

بسم الله الرحمن الرحيم

وزارة التعليم العالي

جامعة أم القرى

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

نموذج رقم (٨)

إجازة أطروحة علمية في صيغتها النهائية بعد إجراءات التعديلات

الاسم (رباعي): - خالد بن محمد عبدالله الدوغان... /كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، قسم: -الدراسات العليا الشرعية
الأطروحة مقدمة لنيل درجة: -الدكتوراة..... في تخصص: - الفقه وأصوله.....
عنوان الأطروحة: -شرح منتهى الإرادات، تصنيف/تقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى، كتاب الفرائض والعنق والشهادات
والإقرار دراسة وتحقيقاً.....

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:-
فبناء على توصية اللجنة المكونة لمناقشة الأطروحة المذكورة أعلاه -والتي تمت مناقشتها بتاريخ: -٢٧ / ٢ / ١٤٢١هـ
بقبولها بعد إجراء التعديلات المطلوبة، وحيث قد تم عمل اللازم، فإن اللجنة توصي بإجازتها في صيغتها النهائية المرفقة
للدرجة العلمية المذكورة أعلاه.....

والله الموفق

أعضاء اللجنة

المناقش

الإسم: د/أحمد بن يوسف الدريويش
التوقيع:

المناقش

الإسم: أ.د/محمد محمد عبدالحى
التوقيع:

المشرف

الإسم: أ.د/يوسف محمود عبدالمقصود
التوقيع:

رئيس قسم الدراسات الإسلامية العليا الشرعية

الإسم: د/عبدالله بن مصطفى الثمالي

التوقيع:

المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم العالي

جامعة أم القرى

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

قسم الدراسات العليا الشرعية

فرع الفقه وأصوله

شعبة الفقه



٣٠١٠٢٠٠٠٠٠٣٤٣٢

٠٠١٢٣٢

شرح منتهى الإرادات

(كتاب : الفرائض ، والعق ، والشهادات ، والإقرار)

دراسة وتحقيق

تصنيف : تقي الدين محمد بن أحمد بن عبد العزيز الفتوحى الحنبلى

الشهير بابن النجار ٨٩٨ - ٩٧٢هـ

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراة فى الفقه

إعداد الطالب

خالد بن محمد بن عبد الله الدوغان

إشراف الأستاذ الدكتور

يوسف بن محمود عبد المقصود

١٤٢٠ - ١٤٢١هـ

الجزء الثانى

[باب ميراث المفقود]

هذا (باب) حكم (ميراث المفقود) ، اسم مفعول من فقدت الشيء أفقده فقدأ وفقداناً بكسر الفاء وضمها (١) ، والفقدان : تطلب الشيء فلا تجده (٢) .

والمراد به هنا من لا تعلم له حياة ولا موت لانقطاع خبره (٣) ، وهو قسمان :

الأول : (من انقطع خبره بغيبة ظاهرها السلامة) (٤) أي ظاهرها بقاء حياته (كاسر) فإن الأسير معلوم من حاله أنه غير متمكن من المجيء إلى أهله ، (وتجارة) فإن التاجر قد يشتغل بتجارته عن العود إلى أهله ، (وسياحة) فإن السائح قد يختار المقام ببعض البلدان النائية عن بلده ، فإن الذي يغلب على الظن في هذه الأحوال ونحوها سلامته ، وفي ذلك عن الإمام روايتان (٥) :

إحداهما : أنه ينتظر به حتى يتيقن موته أو تمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها ، وذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم ، وبهذا قال الشافعي (٦) ، ومحمد بن الحسن (٧)

(١) انظر : المطلع ص (٣٠٨) .

(٢) المصباح المنير ص (٤٧٨) .

(٣) انظر : التعريفات ص (٢٧٨) ، والعذب الفائض (٢٦/٢) .

(٤) هذا من التعريف الاصطلاحي للمفقود .

انظر : الشرح الكبير (١٤٠/٧) ، المبدع (٢١٥/٦) ، المغني (١٨٧/٩) .

(٥) المغني (١٨٧/٩) ، الشرح الكبير (١٤٠/٧) ، المبدع (٢١٥/٦) ، المحرر (٤٠٦/١) ، الفروع (٣٥/٥) .

(٦) كشف الغوامض (٣٣٦/١) .

(٧) بدائع الصنائع (١٩٧/٦) ، المبسوط (٣٤/١١) .

وهو المشهور عن مالك (١) وأبي حنيفة ، وأبي يوسف (٢) ؛ لأن الأصل حياته (٣) .

والرواية الثانية : أن الحكم فيه ما أشير إليه بقوله :

(انتظر به تتمة تسعين سنة منذ ولد) (٤) .

قال في الإنصاف : « هذا المذهب نص عليه وصححه في المذهب وغيره .

قال ابن منجا في شرحه : « هذا المذهب » (٥) .

قال في الهداية وغيرها (٦) : « هذا أشهر الروايتين (٧) ، وجزم به في الخلاصة والوجيز وقدمه في المحرر (٨) والرعايتين والحاوي الصغير والفروع (٩) والفائق وهو من مفردات المذهب » انتهى (١٠) .

(١) الشرح الصغير (٧١٧/٤) .

(٢) انظر : مراجع الحنفية السابقة .

(٣) انظر : المغني (١٨٧/٩) .

(٤) انظر : المغني والشرح الكبير ، والمبدع ، والمحرر ، والفروع كما سبق .

(٥) الممتع (٣٩٦/٤) .

(٦) في (ب) : وغيره .

(٧) الهداية (١٧٨/٢) .

(٨) المحرر (٤٠٦/١) .

(٩) الفروع (٣٥/٥) .

(١٠) الإنصاف (٣٣٥/٧) ، انظر : منح الشفا الشافيات (٨١/٢) .

قال في المغني : « وهذا قول عبد الملك بن الماجشون (١) (٢) ؛ لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا » (٣) .

وقال عبد الله بن الحكم : « ينتظر به إلى تمام سبعين سنة مع سنة يوم فقد (٤) ، ولعله يحتج بقول النبي ﷺ : « أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين » (٥) أو كما قال .

ولأن الغالب أنه (٦) لا يعيش أكثر من هذا فأشبهه التسعين (٧) .

وقال الحسن بن زياد : « ينتظر به تمام مائة وعشرين سنة ، قال :

(١) هو : عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون التيمي ، بالولاء ، أصله من فارس ، والماجشون لقب جده ، كان فقيهاً مالكياً فصيحاً ، دار عليه الفتيا في أيامه بالمدينة ، عمي في آخر عمره ، توفي سنة (٢١٢ هـ) .

انظر : الديباج المذهب ص (١٥٣) ، الأعلام (٣٠٥ / ٤) ، شجرة النور الزكية ص (٥٦) ،

(٢) في (ب) : ناحون .

(٣) انظر : حاشية العدوي مع الخرشي على مختصر خليل (٢٢٤ / ٨) ، الذخيرة (٢٢ / ١٣) ، الشرح الصغير (٦٩٨ / ٢) .

(٤) في (س) : منه . وانظر : المراجع السابقة في الفقه المالكي .

(٥) أخرجه الترمذي في كتاب الدعوات ، باب : في دعاء النبي ﷺ (الحديث ٣٥٥٠) وقال أبو عيسى : هذا حديث حسن غريب من حديث محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وقد روى عن أبي هريرة من غير هذا الوجه .

وأخرجه ابن ماجه في كتاب الزهد ، باب الأمل والأجل (٤٢٣٦) .

وانظر : تحفة الأشراف (١٥٠٣٧) .

(٦) في (ب) : لأنه .

(٧) في (س) : التعيين .

ولو (١) فقد وهو ابن ستين سنة وله مال لم يقسم [ماله] (٢) حتى تمضي عليه ستون سنة أخرى فيكون له مع سنة يوم فقد مائة وعشرون سنة « انتهى كلامه في المغني (٣) .

وما نقل عن الحسن بن زياد موافق لقول ابن عقيل (٤) .

(ف) على المذهب (إن فقد ابن تسعين اجتهد الحاكم) في تقديره مدة انتظاره .

قال في الإنصاف : « قال في الفائق : قلت : فلو فقد له تسعون سنة فهل ينتظر عدة الوفاة أو يرجع إلى اجتهد الحاكم أو يرتقب أربع سنين ؟ يحتمل (٣٣٦/ب) أوجهاً .

أفتى الشيخ شمس الدين بالأول ، يعني به الشارح والمختار الأخير « (٥) انتهى .

قلت : قد تقدم [أن] (٦) صاحب الترغيب قال : « ويجتهد الحاكم » ، ووافقه على ذلك في الفروع وهو أولى « (٧) انتهى كلامه في الإنصاف .

(١) في (ب) : ولقد .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٣) المغني (١٨٧/٩) ، وأما مراجع الفقه الحنفي فهي في : شرح السراجية ص (٢٤٤) ، المبسوط (٥٤/٣٠) .

(٤) انظر : الإنصاف (٣٣٥/٧) ، الفروع (٣٥/٥) .

(٥) الإنصاف (٣٣٦/٧) ، الشرح الكبير (١٤١/٧) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٧) الإنصاف (٣٣٦/٧) ، وانظر : الفروع (٣٥/٥) .

القسم الثاني : من انقطع خبره لغية ظاهرها الهلاك ، وهو المراد بقول المتن (١) .

(وإن كان الظاهر من فقده الهلاك كـ) الذي يفقد (من بين أهله أوفي) مفازة (مهلكة) .

قال في القاموس : « والمهلكة ويثالث المفازة » (٢) انتهى .

وفي المبدع : « مهلكة بفتح الميم واللام ، ويجوز كسرهما حكاهما أبو السعادات ويجوز ضم الميم مع كسر اللام اسم الفاعل من : أهلكته فهي [مهلكة ، وهي] (٣) أرض يكثر فيها الهلاك » (٤) انتهى .

(كدرب الحجاز (٥) ، أو) كالذي يفقد (بين الصفين حال الحرب ، أو) كالذي يفقد وقد (٦) (غرقت سفينة ونجا قوم وغرق قوم) ومتى فقد إنسان في هذه الأحوال الممثل بها أو نحوها (انتظر به تنمة أربع سنين منذ فقد ثم يقسم ماله) ؛ لأنها مدة يكثر فيها تردد المسافرين والتجار .

(١) منتهى الإرادات (٩٢/٢) ، وهذه تنمة التعريف الاصطلاحي للمفقود .

(٢) القاموس المحيط ص (١٢٣٧) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٤) المبدع (٢١٦/٦) ، النهاية (٢٧١/٥) .

(٥) تمثيل المؤلف بدرب الحجاز أنه أحد المهالك التي يمكن أن يفقد فيها الإنسان ، قد كان في الزمن الماضي .

أما الآن فقد تيسرت السبل وتنوعت وسائل المواصلات المريحة المطمئنة للسفر حتى إن التمثيل بدرب الحجاز أنه أحد المهالك غير صحيح ؛ لما نرى من كثرة عدد الحجاج والعمّار الذين يقصدون مكة في الأوقات المختلفة ولا يكاد أن يفقد من المسافرين واحداً .

(٦) في (ب) : وقت .

فانقطاع خبره عن أهله مع غيبته على هذا الوجه يغلب ظن الهلاك ؛ إذ لو كان باقياً لم ينقطع خبره إلى هذه الغاية فلذلك حكم (١) بموته في الظاهر ، فيجعل ماله لورثته لذلك (٢) .

ولأن الصحابة اتفقوا على اعتداد امرأته بعد تربصها هذه المدة وحلها للأزواج بعد ذلك ، وإذا ثبت ذلك في النكاح مع الاحتياط للأبضاع ففي المال أولى (٣) .

وعنه : « لا يقسم ماله حتى تتم له أربع سنين مع أربعة أشهر وعشر » (٤) .

وعنه : « هو (٥) كالقسم الذي قبله » (٦) .

وفي الواضح : وعنه : زمناً لا يجوز مثله . وحدها في بعض رواياته بتسعين (٧) .

وقيل : « بسبعين » (٨) .

(١) في (س) : علم ، وهو تصحيف .

(٢) انظر : شرح منتهى الإرادات (٦١٧/٢) ، كشاف القناع (٤٦٥/٤) ، مطالب أولي النهى (٦٣١/٤) .

(٣) انظر : المغني (١٨٧/٩) ، وذلك لما يترتب على النكاح من نسب وغيره .

(٤) الفروع (٣٥/٥) ، الإنصاف (٣٣٦/٧) ، المبدع (٢١٦/٦) .

(٥) في (ب) : هذا .

(٦) المراجع السابقة في هامش (٤) .

(٧) انظر : المراجع السابقة .

(٨) انظر : المراجع السابقة .

وعنه : « التوقف لأنه نقل عنه أنه قال : قد هُيئتُ (١) الجواب فيها ، وكأنني أحب السلامة » (٢) .

ونص على الأول واختاره الأكثر وصححه في المغني (٣) .

ورد الثاني بأن العدة إنما تكون بعد الوفاة ، فإذا حكم بوفاة فلا وجه للتوقف عن قسم ماله (٤) .

(ويزكي) مال المفقود (قبله) أي قبل القسمة (لما مضى) (٥) .

قال في الفروع : « نص عليه » (٦) انتهى .

لأن الزكاة حق واجب في المال فلزم أدائه (٧) .

(وإن) ثبتت (٨) حياة المفقود و (قدم بعد قسم) (٩) لماله (أخذ ما وجدته)

(١) في (ب) : قدمت .

(٢) انظر : المراجع السابقة . وهذا من المصطلحات التي تفيد توقف الإمام في الحكم وسيأتي تفصيله قاعدة بيان الروايات والأوجه في آخر هذه الدراسة .

(٣) المغني (١٨٦/٩) .

(٤) المرجع السابق .

(٥) أي لما مضى من الوقت .

(٦) الفروع (٣٥/٥) ، وانظر : المبدع (٢١٦/٦) .

(٧) شرح منتهى الإرادات (٦١٧/٢) ، كشف القناع (٤٦٥/٤) ، مطالب أولي النهى (٦٣١/٤) .

(٨) في (ب) : ثبت .

(٩) في (س) : القسم .

منه (بعينه) ؛ لأنه قد تبين عدم انتقال ملكه عنه (١) (ورجع على من أخذ الباقي)
بعد الموجود بمثل مثلي وقيمة متقوم لتعذر رده بعينه (٢) .

قال في الإنصاف : « ويرجع على من أخذ الباقي على الصحيح من المذهب
نص عليه في رواية عبد الله واختاره أبو بكر » (٣) .

قال في الفائق : « وهو واضح ، وصححه ابن عقيل وغيره ، وجزم به المصنف

(١) انظر : المراجع السابقة ص (٤٩٧) هامش رقم (٧) .

(٢) انظر : المراجع السابقة .

ويعرف المثلي بأنه : المكيل أو الموزون الذي لا صناعة فيه ، ويصح السلم فيه .

ويعرف أيضاً : ما تماثلت آحاده أو أجزاؤه ، بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض دون فرق يعتد به ،
وكان له نظير في الأسواق .

انظر : التوضيح للشويكي ، معجم المصطلحات الاقتصادية ص (٢٩٨) ، المدخل للفقهاء الإسلاميين ص
(٤٧٥) ، المدخل الفقهي العام (١٣٠/٣) ، شرح المجلة (٦٢٠/٢) .

فالقيمي في اللغة : نسبة إلى القيمة ، وهو ما لا ينضبط بوصف في أصل خلقته حتى ينسب إليه .

وفي الاصطلاح : ما اختلفت آحاده وتفاوتت أفرادها ، بحيث لا يقوم بعضه مقام بعض بلا فرق ، أو كان
من المثليات المتساوية الآحاد التي انعدم نظيرها في السوق كأفراد الطيور أو الحيوانات ، ولو كانت من
جنس واحد .

ومما تجدر الإشارة إليه أن كثيراً مما يعده الفقهاء في السابق قيمياً ، قد أصبح اليوم مثلياً بسبب تطور
الصناعة الحديثة التي ألغت الفوارق ، كالأقمشة والحلي والملابس والأخشاب .

انظر : المدخل الفقهي العام (١٣٠/٣) ، المصباح المنير (٥٢٠/٢) ، معجم المصطلحات
الاقتصادية ص (٢٨٠) ، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة ص (١٣٥) ، شرح المجلة (٧٢/١) ،
(٦٢٠) .

(٣) لم أجد هذه المسألة لا في كتاب مسائل الخلال ولا مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبد الله .

وغيره » (١) .

وعنه : « لا يرجع على من أخذ . نص عليه في رواية ابن منصور ، قال : إنما قسم بحق لهم » انتهى (٢) .

وعبارته في الفروع : « والتالف مضمون في رواية . صححها ابن عقيل وغيره ، وجزم به الشيخ (٣) .

ونقل ابن منصور لا إنما قسم بحق لهم . اختاره جماعة . وقال بعد ذلك : وإن حصل لأسير من وقف شيء تسلمه وحفظه وكيله ومن ينتقل إليه بعده جميعاً ، ذكره شيخنا ، ويتوجه وجه يكفي وكيله » انتهى (٤) .

قال في الإنصاف عقب حكايته ذلك ، قلت : « ويتوجه أن يحفظه الحاكم إذا عدم الوكيل ؛ لأنه المتكلم على أموال الغائب (٥) على ما يأتي في أواخر باب أدب القاضي » انتهى (٦) .

(فإن مات مورثه) أي (٧) من يرث المفقود منه (زمن التربص) أي في المدة التي قلنا ينتظر به فيها (أخذ) من تركه الميت (كل وارث) غير المفقود (اليقين) وهو ما لا يمكن أن ينقص عنه [٣٣٧/أ] مع حياة المفقود أو موته ، (ووقف

(١) انظر : المقنع (٤٤٤/٢) .

(٢) الإنصاف (٣٣٩/٧) .

(٣) الشيخ المقصود به : شيخ الإسلام تقي الدين ابن تيمية .

(٤) الفروع (٣٨/٥) .

(٥) في (س) : الغائب .

(٦) الإنصاف (٣٤٠/٧) .

(٧) في (س) : بياض .

الباقي) حتى يتبين أمره ، أو تمضي (١) مدة الانتظار ؛ لأنه [مال] (٢) لا يعلم الآن مستحقه أشبه الذي ينقص نصيبه (٣) بالحمل (٤) .

وطريق معرفة ذلك ما أشير إليه بقوله : (**فاعمل مسألة حياته**) لتعرف ما تصح منه (**ثم**) اعمل مسألة (**موته**) لتعرف ما بين العددين من تباين أو توافق أو تماثل أو تناسب (٥) (**ثم اضرب أحدهما**) في الأخرى إن تباينا (**أو**) اضرب (**وفقها**) أي وفق أحدهما (**في الأخرى**) إن توافقا (**واجتزئ بإحدهما**) من غير ضرب إن تماثلتا (**و**) اجتزئ (**بأكثرهما**) أي أكثر المسألتين عدداً (**إن تناسبتا**) وفائدة هذا العمل تحصيل عدد ينقسم على المسألتين (٦) **ثم** (**يأخذ وارث منهما**) أي من المسألتين (**لا ساقط في أحدهما**) أي إحدى المسألتين (**اليقين**) مفعول يأخذ .

أما كون الوارث من المسألتين لا يأخذ إلا اليقين فلأن ما زاد عليه مشكوك في استحقاقه له (٧) .

وأما كون الساقط في إحدى المسألتين لا يأخذ شيئاً ؛ لأن كلاً من تقدير الحياة

(١) في (س) : تنقضي .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٣) في (ب) زيادة : عنه مع حياة المفقود أو موته .

(٤) المبدع (٢١٧/٦) ، مطالب أولي النهى (٦٣١/٤) ، كشف القناع (٤٤٦/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٦١٧/٢) .

(٥) انظر : المراجع السابقة ما عدا المبدع .

(٦) انظر : المراجع السابقة .

(٧) وأما كون اليقين فيما ذكر يدفع إلى كل وارث ؛ لأنه مستحق له على كل تقدير .

الممتع (٣٩٧/٤) .

أو الموت معارض باحتمال ضده فلم يكن له شيء متيقن (١) .

ومن أمثلة ذلك : لو مات أبو (٢) المفقود وخلف ابنه المفقود وزوجة وأماً وأخاً .

فالمسألة على تقدير الحياة من أربعة وعشرين :

للزوجة ثلاثة ، وللأم أربعة ، وللابن المفقود سبعة عشر .

وعلى تقدير الموت من اثني عشر :

للزوجة ثلاثة ، وللأم أربعة ، وللأخ خمسة .

المسألتان متناسبتان فتجتزئ بأكثرهما ، وهي أربعة وعشرون :

للزوجة منها على تقدير الحياة : ثلاثة وهي الثمن من أربعة وعشرين ، وعلى تقدير الموت لها ثلاثة من اثني عشر ، وهي الربع مضروبة في مخرج النسبة بين المسألتين وهو اثنان ؛ لأن نسبة الاثني (٣) عشر إلى الأربعة والعشرين ، نصف ، ومخرج النصف : اثنان ، وذلك الحاصل من ضرب ثلاثة في اثنين ، ستة ، فتعطيها ثلاثة ، وهي ثمن الأربعة والعشرين لأنها الأقل . وللأم على تقدير الحياة أربعة من أربعة وعشرين ، وهي السدس ، وعلى تقدير الموت أربعة من اثني عشر ، وهي الثلث مضروبة في اثنين : ثمانية فتعطيها أربعة وهي السدس . وللأخ من مسألة الموت وحدها خمسة في اثنين عشرة ، وليس له من مسألة الحياة شيء ، فلا تعطيه شيئاً ، فقد أخذت الزوجة ثلاثة ، والأم أربعة ، وبقي سبعة عشر

(١) كشف القناع (٤٦٦/٤) .

(٢) في (ب) : أبوها .

(٣) في (س) : الاثنا ، وهو خطأ .

موقوفة (١) .

(فإن قدم أخذ نصيبه) وهو ما وقف من أجله ؛ لأنه قد تبين أنه المستحق له .

(وإلا) أي وإن لم تعلم حياته بقدمه أو غيره حين موت مورثه ، ولم يعلم موته أيضاً حين ذاك ، ففي المسألة خلاف في المذهب ، المعروف أنه وجهان ، وذكره في الشرح روايتين (٢) .

المذهب منهما : أنه إن لم يعلم موت المفقود حين موت مورثه ، (فحكمه) أي حكم ما وقف له (كبقية ماله) الذي لم يخلفه مورثه (فيقضي منه دينه في مدة تربصه) وينفق منه على زوجته وبهيمة (٣) .

لأنه لا يحكم بموته إلا عند انقضاء زمن انتظاره ، فلا تقسم تركته إلا حينئذٍ

(١) وهذه صورتها :

الجامعة	٢٤	١٢	٢٤	
		—	١٧	ابن مفقود
	٦ فتعطى ثلاثة	٣	٣	زوجة
	٨ فتعطى أربعة	٤	٤	أم
	١٠ فلا يعطى شيئاً	٥	—	أخ
	مسألة الوفاة			مسألة الحياة

وتوقف سبعة عشر .

وانظر هذه المسألة في : شرح منتهى الإرادات (٦١٨/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٣٢/٤) ، كشف القناع (٤٦٦/٤) .

(٢) الشرح الكبير (١٤٣/٧) .

(٣) وقيل : يرد إلى الورثة .

المغني (١٨٨/٩) ، الشرح الكبير (١٤٣/٧) ، الفروع (٣٦/٥) ، الإنصاف (٢٣٨/٧) .

فيكون ماله لورثته الموجودين يومئذ كما لو مات فيه (١) .

قال في الإنصاف : عند قوله في المقنع : وإن لم يأت فحكمه حكم ماله (٢) ،
هذا الصحيح ، صححه في المحرر (٣) والنظم .

قال في الفائق : « هو قول غير صاحب المغني فيه ، وقطع به في الكافي (٤)
والوجيز وشرح ابن منجا ، وقدمه في المحرر أيضاً والحاوي الصغير » (٥) .

وقيل : « يرد إلى ورثة الميت الذي مات في مدة التبرص ، قطع به في
المغني (٦) ، وقدمه في الرعايتين وأطلقهما في الفروع ، وحكماهما في الشرح
[٣٣٧/ب] روايتين » (٧) .

قال في الفروع : « والمعروف وجهان ، قلت : لم نر من حكماهما روايتين

(١) ولأن الأصل حياة المفقود قبل الحكم بموته . وهذا ما ذهب إليه الحنابلة .

وأما الجمهور : فلا يستحق المفقود شيئاً ؛ للشك في حياته حين موت مورثه ، وتحقق حياة الوارث بعد
موت مورثه شرط من شروط الإرث وعليه فيرجع الموقوف له إلى ورثة الميت الحاضر ، وكأنه لا وجود
لوارث مفقود أصلاً .

انظر : شرح السدرة البيضاء ص (٥٧) ، شرح خلاصة الفرائض ص (٨٣) ، نهاية المحتاج
(٣٠/٦) ، تكملة زبدة الحديث في فقه المواريث ص (٨٠) ، والإنصاف (٣٣٨/٧) ، كشف
القناع (٤٦٦/٤) ، والعذب الفائض (٨٦/٢) .

(٢) المقنع (٤٤٤/٢) .

(٣) المحرر (٤٠٧/١) .

(٤) الكافي (٥٦٦/٢) .

(٥) انظر : تصحيح الفروع (٣٦/٥) ، الممتع (٣٩٧/٤) .

(٦) المغني (١٨٨/٩) .

(٧) الفروع (٣٦/٥) ، والشرح الكبير (١٤٣/٧) .

غيره ، فعلى الأول يقضى منه دين المفقود بلا نزاع ، وينفق على زوجته أيضاً وعبداه وبهيئته وصححه في المحرر وغيره » (١) .

قال في الفائق : « يقضى منه تلك الحالة دينه ، وينفق على زوجته وغير ذلك » انتهى (٢) .

وعبارته في المحرر : ومتى بان المفقود حياً أو ميتاً يوم موت موروثه عمل على ذلك ، وإن مضت مدة تربصه ولم يتبين شيء (٣) قسم ما وقف للمفقود على ورثته يومئذ كسائر ماله .

وقيل : « يرد إلى ورثة الميت الأول . فعلى هذا لا يجوز في مدة (٤) التربص أن يقضى منه دينه ، ولا ينفق منه على زوجته وبهيئته .

وعلى الأول : يجوز ذلك كسائر ماله [وهو الأصح] (٥) » انتهى (٦) .

(ولباقي الورثة) أي ورثة من يرث منه المفقود (الصلح على ما زاد من نصيبه) أي نصيب المفقود (فيقتسمون) على حسب ما يتفقون عليه .

قال في المغني : « اختاره ابن اللبان (٧) ؛ لأنه لا يخرج عنهم وأنكر ذلك

(١) الفروع (٣٦/٥) .

(٢) في (س) : لملك . انظر : الإنصاف (٣٣٨/٧) .

(٣) في (ب) : من .

(٤) في (ب) : هذه .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٦) المحرر (٤٠٦/١) . وتقدم مقابل الأصح في هذه المسألة .

(٧) انظر : كتاب التلخيص في علم الفرائض (٤٣٤/١) ، الشرح الكبير (١٤٤/٧) .

الوني (١) وقال : لا فائدة في أن ينقص بعض الورثة عما يستحقه في مسألة الحياة ، وهي متيقنة ، ثم يقال له لك أن تصالح على بعضه بل إن جاز ذلك فالأولى أن تقسم المسألة على تقدير الحياة ويقف نصيب المفقود لا غير ، والأول أصح إن شاء الله تعالى » (٢) انتهى .

ومثل لذلك بقوله : (**كأخ مفقود في الأكدرية**) بأن ماتت أخت المفقود زمن تربصه عن زوج وأم وأخت وجد وأخيها المفقود (**مسألة الحياة والموت من أربعة وخمسين**) ؛ لأن مسألة الموت وحدها من سبعة وعشرين ، ومسألة الحياة من ثمانية عشر ، وبينهما موافقة بالاتساع ، فتضرب تسع إحداهما في الأخرى وهو اثنان في سبعة وعشرين أو ثلاثة في ثمانية عشر تبلغ : أربعة وخمسين (٣) :

(**للزوج**) من ذلك (**ثمانية عشر**) لأن ذلك هو اليقين (٤) ، يعني أنه أقل ما يرثه من مسألة الحياة والموت ، (**وللأم تسعة**) وهي [سدس وذلك أقل ما ترثه من المسألتين ، (**وللجد من مسألة الحياة تسعة**)] (٥) بتقديم التاء على السين وتصحفت (٦) في الفروع سبعة (٧) ؛ لأن السدس تسعة (٨) وهو أقل ما يحصل للجد

(١) المراجع السابقة .

(٢) المغني (١٨٨/٩ ، ١٨٩) ، الشرح الكبير (١٤٤/٧) .

(٣) انظر : شرح منتهى الإرادات (٦١٨/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٣٣/٤) ، كشاف القناع (٤٦٧/٤) .

(٤) انظر : المراجع السابقة .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٦) في (ب) : وتصحفت .

(٧) في (ب) : بسبعة . ولا تزال في الفروع المطبوع بين أيدينا بهذا التصحيف (٣٦/٥) .

(٨) في (س) زيادة : وللجد من مسألة الحياة تسعة .

من مسألتى الحياة والموت فيعطاه ، (وللأخت منها) أي من مسألة الحياة (ثلاثة) ؛ لأن لها واحد مضروب في وفق مسألة الموت وهو ثلاثة (وللمفقود ستة) ؛ لأن له مثلي ما للأخت (يبقى تسعة) زائدة على نصيب المفقود دائرة بين الورثة لا حق للمفقود فيها ، فلهم الصلح عليها ؛ لأنها لا تخرج عنهم (١) .

(و) للورثة غير المفقود الصلح أيضاً (على كل الموقوف إن حجب) المفقود (أحداً) منهم (ولم يرث) كما لو كانت الورثة أمّاً وجداً وأختاً لأبوين وأختاً لأب مفقودة .

فعلى تقدير الحياة : للأم السدس والباقي بين الجد والأختين على أربعة ، وتصح من أربعة وعشرين .

للأم السدس : أربعة ، وللجد : عشرة ، ولكل واحدة من الأختين خمسة ، ثم تأخذ الأخت من الأبوين نصيب الأخت من الأب فيصير معها عشرة ؛ لأن الأخت للأب ليس لها شيء مع الأخت لأبوين إلا بعد أن تستكمل النصف والعشرة من أربعة وعشرين دون النصف .

(١) وهذه صورتها :

٥٤	٢٧	٩	١٨	٦	
١٨	٩	٣	٩	٣	زوج
٩	٦	٢	٣	١	أم
٩	٨	١	٣		جد
٣	٤	٣	١	٢	أخت
٦	—	—	٢		أخ مفقود
الجامعة	الوفاة		الحياة		

وتوقف (٩) .

وانظر المسألة في : المغني (١٨٩/٩) ، الشرح الكبير (١٤٥/٧) ، المبدع (٢١٧/٦) ، كشف القناع (٤٦٧/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٦١٨/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٣٣/٤) .

وعلى تقدير الموت للأم الثلث ، ويبقى الثلثان بين الأخت والجد على ثلاثة ،
وتصح من تسعة : للأم ثلاثة ، وللجد أربعة وللأخت سهمان ، والتسعة توافق
الأربعة والعشرين بالأثلاث فتضرب ثلث إحداهما في الأخرى تبلغ اثنين وسبعين
ومنها تصح .

فللأم من مسألة الحياة أربعة مضروبة في وفق مسألة الموت وهو ثلاثة وذلك
اثنا عشر ولها من مسألة الموت ثلاثة في وفق مسألة الحياة وهو ثمانية [٣٣٨/أ]
وذلك أربعة وعشرون فتعطيها اثني عشر ، للأخت من مسألة الحياة عشرة في وفق
مسألة الموت وهو ثلاثة ، وذلك ثلاثون .

ولها من مسألة الموت سهمان في وفق مسألة الحياة ، وهي (١) ثمانية وذلك
سنة عشر فتعطيها ستة عشر ، وللجد من مسألة الحياة عشرة في وفق مسألة الموت
وهو ثلاثة وذلك ثلاثون [وله من مسألة الموت أربعة في وفق مسألة الحياة وهو
ثمانية وذلك اثنان وثلاثون] (٢) فتعطيها ثلاثين .

فقد أخذت الأم اثني عشر والأخت ستة عشر والجد ثلاثين ، وذلك ثمانية
وخمسون ، بقي أربعة عشر موقوفة بين الأم والأخت والجد لا حق للأخت للأب
فيها ؛ لأن ما يحصل لها على تقدير الحياة تأخذه الأخت من الأبوين فلهؤلاء أن
يصطلحوا على جميع الموقوف وهو الأربعة عشر لأنه لا يخرج عنهم (٣) .

(١) في (ب) : وهو .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٣) وهذه صورة المسألة :

(أو كان) المفقود (أخاً) للميت (لأب عصب (١) أخته) التي لأب (٢) فقط
(مع زوج وأخت لأبوين) .

فعلى تقدير الحياة : المسألة من اثنين للزوج واحد ، وللأخت من الأبوين
واحد .

وعلى تقدير الموت ، أصل المسألة من ستة وتؤول إلى سبعة : للزوج ثلاثة ،
وللأخت من الأبوين ثلاثة ، وللأخت من الأب واحد ، وهما متباينان (٣) فتضرب
اثنين في سبعة تبلغ أربعة عشر .

للزوج من ذلك ثلاثة في اثنين وذلك ستة ، وللأخت للأبوين كذلك ، يبقى
اثنان موقوفان ، للورثة الصلح عليهما ؛ لأنهما لا تخرجان عنهما (٤) .

٧٢	٩	٣	٢٤	٦	
١٢	٣	١	٤	١	أم
٣٠	٤		١٠		جد
١٦	٢	٢	١٠	٥	أخت ش
—	—	—	—		أخت لأب مفقودة
الموقوف ١٤	الجامعة	الوفاة	الحياة		

وانظر المسألة في : كشاف القناع (٤٦٧/٤) ، مطالب أولي النهى (٦٣٣/٤) .

(١) في (ف) : عصبت .

(٢) في (ب) : لأب .

(٣) في (ب) : متباينتان .

(٤) وهذه صورة في المسألة في جدول :

=

قال في المحرر بعد أن قدم ما في المتن : « وقيل : وهو أصح عندي تعمل المسألة على تقدير حياته فقط ، ولا تقف شيئاً سوى نصيبه إن كان يرث ، وله يؤخذ ممن معه احتمال زيادة ضمين بها ؟ يحتمل وجهين » (١) .

(وإن بان) كون المفقود (ميتاً ولم يتحقق أنه) أي أن موته كان (قبل موت مورثه فالموقوف لورثة الميت الأول) ؛ لأن حياته حين موت مورثه مشكوك فيها ، فلا نورثه مع الشك (٢) .

وعلم من هذا : أنه متى كان (٣) حياً يوم موت مورثه كان له حقه والباقي

١٤	٧/٦	٢	
٦	٣	١	زوج
٦	٣	١	أخت لأبوين
—	١	عصبة سقطوا	أخت لأب
—	—		أخ لأب مفقود
الجامعة	الوفاة	الحياة	

يوقف اثنان .

وانظر المسألة في : شرح منتهى الإرادات (٦١٩/٢) ، مطالب أولي النهى (٤٣٣/٤) .

(١) المحرر (٤٠٧/١) .

والوجهان : يؤخذ ضمين ، أو لا يؤخذ .

انظر : الإنصاف (٢٣٨/٧) .

(٢) في (ب) : الثلث .

وانظر : شرح منتهى الإرادات (٦١٩/٢) ، ومطالب أولي النهى (٦٣٤/٤) .

(٣) في (ب) : مات بأن .

لمستحقه (١) .

(ومفقودان فأكثر كخنائى في تنزيل) .

قال في الإنصاف : « قال في الرعاية الكبرى : « والعمل في المفقودين بتنزيلهم بعدد أحوالهم لا غير دون العمل بالحالين » انتهى (٢) .

فزوج وأبوان وابنتان مفقودتان .

مسألة حياتهما من خمسة عشر ، وفي حياة إحداهما من ثلاثة عشر ، وفي موتتهما من ستة ، فتضرب ثلث الستة في خمسة عشر ، ثم في ثلاثة عشر .

تكن ثلاثمائة وتسعين ثم تعطي الزوج والأبوين حقوقهم من مسألة الحياة مضروبة في اثنين ، ثم في ثلاثة عشر ، وتقف الباقي (٣) .

قال في المغني بعد أن ذكر هذا المثال : « وإن كان في المسألة ثلاثة مفقودين عملت لهم أربع مسائل ، وإن كانوا أربعة عملت خمس مسائل وعلى

(١) وانظر : المرجعين السابقين .

(٢) الإنصاف (٣٤٠/٧) .

(٣) وهذه صورتها :

٣٩٠	٦	١٣/١٢	١٥/١٢	
٧٨	٣	٣	٣	زوج
١٠٤	٣ للأم ثلث الباقي	٤	٤	أبوان
	—	٦	٨	ابنتان مفقودتان
	موتهما	موت أحدهما	حياتهما	

يوقف الباقي : وهو (٢٠٨) .

وانظر المسألة في : المغني (١٩٠/٩) ، الشرح الكبير (١٤٥/٧ ، ١٤٦) .

هذا « (١) انتهى .

(ومن أشكال نسبه) من عدد محصور ، والمراد ورجي انكشافه (فكمفقود)
في أنه إذا مات أحد المواطنين لأمه (٢) ، وقف له منه نصيبه منه على تقدير إلحاقه
به (٣) .

قال في الرعايتين والحاوي الصغير والفائق وغيرهم : « ومن افتقر نسبه إلى
قائف (٤) فهو في مدة إشكاله كالمفقود ، نقل ذلك في الإنصاف (٥) انتهى .

(١) المغني (١٩٠/٩) .

(٢) في (ب) : لأنه .

(٣) شرح منتهى الإرادات (٦١٩/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٣٤/٤) .

(٤) وفي المطلع : القافة : بتخفيف الفاء : جمع قائف . وهو الذي يتبع الأشياء والآثار ، ويقفوها ، أي
يتبعها فكأنه مقلوب من القافي ، وهو المتبع للشيء .

قال ابن قدامة في المغني : القافة : قوم يعرفون الإنسان بالشبه ، ولا يختص ذلك بقبيلة معينة ، بل من
عرفت منه المعرفة بذلك ، وتكررت منه الإصابة ، فهو قائف .

وقيل : أكثر ما يكون هذا في بني مدلج ، وكان إياس بن معاوية قائفاً وكذلك شريح .

ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً ، عدلاً ، مجرباً في الإصابة ، حراً ؛ لأن قوله حكم ، والحكم
تعتبر له هذه الشروط .

قال القاضي : تعتبر معرفة قائف بالتجربة . وهو أن يترك الصبي مع عشرة من الرجال غير من يدعيه ،
ويرى إياهم ، فإن ألحقه بواحد منهم سقط قوله ، لأننا تبينا خطاه ، وإن لم يلحقه بواحد منهم ، أريناه إياه
مع عشرين فيهم مدعيه ، فإن ألحقه به لحق .

وظاهر كلام أحمد أنه لا يقبل إلا قول اثنين .

وقال القاضي : يقبل قول واحد ؛ لأنه حكم ، ويقبل في الحكم قول واحد .

المطلع ص (٢٨٤) ، المغني (٣٧٥/٨ ، ٣٧٦) ، الدر النقي (٥٦٣/٣) .

(٥) الإنصاف (٣٤٠/٧) .

وإن لم يرج زوال إشكاله بأن عرض على القافة فأشكل عليهم أو نحو ذلك لم يوقف له شيء .

قال في الفروع : « قال (١) الأزجي : « والمذهب الصحيح لا وقف ؛ لأن الوقف إنما يكون إذا رجي زوال الإشكال » (٢) انتهى .

(ومن قال عن) رقيقه المجهول النسب (ابني أمتيه) اللتين لا زوج لهما ، ولا لواحدة منهما ولم يقر بوطنهما ولا بوطن واحد [٣٣٨/ب] منهما (أحدهما ابني) ويمكن كونهما [منه] (٣) (ثبت نسب أحدهما) منه (فيعيينه) أي فيؤمر بتعيينه (٤) لأن في ترك التعيين (٥) تضييعاً لنسبه (٦) .

(فإن مات) قبل أن يعينه (فوارثه) يقوم مقامه في تعيينه (٧) .

(فإن تعذر) الوارث (أري القافة) كل منهما فمن ألحقته به تعين .

(فإن تعذر) أن يريا القافة بأن مات أيضاً أو لم توجد قافة (عتق أحدهما)

(١) في (ب) زيادة كلمة : في . بعد كلمة قال .

(٢) الفروع (٣٩/٥) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٤) في (ب) : بتعيينه .

(٥) في (ب) : التعين .

(٦) شرح منتهى الإرادات (٦١٩/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٣٥/٤) .

(٧) انظر : المرجعين السابقين .

أي أحد المقول عنهما : أحدهما ابني ^(١) (إن كانا رقيقه بقرعة) ؛ كما لو قال أحدهما حر ثم مات قبل أن يعينه .

وفي بعض نسخ الفروع عُين ، بالبناء للمفعول من التعيين والظاهر أنه تصحيف ، وأن الصواب عتق ، وأن معناه عين للعتق فإنه قال في الفروع عقب ذلك : « ولا مدخل ^(٢) للقرعة حتى في النسب على ما يأتي ولا يرث ولا يوقف ، ويصرف نصيب ابن ، لبيت ^(٣) المال ، ذكره في المنتخب عن القاضي . وذكر الأزجي عن القاضي يعزل من التركة ميراث ابن يكون موقوفاً في بيت المال للعلم باستحقاق أحدهما » ^(٤) انتهى .

فكيف يكون ذلك مع تعيين الذي هو ابنه منهما بالقرعة (ولا يقرع في نسب) وهذا هو الصحيح من المذهب ^(٥) .

قال ابن رجب في القاعدة الستين بعد المائة : « ومنها إذا تعذر إثبات النسب ^(٦) بالقافة إما لعدمها أو لعدم إلحاقها بالنسب لإشكاله عليها أو لاختلافها فيه ونحو ذلك فالمشهور أنه لا يلحق بالقرعة .

وقد قال أحمد في رواية سعيد في حديث علي : « في ثلاثة وقعوا على امرأة

(١) في (ب) : ابن .

(٢) في (ب) : يدخل . وهو تصحيف .

(٣) في (ب) : ليلته .

(٤) الفروع (٣٩/٥) .

(٥) المرجع السابق . وسيأتي المؤلف بمقابل الصحيح .

(٦) في (ب) : النسبة .

فأقرع بينهم)) (١) قال : ((لا أعرفه صحيحاً وأوهنه)) .

وقال في حديث عمر في القافة (٢) : ((أعجب إلي)) يعني (٣) من هذا الحديث .

وعلى هذا فهل (٤) يضيع نسبه أو يترك حتى يبلغ فينتسب إلى من يميل طبعه إليه من المدعين له فيلحق به ؟ على وجهين ، والأول [قول] (٥) أبي بكر ، والثاني قول ابن حامد .

واختار صاحب المحرر أنه يلحق بالمدعين معاً ، كالمدعين لعين ليست في يد أحدهما إذا استويا في البينة أو عدمها ، فإن العين تقسم بينهما ، كذلك هاهنا يلحق

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٩٢٣٨) (٤٤٦/١٤) .

ورواه أبو داود في كتاب الطلاق ، باب من قال بالقرعة إذا تنازعا في الولد (٢٢٧٠) .

وأخرجه النسائي في كتاب الطلاق ، باب القرعة في الولد إذا تنازعا فيه (٣٤٨٨) .

وابن ماجه في كتاب الأحكام ، باب القضاء بالقرعة رقم (٢٣٤٨) .

وانظر : تحفة الأشراف (٣٦٧٠) .

وابن أبي شيبة (٣٥٢/٧) رقم (٣٤٤٠) .

والبيهقي (٢٦٧/١٠) .

والحميدي (٣٤٥) رقم (٧٨٥) ، وإسناده حسن .

(٢) أخرجه الإمام مالك في كتاب الأقضية ، باب القضاء بالحق الولد بأبيه (١١٢/٢) .

وأخرجه البيهقي (٢٦٣/١٠) .

(٣) في (ب) : معنى .

(٤) في (ب) : فهذا .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

النسب بهما ؛ إذ لا يمكن إلحاقه بالقرعة (١) .

وقال إسحاق بن إبراهيم (٢) : « سألت أبا عبد الله عن حديث عمر ((أن رجلين اختصما إليه أنهما وقعا (٣) على امرأة في طهرها)) (٤) أي شيء تقول فيه ؟ » .

قال أحمد : « إن ولدت خير الابن لأيهما شاء اختار ، ويرثهما جميعاً ، ويخير أيهما (٥) شاء من الأبوين اختار » .

قال القاضي : « هذا موافق لقول ابن حامد أنه ينسب إلى من اختار منهما » (٦) .

وقال الحارثي (٧) : « إنما دل على أنه ينسب إليهما كما اختاره صاحب

(١) المحرر (١٠٢/٢) .

(٢) هو : إسحاق بن إبراهيم بن هانئ ، النيسابوري ، أبو يعقوب ، من رواة المسائل عن الإمام ، ذو دين وورع - رحمه الله تعالى - ، من مصنفاته : (المسائل) مطبوع ، توفي سنة (٢٧٥ هـ) .

انظر : طبقات الحنابلة (١٠٨/١) ، المنهج الأحمد (٢٥٤/١) ، تاريخ بغداد (٣٧٦/٦) .

(٣) في (ب) : وقفاً .

(٤) تقدم تخريجه قريباً . فذلك عن علي وهذا عن عمر . في نفس المراجع ص (٥١٤) .

(٥) في (س) : عيانهما .

(٦) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٢١٥/٢) ، بهذا المعنى .

(٧) هو : مسعود بن أحمد بن مسعود بن زيد بن عباس الحارثي ، البغدادي ، ثم المصري ، سعد الدين ، أبو محمد ، الفقيه ، الحافظ ، لقب بقاضي القضاة ، كان فقيهاً ، مناظراً ، مفتياً ، عالماً بالحديث وفنونه ، وكان كلامه في الحديث أجود من كلامه في الفقه ، من مصنفاته : شرح قطعة من المقنع ، وبعض سنن أبي داود ، توفي سنة (٧١١ هـ) .

انظر : ذيل طبقات الحنابلة (٣٦٢/٢) ، النجوم الزاهرة (٢٢١/٩) ، شذرات الذهب (٢٨/٦) .

المحرر ؛ لأنه ورثه منهما ، ولم يوقفه إلى بلوغه ، وتخيره إنما هو للحضانة .

والأظهر عندي أن مراد أحمد أنه إذا ألحقته (١) القافة بالأبوين معاً ورثهما ، وخير في المقام عند من يختاره منهما ، فإنه سئل عن حديث عمر ، وحديث عمر فيه هذان الحكمان .

وعن أحمد أنه يقرع بينهما فيلحقه نسبه بالقرعة ، ذكرها في المغني في كتاب الفرائض (٢) . وهي مأخوذة والله أعلم مما (٣) روى صالح (٤) عن أبيه أنه قال : القرعة أراها .

قد أقرع النبي ﷺ في خمس مواضع (٥) ، فذكر منها : وأقرع في الولد . حديث الأجلح (٦) عن الشعبي عن أبي الخليل (٧) عن زيد بن

(١) في (س) : ألحقته .

(٢) المغني (٢٠٩/٩) .

(٣) في (ب) : ما .

(٤) هو : صالح بن أحمد بن حنبل الشيباني ، أبو الفضل ، قاضي ، ولي القضاء بأصبهان ، سمع أباه وعلي ابن المديني ، وأبا الوليد الطيالسي وغيرهم ، روى عنه ابنه زهير ، وأبو القاسم البغوي ، ومحمد الخرائطي وغيرهم ، توفي سنة (٢٦٥ هـ) .

انظر : شذرات الذهب (١٤٩/٢) ، طبقات الحنابلة (١٧٣/١) ، المنتظم (٥١/٥) ، الأعلام (٢٧٣/٣) ، سير أعلام النبلاء (٥٢٩/١٢) ، البداية والنهاية (٤٠/١١) .

(٥) سيأتي المصنف على ذكرها في كتاب العتق ، في فصل : فيمن أعتق في مرضه جزءاً من رقيق .

(٦) هو : أجلح بن عبد الله حجية - بالمهمله والجيم مصغراً - ، يكنى أبا حجية الكندي ، يقال اسمه : يحيى ، صدوق ، شيعي من السابعة ، مات سنة (٤٤٥ هـ) .

انظر : تقريب التهذيب (٤٩/١) .

(٧) هو : صالح بن أبي مريم ، فرق البخاري وابن حبان بين الراوي عن علي فقال فيه : أبو الخليل =

أرقم (١) ، وهو مختلف ، وأذهب إلى القرعة ؛ لأن النبي ﷺ أقرع . قلت : إن بعض الناس لا يجيزون القرعة إلا في الأموال ، فقال : أليس (٢) قد أقرع النبي ﷺ بين نسائه ، والقرعة في القرآن في موضعين (٣) .

وظاهر هذا أنه أخذ بالقرعة في النسب ، وقد ذكرنا طرق حديث زيد بن أرقم والاختلاف [٣٣٩/أ] [فيه] (٤) .

وكلام الحفاظ عليه وتوجيه ما تضمنه من توزيع الغرم في جزء مفرد . وقد قال أبو بكر عبد العزيز : لو صح لقلنا به (٥) انتهى كلام ابن رجب .

(ولا يرث) من عتق بقرعة من الاثنين اللذين قال الميت أحدهما ابني ولم يعينه ولا وارثه ، ولم تلحقه القافة به ؛ لأنه لا يلزم من دخول القرعة في العتق دخولها في النسب (٦) .

= الضبعي ، والراوي عن زيد بن أرقم فقال فيه ابن الخليل ، صالح بن أبي مريم .

تقريب التهذيب (٣٦٤/١) .

(١) هو : زيد بن أرقم بن زيد بن قيس ، أبو عمر ، وقيل : أبو عامر الخزرجي الأنصاري ، صحابي ، غزا مع النبي - ﷺ - سبع عشرة غزوة ، له في كتب الحديث (٨٠) حديثاً ، توفي سنة (٦٨ هـ) .

انظر : الإصابة (٥٦٠/١) ، أسد الغابة (٢١٩/٢) ، تهذيب التهذيب (٣٩٤/٣) ، الأعلام (٣٩٥/٣) .

وتقدم تخريج الحديث ص (٥١٤) هامش رقم (١) .

(٢) في (ب) : ليس .

(٣) سورة آل عمران ، آية (٤٤) ، وسورة الصافات ، آية (١٤١) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٥) القواعد ص (٣٥٨ ، ٣٥٩) .

(٦) شرح منتهى الإرادات (٦١٩/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٣٥/٤) .

(ولا يوقف) له شيء ؛ لأن الوقف إنما يكون إلى أمد ، وهذا لا أمد له ،
أو (١) إذا رجي زوال الإشكال ، وقد تعذرت الأسباب المزيللة له (٢) . (ويصرف
نصيب ابن لبيت المال) ذكره في المنتخب عن القاضي ، نقله في الفروع ، ثم
قال : وذكر الأزجي عن القاضي يعزل من التركة ميراث ابن ، يكون موقوفاً في بيت
المال ، للعلم باستحقاق أحدهما (٣) انتهى .

وعلم من حكاية عبارته : أن المقدم عنده عدم الوقف ، وهو ظاهر ، وتقدم
التنبية على علته .

وأما كونه يصرف نصيب ابن لبيت المال ؛ لأنه لا حق للورثة المعلومين فيه
لإقرار مورثهم بأن لهم مشاركاً بنصيب ابن .

ولما (٤) تعذر الوقوف على عينه أخذ نصيبه لبيت المال ؛ لأنه مال لم يعلم
مالكه ، أشبه المخلف عن ميت لم يعلم له وارث (٥) . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(١) في (ب) : و .

(٢) انظر : المرجعين السابقين .

(٣) الفروع (٣٩/٥) .

(٤) في (ب) : وأما .

(٥) انظر : شرح منتهى الإرادات ، ومطالب أولي النهى كما تقدم .

[باب : ميراث الخنثى ومن في حكمه]

هذا (باب) يذكر فيه مسائل من أحكام (ميراث الخنثى ^(١)) ، وهو من له شكل ذكر ورجل (شكل (فرج امرأة) ، زاد في المغني والشرح : أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول ^(٢) . وما في المتن عبارة الفروع ^(٣)) ، وهو أحسن من تعبير غالب الأصحاب بقولهم : وهو الذي له ذكر الرجل وفرج المرأة ^(٤) لعدم

(١) الخنثى لغة : وصف لمفرد على وزن فُعْلَى ، كحبلَى وحبالَى ، ويجمع أيضاً على خنثاء ، كأنثى وإناث ، مشتق من مادة : (خِثَّ) كفرح ، ومدارها على معنى الاسترخاء والتثني والتكسر ، واللين . وكذلك الاشتباه والتغير .

انظر : الصحاح (٢٨١/١) ، واللسان (١٤٥/٢) ، والتاج (٦٢٠/١) ، ومعجم مقاييس اللغة (٢٢٢/٢) ، المصباح المنير (١٨٣/١) ، القاموس المحيط ص (٢١٦) ، تهذيب الأسماء واللغات (٩٩/١ - ١٠٠) ، والتعريفات ص (١٣٦) .

واعلم أن الخنثى ينحصر في أربع جهات : البنوة ، الأخوة ، العمومة ، الولاء .

انظر : شرح الترتيب (٨٠/٢) ، العذب الفائض (٥٣/٢) .

(٢) المغني (١٠٨/٩) ، الشرح الكبير (١٤٧/٧) .

(٣) الفروع (٤٠/٥) .

(٤) مثل شرح الزركشي (٥٠٩/٤) ، التهذيب للكلوذاني ص (٢٨٢) .

يقول ابن قدامة - رحمه الله تعالى - لما ذكر عدداً من مسائل الخنثى : ويكفي هذا القدر من هذا الباب ، فإنه نادر قل ما يحتاج إليه ، فلا حاجة إلى التطويل فيه (١١٤/٩) .

أقول - وبالله التوفيق - لقد خلق الله الناس من ذكر وأنثى كما قال عز وجل : ﴿ يَأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً ﴾ [سورة النساء ، آية (١)] وقال : ﴿ يَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ [سورة الحجرات ، آية (١٣)] وقال : ﴿ لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِشَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ ﴾ [سورة الشورى ، آية رقم (٤٩)] .

اجتماعهما ؛ لأن الذي له ذكر الرجل إنما يكون رجلاً ؛ لأنه ليس معه إشكال ،
والذي له فرج المرأة إنما يكون امرأة ، لكن مرادهم ما صرح به صاحب الفروع (١)
والله أعلم .

(ويعتبر (٢) امرأة) من كونه ذكراً أو أنثى في توريثه وغيره مع إشكال
(ببوله) من أحدهما ، فإن كان يبول منهما (ف) تعتبر (بسبقه) أي سبق البول

= وقد بين حكم كل واحد من الذكر والأنثى ولم يبين حكم من هو متصف بالذكورية والأنوثة ، وقد دل
ذلك على أن الله لا يجمع تلك الصفتين في واحد وبينهما مضادة ، وقد خلق الله لكل من الصنفين
علامات بها يعرف كل صنف - حتى لو وجد بعض الاشتباه في تشوهات خلقية . وقد جعل المولى عز
وجل مع العلامات الظاهرة علامات أخرى لا تظهر إلا بالفحص والتحليل المخبري ، فيذكر الأطباء أن
الجينات في الذكر تختلف عن الأنثى ولا يوجد من يكون خنثى إلا نادراً جداً ، فقد كشف الله عز وجل
بالطب الحديث وبوسائله عن معرفة من يشبه فيه بأن يوجد فيه الأجهزة التناسلية الذكورية والأنثوية ،
بتحليل الدم في المختبرات ، ومن ثم معرفة جنس المولود ، وحيث أن هذه حقيقة ثابتة في الطب لا
يمكن خرقها ، فإننا نستأنس بما يذكرون ويمكن أن نرجع إلى الأطباء الحالات المشتبه فيها .

وقد ذكر لي بعض الأطباء شخصياً بأن عظم المتوفى هو مما يمكن تمييزه ومعرفته أيضاً إن كان ذكراً أو
أنثى ، فالحكمة ضالة المؤمن .

ومع هذه الحقائق الطبية والكشوف المخبرية وغيرها فإن تاريخ الطب سجل حالات من الخنثائي الذين
رغم أن الكرموزومات تدل على الذكورية أو الأنوثة فإنه وجد خنثى ، قد خلق الله له جهازي تناسل
ذكري وأنثوي فكان له علاقة جنسية يمارس حياته كذكر ، وكان له رحم ومبايض أنثوية حتى أنه قد قدر
الله عليه أن يحمل ويضع طفلاً ميتاً .

وبناء على ما تقدم فإن علماءنا - رحمهم الله تعالى - قد ضمنوا كتبهم الفقهية أحكام الخنثى ، ورغم
ندرة وقوع ذلك فإنه لا غنى عما ذكرناه ؛ إذ الواقع يحدثنا من حولنا بحاجتنا لهذه الأحكام ولو مع
نواذر الحوادث وتغاير الأزمان وتطور الطب .

انظر المعلومات الطبية للاستزادة كتاب : خلق الإنسان في القرآن ص (٤٩٣ - ٥٠٨) .

(١) يبين المؤلف - رحمه الله تعالى - الأمور التي يتضح بها حاله ، ومنها : ما يبول منه .

(٢) الفروع (٤٠/٥) .

(من أحدهما) .

قال في المغني : « قال ابن المنذر (١) : « أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول إن بال من حيث يبول الرجل فهو رجل ، وإن بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة (٢) .

وممن روي ذلك عنه: علي [و] (٣) معاوية (٤) (٥) وسعيد بن المسيب وجابر ابن زيد وأهل الكوفة ، وسائر أهل العلم » (٦) .

قال ابن اللبان : روى الكلبي (٧) عن أبي صالح (٨) عن ابن عباس ((أن النبي

(١) في (س) : النذر .

(٢) الإجماع ص (٨٧) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٤) هو : معاوية بن أبي سفيان صخر بن حرب بن أمية القرشي الموي ، مؤسس الدولة الأموية بالشام ، وأحد دهاة العرب الكبار ، كان فصيحاً حليماً وقوراً ، ولد بمكة وأسلم عام الفتح ، ولاه أبو بكر ثم عمر ، وأقره عثمان على الشام ، تنازل له الحسين بن علي عام الجماعة ، كثرت فتوحاته ، أخذ العهد لابنه يزيد ، توفي سنة (٦٠ هـ) .

انظر : البداية والنهاية وفيات سنة (٦٠ هـ) ، الإصابة (٤٣٣/٣) .

(٥) مصنف عبد الرزاق (١٩٢٠٤) ، وابن أبي شيبة (٣٤٩/١١) ، والدارمي (٣٦٥/٢) ، وسعيد بن منصور (٦٢/١) .

(٦) انظر : المبسوط (١٠٣/٣٠) ، الشرح الصغير وحاشيته (٧١٨/٤) ، التلخيص (٥٢٢/١) ، الذخيرة (٢٤/١٣) ، تفسير القرطبي (٦٥/٥) .

(٧) هو : إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي ، برع في العلم ولم يقلد أحداً ، وكانت وفاته سنة (٢٤٠ هـ) .

انظر : طبقات الشافعية الكبرى (٧٤/٢) ، العبر (٤٣١/١) .

(٨) هو : ميزان البصري ، أبو صالح ، مشهور بكنته ، مقبول ، يروي عن ابن عباس - رضي الله =

سئل عن مولود له قبل وذكر من أين يورث ؟ قال : من حيث يبول » (١) .

وروي أنه - عليه الصلاة والسلام - : « أتى بخنثى من الأنصار فقال : ورثوه من أول ما يبول منه » (٢) .

ولأن خروج البول أعم العلامات لوجودها من الصغير والكبير ، وسائر العلامات إنما توجد بعد الكبر مثل نبات اللحية وتفلك (٣) الشدي وخروج المنى والحيض والحبل .

وإن بال منهما جميعاً اعتبر بأسبقهما نص عليه أحمد (٤) . وروي ذلك عن سعيد بن المسيب ، وبه قال الجمهور » (٥) انتهى .

وإن خرج البول (منهما) أي من شكل الذكر وشكل الفرج (معاً) بأن لم

= عنهما - .

انظر : تقريب التهذيب (٢٩١/٢) .

(١) أخرجه البيهقي (٢٦١/٦) ، ويقول البيهقي : محمد بن السائب الكلبي : لا يحتج به .

انظر : تلخيص الحبير (١٣٧/٣) .

ويقول : ويغني عن هذا الحديث الاحتجاج لهذه المسألة بالإجماع .

(٢) ذكر هذا الحديث ابن قدامة ، ولم أجد هذا الحديث فيما بين يدي من كتب الحديث ، إلا أن التهانوي صاحب إعلاء السنن قد نقله عن المغني ولم يعزوه لأحد .

وقال في إرواء الغليل : لم أقف على إسناده . (١٥٢/٦) .

(٣) في (ب) : وتفقلت ، وفي (س) : وثقل .

(٤) انظر : مسائل الإمام أحمد رواية ابن هانئ (٦٩/٢) .

(٥) المغني (١٠٩/٩) ، وانظر : كنز الدقائق (٢١٥/٦) ، الشرح الصغير (٧٢٦/٤) ، التلخيص في علم الفرائض (٥٢٢/١) ، فتوحات الباعث ص (١٨٥) .

يسبق من واحد منهما (اعتبر أكثرهما) خروجاً منه .

قال ابن حمدان : « قدراً وعدداً لأن له تأثيراً » (١) .

قال في المغني : « فإن خرجا معاً ولم يسبق أحدهما ، فقال أحمد في رواية إسحاق بن إبراهيم : « يرث من المكان الذي يبول منه أكثر » (٢) .

وحكي هذا عن الأوزاعي وصاحبي أبي حنيفة ووقف في ذلك أبو حنيفة (٣) ، ولم يعتبره أصحاب الشافعي في أحد الوجهين (٤) .

ولنا أنها مزية لإحدى العلامتين فيعتبر بها كالسبق » (٥) .

(فإن استويا) أي استوى المحلان في قدر ما يخرج من كل [٣٣٩/ب] واحد منهما البول (فمشكل) أي فالخنثى المتصف بذلك يسمى مشكلاً ؛ لأنه قد أشكل أمره بعدم تمييزه بشيء مما تقدم (٦) .

قال في الفروع : « وقيل : لا يعتبر أكثرهما ونقله ابن هاني ، وهو ظاهر كلام أبي الفرج وغيره .

(١) انظر : المبدع (٢٢٠/٦) ، الرعاية الكبرى (٢٤٩/٢ ب) (مخطوط) .

(٢) مسائل الإمام أحمد رواية ابن هاني (٦٩/٢) .

(٣) انظر : كنز الدقائق (٢١٥/٦) .

(٤) يقول الإمام النووي في الروضة : فإن بال بهما ، فوجهان : أحدهما : لا دلالة فيه . وأصحهما : يدل للسابق إن اتفق انقطاعهما ، وللمتأخر إن اتفق ابتداءهما . (٧٨/١) ،

وانظر : الحاوي الكبير (١٦٨/٨) ، مغني المحتاج (٢٩/٣) .

(٥) المغني (١٩/٩) .

(٦) شرح منتهى الإرادات (٦٢٠/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٣٦/٤) .

قال : وهل يعتبر السبق في الانقطاع ؟ فيه روايتان :

وفي التبصرة يعتبر أطولهما خروجاً ، ونقله أبو طالب (١) ؛ لأن (٢) بوله يمتد ، وبولها يسيل ، وقدم ابن عقيل الكثرة على السبق .

وقال هو والقاضي : إن خرجاً معاً حكم للمتأخر انتهى (٣) .

وقيل (٤) : « وإن انتشر بوله على كتيب رمل فذكر وإن لم ينتشر فأنثى » .

قال في الرعاية : « وفيه بُعد » (٥) .

وأول من قضى في الخنثى بأن ينظر من أين يبول ، عامر بن ظرب

(١) هو : أحمد بن حميد ، أبو طالب المشكاني ، روى عن الإمام مسائل كثيرة ، وكان أحمد يكرمه ويعظمه ، وقد صحب الإمام أحمد إلى أن مات ، وكان رجلاً صالحاً ، فقيراً ، صبوراً على الفقر ، فعلمه الإمام أحمد مذهب القنوع والاحتراف ، توفي سنة (٢٤٤ هـ) .

انظر : طبقات الحنابلة (٣٩/١) ، المنهج الأحمد (١٧٦/١) ، الدر المنضد (٥٦/١) .

(٢) في (ب) : لأنه .

(٣) الفروع (٤٠/٥) .

(٤) هذا النقل من الإنصاف (٣٤١/٧) .

(٥) الرعاية الكبرى (١٤٩/٢ ب) .

والى هنا النقل من الإنصاف (٣٤١/٧) . وهذا القول ينسب إلى أبي طالب والحسن البصري .

المغني (١١٠/٩) ، وفي التلخيص عن ابن سريج (٥٢٥/١) .

وهذا القول لم يقل به أحد من الفقهاء .

ولم يصح هذا في الطب ؛ إذ أن عدد الأضلاع في الجنسين الذكور والإناث واحد بغير زيادة ، وهذا ما اتفق فيه الفقه مع الطب ، ولكن تختلف عظام الرجل عن المرأة في الشكل والحجم وغير ذلك .

انظر : الإنصاف (٣٤١/٧) .

العدواني (١) (٢) .

وقال ابن أبي موسى (٣) : « وفاقاً لما حكى عن علي والحسن أن أضلاعه تعد
فإن كانت ستة عشر فهو ذكر وإن كانت سبعة عشر فهو أنثى » (٤) .

قال ابن اللبان وغيره : ولو صح هذا لما أشكل حاله ، ولما احتيج إلى مراعاة
المبال (٥) .

(فإن رجي كشفه) (٦) أي كشف إشكاله (لصفر) أي لكونه صغيراً

(١) هو : عامر بن الظرب بن عمرو العدواني ، حكيم ، خطيب ، رئيس من الجاهليين ، كان إمام مضر ،
وحكّمها ، وفارسها ، ممن حرم الحرم في الجاهلية ، والعرب لا تعدل بفهمه فهماً ولا بحكمه حكماً ،
أحد المعمرين في الجاهلية .

الأعلام (٢٥٢/٣) .

(٢) انظر : المغني (١١٠/٩) .

(٣) هو : محمد بن أحمد بن أبي موسى ، الشريف أبو علي الهاشمي ، القاضي ، كان علي القدر ، سامي
الذكر ، من مصنفاته : الإرشاد في الفقه ، كما له أجزاء من شرح الخرقى ، توفي سنة (٤٢٨ هـ) .

انظر : مناقب الإمام أحمد ص (٦٢٦) ، طبقات الحنابلة (١٨٢/٢) ، المنهج الأحمد (٩٥/٢) .

(٤) الإنصاف (٣٤١/٧) .

(٥) المغني (١١٠/٩) .

(٦) واختلفت المذاهب الأربعة في توريث الخنثى على ما يأتي :

أ - مذهب الحنفية : المفتى به أنه يعطى أقل النصيبين ، من فرض ذكوريته أو أنوثيته ، ويعطى الورثة
أحسن النصيبين .

ب - مذهب المالكية : يعطى الخنثى المشكل أمره نصف نصيب أنثى ، ونصف نصيب ذكر ، إن كان
يرث ، وإن كان يرث بأنوثيته ولا يرث بذكوريته أو العكس ، فيعطى نصف نصيبه على فرض إرثه .

ج - يعطى أقل النصيبين لكل من الخنثى وبقيّة الورثة ، ويوقف الباقي إلى أن يتبين أمره ، أو يتصالح =

(أعطي) الخنثى (ومن معه) من الورثة (اليقين) من التركة وهو ما يرثونه بكل [تقدير] ^(١) (ووقف الباقي) من التركة حتى يبلغ (لتظهر ذكوريته ^(٢)) بنبات لحيته أو إمناء من ذكره (زاد في المغني وكونه مني رجل ^(٣)) (أو) لتظهر (أنوثيته بحيض أو بفلك ثدي) بأن يستدير .

قال في القاموس : « وفلك ثديها ، وأفلك وتفلك : استدار » ^(٤) .

(أو سقوطه) أي الثدي نص عليهما . (أو إمناء من فرج) .

وقيل : « لا أنوثية بسقوط الثديين » .

وقيل : « إن اشتهى أنثى فذكر في كل شيء » .

وفي الجامع : « لا إرث ودية ، لأن للغير حقاً » .

« وإن اشتهى ذكراً فأنثى » ^(٥) .

= الورثة معه ، وهذا مذهب الشافعية .

د - مذهب الحنابلة : إن كان يرجى اتصاح حال الخنثى في المستقبل منهم فكالشافعية فيعامل بإعطائه أقل النصيبين . وإن لم يرج اتصاح الحال منهم فكالمالكية .

انظر : السراجية ص (٢٠٥ - ٢١٢) ، المبسوط (٩٤/٣٠) ، كنز الدقائق (٢١٦/٦) ، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٣٥/٤) ، لباب الفرائض ص (٦٠ ، ١٨٨) ، القوانين الفقهية ص (٣٩٥) ، والتحفة الخيرية مع الشرح ص (٢٠٣) ، نهاية المحتاج (٣١/٦) ، التلخيص (٥٢٢/١) ، المغني (١١٠/٩) ، العذب الفائض (٥٨/٢ ، ٥٩) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٢) في (ب) زيادة : بأن يستدير . وهذا خطأ .

(٣) المغني (١١٠/٩) .

(٤) القاموس المحيط ص (١٢٢٨) .

(٥) هذه الأقوال من الإنصاف (٣٤٢/٧) .

(فإن مات) الخنثى قبل بلوغه (أو بلغ بلا إمارة) تظهر بها ذكوريته أو أنوثيته
(أخذ نصف إرثه) الذي يرثه (بكونه ذكراً فقط كولد أخي الميت أو عمه) أي
الميت .

فمن مات عن ولدي أخ لأب ، أو لأبوين أحدهما ذكر ، والآخر خنثى ، أخذ
الخنثى ربع المال ؛ لأن له نصف لو كان ذكراً فكان له نصف النصف بكونه خنثى ،
وتصح من أربعة ، للخنثى سهم ، ولأخيه ثلاثة (١) .

(أو) أخذ الخنثى نصف إرثه الذي يرثه بكونه (أنثى فقط كولد أب مع زوج
وأخت لأبوين) فإنه لو كان أنثى في هذه الصورة أخذ سدساً عائلاً فله بكونه
[خنثى] (٢) مشكلاً نصف السدس الذي كان له بكونه أنثى .

وتصح من ثمانية وعشرين : للخنثى سهمان والباقي بين الزوج والأخت
للأبوين بالسوية (٣) .

(١) وهذه صورتها :

٤	
٣	ابن أخ لأب
١	ولد أخ لأب خنثى

وانظر هذه المسألة في : شرح منتهى الإرادات (٦٢٠/٢) ، كشف القناع (٤٧٠/٤) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٣) وهذه صورتها :

٢٨	٧/٦	
١٣	٣	زوج
١٣	٣	أخت لأبوين
٢	نصف سدس عائل	ولد أب خنثى

على افتراض أنه أنثى . ولو كان أخاً لأب لسقط لاستكمال الفروض التركة .

=

(وإن ورتث) الخنثى (بهما) أي بالذكورية والأنوثة (متساوياً كولد أم ^(١))
فله السدس مطلقاً) أي سواء ظهرت ذكوريته أو أنوثيته أو بقي [على] ^(٢))
إشكاله ^(٣) .

(وكمعتق) بأن يكون الميت عتيقاً للخنثى (ف) الخنثى (عصبته مطلقاً) ؛
لأنه إما أن يكون ذكر أو أنثى ، والمعتق لا يختلف ^(٤) إرثه من عتيقه ^(٥) باعتبار
[ذلك] ^(٦) .

(وإن ورتث بهما) أي بكونه ذكراً وبكونه أنثى (متفاضلاً ، عملت المسألة على
أنه) أي الخنثى (ذكر ثم) عملتها (على أنه أنثى ، ثم تضرب إحداهما) أي
إحدى المسألتين إن تباينا ^(٧) (أو) تضرب (وفقها) أي وفق إحدى المسألتين
(في الأخرى ، إن توافقتا) .

قال في المحرر : « والمتناسب ^(٨) هاهنا نوع من المتوافق ^(٩) انتهى .

= انظر : المرجعين السابقين ومطالب أولي النهى (٦٣٧/٤) .

(١) في (ب) : الأم .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٣) انظر : شرح منتهى الإرادات ومطالب أولي النهى كما سبق .

(٤) في (س) : لا يخلف .

(٥) في (ب) زيادة : من معتقه .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٧) انظر : المرجعين السابقين .

(٨) في (ب) : المناسب .

(٩) في (ب) : الموافق . وانظر : المحرر (٤٠٨/١) .

ووجه ذلك : أن الأصغر من المتناسبين بعد الأكبر منهما فهما متوافقان بجزئه ، ولذلك اجتزئ بالأكثر منهما ؛ لأن مضروب وفق أحد (١) العددين المتناسبين في الآخر هو العدد الأكثر منهما فيما اختص بهذا الموضع دون غيره .

قال شارحه : لكن بهذا التقدير فائدة تظهر [٣٤٠ / أ] في القسمة ، فإن من له شيء من المسألة القليلة فإنه يضرب في وفق المسألة الكثيرة فلهذا ذكره « (٢) انتهى .

وجعل في الرعاية ما قاله في المحرر قولاً في المذهب ، وعبارته (٣) : « وقيل المناسب هنا نوع من الموافق » (٤) انتهى .

(وتجتزئ بإحدهما) أي إحدى المسألتين (إن تماثلتا أو باكثرهما إن تناسبتنا وتضربها في اثنين) لأن له حالين (ثم من له شيء من إحدى المسألتين مضروب في الأخرى إن تباينت أو) في (وفقها إن توافقتا أو تجمع ما له) ما لكل (٥) وارث (منهما) أي من المسألتين ([إن] (٦) تماثلتا) .

وأما ما يأخذه كل واحد في صورة المتناسب فهو المشار إليه بقوله : (أو من له شيء من أقل العددين مضروب في نسبة أقل المسألتين إلى الأخرى ثم يضاف

(١) في (ب) : أحدهما .

(٢) لم أقف على هذا الشرح فيما بين يدي من المراجع .

(٣) في (س) : وعليها .

(٤) الإنصاف (٣٤٣ / ٧) ، والرعاية الكبرى (٢٤٩ / ٢ ب) (مخطوط) .

(٥) في (س) : فالكل . وهو تصحيف .

(٦) سقطت (إن) من (س) .

إلى ماله (أي [إلى] ^(١) الذي له (من أكثرهما إن تناسبتا) .

قال في المغني : « ويسمى هذا مذهب المنزلين ، وهو اختيار أصحابنا .

وذهب الثوري واللولؤي ^(٢) في الولد إذا كان فيهم خنثى ، أن يجعل للأنثى سهمين ، وللخنثى ثلاثة ، وللذكر أربعة ، وذلك لأننا نجعل للأنثى أقل عدد له نصف وهو اثنان ، وللذكر ضعف ذلك أربعة ، وللخنثى نصفهما ^(٣) وهو ثلاثة ، فيكون معه نصف ميراث ذكر ، ونصف ميراث أنثى ، وهذا قول لا بأس به ، وهذا القول يوافق الذي قبله في بعض المواضع ، ويخالفه في بعضها .

وبيان اختلافهما أننا لو قدرنا ابناً وبتناً وولداً خنثى لكانت ^(٤) المسألة على هذا القول من تسعة :

للخنثى الثلث وهو ثلاثة ، وعلى [القول] ^(٥) الأول مسألة الذكورية من خمسة ، والأنوثة من أربعة تضرب إحداهما في الأخرى تكن عشرين ، ثم في اثنين ^(٦) تكن أربعين .

للبنات سهم في خمسة ، وسهم في أربعة يكن لها تسعة ، وللذكر ثمانية عشر ، وللخنثى سهم في خمسة ، وسهمان في أربعة تكن ثلاثة عشر ، وهي دون ثلث

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٢) مختصر اختلاف العلماء (٤٥٨/٤) ، إعلاء السنن (٣٥٢/١٨) .

(٣) في (ب) : نصفها ، وفي (س) : أضعفهما . وكلاهما خطأ .

(٤) في (ب) : لو كانت .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٦) لأننا نفرض له حالين : الذكورة والأنوثة .

الأربعين (١) .

وقول من ورثه بالدعوى فيما بقي بعد اليقين يوافق قول المنزلين في أكثر المواضع ، فإنه يقول في هذه المسألة ، للذكر الخمسان بيقين ، هي ستة عشر من أربعين وهو يدعي النصف عشرين ، وللبنت الخمس بيقين (٢) ، وهي تدعي الربع ، وللخنثى الربع بيقين (٣) وهو يدعي الخُمسين ستة عشر ، والمختلف فيه ستة أسهم يدعيها الخنثى كلها ، فتعطيه نصفها ثلاثة مع العشرة التي معه (٤) ، صار له ثلاثة عشر ، والابن يدعي أربعة فتعطيه نصفها سهمين صار له ثمانية عشر ، والبنت تدعي سهمين فتدفع إليها سهماً صار له تسعة (٥) .

وقد ورثه قوم بالدعوى من أصل المال فعلى قولهم يكون الميراث في هذه

(١) وهذه صورتها :

$$٩ \times ٥ \times ٤ = ١٨٠$$

ابن	٤	٢	٢	١٨
بنت	٢	١	١	٩
ولد خنثى	٣	٢	١	١٣
المنزلين	الذكورة	الأنوثة	الجامعة	

نسبة ميراث الخنثى : نجد أن للخنثى في مذهب المنزلين : الثلث ، أما غيرهم فيعطونه أقل من الثلث الربع وثلاثة أرباع العشر ، فالربع عشرة وثلاثة أرباع العشر : ثلاثة .

وانظر المسألة أيضاً في : الشرح الكبير (١٥٠/٧) .

(٢) وهي ثمانية من أربعين ، تدعي الربع عشرة .

(٣) وهي عشرة ، ويدعي الخمسين ستة عشر .

(٤) في (س) : حقه .

(٥) فيكون مقدار ما يأخذه كل منهم موافقاً لما يذكره المنزلون .

المسألة من ثلاثة وعشرين ؛ لأن المدعي ها هنا نصف وربع وخمسان (١) ، ومخرجهما عشرون يعطى الابن النصف عشرة ، والبنت خمسة (٢) والخنثى ثمانية (٣) يكون ثلاثة وعشرين .

وإن لم يكن في المسألة بنت ففي قول الثوري : هي من سبعة (٤) وكذلك قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال .

وفي التنزيل من اثني عشر ، للابن سبعة ، وللخنثى خمسة وهو قول من ورثهما بالدعوى فيما عدا اليقين .

وإن كانت بنت وولد خنثى ولا عصة معهما فهي من خمسة (٥) في قول الثوري ومن اثني عشر في التنزيل (٦) .

وإن كان معهما عصة فهي من ستة : للخنثى ثلاثة ، وللبنت سهمان ، وللعصبة سهم في الأقوال الثلاثة .

وإن كان معهما أم وعصة فهي في التنزيل من ستة وثلاثين :

لأم سبعة (٧) ، وللخنثى

(١) النصف للابن ، والربع للبنت ، والخمسان للخنثى .

(٢) وهي الربع من العشرين .

(٣) وهي خمس العشرين .

(٤) أربعة للابن ، وثلاثة للخنثى .

(٥) ثلاثة للخنثى ، واثنان للبنت .

(٦) سبعة للخنثى ، وخمسة للبنت .

(٧) وهي السادس .

ستة عشر (١) ، وللبنت أحد عشر (٢) ، وللعصبة ثلاثة (٣) .

وقياس قول الثوري أن يكون للخنثى ، وللبنت ثلاثة أرباع المال بينهما على خمسة وللأم السدس [٣٤٠/ب] ويبقى نصف السدس للعصبة ، وتصح من اثني عشر (٤) .

وإن كان ولد خنثى وعصبة فللخنثى ثلاثة أرباع المال ، والباقي للعصبة إلا في قول من من ورثهما بالدعوى من أصل المال ، فإنه يجعل (٥) المال بينهم أثلاثاً ؛ لأن الخنثى يدعي المال كله ، والعصبة تدعي نصفه ، فتضيف (٦) النصف إلى الكل ، فيكون ثلاثة أنصاف لكل نصف ثلث .

بنت وولد ابن (٧) وخنثى و [عم] (٨) .

(١) الثلث وثلاثة أخماسه .

(٢) الثلث وعشرة .

(٣) نصف السدس .

(٤) وهذه صورتها :

١٢	
٦	خنثى (ولد)
٣	بنت
٢	أم
١	عصبة

(٥) في (س) : يحصل .

(٦) في (س) : تضعف .

(٧) في (س) : وولدين .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

هي في التنزيل من اثني عشر ، وترجع بالاختصار إلى ستة ، للبنات النصف ، وللخنثى الثلث ، وللعلم السدس » (١) انتهى .

ومن أمثلة مسائل الخنثى :

زوج وأم وولد خنثى .

المسألة على تقدير الذكورية من اثني عشر :

للزوج ثلاثة ، وللأم اثنان ، وللبن سبعة .

وعلى تقدير الأنوثة من ستة عشر : للزوج أربعة ، وللأم ثلاثة ، وللبنات تسعة .

والمسألان متفقتان بالربع ، فتضرب وفق أحدهما في الأخرى ، تبلغ ثمانية وأربعين ، ثم اضربهما في الحالين تبلغ ستة وتسعين ومنها تصح :

للزوج من مسألة الذكورية : ثلاثة في وفق مسألة الأنوثة وهو : أربعة، تكن اثني عشر [وله من مسألة الأنوثة : أربعة في وفق مسألة الذكورية : ثلاثة، تكن اثني عشر] (٢) فله من المسألتين : أربعة وعشرون ، وللأم من مسألة الذكورية اثنان في وفق مسألة الأنوثة أربعة، تكن ثمانية ، ولها من مسألة الأنوثة : ثلاثة في وفق مسألة الذكورية وهو ثلاثة، تكن تسعة ، فلها من المسألتين (٣) : سبعة عشر ، وللخنثى من مسألة الذكورية سبعة في وفق مسألة الأنوثة : أربعة ، تكن ثمانية وعشرين ، وله من مسألة الأنوثة تسعة في وفق مسألة الذكورية ثلاثة، تكن سبعة

(١) المغني (١١٢/٩) ، وانظر : الشرح الكبير (١٥١/٧) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٣) في (ب) : مسألتين .

وعشرين ، فله من المسألتين خمسة وخمسون (١) .

وثُمَّ في عمل [مسائل] (٢) الخنثى طريقة أخرى أشير إليها بقوله :

(وإن نسبت نصف ميراثه) أي ميراثي كل وارث من مسألة الذكورية والأنثوية من غير ضرب (إلى جملة التركة ثم بسطت الكسور التي تجتمع معك من مخرج يجمعهما) أي يجمع الكسور (صحت منه المسألة) فإذا عملت بذلك في المسألة التي تقدمت قلت : للزوج من مسألة الذكورية الربع ، ومن مسألة الأنثوية الربع ، ومجموعهما النصف ، فأعطه نصفها وهو الربع ، وللأم من مسألة الذكورية السدس ، ومن مسألة الأنثوية ثمن ونصف ثمن ، ومجموعهما ثلث وسدس ثمن ، فأعطها نصف ذلك ، وهو سدس ونصف سدس ثمن ، وللخنثى من مسألة الذكورية ثلث وربع ، ومن مسألة الأنثوية نصف ونصف ثمن ، ومجموعهما مال وثمان وسدس ثمن (٣) فأعطه نصف ذلك ، وهو نصف وثلث ثمن وربع ثمن فإذا جمعت هذه الكسور من مخارجها وجدتها تخرج من ستة وتسعين :

(١) وهذه صورتها :

٩٦ = ٢ × ٤٨	١٦ (٣)	١٢ (٤)	
٢٤	٤	٣	زوج
١٧	٣	٢	أم
٥٥	٩	٧	ولد خنثى
الجامعة	الأنثوة	الذكورية	

وانظر هذه المسألة في : شرح منتهى الإرادات (٦٢٢ ، ٦٢١/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٣٩/٤) ، كشف القناع (٤٧١/٤) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٣) في (ب) : سدس ثمن .

للزوجة ربعها : أربعة وعشرون ^(١) ، وللأم سدسها ستة عشر ونصف سدس ثمنها وهو واحد ، وذلك : سبعة عشر ، وللخنثى نصفها : ثمانية وأربعون وثلث ثمنها أربعة وربع ثمنها ثلاثة ، ومجموع ذلك : خمسة وخمسون ^(٢) كما سبق .

مثال آخر : ابن وولد خنثى .

فنقول للخنثى في حالة النصف ، وفي حالة الثلث ، فله نصفها : الربع والسدس ، وللابن في حالة النصف وفي حالة الثلثان فله نصفها : ربع وثلث فابسطها لتصح بلا كسر ، تكن اثني عشر : للابن ربعها وثلثها سبعة ، وللخنثى ربعها وسدسها خمسة ^(٣) .

(وإن كان خنثيين أو أكثر نزلتهم بعدد أحوالهم) كإعطائهم اليقين قبل

(١) وهو الربع .

(٢) شرح منتهى الإرادات (٦٢٢/٢) ، وانظر التفصيل :

مخرج المسألة ٩٦	نصف مجموع المسالتين	مجموع ما له من المسالتين	مسألة الأنوثة	مسألة الذكورة	
٢٤	$\frac{1}{4}$	$٤٨ = \frac{1}{2}$	$٢٤ = \frac{1}{4}$	$٢٤ = \frac{1}{4}$	زوج
١٧	$\frac{١٣}{٢٤}$	$٣٤ = \frac{٢٦}{٢٤} = \frac{1}{3} + \frac{٦}{٨}$	$١٨ = \frac{٣}{١٦} = \frac{1}{٨} + \frac{1}{١٦}$	$١٦ = \frac{1}{6}$	أم
٥٥	$\frac{٦٣}{٩٦}$	$١١٠ = \frac{٥٥}{٤٨} = \frac{٩}{١٦} + \frac{٧}{١٢}$	$٥٤ = \frac{٩}{١٦} = \frac{1}{٢} + \frac{1}{١٦}$	$٥٦ = \frac{1}{3} + \frac{1}{4}$	خنثى

وهذه طريقة تحتاج إلى حساب دقيق ، ولو اكتفى المؤلف بما سبق لكان فيه الكفاية ، خصوصاً مع ندرة مسائل الخنثى .

(٣) وهذه صورتها :

	٣	٢	
ابن	٢	١	نصف - ثلثان ربع وثلث = ١٢ له منها سبعة فقط
ولد خنثى	١	١	نصف - ثلث ربع وسدس = ٥٠ له منها خمسة

البلوغ وكالمفقود (١) . فللخنثيين (٢) أربعة أحوال ، وللثلاثة ثمانية ، وللأربعة ستة عشر وعلى هذا [أبداً] (٣) كلما زاد واحد تضاعف عدد أحوالهم وهذا [٣٤١/أ] أحد الوجهين (٤) .

قال في الإنصاف : « وهو المذهب وعليه جماهير الأصحاب » (٥) .

(ف) على هذا (ما بلغ من ضرب المسائل تضربه في عدد وتجمع ما حصل لهم في الأحوال كلها مما صحت منه قبل الضرب في عدد الأحوال هذا إن كانوا من جهة) واحدة .

مثال ذلك : لو خلف ابناً وخنثيين فلهم أربعة أحوال ، حال الذكورية تصح من ثلاثة ، وحال الأنثوية تصح من أربعة ، وحال ذكران وأنثى ، وحال أيضاً ذكران وأنثى من خمسة ومن خمسة ، فحصل معنا ثلاثة وأربعة وخمسة وخمسة تجتزئ بإحدى الخمستين وتضرب ثلاثة في أربعة تبلغ اثني عشر وتضربها في خمسة تبلغ ستين ، ثم تضربها في عدد الأحوال ، وهي : أربعة ، تبلغ مائتين وأربعين ومنها تصح :

(١) في (س) : المفقودين .

(٢) في (س) : للخنثى . من حيث الذكورة والأنوثة لكل منهما .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٤) سيذكر المؤلف الوجوه في المسألة ، وأجمعها هنا للنظر في المسألة ووجوهها :

الوجه الثاني : ينزلهم حالين : مرة ذكوراً ، ومرة إناثاً .

انظر : الفروع (٤٢/٥) ، المقنع (٤٤٦/٢) .

قال في الإنصاف : وفيها وجه ثالث ، وهو قسمة مستحقهم بينهم على أنصابتهم منفردين .

(٣٤٣/٧) .

(٥) الإنصاف (٣٤٣/٧) .

للابن في الذكورية ثلث الستين : عشرون ، وفي مسألة الأنثوية نصفها : ثلاثون ، [وفي مسألة ذكرين وأنثى خمسان : أربعة وعشرون] ^(١) ، وفي مسألة : ذكرين وأنثى أيضاً أربعة وعشرون، يكن الذي له مجموعته ثمانية وتسعون ، وللخنثيين ^(٢) في مسألة الذكورية الثلثان : أربعون ، وفي مسألة الأنثوية النصف : ثلاثون ، وفي مسألة الذكرين ^(٣) والأنثى ثلاثة أخماس ستة وثلاثون وكذلك في مسألة الذكرين والأنثى أيضاً ستة وثلاثون ، فيكون مجموع ما لهما مائة واثنان وأربعون ، لكل خنثى أحد وسبعون ، فيكون مجموع ذلك مائتين وأربعين وهو ما صحت منه المسألة ^(٤) .

(وإن كانوا) أي الخنثى (من جهات جمعت ما لكل واحد) منهم (في الأحوال) كلها (وقسمته على عددها) أي عدد ^(٥) الأحوال (فما خرج) بالقسمة فهو (نصيبه) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

(٢) في (ب) : وللخنثى .

(٣) في (ب) : الذكورين .

(٤) وهذه صورتها :

٢٤٠ = ٣ × ٥ × ١٢ = ٤ × ٣	٥		٥		٤	٣	
٩٨	٢	ذكر	٢	ذكر	٢	١	ابن
٧١	١	أنثى	٢	ذكر	٢	٢	خنثيان
٧١	٢	ذكر	١	أنثى			
الجامعة			ذكران وأنثى		الأنثوية	الذكورية	

وانظر المسألة في : المبدع (٢٢٥/٦) ، شرح منتهى الإرادات (٦٢٢/٢) ، مطالب أولي النهى

(٦٤٠/٤) ، كشف القناع (٤٧٣/٤) .

(٥) هذه العبارة مكررة في (ب) .

ومن أمثلة ذلك :

ولد خنثى وولد أخ خنثى وعم خنثى ، فإن كان الولد وولد الأخ ذكراً فالمال للولد (١) ، وإن كانا أنثى ، فالولد النصف وللعم الباقي (٢) ، وإن كان الولد ذكراً ، وولد الأخ أنثى فالمال للولد (٣) ، وإن كان ولد الأخ ذكراً والولد أنثى كان للولد النصف ولولد الأخ الباقي (٤) .

فالمسألة من ثمانية :

للولد المال في حالين [والنصف في حالين] (٥) فله ربع ذلك وهو ثلاثة أرباع المال ، ولولد الأخ النصف في حال فله رבעه وهو الثمن ، وللعم مثل ذلك (٦) ، وقس على ذلك كلما ورد .

والوجه الثاني في أصل المسألة أن الخنثى متى تعددوا نزلوا حالين فقط ولو

(١) فهو عصبه وقد انفرد بجميع المال .

(٢) وتسقط بنت الأخ على اعتبار أن الخنثى بنت ، فتكون من ذوي الأرحام .

(٣) وينفرد بجميع المال .

(٤) لأنه أقرب عصبه من العم .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٦) وهذه صورتها :

ولد خنثى	٦	ثلاثة أرباع
ولد أخ خنثى	١	ثمن
عم	١	ثمن

وانظر المسألة في : المغني (١١٣/٩) ، الشرح الكبير (١٥٣/٧) ، المبدع (٢٢٦/٦) .

كثروا ، واختاره أبو الخطاب (١) .

