاق الرواية يدل على صحة قول أبي الخطاب فعلى هذا ان كان البيع مما لا يدخل في ضمان المشتري الاقبضه فلكل واحد منهما الخيار لان الصفقة تبعضت عليه فان اختار الامساك رجع كل واحد منهما بنصف الثمن وان اختار الفسخ رجع كل واحد منهما بجميع الثمن وان اختار أحدهما الفسخ وفرت السلعة كلها على الآخر الا ان يكون الحكم قد حكم بنصف السلعة ونصف الثمن فلا يعود النصف الاخر اليه وهذا قول الشافعي في كل موضع

(فصل) ولو كان في يد رجل دار فادعى عليه رجلان كل واحد منهما يزعم انه غصبها منه واقام بذلك بيعة فالحكم فيه كالحكم فيما اذا ادعى كل واحد منهما: اني اشتريتها منه على ماضى من التفصيل فيه ﴿مسئلة﴾ (وان كان في يد رجل عبد فادعى انه اشتراه من زيد فادعى العبد ان زيدا أعتقه واقام كل واحد بيعة انبي على بيعة الداخل والخارج فان كان العبد في يد زيد فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ادعى عينا في يد غيرهما)

اذا ادعى رجل عبداً في يد آخر انه اشتراه منه وادعى العبد ان سيده اعتقه ولا بيعة لهما فانكرهما حلف لهما والعبد له فان أقر لاحدهما ثبت ما أقر به ويحلف للاخر وان أقام احدهما بيعة بما ادعاه ثبت وان أقام كل واحد منهما بيعة بدعواه وكانتا مؤرختين بتاريخين (الجزء الثاني عشر) (المغني والشرح الكبير) ٢٦٦

هي في يده اعترف أن يده نائبة عن يده واقرار الانسان بما في يده اقرار صحيح فيصير خصما للمدعي فان كانت للمدعي بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة فنقول قول المدعي عليه مع يمينه وان قال المدعي اخلفوا لي المقر الذي كانت العين في يده انه لا يعلم انها لي فعليه اليمين لانه لو أقر له بها بعد اعترافه لزمه الغرم كما لو قال هذه العين لزيد ثم قال هي لعمر وفانها تدفع إلى زيد ويدفع قيمتها لعمر ومن لزمه الغرم مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار، فان رد المقر له الاقرار وقال ليست لي واتما هي للمدعي حكم له بها وان لم يقل هي للمدعي ولا كن قال ليست لي فان كانت للمدعي بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة ففيه وجهان

(أحدها) تدفع الى المدعي لانه يدعيها ولا منازع له فيها ولان من هي في يده لو ادعاها ثم نكل قضينا بها للمدعي فمع عدم ادعائه لها اولى

(والثاني) لا تدفع اليه لانه لم يثبت لها مستحق لان المدعي لا يد له ولا بينة وصاحب اليد معترف أنها ليست له فإخذها الامام فيحفظها لصاحبها وهذا الوجه الثاني ذكره اتقاضي والاول اولى لما ذكرنا من دليله ولاصحاب الشفعي وجهان كهذين ووجه ثالث ان المدعي يحلف أنها له وتسلم اليه ويتخرج لنا مثله بناء على القول برد اليمين اذا نكل المدعي عليه، وان قال المقر له هي لثالث انتقلت الخصومة اليه وصار بمنزلة صاحب اليد لانه أقر له بها من اليد له حكما وأما ان أقر بها المدعي عليه لمجهول قيل له ليس هذا بجواب فان اقررت بها لمعروف والا جعلناك ناكلا

مختلفين قدمنا الاولى وبطلت الاخرى لانه ان سبق العتق لم يصح البيع وان سبق البيع لم يصح العتق لانه اعتق عبد غيره فان قيل يحتمل انه عاد الى ما كره فاعتقه قلنا قد ثبت الملك للمشتري فلا يبطله عتق البائع، وان ك تمامؤرختين بتاريخ واحد ومطلقتين واحداهما مطلقة تعارضتا لانه لا ترجيح لاحداهما على الاخرى فان كان في يد المشتري ابني ذلك على الخلاف في تقديم بينة الداخل والخارج فان قدمنا بينة الداخل فهو المشتري وان قدمنا بينة الخارج قدم العتق لانه خارج وان كان في يد البائع وقلنا ان البيتين تسقطان بالتعارض صاروا كمن لا ينة لهما فان انكرهما حلف لهما وان اقر بالعتق ثبت ولم يحلف العبد لانه لو اقر بأنه ما اعتقه لم يلزمه شيء فلا فائدة في احلافه وان قلنا ترجح احدى البيتين بالقرعة قرعنا بينهما فمن خرجت قرعته قدمناه قال ابو بكر هذا قياس قول ابي عبد الله فعلى هذا يحلف من خرجت له القرعة في احد الوجهين وان قلنا يقسم قسمنا العبد فجعلنا نصفه مبيعا ونصفه حراً ويسري العتق الى جميعه ان كان البائع موسراً لان البينة عايه انه اعتقه مختاراً وقد ثبت العتق في نصفه بشهادتها

﴿مسئلة﴾ (وان كان في يده عبد وادعى عليه رجلان كل واحد منهما انه اشتراه بثمن سماه فصدفها لزمه الثمن لكل واحد منها وان أنكرها حلف لهما وبريء وان صدق أحدهما لزمه ما ادعاه وحلف للآخر

وقضينا عليك فإن أضر قضي عليه بالنكول وان أقر بها لغائب او لغير مكلف معين كالصبي والمجنون صارت الدعوى عليه فان لم تكن للمدعي بينة لم يقض له بها لان الحاضر يعترف أنها ليست له ولا يقضى على الغائب بمجرد الدعوى ويقف الامر حتى يقدم الغائب ويصير غير المكلف مكلفا فتهكون الخصومة معه فان قال المدعي احلفوا لي المدعي عليه احلفناه لما تقدم وان أقر بها للمدعي لم تسلم اليه لانه اعترف انها لغيره ويلزمه ان يعزم له قيمتها لانه فوتها عليه باقراره بها لغيره وان كان مع المدعي بينة سمعها الحاكم وقضى بها وكان الغائب على خصومته متى حضر له ان يقدم في بينة المدعي وأن يقيم بينة تشهد بانتقال الملك اليه من المدعي وان اقام بينة انها ملكه فهل يقضى بها؟ على وجهين بناء على تقديم بينة الداخل والخارج فان قلنا تقدم بينة الخارج فاقام الغائب بينة تشهد له بالملك والتناج او سبب من أسباب الملك فهل تسمع بينته ويقضى بها؟ على وجهين وان كان مع المقر بينة تشهد بها للغائب سمعها الحاكم ولم يقض بها لان البينة للغائب والغائب لم يدعها هو ولا وكيله وانما سمها الحاكم لما فيها من الفائدة وهو زوال التهمة عن الحاضر وسقوط اليمين عنه اذا ادعى عليه انك تعلم أنها لي ويتخرج ان يقضى بها اذا قلنا بتقديم بينة الداخل وان للمودع الخاصة في الرديعة اذا غضبت ولاتها بينة مسموعة فيقضى بها كبينة المدعي اذا لم تعارضها بينة أخرى فان ادعى من هي في يده انها معه باجارة او عارية واقام بينة بالملك للغائب لم يقض بها لوجهين (أحدهما) ان ثبوت الاجارة والعارية يترتب على

وان كان لاحدهما بينة فله الثمن وبخلف للآخر وان كان لكل واحد منهما بينة وأمكن صدقهما لاختلاف تاريخهما أو اطلاقهما أو اطلاق احدهما وتاريخ الاخرى عمل بهما وان اتفق تاريخهما تعارضتا والحكم على ما تقدم وان كان في يد انسان عين فادعى عليه رجلان كل واحد منهما انك اشتريته مني بألف واقام بذلك بينة واتفق تاريخهما مثل ان يقول اشتراها مني مع الزوال يوم كذا ليوم واحد فهما متعارضتان فان قلنا يسقطان رجع إلى قول المدعي عليه فان أنكرهما حاف لهما او برى وان أقر لاحدهما فعليه له الثمن وبخلف الآخر وان أقر لهما فعليه لكل واحد منهما الثمن لانه يحتمل ان يشتريها من أحدهم ثم يهبها للآخر ويشتريها منه وإن قول اشتريتها منكما صفقة واحدة بألف فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن وله ان يحاف على الباقي وان قلنا يقرع بينهما وجب الثمن لمن تخرج له القرعة وبخلف للآخر ويبرأ وان قلنا يقسم قسم الثمن بينهما ويحاف لكل واحد منهما على الباقي فإن كان التاريخان مختلفين أو كانتا مطلقتين أو أحدهما مطابقة ثبت المقدان ولزمه اثمان لانه يمكن ان يشتريها من أحدهما ثم يملكها الآخر فيشتريها منه وإذا أمكن صدق البينتين والجمع بينهما وجب تصديقهما فان قيل فلم قلت ان البائع اذا كان واحداً والمشتري اثنان فاقام أحدهما بينة انه اشتراه في المحرم واقام الآخر بينة انه اشتراه في صفر يكون الشراء الثاني باطلاً قلنا انه اذا ثبت الملك للاول لم يبطله بان يبيعه للثاني ثانياً

الملك للمؤجر بهذه البينة فلا تثبت الاجارة المترتبة عليها (واثناني) أن بينة الخارج مقدمة على بينة الداخل ويخرج القضاء بها على تقديم بينة الداخل وكون الحاضر له فيها حق فانه يقضي بها وجهاً واحداً ومتى عاد المقر بها لغيره وادعاها لنفسه لم تسمع دعواه لانه أقرب بانه لا يملكها فلا يسمع منه الرجوع عن اقراره والحكم في غير الكلف كالحكم في الغائب على ما ذكرنا

(فصل) واذا طلب المدعي ان يكتب له محضراً بما جرى لزمته إجابته فيكتب له محضراً حضر القاضي فلان بن فلان الفلاني قاضي عبد الله الامام فلان بن فلان الفلاني او خليفة القاضي فلان بن فلان إن كان نائباً، فلان بن فلان الفلاني واحضر معه فلان بن فلان الفلاني فادعى داراً في يديه وبعينها ويدكر حدودها وصفتها فاعترف بها المدعى اياه فلان بن فلان الفلاني وهو حينئذ غائب عن بلد القاضي فأقام المدعي بينة وهي فلان بن فلان الفلاني وفلان بن فلان الفلاني فشهدا عنده للمدعي بما ادعاه وعرف الحاكم عدلتها بما يسوغ معه قبول شهادتهما أو شهد عنده بعد التهما فلان وفلان قبل شهادتهما قضى بها على الغائب جعل كل ذي حجة على حجته فان كان الغائب قد قدم ولم يأت بحجة زاد وقدم الغائب المقر له بهما فلان ولم يأت بحجة تدفع المدعي عن دعواه وإن أقام عند حضوره بينة زاد وأقام بينة وكانت بينة المدعي مقدمة على بيئته لانها بينة خارج

وفي مستأنثا ثبوت شرائه من كل واحد منها يبطل ملكه لانه لا يجوز ان يشترى ثانياً ملك نفسه ويجوز ان يبيع البائع ما ليس له ففترقا فان قيل إذا كانت البيعتان مطابقتين او احدهما مطلقا احتمل ان يكون تاريخهما واحداً فيتعارضان والاصل براءة ذمة الشهود عليه فلا تشغل بالشك قلنا متى أمكن صدق البيعتين وجب تصديقهما ولم يكن ثم شك وانما يبقى الوهم والوهم لا تبطل به البينة لانها لو بطلت به لم يثبت بها حق اصلا لانه مامن بينة الا ويحتمل ان تكون كاذبة أو غير عادلة أو متهمه أو معارضة ولم يلتفت الى الوهم كذا ههنا

﴿مسئلة﴾ (وان ادعى كل واحد منهما انه باعني اياه بألف وأقام بنية قدم اسبقهما تاريخا لما ذكرنا فان لم تسبق أحدهما تعارضنا

﴿مسئلة﴾ (وان قال أحدهما غضبني اياه وقال الاخر ملكنيه أو أقر لي به فان اقام كل واحد منهما بينة فهو للفصوب منه ولا يغرم للاخر شيئاً) لانه لا تعارض بينهما لجواز ان يكون غضبه من هذا ثم ملكه الاخر والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (وإذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قبل اقرارها)

لانها اقرت على نفسها وهي غير متهمه لانها لو ارادت ابتداء انسكاح لم تمنع منه فان ادعاها اثنتان فأقرت لاحدهما لم يقبل اقرارها لان الآخر يدعي ملك بعضها وهي معترفة ان ذلك قد ملك

(فصل) وإذا ادعى إنسان أن أباه مات وخافه وأخاه غائباً ولا وارث له سواهما وترك داراً في يد هذا الرجل فأناكر صاحب اليد فأقام المدعي بينة بما ادعاه ثبتت الدار للميت وانتزعت الدار من يد المنكر ودفع نصفها إلى المدعي وجعل النصف الآخر في يد أمين للغائب يكره له وكذلك إن كان المدعي مما ينقل ويحول، وهذا قال الشافعي وقول أبو حنيفة إن كان مما ينقل ولا يحول أو مما ينحفظ ولا يخاف هلاكه لم ينزع نصيب الغائب من يد المدعي عليه لأن الغائب لم يدعه هو ولا وكيله فلم ينزع من يد من هو في يده كما لو ادعى أحد الشريكين داراً مشتركة بيده وبين أجنبي فانه يسلم إلى المدعي نصيبه ولا ينزع نصيب الغائب كذا همنا

ولنا أنها تركة ميت ثبتت بيننا فوجب أن ينزع نصيب الغائب كالمقول وكما لو كان أخوه صغيراً أو مجنوناً، ولأن فيما قاله ضرراً لأنه قد يتمرر على الغائب إقامة البيعة وقد يموت الشاهدان أو يفيا أو تزول عنهما عداتهما ويعزل الحاكم فيضيع حقه فوجب أن يحفظ بانتزاعه كالمقول ويفارق الشريك الأجنبي إجمالاً وتفصيلاً أما الإجمال فإن المنقول ينزع نصيب شريكه في الميراث ولا ينزع نصيب شريكه الأجنبي وأما التفصيل فإن البيعة ثبت بها الحق للميت بدليل أنه يقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ولأن الأخ يشاركه فيما أخذه إذا تعذر عليه أخذ الباقي فأما إن كان ديناً في ذمة إنسان فهل يقبض الحاكم نصيب الغائب فيه وجهان (أحدهما) يقبضه كما يقبض الأمين

(والثاني) لا يقبضه لأنه إذا كان في ذمة من هو عليه كان أحوط من أن يكون أمانة في يد الأمين

عليها فصار إقرارها بحق غيرها ولأنها متهمه فإثمها لو اواردت ابتداء تزويج أحد المتداعيين لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الآخر فإن قيل فلو تداعيا عينا في يد ثالث فأقر لاحدهما قبل قلنا لا يثبت الملك بإقراره في الأمين إنما يجمله كصاحب اليد فيحلف والنكاح لا يستحق باليمين فلم ينفع الإقرار بها ههنا فإن كان أحد المتداعيين له بيعة حكم أمهها لأن البيعة حجة في النكاح وغيره وإن أقام بيتين تعارضتا وسقطا وحيل بينهما وبينها ولا يرجح أحد المتداعيين بإقرار المرأة لما ذكرنا ولا بكونها في بيته ويده لأن اليد لا تثبت على حرة ولا سبيل إلى اقسمة ههنا ولا إلى القرعة لأنه لا بد مع القرعة من اليمين ولا مدخل لها ههنا

﴿باب في تعارض البيعتين﴾

إذا قال لعبدته متى قتلت فانت حر فادعى العبد أنه قتل وأنكر لورثة فالحق قولهم لأن الأصل عدم القتل فإن أقام بيعة بدعواه عتق وإن أقام الورثة بيعة بموته قدمت بيعة العبد في أحد الوجهين لأنها تشهد بزيادة وهي اقتل (والثاني) يتعارضان لأن إحداهما تشهد بضد ما شهدت به الأخرى فيبقى على الرق

لأنه لا يؤمن عليه التلف إذا قبضه والاول أولى ، لانه في الذمة أيضاً يعرض للتلف بالفلس والموت وعزل الحاكم وتعذر البينة إذا ثبت هذا فاننا إذا دفعنا إلى الحاضر نصف الدار أو الدين لم نطالبه بضمين لاننا دفعناه بقول الشهود والمطالبة بالضمين طعن عليهم ، قل أصحابنا سواء كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا ويحتمل أن لا تقبل شهادتهما في نفي وارث آخر حتى يكونا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقدمة ، لأن من ليس من أهل المعرفة ليس جهله بالوارث دليلاً على علمه ولا يكتفي به وهذا قول الشافعي فعلى هذا تكون الدار موقوفة ولا يسلم إلى الحاضر نصفها حتى يسأل الحاكم ويكشف عن الموضع التي كان يطوفها ويأمر منادياً ينادي إن فلائمات فان كان له وارث فليأت فاذا غلب على ظنه انه لو كان له وارث لظهر دفعه إلى الحاضر نصيبه وهل يطالب منه ضمينا؟ يحتمل وجهين وهكذا الحكم إذا كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة ولكن لم يقولوا ولا نعلم له وارثاً سواء فان كان مع الابن ذو فرض فعلى ظاهر المذهب يعطى فرضه كاملاً وعلى هذا التخرج يعطى اليقين فان كانت له زوجة أعطيت ربع الثمن لجواز ان يكون له أربع نسوة وإن كانت له جدة ولم يثبت موت أمه لم تعط شيئاً وإن ثبت موتها أعطيت ثلث السدس لجواز ان يكون له ثلاث جدات ولا تعطى العصبة شيئاً فان كان الوارث أخاً لم يعط شيئاً لجواز ان يكون له بيت وارث يحجبه وإن كان معه أم أعطيت السدس عائلاً والمرأة ربع الثمن عائلاً والزوج الربع عائلاً لانه اليقين فان المسئلة قد تعول مع وجود

﴿ مسألة ﴾ (وان قل ان مت في المحرم فسالم حر وان مت في صفر فنام حر واقام كل واحد منهما بينة بدعواه بموجب عتقه قدمت بينة سالم في أحد الوجوه)
لان معها زيادة علم فانها اثبتت ما يجوز ان يجتني على البينة الاخرى (واثني) يتعارضان ويبقى العبد على الرق لانهما سقطا فصارا كمن لا بينة لهما (والثالث) يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعة فاما ان لم تقم لواحد منها بينة وأنكر الورثة فالقول قولهم لانه يجوز ان يموت في غير هذين الشهرين وان اقروا لاحد عتق باقرارهم وكذلك ان أقام بينة

﴿ مسألة ﴾ (وان قال ان مت من مرضي هذا فسالم حر وان برئت فنام حر فاقاما بينتين تعارضتا وبقي على الرق ذكره أصحابنا وقياس ان يعتق أحدهما بالقرعة ويحتمل ان يعتق غانم وحده لان بينته تشهد بزيادة)

إذا قال ان مت من مرضي هذا فسالم حر وان برئت فنام حر فاقام كل واحد منهما موجب عتقه اقرع بينهما فن خرجت له اقرعة عتق لانه لا يخلو من ان يكون برأ أو لم يبرأ فيعتق أحدهما على كل حال ولم تعلم عينه فيخرج بالقرعة كولو اعتق أحدهما فاشكل علينا ويحتمل ان يقدم قول سالم لان الاصل عدم البرء وان أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه فقال أصحابنا يتعارضان ويبقى العبدان على الرق وهذا مذهب الشافعي لان كل واحد منهما تكذب الاخرى وتثبت زيادة

الزوج مثل أن يخلف ابوين وابنين وزوجا، فاذا كشف الحاكم أعطى الزوج نصيبه وكل لذوي الفروض وفروضهم.

(فصل) وإذا اختلف في دار في يد أحدهما فأقام المدعي بينة ان هذه الدار كانت أمس ملكه او منذ شهر فهل تسمع هذه البينة ويقضى بها؟ على وجهين (أحدهما) تسمع ويحكم بها لانها ثبتت الملك في الماضي واذا ثبت استديم حتى يعلم زواله.

(والثاني) لا تسمع قال القاضي هو الصحيح لان الدعوى لا تسمع ما لم يدع المدعي الملك في الحال فلا تسمع بينة على ما لم يدعه لكن إن انضم إلى شهادتها بيان سبب يد الكافي وتعريف تديرها فقالا نشهد انها كانت ملكه أمس فقبضها هذا منه او سرقتها او ضلت منه فالتقطها هذا ونحو ذلك سمعت وقضى بها لانها اذا لم تبين السبب فلا يد دليل الملك ولا يتباني بين ما شهدت به البينة وبين دلالة اليد لجواز ان تكون ما ملكه أمس ثم تنقل إلى صاحب اليد فاذا ثبت ان سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلا فوجب اقصاء بأستدامة الملك السابق وإن أقر المدعى عليه انها كانت ملكا للمدعي أمس أو فيما مضى سمع اقراره وحكم به في الصحيح لانه حينئذ يحتاج إلى بيان سبب انتقالها اليه فيصير هو المدعي فيحتاج إلى البينة ويفارق البينة من وجهين

(أحدهما) انه أقوى من البينة لكونه شهادة من الانسان على نفسه ويزول به النزاع بخلاف البينة ولهذا يسمع في المجهول ويقضى به بخلاف البينة (والثاني) ان البينة لا تسمع إلا على ما ادعاه

تنقيها الاخرى وهذا قول لا يصح وهو ظاهر الفساد لان التعارض أثر في اسقاط البينتين ولو لم يكونا أصلا لعتق أحدهما فكذلك اذا سقطا وذلك لانه لا يخلو من احدى الحالتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق أحدهما فيلزم وجوده كما لو قال ان كان هذا الطائر غرابا فسالم حر وان لم يكن غرابا فغانم حر ولم يعلم حاله ولكن يجهل وجهين (أحدهما) يقرع بينهما كما في مسألة الطائر ولان البينتين اذا تعارضا قدمت احدهما بالقرعة في رواية (والثاني) تقدم بينة غنم لانها شهدت بزيادة وهي البرء وان أقر الورثة لاحد عتق باقرارهم ولم يسقط حق الآخر مما ذكرنا الا ان يشهد عدلان منهم بذلك مع انتفاء المهمة فيعتق وحده إذا لم تكن للآخر بينة

﴿مسئلة﴾ (وان ائلف ثوبا فشهدت بينة ان قيمته عشرون وشهدت أخرى ان قيمته ثلاثون لزمته أقل القيمتين)

وجملة ذلك أنه إذا شهد شاهد أنه غصبه ثوبا قيمته درهمان وشهد آخر ان قيمته ثلاثة ثبت ما اتفقا عليه وهو درهمان فله ان يخلف مع الآخر على درهم لانها اتفقا على درهمين وانفرد احدهما بدرهم فاشبه ما لو شهد احدهما بالن والآخر بخمسة مائة واذا شهد شاهدان ان قيمته درهمان وشاهدان ان قيمته ثلاثة ثبت له درهمان وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة له ثلاثة لانه قد شهد بها شاهدان

والدعوى يجب أن تكون معلاقة بالحال والاقرار يسمع ابتداء وإن شهدت البينة أنها كانت في يده أمس ففي سماعها وجهان ، وإن أقر المدعى عليه بذلك فالصحيح أنها تسمع ويقضى به لما ذكرنا (فصل) وإن ادعى أمة أنها له وأقام بينة فشهدت لها ابنة أمته أو ادعى ثمرة فشهدت له البينة أنها عمرة شجرته لم يحكم به بها لجواز أن تكون ولتتها قبل تملكها وأمّرت الشجرة هذه الثمرة قبل ملكه إياها ، وإن قالت البينة ولدتها في ملكه أو أمّرتها في ملكه حكم له بها لأنها شهدت أنها نماء ملكه ونماء ملكه مالم يرد سبب ينقله عنه فإن قيل فقد قلتم لا تقبل شهادته بالملك السابق على الصحيح وهذه شهادة بملك سابق قلنا الفرق بينهما على تقدير التسليم أن النماء تابع للملك في الاصل فاثبات ملكه في الزمن الماضي على وجه اتبع وجرى مجرى مالو قال ملكته منذسنة وأقام البينة بذلك فإن ملكه يثبت في الزمن الماضي تبعاً للحال ويكون له النماء فيما مضى ولأن البينة ههنا شهدت بسبب الملك وهو ولادتها أو وجودها في ملكه فتقويت بذلك ولهذا لو شهدت بالسبب في الزمن الماضي فقات أقرضه ألفاً أو باعه ثبت الملك وإن لم يذكره فمع ذكره أولى

وإن شهدت له البينة أن هذا الغزل من قطنه وهذا الدقيق من حنظته وإن هذا الطائر من بيضته حكم له به وإن لم يصفه إلى مالكه لأن الغزل عين القطن وإنما تنيرت صفته والدقيق أجزاء

وهي حجة فيؤخذ بها كما يؤخذ بالزيادة في الاخبار وكما لو شهد شاهدان بالف وشاهدان بالفين فإنه يجب له الغان قال القاضي ويتوجه لنا مثل ذلك كما لو شهد له شاهدان بالف وشاهدان بخمسائة ولنا أن من شهد أن قيمته درهمان ينفي أن قيمته ثلاثة فقد تعارضت البيتان في الدرهم ويخالف الزيادة في الاخبار فإن من يروي الناقص لا ينفي الزيادة وكذلك من شهد بالف لا ينفي أن عليه ألفاً آخر فإن قيل فلم قلتم إنه إذا شهد بواحدة من القيمتين شاهدان تعارضتا وإن شهد شاهد لم يتعارضتا وكان له أن يحلف مع الشاهد بالزيادة عليها؟ قلنا لأن الشاهدين حجة وبينه وإذا كملت من الجانبين تعارضت الحججتان اتمذر الجمع بينهما أما الشاهد الواحد فليس بحجة وحده وإنما يصير حجة مع البين فإذا حلف مع أحدهما كملت الحجة مع يمينه ولم يعارضها ما ليس بحجة كالمشهد بأحدهما شاهدان وبالأخر شاهد واحد

﴿مسئلة﴾ (ولو ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت فورثناها مم مات ابني فورثته وقال آخرها بل مات ابني فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لآبيه وميراث المرأة لآخيهما وزوجها نصفين وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وسقطتا أيضاً وقياس مسائل الخرقى أن يجعل للاخ سدين مال الابن والباقي للزوج) وجملة ذلك أنه إذا مات جماعة يرث بعضهم بعضاً واختلف الأحياء من ورثتهم في السابق

الحنطة تفرقت والظير هو أجزاء البيضة استحال وكان البينة قلت هذا غزله ودقيقه وطيئه وليس كذلك الولد واثمة فإثمة غير الام والشجرة ولو شهد ان هذه البيضة من طيره لم يحكم له بها حتى يقولوا باضا في ملكه لان البيضة غير الظير وانما هي من نمائه فهي كالولد ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كما ذكرنا

(فصل) واذا كانت في يد زيد دار فادعاها عمرو وأقام بينة انه اشتراها من خالد بثلث مسمى نقده إياه او ان خالداً وهبه تلك الدار لم تقبل بينته بهذا حتى يشهد ان خالداً باعه إياها او وهبها له وهو يملكها أو يشهد انها دار عمرو اشتراها من خالد او يشهد انه باعها او وهبها له وسلمها اليه وانما لم تسمع البينة بمجرد الشراء والهبة لان الانسان قد يبيع مالا يملكه ويهبه فلا تقبل شهادتهم به فان انضم إلى ذلك الشهادة للبايع بالملك أو شهدوا للمشتري بالملك او شهدوا بالتسليم فتمد شهدوا بتقديم اليد أو بالملك المدعي او لمن باعه فالظاهر انه ملكه لان اليد تدل على الملك وهذا مذهب الشافعي وانما قبلناها وهي شهادة بملك ماض لانها شهدت بالملك مع السبب والظاهر استمراره بخلاف ما اذا لم يذكر السبب

بالموت في المسئلة المذكورة فقال الزوج ماتت المرأة أولاً فصار ميراثها كله لي ولابني ثم مات ابني فصار ميراثه لي وقال أخوها مات ابنها أولاً فورثت ثلث ماله ثم ماتت فكان ميراثها بيني وبينك نصفين حاف كل واحد منهما على ابطال دعوى صاحبه وجعلنا ميراث كل واحد منهما للاحياء من ورثته دون من مات معه لان سبب استحقاق الحي من موروثه موجود وانما يتمتع ابنا موروث الاخر بعده وهذا الامر مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك فيكون ميراث الابن لابيه لا يشارك له فيه وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين وهذا مذهب الشافعي فان قيل فقد اعطيتم الزوج النصف وهو لا يدعي إلا الربع قلنا بل هو مدع لجميعه ربه بميراثها منه وثلاثة أرباعه بميرانه من أبيه قال أبو بكر قد ثبتت البنوة بيقين فلا يقطع ميراث الاب فيه إلا ببينة تقوم للاخ وهذا تعليل لقول الخرق في هذه المسئلة وذكر قول آخر يحتمل ان الميراث بينهما نصفين قال شيخنا وهذا ما يدري ما أراد به ان اراد ان مال المرأة بينهما نصفين لم يصح لانه يفضي الى إعطاء الاخ ما لا يدعيه ولا يستحقه يقينا لانه لا يدعي من مال الابن أكثر من سدسه ولا يمكن ان يستحق أكثر منه وان اراد ان ثلث مال الابن يضم الى مال المرأة فيقسمانه نصفين لم يصح لان نصف ذلك الى الزوج باتفاق منهما لا ينازعه الاخ فيه وانما النزاع بينهما في نصفه ويحتمل ان يكون هذا مراده كما لو تنازع رجلان دارا في ايديهما فادعاها احدهما كلها وادعى الاخر نصفها فانها تقسم بينهما نصفين وتكون اليمين على مدعي النصف الا ان الفرق بين هذه المسئلة وتلك ان الدار في ايديهما فكل واحد منهما في يده

(الجزء الثاني عشر) (٢٧) (المغني والشرح الكبير)

(فصل) واذا كان في يد رجل طفل لا يعبر عن نفسه فادعى انه مملوكه قبلت دعواه ولم يحل بينه وبينه لان اليد دليل الملك والصبي مالم يعبر عن نفسه فهو كالبهيمة والمتاع الا ان يعرف ان سبب يده غير الملك مثل ان يلتقطه فلا تقبل دعواه لرق لان اللقيط محكوم بحريته وأما غيره فقد وجد فيه دليل الملك من غير معارض فيحكم برقه فإذا بلغ فادعى الحرية لم تقبل دعواه لانه محكوم برقه قبل دعواه وان لم يدع ملكه لسكنه كان يتصرف فيه بالاستخدام وغيره فهو كما لو ادعى رقه ويحكم له برقه لان اليد دليل الملك فان ادعى اجنبي نسبه لم يقبل لما فيه من الضرر على السيد لان النسب مقدم على الولاة في الميراث فان اقام البيعة بنسبه ثبت ولم يزل الملك عنه لانه يجوز ان يكون ولده وهو مملوك بان يتزوج بامة أو يسي الصغير ثم يسلم أبوه الا ان يكون الاب عربياً فلا يسترق ولده في رواية وهو قول الشافعي القديم وان اقام بيعة انه ابن حرة فهو حر لان ولد الحرة لا يكون الا حراً وان كان الصبي مميزاً يعبر عن نفسه فادعى من هو في يده رقه ولم يعرف تقدم اليد عليه قبل تميزه الا أننا إن رأينا في يدها يتنازعان ففيه وجهاً (إحدهما) لا يثبت ملكه عليه لانه معرب عن نفسه ويدعي الحرية أشبه البالغ (والثاني) يثبت ملكه عليه لانه صغير ادعى رقه وهو في يده فاشبه الطفل فاما البالغ اذا ادعى رقه فانكر لم يثبت رقه الا بيينة وان لم تكن بيينة فالقول قوله مع يمينه في الحرية لانها الاصل وهذا انصل بجميعه مذهب الشافعي وأبي ثور واصحاب الرأي الا ان اصحاب

نصفها يدعي النصف يدعي وهو في يده فقبل قوله فيه مع يمينه وفي مستأثنا يعرف ان هذا ميراث عن البنين فلا يد لاحدهما عليه لاعتراضهما بانه لم يكن لهواً او اماً هو ميراث يدعيانه من غيرهما وان اراد ان سدس مال الابن يضم الى نصف مال المرأة فيقسم بينهما نصفين فله وجه لانهما تساويان في دعواه فيقسم بينهما كما لو تنازعا دابة في أيديهما وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به والذي يقتضيه قول اصحابنا في الفرقي والمدهمي أن يكون سدس الابن للاخ وباقي ميراثها للزوج لانا نقدر ان المرأة ماتت أولاً فيكون ميراثها لابنها وزوجها ثم مات الابن فورثه أبوه وهو الزوج فصار ميراثها كله لزوجها ثم تقدر ان الابن مات أولاً فورثه أبوه لانه الثلث ثم ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين لكل واحد منهما السدس فلم يرث الاخ الا سدس مال الابن كما ذكرنا قال شيخنا ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتهما وانفق وراثتهما على الجهل به والقولان المتقدمان قول الخرقي وقول أبي فيما اذا ادعى ورثة كل ميت انه مات أخيراً وان الاخرا مات قبله فان كان لاحدهما بيينة بما ادعاه حكم له بها وان اقاما بينتين تعارضتا وهل يسقطان أو يقرع بينهما أو يقسمان ما اختلفا فيه؟ يخرج على الروايات الثلاثة ..

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (إذا شهدت بينة على ميت انه وصي بعقق سالم وهو ثلث ماله وشهدت بينة أخرى أنه وصي بعقق غانم وهو ثلث ماله أقرع بينهما فمن تقع له القرعة عتق دون

الرأي قالوا متى اقام انسان بينة انه واده ثبت النسب والجرية لان ظهور الحرية في ولد الحر اكثر من احتمال الرق الحاصل باليد لا سيما اذا لم يعرف من الرجل كفر ولا تزوج بامة فلا ينفى احتمال الرق وهذا القول هو الصواب ان شاء الله

(فصل) وان ادعى اثنان رق بالغ في ايديهما فانكرهما فالقول قوله مع يمينه ، وان اعترف لهما بالرق ثبت رقه فان ادعاه كل واحد منهما انفسه فاعترف لاحدهما فهو لمن اعترف له ، وهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يكون بينهما نصفين لان يدهما عايه فأشبهه الطفل والثوب وانا انه اتما حكم برقه باعترافيه فكان مملوكاً لمن اعترف له كما لو لم تكن يده عليه ويخلف الثوب والطفل فان الملك حصل فهدما باليد وقد تساويا فيه وهما حصل بالاعتراف ، وقد اختلف به أحدهما فكان مختصاً به ، فان اقام كل واحد منهما بينة انه مملوكه تعارضتا وسقطتا ويقرعه بينهما أو يقسم بينهما على مامضى من التفصيل فيه فان قلنا بسقوطهما ولم يعترف لهما بالرق فهو حر ، وان اعترف لاحدهما فهو من اعترف له ، وان أقر لهما معاً فهو بينهما لان البينتين سقطتا وصارتا كالمعدومتين فان قلنا بالقرعة أو اقسمة فأنكرهما لم ياتفت إلى انكاره وان اعترف لاحدهما لم ياتفت إلى اعترافه لان رقه ثابت بالبينة فلم تبقى له يد على نفسه كما قلنا فيما اذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث وأقام كل واحد منهما بينة انها ماسكه واعترف انها ليست له ثم أقر انها لاحدهما لم يرجع باقراره

صاحبه الا ان يجيز الورثة لأن الوصيتين ثبتا بشهادة العدول فهما سواء فيقرعه بينهما سواء اتفق تاريخهما او اختلف لان الوصية يستوي فيها التقدم والتأخر فن خرجت له القرعة عتق جميعه وذل أبو بكر وابن ابي موسى يمتق نصف كل واحد منهما بنير قرعة لان القرعة إنما يجب إذا كان أحدهما عبداً والآخر حراً ولا كذلك ههنا فيجب ان يقسم بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كما لو ادعى لاثنين بمال والاول قياس الذهب لان الاعتاق بعد الموت كالاعتاق في مرض الموت وقد ثبت في الاعتاق في مرض الموت أنه يقرع بينهما الحديث عمران بن حصين كذلك بعد الموت ولان المعنى المتعني في أحدهما في الحياة وجود بعد المات فيثبت فلما ان صرح فقال إذا مات فنصف كل واحد من سالم وغمم حر أو كل في لذته ما يقتضيه أودات عليه قرينة ثبت ما اتضاه وان أجاز الورثة عتقهما عتقا لان الحق لم فأشبهه ما لو أعتقتهما بعد موته

﴿مسئلة﴾ وان شهدت بينا سالم أنه رجع عن عتق غنم عتق سالم واحده سواء كانت بينته وارثة أو لم تكن لانهم لم يجز ان يشهدتهما الى أنفسهما نفعا ولا يدفعان عنها ضرراً فز قيل فرهما يثبتان لانفسهما ولاء سالم قلنا وهما يسقطان ولاء غنم أيضاً على أن الولاة إنما هو اثبات سبب الميراث ومثل ذلك لا ترد الشهادة فيه كما يثبت النصب بالشهادة وان كان اشاهد يجوز أن يرث المشهود له وتقبل شهادته لآخيه بالمال وان جاز ان يرثه

(فصل) ولو كان في يده صغيرة فادعى نكاحها لم يقبل منه ولا يخل بينهما وبينه ولو ادعى رقبها قبل منه اذا كانت طفلة لا تعتبر عن نفسها ، لان اليد دليل الملك وأما المدعي للنكاح فهو مقر بحريتها أو بانها غير مملوكة له واليد لا تثبت على الحر فاذا كبرت فاعترفت له بالنكاح قبل اقرارها

(فصل) ولو ادعى ملك عين واقام به بينة وادعى آخر انه باعها منه أو وهبها اياه أو وقفها عليه أو ادعت امرأته انه اصدقها اياها أو اعتقها واقام بذلك بينة قضي له بها بغير خلاف نعمه لان بينة هذا شهدت بأمر خفي على البينة الاخرى والبينة الاخرى شهدت بالاصل فيمكن انه كان ملكه ثم صنع به ما شهدت به البينة الاخرى ، ولو مات رجل وترك دراً فادعى ابنه انه خلفها ميراثاً وادعت امرأته انه اصدقها اياها واقاما بذلك بينتين حكم بها للمرأة ولانها تدعي امرأاً زائداً خفي على بينة الابن وسواء شهدت البينة بالشراء وما في معناه بأنه باع ملكه أو ما في يده أو لم تشهد بذلك وسواء شهدت بالبيع والقبض أو لم تذكر القبض وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يثبت الملك للمشتري ولا تزال بد البائع الا أن تشهد البينة بأنه باع ملكه أو ما في يده لان البيع المطلق ليس بحجة لانه قد يبيع ما لا يملك

ولنا أن بينة البائع أثبتت الملك له فاذا اقامت بينة الشراء عليه كانت حجة عليه في ازالة ملكه عنها الى المشتري فوجب القضاء له بها، ولو ادعى انسان داراً في يد رجل انها لي منذ سنة واقام بهذا

﴿مسئلة﴾ (وان كانت قيمة غنم سدس المال وبينته أجنبية قبلت)

لانها بينة غير متهمة فتقبل شهادتها كالمال وان كانت بينته وارثة عتق العبدان لان البينة الوارثة متهمة في شهادتها لكونها ترد الى الرق من كثرت قيمته وترد شهادتها في الرجوع كالمال كانت فاسقة ويعتق سالم كله بالبينة العادلة ويعتق غنم لان سالم الما عتق بشهادة الاجنبيين صار كالمغصوب فصار غنم ربع التركة فيعتق جميعه ليقصه عن ثلث الباقي لان الباقي يصير كانه التركة جميعها وإنما يعتق باقرارهم لا بشهادتهم قال أبو بكر ، ويحتمل ان يقرع بينهما فان خرجت القرعة لسالم عتق وحده وان خرجت لغانم عتق هو ونصف سالم كالمال تشهد بالرجوع فان الشهادة بالرجوع لم تقبل فكان وجودها كعدمها فانها في هذه الصورة يعتق فيها ثلث المال وتكفل في احدها فاذا وقعت القرعة لسالم عتق جميعه لانه ثلث المال وان وقعت لغانم عتق جميعه ونصف سالم لان ذلك ثلث المال

﴿مسئلة﴾ وان شهدت بينة انه أعتق سالمًا في مرضه وشهدت أخرى انه وصى بعتق غنم وكل

واحد منهما ثلث المال عتق سالم وحده)

لانه لا ينفذ تصرفه في مرضه الا في الثلث إذا لم تجز الورثة وعتق سالم منجز وعتق غنم وصية

فيقدم عتق سالم على الوصية

بيدة فجاء ثالث فادعى أنه اشترها من مدعيها منذ سنتين وأقام بهذا بينة ثبت لمدعي الشراء وليس في شهادة البيدة الاولى أنه ملكها منذ سنة ما يبطل أنها له منذ سنتين لأنه لا تنافي بين ملكها منذ سنتين وملكها منذ سنة فان المالك منذ سنتين يستمر ملكه في السنة الثانية فان قالت بيدة الشراء هو مالكا ثبت الملك بغير خلاف وان لم تقل ذلك كان فيه من الخلاف ما قد ذكرناه

(فصل) ولو ادعى رجل ملك دار في يد آخر وادعى صاحب اليد أنها في يده منذ سنتين وأقام كل واحد منها بيذة بدعواه فهي لمدعي الملك بلا خلاف نعم له لأنه لا تنافي بين الدعوتين ولا البينتين لأنها قد تكون ملكا له وهي في يد الآخر، وان ادعى دابة أنها له منذ عشر سنين وأقام بهذا بينة فوجدت الدابة لها أقل من عشر سنين فلبينة كاذبة والدابة لمن هي في يده

(فصل) واذا شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان بالف وشهد احدهما أنه قضاه ثبت الاقراران حلف مع شاهده على القضاء ثبت والا حلف المقر له انه لم يقضه ويثبت له الالف وان شهد أحدهما أن له عليه ألفاً وشهد الآخر أنه قضاه ألفاً ثبت عليه الالف لان شاهد القضاء لم يشهد بالف عليه وإنما تضمنت شهادته أنها كانت عليه والشهادة لا تقبل الاصرحة بخلاف المسئلة الاولى فان البينة اثبتت الالف بشهادتها الصريحة بها ولو ادعى أنه اقرضه ألفاً فقال لا يستحق علي شيئاً فقام بيذة بالقرض وأقام المدعى عليه بيذة أنه قضاه ألفاً ولم يعرف التاريخ برىء بالقضاء لأنه لم يثبت عليه إلا ألف

﴿مسئلة﴾ وان شهدت بيذة غانم أنه اعتقه في مرضه أيضاً عتق اقدمهما تاريخاً فان جهل السابق عتق أحدهما بالقرعة)

وجملة ذلك أنه إذا ادعى سالم أنه أعتقه في مرض موته وادعى عبده غانم انه اعتقه في مرض موته وأقام كل واحد منهما بيذة بدعواه فلا تعارض بينهما لان ما شهدت به كل بيذة لا ينفي ما شهدت به الاخرى ولا يكذبها فيثبت اعتاقه لها فان كانت البينتين مؤرختين بتاريخين مختلفين عتق الاول منهما ورق الثاني الا ان يجيز الورثة لان المريض إذا تبرع تبرعا يعجز ثلثه قدم الاول فالاول وان اتفق تاريخهما أو اطلقتا أو احدهما فهما سواء لانه لا مزبة لاحدهما على الاخرى فيستويان ويقرع بينهما فيعتق من تخرج له القرعة ويرق الآخر الا أن يجيز الورثة لانه لا يخلو اما أن يكون أعتقهما معاً فيقرع بينهما كما فعل النبي ﷺ في العبيد الستة الذين أعتقهم سيدهم عند موته ولم يكن له مال سواهم أو يكون اعترق احدهما قبل صاحبه واشكل علينا فيخرج بالقرعة كما في مسئلة الطائر وقيل يعتق من كل واحد نصفه .

وهو قول الشافعي لانه أقرب الى التعديل منهما فان في القرعة قد يرق السابق المستحق للعتق ويعتق الثاني المستحق للرق وفي القسمة لا يخلو المستحق للعتق من حرية ولا المستحق للرق من رق ولذلك قسمنا المختلف فيه على إحدى الروايتين إذا تعارضت بينتان والاول المذهب لانه لا يخلو من شبهة باحدى

واحد ولا يكون القضاء الا لما عليه فلماذا جعل القضاء للآلث الثابتة وان قل ما فرضتني ثم أقام بينة بالقضاء لم تقبل بينته في انه قضاء للقرض لانه بانكاره القرض تعين صرفها الى قضاء غيره ولو لم ينكر القرض الا ان بينة القضاء كانت مؤرخة بتاريخ سابق على القرض لم يجز صرفها الى قضاء القرض لانه لا يقضي القرض قبل وجوده

﴿ مسألة ﴾ قال (ولو مات رجل وخلف ولدين مسلما وكافرا فادعى المسلم أن أباه مات مسلما وادعى الكافر أن أباه مات كافرا فلقول قول الكافر مع يمينه لان المسلم باعترافه بأخوة الكافر يعترف بان أباه كان كافرا مدعيا لاسلامه وان لم يعترف بأخوة الكافر ولم تكن بينة بأخوته كان الميراث بينهما نصفين لتساوي أبايهما)

وجملته أنه إذا مات رجل لا يعرف دينه وخلف تركة وابنين يعترفان أنه أبوها أحدهما مسلم والآخر كافر فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه وان الميراث له دون أخيه فالميراث للكافر لان دعوى المسلم لا تخلو من ان يدعي كون الميت مسلماً أصليا فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوه الكافر مرتدأ وهذا خلاف الظاهر فان المرتد لا يقر على زده في دار الاسلام أو يقول ان أباه كان كافراً فاسم قبل موته فهو معترف بان الاصل ما قاله اخوه مدع زواله وانتقاله والاصل

الصورتين اللتين ذكرناهما والقرعة ثابتة في كل واحد منهما وقولم ان في القرعة احتمال ارفاق الحر قلة وفي القسمة ارفاق نصف الحر يقيناً وتحرير نصف الرقيق يقيناً وهو أعظم ضرراً

﴿ مسألة ﴾ (فان كانت بينة أحدهما وارثة ولم تكذب الاجنبية فكذلك وان قالت ما اعتق سالماً انما اعتق غانماً فاعتق غانم كله وحكم سالم كحكمه لو لم يطعن في بينته في انه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة والإفلا ، وان كانت الورثة فاسقة ولم تطعن في بينة سالم عتق سالم كله وينظر في بينة غانم فان كان تاريخ عتقه سابقاً أو خرجت القرعة له عتق كله ، وإن كان متأخراً أو خرجت القرعة لسالم لم يعتق منه شيء . وقال القاضي : يعتق من غانم نصفه وإن كذبت بينة سالم عتق العبدان)

وجملة ذلك ان المريض إذا خلف ابنين لا وارث له سواهما فشهدا انه اعتق سالماً في مرض موته وشهد اجنبيان انه اعتق غانماً في مرض موته وكل واحد ثلث ماله ولم يطعن الاثنان في شهادتهما وكانت البيتين عادلتين فالحكم فيه كالحكم فيما إذا كانتا اجنبيتين سواء لانه قد ثبت ان الميت اعتق العبدين ، وان طعن الاثنان في شهادة الاجنبيين وقال ما اعتق غانماً انما اعتق سالماً لم يقبل قولهما في رد شهادة الاجنبية لانها بينة عادلة مثبته والاخرى نافية وقول المثبت يقدم على قول النافي ويكون حكم ما شهدت به إذا لم تطعن الوارثة في شهادتها انه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة ويرق

بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله وهذا معنى قول الخري ان المسلم باعترافه باخوة الكافر معترف أن أباه كان كافراً مدعياً الاسلامه وذكرا بن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أنهما في الدعوى سواء فاليراث بينهما نصفين كما لو تنازع اثنان عيناً في أيديهما ويحتمل أن يكون اليراث للمسلم منها وهو قول أبي حنيفة لان الدار دار الاسلام بحكم باسلام لقيظها ويثبت للميت فيها اذا لم يعرف أصل دينه حكم الاسلام في الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على أ. كفان موتى المسلمين ولان هذا حكمه حكم الموتى المسلمين في تقصيله والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين وسائر أحكامه فكذلك في ميراثه ولان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ويجوز أن يكون أخوه الكافر مرتداً لم تثبت عند الحاكم رده ولم ينته الى الامام خبره وظهور الاسلام بناء على هذا أكثر من ظهور الكفر بناء على كفر أبيه ولهذا جعل الشرع احكامه احكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه وقال القاضي قياس المذهب انا ننظر فان كانت التركة في أيديهما قدمت بينهما نصفين وان لم تكن في أيديهما أقرع بينهما فن قرع صاحبه حلان واستحق كما قلنا فيما اذا تداعيا عيناً ويتضي كلامه أنها اذا كانت في يد أحدهما فهي له مع يمينه وهذا لا يصلح لان كل واحد منهما يترف ان هذه التركة تركة هذا الميت وانه انما يستحقها باليراث فلا حكم ليد، وقل أبو الخطاب يحتمل أن يقف الامر حتى يعرف أصل دينه أو يصطلحا وهذا قول الشافعي .

إذا تأخر تاريخه او خرجت القرعة لغيره . واما الذي شهد به الابنان فيعتق كله لاقرارهما باعترافه وحده واستحقاقه الحرية .

وهذا قول القاضي وقيل يعتق ثلثاه إن حكم بعق سالم وهو ثلث الباقي لان العبد الذي شهد به الاجنبيان كأنه صوب من التركة والذاهب من التركة بموت أو تلف فيعتق ثلث الباقي وهو ثلثا غنم والاول أصح لان الاعتبر بخروجه من ائثار حال الموت وحال الميت في قول الابنين لم يعتق سالم انما عتق بالشهاد بعد الموت فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل موته من كان الاثنان ذائبين ولم يردا شهادة لاجنبية ثبت العتق لسالم ولم يزاحمه من شهد له الاثنان لفسقهما فلا يقبل قولهما في استقاط حق ثبت بيينة عادلة وقد أقر الابنان بعق غنم فينظر فان تقدم تاريخ عتقه أو أقرع بينهما فن خرجت له القرعة عتق كله كما قلنا في التي قبلها وإن تأخر تاريخ عتقه أو خرجت القرعة لغيره لم يعتق منه شيء لان الاثنين لو كانا عدايين لم يعتق منه شيء فاذا كانا فاسقين أولى وقال القاضي وبعض اصحاب الشافعي يعتق نصقه في الاحوال كلها لانه استحق العتق باقرار الورثة مع ثبوت عتق الاخر بالبيينة العادلة فصار بالبيينة كأنه أعتق العبدان فيعتق منه نصفه .

قال شيخنا : وهذا لا يصح فانه لو أعتق العبدان لأعتقنا أحدهما بالقرعة ولانه في حال تقديم تاريخ من شهدت له البيينة لا يعتق منه شيء وكانت بيينة عادلة فع فسوقها أولى وان كذبت الوارثة

ولنا ما ذكرناه من الدليل على ظهور كفره وعند ذلك يتعين الترجيح لقوله وصرف الميراث إليه وأما ظهور حكم الإسلام في الصلاة عليه فلأن الملة لا ضرر فيها على أحد وكذلك تفسيره ودفنه ، وأما قوله أن الإسلام يعلو ولا يعلى فإما يعلو إذا ثبت والنزاع في ثبوته وهذا فيما إذا لم يثبت فأما إن ثبت أصل دينه فالقول قول من ينفيه عليه مع يمينه وهذا قول الشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، وقيل أبو حنيفة القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا في التي قبلها

ولنا أن الأصل بقاء ما كان عليه وكان القول قول من يدعيه كسائر المواضع فإما إن لم يعترف المسلم بأخوة الكافر وادعى كل واحد منهما أن الميت أبوه دون الآخر فهما سواء في الدعوة لتساوي أيديهما ودعاؤيهما فإن المسلم والكافر في الدعوى سواء ويقسم ميراثه نصفين كما لو كان في أيديهما دار فادعاهما كل واحد منهما ولا بيعة لهما ويحتمل أن يتقدم قول المسلم لما ذكرنا والله أعلم .

﴿مسئلة﴾ قل (وإن أقام المسلم بيعة أنه مات مسلماً وأقام الكافر بيعة أنه مات كافراً أهدت البيعتان وكما كان لا بيعة لهما وإن قال شاهدان نعرفه كان كافراً وقيل شاهدان نعرفه كان مسلماً والميراث للمسلم لأن الإسلام يطراً على الكفر إذا لم يؤثر منفرتهم) وجملة ذلك أنه إذا خلف الميت ولدين مسلماً وكافراً فدعى المسلم أنه مات مسلماً وأقام بذلك بيعة وأقام الكافر بيعة من المسلمين أنه مات كافراً ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان وإن عرف

الاجنبية فقلت ما أعتق سالمًا إنما أعتق غانمًا عتق العبدان وقيل يعتق من غانم ثلثاه والاول أولى . (فصل) إذا شهد عدلان أجنيبان أنه وصى بعتق سالم وهد عدلان وارثان أنه رجع عن الوصية بعتق سالم ووصى بعتق غانم وقيمتها سواء أو كانت قيمة غانم أكثر قبلت شهادتهما وبطلت وصية عتق سالم وقد ذكرناه فإن كان الوارثان ذميين لم تقبل شهادتهما في الرجوع ويلزمهما إقرارهما لغانم فيعتق سالم بالبيعة العادلة ويعتق غانم بإقرار الورثة بالوصية باعتقاده وحده ، وذكر القاضي وأصحاب الشافعي أنه إنما يعتق ثلثاه لأنه لما أعتق سالم بشهادة الاجنبيين صار كالمغصوب فصار غانم نصف التركة فيعتق ثلثاه وهو ثلث التركة

ولنا أن الوارثة تقر بأنه حين الموت ثلث التركة وإن عتق سالم إنما كان بشهادتهما بعد الموت فصار كالمغصوب بعد الموت ولو غضب بعد الموت لم يمنع عتق غانم كله فكذلك الشهادة بعتقه ، وقد ذكر القاضي فيما إذا شهدت بيعة عادلة باعتقاق سالم في مرضه ووارثة فاسقة باعتقاق غانم في مرضه وأنه لم يعتق سالمًا أن غانمًا يعتق كله وهذا مثله ، فأما إن كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم فلوارثة متهمة لكونها ترد إلى الرق من كثرت قيمته فترد شهادتهما في الرجوع كما ترد شهادتهما بالرجوع عن الوصية بعتق سالم ويعتق غانم كله أو ثلث الباقي على ما ذكرنا من الاختلاف فيما إذا كانت فاسقة

أصل دينه نظرنا في لفظ الشهادة فإن شهدت كل واحدة منهما انه كان آخر كلامه التلغظ بما شهدت به. فهما متعارضتان وإن شهدت إحداها انه مات على دين الاسلام وشهدت الأخرى انه مات على دين الكفر. قدمت بيعة من يدعي انتقاله عن دينه لان المبقية له على أصل دينه ثبتت شهادتها على الأصل الذي تعرفه لانهما اذا عرفا أصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه جاز لها أن يشهدا انه مات على دينه الذي عرفاه والبيعة الأخرى معها علم لم تعلمه الاولي فقدمت عليها كما لو شهدا بأن هذا العبد كان ملكا لفلان الى أن مات وشهد آخران انه اعتقه أو باعه قبل موته قدمت بيعة العتق والبيع . فأما إن قال شاهدان نعرفه قبل موته قد كان مسلماً وقال شاهدان نعرفه كان كافراً نظرنا في تاريخهما فان كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين عمل بالآخرة منها لانه ثبت أنه انتقل عما شهدت به الاولي الى ما شهدت به الآخرة ، وإن كانتا مطلقتين أو احداها مطلقة قدمت بيعة المسلم لان المسلم لا يقر على الكفر في دار الاسلام وقد يسلم الكافر فيقر. وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد نظرت في شهادتهما فان كانت على اللفظ فهما متعارضتان وان لم تكن على اللفظ ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان وان عرف أصل دينه قدمت الناقلة له عن أصل دينه وكل موضع تعارضت البيعتان يقال الخرق تسقط البيعتان ويكونان كمن لا بيعة لهما وقد ذكرنا روايتين آخريتين (احداها) يقرع بينهما فن خرجت لهما قرعة حلف وأخذ (والثانية) تقسم بينهما ونحو هذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة

فإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم لكن شهدت بالوصية بعتق غانم وهي بيعة عادلة ثبتت الوعيتان سواء كانت قيمتهما سواء أو مختلفة إن خرجا من الثلث وإن لم يخرجوا من الثلث أقرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعة ويعتق تمام الثلث من الآخر سواء تقدمت احدى الوصيتين عن الاخرى أو استوتا لان المتقدم والمتأخر من الوصايا سواء

(فصل) ولو شهدت بيعة عادلة انه وصى لزيد بثلث ماله وشهدت بيعة أخرى انه رجع عن الوصية لزيد ووصى لعمرو بثلث ماله وشهدت بيعة ثالثة انه رجع عن الوصية لعمرو ووصى لبكر بثلث ماله صحت الشهادة كلها وكانت الوصية لبكر سواء كانت البيعتان من الورثة أو لم تكن لانه لا نية في حقهم وإن كانت شهادة البيعة الثالثة انه رجع عن احدى الوصيتين لم تفد هذه الشهادة لانه قد ثبت بالبيعة الثانية انه رجع عن الوصية لزيد وهي احدى الوصيتين ، فعلى هذا ثبت الوصية لعمرو ، وان كانت البيعة شهدت بالوصية لعمرو ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهادتها الثالثة برجوعه عن احدى الوصيتين لا بعينها فقال اماضي لا تصح الشهادة وهو مذهب الشافعي لانهما لم يعينا المشهود عليه وتصير كقولنا لشهدان لهذا على هذين ألفا أو ان لاحد هذين على هذا ألفا فيكون الثلث بين الجميع أثلاثا ، وقال ابو بكر قياس قول أبي عبد الله انه يصح الرجوع عن احدى الوصيتين ويقرع بينهما فن خرجت له القرعة بالرجوع عن وصيته بطلت وهذا قول ابن أبي موسى واذا صح

تقدم بينة الإسلام على كل حال وقد مضى الكلام معه وقول الخري فيما إذا قال شاهدان نعرفه كان مسلماً وقال شاهدان نعرفه كان كافراً محمول على من لم يعرف أصل دينه أو علم أصل دينه الكفر ، أما من كان مسلماً في الأصل فينبغي أن تقدم بينة الكفر لأن بينة الإسلام يجوز أن تستند إلى ما كان عليه في الأصل (فصل) وان خلف ابناً مسلماً وأخاً كافراً فاختارنا في دينه حال الموت فالحكم فيها كالتالي قبلها وهكذا سائر الأقارب إلا أن يخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين أو غيرهما من الأقارب ويختلفون في دينه فإن كون الأبوين كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه لأن الولد قبل بلوغه محكوم له بدين أبويه فثبت أنه كان كافراً وان الابنين يدعيان إسلامه فيكون القول قول الأبوين وإن كانا مسلمين فالقول قولهما في إسلامه لأن كفره ينجي على أنه كان مسلماً فارتد أو ان أبويه كانا كافرين فأسلما بعد بلوغه والأصل خلافه .

(فصل) ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت فادعت أنها أسلمت قبل موته فأنكرها الورثة فالقول قول الورثة لأن الأصل عدم ذلك وان لم يثبت أنها كافرة فادعى عليها الورثة أنها كانت كافرة فأنكرتهم فالقول قراها لأن الأصل عدم مادعوه عليها ، وان ادعوا أنه طلقتها قبل موته فأنكرهم فالقول قولها وان اعترفت بالطلاق وانقضاء العدة وادعت أنه راجعها فالقول قولهم وان اختلفوا في انقضاء عدتها فالقول قولها في أنها لم تنقض لأن الأصل بقاؤها ولا نعلم في هذا كما خلافاً وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وأبو ثور ولو خلف ولدين مسلمين اتفقا على ان أحدهما كان مسلماً حين موت أبيه وادعى الآخر أنه أسلم في حياة أبيه وجحد أخوه فالمراث للمتفق عليه لأن الأصل بقاء الكفر إلى ان يعلم زواله وعلى أخيه اليمين ويكون على نفي العلم لأنها على نفي فعل أخيه إلا ان يكون ثبت أنه كان مسلماً قبل التسمية فإن من أسلم على ميراث قبل ان يقسم قسم له وان كان أحدهما حراً والآخر رقيقاً ثم عتق واختلفا في حرثته عند الموت فالقول قول من ينفيها وان لم يثبت أنه كان رقيقاً ولا كافراً فدعى عليه انه كان كذلك فأنكر فالقول قوله والميراث بينهما لأن الأصل الحرية والإسلام وعدم ماسواهما

الرجوع عن أحدهما بغير تعيين صححت الشهادة به لذلك، ووجه ذلك ان الوصية تصح بالمجهول وتصح الشهادة فيها بالمجهول فجازت في الرجوع من غير تعيين الرجوع عن وصيته

(فصل) اذا شهد شاهدان انه وصى لزيد بثلاث ماله وشهد واحد انه وصى لعمرو بثلاث ماله ابني هذا على الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين؟ فيه وجهان (أحدهما) يتعارضان فيحلف عمر مع شاهده ويقسم الثالث بينهما لأن الشاهد واليمين حجة في المال فأشبه الشاهدين (والثاني) لا يعارضهما لأن الشاهدين أقوى فعلى هذا ينفرد زيد بالثلاث وتقف وصية عمرو على اجازة الورثة . فاما إن شهد واحد انه رجع عن وصية زيد ووصى لعمرو بثلاثة فلا تعارض بينهما ويحلف عمرو مع

(فصل) وان اسلم أحد الابنين في غرة شعبان وأسلم الآخر في غرة رمضان واختلفا في موت أيهما فقال الاول منهما مات في شعبان فورثته وحدي وقال الآخر مات في رمضان فالميراث بينهما لان الاصل بقاء حياته حتى يعلم زوالها فان اقام كل واحد منهما بيته بدعواه ففيه وجهان (أحدهما) يتعارضان (والثاني) تقدم بيته موته في شعبان لان مع ازدياد علم لانها بينت موته في شعبان ويجوز ان يخفى ذلك على البيته الاخرى (فصل) وإن اختلفا في دار فادعى احدهما ان هذه داري ورثتها من أبي وادعى الآخر أنها داره ورثها من أبيه وليس احدهما أخت للآخر وكانت في يد احدهما فهي للذي هي في يده سواء كان مسلماً أو كافراً وان كانت في ايديهما فهي بينهما. وان كان لكل واحد منهما بيته وهي في ايديهما تعارضتا وكان الحكم فيها على ما قدمنا في مثلها

(مسئلة) قال (وإذا ماتت امرأة وابنها فقال زوجها ماتت قبل ابنتها فورثناها ثم مات ابني فورثته وقال أخوها مات ابنتها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على ابطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لايه وميراث المرأة لآخها وزوجها نصفين)

وجملته أنه إذا مات جماعة يرث بعضهم بعضاً واختلف الاحياء من ورثتهم في اسبقهم بالموت كما رآه وابنها ماتا فقال الزوج ماتت المرأة أولاً فصار ميراثها كله لي ولابني ثم مات ابني فصار ميراثه لي وقال أخوها مات ابنتها أولاً فورثت ثلث ماله ثم ماتت فكان ميراثها بيني وبينك نصفين حلف كل واحد منهما على ابطال دعوى صاحبه وجعلنا ميراث كل واحد منهما للاحياء من ورثته دون من مات معه لان سبب استحقاق الحي من موروثه موجود وانما يمتنع لبقاء موروث الآخر بعده وهذا أمر مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك فيكون ميراث الابن لايه لا مشارك له فيه وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين وهذا مذهب الشافعي فان قيل فقد اعطيتم الزوج نصف ميراث

شاهده وثبت الوصية له والفرق بين المسئلتين ان في الاول تقابلت البيتان فقدمنا اقرارهما، وفي الثانية لم يتقابلا وانما ثبت بالرجوع وهو يثبت بالشاهد واليمين لان المقصود به المال وهذا مذهب الشافعي (فصل) اذا اختلفا في دار في يد أحدهما فأقام المدعي بيته ان هذه الدار كانت أمس ما كره أو منذ شهر فهل تسمع هذه البيته ويقضى بها؟ على وجين (أحدهما) تسمع ويحكم بها لانها تثبت الملك في الماضي واذا ثبت استديم حتى يعلم زواله (والثاني) لا يحكم بها، قال القاضي وهو الصحيح لان الدعوى لا تسمع ما لم يدع المدعي الملك في الحال فلا تسمع بينته على ما لم يدعه، لكن ان انضم الى شهادتهما بيان سبب يد الثاني وتعريف تعديهما فقلا نشهد أنها كانت ما كره أمس فقصبها هذا منه أو سرقها أو ضلت منه فالتقطها هذا ونحو ذلك سمعت وقضى بها لانها اذا لم تبين السبب فاليد دليل الملك ولا تنافي بين ما شهدت به البيته وبين دلالة اليد لجواز أن تكون ملكه أمس ثم تنتقل

المراة وهو لا يدعي الا الربع قلنا بل هو مدع له كله ربعة بميراثه منها وثلاثة ارباعه بارثه من ابته قال أبو بكر وقد ثبتت البنوة بيقين فلا يقطع ميراث الاب منه الا ببينة تقوم الاخ وهذا تعليل لقول الخرقى في هذه المسئلة وذكروا آخر أنه يحتمل ان الميراث بينهما نصفين قال وهذا اختياري ان كل رجلين ادعيا مالا يمكن صدقهما فيه فهو بينهما نصفين وهذا لا يدري ما أراد به ان أراد ان مال المراة بينهما نصفين فهو قول الخرقى وائس بقول آخر وان أراد ان مالها ومال الابن بينهما نصفين لم يصح لانه ينضي الى اعطاء الاخ مالا يدعيه ولا يستحقه يقينا لانه لا يدعي من مال الابن اكثر من سدسه ولا يمكن ان يستحق أكثر منه وان أراد ان ثلث مال الابن يضم الى مال المراة فيقتسمانه نصفين لم يصح لان نصف ذلك للزوج باتفاق منهما لا ينازعه الاخ فيه وانما النزاع بينهما في نصفه ويحتمل ان يكون هذا مراده كما لو تنازع الاخ فيه وانما النزاع بينهما خفي كما لو تنازع رجلان دارا في أيديها فادعاها أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها فانها تقسم بينهما نصفين وتكون اليمين على مدعي النصف الا أن الفرق بين هذه المسئلة وتلك ان الدار في أيديها فكل واحد منهما في يده نصفها فدعي النصف يدعيه وهي في يده فقبل قوله فيه مع يمينه وفي مسئلتنا يعترفان أن هذا ميراث عن الميتين فلا يدعيا لاحدهما عليه لاعتراهما بأنه لم يكن لهما وانما هو ميراث يدعيانه عن غيرهما وان اراد ان يضم سدس مال الابن الى نصف مال المراة فيقسم بينهما نصفين فله وجه لانهما تساويا في دعواه فيقسم بينهما كما لو تنازعا دابة في أيديهما وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به والذي يقتضيه قول أصحابنا في الخرقى والمدمى ان يكون سدس ميراث الابن الاخ وباقي الميراثين للزوج لاننا نقدر ان المراة ماتت أولا فيكون ميراثها لابنها وزوجها ثم مات الابن فورث الزوج كل ما في يده فصار ميراثها كله لزوجها ثم تقدر ان الابن مات أولا فورثه أبواه لامة الثلث ثم ماتت فصار الثلث بين أخيها وزوجها نصفين لكل واحد منهما السدس فلم يرث الاخ الا سدس مال الابن كما ذكرنا ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتهما واتفق ورثتهما على الجهل

الى صاحب اليد ، فاذا ثبت ان سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلا فوجب القضاء باستدامة الملك السابق، وان أقر المدعى عليه انها كانت ملكا للمدعي أمس أو فيما مضى سمع اقراره وحكم به في الصحيح لانه حينئذ يحتاج الى بيان سبب انتقالها اليه فيصير هو المدعي فيحتاج الى البينة ويفارق البينة من وجهين (أحدهما) انه اقوى من البينة لكونها شهادة من الانسان على نفسه ويزول به النزاع بخلاف البينة ولهذا تسمع في المجهول ويقضى به بخلاف البينة (والثاني) ان البينة لا تسمع إلا على ما ادعاه والدعوى يجب أن تكون معلقة بالحال والاقرار يسمع ابتداءً ، وإن شهدت البينة انها كانت في يده أمس ففي سماعها الوجهان وان أقر المدعى عليه بذلك، والصحيح انه يسمع ويقضى به لما ذكرنا

﴿فصل﴾ قال الشيخ رحمه الله (اذا مات رجل وخلف ولدين مسلماً وكافراً فادعى كل واحد

به والقولان المتقدمان قول الخرقى وقول أبي بكر فيما إذا ادعى ورثة كل ميت انه مات أخيراً وان الآخر مات قبله فان كان لاحدهما بينة بما ادعاه حكم بها وان أقاما بينتين تعارضتا وهل تسقطان أو تستعملان فيقرع بينهما أو يقتسمان ما اختلفا فيه؟ يخرج على الروايات الثلاث والله اعلم
(فصل) ولو كان في بدر رجل دار فادعت امرأته انه اصدقها اياها أو أنها اشترتها منه فأنكرها فالقول قوله مع يمينه لان القول قول المنكر مع يمينه وان أقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة المرأة لانها تشهد بزيادة خفيت على بينة الزوج وان مات الرجل وخلف ابناً فادعى الابن انه خلف الدار ميراثاً وادعت المرأة انه اصدقها اياها أو باعها اياها وأقاما بينتين قدمت بينة المرأة لذلك فان لم تكن بينة فالقول قول الابن مع يمينه لاننا لم في هذا خلافاً

(فصل) وإذا ادعى رجل انه اكترى بيتاً من دار لرجل شهراً بعشرة فادعى الرجل انه اكترى الدار كلها بعشرة ذلك الشهر ولا بينة لواحد منهما فقد اختلفا في صفة العقد في قدر المكترى فيتحالفان وقد مضى حكم التحالف في البيع وذكروا أبو الخطاب فيما إذا ادعى البائع أنه باعه عبده هذا بعشرة وقال المشتري بل هو والعبد الآخر بعشرة فالقول قول البائع مع يمينه ولم يجعل بينهما تحالفاً لان المشتري يدعي بيعاً في العبد الزائد ينكره البائع والقول قول المنكر وهذا مثله فعلى هذا يكون القول قول المكري مع يمينه إذا عدت البينة وان أقام أحدهما بدعواه بينة حكم له وان كان مع كل واحد بينة تعارضتا سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين بتاريخ واحد أو أحدهما مؤرخة والاخرى مطلقة لان العقد على البيت مفردا وعلى الدار كلها في زمن واحد محال فان قلنا تسقطان فالحكم فيه كما لو لم يكن بينهما بينة وان قلنا يقرع بينهما قدمنا قول من تقع له القرعة وهذا قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي وعلى قول أبي الخطاب تقدم بينة المكترى لانها تشهد بزيادة وهو قول بعض اصحاب الشافعي فان قيل فهلا أو جتيم الاخرين معا على المكترى كما قلتم فيما إذا قامت البينة انه تزوجها يوم الخميس بألف فقامت بينة أخرى انه تزوجها يوم الجمعة بمائة يجب المهران قلنا ثم يجوز ان يكون

منهما انه مات على دينه فان عرف أصل دينه فالقول قول من يدعيه وان لم يعرف فالميراث للكافر لان المسلم لا يقر ولده على الكفر في دار الاسلام)

إذا مات رجل لا يعرف دينه وخلف تركة وابنين أحدهما مسلم والاخر كافر فادعى كل واحد منهما انه مات على دينه وان الميراث له دون أخيه فالميراث للكافر ذكره الخرقى لان دعوى المسلم لا تخلو من أن يدعي كون الميت مسلماً أصلياً فيجب كون اولاده مسلمين ويكون اخوه الكافر مرتداً وهذا خلاف الظاهر فان المرتد لا يقر على رده في دار الاسلام أو يقول ان أباه كان كافراً فأسلم قبل موته فهو معترف بأن الاصل ما قاله اخوه مدع زواله وانتقاله والاصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله، وذكر ابن أبي مومني عن احمد رواية أخرى انها في الدعوى سواء فالميراث

المهران مستقرين بان يتزوجها يوم الخميس ويدخل بها ثم يخالعهما ثم يتزوجها يوم الجمعة واما الاجرة فلا تستقر الا بمضي الزمان فاذا عقد عنداً قبل مضي المدة لم يجز ان تجب الاجرتان

(مسألة) قال (ولو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبي ألفاً وشهد آخران على رجل آخر انه أخذ من الصبي ألفاً كان على ولي الصبي ان يطالب أحدهما بالألف الا ان تكون كل بيعة لم تشهد بالألف الذي شهدت به الاخرى فيأخذ الولي الألفين)

أما إذا كانت كل بيعة شهدت بألف غير معين فان الولي يطالب بالألفين جميعاً لان كل واحد من الرجلين ثبت عليه أحد الألفين فيلزمه أدائها وعلى الولي ان يطالب بها كما لو أقر كل واحد منهما بألف وأما ان كان المشهود به ألفاً معيناً فشهدت بيعة أن هذا الرجل هو الذي أخذها لم يجب إلا الف واحد والولي مطالبة أيهما شاء لانه قد ثبت ان كل واحد منهما أخذ الألف فان كان لم يردده فقد استقر في ذمته وإن كان رده إلى الصبي لم تبرأ ذمته برده اليه لانه ليس له قبض صحيح فان غرمه الذي لم يردده لم يرجع على أحد لانه استقر عليه وان غرمه الراد له رجع على الذي لم يردده فان غرمه أحدهما فادعي

بينهما نصفين كما لو تنازع اثنان عيناً في يديهما ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منهما وهو قول أبي حنيفة لان الدار دار الاسلام يحكم باسلام لقيطها ويثبت للميت فيها اذا لم يعرف اصل دينه حكم الاسلام في الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على تكفين اموات المسلمين ولانه يدفن في مقابر المسلمين ويفسّل فيثبت فيه سائر أحكام المسلمين فكذلك في ميراثه ولان الاسلام يعلم ولا يعلم ويجوز ان يكون أخوه الكافر مرتداً لم تثبت عند الحاكم رده ولم ينته الى الامام خبره وظهور الاسلام بناء على هذا أظهر من ثبوت الكفر بناء على كفر أبيه ولهذا جعل الشرع أحكامه أحكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه وقال اتقاضي قياس المذهب اننا ننظر فان كانت اتركة في أيديهما اقرع بينهما فمن قرع صاحبه حاف واستحق كما قلنا فيما إذا تداعيا عيناً ويقضي كلامه انهما إذا كانت في يد أحدهما فهي له مع يمينه وهذا قول لا يصح لان كل واحد منهما يقربان هذه اتركة تركة هذا الميت وانه انما يستحقها بالميراث فلا حكم ليد، وقل أبو الخطاب يحتمل ان يتف الامر حتى يعرف أصل دينه أو بصطاحا وهذا قول الشافعي وقد ذكرنا الدليل على ظهور كذره فأما ظهور حكم الاسلام في الصلاة عليه وغسله وغير ذلك فان هذا لا ضرر فيه على أحد وأما قوله ان الاسلام يعلم ولا يعلم فانما يعلم إذا ثبت والنزاع في ثبوته وهذا اذا لم يثبت أصل دينه فان ثبت اصل دينه فالقول قول من ينفيه مع يمينه وهذا قول الشافعي وابي ثور وابن المنذر وقال أبو حنيفة القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا في التي قبلها

ولنا ان الاصل بقاؤها كان عليه فكان القول قول من يدعيه كسائر المواضع وأما ان لم يعرف

ان الضمان استقر على صاحبه ايرجع عليه فالقول قول الآخر مع يمينه ، لان الأصل عدم استقراره عليه
 ﴿مسئلة﴾ قال (ولو أن رجلين حربيين جاءا من أرض الحرب فذكر كل واحد
 منهما أنه أخو صاحبه جعلناهما أخوين وان كانا سبباً فادعيا ذلك بعد ان اعتقا فميراث كل
 واحد منهما لمعتقه اذا لم يصدقهما الا أن تقوم بما ادعياه بينة من المسلمين فيثبت النسب
 ويورث كل واحد منهما من أخيه)

وجملته أن أهل الحرب اذا دخلوا الينا مسلمين أو غير مسلمين فأقر بعضهم بنسب بعض ثبت
 نسبهم كما ثبت نسب أهل دار الاسلام من المسلمين وأهل الذمة باقرارهم ولانه اقرار لا ضرر على
 أحد فيه فقبل باقرارهم بالحقوق المالية ولا نعلم في هذا خلافاً، وان كانوا سبباً فأقر بعضهم بنسب بعض
 وقامت بذلك بينة من المسلمين ثبت أيضاً سواء كان الشاهد أسيراً عندهم أو غير أسير ويسمى الواحد
 من هؤلاء حميلاً أي محمولاً كما يقال المقتول قتيلاً والمجروح جريحاً لانه حمل من دار الكفر وقيل سمي حميلاً
 لانه حمل نسبه على غيره وان شهد بنسبه الكفار لم تقبل وعن أحمد رواية أخرى ان شهادتهم في ذلك
 تقبل لتعذر شهادة المسلمين به في الغالب فأشبهه شهادة أهل الذمة على الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم
 والمذهب الاول لاننا إذا لم تقبل شهادة الفاسق فشهادة الكافر أولى وانما لم يقبل اقرارهم لما في ذلك
 من الضرر على السيد بتفوت ارثه بالولاء على تقدير العتق وان صدقهما منتهما قبل ، لان الحق له وان لم
 يصدقهما ولم تقم بينة بذلك لم يرث بعضهم من بعض وميراث كل واحد منهما لمعتقه وهذا قول الشافعي
 فيما إذا أقر بنسب أب أو أخ أو جد أو ابن عم وان أقر بنسب ففيه ثلاثة أوجه .

المسلم أنه أخوه وادعى كل واحد منهما ان الميت أبوه دون الآخر فهما سواء في الدعوى لتساوي أيديهما
 عليه ودعاو أيهما فان المسلم والكافر في الدعوى سواء ويقسم المال بينهما نصفين كما لو كان في أيديهما
 دار فادعى كل واحد منهما أنها له ولا بينة لهما ويحتمل ان يقدم قول المسلم لان حكم الميت حكم
 المسلمين في غسله والصلاة عليه وسائر أحكامه، وقال القاضي يقرع بينهما كما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما
 ولم يدعيا لنفسه ويحتمل ان يقف الامر حتى يعرف أصل دينه وهو قول الشافعي الا ان يصطلحا

﴿مسئلة﴾ (وان أقام كل واحد بينة انه مات على دينه تعارضتا وان قال شاهدان نعرفه مسلماً
 وقال شاهدان نعرفه كافراً فالميراث للمسلم إذا لم تؤرخ الشهود معرفتهم)

لما إذا أقاما بينتين كل واحد بينة انه مات على دينه ولم يعرف اصل دينه تعارضتا وان عرف
 اصل دينه نظرنا في لفظ الشهادة فان شهدت كل واحدة منهما انه كان آخر كلامه التلفظ بما شهدت به فهما

(أحدها) لا يقبل (والثاني) يقبل لأنه يملك أن يستولد فملك الاقرار به (والثالث) ان يمكن ان يستولد بعد عتقه قبل لأنه يملك الاستيلاء بعد عتقه والا لم يقبل لأنه لا يملك قبل عتقه أو يستولد قبل عتقه ويروى عن ابن مسعود ومسروق والحسن وابن سيرين ان اقراره بقبل فيما يقبل فيه الاقرار من الاحرار الأصليين وبه قال ابو حنيفة لأنه مكلف أقر بنسب وارث مجهول النسب يمكن صدقه فيه وافتقه المقر له فيه فقبل كما لو أقر من له اخ بنسب ابن. وبهذا الاصل يبطل ما ذكره .
ولنا ما روى الشعبي ان عمر رضي الله عنه كتب الى شريح أن لا تورث حميلا حتى تقوم به بينة رواه سعيد ، وقال أيضاً حدثنا شفيان عن ابن جدهان عن سعيد بن المسيب قال كتب عمر بن الخطاب ان لا تورث حميلا الا بينة ، ولان اقراره يتضمن اسقاط حق معتقه من ميراثه فلم يقبل كما لو أقر انه مولى لغيره فان غيره شريكه في ولائه وفارق الاقرار من الحر الذي له اخ ، لان الولاء نتيجة الملك فجري مجراه ، ولان الولاء ثبت عن عوض والاخوة بخلافه الا ترى انه لو قال لغيره اعق عبدك عني وعلي ثمنه صح ولم يثبت له الا الولاء؟ واذا ثبت انه بعوض كان اقوى من النسب واما قدمنا النسب في الميراث لقربه لا لقوته كما تقدم ذوي الفروض على العصبية مع قربهم .

(فصل) واذا كانا مختلفي الدين لم يثبت النسب باقرارهما وان لم يتواربا لأنه يحتمل ان يسلم الكافر منهما فيرث ولذلك لو اقرارا بالنسب في حال رقبهما لم يثبت لاحمال التوارث بالعتق وان ولد لكل واحد منهما ابن من حرة فأقر كل واحد منهما للآخر انه ابن عمه احتمل أن يقبل اقراره لأنه لا ولاء عليه فيقبل اقراره لوجود المقتضي لقبوله وانتفاء المعارض واحتمل ان لا يقبل لأنه يرثه المسلمون ولأنه اذا لم يقبل اقرار الاصول فالفروع اولى فان قلنا يقبل اقرارهما فافر احداهما لا يبي الاخر انه عمه لم يثبت الاقرار بالنسبة إلى انه ابن أخيه لأنه لو ثبت لورث عمه دون مولاه المعتق الموهل يثبت بالنسبة الى العم فيرث ابن أخيه ؟ يحتمل أن يثبت لانتفاء الولاء عن ابن الاخ فلان نفي صحة الاقرار الى اسقاط الولاء والاوولى انه لا يثبت لأنه لم يثبت بالنسبة الى احد الطرفين فلم يثبت في الآخر .

متعارضتان وان شهدت احدهما انه مات على دين الاسلام وشهدت الاخرى انه مات على دين الكفر قدمت بينة من يدعي انتقاله عن دينه لان المبقية له على اصل دينه ثبتت شهادتها على الاصل الذي تعرفه لانهما إذا عرفا اصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه جاز لهما ان يشهدا أنه مات على دينه الذي عرفاه والبينة الاخرى معها علم لم تعلمه الاوولى فقدمت عليها كالمشهدا ان هذا العبد كان ملكا فلان الى ان مات وشهد آخران انه ائتمه او باعه قبل موته قدمت بينة العتق والبيع فأما ان قال شاهدان نعرفه مسلماً وقل شاهدان نعرفه كافراً نظرنا في تاريخهما فن اختلف تاريخهما عمل بالاخرة منهما لأنه ثبت انه انتقل عما شهدت به الاوولى الى ما شهدت به الاخرى وان كانتا مطلقتين أو احدهما مطلقة قدمت بينة المسلم لان المسلم لا يقر على الكفر في دار الاسلام وقد يسلم الكافر فيقر وإن كانتا مؤرختين

مسئلة ﴿ قال (واذا كان الزوجان في البيت فافترقا أو ماتا فادعى كل واحد منهما ما في البيت أنه له أو ورثته حكم بما كان يصلح للرجل الرجل وما كان يصلح للنساء للمرأة وما كان يصلح أن يكون لهما فهو بينهما نصفين)

وجملة ذلك أن الزوجين إذا اختلفا في متاع البيت أو في بعضه فقال كل واحد منهما جميعه لي أو قال كل واحد منهما هذه العين لي وكانت لاحدهما بيعة ثبت له بلا خلاف وإن لم يكن لواحد منهما بيعة فلنصوص عن احمد أن ما يصلح للرجال من العائم وقصانهم وجبايهم والاقبية والطيالسة والسلاح وأشباه ذلك القول فيه قول الرجل مع يمينه وما يصلح للنساء كحليهن وقصهن ومقانعهن ومغازلهن فالقول قول المرأة مع يمينها وما يصلح لهما كالفارش والاواني فهو بينهما وسواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم وسواء اختلفا في حل الزوجية أو بعد الدينونة وسواء اختلفا أو اختلف ورثتها أو أحدهما وورثة الآخر

قال احمد في رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختن في الرجل يطلق زوجته أو يموت فدعي المرأة المتاع : فما كان يصلح للرجل فهو للرجل وما كان من متاع النساء فهو للنساء وما استقام ان يكون بين الرجل والنساء فهو بينهما وإن كان المتاع على يدي غيرهما فن أقام البيعة دفع اليه وإن لم تكن لها بيعة أقرع بينهما فن كانت له القرعة حلف وأعطى المتاع ، وقال في رواية منها : وكذلك إن اختلفا وأحدهما مملوك وبهذا قل اثوري وابن ابي لبلى

وقال القاضي هذا انما هو فيما اذا كانت أيديهما عليه من طريق الحكم أما ما كان في يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه ، وإن كان في أيديهما قسم بينهما نصفين سواء كان يصلح لهما أو لاحدهما وهذا قول نبي حنيفة ومحمد بن الحسن إلا أنهم اقل ما يصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم فيقول فيه قول الرجل مع يمينه ، واذا اختلف أحدهما وورثة الآخر فيقول قول النافي منهما لأن اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكيمة بدليل انه لو تنازع الخياط وصاحب الدار في الابرة وانقص كانت للخياط

وقال ابو يوسف القول قول المرأة فيما جرت العادة انه قدر جهاز مثلها ، قال مالك ما يصلح لكل

بتاريخ واحد نظرنا في شهادتهما فان كانت على اللفظ فهما متعارضتان وإن لم تكن على اللفظ ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان وإن عرف أصل دينه قدمت الناقلة له عن أصل دينه وكل موضع تعارضت البيعتان فقال الخري تسقط البيعتان ويكونان كمن لا بيعة لهما وقد ذكرنا روايتين أخريين (احداهما) يقرع بينهما فن خرجت له القرعة حلف وأخذ (والثانية) يقسم بينهما ونحو هذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة تقدم بيعة الاسلام على كل حال وقد مضى الكلام معه وقد قال الخري إذا قال شاهدان نعرفه كان مسلماً وقال شاهدان نعرفه كان كافراً فالميراث للمسلم إذا لم يؤرخ الشهود معرفتهم وهو محمول على

واحد منها فهو له وما صلح لها كان للرجل سواء كان في أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم لان البيت للرجل ويده أقوى عليه لان عليه السكنى
وقال الشافعي وزفر والبتي كل مافي البيت بينهما نصفين فيحلف كل واحد منهما على نصفه ويأخذه . وروي نحوه ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لانهما تساويا في ثبوت يدهما على المدعى وعدم البيضة فلم يقدم أحدهما على صاحبه كالذي يصلح لهما أو كما لو كان في يدهما من حيث المشاهدة عند من سلم ذلك

ولنا أن أيديهما جميعاً على متاع البيت بدليل مالو نازعهما فيه أجنبي كان القول قولهما وقد يرجح أحدهما على صاحبه يداً وتصرفاً فيجب أن يقدم كما لو تنازعا دابة أحدهما راكبها والآخر أخذ بزمامها أو قيصاً أحدهما لابسها والآخر أخذ بكمه أو جداراً متصلاً بداريهما معقوداً ببناء أحدهما أو له عليه أزج

وانا على أبي حنيفة والقاضي انهما تنازعا فيما في أيديهما ولا مزية لأحدهما على صاحبه أشبه اذا كان في اليد الحكيمة ، فأما ما كان يصلح لهما فانه في أيديهما ولا مزية لأحدهما على صاحبه أسبه اذا كان في أيديهما من جهة المشاهدة والدلالة على انه ليس للزني أن وارث الميت قائم مقامه أنبه مالو وكل أحدهما لنفسه وكيفا فلما اذا لم يكن لهما يد حكيمة بل تنازع رجل وامرأة في عين غير قماش بينهما فلا يرجح أحدهما بصلاحيته ذلك له بل إن كانت في أيديهما فهي بينهما وإن كانت في يد أحدهما فهي له وإن كانت في يد غيرهما اقترعا عليها فمن خرجت له تفرقة فهي له واليمين على من حكنا بها له في كل المواضع لانه ليس لهما يد حكيمة فأشبهها سائر المختلفين

(فصل) واذا كان في الدكان نجار و عطار فاختلفا فيما فيها حكم بالة كل صناعة لصاحبها فالة العطارين للعطار وآلة النجارين للنجار وإن لم يكرنا في دكان واحد لسكن اختلفا في عين لم يرجح أحدهما بصلاحيته العين المختلف فيها له كما ذكرنا في الزوجين ويكون ذلك كتنازع الاجنبيين
(فصل) وإذا اختلف الذكرى والمكترى في شيء في الدار نظرت فان كان مما يتقل ويحول كالاثاث والاواني والكتب فهو للمكترى لان العادة ان الانسان يكرى داره فارغة من رحله

من لم يعلم أصل دينه أو على أن أصل دينه الكفر امامن كان مسلماً في الاصل فينبغي أن تقدم بيضة الكفر لان بيضة الاسلام يجوز أن تستند الى ما كان عليه في الاصل

(فصل) وان خلف ابناً مسلماً وأخاً كافراً فاختلفا في دينه حال موته فالحكم فيها كالتالي قبلها وهكذا سائر الاقارب .

﴿مسئلة﴾ (وان خلف ابوين كافرين وابنين مسلمين فاختلفوا في دينه فالقول قول الابوين ويحتمل أن القول قول الابنين)

وقامشه وان كان في شيء مما يتبع في البيع كالأبواب المنصوبة والحوابي المدفونة والرفوف المسمرة والسلالم المستمرة والمفاتيح والرحا المنصوبة وحجرتها المتحتاني فبول للمكري لانه من توابع الدار فأشبهه الشجرة المزروسة فيها وان كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقل احمد اذا اختلغا في الرفوف فهي لصاحب الدار فظاهر هذا العموم في الرفوف كلها وقل القاضي كلام احمد محمول على المسمرة فأما غير المسمرة فهي بينهما اذا تحالفا لانه لا تتبع في البيع فأشبهت القماش وهذا ظاهر يشهد للمكثري ، وللمكري ظاهر يعارض هذا وهو ان المكري يترك الرفوف في الدار ولا ينقلها عنها فاذا تعارضا الظاهران من الحائزين استويا وهذا مذهب الشافعي فلي هذا اذا تحالفا كانت بينهما وان حالف أحدهما ونكل الآخر فهي لمن حالف وذكر القاضي في موضع آخر وأبو الخطاب أنه ان كان لارف شكل منصوب في الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه وان لم يكن له شكل منصوب تحالفا وكان بينهما لانه اذا كان له شكل منصوب في الدار فالثالث شكل تابع للدار فهو لصاحبها والظاهر ان احد الرفين لمن له الآخر وكذلك ان اختلفا في مصراع باب مقلوع فالحكم فيه كما ذكرنا لان أحدهما لا يستغني عن صاحبه فكان أحدهما لمن له الآخر كاللحجر الفوقاني من الرحا والمفتاح مع السكرة ووجه ظاهر كلام أحمد في ان الرفوف لصاحب الدار على كل حال ان العادة جارية بترك الرفوف في الدار ولم تجر بنقل المكثري لها معه فكانت له احب الدار كالذي له شكل منصوب ولانها اذا كانت لها أوتاد منصوبة فالأوتاد لصاحب الدار فكذلك ما نصبت له كاللحجر الفوقاني من الرحا اذا كان السفلاي منصوبا ومفتاح السكرة المسمرة

(فصل) واذا كان الخياط في دار غيره فاختلغا في الابرة والمقص فهي الخياط لان تصرفه فيهما أكثر وأظهر وأظهر معه لان الانسان اذا دعا خيطا ليخيط له فالعادة انه يحمل معه ابرة ومقصه وان اختلفا في اقميص فهو لصاحب الدار اذ ليست العادة أن يحمل اقميص معه ليخيطه في دار غيره وانما العادة أن يخيط قميص صاحب الدار فيها وان اختلف صاحب الدار والنجار في القدم والنشار وآلة النجارة فهي للنجار وان اختلفا في الخشبة المنجورة والابواب والرفوف المنشورة فهي لصاحب الدار ، وان اختلف النجار ورب الدار في قوس الندف فهو للنجار وان اختلفا في الفرش والقطن

ظاهر المذهب أن القول قول الابوين لان كون الابوين كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه لان الولد قبل بلوغه محكوم له بدين ابويه فيثبت انه كان كافراً في صغره . ويحتمل أن القول قول الابنين لان كفر ابويه يدل على أصل دينه في صغره واسلام ابنيه يدل على اسلامه في كبره فيعمل بهما جميعاً يحمل كل واحد منهما على متضاد فهو كما لو قال شاهدان نعرفه كافراً في صغره وقال شاهدان نعرفه مسلماً في كبره

(فصل) وان خلف ابناً كافراً وأخاً وامراًة مسلمين واختلفوا في دينه فالقول قول الابن على

والصوف فهو لصاحب الدار وان اختلف رب الدار والسقا في القرية فهي للسقا وان اختلفا في الخاوية والجرار فهي لصاحب الدار لما ذكرنا

(فصل) واذا تنازع رجلان دابة احدهما راكبها والاخر آخذ بزمامها فالراكب أولى بها لان تصرفه فيها أقوى ويده أكد وهو المستوفي لمنعتها وان كان لاحدهما عليها حمل والاخر آخذ بزمامها فهي لصاحب الحمل لذلك وان كان لاحدهما عليها حمل والاخر راكب عليها فهي للراكب لانه أقوى تصرفاً وان اختلفا في الحمل فادعاه الراكب وصاحب الدابة فهو للراكب لان يده على الدابة والحمل معاً فأشبهه مالو اختلف الساكن وصاحب الدار في قماش فيها ، وان تنازع صاحب الدابة والراكب في السرج فهو لصاحب الدابة لان السرج في العادة يكون لصاحب الفرس ، وان تنازع اثنان في ثياب على عبد لاحدهما فهي لصاحب العبد لان يد العبد عليها وان تنازع صاحب الثياب والاخر في العبد الابس لها فهما سواء لان نفع الثياب يعود الى العبد لا الى صاحب الثياب ومذهب الشافعي في هذا الفصل والذي قبله كما ذكرنا

(فصل) فان اختلف صاحب ارض ونهر في حائط بينهما فهو لهما ويحان كل واحد منهما على النصف المحكوم له به

وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة هو لصاحب النهر لانه انفعه وقول أبو يوسف ومحمد هو لصاحب الارض لانه متصل بارضه

وانا انه حاجز بين ملكيهما فكانت يدهما عليه فيكون لهما كما لو تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما او حائط بين داريهما وما ذكره من الترجيحين متقابل فيستويان وان تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما فهو بينهما لذلك وكل موضع قلنا يقسم بينهما نصفين قلنا يحاف كل واحد منهما على النصف الذي يحصل له دون النصف الاخر لان ما يحصل له لا يفيد الحاف عليه شيئاً فلا يستحاف عليه كالدعي لا يحلف على ما يأخذه المدعي عليه

(فصل) وان تنازعا عمارة دار فيها يد احدهما وبقية في يد الاخر لهما قيصاً كما في يد احدهما وبقية مع الاخر فهما سواء فيها لان يد المسك بالعرف عليها بدليل انه لو كان باقية على الارض

قول الخري . ووجهها ما سبق فيما إذا خاف ابنين مسلماً و كافرًا وقول القاضي يقرع بينهما وقد سبق تمليه في مسألة الابنين . وقال أبو بكر قياس المسئلة أن تعطى المرأة الربع ويقسم الباقي بين الاخ والابن نصفين لانها ادعي زيادة عليه فيدخل في عموم قوله تعالى (ولئن الربع مما تركتم فلا يخرج الا بدليل تخصيصها ولا يخرج بالشك ويقسم الباقي بين الاخوين لتساويهما في الدعوى وهو في أيديهما .

(فصل) ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها وكانت الزوجة كافرة ثم اسلمت وادعت

فنازعه فيها غيره كانت له وإذا كانت في أيديهما تساوبا فيها ولو كانت دارفيها أربعة آيات وفي أحد آياتها ساكن وفي الثلاثة الباقية ساكن آخر فاختارنا فيها كان لكل واحد ما هو ساكن فيه لأن كل بيت ينفصل عن صاحبه ولا يشارك الخارج منه الساكن فيه في ثبوت اليد العليا ولو تنازعا الساحة التي يتطرق منها إلى البيوت فهي بينهما نصفين لاشتراكهما في ثبوت اليد عليها فاشبهت العمامة في ما ذكرنا

﴿ مسأله ﴾ قال (ومن كان له على أحد حق ففنه منه وقدر له على مال لم يأخذ منه مقدار حقه لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «اد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تحن من خانك رواه الترمذي »)

وجمته انه إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به باذله لم يكن له ان يأخذ من ماله الا ما يعطيه بلا خلاف بين اهل العلم فان اخذ من ماله شيئاً بغير اذنه لزمه رده اليه وان كان قدر حقه لانه لا يجوز ان يملك عليه عينا من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة وان كانت من جنس حقه لانه قد يكون الانسان غرض في العين فان اتفها أو تلفت فصارت ديناً في ذمته وكان اثابت في ذمته من جنس حقه تقاصاً في قياس المذهب والمشهور من مذهب الشافعي وان كان مانعاً له لامر يبيح المنع كالتأجيل والاعسار لم يجز أخذ شيء من ماله بغير خلاف وان أخذ شيئاً لزمه رده ان كان باقياً أو عوضه ان كان تالفاً ولا يحصل التقاص ههنا لان الدين الذي له لا يستحق أخذه في الحال بخلاف التي قبلها وان كان مانعاً بغير حق وقدر على استخلاصه بالحكم أو السلطان لم يجز له الاخذ ايضاً بغيره لانه قدر على استيفاء حقه بمن يقوم مقامه فاشبهه ما لو قدر على استيفائه من وكيله وان لم يقدر على ذلك لكونه جاحداً له ولا بينة له به أو لكونه لا يجيبه إلى المحاكمة ولا يمكنه اجباره على ذلك أو نحو لهذا فالمشهور في المذهب انه ليس له اخذ قدر حقه وهو إحدى الروايتين عن مالك قال ابن عقيل وقد جمل اصحابنا المحدثون لجواز الاخذ وجهاً في المذهب أخذ من حديث هند حين قال لها النبي صلى الله عليه وسلم «خذني ما يكفيك ولدك بالمعروف» وقال أبو الخطاب ويتخرج لنا جواز الاخذ فان كان

انها اسلمت قبل موته وانكرها الورثة فالقول قولهم لان الاصل عدم ذلك فان لم يثبت أنها كافرة فادعى عليها الورثة أنها كانت كافرة وانكرتهم فالقول قولها لان الاصل عدم ما ادعوه وان ادعوا انه طلقها قبل موته فأنكرتهم فالقول قولها فان اعترفت بالطلاق وانقضاء العدة وادعت أنها راجعها فالقول قولهم وان اختلفوا في انقضاء عدتها فالقول قولها في أنها لم تنقض لان الاصل بقاؤها ولا نعلم في هذا كله خلافاً .

وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولو خلف ولدين مسلمين اتفقا على ان أحدهما كان مسلماً حين

المقدور عليه مع جنس حقه أخذ بتدوره وان كان من غير جنسه تحرى واجتهد في تقويمه مأخوذ من حديث هند ومن قول أحمد في المرتهن : يركب ويحلب بقدر ما ينفق والمرأة تأخذ مؤنتها وبائع السلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضا

وقال الشافعي ان لم يقدر على استخلاص حقه بيئته فله أخذ قدر حقه من جنسه أو من غير جنسه وان كانت له بيئته وقدر على استخلاصه ففيه وجهان والشهور من مذهب مالك انه ان لم يكن لغيره عليه دين فله ان يأخذ بقدر حقه وان كان عليه دين لم يحز لانها يتحصان في ماله إذا أفلس وقول أبو حنيفة له ان يأخذ بقدر حقه ان كان عينا أو ورقا أو من جنس حقه وان كان المال عرضاً لم يحز لان أخذ العرض عن حقه اعتياض ولا تجوز المعاوضة الا برضا من المتعاضين قال الله تعالى (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) واحتج من اجاز الاخذ بحديث هند حين جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي فقل « حذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه واذا جازها ان تأخذ من ماله ما يكفيها بغير اذنه جاز للرجل الذي له الحق على الرجل

ولما قول النبي ﷺ « اد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك » زواه ائتمني وقول حديث حسن ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه فقد خانته فيدخل في عموم الخبر وقال ﷺ « لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه » ولانه ان اخذ من غير جنس حقه كان معاوضة بغير تراض وان اخذ من جنس حقه فليس له تعيين الحق بغير رضی صاحبه فان التعمين اليه الا ترى أنه لا يجوز له ان يقول اقضي - في من هذا الكيس دون هذا؟ ولان كل مالا يجوز له تملكه اذا لم يكن له دين لا يجوز له اخذه اذا كان له دين كما لو كان باذلا له وأما حديث هند فان أحمد اعذر عنه بان حقه واجب عليه في كل وقت وهذا اشارة منه الى الفرق بالثقة في المحاكمة في كل وقت والمخاصمة كل يوم يجب فيه الثقة بخلاف الدين وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر وهو ان قيام الزوجية كقيام البيئته فكأن الحق صار معلوما يعلم قيامه بتضيئه وبينهما فرق آخران (احدهما) ان المرأة من التبسط في ماله بحكم العادة ما يؤثر في اباحة اخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف بخلاف الاجنبي

موت ابيه وادعى الآخر انه أسلم في حياة ابيه وجده أخوه فاليراث المتيقن عليه لان الاصل بقاء الكفر الا ان يعلم زواله وعلى أخيه اليمين وتكون على نفي العلم لانها على نفي فعل أخيه الا ان يكون ثبت أنه أسلم قبل قسم اتركة فيرث فان من أسلم على ميراث قبل اقسمة قسم له وان كان أحدهما حراً والآخر رقيقاً ثم عتق واختلعا في حرته عند الموت فاقول قول من ينفبها وان لم يثبت أنه كان رقيقاً ولا كافراً فادعي عليه أنه كذلك فانكر فالتبطل قوله والميراث بينهما لان الاصل الحرية والاسلام وعدم ماسواهما .

(الثاني) ان النفقة تراد لحياء النفس وأبقاء المهجة وهذا مما لا يصبر عنه ولا سبيل الى تركه فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة بخلاف الدين حتى نقول لو صارت النفقة ماضية لم يكن لها أخذها ولو وجب لها عليه دين آخر لم يكن لها أخذه فعلى هذا ان اخذ شيئاً لزمه رده ان كان باقياً وان كان تالفاً وجب مثله ان كان مثلياً أو قيمته ان كان متقوماً فان كان من جنس دينه تقاصاً وتساقطاً في قياس المذهب وان كان من غير جنسه لزمه غرمه ومن جوز من أصحابنا الاخذ فانه قال ان وجد من جنس حقه جاز له الاخذ منه بقدر حقه من غير زيادة وليس له الاخذ من غير جنس حقه مع قدرته على اخذه من جنسه وان لم يجد الا من غير جنس حقه فيحتمل ان لا يجوز له تملكه لانه لا يجوز ان يبيعه من نفسه وهذا يبيعه من نفسه وتلحمته فيه تهمه ويحتمل ان يجوز له ذلك كما قالوا: الرهن ينفق عليه اذا كان مركوباً أو محلوباً يركب ويحلب بقدر النفقة وهي من غير الجنس واختلاف أصحاب الشافعي فمنهم من جوز له هذا ومنهم من قال يواطىء رجلاً يدعي عليه عند الحاكم ديناً فيقر له بملك الشيء الذي أخذه فيمتنع من عليه الدعوى من قضاء الدين ليبيع الحاكم لشيء المأخوذ ويدفعه اليه (فصل) إذا ادعى إنسان على إنسان حتماً وأقام به شاهدين فلم يعرف الحاكم عدائهما فسأل حبس غريمه حتى تثبت عدالة شهوده اجيب إلى ذلك لان الظاهر من المسلمين العدالة ولان الذي على الغريم قد أتى به وإنما بقي ما على الحاكم وهو الكشف عن عدالة الشهود وان أقام شاهداً واحداً وسأل حبس غريمه ليقيم شاهداً آخر وكان الخفي مما لا يثبت الا بشاهدين لم يحبس المدعى عليه لان البينة ما تمت والحبس عذاب فلا يتوجه عليه دون تمام البينة وان كان الحق مما يثبت بشاهدين يمين ففيه وجهان (احدهما) يحبس له لان الشاهد الواحد حجة في المال وإنما اليمين مقوية له (والثاني) لا يحبس وهو الصحيح لانه ان يحبس ليقيم شاهداً اخر يتم به البينة فهو كالحقوق التي لا تثبت الا بشاهدين وان حبس ليحلف معه فلا حاجة اليه فان الحلف ممكن في الحال فان حلف ثبت حقه والا لم يجب شيء ويحتمل ان يقال ان كان المدعي باذلاً لليمين وانتوقف لاجل اثبات عدالة الشاهد حبس لما

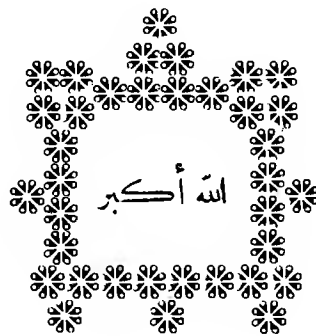
(فصل) إذا أسلم أحد الابنين في غرة شعبان والآخر في غرة رمضان واختلفا في موت أبيهما فقال الاول مات في شعبان فورثته وحدي وقال الآخر مات في رمضان فالمراث بينهما لان الاصل بقاء حياته حتى يعلم زوالها وان أقام واحد منهما بيعة بدعواه ففيه وجهان (أحدهما) يتعارضان (والثاني) تقدم بيعة موته في شعبان لانها معها زيادة علم لانه ثبت موته في شعبان ويجوز ان يخفى ذلك على البينة الاخرى

﴿مستألة﴾ ولو مات مسلم وخلف ولدين مسلماً وكافراً فأسلم الكافر وقال أسلمت قبل موت أبي وقال أخوه بل بعده فالمراث له لان الاصل بقاء الكفر حتى يعلم زواله وعلى أخيه اليمين وتكون على نفي العلم لانها على نفي فعل الغير وقد ذكرناه

ذكرنا في التي قبلها وإن كان التوقف عن الحكم بغير ذلك لم يجبس لما ذكرناه قال القاضي وكل موضع حبس فيه بشاهدين استديم الحبس حتى تثبت عدالة الشهود أو فسقهم وكل موضع حبس فيه بشاهد واحد فإنه يقل للمشهد له إن جئت بشاهد آخر إلى ثلاث والا اطلاقاه

(فصل) وإن ادعى العبد أن سيده أعتقه وأقام شاهدين ولم يعدلا فسأل العبد الحاكم أن يحول بينه وبين سيده إلى أن يبحث الحاكم عن عدالة لشهود فعلى الحاكم ذلك ويؤجره من ثقة وينفق عليه من كسبه ويحبس الباقي فإن عدل الشاهدان سلم إليه الباقي من كسبه وإن فسقا رد إلى سيده وإنما حلنا بينهما لما ذكرناه في الفصل الذي قبل هذا ولأننا لو لم نحل بينهما أفضى إلى أن تكون أمة فيطأها وإن أقام شاهداً واحداً وسأل أن يحال بينهما ففيه وجهان وإن أقامت المرأة شاهدين يشهدان بطلاقها ولم تعرف عدالة الشهود حيل بينه وبينها ، وإن أقامت شاهداً واحداً لم يحل بينهما لأن البينة لم تتم وهذا مما لا يثبت إلا بشاهدين فلا يثبت بشاهد واحد والله أعلم

﴿مسئلة﴾ وإن قال اسلمت في المحرم ومات أبي في صفر فلي الميراث وقال أخوه بل مات في ذي الحجة فله الميراث مع أخيه لأن الاصل بقاء الحياة فإن أقام كل واحد بينة بدعواه فهل يتمارضان أو تقدم بينة من ادعى تقديم موته ؟ فيه وجهان ذكرناهما في الفصل قبل هاتين المستلتين والله أعلم .



كتاب العتق

العتق في اللغة الخلوص ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير أي خالصتها وسمي البيت الحرام عتيقاً لخلوصه من أيدي الجبابرة وهو في الشرع تحرير الرقبة وتخليصها من الرق يقال عتق العبد وأعتقه أنا وهو عتيق ومعتق والأصل فيه الكتاب والسنة والاجماع

أما الكتاب فقول الله تعالى (فتحرير رقبة) وقال تعالى (فك رقبة) وأما السنة فما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها إرباً منه من النار حتى أنه ليعتق اليد باليد ، والرجل بالرجل ، والفرج بالفرج » متفق عليه في أخبار كثيرة سوى هذا وأجمعت الأمة على صحة العتق وحصول القربة به

(فصل) والعتق من أفضل القرب إلى الله تعالى لأن الله تعالى جعله كفارة للقتل والوطء في رمضان والايان وجعله النبي ﷺ فكاً كما لمعتقه من النار ولأن فيه تخليصاً للآدمي المعصوم من ضرر الرق وملك نفسه ومنافعه وتكميل أحكامها وتمتدته من التصرف في نفسه ومنافعه على حسب إرادته واختياره واعتق الرجل أفضل من اعتاق المرأة لما روى كعب بن مرة البهزي قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « أيما رجل أعتق رجلاً مسلماً كان فكاً من النار يجزى بكل عظم من عظامه عظماً

كتاب العتق

العتق في اللغة الخلوص ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير أي خالصتها وسمي البيت الحرام عتيقاً لخلوصه من أيدي الجبابرة وهو في الشرع تحرير الرقبة وتخليصها من الرق يقال عتق العبد واعتقه أنا وهو عتيق ومعتق والأصل فيه الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (فتحرير رقبة) وقال تعالى (فك رقبة) وأما السنة فما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ « من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها إرباً منه من النار حتى أنه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج » متفق عليه في أخبار كثيرة سوى هذا وأجمعت الأمة على صحة العتق وحصول القربة به

﴿مسئلة﴾ (وهو من أفضل القرب)

لأن الله تعالى جعله كفارة للقتل والوطء في رمضان والايان وجعله النبي ﷺ فكاً كما لمعتقه من النار ولأن فيه تخليصاً للآدمي المعصوم من ضرر الرق وملك نفسه ومنافعه وتكميل أحكامه وتمكينه من التصرف في نفسه ومنافعه على حسب إرادته واختياره واعتاق الرجل أفضل من اعتاق المرأة لما روى كعب بن مرة البهزي قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « أيما رجل أعتق رجلاً مسلماً كان فكاً من النار يجزى بكل عظم من عظامه عظماً ، وأيما رجل مسلم أعتق امرأتين مسلمتين

من عظامه، وأما رجل مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاكاً من النار يجزى بكل عظم من عظامهما عظماً من عظامه، وأما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكاً من النار تجزى بكل عظم من عظامها عظماً من عظامها»

والمستحب عتق من له دين وكسب ينتفع بالعتق فأما من يتضرر بالعتق كمن لا كسب له تسقط نفقته عن سيده فيضيع أو يصير كلاً على الناس ويحتاج إلى المسئلة فلا يستحب عتقه، وإن كان ممن يخاف عليه المضي إلى دار الحرب والرجوع عن دين الإسلام أو يخاف عليه الفساد كعبد يخاف أنه إذا أعتق واحتاج سرق وفسق وقطع الطريق أو جارية يخاف منها الزنا والفساد كره اعتاقه وإن غلب على الظن إفضاؤه إلى هذا كان محرماً لأن التوصل إلى الحرام حرام وإن أعتقه صح لأنه اعتاق صدر من أهله في محله فصح كاعتاق غيره

(فصل) ويحصل العتق بالقول والملك والاستيلاء ونذكر ذلك في مواضعه إن شاء الله تعالى ولا يحصل بالنية المجردة لأنه إزالة ملك فلا يحصل بالنية المجردة كسائر الإزالة والفاظه تنقسم إلى صريح وكناية. فالصريح لفظ الحرية والعتق وما تصرف منهما نحو أنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق أو أعتقتك لأن هذين اللفظين وردا في الكتاب والسنة وهما يستعملان في العتق عرفاً فكاكاً صريحين فيه فمتى أتى بشيء من هذه الإلفاظ حصل به العتق وإن لم ينو شيئاً عتق أيضاً قال أحمد في رجل لقي امرأة في الطريق فقال تنحي يا حرة فإذا هي جاريته قال قد عتقت عليه

كانتا فكاكاً من النار يجزى بكل عظم من عظامهما عظماً من عظامه، وأما امرأة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكاً من النار تجزى بكل عظم من عظامها عظماً من عظامها» وقيل عتق المرأة للرة أفضل.

﴿مسئلة﴾ (والمستحب عتق من له كسب ودين ينتفع بالعتق)

فأما من لا قوة له ولا كسب فلا يستحب عتقه ولا كتابته لسقوط نفقته عن سيده باعتاقه فيضيع أو يصير كلاً على الناس ويحتاج إلى المسئلة فلا يستحب عتقه ولا كتابته فإن كان ممن يخاف عليه الرجوع إلى دار الحرب وترك إسلامه أو يخاف عليه الفساد كمن يخاف أنه إذا أعتق فاحتاج سرق أو فسق أو قطع الطريق أو جارية يخاف عليها الزنا والفساد كره اعتاقه فإن غلب على الظن إفضاؤه إلى هذا كان محرماً لأن التوصل إلى الحرام حرام فإن أعتقه صح لأنه اعتاق صدر من أهله في محله فصح كعتق غيره

﴿مسئلة﴾ (ويحصل العتق بالقول والملك ولا يحصل بالنية المجردة)

لأنه إزالة ملك فلا يحصل بالنية المجردة كالتلاق والفاظه تنقسم إلى صريح وكناية فالصريح لفظ العتق والحرية كيف صرفاً نحو أنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق أو أعتقتك لأن هذين اللفظين وردا في الكتاب والسنة وهما يستعملان في العتق عرفاً فمتى أتى بشيء من هذه الإلفاظ حصل به العتق سواء نواه

وقال في رجل قال لخدم قيام في وليمة مروا أنتم أحرار وكانت معهم أم ولده لم يعلم بها قال هذا عندي تعتق أم ولده ويحتمل ان لا تعتق في هذين الموضوعين لانه قصد باللفظ الاولي غير العتق فلم تعتق بها كما لو قال عبدي حر يريد انه عفيف كريم الاخلاق وباللفظة الثانية أراد غير أم ولده فأشبهه ما لو نادى امرأة من نسائه فأجابته غيرها فقال أنت طالق بحسبها التي ناداها فنها لا تطلق على رواية فكذا ههنا، فأما إن قصد غير العتق كالرجل يقول عبدي هذا حر يريد عفته وكرم أخلاقه او يقول لعبده ما أنت إلا حر اي انك لا تطيعني ولا ترى لي عليك حقاً ولا طاعة فلا يعتق في ظاهر المذهب قل حنبل سئل أبو عبد الله عن رجل قال لغلامه أنت حر وهو يعاتبه فقال اذا كان لا يريد به العتق يقول كأنك حر ولا يريد أن يكون حراً أو كلاماً نحو هذا رجوت أن لا يعتق وأنا أهاب المسئلة لانه نوى بكلامه ما يحتمله فانصرف اليه كما لو نوى بكناية العتق وبهذا قال الثوري وابن المنذر قال وان طلب استحلافه حلف وبيان احتمال اللفظ لما أراده ان المرأة الحرة تمدح بهذا فيقال امرأه حرة يعنون عفيفة وتمدح الملوكة به أيضاً وبقول للحبي الكريم الاخلاق حر، قالت سبيعة ترثي عبد المطلب شعراً ولا تسأما أن تبكيا كل ليلة * ويوم على حر كريم الشامل

وأما الكناية فنحو قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي ذميك وأنت سائبة واذهب حيث شئت وقد خيلتكم فهذا إن نوى به العتق لانه يحتمله وان لم يفوه به لم يعتق لانه يحتمل غيره

ار لم ينود قال احمد في رجل اتى امرأة في الخارق فقل تنحي باخرة فاذا هي جاريتها قل قد عتقت عليه وقال في رجل قال لخدم قيام في وليمة مروا أنتم أحرار وكانت معهم أم ولده لم يعلم بها قال هذا عندي تعتق أم ولده ويحتمل ان لا تعتق في هذين الموضوعين لانه قصد باللفظة الاولي غير العتق فلم تعتق به كما لو قال عبدي حر يريد انه عفيف كريم الاخلاق وباللفظة الثانية أراد غير أم ولده فأشبهه ما لو نادى امرأة من نسائه فأجابته غيرها فقال أنت طالق بظنهم المناذرة فانها لا تطاق في رواية فكذا ههنا، وأما ان قصد غير العتق كالرجل يقول عبدي هذا حر يريد عفته وكرم أخلاقه او يقول لعبده ما أنت إلا حر أي انك لا تطيعني ولا ترى لي حقاً ولا طاعة فلا يعتق في ظاهر المذهب قال حنبل سئل أبو عبد الله عن رجل قال لغلامه أنت حر وهو يعاتبه قل اذا كان لا يريد به العتق يقول كأنك حر ولا يريد ان يكون حراً أو كلاماً شبه هذا رجوت ان لا يعتق وأنا أهاب المسئلة لانه نوى بكلامه ما يحتمله فانصرف اليه كما لو نوى بكناية العتق قال وان طلب استحلافه حلف وبيان احتمال اللفظ لما أراده ان المرأة تمدح بهذا يقال امرأه حرة يعنون عفيفة وتمدح الملوكة به أيضاً وبقول للحبي الكريم الاخلاق حر قالت سبيعة ترثي عبد المطلب

ولا تسأما أن تبكيا كل ليلة ويوم على حر كريم الشامل

وأما الكناية فنحو قوله خيلتكم والحق باهلك واذهب حيث شئت ونحوها وكذلك قوله حبلتك

ولم يرد به كتاب ولا سنة ولا عرف استعمال وذكر القاضي وأبو الخطاب في قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك : روايتين (احدهما) انه صريح (واثنية) انه كناية وهو الصحيح لما ذكرناه فأما إن قال لارق لي عليك ولا ملك لي عليك. وأنت لله فقال القاضي هو صريح نص عليه أحمد وذكر أبو الخطاب فيه روايتين ولا خلاف في انه يذهب انه يعتق به إذا نوى ومن قال يعتق بقوله أنت لله إذا نوى الشعبي والسيب بن رافع وحامد والشافعي وقال أبو حنيفة لا يعتق به لان مقتضاه أنت عبد الله أو مخلوق لله وهذا لا يقتضي العتق

ولما انه يحتمل انه حر لله أو عتق لله أو عبد لله وحده لست بعبد لي ولا لأحد سوى الله فاذا نوى الحرية به وقعت كسائر الكنايات وما ذكره لا يصح لان احتماله لما ذكره لا يمنع احتماله لما ذكرناه بدليل سائر الكنايات فمنها تحتمل العتق وغيره ولو لم تحتمل إلا العتق لكانت صريحة فيه وما يحتمل أمرين انصرف الى أحدهما بالنية وهذا شأن الكنايات وما ذكره من الاحتمال يدل على ان هذا ليس بصريح وانما هو كناية ، وقوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك خبر عن انتفاء ملكه وورقه لم يرد به شرع ولا عرف استعمال في العتق فلم يكن صريحاً فيه كما نوه ما أنت عبدي ولا مملوكي وقوله لامرأته ما أنت امرأتي ولا زوجتي .

(فصل) وإن قال لأمتك أنت طالق ينوي العتق به ففيه روايتان (احدهما) لا تعتق به وهو قول

على غارك فهذا ان نوى به العتق عتق وان لم ينوه لم يعتق لانه يحتمل غيره ولم يرد به كتاب ولا سنة ولا عرف استعمال وفي قوله لا سبيل لي عليك ولا ملك لي عليك ولا رق لي عليك وفككت رقبتيك وانت مولاي وانت لله وانت سائبة روايتان (احدهما) انه صريح (والاخرى) كناية ذكر القاضي وأبو الخطاب في قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك : روايتين (احدهما) انه صريح (والاخرى) كناية قال شيخنا والصحيح انه كناية لما ذكرناه ، فأما قوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك وانت لله فقال القاضي هو صريح نص عليه احمد وذكر أبو الخطاب فيه روايتين لانه يحتمل غير العتق ولا خلاف في المذهب انه يعتق به إذا نوى ومن قال يعتق بقوله انت لله اذا نوى الشعبي والسيب بن رافع وحامد والشافعي وقال أبو حنيفة لا يعتق به لان مقتضاه انت عبد الله أو مخلوق لله وهذا لا يقتضي العتق

ولما انه يحتمل انت حر لله أو عتق لله أو عبد لله وحده لست بعبد لي ولا لأحد سوى الله فاذا نوى الحرية به وقعت كسائر الكنايات وما ذكره لا يصح لان احتماله لما ذكره لا يمنع احتماله لما ذكرناه بدليل سائر الكنايات فانها تحتمل العتق وغيره ولو لم تحتمل إلا العتق لكانت صريحة فيه وما يحتمل أمرين انصرف الى أحدهما بالنية وهذا شأن الكنايات وما ذكره من الاحتمال يدل على ان هذا ليس بصريح وانما هو كناية ، وقوله لا ملك لي عليك ولا رق لي عليك

أبي حنيفة لأن العلق لفظ وضع لازالة الملك عن المنفعة فلم يزل به الملك عن الرقبة كفسخ الاجارة ولان ملك الرقبة لا يستدرك بالرجعة فلا ينحل بالطلاق كسائر الاملاك (والرواية الثانية) هو كناية تعتق به الأمة اذا نوى العتق وهو قول مالك والشافعي لان الرق أحد المالكين على الآدمي فيزول بلفظ الطلاق كالأخر أو فيكون اللفظ الموضوع لازالة أحدهما كناية في ازالة الآخر كالحرية في ازالة النكاح ولان فيه معنى الاطلاق فاذا نوى به اطلاقها من ماسكه فقد نوى بافضاه ما يحتمله فتحصل به الحرية كسائر كنيات العتق

(فصل) فان نال لاكبر منه : أو ان لا يولد مثله هذا ابني مثل أن يقول من له عشر من له عشر من سنة لمن له خمس عشرة سنة هذا ابني لم يعتق ولم يثبت نسبه ، وقال أبو حنيفة يعتق وخرجه أبو الخطاب وجهاً لنا لانه اعترف بما ثبت به حرته فأشبهه مالو أقر بها .

ولنا انه قول يتحقق كذبه فيه فلم يثبت به الحرية كما لو قال لطفل هذا أبي أو لطفلة هذه أمي قال ابن المنذر هذا من قول النعمان شاذ لم يسبقه أحد اليه ولا تبعه أحد عليه وهو محال من الكلام وكذب يقيناً أو جاز هذا لجاز أن يقول الرجل لطفل هذا أبي ولانه لو قال لزوجته وهي أسن منه هذه ابنتي أو قال لها وهو أسن منها هذه أمي لم تطلق كذا هذا .

(فصل) فان قال لأمة أنت حر'م علي ينوي به العتق عتقت وذكروا الخطاب ان فيها رواية

خبر عن انتفاء ملكه ولم يرد به شرع ولا عرف استعمال في العتق فلم يكن صريحاً فيه كقوله ما انت عبدي ولا مملوكي وقوله لامراته ما انت امرأتي ولا زوجتي وفي قوله فكنت رقبك وأنت سائبة وانت مولاي روايان (أحدهما) هو صريح في العتق لانها تتضمنه وقد جاء في كتاب الله تعالى (فك رقبة) يعني العتق فكانت صريحة كقوله اعنتك (والثانية) هو كناية لانه يحتمل غير العتق

﴿مسئلة﴾ (وفي قوله لامته أنت طالق وانت حرام روايتان)

(أحدهما) هي كناية والآخرى لا تعتق به وهو قول أبي حنيفة لان الطلاق لفظ وضع لازالة الملك عن المنفعة فلم يزل به الملك عن الرقبة كفسخ الاجارة ولان ملك الرقبة لا يستدرك بالرجعة فلا ينحل كسائر الاملاك

(والثانية) هو كناية تعتق به اذا نواه وهو قول مالك والشافعي لان الرق أحد المالكين على الآدمي فيزول بلفظ الطلاق كالأخر أو فيكون اللفظ الموضوع لازالة أحدهما كناية في ازالة الآخر كالحرية في ازالة النكاح ولان فيه معنى الاطلاق فاذا نوى به اطلاقها من ملكه فقد نوى بافضاه ما يحتمله فتحصل به الحرية كسائر كنيات العتق

(فصل) وان قل لامته انت حرام ينوي به العتق عتقت ، وذكروا الخطاب ان فيها رواية

أخرى لا تعتق كقوله لها أنت طالق والصحيح أنها تعتق به لانه يحتمل أنت حرام علي لكونك حرة فتعتق به كقوله لا سبيل لي عليك

(فصل) ويصح العتق من كل من يجوز تصرفه في المال وهو البالغ العاقل الرشيد سواء كان مسلماً أو ذمياً أو حربياً ولا نعلم في هذا خلافاً إلا عن أبي حنيفة ومن وافقه في أن عتق الحربى لا يصح لانه لا ملك له على التمام بدليل اباحة أخذ منه وانتفاء عصمته في نفسه وماله

ولنا انه يصح طلاقه فصح اعتاقه كالذمي ولانه مالك بالغ عاقل رشيد فصح اعتاقه كالذمي وقولهم لا ملك له لا يصح فانهم قد قالوا انهم يملكون اموال المسلمين بالقهر فلان ثبت الملك لهم في غير ذلك اولى

(فصل) ولا يصح من غير جائز التصرف فلا يصح عتق الصبي والمجنون قال ابن المنذر هذا قول عامة اهل العلم ومن حفظنا عنه ذلك الحس والشعبي والزهري ومالك والشافعي واصحاب الرأي وذلك لقول النبي ﷺ «رفع التلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبايع وعن المجنون حتى يفقه وعن انائم حتى يستيقظ» ولانه تبرع بالمال فلم يصح منهما كالمهبة ولا يصح عتق السفينة المحجور عليه وهو قول القاسم بن محمد وذكروا الخطاب فيه رواية اخرى انه يصح عتقه قياساً على طلاقه وتدبيره

أخرى لا تعتق كقوله لها أنت طالق والصحيح انها تعتق به لانه يحتمل انك حرام علي لكونك حرة فتعتق به كقوله لا سبيل لي عليك

﴿مسئلة﴾ (وان قال لعبد وهو اكبر منه انت ابني لم يعتق ذكره القاضي ويحتمل ان يعتق) اذا قال لا اكبر منه اولم لا يولد مثله : هذا ابني مثل ان يقول من له عشرون سنة لمن له خمسة عشرة سنة : هذا ابني لم يعتق ولم يثبت نسبه ، وقال ابو حنيفة يعتق وخرجه أبو الخطاب وجهاً لنا لانه اعترف بما ثبت به حرته فاشبهه ماله اقر بها

ولنا أنه قول يتحقق كذبه فيه فلم يثبت الحرية كما لو قال لطفل هذا ابني او لطفلة هذه أمي ، قال ابن المنذر هذا من قول النعمان شاذ لم يسبقه احد اليه ولا تبعه احد عليه وهو محال من الكلام وكذب يقيناً ولو جاز هذا لجاز ان يقول الرجل لطفل هذا ابني ولانه لو قال لزوجته وهي أسن منه : هذه ابنتي أو قال لها وهي أسن منه هذه أمي لم تلتق كذا هذا

﴿مسئلة﴾ (وان اعتق حاملاً عتق جنينها الا ان يستثنيه)

لانه يتبعها في البيع والهبة ففي العتق أولى فان استثناه لم يعتق روي ذلك عن ابن عمر وابي هريرة والنخعي واسحاق وابن المنذر وقال ابن سيرين له ما استثنى وقال عطاء والشعبي اذا استثنى ما في بطنها فله ثنيه وقال مالك والشافعي لا يصح استثناء الجنين لان النبي ﷺ نهى عن اثني الا ان تعلم وقياساً على استثنائه في البيع اشبه بعض اعضائها

ولنا انه محجور عليه في ما، لحظ نفسه فلم يصح عتقه كما لصبي ولانه تصرف في المال في حياته فأشبهه ببيعه وهبته ويفارق الطلاق لان الحجر عليه في ماله والطلاق ليس بتصرف فيه ويفارق التدبير لانه تصرف فيه بعد موته وغناه عنه بالموت ولهذا صحت وصيته ولم تصح هبته المنجزة وعتق السكران مبني على طلاقه وفيه من الخلاف ما فيه ولا يصح عتق المكروه كما لا يصح طلاقه ولا بيعه ولا شيء من تصرفاته

(فصل) ولا يصح العتق من غير المالك فلو أعتق عبيد ولده الصغير او يتيمه الذي في حجرة لم يصح وبهذا قول الشافعي وابن المنذر ، وقال مالك يصح عتق عبد ولده الصغير لقوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » ولان له عليه ولاية وله فيه حق فصح اعتاقه كإله

ولنا انه عتق من غير مالك فلم يصح كاعتاق عبد ولده الكبير قول ابن المنذر لما ورث الله الاب من مال ابنة السدس مع ولده دل على انه لاحق له في سائر

وقوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » لم يرد به حقيقة الملك وانما أراد المصلحة في وجوب حقه عليك وامكان الاخذ من مالك وامتناع مطالبتك له بما أخذ منه ولهذا لا ينفذ اعتاقه لعبد ولده الكبير الذي ورد الخبر فيه وثبوت الولاية له على مال ولده أبلغ من امتناع عتاق عبده ولانه انما أثبت الولاية عليه لحظ الصبي ليحفظ ماله عليه وينميه له ويقوم بمصالحه التي يعجز الصبي عن القيام بها واذا كان مقصود الولاية الحفظ اقتضت منع التضييع والتفريط باعتاق رقيقه وان تبرع بماله ولو قال رجل لعبد

ولنا انه قول ابن عمر وأبي هريرة قال أحمد اذهب إلى حديث ابن عمر في العتق ولا اذهب اليه في البيع وقول النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم » ولانه يصح افراده بالعتق فصح استثناءه كالمفصل وخبرهم تقول به والحمل معلوم فصح استثناءه للحديث ويفارق البيع لانه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات العوض ليعلم هل هو قائم مقام العوض أم لا؟ والعتق تبرع لا تتوقف صحته على معرفة صفات المعتق ولا تنفيه الجهالة ويكفي العلم بوجوده وقد وجد ولذلك صح افراد الحمل بالعتق ولم يصح بالبيع ولان استثناءه في البيع إذا بطل بطل البيع كله وهما إذا بطل استثناءه لم يطل العتق في الأمة ويسري الاعتق اليه فكيف يصح إلحاقه به مع تضاد الحكم فيها؟ ولا يصح قياسه على بعض أعضائها لانه يصح انفراده بالحرية عن امه فيما إذا اعتته دونها وفي ولد المغرور بحرية أمة وفيما إذا وطئ بشبهة وفي ولد ام الولد وغير ذلك ولا يصح ذلك في بعض أعضائها ولان الولد يرث ويورث ويوصى به فكيف يصح قياسه على بعض الأعضاء؟

وروى الأثرم عن ابن عمر أنه اعتق أمة واستثنى ما في بطنها ولانها ذات حمل فصح استثناء حملها كما لو باع نخلة لم تؤبر واشترط ثمرتها وقال القاضي يخرج على الرويتين فيما إذا استثنى ذلك في البيع والنصوص عنه ما ذكرنا من انه يصح استثناءه في العتق ولا يصح في البيع لم ذكرنا من الفرق بينها

آخر أنت حر من مالي فليس بشيء فإن اشتراه بعد ذلك فهو مملوكه ولا شيء عليه وبهذا قال مالك والشافعي وعامة الفقهاء ولو بلغ رجلاً إن رجلاً قال لعبدك أنت حر من مالي فقال قد وضيت فليس بشيء وبهذا قال الشوري واسحاق

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (وإذا كان العبد بين ثلاثة فأعتقوه معاً أو وكل نفران الثالث أن يعتق حقوقهما مع حقه فعمل أو أعتق كل واحد منهم حقه وهو معسر فقد صار حراً وولاؤه بينهم أثلاثاً)

وجملة إن العبد متى كان لثلاثة فأعتقوه معاً أما بانفسهم بان يتلفظوا بعنته معاً أو يعلقوا عنته على صفة واحدة فتوجد أو يوكلوا واحداً فيعتقه أو يوكل نفسان منهم الثالث فيعتقه فإنه يصير حراً وولاؤه بينهم على قدر حقوقهم فيه لأن النبي ﷺ قال « إنما الولاء لمن أعتق » وكل واحد منهم قد أعتق حقه فيثبت له الولاء عليه وهذا لأنه لم ينفذ بين أهل العلم خلافاً، فأما إن أعتقه سادته اثلاثة واحداً بعد واحد وهم معسرون أو كان المعتقان الأولان معسرين واثالث موسراً فالصحيح فيه أنه يعتق على كل واحد منهم حقه وله وولاؤه وهذا قول أكثر أهل العلم، وحكى ابن المنذر فيما إذا أعتق المعسر نصيبه قولين شاذين

﴿مسئلة﴾ (وان أعتق ما في بطنها دونها عتق وحده)

لا نعلم في ذلك خلافاً وهو قول سفيان واحمد واسحاق لأن حكم الانسان المنفرد ولهذا يورث الجنين إذا ضرب بطن امرأة فاسقطت جنيناً وجب فيه غرة موروثه عنه كأنه سقط حياً وتصح الوصية به وله وورث إذا مات موروثه قبل ان يولد ثم ولد بعده فصح عتقه كللنفصل

(فصل) ولا يصح العتق الا من جائز التصرف فلا يصح عتق الصبي والمجنون قال ابن المنذر هذا قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعبي والزهري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لقول النبي ﷺ « رفع أقم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ » ولأنه تبرع بالمال فلم يصح كالهبة ولا يصح عتق المحجور عليه لسفه وهو قول القاسم بن محمد وعنه يصح قياساً على طلاقه وتدبيره

ولنا أنه محجور عليه في ماله لحظ نفسه فلم يصح عتقه كالصبي ولأنه تصرف في المال في حياته أشبه هبته وبيعه ويفارق الطلاق لأن الحجر عليه في ماله والطلاق ليس بتصرف فيه ويفارق التدبير لأنه تصرف فيه بعد موته وغناه عنه بالموت ولهذا صحته وصحته ولم تصح هبته المنجزة وعتق السكران مبني على طلاقه وفيه من الخلاف ما فيه ولا يصح عتق السكره كما لا يصح بيعه ولا تصرفاته ولا يصح

(أحدهما) باطل لانه لا يمكن ان يعتق نصفه منفرداً إذ لا يمكن ان يكون انسان نصفه حر ونصفه عبد كما لا يمكن ان يكون نصف المرأة طالقاً ونصفها زوجة ولا سبيل إلى اعتاق جميعه فبطل كاه
 (واثاني) يعتق كله وتكون قيمة نصيب الذي لم يعتق في ذمة المعتق يتبع بها إذا أيسر كما لو أتلفه وهذان القولان شاذان لم يقلهما من يحتج بقوله ولا يعتمد على مذهبه ويردهما قول النبي ﷺ
 « من أعتق شركا له في عبد فكان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العبد وأعطى شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق » متفق عليه وإذا ثبت انه لا يعتق على المعسر إلا نصيبه فبقي العبد على الرق وإذا أعتقه مالكة عتق باعتاقه وكان لكل واحد منهم ولاء ما عتق لان الولاء لمن أعتق ويفارق العتق الطلاق لكون المرأة لا يمكن الاشتراك فيها ولا ورود النكاح على بعضها ولا تكون إلا لواحد فنظيره اذا كان العبد لواحد فاعتق جزءاً منه فانه يعتق جميعه
 (فصل) واذا قال كل واحد من الشركاء للعبد اذا دخلت الدار فنصبي منك حر فدخل عتق عليهم جميعاً سواء قالوا ذلك دفعة واحدة او في دفعات متفرقة لان العتق في انصباهم يقع دفعة واحدة وإن اختلفت أوقات تعليقه

عتق الموقوف لان فيه ابطالا لحق البطن اثاني منه وليس له ذلك
 (فصل) ولا يصح العتق من غير المالك بغير إذنه فلو اعتق عبد ولده الصغير أو يتيمه الذي في حجره لم يصح ، وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وقال مالك يصح عتق عبد ولده الصغير لقوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » ولان له عليه ولاية وله فيه حق فصح اعتاقه كإياه ولنا انه عتق من غير مالك فلم يصح كاعتاق عبد ولده الكبير قال ابن المنذر لما ورث الله الاب من مال ابنة السدس مع ولده دل على أنه لاحق له في سائرته وقوله عليه السلام « أنت ومالك لأبيك » لم يرد به حقيقة المالك وإنما أراد البالغة في وجوب حقه عليك وامكان الاخذ من مالك وامتناع مطالبتك إياه بما أخذ منه ولهذا لم ينفذ اعتاقه لعبد ولده الكبير الذي ورد الخبر فيه وثبوت الولاية له على مال ولده أبلغ في امتناع اعتاق عبده لانه انما أثبت عليه الولاية لحظ الصبي ليحفظ ماله عليه وينميه له ويقوم بمصالحه التي يعجز الصبي عن القيام بها . وإذا كان مقصود الولاية الحفظ اقتضت منع التفريط والتضييع باعتاق رقيقه واتبرع بما له ولو قال رجل لعبد أنت حر من مالي فليس بشيء فان اشتراه بعد ذلك فهو مملوكه ولا شيء عليه وبه قال مالك والشافعي وعامة الفقهاء ولو بلغ رجلاً أن رجلاً قال لعبد أنت حر من مالي فقال قد رضيت فليس بشيء وبه قال الثوري واسحاق

﴿مسئلة﴾ (وأما الملك فمن ملك ذا رحم محرم عتق عليه وعنه لا يعتق الا عمودا النسب)
 ذو الرحم المحرم القريب الذي يحرم نكاحه عليه لو كان أحدهما رجلاً والآخر امرأة وهم الوالدان
 (المغني والشرح الكبير) (٣١) (الجزء الثاني عشر)

(مسئلة) قال (ولو أعتقه أحدهم وهو موسر عتق كله وصار لصاحبه عليه قيمة ثلثيه)

وجملته ان الشريك اذا أعتق نصيبه من العبد وهو موسر عتق نصيبه لانعلم خلافا فيه لما فيه من الاثر ولانه جائز التصرف أعتق ملكه الذي لم يتعلق به حق غيره فننذ فيه كما لو أعتق جميع العبد المملوك له واذا أعتق نصيبه سرى العتق إلى جميعه فصار جميعه حراً وعلى المعتق قيمة انصاء شركائه والولاء له وهذا قول مالك وابن ابي ليلى وابن شبرمة والثوري والشافعي وابي يوسف ومحمد واسحاق وقال البتي لا يعتق إلا حصة المعتق ونصيب الباقي باق على الرق ولا شيء على المعتق لما روى ابن انتلب عن أبيه ان رجلاً أعتق شقصاً له في مملوك فلم يضمنه النبي ﷺ ذكره احمد ورواه ، ولانه لو باع نصيبه لاختص البيع به فكذلك العتق إلا ان تكون جارية نفيسة يغالى فيها فيكون ذلك بمنزلة الجناية من المعتق للضرر الذي أدخله على شريكه

وقال ابو حنيفة : لا يعتق إلا حصة المعتق ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد وإن شاء ضمن شريكه فيعتق حينئذ

ولنا الحديث الذي روينا وهو حديث صحيح متفق عليه . ورواه مالك في موطنه عن نافع عن ابن عمر فأثبت النبي ﷺ العتق في جميعه وأوجب قيمة نصيب شريك المعتق الموسر عليه ولم يجعل له خيرة ولا غيره

وروى قتادة عن ابي المذبح عن أبيه ان رجلاً من قومه أعتق شقصاً له من مملوك فرجع ذلك

وان علوا من قبل الاب والام جميعا والولد وإن سفل من ولد البنين والبنات والاخوة والاخوات وأولادهم وان سفلوا والاعمام والعمات والاحوال والخالات وان علوا دون أولادهم فمتى ملك أحداً منهم عتق عليه روي ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ، وبه قال الحسن وجابر بن زيد وعطاء والحكم وابن ابي ليلى والثوري والليث وأبو حنيفة والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم واعتق مالك الوالدين والمولودين وان بعدوا والاخوة والاخوات دون أولادهم ولم يعتق الشافعي الا عمودي النسب وعن احمد كذلك ولم يعتق داود واهل الظاهر احداً حتى يعتقه لقول النبي ﷺ « لا يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتره فيعتقه » رواه مسلم

ولنا ما روى الحسن عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن ولانه ذو رحم محرم فعتق عاينه بالملك كعمودي النسب وكالاخوة والاخوات عند مالك فأما قوله « حتى يشتره فيعتقه » فيحتمل أنه أراد فيشتره فيعتقه بشرائه كما يقال ضربه فقتله والضرب هو القتل وذلك لان الشراء لما كان يحصل به العتق تارة دون أخرى جاز

إلى النبي ﷺ فجعل خلاصه عليه في ماله وقال « ليس لله شريك » قال أبو عبد الله الصحيح انه عن أبي المليح عن النبي ﷺ مرسل وليس فيه عن أبيه هذا معنى كلامه وقول ابتي شاذ يخالف الاخبار كلها فلا يعول عليه وحديث التلب يتعين حمله على المعسر جمعاً بين الاحاديث وقياس العتق على البيع لا يصح فان البيع لا يسري فيما اذا كان العبد كله له والعتق يسري فانه لو باع نصف عبده لم يسر ولو أعتق نصفه عتق كله واذا ثبت هذا فان ولاءه يكون له ، لانه عتق باعثاقه من ماله وقد قال النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق » ولا خلاف في هذا عند من يرى عتقه عليه

(فصل) ولا فرق في هذا بين كون الشركاء مسلمين أو كافرين او بعضهم مسلماً وبعضهم كافراً ذكره القاضي وهو قول الشافعي

وقال أبو الخطاب في الكافر وجه انه اذا عتق نصيبه من مسلم انه لا يسري إلى باقيه ولا يقوم عليه لانه لا يصح شراء الكافر عبداً مسلماً

ولنا عموم الخبر ولان ذلك ثبت لازالة الضرر فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب والغرض ههنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التمليك بخلاف الشراء ولو قدر ان ههنا تمليكا لكان تقديراً في أدنى زمان حصل ضرورة تحصيل العتق ولا ضرر فيه فان قدر فيه ضرر فهو مضمور بالنسبة إلى ما يحصل من العتق فوجوده كالمدم وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق والله أعلم

عطف صفته عليه كما يقال ضربه فأطار رأسه وسواء ملكه بشراء او هبة او غنيمة او ارث او غيره لانعلم بين اهل العلم فيه خلافاً

(فصل) ولا خلاف في ان المحارم من غير ذوي الارحام لا يعتقون على سيدهم كالام من الرضاة والاخ منها والريبة وام الزوجة وابنتها إلا انه حكى عن الحسن وابن سيرين وشريك انه لا يجوز بيع الاخ من الرضاة وروي عن ابن مسعود انه كرهه والاوّل اصح قال الزهري جرت السنة بان يباع الاخ والاخت من الرضاة ولائهم لانص في عتقهم ولاهم في معنى المنصوص عليه فيبقون على الاصل ولائهما لارحم بينهما ولا تنوارث ولا تلزمه فقته فاشبهه الريبة وام الزوجة .

﴿مسئلة﴾ (وان ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه في ظاهر كلام أحمد)

لان أحكام الولد غير ثابتة فيه وهي الميراث والحجب والمحرمية ووجوب الانفاق وثبوت الولاية عليه ويحتمل أن يعتق لأنه جزؤه حقيقة وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج ولهذا لو ملك ولده المخالف له في الدين عتق عليه مع انتفاء هذه الأحكام .

﴿مسئلة﴾ وان ملك سحماً ممن يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله وعليه قيمة نصيب شريكه وإن كان معسراً لم يعتق عليه الا ماملك وان ملكه بالميراث لم يعتق منه إلا ماملك موسراً كان أو معسراً وعنه أنه يعتق عليه نصيب الشريك إن كان موسراً .

«مسئلة» قال (فان أعتقاه بعد عتق الاول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهما فيه عتق لانه قد صار حراً بعتق الاول له)

يعني أن العتق يسري على إجماعه باللفظ لا بدفع القيمة فيعتق كله حين لفظ بالعتق ويصير حراً وتستقر القيمة عليه فلا يعتق بعد ذلك بعتق غيره ، وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وابن المنذر والشافعي في قول له واختاره المزني وقال الزهري وعمرو بن دينار ومالك والشافعي في قول له : لا يعتق إلا بدفع القيمة ويكون قبل ذلك ما كالمصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق وهذا مقتضى قول أبي حنيفة واحتجوا بقول النبي ﷺ «قوم عليه قيمة العدل فأعطي شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد» وفي لفظ رواه أبو داود «فإن كان موسراً يقوم عليه قيمة عدل لا و كس ولا شطط ثم يعتق» فجعله عتقاً بعد دفع القيمة ، ولأن العتق إذا ثبت بعوض ورد الشرع به مطلقاً لم يعتق إلا بالاداء كالمكاتب وللشافعي قول ثالث أن العتق مرعى فإن دفع القيمة تبين انه كان عتق من حين أعتق نصيبه وإن لم يدفع القيمة تبين أنه لم يكن عتق ، لأن فيه احتياطاً لهما جميعاً .

ولنا حديث ابن عمر روي بالفاظ مختلفة تجتمع في الدلالة على الحرية باللفظ فنهما لفظ رواه أبو بوب

وجملة ذلك أن من ملك سهماً ممن يعتق عليه فإنه يعتق عليه ممالك منه سواء ملكه بعوض أو بغير عوض كالاغتنام والوصية وسواء ملكه باختياره كالذي ذكرنا أو بغير اختياره كالميراث لأن كل ما يعتق به الكل يعتق به البعض كالاعتاق بالقول ثم ينظر فإن كان معسراً لم يسر العتق واستقر في ذلك الجزء ورق الباقي لانه لو أعتقه بقوله لم يسر اعتاقه بتصريحه بالعتق وقصده إياه فهنا أولى وإن كان موسراً وكان الميراث باختياره كالمالك بغير الميراث سرى الى باقيه فعتق جميع العبد ولزمه لشريكه قيمة باقيه لانه فوته عليه ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وقال قوم لا يعتق عليه الا ما ملك سواء ملكه بشراء أو غيره لأن هذا لم يعتقه وإنما عتق عليه بحكم الشرع عن غير اختيار منه فلم يسر كما لو ملكه بالميراث وفارق ما أعتقه لانه فعله باختياره قاصداً اليه

ولنا انه فعل سبب العتق اختياراً منه وقصد اليه فسرى ولزمه الضمان كما لو وكل من اعتق نصيبه وفارق الميراث فانه حصل بغير فعله ولا قصده ولأن من باشر سبب السراية اختياراً لزمه الضمان كمن جرح إنسانا فسرى جرحه ولأن مباشرة ما يسرى ونسبته اليه في لزوم حكم السراية واحدة بدليل استواء الحافر والدافع في ضمان الواقع فاما ان ملكه بالميراث لم يسر العتق فيه واستقر فيما ملكه ورق الباقي موسراً كان او معسراً لانه لم يتسبب الى اعتاقه وإنما حصل بغير اختياره وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف وعن احمد ما يدل على أنه يسرى الى نصيب الشريك إذا كان موسراً

عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال « من أعتق شركا له في عبد فكان له ما يبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيق » رواه البخاري وأبو داود والنسائي وفي لفظ رواه ابن أبي مليكة عن نافع عن ابن عمر « فكان له مال فقد عتق كله » وفي رواية ابن أبي ذئب عن نافع عن ابن عمر « وكان للذي يعتق ما يبلغ ثمنه فهو يعتق كله » مروى أبو داود بإسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « من اعتق شقصاً في مملوك فهو حر من ماله » وهذه نصوص في محل النزاع فانه جعله حراً وعتيقاً باعتاقه مشروطاً بكونه موسراً ولانه عتق بالسراية فكانت حاصلة عتق لفظه كالو أعتق حراً من عبيده ولان القيمة معتبرة وقت الاعتاق ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الاعتاق ، وعند الشافعي لا ينفذ بالاعتاق أيضاً فدل على أن العتق حصل فيه بالاعتاق الاول فأما حديثهم فلا حجة لهم فيه فان الواو لا تقتضي ترتيباً وأما العطف بثم في اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب فانها قد ورد لغير الترتيب كقوله تعالى (ثم الله شهيد على ما يفعلون) وأما العوض فأتى وجب عن المتلف بالاعتاق بدليل اعتباره بقيمة حين الاعتاق وعدم اعتبار التراضي فيه ووجوب القيمة من غير وكس ولا شطط بخلاف الكتابة فاذا ثبت هذا فان الشريكين إذا أعتقاه بعد عتق الاول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهما فيه عتق ولا لهما عليه ولاء ولاؤه كله للمعتق الاول وعليه القيمة لانه قد صار حراً باعتاقه

لانه عتق عليه بعضه وهو موسر فسرى إلى باقيه كما لو وصى له به قبله والمذهب الاول لأنه لم يعتقه ولا تسبب اليه فلم يضمن ولم يسر كالأجنبي وفارق ما تسبب إليه

(فصل) وان ورث الصبي والمجنون جزءاً ممن يعتق عليهما عتق ولم يسر إلى باقيه لانه إذا لم يسر في حق المكلف ففي حقهما أولى وان وهب لهما أو وصي لهما به وهما معسران فعلى وليهما قبوله لانه نفع لهما باعتاق قريبهما من غير ضرر يلحق قريبهما وان كانا موسرين ففيه وجهان مبنيان على أنه هل يقوم عليهما باقيه إذا ملكا بعضه ؟ فيه وجهان

(احدهما) لا يقوم ولا يسري العتق إليه لانه يدخل ملكه بغير اختياره اشبه ما لو ورثه (والثاني) يقوم عليه لان قبول وليه يقوم مقام قبوله فاشبه الوكيل فعلى هذا الوجه ليس لولي قبوله لما فيه من الضرر ، وعلى الاول يلزمه قبوله لانه نفع بغير ضرر إذا كان ممن لا تلزمه نفقته وإذا قلنا ليس له ان يقبله قبله احتمال أن لا يصح القبول لانه فعل ما لم يأذن له الشرع فيه فاشبه ما لو باع ماله بغير واحتمل ان يصح وتكون الغرامة عليه لانه الزمه هذه الغرامة فكانت عليه كنفقة الحج إذا حججه

(فصل) وان باع عبداً لذيرحمه واجنبي صفقة واحدة عتق كله إذا كان ذورحمه موسراً وضمن لشريكه قيمة حتمه منه وقال أبو حنيفة لا يضمن لشريكه شيئاً لان ملكه لم يتم الا بقبول شريكه فصار كأنه إذن له في اعتاق نصيبه بملكه باختياره فوجب ان يقوم عليه باقيه مع يساره كما لو انفرد بشرائه ولا نسلم انه لا يصح قبوله الا بقبول شريكه .

وعند مالك يكون ولاؤه بينهم اثلاثاً ولا شيء على المعتق الاول من القيمة ولو أن المعتق الاول لم يؤد القيمة حتى أفلس عتق العبد وكانت القيمة في ذمته ديناً يزاحم بها الشريك عندنا وعند مالك لا يعتق منه إلا ما عتق ولو كان المعتق جارية حاملاً فلم تؤد القيمة حتى وضعت حملها فليس على المعتق إلا قيمتها حين أعتقها لانه حينئذ حررها وعند مالك يقوم ولدها ايضاً ولو تلف العبد قبل اداء القيمة مات حرراً والقيمة على المعتق لانه فوت عليه رقه وعند مالك لا شيء على المعتق ما لم يقوم ويحكم بقيمته فهو في جميع أحكامه عبد .

(فصل) والقيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق لانه حين الاتلاف وهو احد اقوال الشافعي وللشريك مطالبة المعتق بالقيمة على الاقوال كلها فان اختلفا في قدرها رجع الى قول القومين فان كان العبد قد مات او غاب او تأخر تقويمه زمناً تخلف فيه القيم ولم تكن بينة فالتقول قول المعتق لانه ينكر الزيادة والاصل براءة ذمته منها وهذا احد قولي الشافعي وإن اختلف في صناعة في العبد توجب زيادة القيمة فالتقول قول المعتق لذلك إلا ان يكون العبد يحسن الصناعة في الحال ولم يمض زمن يمكن تعلمها فيه فالتقول قول الشريك لاننا علمنا صدقه وان مضى زمن يمكن حدوثها فيه ففيه وجهان .

(أحدهما) القول قول المعتق ، لان الاصل براءة ذمته ، (والثاني) القول قول الشريك لان الاصل بقاء ما كان وعدم الحدوث ، وإن اختلفا في عيب ينقص القيمة كسرقة او اباق فالتقول قول

(فصل) إذا كانت مزوجة ولها ابن موسر فاشتراها هو وزوجها وهي حامل منه صفقة واحدة عتق نصيب الابن من امه وسرى الى نصيب الزوج ويقوم عليه وعتق الحمل عليهما معاً لانه ابن الزوج واخو الابن ولا يجب لاحدهما على الآخر منه شيء لانه عتق عليهما في حال واحدة ولو كانت المسئلة بحالها فوهبت لها او وصي لها بها فقبلاها في حال واحدة فكذلك وان قبلها احدهما قبل الآخر نظرنا فان قبل الابن اولا عتقت الام وحملها وعليه قيمة باقيهما للزوج وإن قبل الزوج اولا عتق عليه الحمل كله ثم إذا قبل الابن عتقت عليه الام كلها ويتقاصان ويرد كل واحد منهما الفضل على صاحبه ومن قال في الوصية ان الملك لا يثبت فيها بالموت فالحكم فيه كما لو قبلاها دفعة واحدة

﴿مسئلة﴾ (وان مثل بعده فجدع انفه واذنه او نحو ذلك عتق نص عليه)

لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان زبائعا ابا روح وجد غلاما له مع جاريته فقطع ذكره وجدع انفه فأتى العبد النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال النبي ﷺ «ما حملك على ما فعلت؟» قال فعمل كذا وكذا قال «اذهب فأنت حر» قال القاضي والقياس ان لا يعتق لان سيده لم يعتقه بلفظ صريح ولا كناية واذا ثبت الحديث وجب العمل به وترك القياس

﴿مسئلة﴾ (وإذا أعتق العبد فماله لسيده)

روي هذا عن ابن مسعود وأبي ايوب وأنس ابن مالك وبه قال قتادة والحكم والثوري والشافعي

الشريك لان الاصل السلامة فالجهة التي رجحنا قول المعتق في نفي الصناعة يرجح قول الشريك في نفي العيب وإن كان العيب فيه حال الاختلاف واختلفا في حدوثه فالقول قول المعتق ، لان الاصل براءة ذمته وبقاء ما كان على ما كان وعدم حدوث العيب فيه ويحتمل أن يكون القول قول الشريك لان الاصل براءته من العيب حين الاعتاق .

(فصل) والمعتبر في اليسار في هذا ان يكون له فضل عن قوته يومه وليلته وما يحتاج اليه من خواتمه الاصلية من الكسوة والمسكن وسائر مالا يبدله منه يدفعه الى شريكه ذكره أبو بكر في التنبيه وان وجد بمضى ما يفي بالقيمة قوم عليه قدر ما يملكه منه ذكره أحمد في رواية ابن منصور وهو قول مالك وقال احمد لاتباع فيه دار ولارباع ومقتضى هذا ان لا يباع له أصل مال وقال مالك والشافعي يباع عليه سوار بيته وما له بال من كسوته ويقضى عليه في ذلك ما يقضى عليه في سائر الدعاوى والمعتبر في ذلك حال تلفظه بالمعتق لانه حال الوجوب فان ايسر المعسر بعد ذلك لم يسر اعتاقه وان اعسر الموسر لم يسقط ما وجب عليه لانه وجب عايه فلم يسقط باعساره كدين الاتلاف نص على هذا احمد (فصل) إذا قال احد الشريكين لشريكه إذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر مع نصيبك فاعتق نصيبه عتقا معا ولم يلزم المعتق شيء وقيل يعتق كله على المعتق لأن اعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه فيلزم ان يكون سابقا عليه والاول أولى لانه امكن العمل بمقتضى شرطه فوجب حمله

وأصحاب الرأي وروي ذلك عن حماد والبتي وداود بن أبي هند وحميد وعنه رواية أخرى أنه للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي ومالك وأهل المدينة يبيعه لما روى نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال « من اعتق عبداً وله مال فالمال للعبد » رواه الامام أحمد وغيره وروى حماد بن سلمة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر انه كان اذا اعتق عبداً لم يعرض لماله

ولنا ما روى الاثرم باسناده عن ابن مسعود أنه قال لعلامه عمير يا عمير إني أريد ان اعترفك عتقا هنيئاً فأخبرني بمالك فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول إيمان رجل اعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيدته ولان العبد وماله كانا للسيد فأزال ملكه عن احدهما فبقي ملكه في الآخر كما لو باعه وقد دل عليه حديث النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه البائع » فأما حديث ابن عمر فقال أحمد يرويه عبد الله بن أبي جعفر من أهل مصر وهو ضعيف في الحديث كان صاحب فقه فاما في الحديث فليس هو فيه باتقوي وقال أبو الوليد هذا الحديث خطأ فاما فعل ابن عمر فهو تفضل منه على معتقه قيل لاحمد كان هذا عندك على التفضل ؟ فقال أي لعمري على التفضل قيل له فكأنه عندك للسيد ؟ فقال نعم للسيد مع البيع سواء

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وإذا اعتق جزءا من عبده معينا أو مشاعا عتق كله)

أما إذا عتق عبده وهو صحيح جائز التصرف فانه يصح عتقه باجماع أهل العلم فان اعتق بعضه

عليه كما لو وكله في اعتاق نصيبه مع نصيبه فاعتقهما معا وان قال إذا أعتقت نصيبك فنصبي حرف قال اصحابنا اذا اعتنى نصيبه سرى وعتق عليه كله وقوم عليه ولا يقع اعتاق شريكه لان السراية سبقت فمنعت عتق الشريك ويحتمل ان يعتق عليهما جميعاً لان عتق نصيبه سبب للسراية وشرط لعتق نصيب الشريك فلم يسبق احدهما الآخر لوجودهما في حال واحد وقد يرجح وقوع عتق الشريك لانه تصرف منه في ملكه والسراية تقع في غير الملك على خلاف الاصل فكان نقوذ عتق الشريك اولى ولان سراية العتق على خلاف الاصل لكونها اتلافاً للملك المصوم بغير رضاد والزاما للمعتق غرامة لم يلتزمها بغير اختياره وانما يثبت لمصلحة تكميل العتق فاذا حصلت هذه المصلحة باعتاق المالك كان اولى وان قال إذا أعتقت نصيبك فنصبي حر قبل إعتاقك نصيبك وقعا معا إذا أعتق نصيبه وهذا مقتضى قول أبي بكر والقاضي ومقتضى قول ابن عقيل ان يعتق كله على المعتق ولا يقع اعتاق شريكه لانه اعتق في زمن ماضي ومقتضى قول ابن سريج ومن وافقه ممن قال بسراية العتق ان لا يصح اعتاقه لانه يلزم من عتقه نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته فيمتنع اعتاق نصيب هذا ويمتنع عتق نصيب الشريك وينفي الى الدور فيمتنع الجميع وقد مضى الكلام في هذا في مسائل الطلاق والله تعالى أعلم

عتق كله في قول جمهور العلماء روي ذلك عن عمر وابنه رضي الله عنهما وبه قال الحسن والحكم والاوزاعي والثوري والشافعي قال ابن عبد البر عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا يعتق كله إذا اعتق نصفه وقال طاوس يعتق في عتقه ويرق في رقه وقال حماد وابو حنيفة يعتق منه ما اعتق ويسعى في باقيه وخالف أبو حنيفة أصحابه فلم يروا عليه . ما يروى عن مالك في رجل اعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات فقال أرى نصفه حراً ونصفه رقيقاً لانه تصرف في بعضه فلم يسر الى باقيه كالبيع ولنا قول النبي ﷺ «من اعتق شركاً له في عبد فكان معه ما يبلغ ثمنه قوم عليه قيمة عدل وعتق عليه جميع العبد» واذا اعتق عليه نصيب شريكه كان تنبهاً على عتق جميعه إذا كان كله ملكاً له وقال النبي ﷺ «من اعتق شقاً له من مملوك فهو حر من ماله» ولانه ازالة ملك عن بعض مملوكه الا دمي فزال عنه جميعه كاخلاق ويفارق البيع فانه لا يحتاج الى السعاية ولا يبنى على التغليب والسراية. إذا ثبت هذا فلا فرق بين ان يعتق جزءاً كبيراً كنصفه أو ثلثه أو صغيراً كعشره أو عشره عشره ولا نعلم في هذا خلافاً بين القائلين بسراية العتق إذا كان مشاعاً

(فصل) ذن اعتق جزءاً معيناً كراسه أو يده أو أصبعه عتق كله أيضاً وبه قال قتادة والشافعي وإسحاق وقال أصحاب الرأي ان اعتق رأسه أو ظهره أو بدنه أو بطنه أو جسده أو نفسه أو فرجه عتق كله لان حياته لا تبقى بدون ذلك وان اعتق يده أو تضواً تبقى حياته بدونها لم يعتق لانه يمكن ازالة ذلك مع بقائه فلم يعتق كاعتاقه شعره

مسئلة قال (وان اعتقه الاول وهو معسر وأعتقه الثاني وهو موسر عتق عليه نصيبه ونصيب شريكه وكان ثلث ولائه للمعتق الاول وثلاثة للمعتق الثاني)

ظاهر المذهب ان المعسر إذا اعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق ولم يسر الى نصيب شريكه بل يبقى على الرق فإذا اعتق الثاني نصيبه وهو موسر عتق عليه جميع ما بقي منه نصيبه بالمياسرة ونصيب شريكه الثالث بالسراية وصار له ثلثا ولائه وللأول ثلثه وهذا قول إسحاق وأبي عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير وهو قول مالك والشافعي على الوجه الذي بيناه من قولها فيما مضى وروي عن عروة انه اشترى عبداً اعتق نصفه وكان عروة يشاهره شهر عبد وشهر حر وروي عن أحمد ان المعسر إذا اعتق نصيبه استسعى العبد في قيمة حصة الباقيين حتى يؤديها فيعتق وهو قول ابن شبرمة وابن أبي ليلى والاوزاعي وأبي يوسف ومحمد لما روى أبو هريرة قال . قال رسول الله ﷺ «من اعتق شقصا له في مملوك فعليه ان يعتقه كله ان كان له مال والا استسعى العبد غير مشقوق عليه» متفق عليه ورواه أبو داود وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة فإذا استسعى في نصف قيمته ثم يسر معتقاً رجوع عليه بنصف القيمة لانه هو الجاه الى هذا وكلفه اياه وعن أبي يوسف ومحمد انها قالوا يعتق جميعه وتكون قيمة نصيب الشريك في ذمته لان العتق لا يتبعض فإذا وجد في البعض

ولنا أنه اعتق عضواً من اعضائه فعتق جميعه كراسبه فاما إذا اعتق شعره أو سنه أو ظفره لم يعتق وقد قتادة والليث في الرجل يعتق ظفر عبده يعتق اكله لانه من اجزائه أشبه أصبعه ولنا ان هذه الاشياء تزول ويخرج غيرها فاشبهت الشعر والريق وسند ذلك في الطلاق والعتق مثله **مسئلة** (وان اعتق شركا له في عبد وهو موسر بقيمة باقيه عتق كله وعليه قيمة باقيه يوم العتق لشريكه)

وجهاته ان الشريك إذا اعتق نصيبه من العبد عتق عليه لانعلم فيه خلافاً لما ذكرنا من الاثر وإذا عتق نصيبه سرى العتق الى جميعه فصار جميعه حراً وعلى المعتق قيمة انصاء شركائه ولولاءه هذا قول مالك وابن أبي ليلى وابن شبرمة وثورى والشافعي وأبي يوسف ومحمد وإسحاق وقال البتي لا يعتق الا حصة المعتق ونصيب الباقيين باق على الرق ولا شيء على المعتق لما روى التلب عن أبيه ان رجلاً اعتق شقصا له في مملوك فلم يضمه النبي ﷺ رواه الامام أحمد ولانه لو باع نصيبه لاختص البيع به فكذلك العتق الا ان تكون جارية نفيسة يغلى فيها فيكون ذلك بمنزلة الجناية من المعتق للضرر الذي أدخله على شريكه وقال أبو حنيفة لا يعتق الا حصة المعتق ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه فيعتق حينئذ

سرى الى جميعه كالطلاق ويلزم المعتق القيمة لانه التلف لنصيب صاحبه باعتاقه فوجبت قيمته في ذمته كما لو اتلفه بقتله ، وقال أبو حنيفة لا يسرى العتق وانما يستحق به اعتاق النصيب الباقي فيتخير شريكه بين اعتاق نصيبه ويكون الولاء بينهما وبين ان يستسعى العبد في قيمة نصيبه فاذا اداه اليه عتق والولاء بينهما

ولنا حديث ابن عمر وهو حديث صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث ولان الاستسعاء اعتاق بعوض فلم يجبر عليه كالكتابة ولأن في الاستسعاء اضراراً بالشريك والعبد . أما الشريك فانا نحمله على سعاية لعله لا يحصل منها شيء أصلاً وإن حصل فربما يكون يسيراً مفرقاً ويفوت عليه ملكه ، وأما العبد فانا نجبره على سعاية لم يردّها وكسب لم يختره وهذا ضرر في حقهما وقد قال النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » قال سليمان بن حزم أليس انما أزم المعتق ثمن ما بقي من العبد لثلاثين درهمين ؟ فإذا أمره بالسعي واعطائه كل شهر درهمين ولم يقدر على تملكه فأبي ضرر أعظم من هذا ؟ فأما حديث الاستسعاء فقال الاثرم ذكره سليمان بن حزم فطعن فيه وضعفه ، وقال أبو عبد الله ليس في الاستسعاء ثبت عن النبي ﷺ ، حديث أبي هريرة يرويه ابن أبي عروة ، وأما شعبة وهشام الدستوائي فلم يذكره وحدث به معمر ولم يذكر فيه السعاية : قال ابو داود: وهمام أيضا لا يقوله قال الروذي: وضعف أبو عبد الله حديث سميد وقال ابن المنذر لا يصح حديث الاستسعاء

ولنا الحديث الذي روينا . وهو صحيح متفق عليه ورواه مالك في موطنه عن نافع عن ابن عمر فاثبت النبي ﷺ العتق في جميعه وأوجب قيمة نصيب المعتق عليه ولم يجعل له خيرة ولا غيره وروى قتادة عن أبي المليح عن أبيه ان رجلاً من قومه اعتق شقصا له في مملوك فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فجعل خلاصه عليه في ماله وقال « ليس لله شريك » قال أبو عبد الله الصحيح أنه عن أبي المليح عن النبي ﷺ مرسل وليس فيه عن أبيه هذا معنى كلامه وقول البتّي شاذ يخالف الاخبار كلها فلا يعول عليه وحديث التلب يتعين حمله على المعسر جمعاً بين الاحاديث وقياس العتق على البيع لا يصح فان البيع لا يسرى فيما إذا كان العبد كله له والمعتق يسرى فانه لو باع نصف عبده لم يسر ولو أعتقه عتق كله . إذا ثبت هذا فان ولاءه يكون له لانه عتق باعتاقه من ماله ولا خلاف في هذا عند من يرى عتقه عليه (فصل) ولا فرق في هذا بين ان يكون الشركاء مسلمين أو كافرين أو بعضهم مسلماً وبعضهم كافراً ذكره القاضي وهو قول الشافعي وذكر أبو الخطاب في الكافر وجهاً أنه إذا اعتق نصيبه من مسلم أنه لا يسرى إلى باقيه ولا يقوم عليه لانه لا يصح شراء الكافر عبداً مسلماً

وانما عموم الخبر ولان ذلك يثبت لازالة الضرر فاستوى فيه الكافر والمسلم كالأرد بالعبث والغرض ههنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التملك بخلاف الشراء ولو قدر ان ههنا تملك كان تقديراً في أدنى زمان حصل ضرورة تحصيل العتق لا ضرر فيه فان قدر فيه ضرر فهو معذور

وذكر همام ان ذكر الاستسعاء من فتيا قتادة وفرق بين الكلام الذي هو من قول رسول الله ﷺ وقول قتادة قل بعد ذلك فكان قتادة يقول ان لم يكن له مال استسعى ، قال ابن عبد البر حديث أبي هريرة يدور على قتادة وقد اتفق شعبة وهشام وهمام على ترك ذكره وهم الحجة في قتادة فالقول قولهم فيه عند جميع أهل العلم بالحديث اذا خالفهم غيرهم ، فأما قول أبي حنيفة وقول صاحبيه الاخير فلا شيء معهم يحتجون به من حديث قوي ولا ضعيف بل هو مجرد رأي وتحكم يخالف الحديثين جميعاً قال ابن عبد البر : لم يقل أبو حنيفة وزفر بحديث ابن عمر ولا حديث أبي هريرة على وجهه وكل قول يخالف السنة فردود على قائله والله المستعان

(فصل) اذا قلنا بالسعاية احتمل ألا يعتق كله وتكون القيمة في ذمة العبد ديناً يستسعى في ادائها وتكون احكامه احكام الاحرار ، فإن مات وفي يده مال كان لسيد بقية السعاية وباقى ماله موروث ولا يرجع العبد على أحد وهذا قول أبي يوسف ومحمد ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدي السعاية فيكون حقه قبل ادائها حكم من بعضه رقيق إذا مات فللشريك الذي لم يعتق من ماله مثل ما يكون له على قول من لم يقل بالسعاية لانه اعتاق بقاء مال فلم يعتق قبل ادائه كالمكاتب وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة يرجع العبد على المعتق إذا أيسر لانه كفه السعاية باعتاقه ولذا أنه حق لزوم العبد في مقابلة حرية فلم يرجع به على أحد كمال الكتابة ولانه لو رجع به على السيد لكان هو الساعي في العوض كسائر الحقوق الواجبة عليه

بالنسبة الى ما يحصل من العتق فوجوده كالعهد وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق
 ﴿ مسألة ﴾ (فإن اعتقه الشريك بعد ذلك وقبل أخذ القيمة لم يثبت له فيه عتق)
 لانه قد صار حراً بعتق الاول له لان عتقه حصل باللفظ لا بدفع القيمة وصار جميعه حراً واستقرت القيمة على المعتق الاول فلا يعتق بعد ذلك بعتق غيره وبهذا قول ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وابن المنذر والشافعي في قول له اختاره المزني وقال الزهري وعمرو ابن دينار ومالك والشافعي في قول لا يعتق الا بدفع القيمة ويكون قبل ذلك ملكاً لصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير اعتق واحتجوا بقول النبي ﷺ « قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطأتم يعتق » فجعله حقيقاً بعد دفع القيمة ولان العتق اذا ثبت بعوض ورد الشرع به مطلقاً لم يعتق إلا بالاداء كالمكاتب والشافعي قول ثالث ان العتق مراعى ، فإن دفع القيمة تبين ان العتق كان حصل من حين اعتق نصيبه ، وان لم يدفع القيمة تبين أنه لم يكن عتق لان فيه احتياطاً لها جميعاً ولما حديث ابن عمر فإنه روي بالفاظ مختلفة تجتمع في الدلالة على الحرية باللفظ فروى أبو أيوب عن نافع عن ابن عمر ان النبي ﷺ قال « من اعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيق » رواه أبو داود والنسائي وفي لفظ رواه ابن أبي مايكة عن نافع عن ابن عمر « فكان له مال

﴿مسئلة﴾ قال (ولو كان المعتق الثاني معسراً عتق نصيبه منه وكان ثلثه رقيقاً من لم يعتق، فان مات وفي يده مال كان ثلثه لمن لم يعتق وثلثاه للمعتق الاول والمعتق الثاني بالولاء اذا لم يكن له وارث أحق منهما)

إتما كان كذلك لان المعسر لا يعتق إلا نصيبه ، والاوّل والثاني معسران فلم يعتق على كل واحد إلا نصيبه ونصيبهما الثلثان وبقي ثلثه رقيقاً لثالث إذا خلف العبد مالا فثلثه للذي لم يعتق لانه مالك لثمه وثلثاه ميراث لانه ملكها بجزئه الحر فن كان له وارث نسيب يرث ماله كله أخذه لانه أحق من المعتق وإن لم يكن له وارث نسيب فهو للمعتقين بالولاء ، وإن كان له ذو فرض يرث البعض أخذ فرضه منه وباقيه للمعتقين وهذا أقول فيما إذا لم يكن مالك ثلثه قاسم العبد في حياته كسبه ولم يهايته فاما ان قامه او هأياه فلا حق له في تركته لانها حصلت بالجزء الحر فتكون جميعها ميراثاً لورثته دون مالك ثلثه إذ لا حق له في الجزء الحر فلا يكون له حق فيما كسبه به ولا فيما ملكه به

(فصل) ومن قال بالسعاية فانه يستسعى حين أعتقه الاول فاذا أعتق الثاني نصيبه انبنى ذلك على القول في حرّيته هل حصلت باعتاق الاول اولاً؟ فن جعله حرّاً لم يصحح عتق الثاني لانه عتق

فقد عتق كله» وفي رواية ابن أبي ذئب عن نافع عن ابن عمر «وكان للذي يعتق ما يبايع ثمة بقيمة العدل يعتق كله» وروى ابو داود باسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ «من اعتق شقصاً في ملوك فهو حر من ماله» وهذه ذموص في محل النزاع فانه جعله حرّاً وعتيقاً باعتاقه مشروطاً بكونه موسراً ولانه عتق بالسراية فكانت حاصلة من لفظه عتق كمال لو أعتق جزءاً من عبده ولان القيمة معتبرة وقت الاعتاق ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الاعتاق وعند الشافعي لا ينفذ بالاعتاق أيضاً فدل على ان العتق حصل فيه بالاعتاق الاول فاما حديثهم فلا حجة لهم فيه فان الواو لا تقتضي ترتيباً وأما العطف بتم في اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب فانها قد ترد لغير الترتيب كقول سبجانه (ثم الله شهيد على ما يفعلون) فاما العوض فانما وجب عن المتلف بالاعتاق بدليل اعتباره بقيمة حين الاعتاق وعدم اعتبار التراضي فيه ووجوب القيمة من غير وكس ولا شطط بخلاف الكتابة . إذا ثبت هذا فان الشريك إذا أعتقه بعد عتق الاول وقبل أخذ القيمة لم يثبت له فيه عتق ولا له عليه ولاء وولاؤه كله للمعتق الاول وعليه القيمة لانه قد صار حرّاً باعتاقه وعند مالك يكون ولاءه بينهما على قدر ملكهما فيه ولا شيء على المعتق الاول من القيمة ولو ان المعتق الاول لم يؤد القيمة حتى أفسس عتق العبد وكانت القيمة في ذمته ديناً يزاحم بها الشريك عندنا وعند مالك لا يعتق منه الا ما عتق ولو كان المعتق جارية حاملاً فلم يؤد القيمة حتى وضعت حماتها فليس على المعتق الا قيمتها حين

باعثاق الاول ومن لم يجعله حراً صحح عتق الثاني لانه اعتق جزءاً مملوكاً له من عبداً وإذا مات قبل أداء سعائته فقد مات وثلثه رقيق فيكون حكمه في الميراث حكم ما ذكرنا في القول الآخر

(فصل) وإذا حكمنا بعتق بعضه ورق باقيه فن نفقته في حياته وفطرته واكسابه بينه وبين سيده على قدر ما فيه من الحرية والرق وإن تراضيا على المهايأة بينهما كانت نفقة العبد وكسبه في أيامه له وعليه وفي أيام سيده يكون كسبه لسيدة ونفقته عليه فأما الاكساب النادرة كاللقطة والهبة والوصية فذكر القاضي أنها تدخل في المهايأة لأنها من اكسابه فأشبهت المعتادة وذكر غيره من أصحابنا وجهاً آخر أنها لا تدخل في المهايأة وتكون بينهما على كل حال ، لان المهايأة معاوضة فكأنه تعاوض عن نصيبه من كسبه في يوم سيده بنصيب سيده في يومه فلا تتناول المعاوضة المجهول وما لا يغلب على الظن وجوده فأما الميراث فلا يدخل في المهايأة ولا يستحق سيده منه شيئاً لانه إنما يرث بجزئته الحر ويملك هذا العبد بجزئته الحر لجميع أنواع الملك ويرث ويورث بقدر ما فيه من الحرية ، وقد مضى ذكر ذلك .

(فصل) ومن أعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف صح عتقه باجماع أهل العلم ، وإن أعتق بعضه عتق كله في قول جمهور العلماء ، ووي ذلك عن عمر وابنه رضي الله عنهما ، وبه قال الحسن والحكم والازاعي واشوري والشافعي ، قال ابن عبد البر عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا يعتق كله

أعتقها لانه حينئذ حررها وعند مالك يقوم ولدها أيضاً ولو أتلف العبد قبل أداء القيمة تلف حراً وقيمة على المعتق لانه فوت رقه ، وعند مالك لا شيء على المعتق وما لم يقوم ويحكم بقيمته فهو في جميع أحكامه عبد

(فصل) والقيمة معتبرة حين اللفظ بالمعتق لانه حين الاتلاف وهو قول الشافعي على أقواله كلها فان اختلفا في قدره رجع إلى قول القومين فان كان العبد قد مات أو غاب أو تأخر تقويمه زمناً تختلف فيه القيم ولم تكن بينة فالقول قول المعتق لانه منكر للزيادة والاصل براءة ذمته منها وهذا أحد قولي الشافعي فان اختلفا في صناعة في العبد توجب زيادة في القيمة فالقول قول المعتق كذلك الا أن يكون العبد يحسن الصناعة في الحال ولم يمض زمن يمكن تعلمها فيه فيكون القول قول الشريك لعلنا بصدقه وان مضى زمن يمكن حدوثها فيه ففيه وجهان (أحدهما) القول قول المعتق لان الاصل براءة ذمته (والثاني) القول قول الشريك لان الاصل بقاء ما كان وعدم الحدوث وان اختلفا في عيب ينقص قيمته كسرقه أو اباق فالقول قول الشريك لان الاصل السلامة فبالجهة التي رجحنا قول المعتق في نفي الصناعة يرجح قول الشريك في نفي العيب وان كان العيب فيه حال الاختلاف واختلفا في حدوثه فالقول قول المعتق لان الاصل براءة ذمته وبقاء ما كان على ما كان وعدم حدوث العيب فيه ويحتمل ان يكون القول قول الشريك لان الاصل براءته من العيب حين الاعتاق

إذا أعتق نصفه وقال طاوس يعتق في عتقه ويرق في رقه وقال حماد وأبو حنيفة يعتق منه ما أعتق ويسعى في باقيه وخالف أبو حنيفة أصحابه فلم يروا عليه سعاية وروى عن مالك في رجل أعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات فقال أرى نصفه حراً ونصفه رقيقاً لأنه تصرف في بعضه فلم يسر إلى باقيه كالبيع .

ولنا قول النبي ﷺ « من أعتق شركاً له في عبد فكان معه ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وعتق عليه جميع العبد » وإذا أعتق عليه نصيب شريكه كان بينهما على عتق جميعه إذا كان كاه ملكاً له ، وقال النبي ﷺ « من أعتق شقصاً له في مملوك فهو حر من ماله » ولأنه إزالة ملك لبعض مملوكه الآدمي فزال عن جميعه كالطلاق ويفارق البيع فإنه لا يحتاج إلى السعاية ولا ينمي على التغليب والسراية . إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يعتق جزءاً كبيراً كمنصفه وثلاثة أو صغيراً كعشره وعشر عشره ، ولا نعلم في هذا خلافاً بين القائلين بسراية العتق إذا كان مشاعاً ، وإن أعتق جزءاً معيناً كرأسه أو يده أو أصبعه عتق كاه أيضاً ، وبهذا قال قتادة والشافعي وإسحاق وقال أصحاب الرأي إن أعتق رأسه أو ظهره أو بطنه أو جسده أو نفسه أو فرجه عتق كله لأن حياته لا تبقى بدون ذلك ، وإن أعتق يده أو عضواً تبقى حياته بدونها لم يعتق لأنه يمكن إزالة ذلك مع بقائه فلم يعتق باعتاقه كعشره أو سنه .

ولنا أنه أعتق عضواً من أعضائه فيعتق جميعه كرأسه فأما إذا أعتق شعره أو سنه أو ظهره لم

(فصل) والمعتبر في اليسار في هذا أن يكون له فضل عن قوت يومه وإيلته وما يحتاج إليه من حوائجه الأصلية من الكسوة وسائر ما لا بد منه ما يدفعه إلى شريكه ذكره أبو بكر في انتبيه وإن وجد بعض ما يفي بالقيمة قوم عليه قدر ما يمكنه منه ذكره أحمد في رواية ابن منصور وهو قول مالك وقال أحمد لا يباع فيه دار ولا رباغ ومقتضى هذا أن لا يباع له أصل مال ، وقال مالك والشافعي يباع عليه سوار بيته وماله بال من كسوته ويقضى عليه في ذلك كما يقضى عليه في سائر الدعاوى والمعتبر في ذلك حال تلفئه بالعتق لأنه حل الوجوب فإن أيسر المعسر بعد ذلك لم يسر اعتاقه ، وإن أعسر الموسر لم يسقط ما وجب عليه لأنه وجب عليه فلم يسقط بأعساره كدين الاتلاف نص عليه أحمد

﴿ مسألة ﴾ (وإن كان معسراً لم يعتق إلا نصيبه وبقي حق شريكه فيه وعنه يعتق كله ويدتسى العبد في قيمة باقيه غير مشقوق عليه)

ظاهر المذهب إن المعسر إذا اعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق ولم يسر إلى نصيب شريكه بل يبقى على الرق فإذا أعتق شريكه عتق عليه نصيبه وهذا قول إسحاق وأبي عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير وهو قول مالك والشافعي على ما بيناه فيما مضى ، وروى عن عروة أنه اشترى عبداً أعتق نصفه فكان عروة يشاهره شهر عبد وشهر حر ، وروى عن أحمد إن المعتق إذا أعتق نصيبه استسعى العبد في قيمة باقيه حتى يؤديها فيعتق وهو قول ابن شبرمة وابن أبي ليلى والأوزاعي

يعتق وقال قتادة والليث في الرجل يعتق ظفر عبده يعتق كله لانه جزء من اجزائه أشبه أصبعه ولنا أن هذه الأشياء تزول وبخروج غيرها فأشبهت الشعر والريق وقد ذكر ذلك في انطلاق وما ذكر في الطلاق فاعتاق مثله والله أعلم .

« مسألة » قال (واذا كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه اعتق حقه منه فان كانا معسرين لم يقبل قول كل واحد منهما على شريكه فان كانا عدلين كان للعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً)

أما إذا كان الشريكان معسرين فليس في دعوى أحدهما على صاحبه اعتاق نصيبه اعتراف بحرية نصيبه ولا ادعاء لاستحقاق قيمته على المعتق لكون عتق العسر يقف على نصيبه ولا يسري إلى غيره فلم يكن في دعواه أكثر من أنه شاهد على صاحبه باعتاق نصيبه فان لم يكونا عدلين فلا أثر لكلامهما في الحال ولا عبرة بقولهما ، لأن غير العدل لا تقبل شهادته وان كانا عدلين فشهادتهما مقبولة ، لأن كل واحد منهما لا يجزى إلى نفسه بشهادته نفماً ولا يدفع بها ضرراً وقد حصل للعبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل فان حلف معها

وإبي يوسف ومحمد لما روى ابو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « من أعتق شقصة له في مملوك فعليه أن يعتقه كله ان كان له مال وإلا استمعى العبد غير مشقوق عليه » متفق عليه ، ورواه ابو داود قال ابن ابي ليلى وابن شبرمة فاذا استمعى في نصف قيمته ثم أسير معتقه رجع عليه بنصف القيمة لانه هو الجأه إلى هذا وكلفه إياه ، وعن ابي يوسف ومحمد أنهما قالوا يعتق جميعه وتكون قيمة نصيب الشريك في ذمته لان المعتق لا يتبعض فاذا وجد في البعض سرى إلى جميعه كالطلاق وتلزم المعتق القيمة لانه المتلف لنصيب صاحبه باعتاقه فوجبت قيمته في ذمته كما لو أتلفه وقال ابو حنيفة لا يسري فيه العتق وانما يستحق به اعتاق النصيب الباقي فيخير شريكه بين اعتاق نصيبه ويكون الولاء بينهما وبين أن يستمعى العبد في قيمة نصيبه فاذا أداه اليه عتق والولاء بينهما

ولنا حديث ابن عمر وهو صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث ولان الاستسعاء اعتاق بعوض فلم يجبر عليه كالكتابة ولان في الاستسعاء اضرار بالشريك والعبد أما الشريك فانما يحمله على سعاية قد لا يحصل منها شيء أصلاً وإن حصل فالظاهر انه يكون متزقاً ويفوت عليه ملكه وأما العبد فانه يجبره على سعاية لم يردّها وكسب لم يخره وهذا ضرر في حقهما وقد قال النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » وقال سليمان بن حرب اليس الزم المعتق ثمن ما بقي من العبد الا لا يدخل على شريكه ضرر فاذا أمره بالسعي واعضاء كل شهر درهمين ولم يقدر على تملكه فأي ضرر أعظم من ذلك ؟

عتق كله وإن حلف مع أحدهما صار نصفه حرّاً على الرواية التي تقول إن العتق يحصل بشاهد وبمين وإن لم يحلف مع واحد منهما لم يعتق في منه شيء لأن العتق لا يحصل بشاهد من غير يمين بلا خلاف نعلمه ، وإن كان أحدهما عدلاً دون الآخر فله أن يحلف مع شهادة العدل وبصير نصفه حرّاً ويبقى نصفه الآخر رقيقاً

(فصل) ومن قال بالاستسعاء فقد اعترف بأن نصيبه قد خرج عن يده فيخرج العبد كله ويستسمى في قيمته لاعتراف كل واحد منهما بذلك في نصيبه

(فصل) وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق عليه ولم يسر إلى النصف الذي كان له لأن عتقه حصل باعترافه بجزئته باعتاق شريكه ولا يثبت له عليه ولاء ، لأنه لا يدعي اعتاقه بل يعترف بأن المعتق غيره وإنما هو مخلص له ممن يترقه ظلماً فهو كخاص الأسير من أيدي الكفار

وقال أبو الخطاب يسري لأنه شراء حصل به الاعتاق فأشبهه بشراء بهض ولده وإن أكذب نفسه في شهادته على شريكه لا يسترق ما اشتراه لم يقبل منه لأنه رجوع عن الاقرار بالحرية فلم يقبل كما لو أقر بجزئية عبده ثم أكذب نفسه وهل يثبت له الراء عليه؟ ان أعقته؟ يحتمل أن لا يثبت لما ذكرنا وبجهد أن يثبت لأننا نعلم أن على العبد ولاء ولا يدعيه أحد سواه ولا ينزعه فيه فوجب أن يقبل قوله فيه ، وإن اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حرّاً لا ولاء عليه لو اشترى

فأما حديث الاستسعاء فقال الأثرم ذكره سليمان بن حرب فطعن فيه وضعفه ، وقال أبو عبد الله ليس في الاستسعاء ثبت عن النبي ﷺ ، حديث أبي هريرة برويه ابن أبي عروبة وأما شعبة وهشام الدستوائي فلم يذكره وحدث به معمر ولم يذكر فيه السعاية قال أبو داود وهمام أيضاً لا يقوله قال المروزي وضعف أبو عبد الله حديث سعيد وقال ابن المنذر لا يصح حديث الاستسعاء وذكر همام أن ذكر الاستسعاء من فتيا قتادة وفرق بين الكلام الذي هو من قول رسول الله ﷺ وقول قتادة قال بعد ذلك فكان قتادة يقول : إن لم يكن له مال استسعى قال ابن عبد البر حديث أبي هريرة يدور على قتادة ، وقد اتفق شعبة وهشام وهمام على ترك ذكره وهم الحجة في قتادة وقول قولهم فيه عند جميع أهل العلم إذا خالفهم غيرهم فأما قول أبي حنيفة وقول صاحبيه الأخير فلا شيء معهم يحتجون به من حديث قري ولا ضعيف بل هو مجرد رأي وتحكم يخالف الحديثين جميعاً قال ابن عبد البر لم يقل أبو حنيفة وزفر بحديث ابن عذر ولا بحديث أبي هريرة على وجهه وكل قول خالف السنة فمردود على قائله ، والله المستعان .

(فصل) وإذا قلنا بالسعاية احتمل أن يعتق كله وتكون القيمة في ذمة العبد ديناً يسعى في أدائها وتكون أحكامه أحكام الأحرار فن مات وفي يده مال كان لسيدته بقية السعاية وبقي ماله موروث ولا يرجع العبد على أحد وهذا قول أبي يوسف ومحمد ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدي السعاية فيكون

منهما فان أعتق كل واحد منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه في شهادته فهل يثبت له الولاء على من أعتقه؟
على وجهين ، وإن أقر كل واحد منهما بأنه كان أعتق نصيبه وصدق الآخر في شهادته بطل البيعان
ويثبت لكل واحد منهما الولاء على نفسه لأن أحداً لا ينازعه فيه وكل واحد منهما يصدق الآخر
في استحقاق الولاء ويحتمل أن يثبت الولاء لهما وإن لم يكذب واحد منهما نفسه لأننا نعلم أن الولاء
عليه ثابت لهما ولا يخرج عنهما وأنه بينهما أما بالعتق الأول وأما بالثاني لأنهما إن كانا صادقين في
شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذي أعتقه أولاً وإن كانا كاذبين فقد أعتق
كل واحد منهما نصفه بعد أن اشتراه وإن كان أحدهما صادقاً والآخر كاذباً فلا ولأ للصادق منهما
لأنه لم يعتق النصف الذي كان له أولاً ولا صح عتقه في الذي اشتراه لأنه كان حراً قبل شرائه والولاء
كامله الكاذب لأنه أعتق النصف الذي كان له ثم اشترى النصف الذي لشريكه فاعتقه وكل واحد
منهما يساوي صاحبه في الاحتمال فيقسم بينهما

(فصل) وكل من شهد على سيد عبد بعثق عبده ثم اشتراه عتق عايه ، وإن شهد اثنان عليه بذلك
فردت شهادتهما ثم اشتريا أو أحدهما عتق وبهذا قال الأوزاعي ومالك والشافعي وإن أنذر وهو
قياس قول أبي حنيفة ولا يثبت للمستري ولأ على العبد لأنه لا يدعيه ولا للبائع لأنه ينكر عتقه ، ولو
كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا موسرين فعتق
عليهما أو كان معسرين عدلين خلف العبد مع كل واحد وعتق ، أو شهد مع كل واحد منهما

حكاه قبل ادائها حكم من بعضه رقيق إن مات فلشريك الذي لم يعتق من ماله مثل ما يكون له على
قول من لم يقل بالسعاية لأنه اعتاق بإداء مال فلم يمتق قبل ادائه كالكاتب ، وقال ابن أبي ليلى
وابن شبرمة يرجع العبد على المعتق إذا أيسر لأنه كفته السعاية باعتاقه

ولأنه حق لزم العبد في مقابلة حريته فلم يرجع به على أحد كمال الكتابة ولأنه لو رجع به على
السيد لكان هو الساعي في العوض كسائر الحقوق الواجبة عايه

﴿ مسألة ﴾ (وإذا كان العبد ثلاثة لأحدهم نصفه ولآخر ثلثه وثلث سدسه فأعتق صاحب
النصف وصاحب السدس عا وهما موسران عتق عليهما وضمننا حق شريكهما فيه نصفين وصار
ولاؤه بينهما أثلاثاً ويحتمل أن يضمناه على قدر ملكهما فيه)

إذا كان العبد مشتركا بين جماعة فاعتق اثنان منهم وهم موسرون معاسرى عتقهم إلى باقي العبد
ويكون الضمان بينهم على عدد رؤوسهم يتساوون في ضمانه وولائه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن
يقسم بينهم على قدر أملاكهم وهو قول مالك في إحدى الروايتين عنه لأن السراية جعلت باعتاق
ملكهما وما وجب بسبب الملك كان على قدره كالنقعة واستحقاق الشفعة

ولنا إن عتق النصف اتلاف لرق الباقي وقد اشتركا فيه فيتساويان في الضمان كما لو جرح أحدهما

عدل آخر وعتق العبد او ادعى عبد ان سيده أعتقه فأنكر وقامت البينة بعتقه عتق ولا ولاء على العبد في هذه المواضع كلها لان أحداً لا يدعيه ولا يثبت لاحد حق ينكره فان عاد من ثبت اعتاقه فاعترف به ثبت له الولاء لانه لامستحق له سواء وانما لم يثبت له لانكاره له فاذا اعترف زال الانكار وثبت له ، وأما الموسران اذا أعتق عليهما فن صدق أحدهما صاحبه في انه أعتق نصيبه وحده او انه سبق بالعتق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الآخر فلان اتفقا على ان كل واحد منهما أعتق نصيبه دفعة واحدة فالولاء بينهما وإن ادعى كل واحد منهما انه المعتق وحده او انه السابق بالعتق تحالفاً وكان الولاء بينهما نصفين

﴿مسئلة﴾ قال (وان كان الشريكان موسرين فقد صار العبد حراً با-تراف كل واحد منهما بحريته وصار مدعي أعلى شريكه نصف قيمته فان لم تكن بينه قيمين كل واحد منهما الشريكه)

وجملة ذلك ان الشريكين الموسرين اذا ادعى كل واحد منهما ان شريكه أعتق نصيبه فكل واحد منهما معترف بحرية نصيبه شاهد على شريكه بحرية نصفه الآخر لانه يقول لشريكه أعتقت نصيبك فسرى العتق الى نصيبك ففتق كله عليك ولزمك لي قيمة نصيبك فصار العبد حراً لا اعترافهما

جرحاً والآخر جرحين فبات بهما أو اتى أحدهما جزءاً من النجاسة في ماء، واتقى الآخر جزأين ويفارق الشفعة فانها ثبتت لازالة الضرر عن نصيب الشريك الذي لم يبع فكان استحقاقه على قدر نصيبه ولان الضمان ههنا لدفع الضرر منها وفي الشفعة لدفع الضرر عنهما والضرر منها يستويان في ادخاله على الشريك وفي الشفعة ضرر صاحب النصف اعظم من ضرر صاحب السدس فاختلفا. إذا ثبت هذا كان ولاؤه بينهما ثلاثاً لاننا إذا حكمنا بان الثلث معتق عليهما نصفين فنصفه سدس إذا ضمناه إلى النصف الذي لاحدهما صار ثلثين وإذا ضمنا السدس الآخر إلى سدس المعتق صار ثلثاً وعلى الوجه الآخر يصير الولاء بينهما أرباعاً لصاحب السدس ربهه ولصاحب النصف ثلاثة أرباعه والضمان كذلك ويشترط عتقها معا بان يوكلها من يعتقه عنهما أو يوكل أحدهما الآخر في عتق نصيبه ويتلفظا به معا لانه لو سبق أحدهما صاحبه عتق عليه جميعه على ما ذكرنا وبشرط اليسار أيضا فيهما فان كان أحدهما موسراً وحده قوم عليه نصيب من لم يعتق لان العسر لا يسري عتقه فيكون الضمان على العسر خاصة فان كان أحدهما موسراً ببعض ما يخصه قوم عليه ذلك القدر وباقيه على الآخر مثل ان يجد صاحب السدس قيمة نصف السدس فيقوم عليه ويقوم الربع على صاحب النصف ويصير ولاؤه بينهم أرباعاً لصاحب السدس ربهه وباقيه لمعتق النصف لانه لو كان أحدهما معسراً قوم الجميع على الآخر فاذا كان موسراً ببعضه قوم الباقي على صاحب النصف لانه مرسر وفيه اختلاف ذكرناه من قبل

بجريته وبقي كل واحد منهما يدعي قيمة حصته على شريكه فان كان لاحدهما بيعة حكم له بها وإن لم تكن بيعة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئنا فان نكل أحدهما قضي عليه وإن نكلا جميعاً تساقط حقاها لئلا تلزمهما ولا فرق في هذه الحال بين العداين والفاستقن والمسلمين والكافرين لتساوي العدل والفاستقن والمسلم والكافر في الاعتراف والدعوى بخلاف التي قبلها

(فصل) وإن كان أحد الشريكين موسراً والآخر معسراً اعتق نصيب المعسر وحده لاعترافه بأن نصيبه قد صار حراً باعتناق شريكه الموسر الذي يسري عتقه ولم يعتق نصيب الموسر لانه يدعي ان المعسر الذي لا يسري عتقه اعتق نصيبه خاصة فعتق وحده ولا تقبل شهادة المعسر عليه لانه يجر بشهادته الى نفسه نفعاً لانه يكونه يوجب عليه بشهادته نصف قيمته فعلى هذا إن لم تكن للعبد بيعة سواء حلف الموسر وبرئ من القيمة والعتق جميعاً ولا ولاء المعسر في نصيبه لانه لا يدعيه ولا للموسر لذلك أيضاً وان عاد المعسر فاعتقه وادعاه ثبت له وإن أقر الموسر باعتناق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضاً وعليه غرامة نصيب المعسر وثبت له الولاء، وان كان للعبد بيعة أجنبية تشهد باعتناق الموسر وكانت عداين ثبت العتق ووجب القيمة للمعسر عليه، وان كانت رجلاً واحداً حلف العبد معه ويثبت العتق في إحدى الروايتين والأخرى لا يثبت العتق والمعسر أن

﴿مسئلة﴾ (وإذا اعتق الكافر نصيبه من مسلم وهو موسر سرى إلى باقيه في أحد الوجهين) ذكره القاضي وهو قول الشافعي لانه تقوم متلف فاستوى فيه المسلم والكافر كتقويم التلغات والوجه الثاني لا يسري ذكره أبو الخطاب لان فيه تدبير الملك والكافر لا يجوز ان يتملك المسلم والاول اصح ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وان ادعى كل واحد من الشريكين ان شريكه اعتق نصيبه وهما موسران فقد صار العبد حراً باعتراف كل واحد منهما أو صار مدعياً على شريكه قيمة حقه منه ولا ولاء عليه لو احدهما) وجملة ذلك ان الشريكين الموسرين إذا ادعى كل واحد منهما ان شريكه اعتق نصيبه فكل واحد منهما معترف بجريته نصيبه شاهد على شريكه بجريته نصفه الآخر لانه يقول لشريكه اعتقت نصيبك فسرى العتق إلى نصيبي فعتق كله عليك ولزمك لي قيمة نصيبي فصار العبد حراً لاعترافهما بجريته وبقي كل واحد منهما يدعي قيمة حصته على شريكه فان كانت لاحدهما بيعة حكم له بها وان لم تكن بيعة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئنا فان نكل أحدهما قضي عليه وان نكلا جميعاً تساقط حقاها لئلا تلزمهما ولا ولاء عليه لو احدهما لانه لا يدعيه ولا فرق في هذه الحال بين العداين والفاستقن والمسلمين والكافرين لتساوي العدل والفاستقن والمسلم والكافر في الاعتراف والدعوى فان اعتراف أحدهما به بعد ذلك ثبت له لانه لا مستحق له سواء وانما لم يثبت له لانكاره له فاذا اعترف به زال الانكار فثبت له ولزمته قيمة نصيب شريكه لاعترافه بها

يخلف معه ويستحق قيمة نصيبه سواء حلف العبد أو لم يخلف لأن الذي يدعيه مال يقبل فيه شاهد ويمين (فصل) وان ادعى أحد الشريكين أن شريكه اعتق نصيبه وأنكر الآخر وكان المدعى عليه موسراً عتق نصيب المدعي وحده لا اعترافه بحريته بسراية عتق شريكه وصار مدعياً نصف القيمة على شريكه ولا يسري لأنه لا يعترف انه المعتق له. وإنما عتق باعترافه بحريته لا باعتاقه له ولا ولاء له عليه لانكاره له قل القاضي وولاؤه موقوف وان كان المدعي عدلاً لم تقبل شهادته لأنه يدعي نصف قيمته على شريكه فيحجر بشهادته نفعاً ومن شهد بشهادة يجر اليه بها نفعاً بطلت شهادته كلها، وأما إن كان المدعي عليه معسراً فالقول قوياً مع يمينه ولا يعتق منه شيء، وان كان المدعي عدلاً حلف العبد مع شهادته وصار نصفه حراً وقال حماد إن كان المشهود عليه موسراً سعى له وان كان معسراً سعى لها وقال أبو حنيفة ان كان معسراً سعى العبد وولاؤه بينهما وان كان موسراً فولاء نصفه موقوف فان اعترف انه اعتق استحق الولاء وإلا كان الولاء لبيت المال

(فصل) اذا قل أحد الشريكين ان كان هذا الطائر غراباً فنصيبه حر وقال الآخر ان لم يكن غراباً فنصيبه حر وطار ولم يعلم حاله فان كانا موسرين عتق العبد كله وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده لما ذكرنا وان كانا معسرين لم يعتق نصيب واحد منهما لأنه لم يتعين الخث فيه فان اشترى أحدهما نصيب الآخر عتق نصفه لاننا علمنا حرية نصفه ولم يسر الى النصف الآخر وإن اشترى العبد أجنبي عتق نصفه لان نصفه حر يقيناً فلم يملك جميعه.

﴿مسئلة﴾ (وان كانا معسرين لم يعتق على واحد منهما)

لأنه ليس في دعوى أحدهما على صاحبه أنه اعتق نصيبه اعتراف بحرية نصيبه ولا ادعاء استحقات قيمتها على المعتق لكن عتق العسر لا يسري إلى غيره فلم يكن في دعواه أكثر من انه شاهد على صاحبه باعتاق نصيبه فان كانا فاسقين فلا أثر لكلامهما في الحل ولا عبرة بقولهما لان غير العدل لا تقبل شهادته، وإن كانا عدلين فشهادتهما مقبولة لان كل واحد منهما لا يجر إلى نفسه بشهادته نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً وقد حصل للعبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل فان حلف معهما تقكاه وان حلف مع أحدهما عتق نصفه على الرواية التي تقول ان العتق يثبت بشاهد ويمين وان لم يخلف لم يعتق منه شيء لان العتق لا يصل بشاهد من غير يمين وان كان أحدهما عدلاً دون الآخر فله ان يخلف مع شهادة العدل ويصير نفسه حراً والآخر رقيقاً

(فصل) ومن قل بالاستسعاء فقد اعترف بان نصيبه خر ج عن يده فيخرج العبد كله ويستسعى

في قيمته لا اعتراف كل واحد منهما بذلك في نصيبه

﴿مسئلة﴾ (وان اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق عليه ولم يسر الى النصف الذي كان له)

لان عتقه حصل باعترافه بحريته باعتاق شريكه ولا يثبت له عليه ولاء لأنه لا يدعي اعتاقه بل

﴿ مسألة ﴾ قال (واذا مات رجل وخلف ابين وعبدین لا يملك غيرها وهما متساويان في القيمة فقال أحد الابين أبي أعتق هذا وقال الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من منهما أقرع بينهما فان وقعت القرعة على الذي اعترف الابن بعتمه عتق ثلثه ان لم يجز الابان عتقه كالا وكان الآخر عبدا وان وقعت القرعة على الآخر عتق منه ثلثه وكان لمن قرعنا بقوله فيه سدسه ونصف العبد الآخر ولاخيه نصنه وسدس العبد الذي اعترف ان أباد عتقه فصار ثلث كل واحد من العبدین حرا)

هذه المسئلة محمولة على ان العتق كان في مرض الموت أو بالوصية لانه لو أعتقه في صحته لعتق كله ولم يقف على اجزاة الورثة ، فاما اذا اعترف أنه أعتق أحدهما في مرضه فلا يخلو من أربعة أحوال : اما أن يعينا العتق في أحدهما فيعتق منه ثلثه لان ذلك ثلث جميع ماله الا أن يجيزا عتق جميعه فيعتق (الثاني) أن يعين كل واحد منهما العتق في واحد غير الذي عينه أخوه فيعتق من

يعترف ان العتق غيره وانما هو مخلص له ممن يسترقه ظلما فهو كخلص الاسير من ايدي الكفار وقال أبو الخطاب يسري لانه شراء حصل به الاعتراف فاشبهه شراء بعض ولده فان أكذب نفسه في شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه منه لم يقبل لانه رجوع عن الاقرار بالحرية فلم يقبل كالأقرا بجزية عبده ثم كذب نفسه وهل يثبت له الولاء عليه ان اعتمقه؟ فيه احتمالان (احدهما) لا يثبت لما ذكرناه (والثاني) يثبت لاننا نعلم ان على العبد ولاء ولا يدعيه أحد سواه ولا ينازعه فيه فوجب ان يقبل قوله فيه وان اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حراً ولا ولاء عليه لو احد منهما فان اعتمق كل واحد منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه في شهادته فهل يثبت له ولاء ما اعتمقه؟ على وجهين وان أقر كل واحد منهما بانه كان اعتمق نصيبه وصدق الآخر في شهادته بطل البيعان وثبت لكل واحد منهما الولاء على نصفه لان احدا لا ينازعه فيه وكل واحد منهما يصدق الآخر في استحقاق الولاء ويحتمل أن يثبت الولاء لهما وان لم يكذب واحد منهما نفسه لاننا نعلم ان الولاء ثابت عليه لهما ولا يخرج عنها وانه بينهما اما بالعتق الاول واما بالثاني لانهما ان كانا صادقين في شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذي اعتمقه اولا وان كانا كاذبين فقد اعتمق كل واحد منهما نصفه بعد ان اشتراه وان كان احدهما صادقا والآخر كاذبا فلا ولاء للصادق منهما لانه لم يعتمق النصف الذي كان له ولاصح عتقه في الذي اشتراه لانه كان حراً قبل شرائه والولاء كله للكاذب لانه اعتمق النصف الذي كان له ثم اشترى النصف الذي لشريكه وكلا واحدهما يساوي صاحبه في الاحتمال فيقسم بينهما

كل واحد منها ثلثه لان كل واحد منها حقه نصف العبدين فيقبل قوله في عتق حقه من الذي عينه وهو ثلثا النصف الذي له وذلك هو الثلث ، ولانه يمتد بحرية ثلثيه فيقبل قوله في حقه منها وهو اثلاث ويبقى الرق في ثلثه فله نصه وهو السدس ونصف العبد الذي ينكر عتقه
(والحال الثالث) أن يقول أحدهما أبي أعتق هذا ، ويقول الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من منها — وهي مسألة الكتاب — فتقوم القرعة مقام تعيين الذي لم يعين فإن وقعت على الذي عينه أخوه عتق منه ثلثاه كما لو عيناه بقولها ، وان وقعت على الآخر كان كما لو عين كل واحد منها عبداً يكون لكل واحد منها سدس العبد الذي عينه ونصف العبد الذي ينكر عتقه فيصير ثلث كل واحد من العبدين حرّاً
(الحال الرابع) أن يقولوا أعتق أحدهما ولا ندري من منها فإنه يقرع بين العبدين فمن وقعت عليه القرعة عتق منه ثلثاه ان لم يجزها عتق جميعه وكان الآخر رقيقاً

(فصل) فإن رجع الابن الذي جهل عين العتق فقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل ، وإن كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم ، وإن خانها عتق من الذي عينه ثلثه بتعيينه فإن عين الذي عينه أخوه عتق ثلثاه وإن عين الآخر عتق منه ثلثه وهل يبطل العتق في الذي عتق بالقرعة ؟ على وجهين

(فصل) وكذا من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه عتق عليه وإن شهد اثنان عليه بذلك فردت شهادتهما ثم اشترياه أو أحدهما عتق وبهذا قال مالك والاوزاعي والشافعي وابن المنذر وهو قياس قول أبي حنيفة ولا يثبت للمشتري ولأهل العبد لانه لا يدعيه ولا للبائع لانه ينكر عتقه ولو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما ان شريكه اعتق حقه منه وكانا موسرين فعتق عليهما أو كانا معسرين عدلين فخلف العبد مع كل واحد منهما وعتق العبد أو ادعى عبد ان سيده اعتقه فانكر وقامت البينة بعتقه عتق ولا ولاء على العبد في هذه المواضع كلها لان احدا لا يدعيه ولا يثبت لاحد حق ينكره فان عاد من ثبت اعتاقه فاعترف به ثبت له الولاء لانه لا مستحق له سواء وأما لم يثبت له لانكاره له فاذا اعترف زال الانكار وثبت له وأما الموسران اذا عتق عليهما فان صدق أحدهما صاحبه في أنه أعتق نصيبه وحده أو أنه سبق بالعتق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الآخر وان اتفقا على ان كل واحد منهما اعتق نصيبه دفعة واحدة فالولاء بينهما وان ادعى كل واحد منهما أنه العتق وحده أو أنه السابق فانكر الآخر مخالفاً والولاء بينهما نصفين .

❁ مسألة ❁ (وان كان أحدهما موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده)

لا اعترافه بان نصيبه قد صار حرّاً باعتاق شريكه الموسر الذي يسري عتقه ولم يعتق نصيب الموسر لانه يدعي ان المعسر الذي لا يسري عتقه اعتق نصيبه فعتق وحده ولا تقبل شهادة المعسر عليه لانه يجر الى نفسه نفعاً لانه يجر عليه بشهادته قيمة حصته فعلى هذا ان لم تكن للعبد بيعة

(مسئلة) قال (واذا كان لرجل نصف عبد ولا آخر ثلثه ولا آخر سدسه فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معا وهما موسران عتق عليهما وضمنا حق شريكهما فيه نصفين وكان ولاؤد بينهما أثلاثا لصاحب النصف ثلثا، ولصاحب السدس ثلثه)

وجملته ان العبد إذا كان مشتركا بين جماعة فأعتق اثنان منهم أو أكثر وهم موسرون سري عتقهم إلى باقي العبد ويكون الضمان بينهم على عدد رؤوسهم يتساوون في ضمانه وولائه وبهذا قل الشافعي ويحتمل أن يقسم بينهم على قدر املاكهم وهو قول مالك في إحدى الروايتين عنه لان السراية حصلت باعتاق ملكيها وما وجب بسبب الملك كان على قدره كالنفقة واستحقاق الشفعة وانا ان عتق النصيب اتلاف لرق الباقي وقد اشتركا فيه فيتساويان في الضمان كما لو جرح أحدهما جرحا والآخر جرحين فمات منها أو ألقى أحدهما جزءاً من النجاسة في مائع وألقى الآخر جزأين ويفارق الشفعة فمات ثابت لازالة الضرر عن نصيب الذي لم يبيع فكان استحقاقه على قدر نصيبه ولان الضمان ههنا لدفع الضرر منها وفي الشفعة لدفع الضرر عندهما والضرر منها يستويان في إدخاله على الشريك وفي الشفعة ضرر صاحب النصف أعظم من ضرر صاحب السدس فاختلفا

سواء حلف الموسر وبرىء من اقيمة والعتق جميعاً ولا ولاء للمعسر في نصيبه لانه لا يدعيه ولا للموسر أيضاً لذلك فن عاد المعسر فأعتقه وادعاه ثبت له وان أقر الموسر باعتاق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضاً وعليه غرامة نصيب المعسر وثبت له الولاية وان كان للعبد دينة تشهد باعتاق الموسر وكانت عدلين ثبت العتق ووجبت القيمة للمعسر عليه وان كانت عدلا واحدا وحلف العبد معه ثبت العتق في إحدى الروايتين والاخرى لا يثبت العتق ولله مسر ان يحلف معه ويستحق قيمة نصيبه سواء حلف العبد أو لم يحلف لان الذي يدعيه مل يقبل فيه شاهد ويمين

(نصل) وإذا ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه وأنكر الآخر وكان المدعى عليه موسراً عتق نصيب المدعي وحده لاعترافه بجزئته بسراية عتق شريكه وصار مدعياً نصف اقيمة على شريكه ولا يسري لانه لا يعترف أنه المعتق له وإنما عتق باعترافه بجزئته لا باعتاقه له ولا ولاء عليه لانكاره له قل انقاضي وولاؤه موقوف وان كان المدعي عدلا لم تقبل شهادته لانه يدعي نصف قيمته على شريكه فيجوز بشهادته اليه نفعا ومن شهد بشهادة يجربها اليه نفعا بطلت كلها وأما ان كان المدعى عليه معسراً فالقول قوله مع يمينه ولا يعتق منه شيء فان كان المدعي عدلا حلف العبد مع شهادته وصار نصفه حراً وقل حماد ان كان المشهود عليه موسراً سعى له . وان كان معسراً سعى لها وقال أبو حنيفة ان كان معسراً استسعى العبد وولاؤه بينهما وان كان موسراً فولاء نصفه موقوف فان اعترف انه اعتمق استحق الولاية والا كان الولاية لبيت المال

وإذا ثبت هذا كان ولاؤه بينهما أثلاثاً لأننا إذا حكمنا بأن الثلث معتق عليهما نصفين فنصف الثلث سدس إذا ضمناه إلى النصف الذي لأحدهما صار ثلثين وإذا ضمنا السدس الآخر إلى سدس المعتق صار ثلثاً. وعلى الوجه الآخر يصير الولاء بينهما أرباعاً: لصاحب النصف ثلاثة أرباعه ولصاحب السدس ربه والضمان بينهما كذلك

فأما قوله فأعتقاه معاً فلا أنه شرط في الحكم الذي ذكرناه اجتماعهما في العتق بحيث لا يسبق أحدهما الآخر بأن يتنظراً به معاً أو يوكل أحدهما صاحبه فيعتقهما معاً أو يوكلها وكلا فيعتقهما أو يعلقا عتقه على شرط فيوجد، فإن سبق أحدهما صاحبه عتق عليه نصيب شريكه جميعاً وكان الضمان عليه والولاء له كله. وقوله وهما موسران شرط آخر فإن سرية العتق يشترط لها اليسار فإن كان أحدهما موسراً وحده قوم عليه جميع نصيب من لم يعتق لأن الممسر لا يسري عتقه فيكون الضمان على الموسر خاصة، فإن كان أحدهما يجد بعض ما يخصه قوم عليه ذلك انقدر وباقيه على الآخر مثل أن يجد صاحب السدس قيمة نصف السدس فيقوم عليه ويقوم الربع على صاحب النصف ويصير ولاؤه بينهم أرباعاً لصاحب السدس ربه وباقيه لعتق النصف لأنه لو كان أحدهما معسراً قوم الجميع على الآخر فإذا كان موسراً ببعضه قوم الباقي على صاحب النصف لأنه موسر

﴿مسئلة﴾ (وإذا قل أحد الشريكين إذا اعتقت نصيبك فنصيبك حر فاعتق الأول وهو موسر عتق كله عليه)

هذا اختيار الاصحاب أنه يعتق على الأول ويقوم عليه نصيب الشريك إن كان موسراً ولا يقع اعتاق شريكه لأن السرية سبقت فتمت عتق الشريك قال شيخنا ويحتمل أن يعتق عليهما جميعاً لأن عتق نصيبه سبب السرية وشرط لعتق نصيب الشريك فلم يسبق أحدهما الآخر لوجودهما في حال واحدة وقد يرجح وقوع عتق الشريك لأنه تصرف منه في ملكه والسرية تقع في غير ملك على خلاف الأصل فكان نفوذ عتق الشريك أولى ولأن سرية العتق على خلاف الأصل لكونها انلافاً لملك المعصوم بغير رضاه والزما للمعتق غرامة لم يلتزمها بغير اختياره وإنما ثبت لمصلحة تكميل العتق فإذا حصلت هذه المصلحة باعتاق الملك كان أولى.

﴿مسئلة﴾ (وإن كان معسراً لم يعتق عليه إلا نصيبه) لما ذكرنا من أن عتق المعسر لا يسري إلى نصيب شريكه ويعتق نصيب شريكه بالشرط

﴿مسئلة﴾ (وإن قل إذا اعتقت نصيبك فنصيبك حر مع نصيبك فاعتق نصيبه عتق عليهما موسراً كان أو معسراً)

ولم يلزم المعتق شيء لأن العتق وجد منهما معاً فهو كالأول وكلاهما في اعتقه عنهما فاعتقهما وقيل يعتق كله على المعتق لأن اعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه فيلزم أن يكون سابقاً عليه والأول أولى لأنه يمكن

(مسئلة) (قل واذا كانت الامة بين شريكين فأصابها احدهما واحبلها ادب ولم يبلغ به الحد وضمن نصف قيمتها للشريكه وصارت ام ولده له وولده حر وان كان معسرا كان في ذمته نصف مهر مثلها وان لم تحبل منه فعليه نصف مهر مثلها وهي على ملكيها) لانعلم خلافا بين أهل العلم في تحريم وطء الجارية المشتركة لان الوطاء يصادف ملك غيره من غير نكاح ولم يحله الله تعالى في غير ملك ولا نكاح بدليل قوله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) واكثر أهل العلم لا يوجبون فيه حداً لأن له فيها ملكا فكان ذلك شبهة دارئة للحد واوجبه ابو ثور لانه وطء محرم لاجل كونه في ملك غيره فأشبهه ما لو لم يكن له فيها ملك ولنا انه وطء صادف ملكه فلم يوجب به حد كوطء زوجته الخائض ويفارق مالا ملك له فيها فانه لا شبهة له فيها ولهذا لو سرق عينا له نصفها لم يقطع ولو لم يكن له فيها ملك قطع ولا خلاف في انه يعزر لما ذكرناه في حجة أبي ثور ثم لا يخلو من حالين اما أن لا تحمل منه فهي باقية على ملكها وعليه نصف مهر مثلها لانه وطء سقط فيه الحد للشبهة فوجب مهر المثل كما لو وطئها يظنها امرأته وسواء كانت مطاوعة او مكرهة لما ذكرنا ولان وطء جارية غيره يوجب المهر وان طاوعت لان المهر

العمل بمقتضى شرطه فوجب العمل به لما ذكرنا .

(فصل) فان قال إن اعتقت نصيبك فنصيبك حر قبل اعتاقك وقعا معا إذا اعتق نصيبه هذا مقتضى قول أبي بكر والقاضي ومقتضى قول ابن عقيل أن يعتق كله على المعتق ولا يقع اعتاق شريكه لانه اعتاق في زمن ماض ومقتضى قول ابن شريح ومن وافقه ممن قال بسرابة العتق أن لا يصح اعتاقه لانه يلزم من عتق نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته فيمتنع اعتاق نصيب هذا ويمتنع عتق نصيب الشريك ويفضي إلى الدور فيمتنع الجميع وسند ذكر ذلك في الطلاق ان شاء الله تعالى

فصل إذا كان لرجل نصف عبيدين متساويين في القيمة لا يملك غيرهما فاعتق احدهما في صحته عتق وسرى الى نصيب شريكه لانه موسر بالنصف الذي له من العبد الآخر فان اعتق النصف الآخر عتق لان وجوب القيمة في ذمته لا يمنع صحة عتقه ولم يسر لانه معسر وان اعتق الاول في مرض موته لم يسر لانه انما ينفذ عتقه في ثلث ماله وثلث ماله هو الثلث من العبد الذي أعتق نصفه واذا اعتق الثاني وقف على اجازة الورثة وان اعتق الاول في صحته واعتق الثاني في مرضه لم ينفذ عتق الثاني لان عليه دينا يستغرق قيمته فيمنع صحة عتقه الا أن يجيز الورثة .

(فصل) إذا شهد شاهدان على رجل أنه اعتق شركا له في عبد فسرى الى نصيب الشريك

لسيدها فلا يسقط بمطاوعتها كما لو اذبت في قطع عضو من اعضائها ويكون الواجب نصف المهر بقدر ملك الشريك فيها (الحال الثاني) ان يجلبها وتضع ما يتبين فيه بعض خلق الانسان قائما تصير بذلك ام ولد للواطىء كما لو كانت خالصة له وتخرج بذلك من ملك الشريك كما تخرج بالاعتاق وسواء كان الواطىء موسراً او معسراً لان الابلاذ اقوى من الاعتاق ويلزمه نصف قيمتها لانه اخرج نصفها من ملك الشريك فلزمته قيمته كما لو اخرجه بالاعتاق او الاتلاف فان كان موسراً اذاه وان كان معسراً فهو في ذمته كما لو ا تلفها والولد حر يلحق نسبه بوالده لانه من وطء في محل له فيه ملك فاشبه مالو وطىء زوجته وقال القاضي الصحيح عندي انه لا يقوم عليه نصيب شريكه اذا كان معسراً بل يصير نصفها ام ولد ونصفها قائماً بقايا في ملك الشريك لان الاحبال كالعتق وبجري مجراه في التقويم والسراية فاعتبر في سرايته اليسار كالعتق وهذا قول ابي الخطاب ايضاً ومذهب الشافعي فعلى هذا اذا ولدت احتمل ان يكون الولد كله حراً لاستحالة انعقاد الولد من حر وعبد واحتمل ان يكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً لان نصف أمه ام ولد ونصفها قن لغير الواطىء فيمكن نصف الولد حراً ونصفه رقيقاً كولد المعتق بعضها وبهذا يتبين انه لم يستحل انعقاد الولد من حر وقن ووجه قول الخريقي ان بعضها ام ولد فكان جميعها ام ولد كما لو كان الواطىء موسراً ويفارق الاعتاق فان الاستيلاء اقوى ولهذا ينفذ من جميع المال من المريض ومن الصبي والمجنون والاعتاق بخلافه

وغرم له قيمة نصيبه ثم رجما عن الشهادة غرماً قيمة العبد جميعه ، وقال بعض اصحاب الشافعي تلزمهما غرامة نصيبه دون نصيب شريكه لانهما لم يشهدا إلا بعقبي نصيبه فلم تلزمهما غرامة ماسواه ولنا انهما فوتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه فلزمهما ضمانه كما لو فوتاه بفعاهما وكما لو شهدا عليه بيجرح ثم سرى الجرح ومات المجروح فضمن الدية ثم رجما عن شهادتهما

(فصل) وان شهد شاهدان على ميت بعقبي عبد في مرض موته وهو ثلث ماله فحكم الحاكم بشهادتهما وعق العبد ثم شهد آخران بعقبي آخر وهو ثلث ماله ثم رجع الأولان عن الشهادة نظرنا في تاريخ شهادتهما فان كانت سابقة ولم يكذب الورثة رجوعهما عتق الاول ولم يقبل رجوعهما ولم يغرم شيئاً ويحتمل ان يلزمهما شراء الثاني واعتاقه لانهما منعاه عتقه بشهادتهما الرجوع عنها وان صدقوهما في رجوعهما وكذبوهما في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا عليهما بقيمة الاول لانهما فوتا رقه عليهم بشهادتهما الرجوع عنها وان كان تاريخها متأخراً عن الشهادة الاخرى بطل حكم عتق المحكوم بعقته لاننا تبينا ان الميت قد أعتق ثلث ماله قبل اعتاقه ولم يغرم الشاهدان شيئاً لانهما ما فوتا شيئاً وان كياننا مطلقين أو احداهما أو اتفق تاريخهما أفرع بينهما فان خرجت على الثاني عتق وبطل عتق الاول ولا شيء على الشاهدين لان الاول باق على الرق وان خرجت قرعة الاول عتق

(فصل) قال ابو الخطاب وهل نلزمه قيمة الولد ومهر الأمة؟ على وجهين (أحدهما) لا يلزمه ذلك وهو ظاهر قول الخرقى لانه لم يذكرهما لان الأمة صارت مملوكة له فلم يلزمه مهر مملوكته ولا قيمة ولدها ولان الولد خلق حراً فلم يقوم عليه ولده الحر (والوجه الثاني) يلزمه لشريكه نصف مهر مثلها ونصف قيمة ولدها لان الوطاء صادف ملك غيره وإنما انتقلت بالوطء للموجب للمهر فيكون الوطاء سبب الملك ولا يثبت الحكم إلا بعد تمام سببه فيلزم حينئذ تقدم الوطاء على ملكه فيكون في ملك غيره فيوجب مهر المثل وفعله ذلك منع انخلاق الولد على ملك الشريك فيجب عليه نصف قيمته . كولد المبرور، وقال القاضي ان وضعت الولد بعد التتويم فلا شيء على الواطئ لانها وضعت في ملكه وقت الوجوب حلة الوضع ولا حق للشريك فيها ولا في ولدها، وان وضعت قبل التتويم فهل تلزمه قيمة نصفه؟ على روايتين ذكرهما أبو بكر واختار انه تلزمه قيمته

(فصل) ولا فرق بين أن يكون له في الامة ملك كثير أو يسير، وقد ذكر الخرقى فيما إذا وطئ جارية من الغنم أنها تصير أم ولد إذا أحبها، وان كان إنما له فيها سهم يسير من كثر من ألف سهم :

ونظرنا في الورثة فاذا كذبوا الشاهدين الاولين في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا على الشاهدين بقيمة الاول لانهم فوتوا رقه بغير حق وان كذبوهما في رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشيء لانهم يقرون بعتق المحكوم بعتقه .

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه ويصح تعليق العتق بالصفات كدخول الدار وجميء الامطار لانه عتق بصفة فصيح كالندير واذا علق عتقه على جميء وقت كقوله أنت حر في رأس الحول لم يعتق حتى يجيء رأس الحول وله بيعه وهبته واجارته ووطء الامة كالندير وبه قال الاوزاعي والشافعي وابن المنذر قل احمد إذا قال له لامة أنت حر الى أن يقدم فلان ويجيء فلان والى رأس السنة والى رأس الشهر إنما يريد إذا جاء رأس السنة أو جاء رأس الهلال وإذا قال أنت طالق إذا جاء الهلال إنما يريد إذا جاء رأس الهلال وقال اسحاق كما قال احمد وحكي عن مالك أنه قال إذا قال لعبد أنت حر في رأس الحول عتق في الحل والذي حكاه ابن المنذر عنه أنها إذا كانت جارية لم يبطأها لانه لا يملكها ملكا تاما ولا يبيعها ولا يبيعها وان مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المال وقد روي عن احمد أنه لا يبطؤها لان ملكه غير تام عليها والاول أصح لما روي عن أبي ذر أنه قال لعبد أنت عتق إلى رأس الحول فلولا ان العتق يتعلق بالحول لم يعلمته عليه ولانه علق العتق بصفة فوجب أن يتعلق بها كما لو قال إذا ادت إلي ألفا فانت حر واستحقاقه للعتق لا يمنع اباحة الوطاء كالاستيلاء وأما المكتبة فانما لم يبيع وطؤها لانها اشترت نفسها من سيدها بعوض وزال ملكه عن اكسابها بخلاف مسيلتنا، ومتي جاء الوقت وهو في ملكه

﴿مسئلة﴾ قال (وان ملك سهما من يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله وكان لشريكه عليه قيمة حقه منه، وان كان معسراً لم يعتق عليه الا مقدار ما ملك، وان ملك بفضه بالميراث لم يعتق . نه الا مقدار ما ملك موسراً كان او معسراً)

قد ذكرنا فيما تقدم أن من ملك ذا رحم محرم فهو حر لما روى سمرة أن النبي ﷺ قال «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» ، رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وروى ضمرة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » وسئل أحمد عن ضمرة فقال ثقة إلا أنه روى حديثين ليس لهما أصل (أحدهما) هذا الحديث وروى عن ابراهيم عن الاسود عن عمر انه قال «من ملك ذا رحم محرم فهو حر» وقد ذكرنا هذا وما فيه من الخلاف فيما تقدم فأما ان ملك سهما من يعتق عليه مثل أن يملك سهما من ولده فانه يعتق عليه ماملك منه سواء ملكه بعوض أو بغير عوض كالهبة والاختتام والوصية وسواء ملكه باختياره كالذي ذكرناه او بغير اختياره كالميراث لان كل ما يعتق به الكل يعتق به البعض كالاتفاق بالقول ثم ينظر فان كان معسراً لم يسر العتق واستقر في ذلك الجزء ورق الباقي لانه لو أعتقه بقوله لم يسر اعتاقه مع تصريجه بالعتق وقصده اياه فهنا أولى، وإن كان موسراً وكان الملك باختياره كالمالك بغير

عتق بغير خلاف نعلمه فان خرج عن ملكه ببيع او ميراث لم يعتق .

وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال النخعي وابن ابي ليلى إذا قال لعبده ان فمات كذا فأنت حر فباعه بيما صحيحاً ثم فعل ذلك عتق وانتقض البيع قال ابن ابي ليلى إذا حلف بالطلاق لا كلمت فلانا ثم طلقها طلاقاً بائناً ثم كره حنث وعامة أهل العلم على خلاف هذا لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم » ولانه لا ملك له فلم يقع طلاقه وعتاقه كما لو لم يكن له مال متقدم .

(فصل) وإذا قال لعبده إن لم أضربك عشرة اسواط فأنت حر ولم ينو وقتاً بهينه لم يعتق حتى يموت وان باعه قبل ذلك صح بيعه ولم يفسخ في قول أكثر أهل العلم وقال مالك ليس له بيعه فان باعه فسخ البيع .

ولنا انه باعه قبل وجود الشرط فلم يفسخ كما لو قال ان دخلت الدار فأنت حر وباعه قبل دخولها ﴿مسئلة﴾ (وإذا علق عتق عبده بشرط كقوله ان أدت إلي الغاء فأنت حر أو ان دخلت الدار فأنت حر فهي صفة لازمة الزمها نفسه ولا يملك ابطالها بالقول قياساً على النذر)

ولذلك ان انفق السيد والعبد على ابطالها لم تبطل لذلك ولو أبرأ السيد من الالف لم يعتق بذلك ولم يبطل التعليق لانه لاحق له في ذمته ببرئه منه

الميراث سرى إلى باقيه فعتق جميع العبد ولزمه لشربه كقيمة باقيه لانه فوته عليه ، وبهذا قال مالك والشافعي وابو يوسف وقال قوم لا يعتق عليه إلا مملكه سواء ملكه بشراء أو غيره لان هذا لم يعتقه وإنما عتق عليه بحكم اشرع عن غير اختيار منه فلم يسر كما لو ملكه بالميراث وفارق ما عتقه لانه فعله باختياره قاصداً اليه

ولنا انه فعل سبب العتق اختياراً منه وقصداً اليه فسرى ولزمه الضمان كما لو وكل من أعتق نصيبه وفارق الميراث فانه حصل من غير قصده ولا فعله ، ولان من باشر سبب السراية اختياراً لزمه ضمانها كمن جرح إنسانا فسرى جرحه ، ولان مباشرة لما يسري وتسببه اليه في لزوم حكم السراية واحد يدلل استواء الخافر والدافع في ضمان الواقع فأما ان ملكه بالميراث لم يسر العتق فيه واستقر في مملكه ورق الباقي سواء كان موسراً أو معسراً لانه لم يتسبب الي اعنائه وإنما حصل بغير اختياره ، وبهذا قل مالك والشافعي وأبو يوسف وعن احمد ما يدل على انه يسري الي نصيب شريكه اذا كان موسراً لانه عتق عليه بعضه وهو موسر فسرى الي باقيه كما لو وصى له به فقبله والمذهب الاول لانه لم يعتقه ولا تسبب اليه فلم يضمن ولم يسر كلاجبي وفارق ما تسبب اليه (فصل) وان ورث الصبي والمجنون جزءاً ممن يعتق عليهما عتق ولم يسر إلى باقيه لانه اذا لم يسر في حق المكلف ففي حقها أولى وان وهب لها أو وصى لها به وهما معسران فعلى وليها قبوله

(فصل) ولا يعتق قبل وجود الصفة بكاملها فلو قال اعبدته اذا أدبت إلى الفأنت حر لم يعتق حتى يؤدي الالف جميعها ، وذكر القاضي ان من أصلنا ان العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها كما لو قال أنت حر ان أكلت رغيفاً فأكل نصفه ولا يصح ذلك لوجوه

(أحدها) ان أداء الالف شرط العتق وشروط الاحكام يعتبر وجودها بكاملها لثبوت الاحكام وتنفي بانتفائها كسائر شروط الاحكام (الثاني) انه اذا علقه على وصف ذي عدد فالعدد وصف في الشرط ومن علق الحكم على شرط ذي وصف لم يثبت ما لم توجد الصفة كقوله لعبدته ان خرجت عارياً فأنت حر فخرج لا بساً لم يعتق فكذلك العدد (الثالث) انه متى كان في اللفظ ما يدل على الكل لم يحنث بفعل البعض كما لو حلف لاصليت صلاة او لا صمت صياماً لم يحنث حتى يفرغ مما سمي صلاة ويصوم يوماً ، ولو قال لامرأته ان حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من الحيضة ، وذكر الالف ههنا يدل على انه أراد الفاً كاملة (الرابع) ان الاصل الذي ذكره فيما - إذا قل ان أكلت رغيفاً فأنت حر انه يعتق بأكل بعضه - ممنوع وإنما إذا حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه يحنث في رواية في موضع يحتمل إرادة البعض ويتناول اللفظ كمن حلف لا يصلي فشرع في الصلاة او لا يصوم فشرع في الصيام او لا يشرب ماء هذا الاناء فشرب بعضه ونحو هذا لان الشارع في الصلاة والصيام قد صلى وصام ذلك الجزء

لأنه تقع لما باعها من غير ضرورة يلحق بهما وإن كانا موسرين ففيه وجهان مبنيان على أنه هل يقوم عليهما باقيه إذا ملكا بفضه؟ وفيه وجهان

(أحدهما) لا يقوم ولا يسري العتق اليه لأنه يدخل في ملكه بغير اختياره فأشبهه ما لو ورثه (والثاني) يقوم عليه ، لأن قبول وليه يقوم مقام قبوله فأشبهه الوكيل فعلى هذا الوجه ليس لوليه قبوله لما فيه من الضرر وعلى الأول يلزمه قبوله لأنه يقع بغير ضرر إذا كان ممن لا تلزمه نفقته وإذا قلنا ليس له أن يقبله فقبله احتمال أن لا يصح القبول لأنه فعل مالم يأذن الشرع فيه فأشبهه مالو باع ماله بغيره ، واحتمل أن يصح وتكون الغرامة عليه ، لأنه أزمه هذه الغرامة فكانت عليه كنفقة الحج إذا حججه

(فصل) وإذا باع عبداً لذي رحمه وأجنبي صفقة واحدة عتق كله إذا كان ذو الرحم معسراً وضمن لشريكه قيمة حقه منه وقال القاضي لا يضمن لشريكه شيئاً ، لأن ملكه لم يتم إلا بقبول شريكه فصار كأنه أذن له في اعتق نصيبه

ولنا أنه عتق عليه نصيبه بملكه باختياره فوجب أن يقوم عليه باقيه مع يساره كما لو انفرد بشرائه ولا نسلم أنه لا يصح قبوله إلا بقبول شريكه

(فصل) وإذا كانت أمة مزوجة ولها ابن موسر فأشترها هو وزوجها وهي حامل منه صفقة

الذي شرع فيه والتقدر الذي شربه من الاناء هو ماء الاناء وقرينة حاله تقتضي المنع من الكل فتقتضي الامتناع من الكل ومتى فعل البعض فما امتنع من الكل فحنت لذلك ولو حلف على فعل شيء لم يبر إلا بفعل الجميع وفي مسألتنا تعليق الحرية على أداء الالف يقتضي وجود أدائها فلا يثبت الحكم المعلق عليها دون أدائها كمن حلف ليؤدين الفاً لا يبر حتى يؤديها

(الخامس) ان موضوع الشرط في الكتاب والسنة وأحكام الشريعة على أنه لا يثبت المشروط بدون شرطه كقول النبي ﷺ « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة » فلو قال بعضها لم يستحق إلا العقوبة وقوله « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » لا تكون له بشروعه في الأحياء ، ولو قال في المسابقة من سبق إلى خمس أصابات فهو سابق لم يكن سابقاً إذا سبق إلى أربع ولو قال من ردضاتي فله دينار لم يستحقه بالشروع في ردها فكيف يخالف موضوعات الشرع واللغة بغير دليل ؟ وإنما الرواية التي جاءت عن أحمد في الأيمان فيمن حلف أن لا يفعل شيئاً ففعل بعضه : يحنث لأن اليمين على الترك يقصد بها المنع فنزلت منزلة النهي والنهي عن فعل شيء يقتضي المنع من بعضه بخلاف تمليق المشروط على الشرط

(فصل) وما يكتسبه العبد قبل وجود الشرط فهو لسيدته لأنه لا يوجد عقد يمنع كون كسبه لسيدته إلا أنه إذا علق عتقه على أداء مال معلوم فما أخذه السيد حسبه من المال فاذا كمل أداء المال عتق ، وما فضل في يده لسيدته لأنه كسب عبده ، وإن كان المعلق عتقه أمة فولدت لم يتبعها ولدها في أحد

واحدة عتق نصيب الابن من أمه وسرى إلى نصيب الزوج ويقوم عليه وعتق الحمل عليهما معاً لانه ابن الزوج وأخو الابن ولا يجب لاحدهما على الآخر شيء منه لانه عتق عليهما في حال واحدة ، ولو كانت المسئلة بحالها فوهبت لهما أو وصي لهما بما قبلها في حالة واحدة فكذلك وإن قبلها أحدهما قبل الآخر نظرنا فإن قبل الابن اولاً عتقت عليه الام وحملها ، حصته من الام بالملك وتبعها حصته من الحمل وسرى العتق إلى الباقي من الام والولد وعليه قيمة باقيهما الزوج ، وإن قبل الزوج أو لاعتق عليه الحمل كله نصيبه بالملك وبأقيه بالسرية وقوم عليه ثم اذا قبل الابن عتقت عليه الام كلها ويتقاصان ويرد كل واحد منهما الفضل على صاحبه ، ومن قال في الوصية ان الملك لا يثبت فيها بالموت فالحكم فيه كالموت قبلها دفعة واحدة

(فصل) واذا كان لرجل نصف عبد من متساويين في القيمة لا يملك غيرها فأعتق أحدهما في صحته عتق وسرى إلى نصيب شريكه لانه موسر بالنصف الذي له من العبد الآخر فان أعتق النصف الآخر من العبد الآخر عتق لان وجوب القيمة في ذمته لا يمنع صحة عتقه ولم يسر لانه معسر وإن أعتق الاول في مرض موته لم يسر لانه انما ينفذ عتقه في ثلث ماله وثلث ماله هو انث من العبد الذي أعتق نصفه فإذا أعتق الثاني وقب على اجازة الورثة وإن أعتق الاول في صحته وأعتق الثاني في مرضه لم ينفذ عتق الثاني لان عليه ديناً يستغرق قيمته فيمنع صحة عتقه إلا ان يجيز الورثة

(فصل) اذا شهد شاهدان على رجل انه أعتق شركا له في عبد فسرى إلى نصيب الشريك وغرم له قيمة نصيبه ثم رجعا عن الشهادة غرما قيمة العبد جميعه

الوجهين لانها أمة فنأشبهه ما لو قال ان دخلت الدار فأنت حرة ولا تجب عليها قيمة نفسها لانه عتق من السيد فأشبهه ما لو باشر العتق

(فصل) إذا علق عتقه بصفة ثم باعه ثم اشتراه ووجدت الصفة عتق وهنأ قال ابو حنيفة وقال الشافعي فيها قولان (أحدهما) لا يمتن لان ملكه فيه متأخر عن عقد الصفة فلم يقع العتق فيه كما لو عقد الصفة في حال زوال ملكه عنه

ولنا انه عن الصفة في ملكه وتحقق الشرط في ملكه فوجب أن يعتق كما لو لم يزل ملكه عنه ، وفارق ما إذا علقها في حال زوال ملكه لانه لو نجح العتق لم يقع . فاذا عاقه كان اولي بعدم الوقوع بخلاف مسئلتنا

﴿ مسألة ﴾ (إلا أن تكون الصفة وجدت منه في حال زوال ملكه فهل تعود بعوده؟ على روايتين)

(إحداهما) لا تعود لانها انحلت بوجودها فلم تعد كما او انحلت بوجودها في ملكه

(والثانية) تعود لانه لم توجد الصفة التي يعتق بها فأشبهه ما لو عاد إلى ملكه قبل وجود الصفة ولان الملك مقدر في الصفة فكأنه قال اذا دخلت الدار وأنت في ملكي فأنت حرة ولم يوجد ذلك وقد روي عن احمد في الطلاق انه يقع لان التعليق والشرط وجد في ما ملكه فأشبهه ما لو لم يتخللها دخول ومن نصر الرواية الاولى قال ان العتق معلق بشرط لا يقتضي التكرار فاذا وجد مرة انحلت العين وقد

وقال بعض أصحاب الشافعي تلزمهما غرامة نصيبه دون نصيب شريكه لانهما لم يشهدا الا بعثق
فصيبه فلم تلزمهما غرامة ماسواه
ولنا انهما فوتتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه فلزمهما ضمانه كما لو فوتناه بفعلهما وكما لو شهدا
عليه بجرح ثم سرى الجرح ومات المجروح فضمن الدية ثم رجعا عن شهادتهما
(فصل) وإن شهد شاهدان على ميت بعثق عبد في مرض موته وهو ثلث ماله فحكم كما بشهادتهما
وعتق العبد ثم شهد آخران بعثق آخر هو ثلث ماله ثم رجعا الا ولان عن الشهادة نظرنا في تاريخ
شهادتهما فان كانت سابقة ولم تكذب الورثة رجوعهما عتق الاول ولم يقبل رجوعهما ولم يعرفا شيئاً
ويحتمل ان يلزهما شراء الثاني واعتاقه لانهما منعا عتقه بشهادتهما المرجوع عنها، وإن صدقوها في
رجوعهما وكذبوها في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا عليهما بقيمة الاول لانهما فوتتا رقة عليهما بشهادتهما
المرجوع عنها، وإن كان تاريخهما متأخراً عن الشهادة الاخرى بطل عتق المحكوم له بعثقه لاننا تبينا ان
الميت قد اعتق ثلث ماله قبل اعتاقه ولم يعرف شاهدان شيئاً لانهما ما فوتتا شيئاً وإن كانتا مطلقتين او
احدهما او اتفق تاريخهما أقرع بينهما فإن خرجت على الثاني عتق وبطل عتق الاول ولا شيء على
الشاهدين لان الاول باق على الرق، وإن خرجت قرعة الاول عتق ونظرنا في الورثة فان كذبوا
الشاهدين الاولين في شهادتهما عتق الثاني ورجعوا على الشاهدين بقيمة الاول لانهما فوتتا رقة بغير
حق فان كذبوها في رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشيء لانهم يقرون بعثق المحكوم بعثقه

وجد الدخول في ملك غيره فأنحلت اليمين فلم يقع العتق به بعد ذلك ويفارق العتق الطلاق من حيث ان النكاح
الثاني يبنى على النكاح الاول بدليل أن طلاقاً في النكاح الاول يحسب عليه في النكاح الثاني ويتمص به
عدد طلاقه والملك باليمين بخلافه

﴿مسئلة﴾ (وتبطل الصفة بالمرت) لان ملكه يزول بموته فتبطل تصرفاته بزواله كالبيع

﴿مسئلة﴾ (وان قال ان دخلت الدار فأنت حر بعد موتي او أنت حر بعد موتي بشهر

فهل يصح ويعتق بذلك؟ على روايتين)

إذا قل ان دخلت الدار بعد موتي فأنت حر لم تنعقد هذه لأنه عاق عتقه على صفة توجد بعد
زوال ملكه فلم يصح كما لو قال ان دخلت الدار بعد بيعي إياك فأنت حر ولأنه اعتاق له بعد قرار
ملك غيره عليه فلم يعتق به كالمنجز (والثانية) يعتق ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه صرح
بهذا فحمل عليه كما لو وصى باعتاقه وكما لو وصى ببيع سلمة ويتصدق بثمنها ويفارق التصرف بعد
البيع فان الله تعالى جعل للانسان التصرف بعد موته في ثلثه بخلاف ما بعد البيع والاول أصح ان
شاء الله تعالى ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلمة لان للملك لا يستقر للورثة فيه ولا يملكون التصرف
فيه بخلاف مسئلتنا وسند ذكر ذلك بإسب من هذا في التدبير ان شاء الله تعالى وعنه يصح لانه اعتاق

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا كان له ثلاثة أعبد فأعتقهم في مرض موته أو دبرهم أو دبر أحدهم وأوصى بعتق الآخرين ولم يخرج من ثلثه إلا واحدا تساوي قيمتهم أقرع بينهم بسهم حرية وسهم رق فن وقع له سهم الحرية عتق دون مساحبيه)

وجملة ذلك ان العتق في مرض الموت والتدبير والوصية بالعتق يعتبر خروجاً من الثلث لان النبي ﷺ لم يجز من عتق الذي أعتق ستة ممكين في مرضه إلا ثلثهم ، ولانه تبرع بمال أشبه الهبة فان أعتق أكثر من الثلث لم يجز إلا الثلث . فان أعتق عبداً في مرضه واحداً بعد واحد بدىء بالاول فالاول حتى يستوفي الثلث . وإن وقع العتق دفعة واحدة ولم يخرجوا من الثلث أقرع بينهم فأخرج الثلث بالقرعة . ومسئلة الخرقى فيما إذا وقع العتق دفعة واحدة ولم يكن له مال سواهم وأما ان دبرهم استوى المقدم والتأخر منهم لأن التدبير عتق يعاق بشرط وهو الموت والشرط إذا وجد ثبت المشروط به في وقت واحد وكذلك الموصى بعتقه يستوي هو والتدبير لان الجميع عتق بعد الموت فتى أعتق ثلثه أعبد متساويين في اقيمة هم جميع ماله دفعة واحدة أو دبرهم أو وصى بعتقهم أو دبر بعضهم ووصى بعتق باقيهم ولم يجز الورثة أكثر من الثلث أقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق فن خرج له سهم الحرية عتق ورق صاحبه ، وبهذا قال عمر بن عبد العزيز وابن بن عثمان ومالك والشافعي وإسحاق وداود وابن جرير

بعد الموت فصح كما لو قال أنت حر بعد موتي ، وان قل أنت حر بعد موتي بشهر فقد روي عن احمد في رواية مهنا انه لا يعتق ولا تصح هذه الصفة ، وقل أيضاً سألت احمد عن رجل قال أنت حر بعد موتي بشهر بالف درهم فتال هذا كله لا يكون شيئاً بعد موته وهذا اختيار ابي بكر ، وذكر القاضي وابن ابي موي رواية أخرى انه يعتق إذا وجدت الصفة ن بعد الموت ومضت المدة المذكورة وهذا قول اشوري وابي يوسف واسحاق ووجهها ما تقدم وقال أصحاب الرأي لا يعتق حتى يعتقه الوارث وعلى قول من قل يعتق يكون قبل العتق ملكاً للوارث وكسبه له كام الولد والمدبر في حياة السيد وان كان امة فولدت قبل وجود الصفة فولدها يتبعها في التدبير ويعتق بوجود الصفة كما تعتق هي والله سبحانه أعلم

(فصل) إذا قل لعبد له مقيد هو حر ان مل قيده ثم قل هو حر ان لم يكن في قيده عشرة ابطال فشهد شادمان عند الحاكم ان وزن قيده خمسة ابطال فحكم بعتقه وأمر بحمل قيده فوزن فوجد وزنه عشرة ابطال عتق العبد بحمل قيده وتبيننا انه ما عتق بالشرط الذي حكم الحاكم بعتقه به وهل يلزم الشاهدين ضمان قيمته ؟ فيه وجهان (أحدهما) يلزمهما لان شهادتهما الكاذبة سبب عتقه

وقال أبو حنيفة يعنى من كل واحد ثلثه ويستسمى في باقيه وروى نحو هذا عن سعيد بن المسيب وشرح والشعبي والنخعي وقتادة وحماد لانهم تساوا في سبب الاستحقاق فيساوون في الاستحقاق كما لو كان يملك ثلثهم وحده وهو ثلث ماله أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل، وأنهكر أصحاب أبي حنيفة القرعة وقالوا هي من القمار وحكم الجاهلية ولعلمهم يردون الخبر الوارد في هذه المسئلة لمخالفته قياس الاصول. وذكر الحديث لحماد فقال هذا قول الشيخ - يعني ابايس - فقال له محمد بن ذكوان وضع القلم عن ثلاثة اعمدهم المجنون حتى يفيق - يعني انه مجنون - فقال له حماد مادعاك إلى هذا؟ فقال محمد وأنت فما دعاك الى هذا؟ وهذا قليل في جواب حماد وكان حريا أن يستتاب عن هذا فان تاب والا ضربت عنقه

ولنا ما روى عمران بن الحصين ان رجلا من الانصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لاملاله غيرهم فجزأهم رسول الله ﷺ ستة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة. وهذا نص في محل النزاع وحجنا لنا في الامرين المتلف فيبيا وهما جمع الحرية واستعمال القرعة وهو حديث صحيح ثابت رواه مسلم وأبو داود وسائر أصحاب السنن. ورواه عن عمران بن الحصين الحسن وابن سيرين وأبو المهاج بثلاثة أئمة. ورواه الامام أحمد عن إمامه بن يحيى عن هشيم عن خالد الخذاء عن أبي قلابة عن أبي زيد الانصاري عن النبي ﷺ

واتلافه فضمننا كالشهادة المرجوع عنها ولان عتقه حكم بحكم الحاكم المبني على الشهادة الكاذبة فاشبه الحكم بالشهادة التي جمان عنها وهذا قول أبي حنيفة (واثنائي) لاضمان عليهما وهو قول أبي يوسف ومحمد لان عتقه لم يحصل بالحكم المبني على شهادتها وإنما حصل بحمل قيده ولم يشهدا به فوجب أن لا يضمننا كما لو لم يحكم الحاكم

(فصل) وان قال لعبدك أنت حر متى شئت لم يعتق حتى يشاء باقول فتى شاء عتق سواء كان على الفور او التراخي وان قال أنت حر ان شئت فكذلك وبمحمل أن يقف على المجلس لان ذلك بمنزلة التخيير ولو قال لامرأته اختاري نفسك لم يكن لها الاختيار الا على الفور فان تراخي ذلك بطل خيارها كذا تعليقه بالمشيئة وان قال أنت حر كيف شئت احتمل أن يمتق في الحال وهو قول أبي حنيفة لان كيف الاقتضي شرطا ولا وقتا ولا مكانا فلا تقتضي توقيف العتق انما هي صفة للحال فتقتضي وقوع الحرية على أي حال كان ويحتمل أن لا يمتق حتى يشاء وهو قول أبي يوسف ومحمد لان المشيئة تقتضي الخيار فتقتضي أن يعتق قبل اختياره كما لو قال أنت حر متى شئت لان كيف تعطي ماتعطي حتى وأي فحكمها حكمها وقد ذكر أبو الخطاب في الطلاق أنه اذا قال لزوجه أنت طالق متى شئت وكيف شئت وحيث شئت لم تطلق حتى تشاء فيجبيء ههنا مثله

﴿مسئلة﴾ (وان قال ان دخات الدار ذنت حر بعد موتي فدخل في حياة السيد صار مديرا)

قال أحمد أبو زيد الانصاري رجل من أصحاب النبي ﷺ، وروى نحوه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ. ولأنه حق في تفريقه ضرر فوجب جمعه بالفرعة كقسمته: الاجبار إذا طلبها أحد الشريكين ونظيره من القسمة ما لو كانت دار بين اثنين لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثها وفيها ثلاثة مساكن متساوية لا ضرر في قسمتها فطلب أحدهما القسمة فإنه يجعل كل بيت سهماً أو يترع بينهم بثلاثة أسهم لصاحب الثلث سهم وللآخر سهمان

وقولهم ان الخبر يخالف قياس الاصول ندم ذلك بل هو موافق له لما ذكرناه وقياسهم فاسد لانه إذا كان ملكة ثلثهم وحده لم يمكن جمع نصيبه والوصية لا ضرر في تفريقها بخلاف مسئلتنا. وإن سلمنا مخالفته قياس الاصول فنقول رسول الله ﷺ واجب الاتباع سواء وافق القياس أو خالفه، لانه قول المصوم الذي جعل الله تعالى قوله حجة على الخلق أجمعين وأمرنا باتباعه وطاعته وحذر العقاب في مخالفته أمره وجعل الفوز في طاعته والضلال في معصيته. وتطرق الخطأ إلى القياس في قياسه أغلب من تطرق الخطأ إلى أصحاب رسول الله ﷺ والأئمة بعدهم في روايتهم على أنهم قد خالفوا قياس الاصول بأحاديث ضعيفة فأوجبوا الوضوء بالنبيذ في السفر دون الحضر وتقصوا الوضوء بالقهقهة في الصلاة دين خارجاً. وقولهم في مسئلتنا في مخالفة القياس والاصول أشد وأعظم والضرر في مذهبيهم أعظم، وذلك لان الاجماع منعقد على أن صاحب الثلث في الوصية وما في معناها

لانه وجد شرط التدبير وهو دخول الدار وان لم يدخل حتى مات بطلت الصفة لانه يزول به الملك ولم يوجد التدبير لعدم شرطه وسند كره في التدبير ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ وان قال ان ملكك فلاناً فهو حر أو كل مملوك أملاكه فهو حر فهل يصح؟ (على روايتين)

(أحدها) لا يصح ولا يعتق روي ذلك عن ابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعطاء وعروة والشافعي وابن المنذر ورواه الترمذي عن علي وجار بن عبد الله وعلي بن الحسين وشريح وغير واحد من التابعين قال وهو قول أكثر أهل العلم لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ « لا عتق فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك » قال الترمذي وهو حديث حسن وهو أحسن ما روي في هذا الباب، وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال « لا طلاق فيما لا يملك ابن آدم وان عينها » رواه المدارقطني، وعن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « لا طلاق قبل نكاح » وروي عن النبي ﷺ أنه قال « لا طلاق قبل ملك » رواه أبو داود الطيالسي قال أحمد هذا عن النبي ﷺ وعدة من الصحابة ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفاً فكان اجماعاً وهذا ظاهر المذهب ولانه لا يملك بتخيير العتق فلم يملك تملكه (والتانية) يعتق إذا ملكه لانه أضاف العتق الى حال يملك عتقه فيه فأشبهه ما لو كان العتق في ملكه، وروى أبو طالب عن أحمد أنه قال ان اشترت هذا الغلام فهو حر فاشتره عتق

لا يحصل له شيء حتى يحصل للورثة مثلاً . وفي مائة ثلثا يعتقون الثلث ويستسعون العبد في الثلثين فلا يحصل للورثة شيء في الحال أصلاً ويجعلونهم على السعاية وربما لا يحصل منها شيء أصلاً ، وربما لا يحصل منها في الشهر إلا درهم أو درهماً فيكون هذا في حكم من لم يحصل له شيء وفيه ضرر على العبيد لأنهم يجرونهم على الكسب والسعاية عن غير اختيار منهم وربما كان الجبر على ذلك جارية فيحملها ذلك على البغاء أو عبداً فيسرق أو يتطعم للطريق وفيه ضرر على الميت حيث أفضوا بوصيته إلى الظلم والاضرار وتحقيق ما يوجب له العتاب من ربه والدعاء عليه من عبده وورثته ، وقد روي عن النبي ﷺ في الحديث الذي ذكرناه في حق الذي فعل هذا قال «لو شهدته لم يدفن في مقابر المسلمين» قال ابن عبد البر في قول الكوفيين ضروب من الخطأ والاضطراب مع مخالفة السنة الثابتة وأشار إلى ما ذكرناه ، وأما إنكارهم للقرعة فقد جاءت في الكتاب والسنة والاجماع قال الله تعالى (وما كنت لديهم إذ يلون أقلامهم أيهم يكفل مريم) وقال تعالى (فسأهم فكان من المدحضين) . وأما السنة فقال أحد : في القرعة خمس سنن أفرع بين نساءه وأفرع في ستة مملوكين وقال لرجلين « استهما » وقال « مثل التأم على حدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة » وقال « لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول ، لاستهموا عليه » وفي حديث الزبير ان صنمية جاءت بشوئين اي كفن فيهما حمزة رضي الله عنه فوجدنا إلى جنبه قتيلاً قتلنا الحمزة ثوب وللانصاري ثوب فوجدنا

قال ابو بكر في كتاب الشافي لا يختلف قول أبي عبد الله ان العتاق يقع الا ما روى محمد بن الحسن ابن هارون في العتق أنه لا يقع وما اراه الا غلطاً ذن كان قد حفظ فهو قول آخر ولانه لو قل لامته أول ولد تلدينه فهو حر فانه يصح كذلك هذا وهو قول الثوري وأصحاب الرأي ولانه يصح تعليقه على الاخطار فصح تعليقه على حدوث الملك كالوصية والنذر واليمين وقال مالك ان خص جنساً من الاجناس أو عبداً بعينه عتق إذا ملكه وان قل كل عبد املكه لم يصح والاول أصح ان شاء الله تعالى لانه تعليق لعتق قبل الملك فأشبهه ما لو قال لامة غيره: ان دخلت الدار فأنت حرة ثم ملكها ودخلت الدار ولما ذكرنا من الاحاديث

﴿ مسألة ﴾ (فان قل العبد ذلك ثم عتق وملك عتق في أحد الوجهين قياساً على الحر) (الثاني)

لا يعتق وهو الصحيح)

لان العبد لا يصح العتق منه حين انتعاق لكونه لا يملك وإن ملك فهو ملك ضعيف غير مستقر لا يتمكن من انتصرف فيه والسيد انتزاعه منه بخلاف الحر

(فصل) إذا قال الحر أول غلام أملكه فهو حر انبئ ذلك على العتق قبل الملك وفيه روايتان ذكرناهما فان قلنا يصح عتق اول من يملكه لوجود الشرط فان ملك اثنين معاً عتق احدهما بالقرعة في قياس قول احمد فانه قال في رواية مهنا اذا قال اول من يطلع من عبيدي فهو حر فطلع اثنين منهم او جميعهم فانه يقرع بينهم ويحتمل ان يعتق جميعاً لان الاولية وجدت فيهما جميعاً ثبتت الحرية

أحد الثوبين أوسع من الآخر فأقرعنا عليهما ثم كنفنا كل واحد في الثوب الذي طار له ، وتشاح الناس يوم القادسية في الأذان فأقرع بينهم سعد وأجمع العلماء على استعمالها في القسمة ولا أعلم بينهم خلافا في أن الرجل يقرع بين نسائه إذا أراد السفر باحداهن ، وإذا أراد البداية بالقسمة بينهن وبين الاولياء إذا تساوا وتشاحوا فيمن يتولى التزويج أو من يتولى استيفاء التصاص وأشباه هذا

(فصل في كيفية القرعة ، قال أحمد قال سعيد بن جبير يقرع بينهم بالخواتيم أقرع ابن اثنين في ثوب فأخرج خاتم هذا وخاتم هذا ثم قل يخرجون بالخواتيم ثم تدفع الى رجل فيخرج منها واحداً قال أحمد بأي شيء خرجت مما يتفقان عليه وقع الحكم به سواء كان رقاعاً أو خواتيم قال أصحابنا المتأخرون الأولى أن يقطع رقاعاً صغراً متساوية ثم تلقى في حجر رجل لم يحضر أو يغطي عليها بثوب ثم يقال له ادخل يدك فأخرج بندقية فينفضها ويعلم ما فيها وهذا قول الشافعي ، وفي كيفية القرعة والعتق ست مسائل (أحدها) أن يعتق عدداً من العبيد لهم ثلث صحيح كثلثة أو ستة أو تسعة وقيمتهم متساوية ولا مال له غيرهم فيخرجون ثلاثة أجزاء جزءاً للحرية وجزءين للرق وتكتب ثلاث رقاع في واحدة حرية وفي اثنين رق ويترك في ثلاثة بنادق وتغطي بثوب ويقال لرجل لم يحضر أخرج على اسم هذا الجزء فإن خرجت قرعة الحرية عتق ورق الجزءان الآخران وإن خرجت قرعة رق وأخرجت أخرى على جزء آخر فإن خرجت رقعة الحرية عتق ورق الجزء الثالث وإن خرجت

فيها كما لو قال في المسابقة من سبق فله عشرة فسبق اثنان اشتى كافي العشرة ، وقال النخعي يعتق أيها شاء وقال أبو حنيفة لا يعتق واحد منهما لانه لا أول فيهما لان كل واحد منهما مساو الآخر ومن شرط الاولوية سبق الاول

ولنا ان عذبن لم يسبقهما غيرهما فكانا أول كلا واحد وليس من شرط الاول ان يأتي بعده ثان بدليل ما لو ملك واحداً ولم يملك بعده شيئاً ، وإذا وجدت الصفة فيها فاما ان يعتقا جميعاً او يعتق أحدهما وتعيه القرعة على ما نذكره ، وكذلك الحكم فيما إذا قال أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين خرجا معاً

﴿مسألة﴾ (وان قال آخر مملوك اشتريه فهو حر فملك عبيداً لم يعتق واحد منهم حتى يموت) لانه ما دام حياً فانه يحتمل ان يشتري عبداً يكون هو الآخر فاذا مات عتق آخرهم وتبيننا أنه كان حراً حين ملكه فتكون اكسابه له وإن كان أمة كان اولادها احراراً من حين ولدتهم لانهم اولاد حرة وإن كان وطئها فعليه مهرها لانه وطئ حرة أجنبية ولا يحل له أن يطأها إذا اشتراها حتى يشتري بعدها غيرها لانه ما لم يشتري بعدها غيرها فهي آخر في الحال وإنما يزول ذلك بشراء غيرها فوجب أن يحرم الوطاء وإن اشترى اثنين دفعة واحدة ثم مات فالحكم في عتقهما كالحكم فيما إذا ملك اثنين في النصل الذي قبله

قرعة الرق رق وعتق الجزء الثالث لان الحرية تعينت فيهم وإن شئت كتبت اسم كل اجزاء في رقعة
ثم أخرجت رقعة على الحرية فإذا خرجت رقعة على الحرية عتق المسمون فيها ورق الباقيون ، وإن
خرجت رقعة على الرق رق المسمون فيها ثم تخرج أخرى على الرق فيرق المسمون فيها ويعتق الجزء
الثالث وإن أخرجت الثانية على الحرية عتق المسمون فيها دون الثالث

(المسئلة الثانية) أن يمكن قسمتهم أثلاثاً وقيمهم مختلفة يمكن تعديلهم بالقيمة كسنة قيمة اثنين
منهم ثلاثة آلاف وقيمة اثنين ألفان وقيمة اثنين ألف فيجعل الاثنين الاوسطين جزءاً
ويجعل اثنين قيمة أحدها ثلاثة آلاف مع آخر قيمته ألف جزءاً والآخران جزءاً فيكونون ثلاثة
اجزاء متساوية في العدد والقيمة على ما قدمناه في المسئلة الاولى ، قيل لاحد لم يستورا في القيمة ؟
قال يقومون بالثمن .

(المسئلة الثالثة) يكونون متساوين في العدد مختلفين في القيمة ولا يمكن الجمع بين تعديلهم
بالعدد والقيمة معاً ولكن يمكن تعديلهم بكل واحد منهما منفرداً كسنة أعبد قيمة أحدهم ألف وقيمة
اثنين ألف وقيمة ثلاثة ألف فانهم يعدلون بالقيمة دون العدد نص عليه أحمد وقال اذا كانت قيمة
واحد مثل اثنين قوم لانه لا يجوز أن يقع العتق في أكثر من الثلث ولا أقل وفي قسمتهم بالعدد
تكرار القرعة وتبعض العتق حتى يكمل الثلث فكان التعديل بالقيمة اولي ، بيان ذلك اننا لو جعلنا

(فصل) إذا قال اول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين واشبكل أولهما خروجا اخرج بالقرعة
كأتي قبلها فإن علم أولهما خروجا عتق وحدثوه قول مالك والثوري وأبي هاشم والشافعي وابن المنذر
وقال الحسن والشعبي وقتادة إذا ولدت ولدين في بطن فها حران

ولنا انه انما اعتق الاول والذي خرج سابقاً هو الاول من المولودين فاختص العتق به فهو كما
لو ولدتهما في بطنين فإن ولدت الاول ميماً والثاني حياً فذكر الشريف أنه يعتق الحلي منهما وبه قال
أبو حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا يعتق واحد منهما وهو الصحيح قاله شيخنا لان شرط
العتق انما وجد في الميت وليس محلاً للعتق فانحلت اليمين به وانما قلنا ان شرط العتق وجد فيه لانه
أول ولد بدليل أنه إذا قال لامته إذا ولدت فأنت حرة فولدت ولداً ميماً عتقت ، ووجه الاول ان
العتق يستحيل في الميت فتعلقت اليمين بالحلي كما لو قال ان ضربت فلاناً فبدي حر فضره حياً
عتق وان ضره ميماً لم يعتق ولانه معلوم من طريق الامادة أنه قصد عتد يمينه على ولديصح العتق فيه
وهو أن يكون حياً فتصير الحياة مشروطة فيه فكأنه قال أول ولد تلدينه حياً

(فصل) فان قال لامته كل ولد تلدينه فهو حر عتق كل ولد ولدته في قول جمهور العلماء منهم
مالك والاوزاعي والليث والثوري والشافعي قال ابن المنذر لا أحفظ عن غيرهم خلافهم فان باع الامة
ثم ولدت لم يعتق ولدها لانها ولدتهم بعد زوال ملكه

الذي قيمته الف آخر فخرجت قرعة الحرية لهما احتجنا ان نعيد القرعة بينهما فاذا خرجت على
على القايل القمية عتق واعتق من الذي قيمته الف تمام الثلث
وان وقعت قرعة الحرية على اثنين قيمتهما دون الثلث عتقا ثم اعيدت لتكميل الثلث فاذا وقعت
على واحد كلمت الحرية منه فحصل ما ذكرناه من التبعض والتكرار ولان قسمتهم بين المشتركين
فيهم انما يعدلون فيها بالقيمة دون الاجزاء فعلى هذا يجعل الذي قيمته الف جزءاً والاثنين اللذين قيمتهما
الف جزءاً والثلاثة الباقيين جزءاً ثم يقرع بينهم على ما ذكرنا
(المسئلة الرابعة) أمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد كسبعة قيمة احدثهم الف وقيمة اثنين الف وقيمة
اربعة الف فيعدلون بالقيمة دون العدد كما ذكرنا

(المسئلة الخامسة) أمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة كسبعة اعبد قيمة اثنين الف وقيمة اثنين سبعمائة
وقيمة اثنين خمسمائة فها هنا نجزؤهم بالعدد لتعذر تجزئتهم بالقيمة فيجعل كل اثنين جزءاً ويضم كل
واحد من قيمتهما قليلة الى واحد من قيمتهما كثيرة ويجعل المتوسطين جزءاً ويقرع بينهم فان وقعت
قرعة الحرية على جزء قيمته اكثر من اثلث اعيدت القرعة بينهما فيعتق من تقع له قرعة الحرية
ويعتق من الآخر ثمة الثلث وبقية الباقيين وان وقعت الحرية على جزء أقل من اثلث عتقا
جميعاً ثم يكمل الثلث من الباقيين بالقرعة

﴿مسئلة﴾ (فان قال لامته آخر ولد تلدينه فهو حر فولدت حياً ثم ميتاً لم يعتق الاول)
لانه لم يوجد شرط عتقه وعلى قياس قول الشريف وابي حنيفة فيما إذا قال اول ولد تلدينه فهو
حر فولدت ميتاً ثم حياً يعتق الحى وان ولدت ميتاً ثم حياً عتق الثاني لوجود شرطه وان ولدت
توأمين فاشكل الآخر منهما فان أحدهما استحق العتق ولم يعتق بعينه فوجب اخراجه بالقرعة وسيأتي
ذلك ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (ولا يتبع ولد المعتقة بالصفة أمه في العتق في أصح الوجهين الا أن تكون حاملا
به حال عتقها أو حال تعليق عتقها)

إذا علق عتق أمة بصفة وهي حامل تبعها ولدها في ذلك لانه كهضو من أعضائها فان وضعته
قبل وجود الصفة ثم وجدت الصفة عتق لانه تابع في الصفة فأشبه ما لو كان في البطن وان كانت
حائلاً حين التعليق ثم وجدت الصفة وهي حامل عتقت هي وحملها لان العتق وجد فيها وهي حامل فتبعها
ولدها كالنجز فان حلت بعد التعليق وقبل وجود الصفة ثم وجدت بعد ذلك لم يعتق الولد لان
الصفة لم تتعلق به في حال التعليق ، وفيه وجه آخر أنه يتبعها في العتق لا في الصفة فاذا لم توجد فيها
لم توجد فيه بخلاف ولد المدبرة فانه يتبعها في التدبير وإذا بطل فيها بقي فيه

(المسئلة السادسة) لم يمكن تعديلهم بالعدد ولا القيمة كخمسة اعبد قيمة اخدم الف واثنان الف واثنان ثلاثة آلاف احتمال أن يجزئهم ثلاثة اجزاء فيجعل أحدهم أكثرهم قيمة جزءاً ويضم الى الثاني كثير القبة اقل الباقيين قيمة ويجعلها جزءاً والباقيين جزءاً ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق لان هذا أقرب الى ما فعله النبي ﷺ ويعدل الثلث بالقيمة على ما تقدم واحتمل ان لا يجزئهم بل يخرج اقرعة على واحد واحد حتى يتوفى الثلث فيكتب خمس رقاع باسمائهم ثم يخرج رقعة على الحرية فمن خرج اسمه فيها عتق ثم يخرج الثانية فمن خرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث وان كانوا ثمانية قيمتهم سواء ففيهم ثلاثة اوجه (احدها) ان يكتب ثمانية رقاع باسمائهم ثم يخرج على الحرية رقعة بعد اخرى حتى يستوفى الثلث (والثاني) ان يجزئهم اربعة اجزاء ثم يقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق فمخرج له سهم الحرية عتق ثم يقرع بين الستة بسهم حرية وسهمي رق فمخرج له سهم حرية اعيدت بينهما فمن خرج له سهم الحرية كل اثلث منه (والثالث) ان يجزئهم ثلاثة اجزاء ثلاثة وثلاثة واثنان ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق فمخرج له سهم الحرية للاثنين عتقا وكل اثلث بالقرعة من الباقيين وان خرجت الثلاثة قرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق ذكر هذين الوجهين الاخرين أبو الخطاب وروي عن أحمد خمسة أو أربعة يجعل أكثرهم قيمة مكان اثنين ان كانا قيدهما والقرع بين ثلاثة قيمتهم واحدة ثم يقرع بين الذي بقي والذي تصيبه اقرعة ينظر ما بقي من قيده من اثلث فيعتق حصته فان كان جميع ما له عبدين أقرعنا بينهما بسهم حرية وسهم رق على كل حل

(فصل) وان كان للعتق سال غير العبد مثلاً قيمة العبيد أو أكثر عتق العبيد كلهم لخروجهم

﴿مسئلة﴾ ر وإذا قال لعبد أنت حر وعليك ألف أو على الف عتق ولا شيء عليه وعنه ان لم يقبل لم يعتق (إذا قال لعبد أنت حر وعليك ألف عتق ولا شيء عليه لانه أعتقه بغير شرط وجعل عليه عوضاً لم يقبله فعتق ولم يلزمه الا الف هكذا ذكر المتأخرون من أصحابنا ونقل جعفر بن محمد قال سمعت ابا عبد الله قيل له إذا قال أنت حر وعليك ألف درهم فقل جيد قيل له فان لم يرض العبد قل لا يعتق إنما قل له على ان يؤدي اليه الفاً فان لم يؤدي فلا شيء فان قل أنت حر على الف فكذلك في احدى الروايتين لان على ليست من أدوات الشرط ولا البدل فاشبهه قواه وعليك ألف واثنان ان قبل العتق متى ولزمته الا الف وإن لم يقبل لم يعتق وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وهذه الرواية هي الصحيحة لانه أعتقه بعوض فلم يعتق بدون قبوله كما لو قال أنت حر بالف ولان على تستعمل للشرط والعوض قال الله تعالى (قل له موسى هل اتبعك على أن تمنن مما علمت رشداً) وقال (فهل نجعل لك خراجاً على ان تجعل بيننا وبينهم سداً) وقال (اني أريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانية حجج) ولو قل في النكاح زوجتك فلانة ابنتي على خمسمائة درهم وقال الآخر قبلت صح النكاح ووجب الصداق

من اثلث وان كان أقل من مثليهم عتق من العبد قدر ثلث المال كله فاذا كان العبيد كاهم نصف المال عتق ثلثاهم وان كانا ثلثي المال عتق نصفهم وان كانوا ثلاثة اربعة عتق اربعة اشباعهم وطريقه ان تضرب قيمة العبد في ثلاثة ثم تنسب اليه مبلغ التركة فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها فاذا كان قيمة العبد الباقي بالتركة الف ضربت قيمة العبد في ثلاثة تكن ثلاثة آلاف ثم تنسب اليها الالفين تكن ثلثيها فيعتق ثلثاهم وان كان قيمة العبد ثلاثة آلاف وباقي التركة الف ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن تسعة آلاف وتنسب اليها التركة كلها تكن اربعة اشباعاء وان كان قيمتهم اربعة آلاف وباقي التركة الف ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن اثني عشر ألفا ونسبت اليها خمسة آلاف تكن ربعها وسدسها فيعتق من العبيد ربعهم وسدسهم

(فصل) وان كان على الميت دين يحيط بالتركة لم يعتق منهم شيء وان كان يحيط ببعضها قدم الدين لان العتق وصية وقد قضى رسول الله ﷺ ان الدين قبل الوصية ولان قضاء الدين واجب وهذا تبرع وتقديم الواجب متعين وان كان الدين بقدر نصف العبيد جعلوا جزأين وكتبت رققتان رقعة للدين ورقعة للتركة وتخرج واحدة منهما على احد الجزأين فمن خرجت عليه رقعة الدين بيع فيه وكان الباقي من جميع التركة يعتق ثلثهم بالقرعة على ما تقدم وان كان الدين بقدر ثلثهم كتبت ثلاث رقعات للدين واثنان للتركة وان كان بقدر ربعهم كتب اربع رقعات للدين وثلاثة للتركة ثم يقرع بين من خرجت له رقعة التركة وان كتب رقعة للدين ورقعة للحرية ورقعتان للتركة تجاز وقيل لا يجوز لثلاث يخرج رقعة الحرية قبل قضاء الدين والاول اصح لانه انما يمنع من العتق قبل قضاء الدين إذا لم يكن له وفاء فأما اذا كان له وفاء لم يمنع منه بدليل ما لو كان للعتق في أقل من ثلث الباقي بعد وفاء الدين فانه لا يمنع من العتق قبل وفاءه

﴿ مسألة ﴾ (وان قال على ان تخدمني سنة فكذلك)

وقيل ان لم يقبل لم يعتق رواية واحدة فلي هذا اذا قبل العبد عتق في الحال ولزمته خدمته سنة وان مات السيد قبل كل السنة رجع على العبد بقيمة ما بقي من الخدمة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة تقسط قيمة العبد على خدمة السنة فيسقط منها بقدر ما مضى ويرجم عليه بما بقي من قيمته ولنا ان العتق عقد لا يلحقه الفسخ فاذا تم ذر فيه استيفاء العوض رجع الى قيمته كالمطلوع في النكاح والصالح في دم للعبد فاذا قول انت حر على ان تعطيني الفاق الصحيح أنه لا يعتق حتى يقبل فاذا قبل عتق ولزمه الالف فاما ان قال أنت حر بالف لم يعتق حتى يقبل ويلزمه الالف (فصل) قال رضي الله عنه وإذا قال كل مملوك لي حر عتق عليه مكاتبوه ومدبروه وأمهاث أولاده وشقص بما كره

لان اللفظ عام فيهم فعتقوا كما لو عينهم وذكر ابن أبي موسى في الارشاد ان الشقص لا يستحق الا ان ينوبه لانه لا يملكه كله والاول الذهب

(فصل) وإذا اعتق في مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم أو واحداً منهم غير معين فمات أحدهم أقرعنا بين الميت والاحياء فان وقعت على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الاعتاق سواء مات في حياة سيده أو بعده قبل القرعة، وبهذا قال الشافعي وقال مالك ان مات قبل موت سيده أقرعنا بين الحيين لانها جميع التركة ولهذا لا يعتق إلا ثلثها ولا يعتبر الميت لانه ليس بمحسوب من التركة ولانه لو أعتق الحيين بعد موته لأعتقنا ثلثها .

ولنا ان الميت أحد المعتقين فوجب أن يقرع بينه وبينهم كما لو مات بعد سيده ولان المقصود تكميل الاحكام وحصول ثواب العتق ويحصل هذا في الميت فوجب ان يدخل في القرعة كما لو مات بعد سيده فأما ان وقعت القرعة على الحي نظرنا في الحي فان كان الميت مات قبل موت السيد أو بعده قبل قبض الوارث له لم يحسبه من التركة لانه لم يصل الى الوارث فتكون التركة الحيين فيخرج ثلثها من وقت عليه القرعة وتعتبر قيمته حين الاعتاق لانه حين اتلافه وتعتبر قيمة التركة بأقل الامرين من حين الموت إلى حين قبض الوارث لان الزيادة فائدة تجددت على ملك الوارث فلا تحسب عليه من التركة والنقصان قبل القبض لم يحصل له ولم ينتفع به فأشبهه الشارد والآبق وإنما يحسب عليه ما حصل في يده ولا يحسب الميت من التركة لانه ما وصل إلى الورثة فيكمل ثلث الحيين ممن وقعت عليه القرعة وان كان موته بعد قبض الورثة حسب من التركة لانه وصل اليهم وجعلناه كالحي في تقويمه معهم والحكم باعتاقه ان وقعت عليه القرعة أو من الثلثين ان وقعت القرعة على غيره ومحسب قيمته أقل الامرين من حين موت سيده إلى حين قبضه ونحو هذا قال الشافعي .

(فصل) وان دبر الثلاثة أو وصى بعقدهم فمات أحدهم بطل تديبره والوصية فيه وأقرع بين الحيين فأعتق من احدهما شهما ، لان الميت لا يمكن الحكم بوقوع العتق فيه لكونه مات قبل الوقت الذي يعتق فيه وقبل أن يتحقق شرط العتق بخلاف التي قبلها فان العتق حصل من حين الاعتاق وإنما القرعة تبينه وتكشفه ولهذا يحكم بعقده من حين الاعتاق حتى يكون كسبه له وحكمه حكم الاحرار في سائر أحواله وان مات المدبر بعد موت سيده أقرع بينه وبين الاحياء لانه قد حصل لعتق من حين موت السيد .