وإن تراحم الخنثى مع غيرهم من وجه واحد كإخوتهم ففيها وجه ثالث ، وهو
قسمة حقهم بينهم على أنصبتهم منفردين (٢) .

قال في المغني : « والأول أصح ؛ لأنه يعطى كل واحد بحسب ما فيه من
الاحتمال فيعدل بينهم .

وفي الوجه الآخر : يعطى ببعض الاحتمالات دون بعض ، وهذا تحكم لا دليل
عليه .

وبيان هذا في ولد خنثى وولد أخ خنثى وعم (٣) .

إن كانا ذكرين فالمال للولد ، وإن كانا أنثيين فللولد النصف والباقي للعم ،
فهي من أربعة عند من نزلهم حالين . للولد ثلاثة أرباع المال ، وللعمة ربعه ، ومن
نزلهم أحوالاً زاد حالين آخرين ، وهي أن يكون الولد وحده ذكراً ، وأن يكون ولد
الأخ وحده ذكراً فتكون المسألة من ثمانية : للولد المال في حالين والنصف في
حالين (٤) فله ربع ذلك ، وهو ثلاثة أرباع المال ، ولولد الأخ نصف المال في
حال ، فله ربعه وهو الثمن ، وللعمة مثل ذلك ، وهذا أعدل . ومن قال بالدعوى فيما
زاد على اليقين قال : للولد النصف يقيناً ، والنصف الآخر يتداعونه فيكون بينهم
أثلاثاً ، وتصح من ستة (٥) .

(١) التهذيب للكلوذاني ص (٢٩٣) ، الهداية (١٧٦/٢) .

(٢) انظر : الإنصاف (٣٤٣/٧) .

(٣) هذه المسألة هي المسألة السابقة ، والمؤلف ينقل من المغني طرق بيان المسألة بإعادتها مرة أخرى .

(٤) في (س) : حال .

(٥) سبقت المسألة مصورة قبل قليل .

وكذلك الحكم في أخ خنثى وولد أخ ، وفي كل عصبتين يحجب أحدهما الآخر ، ولا يرث المحجوب شيئاً إذا كان أنثى .

ولو خلف بنتاً وولداً خنثى وولد ابن خنثى وعصبة [٣٤١/ب] .

فمن نزلهما حالين جعلهما من ستة :

للولد الخنثى ثلاثة ، وللبنت سهمان ، والباقي للعم .

ومن نزلهما أربعة أحوال جعلها من اثني عشر وجعل لولد الابن نصف السدس (١) ، وللعلم سدسه ، وهذا أعدل الطريقين لما في الطريق الآخر من إسقاط ولد الابن مع أن احتمال توريثه كاحتمال توريث العم ، وهكذا يصنع في الثلاثة وما كان أكثر منها انتهى (٢) .

وإن أردت العمل لتعطي اليقين قبل الإياس من انكشاف حالهم نزلهم بجميع أحوالهم قولاً واحداً ، وكذلك إن أردت ذلك في المفقودين فصاعداً قاله في المحرر (٣) .

(١) واحد .

(٢) المغني (١١٤/٩) ، وهذا تصوير المسألة :

١٢	٦	
٤	٢	بنت
٥	٣	ولد خنثى
١	—	ولد ابن خنثى
٢	ب	عم
ب - تنزيلهم أربعة أحوال	أ - إذا كانت من حالين	

(٣) المحرر (٤٠٩/١) ، وانظر : الإنصاف (٣٤٤/٧) .

قال شارحه : « لأنه ما من حال مقدرة إلا والحال الأخرى ممكنة ، فلا يجوز أن يقطع بحال دون حال ، فلا بد أن تعتبر أحوالهم جميعاً لتعطيهِ أقل ما يحصل له في أحواله ، لكن العمل في هذا ليس كالعمل في ذاك ؛ لأن (١) هنا تعمل المسألة على جميع الأحوال وتصحيحها من عدد يخرج منه جميعها كما يعمل في السهام المنكسرة عند تصحيح المسائل ، ولا يحتاج إلى الضرب في أحوال بل تقسم ذلك العدد على مسألة فتعطيهِ الأقل من جميعها ؛ لأنه اليقين . وكذلك تعمل في المفقودين فصاعداً لما سبق من العلة » (٢) انتهى .

(وإن صالح) خنثى (مشكل من معه) من الورثة (على ما وقف له) من المال إلى أن (٣) يتبين أمره (صح) صلحه معهم (إن صح تبرعه) بأن بلغ ورشد ؛ لأنه حينئذ يكون جائز التصرف (٤) (وإن لم يكن بالغاً) رشيداً فلا يصح صلحه ؛ لأنه غير جائز التصرف (٥) . وقطع بالمسألة في الإنصاف (٦) والحكم فيها ومعناها ظاهراً .

(وك) خنثى (مشكل) في الحكم (من) أي إنسان (لا ذكر له ولا فرج) له (ولا فيه علامة ذكر أو) علامة (أنثى) .

قال في المغني : « وقد وجدنا في عصرنا شيئاً شبيهاً بهذا لم يذكره الفرضيون ، ولم يسمعوا به ، فإننا وجدنا شخصين ليس لهما في قبلهما مخرج

(١) في (س) : لأنك .

(٢) لم أقف على هذا الشرح فيما بين يدي من المراجع .

(٣) في (ب) : أنه .

(٤) شرح منتهى الإرادات (٦٢٣/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٤٢/٤) .

(٥) انظر : المرجعين السابقين .

(٦) الإنصاف (٣٤٤/٧) .

لا ذكر ، ولا فرج . أما أحدهما فذكروا أنه ليس في قلبه إلا لحمة ناتئة كالربوة يرشح البول منها رشحاً على الدوام ، وأرسل إلينا يسألنا عن حكمه في الصلاة والتحرز من النجاسة في هذه السنة وهي سنة ستة عشرة وستمئة .

والثاني شخص ليس له إلا مخرج واحد فيما بين المخرجين منه يتغوط ومنه يبول .

وسألت من أخبرني عنه عن زيه ، فأخبرني أنه إنما يلبس لباس النساء (١) ويخالطهن ويغزل معهن ، ويعد نفسه امرأة .

وحدثت أن في بعض بلاد العجم شخصاً ليس له مخرج أصلاً ، لا قبل ولا دبر وإنما يتقايأ ما يأكله ويشربه ، فهذا وما أشبهه في معنى الخنثى إلا أنه لا يمكن اعتباره بمبالة وإن لم يكن له علامة أخرى فهو مشكل ينبغي أن يثبت له حكم الخنثى المشكل في ميراثه وأحكامه كلها . والله سبحانه وتعالى أعلم» (٢) انتهى .

(١) في (س) : الناس .

(٢) المغني (٩ / ١١٤) .

[باب : ميراث الغرقى ومن عمي موتهم]

هذا (باب) حكم (ميراث الغرقى) جمع غريق ، وحكم ميراث الهدمى ،
و (من عمى) أي خفي (موتهم) بأن لم يعلم أيهم مات أولاً (١) .

(إذا علم موت متوارثين معاً) أي في آن واحد (فلا إرث) أي فلا يرث هذا
من هذا ولا هذا من هذا ؛ لأنه لم يكن أحدهما حياً حين موت الآخر ، وشرط
الإرث حياة الوارث بعد المورث (٢) ، ولم يذكر الأصحاب في عدم الإرث هنا

(١) الغرقى : جمع غريق ، كقتيل ، وجريح . والغرق : الموت في الماء ، وقد غرق يغرق غرقاً فهو غريق .

وفي الحديث : ((اللهم إني أعوذ بك من الغرق)) أخرجه النسائي ، باب الاستعاذة من التردى والهدم
(٢٥٠/٨) ، المطلع ص (٣٠٩) ، الدر النقي (٥٩٤/٣) .

والهدمى ، فيجوز أن يكون جمع : هديم ، بمعنى مهذوم ، كجريح ، بمعنى مجروح ، لكني لم أر هديماً
منقولاً والله أعلم .

المطلع ص (٣٠٩) .

ويقول صاحب الدر النقي : الهدم : البناء إذا انهدم . وفي الحديث : ((والهدم)) جزء من حديث
أخرجه أبو داود في الصلاة (٩٢/٢) ، باب الاستعاذة (١٥٥٢) ، والنسائي في الاستعاذة
(٢٤٩/٨) ، باب الاستعاذة من التردى والهدم . انظر : الدر النقي (٥٩٤/٣) .

ومن عمي موتهم : أي خفي من قولهم عميت الأخبار عنك إذا خفيت .

المطلع ص (٣٠٩) .

(٢) حيث أنه يخفى أي الموتى كان أولاً فإنه يجدر بنا أن نعرف شروط الإرث إجمالاً لمعرفة مدى
مطابقتها مع هذا الباب وبالله التوفيق .

١ - تحقق حياة الوارث بعد موت المورث .

٢ - تحقق موت المورث .

٣ - العلم بالمقتضي للإرث .

انظر : العذب الفائض (١٧/١) .

خلافاً (١) .

(وإن جهل أسبق) المتوارثين موتاً ، (أو علم) أسبقهما (ثم نسي ، أو) علم أن أحدهما مات أولاً و (جهلوا عينه) فتارة يدعي ورثة كل واحد من الميتين سبق موت الآخر ، وتارة لا يدعون (فإن لم يدع ورثة كل سبق) موت (الآخر ورث كل ميت صاحبه) وهو قول عمر وعلي وشريح [٣٤٢/أ] وإبراهيم النخعي والشعبي (٢) .

قال الشعبي : « وقع الطاعون بالشام عام عمواس (٣) فجعل أهل البيت يموتون عن آخرهم ، فكتب في ذلك إلى عمر أن ورثوا بعضهم من بعض » (٤) .

(١) انظر : المغني (١٧٥/٩) ، الإنصاف (٣٤٧/٧) ، وقد حُكي الإجماع على ذلك في العذب الفاض (٩٦/٢) ، وانظر : التهذيب للكلوذاني ص (٢٥١) .

وانظر مزيداً من المراجع في : شرح خلاصة الفرائض (٨٤ ، ٨٥) ، والدر المختار مع حاشيته (٧٩٨/٦) ، شرح منح الجليل (٧٥٧/٤) ، التحفة الخيرية ص (٢١٣) ، التلخيص (٤١٧/١) .

(٢) انظر : مصنف عبد الرزاق (١٩١٥٠ ، ١٩١٥٢ ، ١٩١٥٣ ، ١٩١٥٥ ، ١٩١٥٦ ، ١٩١٥٧) ، وابن أبي شيبه (٣٧١/٧) ، الدارمي (٤٧٤/٢) ، والبيهقي في الكبرى (٢٢٢/٦) ، وهذا القسم الأول .

(٣) بكسر أوله وكسر ثانيه ، وقيل : وسكون ثانيه . وغيره الفتح أوله وثانيه ، وسين مهملة آخره : كورة من فلسطين قرب بيت المقدس ، وكانت عمواس قصبتها قديماً ، وهي ضيعة جليلة على ستة أميال من بيت المقدس ، منها كان ابتداء الطاعون المنسوب إليها في زمن عمر ، قيل : مات فيه خمسة وعشرون ألفاً .

مراصد الاطلاع (٩٦٣/٢) ، وانظر : تاج العروس (عموس) .

وتجدر الملاحظة بأن الرواية ذكرت عمواس زماناً ، وهو كما بينت مكان ، ولعل الرواية ذكرت ذلك من باب المجاز والله أعلم .

وقول الشعبي منقول من المغني (١٧١/٩) .

(٤) رواه سعيد في سننه (٨٤/١) ، وابن أبي شيبه (٢٧١/٧) ، والبيهقي في الكبرى (٢٢٢/٦) .

قال أحمد : « أذهب إلى قول عمر » (١) .

وروي عن إياس المزني (٢) : « أن النبي ﷺ سئل عن قوم وقع عليهم بيت ، فقال : يرث بعضهم بعضاً » (٣) .

قال في الإنصاف « بعد أن قدم القول بالتوارث ، وقال : إنه من مفردات المذهب » (٤) .

(١) انظر : شرح الزركشي (٥٣٧/٤) ، الإنصاف (٣٤٥/٧) ، الفروع (٤٣/٥) .

وفي المغني : أذهب إلى قول عمر وعلي وشريح وإبراهيم ، والشعبي . (١٧٠/٩) .

(٢) هو : إياس بن معاوية بن قرّة المزني ، أبو وائلة ، قاضي البصرة ، وأحد أعاجيب البشر في الفطنة والذكاء ، ويضرب به المثل ، فهو صادق الحدس ، عجيب الفراسة ، ملهماً ، وجيهاً عند الفقهاء ، توفي بواسط سنة (١٢٢ هـ) .

انظر : الأعلام (٣٣/٢) ، وفيات الأعيان (٨١/١) ، ميزان الاعتدال (١٣١/١) ، حلية الأولياء (١٢٣/٣) ، تهذيب التهذيب (٣٩٠/١) .

(٣) يقول ابن قدامة - رحمه الله تعالى - في المغني بعد ذكره لهذا الحديث : والصحيح أن هذا إنما هو عن إياس نفسه ، وأنه هو المسئول ، وليس برواية عن النبي ﷺ ، هكذا رواه سعيد في سننه (٨٥/١) ، كما أخرجه البيهقي (٢٢٣/٦) ، ومصنف ابن أبي شيبة (٣٧١/٧) ، ومصنف عبد الرزاق (١٩١٥٩) .

(٤) ويذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية إلى أنه لا توارث بينهم ، ومال كل لباقي ورثته الأحياء ؛ لأن شرط الإرث أن تثبت وفاة المورث قبل وفاة الوارث ، وحياة الوارث عند وفاة المورث ، كما قدمنا في الشروط ، وهنا انتفى اليقين من حياة الوارث بعد موت مورثه بحسب الوقائع والعلم .

واستدلوا بما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه أنه قال : أمرني أبو بكر الصديق - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بتوريث أهل اليمامة ، فورثت الأحياء من الأموات ، ولم أورث الأموات بعضهم عن بعض ، وأمرني عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بتوريث أهل طاعون عمواس ، وكانت القبيلة تموت بأسرها ، فورثت الأحياء من الأموات ، ولم أورث الأموات بعضهم عن بعض . وهكذا نقل عن علي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في قتلى الجمل وصفين .

انظر : سنن سعيد بن منصور (٨٦/١) ، والسنن الكبرى للبيهقي (٢٢٢/٦) ، مصنف عبد الرزاق =

وخرج أبو بكر ومن بعده منع توارث بعضهم من بعض » (١) .

(من تلاد ماله) أي من قديم ماله الذي مات وهو يملكه (دون) المتجدد له من (٢) (ما ورثه من الميت معه) ، لتلا يدخله الدور (٣) (فيقدر أحدهما مات أولاً ويورث الآخر منه ثم يقسم ما ورثه على الأحياء من ورثته ، ثم يصنع بالثاني كذلك) .

(ف) يكون الحكم (في أخوين أحدهما مولى زيد ، والآخر مولى عمرو) ماتا وجهل أسبقهما ، أو علم ثم نسي ولم يدع ورثة ، واحد سبق (٤) موت الآخر أنه (يصير مال كل واحد) منهما (لمولى الآخر) .

ومن صور ذلك : لو مات أخوان أكبر وأصغر فخلف الأكبر بنتاً وستة دراهم ، والأصغر بنتين وستة دراهم ، ولهما عم ، فقدر موت الأكبر قبل الأصغر .

= (١٩١٦٠ ، ١٩١٦١ ، ١٩١٦٢ ، ١٩١٦٣ ، ١٩١٦٤ ، ١٩١٦٥ ، ١٩١٦٦ ، ١٩١٦٧) ،
سنن الدارمي (٤٧٣/٢) ، الاستذكار (٥٠٧/١٥) .

وانظر : الإنصاف (٣٤٥/٧) ، منح الشفا الشافيات (٧٨/٢) ، الفتح الرباني (١٠٤/٢) ، المذهب الأحمد ص (٢٣٨) .

(١) المغني (١٧٠/٩) ، العذب الفائض (٩٦/٢) ، الإنصاف (٣٤٥/٧) .

(٢) انظر : المطلع ص (٣٠٩) ، وفي (ب) : بن .

(٣) أي الدور الحكمي ، فيرث كل منهما من مال نفسه .

والدور : أن يخرج من مال ميت قسط إلى ميت آخر بحكم الإرث منه ثم يرجع من ذلك القسط جزء إلى الميت الآخر بحكم الإرث منه أيضاً ، فيكون هذا الجزء الراجع من مال أحدهما إلى الآخر بحكم الإرث قد دار بينهما . العذب الفائض (١١٢/١) ، مع تغيير كلمة الولاء بالإرث منه .

وفي معجم لغة الفقهاء : عود الشيء إلى ما كان عليه ص (٢١١) .

(٤) في (ب) : يسبق .

فلبنته (١) ثلاثة دراهم ، ولأخيه (٢) ثلاثة ، لبنتيه وعمه (٣) ثم قدر موت الأصغر قبل الأكبر ، فلبنتيه أربعة دراهم (٤) ، وللأكبر درهمان (٥) . لبنته وعمه (٦) ، وعلى القول المخرج (٧) يصير ما لكل واحد منهما لمولاه .

قال في المقنع : « وهو أحسن إن شاء الله تعالى » (٨) انتهى .

ووجهه (٩) أن شرط التوارث حياة الوارث بعد موت الموروث ، وليس ذلك بمعلوم فلا يثبت مع الشك في شرطه (١٠) .

(١) أي بنت الأخ الأكبر .

(٢) أي أخيه الأصغر

(٣) للبنتين : ستة لكل واحدة ثلاثة . والعم الباقي : ثلاثة .

(٤) وهي الثلثان .

(٥) وهي الباقي .

وانظر المسألة في : العذب الفائض (٩٧/٢) .

٦ دراهم	٣		
٤	٢	الثلثان	بنتان
٢	١	ب	الأخ الأكبر
ب - إذا قدر موت الأصغر قبل الأكبر			

٦ دراهم	٢		
٣	١	الربع	بنت
٣	١	ب	الأخ الأصغر
أ - إذا قدر موت الأكبر قبل الأصغر			

(٦) درهم للبننت وهو النصف ، ودرهم للعم وهو الباقي .

(٧) أي المخرج لأبي بكر ، وقد قدمه المؤلف وهذا رأي جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية كما قدمنا .

(٨) المقنع (٤٤٨/٢) .

(٩) في (ب) : وشرطه .

(١٠) في (ب) : وشرحه . وانظر : كشاف القناع (٤٧٥/٤) .

(وفي زوج وزوجة وابنه) غرقوا أو انهدم عليهم مكان فماتوا وجهل أيهم مات أولاً أو علم ثم نسي (وخلف) الزوج (امرأة أخرى) أي غير التي غرقت أو ماتت من الهدم معه . (و) خلف أيضاً (أما وخلفت) (١) الزوجة التي ماتت معه (ابناً من غيره وأباً) .

تقول (٢) (مسألة الزوج من ثمانية وأربعين) فإن أصلها [من] (٣) أربعة وعشرين ؛ لأن فيها ثمناً وسدساً :

للزوجتين من ذلك الثمن لا ينقسم عليهما ، فتضرب عددهما في أربعة وعشرين تبلغ ثمانية وأربعين (لزوجته الميتة) من ذلك نصف الثمن (ثلاثة وللأب) أي أبي الزوجة من ذلك (سدس ولابنها الحي ما بقي) وهو خمسة أسداس فتكون مسألتها مما ورثته (٤) من زوجها ، من ستة ، وحينئذ (ترد مسألتها) وهي الستة (إلى وفق سهامها) أي سهام الزوجة الثلاثة (بالثلث) متعلق بوفق (اثنين) بدل من وفق سهامها ، وحاصل ذلك أن الستة ترد إلى اثنين لكونهما (٥) وفق الثلاثة ، ولابنه الذي مات معه (أربعة وثلثون) من مسألة أبيه ، تقسم على ورثة الابن الأحياء (لأم أبيه) من ذلك (سدس ولأخيه لأمه سدس) آخر (وما بقي) من ذلك وهو أربعة أسداس (لعصبته) أي عصة الابن (فهي) أي مسألة الابن إذا (من ستة توافق سهامه) التي هي أربعة وثلثون (بالنصف) فإذا أردت القسمة (فاضرب) وفق سهام الابن (ثلاثة في وفق سهام الأم اثنين) تكن ستة ، (ثم)

(١) هذه الكلمة مكررة في (ب) .

(٢) في (ف ، ب) : تعول .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٤) في (ب) : ورثت .

(٥) في (س) : لكونها .

اضرب الستة (في المسألة الأولى) أي مسألة الزوج التي هي (ثمانية وأربعون تكن) الأعداد التي تبلغها بالضرب (مائتين وثمانية وثمانين ومنها تصح) القسمة لورثة الزوجة الأحياء وهم أبوها وابنها ومن ذلك نصف الثمن : ثمانية عشر ، لأبيها : ثلاثة ، ولابنها [٣٤٢ / ب] خمسة عشر ، ولزوجته (١) الحية النصف الباقي من الثمن : ثمانية عشر ، ولأمه السدس ثمانية وأربعون ، ولورثة (٢) ابنه من ذلك ما بقي وهو الثلث والربع والثمن مائتان وأربعة أسهم . لجدته أم أبيه من ذلك سدسه : أربعة وثلاثون ، ولأخيه لأمه سدس آخر : أربعة وثلاثون ، ولعصبته ما بقي من ذلك مائة وستة وثلاثون .

(ومسألة الزوجة من أربعة وعشرين) أي تصح من ذلك وأصلها من اثني عشر :

للزوج الربع ثلاثة ، وللأب السدس اثنان ، وللبنين ما بقي وهو سبعة ، لا تنقسم عليهما فتضرب عدد رؤوسها في اثني عشر تبلغ أربعة وعشرين :

للزوج ربعها ستة ، وللأب سدسها أربعة ، وللبنين ما بقي وهو أربعة عشر سهماً لكل ابن سبعة . (فمسألة الزوج منها) أي من تركه زوجته (من اثني عشر) أي تقسم على اثني عشر سهماً .

لزوجته الحية من ذلك الربع : ثلاثة ، ولأمه السدس اثنان ، والباقي لعصبته إن كان (ومسألة الابن) الميت (منها) أي من تركه أمه (من ستة) أي تقسم على ستة أسهم .

لجدته أم أبيه من ذلك السدس : سهم واحد ، ولأخيه لأمه مثل ذلك ، والباقي

(١) في (س) : زوجته .

(٢) في (ب) : ولورثته .

لعصبته ، والاثنى عشر التي تقسم عليها مسألة الزوج توافق الستة بالأسداس ، فقد دخل (وفق مسألة الزوج) وهو (اثنان في مسألتها) أي مسألة الابن التي هي ستة فإذا أردت العمل (فاضرب ستة في أربعة وعشرين تكن مائة وأربعة وأربعين) ومنها تصح مسألة الزوجة :

لورثة الزوج الأحياء من ذلك الربع : ستة وثلاثون ، لزوجته ربعها تسعة ، ولأمه سدسها ستة ، والباقي لعصبته ، ولأبي الزوجة سدس المائة وأربعة وأربعين ، وهو أربعة وعشرون ، ولابنها الحي نصف الباقي ، وقدر نصفه اثنان وأربعون ، ولورثة ابنها الميت مثل ذلك يقسم بينهم على ستة .

لجدته لأبيه سدسه وهو سبعة ، ولأخيه لأمه مثل ذلك ، والباقي لعصبته . (ومسألة الابن) الميت (من ثلاثة) لأمه من ذلك الثلث واحد . (فمسألة أمه من ستة) لا ينقسم عليه الواحد (ولا موافقه) ولأبيه الباقي وهو اثنان . (ومسألة أبيه من اثني عشر فاجتزئ بضرب وفق) عدد (سهامه) من مسألتها (ستة في ثلاثة يكن) مبلغ ذلك (ثمانية عشر) للأم ثلث ذلك ستة تقسم على مسألتها ، ولأب الباقي وهو اثنا عشر يقسم على مسألة (١) . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(١) وهذه صورتها مجدولة :

أولاً : مسألة الزوج :

٢٨٨	٣ / ٦		٢ = ٦		٤٨	٢٤	
١٨					٣		زوجة
-				هـ	٣	٣	زوجة
٣٤ + ٤٨	١	جدة			٨	٤	أم
-		هـ			٣٤	١٧	ابن
٣٤ + ١٥	١	أخ لأم	٥	ابن			
٣			١	أب			
١٣٦	٤	عصبة					

=

(وإن ادعوه) (١) أي ادعى ورثة كل ميت من الهدمي أو الغرقى سبق موت صاحبه (ولا بينة) لواحد من الفريقين بما ادعاه (أو) كان لكل واحد بينة (وتعارضتا) أي البينتان (تحالفا ولم يتوارثا) .

قال في الفروع : « نص عليه واختاره الأكثر .

وقال جماعة : بلى وخرّجوا منها المنع في جهلهم الحال (٢) واختاره شيخنا .

= - لعمل الجامعة تضرب وفق مسألة الزوجة في مسألة الابن في المسألة الأولى $2 \times 3 \times 48 = 288$.

ثانياً : مسألة الزوجة :

١٤٤	٦		١٢		٢٤	١٢	
				هـ	٦	٣	زوج
٢٤					٤	٢	أب
	١	هـ			٧		ابن
٧ + ٤٢		أخ لأم			٧	٧	ابن
٩	١		٣	زوجة			
٧ + ٦		جدة	٢	أم			
٢١			٧	عصبة			
٢٨	٥	عصبة					

ثالثاً : مسألة الابن :

	١٨		٣	
تقسم على مسألتها ولا ترث منها شيئاً	٦	هـ	١	أم
تقسم على مسألتها ولا يرث هو فيها شيئاً	١٢		٢	أب

وانظر المسألة في : شرح منتهى الإرادات (٦٢١/٢ ، ٦٢٣ ، مطالب أولي النهى (٦٤٣/٤ - ٦٤٥) ، العذب الفائض (١٠١/٢ - ١٠٣) .

(١) هذا القسم الثاني وورثة كل ميت سبق موت الآخر .

(٢) في (ب) : المال .

[وقيل] (١) : بالقرعة .

وقال جماعة : إن تعارضت البينة ، وقلنا : يقسم قسم بينها ما اختلفا فيه نصفين « (٢) انتهى .

والأول قول الصديق ، وزيد ، وابن عباس ، والحسن بن علي (٣) ، وعمر بن عبد العزيز ، والأوزاعي ، والزهري وأكثر العلماء - رضي الله (٤) تعالى عنهم - .

والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها أن ورثة كل ميت في التي قبلها مقرر (٥) بسبق أحدهما ، وجهل عينه فلا دعوى فيها بسبق شخص معين فلا إنكار من ورثة الآخر ، وها هنا كل ورثة تدعي سبق موت صاحبه وورثة الآخر تنكره ، فإذا تحالفا سقط الدعوتان فلم يثبت السبق لواحد منهما لا معلوماً ولا مجهولاً فكان كما لو علم موتهما (٦) معاً [٣٤٣ / أ] .

(ف) على هذا لو اختلف وارث (في امرأة وابنها ماتا فقال زوجها : ماتت

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٢) الفروع (٤٤ / ٥) .

(٣) هو الحسن بن علي بن أبي طالب ، أبو محمد الهاشمي ، أمير المؤمنين سبط رسول الله - ﷺ - وريحانته من الدنيا ، وأحد سيدي شباب أهل الجنة . كان حليماً ورعاً فاضلاً ، ولي الخلافة بعد أبيه عدة أشهر ، ثم تنازل لمعاوية بشروط ، وصان الله بذلك جماعة المسلمين . توفي سنة (٥٠) وقيل غير ذلك .

انظر : الإصابة (٣٢٨ / ١) ، أسد الغابة (٩ / ٢) ، تهذيب التهذيب (٢٩٥ / ٢) ، صفة الصفوة (٣٧٤ / ١) .

(٤) انظر : المغني (١٧١ / ٩) ، الشرح الكبير (١٥٦ / ٧) .

(٥) في (ب) : تقر .

(٦) في (ب) : موتها . فلا تورث كما حكى الإجماع على ذلك . انظر : ص (٦٢٤) .

فورثناها ثم (مات (ابن فورثته) وحدي (وقال أخوها : مات ابنها) (١) أولاً (فورثته) أي ورثت منه (ثم ماتت فورثناها) ولا بينة لواحد منهما بدعواه أو كان لكل واحد منهما بينة وتعارضتا (حلف كل) من أخيها وزوجها (على إبطال دعوى صاحبه) لاحتمال صدقه في دعواه (وكان مخلف الابن لأبيه) وحده (و) كان (مخلف المرأة لأخيها وزوجها نصفين) (٢) .

وهذه الصورة هي التي نقل النص فيها ويلحق بها نظائرها (٣) .

(ولوعين ورثة كل) من الميتين (موت أحدهما) بوقت اتفقا على تعيينه (وشكوا هل مات الآخر قبله أو بعده ؟ ورث من شك في) وقت (موته من الآخر) .

قال في المحرر : « إذ الأصل بقاؤه » .

وقيل : « لا توارث بينهما بحال وهو بعيد » (٤) انتهى .

قال شارحه : « لأن الميت المعلوم التاريخ يقطع (٥) بموته وعدم بقائه بعد ذلك التاريخ ، والآخر بعد ذلك محتمل فلا تعارض بين المحتمل والمقطوع به فيجب إذاً تقديم المقطوع به (٦) انتهى .

(١) يدعي الأخ موت الابن ؛ لأنه عصبه ، ووجوده يحرمه الميراث . والزوج يدعي وجود الابن ليحرم الأخ من الميراث ، علماً بأن ميراث الزوج لا ينقص .

(٢) قال في كشف القناع : وكان ميراث الابن لأبيه عملاً باليقين . وكان ميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين . للزوج نصفه فرضاً ، والباقي لأخيها تعصيباً . وهذا قول الجمهور من العلماء (٤٧٥/٤) .

(٣) المغني (١٧١/٩) .

(٤) المحرر (٤١٠/١) ، وفيه وهو متعذر بل بعيد .

(٥) في (ف) : تقطع .

(٦) لم أقف على هذا الشرح .

(ولومات متوارثان) كأخوين (عند الزوال أو نحوه) كعند الشروق أو عند الغروب أو عند طلوع الفجر من يوم واحد (أحدهما) أي [أحد] (١) الميتين بمكان (بالشرق) كالسند (٢) ونحوها (والآخر) بمكان (بالمغرب) كفاس (٣) ونحوها (ورث من به) أي بالمغرب (من الذي) مات (بالشرق لموته) أي موت الذي بالشرق (قبل) أي قبل الذي بالمغرب [بناء على اختلاف الزوال ؛ لأنه يكون بالشرق قبل كونه بالمغرب] (٤) .

قال في الإنصاف : « قال في الفائق وقال : ذكره بعض العلماء ، قال : وهو صحيح ، قلت فيعايا بها .

ولو ماتا عند ظهور الهلال (٥) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٢) السند - بالكسر ، ثم السكون ، وآخره دال مهملة - بلاد بين الهند وكرمان وسجستان قصبتها المنصورة .

مراصد الاطلاع (٧٤٦/٢) .

(٣) فاس - بالسين المهملة ، بلفظ فأس النجار - : مدينة كبيرة مشهورة على برّ المغرب في بلاد البربر ، وهي حاضرة البحر ، وأجل مدنه قبل أن تخطط مراكش ، وهي مختطة بين ثنتين عظيمتين ، وقد تصاعدت في جنبها على الجبل ، حتى بلغت مستواهما ، وقد تفجرت كلها عيوناً في غربيها على ثلثي فرسخ منها نهر ، وينساب يمناً وشمالاً في مروج خضراء ، فإذا انتهى إلى المدينة افترق منه ثمانية أنهر ، تشق المدينة ، عليها نحو ستمائة رحي دائرة كلها ، وهي مدينتان في جهة مدينة في سفح الجبل ، وهما عدوة الأندلسيين ، وعدوة القرويين ، ولكل عدوة من العدوتين خاصية ليست في الأخرى ، وهي غربي ستة ، وبينهما مسيرة عشرة أيام .

انظر : مراصد الاطلاع (١٠١٤/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

(٥) في (ب) : الهلاك .

قال في الفائق : فتعارض في المذهب ، والمختار أنه كالزوال انتهى .

فيعايا بها (١) أيضاً على اختياره ، (٢) انتهى كلامه في الإنصاف .

(١) يعايا بهذه المسألة ، فيقال : إخوان ماتا معاً عند الزوال وورث أحدهما الآخر .

انظر : العذب الفائض (١٠٤/٢) .

(٢) الإنصاف (٣٤٧/٧) .

[باب : ميراث أهل الملل]

هذا (باب) حكم (ميراث أهل الملل) جمع ملة بكسر الميم ، وهي الدين والشرعية (١) .

من موانع (٢) الإرث : اختلاف الدين فمتى (٣) كان دين الميت مباحاً لدين نسيبه أو زوجه أو زوجته فلا إرث (٤) . وإلى تفصيل الحكم في ذلك أشير (٥) بقوله : (لا يرث مباين في دين) ؛ لما روى (٦) أسامة بن زيد (٧) أن النبي - ﷺ - أنه قال : « لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر » . متفق عليه (٨) .

(١) المطلع ص (٣١٠) ، المصباح المنير (٥٨٠/٢) ، تهذيب الأسماء والصفات (١٤٣/٢/٢) . قال تعالى : ﴿ ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنْ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفًا ﴾ [سورة النحل ، آية رقم (١٢٣)] .

(٢) الموانع : جمع مانع ، بمعنى الحائل والحاجز بين شيئين .

واصطلاحاً : هو ما يلزم من وجوده العدم ، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته .

انظر : لسان العرب (٣٤٣/٨) ، شرح الكوكب المنير (٤٥٦/١) ، العذب الفائق (٢٣/١) .

(٣) في (ب) : فما .

(٤) سبق الحديث عن أسباب الإرث ، وفي هذا الباب وما بعده يتحدث المؤلف عن موانع الإرث ومدى منعها ، واختلاف العلماء في ذلك .

(٥) في (س) : تبين .

(٦) النقل من المغني (١٥٤/٩) وما بعدها .

(٧) هو : أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحيل ، أبو محمد . صحابي ، جليل . ولد بمكة ، نشأ على الإسلام ، حب رسول الله - ﷺ - . أقره الرسول - ﷺ - على جيش عظيم ، مات النبي - ﷺ - قبل أن يتوجه ، فأنفذه أبو بكر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وكان عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - يجله ويكرمه . توفي سنة (٥٤ هـ) .

انظر : الإصابة (٣١/١) ، أسد الغابة (٦٤/١) ، الأعلام (٢٨١/١) .

(٨) أخرجه البخاري (٦٣٨٣) ، كتاب الفرائض ، باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٤) ، كتاب الفرائض ، باب : قدر الطريق إذا اختلفوا فيه .

وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو (١) قال : قال رسول الله - ﷺ - : ((لا يتوارث أهل ملتين [شتى] (٢))) (٣) .

وقد انعقد الإجماع أن لا يرث الكافر المسلم بغير ولاء (٤) .

والذي عليه جمهور الصحابة والفقهاء ، أن المسلم لا يرث الكافر أيضاً بغير ولاء (٥) .

(١) هو : أبو محمد ، صحابي قرشي ، أسلم قبل أبيه ، من أكثر الصحابة رواية ، تسمى صحيفته الصادقة ، توفي سنة (٦٥ هـ) .

انظر : طبقات ابن سعد (٨/٤) ، الإصابة (٣٥١/٢) ، تهذيب التهذيب (٣٣٧/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) انظر : مسند الإمام أحمد (٦٦٦٤) وقال المحقق : صحيح .

ورواه أبو داود (٢٩١١) كتاب الفرائض ، باب هل يرث المسلم الكافر .

وابن ماجه ، كتاب الفرائض ، باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك (٢٧٣١) ، ولم يذكر ابن ماجه كلمة (شتى) .

وانظر : تحفة الإشراف (٨٧٨٠) .

ورواه البيهقي في الكبرى (٢١٨/٦) .

والدراقطني (٧٢/٤) .

والحاكم (٣٤٥) .

وعبد الرزاق (٩٨٥٧ ، ١٩٣٠٥) ، وللترمذي من حديث جابر ولم يذكر أيضاً كلمة (شتى) في الفرائض باب لا يتوارث أهل ملتين .

(٤) المغني (١٥٦/٩) ، مراتب الإجماع ص (١٠٩) ، موسوعة الإجماع (١٠٤٩/٢) .

(٥) فإذا كان الرقيق المعتق كافراً والمعتق مسلماً ، فإنه يرث معتوقه غير المسلم . والعكس صحيح وهذا بالإجماع كما نقله مؤلفنا - رحمه الله تعالى - وانظر : المغني (١٥٤/٩) .

وروي عن عمر ومعاذ ومعاوية (١) - رضي الله عنهم - أنهم ورثوا المسلم من الكافر ولم يورثوا الكافر من المسلم . واختاره الشيخ تقي الدين (٢) .

قال في الفروع : « وورث شيخنا المسلم من الذمي (٣) لئلا يمتنع قريبه من الإسلام ولوجوب نصرهم (٤) ، ولا ينصروننا ولا موالاة كمن آمن ولم يهاجر ننصره ولا ولاء له للآية ، فهؤلاء لا ينصروننا ، ولا هم بدارنا لننصرهم (٥) دائماً فلم يكونوا يرثون ولا يورثون ، والإرث كالعقل (٦) .

(١) سنن سعيد بن منصور (٦٦/١) ، الاستذكار (٤٩٠/١٥) ، وذكر أنه لا يصح عن عمر بن الخطاب - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فروى عمر أنه قال في أهل الكفر : لا يرثهم ولا يرثوننا . وذكر مزيداً من الآثار بهذا المعنى (٤١٩/١٥) .

وانظر : سنن الدرامي (٤٦٥/٢) .

والبيهقي في الكبرى (٢١٨/٦) ، ينفي ذلك عن عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ، كما نفى ذلك ابن قدامة في المغني (١٥٥/٩) .

(٢) اختيارات ابن تيمية ص (١٩٦) .

(٣) أهل الذمة : الكفار المقيمون تحت ذمة المسلمين بالجزية . وفي الحديث : أن يهودياً قال للنبي - ﷺ - : ((أبا القاسم إن لي ذمة وعهداً)) . في البخاري كتاب تفسير سورة الأنبياء ، باب قول الله تعالى : ﴿ وَإِنَّ يُوسُفَ لَمِنَ الْمُرْسَلِينَ ﴾ . حديث (٣٤١٤) .

وفي وصية عمر : ((أوصيكم بذمة الله وذمة رسوله)) أخرجه البخاري في الجزية والموادعة باب الوصاة بأهل ذمة رسول الله - ﷺ - (٣١٦٢) .

وأهل الذمة : أهل العقد ، والذمة الأمان والضمان والعهد .

انظر : الدر النقي (٢٩٠/٢) ، والمطلع ص (٢٢١) .

(٤) في (ب) : تضرهم .

(٥) في (ب) : ولأنهم يدالونا لننصرهم .

(٦) العقل : الدية .

وقد بين في قوله تعالى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ ﴾ (١) أن القريب المشارك في الإيمان والهجرة أولى ممن (٢) ليس بقربة وإن كان مؤمناً مهاجراً . ولما فتحت مكة توارثوا ومن لزمته الهجرة ولم يهاجر فالآية [فيه] (٣) إلا من (٤) له هناك نصرة وجهاد (٥) بحسبه (٦) فيرث .

وفي ذلك الرد على [٣٤٣/ب] الزنادقة : أن الله حكم على المؤمنين لما هاجروا أن لا يتوارثوا إلا بالهجرة ، فلما كثر (٧) المهاجرون رد الله الميراث على الأولياء هاجروا أو (٨) لم يهاجروا (٩) .

وفي عيون المسائل : « كان التوارث في الجاهلية ثم في صدر الإسلام بالحلف والنصرة ، ثم نسخ إلى الإسلام والهجرة بقوله : ﴿ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِّنْ وَلِيَّتِهِم مِّن شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا ﴾ (١٠) ، فكانوا يتوارثون بالإسلام

= انظر : الدر النقي (٧٢١/٣) .

(١) سورة الأحزاب ، آية رقم (٦) .

(٢) في (ب) : من .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٤) في (ب) : لمن .

(٥) في (ب) : وجهاً .

(٦) في (ب) : ويحبسه .

(٧) في (ب) : كثروا .

(٨) في (ب) : و .

(٩) انظر : تفسير ابن كثير (٤٦٨/٣) ، تفسير البغوي (٢٣٢/٥) .

(١٠) سورة الأنفال ، آية رقم (٧٢) .

والهجرة مع وجود النسب ثم نسخ بالرحم والقراة » .

قال : فهذا نسخ مرتين كذا رواه عكرمة . انتهى كلامه في الفروع (١) .

وعلى المذهب (إبالولاء) (٢) ؛ لما روى جابر أن النبي - ﷺ - قال :
(لا يرث المسلم النصراني (٣) ، إلا أن يكون عبده أو أمتة) رواه الدار قطني (٤) .
ولأن ولاءه له بالإجماع وهو شعبة من الرق فورثه به كما يرثه قبل العتق (٥) .

(١) الفروع (٥٠/٥) ، وانظر : الناسخ والمنسوخ للواحد ص (١٧٩ ، ١٨٠) ، نواسخ القرآن لابن الجوزي (٤٥٦/٢) ، وقال أبو عبيد : نسختها ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ ﴾ ص (٢٢٤) .

(٢) الجامع للخلال . (جزء منه) رسالة دكتوراه المجلد الثاني ص (٤١٢) . وسيأتي بالرواية المقابلة للمذهب .

(٣) جمعها نصارى . نسبة إلى قرية بالشام ، يقال لها : نصران وناصره . وهم أتباع عيسى عليه السلام .

انظر : المطلع ص (٢٢١) ، والقاموس المحيط (٦٢٢) .

(٤) سنن الدار قطني (٧٤/٤) .

ومصنف عبد الرزاق (١٩٣١٠ ، ٩٨٦٥) .

وسنن الدارمي (٤٦٥/٢) .

والبيهقي في الكبرى (٢١٨/٦) .

والاستذكار (٤٩٧/١٥) .

(٥) الإجماع على ثبوت الولاء فقط .

انظر : المغني (٢١٧/٩) ، وانظر : شرح الزركشي (٥٢٨/٤) .

واحتج بأن علياً قال : الولاء شعبة من الرق . انتهى . فكما أن الرق يثبت مع اختلاف الدين كذلك الولاء يثبت مع اختلاف الدين ، وفي هذا الاستدلال نظر ، فإنه لا نزاع في ثبوت الولاء ، إنما النزاع في ثبوت الإرث به ، ولعل أحمد - رحمه الله تعالى - فهم أن المراد بقول علي الإرث . أ . ه . =

وعنه : « لا إرث بالولاء مع المباينة ^(١) في الدين » ^(٢) .

وعلى المذهب (و) إلا (إذا أسلم كافر قبل قسم ميراث موروثه المسلم) فإنه [يرث] ^(٣) بذلك . نقله الأثرم ^(٤) ومحمد بن الحكم واختاره الشريف وأبو الخطاب في خلافيهما ^(٥) .

قال في الإنصاف : « هذا المذهب جزم به في الوجيز وغيره » .

قال في الرعايتين : « هذا المذهب » ^(٦) .

قال الزركشي : « هذا المشهور » ^(٧) . انتهى .

[حتى] ^(٨) (ولو) كان الوارث (مرتدأ) ^(٩) حين موت مورثه ثم أسلم قبل

= وأثر الإمام علي في سنن البيهقي الكبرى (١٠ / ٣٠٢ ، ٣٠٥) .

(١) ف (ب) : المنافية .

(٢) الإنصاف (٣٤٨/٧) ، المبدع (٢٣٢/٦) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

(٤) هو : أحمد بن محمد بن هانيء ، أبو بكر الأثرم ، ثقة حافظ ، إمام حافظ له تصانيف . مات سنة (٢٧٣هـ) . سمع من الإمام أحمد ، ونقل عنه مسائل كثيرة .

انظر : طبقات الحنابلة (٦٦/١) ، تذكرة الحفاظ (٥٧٠/٢) ، سير أعلام النبلاء (٦٣٣/١٢) ، طبقات الحفاظ (٢٥٦) ، المنهج الأحمد (٦٦/١) ، تاريخ بغداد (١١٠/٥) .

(٥) الإنصاف (٣٤٨/٧) ، وانظر : التهذيب للكلوزاني ص (٢٤٢) ، شرح الزركشي (٥٣٣/٤) .

(٦) المراجع السابقة . وسيأتي المؤلف بمقابل المذهب بعد قليل .

(٧) شرح الزركشي (٥٣٥/٤) ، الإنصاف (٣٤٨/٧) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٩) الردة في اللغة : الرجوع ، ومنه رد بشيء إذا أعاده ، وقد تأتي الردة بمعنى الإرتداد ، ومنها ردة =

قسم التركية (بتوبة) .

(أو) كان (زوجة) وأسلمت (في عدة) نص على ذلك في رواية البرزاطي (١) (٢) .

ونقل أبو طالب فيمن أسلم بعد الموت : لا يرث . قد وجبت المواريث لأهلها ، وروي عن علي . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاووس ، والزهرى ، وسليمان بن يسار (٣) ، والنخعي ، والحكم ، وأبو الزناد (٤) ،

= الصوت : أي صداه .

انظر : لسان العرب (١٧٣/٣) ، المصباح المنير (١٠٩/١) .

وفي الاصطلاح : الإتيان بما يخرج به عن الإسلام ، إما نطقاً ، وإما اعتقاداً ، وإما شكاً . كذا ذكره المصنف في المغني وقد يحصل بالفعل .

انظر : المطلع ص (٣٧٨) ، الدر النقي (٧٤٤/٣) ، المغني (٢٦٤/١٢) .

(١) هو : أبو الفرج بن الصباح البرزاطي ، - والبرزاطي بضم الباء الموحدة ، وسكون الراء ، وفتح الزاي بعدها ألف - قيل : أن برزاط من قرى بغداد ، ممن نقل عن الإمام أحمد .

انظر : طبقات الحنابلة (٢٥٥/١) ، المنهج الأحمد (٤٤١/١) ، المقصد الأرشد رقم (٨٢٩) ، الدر المنضد (٧٩/١) .

(٢) الإنصاف (٢٤٩/٧) ، المحرر (٤١٣/١) ، الفروع (٥١/٥) ، المبدع (٢٣١/٦) .

(٣) هو : سليمان بن يسار ، أبو أيوب ، الهلالي ، المدني ، من فقهاء التابعين . يعد من الفقهاء السبعة بالمدينة . من أعلم ما في عصره . ثقة مأمون ، فاضل . توفي سنة (١٠٧ هـ) .

انظر : تهذيب التهذيب (٢٢٨/٤) ، تذكرة الحفاظ ، النجوم الزاهرة (١٢٥٢) ، الأعلام (٣٠١/٣) ، سير أعلام النبلاء (٤٤٤/٤) .

(٤) هذا النقل من : المغني (١٦٠/٩) ، والآثار انظر في : سنن سعيد بن منصور (٧٥/١) ، ومصنف عبد الرزاق (١٩٣١٩ ، ١٩٣٣٣) ، ومصنف ابن أبي شيبة في الرجل والمرأة يسلم قبل أن يقسم الميراث (٤٠٦/٧) .

وللرواية الثانية عن الإمام أحمد انظر : مراجع هامش رقم (٥) ص (٥٦٢) .

وأبو حنيفة (١) ، ومالك (٢) ، والشافعي (٣) .

ونحو الأول مروى عن عمر وعثمان (٤) والحسن بن علي وابن مسعود . وبه قال جابر بن زيد والحسن ومكحول وقتادة وحميد (٥) وإياس بن معاوية وإسحاق (٦) . وسنده قول النبي - ﷺ - : ((من أسلم على شيء فهو له)) . رواه سعيد في سننه (٧) من طريقين عن عروة (٨) ، وابن أبي مليكة (٩) عن النبي ﷺ .

= وأبو الزناد : هو عبد الله بن ذكوان القرشي ، أبو عبد الرحمن ، المدني ، المعروف ، بابي الزناد . ثقة ، فقيه ، صاحب كتابة وحساب عالماً بالعربية ، توفي سنة (٣٣١ هـ) ، بالمدينة .

انظر : تقريب التهذيب (٤١٣/١) ، الأعلام (٨٥/٤) .

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (٧٦٧/٦) .

(٢) الذخيرة (٢١/١٣) .

(٣) شرح الترتيب (١٢/١) .

(٤) انظر : المغني (١٦٠/٩) ، وعن عمر وعثمان خاصة ، انظر : سنن سعيد بن منصور (٧٥/١) ، (٧٧) ، وانظر مصنف عبد الرزاق (١٩٣٢٠ ، ١٩٣٣٢) ، ومصنف ابن أبي شيبة (٤٠٦/٧) .

(٥) هو : حميد بن أبي حميد الطويل ، أبو عبيدة البصري . اختلف في اسم أبيه على نحو عشرة أقوال ، ثقة مدلس . عيب في دخوله في شيء من أمر الأمراء ، الخامسة ، مات سنة (٤٤٢ هـ) ، وهو قائم يصلي ، وله خمس وسبعون سنة .

انظر : تقريب التهذيب (٢٠٢/١) .

(٦) انظر : المغني (١٦٠/٩) .

(٧) سنن سعيد بن منصور (٧٦/١) . وسنن البيهقي الكبرى (١١٣/٩) .

(٨) هو : عروة بن الزبير بن العوام ، أبو عبد الله القرشي الأسدي المدني ، أحد الفقهاء السبعة ، وهو شقيق عبد الله بن الزبير ، مات سنة (٩٣ هـ) .

انظر : تذكرة الحفاظ (٩١/١) ، العبر (٨٢/١) ، التقريب (١٩/٢) ، تهذيب الأسماء واللغات (٣٣١/١) ، الأعلام (١٧/٥) .

(٩) هو : عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة ، أبو بكر ، ويقال : أبو محمد التميمي المكي ، تابعي ثقة =

وروى أبو داود وابن ماجه بإسنادهما عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ - : ((كل قَسْمٍ قُسِمَ في الجاهلية فهو على ما قسم ، وكل قسم أدركه الإسلام ، فإنه على قسم الإسلام)) (١) .

وروى ابن عبد البر بإسناده في التمهيد عن زيد بن قتادة العنبري (٢) ((أن إنساناً من أهله مات على غير دين الإسلام فورثته أختي دوني وكانت على دينه ، ثم إن جدي أسلم وشهد مع النبي ﷺ - حيناً فتوفي فلبثت سنة (٣) وكان ترك ميراثاً ثم إن أختي أسلمت فخاصمتني في الميراث إلى عثمان - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فحدثه عبد الله بن أرقم (٤) أن عمر قضى أنه من أسلم على ميراث قبل أن يقسم فله نصيبه

= كبير الحديث ، كان إمام الحرم وشيخه ومؤذنه الأمين . أدرك ثلاثين من الصحابة ، وروى الحديث الشريف . ولاءه ابن الزبير قضاء الطائف . توفي سنة (١١٨ هـ) .

انظر : تهذيب التهذيب (٣٠٦/٥) ، وشذرات الذهب (١٥٣/١) ، الأعلام (٢٣٦/٤) .

(١) رواه أبو داود كتاب الفرائض ، باب فيمن أسلم على ميراث (٢٩١٤) .

وابن ماجه كتاب الرهون ، باب قسمة الماء (٢٤٨٥) .

وانظر : تحفة الأشراف (٨٤٨٢) .

(٢) يقول محقق سنن سعيد بن منصور « الأعظمي » : لم أجد في الرواة من يسمى زيد بن قتادة ، وأما يزيد بن قتادة ، فذكره البخاري ، وابن أبي حاتم ، وذكره ابن حجر في شيوخ حسان بن بلال ، ثم وجدت في مصنف عبد الرزاق أيضاً : يزيد ابن قتادة . ١ هـ .

أقول : وقد بحثت كثيراً عن زيد بن قتادة ، فلم أجد إلا ما ذكره الأعظمي .

(٣) في (ب) : ستة .

(٤) هو : عبد الله بن الأرقم بن عبد يغوث بن وهب بن عبد مناف بن زهرة القرشي ، الزهري ، صحابي معروف ، ولاءه عمره بيت المال ، ومات في خلافة عثمان .

انظر : الإصابة (٤/٦) ، تقريب التهذيب (٤٠١/١) .

فقضى به عثمان فذهبت (١) بذلك الأول وشاركتني في هذا (((٢) .

وهذه قضية انتشرت ولم تنكر فكان الحكم فيها كالمجمع عليه (٣) .

والحكمة في ذلك : الترغيب في الإسلام ، والحث عليه ، فعلى هذا لو أسلم قبل القسم بعض الميراث وقسم البعض الآخر ورث مما بقى دون ما قسم . فأما إذا قسم الجميع وتعين حق كل وارث ثم أسلم فلا شيء له .

وأما إن كان الوارث واحداً فإذا تصرف في التركة واختارها كان ذلك بمنزلة قسمتها (٤) .

و (لا) يرث من أسلم قبل قسم الميراث إن كان (زوجاً) قال في القاعدة الخامسة [٣٤٤/أ] والأربعين بعد المائة : « ومنها لو مات مسلم وزوجته ذمية فأسلمت في العدة قبل قسمة ميراثه فنص أحمد في رواية البرزاطي على أنها ترث ما لم تنقضي عدتها .

وعلى هذا فلو أسلمت المرأة أولاً ثم ماتت في العدة لم يرثها زوجها الكافر ، ولو أسلم قبل القسمة ، [لانقطاع علق الزوجية عنه بموتها .

وحكى القاضي عن أبي بكر أن الزوجين لا يتوارثان بالإسلام قبل

(١) في (ب) : فذهب .

(٢) التمهيد (٥٧/٢) .

كما أخرجه عبد الرزاق (١٩٣٢٠) .

وسعيد بن منصور (٧٥/١) .

(٣) انظر : المغني (١٦١/٩) ، وانظر : الشرح الكبير (١٦٢/٧) .

(٤) انظر : المغني (١٦١/٩) ، الشرح الكبير (١٦٢/٧) ، المبدع (٢٣١/٦) .

القسمة [(١) بحال . قال : وظاهر كلام الأصحاب خلافه ، وأنه لا فرق في ذلك بين الزوجين وغيرهما كما يرث الزوجان من الدية سواء قيل بحدوثها (٢) على ملكهم أو على ملك الموروث ولم يذكر القاضي المنصوص عن أحمد » (٣) . انتهى .

(ولا) يرث (من عتق بعد موت أبيه أو نحوه) كأمه وأخيه (٤)
(قبل القسم) أي [قبل] (٥) قسم ميراث قرابة (٦) الميت . نص عليه في رواية ابن الحكم (٧) .

قال في الهداية : « رواية واحدة » (٨) .

وقال في المقنع : « وجهاً واحداً » (٩) .

وذكر ابن أبي موسى فيه رواية أنه يرث (١٠) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

وانظر : الجامع (٤٠٧/٢ ، ٤٠٨) .

(٢) في (ب) : قبل حدوثها .

(٣) القواعد ص (٣١٩) ، والمسألة الفقهية (٦٦/٢) .

(٤) في (س) : أبيه .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

(٦) في (ب) : قرابته .

(٧) المغني (١٦١/٩) .

(٨) الهداية (١٧٤/٢) .

(٩) المقنع (٤٤٩/٢) .

(١٠) الإنصاف (٣٤٩/٧) .

وخرجه التميمي على الإسلام (١) .

قال ابن حمدان : « والمذهب (٢) توريث من أسلم لا (٣) من عتق » (٤) .

والفرق أن الإسلام أعظم الطاعات والقرب (٥) وورد الشرع بالتأليف عليه ،
فورد الشرع بتوريثه ترغيباً له في الإسلام والعتق لا صنع له فيه ولا يحمده (٦) عليه
فلم يصح قياسه عليه . ولولا ما ورد من الأثر في توريث من أسلم لكان النظر أن لا
يرث من لم يكن من أهل الميراث حين الموت ، لأن الملك ينتقل بالموت إلى
الورثة فيستحقونه فلا يبقى لمن حدث شيء لكن خالفناه في الإسلام للأثر ، وليس
في العتق أثر يجب التسليم له ، ولا هو في معنى ما فيه الأثر (٧) ، فيبقى على موجب
القياس (٨) .

(ويرث الكفار بعضهم بعضاً ولو أن أحدهما ذمي والآخر حربي) (٩) أو (أن

(١) المرجع السابق .

(٢) في (ب) : أحمد أن المذهب .

(٣) في (ب) : إلا .

(٤) المبدع (٢٣٢/٦) .

(٥) في (س) : والفقر .

(٦) في (ف ، ب) : ولا يحمل .

(٧) الشرح الكبير (١٦٢/٧) .

(٨) المغني (١٦٢/٩) ، الشرح الكبير (١٦٢/٧) ، المبدع (٢٣٢/٦) .

(٩) الحربي : منسوب إلى الحرب ، وهو القتال . والتباعد والبغضاء أيضاً ، يقال : قتل حال الحرب ، أي :
حال القتال . ودار الحرب : أي دار التباعد والبغضاء ، فالحربي بالاعتبار الثاني .

المطلع ص (٢٢٦) .

أحدهما (مستأمن ^(١) والآخر ذمي أو حربي إن اتفقت أديانهم) .

قال في الفروع : « ويتوارث حربي ومستأمن ، وذمي ومستأمن » .

وفي المنتخب : « يرث مستأمناً ورثته بحرب لأنه حربي » .

وفي الترغيب : « هو في حكم ذمي » .

وقيل : « حربي » .

نقل أبو الحارث : « الحربي المستأمن يموت هنا يرثه ورثته . وكذا ذمي وحربي . نقله يعقوب ^(٢) ، وقاله القاضي في تعليقه .

قال في الانتصار : « وهو الأقوى في المذهب » .

قال الشيخ : « هو قياسه » .

وفي المحرر : « اختار الأكثر : لا » . وذكره أبو الخطاب في التهذيب اتفاقاً ^(٣) . انتهى كلامه في الفروع .

قال في المغني : « وقياس المذهب عندي أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وإن

(١) المستأمن : هو من الأمان : ضد الخوف .

والمستأمن : من دخل دار الإسلام بأمان طلبه .

المطلع ص (٢٢٠) .

(٢) لعله : يعقوب بن إبراهيم بن كثير بن زيد بن أفلح بن منصور بن مزاحم ، المعروف بالدورقي . رأى الليث بن سعد . نقل عن الإمام أشياء كثيرة . مات سنة (٢٥٢ هـ) .

انظر : طبقات الحنابلة (٤١٤/١) ، المنهج الأحمد (٣٦٩/١) ، البداية والنهاية (١١/١١) .

(٣) الفروع (٥١/٥) ، المحرر (٤١٣/١) ، التهذيب ص (٢٣٤) .

اختلفت ديارهم (١) ؛ لأن العمومات من النصوص (٢) تقتضي توريثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع ، ولا يصح فيهم قياس فيجب العمل بعمومها ومفهوم قوله - عليه الصلاة والسلام - : « لا يتوارث أهل ملتين شتى » (٣) . أن أهل الملة الواحدة يتوارثون .

وضبط التوريث بالملة والكفر والإسلام دليل على أن الاعتبار به دون غيره .

ولأن مقتضى التوريث موجود فيجب العمل به إذا لم يقم (٤) دليل على تحقيق (٥) المانع .

وقد نص أحمد في رواية الأثرم (٦) فيمن دخل إلينا بأمان فقتل أنه يبعث بديته إلى ملكهم حتى يدفعها (٧) إلى ورثته .

وقد روي أن عمرو بن أمية (٨) كان مع أهل بئر معونة (٩) فسلم ورجع إلى

(١) أي : أوطانهم .

الدر النقي (٤٨٨/٢) .

(٢) في (ب) : المنصوص .

(٣) سبق تخريجه ص (٥٥٨) .

(٤) في (ب) : يفهم .

(٥) في (ب) : تحقق .

(٦) في (س) : الأثر .

(٧) في (س) : يدفعها .

(٨) هو : عمرو بن أمية بن خويلد بن عبد الله ، أبو أمية الضمري ، صحابي مشهور . أول مشاهده بئر معونة . مات في خلافة معاوية . قيل : سنة (٦٠ هـ) .

انظر : الإصابة (٨٥/٧) ، تقريب التهذيب (٦٥/١) .

(٩) بئر معونة : أرض بين بني عامر وحرّة بني سليم ، وهي إلى هذه أقرب . وقيل : هي من جبال يقال =

المدينة فوجد رجلين في طريقه من الحي الذي قتلوهما وكانا أتيا النبي - ﷺ - في أمانه فلم يعلم عمرو فقتلهما، فوداهما النبي - ﷺ - (١) . ولا شك أنه بعث بديتهما إلى أهلهما .

وقال [٣٤٤/ب] القاضي : « قياس المذهب عندي أنه لا يرث حربي ذمياً ، ولا ذمي حربياً ؛ لأن الموالاة (٢) بينهما منقطعة . فأما المستأمن فيرثه أهل الحرب وأهل دار الإسلام » . وبهذا قال الشافعي (٣) وبه قال أبو حنيفة (٤) . إلا أن المستأمن لا يرثه الذمي ؛ لأن دراهما مختلفة .

قال القاضي : « ويرث أهل الحرب بعضهم بعضاً سواء اتفقت ديارهم أو اختلفت » ، وهذا قول الشافعي (٥) .

وقال أبو حنيفة : « إن اختلفت ديارهم بحيث كان لكل طائفة ملك ، ويرى

= لها : أبلى في طريق المُصْعَد من المدينة إلى مكة لبني سليم ، عندها كانت غزوة الرجيع وبئر معونة ، وقصتها تطول . تنظر في كتب السيرة .

انظر : مراصد الإطلاع (١٤٢/١) ، عيون الأثر (٦٧/٢) ، إنارة الدجى (١٦٩/١) ، تهذيب سيرة ابن هشام ص (١٦٧) ، فقه السيرة للبوطي ص (٢٥٢) .

(١) طبقات ابن سعد (٥١/٢ ، ٥٢) ، سيرة ابن هشام (٩٨٩/٣) ، دلائل النبوة للبيهقي (٣٣٨/٣) ، سيرة ابن كثير (١٣٩/٣) .

وقوله : فوداهما : أي أدى الدية للأولياء .

(٢) الموالاة : المناصرة كما تقدم .

(٣) الوسيط (٣٦١/٤) ، شرح الترتيب (١٤/١)

(٤) المبسوط (٣٣/٣٠) ، شرح السراجية ص (٨) .

(٥) أسنى المطالب (٢٦/٣) ، نهاية المحتاج (٢٨/٦) .

بعضهم قتل بعض لم يتوارث ؛ لأنهم لا موالاة بينهم أشبه أهل دار الحرب » (١) .

فجعلوا اتفاق الدار واختلافهما ضابطاً للتوريث وعدمه ، ولا نعلم في هذا حجة في (٢) كتاب ولا سنة مع مخالفته لعموم النص المقتضى للتوريث ولم يعتبروا الدين في اتفاه ولا اختلافه مع ورود الخبر [فيه] (٣) وصحة العبرة به ، فإن المسلمين يرث بعضهم بعضاً وإن اختلفت الدار بهم فكذلك الكفار. ولا يرث المسلم كافراً ، ولا كافراً مسلماً لا اختلاف الدين بهم ، فكذلك لا يرث مختلف الدين أحدهما من صاحبه شيئاً » (٤) . انتهى .

وقدم (٥) في المقنع عدم التوريث بين الذمي والحربي ، ثم قال : « ويحتمل أن يتوارثا » (٦) .

قال في الإنصاف : « وهو المذهب نص عليه » (٧) .

(وهم) أي الكفار (ملل شتى لا يتوارثون مع اختلافها) .

قال في المغني : « فإن اختلفت أديانهم فاختلف عن أحمد فروي عنه: أن الكفر

(١) المبسوط (٣٣/٣) ، شرح السراجية ص (٨) ، البحر الرائق (٥٧١/٨) .

(٢) في (س) : من .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٤) المغني (١٥٨/٩) .

(٥) في (ب) : وقدمه .

(٦) المقنع (٤٥٠/٢) . لانقطاع الموالاة بينهما ، فأشبه الكافر مع المسلم .

المقنع شرح مختصر الخرقى (٨٤٦/٢) .

(٧) الإنصاف (٣٥١/٧) .

كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضاً . رواه عنه حرب ، واختاره الخلال (١) ،
وبه قال حماد (٢) ، وابن شبرمة (٣) ، وأبو حنيفة (٤) ، والشافعي (٥) ، وداود (٦) ؛
لأن تورث الآباء من الأبناء ، والأبناء من الآباء مذكور في كتاب الله تعالى ذكراً
عاماً فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع ، وما لم يستثنه الشرع يبقى على العموم .

ولأن قول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ (٧) عام في
جميعهم .

وروي عن أحمد - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أن الكفر ملل مختلفة ، لا يرث بعضهم بعضاً .
اختاره أبو بكر ، وهو قول كثير من أهل العلم (٨) ؛ لأن قول النبي - ﷺ - :
(لا يتوارث أهل ملتين شتى) (٩) . ينفي توارثهما ، ويخص عموم الكتاب .

(١) في (ب) : الخلال .

(٢) الجامع (٤٠٦/٢) ، المحرر (٤١٣/١) ، الفروع (٥١/٥) ، الإنصاف (٣٥٠/٣) ، المبدع
(٢٣٣/٦) .

(٣) هو : عبد الله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان ، أبو شبرمة الضبي - نسبة إلى ضبته - من أهل الكوفة .
كان ثقة فقيهاً عفيفاً حاذقاً يشبه النساك . ولي القضاء على السواد . توفي سنة (١٤٤ هـ) .

انظر : تهذيب التهذيب (٢٥٠/٥) ، العبر في خبر من غبر (١٩٧/١) ، تقريب التهذيب
(٤٢٢/١) ، الأنساب (٣٨٤/٨) .

(٤) شرح السراجية ص (١٤) ، شرح خلاصة الفرائض ص (١٣) ، مختصر اختلاف العلماء
(٤٤٩/٤) ، والدر المختار مع حاشية (٧٦٧/٦) .

(٥) الروضة (٢٩/٦) ، شرح الترتيب (١٣/١) ، التحفة الخيرية ص (٥٩) .

(٦) في (ب) : أبو داود . وانظر : المحلى (٣٤١/٨) .

(٧) سورة الأنفال ، آية رقم (٧٣) .

(٨) مراجع الحنابلة السابقة ، والتهذيب ص (٢٣٩) .

(٩) سبق تخريجه ص (٥٥٨) .

ولم يسمع عن أحمد تصريحاً بذكر أقسام الملل (١) .

وقال القاضي : « الكفر ثلاث ملل : اليهودية (٢) ، والنصرانية ، ودين من عداهم ؛ لأن من عداهم يجمعهم أنهم لا كتاب لهم » .

وهذا قول شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز ، والضحاك (٣) ، والحكم ، والثوري ، والليث ، وشريك ، ومغيرة الضبي ، وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ، ووكيع (٤) .

وروي عن النخعي والثوري القولان معاً (٥) .

ويحتمل كلام أحمد أن يكون الكفر مللاً كثيرة فتكون المجوسية (٦) ملّة ،

(١) شرح الزركشي (٥٣٢/٤) .

(٢) اليهود هم أتباع موسى - عليه السلام - ومن بعده إلى عيسى - عليه السلام - ، سموا بذلك نسبة إلى الهود وهم الرجوع والتوبة إلى الحق . قال تعالى : ﴿ إِنَّا هَدَيْنَاكَ إِلَيْكَ ﴾ .

معجم مقاييس اللغة (١٨/٦) ، المطلع ص (٢٢٢) .

(٣) لعلة الضحاك بن مخلد بن الضحاك بن مسلم الشيباني بالولاء ، البصري ، المعروف بالنبل ، شيخ حفاظ الحديث في عصره . له جزء في الحديث . ولد بمكة وتحوّل إلى البصرة فسكنها وتوفي بها سنة (٢١٢هـ) .

تهذيب التهذيب (٤٥٠/٤) ، الأعلام (٢١٥/٣) ، تقريب التهذيب (٣٧٣/٢١) .

(٤) هو : وكيع بن الجراح بن مليح ، أبو سفيان ، الرؤاسي . فقيه حافظ للحديث ، محدث العراق في عصره من تصانيفه : تفسير القرآن ، السنن ، المعرفة والتاريخ .

انظر : تذكرة الحفاظ (٢٨٢/١) ، حلية الأولياء (٣٦٨/٨) ، الأعلام (١١٧/٨) .

وانظر : شرح الزركشي (٥٣٢/٤) ، وانظر : التلخيص للخبري فقد روى هذه الأقوال (٤٥٣/١) .

(٥) المراجع السابقة .

(٦) المجوس : كلمة فارسية . وهم أمة من الناس كانوا يعبدون الكواكب ولهم عقيدة في ذلك ، =

وعباداة الأوثان ملة أخرى (١) ، وعبادة الشمس ملة أخرى (٢) ، فلا يرث بعضهم بعضاً .

وروى ذلك عن علي (٣) وبه قال الزهري وربيعة (٤) ، وطائفة من أهل المدينة وأهل البصرة وإسحاق (٥) وهو أصح الأقوال - إن شاء الله تعالى - ، لقول النبي ﷺ - : ((لا يتوارث أهل ملتين شتى)) (٦) .

ولأن كل فريق منهم لا موالاة بينهم ، ولا اتفاق في دين ، فلم يرث بعضهم بعضاً ، كالمسلمين والكفار . والعمومات (٧) في التوريث مخصوصة فيخص منها محل النزاع بالخبر والقياس .

= جردها وأظهرها وزاد فيها (زرادشت) وقد أثبتوا أصلين مدبرين قديرين يقتسمان الخير والشر والنفع والضر ويسمون أحدهما : النور ، والآخر : الظلمة .

الملل والنحل (٢٣٤) ، المصباح (١٠٣/٢) ، المطلع ص (٢٢٢) .

(١) انظر : الملل والنحل ص (٤١٥) .

(٢) فرقة من عبدة الكواكب .

الملل والنحل ص (٥١٤) .

(٣) سنن سعيد بن منصور (٦٧/١) .

(٤) هو ربيعة بن فروخ التيمي بالولاء ، المدني ، أبو عثمان . إمام حافظ فقيه مجتهد ، بصير بالرأي ، لقب بريعة الرأي . كان صاحب الفتوى بالمدينة ، وبه تفقه الإمام مالك ، توفي سنة (١٦٣هـ) .

انظر : تذكرة الحفاظ (١٤٨/١) ، تهذيب التهذيب (٢٥٨/٣) ، تاريخ بغداد (٤٢٠/٨) ، الأعلام (١٧/٣) .

(٥) الاستذكار (٤٩٤/١٥) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٨٦/٤) ، المبسوط (٣٠/٣٠) ، التلخيص (٤٥٣/١) .

(٦) سبق تخريجه ص (٥٥٨) .

(٧) في (ب) : في العمومات .

ولأن مخالفينا قطعوا التوريث بين أهل الحرب وأهل دار الإسلام
[مع (١) اتفاقهم في الملة لانقطاع (٢) الموالاة ، فمع اختلاف الملة أولى .

وقول من خص الملة بعدم الكتاب غير صحيح (٣) ، فإن هذا وصف
[٣٤٥/أ] عديم لا يقتضي حكماً ولا جمعاً ، ثم لا بد لهذا الضابط من دليل يدل
على اعتباره .

ثم قد اُفترق (٤) حكمهم ، فإن المجوس يُقرون بالجزية وغيرهم لا يقر بها .
وهم مختلفون في معبوداتهم [ومعتقداتهم] (٥) وآرائهم ، يستحل بعضهم دماء
بعض ، ويكفر بعضهم بعضاً فكانوا ملأً كاليهود والنصارى . وقد رُوي ذلك عن
علي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فإن إسماعيل بن أبي خالد روى (٦) عن الشعبي ، عن علي
- رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنه جعل الكفر ملأً مختلفة ولم نعرف له مخالفاً في الصحابة
فيكون (٧) إجماعاً « (٨) .

(ولا) يرث الكفار بعضهم بعضاً (بنكاح) أي بعقد تزويج (لا يقرون عليه
لو أسلموا) ولو اعتقدوا حله كالناكح لمطلقته ثلاثاً ، وكالمجوسي يتزوج عمته أو

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٢) في (ب) : انقطاع .

(٣) انظر : التهذيب ص (٢٣٩) ، السراجية ص (٧٧) .

(٤) في (ب) : افترى .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٦) في (ب) : وروى .

(٧) في (س) زيادة : فكان .

(٨) المغني (١٥٧/٩) ، الشرح الكبير (١٦٤/٧) .

نحوها ؛ لأن وجود التزويج كعدمه (١) .

وظاهره أنهم إذا اعتقدوا صحته وأقروا عند الترافع إلینا، يرثون به، سواء وجد بشروطه المعتبره في نكاح المسلمين أو لا، كمن تزوج بلا شهود ونحوه ، لأنه نكاح يقرون عليه، فترتب عليه الإرث، كالنكاح المستوفي الشروط (٢) .

(ومُخَلَّف) اسم مفعول أي ما خلفه (مُكْفَر) أي من اعتقد أهل الشرع أنه كافر (ببدعة كجهمي) واحد الجهمية ، وهم أتباع جهم صفوان (٣) ، القائل بالتعطيل (٤) (ونحوه) أي نحو الجهمي كالمشبه (٥) (إذا لم يتب) مما حكم عليه بكفره بسبب اعتقاده له (٦) .

(و) مخلف (مرتد وزنديق) (٧) وهو المنافق (وكل من اعتقد أهل الشرع

(١) هذه أمثلة لعدم صحة هذه الأنكحة في الشريعة الإسلامية ، وقد ضربها المؤلف - رحمه الله تعالى - لبيان الأنكحة التي لا يقرون عليها ، ومن ثم لا يرث بعضهم بعضاً بها .
وانظر تعليل المؤلف عمن نقل عنه : شرح منتهى الإرادات (٢ / ٦٢٧) ، مطالب أولي النهى (٤ / ٦٤٩) .

(٢) المبدع ص (٢٣٨) ، وانظر : المرجعين السابقين .

(٣) هو : جهم بن صفوان السمرقندي ، أبو محرز من موالی بني راسب ، رأس الجهمية . قال الذهبي : الضال المبتدع . هلك في زمان صغار التابعين ، وقد زرع شراً عظيماً قتل سنة (١٢٨ هـ) .

انظر : ميزان الاعتدال (١ / ١٩٧) ، لسان الميزان (٢ / ١٤٢) ، خطط المقرئزي (٢ / ٣٤٩) ، الأعلام (٢ / ١٤١) .

(٤) انظر : الملل والنحل ص (٨٦) .

(٥) انظر : المرجع السابق ص (١٠٣) .

(٦) انظر : شرح منتهى الإرادات ومطالب أولي النهى كما تقدم .

(٧) الزنديق : بالكسر ، من التنوية ، أو القائل بالنور والظلمة ، أو من لا يؤمن بالآخرة وبالربوبية ، أو من يبطن الكفر ويظهر الإيمان .

كفره (فيء) (١) أي يصرف مصرف الفيء ، لأنه لا يمكن أن يرثه أقاربه من المسلمين ، لأن المسلم لا يرث الكافر ، ولا يمكن أن يرثه أقاربه من النصارى أو من اليهود أو من المجوس ، لأنه مخالفهم في حكمهم ، فإنه لا يقر على ما هو عليه من [أهل] (٢) البدعة المكفرة أو الارتداد ، ولا تؤكل له ذبيحة ، ولا يحل نكاحه لو كان امرأة (٣) .

فإن قيل : « إذا جعلتم ماله فيئاً فقد ورثتموه للمسلمين » .

فالجواب : أنهم لا يأخذونه ميراثاً ، ولهذا لا يختص به أقاربه بل يكونون هم والأجانب منه في ذلك سواء كمال الذمي إذا لم يخلف وارثاً وكالعشور (٤) .

= القاموس المحيط ص (١١٥١) .

قال في مطالب أولي النهى : قال الشيخ تقي الدين : لفظ الزندقة لم يوجد في كلام النبي - ﷺ - كما لا يوجد في القرآن ، وهو لفظ أعجمي معرب من كلام الفرس بعد ظهور الإسلام ، وقد تكلم به السلف والأئمة في توبة الزنديق ونحو ذلك . قال : والزنديق : الذي تكلم الفقهاء في قبول توبته في الظاهر المراد به عندهم : المنافق الذي يظهر الإسلام ويبطن الكفر ، وإن كان مع ذلك يصلي ويصوم ويحج ، ويقرأ القرآن ، وسواء في باطنه يهودياً ، أو نصرانياً ، أو مشركاً ، أو وثنياً ، وسواء كان معطلاً للصانع وللنبوة ، أو للنبوة فقط ، أو لنبوة نبينا - ﷺ - فقط فهذا زنديق .

(٤ / ٦٥٠) .

(١) الفيء : هو الخراج ، أو الغنيمة .

المصباح المنير (٤٨٦ / ٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب و س) .

(٣) انظر : المغني (١٦٣ / ٩) ، الشرح الكبير (١٦٨ / ٧) ، المبدع (٢٣٥ / ٦) ، مطالب أولي النهى (٤ / ٦٥١) .

(٤) انظر : المغني (١٦٣ / ٩) ، الشرح الكبير (١٦٨ / ٧) .

= والعشور : المأخوذ من تجار أهل الذمة عند دخولهم أرض المسلمين « بتصرف » .

وعنه : « أن مخلف المرتد لورثته من المسلمين » (١) .

وعنه : « أنه لورثته من أهل الدين الذي اختاره » (٢) .

(ولا يرثون) أي المحكوم بكفرهم ببدعة أو ارتداد أو زندقة (أحداً) من المسلمين ، ولا [أحداً] (٣) من الكفار ؛ لأنهم لا يقرون ما هم عليه فلم يثبت لهم حكم دين من الأديان ، وقد (٤) قال النبي - ﷺ - : « لا يتوارث أهل ملتين شتى » (٥) .

(ويرث مجوسي ونحوه) ممن (٦) يعتقد حل نكاح ذوات الأرحام (إذا أسلم أو حاكم إلينا بجميع قراباته) إذا أمكن ذلك .

قال في المغني : « نص عليه أحمد وهو قول عمر ، وعلي ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وزيد في الصحيح عنه . وبه قال النخعي والثوري وقتادة وابن أبي ليلى (٧) ، وأبو حنيفة

= انظر : المطلاع ص (٢١٩) .

(١) المغني (١٦٢/٩) ، الإنصاف (٣٥٢/٧) .

(٢) الإنصاف (٣٥٢/٧) ، المبدع (٢٣٥/٦) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف ، س) .

(٤) في (س) : ولد .

(٥) سبق تخريجه ص (٥٥٨) ، خلافاً للإمام مالك .

انظر : الذخيرة (٢٢/١٢) ، الشرح الصغير (٧١٤/٤) .

(٦) في (ب) : مما .

(٧) انظر الآثار في : مصنف ابن أبي شيبة (٣٨١/٧) ، سنن الدارمي (٤٧٩/٢) ، السنن الكبرى للبيهقي (٢٦٠/٢) ، ومعرفة السنن والآثار (١٥٥/٩) ، وكتاب التلخيص (٤١٢/١) ، مصنف =

وأصحابه (١) ويحيى بن آدم وإسحاق ، وداود (٢) ، والشافعي ، في أحد قوليّه .
واختاره ابن اللبان (٣) .

وعن زيد أنه ورثه بأقوى القرايتين، وهي التي لا تسقط بحال . وبه قال
الحسن (٤) والزهري ، والأوزاعي (٥) ، ومالك (٦) ، والليث ، وحماد ، وهو
الصحيح عن الشافعي (٧) .

وعن عمر بن عبد العزيز ومكحول والشعبي القولان جميعاً (٨) ، واحتجوا
بأنهما قرابتان لا يورث بهما في الإسلام ، فلا يورث بهما في غيره ، كما لو أسقطت
إحدهما الأخرى .

ولنا (٩) أن الله [تعالى] (١٠) فرض للأم الثلث ، وللأخت النصف فإذا كانت
الأم أختاً وجب إعطاؤها ما فرض الله تعالى [٣٤٥/ب] لها في

= عبد الرزاق (٣٥١/١٠) (٣٠/٦) .

(١) مختصر اختلاف العلماء (٤٤٩/٤) ، المبسوط (٣٤/٣٠) .

(٢) المحلى (٣٤٢/٨) .

(٣) الحاوي (١٦٤/٨) ، التلخيص (٤١٢/١) .

(٤) في (ف) : الحسين .

(٥) انظر : التلخيص (٤١٢/١) .

(٦) مواهب الجليل (٤٢٣/٦) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٨٦/٤) .

(٧) انظر : مراجع الشافعية السابقة ، وانظر روضة الطالبين (١٤٤/٦) .

(٨) التلخيص (٤١٢/١) .

(٩) في (ب) : وكذا .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

الاثنين (١) كالشخصين .

ولأنهما قرابتان ترث بكل واحدة منهما منفردة لا تحجب إحداهما الأخرى ، ولا ترجح بها ، فترث بهما مجتمعتين ، كزوج هو ابن عم [أو ابن عم] (٢) هو أخ من أم ، وكذوي الأرحام المدلين بقرابتين .

وقياسهم فاسد ؛ لأن القرابتين في الأصل تسقط إحداهما الأخرى إذا كانا في شخصين ، فكذلك إذا كانا في شخص واحد .

وقولهم لا يورث بهما في الإسلام ممنوع ، فإنه إذا وجد ذلك من وطء شبهة في الإسلام ورث بهما . ثم [إن] (٣) امتناع الإرث [بهما] (٤) في الإسلام كعدم وجودها ، ولو تصور وجودهما ، لورث بهما ، بدليل أنه قد ورث بنظيرهما في ابن عم هو زوج أو أخ من أم .

قال ابن اللبان : « واعتبارهم عندي فاسد [لأن القرابتين] (٥) من قبل أن الجدة تكون أختاً لأب ، فإن ورثوها بكونها جدة لكون (٦) الابن يسقط الأخت دونها ، لزمهم توريثها بكونها أختاً ؛ لكون الأم تسقط الجدة دونها » (٧) .

(١) في (س) : الآيتين .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف ، س) .

(٦) في (ب) : لكن .

(٧) روضة الطالبين (٤٤/٦) ، شرح الترتيب (٣٤/١) ، التحفة الخيرية ص (١١٦) ، حاشية الجمل (٣٤/٤) .

وخالفوا نص الكتاب (١) في فرض الأخت ، ورثوا الجدة التي لا نص للكتاب (٢) في فرضها وهو مختلف فيه .

فمنهم من قال : هو طعمة وليس بفرض مسمى ، ويلزمهم أن الميت إذا خلف أمه وأم أم هي أخت أن لا يورثها شيئاً ، لأن الجدودة محجوبة ، وهي أقوى القرابتين . وإن قالوا : نورثها مع الأم بكونها أختاً ، نقضوا اعتبارهم بكونها أقوى القرابتين ، وجعلوا الأخوة تارة أقوى ، وتارة أضعف ، إن قالوا : أقوى القرابتين الأخوة ، لأن ميراثها أوفر ، لزمهم في أم هي أخت جعل الأخوة أقوى من جهة الأمومة ، ويلزمهم في إسقاط ميراثها مع الابن والأخ من الأبوين ما لزم القائلين بتقديم (٣) الجدودة مع الأم .

فإن قالوا : نورثها (٤) بالقرابتين يفضي إلى حجب الأم نفسها إذا كانت أختاً وللميت أخت أخرى .

قلنا : وما المانع من هذا ، فإن الله تعالى حجب الأم بالأختين بقوله : ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴾ (٥) من [غير] (٦) تقييد بغيرها .

ثم هم قد حجبوها عن ميراث الأخت بنفسها فقد دخلوا فيما (٧) أنكروه بل

(١) في (ب) : بالكتاب .

(٢) في (ب) : الكتاب .

(٣) في (س) : بتقديم .

(٤) في (ب) : توريتها .

(٥) سورة النساء ، آية رقم (١١) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٧) في (ف) : فيها .

هو أعظم ، لأنهم فروا من حجب التنقيص إلى حجب الإسقاط ، وأسقطوا الفرض الذي هو أوفر بالكلية (١) محافظة على بعض الفرض الأولى (٢) وخالفوا مدلول أربعة نصوص من كتاب الله تعالى ؛ لأنهم أعطوا الأم الثلث ، وإنما فرض الله تعالى لها مع الأختين : السدس .

والثاني : أن الله تعالى إنما فرض لكل واحدة من الأختين ثلثاً فأعطوا إحداهما النصف كاملاً .

والثالث : أن الله تعالى فرض للأختين الثلثين ، وهاتان أختان فلم يجعلوا لهما الثلثين .

الرابع : أن مقتضى الآية أن يكون لكل واحدة من الأختين الثلث ، وهذه أخت فلم يعطوها بكونها أختاً شيئاً (٣) . انتهى .

إذا تقرر هذا (فلو خلف) المجوسي أو نحوه (أمه وهي أخته من أبيه) (٤) لكون أبيه تزوج بنته فولدت له هذا الميت (و) خلف معها (عمأ ورثت الثلث بكونها أمأ و) ورثت (النصف بكونها أختاً والباقي) بعد الثلث والنصف (للعم) لحديث : ((ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر)) (٥) .

(فإن كان معهما) أي مع الأم التي هي أخت (أخت أخرى لم ترث) الأخت

(١) في (س) : أوفى بالكمة . وفي (ب) : وافر .

(٢) في (س) : الأذين .

(٣) المغني (١٦٨/٩) ، وانظر : الشرح الكبير (١٧٢/٧ وما قبلها) .

(٤) في (س) : ابنه .

(٥) تقدم تخريجه ص (١٣٨) من هذه الدراسة .

التي هي أم (بكونها أمّاً إلا السدس) (١) .

قال في المقنع : ((لأنها انحجبت (٢) بنفسها وبالأخرى ؛ لأن الأم [٣٤٦/أ]
ترد من الثلث إلى السدس بالأخت (٣) وقد وجدنا (((٤) .

(ولو أولد) مجوسي أو نحوه (بنته بنتاً بتزويج فخلفهما و) خلف معهما
(عما فلهما الثلثان) ؛ لأنهما بنتاه (٥) (والبقية) من المال بعد الثلثين (لعمه)
ولا ترث الكبرى بالزوجة شيئاً ؛ لأنهما لا يقران عليه لو أسلما (٦) أو أحدهما .

(١) وهذه صورتها :

٦	أم هي أخت الأب	نصف + ثلث	٢+٣
	عم	ب	١

ولو كان مع الأخت التي هي أم أخت أخرى . فهذه صورتها :

٦

١	السدس	أم هي أخت لأب
٤ لكل أخت ٢	الثلثان	أخت لأب
١	ب	عم

وانظر هاتين الصورتين في : المبدع (٢٣٧/٦) ، مطالب أولي النهى (٦٥١/٤) ، شرح منتهى
الإرادات (٦٢٧/٢) .

(٢) في (ب ، س) : تحجب .

(٣) في (س) : بالأختين .

(٤) المقنع (٤٥١/٢) . وقال في المبدع : ومن ورثها بأقوى القرابتين ، ورثها الثلث بكونها أمّاً ، ولم
يحجبها بنفسها ، وقد تحجب هي نفسها ، وهو ما إذا تزوج مجوسي أمه ، فأولدها بنتاً ثم مات ، فلها
السدس ولابنته النصف . ولا يرث أمه بالزوجة ، ولا ابنته بالأخوة لأم . (٢٣٧/٦) .

(٥) في (س) : بنتاً .

(٦) في (ف) : عليها لو أسلمتا .

(فإن ماتت الكبرى بعده) [أي بعد أبيها] ^(١) . (فالمال) [الذي تخلفه كله] ^(٢) (للصغرى ، لأنها بنت وأخت . وإن ماتت) [الصغرى] ^(٣) (قبل الكبرى فلها) أي فللكبرى مما تخلفه الصغرى (ثلث ونصف) ؛ لكونها أمّاً وأختاً . (والبقية للعم) ؛ لأنه موجود من العصة ^(٤) .

(ثم لو تزوج) الأب (الصغرى) التي هي بنته وبنت بنته (فولدت له بنتاً) وخلفهن ^(٥) (وخلف معهن عمّاً) له (فلبناته) الثلاث مما خلفه (الثلثان وما بقي له) ^(٦) أي للعم .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) وهذه صورتها :

٣

بنت كبرى	الثلثان	١	هـ	
بنت صغرى	الثلثان	١	بنت أخت	المال كله لها
عم	ب	١	-	

انظر هذه الصورة في : المبدع ، وشرح منتهى الإرادات ، ومطالب أولي النهى كما تقدم .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٤) مجوسي أولد بنته بنتاً ثم ماتت الكبرى عن الصغرى وعن عم .

٦

بنت كبرى	الثلثان	١	أخت هي أم	نصف وثلث	٢ ، ٣
بنت صغرى	الثلثان	١	هـ	-	-
عم	ب	١			١

انظر هذه الصورة في المراجع السابقة .

(٥) في (س) : وظنهن .

(٦) ثم تزوج المجوسي بنت بنته وأولدها بنتاً . فهذه صورتها :

=

(ولوماتت بعده) أي الأب (بنته الكبرى) عن بنتها وبنت بنتها اللتين هما أختاها (فللوسطى) التي هي بنتها لبطنها (النصف) لكونها بنتاً (وما بقى) بعد النصف يكون (لها وللصغرى) يشتركان فيه لكونهما أختين (فتصح من أربعة) للوسطى ثلاثة وللصغرى واحد ، فهذه بنت بنت ورثت مع بنت فوق السدس (١) .

(ولوماتت بعده) أي بعد الأب (الوسطى) من البنات (فالكبرى) بالنسبة إلى الميتة (أم وأخت لأب والصغرى بنت وأخت لأب فلام السدس ، وللبنت النصف ، وما بقى لهما بالتعصيب) لكونهما أختين (٢) .

(فلولوماتت الصغرى بعدها أي بعد الوسطى ، فأم أمها أخت لأب فلها الثلثان) من ذلك السدس ، لكونها جدة ، والنصف لكونها أختاً لأب (وما بقى) بعد فرضها (٣) (للعم) بالتعصيب (٤) .

٤	٤	٩	٣	=
—	—	هـ	٢	بنت ك
٣ =	٢ + ١	النصف	٢	بنت و
١ =	١	ب	٢	بنت ص
—	—	—	١	عم

وانظر هذه الصورة في المراجع السابقة .

(١) تم تصوير المسألة قريباً .

(٢) وهذه صورتها :

٦

أم هي أخت لأب	السدس + ب	١ + ١	لها السدس واحد وآخر بالتعصيب .
بنت هي أخت لأم	النصف + ب	١ + ٣	لها النصف ثلاثة وواحد بالتعصيب .

وانظرها في المراجع السابقة .

(٣) في (س) : فرضيهما .

=

(٤) وهذه صورتها :

(ولوماتت بعده بنته الصغرى) والوسطى والكبرى باقيتان (فللوسطى) من ميراث الصغرى (بأنها أم سدس) من المال (١) لانحجابها عن الثلث بنفسها وبأمها لكونها أختين لأب (ولهما) أي للوسطى والكبرى (الثلثان) بينهما (بأنهما أختا) (٢) لأب وما بقى) بعد السدس والثلثين (للعم) بالتعصيب (ولا ترث الكبرى) شيئاً بكونها جدة (لأنها جدة مع أم) وانحجبت بها عن فرض الجدات (٣) .

وقد يعاين بهذه المسألة فيقال جدة حجت أما وورثت معها . فأما حجبها (٤) إياها فلأنها حجبته من الثلث إلى السدس وأما إرثها معها فبالأخوة للأب (٥) . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(وكذا) أي وكما تقدم من الأحكام في المجوس ونحوهم يكون الحكم (لو

٤	السدس + النصف	أخت لأب هي جدة	=
٢	ب	عم	

وانظر هذه الصورة في المراجع السابقة .

(١) في (ب) : مال .

(٢) في (س) : لأنهما أختان .

(٣) انظر : المبدع (٢٣٨/٦) .

٣	الثلثان والسدس بكونها أم	أخت لأب هي أم
٢		أخت لأب
١	ب	عم

وانظرها في : المبدع (٢٣٨/٦) ، شرح منتهى الإرادات (٦٢٨/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٥٢/٤) .