﴿مسئلة﴾ (وان قال أحد عبدي حر أقرع بينهما فمن وقعت له القرعة فهو حر من حين اعتقه) إذا قال أحد عبدي حر ولم ينو واحداً بعينه عتق أحدهم بالقرعة وليس للسيد التعيين ولا للوارث بعده، فان قال اردت هذا بعينه قبل منه وعتق لان ذلك انما يعرف من جهته وقال أبو حنيفة والشافعي للمعتق التعيين ويطلب بذلك فيعتق من عينه وان لم يكن نواه حالة القول وإذا عتق بتعيينه فليس لسائر العبيد الاعتراض عليه لان له تعيين العتق ابتداءً فاذا أوقعه غير معين كان له تعيينه كالطلاق وإنما ان مستحق العتق غير معين فلم يملك تعيينه ووجب ان يميز بالقرعة كما لو اعتق الجميع في مرضه ولم يخرجوا من الثلث وكما لو اعتق معيناً ثم نسيه والطلاق كمسئلتنا فان مات المعتق ولم يعين

(مسئلة) قال: (ولو قال لهم في مرض موته أحدكم حر أو كلكم حر ومات فكذلك)

أما إذا قال لهم كلكم حر فهي المسئلة التي تقدمت وشرحناها وأما إذا قال أحدكم حر فانه يقرع بينهم فيخرج احدهم بالقرعة فيعتق ويرق الباقيون وسواء كان للميت مال سواهم أو لم يكن إذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ولو كان المعتق حياً ولم ينو واحداً بعينه لم يكن له التعمين وأعتق احدهم بالقرعة وان قال أردت واحداً منهم بعينه قبل منه وتعميت الحرية فيه، وقال ابو حنيفة والشافعي له تعيين احدهم فيعتق من عينه وان لم يكن نواه حالة القول ويطالب المعتق بالتعيين فاذا عين أحدهم تعين حسب اختياره ولم يكن لسائر العبيد الاعتراض عليه لان له تعيين العتق ابتداء فاذا أوقفه غير معين كان له تعيينه كالطلاق.

ولنا ان مستحق العتق غير معين فلم يملك تعيينه كما لو اعتق الجميع في مرضه ولم يخرجوا من الثلث وكما لو أعتق معيناً ثم نسيه والطلاق كمسائلتنا فأما ان مات المعتق ولم يعين فالحكم عندنا لا يختلف وليس الورثة التعمين بل يخرج المعتق بالقرعة وقد نص الشافعي على هذا إذا قالوا لا ندرى أيهم أعتق، وقال ابو حنيفة لهم التعمين لانهم يقومون مقام موروثهم وقد سبق الكلام في المعتق.

(فصل) ولو أعتق إحدى امانته ثم وطئ احداهن لم يتبين الرق فيها وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي يتعين الرق فيها لان الحرية عنده تتمين بتعيينه ووطؤه دليل على تعيينه وقد سبق الكلام على هذا الاصل ولان العتقة واحدة فلم تتمين بالوطء كما لو أعتق واحدة ثم نسيها
(فصل) واذا أعتق واحداً بعينه ونسيه فقباس قول احمد أن يعتق أحدهم بالقرعة وهذا قول الليث، وقال الشافعي يقف الامر حتى يذكر فان مات قبل أن يتبين أقرع الورثة بينهم، وقال ابن وهب يعتقون كلهم

وقال مالك إن أعتق عبداً له ومات ولم يبين فكانوا ثلاثة عتق منهم بقدر ثلثهم وإن كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم وعلى هذا فيقرع بينهم فان خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع أعيدت القرعة حتى تكمل

فالحكم عندنا لا يختلف وليس للورثة التعمين بل يخرج المعتق بالقرعة وقد نص الشافعي على هذا إذا قالوا لا ندرى أيهم أعتق وقال ابو حنيفة لهم التعمين لانهم يقومون مقام موروثهم وقد سبق الكلام في المعتق وقوله من حين اعتقه يريد ان العبد ان كان اكتسب مالا بعد العتق فهو له دون سيده لاننا بينا أنه اكتسبه في حال الحرية

(فصل) ولو أعتق إحدى امانته غير معينه ثم وطئ احداهن لم يتمين الرق فيها وبه قال ابو حنيفة

وقال أصحاب الرأي إن قال الشهود نشهد ان فلاناً أعتق أحد عبده ولم يسم عتق ثلث كل واحد منهم وسعى في باقيه او ربع كل واحد منهم إن كانوا أربعة ، وإن قالوا نشهد ان فلاناً أعتق بعض عبده ونسيناه فشهادتهم باطلة ونحو هذا قول الشعبي والاوزاعي ولم يذكر ما ذكره أصحاب الرأي في الشهادة

ولنا ان مستحق العتق غير معين فأشبهه مالر أعتق جميعهم في مرض موته فإن أقرع بينهم فخرجت القرعة لواحد ثم قال المعتق ذكرت ان المعتق غيره ففيه وجهان .

(أحدهما برد الاول إلى الرق ويعتق الذي عينه لانه تبين له المعتق فعتق دون غيره كما لو لم يقرع (والثاني) .) يعتقان معاً وهو قول الليث ومقتضى قول ابن حامد لان الاول ثبتت الحرية فيه بالقرعة فلا تزول كسائر الاحرار ، ولان قول المعتق ذكرت من كنت نسيتيه يتضمن اقرارا عليه بحرية من ذكره واقراراً على غيره فقبل اقراره على نفسه ولم يقبل على غيره ، وأما اذا لم يقرع فانه يقبل قوله فيعتق من عينه ويرق غيره فاذا قال أعتقت هذا عتق ورق الباقون وإن قال أعتقت هذا لابل هذا عتقا جميعاً لانه أقر بعتق الاول فلزمه ثم أقر بعتق الثاني فلزمه ولم يقبل رجوعه عن اقراره الاول فكذلك الحكم في اقرار الوارث

«مسئلة» قال (واذا ملك نصف عبد فدبره أو أعتقه في مرض موته فعتق بموته وكان ثلث ماله يفي بقيمة النصف الذي لشريكه أعطي وكان كله حراً في احدى الروايتين والاخرى لا يعتق الا حصته ، وان حمل ثلث ماله قيمة حصه شريكه)

وجله انه اذا ملك شقصاً من عبد فأعتقه في مرض موته او دبره أو وصى بعتقه ثم مات ولم يف ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك لم يعتق إلا نصيبه بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم الا قولاً شاذاً او قول من يرى السعاية وذلك انه ليس له من ماله إلا الثلث الذي استقرت قيمه الشقص فيبقى معسراً بمنزلة من أعتق في صحته شقصاً وهو معسر ، فأما ان كان ثلث ماله يفي بقيمة حصه شريكه ففيه روايتان .

وقال الشافعي يتعين الرق فيها لان الحرية عنده تتعين بتعيينه ووطؤه دليل على تعيينه وقد سبق الكلام معه

﴿مسئلة﴾ (وان مات أحد العبدین أقرع بينه وبين الحي فان وقعت على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الاعتاق سواء مات في حياة سيده أو بعده قبل القرعة)

وبهذا قال الشافعي وقال مالك ان مات قبل موت سيده فالحي جميع التركة ولا يعتق الا ثلثه ولا يعتبر الميت لانه ليس بمحسوب من التركة ولهذا لو أعتق الحي بعد موته لاعتقنا ثلثه

(احداهما) يسري إلى نصيب الشريك فيعتق العبد جميعه ويعطى الشريك قيمة نصيبه من ثلثه لان ثلث المثل للمعتق والمالك فيه تام وله التصرف فيه بالتبرع والاعتاق وغيره فجري مجرى مال الصحيح فيسري عتقه كسراية عتق الصحيح المورس (والرواية الثانية) لا يعتق الا حصته لانه بموته يزول ملكه الى ورثته فلا يبقى شيء يقضى منه الشريك وبهذا قال الاوزاعي لان الميت لا يضرار وقال القاضي ما عتقه في مرض موته سري وما دبره أو وصى بهتمقه لم يسر وقال الرواية في سراية العتق حال الحياة أصح والرواية في وقوفه في التدبير أصح وهذا مذهب الشافعي لان العتق في الحياة ينفذ في حال ملك العتق وصحة تصرفه وتصرفه في ثلثه كتصرف الصحيح في جميع ماله وأما التدبير والوصية فانما يحصل العتق به في حال يزول ملك العتق وتصرفاته والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (وكذلك الحكم اذا دبر بعضه وهو مالك لكانه)

وجملته انه اذا دبر بعض عبده وهو ان يقول اذا مات فنصف عبدي حر ثم مات فان كان النصف المذبر ثلث ماله من غير زيادة عتق ولم يسر لانه لو دبره كله لم يعتق منه الا ثلثه فذا لم يدبر الا ثلثه كان أولى وإن كان العبد كله يخرج من الثلث في تكميل الحرية روايتان (احداهما) تكمل وهو قول أكثر الفقهاء لان أبا حنيفة وأصحابه يرون التدبير كالاعتاق في السراية وهو أحد قولي الشافعي لانه اعتلق لبعض عبده فعتق جميعه كما لو أعتقه في حياته (والرواية الثانية) لا يكل العتق فيه لانه لا يمنع جواز البيع فلا يسري كتعليقه بالصفة (فصل) فأما ان أعتق بعض عبده في مرضه فهو كعتق جميعه ان خرج من الثلث عتق جميعه والا عتق منه بقدر الثلث لان الاعتاق في المرض كالاعتاق في الصحة الا في اعتباره من الثلث وتصرف المريض في ثلثه في حق الاجنبي كتصرف الصحيح في جميع ماله كما لو أعتق شركا له في عبد وثلثه يحتمل جميعه وعنه لا يعتق منه الا ما عتق (فصل) واذا دبر أحد الشريكين حصته صح ولم يلزمه في الحل لشريكه شيء وهذا قول

ولنا ان الميت احد المعتقين فوجب ان يقرع بينه وبين الحي كما لو مات بعد سيده ولان المقصود من العتق تحصيل ثوابه وهو يحصل في حق الميت فيدخل في القرعة كالذي مات بعد سيده فعلى هذا ان خرجت القرعة على الميت حذبناه من التركة وقومناه حين الاعتاق لانه حين الاتلاف وان وقعت على الحي نظرت في الميت فان كان موته قبل موت سيده أو بعده قبل قبض الوارث له لم يحسبه من التركة لانه لم يصل الى الوارث فتكون التركة الحي وحده فيعتق ثلثه وتعتبر قيمته حين الاعتاق لانه حين اتلافه وتعتبر قيمة التركة باقل الاسرين من حين الموت الى حين قبض

الشافعي فاذا مات عتق الجزء الذي دبره اذا خرج من ثلث ماله وفي سرايته الى نصيب الشريك
ما ذكرنا في المسئلة وقبلها وقال مالك اذا دبر نصيبه تقاوماه فان صار للمدبر صار مدبراً كله وإن
صار للآخر صار رقيقاً كله

وقال الليث يفرم المدبر لشريكه قيمة نصيبه ويصير العبد كله مدبراً فان لم يكن له مال سعى
العبد في قيمة نصيب الشريك فاذا اداها صار مدبراً كله ، وقال ابو يوسف ومحمد يضمن المدبر
للشريك قيمة حقه موسراً كان او معسراً ويصير المدبر له
وقال ابو حنيفة الشريك بالخيار ان شاء دبر وان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء
ضمن صاحبه ان كان موسراً . ولنا انه تعليق للعتق على صفة فصح في نصيبه كما لو علقه بموت شريكه
﴿ مسئلة ﴾ قال (رلو أعتقهم وثلثه يَحْتَمِلُهُمْ فاعتقناهم ثم ظهر عليه دين يستفرقهم
بغناهم في دينه)

وجملته ان المريض اذا أعتق عبيده في المرض او دبرهم او وصى بعتقهم ومات ثم ظهر عليه دين
وهم يخرجون من ثلثه في الظاهر فاعتقناهم ثم ظهر عليه دين يستفرق التركة تبيننا بطلان عتقهم وبقاء
رقمهم فيباعون في الدين ويكون عتقهم وصية والدين مقدم على الوصية ولهذا قال علي رضي الله عنه
إن رسول الله ﷺ قضى ان الدين قبل الوصية ولان الدين مقدم على الميراث بالاتفاق ولهذا تباع
التركة في قضاء الدين وقد قال الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها او دين) والميراث مقدم على الوصية
في الثلثين فما تقدم على الميراث يجب ان يقدم على الوصية وهذا قال الشافعي ورد ابن ابي ليلى عبداً أعتقه
سيده عند الموت وعليه دين قال احمد أحسن بن ابي ليلى

وذكر أبو الخطاب عن أحمد رواية في الذي يعتق عبده في مرضه وعليه دين انه يعتق منه
بقدر الثلث ويرد الباقي . وقال قتادة وأبو حنيفة وإسحاق يسعى العبد في قيمته

ولنا انه تبرع في مرض موته بما يعتبر خروجه من الثلث فقدم عليه الدين كالمهبة ، ولانه يعتبر
من الثلث فقدم عليه الدين كالوصية وخفاء الدين لا يمنع ثبوت حكمه ولهذا يملك الغريم استيفاءه ،
فعلى هذا تبين انه أعتقهم وقد استحقهم الغريم بدينه فلم ينفذ عتقه كما لو أعتق ملك غيره ، فان قال
الورثة نحن نقضي الدين ونمضي العتق فيه وجهان

الوارث لان الزيادة تجددت على ملك الوارث فلم تحسب عليه من التركة والنقصان قبل القبض فلم
يحصل له فاشبه الشارد والآبى وانما يحسب عليه ما حصل في يديه ولا يحسب الميت من التركة
لانه وصل اليهم وجعلناه كالحالي في تقويمه معه والحكم باعتاقه ان وقعت القرعة عليه أو من الثلثين
ان وقعت القرعة على غيره وتحسب قيمته أقل الامرين من حين موت سيده الى حين قبضه

(أحدهما) لا ينفذ حتى يبتدئوا العتق لان الدين كان مانعاً منه فيكون باطلا ولا يصح بزوال المانع بعده (والثاني) ينفذ العتق لان المانع منه انما هو الدين فاذا سقط وجب نفوذه كما لو اسقط الورثة حقوقهم من ثلثي التركة نفذ العتق في الجميع . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين . وقالوا ان أصل الوجهين إذا تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره وعلى الميت دين وقضي الدين هل ينفذ فيه وجهان (فصل) فان أعتق المريض ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فأقرع الورثة فأعتقوا واحداً وأرقوا اثنين ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم ففيه وجهان (أحدهما) تبطل القرعة لان الدين شريك في الاقراع فاذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة كما لو قسم شريكان دون شريكهما الثالث (الثاني) يصح الاقراع لانه لا يمكن امضاء القسمة وإفراد حصة الدين من كل واحد من النصيبين لان القرعة دخلت لاجل العتق دون الدين فيقال للورثة إقضوا ثلثي الدين وهو بقدر قيمة نصف العبدین اللذين بقيا إما من العبيد وإما من غيرهم ، ويجب رد نصف العبد الذي عتق فاذا كان الذي أعتق عبدين أقرعنا بينهما فاذا خرجت القرعة على أحدهما فكان بقدر سدس التركة عتق وبيع الآخر في الدين وان كان أكثر عتق منه بقدر السدس وإن كان اقل عتق وعتق من الآخر تمام السدس **مسئلة** قال (ولو أعتقهم وهم ثلاثة فأعتقنا منهم واحداً لمجزئ ثلثه عن أكثر منه ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من أرق منهم)

(فصل) فان دبر ثلاثة أعبد او وصى بعتقهم فمات أحدهم في حياته بطل تدبيره والوصية فيه واقرع بين الحيين واعتق من أحدهما ثلثهما لان الميت لا يمكن الحكم بوقوع العتق فيه لكونه مات قبل الوقت الذي يعتق فيه ، وقبل تحقق شرط العتق بخلاف التي قبلها فان العتق حصل من حين الاعتاق وانما القرعة تبينه وتكشفه ولهذا يحكم بعتقه من حين الاعتاق ويكون كسبه له وحكمه حكم الاحرار في سائر أحواله ، وإن مات المدبر بعد موت سيده أقرع بينه وبين الاحياء لان العتق حصل من حين موت السيد .

مسئلة (وإن أعتق عبداً او نسيه أخرج بالقرعة)

هذا قياس قول احمد وهو قول الليث ، وقال الشافعي يقف الامر حتى يذكر فان مات قبل أن يبين أقرع الورثة بينهم ، وقال ابن وهب يعتمون كلهم ، وقال مالك ان أعتق عبداً له ومات ولم يبين وكانوا ثلاثة عتق منهم بقدر ثلثهم وان كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم وعلى هذا فيقرع بينهم فان خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع أعيدت القرعة حتى يكمل وقال اصحاب الرأي ان قال الشهود نشهد ان فلانا أعتق بعض عبده ونسيناه فشهادتهم باطلة ونحو هذا قول الشعبي والاوزاعي ولم يذكر ما ذكره اصحاب الرأي في الشهادة

وجملته انه إذا اعتق ثلاثة في مرضه لم يعرف له مال غيرهم أو دبرهم أو وصى بعتقهم لم يعتق منهم إلا ثلثهم ويرق الثلثان إلا لم يجز الورثة عتقهم فإذا فعلنا ذلك ثم ظهر له مال بقدر مثلثهم تبينا أنهم قد عتقوا من حين أعتقهم أو من حين موته إن كان دبرهم لأن التدبير وتصرف المريض في ثلث ماله جائز نافذ وقد بان أنهم ثلث ماله، وخفاء ذلك علينا لا يمنع كونه موجوداً فلا يمنع كون العتق واقعاً. فعلى هذا يكون حكمهم حكم الاحرار من حين أعتقهم فيكون كسبهم لهم، وإن كانوا قد تصرف فيهم ببيع أو هبة أو رهن أو تزويج بغير اذن كان ذلك باطلاً، وإن كانوا قد تصرفوا بحكم تصرفهم حكم تصرف الاحرار فلو تزوج عبد منهم بغير اذن سيده كان نكاحه صحيحاً والمهر عليه واجب وإن ظهر له مال بقدر قيمتهم عتق ثلثهم لأنهما ثلث جميع المال فيقرع بين الاثنين اللذين أوقفناهما فيعتق أحدهما ويرق الآخر إن كانا متساويين في القيمة، وإن ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم وإن كان بقدر ثلثهم عتق أربعة أنساعهم، وكذا ظهر له مال عتق من العبدین اللذين رقا بقدر ثلثه

(فصل) وإذا وصى بعتق عبد له يخرج من ثلثه وجب على الوصي إعتاقه ذن أوصى بذلك ورثته لزمهم إعتاقه فإن امتنعوا أجبرهم السلطان فإن اصرروا على الامتناع اعتقه السلطان أو من ينوب منابه كالحاكم لأن هذا حق لله تعالى ولا يبد ومن وجب عليه ذلك ناب السلطان عنه أو نائبه كالكفاة والديون إذا أعتقه الوارث أو السلطان عتق وما اكتسبه في حياة الموصي فهو للموصي يكون

ولنا أن مستحق العتق غير معين فأشبهه مالو أعتق جميعهم في مرض موته

﴿مسئلة﴾ (فان علم بعد ان المعتق غيره عتق وعمل يبطل عتق الاول؟ على وجهين)

(أحدهما) يبطل ويرد إلى الرق ويعتق الذي عينه لأنه تبين له المعتق فيعتق دون غيره كالم يقرع (والثاني) يعتقان معاً قاله الليث ومقتضى قول ابن حامد لأن الاول ثبت الحرية فيه بالقرعة فلا تزول كسائر الاحرار، ولأن قول المعتق ذكرت من كانت نسبته يتضمن اقراره بحرية من ذكره واقرار أعلى غيره فقبل اقراره على نفسه دون غيره. أما إذا لم يقرع فإنه يقبل قوله فيعتق من عينه ويرق غيره فإذا قال اعتقت هذا عتق ورق الباقي، وإن قال أعتقت هذا لابل هذا عتقاً جميعاً لأنه أقر بعتق الاول فلزمه ثم أقر بعتق الثاني فلزمه ولم يقبل رجوعه عن اقراره الاول وكذلك الحكم في اقرار الوارث

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وإن أعتق في مرض موته ولم يجز الورثة اعتبر من ثلثه) إذا اعتق في مرض الموت الخوف اعتبر من الثلث إذا لم يجز الورثة وكذلك التدبير والوصية بالعتق لأنه تبرع بماله أشبه الهبة ولأن النبي ﷺ لم يجز من عتق الذي أعتق ستة مملوكين في مرضه إلا ثلثهم وما زاد على الثلث إن أجازوه فإن ردوه بطل لأن الحق لهم فجاز باجارتهم وبطل بردهم

من جملة تركته إن بقي عبده لأنه كسب عبده اتقن وما كسبه بعد موته وقبل إعتاقه فهو للوارث .
وقال القاضي هو للعبد لأنه كسبه بعد استقرار سبب العتق فيه فكان له ككسب المكاتب . وقال بعض
أصحاب الشافعي فيه قولان مبنيان على القولين في كسب العبد الموصى به قبل قبول الوصية
ولذا انه عبد قن فكان كسبه للورثة كغير الموصى بعتقه وكالمعتق بعتقه بصفة . وفارق المكاتب
فانه يملك كسبه قبل عتقه فكذلك بعده . ويبطل ما ذكره بأمر الولد فإن عتقها قد استقر سببه في
حياة سيدها وكسبها له . والموصى به لا نسلمه وإن سلمناه فالفرق بينهما ان الموصى به قد تحقق فيه
سبب الملك وإنما وقف على شرط هو انقبول ذذا وجد الشرط استند الحكم إلى ابتداء السبب وفي
الوصية بالعتق ما وجد السبب وإنما أوصى بإيجاده وهو العتق فإذا وجد لم يجز أن يثبت حكمه سابقاً
عليه ولهذا يملك الموصى به أن يقبل بنفسه وههنا لا يملك العبد ان يعتق نفسه . وان مات العبد بعد تمام
موت سيده وقبل إعتاقه فما كسبه الورثة على قولنا ولا أم قول من خلفنا فيه
(فصل) فان علق عتي عبده على شرط في صحته فوجد في مرضه ا تبر خروجه من ائثار قاله
أبو بكر قل وقد نص احمد على مثل هذا في الطلاق . وقال أبو الخطاب فيه وجـ آخر انه يمتق من
رأس ائثار وهو مذهب الشافعي لأنه لا يمتق فيه فأشبهه العتق في صحته

﴿ مسألة ﴾ (وان أعتق جزءاً من عبده او دبره وهو ان يقول اذا مت فنصف عبدي حر ثم مات
فان كان النصف المدبر ثلث ماله من غير زيادة عتق ولم يدبر)
لانه لو دبره كله لم يمتق منه الا ثلثه فإذا لم يدبر الا ثلثه كان اولى ، وان كان العبد كله يخرج
من الثلث ففي تكميل الحرية روايتان (إحداهما) تكمل وهو قول أكثر الفقهاء منهم ابو حنيفة
واصحابه لانهم يرون التدبير كالعتق في السراية وهو أحد قولي الشافعي لانه اعتق البعض عبده
فعتق جميعه كما لو أعتقه في حياته

(واثنائية) لا يكمل العتق فيه لانه لا يمنع جواز البيع فلم يسر كتمليقه بالصفة في الحياة فاما ان
اعتق بعض عبده في مرضه فهو كعتق جميعه ان خرج من ائثار عتق جميعه والا عتق منه بقدر
الثلث لان الاعتاق في المرض كالاعتاق في الصحة الا في اعتباره من ائثار ، وتصرف المريض في
ثأته في حق الاجنبي كتصرف الصحيح في جميع ماله وعنه لا يمتق منه الا ما أعتق كما لو أعتق شر كما
له في عبد وثأته يحتمل جميعه

(فصل) واذا دبر أحد الشريكين نصيبه صح ولم يلزمه لشريكه في الحال شيء وهذا قول
الشافعي فاذا مات عتق الجزء المدبر اذا خرج من ثلثه وفي سراية الى نصيب الشريك ما ذكرنا في
المسألة قبلها وقال مالك اذا دبر نصيبه تقاوماه فان صار للمدبر صار مدبراً كله وان صار للآخر صار
(الجزء الثاني عشر) (المغني والشرح الكبير) « ٢٧ »

ولنا انه عتق في حال تملك حق الورثة بثلثي ماله فاعتبر من الثلث كالمعتاد . وقولهم لا يتهم فيه قلنا . وكذلك العتق المأجور لا يتهم فيه فان الانسان لا يتهم بمحاباة غيره الوارث وتقديمه على وارثه وإنما منع منه لما فيه من الضرر بالورثة وهذا حاصل ههنا . ولو قل إذا قدم زيد وأنا مريض فأنت حر فقدم وهو مريض كان تبرأ من الثلث وجهاً واحداً

(فصل) وإذا اعتق عبداً وله مال فماله لسيده روي هذا عن ابن مسعود وابي ايوب وانس ابن مالك وبه قال قتادة والحكم والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وروي ذلك عن حماد والبيتي وداود بن ابي نند وحميد وقال الحسن وعطاء والشعبي والبخعي ومالك واهل المدينة يتبعه ماله لما روى نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ انه قال « من اعتق عبداً وله مال فماله للعبد » رواه الامام احمد باسناده وغيره . وروى حماد بن سلمة عن ايوب عن نافع عن ابن عمر انه كان إذا اعتق عبداً لم يعرض لماله

وانما ماروى الاثرم باسناده عن ابن مسعود انه قال لئلامه غير ياعير اني اريد ان اعتقك فتقاً هنيئاً فاخبرني بذلك فاني سمعت رسول الله ﷺ يقول « ايما رجل أعتق عبده او غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيده » ولان العبد وماله كانا جميعاً لسيده فزال ملكه عن احدهما فبقي ملكه في الآخر كما لو باعه وقد دل على هذا حديث النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا ان يشترطه

رقيقاً كله وقال البيهقي يعزى المدبر لشريكه قيمة نصيبه ويصير العبد كله مدبراً فان لم يكن له مال سعى العبد في قيمة نصيب الشريك فاذا أداها صار مدبراً كله ، وقال ابو يوسف ومحمد يضمن المدبر للشريك قيمة حقه مومراً كان او معسراً ويصير المدبر له ، وقال ابو حنيفة الشريك بالخيار ان شاء دبر وان شاء أعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن صاحبه ان كان مومراً ، ولنا انه تعليق للعتق على صفة فصيح في نصيبه كما لو علقه بموت شريكه

﴿مسئلة﴾ وان اعتق في مرضه شركاً له في عبداً ودبره وثلثه يحتمل باقيه أعطي الشريك وكن جميعه حراً في إحدى الروايتين والاخرى لا يعتق الا مملك منه

وجماته انه اذا ملك شقفاً من عبد فاعتقه في مرض موته أو دبره أو وصى بعتقه ثم مات ولم يف ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك لم يعتق إلا نصيبه بغير خلاف نعلمه الا قولاً شاذاً أو قول من يرى السعاية وذلك لانه ليس له من ماله إلا الثلث الذي استغرقته قيمة الشقص فيبقى معسراً بمنزلة من اعتق في صحته شقفاً وهو معسر فان كان ثلث ماله بقي بقيمة حصة شريكه سرى الى نصيب الشريك في إحدى الروايتين فيعتق العبد كله ويعطى الشريك قيمة نصيبه من الثلث لان ملك المعتق لثلث المال تام له انتصرف فيه بالتبرع وغيره فهو كمل الصحيح فأشبهه عتق الصحيح المومر والثانية لا يعتق الا حصته لان ملكه يزول الى ورثته بموته فلا يبقى شيء يقضى منه الشريك وبه قال الاوزاعي

المتابع» فاما حديث ابن عمر فقال احمد يرويه عبد الله بن ابي جعفر من اهل مصر وهو ضعيف في الحديث كان صاحب فقه فاما في الحديث فليس هو فيه بالقوي وقال ابو الوليد هذا الحديث خطأ فاما فعل ابن عمر فانه تفضل منه على معتقه قيل للامام احمد كن هذا عندك على التفضل؟ فقال اي لعمرى على التفضل قيل له فكأنه عندك للسيد؟ فقال نعم للسيد مثل البييم سواء

مسئلة قال (واذا قال لعبد أنت حر في وقت سماه لم يعتق حتى يأتي ذلك الوقت)

وجملة ذلك أن السيد اذا علق عتق عبده أو امته على مجيء وقت مثل قوله أنت حر في رأس الحول لم يعتق حتى يأتي رأس الحول وله بيعه وهبته واجارته ووطء الامه، وبهذا قال الأوزاعي والشافعي وابن المنذر، قال أحمد إذا قال انغلامه أنت حر إلى ان يقدم فلان ومجيء فلان واحد وإلى رأس السنة وإلى رأس الشهر انما يريد اذا جاء رأس السنة او جاء رأس الهلال منه واذا قال أنت طالق اذا جاء الهلال انما تطلق اذا جاء رأس الهلال وقال اسحاق كما قال احمد وحكي عن مالك انه اذا قال لعبد أنت حر في رأس الحول عتق في الحال والذي حكاه ابن المنذر عنه انها اذا كانت جارية لم يظأها لانه لا يملكها ماسكا تاما ولا يهبها ولا يلحقها بسببه رق وان مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المال وقد روي عن احمد انه لا يظؤها لان ماسكه غير تام عليها

وقل القاضي ما عتقه في مرض موته سرى وما دبره أو وصى بعته لم يسر فلرواية في سرابة العتق في حال الحياة أصح والرواية في وقوفه في التدبير أصح وهذا مذهب الشافعي لان العتق في الحياة ينفذ في حال ملك العتق وصحة تصرفه وتصرفه في ثائه كتصرف الصحيح في ماله كله وأما التدبير والوصية فانما يحصل العتق به في حال زوال ملك العتق وتصرفه.

مسئلة (وان اعتق في مرضه ستة أعبد قيمتهم سواء، وثلثة يحتملهم ثم ظهر عليه دين يستغرقهم

يعو في دينه ويحتمل ان يعتق ثلثهم)

وجملة ذلك ان المريض إذا اعتق عبده في مرضه أو دبره أو وصى بعته وهم يخرجون من ثلثة في الظاهر فاعتقناهم ثم مات فظهر عليه دين يستغرقهم تبيناً بطلان عتقهم وبقاء رقبهم فيباعون في الدين ويكون عتقهم وصية والدين يقدم على الوصية قل علي رضي الله عنه إن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ولان الدين يقدم على الميراث بالاتفاق ولهذا تباع التركة في قضاء الدين وقد قال الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) والميراث مقدم على الوصية في الثلثين فما يقدم على الميراث يجب ان يقدم على الوصية، وبهذا قال الشافعي ورد ابن أبي ليلى عبداً اعتقه سيده عند الموت وعليه دين قال احمد أحسن ابن ابي ليلى وذكر ابو الخطاب رواية أخرى في الذي يعتق عبده في مرضه وعليه دين أنه يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقي لأن تصرف المريض في ثلثة

والاول اصح لما روي عن ابي ذرانه قال لعبده انت عتقك الى رأس الحول فلو لا ان العتق يتعلق بالحول لم يعلقه عليه لعدم فائده ولانه علق العتق بصفة فوجب ان يتعلق بها كما لو قال اذا ادبت الي الفأ فانت حر واستحقاقها للعتق لا يمنع الوطاء كالاستيلاذ ولا يلزم المسكانية لانهم اشترت نفسها من سيدها بموض وزال ملكه عن اكسابها بخلاف مسئلتنا

(فصل) واذا جاء الوقت وهو في ملكه عتق بغير خلاف نعلمه وان خرج عن ملكه ببيع او ميراث او هبة لم يعتق ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي ونال النخعي وابن ابي ليلى اذا قال لعبده ان فعت كذا فانت حر فباعه بيما صحيحاً ثم فعل ذلك الفعل عتق وانتقض البيع قال ابن ابي ليلى اذا حلف بالطلاق لا كلت فلاناً ثم طلقها طلاقاً بائناً ثم كله حنث وعامة اهل العلم على خلاف هذا القول ، لان النبي ﷺ قال «لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم» ولانه لا ملك له فلم يقع طلاقه ولا عتاقه كما لو لم يكن له مال متقدم

(فصل) واذا قال لعبده ان لم اضربك عشرة اسواط فانت حر ولم ينو وقتاً بعينه لم يعتق حتى يموت ولم يوجد الضرب وان باعه قبل ذلك صح بيعه ولم يفسخ في قول اكثر اهل العلم وقال مالك ليس له بيعه فان باعه فسخ البيع

ولنا انه باعه قبل وجود الشرط فصح ولم يفسخ كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر وباعه قبل دخولها

كتصرف الصحيح في جميع ماله وكما لو لم يكن عليه دين ، وقال قتادة وأبو حنيفة واسحاق بسعى العبد في قيمته .

ولنا انه تبرع في مرض موته بما يعتبر خروجه من اثالث فقدم عليه الدين كالهبة ولانه معتبر من اثالث فقدم عليه الدين كالوصية وخفاء الدين لا يمنع ثبوت حكمه ولهذا يملك الغريم استيفاءه فيتيين انه اعتقهم وقد استحقهم الغريم بدينه فلم ينفذ عتقه كما لو أعتق ملك غيره . ذن قال الورثة نحن نقضي الدين ونمضي العتق لم ينفذ في أحد الوجهين حتى يبتدئوا العتق لان الدين كان مانعاً منه فيكون باطلا ولا يصح بوال المانع بعده (والثاني) ينفذ العتق لان المانع منه انما هو الدين فاذا سقط وجب نفوذه كما لو اسقط الورثة حقوقهم من ثلثي التركة بعد العتق في الجميع ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين وقيل ان أصل الوجهين اذا تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره وعلى الميت دين وقضي الدين هل ينفذ فيه وجهان :

(فصل) فان أعتق المريض ثلاثة اعبد لا مال له غيرهم ففرع الورثة فاعتقوا واحداً وارقوا اثنين ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم ففيه وجهان :

(أحدهما) تبطل اقرعة لان الدين شريك في الاقراع فاذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة

(فصل) واذا قل لعبد ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه ودخل الدار عتق وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي فيها قولان
(احدهما) لا يعتق لان ما كره فيه متأخر عن عقد الصفة فلم يقع العتق فيه كما لو عقد الصفة في حال زوال ملكه عنه

ولنا انه علق الصفة في ملكه وتحقق الشرط في ملكه فوجب ان يحنث كما لو لم يزل ملكه عنه وفارق ما اذا عاقها في حال زوال ملكه وتحقق الشرط في ملكه لانه لو نجح العتق لم يقع فاذا عاقه كان أولى بعدم الوقوع بخلاف مثلنا فاما ان دخل الدار بعد بيعه ثم اشتراه ودخل الدار فالمنصوص عن احمد انه لا يعتق

وذكر عنه رواية أخرى انه يعتق وروي عنه في الطلاق انه يقع لان التعليق والشرط وجدا في ملكه فاشبه مالو لم يتخللها دخول. ووجه الاول ان العتق معلق على شرط لا يقتضي التكرار فاذا وجد مرة انحلت اليمين وقد وجد الدخول في ملك غيره فانحلت اليمين فلم يقع العتق به بعد ذلك ويفارق العتق الطلاق من حيث ان النكاح اثنائي يبني على النكاح الاول بدليل ان طلاقه في النكاح الاول يحسب عاقبه في انكاح اثنائي وينقص به عدد طلاقه والمالك باليمين بخلافه

(فصل) واذا قال لعبد له مقيد هو حر ان حل قيده ثم قال هو حر ان لم يكن في قيده عشرة أرطال

كما لو قسم شريكان دون شريكهما الثالث (واثنائي) يصح الاقراع لانه لا يمكن امضاء القسمة وافراد حصة الدين من كل واحد من النصيبين لان القرعة دخلت لاجل العتق دون الدين فيقال للورثة اقضوا ثلثي الدين وهو بقدر قيمة نصف العبدان اللذين بقيا اما من العبيد واما من غيرهم ويجب رد نصف العبد الذي عتق فان كان الذي اعتق عبيد اقرعنا بينهما فاذا خرجت القرعة على احدهما وكان بقدر السدس من التركة عتق وبيع الآخر في الدين وان كان اكثر منه عتق منه بقدر السدس وان كان اقل عتق وعتق من الآخر تمام السدس .

(مسألة) (وان اعتقهم فاعتقنا ثلثهم ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من ارق منهم) وجملته انه اذا اعتق عبده في مرضه او دبرهم او وصى بعتقهم لم يعتق منهم الا الثلث ويرق الثلثان اذا لم يجز الورثة عتقهم فاذا فعلنا ذلك ثم ظهر له مال بقدر ثلثهم تبيننا انهم قد عتقوا من حين اعتقهم او من حين موته ان كان دبرهم او وصى بعتقهم لان تصرف المريض في ثلث ماله نافذ وقد بان انهم ثلث ماله وخفا ذلك عابنا لا يمنع كونه موجوداً فلا يمنع كون العتق واقعاً فعلى هذا يكون حكمهم حكم الاحرار من حين اعتقهم فيكون كسبهم لهم وان كانوا قد تصرف فيهم ببيع او هبة او رهن او تزويج بغير اذن كان باطلا وان كانوا قد تصرفوا فيهم ببيعهم بغير اذن سبهم بغير اذن سيده كان نكاحه صحيحاً ووجب عاقبه المهر وان ظهر له مال الاحرار فلو تزوج عبد منهم بغير اذن سيده كان نكاحه صحيحاً ووجب عاقبه المهر وان ظهر له مال

فشهد شاهدان عند الحاكم ان وزن قيده خمسة أرطال فحكم بعتقه وأمر بحل قيده فوزن فوجد وزنه
عشرة أرطال عتق العبد بحل قيده وتبيننا أنه ماعتق بالشرط الذي حكم الحاكم بعتقه به وهل يلزم
الشاهدين ضمان قيمته؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه يلزمها ضمانها لان شهادتها الكاذبة سبب عتقه
واتلافه فضمناه كالشهادة المرجوع عنها، ولان عتقه حصل بحكم الحاكم المبني على الشهادة الكاذبة فأشبهه
الحكم بالشهادة التي يرجعان عنها وهذا قول أبي حنيفة

(والثاني) لاضمان عليهما وهو قول أبي يوسف ومحمد لان عتقه لم يحصل بالحكم المبني على شهادتهما
وانما حصل بحل قيده ولم يشهدا به فوجب أن لا يضمننا كما لو لم يحكم الحاكم

(فصل) وإن قل لعبدك أنت حرمتي شئت لم يعتق حتى يشاء بالقول فتى شاء عتق سواء كان
على الفور او التراخي، وان قل أنت حر ان شئت فذلك ويحتمل أن يقف ذلك على المجلس لان
ذلك بمنزلة التخيير ولو قال لامرأته اختاري نفسك لم يكن لها الاختيار الا على الفور فإن تراخي ذلك
بطل خيارها كذا نعلية، بالمشيئة من غير أن يقرنه بزمن يدل على التراخي، وإن قل أنت حر كيف
شئت احتمل أن يعتق في الحال وهو قول أبي حنيفة لان كيف لا تقتضي شرطا ولا وقتا ولا مكانا
فلا تقتضي توقيف العتق وانما هي صفة للحال فتقتضي وقوع الحرية على أي حل شاء ويحتمل

بقدر قيمتهم عتق ثلثاهم لانه ثلث جميع المال فيقرع بين الذين وقفوا فيعتق من تقع له اقرعة ان وفي
اثنتان بقيته وقيمة الاول والا عتق منه تمام اثنتين وإن ظهر له مل بقدر نصفهم عتق نصفهم وان
كان بقدر ثلثهم عتق أربعة اضعافهم وعلى هذا الحساب

(فصل) وان وصى بعتق عبد له يخرج من الثلث وجب على الوصي اعتاقه فان وصى بذلك
ورثته لزمهم اعتاقه فان امتنعوا أجبرهم السلطان أو من ينوب منابه كالحاكم لان هذا حق لله تعالى
والعبد ومن وجب عليه ذلك ناب السلطان عنه أو نائبه كالكفاة والديون فاذا اعتقه الوارث أو السلطان
عتق وما اكتسبه في حياة الموصي فهو للموصي يكون من تركته ان بقي بعده لانه كسب عبده اتمن
وما كسبه بعد موته وقبل اعتاقه فهو للوارث وقال القاضي هو للعبد لانه كسبه بعد استقرار سبب
العتق فكان له كسب المكاتب وقال بعض أصحاب الشافعي فيه قولان مبنيان على اقولين في كسب
العبد الموصى به قبل قبول الوصية .

ولنا انه عبد قن فكان كسبه للورثة كغير الموصى بعتقه وكالمعلق عتقه بصفة وفارق المكاتب
فانه يملك كسبه قبل عتقه فكذلك بعده ويبطل ما ذكره بام الولد فان عتقها قد استقر سببه في حياة
سيدها وكسبها له والموصى به ممنوع وان سلمناه فالفرق بينهما أن الموصى به قد تحقق فيه سبب
الملك وانما وقف على شرط هو القبول فاذا وجد الشرط استند الحكم الى ابتداء السبب وفي الوصية

أن لا يعتق حتى يشاء وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن المشيئة تقتضي الخيار فتقتضي أن لا يعتق قبل اختياره كما لو قال أنت حر متى شئت لأن كيف تعطي ما تعطي متى وأي فحكها حكهما وقد ذكر أبو الخطاب في الطلاق أنه إذا قال لزوجه أنت طالق متى شئت وكيف شئت وحيث شئت لم تطلق حتى تشاء فيجبيء ههنا مثله

(فصل) وتعليق العتق على أداء شيء ينقسم ثلاثة أقسام

(أحدها) تعليقه على صفة محضة كتموله أن أدت إلى الفات حر فهذه صفة لازمة لاسبيل إلى إبطالها لأنه أزمها نفسه طوعاً فلم يملك إبطالها كالألف أن دخلت الدار فانت حر ولو اتفق السيد والعبد على إبطالها لم تبطل بذلك ولو أبرأه السيد من الألف لم يعتق بذلك ولم يبطل الشرط لأنه لا حق له في ذمته يبرئه منه وإنما هو تعليق على شرط محض وإن مات السيد انفسخت للصفة لأن ملكه زال عنه فلا ينفذ عتقه في ملك غيره وإن زال ملكه ببيع أو هبة زالت الصفة فان عاد إلى ملكه عاد كما ذكرنا فيما قبل ومتى وجدت الصفة عتق ولم يحتج إلى تجديد اعتاق من جهة السيد لأنه إزالة ملك معاق على صفة وهو قابل للتعليق فيوجد بوجود الصفة كالطلاق وما يكسبه العبد قبل وجود الشرط فهو لسيدته لأنه لم يوجد عقد يمنع كونه كسبه لسيدته إلا أن ما يأخذه السيد منه يحسبه من الألف التي أداها فإذا كمل أداؤها عتق وما فضل في يده لسيدته وإن كان المعلق عتقه أمة فولدت لم يتبعها ولده في أحد الوجهين

بالتق ما وجد السبب وإنما أوصى بالجماد وهو الدتق فإذا وجد لم يجز أن يثبت حكمه سابقاً عليه ولهذا يملك الموصى له القبول بنفسه والعبد ههنا لا يملك أن يعتق نفسه فإن مات العبد قبل موت سيده وقبل اعتاقه فما كسبه للورثة على قولنا ولا نعلم قول مخالفين فيه

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

ولنا أنه عتق في حال تعاق حق الورثة بثلثي ماله فاعتبر من الثلث كالمعجز وقولهم لا يتهم فيه قلنا وكذلك العتق المعجز لا يتهم فيه فإن الإنسان لا يتهم بمحابة غير الوارث وتقديمه على وارثه وإنما منع منه لما فيه من الضرر بالورثة وهو حاصل ههنا ولو قال إذا قدم زيد وأنا مريض فانت حر فقدم وهو مريض كان معتبراً من الثلث وجهاً واحداً

﴿مسألة﴾ وإن لم يظهر له مال جزأنا لم ثلاثة أجزاء كل اثنين جزءاً وأقرعنا بينهم بسهم حرة وسهمي رق فمن خرج له سهم الحرة عتق ورق الباقون وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان ومالك والشافعي

لأنها أمة قن فأشبهه ملو قل ان دخات الدار فانت حرة ولا تجب عليها قيمة نفسها لانه يتق من السيد بصفة فاشبهه ملو باشر عتقها ولا يعتق حتى يؤدي الالف بكاملها وذكر القاضي ان من أصلنا ان العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها كما لو قال انت حران أكلت رغيفاً فأكل بعضه وهذا لا يصح لوجوه أحدها ان أداء الالف شرط العتق وشروط الأحكام يعتبر وجودها بكاملها لثبوت الأحكام وتنتفي بانتفائها بدليل سائر شروط الأحكام

(الثاني) انه إذا علقه على وصف ذي عدد فالعدد وصف في الشرط ومتى عاق الحكم على شرط بي وصف لا يثبت ما لم توجد الصفة كما لو قال لعبدك ان خرجت عارياً فانت حر فخرج لا يسأل يعتق فكذلك العدد

(ثالث) انه متى كان في الأنظمة ما يدل على الكل لم يحنث بفعل البعض وكذلك لو حلف لصايت صلاة لم يحنث حتى يفرغ مما يسمى صلاة ولو حلف لأصمت صياماً لم يحنث حتى يصوم يوماً واول قال لامرأته ان حضت حيضة فانت طالق لم تطالق حتى تظهر من الحيضة ، وقد ذكر القاضي هذه المسائل ونظائرها، وذكر الالف ههنا يدل على ارادته أداء الالف كاملة

(الرابع) اننا لانسلم هذا الاصل الذي ادعاه وانه اذا قال له انت حران أكلت رغيفاً لم يعتق بأكل بعضه وانما اذا حلف لا يفعل شيئاً فنزل بعضه حنث في رواية في موضع يحتمل ارادة البعض ويتناول اللفظ كن حلف لا يصلي فشرع في الصلاة اولا يصوم فشرع في الصوم

واسحاق وداود وابن جرير وقال ابو حنيفة يعتق من كل واحد ثلثه ويستسعى في اقيه وروي نحوه هذا عن سعيد بن المسيب وشرح الشعبي والنخعي بقيادة وحماد لانهم تساوا وفي سبب الاستحقاق في تساويهم في الاستحقاق كما لو كان لا يملك الا ثلثهم وحده وهو ثلث ماله أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل، وأنكر أصحاب أبي حنيفة قرعة وقلوا هي من التمار وحكم الجاهلية ولعلمهم يردون الخبر الوارد في هذه المسئلة لخالفته قياس الأصول وذكر الحديث لحماد فقال هذا قول الشيخ - يعني ابليس - فقل له محمد بن ذكوان وضع القلم عن ثلاثة (أحدهم) المجنون حتى يفتيق يعني - أنك مجنون - فقال له حماد مادعك إلى هذا؟ فقال محمد وأنت مادعك إلى هذا وهذا قليل في جواب حماد وكان حرياً أن يستتاب عن هذا ، فان تاب وإلا ضربت عنقه .

ولنا ما روى عمر ان بن حصين ان رجلاً من الانصار أعتق ستة مملوكين في مرضه لا مال له غيرهم فجزئهم رسول الله ﷺ ستة أجزاء فأعتق اثنين واربعاً وهذا نص في محل النزاع وحجة لنا في الامر من المختلف فيها وهما جمع الحرية واستعمال القرعة ، وهو حديث صحيح رواه مسلم وابوداود وسائر أصحاب السنن، ورواه عن عمران بن الحصين الحسن وابن سيرين وابو المهلب ثلاثة أئمة ورواه الامام أحمد عن اسحاق بن عيسى عن هشيم عن خالد الخذاء عن أبي قلابة عن أبي زيد الانصاري

اولا يشرب ماء هذا الاناء فشرب بعضه ونحو هذا لان الشارع في الجملة والصيام قد صلى وصام ذلك الجزء الذي شرع فيه والقدر الذي شربه من الاناء هو ماء الاناء وقربة حاله تقتضي المنع من الكل فتقتضي الامتناع من الكل ومتى فعل البعض فما امتنع من الكل فحنت لذلك ولو حلف على فعل شيء لم يبرأ الا بفعل الجميع وفي مسئلتنا تعليق الحرية على اداء الالف يقتضي وجود أدائها فلا يثبت الحكم المعلق عليها دون ادائها كمن حلف ليؤدين ألفاً لم يبرأ حتى يؤديها (انما هو) أن وضع الشرط في الكتاب والسنة واحكام الشريعة على انه لا يثبت المشروط بدون شرطه فإن النبي ﷺ قال « من قال لا اله الا الله دخل الجنة » فلو قال بعضها مقتصراً عليه لم يستحق الا العتوبة وقال « من احيا ارضاً ميتة فهي له » فلو شرع في الاحياء لم تكن له ولو قال في المسابقة من سبق الى خمس اصابات فهو سابق فسبق الى اربع لم يكن سابقاً ولو قال من رد ضالتي فله دينار فشرع في ردها لم يستحق شيئاً فكيف يخالف موضوعات الشرع واللغة بقير دليل وانما الذي جاء عن أحمد في الايمان فيمن حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه يحنت لان اليمين على الترك يقصد بها المنع فنزلت منزلة النهي والنهي عن فعل شيء يقتضي المنع من بعضه بخلاف تعليق المشروط على الشرط والله أعلم

(القسم الثاني) صفة جمعت معاوضة وصفة والغلب فيها حكم المعاوضة وهي الكتابة الصحيحة

رجل من اصحاب النبي ﷺ وروي نحوه عن ابي هريرة عن النبي ﷺ ولانه حق في تفريقه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الاجبار اذا طلبها أحد الشركاء ونظيره من انقصة مالو كانت دار بين اثنين لاحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها وفيها ثلاثة مساكن متساوية لاضرر في قسمتها فطلب أحدهما انقصة فانه يجعل كل بيت سهما ويقرع بينهم بثلاثة اسهم لصاحب الثلث سهم وللآخر سهمان وقولهم ان الخبر يخالف قياس الأصول يمنع ذلك بل هو موافق لما ذكرناه وقياسهم فاسد لانه اذا كان ملكهم ثلثهم وحده لم يكن جميع نصيبه والوصية لاضرر في تفريقها بخلاف مسئلتنا وان سلمنا مخالفتها قياس الأصول فقول رسول الله ﷺ واجب الاتباع سواء وافق القياس أو خالفه لانه قول المعصوم الذي جعل الله عز وجل قوله حجة على الخلق أجمعين وأمر باتباعه وطاعته وحذر العقاب في مخالفة أمره وجعل الفوز في طاعته والضلال في معصيته وتطرق الخطأ إلى القمائن في قياسه أغلب من تطرق الخطأ إلى اصحاب رسول الله ﷺ والأئمة بعدهم في روايتهم على أنهم قد خالفوا قياس الأصول باحاديث ضعيفة فأوجبوا الوضوء بالنبيذ في السفر دون الحضرو نقضوا الوضوء بالقهقهة في الصلاة دون خارجها وقولهم في مسئلتنا في مخالفة القياس والأصول أشد وأعظم والضرر في مذهبهم أعظم وذلك لان الاجماع منعقد على ان صاحب الثلث في الوعوية وما في معناها لا يحصل له شيء حتى

فهي مساوية للصفة المحضة في العتق بوجودها وأنه لا يجب عليه قيمة نفسه وأن الولاء لسيدته وتخالفها في أنه لو أبرأ السيد من المال برىء منه وعتق لان ذمته مشغولة به فبرىء منه بإبرائه كشه من المبيع ولا ينفسخ بموت السيد ولا بيع المكاتب ولا هبته لانه عقد معاوضة لازم أشبه البيع وما كسبه قبل الاداء فهو له وما فضل في يده بعد الاداء فهو له وولد المكاتبه الذين ولدتهم في الكتابة يعتقدون بعنتها (القسم الثالث) صفة فيها معاوضة والمغلب فيها حكم الصفة وهي الكتابة الفاسدة نحو الكتابة على مجهول أو نجم واحد أو مع اخلال شرط من شروط الكتابة فتساوى الصفة المحضة والكتابة في أنه لا يعتق بالاداء لانه عتق معلق على شرط ولا تلزمه قيمة نفسه ولا يبطل بمجنون المكاتب ولا الحجر عليه لان الحجر للرق لا يمنع صحة كتابته فلا يقتضي خدوته ابطالها وان ادى حال جنونه عتق لان الصفة وجدت

وقال أبو بكر لا يعتق بذلك ويفارقها في ان السيد فسحها ورفعها لانها فاسدة والفاسد يشرع رفعه وازالته ويفارق الكتابة الصحيحة في انها تبطل بموت السيد وجنونه والحجر عليه لسفه لانه فقد جائز من جهته فبطل بهذه الامور كالوكالة والمضاربة وقد قال احمد اذا وسوس فهو بمنزلة الموت وهذا قول التامضي وقال أبو بكر لا تبطل بشيء من ذلك لانه عقد كتابة فلم يبطل بذلك كالصحيحة وتعارض الصفة المحضة في ان كسب المبد قبل الاداء له وما فضل في يده بعد الاداء فهو له دون سيده

يحصل للورثة ثلاثة وفي مسائلنا يعتقدون الثلث ويستسعون العبد في الثلثين فلا يحصل للورثة شيء في الحال ويحبونهم على السعاية فربما لا يحصل منها شيء أصلاً وربما لا يحصل منها في الشهر الا اليسير كالدرهم والدرهمين فيكون هذا كمن لم يحصل له شيء وفيه ضرر على العبيد لانهم يجبرونهم على المكسب والسعاية من غير اختيارهم وربما كان المجر جارية فيحماها ذاك على البغاء أو عبداً فيسرق أو يقطع الطريق وفيه ضرر على الميت حيث أفضوا بوصيته الى العالم والاضرار وتحميق ما يوجب له العقاب من ربه والدعاء عليه من عبيده وورثته ، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي ذكرناه في حق الذي فعل هذا قال «لو شهدته لم يدفن في مقابر المسلمين» قال ابن عبد البر في قول الكوفيين ضروب من الخطأ والاضطراب مع مخالفة السنة الثابتة وأشار الى ما ذكرناه

وأما انكارهم القرعة فقد جاءت في الكتاب والسنة والاجماع ، قال الله تعالى (وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم ايهم يكفل مريم) وقال سبحانه (فساهم فكان من المدحضين) وأما السنة فقال احمد في القرعة خمس سنن أقرع بين نسائه وأقرع في ستة مملوكين وقال لرجلين «استهما» وقال «مثل القائم بحدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة» وقال «لو يعلم الناس ما في النداء والصف الاول لاستهموا عليه» وفي حديث الزبير ان صفية جاءت بثوبين ليكفن فيهما حمزة فرجدنا الى جنبه فتبلا قتلنا حمزة ثوب وللانصاري ثوب فوجدنا احد الثوبين اوسع من الآخر فأقرعنا عليهما ثم

ويتبع المكاتب ولها حملها على الكتابة الصحيحة في أحد الوجهين فيها وفي الآخر لا يستحق كسبة ولا يتبع المكاتب ولها لان العتق حصل بالصفة لا بالكتابة واما الكتابة بمحرم كالخمر والخنزير فقال القاضي هي كتابة فاسدة حكمها حكم ما ذكرنا ويعتق فيها بالاداء وقال أبو بكر لا يعتق فيها بالاداء وهو ظاهر كلام احمد في رواية الميموني إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق مالم تكن الكتابة محرمة وينبغي ان يقال ان علق العتق على أداء المحرم عتق به كما لو علق العتق على السرقة وشرب الخمر وان قال كاتبتك على خمر لم يعتق بأدائه كقول أبي بكر والله أعلم

(فصل) واذا قال لعبد انت حر وعليك الف عتق ولا شيء عليه لانه اعتقه بنير شرط وجعل عليه عوضاً لم يقبله فيعتق ولم يلزمه الالف هكذا ذكر التأخرون من أصحابنا ونقل جعفر بن محمد قال سمعت أبا عبد الله قيل له اذا قال أنت حر وعليك الف درهم قل جيد قيل له فإن لم يرض العبد قال لا يعتق انما قاله اه على ان يؤدي اليه الف درهم فإن لم يؤد فلا شيء وان قال انت حر على الف فكذلك في احدي الروايتين لان على ليست من أدوات الشرط ولا البدل فأشبهه قوله وعليك الف (وانثانية) ان قبل العبد عتق ولزمته الالف وان لم يقبل لم يعتق وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة لانه اعتقه بعوض فلي يعتق بدون قبوله كما لو قال انت حر بألف وهذه الرواية أصح لان على تستعمل للشرط والعوض قال الله تعالى (قال له موسى هل اتبمك على أن تبذلني بماء متبرداً)

كفنا كل واحد في الثوب الذي طار له وتشاح الناس يوم القادسية في الاذان فاقرع بينهم سعد واجمع العلماء على استعمالها في القسمة ولا نالم بينهم خلافا في ان الرجل يقرع بين نسائه اذا اراد السفر باحدهن واذا اراد البداية في القسمة بينهم وبين الاولياء اذا تشاوا فيمن يتولى التزويج او من يتولى استيفاء القصاص واشباه هذا.

(فصل) في كيفية القرعة قال احمد قل سعيد بن جبير يقرع بينهم بالخواتيم اقرع بين اثنين في ثوب فاخرج خاتم هذا وخاتم هذا ثم قل يخرجون بالخواتيم ثم تدفع الى رجل فيخرج منها واحداً قال احمد بأي شيء خرجت مما يتفقان عليه وقع الحكم به سواء كان رقاعاً او خواتيم، وقال اصحابنا التأخرون الاولى ان يقطع رقاعاً صغاراً مستوية ثم تجعل في بنادق شمع او غيره متساوية القدر والوزن ثم تلتقى في حجر رجل لم يحضر ويفطى عليها بثوب ثم يقال له ادخل يدك فاخرج بندقه فنفضها ونعلم ما فيها، وهذا قول الشافعي وفي كيفية القرعة والعتق ست مسائل.

(احدها) ان يعتق عدداً من العبيد لهم ثلث صحيح كثلثة او تسعة او ستة (او قيمتهم متساوية) ولا مال له غيرهم فيجزءون ثلاثة اجزاء جزءاً للحرية وجزأين للرق ويكتب ثلاث رقاع في واحد حرية وفي اثنين رق وتترك في ثلاث بنادق وتفطى بثوب ويقال لرجل لم يحضر اخرج على اسم هذا الجزء فان خرجت قرعة الحرية عتق ورق الجزآن الآخران وان خرجت رقي رقي وأخرجت

وقال تعالى (فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا) ولو قال في انكاح زوجتك ابنتي فلانة على صدق خمسمائة درهم فقال الآخر قبلت صح النكاح وثبت الصدق وقال الفقهاء إذا تزوجها على الف لها والف لا يبيها كان ذلك جائزا فأما إذا قال اعتقتك على أن تخدمني سنة فقبل ففيها روايتان كالتي قبلها وقيل ان لم يقبل العبد لم يعتق رواية واحدة فعلى هذا إذا قبل العبد عتق في الحال ولزمته خدمته سنة فان مات السيد قبل كمال السنة رجع على العبد بقيمة ما بقي من الخدمة بهذا وقال الشافعي وقال أبو حنيفة تقسط قيمة العبد على خدمة السنة فيسقط منها بقدر ما مضى ويرجع عليه بما بقي من قيمته ولنا ان العتق عقد لا يلحقه الفسخ فاذا تعذر فيه استيفاء العوض رجع الى قيمته كالخلع في الفساح والصلح في دم العمدة وان قال انت حر على ان تعطيني ألفا فالصحيح انه لا يعتق حتى يقبل فاذا قبل عتق ولزمه الالف وان قال انت حربا ألف لم يعتق حتى يقبل فيعتق ويلزمه الف

(فصل) وإذا عاق عتق أمته بصفة وهي حامل تبعها ولدها في ذلك لانه كعضائها فان وضعته قبل وجود الصفة ثم وجدت الصفة عتق لانه تابع في الصفة فأشبهه ما لو كان في الصفة فأشبهه ما لو كان في البطن وان كانت حائلا حين التعليق ثم وجدت الصفة وهي حامل عتقت هي وحملها لان العتق وجد فيها وهي حامل فتبعها ولدها كالمعجز وان حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفة

اخرى على جزء آخر فان خرجت رقعة الحرية عتق ورق الجزء الثالث وان خرجت قرعة الرق رق وعتق الجزء الثالث لان الحرية تعينت فيهم وان شئت كتبت اسم كل جزء في رقعة ثم اخرجت رقعة على الحرية فاذا اخرجت رقعة عتق المسمون فيها ويرق الباقرن وان اخرجت رقعة على الرق المسمون فيها ثم تخرج اخرى على الرق فيرق المسمون فيها ويعتق الجزء الثالث وان اخرجت الثانية على الحرية عتق المسمون فيها ورق الثالث

(المسئلة الثانية) أن تمكن قسمتهم أثلاثا وقيمتهم مختلفة يمكن تعديلهم بالقيمة كسنة قيمة اثنين منهم ثلاثة آلاف وقيمة اثنين ألفان وقيمة اثنين الف فتجعل الاثنين الاوسطين جزءا وتجعل اثنين قيمة أحدهما ثلاثة آلاف مع آخر قيمته الف جزءا والآخرين جزءا فتكون ثلاثة اجزاء متساوية في العدد والقيمة على ما قدمناه في المسئلة الأولى قيل لا حدم يستووا في القيمة؟ قال يقومون بالثمن.

(المسئلة الثالثة) أن يتساووا في العدد ويختلفوا في القيمة ولا يمكن الجمع بين تعديلهم بالعدد والقيمة معاً ولكن يمكن تعديلهم بكل واحد منهما منفردا كسنة أعبد قيمة أحدهم الف وقيمة اثنين الف وقيمة ثلاثة آلاف فانهم يعدلون بالقيمة دون العدد نص عليه احمد فقال اذا كانت قيمة واحد مثل اثنين قوم لانه لا يجوز أن يقع العتق في أكثر من الثلث ولا أقل وفي قسمته بالعدد تكرار القرعة وتبعض العتق حتى يكمل الثلث فكان التعديل بالقيمة أولى بيان ذلك انا لو جعلنا مع الذي قيمته

ثم وجدت بمد ذلك لم يعتق الولدان الصفة لم تتماق به لافي حال التعليق ولا في حال العتق وفيه وجه آخر أنه يتبعها في العتق قياساً على ولد المدبرة وان بطلت الصفة يبيع أو موت لم يعتق الولد لانه انما يبيعها في العتق لافي الصفة فاذا لم توجد فيها لم يوجد فيه بخلاف ولد المدبرة فانه تبعها في التدبير فاذا بطل فيها بقي فيه

(مسئلة) قال (واذا أسلمت ام ولد النصراني منع من غشيانها والتلذذ بها واجبر على نفيها فان اسلم حاتم له واذا مات عتقت)

هذه المسئلة يؤخر شرحها الى باب عتق امهات الاولاد فانه البق بها

(مسئلة) قال (واذا قال لامته اول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين أقرع بينهما فن أصابته القرعة فهو حر اذا اشكل أولهما خروجاً)

انما كان كذلك لان احدهما استحق العتق ولم يعلم بعينه فوجب اخراجه بالقرعة كما لو قال لعبيده أحدكم حر وقد سبق القول في هذه المسئلة فأما ان علم اولها خروجاً فهو الحر وحده وهذا قول مالك واثوري وأبي هاشم والشافعي وابن المنذر وقال الحسن ، الشعبي وقتادة : إذا ولدت ولدان في بطن فها حران

ألف آخر فخرجت قرعة الحرية لهما احتجنا أن نعيد القرعة بينهما فاذا خرجت على التليل القيمة عتق وعتق من الذي قيمته ألف تمام الثلث وان وقعت قرعة الحرية على اثنين قيمتهما دون الثلث عتقا ثم أعيدت لتكامل الثلث فاذا وقعت على واحد كملت الحرية منه فحصل ما ذكرناه من التبعيض والتكرار ، ولأن قسمتهم بين المشتركين فيهم إنما يعدلون فيها بالقيمة دون الأجزاء فبلى هذا يجعل الذي قيمته ألف جزءاً والاثنين اللذين قيمتهما ألف جزءاً والثلاثة الباقيين جزءاً ثم يقرع بينهم على ما ذكرناه .

(المسئلة الخامسة) أمكن تعديلهم بالعدد دين القيمة كسنة أعبد قيمة اثنين الف رقيمة اثنين سبعة وقيمة اثنين خمسة ففهمنا تجزئهم بالعدد لتعذر تجزئتهم بالقيمة فتجعل كل اثنين جزءاً وتضم كل واحد من قيمتهما قليلة إلى واحد من قيمتهما كثيرة وتجعل المتوسطين جزءاً وتقرع بينهم فان وقعت قرعة الحرية على حر قيمته أكثر من الثلث أعيدت القرعة بينهما فعتق من تقع له قرعة الحرية ويعتق من الآخر تمة الثلث ويرق باقيه والباقيون وان وقعت الحرية على جزء أقل من الثلث عتقا جميعاً ثم يكمل الثلث من الباقيين بالقرعة

(المسئلة السادسة) لم يمكن تعديلهم بالعدد ولا بالقيمة كخمسة أعبد قيمة أحدهم الف واثنين

ولنا انه انما اعتق الاول والذي خرج اولاهو أول المولودين فاخص العتق به كالمولودتها في بطنين (فصل) فان ولدت الاول ميتاً والثاني حياً فذكر الشريف انه يعتق الحي منهما وبه قال ابو حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي : لا يعتق واحد منهما وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لان شرط العتق انما وجد في الميت وليس بمحل للعتق فأنحلت اليمين به وانما قلنا ان شرط العتق انما وجد فيه لانه اول ولد بدليل انه لو قال لامته اذا ولدت ولداً فانت حرة فولدت ولداً ميتاً عتقت ، ووجه الاول ان العتق يستحيل في الميت فتعلقت اليمين بالحي كما لو قال ان ضربت فلاناً فعبدي حر فضر به حياً عتق وان ضربه ميتاً لم يعتق ولانه معلوم من طريق العادة انه قصد عقد يمينه على ولد يصح العتق فيه وهو ان يكون حياً فصير الحياة مشروطة فيه فكأنه قال اول ولد تلدينه حياً فهو حر

(فصل) وان قال لامته كل ولد تلدينه فهو حر عتق كل ولد ولدته في قول جمهور العلماء منهم مالك والشافعي والاوزاعي والليث والثوري قال ابن المنذر ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم فان باع الامة ثم ولدت لم يعتق ولدها لانها ولدتهم بعد زوال ملكه

(فصل) فان قال اول غلام أملكه فهو حر انبنى ذلك على العتق قبل الملك وفيه روايتان فان قلنا يصح عتق اول من يملكه فان ملك اثنين عتق أحدهما بالقرعة في قياس قول احمد فانه قال في رواية مهنا اذا قال اول من يطلع من عبدي فهو حر فطلع اثنان أو جميعهم فانه يقرع بينهم ويحتمل

الف واثنان ثلاثة آلاف فيحتمل ان تجزئهم ثلاثة اجزاء فتجعل اكثرهم قيمة جزءا وتضم الى الثاني أقل الباقيين قيمة وتجعلها جزءاً والباقيين جزءا او تفرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق لان هذا أقرب الى ما فعله النبي ﷺ ويعدل الثلث بالقيمة على ما تقدم ويحتمل ان لا يجزئهم بل يخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفي الثلث فيكتب خمس رقايع باسمائهم ثم يخرج رقعة على الحرية فن خرج اسمه فيها عتق ثم يخرج الثانية فن خرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث

﴿مسئلة﴾ (وان كانوا ثمانية فان شاء أقرع بينهم بسهمي حرية وخمسة رق وسهم ان ثمانية حر وان شاء جزأهم أربعة اجزاء فاقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق ثم اعاد القرعة لاخراج من ثمانية حر وان فعل غير ذلك جاز بان يجعل ثلاثة جزءا وثلاثة جزءا واثنين جزءا فان خرجت على الاثنين عتقا وكمل الثلث بالقرعة من الباقيين وان خرجت الثلاثة اقرع بينهم بسهمي حرية وسهم رق فان كان جميع ماله عبدين اقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق على كل حال

(فصل) قد ذكرنا أنه اذا كان للمعتق مال غير العبيد مثلاً قيمة العبيد عتقوا جميعهم لخروجهم من الثلث وان كان أقل من مثليهم عتق من العبيد قدر ثلث المال كله فاذا كان العبيد نصف المال عتق ثلثهم وان كانوا ثلثي المال عتق نصفهم وان كانوا ثلاثة ارباعه عتق اربعة اتساعهم وطريقه ان تضرب

ان يعتقا جميعاً لان الاولية وجدت فيهما جميعاً فتثبت الحرية فيهما كما لو قال في المسابقة من سبق فله عشرة فسبق اثنان اشتركا في العشرة وقال النخعي يعتق ابهما شاء وقال أبو حنيفة لا يعتق واحد منهما لانه لا اول فيهما لان كل واحد منهما مساو للآخر ومن شرط الاولية سبق الاول ولنا ان هذين لم يسبقهما غيرهما فكانا اول كالأول وليس من شرط الاول ان يأتي بعده ثان بدليل ما لو ملك واحدا ولم يملك بعده شيئاً واذا كانت الصنعة موجودة فيهما فاما ان يعتقا جميعاً أو يعتق احدهما وتعينه القرعة على ما ذكرنا من قبل وكذلك الحكم فيما إذا قل أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين وخرجا جميعاً معاً فالحكم فيهما كذلك

(فصل) وان قال آخر عبد املكه فهو حر فملك عبداً لم يحكم بعنق واحد منهم حتى يموت لانه ما دام حياً فهو محتتمل ان يملك عبداً يكون هو الآخر فاذا مات عتق آخرهم وتبيناً أنه كان حراً حين ملكه فيكون اكسابه له وان كانت أمة كان اولادها احرارا من حين ولدتهم لانهم اولاد حرة وان كان وطئها فعليه مهرها لانه وطئ حرة أجنبية ولا يحل له ان يطأها حين ملكها حتى يملك بعدها غيرها لانه ما لم يملك بعدها غيرها فهي آخر في الحال وانما يزول ذلك بملك غيرها فوجب ان يحرم الوطاء وان ملك اثنين دفعة واحدة ثم مات فالحكم في عتقهما كالحكم فيما اذا ملك اثنين في المسئلة التي قبلها

قيمة العبيد في ثلاثة ثم تنسب اليه. بلغ التركة فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها فاذا كانت قيمة العبيد ألفاً وباقي التركة الفين ضربت قيمة العبيد في ثلاثة تكن ثلاثة آلاف ثم تنسب اليها الالفين تكن ثلثيها فيعتق ثلثهم وان كانت قيمة العبيد ثلاثة آلاف وباقي التركة الف ضربنا قيمتهم في ثلاثة تكن تسعة وتنسب اليها التركة كلها تكن أربعة اتساعها وان كانت قيمتهم أربعة آلاف وباقي التركة الف ضربت قيمتهم في ثلاثة تكن اثني عشر وتنسب اليها خمسة آلاف تكن ربعها وسدسها فيعتق ربعهم وسدسهم (فصل) فان كان على الميت دين يحيط ببعض التركة قدم الدين لان العتق وصية وقد قضى رسول الله ﷺ ان الدين قبل الوصية ولان قضاء الدين واجب وهذا تبرع وتقديم الواجب متعين فان كان الدين بقدر نصف العبيد جعلوا جزأين وكتب رقعتان رقعة للدين ورقعة للتركة ويخرج واحد منها على أحد الجزأين فن خرجت عليه رقعة الدين يبيع فيه وكان الباقي جميع التركة يتقى ثلثهم بالقرعة على ما تقدم وان كان الدين بقدر ثلثهم كتب ثلاث رقعات رقعة للدين واثنان للتركة وان كان بقدر ربعهم كتب أربع رقعات رقعة للدين وثلاث للتركة ثم يقرع بين من خرجت له رقعة التركة وان كتب رقعة للدين ورقعة للحرية ورقعتين للتركة جاز وقيل لا يجوز لثلاث يخرج رقعة للحرية قبل قضاء الدين والاول أصح لانه إما يمنع من قبل قضاء الدين اذا لم يكن له وفاء فاما إن كان له وفاء لم يمنع منه بدليل ما لو كان العتق في أقل من ثلث الباقي بعد وفاء الدين فإنه لا يمنع من العتق قبل وقائه

(مسئلة) قال (واذا قال العبد لرجل اشترني من سيدي بهذا المال فاعتني ففعل فقد صار حراً وعلى المشتري ان يؤدي الى البائع مثل الذي اشتراه به وولاؤه للذي اشتراه الا ان يكون قال له بعني بهذا المال فيكون الشراء والعتق باطلا ويكون السيد قد أخذ ماله)

وجملته ان العبد اذا دفع إلى أجنبي مالا وقال اشترني من سيدي بهذا المال فاعتني ففعل لم يخل من أن يشتره بعين المال أو في ذمته ثم ينقد المال فان اشتراه في ذمته فأعتنه فالشراء صحيح والعتق جائز لانه ملكه بالشراء فنفذ عتقه له وعلى المشتري اداء الثمن الذي اشتراه به لانه لزمه الثمن بالبيع والذي دفعه الى السيد كان ملكا له لا يثبت له به من الثمن فيبقى الثمن واجبا عليه يلزمه اداؤه وكان العتق من ماله والولاء له وبهذا قال الشافعي وابن المنذر وأما ان اشتراه بعين المال فالشراء باطل

﴿مسئلة﴾ (وان اعتق عبدين قيمة أحدهما بائتان والآخر ثمانية فأجاز الورثة عتقها اعتقوا ان لم يجز الورثة عتق ثلثها وكل الثلث في أحدهما فتجمع قيمتها فتكون خمسمائة ثم يقرع بينهما فمن خرج له سهم الحرية ضربنا قيمته في ثلاثة ونسبنا قيمتها الى المرتفع بالضرب فما خرج من النسبة عتق من العبد بقدره فان وقعت على الذي قيمته مائتان ضربنا في ثلاثة صار ستائة ونسبنا قيمتها الى ذلك تكن خمسة اسداسه فيعتق منه كذلك وان وقعت على الآخر ضربنا قيمته في ثلاثة تكن تسعمائة ونسبنا قيمتها وهي خمسمائة الى ذلك نجدها خمسة اتساعه فيعتق منه ذلك وهو ثلث الجميع)

لانا إذا ضربنا قيمة العبدين وهي خمسمائة في ثلاثة كانت الما وخمسمائة وهي جميع المال فالخمسائة بالنسبة اليها ثلث والنسبة الى الذي قيمته مائتان خمسة اسداسه بعد الضرب والى الآخر خمسة اتساعه وكل شيء أنى من هذا فسيبيله ان يضرب في ثلاثة ليخرج بلا كسر وهذا قول من يرى جميع العتق في بعض العبيد بالقرعة وعند أبي حنيفة ومن وافقه يعتقان فيعتقان في باقي قيمتهما وقد مضى الكلام معهم والله أعلم

﴿مسئلة﴾ (ان اعتق واحدا من ثلاثة اعبد غير معين فمات احدهم في حياة السيد أقرع بينه وبين الحيين فان وقعت رقعة العتق على الميت رق الآخران)

لان القرعة يبين بها من وقع عليه العتق فوجب ان يقرع بينهم كالموت كانوا احياء فاذا وقعت القرعة على الميت تبين رق الآخرين لان الحرية إنما تقع على العتق وهذان لم يعتق واحدا منهما وان وقعت على أحد الحيين عتق ان خرج من الثلث وقد سبق شرح هذا فيما اذا قال أحد عبدي حر وذكرا الخلاف فيه وان اعتق الثلاثة في مرضه فمات أحدهم في حياة السيد فكذلك في قول أبي بكر لان الحرية إنما تنفذ في الثلث فإيه ماله اعتق واحدا منهم قال شيخنا والاولى ان يقرع بين الحيين ويسقط حكم الميت لانه اعتق الثلاثة والاعتبار في خروجه من الثلث بحالة الموت وحالة الموت إنما كان له

(المغني والشرح الكبير) حكم مالو كان عبد بين شريكين فأعطى أحدهما خمسين ديناراً أو يمتق نصيبه ٣٠٥

والعتق غير واقع لأنه اشترى بعين مال غيره شيئاً بغير اذنه فلم يصح الشراء ولم يقع العتق لأنه أعتق مملوك غيره بغير اذنه ويكون السيد قد أخذ ماله لان مافي يد العبد محكوم به لسيدته
وعلى الرواية التي تقول ان انقود لا تتمين بالتميين في العقود يصح البيع والعتق ويكون الحكم كما لو اشتراه في ذمته ونحو هذا قال النخعي واسحاق فانها قالوا الشراء والعتق جائزان ويرد المشتري مثل الثمن من غير تفريق

وقال الحسن البيع والعتق باعلان ، وقال الشعبي لا يجوز ذلك ويعاقب من فعله من غير تفريق أيضاً وقد ذكرنا ما يقتضي للتفريق وفيه توسط بين المذهبين فكان أولى ان شاء الله تعالى
(فصل) ولو كان العبد بين شريكين فأعطى العبد أحدهما خمسين ديناراً على أن يعتق نصيبه منه فأعتقه عتق وسرى إلى باقيه ان كان موسراً ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين وبنصف قيمة العبد لان مافي يد العبد يكون بين سيديه لا يفرد به أحدهما الا أن نصيب المعتق ينفذ فيه العتق وإن

العبد ان الحيان وهما كل ماله فيقرع بينهما فن وقت عليه اقرعة تنتق ان خرج من الثلث والاعتق منه بقدر الثلث وان بقي من الثلث شيء بعد عتقه عتق من الآخر بقدر ما بقي من الثلث وصار بمنزلة ما لو اعتق العبد في مرضه ولم يكن له مال غيرهم

(فصل) إذا دفع العبد الى رجل مالا فقال اشتريني من سيدي بهذا المال فاعتقتي ففعل لم يخل من ان يشتريه بين اهل أو في ذمته ثم ينقد المثل فان اشتراه في ذمته ثم اعتقه صح الشراء ونفذ العتق لانه ملكه بالشراء فنفذ عتقه له وعلى المشتري اداء الثمن الذي اشتراه به لانه لزمه الثمن بالبيع والذي دفعه الى السيد كان مأكلاً لا يمتسب به من الثمن فبقي الثمن واجبا عليه يلزمه اداؤه وكان العتق من ماله والولاء له وبه قول الشافعي وابن المنذر فاما ان اشتراه بعين المال فالشراء باطل ولا يصح العتق لانه اشترى بعين مال غيره شيئاً بغير اذنه فلم يصح الشراء ولم ينفذ العتق لانه اعتق مملوك غيره بغير اذنه ويكون السيد قد أخذ ماله لان مافي يد العبد محكوم به لسيدته فاما على الرواية التي تقول ان انقود لا تتمين بالتميين فانه يكون الحكم فيه كما لو اشتراه في ذمته ونحو هذا قال النخعي واسحاق فانها قالوا الشراء والعتق جائزان ويرد المشتري مثل الثمن من غير تفريق وقال الحسن البيع والعتق باطلاق وقل الشعبي لا يجوز ذلك ويعاقب من فعله من غير تفريق أيضاً وقد ذكرنا ما يقتضي التفريق وفيه توسط بين المذهبين فكان أولى او شاء الله تعالى

(فصل) ولو كان العبد بين شريكين فأعطى العبد لاحدهما خمسين ديناراً على ان يعتق نصيبه منه فأعتقه عتق وسرى الى باقيه ان كان موسراً ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين وبنصف قيمة العبد لان مافي يد العبد يكون بين سيديه لا يفرد به أحدهما عن الآخر الا ان نصيب المعتق ينفذ فيه

(المغني والشرح الكبير) «٣٩» (الجزء الثاني عشر)

كان العوض مستحقاً اذ لم يقع العتق على عينها وانما سمي خمسين ثم دفعها اليه وإن أوقع العتق على عينها يجب أن يرجع على العبد بقيمة ما اعتقه بالعوض المستحق ويسري العتق الى نصيب شريكه فيرجع بقيمته ويكون الولاء للمعتق

(فصل) ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه فقال الوكيل نصيبني حر عتق وسرى الى نصيب شريكه ويكون الولاء له ، وإن أعتق نصيب الموكل عتق وسرى الى نصيبه والولاء للموكل وإن أعتق نصف العبد ولم ينو شيئاً احتمل أن ينصرف الى نصيبه لانه لا يحتاج إلى نية ونصيب شريكه يفتقر إلى النية ولم ينو ذلك واحتمل أن ينصرف الى نصيب شريكه لانه أمره بالاعتاق فنصرف إلى ما أمر به ، ويحتمل أن ينصرف اليهما لانهما تساويا فانصرف اليهما وأيهما حكما بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه ويحتمل أن لا يضمن لان الوكيل ان أعتق نصيبه فسرى الى نصيب شريكه لم يضمنه لانه ما ذون له في العتق وقد أعتق بالسراية فلم يضمن كمن أذن له في اتلاف شيء فانه لا يضمنه وإن أتلفه بالسراية واذا أعتق نصيب شريكه لم يلزم شريكه الضمان لانه مباشر لسبب الاتلاف فلم يجب له ضمان ما تلف به كما لو قال له أجنبي أعتق عبدك فأعتقه والله أعلم

العتق وان كان العوض مستحقاً اذ لم يقع العتق على عينها وانما سمي خمسين ثم دفعها اليه وان أوقع العتق على عينها يجب ان يرجع على العبد بقيمة ما اعتقه بالعوض المستحق ويسري العتق إلى نصيب شريكه ويكون ولاؤه للمعتق

(فصل) ولو وكل أحد الشريكين شريكه في عتق نصيبه فقال الوكيل نصيبني حر عتق وسرى إلى نصيب شريكه والولاء له وان أعتق نصيب الموكل عتق وسرى الى نصيبه ان كان موسراً والولاء للموكل فان أعتق نصف العبد ولم ينو شيئاً احتمل ان ينصرف الى نصيبه لانه لا يحتاج إلى نية ونصيب شريكه يفتقر إلى النية ولم ينو ويحتمل أن ينصرف الى نصيب شريكه لانه أمره بالاعتاق فانصرف الى ما أمر به ، ويحتمل أن ينصرف اليهما لانهما تساويا وأيهما حكما بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه ، ويحتمل أن لا يضمن لان الوكيل اذا أعتق نصيبه فسرى الى نصيب شريكه لم يضمنه لانه ما ذون له في العتق ، وقد أعتق بالسراية فلم يضمن كمن أذن له في اتلاف شيء فانه لا يضمنه وان أتلفه بالسراية ، واذا أعتق نصيب شريكه لم يلزم شريكه الضمان لانه مباشر لسبب الاتلاف فلم يجب له ضمان ما تلف به كما لو قال له أجنبي أعتق عبدك فأعتقه



كتاب التدمير

ومعنى التدمير تعاقب عتق عبده بموته والوفة دبر الحياة يقال دابر الرجل يدابر مدابرة اذا مات فسمي العتق بعد الموت تديراً لانه اعتاق في دبر الحياة والاصل فيه السنة والاجماع أما السنة فما روى جابر أن رجلاً أعتق مملوكه عن دبر منه فاحتاج فقال رسول الله ﷺ «من يشتريه مني؟» فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفمها اليه وقال «أنت أحوج منه» متفق عليه وأما الاجماع فقال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على ان من دبر عبده او أمته ولم يرجع عن ذلك حتى مات والمدير يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دين ان كان عليه وانفاذ وصايا ان كان وصى وكان السيد بالغاً جائز الامر أن الحرية تجب له أولها

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا قل لعبده أو أمته أنت مدبر أو قد دبرتك أو أنت حر بعد موتي فقد صار مدبراً)

وجملة ذلك أنه إذا علق صريح العتق بالموت فقال انت حر أو محرر أو عتقك او معتق بعد موتي صار مدبراً بلا خلاف فعلمه ، واما ان قل انت مدبر أو قد دبرتك فانه يصير مدبراً بنفس اللفظ من غير افتقار الى نية وهذا منصوص الشافعي

(باب التدمير)

وهو تعليق العتق بالموت وسمي تديراً لان الوفاة دبر الحياة يقال دابر الرجل يدابر مدابرة اذا مات فسمي العتق بعد الموت تدبيراً والاصل فيه السنة والاجماع أما السنة فما روى جابر أن رجلاً أعتق مملوكه عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ «من يشتريه مني؟» فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفمها اليه ، وقال «أنت أحوج منه» متفق عليه وقال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على ان من دبر عبده او أمته ولم يرجع عن ذلك حتى مات والمدير يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دين ان كان عليه وانفاذ وصاياه ان كان وصى وكان السيد بالغاً جائز الامر انه تجب له الحرية اولها

﴿ مسئلة ﴾ (ويعتبر من اثالث)

انا يعتق المدبر اذا خرج من اثالث في قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن علي وابن عمر وبه قول شريح وابن سيرين والحسن وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهري وقتادة وحماة ومالك وأهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي

وقال بعض أصحابه فيه قول آخر أنه ليس بصريح في التدبير ويفتقر الى النية لانهما لفظان لم
 يكثر استعمالهما ففتقرا الى النية كالكنائيات
 ولنا انهما لفظان وضعا لهذا العمد فلم يثبت الى النية كالبيع ويفارق الكنائيات فانها غير موضوعة
 له ويشاركها فيه غيرها فافتقرت الى النية للتعين ويرجح أحد المحتملين بخلاف الموضوع
 (فصل) ويعتق المدبر بعد الموت من ثلث المال في قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن علي وابن
 عمر وبه قال شريح وابن سيرين والحسن وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهري
 وقتادة وحماد ومالك وأهل المدينة واثوري وأهل العراق والشافعي واسحاق وابو ثور وأصحاب
 الرأي ، وروى عن ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعي وسعيد بن جبير انه يعتقد من رأس المال
 لانه عتق فينفذ من رأس المال كاعتق في الصحة وعتق ام الولد
 ولنا انه تبرع بعد الموت فيكون من الثلث كالوصية وينارق العتق في الصحة فانه لم يتعلق به حق
 غير المعتق فينفذ في الجميع كالهبة المنجزة
 وقد نقل حنبل عن احمد انه يعتقد من رأس المال وايس عليها عمل قال ابو بكر هذا قول قديم
 رجع عنه احمد إلى ما نقله الجماعة

وروى ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعي وسعيد بن جبير انه يعتقد من رأس المال قياساً على
 ام الولد وكما لو أعتق في الصحة
 ولنا انه تبرع بعد الموت فيكون من الثلث كالوصية ويفارق العتق في الصحة فانه لم يتعلق به حق
 غير المعتق فينفذ في الجميع كالهبة المنجزة والاستيلاء أقوى من التدبير لانه ينفذ من المحزون بخلاف
 التدبير ، ونقل حنبل عن احمد انه يعتقد من رأس المال ولا عمل عليها قل ابو بكر هذا قول قديم
 رجع عنه الى ما رواه الجماعة
 (فصل) فان اجتمع العتق في المرض والتدبير قدم العتق لانه أسبق فان اجتمع التدبير والوصية
 باعتق تساويالا نهما جميعا عتق بعد الموت ويحتمل أن يقدم التدبير لان الحرية تقع فيه عقيب الموت من
 غير تأخر والوصية تقع على الاعتاق بعده

﴿مسئلة﴾ (ويصح من كل من تصح وصيته)

لانه تبرع بالمال بعد الموت أشبه الوصية وقال الخريقي يصح تدبيره اذا جاوز العشر وكان يعرف
 التدبير وكذلك الجارية اذا جاوزت التسع وقال الشافعي في أحد قولييه يصح تدبير الصبي المميز قال
 بعض أصحابه هو اصح قولييه وهو إحدى الروايتين عن مالك وروى ذلك عن شريح وعبد الله بن عتبة
 وقال الحسن وابو حنيفة لا يصح تدبيره وهو إحدى الروايتين عن مالك والقول الثاني للشافعي لانه
 لا يصح اعتاقه فلم يصح تدبيره كالمجنون

(فصل) وإن اجتمع العتق في المرض والتدبير قدم العتق لانه أسبق وإن اجتمع التدبير والوصية بالعتق تساويا لانهما جميعا عتق بعد الموت ويحتمل أن يقدم التدبير لان الحرية تقع فيه عند الموت والوصية تنفذ على الاعتق بعده

(فصل) ويجوز التدبير مطلقاً ومقيداً فالمطلق تعليق العتق بالموت من غير شرط آخر كقوله أنت حر بعد موتي والمقيد ضربان (أحدهما) خاص نحو ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او في بلدي هذا او عامي هذا فأنت حر فهذا جائز على ما قل ان مات على الصفة التي شرطها عتق العبد والام لم يعتق وقال مهنا سألت احمد عن قول لعبدك أنت حر مدبر اليوم ؟ قل يكون مدبراً ذلك اليوم فان مات ذلك اليوم صار حراً يعني اذا مات المولى

(الضرب الثاني) ان يعلق التدبير على صفة مثل أن يقول ان دخلت الدار أو ان قدم زيد او ان شفى الله مريضى فأنت حر مدبر او فأنت حر بعد موتي فهذا لا يصير مدبراً في الحال لانه علق التدبير على شرط واذا وجد صار مدبراً وعتق بموت سيده وإن لم يوجد الشرط في حياة السيد ووجد بعد موته لم يعتق لان اطلاق الشرط في حياة السيد يقتضي وجوده في الحياة بدليل مالوم علق عليه عتقاً منجزاً فقال اذا دخلت الدار فأنت حر فدخلها بعد موته لم يعتق وكما لو قال لو كيله بع عبدي

ولنا ان عمر رضي الله عنه أجاز وصية غلام من الانصار لاخواله من غسان بارض يقال لها بئر جشم قومت ثلاثين الفاً رواه سعيد بن منصور وكان الغلام ابن عشر سنين وروي اثنتي عشرة ولم يعرف له مخالف والتدبير في معنى الوصية وقد ذكرنا ذلك في كتاب الوصايا ومخالف التدبير العتق في الحياة لان فيه تفويتا لماله في حياته ووقت حاجته والوصية والتدبير لا ضرر عليه فيهما فانه ان عاش لم يذهب شيء من ماله وان مات فهو غير مستغن عن الثواب فيكون ذلك زيادة في رفع درجته وانما خص الخزقي ابن عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة والجارية بتسع لقول عائشة إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة ولانه سن يمكن بلوغها فيه ويتعلم به أحكام غير ذلك فأما المحزون فلا يصح شيء من تصرفاته فلذلك لم يصح تدبيره ويصح تدبير المحجور عليه للسفه لما ذكرنا في الصبي بل هو أولى بالصحة من الصبي لانه مكلف وحاجته الى الثواب اكثر من حاجة الصبي وصحة تدبير السكران مبنية على صحته وصيته وقد ذكرناه وكل من صح تدبيره فهو كالمكلف في صحته رجوعه قياساً على (فصل) ويصح تدبير الكافر ذمياً كان او حريباً في دار الاسلام وغيرها لان له ملكاً بجميعها فصح تصرفه فيه كالمسلم فان قيل لو كان ملكه صحيحاً لم يملك عليه بغير اختياره قلنا هذا لا ينافي الملك بدليل أنه يملك في النكاح ويملك عليه زوجته بغير اختياره ، وحكم تدبيره حكم تدبير المسلم على ما نذكره

فمات الموكل قبل بيعه بطلت وكالاته ، ولأن المدبر من علق عتقه بالموت وهذا قبل الموت لم يكن مدبر او بعد الموت لا يمكن حدوث التدبير ، ون قال ان دخلت الدار بعد موتي فأنت حر فذكر ابو الخطاب فيها روايتين (احدهما) لا يعتق وهو قياس المنصوص عنه في قوله أنت حر بعد موتي بيوم او شهر فانه قال لا يعتق لانه علق العتق بصفة توجد في ملك غيره فلم يعتق كما لو قال ان دخلت الدار بعد بيعي إياك فأنت حر ولانه اعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه فلم يعتق كأنجز

(واثنية) يعتق وهو الذي ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه صرح بذلك فحمل عليه كالموصى باعتاقه وكالموصى ببيع ساعة ويتصدق بثمنها ويفارق التصرف بعد البيع فان الله تعالى جعل للانسان التصرف بعد موته في ثلثه بخلاف ما بعد البيع والاول اصح ان شاء الله تعالى ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلعة لان الملك لا يستقر للورثة فيه ولا يملك التصرف فيه بخلاف مسألتنا وقولهم - حصل له ان تصرف في ثلثه قلنا انما يتصرف فيه تصرفاً ثابت عقيب موته ويمنع انتقاله الى الوارث وان ثبت للوارث فهو ثبوت غير مستقر وقد قيل يكون مراعى اذا قبل الموصى له تبين ان الملك كان له من بين الموت وان لم يقبل تبين انه كان للوارث فعلى قولنا لا يعتق بالدخول بعد الموت للوارث التصرف فيه كيف شاء ومن صحح هذا الشرط احتمل ان يمنع الوارث من التصرف في رقبته لانه يستحق العتق فأشبه الموصى بعتقه واحتمل

﴿ مسألة ﴾ وصريحه لفظ العتق والحرية المعلقين بالموت كقوله انت حر أو عتق او معتق او محرر بعد موتي فيصير بذلك مدبراً بلا خلاف نعلمه (

وكذلك ان قال انت مدبر أو قد دبرتك فانه يصير مدبراً بمجرد اللفظ وان لم ينوه هذا منصوص الشافعي وقول اصحابه فيه قول آخر انه ليس بصريح يفترق الى النية لانهما المفذان لم يكثر استعمالها فافتقر الى النية كالكنائيات

ولنا انهما لفظان وضما لهذا العقد فلم يفترق الى النية كالبيع بخلاف الكنائيات فانها غير موضوعة له ويشاركها فيه غيرها فافتقرت الى النية للتعين وترجيح احد المحتملين بخلاف الموضوع فانه لا يفترق الى النية كلفظ العتق

﴿ مسألة ﴾ (ويصح مطلقاً ومقيداً)

فالمطلق تعليق العتق بالموت من غير شرط آخر والمقيد ضربان أحدهما خاص مثل ان يقول ان مات من مرضى هذا أو في بلدي هذا وفي عامي هذا أنت حر فهذا جائز على ما قال ان مات على الصفة التي شرطها عتق العبد والا فلا وقول مهنا ساءت أحمد عن قال اعبدته انت مدبر قال يكون مدبراً اذ ذلك اليوم فان مات في ذلك اليوم صار حراً يعني اذا مات السيد

(الثاني) ان يعلق التدبير على صفة مثل ان يقول ان دخلت الدار فات مدبر أو ان قدم زيد أو ان شفى الله مريضى فانت حر بعد موتى فهذا لا يصير مدبراً في الحال لانه علق التدبير على شرط

ان لا يمنعه لانه علق عتقه على صفة غير المرت فلم يمنع من التصرف فيه كما لو قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر فأما كسبه قبل عتقه فهو للوارث لان الملك فيه مستقر قبل وجود الشرط كما لو كان الوارث هو الذي علق عتقه

(فصل) فان قال انت حر بعد موتي بشهر او قال بيوم فقال احمد في رواية منها لا يعتق ولا تصح هذه الصفة وقال أيضاً سألت أحمد عن رجل قال لعبد أنت حر بعد موتي بشهر بألف درهم فقال هذا كما لا يكون شيئاً بعد موته وهذا اختيار أبي بكر وذكر القاضيان ابن أبي موسى وابو يعلى فيها رواية أخرى انه يعتق اذا وجدت الصفتان الموت ومضي المدة المذكورة، وبهذا قال اشوري وابو يوسف واسحاق. ووجه الروايتين ما تقدم وقال اصحاب الرأي لا يعتق حتى يعتقه الوارث وعلى قول من قل يعتق يكون قبل الموت ملكاً للوارث وكسبه له كأم الولد والمسدبر في حياة السيد ، وان كان امة فولدت قبل وجود الصنعة فولدها يتبعها في التدبير ويعتق بوجود الصفة كما تعتق هي .

فذا وجد صار مدبراً وعتق بموت سيده وان لم يوجد في حياة السيد ووجد بعد موته لم يعتق لان اطلاق الشرط يقتضي وجوده في الحياة بدليل ما لو علق عليه عتقا منجزاً فقل اذا دخلت الدار فانت حر فدخلها بعد موته لم يعتق ولان المدير من علق عتقه بالموت وهذا قبل الموت لم يكن مدبراً وبعد الموت لا يمكن حدوث التدبير فيه

(فصل) فان قل لعبد إذا قرأت القرآن فانت حر بعد موتي فقرأ القرآن جميعه صار مدبراً وان قرأ بعضه لم يصير مدبراً ، وان قال اذا قرأت قرآنا فانت حر بعد موتي فقرأ بعض القرآن صار مدبراً لانه في الاولى عرفه بالالف واللام المقنضية للاستغراق فعاد إلى جميعه وههنا نكره فافتضى بعضه فان قيل فقد قال الله تعالى (فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم — واذا قرأت القرآن جعلنا بينك وبين الذين لا يؤمنون بالآخرة حجاباً مستوراً) ولم يرد القرآن جميعه فلنا قضية اللفظ تتناول جميعه لان الالف واللام للاستغراق وانما حمل على بعضه بدليل فلا يحمل على البعض في غير ذلك الموضوع بغير دليل ولان قرينة الحال تقتضي قراءة جميعه لان الظاهر انه أراد ترغيبه في قراءة القرآن فتعلق الحرية به او مجازاته على قراءته بالحرية والظاهر انه لا يجازى بهذا الأمر الكثير ولا يرغب به إلا فيما يشق اما قراءة آية او آيتين فلا

﴿ مسألة ﴾ (وان قال متى شئت فأنت مدبر أو انت حر بعد موتي او اذا شئت أو أي وقت شئت فهو تدبير بصفة فتى شاء في حياة سيده صار مدبراً يعتق بموته)

لان المشيئة هنا على التراخي فتى وجدت المشيئة وجد الشرط فهو كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر بعد موتي فدخلها في حياة السيد وان مات السيد قبل مشيئته بطالت الصفة كما لو مات في

(فصل) إذا قال لعبدته إذا قرأت القرآن فأنت حر بعد موتي فقرأ القرآن جميعه صار مدبراً وإن قرأ بعضه لم يصير مدبراً وإن قال إذا قرأت قرآنًا فأنت حر بعد موتي فقرأ بعض القرآن صار مدبراً لانه في الاولى عرفه بالالف واللام المفتضية للاستغراق فعاد الى جميعه وههنا نكره فالتضي بعضه، فان قيل فقد قال الله تعالى (فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) وقال (وإذا قرأت القرآن جعلنا بينك وبين الذين لا يؤمن بالآخرة حججاً مستورا) ولم يرد جميعه، قلنا قضية اللفظ تتناول جميعه لان الالف واللام للاستغراق وانما حمل على بعضه بدليل فلا يحمل على البعض في غير ذلك الموضع بنير دليل ولان قرينة الحال تقتضي قراءة جميعه لان الظاهر انه اراد ترغيبه في قراءة القرآن بتعليق الحرية به ومجازاته على قراءته بالحرية والظاهر انه لا يجازي بهذا الامر الكثير ولا يرغب به الا فيما يشق اما قراءته آية أو آيتين فلا

(فصل) فان قال لعبدته ان شئت فأنت حر بعد موتي أو اذا شئت او متى شئت او اي وقت شئت فأنت حر بعد موتي فهو تديرير بصفة فتى شاء في حياة سيده صار مدبراً يعتق بموت سيده كما لو قال ان دخلت الدار فأنت حر بعد موتي فدخلها في حياته وان مات السيد قبل مشيئته بطلت الصفة كما لو مات في المسئلة الاخرى قبل دخول الدار وان قال متى شئت بعد موتي فأنت حر أو أي وقت شئت بعد موتي فأنت حر فهذا تعاقب لا يتق على صفة بعد الموت وقد ذكرنا انه لا يصح وان قول القاضي

في المسئلة الاخرى قبل دخول الدار وان قال متى شئت بعد موتي فأنت حر أو أي وقت شئت بعد موتي فهو تعليق للعق على صفة بعد الموت وقد ذكرنا انه لا يصح، وقال القاضي يصح فعلى قوله يكون ذلك على التراخي فتى شاء بعد موت سيده عتق وما كسب قبل مشيئته فهو اورثة سيده لانه عبد قبل ذلك بخلاف الموصى به فان في كسبه قبل القبول وجهين

(احدهما) يكون للموصى له لانا تبينا ما كسبه حين الموت وههنا لا يثبت الملك قبل المشيئة وجهاً واحداً لانه عتق معاق على شرط فلا يثبت العتق قبل الشرط وجهاً واحداً

﴿مسئلة﴾ (وان قال ان شئت فأنت مدبر فقياس المذهب انه على التراخي كقوله متى شئت) وقال ابو الخطاب ان شاء في المجلس صار مدبراً والا فلا وكذلك قال القاضي في قوله اذا شئت وإن شئت فأنت حر بعد موتي على انه على الفور ان شاء في المجلس صار مدبراً والا بطلت الصفة ولم يصير مدبراً بالمشيئة بعده بناء على قوله اختاري نفسك فانه يقف على المجلس وهذا في معناه، وإن قال إن شئت بعد موتي أو اذا شئت بعد موتي فأنت حر كان على الفور أيضاً فتى شاء عقيب موت سيده أو في المجلس صار حراً وان تراخت مشيئته عن المجلس لم يثبت فيه حرية وذكر في الطلاق أنه اذا قل أنت طالق إن شئت وشاء أبوك فشاء معاً وقع الطلاق سواء على الفور او التراخي أو شاء أحدهما على الفور والاخر على التراخي وهذا مثله فيخرج في كل مسئلة مثل ما ذكره في الاخرى

صحته ، فعلى قوله يكون ذلك على التراخي فمتى شاء بعد موت سيده عتق وما كان له من كسب قبل مشيئته فهو لورثة سيده لانه عبد قبل ذلك بخلاف الموصى به فان في كسبه قبل القبول وجهين (أحدهما) أنه يكون للموصى له لاننا تبينا انه ملكه من حين الموت وههنا لا يثبت الملك قبل المشيئة وجهاً واحداً لانه عتق معلق على شرط فلا يثبت العتق قبل الشرط وجهاً واحداً ، وذكر القاضي في قوله اذا شئت او ان شئت فانت حر بعد موتي انه على الفور فان شاء في المجلس صار مدبراً وان تراخت المشيئة عن المجلس بطلت ولم يصير مدبراً بالمشيئة بعده بناء على قوله اختاري نفسك فان الاختيار يقف على المجلس وهذا في معناه وان قال ان شئت بعد موتي او اذا شئت بعد موتي فانت حر كان على الفور أيضاً فمتى شاء عقيب موت سيده أوفي المجلس صار حراً وان تراخت مشيئته عن المجلس لم تثبت فيه حرية وقد ذكر في الطلاق انه اذا قال أنت طالق ان شئت وشاء ابوك فشاء معاً وقع الطلاق سواء شاء على الفور أو التراخي أو شاء احدهما على الفور والآخر على التراخي وهذا مثله فيخرج في كل مسألة مثل ما ذكر في الاخرى

(فصل) اذا قال لعبده اذا مت فأنت حر او لا؟ أو قال فانت حر؟ او لست بحر؟ لم يصير مدبراً لانه استفهام ولم يقطع بالعتق فأشبهه ما لو قال لزوجته انت طالق او لا؟ وقد ذكرنا ذلك في الطلاق (فصل) واذا دبر احد الشريكين نصيبه لم يسر التدبير الى نصيب شريكه موسراً كان او معسراً ، وذكر أبو الخطاب وجهاً أنه يسري تدبيره إذا كان موسراً ويقوم عليه نصيب شريكه

(فصل) وإذا قل لعبده إذا مت فأنت حر اولاً؟ أو قال فانت حر؟ او لست بحر؟ لم يصير مدبراً لأنه استفهام ولم يقطع بالعتق فهو كما لو قال لزوجته انت طالق أولاً؟ وسند ذلك في الطلاق ﴿مسئلة﴾ (واذا قال قد رجعت في تدويري أو ابطائه لم يبطل لأنه تعليق للعتق بصفة وعنه أنه يبطل كالوصية)

اختلفت الرواية عن احمد في بطلان التدبير بالرجوع فيه قولاً فالصحيح انه لا يبطل لانه علق العتق بصفة فلا يبطل كما لو قل ان دخلت الدار فانت حر (والثانية) يبطل لانه جعل له نفسه بعد موته فكان ذلك وصية فجاز الرجوع فيه بالقول كما لو وصى له بعبد آخر وهو قول الشافعي القديم وقوله الجديد كرواية الاولى وهو الصحيح كتعليقه بصفة في الحياة ولا يصح القول بأنه وصية به لنفسه لانه لا يملك نفسه وانما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق ولهذا لا تقف الحرية على قبوله واختياره وتنجز عقيب الموت كتجزئها عقيب سائر الشروط ولانه غير ممتنع أن يجمع الامرين فيثبت فيه حكم التعليق في امتناع الرجوع ويحتمل في حصول العتق بالموت .

وهو قول أبي حنيفة لأنه استحق العتق بموت سيده فسرى ذلك فيه كالأستيلاد وللشافعي قولان كالمنهين ولنا أنه تعليق للعتق بصفة فلم يسر كتعليقه بدخول الدار ويفارق الاستيلاد فإنه أكد ولهذا يعتق من جميع المال ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلادها ولا يجوز بيعها ، والمدير بخلاف ذلك فلي هذا ان مات المدير عتق نصيبه أن خرج من الثلث وهل يسري الى نصيب شريكه ان كان موسراً؟ فيه روايتان ذكرهما الخري في غير هذا الموضع وان اعتق الشريك نصيبه قبل موت المدير وهو موسر عتق وسرى الى نصيب المدير

وذكر القاضي وأبو الخطاب فيها وجهين وللشافعي فيها قولان (أحدهما) كقولنا (والثاني) لا يسري عتقه وهو قول أبي حنيفة لان المدير قد استحق الولاء على العبد بموته فلم يكن للآخر ابطاله ولنا قوله عليه السلام « من اعتق شركاه في عبد فكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العبد واعطي شركاؤه حصصهم والا فقد عتق منه ماعنى » ولأنه اذا سرى الى ابطال الملك الذي هو أكد من الولاء فالولاء أولى ، وما ذكره لأصله ويبطل بما إذا علق عتق نصيبه بصفة (فصل) وان دبر كل واحد منها نصيبه فمات أحدهما عتق نصيبه وبقي نصيب الآخر على التدبير ان لم يف ثلثه بقيمة حصة شريكه وان كان يفي به فهل يسري العتق اليه؟ على روايتين، وان قال كل واحد منها إذا متنا فانت حر فقال أبو بكر قال أحمد إذا مات أحدهما فنصيبه حر وظاهر

(فصل) إذا قال السيد لمديره إذا أدبت الى ورثتي كذا فانت حر فهو رجوع عن التدبير وينبني على الروايتين إن قلنا ان له الرجوع بالقول بطل التدبير وإن قلنا ليس له الرجوع لم يؤثر هذا القول شيئاً وان دبره كله ثم رجع في نصفه صح إذا قلنا بصحة الرجوع في جميعه لأنه لما صح أن يدبر نصفه ابتداء صح أن يرجع في تدبير نصفه وان غير التدبير فكان مطلقاً فجملة مقيداً أن قلنا يصح الرجوع والا فلا فإن كان مقيداً فاطلعه صح على كل حال لأنه زيادة فلا يمنع منها وإذا دبر الآخر وكانت اشارته أو كتابته معلومة صح تدبيره ويصح رجوعه ان قلنا بصحة الرجوع في التدبير لان اشارته وكتابته تقوم مقام نطق الناطق في احكامه وان دبر وهو ناطق ثم خرس صح رجوعه باشارته المعلومة أو كتابته وان لم تفهم اشارته فلا عبرة بها لأنه لا يعلم رجوعه

(فصل) وإذا رهن المدير لم يبطل تدبيره لأنه تمايق للعتق بصفة فإن مات السيد وهو رهن عتق وأخذ من تركته قيمته فتكون رهناً مكانه لان عتقه بسبب من جهة سيده فاشبهه مالو باشره بالعتق ناجزاً .

(فصل) وان ارتد المدير ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره لان ملك سيده باق عليه ويصح تصرفه فيه بالعتق والهبة والبيع ان كان مقدوراً عليه فان سباه المسلمون لم يملكوه لأنه مملوك لمصوم ويرد الى سيده ان علم به قبل قسمه ويستتاب فان تاب والاقتل وان لم يعلم به حتى قسم لم يرد

هذا ان احمد جعل هذا اللفظ تدبيراً من كل واحد منهما نصيبه ومعناه إدامات كل واحد منا فنصيبه حر فإنه قابل الجملة بالجملة فيصرف الى مقابلة البعض ببعض كقوله ركب الناس دوابهم ولبسوا ثيابهم وأخذوا رماحهم يريد لبس كل انسان ثوبه وركب دابته واخذ رماحه وكذلك إن قال اعتقوا عبيدكم كان معناه اعتق كل واحد عبده وقال القاضي هذا تعليق للحرية بموتها جميعاً وإنما قال أحمد يعتق نصيبه بناء على ان وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها ولا يصح هذا لانه لو كانت هذه العلة لعتق العبد كله لوجود بعض صفة كل واحد منهما ولاننا قد أبطلنا هذا القول بما ذكرنا من قبل ومقتضى قول القاضي ان لا يعتق شيء منه قبل موتها جميعاً، وان قال كل واحد منها اردت ان العبد حر بعد آخرنا موتا ابني هذا على تعليق الحرية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا الخلاف في ذلك فان قلنا بجواز ذلك عتق بعد موت الآخر منها عليها جميعاً وان قلنا لا يصح ذلك عتق نصيب الآخر منها بالتدبير وفي سرايته الى باقيه ان كان ثلثه يحتمل ذلك روايتان

وان قال كل واحد منها إذا مات قبل شريكه فنصيبه له فإذا مات فهو حر وان مات بعده فنصيبه حر قيد وصى كل واحد منهما للآخر فإذا مات أحدهما صار العبد كله للآخر فإذا مات عتق كله عليه وصار وولاؤه كله له ان قلنا لا يصح تعليق العتق على صفة بعد الموت وان قلنا يصح عتق عليها وولاؤه بينهما

الى سيده في إحدى الروايتين والاخرى ان اختار سيده أخذه بالثمن الذي حسب به على أخذه أخذه وان لم يختار أخذه بطل تدبيره ومتى عاد الى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره وان لم يعد الى سيده بطل تدبيره كما لو بيع وكان رقيقاً لمن هو في يده وان مات سيده قبل سيده عتق فان سبي بعد هذا لم يرد الى ورثة سيده لان ملكه زال عنه بمجرد فصار كاحرار دار الحرب ولكن يستتاب فان تاب وأسلم صار رقيقاً يقسم بين الغانمين وان لم يتب قتل ولم يجز استرقاقه لانه لا يقر على كفره . وقال القاضي لا يجوز استرقاقه إذا أسلم . وهو قول للشافعي لان في استرقاقه ابطال ولاء المسلم الذي أعتقه .

ولنا ان هذا لا يمنع قتله واذهاب نفسه وولائه فلان لا يمنع تملكه أولى ولان المملوك الذي لم يعتقه سيده يثبت الملك فيه للغانمين إذا لم يعرف مالكة بعينه ويثبت فيه إذا قسم قبل العلم بمالكة والملك أكد من الولاء فلان يثبت مع الولاء وحده أولى فعلى هذا لو كان المدير ذمياً فلحق بدار الحرب ثم مات سيده أو أعتقه ثم قدر عليه المسلمون فسبوه ملكوه وقسموه ، وعلى قول القاضي وقول الشافعي لا يملكوه فان كان سيده ذمياً جاز استرقاقه في قول القاضي ولاصحاب الشافعي في استرقاقه وجهان : (أحدهما) يجوز وهذا حجة عليهم لان عصمة مال الذي كصمة مال المسلم بدليل قطع سارقه سواء كان مسلماً أو ذمياً ووجوب ضمانه وتحرير ماله إذا أخذه الكفار ثم قدر عليه المسلمون

﴿ مسألة ﴾ قال (وله بيعه في الدين)

ظاهر كلام الخرقى انه لا يباع في الدين وقد أوما إليه احمد وقال مالك لا يباع الا في دين يغلب رقة العبد فاذا كان العبد يساوي الف الفسكان عليه خمسمائة لم يبع العبد وروي عن أحمد انه قال انا ارى بيع المدبر في الدين، واذا كان فقيراً لا يملك شيئاً رأيت ان أبيع له لان النبي ﷺ قد باع المدبر لما علم ان صاحبه لا يملك شيئاً غيره، باعه النبي ﷺ لما علم حاجته وهذا قول اسحاق وأبي أيوب وأبي خيثمة وقالوا ان باعه من غير حاجة أجزناه ونقل جماعة عن احمد جواز بيع المدبر مطلقاً في الدين وغيره مع الحاجة وعدمها قال اسماعيل بن سعيد سألت احمد عن بيع المدبر اذا كان بالرجل حاجة الى ثمنه قال له ان يبيعه محتاجاً كان إلى ذلك او غير محتاج وهذا هو الصحيح

وروي مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبدالعزيز وطاوس ومجاهد وهو قول الشافعي وكره بيعه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وابن سيرين والزهري والثوري والاوزاعي والحسن ابن صالح وأصحاب الرأي ومالك لان ابن عمر رضي الله عنهما روى ان النبي ﷺ قال « لا يباع المدبر ولا يشتري » ولانه استحق العتق بموت سيده اشبه ام الولد

فادركه صاحبه قبل قسمه قال القاضي الفرق بينهما أن سيده ههنا لو لحق بدار الحرب جاز تملكه فجاز تملك عتيقه بخلاف المسلم قلنا انما جاز استرقاق سيده لزوال عصمته وذهاب عاصمه وهو ذمته وعهده واما إذا ارتد مدبره فان عصمة ولانه ثابتة بعصمة من له ولاؤه وهو والمسلم في ذلك سواء فاذا جاز ابطال احدهما جاز في الآخر مثله

(فصل) فان ارتد سيد المدبر فذكر القاضي ان المذهب أنه يكون موقوفاً فان عاد الى الاسلام فالتدبير باق بحاله والا تبينا ان ملكه لم يزل وان قتل او مات على رده لم يعتق المدبر لانا تبينا أن ملكه زال برده وقال أبو بكر قياس قول أبي عبدالله أن تدبيره يبطل بالردة فان عاد الى الاسلام استأنف التدبير وقال الشافعي التدبير باق ويعتق بموت سيده لان تدبيره سبق رده فهو كبيعته وهبته قبل ارتداده وهذا ينبني على القول في مال المرتد هل هو باق على ملكه أو قد زال برده، وسيد كرفي باب المرتد، فاما ان دبر في حال رده فتدبيره مراعى، ان عاد الى الاسلام تبينا ان تدبيره وقع صحيحاً وان قتل أو مات تبينا أنه وقع باطلاً ولم يعتق المدبر، وقال ابن أبي موسى تدبيره باطل وهو قول أبي بكر لان المال يزول بالردة وإذا أسلم رد اليه تملكه مستأنفاً

﴿ مسألة ﴾ (وله بيع المدبر وهبته وان عاد اليه عاد التدبير وعنه لا يباع إلا في الدين وعنه لا يتباع الامة خاصة)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في بيع المدبر فتقل عنه جماعة جواز بيعه مطلقاً في الدين

ولنا ما روى جابر رضي الله عنه أن رجلا اعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ « من يشتريه مني ؟ » فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها اليه وقال « أنت أحوج منه » متفق عليه قال جابر عبد قبطي مات عام أول في أمارة بن الزبير وقال أبو اسحاق الجوزجاني صحت أحاديث بيع المدبر باستقامة الطرق والخبر إذا ثبت استغني به عن غيره من رأي الناس ولأنه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر ولأنه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع في الحياة كالوصية قال أحمد هم يقولون من قال غلامي حر رأس الشهر فله يبيعه قبل رأس الشهر وان قال غدا فله يبيعه اليوم وان قال إذا مت قال لا يبيعه فالموت أكثر من الاجل ليس هذا قياساً ان جاز ان يبيعه قبل رأس الشهر فله ان يبيعه قبل مجيء الموت وهم يقولون في من قال ان مت من مرضي هذا فعبدني حر ثم لم يمت من مرضه ذلك فليس بشيء وان قال ان مت فهو حر لا يباع هذا متناقض إما اصله الوصية من ائثلث فله ان يغير وصيته ما دام حيا فأما خبرهم فلم يصح عن النبي ﷺ انما هو من قول ابن عمر وقال الطحاوي هو عن ابن عمر وليس بمسند عن النبي ﷺ ويحتمل انه اراد بعد الموت او على الاستحباب امام الولد فان عتقها يثبت بغير اختيار سيدها وليس بتبرع ويكون من جميع المال ولا يمكن ابطاله بحال والتدبير بخلافه ، ووجه قول الخري أن النبي ﷺ إنما باع المدبر عند الحاجة فلا يتجاوز به موضع الحاجة

وغيره مع الحاجة وعدمها قال اسماعيل بن سعد سألت أحمد عن بيع المدبر إذا كان بالرجل حاجة الى ثمنه فقال له أن يبيعه محتاجا كان أو غير محتاج قال شيخنا وهذا هو الصحيح . وروي مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبدالعزيز وطاوس ومجاهد وهو قول الشافعي وكره يبيعه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وابن سيرين والزهري واشوري والاوزاعي وأصحاب الرأي ومالك لان ابن عمر روى ان النبي ﷺ قال « لا يباع المدبر ولا يشتري » ولأنه استحق العتق بموت سيده أشبه ام الولد

? ولنا ما روى جابر ان رجلا اعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله ﷺ « من يشتريه مني ؟ » فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها اليه وقال « أنت أحوج منه » متفق عليه قال جابر عبد قبطي مات عام أول في أمارة بن الزبير قال أبو اسحاق الجوزجاني صحت أحاديث بيع المدبر استقامة الطرق والخبر إذا ثبت استغني به عن غيره من رأي الناس ولأنه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر ولأنه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع في الحياة كالوصية قال أحمد هم يقولون من قال غلامي حر رأس الشهر فله يبيعه قبل رأس الشهر فان قال غدا فله يبيعه اليوم وان قال إذا مت قال لا يبيعه فالموت أكثر من الاجل ليس هذا قياساً ان جاز ان يبيعه قبل رأس الشهر فله ان يبيعه قبل مجيء الموت وهم يقولون في من قال ان مت

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولا تباع المدبرة في الدين الا في احدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله والرواية الاخرى الامة كالمبد)

لا نعلم هذا التفريق بين المدبرة والمدبر عن غير امامنا رحمه الله وانما احتاط في رواية المنع من بيعها لان فيه اباحة فرجها وتسليط مشتريها على وطئها مع وقوع الخلاف في بيعها وحلم افكره الاقدام على ذلك مع الاختلاف فيه والظاهر ان هذا المنع منه كان على سبيل الورع لا على التحريم البات فانه انما قال لا يعجبني بيعها والصحيح جواز بيعها فان عائشة باعت مدبرة لها سحرتها ولان المدبرة في معنى المدبر فا ثبت فيه ثبت فيها

﴿ مسئلة ﴾ قال (فان اشتراه بعد ذلك رجع في التدبير)

وجملة ذلك ان السيد اذا دبر عبده ثم باعه ثم اشتراه عاد تدبيره لانه علق عقده بصفة فاذا باعه ثم اشتراه عادت الصفة كما لو قال انت حر ان دخلت الدار ثم باعه ثم اشتراه وذكر القاضي أن هذا مبني على ان التدبير تعليق بصفة وفيه رواية اخرى انه وصية فتبطل بالبيع ولا تعود لانه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشرائه ومذهب الشافعي مثل هذا الا ان عود الصفة بعد الشراء له فيه قولان والصحيح ما قال الخرقي لان التدبير وجد فيه التعليق بصفة فلا يزول حكم التعليق بوجود معنى الوصية فيه بل هو جامع للامرين وغير ممتنع وجود الحكم بسببين فيثبت حكمها فيه

من مرضي هذا فعبدني حر ثم لم يمت من مرضه ذلك فليس بشيء. فان قال ان مت فهو حر لا يباع هذا متناقض انما اصله الوصية من الثلث فله ان يغير وصيته ما دام حياً فاما خبرهم فلم يصح عن النبي ﷺ انما هو من قول ابن عمر قال الطحاوي هو عن ابن عمر وليس بمسند عن رسول الله ﷺ ويحتمل انه أراد بعد الموت أو على الاستحباب ولا يصح قياسه على أم الولد لان عقدها ثبت بغير اختيار سيدها وليس بتبرع ويكون من جميع المال ولا يمكن إبطاله بحال والتدبير بخلافه والهبة كالبيع لانها تملك في الحياة فاشبهت البيع وروي عنه رواية ثانية انه لا يباع إلا في الدين وهو ظاهر كلام الخرقي وقال مالك لا يباع إلا في دين يغلب رقبة العبد فاذا كان العبد يساوي الفاً وكان عليه خمسمائة لم يبع وروي عن أحمد انه قال انا أرى بيع المدبر في الدين وإذا كان فقيراً لا يملك شيئاً رأيت ان أبيعته لان النبي ﷺ باع المدبر لما علم ان صاحبه لا يملك شيئاً غيره ، باعه النبي ﷺ لما علم من حاجته وهذا قول إسحاق وأبي أيوب وأبي خيثمة وقال ان باعه من غير حاجة أجزناه وهذا مثل الرواية الاولى . ووجه قول الخرقي والرواية التي قال أحمد انه يرى بيعه في الدين وإذا كان صاحبه فقيراً لا يملك غيره حديث جابر المذكور فان النبي ﷺ انما باع المدبر عند الحاجة فلا يتجاوز به موضع الحاجة وعن أحمد رواية رابعة ان الامة لا تباع خاصة قال شيخنا لا نعلم هذا

﴿مسئلة﴾ قل (ولو دبره ثم قال قد رجعت في تدبيره او قد ابطته لم يبطل لانه علق العتق بصفة فلا يبطل كما لو قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر واثانية يبطل لانه جعل له نفسه بعد موته فكان ذلك وصية فجاز الرجوع فيه بالقول كما او وصى له بعد آخر وهذا قول الشافعي القديم وقوله الجديد كالرواية الاولى وهو الصحيح لانه تعليق للعتق بصفة ولا يصح القول بانه وصية به لنفسه لانه لا يملك نفسه وانما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق ولهذا لا تقف الحرية على قبوله ولا اختياره وتنجز عقيب الموت كتجزها عقيب سائر الشروط ولانه غير ممتنع أن يجمع الامرين فثبت فيه حكم التعليق في امتناع الرجوع ويجتمعان في حصول العتق بالموت

(فصل) اذا قال السيد لم دبره اذا اديت إلى ورثتي كذا فانت حر فهو رجوع عن التدبير وينبغي على الروايتين ان قلنا له الرجوع بالقول فظاهره انه بطل التدبير ههنا وان قلنا ليس له الرجوع لم يؤثر القول شيئاً وان دبره كله ثم رجع في نصفه صح اذا قلنا له الرجوع في جميعه لانه لما صح أن يدبر نصفه ابتداء صح أن يرجع في تدبير نصفه وان غير التدبير فكان مطلقاً فجعله مقيداً صار مقيداً

التفريق بين الدبر والمدبرة عن غير امان رحم الله وانما احتاط في رواية المنع من بيعها لان فيه اباحة فرجها وتسلط مشتريها على وطئها مع الخلاف في بيعها وحائفاً كره الاقدام على ذلك مع الاختلاف فيه والظاهر ان المنع منه كان على سبيل الورع لاعلى التحريم فانه انما قال لا يعجبني بيعها والصحيح جواز بيعها فان عائشة باعت مدبرة لها سحرتها ولان المدبرة في معنى المدبر فثبت فيه ثبت فيها

﴿مسئلة﴾ (وان عاد اليه عاد التدبير)

لانه علق عتقه بصفة فاذا باعه ثم عاد اليه عادت الصفة كما لو قال انت حر ان دخلت الدار فباعه ثم اشتراه وذكرك انقاضي ان هذا مبني على ان التدبير تعليق بصفة وفيه رواية أخرى أنه وصية فيبطل بالبيع ولا يعود لانه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشرائه وهذا مذهب الشافعي إلا ان عود الصفة بعد الشراء له فيه قولان والصحيح ان الصفة تعود بعوده الى ماله لان التدبير وجد فيه التعليق بصفة فلا يزول حكم التعليق بوجود معنى الوصية فيه بل هو جامع لامرين وغير ممتنع وجود الحكم بسببين فيثبت حكمهما فيه

﴿مسئلة﴾ (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فهو بمنزلتها ولا يتبعها ولدها من قبل التدبير) وجملة ذلك ان الولد الحادث من المدبرة بعد تدبيرها لا يخلو من حالين (أحدهما) ان يكون موجوداً حال تدبيرها ويعلم ذلك بان تأتي به لاقل من ستة أشهر من حين التدبير فهذا يدخل معها في

ان قلنا بصحة الرجوع في التدبير والا فلا ، وان كان مقيداً فاطلقة صح على كل حال لانه زيادة فلا يمنع منها واذا دبر الاخرس وكانت اشارته أو كتابته معلومة صح تدبيره ويصح رجوعه ان قلنا بصحة الرجوع في التدبير لان اشارته وكتابته تقوم مقام نطق الناطق في أحكامه وان دبر وهو ناطق ثم صار أخرس صح رجوعه باشارته المعلومة أو كتابته أو كتابته ، وان لم تفهم اشارته فلا عبرة بها لانه لا يعلم رجوعه

(فصل) واذا رهن المدبر لم يبطل تدبيره لانه تعليق للعتق بصفة فان مات السيد وهو رهن عتق وأخذ من تركة سيده قيمته فتكون رهناً مكانه لان عتقه بسبب من جهة سيده فاشبهه مالو باشره بالعتق ناجزاً

(فصل) وإن ارتد المدبر ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره لان ملك سيده باق عليه ويصح تصرفه فيه بالعتق والهبة والبيع ان كان مقدوراً عليه فان سباه المسلمون لم يملكوه لانه مملوك لمعصوم ويرد لى سيده ان علم به قبل قسمه ويستتاب فان تاب والا قتل وان لم يعلم به حتى قسم لم يرد الى سيده في إحدى الروايتين

(والاخرى) ان اختار سيده أخذه الثمن الذي حسب به على أخذه أخذه وان لم يختر أخذه بطل تدبيره ومضى عاد الى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره وان لم يمد الى سيده بطل تدبيره كما لو بيع وكان

التدبير بنير خلاف نعلمه لانه كمعضو من أعضائها فان بطل التدبير في الام ببيع أو موت أو رجوع بالقول لم يبطل في الولد لانه ثبت أصلاً (الحل الثاني) ان تحمل به بعد التدبير فهذا يتبع أمه في التدبير ويكون حكمه حكمها في العتق بموت سيدها في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب والحسن واقاسم ومجاهد والشعبي والنخعي وعمر بن عبدالعزيز والزهري ومالك والثوري والحسن ابن صالح وأصحاب الرأي وذكر القاضي أن حنبلاً نقل عن أحمد أن ولد المدبرة عبد اذا لم يشرط المولى قال فظاهر هذا أنه لا يتبعها ولا يعتق بموت سيدها وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وللشافعي قولان كاللذهبين (أحدهما) لا يتبعها وهو اختيار الزني لان عتقها يتعلق بصفة ثبت بقول المعتق وحده فاشبهت من عاق عتقها بدخول الدار قال جابر بن زيد إنما هو بمنزلة الحائض تصدقت به إذ امت فان ثمرته لك ما عشت ولان التدبير وصية وولد الوصى بها قبل الموت لسيدها

ولنا ما روي عن عمر وابن عمر وجابر أنهم قاوا ولد المدبرة بمنزلتها ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفاً فكان إجماعاً ولان الام استحقت الحرية بموت سيدها فيتبعها ولدها كام الولد ويفارق التعليق بصفة في الحياة والوصية لان التدبير آكد من كل واحد منهما لانه اجتمع فيه الاحرار وما وجد فيه سببان آكد مما وجد فيه أحدهما ولذلك لا يبطل بالموت ولا بالرجوع عنه فعلى هذا ان بطل التدبير في الام لمعنى اختص بها من بيع أو موت أو رجوع لم يبطل في ولدها ويعتق بموت سيدها كما لو كانت

رقيقاً لمن هو في يده وان مات سيده قبل سيده عتق فان سبي بعد هذا لم يرد الى ورثة سيده لان ملكه زال عنه بجزية فصار كاحرار دار الحرب ولكن يستتاب فان تاب وأسلم صار رقيقاً يقسم بين الغانمين وان لم يتب قتل ولم يجز استرقاقه لانه لا يجوز اقراره على كفره . وقال القاضي لا يجوز استرقاقه اذا أسلم وهو قول الشافعي لان في استرقاقه ابطال ولاء المسلم الذي أعتقه

ولنا ان هذا لا يمنع قتله واذهاب نفسه وولائه فلا أن لا يمنع تملكه أولى ولان المملوك الذي لم يعتقه سيده يثبت الملك فيه للغانمين اذا لم يعرف مالكه بعينه ويثبت فيه اذا قسم قبل العلم بمالكه والملك أكد من الولاة فلا أن يثبت مع الولاة وحده أولى

فعلى هذا لو كان المدبر ذمياً فلحق بدار الحرب ثم مات سيده أو أعتقه ثم قدر عليه المسلمون فسبوه ما كوه وقسموه . وعلى قول القاضي ومذهب الشافعي لا يملكونه فان كان سيده ذمياً جاز استرقاقه في قول القاضي ولاصحاب الشافعي في استرقاقه وجهان

(أحدهما) يجوز وهذا حجة عليهم لان عصمة مال الذمي كعصمة مال المسلم بدليل قطع سارقه سواء كان مسلماً أو ذمياً ووجوب ضمانه وتحريم تملك ماله اذا أخذ الكفار ثم قدر عليه المسلمون فأدرکه صاحبه قبل اتسمة

وقل القاضي الفرق بينهما أن سيده هبنا لو لحق بدار الحرب جاز تملكه فجاز تملك عتقه بخلاف

أمه باقية على التدبير فان لم يتسع الثلث لها جميعاً أقرع بينهم فإيهما خرجت القرعة له عتق ان احتمله الثلث والا عتق منه بقدر الثلث وان فضل من الثلث بعد عتقه شيء كمل من الآخر كما لو دبر عبد أو أمة معاً فاما الولد الذي وجد قبل التدبير فلا يتبعه لانه لا يتبع في العتق المنجز ولا في حكم الاستيلاء ولا في الكتابة فان لا يتبع في التدبير أولى قل الميموني قات لاحد ما كان من ولد المدبرة قبل ان تدبر قال لا يتبعها من ولدها ما كان قبل ذلك انما يتبعها ما كان بعد ما دبرت وذکر أبو الخطاب رواية أخرى أنه يتبعها في التدبير كما الموجود بعده لان حنبلا قل سمعت عمي يقول في الرجل يدبر الجارية ولها ولد قل ولدها معها قال شيخنا وهذا بعيد والظاهر ان أحمد انما أراد ولدها بعد التدبير على ما صرح به في غير هذه الرواية فان ولدها لا يتبعها في شيء من الاسباب التي تنقل الملك في الرقبة من البيع والهبة والوقف ولا يتبعها في الاستيلاء الذي هو أكد من التدبير فان لا يتبعها في التدبير أولى (فصل) فاما ولد المدبر فخكه حكمه حكم امه بغير خلاف علمناه وهو قول ابن عمر وعطاء والزهرى والاوزاعي والليث لان الولد يتبع الام في الرق والخرية فان تسرى المدبر باذن سيده فولد له فروى عن أحمد أنهم يتبعونه في التدبير وروي ذلك عن مالك وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لان اباحة التسري تبى على ثبوت الملك وولد الحر من امته يتبعه في الخرية دون امه كذلك ولد المدبر

المسلم قلنا إنما جاز استرقاق سيده، لزوال عصمته وذهاب عاصمه، وهو ذمته وعهده وأما إذا ارتد مدبره فان عصمة ولأئه ثابتة بعصمة من له ولأؤه وهو والمسلم في ذلك سواء فإذا جاز ابطال ولأئه أحدهما جاز في الآخر مثله

(فصل) فان ارتد سيد المدبر فذكر القاضي أن المذهب انه يكون موقوفاً فان عاد إلى الاسلام فالتدبير باق بحاله لانا تبيننا أن ملكه لم يزل وإن قتل أو مات على رده لم يعتق المدبر لانا تبيننا أن ملكه زال برده

وقال أبو بكر قياس قول أبي عبد الله أن تدبيره يبطل بالردة فان عاد إلى الاسلام استأنف التدبير وقال الشافعي التدبير باق ويعتق بموت سيده لأن تدبيره سبق رده فهو كبيعته وهبته قبل ارتداده وهذا ينبغي على القول في مال المرتد هل هو باق على ملكه أو قد زال برده؟ وقد ذكر في باب المرتد فأما إن دبر في حال رده فتدبيره مراعى فان عاد إلى الاسلام تبيننا أن تدبيره وقع صحيحاً وإن قتل أو مات على رده تبيننا انه وقع باطلاً ولم يعتق المدبر

وقال ابن أبي موسى تدبيره باطل وهذا قول أبي بكر لأن الملك عنده يزول بالردة وإذا أسلم رد إليه تملكاً مستأنفاً

امته يتبعه دونها ولأنه ولد من يستحق الحرية من امته فيدبمه في ذلك كولد المكاتب من امته (فصل) وإذا ولدت المدبرة فرجع في تدبيرها وقلنا بصحة الرجوع لم يتبعها ولدها لأن الولد المنفصل لا يتبع في الحرية ولا في التدبير ففي الرجوع أولى فإن رجع في تدبيرها جاز كما لو دبرها وابنه المنفصل وان دبرها جاهلاً ثم رجع في تدبيرها حل حملها لم يتبعها الوالد في الرجوع لأن التدبير اعتق والاعتاق مبني على التغليب والسراية والرجوع عنه بعكس ذلك فلم يتبع الولد فيه وهذا كما لو ولده أو مان فافر بأحدهما لحقاه جميعاً وان نفى أحدهما لم ينتف الآخر وان رجع في أحدهما دون الآخر جاز وان دبر الولد دون امه أو الام دون ولدها جاز لأنه يجوز أن يعتق كل واحد منهما دون صاحبه فيؤازر أن يدبر أحدهما دون صاحبه أولى ولأنه تعليق العتق بصفة فجاز في أحدهما دون الآخر كالتعليق بدخول الدار وان دبر امته ثم قال ان دخلت الدار فقد رجعت في تدبيره لم يصح لأن الرجوع لا يصح تعليقه بصفة وان قال كلما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره لم يصح لذلك

(فصل) إذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها في ولدها فقالت ولدتهم بعد تدبيره فعتقوا معي وقال الورثة بل ولدتهم قبل تدبيرك فهم مملوكون لنا فالقول قول الورثة مع ايمانهم لأن الاصل بقاء رقهم وانتفاء الحرية عنهم فإذا لم تكن بينة فالقول قول من يوافق قوله الاصل

(فصل) وكسب المدبر في حياة سيده لسيدة له أخذه منه لأن التدبير لا يخرج عن شبهه بالوصية بالعتق أو بالتعاقب له على صفة أو بالاستيلاء وكل هؤلاء كسبهم لسيدهم فكذلك المدبر فان اختلف

﴿مسئلة﴾ قال (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فولدها بمنزلتها)

وجماته أن الولد الحادث من المدبرة بعد تدبيرها لا يخلو من حالين (أحدها) أن يكون موجوداً حال تدبيرها ويعلم ذلك بان تأتي به لاقول من ستة أشهر من حين التدبير فهذا يدخل معها في التدبير بلا خلاف نعلمه لانه بمنزلة عضو من أعضائها فان بعث التدبير في الام ابيع أو موت أو رجوع بالقول لم يبطل في الولد لانه ثبت فيه أصلاً (الحال الثاني) ان تحمل به بعد التدبير فهذا يتبع أمه في التدبير ويكون حكمه كحكمها في العتق بموت سيدها في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والقاسم ومجاهد والشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك واثوري والحسن بن صالح وأصحاب الرأي

وذكر القاضي أن حنبلاً نقل عن أحمد أن ولد المدبرة عبد اذا لم يشترط المولى قال فظاهر هذا انه لا يتبعها ولا يعتق بموت سيدها وهذا قول جابر بن زيد وعطاء والشافعي قولان كأنه بين (أحدهما) لا يتبعها وهو اختيار المزني لان عتقها معلق بصفة تثبت بقول المعتق وحده فأشبهت من علق عتقها بدخول الدارقل جابر بن زيد انما هو بمنزلة الحائط تصدقت به اذا مات فان ثمرته لك ما عشت ولان التدبير وصية وولد الموصى بها قبل الموت لسيدها

هو وورثة سيده فما بيده بعد عتقه فقال كسبته بعد حرיתי وقالوا بل قبلها فالقول قوله لانه في يده ولم يثبت ملكهم عليه بخلاف الولد فانه كان رقيقاً لهم فان أقام كبل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الورثة عند من يرى تقديم بينة الخارج وبينة المدبر عند من يقدم بينة الداخل فان أقر المدبر أن ذلك كان في يده في حياة سيده ثم تجدد ملكه عليه بعد موته فالقول قول الوارث لان الاصل معهم وان اقام المدبر بينة بدعواه قبلت وتقدم على بينة الورثة ان كانت لهم بينة لان بينته تشهد بزيادة وان لم يقر المدبر بانه كان له في حياة سيده فاقام الورثة بينة به فهل تسمع بينتهم؟ على وجهين

﴿مسئلة﴾ (وله إصابة مدبرته فان أولدها بطل تدبيرها).

يباح وطء أمته المدبرة ، وقد روي عن ابن عمر انه دبر اميتين وكان يطؤها ومن رأى ذلك ابن عباس وسعيد بن المسيب وعطاء والنخعي واثوري ومالك والليث والاوزاعي والشافعي قال أحمد لأعلم أحداً كره ذلك غير الزهري وحكي عن الأوزاعي انه كان يقول ان كان يطؤها قبل تدبيرها فلا بأس بوطئها بعده وان كان لا يطؤها قبله لم يطأها بعد التدبير .

ولنا أنها مملوكته لم تشتت نفسها منه فخل له وطؤها لقول الله تعالى (أوما ملكت أيانهم فانهم غير ملومين) وقياساً على أم الولد.

ولنا ماروي عن عمر وابن عمر وجابر أنهم قالوا ولد المدبرة بمنزلتها ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفاً فكان اجماعاً ، ولان الام استحققت الحرية بموت سيدها فيتبعها ولدها كام الولد ويفارق التعاقب بصفة في الحياة والوصية من جهة أن التدبير أكد من كل واحد منهما لانه اجتمع فيه الامران وما وجد فيه سببان أكد مما وجد فيه أحدهما وكذلك لا تبطل بالموت ولا بالرجوع عنه فعلى هذا إن بطل التدبير في الام لمعنى اختص بها من بيع أو موت أو رجوع لم يبطل في ولدها ويعتق بموت سيدها كما لو كانت أمه باقية على التدبير فان لم يتسع الثلث لهما جميعاً أفرغ بينهما فأيهما وقعت القرعة عليه عتق ان احتمله الثلث والاعتق منه بقدر الثلث وإن فضل من الثلث بعد عتقه شيء كمل من الآخر كما لو دبر عبداً وأمة معاً وأما الولد الذي وجد قبل التدبير فلا نعلم خلافاً في انه لا يتبعها لانه لا يتبع في العتق المنجز ولا في حكم الاستيلاء ولا في الكتابة فلان لا يتبع في التدبير أولى قال الميموني قلت لاحمد ما كان من ولد المدبرة قبل أن تدبر يتبعها قال لا يتبعها من ولدها ما كان قبل ذلك انما يتبعها ما كان بعد مادبرت

وقال حنبل سمعت عبي يقول في الرجل يدبر الجارية ولها ولد؟ قال ولدها معها ، وجعل ابو الخطاب هذه رواية في أن ولدها قبل التدبير يتبعها وهذا بعيد والظاهر ان احمد لم يرد أن ولدها قبل التدبير معها وانما أراد ولدها بعد التدبير على ما صرح به في غير هذه الرواية فان ولدها الموجود

(فصل) وابنة المدبرة مثلها في حل وطؤها ان لم يكن وطىء أمها وعنه ليس له وطؤها لان حق الحرية ثبت لها تبعاً أشبه ولد المكاتبه . ولنا ان ملك سيدها تام فيها فحل له وطؤها للآية وكأما واستحقاقها الحرية لا تزيد على استحقاق أمها ولم يمنع ذلك وطؤها وأما ولد المكاتبه فألحقت بأمها وأمها يحرم وطؤها فكذلك ابنتها وأم هذه يحل وطؤها فيجب إلحاقها بها وكلام احمد محمول على انه وطىء أمها .

(فصل) فان اولدها بطل تدبيرها لان مقتضى التدبير العتق من الثلث بعد الموت والاستيلاء يقتضي ذلك مع تأكده وقوته فانها تعتق من رأس المال وان لم يملك غيرها ولا يمنع الدين عتقها فوجب ان يبطل به التدبير كملك الرقبة اذا طرأ على ملك النكاح ابطاله .
 ﴿مسئلة﴾ (وان كاتب المدبر أو دبر المكاتب جاز) .

اما تدبير المكاتب فهو صحيح ، لانعلم فيه خلافاً لانه تعليق لعتقه بصفة وهو يملك اعتاقه فملك التعليق وان كان وصية فهو وصية بما ملك وهو الاعتاق وتصح كتابة المدبر ، نص عليه احمد وهو قول ابن مسعود وأبي هريرة والحسن وانفط حديث أبي هريرة عن مجاهد قال دبرت امرأة من قريش خادماً لها ثم أرادت ان تكاتبه قل فكنت الرسول إلى أبي هريرة فقال كاتبه فان أدى كتابته فذلك وان حدث بك حدث عتق وأراه قال ما كان عليه له ، ولان التدبير ان كان عتقا بصفة

لا يدها في عتق ولا كتابة ولا استيلاء ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شيء من الاسباب الناقلة للملك في الرقبة

(فصل) فان علق عتق أمته بصفة نظرنا فان كانت حاملا حين التعليق تبعها فيه لانه كعضو من أعضائها وإن كانت حاملا حين وجود الصفة عتق معها لذلك وإن حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفة لم يتبعها في الصفة ولم يعتق بوجودها ، وفيه وجه آخر انه يعتق بها ويتبع أمه في ذلك ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، وجه اتباعه ايها أنها استنحت الحرية فتبعها ولها كالمدررة

وانما انه يملكها ملكا كاملا ويباح له التصرف في رقبتها بأنواع التصرفات بغير خلاف فليعتق ولها بعنتها كالوصى بعنتها أو الموكل فيه وتفارق المدررة فان التدبير أكد لما ذكرنا ولهذا اختلف في جواز بيعها والتصرف فيها

(فصل) فأما ولد المدبر فحكمه حكم أمه لا نعلم فيه خلافاً وهذا قول ابن عمر وعطاء والزهري والاوزاعي والليث وذلك لان الولد يتبع الام في الرق والحرية وان تسرى باذن سيده فولد له أولاد فروي عن أحمد انهم يتبعونه في التدبير

وروي ذلك عن مالك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان اباحة التسري تنبني على

لم يمنع الكتابة كالذي علق عتقه بدخول الدار وإن كان وصية لم يمنعها كما لو وصى بعنته ثم كاتبه ولان التدبير والكتابة سببان للعتق فلم يمنع احدهما الآخر كتدبير المكاتب ، وذكر القاضي أن التدبير يبطل بالكتابة اذا قلنا هو وصية كما لو وصى به لرجل ثم كاتبه وهذا يخالف ظاهر كلام احمد وهو غير صحيح في نفسه، ويفارق التدبير الوصية به لرجل، لان مقصود الكتابة والتدبير لا يتنافيان إذ كان المقصود منهما جميعاً العتق فاذا اجتمعا كانا أكد لحصوله فانه متى فات عتقه باحدهما حصل بالأخر وأيهما وجد قبل صاحبه حصل العتق به ومقصود الوصية به والكتابة يتنافيان لان الكتابة تراد للعتق والوصية تراد لحصول الملك فيه للوصى له ولا يجتمعان .

﴿مسئلة﴾ (فان أدى عتق بالكتابة وبطل التدبير وان مات سيده قبل الاداء عتق ان حمل الثلث ما بقي من كتابة وبطلت الكتابة وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق منه وكان على الكتابة فيما بقي .

(فصل) ومتى عتق بالتدبير كان مافي يده لسيده لانه كان له قبل العتق فيكون له بعد العتق كما لو لم يكن مكاتباً وبطلت الكتابة ذكره أصحابنا ومذهب الشافعي ان مافي يده له إذا لم يكن عجز ، قال شيخنا وعندي انه ينبغي ان يعتق ويتبعه ولده واكسابه لان السيد لا يملك ابطال كتابته لكونها عقداً لازماً من جهة، وإنما يملك اسقاط حقه عليه فأما ما يستحقه المكاتب من أولاده واكسابه

ثبوت الملك وولد الحر من أمته يتبعه في الحرية دونها كذلك ولد المدبر من أمته يتبعه دونها ولأنه ولد من يستحق الحرية من أمته فيتبعه في ذلك كولد المكاتب من امته
 (فصل) واذا ولدت المدبرة فرجع في تدبيرها وقلنا بصحة الرجوع لم يتبعها ولدها لان الولد المنفصل لا يتبع في الحرية ولا في التدبير ففي الرجوع اولى وان رجع في تدبيره وحده جاز لانه اذا جاز الرجوع في الام المباشرة بالتدبير ففي غيرها اولى وان رجع في تدبيرها جاز كما لو دبرها وابنها المنفصل وان دبرها حاملة ثم رجع في تدبيرها حال حملها لم يتبعها الولد في الرجوع لان التدبير اعتاق والاعتاق مبني على التغليب والسراية والرجوع عنه بعكس ذلك فلم يتبع الولد فيه وهذا كما لو ولد له توأمان فافر باحدهما لزماناً جميعاً وان نفى احدهما لم ينتف الآخر وان رجع فيها جميعاً جاز وان رجع في احدهما دون الآخر جاز وان دبر الولد دون أمه أو الام دون ولدها جاز لانه يجوز أن يعتق كل واحد منهما دون صاحبه فجواز ان يدبر احدهما دون صاحبه اولى ولانه تعليق العتق بصفة فجاز في احدهما دون الآخر كالتعليق بدخول الدار وان دبر أمته ثم قال ان دخلت الدار فقد رجعت في تدبيره لم يصح لان الرجوع لا يصح تعليقه بصفة وان قال كما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره لم يصح لذلك .

فلا يتمكن السيد من أخذه ويصير كما لو ابرأه من مال الكتابة ويحتمل ان يريد بالبطان زوال العقد دون سقوط احكامه .

﴿مسئلة﴾ (واذا دبر شركا له في عبد لم يسر الى نصيب شريكه وان اعتق شريكه سرى إلى المدبر وغرم قيمته لسيدة ويحتمل أن يسري في الاول دون الثاني) .

وجملة ذلك انه اذا دبر أحد الشريكين نصيبه لم يسر التدبير إلى نصيب شريكه موسراً كان أو معسراً، وذكر ابو الخطاب وجهاً انه يسري تدبيره اذا كان موسراً ويقوم عليه نصيب شريكه، وهو قول أبي حنيفة، لانه استحق العتق بموت سيده فسرى ذلك فيه كالاستيلاء وللشافعي قولان كالمذهبين .

ولنا انه تعليق للعتق بصفة فلم يسر كتعليقه بدخول الدار ويفارق الاستيلاء فانه أكد ولهذا يعتق من جميع المال ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلادها والمدبر بخلاف ذلك فعلى هذا ان مات المدبر عتق نصيبه ان خرج من الثلث وهل يسري الى نصيب شريكه ان كان موسراً فيه روايتان ذكرناهما في كتاب العتق فان اعتق الشريك نصيبه قبل موت السيد وهو موسر عتق وسرى الى نصيب المدبر، وذكر القاضي وابو الخطاب في وجهين وللشافعي فيها قولان. (أحدهما) كقولنا (والثاني) لا يسري عتقه وهو قول أبي حنيفة، لان في المدبر قد انعقد سبب الولاء على العبد فلم يكن للأخر ابطاله .

(فصل) وإذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها في ولدها فقالت ولدتهم بعد تدبيرى فعتقوا معى وقال الورثة بل ولدتهم قبل تدبيرك فهم مملوكون لنا فالقول قول الورثة مع أيمانهم لأن الأصل بقاء رقهم وانتفاء الحرية عنهم فإذا لم تكن بينة فالقول قول من يوافق قوله الأصل (فصل) وكسب المدبر في حياة سيده لسيدة وله أخذه منه لان التدبير لا يخرج عن شبهة بالوصية بالعتق او بالتعليق له على صفة أو بالاستيلاء وكل هؤلاء كسبهم لسيدهم فكذلك المدبر فان اختلف هو وورثة سيده فيما في يده بعد عتقه فقال كسبته بعد حريرى وقالوا بل قبل ذلك فالقول قوله لانه

ولنا حديث ابن عمر الذي ذكرناه في سراية العتق الى نصيب الشريك اذا كان موسراً ولانه اذا سرى الى ابطال الملك الذي هو آكد من الولاة فالولاة أولى وما ذكره لأصل له ويبطل بما اذا علق عتق نصيبه بصفة .

(فصل) اذا دبر كل واحد من الشريكين نصيبه فمات اجدهما عتق نصيبه وبقي نصيب الآخر على التدبير ان لم يف ثلثه بقيمة حصة شريكه وان كان يفي به فهل يسرى ؟ على روايتين ذكرناهما وإن قال كل واحد منها إذا متنا فأنت حر فقال ابو بكر قال احمد إذا مات أحدهما فنصيبه حر فظاهر هذا أن احمد جعل هذا اللفظ تدبيراً من كل واحد منها لنصيبه ومعناه اذا مات كل واحد منا فنصيبه حر فانه قابل الجملة بالجملة فينصرف إلى مقابلة البعض ببعض كقوله ركب الناس دوابهم ولبسوا ثيابهم وأخذوا رماحهم يريد لبس كل انسان ثوبه وركب دابته وكذلك لو قال اعتقوا عبيدكم كان معناه أعتق كل واحد عبده ، وقال القاضي هذا تعليق للحرية بمرتها جميعاً وإنما قال أحمد يعتق نصيبه بناء على ان وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها قال شيخنا ولا يصح هذا لانه لو كانت هذه العلة لعتق العبد كله لوجود بعض صفة كل منهما وسنين هذا القول بما نذكر من بعد، ومقتضى قول القاضي أن لا يعتق شيء منه قبل موتها جميعاً، فإن قال كل واحد منهما اردت ان العبد حر بعد آخرنا موتاً انبنى هذا على تعليق الحرية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا الخلاف في ذلك فان قلنا يجوز ذلك عتق بعد موت الآخر منهما عليهما جميعاً، وإن قلنا لا يصح عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير وفي سرايته الى باقيه ان كان ثلثه يحتمل ذلك روايتان ، وان قال كل واحد منهما اذا مت قبل شريكي فنصيبى له فإذا مات فهو حر وان مت بعده فنصيبى حر فقد وصى كل واحد منهما الآخر فإذا مات أحدهما صار العبد كله للآخر فإذا مات عتق كله عليه وصار ولاؤه له كله ان قلنا لا يصح تعليق العتق على صفة بعد الموت وان قلنا يصح عتق عليهما وولاؤه بينهما .

﴿ مسألة ﴾ () وإذا أسلم مدبر الكافر لم يقر في يده وترك في يد عدل ينفق عليه من كسبه وما فضل لسيدة وان أعوز فعليه تمامه الا أن يرجع في التدبير ونقول بصحة رجوعه فيجبر على بيعه وجملة انه اذا أسلم مدبر الكافر أمر بازالة ملكه عنه لئلا يبقى الكافر مالاً كما أسلم كافر

في يده ولم يثبت ملكهم عليه بخلاف الولد فإنه كان رقيقاً لهم فإن أقام كل واحد منهما بيته بدعواه قدمت بيته الورثة عند من يقدم بيته الخارج وبيته المدبر عند من يقدم بيته الداخل وان أقر المدبر ان ذلك كان في يده في حياة سيده ثم تجدد ملكه عليه بعد موته فالتقول قول الوارث لأن الاصل معهم فإن أقام المدبر بيته بدعواه قبلت وتقدم على بيته الورثة ان كانت لهم بيته لان بيته المدبر تشهد بزيادة وان لم يقر المدبر بانه كان في يده في حياة سيده فاقام الورثة بيته به فهل تسمع بيئتهم؟ على وجهين :

(مسئلة) قال (وله اصابة مدبرته)

يعني له وطؤها روي عن ابن عمر أنه دبر أميتين وكان يطؤها وبمن رأى ذلك ابن عباس، وسعيد بن المسيب وعطاء والثوري والنخعي ومالك والاوزاعي والليث والشافعي قال أحمد لا أعلم أحداً كره ذلك غير الزهري وحكي عن الاوزاعي أنه كان يقول ان كان يطؤها قبل تدبيرها فلا بأس بوطئها بعده وان كان لا يطؤها قبله لم يطأها بعد تدبيرها ولنا أنها مملوكته لم تشتت نفسها منه فحل له وطؤها لقول الله تعالى (أو ما ملكت أيمانهم فاتهم غير ملومين) وكام الولد

المدبر اذا قلنا بجواز بيعه ويحتمل ان يترك في يد عدل وينفق عليه من كسبه فان لم يكن له كسب أجبر سيده على الانفاق عليه لانه ماله ، وبه قال ابو حنيفة والشافعي في أحد قوله بناء على أن المدبر لا يجوز بيعه ولان في بيعه ابطال سبب العتق فكان ابقاؤه أصلح كأمر الولد فان قلنا ببيعه فباعه بطل تدبيره وان قلنا يترك في يد عدل فإنه يستنيب من يتولى استماله واكتسابه وينفق عليه من كسبه وما فضل فلسيده وان لم يف كسبه بنفقته فالباقي على سيده وان اتفق هو وسيده على المخارجه جاز وينفق على نفسه مما فضل من كسبه فاذا مات سيده عتق ان خرج من الثلث والا عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقي على الورثة ان كانوا كفاراً وان اسلموا بعد الموت ترك فان رجع سيده في تدبيره ، وقلنا بصحة رجوعه ببيع عليه وان كان المدبر مستأماً فأراد الرجوع به الى دار الحرب ولم يكن اسلم لم يمنع منه ، ان كان قد اسلم منع لاننا نحول بينه وبينه في دار الاسلام فأولى ان يمنع من التمكن منه في دار الحرب .

(مسئلة) (ومن انكر التدبير لم يحكم عليه الا بشاهدين وهل يحكم بشاهد وامرأتين او شاهد

ويمين العبد؟ على روايتين)

اذا ادعى العبد على سيده انه دبره صححت دعواه لانه يدعي استحقاق العتق ويحتمل ان لا تصح الدعوى لان السيد اذا انكر التدبير كان بمنزلة النكار الوصية وانكار الوصية رجوع عنها في احد الوجهين

(فصل) وابنة المدبرة كامها في حل وطئها ان لم يكن وطئ امها وعنه ليس له وطؤها لان حق الحرية ثبت لها تبعاً أشبه ولد المكاتبه .

ولما ان ملك سيدها تام عليها فحل له وطؤها للآية وكامها واستحقاقها للحرية لا يزيد على استحقاق امها ولم يمنع ذلك وطأها . وأما ولد المكاتبه فالحقت بامها وأمها يحرم وطؤها فكذلك ابنتها وأم هذه يحل وطؤها فيجب الحاقها بها وكلام احمد محمول على أنه وطئ أمها فخرمت عليه لذلك .

(مسئلة) قل (ومن أنكر التديير لم يحكم عليه إلا بشاهدين عدلين أو شاهد ، يمين العبد)

وجملته أن العبد إذا ادعى على سيده انه دبره فدعواه صحيحة لانه يدعى استحقاق العتق ويحتمل أن لا تصح الدعوى لان السيد اذا أنكر التديير كان بمنزلة انكار الوصية وانكار الوصية رجوع عنها في أحد الوجهين فيكون انكار التديير رجوعاً عنه والرجوع عنه يبطله في أحد الوجهين فتبطل الدعوى والصحيح أن الدعوى صحيحة لان الصحيح ان الرجوع عن التديير لا يبطله واه ابطله فما ثبت كون الانكار رجوعاً ولو ثبت ذلك فلا يتعين الانكار جواباً للدعوى فانه يجوز أن يكون جوابها اقراراً فاذا ثبت هذا فان السيد ان أقر فلا كلام وان انكر ولم تكن للعبد بينة فالقول قول المنكر مع يمينه

فيكون انكار التديير رجوعاً عنه والرجوع عنه يبطله في إحدى الروايتين والصحيح ان الدعوى صحيحة لان الرجوع عن التديير لا يبطله في الصحيح من المذهب ولو أبطله فما ثبت كون الانكار رجوعاً ولو ثبت ذلك فلا يتعين الانكار جواباً للدعوى فانه يجوز ان يقر إذا ثبت هذا فان أقر السيد فلا كلام وأن انكر ولم تكن للعبد بينة فالقول قول السيد مع يمينه لان الاصل عدمه فان كانت للعبد بينة حكم بها ويقبل فيها شاهدان عدلان بغير خلاف فان لم يكن الا شاهد واحد وقال انا احلف معه أو شاهد وامرأتان لم يحكم له به في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان الثابت به الحرية وكل الاحكام وهذا ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطاع عليه الرجال في غالب الاحوال اشبه النكاح والطلاق

(واثنائية) ثبت بذلك لانه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه فاشبهه المبيع وهذا أجود لان البينة انما تراد لاثبات الحكم على المشهود عليه وهو في حقه ازالة ملكه عن ماله فيثبت بهذا وان حصل به غرض آخر للمشهود له فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البينة ولان العتق مما يشوف اليه وينبني على التغليب والسرارية فينبغي ان يسهل طريق اثباته وان كان الاختلاف بين العبد وورثة السيد بعد موته فهو كما لو كان الاختلاف مع السيد الا ان الدعوى صحيحة بغير خلاف لانهم لا يملكون الرجوع ويمانهم

(المغني والشرح الكبير) [(٤٢) (الجزء الثاني عشر)]

لان الاصل عدمه وان كانت للعبد بينة حكم بها ويقبل فيه شاهدان عدلان بلاخلاف وان لم يكن له الا شاهد واحد وقال أنا أحلف معه أو شاهد وأمر أنان فيه روايتان :

(احدهما) لا يحكم به وهو مذهب الشافعي لان الثابت به التجربة وكال الاحكام وهذا ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فأشبهه النكاح والطلاق (والثانية) يثبت بذلك لانه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه فأشبهه البيع وهذا أجود لان البيعة إنما تراد لاثبات الحكم على المشهود عليه. وهي في حقه إزالة ملكه عن ماله فثبت به هذا وإن حصل به غرض آخر للمشهود له فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البيعة ولان العتق مما يدشوف اليه ويبنى على التغليب والسراية فينبغي أن يسهل طريق اثباته وإن كان الاختلاف بين العبيد وورثة السيد بعد موته فهو كما لو كان الخلاف مع السيد إلا أن الدعوى صحيحة بغير خلاف لانهم لا يملكون الرجوع وأيمانهم على نفي العلم لان الخلاف في فعل موروثهم وأيمانهم على نفي فعله وتجب اليمين على كل واحد من الورثة ومن نكل منهم عتق نصيبه ولم يسر إلى باقيه وكذلك إن أقر لان اعتاقه بفعل الموروث لا بفعل المقر ولا الناكل

على نفي العلم لان الخلاف في فعل موروثهم وأيمانهم على نفي فعله وتجب اليمين على كل واحد من الورثة ومن نكل منهم عتق نصيبه ولم يسر إلى باقيه وكذلك إن أقر لان اعتاقه بفعل الموروث لا بفعل المقر ولا الناكل

(فصل) اذا دبر عبده ومات وله مال سواه يفي بثلثي ماله الا انه غائب أو دين في ذمة انسان لم يعتق من المدبر الا ثلثه لجواز ان يتلف الغائب أو يتعذر استيفاء الدين فيكون العبد جميع التركة وهو شريك الورثة فيها له ثلثها ولهم ثلثاها فلا يجوز ان يحصل على جميعها لكنه يستحق عتق ثلثه ويبقى ثلثاه موقوفين لان ثلثه حر على كل حال لان اسوأ الاحوال ان لا يحصل من سائر المال شيء فيكون العبد جميع التركة فيعتق ثلثه وفي ذلك خلاف ذكرناه في باب الموصى به فيما إذا وصى له بيمين ولم يكن له سوى المعين الامال غائب او دين وهذا مثله في اعتباره من ائتمك اذا ثبت هذا فان العبد اذا عتق كله بقدوم الغائب او استيفاء الدين تبيننا انه كان حراً حين الموت فيكون كسبه له لانه انما عتق بالتدبير ووجود الشرط الذي علم عليه السيد حرته وهو الموت وانما اوقفناه للشك في خروجه من الثلث فاذا زال الشك تبيننا انه كان حاصلًا قبل زوال الشك وان تلف المال تبيننا انه كان ثلثاه رقيقًا ولم يعتق منه سوى ثلثه وان تلف بعض المال رق من المدبر مازاد على قدر ثلثه الحاصل من المال (فصل) فان دبر عبيد وله دين يخرج من ثلث المال اذا حصل أقرعنا بينهما فعتق من تخرج له القرعة قدر ثلثها وكان باقيه والعبد الاخر موقوفًا فاذا استوفى من الدين شيء كل من

(م-ثلة) قال (واذا دبر عبده ومات وله مال غائب أو دين في ذمة موسر أو معسر
 دتق من المدبر ثلثه وكلما اقتضي من دينه شيء أو حضر من ماله الغائب شيء عتق من
 المدبر مقدار ثلثه كذلك . من يعتق الثلث حتى كله)

وجملة ذلك أن السيد إذا دبر عبده ومات وله مال سواء بني بثلاثي ماله إلا أنه غائب أو دين في
 ذمة إنسان لم يعتق جميع العبد لجواز أن يتلف الغائب أو يتعذر استيفاء الدين فيكون العبد جميع التركة
 وهو شريك الورثة فيما له ثلثها ولهم ثلثها فلا يجوز أن يحصل على جميعها ولكنه يتجزأ عتق ثلثه
 ويبقى ثلثاه موقوفين لأن ثلثه حر على كل حال لأن أسوأ الاحوال أن لا يحصل من سائر المال شيء
 فيكون العبد جميع التركة فيعتق ثلثه كما لو لم يكن له مال سواء وكذا اقتضي من الدين شيء أو حضر من
 الغائب شيء عتق من المدبر قدر ثلثه فإذا كانت قيمته مائة وقدم من الغائب مائة عتق ثلثه الثاني فإذا قدمت
 مائة أخرى عتق ثلثه الباقي وإن بقي له دين بعد ذلك أو مال غائب لم يؤثر بقاؤه لأن الحاصل من المال
 يخرج المدبر كله من ثلثه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ولهم وجه آخر لا يعتق منه شيء حتى
 يستوفى من الدين شيء أو يقدم من الغائب شيء فيعتق من العبد قدر نصفه لأن الورثة لم يحصل لهم
 شيء والعبد شريكهم فلا يجوز أن يحصل على شيء ما لم يحصل لهم مثله فان تلف الغائب وبئس من استيفاء
 الدين عتق ثلثه حينئذ وما كواثمه لأن العبد صار جميع التركة وهذا لا يصح لأن ثلث العبد خارج من الثلث يقينا

عتق من وقعت له القرعة قدر ثلثه وما فضل عتق من الآخر كذلك حتى يعتقا جميعاً أو مقدار
 الثلث منها فان تعذر استيفاء الدين لم يزد العتق على مقدار ثلثها فان خرج الذي وقعت له القرعة
 مستحقاً بطل العتق فيه وعتق من الآخر ثلثه

(فصل) إذا دبر عبداً قيمته مائة وله مائة ديناً عتق ثلثه ورق ثلثه ووقف ثلثه على استيفاء الباقي
 وان كانت له مائة حاضرة مع ذلك عتق من المدبر ثلثه ووقف عتقه على استيفاء الدين

(فصل) وان دبر عبده وقيمته دائة واه ابنان ومائتان ديناً على احدهما عتق من المدبر ثلثاه
 لأن حصة الذي عليه الدين منه كالمستوفى ويسقط عن الذي عليه الدين منه نصفه لأنه قدر حصته من
 الميراث ويبقى للآخر عليه مائة كلما استوفى منها شيئاً عتق قدر ثلثه فان كانت المائتان ديناً على
 الاثنين بالسوية عتق المدبر كله لأن كل واحد منهما عليه قدر حقه وقد حصل له ذلك بسقوطه من دينه

(فصل) إذا دبر عبداً قيمته مائة وخلف ابنين وماتت درهم ديناً له على احدهما ووصى لرجل
 بثلاث ماله عتق من المدبر ثلثه وسقط عن الغريم مائة وكان للوصى سدس العبد والابن ثلثه ويبقى
 سدس العبد موقوفاً لأن الحاصل من المال ثلثاه وهو العبد والمائة الساقطة عن الغريم وثلث ذلك

وانما الشك في الزيادة عليه وما خرج من الثلث يقيناً يجب أن يكون يتيناً حراً لأن التدبير صحيح ولا خلاف في أنه ينفذ في الثلث ووقف هذا الثلث عن العتق مع يقين حصول العتق فيه ووجود المقتضي له وعدم الفائدة في وقفه لا معنى له وكون الورثة لم يحصل لهم شيء لمعنى اختصاص بهم لا يوجب أن لا يحصل له شيء مع عدم ذلك المعنى فيه ألا ترى انه لو ابرأ غريمه من دينه وهو جميع التركة فإنه يبرأ من ثلثه ولم يحصل للورثة شيء؟ ولو كان الدين مؤجلاً فأبرأه منه برىء من ثلثه في الحال وتأخر استيفاء الثلثين الى الاجل ، ولو كان الغريم معسراً برىء من ثلثه في الحال وتأخر الباقي الى الميسرة . ولأن تأخير عتق الثلث لا فائدة للورثة فيه ويفوت نفعه للمدبر فينبغي أن لا يثبت فاذا ثبت هذا فان العبد اذا عتق كله بقدوم الغائب او استيفاء الدين تبيننا انه كان حراً حين الموت فيكون كسبه له لانه انما عتق بالتدبير ووجود الشرط الذي علق عليه السيد حرته وهو الموت وانما وقفناه للشك في خروجه من الثلث فاذا زال الشك تبيننا انه كان حاصل قبل زوال الشك ، وإن تلف المال تبيننا انه كان ثلثاً رقيقاً ولم يعتق منه سوى ثلثه ، وإن تلف بعض المال رق من المدبر مازاد على قدر ثلث الحاصل من المال

(فصل) وإن كان المدبر عبدین وله دين يخرج من ثلث المال على تقدير حصوله أقرعنا بينهما فيعتق ممن تخرج له القرعة قدر ثلثها وكان باقية والعبد الآخر موقوفاً فاذا استوفى من الدين شيء

مقسوم بين المدبر والوصي نصفين فحصة المدبر منه ثلثه يعتق في الحال ويبقى له سدسه موقوفاً فكما اقتضي من المائة الباقية شيء عتق من المدبر قدر سدسه ويكون المستوفى بين الابن والوصي اثلاثاً فاذا استوفيت كلها حصل للابن ثلثاها وثلث العبد وهو قدر حقه وكل المدبر عتق نصفه وحصل للوصي ثلث المائة وسدس العبد وهو قدر حقه وان كان الدين على أجنبي لم يعتق من المدبر الا سدسه لان الحاصل من التركة هو العبد وثلثه بينه وبين الوصي الآخر والوصي سدسه ولكل ابن سدسه ويبقى ثلثه موقوفاً فكما اقتضي من الدين شيء عتق من المدبر قدر سدسه وكان المستوفى بين الابن والوصي اسداساً للوصي سدسه ولها خمسة اسداسه فيحصل لكل واحد نصف المائة وثلثها وسدس العبد وهو قدر حقه ويحصل للوصي سدس العبد وهو قدر حقه ويعتق من المدبر نصفه وهو قدر حقه

﴿ مسألة ﴾ (واذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره لامرين)

(أحدهما) انه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم فموجب بنقيض قصده وهو ابطال التدبير كنع

الميراث بقتل الموروث ولان العتق فائدة تحصل بالموت فتنتفي بالقتل كالارث والوصية (والثاني) ان التدبير وصية فيبطل بالقتل كالوصية بالمال ولا يلزم على هذا عتق ام الوالد لكونها أكد فانها صارت بالاستيلاء بحال لا يمكن نقل الملك فيها ولذلك لم يجز بيعها ولا هبتها ولا رهنها

كامل من عتق من وقعت له القرعة قدر ثلثه وما فضل عتق من الآخر كذلك حتى يعتقا جميعاً أو مقدار الثلث منها ، وإن تعذر استيفاء الدين لم يرد العتق على قدر ثلثها وإن خرج الذي وقعت له القرعة مستحقاً بطل العتق فيه وعتق من الآخر ثلثه

(فصل) وإذا دبر عبداً قيمته مائة وله مائة ديناً عتق ثلثه ورق ثلثه ووقف ثلثه على استيفاء الثلث الباقي وإذا كانت له مئة حاضرة مع ذلك عتق من المدبر ثلثاه ووقف عتق ثلثه على استيفاء الدين (فصل) وإن دبر عبده وقيمته مائة وله ابنان وله مائتان ديناً على أحدهما عتق من المدبر ثلثاه لأن حصه الذي عليه الدين منه كالستوفى ويسقط عن الذي عليه الدين منه نصفه لأنه قدر حصته من الميراث ويبقى الآخر عليه مائة كما استوفى منها شيئاً عتق قدر ثلثه وإن كانت المائتان ديناً على الابنين بالسوية عتق المدبر كله لأن كل واحد منهما عليه قدر حقه وقد حصل ذلك بسقرطه من ذمته (فصل) فإن دبر عبداً قيمته مائة وخلف ابنين ومائتي درهم ديناً له على أحدهما ووصى لرجل بثلث ماله عتق من المدبر ثلثه وسقط عن الغريم مائة وكان لاموصى له سدس العبد والابنين ثلثه ويبقى سدس العبد موقوفاً لأن الخاضع من المال ثلثاه وهو العبد والمائة الساقطة عن الغريم وثلث ذلك متمسوم بين المدبر والوصي نصفين فخصه المدبر منه ثلثه يعتق في الحال ويبقى له السدس موقوفاً فكما اقتضى من المائة الباقية شيء عتق من المدبر قدر سدسه ويكون المستوفى بين الابنين والوصي اثلاثاً

ولا الرجوع عن ذلك القول ولا غيره والارث نوع من النقل فلو لم تعتق بموت سيدها انتقل الملك فيها الى الوارث ولا سبيل اليه بخلاف المدبر ولأن سبب حرية ام الولد الفعل والبعضية الذي حصلت بينها وبين سيدها بواسطة ولدها وهو آكد من القول ولهذا نذ استيلاء المجنون ولم ينفذ اعتاقه ولا تدبيره وسرى حكم استيلاء المعسر الى نصيب شريكه بخلاف الاعتاق وعتقت من رأس المال والتدبير لا ينفذ الا في الثلث ولا يملك الغرماء ابطال عتقها وإن كان سيدها مفلساً بخلاف المدبر ولا يلزم الحكم في موضع تأكد الحكم فيما دونه كما يلزم الحاقه به في هذه المواضع التي افتراقها. إذا ثبت هذا فلا فرق بين كونه عمداً أو خطأ كما لا فرق في ذلك في حرمان الارث وابطال وصية القاتل

(فصل) فأما سائر جناياته غير قتل سيده فلا تبطل تدبيره لئلا يفتقر الى جناية موجبة للمال او للقصاص فعن الولي الى المال تعلق المال برقبته فمن جوز بيعه جعل سيده بالخيار بين تسليمه فيباع في الجاية وبين فدائه فان سلمه في الجناية فبيع فيها بطل تدبيره وان عاد الى سيده عاد تدبيره وان اختار فداءه وفداه بما يفدى به فهو مدبر بحاله ومن لم يجز بيعه أوجب فداءه على سيده كام الولد وان كانت الجناية موجبة للقصاص فاقتص منه في النفس بطل تدبيره وان اقتص منه في الطرف فهو مدبر بحاله وإذا مات سيده بعد جنايته وقبل استيفائها عتق على كل حال سواء كانت موجبة للمال او للقصاص لأن صفة العتق وجدت فيه فأشبهه ما لو باشره به فان الواجب قصاصاً استوفى سواء كانت

فاذا استوفيت كلها حصل للابن ثلثاها وثلث العبد وهو قدر حقه وكل في المدبر عتق نصفه وحصل للوصي سدس العبد وثلث المائة وهو قدر حقه وان كان الدين على أجنبي لم يعتق من المدبر الا سدسه لان الحاصل من التركة هو العبد وثالثه بينه وبين الوصي الآخر وللوصي سدسه ولكل ابن سدسه ويبقى ثلثه موقوفا فكلما اقتضي من الدين شيء عتق من المدبر قدر سدسه وكان المستوفي بين الابنين والوصي اسداساً للوصي سدسه ولها خمسة اسداسه فيحصل لكل واحد نصف المائة وثالثها وسدس العبد وهو قدر حقه ويحصل للوصي سدس المائتين وسدس العبد وهو قدر حقه ويعتق من المدبر نصفه وهو قدر حقه

مسئلة قال (واذا دبر قبل البلوغ كان تدبيره جائزا اذا كان له عشر سنين فصاعدا وكان يعرف التدبير وما قلته في الرجل فالمرأة مثله اذا كان لها تسع سنين فصاعدا)

وجملته ان تدبير الصبي المميز ووصيته جائزة وهذا احدى الروايتين عن مالك وأجدقولي الشافعي قال بعض أصحابه هو اصح قوليه

وروي ذلك عن عمر وشريح وعبد الله بن عتبة ، وقال الحسن وابو حنيفة لا يصح تدبيره كالمجنون وهو الرواية الثانية عن مالك والقول الثاني للشافعي لانه لا يصح اعتاقه فلم يصح تدبيره كالمجنون ولنا ما روى سعيد عن هشيم عن يحيى عن ابن سعيد عن ابي بكر بن محمد ان غلاما من الانصار اوصى لاخواله من غسان بارض يقال لها بئر جشم قومت بثلاثين الفاً فرغ ذلك الى عمر بن الخطاب فجاز الوصية قال يحيى بن سعيد وكان الغلام ابن عشر سنين او اثنتي عشرة سنة وروي ان قوما سألوا عمر رضي الله عنه عن غلام من غسان يافع وصى ابنت عمه فجاز عمر وصيته ولم نعرف له مخالفاً ولان صحة وصيته وتدبيره أحظ له بيقين لانه ما دام باقياً لا يلزمه فاذا مات كان ذلك صلة وأجراً فصح كوصية المحجور عليه لسفه ويخالف العتق لان فيه تفويت ما له عامه في حياته ووقت حاجته فاما تقييد من يصح تدبيره بمن له عشر فلقول النبي ﷺ « اضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع » وهو الذي ورد فيه الخبر عن عمر رضي الله عنه واعتبر المرأة بتسع لقول عائشة رضي الله عنها اذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة ويروى ذلك عن النبي ﷺ مرفوعاً ولانه السن الذي يمكن بلوغها فيه ويتعلق به أحكام سوى ذلك

جنايته على عبد أو حر لان القصاص قد استقر وجوبه عليه في حال رقه فلا يسقط بمحدث الحرية فيه وان كان الواجب عليه مالا في رقبته فدي باقل الامر من قيمته أو ارش جنايته وان جني على ايدبر فارش الجناية اسيدبه فان كانت الجناية على نفسه وحبث قيمته لسيدبه وبطل التدبير بهلاكه فان قيل فهلا جعلتم قيمته قائمة مقامه كالعبد المرهون والموقوف؟

(فصل) ويصح منه الرجوع ان قلنا بصحة الرجوع من المكلف لان من صحت وصيته صح رجوعه كالمكف وان اراد بيع المدبر قام وليه في بيعه مقامه وان اذن له وليه في بيعه فباعه صح منه (فصل) ويصح تدبير المحجور عليه لسفه ووصيته لما ذكرنا في الصبي ولا تصح ومية المجنون ولا تدبيره لانه لا يصح شيء من تصرفاته وان كان يجن يوماً ويفيق يوماً صح تدبيره في افاقته (فصل) ويصح تدبير الكافر ذمياً كان أو حربياً في دار الاسلام ودار الحرب لان له ملكاً صحيحاً فصح تصرفه فيه كالمسلم فان قيل لو كان ملكه صحيحاً لم يملك عليه بغير اختياره قلنا هذا لا ينافي الملك بدليل انه يملك في النكاح ويملك زوجته عليه بغير اختياره ومن عليه الدين اذا امتنع من قضاؤه أخذ من ماله بقدر ما عليه بغير اختياره وحكم تدبيره حكم تدبير المسلم على ما ذكرنا فان اسلم مدبر الكافر امر بازالة ملكه عنه وأجر عليه لثلاثين يوماً للكافر ما لملك للمسلم كغير المدبر، ويحتمل ان يترك في يد عدل، ينفق عليه من كسبه فان لم يكن له كسب أجر سيده على الاتفاق عليه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوايه بناء على ان بيع المدبر غير جائز ولان في بيعه ابطال سبب العتق وإزالة غرضيته فكل ابقاؤه أصلح فتمتعين كام الولد فان قلنا ببيعه فباعه: بطل تدبيره وان قلنا يترك في يد عدل فانه يستتبع من يتولى استعماله واستكسابه وينفق عليه من كسبه وما فضل فلسيده وان لم يف بنفقته فالباقي على سيده وان اتفق هو وسيده على التخارجة جاز وينفق على نفسه مما فضل من كسبه فاذا مات سيده عتق ان خرج من الثلث والإعتق منه بقدر الثلث وبيع الباقي على الورثة ان كانوا كفاراً وان أسلموا بعد الموت ترك وان رجع سيده في تدبيره وقتنا بصحة الرجوع بيع عليه وان كان المدبر كمستأمن وأراد ان يرجع به إلى دار الحرب ولم يكن أسلم لم يمنع من ذلك وان كان قد أسلم منع منه لاننا نحول بينه وبينه في دار الاسلام؛ ولي ان يمنع من التمكن به في دار الحرب

(مسئلة) قال (واذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره)

أما يبطل تدبيره بقتله سيده لمعنيين (احدهما) أنه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم فعوقب ينقيض قصده وهو ابطال التدبير كمنع الميراث بقتل الموروث ولان العتق فائدة تحصل بالموت فتنتفي بالقتل كالارث والوصية (والثاني) ان التدبير وصية فتبطل بالقتل كالوصية بالمال ولا يلزم على هذا عتق ام الولد لسكونه أكد فانها صارت بالاستيلاء بحال لا يمكن نقل الملك فيها بحال ولذلك لم يجز

قلنا الفرق بينها من ثلاثة أوجه

(احدها) ان كل واحد من الوقف والرهن لازم فتمتلق الحق يبدله والتدبير غير لازم لانه يمكن

ابطاله بالبيع وغيره فلم يتعاق الحق ببداه

(الثاني) ان الحق في التدبير للمدبر فبطل حقه بفوات مستحقه والبطل لا يقوم مقامه في

بيعها ولا هبتها ولا رهنها ولا الرجوع عن ذلك بالقول ولا غيره والارث نوع من النقل فلو لم تعتق يموت سيدها لا تنتقل الملك فيها الى الوارث ولا سبيل اليه بخلاف المدبر ولان سبب حرية ام الولد الفعل والبعضية التي حصلت بينها وبين سيدها بواسطة ولدها وهذا أكد من اقول ولهذا انعقد استيلاء المجنون ولم ينفذ اعتاقه ولا تدبيره وسرى حكم استيلاء المعسر الى نصيب شريكه بخلاف الاعتاق وعنتت من رأس المال والتدبير لا ينفذ الا في الثلث ولا يملك الغرماء ابطال عتقها وان كان سيدها مفلسا بخلاف المدبر ولا يلزم من الحكم في موضع تأكد الحكم فيما دونه كما لم يلزم الحاقه به في هذه المواضع التي افرقا فيها إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون القتل عمداً أو خطأ كما لا فرق بين ذلك في حرمان الارث وابطال وصية القاتل

(فصل) فاما سائر جنایاته غير قتل سیده فلا تبطل تدبيره لكن ان كانت جنایة موجبة للمال أو موجبة لتقصاض فمعا الولي الى مال تعلق انان برقبته فن جوز بيعه جعل سيدد بالخيار بين تسليمه فبياع في الجنایة وبين فدائه ون سلمنا في الجنایة فبيع فيها بطل تدبيره وان عاد الى سيده عاد تدبيره وان اختار فداءه وفداه بما يفدى به العبد فهو مدبر بحاله ومن لم يجز بيعه عين فداءه على سيده كام الولد وان كانت الجنایة موجبة لتقصاض ذقتص منه في النفس بطل تدبيره وان اقتض منه في الطرف فهو مدبر بحاله واذا مات سيده بعد جنایته وقبل استيفائها عتق على كل حل سواء كانت موجبة للمال أو لتقصاض لان صفة العتق وجدت فيه فشببه مالو باشره به فان كان الواجب قصاصا استوفى سواء كانت جنایته على عبد أو حر لان اتقصاض قد استقر وجوبه عليه في حال رقة فلا يسقط بمحدث الحرية فيه وان كان الواجب عليه مالا في رقبته فدي باقل الامرين من قيمته أو أرش جنایته وان جني على المدبر فارش الجنایة لسیده فان كانت الجنایة على نفسه وجبت قيمته لسیده وبطل التدبير بهلاكه فان قيل فهلا جعلتم قيمته قائمة مقامه كالعبدالرهون والموقوف اذا جني عليه؟ قلنا الفرق بينهما من ثلاثة أوجه (أحدهما) ان كل واحد من الوتف والرهن لازم فتعلق الحق ببذله والتدبير غير لازم لانه يمكن ابطاله بالبيع وغيره فلم يتعلق الحق ببذله (الثاني) ان الحق في التدبير للمدبر فبطل حقه بفوات مستحقته والبدل لا يقوم مقامه في الاستحقاق والحق في الوقف للموقوف عليه وفي الرهن للرتهن وهو باق فيثبت حقه في بدل محل حقه

(الثالث) أن المدبر إنما ثبت حقه بوجود موت سيده فاذا هلك قبل سيده فقد هلك قبل ثبوت

الاستحقاق والحق في الوقف للموقوف عليه وفي الرهن للرتهن وهو باق فيثبت حقه في بدل محل حقه (الثالث) ان المدبر إنما ثبت حقه بوجود موت سيده فاذا هلك قبل سيده فقد هلك قبل ثبوت الحق له فلم يكن له بدل بخلاف الرهن والوقف فان الحق ثابت فيها فقام بدلها مقامها وبين الرهن والمدبر فرق رابع وهو ان الواجب القيمة ولا يمكن وجود التدبير فيها ولا قيامها مقام

الحق له فلم يكن له بدل بخلاف الرهن والوقف فان الحق ثابت فيها فقام بدلها مقامهما وبين الرهن والمدبر فرق رابع وهو ان الواجب القيمة ولا يمكن وجود التدبير فيها ولا قيامها مقام المدبر فيه وان أخذ عبداً مكانه فليس هو البديل إنما هو بدل القيمة بخلاف الرهن فان القيمة يجوز أن تكون رهناً فان قيل فهذا يلزم عليه الموقوف فانه إذا قتل أخذت قيمته فأشترى بها عبد يكون وفقاً مكانه قلنا قد حصل الفرق بين المدبر والرهن من الوجوه الثلاثة وكونه لا يحصل الفرق بينه وبين الوقف من هذا الوجه لا يمنع أن يحصل الفرق بينه وبين الرهن به .

(فصل) وإذا دبر السيد عبده ثم كاتبه ، جاز نص عليه احمد وهذا قول ابن مسعود وأبي هريرة والحسن ولفظ حديث أبي هريرة عن مجاهد قال دبرت امرأة من قريش خادماً لها ثم أرادت أن تكاتبه قال فكنت الرسول إلى أبي هريرة فقال كاتبه فان أدى كتابته فذاك وان حدث بك حدث عتق قال وأراه قال على ما كان عليه له ولان التدبير ان كان عتقاً بصفة لم يمنع الكتابة كالذي علق عتقه بدخول الدار وان كان وصية لم يمنعه كما لو وصى بعتقه ثم كاتبه ولان التدبير والكتابة سببان للعتق فلم يمنع أحدهما الآخر كتدبير المكاتب ، وذكر القاضي أن التدبير يبطل بالكتابة إذا قلنا هو وصية كما لو وصى به لرجل ثم كاتبه وهذا يخالف ظاهر كلام احمد وهو غير صحيح في نفسه ويفارق التدبير الوصية به لرجل ، لان مقصود الكتابة والتدبير لا يتنافيان إذ كان المقصود منهما جميعاً العتق فإذا اجتمعا كان آكد لحصوله فإنه إذا فات عتقه من أحدهما حصل بالآخر وأيهما وجد قبل صاحبه حصل العتق به ومقصود الوصية به والكتابة يتنافيان ، لأن الكتابة تراد للعتق والوصية تراد لحصول الملك فيه الموصى له ولا يجتمعان إذا ثبت هذا فانه ان أدى في حياة السيد صار حراً بالكتابة وبطل التدبير وإن مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير ان خرج من الثلث وبطلت الكتابة وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق وكان على الكتابة فيما بقي ، فان أدى البعض ثم مات سيده عتق كله وسقط باقي الكتابة ان خرج من الثلث ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط مما بقي من الكتابة بقدر ثلث المال وأدى ما بقي .

المدبر فيه وان أخذ عبداً مكانه فليس هو البديل إنما هو بدل القيمة بخلاف الرهن فان القيمة يجوز ان تكون رهناً فان قيل فهذا يلزم عليه الموقوف فانه اذا قتل أخذت قيمته فأشترى بها عبد يكون وفقاً مكانه قلنا قد حصل الفرق بين المدبر والرهن من الوجوه الثلاثة وكونه لا يحصل الفرق بينه وبين الوقف من هذا الوجه لا يمنع ان يحصل الفرق بينه وبين الرهن به والله أعلم

كتاب المكاتب

الكتابة اعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدي مؤجلاً، سميت كتابة لان السيد يكتب بينه وبينه كتاباً بما اتفقا عليه وقيل سميت كتابة من الكتب وهو الضم لان المكاتب يضم بعض النجوم إلى بعض ومنه سمي الخرز كتاباً لانه يضم أحد الطرفين إلى الآخر بخزره وقال الحريري .
وكاتبين وما خطت أناملهم حرفاً ولا قرأوا ماخط في الكتب
وقال ذو الرمة في ذلك المعنى .

وفراء عرفة أنأى خوارزها مشلشل صنفته بينها الكتب
يصف قربة يسيل الماء من بين خرزها وسميت الكتيبة كتيبة لانضمام بعضها إلى بعض
والمكاتب يضم بعض نجومه إلى بعض ولنجوم ههنا الاوقات المختلفة لان العرب كانت لا تعرف
الحساب وإنما تعرف الاوقات بطلوع النجوم كما قال بعضهم .

إذا سهيل أول الليل طلع فابن اللبون الحق والحق جذع
فسميت الاوقات نجوماً والاصل في الكتابة الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله
تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) وأما السنة فما روى

﴿باب الكتابة﴾

الكتابة اعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدي في نجوم ، سميت كتابة لان السيد يكتب
بينه وبينه كتاباً بما اتفقا عليه وقيل سميت كتابة من "كتب وهو الضم لان المكاتب يضم بعض
النجوم الى بعض ومنه سمي الخرز كتاباً لانه يضم احد طرفيه الى الآخر بخزره قال الحريري
وكاتبين وما خطت أناملهم حرفاً ولا قرأوا ماخط في الكتب
وقال ذو الرمة :

وفراء عرفة أنأى خوارزها مشلشل صنفته بينها الكتب
يصف قربة يسيل الماء من بين خرزها وسميت الكتيبة كتيبة لانضمام بعضها الى بعض والمكاتب
يضم نجومه بعضها الى بعض والنجوم ههنا الاوقات المختلفة لان العرب كانت لا تعرف الحساب
وإنما تعرف الاوقات بطلوع "نجوم كما قال بعضهم

إذا سهيل أول الليل طلع فابن اللبون الحق والحق جذع
فسميت الاوقات نجوماً والاصل في الكتابة الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله
تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) وأما السنة فروى

سعيد بن سفيان عن الزهري عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال إذا كان لاحدا كن مكاتب فملك ما يؤدي فالتحتجب منه وروى سهل بن حنيف ان النبي ﷺ قال « من اعان غارما أو غازيا أو مكاتباً في كتابته أظله الله يوم لا ظل الاظله » في أحاديث كثيرة سواهما . وأجمعت الامة على مشروعية الكتابة

(فصل) إذا سأل العبد سيده مكاتبته استحب له اجابته اذا علم فيه خيراً ولم يجب ذلك في ظاهر المذهب وهو قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعبي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أنها واجبة إذا دعا العبد المكتسب الصدوق سيده اليها فعليه إجابته وهو قول عطاء والضحاك وعمر بن دينار وداود وقال إسحاق اخشى ان يأثم ان لم يفعل ولا يجبر عليه ووجه ذلك قول الله تعالى (فكنابوهم ان علمتم فيهم خيراً) وظاهر الامر الوجوب وروي ان سيرين أبا محمد بن سيرين كان عبدا لانس بن مالك فسأله ان يكاتبه فأبى فأخبر سيرين عمر بن الخطاب بذلك فرفع الدرّة على أنس وقرأ عليه (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكنابوهم ان علمتم فيهم خيراً) فكنابته أنس

ولنا إنه إعتاق بعوض فلم يجب كالاستسعاء والآية محمولة على الندب وقول عمر رضي الله عنه يخالف فعل أنس ولا خلاف بينهم في ان من لاخير فيه لا تجب اجابته قال أحمد الخير صدق وصلاح

سعيد عن سفيان عن الزهري عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال « إذا كان لاحدا كن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه » رواه أبو داود وابن ماجه وروى سهل بن حنيف ان النبي ﷺ قال « من أعان غارما أو غازيا أو مكاتباً في كتابته أظله الله يوم لا ظل الاظله » في أحاديث كثيرة سواهما واجمعت الامة على مشروعية الكتابة ﴿مسئلة﴾ (وهي مستحبة ان يعلم فيه خير وهو الكسب والامانة وعنه انها واجبة اذا ابتغاها من سيده أجبر عليها)

اذا سأل العبد سيده مكاتبته استحب له اجابته اذا علم فيه خيراً ولم يجب ذلك في ظاهر المذهب وهو قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشعبي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أنها واجبة إذا دعا العبد المكتسب سيده اليها وهو قول عطاء والضحاك وعمر بن دينار وداود وقال إسحاق اخشى ان يأثم ان لم يفعل ولا يجبر عليها . ووجه ذلك قول الله تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكنابوهم ان علمتم فيهم خيراً) وظاهر الامر الوجوب وروي ان سيرين أبا محمد بن سيرين كان عبداً لانس بن مالك فسأله أن يكاتبه فأبى فأخبر سيرين عمر بن الخطاب بذلك فرفع الدرّة على أنس وقرأ عليه (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكنابوهم ان علمتم فيهم خيراً) فكنابته أنس

ووفاء بمال الكتابة ونحو هذا قال ابراهيم وعمرو بن دينار وغيرها وعبارتهم في ذلك مختلفة قال ابن عباس غنى وإعطاء للمال وقال مجاهد غنى وأداء وقال النخعي صدق ووفاء وقال عمرو بن دينار مال وصلاح وقال الشافعي قوة على الكسب وامانة وهل تكره كتابة من لا كسب له اولاً؟ قال القاضي ظاهر كلام أحمد كراهيته وكان ابن عمر رضي الله عنه يكرهه وهو قول مسروق والاوزاعي وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يكره ولم يكرهه الشافعي وإسحاق وابن المنذر وطائفة من أهل العلم لان جويرية بنت الحارث كاتبها ثابت بن قيس بن شماس الانصاري فأتت النبي ﷺ تستعينه في كتابتها فادى عنها كتابتها وتزوجها واحتج ابن المنذر بان بريرة كاتبته ولا حرفة لها ولم ينكر ذلك رسول الله ﷺ ووجه الاول ما ذكرنا في عتقه وينبغي ان ينظر في المكاتب فان كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع لعجزه عن الانفاق على نفسه ولا يجد من ينفق عليه كرهت كتابته وان كان يجد من يكفيه مؤنته لم تكره كتابته لحصول النفع بالحرية من غير ضرر فاما جويرية فانها كانت ذات أهل ومال وكانت ابنة سيد قومه فاذا عتقت رجعت الى أهلها فاخلف الله لها خيراً من أهلها فتزوجها رسول الله ﷺ وصارت احدى امهات المؤمنين وأعتق الناس ما كان بايديهم من قومها حين بلغهم ان رسول الله ﷺ تزوجها وقالوا اصهار رسول الله ﷺ فلم ير امرأة اعظم بركة على قومها منها وأما بريرة فان كتابتها تدل على اباحة ذلك وانه ليس بمنكر ولا خلاف فيه وانما الخلاف

ولنا انه اعتاق بعوض فلم يجب عليه كلاً استسعاء والآية محمولة على الندب وقول عمر يخالفه فعل انس قال أحمد الخير صدق وصلاح ووفاء بمال الكتابة ونحو هذا قال ابراهيم وعمرو بن دينار وغيرها وعبارتهم في ذلك مختلفة وقيل قوة على الكسب والامانة قال الشافعي وقال ابن عباس غنى واعطاء للمال ، وقال مجاهد غنى وأداء ، وقال النخعي صدق ووفاء ولا خلاف بينهم في أن من لا خير فيه لا تجب اجابته

﴿مسئلة﴾ (وهل تكره كتابة من لا كسب له؟ على روايتين)

قال القاضي ظاهر كلام أحمد كراهته وكان ابن عمر يكرهه وهو قول مسروق والاوزاعي وعن أحمد أنه لا يكره ولم يكرهه الشافعي واسحاق وابن المنذر وطائفة من أهل العلم لان جويرية بنت الحارث كاتبها ثابت بن قيس بن شماس فأتت النبي ﷺ تستعينه في كتابتها فادى عنها كتابتها وتزوجها واحتج ابن المنذر بان بريرة كاتبته ولا حرفة لها فلم ينكر ذلك رسول الله ﷺ ووجه الاول ما ذكرنا في عتقه قال شيخنا وينبغي ان ينظر في المكاتب فان كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع لعجزه عن الانفاق على نفسه ولا يجد من ينفق عليه كرهت كتابته وان كان يجد من يكفيه مؤنته لم تكره كتابته لحصول النفع بالحرية من غير ضرر فاما جويرية فانها كانت ذات أهل وكانت ابنة سيد قومه فاذا عتقت رجعت الى أهلها فاخلف الله لها خيراً من أهلها فتزوجها رسول الله ﷺ

في كراهته وقال مسروق إذا سأل العبد مولاه المكتابة فإن كان له مكسبة أو كان له مال فليكتابه وإن لم يكن له مال ولا مكسبة فليحسن ملكته ولا يكافه الا طاقته

(فصل) ولا تصح الكتابة الا من يصح تصرفه فاما المجنون والطفل فلا تصح مكاتبتهما لرقيقتها ولا مكتابة سيدهما لها واما الصبي المميز فان كاتب عبده باذن وليه صح ويحتمل ان لا يصح بناء على قولنا إنه لا يصح بيعه بأذن وليه ولان هذا عقد اعتاق فلم يصح منه كالتق بغير مال فاما ان لم يأذن وليه فيه فلا يصح بحال وان كان المميز سيده صح وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي لا يصح فيها جميعاً بحال لانه ليس بمكلف فاشبهه المجنون

ولنا انه يصح تصرفه وبيعه بأذن وليه فصحت منه الكتابة بذلك كالمكلف ودليل صحة تصرفه قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) والابتلاء الاختبار اه بتفويض التصرف اليه ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة او لا؟ وهل يغبن في بيعه وشرائه او لا؟ وإيجاب السيد لعبده المميز المكتابة اذن له في قبولها إذا ثبت هذا فان كان السيد المكاتب طفلاً او مجنوناً فلا حكم لتصرفه ولا قوله وان كاتب المكلف عبده الطفل أو المجنون لم يثبت لهذا التصرف حكم الكتابة الصحيحة ولا الفاسدة لانه لاحكم لقبولها ولكن ان قال ان أدبنا إلي فأتنا حران فادبا عتق بالصفة لا بالكتابة وما في أيمنهما لسيدهما وان لم يقل ذلك لم يعتق ذكره ابو بكر وقال القاضي

وصارت احدى أهيات المؤمنين وأعتق الناس ما كان بأيديهم من قومها حين بلغهم ان رسول الله ﷺ تزوجها وقالوا اصهار رسول الله ﷺ فلم تر امرأة أعظم بركة على قومها منها واما بريده فان كتابتها تدل على اباحة ذلك وأنه ليس بمنكر ولا خلاف فيه وإنما الخلاف في كراهته قال مسروق إذا سأل العبد مولاه المكتابة فإن كان له مكسبة أو كان له مال فليكتابه وإن لم يكن له مال ولا مكسبة فليحسن ملكته ولا يكافه الا طاقته

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح إلا من جاز التصرف فاما المجنون والطفل فلا تصح مكاتبتهما لرقيقتها ولا مكتابة سيدهما لها لان الكتابة نقل الملك بعبوض فلا تصح منها كالبيع

﴿مسئلة﴾ (فان كاتب المميز عبده باذن وليه صح ويحتمل أن لا يصح بناء على قولنا إنه لا يصح بيعه باذن وليه ولانه عقد اعتاق فلم يصح منه كالتق بغير مال ولا يصح بغير اذن وليه بحال

﴿مسئلة﴾ (وان كاتب السيد عبده المميز صح وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح فيها جميعاً بحال لانه ليس بمكلف أشبه المجنون

ولنا أنه يصح تصرفه وبيعه بأذن وليه فصحت منه الكتابة بذلك كالمكلف ودليل صحة تصرفه قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح) والابتلاء الاختبار له بتفويض التصرف اليه ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أو لا؟ وهل يغبن في بيعه وشرائه أو لا؟ وإيجاب السيد لعبده

يعتقان ، وهو مذهب الشافعي لان الكتابة تتضمن معنى الصفة فيحصل العتق ههنا بالصفة المحضة كما لو قال ان اديت إلي فانت حر .

ولنا انه ليس بصفة صريحاً ولا معنى وإنما هو عقد باطل فأشبهه البيع الباطل .

(فصل) وإذا كاتب الذمي عبده المسلم صح لانه عقد معاوضة او عتق بصفة وكلاهما يصبح منه وإذا ترافعا إلى الحاكم بعد الكتابة نظر في العقد فان كان موافقاً للشرع أمضاه سواء ترافعا قبل اسلامها أو بعده وإن كاتب كتابة فاسدة مثل أن يكون العوض خمرًا أو خنزيرًا أو غير ذلك من أنواع الفساد ففيه ثلاث مسائل .

(أحدها) أن يكونا قد تقابضا حال الكفر فتكون الكتابة ماضية والعتق حاصل لان ما تم في حل الكفر لا ينقضه الحاكم ويحكم بالعتق سواء ترافعا قبل الاسلام أو بعده .

(الثانية) تقابضا بعد الاسلام ثم ترافعا إلى الحاكم فانه يمتق أيضاً لان هذه كتابة فاسدة ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة في الاسلام على ما سئد كره ان شاء الله تعالى .

(الثالثة) ترافعا قبل قبض العوض الفاسد او قبض بعضه فان الحاكم يرفع هذه الكتابة ويبطلها لانها كتابة فاسدة لم يتصل بها قبض تنبرم به ولا فرق بين اسلامها أو اسلام احدهما فيما ذكرناه لان التغليب لحكم الاسلام ، وقال ابو حنيفة إذا كاتبه على خمر ثم اسلم لم يفسد العقد

المميز المكتبة أذن له في قبولها . إذا ثبت هذا فان كان السيد المكاتب طفلاً أو مجنوناً فلا حكم لتصرفه ولا قوله وان كاتب المكلف عبده المكلف أو المجنون لم يثبت لهذا التصرف حكم المكتبة الصحيحة ولا الفاسدة لانه لا حكم لقولها لكن ان قل ان اديتا الي فانتا حران فاديا عتقا بالصفة لا بالكتابة وما في أيديهما لسيدهما وان لم يقل ذلك لم يعتقا ذكره أبو بكر وقال القاضي يعتقان وهو مذهب الشافعي لان الكتابة تتضمن معنى الصفة فيحصل العتق ههنا بالصفة المحضة كما لو قال ان اديت الي فانت حر

ولنا انه ليس بصفة صريحاً ولا معنى وإنما هو عقد باطل فأشبهه البيع الباطل

(فصل) إذا كاتب الذمي عبده ثم أسلم صح لانه عقد معاوضة او عتق بصفة وكلاهما يصبح منه فإذا ترافعا إلى الحاكم بعد الكتابة نظر في العقد فان كان موافقاً للشرع أمضاه وان كانت كتابته فاسدة مثل ان يكون العوض خمرًا أو خنزيرًا أو غير ذلك من أنواع الفساد ففيه ثلاث مسائل (أحدها) ان يكونا قد تقابضا حال الكفر فتكون الكتابة ماضية والعتق حاصل لان ما تم

في حال الكفر لا ينقضه الحاكم ويحكم بالعتق سواء ترافعا قبل الاسلام او بعده (الثانية) تقابضا بعد الاسلام ثم ترافعا إلى الحاكم فانه يمتق لان هذه كتابة فاسدة ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة في الاسلام على ما سئد كره ان شاء الله تعالى

ويؤدى قيمة الخمر لان الكتابة كالنكاح ولو أمرها خمرآ ثم أسلم بطل الخمر ولم يبطل النكاح ولنا ان هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسداً فاذا أسلم قبل التقابض أو احدهما حكم بفساده كالبيع الفاسد ويفارق النكاح فانه لو عقده المسلم بخمر كان صحيحاً وإسلم مكاتب الذمي لم تنسخ الكتابة لانها وقعت صحيحة ولا يجبر على إزالة ملكه لانه خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه فان عجز اجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ، وإن اشترى مسلماً فكاتبه لم تصح الكتابة لان الشراء باطل ولم يثبت له به ملك وان أسلم عبده فكاتبه بعد اسلامه لم تصح كتابته لانه يلزمه إزالة ملكه عنه والكتابة لاتزيل الملك فان المكاتب عبد مابقى عليه درهم، وقال القاضي له كتابته لانه يخرج بها عن تصرف سيده فيه فان عجز عاد رقيقاقتنا واجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ .

(فصل) وان كاتب الحربى عبده صحت كتابته سواء كان في دار الحرب أو دار الاسلام، وهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يصح لان ملكه ناقص وحكي عن مالك انه لا يملك بدليل أن للمسلم تملكه عليه ولنا قول الله تعالى (واورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) وهذه الاضافة اليهم تقتضي صحة أملاكهم فتقتضي صحة تصرفاتهم فاذا ثبت هذا فاذا كاتب عبده ثم دخلا مستأمنين اليها لم يتعرض الحاكم لها وان ترافعا اليه نظر بينهما فان كانت كتابتهما صحيحة ألزمها حكمها وان كانت فاسدة بين لهما

(واثالثة) ترافعا قبل قبض العوض الفاسد أو قبض بمضه فان الحاكم يرفع هذه الكتابة ويبطلها لانها كتابة فاسدة لم يتصل بها قبض تنبرم به ولا فرق بين اسلامها أو اسلام أحدهما فيما ذكرناه من التغايب بحكم الاسلام وقال ابو حنيفة إذا كاتبه على خمر ثم أسلم لم يفسد العقد ويؤدى قيمة الخمر لان الكتابة كالنكاح ولو مهرها خمرآ ثم أسلم لم يفسد العقد ويبطل الخمر ولنا ان هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسداً فاذا أسلم قبل التقابض أو احدهما حكم بفساده كالبيع الفاسد ويفارق النكاح فانه لو عقده المسلم بخمر كان صحيحاً وان أسلم مكاتب الذمي لم تنسخ الكتابة لانها وقعت صحيحة ولا يجبر على إزالة ملكه لانه خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه فان عجز اجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ فان اشترى مسلماً فكاتبه لم تصح الكتابة لان الشراء باطل لم يثبت له به ملك وان أسلم عبده فكاتبه بعد اسلامه لم تصح كتابته لان الكتابة لاتزيل الملك . وقال القاضي له ذلك وقد ذكرناه في كتاب البيع فان عجز عاد رقيقاقتنا واجبر على إزالة ملكه عنه

(فصل) وتصح كتابة الحربى عبده في دار الحرب وفي دار الاسلام، وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا تصح لان ملكه ناقص وحكي عن مالك أنه لا يملك ذلك بدليل أن للمسلم تملكه عليه ولنا قوله تعالى (واورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) وهذه الاضافة اليهم تقتضي صحة أملاكهم فتقتضي صحة تصرفاتهم . إذا ثبت هذا فاذا كاتب عبده فدخلا مستأمنين اليها لم يتعرض الحاكم لها وان ترافعا اليه نظر بينهما فان كانت كتابتهما صحيحة ألزمها حكمها وان كانت فاسدة بين لهما فسادها

فسادها وان جاء وقد قهر احدهما صاحبه بطلت الكتابة لان العبد ان قهر سيده ملكه فبطلت كتابته لخروجه عن ملك سيده وان قهره السيد على ابطال الكتابة ورده رقيقاً بطلت لان دار الكفر دار قهر وإباحة ولهذا لو قهر حر حراً على نفسه ملكه وإن دخلا من غير قهر فقهر احدهما الآخر في دار الاسلام لم تبطل الكتابة وكانا على ما كانا عليه قبله لان دار الاسلام دار حظر لا يؤثر فيها القهر الا بالحق وان دخلا مستأمنين ثم أرادا الرجوع الى دار الحرب لم يمنعوا وان أرادا السيد الرجوع وأخذ المكاتب معه فأبى المكاتب الرجوع معه لم يجبر لانه بالكتابة زال ملكه وسلطانه عنه وانما له في ذمته حقوقه وله في ذمة غيره حق لا يملك اجباره على السفر معه لاجله ويقال للسيد ان اردت الإقامة في دار الاسلام لتستوفي مال الكتابة فاعقد الذمة وأقم ان كانت مدتها طويلة وان اردت توكيل من يقبض لك نجوم الكتابة فافعل فاذا أدى نجوم الكتابة عتق ثم هو مخير إن أحب أن يقيم في دار الاسلام عقد على نفسه الذمة وإن أحب الرجوع لم يمنع وإن عجز وفسخ السيد كتابته عاد رقيقاً وبرد الى سيده والامان له باق لانه من مال سيده وسيده عقد الامان لنفسه وماله فاذا انتقض الامان في نفسه بعوده لم ينتقض في ماله وإن كاتبه في دار الحرب فهرب ودخل اليها بطلت الكتابة لان ملكه زال عنه بقهره على نفسه فأشبهه مالو قهره على غيره من ماله وسواء جاءنا مسلماً أو غير مسلم ، وإن جاءنا باذن سيده فالكاتبه بحالها لانه لم يقهر سيده فاذا دخل اليها بامان باذن سيده ثم سبي المسلمون سيده وقتل انتقلت الكتابة

وان جاء وقد قهر أحدهما صاحبه بطلت الكتابة لان العبد ان قهر سيده ملكه فبطلت كتابته بخروجه عن ملك سيده وان قهره السيد على ابطال الكتابة ورده رقيقاً بطلت لان دار الكفر دار قهر وإباحة ولهذا لو قهر حر حراً على نفسه ملكه وإن دخلا من غير قهر فقهر احدهما الآخر في دار الاسلام لم تبطل الكتابة وكانا على ما كانا عليه قبله لان دار الاسلام دار حظر لا يؤثر فيها القهر الا بالحق وان دخلا مستأمنين ثم أرادا الرجوع الى دار الحرب لم يمنعوا وان أراد السيد الرجوع وأخذ المكاتب معه فأبى المكاتب الرجوع معه لم يجبر لانه بالكتابة زال سلطانه وانما له في ذمته حق ومن له دين في ذمة غيره لا يملك اجباره على السفر معه لاجله ويقال للسيد ان أردت الإقامة في دار الاسلام لتستوفي مال الكتابة فاعقد الذمة وأقم ان كانت مدتها طويلة وان اردت توكيل من يقبض لك نجوم الكتابة فافعل فاذا أدى نجوم الكتابة عتق وهو مخير ان أحب المقام في دار الاسلام عقد على نفسه الذمة وان أحب الرجوع لم يمنع وان عجز وفسخ السيد كتابته عاد رقيقاً ويرد الى سيده والامان باق لانه من مال سيده وسيده عقد الامان لنفسه وماله فاذا انتقض الامان في نفسه بعوده لم ينتقض في ماله وان كاتبه في دار الحرب فهرب ودخل اليها بطلت الكتابة لان ملكه زال بقهره على نفسه فأشبهه مالو قهره على غيره من ماله وسواء جاءنا مسلماً أو غير مسلم وان جاء باذن سيده فالكاتبه بحالها لانه لم يقهر سيده فاذا دخل اليها بامان باذن سيده ثم سبي المسلمون سيده

إلى ورثته كما لو مات حتف أنفه وإن من عليه الامام أو فاداه أو هرب فالكتابة بحالها ، وإن استرقه الامام فالمكاتب موقوف ان عتق سيده فالكتابة بحالها وإن مات او قتل فالمكاتب للمسلمين مبقى على ما بقى من كتابته يعنى باذائه اليهم وولاؤه لهم وإن عجز فهو رقيق لهم ، وإن أراد المكاتب الاداء قبل عتق سيده وموته أدى إلى الحاكم أو إلى أمينه وكان المال المقبوض موقوفاً على ما ذكرناه ويعتق المكاتب بالاداء وسيده رقيق لا يثبت له ولاء وقال أبو بكر يكون الولاء للمسلمين ، وقال القاضي يكون موقوفاً فان عتق سيده فهو له وإن مات على رقه فهو للمسلمين وان كان استرق سيده بعد عتق المكاتب وثبوت الولاء عليه فقال القاضي يكون ولاؤه موقوفاً فان عتق السيد كان الولاء له وان قتل او مات على رقه بطل الولاء لانه رقيق لا يورث فيبطل الولاء لعدم مستحقة وينبغي أن يكون للمسلمين لان مال من لا وارث له للمسلمين فكذلك الولاء والله أعلم

(فصل) وإن كاتب المرتد عبده فعلى قول أبي بكر الكتابة باطلة لان ملكه زال برده وعلى الظاهر من المذهب كتابته موقوفة ان أسلم تبيناً أنها كانت صحيحة وإن قتل أو مات على رده بطلت وإن أدى في رده لم يحكم بعتمه ويكون موقوفاً فان أسلم سيده تبيناً صحة الدفع اليه وعتقه ، وإن قتل أو مات على رده فهو باطل والعبد رقيق وإن كاتبه وهو مسلم ثم ارتد وحجر عليه لم يكن للعبد الدفع اليه ويؤدي إلى الحاكم ويعتق بالاداء ، وإن دفع إلى المرتد كان موقوفاً كما ذكرنا وإن كاتب المسلم عبده المرتد صحت كتابته لانه يصح بيعه فاذا أدى عتق وإن أسلم فهو على كتابته

وقتل انتقلت الكتابة الى ورثته كما لو مات حتف أنفه وان من عاينه الامام أو فاداه أو هرب فالكتابة بحالها وان استرقه الامام فالمكاتب موقوف ان عتق السيد فالكتابة بحالها وان مات أو قتل فالمكاتب للمسلمين مبقى على ما بقى من كتابته يعنى بالاداء اليهم وولاؤه لهم وان عجز فهو رقيق لهم فان أراد المكاتب الاداء قبل عتق سيده وموته أدى إلى الحاكم أو إلى أمينه وكان المال المقبوض موقوفاً على ما ذكرناه ويعتق المكاتب بالاداء وسيده رقيق لا يثبت له ولاء قال أبو بكر يكون الولاء للمسلمين وقال القاضي يكون موقوفاً فان عتق سيده فهو له وإن مات رقيقاً فهو للمسلمين وان كان استرق سيده بعد عتق المكاتب وثبوت الولاء عليه فقتل القاضي يكون ولاؤه موقوفاً فان عتق السيد كان الولاء له وإن قتل أو مات على رقه بطل الولاء لانه رقيق لا يورث فيبطل الولاء لعدم مستحقة وينبغي أن يكون للمسلمين لان مال من لا وارث له للمسلمين فكذلك الولاء والله أعلم

(فصل) وإن كاتب المرتد عبده فعلى قول أبي بكر الكتابة باطلة لان ملكه زال برده وعلى ظاهر المذهب كتابته موقوفة ان أسلم تبيناً أنها كانت صحيحة وان مات على رده أو قبل بطلت وان أدى في رده لم يحكم بعتمه ويكون موقوفاً فان أسلم سيده تبيناً صحة الدفع اليه وعتقه وان مات على رده

(فصل) وكتابة المريض صحيحة فان كان مرض الموت الخوف اعتبر من ثلثه لانه بيع بماله بماله فجرى مجرى الهبة وكذلك يثبت الولاء على المكاتب لكونه معتقاً فان خرج من الثلث كانت الكتابة لازمة وإن لم يخرج من الثلث لزمته الكتابة في قدر الثلث وسائر موقوفه على اجازة الورثة فان أجازت جازت وإن ردها بطلت وهذا قول الشافعي ، وقال ابو الخطاب في رد وس المسائل تجوز الكتابة من رأس المال لانه عقد معاوضة أشبه البيع

«مسئلة» قال (واذا كاتب عبده أو أمته على أنجح فاديت الكتابة فقد صار العبد حراً وولاه لمكاتبه)

في هذه المسئلة ثلاثة فصول (أحدها) ان ظاهر هذا الكلام ان الكتابة لاتصح حالة ولا تجوز الا مؤجلة منجمة وهو ظاهر المذهب وبه قال الشافعي وقل مالك وابو حنيفة تجوز حالة لانه عقد على عين فاذا كان عوضه في الذمة جاز أن يكون حالاً كالبيع .
وانما انه روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم أنهم عقدوا الكتابة ولم ينقل عن واحد منهم انه عقدها حالة ولو جاز ذلك لم يتفق جميعهم على تركه ولان الكتابة عقد معاوضة يعجز عن اداء عوضها في الحال فكان من شرطه التأجيل كالم على ابي حنيفة ولانها عقد معاوضة يلحقه الفسخ

أو قتل فهو باطل والعبد رقيق وان كاتبه وهو مسلم وارث وحجر عليه لم يكن للعبد الدفع اليه ويؤدي إلى الحاكم ويعتق بالاداء وان دفع إلى المرتد كان موقوفاً كما ذكرنا وان كاتب المسلم عبده المرتد صحت كتابته لانه يصح بيعه فان أدى عتق وان أسلم فهو على كتابته

(فصل) وكتابة المريض صحيحة فان كان مرض الموت الخوف اعتبر من الثلث لانه بيع بماله بماله فجرى مجرى الهبة ولذلك ثبت الولاء على المكاتب لكونه معتقاً فان خرج من الثلث كانت الكتابة لازمة وان لم يخرج من الثلث لزمته في قدر الثلث وباقيه موقوف على اجازة الورثة يصح باجازته ويبطل برده وهذا قول الشافعي وقال ابو الخطاب في رد وس المسائل تجوز الكتابة من رأس المال لانه عقد معاوضة أشبه البيع والاول أولى

«مسئلة» ولا يصح الا بالقول وينمقد بقوله كتبتك على كذا) لانه لفظها الموضوع لها فانمقدت بمجرد كلفظ النكاح فيه

«مسئلة» ولا يفترق الى قوله وان أدبت إلي فانت حر بل متى أدى عتق)
وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يعتق حتى يقول ذلك أو ينوي بالكتابة الحرية ويحتمل مثل ذلك عندنا لان لفظ الكتابة يحتمل المخارجة ويحتمل العتق بالاداء فلا بد من تمييز أحدهما عن الآخر ككنايات العتق

من شرطه ذكر العوض فاذا وقع على وجه يتحقق فيه العجز عن العوض لم يصح كما لو أسلم في شيء لا يوجد عند محله ويفارق البيع لانه لا يتحقق فيه العجز عن العوض لان المشتري يملك المبيع والعبء لا يملك شيئاً وما في يده لسيده وفي التنجيم حكمتان (احدهما) ترجع الى المكاتب وهي التخفيف عليه لان الاداء مفرقا أسهل ولهذا تقسط الديون على المسرين عادة تخفيفاً عليهم (والاخرى) للسيد وهي ان مدة الكتابة تطول غالباً فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه الا في آخر ائمة فاذا عجزه عاد الى الرق وفاتت منافعه في مدة الكتابة كلها على السيد من غير نفع حصل له واذا كانت منجمة نجومياً فعجز عن النجم الاول فمدته يسيرة وإن عجز عما بعده فقد حصل للسيد نفع بما أخذه من النجوم قبل عجزه . اذا ثبت هذا فأقله نجمان فصاعداً وهذا مذهب الشافعي ونقل عن احمد انه قال : من الناس من يقول نجم واحد ومنهم من يقول نجمان ونجمان أحب إلي وهذا يحتمل أن يكون معناه اني أذهب الى انه لا يجوز الانجمان ومحتمل أن يكون المستحب نجمين ويجوز نجم واحد

قال ابن ابي موسى هذا على طريق الاختيار وان جعل المال كله في نجم واحد جاز لأنه عقد يشترط فيه تأجيل فجاز ان يكون الى أجل واحد كالسلم ولان اعتبار التأجيل ليمكن من تسليم العوض وهذا يحصل بنجم واحد

ولنا ان الحرية موجب عقد كتابة فثبتت عند تمامه كسائر أحكامه ولان الكتابة عقد وضع للعتق فلم يحتج الى لفظ العتق ولا نيته كالتدبير وما ذكره من استعمال الكتابة في المخارجه إن ثبت فليس بمشهور فلم يمنع وقوع الحرية به كسائر الألفاظ الصريحة على ان اللفظ المحتمل ينصرف بالقرائن إلى أحد محتمليه كلفظ التدبير فانه يحتمل التدبير في معاشه وغيره وهو صريح في الحرية كذلك هذا .

﴿مسئلة﴾ ولا يصح الا على عوض معلوم منجم بنجمين فصاعداً

لا تصح الا على عوض معلوم لانها عقد معاوضة أشبهت البيع ولا يجوز الا منجمة مؤجلة هذا ظاهر المذهب وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة يجوز حالة لانه عقد على عين فاذا كان عوضه في الذمة جاز ان يكون حالاً كالبيع

وانما أنه قد روي عن جماعة من الصحابة أنهم عقدوا الكتابة ولم ينقل عن واحد منهم عقدها حالة ولو جاز ذلك لم يتفقوا على تركه ولان الكتابة عقد معاوضة يعجز عن اداء عوضها في الحال فكان من شرطها التأجيل كالسلم على أبي حنيفة ولانها عقد معاوضة يلحقه الفسخ من شرطه ذكر العوض فاذا وقع على وجه يتحقق فيه العجز عن العوض لم يصح كما لو أسلم في شيء لا يوجد عند محله ويفارق البيع لانه لا يتحقق فيه العجز عن العوض لان المشتري يملك المبيع والعبء لا يملك شيئاً

ووجه الاول ماروي عن علي رضي الله عنه انه قال الكتابة على نجمين والاياء من الثاني وهذا يقتضي ان هذا أقل ما تجوز عليه الكتابية لان أكثر من نجمين يجوز بالاجماع وروي عن عثمان رضي الله عنه انه غضب على عبد له فقل لأعاقبتك ولأكاتبتك على نجمين ولو كان يجوز أقل من هذا لعاقبه به في الظاهر

وفي حديث بريرة انها أتت عائشة رضي الله عنها فقالت يا أم المؤمنين إني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني ، ولان الكتابة مشتتة من الضم وهو ضم نجم إلى نجم فدل ذلك على افتقارها الى نجمين والاول أقيس ولا بد أن تكون النجوم معلومة ويعلم في كل نجم قدر ما يؤديه ولا يشترط تساوي النجوم ولا قدر المؤدى في كل نجم فاذا قال كاتبتك على ألف الى عشر سنين تؤدي عند انقضاء كل سنة مائة او قال تؤدي منها مائة عند انقضاء خمس سنين وبقائها عند تمام العشرة او قال تؤدي في آخر العام الاول مائة وتسعمائة عند انقضاء السنة العاشرة فكل هذا جائز وان قال تؤدي في كل عام مائة جاز ويكون أجل كل مائة عند انقضاء السنة وظاهر قول اقااضي وأصحاب الشافعي انه لا يصح لانه لم يتبين وقت الاداء من العام

ولنا ان بريرة قالت كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية ولان الاجل اذا علق بمدة تعلق بأحد طرفيها فان كان بحرف الى تعلق بأولها كقوله إلى شهر رمضان وإن كان بحرف في كان

وما في يده لسيدته وفي التنجيم إذا كان أكثر من نجم حكتان احداها ترجع الى المكتاب وهو التخفيف عليه لان الاداء مفرقا أسهل ولهذا تقسط الديون على المعسر بن عادة تخفيفا عليهم والاخرى للسيد وهي ان مدة الكتابة تطول غالبا فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه الا في آخر المدة فاذا عجزه عاد الى الرق وفاتت منافعه في مدة الكتابة كما على سيده من غير نفع حصل له واذا كانت منجمة نجوما فعجز عن النجم الاول فمدته يسيرة وان عجز عما بعده فقد حصل للسيد نفع بما أخذ من النجوم قبل عجزه إذا ثبت ذلك فأقله نجان فصاعدا ، وهذا مذهب الشافعي ونقل عن احمد أنه قال من الناس من يقول نجم واحد ومنهم من يقول نجان ونجان أحب الي وهذا يحتمل ان يكون معناه اني أذهب الى أنه لا يجوز الا نجان ويحتمل ان يكون المستحب نجمين ويجوز نجم واحد ، قال ابن أبي موسى هذا على طريق الاختيار وان جعل المال كله في نجم واحد جاز لانه عقد يشترط فيه التأجيل فجاز ان يكون الى اجل واحد كالالم ولان اعتبار التأجيل ليتمكن من تسليم العوض وهذا يحصل بنجم واحد ، ووجه الاول ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال الكتابة على نجمين والاياء من الثاني وهذا يقتضي ان هذا أقل ما تجوز عليه الكتابة لان أكثر من نجمين جائز بالاجماع ، وروي عن عثمان أنه غضب على عبد له فقال لا أعاقبتك ولا كاتبتك على نجمين ولو جاز أقل من هذه لعاقبه به في الظاهر ، وفي حديث بريرة انها أتت عائشة فقالت يا أم المؤمنين إني كاتبت أهلي على تسع

إلى آخرها لانه جعل جميعها وقتاً لادائها فاذا أدى في آخرها كان مؤدياً لها في وقتها فلم يتعين عليه الاداء قبله كتأدية الصلاة في آخر وقتها فان قال يؤديها في عشر سنين أو إلى عشر سنين لم يجز لانه نجم واحد . ومن أجاز الكتابة على نجم واحد أجزاء وان قال يؤدي بعضها في نصف المدة وبقيةها في آخرها لم يجز لان البعض مجهول يقع على القليل والكثير

(الفصل الثاني) انه اذا كاتبه على أن نجم مدة معلومة صححت الكتابة وعتق بادائها سواء نوى

بالكتابة الحرية او لم ينو وسواء قال اذا أدت الي فأنت حر أو لم يقل وبهذا قال ابو حنيفة

وقال الشافعي لا يعتق حتى يقول اذا أدت الي فأنت حر وينوي بالكتابة الحرية ويحتمل في

مذهبنا مثل ذلك لان لفظ الكتابة يحتمل المحارجه ، ويحتمل العتق بالاداء فلا بد من تمييز أحدهما

عن الآخر ككنايات العتق

ولما ان الحرية موجب عقد الكتابة فتثبت عند تمامه كسائر أحكامه ولان الكتابة عقد وضع

للعق فلم يحتاج الى لفظ العتق ولا نيته كالتدبير وما ذكره من استعمال الكتابة في المحارجه ان ثبت

فليس بمشهور فلم يمنع وقوع الحرية به كسائر الالفاظ الصريحة على ان اللفظ المحتمل ينصرف بالقرائن

إلى أحد محتمليه كلفظ التدبير في معاشه أو غير ذلك وهو صريح في الحرية فهنا أولى

(الفصل الثالث) انه لا يعتق قبل اداء جميع الكتابة ، قال احمد في عبيد بين رجلين كاتباه على

أواق في كل عام أوقية فأعينني ولان الكتابه مشتقة من الضم وهو ضم نجم الى نجم فدل ذلك على

افتقارها الى نجمين والاول نقيس

﴿ مسألة ﴾ (ويشترط علم ما يؤدي اليه في كل نجم كالتمن في البيع ولئلا يفضي

الى النزاع والاختلاف)

ولا يشترط تساوي النجوم فاذا قل كاتبتك على الف الى عشر سنين تؤدي عند انقضاء كل

سنة مائه أو قل تؤدي منها مائه عند انقضاء خمس سنين وبقيةها عند تمام العشرة او قال تؤدي في

آخر العام الاول مائة وتسعمائة عند انقضاء السنة العاشرة فكل ذلك جائز فان قال تؤدي في كل

عام مائه جاز ويكون أجل كل مائه عند انقضاء السنة ، وظاهر قول القاضي وأصحاب الشافعي انه لا

يصح لانه لا يبين وقت الاداء من العام

ولنا قول بريرة كاتبت اهلي على تسع أواق في كل عام أوقية ولان الاجل إذا علق بمدة تعاق

بأحد طرفيها فان كان بحرف الى تعلق بأولها كقولها الى شهر رمضان وان كان بحرف في كان الى آخرها

لانه جعل جميعها وقتاً لادائها فاذا أدى في آخرها كان مؤدياً لها في وقتها فلم يتعين عليه الاداء قبله

كتأدية الصلاة في آخر وقتها وان قال تؤديها في عشر سنين أو إلى عشر سنين لم يجز لانه نجم

واحد ومن أجاز الكتابة على نجم واحد أجزاء وان قال يؤدي بعضها في نصف المدة وبقيةها في آخرها

أنف فأدى تسعمائة ثم أعتق أحدهما نصيبه؟ قال لا يعتق الا نصف المائة
وقد روي عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهري أنهم قالوا المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم رواه عنهم الاثرم وبه قال انقاسم وسالم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثوري
وابن شبرمة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك عن أم سلمة
وروي سعيد باسناده عن أبي قلابة قال كن أزواج النبي ﷺ لا يحتجبن من مكاتب ما بقي
عليه دينار وباسناده عن عطاء ان ابن عمر كاتب غلاما على الف دينار فأدى اليه تسعمائة دينار وعجز
عن مائة دينار فرده ابن عمر في الرق، وذكر أبو بكر والقاضي وأبو الخطاب أنه إذا أدى ثلاثة أرباع
الكتابة وعجز عن ربعها عتق لأنه يجب رده اليه فلا يرد الى الرق بعجزه عنه لأنه عجز عن أداء
حق هوله لاحق للسيد فلا معنى لتعجزه في ما يجب رده اليه وقال علي رضي الله عنه يعتق منه بقدر
ما أدى لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال «إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب
ما عتق منه ويؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقي دية عبد» رواه الترمذي وقال حديث
حسن وروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انه إذا أدى الشطر فلا رق عليه وروي ذلك عن النخعي
وقال عبدالله بن مسعود رضي الله عنه إذا أدى قدر قيمته فهو غريم وقضى به شريح وقال الحسن
في المكاتب اذا عجز استسعى بعد العجز سنتين

لم يجوز لان البعض يقع على القليل والكثير فيكون مجهولاً
(فصل) وتجوز الكتابة على مال يجوز السلم فيه لانه مال يثبت في الذمة مؤجلاً في معاوضة
فجاز ذلك فيه كعقد السلم فان كان من الايمان وكان في البلد نقد واحد جاز إطلاقه لانه ينصرف
اليه فاشبه البيع وان كان فيه نقود بعضهم الغلب في الاستعمال جاز للإطلاق ايضاً وانصرف اليه عند
الإطلاق كما لو انفرد وان كانت مختلفة متساوية في الاستعمال وجب بيانها بما يميزه من غيره من النقود
وان كان من غير الايمان وجب وصفه بما يوصف به في السلم فأما مالا يصح السلم فيه فلا يجوز أن يكون
عوضاً في الكتابة لانه عقد معاوضة يثبت عوضه في الذمة فلم يجوز بعوض مجهول كالسلم، وقال القاضي
يصح على عبد مطلق وله الوسط إذا كاتبه على عبد مطلق لم يصح، ذكره ابو بكر وهو قول الشافعي
يجوز في أحد الوجهين، وهو قول أبي حنيفة ومالك لان العتق لا يلحقه الفسخ فجاز أن يكون الحيوان
المطلق عوضاً فيه كالعقل.

ولنا أن الما لا يجوز أن يكون عوضاً في البيع والاجارة لا يجوز أن يكون عوضاً في الكتابة كالثوب
المطلق ويفارق العقل لانه بدل متلف مقدر في الشرع وههنا عوض في عقد أشبه البيع ولان الحيوان
الواجب في العقل ليس بحيوان مطلق بل هو مقيد بجنسه وسنه فلم يصح الاخاق به ولان الحيوان
المطلق لا يجوز الكتابة عليه بغير خلاف علمناه وإنما الخلاف في العبد المطلق ولم يرد الشرع به بدلاً

ولنا ماروي سعيد ثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ قال « ايما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر اواق فهو رقيق » وعن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » رواه أبو داود ولانه عوض عن المكاتب فلا يمتق قبل ادائه كالتقديرات المتفق عليه ولانه لو أعتق بعضه لسرى الى باقيه كالمباشرة بالعتق فان العتق لا يتبع في الملك فاما حديث ابن عباس فمحمول على مكاتب لرجل مات وخاف ابنين ففر أحدهما بكتابتته وأنكر الآخر فأدى الى المقر أو ما شبهها من الصور جمعاً بين الاخبار وتوفيقاً بينها وبين القياس ولان قول النبي ﷺ « إذا كان لاحداً كُنْ مكاتباً فلك ما يؤدي فلتحتجب منه » دليل على اعتبار جميع ما يؤدي ويجوز ان يتوقف العتق على اداء الجميع وان جاز رد بعضه اليه كالموقوف اذا ادبت الي الفاقأنت حر والله على رد ربعها اليك فانه لا يعتق قبل اداء جميعها وان وجب عليه رد بعضها (فصل) وتجوز الكتابة على كل مال يجوز السلم فيه لانه مال يثبت في الذمة مؤجلاً في معاوضة فجاز ذلك فيه كعقد السلم فان كان من الايمان وكان في البلد نقد واحد جاز اطلاقه لانه ينصرف بالاطلاق اليه فجاز ذلك فيه كالبيع وان كان فيه نقود أحدها اغلب في الاستعمال جاز الاطلاق أيضاً وانصرف اليه عند الاطلاق كما لو انفرد وان كانت مختلفة متساوية في الاستعمال وجب بيانه بجنسه وما يتميز به من غيره من النقود وان كان من غير الايمان وجب وصفه بما يوصف به في السلم ومالا يصح في السلم

في موضع علمناه . اذا ثبت هذا فان من صحح الكتابة به أوجب له عبداً وسطاً وهو السندي ويكون وسطاً من السنديين في قيمته كقولنا في الصداق ولا تصح الكتابة على حيوان مطلق غير العبد فيما علمناه ولا على ثوب ولا دار ولذلك لا تجوز على ثوب من ثيابه ولا عمامة من عمامته ولا غير ذلك من المجهولات ومن اختار الكتابة على العبد الحسن وسعيد بن جبير والنخعي والزهري وابن سيرين ، وروي عن أبي هريرة وحفصة رضي الله عنهما .

﴿مسئلة﴾ (وتصح على مال وخدمة سواء تقدمت الخدمة أو تأخرت).

تجوز الكتابة على المنافع المباحة لانها أحد العوضين في الاجارة فجاز ان تكون عوضاً في الكتابة كالائمان ويشترط العلم بها كما يشترط في الاجارة فن كاتبه على خدمة شهر ودينار صح ولا يحتاج الى ذكر الشهر وكونه عقيب العقد لان الاجارة تقتضيه فان عين الشهر بوقت لا يتصل بالعقد مثل ان يكتبه في الحرم على خدمته في رجب ودينار صح أيضاً كما يجوز ان يؤجره داره شهر رجب في الحرم ، وقال أصحاب الشافعي لا يجوز على شهر لا يتصل بالعقد ويشترطون ذكر ذلك ولا يجوزون اطلاقه بناء على قولهم في الاجارة وقد سبق الكلام فيه والخلاف في باب الاجارة ويشترط كون الدينار المذكور مؤجلاً لان الاجل شرط في عقد الكتابة فان جعل محل الدينار بعد الشهر بيوم أو أكثر صح بغير خلاف نعلمه وان جعل محله في الشهر أو بعد انقضائه صح أيضاً وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وقال

فيه لا يجوز ان يكون عوضا في الكتابة لانه عقد معاوضة يثبت عوضه في الذمة فلم يجوز بعوض مجهول كالسلم فان كاتبه على عبد مطلق لم يصح ذكره أبو بكر وهو قول الشافعي وذكر القاضي فيه وجهين (أحدهما) لا يجوز والآخر يجوز وهو قول أبي حنيفة ومالك لان العتق معنى لا يلحقه الفسخ فجاز ان يكون الحيوان المطلق عوضا فيه كالعقل

ولنا ان المالا يجوز ان يكون عوضا في البيع والاجارة لا يجوز ان يكون عوضا في الكتابة كالثوب الطاق ويفارق العقل لانه بدل عن متلف مقدر في الشرع وههنا عوض في عقد فاشبه البيع ولان الحيوان الواجب في العقل ليس بحيوان مطلق بل هو مقيد بجنسه وسنه فلم يصح الاطلاق به ولان الحيوان المطلق لا يجوز الكتابة عليه بغير خلاف بين الناس فيما علمناه وانما الخلاف في العبد المطلق ولم يرد به الشرع بدلا في موضع علمناه . اذا ثبت هذا فان من صحح الكتابة به أوجب له عبداً وسطاً وهو السندي ويكون وسطاً من السنديين في قيمته كقولنا في الصداق ولا تصح الكتابة على حيوان مطلق غير العبد فيما علمناه ولا على ثوب ولا دار ولذلك لا تجوز على ثوب من ثيابه ولا عمامة من عمامته ولا غير ذلك من المجهولات وان وصف ذلك باوصاف المسلم صح ومن اجاز الكتابة على العبيد الحسن وسعيد بن جبير والنخعي والزهري وابن سيرين ومالك وأصحاب الرأي وروي ذلك عن أبي برزة وحفصة رضي الله عنهما

القاضي لا يصح لانه يكون نجما واحداً وهذا لا يصح لان الخدمة كلها لا تكون في وقت محل الدينار وانما يوجد جزء منها يسير متاربا له وسائرهما فيما سواه ولان الخدمة بمنزلة العوض الحاصل في ابتداء مدتها ولهذا يستحق عوضها جميعه ويكون محلها غير محل الدينار وإنما جازت له حالة لان المنع من الحلول في غيرها لاجل المعجز عنه في الحال وهذا غير موجود في الخدمة فجازت حالة وان جعل محل الدينار قبل الخدمة وكانت الخدمة غير متصلة بالعقد بحيث يكون الدينار مؤجلا والخدمة بعده جاز وان كانت الخدمة متصلة بالعقد لم يتصور كون الدينار قبله ولم يجز في أوله ، لانه يكول حالا ومن شرطه التأجيل .

(فصل) إذا كاتب السيد عبده على خدمة مفردة في مدة واحدة مثل ان يكتبه على خدمة شهر بعينه أو سنة معينة فحكمه حكم الكتابة على نجم واحد على ماضى من القول فيه ويحتمل أن يكون كالكتابة على انجم لان الخدمة تستوفى في أوقات مفرقة بخلاف المال وان جعله على شهر بعد شهر كأن كاتبه في أول المحرم على خدمته فيه وفي رجب صح لانه على نجمين وان كاتبه على منفعة في الذمة معلومة كخياطة ثوب عينه أو بناء حائط وصفه صح أيضا إذا كانت على نجمين وان قال كاتبك على أن تخدمني هذا الشهر وخياطة كذا على عقيب الشهر صح في قول الجميع وان قال على أن تخدمني شهراً من وقتي هذا وشهراً عقيب هذا الشهر صح أيضا وعند الشافعي لا يصح .

(فصل) وتصحح الكتابة على خدمة ومنفعة مباحة لانها أحد العوضين في الاجارة فجاز ان نكون عوضاً في الكتابة كالاثمان ويشترط العلم بها كما يشترط في الاجارة فان كاتبه على خدمة شهر ودينار صح ولا يحتاج الى ذكر الشهر وكونه عقيب العقد لان اطلاقه يقتضي ذلك وان عين الشهر لوقت لا يتصل بالعقد مثل ان يكتبه في المحرم على خدمته في رجب ودينار صح أيضاً كما يجوز ان يؤجره داره شهر رجب في المحرم وقال أصحاب الشافعي لا يجوز على شهر لا يتصل بالعقد ويشترطون ذلك ولا يجوزون اطلاقه بناء على قولهم في الاجارة وقد سبق ذكر الخلاف فيه في باب الاجارة ويشترط كون الدينار المذكور مؤجلاً لان الاجل شرط في عقد الكتابة فان جعل محل الدينار بعد الشهر بيوم أو أكثر صح بغير خلاف نعلمه وان جعل محل في الشهر أو بعد انقضائه صح أيضاً وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وقال القاضي لا يصح لانه يكون نجماً واحداً وهذا لا يصح لان الخدمة كلها لا تكون في وقت محل الدينار وإنما يوجد جزء منها يسير مقارباله وسائرهما فيما سواه ولان الخدمة بمنزلة العوض الحاصل في ابتداء مدتها ولهذا يستحق عوضها جميعه عند العقد فيكون محلها غير محل الدينار وانما جازت حالة لان المنع من الحلول في غيرها لاجل العجز عنه في الحال وهذا غير موجود في الخدمة فجازت حالة وان جعل محل الدينار قبل الخدمة و كانت الخدمة غير متصلة بالعقد بحيث يكون الدينار مؤجلاً والخدمة بعده جازوا وان كانت الخدمة متصلة بالعقد لم يتصور كون الدينار قبله ولم تجز في أوله لانه يكون حالاً ومن شرطه التأجيل

ولنا انه كاتبه على نجمين فصح كالتالي قبلها .

(فصل) وإذا كاتب العبد وله مال فماله لسيدة الا ان يشترطه المكاتب فان كان له سرية أو ولد فهو لسيدة ، وبه قال اشوري والحسن بن صالح وابو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال الحسن وعطاء والنخعي وسليمان بن موسى وعمر بن دينار ومالك وابن أبي ليلى في المكاتب ماله له ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى والنخعي وعمر بن دينار ومالك في الولد واحتج لهم بما روى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال من أعتق عبداً وله مال فالمال للعبد .

ولنا قول النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائنه إلا أن يشترطه المتباع » متفق عليه والكتابة بيع ولانه باعه نفسه فلم يدخل معه غيره كولد وأقاربه ولانه هو وماله كانا لسيدة فاذا وقع العقد على احدهما بقي الآخر على ما كان عليه كما لو باعه لاجنبي وحديثهم ضعيف قد ذكرنا ضعفه .

﴿ مسألة ﴾ (وإذا أدى ما كوتب عليه أو أبرء منه عتق لانه لم يبق لسيدة عليه شيء ولا يعتق قبل أداء جميع الكتابة) .

هذا ظاهر كلام الحنفي ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال

(فصل) وان كاتبه على خدمة مفردة في مدة واحدة مثل ان كاتبه على خدمة شهر معين أو سنة معينة فحكمه حكم الكتابة على نجم واحد على ما مضى من القول فيه ويحتمل ان يكون كالكتابة على انجم لان الخدمة تستوفى في أوقات متفرقة بخلاف المال فان جعله على شهر بعد شهر كأن كاتبه في أول المحرم على خدمة فيه وفي رجب صح لانه على نجمين وان كاتبه على منفعة في الذمة معلومة كخياطة ثياب عينها او بناء حائط وصفه صح أيضاً اذا كاتبه على نجمين وان قال كاتبك على ان تخدمني هذا الشهر وخياطة كذا عقيب الشهر صح في قول الجميع وان قال على ان تخدمني شهرآمن وقتي هذا وشهرآ عقيب هذا الشهر صح أيضاً وعند الشافعي لا يصح
ولنا أنه كاتبه على نجمين فصح كاتي قبلها

(فصل) واذا كاتب العبد وله مال فما له لسيدته الا ان يشترطه المكاتب وان كانت له سرية أو ولد فهو لسيدته وبهذا قال الثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال الحسن وعطاء والنخعي وسليمان بن موسى وعمرو بن دينار ومالك وابن أبي ليلى في المكاتب ما له ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى والنخعي وعمرو بن دينار ومالك في الولد واحتج لهم بما روى عمر عن النبي ﷺ أنه قال « من اعتق عبداً وله مال فالملال للعبد »
ولنا قول النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع » متفق عليه

« المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » رواه ابو داود دل بمنطوقه على انه لا يعتق حتى يؤدي جميع كتابته وبمفهومه على انه اذا أدى كتابته لا يبقى عبداً قال أحمد في عبد رجلين كاتباه على ألف فأدى تسعة مائة ثم أعتق أحدهما نصيبه قال يعتق الانصف المائة وقد روي عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهري انهم قالوا المكاتب عبد ما بقي عليه درهم رواه عنهم الاثرم وبه قال القاسم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثوري وابن شبرمة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وروي ذلك عن ام سلمة وروى سعيد باسناده عن ابي قلابة قال كنا أزواج النبي ﷺ لا يمتحن من مكاتب ما بقي عليه درهم وباسناده عن عطاء ان ابن عمر كاتب غلاماً على ألف دينار فأدى اليه تسعة مائة دينار وعجز عن مائة دينار فرده ابن عمر في الرق .

﴿ مسألة ﴾ (وما فضل في يده فهو له) .

لانه كان له قبل العتق فبقي على ما كان وعنه انه إذا ملك ما يؤدي صار حراً لما روت ام سلمة ان النبي ﷺ قال « اذا كان لاحداكن مكاتب فكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه » ، رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح فامرهن بالحجاب بمجرد ملكه لما يؤديه ولانه مالك للمال الكتابة اشبه مالو أداءه فعلى هذا متى امتنع من الاداء أجبره الحاكم عليه كسائر الديون الحائلة على

والكتابة بيع ولانه باعه نفسه فلم يدخل معه غيره كولدته واقاربه ولانه هو وماله كانا لسيدته فاذا وقع العقد على أحدهما بقي الآخر على ما كان عليه كالمواضع الاجنبي وحدثهم ضعيف قد ذكرنا ضعفه

(مسئلة) قال (وولاؤهم لمكاتبه)

لانعلم خلافا بين أهل العلم في ان ولاء المكاتب لسيدته اذا ادى اليه وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لان الكتابة انعام وإعتاق له لان كسبه كان لسيدته بحكم ملكه اياه فرضي به عوضا عنه واعتق رقبته عوضا عن منفعتة المستحقة له بحكم الاصل فكان معتقاً له منعا عليه فاستحق ولاءه لقوله صلى الله عليه وسلم «الولاء لمن اعتق» وفي حديث بريرة انها قالت كاتبت أهلي على تسع اواق في كل عام أوقية فقالت عائشة ان شاء اهلك ان أعدها لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت فرجعت بريرة الى أهلها فذكرت ذلك لهم فأبوا الا ان يكون الولاء لهم وهذا يدل على ان ثبوت الولاء على المكاتب لسيدته كان متقررأ عندهم والله أعلم

(مسئلة) قال (ويعطى مما كوتب عليه الربيع لقول الله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم)

الكلام في الايتاء في خمسة فصول : وجوبه وقدره وجنسه ووقت جوازه ووقت وجوبه . أما الاول فانه يجب على السيد ايتاء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه روي ذلك عن علي رضي الله عنه

القادر عليها فان هلك ما في يديه قبل الاداء صار ديناً في ذمته وقد صار حراً والصحيح انه لا يعتق حتى يؤدي وهذا قول أكثر اهل العلم لما ذكرنا من حديث عمرو بن شعيب وروي سعيد باسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ايما عبد كانت عليه مائة أوقية فأداها إلا عشرة اواق فهو عبد » وفي رواية « من كاتب عبده على مائة اوقية فأداها إلا عشرة اواق » وقال « الا عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق » رواه الترمذي وقال هذا حديث غريب ولانه عتق علق بعوض فلم يعتق قبل ادائه كما لو قال اذا اديت إلي الغنا فانت حر فعلى هذه الرواية اذا ادى عتق وان لم يؤدي لم يعتق فان امتنع من الاداء فقال ابو بكر يؤديه الامام عنه ولا يكون ذلك عجزاً ولا يملك السيد الفسخ وهو قول ابي حنيفة ويحتمل انه اذا لم يؤدي عجزه السيد ان احب وعاد عبداً غير مكاتب ونحوه قال الشافعي فانه قال ان شاء عجز نفسه وامتنع من الاداء . ووجه ذلك ان العبد لا يجبر على اكتساب ما يؤديه في الكتابة فلا يجبر على الاداء كسائر العقود الجزئية . ووجه الاول انه قد ثبت للعبد استحقاق الحرية بملك ما يؤدي فلم يملك ابطالها كما لو ادى فان تلف المال قبل ادائه جاز تعجزه واسترقاقه وجهاً واحداً . (فصل) إذا أبرأ السيد من مال الكتابة برى وعتق لان ذمته خلت من مال الكتابة فاشبهه مالاً ابرأه وان ابرأه من بعضه برى منه وهو على الكتابة فيما بقي لان الابراء كالاداء فان كاتبه على دنانير فبرأه من دراهم أو بالعكس لم تصح البراءة لانه ابرأه مما لا يجب عليه الا ان يريد بقدر ذلك بمالي عليك فان اختلفا فقال المكاتب انما

وبه قال الشافعي وإسحاق وقال بريدة والحسن والنخعي والثوري ومالك وأبو حنيفة ليس بواجب
لأنه عقد معاوضة فلا يجب فيه الإيتاء كسائر عقود المعاوضات

ولنا قول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) وظاهر الأمر الوجوب قال علي رضي
الله عنه في تفسيرها ضعوا عنهم ربع مال الكتابة ، وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال ضعوا عنهم
من مكاتبتهم شيئاً وتحالف الكتابة سائر العقود فإن القصد بها الفرق بالعبء بخلاف غيرها ولأن
الكتابة يستحق بها الولاء على العبد مع المعاوضة فلذلك يجب أن يستحق العبد على السيد شيئاً فإن
قيل المراد بالإيتاء إعطاؤه سهماً من الصدقة أو الندب إلى التصديق عليه وليس ذلك بواجب بدليل
أن العقد يوجب العوض عليه فكيف يقتضي إسقاط شيء منه ؟ قلنا أما الأول فإن علياً وابن عباس
رضي الله عنهما فسراه بما ذكرناه وهما أعلم بتأويل القرآن وحمل الأمر على الندب يخالف مقتضى
الأمر فلا يصر إليه إلا بدليل وقولهم أن العقد يوجب عليه فلا يسقط عنه قلنا إنما يجب للرفق به
عند آخر كتابته مواساة له وشكراً لنعمة الله تعالى كما تجب الزكاة مواساة من النعم التي أنعم الله تعالى
بها على عبده ولأن العبد ولي جمع هذا المال وتعب فيه فاقترض الحال مواساته منه كما أمر النبي ﷺ
باطعامه من الطعام الذي ولي حره ودخانه واختص هذا بالوحدوب لأن فيه معونة على العتق وإعانة
لمن يحق على الله تعالى عونونه فإن أبا هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « ثلاثة حق على

أردت من قيمة ذلك وقال السيد بل ظننت أن لي عليك التمسد الذي أبرأتك منه فلم تقع البراءة
موضعها فالقول قول السيد مع يمينه لأنه اعرف بنيته فإن مات السيد واختلاف المكتاب والورثة
فالقول قولهم مع أيمانهم ويحلفون على نفي العلم وإن مات المكتاب واختلف ورثته وسيده فالقول
قول السيد لما ذكرنا

﴿ مسألة ﴾ (فلو مات قبل الأداء كان مافي يده لسيدة في الصحيح عنه وعلى الرواية الأخرى
لسيدة ببقية كتابته والباقي لورثته)

هذه المسئلة تشبه أن تكون مبنية على المسئلة التي قبلها إن قلنا أنه لا يعتق بملك ما يؤدي فقد
مات رقيقاً وانفسخت كتابته بموته وكان مافي يده لسيدة وإن قلنا أنه عتق بملك ما يؤدي فقد
مات حراً وعليه لسيدة ببقية كتابته لأنه دين له عليه والباقي لورثته قال إمامنا الأصحاح أن الكتابة
تنفسخ بموته ويموت عبداً ومافي يده لسيدة رواه الأثرم بأسناده عن عمر وزيد والزهرري وبه قال
إبراهيم وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشافعي لما ذكرناه في التي قبلها ولأنه مات قبل أداء مال الكتابة
فوجب أن تنفسخ كالم لم يكن له مال وكما لو عتق عتقه بأداء ألف فمات قبل أدائها وعنه أنه يعتق
ويموت حراً فيكون لسيدة ببقية كتابته والباقي لورثته روي ذلك عن علي وابن مسعود ومعاوية وبه
قال عطاء والحسن وطاوس وشريح والنخعي والثوري والحسن بن صالح ومالك وإسحاق وأصحاب

الله تعالى عونهم المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الاداء والتأكل الذي يريد العفاف «
أخرجه الترمذي وقال حديث حسن

(الفصل الثاني) في قدره وهو الربع ذكره الخزي وابو بكر وغيرهما من أصحابنا ، وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وقال قتادة العشر وقال الشافعي وابن المنذر يجزى ما يقع عليه الاسم وهو قول مالك الا انه عنده مستحب لقول الله تعالى (من مال الله الذي آتاكم) (من للتبعض والقليل بعض فيكتفى به وقال ابن عباس ضعوا عنهم من مكاتبهم شيئاً ولانه قد ثبت ان المكاتب لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة بما ذكرنا من الاخبار ولو وجب إيتاؤه الربع لوجب أن يعتق إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة ولا يجب عليه أداء مال يجب رده اليه وروي عن ابن عمر انه كاتب عبد الله له على خمسة وثلاثين ألفاً فأخذ منه ثلاثين وترك له خمسة

ولنا ما روى ابو بكر باسناده عن علي رضي الله عنه عن النبي ﷺ في قوله (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) فقال « ربع الكتابة » وروي موقوفاً على علي ولانه مال يجب إيتاؤه مواساة بالشرع فكان مقدراً كالزكاة ولان حكمة إيجابه الرفق بالمكاتب وإعاقته على تحصيل العتق وهذا لا يحصل باليسير الذي هو اقل ما يقع عليه الاسم فلم يجز أن يكون هو الواجب وقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله) وان ورد غير مقدر فان السنة تبينه وتبين قدره كالزكاة

الرأي الا ان اباحيفة قال يكون حراً في آخر جزء من حياته وهذا قول انقاضي ووجه هذه الرواية ما تقدم في التي قبلها لانها معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين فلا تنفسخ بموت الآخر كبيع ولان العبد أحد من تمت به الكتابة فلم تنفسخ بموته كما السيد والاول اولى وتفارق الكتابة البيع لان كل واحد من المتعاقدين غير معقود عليه ولا يتعلق العقد بعينه فلم ينفسخ بتأفقه والمكاتب هو المعقود عليه والعقد متعلق بعينه فاذا تلف قبل تمام الاداء انفسخ العقد كما لو تلف المبيع قبل قبضه ولانه مات قبل وجود شرط حرته ويتعذر وجودها بعده ، وانه ، فأما ان مات ولم يخلف وفاء فلا خلاف في الذهاب ان الكتابة تنفسخ بموته ويموت عبداً وما في يده لسيد وهو قول أهل الفتاوى من أئمة الامصار لان يموت بعد أداء ثلاثة ارباع الكتابة عند أبي بكر والقاضي ومن وافقهما فانه يموت حراً في مقتضى قولهم وسند ذلك ان شاء الله تعالى وقال مالك ان كان له ولد حر انفسخت الكتابة وان كان مملوكا في كتابته اجبر على دفع المال ان كان له مال وان لم يكن له اجبر على الاكتساب والاداء

(فصل) ولا تنفسخ الكتابة بالجنون لانها عقد لازم فلم تنفسخ بالجنون كالرهن وفارق الموت لان العقد على العين والموت يفوت العين بخلاف الجنون ولان التصدق من الكتابة العتق والموت ينافيه ولهذا لا يصح عتق الميت والجنون لا ينافيه بدليل صحة عتق المجنون فعلى هذا ان أدى اليه المال عتق لان السيد إذا قبض منه فقد استتر في حقه الذي كان عليه وله أخذ المال من يده فيتضمن

(الفصل الثالث) في جنسه ان قبض مال الكتابة ثم اعطاه منه جاز لان الله تعالى أمر بالاياء منه وان وضع عنه مما وجب عليه جاز لان الصحابة رضي الله عنهم فسروا الاياء بذلك ولانه أبلغ في النفع وأعون على حصول العتق فيكون أفضل من الاياء وتحصل دلالة الآية عليه من طريق التشبيه وان اعطاه من جنس مال الكتابة من غيره جاز ويحتمل أن لا يلزم المكاتب قبوله وهو ظاهر كلام الشافعي لان الله تعالى أمر بالاياء منه

وانما انه لا فرق في المعنى بين الاياء منه وبين الاياء من غيره إذا كان من جنسه فوجب أن يتساوا في الاجزاء وغير المنصوص إذا كان في معناه الحق به وكذلك جاز الخط وليس هو بايتاء ما كان في معناه وان أتاه من غير جنسه مثل أن يكتبه على دراهم فيعطيه دنانير او عروضا لم يلزمه قبوله لانه لم يؤت منه ولا من جنسه ويحتمل الجواز لان الرفق به يحصل به

(الفصل الرابع) في وقت جوازه وهو من حين العقد لقول الله تعالى (فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً وآتوهم) وذلك يحتاج اليه من حين العقد وكما عجله كان أفضل لانه يكون أنفع كالزكاة (الفصل الخامس) في وقت وجوبه وهو حين العتق لان الله تعالى أمر بايتائه من المال الذي آتاه وإذا آتى المال عتق فيجب ايتاؤه حينئذ . قال علي رضي الله عنه الكتابة على نجمين والاياء من الثاني فان مات السيد قبل ايتائه فهو دين في تركته لانه حق واجب فهو كسائر ديونه وان ضاقت

ذلك براءته من المال فيعتق بحكم العقد وان لم يؤد اليه كز السيد ان يحضره عند الحاكم وتثبت الكتابة بالبينة فيبحث الحاكم عن ماله فان وجد له مالا سلمه في الكتابة وعتق وان لم يجد له مالا جعل له أن يهجره ويلزمه الانفاق عليه لانه عاد قنأ ثم ان وجد له الحاكم بعد ذلك مالا يعني بمال الكتابة أبطل قسح السيد لان الباطل بخلاف ما حكم به فبطل حكمه كما اذا أخطأ النصف وحكم بالاجتهاد إلا أنه يرد على السيد ما انفقه من حين الفسخ لانه لم يكن مستحقاً عليه في الباطن وان أفقر وأقام البينة أنه كان قد دفع اليه مال الكتابة بطل أيضاً ولا يرد عليه ما انفقه لانه انفق عليه مع علمه بجزئته فكان متطوعاً بذلك فلم يرجع به وينبغي أن يستحلف الحاكم السيد انه ما استوفى مال الكتابة وهذا قول أصحاب الشافعي ولم يذكره أصحابنا وهو حسن لانه يحتمل أنه استوفاه والمجنون لا يعبر عن نفسه فيدعيه فيقوم الحاكم مقامه في استحلافه عليه

(فصل) وقتل المكاتب كوته في انفساخ الكتابة على ما اسافنا من الخلاف سواء كان القاتل السيد او الاجنبي ولا قصاص على قاتله الحر لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم للحديث فان كان القاتل سيده ولم يخاف وفاء انفسخت الكتابة وعاد ما في يده الى سيده ولم يجب عليه شيء لانه لو وجب لوجب له فان قيل فالقاتل لا يستحق بالقتل شيئاً من تركة المقتول قلنا ههنا لا يرجع اليه مال المكاتب ميراثاً بل بحكم ملكه عليه لزوال الكتابة وانما يمنع القاتل الميراث خاصة الا ترى أن

التركة عنه وعن غيره من الديون تخاصوا في التركة بقدر حقوقهم ويقدم ذلك على الوصايا لانه دين وقد قضى النبي ﷺ ان الدين قبل الوصية والله الموفق

﴿مسئلة﴾ قال (وان عجلت الكتابة قبل محلها لزم السيد الاخذ وعتق من وقته في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله والرواية الأخرى اذا ملك ما يؤدي فقد صار حراً) الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) فيما اذا عجل المكاتب الكتابة قبل محلها فالمنصوص عن احمد انه يلزم قبولها ويعتق المكاتب وذكر ابو بكر فيه رواية أخرى انه لا يلزم قبول المال الا عند نجومه لان بقاء المكاتب في هذه المدة في ما كرهه حق له ولم يرض بزواله فلم يزل كالوعلق عتقه على شرط لم يعتق قبله والصحيح في المذهب الاول وهو مذهب الشافعي الا ان القاضي قال أطلق احمد والخرقي هذا القول وهو مقيد بما لا ضرر في قبضه قبل محله كالذي لا يفسد ولا يختلف قديمه وحديثه ولا يحتاج الى مؤنة في حفظه ولا يدفعه في حال خوف يخف ذهابه فان اختل أحد هذه الامور لم يلزم قبضه مثل أن يكون مما يفسد كالعنب والرطب والبطيخ أو يخاف تلفه كالحيوان فانه ربما تلف قبل المحل ففاته مقصوده، وإن كان مما يكون حديثه خيراً من قديمه لم يلزمه أيضاً أخذه لانه ينقص الى حين الحول وان كان

من له دين مؤجل اذا قتل من عليه الحق حل الدين في رواية وأم الولد إذا قتلت سيدها عتقت وان كان المكاتب قد خلف وفاء وقلنا ان الكتابة تنفسخ بموته فالحكم كذلك وان قلنا لا تنفسخ فله القيمة على سيده تصرف الى ورثته كما لو كانت الجناية على بعض اطرافه في حياته وان كان الوفاء يحصل بايجاب القيمة ولا يحصل بدونها وجب كما لو خلف وفاء لان دية المقتول كتركته في قضاء ديونه منها وانصرفها الى ورثته بينهم على فرائض الله الى ولا فرق فيما ذكرنا بين ان يخلف وارثا او لا يخلف وارثا وذكر القاضي انه إذا لم يخلف وارثا سوى سيده لم تجب القيمة عليه بحال ولنا أن من لا وارث له يصرف ماله إلى المسلمين ولا حق لسيدة فيه لان صرفه الى سيده بطريق الارث والقاتل لا ميراث له وان كان اقاتل أجنبياً وجبت القيمة للسيد الا في الموضع الذي لا تنفسخ الكتابة تجب لورثته

﴿مسئلة﴾ (واذا عجلت الكتابة قبل محلها لزم السيد الاخذ وعتق)

هذا المنصوص عن احمد ويحتمل ان لا يلزمه ذلك اذا كان في قبضه ضرر، وذكر ابو بكر فيه رواية أخرى انه لا يلزمه قبول المال الا عند نجومه لان بقاء المكاتب في هذه المدة في ملكه حق له ولم يرض بزواله فلم يزل كما لو علق عتقه على شرط لم يعتق والصحيح في المذهب الاول وهو مذهب الشافعي الا ان القاضي قال أطلق احمد والخرقي هذا القول وهو مقيد بما لا ضرر في قبضه قبل محله

مما يحتاج الى مخزن كالطعام والقطن لم يلزمه أيضاً لانه يحتاج في ابقائه الى وقت المحل الى موته فيتضرر بها ولو كان غير هذا الا ان البلد مخوف يخف نهبه لم يلزمه أخذه لان في أخذه ضرراً لم يرض بالتزامه وكذلك لو سلمه اليه في طريق مخوف أو موضع يتضرر بقبضه فيه لم يلزمه قبضه ولم يعتق المكاتب ببذله

قال القاضي والمذهب عندي ان في قبضه تفصيلاً على حسب ما ذكرناه في السلم، ولأنه لا يلزم الانسان التزام ضرر لم يقتضه العقد ولا رضي بالتزامه، وأما مالا ضرر في قبضه فاذا عجله لزم السيد أخذه، وذكر ابو بكر انه يلزمه قبوله من غير تفصيل اعتماداً على اطلاق احمد القول في ذلك وهو ظاهر اطلاق الخري لما روى الاثرم باسناده عن ابي بكر بن حزم ان رجلاً أتى عمر رضي الله عنه فقال يا أمير المؤمنين اني كاتب على كذا وكذا واني أسرت بالمال فأنتبه به فزعم انه لا يأخذها الا نجوما فقال عمر رضي الله عنه يا يرفأخذ هذا المال فأجمله في بيت المال وأد اليه نجوماً في كل عام وقد عتق هذا فلما رأى ذلك سيده أخذ المال وعن عثمان بنحو هذا.

ورواه سعيد بن منصور في سننه عن عمر وثمان جميعاً قال حدثنا هشيم عن ابن عوف عن محمد بن سيرين أن عثمان قضى بذلك ولان الاجل حق لمن عليه الدين فاذا قدمه فقد رضي باسقاط حقه فسقط كسائر الحقوق فان قيل اذا عتق عبده على فعل في وقت ففعله في غيره لم يعتق فكذلك اذا قال اذا

كالذي لا يفسد ولا يختاف قديمه وحديثه ولا يحتاج الى مؤنة في حفظه ولا يدفعه في حال خوف يخاف ذهابه فان اختل أحد هذه الامور لم يلزمه قبضه مثل ان يكون مما يفسد كالعنب والرطب والبطيخ أو يخاف تلته كالحيوان فانه ربما تلف قبل الحما، ففاته مقصوده، وان كان مما يكون حديثه خيراً من قديمه لم يلزمه أيضاً أخذه لانه ينقص الى حين الحلول وإن كان مما يحتاج الى مخزن كالطعام والقطن لم يلزمه أيضاً لانه يحتاج في ابقائه الى وقت المحل الى مؤنة فيتضرر بها ولو كان غير هذا إلا ان البلد مخوف لم يلزمه أخذه لان في أخذه ضرراً لم يرض بالتزامه وكذلك لو سلمه اليه في طريق مخوف أو في موضع يتضرر بقبضه فيه لم يلزمه قبضه ولم يعتق المكاتب

قال القاضي والمذهب عندي أن فيه تفصيلاً على حسب ما ذكرناه في السلم ولأنه لا يلزم الانسان التزام ضرر لم يقتضه العقد ولا رضي بالتزامه وأما مالا ضرر في قبضه فاذا عجله لزم السيد أخذه وذكر ابو بكر انه يلزمه قبوله من غير تفصيل اعتماداً على اطلاق احمد القول في ذلك وهو ظاهر اطلاق الخري لما روى الاثرم باسناده عن ابي بكر بن حزم ان رجلاً أتى عمر فقال يا أمير المؤمنين اني كاتب على كذا وكذا واني أسرت بالمال وأنتبه به فزعم انه لا يأخذها الا نجوماً فقال عمر رضي الله عنه يا يرفأخذ هذا المال فأجمله في بيت المال وأد اليه نجوماً في كل عام وقد عتق هذا فلما رأى ذلك سيده أخذ المال، وعن عثمان رضي الله عنه نحو هذا

أديت الي ألغاً في رمضان فأداه في شعبان لم يعتق قلنا تلك صفة مجردة لا يعتق الا بوجودها والكتابة معاوضة يبرأ فيها بآداء العوض فافترقا وكذلك لو أبرأه من العوض في المكاتب عتق ولو أبرأه من المال في الصفة المجردة لم يعتق والاولى ان شاء الله ما قاله القاضي في أن ما كان في قبضه ضرر لم يلزمه قبضه ولم يعتق ببذله لما ذكره من الضرر الذي لم يقتضه العقد وخبر عمر رضي الله عنه لادلالة فيه على وجوب قبض ما فيه ضرر ولان أصحابنا قالوا لو لقيه في بلد آخر فدفع اليه نجوم الكتابة او بعضها فامتنع من أخذها لضرر فيه من خوف أو مؤنة حمل لم يلزمه قبوله لما عليه من الضرر فيه وان لم يكن فيه ضرر لزمه قبضه كذا ههنا وكلام احمد رحمه الله محمول على ما اذا لم يكن في قبضه ضرر وكذلك قول الخرقى وابي بكر

(فصل) اذا أحضر المكاتب مال الكتابة او بعضه ليسلمه فقال السيد هذا حرام او غضب لا أقبله منك سئل العبد عن ذلك فان أقر به لم يلزم السيد قبوله لانه لا يلزمه أخذ المحرم ولا يجوز له وان أنكر وكانت للسيد بينة بدعواه لم يلزمه قبوله وتسمع بينته لان له حقا في أن لا يقتضي دينه من حرام ولا يأمن من أن يرجع صاحبه عليه به وان لم تكن له بينة فالقول قول العبد مع يمينه فان نكل عن اليمين لم يلزم السيد قبوله أيضاً ، وان حلف قيل للسيد اما أن تقبضه واما أن تبرئه ليعتق فان قبضه وكان تمام كتابته عتق ثم ينظر فان ادعى انه حرام مطلقاً لم يمنع منه لانه لا يقرب به لاحد وانما تحريره فيما بينه وبين الله تعالى ، وان ادعى انه غضبه من فلان لزمه دفعه اليه إن ادعاه لان قوله ، وان لم يقبل في حق المكاتب فنه يقبل في حق نفسه كما لو قال رجل لعبد في يد غيره هذا حر وأنكر ذلك من العبد في يده لم يقبل قوله عليه فان انتقل اليه بسبب من الاسباب لزمته حره وان أبرأه من مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه لم يلزمه قبضه لانه لم يبق له عليه حق وان لم يبرئه ولم يقبضه كان له

ورواه سعيد بن منصور في سنه عن عمر وعثمان جميعاً ، وثنا هشيم عن ابن عون عن محمد بن سيرين ان عثمان قضى بذلك ولان الاجل حق لمن عليه الدين فاذا قدمه فقد رضي باسقاط حقه فسقط كسائر الحقوق فن قيل اذا علق عتق عبده على فعل في وقت فعله في غيره لم يعتق قلنا تلك صفة مجردة لا يعتق الا بوجودها والكتابة معاوضة يبدأ فيها بآداء العوض ذفترقا ولذلك لو أبرأه من العوض في الكتابة عتق ولو أبرأه من المال في الصفة المجردة لم يعتق قال شيخنا والاولى ما قاله القاضي في ان ما كان في قبضه ضرر لم يلزمه قبضه ولم يعتق ببذله لما ذكره من الضرر الذي لم يقتضه العقد وخبر عمر لادلالة فيه على وجوب قبض ما فيه ضرر ولان أصحابنا قالوا لو لقيه في بلد اخر فدفع اليه نجوم الكتابة أو بعضها فامتنع من أخذها لضرر فيه من خوف أو مؤنة حمل لم يلزمه قبوله لما عليه من الضرر فيه وان لم يكن فيه ضرر لزمه قبضه كذا ههنا وكلام احمد محمول على ما اذا لم يكن في قبضه ضرر وكذلك قول الخرقى وأبي بكر

دفع ذلك إلى الحاكم ويطالبه بقبضه فينوب الحاكم في قبضه عنه ويعتق العبد كما روينا عن عمرو وعثمان في قبضهما مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه

(فصل) وإذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره فلو كاتبه على دنائير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض، وإن كاتبه على دراهم لم يلزمه أخذ الدنانير ولا العروض، وإن كاتبه على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره، وإن كاتبه على نقد وأعطاه من جنسه خيراً منه وكان ينفق فيما ينفق فيه الذي كاتبه عليه لزمه أخذه لأنه زاده خيراً وإن كان لا ينفق في بعض البلدان التي ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله لأن عليه فيه ضرراً

(الفصل الثاني) إذا ملك ما يؤدي فالصحيح أنه لا يعتق حتى يؤدي روي ذلك عن عمر وابنه وزيد وعائشة رضي الله عنهم فانهم قالوا المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وهو قول أكثر أهل العلم وعن أحمد رضي الله عنه رواية أخرى أنه إذا ملك ما يؤدي عتق ما روى سعيد قل حدثنا سفيان عن الزهري عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال «إذا كان لاحدا كن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه» ورواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح فأمرهن بالحجاب بمجرد ما كنهن لما يؤديه ولأنه مالك لوفاء. ل الكتابة أشبه ما لو أداءه فعلى هذه الرواية يصير حراً بملك الوفاء فتى امتنع منه أجبره الحاكم عليه، وإن هلك ما في يديه قبل الأداء صار ديناً في ذمته

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

(فصل) إذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره فلو كاتبه على دنائير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض وإن كانت على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره وإن كانت على نقد فأعطاه من جنسه خيراً منه وكان

وقد صار حراً ووجه الرواية الأولى ماروى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم - وقوله - أيما عبد كاتب على مائة اوقية فأداها الا عشر أواق فهو عبد، وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد » رواه سعيد . وفي رواية من كاتب عبده على مائة اوقية فأداها الا عشر اواق «أوقال» الا عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق» رواه الترمذي وقال هذا حديث حسن غريب ولانه عتق علق بعوض فلم يعتق قبل أدائه كما لو قال اذا أدت الي الفافانت حر فعلى هذه الرواية ان أدى عتق وان لم يؤد لم يعتق فان امتنع من الاداء فقال ابو بكر يؤديه الامام منه ولا يكون ذلك عجزاً ولا يملك السيد الفسخ وهو قول ابي حنيفة ، ويحتمل كلام الحرقي انه اذا لم يؤد عجزه السيد ان أحب فانه قال اذا لم يؤد نجماً حتى حل نجم آخر عجزه السيد ان أحب وعاد عبداً غير مكاتب ونحوه قال الشافعي فانه قال ان شاء عجز نفسه وامتنع من الاداء ووجهه ان العبد لا يجبر على اكتساب ما يؤديه في الكتابة فلا يجبر على الاداء كسائر العقود الجائزة ووجه الاول انه ثبت للعقد استحقاق الحرية بملك ما يؤدي فلم يملك ابطالها كما لو أدى فان تلف المال قبل أدائه جاز بعجزه واسترقاقه وجهاً واحداً

﴿مسئلة﴾ قال (واذا أدى بعض كتابته و مات وفي يده وفاء وفضل فهو لسيدة في احدى الروايتين والاخرى لسيدة بتمية كتابته والباقي لورثته)

ينفق فيما ينفق فيه الذي كاتبه عليه لزمه أخذه لانه زاده خيراً وان كان لا ينفق في بعض البلدان التي ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله لان عليه فيه ضرراً

﴿مسئلة﴾ ولا بأس ان يجعل المكاتب لسيدة ويضع عنه بعض كتابته مثل ان يكتبه على الف في نجمين الى سنة ثم قال - جعل لي خمسمائة حتى أضع عنك الباقي أو حتى ابرئك من الباقي أو قال صالحني منه على خمسمائة - معجلة جاز ذلك . وبه يقول طاوس والزهرى والنخعي وأبو حنيفة وكرهه الحسن وابن سيرين والشعبي ، وقال الشافعي لا يجوز لان هذا بيع الف بخمسمائة وهو ربا الجاهلية وهو أن يزيد في الدين لا جل الأجل وهذا أيضا هبة لان هذا لا يجوز بين الاجانب والرا يجري بين المكاتب وسيدة فلم يجز هذا بينهما كالا جانب .

ولنا أن مال الكتابة غير مستقر ولا هو دين صحيح بدليل أنه لا يجبر على ادائه وله ان يمتنع من أدائه ولا تصح الكفالة به وما يؤديه الى سيدة كسب عبده وانما جعل الشرع هذا العقد وسيلة إلى العتق وأوجب فيه التأجيل مبالغة في تحصيل العتق وتخفيفاً على المكاتب فاذا أمكنه التعجيل على وجه يسقط عنه بعض ما عليه كان أبلغ في حصول العتق واخف على العبد ويحصل من السيد اسقاط بعض

يحتمل ان هذه المسئلة مبنية على ما قبلها فاذا قلنا انه لا يعتق بملك ما يؤدي فقدمت رقيقاً فانفسخت الكتابة بموته وكان مافي يده لسيدة ،وان قلنا انه عتق بملك ما يؤدي فقد مات حراً وعليه لسيدة بقية كتابته لانه دين له عليه والباقي لورثته

قال القاضي الاصح انه تنفسخ الكتابة بموته وبموت عبدا وما في يده لسيدة رواه الاثرم باسناده عن عمر وزيد وازهري وبه قال ابراهيم وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشافعي لما ذكرناه في التي قبلها ولائهمات قبل اداء مال الكتابة فوجب ان تنفسخ كما لو لم يكن له مال ولانه عتق بشرط مطلق فينقطع بالموت كما لو قال اذا أدبت الي ألفاً فأنت حر

(والرواية الثانية) يعتق ويموت حراً وسيدة بقية كتابته وما فضل لورثته . روي ذلك عن علي وابن مسعود ومعاوية وبه قال عطاء والحسن وطاوس وشريح والنخعي والثوري والحسن بن صالح ومالك واسحاق وأصحاب الرأي الا ان ابا حنيفة قال يكون حراً في آخر جزء من حياته وهذا قول القاضي ووجه هذه الرواية ما قدمنا في التي قبلها ولانها معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين فلا تنفسخ بموت الآخر كالبيع ولان العبد احد من تمت به الكتابة فلم تنفسخ بموته كالسيد والاولى اولى وتفارق الكتابة البيع لان كل واحد من المتعاقدين غير مقود عليه ولا يتعلق العقد بعينه فلم ينفسخ بتلفه والكتاب هو المقود عليه والعقد يتعلق بعينه فاذا تلف قبل تمام الاداء انفسخ العقد كما لو تلف المبيع قبل قبضه ولانه مات قبل وجود شرط حرثته ويتعذر وجوده بعد موته

ماله على عبده ومن الله تعالى اسقاط بعض ما اوجبه عليه من الاجل لمصلحته ويفارق سائر الديون بما ذكرناه ويفارق الاجانب من حيث ان هذا عبده فهو أشبه بعبده القن وأما قولهم ان الربا يجري بينهما فيمنعه ما ذكره ابن أبي موسى وان سلمنا فان هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه وهو يخالف ربا الجاهلية فانه اسقاط لبعض الدين وربا الجاهلية زيادة في الدين تفضي الى نفاذ مال المدين وتحمله ما يعجز عن وفائه من الدين فيحبس من اجله وهذا يفضي الى تعجيل عتق للكتاب وخلصه من الرق والتخفيف عنه فاقترقا

(فصل) فان اتفقا على الزيادة في الاجل والدين مثل ان يكتبه على انف في نجمين الى سنة يؤدي خمسمائة في نصفها والباقي في آخرها فيجعلانها الى سنتين بالف ومائتين في كل سنة ستمائة او مثل ان يجعل عليه نهم فيقول أخرني الى كذا وأزيدك كذا فلا يجوز لان الدين المؤجل الى وقت لا يتأخر اجله عن وقته بانفاقهما عليه ولا يتغير أجله بتغييره وإذا لم يتأخر عن وقته لم تصح الزيادة التي في مقابلته ولان هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم وهو الزيادة في الدين للزيادة في الاجل ويفارق المسئلة الاولى من هذين الوجهين فان قيل فكما أن الاجل لا يتأخر فكذلك لا يتعجل ولا يصير المؤجل حالاً فلم جاز في المسئلة الاولى قلنا إنما جاز في المسئلة الاولى بالتمجيل فعلا فانه اذا دفع اليه الدين

(فصل) وإذا مات ولم يخلف وفاء فلا خلاف في الزهبي ان الكتابة تنفسخ بموته وبموت عبداً وماني
 يده لسيدة وهو قول أهل الفتوى من أئمة الامصار إلا أن بموت بعد اداء ثلاثة أرباع الكتابة عند
 ابي بكر والقاضي ومن وافقها فانه يموت حرراً في مقتضى قولهم
 وقال مالك ان كان له ولد حر انفسخت الكتابة وإن كان له مملوك في كتابته أجبر على دفع المال
 كله إن كان له مال وإن لم يكن له مال أجبر على الاكتساب والاداء
 وقد روي عن علي رضي الله عنه انه يعتقد منه بقدر ما أدى ، وروي عن ابن عباس رضي الله
 عنهما ان النبي ﷺ قال « اذا أصاب المكاتب حداً او ميراثاً ورث بقدر ما أدى ويؤدي المكاتب
 بمحصة ما أدى ، وعن عمر وعلي والنخعي اذا أدى الشطر فلا رق عليه
 وقال ابن مسعود اذا أدى قدر قيمته فهو غريم وقد ذكرنا الجواب عن هذه الاقوال كماها في تقدم
 بما أغنى عن اعادته ان شاء الله تعالى

(فصل) ولا تنفسخ الكتابة بالجنون لانها عقد لازم فلم تنفسخ بالجنون كالرهن وفارق الموت
 لان العقد على العين والموت يفوت العين بخلاف الجنون ولان القصد من الكتابة العتق والموت

المؤجل قبل محله جاز وجاز للسيد اسقاط باقي حقه عليه وفي هذه المسئلة يأخذ أكثر مما وقع عليه
 العقد فهو ضد المسئلة الاولى وهو ممتنع من وجه آخر لان في ضمن الكتابة انك متى اديت الي
 كذا فأنت حر فاذا أدى اليه ذلك فينبغي أن يعتقد فان قيل فاذا غير الاجل والعرض فكلتهما
 فسخا الكتابة الاولى وجعلها كتابة ثانية قلنا لم يجر بينهما فسخ وانما قصدا بتغيير العوض والاجل
 على وجه لا يصح فبطل التغيير وبقي العقد بحاله ويحتمل ان يصح ذلك كما في المسئلة الاولى فعلى هذا
 لو اتفقا على ذلك ثم رجع احدهما قبل التمجيل فله الرجوع لما ذكرنا من أن الدين المتأخر لا يتأخر عن
 أجله ولا يتقدم وانما له أن يؤديه قبل محله ولمن له الدين ترك قبضه في محله وذلك الى اختياره فاذا
 وعده ثم رجع قبل الفعل فله ذلك

(فصل) وان صالح المكاتب سيده عما في ذمته بغير جنسه مثل ان يصالح عن النقود بحنطة أو
 شعير جاز الا أنه لا يجوز أن يصالحه على شيء مؤجل لانه يكون بيع دين بدين وان صالحه عن الدراهم
 بدنانير أو عن الحنطة بشعير لم يجز التفرق قبل القبض لان هذا بيع في الحقيقة قي شرط له القبض
 في المجلس ، وقول القاضي يحتمل ان لا تصح هذه المصالحة مطلقا لان هذا دين من شرطه التأجيل
 فلم يجز المصالحة عليه بغيره ولأنه دين غير مستقر فهو كدين السلم ، وقال ابن أبي عيسى لا
 يجري الربا بين المكاتب وسيده فلى قوله تجوز المصالحة كيفما كانت كما تجوز بين العبد القن وسيده
 والاولى ما ذكرنا ويفارق دين الكتابة دين السلم فانه يفارق سائر الديون بما ذكرنا في هذه المسئلة
 ففارقته لدين السلم أعظم

بنافيه ولهذا لا يصح عتق الميت والجنون لا ينافيه بدليل صحة عتق المجنون فعلى هذا إن أدى اليه المال عتق لأن السيد إذا قبض منه فقد استوفى حقه الذي كان عليه وله أخذ المال من يده فيتضمن ذلك براءته من المال فيعتق بحكم العقد وإن لم يؤد كان للسيد أن يحضره عند الحاكم وتثبت الكتابة بالبينة فيبحث الحاكم عن ماله فإن وجد له مالا سلمه في الكتابة وعتق وإن لم يجد له مالا جعل له أن يعجزه ويلزمه الانفاق عليه لأنه عاد قنأتم أن وجد له الحاكم بعد ذلك مالا يفي بمال الكتابة أبطل فسخ السيد لأن الباطن بان بخلاف ما حكم به فبطل حكمه كما إذا اخطأ النص وحكم بالاجتهاد إلا أنه يرد على السيد ما أنفق من حين الفسخ لأنه لم يكن مستحقاً عليه في الباطن ، وإن أذق فأقام البينة أنه كان قد دفع إليه مال الكتابة بطل أيضاً فسخ السيد ولا يرد عليه ما أنفق لأنه أنفق عليه مع علمه بحريته فكان متطوعاً بذلك فلم يرجع به وينبغي أن يستحلف السيد الحاكم أنه ما استوفى مال الكتابة وهذا قول أصحاب الشافعي ولم يذكره أصحابنا وهو حسن لأنه استوفاه والمجنون لا يعبر عن نفسه فيدعيه فيقوم الحاكم مقامه في استحلافه عليه

(فصل) وقتل المكاتب كوته في انفساخ الكتابة على ما اسلفناه من الخلاف سواء كان القاتل السيد أو الاجنبي ولا قصاص على قاتله الحر لأن المكاتب عبد مابقي عليه درهم فإن كان القاتل سيده ولم يخلف وذا انفسخت الكتابة وعاد مافي يده الى سيده ولم يجب عليه شيء لأنه لو وجب لوجب

﴿مسئلة﴾ وإذا أدى وعتق فوجد السيد بالعوض عيباً فله أرشه أوقيته ولا يرتفع العتق

وجملة ذلك أن المكاتب إذا دفع العوض في الكتابة فإن مستحقاً تبين أنه لم يعتق وكان وجود هذا الدفع كدمه لأنه لم يؤد الواجب عليه وقيل له إن أدت الآن والا فسخت كتابتك وإن كان قد مات بعد الاداء فقد مات عبداً فإن بان معيباً مثل ان كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيباً بعد قبضها نظرت فإن رضي بذلك وأمسكها استقر العتق فإن قيل يستقر العتق ولم يعطه جميع ما وقع عليه العقد فإن ما يقابل العيب لم يقبضه فأشبهه ما لو كاتبه على عشرة فأعزاء تسعة قلنا امسكه العيب راضياً به رضا منه باسقاط حقه فجري ابرائه من بقية كتابته وإن اختار امسكه واخذ أرش العيب أو رده فله ذلك . قل أبو بكر وقياس قول احمد أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الارش لأن العتق اتلاف واستهلاك فاذا حكم بوقوعه لم يبطل كعتق الخلع ولأنه ليس المقصود منه المال فأشبهه الخلع .