(٤) في (ب) : حجبته .

(٥) انظر : التهذيب للكلوذاني ص (٢٢٩) ، المغني (١٧٠/٩) .

أولاد مسلم ذات محرم أو غيرها (أي غير ذات المحرم ممن يكون ولدها ذا قرابتين أو أكثر ، فإنه يورث بجميع قراباته (١) .

قال في الإنصاف : « قاله الأصحاب » (٢) .

(**بشبهة**) نكاح أو تسرٍ (**ويثبت النسب**) مع الشبهة .

قال في المغني (٣) : « والمسائل التي تجتمع فيه قرابتان يصح الإرث بهما (٤) ست : إحداهن في الذكور وهي : عم هو أخ من أم .

وخمس في الإناث وهي : بنت هي أخت أو بنت ابن ، وأم هي أخت لأب ، وأم أب هي أخت لأم فمن ورثهم بأقوى القرابتين ورثهم بالبنوة والأمومة دون الإخوة ، وبنوة الابن .

واختلفوا في الجدة إذا كانت أختاً فمنهم من قال : الجدودة أقوى ، لأنها جهة ولادة لا تسقط بالولد ومنهم من قال : الأخوة أقوى لأنها أكثر ميراثاً .

قال ابن سريج وغيره : « وهو الصحيح » (٥) .

[ومن ورث بأقوى القرابتين لم يحجب الأم بأخوة نفسها إلا ما حكاه

(١) في (ب) : قرابته .

(٢) الإنصاف (٣٥٣/٧) .

(٣) في (ف) زيادة : ست .

(٤) في (س) : بها .

(٥) التلخيص (٤١٣/١) ، روضة الطالبين (٤٤/٦) ، شرح الترتيب (٣٤/١) ، التحفة الخيرية ص (١١٦) .

سحنون (١) عن مالك (٢) أنه حجبها بذلك والصحيح عنه الأول [(٣)] .

ومن ورث بالقرايتين حجبها بذلك .

ومتى كانت البنت [٣٤٦/ب] أختاً والميت رجلاً فهي أخت لأم . وإن كان امرأة فهي أخت لأب .

وإن قيل : « أم هي أخت لأم ، أو أم أم هي أخت لأم ، أو أم أب هي أخت [لأب] (٤) فهو محال » (٥) . انتهى .

(١) هو : عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي ، الملقب بسحنون ، قاض ، فقيه ، انتهت إليه رئاسة العلم في المغرب . كان زاهداً ، لا يهاب سلطاناً ، رفيع القدر ، عفيفاً ، أبي النفس . روى المدونة عن عبد الرحمن بن قاسم عن الإمام مالك .

انظر : الأعلام (٥/٤) ، الديباج المذهب (٣٠/٢) .

(٢) الذخيرة (١٢٩/٣) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

وانظر : المنتقى شرح الموطأ (٢١٥/٦) ، حاشية الدسوقي (٤٦٩/٤) ، الخرشي (٢٠٨/٨) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٥) المغني (١٨٦/٩) .

[باب : ميراث المطلقة]

هذا (باب) أحكام (ميراث المطلقة) (١) طلاقاً رجعياً ، أو بائناً (٢) يتهم فيه بقصد [حرمانها (٣)] .

(ويثبت لهما) أي للزوج والزوجة الإرث من الآخر (في عدة رجعية) (٤)
من طلاق رجعي سواء كان في المرض [(٥) أو في الصحة (٦)] .

قال في المغني : « بغير خلاف نعلمه » (٧) .

وروي ذلك عن أبي بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلي ، وابن مسعود (٨) - رضي
الله عنهم - ، وذلك لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه ويملك

(١) تقدم لنا أن من أسباب الإرث : النكاح ، ولكن إذا ما حُلَّ عقد النكاح بالطلاق فهل يكون إرث ، هذا ما سيفصله المؤلف - رحمه الله تعالى - في هذا الباب .

(٢) البائن التي لا رجعة لزوجها عليها ؛ لكونها مطلقة ثلاثاً ، أو دونها بعوض أو بغيره ، وقد انقضت عدتها ، ولم يُقَلَّ : بائنة ، لاختصاصه بالإناث كحائض . والرجعية كل مطلقة ليست كذلك .

انظر : المطلع ص (٣٢٢) .

(٣) في (س) : الحرمان .

(٤) في (س) : لاجعية .

(٥) مما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٦) انظر : شرح منتهى الإرادات (٦٢٨/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٥٣/٤) ، كشف القناع (٤٨٠/٤) .

(٧) انظر : الإجماع في التلخيص (٤٦١/١) ، مراتب الإجماع ص (١٠٣) .

(٨) التلخيص (٤٦/١) . ولم أقف عليها فيما بين يدي من كتب الحديث والآثار والنقل كما هو موضح من المغني .

إمساكها بالرجعة بغير رضاها ولا ولي ولا شهود ولا صداق جديد (١) .

(و) يثبت الميراث (لها) أي للمطلقة من مطلقها (فقط) أي دونه (مع تهمته) أي الزوج (بقصد حرمانها) الميراث .

(وإن أبانها في مرض موته المخوف ابتداءً) يعني من غير سؤالها (أو سألتها) أن يطلقها طلاقاً (أقل من ثلاث ، فطلقها ثلاثاً أو علقه) أي علق طلاقها ثلاثاً أو علق طلاقاً تبين به (٢) (على ما) أي فعل (لا بد لها منه شرعاً كالصلاة) المفروضة (ونحوها) كالزكاة والصوم المفروض (٣) .

قال في المحرر : « وكلام أبيها » (٤) .

وقال في الرعاية الكبرى : « وقيل كلام أبويها أو أحدهما » (٥) .

(١) المغني (١٩٤/٩) .

وقال في مطالب أولي النهى : فإن انقضت عدتها فلا توارث ، لكن إن كان الطلاق بمرض موته المخوف ، وانقضت عدتها ، ورثته مالم تتزوج (٦٥٣/٤) .

(٢) قال في المبدع : وإن طلقها في مرض الموت المخوف طلاقاً لايتهم فيه بأن سألتها الطلاق ، أي في مرضه ، فأجابها ، فالأصح : أنها لا ترثه ، لأنه ليس بفار .

والثانية : بلى . صححها في المستوعب ، والشيخ تقي الدين ، لأنه طلقها في مرضه ، فهو كمن سألتها طلقه ، فطلقها ثلاثاً .

وقال أبو محمد الجوزي : إذا سألتها الطلاق فطلقها ثلاثاً لم ترثه ، وهو معنى كلام جماعة ، وكذلك الحكم إذا خالها .

(٣) وذلك كأن يقول لها : إن صليت العصر ، أو أدت زكاة مالك أو صمت رمضان ، فأنت طالق ثلاثاً . وسيأتي نقل المؤلف تفصيل لهذه المسألة .

(٤) المحرر (٤١١/١) .

(٥) الإنصاف (٤٥٦/٧) ، الرعاية الكبرى (٢/٢٥٣) مخطوط .

(أو) علقه على فعل (١) لا بد لها منه (٢) (عقلاً) أي في [حكم] (٣) العقل المستفاد بالتجارب (كأكمل ونحوه) كنوم ، (أو) علق طلاقها ثلاثاً [في صحته على مرضه ، أو على فعل له كلبس ثوب ونحوه ، ففعل فيه أي في مرضه أو علق طلاقها ثلاثاً] (٤) (على تركه) أي على ترك فعل له ، كما لو قال لها : إن لم أفعل كذا فأنت طالق ثلاثاً (فمات قبل فعله) (٥) .

وعبارة المحرر : « أو تركه كقوله : لأتزوجن عليك فلم يفعل حتى مات » (٦) .

(أو) كانت الزوجة ممن قام بها مانع من الإرث فعلق طلاقها ثلاثاً على انتفائه لتعليقه (إبانة) زوجة (ذمية أو أمة على إسلام أو عتق) فأسلمت أو أعتقت ، (أو علم) الزوج (أن سيدها) أي سيد زوجته الأمة (علق عتقها بعد ، فأبانها اليوم ، أو أقر) في مرضه (أنه أبانها في صحته) .

قال في الفروع : « خلافاً للمنتخب فيها » (٧) .

(١) في (ف) : لا فعل .

(٢) في (ب) : من .

قال في المبدع : أو علق طلاقها على فعل لها منه بد ففعلته أو خيرها ، فاختارت نفسها ، أو علق طلاقها على مشيئتها ، فشأت ، فالأصح : أنها لا ترثه ، لأنه ليس بفار ، ولزوال الزوجية بأمر لايتهم فيه ، لكن إن لم تعلم بتعليق طلاقها ، ففعلت ماعلق عليه ورثته ، لأنها معذورة فيه . (٢٤٠/٦) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب ، س) .

(٥) وكذا لو حلف بالثلاث ليتزوجن عليها فمات قبل فعله .

شرح منتهى الإرادات (٦٢٩/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٥٤/٤) .

(٦) المحرر (٤١١/١) .

(٧) الفروع (٤٥/٥) .

(أو وُكِّلَ فيه) أي في إبانيتها ولو في صحته (من يبينها متى شاء فأبانها في مرضه ، أو قذفها في صحته ولا عنها في مرضه أو وطئ) زوج حال كونه (عاقلاً حماته ^(١) به) أي بمرض موته المخوف حتى (ولو لم يمت) من مرضه ذاك (أو) لم (يصح ^(٢) منه بل يُسْعَ أو أُكِلَ) أو نحو ذلك حتى (ولو) كان ذلك (قبل الدخول ، أو) كانت المطلقة (انقضت عدتها) قبل موته فإنها ترثه (ما لم تتزوج) [زوجاً غيره] ^(٣) (أو ترتد) [عن الإسلام] ^(٤) . (ولو أسلمت بعد) أي بعد ^(٥) أن ارتدت أو طلقت بعد أن تزوجت ولو قبل موته فإن مجرد تزوجها وارتدادها

(١) قال صاحب المطلاع : قال الجوهري : حمأة المرأة : أم زوجها ، فالأحماء في اللغة : أقارب الزوج .

المطلع ص (٣٤٥) .

وقول المؤلف - رحمه الله تعالى - عاقلاً يترتب عليه :

١ - أنه إذا كان زائل العقل حين الوطء ، لم ترث امرأته منه شيئاً ، لأنه ليس له قصد صحيح ، فلا يكون فاراً من ميراثها . وكذلك لو وطئ ابنه امرأته مستكراً لها ، وهو زائل العقل ، لم ترث لذلك . فإن كان صبيّاً عاقلاً ورثت لأنه له قصداً صحيحاً .

انظر المغني (٢٠١/٩) .

٢ - البلوغ والعقل لا خلاف في اعتبارهما في وجوب الحد ، وصحة الإقرار ، لأن الصبي والمجنون قد رفع القلم عنهما ولا حكم لكلامهما .

المغني (٣٥٧/١٢) .

ثم يترتب على الوطء الحاصل سواء بشبهة أو زنى أنه يكون محرماً كما يحرم الوطء الحلال .

انظر : المغني (٥٢٦/٩) ، المبدع (٢٤٤/٦) .

(٢) في (س) : ويصح .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

(٥) في (ب) : تعد .

يسقط به ميراثها ؛ لأنها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الأول (١) .

والأصل (٢) ميراث المطلقة من مُبِينِهَا المتهم بقصد حرمانها الميراث ((أن عثمان بن عفان - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ورث تماضر بنت الإصبع (٣) الكلبيّة من عبد الرحمن ابن عوف (٤) ، وكان طلقها في مرضه فَبَتَّهَا)) (٥) .

(١) شرح منتهى الإرادات (٦٢٩/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٥٤/٤) .

(٢) النقل من المغني بتصرف .

(٣) هي تماضر بنت الإصبع الكلبيّة ، وقيل : بنت رباب بن الإصبع ، أم أبي سلمة بن عوف - رضي الله عنهم - .

الإصابة (١٦٣/١٢) ، سير أعلام النبلاء (٢٨٨/٤) .

(٤) هو : عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن الحارث . أبو محمد القرشي الزهري . من كبار الصحابة ، أحد العشرة المبشرين بالجنة . أسلم قديماً ، وهاجر الهجرتين ، وشهد المشاهد . وهو ممن يفتى على عهد رسول الله - ﷺ - ، وممن عرف برواية الحديث . توفي بالمدينة ، ودفن بالبقيع سنة (٢٢٢ هـ) .

انظر : الإصابة (٤١٦/٢) ، تهذيب التهذيب (٣٤٤/٦) ، الأعلام (٩٥/٤) .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، جماع أبواب مايقع به الطلاق من الكلام ولا يقع إلا بنية . باب : ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت (٣٦٢/٧) .

كما أخرجه مالك في الموطأ (٣٨٨/١) .

وفي مسند الإمام الشافعي ص (٢٩٤) .

وهو عند ابن سعد في الطبقات (٢١٩/٨) .

وانظر : معرفة السنن والآثار (٨٢/١١) .

كما رواه عبد الرزاق في مصنفه (١٢١٩٢) .

وتلخيص الحبير (٢٤٤/٣) .

وسنن سعيد بن منصور (٤١/٢) .

واشتهر ذلك في الصحابة ولم ينكر فكان كالإجماع (١) .

وروى عروة ((أن عثمان قال لعبد الرحمن : لئن مِتَّ لأورثتها منك قال : قد علمتُ ذلك)) (٢) .

وما روي عن عبد الله بن الزبير - رضي الله عنهما - أنه قال : لا ترث مبتوتة)) (٣) . فسمبوق بالإجماع السكوتي زمن عثمان (٤) .

وبالإرث قال عروة ، وشريح ، والحسن ، والشعبي ، والنخعي ، والثوري (٥) ، وأبو حنيفة (٦) ، في أهل العراق ومالك (٧) في أهل المدينة ، وابن أبي ليلى [٣٤٧/أ] والشافعي في القديم (٨) وهو المشهور عن أحمد ونص عليه في العدة

(١) المغني (١٩٥/٩) .

(٢) أورده في المغني (١٩٥/٩) ، وبهذا المعنى عن أبي سلمة بن عوف . سنن البيهقي الكبرى (٣٦٢/٧) .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى . جماع أبواب ما يقع به الطلاق من الكلام ولا يقع إلا بنية ، باب : ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت (٢٦٢/٧) .

ومعرفة السنن والآثار (٨٥/١١) .

(٤) المغني (١٩٥/٩) .

(٥) المرجع السابق ، وانظر : التلخيص (٤٦٢/١) .

(٦) المبسوط (٦٠/٣٠) .

(٧) في (ف) : ذلك .

وانظر : المدونة الكبرى (٣٤/٣) ، مواهب الجليل (٢٧/٤) ، تبين المسالك (١١٨/٣) .

(٨) التلخيص (٤٦٢/١) ، والأصح عندهم عدم التوريث .

انظر : شرح الترتيب (٩/١) ، حاشية البكري ص (٣٣) ، فتوحات الباعث ص (٤٤) .

وبعدها .

قال أبو بكر : « لا يختلف قول أبي عبد الله في المدخول بها إذا طلقها المريض أنها ترثه في العدة (١) [وبعدها ما لم يتزوج » (٢) ؛ لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن (٣) أن أباه طلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء عدتها [(٤) ؛ لأن المطلق في المرض قصد قصداً فاسداً في الميراث فعورض بنقيض قصده ، كالقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه ، ولا يزول هذا المعنى بانقضاء العدة (٥) .

وأطلق في المقنع روايتين فيما إذا طلقها قبل الدخول أو انقضت عدتها قبل موته (٦) .

وصحح في الإنصاف الإرث في الحالتين ثم قال : « قال أبو بكر : إذا طلق ثلاثاً قبل الدخول ، في المرض . فيها أربع روايات :

(١) في (س) : في عدتها .

(٢) المغني (١٩٥/٩) .

(٣) هو : أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري ، المدني . قيل : اسمه عبد الله ، وقيل اسماعيل ، ثقة مكث ، من الثالثة . مات سنة (٩٤ هـ) ، وكان مولده سنة بضعة وعشرين .

انظر : تقريب التهذيب (٤٣٠/٢) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

وقد أخرجه الشافعي بسند صحيح عن أبي سلمة وله طرق أخرى .

انظر : شفاء العي (١١١/٢) ، سنن سعيد بن منصور (٤١/٢) ، السنن الكبرى للبيهقي (٣٦٢/٧) .

(٥) المغني (١٩٦/٩) .

(٦) المقنع (٤٥٤/٢) .

أحدهن : [لها] (١) الصداق كاملاً والميراث (٢) وعليها العدة . واختاره .

قال المصنف : وينبغي أن تكون العدة عدة وفاة (٣) .

قلت : فيعيا بها في الصداق (٤) .

والثانية : لها الميراث والصداق ولا عدة عليها .

والثالثة : لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة .

والرابعة : لا ترث ولا عدة ، ولها نصف الصداق « .

قال في الإنصاف : « ويعايا بها حيث أوجبنا (٥) العدة » (٦) انتهى .

قال في الفروع : « وترثه ما لم تتزوج . نقله واختاره الأكثر . وما لم ترث (٧)

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٢) في (ب) : فالميراث .

(٣) المغني (١٩٧/٩) .

(٤) في (ب ، س) : بهذا .

ويمكن أن يقال : توفي رجل عن امرأة لم يدخل بها وأعطيت صداقاً واعتدت له .

(٥) في (ب) : وجبنا .

(٦) الإنصاف (٣٥٧/٧) .

لأن غير المدخول بها ليس عليها عدة ، واللغز في العدة الموجبة عليها . والصداق الكامل مع ان الفرقة من جانب الرجل .

وانظر : توجيه هذا الروايات الأربع في كتاب : المسائل الفقهية لأبي يعلى (٦٨/٢ ، ٦٩) .

وانظر : المغني (١٩٧/٩) ، الشرح الكبير (١٨٣) .

(٧) في (ب) : ترثه .

فإن أسلمت فروايتان « (١) . انتهى .

قال في الإنصاف : « فلو أسلمت بعده ، لم ترث أيضاً على الصحيح من المذهب . قدمه في المحرر (٢) والفائق وصححه » .

وعنه : « ترث » (٣) . انتهى .

(و) يثبت (له) أي للزوج الميراث من زوجته (فقط) أي دونها (إن فعلت بمرض موتها المخوف ما يفسخ نكاحها مادامت معتدة إن اتهمت) بقصد حرمانه الميراث ، كما لو أدخلت ذكر أبي (٤) زوجها في فرجها أو ابنه وهو نائم (٥) ، أو نحو ذلك ؛ لأنها أحد الزوجين فلم يسقط فعلها ميراث الآخر كالزوج (٦) .

وقال في الفروع : « والزوج في إرثها إذا قطعت نكاحها منه كفعله ، وكذا ردة أحدهما . ذكره في الانتصار ، وذكره الشيخ قياس المذهب والأشهر لا . وكذا خرج الشيخ في بقية الأقارب » (٧) انتهى .

(وإلا) أي وإن لم تتهم الزوجة بقصد حرمانه الميراث بأن دب زوجها

(١) الفروع (٤٥/٥) .

(٢) المحرر (٤١١/١) .

(٣) الإنصاف (٣٥٨/٧) .

(٤) في (ب) : ابن .

(٥) في (ف ، ب) : قائم .

(٦) شرح منتهى الإرادات (٦٢٩/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٥٥/٤) .

(٧) الفروع (٤٨/٥) .

فارتضعها وهي نائمة (١) ، أو نحو ذلك (سقط) ميراثه أيضاً (كفسخ معتقة تحت عبد فعتق ثم مات) ؛ لأن فسخ النكاح لدفع الضرر لا للفرار . قاله القاضي (٢) .

ومثل ذلك لو ثبتت عُنة (٣) الزوج فأجل سنة ولم يصبها حتى مرضت في آخر الحول فاختارت فرقته وفرق بينهما ، فإن ذلك يقطع التوارث بينهما ذكره ابن اللبان (٤) .

(ويقطعه) أي التوارث (بينهما) فلا يرث واحد منهما من الآخر (إبانتهما في غير مرض الموت المخوف) كفي الصحة أو في غير مرض الموت أو في مرض الموت غير المخوف (أوفيه) أي في مرض الموت المخوف (بلاثمة) وذلك (بأن سأله الخلع) فأجابها إليه (أو) سأله الطلاق (الثلاث) فأجابها إليه ؛ لأنه لا فرار منه .

وعنه : « ترث » ؛ لأنه طلاق في مرض الموت المخوف (٥) .

(١) في (ب) : قائمة .

(٢) المسائل الفقهية لأبي يعلى (٧٢/٢) .

(٣) في (ب) : ثبت عنده .

والعنة : عجز الرجل عن الوطاء ، وربما اشتهاه ، ولا يمكنه .

مشتق من عن الشيء ، إذا اعترض .

وقيل : هو الذي له ذكر لا ينتشر ، وهو الحصور .

انظر : المطلع ص (٣١٩) .

(٤) هذا النقل من : المغني (٢٠٢/٩) ، وانظر : المبدع (٢٤٥/٦) ، الفوائد الشنشورية مع حاشية الباجوري ص (٥٠) .

(٥) الفروع (٤٨/٥) . وانظر : المغني (١٩٩/٩) .

(أو) سألته (الطلاق) وأطلقت (فثَلَّثَه) أي فأجابها بالثلاث .

قال في الفروع : « قال أبو محمد الجوزي (١) : وإن سألته الطلاق فطلقها ثلاثاً لم ترثه ، وهو معنى كلام غيره » (٢) انتهى .

[وعنه (٣) : « بل كما لو سألته طلاقاً فطلقها ثلاثاً » (٤) .

(أو علقها) أي بينونة (على فعل لها منه بد) شرعاً وعقلاً كتحمير وجهها ونحوه (ففعلت عالمة به) أي بالتعليق ؛ لأنه لا تهمة فيه (٥) .

وعلم من ذلك أنها ترث مع (٦) جهلها بالتعليق ؛ لأنها [٣٤٧/ب] معذورة به (٧) .

(أو) علق بينونتها (في صحته على) وجود شيء من (غير فعله) ككسوف الشمس ، ومجيء المطر ، وقدم زيد ونحو ذلك (فوجد) المعلق عليه (في مرضه) .

(١) هو : يوسف بن الشيخ أبي الفرج عبد الرحمن بن الجوزي . كثير الحفظ قوي مشارك في كثير من العلوم . توفي سنة (٦٥٦ هـ) . من مصنفاته : المذهب الأحمد في مذهب أحمد ، الإيضاح والدليل .

أخباره في طبقات الحنابلة (٢٥٨/٢) ، شذرات الذهب (٢٨٦/٥) ، الأعلام (٢٣٦/٨) .

(٢) الفروع (٤٧/٥) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٤) المرجع السابق .

(٥) شرح منتهى الإرادات (٦٣٠/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٥٦/٤) .

(٦) في (ب) : معها .

(٧) انظر : المرجعين السابقين .

وإنما (١) لم ترثه (٢) لأنه لم يعلق في المرض (٣) المخوف الذي مات منه .
وعنه : « ترث » (٤) .

(أو كانت) المطلقة في مرض الموت المخوف (لا ترث) حال الطلاق من زوجها لقيام مانع بها من رق أو مخالفة في دين (كأمة وذمية) طلقها مسلم (ولو عتقت) الأمة (وأسلمت) الذمية قبل موته في العدة وإنما [لم] (٥) ترث واحدة منهما ؛ لأنه حين الطلاق لم يكن فاراً (٦) .

وعنه : « أن ذلك طلاق المتهم فترث إذا زال المانع قبل موته [في العدة] (٧) ما لم تتزوج أو ترتد » (٨) .

(ومن أكره وهو [عاقل] (٩)) أي والحال أن المكروه (وارث) من زوج من

(١) في (ب) : وإن .

(٢) في (س) : ترث .

(٣) في (س) : مرض .

انظر : الفروع (٤٧/٥) ، والإنصاف (٣٥٥/٧) ، المحرر (٤١٢/١) ، المغني (٢٠٠/٩) .

(٤) في (س) : ترث .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٦) انظر المبدع (٢٤٠/٦) ، شرح منتهى الإرادات (٦٣٠/٢) ، مطالب أولي النهى (٧٥٦/٤) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف ، س ، ب) ، والمثبت من نسخة مساعدة ، وكتاب الشيخ ابن دهيش .

(٨) في (س) : ما لم ترتد أو تتزوج .

وانظر : الإنصاف (٣٥٥/٧) ، المقنع (٤٥٢/٢) .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف ، س) .

أكرهها (١) (ولو نقص إرثه) أو انقطع لقيام مانع أو حدوث من يحجبه (٢)
(امرأة) مفعول أكره (أبيه أو جده) أي جد المكره (في مرضه) أي مرض (٣)
الأب أو الجد (على ما) أي على شيء (يفسخ نكاحها) كوطئه إياها (لم يقطع)
ذلك (إرثها) ؛ لأنه فسخ حصل في مرض الزوج بغير اختيار الزوجة ، فلم يقطع
إرثها أشبه مالهو أبانها زوجها (٤) .

(وإلا أن يكون له) أي للزوج (امرأة ترثه سواها) ؛ لانتفاء التهمة إذا لأنه
لم يتوفر على المكره ما يفسخ نكاحها شيء من الميراث (٥) .

(أو) كان (لم يتهم فيه) أي في قصد حرمانها الميراث (حال الإكراه) بأن
كان ابن ابن مع وجود ابن ، أو كان رقيقاً أو مبانياً لدين زوجها وعلم [مما] (٦)
تقدم أنها (٧) لو طأعته على ذلك ، لم ترث لأنها شاركتها فيما يفسخ (٨) نكاحها ،
أشبه ما لو سألت زوجها البينة فأبانها (٩) .

وعلم منه أيضاً أن المكره لو كان زائل العقل حال الإكراه انقطع إرثها ؛ لأنه لا

(١) في (ب) : أكرههما .

(٢) انظر : شرح منتهى الإرادات ، ومطالب أولي النهى كما سبق .

(٣) في (س) زيادة : في ، فتكون : في مرض الأب .

(٤) انظر : المرجعين السابقين .

(٥) انظر : المرجعين السابقين .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٧) في (ب) : أنه .

(٨) في (ب) : يفسخ به .

(٩) الفروع (٤٧/٥) ، وانظر : المغني (٢٠٠/٩) .

قصد له صحيح إذا . وكذا الحكم لو وطئ المريض من يفسخ نكاح زوجته (١)
بوطنها كأمها وجدتها ، لكن لأثر هنا كمطاوعة (٢) الموطوءة ، لأن ذلك ليس
للزوجة [فيه] (٣) فعل يسقط به ميراثها . وشمل العاقل البالغ وغيره وهو الصحيح
من المذهب (٤) .

وقيل : « لا بد أن يكون مكلفاً جزم به في الرعايتين والحاوي الصغير » (٥) .

(وترث من) أي امرأة (تزوجها مريض مضارة) لمن في عصمته من الزوجات
(لينقص) بتزوجها (إرث غيرها) ؛ لأن له أن يوصي بثلث ماله .

وقيل : « لا » وهو توجيه في الفروع (٦) .

(ومن جحد إبانة امرأة ادعتها) عليه وكانت الإبانة بحيث لو اعترف بها
قطعت التوارث بينهما ثم مات وهو على جحودها (٧) (لم ترثه) المدعية للإبانة
(إن دامت على قولها) أنه أبانها (إلى) حين (موته) لإقرارها أنها مقيمة تحته بغير
نكاح (٨) .

(١) في (س) : زوجته .

(٢) في (س) : لمطاوعة . وفي (ب) : لمطاوعة الموطوءة .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٤) الإنصاف (٣٥٨/٧) ، المغني (٢٠١/٩) .

(٥) المرجع السابق ص (٣٥٦) ، دون المغني .

(٦) الفروع (٤٨/٥) ، وانظر : الإنصاف (٣٥٨/٧) .

(٧) في (ف) : جحوده .

(٨) انظر : الفروع (٤٨/٥) ، والمحرر (٤١٢/١) ، المبدع (٢٤٧/٦) .

وعلم مما تقدم أنها لو أكذبت (١) نفسها قبل موته ، ورثته ، لتصادقهما على بقاء النكاح المترتب (٢) عليه آثاره من طاعته (٣) ونحوها (٤) .

ولا عبرة بتكذيب نفسها بعد موته ؛ لأنها متهمة إذاً ، وفيه رجوع عن إقرار لباقي الورثة فلم يقبل (٥) .

(ومن قتلها) أي قتل زوجته (في مرضه) المخوف (ثم مات) منه (ثم ترثه) لخروجها من حين التملك والتملك . ذكره ابن عقيل وغيره (٦) ، والظاهر (٧) ولو أقر أنه قتلها من أجل أن لا ترثه (٨) .

قال في الفروع : « ويتوجه خلاف كمن وقع في شبكة صيد بعد موته » (٩) .

(ومن خلف زوجات ، نكاح بعضهن فاسد أو) [نكاح بعضهن] (١٠) (منقطع قطعاً يمنع الإرث وجهل من يرث) منهن ، كما لو قال من له أربع : إحداهن أو إثنان منهن أو ثلاث منهن طالق ثلاثاً . وكان قوله ذلك في صحته ثم مات ولم يعين

(١) في (ب) : كذبت .

(٢) في (س) : المترتب .

(٣) في (ف) : طاعته .

(٤) انظر : شرح منتهى الإرادات (٢ / ٦٣١) ، مطالب أولي النهى (٤ / ٦٥٨) .

(٥) انظر : المرجعين السابقين .

(٦) الفروع (٤٨ / ٥ ، ٤٩) ، وانظر : الإنصاف (٣٦٠ / ٧) .

(٧) في (ف) : وظاهره .

(٨) انظر : شرح منتهى الإرادات ، وكشاف القناع (٤٨٤ / ٤) .

(٩) الفروع (٤٩ / ٥) .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

(أخرج) من يرث [٣٤٨/أ] منهم (بقرعة) .

قال ابن رجب في القاعدة الستين بعد المائة : « ومنها إذا مات عن زوجات وقد طلق إحداهن طلاقاً يقطع الإرث أو كان نكاح بعضهن فاسداً لا توارث فيه جهل (١) عين المطلقة وذات النكاح الفاسد، فإنها تعين بالقرعة والميراث للبواقي نص عليه أحمد » . (٢) انتهى .

ووجه ذلك أنه (٣) إزالة ملك عن آدمي فتستعمل فيه القرعة عند الإشتباه كالعتق ، وقد ثبت ذلك في العتق بخبر عمران بن حصين (٤) . ولأن الحقوق تساوت على وجه تعذر تعيين المستحق فيه من غير قرعة فينبغي أن تستعمل فيه القرعة كالقسمة .

ولأننا إن قسمنا الميراث بين الجميع كان فيه دفع إلى [بعضهن . أي] (٥) من لا يستحق منهم (٦) وتنقيص بعضهن حقه يقيناً . والوقف إلى غير غاية تضييع بحقوقهن . وحرمان الجميع [منهم] (٧) منع الحق عن صاحبه

(١) في (س) : وجهل .

(٢) القواعد ص (٣١٥) .

(٣) هذا النقل من : المغني (٢٠٦/٩) .

(٤) عن عمران بن حصين ، أن رجلاً أعتق ستة أعبد عند موته ، ولم يكن له مال غيرهم ، فبلغ ذلك النبي - ﷺ - فقال له قولاً شديداً ، ثم دعاهم فجزأ ثلاثة أجزاء فأقرع بينهم : فأعتق اثنين وأرق أربعة .

أخرجه أبو داود في سننه (٣٩٥٨) كتاب العتق ، باب فيمن أعتق عبداً له لم يبلغهم الثلث . ومثله (٣٩٦١) في نفس الباب عن محمد بن سيرين عن عمران بن حصين .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف ، س) .

(٦) في (ب) : منه .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف ، ب) .

يقيناً (١) .

ولو طلق واحدة من زوجتيه المدخول بهما غير معينة في صحته ، ثم قال في مرض موته أردت فلانة ثم مات قبل انقضاء العدة (٢) . فقال في المغني : « لم يقبل قوله ، لأن الإقرار بالطلاق في المرض كالطلاق فيه ، وهذا قول أبي حنيفة ، وأبي يوسف » (٣) .

وقال زفر : « يقبل قوله والميراث للأخرى » (٤) وهو قياس قول الشافعي (٥) . ولو كان للمريض امرأة أخرى سوى هاتين، فلها نصف الميراث وللأنثيين نصفه . وفي قول الشافعي . نصفه موقوف » (٦) انتهى .

(وإن طلق متهم) يقصد حرمان الميراث (أربعاً) كن معه (وانقضت عدتهن) منه (وتزوج أربعاً سواهن) ثم مات من مرضه (ورث) منه (الثمان) وهن الأربع المطلقات والأربع المنكوحات .

قال في الإنصاف : « على الصحيح من المذهب ما لم تتزوج المطلقات » (٧) .

(١) المغني (٢٠٦/٩) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) الفتاوى الهندية (٤٦٧/١) ، الدر المختار وحاشيته (٣٩٦/٣) .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) التلخيص (٤٦٣/١) ، والحاوي الكبير (١٥٠/٨) .

(٦) المغني (٢٠٧/٩) .

(٧) الإنصاف (٣٥٩/٧) .

(فلو كن) [أي] ^(١) الأربع الذي طلقهن (واحدة وتزوج أربعاً سواهن ورث الخمس) منه (على السواء) ^(٢) .

قال في الإنصاف : « على الصحيح من المذهب ، قدمه في المحرر ^(٣) ، والرعايتين والحاوي الصغير والفروع » ^(٤) .

وعنه : « رُبْعُهُ للمطلقة وثلاثة أرباعه للأربع إن تزوجهن في عقد واحد وإلا فللثلاث السوابق » . اختاره في المحرر والفائق ، وجزم به في الوجيز وصححه في النظم وقدمه في تجريد العناية ^(٥) .

وقال في الرعاية : وقيل : « يحتمل أن كله للبائن » ^(٦) . انتهى .

ووجه الأول : أنها وارثة بالزوجة فكانت أسوة ^(٧) من سواها . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٢) أي : فلو كانت المطلقة المتهم في طلاقها واحدة ، وتزوج أربعاً سواها ، ولم تتزوج المطلقة بعد انقضاء عدتها حتى مات الزوج ، كان الميراث بين الجهتين على السواء .

الإنصاف (٣٥٩/٧) .

(٣) المحرر (٤١١/١) .

(٤) الفروع (٤٦/٥) .

(٥) في (س) : الغاية .

وانظر المحرر (٤١١/١) .

(٦) الإنصاف (٣٥٩/٧) .

(٧) في (ب) : السوة .

[باب : تصحيح المسألة مع الإقرار بمشارك في الإرث]

هذا باب حكم تصحيح المسألة مع (الإقرار) من بعضهم (بمشارك في الميراث) وأما مع إقرار الجميع فلا يحتاج إلى عمل سوى ما تقدم (١) .

والى حكم إقرار الورثة جميعهم أشير (٢) بقوله :

(إذا أقر كل الورثة وهم) أي المقرون كلهم (مكلفون) (٣) ؛ لأن إقرار غير المكلف ليس بمعول عليه شرعاً (٤) (ولوأنهم) أي المنحصر (٥) فيهم الإرث لو لم يقرؤا [بمن أقرؤا] (٦) به ليسوا بعدد ، بل كانوا [واحداً] (٧) والواحد [بنت] لإرثها بفرض ورد (٨) .

(١) بإضافة المقر له مع الورثة .

وسياتي كتاب كامل في هذه الدراسة يشمل معاني الإقرار وأحكامه .

وأما الإقرار في هذا الباب فهو خاص بالفرائض .

(٢) في (س) : اثنين .

(٣) المكلف : في اللغة : الملزم بما فيه مشقة ، وفي الشرع : المخاطب بأمر ونهي ، وهو العاقل البالغ .

انظر : المطلع ص (١٠٦) .

(٤) انظر : شرح منتهى الإرادات (٦٣١/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٥٩/٤) .

(٥) في (س) : المحصور .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٨) انظر : المرجعين السابقين .

وقد تقدم إرث البنت بالفرض في أول باب الفرائض .

(أو) كانوا (ليسوا أهلاً للشهادة) وارث (١) (مشارك) للمقر في الميراث
كابن للميت يقر بابن له آخر .

(أو) يقر بوارث (مسقط) له (كاخ) للميت (أقرب ابن للميت ولو) كان
الابن المقر به (من أمته) أي أمة الميت . نص عليه في رواية الجماعة (٢) .

(فصدق) المقر به المقر إن كان مكلفاً (أو) لم يصدق و (كان صغيراً أو
مجنوناً ثبت نسبه) ومحل ذلك (إن كان) نسب المقر به (مجهولاً) وعلم مما
تقدم أنه يشترط لذلك تصديق المقر به إذا كان مكلفاً وكونه مجهول النسب (٣) .
وبقي شرطان زيادة على الشرطين المذكورين [٣٤٨/ب] سكت عنهما
لوضوحهما :

أحدهما : أن يكون المقر به يمكن كونه من الميت (٤) .

والآخر : لا ينافي المقر في نسب المقر به فإنه (٥) لا يكون إلحاقه بأحدهما

(١) في (س) : هو إرث .

(٢) انظر : الفروع (٧٠/٥) ، المبدع (٢٤٨/٦) .

(٣) بخلاف ثابت النسب ؛ لأن إقراره يتضمن إبطال نسبه المعروف ، فلم يصح .

انظر : مطالب أولي النهى (٦٦٠/٤) .

(٤) قال في كشف القناع : فإن كان الميت دون ابن عشر لم يصح الإقرار بولد له ، وكذا لو كان ابن
أكثر منها ، وأقروا بمن بينه وبينه دونها أنه ولده لم يلحقه لاستحالة .

انظر : كشف القناع (٤٨٦/٤) .

(٥) أي فإن نازعه آخر فليس أحدهما بإلحاقه أولى من الآخر .

انظر كشف القناع (٤٨٦/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٦٣١/٢) ، مطالب أولي النهى
(٦٥٩/٤) .

أولى من الآخر (١) .

إذا تقرر هذا فإنه يثبت نسبه (ولومع منكر لا يرث) من الميت (لمانع) قام به كرق (٢) .

ويثبت أيضاً (إرثه) (٣) من الميت (إن لم يقم به) أي المقر به (٤) (مانع) من الإرث .

ووجه ما تقدم أن الوارث (٥) يقوم مقام الميت في ميراثه والديون التي له والتي عليه وبيناته ودعاويه والأيمان التي له وعليه ، كذلك في النسب . وبهذا قال الشافعي (٦) ، وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة .

لكن المشهور عن أبي حنيفة أنه لا يثبت إلا بإقرار رجلين أو رجل

(١) انظر : المغني (٣١٧/٧ ، ٣١٨) ، الشرح الكبير (٢٠١/٧) .

(٢) لأن وجود من قام به المانع كعدمه في الإرث والحجب ، فكذا هنا .

انظر : مطالب أولى النهى (٦٦٠/٤) .

(٣) خلافاً للشافعية حيث لا يثبت النسب ولا الميراث للدور الحكمي على الأصح عندهم ، فمن صور ذلك أن يقر وارث حائز للتركة - في ظاهر الحال - بمن يحجبه حرماناً ، كما إذا أقر أخ حائز بابت للميت ، فيثبت نسب المقر به ، ولا يرث ظاهراً ، لأنه يلزم من إرثه عدمه ، ويجب على المقر أن يدفع له التركة باطناً إذا كان صادقاً في إقراره .

انظر : كشف الغوامض (٧٦/١) ، وشرح الترتيب (١٤/١ ، ١٥) ، والتحفة الخيرية ص (٦٢) ، فعليه أن النسب عندهم لا بد له من وارث حائز ، إذا ثبت النسب لم يثبت الميراث حيث يكون المقر غير وارث فيكون الدور فلا يثبت نسب المقر به على ضوء ذلك .

(٤) في (س) : المقر .

(٥) النقل من : المغني (١٣٧/٩) ، الشرح الكبير (٢٠٠/٧) ، وانظر : المبدع (٢٤٨/٦) .

(٦) كتاب التلخيص للخبري (٥٤٦/٢) ، نهاية المحتاج (١١٠/٥) .

وامرأتين (١) .

وقال مالك : « لا يثبت إلا بإقرار اثنين ، لأنه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة » (٢) .

قال في المغني : « ولنا أنه حق [يثبت] (٣) بالإقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين .

ولأنه قول لا يعتبر فيه العدالة، فلم يعتبر فيه العدد، كإقرار الموروث . واعتباره بالشهادة لا يصح ؛ لأنه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ويبطل بالإقرار بالدين » (٤) . انتهى .

وقيل : « لا يرث مقر به مسقط (٥) لمن أقر به » اختاره أبو اسحاق (٦) وذكره الأزجي عن الأصحاب سوى القاضي ، وأنه الصحيح ، فقليل : « نصيبه يبقى بيد المقر » (٧) .

(١) بدائع الصنائع (٢٢٩/٧ ، ٢٣٠) .

(٢) الشرح الصغير مع حاشيته (٧٠٧/٤) ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير (٤١٧/٣) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٤) المغني (٣١٧/٧) .

(٥) في (ب) : سقط .

(٦) أبو إسحاق : لعله إبراهيم بن أحمد بن عمر بن حمدان شافلاء ، عالم جليل القدر ، كثير الرواية ، حسن الكلام في الأصول والفروع ، هل حلقتا علم بجامع المنصور ، وجامع القصر ، مات سنة (٣٦٩ هـ) .

انظر : طبقات الحنابلة (١٢٨/٢) ، المنهج الأحمد (٧٥/٢) ، المقصد الأرشد (٢١٦/١) .

(٧) انظر : الإنصاف (٣٦١/٧) ، الفروع (٧٠/٥) ، المبدع (٢٤٨/٦ ، ٢٤٩) .

وقيل : « يؤخذ لبيت المال » (١) .

ووجه المذهب : أن المقر ثابت النسب الذي بينه وبين الميت ، وليس به مانع
فدخل في عموم الوارث حالة الإقرار (٢) .

ولو مات إنسان عن بنت وزوج ، أو عن بنته ومولاه ، فأقرت البنت بأخ لها
فإنه (يعتبر) في ثبوت نسبه مع إقرارها (إقرار زوج ومولى إن ورثا) لشمول اسم
الورثة لكل منهما (٣) .

(وإن لم يكن) أي يوجد للميت من الورثة (إلا زوجة وزوج فأقرا بولد للميت
من غيره فصدقه) إمام أو (نائب إمام ثبت) (٤) نسبه ؛ لأن ما فضل من حصة
الزوج أو الزوجة يؤخذ لبيت المال ، وهو المتولي لأمره فقام مقام الوارث معه لو
كان (٥) .

قال في الفروع : « وفيه احتمال ، ذكره الأزجي ، لأن الإمام ليس له نصيب
الورثة ، قال : وهو مبني على أنه هل له استيفاء قود لا وارث له ؟ وإذا لم يثبت أخذ
نصيب (٦) ما بيد المقر » (٧) . انتهى .

والى حكم الإقرار إذا لم يكن إلا من بعض الورثة أشير بقوله : (وإن أقربيه)

(١) المراجع السابقة .

(٢) كشف القناع (٤٨٢/٤) .

(٣) انظر : الفروع (٧١/٥) .

(٤) في (س) : يثبت .

(٥) شرح منتهى الإرادات (٦٣٢/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٦٠/٤) ، كشف القناع (٤٨٦/٤) .

(٦) في (ب) : نصف .

(٧) الفروع (٧١/٥) .

أي بالوارث المشارك أو المسقط للمقر^(١) (بعض الورثة) وأنكره الباكون (فشهد عدلان منهم) أي من المقرين (أو من غيرهم أنه) أي المقر به (ولد الميت ، أو) شهدوا أن الميت (أقربيه ، أو) شهدوا أن المقر به (ولد على فراشه) أي فراش الميت (ثبت نسبه وإرثه)^(٢) ؛ لأن ذلك حق شهد به عدلان لا تهمة فيهما فثبت بشهادتهما كسائر الحقوق^(٣) .

(وإلا) أي وإن لم يشهد بذلك عدلان مع إقرار بعض الورثة به (ثبت نسبه) أي المقر به (من مقر وارث فقط) أي دون الميت وبقية الورثة^(٤) .

وقيل : « لا يثبت نسبة أيضاً ممن أقر به » جزم به الأزجي وغيره . وقدم الأول في الفروع والرعائتين والحاوي الصغير وغيرهم^(٥) .

ووجه الأول : أن النسب حق أقر به الوارث على نفسه فلزمه كسائر

(١) في (ب) : للمعد .

(٢) أما النسب فإنه يثبت عند الجميع فيما إذا أقر الوارث بمن يقر به مورثه .

انظر : تكملة فتح القدير (٤٠٠/٨) ، بدائع الصنائع (٢٣٠/٧) ، ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤١٧/٣) ، والشرح الصغير مع حاشيته (٧٠٧/٤) ، التلخيص للخبري (٥٤٦/٢) .

وانظر : شرح الترتيب (١١٢/٢) ، والمغني (٣٢٢/٧) .

وأما الإرث فقد أثبت الجمهور بخلاف الشافعية .

انظر المراجع السابقة .

(٣) شرح منتهى الإرادات (٦٣٢/٢) ، كشاف القناع (٤٨٧/٤) ، مطالب أولي النهى (٦٦١/٤) .

(٤) هذا مذهب الحنفية . وهو الصحيح من مذهب الحنابلة .

انظر : بدائع الصنائع (٢٣٠/٧) ، وانظر : العذب الفائض (٢٥٧/٢) ، الإنصاف (٣٦٢/٧) .

(٥) الفروع (٧١/٥) ، وانظر : الإنصاف (٣٦٢/٧) .

الحقوق (١) .

(ف) على هذا (لو كان المقر به أخاً للمقر ومات) المقر أيضاً (عنه) وحده ، (أو) مات (عنه وعن بني عم ورثة المقر به) وحده في الصورة الأولى وكذا الثانية ، لأن بني العم محجوبون [٣٤٩ / أ] بالأخ (٢) .

(و) إن مات المقر (عنه) أي عن المقر به (وعن أخ منكر) له (فأرثه) أي المقر (بينهما) أي بين المنكر والمقر به بالسوية لاستوائهما في القرب (٣) .
قال في الفروع : « وذكر جماعة إقراره له كوصية ، فيأخذ المال في وجهه وثلثه في آخر » .

وقيل : « المال لبيت المال » (٤) . انتهى .

ومحل هذا الخلاف فيما إذا خلفه وحده والله أعلم .

(ويثبت نسبه) أي المقر به (تبعاً) أي على سبيل التبعية (من ولد مقر منكر له) أي المقر به (فتثبت العمومة) (٥) .

قال في الإنصاف : « وهل يثبت نسبه من ولد المقر المنكر له تبعاً فتثبت

(١) انظر : شرح منتهى الإرادات (٦٣٢ / ٢) ، كشف القناع (٤٨٧ / ٤) ، مطالب أولي النهى (٦٦١ / ٤) .

(٢) انظر : الإنصاف (٣٦٢ / ٧) ، المبدع (٢٥٠ / ٦) .

(٣) انظر : شرح منتهى الإرادات ، وكشاف القناع ، ومطالب أولي النهى كما سبق .

(٤) الفروع (٧٢ / ٥) .

(٥) المرجع السابق .

العمومة ؟ فيه وجهان ، وأطلقهما في الفروع والهداية (١) والمذهب والخلاصة في كتاب الإقرار ظاهر ما قدمه في الرعايتين والحاوي أنه يثبت فإنهما قالوا : ويثبت نسبه وإرثه من المقر لو مات .

وقيل : « لا يثبتان » . وصححه في التلخيص .

وفي الانتصار : « خلاف مع كونه أكبر سناً (٢) من أبي المقر أو معروف النسب » (٣) انتهى .

(وإن صدق بعض الورثة) الذي كان صغيراً أو مجنوناً حين إقرار (٤) أحدهم المكلف بوارث (إذا بلغ وعقل) على نسب من أقر به المكلف منهم قبل ذلك (ثبت نسبه) ؛ لاتفاق جميع الورثة عليه إذا (٥) .

وإن مات من لم يكلف (٦) قبل تكليفه ولم يبق غير المقر المكلف ثبت نسب المقر به أيضاً ؛ لأن المقر صار جميع الورثة (٧) .

وإن كان الوارث ابنين فأقر أحدهما بوارث ، وأنكر الآخر ، ثم مات المنكر وورثه المقر ثبت نسب المقر به ؛ لأن المقر صار جميع الورثة ، فأشبه ما لو أقر به

(١) الهداية (١٨٥/٢) .

(٢) في (ب) : نسباً .

(٣) الإنصاف (٣٦٢/٧) ، الفروع (٧١/٥) .

(٤) في (س) : أقر .

(٥) المبدع (٢٥١/٦) .

(٦) في (ب) : يخلف .

(٧) انظر : المغني (٣١٩/٧) .

ابتداء بعد موت أخيه (١) .

قال في المغني : « وفيه وجه آخر أنه لا يثبت النسب ؛ لأنه أنكره بعض الورثة فلم يثبت نسبه كما لو لم يمت ، بخلاف ما إذا كان شريكه غير مكلف فإنه لم ينكره وارث » . (٢) انتهى .

(فلو مات) المقر به (و) الحال أنه (له وارث غير المقر اعتبر تصديقه) (٣) للمقر حتى يرث منه ، لأن المقر إنما يسري إقراره على نفسه (٤) .

(وإلا) أي وإن لم يصدق الوارث (فلا) يرث منه .

(ومتى لم يثبت نسبه) أي المقر به ، بأن أقر به بعض الورثة ولم يشهد (٥) بنسبه عدلان (أخذ الفاضل بيد المقر) عن نصيبه على مقتضى إقراره (إن فضل) عن ذلك (شيء أو) أخذ ما في يده (كله إن سقط) المقر (به) أي بالمقر به ؛ لأنه مقر أن ذلك له فلزمه دفعه إليه (٦) .

ويتفرع على ذلك صور أشير إلى بعضها (٧) بقوله :

(فإذا أقر أحد بنيه) أي ابني الميت المنحصر إرثه فيهما لو لم يكن إقرار من

(١) المغني (٣١٩/٧) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر : الفروع (٧٢/٥) .

(٤) انظر : شرح منتهى الإرادات (٦٣٢/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٦٢/٤) .

(٥) في (ب) : يقر .

(٦) انظر : المرجعين السابقين .

(٧) في (ب) : إليها .

واحد منهما (بأخ) لهما (فله) أي للمقر به (ثلث ما بيده) أي بيد (١) المقر .

نقله بكر بن محمد (٢) ؛ لأن إقراره تضمن أنه لا يستحق أكثر من ثلث التركة ، وفي يده نصفها ، فيكون السدس الزائد للمقر به ، وهو ثلث ما بيده فيلزمه دفعه إليه (٣) .

(و) إن أقر (بأختف) يكون لها (خمسة) أي خمس ما بيد المقر ؛ لأنه لا يدعي أكثر من خمسي المال ، وذلك أربعة أخماس النصف الذي بيده فيبقى خمسة ، فلزمه دفعه إليها (٤) .

(١) في (ب) : يد .

(٢) الفروع (٧٣/٥) ، المبدع (٢٥٠/٦) .

وبكر بن محمد بن الحكم ، أبو أحمد النسائي ، ثم البغدادي ، روى مسائل كثيرة ، وروى عن أبيه عن أحمد ، وكان أحمد يقدمه ويكرمه .

انظر : طبقات الحنابلة (١١٩/١) ، المنهج الأحمد (٣٨١/١) ، المقصد الأرشد (٢٨٩/١) .

(٣) انظر : المغني (٣١٤/٧) ، الفروع (٧٣/٥) ، المبدع (٢٥٠/٦) ، وانظر : كشف القناع (٤٨٧/٤) .

(٤) انظر : المراجع السابقة . وما تقدم هو مذهب الجمهور ، وقال الشافعي وابن سيرين والنخعي ، لا يرث ؛ لأنه لم يثبت نسبه .

وقال أبو حنيفة ومالك وآخرون : يشاركه ، لأن الميراث يتعلق ببعض التركة كما يتعلق بجميعها ، فإذا هلك بعضها ، أو غصب ، تعلق الحق بباقيها ، والذي في يد المنكر كالمغصوب ، فيقتسمان الباقي بالسوية ، كما لو غصبه أجنبي .

ثم يرد ابن قدامة على ذلك بقوله : ولنا : أن التركة بينهم ، فلا يستحق مما في يده إلا الثلث ، كما لو ثبت نسبه ببينة ، ولأنه إقرار تعلق بحق يتعلق بحصته وحصه أخيه ، فلا يلزمه أكثر مما يخصه ، كالإقرار بالوصية ، وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين ، ولأنه لو شهد معه بنسب أجنبي ثبت ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته ، لكونه يجر بها نفعاً ، لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه =

(و) إن أقر (ابن ابن) للميت (بابن) له (ف) يكون له (كل ما بيده) أي بيد المقر ؛ لأنه أقر بمن يحجبه عن المال فيلزمه دفعه إليه (١) .

(ومن خلف أخاً من أب ، وأخاً من أم فأقرب أخ لأبوين ثبت نسبه) ؛ لإقرار الورثة كلهم به (وأخذ ما بيد ذي الأب) كله ؛ لأنه قد تبين أنه لاحق له لحجبه بذي الأبوين (٢) .

وقطع أبو الخطاب في الهداية (٣) [« بأنه يأخذ نصف ما بيد الأخ للأب » (٤) .

قال في المحرر : « وهو سهو . وهو كما قال » (٥) .

(وإن أقربه الأخ من الأب وحده أخذ ما بيده) [٣٤٩/ب] لانحجابه به

= عليه ، ولأنه حق لو ثبت بيينة لم يلزمه إلا قدر حصته ، فإذا ثبت بالإقرار لم يلزمه أكثر من ذلك ، كالوصية ، وفارق ما إذا غصب بعض التركة وهما اثنان ، لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة . وههنا يستحق الثلث من كل جزء التركة .

(٣١٦/٧) .

وانظر : مذهب العلماء في : تكملة شرح فتح القدير (٤٠٠/٨) ، بدائع الصنائع (٢٣٠/٧) ، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤١٨/٣) ، والشرح الصغير مع حاشيته (٧٠٨/٤) ، الذخيرة (١٠٨/١٣) ، التلخيص (٥٤٧/٢) ، شرح الترتيب (١١٢/٢) .

(١) انظر : المغني (٣١٩/٧) ، المبدع (٢٥١/٦) ، المحرر (٤٢٠/١) ، كشاف القناع (٤٨٧/٤) .

(٢) انظر : المبدع (٢٥١/٦) ، كشاف القناع (٤٨٨/٤) ، المغني (١٣٧/٩) ، الفروع (٧٣/٥) ، المحرر (٤٢٠/١) .

(٣) في (ب) : النهاية .

(٤) انظر : الهداية (١٨٥/٢) ، التهذيب ص (٣٥١) ، الإنصاف (٣٦٣/٧) .

(٥) المحرر (٤٢٠/١) ، الإنصاف (٣٦٣/٧) .

(ولم يثبت نسبه) ، [(١) لأنه لم يقرَّ به إلا واحد من الورثة (٢) .

(وإن أقربه الأخ من الأم وحده ، أو) أقر (بأخ سواه فلا شيء له) أي للمقر به ؛ لأنه لأفضل في يده . بخلاف ما إذا أقر بأخوين من أم ، فإنه يدفع إليهما ثلث ما بيده ، لأن في يده السدس ويأقراره بهما قد اعترف أنه لا يستحق إلا التسع ، فيبقى في يده نصف التسع ، وهو ثلث ما في يده (٣) .

والعمل في مسائل هذا الباب كله طريقه يكون (بضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار) إن تباينا أو في وفقها (٤) إن توافقا وهذا معنى قوله :

(وتراعى الموافقة) لأن المقصود أن تخرج [مسألة] (٥) الإقرار مسألة الإنكار من عدد واحد ، ومتى كان بين المسألتين موافقة حصل ذلك بضرب إحدى المسألتين في وفق الأخرى فما حصل بالضرب كان أصل المسألة الذي تصح (٦) .

(ويدفع لمقر سهمه من مسألة الإقرار) مضروباً (في) مسألة (الإنكار) أو في وفقها (و) ويدفع (لمنكر سهمه من مسألة الإنكار) مضروباً (في) مسألة الإقرار أو في وفقها ثم يجمع ما حصل للمقر والمنكر من أصل المسألة (و) يدفع

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

وانظر : المغني (١٣٧/٩) ، المبدع (٢٥١/٦) ، المحرر (٤٢٠/١) ، والفروع (٧٣/٥) .

(٢) انظر : المغني ، والمبدع كما سبق .

(٣) الشرح الكبير (٢٠٦/٧) ، المبدع (٢٥١/٦) .

(٤) في (ب) : وقتها .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٦) يتضح هذا العمل كله بالأمثلة العملية التي سوف يسوقها المؤلف - رحمه الله تعالى - .

وانظر ما وضعه المؤلف في : شرح منتهى الإرادات (٦٣٣/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٦٣/٤) .

(لمقر ما فضل) من ذلك . ويظهر ذلك بالمثال (١) :

(فلو أقر أحد ابنين بأخوين فصدق أخوه في أحدهما ثبت نسبه) أي المتفق عليه لإقرار جميع الورثة به (٢) (فصاروا ثلاثة) فإذا أردت القسمة (تضرب مسألة الإقرار) وهي أربعة (في) مسألة (الإنكار) وهي ثلاثة (تكن) بالضرب (اثني عشر) سهماً :

(للمنكر سهم من) مسألة (الإنكار) مضروب (في) مسألة (الإقرار) وذلك (أربعة) ، للمقر سهم (من) مسألة (الإقرار) مضروب في مسألة (الإنكار) وذلك (ثلاثة) ، وللمتفق عليه إن صدق المقر مثل سهمه (ثلاثة من اثني عشر) ، (وإن أنكره مثل سهم المنكر) أربعة من اثني عشر ، (و) يكون (لمختلف فيه ما فضل) من الاثني عشر (وهو سهمان حال التصديق) من الثالث (وسهم حال الإنكار) منه (٣) .

قال في الإنصاف : « وهذا المذهب وعليه أكثر الأصحاب وجزم به في الوجيز

(١) وإليك بيان صورته :

	١٢	٤	٣		
٤	٤	١	ابن	١	ابن
٤	٣	١	ابن	١	ابن
٣	٣	١	ابن	١	ابن
١	٢	١	ابن		

الإقرار الإنكار

انظر هذه المسألة في : المغني (١٤١/٩) ، الشرح الكبير (٢٠٧/٧) ، المبدع (٢٥٢/٦) .

(٢) انظر : المبدع كما سبق .

(٣) انظر : تصوير المسألة كما سبق .

والمنور ومنتخب الأزجي وغيرهم . وقدمه في المغني والشرح وصحاحه (١) .
وقدمه أيضاً في المحرر (٢) ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ،
والفروع (٣) ، والفائق .

وقال أبو الخطاب : « لا يأخذ المتفق عليه من المنكر في حال التصديق إلا ربع
ما في يده ، وصحاحه (٤) من ثمانية :

للمنكر ثلاثة ، وللمختلف فيه (٥) سهم ولكل واحد من الآخرين سهمان » (٦) .
ورده المصنف والشارح (٧) وضعفه الناظم » (٨) انتهى .

(ومن خلف ابننا فأقرباً أخوين بكلام متصل) بأن قال : هذان أخوأي (٩)
(ثبت نسبهما) (١٠) وفي الأصح (١١) (ولو اختلفا) أي المقر بهما بكلام

(١) المغني (١٤١/٩) ، المغني مع الشرح الكبير (٢٠٦/٧) .

(٢) المحرر (٤٢٠ / ١) .

(٣) الفروع (٧٤ ، ٧٣/٥) .

(٤) في (س) : صحها .

(٥) في (ب) : فيهم .

(٦) التهذيب ص (٣٥٠ ، ٣٥١) .

(٧) المغني مع الشرح الكبير (٢٠٧/٧) .

(٨) الإنصاف (٣٦٤/٧) .

(٩) في (ف) : أخواتي ، وفي (س) : إخوتي .

(١٠) انظر : الإنصاف (٣٦٤/٧) ، الفروع (٧٤/٥) ، المبدع (٢٥٣/٦) ، المحرر (٤٢١/١) .

(١١) ويحتمل : أن لا يثبت نسبها مع اختلافهما .

انظر : الهداية (١٨٥/٢) ، الإنصاف (٣٦٥/٧) ، المبدع والفروع والمحرر كما سبق .

متصل ؛ لأن نسبهما ثبت بإقرار من هو كل الورثة قبلهما (١) .

(و) إن أقر (بأحدهما) بأحد الأخوين (بعد الآخر ثبت نسبهما إن كانا
توأمين) (٢) ولم يلتفت إلى إنكار المنكر منهما سواء تجاحداً معاً أو جحد أحدهما
صاحبه ، لأننا نعلم كذبهما فإنهما لا يفترقان (٣) .

(وإلا) أي وإن لم يكونا توأمين (لم يثبت نسب الثاني) أي المقر به ثانياً
(حتى يصدق) على ذلك (الأول) أي المقر به أولاً ، لأنه صار من الورثة (٤) .
(وله) أي ولالأول مع إنكاره الثاني (نصف ما بيد المقر) من تركة أبيه ،
(وللثاني) أي وللمقر [به] (٥) ثانياً (ثلث ما بقي) (٦) بيد المقر ؛ لأنه الفضل
فإنه يقول نحن ثلاثة أولاد وإن كذب الثاني بالأول ، والأول مصدق به ثبت نسب
الثلاثة في الأصح (٧) .

(وإن أقر بعض ورثة) لميت (بزوجة للميت فلها) أي فللزوجة من التركة
(ما فضل بيده) أي بيد من أقر بها (عن حصته) ؛ فلو مات رجل عن ابنين (٨)

(١) شرح منتهى الإرادات (٦٣٤/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٦٤/٤) .

(٢) انظر : الإنصاف ، الفروع ، المبدع ، المحرر - كما سبق - ، والعذب الفائض (٢٥٩/٢) .

(٣) انظر المرجعين السابقين شرح منتهى الإرادات ، ومطالب أولي النهى .

(٤) انظر : المرجعين السابقين .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٦) انظر : المراجع السابقة .

(٧) وقيل : يسقط نسب الأول ، ويأخذ الثاني ثلثي ما في يده وثلث ما في يد المقر .

انظر : الشرح الكبير (٢٠٨/٧) ، الإنصاف (٣٦٥/٧) ، المبدع (٢٥٤/٦) .

(٨) في (س) : اثنين .

وأقر أحدهما بزوجة للميت وأنكر الآخر [٣٥٠/أ] كان لها نصف التركة مما بيد المقر (١) .

(قلو مات) أحد الابنين الذي هو (المنكر) للزوجة (فأقر ابنه) أي ابن المنكر (بها) أي بالزوجة (كمل إرثها) أي إرث الزوجة في الأصح (٢) ؛ لاعترافه بظلم أبيه لها بإنكاره (٣) .

(وإن أقربها) أحد الابنين (٤) (ومات) الابن (الآخر) قبل إقراره و (قبل إنكاره ثبت إرثها) ولو أنكرها ورثة هذا الابن [الميت] (٥) ؛ لأنه لا منكر لها من ورثة زوجها (٦) .

(١) في (ف) : الميت . وانظر : شرح منتهى الإرادات ، مطالب أولي النهى كما سبق .

(٢) قال في الإنصاف في شرحه لعبارة المقنع (لزمه من إرثها بقدر حصته) يعني يلزمه ما يفضل في يده لها عن حصته . كما ذكره في الإقرار بغيرها ، وهذا بلا خلاف . لكن لو مات المنكر ، فأقر بها ابنه : ففي تكميل الزوجة وجهان : وأطلقهما في الرعاية الكبرى والفروع . قلت : الأولى التكميل .

فإن لم يخلف المنكر إلا الأخ المقر : كمل الإرث . على الصحيح . صححه في الرعاية الكبرى .

قال في التلخيص : فالأصح أنه يثبت الميراث ، وقيل : لا يكمل .

وأما إن مات قبل إنكاره : فإن إرثها يثبت . جزم به في الرعاية الكبرى والفروع .

الإنصاف (٣٦٦/٧) ، وانظر : الفروع (٧٤/٥) ، والمبدع (٢٥٤/٦) .

(٣) انظر : شرح منتهى الإرادات ، ومطالب أولي النهى كما سبق .

(٤) في (ب) : ابنين بدون آل .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٦) انظر : المرجعين السابقين .

(وإن قال) شخص (مكلف) لآخر : (مات أبي وأنت أخي ، أو) كانوا أكثر من واحد فقالوا له : (مات أبونا ونحن أبناءه فقال) المقول له الواحد (١) : (هو) أي للميت (أبي ولست) أنت (أخي) ، أو قال للجماعة : هو أبي ولستم بإخوتي (لم يقبل إنكاره) (٢) ؛ لأن القائل أولاً نُسب الميت إليه بأنه أبوه وأقر بمشاركة المقر له في ميراثه بطريق الأخوة ، فلما أنكر إخوته لم يثبت إقراره به ، وبقيت دعواه أنه أبوه دونه غير مقبولة ، كما لو ادعى ذلك قبل الإقرار (٣) .

(و) إن كان الأول قد قال : (مات أبوك وأنا أخوك) و (قال) مجيباً له : هو أبي و (لست أخي فالكل) أي كل مخلف الميت (للمقربيه) وذلك لأنه بدأ بالإقرار بأن هذا الميت أبوه فثبت ذلك له ، ثم ادعى مشاركته بعد ثبوت الأبوة للأول ، فإذا أنكر الأول أخوته فلم يقبل دعوى هذا المقر (٤) .

(و) إن قال مكلف لآخر : (ماتت زوجتي ، وأنت أخوها) فأجابه بأن (قال) له : هي أختي و (لست) أنت (بزوجه قبل إنكاره) أي إنكار أنها زوجته في الأصح (٥) .

قال في الإنصاف : « وهو المذهب ؛ لأن الزوجة من شرطها الإشهاد فلا تكاد تخفى ويمكن إقامة البينة عليها » (٦) .

(١) في (ف) : للواحد .

(٢) الشرح الكبير (٢١٤/٧) ، المبدع (٢٥٥/٦) .

(٣) انظر : المرجعين السابقين .

(٤) انظر : المرجعين السابقين .

(٥) الوجه الثاني : لا يقبل إنكاره صححه في التصحيح ، والنظم .

انظر : الشرح الكبير (٢١٥/٧) ، الإنصاف (٣٦٦/٧) ، المبدع (٢٥٦/٦) .

(٦) انظر : الإنصاف (٣٦٦/٧) .

[فصل : فيما إذا أقر وارث في مسألة عول بمن يزيله] (١)

(فصل . إذا أقر) وارث (في مسألة عول بمن) أي بوارث (يزيله) أي يزول به العول ؛ (كزوج وأختين) (٢) أي كمن ماتت عن زوج وأختين لأبوين أو لأب ، فإن أصل المسألة من ستة وتعول إلى سبعة فإن فيها نصفاً وثلثين ، فإذا (أقرت إحداهما) أي إحدى الأختين (بأخ) لأبوين أو لأب فإنه يعصبها ويزول العول ، وتصير مسألة الإقرار من ثمانية :

للزوج : أربعة ، وللأخ : سهمان ، ولكل أخت سهم . فإذا أردت القسمة (فاضرب مسألة الإقرار) وقد علمت أنها تصح من ثمانية (في) مسألة

(١) انظر : المغني (١٤٨/٩) ، فقد ذكر مزيداً من التفصيل .

(٢) وهذه صورتها :

٥٦	٥٦ = ٨ × ٧	٨		٧/٦
٢٦	٢٤ = ٨ × ٣	٤	زوج	٣
١٦	١٦ = ٨ × ٢ للمنكرة	١	أختان	٤
٧	٧ = ٧ × ١ للمقرة	١		
٧	والباقى ٩ الفاضل بعد المقرة	٢	أخ	

مسألة الإنكار

في حالة إقرار الزوج

مسألة الإقرار

وفي حالة إقرار الأخت الثانية بالأخ تكون المسألة كالاتي :

٥٦	٨
٢٤ = ٨ × ٣	٤
١٤ = ٧ × ٢ لكل أخت سبعة	٢
١٤ = ٧ × ٢	٢

تبقى أربعة فيها الثلاثة أوجه المذكورة في الصلب .

انظر هاتين المسألتين في : المغني (١٤٨/٩) ، والشرح الكبير (٢١٥/٧) .

(**الإنكار**) وقد علمت أنها سبعة (**ستة وخمسين ، واعمل**) إذا ما ضربت [(**على ما ذكر**) قبل ذلك في هذا الباب فيكون (**للزوج**) بضرب سهمه من مسألة الإنكار وهو ثلاثة في مسألة الإقرار وهي] ^(١) ثمانية [أربعة وعشرون ، والمنكرة بضرب سهمها من مسألة الإنكار وهو اثنان في مسألة الإقرار وهي ثمانية] ^(٢) ، (**ستة عشر . وللمقرة**) بضرب سهمها من مسألة الإقرار وهو واحد في مسألة الإنكار (**سبعة ، وللأخ**) الذي أقرت به إحدى الأختين ما فضل بيدها مع تكذيب الزوج وهو (**تسعة**) ^(٣) ، وليس للزوج إن كذب المقررة بالأخ غير الأربعة وعشرين (**فإن صدقها**) أي صدق الزوج الأخت ^(٤) على إقرارها بالأخ (**فهو يدعي أربعة**) مضافة إلى الأربعة وعشرين ليصير له ثمانية وعشرون ، وذلك تمام نصف الستة وخمسين . (**والأخ يدعي أربعة عشر**) وذلك مثل ^(٥) ما للمقرة (**فاقسم التسعة**) المقررة بها (**على مدعاهما**) وهما الزوج والأخ وقدر مدعاهما ثمانية عشر فيحصل لكل سهمين من المدعي به سهم من التسعة فيكون (**للزوج سهمان**) من التسعة ، لأن مدعاه أربعة (**و**) يكون (**للأخ سبعة**) من التسعة ، لأن مدعاه أربعة [٣٥٠ / ب] عشر .

فإن ^(٦) أقرت الأختان بالأخ وكذبهما الزوج دفع إلى كل أخت سبعة ودفع إلى الأخ أربعة عشر وذلك نصف التركة ثمانية وعشرون يبقى من النصف الثاني أربعة

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) فقط .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب ، س) .

(٣) في (ب) : سبعة .

(٤) في (ف) زيادة : واو . والأخت .

(٥) في (س) : مثلاً .

(٦) من هنا النقل من المغني والشرح الكبير .

يقرون بها إلى الزوج وهو ينكرها ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه تُقر بيد من هي في يده ، لأن الإقرار يبطل إنكار من أقر له .

والثاني : أنه يعطي الزوج نصفها ، والأختان نصفها لأنها لا تخرج عنهم ولا شيء فيه للأخ ، لأنه لا يحتمل أن يكون له فيها شيء بحال .

والثالث : يؤخذ لبيت المال ، لأنه مال لم يثبت له مالك (١) .

(فإن كان معهم) أي مع الأختين لأبوين أو لأب والزوج (أختان لأم) (٢)

(١) المغني (١٤٨/٩) ، الشرح الكبير (٢١٥/٧) .

(٢) وهذه صورتها :

$$٩/٦ \quad ٦ \quad ٢٤ = ٩ \times ٨ \quad ٧٢ = ١٨ \times ٧٢ = ١٢٩٦ \div ٦ = ٢١٦$$

٩٨	١٥٦ + ٤٣٢	٦	٢٤	١٢	٣	زوج	٣	زوج
٤٨	٢٨٨	٢	١٦	٨	٢	أختان لأم	٢	أختان لأم
٤٨	٢٨٨	٢	١٦	٢	١	أختان ش	٤	أختان ش
٩	٥٤	١	٣	١				
١٣	٧٨	٢	٦	١		أخ ش		مسألة الإنكار

الإقرار

وطريقة حلها كالآتي :

١ - تضرب وفق مسألة الإقرار (٨) في مسألة الإنكار (٩) يكون الحاصل اثنان وسبعون .

٢ - يبقى سبعة تُقر بيد من أقر وهي إحدى الأختين .

٣ - في حالة تصديق الزوج فإنه يريد إكمال النصف المفروض له فيدعي مع الأربعة وعشرين اثنا عشر ليكون المجموع ستة وثلاثون .

٤ - الأخ يدعي أيضاً ستة مضافة إلى الستة التي معه ليكون المجموع اثنا عشر .

٥ - مجموع ما يدعيه الزوج والأخ ثمانية عشر تضرب في الاثنين والسبعين ومن له من الجامعة (٧٢) يأخذه مضروباً في ثمانية عشر ، ومن له شيء من ثمانية عشر يأخذه مضروباً في ثلاثة عشر . =

وأقرت إحدى الأختين لأبوين أو لأب بأخ مساو^(١) لهما فمسألة الإنكار من تسعة :
للزوج : ثلاثة ، وللأختين من الأم : سهمان ، وللأختين للأبوين أو الأب : أربعة .
ومسألة الإقرار أصلها من ستة :

للزوج : ثلاثة ، وللأختين من الأم : سهمان ، يبقى سهم على أربعة تضرب في أصل المسألة وهو ستة فتصح من أربعة وعشرين وبينها^(٢) وبين التسعة موافقه بالأثلاث ، فإذا أردت العمل (ضربت وفق مسألة الإقرار) أي ثلثها وهو ثمانية (في مسألة الإنكار) وهي تسعة تبلغ (اثنين وسبعين) وأعطيت (للزوج) من ذلك (ثلاثة من) مسألة (الإنكار) مضروبة (في وفق) مسألة (الإقرار) ووفقها ثمانية تبلغ (أربعة وعشرين و) أعطيت (لولدي الأم) سهمين من مسألة الإنكار مضروبين في وفق مسألة الإقرار تبلغ (ستة عشرة و) وأعطيت (للمنكرة) من الأختين لأبوين أو لأب (مثله) أي ستة عشر من ضرب سهمين في ثمانية ، (و) أعطيت (للمقرة) بالأخ سهمان من مسألة الإقرار مضروباً في وفق مسألة الإنكار وهو ثلاثة تبلغ (ثلاثة يبقى معها) أي مع المقررة (ثلاثة عشر للأخ منها) أي من الثلاثة عشر (ستة) وهي مثلاً ما للمقرة (يبقى) بيدها (سبعة لا يدعيها أحد و) الأصح^(٣) (في هذه المسألة وشبهها) فيما إذا

= ٦ - ترجع المسألة بالاختصار إلى مائتين وستة عشر بقسمتها على ستة .

(١) في (ب) : تساو .

(٢) في (ف ، ب) : وبينها .

(٣) والوجهان الآخران :

أحدهما : يؤخذ إلى بيت المال .

الثاني : يقسم بين المقررة والزوج والأختين من الأم على حسب ما يحتمل أنه لهم .

انظر : المغني (١٤٩/٩) ، الشرح الكبير (٢١٦/٧) ، الإنصاف (٣٦٦/٧) ، المبدع

(٢٥٧/٦) ، الفروع (٧٦/٥) .

بقيت (١) لا يدعيها أحد أنها (تقربيد من أقر) .

وهذا إذا كذبها الزوج في إقرارها بالأصح (٢) (فإن صدق الزوج) المقررة على إقرارها بالأخ (فهو يدعي اثني عشر) مضافة إلى الأربعة والعشرين ليصير له ستة وثلاثين وذلك تمام نصف الاثنين وسبعين (والأخ يدعي ستة) مضافة للسته التي معه ليصير له اثنا عشر (يكونان) ما يدعيه الزوج، وما يدعيه الأخ (ثمانية عشر فاضربها) أي الثمانية عشر (في المسألة) وهي اثنان وسبعون (لأن الثلاثة عشر لا تنقسم عليها) أي على المسألة (ولا توافقها) لتضرب في وفقها تبلغ من ضرب الثمانية عشر في الاثنين وسبعين، ألفاً ومائتين وستة وتسعين . (ثم) كل (من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في ثمانية عشر ، ومن له شيء من ثمانية عشر مضروب في ثلاثة عشر) .

فللزوج أربعة وعشرون في ثمانية عشر ، أربعمائة واثنان وثلاثون ، وللأختين من الأم مائتان وثمانية وثمانون ، وللمنكرة كذلك وللمقرة : ثلاثة في ثمانية عشر أربعة وخمسون ، وللأخ : ستة في ثلاثة عشر، ثمانية وسبعون ، للزوج : اثنا عشر في ثلاثة عشر مائة وستة وخمسون . وترجع بالاختصار إلى مائتين وستة عشر لأن السهام كلها تتفق بالأسداس (٣) .

(وعلى هذا) المنوال (يعمل كل ما ورد) من هذا الباب والله سبحانه وتعالى أعلم .

(١) في (ب) : بقيت .

(٢) قدم المؤلف الأصح ونقل الوجه التي في المسألة .

(٣) تقدم تصوير هذه المسألة .

وانظر : الشرح الكبير (٢١٧/٧) ، المبدع (٢٥٩/٦) .

[باب : ميراث القاتل]

هذا (باب ميراث القاتل) (١) [٣٥١/أ] ، وإنما يرث القاتل المقتول إذا

(١) القاتل : اسم فاعل من الفعل : قتل ، والقتل : هو إزهاق الروح مباشرة أو تسبياً .

انظر : المصباح المنير (٤٩٠/٢) ، القاموس المحيط ص (١٢٥٢) ، معجم لغة الفقهاء ص (٣٥٧) .

وينقسم القتل إلى ثلاثة أقسام :

- ١ - عمد : ويكون بتعمد الضرب بالسلاح أو ما جرى مجرى السلاح . أو بما يقتل غالباً .
- ٢ - شبه عمد : ويكون بتعمد القتل بما لا يقتل غالباً . كخشبة صغيرة . أو حجر صغير أو لكرة .
- ٣ - الخطأ : ما وقع عن غير قصد الإنسان ولم يردده بل أراد غيره فوقه .

انظر : الدر النقي (٧٠٨/٣) .

قال في المغني : أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث من المقتول شيئاً ، إلا ما حكى عن ابن المسيب وابن جبير أنهما ورثاه ، وهو رأي الخوارج ، لأن آية الميراث تناوله بعمومها ، فيجب العمل بها فيه ، ولا تعويل على هذا القول لشذوذه ، وقيام الدليل على خلافه .

انظر : المغني (١٥٠/٩) ، وانظر : مغني ذوي الأفهام ص (٣٤٥) ، الإجماع ص (٨٥) .

والعلماء بعد إجماعهم ذلك ، قد اختلفوا في حقيقة القتل المانع من الإرث وهذه مذاهبهم :

- ١ - الحنفية : القتل المانع القتل العمد الذي يجب فيه القود ، والقتل الذي تجب فيه الكفارة وهو الخطأ وشبه العمد ، أما القتل بالتسبب بدون مباشرة فلا يمنع من الإرث ، وكذلك بحق كالقصاص ، والحد ، والدفاع عن النفس ، ويشترط أن يكون القاتل بالغاً عاقلاً .

مختصر اختلاف العلماء (٤٤٢/٤) ، شرح خلاصة الفرائض ص (١٥) ، حاشية ابن عابدين (٧٦٦/٦) ، شرح السراجية ص (٤٤) .

- ٢ - المالكية : لا يمنع إلا القتل العمد العدوان ، سواء كان بالمباشرة أم بالتسبب .

شرح منح الجليل (٧٥٣/٤) ، شرح الدرة البيضاء ص (٥٦) .

- ٣ - الشافعية : القاتل لا يرث بأي حال من الأحوال .

لم يضمنه بشيء على ما يأتي .

فعلى هذا وهو المذهب (لا يرث) قاتل (مكلف أو غيره) أي غير مكلف كصغير ومجنون (انفراد) بقتل مورثه ^(١) ، (أو شارك في قتل مورثه ولو) كانت مشاركته لمن لم يضمن ^(٢) بذلك القتل [شيئاً] ^(٣) ، أو كان القتل ^(٤) (بسبب) كحفر حفرة أو نصب سكين أو وضع حجر أو رش ماء أو إخراج جناح ^(٥) (إن لزمه) أي لزم القاتل بالمباشرة ^(٦) أو بالسبب (قود ^(٧) أودية ^(٨) أو كفارة ^(٩)) .

= الروضة (٣١/٦) ، شرح الترتيب (١٢/١) ، كشف الغوامض ص (٦٥) .

(١) في (س) : وارثه . وسيأتي مقابل المذهب .

(٢) في (س) : كمن يضمن .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٤) أي المشارك فيه أو المنفرد به .

(٥) ما ذكره المؤلف - رحمه الله تعالى - أمثلة للقتل بسبب .

وإخراج الجناح أو كما يعبر عنه الفقهاء إشراع الأجنحة .

والجناح : ما يخرج إلى الطريق من الخشب .

انظر المطلع ص (٢٥١) .

(٦) أي بنفسه فعل القتل .

(٧) أي كالقصاص العمد المحض العدوان .

كشف القناع (٤٩٢/٤) .

(٨) قتل الوالد لولده عمداً عدواناً ، فإنه يضمنه بالدية ولا كفارة ، لأنه عمد ولاقصاص .

المرجع السابق .

(٩) كمن رمى مسلماً بين الصفيين يظنه كافراً .

المرجع السابق .

والأصل في ذلك ما روى عمر قال : سمعت رسول الله - ﷺ - يقول :
((ليس لقاتل شيء)) رواه مالك في الموطأ والإمام أحمد (١) .

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي - ﷺ - نحوه .

[و] (٢) رواه ابن اللبان بإسناده (٣) .

ورواهما ابن عبد البر في كتابه (٤) .

وروى ابن عباس قال : قال رسول الله - ﷺ - : ((من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه ،
وإن لم يكن له وارث غيره وإن [كان] (٥) والده أولده فليس لقاتل ميراث)) رواه

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الديات ، باب دية الأعضاء .

وابن ماجه في الديات ، باب القاتل لا يرث .

وأخرجه مالك في الموطأ في كتاب العقول ، باب ميراث العقل (٢ / ٢١٣) .

ورواه أحمد في المسند (٣٤٧) (٣١١ / ١) .

والدارقطني (٩٦ / ٤) .

وعبد الرزاق (١٧٧٨٧) .

وابن أبي شيبة في الفرائض باب القاتل لا يرث (٣٧٨ / ٧) .

والبيهقي في الكبرى (٢١٩ / ٦) .

(٢) الواو ساقطة من (ب) .

(٣) انظر : المغني فالمؤلف نقل عنه (١٥١ / ٩) .

(٤) التمهيد (٤٣٦ / ٢٣ ، ٤٤٤) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

الإمام [أحمد] (١) بإسناده .

ولأن عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أعطى دية ابن قتادة المدلجي لأخيه دون أبيه وكان حذفه بسيف فقتله (٢) ، واشتهرت هذه القصة (٣) بين الصحابة فلم تنكر فكانت إجماعاً (٤) .

إذا تقرر هذا (فلا تثرث - من شربت دواءً فأسقطت - من

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

أخرجه البيهقي في الكبرى (٢٢٠/٦) .

وعبد الرزاق (١٧٧٩٨) ، وليس في المسند .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢١٩/٦) .

والقصة رواها مالك في الموطأ (٢١٣/٢) ، عن يحيى بن سعيد ، عن عمرو بن شعيب ، أن رجلاً من بني مدلج يقال له قتادة ، حذف ابنه بالسيف فأصاب ساقه ، فنزى في جرحه فمات ، فقدم سراقه بن جعشم على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له ، فقال له عمر : اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير ، حتى أقدم عليك ، فلما قدم إليه عمر بن الخطاب - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أخذ من تلك الأبل ثلاثين حقه ، وثلاثين جذعة ، وأربعين خلفه ، ثم قال : أين أخو المقتول ؟ فقال ها أنا ذا . قال : خذها ، فإن رسول الله - ﷺ - قال : ((ليس لقاتل شيء)) .

ورواه عنه الشافعي (٣٦٦) ، شفاء العي .

وعبد الرزاق في المصنف (١٧٧٨٢) .

ورواه أحمد (٣٤٦ ، ٣٤٧) .

ورواه ابن ماجه (٢٦٤٦) ، كتاب الديات ، باب القاتل لا يرث .

وابن أبي شيبة (٣٥٨/١١) .

(٣) في (س) : القضية .

(٤) المغني (١٥١/٩) .

الغرة^(١) شيئاً ، ولا من سقى ولده ونحوه دواء أو أدبه (أي أدب ولده أو زوجته فمات أو ماتت ، (٢) أو فصده^(٣) أو بطن^(٤) سلعته لحاجة فمات^(٥)) من ذلك .

وقيل : أن من لا قصد [له]^(٦) كالصغير والمجنون لا يحرم الإرث^(٧) .

(وما لا يضمن) من القتل (بشيء من هذا) أي بشيء من قود أو دية أو كفارة (كالقتل قصاصاً) أي كما لو قتل أحد ابنه الآخر فاقتص منه أبوه ، (أو) القتل (حداً ، أو) القتل (دفعاً عن نفسه) كما لو صال عليه ، وما اندفع إلا بقتل (و) كقتل (العادل الباغي وعكسه) وهو قتل الباغي العادل (فلا يمنع الإرث)

(١) الغرة : دية الجنين إذا أسقط ميتاً . وهي عبد أو أمة قيمته نصف عشر الدية الكاملة للقتل الخطأ .

انظر : الدر النقي (٧٢٢/٣) ، التعريفات ص (٢٠٨) ، المصباح (٤٤٥/٢) ، معجم الفقهاء ص (٣٢٩) .

(٢) في (س) زيادة : أو .

(٣) ما يذكره المؤلف - رحمه الله تعالى - هو نوع من القتل بسبب كالفصد ، أو بطن سلعته لحاجة فمات من ذلك .

أما الفصد : شق الوريد وإخراج شيء من دمه بقصد التداوي .

المصباح المنير (٤٧٤/٢) ، القاموس المحيط ص (٣٩١) ، معجم لغة الفقهاء ص (٣٤٦) .

والبط : الجرح أو الشق .

القاموس المحيط ص (٨٥١) .

(٤) في (ب) : بطاً .

(٥) في (س) : فما ، وفي (ب) : فماتت .

وانظر : الفروع (٥٤/٥) ، كشاف القناع (٤٩٣/٤) ، مطالب أولي النهى (٦٦٩/٤) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٧) الفروع (٥٥/٥) ، الإنصاف (٣٦٨/٧) ، المغني (١٥٢/٩) ، التهذيب ص (٢٧٢) .

على الأصح (١) .

نقل محمد بن الحكم عن أحمد : في أربعة شهود شهدوا على أختهم بالزنا فرجمت فرجعوا (٢) مع الناس يرثونها هم غير قتلة (٣) .

ونقل عن أحمد أيضاً : إذا قتل العادل الباغي يرثه ، وذلك لأنه فعل مأذون فيه فلم يمنع الميراث ، كما لو أطعمه أو سقاه ماء باختياره ، فأفضى إلى تلفه ، فإن ذلك لا يمنع الميراث (٤) .

(١) وعنه : لا يرث . اختاره ابن حامد .

انظر المراجع السابقة .

(٢) في (ب و س) : فرجعوا .

(٣) انظر : المغني (١٥٢/٩) .

(٤) المغني (١٥٢/٩) ، الإنصاف (٣٦٩/٧) .

[باب : ميراث المعتق بعضه]

(هذا باب ميراث المعتق بعضه ^(١) .

لا يرث رقيق ولو) كان (مديراً أو مكاتباً أو أم ولد ، ولا يورث) ^(٢) ، لأن فيه نقصاً منع كونه موروثاً فمنع كونه وارثاً كالمرتد ^(٣) .

وأجمعوا على أن المملوك لا يورث ^(٤) ، لأنه لا مال له فيورث فإنه لا يملك ، ومن قال : أنه يملك بالتمليك فملكه ناقص غير مستقر يزول إلى سيده بزوال ملكه عن رقبته بدليل قوله - ﷺ - : ((من باع عبداً وله مال ، فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع)) ^(٥) .

(١) انظر : شرح منتهى الإرادات (٦٣٧/٢) ، كشف القناع (٤٩٤/٤) ، مطالب أولي النهى (٦٧٠/٤) .

(٢) انظر : المغني (١٢٣/٩) ، شرح الزركشي (٥١٦/٤) ، والنقل من المغني (١٢٤/٩) .

(٣) ستأتي أبواب خاصة بالمدير والمكاتب ، وأم الولد في كتاب العتق إن شاء الله .

فالمدير : من علق عتقه بموت سيده .

والمكاتب : الرقيق الذي اشترى نفسه من سيده بمال مؤجل مقسط .

وأم الولد : الأمة التي حملت من سيدها وأتت بولد . أهـ بتصرف .

انظر : المطلع كتاب العتق ص (٣١٤) وما بعدها .

(٤) المغني (١٢٤/٩) ، مراتب الإجماع ص (٩٧) .

(٥) هذا جزء من حديث عن ابن عمر - رضي الله عنهما - ، قال : سمعت رسول الله - ﷺ - يقول : ((من ابتاع نخلاً قد أُبْرِتْ ، فثمرتها للبائع ، إلا أن يشترطها المبتاع ، ومن ابتاع عبداً له مال ، فماله . . .)) الحديث .

وقد أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب المساقاة ، باب : الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل . ومسلم من كتاب البيوع في باب من باع نخلاً عليها ثمر .

ولأن سيده أحق بمنافعه واكتسابه في حياته فكذلك بعد مماته (١) .

وممن روي عنه أن العبد لا يرث ولا يورث ولا يحجب : علي ، وزيد ،
والثوري (٢) ، ومالك (٣) ، والشافعي (٤) ، وأصحاب الرأي (٥) .

وأما الأسير الذي عند الكفار ، فإنه يرث إذا علمت حياته في قول عامة الفقهاء
إلا سعيد بن المسيب فإنه قال : لا يرث (٦) ؛ لأنه عبد .

ولا يصح ما قاله ، لأن الكفار لا يملكون الأحرار بالقهر .

(١) المغني (١٢٤/٩) .

(٢) مصنف ابن أبي شيبة (٣٤٠/٧) ، لأثر علي بن أبي طالب - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - .

وانظر : المغني (١٢٤/٩) .

(٣) تبين المسالك (٦٠٤/٤) ، الذخيرة (٥٨/١٣) .

(٤) انظر : الوسيط (٣٦٢/٤) ، روضة الطالبين (٢٨/٦ ، ٢٩) ، كشف الغوامض (٦٤/١) ، شرح
الترتيب (١١/١) .

(٥) شرح السراجية ص (٤٣) ، حاشية رد المحتار (٧٦٦/٦) .

(٦) في (ب) : ترثه .

وانظر : المغني (١٢٤/٩) ، وفي إرشاد الساري رواية عن سعيد بن المسيب : أنه يرث . إرشاد
الساري (٤٤٣/٩) ، وفتح الباري (٥٠/١٢) .

والأثر أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٨٧/٧) .

والدارمي (٤٨٠/٢) .

وهذا الحكم فيما إذا علمت حياته . وإذا لم تعلم أخذ حكم المفقود .

انظر : التلخيص للخبري (٤٣٠/١) .

وأما كون المدبر والمكاتب وأم الولد حكمهم كالقن (١) ، فلأن النبي ﷺ - باع مدبراً (٢) .

وأما المكاتب فلما روي أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب [٣٥١/ب] عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ - قال : ((المكاتب عبد ما بقى عليه درهم)) (٣) .

(١) المدبر ، المكاتب ، أم الولد ، وكذا البعض ستأتي أحكامهم في كتاب العتق أبواب تخصصهم .

وأما تعريف القن فيقول صاحب المطلاع : القن : قال ابن سيده ، وغيره من أهل اللغة : هو العبد المملوك هو وأبواه .

قال الجوهري : ويستوي فيه الواحد والاثان والجمع والمؤنث ، وربما قال : عبيد ، وأقنان ، ثم يجمع على أفنة . وهو في اصطلاح الفقهاء : الرقيق الكامل رقه ، ولم يحصل فيه شيء من أسباب العتق ومقدماتها بخلاف المكاتب والمدبر ، والمعلق عتقه بصفة وأم الولد ، سواء كان أبواه مملوكين ، أو معتقين ، أو حرين أصليين ، أو كانا كافرين وإسترق هو ، أو كانا مختلفين .

المطلع ص (٣٠٠) ، والمصباح المنير (٨١/١) .

(٢) رواه الإمام أحمد (١٤٢٤٥) ، (٤١١/١١) .

(٣) علقه البخاري .

انظر : الفتح (٢٢٩/٥) .

رواه أبو داود (٣٩٢٦) كتاب العتق ، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت .

وقد رواه الترمذي في كتاب البيوع في باب ما جاء في المكاتب (١٢٦٠ ، ١٢٦١) ، وقال : حسن صحيح .

وأخرجه ابن ماجه في السنن ، كتاب العتق ، باب المكاتب (٢٥١٩ ، ٢٥٢٠) .

والنسائي في الكبرى كما في تحفة الأشراف (٨٦٧٣) .

والإمام أحمد في المسند برقم (٦٦٦٦ ، ٦٧٢٦) .

والحاكم (٢٣٧/٢) .

والبيهقي في الكبرى (٣٢٤/١٠) .

=

وفي لفظ أن النبي - ﷺ - قال : ((أيما (١) عبد كاتب على مائة أوقية فأداها
إلا عشرة دنانير فهو عبد)) (٢) .

وكذا لو ملك قدر ما عليه على الأصح (٣) .

وأما أم الولد فهي مملوكة يجوز لسيدها وطؤها بحكم الملك وإجارتها

= والدار قطني (١٢١/٤) .

وهو في جامع الأصول برقم (٥٩٣٦) .

ورواه عبد الرزاق (١٥٧٣٥) .

وله طرق أشار إليها الزيلعي في نصب الراية (١٤٣/٤) .

ويساوي الدرهم ١٢ قيراطاً ، لأنه ستة دوانق .

انظر : القاموس المحيط ص (١٤٢٩) ، معالم السنن (٦١/٣) ، شرح صحيح مسلم (٥٢/٧) .

والدرهم يساوي ٢,٣٣٢٨ غرام من الفضة . ويساوي ٤٨ حبة شعير .

انظر : مغني المحتاج (٣٨٩/١) ، الرسالة الفاصلة ص (٢١٩) ، بمجلة كلية الشريعة بالأحساء .

(١) في (ب) : أي .

(٢) سبق تخريجه في هامش (٣) ص (٦٣٨) .

والأوقية (٤٠) درهماً و ٤٨٠ قيراط ، و ٩٢,٥٢ جرام تقريباً .

انظر : الرسالة الفاصلة ص (٢٢٣) .

والدينار يساوي ٦٩ حبة ، وهو ٢٤ قيراطاً ويساوي ٣,٥ جرام .

الرسالة الفاصلة بمجلة كلية الشريعة بالأحساء ص (٢٢١) .

(٣) والرواية الثانية : أنه إذا ملك ما يؤدي فقد صار حراً ، يرث ، ويورث ، فإذا مات له من يرثه ورث ، وإن
مات فلسيده بقية كتابته والباقي لورثته .

انظر : المغني (١٢٥/٩) ، الشرح الكبير (٢٢٣/٧) .

وحكمها حكم الأمة في جميع أحكامها إلا فيما ينقل الملك في رقبتها كالبيع والهبة والوقف أو يراد له كالرهن (١) .

(ويرث مبعض (٢) ويورث ويحجب بقدر (٣) جزئه الحر) وهذا قول علي (٤) وابن مسعود (٥) . وبه قال عثمان البتي (٦) ، وحمزة الزيات (٧) ، وابن المبارك ،

(١) المغني (١٢٤/٩) ، ونقل المؤلف كان بتصرف واختصار .

(٢) في (ب) : مكاتب . وهو خطأ .

وانظر المسألة في : مغني ذوي الأفهام ص (٣٤٥) ، المذهب الأحمد ص (٢٤٠) .

وقد ذكر في الإنصاف أن هذه المسألة من مفردات المذهب (٣٧٠/٧) .

وانظر : منح الشفا الشافيات (٨٣/٢) ، الفتح الرباني بمفردات ابن حنبل الشيباني (١١٣/٢) .

(٣) في (س ، ب) : تقدر .

(٤) الحاوي للماوردي (٨٣/٨) ، التلخيص للخبري (٥٠٩/١) ، شرح السنة للبغوي (٣٦٦/٨) ، المحلى (٣٣٤/٨) ، المغني (١٢٧/٩) ، والنقل منه .

(٥) المغني والتلخيص كما سبق .

(٦) هو : عثمان بن مسلم البتي ، أبو عمر ، بصري . كان صاحب رأي وفقه من الثقات . توفي سنة (١٤٣) .

انظر : تهذيب التهذيب (١٥٣/٧) .

(٧) هو : حمزة بن حبيب بن عمارة بن اسماعيل ، التميمي الزيات ، أحد القراء السبعة ، تلقيت قراءته بالقبول . توفي سنة (١٥٦ هـ) .

انظر : تهذيب التهذيب (٢٧/٣) ، وفيات الأعيان (١٦٧/١) ، ميزان الاعتدال (٢٨٤/١) .

والمزني (١) ، وأهل الظاهر (٢) .

وقال زيد بن ثابت : لا يرث (٣) ، ولا يورث ، وحكمه كالعبد . وبه قال مالك (٤) والشافعي في القديم (٥) .

وقال في الجديد : ما كسبه (٦) بجزئه الحر لورثته ، ولا يرث هو ممن مات شيئاً (٧) .

وبهذا قال طاووس ، وعمرو (٨) بن دينار (٩) ، وأبو ثور (١٠) .

(١) التلخيص (٥٠٩/١) ، شرح الترتيب (١١/١) ، فتح العزيز (٣١٧ / ١/١٥) .

(٢) المحلى (٣٣٤/٨) .

(٣) في (س) : لا يرث .

وانظر : سنن البيهقي الكبرى (٢٢٣/٦) ، والدارمي (٤٤٩/٢) ، ومصنف عبد الرزاق (٢٧٩ / ١٠) رقم (١٩١٠٢) ، ومصنف ابن أبي شيبة (٣٤١/٧) .

(٤) الخرشي على مختصر خليل (٢٢٢/٨) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٤٨٥/٤) .

(٥) كشف الغوامض (٦٤/١) ، شرح الترتيب (١١/١) ، الروضة (٣٠/٦) .

(٦) في (س) : فأكسبه .

(٧) المراجع السابقة .

(٨) في (ب) : عمر .

(٩) هو : عمرو بن دينار ، أبو محمد ، الجمحي ، المكي ، فقيه ، مفتي لمكة المكرمة ، ثقة ثبت . توفي سنة (١٢٦ هـ) ، له (٥٠٠) حديث .

انظر : تهذيب التهذيب (٢٨/٨) ، سير أعلام النبلاء (٣٠٠/٥) ، الأعلام (٧٧/٥) .

(١٠) انظر : المغني (١٢٧/٩) .

وقال ابن عباس : هو كافر في جميع أحكامه في توريثه ، والإرث منه وغيرهما (١) . وبهذا قال الحسن وجابر بن زيد ، والشعبي (٢) ، والنخعي ، والحكم ، وحماد ، وابن أبي ليلى ، [والثوري] (٣) ، وأبو يوسف ، ومحمد ، واللؤلؤي ، ويحيى بن آدم (٤) .

[و] (٥) قال أبو حنيفة : إن كان الذي يملك البعض استسعى (٦) العبد فله من تركته سعايته ، وله نصف ولائه إن كان أغرم (٧) الشريك فولأؤه كله للذي أعتق بعضه ، [يرث ويورث على قدر ما عتق منه] (٨) .

ولنا ما روى عبد الله بن أحمد قال : حدثنا الديلمي (٩) (١٠) عن يزيد بن

(١) انظر : التلخيص للخبري (٥٠٩/١) ، المغني (١٢٧/٩) .

(٢) الأثر عن الشعبي في عبد الرزاق (١٦٧١٠) ، (١٥٠/٩) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

وانظر : التلخيص (٥٠٩/١) ، المغني (١٢٧/٩) .

(٤) انظر : شرح السراجية ص (٤٤) ، الدر المختار وحاشيته (٧٦٦/٦) ، إعلاء السنن (٣٤٣/١٨) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٦) واستسعاء العبد إذا عتق بعضه ورق بعضه : هو أن يسعى في فكاك ما بقى من رقه فيعمل ويكسب ويصرف ثمنه إلى مولاه ، فسمى تصرفه في كسبه : سعاية .

طلبة الطلبة ص (٥٢) ، القاموس المحيط ص (١٦٧٠) .

(٧) في (س) : أعل .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف ، س) . وانظر المراجع السابقة في هامش (٤) .

(٩) لعله : عبد الرحمن بن يعمر - بفتح التحتانية وسكون المهملة ، وفتح الميم - الديلمي - بكسر الدال وسكون التحتانية - ، صحابي ، نزل الكوفة ، ويقال : مات بخراسان .

انظر : تقريب التهذيب (٥٠٣/١) .

(١٠) في المغني : الرملي - بالراء - ، والذي وجدته أن هذا الحديث لم يروه شخص بهذا الاسم =

هارون (١) عن عكرمة (٢) [عن ابن عباس] (٣) ، ((أن النبي - ﷺ - قال في العبد يعتق بعضه : يرث ، ويورث على قدر ما عتق منه)) (٤) .

= (الدلي) فقد روى الحديث حجاج الصواف ، وهشام الدستواني ومعاوية بن سلام عن يحيى بن أبي كثير وأبان ابن يزيد عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً .

وسياتي تخريج الحديث .

وانظر : السلسيل في معرفة الدليل (٢٩٠/٣) .

(١) لعله : يزيد بن هارون بن زاذان السلمي . مولا هم ، أبو خالد الواسطي ، ثقة ، متقن ، عابد ، من التاسعة ، مات سنة (٢٠٦ هـ) ، وقد قارب التسعين .

انظر : تقريب التهذيب (٣٧٢/٢) .

(٢) هو : عكرمة بن عبد الله مولى عبد الله بن عباس . تابعي ، مفسر ، محدث . أجازاه ابن عباس بالإفتاء ، أخذ عن نجدة الحروري رأي الخوارج ونشره بأفريقيا ، ثم عاد إلى المدينة فطلبه أميرها . فاختفى حتى مات ، واتهمه عمر وغيره بالكذب على ابن عباس ، وردوا عليه كثيراً من فتاواه ، ووثقه آخرون . توفي سنة (١٠٥ هـ) .

انظر : تهذيب التهذيب (٢٦٣/٧) ، الأعلام (٤٣/٥) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٤) أخرجه الإمام أحمد برقم (١٩٨٣ ، ١٩٠٢) ، وقال محققه : صحيح .

وأخرجه أبو داود في كتاب الديات ، باب في دية المكاتب (٤٥٨٢) .

والترمذي في كتاب البيوع ، باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي . وقال أبو عيسى : حديث ابن عباس : حديث حسن ، وهكذا روى يحيى عن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ .

وروى خالد الحذاء عن عكرمة ، عن علي قوله .

والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي - ﷺ - وغيرهم .

وأخرجه النسائي في كتاب القسامة ، باب دية المكاتب (٤٦/٨) .

والبيهقي من طرق عن أيوب عن عكرمة ، وقال : حديث عكرمة إذا وقع الاختلاف فيه وجب التوقف فيه .

ولأنه يجب أن يثبت لكل بعض حكمه كما لو كان الآخر مثله . وقياساً لأحدهما على الآخر (١) .

(وكسبه) بجزئه الحر (وإرثه به لورثته) لا حق لمالك باقيه في شيء من ذلك (٢) .

وكذا لو كان قاسم [سيده] (٣) في حياته ، فإن تركته كلها تكون لورثته (٤) .

وحيث علمت أن المبعوض (٥) يرث ويحجب بقدر ما فيه من الحرية (فابن نصفه حرو) معه (أم وعم حران) (٦) لو كان الابن كامل الحرية كان للأم السدس ، والباقي وهو نصف وثلث للابن ولم يكن للعم شيء (فله) أي للإبن مع نصف حريته (نصف ماله) الذي كان له (لو كان حراً وهو ربع وسدس) في الأصح (٧) ، (وللأم ربع) ؛ لأن الابن لو كان كامل الحرية كان لها سدس ولو لم

(١) انظر : المغني (١٢٨/٩) .

(٢) انظر : الإنصاف (٣٧٠/٧) ، الفروع (٥٦/٥) ، وانظر : السلسيل في معرفة الدليل (٢٩٠/٣) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٤) انظر : التهذيب للكلوذاني ص (٣٠٣) ، وانظر : كشف القناع (٤٩٤/٤) .

(٥) في (ب) : البعض ، وفي (س) : القن .

(٦) وهذه صورتها :

١٢

٥	ربع وسدس	ابن نصفه حر
٣	الربع	أم
٤	الباقي	عم

انظر : الفروع مع تصحيحه (٥٦/٥) .

(٧) قال في تصحيح الفروع : فيه أوجه ، انتهى ، وأطلقهن في المحرر والحاوي الصغير والفائق ، =

يكن ابن كان لهما ثلث فبنصف حرته يحجبها عن نصف السدس الثاني فيبقى لها ربع ^(١) ، (والباقي) وهو ثلث (للعم) تعصياً .

وكذا الحكم والخلاف في كل عصة نصفه حر مع ذوي فرض ينقص به نصيبه .

(وكذا إن لم ينقص ذو فرض بعصبة كجدة وعم مع ابن نصفه حر ^(٢) فله) أي

= والقواعد :

أحدهما : يستحق نصف ما يستحقه بكمال حرته مع ذوي الفروض ، فيستحق الابن هنا ربعاً وسدساً من المال ، لأنه لو كان حراً كان يستحق خمسة أسداسه وهو نصف وثلث ، فيستحق نصفه بنصف حرته ، وهذا الوجه هو الصحيح وهو الذي ذكره إبراهيم الحربي في كتاب الفرائض ، واختاره القاضي في المجرد ، وابن عقيل في الفصول ، وصححه في المحرر والحاوي الصغير بعد إطلاق الخلاف ، وجزم به في المنور وقدمه في الرايتين .

الوجه الثاني : له نصف الباقي بعد ربع الأم ، اختاره أبو بكر والقاضي في خلافه ، نقله عنه في القواعد ، وقال في المحرر والحاوي : وفيه بعد .

قال في الرايتين : وهو بعيد .

الوجه الثالث : له نصف المال كاملاً ، قال في القاعدة الخامسة عشرة بعد المائة ، وحجة الشيخ تقي الدين ، وذكر أنه اختيار أبيه .

انظر : المحرر (٤١٣/١) ، القواعد ص (٢٦٢) ، تصحيح الفروع (٥٦/٥) ، الإنصاف (٣٧٢/٧) .

(١) شرح منتهى الإرادات (٦٣٧/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٧٠/٤) ، كشف القناع (٤٩٤/٤) .

(٢) وهذه صورتها :

١٢

٢	جدة
٥	عم
٥	ابن نصفه حر

وانظر هذه الصورة في المراجع السابقة .

للأبن (نصف الباقي بعد إرث الجدة) على الأصح (١) .

(ولو كان معه) أي مع الأبن (من يسقطه) الأبن (بحريته التامة كاخت)
 للميت (وعم حران فله) أي للأبن (٢) (نصفه) أي نصف التركة ، (وللأخت) أي
 أخت الميت (نصف ما بقي) بعد نصف الإبن (فرضاً ، وللعمة ما بقي) بعد ذلك
 تعصياً في الأصح (٣) .

(وبنت) للميت (وأم نصفهما حر و) معهما (أب) للميت (حر) (٤) كله :

(للبنت نصف مالها) الذي كانت ترثه (لو كانت حرة وهوربع ، ولأم مع
 حريتها ورق البنت ثلث و) لها (السدس مع حرية البنت فقد حجبها) أي حجت

(١) وعلى الرواية الثانية : له نصف المال .

المحرر (٤١٣/١) ، الإنصاف (٣٧١/٧) .

(٢) في (ب) : الأبن .

(٣) وهذه صورتها : والوجه الآخر : أن للأخت النصف كاملاً . وهذا والوجه ضعيف . وانظر : الإنصاف
 (٣٧١/٧) ، المبدع (٢٦٧/٦) .

٤

٢	ابن نصفه حر
١	أخت
١	عم

(٤) وهذه صورتها : ٢٤ ٨

٢	٦	بنت نصفها حر
١	٣	أم نصفها حر
٥	١٥	أب

وانظر المسألة في المرجعين السابقين .

الأم (حريتها) أي حرية البنت (عن السدس فبنصفها) [٣٥٢/أ] أي نصف حرية البنت (تحجبها) أي تحجب البنت الأم (عن نصفه يبقى لها) أي للأم (الربع لو كانت حرة فلها بنصف حريتها نصفه) أي نصف الربع (وهو ثمن ، والباقي) وهو نصف وثمان (للأب) تعصياً .

(وإن شئت نزلتهم) أي نزلت الورثة المبعضين (أحوالاً كتزويل الخناثي)
الوارثين فنقول (١) لو كانتا (٢) أي البنت وأُمها (٣) حرتين فالمسألة من ستة :

للبنات : ثلاثة ، وللأم : سهم ، والباقي للأب .

ولو كانتا رقيقتين كان المال كله للأب .

ولو كانت البنات وحدها حرة كان لها النصف (٤) والمسألة من اثنين .

ولو كانت الأم وحدها حرة كان لها الثلث ، والمسألة من ثلاثة ، وكلها تدخل في الستة فنضربها في الأربعة أحوال تكن أربعة وعشرين :

للبنات ربعها : ستة ؛ لأن لها النصف في حالين ، وللأم الثمن وهو ثلاثة لأن لها السدس في حال والثلث في حال ، والباقي للأب ، وترجع بالاختصار إلى ثمانية (٥).

(١) في (ب) : فيقول .

(٢) في (ب) : كانت .

(٣) في جميع النسخ : وأمه .

والمثبت من النسخة الأزهرية (مساعدة) ، والشرح الكبير والمبدع ؛ لأن النقل منه .

(٤) في (ب) : نصف بدون آل .

(٥) وهذه صورتها :

(وإذا كان) في الورثة (عصبتان نصف كل) أي كل واحد منهما (حر) سواء (حجب أحدهما الآخر كابن وابن ابن) معه (أو لا) يعني أو لم يحجب أحدهما الآخر (كأخوين وكابنين ، لم تكمل الحرية فيهما) في الأصح (١) ، لأن الشيء لا يكمل بما يسقطه ولا يجمع بينه وبين ما ينافيه (٢) ، لأنها لو كملت لم يظهر للرق فائدة وكانا في (٣) ميراثهما كالحرين .

٨ = ٣ ÷ ٢٤		٣	٢	٦	=
٢	٦	—	١	—	٣ بنت
١	٣	١	—	—	١ أم
٥	١٥	—	—	المال كله للأب	٢ أب

مسألة الحرية مسألة الرق مسألة حرية البنت فقط مسألة حرية الأم فقط الجامعة

١ - المسائل كلها داخله في الستة ، فنضرب في الأربعة الأحوال المتقدمة .

وانظر المسألة في : الشرح الكبير (٢٢٦/٧) ، المبدع (٢٦٦/٦) .

(١) قال في الإنصاف : والوجه الثاني : تكمل الحرية . فلهما جميع المال .

قال في القاعدة الخامسة عشر بعد المائة : ورجحه القاضي ، والسامري ، وطائفة من الأصحاب وله مأخذان :

أحدهما : جمع الحرية فيهما . فتكمل بها حرية ابن . وهو مأخذ أبي الخطاب وغيره .

والثاني : أن حق كل واحد منهما مع كمال حرته في جميع المال ، لا في نصفه ، وإنما أخذ نصفه لمزاحمة أخيه له . وحينئذ فقد أخذ كل واحد منهما نصف المال . وهو نصف حقه مع كمال حرته . فلم يأخذ زيادة على قدر من الحرية .

الإنصاف (٣٧٢/٧) .

وانظر : الشرح الكبير (٢٢٦/٧) ، الهداية (١٨١/٢) ، المبدع (٢٦٦/٦) ، القواعد ص (٢٦٢) .

(٢) انظر : الشرح الكبير ، والمبدع كما سبق .

(٣) في (ب) : فيه .

فعلى المذهب لو كانت الورثة ابناً وابن ابن نصفهما حر ، كان لابن نصف ولابن الابن ربع المال ، والباقي للعم الحر ^(١) ونحوه إن كانا (ولهما) أي ولأخوي الميت أو ابنيه ^(٢) نصف كل واحد منهما حر (مع عم) حر (أو نحوه ثلاثة أرباع المال) بالسوية بينهما (بالخطاب والأحوال) ^(٣) في الأصح ^(٤) .

ومعنى ذلك ، أنك ^(٥) لو خاطبتهمما لقلت لكل واحد منهما : لك المال لو كان أخوك رقيقاً ونصفه ^(٦) لو كان حراً فيكون لك ربع وثمان ^(٧) .

(١) وهذه صورتها :

٤

٢	ابن
١	ابن ابن
١	عم حر

لابن النصف ولابن الابن الربع الذي هو نصف الباقي وهو ربع ، والربع الباقي للعاصب الحر الذي معهما .

وقال في المبدع : فالصحيح أنها لا تكمل ؛ لأن الشيء لا يكمل مما يسقطه ، ولاشي لابنه على الأوسط ، وعلى الأول : الربع ، وعلى الثالث : النصف .

وانظر : المبدع (٢٦٧/٦) ، وانظر : الإنصاف (٣٧٣/٧) .

(٢) في (س) : ابنيه .

(٣) سياي المؤلف - رحمه الله تعالى - على إيضاح الخطاب والأحوال .

(٤) انظر : الشرح الكبير (٢٢٧/٧) ، الإنصاف (٣٧٢/٧) ، المبدع (٢٦٧/٦) .

(٥) في (ب) : وأنت .

(٦) في (س) : ونصف .

(٧) قال في الشرح الكبير : لهما المال في أحد الوجهين . وفي الآخر : لهما نصفه والباقي للعصبة أو لبيت المال إن لم يكن عصبة . ويحتمل أن يكون لكل منهما ثلاثة أثمان المال ؛ لأنهما لو كانا حرين لكان لكل واحد منهما النصف . ولو كانا رقيقين لم يكن لهما شيء ، ولو كان الأكبر وحده حراً كان له =

(ولابن وبنيت نصفهما حر مع عم) حر (خمسة أثمان المال على ثلاثة)

للابن : اثنان ، وللبنيت : واحد ، لأننا نقول للإبن : لك بحريتك منفرداً كل المال ومع البنت وحريتها ثلثان ، فقد حجبك بحريتها عن الثلث فتحجبك بنصف حريتها عن نصفه (١) وهو السدس فيبقى لك مع حريتك خمسة أسداس المال ، فلك بنصف حريتك نصف ذلك وهو ربع وسدس .

ونقول للبنيت لك مع حريتك وانفرادك [نصف المال ، ومع أخيك وحرية الثلث ، فقد حجبك بحريته عن السدس ، فيحجبك بنصف حريته عن] (٢) نصف السدس فيبقى معك ربع وسدس ، ولو كانت (٣) حرة ، فلك [بـ] (٤) نصف حريتك نصف ذلك وهو ثمن ونصف سدس ، فإذا جمعت ما حصل كان خمسة أثمان المال ، والذي حصل بيد البنت نصف ما حصل بيد الابن فيكون بينهما على

= المال ولا شيء للأصغر ، ولو كان الأصغر وحده حراً فكذلك ، فلكل واحد منهما في الأحوال الأربعة مال ونصف فله ربع ذلك وهو ثلاثة أثمان .

وتصور المسألة كالاتي :

٢			٨		
ابن	١	—	المال كله له	٣	
ابن	—	—	المال كله له .	٣	

الحرية الرق حرية الأكبر ورق الأصغر حرية الأصغر ورق الأكبر الجامعة

نضرب (٢) في الأربعة الأحوال بثمانية وهي الجامعة . ويبقى اثنان لعاصب آخر أو بيت المال .

(١) في (ب) : نصف .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) في (س) : كنت .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط في (س) .

ثلاثة (١) .

(و) ابن وبنت نصفهما حر (مع أم) حرة (فلها) أي فلأُم (السدس وللإبن خمسة وعشرون ، من أصل اثنين وسبعين ، وللبنت أربعة عشر) تنزيلاً (٢) وخطاباً بأحوالهم . فيقال للإبن (٣) : لو كنت أنت وأختك (٤) حرين لكان لك (٥) عشرة من ثمانية عشر ، لأن (٦) أصل المسألة من ستة ، لأُم السدس : سهم ، يبقى خمسة

(١) وهذه صورتها : الشرح الكبير (٢٢٩/٧) .

	٢٤	١	٢	٤	١	٣	
ابن	١٠	٤ + ٦	المال كله	-	}	-	٢
بنت	٥	٥	-	١		-	١
عم	٩	٤ + ٥	-	١		المال للعم	-

الحرية الرق نصف حرية ونصف رق حرية البنت دون الإبن حرية الإبن حرية الإبن

لعمل الجامعة نضرب $٢ \times ٣ = ٦ \times ٤ = ٢٤$.

- للإبن في حال ستة ، وفي حال آخر أربعة . فيكون المجموع عشرة .

- للبنت في حال : خمسة .

- للعصبة المال في حال وهو ستة ، ونصفه في حال وهو ثلاثة فيكون المجموع تسعة .

- مجموع عشرة الإبن وخمسة البنت = خمسة عشر ، وهو خمسة أثمان الأربعة وعشرين .

انظر : الشرح الكبير (٢٢٩/٧) ، شرح منتهى الإرادات (٦٣٨/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٧٢/٤) .

(٢) في (س) : تنزيلها .

(٣) في (س) زيادة : أو لبنت .

(٤) في (ب) : وأخيك .

(٥) في (ب) : ذلك .

(٦) في (ب) زيادة : ذلك .

على ثلاثة لا تصح فتضرب ثلاثة في ستة ، تكن : ثمانية عشر . للأم : ثلاثة يبقى خمسة عشر للإبن : عشرة ، وللبنت : خمسة .

ولو كانت البنت رقيقة، لكان لك خمسة عشر، فقد حجبتك بحريتها عن خمسة فتحجبك بنصف [٣٥٢/ب] حريتها عن نصف الخمسة ، يبقى معك اثنا (١) عشر ونصف، فلك بنصف حريتك نصف ذلك وهو ستة وربع . ويقال للبنت : لو كنتما حرين لكان لك خمسة من ثمانية عشر ، ولو كان الإبن وحده رقيقاً لكان لك تسعة ، فقد حجبتك بحريته عن أربعة ، فيحجبك بنصف حريته عن نصف الأربعة وهو اثنان ، يبقى معك (٢) سبعة، فلك بنصف حريتك نصف السبعة، وهو ثلاثة ونصف . فإذا بسطنا المسألة أربعاً من جنس الكسر، كان مجموع المسألة اثنين وسبعين مع الابن خمسة وعشرين ، ومع البنت أربعة عشر ، ومع الأم اثنا عشر، ومع العم أحد وعشرون (٣) .

وعبارة شرح المقنع الكبير : « ومن ورث بالأحوال والتزويل ، قال : للأم (٤) »

(١) في (ف) : اثني .

(٢) في (ب) : لك .

(٣) وهذه صورتها . وانظر الشرح الكبير (٢٢٩/٧) ، مطالب أولي النهى (٦٧٢/٤) .

٧٢	١٨	١٨	٣	١٨	٦	
١٢	٣	٣	١	٣	١	أم
٢٥	٦,٢٥	١٥	—	١٠	٥	ابن
١٤	٣,٥	—	—	٥		بنت
٢١	٥,٢٥	—	٢	—	—	عم

الحرية الرق حرية الابن ورق البنت نصف حرية ورق البنت والإبن

(٤) في (س) : الإمام .

السدس في ثلاثة أحوال ، والثالث في حال ، فلها ربع ذلك وهو سدس وثالث (١) والأول هو الذي قاله (٢) في الإنصاف ؛ لأن التنزيل في الميراث دون الحجب « (٣) .

(والأم مع (٤) الابنين) اللذين نصفهما [حر] (٥) (سدس) ؛ لأنهما لو كان رقيقين كان لهما ثلث فحجبها كل (٦) منهما بنصف حرته عن نصف السدس (٧) .

(ولزوجة) (٨) مع ابنين نصفهما حر (ثمن) ؛ لأنهما لو كانا رقيقين كان لهما (٩) ربع فحجبها كل منهما بنصف حرته عن نصف الثمن (١٠) .

(وابنان نصف أحدهما قن . المال بينهما أرباعاً تنزيلاً لهما وخطاباً

(١) في (س) زيادة : وثمان .

(٢) في (ب) : قال .

(٣) الإنصاف (٣٧٣/٧) ، وشرح المقنع الكبير ، أو الشرح الكبير (٢٢٩/٧) .

(٤) في (س) : وللأم .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٦) في (س) زيادة : واحد .

(٧) فيكون لها السدس ، لحجب الابنين كل منهما عن نصف السدس فبقي لها السدس .

انظر : شرح منتهى الإرادات (٦٣٩/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٧٣/٤) .

(٨) في (ب) : ولزوجته .

(٩) في (س) : لها .

(١٠) فيبقى لها الثمن لأنها حجبت عن الربع بالابنين كل منهما حجب بنصف الثمن فأخذت الثمن . والأمثلة السابقة تشبهها .

بأحوالهما (في الأصح (١) .

(وإن هائاً (٢) مبعض سيده أو قاسمه) أي قاسم سيده (في حياته فكل تركته) أي تركة المبعض (لورثته) أي ورثة المبعض (٣) ؛ لأنه لم يبق للسيد معه حق (٤) .

(١) قال في المبدع هذا القول هو الأشهر ، لأنها لو كملت الحرية فيهما لم يظهر للرق فائدة وكانا في ميراثهما كالحرية ، وعليه فيه وجهان :

أحدهما : لكل واحد نصف ماله في حال حريتهما ، وهو هنا الربع .

والثاني : بطريق الخطاب .

وقد سبق ذكرها ص (٦٤٩) .

انظر : المبدع (٢٦٧/٦) .

(٢) تهاياً القوم ، تهايؤا ، من الهيئة . أي جعلوا لكل واحد هيئة معلومة . والمراد : النوبة . وهي : مقاسمة المنافع ، بحيث يتراضى الشريكان أن ينتفع هذا بهذا النصف المفرز ، وذاك بذاك النصف .

المصباح المنير (٦٤٥/٢) ، طلبية الطلبة .

(٣) قد سبقت إشارة المؤلف إلى هذا الحكم ص (٦٤٤) .

وانظر : التهذيب للكلوذاني ص (٣٠٣) وقد سبقت المسألة مصورة قريباً في هذا الباب .

(٤) انظر : شرح منتهى الإرادات (٦٣٩/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٧٣/٤) .

[فصل : في الرد على ذي فرض بعضه حر]

(فصل . ويرد على ذي فرض) بعضه حر (و) على (عصبه) بعضه حر (إن لم يصبه) من التركة (بقدر حرите من نفسه . لكن أيهما) (١) أي عصبه أو ذي فرض (استكمل برد أزيد من قدر حرите من نفسه منع من الزيادة) على قدر حرите من نفسه (ورد على غيره إن أمكن) أي إن كان هناك من لم يصبه (٢) بقدر حرите من المال (٣) . (وإلا) أي وإن لم يمكن ذلك بأن لم يكن هناك وارث غير المبعوض الذي رد عليه إلى أن حصل له بقدر ما فيه من الحرية (ف) الباقي لبيت المال .

(ف) على هذا يكون لبنت نصفها [حر] (٤) ليس معها وارث غيرها (نصف بفرض ورد) والباقي لبيت المال .

(ولابن مكانها) أي مكان البنت (النصف بعصوبة والباقي لبيت المال) (٥) . ولابنين نصفهما حر وإن لم نورثهما المال (كله) (البقية) يعني أنه تكون لهما البقية بالرد (مع عدم عصبه) غيرهما .

(و) يكون (لبنت) (٦) وجدة نصفهما حر المال [بينهما] (٧) نصفين بفرض

(١) في (ف) زيادة : أي فهي مكررة .

(٢) في (ب) : يصبه .

(٣) انظر : الفروع (٥٩/٥) ، المغني (١٣٣/٩) ، المبدع (٢٦٧/٦) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٥) ولا يرد عليه لثلا يأخذ أكثر من نصف التركة .

انظر : مطالب أولي النهى (٦٧٤/٤) .

(٦) في (س) : للبت .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب ، س) .

ورد. ولا يرد) عليهما (هنا) أي في هذه الصورة (على قدر فرضيهما لئلا يأخذ من نصفه حر فوق نصف التركة (١) .

و (لبنت وجدة) مع حرية ثلاثة أرباعهما المال بينهما أرباعاً بقدر فرضيهما لفقد الزيادة الممتنعة . و (يكون لبنت وجدة) مع حرية ثلثهما الثلثان بالسوية) بينهما (والباقي لبنت المال) لئلا يأخذ من ثلثه حر أكثر من ثلث التركة (٢) . والله سبحانه وتعالى أعلم

(١) انظر : شرح منتهى الإرادات ، ومطالب أولي النهى كما سبق .

(٢) انظر المرجعين السابقين .

[باب : أحكام الإرث بالولاء ، وجره ، ودوره]

هذا (باب) يذكر فيه مسائل من أحكام الإرث بالولاء وجر الولاء ودوره .

(والولاء) لغة : الملك (١) .

وشرعاً : (ثبوت حكم شرعي بعق أو تعاطي سببه) (٢) أي سبب العتق .

والأصل في ذلك (٣) قوله سبحانه وتعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ﴾ (٤) . يعني الأدعياء (٥) .

مع قوله - ﷺ - : ((لعن الله من تولى غير مواليه)) (٦) .

(١) القاموس المحيط ص (١٧٣٢) .

(٢) انظر : المبدع (٢٦٩/٦) ،

ومنهم من عرفه بأنه : عصوبة سببها نعمة المعتق على رقيق .

انظر : العذب الفائض (١٠٤/٢) ، شرح حدود ابن عرفة (٦٧٠/٢) .

ومعنى الولاء : أنه إذا أعتق نسمة صار لها عصبية في جميع أحكام التعصيب عند عدم العصبية من النسب من الميراث . وسواء كان هذا العتق مندوباً أو واجباً .

انظر : المراجع الفقهية السابقة ومعها الفروع (٦٠/٥) ، المحرر (٤١٦/١) ، الإنصاف (٣٧٥/٧) ، المقنع (٤٦٥/٢) .

(٣) النقل من : المغني (٢١٤/٩) .

(٤) سورة الأحزاب ، آية رقم (٥) .

(٥) انظر : تفسير ابن كثير (٤٦٦/٣) ، وانظر : المغني (٢١٤/٩) .

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه ، أبواب فضائل المدينة ، باب : حرم المدينة .

وأخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب العتق ، باب تحريم تولي العتق غير مواليه .

وقوله - ﷺ - ((مولى القوم منهم)) (١) حديثان صحيحان [٣٥٣/أ] .

وإنما تأخر الولاء عن النسب ، لقوله - ﷺ - في حديث عبد الله بن أبي أوفى : ((الولاء لحمه كلحمه النسب)) (٢) رواه الخلال .

ورواه الشافعي ، وابن حبان من حديث ابن عمر مرفوعاً وفيه : ((لا يباع ولا يوهب)) (٣) .

شبهه بالنسب والمشبه دون المشبه به .

وأيضاً فإن النسب أقوى من الولاء ؛ لأنه يتعلق به المحرمية وترك الشهادة ونحوها بخلاف الولاء (٤) .

إذا تقرر هذا (فمن اعتق رقيقاً أو) أعتق (بعضه فسرى (٥) إلى الباقي أو

(١) أخرجه البخاري في صحيحه . كتاب الفرائض ، باب : مولى القوم من أنفسهم .

ومسلم في كتاب العتق ، باب تحريم تولي العتق غير مواليه .

(٢) سبق تخريجه في أسباب الإرث ص (١٢٩) .

(٣) سبق تخريجه في أسباب الإرث ص (٢٨٠) .

وأجمع أهل العلم على أن : من أعتق عبداً ، أو عتق عليه ، أن له عليه الولاء ، وأجمعوا أيضاً على أن السيد يرث عتيقه إذا مات ، جميع ماله ، إذا اتفق ديناهما ، ولم يخلف وارثاً سواه .

انظر : الإجماع ص (٨٧) ، المغني (٢١٥/٩) .

(٤) انظر : شرح حدود ابن عرفة (٦٧٠/٢) .

(٥) سرى ، وأسرى : لغتان ، معناه : سار ليلاً ، ثم استعير لتكميل الحرية في العتق المعتق بعضه .

المطلع ص (٣١٥) .

عتق (الرقيق) عليه برحم) كما لو ملك أباه أو أخاه أو عمه ونحوهم (١) .

فعتق عليه بسبب ما بينهما من الرحم ، (أو) بسبب (عوض) كما قال لعبد : أنت حر على أن تخدمني سنة ، كما لو اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حال ، فإنه يعتق ويكون الولاء لسيده نص عليه (٢) ، (أو) بسبب (كتابة) كما لو كاتبه على مال فأداه . أو بسبب (تدبير) كما لو قال له : إذا مت فأنت حر ، (أو) بسبب (إيلاد) كما لو أتت أمته منه بولد ثم مات أبو الولد ، (أو) بسبب (وصية) كما لو وصى بعتق عبده (٣) فلان وأعتقه الورثة (ف) إنه في جميع هذه الصور (له عليه الولاء) (٤) ؛ لقوله - ﷺ - : ((الولاء لمن أعتق)) (٥) متفق عليه .

(و) يكون له أيضاً الولاء (على أولاده) أي على أولاد العتيق (من زوجة عتيقة) للعتيق أو لغيره .

(و) على أولاده من (سُـرِّيَّة) (٦)

(١) في (ب) : ونحوه .

(٢) وقيل : لا ولاء له عليهما .

انظر : الإنصاف (٣٧٥/٧) ، الفروع (٦٠/٥) ، وانظر : شرح منتهى الإرادات (٦٤٠/٢) ، ومطالب أولي النهى (٦٧٥/٤) ، كشف القناع (٤٩٩/٤) .

(٣) في (ب و س) : عبد .

(٤) انظر : الفروع (٦٤/٥) وما بعدها ، المبدع (٢٦٩/٦) وما بعدها ، المغني (٢٢٣/٩) وما بعدها .

(٥) سبق تخريجه في باب أحكام العصبة من هذه الدراسة ص (٢٨٠) .

(٦) قال في المطلع : قال الجوهري : السرية : الأمة التي بوائها بيتاً منسوبة إلى السر ، وهو الجماع ، أو الإخفاء ، لأن الإنسان كثيراً ما يسرها ويسترها عن امرأته - وإنما ضُمت سِرِّيَّته ، لأن الأيئة قد تغير =

للعتيق (١) .

(و) يكون له الولاء أيضاً (على من له) أي للعتيق (٢) ولاؤه ، (أو لهم) أي لأولاد العتيق (وإن سفلوا ولاؤه) ؛ لأنه ولي نعمتهم (٣) وبسببه عتقوا (٤) .
[ولأنهم فرع ، والفرع يتبع أصله فأشبهه مالمو باشر عتقهم (٥) .

ولا فرق بين كون ذلك في دار الإسلام أو في دار الحرب] (٦) فلو أعتق حربي حربياً فله عليه ولاؤه ؛ لأن الولاء مشبهة بالنسب (٧) ، والنسب ثابت بين أهل الحرب ، فكذلك الولاء ؛ لأن ملك أهل الحرب ثابت على ما بيدهم بدليل قوله

= في النسبة خاصة - .

ويقال : إنها مشتقة من السر ، لأنه يُسر بها ، يقال : تسررت جارية وتسريت .

المطلع ص (١١٤ ، ١١٥) ، وانظر : الصحاح مادة : (سرى) (٦٨٢/٢) .

(١) في (س) : للعتق .

وانظر : المحرر (٤١٦/١) ، الفروع (٦٠/٥) ، كشاف القناع (٤٩٩/٤) ، هداية الراغب ص (٤٤٦) .

(٢) في (س) : للتيق .

(٣) في (س) : تفتهم .

(٤) انظر : الفروع (٦٠/٥) ، المبدع (٢٧١/٦) .

(٥) انظر : العذب الفائض (١٠٦/٢) ، كشاف القناع (٤٩٩/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٦٤٠/٢) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) . وانظر : المراجع السابقة .

(٧) لقول علي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ((الولاء شعبة من النسب ، من أحرز الولاء أحرز الميراث)) .

انظر : مصنف عبد الرزاق (٤/٩) (١٦١٤١) ، والبيهقي في الكبرى (٣٠٢/١٠) . والنقل من المغني (٢٢١/٩) ، الشرح الكبير (٢٣٩/٧) .

سبحانه وتعالى : ﴿ وَأَوْزَرَ ثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدَيْرَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ ﴾ (١) فنسبها إليهم ، فصح عتقهم كأهل الإسلام ، وإذا صح عتقهم ثبت الولاء لهم (٢) لقول النبي - ﷺ - : ((الولاء لمن أعتق)) (٣) .

فإذا جاءنا المعتق (٤) مسلماً فالولاء بحاله . وإن سبي (٥) مولى النعمة (٦) لم يرث ما دام عبداً ، فإن اعتق فعليه الولاء لمعتقه وله الولاء على عتيقه (٧) .

وحيث تقرر أن الولاء للمعتق مسلماً كان أو كافراً فإنه يثبت له (حتى لو) كان (أعتقه سائبة ك) قوله : (أعتقك سائبة) على الأصح (٨) وفاقاً للشافعي (٩)

(١) سورة الأحزاب ، آية رقم (٢٧) .

(٢) في (ف) زيادة كلمة : لهم .

(٣) سبق تخريجه في باب أحكام العصبية ص (٢٨٠) .

(٤) في (س) : العتيق .

(٥) السبي : هو أخذ الرجل أو المرأة من بلد إلى بلد آخر كرهاً .

انظر : معجم مقاييس اللغة (١٣٠/٣) ، معجم لغة الفقهاء ص (٢٤٠) .

(٦) قال في الدر النقي : ومولى النعمة ومولاة النعمة ، هما المعتق والمعتقة ، لأنهما وليا الإنعام بالإعتاق ، وفي الحديث : ((إنما الولاء لمن أعتق)) وولي النعمة . وجمع النعمة : نعم وأنعام .

انظر : الدر النقي (٥٨٤/٣) ، وانظر : معجم لغة الفقهاء ص (٤٦٩)

(٧) انظر : المغني (٢٢١/٩) ، الشرح الكبير (٢٣٩/٧) .

(٨) والرواية الثانية : لا ولاء عليه .

انظر : المغني (٢٢١/٩) ، الشرح الكبير (٢٤٩/٧) ، الإنصاف (٣٧٧/٧) ، الفروع (٦٠/٥) .

(٩) الحاوي الكبير (٨٩/١٨) ، روضة الطالبين (١٧٠/١٢) ، الوسيط (٤٨٣/٧) ، والنقل من المغني .

وأهل العراق (١) ، لقوله - ﷺ - : ((الولاء لمن أعتق)) (٢) . وقوله - ﷺ - : ((الولاء لحمه كلحمه النسب)) (٣) .

ولأنه كما لا يزول نسب إنسان ولا ولد عن فراش بشرط ، لا يزول ولاء عن (٤) عتيق بذلك .

ولذلك لما أراد أهل بريرة (٥) اشتراط ولائها على عائشة ، قال النبي - ﷺ - : ((اشترئها واشترطي لهم الولاء ، فإنما الولاء لمن أعتق)) (٦) .

يريد أن اشتراط تحويل الولاء عن المعتق لا يفيد شيئاً .

وروى مسلم (٧) بإسناده عن هذيل بن شرحبيل قال : جاء رجل إلى عبد الله فقال : إني أعتقت عبداً لي وجعلته سائبة فمات وترك مالاً ولم يدع وارثاً فقال عبد الله : إن أهل الإسلام لا يسيبون وإن أهل الجاهلية كانوا يسيبون [وأنت]

(١) المبسوط (٣٨/٣٠) ، الفتاوى الهندية (٢٦/٥) ، بدائع الصنائع (١٦٦/٤) .

واعتاق العبد سائبة : أن يعتقه ولا ولاء له عليه ، كفعل الجاهلية .

انظر : المطالع ص (٣١٢) .

(٢) سبق تخريجه في باب أحكام العصبة ص (٢٨٠) .

(٣) سبق تخريجه في باب أسباب الإرث ص (١٢٩) .

(٤) في (س) : من . والنقل من المغني (٢٢١/٩) .

(٥) هي : بريرة مولاة أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها . كانت مولاة لبعض بني هلال . أعتقتها السيدة عائشة ، واختارت فراق زوجها الذي كان رقيقاً . صحابية مشهورة . عاشت إلى زمن يزيد بن معاوية .

انظر : تقريب التهذيب (٥٩١/٢) ، أسد الغابة (٣٩/٧) ، سير أعلام النبلاء (٢٩٧/٢) .

(٦) سبق تخريجه في باب أحكام العصبة ص (٢٨٠) .

(٧) لم يخرج هذا الحديث مسلم وإنما أخرجه البخاري مختصراً ، ونورد التخريج عند آخر الحديث .

ولي (١) نعمته، فإن تأثمت وتخرجت من شيء، فنحن نقبله ونجعله في بيت المال» (٢) .

(أو) أعتقه (في زكاته [أو] في (نذره أو) (٣) في (كفارته) على الأصح (٤) .

قال في الإنصاف : « وهو المذهب عند المتأخرين » (٥) انتهى .

ووجهه ما تقدم من الحديث .

ولأنه معتق عن نفسه فكان الولاء [٣٥٣/ب] له كما لو اشترط عليه العتق

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الفرائض باب ميراث السائبة .

والبيهقي في الكبرى (٣٠٠/١٠) ، وأشار إلى أن البخاري رواه مختصراً في صحيحه .

وعبد الرزاق (٢٥/٩) رقم (١٦٢٢٣) .

وانظر : تحفة الأشراف ، فقد عزاه إلى البخاري فقط (١٥٤/٧) .

وانظر : المغني (٢٢٢/٩) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

(٤) الرواية الثانية : لا ولاء عليه ؛ لأنه أعتقه في الزكاة في غير ماله ، فلم يكن له عليه الولاء ، كما لو دفعها إلى الساعي ، فاشترى بها ، وأعتق ، وكما لو دفع إلى المكاتب ملاً ، فأدى كتابته .

انظر : المغني (٢٢٣/٩) ، الشرح الكبير (٢٤٩/٧) ، الإنصاف (٣٧٧/٧) ، المبدع (٢٧٤/٦) ، الممتع (٤٥٠/٤) .

وقال في المبدع : وفارق الذي اشترط عليه العتق ، فإنه أعتقه من ماله ، والعتق في الكفارة والنذر واجب عليه أشبه العتق في الزكاة . (٢٧٤/٦) .

(٥) انظر : الإنصاف (٣٧٧/٧) .

فأعتق (١) .

ويستثنى من عموم ذلك صورتان أشار إلى الأولى منهما بقوله : (إلا إذا أعتق مكاتب رقيقاً) فإن ولاؤه يكون لسيد المكاتب دون المعتق (٢) .

وأشار إلى الثانية بقوله : (أو كاتبه) أي كاتب المكاتب رقيقاً [له على مال] (٣) (فأدى) ما كُتِب عليه (ف) (٤) يكون (للسيد) أي سيد المكاتب ولاؤه أيضاً ؛ لأن المكاتب كالألة للعتق ؛ لأنه لا يملكه بدون إذن سيده وإلى ذلك أشير بقوله : ولا يصح بدون إذنه ، أي لا يصح من المكاتب ذلك بدون [إذن سيده] (٥) (ولا ينتقل) الولاء (إن باع) السيد عبده (المأذون) له في العتق (فعتق) المأذون له (عند مشتيه) .

قال أحمد في رواية ابن منصور : « من أذن لعبده في عتق عبد (٦) فأعتقه ثم باعه فولأؤه لمولاه الأول » (٧) .

(ويرثه (٨) ذوولاء) أي من لــــه ولاء على

(١) مطالب أولي النهى (٦٧٧/٤) .

(٢) انظر : الفروع (٦٢/٥) ، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٤١/٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٤) في (س) : فإن .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

وانظر المراجع السابقة : الفروع وشرح منتهى الإرادات ، ومطالب أولي النهى .

(٦) في (س) : عنده .

(٧) الفروع (٦٢/٥) .

(٨) في (س) : ويرث .

إنسان (١) (به) أي بالولاء (عند عدم نسيب وارث) (٢) ؛ لأن النسب أقوى من الولاء، بدليل أنه يتعلق به التحريم، وسقوط القصاص، ورد الشهادة، ولا يتعلق ذلك بالولاء (٣) .

(ثم) يرث به بعد موت المعتق (عصبته بعده الأقرب فالأقرب) (٤) من المعتق سواء كان عصبه المعتق ولداً أو أخاً أو عمّاً أو أباً أو غيرهم من العصابات ، وسواء كان المعتق ذكراً أو أنثى . (٥) فإن لم يكن للمعتق عصبه من النسب كان الميراث لمولى المعتق ثم لعصباته الأقرب فالأقرب كذلك ثم لمولى المولى كذلك أبداً . روي ذلك عن عمر وبه قال : الشعبي ، والزهري ، وقتادة (٦) ، ومالك (٧) ،

(١) في (س) : الثاني .

(٢) وهذا مما لا خلاف فيه لقول النبي - ﷺ - : ((ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر)) فالعصبه من القرابة أولى من ذي الولاء ، لأنه مشبه بالقرابة ، والمشبه به أقوى من المشبه ، في قول النبي - ﷺ - : ((الولاء لحمه كلحمه النسب)) .

المغني (٢١٦/٩) .

(٣) هذا التعليل من المغني (٢١٦/٩) .

(٤) والنساء من البنات وغيرهم لا يرثون ، لأنه ليس في النساء عصبه ، إلا التي تَمُنُّ بعنق الرقبة وهي غير متحققة هنا وسيأتي .

(٥) من هنا النقل من : المغني (٢٤٤/٩) ، إلى قوله : أبو حنيفة وصاحبه .

(٦) الآثار في : عبد الرزاق (٣٠/٩) ، والدارمي (٤٦٧/٢) ، وما بعدها . وابن أبي شيبة (٣٩٧/٧) ، والبيهقي في الكبرى (٣٠٦/١٠) ، وسنن سعيد بن منصور (٩١/١) ، وما بعدها .

وانظر : المغني (٢٤٤/٩) ، وشرح الزركشي (٥٦٠/٤) ، التلخيص للخبري (٤٨٧/١) ، المبسوط (٣٩/٣٠) .

(٧) الاستذكار (٢١٧/٢٣) ، الشرح الصغير (٥٧٦/٤) ، تبين المسالك (٥٥١/٤) .

والثوري ، والأوزاعي (١) ، والشافعي (٢) ، وأبو حنيفة ، وصاحبه (٣) .

والأصل في ذلك ما روى أحمد بإسناده عن زياد بن أبي مريم ((أن امرأة أعتقت عبداً لها ثم توفيت وتركت ابناً لها وأخاها ثم توفي مولاها من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها إلى رسول الله - ﷺ - في ميراثه فقال النبي - ﷺ - ميراثه لابن المرأة . فقال أخوها : يا رسول الله : لو جر جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا ؟ قال : نعم)) (٤) .

(ومن لم يمسه رق و) كان (أحد أبويه عتيق والآخر حر الأصل ، أو) كان الآخر (مجهول النسب فلا ولاء عليه) لأحد ، لأن الأم إن كانت حرة الأصل فالولد

(١) انظر : مراجع هامش (٦) ص (٦٦٥) .

(٢) شرح روض الطالب (٤٦٠/٤) ، الغرر البهية (٤٣٢/٣) ، التلخيص (٤٨٥/١) .

(٣) المبسوط (٣٩/٣٠) ، شرح خلاصة الفرائض ص (٤١) ، شرح السراجية ص (٣٨) .

(٤) أخرجه الدارمي في سننه (٣٠٠٩) ، (٤٦٨/٢) ، كتاب الفرائض ، باب الولاء . وهذا الحديث ليس موجوداً في المسند .

والاستدلال في هذا : بأن علي بن أبي طالب ، والزبير بن العوام - رضي الله عنهما - اختصما إلى عمر - رضي الله عنه - في مولى لصفية - رضي الله عنها - . فقال علي : مولى عمتي ، وأنا أعقل منه . وقال الزبير : مولى أمي ، وأنا أرثه . فقضى عمر للزبير بالميراث ، وقضى علي بالعقل .

رواه سعيد في سننه (٩٤/١) ، رقم (٢٧٤ ، ٢٧٥) ، وفي الرواية الثانية (٢٧٥) ، المخاصم فيها العباس والزبير . وهذه الرواية أقرب ؛ لأن العباس أقرب لصفية من علي - رضي الله عنهم - .

وذكر هذا الأثر أبو يوسف في الآثار (١٧٠) برقم (٧٧٥) ، بسنده إلى إبراهيم النخعي وعبد الرزاق (٣٥/٩ ، ٤٥) ، رقم (١٦٢٥٥) و (١٦٢٩٥) .

وانظر : المراسيل لابن أبي حاتم ص (١٠) ، برقم (٢٣ ، ٢٤) حيث صرح بعدم سماع إبراهيم من عمر وعلي .

وهو منقول من المغني (٢٤٥/٩) .

يتبعها فيما (١) إذا كان الأب رقيقاً في انتفاء الرق والولاء. فلأن يتبعها (٢) في نفي الولاء وحده أولى . وإن كان الأب حر الأصل فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولاء بحيث (٣) يصير الولاء عليه لمولى أبيه فلأن يتبعه في سقوط الولاء عنه أولى . وهذا المذهب (٤) .

وقال القاضي : « إن كان الأب مجهول النسب والأم عتيقة ثبت الولاء على ولده لمولى الأم » (٥) .

قال الخبري : « هذا قول أبي حنيفة ، ومحمد ، وأحمد » (٦) ؛ لأن مقتضى ثبوته لمولى الأم موجود ، وإنما امتنع في محل الوفاق بحرية الأب فإذا لم تكن معلومة فقد وقع الشك في المانع فبقى على الأصل ، ولا يزول اليقين بالشك (٧) .

ورد بأن الأب محكوم بحريته أشبه معروف النسب (٨) . ولأن الأصل في الأدميين الحرية وعدم الولاء فلا يترك هذا الأصل في حق الولد بالوهم كما

(١) في (ب) : وفيما .

(٢) في (س) : فلا ويتبعهما .

(٣) في (ب) : يحب .

(٤) المحرر (٤١٧/١) ، الفروع (٦٢/٥) ، المغني (٢٣٢/٩) ، وما بعدها .

(٥) انظر : كتاب المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٥٨/٢) ، المحرر (٤١٧/١) .

(٦) التلخيص (٤٩٣/١) ، وانظر حاشية رد المحتار (٧٧٩/٦) ، بدائع الصنائع (١٦٧/٤ ، ١٦٨) ، وانظر : المحرر (٤١٧/١) .

(٧) هذا النقل من : المغني (٢٣٣/٩) .

(٨) المراجع السابقة .

[لم] (١) يترك في حق الأب (٢) .

(ومن أعتق رقيقه عن) إنسان مكلف رشيد (حي بأمره فولاؤه لمعتق عنه)
على الأصح (٣) كما لو باشره .

(وبدونه) يعني أن من أعتق رقيقه عن حي بدون أمره له (أو عن ميت ف)
ولاؤه (لمعتق) ، لقول النبي - ﷺ - : ((الولاء لمن أعتق)) (٤) .

ولأنه أعتق رقيقه عن حي من غير أمره له فكان الولاء للمعتق كما لو يقصد
غيره (٥) .

ويستثنى [٣٥٤/أ] من ذلك صورة أشار إليها بقوله :

(إلا من) أي إلا رقيقاً (أعتقه وارث عن ميت) أي عن موروث (له تركة في
واجب عليه) أي على الميت كما لو كان على الميت كفارة ظهار أو وطء في نهار
رمضان أو كفارة قتل (ف) إن ولاؤه يكون (للميت) ، لوقوع العتق عنه لمكان

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٢) انظر المرجع السابق .

(٣) عند هذه الكلمة سقط من نسخة (ب) عدد من الصفحات . فالمقابلة هنا بين النسخة (ف و س)
فقط .

وعنه : العتق وولاؤه للمعتق إن لم يلتزم عوضه .

الفروع (٦٥/٥) .

وانظر : المحرر (٤١٧/١) ، الإنصاف (٣٨١/٧) ، المقنع شرح مختصر الخرقى (٨٥١/٢) .

(٤) سبق تخريجه ص (٢٨٠) .

(٥) انظر : المغني (٢٢٧/٩) .

الحاجة إلى ذلك وهو احتياج الميت إلى براءة ذمته . وهذا المذهب (١) .

قال الشيخ تقي الدين : « بناءً على أن الكفارة ونحوها ليس من شرطها الدخول في ملك المكفر عنه » (٢) .

(وإن لم يتعين العتق) كما لو كانت كفارة يمين (أطعم الوارث أو كسا) عشرة مساكين (ويصح عتقه) أيضاً على الأصح (٣) ولو لم يُوصِ الميت بالعتق .

قال في الترغيب : « بناءً على قولنا الولاء للمعتق عنه » (٤) .

(وإن تبرع) وارث (بعته) أي عتق رقيق (عنه) أي عن الميت (و) الحال أنه (لا تركة) مُخَلَّفة عن الميت (أجزاً) العتق عن الميت في الأصح (٥) (ك) تبرعه بـ (إطعام وكسوة) على الميت .

(وإن تبرع بهما) أي بالإطعام والكسوة (أو بعته) عن الميت (أجنبي) من الميت (أجزاً) ذلك عن الميت على الأصح (٦) كما لو وَفَّى ديناً عنه (ولم تبرع) بالعتق الولاء على العتق .

(١) وقيل : وله تركه .

انظر : الفروع وتصحيحه (٦٣/٥) ، الإنصاف (٣٧٩/٧) ، المحرر (٤١٦/١) .

(٢) الإنصاف (٣٧٩/٧) ، المبدع (٢٧٥/٦) .

(٣) وعنه : إن وصى به فالولاء له ؛ وإلا للمعتق .

انظر : الفروع (٦٣/٥) ، الإنصاف (٣٧٩/٧) .

(٤) انظر : الإنصاف (٣٨٠/٧) ، والفروع (٥٦٢) .

(٥) الوجه الثاني : الإجزاء مطلقاً . انظر المرجعين السابقين ، والمبدع (٢٧٥/٦) .

(٦) انظر المراجع السابقة .

قال أبو النصر (١) : « قال أحمد في العتق عن الميت : إن أوصى به فالولاء له (٢) ، وإلا للمعتق . وقال للمعتق » (٣) .

وقال في رواية الميموني وأبي طالب في الرجل يعتق عن الرجل : « فالولاء لمن أعتقه والأجر للمعتق عنه » (٤) .

ومن قال لمالك عبد : (أعتق عبدك عني) فقط (أو) قال : أعتق عبدك (عني مجاناً ، أو) قال أعتقه عني (وثمنه عليّ فلا عليه) أي فلا يلزم مالك العبد (أن يجيبه) إلى عتق عبده ، لأنه لا ولاية له عليه (٥) .

(وإن فعل) بأن أعتق العبد الذي قال له : أعتقه ، (ولو بعد فراقه) أي ولو بعد أن افترقا عن ذلك المجلس (عتق والولاء) عليه (لمعتق عنه) كما لو قال له : أطعم أو أكس عني (٦) .

(ويلزمه) أي القائل للمقول له (ثمنه) أي ثمن العبد (بالتزامه) بقوله :

(١) هو : إسماعيل بن عبد الله بن ميمون بن عبد الحميد بن أبي الرجال ، أبو النصر العجلي ، مروزي الأصل ، ممن روى عن الإمام أحمد . توفي سنة (٢٧٠ هـ) .

انظر : طبقات الحنابلة (١٠٥/١) ، المنهج الأحمد (٢٣٨/١) ، المقصد الأرشد (٢٦٤/١) .

(٢) في (س) : به .

(٣) انظر المراجع السابقة في هامش (٤) ص (٦٦٩) .

(٤) انظر المراجع السابقة في هامش (٤) ص (٦٦٩) .

(٥) انظر : شرح منتهى الإرادات (٦٤١/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٧٩/٤) .

(٦) انظر : المحرر (٤١٧/١) ، الفروع (٦٤/٥) ، الإنصاف (٣٨٢/٧) ، المبدع (٢٧٥/٦) ، المغني (٢٢٨/٩) .

وثنمه عليّ (١) .

(ويجزئه) أي يجزئ القائل : هذا العتق (عن واجب) عليه من نذر أو كفارة على الأصح (٢) (ما لم يكن) العبد (قريبه) أي ممن يعتق على القائل ، بأن كان من ذوي رحمه المحرم ، فإنه لا يجزئه .

وذكر ابن أبي موسى لا يجزئه حتى يملكه (٣) العبد فيعتقه هو . ونقله مهنا (٤) .

(وإن كان قال له : (أعتقه وعليّ ثمنه) ولم يقل عني ، (أوزاد عنك) بأن قال : أعتقه عنك وعليّ ثمنه (ففعل) أي فأعتقه (عتق ، ولزم قائلاً : ثمنه) (٥) للمعتق ؛ لأنه جعل له جعلاً على إعتاق عبده فلزمه ذلك بالعمل ؛ كما لو قال : من بنى لي هذا الحائط فله دينار فبناه إنسان (٦) استحق الدينار .

(و) يكون (ولاؤه لمعتق) لأنه لم يأمره بإعتاقه عنه ولا قصده به المعتق ، فلم يوجد ما يقتضى صرفه إليه ، فيبقى للمعتق عملاً بقوله - ﷺ - ((الولاء لمن أعتق)) (٧) .

(١) انظر : المراجع السابقة .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) في (س) : يملك .

(٤) الفروع (٦٤/٥) ، وهذه الرواية الثانية المقابلة للأصح .

(٥) انظر : الإنصاف (٣٨٢/٧ ، ٣٨٣) ، الفروع (٦٥/٥) ، المحرر (٤١٧/١) ، المبدع (٢٧٦/٦) .

(٦) في (س) : اثنان .

(٧) سبق تخريجه ص (٢٨٠) .

(ويجزئه) أي يجزئ المعتق هذا العتق (عن واجب) على المعتق من نذر أو كفارة (١) .

(ولو قال) إنسان لمالك عبد : (اقتله) أي اقتل عبدك (على كذا) (٢) فلغو .

قال في الفروع : « ولو قال اقتله عليّ بدرهم فلغو ذكره في الانتصار ، ويتوجه وجه » (٣) انتهى .

ولعل قوله : ويتوجه وجه إذا قتله ، وأما إذا لم يقتله فلا وجه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(وإن قال كافر) لمسلم : (أعتق عبدك المسلم عني وعليّ ثمنه ، ففعل) أي فعتقه عن الكافر (صح) في الأصح (٤) ؛ لأنه إنما يملكه زمناً يسيراً ولا يتسلمه فاغتفر هذا الضرر اليسير لأجل تحصيل الحرية للأبد الذي يحصل بها نفع عظيم ؛ لأن الإنسان بها يصير متهيئاً للطاعات وإكمال القربات (٥) .

= وانظر : شرح منتهى الإرادات (٦٤٢/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٧٩/٤) ، كشاف القناع (٥٠١/٤) .

(١) انظر : المراجع السابقة .

(٢) في (ف) : كذا .

(٣) الفروع (٦٥/٥) .

(٤) الوجه الثاني : لا يصح .

انظر : الشرح الكبير (٥٣/٧) ، المبدع (٢٧٧/٦) ، الإنصاف (٣٨٣/٧) ، الممتع (٤٥٣/٤) .

(٥) المبدع (٢٧٧/٦) .

(و) يكون (ولاؤه للكافر ويرث به) [٣٥٤/ب] يعني أنه يرث الكافر المسلم بالولاء . (وكذا كل من باين دين معتقه) على الأصح (١) لعموم قوله - ﷺ -
- ((الولاء لمن أعتق) (٢)) .

وقوله - ﷺ - : ((الولاء لحمة كلحمة النسب) (٣)) .

والنسب يثبت مع اختلاف الدين [فكذلك الولاء (٤)] .

ولأن الولاء إنما يثبت له عليه بإنعامه بإعتاقه ، وذلك ثابت مع اختلاف الدين [(٥)] .

ويروى إرث الكافر من المسلم بالولاء عن علي (٦) وعمر بن عبد العزيز (٧) .

(١) الرواية الثانية : لا يرث به .

انظر : الشرح الكبير (٢٥٣/٧) ، الفروع (٦٥/٥) ، الإنصاف (٣٨٣/٧) ، المبدع (٢٧٧/٦) .

(٢) سبق تخريج الحديث ص (٢٨٠) .

(٣) سبق تخريج الحديث ص (١٢٩) .

(٤) المغني (٢١٧/٩) .

(٥) المرجع السابق .

(٦) المرجع السابق .

(٧) ما نقله البيهقي عن عمر بن عبد العزيز هو أخذ الميراث لبيت المال .

سنن البيهقي الكبرى (٢٩٩/١٠) ، ومصنف ابن أبي شيبة (٣٨٥/٧) ، (٣٩٧/٧) .

وبه قال أهل الظاهر (١) ، واحتج أحمد بقول علي : ((الولاء شعبة من الرق)) (٢) فلم يضر تباين الدين، بخلاف الإرث بالنسب (٣) .

(١) وما نقله ابن حزم في المحلى عدم التوارث لاختلاف الدين (١٩٨/٨) و (٣٣٧/٨) .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٠٣/١٠) .

مصنف ابن أبي شيبة (٣٩٧/٧) .

(٣) يقول الزركشي : في هذا الاستدلال نظر ، فإنه لا نزاع في ثبوت الولاء ، إنما النزاع في ثبوت الإرث به ، ولعل أحمد - رحمه الله تعالى - فهم أن المراد يقول علي؛ الإرث .

واستدل لذلك بما روى جابر أن النبي - ﷺ - قال : ((لا يرث المسلم النصراني إلا أن يكون عبده أو أمته)) . رواه الدار قطني (٧٤/٤) ، وروى موقوفاً عن جابر ويكون المراد [بالعبد] من كان عبده مجازاً ، وإلا فالعبد لا يورث بالإجماع ، وبالجمله هذه الرواية اختيار عامة الأصحاب ، حتى أن القاضي في الجامع الصغير والشريف في خلافة والشيرازي وابن عقيل في التذكرة وابن البنا في الخصال لم يذكروا غيرها .

وقال أبو الخطاب في هدايته : إنها الأظهر (١٨٢/٢) .

والرواية الثانية : لا يتوارثان . (٥٢٨/٤ ، ٥٢٩) .

[فصل : فيمن يرث من النساء بالولاء]

(فصل . ولا يرث نساء به) أي بالولاء (إلا من أعتقن) أي باشرن عتقه ، (أو أعتق من أعتقن) يعني أو عتيق من باشرن عتقه ، (أو) من (كاتبن) فأدى وعتق (أو كاتب من كاتبن) يعني أو مكاتب من كاتبه النساء، إذا [أدى وعتق (وأولادهم) أي أولاد من قلنا لهن ولاؤه، من أمة وعتيقة (١) .

(و) كذا (من جروا) أي من جر معاتيقهن [(٢) (ولاءه) بعتهن إياه على الأصح (٣) .

وروي ذلك عن عمر ، وعثمان ، وعلي (٤) لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً قال : « ميراث الولاء للكبر من الذكور ، ولا يرث النساء من الولاء إلا ولاء من أعتقن أو أعتق من أعتقن » (٥) .

(١) هذا الإجماع .

انظر : الإجماع لابن المنذر ص (٨٨) .

وانظر : المحرر (٤١٧/١) ، الفروع (٦٦/٥) ، المغني (٢٣٨/٩) ، الإنصاف (٣٨٤/٧) ، المبدع (٣٧٩/٦) ، التهذيب للكلوذاني ص (٣٢٧) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) قال في الإنصاف : حتى قال أبو بكر : هذا المذهب ، رواية واحدة ، وقال : وَهَمَّ أَبُو طَالِبٍ فِي نَقْلِهِ الرَّوَايَةِ . انتهى (٣٨٤/٧) . وسيأتي المؤلف بمقابل الأصح . وما ذكره المؤلف هو المذهب .

انظر : الشرح الكبير (٢٥٥/٧) ، المغني (٢٣٨/٩) ، الإنصاف (٣٨٤/٧) ، المبدع (٢٧٨/٦) .

(٤) مصنف ابن أبي شيبة (٣٩١/٧) ، عبد الرزاق (١٥٧٧٦) ، الدارمي (٤٨٨/٢) ، والبيهقي في الكبرى (٣٠٦/١٠) .

(٥) لم أقف على هذا الحديث مسنداً إلا في البيهقي .

ولأن الولاء مشبه بالنسب ، والمولى المعتقد من المولى المنعم بمنزلة أخيه أو عمه فولده من العتيق بمنزلة ولد أخيه أو ولد عمه ولا يرث منهم إلا الذكور خاصة (١) .

ومقابل الأصح أن بنت المعتقد ترث (٢) .

فأما توريث المرأة من عتيقها وعتيق عتيقها ومن مكاتبها ومكاتب مكاتبها فلا خلاف فيه (٣) .

= وقال الزيلعي في نصب الراية (١٥٤/٤) - بعد نقله من الهداية - : غريب ، ثم ذكر من روى الآثار التي في معناه عن الصحابة ، وهذا التعبير اصطلاح منه فيما لم يجده .

وقال الحافظ في الدراية رقم (٨٧٧) : لم أجده هكذا ، واستدركه الشيخ قاسم بن قطلوبغا في منية الألمعي ، فيما فات من تخريج الهداية للزيلعي ، المطبوع مع المجلد الرابع من نصب الراية ، فأورده في ص (٥٣) ، وقال : ذكره رزين العبدري من حديث عمرو بن شعيب ، عن أبيه عن جده عن النبي - ﷺ - ثم ذكره في ص (٦٣) ، في التعليقات على الدراية ، بقوله : قلت : في مسند رزين عن عمرو ابن شعيب . . . الخ .

ورواه البيهقي (٣٠٦/١٠) ، والجزء الأخير منه أخرجه عبد الرزاق (١٦٢٦٣) .

وذكره ابن الأثير في جامع الأصول عن عمرو بن شعيب رقم (٧٤٢٤) ، ولعله نقله من مسند رزين .

(١) هذا النقل من المبدع (٢٧٨/٦) .

(٢) تقدم الأصح . وهذه المسألة للشيخ تقي الدين كما في الفروع (٦٦/٥) وهي اختيار القاضي وأصحابه . كتاب المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (٥٨/٢) .

ونقل في الإنصاف أن مقابل الأصح من مفردات المذهب . ثم قال : وعنه : ترث مع أخيها .

وعنه : ترث عتيق ابنها ، مع عدم العصبية .

انظر : الإنصاف (٣٨٥/٧) ، الفروع (٦٦/٥) .

(٣) المغني (٢٣٩/٩) ، الإجماع ص (٨٨) .

ولأن المعتقة منعمة بالإعتاق كالرجل فوجب أن تساويه في الميراث (١) .

(ومن) أعتقت عبداً ثم (نكحت عتيقها أي تزوجته وحملت منه ثم مات
(فهي القائلة : إن ألد أنثى فلي النصف) من التركة (و) إن ألد (ذكراً ف) لي
(الثمن ، وإن لم ألد) شيئاً بأن أجهضت حملي (فالجميع) لي يعني بالولاء (٢) .

(ولا يرث به) أي بالولاء (ذو فرض غير أب) للمعتق مع ابن للمعتق (أو
جد) (٣) للمعتق (مع ابن) له فإن أبا المعتق مع ابنه وجد المعتق مع ابنه يرث
(سدساً ، و) غير (جد) للمعتق (مع إخوة) للمعتق فإن الجد يرث معهم (ثلثاً إن
كان) الثلث (أحظ له) أي للجد بأن زاد عدد الإخوة على ثلاثة ، وإلا قاسمهم
كأخ منهم نص أحمد على ذلك (٤) .

وحكم ابن الابن (٥) وإن سفل مع الأب ومع أبي أبي الأب وإن علا

(١) المغني (٢٣٩/٩) .

(٢) إذا ولدت أنثى (بنت) فيكون للبنت النصف ، وللقائلة وهي زوجة الثمن بالفرض والباقي بالتعصيب
بولائها .

وإذا ولدت ذكراً فإنها تأخذ ثمنها فقط والباقي للولد . وإن لم تلد شيئاً فالجميع لها ، الثمن بالفرض
والباقي بالولاء (تعصباً) .

وانظر : الفروع (٦٦/٥) ، الإنصاف (٣٨٥/٧) .

(٣) أي منفرد ؛ لأن الولاء للعصبات ، وليس هؤلاء عصبات ، فحكمهم حكم النساء .

المبدع (٢٨٠/٦) .

(٤) المحرر (٤١٧/١) ، الفروع (٦٦/٥) ، الإنصاف (٣٨٦/٧) ، المبدع (٢٨١/٦) .

وقال في الإنصاف : والجد مع الإخوة ، كأخ ، وإن كثروا .

وقيل : له الثلث إن كان أحظ له ، ولا يعاد بأخت .

(٥) في (ف) زيادة : الإبن . وفي (س) : وحكم الابن .

سواء (١) .

(ويرث عصبه ملاعنة عتيق ابنها) ؛ لأن عصبه ابن الملاعنة عصبه أمه على الأصح (٢) .

(ولا يباع ولا يوهب ولا يوقف ولا يوصى به) ؛ لأنه كالنسب وهو لا يرد عليه عقد بيع ولا هبة ولا وقف ولا وصية ولا يصح أيضاً أن يأذن لعتيقه فيوالي من شاء ، روي ذلك عن عمر وابنه ، وعلي ، وابن عباس ، وابن مسعود (٣) وبهذا قال

(١) وفي شرح الزركشي : قال الخرقى : وإذا مات المعتق وخلف أباً معتقه ، وابن معتقه فلأبي معتقه السدس ، وما بقى فللابن .

قال الزركشي : وهو المشهور تشبيهاً لهما في إرث المعتق يارث معتقه .

وقيل : لا يفرض للأب والحال هذه شيء ، بل الجميع للإبن . لما تقدم أن الولاء لأقرب العصبه . انتهى .

وحكم الجد حكم الأب ، وحكم ابن الابن حكم الابن .

قال الخرقى : وإن خلف أخاً معتقه ، وجد معتقه فالولاء بينهما نصفين .

قال الزركشي : لأنهما يرثان المعتق كذلك ، فيرثان مولاه كذلك ، ولو كثرت الإخوة - كما لو كانوا ثلاثة فأكثر ، فإنه يفرض للجد السدس ؛ لأنه أحظ له والباقي لهم بناءً على ما تقدم في قاعدة الجد مع الإخوة . هذا هو المشهور .

وعلى القول الثاني : في التي قبلها لا يفرض له معهم أصلاً ، بل يكون كأحدهم وإن كثروا ، ويعادنه بولد الأب ، لأنه يرث منفرداً ، ولا يعادنه بالأخوات ، لأنهن لا يرثن منفردات وهذا مقتضى قول أبي محمد في الكافي والمغني ، وهذا كله إذا ورثنا الأخوة مع الجد ، أما إذا لم نورثهم معه ، وجعلنا الجد كالأب ، فالولاء للجد دون الأخ .

انظر : شرح الزركشي (٥٦٥/٤) ، الكافي (٥٦٩/٢) ، المغني (٢٤٧/٩) .

(٢) قال في الإنصاف : وقيل : لا ترثه . (٣٨٥/٧) ، المغني (١٢٠/٩ ، ١٢١) .

(٣) آثار الصحابة - رضي الله عنهم - في : سنن سعيد بن منصور (٩٥/١) ، عبد الرزاق (٣/٩ ، ٤ ، ٥) ، وابن أبي شيبة (٤٠٣/٧ ، ٤٠٤) ، سنن الدرامي (٤٩٠/٤) ، البيهقي الكبرى (٢٩٢/١٠) .

مالك (١) والشافعي (٢) وأبو حنيفة وأصحابه (٣) ؛ ولأن النبي - ﷺ - نهى عن بيع
الولاء وهبته (٤) وقال : ((الولاء لحمة كلحمة النسب)) (٥) . وقال : ((لعن الله من
تولى غير مواليه)) (٦) .

ولأن الولاء معنى يورث به فلا ينتقل كالقربة ، فعلى هذا لا ينتقل الولاء عن
المعتق بموته (٧) .

(ولا يورث) عنه (وإنما يرث به أقرب عصبة السيد) الذي هو المعتق
(إليه يوم موت عتيقه وهو) أي هذا الذي ذكرناه هو (المراد بالكُبر) بضم
الكاف وسكون الموحدة (٨) .

(١) الاستذكار (١٩١/٢٣ ، ٢٢٤) ، الشرح الصغير (٥٧٢/٤) ، تبين المسالك (٥٥١/٤) .

(٢) الحاوي الكبير (١٨ ، ٧٩) ، شرح الروض (٤٥٩/٤) .

(٣) شرح السراجية ص (٩٩) ، إعلاء السنن (٢٧٠/١٦) ، بدائع الصنائع (١٦٤/٤) .

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الفرائض ، باب : إثم من تبرأ من مواليه ، وأخرجه في كتاب العتق باب :
بيع الولاء وهبته .

وأخرجه مسلم في كتاب العتق ، باب النهي عن بيع الولاء وهبته .

تحفة الأشراف (٧١٥٠ ، ٧١٨٩) .

(٥) سبق تخريجه في باب أسباب الإرث ص (١٢٩) .

(٦) سبق تخريجه ص (٦٥٧) في باب الولاء .

(٧) انظر : المغني (٢٢٠/٩) ، المبدع (٢٨١/٦) .

(٨) انظر : المحرر (٤١٨/١) ، الفروع (٦٧/٥) ، المبدع (٢٨١/٦) ، المغني (٢٤٤/٩) .

وانظر : المطلع (الكُبر) ص (٣١٢) . أكبر الجماعة . يقال : كُبر قومه بالضم : إذا أقعدهم في
النسب ، وهو أن ينتسب إلى جده الأكبر بآباء أقل عدداً من باقي عشيرته ، وليس المراد بذلك كبر
السن ، فلو خلف المعتق ابنين كبير وصغيراً فهما سواء . فلو مات الكبير ، وخلف ابناً كبيراً أكبر من =

(فلو مات سيد) أي معتق (عن ابنين ثم) مات (أحدهما) أي أحد الابنين
(عن ابن [٣٥٥/أ] ثم مات عتيقه) أي عتيق السيد (فأرثه لابن سيده) دون ابن
ابنه ؛ لأن الولاء للكبير (١) .

(وإن ماتا) أي ابني السيد (قبل العتيق وخلف أحدهما) أي أحد ابني
السيد (ابناً) واحداً (و) خلف الابن (الآخر أكثر) كما لو خلف تسعة (ثم مات
العتيق فأرثه) بين أولاد الابنين (على عددهم كالنسب) فيكون في هذه الصورة
لكل واحد عشر التركة (٢) .

قال الإمام أحمد (٣) : « روي هذا عن عمر ، وعثمان ، وعلي ،
وزيد بن حارثة ، وابن مسعود (٤) . وبهذا قال

= أخيه ، كان الولاء لأخيه الصغير ، لأنه ابن المعتق دون ذلك الكبير .

وفي الدر النقي : في الحديث (الكُبر الكُبر) يريد الكبير . قال الله عز وجل : ﴿ وَالَّذِي تَوَلَّى
كِبْرَهُ ﴾ [سورة النور ، آية رقم (١١)] .

والحديث في البخاري كتاب الديات باب القسامة حديث (٦٨٩٨) .

انظر : الدر النقي (٥٩٦/٣) ، النهاية لابن الأثير (١٤١/٤) .

والآية ﴿ وَالَّذِي تَوَلَّى كِبْرَهُ ﴾ بالضم على قراءة .

انظر : النشر لابن الجزري (٣٣١/٢) .

(١) في (س) : للكبير .

وانظر : المحرر (٤١٨/١) ، الإنصاف (٣٨٧/٧) ، الفروع (٦٧/٥) ، المبدع (٢٨٢/٦) ،
المغني (٢٤٩/٩) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) النقل هنا من : المغني (٢٤٩/٩) . وستأتي الإشارة إلى نهاية النقل .

(٤) الآثار في : عبد الرزاق (٣٠/٩ - ٣٤) ، الدارمي (٤٦٧/٢) ، وما بعدها ، وابن أبي شيبة =

مالك (١) والثوري (٢) ، والشافعي (٣) ، وأصحاب الرأي (٤) وأكثر أهل العلم كلهم قالوا : الولاء للكبر (٥) .

وتفسيره : أنه يرث العتيق من عصبات سيده أقربهم إليه وأولاهم بميراثه يوم موت العتيق .

قال ابن سيرين : « إذا مات العتيق نظر إلى أقرب الناس إلى الذي أعتقه ، فيجعل ميراثه له » (٦) .

وإذا مات السيد قبل مولاه ، لم ينتقل الولاء إلى عصبته ؛ لأن الولاء كالنسب ، لا ينتقل ولا يورث ، وإنما يورث به فهو باق للمعتق أبداً ولا يزول ، بدليل قوله - ﷺ - : « الولاء لمن أعتق » (٧) .

وقوله - ﷺ - : « الولاء لحمة كلحمه النسب » (٨) .

= (٣٩٧/٧) ، والبيهقي في الكبرى (٣٠٦/١٠) ، وسنن سعيد بن منصور (٩١/١) وما بعدها .
وانظر : المغني (٢٤٩/٩) ، وشرح الزركشي (٥٦٠/٤) ، التلخيص للخبري (٤٨٧/١) ،
المبسوط (٣٩/٣٠) .

(١) الاستذكار (٢١٧/٢٣) ، الشرح الصغير (٥٧٦/٤) ، تبين المسالك (٥٥١/٤) .

(٢) المغني (٢٤٩/٩) .

(٣) شرح روض الطالب (٤٦٠/٤) ، الغرر البهية (٤٣٢/٣) ، التلخيص (٤٨٥/١) .

(٤) المبسوط (٣٩/٣٠) ، شرح خلاصة الفرائض ص (٤١) ، شرح السراجية ص (٣٨) .

(٥) في (س) : لكبير .

(٦) المغني (٢٤٩/٩) .

(٧) سبق تخريجه ي (٢٨٠) .

(٨) سبق تخريجه ص (١٢٩) .

إنما يرث عصبة السيد مال عتيقه بولاء معتقه لا نفس الولاء . ويتضح ذلك
بالمسألتين المذكورتين في المتن ، وهما :

إذا مات رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الإبنين بعده عن ابن ثم مات المولى
ورثه ابن معتقه دون ابن ابن معتقه ؛ لأن ابن المعتق أقرب عصبة سيده . فلو مات
السيد [قبل مولاه] ^(١) وخلف ابنه وابن ابنه ورثه ابنه دون ابن ابنه ، فكذلك إذا
مات مولاه .

والمسألة الأخرى : إذا مات الإبنان بعد السيد قبل مولاه وخلف أحدهما إبناً
والآخر تسعة ثم مات المولى ، كان ميراثه بينهم على عددهم ، لأن السيد لو مات
كان ميراثه بينهم كذلك ^(٢) .

ولو كان الولاء موروثاً لاختلف الحكم في المسألتين ، وكان الميراث في
المسألة الأولى : بين الابن وابن الابن نصفين ، لأن الإبنين ورثا الولاء عن أبيهما ثم
ما صار إلى الإبن الذي مات ، انتقل إلى ابنه .

وفي المسألة الثانية : يصير لابن الإبن المنفرد نصف الولاء بميراثه ، ذلك عن
ابنه ولبنى الإبن ^(٣) الآخر النصف بينهم على عددهم ^(٤) .

وإن لم يخلف عصبة من نسب مولاه ، فماله لمولى مولاه ثم لأقرب عصباته ثم
لمولى مولى مولاه . فإن انقرض العصبات والموالي وعصباتهم فماله لبيت

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف ، س) .

(٢) ففي هذه المسألة تساوت الجهة والدرجة فيكون لأبناء الابن التسعة تسعة وللواحد واحد . . فالمسألة
من عشرة لكل واحد واحد .

(٣) في (س) : ولين الابن .

(٤) إلى هنا النقل من : المغني (٢٥٠/٩) .

المال (١) .

(ولو اشترى أخ وأخته أباهما) أو أخاهما أو نحوهما ، عتق عليهما بالملك .

(ف) إذا (ملك) الأب (قناً فاعتقه) ثم مات الأب ، [فميراثه بين الإبن والبنت على المفاضلة بالنسب] (٢) (ثم) مات (العتيق) أي عتيق الأب (ورثة الابن) أو الأخ (بالنسب دون أخته بالولاء) ؛ لأن عصبة المعتق مقدمة على مولى المعتق (٣) .

قال في الإنصاف : « وهذه المسألة يروى عن مالك أنه قال : « سألت سبعين قاضياً من قضاة العراق عنها فأخطأوا فيها » (٤) .

(وإن مات الابن ثم) مات (العتيق ورثت) بنت معتق العتيق ومولاته (منه) أي من العتيق بالولاء (بقدر عتقها من الأب) الذي هو معتق العتيق ، (والباقي) من تركة عتيق عتيقها يكون (بينها) (٥) وبين معتق أمها إن كانت (أمها

(١) النقل من المغني (٢٥٢/٩) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) انظر : المبدع (٢٨٣/٦) ، الكافي (٥٧٠/٢) .

(٤) الإنصاف (٣٨٨/٧) .

وفي كتب المالكية : وتسمى هذه المسألة مسألة القضاة ؛ لأنها قد غلط فيها أربعمئة قاضي ، فجعلوا الإرث للابن والبنت .

والميراث بالنسب مقدم على عصوبة الولاء . فمحل الغلط حيث سوا بين الإبن والبنت في ميراث أبيها ، فتأمل .

انظر : بلغة السالك لأقرب المسالك (٣١٤/٤) ، مواهب الجليل (٣٦٣/٦) ، الخرشي على مختصر خليل (١٦٦/٨) ، ولم أجدها في الموطأ ولا في المدونة .

(٥) في (س) : بينهما .

(عتيقة) (١) .

فإن اشترى أحاهما فعتق عليهما، ثم اشترى عبداً فأعتقه ومات الأخ المعتق قبل موت العبد، وخلف ابنه ثم مات العبد فميراثه لابن أخيها دونها؛ لأنه ابن أخي المعتق .
فإن لم يخلف إلا بنته، فنصف مال العبد للأخت ؛ لأنها معتقة نصف معتقه ، ولا شيء لبنت الأخ والباقي [٣٥٥/ب] لبيت المال (٢) .

(ومن) ماتت و (خلفت ابناً وعصبة و) كان (لها عتيق فولأؤه) أي ولاء العتيق (وإرثه) أي إرث العتيق (لابنها إن لم يحجبها نسيب) للعتيق . (وعقله) أي عقل العتيق (عليه) أي على الابن (وعلى عصبتها . فإن باد) أي انقرض (بنوها) أي بنو المرأة (ف) إن ولاء عتيقهما يكون (لعصبتها دون عصبتهم) أي دون عصبة بنيتها على الأصح (٣) ؛ لأن الولاء لا يورث (٤) .

(١) انظر : المبدع (٢٨٣/٦) ، الكافي (٥٦٩/٢) ، المغني (٢٤٢/٩) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) قال في الإنصاف : ونقل جعفر : لعصبة بنيتها .

قال في الفروع : وهو موافق لقوله : ((الولاء لا يورث)) ثم لعصبة بنيتها .

وقيل : لبيت المال . انتهى .

وقال في الفائق - بعد قوله : ثم لعصبة بنيتها - قال ابن عقيل في منشورة : وجدت في تعالقي : قال شيخنا : وجدت عن الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - : أن ذوي الأرحام من المعتق - مثل خالته وعمته - يرثون من المولى ، إذا لم يكن له عصبة ولا ذو فرض .

قلت : وقال ابن أبي موسى : فإن مات العبد ، ولم يترك عصبة ولا ذا سهم ولا كان لمعتقه عصبة : ورثه الرجال من ذوي أرحام معتقه ، دون نسائهم وعند عدمهم لبيت المال . انتهى كلام صاحب الفائق .

انظر : الإنصاف (٣٨٨/٧) ، المحرر (٤١٨/١) ، الفروع (٦٧/٥) ، المبدع (٢٨٣/٦) .

(٤) انظر المراجع السابقة .

والأصل في ذلك ما روى إبراهيم قال : ((اختصم علي والزبير ^(١) في مولى صفية ^(٢) . فقال علي : مولى عمتي وأنا أعقل عنه ، وقال الزبير : مولى أمي وأنا أرثه . فقضى عمر علي بالعقل وقضى للزبير بالميراث)) رواه سعيد ، واحتج به أحمد ^(٣) .

^(٤) ومن خلف بنت ^(٥) مولاه ومولى أبيه ^(٦) فقط ، فماله لبيت المال ؛ لأنه ثبت عليه الولاء من جهة مباشر العتق فلم يثبت عليه باعتاق أبيه . وإنما لم ترثه بنت مولاه ؛ لأنها ليست بعصبة للمعتق ، وإذا لم يكن لمعتقه عصبة ، لم يرجع الولاء إلى معتق أبيه .

ومن خلف معتق أبيه وخلف معتق جدة ، ولم يكن هو معتقاً ، فميراثه لمعتق أبيه

(١) هو : الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد ، أبو عبد الله القرشي الأسدي ابن عمه رسول الله - ﷺ - أمه صفية بنت عبد المطلب . حوارى رسول الله ، أحد العشرة المبشرين بالجنة ، أول من سل سيفاً في سبيل الله ، وهاجر الهجرتين ، وشهد المشاهد كلها . قتل يوم الجمل بالبصرة سنة (٣٦ هـ) .

انظر : الإصابة (٥٤٥/١) ، تهذيب التهذيب (٣١٨/٣) ، الأعلام (٤٣/٣) .

(٢) هي : صفية بنت عبد المطلب بن هاشم ، القرشية ، الهاشمية ، عمه النبي - ﷺ - ووالدة الزبير بن العوام ، وشقيقة حمزة ، أسلمت قبل الهجرة ، وهاجرت إلى المدينة ، شاعرة بأسلة . توفيت سنة (٢٠ هـ) .

انظر : الإصابة (١٨/١٣) ، طبقات ابن سعد (٢٧/٨) ، الأعلام (٢٠٦/٣) .

(٣) تقدم تخريجه قريباً في هذا الباب ص (٦٦٦) .

وانظر : الفروع (٦٧/٥) ، المبدع (٢٨٣/٦) .

(٤) هذه المسألة منقولة من : المغني (٢٤٢/٩ ، ٢٤٣) .

(٥) في (س) : ابنه .

(٦) في (س) : بنته .

إن كان ابن معتقه ، ثم لعصبة معتق أبيه [ثم لمعتق معتق أبيه] ^(١) ، فإن لم يوجد أحد منهم ، فميراثه لبيت المال ^(٢) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٢) انظر : كشف القناع (٥٠٤/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٦٤٥/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٨٤/٤) .

[فصل : في جر الولاء ودوره]

(فصل : في جر الولاء ^(١) ودوره) أي دور الولاء أما (من مباشر عتقاً أو عتق عليه) برحم أو كتابة أو استيلاء أو وصية بعق أو غير ذلك .

(لم يزل ولاؤه) عنه (بحال) لقوله - ﷺ - : ((إنما الولاء لمن أعتق)) ^(٢) .

(فأما إن تزوج عبد معتقة) لغير سيده فأولدها (فولاء من تلد لمولى أمه) أي مولى المعتقة التي هي زوجة العبد يعقل عن أولاد معتقه ويرثهم إذا ماتوا لكونه سبب الإنعام عليهم ؛ لأنهم [إنما] ^(٣) صاروا أحراراً بسبب عتق أمهم ^(٤) .

(فإن عتق الأب) أي أعتق العبد الذي هو أبو أولاد المعتقة (سيده) ثبت له عليه الولاء ، و (جر ولاء ولده) الذي من زوجته المعتقة عن مولى أمه ^(٥) ؛ لأن ^(٦)

(١) جر الولاء : انتقال ولاء أولاد الأمة المعتقدة من سيد أمهم إلى سيد أبيهم بعد عتق الأب .

انظر : شرح الترتيب (١٢٠/٢) ، العذب الفائض (١٠٨/٢) ، معجم لغة الفقهاء (١٦٣) .