وقال القاضي يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق لان العتق إنما يستقر باستقرار الاداء وقد ارتفع الاداء فارتفع العتق ، وهذا مذهب الشافعي لان الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضي فوجب أن يفسخ بوجود العيب كالبيع وإن اختار امسكه وأخذ الأرش فله ذلك وتبين أن العتق لم يقع لاننا تبيننا أن ذمته لم تهرأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ظن وقوع

له فان قيل فالقاتل لا يستحق بالقتل شيئاً من تركة المقتول قلنا ههنا لا يرجع اليه مال المكاتب ميراثاً بل يحكم ملكه عليه لزوال الكتابة وانما يمنع القاتل الميراث خاصة الا ترى ان من له دين مؤجل إذا قتل من عليه الحق حل دينه وفي رواية وأم الولد اذا قتلت سيدها عتقت وان كان المكاتب قد خلف وفاء وقلنا ان الكتابة تنفسخ بموته فالحكم كذلك وان قلنا لا تنفسخ بموته فله القيمة على سيده تصرف الى ورثته كما لو كانت الجناية على بعض أطرافه في حياته فان كان الوفاء يحصل باليجاب القيمة ولا يحصل بدونها وجبت كالمو خلف وفاء لان دية المقتول كتركته في قضاء ديونه منها وانصرفها الى وراثته بينهم على فرائض الله تعالى ولا فرق فيما ذكرنا بين ان يخلف وارثاً أولاً بخلف وارثاً وذاكر القاضي أنه إذا لم يخلف وارثاً سوى سيده لم تجب القيمة عليه بحال ولنا ان من لا وارث له يصرف ماله إلى المسلمين ولاحق لسيدته فيه لان صرفه الى سيده بطريق الارث والقاتل لا ميراث له وان كان القاتل أجنبياً وجبت القيمة لسيدته الا في الموضع الذي لا تنفسخ الكتابة فانها تجب لورثته والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قل (وإذا مات السيد كان العبد على كتابته و. ا. ادى فبين وورثة سيد مةسوماً كالميراث)

وجملة ذلك ان الكتابة لا تنفسخ بموت السيد لانعلم فيه بين أهل العلم خلافاً وذلك لانه عقد

العتق لا يوقعه إذا بان الأمر بخلافه كما لو بان العوض مستحقاً وان تلفت العين عند السيد أو حدث بها عده عيب استقر أرش العيب والحكم في ارتفاع العتق على ما ذكرنا فيما مضى ولو قال السيد لعبد ان أعطيتني عبداً فأنت حر فأعطاه عبداً فبان حراً أو مستحقاً لم يعتق بذلك لان معناه ان أعطيتني ملكاً ولم يعطه إياه ملكاً ولم يملكه إياه .

(فصل) وإذا دفع اليه مال الكتابة ظاهراً فقال له السيد أنت حر أوقال هذا حر ثم بان العوض مستحقاً لم يعتق بذلك لان ظاهره الاخبار عما حصل له بالإداء فلو ادعى المكاتب أن السيد قصد بذلك عتقه وأنكر السيد فاقول قول السيد مع يمينه لان الظاهر معه وهو أخبر بما نوى .

(فصل) قال رضي الله عنه ويملك المكاتب اكتبابه ومناقمه والشراء والبيع والاجارة والاستئجار والسفر وأخذ الصدقة والانفاق على نفسه وولده ورقيقه وكل ما فيه صلاح المال يملك المكاتب اكتبابه ومناقمه والشراء والبيع باجماع أهل العلم لان عقد الكتابة لتحصيل العتق ولا يحصل إلا بأداء عوضه ولا يمكنه الاداء إلا بالاكتساب ، والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب فانه قد جاء في بعض الآثار أن تسعة أعشار الرزق في التجارة ويملك الاجارة والاستئجار قياساً على البيع والشراء ويملك السفر قريباً كان أو بعيداً ، وهذا قول الشعبي والنخعي والحسن بن صالح وأبي حنيفة وقد

لازم من جهته لا سبيل الى فسخه فلم يفسخ بموته كإببيع والاجارة اذا ثبت هذا فان المكتاب يؤدي نجومه أو ما بقي منها الى ورثته لانه دين لموروثهم ويكون مقسوما بينهم على قدر موارثهم كسائر ديونه فان كان له أولاد ذكور واناث فللذكر مثل حظ الانثيين ولا يعنى حتى يؤدي الى كل ذي حق حقه فان أدى الى بعضهم دون بعض لم يعتق كما لو كان بين شركاء فأدى الى بعضهم فان كان بعضهم غائبا وكان له وكيل دفع نصيبه إلى وكيله وان لم يكن له وكيل دفع نصيبه إلى الخاكم وعتق وان كان موليا عليه دفع نصيبه الى وليه إما ابنه أو وصيه أو الخاكم أو أمينه فان كان له وصيان لم يبرأ إلا بالدفع اليها معاً وان كان الوارث رشيداً قبض لنفسه ولا تصح الوصية الى غيره ليقبض له لان الرشيد ولي نفسه وان كان بعضهم رشيداً وبعضهم موليا عليه فحكم كل واحد منهم حكمه لو انفرد وان اذن بعضهم له في الاداء الى الآخر وكان الذي اذن له في ذلك رشيداً فأدى الى الآخر جميع حقه عتق نصيبه فان كان معسراً لم يسر إلى نصيب شريكه وان كان موسراً عتق عليه كله وقوم عليه باقيه كالأول كان بين شريكين فاعتق أحدهما نصيبه وهذا ظاهر كلام الخرقى وهو أحد قولى الشافعي وقل القاضي لا يسري عتقه وان كان موسراً وهو (اقول الثاني) للشافعي وقال أبو حنيفة لا يعتق الا بقاء جميع مال الكتابة لانه أدى بجزء مال الكتابة فاشبهه بالوادع إلى السيد وان أبرأه من مال الكتابة برىء منه وعتق وان أبرأه بعضهم عتق نصيبه وكذلك ان اعتق نصيبه منه عتق وانخلاف في هذا كله كالخلاف فيما اذا أدى الى بعضهم باذن الآخر

أطلق أصحابنا القول في ذلك ولم يفرقوا بين السفر الطويل وغيره وقياس المذهب ان له منعه من سفر تحمل نجوم كتابته قبله لانه يتعذر معه استيفاء النجوم في وقتها والرجوع في رقه عند عجزه فمنع منه كالغريم الذي يحل الدين عليه قبل مدة سفره واختلف قوله فقال في موضع له السفر وقال في موضع ليس له السفر إذا كان قصيراً لانه في حكم الحاضر والموضع الذي منع منه إذا كان بعيداً يتعذر معه استيفاء نجومه والرجوع في رقه عند عجزه .

ولنا ان المكتاب في يد نفسه وانما للسيد عليه دين أشبه الحر الدين وماذ كروه لأصله ويبطل بالحر الغريم وله أخذ الصدقة الواجبة والمستحبة لان الله تعالى جعل للمكاتبين الاخذ من الواجبة وإذا جاز الاخذ من الواجبة فالمستحبة أولى .

﴿ مسألة ﴾ (وان شرط عليه أن لا يسافر ولا يأخذ الصدقة فهل يصح الشرط ؟ على وجهين . إذا شرط السيد على مكاتبه أن لا يسافر ، فقال القاضي الشرط باطل ، وهو قول الحسن وسعيد ابن جبير والشعبي والنخعي وأبي حنيفة لانه ينافي مقتضى العقد فلم يصح شرطه كشرط ترك الاكتساب ولانه غريم فلم يصح ترك السفر عليه كما لو أقرض لرجل قرضاً بشرط أن لا يسافر وقال ابو الخطاب يصح الشرط وله منعه من السفر وهو قول مالك لقول النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم »

ولنا على أنه يعتق نصيب من ابراه من حقه عليه أو استوفى نصيبه باذن شركائه أنه ابراه من جميع ماله عليه فوجب ان يلحقه العتق كالأبراه سيدة من جميع مال الكتابة وفارق ما اذا ابراه سيدة من بعض مال الكتابة لانه ما ابراه من جميع حقه .

ولنا على سرية عتقه أنه اعتاق لبعض العبد الذي يجوز اعتاقه من موسر جائز التصرف غير محجور عليه فوجب ان يسري عتقه كما لو كان قفا ولانه عتق حصل بفعله واختياره فسرى كمثل الوفاق فان قيل في السرية ضرر بالشركاء لانه قد يعجز فيرد الي الرق قلنا إذا كان العتق في محل الوفاق يزيل الرق المتمكن الذي لا كتابة فيه فلان يزيل عرضة ذلك بطريق الأولى .

(مسئلة) قال (وولاؤه لسيدة وان عجز فهو عبد لسائر الورثة)

اما إذا عجز ورد في الرق فانه يكون عبداً لجميع الورثة كما لو لم يكن مكاتباً لانه من مال موروثهم فكان بينهم كسائر المال واما إذا أدى مال الكتابة وعتق فقال الحرقي يكون ولاؤه لمكاتبه يختص به عصباته دون أصحاب الفروض وهذا قول أكثر الفقهاء وهو اختيار أبي بكر ونقله إسحاق بن منصور عن أحمد رحمه الله وإسحاق وروى حنبل وصالح بن أحمد عن أبيه قال اختلف الناس في المكاتب يموت سيدة وعليه بقية من كتابته قال بعض الناس الولاء للرجال والنساء

ولانه شرط له فيه فائدة فلزم كالأول شرط نقداً معلوماً وبيان فائدته أنه لا يأمن اباقه وانه لا يرجع إلى سيدة فيفوت العبد والمال الذي عليه ويفارق القرض فانه عقد جائز من جانب المقرض متى شاء طالب باخذه ومنع الغريم السفر قبل إيفائه فكان المنع من السفر حاصلًا بدون شرطه بخلاف الكتابة فانه لا يمكن السيد منعه من السفر إلا بشرطه وفيه حفظ عبده وماله فلا يمنع من تحصيله وهذا أصح ان شاء الله تعالى فعلى هذا الوجه لسيدة منعه من السفر فان سافر بغير اذنه فله رده ان أمكنه وان لم يمكنه رده احتمال أن له تعجزه وورده إلى الرق لانه لم يف بما شرط عليه أشبه مالو لم يف بأداء الكتابة واحتمل أن لا يملك ذلك لانه مكاتب كتابة صحيحة لم يظهر عجزه فلم يملك تعجزه كما لو لم بشرط عليه .

(فصل) وان شرط عليه ان لا يسأل الناس فقال أحمد قال جابر بن عبد الله هم على شروطهم ان رأيتهم يسأل تنهأ فان قل لأعود لم يردده عن كتابته في مرة فظاهر هذا ان الشرط صحيح لازم وانه ان خالف مرة لم يعجزه وان خالف مرتين أو أكثر فله تعجزه قال ابو بكر إذا رآه يسأل مرة في مرة عجزه كما اذا حل نجم في نجم عجزه فاعتبر المخالفة في مرتين كحلول نجمين وانما صح الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون على شروطهم » ولان له في هذا فائدة وغرضاً صحيحاً وهو أن

وقال بعض الناس لا ولاء للنساء لان هذا انما هو دين على المكاتب ولا يرث النساء من الولاة إلا ما كاتبن أو أعتقن ولسكل وجه والذي اراد ويفلب علي انهن يرثن وذلك لان المكاتب لو عجز بعد وفاة السيد رد رقيقاً وهذا قول طاوس والزهرري وذلك لان المكاتب انتقل الى الورثة بموت المكاتب فكان ولاؤه لهم كما لو انتقل الى المشتري ولانه يؤدي الى الورثة فكان ولاؤه لهم كما لو ادى الى المشتري ووجه الاول ان السيد هو النعم بالعتق فكان الولاة له كما لو ادى اليه ولان الورثة انما ينتقل اليهم ما بقي للسيد وانما بقي للسيد دين في ذمة المكاتب والفرق بين الميراث والشراء ان السيد نقل حقه في البيع باختياره فلم يبق له فيه حق من وجه والوارث يخلف الموروث ويقوم مقامه ويبني على ما فعله موروثه ولا ينتقل اليه شيء أمكن بقاؤه لموروثه والولاة مما أمكن بقاؤه للموروث فوجب ان لا ينتقل عنه

(فصل) فان اعتقه الورثة صح عتقهم لانه ملك لهم فصح عتقهم له ولان السيد لو اعتقه نفذ عتقه وهم يقومون مقام موروثهم ويكون ولاؤه لهم لقول النبي ﷺ « انما الولاة لمن اعتق » وان اعتق بعضهم نصيبه فعتق عليه كله قرم عليه نصيب شركائه وكان ولاؤه لوان لم يشره لانه لكونه معسراً أو غير ذلك فله ولاء ما اعتقه للخبر ولانه منه عليه بالعتق فكان الولاة له كغير المكاتب وقل

لا يكون كلا على الناس ولا يطعمه من صدقهم وأوساخهم وذكر ابو الخطاب انه لا يصح الشرط لان الله تعالى جعل للمكاتب سهما من الصدقة بقوله تعالى (وفي الرقاب) وهم المكاتبون فلا يصح اشتراط ترك طلب ما جعل الله له .

﴿ مسألة ﴾ (واه الانفاق على نفسه وولده ورقيقه وكل ما فيه صلاح المال) .

لان له التصرف في المال بما يعود بمصلحته ومصلحة ماله والانفاق على نفسه وولده ورقيقه من أهم المصالح فينفق عليهم ما يحتاجون اليه من ماكلهم ومترهم وكسوتهم بالمعروف مما لاغى لهم عنه والحيوان الذي له وله تأديب عبده وتعزيرهم اذا فعلوا ما يستحقون ذلك لانه من مصلحة ماله فكذلك كالتفقة عليهم ولا يملك إقامة الحد عليهم لانه موضع ولاية وما هو من أهلها وله ان يحتنهم لانه من مصلحتهم وله المدالبة بالشفعة والاخذ بها لانه نوع شراء فان كان المشتري للشخص سيده فله أخذه منه لأن له أن يشتري منه وان اشترى المكاتب شقراً لسيدة فيه شركة فله أخذه من المكاتب بالشفعة لانه مع سيده في باب البيع والشراء كالأجنبي وان وجبت للسيد على مكاتبه شفعة فادعى المكاتب أن سيده عفا عنها سمعت دعواه وان انكره السيد كان عليه اليمين وان أذن السيد لمكاتبه في البيع بالمحاباة صح من وكان لسيدة الاخذ بالشفعة ، لان بيعه بالمحاباة مع سيده فيه صحيح ويصح اقرار المكاتب بالبيع والشراء والعيب والدين لانه يصح تصرفه فيه بذلك ومن ذلك شيئاً ملك الاقرار به .

القاضي ان اعتقوه كلهم قبل عجزه كان الولاء للسيد وان أعتق بعضهم لم يسر عتقه ثم ينظر فان ادى الى الباقي عتق كله و كان ولاؤه للسيد وان عجز فردوه الى الرق كان ولاء نصيب المعتق له لانه لولا اعتاقه لعاد سهمه رقيقاً كسهم سائر الورثة فلما اعتقه كان هو النعم عليه فكان الولاء له دونهم فاما ان ابرأه الورثة كلهم عتق وكان ولاؤه على الروايتين اللتين ذكرناهما فيما اذا ادى اليهم لان الابراء جرى مجرى استيفاء ما عليه ويحتمل ان يكون الولاء لهم لانهم انعموا عليه بما عتق به فاشبه ما لو اعتقوه وان ابرأه بعضهم من نصيبه كان في ولائه ما ذكرنا من الخلاف والله أعلم

(فصل) إذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه صح بيعهم وهبهم لانهم يقومون مقام المكاتب والمكاتب يملك بيعه وهبته فكذلك ورثته ويكون عند المشتري والموهوب له مبقى على كتابته فان عجز فعجزه عاد رقيقاً له وان ادى وعتق كان ولاؤه لمن يؤدي اليه على الرواية التي تقول ان ولاءه للورثة اذا ادى اليهم وأما على الرواية الاخرى فيحتمل ان لا يصح بيعه ولا هبته لان ذلك يقتضي ابطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذي كتابه وليس ذلك للورثة ويحتمل ان يصح ويكون الولاء للسيد ان عتق بالكتابة لان السيد عتقها فعتق بها فكان ولاؤه له ويفارق ما باعه السيد لان السيد يبيعه ابطال حق نفسه وله ذلك بخلاف الورثة فانهم لا يملكون ابطال حق موروثهم

﴿ مسألة ﴾ (وليس له ان يتزوج ولا يتسرى ولا يتبرع ولا يقرض ولا يحابي ولا يقتص من عبده الجاني على بعض رقيقته ولا يعتق ولا يكتب الا باذن سيده) .
وجملة ذلك أن المكاتب ليس له ان يتزوج الا باذن سيده ، وهو قول الحسن ومالك والليث وأبي حنيفة والشافعي وأبي يوسف ، وقال الحسن بن صالح له ذلك ، لانه عقد معاوضة أشبه البيع .

ولنا قول النبي ﷺ « أيما عبد تزوج بغير إذن موليه فهو عاهر » ولان على السيد ضرراً لانه ان عجز رجع اليه ناقص القيمة ويحتاج ان يؤدي المهر والنفقة من كسبه فيعجز عن أداء نجومه فيمنع من ذلك كالتبرع به فعلى هذا اذا تزوج لم يصح وقال الثوري نكاحه موقوف ان ادى تبينا انه كان صحيحاً وان عجز فنكاحه باطل .

ولنا الخبر ولانه تصرف منعمه للضرر فلم يصح كالهبة . اذا ثبت هذا فانه يفرق بينها ولا مهر لها ان كان قبل الدخول وان كان بعده فعليه مهر المثل يؤدي من كسبه كجنايته فان أتت بولد لحقه نسبه لانه من وطء في نكاح فاسد فان كانت المرأة حرة فهو حر وان كانت امه فهو رقيق لسيدها ، فان أذن له سيده في النكاح صح في قول الجميع فان الخبر يدل بمفهومه على انه يصح اذا اذن له لان المنع من نكاحه لحق السيد فاذا اذن فيه زل المانع وقياساً على ما اذا اذن لعبده القن .

(فصل) وان وصى السيد بمال الكتابة لرجل صح فان سلم مال الكتابة إلى الموصى به او وكيله أو واهبه ان كان محجوراً عليه برىء منه وعتق وولاه سيده الذي كاتبه لانه المنعم عليا وان ابراه من المال عتق ايضاً لانه برىء من مال الكتابة فاشبهه مالو ادى وان اعتقه لم يعتق لانه لا يملك رقبته ولا وصى له بها وانما وصى له بالمال الذي عليا وان عجز ورد في الرق عاد عبد الورثة وما قبضه الوصي الموصى له من المال فهو له لانه قبضه بحكم الوصية الصحيحة والامر في تعجيزه الى الورثة لان الحق ثبت لهم بتعجيزه ويصير العبد لهم فكالت خيرة في ذلك اليهم وأما الوصى له فان حقه ووصيته تبطل بتعجيزه فلم يكن له في ذلك حق وان وصى بمال الكتابة للمساكين ووصى الى رجل بقبضه وتفريقه بينهم صح ومتى سلم المال الى الوصي برىء وعتق وان ابراه منه لم يبرأ لان الحق اغيره وان دفعه المساكين الى المساكين لم يبرأ منه ولم يعتق لان التميمين الى الوصي دونه وان وصى بدفع المال الى غرمائه تعين اتمضاء منه كما لو وصى به عطية له وان كان اوصى بقضاء ديونه معاقماً كان على المساكين ان يجمع بين الورثة والوصي بقضاء الدين ويدفعه اليهم بحضرتهم لان المال للورثة ولهم ان يقضوا الدين منه ومن غيره والوصي في قضاء الدين حق فيه لان لهم منهم من اتصرف في التركة قبل قضاء الدين

(فصل) إذا مات رجل وخاف ابنين وعمداً نادى العبد ان سيده كاتبه فصدقه ثبتت الكتابة

(فصل) وايس له التسري بغير اذن سيده لان ملكه ناقص . وقال الزهري لا يذنب لاهله ان يمنعه من التسري .

ولنا ان على السيد في ضرراً فنع منه كالتزويج وبيان الضرر انه ربما احبها او الحمل عيب في بنات آدم وربما تلفت وربما ولدت فصارت ام ولد يتمتع عليه بيها في اداء كتابته فان عجز رجعت الى سيده ناقصة واذا منع من التزويج للضرر فهذا اولى فان اذن له سيده جاز وقال الشافعي لا يجوز في احد القواين لانه امر يضر به وربما افضى الى منعه من العتق فلم يجوز باذن السيد .

وانا انه لو اذن لعبدته من التسري جاز فلا كتاب اولى ولان المنع كان لاجل الضرر بالسيد فجاز باذنه كالتزويج اذا ثبت هذا فانه ان تسرى باذن سيده او غير اذنه فلا حد عليه لشبهة الملك ولا مهر عليه لانه لو وجب لوجب له ولا يجب على الانسان شيء لنفسه فان ولدت فالنسب لاحق به لان الحد اذا سقط للشبهة لحقه النسب ويكون الولد مملوكا لانه ابن امته ولا يعتق عليه لان ملكه غير تام وايس له بيعه لانه ولده ويكون موقفاً على كتابته فان ادى عتق وعتق الولد لانه ملك لا يبيعه الحر وان عجز وعاد الى الرق فولد رقيق ايضاً ويكونان مملوكين للسيد

(فصل) وايس له ان يزوج عبده واماءه بغير اذن سيده وهذا قول الشافعي وابن المنذر وذكر عن مالك ان له ذلك اذا كان على وجه النظر لانه عتد على منفعة فملكه كالاجارة وحكي

لان الحق لها وان أنكره وكانت له بيعة بدعواه ثبتت الكتابة وعقق بالاداء اليهما ، وان عجز فلها رده إلى الرق ، وان لم يعجزه وصبر اعليه لم يملك الفسخ وان عجزه أحدهما وأبى الآخر تعجزه بقي نصفه على الكتابة وعاد نصفه الآخر رقيقاً ، وان لم تكن له بيعة فالقول قولهما مع أيما نهما لان الاصل بقاء الرق وعدم الكتابة وتكون أيمانهم على نفي العلم فيحلفان بالله انهما لا يعلمان ان أباهما كاتبه لانها يمين على نفي فعل الغير فان حلفا ثبت رقه وان نكلا قضي عليهما اوردت اليمين عليه على قول من قضى بردها فيحلف العبد وتثبت الكتابة ، وان حلف أحدهما ونكل الآخر قضى برق نصفه وكتابة نصفه وان صدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبتت الكتابة في نصفه وعليه البيعة في نصفه الآخر فان لم تكن له بيعة وحلف المنكر صار نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً قنا فان شهد المقر على أخيه قبات شهادته لانه لا يجربها إلى نفسه نفعاً ولا يدفع بها ضرراً فان كان معه شاهد آخر كملت الشهادة وثبتت الكتابة في جميعه وان لم يشهد معه غيره فهل يحلف العبد معه على روايتين وان لم يكن عدلاً او لم يحلف العبد معه وحلف المنكر كان نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً ويكون كسبه بينه وبين المنكر نصفين ونفقته من كسبه لانها على نفسه وعلى مالك نصفه ذن لم يكن له كسب كان على المنكر نصف نفقته ثم ان اتفق هو ومالك نصفه على المهايأة معاومة او مشاهرة او كيفما كان جاز وان طلب ذلك أحدهما وامتنع الآخر فظاهر كلام احمد انه يجبر عليها وهو قول ابي حنيفة لان المنافع مشتركة بينهما فاذا أراد أحدهما

عن القاضي انه قال في الخصال له تزويج الامة دون العبد لانه يأخذ عوضاً عن تزويجها بخلاف العبد ولانه عقد على منافعتها اشبه اجارتها

ولنا ان على السيد فيه ضرراً لانه ان زوج العبد لزمته نفقة امرأته ومهرها وشغله بمقوق النكاح ونقص قيمته وان زوج الامة ملك الزوج بضعها ونقصت قيمتها وقلت الرغبات فيها وربما امتنع بيعها بالكليّة وليس ذلك من جهات المكاسب فربما اعجزه ذلك عن أداء نجومه وان عجز عارداً رقيقاً للسيد مع ما تعلق بهم من الحقوق ولحتمهم من النقص وذرق الاجارة فنما من جهات المكاسب عادة فعلى هذا ان وجب تزويجهم لطالبهم ذلك وحاجتهم اليه باعهم ذن العبد متى طلب التزويج خير سيده بين بيعه وتزويجه وان اذن السيد في ذلك جاز لان الحق له والمنع منه

(فصل) وليس له استهلاك ماله ولا هبته وبه قال الحسن ومالك والثوري والشافعي والثوري وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً لان حق سيده لم يقطع عنه لانه قد يعجز فيعود اليه ولان المقصد من الكتابة تحصيل العتق بالاداء وهبة ماله تفوت ذلك وتجوز باذن سيده وقال أبو حنيفة لا تجوز لانه يفوت التقصود بالكتابة وعن الشافعي كالمذهبين

وانما ان الحق لا يخرج عنها فجاز باتفاقهما كالراهن والمرتهن ولا تصح الهبة بالثواب وقال الشافعي في أحد قوله تصح لان فيها معاوضة

حيازة نصيبه من غير ضرر لزم الآخر إجابته كالأعيان ويحتمل أن لا يجبر وهو قول الشافعي لأن المهاية تأخير حقه الحل لأن المنافع في هذا اليوم مشتركة بينهما فلا تجب الإجابة إليه كتأخير دية الحال فإن اقتسما الكسب مهاية أو مناصفة فلم يف باداء نجومه فللمقر رده في الرقوما في يده له خاصة لأن المنكر قد أخذ حقه من الكسب وان اختلف المنكر والمقر فيما في يد المكاتب فقال المنكر هذا كان في يده قبل دعوى الكتابة وكسبه في حياة أيدينا - أنكر ذلك المقر فتقول قوله مع بينه لأن المنكر يدعي كسبه في وقت الاصل عدمه فيه ولأنه لو اختلف هو والمكاتب في ذلك كان القول قول المكاتب فكذلك من يقوم مقامه وان أدى الكتابة عتق نصيب المقر خاصة ولم يسر إلى نصيب شريكه لأنه لم يباشر العتق ولم يتسبب إليه وانما كان السبب من أبيه وهذا حاك عن أبيه مقر بفعله فهو كالشاهد ولأن المقر يزعم أن نصيب أخيه حر أيضا لأنه قد قبض من العبد مثل ما قبض فقد حصل أداء مال الكتابة اليهما جميعا فعتن كاه بذلك وولاء هذا النصف للمقر لأن أخاه لا يدعيه وهذا المقر يدعي انه كاه قد عتق بالكتابة وهذا الولاء الذي على هذا النصف نصبي من الولاء ، وقال اصحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) كقولنا

(والثاني) الولاء بين الاثنين لأنه يثبت لموروثهما فكان لهما بالميراث والصحيح ما قلناه لما ذكرناه ولا يمنع ثبوت الولاء الأب واختصاص أحد الابنين به كما لو ادعى أحدهما دينا لآبيه على انسان

ولنا أن الاختلاف في تقدير الثواب يوجب الضرر ولأن عوضها يتأخر فهو كالبيع نسيتة وان اذن السيد فيها جازت ولذلك ان وهب لسيدة او لابن سيده الصغير جاز لان قبوله للهبة إذن فيها وليس له ان يجابي في البيع ولا يزيد في الثمن الذي اشترى به لأنه اتلاف للمال على سيده فأشبه الهبة ولا يجوز له ان يعير دابته ولا يهدي هدية وأجاز ذلك اصحاب الرأي ويحتمل جواز ائارة دابته وهدية المأكول ودعائه اليه كالمأذون له لان المكاتب لا ينحط عن درجته ووجه الاول انه تبرع بماله فلم يجز كالهبة وليس له ان يوصي بماله ولا يحط عن المشتري شيئا ولا يقرض لأنه يعرضه للاتلاف ولا يضمن ولا يتكفل بالمد وبه قال الشافعي واصحاب الرأي لان ذلك تبرع بماله فهو كالهبة ولا يقتص من عبده الجاني على بعض رقيقه ذكره أبو بكر لان فيه اتلاف للمال على سيده وقال القاضي له ان يقتص من الجناة عليه وعلي رقيقه ويأخذ الارش لان فيه مصاحته

(فصل) ولا يعتق رقيقه الا باذن سيده وبه قال الحسن والاوزاعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة لان فيه ضرراً على سيده بتفويت ماله فيما لا يحصل له به مال اشبه الهبة فان اعتق لم يصح اعتاقه ويتخرج ان يصح ويتف على اذن سيده وقال أبو بكر هو موقوف على آخر امر المكاتب فن أدى عتقه معتمقه وأن لم يؤد رق قال القاضي هذا قياس المذهب كقولنا في ذوي الارحام أنهم موقوفون ولنا انه تبرع بماله بغير اذن سيده فكان باطلا كالهبة ولأنه تصرف تصرفا ممنعه لحق سيده

وأنكره الآخر فإن المدعي يأخذ نصيبه من الدين ويختص به دون أخيه وإن كان يرثه عن الأب وكذلك لو ادعياه معا وأقاما به شاهداً واحداً فحلف أحدهما مع الشاهد وأبى الآخر فإن أعتق أحدهما حصته عتق وسرى إلى باقيه إن كان موسراً وهذا قول الخرقي لقول النبي ﷺ « من أعتق شركاً له من عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم ولأنه موسراً عتق نصيبه من عبد مشترك فسرى إلى باقيه كغير المكاتب وقال أبو بكر والقاضي لا تعتق إلا حصته لأنه إن كان المعتق المقر فهو منفذ وإن كان المنكر لم يصر إلى نصيب المقر لأنه مكاتب لغيره وفي سرية العتق إليه إبطال سبب الولاء عليه فلم يجز ذلك

(مـثـنـة) قال (ولا يمنع المكاتب من السفر)

وجملته أن المكاتب لا يمنع من السفر قريباً كان أو بعيداً وهذا قول الشعبي والنخعي وسعيد ابن جبير وأشوري والحسن بن صالح وأبي حنيفة ولم يفرق أصحابنا بين السفر الطويل وغيره لكن قياس المذهب أن له منعه من سفر نحل نجوم كتابته قبله لأنه يتعذر معه استيفاء النجوم في وقتها والرجوع في وقته عند عجزه فنع منه كالغريم الذي يحل عليه الدين قبل مدة سفره واختلف قول الشافعي فقال في موضع له السفر وفي قول ليس له السفر فقال بعض أصحابه فيها قولان وقال بعضهم

فكان باطلا كسائر ما منع منه ولا يصح قياسه على ذوي أرحامه لأن عتقهم ليس بتصرف منه وإنما يعتقهم الشرع على مالهم بملكهم والمكاتب ملكه ناقص فلم يتقوا به فإذا عتق كمل ملكه فعتقوا حينئذ والمعتق إنما يعتق بالاعتاق الذي كان باطلاً فلا تبيين صحته إذا كمل الملك لأن كمال الملك في الثاني لا يوجب كونه كاملاً حين الاعتاق ولذلك لا يصح سائر تبرعاته بإدائه فإن أذن فيه سيده صح وقال الشافعي في أحد قوليه لا يصح لأن تبرعه بما له يفوت المقصود من كتابته وهو العتق الذي هو حق لله تعالى أو فيه حق له فلا يجوز تفويته ولأن العتق لا ينفك من الولاء وليس من أهله ولأن ملك المكاتب ناقص والسيد لا يملك اعتاق ما في يده ولا هبته فلم يصح إذنه فيه

ولنا إن الحق لا يخرج عنها فإذا اتفقت على التبرع به جاز كالراهن والمرتهن وما ذكره ويطلب بالنكاح فإنه لا يملكه ولا يملكه السيد عليه وإذا أذن فيه جاز وأما الولاء فإنه يكون موقوفاً فإن عتق المكاتب لأن له والأهله سيده كما يرق بمال يملكه من ذوي أرحامه هذا قول القاضي وقال أبو بكر يكون لسيده كان اعتاقه إنما صح بإذن سيده فكان كمنائبه

(فصل) قال شيخنا وليس له أن يحج إذا احتاج إلى انفاق ماله فيه وذكر في كتاب الاعتكاف إن له أن يحج بغير إذن سيده لأنه كالحرامدين ونقل الميموني عن أحمد للمكاتب أن يحج من المال الذي جمعه إذا لم يأت نجمة قال شيخنا وذلك محمول على أنه يحج بإذن سيده أما بغير إذنه فلا يجوز

ليست على قولين انما هي على اختلاف حالين فلو وضع الذي قل له السفر اذا كان قصيراً لانه في حكم الحاضر والموضع الذي منع منه اذا كان بعيداً يتمدر معه استيفاء نجومه والرجوع في رقه عند عجزه ولنا ان المكاتب في يد نفسه وانما للسيد عليه دين فأشبهه الحر المدين ، وما ذكره لا أصل له وببطل بالحر الغريم

(فصل) فان شرط عليه في الكتابة ان لا يسافر فقل القاضي : الشرط باطل وهو قول الحسن وسعيد بن جبير والشعبي والنخعي وأبي حنيفة لانه يناني مقتضى العقد فلم يصح شرطه كشرط ترك الاكتساب ولانه غريم فلم يصح شرط ترك السفر عليه كما لو اقضه رجل قرضاً بشرط ان لا يسافر وقل أبو الخطاب يصح الشرط وله منعه من السفر وهو قول مالك لقول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولانه شرط له فيه فائدة فلزم كما لو شرط نقداً معلوماً وبيان فائدته أنه لا يأمن اباقه وأنه لا يرجع الى سيده فينوت العبد والمال الذي عليه ويفارق اقضه فانه عقد جائز من جانب اقضه متى شاء طالب بأخذه ومنع اغريم السفر قبل ايقائه فكان المنع من السفر حاصلاً بدون شرطه بخلاف الكتابة فانه لا يمكن السيد منعه من السفر الا بشرطه وفيه حفظ عبده وماله فلا يمنع من تحصيله وهذا أصح ان شاء الله تعالى ، وأولى فعلى هذا الوجه لسيد منعه من السفر فان سافر بنير اذنه فله رده ان امكنه وان لم يمكنه رده احتمال ان له تعجزه وردة إلى الرق لانه

لانه تبرع بما ينفق ماله فيه فلم يجز كالعقود فاما ان أمكنه الحج من غير انفاق ماله كالدَى يتبرع له انسان باحجابه او يخدم من ينفق عليه فيجوز اذا لم يأت نجمة لان هذا يجري مجرى تركه المكسب وليس ذلك مما يمنع منه

(فصل) وليس للمكاتب ان يكاتب الاباذن سيده وهذا قول الحسن والشافعي لان الكتابة نوع اعتاق فلم تجز من المكاتب كالمعجز ولانه لا يملك الاعتاق فلم يملك الكتابة كالملاذون واختيار القاضي جواز الكتابة وهو الذي ذكره أبو الخطاب في ردوس المسائل وهو قول مالك وأبي حنيفة والثوري والاوزاعي لانه نوع معاوضة فأشبهه البيع وقال أبو بكر هو موقوف كقوله في العتق المنجز فان اذن فيها السيد صحت ، وقال الشافعي فيها قولان وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم

﴿مسئلة﴾ (وولاء من يعتقه ويكاتبه لسيد)

إذا كاتب عبده فعجزاً جميعاً صاراً رقيقين للسيد وان ادى المكاتب الاول ثم أدى الثاني فولاء كل واحد منهما لمكاتبه وإن أدى الاول وعجز الثاني صار رقيقاً للاول وان عجز الاول وأدى الثاني فولاءه للسيد الاول وإن أدى الثاني قبل عتق الاول عتق قول أبو بكر وولاءه للسيد وهو قول أبي حنيفة لان العتق لا ينفك عن الولاء والولاء لا يوقف لانه سبب يورث به فهو كالنسب

لم يف بما شرطه عليه أشبه ما لو لم يف بآداء الكتابة واحتمل ان لا يملك ذلك لانه مكاتب كتابة صحيحة لم يظهر عجزه فلم يملك تعجيزه كما لو لم يشترط عليه

(فصل) وان شرط في كتابته ان لا يسأل فقال أحمد قال جابر بن عبد الله هم على شروطهم ان ان رأيتهم يسأل تنهأ فان قال لا أعود لم يردده عن كتابته في مرة فظاهر هذا ان الشرط صحيح لازم وأنه ان خالف مرة لم يعجزه وإن خالف مرتين أو أكثر فله تعجيزه . قال ابو بكر اذا رآه يسأل مرة في مرة عجزه كما إذا حل نجم في نجم عجزه فاعتبر المخالفة في مرتين كحلول نجمين وانما صح الشرط لقوله وَاللَّهِ « المسلمون على شروطهم » ولان له في هذا فائدة وغرضاً صحيحاً وهو أن لا يكون كلاً على الناس ولا يطعمه من صدقتهم وأوساخهم

وذكر أبو الخطاب أنه لا يصح الشرط لان الله تعالى جعل للمكاتب سهماً من الصدقة بقوله تعالى (وفي الرقاب) وهم المكاتبون فلم يصح اشتراط ترك طلب ما جمعه الله تعالى له

﴿ مسألة ﴾ قال (وليس له ان يتزوج الا باذن سيده)

وهذا قول الحسن ومالك والليث وابن أبي ليلى وأبي حنيفة والشافعي وأبي يوسف وقال الحسن ابن صالح له ذلك لانه عقد معاوضة أشبه البيع

ولان الميراث لا يقف كذلك سببه ، وقال القاضي هو موقوف ان أدى عتق والولاء له وإلا فهو للسيد ، وهذا أحد قولي الشافعي لقول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « إنما الولاء لمن اعتق » ولان العبد ليس بملك له ولا يجوز ان يثبت له الولاء على من لم يعتق في ملكه وقولهم لا يجوز ان يقف كما يقف النسب والميراث ليس كذلك فان النسب يقف على بلوغ الغلام وانتسابه إذا لم تلحقه القافة باحد الواطئين وكذلك الميراث يوقف على ان الفرق بين النسب والميراث وبين الولاء أن الولاء يجوز أن يقع لشخص ثم ينتقل وهو ما يجزه مولى الاب من مولى الام فجاز ان يكون موقوفاً والنسب والميراث بخلاف ذلك فان مات المعتق قبل عتق المكاتب وقلنا الولاء للسيد ورثه ، وإن قلنا هو موقوف فيرثه أيضاً موقوف .

﴿ مسألة ﴾ (وليس له ان يبيع نسيئة وان باع السلعة باضعاف قيمتها وهذا مذهب الشافعي)

لان فيه تقريراً بالمال وهو ممنوع منه لتعلق حق السيد به . قال القاضي ويتخرج الجواز بناء على المضارب ان له البيع نسيئة في إحدى الروايتين فيخرج همنا مثله وسواء أخذ ضمينا أو رهينا أو لم يأخذ لان الغرر باق لانه يحتمل ان يتلف الرهن ويفاس التريم والضمين ، ويحتمل ان يجوز مع الرهن والضمين لان الوثيقة قد حصلت به والعوارض نادرة على خلاف الاصل فان باع

ولنا قول النبي ﷺ «أبما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر» ولأن على السيد فيه ضرراً
لأنه ربما عجز فيرجع إليه ناقص القيمة ويحتاج أن يؤدي المهر والنفقة من كسبه فيعجز عن تأدية
نجومه فيمنع من ذلك كالتبرع به

إذا ثبت هذا فإنه إذا تزوج لم يصح تزويجه وقال الثوري نكاحه موقوف إن أدى تبينا أنه
كان صحيحاً وإن عجز فنكاحه باطل

ولنا الخبر ولأنه تصرف ممنوع للضرر فلم يصح كالمهبة وما ذكره لأصل له فإذا ثبت هذا فإنه يفرق بينها
فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان بعده فعليه مهر مثلها يؤدي من كسبه لأنه بمنزلة جنائته وإن
أنت بولد لحقه نسبه لأنه من وطء في نكاح فاسد فلن كانت المرأة حرة فهو حر وإن كانت أمة
فولدها رقيق لسيدها ، فأما إن أذن له سيده في النكاح صح منه في قولهم جميعاً فإن الخبر يدل
بمفهومه على صحة تزويجه إذا أذن له ولأن المنع من نكاحه لحق سيده فإذا أذن له زال المانع ولأنه
لو أذن لعبد القن في النكاح صح منه فالمكاتب أولى

(فصل) وليس له التسري بغير إذن سيده لأن ملكه غير تام ، وقال الزهري لا ينبغي لأهله
أن يمنعه من التسري

ولنا إن ملكه ناقص وعلى السيد فيه ضرر فيمنع منه كالتزويج وبيان الضرر فيه أنه ربما

بأكثر من قيمته حالا وجعل الزيادة مؤجلة جاز لأن الزيادة ربح وإن اشترى نسيئة جاز لأنه لا غرر
فيه ولا يجوز أن يدفع به رهناً لأن الرهن أمانة وقد يتلف أو يجهده الغريم وليس له أن يدفع مالاً
سلباً لأنه في معنى البيع نسيئة وله أن يستسلم في ذمته لأنه في معنى الشراء نسيئة وله أن
يقترض لأنه ينتفع بالمال وليس له أن يدفع ماله مضاربة لأنه يسلمه إلى غيره فيعربه وفي الرهن والمضاربة
وجه آخر أنه لا يجوز له أن يأخذ قراضاً لأنه من أنواع الكسب ومذهب الشافعي في هذا الفصل أنه على ما ذكرنا
﴿مسألة﴾ (ولا يكفر بالمال وعنه له ذلك بأذن سيده)

إذا لزم المكاتب كفارة ظهار أو جماع في رمضان أو قتل أو كفارة يمين لم يكن له التكفير
بالمال لأنه عبد ولأنه في حكم المعسر بدليل أنه لا يلزمه زكاة ولا نفقة قريب وله أخذ الزكاة
لحاجته وكفارة العبد والمعسر الصيام وإن أذن له سيده في التكفير بالمال جاز لأنه بمنزلة التبرع
ولأن المنع لحقه وقد أذن فيه ولا يلزمه التكفير بالمال وإن أذن فيه السيد لأن عليه ضرراً لما يفضي
إليه من تفويت حرته كما أن التبرع لا يلزمه بأذن سيده

وقال القاضي المكاتب كالعبد القن في التكفير ومتى أذن له سيده في التكفير بالمال انبنى
على ملك العبد بالتملك فإن قلنا لا يملك لم يصح تكفيره بغير الصيام سواء أذن فيه أو لم يأذن لأنه
يكفر بما ليس بمملوك له وإن قلنا يملك بالتملك صح تكفيره بالأطعام إذا أذن فيه السيد وإن أذن

أحبلها والحبل مخوف في بنات آدم وربما تافت وربما ولدت فصارت أم ولد قيمتغ عليه بيعها في أداء كتابتها وإن عجزت رجعت إلى السيد ناقصة فإذا منع من التزويج اضطره فهذا أولى ، فلما إن أذن له سيده في التسري جاز له

وقال الشافعي لا يجوز له ذلك وإن أذن فيه سيده في أحد القولين لأنه أمر يضرب به وربما أفضى إلى منعه من العتق فلم يجوز وإن أذن فيه سيده ولأنه ناقص الملك فلم يجوز له التسري كوطء الجارية المشتركة ولنا أنه لو أذن لعبد القن في التسري جاز فالمكاتب أولى ولأن المنع كان لأجل الضرر بالسيد فجاز تأديبه كالتزويج . إذا ثبت هذا فإنه إذا تسرى باذن سيده أو غير أذنه فلا جد عليه لشبهة الملك ولا مهر عليه لأنه لو وجب لوجب له ولا يجب على الإنسان شيء لنفسه وإن حبست فالنسب لاحق به لأن الحد إذا سقط بالشبهة لحقه النسب ويكون الولد مملوكاً له لأنه ابن أمته ولا يعتق عليه لأن ملكه غير تام وليس له بيعه لأنه ولده ويكون موقوفاً على كتابته فإن أدنى عتق وعتق الولد لأنه ملك لأبيه الحر وإن عجز وعاد إلى الرق فولده رقيق أيضاً ويكونان مملوكين للسيد فأما الأمة فإن ولدت قبل عتقه وعجزه فإنها تصير أم ولد للمكاتب وليس له بيعها نبي عليه أحمد لأن ولدها له حرمة الحرية ولا يجوز بيعه ويمتق بعتق أبيه فكذلك أمه فعلى هذا لا يجوز بيعها وتكون موقوفة على المكاتب إن عتق فهي أم ولده وإن رق رقت

له في التكفير بالعتق فهل يصح ؟ على روايتين نذكرهما في تكفير العبد إن شاء الله تعالى قال شيخنا والصحيح أن هذا التفصيل لا يتوجه في المكاتب لأنه يملك المال بغير خلاف وإنما ملكه ناقص لتعلق حق سيده به فإذا أذن له سيده فيه صح كالتبرع

﴿ مسألة ﴾ (وهل له أن يرهن أو يضارب ؟ يحتل وجبهين)

(أحدهما) لا يجوز لأن في دفع ماله إلى غيره تعريضاً به وفي الرهن خطر لأنه قد ي تلف أو يبيحده الغريم وهذا مذهب الشافعي (والثاني) يجوز لأنه قد يرى الحظ فيه بدليل أن لولي اليتيم أن يفعل في مال اليتيم فجاز كإجارته

﴿ مسألة ﴾ (وليس له شراء ذوي رحمه إلا باذن سيده)

لأنه تصرف يؤدي إلى اتلاف ماله لأنه يخرج من ماله ما يجوز التصرف فيه في مقابلة ما لا يجوز له التصرف فيه أشبه الهبة وهذا قول الشافعي وقال إمامنا له ذلك وهو قول الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي لأنه اشترى مملوكاً لا ضرر على السيد في شرائه فصح كالأجنبي وبيانه أنه يأخذ كسبهم وإن عجز صاروا زقيقاً لسيد ولأنه يصح أن يشتريه غيره فصح شراؤه كالأجنبي ويفارق الهبة لأنها تقوت المال بغير عوض ولا نفع يرجع إلى المكاتب ولأن السبب بتحقيق وهو صدور التصرف من أهله في محله ولم يتحقق المانع لأن ما ذكره لا نص فيه ولا له أصل يقاس عليه فإن أذن

وقال القاضي في موضع لاتصير ام ولد بحال وله بيعها لانها حملت بمملوك في ملك غير تام وللشافعي قولان كهذين الوجهين وإن وضعت بعد عتقه لاقبل من ستة أشهر تبينا انها حملت به في حال رقه فالحكم على مامضى ، وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر حكمنا انها حملته حراً لاننا لم نتيقن وجوده في حال الرق وتكون ام ولد لانها علقت بجز في ملكه وللشافعي من التفصيل نحو مما ذكرنا (فصل) وليس للمسكاتب أن يزوج عبيده واماءه بغير اذن سيده وهذا قول الشافعي وابن المنذر وذكر عن مالك ان له ذلك اذا كان على وجه النظر لانه عقد على منفعة فلما كرهه كالأجارة وهو الذي قاله ابو الخطاب في رءوس المسائل

وحكي عن القاضي انه قال في الخصال له تزويج الامة دون العبد وهو قول ابي حنيفة لانه يأخذ عوضاً عن تزويجها بخلاف العبد ولانه عقد ذمة على منافعتها فأشبهه اجارتها

ولنا ان على السيد فيه ضرراً لانه ان زوج العبد لزمته نفقة امرأته ومهرها وشغله بمقوق النكاح ونقص قيمته وإن زوج الامة ملك لزوج بضعها ونقصت قيمتها وقلت الرغبات فيها وربما امتنع بيعها بالكفاية وليس ذلك من جهات المسكاتب فربما عجزه ذلك عن اداء نجومه وإن عجز عادرقيماً للسيد مع ما تعلق بهم من الحقوق ولحقهم من النقص فلم يجز ذلك له كاعتاقهم وفارق اجارة الدار فانها من جهات المكاسب عادة فعلى هذا ان وجب تزويجهم لطلبهم ذلك وحاجتهم اليه باعهم فان

فيه سيده جاز وهو قول مالك لان المنع لحق سيده فجاز باذنه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم فيه قولان

﴿مسئلة﴾ (وله أن يقبلهم إذا وهبوا له أو وصي له بهم)

لانه إذا ملك شراءهم مع ما فيه من بذل ماله فلأن يجوز بغير عوض اولى وعند من لا يرى جواز شرائهم بغير اذن السيد لا يجوز قبولهم الا إذا لم يكن فيه ضرر بماله كما قالوا في ولي اليتيم إذا وصى لليتيم بمن يمتق عايه

﴿مسئلة﴾ (وإذا ملكهم فليس لهم بيعهم ولا هبتهم ولا اخراجهم عن ملكه)

وقال أصحاب الرأي له بيع من عدا الوالدين والمولودين لانهم ليست قرابتهم قرابة جزئية ولا بعضية فأشبهوا الاجانب

ولنا انه ذورحم يمتق عليه إذا عته فلا يجوز بيعه كالوالدين والمولودين ولانه لا يملك بيعهم إذا كان حراً فلا يملكه مكاناً كوالديه

(فصل) ولا يعتقون بمجرد ملكه لهم لانه لو باشرهم بالعتق أو أعتق غيرهم لم يقع العتق فلأن لا يقع بالشراء الذي اقيم مقامه اولى ومتى أدى وهم في ملكه عتقوا لانه كمل ملكه فيهم وزال تعلق حق سيده عنهم فعتقوا حينئذ ولو لاؤهم له دون سيده لانهم عتقوا عليه بعد زوال ملكه سيده عنه

العبد متى طلب التزويج خير سيده بين بيعه وتزويجه وإن أذن له السيد في ذلك جاز لأن الحق له والنفع من أجله فجاز بأذنه

(فصل) وليس له اعتاق رقيقه إلا بأذن سيده وبهذا قال الحسن والأوزاعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة لأن فيه ضرراً على سيده بتفويت ماله فيما لا يحصل له به مال فأشبهه الهبة فإن أعتق لم يصح اعتاقه ويتخرج أن يصح ويقف على إذن سيده

وقال أبو بكر هو موقوف على آخر أمر المكاتب فإن أدى عتق معتقه وإن لم يؤد رق قال القاضي هذا قياس المذهب كقولنا في ذوي الأرحام أنهم موقوفون

وأما أنه تبرع بماله بغير إذن سيده فكان باطلاً كالهبة ولأنه تصرف تصرفاً منع منه حتى سيده فكان باطلاً كسائر ما يمنع منه ولا يصح قياسه على ذوي أرحامه لأن عتق ذوي أرحامه ليس بتصرف منه وإنما يعتمهم الشرع على مالكهم بملكهم والمكاتب ملكه ناقص فلم يعتق به فإذا عتق كمل ملكه فمعتقوا حينئذ والمعنى إنما يعتق بالاعتاق الذي كان باطلاً فلا يتيقن صحته إذا كمل الملك لأن كمال الملك في الثاني لا يوجب كونه كاملاً حين الاعتاق وكذلك لا يصح سائر تبرعاته بإذنه، فأما إن أذن فيه سيده صح وقال الشافعي في أحد القولين لا يصح لأن تبرعه بماله يفوق انقصود من كتابته وهو العتق الذي هو حق لله تعالى أو فيه حق له فلا يجوز تفويته ولأن العتق لا ينك من الولاء والعبد ليس من أهله ولأن ملك المكاتب ناقص والسيد لا يملك اعتاق ما في يده ولا هبته فلم يصح لأنه فيه

ولأن الحق لا يخرج عنهما فإذا اتفقا على التبرع به جاز كالرهن والمرتهن وما ذكره يبطل بالنكاح

فصاروا بمنزلة مالوا اشتراهم بعد عتقه وإن عجز ورد في الرق صاروا عبيد السيد لأنهم من ماله فيصرون للسيد بعجزه كعبيده الأجانب وله كسبهم لأنهم مملوكه أشبه الأجانب ونفقهم عليه بحكم الملك لا بحكم القرابة وكذلك الحكم في ولده من أمته قياساً عليهم

(فصل) فإن أعتقهم السيد لم يعتقوا لأنه لا يملكهم فلم يملك التصرف فيهم، وإن أعتقهم المكاتب بغير إذن سيده لم يعتقوا لتعلق حق سيده بهم وإن أعتقهم بأذنه عتقوا كما لو أعتق غيرهم من عبيده وإن أعتقه سيده عتق وصاروا رقيقاً للسيد كما لو عجز لأن كتابته تبطل بعتمه كما تبطل بموته وعلى ما اختاره شيخنا يعتقون لأنه عتق قبل فسخ الكتابة فوجب أن يعتقوا كما لو عتق بالبراء من مال الكتابة أو بإذنه يحتمق هذا إن الكتابة عقد لازم يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه واكسابه ويبقى حق السيد في ملك رقبته على وجه لا يزول إلا بالأداء أو ما يقوم مقامه فلا يتسلط السيد على إبطالها فيما يرجع إلى إبطال حق المكاتب وإنما يتسلط على إبطال حقه من رقبة المكاتب فينفذ في ماله دون مال المكاتب وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى وإن مات المكاتب ولم يخلد وفاء عادوا رقيقاً وقال أبو يوسف ومحمد يسمون في الكتابة على نجومها وكذلك أم وولده وقال أبو حنيفة في

فانه لا يملك ولا يملكه السيد عليه واذا اذن له فيه جاز واما الولاء فانه يكون موقوفاً فان عتق المكاتب كان له والافهو لسيدة كما يرق مماليكه من ذوي ارحامه هذا قول اقاخي وقال القاضي ابو بكر يكون لسيدة لان اعتاقه انما صح باذن سيده فكان كالنائب له

(فصل) والمكاتب محجور عليه في ماله فليس له استهلاكه ولا هبته وبهذا قال الحسين ومالك واثوري والشافعي واصحاب الرأي ولا أعلم فيه مخالفاً لان حق سيده لم ينقطع عنه لانه قد يعجز فيعود اليه ولان المقصود من الكتابة تحصيل العتق بالاداء وهبة ماله تفوت ذلك وان اذن فيه سيده جاز وقال ابو حنيفة لا يجوز لانه يفوت المقصود بالكتابة وعن الشافعي فيه كالمذهبين ولنا ان الحق لا يخرج عنهما فجاز باتفاقهما كالراهن والمرتهن فاما الهبة بالثواب فلا تصح وقال الشافعي في أحد قوله تصح لان فيها معاوضة

ولنا ان الاختلاف في تقدير الثواب يوجب الغرر فيها ولان عرضها يتأخر فتكون كالبيع نسبية ، وان اذن فيها السيد جازت وان وهب لسيدة جاز لان قبوله الهبة اذن فيها وكذلك ان وهب لابن سيده الصغير

(فصل) ولا يحايي في البيع ولا يزيد في الثمن الذي اشترى به ولا يعير دابة ولا يهدي هدية وأجاز ذلك اصحاب الرأي ويحتمل جواز اعارة دابته وهدية المأكول ودعائه اليه لان ذلك يجوز

الولد خاصة ان جاء بالكتابة حالة قبلت منه وعتق

ولنا انه عبد للمكاتب فصار بموته لسيدة إذا لم يخلف وفاء كالأجنبي وان خلف وفاء انبى على الروايتين في فسخ الكتابة على ما تقدم

﴿ مسألة ﴾ (وولد المكاتب الذي ولدته في الكتابة يتبعها)

تصح كتابة الامة كما تصح كتابة العبد بغير خلاف وقد دل عليه حديث بريرة وحديث جويرة بنت الحارث ولانها داخلة في عموم قوله تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) فاذا اتت المكاتبه بولد من غير سيدها من نكاح أو غيره فهو تابع لها فان عتقت بالاداء او بالابراء عتق وان فسخت كتابتها وعادت الى الرق عاد رقيقاً قنا وهذا قول شرح ومالك واثوري وابي حنيفة واسحاق وسواء في هذا ما كان حلالاً الكتابية أو حديث بعدها وقال ابو ثور وابن المنذر هو عبد قن لا يتبع امه وللشافعي قولان كالمذهبين واحتجوا بان الكتابة غير لازمة من جهة العبد فلا تسري الى الولد كالتعليق بالصفة

ولنا ان الكتابة سبب ثابت للعتق لا يجوز ابطاله فسرى الى الولد كالاستيلاء ويفارق التعليق بالصفة فان السيد يملك ابطاله بالبيع

إذا ثبت هذا فالكلام في الولد في فصول اربعة في قيمته إذا تلف وفي كسبه وفي نفقته وفي

لما ذون له ولا ينحط المكاتب عن دجته ووجه الاول انه تبرع بماله فلم يجز الهبة ولا يوصي بماله ولا يحط عن المشتري شيئاً ولا يقرض ولا يضمن ولا يتكفل بأحد وبه قال الشافعي وأجاب الرأي لان ذلك تبرع بماله فمعه منه كالهبة

(فصل) وليس له أن يبيع ان احتاج الى انفاق ماله فيه ونقل الميعوني عن احمد للمكاتب أن يبيع من المال الذي جمعه اذا لم يأت بنجمه وهذا محمول على انه يبيع باذن سيده اما بغير اذنه فلا يجوز لانه تبرع بما ينفق مالا فيه فلم يجز كما اعتق

فاما ان أمكنه الحج من غير انفاق ماله كالذي تبرق انسان باحجاجة او يخدم من ينفق عليه فيجوز اذا لم يأت بنجمه لان هذا يجري مجرى تركه وليس لكسب وليس ذلك مما يمنع منه

(فصل) وليس للمكاتب أن يكاتب الا باذن سيده وهذا قول الحسن والشافعي لان الكتابة نوع اعتاق فلم تجز من المكاتب كالمجوز ولانه لا يملك الاعتاق فلم يملك الكتابة كالمأذون له في التجارة واختار القاضي جواز الكتابة وهو الذي ذكره ابو الخطاب في رءوس المسائل وهو قول مالك وابي حنيفة والثوري والاوزاعي لانه نوع معاوضة فأشبهه البيع ، وقال ابو بكر هو موقوف كقواه في العتق المنجز فان أذن فيها السيد صحت وقال الشافعي فيها قولان وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم فاذا كاتب عبده فمجزا جميعا صارا رقيقين للسيد ، وان أدى المكاتب الاول ثم

عتقه ، أما قيمته إذا تلف فقل أبو بكر هي لامه تستعين بها على كتابتها لان السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبداً فلا يستحق قيمته لانه بمنزلة جزء منها ولو جنى على جزء منها كان ارشه لها كذلك ولها وإذا لم يستحقها هو كانت لامه لان الحق لا يخرج عنها ولان ولها لو ملكته بهيمة او شراء فقتل كانت قيمته لها فكذلك اذا تبعها بحقه انه اذا تبعها صار حكمه حكمها فلا يثبت ملك السيد في منافعه ولا في اروش الجنابة عليه كما لا يثبت له ذلك فيها

وقال الشافعي في أحد قوليّه تكون اقيمة لسيدها لانها لو قتلت كانت قيمتها لسيدها فكذلك ولها والفرق بينهما ان الكتابة تبطل بقتلها فيصير مالها لسيدها بخلاف ولها فان العتد باق بعده قتله فنظير هذا اتلاف بعض أعضائها والحكم في اتلاف بعض أعضائه كالحكم في اتلافه ، وأما كسبه وارش الجنابة عليه فينبغي ان يكون لامه ايضاً لان ولها جزء منها تابع لها فأشبهه بقية أجزائها ولان اداءها لكتابتها سبب لعتقه وحصول الحرية له فينبغي ان يصرف ذلك فيه بمنزلة صرفه اليه اذ في عجزها رقة وفوات كسبه عليه ، واما نفقته فعلى امه لانها تابعة لكسبه وكسبه لها ونفقته عليها واما عتقه فانه يعتق بادائها أو ابرائها ويرق بعجزها لانه تابع لها وان ماتت المكاتب في كتابتها بطلت كتابتها وعاد رقيقاً قنا الا ان يخلف وفاء فيكون على الروايتين ، وان اعتقها سيدها لم يعتق ولها لانه انما تبعها في حكم الكتابة وهو العتق بالاداء وما حصل الاداء انما حصل عتقها بأمر لا يتبعها

أدى اثاني فولاء كل واحد منهما مكاتبه وان أدى الاول وعجز اثني صار رقيقا للاول وان عجز الاول وادى اثاني فولاءه للسيد الاول وان أدى اثاني قبل عتق الاول عتق قال ابوبكر وولاءه للسيد . وهو قول ابي حنيفة لان العتق لا ينفك عن الولاء والولاء لا يوقف لانه سبب يورث به فهو كالنسب . ولان الميراث لا يقف كذلك سببه . وقال القاضي هو موقوف ان أدى عتق والولاء له والا فهو لا سيد ، وهذا احد قولي الشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم «انما الولاء لمن أعتق» ولان العبد ليس بملك له ولا يجوز أن يثبت له الولاء على من لم يعتق في ملكه ، وقولهم لا يجوز أن يقف كما لم يقف النسب والميراث فليس كذلك فان النسب يقف على بلوغ الغلام وانتسابه اذا لم تلحقه اتفاقية بأحد الواطئين وكذلك الميراث يوقف على أن الفرق بين النسب والميراث وبين الولاء ان الولاء لا يجوز أن يقع لشخص ثم ينتقل وهو ما يجزه موالي الاب من مولى الام فجاز أن يكون موقوفاً والنسب والميراث بخلاف ذلك فان مات المعتق قبل عتق المكاتب وقلنا الولاء للسيد ورثه وإن قلنا هو موقوف فهو أيضاً موقوف

(فصل) وليس له أن يبيع نسيئة وان باع الساعة بأضعاف قيمتها وهذا مذهب الشافعي لان فيه تفريراً بالمال وهو ممنوع من التفرير بالمال لتعلق حق السيد به

فيه فأشبه ما لو لم تكن مكاتبه ومقتضى قول أصحابنا الذين قلو تبطل كتابتها بعتمها ان يعود ولدها رقيقاً ومقتضى قول شيخنا أنه يقي على حكم الكتابة ويعتق بالاداء لان العقد لم يوجد ما يبطله وانما سقط الاداء عنها لحصول الحرية بدونها فاذا لم يكن لها ولديتبعها في الكتابة ولا في يدها مال يأخذه لم يظهر حكم بقاء العقد ولم يكن في بقائه فائدة فانتفى لانتهاء فائدته وفي مسئلتنا في بقائه فائدة لا فضائه إلى عتق ولدها فينبغي أن يبقى ويحتمل أن يعتق باعتاقها لانه جرى مجرى ابرائها من المال والحكم فيما إذا عتقت باستيلاء أو تدير أو تعاقب بصفة كالحكم فيما إذا أعتقها لانها عتقت بغير الكتابة وان اعتق السيد الولد دونها صح عتقه نص عليه احمد في رواية منها لانه مملوك له فصاح عتقه كامه ولانه لو أعتقه معها صح عتقه ومن صح عتقه مع غيره صح مفرداً كما أثر مما ليك . قال القاضي: وقد كان يجب ان لا ينفذ عتقه لان فيه ضرراً بامه لتفويت كسبه عاينها فانها كانت تستعين به في كتابتها ولعل احمد نفذ عتقه تغليباً للعتق والصحيح أنه يعتق وما ذكره القاضي من الضرر لا يصح لوجوه

(أحدها) أن الضرر انما يحصل في حق من له كسب يفضل عن نفقته فاما من لا كسبه فتحليلها من نفقته نفع محض ومن له كسب لا يفضل عن نفقته فلا ضرر في اعتاقه لانه لا يفضل لها من كسبه شيء تنتفع به فكان ينبغي أن يقيد الحكم الذي ذكره بهذا القيد

(الثاني) أن النفع بكسبه ليس بواجب لها لانها لا تملك اجباره على الكسب فلم يكن الضرر

بفواته معتبراً في حقها

قال القماني ويتخرج الجواز بناء على الضارب ان له البيع نسبيته في احدي الروايتين فيخرج
هنا مثله وسواء أخذ بالتمن ضمينا او رهنا او لم يأخذ لان الغرر لم يزل فان الرهن يحتمل ان يتلف
ويحتمل أن يفلس الغريم والضمين ويحتمل أن يجوز مع الرهن أو الضمين لان الوثيقة قد حصلت به
والموارض نادرة على خلاف الاصل فان باع بأكثر مما يساوي حالا وجعل الزيادة مؤجلة جاز لان
الزيادة ربح وإن اشترى نسبيته جاز لانه لاغرر فيه ولا يجوز أن يدفع به رهنا لان الرهن أمانة وقد
يتلف او يجده الغريم وليس له ان يدفع ماله سلماً لانه في معنى البيع نسبيته وله ان يستلف في
ذمته لانه في معنى الشراء نسبيته وليس له أن يقرض لانه تبرع بالمال وفيه خطر به وله أن يقرض
لانه ينتفع بالمال وليس له أن يدفع ماله مضاربة لأنه يسلمه إلى غيره فيغرر به وله أن يأخذ المال قراضاً
لان من أنواع الكسب ومذهب الشافعي في هذا الفعل كله على ما ذكرنا

(فصل) وللمكاتب أن يبيع ويشترى باجماع من أهل العلم لان عقد الكتابة لتحصيل العتق
ولا يحصل الا ابداء عوضه ولا يمكنه الاداء الا بالاكتساب والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب
فانه قد جاء في بعض الاثار ان تسعة أعشار الرزق في التجارة وله أن يأخذ ويعطي فيما فيه الصلاح
لماله والتوفير عليه وله أن ينفق مما في يده من المال على نفسه في مأكله ومشربه وكسوته بالمعروف بما

(الثالث) أن مطلق الضرر لا يكفي في منع العتق الذي يحقق مقتضيه ما لم يكن له أصل يشهد له بالاعتبار
ولم يذكر له أصلاً ثم هو ملغي بعتق الفليس والراهن وسراية العتق الى ملك الشريك فانه يعتق مع وجود
الضرر بتفويت الحق اللازم فهذا أولى .

(فصل) فاما ولد ولدها فان ولد ابنها حكمه حكم امه لان ولد المكاتب لا يتبعه وأما ولد بنتها
فهو كبنتها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تسري الكتابة اليه لان السراية إما تكون مع الاتصال
وهذا ولد منفصل فلا يسري اليه بدليل ان أم اولد قبل ان يستولدها لا يسري اليه الاستيلاء وهذا
الواد اتصل بامه دون جدته

ولنا ان ابنتها ثبت لها حكمها تبعاً فيجب ان يثبت لابنتها حكمها تبعاً كما ثبت لها حكم أمها ولان البنت
تبعت امها فيجب ان يتبعها اولدها لان علته اتباعها لامها موجودة في ولدها ولان البنت تعلق بها حق العتق فيجب
ان يسري الي ولدها كالمكاتبه وهذا الخلاف في ولد البنت التابعة لامها في الكتابة فاما المولودة قبل الكتابة
فلا تدخل في الكتابة فابنتها أولى

﴿ مسألة ﴾ (وان اشترى زوجته صح وانفسخ نكاحها)

يجوز للمكاتب شراء امرأته ولله كاتبة شراء زوجها لان ذلك يجوز لغير المكاتب فجاز للمكاتب
كشراء الاجانب وينفسخ النكاح بذلك وقال الشافعي لا ينفسخ لان المكاتب لا يملك بدليل أنه
لا يجوز له الشراء ولا يعتق والده وولده اذا اشتراه فاشبه العبد القن

لا غناء له عنه وعلى رقيقه والحيوان الذي له وله تأديب عبده وتمزيهم اذا فعلوا ما يستحقون ذلك
لانه من مصلحة ما ملكه فلعله كالنقمة عليهم ولا يملك اقامة الحد عليهم لان هذا موضع ولاية وليس
هو من أهائها وله المطالبة بالشفعة والاخذ بها لانه نوع شراء فان كان المشتري للشقص سيدة فله
أخذه منه لان له ان يشتري منه ، وان اشترى المكاتب شقصاً لسيدة فيه شركة فله أخذه من
المكاتب بالشفعة لانه مع سيدة في باب البيع والشراء كالأجنبي ، وان وجبت للسيدة على مكاتبه شفعة
فادعى المكاتب ان سيدة عفا عنها سمعت دعواه وان أنكره السيد كان عليه اليمين وإن أذن السيد
لمكاتبه في البيع بالمحاباة صح منه وكان لسيدة الاخذ بالشفعة لان يمه بالمحاباة مع اذن سيدة فيه صحيح
ويصح اقرار المكاتب بالبيع والشراء والعيب والدين لأنه يصح تصرفه فيه بذلك ، ومن ملك
شيئاً فله الاقرار به

(مسألة) قال (ولا يبيعه سيدة درهما بدرهمين)

وجملته ان الربا يجري بين العبد وبين سيدة فلم يجز ان يبيعه درهماً بدرهمين كالأجنيين وقال
ابن ابي موسى لاربا بينهما لانه عبد في الاظهر من قوله ولا ربا بين العبد وسيدة ولهذا جار ان
يعجل لسيدة ويضع عنه بعض كتابته وله وطء مكاتبته اذا شرط ولو حملت منه صارت له بذلك ام

ولنا أن المكاتب يملك ما اشتراه بدليل أنه ثبت له الشفعة على سيدة واسيده عليه ويجري
الربا بينه وبينه وإنما منع تسري لتعلق حق سيدة بما في يده كما يمنع الراهن من الوطاء
مع ثبوت ملكه ولذلك لم يمتق عليه ذور رحمه وإذا اشترى أحدهما الآخر فله التصرف فيه
لأنه أجنبي منه .

﴿ مسألة ﴾ (وان استولد أمته فهل تصير أم ولد يمتنع عليه بيعها؟ على وجهين)

إذا استولد المكاتب أمته قبل عتقه وعجزه فانها تصير أم ولد المكاتب وليس له بيعها نص
عليه أحمد لان ولدها له حرمة الحرية ولا يجوز بيعه ويعتق بعته أبيه وكذلك أمه فعلى هذا
لا يجوز بيعها وتكون موقوفة مع المكاتب ان اعتق فهي أم ولده وإن رق رقت ، وقال القاضي
في موضع لا تصير أم ولد بحال وله بيعها لأنها حمت بمملوك في ملك غير تام وللشافعي
قولان كهذين الوجهين

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رحمه الله (ولا يملك السيد شيئاً من كسبه ولا يبيعه درهماً بدرهمين)

لا يملك شيئاً من كسب المكاتب لانه اشترى نفسه من سيدة ليملك ماله وكسبه ومنافعه فلا

ولد ، ووجه قول الخرقى ان السيد مع مكاتبه في باب المعاملة كالأجنبي بدليل ان لكل واحد منها الشفعة على صاحبه ولا يملك كل واحد منها التصرف فيما في يد صاحبه وإنما يتعلق لسيدة حق فيما بيده لكونه بعرضية ان يعجزه فيعود اليه وهذا لا يمنع جريان الربا بينها كالأب مع ابنه فعلى هذا القول لا يجوز التفاضل بينهما فيما يحرم التفاضل فيه بين الاجنبيين ولا النساء فيما يحرم النساء فيه بين الاجانب (فصل) فان كان لكل واحد منها على صاحبه دين مثل ان كان للسيد على المكاتب دين من الكتابة أو غيرها وللمكاتب على سيده دين وكانا تقدماً من جنس واحد حالين أو مؤجلين أجلاً واحداً تقاصاً وتساقطاً لانهما اذا تساقطاً بين الاجانب فمع السيد ومكاتبه أولى ، وإن كانا نقدين من جنسين كدراهم ودنانير فقال ابن ابي موسى لو كان له على سيده ألف درهم واسيده عليه مائة دينار فجعلها قصاصاً بها جاز بخلاف الحرين

وقال القاضي لا يجوز هذا لانه بيع دين بدين وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الدين بالدين ولانه لا يجوز بين الاجنبيين فلم يجز بين المكاتب وسيدة كسائر المحرمات وفارق العبد القن فانه باق في تصرف سيده وما في يده ملك خالص لسيدة له أخذه والتصرف فيه فعلى هذا لا يجوز مع التراضي به وعلى قول ابي موسى يجوز اذا تراضيا بذلك وتبايماه ولا يثبت التقابض قبل تراضيهما به لانه يبيع فأما ان كانا عرضين أو عرضاً وتقدماً لم تجز المقاصة فيها بغير تراضيهما بحال سواء كان القرض من

يبقى ذلك لبائعه كسائر المبيعات ويجزي الربا بينه وبين سيده لانه معه في باب المعاوضة كالأجنبي وقال ابن ابي موسى لاربا بينها لانه عبد في الاظهر من قوله ولا ربا بين العبد وسيدة ولهذا جاز ان يعجل لسيدة ويضع عنه بعض كتابته وله وطء مكاتبته إذا شرط وله حملت منه صارت له بذلك أم ولد ، ووجه الاول أن السيد مع مكاتبه في باب المعاملة كالأجنبي بدليل ان لكل واحد منها الشفعة على صاحبه ولا يملك كل واحد منها التصرف فيما بيد صاحبه وإنما يتعلق لسيدة حق فيما بيده لكونه بعرضية أن يعجزه فيعود اليه وهذا لا يمنع جريان الربا بينها كالأب مع ابنه فعلى هذا القول لا يجوز التفاضل بينهما فيما يحرم التفاضل فيه بين الاجنبيين ولا النساء فيما يحرم فيه النساء بين الاجانب .

(فصل) فان كان لكل واحد منها على صاحبه دين مثل ان كان للسيد على مكاتبه دين من الكتابة أو غيرها وللمكاتب على سيده دين وكانا تقدماً من جنس واحد حالين أو مؤجلين أجلاً واحداً تقاصاً وتساقطاً لانهما اذا تساقطاً بين الاجانب فمع السيد ومكاتبه أولى وان كانا تقدماً من جنسين كدراهم ودنانير فقال ابن ابي موسى لو كان له على سيده ألف درهم ولسيدة عليه مائة دينار فجعلها قصاصاً بها جاز بخلاف الحرين .

وقال القاضي لا يجوز هذا لانه بيع دين بدين وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الدين بالدين ولانه

جنس حقه او غير جنسه وان تراضيا بذلك لم يجوز أيضاً لانه بيع دين بدين ، وان قبض أحدهما من الآخر حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن ماله في ذمته جاز اذا لم يكن الثابت في الذمة عن سلم فان ثبت عن سلم لم يجوز أخذ عوضه قبل قبضه وفي الجملة ان حكم المكاتب مع سيده في هذا حكم الاجانب الا على قول ابن ابي موسى الذي ذكرناه والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قول (وليس للرجل أن يظأ مكاتبته إلا أن يشترط)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) في وطئها بغير شرط وهو حرام في قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب والحسن والزهري ومالك والليث واثيري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وقيل له وطؤها في الوقت الذي لا يشغلها الوطء عن السعي عما هي فيه لانها ملك يمينه فتدخل في عموم قوله تعالى (او ماملكت أيانهم)

ولنا ان الكتابة عقد ازال ملك استخدامها وملك عوض منفعة بضعها فيما اذا وطئت بشبهة فأزال حل وطئها كالبيع والآية مخصوصة بالمزوجة فتيس عليها محل النزاع ولان الملك ههنا ضعيف لانه قد زال عن منافعتها جملة ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها وتفارق ام الولد فان ملكه باق عليها

لا يجوز بين الاجنبيين فلم يجوز بين المكاتب وسيده كسائر المحرمات وفارق العبد ايقن فانه باق في تصرف سيده وما في يده ملك خالص لسيدة أخذه والتصرف فيه فعلى هذا لا يجوز وان تراضيا به وعلى قول ابن ابي موسى يجوز اذا تراضيا بذلك وتبايعاه ولا يشبث التقاص قبل تراضيهما به لانه بيع فان كانا عرضين أو عرضا ونقدا لم تجز المقاصة فيها بغير تراضيهما بحال سواء كان العوض من جنس حقه أو من غير جنسه وان تراضيا بذلك لم يجوز أيضاً لانه بيع دين بدين وان قبض أحدهما من الآخر حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن ماله في ذمته جاز اذا لم يكن الثابت في الذمة عن سلم فان كان ثبت عن سلم لم يجوز أخذ عوضه قبل قبضه وفي الجملة ان حكم المكاتب مع سيده في هذا حكم الاجانب الا على قول ابن ابي موسى الذي ذكرناه .

﴿ مسألة ﴾ وان جنى عليه فعلية ارش جنائته

إذا جنى السيد على مكاتبه فلاقصاص عليه لا مريم (أحدهما) أنه حر والمكاتب عبد (والثاني) أنه ملكه ولا يقتص من المالك لمملوكه ولكن يجب الارش ولا يجب الا باندمال الجرح لانه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته الى نفسه فيسقط ارشه ومتى سرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وكان كقتله فاذا ندمل الجرح وجب له ارشه حينئذ فان كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم تقاصا وان كان من غير جنس مال الكتابة أو كان النجم لم يحل لم يتقاصا ولكل واحد

وانما يزول بموته فأشبهت المدبرة والموصى بها وانما امتنع البيع لانها استحققت العتق بموته استحقاقا لازما لا يمكن زواله

(الفصل الثاني) اذا شرط وطأها فله ذلك وبه قال سعيد بن المسيب وقال سائر من ذكرنا ليس له وطؤها لانه لا يملكه مع اطلاق العقد فلم يملكه بالشرط كالموطأ او اعتمها
وقال الشافعي اذا شرط ذلك في عقد الكتابة فسد لانه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضاً فاسداً ، وقال مالك لا يفسد العقد به لانه لا يخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسده كالصحيح
ولنا قول النبي ﷺ « المؤمنون عند شروطهم » ولانها مملوكة له شرط نفعها فصح كشرط
استخدامها بحقق هذا ان منعه من وطئها مع بقاء ملكه عليها ووجود مقتضي الحل وطئها انما كان
لحقها فاذا شرط عاينها جاز كالتدمة ولانه استثنى بعض ما كان له فصح كاشتراط الخدمة وفارق البيع
لانه يزول ملكه عنها

(فصل) فان وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا تعزير ولا مهر لانه وطء يملكه ويباح له فأشبهه
وطأها قبل كتابتها وان وطئها من غير شرط فقد أساء وعليه التعزير لانه وطء محرم ولا حد عليه في
قول عامة الفقهاء لانعلم فيه خلافا الا عن الحسن والزهري فانهما قالوا عليه الحد لانه عقد عليها عقد
معاوضة يحرم الوطء فأوجب الحد بوطئها كالبيع

منها مطالبة صاحبه بما يستحقه فان رضي المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز
اذا كان من جنس مال الكتابة

﴿مسئلة﴾ وان حبسه مدة فعليه أرفق الامرين به من انظاره مثل تلك المدة او اجرة مثله)
اذا حبسه سيده فقد اساء ولا يحتسب عليه بمدته في أحد الوجوه (والثاني) يحتسب عليه بمدته
لان مال الكتابة دين مؤجل فيحتسب بمدة الحبس من الاجل كسائر الديون المؤجلة فعلى هذا
الوجه يلزمه أجر مثله في المدة التي حبسه فيها والاول أصح لان على سيده تمكينه من التصرف
مدة كتابته فاذا حبسه مدة وجب عليه تأخيره مثل تلك المدة ليستوفي الواجب له ولان حبسه
يقضي إلى ابطال الكتابة وتفويت مقصودها وردء الى الرق ولان عجزه عن اداء نجومه في محلها
بسبب من سيده فلم يستحق به فسخ العقد كما لو منع البائع المشتري من أداء الثمن لم يستحق فسخ
البيع لذلك ولو منعت المرأة زوجها من الانفاق عليها لم تستحق فسخ العقد لذلك (والثالث) يلزم
سيده أرفق الامرين به من انظاره مثل تلك المدة او اجرة مثله فيها لانه وجد سببهما
فكان للمكاتب أنفعهما .

﴿مسئلة﴾ (وليس له ان يطأ مكاتبته الا ان يشترط)

وطء المكاتبه من غير شرط حرام في قول اكثر اهل العلم منهم سعيد بن المسيب والحسن والزهري

ولنا انها مملوكته فلم يجب الحد بوطنها كأتمه الستأجرة والمرهونة وتخالف البيع فانه يزيل الملك والكتابة لا تزيله بدليل قوله عليه السلام « المكاتب عبد مابقي عليه درهم » وعليه مهرها لها لانه استوفى منفعتها الممنوع من استيفائها فكان عليه عوضها كمنافع بدنها
(فصل) وان اولدها صارت ام ولد له سواء وطئها بشرط او بغير شرط لانه أحبها بغير شرط فكانت ام ولده كغير المكاتبه والولد حر لانه ولده من مملوكته ويلحقه نسبه لذلك ولانه من وطء سقط فيه الحد للشبهة فأشبه ولد المفرور ولا تلزمه قيمته لانها وضعت في ملكه

(فصل) وليس له وطء بنتها لانها تابعة لامها موقوفة معها فلم يباح وطؤها كامها ولا يباح ذلك بالشرط لان حكم الكتابة ثبت فيها تبعاً ولم يكن وطؤها مباحا حال العقد بشرطه فان وطئها فلاحد عليه لانها ملكه ويأثم ويعزر لانه وطئ فرج محرما ولها مهر عليه حكمه حكم كسبها يكون لامها تستعين به في كتابتها لان ذلك سبب حريتها وان أحبها صارت ام ولده والولد حر لانه أحبها بغير شرط فلاحقه نسبه ولا تجب عليه قيمتها لان أمها لا تملكها ولا قيمة ولدها لانها وضعت في ملكه

(فصل) وايس له وطء جارية مكاتبته ولا مكاتبه اتفاقا فان فعل أم وعزر ولا حد عليه لشبهة الملك لانه يملك مالها وعليه مهرها لسيدتها وولده منها حر يلحقه نسبه لان الحد سقط لشبهة

ومالك والليث والثوري والشافعي وأصاب الرأي وقيل له وطئها في الوقت الذي لا يشغلها الوطء عن السعي عما هي فيه لانها ملك يمينه فتدخل في عموم قوله تعالى (أو ما ملكت أيمانهم)

وانا ان الكتابة عقد أزال ملك استخدامها وملك عوض منفعة بضعها فيما اذا وطئت بشبهة فأزال حل وطئها كالبيع والآية مخصوصة بالمرزوجة فنقيس عليها محل النزاع ولان الملك ههنا ضعيف لانه قد زال عن منافعتها جملة ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها وتفارق أم الولد فان ملكه باق عليها وانما يزول بموته فأشبهت المدبرة والموصى بها وانما امتنع البيع لانها استحققت العتق بموته استحقاقا لازما لا يمكن زواله .

(فصل) فان شرط وطئها فله ذلك ، وبه قال سعيد بن المسيب وقال سائر من ذكرنا ايس له وطئها لانه لا يملكه مع اطلاق العقد فلم يملكه بالشرط كما لو زوجها او أعتقها ، روى الشافعي إذا شرط ذلك في عقد الكتابة فسد لانه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضاً فاسداً وقال مالك لا يفسد العقد به لانه لا يخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسد كالصحيح .

وانا قول النبي ﷺ « المؤمنون عند شروطهم » ولانها مملوكة له شرط نفعها فصح كشرط استخدامها . يحقق هذا ان منعه من وطئها مع بقاء ملكه عليها ووجود المقتضي لحل وطئها انما كان لحقها فاذا اشترطه عليها جاز كالخدمة ولانه استثنى بعض ما كان له فصح كاشترط الخدمه وفارق البيع فانه يزيل ملكه عنها .

الملك وتصير ام ولد له وعليه قيمتها لسيدها لانه أخرجها بوطنه عن ملكه و كان عليه قيمتها لسيدته ولا تجب عليه قيمة الولد لانها وضعت في ماله ويحتمل أن تلزمه قيمته لانه أخرجها بوطنه عن أن يكون مملوكا لسيدها فأشبه ولد المفرور

(فصل) ولا يملك اجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمتها على التزويج لانه زال ملكه بمقدار الكتابة عن نفعها ونفع بضعها وعن عوضه وليس لواحدة منهما التزوج بغير اذن لارعايه ضرراً في ذلك فانه يثبت الزوج حقة فيها فربما عجزت وعادت اليه على وجه لا يملك وطأها فان تراضيا بذلك جاز لان الحنفى لا يخرج عنها وهو وليها وولي ابنتها وجارتها جميعاً لان الملك له فأشبهه الجارية اتقن والمهر للمكاتبه على ما ذكرنا في مهرهن اذا وطئن السيد

(مسألة) قال (فان وطئها ولم يشترط أدب ولم يبلغ به حد الزاني وكان عليه مهر مثلها)

وجملة الامران السيد إذا وطئ مكاتبته من غير شرط فقد ذكرنا انه لا حد عليه لكن ان كانا عالمين بالتحريم عزرا وان كانا جاهلين عزرا وان كان أحدهما عالماً والآخر جاهلاً عزرا العالم وعزرا الجاهل ولا يخرج بالوطء عن الكتابة وقال الليث ان طأوعته فقد فسخت كتابتها وعادت قنا ولنا انه عقد لازم فلم يفسخ بالمطأوعة على الوطاء كالأجارة والبيع بعد لزومه فاما المهر فانه يجب

﴿ مسألة ﴾ (وإن وطئها من غير أن يشترط أو وطئ أمتها أدب ولم يبلغ به الحد) .

اذا وطئها من غير شرط لم يجب عليه الحد لشبهة الملك في قول عامة الفقهاء ، وروي عن الحسن والزهري أنها قالا عليه الحد لانه عمد عليها عقد معاوضة يحرم الوطاء فأوجب الحد بوطنها كالبيع .

ولنا أنها مملوكته فلم يجب عليه الحد بوطنها كالرهونة والمستأجرة ويخالف البيع فانه يزيل الملك والكتابة لاتزيله بدليل قوله عليه السلام « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » وعليه مهرها إذا وطئها بغير شرط ، لانه استوفى منفعتها الممنوع من استيفائها فأشبهه منافع بدنها فان كانا عالمين عزرا وان كانا جاهلين عزرا وان كان أحدهما عالماً والآخر جاهلاً عزرا العالم وعزرا الجاهل ولا يخرج بالوطء عن الكتابة وقال الليث ان طأوعته فقد فسخت كتابتها وعادت قنا

ولنا انه عقد لازم فلم يفسخ بالمطأوعة على الوطاء كالأجارة والبيع بعد لزومه ويجب لها المهر مطأوعة كانت أو مكروهة وبه قال الحسن والثوري والحسن بن صالح والشافعي وقال قتادة يجب إذا أكرهها ولا يجب إذا طأوعته ونقته المزني عن الشافعي لان المطأوعة بذلت نفسها بغير عوض فصارت كالزانية ومنصوص الشافعي وجوبه في الحالين وانكر أصحابه ما نقله المزني وقالوا لا يعرف وقال مالك لاشيء عليه لانها ملكه

لها أكرهها أو غاوعته وبه قال الحسن والثوري والحسن بن صالح والشافعي ، وقال قتادة يجب إذا أكرهها ولا يجب إذا طاوعته ونقله المزني عن الشافعي لان المطاوعة بذات نفسها بغير عوض فصارت كالزانية ومنصوص الشافعي وجوبه في الخالين وأنكر أصحابه ما نقله المزني وقالوا لا يعرف وقال مالك لا شيء عليه لأنها ملكه

ولنا انه عوض منفعتها فوجب لها كموض بدنها ولان المكاتبه في يد نفسها ومنافعها لها ولهذا لو وطئها أجنبي كان المهر لها وإنما وجب في حال المطاوعة لان الحد يسقط عنه لشبهة الملك فوجب لها المهر كما لو وطئ امرأة بشبهة عقد مطاوعة فان تكرر وطؤها وكان قد أدى مهر الوطاء الاول فالثاني مهر أيضاً لان الاداء قطع حكم الوطاء الاول وان لم يكن ادى عن الاول لم يجب الامهر واحدا لان هذا عن وطء الشبهة فلم يكن إلا مهرا واحدا كالوطء في النكاح الفاسد

(فصل) وإذا وجب لها المهر فان كان لم يجعل عايتها نجماً فإلها المطالبة وإن كان قد حل عليها فكان المهر من غير جنسه فلها المطالبة به أيضاً وإن كان من جنسه تقاصاً وأخذ ذو الفضل فضله

﴿ مسألة ﴾ قال (فان علقت منه فهي مخيرة بين العجز وتكون أم ولد وبين المضي على كتابتها فان أدت عتقت وان عجزت عتقت بموته وان مات قبل عجزها انتمت لأبها من أمهات الأولاد ويسقط عنها ما بقي من كتابتها وما في يدها لورثة سيدها)

ولنا انه عوض منفعتها فوجب لها كموض بدنها ولان المكاتبه في يد نفسها ومنافعها لها ولهذا لو وطئها أجنبي كان المهر لها وإنما وجب في حال المطاوعة لان الحد سقط عنه للشبهة فوجب لها المهر كما لو وطئ امرأة بشبهة عقد مطاوعة، فان تكرر وطؤها وكان قد أدى مهر الوطاء الاول فالثاني مهر أيضاً لان الاداء قطع حكم الوطاء وان لم يكن ادى عن الأول لم يجب الامهر واحدا لان هذا عن وطء الشبهة فلم يجب الا مهر واحد كالوطء في النكاح الفاسد

(فصل) فأما ان وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا مهر ولا تعزير لانه وطء يملكه ويباح له فأشبهه وطأها قبل كتابتها ، وإذا وجب لها المهر بالوطء فان كان لم يجعل عايتها نجماً فلها المطالبة وان كان قد حل عليها وكان المهر من غير جنسه فلها المطالبة أيضاً به وان كان من جنسه تقاصاً وأخذ ذو الفضل فضله .

﴿ مسألة ﴾ (فان أولدها صارت ام ولد له سواء وطئها بشرط أو بغير شرط)
لانه أحبلها بجر في ملكه فكانت أم ولد كغير المكاتبه والولد حر لانه ولده من مملوكته ويلحقه نسبه لذلك ولانه من وطء سقط فيه الحد للشبهة فأشبه ولد المغرور ولا تلزمه قيمته لانها وضعت في ملكه

وجلتته أن السيد إذا استولد مكاتبته فالولد حر لأنه من مملوكته ونسبه لاحق به ولا تجب قيمته لذلك وتصير أم ولده لذلك ولا تبطل كتابتها لأنه عقد لازم من جهة سيدها ، وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيهما سبق صاحبه ثبت حكمه . هذا قول الزهري ومالك والثوري والليث والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقول الحكم تبطل كتابتها لأنها سبب للعتق فتبطل بالاستيلاء كالتيدير

• وإنما أنها عقد معاوضة فلا تبطل بالوطء كالبيع ولأنها سبب للعتق لا يملك السيد الرجوع عنه فلم تبطل بذلك كالتعايق بصفة وما ذكره يبطل بالتعليق بالصفة وتقارق الكتابة التديير من وجوه (أحدها) أن حكم التديير والاستيلاء واحد وهو العتق عقيب الموت والاستيلاء أقوى لأنه يعتبر من رأس المال ولا سبيل إلى إبطاله بحال فاستغني به عن التديير والكتابة سبب يتعجل بها العتق بالأداء ويكون مافضل من كسبها لها ويملك بها منافها وكسبها وتخرج عن تصرف سيدها وهذا لا يحصل بالاستيلاء فيجب أن تبقى ابقاء فثبتهما (الثاني) أن الكتابة أقوى من التديير للزومها وكونها لا تبطل بالرجوع عنها ولا يبيع الكاتب ولا هبته

(الثالث) أن التديير تبرع والكتابة عقد معاوضة لازم فإذا ثبت هذا فإنه يجتمع لها سببان كل واحد منهما يقتضي الحرية فأيهما تم قبل صاحبه ثبتت الحرية به كما لو انفرد لان انضمام أحدهما

(فصل) وليس له وطء بنت مكاتبته لأنها تابعة لها موقوفة معها فلم يبيع وطؤها كأنها ولا يباح ذلك بالشرط لأن حكم الكتابة ثبت فيها تبعاً ولم يكن وطؤها مباحاً حل العقد فيشترط فان وطئها فلا حد عليه ويأثم ويعزر لأنه وطئ محرماً ولها المهر حكمه حكم كسبها يكون لامها تسعتين به في كتابتها لأن ذلك سبب حريتها فإن أحبلها صارت أم ولده والولد حر لأنه أحبلها بجر في ملكه ويلحقه نسبه ولا تجب عليه قيمتها لأن أمها لا تملكها ولا قيمة ولدها لأنها وضعت في ملكه

(فصل) وليس له وطء جارية مكاتبته ولا مكاتبته اتفاقاً فإن فعل أثم وعزر ولا حد عليه لشبهة المالك لأنه يملك مالها وعليه مهرها لسيدتها وولده منها حر يلحقه نسبه لأن الحد سقط لشبهة المالك وتصير أم ولده وعليه قيمتها لسيدتها لأنه أخرجها بوطنه عن ملكه ولا تجب عليه قيمة الولد لأنها وضعت في ملكه ويحتمل أن تلزمه قيمته لأنه أخرجها بوطنه عن أن يكون مملوكاً لسيدتها فأشبهه ولد المغرور

(فصل) ولا يملك السيد اجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمها على التزويج لأنه زال ملكه بعقد الكتابة عن نفعها ونفع بعضها وعن عوضه وأيسر لواحدة ممنهن التزويج بغير إذنه لأن عليه ضرراً في ذلك فإنه يثبت حقاً للزوج فيها فربما عجزت وعادت إليه على وجه لا يملك وطأها فان تراضيا بذلك

الى الآ خر مع كونه لا ينافيه لا يمنع ثبوت حكمه فان أدت عتقت بالسكتابة وما فضل من كسبها فهو لها لان العتق بالسكتابة له ما فضل من نجومه وان عجزت وردت في الرق بطل حكم السكتابة وبقي لها حكم الاستيلاء منفرداً كما لو لم تكن مكتابة وله وطؤها وتزويجها وإجارتها وعتق بموته وما في يدها لورثة سيدها وإذامات سيدها قبل عجزها انعتقت لانها ام ولد وتسقط السكتابة لان الحرية حصلت فسقط العوض المبذول في تحصيلها كما لو باشرها سيدها بالعتق وما في يدها لورثة سيدها في قول الخرقي وأبي الخطاب لانها عتقت بحكم الاستيلاء وبطل حكم السكتابة فأشبهت غير المكتابة وقال القاضي في المجرى وابن عقيل في كتابه ما فضل في يدها لها وهو قول الشافعي لان العتق إذا وقع في السكتابة لا يبطل حكمها كالأبراء من نجوم السكتابة ولان ملكها كان ثابتاً على ما في يدها ولم يحدث الا ما يزيل حق سيدها عنها فيقتضي زوال حقه عما في يدها وتقرير ملكها وخصوصها كما اقتضى ذلك في نفسها وهذا أصح والله أعلم (فصل) وان أعتقها سيدها عتقت وسقطت كتابتها وما في يدها لها في قول القاضي ومن وافقه فأما على قول الخرقي ومن وافقه فقياسه ان يكون لسيدها كما لو عتقت بالاستيلاء ويحتمل ان يكون لها على قولهم أيضاً لان السيد اعتقها برضاه فيكون رضا منه باعطائها ما لا يخالف العتق بالاستيلاء فانه

جاز لان الحق لا يخرج عنها وهو وليها وولي ابنها وجاريتها جميعاً لان الملك له فأشبهه الجارية القن والمهر للمكتابة على ما ذكرنا في مهرهن اذا وطئن السيد

﴿ مسألة ﴾ (فان أدت عتقت وان مات سيدها قبل أدائها عتقت وسقط ما بقي من كتابتها وما في يدها لها إلا ان يكون بعد عجزها وقال أصحابنا هو لورثة سيدها وكذلك الحكم فيما اذا اعتق المكتاتب سيده)

قد ذكرنا أن السيد اذا استولد مكاتبته صارت أم ولد له والولد حر ونسبه لاحق به ولا تبطل كتابتها بذلك لانها عقد لازم من جهة سيدها وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيها سبق صاحبه ثبت حكمه هذا قول الزهرني ومالك والليث والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال الحاكم تبطل كتابتها لانها سبب للعتق فتبطل بالاستيلاء كالتيدير

ولنا أنها عتد معاوضة فلا تبطل بالوطء كالبيع ولانها سبب للعتق لا يملك السيد الرجوع عنه فلم يبطل بذلك كالتعليق بصفة وما ذكره يبطل بالتعليق بالصفة وتفارق الكتابة التديير من وجوه (أحدها) أن حكم التديير والاستيلاء واحد وهو العتق عقيب الموت والاستيلاء أقوى لانه يعتبر من رأس المال ولا سبيل إلى ابطاله بحال فاستغني به عن التديير والسكتابة سبب يتمعجل به العتق بالأداء ويكون ما فضل من كسبها لها وتملك بها منافعتها وكسبها وتخرج عن تصرف سيدها وهذا لا يحصل بالاستيلاء فيجب أن تبقى لبقاء فائدها

حصل بنير رضا الورثة واختيارهم ولأنه لو كان مال المكاتب يصير للسيد باعتاقه لتمكن السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء فتمى كان له غرض في أخذ ماله اما لكثرة وفضله عن نجوم كتابته وإما لغرض له في بعض اعيان ماله اعتقه وأخذ ماله وهذا ضرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب ان لا يشرع

(فصل) وان أتت بولد من غير سيدها بعد استيلادها فله حكمها في العتق بكل واحد من السببين أيهما سبق عتق به كإلام سواء لأنه بائع لها فيثبت له ما يثبت لها وان ماتت المكاتبه بقي للولد سبب الاستيلاء وحده وان اختلفا في ولدها قتالت ولده بعد كتابته أو بعد ولادته وقل السيد بل قبله فقال أبو بكر أقول قول السيد مع يمينه

وهذا قول الشافعي لان الاصل كون الامه وولدها رقيقا لسيدهما انتصرف فيهما وهي تدعي ما يمنع التصرف وان زوج مكاتبه أمته ثم باعها منه واختلفا في ولدها فقال السيد هولاء ولدها قبل بيعها وقال المكاتب بل بعده فالتقول قول المكاتب لانها اختلفا في ملكه ويد المكاتب عليه فكان القول قول صاحب اليد مع يمينه كسائر الاموال ويفارق ولد المكاتبه لأنها لا تدعي ملكه (فصل) إذا كانت الامه بين شريكين فكتابتها ثم ووطئها احدهما أدب فوق أدب الواطئ والمكاتبه الخالصة المان الوطء ههنا حرم من وجهين الشركة والكتابة فهو آكد وأثمة اعظم وأدبه أكثر

(الثاني) ان الكتابة أقوى من التدبير الزومها وكونها لا تبطل بالرجوع عنها ولا يبيع المكاتب ولا هبته

(الثالث) ان التدبير تبرع والكتابة عقد معاوضة لازم . اذا ثبت هذا فانه يجتمع لها سببان كل واحد منهما يقتضي الحرية فأبهما تم قبل صاحبه ثبتت الحرية به كما لو انفرد لان انضمام أحدهما الى الآخر مع كونه لا ينافيه لا يمنع ثبوت حكمه فان أدت عتقت بالكتابة وما فضل من كسبها فهو لها لان المعتق بالكتابة له مافضل من نجومه وإن عجزت وردت في الرق بطل حكم الكتابة وبقي لها حكم الاستيلاء منفرداً كما لو لم تكن مكاتبه وله وطؤها وتزويجها واجارتها وتعتق بموته وما في يدها لورثة سيدها فان مات سيدها قبل عجزها عتقت بانها ام ولد وسقطت الكتابة لان الحرية حصلت فسقط العوض المبدول في تحصيلها كما لو باشرها سيدها بالمعتق وما في يدها لورثة سيدها في قول الحرقي وأبي الخطاب لأنها عتقت بحكم الاستيلاء فبطل حكم الكتابة فاشبهت غير المكاتبه وقال القاضي في المجرى وابن عقيل في الفصول مافضل في يدها لها وهو قول الشافعي لان العتق اذا وقع في الكتابة لا يبطل حكمها كالبراء من مال الكتابة ولان ملكها كان ثابتاً على ما في يدها ولم يحدث الا ما يزيل حق سيدها عنها فيقتضي زوال حقه عما في يدها ووطئها وتقرير ملكها وخلوصه لها كما اقتضى ذلك في نفسها وهذا أصح

وعليه مهر مثلها على ما أسلفناه فيما إذا كان السيد واحداً فإن لم يكن حل بنجم قبضت المهر فاذا حل بنجمها سلمته اليها وان حل بنجمها وهو من جنس مال الكتابة وكان في يدها بقدره دفعته الى الذي لم يطأها واحتسبت على الواطئ بالمهر وان لم يكن في يدها شيء و كان بقدر بنجمها او دونه أخذت من الواطئ نصفه وسلمته الى الآخر وان لم يكن من جنس مال الكتابة فاتفقا على أخذه عوضاً عن مال الكتابة فالحكم فيه كما لو كان من جنسها وان لم يتفقا قبضته ودفعته مما عليها من مال الكتابة من عوضه او غيره وان عجزت فسخا الكتابة وكان في يدها بقدر المهر أخذه الذي لم يطأ وسقط المهر من ذمة الواطئ وان لم يكن في يدها شيء كان للذي لم يطأ أن يرجع على الواطئ بنصفه لانه وطئ بجارية مشتركة بينهما فان حبلت منه صارت ام ولده وعليه نصف قيمتها لشريكه مع نصف المهر الواجب لها موسراً كان او معسراً إلا انه إن كان موسراً أذاه في الحال ، وإن كان معسراً فهو في ذمته هذا ظاهر كلام الخريفي ذكر مثل هذا في باب العتق فعلى هذا تصير ام ولد للواطئ ومكاتبته له كأنه اشتراها وتكون مبقاة على ما بقي من كتابتها وتعتبر قيمتها بما تساوي مكاتبته مبقاة على ما بقي عليها من كتابتها واختار القاضي انه إن كان معسراً لم يسر الاحبال لانه بمنزلة الاعتاق بالقول يعتبر اليسار في سرايته ونصيب الواطئ قد ثبت له حكم الاستيلاء وحكم الكتابة ونصيب شريكه لم يثبت له إلا حكم الكتابة

﴿مسئلة﴾ (وكذلك الحكم فيما إذا اعتق المكاتب سيده يكون كسبه له في قول القاضي ومن وافقه ، وعلى قياس قول الخريفي ومن وافقه يكون لسيدة كمالو عتقت الامة المكاتبه ويحتمل ان يكون لسيدها ايضاً على قول الخريفي ومن وافقه لان السيد اعتقه برضاه فيكون رضاه منه باعطائه ماله بخلاف العتق بالاستيلاء فانه حصل بغير رضا الورثة واختيارهم ولانه لو كان مال المكاتب يصير الى السيد اعتاقه لتمكن السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء فتي كان له غرض في اخذ ماله اما لكونه يفضل عن نجوم الكتابة واما الغرض له في بعض اعيان ماله او لكونه يتعجله قبل ان تحل نجوم الكتابة أعتق واخذ ماله وهذا ضرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب ان لا يشرع (فصل) وان أتت المكاتبه بولد من غير سيدها بمد استيلادها فله حكمها بالعتق بكل واحد من السبيين أيها سبق عتق به كالكلام سواء لانه تابع لها فيثبت له ما ثبت لها وان ماتت المكاتبه بقي للولد سبب الاستيلاء وحده فان اختلفا في ولدها فقالت ولده بمد كتابتي أو بعد ولادتي وقال السيد بل قبله فقال أبو بكر القول قول السيد مع يمينه وهذا قول الشافعي لان الاصل كون الامة وولدها رقيقاً لسيدها له التصرف فيها وهو يدعي ما يمنع التصرف ثم ، وان زوج مكاتبه أمته ثم باعها منه واختلفا في ولدها فقال السيد هو لي لانها ولده قبل بيعها لك وقال المكاتب بل بعده فالتقول قول المكاتب لانهما اختلفا في ملكه ويد المكاتبه عليه فكان القول قول صاحب اليد من يمينه كسائر الاموال ويفارق ولد المكاتب لانها لا تدعي ملكه

فان أدت اليهما عتقت وبطل حكم الاستيلاء وان عجزت وفسخا الكتابة ثبت لنصفها حكم الاستيلاء ونصفها فن لا يقوم على الوارث وان كان موسراً لانه ليس بمتعق ، وإن مات الواطيء قبل عجزها عتق نصيبه وسقط حكم الكتابة فيه وكان الباقي مكاتباً وان كان الواطيء موسراً فقد ثبت لنصفها حكم الاستيلاء ونصفها الآخر موقوف فان أدت اليهما عتقت كلها وولاؤها لها ، وان عجزت وفسخا الكتابة قومناها حينئذ على الواطيء فيدفع إلى شريكه قيمة نصيبه وتصير جميعها ام ولد له فان مات عتقت عليه وكان ولاؤها له وهذا مذهب الشافعي وله قول آخر انها تقوم على الموسر وتبطل الكتابة في نصف الشريك وتصير جميعها ام ولد ونصفها مكاتباً للواطيء فان أدت نصيبه اليه عتقت وسرى إلى الباقي لانه ملكه وعتق جميعها ، وان عجزت ففسخ الكتابة كانت ام ولد له خاصة فاذا مات عتقت كلها

ولنا ان بعضها ام ولد فكان جميعها كذلك كما لو كان الشريك موسراً بحيثق هذا . أن الولد حاصل من جميعها وهو كله من الواطيء ونسبه لاحق به فيجب أن يثبت ذلك لجميعها ويفارق الاعتقاد فانه أضعف على ما بيننا من قبل

ولنا على ان الكتابة لا تبطل بالتقويم انها عقد لازم فلا تبطل مع بقائها بفعل صدر منه كما لو استولدها وهي في ملكه وكما لو لم يحبل منه فاما الولد فانه حر لانه من وطء فيه شبهة ونسبه لاحق به كذلك ولا يلزمه قيده لانها وضعت في ملكه

(فصل) وان كاتب اثنان جاريتهما ثم وطئها أحدهما أدب فوق أدب الواطيء المكاتبه الخالصة له لان الوطء ههنا حرم من وجهين الشركة والكتابة فهو آكد وأتمه أعظم وعليه لها مهر مثلها على ما سلفنا وفيها اذا كان السيد واحداً فان لم يكن حل لنجم قبضت المهر فاذا حل لنجم سادته اليهما وان حل لنجمها وهو من جنس مال الكتابة وكان في يدها بقدره دفعته إلى الذي لم يطأها واحتسب على الواطيء بالمهر وان لم يكن في يدها شيء وكان بقدر نجمها أو دونه أخذت من الواطيء نصفه وسلمته إلى الآخر وان لم يكن من جنس مال الكتابة فاتققا على أخذه عوضاً عن مال الكتابة فالحكم فيه كما لو كان من جنسها وان لم يتفقا قبضت ودفعت ما عليها من مال الكتابة من عوضه أو غيره وان عجزت ففسخا الكتابة وكان في يدها بقدر المهر أخذه الذي لم يطأ وسقط المهر من ذمة الواطيء وان لم يكن في يدها شيء كان الذي لم يطأ ان يرجع على الواطيء بنصفه لانه وطئها بغيره فان حبلت منه صارت أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه مع نصف المهر الواجب لها موسراً كان أو معسراً فان كان موسراً اداه في الحال وان كان معسراً فهو في ذمته هذا ظاهر كلام الخرقى فـ على هذا تصير أم ولد للواطيء ومكاتبه له كأنه اشتراها وتكون مبقاة على ما بقي من كتابتها وتعتبر قيمتها مكاتبه مبقاة على ما بقي من كتابتها واختار القاضي أنه ان كان معسراً لم يسر الاحبال لانه بمنزلة

وروي عن احمد في هذا روايتان (إحداهما) لأتجب قيمته لان نصيب شريكه انتقل اليه من حين الملوقة وفي تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمه (والثانية) عليه نصف قيمته لانه كان من سبيل هذا النصف أن يكون مملوكاً لشريكه فقد تلف رقه عليه فكان عليه نصف قيمته، وقال القاضي هذه الرواية أصح على المذهب وذكر هاتين الروايتين أبو بكر واختار أنها ان وضعته بعد التقويم فلا شيء على الواطىء، وإن وضعته قبل التقويم غرم نصف قيمته فإن ادعى الواطىء الاستبراء وأتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر ام ولد وكان حكم ولدها حكماً، وإن أتت به لاقبل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به كما لو كان قبل الاستبراء لانا تبينا أنها كانت حاملاً وقت الاستبراء فلم يكن ذلك استبراء

(فصل) وان وطأها جميعاً فقد وجب لها على كل واحد منها مهر مثلها فإن كانت في الحالين على صفة واحدة فهما سواء في الواجب عليهما وإن كانت بكرًا حين وطأها الاول فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيب فإن كان نجبها لم يحل فإمطالبتهما بالمهرين وان كان النجم قد حل وهو من جنس المهر تقاص على ما ذكرنا في المقاصة فإن أدت اليهما عتقت وكان لهما المطالبة بالمهرين وان عجزت عن نفسها وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين لم يملك أحدهما مطالبة الآخر بشيء لانها قبضت ما وهي مستحقة لذلك فإن كانا في يدها قسمتهما وان تلفا او بعضهما فلا شيء لهما لان السيد لا يثبت له دين على الملوكة وان كان الفسخ قبل قبض

لا اعتاق بالقول يعتبر اليسار في سرايته ونصيب الواطىء قد ثبت له حكم الاستيلاء وحكم الكتابة ونصيب شريكه لم يثبت له الا حكم الكتابة فإن أدت اليها عتقت وبطل حكم الاستيلاء ونصيبها قن لا يقوم على الوارث وان كان موسراً لانه ليس بعق وان مات الواطىء قبل عجزها عتق نصيبه وسقط حكم الكتابة فيه وكان الباقي مكاتباً وان كان الواطىء موسراً فقد ثبت لنصفها حكم الاستيلاء ونصفها الآخر موقوف فإن أدت اليها عتقت كلها وولاؤها لها وان عجزت وفسخت الكتابة قومناها حينئذ على الواطىء في دفع الى شريكه قيمة نصيبه ويصير جميعها ام ولد له فان مات التقت عليه وكان ولاؤها له وهذا مذهب الشافعي وله قول آخر أنها تقوم على الموسر وتبطل عتابة في نصف الشريك ويصير جميعها ام ولد ونصفها مكاتباً للواطىء فان أدت نصيبه اليه عتقت وسرى إلى الباقي لانه ملكه وعق جميعها وان عجزت ففسخت الكتابة كانت ام ولد له خاصة فاذا مات عتقت كلها

ولنا ان بعضها ام ولد فكان جميعها كذلك كما لو كان الشريك موسراً يحقق هذا ان الولد حاصل من جميعها وهو كله من الواطىء ونسبه لاحق به فينبغي ان يثبت ذلك لجميعها ويفارق الاعتاق فانه أضعف على ما بينا من قبل

ولنا على ان الكتابة لا تبطل بالتقويم أنها عقد لازم فلا تبطل مع بقائها بفعل صدر منه كما لو

المهرين وهما سواء سقط عن كل واحد ما عليه وان كان أحدهما أكثر من الآخر تقاض منها بقدر أقلها على الآخر بنصف الزيادة وان قبضت البعض من أحدهما دون الآخر رجع المقبوض منه على الآخر بنصف ما عليه وان قبضت البعض من أحدهما دون الآخر او قبضت من أحدهما أكثر من الآخر رجع من قبض منه الا أكثر على الآخر بنصف الزيادة التي أداها وان أفضاها أحدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها لان الأفضاء في الحررة يوجب ثلث ديتهما فوجب في الأمانة ثلث قيمتها مع المهر (فصل) ويحتمل أن يلزمه في الأفضاء قدر نقصها، وقال القاضي تلزمه قيمتها وهو مذهب الشافعي والخلاف في ذلك فرع على الواجب في أفضاء الحررة وقد ذكرناه فان فسخت الكتابة رجع من لم يفضها على الآخر بنصف قيمة الأفضاء على الخلاف الذي ذكرناه، وان ادعى كل واحد منهما على الآخر انه الذي أفضاها او وطئها حلف كل واحد منهما وبرى، وان نكل أحدهما قضي عليه وان كان الخلاف في ذلك قبل عجزها فادعت على أحدهما فاتقول قوله مع يمينه وان ادعت على أحدهما غير معين لم تسمع الدعوى

(فصل) فان أولدها كل واحد منهما واتفقا على السابق منها فعلى قول الخريقي تصير ام ولده وولده حر لاحق النسب به والخلاف في ذلك كالحلاف فيما اذا انفرد بايلاها سواء وأما الثاني فعلى قول الخريقي قد وطئ ام ولد غيره بشبهة وأولدها فلا تصير ام ولد له لانها

استولدها وهي في ملكه أو كما لو لم تجل منه وأما الولد فهو حر لانه من وطئ فيه شبهة ونسبه لاحق به لذلك ولا تلزمه قيمته لانها وضعت في ملكه وروي عن أحمد في هذا روايتان (إحداهما) لا تجب قيمته لان نصيب شريكه انتقل اليه من حين العلوق وفي تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمه (والثانية) عليه نصف قيمته لانه كان من سبيل هذا النصف ان يكون مملوكا لشريكه فقد أتلف رقه عليه فكان عليه نصف قيمته قال القاضي هذه الرواية أصح في المذهب وذكرها تين الروايتين أبو بكر وذكر أنها ان وضعت بعد التتويم فلا شيء على الواطئ وان وضعت قبل التتويم غرم نصف قيمته فان ادعى الواطئ لها الاستبراء فانت بالولد لا أكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر أم ولد وكان حكم ولدها حكمها وان أتت به لاقبل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به كما لو كان قبل الاستبراء لانا تبينا أنها كانت حاملا وقت الاستبراء فلم يكن ذلك استبراء

﴿مسئلة﴾ (وان وطئها جميعاً فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها)

فان كانت في الحائض على صفة واحدة فهما سواء في الواجب عليهما وان كانت بكرًا حين وطئها الاول فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيب فان كان نجمها لم يحل فاتها مطالبتهما بالمهرين وان كان قد حل وهو من جنس المهر تقاضا على ما ذكرنا في المقاصة فان أدت اليها عتقت وكان لها المطالبة بالمهرين وان عجزت نفسها وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين وكانا سواء لم يملك أحدهما

مملوكة غيره فاشبهه مالو باعها ثم اولدها وعليه مهرها لها لان الكتابة لم تبطل والولد حر لانه من وطء شبهة وعليه قيمته للاول لانه فوت رقه عليه فكان من سبيله أن يكون رقيقاً له حكمه حكم أمه فتلزمه قيمته على هذه الصفة وقد ذكرنا في وجوب نصف قيمة الاول خلافاً فان قلنا بوجوبها تقاصاً بما لكل لو احد منها على صاحبه في القدر الذي تساوي فيه ويرجع ذو الفضل بفضله وتعتبر القيمة يوم الولادة لانها اول حال أمكن التقويم فيها وذكر القاضي في هذه المسئلة أربعة أحوال

(احدها) ان يكونا موسرين فالحكم على ما ذكرنا إلا انه جعل المهر الواجب على الثاني للاول وهذا مذهب الشافعي ولا يصح لان الكتابة لا تبطل بالاستيلاء ومهر المكاتبه لها دون سيدها ولان سيدها لو وطئها اوجب عليه المهر لها فلان لا يملك المهر الواجب على غيره اولى ، ولأنه عوض نفعها فكان لها كأجرتها

(الثاني) ان يكون الاول موسراً والثاني معسراً فيكون كالحال الذي قبله سواء قال القاضي: إلا ان ولده يكون مملوكاً لاعساره بقيمته وهذا غير صحيح لان الولد لا يرق لاعسار والده بدليل ولد المغرور من أمة والوطء بشبهة وكل موضع حكنا بحرية الولد لا يخنك بالاعسار واليسار وإنما يعتبر اليسار في سرية العتق وليس عتق هذا بطريق السراية إنما هو لاجل الشبهة في الوطء فلا وجه لاعتبار اليسار فيه والصحيح انه حر وتجب قيمته في ذمة أبيه

مطالبة الاخر بشيء لانها قبضتها وهي مستحقة لذلك فان كانا في يدها اقتسامهما وان تلتفا أو بعضهما فلا شيء لها لان السيد لا يثبت له دين على مملوكه وان كان الفسخ قبل قبض المهرين وهما سواء سقط عن كل واحد ما عليه وان كان أحدهما أقل من الاخر تقاصاً منهما بقدر أقلهما ويرجع من عليه أقلهما على الاخر بنصف الزيادة وان قبضت من أحدهما دون الاخر رجع المقبوض منه على الاخر بنصف ما عليه وان قبضت البعض من أحدهما دون الاخر أو قبضت من أحدهما أكثر من الاخر رجع من قبض منه الاكثر على الاخر بنصف الزيادة التي اداها فان افضاها أحدهما بوطنه فعليه لها ثلث قيمتها لان الافضاء في الحرة يوجب ثلث ديتها فيوجب في الامة ثلث قيمتها وهو مذهب الشافعي وهذا الخلاف مبني على الواجب في افضاء الحرة وسنذكره ان شاء الله تعالى فان فسخت الكتابة رجع من لم يفضها على الاخر بنصف قيمة الافضاء على الخلاف المذكور فان ادعى كل واحد منهما على الاخر انه الذي افضاها او وطئها حلف كل واحد منهما وبرى وان نكل احدهما قضي عليه وان كان الخلاف قبل عجزها فادعت على احدهما فالقول قوله مع يمينه وان ادعت على احدهما غير معين لم تسمع الدعوى

﴿مسئلة﴾ (وان ولدت من احدهما صارت ام ولد له) ويفرم لشريكه نصف قيمتها وهل يفرم نصف قيمة ولدها؟ على روايتين

(الغني والشرح الكبير) حكم ما لو اولدها كل واحد منهما واتفقا على السابق منهما ٤٠١

(الحال الثالث) ان يكونا معسرين فانها تصير ام ولدها جميعاً نصفها ام ولد للاول ونصفها ام ولد للثاني قال وعلى كل واحد منهما نصف مهرها لصاحبه وفي ولد كل واحد منهما وجهان (أحدهما) أنه يكون كله حراً وفي ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه

(والثاني) نصه حر وباقيه عبد لشريكه الا أن نصف ولد الاول عبد قن لانه تابع للنصف الباقي من الام، وأما النصف الباقي من ولد الثاني فخكه حكم أمه لانه ولد منها بعد ان ثبت لنصفها حكم الاستيلاء للاول فكان نصفه الرقيق تابعاً لها في ذلك ولعل القاضي أراد ما اذا عجزت وفسخت الكتابة، فأما اذا كانت باقية على الكتابة فان لها المهر كاملاً على كل واحد منهما واذا حكم بقر نصف ولدها وجب ان يكون له حكمها في الكتابة لان ولد المكتوبة يكون تابعاً لها

(الحال الرابع) ان يكون الاول معسراً والثاني موسراً فخكه حكم الثالث سواء إلا أن ولد الثاني حر لان الحرية ثبتت لنصفه بفعل أبيه وهو موسر فسرى إلى جميعه وعليه نصف قيمته لشريكه ولم تقوم عليه الام لان نصفها ام ولد للاول ولو صح هذا لوجب ان لا يقوم عليه نصف الولد لان حكمه حكم أمه في هذا فاذا منع حكم الاستيلاء السرية في الام منعه فيما هو تابع لها ومذهب الشافعي في هذه المسئلة قريب مما ذكر القاضي

وقد ذكرنا ذلك والخلاف فيه فيما إذا وطئها احدهما

﴿مسئلة﴾ (وان اتت بولد والحق بهما صارت ام ولدها يعتق نصفها بموت احدهما وبقاها بموت الاخر كالمو كان سيدها واحداً واستوالدها فانها تعتق بموته وعند القاضي لا يسري استيلاء احدهما الى نصيب شريكه)

لانه انعقد له سبب استحقاقه للولاء على نصيبه بالكتابة فلم يجز ابطاله بالسرية الا ان يعجز فينظر حينئذ فان كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه وإلا فلا وقد ذكرنا قول القاضي واجبتنا عنه فيما سبق (فصل) فاما ان اولدها كل واحد منهما واتفقا على السابق منهما فعلى قول الخرقي تصير ام ولد له ووالده حر يلحقه نسبه والخلاف في ذلك كالخلاف فيما اذا انفرد بايلاها سواء، واما الثاني فقد وطئ ام ولد غيره بشبهة واولدها فلانصير ام ولد له لانها مملوكة غيره فاشبه ما لو باعها ثم اولدها وعليه مهرها لها لان الكتابة لم تبطل والولد حر لانه من وطئ شبهة وعليه قيمته للاول لانه فوت رقه عليه وكان من سبيله ان يكون رقيقاً له حكمه حكم امه فتلزمه قيمته على هذه الصفة وقد ذكرنا في وجوب نصف قيمة الاول خلافاً فان قلنا بوجوبها تقاصاً بما لو احد منهما على صاحبه في القدر الذي تساوي فيه ويرجع ذو الفضل بفضله وتعتبر القيمة يوم الولادة لانها اول حال امكن التقويم فيها وذكر القاضي في المسئلة اربعة احوال

(فصل) وإن اختلفا في السابق منها فادعى كل واحد منهما أنه السابق فعلى قولنا المهر على كل واحد منهما وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف قيمة الجارية لأنه يقول صارت أم ولدي باحبالي إياها ووجب لشريكي علي نصف قيمتها ولي عليه قيمة ولده لأنه يقول اولدتها بعد ان صارت أم ولدي وهل يكون مقرأً له بنصف قيمة ولده؟ على وجهين سبق ذكرهما فعلى هذا ان استوى ما يدعيه وما يقر به تقاصاً وتساقطاً ولا يمين لو احد منهما على صاحبه لأنه يقول لي عليك مثل مالك علي والجنس واحد فتساقطاً وان زاد ما يقر به فلا شيء عليه لان خصمه يكذبه في إقراره ، وإن زاد ما يدعيه فله اليمين على صاحبه في الزيادة ، ويثبت الامة حكم العتق في نصيب كل واحد منهما بموته لاقراره بذلك ولا يقبل قوله على شريكه في اعتاق نصيبه

وقل ابو بكر في الامة قولان (أحدهما) يقرع بينهما فتكون أم ولد لمن تقع القرعة له (والثاني) تكون أم ولد لها ولا يطؤها واحد منهما قال وبالاول أقول، وأما القاضي فاختر انهما ان كانا موسرين فكل واحد منهما يدعي المهر على صاحبه ويقر له بنصفه وهذا مذهب الشافعي لان المهر عندهم لسيدتها دونها ولا يعتق شيء منها بموت الاول لاحتمال أن تكون أم ولد للآخر ، وأما اذا مات الآخر عتقت لان سيدتها قد ماتت يقيناً وإن كانا معسرين فكل واحد منهما مقر بان نصفها ام ولده ويصدقه الآخر لان الاستيلاء لا يسري مع الاعسار وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف المهر والآخر يصدق

(أحدها) ان يكونا موسرين فالحكم على ما ذكرنا الا انه جعل المهر الواجب على الثاني للاول وهذا مذهب الشافعي ولا يصح هذا لان الكتابة لا تبطل بالاستيلاء ومهر المكتوبة لها دون سيدتها ولان سيدتها لو وطئها وجب عليه المهر لها فلأن لا يملك المهر الواجب على غيره أولى ولانه عوض نفعها فكان لها كأجرتها

(الثاني) ان يكون الاول موسراً والثاني معسراً فيكون كالحال الاول سواء قال القاضي الا ان ولده يكون مملوكاً لاعساره بتميمته وهذا غير صحيح لان الولد لا يرق باعسار والده بدليل ولد المغرور من امة والواطيء بشبهة وكل موضع حكماً بحرية الولد لا يختلف بالاعسار واليسار وانما يعتبر اليسار في سراية العتق وليس عتق هذا بطريق السراية انما هو لاجل الشبهة في الوطء فلا وجه لاعتبار امساري فيه والصحيح انه حر وتجب قيمته في ذمة ابيه

(الحال الثالث) ان يكونا معسرين فانها تصير أم ولد الاول ونصفها للثاني قال وعلى كل واحد منهما نصف مهرها لصاحبه وفي ولد كل واحد منهما وجهان (أحدهما) ان يكون كله حراً وفي ذمة ابيه نصف قيمته لشريكه (والثاني) نصف حر وباقيه عبد لشريكه الا ان نصف الولد الاول عبد قن لانه تابع للنصف الباقي من الام وأما النصف الباقي من ولد الثاني فحكمه حكم أمه لانه ولد منها بعد ان ثبت لنصفها حكم الاستيلاء للاول فمكان نصفه الرقيق تابعاً لها في ذلك ولعل القاضي أراد

فيتقاصان ان تساويا وان فضل أحدهما صاحبه نظرت فان كان كل واحد منهما يدعي الفضل تحالفا وسقط وإن كان كل واحد منهما يقر للآخر بالفضل سقط لتكذيب المقر له به ، وفي الولد وجهان (أحدهما) يكون حراً فيكون كل واحد منهما يدعي على الآخر نصف قيمة الولد (والوجه الثاني) نصفه حر فيقر بأن نصف الولد مملوك لشريكه فيكون الولدان بينهما من غير يمين وعلى الوجه الاول يتقاصان ان تساوت قيمة الولدين ولا يمين في الموضعين فأيهما مات عتق نصيبه وولائه له وان كان أحدهما موسراً أو الآخر معسراً فالموسر يقر للمعسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد ونصف مهرها ويدعي عليه جميع المهر وقيمة الولد والمعسر يقر للموسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد فيسقط إقرار الموسر للمعسر بنصف قيمة الجارية لكونه لا يدعيه ولا يصدق فيه ويتقاصان بالمهر لاستواءهما فيه ويدفع المعسر الى الموسر نصف قيمة الولد لا قراره به ويحلف على ما يدعيه عليه من الزيادة لانه ادعى عليه جميع قيمة الولد فأقر له بنصفها ويحلف له الموسر على نصف قيمة الولد الذي ادعاه المعسر عليه

فاما الجارية فان نصيب الموسر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه وباقيها يتنازعا فان مات الموسر أولاً عتق نصيبه وولائه لورثته فإذا مات المعسر عتق باقيها وان مات المعسر أولاً لم يعتق منها شيء فإذا مات الموسر عتق جميعها وبجبيء على قول أبي بكر أن يقر ع بينهما في النصف المختلف فيه

ما إذا عجزت وفسخت الكتابة ، فأما إذا كانت باقية على الكتابة فلها المهر كاملاً على كل واحد منها إذا حكم برق نصف ولدها وجب ان يكون له حكمها في الكتابة لان ولد المكاتبه يكون تابعاً لها (الحال الرابع) ان يكون الاول معسراً واثاني موسراً فخكمه حكم اثنان سواء الا ان ولد الثاني حر لان الحرية ثابتة لنصفه بفعل أبيه وهو موسر فسرى الى جميعه وعليه نصف قيمته لشريكه ولم تقوم عليه الام لان نصفها ام ولد للاول ولو صح هذا لوجب ان لا يقوم عليه نصف الولد لان حكمه حكم امه في هذا فاذا منع حكم الاستيلاء السراية في الام منعه فيما هو تابع لها ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما ذكر القاضي

(فصل) وإن اختلفا في السابق منها فادعى كل واحد منهما أنه السابق فعلى قولنا لها المهر على كل واحد منهما وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف قيمة الجارية لانه يقول صارت أم ولد لي باجالي اياها ووجب لشريكي علي نصف قيمتها ولي عليه قيمة ولده لانه يقول اولدتها بعد أن صارت أم ولد لي وهل يكون مقراً لها بنصف قيمة ولدها ؟ على وجهين سبق ذكرهما فعلى هذا ان استوى ما يدعيه وما يقر به تقاصاً وتساقطاً ولا يمين على صاحبه لانه يقول لي عليك مثل مالك علي والجنس واحد فتساقطاً وان زاد ما يقر به فلا شيء عليه لان خصمه يكذبه في اقراره وان زاد ما يدعيه فله اليمين على صاحبه في الزيادة ويثبت للامة حكم العتق في نصيب كل واحد منهما بموته لا قراره بذلك ولا يقبل قوله على شريكه في اعتاق نصيبه

(فصل) فان وطئها معاً فأتت بولد لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما مثل أن تأتي به بعد استبرائهاً منهما أو بعد أربع سنين منذ وطئها كل واحد منهما أو قبل مضي ستة أشهر منذ وطئها كل واحد منهما فان الولد منفي عنهما وهو مملوك لها حكمه حكم أمه في العتق بادائها، وإذا ادعى كل واحد منهما الاستبراء قبل منه لان دعوى الاستبراء في الامة كالأمة في الحرمة (القسم الثاني) أن يكون من أحدهما بعينه دون صاحبه فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ولدت من أحدهما بعينه من وجوب المهر لها وقيمة نصفها لشريكه مع الخلاف في ذلك . وأما الذي لم تحبل من وطئه فان كان الاول فعليه المهر لها وان كان هو الثاني فقد وطئ أم ولد غيره فان كانت الكتابة باقية فعليه المهر لها أيضاً وان كانت الكتابة قد فسخت فالمهر للذي استوادها وقد وجب للثاني على الاول نصف قيمتها ، وفي قيمة نصف الولد روايتان فان كان المهر للأول تقاصاً بقدر أقل الحقين وإن كان المهر لها رجع بحقه على الذي أحباها وأما القاضي فقال في هذا انقسم الحكم في الاول كالحكم فيه إذا انفرد بالوطء على ماضى من التفصيل والتطويل

وأما الثاني فان وطئها بعد ولادتها من الاول نظرنا فان وطئها بعد الحكم بكونها أم ولد للاول فعليه مهر

وقال أبو بكر في الامة قولان (أحدهما) ان يقرع بينهما فتكون أم ولد لمن تقع القرعة له (والثاني) تكون أم ولد لها ولا يطؤها واحد منهما قال وبالاول اقول وأما القاضي فاخترانها ان كانا موسرين فكل واحد منهما يدعي المهر على صاحبه ويقر له بنصفه وهذا مذهب الشافعي لان المهر عندهم أسيدها دونها ولا يعتق شيء منها بموت الاول لاحتمال ان تكون ام ولد للآخر فاذا مات الآخر عتقت لان سيدها قد مات يقيناً وان كانا معسرين فكل واحد منهما يقر بان نصفها أم ولده ويصدقه الآخر لان الاستيلاء لا يسري مع الاعسار وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف المهر والآخر يصدقه فيتقاصان ان تساويا وان فضل احدهما صاحبه نظرت فان كان كل واحد منهما يدعي الفضل تحالفاً وسقط وان كان كل واحد منهما يقر بالفضل سقط لتكذيب المقر له به وفي الولد وجهان (أحدهما) يكون حراً فيكون كل واحد منهما يدعي على الآخر نصف قيمة الوالد (والوجه الثاني) نصفه حر فيقر بان نصف الولد مملوك لشريكه فيكون الولد بينهما من غير يمين وعلى الوجه الاول يتقاصان ان استوت قيمة الولدين ولا يمين في الموضعين وأيهما مات عتق نصيبه وولأوه له وان كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر يقر للمعسر بنصف قيمة الامة ونصف مهر مثاها ويدعي عليه جميع المهر وقيمة الولد والمعسر يقر للموسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد فيسقط إقرارا للموسر للمعسر بنصف قيمة الجارية لكونه لا يدعيه ولا يصدق فيه ويتقاصان بالمهر لا ستواءهما فيه ويدفع المعسر الي الموسر نصف قيمة الولد لا قراره به ويحلف على ما يدعيه عليه من الزيادة لأنه ادعي عليه

مثلاً فإن كان فسخ الكتابة في حق نفسه له مجزها فالمهر له لأنها أم ولده وإن كان لم يفسخ فالمهر بينه وبينها نصفين وإن وطئها بعد زوال الكتابة في حقه وقبل الحكم بانها أم ولد للأول سقطت منه نصف مهرها لأن نصفها قن له وعليه النصف لها إن لم يكن الأول فسخ الكتابة أو له إن كان فسخ وإن كان الأول معسراً فنصيبه منها أم ولد له ولها عليهما المهران والحكم فيما إذا عجزت أو أدت قد تقدم فاما إن كان الولد من الثاني فالحكم في وطء الأول كالحكم فيه إذا وطئ منفرداً فلم يجعلها وأما الثاني فإن كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه عند العجز فإن فسخا الكتابة قومناها عليه وصارت أم ولده وإن رضي الثاني بالمقام على الكتابة قومنا عليه نصيب الأول وصارت كلها أم ولده ونصفها مكاتب ويرجع الأول على الثاني بنصف المهر ونصف قيمة الولد على إحدى الروايتين ويرجع الثاني على الأول بنصف المهر فيتقاصان به إن كان باقياً عليهما وإن كان اثني معسراً فالحكم فيه كالأول ولد من الأول وكان معسراً لافضل بين المستثنين

(انقسم الثالث) أمكن أن يكون الولد من كل واحد منهما فإنه يرى اتماقه معهما فيلحق بمن أحقوه به منهما فن ألحق به فحكمه حكم ماله عرف انه منه بغير قافة

جميع قيمة الولد فاقرله بنصفها ويحلف له الموسر على نصف قيمة الولد الذي ادعاه المعسر عليه وأما الجارية فإن نصيب الموسر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه وباقيه يتنازعانه فإن مات الموسر أولاً عتق نصيبه وولأؤه لورثته فإذا مات المعسر عتق باقيةا وإن مات المعسر أولاً لم يعتق منها شيء فإذا مات الموسر عتق جميعها ويجيء على قول أبي بكر أن يقرع بينهما في النصف المختلف فيه

(فصل) فإن وطئها معاً فأتت بولد لم يخل من ثلاثة أقسام

(أحدها) ان لا يمكن ان يكون من واحد منهما مثل أن تأتي به بعد استبرائها منهما أو بعد أربع سنين منذ وطئها كل واحد منهما فيكون منفيًا عنهما مملوكا لها حكمه حكم امه في العتق بادائها وتقبل دعوى الاستبراء من كل واحد منهما لان دعوى الاستبراء في الامة كالامان في الحرة

(القسم الثاني) ان يكون من أحدهما بعينه دون صاحبه والحكم فيه حكم ما إذا ردت من أحدهما بعينه من وجوب المهر لها وقيمة نصفها لشريكه مع الخلاف في ذلك فاما الذي لم يجبل من وطئها فإن كان الأول فعليه المهر لها وإن كان الثاني فقد وطئ أم ولد غيره فإن كانت الكتابة باقية فعليه المهر لها أيضا وإن كانت قد فسخت فالمهر للذي استولدها وقد وجب لثاني على الأول نصف قيمتها وفي قيمة نصف الولد روايتان فإن كان المهر للأول تقاصا بقدر أقل الحقين وإن كان المهر لها رجع بحقه على الذي أحبلها وأما التماضي فقال في هذا القسم الحكم في الأول كالحكم فيه إذا انفرد بالوطء على ما مضى من انتقصيل وأما الثاني فإن وطئها بعد ولادتها من الأول نظرنا فإن وطئها بعد الحكم بكونها أم ولد للأول فعليه مهر مثلها فإن كان فسخ الكتابة في حق نفسه لمجزها فالمهر له لأنها أم ولده وإن

مسئلة قال (وإذا كاتب نصف عبد فادى ما كتب عليه ومثله لسيدته صار حراً بالكتابة ان كان الذي كاتبه معسراً وان كان موسراً عتق عليه كما وصار نصف قيمته على الذي كاتبه لشريكه) وجهاته ان الرجل اذا كان له نصف عبد كانت له مكاتبته وتصح منه سواء كان باقيه حراً أو مملوكاً لغيره وسواء أذن فيه الشريك أو لم يأذن هذا ظاهر كلام الخرقى وابي بكر وقول الحكم وابن ابي ليلى ، وحكي ذلك عن الحسن البصري والحسن بن صالح ومالك والعبدي وكره الثوري وحامد كتابته بغير اذن شريكه

وقال الثوري ان فعل رددته إلا ان يكون تقدمه فيضمن لشريكه نصف ما في يده ، وقال ابو حنيفة تصح باذن الشريك ولا تصح بغير اذنه وهذا أحد قولي الشافعي إلا ان أبا حنيفة قال اذنه فيما مضى في ذلك يقتضي الاذن في تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ولا يرجع الاذن بشيء منه، وقال ابو يوسف ومحمد يكون جميعه مكاتباً

وقال الشافعي في أحد قوايه ان كان باقيه حراً صحت كتابته وإن كان باقيه مملوكاً لم تصح كتابته سواء أذن فيه الشريك ام لم يأذن لان كتابته تقتضي اطلاقه في رد الكسب والمسافرة وملاك نصفه

كان لم يفسخ فالمر بينه وبينها نصفين وان وطئها بعد زوال الكتابة في حقه وقبل الحكم بأنها أم ولد للأول سقط عنه نصف مهر لأن نصفها قن له وعليه النصف لها ان لم يكن الأول ففسخ الكتابة أوله ان فسخ وإن كان الأول معسراً فنصيبه منها أم ولد له ولها عاينها المهران والحكم فيما اذا عجزت أو أدت قد تقدم فأما ان كان الولد من الثاني فالحكم في وطء الأول كالحكم فيه اذا وطئ مفرداً ولم يجبلها ، وأما الثاني فان كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه عند العجز فان فسخ الكتابة قومناها عليه وصارت ام ولد له وان رضي الثاني بالمقام على الكتابة قومنا عليه نصيب الاول وصارت كلها ام ولد له ونصفها مكاتب ويرجع الاول على الثاني بنصف المهر ونصف قيمة الولد على احدى الروايتين ويرجع الثاني على الاول بنصف المهر فيتماصان به ان كان باقيا عليهما وان كان الثاني معسراً فالحكم فيه كما او ولدت من الاول وكان معسراً لافصل بين المسلتين

(القسم الثالث) أمكن ان يكون الولد من كل واحد منهما فيرى القافة معهما فيلحق بمن الحقوه به منهما فمن الحق به فحكمه حكم ما لو عرف أنه منه بغير قافة

مسئلة (ويجوز بيع المكاتب ومشتريه يقوم مقام المكاتب)

ومن قال يجوز بيع المكاتب عطاء والنخعي والليث وابن المنذر وهو قديم قولي الشافعي قال ولا وجه لقول من قال لا يجوز وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه لا يجوز بيعه وهو قول مالك وأصحاب الرأي والجديد من قولي الشافعي لانه عقد يمنع استحقاق كسبه فممن بيعه كبيعته

يمنع ذلك ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات لئلا يصير كسباً له ويستحق سيده نصفه ، ولانه اذا أدى عتق جميعه فيؤدي الى أن يؤدي نصف كتابته ويعتق جميعه
ولنا انه عقد معاوضة على نصفه فصيح كبيعته ولانه ملك له يصح بيعه وهبته فصحت كتابته كما لو ملك جميعه ولأنه ينفذ اعتاقه فصحت كتابته كالعبد الكامل وكالو كان باقيه حراً عند الشافعي أو أذن فيه الشريك عند الباقيين

وقولهم انه يقتضي المسافرة والكسب وأخذ الصدقة قلنا أما المسافرة فليست من المقتضيات الاصلية فوجود مانع منها لا يمنع اصل العقد وأما الكسب وأخذ الصدقة فانه لا يمنع كسبه وأخذ الصدقة يجوز به بالمكاتبه ولا يستحق الشريك شيئاً منه لأنه إنما استحق ذلك بالجزء المكاتب ولا حق للشريك فيه فكذلك فيما حصل به كما لو ورث شيئاً بجزئه الحر وأما الكسب فان هياها مالك نصفه فكسب في نوبته شيئاً لم يشاركه فيه أيضاً وإن لم يهايته فكسب بجملة شيئاً كان بينهما له بقدر ما فيه من الجزء المكاتب ولسيده الباقي لانه كسبه بجزئه الماوك فيه فاشبهه مالو كسب قبل كتابته فيقسم بين سيديه

وقولهم انه يفضي الى أن يؤدي بعض الكتابة فيعتق جميعه قلنا يبطل هذا بما لو عتق نصيبه على أداء مال فانه يؤدي عوض البعض ويعتق الجميع على اننا نقول لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة فان جميع الكتابة هو الذي كاتبه عليه مالك نصفه ولم يبت منها شيء فلا يعتق حتى يؤدي جميعها ،

لاجنبي وعتقه، وقال الزهري وابو الزناد يجوز بيعه برضاه ولا يجوز بغيره وحكي ذلك عن ابي يوسف لان بريرة إنما بيعت برضاها وطلبها ولان لسيده استيفاء منافع برضاه ولا يجوز بغير رضاه كذلك بيعه ولانما مروى عروة عن عائشة انها قالت جاءت بريرة الى فقالت يا عائشة اني كتبت اهلي على تسع اواق في كل عام أوقية فأعنيني ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً فمالت لها عائشة ونفست فيها ارجمى إلى أهلك ان أحوا أن أعطيتهم ذلك جميعاً فذهبت بريرة إلى أهلها فعرضت عليهم ذلك فأبوا وقالوا ان شاءت أن تحتسب عليك فاتفعل ويكون ولاؤك لنا فذكرت ذلك عائشة لرسول الله ﷺ فقال « لا يمنعك ذلك منها ابتاعي واعتقي إنما الولاء لمن أعتق » فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « اما بعد فما بال ناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرطه أوثق وانما الولاء لمن أعتق » متفق عليه ، قال ابن المنذر بيعت بريرة بلم النبي ﷺ وهي مكاتبه لم ينكر ذلك ففي ذلك ابين البيان ان بيعه جائز ولا أعلم خيراً يعارضه ولا أعلم في شيء من الاخبار دليلاً على عجزها وتاويله الشافعي على انها كانت قد عجزت وكان بيعها فسخاً لكتابتها وهذا التأويل بعيد يحتاج الى دليل في غاية القوة وليس في الخبر ما يدل عليه بل قولها اعنيني على كتابتي دليل على بقاءها على الكتابة ولانها أخبرتها ان نجومها في كل عام أوقية فالعجز إنما يكون بمضي عامين عند من لا يرى المعجز إلا بالحوال

ولانه لا يعتق الجميع بالاداء وانما يعتق الجزء المكاتب لاغير وباقيه ان كان المكاتب معسراً لم يعتق وان كان موسراً عتق بالسراية لا بالكتابة ولا يمنع هذا كما لو أعتق بعضه عتق جميعه فاذا جاز جميعه باعتاق بعضه بطريق السراية جاز ذلك فيما يجري مجرى العتق اذا ثبت هذا فانه اذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يتمد الجزء الذي كاتبه لان الكتابة عقد معاوضة فلم يسر كالبيع وايس للعبد ان يؤدي الى مكاتبه شيئاً حتى يؤدي الى شريكه مثله سواء أذن الشريك في كتابته أو لم يأذن لانه انما اذن في كتابة نصيبه وذلك يقتضي ان يكون نصيبه باقياً له ولا يقتضي ان يكون معروفاً في الكتابة هذا اذا كان الكسب بجميعة فان أدى الكتابة من جميع كسبه لم يعتق لان الكتابة الصحيحة تقتضي العتق ببراءته من العوض وذلك لا يحصل بدفع ماليس له وان أدى اليها جميعاً عتق كله لان نصفه يعتق بالاداء فاذا عتق سرى الى سائرته وان كان الذي كاتبه موسراً لان عتقه بسبب من جهته فلزمته قيمته كما لو باشره بالعتق أو كما لو علق عتق نصيبه على صفة فعتق بها وبرجع الشريك على المكاتب بنصف قيمته كما لو باشره بالعتق ، فأما ان ملك العبد شيئاً بجزئه المكاتب مثل ان هاباه سيده فكسب شيئاً في نوبته أو اعطى من الصدقة من سهم الرقاب أو من غيره فلا حق لسيده فيه وله أداء جميعه في كتابته لانه انما استحق ذلك بما فيه من الكتابة فأشبهه انصفت الباقي بعد اعطاء الشريك حقه فلو كان ثلثه حراً وثلثه مكاتباً وثلثه رقيقاً فورث بجزئه

نجمين او بمضي عام عند الآخرين والظاهر ان شراء عاتشة لها كان في اول كتابتها ولا يصح قياسه على أم الولد لان سبب حرثتها مستقر على وجه لا يمكن فسخه بحال فأشبهه لوقف والمكاتب يجوز رده إلى الرق وفسخ كتابته إذا عجز فافتراقا قل ابن أبي موسى هل للسيد أن يبيع المكاتب باكثر مما كان عليه ؟ على روايتين ولان المكاتب عبد مملوك لسيده لم يتحتم عتقه فجاز بيعه كالمعلق عتقه بصفة والدليل على انه مملوك قول النبي ﷺ « المكاتب عبد ماقى عليه درهم » ولان مولاته لا يلزمها أن تحتجب منه إذا لم يملك ما يؤدي لقول النبي ﷺ « إذا كان لاحدا كن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه يدل بمنهومه على أنها لا تحتجب منه قبل ذلك وإنما سقط الحجاب عنه لسكونه مملوكها ولانه يصح عتقه ولا يصح عتق من ليس بمملوك ولانه يرجع عند العجز الى كونه قنوا لو صار حراً ماعاد إلى الرق ويفارق اعتاقه لانه يزيل الرق بالكلية وليس بعقد انما هو اسقاط للملك فيه وأما بيعه فلا يمنع للمشتري بيعه وأما البائع فلم يبق له فيه ملك بخلاف مسئلتنا .

(فصل) وتجوز هبته والوصية به وقد روي عن احمد انه منع هبته لان الشرع انما ورد ببيعه والصحيح جوازها لان ما كان في معنى المنصوص عليه يثبت الحكم فيه .

(فصل) ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب .

وجملة ذلك أن الكتابة لا تنفسخ بالبيع ولا يجوز ابطالها لانه في هذا خلافا قال ابن المنذر

الحر ميراثاً وأخذ بجزئه للمكاتب من سهم الرقاب فله دفع ذلك كله في كتابته لانه ما استحق بجزئه الرقيق شيئاً منه فلا يستحق مالكة منه شيئاً وإذا أدى جميع كتابته عتق فاذا كان الذي كاتبه معسراً لم يسر العتق ولم يتعد نصيبه كما إذا واجهه بالعتق الاعلى الرواية التي تقول فيها بالاستسعاء فانه يستسعى في نصيب الذي لم يكاتب وان كان موسراً سرى الى باقيه

(فصل) وإذا كان العبد كاه مملوكا لرجل فكاتب بعضه جاز قاله أبو بكر لانها معاوضة فصحت في بعضه كالبيع فاذا أدى جميع كتابته عتق كاه لانه اذا سرى العتق فيه الى ملك غيره قالى ملكه اولى ويجب ان يؤدي الى سيده مثلي كتابته لان نصف ما يكتسبه يستحقه سيده بما في من الرق ونصفه يؤدي في الكتابة الا ان يرضي سيده بتأدية لجميع في الكتابة فيصح وإذا استوفى المال كله عتق نصفه بالكتابة وباقيه بالسراية

(فصل) وإذا كان العبد لرجلين فكاتبه معا جاز سواء تساويا في العوض أو اختلفا فيه وسواء اتفق نصيباهما فيه أو اختلف وسواء كان في عقد واحد أو عقدين وهذا قال أبو حنيفة
وقل الشفعي لا يجوز ان يتفاضلا في المال مع التساوي في الملك ولان اتساوي في المال منع التفاضل في الملك لان ذلك يؤدي الى ان ينتفع احدهما بمال الآخر لانه اذا دفع الى أحدهما أكثر من قدر مالكة ثم عجز رجع عليه الآخر بذلك

ولنا ان كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة فجاز ان يختلفا في العوض كالبيع وما ذكره

أجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان بيع السيد مكانه على أن يبطل كتابته ببيعه إذا كان ماضياً فيها مؤدياً ما يجب عليه من نجومه في أوقاتها غير جائز وذلك لانها عقد لازم فلا يبطل بالبيع كالأجارة والنكاح ويبقى على كتابته عند المشتري وعلى نجومه كما كان عند البائع مبقى على ما بقي من كتابته يؤدي الى المشتري ما كان يؤدي الى البائع

﴿ مسألة ﴾ (فان أدى عتق وولاه له وان عجز عاد قنا له ، وإن لم يعلم انه مكاتب

فله الرد والارش)

إذا أدى الى المشتري عتق لان حق المكاتب فيه انتقل الى المشتري فصار المشتري هو المعتق وولاه له لقول رسول الله ﷺ « إنما الولاء لمن اعتق » وقد دل عليه حديث بريرة لانه جعل ولأهل لعائشة حين اشترتها وأعتقتها وان عجز عاد قنا له لانه صار سيده فقام مقام المكاتب وان لم يعلم انه مكاتب ثم علم ذلك فله فسخ البيع أو أخذ الارش لان الكتابة عيب لكون المشتري لا يقدر على التصرف فيه ولا يستحق كسبه ولا استخدامه ولا الوطاء ان كانت أمة فملك الفسخ كسواء الامة المزوجة فيخير حينئذ بين الفسخ والرجوع بالتمن وبين الامساك مع الارش على ما ذكرنا في البيع .

لا يلزم لان انتفاع احدهما بمال الآخر انما يكون عند العجز وليس ذلك من مقتضيات العقد وانما يكون عند زواله فلا يضر ولانه انما يؤدي اليهما على التساوي واذا عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر الملكين فلم يكن احدهما منتفعا الا بما يقابل ملكه وعاد الامر بعد زوال الكتابة الى حكم الرق كأنه لم يزل فان قيل فالتساوي في الملك يقتضي التساوي في أدائه اليهما ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر فيعتق نصيبه ويسري الى نصيب صاحبه ويرجع عليه الآخر بنصف قيمته قلنا يمكن أداء كتابته اليهما دفعة واحدة فيعتق عليهما ويمكن ان يكتب احدهما على مائة في نجمين في كل نجم خمسون ويكتب الآخر على مائتين في نجمين في النجم الاول خمسون

وفي الثاني مائة وخمسون ويكون وقتها واحد فيؤدي الى كل واحد منهما حقه على ان أصحابنا قالوا لا يسرى العتق الى نصيب الآخر مادام مكانه فعلى هذا التمول لا يفضي الى ما ذكره على انه وان قدر افضاؤه اليه فلا مانع فيه من صحة الكتابة فانه لا يخل بمقصود الكتابة وهو العتق بها ويمكن وجود سرية العتق من غير ضرر بأن يكتبه على مثلي قيمته فاذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته وسلم له باقي المال وحصل له ولاء العبد ولا ضرر في هذا ثم لو كان فيه ضرر لكن قدر ضي به حين كتابته على أقل مما كاتبه به شريكه والضرر المرضي به من جهة المضرور لا عبرة به كالمباشره بالعتق أو أبراه من مال الكتابة فإنه يعتق عليه ويسرى عتقه ويفرم لشريكه وهو جائز فهذا أولى بالجزا ولا يجوز ان يختلفا

(فصل) فاما بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه فلا يصح وبهذا قال ابو حنيفة والثافعي وابو ثور وقال عطاء وعمر بن دينار ومالك يصح لان السيد يملكها في ذمة المكاتب فجاز بيعها كسائر أمواله

ولنا انه دين غير مستقر فلم يجز بيعه كدين السلم ودليل عدم الاستقرار انه معرض للسقوط بعجز المكاتب ولانه لا يملك السيد اجبار العبد على أدائه ولا الزامه بتحصيله فلم يجز بيعه كالأمة بالتبرع ولانه غير مقبوض وقد نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض فان باعه فالبيع باطل وليس المشترى مطالبة المكاتب بتسليمه اليه وله الرجوع بالتمن على البائع ان كان دفعه اليه وان سلم المكاتب الى المشتري نجومه ففيه وجهان

(احدهما) يعتق لان البيع يضمن الاذن في القبض فاشبه قبض الوكيل (والثاني) لا يعتق لانه لم يستنبه في القبض وانما قبض نفسه بحكم المبيع الفاسد فكان القبض فاسداً فلم يعتق بخلاف وكيله فانه استنبهه ولو صرح بالاذن لم يكن مستنبها له في القبض وانما اذنه في القبض بحكم المفاوضة فلا فرق بين التصريح وعدمه فان قلنا يعتق بالإداء برىء المكاتب من مال الكتابة ويرجع السيد على المشتري بما قبضه لانه كالمائب عنه فان كان من جنس الثمن وكان قد تلف تقاصا بقدر أقاتها ورجع ذو الفضل بمضله وان قلنا لا يعتق بذلك فالكتابة باق في ذمة المكاتب ويرجع المكاتب على المشتري بما

في التنجيم ولا في أن يكون لاحدهما في النجوم قبل النجم الأخير أكثر من الآخر في أحد الوجهين
لأنه لا يجوز أن يؤدي اليه الأعلى سواء ولا يجوز تقديم أحدهما بالأدأ. على الآخر واختلافهما في
ميقات النجوم وقدر المؤدى فيهما يفضي إلى ذلك

(والتاني) يجوز لأنه يمكن أن يعجل لمن تأخر نجمه قبل محله ويعطي من قل نجمه أكثر من
الواجب له ويمكن أن يأذن له أحدهما في الدفع إلى الآخر قبله أو أكثر منه ويمكن أن ينظره من
حل نجمه أو يرضى من له الكثير بأخذ دون حقه وإذا أمكن إفضاء العقد إلى مقصوده فلا يظلمه
باحتمال عدم الإفضاء إليه .

(فصل) وليس للمكاتب أن يؤدي إلى أحدهما أكثر من الآخر ولا يقدم أحدهما على الآخر
ذكرة إقاضي وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه خلافاً لأنهما سواء فيه فيستويان في كسبه
وحقهما متماق بما في يده تعلقاً واحداً فلم يكن له أن يخص أحدهما بشيء منه دون الآخر ولأنه ربما
عجز فيعود إلى الرق ويتساويان في كسبه فيرجع أحدهما على الآخر بما في يده من الفضل بعد انتفاعه
به مدة فإن قبض أحدهما دون الآخر شيئاً لم يصح القبض والآخر أن يأخذ من حصته إذا لم يكن
أذن في القبض وإن أذن فيه ففيه وجهان ذكرهما أبو بكر (أحدهما) يصح لأن المنع لحقه فجاز بأذنه
كما لو أذن المرتهن للراهن في التصرف فيه أو أذن البائع للمشتري في قبض البيع قبل توفية ثمنه أو

دفعه إليه ويرجع المشتري على البائع فإن سلمه المشتري إلى البائع لم يصح تسليمه لأنه قبضه بغير إذن
المكاتب فأشبهه ماله وأخذ من ماله بغير إذنه وإن كان من غير جنس مال الكتابة تراجعاً بما لكل
واحد منهما على الآخر وإن باعه مأخذه بماله في ذمته وكان مما يجوز البيع فيه جاز إذا كان ما قبضه
السيد باقياً وإن كان قد تلف ووجبت قيمته وكان من جنس مال الكتابة تقاصاً وإن كان المقبوض
من جنس مال الكتابة فتعاسبا به جاز

(فصل) وإذا كان للمكاتب ولد تبعه في الكتابة فباعها صح لأنها ملكه ولا مانع من
بيعها ويكونان عند المشتري كما كانا عند البائع سواء وإن باع أحدهما دون صاحبه أو باع أحدهما
الرجل وباع الآخر لغيره لم يصح لوجهين

(أحدهما) أنه لا يجوز التفريق بين الوالد وولده في البيع إلا بعد البلوغ على إحدى الروايتين
(والثاني) أن الولد تابع لوالده وله كسبه وعليه نفقته فصار في معنى مملوكه فلم يجز التفريق بينهما على
الرواية الأخرى يحتمل أن يجوز بيعه بعد البلوغ لأنه محل للبيع صدر فيه التصرف من أهله ويكون
عند من هو عنده على ما كان عليه قبل بيعه لوالده كسبه وعليه نفقته وأرش جنائته ويعتق بعتقه
كما لو بيع مع والده

(فصل) وتصح الوصية لمكاتبه لأنه مع سيده في المعاملة كالأجنبي ولذلك جاز دفع زكاته

أذنا للمكاتب في التبرع ولأنهما لو أذنا له في الصدقة بشيء صح قبض المتصدق عليه له كذلك ههنا (وإثاني) لا يجوز وهذا اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي واختيار المزني لأن ما في يد المكاتب ملك له فلا ينزله غيره فيه وإنما حق سيده في ذمته الأول أصح إن شاء الله تعالى لأن الحق لهم لا يخرج عنهم فإذا اتفقوا على شيء فلا وجه للمنع وقولهم أنه ملك للمكاتب تعلّق على العلة ضد ما تقتضيه لأن كونه ماسكاً له يقتضي جواز تصرفه فيه على حسب اختياره وإنما المنع لتعاقب حق سيده به فإذا أذن زال المنع فصح التقبض لوجود مقتضيه وخلوه من المانع ثم يبطل لما ذكرنا من المسائل فإلى هذا الوجه إذا دفع إلى أحدهما مال الكتابة بأذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب لأنه استوفى حقه ويسري العتق إلى باقيه وعليه قيمة حصّة شريكه لأن عتقه بسببه هذا قول الخرقى ويضمنه في الحال بنصف قيمته مكاتباً مبتى على ما بقي عليه من كتابته وولاؤه كله له وما في يده من المال الذي لم يقبض منه بقدر ما قبضه صاحبه والباقي بين العبد وبين سيده الذي عتق عليه لأن نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية فحصة ما عتق بالكتابة للعبد وحصّة ما عتق بالسراية لسيده وعلى ما اخترناه يكون الباقي كله للعبد لأن الكسب كان ماسكاً له فلا يزول ملكه عنه بعتقه كما لو عتق بالأداء وقال أبو بكر والقاضي لا يسري العتق في الحال وإنما يسري عند عجزه فعلى قولهما يكون باقياً على الكتابة فإن أدى إلى الآخر عتق عليهما وولاؤه لهما وما بقي في يده من كسبه

إليه فإن قال ضعوا عن مكاتب بعض كتابته أو بعض ما عليه وضعوا ما شاءوا قليلاً كان أو كثيراً وقد ذكرنا نحوه في الوصايا

﴿مسئلة﴾ (وإن اشترى كل واحد من المكاتبين الآخرين صح شراء الأول وبطل شراء الثاني وسواء كانا لواحد أو لثنتين)

لا خلاف في أن المكاتب يصح شراؤه للعبيد والمكاتب يجوز بيعه على ما ذكرنا في الصحيح من المذهب فإذا اشترى أحدهما الآخر صح شراؤه وملكه لأن التصرف صدر من أهله في محله وسواء كانا مكاتبين لسيدهما أو لثنتين فإن عاد الثاني فاشترى الذي اشتراه لم يصح لأنه سيده وما ملكه وليس للمالك أن يملك ما ملكه لأنه يفضي إلى تناقض الأحكام إذ كل واحد منهما يقول لصاحبه أنا سيدك ولي عليك مال الكتابة تؤديه إلي وإن عجزت فلي فسخ كتابتك وردك إلي إن تكون رقيقاً وهذا تناقض وإذا تناقض بملك المرأة زوجها ملك اليمين لثبوت ما ملكه عليها في النكاح فههنا أولى ولأنه لو صح هذا لتقاصا الدينين إذا تساوا وعتقا جميعاً

إذا ثبت هذا فإشراء الأول صحيح والمبيع منهما باق على كتابته فإن أدى عتق وولاؤه موقوف فإن أدى سيده كتابته كان الولاء له لأنه عتق ما دأته إليه وإن عجز فولاؤه لسيده لأن العبد لا يثبت له ولأن السيد يأخذ ماله فكذلك حقوقه هذا مقتضى قول القاضي ومقتضى قول أبي بكر إن الولاء

فهو له وان عجز وفسخت كتابته قوم على الذي أدى اليه وكان ولاء جميعه له وتنفسخ الكتابة في نصفه وان مات قدمات ونصفه حر ونصفه رقيق ولسيده الذي لم يمتى نصيبه ان يأخذ ما خلفه مثل ما أخذ شريكه من مال الكتابة وله نصف ما يبقى والباقي لورثة العبد فان لم يكن له وارث من نسبه فهو للذي أدى اليه بالولاء وان قلنا لا يصح القبض فما أخذ القابض بينه وبين شريكه ولا تعتق حصته من المكاتب لانه لم يستوف عوضه وغير القابض مطالبه القابض بنصيبه مما قبضه كما لو قبضه بغير اذنه سواء وان لم يرجع غير القابض بنصيبه حتى أدى المكاتب اليه كتابته صح وعتق عليهما جميعاً وان مات العبد قبل استيفاء الآخر حقه فقد مات عبداً ويستوفي الذي لم يقبض من كسبه بقدر ما اخذ صاحبه والباقي بينهما قال احمد في رواية بن منصور في عبد بين رجلين كاتبا فادى الى احدهما كتابته ثم مات وهو يسعى للآخر لمن ميراثه؟ قال احمد كما كسب العبد في كتابته فهو بينهما ويرجع هذا على الآخر بنصيبه مما اخذ وميراثه بينهما قل ابن منصور قال اسحاق بن راهويه كما قال (فصل) وان عجز مكاتبها فلها الفسخ والامضاء فان فسخا جميعا او امضيا الكتابة جاز ما اتفقا عليه وان فسخ احدهما وامضى الآخر جاز وعاد نصفه رقيقا قنا ونصفه مكاتباً وقال القاضي تنفسخ الكتابة في جميعه وهو مذهب الشافعي لان الكتابة لو بقيت في نصفه لعاد ملك الذي فسخ الكتابة اليه ناقصاً

لسيده لان المكاتب عبد لا يثبت له الولاء فيثبت لسيده ذكر ذلك فيما إذا أعتق باذن سيده او كاتب عبده فادى كتابته وهذا نظيره ، ويحتمل ان يفرق بينها لكون العتق ثم باذن السيد فيحصل الانعام عنه باذنه فيه وههنا لا يفتقر إلى اذنه فالانعمة له عليه فلا يكون له عليه ولاء ما لم يعجز سيده

﴿مسئلة﴾ (فان لم يعلم السابق منهما فسد البيعان)

وهذا قول أبي بكر ويرد كل واحد منها الى كتابته لان كل واحد منهما مشكوك في صحة بيعه فيرد إلى اليقين وذكر القاضي انه يجري مجرى ما اذا زوج الوليان فأشكل الاول منهما فيقتضي هذا ان يفسخ البيعان كما يفسخ النكاحان ، وعلى قول أبي بكر لا يحتاج الى الفسخ لان النكاح انما احتيج فيه الى الفسخ من اجل المرأة فانها منكوحة نكاحاً صحيحاً لو احدى منهما يقيناً فلا يزول الا بفسخ وفي مسألتنا لم يثبت يقين البيع في واحد بعينه فلم يفتقر الى فسخ

﴿مسئلة﴾ (وان اسر العدو المكاتب فاشتره رجل فأحب سيده اخذه بما اشتراه والا فهو عند مشتره مبق على ما بقي من كتابته يمتق بالاداء وولاؤه له)

إذا اسر الكفار مكاتباً ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها فان اخذ في الغنائم فملم بحاله أو ادركه سيده قبل قسمه اخذه بغير شيء وهو على كتابته كمن لم يؤسر وان لم يدركه حتى قسم وصار في سهم بعض الغنائمين أو اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمه او من المشركين واخرجه الى سيده

وانما انها كتابة في ملك أحدهما فلم تنفسخ بفسخ الآخر كما لو انفرد بكتابتها ولانها عقدان مفردان فلم يفسخ أحدهما بفسخ الآخر كالبيع وما حصل من النقص لا يمنع لانه انما حصل ضمنا لتصرف الشريك في نصيبه فلم يمنع كاعتاق الشريك ولان من أصلنا انه تصح مكاتبه أحدهما نصيبه فاذا لم يمنع العقد في ابتدائه فلان يبطل في دوايه أولى ولان ضرره حصل بمقده وفسخه فلا يزول بفسخ غيره ولان في فسخ الكتابة ضرراً بالمكانب وسيده وليس دفع الضرر عن الشريك الذي فسخ باولي من دفع الضرر عن الذي لم يفسخ بل دفع الضرر عن الذي لم يفسخ أولى لوجوه ثلاثة (أحدها) ان ضرر الذي فسخ حصل ضمناً لبقاء عقد شريكه في ملك نفسه وضرر شريكه يزول عقده وفسخ تصرفه في ملكه (والثاني) ان ضرر الذي فسخ لم يعتبره الشرع في موضع ولا أصل لما ذكره من الحكم ولا يعرف له نظير فيكون بمنزلة المصلحة المرسله التي وقع الاجماع على اطرافها وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر في سائر عقود من بيعه وهبته ورهنه وغير ذلك فيكون أولى (الثالث) ان ضرر الفسخ يتعدى إلى المكاتب فيكون ضرراً باثنين وضرر الفاسخ لا يتعداه ثم لو قدر تساوي الضررين لوجب ابقاء الحكم على ما كان عليه ولا يجوز احداث الفسخ من غير دليل راجح

فان السيد أحق به بالثمن الذي ابتاعه به وفيما إذا كان غنيمه رواية اخرى انه اذا قسم فلا حق لسيدة فيه بحال فيخرج في المشتري مثل ذلك وعلى كل تقدير فان سيدة ان اخذه فهو مبقى على ما بقي من كتابته وان تركه فهو في يد مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالاداء في الموضعين وولائه لمن يؤدي اليه كما لو اشتراه من سيدة

وقال ابو حنيفة والشافعي لا يثبت عليه ملك للكفار ويرد الى سيدة بكل حال ووافق ابو حنيفة والشافعي في المكاتب والمدبر خاصة لانهما عنده لا يجوز بيعهما ولا نقل الملك فيهما فأشبه أم الولد وقد تقدم الكلام في الدلالة على ان ما ادركه صاحبه مقسوما لا يستحق صاحبه أخذه بغير شيء وكذلك ما اشتراه مسلم من دار الحرب وفي ان المكاتب والمدبر يجوز بيعهما بما يغي عن اعادته ههنا (فصل) وهل يحتسب عليه بالمدة التي كان فيها عند الكفار؟ على وجهين

(أحدهما) لا يحتسب عليه بها لان الكتابة اقتضت تمكنه من التصرف والكسب في هذه المدة فاذا لم يحصل ذلك لم يحتسب كما لو حبسه سيدة فعلى هذا يبني على ما مضى من المدة قبل الاسر وتلغى مدة الاسر كأنها لم توجد

(والثاني) يحتسب عليه بها لانها من مدة الكتابة مضت بغير تفریط من سيدة فاحتسب عليه بها كرضه ولانه مدين مضت مدة من اجل دينه في حبسه فاحتسب عليه كسائر الغرماء وفارق ما إذا حبسه سيدة بما ذكرناه فعلى هذا اذا حل عليه نجم عند استنقاذه جازت مطالته به وان حل ما يجوز تعجيزه بترك ادائه فليسيدة تعجيزه ورد، الى الرق وهل له ذلك بنفسه او بحكم الحاكم؟ فيه وجهان

(مسئلة) قال (وإذا عتق المكاتب استقبل بما في يده من المال حولاً ثم زكاه ان

كان نصاباً)

وجملته ان المكاتب لازكاة عليه بلا خلاف فعلمه فاذا عتق صار من أهل الزكاة حينئذ فينتديء حول الزكاة من يوم عتق فاذا تم الحول وجبت الزكاة ان كان نصاباً وان لم يكن نصاباً فلا شيء فيه ويصير هذا كالكافر إذا أسلم وفي يده مال زكوي يبلغ نصاباً فإنه يستقبل به حولاً من حين أسلم لأنه صار حينئذ من أهل الزكاة وكذلك العبد إذا عتق وفي يده مال أبقاه له سيده

(مسئلة) قال (وإذا لم يؤد نجماً حتى حل نجم آخر عجزه السيد ان أحب وعاد عبداً

غير مكاتب)

وجملته ان الكتابة عمد لازم لا يملك السيد فسخها قبل عجز المكاتب بغير خلاف فعلمه وليس له مطالبة المكاتب قبل حلول النجم لانه انما ثبت في العقد مؤجلاً وإذا حل النجم فللسيد مطالبة بما حل من نجومه لانه دين له حل فأشبهه دينه على الاجنبي وله الصبر عليه وتأخير به سواء كان قادراً على الاداء او عاجزاً عنه لانه حق له سمح بتأخيره أشبهه دينه على الاجنبي فان اختار الصبر

(احدهما) انه ذلك لانه تعذر عايه الوصول الى المال في وقته اشبه ما او كان حاضراً والمال غائباً يتعذر احضاره وادائه في مدة قريبة كان لسيد الفسخ والمال ههنا اما معدوم واما غائب يتعذر ادائه وفي كلا الحالتين يجوز الفسخ (واثنائي) ليس له ذلك الا بحكم الحاكم لانه مع الغيبة يحتاج إلى أن يبحث هل له مال أم لا؟ وليس كذلك اذا كان حاضراً فإنه يطالبه فان ادى والا فقد عجز نفسه فان فسخ الكتابة بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خلس المكاتب وادعى ان له مالاً في وقت الفسخ يفي بما عليه واقام بذلك بينة بطل الفسخ ويحتمل ان لا يبطل حتى يثبت أنه كان يمكنه ادائه لانه اذا كان متعذر الاداء كان وجوده كعدمه

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه وان جنى على سيده او اجنبي فعليه فداء نفسه مقدماً على

الكتابة وقال ابو بكر يتحصان)

وجملة ذلك ان المكاتب اذا جنى جنابة موجبة للمال تعلق ارشها برقبته ويؤدي من المال الذي في يده وبهذا قال الحسن والحكم وحماد والاوزاعي ومالك والسن بن صالح والشافعي وابو ثور وقال عطاء والنخعي وعمرو بن دينار جنائته على سيده وقال عطاء ويرجع سيده بها عليه وقال الزهري اذا قتل رجلاً خطأ كانت كتابته وولاهه لولي المقتول الا ان يفديه سيده

ولنا قول النبي ﷺ « لا يجني جان الا على نفسه » ولانها جنابة عبد فلم تجب في ذمة سيده كالقن

عليه لم يملك العبد الفسخ بعير خلاف نعلمه قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المكاتب إذا حل عليه نجم أو نجمان أو نجومه كلها فوقف السيد عن مطالبته وتركه بحاله أن الكتابة لا تفسخ مادام ثابتين على العقد الأول فإن اجله به ثم بدا له الرجوع فله ذلك لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل كالتقريض وإن حل عليه نجمان فعجز عنهما فاختار السيد فسخ كتابته وورده إلى الرق فله ذلك بعير حضور حاكم ولا سلطان ولا تلزمه الاستدابة فعل ذلك ابن عمر وهو قول شريح والنخعي وأبي حنيفة والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى لا يكون عجزه إلا عند قاضٍ وحكي نحو هذا عن مالك وقال الحسن إذا عجز استؤني بعد العجز سنتين وقال الأوزاعي شهرين ونحو ذلك

ولنا ما روى سعيد باسناده عن ابن عمر أنه كاتب غلاماً له على ألف دينار فأدى إليه تسعمائة دينار وعجزه عن مائة دينار فرده إلى الرق ، باسناده عن عطية العوفي عن ابن عمر أنه كاتب عبده على عشرين ألفاً فأدى عشرة آلاف ثم أتاه فقال اني قد طفت العراق والحجاز فردني في الرق فرده وروي عنه انه كاتب عبداً له على ثلاثين ألفاً فقل له أنا عاجز فقال له امح كتابتك فقال امح أنت ، وروى سعيد باسناده عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ خطب فقال « أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق » ولأنه عقد عجز عن

إذا ثبت هذا فإنه يبدأ باداء الجناية قبل الكتابة سواء حل عليه نجم أو لم يحل نص عليه أحمد وهو المعمول به في المذهب وذكر أبو بكر قولاً آخران السيد يشارك ولي الجناية فيضرب بما حل من نجوم كتابته لانهما دينان فيتحصان قياساً على سائر الديون

ولنا ان ارش الجناية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به ولذلك قدمت على حق المالك وحق المرتهن وغيرهما فوجب ان تقدم ههنا . يحتمه ان ملك الكتابة مقدم على ملك السيد في عبده فيجب تقديمه على عوضه وهو مال الكتابة بطريق الاولى لان الملك فيه قبل الكتابة كان مستقراً ودين الكتابة غير مستقر فاذا قدم على المستقر فعلى غيره اولى . اذا ثبت هذا فإنه يفدي نفسه باقل الامرين من قيمته او ارش جنايته لانه ان كان ارش الجناية اقل فلا يلزمه اكثر من موجب جنايته وهو ارشها ، وان كان اكثر لم يكن عليه اكثر من قيمته لانه لا يلزمه اكثر من بدل الحمل الذي تعلق به الارش فان بدأ بدفع المال الى ولي الجناية فوفى بارش الجناية والاباع الحاكم منه بما يفي من ارشها وباقيه باقى على كتابته وان اختار السيد الفسخ فله ذلك ويعود عبداً قنناً مشتركاً بين السيد والمشتري وان أبقاه السيد على الكتابة فأدى عتق بالكتابة وسرى العتق الى باقيه ان كان المكاتب موسراً ويقوم عليه وان كان معسراً عتق منه ما عتق وباقيه رقيق فان لم يكن في يده مال ولم يف بالجناية الا قيمته كلها بيع كله فيها وبطلت كتابته

عوضه فملك مستحقه فسخه كالسلم اذا تعذر المسلم فيه ولانه فسخ عقد مجمع عليه فلم يفتقر الى الحاكم كفسخ المعتقة تحت العبد فان قيل فلم كانت الكتابة لازمة من جهة السيد غير لازمة من جهة العبد؟ قلنا هي لازمة من جهة الطرفين ولا يملك العبد فسخها بحال وانما انه أن يعجز نفسه ويمتنع من الكسب وانما كان له ذلك لوجهين (أحدهما) ان الكتابة تتضمن اعتاقاً بصفة ومن علق عتق عبده بصفة لم يملك ابطالها ويلزم وقوع العتق بالصفة ولا يلزم العبد الاتيان بالصفة ولا يجبر عليها (الثاني) ان الكتابة لحظ العبد دون سيده وكان العقد لازماً ان ألزم نفسه حظ غيره وصاحب الحظ بالخيار فيه كمن ضمن لغيره شيئاً أو كفّل له أو رهن عنده رهناً

(فصل) فاما ان حل نجم واحد فمعجز عن أدائه فظاهر كلام الخرقى انه ليس للسيد الفسخ حتى يحل بجمان قبل ادائها وهي إحدى الروايتين عن احمد قال القاضي وهو ظاهر كلام أصحابنا وروى ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول الحكم وابن ابي ليلى وابي يوسف والحسن بن صالح وقال ابن ابي موسى: وروى عن احمد انه لا يعود رقياً حتى يتول قد عجزت وقيل عنه اذا أدى أكثر مال الكتابة لم يرد إلى الرق واتبع بما بقي (والرواية الثانية) انه اذا عجز عن نجم واحد فليس له فسخ الكتابة وهو قول الحارث العكلي

(فصل) وان بدأ بدفع المال الى سيده وكان ولي الجناية سأل الحاكم فحجر على المكاتب ثبت الحجر عليه وكان النظر فيه الى الحاكم فلا يصح دفعه الى سيده ويرتجع الحاكم ويسلمه الى ولي الجناية فان وفى والا كان الحكم فيه على ما ذكرنا من قبل وان لم يكن الحاكم حجر عليه صح دفعه الى السيد لانه يقضي حقاً عليه فجاز كما لو قضى بعض غرمائه قبل الحجر عليه فان كان مادفعه اليه جميع مال الكتابة عتق

﴿ مسألة ﴾ (وعليه فداء نفسه ويكون الارش في ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق ويفديه بأقل الامرين من قيمته او ارش جنائته) لانه لا يلزم اكثر مما كان واجباً عليه بالجناية فان اعتقه السيد فعليه فداؤه بذلك لانه أتلف محل الاستحقاق فأشبه ما لو قتله

﴿ مسألة ﴾ (وان عجز فليس له تعجيله ويفديه أيضاً بما ذكرناه وقل أبو بكر فيه رواية أخرى أنه يفديه بارش الجناية بالغة ما بلغت)

لانه لو سلمه احتمل أن يرغب فيه راغب باكثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة باعتاقه (فصل) فن كانت الجناية على سيده فيما دون النفس فليس له خصمه فيها فان كانت موجبة للقصاص فليس له القصاص كما يجب على عبده اتقن لان القصاص يجب للزجر فيحتاج اليه العبد في حق سيده (المعنى والشرح الكبير) (٥٣) (الجزء الثاني عشر)

وابي حنيفة والشافعي لان السيد دخل على ان يسلم له مال الكتابة على الوجه الذي كاتبه عليه ويدفع اليه المال في نجومه فاذا لم يسلم له لم يلزمه عتقه ولما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا ، ولانه عجز عن اداء النجم في وقته فجاز فسخ كتابته كالنجم الاخير

ولنا ماروي عن علي رضي الله عنه انه قال لا يرد المكاتب في الرق حتى يتوالى عليه نجهان ولان ما بين النجمين محل لاداء الاول فلا يتحقق العجز عنه حتى يفوت محله بحلول الثاني

(فصل) واذا حل النجم وماله حاضر عنده طواب اداؤه ولم يجز الفسخ قبل الطلب كما لا يجوز فسخ البيع والسلم بمجرد وجوب الدفع قبل الطلب فن طلب منه فذكر انه غائب عن المجلس في ناحية من نواحي البلد أو قريب منه على مسافة لا تقصر فيها الصلاة يمكن احضاره قريباً لم يجز فسخ الكتابة وأمهل بقدر ما ياتي به اذا طلب الامهال لان هذا يسير لا ضرر فيه وإن كان معه مال من غير جنس مال الكتابة فطلب الامهال لبيعه بجنس مال الكتابة أمهل وإن كان المال غائباً أكثر من مسافة القصر لم يلزم الامهال وهذا قول الشافعي

وقال ابو حنيفة إن كان له مال حاضر أو غائب يرجو قدومه استؤني يومين وثلاثة لا زبده على ذلك لان اثلاثة آخر حد القلة واقرب لما بينا فيما مضى وما زاد عليها في حد الكثرة وهذا كله قريب بعضه من بعض فاما اذا كان قادراً على الاء واجدا لما يؤديه فامتنع من اداؤه وقول قد عجزت

وان عفا على مال أو كانت موجبة للمال وجب له لان المكاتب مع سيده كالاجنبي يصح أن يبايعه ويثبت له في ذمته المال والحقوق كذلك الجباية ويفدي نفسه بأقل الامرين كالجباية على الاجنبي وعنه يفديه بارش الجباية كله فان وفي ما في يده بما عليه فليسده مطابته به وان لم يف به فليسده تعجزه فاذا عجزه وفسخ الكتابة سقط عنه مال الكتابة وارش الجباية وعاد عبداً قفاً ولا يثبت للسيد على عبده القن مال وان اعتقه سيده ولا مال في يده سقط الارش لانه متعلق برقبته وقد أتلفها وان كان في يده مال لم يسقط لان الحق كان متعلقاً بالذمة وما في يده من المال فاذا تلفت الرقبة بقي الحق متعلقاً بالمال فاستوفي منه كما لو عتق بالاداء وهل يجب أقل الامرين أو ارش الجباية كله؟ على وجهين ويستحق السيد مطالبته بارش الجباية قبل اداء مال الكتابة لما ذكرنا من قبل في حق الاجنبي وان اختار تأخير الارش والبداية بقبض مال الكتابة جاز ويعتق إذا قبض مال الكتابة كله وقال أبو بكر لا يعتق بالاداء قبل ارش الجباية لوجوب تقديمه على مال الكتابة

ولنا ان الحقين جميعاً للسيد فاذا تراضيا على تقديم أحدهما على الآخر جاز لان الحق لهما لا يخرج عنها ولانه لو بدأ باداء مال الكتابة في حق الاجنبي عتق ففي حق السيد أولى ولان ارش الجباية لا يلزم أدائه قبل اندمال الجرح فيمكن تقديم وجوب الاداء عليه إذا ثبت هذا فانه اذا أدى عتق ويلزمه ارش الجباية سواء كان في يده مال أو لم يكن لان عتقه بسبب من جهته فلم يسقط ما عليه بخلاف ما

فقال الشريف ابو جعفر وجماعة من أصحابنا المتأخرين يملك السيد فسخ الكتابة وهو ظاهر كلام الخرقى لقواه اذا حل نجم فلم يؤده حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب فعلق جواز الفسخ على عدم الاداء وهذا مذهب الشافعي

وقول ابو بكر بن جعفر ليس له ذلك وبجبر على تسليم العوض وهو قول ابي حنيفة ومالك والاوزاعي وقد ذكرنا هذا فيما تقدم فاما ان كان قادراً على اداء المال كله ففيه رواية أخرى انه يصير حراً بملك ما يؤدي وقد سبق ذكرها

(فصل) واذا حل النجم والمكاتب غائب بغير اذن سيده فله الفسخ وان كان سافر باذنه لم يكن له أن يفسخ لانه اذن في السفر المانع من الاداء. واكن يرفع أمره الى الحاكم ويثبت عنده حلول مال الكتابة ليكتب الحاكم الى المكاتب فيعلم بما ثبت عنده فان كان عاجزاً عن اداء المال كتب بذلك إلى الحاكم المكاتب ليحمله للسيد فسخ الكتابة وإن كان قادراً على الاداء طالبه بالخروج إلى البلد الذي فيه السيد ليؤدي مال الكتابة أو يوكل من يفعل ذلك فان فعله في أول حال الامكان عند خروج القافلة ان كان لا يمكنه الخروج إلا معها لم يجز الفسخ وإن أخره عن حال الامكان ومضى زمن المسير ثبت للسيد خيار الفسخ فان وكل السيد في بلد المكاتب من يقبض منه مال الكتابة لزمه الدفع اليه فان امتنع من الدفع ثبت للسيد خيار الفسخ وإن كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع

إذا اعتقه سيده فانه اتف محله حقه بخلاف هذا وهل يلزمه اقل الامرين أو جميع الارش ؟ على وجهين وان كانت جنايته على نفس سيده فلورثته القصاص في العمد والعفو على مال وفي الخطأ المال وحكم الورثة مع المكاتب حكم سيده معه لان الكتابة انتقلت اليهم والبيد لو عاد قنا كان لهم وان جنى على موروث سيده فورثه سيده فالحكم فيه كما لو كانت الجناية على سيده فيما دون النفس على ماضى

(فصل) وان جنى المكاتب جنائيات تعاقبت برد رقبته واستوى الاول والآخر في الاستيفاء ولم يقدم الاول على الثاني ان كانت موجبة الدال لانها تعلقت بمحل واحد وكذا ان كان بعضها في حل كتابته وبعضها بعد تعجزه فهي سواء ويتعلق جميعها بالرقبة فان كان فيها ما يوجب القصاص فلولي الجناية استيفاؤه وتبطل حقوق الآخرين فان عفا الى مال صار حكمة حكم الجناية الموجبة للمال فان ابرأه بعضهم استوفى الباقي لان حق كل واحد يتعلق برقبته يستوفيه إذا انفرد فاذا اجتمعوا تزاحموا فاذا ابرأه بعضهم سقط حقه وتزاحم الباقي كما لو انفردوا كما في الوصايا وديون الميت فان ادى وعتق فالضمان عليه وان اعتقه سيده فعمليه الضمان وأيهما ضمن فلو اوجب عليه قتل الامرئ كما ذكرنا في الجناية الواحدة ولانه لو عجزه الزمناه وعاد قنا بيع وتخاصوا في ثمنه كذلك ههنا فاما ان عجزه سيده وعاد قنا خير بين فدائه وتسليمه فان اختار فدائه فداد باقل الامرين كما لو أعتقه او قتله

المكاتب من الدفع اليه جاز وله الفسخ اذا ثبتت وكالته ببينة بحيث يأمن المكاتب انكار السيد وكالته وإن لم يثبت ذلك لم يلزم المكاتب الدفع اليه وكان له عذر يمنع جواز الفسخ لانه لا يأمن أن يسلم اليه فينكر السيد وكالته ويرجع على المكاتب بالمال وسواء صدقه في انه وكيل أو كذبه وإن كتب حاكم البلد الذي فيه السيد الى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ليقبض منه المال لم يلزمه ذلك لان هذا توكيل لا يلزم الحاكم الدخول فيه فان الحاكم لا يكلف القبض للبالغ الرشيد فان اختار القبض جرى مجرى الوكيل ومتى قبض منه المال عتق

(فصل) قال واذا دفع العوض في الكتابة فبان مستحقاً تبين انه لم يعتق وكان هذا الدفع كعدمه لانه لم يؤد الواجب عليه وقيل له ان أدت الآن وإلفسخت كتابتك وإن كان قد مات بعد الاداء فقد مات عبداً إن بان معيماً مثل أن كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيباً بعد قبضها انظرت فان كان قدرضي بذلك وأمسكها استقر العتق فان قيل كيف يستقر العتق ولم يعطه جميع ما وقع عليه العقد؟ فان ما يقابل العيب لم يقبضه فأشبهه مالو كاتبه على عشرة فأعطاه تسعة قلنا امساكه العيب راضياً به رضا منه باسقاط حقه فجرى مجرى ابرائه من بقية كتابته وإن اختار امساكه وأخذ أورش العيب أوردته فله ذلك قال ابو بكر وقياس قول احمد رحمه الله أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الارش لان العتق اتلاف واستهلاك فاذا حكم بوقوعه لم يبطل كعقد الخلع ولانه ليس المقصود منه انال فأبى الخلع

وفيه رواية اخرى أنه يلزمه أورش الجنابة كاله لانه لو سلمه احتمل ان يرغب فيه راغب باكثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة باختياره امساكه فكان عليه جميع الارش ويفارق ما إذا أعتقه أو قتله لان المحل تلف فتعذر تسليمه فلم يجب أكثر من قيمته والمحل ههنا باق يمكن تسليمه وبيعه وقد ذكرناه فان أراد المكاتب فداء نفسه قبل تعجيزه أو اعتقه فتمت فتمت به نفسه وجهان بناء على ما اذا عجزه سيده والله أعلم

﴿مسئلة﴾ وان لزمته ديون تعلقت بذمته ببيع بها بعد العتق

إذا اجتمع على المكاتب ثمن مبيع أو عوض قرض أو غيرهما من الديون مع مال الكتابة وفي يده ما يفي بها فله أدائها ويبدأ بابها شاء كالحجر وان لم يف بها ما في يده وكلها حالة ولم يحجر الحاكم عليه فخص بعضهم بالقضاء صح كالحجر وان كان فيها مؤجل فعجله بغير إذن سيده لم يجز لان تعجيله تبرع فلم يجز بغير إذن سيده كالهبة وان كان باذن سيده جاز كالهبة وان كان تعجيل للسيد لقبوله بمنزلة اذنه وان كان الحاكم قد حجر عليه بسؤال غرمائه فالنظر الى الحاكم وانما يحجر عليه بسؤالهم فان حجر عليه بغير سؤالهم لم يصح لان الحق لهم فلا يستوفى بغير اذنهم وان سأل سيده الحجر عليه لم يجبه الى ذلك لان حقه غير مستقر فلا يحجر عليه من أجله واذا حجر عليه بسؤال الغرماء فقال القاضي عندي انه يبدأ بقضاء ثمن المبيع وعوض القرض يسوي بينهما ويقدمهما على اورش الجنابة ومال الكتابة لان اورش الجنابة محل الرقبة فاذا لم يحصل مما في يده استوفى من رقبته

وقال القاضي يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع لان العتق اما استتر باستقرار الاداء وقد ارتفع الاداء فارتفع العتق وهذا مذهب الشافعي لان الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضي فوجب إن يفسخ بوجود العيب كالمبيع ، وان اختار امساكه وأخذ الارش فله ذلك وتبين ان العتق لم يتبع ولاننا تبينا ان ذمته لم تبرا من مال الكتابة ولا يعتق قبل ذلك وظن وقوع العتق لا يوقعه إذا بان الامر بخلافه كما لو بان العوض مستحقاً، وإن تلفت العين عند السيد او حدث بها عنده عيب استقر أرش العيب والحكم في ارتناع العتق على ما ذكرناه فيما مضى ولو قال السيد لعبده ان أعطيتني عبداً فأنت حر فأعطاه عبداً فبان حراً أو مستحقاً لم يعتق بذلك لان معناه ان أعطيته ملكاً ولم يعطه إياه ملكاً ولم يملكه إياه

(فصل) وإذا دفع اليه مال الكتابة ظاهراً فتمال له السيد. أذت حرثم بان العوض مستحقاً لم يعتق بذلك لان ظاهره الاخبار عما حصل له بالاداء ولو ادعى المكاتب أن سيده قصد بذلك عتقه وأذكر السيد فانقول قول السيد مع يمينه لان الظاهر معه وهو أخبر بما نوى

(مسئلة) قال (وما قبض من نجوم كتابته استقبل بزكاته حولاً)

وجملته أن ما أخذ من نجوم كتابته كمال استفادته بكسب او غيره فيملكه بأخذه ويقتبل به حولاً لانه

وهذا مذهب الشافعي وقد ذكرنا أن اصحابنا والشافعي اتفقوا على تقديم ارش الجناية على مال الكتابة فيما مضى واذا لم يحجر عليه ودفع إلى السيد مال الكتابة عتق وبقية الديون في ذمته يتبع بها بعد العتق لانه صار حراً فهو كالأحرار ولان المدائن رضي بذمته حين أدائه فكان له ما رضي به كالحر .

(فصل) واذا جنى بعض عميد المكاتب جناية توجب القصاص فلم يجني عليه الخيار بين القصاص والمال فان اختار المال أو كانت الجناية خطأ أو شبه عمد أو اتلاف مال تعلق ارشها برقبته والمكاتب فداؤه باقل الامرين من قيمته أو ارش جنائته لانه بمنزلة شرائه وليس له فداؤه بأكثر من قيمته كما لا يجوز له ان يشتريه بذلك الا ان يأذن فيه سيده فان كان الارش أقل من قيمته لم يكن له تسليمه لانه تبرع بالزائد وان زاد الارش على قيمته فهل يلزمه تسليمه او يفديه باقل الامرين؟ على روايتين :

(فصل) فان ملك المكاتب ابنه أو بعض ذوي رحمه المحرم أو ولد له ولد من أمته فجنى جناية تعلق ارشها برقبته فلم يملك فداؤه بغير اذن سيده كما يفدي غيره من عبده .

وقال القاضي في المجرى ليس له فداؤه بغير اذنه وهو مذهب الشافعي لانه اتلاف لاله فان ذوي رحمه ليسوا بمال له ولا يتصرف فيهم فلم يجز له اخراج ماله في مقابلتهم ولا شرائهم كالتبرع ويفارق

لا يملك ما في يده مكاتبه ولهذا جرى الربا بينهما ولا زكاة عليه في الدين الذي على المكاتب لان ملكه عليه غير تام فوجب أن يستقبل بما اخذه منه حولا كما لو اخذه من أجنبي

(مسئلة) قال (واذا جنى المكاتب بدىء بجنايته قبل كتابته فان عجز كان سيده مخيراً بين أن يفديه بقيمة ان كانت أقل من جنايته أو يسلمه)

وجملة ذلك ان المكاتب اذا جنى جنابة موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ويؤدي من المال الذي في يده وبهذا قال الحسن والحكم وحماة ولاوزاعي ومالك والحسن بن صالح والشافعي وابو ثور وقال عطاء والنخعي وعمرو بن دينار جنابته على سيده قال عطاء ويرجع سيدها عليه وقال الزهري إذا قتل رجلاً خطأ كانت كتابته وولائه لولي المقتول إلا أن يفديه سيده

ولنا قول النبي ﷺ « لا يجني جان إلا على نفسه » ولانها جنابة عبد فلم تجب في ذمة سيده كالقن إذا ثبت هذا فإنه يبدأ بأداء الجنابة قبل الكتابة سواء حل عليه نجم أو لم يحل وهذا المنصوص عليه عن احمد والممول به في المذهب وذكر ابو بكر قول آخر ان السيد يشارك ولي الجاية فيضرب بقدر ما حل من نجوم كتابته لانها دينان فيتحاصان كسائر الديون

ولنا أن أرش الجنابة من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به ولذلك قدمت على حق المالك

العبد الاجنبي فإنه ينتفع به وله صرفه في كتابته وكان له فداؤه وشراؤه كسائر أمواله ولكن ان كان لهذا الجاني كسب فدي منه وان لم يكن له كسب بيع في الجنابة ان استغرقت قيمته وان لم تستغرقها بيع بعضه فيها وما بقي للمكاتب .

ولنا انه عبد له حي فلك فداءه كسائر عبيده ولا نسلم انه لا يملك شراءه وقولهم لا يتصرف فيه قلنا الا ان كسبه له فان عجز المكاتب صار رقيقاً معه لسيدته وإن أدى المكاتب لم يتضرر السيد بمتقهم وانتفع به المكاتب واذا دار أمره بين نفع وانتفاء ضرر وجب ان لا يمنع منه وفارق التبرع فإنه يفوت المال على السيد فان قيل فيه ضرر وهو منعه من اداء الكتابة فإنه إذا صرف المال فيه ولم يقدر على صرفه في الكتابة عجز عنها قلنا هذا الضرر لا يمنع المكاتب منه بدليل ما لو ترك الكسب مع إمكانه أو امتنع من الاداء مع قدرته عليه فإنه لا يمنع منه ولا يجبر على كسب ولا أداء فكذلك لا يمنع مما هو في معناه ولا مما يفضي اليه ولان غاية الضرر في هذا المنع من أداء الكتابة وليس اتمامها واجبا عليه فأشبهه ترك الكسب بل هذا أولى لوجهين

(احدهما) ان هذا فيه نفع للسيد لصيرته عبداً له (والثاني) أن فيه نفعاً للمكاتب باعتاق ولد وذوي رحمه ونفع لهم بالاعتاق على تقدير الاداء فاذا لم يمنع مما يساويه في المضرة من غير نفع فيه فلا نفع مما فيه نفع لازم لاحدى الجهتين أولى وولد المكاتبه يدخل في كتابتها والحكم في جنايته كالحكم في ولد المكاتب سواء

وحتى المرتهن وغيرهما فوجب ان يقدم ههنا بحقه ان أرش جنايته مقدم على ملك السيد في عبده فيجب تقديمه على عوضه وهو مال الكتابة بطريق الاولى لان الملك فيه قبل الكتابة كان مستقراً ودين الكتابة غير مستقر فاذا قدم على المستقر فعلى غيره أولى لان أرش الجناية مستقر فيجب تقديمه على الكتابة التي ليست مستقرة. اذا ثبت هذا فانه يفدي نفسه باقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته لانه ان كان أرش الجناية أقل فلا يلزمه أكثر من موجب جنايته وهو أرشها وان كان أكثر لم يكن عليه أكثر من قيمته لانه لا يلزمه أكثر من بدل المحل الذي تعلق به الارش فان بدأ بدفع المال الى ولي الجناية فوفى بما يلزمه من أرش الجناية والا باع الحاكم منه بما بقي من ارش الجناية وباقيه باق على كتابته وان اختار الفسخ فله ذلك ويعود عبداً غير مكاتب مشتركاً بين السيد وبين المشتري فان أبقاه على الكتابة فأدى عتق بالكتابة وسرى العتق الى باقيه إن كان المكاتب موسراً ويتوم عليه وان كان معسراً عتق منه ما دقق وباقيه رقيق وان لم يكن في يده مال ولم يف بالجناية الا قيمته كلها ببيع كله فيها وبطلت كتابته وان بدأ بدفع المال الى سيده نظرنا فان كان ولي الجناية سأل الحاكم فحجر على المكاتب ثبت الحجر عليه وكان النظر فيه الى الحاكم فلا يصح دفعه الى سيده ويرتجعه الحاكم وبدفعه الى ولي الجناية فان وفى والا كان الحاكم فيه على ما ذكرنا من قبل وان لم يكن الحاكم حجر عليه صح دفعه الى سيده لانه يقضي حقاً عليه فجاز كمالو قضى بعض غرمانه قبل الحجر عليه ثم ان كان مادفعه اليه جميع مال الكتابة

(فصل) وان جنى بعض عبيد المكاتب على بعض جناية موجبا للمال لم يثبت لها حكم لانه لا يجب للسيد على عبده مال وان كان موجبا القصاص فمات أبو بكر ليس له القصاص لانه اتلاف لماله باختياره وهذا الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وذكره أبو الخطاب في ردءوس المسائل ، وقال القاضي له القصاص لانه من مصلحة ملكه فانه لو لم يقتص لأضى الى إقدام بعضهم على بعض وليس له العفو على مال لما ذكرنا ولا يجوز بيعه في ارش الجناية لان الارش لا يثبت له في رقبة عبده فان كان الجاني من عبيده ابنه لم يجز بيعه لذلك . وقال اصحاب الشافعي يجوز بيعه في أحد الوجهين لانه لا يملك بيعه قبل جنايته فيستفيد بالجناية ملك بيعه .

ولنا انه عبده فلم يجب له عليه أرش كالأجنبي وما ذكره ينتقض بالرهن اذا جنى على راهنه (فصل) فان جنى عبد المكاتب عليه جناية موجبا للمال كانت هدرًا لما ذكرنا وان كان موجبا القصاص فله ان يقتص فيما دون النفس لان العبد يقتص منه لسيدته وان عتق على مال سقط القصاص ولم يجب للمال فان كان الجاني أباه لم يقتص منه لان الوالد لا يقتل بولده وان جنى المكاتب عليه لم يقتص منه لان السيد لا يقتص منه لعبده وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يقتص منه لان حكم الاب معه حكم الاحرار بدليل أنه لا يملك بيعه والتصرف فيه وجعلت حرته موقوفة على حرته قال القاضي ولا نعلم موضعاً يقتص فيه المملوك من مالسه غير هذا الموضع

عتق ويكون الارش في ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق وهو أقل الامرين من قيمته أو ارش جنائيه لأنه لا يلزمه أكثر مما كان واجباً بالجناية وان اعتقه السيد فعليه فداؤه بذلك لأنه أتلف محل الاستحقاق فكان عليه فداؤه كالموتله وان عجز ففسخ السيد كتابته فداؤه أيضاً بما ذكرناه وقال أبو بكر فيما إذا فداه سيده قولان يعني روايتين (أحدهما) يفديه بأقل الامرين (والثانية) يفديه بارش جنائيه بالغة ما بلغت (فصل) وإذا جنى المكاتب تعلقت برقبته واستوى الاول والآخري في الاستيفاء ولم يقدم الاول على الثاني لأنها تعلقت بمحل واحد وكذا ان كان بعضها في حال كتابته وبعضها بعد تعجزه فهي سواء ويتعلق جميعها بالرقبة فان كان فيها ما يوجب التقصاص فلولي الجناية استيفاءه وتبطل حقه الآخرين وان عفا الى مال صار حكمه حكم الجناية الموجبة للمال فان أبرأه بعضهم استوفى الباقي لان حق كل واحد يتعلق برقبته يستوفيه إذا انفرد فاذا اجتمعوا تزاموا فاذا أبرأه بعضهم سقط حقه وتزام الباقي كالموتله وان أدى وعتق فاضمان عليه وان عتقه سيده فالضمان عليه وأيهما ضمن ذلوا يجب عليه أقل الامرين كما ذكرنا في الجناية الواحدة ولأنه لو عجزه الغرماء وعاد قنا بيع وتخاصوا في ثمنه كذلك ههنا فاما ان عجزه سيده فعاد قنا خير بين فدائه وتسليمه فان اختار فدائه ففيه روايتان :

(فصل) وان جنى على المكاتب فيما دون النفس فأرش الجناية له دون سيده لثلاثة معان (أحدها) ان كسبه له وذلك عوض عما يتعطل بقطع يده من كسبه (والثاني) ان المكاتبه تستحق المهر في النكاح لتعلقه بهضو من أعضائها كذلك بدل العضو (الثالث) ان السيد أخذ مال السكاتبه بدلا عن نفس المكاتب فلا يجوز ان يستحق عنه عوضاً آخر ثم لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) ان يكون الجنائي سيده فلا تقصاص عليه لامرين (أحدهما) أنه حر والمكاتب عبد (والثاني) انه ماله ولا يقتص من المالك لمولوكه ولكن يجب الارش اذا اندمل الجرح على ما يذكر في الجنائيات ولأنه قبل الاندمال لا تؤمن سرابته الى نفسه فيسقط أرشه فاذا ثبت هذا فسرى الجرح الى نفسه انفسخت السكاتبه وكان الحكم فيه كما لو قتله فان اندمل الجرح وجب له أرشه على سيده ويتقاصان ان كان من جنس مال السكاتبه وقد حل عليه نجم وان كان من غير جنس مال السكاتبه أو لم يحل عليه نجم لم يتقاصا ويطالب كل واحد منهما بما يستحقه فان اتفقا على ان يجعل احدهما عوضاً عن الآخر وكانا من جنسين لم يجز لأنه بيع دين بدين فان قبض أحدهما حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن حقه جاز وان رضي المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز إذا كان من جنس مال السكاتبه

(أحدهما) يفديه بأقل الأمرين كما لو أعتقه أو قتله (والثانية) يلزمه إرث الجنيات كلها بالغة ما باغت لأنه لو سلمه احتمل أن يرغب فيه راغب بأكثر من قيمته فتد فوت تلك الزيادة باختيار أمساكه فكان عليه جميع الإرش ويفارق ما إذا أعتقه أو قتله لأن المحل فيهما تلفت ماليته فلم يمكن تسليمه ولم يجب أكثر من قيمته والمحل باق وههنا يمكن تسليمه وبيعه وإن أُرِدَ المكاتب فدء نفسه قبل تعجيزه أو عنقه ففيه روايتان: (أحدهما) يفدي نفسه بأقل الأمرين (والثاني) إرث الجنيات بالغة ما بلغت لأن محل الإرش قتم غير تالف ويمكن تعجيز نفسه في كل جناية يباع فيها فأشبهه ما لو عجزه سيده

(فصل) وإن جنى المكاتب على سيده فيما دون النفس فليسيد خصمه فيها فإن كانت موجبة للقصاص وجب كما يجب على عبده الثمن لأن القصاص يجب للزجر فيحتاج إليه العبد في حق سيده وإن عفا على مال أو كانت موجبة للمال ابتداءً وجب له لأن المكاتب مع سيده كالأجنبي يصح أن يبايعه ويثبت له في ذمته المال والحقوق كذلك الجناية ويفدي نفسه بأقل الأمرين في إحدى الروايتين والآخرى يفديها بإرث الجناية بالغة ما بلغت فازوفى مافي يده بما عليه لم يسد مطالبته به وأخذه وإن لم يف به فلسيده تعجيزه فإذا عجزه وفسخ الكتابة سقط عنه مال الكتابة وإرث الجناية لأنه عاد عبداً

(الحال الثانية) إذا كان الجاني أجنبياً حراً فلا قصاص ولا يقتل بالعبد فإن سرى الجرح إلى نفسه انفسخت كتابته وعلى الجاني قيمته لسيدته وإن اندمل الجرح فعليه أرش له فإن أدى الكتابة وعثر ثم سرى الجرح إلى نفسه وجبت ديته لأن اعتبار الضمان بحالة الاستقرار ويكون ذلك لورثته فإن كان الجاني السيد أو غيره من ورثته لم يرث منه شيئاً لأن القاتل لا يرث ويكون أميد المال إن لم يكن له وارث ومن اعتبر الجناية بحالة ابتداءها أوجب على الجاني قيمته ويكون أيضاً لورثته

(الحال الثالثة) إذا كان الجاني عبداً أو مكاتباً فإن كان موجب الجناية القصاص وكانت على النفس انفسخت الكتابة وسيدته بالخيار بين القصاص والعفو على مال يتعلق برقبة الجاني وإن كانت فيما دون النفس كقطع يده فلامكاتب استيفاء القصاص وليس لسيدته منعه كما إن المراد يقتص ولا يعترض عليه ورثته والمفلس يقتص ولا يعترض عليه غرماؤه وإن عفا على مال ثبت له وإن عفا مطلقاً أنبى على الروابطين في موجب العمد وإن قلنا مرجبه القصاص عيناً صح ولم يثبت له مال وليس لسيدته مطابته باشتراط مال لأن ذلك تكسب ولا يملك إجباره على الكسب وإن قلنا الواجب أحد أمرين ثبت له دية الجرح لأنه لما ثبت القصاص تعين المال ولا يصح عفو عن المال لأنه لا يملك التبرع بغير إذن سيده وإن صالح على بعض الإرش فحكمه حكم العفو إلى غير مال

(فصل) وإذا مات المكاتب وتولى ديون وأروش جنابات ولم يكن ملك ما يؤدي في كتابته

قنا ولا يثبت لسيده على عبده القن مال وان اعتقه سيده ولا مال في يده سقط الارش لانه كان متعلقاً برقبته وقد أنلفها فسقط وان كان في يده مال لم يسقط لان الحق كان متعلقاً بالذمة وما في يده من المال فاذا تلفت الرقبة بقي الحق متعلقاً بالمال فاستوفي منه كما لو عتق بالاداء وهل يجب اقل الامرين أو أرش الجناية كاه ؟ على وجهين ويستحق السيد مطالبته بارش الجناية قبل أداء مال الكتابة لما ذكرنا من قبل في حق الاجنبي وان اختار تأخير الارش والبداية بقبض مال الكتابة جاز ويعتق إذا قبض مال الكتابة كاه وقل ابو بكر لا يعتق بالاداء قبل ارش الجناية لوجوب تقديمه على مال الكتابة ولنا أن الحقين جميعاً للسيد فإذا تراضيا على تقديم أحدهما على الآخر جاز لان الحق لها لا يخرج عنها ولأنه لو بدأ باداء الكتابة قبل ارش الجناية في حق الاجنبي عتق ففي حق السيد أولى ، ولان ارش الجناية لا يلزم ادائه قبل اندمال الجرح فيمكن تقدم وجوب الاداء عليه فاذا ثبت هذا فانه اذا أدى عتق ويلزمه ارش الجناية سواء كان في يده مال أو لم يكن لان عتقه بسبب من جهته فلم يسقط ماعليه بخلاف ما اذا اعتقه سيده فانه أتلف محل حقه ودهنا بخلافه وهل يلزمه قتل الامرين أو جميع الارش ؟ على وجهين

وان كانت جنائته على ناس سيده فلورثته اقصاص في العمدة أو العتق على مل في الخلع الممل وفيما يفدي به نفسه روايتان وحكم الورثة مع المكاتب حكم سيده معه لان الكتابة انتقلت اليهم

انفسخت الكتابة وسقط ارش الجنائيات لانها متعلقة برقبته وقد تلفت ويستوفي ديونه مما كان في يده فان لم يف بها سقط الباقي قل أحمد ليس على سيده قضاء دينه هذا كان يسمى لنفسه وان كان قد ملك ما يؤدي في كتابته انبنى ذلك على الروايتين في عتق المكاتب بملك ما يؤديه وقد ذكرنا فيه روايتين الظاهر منهما أنه لا يعتق بذلك فتفسخ الكتابة أيضاً ويبدأ بقضاء الدين على ما ذكرنا في الحل الاول وهذا قول زيد بن ثابت وسعيد بن المسيب والحسن وشريح وعطاء وعمر بن دينار وأبي الزناد وبجي الانصاري وربيعه والاوزاعي وأبي حنيفة والشافعي (واثنائية) انه إذا ملك ما يؤدي صار حراً فعلى هذا يضرب السيد مع الغرماء بما حل من نجومه روي نحو هذا عن شريح والنخعي والشعبي والحكم وحامد وابن أبي ليلى والثوري والحسن ابن صالح لانه دن حال فيضرب به كسائر الديون وبجيء على قول من قل ان الدين يحل بالموت ان يضرب بجميع مال الكتابة لانه فد حل بالموت والمذهب الاول الذي نقله الجماعة عن أحمد وقد روى سعيد في سننه ثنا هشيم ثنا منصور وسعيد عن قتادة قال ذكرت لسعيد بن المسيب قول شريح في المكاتب إذا مات وعليه دين وبقية من مكاتبته فتمت ان شريحاً قضى ان مولاه يضرب مع الغرماء فقال سعيد خطأ شريح قضى زيد بالدين قبل الكتابة

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وهي عقد لازم من الطرفين لا يدخلها خيار ولا يملك احد ما فسحها

والعبد لو عاد قنًا لكان لهم ، وان جنى على موروث سيده فورثه سيده فالحكم فيه كما لو كانت الجناية على سيده فيما دون النفس على ماضى

(فصل) وإن اجتمع على الكاتب ارش جناية وثن مبيع أو عوض قرض أو غيرهما من الديون مع مال الكتابة وفي يده مل يفي بها فله أن يؤديها ويبدأ بما شاء منها كالمر وإن لم يفي بها مافي يده وكاها حلة ولا يحجر الحاكم عليه فخص بعضهم بالقضاء صح كالخروان كان فيها مؤجل فعجله بغير اذن سيده لم يحجز لان تعجيله تبرع فلم يحجز بغير اذن سيده كالهبة وان كان يأذن سيده جاز كالهبة وإن كان التعجيل للسيد فتقبله بمنزلة اذنه وإن كان الحاكم قد حجز عليه بسؤال غرمائه فالنظر الى الحاكم وانما يحجز عليه بسؤالهم فان حجز عليه بغير سؤالهم لم يصح لان الحق لهم ولا يستوفي بغير اذنه ، وإن سأله سيده الحجز عليه لم يجبه إلى ذلك لان حقه غير مستقر فلا يحجز عليه من أجله فاذا حجز عليه بسؤال الغرماء فقال اتماضي عندي انه يبدأ بقضاء ثمن المبيع وعوض اقرض يسوي بينهما ريقدهما على ارش الجناية ومال الكتابة لان ارش الجناية محل الرقبة فاذا لم يحصل مما في يده استوفي من رقبته وهذا مذهب الشافعي واتفق أصحابنا والشافعي على تقديم ارش الجناية على مال الكتابة على ماضى بياحه

(فصل) واذا جنى بعض عبيد الكاتب جناية توجب اقصاص فللمجنى عليه الخيار بين اقصاص والمال فان اختار المال أو كانت الجناية خطأ أو شبه عمد أو اتلاف مال تعلق ارشها

وجملة ذلك ان الكتابة عقد لازم من الطرفين لانها عقد معاوضة أشبه عقد النكاح والبيع ولا يدخلها خيار لان الخيار شرع لدفع العين عن المال والسيد دخل على بصيرة ان الحظ لعبده فلا معنى للخيار ولا يملك احدهما فسخها قياساً على سائر العقود اللازمة وعنه ان العبد يملك ذلك وسنذكره ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل كسائر عقود المعاوضات

﴿مسئلة﴾ (ولا تنسخ بموت السيد لانه لم في ذلك خلافاً ولا تنسخ بجنونه ولا الحجز عليه لانه عقد لازم أشبه البيع)

﴿مسئلة﴾ (ويعتق بالاداء الى سيده وقد ذكرنا ذلك وبالاداء الى الورثة)

لانه انتقل اليهم مع بقاء الكتابة فهو كالاداء الى موروثهم ويكون مقسوما بينهم على قدر موارثهم كسائر ديونه فاذا كان له اولاد ذكور واناث فلان ذكر مثل حظ الانثيين ولا يعتق حتى يؤدي الى كل ذي حق حقه فان أدى الى بعضهم دون بعض لم يعتق كما لو كان بين شركاء فأدى الى بعضهم فان كان بعضهم غائباً وله وكيل دفع نصيبه الى وكيله وان لم يكن له وكيل دفع نصيبه الى الحاكم وعتق وان كان مولياً عليه دفع إلى واهيه إما أبيه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه فان كان له وصيان لم يبرأ إلا بالدفع اليهما معاً وان كان الوارث رشيداً قبض لنفسه ولا تصح الوصية ليقبضه اذ لان الرشيد ولي نفسه وان كان بعضهم رشيداً وبعضهم مولياً عليه فحكم كل واحد منهم حكمه

برقبته وللمكاتب فداؤه باقل الامرين من قيمته أو ارش جنابته لانه بمنزلة شرأه وليس له فداؤه بأكثر من قيمته كما لا يجوز له أن يشتريه بذلك إلا أن يأذن فيه سيده فان كان الارش أقل من قيمته لم يكن له تسليمه لأنه تبرع بالزيادة ، وإن زاد الارش على قيمته فهل يلزمه تسليمه أو يفديه باقل الامرين؟ على روايتين

(فصل) فان ملك المكاتب ابنه أو بعن ذوي رحمه المحرم أو ولد له ولد من أمته فنجني جنابة تملق ارشها برقبته وللمكاتب فداؤه بغير اذن سيده كما يفدي غيره من عبيده وقال القاضي في المجرد ليس له فداؤه بغير اذنه وهو مذهب الشافعي لانه اتلاف للماله فان ذوي رحمه ليسوا بماله ولا يتصرف فيهم فلم يجوز له اخراج ماله في مقاباتهم ولان شرأهم كالتبرع ويفارق العبد الاجنبي فانه ينتفع به وله صرفه في كتابته فكان له فداؤه وشرأه كسائر الاموال لكن إن كان لهذا الجنبي كسب فدي منه وإن لم يكن له كسب بيع في الجنابة ان استغرقت قيمته وإن لم تستغرقها بيع بعضه فيها وما بقي المسكاتب

ولنا انه عبد له جنى فملك فداءه كسائر عبيده ولا نسلم انه لا يملك شرأه وقولهم لا يتصرف فيه قلنا إلا أن كسبه له ، وإن عجزه المكاتب صار رقيقاً معه لسيدته وان أدى المكاتب لم يتضرر السيد بعقدهم وانتفع به المكاتب واذا دار أمره بين نفع وانتفاء ضرر وجب أن لا يمنع منه وفارق التبرع فانه

وانفرد فان إذن بعضهم في الاداء إلى الآخر وكان الذي اذن رشيداً فأدى إلى الآخر جميع حقه عتق نصيبه ولا يسري إلى نصيب شريكه ان كان معسراً ويسري إليه ان كان موسراً ويقوم عليه نصيب شريكه كله كما لو كان بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه وهذا ظاهر كلام الخزي وهو أحد قولي الشافعي وقال القاضي لا يسري عتقه وان كان موسراً وهذا القول الثاني للشافعي وقال أبو حنيفة لا يتفق إلا باءاء جميع مال الكتابة لانه أدى بعض مال الكتابة فشببه ما واداه إلى السيد فان أبرأه من مال الكتابة برىء منه وعتق وان أبرأه بعضهم عتق نصيبه وكذلك ان عتق نصيبه منه عتق واختلف في هذا كله كما اختلف فيما إذا أدى إلى بعضهم باذن الآخر

ولنا على أنه يعتق نصيب من أبرأ من حقه عليه أو استوفى نصيبه باذن شركائه انه أبرأه من جميع ماله عليه فوجب ان يلحقه العتق كما لو أبرأه سيده من جميع مال الكتابة وفارق ما اذا أبرأه سيده من بعض مال الكتابة لانه ما أبرأه من جميع حقه

ولنا على سرية عتقه انه اعتاق لبعض العبد الذي يجوز اعتاقه من موسر جائز التصرف غير محجور عليه فوجب ان يسري عتقه كما لو كان قنا ولانه عتق حصل بفعله واختياره فسرى كحل الوفاق فان قيل في السرية اضرار بالشركاء لانه قد يعجز فيرد إلى الرق قلنا اذا كان العتق في محل الوفاق يزيل الرق المتمكن الذي لا كتابة فيه فلان يزيل عرضية ذلك بطريق الاولى

يفوت المال على السيد فان قيل بل فيه مضره وهو منعه من اداء الكتابة فانه اذا صرف المال فيه ولم يقدر على صرفه في الكتابة عجز عنها قلنا هذا الضرر لا يمنع المكاتب منه بدليل ما لو ترك الكسب مع امكانه أو امتنع من الاداء مع قدرته عليه فإنه لا يمنع منه ولا يجبر على كسب ولا اداء فكذلك لا يمنع مما هو في معناه ولا مما يفضي اليه ولان غاية الضرر في هذا المنع من اتمام الكتابة وليس اتمامها واجباً عليه فأشبه ترك الكسب بل هذا أولى لوجهين

(أحدهما) ان هذا فيه نفع للسيد لمصبرهم عبيداً له (والثاني) أن فيه نفعاً للمكاتب باعتاق ولده وذوي رحمه ونفعهم بالاعتاق على تقدير الاداء فاذا لم يمنع مما يساويه في المضره من غير نفع فيه فلأن لا يمنع مما فيه نفع لازم لاحدى الجهتين أولى وولد المكاتبه يدخل في كتابتها والحكم في جنائته كالحكم في ولد المكاتب سواء

(فيل) وان جنى بعض عبيد المكاتب على بعض جنائيه موجبه المال لم يثبت لها حكم لانه لا يجب للسيد على عبده مال وان كان موجبه قصاصاً فقال ابو بكر ايس له القصاص لانه اتلاف لماله باختياره وهذا الذي ذكره ابو الخطاب في رءوس المسائل وقال القاضي له القصاص لانه من مصاحبه مملكه فانه لو لم يستوفه أفضى الى اقدم بعضهم على بعض وليس له العفو على مال لما ذكرنا ، ولا يجوز بيعه في أرش الجنائيه لان الارش لا يثبت له في رقبة عبده فان كان الجاني من عبيده ابنه لم

(فصل) واذا عتق بالاداء الى الورثه فولأؤه لسيدته في احدى الروايتين وهو اختيار الخري في يختص به عصباته دون اصحاب الفروض وهذا قول اكثر الفقهاء واختاره ابو بكر ونقله إسحاق ابن منصور عن أحمد وإسحاق وروى حنبل وصالح بن أحمد عن أبيه قل اختلف الناس في المكاتب يموت سيده وعليه بقيه من كتابته قل بعض الناس الولاء الرجال والنساء وقال بعضهم لا ولا للنساء لان هذا إنما هو دين على المكاتب ولا يرث النساء من الولاء إلا ما كتبن أو أعتقن والذي يغلب علي أنهن يرثن ولو عجز المكاتب بعد وفاة السيد رد رقيقاً ، وهذا قول طاوس والزهرى لان المكاتب انتقل إلى الورثه بموت السيد بدليل أنهم لو أعتقوه بعد عتقهم لكان ولاؤه لهم كما لو انتقل بالشراء ولانه يؤدي إلى الورثه فكان ولاؤه لهم كما لو أدى اليه ولان الورثه إنما ينتقل اليهم ما بقي للسيد وإنما بقي له دين بالعتق فكان الولاء له كما لو أدى اليه ولان الورثه إنما ينتقل اليهم ما بقي للسيد وإنما بقي له دين في ذمة المكاتب والفرق بين الميراث والشراء أن السيد نقل حقه في البيع باختياره فلم يبق له فيه حق من وجه والوارث يخلف الورث ويقوم مقامه ويبي على موروثه ولا ينتقل اليه شيء امكن بقاؤه موروثه والولاء مما أمكن بقاؤه للموروث فوجب أن لا ينتقل عنه وقد ذكرنا ذلك في باب الولاء (فصل) وان أعتقه الورثه صح عتقهم لانه ملك لهم فصح عتقهم له ولأن السيد لو أعتقه نفذ عتقه وهم يقومون مقام موروثهم وولاؤه لهم لقول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » وإن أعتق

يجز بيعه لذلك ، وقال أصحاب الشافعي يجوز بيعه في أحد الوجهين لانه لا يملك بيعه قبل جنائته فيستفيد بالجنانية ملك بيعه

ولنا انه عبده فلم يجب له عليه أرش كلاجنبي وما ذكروه ينتقض بالرهن اذا جنى على راهنه (فصل) وان جنى عبد المكاتب عليه جنائية موجبا للمال كانت هدراً لما ذكرنا وان كان موجبا القصاص فله ان يقتص ان كان فيما دون النفس لان العبد يقتص منه لسيد وان عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال فان كان الجاني أباه لم يقتص منه لان الوالد لا يقتل بولده وان جنى المكاتب عليه لم يقتص منه لان السيد لا يقتص منه لعبده وقال التاضي فيه وجه آخر انه يقتص منه لان حكم الاب معه حكم الاحرار بدليل انه لا يملك بيعه والتصرف فيه وجعلت حرية موقوفة على حرية قل ولا نعلم موضعاً يقتص فيه المملوك من مالكه سوى هذا الموضع

(فصل) واذا جنى على المكاتب فيما دون النفس فارش الجنانية له دون سيده لثلاثة معان (أحدها) ان كسبه له وذلك عوض عما يتعطل بقطع يده من كسبه (والثاني) ان المكاتبه تستحق المهر في النكاح لتعلقه بهضوء من أعضائها كذلك بدل الضوء (والثالث) ان السيد يأخذ مال الكتابة بدلا عن نفس المكاتبه فلا يجوز ان يستحق عنه عوضاً آخر ثم لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون الجاني سيده فلا تصاص عليه لمعنيين (أحدهما) أنه حر والمكاتب عبد

بعضهم نصيبه فعتق عليه كله بالسراية قوم تليه نصيب شركائه وكان ولاؤه له وان لم يسر لكونه معسراً أو لغير ذلك فله ولاء ما اعتقه لا خبر ولا نمة منم عليه فكان الولاء له كغير المكاتب وقل التاضي ان أعتقوه كلهم قبل عجزه كان الولاء للسيد وان أعتق بعضهم لم يسر عتقه ثم ينظر فان أدى الى الباقين عتق كله وكان ولاؤه للسيد وان عجز فردوه الى الرق كان ولاء نصيب المعتق له لانه اولوا اعتاقه لعاد سهمه رقيقاً كسهم سائر الورثة فلما أعتقه كان هو المنعم عليه فكان الولاء له دونهم فأما ان أبراه الورثة كلهم عتق وكان ولاؤه على الروائتين اللتين ذكرناهما فيما إذا أدى اليهم لأن الأبراء جرى مجرى أداء ما عليه ويحتمل ان يكون الولاء لهم لانهم أنعموا عليه بما عتق به أشبه مالو أعتقوه وان أبراه بعضهم من نصيبه كان في ولائه ما ذكرنا من الخلاف

(فصل) إذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه صح بيعهم وهبهم لانهم يقومون مقام موروثهم وهو يملك بيعه وهبته كذلك ورثته ويكون عند المشتري الموهوب له مبقى على ما بقي من كتابته ان عجز فعجزه عاد رقيقاً له ، وان أدى عتق وكان ولاؤه لمن يؤدي اليه على الرواية التي نقول إن ولاءه للورثة إذا أدى اليهم وأما على الرواية الأخرى فيحتمل أن لا يصح بيعه ولا هبته لان ذلك يقتضي ابطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذي كاتبه و ليس ذلك للورثة ويحتمل أن يصح ويكون الولاء للسيد ان أعتق بالكتابة ، لان السيد عقدها فعتق بها فكان ولاؤه له ويفارق ماباعه

(والثاني) أنه مالوكه ولا يقتص من المالك لمملوكه ولكن يجب الارش ولا يجب الا باندمال الجرح على ما ذكرنا في الجنایات ولانه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته الى نفسه فيسقط أرشه فإذا ثبت هذا فانه ان سرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وكان الحكم فيه كما لو قتل وان اندمل الجرح وجب أرشه له على سيده فان كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم تقاص وان كان من غير جنس مال الكتابة او كان النجم لم يحل لم يتقاصا ويطالب كل واحد منهما بما يستحقه وان اتفقا على أن يجعل أحدهما عوضاً عن الآخر وكانا من جنسين لم يجز لانه بيع دين بدين فان قبض أحدهما حقه ثم دفعه الى الآخر عوضاً عن حقه جاز وان رضي المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز اذا كان من جنس مال الكتابة

(الحال الثانية) اذا كان الجاني أجنبياً حراً فلا تقاص أيضاً لان الحر لا يقتل بالمبدول لكن ينظر ان سرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وعلى الجاني قيمته لسيدته وان اندمل الجرح فعليه أرشه له فان أدى الكتابة وعتق ثم سرى الجرح الى نفسه وجبت دية لان اعتبار الضمان بحالة الاستقرار ويكون ذلك لورثته فان كان الجاني السيد او غيره من الورثة لم يرث منه شيئاً لان ائقائل لا يرث ويكون لبيت المال إن لم يكن له وارث، ومن اعتبر الحماية بحالة ابتدائها أوجب على الجاني قيمته ويكون لورثته أيضاً

السيد ، لأن السيد بيده أبطال حق نفسه وله ذلك بخلاف الورثة فانهم لا يملكون ابطال حق موروثهم

(فصل) اذا وصى السيد بمال الكتابة صح فان سلم مال الكتابة الى الموصى له أو وكيله أو وليه ان كان محجوراً عليه برىء منه وعتق وولأوه اسيدته الذي كاتبه لانه المنعم عليه وان أبراه من المال عتق لانه برىء من مال الكتابة فأشبهه مالو ادى وان أعتقه لم يعتق لانه لا يملك رقبته وانما وصى له بالمال الذي عليه وإن عجز ورد في الرق صار عبداً للورثة وما قبضه الموصى له من المال فهو له لانه قبضه بحكم الوصية الصحيحة والأمر في تعجيزه الى الورثة لان الحق يثبت لهم بتعجيزه ويصير عبداً لهم فكانت الخيرة في ذلك اليهم وتبطل وصية الموصى له بتعجيزه وان وصى بمال الكتابة للمساكين ووصى إلى من يقبضه ويفرقه بينهم صح ومتى سلم المال الى الوصي برىء وعتق وان أبراه منه لم يبرأ لان الحق لغيره فان دفعه المكاتب الى المساكين لم يبرأ منه ولم يعتق لان ائتميين إلى الوصي دونه وان وصى بدفع المال إلى غرمانه تعين القضاء منه كما لو وصى به عطية لهم فان كان انما وصى بقضاء ديونه مطلقاً كان على المكاتب ان يجمع بين الورثة والوصي بقضاء الدين ويدفع اليهم محضته لان المال للورثة ولهم قضاء الدين منه ومن غيره وللوصي في قضاء الدين حق لان له منعهم من التصرف في التركة قبل قضاء الدين

(الحال الثالث) إذا كان الجاني عبداً أو مكاتباً فإن كان موجب الجنائية القصاص وكانت على النفس أنفسخت الكتابة وسيده مخير بين القصاص والعفو على مال يتعلق برقبة الجاني وإن كانت فيمادون النفس مثل أن يقطع يده أو رجله فلمالكاتب استيفاء القصاص وليس لسيده منعه كما أن المريض يقبض ولا يعترض عليه ورثته والمفلس يقبض ولا يعترض عليه غرماؤه وإن عفا على مال ثبت له وإن عفا مطلقاً أو إلى غير مال ابنى ذلك على الروايتين في موجب العمد أن قلنا موجب القصاص عيناً صح ولم يثبت له مال وليس للسيد مطالبة باشتراك مال لأن ذلك تكسب ولا يملك السيد إجباره على الكسب وإن قلنا الواجب أحد أمرين ثبتت له دية الجرح لأنه لما سقط القصاص تعين المال ولا يصح عفو عن المال لأنه لا يملك التبرع به بغير إذن سيده وإن صالح على بعض الأرش فحكمه حكم العفو إلى غير مال

(فصل) وإذا مات المكاتب وعليه ديون وأروش جنائيات ولم يكن ملك ما يؤدي في كتابته أنفسخت كتابته وسقط أرش الجنائيات لأنها متعلقة برقبته وقد نلفت ويستوفي دينه مما كان في يده فإن لم يف بها سقط الباقي

قل أحمد ليس على سيده قضاء دينه هذا كان يسمى لنفسه وإن كان قد ملك ما يؤدي في كتابته ابنى ذلك على الروايتين في عتق المكاتب بملك ما يؤديه وقد ذكرنا فيه روايتين الظاهر منهما أنه لا يعتق بذلك فتنسخ الكتابة أيضاً ويبدأ بقضاء الدين على ما ذكرنا في الحال الأولى وهذا قول زيد

(فصل) إذا مات رجل وخاف ابنين وعبداً فادعى العبد أن سيده كاتبه فصدقه ثبتت الكتابة لأن الحق لها وإن أنكره وكانت له بيعة ثبتت الكتابة وعتق بالأداء اليها وإن عجز فاعها رده إلى الرق وإن لم يعجزه وصبر عليه لم يملك النسخ وإن عجزه أحدهما وأبى الآخر تعجزه بقي نصفه على الكتابة ورق النصف الآخر فإن لم تكن له بيعة فالقول قولها مع إيمانها لأن الأصل بقاء الرق وعدم الكتابة وتكون إيمانها على نفي الهم لأنها يمين على نفي فعل الغير فإن حلفا ثبت رقه وإن نكلا قضى عليها أو ردت اليمين عليه عند من يرى ردها فيحلف العبد وتثبت الكتابة وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى برق نصفه وكتابة نصفه وإن صدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبتت الكتابة في نصفه وعليه البيعة في نصفه الآخر فإن لم تكن بيعة وحلف المنكر صار نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً فأن شهد المقر على أخيه قبات شهادته لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً فإن كان معه شاهد آخر كتمت الشهادة وثبتت الكتابة في جميعه وإن لم يشهد غيره فهل يحلف العبد معه؟ على روايتين وإن لم يكن عدلاً أو لم يحلف العبد معه وحلف المنكر كان نصفه مكاتباً ونصفه رقيقاً ويكون كسبه بينه وبين المنكر نصفين ونفقته من كسبه لأنها على نفسه وعلى مالك نصفه فإن لم يكن له كسب كان على المنكر نصف نفقته ثم إن اتفق هو ومالك نصفه على المهالبة مياومة أو مشاهرة أو كيفما كان جاز فإن طلب أحدهما ذلك وامتنع الآخر أجبر عليها في ظاهر كلام أحمد وهو قول أبي حنيفة، لأن

ابن ثابت وسعيد بن المسيب والحسن وشریح وعطاء وعمرو بن دينار وأبي الزناد ويحيى الانصاري وربيعة والاوزاعي وأبي حنيفة والشافعي (والرواية اثنائية) أنه اذا ملك ما يؤدي فقد صار حراً فعلى هذا يضرب السيد مع الغرماء بما حل من نجومه

وروي نحو هذا عن شريح والنخعي والشعبي والحكم وحماذ وابن ابي ليلى واثوري والحسن بن صالح لانه دين له حال فيضرب به كسائر الديون ويحيى على قول من قال ان الدين يحل بالموت أن يضرب بجميع مال الكتابة لانه قد صار حلالاً والمذهب الاول الذي نقله الجماعة عن احمد

وقد روى سعيد في سنده حدثنا هشيم انا منصور وسعيد عن قتادة قال ذكرت لسعيد بن المسيب قول شريح في المكاتب اذا مات وعليه دين وبقية من مكاتبه فقلت ان شريحاً قضى أن مولاه يضرب مع الغرماء؟ فقال سعيداً خطأ شريح قضى زيد بالدين قبل الكتابة

مسئلة قال (واذا كاتبه ثم دبره فاذا أدى صار حراً وان مات الا سيدي قبل الاداء حتى بالتدبير ان حمل الثلث ما بقي من كتابته والاعتق منه بمقدار الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما اعتق وكان على الكتابة فيما بقي)

وجملة ذلك أن تدبير المكاتب صحيح لانعلم فيه خلافاً لانه تعليق عتق بصفة وهو يملك اعتاقه

المنافع مشتركة بينهما فاذا أراد أحدهما حيازة نصيبه من غير ضرر لزم الآخر اجابته كالأعيان وبجتمل ان لا يجبر وهو قول الشافعي لان المهايأة تأخير حقه الحال لكون المنافع في هذا اليوم مشتركة بينهما فلا تجب الاجابة اليه كتأخير دينه الحال فان اقتسما الكسب مناصفة او مهايأة جاز فان لم يف بأداء نجومه فالمقرر رده في الرق وما في يده له خاصة لان المنكر قد اخذ حقه من الكسب وان اختلف المنكر والمقر فيما في يد المكاتب فقال المنكر هذا كان في يده قبل دعوى الكتابة أو كسبه في حياة ابينا وأنكر ذلك المقر فالقول قوله مع يمينه لان المدعي يدعي كسبه في وقت الاصل عدمه فيه ولانه لو اختلف هو والمكاتب في ذلك كان اقول قول المكاتب فكذلك من يقوم مقامه وان أدى الكتابة عتق نصيب المقر خاصة ولم يسر الى نصيب شريكه لانه لم يباشر العتق ولم ينسب اليه وانما كان السبب من أبيه وهذا حاك عن أبيه مقر بفعله فهو كالشاهد ولان المقر بزعم أن نصيب أخيه حر أيضاً لانه قد قبض من العبد مثل ما قبض فقد حصل اداء مال الكتابة اليهما فعتق كاه بذلك وولاء النصف للمقر لان أخاه لا يدعيه والمقر يدعي انه كله عتق بالكتابة وهذا الولاء الذي على هذا النصف من نصبي من الولاء وقل أصحاب الشافعي في ذلك وجهان

(أحدهما) اكتبوا لنا (واثنائي) ان الولاء بين الابنين لانه يثبت لموروثهما فكان لهما بالميراث

وإن كان وصية فهو وصية باعتاقه وهو يملكه فعند هذا ان أدى عتق بالاداء لانه سبب للعتق ويبتل التدبير للغنى عنه وما في يده له وإن عجز وفسخت الكتابة بطلت كتابته وصار مدبراً غير مكاتب فاذا مات السيد عتق ان خرج من الثلث وما في يده لسيدته وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وإن مات السيد قبل ادائه وعجزه عتق بالتدبير ان حمله الثلث وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق لان مال الكتابة عوض عنه فاذا عتق نصفه وجب أن يسقط نصف الكتابة لانه لم تبق الكتابة إلا في نصفه فلم يبق عليه من مالها إلا بقدر ذلك وهو على الكتابة فيما بقي وما في يده له وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه

وقال أحمد حنا اذا عتق بالتدبير بطلت الكتابة وكان ما في يده لسيدته كما لو بطلت الكتابة بعجزه لانه عبد عتق بالتدبير فكان ما في يده لسيدته كغير المكاتب والصحيح الاول ان شاء الله تعالى لانه مكاتب برىء من مال الكتابة فعتق بذلك وكان ما في يده له كما لو أبرأه سيده بحقته أن ملكه كان ثابتاً على ما في يده ولم يحدث ما يزيله وانما الحادث من بل ملك سيده عنه فيبقى ما ملكه كما لو عتق بالاداء

(فصل) اذا قال السيد لمكتابه متى عجزت بعد موتي فانت حر فهذا تعليق للحربة على صفة تحدث بعد الموت وقد ذكرنا فيه اختلافاً فيما مضى فان قلنا لا يصح فلا كلام وإن قلنا يصح فمتى عجز بعد الموت صار حراً بالصفة فان ادعى العجز قبل حلول النجم لم يعتق لانه لم يجب عليه شيء

قال شيخنا والصحيح ما قلناه لما ذكرنا ولا يمتنع ثبوت الولاء للأب واختصاص أحد الابنين به كما لو ادعى أحدهما ديناً لآبيه على انسان وأذكره الآخر فان المدعي يأخذ نصيبه من الدين ويختص به دون اخيه وان كان يرثه عن الاب ولذلك لو ادعياه معا وأقاما به شاهداً واحداً خلف أحدهما مع الشاهد وأبى الآخر فان اعتق أحدهما حصته عتق وسرى الى باقيه ان كان موسراً هذا قول الحنفي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركاً له في عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العبد واعطى شركاؤه حصصهم » ولانه موسر عتق نصيبه من عبد مشترك فسرى الى باقيه كغير المكاتب

وقال ابو بكر والقاضي لا يمتنع الا حصته لانه ان كان الممتق المقر فهو منفذ وان كان المذكور لم يسر الى نصيب المقر لانه مكاتب لغيره وفي سرية العتق اليه ابطال سبب الولاء عليه فلم يجوز ذلك **مسئلة** (وان حل نجم فلم يؤده فللسيد الفسخ وعنه لا يعجز حتى يحل نجمان) لانه لا يعجز حتى يقول قد عجزت)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيما يجوز به للسيد فسخ الكتابة فروي عنه انه يجوز له الفسخ اذا عجز عن نجم واحداً وهو قول الحارث العكلي وابي حنيفة والشافعي لان السيد دخل على ان يسلم له مال الكتابة على الوجه الذي كاتبه عليه ويدفع اليه المال في نجم، مه فاذا لم يسلم له لم يلزمه

يعجز عنه وإن ادعى ذلك بعد حلول نجمه ومعه ما يؤدبه لم يصح قوله لأنه ليس بعاجز وإن لم يكن معه مال ظاهر فصدقه الورثة عتق وإن كذبوه فلقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم المال وعجزه فإذا حلف عتق وإذا عتق بهذه الصفة كان مافي يده له إن لم تكن كتابته فسخت لأن العجز لا تنفسخ به الكتابة وإنما يثبت به استحقاق الفسخ والحرية تحصل بول وجوده فتكون الحرية قد حصلت له في حال كتابته فيكون مافي يده له كما لو عتق بالبراء من مال الكتابة ومقتضى قول بعض أصحابنا إن تبطل كتابته ويكون ما بيده لورثة سيده

(فصل) وإذا كاتب عبداً في صحته ثم أعتقه في مرض موته أو أبرأه من مال الكتابة فإن كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته أو مال كتابته عتق، مثل أن يكون له سوى المكتاب مائتان وقيمة المكتاب مائة ومال الكتابة مائة وخمسون فإن اعتبر قيمته دون مال الكتابة وهي تخرج من الثلث ولو كان مال الكتابة مائة وقيمته مائة وخمسون اعتبرنا مال الكتابة ونفذ العتق ويمتد الباقي من مال الكتابة دون ما أدى منها وإنما اعتبرنا الأقل لأن قيمته إن كانت أقل فهي قيمة ما ألتف بالاعتاق ومال الكتابة ما استقر عليه فإن للعبد اسقاطه بتعجيز نفسه أو يمتنع من ادائه فلا يجبر عليه فلم يحتسب له به وإن كان عوض الكتابة أقل اعتبرناه لأنه يعتق بأدائه ولا يستحق السيد عليه سواه وقد ضف ملكه فيه وصار عوضه، وإن كان كل واحد منهما لا يخرج من الثلث مثل أن يكون ماله سوى المكتاب

عتقه لأنه عجز عن أداء النجم في وقته فجاز في وقته فجاز فسخ كتابته كالنجم الأخير ولأنه تعذر العوض في عقد معاوضة ووجد عين ماله فكان له الرجوع كما لو باع ساعة فافلس المشتري قبل نقد ثمنها (والرواية الثانية) إن السيد لا يملك الفسخ حتى يحل نجمان قبل أدائها وهو ظاهر كلام الخرقى قال القاضي وهو ظاهر كلام أصحابنا روي ذلك عن الحكم وابن أبي ليلى وأبي يوسف والحسن بن صالح لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال لا يرد المكتاب في الرق حتى يتوالى عليه نجمان ولأن ما بين النجمين محل الأداء الأول فلا يتحقق العجز عنه حتى يفوت محله بحلول الثاني (والرواية الثالثة) أنه لا يعجز حتى يقول قد عجزت رواها عنه ابن أبي موسى وروي عنه أنه إذا أدى أكثر مال الكتابة لم يرد إلى الرق واتبع بما بقي وإذا قلنا للسيد الفسخ لم تنفسخ الكتابة بالعجز بل له مطالبة المكتاب بما حل من نجومه لأنه دين له حل فاشبه دينه على الأجنبي وله الصبر عليه وتأخير به سواء كان قادراً على الأداء أو عاجزاً لأنه حق له سماع بتأخيره أشبه الدين على الأجنبي فإن اختار الصبر عليه لم يملك العبد الفسخ بغير خلاف نعلمه

قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المكتاب إذا حل عليه نجم ونجم أو نجومه كلها فوقف اليد عن ماله البتة وتركه بحاله أن الكتابة لا تنفسخ مادام ثابتين على العتد الأول وإن أجله به ثم بدا له الرجوع فله ذلك لأن الحال لا يتأجل بالتأجيل كالقرض وإن اختار

قيمه مائة فاننا نضم الاقل من قيمته أو مال كتابته الى ماله ونعمل بحسابه فيعتق منه ثلثاه ويبقى ثلثه بثلث مال الكتابة فان أداه عتق والارق منه ثلثه

وبحتمل انه إذا كان مال الكتابة مائة وخمسين فيبي ثلثه بخمسين فاداهما أن يقول قد زاد مال الميت لانه حسب على الورثة بمئة وحصل لهم بثلثه خمسون فقد زاد مال الميت فينبغي أن يزيد ما عتق منه لان هذا المال يحصل لم بعقد السيد والارث عنه ويجب ان يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه لان ربه يجب ايتاؤه للمكاتب فلا يحسب من مال الميت فعلى هذا اذ كان ثلاثة أرباع مال المكاتب مئة وخمسين وقيمة العبد مائة والميت مائة أخرى عتق من العبد ثلثاه وحصل للورثة من كتابة العبد خمسون عن ثلث العبد المحسوب عليهم بثلث المائة فقد زاد لهم ثلث الخمسين فيعتق من العبد قدر ثلثها وهو تسع الخمسين وذلك نصف تسعه فصار العتق ثابتاً في ثلثيه ونصف تسعه وحصل للورثة المائة وثمانية اتساع الخمسين وهو مثلاً ما عتق منه فان قيل لم أعتقتم بعضه وقد بقي عليه بعض مال الكتابة وقد قلتم ان المكاتب لا يعتق منه شيء حتى يؤدي جميع مال الكتابة ؟ قلنا انما أعتقنا بعضه ههنا باعتاق سيده لا بالكتابة ولما كان العتق في مرض ماله نفذ في ثلث ماله وبقي باقيه لحق الورثة والموضع الذي لا يعتق الا باداء جميع الكتابة اذا كان عتقه بهالانه اذا بقي عليه شيء فما حصل الاستيفاء ويختص المعاوضة فلم تثبت الحرية في العوض

السيد فسرخ كتابته وردده الى الرق فله ذلك بغير حضور حاكم ولا سلطان ولا يلزمه الاستبناء به ، فعل ذلك ابن عمر وهو قول شريح والنخعي وابي حنيفة والشافعي ، وقال ابن ابي ليلى لا يكون عجزه الا عند قاض ، وحنبي نحوه عن مالك ، وقال الحسن اذا عجز استؤني بعد العجز سنتين ، وقال الاوزاعي شهرين

ولنا ما روى سعيد باسناده عن ابن عمر أنه كاتب عبداً له على الف دينار وعجز عن مائة دينار فردده في الرق وباسناده عن عطية العوفي عن ابن عمر أنه كاتب عبده على عشرين ألفاً فأدى عشرة آلاف ثم اتاه فقل اني طفت العراق والحجاز فردني في الرق فردده وروي عنه انه كاتب عبداً له على ثلاثين ألفاً فقال له انا عاجز فقال له امح كتابتك فقال لي امح انت

وروى سعيد باسناده عن عمر بن شعيب عن ابيه عن جده أن رسول الله ﷺ خطب فقال « ايما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق » ولانه عقد عجز عن عوضه فذلك فسححه كاسلم اذا تعذر السلم فيه فان قيل فلم كانت الكتابة لازمة من جهة السيد غير لازمة من جهة العبد ؟ قلنا بل هي لازمة من الطرفين ولا يملك العبد فسحها وانما له ان يعجز نفسه ويمتنع من الكسب وانما جاز له ذلك لوجهين (أحدهما) أن الكتابة تتضمن اعتاقاً بصمة ومن عاق عتقه بصمة لم يملك ابداً ويلزم وقوع العتق بالصفة ولا يلزم العبد الاتيان بها ولا الاجبار عليها

(فصل) وان وصى سيده باعتاقه أو ابرائه من الكتابا وكان يخرج من ثلثه اقل الامرين من قيمته أو مال كتابته فالحكم فيه كالحكم فيما اذا أعتقه في مرضه أو ابراه الا أنه يحتاج ههنا الى ايقاع العتق لانه أوصى به وان لم يخرج الاقل منها من ثلثه أعتق منه بقدر الثلث ويسقط من الكتابة بقدر ما عتق ويبقى باقيه على باقي الكتابه فان أداه عتق جميعه وان عجز عتق منه بقدر الثلث ورق الباقي وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه في الحال كقولنا فيمن دبر عبداً له وله مال غائب أو دين في ذمة موصر أو معسر انه يعتق ثلثه في الحال وان لم يحصل للورثة في الحال شيء ولان حق الورثة متحقق الحصول فانه ان أدى والا عاد الباقي قنا، وذكر القاضي فيه وحهاً آخر انه لا يتنجز عتق شيء منه إذا لم يكن للميت مال سواه لثلاثينجز للوصية ما عتق منه ويتأخر حق الوارث وكذلك لو كان له مال غائب او دين حاضر لم تنجز وصيته من الحاضر والاول اصح لما ذكرناه واما الحاضر والغائب فانه ان كان أوصى له بالحاضر اخذ ثلثه في الحال ووقف الباقي على قدوم الغائب فقد حصل للموصي له ثلثه الحاضر ولم يحصل للورثة شيء في الحال فهو كسئلتنا ولم يكمل له جميع وصيته لان الغائب غير موثوق بمجصوله فانه ربما تلف بخلاف ما نحن فيه فاما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة فنها تقف على أداء مال الكتابة

﴿مسئلة﴾ قال (وانا ادعى الم كاتب وفاء كتابته واتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حراً)

وهذا قول الشافعي رضي الله عنه لان النزاع بينها في أداء المال والمال يقبل فيه الشاهد واليمين

(الثاني) ان الكتابة لحظ "مد دون سيده فكان لازماً لمن أزم نفسه حظاً غيره وصاحب الحظ بالخيار فيه كمن ضمن لغيره شيئاً او كفيل له او رهن عنده رهنا

(فصل) واذا حل النجم على الم كاتب وماله حاضر عنده طواب به ولم يجوز الفسخ قبل الطلب كما لا يجوز فسخ البيع والسلم بمجرد وجوب الدفع قبل العطب فان طلب منه فذكر انه غائب عن المجلس في ناحية من نواحي البلد او قريب منه على مسافة لا تقصر فيها الصلاة لم يكن احضاره قريباً لم يجوز فسخ الكتابة وامهل بقدر ما يأتي به اذا طلب الامهال لان هذا يسير لا ضرر فيه وان كان معه مال من غير جنس مال الكتابة فطلب الامهال لبيعه بجنس مال الكتابة امهل وان كان المال غائباً اكثر من مسافة القصر لم يلزم الامهال وهذا قول الشافعي وقل أبو حنيفة ان كان له مال حاضر او غائب يرجو قدومه استؤني يومين وثلاثة لا ازيد على ذلك لان الثلاثة آخر حد القلة والتقرب لما بيناه فيما مضى وما زاد عليها في حد الكثرة وهذا كله قريب بعضه من بعض فأما اذا كان قادراً على الاداء واجداً لما يؤديه فامتنع من أدائه أو قال قد عجزت فقال الشريف ابو جعفر وجماعة من أصحابنا المتأخرين ملك السيد الفسخ وهذا الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشرح وظاهر كلام

فإن قيل : اتق هذه الشهادة العتق وهو ما لا يثبت بشاهد ويمين . قلنا بل يثبت بشاهد ويمين في رواية . وإن سلمنا أنه لا يثبت بذلك لكن الشهادة ههنا إنما هي بأداء المال والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الاول ولم يشهد الشاهد به ولا بينهما فيه نزاع ، ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت إلا بشاهدين كما أن الولادة تثبت بشهادة المرأة الواحدة ويترتب عليها ثبوت النسب الذي لا يثبت بشهادة النساء ولا بشاهد واحد

(فصل) فإن لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد فلقول قوله مع يمينه لأنه منكر . وإن قل العبد لي شاهد غائب أنظر ثلاثاً فإن جاء به وإلا حلف السيد ، ثم متى جاء شاهده وأدى الشهادة ثبتت حرته وإن جاء بشاهد فخرج يقال لي شاهد غائب عدل أنظر ثلاثاً لما ذكرنا

(فصل) وإن أقر السيد بقبض مال الكتابة عتق العبد إذا كان ممن يصح إقراره وإن أقر بذلك في مرض موته قبل لأنه إقرار لغير وارث وإقرار المريض لغير وارثه مقبول . وإذا قل استوفيت كتابتي كلها عتق العبد . وإن قل استوفيتها كلها إن شاء الله تعالى وإن شاء زيد عتق ولم يؤثر الاستثناء لأن هذا الاستثناء لا مدخل له في الإقرار

قال أحمد في رواية أبي طالب إذا قال له علي الف إن شاء الله كان مقراً بها . ولأن هذا الاستثناء تعليق بشرط والذي يتعاق بالشرط إنما هو المستقبل وأما الماضي فلا يمكن تعليقه لأنه قد وقع على

الخرقي وهذا مذهب الشافعي وقل أبو بكر بن جعفر ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض وهو قول أبي حنيفة ومالك والاوزاعي وقد ذكر ذلك في كتاب البيع وفيه رواية أخرى أنه إذا قدر على أداء المال كله أنه يصير حراً بملك ما يؤدي وقد ذكرناها

(فصل) فإن حل النجم والمكاتب غائب بغير إذن سيده فله الفسخ وإن كان غاب بأذنه لم يكن له أن يفسخ لأنه أذن في السفر المانع من الأداء لكن يرفع الأمر إلى الحاكم ليجمع للسيد فسخ الكتابة وإن كان قادراً على الأداء طالبه بالخروج إلى البلد الذي فيه السيد ليؤدي مال الكتابة أو يوكل من يفعل ذلك فإن فعله في أول حال الامكان عند خروج القافلة إن كان لا يمكنه الخروج إلا معها لم يجز الفسخ وإن أخره مع الامكان ومضى زمن المسير ثبت للسيد خيار الفسخ وإن كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع المكاتب من الدفع إليه جاز وله الفسخ إذا ثبتت وكالته ببينة بحيث يأمن المكاتب إنكار السيد فإن لم يثبت ذلك لم يلزم المكاتب الدفع إليه وكان له عذر يمنع جواز الفسخ لأنه لا يأمن أن يسلم إليه فينكر السيد وكالته ويرجع على المكاتب بالمال وسواء صدقه في أنه وكيل أو كذبه فإن كتب حاكم البلد الذي فيه السيد إلى حاكم البلد الذي فيه المكاتب ليقبض منه المال لم يلزمه ذلك لأن هذا توكيل لا يلزم الحاكم الدخول فيه فإن الحاكم لا يكلف القبض للبالغ الرشيد فإن اختار القبض جرى مجرى الوكيل ومتى قبض منه المال عتق

صفة لا يتغير عنها بالشرط وإنما يدل الشرط فيه على الشك فيه فكأنه قال استوفيت كتابتي وأنا أشك فيه فيلغو الشك ويثبت الاقرار . وان قل استوفيت آخر كتابتي وقال إنما أردت أني استوفيت النجم الآخر دون ما قبله ، وادعى العبد اقراره باستيفاء الكل فالقول قول السيد لأنه أعرف بمراجه (فصل) إذا أبرأ السيد من مال الكتابة برى . وعتق لأن ذمته خلت من مال الكتابة فأشبهه ما لو أداه ، وان أبرأه من بعضه برى . منه وكان على الكتابة فيما بقي لان البراءة كالإداء . وإن كاتبه على دنانير فأبرأه من دراهم . أو على دراهم فأبرأه من دنانير لم تصح البراءة لانه أبرأه مما لا يجب له عليه إلا ان يريد بقدر ذلك ممالي عليك فإن اختلفا فقتال المكاتب إنما أردت من قيمة ذلك وقال السيد بل ظننت ان لي عليك النقد الذي أبرأتك منه فلم تقع البراءة موضعها فالقول قول السيد مع يمينه لانه اعترف بنيهته وان مات السيد واختلف المكاتب مع ورثته فالقول قولهم مع ايمانهم انهم لا يعلمون موروثهم أراد ذلك ، وان مات المكاتب واختلف ورثته وسيداه فالقول قول السيد لما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يكفر المكاتب بغير الصوم)

وجملته ان المكاتب إذا لزمته كفارة ظهر او جمع في نهار رمضان او قتل او كفارة يمين لم يكن له التكفير بالمال لانه عبد ولانه في حكم المعسر . بدليل انه لا يلزمه زكاة ولا نفقة قريب وله اخذ

﴿مسئلة﴾ (وليس للعبد فسخها بحال)

لأنها عقد لازم ومقصودها ثبوت الحرية في العبد وذلك حق لله تعالى فلا يملك العبد فسخه وان كان له فيه حظ وعنه له ذلك لان العقد لحظه فملك فسخه كالمترهن انه فسخ الرهن دون الراهن وان اتفق هو والسيد على فسخها جاز لان الحق لهما فجاز بانفاقها كفسخ البيع والاجارة

﴿مسئلة﴾ (ولو زوج ابنته من مكاتبه ثم مات انفسخ النكاح)

إذا زوج السيد ابنته من مكاتبه برضاها ثم مات السيد وكانت من الورثة انفسخ النكاح وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن لا ينفسخ حتى يعجز وبه قال ابو حنيفة لانها لا ترثه وانما يملك نصيبها من الدين الذي عليه بدليل أن الوارث لو أبرأ المكاتب من الدين عتق وكان الولاء للميت لا للوارث فان عجز وعاد رقيقاً قلنا انفسخ النكاح حينئذ لانها ملكت نصيبها منه

ولنا أن المكاتب مملوك لسيداه ولا يعتق بموته فوجب ان ينتقل الى ورثته كسائر أملاكه ولانها لا يجوز لها ابتداء نكاحه لأجل الملك فانفسخ نكاحها بتجدد ذلك فيه كما عبد القن ، وأما كون الولاء للميت فلان السبب وجد منه فنسب العتق اليه وثبت الولاء له إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن ترثه كله أو ترث بعضه لانها اذا ملكت منه جزءاً انفسخ النكاح فيه فبطل في باقيه لانه لا ينجز فان كانت لا ترث أباه لم يمنع من مواع الميراث فنكاحها

الزكاة لحاجته . وكفارة العبد والمعسر الصيام . وان اذن له سيده في التكفير بالمال جاز لانه بمنزلة التبرع ويجوز له التبرع باذن سيده ولان المنع لحقه وقد اذن فيه ولا يلزمه التبرع بالمال اذا اذن فيه السيد لان عليه ضرراً فيه لما يفضي اليه من تفويت حرته كما ان التبرع لا يلزمه باذن سيده .
وقل انما ضي المكاتب كالعبد القن في التكفير ومتى اذن له سيده في التكفير بالمال انبني على ملك العبد إذا ملكه سيده ، فان قلنا لا يملك لم يصح تكفيره بعنق ولا إطعام ولا كسوة سواء ملكه سيده او لم يملكه وسواء اذن فيه او لم يأذن لانه يكفر بما ليس يملك له فلم يصح وان قلنا يملك بالتملك صح تكفيره بالطعام إذا اذن فيه وان اذن له في التكفير بالعتق فهل يصح ؟ على روايتين سبق ذكرهما في تكفير العبد . والصحيح ان هذا تفصيل لا يتوجه في المكاتب لانه يملك المال بغير خلاف وانما ملكه ناقص لتعلق حق سيده به فاذا اذن له سيده فيه صح كالتبرع

(مـثلة) قال (وولد المكاتب الذين ولدتهم في الكتابة يعتقدون بمثلها)

وجماته أنه يصح مكتبة الامة كما تصح مكتبة العبد لا خلاف بين اهل العلم فيه وقد دل عليه حديث بزيرة وحديث جويرة بنت الحارث ولانها داخله في عمره قوله (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاوتهم ان علمتم فيهم خيراً) ولانها يمكنها التمسك والاداء فهي كالعبد وانما

باق بحاله والحكم في سائر الورثة من النساء كالحكم في البنات وكذلك لو تزوج رجل مكتبة فورثها او بمضاه انفسخ نكاحه لذلك

﴿ مسألة ﴾ (ويجب على السيد ان يؤتيه ربع مال الكتابة ان شاء وضعه عنه وان شاء قبضه ثم دفعه اليه)

الكلام في الايتاء في خمسة نصول وجوبه وقدره وجنسه ووقت جوازه ووقت وجوبه (الفصل الاول) انه يجب على السيد ايتاء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه روي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الشافعي واسحاق وقل برودة والحسن والبخاري والثوري ومالك وابو حنيفة ليس بواجب لانه عقد معاوضة فلا يجب فيه الايتاء كسائر عقود المعاوضات ولنا قول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) وظاهر الأمر الوجوب قل علي رضي الله عنه : ضعوا عنه ربع مال الكتابة وعن ابن عباس قل ضعوا عنهم من مكاتبهم شيئاً وتفارق الكتابة سائر العقود فان اقصدها رفق العبد بخلاف غيرها ولان الكتابة يستحق بها الولاء على العبد مع المعاوضة فكذلك يجب ان يستحق العبد على السيد شيئاً فن قيل المراد بالايتاء اعطاؤه سهام الصدقة والتدب الى التصديق عليه وليس ذلك واجبا بدليل ان العقد يوجب العوض عليه فكيف يقتضي اسقاط شيء منه ؟ قلنا أما الأول فن علمنا وابن عباس فسراه بما ذكرنا وهما أعلم بتأويل القرآن وحمل

المكاتبه بولد من غير سيدها اما من نكاح أو غيره فهو تابع لها موقوف على عتمها فان عتمت بالاداء أو الابرء عتق وان فسخت كتابتها وعادت الى الرق عادرقيقا

وهذا قول شريح ومالك وأبي حنيفة والثوري واسحاق وسواء في هذا ما كان حملا حال الكتابة وما حدث بعدها وقل أبو نؤور وابن المنذر هو عبد قن لا يتبع أمه وللشافعي قولان كالمذهبين واحتجوا بان الكتابة غير لازمة من جهة العبد فلا تسري الى الولد كالتعليق بالصفة .

ولنا أن الكتابة سبب ثابت للعتق لا يجوز ابطاله فسرى الى الولد كلاستيلاد ويفارق التعليق بالصفة فان السيد يملك ابطاله بالبيع . إذا ثبت هذا فالكلام في الولد في فصول أربعة في قيمته إذا تلف وفي كسبه وفي نفقته وفي عتقه ، أما قيمته إذا تلف فقال أبو بكر هو لأمه تستمين بها على كتابتها لان السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبداً فلا يستحق قيمته ولانه بمنزلة جزء منها ولو جني على جزء منها كان ارشه لها كذلك ولدها وإذا لم يستحقها هو كانت لأمه لان الحق لا يخرج عنهما ولان ولدها لو ملكته بهبة أو شراء كانت قيمتها فكذلك لو تبعها . يحتمقه أنه اذا تبعها صار حكمه حكمها ولا يثبت ملك السيد في منافعه ولا في ارش الجناية عليه كما لا يثبت له ذلك فيها، وقال الشافعي في أحد قوله تكون القيمة لسيدها لانها لو قتلت كانت قيمتها لسيدها فكذلك ولدها والفرق بينهما

الأمر على الندب يخالف مقتضى الأمر فلا يصار اليه إلا بدليل وقولهم ان العتق يوجب عليه فلا يسقط عنه قلنا إنما يجب الرفق به عند آخر كتابته رفقاً به ومواساة له وشكراً لنعمة الله تعالى كما تجب الزكاة مواساة من النعمة التي أنعم الله تعالى بها على عبده ولان العبد ولي جمع هذا المال وتعب فيه فافتضى الحال مواساة منه كما أمر النبي ﷺ باطعام عبده من الطعام الذي ولي حره ودخانه واختص هذا بالوجوب لان فيه معونة على العتق واعانة لمن يحق على الله تعالى عونونه فان أبا هريرة قال قال رسول الله ﷺ «ثلاثة حق على الله تعالى عونهم المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الاداء والناسك الذي يريد العفاف» قال الترمذي هذا حديث حسن

(الفصل الثاني) في قدره وهو الربع ذكره الخري وأبو بكر وغيرهما من أصحابنا روي ذلك عن علي وقال قتادة العشر وقال الشافعي وابن المنذر يجزي ما يقع عليه الاسم وهو قول مالك إلا أنه عنده مستحب لقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) ومن للتبعيض والقليل بعض فيكتفى به وقال ابن عباس ضعوا عنهم من مكاتبهم شيئاً ولانه قد ثبت أن المكاتب لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة بما ذكرنا من الاخبار ولو وجب إيتاؤه الربع لوجب ان يعتق إذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة ولا يجب عليه أداء مال يجب رده اليه وقد روي عن ابن عمر انه كاتب عبداً له على خمسة وثلاثين ألفاً فأخذ منه ثلاثين وترك له خمسة

أن الكتابة تبطل بقتلها فيصير مالها لسيدها بخلاف ولدها فإن العتق باق بعد قتله فنظير هذا اتلاف بعض أعضائها والحكم في اتلاف بعض أعضائها كالحكم في اتلافه وأما كسبه وأرش الجنابة عليه فينبغي أيضا أن يكون لأمه لان ولدها جزء منها تابع لها فأشبهه بقية أجزائها ولان اداها لكتابتها سبب اعتقه وحصول الحرية له فينبغي ان يصرف فيه بمنزلة صرفه اليه إذ في عجزها رقا وفوات كسبه عليه وأما فقته فعلى أمه لانها تابعة لكسبه وكسبه لها فنقته عليها وأما عتقه فانه يعتق بادائها أو ابرائها ويرق بعجزها لأنه تابع لها وان ماتت المكاتب على كتابتها بطلت كتابتها وعاد رقيقا قنا الا أن تخاف وفاء فيكون على الروايتين وأن اعتقها سيدها لم يعتق ولدها لانه إنما تبعها في حكم الكتابة وهو العتق بالاداء وما حصل الاداء وانما حصل عتقها باهر لا يتبعها فيه فاشبهه ما لو لم تكن مكاتبه ومقتضى قول أصحابنا الذين قالوا تبطل كتابتها بعتمها أن يعود ولدها رقيقا ومقتضى قولنا أنه يبقى على حكم الكتابة ويعتق بالاداء لان العتق لم يوجد ما يبطله وانما سقط الاداء عنها لحصول الحرية بدونه فإذا لم يكن لها ولد يتبعها في الكتابة ولا في يدها مال يأخذه لم يظهر حكم بقاء العتق ولم يكن في بقاءه فائدة فانتفى لانتفاء فائدته وفي مسثلتنا في بقاءه فائدة لافضائه الى عتق ولدها فينبغي أن يبقى

ويحتمل أن يعتق باعتاقها لانه جرى مجرى ابرائها من مال الكتابة والحكم فيما إذا اعتقت باستيلاء

ولنا ماروي أبو بكر باسناده عن علي عن النبي ﷺ (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) قال «ربع المكاتب» وروي موقوفا عن علي ولانه مال يجب إيتاؤه مواساة بالشرع فكان مقدرا كالكلمة ولان حكمة إيجابه الرفق بالمكاتب وإعانتة على تحصيل العتق وهذا لا يحصل باليسير الذي هو أقل ما يقع عليه الاسم فلم يجز أن يكون هو الواجب وقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله) اذاورد غير مقدر فيه فان السنة بينته وقدرته كالكلمة

(الفصل الثالث) في جنسه ان قبض مال الكتابة ثم أعطاه منه أجزأ لان الآية تقتضيه ، وان وضع عنه مما وجب عليه جز لان الصحابة رضي الله عنهم فسروا الآية بذلك ولانه ابلغ في النفع وأعون على حصول العتق فيكون أفضل من الايتاء وتدل الآية عليه من طريق التنبيه وان أعطاه من جنس مال الكتابة من غيره جاز ويحتمل أن لا يلزم المكاتب قبوله ، وهو ظاهر كلام الشافعي لان الله تعالى أمر بالاياء منه

وانا انه لا فرق في المعنى بين الايتاء منه والاياء من غيره اذا كان من جنسه فوجب أن يتساويا في الاجزاء كالكلمة وغير النصوص اذا كان في معناه الحق به ولذلك جاز الخط عنه وليس هو بايتاء لما كان في معناه وان آتاه من غير جنسه مثل أن يكتبه على دراهم فيعطيه دنانير او عروضا لم يلزمه قبوله لانه لم يؤت منه ولا من جنسه ويحتمل لزوم حصول الرفق به فان رضي المكاتب بها جاز

أو تدبير أو تعاقب بصفة كالحكم فيما إذا أعتقها لأنها عتقت بغير الكتابة وإن اعتق السيد الولد دونها صح عتقه نص عليه أحمد في رواية مهنا لأنه مملوك فصاح عتقه كامه ولأنه لو اعتقه معها لصح ومن صح عتقه مع غيره صح مفرداً كسائر مماليكه .

وقال القاضي وقد كان يجب أن لا ينفذ عتقه لأن فيه ضرراً بامه بتفويت كسبه عليها لأنها كانت تستعين به في كتابتها ولعل أحمد نفذ عتقه تفليماً للعتق والصحيح أنه يعتق وما ذكره القاضي من الضرر لا يصح لوجوه (أحدها) أن الضرر إنما يحصل في حق من له كسب يفضل عن نفقته فاما من لا كسب له فتخليصها من نفقته نفع محض فلا ضرر في اعتاقه لأنه لا يفضل لها من كسبه شيء ينتفع به فكان ينبغي أن لا يقيد الحكم الذي ذكره بهذا القيد (الثاني) أن النفع بكسبها ليس بواجب لها بدليل أنه لا يملك إجباره على الكسب فلم يكن الضرر بفواته معتبراً في حقها . (الثالث) أن مطلق الضرر لا يكفي في منع العتق الذي تحقق مقتضيه ما لم يكن له أصل يشهد بالاعتبار ولم يذكر له أصلاً ثم هو ما نفي أعتق الفلاس والراهن وسراية العتق إلى ملك الشريك فإنه يعتق مع وجود الضرر بتفويت الحق اللازم فهذا أولى

(الفصل الرابع) في وقت جوازه وهو من حين العقد لقول الله تعالى (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً وآتوهم) وذلك يحتاج إليه من حين العقد وكما عجله كان أفضل لأنه يكون أنفع كالكسب (الفصل الخامس) في وقت وجوبه وهو حين العتق لأن الله تعالى أمر بايتائه من المال الذي آتاه وإذا آتى المال عتق فيجب ايتاؤه حينئذ قل علي رضي الله عنه الكتابة على تجمين والايثاء من الثاني فإن مات السيد قبل ايتائه فهو دين في تركته لأنه حق واجب فهو كسائر ديونه فإن ضاقت التركة عنه وعن غيره من الديون تحاصوا في التركة بقدر حقوقهم ويتقدم على الوصايا لأنه دين وقد قضى النبي ﷺ أن الدين قبل الوصية

﴿مسئلة﴾ (فإن أدى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن الربع عتق ولم تنسخ الكتابة في قول القاضي وأصحابه)

وهو قول أبي بكر لأنه يجب رده إليه فلا يرد إلى الرق لعجزه عنه لأنه عجز عن أداء حق هو له لاحق للسيد فيه فلا معنى لتعجزه فيما يجب رده إليه وقول علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال « إذا أصاب المكاتب حداً وميراً ورث بحساب ما عتق منه ويؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقي دية عبد » رواه الترمذي وقال حديث حسن ، وروى عن عمر وعلي أنه إذا أدى الشطر فلأرق عليه وروى ذلك عن النخعي

(فصل) فأما ولد ولدها فان حكمه حكم أمه لان ولد المكاتب لا يتبعه وأما ولد بنتها فهو كبنيتها وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا تسري الكتابة اليه لان السراية انما تكون مع الاتصال وهذا ولد منفصل فلا تسري اليه بدليل أن ولد ام الولد قبل أن يستولدها لا يسرى اليه الاستيلاء وهذا الولد اتصل بامه دون جدته

ولنا ان ابنتها ثبت لها حكمها تبعاً فيجب أن يثبت لابنتها حكمها تبعاً كما يثبت حكم أمها ، ولان البنت تبعت أمها فيجب أن يتبعها ولدها لان عليه إتباعها لانها موجودة في ولدها ولان البنت تعلق بها حق العتق فيجب أن يسري الي ولدها كالكاتبة وهذا الخلاف في ولد البنت التابعة لامها في الكتابة فأما المولودة قبل الكتابة فلا تدخل في الكتابة فابنتها أولى

﴿ مسئلة ﴾ قال (ويجوز بيع المكاتب)

وهذا قول عطاء والنخعي والليث وابن المنذر وهو قديم قولي الشافعي قال ولا وجه لقول من

وقال عبد الله بن مسعود اذا أدى قدر قيمته فهو غريم وظاهر كلام الحرقى انه لا يعنى حتى يؤدي جميع الكتابة

وروى الاثرم عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهري أنهم قالوا : المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وهو قول القاسم وسالم وساجان بن يسار وعطاء وقنادة والثوري وابن شبرمة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي ، وزوي ذلك عن أم سلمة لما روى سعيد ثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فحجز عن عشر أواق فهو رقيق »

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » رواه ابو داود ولانه عوض عن المكاتب فلا يعنى قبل ادائه كالتقدر المنفق عليه ولانه لو عتق بعضه لسرى إلى باقيه كما لو باشره بالعتق

فأما حديث ابن عباس فمحمول على مكاتب لرجل مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بكتابته وأنكر الآخر فأدى الى المقر وما أشبهها من الصور جمعاً بين الاخبار وتوفيقاً بينها وبين القياس ، ولان قول النبي ﷺ « اذا كان لاحد اكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه » دليل على اعتبار جميع ما يؤدي وروى سعيد باسناده عن ابي قلابة قال : كن أزواج رسول الله ﷺ لا يحتجبن من

مكاتب قال لا يجوز. وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى انه لا يجوز بيعه وهو قول مالك وأصحاب الرأي والجديد من قولي الشافعي لانه عقد يمنع استحقاق كسبه فيمنع بيعه كبيعته وعتقه
وقال الزهري وأبو الزناد : يجوز بيعه برضاه ولا يجوز اذا لم يرض ، وحكي ذلك عن أبي يوسف لأن بريرة انما بيعت برضاها وطبها ولان لسيدته استيفاء منافع برضاه ولا يجوز بغير رضاه كذلك بيعه .