(٢) سبق تخريج الحديث ص (١٣٥) .

وأما مباشرة العتق ، أو من عتق عليه برحم أو كتابة . . . الخ . فقد حكى ابن قدامة الإجماع عليه (٢١٥/٩) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٤) انظر : شرح منتهى الإرادات (٦٤٥/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٨٥/٤) .

(٥) انظر : المحرر (٤١٨/١) ، الفروع (٦٨/٥) ، المغني (٢٢٨/٩) ، الكافي (٥٧٠/٢) ، التهذيب ص (٣٣٦) .

(٦) من هذه الكلمة النقل من : المغني (٢٢٨/٩) .

الأب لما كان مملوكاً لم يكن يصلح [للانتساب] ،^(١) وارثاً ولا ولياً في نكاح، فكان ابنه كولد الملاعنة، ينقطع نسبه عن أبيه، فيثبت الولاء لمولى أمه وانتسب إليها ، فإذا اعتق الأب صلح الانتساب إليه وعاد وارثاً ولياً، فعادت النسبة إليه وإلى مواليه، وصار بمنزلة ما لو استلحق الملاحن ولده . وهذا قول أكثر أهل العلم، وبه قال أبو حنيفة^(٢)، ومالك^(٣)، والشافعي^(٤) ؛ لأن الانتساب^(٥) يكون للأب، فكذلك الولاء . ولأنه لو تزوج عتيق بعتيقه، كان ولداً ولدهما لمولى أبيه ، فلما كان مملوكاً، كان الولاء لمولى الأم ضرورة ، وإذا عتق الأب زالت الضرورة، فعادت النسبة إليه والمولى^(٦) إلى مواليه .

وروى عبد الرحمن^(٧) عن الزبير : (أنه لما قدم خبير رأى فتية لعساً فأعجبه ظرفهم وجمالهم فسأل عنهم . ف قيل له : إنهم موالي رافع بن خديج^(٨) ، وأبوهم

(١) ساقط من (ف ، س) ، والمثبت من النسخة الأزهرية المساعدة .

(٢) حاشية ابن عابدين مع الدر المختار (١٢٠/٦) ، إعلاء السنن (٢٩٥/١٦) ، بدائع الصنائع (١٦٧/٤) .

(٣) الشرح الصغير مع حاشيته (٥٧٥/٤) ، مواهب الجليل (٣٦١/٦) .

(٤) الوسيط (٧٨٥/٧) ، الحاوي (٩٥/١٨) ، روضة الطالبين (١٧١/١٢) .

(٥) في (ف) : الإنسان ، وهو خطأ .

(٦) في (ف) : والولي . وفي (س) : والي مواليه .

(٧) هو : عبد الرحمن بن حاطب بن أبي بلتعة ، من كبار التابعين . مات سنة (٦٨ هـ) .

انظر : تهذيب التهذيب (٤٧٦/١) .

(٨) هو : رافع بن خديج بن رافع بن عدي ، أبو عبد الله الأنصاري الأوسي ، الحارثي ، صحابي ، شهد أحداً والخندق . وروى عن النبي - ﷺ - توفي في المدينة متأثراً من جراحه سنة (٧٤ هـ) ، له (٧٨) حديثاً .

انظر : الإصابة (٤٩٥/١) ، تهذيب التهذيب (٢٢٩١٣) ، الأعلام (١٢/٣) .

مملوك لآل الحرقة فاشترى الزبير أباهم فأعتقه وقال لأولاده : انتسبوا إليّ فإن ولاءكم لي . فقال رافع بن خديج : الولاء لي ؛ لأنهم عتقوا بعثق أمهم . فاحتكموا إلى عثمان فقضى بالولاء للزبير (١) . فاجتمعت الصحابة عليه .

وأما اللعس (٢) فهو : سواد (٣) في الشفتين تستحسنه العرب ، ومثله اللمي (٤) .

قال ذو الرمة (٥) :

لَمِيَاءٌ فِي شَفَتَيْهَا حُوَّةٌ لَعَسٌ وفي اللّثاث وفي أنيابها شَنَبٌ (٦)
(ولا يعود) الولاء الذي جره مولى الأب (لمولى الأم بحال) بمعنى أنه لو

(١) أخرجه عبد الرزاق : (١٦٢٨١ ، ١٦٢٨٤) .

وابن أبي شيبة (٣٩٥/٧) .

والبيهقي في الكبرى (٣٠٧/١٠) .

(٢) في (س) : الأحسن .

(٣) في (س) : سواء .

(٤) القاموس .

(٥) هو : غيلان بن عقبة العدوي ، من مضر ، شاعر من فحول الطبقة الثانية في عصره ، توفي بأصبهان سنة (١١٧ هـ) .

انظر : الأعلام (١٢٤/٥) .

(٦) ديوان ذي الرمة (٣٣/١) ، والنقل إلى هنا من : المغني (٢٣٠/٩) .

الحوة : سواد إلى خضرة ، أو حمرة إلى سواد . القاموس المحيط ص (١٦٤٨) .

والشنب : برد وعدوبة في الأسنان ، أو نقط بيض فيها ، أو حدة الأنياب كالغرب تراها كالمنشار .

القاموس المحيط ص (١٣٢) .

انقرض موالى الأب عاد الولاء إلى بيت المال دون موالى الأم ؛ لأن الولاء يجري مجرى الأنساب (١) . ولو انقرض [٣٥٦ / أ] الأب وآبؤه، لم يعد النسب إلى الأم فكذا الولاء . فلو ولدت بعد عتق الأب كان ولأه لمولى أبيه بغير خلاف (٢) فإن نفاه باللعان عاد ولأؤه لموالى الأم، فإن عاد فاستلحقه، عاد الولاء إلى موالى الأب .

ثم اعلم أن لجر الولاء ثلاثة شروط (٣) :

أحدها : أن يكون الأب رقيقاً حين ولادة أولاده من زوجته التي هي عتيقة لغير سيده ، فلو ولدت بعد عتقه، كان ولأه لمواليه أبداً من غير جر .

الثاني : أن تكون الأم مولاة ، فإن كانت حرة الأصل فلا ولأه على ولدها بحال ؛ لكونهم أحراراً بحريتها ، وإن كانت أمة، فولدها رقيق لسيدها، فإن أعتقهم فولأؤهم له مطلقاً لا ينجر عنه بحال .

الثالث : أن يعتق (٤) سيده ، فإن مات على الرق لم ينجر الولاء بحال .

فإن اختلف سيد العبد ومولى الأم في العبد بعد موته فقال سيده : مات حراً بعد جر الولاء ، وأنكر ذلك مولى الأم، فالقول قوله ؛ لأن الأصل بقاء الرق . ذكره أبو بكر (٥) .

(١) في (س) : الإنتساب .

(٢) المغني (٢٣٠ / ٩) . وهذا النقل منه .

(٣) انظر هذه الشروط في : المغني (٢٣٠ / ٩) ، المبدع (٢٨٥ / ٦) ، العذب الفائض (١٠٨ / ٢) .

(٤) في (س) زيادة : العبد . فتكون : أن يعتق العبد سيده .

(٥) المبدع (٢٨٦ / ٦) ، المغني (٢٣١ / ٩) ، الشرح الكبير (٢٦٨ / ٧) .

(و) كذا (لا يقبل قول سيد مكاتب ميت) له أولاد (١) من مولاة (أنه أدى وعتق) قبل موته (ليجر الولاء) أي ولاء أولاده من مولى أمهم ؛ لأن الأصل بقاء الرق (٢) .

(وإن عتق جد) أي جد أولاد العتيقة (ولو) كان عتقه (قبل) عتق (أب) أي أب أولاد العتيقة (لم يجره) أي لم يجر ولاء أولاد ولده عن مولى أمهم على الأصح (٣) .

قال أحمد : « الجد لا يجر الولاء ، ليس هو كالأب » (٤) .

ولأن الأصل بقاء الولاء لمستحقه، وإنما خولف هذا الأصل لما ورد في الأب

(١) في (س) : الولاء .

(٢) الفروع (٦٨/٥) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٤٦/٢) .

قال في كشف القناع : لأن الأصل عدم الأداء .

(٥٠٥/٤) .

(٣) قال في الإنصاف : وعنه : يجره إلى مواليه .

فعليلها : إن عتق الأب بعد الجد : انجر الولاء من موالي الجد إلى موالي الأب ، وكذا لو عتق من الأجداد من هو أقرب ممن عتق أو لا يجر الولاء .

وعنه : أن عتق الجد بعد موت الأب جره ، وإن عتق الجد - والأب حي - لم يجره بحال ، سواء عتق الأب بعد ، أو مات قنأ . حكاهما الخلال .

وعنه : يجره إذا عتق والأب ميت . وإن عتق - والأب حي - حتى يموت قنأ ، فيجره من حين موته . ويكون في حياة الأب لموالي الأم . نقلها أبو بكر في الشافي .

انظر : الإنصاف (٣٩٠/٧) ، المغني (٢٣١/٩) ، الكافي (٥٧١/٢) ، المحرر (٤١٩/١) ، الفروع (٦٨/٥) ، كتاب التمام لابن الفراء الحنبلي (١١٤/٢) .

(٤) المغني (٢٣١/٩) ، المسائل الفقهية من الروايتين والوجهين (٥٨/٢) ، الشرح الكبير (٢٦٩/٧) ، المبدع (٢٨٦/٦) .

والجد لا يساويه، بدليل أنه لو عتق الأب بعد الجد جرّه عن (١) مولى الجد إليه .

ولأنه لو أسلم الجد لم يتبعه ولد ولده .

ولأن الجد يدلي بغيره ، [ولا يستقر الولاء عليه] (٢) فلم يجز الولاء كالأخ (٣) . (ولو ملك ولد هما) أي ولد العبد من العتيقة (أباه عتق) عليه بالملك (ف) يكون (له ولاؤه) أي ولاء أبيه ؛ لأنه عتق عليه بملكه فكان له ولاؤه كما لو باشر عتقه (٤) (ف) يكون له (ولاء إخوته) أيضاً من المعتقة ، لأنهم تبع لأبيهم (٥) (ويبقى ولاء نفسه) أي نفس الذي ملك أباه (لمولى أمه) لأنه لا يجز ولاء نفسه (كما لا يرث نفسه) (٦) .

وشذ عمرو بن دينار بقوله : « أنه يجز ولاء نفسه » (٧) .

(فلو أعتق هذا الابن) الذي هو ابن من معتقه (عبداً) مع بقاء الرق على أبيه ثم انتقل ملك أبي المعتق إلى عتيقه (ثم أعتق العتيق أباً معتقه ثبت له ولاؤه) أي ولاء أبي معتقه (وجز ولاء معتقه) بولائه على أبيه (فصار كل) من معتق العتيق (٨)

(١) في (س) : من .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) هذه التعليقات من : المغني (٢٣٢/٩) .

(٤) المبدع (٢٨٧/٦) .

(٥) المرجع السابق .

(٦) المغني (٢٣٤/٩) الكافي (٥٧٢/٢) ، المحرر (٤١٩/١) ، التهذيب ص (٣٤٠) ، الفروع (٦٨/٥) ، الإنصاف (٣٩٠/٧) .

(٧) المغني (٢٣٤/٩) .

(٨) في (س) : العتيقين .

ومن معتق أبي (١) معتقه (مولى الآخر) ؛ لأن الابن مولى معتق أبيه ؛ لأنه أعتقه ،
والعتيق مولى معتقه ؛ لأنه يعتقه أبا معتقه جر ولاء معتقه (٢) .

(ومثله) أي ومثل كون كل واحد من اثنين مولى الآخر (لوأعتق حربي عبداً
كافراً فـ (سُبى سيده فأعتقه) فإنه يصير لكل منهما ولاء صاحبه ؛ لأن
كل واحد منهما منعم على الآخر بخلاص رقبته (٣) .

ويرث كل واحد منهما الآخر بالولاء ، فإنه كما جاز أن يشتركا في النسب
فيرث كل واحد منهما صاحبه كذلك الولاء (٤) .

(فلو سبى المسلمون العتيق الأول) قبل إسلامه (فرق ثم أعتق فولأوه لمعتقه
ثانياً) وحده في الأصح (٥) (ولا ينجر إلى) المعتق (الأخير ما للأول) أي ما
للمعتق الأول (قبل رقه) أي قبل رق العتيق رقاً (ثانياً من ولاء ولدو) من ولاء
(عتيق) ثبت ولأؤهما للمعتق الأول قبل أن يسترق ثانياً ؛ لأنه أثر العتق الأول ،
فيبقى على ما كان وكذا عتيق ذمي (٦) .

ولو تزوج ولد المعتقة معتقه وأولدها [٣٥٦/ب] ولداً فاشترى جده عتق

(١) في (س) : ابن .

(٢) انظر : المراجع السابقة .

(٣) في (س) زيادة : من الرق ، لتكون العبارة : بخلاص رقبته من الرق .

(٤) الكافي (٥٧٢/٢) ، المحرر (٤١٩/١) ، الفروع (٦٨/٥) ، الإنصاف (٣٩٠/٧) .

(٥) قيل : للأول .

وقيل : لهما .

انظر : المراجع السابقة .

(٦) المراجع السابقة .

عليه وله ولاؤه وانجر إليه ولاء الأب وسائر أولاد جده وهم عمومته وعماته ، وولاء جميع معتقهم ويبقى ولاء المشتري لمولى أم أبيه (١) .

وحيت انتهى الكلام على جر الولاء شرع في الكلام على دور الولاء فقال :

(١) هذه المسألة من : المغني (٢٣٥/٩) ، الشرح الكبير (٢٧٠/٧) .

[دور الولاء] (١)

(وإذا اشترى ابن) معتقه (وبنيت معتقة أباهما نصفين) بالسوية عتق عليهما ؛
لأنه ذو رحم محرم (٢) (و) صار (ولاؤه لهما) أي لولديه نصفين لكل واحد
نصفه . (وجر كل) منهما (نصف ولاء صاحبه) ؛ لأن ولاء الولد تابع لولاء
الوالد (٣) . (ويبقى نصفه) أي نصف ولاء الأب (لمولى أمه) أي أم كل واحد
من الابن والبنات (٤) .

(فإن مات الأب ورثاه) أي ورثه ابنه وبنته (أثلاثاً بالنسب) ؛ لأن ميراث
النسب مقدم على الولاء ، وميراث النسب للذكر مثل حظ الأنثيين .
(وإن ماتت البنت بعده) أي بعد موت الأب (ورثها أخوها به) أي بالنسب
لأنه مقدم على الولاء (٥) .

(١) يقول أبو الخطاب الكلوذاني - رحمه الله تعالى - : اعلم أن معنى دور الولاء : هو أن يخرج من مال
الميت قسط إلى ميت آخر لما يستحقه عليه من الولاء ، ثم يرجع من ذلك القسط جزء إلى الميت الأول
لما له عليه من الولاء أيضاً ، فيكون هذا الجزء الراجع قد دار بينهما . والمذهب أنه يجعل في بيت
المال . فهذا المال كالمال الذي لا يعلم له مستحق .

انظر : التهذيب لأبي الخطاب الكلوذاني ص (٣٤٣) ، والمبدع (٢٨٦/٦) .

(٢) المبدع (٢٨٦/٦)

(٣) في (س) : الولد .

(٤) انظر : الفروع (٦٨/٥) ، المحرر (٤١٩/١) ، المبدع (٢٨٦/٦) .

ولا يقع الدور حتى يجتمع فيها :

أ - أن يكون المعتق اثنين فصاعداً .

ب - أن يكون قد مات في المسألة اثنان أو أكثر .

ج - أن يكون الباقي منهم إرث يحوز الميت مثله .

التهذيب للكلوذاني ص (٣٤٤) .

(٥) انظر : المبدع (٢٨٩/٦) ، شرح منتهى الإرادات (٦٤٦/٢) ، مطالب أولي النهى =

(فإذا مات) أخوها بعدها ولم يترك وارثاً من النسب قسمت تركته نصفين
(فلمولى أمه نصف ولموالي أخته نصف) ؛ لأن الولاء بينهما نصفان (وهم) أي
موالي الأخت (الأخ وموالي الأم فيأخذ مولى أمه نصفه) أي نصف النصف وهو
ربع التركة ؛ لأن ولأخت بين الأخ ومولى الأم نصفان (١) (ثم) في الأصح (٢)
(يأخذ) مولى الأم (الربع الباقي) من التركة (وهو الجزء الدائر) وسمي دائراً
(لأنه خرج من الأخ وعاد إليه) ومقتضى (٣) كونه دائراً أنه يدور أبداً في كل دورة
يصير لمولى الأم نصفه ولا يزال كذلك حتى ينفذ كله إلى مولى الأم وهذا قول
الجمهور (٤) .

وقال أبو عبد الله الونيّ : « هو قياس قول أحمد » (٥) .

وقال القاضي : « يجعل في بيت المال ، لأنه مال لا مستحق له يعلمه » (٦) .

وهذا قول محمد بن الحسن (٧) وقياس قول مالك (٨) والشافعي (٩) .

= (٦٩٠/٤) ، كشف القناع (٥٠٨/٤) .

(١) في (س) : نصفين .

(٢) انظر : المغني (٢٣٦/٩) ، الشرح الكبير (٢٧٥/٧) ، المبدع (٢٨٩/٦) ، الممتع (٤٦٣/٤) .

(٣) من هنا النقل من : المغني .

(٤) انظر : المغني (٢٣٦/٩) ، التهذيب للكلوذاني ص (٣٤٣) ، الشرح الكبير (٢٧٦/٧) المبدع
(٢٩٠/٩) .

(٥) أصول المواريث للوني (٧٤ ب) (مخطوط) .

(٦) انظر : المراجع السابقة في هامش رقم (٤) .

(٧) انظر : تبين الحقائق (١٧٨/٥) ، الدر المختار (١٢٢/٦) ، البحر الرائق (٦٦/٨) .

(٨) مواهب الجليل (٣٦٤/٦) ، الخرشى على مختصر خليل مع حاشية العدوي (١٦٦/٨) .

(٩) التلخيص للخبري (٤٩٩/١) وما بعدها ، شرح الترتيب (١٢٢/٢) .

قال في شرح المقنع : « والأول أولى إن شاء الله تعالى » .

(فصل) (١) فإن كانت المسألة بحالها إلا أن مكان الإبن والبنت بنتان (٢) فاشتريت [إحداهما] (٣) أباهما عتق عليها وجر إليها ولأختها . فإذا مات الأب فلا بنتيه الثلثان بالنسب والباقي للمعتقة بالولاء . فإن ماتت التي لم تشتريه بعد ذلك فمالها لأختها نصفه بالنسب ونصفه بالولاء ؛ لكونها (٤) مولاة أبيها . ولو ماتت التي اشتريته فلاختها النصف والباقي لمولى أمها (٥) . فإن اشترت البنتان أباهما نصفين عتق عليهما وجر إلى كل واحدة نصف ولأختها . فإذا مات الأب فماله بين بنتيه بالنسب والولاء .

فإن ماتت إحداهما بعد ذلك فلاختها النصف بالنسب ونصف الباقي بما جر الأب إليهما من ولأختها ، نصفها فصار لها ثلاثة أرباع مالها (٦) والربع الباقي لمولى

= والنقل من : المغني (٢٣٦/٩) .

(١) ما زال النقل من شرح المقنع .

(٢) في النسخة المطبوعة من شرح المقنع : إلا أن مكاتب الابن بنت .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من شرح المقنع .

(٤) في شرح المقنع : بأنها .

(٥) وهذه صورتها :

٢ ٣ الجامعة

بنت معتقة	٢ = ١ + ١	هـ	—	—
بنت	١	أخت	النصف	١
		مولى المعتقة	النصف	١

(٦) في شرح المقنع : المال .

أمها (١) فإن كانت إحداهما ماتت قبل أبيها فمالها له ، ثم إذا مات الأب فللباقية نصف ميراث أبيها لكونها بنته ، ونصف الباقي وهو الربع لكونها مولاة نصفه ، يبقى الربع لموالي البنت التي ماتت قبله فنصفه لهذه البنت لأنها مولاة نصف أختها وصار لها سبعة أثمان ميراثه (٢) ، ونصفه لمولى أختها الميتة وهم أختها ومولى أمها فنصفه لمولى أمها وهو الربع ، والربع الباقي يرجع إلى هذه الميتة .

[فهذا الجزء دائر ؛ لأنه خرج من هذه الميتة (٣)] (٤) وعاد (٥) إليها فيعطى لمولى الأم في الأصح (٦) .

(١) فهذه صورتها :

٤	٦				
	هـ	١+٢	بنت معتقة		
٣	أخت	١ + ٢	بنت معتقة	الثلاثان	
١	مولى الأم				
	الربع				
	النصف + الربع				
	—				

بعد أن أخذ الأخت في المسألة الثانية النصف ، يبقى نصف بين موالى الأم والأب فعليه يكون للأخت لأنها مولاة للأب نصف النصف وهو ربع ، وربع لمولى أمها .

(٢) في الشرح الكبير : ولمولى الأم الميتة الثمن ، فإن ماتت البنت الباقية بعدهما فمالها لمواليها نصفه لموالي أمها .

وهو كذلك في : المغني (٢٣٦/٩) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٤) في المطبوعة : ثم دار .

(٥) زيادة في الشرح الكبير : فيه الوجهان اللذان ذكرناهما ، وما بعدها ساقط .

(٦) الوجه الثاني : يجعل في بيت المال .

انظر : الشرح الكبير (٢٧٥/٧) ، المغني (٢٣٦/٩) .

وهذه صورتها :

=

ولا ترث بنت من عتيق أبيها مع أخيها ؛ لأن النساء لا يرث بالولاء إلا من
أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبين أو كاتب من كاتبين، ولا يرث المولى من أسفل
أحداً من مواليه من فوق إلا بالنسب (١) . والله سبحانه وتعالى أعلم .

٢	٨					
—	—		—	هـ	المال كله له	أب
—	هـ	٧	النصف + الربع + الثمن	بنت	ساقطة	أخت
١		١	مولى الميتة الأولى			
١	موالي البنت الثانية					

(١) انظر : الشرح الكبير (٢٧٧/٧) ، المبدع (٢٩٠/٦) ، المغني (٢٣٦/٩) .

كتاب

المعتق

[كتاب العتق]

هذا (كتاب العتق) . وهو لغة : الخلوص ، ومنه عتاق الخيل ، وعتاق الطير : أي خالصها . وسمي البيت الحرام عتيقاً ؛ لخلوصه من أيدي [٣٥٧ /] الجبابرة (١) .

(وهو) شرعاً : (تحرير الرقبة وتخليصها من الرق) (٢) . وخصت به الرقبة وإن تناول العتق جميع البدن ؛ لأن ملك السيد له كالغُل (٣) في رقبته المانع له من التصرف ، فإذا عتق صار كأن رقبته أطلقت من ذلك ، يقال : عتق العبد وأعتقته (٤) أنا فهو عتيق ومعتق ، وهم عتقاء ، وأمة عتيق وعتيقة (٥) .

وقد أجمع العلماء على صحته وحصول القرية به (٦) .

وسنده (٧) من الكتاب قوله سبحانه وتعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ (٨) . وقوله

(١) تهذيب الأسماء واللغات (٢ / ٢ ص ٥) ولسان العرب مادة : عتق . الزاهر للأزهري ص (٤٢٧) ، والمطلع ص (٣١٤) ، الدر النقي (٨٢١ / ٣) .

(٢) انظر : المغني (٣٤٤ / ١٤) ، الإنصاف (٣٩٢ / ٧) ، المبدع (٢٩١ / ٦) ، المطلع ص (٣١٤) ، الدر النقي (٨٢١ / ٣) .

(٣) الغل : طوق من حديد يجعل في العنق . والجمع أغلال ، مثل قفل وأقفال .

لسان العرب (٥٠٤ / ١١) ، الصحاح (١٧٨٣ / ٥) .

(٤) في (س) : وأعتقه .

(٥) انظر : المراجع السابقة ما عدا الإنصاف في هامش رقم (٢) .

(٦) المغني (٣٤٤ / ١٤) ، الإفصاح (٣٧١ / ٢) .

(٧) ويقصد المؤلف مشروعيته .

(٨) سورة المجادلة ، آية رقم (٣) .

سبحانه وتعالى : ﴿ فَكُ رَقَبَةً ۝ ۱۳ ﴾ (١) .

ومن السنة ما 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)) (٢) متفق عليه . في أخبار كثيرة سوى هذا (٣) .

(و) هو [من] (٤) (أعظم القرب) ؛ لأن الله سبحانه وتعالى جعله كفارة للقتل (٥) والوطفاء في رمضان (٦) وكفارة

(١) سورة البلد ، آية رقم (١٣) .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب كفارات الأيمان ، باب قوله الله تعالى : ﴿ أَوْتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ . وفي البخاري : أعتق الله بكل عضواً منها عضواً . وأخرجه مسلم في كتاب العتق ، باب فضل العتق .

والإرب : العضو . القاموس المحيط ص (٧٥) .

(٣) ومن ذلك : ما روى أبو هريرة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قال : قال رسول الله ﷺ : ((لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه)) . رواه مسلم كتاب العتق ، باب فضل العتق .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

(٥) لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ ﴾ [سورة النساء ، آية رقم (٩٢)] .

(٦) لما روى أبو هريرة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قال : بينا نحن جلوس عند النبي ﷺ ، إذ جاءه رجل فقال : يا رسول الله ، هلكت . قال : ((ما لك ؟)) قال : وقعت على امرأتي وأنا صائم . فقال رسول الله ﷺ : ((هل تجد رقبة تعتقها ؟)) قال : لا . الحديث . متفق عليه .

أخرجه البخاري في كتاب الصوم باب إذا جامع في رمضان . وفي باب المجامع في رمضان هل يطعم ، وفي كتاب الهبة ، باب إذا وهب هبة فقبضها الآخر ولم يقل : قبلت ، وفي كتاب النفقات ، باب نفقة المعسر على أهله ، وكتاب الأدب ، باب التيسر والضحك ، وباب ما جاء في قول الرجل : ويحك . وكتاب الكفارات ، باب قوله تعالى : ﴿ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ ﴾ ، وفي باب من أعان المعسر في الكفارة ، وباب معطى في الكفارة عشرة ، وكتاب الحدود ، باب من أصاب ذنباً .

كما أخرجه مسلم من كتاب الصوم باب تحريم الجماع في نهار رمضان .

للأيمان (١) .

وجعله النبي ﷺ فكاكاً لمعتقه من النار (٢) .

ولأن فيه تخليص الآدمي المعصوم من ضرر الرق وملك نفسه ومنافعه ،
وتكميل (٣) أحكامه وتمكينه من التصرف في نفسه ومنافعه على حسب إرادته
واختياره (٤) .

وفي التبصرة : هو أحبها إلى الله سبحانه وتعالى (٥) .

= ثم الإجماع منعقد على ذلك .

انظر : المغني (٣٧٢/٤) .

(١) لقوله تعالى : ﴿ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [سورة المائدة ، آية رقم (٨٩)] .

(٢) وقد ذكر المؤلف الحديث السابق الدال على هذا المعنى وغيره كحديث .

لما روى كعب بن مرة الهذلي ، قال : سمعت رسول الله - ﷺ - يقول : ((أيما رجل أعتق رجلاً مسلماً ، كان فكأكه من النار ، يُجزى بكل عظم من عظامه عظماً من عظامه ، وأيما رجل مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكأكه من النار ، يُجزى بكل عظم من عظامهما عظماً من عظامه ، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة ، كانت فكأكها من النار ، تجزى بكل عظم من عظامها عظماً من عظامها)) .

أخرجه أبو داود في كتاب العتق ، باب أي الرقاب أفضل (٣٩٦٧) .

والنسائي في كتاب الجهاد ، باب ثواب من رمى بسهم في سبيل الله (٣١٤٤) .

تحفة الأشراف (١١١٦٣) .

وابن ماجه في كتاب العتق ، باب العتق (٢٥٢٢) .

(٣) في (س) : وتنكيل .

(٤) النقل من الإجماع السابق إلى هنا من : المغني (٣٤٤/١٤) .

وهذا دليل عقلي على مشروعيته .

(٥) الفروع (٧٧/٥) ، المبدع (٢٩١/٦) ، الإنصاف (٣٩٢/٧) ، ولم أقف على التبصرة فيما =

- (وأفضلها) أي أفضل الرقاب لمن أراد العتق (أَنْفُسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا) أي أعظمها وأعزها في أنفس أهلها (وَأَغْلَاهَا ثَمَنًا) نقله الجماعة عن أحمد (١) .
- قال في الفروع : فظاهره ولو كافرة وفاقاً لمالك ، وخالفه أصحابه (٢) .
- ولعله مراد أحمد لكن يثاب على عتقه (٣) .
- قال في الفنون : لا يختلف الناس فيه (٤) ، واحتج به وبرق الذرية على أن الرق ليس بعقوبة بل محنة وبلوى (٥) . انتهى .
- (وذكر) أي وعتق الذكر أفضل من عتق الأنثى سواء كان معتقه ذكراً أو أنثى على الأصح (٦) .

= بين يدي من المراجع .

- (١) انظر : المراجع السابقة . وكشاف القناع (٥٠٩/٤) ، مطالب أولي النهى (٦٩٢/٤) فهو نظير الأضحية في أنفس الأضاحي ، وأغلاها ثمناً .
- (٢) مواهب الجليل (٣٢٦/٦) ، الذخيرة (٨٢/١١) .
- (٣) الإنصاف (٣٩٢/٧) ، المبدع (٢٩٢/٦) .
- (٤) المراجع السابقة ، وأنه يثاب على عتق الكافر .
- (٥) الفروع (٧٧/٥) .
- (٦) انظر : المراجع السابقة .

ولعله لما في الذكورة من القوامة . ولذلك قال تعالى : ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [سورة النساء ، آية رقم (٣٤)] .

ثم بعد ذلك كي لا يكون عالة على المجتمع ، والمرأة لا شك أنها تحتاج إلى عائل يقوم بها ويحميها ، فإذا كانت تحت سيدها فإنه يقوم بما ذكر ، وما ذكرته لا دليل عليه .

وعنه : عتق الأنثى [للأنثى] (١) أفضل (٢) .

وعنه : عتق أمتين كعتق رجل (٣) .

وأما في الفكاك من النار ، فالأنثى كالذكر على الأصح (٤) .

(وتعدد) ولو من إناث (أفضل) (٥) من واحد ولو ذكراً في الأصح (٦) .

(وسنعتق) من له كسب (وكتابة من له كسب) لانتفاعه بملكه كسبه بالعتق .

(وكرها) أي العتق والكتابة (وإن كان) العتق (لا قوة له ولا كسب) لسقوط

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٢) المراجع السابقة .

ولعل وجه ذلك للتشابه والتساوي في الجنس ، ولأجل الفكاك من النار ، كما ورد في حديث الرسول ﷺ : ((والفرج بالفرج)) .

ويرد عليه ما ذكره المرداوي في الإنصاف من أن عتق الأنثى كعتق الذكر في الفكاك من النار .

(٣٩٣/٧) .

(٣) المراجع السابقة ، وهذا إشارة إلى أن المرأة على النصف من الرجل في الميراث .

(٤) الإنصاف (٣٩٣/٧) .

(٥) في (س) : لغفل .

(٦) الإنصاف (٣٩٣/٧) ، كشف القناع (٥٠٩/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٤٨/٦) .

وقال في الإنصاف : ومال صاحب القواعد الفقهية - فيها - إلى أن عتق رقبة نفيسة بمال أفضل من عتق رقاب متعددة بذلك المال .

وقال عن الأصح : فيه نظر . (٣٩٣/٧) . وانظر : القواعد ص (٢٣) .

نفقته بإعتاقه ، فيصير كلاً^(١) على الناس ، ويحتاج إلى المسألة .

(أو) كان (يخاف منه) إذا عتق (زنا أو فساد) يعني فإنه يكره عتقه .

وكذا لو خيف رجوعه إلى دار الحرب وترك إسلامه .

(و) أما (إن علم) ذلك منه (أو ظن ذلك منه ، حرم) ؛ لأن التوصل إلى المحرم حرام .

(و) إن عتقه مع علمه ذلك أو ظنه (صح) العتق ؛ لأنه إعتاق صدر من أهله في محله ، فنفذ كعتق غيره .

(ويحصل) العتق بأحد شيئين (بقول) أو ملك . وزاد في الكافي^(٢) الاستيلاد .

ولا يحصل بمجرد نية ؛ لأنه إزاله ملك فلا يكتفى فيه بالنية المجردة^(٣) كالطلاق^(٤) . والكلام هنا على

(١) الكلّ : بالفتح الثقل ، والعيال . قال تعالى : ﴿ وَهُوَ كُلٌّ عَلَى مَوَلَّةٍ ﴾ [سورة النحل ، آية رقم (٧٦)] .

انظر : معجم مقاييس اللغة (١٢١/٥) ، المصباح المنير (٥٣٨/٢) ، وانظر : تفسير ابن كثير (٥٧٨/٢) .

(٢) الكافي (٥٧٤/٢) . وسيأتي توضيح ذلك .

(٣) هذا النقل من : المغني (٣٤٥/١٤) .

(٤) ذكر ذلك ابن النجار - رحمه الله تعالى - في كتاب الطلاق من المنتهى (٢٦٣/٢) ، وشرحه المطبوع (٥١٤/٧) ، وقد قال النبي ﷺ : ((إن الله عفا لأمتي ما حدثت به نفسها ما لم تكلم به أو تعمل)) .

أخرجه البخاري في كتاب الطلاق ، باب الطلاق في الإغلاق ، وكتاب الأيمان ، باب إذا حنث ناسياً =

القول (١) .

وينقسم من أجل كونه إزالة ملك: إلى صريح وكناية ، كالطلاق (٢) .

(وصريحه) أي صريح القول (لفظ عتق و) لفظ (حرية) ؛ لأنهما لفظان ورد الشرع بهما (٣) فوجب اعتبارهما (كيف صرفا) (٤) فمن قال لرقيقه : أنت حر أو محرر ، أو قد حررتك أو عتيق أو معتق أو قد أعتقتك عتق ولو لم ينو عتقه بذلك (٥) .

قال أحمد : في جل لقي امرأة في الطريق فقال : تنحي يا حرة ، فإذا هي

= في الأيمان .

وأبو داود في كتاب الطلاق ، باب في الوسوسة بالطلاق .

والترمذي في أبواب الطلاق ، باب ما جاء فيمن يحدث نفسه .

والنسائي في كتاب الطلاق ، باب من طلق في نفسه .

وابن ماجه في كتاب الطلاق ، في باب من طلق في نفسه ولم يتكلم .

(١) أي لفظ يتلفظ به ، ولذلك قسم اللفظ إلى كناية وصريح .

(٢) انظر : منتهى الإرادات (٢٥٤/٢) ، وشرح المنتهى تحقيق د . الدهيش (٤٩٣/٧) ، المغني (٣٤٥/٤) .

(٣) قال في المغني : لأن هذين اللفظين وردا في الكتاب والسنة ، ودونك ما ورد في أول كتاب العتق (٣٤٥/١٤) .

(٤) أي تصرفا . وسيأتي استثناء المؤلف للأمر والمضارع واسم الفاعل ، لكن قال في الإنصاف : قوله : صريحه: لفظ العتق والحرية كيف صرفا : ليس على إطلاقه . فإن الألفاظ المتصرفة منه خمسة : ماض ، ومضارع ، وأمر ، واسم فاعل ، واسم مفعول ، والمشتق منه وهو المصدر . فهذه ستة ألفاظ ، والحال أن الحكم لا يتعلق بالمضارع ، ولا بالأمر ؛ لأن الأول : وعد ، والثاني : لا يصلح للإنشاء ، ولا هو خير ، فيكون لفظ المصنف عاما أريد به الخصوص . (٣٩٦/٧ ، ٣٩٧) .

(٥) الإنصاف (٣٩٦/٧) .

جاريته .

قال (١) : قد عتقت عليه (٢) .

وقال في رجل قال لخدم قيام في وليمة مروا أنتم أحرار وكان فيهم أم ولده ولم يعلم بها قال هذا (٣) عندي تعتق أم ولده (٤) .

ويستثنى من تصريف لفظ العتق والحرية ثلاث صور ، أشار إليها بقوله :

(غير أمر ومضارع واسم فاعل فمن قال) فمن قال [٣٥٧/ب] لرقيقه : حرره أو أعتقه أو أحرره أو أعتقه أو هذا محرر - بكسر الراء - ، أو هذا مُعتق - بكسر التاء - لم يُعتَق بذلك ؛ لأن ذلك طلب ووعد وخبر عن غيره ، فلا يكون واحداً منها صالحاً للإنشاء ولا إخبار عن نفسه فيؤاخذ به (٥) .

(١) في (ب) زيادة : في الإنصاف .

(٢) المغني (٣٤٥/١٤ ، ٣٤٦) .

(٣) في (س ، ب) زيادة : به .

(٤) المرجع السابق .

(٥) المبدع (٢٩٣/٦) .

والخبر في اللغة : مصدر أخبره بكذا ، أي نبأه . والاسم منه : الخبر . والخبر بمعنى العلم . والله تعالى الخبير ، أي العالم بكل شيء قال تعالى : ﴿ وَلَا يُنَبِّئُكَ مِثْلُ خَبِيرٍ ﴾ [سورة فاطر ، آية رقم (١٤)] .

والإخبار هو : الإعلام بالخبر .

والخبر : ما يحتمل الصدق والكذب لذاته ، كما قيل : العلم نور .

ويقابله الإنشاء ، وهو : الكلام الذي لا يحتمل الصدق والكذب لذاته ، نحو : اتق الله .

انظر : معجم مقاييس اللغة (٢٣٨/٢) ، لسان العرب ، مادة : (خبر) (٢٢٦/٤) .

(ويقع) العتق (من هازل) كالطلاق (لا) من (نائم) ونحوه كالمغمى عليه ، والمجنون ، والمبرسم (١) ؛ لأنهم لا يعقلون ما يقولون (٢) .

= ويقول القرافي في الفروق : قوله (لذاته) في تعريف الخبر : احترازاً من تعذر الصدق أو الكذب فيه لأجل المخبر به ، أو المخبر عنه ، فالأول : كخبر الله تعالى ، أو رسوله - ﷺ - ، أو خبر مجموع الأمة ، فإنه لا يقبل الكذب .

والثاني : كقولنا : الواحد نصف الاثنين ، فإنه لا يقبل الكذب ، أو الواحد نصف العشرة ، فإنه لا يقبل الصدق ، ولكن جميع هذه أخبار بالنظر عن المخبر به أو المخبر عنه تقبلها من حيث هي أخبار .

الفروق (١٩/١) .

ويحسن بنا في هذا التعريف أن ننقل أسماء الإخبار باعتباراته المتعددة في الفقه الإسلامي على سبيل الفائدة ، وهي :

- ١ - فإن كان إخباراً عن حق للمخبر على الغير أمام القضاء ، فيسمى (دعوى) .
- ٢ - إن كان إخباراً بحق للغير على المخبر نفسه فهو (إقرار) .
- ٣ - وإن كان إخباراً بحق للغير أمام القضاء فهو (شهادة) .
- ٤ - وإن كان إخباراً بثبوت حق للغير على الغير من القاضي على سبيل الإلزام فهو (قضاء) .
- ٥ - إن كان إخباراً عن قول أو فعل أو صفة أو تقرير منسوب إلى الرسول - ﷺ - فهو (رواية) أو (حديث) أو (أثر) أو (سنة) .
- ٦ - وإن كان إخباراً عن مساوئ الشخص في غيبته فهو (غيبة) .
- ٧ - وإن كان إخباراً عن كلام الصديق لصديقه الآخر على وجه الإفساد فهو (نيمة) .
- ٨ - وإن كان إخباراً عما يضر بالمسلمين فهو (خيانة) .

انظر : المتثور في القواعد للزرکشي (١١٦/٢) .

(١) المبرسم : من يصاب بالبرسام ، والبرسام مرض يكون فيه ورم الدماغ يتغير منه عقل الإنسان ويهذى .

المطلع ص (٢٩٢) .

(٢) والأحكام الشرعية مناطها العقل ، وأما ما ورد في الطلاق فممن ذلك : عن أبي هريرة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - =

(ولا) يقع عتق برقيق (إن) أتى سيده بلفظ الحرية و (نوى بالحرية عفته
وكرم خلقه ونحوه) كصدقه وأمانته .

قال في شرح المقنع الكبير : وأما إن قصد غير العتق كالرجل يقول : عبدي

= عن النبي - ﷺ - أنه قال : ((ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : الطلاق والنكاح والرجعة)) .

أخرجه أبو داود في السنن كتاب الطلاق ، باب في الطلاق على الهزل (٢١٩٤) .

وأخرجه الترمذي في السنن ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الجد والهزل (١١٨٤) ، وقال : حسن
غريب .

وأخرجه ابن ماجه ، كتاب الطلاق ، باب من طلق أو نكح (٢٠٣٩) ، والدارقطني في السنن
(١٨/٤) .

والحاكم في المستدرک (٢١٦/٢) (٢٨٠٠) واللفظ لهم جميعاً .

وعن أبي هريرة - رضى الله عنه - أنه قال : قال رسول الله - ﷺ - : ((كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه
والمغلوب على عقله)) .

أخرجه البخاري معلقاً في الصحيح ، كتاب الطلاق ، باب الطلاق في الإغلاق .

والترمذي في السنن كتاب الطلاق ، باب ما جاء في طلاق المعتوه (١١٩١) وضعفه .

ومن ذلك عن علي - رضى الله عنه - أن رسول الله - ﷺ - قال : ((رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى
يستيقظ ، وعن الصبي حتى يبلغ ، وعن المعتوه حتى يعقل)) .

أخرجه البخاري معلقاً في المصدر السابق .

وأبو داود في السنن ، في كتاب الحدود ، باب المجنون يسرق (٤٤٠٣) .

والترمذي في الجامع الصحيح في كتاب الحدود ، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد (١٤٢٣)
واللفظ له .

وابن ماجه في السنن ، في كتاب الطلاق ، باب طلاق المعتوه (٢٠٤١) .

والحاكم في المستدرک (٣٨٩/١) .

هذا حر يريد (١) عفته وكرم أخلاقه أو يقول لعبده : ما أنت إلا حر. أي أنك لا تطيعني ولا ترى لي عليك حقاً ولا طاعة، فلا يعتق في ظاهر المذهب (٢) .

قال حنبل : سئل أبو عبد الله عن رجل قال لغلامه : أنت حر ولا يريد أن يكون حراً ، أو كلام شبه هذا، رجوت أن لا يعتق ، وأنا أهاب المسألة ؛ لأنه نوى بكلامه ما يحتمله، فانصرف إليه كما لو نوى بكتابة العتق [العتق] (٣) . قال : وإن طلب استحلافه حلف .

وبيان احتمال اللفظ لما أراده: أن المرأة الحرة تمدح بمثل هذا يقال : امرأة حرة ، يعنون : عفيفة ، وتمدح المملوكة أيضاً بذلك ، ويقال للكريم الأخلاق : حر . قالت سبيعة (٤) ترثي عبد المطلب :

(١) في (س) : ير .

(٢) المغني (٣٤٦/١٤) ، الفروع (٧٨/٥) ، الإنصاف (٣٩٦/٧) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

ومثل هذه الرواية رواية عن الإمام في مسائل الإمام أحمد رواية ابنه عبد الله ، يقول : أخبرت عن أبي أنه سئل عن ذلك . فقال : حديث النبي - ﷺ - : ((إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى)) متفق عليه .

أخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب بدء الوحي ، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله - ﷺ - حديث رقم (١) ، وفي كتاب الأيمان والنذور ، باب النية في الأيمان رقم (٦٦٨٩) .

ومسلم في الصحيح كتاب الأمانة ، باب قوله - ﷺ - : ((إنما الأعمال بالنيات)) حديث رقم (١٥٥ - ١٩٠٧) .

مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله ص (٣٩٩) .

وأما قوله : وأنا أهاب المسألة ، فهذا مصطلح من مصطلحات الإمام .

انظر : المدخل المفصل (١٦٩/١) .

(٤) لعلها : سبيعة بنت الأحب ، والددة خالد بن عبد المناف بن كعب ، شاعرة مشهورة .

ولا تسأما أن تبكيا كل ليلة ويوم على حُرّ كريم الشّمال (١)

انتهى .

(و) قول السيد لرقيقه : (أنت حرّ في هذا الزمن ، أو) أنت حرّ في هذا (البلد يعتق مطلقاً) ؛ ولأنه إذا عتق في زمن أو بلد، لا يعود رقيقاً في غيرهما (٢) .

(وكنايته) (٣) أي كناية العتق التي يقع بها (مع نيته) أي نية العتق : (خليتك وأطلقتك ، والحق بأهلك ، واذهب حيث شئت ولا سبيل) لي عليك ، (أو) لا (سلطان) لي عليك ، (أو) لا (ملك) لي عليك ، [(أو) ، لا (رق) لي عليك] (٤) ، (أو) لا (خدمة لي عليك ، وفككت رقبتك ، ووهبتك لله ، ورفعت يدي عنك إلى الله ، وأنت لله ، أو) [أنت (مولاي) (٥) ، أو) أنت (سائبة وملكتك نفسك) .

وفي قوله لا سبيل، ولا سلطان، أو لا ملك، أو لا رق، أو لا خدمة لي عليك (٦)، أو ملكتك نفسك، أو فككت رقبتك، وأنت لله ، وأنت سائبة، وأنت مولاي [رواية] (٧)

= انظر : السيرة النبوية لابن كثير (٦٩/١) .

(١) الشرح الكبير (٢٣٥/١٢) ، المغني (٣٤٦/١٤) .

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٤٩/٢) ، ومطالب أولي النهى (٦٩٥/٤) .

(٣) القسم الثاني من القول ، فقدم الصريح ، وهو الآن يشرع في بيان الكناية .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

(٦) في (ب) : عليكم .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) . وفي (ف) زيادة : إنها .

صريحة (١) .

[(و) من الكناية على الأصح قول السيد (للامة : أنت طالق ، أو) أنت

(حرام) .

وعنه : أن ذلك لغو في الانتصار] ، (٢) وكذا اعتدى ، وأنه يحتمل مثله في لفظ

الظهار (٣) .

(و) من الألفاظ التي يحصل بها العتق قول السيد (لمن يمكن كونه أباه) من

رقيقه كما لو كان السيد ابن خمسة عشر عاماً ، والرقيق ابن ثلاثين عاماً : (أنت

أبي ، أو) قال لرقيقه الذي يمكن كونه (ابنه : أنت ابني) فإنه يعتق بذلك حتى

(ولو كان [له] (٤) نسب معروف) في الأصح (٥) ؛ لجواز كون ذلك من وطء

شبهة (٦) .

و (لا) عتق (إن لم يمكن) كونه أباه أو ابنه (لكبر أو صغر أو نحوه ولم ينو

(١) قال القاضي : هو صريح ، نص عليه أحمد .

وذكر أبو الخطاب روايتين ، ولا خلاف في المذهب أنه يعتق إذا نوى .

المغني (٣٤٧/١٤) ، كتاب الروايتين والوجهين للقاضي أبي يعلى (١١١/٣) ، الهداية

(٢٣٥/١) ، الإنصاف (٣٩٧/٧) ، المحرر (٣/٢) ، الكافي (٥٧٥/٢) ، الفروع (٧٩/٥) ،

الشرح الكبير (٢٣٦/١٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) الفروع (٨٠/٥ ، ٨١) ، وانظر : الإنصاف (٣٩٨/٧) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٥) المغني (٣٤٨/١٤) ، الشرح الكبير (٣٨/١٢) ، المحرر (٣/٢) ، الإنصاف (٣٩٩/٧) ، وفي

الإنصاف : وقيل : لا يعتق ؛ لكذبه شرعاً ، وهو احتمال في انتصار أبي الخطاب .

(٦) الفروع (٨١/٥) ، والإنصاف - كما سبق - .

به) أي بهذا القول (عتقه) ؛ لأنه قول متحقق كذبه فلم يثبت به حرية ، كما لو قال لطفل هذا أبي ، أو لطفلة هذه أمي (١) .

وقال أبو حنيفة : يعتق (٢) .

قال ابن المنذر : هذا من قول النعمان شاذ ، لم يسبقه أحد إليه ، ولا تبعه أحد عليه ، وهو محال من الكلام وكذب يقيناً ، ولو جاز هذا لجاز أن يقول الرجل : لطفل هذا أبي .

ولأنه [لو قال لزوجته وهي أسن منه : هذه ابنتي . أو قال لها وهو أسن منها : هذه أمي لم تطلق كذا هذا (٣) انتهى .

(و) كذا [(٤) لا عتق بكلام محال أو معلوم كذبه (ك) قوله لرقيقه : (أعتقتك) من ألف سنة ، (أو أنت حر من ألف سنة ، وك) قوله (أنت بنتي لعبده ، و) كقوله [٣٥٨/أ] (أنت ابني لأمتي) .

ولم يذكر في المتن شرط صحة العتق بالقول (٥) ، وهو كون حصوله من مالك جائز التصرف في ماله ؛ لأن ذلك لا يختص بالعتق ؛ لكونه شرطاً في كل تصرف مالي (٦) .

(١) المغني (٣٤٨/١٤) ، المبدع (٢٩٤/٦) .

(٢) بدائع الصنائع (٥١/٤) ، الاختيار (١٩/٤) .

(٣) هذا النقل من : المغني (٣٤٨/١٤) ، ولم أعثر عليه في كتب ابن المنذر المطبوعة .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

وانظر : منتهى الإرادات (١٢١/٢ ، ١٢٢) .

(٦) يعبر الفقهاء - رحمهم الله تعالى - عن هذا الشرط بالرشد ، وهو أن يكون العاقد جائز التصرف ، =

ولما تقدم أن العتق يحصل بأحد شيئين وهما : القول والملك ، وانتهى الكلام على العتق بالقول ، شرع في الكلام على العتق بالملك فقال :

(ويملك ذي رحم محرم) والرحم المحرم هو الذي لو قدر أحدهما ذكراً والآخر أنثى، حرم نكاحه عليه (١) ، لكن لما كان ذلك شاملاً للمحرم بالرضاع، أخرج بقوله : (بنسب) يعني أن من ملك ذا رحم محرم عليه بنسب وافقه في دينه أو لا ، عتق عليه على الأصح (٢) (ولو) كان المملوك (حملاً) على الأصح (٣) كما لو

= وهو المكلف الرشيد ، فلا يصح من مجنون مطلقاً ، ولا من صغير ولا سفیه ؛ لأنه تصرف تعتبر له الرضا ، فلا يصح من غير رشيد .

وقد ذكر ابن النجار هذا الشرط في كتاب البيع .

انظر : الشرح المطبوع لمنتهى الإرادات لابن النجار بتحقيق د . الدهيش (١٣/٤) .

والرشد نقيض الغي ، وقيل : إصابة الخير . أو الهدى والاستقامة .

وفسر بأنه الصلاح في المال .

منتهى الإرادات للبهوتي (٤٣٦/١) ، الإنصاف (٣٢٢/٥) ، المقنع (١٤٠/٢) ، المطلع ص (٢٢٨) ، الدر النقي (٥٠٣/٣) .

وقد نص ابن قدامة في المغني على هذا الشرط فقال : ويصح العتق من كل من يجوز تصرفه في المال ، وهو البالغ العاقل الرشيد ، سواء كان مسلماً ، أو ذمياً ، أو حريباً ، ثم ذكر في الفصل الذي يليه ، ولا يصح من غير جائز التصرف ، فلا يصح عتق الصبي ، والمجنون .

المغني (٣٤٨/١٤ ، ٣٤٩) ، وانظر : شرح المقنع الكبير (٢٤٠/٢) ، وانظر : الكافي أيضاً (٥٧٦/٢) .

(١) شرح المقنع (٢٤١/١٢) .

(٢) وعنه : لا بد أن يوافقه في دينه ، وهي رواية عن الإمام أحمد .

الفروع (٨١/٥) ، المبدع (٢٩٦/٦) .

(٣) وعنه : لا يعتق الحمل حتى يولد في ملكه حياً .

الإنصاف (٤٠١/٧) ، المحرر (٤/٢) ، والفروع والشرح الكبير والمبدع كما سبق .

اشترى زوجة ابنه الأمة (١) وهي حامل من ابنه .

وعنه : لا يعتق بالملك إلا عمودي نسبه (٢) .

وعنه : لا يعتق ما ملكه يارث (٣) .

وعنه : لا يعتق الحمل حتى يولد في ملكه حياً (٤) .

وقال أهل الظاهر : لا يعتق أحد بملك، حتى يعتقه (٥) ؛ لقول النبي - ﷺ - :

((لا يجزي ولد والد إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه (٦) فيعتقه)) رواه مسلم (٧) .

ولنا ما روى حماد بن سلمة (٨) عن قتادة عن الحسن عن

(١) في (ف) زيادة : التي .

(٢) المراجع السابقة .

وعمودي نسبه : الأصول والفروع ، الآباء والأمهات وإن علوا ، والأولاد وإن سفلوا .

معجم لغة الفقهاء ص (٣٢٢) .

(٣) المراجع السابقة في هامش رقم (٣) ص (٧١٤) .

(٤) المراجع السابقة في هامش رقم (٣) ص (٧١٤) .

(٥) الذي عثرت عليه في المحلى خلاف ذلك ، فيقول ابن حزم - المسألة (١٦٦٩) : ومن ملك ذا رحم محرمة فهو حر ساعة يملكه .

المحلى (١٨٦/٨) .

(٦) في (س) : ليشتريه .

(٧) رواه مسلم في صحيحه في كتاب العتق ، باب فضل عتق الوالد .

(٨) هو : حماد بن سلمة بن دينار البصري ، أبو سلمة ، ثقة ، عابد ، أثبت الناس في ثابت ، وتغير حفظه بآخره ، مات سنة (١٦٧ هـ) .

انظر : تقريب التهذيب (١٩٧/١) .

سمرة (١) مرفوعاً قال : ((من ملك ذا رحم محرم فهو حر)) رواه الخمسة ، وحسنه الترمذي ، وقال : العمل على هذا عند أهل العلم (٢) .

ولأن ذا الرحم المحرم يعتق كما يعتق عمودا النسب عند الشافعي (٣) والإخوة والأخوات عند مالك (٤) .

(١) هو : سمرة بن جندب بن هلال الفزاري ، صحابي من الشجعان القادة ، نشأ في المدينة ، ونزل البصرة ، مات بالكوفة سنة (٦٠ هـ) .

انظر : الإصابة (٢٥٧/٤) ، تهذيب التهذيب (٢٣٦/٤) ، الأعلام (١٣٩/٣) ، تجريد أسماء الصحابة (٢٣٩/١) .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٩٤٩) كتاب العتق ، باب فيمن ملك ذا محرم محرم (تعليقاً) .

والترمذي في جامعه (١٣٦٥) كتاب الأحكام ، باب ما جاء فيمن ملك ذا رحم محرم .

والنسائي في العتق (في الكبرى) .

وابن ماجه كتاب العتق ، باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر (٢٥٢٤) .

وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (٢٠١٠٤ ، ٢٠٠٤٣ ، ٢٠٠٨١) (١٥٤/١٥) .

وقول المؤلف : رواه الخمسة ، هو كما أوضحت في التخريج : أبو داود ، الترمذي ، النسائي ، ابن ماجه ، الإمام أحمد في المسند .

انظر : سبل السلام (٥٣/١) ، إخلاص النواوي (٤٨٣) ، فتح الجواد (٤٣٤/٢) ، تحفة الطلاب شرح تنقيح اللباب مع حاشيته (١١٥/٢) .

(٣) روضة الطالبين (١٣٣/١٢) ، تحفة المحتاج (٣٦٧/١٠) ، الوسيط (٤٧٠/٧) .

(٤) بلغة السالك (٢٧٨/٤) ، مواهب الجليل مع التاج والإكليل (٣٣٣/٦) .

والحنفية كالحنبلة : أن من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ، ولو كان المالك صيباً أو مجنوناً . ويدخل فيه كل ذي رحم محرم ، كالإخوة وبنيتهم والأعمام والعمات والأخوال والنخالات . وذو الرحم المحرم : كل شخصين يدلان إلى أصل واحد بلا واسطة كالأخوين أو أحدهما بواسطة والآخر بغير واسطة كالعم وابن الأخ إلى الجد .

فأما قوله : حتى يشتريه فيعتقه ، فيحتمل أنه أراد فيشتريه فيعتقه بشرائه كما يقال : ضربه فقتله . والضرب هو القتل ، وذلك لأن الشراء لما كان يحصل به العتق تارة دون أخرى ، جاز عطف صفتة عليه ، كما يقال : ضربه فأطار رأسه (١) .

وسواء أملكه بشراء أو هبة أو غنيمة أو إرث ؛ لعموم الحديث (٢) .

وذكر أبو يعلى الصغير (٣) أنه أكد من التعليق ، فلو علق عتق ذي رحمه المحرم على ملكه فملكه عتق بملكه (٤) لا بتعليقه (٥) .

ولا خلاف في أن المحارم بغير نسب لا يعتقون على سيدهم كالأم من الرضاعة ، والأخ من الرضاعة ، والربيعة ، وأم الزوجة وابنتها ، إلا أنه حكى عن الحسن وابن سيرين وشريك (٦) أنه لا يجوز بيع الأخ من الرضاع .

= انظر : بدائع الصنائع (٤٨/٤ ، ٤٩) ، والاختيار (٢١/٤) ، المغني (٢٢٣/٩) .

(١) هذا النقل من المغني (٢٢٤/٩) .

(٢) هذا النقل من موضع آخر في نفس الصفحة من : المغني (٢٢٤/٩) .

تكملة : لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافاً .

(٣) هو : محمد بن محمد بن محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء ، القاضي ، عماد الدين أبي يعلى الصغير ، ابن القاضي أبي خازم ، ابن القاضي الكبير أبي يعلى ، أخذ العلم عن أبيه وعمه أبي الحسين ، كان ثاقب الذهن ، حسن العبارة ، ولي القضاء ثم تركه ، له مصنفات ، توفي سنة (٥٦٠ هـ) .

انظر : ذيل طبقات الحنابلة (٢٤٤/١) ، المنهج الأحمد (٣٢٨/٢) ، المنتظم (٢١٣/١٠) ، سير أعلام النبلاء (٣٥٣/٢٠) ، النجوم الزاهرة (٣٧٠/٥) .

(٤) في (ف) زيادة : و .

(٥) الفروع (٨١/٥) .

(٦) الأثر عن الحسن وابن سيرين في المصنف لعبد الرزاق (١٦٨٦٨) .

وروي عن ابن مسعود أنه كرهه (١) .

والأول : أصح .

قال الزهري : جرت السنة بأنه يباع الأخ من الرضاعة (٢) .

ولأنه (٣) لا نص في عتقهم ولاهم في معنى المنصوص عليه فيبقون على الأصل .

ولأنهم لا رحم بينهم ولا توارث ، ولا تلزم نفقتهم فأشبهوا الربيبة أو أم الزوجة (٤) .

(وأب وابن من زنا كاجنبيين) فلو ملك أحدهما الآخر، لم يعتق عليه نصاً (٥) ؛ لأن أحكام الأبوة والبنوة من الميراث والحجب والمحرمية ووجوب الإنفاق وثبوت الولاية عليه لم يثبت شيء منها في كونه أباً ولا في كونه ابناً (٦) .

(ويعتق حمل لم يستثن) أي لم يستثنه المعتق عند عتق أمه (يعتق أمه) ؛

= وأما الأثر عن شريك فلم أعثر عليه وهو - كما سنشير - في المغني (٢٢٤/٩) .

(١) مصنف عبد الرزاق (١٦٨٦٠) .

(٢) المرجع السابق ، ورقم الأثر (١٦٨٦٦) .

(٣) في (ف) : ولأنهم .

(٤) هذا فصل كامل منقول من المغني (٢٢٤/٩ ، ٢٢٥) .

(٥) المغني (٢٢٥/٩) ، الكافي (٥٨٠/٢) ، المحرر (٤/٢) ، الإنصاف (٤٠٢/٧) ، الفروع

(٨٥/٥) ، الشرح الكبير (٣٤٣/٢) ، المبدع (٢٩٧/٦) .

(٦) المغني (٢٢٥/٩) .

لأنه يتبعها في البيع والهبة ، ففي العتق أولى ^(١) . (ولولم يملكه) أي ولم يملك رب الأم الحمل كما لو اشترى من ورثة ميت أمة موصى بحملها لغيره فأعتقها ، فإن الحمل يعتق تبعاً لها ^(٢) (إن كان) مالکها الذي أعتقها (موسراً) بقيمة الحمل ^(٣) كفطرة يوم عتقه .

(ويضمن قيمته لمالكه) الموصى له به يوم ولادته حياً .

وعلم مما تقدم صحة استثناء الحمل في العتق على الأصح ^(٤) ، وبصحته قال ابن عمر ^(٥) وأبو هريرة ^(٦) والنخعي وإسحاق

(١) شرح منتهى الإرادات (٦٥٠/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٩٧/٦) .

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٥٠/٢) .

(٣) في (ف) زيادة : فاضلة .

(٤) قال في الإنصاف : والقول يعتق جنيها معها إلا أن يستثنى . من مفردات المذهب (٤٠٠/٧) ، منح الشفا الشافيات ، شرح المفردات (٩٦/٢) .

وقيل : لا يعتق الحمل فيهما حتى تضعه حياً ، فيكون كمن علق عتقه بشرط فيجوز بيعه قبل وضعه ، تبعاً لأمه ، وهو رواية عن الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - نص عليها في رواية ابن منصور ، وقاله في القاعدة الرابعة والثمانين ، وقال بعد ذلك : وقياس ما ذكره القاضي ، وابن عقيل : أنه لا يعتق بالكلية فيما إذا أعتق حاملاً ؛ إذ هو كالمعدوم قبل الوضع . قال وهو بعيد جداً .

وتوقف الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - في رواية ابن الحكم : هل يكون الولد رقيقاً إذا استثناه من العتق ؟

وخرج ابن أبي موسى ، والقاضي : أنه لا يصح استثنائه على قياس من استثناه في البيع .

الإنصاف - كما سبق - ، القواعد ص (١٨٥) .

(٥) مصنف ابن أبي شيبة (٦٩/٦) ، المحلى (١٧٩/٨) ، المغني (٥٥٥/١٤) ، الإقناع لابن المنذر (٥٩٧/٢) .

(٦) انظر : المحلى والمغني .

وابن المنذر (١) .

قال ابن سيرين : له ما استثنى (٢) .

وقال عطاء والشعبي : إذا استثنى ما في بطنها [٣٥٨/ب] فله ثنياه (٣) .

وقال مالك (٤) والشافعي (٥) : لا يصح استثناء الجنين ؛ ((لأن النبي ﷺ نهى
عن الثنيا إلا أن تعلم)) (٦) .

وقياساً على استثنائه في البيع ، أشبه بعض أعضائها .

(١) المراجع السابقة في هامشي (٥ ، ٦) ص (٧١٩) ، والنقل من الشرح الكبير (٢٣٨/١٢) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) الخرشبي على مختصر خليل (١٢٨/٨) ، الذخيرة (٩٧/١١) .

(٥) روضة الطالبين (١١١/١٢) ، الوسيط (٧٨٦/٧) .

(٦) نص الحديث : عن جابر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ((أن رسول الله - ﷺ - نهى عن المحاقلة والمزابنة والثنيا إلا
أن تعلم)) .

رواه أبو داود في سننه (٣٤٠٥) في كتاب البيوع ، باب المخابرة .

وأخرجه الترمذي في كتاب البيوع ، باب ما جاء في النهي عن الثنيا (١٢٩٠) ، وقال : هذا حديث
حسن صحيح ، غريب من هذا الوجه .

والنسائي في كتاب البيوع ، باب النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم .

ورواه الدارقطني (٤٨/٣) ، وابن حبان كما في الموارد (١١١٤) .

وفي مسلم : نهى رسول الله - ﷺ - عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة ، والمخابرة وعن الثنيا ، ورضخ
في العرايا . كتاب البيوع ، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة وبيع الثمرة قبل بدو
صلاحها . . . (١٩٥/١٠) .

ولنا : أنه قول ابن عمر وأبي هريرة .

قال أحمد : أذهب إلى حديث ابن عمر في العتق ، ولا أذهب إليه في البيع .

ولقول النبي ﷺ : ((المسلمون على شروطهم)) (١) .

ولأنه يصح إفراده بالعتق بخلاف البيع ، فصح استثنائه كالمنفصل (٢) .

ويفارق البيع ؛ لأنه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات المبيع (٣) ليعلم هل قام مقام العوض أم لا ؟

والعتق تبرع لا يتوقف صحته على معرفة صفات المعتق ؛ ولا تنافيه الجهالة به ، ويكفي العلم بوجوده وقد وجد .

ولأنه (٤) يصح إفراد الحمل بالعتق بخلاف (٥) البيع .

ولأن استثناءه في البيع إذا بطل ، بطل البيع كله ، وهاهنا إذا بطل الاستثناء ، لم يبطل العتق في أمة ويسري الإعتاق إليه فكيف يصح إلحاقه به مع تضاد الحكم

(١) أخرجه البخاري من كتاب الإجارة ، باب أجر السمسرة .

وأخرجه أبو داود في كتاب الأقضية ، باب في الصلح (٣٥٩٤) .

والترمذي (١٣٥٢) كتاب الأحكام ، باب ما ذكر عن رسول الله - ﷺ - في الصلح بين الناس .

(٢) وفي الشرح الكبير زيادة : وخبرهم نقول به معلوم فصح استثنائه للحديث .

(٢٣٩/١٢) .

والمنفصل : الذي ولد .

(٣) في (ب ، ف) زيادة : العوض . وهي غير موجودة في المغني المنقول عنه .

(٤) في الشرح الكبير : ولذلك . (٢٣٩/١٢) .

(٥) في الشرح الكبير : ولم يصح بالبيع (٢٣٩/١٢) .

فيهما (١) .

ولا يصح قياسه على بعض أعضائها ؛ لأنه يصح إفراده (٢) بالحرية عن أمه فيما إذا أعتقه دونها ، وفي الولد المغرور بحرمة أمه (٣) وفيما إذا وطئت بشبهة فحملت وفي ولد أم الولد وغير ذلك ، فإنه يصح أن يعتق وحده ولا يصح (٤) ذلك في بعض [أعضائها (٥) .

وروى الأثرم عن ابن عمر أنه أعتق أمة واستثنى ما في بطنها (٦) .

(ويصح عتقه) أي عتق [(٧) الحمل (دونها) أي دون أمه (٨) ، نص أحمد على ذلك ، وهو قول سفيان (٩) وإسحاق (١٠) .

(١) في (ف) : فيها .

(٢) في (س) : إفرادها .

(٣) قوله : المغرور بحرمة أمه : أي بيعت الأم وغراً لمشتري بحريتها وهي ليست حرة .

(٤) في (س) : وإلا يصح .

(٥) في الشرح الكبير زيادة : ولأن الولد يرث ويورث ، ويوصى به ، فكيف يصح قياسه على بعض أعضائها .

(٢٣٩/١٢) .

(٦) انظر : الشرح الكبير (٢٣٨/١٢ ، ٢٣٩) ، وانظر : المغني لابن قدامة (٥٥٥/١٤) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٨) حكى ابن قدامة الإجماع . المغني (٥٥٦/١٤) ، وانظر : الشرح الكبير (٢٤٠/١٢) .

(٩) هو : سفيان بن عيينة بن أبي عمران ، أبو محمد الهلالي ، الكوفي ، سكن مكة ، أحد الثقات الأعلام ، أجمعت الأمة على الاحتجاج به ، وكان قوي الحفظ ، توفي سنة (١٩٨ هـ) .

انظر : تهذيب التهذيب (١١٧/٤) ، ميزان الاعتدال (١٧٠/٢) ، شذرات الذهب (٣٥٤/١) .

(١٠) المراجع السابقة في هامش رقم (٨) .

ولأن حكمه حكم الإنسان المنفرد ، ولهذا تورث الغرة الواجبة على مَنْ ضرب بطن أمه فأسقطته عنه ، كأنه سقط حياً ، وتصح الوصية به، والوصية له، ويرث إذا مات مورثه قبل ولادته (١) .

(ومن ملك بغير إرث) كبشراء أو هبة أو وصية أو غنيمة (حراً) كثيراً أو قليلاً (ممن) أي من إنسان (يعتق عليه) بالملك (وهو) أي الذي انتقل إليه ملك الجزء (موسر بقيمة باقية) وكانت قيمته باقية (فاضلة) عن حاجته وحاجة من يموله (ك) ما قلنا في (فطرة) (٢) ، وكان يساره ذلك (يوم ملكه عتق) عليه (كله وعليه ما يقابل جزء شريكه من قيمة كله) أي كل الذي ملك جزءه ؛ لأنه فعل سبب العتق اختياراً منه وقصداً إليه فسرى ولزمه الضمان كما لو وكل من أعتق نصيبه (٣) .

(وإلا) أي وإن لم يكن موسراً بقيمته كله (عتق ما يقابل ما هو موسر به) [ممن ملك جزءه بغير الإرث .

(و) إن ملك جزءه (بإرث لم يعتق) عليه (إلا ما) أي الجزء الذي [(٤) (ملكه ولو) كان (موسراً) بقيمة باقية على الأصح (٥) ؛ لأنه لم ينسب إلى إعتاقه

(١) الشرح الكبير (٢٤٠/١٢) ، المبدع (٢٩٥/٦) .

(٢) ففي باب زكاة الفطر من هذا الكتاب : ومحل وجوب الإخراج على جميع من تقدم، إذا فضل عن قوته وعن قوت من تلزمه مؤنته يوم العيد وليتته بعد حاجتهما أي حاجة المخرج وحاجة من تلزمه مؤنته لمسكن وخادم ودابة وثياب بذلة ونحوه كالفراس واللحاف والمخدة وكتب يحتاجها لنظر وحفظ ، وللمرأة حلي للبس أو لكراء يحتاج إليه .

شرح منتهى الإرادات لابن النجار ، بتحقيق د . عبد الملك الدهيش (٧٠٦/٢) .

(٣) انظر : المبدع (٢٩٧/٦) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٥) الشرح الكبير (٢٤٤/١٢) ، الإنصاف (٤٠٦/٧) ، المبدع (٢٩٧/٦ ، ٢٩٨) ، المسائل =

لحصول ملكه بدون فعله وقصده (١) .

(ومن مثل) بتشديد المثلثة .

قال أبو السعادات : مثلت بالحيوان أمثلاً مثلاً إذا قطعت أطرافه ، وبالعبد إذا جدعت أنفه أو أذنه ونحوه (٢) .

(ولو) كان ذلك (بلا قصد) في الأصح (٣) (برقيقه فجده) (٤) أنفه أو أذنه أو نحوهما (كما لو خصاه) (٥) (أو خرق) عضواً منه كما لو خرق كفه بمسلة (٦) أو نحوها (أو حرق عضواً منه) كأصبعه بالنار (عتق) نص عليه بلا

= الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١١٠/٣) .

قال في الإنصاف : وعنه : أنه يعتق عليه نصيب الشريك إن كان موسراً : نص عليها في رواية المروزي .

(١) الشرح الكبير (٢٤٤/١٢) .

(٢) النهاية في غريب الحديث والأثر لأبي السعادات ابن الأثير (٢٩٤/٤) .

(٣) وقيل : يشترط القصد في ذلك ، اختاره ابن عقيل .

الإنصاف (٤٠٦/٧) ، المبدع (٢٩٨/٦) .

وما ذكره المؤلف سواء حصل خطأ أو شبه عمد أو كان غير جائز التصرف كالصغير والمجنون والسفيه ؛ إذ لا فرق في ضمان الجنايات بين جائز التصرف وغيره .

مطالب أولي النهى (٨٩٨/٤) .

(٤) جدع : أي قطع .

المصباح المنير (٩٣/١) ، القاموس المحيط ص (٩١٤) .

(٥) خصاه : أي سل خصيته .

القاموس المحيط ص (١٦٥١) ، المصباح المنير (١٧١/١) .

(٦) في (س) : عليه .

والمسلة بكسر الميم ، مَخِطٌ كبير .

=

حكم حاكم في الأصح (١) ؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده
« [أن] (٢) زبائغاً (٣) (٤) أبا روح وجد غلاماً له مع جاريتته، فقطع ذكره، وجدع
أنفه ، فأتى العبد النبي - ﷺ - فذكر ذلك له ، فقال النبي - ﷺ - : ما حملك
على ما فعلت ؟ قال : فعل كذا وكذا . قال : اذهب فأنت حر » رواه أحمد (٥)

= القاموس المحيط ص (١٣١٣) ، المصباح المنير (٢٨٦/١) .

(١) المراجع السابقة الإنصاف والمبدع ، والمحرر (٤/٢) ، الشرح الكبير (٢٤٦/١٢) ، ومطالب
أولي النهي (٨٩٨/٤) .

وفي الإنصاف ذكر الروايتين : هل يعتق بمجرد المثلة ، أو يُعْتَقَ عليه السلطان ؟

قال : المعروف في المذهب : أنه يعتق عليه بمجرد ذلك .

والمؤلف ذكر ذلك وجهين للأصحاب ، والمنقول عن الإمام روايتين .

انظر : الإنصاف (٤٠٧/٧) . وسيشير المؤلف إلى الوجه المقابل للأصح والذي نقله عن القاضي .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) هو : زبائغ بن سلامة ، ويقال : ابن روح بن سلامة بن حداد بن حديدة بن أمية الجذامي ، صحابي
- وله حديثان - من فلسطين .

الإصابة (١٧/٤) ، تقريب التهذيب (٢٦٣/١) .

(٤) في (س) : زبناً .

(٥) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٦٧١٠) .

يقول الشيخ أحمد شاكر : إسناده صحيح . والحديث في مجمع الزوائد (٢٨٨/٦ ، ٢٨٩) . وقال :
رواه أبو داود باختصار ، ثم قال عن هذه الرواية : رواه أحمد ورجاله ثقات .

وكذلك رواه ابن ماجه .

وأشار ابن حجر في الإصابة إلى رواية المسند هذه (١٢/٣) . المسند (٢٥٦/٦) .

وسنن أبي داود (٤٥١٩) في كتاب الديات ، باب من قتل عبده أو مثل به أيقاد منه .

= وسنن ابن ماجه كتاب الديات ، باب من مثل بعبده فهو حر (٢٦٧٩) .

وغیره .

(ولہ) أي لسيده الذي عتق عليه بذلك (ولاؤه) نص عليه، كما لو عتق عليه بغير ذلك .

وقيل : ولاؤه لبيت المال (١) .

(وكذا لو استكرهه) أي استكره السيد [٣٥٩/أ] عبده (على الفاحشة) أي فعلها به مكرهاً .

قال الشيخ تقي الدين : لو استكره المالك عبده على الفاحشة عتق عليه . وهو أحد القولين في مذهب أحمد، وهو مبني على القول بالعتق بالمثلثة (٢) انتهى .

وقال القاضي : القياس أنه لا يعتق بالمثلثة (٣) ؛ لأن سيده لم يعتقه بلفظ صريح ، ولا كناية (٤) فلم يزل ملكه عنه ، أشبه ما لو جنى على دابته .

والمذهب الأول ؛ لثبوت الحديث السابق فحينئذ يترك القياس (٥) .

= وانظر تحفة الأشراف (٨٧١٦) .

(١) والروايتان في الإنصاف (٤٠٧/٧) ، المبدع (٢٩٨/٦) .

(٢) في (س) : بالمسألة . والمسألة في الاختيارات الفقهية ص (١٩٨) .

وانظر : الإنصاف (٤٠٧/٧) .

واستكره المالك عبده على الفاحشة بأن لا ط به مكرهاً .

مطالب أولي النهى (٦٩٩/٤) .

(٣) في (س) : بالمسألة .

(٤) في (ف ، ب) : كتابة .

(٥) المبدع (٢٩٩/٦) ، وأشار إلى ذلك في الإنصاف (٤٠٦/٧) .

(أو وطني) أي وطئ السيد أمة (مباحة لا يوطأ مثلها لصغر فافضاها) أي خرق ما بين سييليتها ، يعني فإنها تعتق عليه ، قاله ابن حمدان (١) .

ولو مثل بعد مشترك بينه وبين غيره عتق نصيبه ، وسرى العتق إلى باقيه ، وضمن قيمة حصة الشريك ، ذكره ابن عقيل (٢) .

(ولا عتق) حاصل (بخدش وضرب ولعن) لرقيقه ؛ لأن ذلك مخالف للقياس ولا نص فيه ، ولا في معنى المنصوص عليه فلم يعتق بذلك كما لو هدده (٣) .

(ومال معتق بغير أداء) ليخرج (٤) المكاتب والمعتق على مال .

وقوله : (عند عتق) ليخرج ما ملكه بعد العتق (لسيد) أي لمعتقه على الأصح (٥) .

روي هذا عن ابن مسعود ، وأبي أيوب (٦) وأنس (٧) . وبه قال قتادة ،

(١) المبدع (٢٩٨/٦) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٥١/٢) ، مطالب أولي النهى (٦٩٩/٤) .

(٢) الإنصاف (٤٠٧/٧) ، وانظر : المراجع السابقة .

(٣) انظر : كشف القناع (٥١٤/٤) ، مطالب أولي النهى (٦٩٩/٤) ، وشرح منتهى الإرادات (٦٥١/٢) .

(٤) في (ب) : فيخرج .

(٥) المغني (٣٩٧/١٤) ، الشرح الكبير (٢٤٦/١٢) ، الإنصاف (٤٠٨/٧) .

(٦) هو : خالد بن زيد بن كليب الأنصاري ، أبو أيوب ، من كبار الصحابة ، شهد بدرأ ، ونزل النبي - ﷺ - حين قدم المدينة عليه ، مات غازياً بالروم سنة (٥٥٠ هـ) ، وقيل : بعدها .

انظر : تقريب التهذيب (٢١٣/١) ، الإصابة (٥٦/٣) ، تجريد أسماء الصحابة (١٥٠/١) .

(٧) آثار الصحابة في : مصنف ابن أبي شيبة (١٧٦/٥) ، وعبد الرزاق (١٣٤/٩ ، ١٣٥) ، والبيهقي في السنن (٣٢٦/٥) .

والحكم ، والثوري (١) ، والشافعي (٢) ، [وأصحاب الرأي] (٣) .

وعنه : أنه للعبد (٤) . وبه قال الحسن ، وعطاء ، والشعبي (٥) ، ومالك (٦) ،
لما روى نافع (٧) عن ابن عمر عن النبي - ﷺ - أنه قال : ((من أعتق عبداً وله مال
فالمال للعبد)) رواه أحمد بإسناده وغيره (٨) .

(١) المغني (٣٩٧/١٤) ، الشرح الكبير (٢٤٦/١٢) .

(٢) روضة الطالبين (٥٧٤/٣) ، الغرر البهية شرح البهجة الوردية (١٤٤/٣) .

(٣) رؤوس المسائل ص (٧٨٧) ، التنف في الفتاوى (٧٤٥/٢) ، بدائع الصنائع (١٩٨/٧) .

(٤) وهذه الرواية المقابلة للأصح ، كما في هامش (٥) ص (٧٢٧) .

(٥) انظر : هامش (٧) ص (٧٢٨) والنقل منها .

(٦) انظر : الشرح الصغير (٥٣٦/٤) ، بلغة السالك (٢٨٧/٤) .

(٧) هو : نافع المدني ، أبو عبد الله ، مولى عبد الله بن عمر بن الخطاب ، من أئمة التابعين بالمدينة ،
ديلمي الأصل ، مجهول النسب ، أصابه ابن عمر صغيراً في بعض مغازيه ، كان علامة فقيهاً ، كثير الرواية
ثقة متقن ، توفي سنة (١١٧ هـ) .

تهذيب التهذيب (٤١٢/١٠) ، وفيات الأعيان (١٥٠/٢) .

(٨) أخرجه أبو داود في كتاب العتق ، باب فيمن أعتق عبداً وله مال (٣٩٦٢) .

وابن ماجه في كتاب العتق ، باب من أعتق عبداً وله مال (٢٥٢٩) .

وانظر : تحفة الأشراف (٧٦٠٤) ، وليس في المسند بهذا اللفظ ، بل بلفظ آخر هو عن ابن عمر عن
النبي - ﷺ - ((من باع عبداً وله مال فله ماله وعليه دينه إلا أن يشترطه المبتاع)) .

المسند (١٤٢٦٠) .

وهو عن جابر بن عبد الله - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وعن ابن عمر رقم (٦٣٨٠) (٥٥٤٠) (٥٤٩١) بلفظ
((من باع عبداً فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع)) ، وعليه فلا يكون هو الدليل في هذا الحكم .

وأخرجه البيهقي في الكبرى (٣٢٥/٥) .

وروى حماد بن سلمة عن أيوب (١) عن نافع عن ابن عمر ((أنه كان إذا أعتق عبداً لم يتعرض لماله)) (٢) .

ولنا ما روى الأثرم بإسناده عن ابن مسعود أنه قال لغلامه عميره (٣) : يا عمير! إنني أريد أن أعتقك عتقاً هنيئاً ، فأخبرني بمالك ، فإني سمعت رسول الله - ﷺ - يقول : أيما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيدة)) (٤) .

ولأن العبد وماله كانا للسيد فأزال ملكه عن أحدهما فبقي ملكه في الآخر كما لو باعه ، وقد دل عليه حديث النبي - ﷺ - : ((من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع)) (٥) .

(١) هو : أيوب بن أبي تميمة ، كيسان السخيتاني ، أبو بكر البصري ، ثقة ، ثبت ، حجة ، من كبار الفقهاء العباد ، مات سنة إحدى وثلاثين ومائة ، وله خمس وستون سنة .

انظر : تقريب التهذيب (٨٩/١) ، صفة الصفوة (٢٠٩/٣) .

(٢) اختلفت الرواية عن ابن عمر ، والأحاديث التي على خلاف هذا الأثر ، أكثر .

ولتخريج هذا الأثر ، انظر : تخريج الحديث السابق الوارد في الصلب .

(٣) هو : عمير مولى ابن مسعود ، ذكر ابن حجر أنه مجهول من الثالثة .

انظر : تقريب التهذيب (٨٧/٢) .

(٤) أخرجه ابن ماجه في كتاب العتق ، باب من أعتق عبداً وله مال . (٢٥٣٠) .

وانظر : تحفة الأشراف (٩٤٩٣) .

والسنن الكبرى للبيهقي (٣٢٦/٥) .

(٥) أخرجه البخاري في كتاب المساقاة ، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل .

ومسلم في كتاب البيوع ، باب من باع نخلاً عليها تمر .

وأبو داود في كتاب الإجارة ، باب العبد يباع وله مال .

فأما حديث ابن عمر ، فقال أحمد : يرويه عبيد الله بن أبي جعفر (١) من أهل مصر وهو ضعيف [في] (٢) الحديث ، كان صاحب فقه . فأما في الحديث فليس فيه بقوي (٣) .

= والترمذي في أبواب البيوع ، باب ما جاء في إبتاع النخل بعد التأبير والعبد وله مال .

والنسائي في كتاب البيوع ، باب العبد يباع ويستثنى المشتري ماله .

وابن ماجه في كتاب التجارات ، باب ما جاء في من باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال .

(١) هو : عبيد الله بن أبي جعفر المصري ، أبو بكر الفقيه ، مولى بني كنانة أو أمية ، قيل اسم أبيه : يسار . وثقه ابن حجر ، ولينه أحمد ، وكان فقيهاً عابداً من الخامسة ، مات سنة (٣٣٢ هـ) .

انظر : تقريب التهذيب (٥٣١/١) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب ، س) .

(٣) وتمة هذا : وقال أبو الوليد : هذا الحديث خطأ ، فأما فعل ابن عمر ، فإنه تفضل منه على معتقه .

قيل للإمام أحمد : كان هذا عندك على التفضل ؟

فقال : إي لعمرى على التفضل . قيل له : فكأنه عندك للسيد ؟

فقال : نعم للسيد ، مثل البيع سواء .

المغني (٣٩٨/١٤) ، الشرح الكبير (٢٤٧/١٢) .

[فصل : من أعتق جزءاً مشاعاً] (١)

(فصل . ومن أعتق جزءاً مشاعاً) من رقيقه (كنصف ونحوه) كثلث وربع وخمس وسدس وسبع وثمان ، (أو) أعتق جزءاً (معيناً) كيد ورجل وأصبع وأنف وأذن ونحو ذلك ، (غير شعر وظفروسن ونحوه) كدمع وريق وعرق ولبن ومني وبياض وسواد وسمع وبصر وشم ولمس وذوق (من رقيق) يملكه (عتق كله) (٢) .

قال ابن عبد البر : عامة العلماء بالحجاز والعراق قالوا بعتق كله إذا أعتق نصفه (٣) .

وقال حماد وأبو حنيفة : يعتق منه ما أعتق ويستسعى في باقيه (٤) .

وروي عن مالك في رجل أعتق نصف عبد فقال : أرى نصفه حراً ، ونصفه رقيقاً ؛ لأنه تصرف في بعضه فلم يسر إلى باقيه كالبيع (٥) .

ولنا : قول النبي - ﷺ - : ((من أعتق شقصاً له من مملوك فهو حر من

(١) المشاع : قال الجوهري : مشاع وشائع : أي غير مقسوم .

انظر : الصحاح مادة : (شيع) (١٢٤٠/٣) ، الدر النقي (٥٥٤/٣) ، المطلع ص (٢٤٧) .

(٢) الفروع (٨٤/٥) ، الإنصاف (٤٠٨/٧ ، ٤٠٩) ، الشرح الكبير (٢٤٨/١٢) ، المبدع (٢٩٨/٦) .

(٣) التمهيد (٢٨٤/١٤) .

(٤) بدائع الصنائع (٨٦/٤) ، ويخالف في ذلك أبو يوسف ومحمد أبا حنيفة في أن العتق لا يتجزأ كيفما كان المعتق . المرجع السابق والمبسوط (١٠٢/٧ ، ١٠٣) .

(٥) التمهيد (٢٨٠ ، ٢٨١) ، الاستدكار (١٢١/٢٣) .

ماله)) (١) .

ولأنه إزالة ملك عن بعض مملوكه الآدمي، فزال عن جميعه كالطلاق .

وفارق البيع فإنه لا يحتاج إلى السعاية ولا ينبغي على التغليب (٢)
والسراية (٣) .

وكذا إذا أعتق عضواً معيناً منه كرأس وعينه ، وبهذا قال الشافعي (٤) .

وقال أصحاب الرأي : إن أعتق رأسه أو ظهره أو بدنه أو بطنه أو جسده أو
نفسه أو فرجه عتق كله ؛ [٣٥٩/ب] لأن حياته لا تبقى بدون ذلك (٥) .

(١) أخرجه البخاري ، كتاب الشركة ، باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل ، وكتاب العتق باب إذا
أعتق نصيباً في عبد وليس له مال .

ومسلم في كتاب الأيمان ، باب من أعتق شركاً له في عبد .

وأبو داود من كتاب العتق ، باب من ذكر السعاية في هذا الحديث .

والترمذي من أبواب الأحكام ، باب ما جاء في العبد يكون بين الرجلين فيعتق .

وابن ماجه في كتاب العتق ، باب من أعتق شركاً له في عبد (٢٥٢٧) .

وتحفة الأشراف (١٢٢١١) .

والشقص : النصيب في العين المشتركة من كل شيء .

النهاية لابن الأثير (٤٩٠/٢) .

(٢) في (س) : التغايب .

(٣) هذا النقل من : الشرح الكبير (٢٤٨/١٢) .

(٤) روضة الطالبين (١١٠/١٢) ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، مع حاشية البجيرمي (٣٨١/٤) .

(٥) الدر المختار وحاشيته (٦٥٨/٣) ، الفتاوى الهندية (٩/٢) .

وإن أعتق يده أو عينه أو عضواً تبقى [حياته] ^(١) بدونه لم يعتق ؛ لأنه يمكن إزالة ذلك مع بقاءه ، فلم يعتق ، كإعتاقه شعره وسنه .

ولنا أنه أعتق عضواً من أعضائه ، فيعتق جميعه ، كرأسه ، بخلاف ظفره ونحوه ؛ لأن هذه الأشياء تزول ويخرج غيرها ، فأشبهت الرقيق والعرق ^(٢) .

(ومن أعتق) ممن له شريك ^(٣) في رقيق (كل مشترك) أي جميع الأمة أو جميع العبد الذي بينه وبين شريكه (ولو) كان الرقيق المشترك (أم ولد) بأن وطئ اثنان جارية مشتركة بينهما في طهر واحد ، وأتت من وطئهما ^(٤) بولد ، فألحقته القافة بهما ، فإنها تصير أم ولد لهما .

ولم يصح من واحد منهما بيع حصته منها (لو) كان الرقيق المشترك (مدبراً أو مكاتباً ، أو) كان الرقيق (مسلماً والمعتق كافراً ، أو) لم يعتقه كله وإنما أعتق (نصيبه) منه فقط أو أعتق دون نصيبه ، بأن كان له فيه نصف ، وأعتق منه ربعاً . (وهو) أي المعتق (يوم عتقه) كله أو بعضه (موسر كما تقدم) أي يساره في الفطرة ^(٥) (بقيمة باقية) أي ما لغير المعتق فيه (عتق كله) على معتق كله أو بعضه (ولو مع رهن شقص الشريك) بيد مرتهنه (و) كان (عليه) أي على الشريك الراهن لشقصه (قيمته) أي قيمة الشقص المرهون ، تجعل [مكانه] ^(٦) بيد المرتهن .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٢) المغني (٣٦٣/١٤) ، الشرح الكبير (٢٤٨/١٢ ، ٢٤٩) .

(٣) في (ب ، س) : شرك .

(٤) في (ب) : وطنها .

(٥) أشرت إلى ذلك في ص (٧٢٤) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

والأصل في ذلك ما روى ابن عمر أن النبي - ﷺ - قال : « من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه العبد قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق » متفق عليه (١) .

وعموم هذا الحديث يشمل جميع الصور [المذكورة] (٢) في المتن .

(ويضمن شقص) أي ويضمن الشريك المعتق لكل المشترك أو بعضه الشقص (من مكاتب من قيمته مكاتباً) يوم عتقه .

ومتى أعتق الشريك الآخر الرقيق المشترك بعد سراية، عتق الأول فيه، ولو قبل أخذ قيمة حصته ممن عتق عليه كله، لم يثبت له فيه عتق ؛ لأنه قد صار حراً بعتق الأول له ؛ لأن عتقه حصل باللفظ لا بدفع القيمة، وصار جميعه حراً واستقرت القيمة على المعتق الأول، فلا ينعقد بعد ذلك بعتق غيره (٣) .

(وإلا) أي وإن لم يكن موسراً بقيمة باقيه كله (ف) إنه لا يعتق منه زيادة على ما يملكه إلا [ما] (٤) (قابل ما هو موسر به) من قيمته ، (والمعسر يعتق حقه) أي حصته من الرقيق (فقط) ، يعني ولا يسري عتقه إذا كان معسراً إلى نصيب شريكه لقوله ﷺ : « وإلا فقد عتق منه ما عتق » (٥) .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب العتق ، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء .

وأخرجه مسلم في صحيحه كتاب الأيمان ، باب من أعتق شركاً له في عبد .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب ، س) .

(٣) الشرح الكبير (٢٥١/١٢) ، وانظر : المغني (٣٥٣/١٤) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٥) تقدم تخريجه قريباً .

(ويبقى حق شريكه) في ملكه على الأصح (١) .

وعنه : يعتق كله، ويستسعى الرقيق في قيمة باقيه غير مشقوق عليه (٢) .

وتعتبر قيمة [حصة] (٣) الشريك حين اللفظ بالعتق ؛ لأنه حين التلف (٤) .
فإن اختلفا في قدرها رجع إلى قول المقومين ، فإن كان الرقيق قد مات أو غاب أو
تأخر تقويمه زمنًا تختلف فيه القيم ، فالقول قول المعتق ؛ لأنه منكر لما زاد على ما
يقوله والأصل براءة ذمته من الزيادة ، وإن اختلفا في عيب ينقص قيمته، فالقول قول
الشريك ؛ لأن الأصل سلامته (٥) .

(ومن له نصف قن وآخر ثلثه ، والثالث سدسه فأعتق موسران منهم) أي من
الشركاء (حقهما) منه (معاً) بأن تلفظا بذلك في وقت واحد أو وكلاً من أعتق
عنهما بكلام واحد (تساويًا في ضمان الباقي) أي في ضمانه (٦) ، [أي في
ضمان قيمة حصة الشريك الثالث ، وفي ولاءه أي ولاء عتق ما تساويًا في
ضمانه] (٧) ؛ لأن عتق نصيب الثالث عليهما، إتلاف رق الباقي وقد اشتركا فيه
فيتساويان في ضمانه وولائه (٨) . فلو كان اللذان أعتقا معاً صاحب النصف وصاحب

(١) الإنصاف (٤٠٩/٧) ، الفروع (٨٥/٥) ، المبدع (٣٠٢/٦) .

(٢) المراجع السابقة . وهذه الرواية مقابل الأصح .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٤) المغني (٣٥٥/١٤) ، الشرح الكبير (٢٥٣/١٢) .

(٥) المراجع السابقة .

(٦) في (ف ، س) : ضمان .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب ، س) .

(٨) انظر : المغني (٣٧٠/١٤) ، الشرح الكبير (٢٥٧/١٢) ، المبدع (٣٠٣/٦) .

[٣٦٠/أ] السدس، كان ولاؤه بينهما أثلاثاً ؛ لأننا إذا حكمنا بأن ثلث (١) الشريك يعتق عليهما نصفين فنصفه سدس ، إذا ضممناه إلى النصف الذي لأحدهما صار ثلثين ، وإذا ضممننا السدس الآخر إلى سدس المعتق صار ثلثاً .

ولو كان اللذان أعتقا معاً صاحب النصف وصاحب الثلث، صار لمن كان له النصف ثلث الولاء ورבעه، ولمن كان له الثلث ربع الولاء وسدسه .

ولو كان اللذان أعتقا معاً صاحب الثلث وصاحب السدس، صار لمن كان له الثلث ثلث الولاء ورבעه، ولمن كان له السدس ربع الولاء وسدسه .

ولو كان أحد من أعتقا معاً موسراً دون الآخر قوم عليه نصيب الثالث دون شريكه المعسر ؛ لأن المعسر لا يسري عتقه ، فيكون ضمان نصيب الشريك الثالث على الموسر خاصة وولاؤه له (٢) .

(و) من له شريك في رقيق فقال : (أعتقت نصيب شريكي) فإن قوله ذلك (لغو) يعني أنه لا يعول عليه في الشرع (كقوله لقن غيره : أنت حر من مالي أو فيه) أي في مالي (ف) إنه (لا يعتق ولورضي سيده) ؛ لأنه لا ولاية له على قن غيره .

(و) لو قال من له شريك في رقيق : (أعتقت النصيب ، فينصرف إلى ملكه ، ثم يسري) إلى نصيب شريكه إن كان القائل موسراً ؛ لأن الظاهر أنه أراد نصيبه .

ونقل ابن منصور عن أحمد في دار بينهما قال أحدهما : بعتك نصف هذه الدار لا يجوز إنما له الربع من النصف حتى يقول نصيبي (٣) .

(١) في (س) : ملك .

(٢) انظر : المراجع السابقة .

(٣) الفروع (٨٧/٥) ، الإنصاف (٤١١/٧) .

(ولو) كان قن بين اثنين نصفين فـ (وکل شريك شريكه) في عتق نصيبه (فأعتق) الوكيل (نصفه) أي نصفه القن (ولا نية) أي ولم ينو بقلبه أن الذي أعتقه نصفه أو نصف شريكه الذي وكل في عتقه (انصرف) العتق (إلى نصيبه) أي إلى نصيب المعتق دون نصيب شريكه الذي وكله ؛ لأن الأصل في تصرف الإنسان أن يكون في ماله ما لم ينوه عن موكله (١) .

قال في الإنصاف : ولو وكل أحدهما الآخر فأعتق نصفه ولا نية . ففي صرفه إلى نصيب موكله أم نصيبه أم إليهما (٢) احتمالات في المغني (٣) . واقتصر عليه في الفروع (٤) .

قلت : الصواب عتق نصيبه لا غير (٥) انتهى .

(وأيهما) أي أي الشريكين (سرى عليه) عتق حصة شريكه بعتقه النصف عن نفسه أو عن شريكه موكله (لم يضمه) أي لم يضمن نصيب شريكه ، كما لو أعتقه معاً (٦) .

(وإن ادعى كل من) شريكين (موسرين أن شريكه أعتق نصيبه) من القن المشترك بينهما (عتق المشترك لا عتراف كل) من الشريكين (بحريته وصار) كل مدعياً على شريكه بنصيبه من قيمته .

(١) في (ف ، ب) : نصيبه .

(٢) في (ب ، س) : أيهما .

(٣) المغني (٣٧٠/١٤) .

(٤) الفروع (٨٧/٥) .

(٥) الإنصاف (٤١١/٧) .

(٦) انظر : المغني (٣٦٧/١٤) .

فإن كانت لأحدهما بينة حكم له بها ، (و) وإن لم يكن لواحد منهما بينة فإنه (يحلف كل) منهما للآخر ^(١) (للسراية) أي لأجل سراية عتقه إلى نصيب شريكه ، فإن نكل أحدهما قضي عليه للآخر ، وإن نكلا جميعاً تساقط حقاهما لتماثلهما .

(و) لا ولاء عليه لواحد منهما ؛ لأنه لا يدعيه بل يكون (ولاؤه لبيت المال) أشبه المال الضائع (ما لم يعترف أحدهما بعتق) لكله أو جزئه (فيثبت له) ولاؤه (ويضمن حق شريكه) أي قيمة حصة شريكه لاعترافه . ولا فرق في هذه الحالة بين العدلين والفاسقين والمسلمين والكافرين ، لتساوي العدل والفاسق والمسلم والكافر في الإعراف والدعوى ^(٢) .

(ويعتق ^(٣) حق معسر فقط مع يسر الآخر) . يعني أنه متى ادعى كل من شريكين أن شريكه أعتق نصيبه ، وكان أحدهما موسراً والآخر معسراً ، عتق نصيب المعسر وحده ، لاعترافه بأن نصيبه قد صار حراً بإعتاق شريكه الموسر الذي يسري عتقه [إلى حصة المعسر] ^(٤) ، وإنما لم يعتق إلا نصيب [٣٦٠ / ب] المعسر ؛ لأن الموسر يدعي أن المعسر الذي لا يسري عتقه ، أعتق نصيبه خاصة فعتق وحده ، ولا تقبل شهادة المعسر عليه ؛ لأنه يجزى إلى نفسه نفعاً ؛ لكونه يوجب عليه بشهادته قيمة حصته ^(٥) له فعلى هذا إن لم يكن للعبد بينة سواه ، حلف الموسر ، وبرئ من القيمة

(١) في (ب ، س) : الآخر .

(٢) المغني (٣٦٦ / ١٤) ، الشرح الكبير (٢٥٩ / ١٢) ، المبدع (٣٠٥ / ٦) .

(٣) في (ب ، س) : ويعتبر .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من المغني والشرح الكبير . والنقل منهما .

(٥) في المغني : نصف قيمته .

والعتق (١) جميعاً ، [ولا] (٢) ولاء للمعسر في نصيبه ؛ لأنه لا يدعيه ، ولا للموسر ؛ [لذلك] (٣) أيضاً . فإن عاد المعسر فاعترف (٤) بالعتق ثبت له ولاء حصته . وإن عاد (٥) الموسر [واعترف] (٦) بإعتاق نصيبه وصدقته المعسر [مع إنكار المعسر لعتق نصيبه ، عتق نصيب المعسر أيضاً] (٧) ، وعلى الموسر غرامة نصيب المعسر ويثبت له الولاء على جميعه (٨) .

(ومع عسرتهما) أي عسرة الشريكين (٩) المتداعيين (لا يعتق منه) أي من القن المشترك (شيء) ؛ لأنه ليس في دعوى أحدهما على صاحبه أنه أعتق نصيبه اعتراف (١٠) بحرية نصيبه ، ولا ادعاء استحقاق قيمتهما على المعتق لكون عتق المعسر (١١) لا يسري إلى غيره ، فلم يكن في دعواه أكثر من أنه شاهد على

(١) في (ف) : المعتق .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

(٣) زيادة من المغني .

(٤) في المغني : فأعتقه وادعاه .

(٥) في المغني : أقر .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من المغني .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من المغني .

(٨) النقل من المغني (٣٦٧/١٤) ، وبهذا المعنى من الشرح الكبير (٢٥٩/١٢) .

(٩) في (س) : التبدلين .

(١٠) في (س) : اقترأ .

(١١) في المغني زيادة : يفق على نصيبه .

شريكة (١) باعتاق نصيبه .

فإن كانا فاسقين (٢) فلا أثر لكلامهما في الحال ، ولا عبرة بقولهما ؛ لأن الفاسق (٣) لا تقبل شهادته (٤) .

(وإن كانا عدلين فشهدا) أي فشهد كل واحد منهما أن شريكه أعتق نصيبه (فمن حلف معه) الرقيق (المشترك) بينهما (عتق نصيب صاحبه) ؛ لأنه لا مانع من قبول شهادة أحدهما على الآخر (٥) ؛ لأنه لا يجر بشهادته إلى نفسه نفعاً ولا يدفع عنها ضرراً .

وإن لم يحلف على شهادة واحدة منهما لم يعتق منه شيء ؛ لأن العتق لم يحصل بشهادة واحد من غير يمين .

وإن كان أحدهما عدلاً دون الآخر فله أن يحلف مع شهادة العدل ، ويصير نصفه حراً ويبقى الآخر رقيقاً (٦) .

(وأيهما) أي وأي الشريكين المعسرين الذي ادعى كل منهما على شريكه أنه أعتق نصيبه (ملك من نصيب شريكه المعسر شيئاً ، عتق) عليه ما ملكه من نصيب شريكه (ولم يسر) العتق (إلى نصيبه) في الأصح (٧) ؛ لأن عتقه لما ملكه حصل

(١) في المغني : صاحبه .

(٢) في المغني : فإن لم يكونا عدلين .

(٣) في المغني : غير العدل .

(٤) المغني (٣٦٤/١٤) ، وبهذا المعنى في الشرح الكبير (٢٦٠/١٢) .

(٥) في (س) : وللآخر . وما بعدها الكلمة النقل من المغني .

(٦) المغني (٣٦٤/١٤) .

(٧) الهداية (٢٣٦/١) ، الإنصاف (٤١١/٧ ، ٤١٢) ، الفروع (٨٧/٥) ، المبدع (٣٠٤/٦) ، =

باعترافه بحريته بإعتاق شريكه ، ولا يثبت له عليه ولاء ؛ لأنه لا يدعي إعتاقه ، بل يعترف [بأن المعتق غيره ، وإنما هو مخلص له ممن يسترقه ظلماً ، فهو كمخلص الأسير من أيدي الكفار (١) .

ولو ملك كل واحد منهما [نصيب صاحبه ، صار الرقيق المشترك كله حراً ولا ولاء عليه لواحد منهما . ولو كان ملك كل] (٢) واحد منهما بشراء من الآخر ثم أقر كل منهما بأنه كان أعتق نصيبه قبل بيعه وصدق الآخر في شهادته ، بطل البيعان وثبت لكل واحد منهما الولاء على نصفه ؛ لأن أحداً لا ينازعه فيه ، وكل واحد منهما يصدق الآخر في استحقاق الولاء (٣) .

(ومن قال لشريكه الموسر : إن أعتقت نصيبك فنصيبك حر فاعتقه) أي أعتق المقول له نصيبه (عتق الباقي) بعد حصته (بالسراية) في الأصح (٤) (مضموناً) عليه بحصة شريكه بقيمتها ، ولا يقع عتق شريكه المعلق على عتقه ؛ لأن السراية سبقت فمنعت عتق الشريك ، ويكون ولاؤه كله له (٥) .

= الشرح الكبير (٢٥٩/١٢) ، الكافي (٥٧٧/٢) . وسأوضح الوجه المقابل للأصح .

(١) خلافاً لأبي الخطاب ، حيث قال بالسراية . وهذا الوجه المقابل للأصح المذكور سابقاً .

انظر : الهداية (٢٣٦/١) ، المغني (٤/١٤) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) المغني (٣٦٤/١٤ ، ٣٦٥) ، ومطالب أولي النهى (٧٠٥/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٥٤/٢) ، كشف القناع (٥١٨/٤) .

(٤) وقيل : يعتق عليهما وهو احتمال للمصنف .

انظر : المغني (٣٥٧/١٤) ، الكافي (٥٧٩/٢) ، الشرح الكبير (٢٦٤/١٢) ، الإنصاف (٤١٢/٧) ، الفروع (٨٨/٥) ، المبدع (٣١٢/٦) .

(٥) المبدع (٣١٢/٦) .

(وإن كان) المقول له ذلك (معسراً) فأعتق نصيبه (عتق على كل) منهما (نصيبه) .

أما القائل : فوجود الشرط المعلق عليه العتق .

وأما المقول له : فبتنجز عتقه لنصيبه (١) .

(و) إن قال أحد الشريكين في رقيق لشريكه : (إن أعتقت نصيبك فنصيبك حرم مع نصيبك) ففعل [أي] (٢) فأعتق نصيبه (عتق) المشترك (عليهما مطلقاً) أي سواء كانا موسرين أو معسرين أو كان أحدهما موسراً ، والآخر معسراً ، ولم يلزم [المعتق] (٣) شيء ؛ لأن العتق وجد منهما معاً فهو كما لو وكل الشريكان غيرهما في إعتاقه فأعتقه بلفظ واحد (٤) .

وإن قال : إذا أعتقت نصيبك فنصيبك حر قبل إعتاقك ، فأعتق المقول له نصيبه وقع عتقهما معاً على الأصح (٥) .

وقيل : يعتق [٣٦١/أ] كله على المعتق ، ولا يقع عتق القائل ؛ لأنه إعتاق في

(١) انظر : شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٥٤/٢) ، كشف القناع (٥٢٠/٤) ، مطالب أولي النهى (٧٠٦/٤) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٤) انظر : الشرح الكبير (٢٦٤/١٢ ، ٢٦٥) ، مطالب أولي النهى (٧٠٦/٤) ، كشف القناع (٥٢٠/٤) ، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٥٤/٢) .

(٥) المغني (٣٥٧/١٤) ، الشرح الكبير (٢٦٥/١٢) ، الإنصاف (٤١٣/٧) ، الفروع (٨٨/٥) ، المبدع (٣٠٦/٦) .

زمن ماضٍ (١) .

وقيل : يعتق جميعه على القائل ويضمن لشريكه قيمة نصيبه منه (٢) .

(ومن قال لأمته : إن صليت مكشوفة الرأس فانت حرة قبله ، فصلت كذلك)
أي مكشوفة الرأس (عتقت) في الأصح (٣) ؛ لوجود الشرط ، وهو صلاتها
الصحيحة .

وقيل : لا تعتق لبطلان الصفة بتقديم المشروط (٤) .

(و) إن قال مالك قن لقنه : (إذا أقررت بك لزيد فانت حرة قبله ، فأقر به
له) أي لزيد (صح إقراره) له (فقط) أي دون العتق ذكره في الإنصاف . ولم
يذكر فيه خلافاً (٥) .

(و) لو قال : (إن أقررت بك لزيد فانت حرة ساعة إقرارى ففعل) أي فأقر به
لزيد (لم يصح) أي لم يصح الإقرار ولا العتق . ذكره أيضاً في الإنصاف ولم
يذكر فيه خلافاً (٦) .

(ويصح شراء شاهدين من) أي عبداً شهد على سيده أنه أعتقه و (ردّت

(١) المراجع السابقة . وهذه الرواية وما بعدها في مقابل الأصح .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) الإنصاف (٤١٣/٧) ، الفروع (٨٨/٥) .

(٤) وهذا ما جزم به أبو المعالي لبطلان الصفة بتقديم المشروط .

انظر : المرجعين السابقين .

(٥) الإنصاف (٤١٣/٧) .

(٦) المرجع السابق .

شهادتهما بعتقه ويعتق) عليهما (كانتقاله) أي انتقال من ردت شهادتهما بعتقه (لهما بغير شراء) كهبة ، ولا ولاء لهما عليه ؛ لأنهما يعترفان أن المعتق غيرهما ، وإنما هما مخلصان (١) له ممن يسترقه ظلماً فهما كمخلص الأسير من أيدي الكفار (٢) .

(ومتى رجع بائع) بأنه أقر بعتقه الذي شهد به الشاهدان وردت شهادتهما به (رد ما أخذ) منهما على أنه ثمن وجوباً ؛ لاعترافه بأنه قبضه بغير حق (واختص بإرثه) بالولاء . هذا إذا رجع البائع عن إنكاره العتق وبقيت الشهود على شهادتهم (٣) .

(ويوقف) إرثه (إن رجع الكل) أي إن رجع الشهود عن شهادتهم بعتقه ورجع البائع عن إنكاره العتق بعد بيعه (حتى يصطلحوا) عليه .

(وإن لم يرجع أحد) منهم عما ذكره بأن لم يرجع البائع عن إنكاره العتق ولم ترجع الشهود عن شهادتهما عليه بالعتق (ف) إن إرثه يكون (لبيت المال) ؛ لأن كلاً منهم مقر بأنه لا حق له فيه ، فيكون [فيئاً] (٤) لبيت المال كسائر الأموال التي لا يعلم لها مالك (٥) .

(١) في (س) : يخلصان .

(٢) انظر : المغني (٣٦٥/١٤) ، الشرح الكبير (٢٦٢/١٢) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٥٤/٢) ، ومطالب أولي النهي (٧٠٦/٤) .

(٣) انظر : المراجع السابقة .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

(٥) كشف القناع (٥٢١/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٥٤/٢ ، ٦٥٥) ، ومطالب أولي النهي (٧٠٦/٤) .

[فصل : تعليق العتق بصفة] (١)

(فصل . ويصح تعليق عتق بصفة) قوله : (إن أعطيتني ألفاً ، فأنت حر) ؛ لأنه تعليق محض . وكذا يصح تعليقه على دخوله الدار ، ومجيء الأمطار ، وغير ذلك ؛ لأنه عتق بصفة فصيح كالتدبير . وإذا علق عتقه على مجيء وقت كقوله : أنت حر في رأس الحول لم يعتق حتى يجيء رأس الحول (٢) .

قال أحمد : إذا قال لغلامه أنت حر إلى أن يقدم فلان ويجيء فلان واحد ، وإلى رأس السنة وإلى رأس الشهر ، إنما يريد إذا جاء رأس الشهر ، أو جاء رأس الهلال (٣) .

وحكي عن مالك أنه قال : إذا قال لعبده : أنت حر في رأس الحول ، عتق في الحال (٤) .

ولنا ما روي عن أبي ذر (٥) أنه قال لعبده : ((أنت عتيق إلى رأس

(١) التعليق : ربط حصول شيء على حصول شيء آخر .

معجم لغة الفقهاء ص (١٣٧) .

(٢) المغني (٣٩٩/١٤) ، الشرح الكبير (٢٦٧/١٢) ، المبدع (٣٠٩/٦) .

(٣) المغني (٣٩٩/١٤) ، الشرح الكبير (٢٦٧/١٢) .

وقول المؤلف - رحمه الله تعالى - رأس الحول ، أو رأس الهلال : أي بداية العام أو الشهر .

(٤) الصحيح عند المالكية أنه لا يعتق إلا عند الأجل .

انظر : مواهب الجليل (٣٣٢/٦ ، ٢٣٣) ، والذخيرة (١٤٥/١١) ، ولذا نجد المصنف - رحمه الله تعالى - ساق الحكم بصيغة التمريض .

(٥) قيل إن اسمه : جندب بن جنادة بن قيس ، من كبار الصحابة ، مدحه النبي ﷺ ، اعترض على عثمان في أشياء ، وعلى معاوية ، نفى إلى الربذة فمات بها سنة (٣٢ هـ) .

الحول)) (١) . فلولا أن العتق يتعلق بالحول، لم يعلقه عليه .

ولأنه علق العتق بصفة فوجب أن يتعلق بها، كما لو قال : إذا أديت إلي ألفاً فأنت حر (٢) .

(ولا يملك) السيد (إبطاله) أي إبطال التعليق (ما دام ملكه) على من علق عتقه بصفة ؛ لأنها صفة لازمة ألزمها (٣) نفسه ، فلا يملك إبطالها بالقول قياساً على النذر (٤) .

وكذا إن اتفق السيد والعبد على إبطاله لم تبطل لذلك (٥) .

وأما إذا قال لعبد : إن أعطيتني ألفاً ، أو أديت إلي ألفاً، فأنت حر، فإنه (لا يعتق بإبراء) أي بإبراء السيد له من الألف ؛ لأنه لا حق له في ذمته يبرئه منه ، ولا يبطل التعليق بذلك (٦) .

(و) إذا أدى إليه ألفاً عتق و (ما فضل عنه) أي عن الألف بيد العبد

= تهذيب التهذيب (٩١/١٢) ، الإصابة (١١٨/١١) .

(١) نص الحديث : ((إن لي إبلاً يرعاها عبد لي ، وهو عتيق إلى الحول)) ، أخرجه ابن أبي شيبة في كتاب الطلاق ، باب من قال : لا يطلق حتى يحل الأجل (٢٣/٤) .

وفي مصنف عبد الرزاق عند ابن شبرمة : إذا قال الرجل لعبد : أنت حر على أن تخدمني عشر سنين فله شرطه . وهذا الحديث ذكره ابن قدامة في كتاب الطلاق في المغني بالنص المتقدم (٤١٠/١٠) .

(٢) الشرح الكبير (٢٦٧/١٢) ، و المغني (٣٩٩/١٤) .

(٣) في (س) : التزمها .

(٤) في (س) : التدبير .

(٥) الشرح الكبير (٢٦٨/١٢) ، وبهذا المعنى في المغني (٤٠٢/٩) .

(٦) المرجعان السابقان .

(فلسيد) (١) .

قال في الإنصاف : لو قال : إن أعطيتني ألفاً فأنت حر ، فهو تعليق محض لا يبطله ما دام ملكه ، ولا يعتق بالإبراء منها ، بل يدفعها نص عليه [وما فضل عنها لسيدته] (٢) .

قال في شرح المقنع : وما يكسبه قبل وجود الشرط فلسيده ؛ لأنه لم يوجد [عقد يمنع كون كسبه لسيدته] (٣) ، إلا أنه إذا علق عتقه [٣٦١/ب] على أداء مال معلوم ، فما أخذه السيد حسبه من المال ، فإذا كمل (٤) أداء المال ، عتق ، [وما فضل في يده لسيدته ؛ لأنه كسب عبده] (٥) .

قال في الفروع : ولا يكفيه أن يعطيه من ملكه ؛ إذ لا ملك له (٦) .

(وله) أي وللسيد (أن يطأ) أمته التي علق عتقها بصفة قبل وجودها على الأصح (٧) ؛ لأن استحقاقها العتق بوجود الصفة لا يمنع إباحة الوطاء كالاستيلاد ، فأما المكاتبه فإنما لم يباح وطؤها ؛ لأنها اشترت نفسها من سيدتها بعوض وزال ملكه

(١) في (ب) : فلسيده .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

الإنصاف (٤٢٥/٧) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب ، س) . وفيهما كلمة : ما يمنعه .

(٤) في (س) : كما .

(٥) الشرح الكبير (٢٧٠/١٢) . وما بين المعكوفتين ساقط من (ب ، س) .

(٦) على الأصح كما في الفروع (٩٧/٥) ، وتصحيحه . وانظر : المبدع (٣١٥/٦) .

(٧) وعنه : لا يطؤها .

انظر : الإنصاف (٤١٤/٧) ، المبدع (٣٠٨) .

عن إكسابها بخلاف مسألتنا (١) .

(و) للسيد أيضاً أن (يقف) رقيقاً علق عتقه بصفة قبلها (و) أن (ينقل ملك من علق عتقه) بصفة (قبلها) أي قبل وجودها ثم إن وجدت وهو في ملك غير المعلق لم يعتق . وبهذا قال أبو حنيفة (٢)، والشافعي (٣) ، لقول النبي ﷺ : ((لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم)) (٤) .

(١) المغني (٣٩٩/١٤) ، الشرح الكبير (٢٦٧/١٢) .

(٢) بدائع الصنائع (٥٨/٤) ، تبين الحقائق (٩٠/٣) .

(٣) روضة الطالبين (١١٠/١٢) ، نهاية المحتاج وحواشيه (٣٨٩/٨) ، أسنى المطالب شرح روض الطالب (٤٣٦/٤) ، فتح المعين وبحاشيته إعانة الطالبين (٣٢٨/٤) .

(٤) هذا الحديث عند الإمام أحمد في مسنده رقم (٦٩٣٢) (١٠٤/٦) .

وأبي داود في كتاب الطلاق ، باب الطلاق قبل النكاح (٢١٩٠) من طريق مطر الوراق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

ولفظ أحمد : ((ليس على رجل طلاق فيما لا يملك ، ولا عتاق فيما لا يملك ، ولا بيع فيما لا يملك)) .

ورواه أيضاً أبو داود (٢١٩١) من طريق عبد الرحمن بن الحارث المخزومي وزاد : ((ومن حلف على معصية فلا يمين له ، ومن حلف على قطيعة رحم فلا يمين له)) . وزاد : ((ولا نذر إلا فيما ابتغي به وجه الله)) .

وصحح إسناده أحمد شاكر في حديث رقم (٦٧٩٩ ، ٦٧٨١) .

ورواه الترمذي في كتاب الطلاق ، باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح (١١٨١) ، وقال الترمذي : حسن صحيح ، وهو أحسن شيء في هذا الباب ، وذكر أن الباب عدة أحاديث في الطلاق قبل النكاح .

ونقل المنذري في تهذيب السنن (٢١٠٣ - ٢١٠٦) تصحيح الترمذي وأقره .

كما أخرجه ابن ماجه بلفظ : ((لا طلاق قبل النكاح ، ولا عتق قبل ملك)) ، وانفرد بهذا اللفظ .

انظر : تحفة الأشراف (١١٢٧٧) ، وله طرق وشواهد عند عبد الرزاق (١٥٩١٩) وسعيد بن منصور (١٠٢٠) ، والدارقطني (١٤/٤) ، والبيهقي في الكبرى (٣١٨/٧) ، والطبراني في =

ولأنه لا ملك له عليه فلم يقع طلاقه وعتاقه كما لو لم يتقدم عليه ملك (١) .

(وإن عاد ملكه) أي ملك المعلق على من علق عتقه بصفة (ولو بعد وجودها) أي وجود الصفة (حال زواله) أي زوال ملك المعلق عنه (عادت) الصفة فمتى وجدت وهو في ملكه عتق على الأصح (٢) ؛ لأن التعليق والشرط وجدا في ملكه فأشبه ما لو لم يتخللها زوال ملك ولا وجود الصفة حال زواله (٣) .

ولا يعتق قبل وجود الصفة بكمالها، كالجعل في الجعالة (٤) ، فلو قال لعبده : إذا أديت ألفاً فأنت حر، لم يعتق حتى يؤدي جميعه (٥) .

قال في شرح المقنع : وذكر القاضي أن من أصلنا: أن العتق المعلق بصفة يوجد بوجود بعضها ، كما لو قال : أنت حر إن أكلت رغيفاً فأكل نصفه ، ولا يصح ذلك لوجوه :

= الأوسط (٨٩) ، والطحاوي في المشكل (٢٨٠/١) ، وأبي نعيم في الحلية (١٦٥/٣) .

(١) المغني (٤٠٠/١٤) ، والشرح الكبير (٤٧١/١٢) .

(٢) الإنصاف (٤١٤/٧) ، الشرح الكبير (٢٧١/١٢) ، المبدع (٣٠٨/٦) .

ومقابل رواية الأصح ، أنها لا تعود الصفة . جزم به أبو محمد الجوزي في الطريق الأقرب .

قال في الفائق : وهو أرجح . وقدمه في الخلاصة .

وعنه : لا تعود الصفة ، سواء وجدت حال زوال ملكه أو لا ، حكاه الشيخ تقي الدين ، وذكرها مرة قولاً .

الإنصاف (٤١٥/٧) .

(٣) المغني (٤٠٠/١٤) ، الشرح الكبير (٢٧١/١٢) .

(٤) المبدع (٣٠٨/٦) .

(٥) المغني (٤٠٣/١٤) ، الشرح الكبير (٢٧٠/١٢) .

أحدها : أن أداء الألف شرط للعتق، وشرط الأحكام يعتبر وجودها بكمالها
لثبوت الأحكام ، وتنتفي بانتفائها، كسائر شروط الأحكام .

الثاني : أنه إذا علقه على وصف ذي عدد ، فالعدد وصف في الشرط ، ومن
علق الحكم على شرط ذي وصف لم يثبت ما لم توجد الصفة ، كقوله لعبده : إن
خرجت عارياً فأنت حر ، فخرج لا بساً لم يعتق فكذلك العدد .

الثالث : أنه متى كان في اللفظ ما يدل على الكل لم يحنث [بفعل البعض كما
لو حلف لا صليت صلاة ، أو لا صمت صياماً لم يحنث] ^(١) حتى يفرغ مما ^(٢)
يسمى صلاة ويصوم يوماً .

ولو قال لامرأته : إن حضت حيضة فأنت طالق ، لم تطلق حتى تطهر من
الحيضة .

وذكر الألف ها هنا يدل على أنه [أراد ألفاً كاملة .

الرابع : أن الأصل الذي ذكره فيما إذا قال إن أكلت رغيفاً فأنت حر أنه يعتق
بأكل بعضه ممنوع .

وإنما إذا حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه يحنث في رواية ^(٣) في موضع يحتمل
إرادة البعض ، ويتناوله اللفظ، كمن حلف لا يصلي ، فشرع في الصلاة، أو لا يصوم
فشرع في الصوم ، أو لا يشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه ونحو هذا ؛ لأن
الشارع ^(٤) في الصلاة والصيام قد صلى وصام ذلك الجزء الذي شرع فيه ، والقدر

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، والمثبت من الشرح الكبير المطبوع (٢٧١/١٢) .

(٢) في (س) : ما .

(٣) المغني (١٠/٤٦٤) .

(٤) الشارع هنا بمعنى الذي بدأ بالفعل فشرع فيه .

الذي شربه من الإناء هو ماء الإناء ، وقرينة حاله تقتضي المنع من الكل ، فتقتضي الإمتناع من الكل ، ومتى فعل البعض فما امتنع من الكل فحنت لذلك ، ولو حلف على فعل شيء لم يبرأ إلا بفعل الجميع ، وفي مسألتنا تعليق الحرية على أداء الألف ، يقتضي وجود أدائها، فلا يثبت الحكم المعلق عليها دون أدائها، كمن حلف ليؤدين ألفاً لا يبرأ حتى يؤديها .

الخامس : أن موضوع (١) الشرط في الكتاب والسنة والأحكام الشرعية على أنه لا يثبت المشروط بدون شرطه، فقول النبي - ﷺ - : « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة » (٢) فلو قال بعضها لم يستحق إلا العقوبة .

وقوله : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » (٣) لا تكون له بشروعه [٣٦٢/أ] في الإحياء .

ولو قال في المسابقة : من سبق إلى خمسة إصابات فهو سابق لم يكن سابقاً إذا سبق إلى أربع .

(١) في (ف) : موضع ، وهو خطأ .

(٢) متفق عليه .

أخرجه البخاري في كتاب اللباس ، باب الثياب البيض عن أبي ذر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - .

ومسلم في كتاب الإيمان ، باب من مات لا يشرك بالله شيئاً عن أبي ذر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - .

(٣) الحديث عن جابر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - . أخرجه البخاري تعليقاً في كتاب الحرث والمزارعة في باب من أحيا أرضاً مواتاً .

وأخرجه الترمذي في أبواب الأحكام ، باب ما ذكر في إحياء الأرض الموات ، وقال : هذا حديث حسن صحيح .

والدارمي في كتاب البيوع ، باب من أحيا أرضاً ميتة فهي له (٣٤٦/٢) .

والإمام أحمد في مسنده (١٤٢٣٠٥) .

القاضي (١) وابن أبي موسى ، كما لو وصى بإعتاقه ، وكما لو وصى أن تباع سلعته ويتصدق بثمنها (٢) .

(فلا يملك وارث بيعه) أي بيع العبد الذي قيل له ذلك (قبله) أي قبل مضي الشهر (ك) ما لا يملك وارث بيع (موصى بعتقه قبله) أي قبل عتقه (أو) موصى به (لمعين قبل قبوله) أي قبول من أوصى له به (٣) .

(وكسبه) أي كسب العبد (بعد الموت) أي موت سيده (قبل انقضاء الشهر للورثة) في الأصح (٤) ككسب أم الولد في حياة سيدها .

(وكذا) في الحكم (٥) قول السيد لعبده : (إخدم زيدا سنة بعد موتي ثم أنت

= نهاية المحتاج (٤٠٣/٨) ، الحاوي الكبير (١٠٥/١٨) ، روضة الطالبين (١١٥/١٢) ، الغاية القصوى (١٠٤٦/٢) .

(١) المسائل الفقهية للقاضي أبي يعلى (١١٧/٣) .

(٢) الشرح الكبير (٢٧٢/١٢) ، المغني (٤١٥/١٤) ، الإنصاف (٤١٦/٧) ، المبدع (٣١٠/٦) .

(٣) يرى المؤلف ابن النجار - رحمه الله تعالى - في مسألة أنت حر بعد موتي بشهر أنها من باب الوصية ، كما نرى تشبيه لها بهذه المسألة وتصحيحه للعتق .

انظر : الإنصاف (٤١٦/٧) .

(٤) وهذا على قول من قال : يعتق ويكون ملكه للوارث وكسبه له كأم الولد والمدبر .

الشرح الكبير (٢٧٣/١٢) ، المبدع (٣١٠/٦) ، الإنصاف (٤١٦/٧) .

أما الوجه المقابل للأصح فهو وجه نقله ابن رجب في القواعد : وهو أن الموصي بعتقه إذا كسب بعد الموت وقبل إعتاق الورثة ، فإن كسبه له ، ذكره القاضي وابن عقيل وصاحب المحرر ؛ لأن إعتاقه واجب لحق الله تعالى ، ولا يتوقف على قبوله فهو كالمعتق بخلاف الوصية لمعين .

انظر : القواعد ص (١٦٤) ، الإنصاف (٤١٦/٧) ، المحرر (٦/٢) .

(٥) قال في الإنصاف : وكذا الحكم - خلافاً ومذهباً - لو قال : إخدم زيدا سنة بعد موتي ، ثم =

حر) فإذا فعل ذلك وخرج من الثلث في هذه المسألة والتي قبلها، عتق (١) .

(فلو أبراه زيد من الخدمة) وقد مات سيده (عتق في الحال) أي حال إبراء زيد له ؛ لأن الخدمة المستحقة عليه وهبت له فبرئ منها (٢) .

(وإن جعلها) أي جعل السيد الخدمة (لكنيسة (٣) وهما) أي السيد والعبد (كافران فأسلم العبد قبلها) أي قبل الخدمة وبعد موت سيده (عتق مجاناً) أي من غير أن يلزمه شيء على الأصح (٤) .

لأن الخدمة المشروطة عليه صار لا يتمكن منها ؛ لأن الإسلام يمنعه منها، فيبطل اشتراطها ، كما لو شرط عليه شرطاً باطلاً ، فإنه يعتق ويبطل الشرط .

وأما كونه لا يلزمه شيء ؛ لأن خدمة الكنيسة صارت بالنسبة إليه شرطاً باطلاً

= أنت حر .

(٤١٧/٧) .

(١) ففي هذه المسألة الروايتان السالفتان الذكر ، والصحيح : الصحة والعتق .

انظر : المحرر (٦/٢) .

(٢) الفروع (١٠٢/٥) ، الإنصاف (٤١٧/٧) ، الإقناع مع شرحه كشف القناع (٥٢٣/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٥٦/٢) ، مطالب أولي النهى (٧٠٨/٤) .

(٣) الكنيسة : هي معبد النصارى .

المطلع ص (٢٤٢) ، القاموس المحيط ص (٧٣٦) ، المصباح المنير ص (٥٤٢) .

وتطلق على معبد اليهود .

(٤) ويقابل هذه الرواية : تلزمه الخدمة .

انظر : الإنصاف (٤١٧/٧) ، المحرر (٧/٢) ، الفروع (١٠٣/٥) ، الإقناع (١٣٦/٣) ، مطالب أولي النهى (٧٠٨/٤) .

فلم يلزمه فعل كسائر الشروط الباطلة (١) .

(و) إن قال مالك قن له : (إن خدمت ابني حتى يستغني ، فأنت حر ، فخدمه حتى كُبر واستغنى عن رضاع ، عتق) في الأصح (٢) .

وقيل : لا يعتق حتى يستغني عن إطعامه وتنجيته (٣) .

نقل مهنا : لا يعتق حتى يستغني ، قلت : حتى يحتلم ، قال : لا دون الاحتلام (٤) .

ولا يشترط كون قدر زمن الخدمة معلوماً ، فلو قال : أعتقتك على أن تخدم زيدا مدة حياتك صح (٥) ؛ لما روي عن سفينة (٦) قال : « كنت مملوكاً لأم سلمة

(١) كشف القناع (٥٢٣/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٦٥٦/٢) ، مطالب أولي النهى (٧٠٨/٤) و (٧٠٩) ، وانظر : الإنصاف (٤١٨/٧) .

(٢) الإقناع (١٣٦/٣) ، المبدع (٣١٤/٦) ، الفروع (١٠٣/٥) .

(٣) هذا الوجهان المقابلان للأصح . انظر : الفروع (١٠٣/٥) ، الإنصاف (٤١٧/٧) .

(٤) الكلام السابق والمراجع السابقة .

(٥) الإنصاف (٣٩٤/٧ ، ٣٢٥) ، القواعد في القاعدة الثانية والثلاثين ص (٤١) ، كشف القناع (٥٢٣/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٦٥٦/٢) ، مطالب أولي النهى (٧٠٩/٤) .

(٦) هو : سفينة ، مولى رسول الله - ﷺ - ، وقيل : مولى أم سلمة أعتقته وشرطت عليه خدمة رسول الله - ﷺ - ما عاش .

اسمه : مهران ، وقيل : رومان ، وقيل : غير ذلك .

كنيته : أبو عبد الرحمن ، وقيل : أبو البخري .

ولقب سفينة ؛ لأنه حمل شيئاً كبيراً في سفر .

انظر : أسد الغابة (٣٤٣/٢) ، الأسامي والكنى (٣٢٥/٢) ، تجريد أسماء الصحابة (٢٢٨/١) .

فقلت : أعتقك وأشترط عليك أن تخدم رسول الله - ﷺ - ما عشت فقلت : إن لم تشترط عليّ ما فارقت رسول الله - ﷺ - ما عشت ، فأعتقيني (١) واشترطي عليّ)) رواه أحمد ، وأبو داود ، واللفظ له ، والنسائي ، والحاكم ، وقال : هذا حديث صحيح الإسناد (٢) .

ومعناه عن ابن مسعود (٣) .

ولأن العبد ومنافعه ملك للسيد ، فإذا أعتقه وشرط استثناء منافعه، فقد أخرج الرقبة وبقي المنفعة على ما كانت عليه .

ولأن قاعدتنا صحة الوقف واستثناء منافعه، [٣٦٢/ب] وكذا البيع ، لكن يشترط تقدير زمن الاستثناء في البيع ؛ لأنه عقد معاوضة، فيشترط فيه علم الشيا ،

(١) في (س) : فأعتقتني .

(٢) المسند رقم الحديث (٢١٨٢٤) .

وأبو داود في كتاب العتق ، باب في العتق على الشرط (٣٩٣٢) .

وابن ماجه في كتاب العتق باب من أعتق عبداً واشترط خدمته (٢٥٢٦) .

تحفة الأشراف (٤٤٨١) .

والحاكم في المستدرک (٢٨٤٩) (٢٣٢/٢) كتاب العتق .

وأما النسائي ففي الكبرى ، كما في تحفة الأشراف .

ومصنف ابن أبي شيبة (٣٧٤/٥) .

(٣) وهو ما أخرجه ابن أبي شيبة : ((أن رجلاً أتى ابن مسعود ، فقال : إني أعتقت أمتي هذه ، واشترطت عليها أن تلي مني ما تلي الأمة من سيدها إلى الفرج - أو قال : غير الفرج - فلما غلظت رقبتها قالت : إني حرة ، قال : ليس ذلك لها ، خذ برقبته فانطلق بها فلك ما اشترطت عليها)) .

كتاب البيوع والأقضية ، باب في الرجل يعتق العبد ويشترط خدمته (٣٧٤/٥) .

وقد ذكر آثاراً في هذا المعنى غير هذا .

وزمنها ؛ لأن الثمن يختلف من حيث طولها وقصرها (١) .

(و) لو قال مالك قن له : (إن فعلت كذا، فأنت حر بعد موتي، ففعله) كما لو قال له : إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتي، فدخلها (في حياة سيده صار مدبراً) ؛ لأنه وجد شرط التدبير، وهو دخول الدار، لا إن دخلها بعد موت سيده ؛ لأنه جعل ما بعد الموت ظرفاً لوقوع الحرية ، وذلك يقتضي سبق وجود شرط ذلك ؛ لأن الشرط لا بد أن يسبق الجزاء (٢) .

(ويصح) على الأصح (٣) من حر (لا من رقيق تعليق عتق قن غيره بملكه نحو) أن يقول : (إن ملكت فلاناً) فهو حر ، (أو) أن يقول : (كل مملوك ملكه فهو حر) فإذا ملكه عتق ؛ لأنه أضاف العتق إلى حال يملك عتقه ، فأشبه ما لو كان التعليق في ملكه .

وروى أبو طالب عن أحمد أنه قال : إذا قال إن اشتريت هذا الغلام فهو حر ، فاشتراه عتق (٤) . بخلاف ما لو قال : إن تزوجت فلانة، فهي طالق ؛ لأن العتق

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٥٦/٢) ، كشف القناع (٥٢٣/٤) ، ومطالب أولي النهى (٧٠٩/٤) .

وانظر : القواعد لابن رجب ص (٤١) ، الفروع (٩٦/٥) ، الإنصاف (٤٢٥/٧) .

(٢) المبدع (٣١٠/٦) ، الشرح الكبير (٢٧٥/١٢ ، ٣١١) ، الإنصاف (٤١٥/٧) ، كشف القناع (٥٢٣/٤) ، مطالب أولي النهى (٧٠٩/٤) .

(٣) ويقابل هذه الرواية ، رواية أخرى وهي : لا يصح .

قال في المصنف والشارح : هذا ظاهر المذهب .

الهداية (٢٣٨/١) ، الفروع (٨٩/٥) ، الإنصاف (٤١٨/٧) ، الشرح الكبير (٢٧٦/١٢) ، المبدع (٣١١/٦) ، المغني (٤٠٨/١٤) .

(٤) الشرح الكبير (٢٧٥/١٢) ، المبدع (٣١١/٦) .

مقصود من الملك ، والنكاح لا يقصد به الطلاق . و فرق أحمد بأن الطلاق ليس لله ، ولا فيه قرينة إلى الله تعالى (١) .

وعلم مما تقدم أن العبد لو قال ذلك لم يصح ؛ لأنه لا يصح منه عتق حين التعليق، لكونه لا يملكه ، ولو قيل يملكه، فهو ملك ضعيف، لا يتمكن من التصرف فيه، وللسيد انتزاعه منه، بخلاف الحر (٢) .

(لا) تعليق عتق ما لا يملكه (بغيره) أي بغير ملكه له (نحو) أن يقول : (إن كلمت عبد زيد فهو حر ، فلا يعتق إن ملكه ثم كلمه) رواية واحدة (٣) وهو القياس ، خولف في تعليقه بملكه، لأن العتق مقصود الملك (٤) .

(و) إن قال مكلف حر : (أول) قن أملكه ، (أو) قال : (آخر قن أملكه ، أو) أول أو آخر من (يطلع من رقيقه حر فلم يملك) إلا واحداً (أو) (٥) لم (يطلع) من رقيقه (إلا واحد عتق) ؛ لأنه ليس من شرط الأول أن يأتي بعده ثان (٦) ولا من شرط الآخر أن يأتي قبله أول (٧) .

(ولو ملك اثنين معاً أولاً أو آخراً ، أو قال لأمته : أول ولد تلدينه حر)

(١) المبدع (٣١٠/٦) ، الفروع (٨٩/٥) .

(٢) الشرح الكبير (٢٧٦/١٢) ، المبدع (٣١١/٦) .

(٣) المحرر (٦/٢) ، الإنصاف (٤١٧/٧) ، المبدع (٣١١/٦) .

(٤) المبدع (٣١١/٦) ، وانظر : شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٥٧/٢) ، مطالب أولي النهى (٧١١/٤) .

(٥) في (ب) : و .

(٦) في (س) : فان .

(٧) المغني (٤٠٩/١٤) ، الشرح الكبير (٢٧٧/١٢) .

فولدت (ولدين (حيين معاً ، عتق واحد) منهما (بقرعة) نص عليه أحمد ، فإنه قال في رواية مهنا : إذا قال : أول من يطلع من عبيدي فهو حر ، فطلع اثنان ، أو جميعهم ، فإنه يقرع بينهم (١) .

ووجه ذلك : أنه (٢) لم يسبقهما غيرهما فقد ثبت وجود الصفة فيهما .

وإذا تقرر ذلك فإما أن يعتقا ، أو يعتق أحدهما ، وتعينه القرعة . وهو المنصوص فلا يعدل عنه (٣) .

ولأن صفة الأولية شاملة لكل واحد بانفراده ، والمعلق إنما أراد عتق واحد فقط ، فميزنا بالقرعة (٤) .

(و) لو قال لأمته : (آخر ولد تلدينه) فهو (حر) فولدت حياً ثم ميتاً (لم يعتق الأول) ؛ لوجود شرط عتقه (٥) .

(وإن ولدت ميتاً ثم) ولدت (حياً عتق الثاني) ؛ لوجود شرطه (٦) .

(وإن ولدت توأمين ، فأشكل الآخر ،) منهما (أخرج بقرعة) ؛ لأن أحدهما

(١) المغني (٤٠٩/١٤) ، الشرح الكبير (٢٧٦/١٢ ، ٢٧٧) .

(٢) في (س) زيادة : إذا .

(٣) المرجعان السابقان .

(٤) المرجعان السابقان ، الإنصاف (٤٢١/٧) ، الفروع (٩١/٥) ، المحرر (٦/٢) ، الإقناع (١٣٧/٣) .

(٥) الشرح الكبير (٢٧٩/١٢) ، والمبدع (٣١٢/٦) .

(٦) المرجعان السابقان .

استحق العتق ولم [يعلم] ^(١) بعينه، فوجب إخراجه بالقرعة ^(٢) .

(و) لو قال لأمته : (أول ولد تلدينه ، أو) قال : (إن ولدت [ولداً] ^(٣) فهو حر فولدت) ولداً (ميتاً ثم) ولدت (حياً لم يعتق الحي) ؛ لأن شرط العتق إنما وجد في الميت ، وليس بمحل العتق فانحلت اليمين به . وإنما قلنا أن شرط العتق وجد فيه ؛ لأنه أول ولد، بدليل أنه لو قال لأمته : إذا ولدت فأنت حرة ، فولد ولداً عتقت ^(٤) .

(و) لو قال من له إماء وزوجات : (أول أمة) لي تطلع ، (أو) قال : أول امرأة تطلع [٣٦٣/أ] فالأمة (حرة أو) فالمرأة (طالق فطلع الكل) أي كل إماءه أو كل زوجاته معاً ، (أو) طلع (ثنتان) من الإماء (معاً) أو اثنتان من الزوجات معاً (عتق) من الإماء واحدة بقرعة (وطلق) من الزوجات (واحدة بقرعة) قياساً على ما تقدم ^(٥) .

(و) لو قال من يصح عتقه : (آخرقن أملكه) فهو (حر فملك عبيداً، ثم مات ، فأخبرهم حر من حين شرائه) له ؛ لأن السيد ما دام حياً لم يحكم بعتق واحد من

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) . وفي الشرح الكبير : يعتقه .

(٢) المرجعان السابقان .

وانظر : المغني (٤٠٨/١٤) ، الإنصاف (٤٢٠/٧) ، المحرر (٦/٢) ، الفروع (٩١/٥) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) . وفيها زيادة كلمة : حياً .

(٤) المغني (٤٠٨/١٤) ، الشرح الكبير (٢٧٨/١٢) ، المبدع (٣١٢/٦) .

(٥) وهي مسألة : أول ولد تلدينه ، فهو حي - فولدت ولدين حيين معاً - عتق واحد منهما بقرعة .

المسألة الأولى : ولادة ولدين حيين معاً وأحدهما استحق العتق ولم تعلم عينه فوجب إخراجه بالقرعة .
وفي هذه المسألة طلوع إماءه أو نسائه ، أو ثنتان من الإماء معاً . وواحدة استحققت العتق ولم تعلم عينها فوجب إخراجها بالقرعة .

رقيقه ؛ لأنه يحتمل أن يشتري عبداً بعد الذي في ملكه فيكون هو الآخر (١) .

فإذا مات علمنا أن آخر ما اشتراه هو الذي وقع عليه العتق (و) كان (كسبه) له من حين شرائه .

(ويحرم) على من قال آخر قن أملكه حر (وطء) كل (أمة) اشتراها بعد قوله ذلك (حتى يملك غيرها) ؛ لاحتمال أن لا يملك بعدها قناً فتكون حرة من حين شرائها ، ويكون وطؤه في حرة أجنبية ، وإنما يزول هذا الاحتمال بشرائه غيرها (٢) .

(ويتبع معتقة) أي من عتقت (بصفة) علق عتقها عليها (ولد) أي ولدها في عتقه إن (كانت حاملاً به حال عتقها عليها) (٣) بوجود الصفة المعلق عتقها عليها ؛ لأن العتق وجد فيها وهي حامل به فيتبعها (٤) في العتق ولدها ، كالمنجز عتقها (٥) ، (أو) كانت حاملاً به (حال تعليقها) أي حال تعليق سيدها العتق على وجود تلك الصفة ؛ لأنه حين التعليق كعضو من أعضائها ، فسرى التعليق إليه . فلو وضعته قبل وجود الصفة ، ثم وجدت الصفة ، عتقت هي وولدها ؛ لأنه تابع في الصفة فأشبهه ما لو عتقت وهي حامل به (٦) .

(١) في (ب) : الآخر .

وهذا النقل من المغني (٤٠٩/١٤) ، الشرح الكبير (٢٧٧/١٢) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) ساقط من (س) .

(٤) في (س ، ب) : فتبعها .

(٥) المغني (٤٠٧/١٤) ، الشرح الكبير (٢٧٩/١٢) ، المبدع (٣١٣/٦) .

(٦) المراجع السابقة .

(إ لا) (١) أي إلاً حملاً (٢) (حملته ووضعتة بينهما) أي بين التعليق ووجود الصفة، فإنه لا يعتق في الأصح (٣) ؛ لأن الصفة لم تتعلق به حال التعليق، ولا في حال العتق (٤) .

(و) من قال لرقيقه : (أنت حر وعليك ألف) فإنه (يعتق بلا شيء عليه) على الأصح (٥) ؛ لأنه أعتقه بغير شرط وجعل عليه عوضاً لم يقبله فعتق ولم يلزمه شيء (٦) .

(و) إن قال : أنت حر (على ألف ، أو) أنت حر (بألف أو) أنت حر (على أن تعطيني ألفاً ، أو) يقول له : (بعثك نفسك بألف) فإنه (لا يعتق حتى يقبل)

(١) في (س) : لا .

(٢) في (س) : لا .

(٣) الوجه الثاني : يعتق ويتبعها ، جزم به في الوجيز وأطلقهما في الرعايتين والحاوي الصغير والفائق .

انظر : الإنصاف (٤٢٢/٧) ، المغني (٤٠٧/١٤) ، الفروع (٩١/٥ ، ٩٢) ، المبدع (٣١٣/٦) ، الإقناع (١٣٧/٣) .

(٤) المغني (٤٠٧/١٤) .

(٥) ويقابل الأصح : قال في الإنصاف : وعنه : لا يعتق إن لم يقبل وأطلقهما في المحرر (٣/٢) .

وانظر : المغني (٤٠٦/١٤) ، والشرح الكبير (٢٨٠/١٢) ، الفروع (٩٤/٥) ، الهداية (٢٣٧/٢) ، الإنصاف (٤٢٢/٧) ، المسائل الفقهية لأبي يعلى (١١٣/٣) ، المبدع (٣١٣/٦) .

(٦) انظر : المغني والشرح الكبير . وقد ذكر الشيخ البهوتي أن هذه المسألة من مفردات الإمام أحمد - رحمه الله - . منح الشفا الشافيات (٩٥/٢) .

وأما جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية فيرون أن العبد إذا لم يقبل أن يكون عليه ألفاً فلا يعتق .

انظر : تبين الحقائق (٩٣/٣) ، الذخيرة (١٣٠/١١) ، نهاية المحتاج (٣٨٢/٨) .

على الأصح (١) ؛ لأنه أعتقه بعوض (٢) فلم يعتق بدون قبوله (٣) .

ولأن على تستعمل للشرط والعوض ، قال الله سبحانه وتعالى : ﴿ قَالَ لَهُ مُوسَى هَلْ أَتَّبِعُكَ عَلَى أَنْ تُعَلِّمَ مِنَّمَا عَلَّمْتَ رُسُلًا ﴾ (٤) ، وقال : ﴿ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾ (٥) ، وقال : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَجَجٍ ﴾ (٦) .

(و) من قال لقنه : أنت حر (على أن تخدمني سنة) أو شهراً ، فإنه (يعتق) في الحال (بلا قبول) من القن (وتلزمه الخدمة) على الأصح (٧) .

(١) قدم المصنف أنه يعتق مجاناً بلا قبول . وهو إحدى الروايتين ونصره القاضي وأصحابه . وجزم به في الوجيز والمنور ، ونظم المفردات وهو منها .

وذكر في الواضح رواية : أن قوله : (أنت حر على ألف) شرط لازم بلا قبول كبقية الشروط .

انظر : المغني (٤٠٧/١٤) ، المحرر (٣/٢) ، الإنصاف (٤٢٣/٧) ، الفروع (٩٤/٥) ، المبدع (٣١٤/٦) ، منح الشفا الشافيات (٩٤/٢) .

(٢) في (س) : على عوض .

(٣) المغني (٤٠٧/٤) .

(٤) سورة الكهف ، آية رقم (٦٦) .

(٥) سورة الكهف ، آية رقم (٩٤) .

(٦) سورة القصص ، آية رقم (٢٧) .

والنقل من الشرح الكبير (٢٨٠/١٢) ، المبدع (٣١٤/٦) .

(٧) وعلى الرواية الأخرى : لا يعتق حتى يقبل .

وقال في المستوعب والحاوي الصغير : إن لم يقبل فعلى روايتين :

أحدهما : يعتق ولا يلزمه شيء .

والثانية : لا يعتق .

(وكذا لو استثنى خدمته مدة حياته ^(١) أو) استثنى (نفعه مدة معلومة
 فالسيد) فيما إذا استثنى خدمته أو نفعه مدة معلومة (بيعها) أي بيع مدة النفع
 المعلومة (من العبد و) من (غيره) على الأصح ^(٢) .

نقل حرب : لا بأس ببيعها من العبد أو ممن شاء ^(٣) .

(وإن مات) السيد (في أثنائها) أي أثناء مدة الخدمة المعينة (رجع
 الورثة) أي ورثة السيد (عليه) أي على العبد المستثنى سيده خدمته مدة معلومة
 (بقيمة ما بقي من) مدة (الخدمة) ؛ لأن العتق عقد لا يلحقه الفسخ ، فإذا تعذر
 فيه استيفاء العوض، رجع إلى قيمته كالنكاح ، والمصالح به عن دم عمد ^(٤) .

(ولو باعه) أي باع السيد العبد (نفسه بمال في يده) أي يد العبد (صح)
 على الأصح ^(٥) (وعتق) .

= انظر : الإنصاف (٤٠٧/١٤) ، الشرح الكبير (٢٨١/١٢) ، المغني (٤٠٧/١٤) ، المحرر
 (٤/٢) ، الهداية (٢٣٧/٢) ، الفروع (٩٥/٥) ، المبدع (٣١٤/٦) .

(١) في (س) : جهاته . وهو خطأ .

(٢) قال في الإنصاف : وعنه : لا يجوز . نص عليه ، وهو الصواب .

وانظر : الفروع (٩٦/٥) ، المبدع (٣١٤/٦) .

(٣) انظر : الفروع والإنصاف كما سبق .

(٤) الشرح الكبير (٢٨١/١٢) .

وانظر : المغني والإنصاف والفروع والمبدع كما تقدم .

(٥) وعنه : لا يصح وأطلق الروايتين في الفروع .

انظر : الإنصاف (٤٢٥/٧) ، الفروع (٩٥/٥) ، الإقناع (١٣٧/٣) ، المبدع (٣١٤/٦) .

قال في الترغيب : مأخذهما هل هو معاوضة أو تعليق ؟ (١) .

(وله) أي وللسيد (ولاؤه) ؛ لعموم قوله - ﷺ - : ((إنما الولاء لمن أعتق)) (٢) .

(و) من قال لقنه : (جعلت عتقك إليك أو خيرتك) [٣٦٣ / ب] (في عتقك (ونوى) بذلك (تفويضه إليه) أي تفويض العتق إلى القن (فأعتق) القن (نفسه في المجلس عتق) وإلا فلا .

قال في الفروع : ويتوجه كالطلاق (٣) .

(و) لو قال عبد لغير سيده : (اشترني من سيدي بهذا المال وأعتقني فاشتراه بعينه) أي بعين المال الذي أعطاه له العبد (لم يصح) أي لم يصح الشراء ولا العتق إذا أعتقه ؛ لأنه اشترى بعين مال غيره شيئاً بغير إذنه فلم يصح الشراء ، ولم ينفذ العتق ؛ لأنه أعتق مملوك غيره بغير إذنه ويكون السيد قد أخذ ماله ؛ لأن ما في يد العبد محكوم به لسيده (٤) .

(وإلا) أي وإن لم يقع الشراء بعين المال أو اشتراه وأعتقه صح الشراء (و) (عتق ولزم مشتريه) الثمن (المسمى) في العقد . وما دفعه للسيد مما أخذه من العبد ملك للسيد لا يحتسب من الثمن ويلزم المشتري أداء الثمن الذي اشتراه به في ذمته ويكون ولاء المعتق له (٥) .

(١) الفروع (٩٦ / ٥) ، الإنصاف (٤٢٥ / ٧) .

(٢) تقدم تخريجه في باب أحكام العصبة ص (١٣٥) .

(٣) (٩٨ / ٥) .

(٤) المغني (٤١٠ / ١٤) .

(٥) المغني (٤١٠ / ١٤) .

[فصل : في تميم العتق عبيده وماليكه]

(فصل . و) لو قال من يصح عتقه : (كل مملوك) لي حر ، (أو) كل (عبد لي) حر ، (أو) كل (ماليكي) حر ، (أو) كل (رقيقي حر) فإنه (يعتق) عليه (مدبروه ، ومكاتبوه ، وأمهات أولاده وشقص يملكه وعبيد عبده التاجر) نص عليه (١) ، ولو استوعبهم دين عبده التاجر ؛ لأن لفظه عام فيهم ، فيعتقون كما لو عينهم (٢) .

ونقل مهنا : لا يعتق شقص حتى ينوه . ذكره ابن عقيل (٣) وغيره ؛ لأنه لا يملكه كله (٤) ، والأول المذهب (٥) .

(و) إن قال : (عبيدي حر ، أو) قال : (أمتي حرة ، أو) قال : (زوجتي طالق، ولم ينو معيناً) من عبيده أو إماءه أو زوجاته (عتق) كل عبيده فيما إذا قال : عبيدي حر ، أو كل إماءه فيما إذا قال : أمتي حرة (أو طلق الكل) من زوجاته فيما إذا قال : زوجتي طالق على الأصح (٦) . نص

(١) المبدع (٣١٥/٦) ، الفروع (٩٨/٥) ، المحرر (٤/٢) ، الهداية (٢٣٧/٢) ، الإنصاف (٤٢٦/٧) .

(٢) الفروع (٩٩/٥) ، المبدع (٣١٥/٦) ، الإنصاف (٤٢٦/٧) .

(٣) انظر : المراجع السابقة .

(٤) المبدع (٣١٦/٦) .

(٥) انظر : المراجع السابقة في هامش رقم (٢) . مع الشرح الكبير (٢٨١/١٢) .

(٦) وقيل : يعتق واحد بالقرعة .

وقيل : يعتق واحد وتطلق واحدة وتخرج بالقرعة . اختاره المصنف في المغني . قال في الفائق : وهو المختار .

انظر : الإنصاف (٤٢٦/٧) ، الفروع (٩٩/٥) ، المحرر (٤/٢) .

عليه (١) ، وهو من مفردات المذهب (٢) ، (**لأنه**) أي لأن لفظ عبدي أو أمتي أو زوجتي (**مفرد مضاف فيعم**) العبيد ، والإماء ، والزوجات . وهذا منصوص أحمد (٣) .

قال في رواية حرب : لو كان له نسوة ، فقال : امرأتي طالق. أذهب إلى قول ابن عباس يقع عليهن الطلاق ، وليس هذا مثل قوله : إحدى الزوجات طالق ، وذلك لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَإِنْ تَعُدُّوا نِعْمَةَ اللَّهِ لَا تُحْصُوهَا ۗ ﴾ (٤) . وقوله تعالى : ﴿ أَحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ ۗ ﴾ (٥) .

وهذا شامل لكل نعمة ولكل ليلة (٦) .

ولقوله - ﷺ - : « صلاة الجماعة تفضل على صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة » (٧) وهي تعم كل صلاة

(١) الإنصاف (٤٢٦/٧) ، القواعد لابن رجب ص (٣٤٨) ، القاعدة التاسعة والخمسون بعد المائة .
المغني (٥٢١/١٠) .

(٢) انظر : منح الشفا الشافيات في شرح المفردات (١٦٠/٢) ، الإنصاف (٤٢٦/٧) .

(٣) الفروع (٩٩/٥) .

(٤) سورة النحل ، آية رقم (١٨) .

(٥) سورة البقرة ، آية رقم (١٨٧) .

(٦) كشف القناع (٥٢٨/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٦٥٩/٢) ، مطالب أولي النهى (٧١٦/٤) ،
الشرح الكبير (٢٨١/١٢) .

وقد ذكر صاحب المغني احتمالاً ورجحه أنه لا يقع الطلاق والعتاق مع إطلاقه النية إلا بواحد ؛ لأن اللفظ صالح للواحد والجميع ، فحملة على الواحد أولى ؛ لأنه المتيقن ، ولو كان الجمع أظهر فيه ترجيحاً للأصل الظاهر . انتهى من قواعد ابن رجب ص (٣٤٨) . وانظر : المغني (٥٢١/١٠) .

(٧) متفق عليه ، عن عبد الله بن عمر .

الجماعة (١) .

وقيل : يعتق واحد بالقرعة ، وتطلق واحدة وتخرج بالقرعة (٢) .

قال أبو محمد الجوزي بعد المسألة : وكذا إن قال كل عبد أملكه في المستقبل (٣) .

(و) إن قال : (أحد عبدي) حر (أو) قال : أحد (عبيدي) حر ، (أو) قال : (بعضهم) أي بعض عبيدي (حر ولم ينوه) أي ولم يعينه بالنية ، (أو عينه ونسيه ، أو أدى أحد مكاتبيه) ما عليه (وجهل) المؤدى منها (ومات بعضهم) أي المبهمين أو المنسيين (أو) مات (السيد أولاً) يعني أو لم يمت (أقرع) السيد بين المبهمين أو المنسيين (أو) أقرع (وارثه) أي وارث السيد إن كان مات بين من تقدم ذكره . (فمن خرج) [منهم] (٤) بالقرعة (فـ) هو (حر من حين العتق) وكسبه له ؛ لأن مستحق العتق في هذه المسائل واحد غير معين فيخرج بالقرعة (٥) ، أشبه (٦) ما لو أعتق جميعهم في مرضه ، ولم تُجزِ الورثة ، فإنه يخرج

= فأخرجه البخاري في الصحيح ، كتاب الأذان ، باب فضل صلاة الجماعة ، (٦٤٥) .

وأخرجه مسلم في الصحيح كتاب المساجد ، باب فضل الجماعة .

(١) هذا وجه الدلالة في هذا الحديث لهذه المسألة .

(٢) تقدمت هذه الرواية في الهامش مقابل الأصح . وهي اختيار المصنف ابن قدامة .

قال في الفائق : وهو المختار . انظر الإنصاف (٤٢٧/٧) .

(٣) الفروع (٩٩/٥) ، الإنصاف (٤٢٧/٧) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٥) الشرح الكبير (٢٨٣/١٢) ، المبدع (٣١٧/٦) ، وهذه المسألة من مفردات المذهب .

انظر : منح الشفا الشافيات (٩٣/٢) ، الإنصاف (٤٢٧/٧) .

(٦) في (س) : أسمه .

بالقرعة منهم ما يقابل ثلث ماله (١) .

(ومتى بان لناس) أي من أعتق معيناً ونسيه (أو) بان لـ (جاهل) فيما إذا أدى أحد مكاتبه وجهل (أن عتيقه أخطأته القرعة، عتق) الذي أخطأته القرعة ؛ لأنه قد تبين (٢) أنه المعتق (٣) ، (وبطل عتق المخرج) في الأصح (٤) ، لتبين أن المعتق غيره (٥) .

ومحل ذلك [٣٦٤/أ] (إذا لم يحكم بالقرعة) ؛ لأنه إذا حكم بالقرعة حاكم، كان في إبطال عتق المخرج نقض لحكم الحاكم بالقرعة (٦) .

(و) إن قال مالك لرقيقين : (أعتقت هذا لابل هذا عتقا) جميعاً .

(وكذا إقرار وارث) يعني أنه لو قال وارث ميت: مورثي أعتق هذا ، لا بل هذا عتق الاثنان (٧) .

(وإن أعتق) مالك رقيقين (٨) (أحدهما بشرط فمات أحدهما) قبل الشرط

(١) المراجع السابقة ، والمغني (٣٩٠/١٤) .

(٢) في (ب) : تبين .

(٣) المبدع (٣١٧/٦) ، الشرح الكبير (٢٨٨/١٢) .

(٤) الوجه الثاني : لا يبطل ، كما لو كانت القرعة بحكم حاكم . فإنها لو كانت بحكم حاكم لم يبطل عتقه قولاً واحداً . وهذا مقتضى قول ابن حامد .

انظر : الإنصاف (٤٢٨/٧) ، الفروع (٦٩/٥) ، المحرر (٤/٢) ، المغني (٤٩١/١٤) .

(٥) المغني (٤٩١/١٤) .

(٦) انظر : الإنصاف (٤٤٨/٧) ، الفروع (٩٩/٥) ، المبدع (٣١٧/٦) .

(٧) انظر : مطالب أولي النهى (٧١٧/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٦٠/٢) .

(٨) في (س) : رقيبتين .

(أو باعه) أي باعه السيد أحدهما (قبله) أي قبل الشرط (عتق الباقي) منهما بوجود الشرط ؛ كما لو قال لهما : إن قدم زيد في هذا الشهر فأحدكما حر ، فمات أحدهما أو باعه السيد قبل قدوم زيد ، ثم قدم زيد في الشهر المعلق العتق على قدومه فيه عتق ؛ لمصادفة وجود الشرط لمن هو محل الوقوع العتق به (١) .

(كقوله) (٢) أي كقول مالك قن (له ولأجنبي) : أحدكما حر ، (أو) قال عن قنه و (بهيمة) (٣) : أحدهما حرفي عتق (قنه) وحده (دون الأجنبي . واختار الموفق أنه يقرع بين الحي والميت وبين الباقي والمبيع ؛ لأنهما محل للعتق وقت قوله (٤) .

والأول المذهب (٥) .

(وكذا طلاق) فيما إذا كان له زوجتان وعلق طلاق إحداهما مبهمة بشرط ثم ماتت إحداهما أو بانت (٦) قبل وجود الشرط ثم وجد والأخرى في عصمته ، فإنها تطلق . وكذا لو قال لها ولأجنبي : إحداكن طالق (٧) .

(١) انظر : المرجعين السابقين .

(٢) في (ب) : قول .

(٣) في (ب) : وبهيمة .

(٤) المغني (٣٨٨/١٤ - ٣٨٩) .

(٥) الإنصاف (٤٣١/٧) ، الشرح الكبير (٢٨٢/١٢ ، ٣٠٤) .

(٦) في (س) : ماتت .

(٧) انظر : المغني (٥١٩/١٠) ، مطالب أولي النهى (٧١٧/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٦٠/٢) .

ولمزيد من الإيضاح ، انظر : المطبوع من هذا الكتاب تحقيق د . عبد الملك الدهيش (٦٥٣/٧) كتاب الطلاق .

[فصل : فيمن أعتق أو دبر في مرض موته جزءاً من رقيقه]

(فصل . ومن أعتق في مرضه) أي مرض موته المخوف (جزءاً من) رقيق (مختص به أو) من رقيق (مشترك) بينه وبين غيره (أو دبره) أي دبر جزءاً من مختص به أو مشترك أو كل ذلك (ومات وثلثه) أي ثلث المخلف عنه (يحتمله) أي يحتمل من أعتق جزءاً منه أو دبر جزءاً منه (كله عتق) كله على الأصح (١) ؛ لأن عتق الميت لجزئه أو تدبيره لجزئه يسري إلى باقيه من ثلث ماله (٢) ؛ لأن ملك المعتق لثلث ماله ملك تام، يملك التصرف فيه بالتبرع (٣) وغيره ، فأشبه عتق الصحيح الموسر (٤) .

(ولشريك في) رقيق (مشترك) بينه وبين المريض (ما يقابل حصته) أي حصة الشريك (من قيمته) أي قيمة المشترك يوم عتقه يعطى له من التركة ؛ لقوله - ﷺ - : ((وأعطى شركاءه حصصهم)) (٥) .

(١) وعنه : لا يعتق إلا ما أعتق أو دبر لا غير .

وعنه : يعتق جميعه في المنجز دون التدبير .

وأطلق في الشرح الروايتين في تكميل العتق بالتدبير ، إذا كان يخرج من الثلث . وقدم عتق الجميع فيما إذا نجز البعض .

الإنصاف (٤٢٨/٧) ، الشرح الكبير (٢٩٠/١٢) ، المغني (٣٩٣/١٤) ، المبدع (٣١٧/٦) ، والممتع شرح المقنع (٤٨٥/٤) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) في (س) : بالشرع .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٨٦) ، كتاب العتق ، باب : إذا أعتق عبداً بين اثنين أمة بين الشركاء عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - .

(فلو مات) العبد الذي أعتق [والسيد] (١) في مرضه جزءاً منه (قبل سيده عتق بقدر ثلثه) (٢) .

قال في الإنصاف : على الصحيح من المذهب .

وقيل : يعتق كله ؛ لأن رد الورثة هنا لا فائدة لهم فيه (٣) انتهى .

(ومن أعتق في مرضه) أي مرض موته المخوف (ستة) من عبيد أو إماء (قيمتهم سواء وثلثه يحتملهم) في الظاهر (ثم ظهر) على معتقهم (دين يستغرقهم) أي (٤) يستغرق الستة التي أعتقهم وما معهم من ماله (بيعوا) كلهم على الأصح (٥) (فيه) أي في الدين ؛ لتبين بطلان عتقهم بظهور الدين ، ويكون عتقهم وصية ، والدين مقدم على الوصية ؛ لقول علي - رضى الله عنه - أن رسول الله - ﷺ - : ((قضى بالدين قبل الوصية)) (٦) .

ولأن الدين يقدم على الميراث بالاتفاق ، ولهذا تباع التركة في قضاء الدين .

وذكر أبو الخطاب رواية في الذي يعتق عبده في مرضه وعليه دين يستغرقه : أنه

= وأخرجه مسلم في صحيحه كتاب الأيمان ، باب صحبة الممالك عن ابن عمر - رضي الله عنهما - .

(١) ساقط من (ب ، س) .

(٢) في (س) زيادة : منه .

(٣) الإنصاف (٤٢٩/٧) .

(٤) في (س) : أو .

(٥) وسيأتي المؤلف بالرواية الثانية المقابلة للأصح وهي رواية عن الإمام ذكرها أبو الخطاب .

انظر : الشرح الكبير (٢٩٠/١٢) ، الإقناع (١٣٨/٣) ، الإنصاف (٤٢٩/٧ - ٤٣٠) ، المبدع (٣١٨/٦) .

(٦) سبق تخريجه س (٢٦٧) .

يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقي (١) ؛ لأن تصرف المريض في ثلثه، كتصرف الصحيح في جميع ماله (٢) .

والأصح الأول (٣) ؛ لأنه تبرع في مرض الموت بما يعتبر خروجه من الثلث فقدم عليه الدين كالهبة. وخفاء الدين لا يمنع ثبوت حكمه ، ولهذا يملك الغريم (٤) استيفائه (٥) .

(وإن استغرق) الدين (بعضهم) أي بعض الستة التي أعتقهم (بيع) منهم (بقدره) أي بقدر ما يستغرقه الدين منهم [٣٦٤/ب] .

ومحل ذلك (ما لم يلتزم وارثه) أي وارث المعتق (بقضائه) أي قضاء الدين (فيهما) أي في صورة ما إذا استغرق الدين جميعهم (٦) . وفي صورة ما إذا

(١) المغني (٣٩٤/١٤) ، الإنصاف (٤٣٠/٧) .

(٢) الشرح الكبير (٢٩٢/١٢) .

(٣) المغني (٣٨٧/١٤) .

وأما بقية الكلام فسيأتي بيان مراجعه وبمعناه من المصنف ابن قدامة - رحمه الله تعالى - .

(٤) في (س) : والقديم ، وهو خطأ .

(٥) المرجع السابق .

وانظر : المبدع (٣١٩/٦) ، المغني (٣٨٧/١٤) .

(٦) فإن التزم وارثه بقضاء الدين ، ففي نفوذ عتقهم وجهان . وأصل الوجهين إذا تصرف الورثة في التركة بيع أو غيره ، وعلى الميت دين ، فقضى الدين هل ينفذ ؟

وجهان : قلت - صاحب الإنصاف - : الصواب نفوذ عتقهم .

الإنصاف (٤٣٠/٧) .

استغرق الدين بعضهم في الأصح (١) ؛ لأن المانع من نفوذ العتق، إنما هو الدين، فإذا سقط بقضاء الوارث، وجب نفوذ العتق، كما لو أسقط الورثة حقهم من [ثلثي] (٢) التركة بعد العتق الصادر من المريض فيما لا يملك غيره (٣) .

(وإن) لم يظهر عليه دين ولم (يُعلم له مال غيرهم) أي غير الستة الذين (٤) أعتقهم ولم تُجزِ الورثة العتق في جميعهم (عتق ثلثهم) فقط ، (فإن ظهر له) أي للميت (مال) بعد ذلك (يخرجون) أي الستة الذين أعتقهم الميت (من ثلثه) أي ثلث مال الميت (عتق من أرق) منهم من حين عتق الميت [لهم] (٥) ؛ لأن تصرف المريض في ثلثه نافذ ، وقد بان أنهم ثلث ماله وخفاء ما ظهر من المال علينا، لا يمنع كون العتق موجوداً من حينه ويكون ما كسبه بعد عتقهم لهم . وإن كان قد تصرف فيهم ببيع أو نحوه كان باطلاً (٦) .

(وإلا) أي وإن لم يظهر له شيء من المال غيرهم (جزأناهم ثلاثة) أي ثلاثة أجزاء (كل اثنين جزءاً وأقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق) فمن خرج له سهم الحرية (من الأجزاء الثلاثة) (عتق ورق الباقيون) .

(١) قال في الإنصاف : لو ظهر عليه دين يستغرق بعضهم : احتمل بطلان عتق الكل واحتمل أن يبطل بقدر الدين ، وأطلقهما في المغني والشرح والرعاية الكبرى .

انظر : الإنصاف (٤٣٠/٧) ، المغني (٤٨٧/١٤) ، الشرح الكبير (٢٩٢/١٢) ، المبدع (٣١٩/٦) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) انظر : المراجع السابقة ، وانظر : المقنع شرح مختصر الخرقى للبنا (١٣٣٣/٤) .

(٤) في (ف) : التي .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٦) الشرح الكبير (٢٩٣/١٢) ، المبدع (٣٢٠/٦) .

وبهذا (١) قال عمر بن عبد العزيز ، وأبان (٢) بن عثمان (٣) ، ومالك (٤) ،
والشافعي (٥) ، وإسحاق ، وداود ابن جرير (٦) .

وقال أبو حنيفة : يعتق من كل واحد ثلثه ، ويستسعى في باقيه (٧) .

وروي نحو هذا عن سعيد بن المسيب ، وشريح ، والشعبي ، والنخعي ،
وقتادة ، وحماد (٨) ؛ لأنهم تساووا في سبب الاستحقاق فيتساوون في الاستحقاق
كما لو كان يملك ثلثهم وحده وهو ثلث ماله ، كما لو وصى بكل واحد لرجل .

وأنكر أصحاب أبو حنيفة القرعة قالوا : هي [من] (٩) القمار (١٠) وحكم

(١) من هذه الكلمة النقل من المغني (٣٧٩/١٤) ، والشرح الكبير (٢٩٥/١٢) .

(٢) هو : أبان بن عثمان بن عفان ، أبو سعيد الأموي القرشي ، ويقال : أبو عبد الله ، تابعي من رواة
الحديث الثقات ، ومن فقهاء المدينة أهل الفتوى ، مولده ووفاته بالمدينة وكانت وفاته سنة (١٠٥ هـ)

انظر : تهذيب التهذيب (٩٧/١) ، طبقات ابن سعد (١٥١/٢) ، العبر (١٢٩/١) ، الأعلام
(٢٧/١) .

(٣) المغني (٣٧٩/١٤) ، الحاوي الكبير للماوردي (٣٨/١٨) ، والمحلى (٤٠٧/٨) .

(٤) التمهيد (٤٢٢/٢٣) ، الاستذكار (١٣٩/٢٣) .

(٥) الحاوي للماوردي (٣٨/١٨) ، الوسيط (٤٧٣/٧) .

(٦) المغني (٣٧٩/١٤) ، التمهيد (٣٢١/٢٣) .

(٧) مختصر اختلاف العلماء (١٨٧/٣) ، بدائع الصنائع (٨٦/٤) ، تبين الحقائق (١٩٨/٦) .

(٨) المغني (٣٧٩/١٤) ، مختصر اختلاف العلماء (١٨٧/٣) ، المحلى (٤٠٧/٨) .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(١٠) القمار : اللعب على مال يأخذه الغالب من المغلوب .

انظر : المطلع ص (٢٥٦) .

الجاهلية (١) .

ولعلهم يردون الخبر في هذه المسألة لمخالفته قياس الأصول (٢) . وذكر

(١) لم أقف على هذا في كتب الحنفية التي بين يدي .

انظر : المبسوط (٧١/٢٩) ، بدائع الصنائع (٨٦/٤) ، شرح معاني الآثار (٣٨٢/٤) ، ومشكل الآثار (٣١٩/١) ، مختصر اختلاف العلماء (١٨٧/٣) ، تبين الحقائق (١٩٦/٦) ، البحر الرائق (٤٢٨/٨) ، مجمع الأنهر (٥٢٩/١) ، نتائج الأفكار (٤٦٣/١٠) ، إعلاء السنن (٣١٠/١٨) ، اللباب (٢٩٥/٢) .

وكانوا يستعرضون المسألة في باب الاعتاق في مرض الموت . وقد أطال علماء الحنفية - رحمهم الله تعالى - في لزوم الاستسعاء .

قال في إعلاء السنن : والقرعة مختلف فيها ، فعند أهل الحجاز والشافعي يجوز استعمالها ، وعند أبي حنيفة وأصحابه هي منسوخة . وقد أطال التهانوي في الإجابة عن الأحاديث .

انظر ذلك (٣١١/١٨) .

وقد ذكر ابن عبد البر - رحمه الله تعالى - في التمهيد نقلاً مثل هذا فقال : ورأوا القرعة في ذلك - أي الحديث - من القمار الخطر .

التمهيد (٤٢٥/٢٣) .

(٢) أجاب الحنفية عن الحديث بأن هذه الواقعة جزئية محتملة للاختصاص به - ﷺ - فيحمل على الاختصاص ، ولا يجعل أصلاً كلياً ؛ لأنه يلزم منه أن يزيد الوصية على الثلث إذا كانت قيمة الاثنين عشرة آلاف ، وقيمة الأربعة مائة أو أقل أو أكثر وهو مخالف لقوله - ﷺ - : ((الثلث ، والثلث كثير)) أخرجه البخاري في كتاب الوصايا ، باب الوصية بالثلث وفي كتب أخرى في البخاري .

وفي مسلم كتاب الوصية ، باب الوصية بالثلث .

فلا يترك قوله العام بفعله المحتمل للخصوص ، بل يحمل فعله على الخصوص ، وقوله على العموم جمعاً بين الأدلة ، ولا دليل على أنه فعل ما فعل على وجه العموم لا الخصوص ، حتى يخصص عموم قوله بعموم فعله .

إعلاء السنن (٣١٠/١٨) .

وقال ابن عبد البر : في قول الكوفيين في هذا الباب ضروب من الخطأ والاضطراب مع خلاف السنة =

الحديث لحماذ فقال هذا قول الشيخ يعني إبليس ، فقال له محمد بن ذكوان (١) :
رفع القلم عن ثلاثة ، أحدهم المجنون حتى يفيق ، يعني أنك مجنون ، فقال له حماد :
ما دعاك إلى هذا ؟ فقال له محمد : وأنت وما دعاك إلى هذا ؟ [وهذا قليل] (٢)
في جواب حماد وكان حرياً أن يستتاب عن هذا ، فإن تاب وإلا ضربت عنقه (٣) .

ولنا ما روى عمران بن حصين : ((أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة مملوكين في
مرضه لا مال (٤) له غيرهم فجزأهم رسول الله - ﷺ - [ستة أجزاء] (٥) فأعتق
اثنين وأرق أربعة)) (٦) .

= في ذلك . وقد رد عليهم جماعة من المالكيين والشافعيين وغيرهم . وحكمهم بالسعاية فيه ظلم ؛
لأنهم أحالوا على سعاية لا يدري ما يحصل منها ؟ وظلم للورثة ؛ إذ أجازوا عليهم في الثلث عتق الجميع
بما لا يدري أيضاً أيحصل أم لا ؟ وظلم للعبيد ؛ لأنهم ألزموا مالاً من غير جناية .
التمهيد (٢٣ / ٤٢٥) .

(١) هو : محمد بن ذكوان البصري ، الأزدي ، الجهضمي ، مولا هم خال ولد حماد بن زيد ، ضعيف من
السابعة .

انظر : تقريب التهذيب (١٦٠ / ٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) هذه الحكاية مما يستبعد وقوعه ، وإن ثبت فهي من النوادر ، وكان الأمل بمشاينتنا - رحمهم الله
تعالى - ألا يودعوا في كتبهم ما يبعث على التعصيب المذهبي الذي يوغر الصدور ، فلا نشك في أن
مرجع جميع الأئمة كتاب الله وسنة رسول الله - ﷺ - وما أرادوا إلا الإصلاح ما استطاعوا ، وما
التوفيق إلا بالله - عز وجل - .

(٤) في (س) : المال .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٦) رواه الجماعة إلا البخاري .

رواه مسلم من طريق أبي قلابة عن أبي المهلب ، عن عمران ، ورواه أيضاً من طريق ابن سيرين عن
عمران في كتاب الأيمان ، باب من أعتق شركاً له في عبد .

وهذا نص في محل النزاع ، وحجة لنا في الأمرين المختلف فيهما، وهو جمع الحرية واستعمال القرعة، وهو حديث صحيح، رواه مسلم ، وأبو داود، وسائر أصحاب السنن [ورواه عن] (١) عمران : الحسن ، وابن سيرين، وأبو المهلب، (٢) ثلاثة

= وأبو داود في كتاب العتق ، باب فيمن أعتق عبيداً له لم يبلغهم الثلث (٣٩٥٨) (٣٩٥٩) (٣٩٦٠) .

والترمذي في كتاب الأحكام ، باب ما جاء فيمن يعتق ممالিকে عند موته وليس له مال غيرهم (١٣٦٤) .

والنسائي في الجنائز ، باب من يحيف في وصيته (١٩٥٨) .

وابن ماجه في كتاب الأحكام ، باب القضاء بالقرعة (٢٣٤٥) .

وفي المسند (١٩٧٥٢) (١٩٧١٢) .

وانظر : تحفة الأشراف رقم (١٠٨٨٠) .

ورواه الطيالسي (١٤٣٤) .

وابن منصور (١٤٥/٣) برقم (٤٠٨) .

والطحاوي في المشكل (٣١٨/١) .

وفي الشرح (٣٨١/٤) .

والطبراني في الكبير (١٤٢/١٨) .

والدارقطني (٢٣٤/٣) .

والبيهقي (٢٦٥/٦) من طرق عن أبي قلابة عن أبي المهلب ، عن عمران ، وعن الحسن عن عمران ، وعن عطاء عن ابن المسيب ، وعن ابن سيرين عن عمران .

ورواه مالك (١٣٦/٢) عن يحيى ابن سعيد وغير واحد .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب ، س) .

(٢) هو : أبو المهلب الجرمي البصري ، عم أبي قلابة ، اسمه عمرو ، أو عبد الرحمن بن معاوية ، أو ابن عمرو ، وقيل : النضر ، وقيل : معاوية ، ثقة ، من الثانية .

أئمة (١) .

ورواه الإمام أحمد عن إسحاق بن عيسى، (٢) عن هشيم، (٣) عن خالد الحذاء، (٤) عن أبي قلابه، (٥) عن أبي زيد الأنصاري، (٦) رجل من أصحاب النبي ﷺ - (٧) .

= تقريب التهذيب (٤٧٨/٢) .

(١) انظر : التخريج السابق .

(٢) لعله : إسحاق بن عيسى القشيري ، أبو هاشم ، أو أبو هشام البصري ، ابن بنت داود بن أبي هند ، صدوق يخطئ ، من التاسعة .

انظر : تقريب التهذيب (٦٠/١) .

(٣) هو : هشيم - بالتصغير - بن بشير - بوزن عظيم - ابن القاسم بن دينار السلمي ، أبو معاوية بن أبي خازم الواسطي ، ثقة ثبت كثير التدليس والإرسال الخفي من السابعة ، مات (٨٣ هـ) .

انظر : تقريب التهذيب (٣٢٠/٢) .

(٤) هو : خالد بن مهران ، أبو المنازل ، البصري ، الحذاء ، قيل له ذلك ؛ لأنه كان يجلس عندهم ، أو لأنه قال : أخذ على هذا النحو . وهو ثقة يرسل من الخامسة . تغير حفظه لما قدم من الشام ، وعاب عليه بعضهم دخوله في عمل السلطان .

انظر : تقريب التهذيب (٢١٩/١) .

(٥) هو : عبد الله بن زيد بن عمرو ، أو عامر الجرمي ، أبو قلابه البصري ، ثقة فاضل ، كثير الإرسال ، من الثالثة ، مات بالشام هارباً من القضاء سنة (١٠٤ هـ) .

انظر : تقريب التهذيب (٤١٧/١) ، تهذيب التهذيب (٢٢٥/٥) ، تذكرة الحفاظ (٩٤/١) ، الأعلام (٢١٩/٤) .

(٦) لعله : عمرو بن أخطب بن رفاعه بن محمود بن يسير بن عبد الله الأنصاري الخزرجي ، أبو زيد مشهور بكنيته ، صحابي جليل ، نزل البصرة .

انظر : تقريب التهذيب (٦٥/٢) ، الإصابة (١٤٩/١١) .

(٧) التخريج السابق قد أتى عليهم .

وروي نحوه عن أبي هريرة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عن النبي - ﷺ - (١) .

ولأن العتق حق في تفريقه ضرره فوجب جمعه بالقرعة كقسمة الإجماع إذا طلبها أحد الشركاء ، ونظيره من القسمة ما لو كانت دار بين اثنين لأحدهما ثلثها ، وللآخر ثلثها ، وفيها ثلاث مساكن متساوية لا ضرر في قسمتها، فطلب أحدهما القسمة ، فإنه يجعل كل بيت سهماً، ويقرع بينهما بثلاثة أسهم لصاحب الثلث سهم ، وللآخر سهمان .

وقولهم : أن الخبر يخالف قياس الأصول، يمنع ذلك [٣٦٥ / أ]، بل هو موافق لما ذكرناه (٢) .

وقياسهم فاسد ؛ لأنه إذا كان ملكه ثلثهم وحده لم يكن جمع نصيبه . والوصية لا ضرر في تفريقها بخلاف مسألتنا .

وإن سلمنا مخالفته قياس الأصول فقول رسول الله - ﷺ - واجب الاتباع، سواء وافق القياس أو خالفه ؛ لأنه قول المعصوم الذي جعل الله - سبحانه وتعالى - قوله حجة على الخلق أجمعين ، وأمر باتباعه وطاعته ، وحذر بالعقاب من مخالفة

(١) التخريج السابق قد أتى عليهم .

(٢) قال ابن عبد البر : وإنما حمل الكوفيين على ذلك أصلهم في أخبار الآحاد ؛ لأنهم لا يقبلون منها ما عارضه شيء من معاني السنن المجتمعة عليها .

وقالوا : من السنة المتفق عليها فيمن بتل عتق عبده في مرضه - وله مال يحملهم ثلثه أنهم يعتقون كلهم ، والقياس على هذا - إذا لم يكن له مال غيرهم - أن يعتق من كل واحد ثلث ، فليس منهم أحد أولى من صاحبه .

التمهيد (٢٣ / ٤٢٤) .

قال في القاموس المحيط : وبتل : أي عزم على عتقهم عزيمة لا ترد .

ص (١٢٤٦) .

أمره ، وجعل الفوز في طاعته ، والضلال في معصيته . وتطرق الخطأ إلى القياس في قياسه أغلب من طرق الخطأ إلى أصحاب رسول الله - ﷺ - والأئمة بعدهم في روايتهم (١) .

على أنهم قد خالفوا قياس الأصول بأحاديث ضعيفة ، فأوجبوا الوضوء بالنبيذ في السفر دون الحضر (٢) ، ونقضوا الوضوء بالقهقهة في الصلاة دون خارجها (٣) .

وقولهم : في مسألتنا يعتقون بالثلث ويستسعون العبيد في الثلثين فلا يحصل للورثة شيء في الحال ويحيلونهم على السعاية فربما لا يحصل منها شيء أصلاً وربما لا يحصل منها في الشهر إلا اليسير كالدرهم والدرهمين فيكون هذا كمن لم يحصل له شيء .

وفيه ضرر على العبيد ؛ لأنهم يجبرون على التكسب (٤) والسعاية (٥) من غير اختيارهم ، وربما كانوا إماء فيحملهن (٦) ذلك على البغاء ، أو عبيداً فيسرقون (٧) أو يقطعون الطريق . وفيه ضرر على الميت حيث أفضوا (٨) لوصيته إلى الظلم والإضرار وتحقيق ما يوجب له العقاب من ربه والدعاء عليه من عبيده وورثته .

(١) في (س) : روايتهم .

(٢) مجمع الأنهر (٣٦/١) ، تحفة الفقهاء (٦٨/٢) .

(٣) الاختيار (١١/١) ، مجمع الأنهر (٢٠/١) ، تحفة الفقهاء (٢٥/٢) .

(٤) في (س) : الكسب .

(٥) في (س) : السكاية .

(٦) في (ب ، س) : فيحملن .

(٧) في (ف) : فيسرقون .

(٨) في (س) : أفضوا .

وأما إنكارهم القرعة فقد جاءت في الكتاب والسنة. قال الله - سبحانه وتعالى - : ﴿ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ ﴾ (١) ، وقال سبحانه وتعالى : ﴿ فَسَاهِمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ ﴾ (٢) .

وأما السنة فقال أحمد : في القرعة خمس سنن :

أقرع بين نسائه (٣) ، وأقرع في ستة مملوكين (٤) ، وقال لرجلين : ((استهما)) (٥) وقال : ((مثل القائم بحدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة)) (٦) .