ولنا ما روى عروة عن عائشة أنها قالت جاءت بريرة إلي فقالت يا عائشة اني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فاعينيني ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً فقالت لها عائشة ونقتس فيها ارجعي إلى أهلك إن أحبوا ان أعطيهم ذلك جميعاً فعدت بريرة إلى أهلها فعرضت عليهم ذلك فأبوا وقالوا ان شئت أن تحتسب عليك: فلتفعل ويكون ولاؤك لنا فذكرت ذلك عائشة لرسول الله ﷺ فقال « لا يمنحك ذلك منها ابتاعي واعتقي انما الولاء لمن أعتق » فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « ما بال ناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرطه أوثق وانما الولاء لمن أعتق » متفق عليه

قال ابن المنذر بيعت بريرة بعلم النبي ﷺ وهي مكاتبه ولم ينكر ذلك ففي ذلك أين البيان ان بيعه جائز ولا أعلم خبراً يعارضه ولا أعلم في شيء من الاخبار دليلاً على عجزها وتأوله له الشافعي على

ما بقي عليه دينار ويجوز ان يتوقف العتق على اداء الجميع وإن وجب رد البعض اليه كما لو قال اذا أدبت إلي فانت حر والله علي رد ربعها اليك فانه لا يعتق حتى يؤديها وإن وجب عليه رد بعضها

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (واذا كاتب عبداً له كتابة واحدة بعوض واحد صح)

مثل ان يكاتب ثلاثة أعبد له بالف فيصح في قول أكثر أهل العلم منهم عطاء وسليمان بن موسى وأبو حنيفة ومالك والحسن بن صالح واسحاق وهو المنصوص عن الشافعي وقال بعض أصحابه فيه قول آخر أنه لا يصح لان العقد مع ثلاثة كعقود ثلاثة عوض كل واحد منهم مجهول فلم يصح كما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بعوض واحد

ولنا أن جملة العوض معلومة وانما جهل تفصيله فلم يمنع صحة العقد كما لو باعهم لواحد وعلى قول من قال إن العوض يكون بينهم على السواء فقد علم أيضاً تفصيل العوض وعلى كل واحد منهم ثلث وكذا يقول فيما لو باعهم لثلاثة إذا ثبت هذا فكل واحد منهم مكاتب بمحضته من الإلصاق يقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد لانه حين المعاوضة وزوال سلطان السيد عنهم فاذا أدهمعتق، وهذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن صالح والشافعي واسحاق وقال أبو بكر عبد العزيز يتوجه لابي

انها كانت قد عجزت وكان بيعها فسخاً لكتابتها وهذا التأويل بعيد يحتاج إلى دليل في غاية القوة وليس في الخبر ما يدل عليه بل قولها أعينيني على كتابتي دلالة على بقائها على الكتابة ولانها أخبرتها ان نجومها في كل عام أوقية فالعجز انما يكون بمضي عامين عند من لا يرى العجز إلا بحلول نجمين أو بمضي عام عند الآخرين والظاهر أن شراء عائشة لها كان في أول كتابتها ولا يصح قياسه على أم الولد لان سبب حريتها مستقر على وجه لا يمكن فسخه بحال فأشبهه الوقف والمكاتب يجوز رده إلى الرق وفسخ كتابته اذا عجزت فترقا

قال ابن أبي موسى وهل للسيد أن يبيع المكاتب باكثر مما عيه؟ على روايتين ، ولان المكاتب عبد مملوك لسيد لم يتحتم عتقه فجاز بيعه كالمعلق عتقه بصنعة والدليل على انه مملوك قول النبي ﷺ « المكاتب عبد مابق عليه درهم » وان مولاته لا يلزمها ان تحتجب منه بدليل قوله عليه السلام « اذا كان لاحد اكن مكاتب فملك ما يؤدي فلتحتجب منه » فيدل على انها لا تحتجب قبل ذلك وقد روينا في هذا عن نبهان مولى أم سلمة انه قال : قالت لي ام سلمة يا نبهان هل عندك ما تؤدي؟ قلت نعم فاخرجت الحجاب بيدي وبينها وروت هذا الحديث، قال فقلت لا والله ما تؤدي ولا أنا بمؤد وانما سقط الحجاب عنها منه لكونه مملوكا ولانه يصح عتقه ولا يصح عتق من ليس بمملوك ويرجع عند العجز إلى كونه قنأ ولو صار حراً ما عاد إلى الرق ويفارق اعتاقه لأنه يزيل الرق

عبدالله قول آخر أن العوض بينهم على عدد ره وسهم فيتساوون فيه لانه أضيف اليهم اضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو قر لهم بشيء

وانا ان هذا عوض فيتمسك على العوض كما لو اشترى شقصاً وسيفاً وكما لو اشترى عبيداً فرد واحداً منهم بعب أو تلف أحدهم ورد الآخر ويخلف الاقرار فانه ليس بعوض إذا ثبت هذا فأنتهم أدى حصته عتق وهذا قول الشافعي وقال ابن أبي موسى لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة وحكي ذلك عن أبي بكر وهو قول مالك وحكي عنه أنه إذ امتنع أحدهم من الكسب مع القدرة عليه أجبر عليه الباقي واحتجوا بان الكتابة واحدة بدليل أنه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقي ولا يحصل العتق إلا بآداء جميع الكتابة كما لو كان المكاتب واحداً وقال أبو حنيفة ان لم يقل لهم السيد ان اديتم عتقتم فإيهم أدى بحصته عتق وان ادوا جميعها عتقوا كلهم ولم يرجع على صاحبه بشيء وان قال لهم ان اديتم عتقتم لم يعتق واحد منهم حتى يؤدي الكتابة كلها ويكون بعضهم حميلاً عن بعض ويأخذ ايهم شاء بالمال وايهم أداها عتقوا كلهم ويرجع على صاحبه بحصتها ولنا أنه عقد معاوضة مع ثلاثة فيبرأ كل واحد منهم بآداء حصته كما لو اشترى عبيداً وكما لو لم يقل لهم ان اديتم عتقتم على أبي حنيفة فان قوله ذلك لا يؤثر لان استحقاق العتق بآداء العوض لا بهذا القول بدليل أنه يعتق بالآداء بدون هذا القول ولم يثبت كون هذا القول مانعاً من العتق وقوله ان

بالنكالية وليس بعقد وانما هو اسقاط الملك فيه ، وأما بيعه فلا يمنع مالكة بيعه ، وأما البائع فلم يبق له فيه ملك بخلاف مسئلتنا

(فصل) وتجوز هبته والوصية به ونقل الملك فيه لانه في معنى بيعه ، وقد روي عن احمد انه منع هبته لان الشرع انما ورد ببيعه والصحيح جوازها لان ما كان في معنى المنصرص عليه ثبت الحكم فيه **(مسألة)** قال (ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب فاذا أدى صار حرا وولاؤه لمشتريه فان لم بين البائع للمشتري انه مكاتب فهو مخير بين أن يرجع في الثمن أو يأخذ ما بينه وبينه سليما ومكاتبيا)

وجملة ذلك ان الكتابة لاتنسخ بالبيع ولا يجوز ابطالها ولا نعلم في هذا خلافا قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ان بيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته ببيعه اذا كان ماضيا فيها مؤديا ما يجب عليه من نجومه في أوقاتها غير جائز وذلك لانها عقد لازم فلا تبطل ببيع العبد كاجارته ونكاحه ويبقى على كتابته عند المشتري وعلى نجومه كما لو كان عند البائع مبقى على مابق عليه من كتابته ويؤدي الى المشتري كما كان يؤدي الى البائع فان عجز فهو عبد لمشتريه لانه صار سيده ، وان أدى عتق وولاؤه لمشتريه لان حق المكاتب فيه انتقل الى المشتري فصار للمشتري

هذا العقد كتابة واحدة ممنوع فان العقد مع جماعة عمود بدليل البيع ولا يصح القياس على كتابة الواحد لان ما قدره في مقابلة عتقه وههنا في مقابلة عتقه ما يخصه فافترا اذا ثبت هذا فانه ان شرط عليهم في العقد ان كل واحد منهم ضامن عن الباقيين فسد الشرط والعقد صحيح وقال أبو الخطاب فيه رواية اخرى ان الشرط صحيح وخرجه ابن حامد وجهاً بناء على الروايتين في ضمان الحر لمال الكتابة وقال الشافعي العقد والشرط فاسدان لان الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العقد بدونه لان السيد انما رضي بالعقد بهذا الشرط فاذا لم يثبت لم يكن راضيا بالعقد وقال مالك وأبو حنيفة العقد والشرط صحيحان لانه من مقتضى العقد عندهما

ولنا ان مال الكتابة ليس بلازم ولا ماله الى اللزوم فلم يصح ضمانه كما لو جعل المال صفة مجردة في العتق فقال ان أدت الي الغا فانت حر ولان الضامن لا يلزمه أكثر من المضمون عنه ومال الكتابة لا يلزم المكاتب فلا يلزم الضامن ولان الضمان تبرع وليس للمكاتب تبرع ولانه لا يملك الضمان عن حر ولا عن ليس معه في الكتابة فكذلك من معه وأما العقد فصحيح بدليل ان الكتابة لاتفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة

(فصل) إذا مات بعض المكاتبين سقط قدر حصته نص عليه أحمد في رواية حنبل وكذلك ان اعتق بعضهم وعن مالك ان اعتق السيد أحدهم وكان مكتسباً نفذ عتقه لعدم الضرر فيه وهذا مبني على أنه لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع مال الكتابة وقد مضى الكلام فيه

هو المعتق ولهذا قال النبي ﷺ « ابتاعي واعتقي فانما الولا لمن أعتق » ولما أراد أهلها اشتراط ولائها أنكر ذلك وأخبر ببطلانه وإذا لم يعلم المشتري كونه مكاتباً ثم علم ذلك فله فسخ البيع أو أخذ الارش لان الكتابة عيب لكون المشتري لا يقدر على التصرف فيه ولا يستحق كسبه ولا استخدامه ولا الوطاء ان كانت أمة وقد انعقد سبب زوال الملك فيه فيملك الفسخ بذلك كمشتري الامة المزوجة او المعيبة فيتخير حينئذ بين فسخ البيع والرجوع بالثمن وبين امساكه وأخذ الارش وهو قسط ما بينه مكاتباً وبينه رقياً فبنا فيقال كم قيمته مكاتباً وكم قيمته لو كان غير مكاتب؟ فذا قيل قيمته مكاتباً مائة وقيمه غير مكاتب مائة وخمسون والثمن مائة وعشرون فقد نقصته الكتابة ثلث قيمته فيرجع بثلث ثمنه وهو أربعون ولا يرجع بالخمسين التي نقصت بالكتابة من قيمته على ما قرر في البيع

(فصل) فأما بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه فلا يصح، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي وابو ثور، وقل عطاء وعمر بن دينار ومالك يصح لان السيد يملكها في ذمة المكاتب فجاز بيعها كسائر أمواله

ولنا انه دين غير مستقر فلم يجز بيعه كدين السلم ودليل عدم الاستقرار انه معرض للسقوط بعجز المكاتب ولانه لا يملك السيد اجبار العبد على أدائه ولا الزامه بتحصيله فلم يجز بيعه كالعدة بالتبرع ولانه غير مقبوض وقد نهى النبي ﷺ عن بيع ما لم يقبض فان باعه فليبيع باطل وليس للمشتري

(فصل) فان أدى احد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل اداء ما عليه بغير علم سيده لم يصح لان هذا تبرع وليس له التبرع بغير اذن سيده فان كان قد حل نجم صرف ذلك فيه وان لم يكن حل عليه نجم فله الرجوع فيه وان علم السيد بذلك ورضي بقبضه عن الآخر صح لان قبضه له راضياً مع العلم دليل على الاذن فيه فجاز كما لو اذن فيه صريحاً وان كان الاداء بعد ان عتق صح سواء علم السيد أو لم يعلم فاذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه وكان قد قصد التبرع عليه لم يرجع به وان اداه محتمساً بالرجوع عليه باذن المؤدى عنه رجع عليه لانه قرض وان كان بغير اذنه لم يرجع عليه لانه تبرع عليه باء مالا يلزمه اداؤه بغير اذنه فلم يرجع عليه كما لو تصدق عنه صدقة تطوع وبهذا فارق سائر الديون وان كان باذنه وطلب استيفاء قدم على اداء مال الكتابة كسائر الديون وان عجز عن أدائه فخكمه حكم سائر الديون وهذا كله مذهب الشافعي

﴿مسئلة﴾ (وان اختلفوا بعد الاداء في قدر ما أدى كل واحد منهم فالقول قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه)

وهذا إذا ادوا وعتقوا فقال من كثرت قيمته ادينا على قدر قيمنا وقال الآخر بل ادينا على السواء فبقيت لنا على الاكثر بقية فمن جعل العوض بينهم على عددهم قل القول قول من يدعي التسوية ومن جعل على كل واحد قدر حصته فعنده فيه وجهان (أحدهما) القول قول من يدعي

مطالبة المكاتب بتسليمه اليه وله الرجوع بالثمن على البائع ان كان دفعه اليه فان سلم المكاتب الى المشتري نجومه فيه وجهان (أحدهما) يعتق لان البيع تضمن الاذن في القبض فأشبهه قبض الوكيل (والثاني) لا يعتق لانه لم يستنبه في القبض وانما قبض لنفسه بحكم البيع الفاسد فكان القبض أيضاً فاسداً ولم يعتق بخلاف وكيله فانه استنابه، ولو صرح بالاذن فليس بمستنيب له في القبض وانما أذنه بحكم المعاوضة فلا فرق بين التصريح وعدمه فان قلنا يعتق بالاداء يرى المكاتب من مال الكتابة ويرجع السيد على المشتري بما قبضه لانه كالذائب عنه فان كان من جنس الثمن وكان قد تلف تقاصاً بقدر أقلها ورجع ذو الفضل بفضله وان قلنا لا يعتق بذلك فمال الكتابة باق على المكاتب ويرجع المكاتب على المشتري بما دفعه اليه ويرجع المشتري على البائع فان سلمه المشتري الى البائع لم يصح التسليم لانه قبضه بغير اذن المكاتب فأشبهه مالو أخذه من ماله بغير اذنه فان كان من غير جنس مال الكتابة تراجماً بالكل واحد منهما على الآخر وان باعه ما أخذه بماله في ذمته و كان مما يجوز البيع فيه جاز اذا كان ما قبضه السيد باقياً وان كان قد تلف ووجب قيمته وكانت من جنس مال الكتابة تقاصاً وان كان المقبوض من جنس مال الكتابة فتحاسبه جاز

(فصل) واذا كانت الكتابة ذات ولديتها فباعها معاً صح لانها ملكه ولا مانع من بيعها ويكونان عند المشتري كما كانا عند البائع سواء وان باع أحدهما دون صاحبه او باع أحدهما لرجل وباع الآخر لغيره لم يصح لوجهين

التسوية لان ايديهم على المال فيتساوون فيه (والثاني) قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه لان الظاهر ان الانسان لا يؤدي الا ما عليه

(فصل) فان جنى بعضهم جنائته عليه دون صاحبه وبهذا قال الشافعي وقال مالك يؤدون كما هم ارشه فان عجزوا رقوا

ولنا قول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى) وقول النبي ﷺ « لا يجني جان إلا على نفسه » ولانه لو اشترك رجلان وتعاقدا لم يحمل أحدهما جنائة صاحبه فكذا ههنا ولان ما لا يصح لا يتضمنه عقد الكتابة ولا يجب على أحدهما بفعل الآخر كالتقصاص وقد بينا ان كل واحد منهما مكاتب بقدر حصته فهو كالمفرد بعقده

(فصل) اذا شرط المكاتب في كتابته ان يوالي من شاء فاشترط باطل والولاء لمن أعتق لانعلم في بطلان الشرط خلافاً لما روت عائشة رضي الله عنها قالت كانت في بريرة ثلاث قضايا اراد أهلها ان يبيعوها ويشترطوا الولاء فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال « اشترتها واشترط لي لم يوالها فانما الولاء لمن أعتق » فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « أما بعد

(أحدهما) أنه لا يجوز التفريق بين الام وولدها في البيع الا بعد البلوغ في إحدى الروايتين (والثاني) أن الولد تابع لأمه ولها كسبه وعليها نفقته فصار في معنى مملوكها فلم يجز التفريق بينه وبينها ويحتمل أن يجوز ذلك إذا كان بالغاً لأنه محل للبيع صدر فيه التصرف من أهله ويكون عند من هو عنده على ما كان عليه قبل بيعه لها كسبه وأرش الجناية عليه وعليها نفقته ويمتق بمتقها كما لو بيع والله أعلم

(فصل) وان وصى بالمكاتب لرجل فقال أبو بكر قال أحمد الوصية به جائزة لأنه يرى بيعه وكذلك هبته ويقوم من انتقل اليه مقام مكاتبه في الأداء اليه وان عجز عاد اليه رقيقاً له قنا وإن عتق فالولاء له كما ذكرنا في المشتري سواء فان عجز في حياة الموصي لم تبطل الوصية لان رقه لا ينافي الوصية وان أدى وعتق في حياة الموصي بطلت الوصية ومن منع بيع المكاتب منع الوصية فيه وهبته فان قال ان عجز ورق فهو لك بعد موتي صحت الوصية اذا عجز في حياة الموصي وان عجز بعد موته لم يستحقه لان الشرط بطل بموته كما لو قال لعبد ان دخلت الدار فأنت حر بعد موتي فلم يدخلها حتى مات سيده وان قل ان عجزت بعد موتي فهو لك فهذا تعليق للوصية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا في صحتها وجهين

(فصل) وان وصى بكتابه لرجل صحت الوصية لانها تصح بما ليس بمستقر كما تصح بما لا يملكه

فما بان اناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط، قضاء الله احق وشرط الله اوثق انما الولاء لمن اعتق « متفق عليه ولان الولاء لا يصح نقله بدليل ان النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته وقال « انما الولاء لمن اعتق » ولانه لحمة كاحمة النسب فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه كالقراية ولانه حكم العتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق كما لا يصح اشتراط حكم النكاح لغير الناكح ولا حكم البيع لغير العاقد وسواء شرط ان يوالي من شاء أو شرط لبائعه أو لرجل آخر بعينه ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط نص عليه أحمد وقال الشافعي تفسد به كما لو شرط عوضاً مجهولاً ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الشروط الفاسدة في البيع ولنا حديث بريرة فان أهلها شرطوا لهم الولاء فأمر النبي ﷺ بشرائها مع هذا الشرط وقال « انما الولاء لمن اعتق » ويفارق جهالة العوض فانه ركن العقد لا يمكن تصحيح العقد الا به وربما أفضت جهالته الى التنازع والاختلاف وهذا شرط زائد فاذا حذفناه بقي العقد صحيحاً بحاله فان قيل المراد بقوله عليه السلام « اشترطي لهم الولاء » أي عليهم لان النبي ﷺ لا يأمر بالشرط الفاسد واللام تستعمل بمعنى على كقوله تعالى (وان أسأتم فلها) قلنا لا يصح لثلاثة وجوه (أحدها) أنه يخالف وضع اللفظ والاستعمال

(والثاني) ان أهل بريرة أبو هذا الشرط فكيف يأمرها النبي ﷺ بشرط لا يقبلونه؟

في الحال من ثمرة شجرة وحمل جاريته وللموصى له ان يستوفي المال عند حلوله وله ان يبرى منه فاذا استوفاه أو أبرأه منه عتق المكاتب والولاء لسيدته لانه المنعم عايه وإن عجز المكاتب فأراد الوارث تمجيزه وأراد الموصى له انذاره فالقول قول الوارث لان حق الموصى له في المال ما دام العقد قائماً وحق الوارث متعلق به إذا عجزه يرد في الرق وليس للموصى له ابطال حق الوارث من تمجيزه وان أراد الوارث انظاره وأراد الموصى له تمجيزه لم يكن له لان الحق في التمجيز والفسخ للوارث ولا حق للموصى له في ذلك ولا يبيع لان حقه يسقط به ومتى عجز عاد عبداً للورثة وان وصى لرجل بما تعجله المكاتب صح لانها وصية بصفة فان عجل شيئاً فهو للموصى له وان لم يعجل شيئاً حتى حلت نجومه بطلت الوصية .

(فصل) وان وصى بمال الكتابة لرجل وبرقبته لآخر صحت الوصيتان فان أدى الى صاحب المال أو أبرأه منه عتق قال أصحابنا وتبطل وصية صاحب الرقبة ، ويحتمل أن لا تبطل ويكون الولاء له لانه أقامه مقام نفسه في استحقاق الرقبة ولو لم يوص بها لكان الولاء له فاذا وصى بها كان الولاء لمن وصى له بها ولانه لو وصى له بالمكاتب مطلقاً لكان الولاء له فكذلك اذا وصى برقبته لان الولاء يستفاد من الوصية بالرقبة دون الوصية بالمال وان عجز فسخ صاحب الرقبة كتابته وكان رقيقاً له وبطلت الوصية بالمال وان كان صاحب المال قد قبض من كتابته شيئاً فهو له وان اختلفا في فسخ الكتابة عند العجز

(الثالث) ان ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط لانه مقتضى العتق وحكمه ولان في بعض الالفاظ « لا يمنعك هذا الشرط منها ، ابتاعي واعتقي » وانما أمرها النبي ﷺ بالشرط تعريفنا لنا ان وجود هذا الشرط كعدمه وانه لا ينقل الولاء عن المعتق

(فصل) فان شرط السيد على المكاتب ان يرثه دون ورثته أو مزاحمتهم في موارثتهم فهو شرط فاسد في قول عامة العلماء منهم الحسن وعطاء وشريح وعمر بن عبد العزيز والنخعي واسحاق واجاز اياس بن معاوية ان يشرط شيئاً من ميراثه ولا يصح لانه يخالف كتاب الله وكل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل وروى سعيد ثنا هشيم عن منصور عن ابن سيرين باسناده أن رجلاً كاتب مملوكه واشترط ميراثه فلما مات المكاتب خاصم ورثته إلى شريح فقضى شريح بميراث المكاتب لورثته فقال الرجل ما يعني شرطي منذ عشرين سنة ؟ فقال شريح كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط كالذي قبله

(فصل) فان شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق جاز وبه قال عطاء وابن شبرمة وقال مالك والزهري لا يصح لانه يتنافى مقتضى العقد أشبهه مالو شرط ميراثه

ولنا أنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه أعتق كل من يصلي من سبي العرب وشرط عليهم : أن يخدموا الخليفة من بعدي ثلاث سنوات ولانه اشترط خدمة في عقد الكتابة أشبهه مالو شرطها قبل

قدم قول صاحب الرقبة لأنه يقوم مقام الورثة على ما بيناه فيما تقدم وقياس هذه المسئلة انه لو وصى لرجل برقبة المكاتب دون مال الكتابة أنه يصح لان الوصية بالرقبة دون المال صحيحة فيما إذا وصى بها لرجل وحده وأوصى بالمال لآخر

(فصل) وإذا كانت الكتابة فاسدة فأوصى لرجل بما في ذمة المكاتب لم تصح الوصية لانه لا شيء في ذمته، وان قال وصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة صح لان الكتابة الفاسدة يؤدي فيها المال كما يؤدي في الصحيحة وان وصى برقبة المكاتب صح لان الوصية برقبة المكاتب تصح في الكتابة الصحيحة في الفاسدة أولى .

(فصل) وتصح الوصية لمكاتبه لانه مع سيده في المعاملة كلاجنبي ولذلك جاز أن يدفع اليه زكاته فان قال ضعوا عن مكاتبتي بعض كتابته أو بعض ما عليه وضعوا ماشاءوا قليلا كان أو كثيراً من أول نجومه أو من آخرها وان قال ضعوا عنه نجما من نجومه فاهم ان يضعوا أي نجم شاءوا كما لو قال ضعوا أي نجم شئتم وسواء كانت نجومه متفقة أو مختلفة لان اللفظ يتناول واحداً منها غير معين وان قال ضعوا عنه أي نجم شاء كان ذلك الى مشيئته فيلزمهم وضع النجم الذي يختار وضعه لأن سيده جعل المشيئة له وإن قال ضعوا عنه أكبر نجومه لزمهم أن يضعوا أكبرها ما لا لانه أكبرها قدراً، وإن قال ضعوا عنه أكثر نجومه لزمهم أن يضعوا عنه أكثر من نصفها لان أكثر الشيء يزيد على نصفه

العتق ولانه شرط نفعاً معلوما أشبهه مالو شرط عوضاً معلوما ولا نسلم انه يتنافى مقتضى العقد فان مقتضاه العتق عند الاداء وهذا لا يتنافى

(فصل) إذا كاتبه على الفين في رأس كل شهر الف وشرط أن يعتق عند أداء الاول صح في قياس المذهب ويعتق عند أدائه لان السيد لو أعتقه بغير أداء شيء صح فكذلك اذا أعتقه عند أداء البعض ويبقى الآخر ديناً عليه بعد عتقه كما لو باعه نفسه به

﴿مسئلة﴾ (وتجوز كتابة بعض عبده فاذا أدى عتق كله قاله ابو بكر)

لانها معاوضة فصحت في بعضه كالبيع فاذا أدى جميع كتابته عتق كله لانه إذا سرى العتق فيه إلى ملك غيره فالملكه أولى ويجب أن يؤدي إلى سيده مثلي كتابته لان نصف كسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق ونصفه يؤدي في الكتابة إلا أن يرضى سيده بتأدية الجميع في الكتابة فيصح وإذا استوفى المال كله عتق نصفه بالكتابة وباقيه بالسراية

﴿مسئلة﴾ (وتجوز كتابة حصته من العبد المشترك بغير إذن شريكه)

إذا كان لرجل نصف عبد فكاتبه صح سواء كان باقيه حراً أو مملوكاً غيره وسواء أذن الشريك أو لم يأذن وهذا ظاهر قول الخرقى وأبي بكر وهو قول الحكم وابن أبي ليلى وحكي عن الحسن البصري والحسن بن صالح ومالك والعمري وكره الثوري وحامد كتابته بغير إذن شريكه، وقال

فاذا كانت نجومه خمسة وضعوا ثلاثة ، وإن كانت ستة وضعوا أربعة ويحتمل أن ينصرف ذلك إلى واحد منها أكبرها مالا بمنزلة قوله أكبر نجومه فان كانت نجومه متساوية تعين الاحتمال الاول ، وإن قال وضعوا عنه أوسط نجومه فلم يكن فيها إلا وسط واحد تعينت الوصية فيه مثل أن تكون نجومه متساوية القدر والاجل وعددها منفرد فيتعين وضع أوسطها عدداً فاذا كانت خمسة فالأوسط الثالث وإن كانت سبعة فالأوسط الرابع ، وإن كان عددها مزدوجاً وهي مختلفة المقدار فبعضها مائة وبعضها مئتان وبعضها ثلاثمائة فأوسطها المئتان فتعين الوصية فيه لانه أوسطها وإن كانت متساوية القدر مختلفة الاجل مثل أن يكون اثنان منها الى شهر وواحد الى شهرين وواحد الى ثلاثة أشهر تعينت الوصية فيما هو الى شهرين لانها أوسطها

وان اتفقت هذه المعاني الثلاثة في واحد تعينت الوصية فيه وان كان لها أوسط في القدر وأوسط في الاجل وأوسط في العدد يخالف بعضها بعضاً فذلك الى اختيار الورثة فلهم وضع ماشاءوا منها وإن اختلف الورثة والمكاتب فيما اراد الموصي منها فالقول قول الورثة مع ايمانهم انهم لا يعلمون ما اراد الموصي ثم التعمين اليهم ومتى كان فيها أوسطان عين الورثة احدهما ومتى كان العدد وتراً فأوسطه واحد فان كان شفعاً كأربعة وستة فأوسطه اثنان وهكذا القول فيما اذا وصى بأوسط نجومه وإن قال وضعوا عنه ماخف او قال ما يثل او ما يكسر كان ذلك الى تقدير الورثة لان كل شيء يخف

الشرطي ان فعل رددته إلا أن يكون بعده فيضمن لشريكه نصف ما في يده وقال ابو حنيفة يصح باذن الشريك ولا يصح بغير اذنه وهو أحد قولي الشافعي إلا أن أباحنيفة قل الاذن في ذلك اذن في تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ولا يرجع الاذن بشيء منه ، وقال ابو يوسف ومحمد يكون جميعه مكتاباً ، وقال الشافعي في أحد قوله ان كان باقيه حراً صحت كتابته وان كان مملوكاً لم يصح سواء اذن فيه الشريك أم لم يأذن لان كتابته تقتضي اطلاقه في الكسب والسفر وملك نصفه يمنع ذلك ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات لثلايصير كسباً فيستحق سيده نصفه ولانه اذا أدى عتق جميعه فيفضي الى أن يؤدي نصف كتابته ثم يعتق جميعه

ولنا أنه عقد معاوضة على نصيبه فصح كبيعه ولانه ملك له يصح بيعه وهبته فصحت كتابته كما لو ملك جميعه ولانه ينفذ اعتاقه فصحت كتابته كالعبد الكامل وكما لو كان باقيه حراً عند الشافعي أو اذن فيه الشريك عند الباقيين وقولهم انه يقتضي المسافرة والكسب واخذ الصدقة قلنا المسافرة فليست من مقتضيات الاصلية فوجود مانع منها لا يمنع اصل العقد ، وأما الكسب وأخذ الصدقة فانه لا يمنع كسبه واخذه الصدقة بجزئه المكاتب ولا يستحق الشريك شيئاً منه لانه انما يستحق ذلك بالجزء المكاتب ولا حق للشريك فيه فكذلك ما حصل به كما لو ورث شيئاً بجزئه الحر ، وأما الكسب فان هاباه مالك نصفه فكسب في نوبته شيئاً لم يشاركه فيه أيضاً وإن لم يهايته فكسب

الى جنب ماهو أخف منه كما قال أصحابنا فيما اذا وصى بمال عظيم او كثير او ثقيل او خفيف وان قال ضعوا عنه أكثر ماعليه وضع عنه النصف واذنى زيادة ، وان قال ضعوا عنه أكثر ماعليه ومثل نصفه فذلك ثلاثة ارباع واذنى زيادة وان قال ضعوا عنه أكثر ماعليه ومثله فذلك الكتابة كلها وزيادة عليها فيصح في الكتابة ويبطل في الزيادة لعدم محلها ، وان قال ضعوا عنه ماشاء فشاء وضع كل ماعليه وضع ماعليه لان وصيته تتناوله وان قل ضعوا عنه ماشاء من مال الكتابة لم يكن له وضع الكل لان من لتبعض فلا تتناول الجميع ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنعنو ما ذكرناه

(مسئلة) قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ذارحمه من المحرم عليه نكاحه لم يتموا حتى يؤدي وهم في مالكم فان عجز فهم عيب لسيده)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين

(أحدهما) انه يصح أن يشتري من ذوي ارحامه من يعتق عليه بغير اذن سيده وهذا قول الثوري واسحاق واصحاب الرأي وقال الشافعي لا يصح لانه تصرف يؤدي الى اتلاف ماله لانه يخرج من ماله ما يجوز له التصرف فيه في مقابلة مالا يجوز له التصرف فيه فأشبه الهبة فان أذن له سيده فيه فمنهم من قل يجوز قولاً واحداً وهو قول مالك لان المنع لحق سيده فجاز باذنه ومنهم من قل فيه قولان

بجماته شيئاً كان بينهما له بقدر ما فيه من الجزء المكاتب ولسيده الباقي لانه كسبه بجزئه المملوك فيه فأشبهه ما لو كسب قبل كتابته فقسم بين سيده وقولهم انه يفضي الى ان يؤدي بعض الكتابة فيعتق جميعه فلنا يبطل هذا بما لو علق عتق نصيبه على اداء مال فانه يؤدي عوض البعض ويعتق الجميع على انا نقول لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة فان جميع الكتابة هو الذي كاتبه عليه مالك نصفه ولم يبق منها شيء فلا يعتق حتى يؤدي جميعها ولانه لا يعتق الجميع بالاداء وانما يعتق الجزء المكاتب لا غير وبقيه ان كان المكاتب معسراً لم يعتق وان كان موسراً عتق بالسراية لا بالكتابة ولا يمتنع هذا كما لو اعتق بعضه عتق جميعه وإذا جاز عتق جميعه باعتاق بعضه بطريق السراية جاز ذلك فيما يجري مجرى العتق

● مسئلة ● (وإذا أدى ما كوتب عليه ومثله لسيده الآخر عتق كله ان كان الذي كاتبه موسراً وعليه قيمة حصه شريكه)

وجملة ذلك ان احد الشريكين إذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يتمد الجزء الحر الذي كاتبه لان الكتابة عقد معاوضة فلم تسر كالبيع وليس للعبد ان يؤدي الى مكاتبه شيئاً حتى يؤدي الى شريكه مثله سواء اذن الشريك في كتابته او لم يأذن لانه انما اذن في كتابة نصيب شريكه وذلك يقتضي ان يكون نصيبه باقياً له هذا إذا كان الكسب لجميعه فان ادى الكتابة من جميع كسبه لم

ولنا انه اشترى مملوكا لاضرر في شرائه فصح كالاجنبي وبيانه انه يأخذ كسبهم ، وان عجز صاروا رقيقاً لسيد ، ولانه يصح ان يشتريه غيره فصح شراؤه له كالاجنبي ويفارق الهبة لانها تفوت المال بغير عوض ولا نفع يرجع الى المكاتب ولا السيد ولانه تحقق السبب وهو صدور التصرف من اهله في محله ولم يتحقق المانع لان ما ذكره لانصر فيه ولا أصل له يقاس عليه
(الفصل الثاني) انهم لا يعتقون بمجرد ملكه لهم لانه لو باشرهم بالعتق أو أعتق غيرهم لم يقع العتق فلا يقع بالشراء الذي أقيم مقامه ولا يجوز له بيعهم ولا هبتهم ولا اخراجهم عن ملكه . وقال اصحاب الرأي له بيع من عدا المولودين والوالدين لانهم ليست قرابتهم قرابة حرية ولا تعصية فأشبهوا الاجانب ولنا انه ذو رحم يعتن عليه اذا عتق ولا يجوز بيعه كالوالدين والمولودين ولانه لا يملك بيعهم اذا كان حراً فلا يملكه مكاتباً كوالديه ولا يملكهم زلوا منزلة أجزائه فلم يملك بيعهم كيداه فاذا أدى وهم في ملكه عتقوا لانه كل ملكه فيهم وزال تعلق حق سيد عنهم فعتقوا حينئذ وولاؤهم له دون سيدهم لانهم عتقوا عليه بعد زوال ملك سيده عنه فيكون بمنزلة ما لو اشترى بعد عتقه وان عجز ورد في الرق صاروا عبيداً للسيد لانهم من ماله فيصيرون للسيد بعجزه كعبيده الاجانب

(فصل) وكسبهم للمكاتب لانهم مما يملكه ونفقتهم عليه بحكم الملك لا بحكم القرابة وان أعتقهم السيد لم يعتقوا لانه لا يملكهم فلا يملك التصرف فيهم وان أعتقهم المكاتب بغير اذن سيده لم يعتقوا

يعتق لان الكتابة الصحيحة تقتضي العتق ببراءته من العوض وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له وان ادى اليها جميعاً عتق كله لان نصفه يعتق بالاداء فاذا عتق سرى الى سائرته ان كان الذي كاتبه موسراً وتلزمه قيمة نصيب شريكه لان عتقه بسبب من جهة أشبه ما لو باشره بالعتق او علق عتق نصيبه بصفة عتق بها فأما ان ملك شيئاً بجزئه المكاتب كمن هاباه سيده فكسب شيئاً في نوبته أو أعطي من الصدقة من سهم الرقاب فلا حق لسيد في له أداء جميعه في كتابته لانه يستحق ذلك بما فيه من الكتابة فأشبهه النصف الباقي بعد اعطاء الشريك حقه ولو كان ثلثه حراً وثلثه مكاتباً وثلثه رقيقاً فورث بجزئه الحر ميراثاً وأخذ بجزئه المكاتب من سهم الرقاب فله دفع ذلك كله في كتابته لانه ما استحق بجزئه الرقيق شيئاً منه فلا يستحق مالكة منه شيئاً واذا أدى جمع كتابته عتق فان كان الذي كاتبه موسراً لم يسر العتق ولم يتعد نصيبه كما اذا واجهه بالعتق إلا على الرواية التي تقول فيها بالاستسعاء فانه يستسعى في نصيب الذي لم يكتسب وان كان موسراً سرى الى باقيه

﴿مسئلة﴾ (وان أعتق الشريك قبل أدائه عتق عليه كله إن كان موسراً وعليه قيمة نصيب

المكاتب وقال أبو بكر واماضي لا يسري الى النصف المكاتب)

لانه قد انعقد للمكاتب سبب الولاء فلا يجوز ابطاله الا أن يعجز فيقوم عليه حينئذ ، وقال ابن أبي ليلى عتق الشريك موقوف حتى تنظر ما يضمن في الكتابة فان أداها عتق وكان المكاتب

لتعلق حق سيده بهم وان أعتقهم باذنه عتقوا كما لو أعتق غيرهم من عبيده وان أعتقه سيده عتق وصاروا رقيقاً للسيد كما لو عجز لان كتابته تبطل بعته كما تبطل بموته وعلى ما اخترناه يمتقون لانه عتق قبل فسخ الكتابة فوجب أن يعتقوا كما لو عتق بالابراء من مال الكتابة او بادائه يحقق هذا أن الكتابة عقد لازم يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه واكتسابه ويبقى حق السيد في ملك رقبته على وجه لا يزول الا بالاداء او ما يقوم مقامه فلا يتسلط السيد على ابطالها فيما يرجع الى ابطال حق المكاتب وانما يتسلط على ابطال حقه من رقبة المكاتب فينفذ في ماله دون مال المكاتب ، وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى ، وان مات المكاتب ولم يخلف وفاء عاد رقيقاً ، وقال ابو يوسف ومحمد يسهون في الكتابة على نجومها ، وكذلك ام ولده ، وقال ابو حنيفة في الولد خاصة ان جاء في بالكتابة حالة قبلت منه وعتق

ولنا أنه عبد للمكاتب فصار بموته لسيدته إذا لم يخلف وفاء كلاجبي وان خلف وفاء انبنى على الروايتين في فسخ الكتابة على ما تقدم

(فصل) وان وهب له بعض ذوي رحمه فله قبوله ، وان وصى له به فله قبول الوصية لانه اذا ملك شراء مع ما فيه من بدل ماله فلان يجوز بغير عوض أولى واذا ملكه فخكه حكم مالواشتره (فصل) ويجوز أن يشتري المكاتب امرأته والمكاتبه زوجها لان ذلك يجوز لغير المكاتب فجاز

ضامناً لقيمة نصيب شريكه وولاؤه كله للمكاتب وان عجز سرى عتق الشريك وضمن نصف القيمة للمكاتب وولاؤه كله له وأما الشافعي فلا يجوز كتابته الا باذن شريكه في أحد قوله فان كاتبه باذن شريكه فأعتق الذي لم يكاتب فهل يسري في الحل أو يقف على العجز ؟ فيه قولان

ولنا أنه عتق لجزء من العبد من موصر غير محجور عليه فسرى إلى باقيه كالقن وقولهم انه يفضي الى ابطال الولاء قلنا إذا كان العتق يؤثر في ابطال الملك الثابت الذي الولاء من بعض آثاره فلان يؤثر في نقل الولاء بمفرده أولى ولانه لو أعتق عبداً له اولاد من معتقة قوم نقل ولأهم اليه فاذا نقل ولأهم الثابت باعتاق غيرهم فلان ينقل ولأهم لم يثبت بعد باعتق من عليه الولاء أولى ولانه نقل الولاء عن لم يفرم له عوضاً فلان ينقله بالعوض أولى فانتقال الولاء في موضع جر الولاء ينبه على سراية العتق وانتقال الولاء الى المعتق لكونه أولى من ثلاثة أوجه (أحدها) أن الولاء ثم ثابت وهذا بعرض الثبوت (الثاني) أن النقل حصل ثم باعتاق غيره وههنا باعتاقه (الثالث) أنه انتقل بغير عوض وههنا بعوض

(فصل) وإن كان المعتق معسراً لم يسر عتقه وكان نصيبه حراً وباقيه على الكتابة فان ادى عتق عليهما وكان ولاؤه بينهما وان عجز عاد الجزء المكاتب رقيقاً قنا إلا على الرواية التي تقول يستسعى العبد فانه يستسعى عند عجزه في قيمة باقيه ولا يستسعى في حال الكتابة لان الكتابة سعاية فيما اتفقا

للكتاب كسراء الاجانب وينفسخ النكاح بذلك وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا ينفسخ لان الكتاب لا يملك بدليل أنه لا يجوز له التسري ولا يعتق والده وولده إذا اشتراه فأشبهه العبد القن ولنا أن الكتاب يملك ما اشتراه بدليل أنه ثبت له الشفعة على سيده ولسيده عليه ويجري الربا بينه وبينه وإنما منع من التسري لتعلق حق سيده بما في يده كما يمنع الرهن من الوطء مع ثبوت ملكه ولم يعتق عليه ذور رحمه لذلك فإذا اشترى أحدهما الآخر فله التصرف فيه لانه أجنبي منه (فصل) وإذا زوج السيد ابنه من مكاتبة برضاها ثم مات السيد وكانت من ورثته انفسخ النكاح وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا ينفسخ النكاح لانها لا ترثه وإنما تملك نصيبها من الدين الذي عليه بدليل أن الوارث لو أبرأ الكتاب من الدين عتق وكان الولاء للميت لالوارث فان عجز وعاد رقيقاً انفسخ النكاح حيثئذ لانها ملكت نفسها منه

ولنا أن الكتاب مملوك لسيدة لا يعتق بموته فوجب أن ينتقل الى ورثته كسائر أملاكه ولانها لا يجوز لها ابتداء نكاحه لاجل الملك فانفسخ نكاحها بتجدد ذلك فيه كالعبد القن وأما كون الولاء للميت فلان السبب رجد منه فنسب العتق اليه وثبت الولاء له . إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن ترثه كله او ترث نصيبها منه لانها إذا ما ملكت منه جزءاً انفسخ النكاح فيه فبطل في باقيه لانه لا يتجزأ وكذلك لو اشترت زوجها أو جزءاً منه او ورثت شيئاً من العبد القن بطل نكاحها وان كانت لا ترث أباه المانع من موانع الميراث فنكاحها باق بحاله والحكم في سائر الورثة من النساء كالميت في البنت وكذلك لو تزوج رجل مكاتبة فورثها او ورث شيئاً منها انفسخ نكاحه لذلك والله أعلم

عليه فاستغني بها عن السعاية فيما يحتاج الى التقويم فإذا عجز وفسخت الكتابة بطلت ورجع الى السعاية في القيمة وحديث ابن عمر حجة لما ذهبنا اليه وهو ما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال « من اعتق شركاً له في عبد فان كان معه ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل واعطي شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد والافقد عتق منه ما عتق » متفق عليه ورواه مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر وهذا الحديث حجة على من خالفه وهذا قول الخريقي والله تعالى أعلم

﴿ مسألة ﴾ (وإن كاتباً عبدهما جاز سواء كان على التساوي أو انتفاضل ولا يجوز أن يؤدي اليهما إلا على التساوي)

إذا كان العبد لرجلين فكاتباه معاً سواء تساويا في العوض أو اختلفا فيه وسواء اتفق نصيبها فيه أو اختلفا وسواء كان في عقد واحد أو عقدين صح وبهذا قال ابو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز أن يتفاضلا في المال مع التساوي في الملك ولا التساوي في المال مع انتفاضل في الملك لان ذلك يؤدي إلى أن ينتفع أحدهما بمال الآخر لانه إذا دفع إلى أحدهما أكثر من قدر ملكه ثم عجز رجع عليه الآخر بذلك

﴿مسئله﴾ قال (واذا كان العبد لثلاثة فجاءهم بثلاثمائة درهم فقال بيوني نفسي بها فاجابوه فلما عاد اليهم ليكتبوا له كتابا أنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً وشهد الرجلان عليه بالأخذ فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين اذا كانا عدلين ويشاركهما فيما أخذنا من المال وليس على العبد شيء)

اعترض على الخرقى في هذه المسئلة حيث أجاز له شراء نفسه بعين ما في يده مع أنه قد ذكر في باب العتق إذا قل العبد لرجل اشتري من سيدي بهذا المال واعتقي فاشتره بعين المال كان الشراء والعتق باطلين ويكون السيد قد أخذ ماله وقد أجاب انقاضي عن هذا الاشكال بوجوه منها أن يكون مكانباً وقوله بيعوني من نفسي بهذه أي أعجل لكم الثلاثمائة وتضعون عني ما بقي من كتابتي ولهذا ذكرهما في باب المسكانب (الثاني) أن يكون الدال في يد العبد لاجنبي قال له اشتر نفسك بها من غير أن يملكه اياها (الثالث) أن يكون عتقاً بصفة تقديره إذا قبضنا منك هذه الدرهم فأنت حر (الرابع) أن يكون رضي سادته ببيعه نفسه بما في يده وفعلهم ذلك معه اعتاق منهم له مشروطاً بتأدية ذلك اليهم فتكون صورته صورة البيع ومعناه العتق بشرط الاداء كما لو قل بعتك

ولنا أن كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة فجاز أن يختلعا في العوض كالبيع وما ذكره لا يلزم لان انتفاع أحدهما بمال الآخر انما يكون عند المعجز وليس ذلك من مقتضيات العقد وانما يكون عند زواله فلا يضر ولانه انما يؤدي اليهما على التساوي فاذا عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر المسكين فلم يكن أحدهما منتفعا الا بما يقابل ملكه وعاد الامر بعد زوال الكتابة إلى حكم الرق كدأته لم يزل فان قيل فالتساوي في الملك يقتضي التساوي في أدائه اليها ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الآخر فيعتق نصيبه ويسري الى نصيب صاحبه ويرجع الآخر عليه بنصف قيمته قلنا يمكن أداء كتابته اليهما دفعة واحدة فيعتق عليهما ويمكن ان يكتتب أحدهما على مائة في نجمين في كل نجم خمسون ويكتتب الآخر على مائتين في نجمين في الاول خمسون وفي الثاني مائة وخمسون فيكون وقتهما واحداً فيؤدي الى كل واحد منهما حقه على أن أصحابنا قد قالوا لا يسري العتق الى نصيب الآخر ما دام مكاتباً فلا يفضي الى ما ذكره وان قدر افضاؤه اليه فلا مانع فيه من صحة الكتابة فانه لا يخل بمقصود الكتابة وهو العتق بها ويمكن سرياً العتق من غير ضرر بأن يكتتبه على مثلي قيمته فاذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته وسلم اليه باقي المال وحصل له ولاء العبد ولا ضرر في هذا ثم لو كان فيه ضرر لكنه قد رضي به حين كتابته على أقل مما كتبه به شريكه والضرر المرضي به من جهة الضرور لا عبرة به كما لو باشره بالعتق او أبرأه من مال الكتابة فانه يعتق عاياه ويسري عتقه ويفرم لشريكه وهو جائز فهذا أولى بالجواز

نفسك بخدمتي سنة فان منافعه مملوكة لسيدة وقد صح هذا فيها فكان ههنا وهذا الوجه اظهرها ان شاء الله تعالى لانه لا يحتاج الى تأويل ومتى أمكر حمل الكلام على ظاهره لم يجز تأويله بغير دليل واذا تعذر هذا فمتى اشترى العبد نفسه من سادته عتق لان البيع يخرج من ماله ولا يثبت عليه ملك آخر الا أنه ههنا لا يعتق الا بالقبض لانا جعلناه عتقا مشروطا بالقبض ، وبهذا قال الخرقى فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين اللذين شهدا بالقبض ولو عتق بالبيع لعتق باعترا فهم به لا بالشهادة بالقبض ومتى أنكر احدهم أخذ نصيبه من الثمن فشهد عليه شريكه فكانا عدلين قبلت شهادتهما لانهما عدلان شهدا للعبد اداء ما يعتق به قبلت شهادتهما كالأجنبيين ورجع المشهود عليه عليهما فيشاركهما فيما أخذاه لانهما اعترفا باخذ ما تبين من ثمن العبد والعبد مشترك بينهما فثمنه يجب ان يكون بينهما ولان ما في يد العبد لهم والذي أخذاه كان في يده فيجب أن يشترك الجميع فيه ويكون بينهم بالسوية وشهادتهما فيما لها فيه نفع غير مقبولة ودفع مشاركته لها فيه نفع لها فلم تقبل شهادتهما فيه وقبلت شهادتهما فيما ينتفع به العبد دون ما ينتفعان به كما لو اقر بشيء لغيرهما لها فيه نفع فان اقرارهما يقبل فيما عليهما دون ما لهما

وقياس المذهب أن لا تقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض لانهما يدفعان بها عن انفسهما مفرما ومن شهد شهادة جر الى نفسه نفعاً بطات شهادته في الشكل وانما يقبل ذلك في الاقرار لان العدالة

(فصل) ولا يجوز ان يختلفا في التنجيم ولا ان يكون لاحدهما في النجوم قبل النجم الاخير أكثر من الاخر في أحد الوجهين لانه لا يجوز ان يؤدي اليهما إلا على السواء ولا يجوز تقديم أحدهما بالوفاء على الآخر واختلافهما في ميعات النجوم وقدر المؤدى يفضي إلى ذلك (والثاني) يجوز لانه يمكن ان يجعل لمن تأخر نجمه قبل محله ويعطي من قل نجمه أكثر من الواجب له ويمكن ان يأذن له أحدهما في الدفع الى الآخر قبله أو أكثر منه ويمكن ان ينظره من حل نجمه أو يرضى من له الكثير بأخذ دون حقه وإذا أمكن افضاء المقدر إلى مقصوده فلا يبطله باحتمال عدم افضاء إليه (فصل) وليس للمكاتب ان يؤدي الى احدهما أكثر من الآخر ولا يقدم أحدهما على الآخر ذكره انقاضي وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي قال شيخنا لا أعلم فيه خلافا لانها سواء فيه فيستويان في كسبه وحقها متعلق بما في يده تعلقاً واحداً فلم يكن له ان ينخص احدهما بشيء منه دون الآخر ولانه ربما عجز فيعود الى الرق ويتساويان في كسبه فيرجع احدهما على الآخر بما في يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة فان قبض احدهما دون الآخر شيئاً لم يصح القبض والآخر ان يأخذ منه حصته إذا لم يكن في القبض فان اذن فيه وفيه وجهان ذكرهما أبو بكر (احدهما) يصح لان المنع لحقه فجاز باذنه كما لو اذن المرهن للراهن في التصرف فيه او اذن المشتري للبائع في قبض للبيع قبل أن يوفيه

غير معتبرة فيه والتممة لا تمنع من صحته بخلاف الشهادة فعلى هذا القياس يعتق نصيب الشاهدين باقرارهما ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفاً على القبض وله مطالبة بنصيبه او مشاركة صاحبه فيما اخذ فان شاركهما أخذ منها ثلثي مائة ورجع على العبد بتمام المائة ولا يرجع للأخوذ منه على الآخر بشيء لانه ان أخذ من العبد فهو يقول ظلمي وأخذ مني مرتين وان اخذ من الشاهدين فهما يقولان ظلمنا وأخذ منا ما لا يستحقه علينا ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه وان كان غير عدلين فكذلك سواء قلنا ان شهادة العدلين مقبولة أولاً لان غير العدل لا تقبل شهادته وانما يؤخذ باقراره فان أنكر الثالث البيع فنصيبه باق على الرق اذا حلف الأثنان يشهدا عليه بالبيع ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما لانهما لا يجران الى أنفسهما بهذه الشهادة نفعاً

(فصل) واذا كان العبد بين شريكين فكتاباه بمائة فادعى دفعها اليهما بصدقه عتق فان أنكر او لم تكن بينة فاقول قولهما مع ايمانها وان اقر احدهما وأنكر الآخر عتق نصيب المقر واما المنكر فعلى قول الخرقي تقبل شهادة شريكه عليه إذا كان عدلاً فيحلف العبد مع شهادته ويصير حرّاً ويرجع المنكر على الشاهد فيشاركه فيما أخذه وأما القياس فيقتضي أن لا تسمع شهادة شريكه عليه لانه يدفع بشهادته عن نفسه مغرماً والقول قول سيده مع يمينه فاذا حلف فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به وهو خمسة وعشرون لان ما قبضه كسب العبد وهو مشترك بينهما، فان قيل فالمنكر ينكر

ثمنه أو اذا لله كاتب في التبرع ولانها لو اذنا له في الصدقة بشيء صح قبض المصدق عليه له كذلك ههنا (والثاني) لا يجوز وهو اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي واختيار المزني لان ما في يد الكاتب ملك له فلا ينفذ اذن غيره فيه وانما حق سيده في ذمته والاول أصح ان شاء الله تعالى لان الحق لهم لا يخرج عنهم فاذا اتفقوا على شيء فلا وجه للنع وقولهم انه ملك للكاتب تعاقب على العلة ضد ما تقتضيه لان كونه ملكاً له يقتضي جواز تصرفه فيه على حسب اختياره وانما المنع لتعلق حق سيده به فاذا اذن زال المنع فصح التقبض لوجود مقتضيه وخلوه من المنع ثم يبطل بما ذكرنا من المسائل فعلى هذا الوجه اذا دفع الى احدهما مال الكتابة باذن صاحبه عتق نصيبه من الكاتب لانه استوفى حقه ويسري العتق الى باقيه ان كان موسراً وعليه قيمة حصة شريكه لان عتقه بسببه وهذا قول الخرقي ويضمنه في الحال بنصف قيمته مكاتباً مبقى على ما بقي من كتابته وولاؤه كله له وما في يده من المال للذي لم يقبض منه بقدر ما قبضه صاحبه والباقي بين العبد وبين سيده الذي عتق عليه لان نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية فحصة ما عتق بالكتابة للعبد وحصة ما عتق بالسراية للسيد وعلى ما اختاره شيخنا يكون الباقي كله للعبد لان الكسب كان ملكاً له فلا يزول ملكه عنه بعتقه كما لو عتق بالاداء وقال أبو بكر والقاضي لا يسري العتق في الحال وانما يسري عند عجزه فعلى قولهما يكون باقياً على الكتابة فان ادى الى الاخر عتق عليها وولاؤه لهما

قبض شريكه فكيف يرجع عليه؟ قلنا انما ينكر قبض نفسه وشريكه مقر بالقبض ويجوز ان يكون قد قبض فلم يعلم به واذا أقر بمقتور لزمه حكم اقراره ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه فان قيل لو كان عليه دين لاثنين فوفى احدهما لم يرجع الآخر على شريكه فلم يرجع ههنا. قلنا ان كان الدين ثابتاً بسبب واحد فما قبض احدهما منه يرجع الآخر عليه كمسئلتنا وعلي أن هذا يفارق الدين لكون الدين لا يتعلق بما في يد الغريم انما يتعلق بذمته فحسب والسيد يتعلق حقه بما في يد المكاتب ولا بدفع شيئاً منه الى أحدهما الا كان حق الآخر ثابتاً فيه

اذا ثبت هذا فانه ان رجع على العبد بخمسين استقر ملك الشريك فيه على ما أخذه ولم يرجع العبد عليه بشيء لانه انما قبض حقه وان رجع على الشريك رجع عليه بخمسة وعشرين وعلى العبد بخمسة وعشرين ولم يرجع احدهما على الآخر بما اخذ منه لما ذكرنا من قبل ، وارجع العبد عن اداء ما يرجع به عليه فله تعجزه واسترقاقه ويكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً ورجع على الشريك بنصف ما أخذه ولا تسري الحرية فيه لان الشريك والعبد يعتقدان أن الحرية ثابتة في جميعه وان هذا المنكر غاصب لهذا النصف الذي استرقه ظلم باسترقاقه والمنكر يدعي رق العبد جميعه ولا يعترف بحرية شيء منه لانه يزعم اني ما قبضت نصيبي من كتابته وشريكه ان قبض شيئاً فقد استحق نصفه بغير إذني

وما يبقى في يده من كسبه فهو له وان عجز وفسخت الكتابة قوم على الذي ادى اليه وكن ولاؤه كله له وتنسخ الكتابة في نصفه، وان مات فقد مات ونصفه حر ونصفه رقيق ولسيده الذي لم يعتق نصيبه ان يأخذ مما خلفه مثلاً أخذه شريكه من مال الكتابة وله نصف ما يبقى والباقي لورثة العبد فان لم يكن له وارث من نسبه فهو للذي ادى اليه بالولاء وان قلنا لا يصح القبض فما أخذه القابض بينه وبين شريكه ولا تعتق حصته من المكاتب لانه لم يستوف عوضه ولغير القابض مطالبة القابض بنصيبه مما قبضه كما لو قبض بغير اذنه وان لم يرجع غير القابض بنصيبه حتى ادى المكاتب اليه كتابته صح وعق عليها جميعاً ، وان مات العبد قبل استيفاء الاخر حقه فقد مات عبداً ويستوفي الذي لم يقبض من كسبه بقدر ما أخذ صاحبه والباقي بينها قال أحمد في رواية ابن منصور في عبد بين رجلين كاتبا فادى الى أحدهما كتابته ثم مات وهو يسعى الآخر لمن ميراثه؟ قال أحمد كل ما كسب العبد في كتابته فهو بينها ويرجع هذا على الآخر بنصيبه مما أخذ وميراثه بينها قال ابن منصور :

قال اسحاق بن راهويه كما قال

(فصل) فان عجز مكاتبها فلها الفسخ والامضاء فان فسختها جميعاً أو امضيا الكتابة جاز ما اتفقا عليه وان فسخت احدهما وأمضى الاخر جاز وعاد نصفه رقيقاً قنا ونصفه مكاتباً وقال القاضي تنسخ الكتابة في جميعه وهو مذهب الشافعي لان الكتابة لو بقيت في نصفه لعاد ملك الذي فسخت الكتابة اليه ناقصاً

فلا يعتق شيء منه بهذا القبض وسراية العتق ممتنعة على كلا القولين لان السراية إنما تكون فيما إذا عتق بعضه وبقي بعضه رقيقاً وجميعهم يتفقون على خلاف ذلك وهذا المنصوص عن الشافعي رضي الله عنه

(فصل) فان ادعى العبد أنه دفع المائة الى أحدهما ليدفع الى شريكه حقه ويأخذ الباقي وأنكر المدعى عليه حلف وبرى وإذا قال أما دفعت الي حقي والى شريكه حقه ولاينة للعبد فالقول قول المدعى عليه في انه لم يقبض الا قدر حقه مع يمينه ولا نزاع بين العبد وبين الآخر لانه لم يدع عليه شيئاً وله مطالبة العبد بجميع حقه وله مطالبة بنصفه ومطالبة القابض بنصف ما قبضه فان اختار مطالبة العبد فله القبض منه بغير يمين وان اختار الرجوع على شريكه بنصفه فللشريك عليه اليمين أنه لم يقبض من المكاتب شيئاً لانه لو أقر بذلك لسقط حقه من الرجوع فاذا أنكره لزمته اليمين فان شهد القابض على شريكه بالقبض لم تقبل شهادته لمعنيين (أحدهما) أن المكاتب لم يدع عليه شيئاً وانما تقبل البيعة إذا شهدت بصدق المدعي (والثاني) أنه يدفع عن نفسه مفرماً فان عجز العبد فغيره القابض ان يسترق نصفه ويقوم عليه نصيب شريكه لان العبد معترف برقه غير مدع لحرية هذا النصيب بخلاف التي قبلها ، ويحتمل ان لا تقوم أيضا لان القابض يدعي حرية جميعه والمنكر يدعي ما يوجب رق جميعه فانهما يقولان ما قبضه قبضه بغير حق ولا يعتق حتى يسلم الي مثل ما سلم إليه فاذا كان أحدهما يدعي رق جميعه والآخر يدعي حرية جميعه فما اتفقا على حرية البعض دون البعض

وانما أنها كتابة عن ملك أحدهما فلم تنفسخ بفسخ الآخر كما لو انفرد بكتابتة ولانها عقدان مفردان فلم ينفسخ احدهما بفسخ الآخر كالبيع وما حصل من القبض لا يمنع لانه إنما حصل ضمناً لتصرف الشريك في نصيبه فاذا لم يمنع العقد في ابتدائه فلان لا يبطله في دوامه أولى ولان ضرره حصل بعقده وفسخه فلا يزال بفسخ عقد غيره ولان في فسخ الكتابة ضرراً بالمكاتب وسيده وليس دفع الضرر عن الشريك الذي فسخ بأولى من دفع الضرر عن الذي لم يفسخ لوجوه ثلاثة (أحدها) ان ضرر الذي فسخ حصل ضمناً لبقاء عقد شريكه في ملك نفسه وضرر شريكه يزول بزوال عقده وفسخ تصرفه في ملكه (الثاني) ان ضرر الذي فسخ لم يعتبره الشرع في موضع ولا أصل لما ذكره من الحكم ولا يعرف له نظير فيكون بمنزلة المصالح المرسله التي وقع الاجماع على اطراحها وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر في سائر عقود من بيعه وهتبه وغير ذلك فيكون أولى

(الثالث) ان ضرر الفسخ يتعدى الى المكاتب فيكون ضرراً باثنين وضرر الفاسخ لا يتعداه ، ثم لو قدر تساوي الضررين لوجب ابقاء الحكم على ما كان عليه ولا يجوز احداث الفسخ من غير دليل راجح (فصل) واذا عجز المكاتب ورد في الرق وكان في يده مال فهو لسيدته سواء كان من كسبه أو صدقة تطوع أو وصية وما كان من صدقة مفروضة ففيه روايتان (أحدهما) هو لسيدته وهو قول

(فصل) وان اعترف المدعي بقبض المائة على الوجه الذي ادعاه المكاتب وقال قد دفعت إلى شريكي نصفها فأنكر الشريك فالقول قوله مع بيمينه وله مطالبة من شاء منها بجميع حقه وللمرجوع عليه أن يحلفه ، فان رجع على الشريك فأخذ منه خمسين كان له ذلك لأنه اعترف بقبض المائة كلها ويعتق المكاتب لأنه وصل إلي كل واحد منها قدر حقه من الكتابة ولا يرجع الشريك عليه بشيء لأنه يعترف له بأداء ما عليه وبرأته منه وإنما يزعم أن شريكه ظلمه ولا يرجع علي غير ظالمه فان رجع على العبد فله أن يأخذ منه الخمسين لأنه يزعم أنه ما قبض شيئاً من كتابته وللعبد الرجوع على اقباضها سواء صدقه في دفعها إلى النكر أو كذبه لأنه وان دفعها فقد دفعها دفعاً غير مبرر فكان مفراً ويعتق العبد بأدائها ذن عجز عن أدائها فله أن يأخذها من القابض ثم يسلمها فان تندر ذلك فله تعجيله واسترقاق نصفه ومشاركة اقباض في الخمسين التي قبضها عوضاً عن نصيبه ويقوم على الشريك اقباض إن كان موسراً إلا أن يكون العبد يصدقه في دفع الخمسين إلى شريكه ولا يقوم لأنه يعترف أنه حر وأن هذا ظلمه باسترقاق نصفه الحر وإن أمكن الرجوع على القابض بالخمسين ودفعها إلى النكر فامتنع من ذلك فهل يملك المنكر تعجيله واسترقاق نصفه ؟ على وجهين بناء على اقول في تعجيل العبد نفسه مع القدرة على الاداء ان قلنا له ذلك فلان منكر استرقاقه وان قلنا ليس له ذلك فليس للنكر استرقاقه لأنه قادر على الاداء فن قيل فلم لا يرجع النكر على القابض بنصف

أبي حنيفة وقل عطاء يجعله في السبيل أحب إلي وإن أمسكه فلا بأس (والرواية ثمانية) يؤخذ ما بقي في يده فيجعل في المكتابين نقلها حنبل وهو قول شريح والنخعي واشوري واختار ابو بكر والاقاضي انه يرد الى أربابه وهو قول إسحاق لأنه انما دفع اليه ليصرف في العتق فإذا لم يصرف فيه وجب رده كالأزي والغارم وابن السبيل

ووجه الرواية الاولى ان ابن عمر رد مكاتباً في الرق فأمسك ما أخذه منه ولأنه يأخذ حاجته فلم يرد ما أخذه كالفقير والمسكين ، وأما الغازي فنه يأخذ حاجتنا اليه بقدر ما يكفيه لغزوه . فأما الغارم فان غرم لأصلاح ذات البين فهو كالغازي يأخذ حاجتنا اليه وإن غرم لمصلحة نفسه فهو كسئلتنا لا يرد (فصل) فأما ما أداه الى سيده قبل عجزه فلا يجب رده بحال لان المكاتب صرفه في الجهة التي أخذه لها وثبت ملك سيده عليه ملكاً مستقراً فلم يزل ملكه عنه كما لو عتق المكاتب ويفارق ما في يد المكاتب فان ملك سيده لم يثبت عليه قبل هذا والخلاف في ابتداء ثبوته وما تلف في يد المكاتب لم يرجع به عليه سواء عجز أو أدى لان ماله تلف في يده أشبه ماو تلف في يد سائر أصناف الصدقة وإن اشترى به عرضاً وعجز والعرض في يده ففيه من الخلاف مثل مالو وجدته بعينه لان العرض عوضه وقاؤه مقامه فأشبه ماو أعطى الغازي من الصدقة ما اشترى به فرساً وسلاحاً ثم فضل عن حاجته (فصل) وموت المكاتب قبل الاداء كمعجزه فيما ذكرنا لان سيده يأخذ ما في يده قبل حصول

ماقبضه اذا استرق نصف العبد؟ قلنا لانه لو رجع عليه بها كان قابضاً جميع حقه من مال الكتابة فيعتق المكاتب بذلك إلا أن يتعذر قبضها في نجومها فتفسخ الكتابة ثم يطالب بها بعد ذلك فيكون له الرجوع بنصفها كما لو كانت غائبة في بلد آخر وتعذر تسليمها حتى فسخت الكتابة والله أعلم.

﴿مسئلة﴾ قال (واذا قال السيد كاتبك على ألفين وقل العبد علي ألف فالقول قول السيد مع يمينه).

قال القاضي هذا المذهب نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية الكوسج، وهو قول الثوري والاوزاعي وإسحاق وقال أبو بكر اتفق أحمد والشافعي على أنها يتحالفان ويترادان وهو قول أبي يوسف ومحمد لأنها اختلفا في عوض العقد القائم بينهما فيتحالفان اذا لم تكن بينة كالتبايعين وحكي عن أحمد رضي الله عنه رواية ثالثة ان القول قول المكاتب، وهو قول أبي حنيفة لانه منكر للألف الزائد والقول قول النكر ولانه مدعى عليه فيدخل في عموم قوله عليه السلام «ولكن اليمين على المدعى عليه».

ولنا انه اختلاف في الكتابة فالقول قول السيد فيه كالأول اختلفا في أصاها ويفارق البيع من وجهين

مقصود الكتابة وإن أدى وبقي في يده شيء فخكمه في رده واخذ حكم سيده في ذلك عند عجزه لانه مال لم يؤده في كتابته بقي بعد زوالها، فان كان قد استدان ماأداه في الكتابة وبقي عنده من الصدقة ما يقضي به دينه لم يلزمه رده لانه محتاج اليه بسبب الكتابة فاشبه ما يحتاج اليه في ادائها (فصل) اذا قال السيد لمكاتبه متى عجزت بعد موتي فأنت حر فهذا تعاقب للحرية على صفة تحدث بعد الموت وفيه اختلاف ذكرناه، فان قلنا لا يصح فلا كلام وإن قلنا يصح فمتى عجز بعد الموت صار حراً بالصفة، فان ادعى العجز قبل حلول النجم لم يعتق لانه لم يجب عليه شيء يعجز عنه. وإن كان بعد حلوله ومعه ما يؤديه لم يقبل قوله لانه غير عاجز وإن لم يكن معه مال ظاهر فصدقه الورثة عتق وإن كذبوه فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم المال وعجزه فاذا حلف عتق واذا عتق بهذه الصفة كان مافي يده له إن لم تكن كتابته فسخت لان العجز لا تفسخ به الكتابة وانما يثبت به استحقاق الفسخ والحرية تحصل به بأول وجوده فتكون الحرية قد حصلت له في حال كتابته فيكون مافي يده له كما لو عتق بالبراء من مال الكتابة ومقتضى قول بعض اصحابنا أن كتابته تبطل ويكون مافي يده لورثة سيده

(فصل) اذا كاتب عبداً في صحته ثم اعتقه في مرض موته أو أبراه من مال الكتابة فان كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته أو مال كتابته عتق مثل أن يكون له سوى المكاتب مائتان وقيمة

(أحدهما) أن الأصل في البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار إليه والأصل في المكاتب وكسبه أنه لسيد فالقول قوله فيه

(والثاني) أن التحالف في البيع مفيد ولا فائدة في التحالف في الكتابة فإن الحاصل منه يحصل بيمين السيد وحده وبيان ذلك أن الحاصل بالتحالف فسخ الكتابة ورد العبد إلى الرق إذا لم يرض بما حلف عليه سيده وهذا يحصل من جعل القول قول السيد مع يمينه فلا يشرع التحالف مع عدم فائدته وإنما قدمنا قول المنكر في سائر المواضع لأن الأصل معه والأصل ههنا مع السيد لأن الأصل ملكه العبد وكسبه. فإذا ثبت هذا فتى حلف السيد ثبتت الكتابة بألفين كما لو اتفقا عليها وسواء كان اختلافهما قبل العتق أو بعده مثل أن يدفع إليه ألفين فيعتق ثم يدعي المكاتب أن أحدهما عن الكتابة والآخر وديعة ويقول السيد هما جميعاً مال الكتابة ومن قال بالتحالف قال إذا تحالفا فلكل واحد منهما فسخ الكتابة إلا أن يرضى بقول صاحبه وإن كان التحالف بعد العتق في مثل الصور التي ذكرناها لم ترتفع الحرية لأنها لا يمكن رفعها بعد حصولها ولا إعادة الرق بعد رفعه ولكن يرجع السيد بقيمته ويرد عليه ما أدى إليه ، فإن كان من جنس واحد تقاصاً بقدر أقلها وأخذ ذو الفضل فضله :

(فصل) وإن اختلفا في أداء النجوم فقال المكاتب أدت وعتقت وانكر السيد فالقول قول

المكاتب مائة ومال الكتابة مائة وخمسون فانا نعتبر قيمته دون مال الكتابة وهي تخرج من الثلث وإن كان بالعكس اعتبرنا مال الكتابة ونفذ العتق ويعتبر الباقي من مال الكتابة دون ما أدى منها وإنما اعتبرنا الأقل لأن قيمته إن كانت أقل فهي قيمة ما اتلف بالاعتاق ومال الكتابة ما استقر عليه فإن للعبد إسقاطه بتعجز نفسه أو يمتنع من أدائه فلا يجبر عليه فلم يحتسب له به وإن كان عوض الكتابة أقل اعتبرناه لأنه يعتق بأدائه ولا يستحق السيد عليه سواء وقد ضعف ما كسبه فيه وصار عوضه . وإن كان كل واحد منهما لا يخرج من الثلث مثل أن يكون ماله سوى المكاتب مائة فانا نضم الأقل من قيمته أو مال الكتابة ونعمل بحسابه فيعتق منه ثلثاه ويبقى ثلثه بثلث مال الكتابة فإن أداه عتق وإلا رق منه ثلثه ويحتمل أنه إذا كان مال الكتابة مائة وخمسين فيبقى ثلثه بخمسين فأداها أن تقول قد زاد مال الميت لأنه حسب على الورثة بمائة وحصل لهم ثلثه خمسون فقد زاد مال الميت فينبغي أن يزيد ما يعتق منه لأن هذا المال يحصل لهم بعقد السيد والارث عنه ويجب أن يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه لأن ربه يجب إيتاؤه للمكاتب فلا يحسب من مال الميت فإن كان ثلاثة أرباع مال الكتابة مائة وخمسين وقيمة العبد مائة والميت مائة أخرى عتق من العبد ثلثاه وحصل للورثة من كتابة العبد خمسون عن ثلث العبد المحسوب عليهم ثلث المائة فقد زاد لهم ثلث الخمسين فيعتق من العبد قدر ثلثها وهو تسع الخمسين وذلك نصف تسعه فصار العتق ثابتاً في ثلثيه ونصف تسعه

السيد مع يمينه لانه منكر والقول قول المنكر وان اختلفا في ابرائه من مال الكتابة أو شي منه فالقول قول السيد مع يمينه لذلك

(فصل) وان كاتب عبيدين واستوفى من احدهما ولم يدر من أيها استوفى فقياس المذهب أن يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر كما لو اعتق عبداً من عبيده وأنسيه فان ادعى الآخر عليه انه أدى فعلية اليمين انه ما أدى اليه فان نكل عتق الآخر فان مات السيد قبل القرعة اقرع الورثة فان ادعى الآخر عليهم انه المؤدي فعليه اليمين انهم لا يعلمون انه أدى لانها يمين على نفي فعل الغير فان أقام احد العبيدين بينة انه أدى عتق سواء كان قبل القرعة أو بعدها في حياة السيد أو بعد موته فان كان ذلك قبل القرعة تعينت الحرية فيه ورق الآخر وان كان بعدها فكذلك لأن القرعة ليست عتقا وانما هي معينة للعتق والبينة أقوى منها فنبت بها خطأ القرعة فبين بقاء الرق في الذي ظننا حرته كما تبينا حرية من ظننا رقه ولان من لم يؤد لا يصير مؤديا بوقوع القرعة له فلا يوجد حكمه الذي هو العتق يتخرج على قول أبي بكر وابن حامد أن يعتقا على ما ذكرناه في الطلاق وكذلك الحكم فيما اذا ذكر السيد المؤدي منها ومتى ادعى الآخر انه أدى فله اليمين على المدعى عليه سواء كان السيد أو ورثته الا انه إن كان المدعى عليه السيد فاليمين على البت وان كانت على ورثته فاليمين على نفي العلم الا ان يدعي الاداء اليهم فتكون ايمانهم على البت أيضاً وعلى كل واحد من الورثة يمين لان كل واحد منهم يدعي عليه فلزمته اليمين كما لو انفرد بالدعوى

وحصل للورثة المائة وثمانية أتساع الحسين وهو مثلاً ماعتق منه . فان قيل لم أعتقتم بعضه وقد بقي عليه بعض مال الكتابة ؟ قلنا انما أعتقنا بعضه ههنا باعتاق سيده لا الكتابة ، ولما كان العتق في مرض موته نفذ في ثلث ماله وبقي باقيه لحق الورثة ، والموضع الذي لا يعتق إلا باداء جميع الكتابة اذا كان عتقه بها لانه اذا بقي عليه شيء فما حصل لاستيفاء يخص المعاوضة فلم تثبت الحرية في العوض (فصل) فان وصى سيده باعتاقه أو ابرائه من الكتابة وكان يخرج من ثلثه أقل الأمرين من قيمته أو مال الكتابة فالحكم فيه كالحكم فيما اذا أعتقه في مرضه أو أبراه إلا انه لا يحتاج ههنا الى ايقاع العتق لانه أوصى به وإن لم يخرج الاقل منها من ثلثه عتق منه بقدر الثلث ويسقط من الكتابة بقدر ماعتق وبيتمى بائمه على باقي الكتابة فاذا أداه عتق جميعه وإن عجز عتق منه بقدر الثلث ورق الباقي . وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه في الحال وان لم يحصل للورثة في الحال شيء لان حق الورثة متحقق الحاصل فانه ان أدى وإلا عاد الباقي قنأً وذكر القاضي فيه وجهاً آخر انه لا يتنجز عتق شيء منا اذا لم يكن للميت مال سواء لثلاثاً يتنجز للوصية ماعتق ويتأخر حق الوارث ولذلك لو كان له مال غائب أو دين حاضر لم يتنجز وصيته من الحاضر والاول أصح لما ذكرناه وأما الحاضر والغائب فانه إن كان موصى له بالحاضر أخذ ثلثه في الحال ووقف الباقي على قدوم الغائب فمحصل

(فصل) إذا كان للمكاتب أولاد من معتقه آخر غير سيده فقال سيده قد أدى الي وعتق فانجر ولاء ولده إلي فأذكر ذلك مولي أمهم وكان المكاتب حياً فقد صار حراً بهذا القول فانه اقرار من سيده بعنته وينجر ولاء ولده اليه وان كان ميتاً فالقول قول مولى أمهم لان الاصل الرق وبقاء ولائهم له فيحلف ويبيق ولاؤهم له

(مسئلة) قال (وإذا أعتق الامه أو كاتبا أو شرط ماني بطنها أو أعتق ماني بطنها دونها له شرطه)

روي نحو هذا القول عن ابن عمر وابي هريرة والنخعي واسحاق وابن المنذر ، وقال ابن سيرين له ما استثنى ، وقال عطاء والشعبي اذا استثنى ماني بطنها فله استثناءؤه وقال مالك والشافعي لا يصح استثناء الجنين لان النبي ﷺ نهى عن النسياء الا أن تعلم ، ولأنه لا يصح استثناءؤه في البيع فلا يصح في العتق كعضائها ولنا قول ابن عمر وابي هريرة ولم نعلم لهما مخالفاً في الصحابة قال احمد أذهب الي حديث ابن عمر في العتق ولا اذهب اليه في البيع

وقد روى الاثرم باسناده عن ابن عمر انه أعتق جارية واستثنى ماني بطنها ولان النبي ﷺ قال « المسلمون على شروطهم » وهذا قد شرط ماني بطن معتقه فكان له بمقتضى الخبر ولانه يصح اقراره

الموصى له ثلث الحضر ولم يحصل للورثة شيء في الحل فهي كمثلتنا ولم تكمل له جميع وصيته لان الغائب غير موثوق بمصوله فانه ربما تاف بخلاف ما نحن فيه . فأما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابة فانها تقف على أدائه

(فصل) قال الخرقى واذا كان العبد اثنان فجاءهم بثمانمائة درهم فقال بيعوني نفسي بها فأجابوه فلما عاد اليهم ليكتبوا له كتابا أنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئاً وشهد الرجلان عليه بالأخذ فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين اذا كانا عدلين ويشاركهما فيما أخذنا من المال وائس على العبد شيء ، اعترض على الخرقى في هذه المسئلة حيث أجاز له شراء نفسه بعين ماني يده مع انه قد ذكر في باب العتق: اذا قال العبد لرجل اشتري من سيدي بهذا المال واعتقني فاشتره بعين المال كان الشراء والعتق باطلا ويكون السيد قد أخذ ماله . فأجاب القاضي عن هذا الاشكال بوجوه: منها ان يكون مكاتباً وقوله بيعوني نفسي بهذه أي اعجل لكم الاثلاثه وتضعون عني ما بقي من كتابتي ولهذا ذكرها في باب المكاتب (الثاني) أن يكون العبد لا جنبي قل له اشتر نفسك بها من غير ان يملكه اياها (الثالث) أن يكون عتقاً بصفة تقديره اذا قبضنا منك هذه الدراهم فأنت حر (الرابع) أن يكون سادته رضوا ببيعه نفسه بما في يده وفعلهم ذلك معه اعتاق منهم مشروط بتأدية ذلك اليهم فتكون صورته صورة البيع ومعناه العتق بشرط الاداء كما لو قال بعتك نفسك بخدمتي سنة فإن منافعه مملوكة لسيدته وقد صح

بالمعتق فصح استثناءؤه واما خبرهم فنقول به والحمل معلوم فيصح استثناءؤه بمقتضى الحديث ويقارن البيع فانه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات العوض ليعلم هل هو قائم مقام العوض ام لا ؟ والمعتق تبرع لا يتوقف صحته على معرفة صفات المعتق ولا تنافيه الجهالة بها ويكفي العلم بوجوده وقد علم ذلك ولذلك صح افراد الحمل بالمعتق ولم يصح افراده بالبيع ولان استثناءؤه في البيع اذا بطل بطل البيع كله وههنا اذا بطل استثناءؤه لم يبطل العتق في الامة ويسري الاعتاق اليه فكيف يصح اعتاقه مع تضاد الحكم فيهما؟ ولا يصح قياسه على بعض أعضائها لان العضو لا يتصور انفراد بالرق والحرية دون الحمل وكذلك لو أعتق عضواً من أمته صارت كلها حرة فاذا عتق بعضها سرى الى المستثنى والولد حيوان منفرد لو اعتقه لم تسر الحرية الى أمه ويصح انفراد بالحرية عن أمه فيما اذا أعتقه دونها وفي ولد المنفرد بجزرية أمه وفيما اذا وطئ بشبهة وفي ولد ام الولد وغير ذلك لا يمكن ذلك في بعض الاعضاء ، ولان الولد يرث ويورث ويوصى به وله واذا قتل كان بدله موروثاً ولا تختص به أمه وتجب الكفارة بقتله والدية في مقابلته فكيف يصح قياسه على أعضائها؟ فأما ان أعتق مافي بطنها دونها فلا أعلم خلافاً فيه

قال اسحاق بن منصور سئل سفيان عن رجل قال مافي بطنك حر قال هو حر والام مملوكة

لان ولدها منها وليست هي من ولدها قال احمد واسحاق جيد

وقال مهنا سألت احمد رضي الله عنه عن رجل زوج أمته فقالت فقد حبلت فقال لها مولاها

هذا فيها فكذا ههنا قال شيخنا وهذا الوجه أظهر ان شاء الله تعالى لانه لا يحتاج الى تأويل ومتى أمكن حمل الكلام على ظاهره لم يجز تأويله بغير دليل . إذا تقرر هذا فتى اشترى العبد نفسه من سادته عتق لان البيع يخرج عن ملكهم ولا يثبت عليه ملك آخر الا أنه ههنا لا يعتق الا بالقبض لانا جعلناه عتقاً مشروطاً به ولهذا قال الخرفي وقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين اللذين شهدا بالقبض ولو عتق بالبيع لعتق باعترافهم به لا بالشهادة بالقبض ومتى أنكر أحدهم اخذ نصيبه من الثمن فشهد عليه شريكاه وكانا عدلين قبلت شهادتهما لانهما شهدا للعبد حراً بشهادة الشريكين اللذين شهدا بالقبض ولو يرجع الشهود عليه عليها فيدشار كها فيما أخذاه لانهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد والعبد مشترك بينهما فثمنه يجب أن يكون بينهم ولان مافي يد العبد لهم والذي أخذاه كان في يده فيجب ان يشترك فيه الجميع ويكون بينهم بالسوية وشهادتهما فيما لها فيه نفع غير مقبولة ودفع مشاركتها فيها نفع لها فلم تقبل شهادتهما فيه وقبلت بما ينتفع به العبد دون ما ينتفعان به كما لو اقر بشيء لغيرهما فيه نفع فان اقرارهما يقبل فيما عليهما دون مالهما وقياس المذهب ان لا تقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض لانهما يدفعان بها عن أنفسهما ضرراً ومغرماً ومن شهد بشهادة يجر الى نفسه نفعاً بطلت شهادته في الكل وانما يقبل ذلك في الاقرار لان العدالة غير معتبرة فيه والتهمة لا تمنع من صحته بخلاف الشهادة فبلى هذا القياس يعتق نصيب الشاهدين باقرارهما ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفاً على

ما في بطنك حر ولم تكن حاملا ؟ قال لا تعتق فاعدت عليه اقول مرة أخرى فقال لا يكون شيء انما اراد ما في بطنها فلم يكن شيء . قال المروزي وسئل ابو عبد الله عن رجل أعتق عبداً له واستثنى منه خدمته شهراً فقال جائز

(مسئلة) قال (ولابأس أن يعجل المكاتب لسيدة بعض كتابته ويضع عنه بعض كتابته)

وجمته انه اذا كاتبه على ألف في نجومين الى سنة ثم قال عجل لي خمسمائة منه حتى اضع عنك الباقي او حتى ابرئك من الباقي او قال صالحني منه على خمسمائة معجلة جاز ذلك وبه يقول طاوس والزهري والنخعي وابو حنيفة وكرهه الحسن وابن سيرين والشعبي
وقال الشافعي لا يجوز لان هذا بيع الـ بخمسمائة وهو ربا الجاهلية وهو ان يزيد في الدين لأجل الاجل وهذا أيضاً هبة ولان هذا لا يجوز بين الاجانب والربا يجري بين المكاتب وسيدة فلم يجز هذا بينهما كالا جانب

ولنا ان مال الكتابة غير مستقر ولا هو دين صحيح بدليل انه لا يجبر على ادائه وله ان يمتنع من ادائه ولا تصح الكفالة به وما يؤديه الى سيده كسب عبده وانما جعل الشرع هذا العقد وسيلة الى العتق وأوجب فيه التأجيل مبالغة في تحصيل العتق وتخفيفاً عن المكاتب فاذا أمكنه التمتع على وجه

القبض وله مطالبته بنصيبه أو مشاركة صاحبيه بما أخذ فان شاركهما أخذ منهما ثلثي مائة ورجع على العبد بتمام المائة ولا يرجع المأخوذ منه على الآخر بشيء لانه ان أخذ من العبد فهو يقول ظمني واخذ مني مرتين وإن أخذ من الشاهدين فهذا يقولان ظمنا وأخذ منا ما لا يستحته علينا ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه وان كانا غير عدلين فكذلك سواء قلنا ان شهادة العدلين مقبولة او لا لان غير العدل لا تقبل شهادته وانما يؤخذ باقراره وان أنكر الثالث البيع فنصيبه باق على الرق . إذا حلف الا ان يشهدا عليه بالبيع ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما لانهما لا يجزان الى نفسيهما بهذه الشهادة نفعاً (فصل) وإذا كان العبد بين شريكين فكاتباه بمائة فادعى دفعها اليهما وصدقاها عتق وان أنكره ولم تكن بينة فالقول قولها مع أيمانها وان اقر أحدهما وأنكر الآخر عتق نصيب المقر ، وأما المنكر فعلى قول الخريقي تقبل شهادة شريكه عليه إذا كانا عدلا فيحلف العبد مع شهادتهما ويصير حرا ويرجع المنكر على الشاهد فيشاركه فيما أخذه ، وأما القياس فيقتضي أن لا تسمع شهادة شريكه عليه لانه يدفع بشهادته عن نفسه مغرماً والقول قول السيد مع يمينه فاذا حلف فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به وهو خمسة وعشرون لان ما قبضه كسب العبد وهو مشترك بينهما فان قيل فالمنكر ينكر قبض شريكه فكيف يرجع عليه ؟ قلنا انما ينكر قبض نفسه وشريكه مقر بالقبض ويجوز أن يكون قد قبض فلم يعلم به وإذا أقر بمقتضوره لزمه حكم اقراره ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه

يسقط عنه بعض ما عليه كان أبلغ في حصول العتق وأخف على العبد ويحصل من السيد اسقاط بعض ماله على عبده ومن الله تعالى اسقاط ما أوجبه عليه من الاجل لمصلحته ويفارق سائر الديون بما ذكرنا ويفارق الاجانب من حيث ان هذا عبده فهو أشبه بعبده القن . وقولهم ان الربا يجري بينهما فنمنعه على ما ذكر ابن ابي موسى وان سلمناه فان هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه وهذا يخلف ربا الجاهلية فانه اسقاط لبعض الدين وربا الجاهلية زيادة في الدين وربا الجاهلية يفضي الى نفاذ مال المدين وتحمله من الدين ما يعجز عن وفائه فيحبس من أجله ويؤسر به وهذا يفضي الى تمجيل عتق المكاتب وبخلافه من الرق والتخفيف . فافترقا

(فصل) فان اتفاقا على الزيادة في الاجل والدين مثل ان يكتبه على ألف في نجعين الى سنة يؤدي في نصفها خمسمائة وفي آخرها الباقي فيجعلها الى سنتين بالف ومائتين في كل سنة ستمائة او مثل ان يحمل عليه نجم فيقول أخرني به الى كذا وأزيدك . كذا فيحتمل انه لا يجوز لان الدين المؤجل الى وقت لا يتأخر أجله عن وقته باتفاقهما عليه ولا يتغير أجله بتغييره واذا لم يتأخر عن وقته لم تصح الزيادة التي في مقابله ولان هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم وهو الزيادة في الدين للزيادة في الاجل ويفارق المسئلة الاولى من هذين الوجهين فان قيل فكما ان الاجل لا يتأخر كذلك لا يتعجل ولا يصير الدين المؤجل حالا فلم جاز في المسئلة الاولى؟ قلنا انما جاز في المسئلة الاولى بالتمجيل فعلا فانه اذا دفع اليه الدين

فان قيل لو كان عليه دين لاثنتين فوفى أحدهما لم يرجع الآخر على شريكه فلم يرجع ههنا؟ قلنا ان كان الدين ثابتا بسبب واحد فما قبض أحدهما منه يرجع به الآخر عليه كسئلتنا وعلى ان هذا يفارق الدين لكون الدين لا يتعلق بما في يد الغريم انما يتعلق بذمته حسب السيد يتعلق حقه بما في يد المكاتب فلا يدفع شيئاً منه الى أحدهما الا كان حق الآخر ثابتاً فيه . إذا ثبت هذا فانه ان رجع على العبد بخمسين إستقر ملك الشريك على ما أخذه ولم يرجع العبد عليه بشيء . لانه انما قبض حقه ، وإن رجع على الشريك رجع عليه بخمسة وعشرين وعلى العبد بخمسة وعشرين ولم يرجع أحدهما على الآخر بما أخذه منه لما ذكرنا من قبل ، وان عجز العبد باءاء ما يرجع به عليه فله تمجيذه واسترقاقه ويكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً ويرجع على الشريك بنصف ما أخذه ولا تسري الحرية فيه لان الشريك والعبد يعتقدان أن الحرية ثابتة في جميعه وان المنكر غاصب لهذا النصف الذي استرقه ظالماً باسترقاقه والمنكر يدعي رق العبد جميعه ولا يعترف بحرية شيء منه لانه يزعم أنه ما قبضت نصيبي من كتابته وشريكي ان قبض شيئاً استحق نصفه بغير اذني فلا يعتق شيء منه بهذا القبض وسراية العتق ممتنعة على كلا القولين والسراية انما تكون فيما اذا اعتق بعضه وبقي بعضه رقيقاً وجميعهم متفقون على خلاف ذلك وهذا منصوص الشافعي

(فصل) فان ادعى العبد أنه دفع المائة المرادهما ليدفع الى شريكه حقه يأخذ الباقي فأنتكم

المؤجل قبل محله جاز وجاز للسيد اسقاط باقي حقه عليه وفي هذه المسئلة يأخذ أكثر مما وقع عليه العقد فهو ضد المسئلة الأولى وهو ممتنع من وجه آخر لان في ضمن الكتابة إنك متى أدت الي كذا فأنت حر فإذا أدى اليه ذلك فينبغي ان يعتق فان قيل فاذا غير الاجل والعوض فكأنهما فسحا الكتابة الأولى وجعلها كتابة ثانية قلنا لم يجز بينهما فسخ وانما قصدا تفيير العوض والاجل على وجه لا يصح فيسطل التغيير ويبقى العقد بحاله ويحتمل أن يصح ذلك كما في المسئلة الأولى فعلى هذا لو اتفقا على ذلك ثم رجع أحدهما فان له الرجوع وكذلك في المسئلة الأولى لو قال أعجل لك مال الكتابة وتسقط عني منه كذا؟ فقال نعم ثم رجع أحدهما قبل التعجيل فله الرجوع لما ذكرنا من أن الدين المؤجل لا يتأخر عن أجله ولا يتقدم واناله أن يؤديه قبل محله ولان له الدين ترك قبضه في محله وذلك الى اختياره فاذا وعد به ثم رجع قبل الفعل فله ذلك

(فصل) فان صالح المكاتب سيده عما في ذمته بغير جنسه مثل أن يصلحه عن النقود بخنطة أو شعير جاز الا أنه لا يجوز أن يصلحه على شيء مؤجل لانه يكون بيع دين بدين، وان صالحه عن الدراهم بدنانير او عن الخنطة بشعير لم يجز التصرف قبل القبض لان هذا بيع في الحقيقة فيشترط له قبض في المجلس، وقال القاضي يحتمل أن لا تصح هذه المصالحة مطلقاً لان هذا دين من شرطه التأجيل فلم تجز المصالحة عليه بغيره ولانه دين غير مستقر فهو كدين السلم وقل ابن أبي موسى لا يجزي

المدعى عليه حلف وبرى، فان قال انما دفعت الي حتى والى شريكى حقه ولا بينة للعبد فالقول قول المدعى عليه في أنه لم يقبض الا قدر حقه مع يمينه ولا نزاع بين العبد وبين الآخر لانه لم يدع عليه شيئاً وله مطالبة العبد بجميع حقه وله مطالبة بنصفه ومطالبة القابض بنصف ما قبضه فان اختار مطالبة العبد فله القبض منه بغير يمين وان اختار الرجوع على شريكه بنصفه فللشريك عليه اليمين أنه لم يقبض من المكاتب شيئاً لانه لو اقر بذلك لسقط حقه من الرجوع فاذا انكره لزمته اليمين فان شهد القابض على شريكه بالقبض لم تقبل شهادته لمعنيين (أحدهما) أن المكاتب لم يدع عليه شيئاً وإنما تبيل البينة إذا شهدت بصدق المدعي (الثاني) أنه يدفع عن نفسه مفرماً فان عجز العبد فأعير القابض ان يسترق نصفه ويقوم عليه نصيب شريكه لان العبد معترف برقه غير مدع لحرية هذا النصيب بخلاف التي قبلها ويحتمل أن لا يقوم أيضا لان القابض يدعي حرية جميعه والمنكر يدعي ما يوجب رق جميعه فانها يقولان ما قبضه قبضه بغير حق فلا يمتنع حتى يسلم الي مثل ما سلم اليه وإذا كان أحدهما يدعي جميعه والآخر يدعي جزأه فماتفقاً على حرية البعض دون البعض

(فصل) وان اعترف المدعي بقبض المائة على الوجه الذي ادعاه المكاتب وقال قد دفعت الي شريكى نصفها فأنكر الشريك فالقول قوله مع يمينه وله مطالبة من شاء منهما بجميع حقه وللمرجوع عليه ان يحلفه فان رجع على الشريك فأخذ منه خمسين كان له ذلك لانه اعترف بقبض المائة كلها

الربا بين المكاتب وسيده فعلى قوله تجوز المصالحة كيفما كانت كما يجوز ذلك بين العبد القن وسيده والاولى ما ذكرنا ويشارك دين الكتابة دين السلم فانه يفارق سائر الديون بما ذكرنا في هذه المسئلة ففارقته لدين السلم اعظم والله اعلم

﴿ مسئلة ﴾ قال (واذا كان العبد بين اثنين فكاتب احدهما فلم يؤد كل كتابته حتى اعتق الآخر وهو موسر فقد صار العبد كله حراً ويرجع الشريك على المعتق بنصف قيمته)
قد ذكرنا فيما تقدم أن العبد المشترك يجوز لاحد الشريكين كتابة نصيبه منه بغير اذن شريكه ويبقى سائر غير مكاتب فاذا فعل هذا فاعتق الذي لم يكتبه حصته منه وهو موسر عتق وسرى العتق إلى باقيه فصار كله حراً ويضمن لشريكه قيمة حصته منه ويكون الرجوع بقيمته مكاتباً يبقى على ما بقي من كتابته لان الرجوع عليه بقيمة ما ألتف وإنما ألتف مكاتباً وان كان المعتق معسراً لم يسر العتق على ماضى في باب العتق ، وقل ابوبكر والقاضي لا يسري العتق في الحال لكن ينظر فان أدى كتابته عتق باقيه بالكتابة وكان ولاؤه بينهما ، وإن فسخت كتابته لعجزه سري العتق وقوم عليه حينئذ لان سرية العتق في الحال مفضية إلى ابطال الولاة الذي انعقد سببه ونقله عن المكاتب إلى غير ذلك وقل ابن ابي ليلى عتق الشريك موقوف حتى ينظر ما يصنع في الكتابة فان اداها عتق وكان المكاتب ضامناً لقيمة نصيب شريكه وولاؤه كله للمكاتب وان عجز سري عتق الشريك وضمن نصف القيمة للمكاتب وكان ولاؤه كله له وأما مذهب الشافعي فلا تجوز كتابة أحد الشريكين إلا أن يأذن فيه شريكه فيكون فيه قولان فاذا كاتبه باذن شريكه ثم اعتق الذي لم يكتبه فهل يسري في الحال أو يقف على العجز ؟ فيه قولان

ولنا قول النبي ﷺ « من اعتق شركا له في عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة

ويعتق المكاتب لانه وصل الى كل واحد منها قدر حقه من الكتابة ولا يرجع الشريك عليه بشيء لانه يعترف له باء ما عليه وبراءته منه وانما يزعم أن شريكه ظلمه فلا يرجع على غير ظالمه وان رجع على العبد - فله أن يأخذ منه الخمسين لانه يزعم أنه ما قبض شيئاً من كتابته وللعبد الرجوع على القابض بهاسواء صدقه في دفعها إلى المذكر أو كذبه لانه وان دفعها فقد دفعها دفعاً غير مبر فكان مفراطاً ويعتق العبد بأدائها فان عجز عن أدائها فله أن يأخذها من اقباض ثم يسلمها فان تعذر ذلك فله تعجيزه واسترقاق نصفه ومشاركة اقباض في الخمسين التي قبضها عوضاً عن نصيبه ويقوم على الشريك القابض إن كان موسراً إلا أن يكون العبد يصدقه في دفع الخمسين الى شريكه فلا يقوم لانه يعترف أنه حر وان هذا ظلمه باسترقاق نصفه الحروان أمكن الرجوع على القابض بالخمسين ودفعها الى المذكر فامتنع من ذلك فهل يملك المنكر تعجيزه واسترقاق

عدل وهذا داخل في عومه ولانه عتق لجزء ، من العبد من موسر غير محجور عليه فسري إلى باقيه كما لو كان قنا ولان مقتضى السراية متحقق والمانع منها لم يثبت كونه مانعاً فانه لانص فيه ولا أصل له يقاس عليه فوجب أن يثبت وقولهم انه يفتى الى ابطال الولاء قلنا اذا كان العتق يؤثر في ابطال الملك اثابت المستقر الذي الولاء من بعض آثاره فلان يؤثر في نقل الولاء بمفرده أولى ولانه لو أعتق عبداً له أولاد من معتقة قوم نقل ولاءهم اليه فإذا نقل ولاءهم ثابته باعتاق غيرهم فلان ينقل ولاء لم يثبت بعد باعتاق من عايه الولاء أولى ولانه نقل الولاء ثم عن لم يعزم له عوضاً فلان ينقله بالعوض أولى، فانتقال الولاء في موضع جر الولاء ينبه على سراية العتق وانتقال الولاء إلى المعتق لكونه أولى منه من ثلاثة أوجه (أحدها) ان الولاء ثم ثابت وههنا بعرض الشبوت (والثاني) ان النقل حصل ثم باعتاق غيره وههنا باعتاقه (والثالث) أنه انتقل ثم بغير عوض وههنا بعوض

(فصل) وان كان المعتق معسراً لم يسر عتقه وكان نصيبه حراً وبقية على الكتابة فان أذى عتق عليهما وكان ولاؤد بينهما وان تجزأ عاد الجزء المكاتب رقيقاً قنا الاعلى الرواية التي تقول يستسعى العبد فانه يستسعى عند عجزه في قيمة باقيه ، ولا يستسعى في حال الكتابة لان الكتابة سعاية فيما اتفقا عليه فاستغني به عن السعاية فيما يحتاج الى التقويم فاذا عجز وفسخت الكتابة بطلت ورجع إلى السعاية في القيمة والله أعلم

(فصل) ونقل عن احمد رضي الله عنه أنه سئل عن عبد بين شريكين فكاتباه على الف درهم فأدى اليهما تسعمائة لهذا أربعين درهم وخمسين درهما ولهذا أربعين درهم وخمسين درهما ثم ان أحدهما أعتق نصيبه قال ان كان للمعتق مال أدى الى شريكه نصف قيمة العبد لا يحاسبه بها أحد لانه عبد ما بقي عليه درهم ولانه قد يجوز أن يعجزه فيعود الى الرق او يموت فيكون عنده مال فهو

نصفه ؟ على وجهين بناء على القول في تعجيز العبد نفسه مع القدرة على الاداء ان قلنا له ذلك فللمنكر استرقاقه ، وان قلنا ليس له ذلك فليس للمنكر استرقاقه لانه قادر على الاداء فان قيل فلم لا يرجع المنكر على انقباض بنصف ما قبضه اذا استرق نصف العبد ؟ قلنا لانه لو رجع بها لكان قابضاً بجميع حقه من مال الكتابة فيعتق المكاتب بذلك الا ان يتذرع بها في نجومها فتفسخ الكتابة ثم يطالب بها بعد ذلك فيكون له الرجوع بنصفها كما لو كانت غائبة في بلد آخر وتعذر تسليمها حتى فسخت الكتابة والله أعلم

﴿ فصل ﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (وان اختلف في الكتابة فالقول قول من ينبرها) لان الاصل معه

﴿ مسألة ﴾ (وان اختلفا في عوضها فالقول قول السيد في احدي الروايتين)

اذا اختلفا في عوض الكتابة فقال السيد كاتبك على الفين وقال المكاتب على الف فعنه

ثلاث روايات (أحدها) القول قول السيد ذكره الخرقى قال القاضي هذا المذهب نص عليه أحمد

بينهما ونقل عنه حنبل أنه يعتق الا نصف المائة على هذا ويكون الولاء على قدر ما أعتق فالرواية الاولى توافق قول الخرقى فانه أوجب على المعتن غرامة نصف قيمة العبد ، وينبغي أن تجب نصف قيمته على الصفة التي عتق عليها وهو كونه مكاناً قد أدى كتابته الا مائة منها وهي عشرها ، وأما رواية حنبل فيحتمل أن تكون على ما قال ابو بكر والقاضي في أنه لا يسري العتق الي الجزء المكاتب لغيره وقد نصرنا الرواية الاولى بما ذكرناه والله اعلم

﴿ مسألة ﴾ قل (واذا عجز المكاتب ورد في ارق وكان قد تصدق عليه بشيء فهو لسيدته)

وجملته ان المكاتب اذا عجز وفي يده مال ورد في الرق فهو لسيدته سواء كان من كسبه او من صدقة تطوع او وصية وما كان من صدقة مفروضة ففيه روايتان (احدهما) هو لسيدته وهو قول ابي حنيفة ، وقال عطاء بجعله في السبيل أحب إلي وان أمسكه فلا بأس

(الرواية الثانية) يؤخذ ما بقي في يده فيجمل في المكاتبين نقلها حنبل وهو قول شريح والنخعي واشوري واختار ابو بكر والقاضي أنه يرد الى أربابه وهو قول إسحاق لانه اذا دفع اليه ليصرف في العتق فاذا لم يصرف فيه وجب رده كالفارزي والغارم وابن السبيل

ولما ان ابن عمر رد مكاتباً في الرق فأمسك ما أخذه منه ولانه يأخذ لحاجته فلم يرد ما أخذه كالفقير والمسكين وأما الفارزي فانه يأخذ لحاجتنا اليه بقدر ما يكفيه لغزوه وأما الغارم فان غرم لا صلاح ذات البين فهو كالفارزي يأخذ لحاجتنا وان غرم لمصلحة نفسه فهو كسبتنا لا يرد

(فصل) وأما ما أداه الي سيدته قبل عجزه فلا يجب رده بحال لان المكاتب صرفه في الجهة التي أخذه لها وثبت ملك سيده عليه ، ملكاً مستقراً فلم يزل ملكه عنه كما لو عتق المكاتب ويفارق ما

في رواية الكوسج وهو قول الثوري والاوزاعي واسحاق وقال ابو بكر اتفق أحمد والشافعي على أنها يتحالفان ويترادان وهو قول أبي يوسف ومحمد لأنها اختلفا في عوض العقد القائم بينهما فيتحالفان اذا لم تكن بينة كما المتباينين وحكي عن احمد رواية ثالثة ان القول قول المكاتب وهو قول أبي حنيفة لانه منكر للالف الزائد والقول قول المنكر لانه مدعى عليه فيدخل في عموم قوله عليه السلام « ولكن البين على المدعى عليه » ووجه الاولى أنه اختلف في الكتابة فالقول قول السيد فيه كما لو اختلفا في أصلها ويفارق البيع من وجهين (احدهما) ان الاصل في البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار اليه والاصل في المكاتب وكسبه أنه لسيدته فالقول قوله فيه (الثاني) ان التحالف في البيع مفيد ولا فائدة في التحالف في الكتابة فان الحاصل منه يحصل بيمين السيد وحده وبيان ذلك ان الحاصل بالتحالف فسخ الكتابة ورد العبد الى الرق اذا لم يرض بما حلف عليه سيده وهذا يحصل عند من جمل القول قول السيد مع يمينه فلا يشرع التحالف مع عدم فائدته

في يد المكاتب لان ملك سيده لم يثبت عليه قبل هذا والخلاف في ابتداء ثبوته وما تلف في يد المكاتب لم يرجع عليه به سواء تجز أو أدى لان ماله تلف في يده فاشبهه ما لو تلف ما في يد سائر أصناف الصدقة وان اشترى به عرضاً وتجز والعرض في يده ففيه من الخلاف مثل ما لو وجد بعينه لان العرض عوضه وقائم مقامه فاشبهه ما لو أعطى الغازي من الصدقة ما اشترى به فرسا وسلاحا ثم فضل ذلك عن حاجته

(فصل) وموت المكاتب قبل الاداء كمجزه فيما ذكرنا لان سيده يأخذ ما في يده قبل حصول مقصود الكتابة وان أدى وبقي في يده شيء فخكه في رده أو اخذه لنفسه حكم سيده في ذلك عند تجز لان ما لم يؤده في كتابته بقي بعد زوالها ، وان كان قد استدان ما أداه في الكتابة وبقي عنده من الصدقة بقدر ما يقضي به دينه لم يلزمه رده لانه محتاج اليه بسبب الكتابة فاشبهه ما يحتاج اليه في أدائها .

(مسئلة) قال (وإذا اشترى المكاتبان كل واحد منهما الآخر صح شراء الاول

وبطل شراء الآخر)

لاخلاف في أن المكاتب يصح شراؤه للعبيد والمكاتب يجوز بيعه على ما ذكرنا فاذا اشترى أحد المكاتبين الآخر صح شراؤه وملكه لان التصرف صدر من اهله في محله وسواء كانا مكاتبين لسيد واحد اول سيدين فاذا عاد الثاني فاشترى الذي اشتراه لم يصح لانه سيده ومالكة وليس المملوك أن يملك مالكة لانه يفضي الى تناقض الاحكام إذ كل واحد منهما يقول لصاحبه أنا سيدك وبلي

وانما قدمنا قول المنكر في سائر المواضع لان الاصل معه والاصل ههنا مع السيد لان الاصل ملكه للعبد وكسبه. اذا ثبت هذا فتى حلف السيد ثبتت الكتابة بالفين كما لو اتفقا عليها وسواء كان اختلافهما قبل العتق أو بعده مثل ان يدفع اليه الفين فيعتق ثم يدعي المكاتب ان احدهما عن الكتابة والاخر وديعة ويقول السيد بل هي جميعاً مال الكتابة ومن قال بالتحالف قال اذا تحالفا فلكل واحد منهما فسخ الكتابة الا ان يرضى بقول صاحبه وان كان التحالف بعد العتق في مثل الصورة التي ذكرناها لم ترتفع الحرية لانها لا يمكن رفعها بعد حصولها ولا اعادة الرق بعد رفعه ولكن يرجع السيد بقيمته ويرد عليه ما أدى اليه فان كانا من جنس واحد تقاضا بقدر أقلهما وأخذ ذو الفضل فضله

(مسئلة) (وان اختلفا في وفاء مالها فقال المبدأيت وعتقت وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه)

لانه منكر والقول قول المنكر وان اختلفا في ابرائه من مال الكتابة أو شيء منه فالقول

قول السيد مع يمينه لذلك

عليك مال الكتابة تؤديه الي فان عجزت فلي فسخ كتابتك وردك الي أن تكون رقيقاً لي وهذا تناقض واذا تنافى أن تملك المرأة زوجها ملك اليمين الثبوت ملكه عليها في النكاح فهنا أولى ولأنه لو صح هذا لتقاص الدينان إذا تساويا وعتقا جميعا فإذا ثبت هذا فإشراء الاول صحيح والمبيع ههنا باق على كتابته فان أدى عتق وولاؤه موقوف فان أدى سيده كتابته كان له لانه عتق بادائه اليه فان عجز فولأؤه لسيده لان العبد لا يثبت له ولا ولان السيد يأخذ ماله فذلك حقوقه هذا مقتضى قول القاضي ومقتضى قول أبي بكر ان الولاء لسيده لان المكاتب عبد لا يثبت له الولاء فيثبت لسيده وكذلك فيما إذا اعتق باذن سيده أو كاتب عبده فإدى كتابته وهذا نظيره ، ويحتمل ان يفرق بينهما لكون العتق ثم بأذن السيد فيحصل الانعام منه باذنه فيه وههنا لا يفتقر الى اذنه فلا نعمة له عليه فلا يكون له عليه ولأء مالم يعجزه سيده والله أعلم

(فصل) وان لم يعلم السابق منها فقال أبو بكر يبطل البيعان ويرد كل واحد منها الى كتابته لان كل واحد منهما مشكوك في صحة بيعه فيرد الى اليقين ، وذكر القاضي أنه يجري مجرى ما إذا زوج الوليان فاشكل الاول منهما فيقتضي هذا أن يفسخ البيعان كما يفسخ النكاحان وعلى قول أبي بكر لا حاجة الى الفسخ لان النكاح انما احتيج الى فسخه من اجل المرأة فانها منكوجة نكاحا صحيحاً لو احد منهما يقينا فلا يزول الا بفسخ وفي مسألتنا لم يثبت تعين البيع في واحد بعينه فلم يفتقر الى فسخ .

(فصل) وإذا كاتب عبيداً له صفقة واحدة بعوض واحد مثل ان يكاتب ثلاثة اعبد له بالفصح في قول اكثر اهل العلم منهم عطاء وسليمان بن موسى وابو حنيفة ومالك والحسن بن صالح واسحاق وهو المنصوص عن الشافعي رضي الله عنه ، وقال بعض أصحابه فيه قول آخر لا يصح لان العقد

(فصل) اذا كاتب عبيدين واستوفى من احدهما ولم يدر أيها استوفى فقياس المذهب ان يقرع بينهما فن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر كما لو اعتق عبداً من عبيده وأنسيه وان ادعى الآخر عليه أنه ادى فعله اليمين أنه ما أدى فان نكل عتق الآخر وان مات السيد قبل القرعة أقرع الورثة فان ادعى الآخر عليهم أنه المؤدي فعليهم اليمين أنهم لا يعلمون انه أدى لانها يمين على نفي فعل الغير فان أقام احد العبيدين بينة أنه أدى عتق سواء كان قبل القرعة أو بعدها في حياة سيده او بعد موته وإن كان ذلك قبل القرعة تعينت الحرية فيه ورق الآخر فان كان بعدها فكذلك لان القرعة ليست عتقاً وإنما هي معينة للعتق والبينة أقوى منها فيثبت بها خطأ القرعة فيدين بقاء الرق في الذي ظننا حرية كما تبيننا حرية من ظننا رقه ولان من لم يؤد لا يصير مؤدياً بوقوع القرعة له فلا يوجد حكمه الذي هو العتق ويتخرج على قول أبي بكر وابن حامد ان يعتق على ما نذكر في الطلاق ، وكذلك الحكم فيما إذا ذكر السيد المؤدي منها ومتى ادعى الآخر انه أدى فله اليمين على المدعي عليه من

مع ثلاثة كعقود ثلاثة وعوض كل منهم مجهول فلم يصح كما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بعوض واحد

ولنا أن جملة العوض معلومة وإنما جهل تفصيلها فلم تمنع صحة العقد كما لو باعهم لواحد وعلى قول من قال إن العوض يكون بينهم على السواء فقد علم أيضاً تفصيل العوض وعلى كل واحد منهم ثلث وكذا يقول فيما لو باعهم لثلاثة إذا ثبت هذا فإن كل واحد منهم مكاتب بحصته من الألف ويقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد لأنه حين المعاوضة وزوال سلمان السيد عنهم فإذا أداه عتق: هذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن صالح والشافعي وإسحاق وقال أبو بكر عبد العزيز يتوجه لأبي عبد الله قول آخر أن العوض بينهم على عدد رؤوسهم فيمتساوون فيه لأنه أضيف إليهم إضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو أقر لهم بشيء

وإنما أن هذا عوض فتقسط على العوض كما لو اشترى شقصاً وسيفاً وكما لو اشترى عبداً فرد واحداً منهم بعب أو أثلف أحدهم ورد الآخر ويخالف الإقرار فإنه ليس بعوض. إذا ثبت هذا فإيهم أدى حصته عتق

وهذا قول الشافعي وقال ابن أبي موسى لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة، وحكي ذلك عن أبي بكر وهو قول مالك وحكي عنه أنه إذا امتنع أحدهم عن الكسب مع القدرة عليه أجبر عليه الباقيون واحتجوا بأن الكتابة واحدة بدليل أنه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقيين ولا يحصل العتق إلا بأداء جميع الكتابة كما لو كان المكاتب واحداً، وقال أبو حنيفة إن لم يقل لهم السيد إن أديتم عتقتهم فإيهم أدى حصته عتق وإن أدى جميعها عتقوا كلهم ولم يرجع على صاحبيه بشيء وإن قال لهم إن أديتم عتقتهم لم يعتق واحد منهم حتى تؤدي الكتابة كلها ويكون

السيد والورثة إلا إن السيد يحلف على البت، وأما الورثة فإن ادعى أنه دفع إلى موروثهم حلفوا على نفي العلم وإن ادعى أنه دفع إليهم حلفوا على البت وعلى كل واحد من الورثة يمين لأن كل واحد منهم مدعى عليه فلزمته اليمين كما لو انفرد بالدعوى

(فصل) إذا كان للمكاتب أولاد من معتقة غير سيده فقال سيده قد أدى إلي وعتق فأنجز ولاء ولده إلي فأنكر ذلك مولى أمهم وكان المكاتب حياً صار حراً بهذا القول لأنه إقرار من سيده بعتقه وينجز ولاء ولده إليه وإن كان ميتاً فالقول قول مولى أمهم لأن الأصل بقاء الرق وبقاء ولائهم له فيحلف ويبيح ولاؤهم له

﴿مسئلة﴾ (وإن أقام العبد شاهداً وحلف معه أو شاهدوا امرأتين ثبت الأداء وعتق وهذا قول الشافعي)

لأن النزاع بينهما في أداء المال والمال يقبل فيه الشاهد واليمين والرجل والمرآنان فإن قيل المقصد من هذه الشهادة العتق وهو لا يثبت بشاهد ويمين قلنا بل يثبت بشاهد

بعضهم حميلاً عن بعض وياخذ أيهم شاء بالنال وإيهم أداها عتقوا كلهم ورجع على صاحبيه بمحضتهما ولنا أنه عقد معاوضة مع ثلاثة فاعتبر كل واحد منهم باداء حصته كما لو اشترى عبداً وكما لو لم يقل لهم إن أديتم عتقتم على قول أبي حنيفة فإن قوله ذلك لا يؤثر لأن استحقاق العتق باداء العوض لا بهذا القول بدليل أنه يعتق بالاداء بدون هذا النول ولم يثبت كون هذا القول مانعاً من العتق ولا نسلم أن هذا العقد كتابة واحدة فإن العقد مع جماعة عقود بدليل البيع ولا يصح القياس على كتابة الواحد لأن ما قدره في مقابلة عتقه وههنا في مقابلة عتقه ما يخصه فافترقا . إذا ثبت هذا فإنه إن شرط عليهم في العقد أن كل واحد منهم ضامن عن الباقيين فالشرط فاسد والعقد صحيح ، وقال أبو الخطاب في الشرط رواية أخرى أنه صحيح وخرجه ابن حامد وجهاً بناء على الروايتين في ضمان الحر لمال الكتابة وقال الشافعي رضي الله عنه العقد والشرط فاسدان لأن الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العقد بدونَه لأن السيد إنما رضي بالعقد بهذا الشرط فإذا لم يثبت لم يكن راضياً بالعقد وقال مالك وأبو حنيفة العقد والشرط صحيحان لأنه مقتضى العقد عندهما

ولنا أن مال الكتابة ليس بلازم ولا ماله إلى الزوم فلم يصح ضمانه كما لو جعل المال صفة مجردة في العتق فقال إن أديت إليّ ألفاً فأنت حر ولأن الضامن لا يلزم أكثر مما يلزم المضمون عنه ومال الكتابة لا يلزم المكاتب فلا يلزم الضامن ولأن الضامن تبرع وليس للمكاتب التبرع ولأنه لا يملك الضمان عن حر ولا عن ليس معه في الكتابة فكذلك من معه ، وأما العقد فصحيح لأن الكتابة لا تفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة وسند كره فيما بعد إن شاء الله تعالى

(فصل) إذا مات بعض المكاتبين سقط قدر حصته نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية حنبل وكذلك إن أعتق بعضهم وعن مالك إن أعتق السيد أحدهم وكان مكتسباً لم ينفذ عتقه لأنه يضر

ويعين في رواية ، وإن سلمنا أن الشهادة لا تثبت لكن الشهادة ههنا باداء المال والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الأول ولم يشهد الشاهد به ولا بينهما فيه نزاع ولا يمنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت إلا بشاهدين كما أن الولادة تثبت بشهادة النساء ويترتب عليها ثبوت النسب الذي لا يثبت بشهادة النساء ولا بشاهد واحد

(فصل) فإن لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد فالقول قوله فإن قل لي شاهد غائب انظر ثلاثاً فإن جاء وإلا حلف السيد ثم متى جاء شاهده وأدى الشهادة ثبتت حرية وإن جرح شاهده فقال لي شاهد آخر انظر ثلاثاً لما ذكرناه

(فصل) وإن أقر السيد بقبض مال الكتابة عتق العبد إذا كان ممن يصح إقراره وإن أقر بذلك في مرض موته قبل لأنه إقرار غير وارث فيقبل وإن قال استوفيت كتابتي كلها عتق العبد وإن قال استوفيتها كلها إن شاء الله أو إن شاء زيد عتقني ولم يؤثر الاستثناء لأن هذا الاستثناء لا

بالباقين وإن لم يكن مكتسباً نفذ عتقه لهدم الضرر فيه وهذا مبني على انه لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع مال الكتابة وقد مضى الكلام فيه

(فصل) فان أدى أحد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل اداء ماعليه بغير علم سيده لم يصح لان هذا تبرع وليس له التبرع بغير إذن سيده وإن كان قد حل عليه نجم صرف ذلك فيه وإن لم يكن حل عليه نجم فله الرجوع فيه وإن علم السيد بذلك ورضي بقبضه عن الآخر صح لان قبضه له راضياً به مع العلم دليل على الاذن فيه فجاز كما لو أذن فيه تصريحاً وإن كان الاداء بعد أن عتق صح سواء علم السيد أو لم يعلم فاذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه نظرنا فان كان قد قصد التبرع عليه لم يرجع به وإن أداه محسباً بالرجوع عليه وكان الاداء باذن المؤدى عنه فهو فرض يلزمه أدائه كما لو اقترضه منه وإن كان بغير اذنه لم يرجع عليه لانه تبرع عليه باء مالا يلزمه كما لو تصدق عنه صدقة تطوع وبهذا فارق سائر الديون وإن كان باذنه وطلب استيفاءه قدم على أداء مال الكتابة كسائر الديون واذا عجز عن أدائه فخكه حكم سائر الديون وهذا كله مذهب الشافعي (فصل) ولا يصح ضمان الحر لمال الكتابة وذكر القاضي فيه روايتين (احدهما) يصح ضمانه

لانه عوض في معاوضة فصح ضمانه كضمن المبيع

ولنا ما ذكرناه من قبل ولا يصح قياسه على الثمن لانه لازم وهذا غير لازم

(فصل) واذا أدوا ماعليهم أو بعضه ثم اختلفوا فقال من كثرت قيمته أدى كل واحد منا بقدر ماعليه فلا فضل لاحدنا على صاحبه وقال من قلت قيمته أدينا على السواء فلي الفضل عليك أو يكون ودیعة لي عند سيدنا فالقول قول الاول لان الظاهر ان من عليه دين لا يؤدي أكثر منه فرجحت دعواه بذلك فان كان المؤدى أكثر مما عليهم واختلفوا في الزيادة فالقول قول من يدعي التساري

مدخل له في الاقرار قال احمد في رواية أبي طالب اذا قال له الف إن شاء الله كان مقراً بها ولان هذا الاستثناء تعاقب بشرط والذي يتعلق بالشرط انما هو المستقبل ، وأما الماضي فلا يمكن تعليقه لانه قد وقع على صفة لا يتغير عنها بالشرط وانما يدل الشرط على الشك فيه فكأنه قال استوفيت كتابتي وانا اشك فيه فيلغو الشك ويثبت الاقرار وان قل استوفيت آخر كتابتي وقل انما أردت أني استوفيت النجم الآخر دون ما قبله وادعى العبد اقراره باستيفاء السكك فالقول قول السيد لانه أعرف بمراة والله أعلم

﴿فصل﴾ قال رضي الله عنه (والكتابة الفاسدة مثل أن يكتبه على خمر أو خنزير تغلب فيها

حكم الصفة في أنه إذا أدى عتق ولا يعتق بالإبراء)

إذا كتبه كتابة فاسدة على عوض مجهول أو حال أو محرم كالخمر والخنزير فقد روي عن أحمد رحمه الله ما يدل على ان الكتابة على العرض المحرم باطلة لا يعتق بالاداء فيها اختاره أبو بكر فانه

لانهم اشتركوا في أدائه فكانت أيديهم عليهم فاستروا فيه كما لو كان في أيديهم مال فاختلفوا فيه (فصل) وإن جنى بعضهم فجنائته عليه دون صاحبه وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه وقال مالك رضي الله عنه يؤدون كلهم ارشه فان عجزوا رقوا
ولنا قول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وقول النبي ﷺ « لا يجني جان إلا على نفسه » ولأنه لو اشترك رجلان وتماما لم يحمل أحدهما جناية صاحبه فكذا ههنا لان مالا يصح لا يتضمنه عقد الكتابة ولا يجب على أحدهما بفعل الآخر كالتقصاص وقد بينا ان كل واحد منهما مكاتب بخصته فهو كالمفرد بعقده

«مسألة» قال (واذا شرط في كتابته أن يوالي من شاء، فالولاء مان أعتق والشرط باطل)

أما الشرط فباطل لانعلم في بطلانه خلافا وذلك لما روت عائشة رضي الله عنها قالت كانت في بريدة ثلاث قضايا، أراد أهلها أن يبيعوها ويشتروا الولاء فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال «اشترها واعتقها فانما الراء لمن أعتق» متفق عليه وفي الحديث الآخر أن النبي ﷺ قال «اشترها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق» فقام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال «ما بعد فما بال ناس يشترطون شروعا ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق» متفق عليه ولان الولاء لا يصح نقله بدليل أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته وقال «إنما الولاء لمن أعتق» ولأنه لحمة كالحمة النسب فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه كالتقاربة ولأنه حكم العتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق كما لا يصح اشتراط حكم النكاح لغير النكاح ولا حكم البيع لغير العاقل وسواء شرط أن يوالي من شاء أو شرطه لبائعه أو

روي عن احمد أنه قال : إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق ما لم تكن الكتابة محرمة فحكم بالعتق بالاداء الا في المحرمة واختار القاضي انه يعتق بالاداء كسائر الكتابات الفاسدة ويمكن حمل كلام القاضي على ما إذا جعل السيد الاداء شرطا للعتق فقال إذا ادبت لي فأنت حر فأدى فانه يعتق بالصفة المجردة لا بالكتابة ويثبت في هذه الكتابة حكم الصفة في العتق بوجودها لا حكم الكتابة فأما ان شرط في في الكتابة شرطا فاسداً فلنصوص أنه لا يفسدها لكن يلغو الشرط وتصح الكتابة ويتخرج ان يفسدها بناء على الشروط الفاسدة في البيع وهو مذهب الشافعي وقد ذكرناه فاما الكتابة الفاسدة التي لا تكون عوضا محرما فانها تساوي الصحيحة في أربعة أحكام

(أحدها) أنه يعتق ما كوتب عليه سواء صرح بالصفة بان يتول إذا ادبت الي فانت حر أو لم يقل لان معنى الكتابة يقتضي هذا فيصير كالمصرح به فيعتق بوجوده كالصحيحة (الثاني) إذا اعتقه بالاداء لم تلزمه قيمة نفسه ولم يرجع على سيده بما أعطاه ذكره أبو بكر وهو

لرجل آخر بعينه ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط نص عايه إجمد رضي الله عنه وقال الشافعي رضي الله عنه يفسد به كما لو شرط عوضاً مجهولاً ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الشروط الفاسدة في البيع ولنا حديث بريرة فإن أهلها شرطوا لهم الولاء فأمر النبي ﷺ بشرائها مع هذا الشرط وقال « إنما الولاء لمن أعتق » ويفارق جهالة العوض فإنه ركن العقد لا يمكن تصحيح العقد بدونه وربما أفضت جهالته إلى التنازع والاختلاف وهذا الشرط زائد فاذا حذفناه بقي العقد صحيحاً بحاله فإن قيل المراد بقول النبي ﷺ « اشترطي لهم الولاء » أي عليهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يأمر بالشرط الفاسد واللام تستعمل بمعنى على كقول الله تعالى (وإن أسأتم فلها) أي فعلها قلنا هذا لا يصح لوجوه ثلاثة (أحدها) أنه يخالف وضع اللفظ والاستعمال (والثاني) أن أهل بريرة أبوا هذا الشرط فكيف يأمرها النبي ﷺ بشرط لا يقبلونه ؟ (والثالث) أن ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط لأنه مقتضى العتق وحكمه (والرابع) أن في بعض الالفاظ « لا يمنعك هذا الشرط منها ابتاعي واعتقي » وإنما أمرها النبي ﷺ بالشرط تعريفاً لنا إن وجود هذا الشرط كعدمه وأنه لا ينقل الولاء عن المعتق (فصل) وإن اشترط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته أو يزاحمهم في موارثهم فهو شرط فاسد في قول عامة العلماء منهم الحسن وعطاء وشریح وعمر بن عبد العزيز والنخعي وإسحاق وأجاز إياس بن معاوية أن يشترط شيئاً من ميراثه ولا يصح لأنه يخالف كتاب الله عز وجل وكل

ظاهر كلام أحمد وقال الشافعي بتراجعه أن فيجب على العبد قيمته وعلى السيد ما أخذه في تقاضان بقدر اقلها إن كانا من جنس واحد وبأخذ ذو الفضل فضله لأنه عقد معاوضة فاسد فوجب الرجوع فيه كالبيع الفاسد وإنما أنه : قد كتابة حصل العتق فيه بالاداء فلم يجب الرجوع كما لو كان العقد صحيحاً ولأن ما يأخذ السيد فهو من كسب عبده الذي يملك كسبه فلم يجب رده والعبد عتق بالصفة فلم يجب عليه قيمته كما لو قال إن دخلت الدار فانت حر وأما البيع الفاسد فإنه إن كان بين هذا وسيده فلا رجوع على السيد بما أخذه وإن كان بينه وبين غيره فإنه أخذ مالا يستحقه ودفع إلى الآخر مالا يستحقه بعقد المقصود منه المعاوضة بخلاف هذا في مسئلتنا (الثالث) أن المكاتب يملك التصرف في كسبه لأن عقد الكتابة تضمن الاذن في ذلك وله أخذ الصدقات والزكوات لأنه مكاتب يعتق بالاداء أشبه الكتابة الصحيحة

(الرابع) أنه إذا كاتب جماعة كتابة فاسدة فادى أحدهم حصتهم عتق على قول من قال إنه يعتق

شرط ليس في كتاب الله فهو باطل بقول النبي ﷺ قال سعيد حدثنا هشيم حدثنا منصور عن ابن سيرين أن رجلاً كاتب بلوكه واشترط ميراثه فلما مات المكاتب تخاصم ورثته إلى شرح فقضى شريح بميراث المكاتب لورثته فقال الرجل ما يعني عني شرطي منذ عشرين سنة؟ فقال شريح كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط كالذي قبله

(فصل) وإن شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق جاز وبه قال عطاء وابن شبرمة، وقال مالك والزهرى لا يصح لأنه ينافي مقتضى العقد أشبهه مالو شرط ميراثه.

ولما انه روي عن عمر رضي الله عنه انه أعتق كل من يصلي من سبي العرب وشرط عليهم: إنكم تخدمون الخليفة من بعدي ثلاث سنوات ولأنه اشترط خدمة في عقد الكتابة أشبهه مالو شرطها قبل العتق ولأنه شرط نفعاً معلوماً أشبهه مالو شرط عوضاً معلوماً ولا نسلم انه ينافي مقتضى العقد فان مقتضاه العتق عند الاداء وهذا لا ينافيه

(فصل) وإذا كاتبه على ألفين في رأس كل شهر ألف وشرط ان يعتق عند أداء الاول صح في قياس المذهب ويعتق عند ادائه لان السيد لو أعتقه بغير اداء شيء صح فكذلك اذا أعتقه عند اداء البعض ويبقى الآخر ديباً عليه بعد عتقه كما لو باعه نفسه به

(مسئلة) قل (واذا سر العدو المكاتب فاستره رجل فأخرجه ان سيده صاحب أخذه أخذه بمشترطه فشرطه على كتابه وان لم يجب أخذه فهو على مالك مشترطه متى على ما بقي من كتابه يعتق الاداء ولو لاؤه ان يؤدي اليه)

بالكتابة الصحيحة باداء حصته لان معنى العقد ان كل واحد منهم مكاتب بقدر حصته متى أدى الى كل واحد منكم قدر حصته فهو حر ومن قل لا يعتق في الصحيحة الا ان يؤدي جميعهم فهنا أولى (فصل) وتفارق الصحيحة في ثلاثة أحكام (أحدها) ان السيد اذا أبرأه من المال لم تصح البراءة ولم يعتق بذلك لان المال غير ثابت في العقد بخلاف الكتابة الصحيحة وصار هذا كالصفة المجردة في قوله اذا ادت الي الفأفانت حر (الثاني) ان لكل واحد من السيد والمكاتب فسخها سواء كان ثم صفة أو لم تكن وهذا قول أصحاب الشافعي لان الفاسد لا يلزم حكمة والصفة ههنا مبنية على المعاوضة وتابعة لها لان المعاوضة هي المتصودة فلما أبطل المعاوضة التي هي الاصل بطلت الصفة المبنية عليها بخلاف الصفة المجردة ولان السيد لم يرض بهذه الصفة الا بان يسلم له العوض المسمى فاذا لم يسلم كان له إبطالها بخلاف الصحيحة فان العوض سلم له فكان العقد لازماً له

وجمته أن الكفار إذا أسروا مكاتباً ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها فإن أخذ في الغنائم فلم بحاله أو أدركه سيده قبل قسمه أخذه بغير شيء، وكان على كتابته كمن لم يؤسر وإن لم يدركه حتى قسم وصار في سهم بعض الغنمين أو اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمه أو من المشركين وأخرجه إلى سيده فإن سيده أحق به باليمن الذي ابتاعه به وفيما إذا كان غنيمة رواية أخرى انه إذا قسم فلا حق لسيده فيه بحال فيخرج في المشتري مثل ذلك وعلى كل تقدير فإن سيده إن أخذه فهو مبقى على ما بقى من كتابته وإن تركه فهو في يد مشتريه مبقى على ما بقى من كتابته فيعتق بالاداء في الموضوعين وولاؤه لمن يؤدي إليه كما لو اشتراه من سيده

وقال ابو حنيفة والشافعي رضي الله عنهما لا يثبت عليه ملك الكفار ويرد الى سيده بكل حال ووافق ابو حنيفة الشافعي في المكاتب والدر خاصة لانهما عنده لا يجوز بيعهما ولا نقل الملك فيهما فأشبهها أم الولد وقد تقدم الكلام في الدلالة على أن ما أدركه صاحبه مقسوما لا يد تحق صاحبه أخذه بغير شيء، وكذلك ما اشتراه مسلم من دار الحرب وفي ان المكاتب والدر يجوز بيعهما بما يعني عن اعادته ههنا

(فصل) وهل يحتسب عليه بالمدة التي كُن فيها مع الكفار؟ على وجهين (أحدهما) لا يحتسب عليه بها لان الكتابة اقتضت تمكينه من التصرف والكسب في هذه المدة فاذا لم يحصل له ذلك لم يحتسب عليه كما لو حبسه سيده فعلى هذا ينبغي على ماضى من المدة قبل الاسر وتبقى مدة الاسر كأنها لم توجد (والثاني) يحتسب عليه بها لانها من مدة الكتابة مضت بغير تفريط من سيده فاحتسب عليه بها كما لو مرض ولانه مدين مضت مدة من أجل دينه في حبسه فاحتسب عليه بها كسائر الغرماء وفارق ما اذا حبسه سيده بما سنذكره ان شاء الله تعالى فعلى هذا اذا حل عليه نجم عند استنقاذه جازت

(الثالث) أنه لا يلزم السيد ان يؤدي اليه شيئاً من الكتابة لان العتق ههنا بالصفة المجردة فاشبه مالو قال اذا ادبت الي الغاء فانت حر

﴿مسئلة﴾ (وتنسخ بموت السيد وجنونه والحجر للسفه)

اختلف في انفساخها بموت السيد فذهب القاضي وأصحابه الى بطلانها به وهو قول الشافعي لانه عقد جائز من الطرفين لا يتحول الى الازوم فيبطل بالموت كلوكلة ولان الغائب فيها حكم الصفة المجردة والصفة تبطل بالموت كذلك هذه الكتابة وقل أبو بكر لا تبطل بالموت ويعتق بالاداء الى الوارث وهو قول أبي حنيفة لانه مكاتب يعتق بالاداء الى السيد فيعتق بالاداء الى الوارث كالكتابة الصحيحة في باب العتق بالاداء فكذلك في هذا واختلف في انفساخها بمجنون السيد والحجر عليه والخلاف فيه كالخلاف في بطلانها بموته قل شيخنا والاولى أنها لا تبطل ههنا الا بالصفة المجردة لا بذلك والغالب في هذه الكتابة حكم الصفة المجردة فلا تبطل به فعلى هذا لو أدى الى سيده

مطالبته وإن حل ما يجوز تعجزه بترك ادائه فليدعه تعجزه وردة إلى الرق وهل له ذلك بنفسه أو حكم الحاكم؟ فيه وجهان

(أحدهما) له ذلك لأنه تعذر عليه الوصول إلى المال في وقته فأشبهه مالو كان حاضراً يحققه أنه لو كان حاضراً والمال غائباً يتعذر احضاره وادائه في مدة قريبة لكان لسيد الفسخ فالمال ههنا أما معدوم وإما غائب يتعذر ادائه وفي كلتا الحالتين يجوز الفسخ

(الثاني) ليس له ذلك إلا بحكم الحاكم لأنه مع الغيبة يحتاج إلى أن يبحث أنه مال أم لا؟ وليس كذلك إذا كان حاضراً فإنه يطالبه فإن أدى وإلا فقد تعجز نفسه فإن فسخ الكتابة بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خاص المكاتب فادعى أن له مالا في وقت الفسخ يفي بما عليه وأقام بذلك بينة بطل الفسخ ويحتمل أن لا يبطل حتى يثبت أنه كان يمكنه ادائه لأنه إذا كان متعذر الاداء كان وجوده كعدمه (فصل) وإن حبسه سيده مدة فقد أساء ولا يحتسب عليه بمدة في أحد الوجوه

(والثاني) يحتسب عليه بمدة لأن مال الكتابة دين مؤجل فيحتسب بمدة الحبس من الاجل كسائر الديون المؤجلة فإلى هذا الوجه يلزمه أجر مثله في المدة التي حبسه فيها والاول أصح لأن على سيده تمكينه من التصرف مدة كتابته فإذا حبسه مدة وجب عليه تأخيرها مثل تلك المدة ليستوفي الواجب له ولأن حبسه يفضي إلى إبطال الكتابة وتفويت مقصودها وردة إلى الرق ولأن عجزه عن اداء نجومه في محلها بسبب من سيده فلم يستحق به فسخ العقد كما لو منع البائع المشتري من اداء الثمن لم يستحق فسخ البيع ولو منعت المرأة زوجها من الانفاق عليها لم يستحق فسخ العقد كذا ههنا. (الوجه الثالث) أنه يلزم سيده أرفق الأمرين به من تخايطه مثل تلك المدة أو أجر مثلها لأنه قد وجد سببها فكان للمكاتب أنفعها

(فصل) وإذا أوصى بان يكتب عبده صحته الوصية لأن الكتابة يتعلق بها حق الله تعالى وحق الآدمي فإذا أوصى به صح وتعتبر قيمته من ثلثه لأنه تبرع من جهته فإنه يبيع ماله بماله فإن خرج من الثلث لزمهم كتابته ولا يعتبر مال الكتابة من ماله ذكره القاضي لأنه نماء ماله وفائده ولأن الاعتبار بحالة الموت وهو لا يملك مال الكتابة ثم ينظر فإن عين مال الكتابة كاتبه عليه سواء كان أقل من قيمته أو مثلها أو أكثر فإن لم يعينه كاتبه على ما جرى العرف بكتابة مثله به والعرف أن يكتب العبد

بعد ذلك عتق ولا يعتق عند من أبطلها

(فصل) ويملك السيد أخذ ما في يده وإن فضل من الاداء فضل فهو لسيد هذا قول أبي الخطاب لأن كسب العبد لسيد بحكم الاصل والعقد ههنا فاسد لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته فلم ينقل الملك في المعوض كسائر العقود فاناسدة ولأن الغلب فيها حكم الصفة المجردة وهي

بأكثر من قيمته لكون دينها مؤجلا ويجب رد ربه اليه ويعتبر فى ذلك رضى العبد لان الكتابة لاتلزمه ولا يجوز اجباره عليها بخلاف مالو وصى بعته فانه يعتق ولا يقف على اختياره ولا رضاه فان رد الوصية بطلت فان عادفطابها لم تلزمه اجابته اليها لان وصيته بطلت بالرد فأشبه الوصية بالمال وإن لم يكن ردها وجبت اجابته اليها ، واذا أدى عتق وكان ولاؤه للموصى بكتابه كما لو وصى بعته فان عجز فلوارث رده فى الرق وإن لم يخرج من الثلث فانه يكاتب منه ماخرج من الثلث وإن كان قد وصى بوصايا غير الكتابة لاتخرج من الثلث تحاصوا فى الثلث وأدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ماله فى الوصية ويتخرج أن تقدم الكتابة بناء على الرواية التى تقدم العتق لان الكتابة مقصودها العتق وتفرضى اليه ويحتمل أن لاتقدم بحال لان العتق تغيب وسراية ليس هو لـ كتابة وافضاؤها الى العتق لا يوجب تقديمها كما لو وصى لرجل بابنه فانه لايقدم مع ان التصد بوصيته العتق ويفرضى اليه (فصل) فان قال كاتبوا أحد رقيقى فلورثة مكاتبة من شاءوا منهم فى أحد الوجهين وفى الآخر يكاتبون واحداً منهم بالقرعة وإن قال أحد عبيدى فكذلك إلا انه ليس لهم مكاتبة أمة ولا خنثى مشكل لانه لا يعلم كون الخنثى عبداً أو أمة ، وإن قال أحد امائى فليس لهم مكاتبة عبد ولا خنثى مشكل كذلك ، وإن كان الخنثى غير مشكل وكان رجلا فلهم مكاتبته اذا قال كاتبوا أحد عبيدى وإن كان أنثى فلهم مكاتبته اذا قال كاتبوا أحد امائى لان هذا عيب فيه والعيب لا يمنع الكتابة والله أعلم

(فصل) والكتابة الفاسدة أن يكاتبه على عوض مجهول او عوض حال او محرم كالخمر والخنزير فاما إن شرط فى الكتابة شرطا فاسداً فالمنصوص انه لايفسدها لكن يلغو الشرط وتبقى الكتابة صحيحة ويتخرج أن يفسدها بناء على الشروط الفاسدة فى البيع وهذا مذهب الشافعى وقد روى عن ابى عبد الله رحمه الله مايدل على ان الكتابة على العوض المحرم باطلة لايعتق بالاداء فيها وهو اختيار ابى بكر فانه قد روى عن احمد رضى الله عنه انه قال : اذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق مالم تكن الكتابة محرمة فحكم بالعتق بالاداء إلا فى المحرمة

واختار القاضى انه يعتق بالاداء كسائر الكتابات الفاسدة ويمكن حمل كلام القاضى على ما اذا جعل السيد الاداء شرطا للعتق فقال اذا أدت إلى فأنت حر فأدى اليه فانه يعتق بإلصقة المجردة لا بالكتابة ويثبت فى هذه الكتابة حكم الصفة فى العتق بوجودها لا بحكم الكتابة وأما غيرها من الكتابة الفاسدة فانها تساوى الصحيحة فى أربعة أحكام (أحدها) انه يعتق باداء ما كوتب عليه سواء

لا تثبت له فى كسبه فكندا ههنا وفارق الكتابة الصحيحة فانها اثبتت الكتابة فى العوض فاثبتته فى العوض وقل القاضى مافى يد المكاتب وما يكسبه وما يفضل فى يده بعد الاداء له وهو مذهب

صرح بالصفة فقال ان أدبت إلي فأنت حر او لم يقل لان معنى الكتابة يقتضي هذا فيصير كالصرح به فيعتق بوجوده كالكتابة الصحيحة

(الثاني) انه اذا عتق بالاداء لم تلزمه قيمة نفسه ولم يرجع على سيده بما أعطاه ذكره ابو بكر وهو ظاهر كلام احمد رضي الله عنه، وقل الشافعي رضي الله عنه : يترجمان فيجب على العبد قيمته وعلى السيد مأخذه فيتقاصان بقدر أقلهما إن كانا من جنس واحد وبأخذ ذوافضل فضله لانه عقد معاوضة فاسدة فوجب التراجع فيه كالمبيع الفاسد

ولنا انه عقد كتابة لمعاوضة حصل العتق فيها بالاداء فلم يجب التراجع فيها كما لو كان العقد صحيحاً ولان مأخذه السيد فهو من كسب عبده الذي لم يملك كسبه فلم يجب عليه رده والعبد عتق بالصفة فلم يجب عليه قيمته كما لو قال ان دخات الدر فأنت حر

وأما البيع الفاسد فانه ان كان بين هذا وبين سيده فلا رجوع على السيد بما أخذه، وإن كان بينه وبين غيره فنه أخذ مالا يستحقه ودفع الى الآخر مالا يستحقه بعقد التصود منه المعاوضة وفي مسئلتنا بخلافه (اثالث) أن الكتاب يملك التصرف في كسبه لان عقد الكتابة تضمن الاذن في ذلك وله أخذ الصدقات والزكوات لانه مكاتب يعتق بالاداء فلك ذلك كما في الكتابة الصحيحة (الرابع) انه اذا كتب جماعة كتابة فسد فادى أحدهم حصته عتق على قول من قال انه يعتق في الكتابة الصحيحة باداء حصته لان معنى العقد ان كل واحد منهم مكاتب بقدر حصته متى أدى إلى كل واحد منهم قدر حصته فهو حر، ومن قال لا يعتق في الصحيحة إلا ان يؤدي الجميع فهمنا أولى وتفارق الصحيحة في ثلاثة أحكام (أحدها) ان لكل واحد من السيد والمكاتب فسسخها ورفعها سواء كان ثم صفة او لم تكن وهذا قول أصحاب الشافعي رضي الله عنه لان الفاسد لا يلزم حكمه والصفة ههنا مبنية على المعاوضة وتابعة لها لان المعاوضة هي المتصودة فلما أبطل المعاوضة التي هي الاصل بعثت الصفة المبنية عليها بخلاف الصفة المجردة ولان السيد لم يرض بهذه الصفة إلا بان يسلم له العرض المسمى فإذا لم يسلم كان له ابدالها بخلاف الكتابة الصحيحة فان العرض سلم له فكان العقد لازماً له

(الثاني) ان السيد اذا أبرأه من المالم تصح البراءة ولا يعتق بذلك لان المالم غير ثابت في العقد بخلاف الكتابة الصحيحة وجرى هذا مجرى الصفة المجردة في قوله اذا أدبت إلي ألفاً فأنت حر

الشافعي لانها كتابة يعتق بالاداء فيها فيثبت هذا الحكم فيها كالصحيحة والاول اصح لما بين الفاسدة والصحيحة من الفروق

﴿ مسألة ﴾ (وهل يتبع الكاتبة ولدها فيها؟ على وجهين)

(اثالث) انه لا يلزم السيد أن يؤدي اليه شيئاً من الكتابة لان العتق ههنا بالصفة المجردة فأشبهه مالو قال اذا أدت إلي الفأفأت حر واختلف في أحكام أربعة (أحدها) في بطلان الكتابة بموت السيد فذهب القاضي وأصحابه الى بطلانها وهو قول الشافعي رضي الله عنه لانه عقد جائز من الطرفين لا يؤول الى اللزوم فيبطل بالموت كالوكالة ولان الغلب فيها حكم الصفة المجردة والصفة تبطل بالموت فذلك هذه الكتابة وقال ابو بكر لا تبطل بالموت ويعتق بالاداء إلى الوارث وهو قول ابي حنيفة رضي الله عنه لانه مكاتب يعتق بالاداء الى السيد فيعتق بالاداء إلى الوارث كما في الكتابة الصحيحة ولان الفاسدة كالصحيحة في باب العتق بالاداء وفي ان اولد يتبعه فكذلك في هذا

(واثاني) في بطلانها بجنون السيد والحجر عليه لسفه والخلاف فيه كالخلاف في بطلانها بموته والاولى انها لا تبطل ههنا لان الصفة المجردة لا تبطل بذلك والغلب في هذه الكتابة حكم الصفة المجردة فلا تبطل به فعل هذا لو أدى الى سيده بعد ذلك عتق وعلى قول من ابطلها لا يعتق

(اثالث) ن ما في يد الكاتب وما يكسبه وما يفضل في يده بعد الاداء له دون سيده في قول القاضي ومذهب الشافعي رضي الله عنه لانها كتابة يعتق بالاداء فيها فكان هذا الحكم ثابتاً فيها كالصحيحة وقال ابو الخطاب ذلك لسيدته في الموضوعين لان كسب العبد لسيدته بحكم الاصل والمقد ههنا فاسد لم يثبت الحكم في وجوب العوض في ذمته فلم ينقل الملك في العوض كسائر العقود الفاسدة ولان الغلب فيها حكم الصفة المجردة وهي لا تثبت الملك له في كسبه فكذا ههنا وفاقت الكتابة الصحيحة فانها تثبت الملك في العوض فأثبتته في العوض (الرابع) هل يتبع المكاتبة ولدها؟ قال ابو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) يتبعها لانها كتابة يعتق فيها بالاداء فيعتق به ولدها كالكتابة الصحيحة (واثاني) لا يتبعها وهو أقيس وأصح لما ذكرنا في الذي قبله ، ولان الاصل بقاء الرق فيه فلا يزول إلا بنص او معنى نص ، وما وجد واحد منهما ولا يصح القياس على الكتابة الصحيحة لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم فيبقى على الاصل والله أعلم

(أحدها) يتبعها لانها كتابة تعتق فيها بالاداء فيعتق ولدها به كالكتابة الصحيحة (واثاني) لا يتبعها وهو أقيس وأصح لان الاصل بقاء الرق فيه فلا يزول إلا بنص أو معنى نص وما وجد واحد منهما ولا يصح القياس على الكتابة الصحيحة لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم فيبقى على الاصل

❖ مسألة ❖ (وقال أبو بكر لا تنسخ بموت السيد ولا جنونه ولا الحجر عليه لسفه) وقد ذكرناه



كتاب عتق امهات الاولاد

أم الولد هي التي ولدت من سيدها في ملكه ولا خلاف في إباحة التسري ووطء الاماء لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم او ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) وقد كانت مارية القبطية أم ولد النبي ﷺ وهي أم ابراهيم ابن النبي ﷺ التي قل فيها «اعتقها ولدها وكانت هاجر أم اسماعيل عليه السلام سرية ابراهيم خليل الرحمن عليه السلام وكان لعمر بن الخطاب رضي الله عنه أمهات أولاد أوصى لكل واحدة منهن بربعمائة وكان لعلي رضي الله عنه أمهات أولاد ولكثير من الصحابة وكان علي بن الحسين وانقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله من أمهات أولاد. وروي ان الناس لم يكونوا يرغبون في أمهات الاولاد حتى ولد هؤلاء الثلاثة من أمهات الاولاد فرغب الناس فيهن ، وروي عن سالم بن عبد الله قال كان لابن رواحة جارية وكان يريد الخلو بها وكانت امرأته ترصده فخلا البيت فوقع عليها فنذرت به امرأته وقالت: أفعلها؟ قال: ما فعلت قالت فقرأ إذا فقال

شهدت بأن وعد الله حق وان النار مثوى الكافرينا
وان العرش فوق الماء طاف وفوق العرش رب العالمينا
وتحملة ملائكة شداد ملائكة الآله مسومينا

﴿باب أحكام أمهات الاولاد﴾

أم الولد هي التي ولدت من سيدها في ملكه ولا خلاف في إباحة التسري ووطء الاماء لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم او ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) وقد كانت مارية القبطية أم ولد النبي ﷺ وهي أم ابراهيم ابن النبي ﷺ التي قال فيها النبي ﷺ «اعتقها ولدها» وكانت هاجر سرية ابراهيم عليه الصلاة والسلام أم اسماعيل عليه السلام وكان لعمر ابن الخطاب رضي الله عنه أمهات اولاد أوصى لكل واحدة منهن بربعمائة وكان لعلي رضي الله عنه أمهات أولاد ولكثير من الصحابة وكان علي بن الحسين والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله من أمهات أولاد ويروي ان الناس لم يكونوا يرغبون في أمهات الاولاد حتى ولد هؤلاء الثلاثة فرغب الناس فيهن وروي عن سالم بن عبد الله قال كان لابن رواحة جارية وكان يريد الخلو بها وكانت امرأته ترصده فخلا البيت فوقع عليها فنذرت به امرأته وقالت افعلها؟ قل ما فعلت قالت فاقرأ إذا فقال

شهدت بأن وعد الله حق وان النار مثوى الظالمينا
وان العرش فوق الماء طاف وفوق العرش رب العالمينا
ويحملة ملائكة شداد ملائكة الآله مسومينا

قالت أما إذ قرأت فاذهب إذا فأتى النبي ﷺ فأخبره قال فلقد رأيتك يضحك حتى تبدو نواجذه ويقول « هيه كيف قلت؟ » فأكرره عليه فيضحك .

(فصل) فإذا وطىء الرجل أمته فانت بولد بعد وطئه بستة أشهر فصاعداً لحقه نسبه وصارت له بذلك أم ولد، وإن أتت بولد تام لاقل من ستة أشهر لم يلحقه نسبه لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر بدليل ما روى الحسن أن امرأة ولدت استه ستة أشهر فأتى بها إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فهم برجمها فقال له علي رضي الله عنه ليس لك ذلك إن الله يقول (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) فقد يكون في البطن ستة أشهر والرضاع أربعة وعشرون شهراً فذلك تمام ما قال الله تعالى (ثلاثون شهراً) فخلا عنها عمر، وروى عن ابن عباس أنه قل ذلك لعمان ومن اعترف بوطء أمته فأنت بولد يمكن أن يكون منه لحقه نسبه ولم يكن له نفيه لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: حصنوا هذه الولائد فلا يظأ رجل وايدته ثم ينكر ولدها إلا أنزمته إياه رواه سعيد وعن ابن عمر قال: قال عمر أيما رجل غشي أمته ثم ضيعها فالضيعة عليه والولد ولده رواه سعيد أيضاً ولأن أمته صارت فراشاً بالوطء فلحقه ولدها كالأمة ولقوله ﷺ «الولد للفراش» فإن نفاه سيدها لم ينتف عنه إلا أن يدعي أنه استبرأها وأتت بالولد بعد استبرائها بستة أشهر فينتفي عنه بذلك وهل يلحق على ذلك؟ على وجهين وقد روي عن الحسن قال إذا أنكر الرجل ولده من أمته فله ذلك وعن الشعبي أنه كان يقول ينتفي من ولده إذا كان من أمته متى شاء

قالت أما إذا قرأت فاذهب فأتى النبي ﷺ فأخبره قال فلقد رأيتك يضحك حتى تبدو نواجذه ويقول « هيه كيف قلت؟ » فأكرره عليه فيضحك

﴿مسألة﴾ (إذا حملت الأمة من سيدها فوضعت ما يتبين فيه خلق الإنسان صارت له بذلك أم ولد فإذا ماتت عتقت وإن لم يملك غيرها)

ذكر ههنا لمصير الأمة وأم ولد شرطين (أحدهما) أن تحمل به في ما سواه كان من وطء مباح أو محرم كالوطء في الحيض والنفاس والأحرام والظهار فأما إن علقته منه في غير ملكه لم تصر بذلك أم ولد سواء علنت منه بمملوك مثل أن يظأها في ملك غيره ببنكاح أو زنا أو علقته بجزء مثل أن يظأها بشبهة أو غير من أمة فتزوجها على أنها حرة فاستولدها أو اشترى جارية فاستولدها ثم ظهرت مستحقة فإن الولد حر ولا تصير الأمة أم ولد في هذه المواضع بحال فإن ملكها بعد ذلك ففيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى (الشرط الثاني) أن تضع ما يتبين فيه شيء من خلق الإنسان من رأس أو يداً أو رجل أو تخطيط سواء وضعته حياً أو ميتاً وسواء أسقطته أو كان تاماً قال عمر رضي الله عنه إذا ولدت الأمة من سيدها فقد عتقت وإن كان سقطاً وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر أنه قال اعنتها ولدها وإن كان سقطاً وقال الأثرم قلت لابي عبد الله أم الولد إذا سقطت لا تعتق فقال إذا تبين فيه يد أو

ولنا قول عمرو انه ولد على فراشه فلم يكن له نفيه كولد من زوجته فان أقر به لم يكن له نفيه بعد ذلك لانعلم فيه خلافا، قال ابراهيم اذا أقر بولده فليس له أن ينتفي منه فان انتفى منه ضرب الحد والحق به الولد. وقال شريح الرجل أقر بولده لا سبيل لك أن تنتفي منه وكذلك ان هنىء به فسكت او أمن على الدعاء لانه دليل على الرضا به فقام مقام الاقرار به، وان كان يطأ جاريتيه وادعى أنه كان يعزل عنها لم ينتف. الولد بذلك لما روى ابو سعيد أنه قال يارسول الله إنا نصيب النساء ونحب الايمان أننعزل عنهن؟ فقال « ان الله اذا قضى خلق نسمة خلقها » وعن جابر قال جاء رجل من الانصار الى رسول الله ﷺ فقال « ان لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمّل فقال « اعزل عنها ان شئت فانه سيأتها ماقدر لها » قل فلبث الرجل ثم أتاه فقال ان الجارية قد حملت فقال « قد أخبرتك انه سيأتها ماقدر لها » رواه أبو داود. وعن أبي سعيد انه قال كنت أعزل عن جاريتي فولدت أحب الخلق إلي يعني ابنه، وعن ابن عمر ان عمر قال ما بال رجال يطئون ولا تدهم ثم يعزلونهن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها انه أناها إلا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا ولانها بالوطء صارت فراشا وقد قال النبي ﷺ « الولد للفراش » ولما تنازع عبد بن زمعة وسعد في ابن وليدة زمعة فقال عبد هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي ﷺ « هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر » متفق عليه ولانه قد يسبق من النساء ما لا يمس به فيخلق منه الولد. وقد روي عن ابن عمر وزيد بن ثابت ما يدل على ان الولد

رجل او شيء او خلقه فقد عتقت هذا قول الحسن والشافعي وقال الشعبي اذا نكس في الخلق الرابع فكان مخلقا انقضت به عد. الحرة وعتقت به الامه قال شيخنا ولا اعلم في هذا خلافا بين من قال بشبوت حكم الاستيلاء، فاما ان التت نطفة او علقه لم يثبت به شيء من احكام الولادة لانه ليس بولد وروى يوسف بن موسى ان ابا عبدالله قيل له ما تقول في الامه اذا ألقت مضغة او علقه؟ قال تعتق وهذا قول ابراهيم النخعي وذكر الخزقي لمصيرها أم ولد شرطا ثالثا وهو ان تحمّل بحر ويتصور ذلك في الملك في موضعين (أحدهما) في العبد اذا ملكه سيده وقلنا انه يملك فوطىء أمته فاستولدها فولده مملوك ولا نصير الامه به أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاء بذلك وسواء اذن له سيده في التسري بها أو لم يأذن (الثاني) إذا استولد المكاتب أمته فان ولده مملوك له ولا يثبت للامه أحكام أم الولد في العتق بموته في الحال لان المكاتب ليس بحر وكذلك ولده منها فاولى ان لا تتحررهي ومتى عجز المكاتب وعاد الى الرق أو مات قبل أداء كتابته فهي أمة قن كالعبد القن وهل يملك المكاتب بيعها؟ فيه اختلاف ذكرناه في باب المكاتب

لا يلحق به مع العزل فروى سعيد حدثنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن فتى من أهل المدينة ان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه كان يعزل عن جارية له فجاءت بحمل فشق عليه وقال اللهم لا تلحق بك عمر من ليس منهم فان آل عمر ليس بهم خفاء فولدت ولداً أسود فقال ممن هو؟ فقالت من راعي الابل فحمد الله وأثنى عليه، وقال حدثنا سفيان عن حماد عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد أن زيد بن ثابت كانت له جارية فارسية وكان يعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها الحد وقال انما كنت استطبت نفسك ولا أريدك ، وفي رواية قال ممن حملت؟ قالت منك . فقال كذبت وما وصل اليك مني ما يكون منه الحمل وما أطوك إلا اني استطبت نفسك . وقال انثوري وابو حنيفة لا تصير فراشاً ولا يلحقه ولدها إلا أن يقر بولدها فيلحقه أولادها بعد ذلك . ولنا ما ذكرناه وقول عمر الموافق للسنة أولى من قوله فيما خالفها

(فصل) وان اعترف بوطء أمته في الدبر أو دون الفرج فقد روي عن أحمد رضي الله عنه انه يلحقه ولدها وتصير فراشا بهذا وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي رضي الله عنه ولانه قد يجامع فيسبق المساء الى الفرج . والصحيح في هذا ان شاء الله تعالى انها لا تصير بهذا فراشا لانه ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص ولا يثبت الحكم إلا بالدليل ولا ينتقل عن الاصل إلا بناقل عنه . اذا ثبت هذا فكل موضع لحقه الولد من أمته اذا حملت به في ملكه فلولد حر الاصل لا ولاء عليه وتصير به الأمة أم ولد

﴿ مسألة ﴾ (وتعتق بموت سيدها من رأس المال وان لم يملك سواها)

وهذا قول كل من رأى تتقن لان لم بينهم خلافاً في ذلك وسواء ولدت في الصحة أو المرض لانه حاصل بالإنذاره وشهرته وما يتلفه في لذاته يستوي فيه حل الصحة والمرض كالذي يأكله ويلبسه ولان عتقها بعد الموت وما يكون بعد الموت يستوي فيه المرض والصحة كقضاء الدين والتدبير والوصية قال سعيد ثنا عن يحيى بن سعيد عن نافع قال أدرك ابن عمر رجلان فقالا انا تركنا هذا الرجل يبيع أمهات الاولاد يعنين ابن الزبير فقال ابن عمر اتعرفن أبا حفص؟ فنه قضى في أمهات الاولاد ان لا يبعن ولا يوهبن يستمتع بها صاحبها فاذا مات فهي حرة . وقال ثنا عتاب عن حصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال قال عمر ما من رجل كان يقربانه كان يبطاً جاريته بموت الا اعتقها وان كان سقطا وروى ابن ماجه عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه »

(فصل) وإذا عتقت بموت سيدها فما كان في يدها من شيء فهو لورثة سيدها لان ام الولد أمة وكسبها لسيدها وسائر ما في يدها له فاذا مات سيدها فعتقت انتقل ما في يدها الى ورثته كسائر

مسئلة قال (وأحكام أمهات الاولاد أحكام الاماء في جميع أمورهن الا انهن لا يبعن)

وجملة ذلك ان الأمة اذا حملت من سيدها وولدت منه ثبت لها حكم الاستيلاء وحكمها حكم الاماء في حل وطئها لسيدها واستخدامها وملك كسبها وتزويجها واجارتها وعتقها وتكليفها وحدها وعورتها وهذا قول أكثر أهل العلم وحكي عن مالك انه لا يملك اجارتها وتزويجها لانه لا يملك بيعها فلا يملك تزويجها واجارتها كالحرّة

ولنا انها مملوكة ينتفع بها فيملك سيدها تزويجها واجارتها كالمدرّة ولانها مملوكة تعتق بموت سيدها فأشبهت المدرّة وانما منع بيعها لانها استحتمت أن تعتق بموته وبيعهما يمنع ذلك بخلاف التزويج والاجارة ويبطل دليلهم بالموقوفة والمدرّة عند من منع بيعها. اذ اثبت هذا فانها تخالف الأمة لقن في انها تعتق بموت سيدها من رأس المال ولا يجوز بيعها ولا التصرف فيها بما ينتقل الملك من الهبة والوقف ولا ما يتراد للبيع وهو الرهن ولا تورث لانها تعتق بموت السيد ويزول الملك عنها روي هذا عن عمر وعثمان وعائشة وعامة الفقهاء وروي عن علي وابن عباس وابن الزبير اباحة بيعهن واليه ذهب داود قال سعيد حدثنا سفيان عن عمرو بن عطاء عن ابن عباس في أم الولد قال بيعها كما تبيع شاتك أو بعيرك . قال وحدثنا أبو عوانة عن مغيرة عن الشعبي عن عبيدة قال خطب علي الناس فقال شاورني عمر في أمهات الاولاد فرأيت أنا وعمر أن أعتقن ققضى به عمر حياته وعثمان حياته فلما وليت

ماله وكما في يد المدرّة بخلاف المكاتبه فان كسبها في حياة سيدها لها فاذا عتقت بقي لها كما كان لها قبل العتق

(فصل) ولا فرق بين المسلمة والكافرة والعفيفة والفاجرة ولا بين المسلم والكافر والعفيف والفاجر في هذا في قول أهل الفتاوى من أهل الامصار لان ما يتعلق به العتق يستوي فيه المسلم والكافر كالتدبير والكتابة ولان عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ولحمها بلحمه فاذا استويا في حكمه وقد روى سعيد ثنا هشيم ثنا منصور عن ابن سيرين عن أبي عطية الهمداني عن عمر بن الخطاب قال في أم الولد: ان اسلمت وأحصنت وعفت اعتقت وان كفرت وفجرت وغدرت رقت وقال هشيم حدثنا يحيى بن آدم عن أم ولد رجل ارتدت عن الاسلام فكتب في ذلك الى عمر بن عبد العزيز فكتب عمر ان يبعوها ليسببها أحد من أهل دينها فعلى هذا الحديث ينبغي ان يختص العتق بالمسلمة والعفيفة وترق الكافرة الفاجرة والله أعلم

مسئلة (وان وضعت جسما لا تخطيط فيه فعلى روايتين)

أما اذا وضعت مضغعة لم يظهر فيها شيء من خلق الآدمي فشهد ثقات من القوابل ان فيها صورة خفية تعلقت بها الاحكام لانهم اطلعوا على الصورة التي خفيت على غيرهن وان لم يشهدوا

رأيت أن أرقهن . قال عبيدة فرأي عمر وعلي في الجماعة أحب اليها من رأي علي وحده ، وقد روى صالح بن أحمد قال قلت لأبي أي شيء تذهب في بيع أمهات الاولاد ؟ قال أكرهه وقد باع علي بن أبي طالب رضي الله عنه وقال في رواية إسحاق بن منصور لا يجزئني بيعهن ، قال أبو الخطاب فظاهر هذا انه يصح بيعهن مع الكراهة فجعل هذا رواية ثانية عن أحمد رضي الله عنه والصحيح ان هذا ليس رواية مخالفة لقوله انهن لا يبعن لان السافرحمة الله عليهم كانوا يطلقون الكراهة على التحريم كثيراً ومتى كان التحريم والمنع مصرحاً به في سائر الروايات عنه وجب حمل هذا اللفظ المحتمل على المصرح به ولا يجعل ذلك اختلاءً ولمن اجاز بيعهن أن يحتج بما روى جابر قل بعنا أمهات الاولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر فلما كان عمر رضي الله عنه نهانا فانتبهينا رواه أبو داود وما كان جائزاً في عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر لم يجز نسخه بقول عمر ولا غيره ولان نسخ الاحكام انما يجوز في عصر رسول الله ﷺ لان النص انما ينسخ بنص مثله وأما قول الصحابي فلا ينسخ ولا ينسخ به فن اصحاب النبي ﷺ كانوا يتركون اقوالهم لقول رسول الله ﷺ ولا يتركونها بأقوالهم وإنما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على انه لم يبلغه ولو باغاه لم يعد الى غيره ولانها مملوكة ولم يعتقها سيدها ولا شيئاً منها ولا قرابة بينه وبينها فلم تعتق كما لو ولدت من ابيه في نكاح او غيره ولان الاصل الرق ولم يرد بزواله نص ولا اجماع ولا ما في معنى ذلك فوجب البقاء عليه ولان ولادتها لو كانت موجهة لعتقها لثبت العتق بها حين وجودها كسائر اسبابه وروي عن ابن عباس رواية اخرى انها

بذلك لكن علم أنه مبتدأ خاق آدمي يشاهدتهن أو غير ذلك ففيه روايتان (إحداهما) لا تصير به الامة أم ولد ولا تنقضي به عدة الحرة ولا يجب على الضارب المتلف له غرة ولا كفارة وهذا ظاهر كلام الحرقي والشافعي وظاهر ما نقله الاثرم عن أحمد وظاهر قول الحسن والشعبي وسائر من اشترط ان يتبين فيه شيء من خلق الآدمي

(واثنانية) تعلق به الاحكام الاربعة لانه مبتدأ خلق آدمي أشبه اذا تبين وخرج أبو عبدالله ابن حامد رواية ثالثة وهي ان الامة تصير ام ولد ولا تنقضي به عدة الحرة لانه روي عن أحمد اذا وضعت شيئاً فمسته القوا بل فعلم ان اللحم ولم يتبين لحمه فيحتاط في العدة باخرى ويحتاط بعتق الامة فظاهر هذا أنه حكم بعتق الامة ولم يحكم بانقضاء العدة لان عتق الامة تحصيل للحرية فاحتياط بتحصيلها والعدة يتعلق بها تحريم التزويج وحرمة الفرج فاحتياط بابقائها وقال بعض الشافعية بالعمس لا تجب العدة ولا تصير الامة ام ولد لان الاصل عدم كل واحد منهما فيبقى على أصله ولا يصح لان العدة كانت ثابتة والاصل بقاؤها على ما كانت عليه والاصل في الآدمي الحرة فتغلب على ما يفضي اليها

﴿ مسألة ﴾ (وان اصابها في ملك غيره بنكاح أو غيره ثم ملكها حاملاً عتق الجنين ولم تصر أم ولده وعنه تصير)

تجعل في سهم ولدها لتعتق عايه ، وقال سعيد حدثنا سفيان حدثنا الاعمش عن زيد بن وهب قال مات رجل منا وترك ام ولد فأراد الوليد بن عقبة ان يبيعهها في دينه فأثاب عبد الله بن مسعود فذكرنا ذلك له فقال ان كان ولا بد فاجعلوها في نصيب اولادها

وانا ماروى عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه » وقال ابن عباس ذكرت ام ابراهيم عند رسول الله ﷺ فقال « اعتقها ولدها » رواهما ابن ماجه

وذكر الشريف ابو جعفر في مسائله عن ابن عمر عن النبي ﷺ انه نهى عن بيع أمهات الاولاد ولا يعين ولا يرهن ولا يرثن ويستمتع بها سيدها ما بدا له فان مات فهي حرة وهذا فيما أظن عن عمر ولا يصح عن النبي ﷺ ، ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم بدليل قول علي كرم الله وجهه كان رأيي ورأي عمر ان لا يتباع أمهات الاولاد ، وقوله قضى به عمر حياته وعثمان حياته وقول عبدة رأيي علي كرم الله وجهه وعمر في الجماعة أحب الينا من رأيه وحده

وروى عكرمة عن ابن عباس عن : قال عمر رضي الله عنه : ما من رجل كان يقر بانه يطاء جاريته ثم يموت إلا اعتقها ولدها اذا ولدت وإن كان سقطا ، من قيل فكيف تصح دعوى الاجماع مع مخالفة علي وابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم؟ قلنا قد روي عنهم الرجوع عن المخالفة فقد روى عبدة قال بعث إلي علي كرم الله وجهه وإلى شريح أن اقضوا كما كنتم تقضون فاني أبغض

وسواء ملكها أم لا فولدت في ملكه أو ما ملكها بعد ولادتها وبه قال الشافعي لانها علققت منه بمملوك فلم يثبت لها حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها لان الاصل بقاء الرق وانما خولف هذا الاصل فيما اذا حملت منه في ملكه بقول الصحابة رضي الله عنهم ففيما عداه يبقى على الاصل ونقل ابن أبي موسى عن أحمد أنها تصير ام ولد في الحالين وهو قول الحسن وأبي حنيفة لانها أم ولد وهو مالك لها فيثبت لها حكم الاستيلاد كما لو حملت في ملكه قال شيخنا ولم أجده هذه الرواية عن أحمد فيما اذا ملكها بعد ولادتها انما نقل عنه التوقف عن في رواية مهنا فقال لا اقول فيها شيئا وصرح في رواية سواد بجواز بيعها فقال لا أرى بأسا ان يبيعهها انما الحسن وحده قال إنها أم ولد وقال أكثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون انها لا تصير أم ولد حتى تلد عنده وهو يملكها ، كان عبدة السلمي يقول يبيعهها وشريح وابراهيم والشعبي اما اذا ملكها حاملا فظاهر كلام أحمد أنها تصير ام ولد وهو مذهب مالك لانها ولدت منه في ملكه فاشبهه مالو أحبلها في ملكه وقد صرح أحمد في رواية اسحاق بن منصور أنها لا تكون ام ولد حتى تحدث عنده حملا وروى عنه ابنه صالح قال سألت أبي عن الرجل ينجح الامة فتلد منه ثم يبتاعها قال لا تكون ام ولده قلت فان اشتراها وهي حامل منه قال اذا كان الوطاء يزيد في الولد وكان يعاها بعد ما اشتراها وهي حامل كانت ام ولده قال ابن حامد ان وطئها في ابتداء حملها او بواسطة صارت له بذلك ام

الاختلاف وابن عباس قل ولد ام الولد بمنزلتها وهو الراوي لحديث عتهن عن النبي ﷺ وعن عمر فيدل على موافقته لهم ثم قد ثبت الاجماع باتفاقهم قبل المخالفة واتفاقهم معصوم عن الخطأ فان الامة لا تجتمع على ضلالة ولا يجوز أن يخلو زمن عن قائم لله بحجته ولو جاز ذلك في بعض العصر لجاز في جميعه ورأي الموافق في زمن الاتفاق خير من رأيه في الخلاف بعده فيكون الاتفاق حجة على المخالف له منهم كما هو حجة على غيره ؟ فان قيل فلو كان الاتفاق في بعض العصر اجماعا حرمت مخالفته فكيف خالفه هؤلاء الائمة الذين لا يجوز نسبتهم إلى ارتكاب الحرام ؟ قلنا الاجماع ينقسم إلى مقطوع به ومظنون وهذا من المظنون فيمكن وقوع المخالفة منهم له مع كونه حجة كما وقع منهم مخالفة النصوص الظنية ولا تخرج بمخالفتهم عن كونها حجة كذا ههنا

فاما قول جابر بعنا أمهات الاولاد في عهد رسول الله ﷺ وابي بكر فليس فيه تصريح بانه كان يعلم رسول الله ﷺ ولا علم ابي بكر فيكون ذلك واقعا من فعلهم على انترادهم فلا يكون فيه حجة ويتعين حمل الامر على هذا لانه لو كان هذا واقعا بعلم رسول الله ﷺ وابي بكر وأقرا عليه لم تجز مخالفته ولم يجمع الصحابة بمدما على مخالفتها ولو فعلوا ذلك لم يخل من منكر ينكر عليهم ويقول كيف يخالفون فعل رسول الله ﷺ وفعل صاحبه ؟ وكيف يتركون سنتها ويحرمون ما أحل من هذا ؟ ولانه لو كان ذلك واقعا بهلهمما لاحتج به علي حين رأى بيعهن واحتج به كل من وافقه على بيعهن ولم يجر شيء من هذا فوجب أن يحمل الامر على ما حملناه عليه فلا يكون فيه اذا حجة، ويحتمل أنهم باعوا أمهات الاولاد في النكاح لاني املك

(فصل) ومن اجاز بيع ام الولد فعلى قوله ان لم يبعها حتى مات ولم يكن له وارث الا ولدها

ولد لان الماء يزيد في سمع الولد وبصره وقل القاضي ان ملكها حاملا فلم يطأها حتى وضعت لم تصر ام ولد وان وطئها حال حملها نظرنا فان كان بعد ان كمل الولد وصار له خمسة اشهر لم تصر بذلك ام ولد وان وطئها قبل ذلك صارت له بذلك ام ولد لان عمر قال ابعدها ما اختلطت دماؤكم ودماؤهن ولحومكم ولحومهن بعتوهن ؟ فعال بالخلاطة والمخالطة ههنا حاصلة لان الماء يزيد في الوالد وان طرية البعض اثرا في تحرير الجميع بدليل ما لو اعتنى احد الشريكين نصيبه من العبد وقال ابو الخطاب ان وطئها بعد الشراء فهي ام ولد وكلام الخرقى يقتضي ان لا تكون ام ولد الا ان تجبل منه في ملكه وهو الذي رواه اسحاق بن منصور عن احمد وهو ظاهر المذهب لانها لم تعلق منه بجر فلم يشبث له حكم الاستيلاء كما لو زنى بها ثم اشتراها وان حملها منه اذ لم يفد الحرية لولدها فلان لا يفيد الحرية اولى ويفارق هذا ما اذا حملت منه في ملكه فان الولد حر فتحرر بتحريره وما ذكره من ان الولد يزيد فيه الوطاء غير مستيقن فلا يشبث الحكم بالشك ولو ثبت انه زاد لم يشبث الحكم بهذه الزيادة بدليل ما لو ملكها وهي حامل منه من زنا او غيره فوطئها لم تصر ام ولد وان زاد الولد به ولان حكم الاستيلاء انما ثبت بالاجماع

عتقت عليه وان كان لها وارث سوى ولدها حسبت من نصيب ولدها فعتقت وكان له ما بقي من ميراثه وان لم يبق شيء فلا شيء له وان كانت أكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه وباقيها رقيق لسائر الورثة الا على قول من قال انه اذا ورث سهما ممن يعتق عليه سرى العتق إلى باقيه وإن لم يكن لها ولد من سيدها ورثها كسائر رقيقه

(مسئلة) قل (واذا اصاب الامة وهي في ملك غيره بنكاح فحملت منه ثم ملكها حاملا عتق الجنين وكان له يومها)

وجماته انه اذا تزوج امة غيره فارلدها او احبها ثم ملكها بشراء او غيره لم تصر ام ولده بذلك سواء ملكها حاملا فولدت في ملكه او ملكها بعد ولادتها وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه لانها عاقت منه بمملوك فلم يثبت لها حكم الاستيلاء كما لو زنى بها ثم اشتراها ولان الاصل الرق وانما خوفاً هذا الاصل فيما اذا حملت منه في ملكه بقول الصحابة رضي الله عنهم ففما عداه يبقى على الاصل ونقل اناضلي بن ابي موسى عن احمد رضي الله عنه أنها تصير ام ولد في الحالين وهو قول الحسن وابي حنيفة لانها ام ولده وهو مالك لها فثبت لها حكم الاستيلاء كما لو حملت في ملكه ولم أجد ههنا الرواية عن احمد فيما اذا ملكها بعد ولادتها انما نقل عنه التوقف عنها في رواية مهنا فقال لا أقول فيها

في حق من حملت منه في ملكه وما عداه ليس في معناه وليس فيه نص ولا إجماع فوجب ان لا يثبت هذا الحكم ولان الاصل الرق فتبقى على ما كانت عليه

(فصل) قال أحمد فيمن اشترى جارية حاملا من غيره فوطئها قبل وضعها فان الولد لا يلحق بالمشترى ولا يبيعه لكن يعتقه لانه قد شرك فيه لان الماء يزيد في الولد ، وقد روي عن ابي الدرداء عن النبي ﷺ أنه مر بامرأة مجح على باب فسطاط فقال «لعله يريد أن يلم بها» قالوا نعم فقال رسول الله ﷺ «لقد هممت ان ألعه لعنا يدخل معه قبره كيف يورثه وهو لا يحل له؟ أم كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟» رواه ابو داود يعني أنه لو استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له لانه ليس بولده فان أخذ مملوكا يستخدمه لم يحل له لانه قد شرك فيه لكون الماء يزيد في الولد .

(فصل) إذا وطئ الرجل جارية ولده فان كان قد تملكها وقبضها ولم يكن الولد وطئها ولا تعلمت بها حاجته فقد ملكها الاب بذلك وصارت جاريته والحكم فيه كما لو اشتراها وان وطئها قبل تملكها فقد فعل محرما لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون * الا على أزواجهم او ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) وهذه ليست زوجته ولا ملك يمينه فان قيل فقد قال النبي ﷺ «أنت ومالك لبيك» فأضاف مال الابن إلى أبيه بلام الملك والاستحقاق فيدل على أنه ملكه قلنا لم يرد النبي ﷺ حقيقة الملك بدليل أنه اضاف اليه الولد وليس بمملوك وأضاف

شديداً وصرح في رواية جماعة سواه بجواز بيعها فقال لا ارى بأساً ان يبيعها انما الحسن وحده قال انها ام ولد وقال اكثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون لا تكون ام ولد حتى تلد عنده وهو يملكها فان عبيدة السلماني يقول نبيها وشرح وابراهيم وعامر الشعبي واما إذا ملكها حاملاً فظاهر كلام احمد رضي الله عنه انها تصير ام ولد وهو مذهب مالك رضي الله عنه لانها ولدت منه في ملكه فأشبهه ما او احبلها في ملكه وقد صرح احمد رضي الله عنه في رواية اسحاق بن منصور انها لا تكون ام ولد حتى تحدث عنده حملاً وروى عنه ابنه صالح قال سألت ابي عن الرجل ينكح الامة فتلد منه ثم يبتاعها قل لا تكون ام ولد له قلت فان استبرأها وهي حامل منه قال اذا كان الوطاء يزيد في الولد وكان يطأها بعدما اشتراها وهي حامل منه كانت ام ولد له قال ابن حامد ان وطئها في ابتداء حملها او توسطه كانت بذلك ام واولده لان الماء يزيد في سمع الولد وبصره وقال القاضي ان ملكها حاملاً فلم يطأها حتى رضعت لم تصير ام ولد له وان وطئها حال حملها نظرنا فان كان بعد ان كمل الولد وصار له خمسة اشهر لم تصير به ام ولد وان كان وطئها قبل ذلك صارت له بذلك أم ولد لان عمر رضي الله عنه قال بعدما اختلطت دماؤكم ودماؤهن والحرمكم والحومهن بعمومهن؟ فممل بالتحاطة والتحاطة ههنا حصلت لان المساء يزيد في الولد ولان الحرية لبعض اثرأي تحرير الجميع بدليل ما اذا انتق احد الشريكين نصيبه من العبد

اليه ماله في حال اضافته الى الولد ولا يكون الشيء ملكاً للمالكين حقيقة بدليل انه يحل له وطئ ايمانه والتصرف في ماله وصحة بيعه وهبته وعتقه ولان الولد لو مات لم يرث ابوه منه الا ما قدر له ولو كان ماله لا يختص به ولو مات الاب لم يرث ورثته بل ابنه ولا يجب على الاب حج ولا زكاة ولا جهاد بيسار ابنه فعلم ان النبي ﷺ انها أراد التجوز بتشبيهه بماله في بعض أحكامه . اذا ثبت هذا فانه لاحد على الاب للشبهة لانه اذا لم يثبت له حقيقة الملك فلا أقل من أن يكون شبهة تدرأ الحد فان الحد يدرأ بالشبهات ولكن يعززر لانه وطئ وطئاً محرماً فأشبهه وطئ الجارية المشتركة وفيه وجه آخر أنه لا يعززر لان مال ولده كماله ولا يصح لان ماله مباح له غير ملوم عليه بخلاف وطئ الاب فانه عاد فيه ملوم عليه فان عقلت منه فولد حر لانه من وطئ درىء فيه الحد لشبهة الملك فيكون حرّاً كولد الجارية المشتركة ولا يلزمه قيمته لان الجارية تصير ملكاً له بالوطئ فيحصل علوقها بالولد وهي ملكه وتصير ام ولد له تعتق بموته وتنتقل الى ملكه فيحل له وطؤها بعد ذلك وهذا قال ابو حنيفة والشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر لا تصير ام ولد له ولا يملكها لانه استولدها في غير ملكه فأشبهه الاجنبي ولان ثبوت احكام الاستيلاء انما كان بالإجماع فيما اذا استولد مملوكته وهذه ليست مملوكته ولا في معنى مملوكته لانها محرمة عليه فوجب ان لا يثبت لها هذا الحكم لان

وقال ابو الخطاب ان وطئها بعد الشراء فهي ام ولد وكلام الخزفي يقتضي انها لا تكون ام ولد الا أن تحبل منه في ملكه وهو الذي نص عليه احمد رضي الله عنه في رواية اسحاق بن منصور فقال لا تكون ام ولد حتى تحدث عنده حملا لانها لم تعلق منه بجر فلم يثبت لها حكم الاستيلاء كما لو زنى بها ثم اشترىها يحقق هذا أن حملا منه ما أفاد الحرية لولده فلأن لا يفيد الحرية أولى ويفارق هذا. ما اذا حملت منه في ملكه فان الولد حر فيتحرر بتحريره وما ذكره من زيادة الولد بالوطء غير متيقن فان هذا الولد يحتمل أنه زاد، ويحتمل انه لم يزد فلا يثبت الحكم بالشك ولو ثبت انه زاد لم يثبت الحكم بهذه الزيادة بدليل ما لو ملكها وهي حامل من زنا منه او من غيره فوطئها لم تصر أم ولد. وان زاد الولد به ولان حكم الاستيلاء انما يثبت بالاجماع في حق من حملت منه في ملكه وما عداه ليس في معناه وليس فيه نص ولا اجماع فوجب أن لا يثبت هذا الحكم ولان الاصل الرق فيبقى على ما كان عليه

(فصل) قال احمد رضي الله عنه فيمن اشترى جارية حاملا من غيره فوطئها قبل وضعها فان الولد لا يلحق بالمشترى ولا يبيعه ولكن يعتقه لانه قد شرك فيه لان الماء يزيد في الولد وقد روي عن ابي الدرداء عن النبي ﷺ انه مر بامرأة مجح على باب فسطاط فقال « لعله يريد أن يلم بها؟ » قالوا نعم فقال رسول الله ﷺ « لقد همت أن ألعنه لعنأ يدخل معه في قبره كيف

الاصل الرق فتبقى على الاصل ولان الوطء المحرم لا ينبغي أن يكون سببا للملك الذي هو نعمة وكرامة لانه يفضي الى تعاطي المحرمات .

ولنا أنها عقلت منه بجر لاجل الملك فصارت أم وند له كالجارية المشتركة وبهذا فارق وطأ الاجنبي. اذا ثبت هذا فانه لا يلزمه مهرها ولا قيمتها، وقال أبو حنيفة لا يلزمه مهرها وتلزمه قيمتها لانه أخرجها عن ملك سيدها بفعل محرم أشبه ما لو قتلها وانما لم يلزمه مهرها لانه اذا ضمنها فقد دخلت قيمة البضع في ضمانها فلم يضمه ثانيا كما لو قطع يدها فسرى القطع الى نفسها فانه يضمن قيمة النفس دون قيمة اليد، وقال الشافعي يلزمه مهرها لانه وطئ جارية غيره وطئا محرما فلزمه مهرها كالاجنبي وتلزمه قيمتها على القول بكونها أم ولد كما يلزم أحد الشرىكين نصيب شريكه اذا استولد الجارية المشتركة ولنا قول النبي ﷺ « أنت ومالك لابنك » وانه لا يلزمه قيمة ولدها فلم يلزمه مهرها ولا قيمتها كملوكته ولانه وطئ صارت به الموطوءة أم ولد لا مولا يختص ببعضها فاشبهه استيلاء مملوكته

(فصل) فان كان الابن قد وطئ جاريته ثم وطئها أبوه فاولادها فقد روي عن احمد فيمن وقع على جارية ابنة ان كان الاب قابضا لها ولم يكن الابن وطئها فهي أم ولده فليس للابن فيها شيء قال القاضي : فظاهر هذا أن الابن ان كان قد وطئها لم تصر أم ولد للاب باستيلائها لانها محرم عليه تحريراً مؤبداً بوطء ابنة ولا تحبل له بحال فاشبهه وطئ الاجنبي فعلى هذا القول لا يملكها

يورثه وهو لا يحل له؟ أم كيف يستخدمه وهو لا يحل له؟ «رواه أبو داود يعني إن استأحقته وشركه في ميراثه لم يحل له لأنه ليس بولده فإن أخذته بملوكا يستخدمه لم يحل له لأنه قد شرك فيه لسكون الماء يزيد في الولد

(فصل) وإذا وطئ الرجل جارية ولده فإن كان قد قبضها وتملكها ولم يكن الولد وطئها ولا تعاقت بها حاجته فقد ملكها الأب بذلك وصارت جاريته والحكم فيها كالحكم في جاريته التي ملكها بالشراء وإن وطئها قبل تملكها فقد فعل محرماً لأن الله تعالى قال (والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) وهذه ليست زواجاله ولا ملك يمينه، فإن قيل فقد قال النبي ﷺ «انت ومالك لا بيك» فأضاف مال الابن إلى أبيه بلا ملك والاستحقاق فدل على أنه ملكه قلنا لم يرد النبي ﷺ حقيقة الملك بدليل أنه أضاف إليه الولد وليس بمملوك وأضاف إليه ماله في حالة اضافته إلى الولد ولا يكون الشيء مملوكاً للمالكين حقيقة في حال واحدة، وقد ثبت للملك ولده حقيقة بدليل حل وطء إمانته والتصرف في ماله وصحة بيعه وهبته وعنته ولأن الولد لومات لم يرث منه أبوه إلا ما قدر له ولو كان ماله لا يختص به ولومات الأب لم يرث ورثته مال ابنه ولا يجب على الأب حجج ولا زكاة ولا جهاد بيسار ابنه فعلم أن النبي ﷺ إنما أراد التجوز بتشبيهه بماله في بعض الأحكام

إذا ثبت هذا فإنه لا حد على الأب للشبهة لأنه إذا لم يثبت حقيقة الملك فلا أقل من أن يكون شبهة تدرأ الحد فإن الحدود تدرأ بالشبهات ولكن يعذر لأنه وطئ جارية لا يملكها وطئاً محرماً فكان عليه التعزير

ولا تعتق بموته فاما ولدها فيعتق على أخيه لأنه ذو رحمه كما لو استولد مملوكته التي وطئها ابنه فنها تصير أم ولد له مع تحريمها عليه على التأييد فكذلك ههنا لأنه وطئ يدرأ فيه الحد شبهة الملك فصارت به أم ولد كما لو لم يطأها الابن

(فصل) فإن وطئ الابن جارية أبيه فهو زان عليه الحد إذا كان عالماً بالتحريم ولا تصير أم ولد له ويلزمه مهرها ويعتق ولده على جده لأنه ابن ابنه إذا قلنا إن ولد الزنا يعتق على أبيه وتحريم الجارية على الأب على التأييد ولا تجب قيمتها على الابن لأنه لم يخرجها عن ملك أبيه ولم يمنعه بيعها ولا التصرف فيها بغير الاستمتاع فإن استولدها الأب بعد ذلك فقد فعل محرماً ولا حد عليه لأنه وطئ صادق ملكاً وتصير أم ولد له لأنه استولد مملوكته فاشبه ما لو وطئ أمته المرهونة

(فصل) فإن وطئ أمته وهي مزوجة فقد فعل محرماً ولا حد عليه لأنها مملوكته ويعزر قل أوجه بجلد ولا يبرجم يعني أنه يعزر بالجلد لأنه لو وجب عليه الحد لوجب الرجم إذا كان محصناً فإن أولدها صارت أم ولد له لأنه استولد مملوكته وتعنت بموته وولده حر وما ولدت بعد ذلك من الزوج فحكمه حكم أمه .

كوطء الجارية المشتركة وفيه وجه آخر لا يميز عليه لان مال ولده كماله ولا يصح لان ماله مباح له غير ملوم عليه وهذا الوطء هو عاد فيه ملوم عليه وان علمت منه فالولد حر لانه من وطىء درى، فيه الحد لشبهة الملك وكان حراً كولد الجارية المشتركة ولا تلزمه قيمته لان الجارية تصير مـ كاله بالوطء فيحصل علقها بالولد وهي ملك له وتصير ام ولد له تمتق بموته وتنتقل الى ملكه فيحل له وطؤها بعد ذلك وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي في أحد قوليه، وقل في الآخر لاتصير ام ولده ولا يملكها لانه استولدها في غير ملكه فأشبهه الاجنبي، ولان ثبوت احكام الاستيلاء انما كان بالاجماع فيما اذا استولد مملوكته وهذه ليست مملوكه له ولا في معنى مملوكته فانها محرمة عليه فوجب أن لا يثبت لها هذا الحكم ولان الاصل الرق فيبقى على الاصل ولان الوطء المحرم لا ينبغي أن يكون سبباً للملك الذي هو نعمة وكرامة لانه يفضي الى تعاطي المحرمات

ولنا أنها عاقت منه بحر لاجل الملك فصارت ام ولد له كالجارية المشتركة وفارق وطء الاجنبي في هذا. اذا ثبت هذا فانه لا يلزمه مهرها ولا قيمتها

وقال ابو حنيفة لا يلزمه مهرها ويلزمه قيمتها لانه أخرجها عن ملك سيدها بفعل محرم فأشبهه مالو قتلها وانما يلزمه مهرها لانه اذا ضمنها فقد دخت قيمة البضع في ضمانها فلم يضمه شيئاً كمالو قطع يدها فسرى القطلع الى نفسها فانه يضمن قيمة النخس دون قيمة اليد وقل الشافعي يلزمه مهرها لانه وطىء جارية غيره وطئاً محرماً فلزمه مهرها كلاجنبي ونلزمه قيمتها على اقول بكونها ام ولد كما يلزم أحد الشريكين قيمة نصيب شريكه اذا استولد الجارية المشتركة

(فصل) ولو ملك رجل امه من الرضاع أو اخته أو ابنته لم يحل له وطؤها فان وطئها فلا حد عليه في اصح الروايتين لانها مملوكته ويعزر وان ولدت منه فالولد حر ونسبه للاحق به وهي ام ولده ولذلك لو ملك امه مجوسية او وثنية فاستولدها او ملك الكافر امه مسلمة فاستولدها فلا حد عليه ويعزر ويلحقه نسب ولده وتصير ام ولد تمتق بموته لما ذكرنا وكذلك لو وطىء امته المرهونة او وطىء رب المال امه من مال المضاربة فاولدها صارت له بذلك ام ولد وخرجت من الرهن والمضاربة وان كان فيها ربح جعل الربح في مال المضاربة وعليه قيمتها للرهن تجعل مكانها رهنا او يوفيه عن دين الرهن والله اعلم

﴿مسئلة﴾ واحكام ام الولد احكام الامه في الاجارة والاستخدام والوطء وسائر امورها الا فيما ينقل الملك في رقبته كالبيع والهبة والوقف او ما يرد له كالرهن وعنه ما يدل على جواز بيعها مع الكراهة ولا عمل عليه

وجملة ذلك ان الامه اذا حملت من سيدها وولدت منه ثبت لها حكم الاستيلاء وحكمها حكم الاماء في حل وطئها لسيدها واستخدامها وملك كسبها وتزويجها واجارتها وعتقها وتكليفها وحدها

ولنا قول النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » ولانه لا تلزمه قيمة وادها فلم يلزمه مهرها ولا قيمتها كملوكته ولانه وطء صارت به الموطوءة ام ولد لامر لا يختص ببعضها فأشبهه استيلاء مملوكته (فصل) فان كان الولد قد وطئ جاريته ثم وطئها أبوه فأولدها فقد روي عن احمد رضي الله عنه فيمن وقع على جارية ابنة ان كان الاب قابضاً لها ولم يكن الابن وطئها فهي ام واده وليس لابن فيها شيء . قال القاضي فظاهر هذا ان الابن ان كان قد وطئها لم تصر ام ولد الاب باستيلائها لانها محرم عليه تحريمًا مؤبدًا بوطء ابنة لها ولا تحل له بحال فأشبهه وطء الاجنبي فعلى هذا القول لا يملكها ولا تعتق بموته . فاما ولدها فيعتق على أخيه لانه ذو رحم منه ، ويحتمل أن يثبت لها حكم الاستيلاء من غير أن تحل له كما لو استولد مملوكته التي وطئها ابنة فانها تصير ام ولد له مع كونها محرمة عليه على التأيد فكذلك ههنا وذلك لانه وطء يدرأ فيه الحد بشبهة الملك فصارت به ام ولد كما لو لم يطأها الابن

(فصل) وان وطئ الابن جارية ابية او أمه فهو زان يلزمه الحد اذا كان عالمًا بالتحريم ولا تصير أم ولده ويلزمه مهرها وولده يعتق على جده لانه ابن ابنة اذا قلنا ان ولده من الزنا يعتق على أبيه وتحرم الجارية على الاب على انما يبدول لا يجب بسبب قيمتها على الابن لانه لم يخرجها عن ملكه ولم يمنعه بيعها ولا التصرف فيها بغير الاستمتاع فان استولدها الاب بعد ذلك فقد فعل محرما ولا حد عليه لانه وطء صادف ملكا وتصير أم ولده لانه استولد مملوكته فأشبهه مالو وطئ أمته المراهونة (فصل) وإن زوج أمته ثم وطئها فقد فعل محرما ولا حد عليه لانها مملوكته ويعزز قال احمد

وعورتها ، وهذا قول اكثر اهل العلم وحكي عن مالك انه لا يملك اجارتها وتزويجها لانه لا يملك بيعها فلا يملك تزويجها واجارتها كالحرّة

ولنا انها مملوكة ينتفع بها فيملك سيدها تزويجها واجارتها كالحرّة وانما منع بيعها لانها استحققت ان تعتق بموته وبيعها يمنع ذلك بخلاف التزويج والاجارة ويبطل دليلهم بالموقوفة والمدبرة عند من منع بيعها . إذا ثبت هذا فانها تخالف الامة القن في انها تعتق بموت سيدها من رأس المال ولا يجوز بيعها ولا التصرف فيها بما ينقل الملك من الهبة والوقف ولا ما يراد للبيع وهو الرهن ولا تورث لانها تعتق بموت سيدها ويزول الملك عنها روي هذا عن عمر وعثمان وعائشة وعامة المقهاء

وروي عن علي وابن عباس وابن الزبير اباحة بيعهن واليه ذهب داود قال ثنا سعيد ثنا سفيان عن عمرو بن عطاء عن ابن عباس في أم الولد قال بها كما تباع ثيابك أو بعيرك قال وثنا أبو عوانة عن مغيرة عن الشعبي عن عبيدة قل خطب علي الناس فقال شاورني عمر في أمهات الاولاد فرأيت انا وعمر ان اعتمقن فقتضى به عمر حياته وعثمان حياته فلما وليت رأيت ان ارقهن قال عبيدة فرأيت عمر وعلي في الجماعة أحب الينا من رأي علي وحده وقد روى صالح بن أحمد قل قلت لابي أي

رضي الله عنه يجلد ولا يبرجم يعني انه يعزر بالجلد لانه لو وجب عليه الحد لوجب الرجم اذا كان محصناً فان اولدها صارت أم ولده لانه استولد مملوكته وتعق بموته وولده حر وما ولدت بعد ذلك من الزوج فحكمه حكم أمه

(فصل) ولو ملك رجل أمه من رضاع أو أخته أو ابنته لم يحل له وطؤها فان وطئها فلا حد عليه في أصح الروايتين لانها مملوكته ويعزر فان ولدت فالولد حر ونسبه لاحق به وهي أم ولده وكذلك أو ملك أمة مجوسية أو وثنية فاستولدها أو ملك الكافر أمة مسلمة فاستولدها فلا حد عليه ويعزر ويلحقه نسب ولده وتصير أم ولد له تعق بموته لما ذكرنا وكذلك لو وطئ أمته المراهنة أو وطئ رب المال أمة من مال المضاربة فأولدها صارت له بذلك أم ولد وخرجت من الرهن والمضاربة وعليه قيمتها للرتن تجعل مكلتها رهنا أو توفية عن دين الرهن وتنسخ المضاربة فيها وإن كان فيها ربح جعل الربح في مال المضاربة والله أعلم

«مسئلة» قال (واذا عقلت منه بحر في ملكه فوضعت بعض ما يستبين فيه خلق الانسان كانت

له بذلك أم ولد)

ذكر الخرق لمصيرها أم ولد شروطا ثلاثة (أحدها) أن تعلق منه بحر فأما إن عقلت منه بمملوك ويتصور ذلك في الملك في موضعين (أحدهما) في العبد اذا ملكه سيده وقلنا انه يملك فانه اذا وطئ

شيء تذهب في بيع أمهات الاولاد؟ قال اكرهه وقد باع علي بن ابي طالب وقل في رواية اسحاق ابن منصور لا يعجنني بيعهن، قل أبو الخطاب وظاهر هذا أنه يصبح بيعهن مع الكراهة فجعل هذا رواية ثانية عن احمد قل شيخنا والصحيح ان هذا ليس برواية مخالفة لقوله انهن لا يبعن لان السلف رحمة الله عليهم كانوا يطلقون الكراهة على التحريم كثيرا ومتى كان التحريم والمنع مصرحا به في سائر الروايات عنه وجب حمل هذا اللفظ المحتمل على المصرح به ولا يجعل ذلك اختلافا وحجة من أجاز بيعهن ما روى جابر قل بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر فلما كان عمرنا فانتبهنا وما كان جائزا في عهد النبي ﷺ وأبي بكر لم يجوز نسخه بقول عمر ولا غيره ولان نسخ الاحكام انما يجوز في عهد النبي ﷺ لان النص انما ينسخ بنسخه، وأما قول الصحابي فلا ينسخ ولا ينسخ به وان اصحاب النبي ﷺ كانوا يتركون اقوالهم بقول رسول الله ﷺ ولا يتركونه بأقوالهم وإنما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على أنه لم يبلغه ولو بلغه لم يعبده الى غيره ولانها مملوكة لم يعتقها سيدها ولا شيئا منها ولا قرابة بينه وبينها فلم تعق كما لو ولدت من ابنه في نكاح أو غيره ولان الاصل الرق ولم يرد بزواله نص ولا اجماع ولا ما في معنى ذلك فوجب البقاء عليه ولان ولادتها لو كانت موجبة لعنتها لثبت العتق بها حين وجودها كسائر اسبابه

أمتها واستولدها فولده مملوك ولا تصير الامة أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاء بذلك وسواء أذن له سيده في التسري بها أو لم يأذن له (والثاني) إذا استولد المكاتب أمتة فان ولده مملوك له ، وأما الامة فانه لا تثبت لها احكام ام الولد في العتق بموته في الحال لان المكاتب ليس بجر وولده منها ليس بجر فأولى أن لا تتحرر هي ومتى عجز المكاتب وعاد الى الرق أو مات قبل أداء كتابته فهي أمة قن كأمة العبد القن وهل يملك المكاتب بيعها والتصرف فيها ؟ ففيه اختلاف ذكر القاضي في موضع أنه لا يثبت فيها شيء من أحكام الاستيلاء ولا تصير أم ولد بحال وهذا احد قولي الشافعي لانها علقت بمولوك في ملك غير تام فلم يثبت لها شيء من احكام الاستيلاء كأمة العبد القن ، وظاهر المذهب انها موقوفة لا يملك بيعها ولا نقل الملك فيها فان عتق صارت له ام ولد تعتق بموته فيثبت لها من حرمة الاستيلاء ما يثبت لولدها من حرمة الحرية وقد نص احمد رضي الله عنه على منع بيعها ، ومفهوم كلام الخرقى يحتمل الوجهين جميعاً

(الشرط الثاني) أن تعلق منه في ملكه سواء كان من وطء مباح أو محرم مثل الوطء في الحيض أو النفاس أو الصوم أو الاحرام أو الظهار أو غيره ، فأما ان علقت منه في غير ما ذكر لم تصر بذلك أم ولد سواء علقت منه بمملوك مثل أن يطأها في ملك غيره بنكاح أو زنا أو علقت بجر مثل أن يطأها بشبهة أو غر من أمة وتزوجها على انها حرة فاستولدها او اشترى جارية فاستولدها فبانت مستحقة فان الولد حر ولا تصير الامة ام ولد في هذه المواضع بحال وفيه وجه آخر انه إن ملكها

وروي عن ابن عباس رواية اخرى انها تجعل في سهم ولدها لتعتق عليه قال سعيد ثنا سفيان ثنا الاعمش عن زيد بن وهب قال : مات رجل منا وترك أم ولد فأراد الوليد بن عقبة أن يبيعها في دينه فأثينا عبد الله بن مسعود فدكرنا ذلك له فقال ان كان ولا بد فاجعلوها من نصيب اولادها ولنا ما روى عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « إمامة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه » وقال ابن عباس ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله ﷺ فقال « أعتقها ولدها » رواها ابن ماجه ، وذكر الشريف أبو جعفر في مسائله عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع امهات الاولاد ولا يبعن ولا يرهن ولا يرثن يستمتع بها سيدها ما بداله فان مات فهي حرة قال شيخنا وهذا فيما اظن عن عمر ولا يصح عن النبي ﷺ ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم بدليل قول علي كان رأيي ورأي عمر ان لا تباع امهات الاولاد وقوله ففضى به عمر حياته وعثمان حياته وقول عبيدة رأيي علي في الجماعة احب اليانا من رأيه حده وروى عكرمة عن ابن عباس قال قول عمر ما من رجل يقر بأنه يطاء جارية ثم يموت الا اعتقها اذا ولدت وان كان سقطا فان قيل فكيف تصح دعوى الاجماع مع مخالفة علي وابن عباس وابن الزبير قلنا قد روي عنهم الرجوع عن المخالفة فروى عبيدة قال بعث الي علي والى شريح فقال لي اقضوا كما كنتم تقضون فاني أبغض الاختلاف

بعد ذلك صارت ام ولد وقد ذكرنا الخلاف في ذلك في المسئلة التي قبل هذه ، والمقصود بذكر هذه الشروط ههنا ثبوت الحكم عند اجتماعها ، وأما انتفاؤه عند انتفاؤها في مسائل مفردة لها (الشرط الثالث) أن تضع ما تبين فيه شيء من خلق الانسان من رأس او يد او رجل او تخيط سواء وضعته حياً أو ميتاً وسواء اسقطته او كان تاماً ، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه اذا ولدت الامة من سيدها فقد عتقت وإن كان سقطاً ، وروي الاثرم باسناده عن ابن عمر انه قال أعتقها ولدها وان كان ولدها سقطاً قال الاثرم قلت لأبي عبد الله أم الولد اذا اسقطت لا تعتق ؟ فقال اذا تبين فيه يد او رجل او شيء من خلقه فقد عتقت وهذا قول الحسن والشافعي وقال الشعبي اذا تلبث في الخلق الرابع فكان مخلقاً انقضت به عدة الحرية واعتقت به الامة ولا أعلم في هذا خلافاً بين من قال بثبوت حكم الاستيلاء ، فأما إن ألبت نطفة أو علقة لم يثبت به شيء ، من احكام الولادة لان ذلك ليس بولد وروي يوسف بن موسى ان أبا عبد الله قيل له ما تقول في الامة اذا ألت مضعاً او علقة ؟ قال تعتق وهذا قول ابراهيم النخعي ، وان وضعت مضعاً لم يظهر فيها شيء من خلق الآدمي فشهد ثقات من انقوابل ان فيها صورة خفية تعلقت بها الاحكام لانهن اطامن على الصورة التي خفيت على غيرهن وإن لم يشهدن بذلك لكن علم انه مبتدأ خاق آدمي إما بشهادتهن او غير ذلك ففيه روايتان (احدهما) لاتصير به الامة ام ولد ولا تنقضي به عدة الحرية ولا يجب على الضارب المتلف له الغرة ولا الكفارة وهذا ظاهر كلام الحرقي والشافعي وظاهر ما نقله الاثرم عن احمد رضي الله عنه وظاهر كلام الحسن والشعبي وسائر من اشترط أن يتبين شيء في خاق الانسان لانه لم يبين فيه شيء من خاق الآدمي اشبه النطفة والعلقه (واثانية) تتعلق به الاحكام الاربعة لانه مبتدأ خاق آدمي اشبه اذا تبين ، وخرج

وابن عباس قول : ولد أم الولد بمنزلتها وهو الراوي لحديث عتقهن عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن عمر فيدل على موافقته لهم ثم قد ثبت الاجماع باتفاقهم قبل مخالفة واتفاقهم معصوم عن الخطأ فان الامة لا تجتمع على ضلالة ولا يجوز ان يخلو زمن عن قائم لله بحجته ولو جاز ذلك في بعض العصر لجاز في جميعه ورأي الوافق في زمن الاتفاق خير من رأيه في الخلاف بعده فيكون الاتفاق حجة على المخالف له منهم كما هو حجة على غيره فان قيل فلو كان الاتفاق في بعض العصر اجاباً حرمت مخالفته فكيف خالفه هؤلاء الأئمة الذين لا يجوز نسبتهم الى ارتكاب الحرام قلنا الاجماع ينقسم الى مقطوع به ومظنون وهذا من المظنون فتمكن المخالفة منهم مع كونه حجة كما وقع منهم مخالفة النصوص الظنية ولم تخرج مخالفتهم عن كونها حجة كذا ههنا فأما قول جابر بعنا امهات الارلاد على عهد رسول الله ﷺ وابي بكر فليس فيه تصريح بأنه كان بعلم رسول الله ﷺ ولا علم ابي بكر فيكون ذلك واقعاً منهم على انفرادهم فلا تكون فيه حجة ويتعين حمل الامر على هذا لانه لو كان هذا واقعاً بعلم رسول الله ﷺ وابي بكر واقراً عليه لم تجز مخالفته ولم يجمع الصحابة

ابو عبد الله بن حامد رواية ثالثة وهو ان الامة تصير بذلك أم ولد ولا تنقضي به عدة الحره لانه روي عن احمد رضي الله عنه في الامة اذا وضعت فمسته القوابل فعلم ان لحمه ولم يتبين لحمه تحتاط في العدة بأخرى ويحتاط بعق الامة وظاهر هذا انه حكم بعق الامة ولم يحكم بانقضاء العدة لان عتق الامة يحصل للحرية فاحتيط بتحصيلها، والعدة يتعلق بها تحريم التزوج وحرمة الفرج فاحتيط بابقائها وقال بعض الشافعية بالاكس لا تجب العدة ولا تصير الامة ام ولد لان الاصل عدم كل واحد منهما فيبقى على أصله ولا يصح لان العدة كانت ثابتة والاصل بقاءها على ما كانت عليه والاصل في الآدمي الحرية فتغلب ما يفضي اليها والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾ قال (فاذا مات فقد صارت حرة وان لم يملك غيرها)

يعني ان ام الولد تعتق من رأس المال وان لم يملك سواها وهذا قول كل من رأى عتقهن لانعلم بينهم فيه خلافا وسواء ولدت في الصحة او المرض لانه حاصل بالتداذه وشهوته وما يتلفه في لذاته وشهوته يستوي فيه حال الصحة والمرض كالذي يأكله ويلبسه ولان عتقها بعد الموت وما يكون بعد الموت يستوي فيه المرض والصحة كقضاء الديون والتدبير والوصية ولا نعلم في هذا خلافا بين من رأى عتقهن .

قال سعيد حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن نافع قال أدرك ابن عمر رجلا فقالا انا تركنا

بعدهما على مخالفتها ولو فعلوا ذلك لم يخل من منكر عليهم ويقول كيف تخالفون فعل رسول الله ﷺ وفعل صاحبيه؟ وكيف تتركون سنتها وتحرمون ما احل الله لانه لو كان ذلك واقعا بملها لاحتج به علي بن أبي يعقوب واحتج به كل من وافقه على بيعهن ولم يجز شيء من هذا فوجب أن يحمل الامر على ما حاناه عليه فلا يكون فيه اذا حجة ويحتمل أنهم باعوا امهات الاولاد في النكاح لافي الملك (فصل) ومن اجاز بيعهن فعلى قوله ان لم يبعها سيدها حتى مات ولم يكن له وارث إلا ولدها عتقت عليه وان كان له وارث سوى ولدها حسبت من نصيبه فعتقت وكان له ما بقي من ميراثه وان لم يبق شيء فلا شيء له وان كانت اكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه وباقيها رقيق لسائر الورثة إلا على قول من قال انه إذا ورث سها من يعتق عليه سرى العتق الى باقيه فانه يعتق ان كان موسرا وإن لم يكن لها ولد من سيدها ورثها ورثته كسائر رقيقه

﴿ مسألة ﴾ (وإن ولدت من غير سيدها فلولدها حكمها في العتق بموت سيدها سواء عتقت أو ماتت)

إذا ولدت ام الولد بعد ثبوت حكم الاستيلاء لها من غير سيدها من زوج او غيره فحكمه حكمها في أنه يعتق بموت سيدها ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ويمتنع فيه ما يمتنع فيها قال (المغني والشرح الكبير) (٦٤) (الجزء الثاني عشر)

هذا الرجل يبيع أمهات الأولاد يعنيان ابن الزبير ، فقال ابن عمر أتعرفان أبا حفص ؟ فإنه قضى في أمهات الأولاد أن لا يبعن ولا يوهبن يستمتع بها صاحبها فإذا مات فهي حرة
وقال حدثنا غياث عن حصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال عمر رضي الله عنه ما من رجل كان يقر بانه يطأ جاريته ويموت إلا أعتقها إذا ولدت وإن كان سقطا

(فصل) ولا فرق بين المسلمة والكافرة والعفيفة والفاجرة ولا بين المسلم والكافر والعفيف والفاجر كالتدبير والكتابة ولأن عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ولحمها بلحمه فإذا استويا في النسب استويا في حكمه وروى سعيد حدثنا هشيم أخبرنا منصور عن ابن سيرين عن أبي عطية الهمداني أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال في أم الولد إن أسلمت واحصنت وعفت أعتقت ، وإن كفرت وفجرت وغدرت رقت وقال حدثنا هشيم أخبرنا يحيى عن أم ولد رجل ارتدت عن الإسلام فكتب في ذلك إلى عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه وكتب عمر بيعوها ليسبها أحد من أهل دينها وإذا كان مبنى عتق أمهات الأولاد على قول عمر رضي الله عنه وقد قال هذا القول فينبغي أن يختص العتق بالمسلمة العفيفة دون الكافرة الفاجرة لانتفاء الدليل الذي ثبت به عتقهن والله أعلم
مسئلة قال (وإذا صارت الأمة أم ولد بما وصفنا ثم ولدت من غيره كان له حكمها في العتق بموت سيدها)

وجملته إن أم الولد إذا ولدت بعد ثبوت حكم الاستيلاء لها من غير سيدها من زوج أو غيره

أحمد قال عمر وبن عباس وغيرهما ولدها بمنزلتها ولا نعلم في هذا خلافاً بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاء إلا أن عمر بن عبد العزيز قال هم عبید فيحتمل أنه أراد أنهم لا يثبت لهم حكم أمهم لأن الاستيلاء يختص بها فتختص بحكمه كولد من علق عتقها بصفة ويحتمل أنه أراد أنهم عبید حكمهم حكم أمهم مثل قول الجماعة لأن الولد يتبع أمه في الرق والحرية فيتبعها في سببه إذا كان متاكداً كولد المكاتبه والمدبرة بل ولد أم الولد أولى لأن سبب العتق فيها مستقر لا سبيل إلى إبطاله بحال وإن ماتت أم الولد قبل سيدها لم يبطل حكم الاستيلاء في الولد وتعتق بموت سيدها لأن السبب لم يبطل وإنما لم تثبت الحرية فيها لأنها لم تبق محلاً وكذلك ولد المدبرة لا يبطل الحكم فيه بموت أمه وأما ولد المكاتبه إذا مات فإنه يعود رقيقاً بموتها فلم يبق حكمه فيه وفي ذلك اختلاف ذكرناه في بابها فإن أعتق السيد أم الولد أو المدبرة لم يعتق ولدها لأنها عتقت بغير السبب الذي تبعها فيه ويبقى عتقه موقوفاً على موت سيده وكذلك إن اعتق ولدها لم يعتق بعتقه وإن أعتق المكاتبه

فحكم ولدها حكمها في انه يعتق بموت سيدها ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ويمتنع فيه ما يمتنع فيها . قال احمد رضي الله عنه قال ابن عمر وابن عباس وغيرهما ولدها بمنزاتها ولا نعم في هذا خلافا بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاء الا ان عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه قال هم عبيد فيحتمل انه أراد انه لا يثبت لهم حكم أمهم لان الاستيلاء مختص بها فيختص بحكمه كولد من علق عتقها بصفة ويحتمل انه أراد انهم عبيد حكمهم حكم أمهم مثل قول الجماعة لان الولد يتبع أمه في الرق والحرية فيتبعها في سببه اذا كان متأكداً كولد المكاتبه والمدبرة بل ولد ام الولد أولى لان سبب العتق فيها مستقر ولا سبيل الى ابطاله بحال فان ماتت ام الولد قبل سيدها لم تبطل حكم الاستيلاء في الولد وتعتق بموت سيدها لان السبب لم يبطل وانما تثبت الحرية فيها لانها لم يبق محلا وكذلك ولد المدبرة لا يبطل الحكم فيه بموت أمه ، وأما ولد المكاتبه اذا ماتت فانه يعود رقيقاً لان العقد يبطل بموتها فلم يبق حكمه فيه وقد ذكرنا في هذا خلافاً فيما تقدم، وإن أعتق السيد ام الولد او المدبرة لم يعتق ولدها لانها عتقت بغير السبب الذي تبعها فيه ويبقى عتقه موقوفاً على موت سيده وكذلك إن أعتق ولدها لم يعتق بعتقه ، وإن أعتق المكاتبه فقد قال احمد وسفيان واسحاق: المكاتبه اذا أدت او أعتقت عتق ولدها وام الولد والمدبرة اذا أعتقت لم يعتق ولدها حتى يموت السيد فظاهر هذا ان ولد المكاتبه يتبعها في العتق باعتاق سيدها لانه في حكم مالها يستحق كسبه فيتبعها اذا أعتقها كإلها ولان اعتاقها يمنع اداءها بسبب من السيد فأشبهه مالو ابرأها من مال الكتابة

فقد قال أحمد وسفيان واسحاق المكاتبه إذا أدت أو أعتقت عتق ولدها وأم الولد والمدبرة إذا أعتقت لم يعتق ولدها حتى يموت السيد فظاهر هذا أن ولد المكاتبه إذا أعتقها سيدها أنه يتبعها في العتق لانه في حكم مالها تستحق كسبه فيتبعها في العتق كالها ولان اعتاقها يمنع اداءها بسبب من السيد فأشبهه مالو ابرأها من مال الكتابة

(فصل) فما ولد ام الولد قبل استيلاءها وولد المدبرة قبل تدبيرها وولد المكاتبه قبل كتابتها فلا يتبعها لوجوده قبل انعقاد السبب فيها وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب في امه ولهذا لا يتبعها في العتق المنجز في السبب أولى وذكر أبو الخطاب في ولد المدبرة قبل التدبير روايتين فيخرج ههنا مثله وهذا بعيد لان الولد المنفصل لا يتبعها في عتق ولا بيع ولا هبة ولا في شيء من الاحكام سوى الاسلام بشرط كونه صغيراً فكيف يتبع في التدبير؟ ولانه لانص فيه ولا قياس يقتضيه فيبقى بحاله

﴿ مسألة ﴾ (وان مات سيدها وهي حامل فهل تستحق النفقة لمدة حملها ؟ على روايتين)

هذا يشبه ما إذا مات عن امرأة حامل هل تستحق النفقة لمدة حملها ؟ على روايتين ومبنى الخلاف على الخلاف في نفقة الحامل هل هي للحمل أولاً حامل ؟ فان قلنا هي للحمل فلا نفقة لها ولا للإمامة الحامل لان الحمل

(فصل) فأما ولد أم ولد قبل استيلادها وواد المدبرة قبل تدبيرها والمكاتبه قبل كتابتها فلا يتبعها لوجوده قبل انعقاد السبب فيها وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب في أمه ولهذا لا يتبعها في العتق المنجز في السبب أولى وذكر أبو الخطاب في ولد المدبرة قبل التدبير روايتين فيخرج ههنا مثله وهو بعيد لأن الولد المنفصل لا يتبعها في عتق ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شيء من الأحكام سوى الإسلام بشرط كونه صغيراً فكيف يتبع في التدبير؟ ولأنه لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيبقى بحاله

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا أسلمت أم ولد النصراني منع من وطئها والتلذذ بها وأجبر على نفقتها فإذا أسلم حلت له وإن مات قبل ذلك عتقت)

وجملة ذلك أن الكافر يصح منه الاستيلاء لأمتة كما يصح منه عتقها وإذا استولد الذي أمتته ثم أسلمت لم تعتق في الحال وبهذا قال الشافعي وقال مالك تعتق إذ لا سبيل إلى بيعها ولا إلى إقرار ملكه عليها لما فيه من إثبات ملك كافر على مسلمة فلم يجز كالامة القن وعن أحمد رضي الله عنه رواية أخرى أنها تستسعى فإن ادت عتقت وهو قول أبي حنيفة لأن فيه جمعاً بين الحقين حقها في أن لا يبقى ملك الكافر عليها وحقه في حصول عوض ملكه فأشبهه ببيعها إذا لم تكن أم ولد ولنا أنه إسلام طراً على مالك فلم يوجب عتقاً ولا سعاية كالعبد القن وما ذكره مجرد حكمة لم يعرف من الشارع اعتبارها ويقاؤها ضرر فإن في عتقها مجاناً أضراراً بالملك بإزالة ملكه بغير عوض وفي الاستسعاء الزام لها بالكسب بغير رضاها وتضييع لحقه لأن فيه حالة على سعاية لا تدري هل يحصل

له نصيب في الميراث فتجب نفقته في نصيبه لافي انصباؤه شركائه، وإن قلنا للحامل فالنفقة على الزوج والسيد لأنها شغلها بمحملها فكان عوض ذلك عليهما كما لو استأجر أداراً كانت أجرتها عليها

﴿مسئلة﴾ (وإذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها وعنه يفديها بارش الجناية كله)

إذا جنت أم الولد تعلق أرش جنائيتها برقبته وعلى السيد أن يفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو دونها وبهذا قال الشافعي وحكى أبو بكر عبد العزيز قولاً آخر أنه يفديها بارش جنائيتها بالغة ما بلغت لأنه لم يسلمها في الجناية فلزمه أرش جنائيتها بالغة ما بلغت كالقن وقال أبو ثور وأهل الظاهر ليس عليه فدؤها وجنائيتها في ذمتها تتبع بها إذا عتقت لأنه لا يملك بيعها فلم يكن عليه فدؤها كالحرة ولنا أنها مملوكة له يملك كسبها لم يسلمها فلزمه أرش جنائيتها كالقن ولا تلزمه زيادة على قيمتها لأنه لم يمتنع من تسليمها وإنما الشرع منع ذلك لكونها لم تبق محللاً للبيع ولا انقل الملك فيها وأما القن إذا لم يسلمها فلنا فيه منع وإن سلم فلان القن أمكن أن يسلمها للبيع فربما زاد فيها راغب أكثر

منها شيء او لا؟ وإن حصل فظاهر انه يكون يسيراً في أوقات متفرقة وجوده قريب من عدمه والحق ان يبقى الملك على ما كان عليه ويمنع من وطئها واتسلذذ بها كي لا يظأها ويبتذلها وهو مشرك ويحال بينه وبينها ويمنع الخلو بها لثلا يفضي إلى الوطء المحرم ويجبر على نفقتها على التمام لانها مملوكة ومنعه من وطئها بغير معصية منها فأشبهت الحائض والمریضة وتسلم إلى امرأة ثقة تكون عندها لتحفظها وتقوم بأمرها ، وإن احتاجت إلى آجر او أجر مسكن فعلى سيدها

وذكر القاضي ان نفقتها في كسبها وما فضل من كسبها فهو لسيدها وإن عجز عن نفقتها فهل يلزم سيدها تمام نفقتها؟ على روايتين ونحو هذا مذهب الشافعي والصحيح أن نفقتها على سيدها وكسبها له يصنع به ماشاء وعليه نفقتها على التمام سواء كان لها كسب او لم يكن لانها مملوكة له ولم يجز بينها عقد يسقط نفقتها ولا يملك به كسبها فأشبهت أمه اتقن او ما قبل اسلامها ولان الملك سبب لهذين الحكمين والحادث منها لا يصلح مانعاً لان الاستيلاء لا يمنع منها بدليل ما قبل اسلامها والاسلام لا يمنع بدليل مالو وجد قبل ولادتها واجتماعها لا يمنع لانه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه ، ولانه اذا لم تلزمه نفقتها ولم يكن لها كسب أفضى إلى هلاكها وضيعها ولانه يملك أفضل كسبها فيلزمه فضل نفقتها كسائر ممتلكاته

(مسئلة) قال (واذا عتمت أم الولد بموت سيدها فما كان في يدها من شيء فهو لورثة سيدها)

من قيمتها فاذا امتنع مالكتها من تسليمها أو جبننا عليه الارش بكما به بخلاف ام الواد فان ذلك لا يمتنع فيها لانه لا يجوز بيعها فلم يكن عليه أكثر من قيمتها

(فصل) فان ماتت قبل فداؤها فلا شيء على سيدها لانه لم يتعلق بدمته شيء وانما تعلق رقبته فاذا ماتت سقط الحق لتلف متعلقه وان نقصت قيمتها قبل فداؤها وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء لانها لو تلفت جميعها لسقط الفداء فيجب ان يسقط بعضه بتلف بعضها وان زادت قيمتها زاد فداؤها لان متعلق الحق زاد فزاد الفداء بزيادته كالقن وينبغي ان تجب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاء لان ذلك ينقصها فاعتبر كالمرض وغيره من العيوب ولان الواجب قيمتها في حال فداؤها وقيمتها ناقصة عن قيمة ام الولد فيجب ان ينقص فداؤها وان يكون مقدراً بقيمتها في حال كونها ام ولد والحكم في المدبرة كالحكم في ام الولد ان قلنا لا يجوز بيعها وان قلنا يجوز بيعها فيمكن تدعيمها للبيع ان اختار سيدها فان امتنع منه فهل يندمها بقيمتها أو ارش الجنابة بالغة ما بلغت يخرج على روايتين

(فصل) فان كسبت بعد جنابتها شيئاً فهو لسيدها لان الملك ثابت له دون المجني عليه وكذلك ولدها لانه منصل عنها فاشبه الكسب وان ذلها في حل حملها فعليه قيمتها حمله لان الواد متصل بها أشبه سمنها وان اتلفها سيدها فعليه قيمتها لانه اتلف حق غيره أشبه اتلاف الرذن وان نقصها فعليه نقصها لانه لما ضمن العين ضمن اجزاءها

إنما كان كذلك لان ام الولد أمة وكسبها لسيدتها وسائر مافي يدها له فإذا مات سيدتها فمعتت
انتقل مافي يدها الى ورثته كسائر ماله وكما في يد المدبرة وتخالف المكاتبه فان كسبها في حياة سيدتها
لها فإذا عتقت بقي لها كما كان لها قبل العتق

﴿ مسئلة ﴾ قال (ولو أوصى لها بما في يدها كان لها اذا احتمله الثلث)

وجلتته ان الوصية لام الولد تصح فلا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم انقائليز بثبوت حكم الاستيلاء
وبهذا قال الشافعي واسحاق وأصحاب الرأي

وقد روى الامام احمد وسعيد بن منصور عن هشيم حدثنا حميد عن الحسن ان عمر بن الخطاب
أوصى لأمهات أولاده باربعة آلاف أربعة آلاف ولان ام الولد حرة في حال نفوذ الوصية لها لان عتقها
يذبح بموته فلا تقع الوصية لها الا في حال حريتها ، وأما قوله اذا احتمله الثلث فلان الوصية كلها
لانتمز إلا في الثلث فما دون وهذا منها وما زاد على الثلث يقف على اجازة الورثة فان أجازوه جاز
وإلا رد الى الورثة ولا تعتبر قيمة ام الولد من الثلث لانها تعتق من رأس المال فلا تحتسب من
الثلث كقضاء الديون واداء الواجبات

(فصل) وإن أوصى لمديره او مديرتة صحت الوصية أيضاً الا انه تعتبر قيمته وما أوصى له
به من الثلث لان التدبير تبرع فكان من الثلث كالوصية فان خرجا من الثلث عتق وكان ما أوصى
به له وصحت الوصية لانها وقعت في حال حرية فأشبهت الوصية لام ولده وإن لم يخرج من الثلث
اعتبرت قيمته من الثلث فيعتق منه بقدر الثلث ليعتق دون المال، وإن كانت قيمته بقدر الثلث عتق ولا وصية
له وإن فضل من الثلث شيء بعد عتقه فله من الوصية تمام الثلث ويقف ما زاد على اجازة الورثة

﴿ مسئلة ﴾ (فان عادت فجنت فداها أيضاً وعنه يتعلق ذلك بدمتها)

فاما ان جنت جنائيات فان كانت الجنائيات كلها قبل فداء شيء منها تعلق أرش الجميع برقبته ولم
يكن عليه فيها كلها الا قيمتها أو ارش جميعها وعليه الاقل منها ويشترك المجني عليهم في الواجب لهم
فان لم يف بها تحاصوا فيها بقدر اروش جنائياتهم وان كانت الجناية اثنائية بعد فدائه من الاولى فعليه
فداؤها من التي بعدها كالاولى وحكى أبو الخطاب رواية ثانية عن أحمد أنه إذا فداها بقيمتها مرة لم
يلزمه فداؤها بعد ذلك لانها جانية فلم يلزمه أكثر من قيمتها كما لو لم يكن فداها وقال الشافعي في
أحد قولي لا يضمنها ثانياً ويشارك الثاني الاول فيما أخذه كما لو كانت قبل فداها

ولنا أنها أم ولد جانية فلزمه فداؤها كالاولى ولان ما أخذه الاول عوض جنائيه أخذه بحق
فلم يجوز ان يشاركه غيره فيه كارش جناية الحر أو الرقيق اثنان وفارق ما قبل الفداء لان ارش الجنائيات

(مسئلة) قال (واذا مات عن أم ولده فمدتها حيضة)

انما كان كذلك لان الواجب عليها استبراء نفسها لخروجها عن ملك سيدها الذي كان يطؤها فكان ذلك بحيضة كما لو أعتقها سيدها في حياته وانما سمي الخرق هذا عدة لان الاستبراء أشبه العدة في كونه يمنع النكاح وتحصل به معرفة براءتها من الحمل وقد ذكرنا هذه المسئلة في العدد والخلاف فيها على ما مضى

(مسئلة) قال (واذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها)

وجملته ان ام الولد اذا جنت تعاق أرش جنائتها برقبته وعلى السيد أن يفديها بأقل الامرين من قيمتها او دونها وبهذا قال الشافعي وحكى ابو بكر عبد العزيز قولاً آخر انه يفديها بأرش جنائتها بالغة ما بلغت لانه لم يسلمها في الجزية فلزمه أرش جنائتها بالغة ما بلغت كالقن، وقال ابو ثور وأهل الظاهر ليس عليه فداؤها وتكون جنائتها في ذمتها تتبع بها اذا عتقت لانه لا يملك بيعها فلم يكن عليه فداؤها كالحرة

ولنا انها مملوكة له كسبها لم يسدها فلزمه أرش جنائتها كالقن ولا تلزمه زيادة على قيمتها لانه لم يمنع من تسليمها، وانما الشرع منع ذلك لكونها لم تبق محلاً للبيع ولا لنقل الملك فيها وفارقت

تعلق برقبته في وقت واحد فلم يلزم السيد أكثر من قيمة واحدة كالمالك كانت الجنائيات على واحد (فصل) فان أبرأ بعضهم من حقه توفر الواجب على الباقي اذا كانت كلها قبل الفداء وان كانت المغف عنها بعد فدائه توفر ارشها على سيدها

(فصل) وللسيد تزويجها وان كرهت وبهذا قال أبو حنيفة وهو احد قولي الشافعي واختيار المزني وقال في القديم ليس له تزويجها الا برضاها لانه قد ثبت لها حكم الحرية على وجه لا يملك السيد ابطالها فلم يملك تزويجها بغير رضاها كالمسكينة وقل في الثالث ليس له تزويجها وان رضيت لان ملكه فيها قد ضعف وهي لم تكل فلم يملك تزويجها كاليتيمة وهل يزوجه الحاكم على هذا القول؟ فيه خلاف وقد روي عن أحمد أنه قيل له ان مالكاً لا يرى تزويجها فقال وما يصنع مالك؟ هذا ابن عمر وابن عباس يقولان اذا ولدت من غيره كان لولدها حكمها

ولنا أنها أمة يملك الاستمتاع منها واستخدامها فملك تزويجها كالقن وفارق المسكينة فانه لا يملك ذلك منها والقول الثالث فاسد لذلك ولانه يفرض الى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة اليه وقولهم يزوجه الحاكم لا يصح فان الحاكم لا يزوجه الا عند عدم الولي او غيبته او عضله ولم يوجد واحداً منها. إذا ثبت هذا فانه إذا تزوجه فالمهر له لانه بمنزلة كسبها وكسبها له

اقتن إذا لم يسلمها فنه ان أمكن أن يسلمها للبيع فربما زاد فيها مزيداً أكثر من قيمتها فإذا امتنع مالكم من تسليمها أوجبنا عليه الارش بكماله ، وفي مسألتنا لا يحتمل ذلك فيها فان بيعها غير جائز فلم يكن عليه أكثر من قيمتها

(فصل) وإذا ماتت قبل فداؤها فلا شيء على سيدها لانه لم يتعلق بذمته شيء وانما تعلق برقبته فإذا ماتت سقط الحق لتلف متعلته ، وان نقصت قيمتها قبل فداؤها وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء لانها لو تلفت جميعها لسقط الفداء فوجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها ، وان زادت قيمتها زاد فداؤها لان متعلق الحق زاد فزاد الفداء بزيادته كالمقيم القن وينبغي أن نحسب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاء لان ذلك نقصها فاعتبر كالمرض وغيره من العيوب ، ولان الواجب قيمتها في حال فداؤها وقيمتها ناقصة عن قيمة غير ام الولد فيجب أن ينقص فداؤها وأن يكون مقدار قيمتها في حال كونها ام ولد والحكم في المدبرة كالحكم في أم الولد الا انها يجوز بيعها في رواية فيمكن تسليمها للبيع ان اختار سيدها ، وان امتنع منه فهل يندبها باقل الامرين او يلزمه ارش الحناية بالغاً ما بلغ ؟ يخرج على روايتين

(فصل) وان كسبت بعد جنابتها شيئاً فهو لسيدها لان الملك ثابت له دون المحني عليه وان ولدت فهو لسيدها أيضاً لانه منفصل عنها فأشبهه الكسب وان فداها في حال حملها فعليه قيمتها حاملماً لان الولد متصل بها فأشبهه سمها ، وان أتلفها سيدها فعليه قيمتها لانه اتلف حق غيره فأشبهه مالو اتلف الرهن وإن نقصها فعليه نقصها لانه لما ضمن العين ضمن اجزائها والله اعلم

﴿مسئلة﴾ قال (فان عادت جنت فداها كما وصفت)

﴿مسئلة﴾ (وان قتلت سيدها عمداً فليها القصاص وان عفوا على مال او كانت الحناية خصاً فعليها قيمة نفسه وتعاقب في الله ضعيفين)

إذا قتلت ام الولد سيدها عمداً فعليها القصاص لورثة سيدها ان لم يكن له منها ولد كما لو لم تكن ام ولد وان كان له منها ولد وهو الوارث وحده لم يجب عليها القصاص لانه لو وجب لوجب لولدها ولا يجب للولد على امه قصاص وقد توقف احمد عن هذه المسئلة في رواية منها وقال دعنا من هذه المسائل وقياس مذهبه ما ذكرناه وان كان مع ولده منها اولاد له من غيرها لم يجب القصاص ايضاً لان حق ولدها من القصاص يسقط فيسقط كله ونقله مناعن احمد انه يقتلها اولاده من غيرها وهذه الرواية تخلف اصول مذهبه والصحيح انه لا قصاص عليها وإذا لم يجب القصاص فعليها قيمة نفسها وهذا قول ابي يوسف وقال الشافعي عليها الدية لانها تصير حرة ولذلك لزمها موجب جنابتها والواجب على الحر بتتل الحر دية .

ولنا انها جنانية من ام ولد فلم يجب بها اكثر من قيمتها كما لو وجب على احني ولان اعتبار

وجملته ان ام الولد اذا جنت جنائيات لم تخل من ان تكون الجنائيات كلها قبل فداء شيء منها او بعده فان كانت قبل الفداء تعلق ارش الجميع برقبته ولم يكن عليه فيها كلها إلا قيمتها او ارش جميعها وعليه الاقل منهما ويشترك المجني عليهم في الواجب لهم فان وفي بها وإلا تحاصوا فيه بقدر ارش جنائياتهم ، وان كان الثاني بعد فدائها من الاولى فعليه فداؤها من التي بعدها كما فدى الاولى ، وقال ابو الخطاب عن احمد رضي الله عنه رواية ثانية اذا فداها بقيمتها مرة لم يلزمه فداؤها بعد ذلك لانها جانية فلم يلزمه اكثر من قيمتها كما لو لم يكن فداها ، وقال الشافعي رضي الله عنه في أحد قولي لا يضمنها ثانياً ويشارك الثاني الاول فيما اخذه كما لو كانت الجنائيات قبل فدائها

ولنا انها ام ولد جانية فلزمه فداؤها كالاولى ولان ما اخذه الاول عوض جنائياته اخذه بحق فلم يميز ان يشاركه غيره فيه كارش جناية الحر أو الرقيق القن وفارق ما قبل الفداء لان ارش الجنائيات تعلق برقبته في وقت واحد فلم يلزم السيد اكثر من قيمة واحدة كما لو كانت الجنائيات على واحد (فصل) فان أبرأ بعضهم من حقه توفى الواجب على الباقيين اذا كانت كلها قبل الفداء وإن كانت الجناية المعفو عنها بعد فدائه توفى ارشها على سيدها والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (ووصية الرجل لام ولده واليها جائزة)

أما الوصية لها فقد ذكرناها وأما الوصية اليها فجائزة لانها في حال نفوذ الوصية حرة فأشبهت زوجته أو غيرها من النساء ويعتبر لصحة الوصية اليها ما يعتبر في غيرها من المدالة والعقل وسائر الشروط وسواء كانت الوصية على أولادها أو غيرهم أو وصى اليها بتفريق ثلثه أو قضاء دينه أو أمضاء وصيته أو غير ذلك

الجنائية في حق الجاني بحال الجناية بدليل ما لو جنى عبد فاعتقه سيده وهي في حال الجناية أمة فانها إنما عتقت بالموت الحاصل بالجناية فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفديها سيدها اذا قتلت غيرها ولانها ناقصة الرق اشبهت انقن وتفرقت الحر فانه جنى وهو كامل وإنما تعلق موجب الجناية بها لانها فوتت رقبها بقتلها سيدها فاشبه ما لو فوت المكاتب الجاني رقه بإدائه

﴿ مسألة ﴾ (ولاحد على قاذفها وعنه عليه الحد)

والاول قول أكثر أهل العلم وروي عن أحمدان عليه الحد لان ذلك يروى عن ابن عمر ولان قذفها قذف لولدها الحر وفيها معنى منع بيعها اشبهت الحره والاول أصح لانها أمة حكمتها حكم الاماء في أكثر أحكامها في الحد أولى لان الحدود تدرأ بالشبهات ويحتاط لاسقاطها ولانها أمة تعتق بالموت اشبهت المدبرة وتفرقت الحره فانها كالملة

(فصل) ولا يجب القصاص على الحره بقتلها لعدم المكافأة فان كان القاتل رقيقاً وجب القصاص عليه لانها اكل منه وان جنت على عبد أو أمة جنائية فيها القصاص لزمها القصاص لانها أمة احكامها أحكام الاماء واستحقاقها العتق لا يمنع القصاص كالمدبرة

(مسئلة) قال (وله تزويجها وان كرهت)

وجملته ان للرجل تزويج ام ولده أحبت ذلك أم كرهت وبهذا قال ابو حنيفة رضي الله عنه وهو احد قولي الشافعي واختيار المزني وقال في القديم ليس له تزويجها إلا برضاها لانها قد ثبت لها حكم الحرية على وجه لا يملك السيد ابطالها فلم يملك تزويجها بفسير رضاها كالمكاتبة وقال في الثالث ليس له تزويجها وان رضيت لان ما كره فيها قد ضعف وهي لم تسكل فلم يملك تزويجها كاليثيمة وهل يزويجها الحاكم على هذا القول؟ فيه خلاف وقد روي عن احمد رضي الله عنه انه قيل له ان مالكا لا يرى تزويجها فقال وما نضع بمالك؟ هذا ابن عمر وابن عباس يقولان اذا ولدت من غيره كان لولدها حكمها ولنا انها أمة يملك الاستمتاع بها واستخدامها فملك تزويجها كالقن وفارقت الكاتبة فانه لا يملك ذلك منها والقول الثالث فاسد لذلك ولانه يفضي الى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة اليه ، وقولم يزويجها الحاكم لا يصح فان الحاكم لا يزوج إلا عند عدم الولي أو غيبته أو عضله ولم يوجد واحد منها اذا ثبت هذا فانه إذا زوجها فالمهر له لانه بمنزلة كسبها وكسبها له واذا عتقت بموته فان كان زوجها عبداً فإياها الخيار ولانها عتقت تحت عبد وإن كان حراً فلا خيار لها

﴿فصل﴾ قال الشيخ رضي الله عنه (واذا اسلمت أم ولد الكافر منع من غشيانها وحيل بينه وبينها واجبر على نفقتها ان لم يكن لها كسب فان مات قبل ذلك عتقت وعنه أنها تستسعى في حياته وتعتق يصح استيلاء الكافر لامته كما يصح منه عتقها وإذا استولد أمته ثم اسلمت لم تعتق في الحال ، وبه قال الشافعي وقال مالك تعتق إذ لا سبيل الى بيعها ولا الى اقرار ملكه عليها لما فيه من اثبات ملك كافر على مسلمة فلم يجز كالامة اقن وتقل منها عن احمد مثل ذلك ، وعن احمد رواية أخرى انها تستسعى فان أدت عتقت ، وهو قول أبي حنيفة لأن فيه جمعاً بين الحتمين حقها في ان لا يبقى ملك الكافر عليه وحقه في حصول عوض ملكه فأشبهه ببيعها اذا لم تكن أم ولد . ولنا انه اسلام طراً على ملك فلم يوجب عتقا ولا سعاية كالعبد القن وما ذكره حكمة لم يعرف من الشارع اعتبارها ويقابلها ضرر فان في اعتاقها مجانا اضراراً بالملك بازالة ملكه بغير عوض وفي الاستسعاء الزامها الكسب بغير رضاها وتضييع لحق سيدها لان فيه إحالة على سعاية لا يدري هل يحصل منها شيء أولاً؟ وان حصل فالظاهر انه يكون يسيراً في أوقات متفرقة وجوده قريب من عدمه والاولى أن يبقى الملك على ما كان عليه ويمنع من وطئها والتلذذ بها كيلا يفعل ذلك وهو مشرك ويحال بينه وبينها ويمنع الخلوة بها لئلا يفضي الى الوطاء المحرم ويجبر على نفقتها على التمام لانها مملوكته ومنعه من وطئها بغير معصية منها فأشبهت الحائض والريضة وتسلم الى امرأة ثقة تكون عندها لتحفظها وتقوم بإمرها ، وان احتاجت الى آجر أو اجر مسكن فعلى سيدها وذکر

﴿مسئلة﴾ قال (ولا حد على من قذفها)

هذا قول أكثر اهل العلم وقد روي عن احمد رضي الله عنه انه عليه الحد لان ذلك يروى عن ابن عمر ولان قذفها قذف لولدها الحر وفيها معنى يمنع بيعها فأشبهت الحره والاول اصح لانها امة حكمها حكم الاماء في أكثر احكامها في الحد اولى لان الحدود تدرأ بالشبهات ويحسب لاسقاطها ولانها امة تعتق بالموت اشبهت المدبرة وتفارق الحره فانها كاملة

(فصل) ولا يجب القصاص على الحره بقتلها لعدم المكافأة، وإن كان القاتل لها رقيقا وجب القصاص عليه لانها اكمل منه، وإن جنت على عبد او امة جنائيه فيها القصاص لزمها القصاص لانها امة احكامها احكام الاماء واستحقاقها العتق لا يمنع القصاص كالمدبرة

﴿مسئلة﴾ قول (وان صلت مكشوفة الرأس كره لما ذاك وأجزأها)

انما كره لها كشف رأسها في صلاتها لانها قد اخذت شبيهاً من الحرائر لا تمتنع ببيعها وقد سئل احمد رضي الله عنه عن ام الولد كيف تصلي؟ قال تغطي رأسها وقدميها لانها لا تتابع وكان الحسن

القاضي أن نفقتها في كسبها والفاضل منه لسيدها فان عجز كسبها عن نفقتها فهل يلزم سيدها تمام نفقتها؟ على روايتين، ونحو هذا مذهب الشافعي قال شيخنا والصحيح أن نفقتها على سيدها وكسبها له يصنع به ما شاء وعليه نفقتها على الامام سواء كان لها كسب أو لم يكن لانها مملوكته ولم يجر بينهما عقد يسقط نفقتها ولا تملك به كسبها فهي كأمته اتقن او ما قبل اسلامها ولان الملك سبب لهذين الحكيمين والحادث منها لا يصلح مانعاً لان الاستيلاء لا يمنع منها بدليل ما قبل اسلامها والاسلام لا يمنع بدليل مالو وجد قبل ولادتها واجماعهما لا يمنع لانه لا نص فيه ولا هو في معنى النصوص عليه لانه إذا لم تلزمه نفقتها ولم يكن لها كسب أفضى الى هلاكها وضياعها ولانه يملك فاضل كسبها فزمه فضل نفقتها كدائر مماليكها

﴿مسئلة﴾ (واذا وطئ احد الشريكين الجارية واولدها صارت أم ولده وولده حر وعليه قيمة نصيب شريكه فان كان معسراً كان في ذمته)

وطء الجارية المشتركة محرم بغير خلاف علمناه بين أهل العلم ولا حد فيه في قول أكثر اهل العلم، وقال ابو ثور يجب عليه الحد لانه وطء محرم فأشبهه وطء الامة الاجنبية.

وانما انه وطء صادق ملكه فلم يجب الحد كوطء زوجته الخائض ويفارق ما لا ملك له فيه فانه لا شبهة له فيها ولهذا لو سرق عيناه فيها شرك لم يقطع ولو لم يكن له فيها ملك قطع ويجب عليه التعزير بغير خلاف نعلمه لما ذكرنا في حجة أبي ثور فان وطئها ولم تحمل منه فهي باقية على ملكهما وعليه نصف مهر مثلها لانه وطء سقط فيه الحد للشبهة فوجب مهر انثله لو وطئها يظنها امرأته وسواء طاوعته أو أكرهها لان وطء جارية الغير يوجب المهر وان طاوعت لان المهر لسيدها لا يسقط

يجب للأمة إذا عهدها سيدها يعني وطئها ان لا تصلي إلا مجتمعة وإن صلت مكشوفة الرأس اجزأها لأنها أمة حكمها حكم الاماء ، قال ابراهيم تصلي ام الولد بغير قناع وإن كانت بنت ستين سنة، وقد زوي عن احمد رضي الله عنه رواية اخرى ان عورتها عورة الحرة وذكرنا ذلك في كتاب الصلاة والصحيح ان حكمها حكم الاماء وانما خالفتهن في استحقاقها للعتق وامتناع نقل الملك فيها وهذا لا يوجب تغير الحكم في عورتها كالدبيرة ولان الاصل بقاء حكمها في اباحة كشف رأسها ولم يوجد ما ينقل عنه من نص ولا ما في معناه فيبقى الحكم على ما كان عليه

(مسألة) قال (واذا قتلت أم الولد سيدها فعليها قيمة نفسها)

وجمته ان ام الولد اذا قتلت سيدها عتقت لانها لا يمكن نقل الملك فيها وقد زال ملك سيدها بقتله فصارت حرة كما لو قتله غيرها وعليها قيمة نفسها ان لم يجب القصاص عليها وهذا قول ابي يوسف وقال الشافعي عليها الدية لانها تصير حرة ولذلك لزمها موجب جنائيتها والواجب على الحر بقتل الحردية ولنا انها جنائية من ام والد فلم يجب بها أكثر من قيمتها كما لو جنت على أجنبي ولان اعتبار

بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع بعض أعضائها والواجب عليه من المهر بقدر ملك الشريك فيها، فاما ان أحبالها ووضعت ما يتبين فيه بعض خلق الانسان فانها تصير بذلك أم ولد للواطيء كما لو كانت خالصة له وتخرج بذلك عن ملك الشريك كمن خرج بالاعتاق موسراً كان الواطيء أو معسراً لان الايلاء أقوى من الاعتاق. وهذا قول الخرقى ويلزمه نصف قيمتها لانه أخرج نصفها من ملك الشريك فلزمته قيمته كما لو أخرجه بالاعتاق أو الاتلاف فان كان موسراً آداه وان كان معسراً فهو في ذمته كما لو أتلفها والولد حر يلحق نسبه بوالده لانه من وطء في محل له فيه ملك فأشبهه ما لو وطئ زوجته فعلى هذا القول ان وطئها الثاني بعد ذلك فأولدها فعليه مهرها لانه وطء صادف ملك الغير فأشبهه وطء الامة الاجنبية فان كان عالماً فولده رقيق لانه وطء في غير ملك ولا شبهة ملك فهو كوطء مملوكة غيره وان جهل ابيلا شريكه وانها صارت أم ولد له فولده حر لانه من وطئ شبهة وعليه فداؤه بقيمته يوم الولادة لانه الوقت الذي يمكن التقويم فيه ذكره الخرقى .

وقال القاضي الصحيح عندي أن الاول لا يسري استيلاده إذا كان معسراً ولا يقوم عليه نصيب شريكه بل يصير نصفها أم ولد ونصفها قن باق على ملك الشريك لان الاحبال كالتقويم ويجري مجراه في التقويم والسراية واعتبر في سرايته اليسار كالتقويم وهو قول أبي الخطاب ومذهب الشافعي فعلى هذا إذا ولدت بمتمل ان يكون الولد كله حراً ، واحتمل ان يكون نصفه حراً ونصفه رقيقاً كالمه وكولد المعتق بعضها وبهذا يتبين انه لم يستحل انعقاد الاول من حر وقن ، ووجه القول الأول أن الاستيلاء أقوى من العتق ولهذا ينفذ من رأس المال من المريض ومن المجنون بخلاف الاعتاق

الجناية في حق الجاني بحال الجناية بدليل مالو جنى على عبد فأعتقه سيده وهي في حال الجناية أمة فانها انما اعتقت بالموت الحاصل بالجناية فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفديها سيدها اذا قتلت غيره ولانها ناقصة بالرق اشبهت القن وتفارق الحر فنه جنى وهو كامل وانما تعلق موجب الجناية بها لانها فوتت رقها بقتلها لسيدها فأشبهه مالو فوت المكاتب الجاني رقه بأدائه واما ان قتلت سيدها عمداً ولم يكن لها منه ولد فعليها القصاص لورثة سيدها وان كان له منها ولد وهو الوارث وحده فلاقصاص عليها لانه لو وجب لوجب لولدها ولايجب للولد على أمه قصاص، وقد توقف احمد رضي الله عنه عن هذه المسئلة في رواية مهناء، وقل دعنا من هذه المسائل وقياس مذهبه ما ذكرناه وان كان لها منه ولد وله اولاد من

غيرها لم يجب القصاص أيضاً لان حق ولدها من القصاص يسقط فيسقط كله وقد نقل

مهناء عن احمد رضي الله عنه انه يقتلها أولاده من غيرها وهذه الرواية تخالف

أصول مذهبه والصحيح انه لا قصاص عليها ويجب عليها فداء

نفسها بقيمتها كما لو عفا بعض مستحقي القصاص

عن حقه منه والله أعلم والحمد لله

وحده وصلى الله على محمد

(فصل) وهل يلزمه نصف قيمة الولد؟ على وجهين ذكرهما أبو الخطاب (احدهما) لا يلزمه وهو ظاهر كلام الحرقي لان الولد خلق حرراً فلم يلزمه قيمة ولده الحر (والثاني) يلزمه نصف قيمته لشريكه لان الوطاء صادف ملك غيره وانما انتقلت بالوطء الموجب للمهر فيكون الوطاء سبب الملك ولا يثبت الحكم الا بعد تمام سببه فيلزم حينئذ تقدم الوطاء على ملكه فيكون في ملك غيره وفعله ذلك مع انخلاق الولد على ملك الشريك فيجب عليه نصف قيمته كولد المبرور، وقال القاضي ان وضعت الولد بعد التقويم فلا شيء على الوطاء لانها وضعت في ملكه ووقت الوجوب حالة الوضع ولاحق للشريك فيها ولا في ولدها، وان وضعت قبل التقويم فهل تلزمه قيمة نصفه؟ على روايتين ذكرهما أبو بكر واختار انه لا يلزمه ﴿مسئلة﴾ وعند انقاضي وأبي الخطاب ان كان الاول معسراً لم يسر استيلاده وتصير ام ولد لها يعتق نصفها بموت احدهما) لانها ام ولد له وقد ذكرنا ذلك وان اعتق احدهما نصيبه بعد ذلك وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه؟ على وجهين (احدهما) لا يسري عتقه لانه يبطل حق صاحبه من الولاء الذي قد انعقد سببه بالاستيلاء (والثاني) يقوم عليه لحديث ابن عمر وهو اولى واصح ان شاء الله تعالى .

(فصل) ولا فرق بين ان يكون في الأمة ملك قليل

أو كثير فالحكم في ذلك واحد لان مالك

اليسير يملك بعضها اشبه الكثير

والله سبحانه وتعالى اعلم

﴿تم الجزء الثاني عشر من كتابي المغني والشرح الكبير وبه تم الكتاب﴾

خاتمة الطبع

الحمد لله الذي بنعمته تم الصالحات ، والصلاة والسلام على المصلح الأعظم بالآيات البيئات ،
والعلم النافع والحكم الباهرات ، محمد رسول الله وخاتم النبيين ، وآله الطاهرين ، وأصحابه الهداة
المهدين ، ومن تبعهم الى يوم الدين

أما بعد فانه قد تم طبع كتاب (المغني) في فقه الاسلام ، ومدارك المجتهدين من أئمة
الأعلام ، مع كتاب الشرح الكبير المقتبس منه مع زيادة بعض الفوائد والاستدراكات ، وقد بينا
مزايا الكتابين ووجوه الحاجة اليهما وترجمة مؤلفيهما في المقدمة التي نشرناها في الجزء الأول ، وقد بلغت
أجزاؤها ١٢ مجلدا كبيرا ولا يسمنا الا أن نعود في هذه الخاتمة الى اثناء على مسدي هذا الخير العظيم
الى الامة الاسلامية بالأمر بطبعه والانفاق عليه من ماله الخاص به ، امام السنة ، ومحبي عدل الخلفاء
وعلم الأئمة ، مؤسس المملكتين ، وخادم الحرمين الشريفين ، عبدالعزيز بن عبد الرحمن الفيصل
آل سعود ملك الحجاز ونجد ، وعاهل العرب في كل غور ونجد ، أعزه الله تعالى وأعز به العرب
والاسلام ، ونفع به الأنام ، وقد كان أمرنا أولا بطبع خمسمائة نسخة منه فقط ليوزعها على علماء
نجد ، وأذن لنا أن نطبع منه ماشئنا على حسابنا لاجل نشره في سائر الأمصار ، وبعد صدور عدة أجزاء
منه وكان قد استولى على الحجاز ، واتسع الباب لنشر مطبوعاته فيه وفي غيره من الاقطار ، فاشترى
منا أكثر النسخ التي طبعناها لأجل البيع ، وكان قد اشتهر الكتاب في مصر وغيرها ، وصار يزيد عدد
طالبيه فاضطررنا الى زيادة ما كنا نطبعه امكتبتنا عما تحتاج اليه لتكثفه نسخ الذين اشتروا الأجزاء الاولى
وما زالوا يكتثرون حتى اضطررنا الى إعادة طبع الأجزاء الأولى ، ولا شك أن لهذا الامام
والملك المهام ثواب الألف من النسخ التي يوزعها على العلماء مجاناً وثواب سائر النسخ التي يشتريها
منا المنتفعون بهذا الكتاب الجليل لانه هو السبب في وجوده ، ولولاه لما أقدمنا ولا أقدم غيرنا على
طبعه ، لان التجار لا يقدمون على طبع اثني عشر مجلداً في الفقه لأحد فقهاء مذهب الامام أحمد بن
حنبل مع قلة الحنابلة في الأمصار وفقهم ، وقلة من يعلم ان هذا الكتاب هو في فقه الاسلام في
جمته لا فقه الحنابلة وحدهم

وقد بذلت مطبعتنا الجهد في تصحيح الكتاب بمقابلة على أحسن النسخ الخطية المحفوظة في
خزائن المكتبة المصرية الكبرى العامة وهذه النسخ من وقف الملك المؤيد رحمه الله تعالى
ونسأل الله تعالى أن يثيبنا على ذلك وينفعنا نحن وسائر علماء المسلمين بهذا الكتاب النفيس .
ولله الحمد أولاً وآخراً .
صاحب مطبعة المنار ومكتبتها بمصر

محمد رشيد رضا

فهرس الجزء الثاني عشر من كتابي المغني والشرح الكبير

٣١	فصل في شهادة البدوي على القروي والقروي على البدوي	٢	(كتاب الشهادات)
٣٢	العدل من لم يظهر منه ريبة	٣	تحمل الشهادة وأداؤها فرض كفاية
٣٣	من لا يجوز شهادته	٤	تحمل الشهادة واجب مع انتفاء الضرر
٣٤	بيان ما يسقط المروءة من الاخلاق والعادات والحرف	٥	شهود الزنا وما يشترط فيهم
٣٥	لمب الزدشير برد الشهادة وكذا كل امب فيه قرار	٦	لا يقبل فيما سوى الاموال أقل من رجلين
٣٦	الشرطي كالزبد في التحريم ورد الشهادة	٧	ما يعتبر في شهود العقوبات وغيرها
٣٧	اللاعب بالحمام لا شهادة له	٨	ما يثبت به الاتسار والوصية
٣٨	المسابقة المشروعة	٩	لا يقبل في شهادة الاموال أقل من رجل وامرأتين الخ
٣٩	فصل في الملاهي	١٠	ثبت المال مدعيه بشاهدوين عنداً كثر اهل العلم
٤٠	حكم الضرب بالدف	١١	القول بأن الزيادة في النص نسخ غير صحيح
٤١	حكم الغناء	١٢	فصول في الشهادة
٤٢	حكم الحداء والشعر	١٣	حكم ما لو ادعى رجل على آخر سرقة نصاب من حرزه الخ
٤٣	ليس في اباحة الشعر خلاف	١٤	فصل فيما لو ادعى جارية في يد رجل أنها أم ولده
٤٤	الشعر الممدوح والمذموم	١٥	تقبل شهادة امرأه عدل فيما لا يطعم عليه الرجال
٤٥	فصل في قراءة القرآن بالالحان	١٦	ما يجوز في شهادة المرأة الواحدة
٤٦	حكم القراءة بالتلحين	١٨	مسئلة فيمن لزمته الشهادة
٤٧	القدر الذي يباح من تلحين القرآن والتغني به	١٩	لا يجوز ان له كفاية أخذ الجمل على الشهادة
٤٨	لا تقبل شهادة الطفلي ومن سأل دون ان تحمل له المسئلة	٢٠	مدرك العلم الذي تقع به الشهادة الرؤية والسماع
٤٩	من فعل شيئاً من الفروع مختلفاً فيه لم ترد شهادته	٢١	المرأة كالرجل في جواز الشهادة عليها
٥٠	يجوز شهادة الكفار من اهل الكتاب في الوصية في السفر	٢٢	حكم ما لو عرف الشاهد خطه ونسي أنه شهد به
٥١	كيفية الشهادة على الوصية حين الموت	٢٣	مسئلة في الشهادة على ما تظاهرت به الاخبار
٥٢	ما لا يجوز فيه شهادة الكفار على المسلم	٢٤	الشهادة بالاستفاضة
٥٣	الكلام في شهادة أهل الكفر بعضهم على بعض	٢٥	إذا كان في يد رجل دار يتصرف فيها يتصرف
٥٤	لا تقبل شهادة خصم ولا جار الى نفسه ولا دافع عنها	٢٦	الملاك جازت الشهادة أنها له
٥٥	حكم ما لو شهد على رجل بحق فذفه المشهود عليه	٢٧	حكم ما لو شهد عدلان ان فلانا مات وخلف فلانا وفلانا
٥٦	لا تقبل شهادة الاجير لمن استأجره	٢٨	شروط الشهادة
٥٧		٢٩	نوعا الفسوق وأضرب المختلفين
٥٨		٣٠	ضروب المختلفين

(ب) فهرس الجزء الثاني عشر من كتابي المغني والشرح الكبير

صفحة	صفحة
٩٧	٥٩
مستلة في الشهادة على من سمعه يقر بحق	تمثيل للدافع عن نفسه
٩٨	٦٠
الحقوق ضربان	لا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الغلط
١٠٠	٦١
فصل فيمن كانت عنده شهادة لا دمي	تجوز شهادة الاعمى اذا تبين الصوت
١٠١	٦٢
(كتاب الاقضية)	حكم مالو تحمل الشهادة ثم عمي
١٠٢	٦٣
حكم مالو هلك رجل وخلف ولدين ومائتي درهم	لا تجوز شهادة الاخرس بحال
١٠٣	٦٤
حكم مالو مات الرجل مفلسا وادعي ورثته ديننا له على رجل	لا تجوز شهادة الوالدين للولد الخ
١٠٤	٦٦
حكم مالو خلف احد الابنين مع الشاهد الخ	تقبل شهادة الاب على ابنه والابن على ابيه
١٠٦	٦٧
حكم مالو خلف ابون وثلاثة بنين ودارا قاضي البون وقفها عليهم	لا تجوز شهادة العبد لسيد ولا السيد امبده
١٠٨	٦٨
حكم مالو ادعوا ان ابهم وقف داره على ولده وولد ولده الخ	لا تجوز شهادة الزوج لامرأته ولا المرأة لزوجها
١٠٩	٦٩
حكم مالو كان الوقف مرتبا بطنا بعد بطن	شهادة الاخ لاخيه جائزة
١١٠	٧٠
مستلة فيمن ادعى دعوى وذكر ان بيته بالبعد منذ الخ	تجوز شهادة المبد في كل شيء الا في الحدود
١١١	٧١
حكم مالو طلب المدعي حبس المدعى عليه أو اقامة كفيل	التعليل لجواز شهادة السيد
١١٢	٧٢
مستلة في اليمين التي برأ بها المطلوب	حكم المسكاتب والمدبرة وأم الولد والمعتق بعضه حكم انقن
١١٤	٧٣
كيف يقسم اليهودي والصراني	مستلة في شهادة ولد الزنا
١١٦	٧٤
تعايط الايمان	إذا ناب القاذف قبلت شهادته
١١٧	٧٧
الشهادة بالوصية في السفر والمواضع التي خالفت فيها القياس	القاذف في الشتم ترد شهادته
١١٨	٧٨
يحلف الرجل على البت ويحلف الوارث على العلم اليمين على البت واليمين على نفي العلم	فصل في قبول التوبة متى ناب
١١٩	٧٩
فصل فيما لو توجهت عليه يمين هو فيها صادق حكم الحلف الكاذب	التوبة ضربان باطنة وحكومية
١٢٠	٨٠
حكم الحلف الكاذب	لا يشترط في التوبة اصلاح العمل
١٢٢	٨١
يمين الحالف على حسب جوابه	ما يعتبر من النائب من البدعة
١٢٣	٨٢
لا تدخل اليمين النيابة	من ردت شهادته وهو غير عدل لم تقبل وهو عدل
١٢٤	٨٣
فروع في رد اليمين	حكم مالو شهد السيد لمسكاتبه فردت شهادته الخ
	٨٤
	حكم مالو شهد وهو عدل فلم يحكم بها حتى تغير
	٨٦
	مستلة في شهادة العدل على العدل
	٨٨
	شروط شهادة العدل على العدل
	٩٣
	فصل في كيفية أداء الشهادة على الشهادة
	٩٤
	شهادة المرأة على المرأة
	٩٥
	لا يقبل على شاهد أصل الا شاهدا فرع
	٩٦
	حكم مالو كان المشهود به زنا

فهرس الجزء الثاني عشر من كتابي المغني والشرح الكبير (ج)

صفحة	صفحة
١٢٥	حكم ما لو نكل من توجهت عليه اليمين وقل لي بينة
حكم ما او ادعى العبد ان سيده اعتقه	١٢٦ حكم ما لو حلف ثم قال ان شاء الله
١٢٧	الحقوق ضربان
١٢٨	الحقوق المالية
١٢٩	مسئلة فيما لو شهد من الاربعة اثنان ان هذا زني بها
١٣٠	حكم الشهادة على فعابن
١٣١	حكم ما لو كانت الشهادة على فعل اختلف
١٣٣	الشاهدان في زمانه أو مكانه
١٣٤	فصل في الشهادة على الاقرار
١٣٥	حكم الاختلاف في الشهادة بالزمان
١٣٦	فصل في الشهادة بالنكاح
١٣٨	حكم ما لو اشهد بجرح او قتل ثم رجعا
١٤٠	حكم الرجوع عن الشهادة بعد الاستيفاء
١٤١	فصل فيما لو رجم أحد الشاهدين وحده
١٤٢	مسئلة فيما لو كانت شهادتهما بمال
١٤٣	اذا كان المحكوم به بعد غرما قيمته
١٤٤	حكم ما لو شهد على امرأة بنكاح فحكم به ثم رجعا
١٤٥	حكم المواضع التي يجب الضمان فيها على الشهود
١٤٥	بالرجوع
١٤٦	فصل فيما لو حكم الحاكم بشهادة رجل وامرأتين
١٤٧	حكم ما لو شهد اربعة بالزنا او اثنان بالاحصان الخ
١٤٨	فصل فيما لو شهد شاهدا فرع على شاهدي
١٤٩	اصل الخ
١٥٠	فصل فيما لو حكم الحاكم بشاهد ويمين فرجع
١٥١	الشاهد
١٥٢	مسئلة فيما لو قطع الحاكم يد السارق بشهادة
١٥٣	اثنين ثم بان انها كافران
١٥٤	حكم ما لو شهد بالزنا اربعة الخ
١٥٥	حكم ما لو حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ثم
١٥٦	بان فسقها
١٥٧	مسئلة فيما لو غير العدل شهادته بمحضرة الحاكم
١٥٨	مسئلة فيما اذا شهد شاهد بانف وأخر بمسائة
١٥٩	مسئلة فيما ادعى شهادة عدل فأنكر أن تكون
١٦٠	عنده شهادة
١٦١	حكم ما لو مات رجل وخلف ابنا وألف درهم
١٦٢	مسئلة في اشارة المريض بالاقرار
١٦٣	مسئلة في شهادة الصبي
١٦٤	مسئلة في شهادة الطب على الموضحة
١٦٥	كتاب الدعوى والبيينات
١٦٦	لا يستحلف على النكاح
١٦٧	فصل فيما لو ادعى رجل نكاح امرأة
١٦٨	حكم ما لو ادعت المرأة النكاح وذكرت ماله
١٦٩	حقاً من حقوق النكاح
١٧٠	حكم سائر العقود غير النكاح من حيث الكشف
١٧١	وذكر الشروط
١٧٢	حكم ما لو ادعى دابة في يد رجل فأنكر
١٧٣	وأقام كل واحد بينة
١٧٤	فصلان في البينة
١٧٥	حكم ما لو كان المشهود عليه لا يعبر عن نفسه
١٧٦	حكم ما لو ادعى الخارج أن الدابة ملكه
١٧٧	حكم ما لو ادعى زيد شاة في يد عمرو
١٧٨	حكم ما لو كان في يد رجل شاة فادعاها رجل
١٧٩	حكم ما لو كانت الدابة في أيديهما فأقام كل
١٨٠	منهما بينة أنها له
١٨١	حكم ما لو شهدت احدها أنها له منذ سنة
١٨٢	لأرجح احدي البينتين بكثرة العدد
١٨٣	حكم ما لو كان في أيديهما دار فادعاها
١٨٤	أحدها كاهها

صفحة	صفحة
٢٠٥ حكم مالو ادعى انسان ان أباه مات وخلفه وأخاه غائباً	١٧٨ حكم مالو كانت الدار في يد ثلاثة الخ
٢٠٧ حكم مالو اختلف في دار في يد أحدهما وأقام احدهما بينة النخ	١٨١ حكم مالو كانت الدار في يد أربعة الخ
٢٠٨ حكم مالو ادعى أمة أنها له النخ	١٨٣ حكم مالو كانت الدابة في يد غيرهما واعترف أنه لا يملكها
٢٠٩ حكم مالو كانت في يد زيد دار فادعاهما عمرو	١٨٥ فصل فيما لو أنكرهما من العين في يده
٢١٠ حكم مالو كان في يد رجل طفل لا يبرع عن نفسه	١٨٦ حكم مالو كان في يد رجل دار فادعاهما فمان
٢١١ حكم مالو ادعى اثنان رق بالغ في ايديهما فأنكرهما	١٨٧ فصل فيما إذا تداعيا عيناً الخ
٢١٢ حكم مالو كان في يده صغيرة فادعى نكاحها	١٨٨ حكم مالو ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة
٢١٣ حكم مالو شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان بألف	١٨٩ حكم مالو كانت دار في يد رجل فادعى عليه رجلان
٢٤١ حكم مالو مات رجل وخلف ولدين مسلماً وكافراً	١٩٠ حكم مالو ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها مني بألف
٢١٦ حكم مالو أقام المسلم بينة انه مات مسلماً النخ	١٩١ حكم مالو مات رجل فشهد رجلان ان هذا الغلام ابن هذا البيت
٢١٧ حكم مالو أقام المسلم بينة أنه مات مسلماً	١٩٢ حكم مالو ادعى رجل زوجية امرأة فافتت بذلك
٢١٨ حكم مالو خاف ابناً مسلماً وأخاً كافراً	١٩٣ حكم مالو قال لعبدته ان قتلت فانت حر
٢١٩ حكم مالو مات امرأة وابنها فقال زوجها ماتت قبل ابنتها النخ	١٩٤ حكم مالو ادعى سالم ان سيده أعتقه في مرض موته الخ
٢٢١ حكم مالو كان في يد رجل دار فادعت امرأته أنه اصدقها لإياها	١٩٧ حكم مالو خلف المريض ابنين لا وارث له سواهما فشهدا الخ
٢٢٢ حكم مالو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبي ألفاً	١٩٨ حكم مالو شهد عدلان أجنبيان أنه وصى بمتق سالم
٢٣٢ حكم مالو دخل الينا أهل الحرب فأقر بعضهم بنسب بعض	١٩٩ حكم مالو شهدت بينة عادلة انه وصى لزيد بثلك ماله
٢٢٤ وجوه الاقرار بالنسب	٢٠٠ فصل فيما لو شهد شاهدان أنه رضى لزيد بثلك ماله
٢٢٥ حكم مالو اختلف الزوجان في متاع البيت	٢٠١ حكم مالو كان في يده دار فادعاهما رجل فأقرها لغيره
٢٢٦ حكم مالو كان في الدكان نجار وعمار	٢٠٤ فصل فيما لو طلب المدعي أن يكتب له محضر بما جرى
٢٢٧ حكم مالو كان الحياط في دار غيره فاختلفا في الابرة والمقص	
٢٢٨ حكم مالو تنازع رجلان دابة أحدهما راكبها	

صفحة	صفحة
٢٥٩ حكم مالو كان احد الشريكين موسرا والآخر	٢٤٩ حكم ما لو كان على أحد حق وقدر له على مال
معسرا	٢٣١ حكم مالو كان لانسان على انسان حق وأقام به
٢٦٠ حكم ما لو ادعى أحد الشريكين ان شريكه أعتق	شاهدين الخ
نصيبه	٢٣٢ حكم ما لو ادعى العبد ان سيده أعتقه
٢٦١ حكم مالومات الرجل وخلف ابني وعبدين	
٢٦٢ أحوال العتق في المرض	﴿ كتاب العتق ﴾
٢٦٣ حكم مالو كان لرجل نصف عبد وآخر ثلثه	
ولآخر سدسه	٢٣٤ بيان ما يحصل به العتق
٢٦٥ حكم مالو كانت الامة بين شريكين فاصبا احدهما	٢٣٧ حكم ما لو قال لا كبير منه هذا ابني
٢٦٧ فصل في قيمة الولد ومهر الامة إذا عاصها أحدهما	٢٣٨ يصح العتق من كل من يجوز تصرفه
٢٦٩ حكم مالو ملك سها من بعتق عليه بغير الميراث	٢٣٩ لا يصح العتق من غير المالك
وهو موسر	٢٤٠ حكم مالو كان العبد بين ثلاثة فاعتقوه
٢٦٩ حكم مالو ورث الصبي والمجنون جزءا ممن بعتق	٢٤١ حكم ما لو قال احد الشركاء للعبدان دخلت الدار
عليها	فنصيبي منك حر
٢٨٠ حكم ما لو باع عبدا لذي رحمه وأجنبي	٢٤٢ حكم ما لو أعتق احد الشركاء نصيبه وهو موسر
٢٨١ حكم ما لو كان لرجل نصف عبد ين متساويين	٢٤٣ لافرق في هذا بين كون الشركاء مسلمين او كافرين
٢٧٢ حكم ما لو شهد شاهدان على ميت بعتق عبد	٢٤٤ حكم ما لو اعتقاه بعد عتق الاول الخ
٢٧٣ حكم مالو كان له ثلاثة أعبدا فاعتقهم في مرض موته	٢٤٦ القيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق
٢٧٦ القرعة وما ورد من السنة فيها	٢٤٧ فصل في المعتبر من اليسار
٢٧٧ فصل في كيفية القرعة	٢٤٨ حكم ما لو قال شريك لشريكه اذا اعتقت نصيبك
٢٧٨ مسألة في القرعة والعتق	فاعتق نصيبي
٢٨١ حكم مالو كان على الميت دين يحيط بالتركة	٢٤٩ حكم ما لو أعتقه الاول وهو معسر والثاني وهو
٢٨٢ حكم ما لو أعتق في مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم	موسر
٢٨٣ حكم ما لو قال في مرض موته احدكم حر أو كالم حر	٢٥١ فصل في العتق بالسماوية
٢٨٤ حكم ما لو ملك نصف عبد فدبره	٢٥٢ حكم مالو كان المعتق الثاني معسرا
٢٨٥ حكم ما لو دبر بمضه وهو مالك لملكه	٢٥٣ حكم من أعتق بمضه
٢٨٦ حكم ما لو اعتقهم وثلاثة تملهم ثم ظهر عليه دين	٢٥٥ حكم ما لو كان العبد بين شريكين فادعى كل
٢٨٧ حكم ما لو أعتق المريض ثلاثة أعبدا لماله غيرهم	واحد ان شريكه أعتق حقه
٢٨٨ حكم ما لو وصى بعتق عبده يخرج من ثلثه	٢٥٦ حكم ما لو اشترى أحدهما نصيب الآخر
٢٨٩ حكم ما لو علق عتق عبده على شرط	٢٥٧ حكم من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه
٢٩٠ حكم ما لو أعتق عبدا وللعبد مال	٢٥٨ حكم مالو كان الشريكان معسرين

صفحة	صفحة
٣٢٢ حكم ما لو ارتد سيد المدبر	٢٩١ حكم ما لو قال لعبد انت حر في وقت سماء
٣٢٣ ما ولدته المدبرة بعد تديريها فهو بمنزلتها	٢٩٢ حكم ما لو قال لعبد ان لم اضربك عشرة اسواط
٣٢٥ حكم ما لو عاق عنق امته بصفة	فانت حر
٣٢٦ حكم ما لو ولدت المدبرة فرجع في تديريها	٢٩٣ حكم ما لو قال لعبد ان دخات الدار فانت حر
٣٢٧ كسب المدبر في حياته لبيده	٢٩٤ حكم ما لو قال لعبد انت حر متى شئت
٣٢٨ للسيد اصابة المدبرة	٢٩٥ أقسام تعلق العتق
٣٢٨ مسألة في انكار التديير	٢٩٩ حكم ما لو قال لعبد انت حر وعليك الف
٣٣١ حكم ما لو دبر عبده ومات وله مال	٣٠٠ حكم ما لو عاق عتق أمته وهي حامل
٣٣٢ حكم ما لو كان المدبر عبدين	٣٠١ حكم ما لو قال لامته اول ولد تلدينه فهو حر
٣٣٣ فصول في التديير	٣٠٢ فصل فيما لو قال أول غلام أملكه فهو حر
٣٣٤ مسألة في التديير من الصبي	٣٠٣ فصل فيما لو قال آخر عبد أملكه فهو حر
٣٣٥ حكم ما اذا قتل المدبر سيده	٣٠٤ حكم ما لو قال عبد لرجل اشترني من سيدي
٣٣٦ سائر جنایات المدبر غير جائزة	بهذا المال
٣٣٨ حكم ما لو دبر العبد ثم كاتبه	٣٠٥ حكم ما لو كان عبد بين شريكين فأعطى
(كتاب المكاتب)	أحدهما خمسين ديناراً وبعثني نصيبه
٣٣٩ حكم ما لو سأل العبد سيده مكانته	٣٠٦ حكم ما لو وكل احد الشريكين شريكه في عتق
٣٤١ لا تصح الكتابة الا لمن يصح تصرفه	نصيبه
٣٤٢ حكم ما لو كاتب الذي عبده المسلم	٣٠٧ (كتاب التديير)
٣٤٣ حكم ما لو كاتب الحر عبده	٣٠٨ يعتق المدبر بعد الموت من ثلث اموال
٣٤٥ حكم ما لو كاتب المرتد عبده	٣٠٩ يجوز التديير مطلقاً ومقيداً
٣٤٦ حكم ما لو كاتب عبده أو أمته على أنجيم	٣١٠ حكم ما لو قال ان دخات الدار بعد موتي فانت حر
٣٤٩ حكم ما لو كاتبه على أنجيم مدة معلومة	٣١١ حكم ما لو قال انت حر بعد موتي
٣٥٠ مقدار ما يعتق بإدائه المكاتب من المشترط عليه	٣١٢ حكم ما لو قال لعبد إذا قرأت القرآن فانت
٣٥١ فصل فيما تجوز عليه الكتابة	حر بعد موتي
٣٥٣ تصح الكتابة على خذعة ومنقمة مباحة	٣١٣ حكم ما لو قال لعبد اذا مت فانت حر
٣٥٤ حكم ما لو كاتبه	٣١٤ حكم ما لو دبر كل واحد نصيباً فانت أحدهما
٣٥٥ مسألة في إعطاء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه	٣١٦ لا يجوز بيع المدبر في الدين وقيل يجوز
٣٥٦ الحث على إعطاء المكاتب شيئاً مما كوتب عليه	٣١٧ أمر رسول الله ﷺ ببيع المدبر
٣٥٧ مقدار ما يعطى المكاتب مما كوتب عليه	٣١٨ مسألة في بيع المدبرة
٣٥٨ فصول في جنس ما يبيطه المكاتب ووقت	٣١٩ مسألة فيما لو دبره ثم قال قد رجعت
جوازه ووجوبه	٣٢٠ حكم ما لو ارتد المدبر ولحق بدار الحرب

صفحة	صفحة
٣٥٩	حكم ما لو عجلت الكتابة قبل محلها
٣٦١	حكم ما لو حضر المكاتب مال الكتابة فقال
٣٦٢	السيد هذا حرام
٣٦٣	لو كتابته على جنس لم يلزمه قبض غيره
٣٦٥	حكم ما لو مات وأدى بعض كتابته وفي يده وفاء وفضل
٣٦٦	حكم ما لو مات ولم يخلف وفاء
٣٦٧	قتل المكاتب كموته في انقاسخ الكتابة
٣٢٩	إذا مات السيد كان العبد على كتابته
٣٧٠	ولا المكاتب لسيد
٣٧١	أو أعتق الورثة المكاتب صح عنقهم
٣٧٢	حكم ما لو باع الورثة المكاتب أو وهبوه
٣٧٣	إن أوصى السيد بمال الكتابة لرجل صح
٣٧٥	حكم ما لو مات وخلف رجلين وعبدًا أخ لا يمنع المكاتب من السفر
٣٧٦	حكم ما لو شرط السيد على المكاتب الأيسافر
٣٧٧	ليس للمكاتب أن يتزوج إلا بإذن سيده
٣٧٨	ليس للمكاتب التتري بغير إذن سيده
٣٨٠	ليس للمكاتب أن يزوج عبده واماء
٣٨١	ليس للمكاتب إعتاق رقيقه إلا بإذن سيده
٣٨٢	المكاتب محجور عليه في ماله
٣٨٣	ليس للمكاتب أن يكتسب إلا بإذن سيده
٣٨٤	ليس للمكاتب أن يبيع نفسه
٣٨٥	للمكاتب البيع والشراء بإجماع من أهل العلم
٣٨٦	مسئلة في الربا بين السيد وسيد
٣٨٧	حكم ما لو كان لكل واحد من السيد والمكاتب على صاحبه دين
٣٨٨	حكم ما لو شرط وطء المسكينة من غير شرط ذلك في الكتابة
٣٨٩	حكم ما لو شرط وطأها
٣٩٠	فصول في وطء المسكينة وبنيتها
٣٩١	ان وطء السيد مسكنته ولم يشترطه أدب
٣٩٢	حكم ما لو علفت المسكينة من سيدها
٣٩٤	حكم ما لو أعتق السيد المسكينة
٣٩٥	حكم ما لو كانت بين شريكين فسكانها ووطئها أحدهما
٣٩٨	حكم ما لو وطئها جميعاً
٣٩٩	حكم ما لو أولدها كل واحد منهما وانفقا على السابق منهما
٤٠٢	حكم ما لو اختلفا في السابق منهما
٤٠١	حكم ما لو وطئها معاً فأنت بولد
٤٠٥	أقسام فيها لو وطئها معاً فأنت بولد
٤٠٦	حكم ما لو كاتب نصف عبد
٤٠٩	حكم ما لو كان العبد كله ملكاً لرجل
٤١٠	حكم ما لو كان العبد لرجلين فسكانها معاً
٤١١	ليس للمكاتب أن يؤدي إلى أحدهما أكثر من الآخر
٤١٣	ان عجز مسكنتها فلهما الفسخ
٤١٥	مسئلة في زكاة مال المكاتب إذا عتق
٤١٦	إذا لم يؤد المكاتب عجزه السيد
٤١٧	حكم ما لو حل نجم واحد فمجز عن أدائه
٤١٨	حكم ما لو حل النجم وماله حاضر عنده
٤١٩	حكم ما لو حل النجم والمكاتب غائب
٤٢٠	حكم ما لو دفع العوض في الكتابة فبان مستحقاً
٤٢١	ما قبض من نجوم كتابته استقبل به حولا
٤٢٢	حكم ما لو جنى المكاتب جنائياً
٤٢٣	ما قبض من مجرم الكتابة يستقبل به حولا
٤٢٤	حكم ما لو جنى المكاتب جنائيات
٤٢٥	حكم ما لو جنى المكاتب على سيده فبادون النفس
٤٢٧	حكم ما لو اجتمع على المكاتب أرش جنائياً
	ومن مبيع
٤٢٨	حكم ما لو ملك المكاتب ابنه

فهرس الجزء الثاني عشر من كتابي المغني والشرح الكبير (ح)

صفحة	صفحة
٤٢٩	حكم مالو جنى بعض عبيد المسكاتب على بعض
٤٣٠	حكم مالو جنى على المسكاتب فيما دون النفس
٤٣٢	حكم مالو مات المسكاتب وعليه ديون وأروش
	وجزايات
٤٣٣	حكم مالو كاتبه ثم دبره
٤٣٤	حكم مالو قال لمسكاتبه متى عجزت بمد موتي
٤٣٥	حكم مالو كاتب عبدأ في صحته ثم أعتقه في
	مرض موته
٤٣٧	حكم مالو ادعى المسكاتب وفاة كتابته
٤٣٨	حكم مالو أنكر السيد ولم يكن للعبد شاهد
٤٣٩	لا يكفر المسكاتب بغير الصوم
٤٤٠	ولد المسكاتب في الكتابة يمتقون بكتابتها
٤٤١	ولد الكتابة المولودون في الكتابة يمتقون بمتقها
٤٤٤	مسئلة في جواز بيع المسكاتب
٤٤٧	الكتابة لا تفسخ باليمين
٤٤٨	بيع الدين الذي على المسكاتب من نجومه لا يصبح
٤٤٩	حكم مالو كانت الكتابة ذات ولد يتبها فباعتها مأمأ
٤٥٠	حكم مالو وصى بالمسكاتب لرجل
٤٥١	حكم مالو وصى بالكتابة لرجل ورقيقته لا تخر
٤٥٢	فصل في صحة الوصية للمسكاتب
٤٥٤	حكم مالو اشترى المسكاتب أباه أو ذارحمه
٤٥٥	إذا اشترى المسكاتب ذارحمه فكسبهم له
٤٥٦	حكم مالو وهب للمسكاتب بعض ذوي رحمه
٤٥٨	حكم مالو كان العبد للاثنة فقال يعموني نفسي الخ
٤٦٠	حكم مالو كان العبد بين شريكين فكاتباه على
٥١٠	مائة قاعدى دفنها
٥١٣	حكم مالو ادعى العبد أنه دفع المائة إلى أحدهما
٥١٤	حكم مالو اعترف المدعى بقبض المائة على الوجه
٥١٥	الذي ادعاه المسكاتب
٥١٦	حكم مالو قال السيد كاتبك على ألفين
٤٦٥	حكم مالو اختلفا في أداء النجوم
٤٦٦	حكم مالو كاتب عبيدين واستوفى من أحدهما
٤٦٧	« كان للمسكاتب أولاده من ممتق آخر غير
	سيده
٤٦٨	« أعتق الأمة أو كاتبها وشرط ما في بطنها
٤٦٩	مسئلة في تعجيل المسكاتب بعض كتابته لسيده
٤٧٠	حكم مالو اتفقا على الزيادة في الاجل والدين
٤٧١	« صالح المسكاتب سيده عما في ذمته بغير
	جنسه
٤٧٢	« كان العبد بين اثنين فكانت أحدهما الخ
٤٧٣	لأن كان الممتق معسراً لم يسر عتقه
٤٧٤	موت المسكاتب قبل الاداء كعجزه
٤٧٧	حكم مالو كاتب عبيداً له صفقة واحدة
٤٧٩	« أدى أحد المسكاتبين عن صاحبه
٤٨١	« شرط السيد على المسكاتب أن يرثه
	دون ورثته
٤٨٢	« شرط عليه خدمة معلومة
٤٨٧	أحكام الكتابة الفاسدة
٤٩٥	فصل في قول من أجاز بيع أم الولد
٤٩٨	حكم مالو اشترى جارية حامل من غيره فوطئها
٤٩٩	« وطئ الرجل جارية ولده
٥٠١	« وطئ الولد جاريته ثم وطئها أبود فأولدها
٥٠٢	« زوج أمته ثم وطئها
٥٠٥	أم الولد تعتق من رأس المال وإن لم يملك سواها
٥٠٦	حكم مالو صارت أم ولد له ثم ولدت من غيره
٥٠٨	إذا أسلمت أم ولد النصراني منع من وطئها
٥١٠	مسئلة فيما لو أوصى لها بما في يدها
٥١٣	حكم مالو عادت فحنت
٥١٤	للرجل تزويج أم ولده وإن كرهت
٥١٥	لاحد على من قذف أم الولد
٥١٦	حكم مالو قتلت أم الولد سيدها