(١) سورة آل عمران ، آية رقم (٤٤) .

وتكملتها : ﴿ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ ﴾ .

(٢) سورة الصافات ، آية رقم (١٤١) .

(٣) أخرجه البخاري في كتاب الهبة ، باب هبة المرأة لغير زوجها ، وكتاب الشهادات ، باب تعديل النساء بعضهن بعضاً ، وكتاب الجهاد ، باب حمل الرجل امرأته في الغزو دون بعض نسائه ، وكتاب المغازي ، باب حديث الإفك ، وكتاب النكاح ، باب القرعة بين النساء إذا أراد سفرأ .

ومسلم كتاب فضائل الصحابة ، باب فضل عائشة - رضي الله عنها - ، كتاب التوبة ، باب في حديث الإفك وقبول توبة القاذف .

(٤) سبق تخريجه قريباً .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٣٦١٦) كتاب الأقضية ، باب الرجلين يدعيان شيئاً وليست لهما بينة .

وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (٢٦٥٠٥ ، ٢٦٥٩٦) .

وقال محققه : إسناده صحيح ، وهو عن النعمان بن بشير - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - .

(٦) رواه البخاري في كتاب الشركة ، باب : هل يقرع في القسمة والاستهام فيه ، وكتاب الشهادات ، باب القرعة في المشكلات .

والمسند (١٨٢٧٧) .

وقال : ((لو يعلم الناس ما في النداء والصف الأول لاستهموا عليه)) (١) ، وفيه حديث ابن الزبير : ((أن صفية جاءت بثوبين ليكفن فيها حمزة ، فوجدنا إلى جنبه قتيلاً ، فقلنا : لحمزة ثوب ، وللأنصاري ثوب ، فوجدنا أحد الثوبين أوسع من الآخر ، فأقرعنا عليهما ، ثم كفنا كل واحد في الثوب الذي صار له)) (٢) .

وتشاح الناس يوم القادسية في الأذان ، فأقرع بينهم سعد (٣) .

وأجمع العلماء على استعمالها في القسم ، ولا نعلم بينهم خلافاً في أن الرجل يقرع بين نسائه إذا أراد السفر بإحداهن ، وإذا أراد البدأة بإحداهن بالقسم بينهن ، وبين الأولياء إذا تشاحوا فيمن يتولى الترويج ، أو من يتولى استيفاء القصاص ونحو ذلك (٤) .

= والترمذي في جامعه ، كتاب الفتن ، باب منه ، وقال : حديث حسن صحيح .

(١) الحديث عن أبي هريرة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ، أخرجه البخاري كتاب الأذان ، باب الاستهام في الأذان ، وباب فضل التهجير إلى الظهر ، وكتاب الشهادات ، باب القرعة في المشكلات .

وأخرجه مسلم في كتاب الصلاة ، باب تسوية الصفوف وإقامتها .

(٢) أخرجه الإمام أحمد (١٤١٨) وقال الشيخ أحمد شاكر : إسناده صحيح .

(٣) ذكر البخاري بقوله : باب الاستهام في الأذان ، ويذكر أن أقواماً اختلفوا في الأذان فأقرع بينهم سعد .

قال الحافظ : سعيد بن منصور ، والبيهقي من طريق أبي عبيد ، عن هشيم عن عبد الله بن شبرمة ، وهذا منقطع ، وقد وصله الطبري في التاريخ (٥٦٦/٣) عن ابن شبرمة ، عن شقيق أبي وائل ، فذكره ، وهو عند البيهقي في السنن الكبرى (٤٢٨/١) من طريق أبي عبيد به .

والقادسية وقعة مشهورة سنة (١٥ هـ) بالعراق مع الفرس ، وقائدها سعد بن أبي وقاص - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - .

انظر : فتح الباري (١١٤/٢) .

وقد ذكر ابن كثير في البداية والنهاية أنها في سنة (١٤ هـ) . (٤٤/٧) .

(٤) المغني (٣٧٩/١٤ - ٣٨٣) ، الشرح الكبير (٢٩٥/١٢) .

(وإن كانوا) أي الذي أعتقهم في مرضه (ثمانية) أي ثمانية أعبد (فإن شاء أقرع بينهم بسهمي حرية ، وخمسة رق ، وسهم لمن ثلثاه حر) ؛ لأن الغرض خروج الثلث بالقرعة كيف اتفق ^(١) ، (وإن شاء جزأهم أربعة) أي أربعة أجزاء (وأقرع) بينهم (بسهم حرية وثلاثة رق ثم أعادها) أي أعاد القرعة (لإخراج من ثلثاه حر) ليظهر الفريق المعتق ^(٢) من غيره ^(٣) (وكيف أقرع جاز) .

قال أحمد ^(٤) : بأي شيء خرجت القرعة [مما] ^(٥) يتفقان عليه، وقع الحكم به، سواء كان رقاعاً ^(٦) أو خواتيم .

وقال أصحابنا المتأخرون ^(٧) : الأولى أن يقطع رقاعاً صغاراً مستوية، ^(٨) ثم يجعل في بنادق شمع أو غيره متساوية القدر والوزن، ثم تلقى ^(٩) في حجر [٣٦٥/ب] رجل لم يحضر ويغطي عليها بثوب ثم يقال له : أدخل يدك وأخرج بندقة فيفضها ^(١٠) ويعلم ما فيها .

(١) المبدع (٣٢٢/٦) .

(٢) في (ف) : المعلق .

(٣) المرجع السابق .

(٤) النقل من هنا من : المغني (٣٨٣/١٤) ، الشرح الكبير (٢٩٩/١٢) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٦) في (س) : رقاً .

(٧) سيأتي في آخر هذه الدراسة الكلام عن الأصحاب المتقدمين والمتأخرين معزراً بالتاريخ .

(٨) في (ف) : مستوية .

(٩) في (س) : تعطى .

(١٠) في (س) : فينققها .

وفي كيفية القرعة بالعتق ست مسائل :

إحداها : ان يعتق عدداً من الرقيق له ثلث صحيح ، كثلاثة أو ستة أو تسعة أو اثني عشر وقيمتهم سواء ولا مال له غيرهم ، فيجزون ثلاثة أجزاء : جزءاً للحرية وجزئين للرق ، ويكتب ثلاثة رقاع في واحدة حرية ، وفي اثنين رق وتترك (١) في ثلاثة بنادق وتغطي بثوب ويقال لرجل لم يحضر : أخرج على اسم هذا الجزء ، فإن خرجت رقعة الحرية ، عتق ورق الجزآن الآخران ، وإن خرجت رقعة الرق ، رق وأخرجت أخرى على جزء آخر ، فإن خرجت رقعة الحرية ، عتق ورق الجزء الثالث ، وإن خرجت رقعة الرق ، رق وعتق الجزء ؛ لأن الحرية تعينت (٢) فيهم .

وإن شئت كتبت اسم كل جزء في رقعة ، ثم أخرجت رقعة على الحرية فيعتق المسمون فيها ، ويرق الباقيون .

وإن أخرجت على الرق ، رق المسمون فيها ، ثم تخرج أخرى على الرق ، فيرق المسمون فيها ويعتق الجزء الثالث ، وإن أخرجت الثانية على الحرية ، عتق المسمون فيها ورق الثالث .

المسألة الثانية : أن تمكن (٣) قسمتهم أثلاثاً وقيمتهم مختلفة يمكن تعديلها (٤) بالقيمة ، كسنة قيمة اثنين منهم ثلاثة آلاف ، [ثلاثة آلاف] ، (٥) وقيمة اثنين ألفان ألفان ، وقيمة اثنين ألف ألف [فتجعل للاثنين الأوسطين جزءاً وتجعل

(١) في (س) : وتنزل .

(٢) في (ب) : تعتق .

(٣) في (س) : تكن .

(٤) في المغني : تعديلهم .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

اثنين قيمة أحدهما ثلاثة آلاف مع آخر قيمته ألف جزءاً ، [والآخرون جزءاً] (١) ،
فيكون ثلاثة] (٢) أجزاء متساوية في العدد ، والقيمة على ما قدمناه في المسألة
الأولى .

قيل لأحمد : لم يستووا في القيمة قال : يقومون بالثمن .

المسألة الثالثة : أن يتساووا في العدد ويختلفوا في القيمة ولا يمكن الجمع بين
تعديلهم بالعدد والقيمة (٣) معاً ولكن يمكن تعديلهم بكل واحد منهم منفرداً ؛ كسنة
أعبد ، قيمة أحدهم ألف ، وقيمة اثنين ألف ، وقيمة ثلاثة ألف ، فإنهم يعدلون بالقيمة
دون العدد ، نص عليه أحمد فقال : إذا كانت قيمة واحد مثل اثنين قوم لأنه لا يجوز
أن يقع العتق حتى يكمل الثلث ، فيجعل الذي قيمته [واحد مثل اثنين قوم ؛ لأنه لا
يجوز أن يقع العتق حتى يكمل الثلث فيجعل الذي قيمته] (٤) ألف ، جزءاً والاثنين
اللذين قيمتهما ألف ، جزءاً ، والثلاثة الباقين جزءاً ، ثم يقرع بينهم كما ذكرنا .

المسألة الرابعة : أن يمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد ، كسبعة قيمة واحد
ألف ، وقيمة اثنين ألف ، وقيمة أربعة ألف ، فيعدلون بالقيمة دون العدد .

المسألة الخامسة : أن يمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة ، كسنة قيمة اثنين
ألف ، وقيمة اثنين سبعمائة ، وقيمة اثنين خمسمائة ، فتجزئهم بالعدد ؛ لتعذر تجزئهم
بالقيمة ، فتجعل كل اثنين جزءاً ، وتضم كل واحد ممن قيمته قليلة إلى واحد ممن
قيمته كثيرة ، وتجعل المتوسطين جزءاً وتقرع بينهم ، فإن وقعت رقعة الحرية على

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) في (س) : والقيمة .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

من قيمته أكثر من الثلث، أعيدت القرعة بينهما، فيعتق من تقع له رقعة الحرية، ويعتق من الآخر تنمة الثلث، ويرق باقيه والباقون ، وإن وقعت الحرية على من أقل من الثمن عتقاً جميعاً، ثم يكمل الثلث من الباقي بالقرعة .

المسألة السادسة : أن لا يمكن تعديلهم بالعدد ولا بالقيمة كخمس قيمة أحدهم ألف ، واثنان ألف ، واثنان ثلاثة آلاف ، فيحتمل أن تجزئهم ثلاثة أجزاء والباقيين جزءاً ، ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق ؛ لأن هذا أقرب إلى [٣٦٦/أ] ما فعله النبي - ﷺ - ، ويعدل الثلث بالقيمة على ما تقدم .

ويحتمل أن لا تجزأهم، بل تخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفى الثلث فتكتب خمس رقاع بأسمائهم ، ثم تخرج [رقعة] ^(١) على الحرية فمن خرج اسمه فيها عتق ، ثم تخرج الثانية، فمن خرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث ^(٢) .

(وإن أعتق عبيدين قيمة أحدهما مائتان و) قيمة (الآخر ثلثمائة جمعت الخمسمائة فجعلتها الثلث) ^(٣) ؛ لئلا يكون فيها كسر فتعسر النسبة إليه ^(٤) (ثم أقرعت) بينهما ليطمئن المعتق ^(٥) منهما، (فإن وقعت) القرعة (على الذي قيمته مائتان ضربتها في ثلاثة) كما يعمل في مجموع القيمة (تكن ستمائة ثم نسبت

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٢) انظر : المغني (٣٨٣/١٤) وما بعدها ، الشرح الكبير (٢٩٥/١٢) وما بعدها .

(٣) هذا إذا لم يجز الورثة عتقهما ، عتق ثلثهما ، وكمل الثلث في أحدهما ، فتجمع قيمتهما ، فتكون خمسمائة .

انظر : المبدع (٣٢٢/٦) .

(٤) انظر : الممتع شرح المقنع (٤٨٨/٤) ، الشرح الكبير (٣٠٤/١٢) ، مطالب أولي النهى (٧٢٠/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٦١/٢) ، كشف القناع (٥٣١/٤) .

(٥) في (س) : العتق .

منه) أي من المضروب (الخمسمائة) ؛ لأنها الثلث تقديراً ^(١) (فيعتق خمسة أسداسه) ؛ لأن الخمسمائة خمسة أسداس الستمائة ، (وإن وقعت) القرعة (على) العبد (الآخر) عتق ([منه] ^(٢) (خمسة أتساعه) ، لأنك إذا ضربت قيمته وهي ثلاثمائة في ثلاثة كانت تسعمائة ، فإذا نسبت منها الخمسمائة ، كانت خمسة أتساعها ^(٣) .

(وكل ما يأتي) من المسائل من هذا الباب (فسيبيله) أي فطريقه (أن يضرب في ثلاثة ليخرج بلا كسر) أي صحيحاً .

(وإن أعتق) المريض (مبهماً) أي عبداً غير معين (من) أعبد (ثلاثة) لا يملك غيرها (فمات أحدهم) أي أحد الثلاثة (في حياته) أي حياة السيد (أقرع بينه) أي بين الميت (وبين الحيين) في الأصح ^(٤) ؛ لأن الحرية إنما تنفذ في الثلث ، أشبه ما لو أعتقت ^(٥) واحداً منهم معيناً ^(٦) (فإن وقعت) القرعة (عليه) أي

(١) انظر : المراجع السابقة ، والمبدع (٣٢٣/٦) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) الشرح الكبير (٣٠٤/١٢) ، المبدع (٣٢٣/٦) .

(٤) هذا قول أبي بكر حكاه عن الإمام أحمد ، وهو المذهب .

والوجه الآخر وقاله المصنف : والأولى أن يقرع بين الحيين ، ويسقط حكم الميت ، جزم به في الوجيز كعتقه أحد عبديه غير معين ، فمات أحدهما ، فإنه يتعين العتق في الثاني ، ذكره القاضي وغيره .

وقيل : يقرع بين الحيين في هذه المسألة دون التي قبلها . ذكره في الرعاية الكبرى .

الإنصاف (٤٣١/٧) .

وانظر : الشرح الكبير (٣٠٤/١٢) ، المبدع (٣٢٣/٦) .

(٥) في (س) : أعتق .

(٦) انظر : الشرح الكبير والمبدع .

على الميت (رقاً) أي تبين رق الحيين ؛ لأن الحرية إنما تقع على المعتق (١) .

(و) إن وقعت القرعة (على أحدهما) أي على أحد الحيين (عتق إذا خرج من الثلث) ولم يشترط فيما إذا وقعت القرعة على الميت خروجه من الثلث ؛ لأن قيمة الميت إن كانت وفق الثلث فلا إشكال ، وإن كانت أكثر ، فالزائد على الثلث [هلك] (٢) على ملك الميت ، وإن كانت أقل فلا يعتق من الآخر شيء ؛ لأنه لم يُعتق إلا واحداً (٣) .

وأما إذا وقعت على [أحد] (٤) الحيين ، فلا بد من اعتبار القيمة ؛ لأن العبرة بالثلث عند الموت ، والعبد الميت هلك قبله من أصل المال (٥) .

(وإن أعتق) المريض عبيده (٦) (الثلاثة) التي لا يملك غيرهم (في مرضه فمات أحدهم في حياته ، أو وصى بعتقهم) أي بعتق الثلاثة التي لا يملك غيرهم (فمات أحدهم بعده) أي بعد موت الموصي (وقبل عتقهم ، أو دبرهم) أي دبر الثلاثة (أو) دبر (بعضهم ووصى بعتق الباقي) ولم تجز الورثة ذلك (فمات أحدهم ، أقرع بينهم) أي بين الميت (وبين الحيين) في الأصح (٧) ؛ لأن الحرية

(١) انظر : الشرح الكبير كما سبق .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) الممتع (٤٨٩/٤) ، وانظر : مطالب أولي النهى (٧٢١/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٦٢/٢) ، كشاف القناع (٥٣١/٤) ، والمبدع كما سبق .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٥) الممتع (٤٨٩/٤) .

(٦) في (ف) : بنيه .

(٧) وقيل : إن أعتقهم ، أو دبرهم ، أو أوصى بعتقهم ، أو دبر بعضهم وأوصى بعتق الباقي فمات أحدهم أقرعنا بينهم ، فإن خرجت القرعة على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين العتق ، وإن خرجت =

إنما تنفذ في الثلث ، فأشبهه ما لو أعتق واحداً منهم مبهماً إلا إن الميت هنا لو كانت قيمته أقل من الثلث ووقعت القرعة عليه عتق من أحد الآخرين تكملة الثلث بالإقراع بينهما (١) . والله سبحانه وتعالى أعلم .

= لحي .

فإن كان الموت في حياة السيد ، أو بعدها قبل قبض الورثة : لم يحسب من التركة غير الحيين . فيكمل ثلثهما ممن قرع ، أو يقوم به يوم العتق .

وقيل : يحسب الميت من التركة ، ويقرعه من قرع إن خرج حياً من الثلث وإلا عتق منه بقدره .

وإن كان الموت بعد قبض الورثة حسب من التركة .

وبدون الموت يعتق ثلثهم بالقرعة ، إن لم يجز الورثة ما زاد عليه . ذكر ذلك في الرعاية الكبرى . الإنصاف (٤٣١/٧) .

وانظر الأصح في : الشرح الكبير (٣٠٤/١٢) ، المبدع (٣٢٣/٦) ، الممتع (٤٩٠/٤) .

(١) انظر : الشرح الكبير والمبدع كما تقدم ، وانظر : مطالب أولي النهى (٧٢١/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٦٢/٢) .

[باب : التدبير]

(باب) يذكر فيه مسائل من أحكام التدبير (١) .

وسمي تدبيراً ؛ لأن الميت (٢) دُبِرَ الحياة ، يقال : دابر الرجل يدابر مدابرة إذا مات ، فسمي العتق (٣) بعد الموت تدبيراً (٤) .

وقال ابن عقيل : هو مشتق من إدباره من الدنيا ، ولا تستعمل في شيء بعد الموت من وصية ووقف وغيرهما ، فهو لفظ يختص به العتق بعد الموت (٥) .

ثم (التدبير) شرعاً : (تعليق العتق بالموت) (٦) أي موت المعلق (٧) (فلا

(١) التدبير : مصدر ، يقال : « دبر العبد والأمة تدبيراً إذا علق عتقه بموته ؛ لأنه يعتق بعدما يدبر سيده .

والممات دبر الحياة . ويقال : أعتقه عن دبر ، أي بعد الموت . ولفظ « التدبير » لا يستعمل في كل شيء يحصل بعد الموت كالوصية أو وقف وغيرهما ، بل هو لفظ يختص به العتق بعد الموت .

انظر : مختار الصحاح ص (١٩٧ ، ١٩٨) ، المصباح المنير (٢٨٩/١) ، التعريفات ص (٨١) ، المطالع ص (٣١٥) ، أنيس الفقهاء ص (١٦٩) ، معجم لغة الفقهاء ص (١٢٦) ، القاموس المحيط ص (٤٩٩) .

(٢) في جميع النسخ : الميت . ولعلها الموت ؛ لأن الموت دبر الحياة ، والله أعلم .

وفي المغني : والوفاة دبر الحياة . المغني (٤١٢/١٤) .

(٣) في (س) : العتيق .

(٤) انظر : المغني (٤١٢/١٤) ، المبدع (٣٢٥/٦) ، الممتع (٤٩١/٤) .

(٥) المبدع (٣٢٥/٦) .

(٦) عرف المصنف ابن قدامة التدبير بهذا التعريف . وقال المرداوي في الإنصاف : هكذا قال الأصحاب .

المغني (٤١٢/١٤) ، الإنصاف (٤٣٢/٧) .

(٧) أي الرقيق : المدبر .

تصح وصية به (أي بالتدبير (١) .

والأصل فيه السنة والإجماع (٢) .

أما السنة : فما روى جابر : ((أن رجلاً أعتق مملوكاً له عن دبر [٣٦٦/ب]
فاحتاج فقال رسول الله - ﷺ - : من يشتريه مني ؟ فباعه من نعيم بن عبد الله (٣)
بثمانمائة درهم فدفعتها إليه ، وقال : أنت أحوج منه)) متفق عليه (٤) .

وقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن من دبر عبده
أو أمته ولم يرجع عن ذلك حتى [مات] (٥) . والمدبر يخرج من ثلث ماله بعد
قضاء دين إن كان عليه ، وإنفاذه وصاياه إن كان وصى ، وكان السيد بالغاً جائز الأمر أن
الحرية تجب له أولها (٦) انتهى .

يعني العبد أو الأمة .

(١) لأن المدبر يعتق بالموت فلا يمكن أن دهوله في ملك الموصى له .

كشف القناع (٣٦٧/٤) .

(٢) ويمكن تأصيل ذلك من القرآن بقوله تعالى : ﴿ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ ﴾ [سورة الحج ، آية رقم (٧٧)] .

(٣) هو : نعيم بن عبد الله بن أسيد بن عبد عوف بن عبيد بن عويج بن عدي بن كعب القرشي العدوي ،
أسلم بعد عشرة من الأوائل قبل عمر بن الخطاب ، وكنم إسلامه ، منع من الهجرة لشرفه في قومه ، ثم
هاجر عام خيبر . واختلف في وفاته ، فقيل : سنة (١٣ هـ) في خلافة أبي بكر - رضي الله عنهم - .

انظر : الإصابة (١٧٤/٩) ، الاستيعاب (٣٢٥/٩) .

(٤) أخرجه البخاري في كتاب البيوع ، باب المزايدة ، وكتاب الإكراه ، باب إذا أكره حتى وهب .

ومسلم في كتاب الزكاة باب الابتداء في النفقة بالنفس ، وكتاب الأيمان ، باب جواز بيع المدبر .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٦) الإجماع ص (١٣٣ - ١٣٤) .

وقوله : ولم يرجع عن ذلك، يعني عند من يرى صحة رجوعه (١) .

وقوله : وكان السيد بالغاً جائز الأمر ، أي عند من يرى اشتراط ذلك (٢) .

(و) لكن (يعتبر) لصحة التدبير (كونه ممن تصح وصيته) فيصح من محجور عليه لفلس وسفه ومن غير مميز يعقله .

(و) يكون التدبير في الصحة أو المرض (من ثلثه) أي ثلث مال السيد يوم موته على الأصح (٣) . نص عليه في رواية المروزي (٤) وصالح ، وحرب ، وأبي طالب ؛ لأنه تبرع بعد الموت فاعتبر من ثلث ماله كالوصية . ويفارق العتق (٥) في الصحة فإنه لم يتعلق به حق [الورثة] (٦) فنفذ في جميع المال كالهبة المنجزة .

(١) يترتب الرجوع من عدمه ، على القول بأنه وصية أو ليس وصية . فالمذاهب الأربعة في الصحيح عنهم بأنه ليس بوصية ولا يقبل الرجوع .

انظر : حاشية ابن عابدين (٦٨٣/٣) ، المقدمات الممهدة (١٨٧/٣) ، حلية العلماء (١٨٧/٦) ، وقد أشار إلى ذلك في مغني ذوي الأفهام ص (٣٥٠) .

(٢) وهذا الشرط معتبر عند الأئمة الأربعة . انظر : مجمع الأنهر (٥٠٦/١) ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي (٣٨٠/٤) ، نهاية المحتاج (٤٠٠/٨) .

(٣) وعنه رواية : يعتق من كل المال إذا دبره في الصحة دون المرض .

انظر : الإنصاف (٤٣٢/٧) ، والمسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١١٤/٣) ، الفروع (١٠١/٥) .

(٤) هو : أبو بكر أحمد بن محمد بن الحجاج بن عبد العزيز كان مقدماً من أصحاب الإمام أحمد لورعه وفضله ، وكان الإمام يأنس به وينبسط إليه ، وقد روى عنه مسائل كثيرة ، توفي سنة (٢٧٥ هـ) .

انظر : طبقات الحنابلة (٥٧/١) ، المنهج الأحمد (٢٧٢/١) ، شذرات الذهب (١٦٦/٢) .

(٥) في (ب) : المعتق .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

وأما الإستيلاد فإنه أقوى من التدبير ؛ لأنه ينفذ من المجنون بخلاف التدبير .

فإن اجتمع العتق في المرض والتدبير قدم العتق ؛ لأنه أسبق .

وإن اجتمع التدبير والوصية بالعتق تساويا ؛ لأنهما جميعاً عتق بعد الموت (١).

(وإن) كان عبد بين اثنين و (**قالا لعبدتهما : إن متنا فانت حر، فمات**

أحدهما، عتق نصيبه وباقيه بموت الآخر) قاله (٢) أحمد واختاره الموفق وغيره (٣) .

وقيل : هو تعليق للحرية بموتهما جميعاً . ذكره القاضي وجماعة ، وقدمه في الفروع (٤) .

ولا يعتق بموت أحدهما شيء من العبد، ولا يبيع وارث حقه (٥) من العبد، لتعلق العتق به تعليقاً لا ينفك، إلا أنه متوقف على موت السيد الثاني .

(١) المسائل الفقهية (١١٤/٣) ، الشرح الكبير (٣٠٧/١٢ ، ٣٠٨) ، المبدع (٣٢٥/٦) .

(٢) ساقط من (س) .

(٣) المغني (٤١٨/١٤) ، الفروع (١٠١/٥) ، الإنصاف (٤٣٢/٧) .

ولا يكون العبد مدبراً ؛ إذ لو كان لواحد فعتقه معلق على موته خاصة ، كان مدبراً . أما إذا علق عتقه بموتهما ، فقد علق كل واحد عتق نصيبه بموته وموت شريكه ، فلا يعتق منه شيء ما دام أحدهما حياً ، فإن ماتا معاً عتق العبد ؛ لوجود الصفة .

فإن مات أحدهما من كان نصيبه لوارثه ، ويصير نصيبه مدبراً لانتقاله إلى الوارث قبل موت الآخر ، كما لو قال : أنت حر بعد موتي بشهر على المشهور من المذهب .

انظر : إيضاح الدلائل في الفرق بين المسائل (٣٢٤/٢) ، وانظر : المراجع السابقة .

(٤) (١٠١/٥) .

(٥) المرجع السابق .

ومعنى قول أحمد: أنه قابل الجملة بالجملة، فينصرف إلى مقابلة البعض ببعض، كقوله : ركب الناس دوابهم ولبسوا ثيابهم وأخذوا رماحهم. يعني كل إنسان ركب دابته ولبس ثوبه وأخذ رمحه (١) .

وقال القاضي : إنما قال أحمد يعتق نصيبه، بناء على أن وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها (٢) .

قال الموفق : ولا يصح هذا؛ لأنه لو كانت العلة هذه ، لعتق العبد [كله] (٣) ؛ لوجود بعض (٤) [صفة] (٥) كل واحد منهما (٦) .

وقال في الإنصاف عن قول أحمد : وهذا المذهب (٧) .

(وصریحه) أي صريح التدبير (لفظ عتق و) لفظ (حرية معلقين بموته) أي بموت السيد ؛ كقوله : أنت حر بعد موتي أو عتق بعد موتي ونحو ذلك، كأنك بعد موتي معتق أو محرر (ولفظ تدبير) كأنك مدبر (وما تصرف منها) أي من

(١) المغني (٤١٨/١٤ ، ٤١٩) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٤) في (س) : بعضه .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٦) المرجع السابق .

(٧) الإنصاف (٤٣٢/٧) .

وقال في الفروع : فإذا أراد أنه حر بعد موت الآخر منهما عليهما ، وإلا عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير .

لفظ الحرية والعتق المعلقين بالموت (١) .

ولفظ التدبير : كدبرتك . (غير أمر) كدبر (ومضارع) كأدبر (واسم فاعل) كمدبر بكسر الباء (٢) .

(وتكون كنايةات عتق منجز لتدبير إن علقت بالموت) كقوله : إن مت فأنت لله أو فأنت مولاي أو فأنت سائبة (٣) .

(ويصح) التدبير (مطلقاً) أي غير مقيد ولا معلق (ك) قوله : (أنت مدبر . (و) يصح (مقيداً ك) قوله : (إن مت في عامي) هذا (أو) في (مرضي هذا فأنت مدبر) فيكون ذلك جائزاً على ما قال : إن مات على الصفة التي قالها عتق ، وإلا فلا (٤) .

(و) يصح التدبير أيضاً (معلقاً ك) قوله : (إذا قدم زيد فأنت مدبر) أو إن شفى الله عليلي فأنت حر بعد موتي ، فهذا لا يصير مدبراً حتى يوجد الشرط [٣٦٧/أ] في حياة سيده ؛ لأن إطلاق الشرط يقتضي وجوده في حياة المعلق ، بدليل ما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر ، فدخلها بعد موت السيد لم يعتق (٥) .

(و) يصح (مؤقتاً كانت مدبر اليوم أو) أنت مدبر (سنة) .

قال مهنا : سألت أحمد عن قال لعبده : أنت مدبر اليوم ؟

(١) مثل قوله : إذا مت من مرضي هذا فأنت حر .

(٢) فلا يصح التدبير بهذا الأسلوب ، الأمر والمضارع واسم الفاعل .

(٣) تقدم معنى العتق سائبة في باب الولاء . وهو أن يعتقه ولا ولاء لمعتقه عليه ص (٦٦٢) .

(٤) الشرح الكبير (٣١٠/١٢) .

(٥) المرجع السابق ، وانظر : الممتع (٤٩٢/٤) ، والمبدع (٣٢٧/٦) .

قال : يكون مدبراً ذلك اليوم ، فإن مات السيد في ذلك اليوم صار حراً (١) .

(و) من قال لقنه : (إن) شئت فأنت مدبر (أو متى) شئت فأنت مدبر (أو إذا شئت فأنت مدبر ، فشاء في حياة سيده صار مدبراً وإلا) أي وإن لم يشأ ذلك في حياة سيده (فلا) يصير مدبراً ؛ لأن المدبر من علق عتقه بالموت ، فلو لم يشأ إلا بعد الموت لا يكون مدبراً ؛ لأنه لا يمكن حدوث التدبير بعد الموت (٢) .

وقال أبو الخطاب : إن شاء في المجلس صار مدبراً ، وإلا فلا، كما لو خيره في ذلك (٣) .

ولو قال لعبده : إذا قرأت القرآن فأنت حر بعد موتي، فقرأ القرآن جميعه، صار مدبراً ، وإذا قرأ بعضه، لم يصير مدبراً .

وإن قال : إذا قرأ قرآناً فأنت حر بعد موتي، فقرأ بعض القرآن صار مدبراً ، لأنه في الأولى عرفه بالألف واللام المقتضية للاستغراق فعاد إلى جميعه ، وها هنا نكّره فاقضى بعضه (٤) .

(١) المغني (٤١٤/١٤) .

(٢) انظر : المغني (٤١٧/١٤ ، ٤١٨) ، الشرح الكبير (٣١٢/١٢) ، المبدع (٣٢٨/٦) ، الممتع (٤٩٢/٤) ، الإنصاف (٤٣٣/٧ ، ٤٣٤) ، المحرر (٦/٢) .

(٣) الهداية (٢٣٩/٢) .

قال صاحب إيضاح الدلائل في الفرق بين المسائل :

والفرق أن متى للأزمان ، فمعناه ، أي وقت ، وأي زمان شئت فأنت مدبر ، فلذلك كانت على التراخي ، بخلاف إن وإذا ، فإنهما ليسا للزمان ، ولا يعلمان الأوقات بخلاف متى .

قلت : واختاره صاحب المحرر : أن متى مثل إن . (٣٢٨/٢) .

(٤) انظر : ضياء السالك (١٨٩/١) .

فإن قيل فقد قال الله - سبحانه وتعالى - : ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنْ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴾ (١) ﴿ وَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ جَعَلْنَا بَيْنَكَ وَبَيْنَ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِالْآخِرَةِ حِجَابًا مَسْتُورًا ﴾ (٢) ولم يرد القرآن جميعه (٣) .

قلنا (٤) : قضية اللفظ تتناول جميعه ؛ لأن الألف واللام للاستغراق ، وإنما حمل على بعضه بدليل فلا يحمل على البعض في غير ذلك الموضع بغير دليل .

ولأن قرينة الحال تقتضي قراءة جميعه ؛ لأن الظاهر أنه أراد ترغيبه في قراءة القرآن ، فتعلق الحرية به ، أو أن يجازيه على قراءته بالحرية ، والظاهر أنه لا يجازي بهذا الأمر الكبير الذي هو العتق إلا بما يشق قراءته ، أما قراءة آية أو آيتين فلا (٥) .

(وليس) التدبير (بوصية) ؛ لأن الموصي إذا أبطل الوصية أو رجع عنها بطلت (٦) ، وأما التدبير (فلا يبطل بإبطال و) لا (رجوع) فلو قال : قد رجعت في تدبيري ، أو أبطلته ، لم يبطل على الأصح (٧) ؛ لأنه تعليق للعتق

(١) سورة النحل ، آية رقم (٩٨) .

(٢) سورة الإسراء ، آية رقم (٤٥) .

(٣) الشرح الكبير (٣١١/١٢) ، المغني (٤١٦/١٤) .

(٤) هذا ليس كلام ابن النجار - رحمه الله تعالى - كما يبدو ، ولكن النقل كله من الشرح الكبير والمغني كما تقدم العزو إليه .

(٥) المرجع السابق .

(٦) وهذا بالإجماع .

المغني (٤٦٨/٨) ، الإجماع لابن المنذر ص (٩٠) .

(٧) وعنه رواية : يبطل كالوصية ، قدمه في الرعايتين والحاوي الصغير ، وأطلقهما في الهداية والمذهب والمستوعب والفائق .

بصفة (١) ، فلا يبطل كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر (٢) ، [ثم قال : قد رجعت عن ذلك ، لم يبطل] (٣) .

ولا يصح القول بأنه وصية به لنفسه ؛ لأنه لا يملك نفسه ، وإنما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق ، ولهذا لا تقف الحرية على قبوله واختياره وتنجز عتقه عقيب الموت ، كتجنيزه عقيب سائر الشروط .

ولأنه غير ممتنع أن يجمع أمرين ، فيثبت فيه حكم التعليق في امتناع الرجوع ، ويجتمعان [في حصول] (٤) العتق الموت (٥) .

= وعنه : لا يبطل إلا لقضاء دينه .

وفي التبصرة رواية : لا يبطل في الأمة فقط .

الإنصاف (٤٣٤/٧ ، ٤٣٥) ، الهداية (٢٣٩/١) ، المغني (٤٢٢/١٤) ، الشرح الكبير (٣١٣/١٢) ، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١١٧/٣) .

(١) المقنع (٤٩٤/٢) ، وانظر : شروح المقنع عنده المسألة : الشرح الكبير ، المبدع ، الإنصاف ، الممتنع .

(٢) انظر : المغني (٤٢٢/١٤) ، الشرح الكبير (٣١٣/١٢) .

(٣) هذه الجملة ساقطة من جميع النسخ وأثبتها من المغني والشرح الكبير كما تقدم .

(٤) في حصول : مكررة في (ف) .

(٥) المرجعان السابقان .

قال في الإنصاف : فائدة : اعلم أن التدبير هل هو تعليق للعتق على صفة أو هو وصية ؟ فيه روايتان . الصحيح منهما وهو المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب أنه تعليق للعتق على صفة .

تنبيه : ينبي على هذا الخلاف مسائل جمة :

منها : لو قتل المدبر سيده ، هل يعتق ، أم لا ؟ ومنها : بيعه وهبته : هل يجوز أم لا ؟ ومنها : هل اعتباره من الثلث أم من كل المال ؟

(و) لا يمنع التدبير نفوذ تصرف سيده فيه ، ف (يصح وقف مدبر وهبته وبيعه ، ولو) كان المدبر (أمة أو) كان بيعه (في غير دين) على الأصح (١) .

= ومنها : إبطال التدبير والرجوع عنه بالقول . ومسألة المصنف المتقدمة .

قال ابن رجب : بناءهما الخرقى والأصحاب على هذا الأصل .

فإن قيل هو وصية : جاز الرجوع عنه . وإن قلنا هو عتق بصفة : فلا .

قال وللقاضي ، وأبي الخطاب - في تعليقهما - طريقة أخرى : أن الروایتين هنا مبنيتان على قولنا إنه وصية : تنجز بالموت ، من غير قبول بخلاف بقية الوصايا .

وهو منتقض بالوصية لجهات البر .

قال ولأبي الخطاب في الهداية طريقة ثالثة ، وهي : بناء هاتين الروایتين على جواز الرجوع بالبيع . أما إن قلنا : يمتنع الرجوع بالفعل ، فبالقول أولى .

ومنها : لو باع المدبر ثم اشتراه : فهل يكون بيعه رجوعاً فلا يعود تدبيره أم لا يكون رجوعاً بالبيع ؟ فيه روايتان .

ومنها : لو قال : (عبي فلان حر بعد موتي بسنة) فهل يصح ويعتق بعد موته بسنة أم يبطل ؟ على روايتين وتقدم في كتاب العتق .

ومنها : لو كاتب المدبر ، فهل يكون رجوعاً عن التدبير أم لا ؟ على ما يأتي .

ومنها : لو وصى بعده ثم دبره . ففيه وجهان : أشهرهما أنه رجوع عن الوصية .

ومنها : الوصية بالمدبر ، فالمذهب أنها لا تصح ؛ لأن التدبير الطارئ إذا لم يبطل الوصية - على المشهور - فكيف يصح طريان الوصية على التدبير ومزاحمتها له .

ومنها : ولد المدبرة ، هل يتبعها في التدبير أم لا ؟ على ما يأتي . انتهى بتصرف من الإنصاف (٤٣٦/٧ ، ٤٣٧) .

وانظر : كتاب المسائل الفقهية من كتاب الروایتين والوجهين (١١٧/٣) ، وكتاب الهداية (٢٣٩/٢) .

(١) ويقابل الأصح عدة روايات علماً بأن المؤلف سيفصل القول في ذلك وأجملها كما يأتي :

قال إسماعيل بن سعيد (١)(٢) : سألت أحمد عن بيع المدبر إذا كان بالرجل حاجة إلى ثمنه (٣) فقال له أن يبيعه محتاجاً كان أو غير محتاج (٤) وروي مثل هذا عن عائشة (٥) ، وعمر بن عبد العزيز ، وطاووس ، ومجاهد (٦) ، وهو قول الشافعي (٧) .

= وعنه لا يجوز بيعه مطلقاً ، وبناء على أنه عتق بصفة فيكون لازماً كالاستيلاد .

وعنه : لا يباع إلا في الدين .

وعنه : لا يباع إلا في الدين أو الحاجة . ذكرها القاضي في الجامع ، والروايتين ، والمصنف في الكافي ، وصاحب الفروع وغيرهم .

وعنه : لا تباع الأمة خاصة .

انظر : الإنصاف (٤٣٨/٧) ، الشرح الكبير (٤٣١٧/١٢) ، المبدع (٣٢٩/٦) ، الفروع (١٠٤/٥) ، الكافي (٥٩٢/٢) .

(١) هو : إسماعيل بن سعيد الشالنجي ، أبو إسحاق ، ذكره الخلال ، عنده مسائل كثيرة ، حدث عن سفيان ابن عيينة ، ويزيد بن هارون ونقل عن الإمام أحمد مسائل . توفي سنة (٢٣٠هـ) .

انظر : طبقات الحنابلة (١٠٤/١) ، المنهج الأحمد (٣٧٥/١) ، المقصد الأرشد (٢٦١/١) .

(٢) النقل من الشرح الكبير (٣١٧/١٢ - ٣١٨) .

(٣) في (ب) : قنه .

(٤) المغني (٤٢٠/١٤) ، الشرح الكبير (٣١٧/١٢) .

(٥) سوف يذكر المؤلف الأثر عن عائشة - رضي الله عنها - وسأخرجه - إن شاء الله تعالى - .

(٦) مصنف عبد الرزاق (١٦٦٨ - ١٦٦٧١ - ١٦٦٧٢ - ١٦٦٧٣) - سنن البيهقي الكبرى (٣١٣/١٠) .

(٧) نهاية المحتاج (٤٠١/٨) ، روضة الطالبين (١٩٤/١٢) .

وهذا النقل وما بعده من المغني (٤٢٠/١٤) ، والشرح الكبير (٣١٨/١٢) .

قال أبو إسحاق الجوزجاني (١) : « صحت أحاديث بيع المدبر باستقامة الطرق ، وإذا ثبت الخبر ، استغنى به عن غيره من رأي الناس ، ولأنه عتق بصفة ويشب بقول المعتق فلم يمنع البيع كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت حر .

ولأنه تبرع بمال بعد الموت ، فلم يمنع البيع في الحياة كالوصية » .

قال أحمد هم يقولون [٣٦٧/ب] من قال غلامي حر رأس الشهر ، فله بيعه قبل رأس الشهر ، إن قال غداً ، فله بيعه اليوم ، وإن قال : إذا مت قال : لا يبيعه فالموت أكثر من الأجل ، ليس هذا قياساً إن جاز أن يبيعه قبل رأس الشهر ، فله أن يبيعه قبل مجيء الموت ، وهم يقولون فيمن قال : إن مت من مرضي هذا فعبدني حر ثم لم يمت من مرضه ذلك ، فليس بشيء ، فإن قال : إن مت فهو حر لا يباع . هذا متناقض ، إنما أصله الوصية من الثلث ، فله أن يغير وصيته ما دام حياً . فأما ما ذكره (٢) أن ابن عمر روى أن النبي - ﷺ - قال : « لا يباع المدبر ولا يشتري » (٣) فلم يصح عن النبي - ﷺ - ، ويحتمل أنه أراد بعد الموت ، أو على الاستحباب ، ولا يصح قياسه على أم الولد ؛ لأن عتقها ثبت بغير اختيار سيدها ، وليس بتبرع ، ويكون من جميع المال ، والوقف والهبة كالبيع (٤) .

(١) هو : أبو إسحاق ، إبراهيم بن يعقوب الجوزجاني ، يروى عن الإمام أحمد عدة مسائل ، كان الإمام أحمد يحبه ويكرمه كثيراً ، عالم جليل جداً .

انظر : طبقات الحنابلة (٩٨/١ ، ٩٩) .

(٢) في (س) : ذكر .

(٣) سنن الدارقطني (١٣٨/٤) ، والسنن الكبرى للبيهقي (٣١٤/١٠) ، إرواء الغليل (١٧٧/٦) .

(٤) الشرح الكبير (٣١٨/١٢) .

قال الزركشي : تنبيه : ظاهر كلام الخرقى اختصاص الجواز بالدين فقط ، وعدم ما سواه ، وهو ظاهر كلام أبي محمد في المقنع وأبي البركات على هذه الرواية ، وهو ظاهر كلام أحمد ، قال في رواية حنبل وعبد الله : أرى بيع المدبر في الدين إذا كان فقيراً لا يملك شيئاً غيره .

وعنه : لا تباع الأنثى (١) .

قال (٢) الموفق : لا نعلم التفريق بين المدبر والمدبرة عن (٣) غير إمامنا (٤) ، وإنما احتاط في إباحة فرجها وتسليط مشتريها على وطنها مع الخلاف في بيعها وحلها ، والظاهر أن [هذا المنع] (٥) [منه] (٦) على سبيل الورع ، فإنه إنما قال لا يعجبني بيعها ، والصحيح جوازه ، فإن عائشة - رضي الله عنها - باعت مدبرة لها سحرتها (٧) .

= وظاهر كلام القاضي في جامعه وروايته وأبي محمد في الكافي إناطة ذلك على هذا القول بالحاجة .

انظر كتاب الروايتين (١١٥/٣) ، المقنع (٤٩٥/٢) ، المحرر (٧/٢) الكافي (٥٩٢/٢) .

قلت : الذي صحح مؤلفنا ابن النجار جواز بيع المدبر مطلقاً وهو المذهب واختارها القاضي وأبو الخطاب والشيرازي وأبو محمد وغيرهم ، لا سيما أن الأصل في العقود الصحة ، ما لم يدل دليل على المنع كما هو مقرر في موضعه .

انظر : شرح الزركشي (٤٧٠/٤) ، والهداية (٢٣٩/١) ، المغني (٤١٩/١٤) .

(١) المرجع السابق .

(٢) في (س) زيادة : ابن .

(٣) في (ب) : من .

(٤) في (ف) : فأما هنا .

(٥) في جميع النسخ أن منعه ، والمثبت من المغني .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٧) أخرجه عبد الرزاق (١٦٦٦٧) عن ابن عيينة عن يحيى بن سعيد عن حدثه عن عمرة قالت : مرضت عائشة ، فتناول مرضها ، فذهب بنو أخيها إلى رجل ، فذكروا مرضها فقال : إنكم تخبروني عن امرأة مطبوبة ، فذهبوا ينظرون فإذا جارية لها سحرتها ، وكانت قد دبرتها ، فدعتها فسألته فقالت ماذا أردت ؟ قالت : أدت أن تموتي حتى أعتق . قالت : فله علي أن تباعي من أشد العرب ملكاً ، فباعتها بثمنها فجعل بمثلها .

(ومتى عاد) المدبر إلى مالك من دبره (عاد التدبير) ؛ لأنه علق عتقه بصفة ، فإذا باعه ثم عاد إليه عادت الصفة، كما لو قال : أنت حر إن دخلت الدار، ثم باعه ثم اشتراه ودخلها ، كذلك إذا مات السيد بعد أن باع المدبر ثم اشتراه ثم مات وهو في ملكه (١) .

(وإن جنى) مدبر (بيع) أي جاز بيعه في الجناية .

(وإن فدى) أي فدى المدبر سيده بدفع أرش جنائته من غير أن يبيعه (بقي تدبيره) بحاله وصار كأن لم يجن .

(وإن بيع بعضه) أي بعض المدبر في جنائته (فباقيه) الذي لم يبع (مدبر) بحاله .

(وإن مات) سيد المدبر (قبل بيعه) وقبل فدائه (عتق إن وقى ثلثه) أي ثلث مخلف سيده (بها) أي بالجناية .

وإن أوجبت الجناية قوداً، أو قلنا [يملك] (٢) الجاني ولي الجناية، لم يعتق .

(وما ولدت مدبرة بعده) أي بعد تدبيرها فولدها

= ورواه الإمام أحمد في مسنده (٢٤٠٠٨) .

ورواه البيهقي عن الشافعي (٣٩٣/١٠) .

رواه الحاكم وقال : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه (٢٤٤/٤) (٧٥١٦) .

نصب الراية (٢٨٦/٣) وذكره الحافظ في التلخيص (٤١/٤) وعزاه لمالك وغيره ، وقال : وإسناده صحيح وليس هو في موطأ مالك رواية يحيى المشهورة .

(١) المغني (٤٢٢/١٤) ، الشرح الكبير (٣١٩/١٢) ، المبدع (٣٢٨/٦) ، الممتع (٤٩٤/٤) ، كشف القناع (٥٣٥/٤) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

[(بمنزلتها)] ^(١) سواء كانت حاملاً به حين التدبير أو حملت به بعد التدبير ؛
لما روي عن عمر ^(٢) وابنه وجابر أنهم قالوا : « ولد المدبرة بمنزلتها » ^(٣) . ولم
يعلم لهم في الصحابة مخالف .

ولأن الأم استحققت الحرية بموت سيدها فیتبعها ولدها كأأم الولد ، ويفارق
التعليق بصفة في الحياة والوصية ؛ لأن التدبير أكد من كل واحد منهما ^(٤) .

(ويكون) ولدها (مدبراً بنفسه) فلو ماتت الأم أو زال ملك السيد عنها، لم
يبطل التدبير في ولدها، فيعتق بموت سيد أمه، كما لو كانت أمه باقية على التدبير ،
ولا يتبع المدبرة ولد ولدته قبل تدبيرها ^(٥) ؛ لأنه لا يتبع في العتق المنجز، ولا في
حكم الاستيلاء، ولا في الكتابة ، فلأن لا يتبع في التدبير أولى ، نص على ذلك ^(٦) .

قال الميموني : « قلت لأحمد : ما كان من ولد المدبرة قبل أن تدبر فيتبعها ؟
قال : لا يتبعها ^(٧) من ولدها ما كان قبل ذلك ، إنما يتبعها ما كان بعد ما دبرت » ^(٨) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٢) لعنه عن عمر بن عبد العزيز - رحمه الله تعالى - ، أما عمر بن الخطاب فلم أجده مسنداً عنه . وإنما
حكاه ابن قدامة في المغني (٤٢٦/١٤) .

(٣) الآثار في مصنف عبد الرزاق (١٤٤/٩) ، ورواه سعيد بن منصور في سننه (١٣٢/١) ، وابن
أبي شيبة (٧٣/٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣١٥/١٠) ، والدارقطني (١٣٧/٤) ،
وأبو يوسف في الآثار (٨٧١) .

(٤) المغني (٤٢٦/٩) ، الشرح الكبير (٣٢٠/١٢) .

(٥) نقل ابن قدامة في المغني أنه بالإجماع (٤٢٦/١٤) .

(٦) انظر : المرجعين السابقين المغني والشرح الكبير .

(٧) في (س) : يتبعها .

(٨) المرجع السابق (٤٢٦/١٤) ، الشرح الكبير (٣٢١/١٢) .

(**فلوقالت**) المدبرة : (**ولدت**) ولدي (**بعده**) أي بعد التدبير (**وأنكر سيدها**) بأن قال إنما ولدته قبله (**فقلوله**) ، أو قالت ذلك بعد موت سيدها وأنكر ورثته، فالقول قول الورثة بأيمانهم ؛ لأن الأصل بقاء رق الولد وانتفاء الحرية عنه . فإذا لم يكن مع المدبرة بينة بأنها ولدته بعد التدبير، كان القول قول من يوافق قول الأصل (١) .

(**وإن لم يف الثلث**) أي ثلث تركة السيد (**بمدبرة وولدها**) بأن لم يخرجها جميعاً [٣٦٨/أ] من الثلث (**أقرع**) بينها وبين ولدها كمدبرين لا قرابة بينهما إذا ضاق الثلث عنهما (٢) .

(**وله**) أي ولسيد المدبرة (**وطئها وإن لم يشترطه**) أي يشترط وطئها حال تدبيرها وسواء كان يطؤها قبل تدبيرها أو لا .

وقد روي عن ابن عمر أنه دبر أمتين [له] (٣) وكان يطؤهما (٤) .

قال أحمد : لا أعلم أحداً كره ذلك غير الزهري (٥) .

ووجه جواز وطئها أنها مملوكته ولم تشتر نفسها

(١) المغني (٤٢٨/١٤) ، الشرح الكبير (٣٢٢/١٢) .

(٢) انظر : المرجعين السابقين ، وانظر : شرح الزركشي (٤٧٥/٤) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٤) أخرجه مالك في الموطأ (١٧٠/٢) .

البيهقي في الكبرى (٣١٥/١٠) .

وعبد الرزاق (١٦٦٩٦ - ١٦٧٠٤) .

وابن أبي شيبة (٦٢/٥) .

(٥) انظر : المغني (٤٢٩/١٤) ، الشرح الكبير (٣٢٣/١٢) ، شرح الزركشي (٤٧٥/٤) .

منه (١) فحل له وطؤها ؛ لقول الله سبحانه وتعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾ (٢) وقياساً على أم الولد (٣) .

(و) للسيد أيضاً (وطء بنتها) أي بنت مدبرته التابعة لأمها في التدبير .
ومحل جواز وطء بنت المدبرة (إن لم يكن وطن أمها) .

وعنه : « ليس له وطؤها » (٤) كبت المكاتبه .

ووجه المذهب : أن ملك سيدها تام فيها فحل له وطؤها للآية ، واستحقاقها الحرية لا يزيد على استحقاق أمها ، ولم يمنع ذلك وطؤها ، وأما بنت المكاتبه فألحقت بأمها ، وأمها يحرم وطؤها فكذلك بنتها (٥) .

(ويبطل تدبيرها بإيلادها) يعني : أن المدبرة متى ولدت من سيدها بطل تدبيرها وصارت أم ولد ؛ لأن مقتضى التدبير العتق من الثلث ، ومقتضى الاستيلاد العتق من رأس المال وإن لم يملك غيرها ، ولا يمنع الدّين عتقها ، وحيث كان الاستيلاد أقوى وجب أن يبطل به الأضعف الذي هو التدبير ، كملك الرقبة إذا طرأ على ملك النكاح فإنه يبطله (٦) .

(١) أي كالمكاتبه .

(٢) سورة المؤمنون ، آية رقم (٦) .

(٣) وجه القياس أن أم الولد تعتق بعد موت سيدها ، ويجوز لسيدها وطؤها .

وانظر : المرجعين السابقين ، المغني والشرح الكبير والممتع (٤٩٥/٤) .

(٤) انظر : المرجعين السابقين المغني والشرح الكبير (٣٢٤/١٢) .

(٥) المرجعان السابقان .

(٦) انظر : الشرح الكبير (٣٢٤/١٢) .

(**وولد مدبر من أمة نفسه كهو**) أي كآبيه ، وهذا مبني على إباحة تسري (١)
العبد ؛ لأن إباحة التسري تنبني على ثبوت الملك، وولد الحر من أمته يتبعه في الحرية
دون أمّه المملوكة ، كذلك ولد المدبر من أمته يتبعه دون أمه .

ولأنه ولد من يستحق الحرية من أمته، فيتبعه في ذلك، كولد المكاتب من
أُمته (٢) .

(**و**) ولده (**من غيرها كأمه**) يعني أنه يكون حكم الولد، حكم أمه حرية أو
رقاً (٣) .

(**ومن كاتب مدبره أو**) كاتب (**أم ولده أو دبر مكاتبه صح**) ذلك .

أما صحة كتابة المدبر فقد نص عليها أحمد، (٤) وهي قول ابن مسعود ،
وأبي هريرة ، والحسن (٥) ، ولفظ حديث أبي هريرة قال (٦) : ((دبرت امرأة من
قريش خادماً لها ، ثم أرادت أن تكاتبه فكتب الرسول إلى أبي هريرة فقال : كاتبه ،
فإن أدى (٧) كتابته فذلك ، وإن حدث بك [حدث] (٨) عتق . قال : وأراه قال :

(١)

(٢) المغني (٤٢٧/١٤) ، الشرح الكبير (٣٢١/١٢) .

(٣) بالإجماع . المغني (٤٢٧/١٤) .

(٤) المغني (٤٣٩/١٤) ، الشرح الكبير (٣٢٤/١٢) .

(٥) مصنف ابن أبي شيبة (١٥٩/٥) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣١٤/١٠) .

(٦) في المغني ولفظ حديث أبي هريرة عن مجاهد (٤٣٩/١٤) . وسيأتي تخريج الحديث لاحقاً .

(٧) في (س) : لدى .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

ما كان عليه له)) (١) .

ولأن التدبير إن كان عتقاً بصفة لم يمنع الكتابة ، كالذي علق عتقه بدخول الدار ، وإن كان وصية ، لم يمنعها كما لو وصى بعتقه ثم كاتبه . وكذا لو كاتب (٢) أم الولد ؛ لأن الاستيلاد والكتابة سببان للعتق فلم يمنع أحدهما الآخر ، كتدبير المكاتب واستيلاد المكاتب (٣) .

(و) حيث أدى (٤) المدبر الذي كاتبه سيده ما كوتب عليه (عتق بأداء) وبطل تدبيره (٥) .

(فإن مات سيده قبله) أي قبل أدائه (و) كان (ثلثه) أي ثلث مخلف السيد (يحتمل ما عليه) أي ما على المكاتب من مال الكتابة (عتق كله) وبطلت الكتابة (٦) .

(وإلا) أي وإن لم يحتمل الثلث ما عليه كله (ف) إنه يعتق منه (بقدر ما يحتمله) ثلثه (وسقط عنه) من مال الكتابة (بقدر ما عتق) منه (وهو على كتابته فيما بقي) عليه ؛ لأن محلها لم يعارضه شيء ، فعلى هذا لو خرج نصفه من الثلث ، عتق نصفه وسقط نصف الكتابة ، وبقي نصفه . والذي يحسب من الثلث ، إنما هو

(١) انظر : مصنف عبد الرزاق (١٥٩/٥) ، سنن البيهقي الكبرى (٣١٤/١٠) .

(٢) في (س) : كانت .

(٣) انظر : المغني (٤٣٩/١٤) ، الشرح الكبير (٣٢٥/١٢) .

وفي (س) : مكاتبه .

(٤) في (س) : جب أي .

(٥) انظر : الشرح الكبير (٣٢٥/١٢) .

(٦) المرجع السابق .

قيمة المدبر وقت موت سيده ؛ لأن المدبر لو لم يكن مكاتباً لاعتبرت قيمته (١) .

(وكسبه) أي كسب المدبر الذي كاتبه سيده كله (إن عتق) كله بموت

سيده (أو) بعض كسبه الذي (بقدر عتقه ، لا لبسه ، لسيده) فيكون تركة .

قال في شرح المقنع الكبير : ومتى عتق بالتدبير كان ما في يده لسيده ؛ لأنه

كان له قبل [٣٦٨/ب) العتق ، فيكون له بعد العتق كما لو لم يكن مكاتباً وبطلت

الكتابة ذكره أصحابنا (٢) انتهى .

لكن تعتق أم الولد بموته مطلقاً ، ويسقط ما عليها من مال الكتابة (٣) .

(ومن دبر شقصاً) له من رقيق (لم يسر إلى نصيب شريكه) معسراً كان

المدبر أو موسراً في الأصح (٤) ؛ لأن التدبير تعليق للعتق بصفة ، فلم يسر كتعليقه

بدخول الدار ، ويفارق الاستيلاء فإنه أكد ، ولهذا يعتق من جميع المال ، ولو قتلت

سيدها لم يبطل حكم استيلائها ، والمدبر بخلاف ذلك ، فعلى هذا إن مات الذي

دبر شقصه ، عتق نصيبه إن خرج من الثلث (٥) .

(فإن أعتقه) أي أعتق المشترك الذي دبر الشريك [بعضه] (٦) (شريكه

سري) عتقه إن كان موسراً (إلى) الشقص (المدبر مضموناً) على الشريك

(١) المبدع (٣٣١/٦) ، وانظر : الممتع (٤٩٦/٤ ، ٤٩٧) .

(٢) الشرح الكبير (٣٢٥/١٢) .

(٣) الإنصاف (٤٤٣/٧) .

(٤) ويحتمل أن يسري في الأول دون الثاني . فعلى هذا : يصير مدبراً كله . ويضمن حصة شريكه بقيمتها .

الإنصاف (٤٤٣/٧) ، الفروع (١٠٥/٥) ، المبدع (٣٣١/٦) .

(٥) الشرح الكبير (٣٢٦/١٢) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

المعتق قيمة الشقص مدبراً ؛ لحديث ابن عمر (١) المذكور في سراية العتق إلى نصيب الشريك إذا كان موسراً (٢) .

(ولو أسلم مدبر) لكافر (أوقن) لكافر (أو مكاتب لكافر ألزم بإزالة ملكه) عنه لثلا يبقى الكافر مالكا للمسلم مع إمكان بيعه (٣) .

(فإن أبي) أن يزيل ملكه عنه (بيع عليه) أي باعه الحاكم على الكافر ولا يبقى [في] (٤) ملكه ؛ لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ (٥) .

(ومن أنكر التدبير فشهد به) رجلان (عدلان أو) رجل (عدل وامرأتان) أو رجل عدل (أو حلف معه المدبر حكم به) أي بالتدبير على الأصح (٦) ؛ لأن البيئة بالتدبير تتضمن إتلاف مال ، والمال يقبل فيه ما ذكر (٧) .

(١) الحديث عن ابن عمر - رضى الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : ((من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه العبد قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق منه ما عتق)) متفق عليه ، وتخريجه في فصل من أعتق جزءاً مشاعاً ص (٧٣٢) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) المرجع السابق .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٥) سورة النساء ، آية رقم (١٤١) .

(٦) الرواية الثانية : لا يحكم عليه إلا بشاهدين ذكرين .

انظر : المغني (٤٣٠/١٤) ، الإنصاف (٤٤٤/٧) ، المبدع (٣٣٣/٦) ، الشرح الكبير (٣٢٨/١٢) ، الفروع (١٠٤/٥) .

(٧) انظر : المغني (٤٣٠/١٤) ، مطالب أولي النهى (٧٣٠/٤) ، كشف القناع (٥٣٨/٤) .

(ويبطل) التدبير (بقتل مدبر سيده) ؛ لأنه استعجل ما أجل له فعوقب
بنقيض قصده ، كما حرم القاتل الميراث .

ولأن ذلك مما يتخذ وسيلة إلى القتل المحرم لأجل العتق، فمنع العتق سداً
لذلك . ولا يرد على هذا أم الولد ؛ لأن إبطال الاستيلاء فيها، يفضي إلى نقل الملك
فيها، ولا سبيل إلى ذلك (١) . والله سبحانه وتعالى أعلم .

(١) الشرح الكبير (٣٣٢/١٢) ، المغني (٤٣٧/١٤) .

[باب : أحكام الكتابة]

هذا (باب) يذكر فيه جملة من أحكام الكتابة .

وهي اسم مصدر بمعنى المكاتب ، وأصلها من الكُتِبَ وهو الجمع ؛ لأنها تجمع نجوماً (١) ، ومنه سمي الخراز كاتباً (٢) .

قال الحريري (٣) :

(١) في (ب) : نجوه .

(٢) الكتابة : مصدر كاتب . يقال : كاتب عبده كتابة ومكاتبه . من باب : قاتل . قال تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ ﴾ [سورة النور ، آية رقم (٣٣)] .

قال الفيومي : وقول الفقهاء : (باب الكتابة) فيه تسامح ؛ لأن الكتابة اسم المكتوب . وقيل : للمكاتب كتابة ، تسمية باسم المكتوب مجازاً واتساعاً ؛ لأنه يُكتب في الغالب للعبد على مولاه كتاب بالعتق عند أداء النجوم ، ثم كثر الاستعمال حتى قال الفقهاء للمكاتب : كتابة . وإن لم يكتب شيء .

قال الأزهري : وسميت المكاتب كتابة في الإسلام ، وفيه دليل على أن هذا الإطلاق ليس عربياً ، وشذ الزمخشري فجعل المكاتب والكتابة بمعنى واحد ، ولا يكاد يوجد لغيره ذلك .

ويجوز أنه أراد الكتاب فطغا القلم بزيادة الهاء .

قال الأزهري : الكتاب والمكاتب : أن يكاتب الرجل عبده أو أمته على مال منجم ، ويكتب العبد عليه ، أنه يعتق إذا أدى النجوم .

وقال غيره بمعناه ، وتكاتب كذلك ، فالعبد مكاتب بالفتح مفعول ، وبالكسر اسم فاعل ؛ لأنه كاتب سيده منهما ، والأصل في باب المفاعلة أن يكون من اثنين فصاعداً ، يفعل أحدهما بصاحبه ما يفعل هو به ، وحينئذٍ فكل واحد فاعل ومفعول به من حيث المعنى .

المصباح المنير (٥٢٤/٢) ، الزاهر للأزهري ص (٤٣٠) .

وانظر : الدر النقي (٨٢٥/٣) ، المطلع ص (٣١٦) .

(٣) هو : أبو محمد ، القاسم بن علي بن محمد عثمان البصري ، الحريري ، صاحب المقامات ، توفي سنة

(٥١٠ هـ) .

و^(١) كاتبين وما خطت أناملهم حرفاً ولا قرأوا ما خُط في الكتب

وقيل : لأن السيد يكتب بينه وبين عبده كتاباً بما اتفقا عليه ^(٢) .

ثم (الكتابة) شرعاً : (بيع سيده رقيقه) ليشمل الذكر والأنثى (نفسه) أي نفس الرقيق (بمال) فلا تصح على خمر ونحوه (في ذمته) أي ذمة الرقيق ^(٣) وليست مخالفة للأصل ؛ لأن محلها الذمة ^(٤) (مباح) فلا يصح على آنية ذهب وفضة ونحو ذلك (معلوم) فلا تصح على مجهول ؛ لأنها بيع ولا يصح مع جهالة الثمن ^(٥) (ويصح السلم فيه) ^(٦) فلا يصح بجوهر ونحوه ؛ لإفضاء ذلك إلى

= انظر : معجم الأدباء (٣٦١/١٦) ، بغية الوعاة (٢٧٥/٢) ، سير أعلام النبلاء (٤٦٠/١٩) ، إنباه الرواة (٢٣/٣) .

(١) في (س) : أو .

(٢) انظر : معجم مقاييس اللغة (١٥٩/٥) ، القاموس المحيط ص (١٩٥) ، والمطلع والدر النقي كما سبق .

(٣) المقنع (٤٩٨/٢) ، الدر النقي (٨٢٦/٣) .

زاد الإنصاف : بعوض مباح معلوم مؤجل . (٤٤٦/٧) .

وانظر هذا التعريف في المذهب لأحمد ص (٢١٤) .

وفي المغني : إعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدي مؤجلاً . (٤٤١/١٤)

(٤) الإنصاف (٤٤٦/٧) . وسيأتي المؤلف - رحمه الله تعالى - على حكمها وتأصيلها .

(٥) وهذا ظاهر في التعريف الشرعي للكتابة . كما أن من شروط البيع العلم بالثمن .

انظر : شرح منتهى الإرادات لمؤلفنا ، بتحقيق د . الدهيش (٤٢/٤) ، وانظر : الشرح الكبير (٣٤٧/١٢) .

(٦) قول المؤلف - رحمه الله تعالى - : (يصح السلم فيه) : هذا ضابط وصف الثمن : أن المال مما يصلح السلم فيه ، وذلك لانضباط أوصافه ، فيسهل العلم به ؛ لأن ما لا يمكن ضبط صفاته فيختلف كثيراً يفضي إلى المنازعة المطلوب شرعاً عدمها ، كميكل وموزون ومذروع ومعدود ، وهذا =

التنازع (١) (منجم (٢) نجمين (٣) فصاعداً (٤) أي فأكثر من نجمين (يعلم قسط

= بالإجماع .

انظر : الإجماع ص (١٣٢) ، وشرح منتهى الإرادات لمؤلفنا ابن النجار (٢٦٩/٤) . ولأنه مال
يثبت في الذمة مؤجلاً في معاوضة فجاز ذلك فيه كعقد السلم .

المغني (٤٥٤/١٤) .

(١) لقلته ، وانفراد كل جوهرة بقيمة خاصة ، ولم يمكن ضبطه ، فيؤدي ذلك إلى التنازع .

(٢) قال في الشرح الكبير : لا تصح إلا منجمة مؤجلة . وهذا ظاهر المذهب (٣٤٧/١٢) .

والنجم : بفتح النون في الأصل : اسم لكل واحد من كواكب السماء ، وهو بالثرياأخص ، ثم جعلت
العرب مطالع منازل القمر ومساقطها مواقيت لحلول ديونها ، ثم غلب حتى صار عبارة عن الوقت .

فمعنى منجم : مؤقت .

المطلع ص (٣١٦) ، لسان العرب (٥٧٠/١٢) ، الصحاح (٢٠٣٩/٥) .

قال في الدر النقي : بل النجوم القطع المتفرقة ، ومنه سميت نجوم السماء، فهذا كذلك قطع متفرقة
(٨٢٦/٣) ، وانظر : الصحاح ولسان العرب مادة : نجم ، كما سبق .

(٣) لأنه عقد معاوضة كالبيع ، ومن شرطه أن يكون مؤجلاً ؛ لأن جعله حالاً يفض إلى العجز عن أدائه
وفسخ العقد .

وأما كونه منجماً والمعنى به أن يكون حالاً ؛ لأن جماعة من الصحابة عقدوا الكتابة ، ولم ينقل عن واحد
منهم أنه عقدها حالة ، ولو كان ذلك يجوز لم يتفق جميعهم على تركه .

المغني (٤٤٩/٤) ، المبدع (٣٣٨/٦) ، الممتع (٥٠٤/٤) .

(٤) وفي التنجيم إذا كان أكثر من نجم حكمتان :

أحدها : ترجع إلى المكاتب ، وهو التخفيف عليه ؛ لأن الأداء مفرقاً أسهل ، ولهذا تقسط الديون على
المعسرين عادة تخفيفاً عليهم .

ثانيهما : وترجع للسيد وهي أن مدة الكتابة تطول غالباً ، فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه إلا
في آخر المدة ، فإذا عجزه عاد إلى الرق وفاتت منافعه في مدة الكتابة على سيده من غير نفع حصل له ،
وإذا كانت منجمة نجوماً فعجز عن النجم الأول فمدته سيرة ، وإن عجز عما بعده فقد حصل للسيد =

كل نجم ومنه .

أما اشتراط النجمين فأكثر ، فلأنها مشتقة من الكتّيب ، وهو الضم فوجب افتقارها إلى نجمين، ليضم أحدهما إلى الآخر (١) .

وأما كونه يشترط العلم بمال كل نجم من السقط والمدة، فلئلا يؤدي جهل ذلك إلى التنازع (٢) . لكن لا يشترط التساوي (٣) ، فلو جعل أحد النجمين شهراً والآخر سنة وجعل قسط أحد النجمين عشرة ، والآخر خمسة عشر، جاز ذلك ؛ لأن القصد العلم بقدر الأجل وقسطه وهو حاصل بذلك (٤) .

والمراد بالنجم هنا : الوقت ؛ لأن العرب كانت لا تعرف الحساب ، وإنما تعرف الأوقات بطلوع النجوم، (٥) كما قال بعضهم (٦) :

إذا سهيل أول الليل طَلَعَ فابن اللبون الحِقُّ ، والحِقُّ جَذَع

(أو منفعة) مؤجلة (على أجلين) يعني : أن الكتابة إما أن تكون بمال في

= نفع بما أخذ من النجوم قبل عجزه . إذا ثبت ذلك فأقله نجمان فصاعداً .

المغني (٤٥٠/١٤) ، الشرح الكبير (٣٤٨/١٢) .

(١) المغني (٤٥١/١٤) .

(٢) المبدع (٣٣٨/٦) .

(٣) المغني (٤٥١/١٤) .

(٤) المبدع (٣٣٨/٦) .

(٥) انظر : المطلع ص (٣١٦) ، الدر النقي (٨٢٦/٣) .

(٦) لم تعزه كتب اللغة . وإنما يقولون : ول بعضهم : هكذا .

انظر : جمهرة اللغة (٦٢/١) ، تهذيب اللغة (١٢٦/٦) ، المخصص (١٦/٩) ، لسان العرب في حرف : (ح ق ق) (٥٤/١٠) .

الذمة ، وإما أن تكون [٣٦٩/أ] بمنفعة مؤجلة .

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ (١) .

وأما السنة فقصة بريرة (٢) .

وقوله - ﷺ - : ((المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم)) رواه أبو داود (٣) .

وما روى سعيد عن سفيان عن الزهري عن نبهان (٤) مولى أم سلمة (٥) عن

(١) وتكملة الآية : ﴿ وَءَاتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَكُمْ وَلَا تَكْرِهُوا فَتِيَّتَكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَوةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِن بَعْدِ إِكْرِهِنَّ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [سورة النور ، آية رقم (٣٣)] .

(٢) متفق عليه وتقدم في أحكام العصة ص (١٣٥) .

(٣) كتاب العتق ، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت . رقم الحديث (٣٩٢٦) .

وهو عند أحمد بمعناه : ((أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها إلا عشر أوقيات ، فهو رقيق)) ، برقم (٦٦٦٦) .

تحفة الأشراف (٨٦٧٣) .

(٤) هو : نبهان المخزومي - مولاهم ، أبو يحيى المدني مكاتب أم سلمة ، مقبول من الثالثة .

انظر : تقريب التهذيب (٢٩٧/٢) .

(٥) هي : هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله المخزومية ، أم المؤمنين أسلمت قديماً ، من المهاجرات الأول ، تزوجها النبي - ﷺ - سنة (٤ هـ) بعد وفاة زوجها أبو سلمة ، وصفت بالعقل البالغ والحكمة والرأي الصائب .

أم سلمة أن النبي - ﷺ - قال : ((إذا كان لإحداكن مكاتب، وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه)) رواه أبو داود وابن ماجه (١) في أحاديث كثيرة سواهما (٢) .

= الإصابة (٢٢١/١٣) ، الطبقات لابن سعد (٦٠/٨) ، سير أعلام النبلاء (١٤٢/٢) .

(١) سنن أبي داود كتاب العتق ، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت (٣٩٢٨) .

والترمذي في البيوع ، باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي . وقال : حسن صحيح .

والنسائي في الكبرى كما في تحفة الأشراف (١٨٢٢١) ، وابن ماجه (٢٥٢٠) كتاب العتق ، باب المكاتب .

وهو في المسند (٢٦٣٥٣) .

والحميدي (٢٨٩) .

وعبد الرزاق (١٥٧٢٩) .

وابن أبي شيبة (٦٨/٥) .

وابن حبان كما في الإحسان (٤٣٠٧) .

والحاكم (٢٣٨/٢) . وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، ووافقه الذهبي .

والبيهقي (٣٢٧/١٠) .

وابن سعد في الطبقات (١٧٨/٨) .

والطحاوي في الشرح (٣٣١/٤) .

(٢) ومن ذلك ما روى سهل بن ضيف : أن النبي - ﷺ - قال : ((من أعان غارماً ، أو غازياً ، أو مكاتباً في كتابته ، أظله الله يوم لا ظل إلا ظله)) .

المسند (١٥٩٢٨ ، ١٥٩٢٩) .

وسنن البيهقي الكبرى (٣٢٠/١٠) .

وحديث بريرة المتقدم وغير ذلك .

وأجمع المسلمون على مشروعية الكتابة (١) .

(ولا يشترط) لصحة الكتابة (أجل له وقع في القدرة على الكسب فيه) في

الأصح (٢) ، فيصح توقيت النجمين بساعتين .

قال في تصحيح الفروع : مسألة قوله: فيما إذا قلنا: لا تصح إلا منجمة في توقيتها بساعتين أو يعتبر ماله وقع في القدرة على الكسب .

فيه خلاف في الانتصار .

قلت : ظاهر كلام كثير من الأصحاب الصحة ، ولكن العرف والعادة - والمعنى أنه لا يصح قياساً على السكّم ، لكن السلم أضيق والله أعلم (٣) انتهى .

(وتصح) الكتابة (على خدمة مفردة (٤) أو) خدمة (معها مال إن كان) المال

(١) نقل الإجماع وما قبله من : المغني (٤٤٢/١٤) ، وانظر : موسوعة الإجماع (١٠٢٠/٢) .

(٢) واختار صاحب الفائق : صحة الكتابة حالة . وهو خلاف ظاهر المذهب .

الشرح الكبير (٣٤٧/١٢ ، ٣٤٨) ، الإنصاف (٤٥٠/٧) ، الفروع (١٠٩/٥) ، المبدع (٣٣٨/٦) .

وسياتي وجه من قال بالصحة في نقله من تصحيح الفروع .

(٣) الفروع مع تصحيحه (١٠٩/٥) .

(٤) قال في الإنصاف : فائدة : تصح الكتابة على منفعة مفردة مدة واحدة كخياطة ونحوها .

(٤٥١/٧) .

وهذه من المنافع المباحة ؛ لأنها أحد العوضين في الإجارة ، فجاز أن تكون في الكتابة كالأثمان، ويشترط العلم بها كما يشترط في الإجارة .

الشرح الكبير (٣٥١/١٢) .

وهذا حكمه حكم الكتابة علم نجم واحد .

(**مؤجلاً ولو إلى أثنائها**) أي أثناء مدة الخدمة . فلو كاتبه على خدمة شهر ودينار ، لم يشترط تسمية الشهر، ويكون عقيب العقد ؛ لأن الإجارة تقتضيه .

فإن عين الشهر بوقت لا يتصل بالعقد مثل: أن يكاتبه في المحرم على أن يخدمه في رجب وشعبان ، أو في رجب ورمضان صح .

ولو كاتبه على خدمته شهر رجب ، ودينار ، وجعل أجل الدينار فيما بعد رجب بيوم ، أو أكثر صح بلا خلاف .

وإن جعل محله في نصف رجب أو على انقضائه صح أيضاً في الأصح (١) ؛ لأن الخدمة بمنزلة العوض الحاصل في ابتداء مدتها، فيكون محلها غير محل الدينار .

وإنما جازت الخدمة حالة فيما إذا كان أولها عقيب العقد ؛ لأن المنع من الحلول في غيرها، لأجل العجز عنه في الحال ، وهذا غير موجود في الخدمة، فجازت حالة .

ويصح أن يكون أجل الدينار قبل الخدمة، إن لم تكن متصلة بالعقد، مثل أن يكاتبه في المحرم على دينار سلخ صفر وخدمته شهر رجب (٢) .

(**وتسن**) الكتابة (**لمن**) أي لرفيق (**علم فيه خير وهو**) أي والخير (**الكسب**)

= المغني (٤٥٦/١٤) .

(١) وقال القاضي : لا يصح ؛ لأنه يكون نجماً واحداً ، وهذا لا يصح ؛ لأن الخدمة كلها لا تكون في وقت محل الدينار ، وإنما يوجد جزء منها يسير مقارباً له وسائرهما فيما سواه .

المغني (٤٥٦/١٤) ، الشرح الكبير (٣٥٢/١٢) ، الإنصاف (٤٥١/٧) .

(٢) المغني (٤٥٦/١٤) ، الشرح الكبير (٣٥٢/١٢) .

والسلخ : آخر الشهر .

القاموس المحيط ص (٣٢٣) .

والأمانة (١) .

قال أحمد : الخير صدق ووفاء بمال الكتابة .

ونحوه قول إبراهيم ، وعمرو بن دينار وغيرهما ، وعباراتهم في ذلك مختلفة (٢) .

وعن أحمد رواية أخرى وهي : متى ابتغاه رقيق قادر على الكسب من سيده وجب عليه أن يكاتبه (٣) .

ووجه ذلك قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ (٤) .

لأن ظاهر الأمر الوجوب .

وروي ((أن سيرين (٥) أبا محمد بن سيرين كان عبداً لأنس بن

(١) بعد أن ذكر المؤلف - رحمه الله تعالى - مشروعية الكتابة وتأصيلها من الكتاب والسنة والإجماع ، شرع يبين من تسن في حقه .

(٢) المغني (١٤ / ٤٤٣) .

وإبراهيم : هو النخعي ، يدل عليه ما نقل ابن قدامة بعده حيث قال : قال ابن عباس : غناء وإعطاء للمال .

وقال مجاهد : غناء وأداء .

وقال النخعي : صدق ووفاء . . . الخ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) سورة النور ، آية رقم (٣٣) .

(٥) هو : سيرين ، أبو محمد بن سيرين ، الإمام المعروف في علوم الدين ، وسيرين مولى لأنس بن مالك =

مالك (١) فسأله أن يكاتبه فأبى ، فأخبر سيرين عمر بن الخطاب ، فرفع الدرة على أنس وقرأ عليه : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ فكاتبه أنس (٢) .

ولنا على من يقول بوجوبها قوله - ﷺ - : ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه)) (٣) .

= وكذلك ابنه محمد . أنصاري بالولاء ، يكنى أبو عمرة ، من سبي جرجاريا .

انظر : تهذيب التهذيب (٢١٤/٩) ، حلية الأولياء (٢٦٣/٢) ، وفيات الأعيان (٤٥٣/١) ، الأعلام (١٥٤/٦) .

(١) هو : أنس بن مالك بن النضر الأنصاري ، الخزرجي ، خادم رسول الله - ﷺ - ، خدمه عشر سنين ، صحابي مشهور ، مات سنة ثلاث وتسعين وقد غُمر .

انظر : الإصابة (١١٢/١) ، تجريد أسماء الصحابة (٣١/١) ، تقريب التهذيب (٨٤/١) .

(٢) أخرجه البخاري في كتاب المكاتب ، باب المكاتب ونحوه في كل سنة نجم معلقاً .

كما أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣١٩/١٠) .

وعبد الرزاق في مصنفه (١٥٥٧٨) .

والآية في سورة النور ، رقم (٣٣) .

(٣) أخرجه الدارقطني من حديث أبي حرة عن عمه . الدارقطني (٢٦/٣) .

والبيهقي في السنن الكبرى (٨٢/٨) .

والإمام أحمد في المسند رقم الحديث (٢٠٥٧٣) .

وعزاه ابن حجر الهيتمي في مجمع الزوائد لأبي يعلى ، وقال الهيتمي : وأبو حرة وثقه أبو داود وضعفه ابن معين .

واعتمد الحافظ ابن حجر العسقلاني في تقريب التهذيب توثيقه .

انظر : مجمع الزوائد (١٧٢/٤) ، وتقرير التهذيب (٤١١/٢) .

=

ولأنه دعا (١) إلى إزالة ملك بعوض ، فلم يجبر السيد عليه ، كما لو دعاه إلى البيع والكتابة بأقل من قيمته .

ولأن الكتابة إعتاق بعوض ، فلم تجب كالاستسعاء .

والآية محمولة على الندب .

وقول عمر يخالفه (٢) فعل أنس (٣) .

(وتكره) الكتابة (لمن) أي لرفيق (لا كسب له) [٣٦٩ / ب] على

الأصح (٤) ؛ لنلا يصير كلاً على الناس ، ويحتاج إلى المسألة (٥) .

= والمضعف فيمن روى عن أبي حرة وهو ابن جدعان ، لكن الحديث له شواهد تقويه .

(١) في (ب ، ف) : دعاء . والصحيح المثبت من (س) .

(٢) في (س) : يخالف .

(٣) النقل من المغني (٤٤٣ / ١٤) .

أما قول عمر فهو الأمر بالكتابة وحمله الأمر في الآية على الوجوب .

وأما فعل أنس هو إباؤه - يَبْأُوهُ - مكاتبه سيرين ابتداءً .

ومكاتبته بعد ذلك استجابة لأمر الله في الآية ثم استجابة لرغبة عمر بن الخطاب - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - .

قال ابن قدامة - رحمه الله تعالى - : ولا خلاف بينهم في أن من لا خير فيه لا تجب إجابته .

المغني (٤٤٣ / ١٤) .

(٤) وعن أحمد رواية أخرى : أنه لا يكره .

المغني (٤٤٣ / ١٤) ، الشرح الكبير (٣٤٠ / ١٢) .

(٥) الممتع (٥٠٢ / ٤) .

(وتصح لمبعض) ^(١) يعني أنه يصح أن يكتب السيد بعض عبده الرقيق مع حرية بعضه .

(و) تصح الكتابة لرقيق (مميز) ؛ لأنه يصح تصرفه وبيعه بإذن وليه، فصحت منه الكتابة لذلك كالمكلف ^(٢) .

ودليل صحة تصرفه، قول الله سبحانه وتعالى : ﴿ وَأَتَّبِلُوا اللَّيْمَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾ ^(٣) .

والابتلاء : الاختبار له بتفويض التصرف إليه، ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أو لا ؟ وهل يغبن في بيعه وشرائه أو لا ؟

وإيجاب السيد لعبده المميز الكتابة إذن له في قبولها ^(٤) .

(لا منه) يعني أنه لا يصح من السيد المميز كتابة رقيقه (إلا بإذن وليه) ؛ لأن الكتابة تصرف في المال ، فلم تصح من المميز إلا بإذن وليه كالبيع ^(٥) .

(١) تقدم أن المبعض من بعضه حر وبعضه رقيق .

(٢) المغني (٤ / ٤٤٤) ، الشرح الكبير (١٢ / ٣٤١) .

(٣) سورة النساء ، آية رقم (٦) .

وتكملة الآية : ﴿ فَإِنْ أَسْتَمْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا ﴾ [سورة النساء ، آية رقم (٦)] .

(٤) المرجعان السابقان .

وانظر : تفسير ابن كثير (١ / ٤٥٢ ، ٤٥٣) ، زاد المسير (٢ / ١٤) .

(٥) المرجعان السابقان .

(ولا) تصح الكتابة أيضاً (من) سيد (غير جائز التصرف) كالسفيه والمحجور عليه لفلس (١) ؛ لأن الكتابة نقل الملك بعوض، فلم تصح منهما كالبيع (٢) .

(أو بغير قول) يعني أنه لا تصح الكتابة إلا بالقول .

(وتنعقد) الكتابة (بـ) قول السيد لمن يريد أن يكاتبه : (كاتبك على كذا مع قبوله) أي قبول العبد ؛ لأنه لفظها الموضوع لها فانعقدت بمجرد (٣) ، (وإن

(١) الحجر : بفتح الحاء ، وهو في اللغة : المنع .

وفي الشرع : التصديق ، ومنه سمي الحرام حجراً بكسر الحاء وفتحها وضمها ، ويسمى العقل حجراً ؛ لكونه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقبح وتضر عاقبته .

وهو في الشريعة : منع الإنسان من التصرفات ، ومنه : الحجر على المفلس بحق الغرماء .

والمفلس : هو من لا مال له ، ولا يدفع به حاجته . وسمي مفلساً ؛ لأنه لا مال له إلا الفلوس ، وهي أوفى أنواع المال .

والمفلس في عرف الفقهاء : من دينه أكثر من ماله ، وخرجه أكثر من دخله .

المطلع ص (٢٥٤) .

(٢) الشرح الكبير (٣٤١/١٢) .

(٣) الشرح الكبير (٣٤٦/١٢) .

أما كون الكتابة لا تصح إلا بالقول ؛ فلأنها: إما بيع وإما تعليق للعتق على الأداء، وكلاهما لا يصح إلا بالقول .

وأما كونها تنعقد بقوله : كاتبك على كذا ، وإن لم يقل : فإذا أديت إليّ فأنت حر على المذهب ؛ فلأنه صريح في الكتابة ، فانعقد به ، كصريح البيع وغيره .

وأما كونه يحتمل أن يشترط قوله أو نيته ، فلأن الكتابة في المعنى تعليق للعتق على الأداء ، فلا بد من التلفظ به أو نيته .

الممتع (٥٠٣/٤) .

لم يقل (السيد) فإذا أديت إليّ ما كاتبني عليه (فانت حر) ؛ لأنه الحرية موجب عقد الكتابة فثبت (١) عند تمامه كسائر أحكامه (٢) .

ولأن الكتابة عقد وضع للعتق فلم يحتج إلى لفظ العتق ولا نيته كالتدبير ، وليس قول المخالف [أن لفظ الكتابة يحتمل المخارجة بمشهور حتى يحتاج أن يميز أحدهما عن الآخر بشيء يميزه ، على أن لفظ العتق المحتمل ينصرف] بالقرائن إلى حد محتمليه (٣) .

(ومتى أدى) المكاتب (ما عليه) من مال الكتابة (فقبضه) منه (سيده) (٤)
أو وليه (أي ولي سيده إن كان محجوراً عليه) (٥) ، (أو أبراه) من مال

(١) في (ب) : فثبت .

(٢) الشرح الكبير (٣٤٧/١٢) .

(٣) المرجع السابق .

والمخارجة : ما يفرضه السيد على العبد من المال كل يوم .

معجم لغة الفقهاء ص (٤١٤) .

(٤) في (ب) : سيد .

(٥) قدمت معنى الحجر في اللغة وفي الشرع .

والحجر أنواع في الشريعة الإسلامية ، ويختص كل نوع بموضوعه ، فهذا من مزايا الشريعة الإسلامية التي تحمي الغير ضد من لا يحسن التصرف ، كما أنها في نفس الوقت تحمي المحجور عليه من أن يضيع هو ، أو يضيع ماله ضد المحتالين وغيرهم .

وإليك أنواع الحجر :

أحدها : الحجر على الصبي .

الثاني : على المجنون .

الثالث : الحجر على السفیه .

الكتابة (١) [(سيده) أي سيد المكاتب ، (أو) أبراه (وارث) لسيده (موسر من حقه) من مال الكتابة (عتق) ؛ لأنه لم يبق لسيده عليه شيء ، إلا أنه لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة على الأصح (٢) ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي - ﷺ - قال : « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » رواه أبو داود (٣) .

فقد دل هذا الحديث بمنطوقه على أنه لا يعتق حتى يؤدي جميع كتابته وبمفهومه على أنه إذا أدى جميع كتابته لا يبقى عبداً (٤) .
وأما كونه يعتق بالإبراء ، فلأن ذمته خلت من مال الكتابة ، فأشبه ما لو أداه .
ولو أبراه من بعضه برئ منه وهو على الكتابة فيما بقي (٥) .

= الرابع : الحجر على المفلس بحق الغرماء .

والخامس : الحجر على المريض من التبرع لوارث ، أو لأجنبي بزيادة على الثلث .

والسادس : الحجر على المكاتب والعبد لحق سيدهما .

السابع : الحجر على الراهن في الرهن لحق المرتهن .

الثامن : المرتد يحجر عليه لحق المسلمين .

يقال حجر الحاكم يحجر ويحجر بضم الجيم وكسرهما .

المطلع (٢٥٤) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٢) وعنه : إذا ملك ما يؤدي : صار حراً ، ويجبر على أدائه .

الإنصاف (٤٥١/٧) ، الشرح الكبير (٣٥٤/١٢) ، المبدع (٣٤٠/٦) .

(٣) سبق تخريج هذا الحديث قريباً في هذا الباب ص (٨١٨) .

(٤) الشرح الكبير (٣٥٤/١٢) .

(٥) الشرح الكبير (٣٥٥/١٢) .

=

(وما فضل بيده) أي بيد المكاتب بعد أداء ما عليه من مال الكتابة (فله) ؛
لأنه كان له قبل أن يعتق فبقي على ما كان (١) .

(وتنفسخ) الكتابة (بموته) أي بموت المكاتب (قبل أدائه) أي قبل أداء
جميع كتابته، سواء خلف وفاء أم لا (وما بيده لسيده) على الأصح (٢) .

نقل أبو الحارث (٣) وبكر بن محمد (٤) وابن منصور : إذا مات المكاتب
وترك وفاء للكتابة وله ورثة أحراره، فماله لسيده ؛ لأنه مات وهو عبد وماله

= ولأن الإبراء كالأداء .

(١) المرجع السابق .

وفي رواية عن الإمام : أنه إذا ملك ما يؤدي صار حراً ؛ لما روت أم سلمة أن النبي - ﷺ - قال : ((إذا
كان لإحداكن مكاتب فكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه)) تقدم تخريجه في هذا الباب .

فأمرهن بالحجاب بمجرد ملكه لما يؤديه ؛ ولأنه مالك لمال الكتابة ، أشبه ما لو أداه .

فعلى هذا متى امتنع من الأداء، أجبره الحاكم عليه، كسائر الديون الحالة على القادر عليها ، ولا يعتق حتى
يؤدي .

المرجع السابق ، والمغني (٤٦٤/١٤) .

(٢) الرواية الثانية : إذا ملك ما يؤدي يصير حراً قبل الأداء ، فإذا مات قبل الأداء، كان لسيده بقية كتابته ،
وبالباقي لورثة الميت ، فلا تنفسخ الكتابة ، واختاره هنا أبو بكر ، وأبو الخطاب .

انظر : الإنصاف (٤٥٢/٧) ، الشرح الكبير (٣٥٦/١٢) ، المغني (٣٦٥/١٤) .

(٣) في (ف) : أبو الخطاب الحارث . والصحيح المثبت .

(٤) هو : بكر بن محمد ، النسائي الأصل ، أبو أحمد ، البغدادي المنشأ ، كان أحمد يقدمه ويكرمه ،
سمع من أحمد مسائل كثيرة .

انظر : طبقات الحنابلة (١١٩/١) ، النهج الأحمد (٣٨١/١) ، الوافي بالوفيات (٢١٦/١٠) ،
المقصد الأرشد (٢٨٩/١) .

لسيده (١).

ولأنه مات قبل البراءة من مال الكتابة، فانفسخت كتابته، كما لو لم يخلف وفاء (٢).

ولأن الكتابة عقد معاوضة على المكاتب، وقد تلف المعقود عليه قبل التسليم، فبطل (٣).

وقتل المكاتب، كموته في انفساخ الكتابة، سواء كان قاتله سيده أو أجنبياً.

ولا قصاص إن كان قاتله حراً؛ لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم (٤)، فلو كان القاتل سيده لم يجب عليه شيء؛ لأنه لو وجب شيء [٣٧٠/أ] لوجب له، وكان ما في يده لسيده (٥).

فإن قيل : إن القاتل لا يستحق شيئاً من تركة المقتول .

قلنا : إن ما في يده لا يرجع إلى سيده ميراثاً بل الحكم بملكه عليه لزوال الكتابة وإنما مُنع القاتل [من] (٦) [الميراث] (٧) خاصة .

(١) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١٢٣/٣) .

(٢) المغني (٤٦٦/١٤) ، الشرح الكبير (٣٥٦/١٢ ، ٣٥٧) .

(٣) المرجعان السابقان .

(٤) هذا نص حديث قد تقدم .

(٥) المغني (٤٦٨/١٤) ، الشرح الكبير (٣٥٨/١٢) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

وأما إن كان القاتل أجنبياً، فإنه يجب عليه قيمته لسيده ؛ لأنه عبد (١) .

(ولا بأس أن يعجلها) أي أن يعجل المكاتب مال الكتابة قبل حلوله (٢)

لسيده ، (ويضع (٣) عنه) أي عن المكاتب (بعضها) أي بعض الكتابة: مثل أن يكتبه على ألف في نجمين إلى سنة، ثم يقول له (٤) عَجَّل لي خمسمائة حتى أضع عنك الباقي أو حتى أبرئك من الباقي ، أو قال صالحنى منه على خمسمائة معجلة جاز ذلك ، وبه يقول أبو حنيفة (٥) .

وقال الشافعي : لا يجوز ذلك ؛ لأن هذا بيع ألف بخمسمائة، وهو ربا الجاهلية، وهو أن يزيد في الدين لأجل الأجل وهذا يضاهيه .

ولأن هذا لا يجوز بين الأجانب، فلم يجز بين السيد ومكاتبه كالأجانب (٦) .

ولنا (٧) أن مال الكتابة غير مستقر وليس (٨) بدَّين صحيح، بدليل أنه لا يجبر على أدائه (٩) ولا تصح الكفالة به، وما يؤديه إلى سيده كسب عبده، وإنما جعل الشرع هذا العقد وسيلة إلى العتق، وأوجب فيه التأجيل مبالغة في تحصيل العتق

(١) المرجعان السابقان .

(٢) أي قبل حلول الأجل ، أو النجم المؤقت إليه .

(٣) في (ف) زيادة كلمة : السيد .

(٤) زيادة من المخطوطة (ف) وليست في الشرح الكبير المنقول عنه .

(٥) مختصر اختلاف العلماء (٤٣٤/٤) ، الدر المختار مع حاشيته (١٠٨/٦) .

(٦) الوسيط (٥٢٦/٧) ، الحاوي الكبير (٢٣٣/١٨) ، روضة الطالبين (٢٥٣/١٢) .

(٧) في (س) : وكذا .

(٨) في الشرح الكبير زيادة : هو .

(٩) في الشرح الكبير زيادة : وله أن يتمتع من أدائه .

وتخفيفاً عن المكاتب ، فإذا أمكنه التعجيل على وجه يسقط به عنه بعض ما (١) عليه كان أبلغ في حصول العتق وأخف على العبد ويحصل من السيد إسقاط بعض ماله على عبده ، ومن الله سبحانه وتعالى إسقاط بعض ما أوجبه عليه من الأجل لمصلحته ، ويفارق سائر الديون بما ذكرنا ، ويفارق الأجانب من حيث أن هذا عبده فهو أشبه بعبده القن (٢) .

وأما إن اتفقا على الزيادة في الأجل والدين، مثل أن يكاتبه على ألف في نجمين إلى سنة يؤدي خمسمائة في نصفها والباقي في آخرها ويجعلانه إلى سنتين بألف ومائتين في كل سنة ستمائة ، أو مثل أن يحل عليه نجم فيقول : أخرني (٣) إلى كذا وأزيدك كذا ، فلا يجوز ؛ لأن الدين المؤجل إلى وقت لا يتأخر أجله عن وقته باتفاقهما عليه ، ولا يتغير أجله بتغييره ، وإذا لم يتأخر عن وقته، لم تصح الزيادة التي في مقابلته .

[ولأن (٤) هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم وهو الزيادة في الدين، الزيادة في الأجل ، ويفارق المسألة الأولى من هذين الوجهين .

فإن قيل : فكما أن الأجل لا يتأخر، فكذلك لا يتقدم بتعجيل، ولا يصير المؤجل حالاً، فلم جاز في المسألة الأولى ؟

قلنا : إنما جاز في المسألة الأولى فعلاً ، فإنه إذا وقع إليه الدين المؤجل قبل أجله جاز ، وجاز للسيد إسقاط باقي حقه عليه ، وفي هذه المسألة يأخذ أكثر مما

(١) في (س) : فما .

(٢) الشرح الكبير (١٢/٣٦٣ ، ٣٦٤) .

(٣) في (س) : ولا أحر من .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

وقع عليه العقد، فهو ضد المسألة الأولى (١) .

(ويلزم سيّداً) عجل له مكاتبه الكتابة (أخذ معجلة بلا ضرر) على السيد في قبضها (٢) ، ويعتق على الأصح (٣) .

(فإن أبى) السيد أخذها (جعلها إمام في بيت المال وحكم بعقته) لما روى

(١) الشرح الكبير (٣٦٥/١٢) .

(٢) في (س) : بعضها .

(٣) قال في الإنصاف في مقابل الأصح :

ويحتمل أن لا يلزمه ذلك إذا كان في قبضه ضرر . وهو المذهب نقله الجماعة عن الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - .

قال القاضي : والمذهب عندي أن فيه تفصيلاً على حسب ما ذكر في السلم وصححه الناظم ، واختاره المصنف في المغني .

قال في الرعايتين : وإن عجل ما عليه قبل محله : لزم سيده في الأصح أخذه بلا ضرر وعق في الحال . وحزم به في الوجيز والمحزر وابن عبدوس في تذكرته وغيرهم . وصححه في النظم ، وغيره .

قال في الفائق : ولو عجل ما عليه لزم قبضه وعق حالاً نص عليه . وقيد بعدم الضرر وقدمه في الفروع في باب السلم .

ونقل حنبل ، وأبو بكر : لا يلزمه ، ولو مع عدم الضرر . ذكرها جماعة من الأصحاب ؛ لأنه قد يعجز فريق ، ولأن بقاء المكاتب في هذه المدة حق له ، ولم يرض بزواله فهذه ثلاث روايات . رواية باللزم مطلقاً ، وعدمه مطلقاً ، والثالثة : الفرق بين الضرر وعدمه .

واختار القاضي في كتاب الروايتين طريقة أخرى ، وهي : إن كان في القبض ضرر لم يلزمه وإلا فروايتان وتبعه في الكافي .

الإنصاف (٤٥٢/٧ ، ٤٥٣) ، المسائل الفقهية (١٢٤/٣ ، ١٢٥) ، المغني (٤٦١/٤) ، الشرح الكبير (٣٥٩/١٢) ، المقنع شرح الخرق (١٣٤٣/٣) ، الكافي (٦٠٩/٢) ، المحزر (٨/٢) ، الفروع (١٨٢/٤) .

الأثرم بإسناده عن أبي بكر بن حزم (١) ((أن رجلاً أتى عمر فقال : يا أمير المؤمنين :
إني كوتبت على كذا وكذا وإنني أيسرت بالمال ، وأتيت به فزعم أن لا يأخذها إلا
نجوماً فقال عمر : يا يَرْفَأُ (٢) (٣) خذ هذا المال فاجعله في بيت المال وأدِّ إليه
نجوماً في كل عام وقد عتق هذا ، فلما رأى ذلك سيده أخذ المال)) (٤) .

وعن عثمان نحو هذا (٥) .

(١) هو : أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم الأنصاري ، المدني ، القاضي ، ثقة كثير الحديث توفي سنة
(١٠٠ هـ) .

تهذيب التهذيب (٣٨/٢) ، وانظر : تقريب التهذيب (٥٠١/٢) .

(٢) في (ف) : يا برتا .

وفي (س) : يا ييرفا .

وفي (ب) : يا برقأ .

(٣) هو : حاجب عمر بن الخطاب ، أدرك الجاهلية ، حج مع عمر في خلافة أبي بكر ، وليرفاً هذا حوادث
مع بعض الصحابة .

انظر : الإصابة (٣٨١/١٠) .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٠٥/٥) .

ومصنف عبد الرزاق (١٥٧١٣) .

وسنن البيهقي الكبرى (٣٣٥/١٠) . من طريق إسرائيل ، عبد العزيز بن رفيع ، عن أبي بكر بن محمد
ابن عمرو بن حزم .

وقد روى الدارقطني بمعناه من طريق عبد الله بن عبد العزيز بن عامر الليثي عن سعيد ابن أبي سعيد
المقبري ، أنه حدثه عن أبيه به .

وقد ضعف الذهبي الليثي كما في ديوان الضعفاء والمتروكين برقم (٢٢٢٨) ، والميزان برقم
(٤٤٢٥) .

(٥) انظر : ما سبق من مصنف عبد الرزاق وابن أبي شيبة وسنن البيهقي الكبرى .

ورواه سعيد بن منصور في سننه عن عمر وعثمان جميعاً (١) .

ولأن الأجل حق لمن عليه الدين ، فإذا قدمه فقد رضي بإسقاط حقه فسقط
كسائر الحقوق (٢) [٣٧٠/ب] .

وأما كون السيد لا يلزمه أخذ معجلة مع وجود الضرر بأخذها ، كما لو كان
دفعها بطريق مخوف ، أو كان مما يحتاج إلى مخزن إلى حين حلوله ، كالطعام
والقطن و نحو ذلك ، فإن الإنسان لا يلزمه التزام ضرر لا يقتضيه العقد ، ولا يعتق
ببذله مع حصوله الضرر بأخذه (٣) .

(ومتى بان بعوض دفعه) المكاتب لسيدته عن مال (٤) الكتابة (عيب فله) أي
فلسيد (أرشه) (٥) إن أمسكه (أو عوضه) أي عوض العيب [(برده) على
المكاتب] (٦) (ولم يرتفع عتقه) في الأصح (٧) أي عتق المكاتب برد المعيب

(١) لم أقف على موضعه في سنن سعيد ، ولكن انظر ما سبق من مصنف عبد الرزاق وابن أبي شيبة والسنن
الكبرى للبيهقي .

(٢) المغني (٤٦٢/١٤) ، الشرح الكبير (٣٦١/١٢) .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) في (س) : قال .

(٥) سبق تعريفه .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٧) وقيل : هو كالبيع .

وقيل : يرتفع العتق إن رده ، ولم يعطه البدل وهو توجيه القاضي .

قال المصنف وغيره : فإن بان معيياً نظرت ، فإن رضي بذلك وأمسكه ، استقر العتق . وإن اختار
إمساكه ، وأخذ الأرش ، أو رده ، فله ذلك .

وقال أبو بكر : قياس قول الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - أنه لا يبطل به العتق . وليس له الرد ، =

عليه ؛ لأن إطلاق عقد الكتابة يقتضي سلامة العوض فيها، وقد تعذر رد المكاتب رقيقاً ، فوجب أرش العيب أو عوض المعيب جبراً لما اقتضاه إطلاق العقد (١) .

وأما تعذر رد المكاتب رقيقاً ؛ لأن عتق بالكتابة إزالة ملك بعوض، فلا يبطله رد العوض بالعيب كالخلع (٢) .

ولأنه ليس المقصود منه المال أشبه الخلع (٣) .

(ولو أخذ سيده) من المكاتب (حقه ظاهراً) يعني عملاً بالظاهر (٤) في كون ما بيد الإنسان ملكه (ثم قال) سيده (هو حر) يعني بمقتضى أدائه مال الكتابة (ثم بان) ما دفعه (مستحقاً) لغيره بأن كان قد سرقه المكاتب أو غصبه أو نحوه (لم يعتق) ؛ لفساد القبض (٥) .

= وله الأرش .

الإنصاف (٤٥٤/٧) ، وانظر : المبدع (٣٤٣/٦) .

قال في الإنصاف : وهو من المفردات . يقصد الأصح .

انظر : منح الشفا الشافيات (١٤/٢) .

(١) انظر : الممتع (٥٠٩/٤) ، المبدع (٣٤٣/٦) ، مطالب أولي النهى (٧٣٧/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٦٦٨/٢) ، كشف القناع (٥٤٤/٤) .

(٢) المراجع السابقة مع المغني (٥١٤/١٤) .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) العمل بالظاهر من الأصول المعمول بها في الفقه الإسلامي . وذكر الكرخي في أصوله هذه القاعدة : الأصل أن من ساعده الظاهر فالقول قوله .

رسالة الكرخي في الأصول مطبوعة مع تأسيس النظر للدبوسي ص (١١٠) .

والقواعد الفقهية للندوي ص (١٣٠) .

(٥) انظر : المبدع (٣٤٣/٦) ، الإنصاف (٤٥٤/٧) ، المغني (٥١٤/١٤) ، الشرح الكبير =

ولكون قوله : هو حر إنما قاله اعتماداً على صحة القبض (١) .

(وإن ادعى) السيد (**تحريره**) أي تحرير ما أحضره له مكاتبه ليقبضه له بأن قال سيده : هذا حرام أو غصب ، فلا يصح أن أقبضه منك ، وأنكر المكاتب وكانت لسيدة بيّنة بدعواه (**قبل**) قول السيد (**بيّنة**) وسمعت بينته ؛ لأن له حقاً في أن لا يقتضي دينه من حرام ولا يأمن أن يرجع صاحبه عليه به (٢) .

(**والا**) أي وإن لم يكن للسيد بيّنة (**حلف العبد**) أنه ملكه (**ثم يجب**) على السيد (**أخذه ويعتق**) المكاتب (**به**) أي بأخذه ؛ لأن الأصل أنه ملكه (٣) .

(**ثم**) إن كان السيد أضاف ملك ما بيد المكاتب لشخص معين كما لو قال : هذا المال غصبه أو سرقه من زيد ، فإنه (**يلزمه**) أي ويلزم السيد إذا قبضه (**رده**) أي رد ما أضاف ملكه إلى معين (**إلى من أضافه إليه**) لأن أقر : أنه ملكه ، وإن لم يقبل في حق المكاتب ، فإنه يقبل في حق نفسه ، كما لو قال رجل لعبد في يد غيره : هو حر ، وأنكر ذلك من العبد في يده ، لم يقبل قوله عليه ، فإن انتقل ملك العبد إلى من قال أنه (٤) حر بسبب من الأسباب لزمته حرّيته (٥) .

= (٣٦٧/١٢) .

(١) لأن الظاهر معه وهو أخبر بما نوى .

المغني (٥١٥/١٤) ، الشرح الكبير (٣٦٧/١٢) .

(٢) في هذه المسألة يقول ابن قدامة : يسأل المكاتب عن ذلك ، فإن أقر به لم يلزم السيد قبوله ؛ لأنه لا يلزمه أخذ المحرم ، ولا يجوز له .

المغني (٤٦٣/١٤) ، الشرح الكبير (٣٦٢/١٢) ، وانظر : مطالب أولي النهى (٧٣٧/٤) .

(٣) مطالب أولي النهى (٧٣٧/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٦٦٩/٢) .

(٤) في (س) : له .

(٥) المغني (٤٦٤/١٦) ، الشرح الكبير (٣٦٢/١٢) .

(وإن نكل) عن أي يحلف أن المال الذي بيده ليس بحرام (حلف سيده) أنه حرام ، ولم يلزمه قبوله . قاله ابن حمدان (١) وجزم به في الفروع (٢) .

(وله) أي ولسيد المكاتب إذا كان له بذمة مكاتبه ديّان ، دين الكتابة ، ودين غيره (قبض ما) أي شيئاً من مال الكتابة (لا يفي بدينه ودين الكتابة من دين له على مكاتبه) أي تصرف نية السيد لما قبضه إلى دينه الذي غير دين الكتابة (وتعجيزه) أي تعجيز السيد لمكاتبه ؛ لأنه لما نوى بما قبضه غير مال الكتابة، بقي مال الكتابة في ذمة المكاتب، فملك تعجيزه بذلك (٣) (لا قبل) نية السيد بـ (أخذ ذلك عن جهة الدين) في الأصح (٤) .

(والاعتبار) في هذه المسألة (بقصد سيد) دون مكاتبه الدافع (وفائدته) أي فائدة اعتبار قصد السيد (يمينه) أي وجوب حلفه (عند النزاع) .

فلو أخذه (٥) من غير قصد، لم يكن له ذلك (٦) .

قال في الإنصاف : بعد [٣٧١/أ] أن ذكر المسألة قلت : قد تقدم في باب الرهن؛ أنه لو قضى بعض دينه أو برئ منه وبيع رهنه أو كفيل : كان عما نواه

(١) انظر : تصحيح الفروع (١١١/٥) .

(٢) الفروع (١١١/٥) ، المبدع (٣٤٢/٦) .

(٣) الفروع مع تصحيحه (١١١/٥) ، مطالب أولي النهى (٧٣٨/٤) .

(٤) والوجه الآخر خلاف ذلك ، فالاعتبار بقصد السيد في قبضه عن أحد الدينين .

الإنصاف (٤٥٤/٤) ، الفروع (١١٠/٥) .

(٥) في (س) : أخذ .

(٦) انظر : مطالب أولي النهى كما سبق .

الدافع أو المبرئ (١) من القسمين. والقول قوله في النية بلا نزاع فيخرج هنا
بمثله (٢) انتهى .

(١) في (ف) : البري .

(٢) الإنصاف (٤٥٥/٧) .

[فصل : فيما يملكه المكاتب]

(فصل . ويملك) [المكاتب] ^(١) (كسبه ونفعه و) يملك أيضاً (كل تصرف يصلح ماله، كبيع وشراء وإجارة واستئجار واستدانة . وتتعلق) استدانتة (بذمته) أي ذمة المكاتب (يبيع بها بعد عتق) ^(٢) .

أما كونه يملك اكتسابه ^(٣) ومنافعه فلا أن ^(٤) موضوع عقد الكتابة لتحصيل العتق، ولا يحصل العتق إلا بإداء عوضه ، ولا يمكنه الأداء إلا بالتكسب ^(٥) ، والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب، فإنه قد جاء في بعض الآثار ((أن تسعة أعشار الرزق في التجارة)) ^(٦) .

وأما كونه يملك الاستدانة ؛ فلا أنه لما ملك الشراء ملكه بالنقد والنسيئة .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٢) هذا بالإجماع .

قال ابن المنذر - رحمه الله تعالى - : وأجمعوا على أن للمكاتب أن يبيع ويشترى ويأخذ ويعطي ويتصرف فيما فيه الصلاح لماله والتوفير عليه على ما يجوز بين المسلمين من أحكام . ص (١٣٢) .

وانظر : الشرح الكبير (٣٦٧/١٢) .

(٣) في (ف) : إكسابه .

(٤) النقل من هنا من كتاب : الشرح الكبير (٣٦٧/١٢) .

(٥) في (ب) : بالكسب .

(٦) فيض القدير شرح الجامع الصغير (٣٤٤/٣) وله طريقان أحدهما صحيح والآخر حسن . وهو عن نعيم بن عبد الرحمن الأزدي ويحيى بن جابر الطائي مرسلاً .

كما أخرجه السيوطي أيضاً في الجامع الكبير (٤٧١/١) .

وأما كون الاستدانة تتعلق بذمته على الأصح (١) ؛ فلأنه لما ملك كسبه صارت ذمته قابلة للاشتغال (٢) .

ولأنه في يد نفسه ، فليس من السيد غرور بخلاف المأذون له (٣) .

(وسفره) أي وحكم سفر المكاتب (كغريم) فيملكه مع توثقه برهن بحرز أو كفيل مليء (٤) .

(وله) أي وللمكاتب (أخذ صدقة) واجبة ومستحبة ؛ لأن الله سبحانه وتعالى جعل للمكاتبين الأخذ من الصدقة (٥) الواجبة بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَفِي الرِّقَابِ ﴾ (٦) ، وإذا جاز الأخذ من الواجبة ، فالمستحبة أولى (٧) .

(١) وعنه أنها تتعلق بذمة سيده .

الفروع (١١١/٥) ، مطالب أولي النهى (٧٣٩/٤) .

(٢) انظر : الشرح الكبير (٣٦٧/١٢) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٧٠/٢) ، كشف القناع (٥٤٧/٤) .

(٣) انظر : المراجع السابقة .

(٤) قال في الإنصاف : يستثنى من كلام المصنف : السفر للجهاد ، فإنه لا يجوز له السفر لذلك إلا بإذنه . (٤٥٥/٧) .

(٥) في (س) : الصفة .

(٦) سورة التوبة ، آية رقم (٦٠) .

والآية : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَمِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَرَمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴾ .

(٧) المغني (٤٧٧/٤) ، الشرح الكبير (٣٧٠/٢) .

(ويلزم) المكاتب (شرط) السيد عليه في (تركهما) أي ترك السفر وأخذ الصدقة على الأصح (١) (كالعقد فيمك تعجيزه) بسفره .

وقيل : لا يملكه لإمكانه رده (٢) .

ووجه المذهب قوله - ﷺ - : ((المسلمون على شروطهم)) (٣) .

(١) الشرح الكبير (٣٦٨/١٢) ، الهداية (٢٤٣/٢) ، المحرر (٨/٢) ، الفروع (١١٢/٥) ، المغني (٤٧٦/١٤ ، ٤٧٧) ، شرح الزركشي (٤٩٥/٧) ، كتاب التمام (٢٧٥/٢) .

وهو من مفردات المذهب كما ذكر ذلك في الإنصاف (٤٥٥/٧) ، منح الشفا الشافيات (١٠٢/٢) .

(٢) وهي الرواية المقابلة للأصح ، فلا يصح الشرط .

انظر : المراجع السابقة .

(٣) ذكره البخاري كما في الفتح معلقاً (٤٥١/٤) ، وذكر الحافظ في الفتح أنه روي من حديث عمرو ابن عوف المزني من مسند إسحاق من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو عن أبيه عن جده ، وزاد : ((إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)) ، وكثير: ضعيف الحديث لكن البخاري ومن تبعه كالترمذي وابن خزيمة يقوون أمره .

وهذا الحديث أخرجه أبو داود في سننه في كتاب الأقضية ، باب الصلح (٣٥٩٤) .

والترمذي في جامعه في كتاب الأحكام ، باب : ما ذكر عن رسول الله - ﷺ - في الصلح بين الناس (١٣٥٢) وقال : حديث حسن صحيح .

وابن ماجه في السنن كتاب الأحكام ، باب الصلح (٢٣٥٣) .

وانظر : تحفة الأشراف (١٠٧٧٥) .

والدارقطني (٢٧/٣) .

وقال المنذري في تهذيبه (٢٤٤٩) : في إسناده كثير بن يزيد أبو محمد الأسلمي .

وقال ابن معين : ثقة ، وقال مرة : ليس بشيء . وقال مرة : ليس بذاك القوي . وتكلم فيه غيره .

وأخرجه الحاكم في المستدرک عن أبي هريرة وعائشة وأنس (٢٣٠٩) (٥٧/٢) .

ولأن للسيد في هذا الشرط فائدة، فلزم كما لو شرط نقداً معلوماً .

وبيان فائدة ترك السفر: أنه لا يؤمن بإبائه بسفره .

ولأنه [ربما] ^(١) لا يرجع فيفوت العبد والمال الذي عليه ^(٢) .

وكذا لو شرط عليه أن لا يسأل الناس .

قال أحمد : قال جابر بن عبد الله : هم على شروطهم إن رأيتهم يسأل تنهاه، فإن

قال : لا أعود لم يردده عن كتابته في مرة ^(٣) .

قال في شرح المقنع : فظاهر هذا أن الشرط صحيح لازم ، وأنه إن خالف مرة

لم يُعجزه ، وإن خالف مرتين أو أكثر فله تعجيزه .

قال أبو بكر : إذا رآه يسأل مرة في مرة عجزه كما إذا حل نجم في نجم

عجزه، فاعتبر المخالفة في مرتين كحلول نجمين .

وإنما صح الشرط لقوله - ﷺ - : « المسلمون على شروطهم » ^(٤) .

ولأن له في هذا فائدة وعوضاً صحيحاً، وهو أن لا يكون كلاً ^(٥) على الناس ولا

= وانظر : تلخيص الحبير (١١٩٥) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٢) المغني (٤٧٦/١٤) ، الشرح الكبير (٣٦٩/١٢) .

(٣) المرجعان السابقان .

(٤) سبق تخريجه قريباً .

(٥) أي عالة على الناس .

ارجع إلى تعريف كلاله في الفرائض .

يطعمه من صدقتهم وأوساخهم (١) انتهى .

(لا شرط نوع تجارة) يعني أنه لا يصح أن يشرط على المكاتب أن لا يتجر مطلقاً ، أو أن لا يتجر إلا في نوع كذا ؛ لأن ذلك ينافي مقتضى عقد الكتابة (٢) الموضوع لتحصيل العتق (٣) .

(وينفق على نفسه) يعني أن المكاتب يملك أن ينفق من كسبه (ورقيقه وولده التابع له) في الكتابة (ك) ولده (من أمته) ؛ لأن النفقة تابعة للكسب ، وكسب من ذكر كله للمكاتب (٤) .

واحترز بقوله : التابع له ممن ولد له قبل الكتابة ؛ لأنه إن كان من أمة فنفقته

= وانظر : المصباح المنير (٥٣٨/٢) ، والقاموس المحيط ص (١٣٦١) .

(١) الشرح الكبير (٣٧٠/١٢) ، وانظر : المغني (٤٧٧/١٤) .

وقال الخرقى : وإذا عجز المكاتب ورُدَّ في الرق ، وكان قد تصدق عليه فهو لسيده .

وقال أبو بكر : يجعل في المكاتبين ، وهو اختيار القاضي .

ووجهه : أنه إنما دفع إليه لينتفع به العتيق ، وما وقع فهو كما لو دفع إلى الغارم ليقضي دينه ، والغازي ليغزوه به ، فلم يفعل لزمهما الرد .

ووجه قول الخرقى : أنه لما دفع إلى المكاتب ملكه ، وقد ثبت أن جميع ما في يده يكون لسيده ، فكذلك هذا المال .

انظر : مسائل أبي بكر عبد العزيز التي خالف فيها الخرقى ص (١٣٢) .

(٢) المغني (٤٧٦/١٤ ، ٤٨٤) .

(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٧٠/٢) ، كشف القناع (٥٤٧/٤) ، مطالب أولي النهى (٧٤٠/٤) .

(٤) انظر : المراجع السابقة ما عدا كشف القناع .

على سيد أمة ، وإن كان من حرة فلا تعلق للمكاتب به (١) .

(فإن) عجز المكاتب عن أداء مال الكتابة وعن نفقة من ذكر و (لم يفسخ سيده كتابته لعجزه، لزمته) أي لزمته السيد (النفقة) على من ذكر ؛ لأنهم كلهم في الحكم، أرقاء للسيد فتجب عليهم نفقتهم (٢) .

(وليس للمكاتب النفقة على ولده من أمة لغير سيده) ولو ولد له حال كتابته لأن ولد الرقيقة تابع لأمه (٣) .

(ويتبعه) ولده في الكتابة (من أمة سيده بشرطه) أي باشتراط ذلك على سيده حال [٣٧١/ب] العقد ؛ لقوله - ﷺ - : ((المؤمنون على شروطهم)) (٤) .
وأما إن لم يشترط ذلك على سيده، كان ولده قنأً لسيده تبعاً لأمه، كما لو كانت لغير سيده (٥) .

(ونفقتة) أي نفقة ولد المكاتب (من مكاتبه ولو) كانت المكاتبه (لسيده) أي سيد المكاتب (على أمة) ؛ لأن ولد المكاتبه بعد كتابتها يتبعها في عتق بأداء أو إبراء (٦) .

(١) المراجع السابقة مع كشف القناع (٥٤٦/٤) .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) المراجع السابقة ، والإنصاف (٤٦٤/٧) ، الفروع (١١٢/٥) .

(٤) تقدم تخريجه قريباً والروايات الواردة بلفظ : ((المسلمون عند شروطهم)) كما تقدم .

(٥) الشرح الكبير (٣٨٢/١٢) ، الإنصاف (٤٨٩/٧) ، الفروع (١٢٠/٥) ، الكافي (٦٠٦/٢) ، المحرر (٨/٢) .

(٦) الشرح الكبير (٣٨٢/١٢) ، الفروع (١١٢/٥) ، الإنصاف (٤٦٤/٧) .

(وله) أي وللمكاتب على الأصح (١) (أن يقتص لنفسه) أي من غير إذن سيده (من جانٍ على طرفه) أي طرف المكاتب ؛ لأنه لو عفا على مال كان له فكذلك بدله (٢) .

قال في الإنصاف : وقد ذكر الأصحاب قاطبة: أن العبد لو وجب له قصاص أن له طلبه والعفو عنه ، كما ذكره المصنف في آخر باب العفو عن القصاص فههنا (٣) أولى وأحرى (٤) .

(لا) أن يقتص (من بعض رقيقه الجاني على بعضه) (٥) لما في ذلك من

(١) قال في الإنصاف : ليس له أن يقتص لنفسه ممن جنى على طرفه بغير إذن سيده على أحد الوجهين .

قال في الرعاية : ولا يقتص لنفسه من عضو - وقيل : أو جروح - بدون إذن سيده في الأصح . وكذا قال في الفائق .

قال القاضى في خلافه : وهو قياس قول أبي بكر .

قال في القاعدة السابعة والثلاثين بعد المائة : وفيه نظر .

وقيل له ذلك . اختاره القاضى في المجرد وابن عقيل .

قلت : وهذا المذهب . والقول الأول ضعيف جداً .

الإنصاف (٤٦٢/٧) .

وانظر : القواعد ص (٣٠٤) ، وانظر : المغني (٥٢٤/١٤) ، الشرح الكبير (٤٢٥/١٢) .

(٢) انظر : المغني والشرح الكبير كما سبق .

(٣) في (ب) : فههنا .

وفي (س ، ف) : فهنا . والمثبت من الإنصاف .

(٤) الإنصاف (٤٦٢/٧) ، المقنع (٣٦٤/٣) .

(٥) يمكن أن نقسم جنابة بعض عبيد المكاتب على بعض إلى قسمين :

تفويت حق السيد بإتلاف جزء (١) من رقيقه الجاني من غير إذن سيده في ذلك ؛ لأنه ربما يعجز فيعود الرقيق لسيده ناقصاً (٢) .

ولأن تصرف قاصر على ما ينبغي بفعله المصلحة دون غيره، فيملك ختن رقيقه لأنه من مصلحتهم (٣) .

(ولا) أي وليس للمكاتب (أن يُكْفَر بـمال) إلا بإذن سيده ؛ لأنه في حكم المعسر، بدليل أنه لا يلزمه زكاة ولا نفقة ، ويباح له أخذ الزكاة لحاجته (٤) .

(أو يسافر لجهاد) يعني أنه ليس للمكاتب أن يسافر لجهاد لتفويت حق سيده وعدم (٥) وجوبه عليه إلا بإذن سيده ؛ لأنه إنما منع منه لحق السيد ، فإذا أذن له فقد رضي بإسقاط حقه (٦) .

= ١ - جناية توجب المال، وهذه لم يثبت لها حكم ، لأنه لا يجب للسيد على عبده مال .

٢ - وإن كان موجهها القصاص ، فقد رجح ابن النجار - رحمه الله تعالى - أنه ليس له القصاص .

وقال القاضي : له القصاص ؛ لأنه من مصلحة ملكه ، فإنه لو لم يقتصر أفضى إلى إقدام بعضهم على بعض .

المغني (٥٢٢/١٤) ، الشرح الكبير (٤٢٣/١٢) .

(١) في (س) : خوف .

(٢) انظر : المراجع السابقة ، وانظر : مطالب أولي النهى (٧٤٠/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٧٠/٢) .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) الشرح الكبير (٣٧٨/١٢) ، المغني (٥٣٠/١٤) .

(٥) في (س) : ويدم .

(٦) انظر : الإنصاف (٤٥٥/٧) ، مطالب أولي النهى (٧٤١/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٧٠/٢) .

(أويتزوج) يعني أنه ليس للمكاتب أن يتزوج إلا بإذن سيده ؛ لأنه عبد (١)
فيدخل في عموم قوله - عليه الصلاة والسلام - : ((إيمان عبد نكح بغير إذن مواليه
فهو عاهر)) (٢) .

(١) قال ابن قدامة : أجمع أهل العلم على أنه ليس للعبد أن ينكح بغير إذن سيده ، فإن نكح لم ينعقد
نكاحه في قولهم جميعاً .

المغني (٤٣٦/٩) .

(٢) أخرجه أبو داود عن جابر كتاب النكاح ، باب في نكاح العبد بغير إذن مواليه رقم (٢٠٧٨) .

كما أخرجه الترمذي من أبواب النكاح في باب ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده (١١١٧) من
طريق عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر . وقال الترمذي : حديث حسن ، ثم قال : وروى بعضهم
هذا الحديث عن ابن عقيل عن ابن عمر ولا يصح ، والصحيح عن جابر ، ثم رواه برقم (١١١٨) من
طريق أخرى عن ابن عقيل عن جابر ، وقال : هذا حديث حسن صحيح . وقد سكت عنه أبو داود .

ورواه أحمد في مسنده (١٤٩٧١) (١٤١٤٦) .

والدارمي (٢٠٣/٢) .

وابن أبي شيبة (٢٨٥/٣) .

وعبد الرزاق (١٢٩٧٩) .

والطيالسي كما في المنحة (١٥٧٢) .

والحاكم (٢١٢/٢) وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي .

والبيهقي (١٢٧/٧) .

وأبو نعيم في الحلية (٣٣٣/٧) .

وقال المنذري في تهذيب السنن (٩٩٩٤) : في إسناد عبد الله بن محمد بن عقيل ، وقد احتج به غير
واحد من الأئمة ، وتكلم فيه غير واحد من الأئمة .

ورواه ابن ماجه عن ابن عقيل عن ابن عمر ، كتاب النكاح ، باب في تزويج العبد بغير إذن سيده .

=

تحفة الأشراف (٧٢٨٦ ، ٨٥٠٨) .

ولأن على السيد في ذلك ضرراً ؛ لأنه يحتاج أن يؤدي المهر والنفقة من كسبه وربما عجز فيرجع ناقص القيمة (١) .

(أويتسرى) يعني أنه ليس للمكاتب أن يتسرى إلا بإذن سيده ؛ لأن ملكه غير تام (٢) .

ولأن على السيد في ذلك ضرراً ؛ لأنه ربما أحبلها فتلف (٣) أو تلد فتصير أم ولد فيمتنع (٤) عليه بيعها في أداء كتابته (٥) .

(أويتبرع) إلا بإذن سيده ؛ لأن ذلك إتلاف للمال باختياره ، فمنع منه لتعلق حق السيد به (٦) .

(١) المغني (٤٧٨/١٤) ، وانظر : المبدع (٣٤٥/٦) ، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١٢٠/٣) .

(٢) المغني (٤٧٨/١٤) ، الشرح الكبير (٣٧٢/١٢) ، المبدع (٣٤٦/٦) .

(٣) في (س) : فتعلف .

(٤) في (ب) : فيتبعها .

(٥) انظر : المراجع السابقة ، والممتع (٥١١/٤) .

(٦) انظر : المراجع السابقة .

والمكاتب محجور عليه في ماله ، فليس له استهلاكه ، ولا هبته ، وهذا بالإجماع ؛ وذلك لأن حق السيد لم ينقطع عنه ؛ لأنه قد يعجز فيعود إليه ؛ ولأن القصد من الكتابة تحصيل العتق بالأداء ، وهبة ماله تفوت ذلك .

وتجوز بإذن سيده ؛ لأن الحق لا يخرج عنهما ، فجاز باتفاقهما .

المغني (٤٨٣/١٤) ، الشرح الكبير (٣٧٣/١٢) .

=

ولكن يملك كل تصرف يصح ماله .

أعتق (١) يأذن سيده كان (**الولاء للسيد**) ؛ لأنه كوكيله في ذلك (٢) .

(**وله**) أي وللمكاتب (**تملك رحمه المحرم**) كأبيه وأخيه وعمه وخاله
(**بهبة ووصية**) أي إذا وهبوا له أو وصى له بهم .

(**و**) كذا له (**شراؤهم وفداؤهم**) بمال إذا جنوا وهم بيده في الأصح (٣)
(**ولو أضر ذلك بماله**) أي مال المكاتب ؛ لأن في ذلك تحصيلاً لحريتهم بتقدير
عتقه فكان له ذلك ؛ لأن العتق مطلوب شرعاً (٤) .

(١) في (ف) : عتق .

(٢) ولأن العتق لا ينفك عن الولاء ، والولاء لا يوقف ؛ لأنه سبب يورث به ، فهو كالنسب ، إلا أن يؤدي
المكاتب الأول ما عليه قبل أن يؤديه مكاتبه ما كوتب عليه ، فيكون ولاؤه كل منهما لسيده .

انظر : الشرح الكبير (٣٧٧/١٢) ، وانظر : المغني (٤٨١/١٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي
(٦٧١/٢) ، وكشاف القناع (٥٤٨/٤) .

(٣) المغني (٥٢١/١٤ ، ٥٤٤) .

وقال في الإنصاف : قوله : (وليس له شراء ذوي رحمه إلا يأذن سيده) هذا أحد الوجهين . قدمه في
الهداية ، وجزم به في الوجيز وهو ظاهر ما جزم به في الخلاصة .

الإنصاف (٤٦٢/٧) ، الهداية (٢٤٣/٢) ، شرح الزركشي (٥١٧/٧) .

وقال في الشرح الكبير : (وليس له شراء . . .) ؛ لأنه تصرف يؤدي إلى إتلاف ماله ؛ لأنه يخرج من
ماله ما يجوز التصرف فيه في مقابلة ما لا يجوز له التصرف فيه ، أشبه الهبة . ثم قال : وقال القاضي : له
ذلك ؛ لأنه اشترى مملوكاً لا ضرر على السيد في شرائه ، فصح كالأجنبي ، وبيانه أنه يأخذ كسبهم وإن
عجز صاروا رقيقاً لسيده ؛ ولأنه يصح أن يشتريه غيره فصح شراؤه له كالأجنبي ، ويفارق الهبة ؛ لأنها
تفوت المال بغير عوض ولا نفع يرجع إلى المكاتب ولا إلى السيد ؛ ولأن السبب تحقق وهو صدور
التصرف من أهله في محله ولم يتحقق المانع ؛ لأن ما ذكره لا نص فيه ولا أصل له يقاس عليه .

الشرح الكبير (٣٧٩/١٢) ، المغني (٥٤٤/١٤) ، الممتع (٥١٤/٤) .

(٤) الممتع (٥١٤/٤) .

(وله) أي وللمكاتب (كسبهم) أي كسب ما صار إليه من ذوي رحمه المحرم ؛ لأنهم عبيده ، فكان له كسبهم كعبيده الأجانب (١) .

(ولا يبيعهم) أي ليس له بيعهم ؛ لأن من يعتق على من صار إليه ينزل منزلة جزئه فلم يملك بيعه كبعضه (٢) .

(فإن عجز رُقوا معه) ؛ لأنهم من ماله فيصرون للسيد كعبيده الأجانب (٣) ، [٣٧٢ / أ] .

(وإن أدى عتقوا معه) ؛ لأنه إذا عتق كمل ملكه فيهم وزال تعلق حق سيده عنهم فعتقوا حينئذ لزوال المعارض (٤) .

(وكذا) أي وكحكم ذي رحمه المحرم إذا صار إليه يكون (ولده من أمته) أي أمة المكاتب ؛ لأنه من ذوي رحمه أشبه ما لو تملكه . وإذا عتق بأداء أبيه صارت أمه أم ولد يمتنع بيعها على المكاتب (٥) .

(وإن أعتق) المكاتب بأن أعتقه سيده بدون أداء مال الكتابة (صاروا) أي صاروا ذوو رحمه ورقيقه كلهم وأولاده من أمته (أرقاء للسيد) ؛ لأن من عتق على غير مال يكون ما بيده لسيده وتقدم ذلك (٦) .

(١) مطالب أولي النهى (٧٤٣/٤) ، كشاف القناع (٥٤٦/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٧١/٢) .

(٢) المغني (٥٤٤/١٤) ، المبدع (٣٤٨/٦) .

(٣) المغني (٥٤٥/١٤) ، الإنصاف (٤٦٣/٧) ، الفروع (١١٨/٥) .

(٤) المغني (٥٤٤/١٤) ، الشرح الكبير (٣٨٠/١٢) ، المبدع (٣٤٨/٦) .

(٥) شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٧١/٢) ، مطالب أولي النهى (٧٤٣/٤) .

(٦) لأنهم من مال عبده ، فيصرون للسيد كعبيده الأجانب . وانظر : ص (٧٢٩) .

(وله) أي وللمكاتب (شراء من) أي شراء رقيق (يعتق على سيده)
[كأبي] (١) سيده وأخيه (٢) (وإن عجز) المكاتب أو أعتقه سيده من غير أداء
(عتق) من كان بيده ممن يعتق على السيد بملكه ؛ لأنه قد زال عنه تعلق المكاتب ،
فعتق عليه حين عجزه لزوال المعارض (٣) .

(وولد مكاتبه ولدته بعدها) أي بعد كتابتها (يتبعها) أي يتبع أمه المكاتبه
(في عتق بأداء) أي يعطائها لسيدها مال الكتابة ، (أو) عتقها (بإبراء) من مال
الكتابة ؛ لأن الكتابة سبب قولي للعتق ، لا يجوز إبطاله من قبل السيد بالاختيار فسرى
إلى الولد كالاستيلاد (٤) .

ومفهومه : أن ما ولدته قبل الكتابة لا يتبعها ، وهو صحيح ؛ لأنه لو باشرها
بالعتق لا يتبعها ولدها ، فلأن لا يتبعها في الكتابة بطريق الأولى (٥) .

= انظر : مطالب أولي النهى (٧٤٣/٤) ، كشف القناع (٥٤٦/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي
(٦٧١/٢) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٢) لأنه لا ضرر فيه .

مطالب أولي النهى (٧٤٣/٤) .

(٣) المراجع السابقة إلا كشف القناع (٥٤٧/٤) ، وانظر : الإنصاف (٤٦٣/٧) .

(٤) بخلاف أم الولد والمدبرة فإن ولدها يصير بمنزلتها .

شرح الزركشي (٥١٢/٧) .

وانظر : الشرح الكبير (٣٨٢/١٢) ، المغني (٥٣٢/١٤) ، الإنصاف (٤٦٤/٧) ، الكافي
(٦٠٦/٢) .

(٥) ولو كانت حاملاً به حال الكتابة تبعها ، وكذا ما علق به بعدها .

شرح الزركشي (٥١٢/٧) ، وانظر : المراجع السابقة ، ومطالب أولي النهى (٧٤٣/٤) ، شرح =

و (لا) يتبعها (بإعتاقها) بدون أداء أو إبراء، كما لو لم تكن مكاتب (ولا) يعتق ولد المكاتب (إن ماتت) قبل أداء مال الكتابة أو إبرائها منه، كغير المكاتب (١).

(وولد بنتها) في الحكم (كولدها) يعني أنه متى ولدت المكاتب بعد كتابتها بنتاً ثم أتت البنت بولد ، ثم عتقت الجدة بأداء أو إبراء تبعها بنتها، وولد بنتها ذكراً أو أنثى (لا ولد ابنها) يعني أن المكاتب لو أتت بعد كتابتها بابن ثم ولد لهذا الابن ولده، ثم عتقت بأداء أو إبراء، تبعها ابنها في العتق دون ولده ذكراً كان أو أنثى ؛ لأن ولد تابع لأمه دون أبيه (٢) .

(وإن اشترى مكاتب زوجته انفسخ نكاحها) وذلك لأن المكاتب يملك ما يشتريه، بدليل أنه ثبتت له الشفعة على سيده ، ولسيده عليه ، ويجري الربا بينه وبينه في غير مال الكتابة (٣) .

= منتهى الإرادات للبهوتي (٦٧١/٢) ، الممتع (٥١٤/٤) .

(١) وإن قتل فقيمه لها ، وكذا لو جنى عليه ؛ لأنها بمنزلة جزئها ، وبدل جزئها لها .

الكافي (٦٠٦/٢) .

(٢) ساقط من (ابنه) .

قال ابن قدامة : ولنا ، أن ابنتها ثبت لها حكمها تبعاً ، فيجب أن يثبت لابنتها حكمها تبعاً ، كما ثبت لها حكم أمها ، ولأن البنت تبع أمها ، فيجب أن يتبعها ولدها ، لأن علة إتباعها لأمها موجودة في ولدها ، ولأن البنت تعلق بها حق العتق ، فيجب أن يسري إلى ولدها ، كالمكاتب .

المغني (٥٣٤/١٤) .

(٣) الشرح الكبير (٣٨٦/١٢) ، الممتع (٥١٥/٤) .

وقد خالف أبو بكر عبد العزيز ، الخرقى في هذه المسألة ، بأنه لا يجري الربا بين المكاتب وبين سيده .

قال الخرقى في باب المكاتب : ولا يبيعه سيده درهماً بدرهمين .

قال أبو بكر في الخلاف : قد أخبرنا أحمد عن نفسه أنه ليس بين المكاتب وبين سيده ربا ؛ لأنه عبد ما بقي عليه درهم .

(وان استولد) المكاتب (أمته) يعني ثم عتق بأداء أو إبراء (صارت أم ولد)
على الأصح (١) وامتنع عليه بيعها ؛ لأن ولدها له حرمة الحرية ، ولهذا لا يجوز بيعه ،
ويعتق بعتق أبيه ، أشبه [ولد] (٢) الحر من أمته (٣) .

(وعلى سيده) أي سيد المكاتب (بجناية عليه) أي على مكاتبه (أرشها) ؛
لما تقدم أن السيد مع مكاتبه كالأجنبي (٤) .

(و) على السيد لمكاتبه (بحبسه مدة) لمثلها أجره (أرفق الأمرين به)
[أي بالمكاتب (من أنظاره مثلها) أي مثل تلك المدة التي حبسه فيها
بعد انقضاء مدة الكتابة (أو أجره مثله)] (٥) زمنها في

= فلو باعه درهماً بدرهمين لم يكن ربا ، ولا يمنع من ذلك .

وجه اختيار أبي بكر : قوله - عليه السلام - : ((المكاتب عبد ما بقي عليه درهم)) .

فإذا ثبت أنه عبد ، فليس بين العبد وبين سيده ربا ، ولأنه يجوز بيعه عندنا .

ولو سرق من مال سيده لا قطع عليه ، نص عليه في رواية ابن منصور .

ووجه قول الخرقى : أن المكاتب مالك لما في سيده ، ألا ترى أنه يجوز له أن يشتري من مولاه ويبيع
منه ، ويستحق عليه أخذ الملك بالشفعة ؟ وهذا معدوم في العبد القن .

انظر : كتاب مسائل أبو بكر عبد العزيز التي خالف فيها الخرقى ص (١٣١) .

(١) وعنه : لا تصير أم ولد . وقاله القاضي في موضع من كلامه وهو احتمال في الهداية .

انظر : المرجعين السابقين مع المقنع (٥٠٤/٢) ، الهداية (٢٤٣/٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) الشرح الكبير (٣٨٦/١٢) ، الممتع (٥١٥/٤) ، مطالب أولي النهى (٧٤٤/٤) ، المغني
(٤٧٩/١٤) .

(٤) المغني (٥٦٣/١١ ، ٥٢٣/١٤) ، الشرح الكبير (٣٨٨/١٢) ، المبدع (٣٥٠/٦) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

الأصح (١) ؛ لأن عقد الكتابة ملحوظ فيه حظ المكاتب ، وقد تنازعه أمران فاعتبر أحظهما له لذلك (٢) .

(١) وقيل : تلزمه أجرة المدة . جزم به الأدمي في منتخبه ، وقدمه في المحرر والرعايتين والحاوي الصغير والنظم .

وقيل : يلزمه إنظاره مثل المدة ، ولا تحتسب عليه مدة حبسه ، صححه المصنف والشارع وقدمه ابن رزين في شرحه .

انظر : الإنصاف (٤٦٦/٧) ، الشرح الكبير (٣٨٩/١٢) ، المبدع (١٨٠/٦) ، المحرر (٩/٢) .

(٢) انظر : مما سبق الشرح الكبير والمبدع .

[فصل : في وطء المكاتبه]

(فصل . ويصح) في عقد الكتابة (شرط وطء مكاتبته) على الأصح (١) ،
نص عليه (٢) ، لبقاء أصل الملك كراهن يطاء بشرط . ذكره في عيون المسائل (٣) .
ولأن بعضها من جملة منافعها ، فإذا استثنى نفعه ، صح كما لو استثنى منفعة
أخرى (٤) .

وجاز وطؤه لها ؛ لأنها أمته ، وهي في جواز وطئه لها كغير المكاتبه

(١) وعنه : لا يجوز ، ذكرها أبو الخطاب ، واختاره ابن عقيل في المفردات .

الإنصاف (٤٦٦/٧) ، الهداية (٢٤٣/٢) .

قال ابن قدامة في المغني : وإن وطئها من غير شرط ، فقد أساء وعليه التعزير ؛ لأنه وطء محرم ، ولا
حد عليه في قول عامة الفقهاء ، لا نعلم فيه خلافاً إلا عن الحسن ، والزهري فإنهما قالوا : عليه الحد ؛
لأنه عقد عليهما عقد معاوضة يُحرّم الوطء ، فأوجب الحد بوطئها ، كالبيع .

ولنا أنها مملكوته ، فلم يجب عليه الحد بوطئها ، كأمتة المستاجر والمرهونة ، وتخالف البيع ، فإنه يزيل
الملك ، والكتابة لا تزيله ؛ بدليل قوله - عليه الصلاة والسلام - : ((المكاتب عبد ما بقي عليه
درهم)) . وعليه مهرها لها ؛ لأنه استوفى منفعتها الممنوع من استيفائها ، فكان عليه عوضها كمنافع
بدنها .

(٤٨٨/١٤) .

والحديث المتقدم سبق تخريجه قريباً ص (٨١٨) .

وانظر هذا النقل في : الشرح الكبير (٣٩١/١٢) .

(٢) انظر: الإنصاف كما تقدم ، والمبدع (٣٥٠/٦) ، الفروع (١١٩/٥) .

(٣) الفروع (١١٩/٥) .

(٤) مطالب أولي النهى (٧٤٤/٤) ، كشاف القناع (٥٥٢/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي

(٦٧٢/٢) .

لاستثنائه (١) .

(لا) شرط وطء (بنت لها) أي لمكاتبته (٢) (فإن وطنها) أي وطئ مكاتبته (بلا شرط) عليها عند عقد الكتابة (أو) وطئ (بنتها) أي بنت مكاتبته (التي في ملكه أو) وطئ (أمتها) أي أمة مكاتبته (فلها) أي فللمكاتبته على سيدها (المهر ولو) كانت من وطنها السيد، المكاتبته، [٣٧٢/ب] أو بنتها، أو أمتها (مطاوعة) في الأصح (٣) ؛ لأن عدم منعها من وطئه ليس ياذن لها منه (٤) في الفعل (٥) .

ولهذا لو رأى مالك لمال إنساناً يتلفه، فلم يمنعه، لم يسقط عنه الضمان بذلك (٦) .

(١) المراجع السابقة .

قال في الاختيارات : ويتوجه على هذا جواز وطنها بلا شرط ياذنها . وعلى قياس هذا : يجوز أن يشترط الراهن وطء المرتهنة .

ص (١٩٩) .

(٢) أي لا يباح له وطء بنت مكاتبته بالشرط ؛ لأنها تابعة لأمرها موقوفة معها ؛ ولأن حكم الكتابة يثبت فيها تبعاً ، ولم يكن وطؤها مباحاً حال العقد بشرط .

المغني (٤٨٩/١٤) ، الشرح الكبير (٣٩٣/١٢) .

(٣) وقيل : لا يلزمه إن طأعته . وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير وصححه في النظم وأطلقهما في المحرر والفائق والزركشي . انظر : الإنصاف (٤٦٧/٧) .

لأنه وطء شبهة ؛ ولأنه عوض مستحق للمكاتبته ، فكان لها كبقية منافعها .

مطالب أولي النهى (٧٤٥/٤) ، كشف القناع (٥٥٢/٤) ، المحرر (٩/٢) ، شرح الزركشي (٤٩٨/٧) .

(٤) في (س) : منه لها .

(٥) المرجعان السابقان ، مطالب أولي النهى وكشاف القناع .

(٦) المرجعان السابقان .

(ومتى تكرر) وطؤه لواحدة منهن (وكان قد أدى) المهر (لما قبله) من الوطاء (يلزمه) مهر (آخر) لوطئه الذي صدر بعد أداء مهر الوطاء الأول ؛ لأنه لما أدى (١) مهر الوطاء الأول، صار كأن لم يكن تقدم الوطاء الثاني وطاء (٢) .

(ولا) أي وإن لم يكن أدى مهراً لما قبل الوطاء الثاني (فلا) يلزمه إلا مهر واحد لاتحاد الشبهة ، وهي كون الموطوءة مملوكة أو مملوكة مملوكة (٣) .

(وعليه) [ويلزمه قيمتها] (٤) أي على سيد المكاتبه (قيمة أمتها) أي أمة مكاتبته (إن أولدها) ؛ لأن استيلادها إتلاف لها، لأنها امتعت من تصرفها فيها (٥) (لا) قيمة (بنتها) إن أولد بنتها ؛ لأنها كانت ممنوعة من التصرف فيها قبل استيلادها، فلم يفت عليها شيء باستيلادها (٦) .

(ولا) يلزم السيد أيضاً (قيمة ولده من أمة مكاتبه أو) أمة (مكاتبته) إذا استولدهما ؛ لأن ولد السيد كجزء منه، فلا يجب عليه أن يدفع قيمته لرقيقه (٧) .

(١) في (س) : لا أدى .

(٢) المغني (٤٩٠/١٤) ، الشرح الكبير (٣٩٢/١٢) ، شرح الزركشي (٤٩٨/٧) ، الإنصاف (٤٦٧/٧ ، ٢١٢/٨ ، ٣٠٨) .

(٣) المراجع السابقة ما عدا الإنصاف مجلد (٨) .

(٤) زيادة في (ف) .

(٥) المغني (٤٨٩/١٤) ، الشرح الكبير (٣٩٣/١٢) ، الكافي (٦٠٧/٢) ، مطالب أولي النهى (٧٤٥/٤) ، كشف القناع (٥٥٣/٤ ، ٥٥٤) .

(٦) لأن أمها لا تملكها ؛ لأن حكم الكتابة ثبت فيها تبعاً .

انظر : المراجع السابقة .

(٧) ولأنها وضعته في ملكه .

المغني (٤٨٩/١٤) ، الشرح الكبير (٣٩٣/١٢) .

(ويؤدّب) سيد وطى مكاتبته من غير شرط (إن علم التحريم) ؛ لأنه فعل ما ليس له فعله مما هو محرم عليه ، ولهذا لزمه مهرها (١) .

(وتصير إن ولدت) من وطئه بشرط أو غيره (أم ولد) له ؛ لأنها أمة له ما بقي عليها درهم (٢) .

(ثم إن أدت عتقت) وكسبها له ؛ لأنه كتابتها لم تنسخ باستيلادها (٣) ؛ لأن الكتابة لو وقعت ابتداء على أم الولد صحت ، فمع عقدتها قبل استيلادها من باب أولى (٤) .

(فإن مات) سيدها (و) قد بقي (عليها شيء) من مال الكتابة (سقط وعتقت) لكونها أم ولد (٥) (و) كان (ما بيدها لورثته) أي لورثة سيدها كما لو أعتقها قبل موته (ولولم تعجز) في الأصح (٦) ؛ لأنها عتقت من غير

= وانظر : الكافي (٦٠٥/٢) ، كشف القناع (٥٥٤/٤) ، مطالب أولي النهى (٧٤٥/٤) .

(١) ولأنه وطى فرجاً محرماً .

المراجع السابقة .

(٢) ولأنه أحبلها بحر في ملكه .

المراجع السابقة .

ولقوله - رحمه الله - : ((المكاتب عبد ما بقي عليه درهم)) سبق تخريجه في أول باب الكتابة ص (٨١٨) .

(٣) مطالب أولي النهى (٧٤٦/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٧٢/٢) .

(٤) المغني (٤٩١/١٤) ، الإنصاف (٤٦٨/٧) .

(٥) الشرح الكبير (٣٩٥/١٢) .

(٦) والوجه الثاني : أن يكون ما بيدها لهما ، واختاره ابن عقيل في الفصول والمصنف والشارح والقاضي في المجرد والتعليق . ذكره في الظهار وقدمه في النظم .

عوض (١) فكان ما في يدها لسيدها أو ورثته (٢) .

(وكذا) في الحكم (لو أعتق سيد مكاتبه) من غير أداء ، فإنه يكون ما في يده لسيده (٣) .

(وعتقه) أي وعتق السيد لمكاتبه (فسخ للكتابة) ؛ لأنه صار حراً ، (ولو) كان عتقه (في غير كفارة) في الأصح (٤) .

(ومن كاتبها) أي كاتب الأمة (شريكان) فيها (ثم وطأها ، فله على كل واحد) من الشريكين (مهر) ؛ لأن منفعة البضع لها (٥) ، فإذا تلفت بالوطء ضمنها متلفها، وكان سيدها كالأجنبي (٦) .

= الإنصاف (٤٦٨/٧) ، المغني (٤٩٢/١٤) ، الشرح الكبير (٣٩٤/١٢) ، الممتع (٥١٨/٤) .

(١) في (ب) : وطء .

(٢) انظر : المراجع السابقة .

(٣) الإنصاف (٤٦٩/٧) ، المغني (٤٩٢/١٤) ، الشرح الكبير (٣٩٦/١٢) .

(٤) الوجه الثاني : أنه إبراء مما بقي عليه .

الإنصاف (٤٦٩/٧) ، الفروع (١٢٤/٥) .

(٥) قال في المغني : إذا كانت الأمة بين شريكين ، فكاتبها ، ثم وطئها أحدهما ، أدب فوق أدب الواطئ لمكاتبته الخالصة له ؛ لأن الوطء ههنا حرم من وجهين : الشركة والكتابة . فهو آكد وإثمه أعظم ، وأدبه أكثر .

المغني (٤٩٢/١٤) .

فالوطء يوجب المهر ، وقد وجد منهما فإن كانت بكرًا حين وطئها الأول ، فعليه مهر بكر ، وعلى الآخر مهر ثيب .

المبدع (٣٥٢/٦) ، الممتع (٥١٩/٤) .

(٦) التلف المقصود هنا ما ذكره بقولهم : فإن أفضاها أحدهما بوطنه فعليه لها ثلث قيمتها ، وقيل : =

(وإن ولدت من أحدهما صارت أم ولده ولولم يعجز) فتبقى على كتابتها
(ويغرم) من صارت أم ولده (لشريكه قيمة حصته) منها مكاتبة ؛ لأن نصفها
سرى عليه بالإستيلاء مكاتباً، فبقيت على حالها في الكتابة ، كما لو اشترى أحد
الشريكين من شريكه حصته منها (١) .

(و) يغرم لشريكه أيضاً (نظيرها) أي نظير حصته (من ولدها) ؛
لأنه حصل من وطء [في] (٢) ملك غيره بشبهة فكان عليه قيمة حصة شريكه
منه (٣) .

(وإن الحق) الولد الحاصل من وطنه (بهما) أي بالشريكين الواطئين
(صارت) الموطوءة (أم ولدهما) ؛ لأنه لا يمكن سرايته على واحد منهما ؛
لاستوائهما في المعنى .

وكتابتهم بحالها ، فإن أدت إليهما ما كاتباها عليه عتقت في حياتهما ، وإلا
فإنه (يعتق نصفها) (٤) بموت أحدهما (لأن نصفها أم ولد له ، فيعتق بموته) (٥) (و)

= يلزمه قدر نقصها .

وقال القاضي : يلزمه قيمتها .

انظر : المبدع (٣٥٢/٦) ، المغني (٤٩٦/١٤ ، ١٧١/١٢ ، ١٧٢) ، شرح منتهى الإرادات
للجهوتي (٦٧٣/٢) ، الشرح الكبير (٣٩٧/١٢ ، ٣٩٨) .

(١) المراجع السابقة .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) المراجع السابقة ما عدا الجزء (١٢) من المغني .

(٤) في (ب) : يعتقها . وفي (س) : ويعتق نصفها .

(٥) المغني (٤٩٩/١٤) ، الشرح الكبير (٤٠٣/١٢) ، الإنصاف (٤٦٩/٧ ، ٤٧٠) ، مطالب أولي
النهي (٧٤٧/٤) ، كشف القناع (٥٥٥/٤) .

يعتق (باقيها بموت الآخر) لما ذكر (١) .

(١) المراجع السابقة .

[فصل : في نقل ملك المكاتب]

(فصل . ويصح نقل الملك ^(١) في المكاتب) ذكراً كان أو أنثى على الأصح ^(٢) ؛ لما روت عائشة : ((أن بريرة جاءت تستعينها في كتابتها ، ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً ، فقالت لها عائشة : ارجعي إلى أهلك ، فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك ويكون ولاؤك لي ، فقلت ذلك ، فذكرت ذلك بريرة لأهلها ، [فأبوا وقالوا : إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون لنا ولاؤك . فذكرت [٣٧٣/أ] ذلك لرسول الله - ﷺ - [^(٣) فقال لها رسول الله - ﷺ - : ابتاعي وأعتقي ، فإنما الولاء لمن أعتق)) ^(٤) متفق عليه .

فأمرها بشرائها ، ولو لم يجز لم يأمرها بذلك ^(٥) .

(١) سيأتي أن نقل الملك يقصد به بيع المكاتب أو هبته أو الوصية به مما ينقل الملك عن المكاتب - بكسر التاء - إلى غيره .

(٢) هذا المذهب المشهور المنصوص عليه ، نقله الجماعة عن الإمام أحمد - رحمه الله تعالى - .

واختاره الأصحاب ، وقدموه ، وهو من المفردات .

وعنه : لا يجوز بيعه مطلقاً .

وعنه : لا يجوز بيعه بأكثر من كتابته . حكاه ابن أبي موسى .

فعلى المذهب يقوم المشتري مقام البائع . وهو من المفردات .

انظر : منح الشفا الشافيات (١٠٠/٢) .

انظر : الإنصاف (٤٧٠/٧) ، المغني (٥٣٥/١٤) ، الشرح الكبير (٤٠٦/١٢) ، الهداية

(٢٤٢/١) ، شرح الزركشي (٥١٤/٧ ، ٥١٥) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٤) تقدم تخريجه في باب أحكام العصبية من كتاب الفرائض ص (١٣٥) .

(٥) شرح الزركشي (٥١٤/٧) ، كشف القناع (٥٥٥/٤) .

ولأن المكاتب عبد فجاز بيعه كالقن (١) .

وقولي : نقل الملك ، يشمل البيع والهبة والوصية به .

(ولمشتري) مكاتباً (جهلها) أي جهل كتابته (الرد أو الأرش) بحسب ما يختاره المشتري ؛ لأن الكتابة عيب في الرقيق ؛ لأنها نقص فيه ، لمنعه من منفعه بغرض أن يعتق (٢) .

(وهو) أي وللمشتري إذا أمسك (كبائع في عتق بأداء وله الولاء) ؛ لأن الكتابة عقد لازم ، فلم تنفسخ بنقل الملك في المكاتب (٣) .

(و) كذا يكون المشتري كبائع في (عوده) أي عود المكاتب (قنأ بعجز) عن أداء مال الكتابة .

(فلو اشترى كل) أي كل واحد (من مكاتبي شخص) واحد (أو) كل واحد من مكاتبي شخصين (اثنين الآخر) (٤) ، صح شراء الأول وحده) ؛ لأن للمكاتب شراء العبد (٥) فصح شراؤه للمكاتب كشرائه للقن ، وبطل شراء الثاني ؛ لأنه لا يصح أن يملك العبد سيده ، لإفضائه إلى تناقض الأحكام ؛ إذ كل واحد يقول لصاحبه أنا مولاك ، ولبي ولاؤك (٦) وإن عجزت صرت لبي

(١) الممتع (٥٢٢/٤) ، ولأن الكتابة سبب يجوز فسخه ، فلم يمنع البيع كالتدبير .

الكافي (٥٩٩/٢) .

(٢) الكافي (٦٠٠/٢) ، المبدع (٣٥٤/٦) ، الممتع (٥٢٢/٤) ، كشف القناع (٥٥٦/٤) .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) في (س) : الأصح .

(٥) في (س) : العبد .

(٦) في (س) : وأدولادك .

رقيقاً (١) .

(فإن جهل أسبقهما) أي أسبق البيعين (بطلا) ؛ لأنه اشتبه الصحيح بالباطل فبطلا ، كما لو اشتبه نكاح الأولى من أختين منكوحتين، ورُدَّ كل واحد منهما إلى كتابته (٢) .

(وإن أسر) المكاتب أي أسره الكفار (فاشتري) منهم (فأحب سيده أخذه) أي أخذ ممن اشتراه من الكفار (بما اشتري به) كان له ذلك (وإلا) أي وإن لم يحب السيد أن يأخذه من مشتريه (فآدى) المكاتب (لمشتريه ما بقي) عليه (من) مال (كتابته عتق) ؛ لأن الكتابة عقد لازم (٣) لا يبطل البيع، فلئلا يبطل بالأسر بطريق الأولى (٤) (وولاؤه له) أي لمشتريه ؛ لأنه عتق في ملكه ، أشبه ما لو نَجَزَ عتقه (٥) .

قال في الإنصاف : هذا الحكم مبني على ثلاث قواعد :

الأولى : أن الكفار يملكون أموال المسلمين بالقهر .

الثانية : أن من وجد ماله من مسلم أو معاهد (٦) بيد من اشتراه، منهم فهو أحق

(١) المغني (٥٦٤/١٤) ، الشرح الكبير (٤١٢/١٢) ، المبدع (٣٥٥/٦) .

(٢) المراجع السابقة .

وانظر : كشف القناع (٥٥٦/٤) ، مطالب أولي النهى (٧٤٩/٤) .

(٣) اللزوم مضاء العقد ، وعدم صحة الرجوع به ، بثباته ودوامه .

انظر : معجم لغة الفقهاء ص (٣٩١) .

(٤) المبدع (٣٥٥/٦) ، الممتع (٥٢٣/٤) .

(٥) انظر : المرجعين السابقين ، وانظر : شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٧٤/٢) .

(٦) العهد : الأمان والموثق والذمة . ومنه قيل : للحربي يدخل بالأمان ذو عهد ، ومعاهد أيضاً بالبناء =

به بضمنه . وهذا المذهب فيهما على ما تقدم محرراً في باب قسمة الغنيمة .

الثالثة : أن المكاتب يصح نقل الملك فيه ، وهو المذهب ، وعليه الأصحاب (١) انتهى .

(ولا يحتسب عليه) أي على المكاتب (بمدة الأسر) أي المدة التي كان فيها مع الكفار في الأصح (٢) . (فلا يعجز) المكاتب (حتى يمضي) عليه (بعد الأجل) المذكور في عقد الكتابة (مثلها) أي مثل مدة الأسر .

قال في الإنصاف : فإن قيل : لا يحتسب ، وهو الصواب ، لغت مدة الأسر ، وبني على ما مضى (٣) انتهى .

(وعلى مكاتب جنى على سيده) جناية توجب قيمة فأكثر فداء نفسه بقيمة (٤)

= للفاعل والمفعول . والمعاهدة : المعاقدة والمخالفة .

المصباح المنير (٤٣٥/٢) .

وفي معجم لغة الفقهاء : المعاهد من أبرم معه أو مع دولته معاهدة صلح أو معاهدة عدم اعتداء .

ص (٤٣٨) .

وانظر : المطلع ص (٢٢١) .

(١) الإنصاف (٤٧٢/٧ ، ١٥٧/٤) ، شرح الزركشي (٥٣٠/٧) .

(٢) والوجه الثاني : أنها تحتسب وللسيد تعجيزه .

المغني (٥٧٣/١٤) ، الشرح الكبير (٤١٤/١٢) ، الإنصاف (٤٧٢/٧) ، شرح الزركشي (٥٣٠/٧) ، الفروع (١٢٢/٥) .

(٣) الإنصاف (٤٧٢/٧) .

(٤) في (ب) : بقمته .

فقط ؛ لأنه الجاني على نفسه ^(١) وقد ورد : « لا يجني جان إلا على نفسه » ^(٢) .

ولأنه مع سيده كالحر في باب المعاملات ^(٣) فكذا في باب الجنایات ^(٤) .

(أو) جنى المكاتب أيضاً على (أجنبي) جناية توجب قيمته فأكثر، فعليه (فداء نفسه بقيمته فقط) ؛ لأنه أرش الجناية إذا كان أكثر من قيمته لا يستحق ولي ^(٥) الجناية ^(٦) أكثر من قيمته ؛ لأن حقه متعلق بالرقبة ؛ إذ هو في الحقيقة

(١) الممتع (٥٢٤/٤) .

(٢) جزء من حديث رواه عمرو بن الأحوص عن أبيه .

أخرجه أبو داود في كتاب البيوع باب في وضع الربا (٣٣٣٤) .

والترمذي في كتاب التفسير ، باب ومن سورة التوبة ، الحديث (٣٠٨٧) .

وابن ماجه كتاب المناسك ، باب الخطبة يوم النحر (٣٠٥٥) .

تحفة الأشراف (١٠٦٩١) .

ورواه أحمد في مسنده (١٦٠٠٩) .

ورواه الطبراني في الكبير (٣٢/١٧) رقم (٥٩) .

وأورده ابن القيم في زاد المعاد (٢٥٧/٢) .

وذكره ابن سعد في الطبقات (٤٥/٦) .

ورواه الدارقطني (٤٤/٣) .

(٣) في (س) : الموالاة .

(٤) الممتع (٥٢٤/٤) ، المبدع (٣٥٧/٦) ، شرح الزركشي (٥٠٦/٧) ، الشرح الكبير

(٤١٨/١٢) ، المغني (٥١٨/١٤) .

(٥) في (س) : على .

(٦) في (س) : الجاني .

عبد ، والقيمة بدل عن رقبته (١) . ويكون فداء نفسه (مقدماً على) أداء دين (كتابته) ؛ لأن أرش الجناية يتعلق برقبة المكاتب (٢) ، نص عليه أحمد في رواية حرب (٣) ، ومال الكتابة يتعلق بذمة المكاتب .

ولأنه إذا قدم حق المجني عليه على السيد في العبد للقتل، فلأن يقدم عليه في المكاتب بطريق الأولى (٤) .

(فإن أدى) المكاتب مال الكتابة (مبادراً) أي بعد جنائته، وقبل فداء نفسه (و) الحال أن المكاتب (ليس محجوراً عليه) في ماله (عتق) بأدائه مال الكتابة، لصحة الأداء ؛ لأنه قضى حقاً واجباً عليه، فصح قضاؤه، كما لو قضى المفلس بعض غرمائه [٣٧٣/ب] قبل الحجر عليه (٥) .

وأما كونه عتق بهذا الأداء ؛ لأنه قد وجد شرط العتق وهو الأداء (٦) (واستقر الفداء) الواجب عليه بالجناية في ذمته ؛ لأنه كان واجباً قبل العتق، فكذلك بعده (٧) .

(١) المغني (٥٢٠/١٤) ، الشرح الكبير (٤٢٠/١٢) .

(٢) وقال أبو بكر : يتحصان ؛ لأنهما اشتركا في الاستحقاق فتساويا .

انظر : الفروع (١٢٠/٥) ، المبدع (٣٥٦/٦) ، الإنصاف (٤٧٢/٧) ، مطالب أولي النهى (٧٥٠/٤) .

(٣) كشف القناع (٥٥٠/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٧٤/٢) ، مطالب أولي النهى (٧٥٠/٤) .

(٤) انظر : المراجع السابقة .

(٥) المغني (٥١٧/١٤) ، الشرح الكبير (٤١٧/١٢) .

(٦) كشف القناع (٥٥١/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٧٤/٢) .

(٧) الممتع (٥٢٤/٤) ، مطالب أولي النهى (٧٥٠/٤) .

وقد علم من قوله : (**وليس محجوراً عليه**) أن ولي الجناية لو سأل الحاكم الحجر عليه قبل دفعه مال الكتابة [وحجر عليه ما صح دفعه إلى سيده وارتجعه الحاكم فدفعه إلى ولي الجناية ؛ لأن أرش الجناية مقدم على دين الكتابة] (١) ؛ لأن أرش الجناية مستقر ومال الكتابة غير مستقر (٢) .

ولأن أرش الجناية مقدم على ملك السيد في عبده القن، فيجب تقديمه على عوض عبده وهو مال الكتابة (٣) .

(**وإن قتلته**) أي قتل المكاتب الجاني (**سيده لزمه**) ما كان يلزم المكاتب بسبب الجناية، وهو أرشها إن كان أقل من قيمة الجاني ، أو قيمته إن كان أرشها أكثر من قيمته ؛ لأنه بقتله فوت على ولي الجناية محل تعلقها، وهو رقبة الجاني ، فلزمه ما كان واجباً على الجاني (٤) .

(**وكذا**) يلزمه ذلك (**إن أعتقه**) أي أعتق السيد مكاتبه الجاني ؛ لأنه أتلف ماليته بعتقه، فكان عليه ما كان على المكاتب لولي الجناية (٥) .

(**ويسقط**) أرش جناية المكاتب (**إن كانت على سيده**) بعتقه ؛ لأنه أتلف ماليته على نفسه ولا يجب على أحد دين لنفسه (٦) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٢) المغني (٥١٦/١٤) ، الشرح الكبير (٤١٦/١٢) .

(٣) المرجعان السابقان .

(٤) كشف القناع (٥٥١/٤) ، مطالب أولي النهى (٧٥١/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٧٥/٢) ، وانظر : المغني (٥١٨/١٤) .

(٥) انظر : المراجع السابقة .

(٦) انظر : المغني (٥١٧/١٤) ، الشرح الكبير (٤٢٠/١٢) ، الإنصاف (٤٧٣/٧) .

(وإن عجز) المكاتب الجاني عن فداء نفسه (وهي) أي والجنابة (على سيده فله) أي فلسيده (تعجيزه) بعوده إلى الرق ؛ لأن أرش الجنابة حق ثبت للسيد عليه ، فإذا عجز عنه رجع إلى بدله وهو رقبته (١) .

(وإن كانت) جنابة المكاتب (على غيره) أي غير سيده وعجز عن فداء نفسه (ف) إن (فداء) سيده (وإلا بيع) المكاتب (فيها) أي في الجنابة (قناً) أي غير مكاتب ؛ لأن كتابته بطلت بتعلق حق المجني عليه برقبته (٢) .

(ويجب فداء جنايته مطلقاً) أي سواء كانت على سيده أو أجنبي (بالأقل من قيمته) أي قيمة المكاتب إن كان أرش الجنابة أكثر من قيمته (أو أرشها) إن كان أقل من قيمته على الأصح (٣) ؛ لأن الزيادة مع كون الأرش أكثر من قيمته لا موضع لها ، وإن كان أقل ، لم يكن للمجني عليه أكثر من أرشها (٤) .

(وإن عجز) المكاتب (عن ديون معاملة لزمته تعلقت بذمته) فقط على الأصح (٥) ؛ لأن حكم المكاتب في حال كتابته حكم

(١) المغني (٥١٨/١٤) ، الشرح الكبير (٤١٨/١٢ ، ٤١٩) ، مطالب أولي النهى (٧٥١/٤) ، الفروع (١٢٠/٥) .

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٧٥/٢) ، مطالب أولي النهى (٧٥١/٤) .

(٣) وقيل : يلزمه فداؤه بأرش الجنابة كله كاملة . وهو رواية عن الإمام - رحمه الله تعالى - .

وعنه : يلزمه فداؤه بالأرش كاملاً ، إن كانت الجنابة على أجنبي .

الإنصاف (٤٧٣/٧) ، المغني (٥١٧/١٤) ، الشرح الكبير (٤١٦/١٢) ، المحرر (٩/٢) ، الفروع (١٢٠/٥) ، المبدع (٣٥٧/٦) .

(٤) مطالب أولي النهى (٧٥١/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٧٥/٢) .

(٥) وعنه : تتعلق برقبته ، اختاره ابن أبي موسى .

وعنه : تتعلق بذمته ورقبته معاً ، قاله في المحرر .

الأحرار (١) ، والحر إذا استدان ديوناً تعلق بزمته فذلك المكاتب .

وفائدة تعلقها بزمته أنه يُتبع بها بعد العتق ؛ لأنه حال يساره . وإنما قال (ديون معاملة) ليخرج أرش الجناية لتقدم حكمه (٢) .

(ف) على هذا (يقدمها) أي يقدم المكاتب أداؤها لغرمائه على دين الكتابة إذا كان (محجوراً عليه) بأن سأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه ، وكانت الديون حالةً وذلك (لعدم تعلقها برقبته) أي رقة المكاتب (فلهذا إن لم يكن بيده) أي بيد المكاتب (مال فليس لغريمه تعجيزه) عن دين الكتابة ، ليعود إلى الرق ، (بخلاف أرش ودين كتابة) ؛ لكون الأرش يتعلق بالرقبة ، ولكون دين الكتابة بدلاً عن الرقة (٣) .

(ويشترك رب دين) في معاملة (و) رب (أرش) بسبب جناية في تركة مكاتب (بعد موته) بقدر ما لكل منهما، لفوت الرقة في الأصح (٤) .
وقيل : يقدم دين المعاملة (٥) .

(و) لمكاتب (غير المحجور عليه تقديم أي دين شاء) من دين كتابة

= وقال صاحب الإنصاف : وهو أصح عندي .

انظر : الإنصاف (٤٧٤/٧) ، المحرر (٩/٢) .

(١) المغني (٥٢٠/١٤) ، الشرح الكبير (٤٢٠/١٢) ، الفروع (١٢٠/٥) ، مطالب أولي النهى (٧٥١/٤) .

(٢) مطالب أولي النهى (٧٥١/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٧٥/٢) .

(٣) المراجع السابقة : المغني والشرح الكبير ومطالب أولي النهى .

(٤) الإنصاف (٤٧٤/٧) ، الفروع (١٢٠/٥) ، المبدع (٣٥٨/٦) .

(٥) المراجع السابقة .

ومعاملة وغيرهما (١) .

(١) المرجعان السابقان : الإنصاف والفروع .

[فصل : في لزوم عقد الكتابة]

(فصل . والكتابة عقد لازم) من الطرفين ؛ لأنها بيع ^(١) والبيع من العقود اللازمة ^(٢) (لا يدخلها خيار) ^(٣) ؛ لأن المراد منها تحصيل العتق فكانت سبباً له فكأن المكاتب علق عتق المكاتب على أداء مال الكتابة ^(٤) .

ولأن الخيار إنما شرع استدراكاً لما يحصل لكل من المتعاقدين من الغبن ، والمكاتب وسيدده دخلاً في العقد [٣٧٤/أ] متطوعين راضيين بالغبن ، فلم يثبت لواحد منهما خيار ^(٥) .

(ولا يملك أحدهما ^(٦) فسخهما) أي فسخ الكتابة ؛ لأن ذلك شأن العقود

(١) أي عقد معاوضة .

(٢) الممتع (٢٧/٤) .

(٣) قال صاحب الممتع : وأما كون الخيار لا يدخلها ؛ فلأن السيد دخل على أن الحظ للمكاتب ، والخيار إنما يثبت لاستدراك الغبن ، فإذا كان أصلها لمصلحة المكاتب لم يشرع الخيار لمناقضة الأصل .

(٢٧/٤) .

ولا يدخلها خيار مجلس ولا شرط ولا غيرهما ، كما في الفروع (٨١/٤) ، كشف القناع (٥٥٧/٤) .

قال في الإنصاف : لا يدخلها خيار ، هذا المذهب . جزم به كثير من الأصحاب ، منهم صاحب الفروع وغيره في باب الخيار .

الإنصاف (٤٧٥/٧) .

(٤) المبدع (٣٥٨/٦) ، الممتع (٥٢٧/٤) .

(٥) الشرح الكبير (٤٢٧/١٢) ، مطالب أولي النهى (٧٥٢/٤) .

(٦) في (ب) : خياراً .

اللازمة (١) .

(ولا يصح تعليقها على شرط مستقبل) كقوله : إذا جاء رأس الشهر فقد كاتبتك على كذا ، كبقية العقود اللازمة .

وقوله : مستقبل يحتز به عن الماضي ، كقوله : كاتبتك إن كنت عبي ونحوه (٢) .

(ولا تنفسخ) الكتابة (بموت سيد ولا جنونه ولا حجر عليه) لسفه ولا لفلس ، كبقية العقود اللازمة (٣) .

(ويعتق) المكاتب (بأداء إلى من يقوم مقامه) أي مقام سيده ، كوكيله وكالحاكم مع غيبة سيده وعدم وكيله .

(أو) بأداء إلى (وارثه) أي وارث سيد المكاتب بعد موته (٤) .

(١) الشرح الكبير (٤٢٧/١٢) ، الممتع (٥٢٧/٤) .

(٢) كشف القناع (٥٥٧/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٥٧٥/٢) ، مطالب أولي النهى (٧٥٢/٤) .

(٣) ويمكن أن نستنبط سمات العقد اللازم مما ذكره المؤلف كالتالي :

١ - عدم دخول الخيار في العقد اللازم .

٢ - لا يملك أحد المتعاقدين فسخ العقد .

٣ - عدم صحة تعليق العقد على شرط مستقبل .

٤ - عدم انفساخ العقد بموت أحد المتعاقدين أو جنونه أو الحجر عليه .

وانظر التعليل في المراجع السابقة .

(٤) لأن الكتابة موضوعها العتق بتقدير الأداء ، فإذا وجد وجب أن يترتب عليه ما يقتضيه .

الممتع (٥٢٧/٤) .

(وإن حل) على المكاتب من مال الكتابة (نجم فلم يؤده فليسيده الفسخ)
على الأصح (١) ؛ لأن مال الكتابة حق للسيد فكان له الفسخ بالعجز عنه، كما لو
أعسر المشتري ببعض ثمن المبيع قبل قبضه (٢) .

وعنه : لا يعجز حتى يحل نجرمان (٣) .

وعنه : لا يعجز حتى يقول : قد عجزت (٤) .

وحيث ملك السيد الفسخ ، فإنه يصح منه (بلا حكم) من حاكم بصحة الفسخ
كرد معيب (٥) .

(ويلزم) السيد (إنظاره) أي إنظار المكاتب قبل فسخ الكتابة (ثلاثاً) أي
ثلاثة أيام إن استنظره المكاتب (٦) (لبيع عرض، ولمال غائب دون مسافة قصر يرجو
قدومه ، ولدين حال على مليء أو مودع) ؛ لأن عقد الكتابة ملحوظ فيه حظ

(١) الإنصاف (٤٧٦/٧) ، الهداية (٢٤٠/٢) ، المحرر (٨/٢) ، الفروع (١٢١/٥) .

وقد ذكر ابن النجار - رحمه الله تعالى - مقابل الأصح .

(٢) كشف القناع (٥٥٧/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٥٧٥/٢) ، مطالب أولي النهى
(٧٥٣/٤) .

(٣) المقنع (٥١١/٢) .

(٤) المرجع السابق .

(٥) المغني (٥١٠/١٤) .

وقال ابن قدامة : ولا تلزمه الاستنباط .

وانظر : الإنصاف (٤٧٧/٧) .

(٦) المغني (٥١٢/١٤) ، الشرح الكبير (٤٣٧/١٢) ، الكافي (٦١١/٢) .

المكاتب والرفق به (١) .

(ولمكاتب قادر على كسب) أي على أن يتكسب (تعجيز نفسه) بترك التكسب ؛ لأن معظم المقصود من الكتابة، تخليصه من الرق ، فإذا لم يرد ذلك، لم يجبر عليه (٢) .

ومحل ذلك [(إن لم يملك وفاء) لمال المكاتبه به ، فإن ملكه، لم يملك تعجيز نفسه ؛ لأن سبب الحرية وهو الأداء حاصل يمكنه فعله من غير] (٣) كلفة ، والحرية حق لله سبحانه وتعالى ، فلا يملك إبطالها من حصول سببها ، بخلاف ما إذا لم يكن يملك الوفاء ، فإن السبب غير حاصل، وعليه في السعي فيه كلفة ومشقة ، فكان له تركه لذلك (٤) .

(لا فسخها) يعني أن للمكاتب أن يعجز نفسه إن لم يملك وفاء، لا أن يفسخ الكتابة ؛ لأنها عقد لازم (٥) .

إذا تقرر هذا (فإن ملكه) أي ملك المكاتب وفاء مال الكتابة، لم يعتق بنفس

(١) الممتع (٥٢٨/٤) ، كشف القناع (٥٥٩/٤) ، مطالب أولي النهى (٧٥٤/٤) .

وإن كان المال غائباً أكثر من مسافة القصر ، لم يلزم الإمهال .

المغني (٥١٢/١٤) .

(٢) المراجع السابقة ما عدا المغني .

وانظر : شرح الزركشي (٥٠٤/٧) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٤) المغني (٥١١/١٤ ، ٥١٢) .

(٥) انظر : المرجع السابق والشرح الكبير (٤٣٦/١٢) .

الملك [على الأصح ^(١)] و (أجبر على أدائه) لسيده (ثم عتق) بالأداء وإنما لم يعتق بنفس الملك [^(٢)] ؛ لجواز أن يتلف قبل أدائه ، فيفوت على السيد ^(٣) .

وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي - ﷺ - قال : ((أيما عبد كوتب على مائة أوقية أداها إلا عشر أوقيات فهو رقيق)) ^(٤) رواه الخمسة إلا النسائي ^(٥) .

وهذا تعليق [للعتق] ^(٦) على أداء مال ^(٧) الكتابة ، لا على ملكه ^(٨) .

(فإن مات) مكاتب ملك وفاء (قبله) أي قبل أدائه (انفسخت) كتابته على الأصح ^(٩) ؛ لأنه إذا مات قبل الأداء ، فقد مات رقيقاً ، فيكون ماله جميعه

(١) وعن أحمد رواية أخرى : أنه إذا ملك ما يؤدي عتق .

الهداية (٢٤١/١) ، المغني (٤٦٤/١٤) ، الإنصاف (٤٥٢/٧) ، الشرح الكبير (٣٥٦/١٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

(٣) المغني (٤٦٥/١٤) ، الشرح الكبير (٣٥٧/١٢) .

(٤) سبق تخريجه في باب ميراث المعتق بعضه ص (٨١٨) .

(٥) أخرجه النسائي في الكبرى كما في تحفة الأشراف (٨٦٧٣) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٧) في س : الأداء ملك .

(٨) هذا وجه الدلالة في الحديث المتقدم .

وانظر من : المغني (٤٦٥/١٤) ، الشرح الكبير (٣٥٧/١٢) ، مطالب أولي النهى (٧٥٤/٤) .

(٩) الرواية الثانية : إذا ملك المكاتب ما يؤدي يصير حراً قبل الأداء ، - فإذا مات قبل الأداء - كان لسيده بقية كتابته ، والباقي لورثة الميت ، فلا تنسخ الكتابة ، اختاره أبو بكر وأبو الخطاب .

لكن هل يستحقه السيد حالاً ، أو هو على نجومه . فيه روايتان وأطلقهما في الفروع . =

لسيده (١) .

(ويصح فسخها) أي فسخ الكتابة (باتفاقهما) أي المكاتب وسيده ، فيصح إن تقايلا أحكامهما، قياساً على البيع . قاله في الكافي (٢) .

قال في الإنصاف : لو اتفقا على فسخها، جاز . جزم به في الكافي وغيره (٣) .

قال في الفروع : ويتوجه أن لا تجوز لحق الله سبحانه وتعالى (٤) انتهى .

(ولوزوج) السيد (امرأة ترثه) (٥) أي ترث السيد إذا مات (من مكاتبه

= قلت : هي شبيهة بمن مات وعليه دين .

انظر : الإنصاف (٤٥٢/٧) ، الفروع (١٢٣/٥) .

(١) انظر : الشرح الكبير (٣٥٥/١٢ - ٣٥٦) .

(٢) الكافي (٥٩٩/٢) .

والإقالة في البيع : نقضه وإبطاله . معناه : أنك رددت عليه ما أخذت منه ، ورد عليك ما أخذ منك .
والأفصح أقاله . ويقال : قال بغير ألف .

وقال أهل الحجاز : يقولون : قلته ، فهو مقيول ، ومقيول .

قلت - صاحب الدر النقي - : ما ذكروه من معنى الإقالة ، لعله معناها الشرعي ، وإلا فأصل الإقالة من أقاله الأمر إذا لم يؤاخذه به ، وأقاله الله عثراته ، فكأنه ندم على البيع وأخذه ، أقاله صاحبه منه ، ولم يؤاخذه به .

الدر النقي (٤٦٠/٢) .

(٣) الإنصاف (٤٧٧/٧) ، الفروع (١٢٣/٥) ، والكافي (٥٩٩/٢) .

(٤) المهرود (١٢٣/٥) .

وذلك لتشوف الشارع إلى العتق .

(٥) قال في الإنصاف : الحكم في سائر الورثة من النساء ، إذا كانت زوجة له ، كالحكم في البنت . =

وصح (هذا النكاح بأن حكم به من يرى صحته ^(١)) ، (**ثم مات**) السيد (**انفسخ النكاح**) في الأصح ^(٢) ؛ لأنها ملكت زوجها أو سهماً منه فانفسخ نكاحها كما لو لم يكن مكاتباً ^(٣) .

= وكذا لو تزوج مكاتبته فورثها ، أو بعضها ، انفسخ النكاح .

(٤٧٧/٧) .

(١) قال في المغني : فأما الحرية ، فالصحيح أنها من شروط الكفاءة ، فلا يكون العبد كفواً لحرّة ؛ لأن النبي - ﷺ - خير بريرة حين عتقت تحت عبد ، فإذا ثبت الخيار بالحرية الطارئة فبالحرية المقارنة أولى .

ولأن الرق نقص كبير ، وضرره بين ، فإنه مشغول عن امرأته بحقوق سيده ، ولا ينفق نفقة الموسرين ، ولا ينفق على ولده وهو كالمعدوم بالنسبة إلى نفسه ، ولا يمنع صحة النكاح ، فإن النبي - ﷺ - قال لبريرة : ((لو راجعتيه)) قالت : يا رسول الله ، أأمرني ؟ قال : ((إنما أنا شفيع)) قالت : فلا حاجة لي فيه .

رواه البخاري في كتاب الطلاق ، باب شفاعة النبي - ﷺ - .

ولا يشفع إليها النبي - ﷺ - في أن تنكح عبداً إلا والنكاح صحيح .

(٣٩٤ ، ٣٩٣/٩) .

وقول ابن النجار عند من يرى صحته بأن قلنا الكفاءة شرط للزوم لا للصحة .

شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٧٦/٢) .

(٢) الإنصاف (٤٧٧/٧ ، ١١١/٨ ، ١٥١) ، المغني (٥٤٦/١٤) ، الشرح الكبير (٤٣٩/١٢) ،

الممتع (٥٢٨/٤) ، المبدع (٣٦٠/٦) .

(٣) انظر : المراجع السابقة .

قال في المبدع : ولا بد أن يلحظ في هذه المسألة أشياء :

١ - أن الحرية ليست من شروط صحة النكاح .

٢ - أن يزوجه ياذنها .

=

وحكى أبو الخطاب ومن بعده احتمالاً بأن النكاح ، لا يفسخ حتى يعجز (١) ؛
لأنها لا ترثه ، وإنما يملك نصيبها من الدين الذي بذمته ، بدليل أن الوارث إذا أبرأ
المكاتب ، [٣٧٤ / ب] عتق ، وكان الولاء للميت ، لا للوارث (٢) .

وأجيب عن هذا بأن الولاء إنما ثبت للميت ؛ لأن السبب وجد منه ، [فنسب
العتق إليه] (٣) .

(وكذا) الحكم (لوورث [حي] (٤) زوجته المكاتبه أو غيرها) (٥) [فإن
نكاحه يفسخ ؛ لأنه ملك زوجته (٦) .

(ويلزم) من كاتب رقيقاً (أن يؤدي إلى من أدى كتابته) (٧) أي وفاها
(ربعها) (٨) أي ربع مال الكتابة (٩) .

= ٣ - أن تكون وارثة . فلو كان بينهما اختلاف دين ، أو كانت قاتلة ، فالنكاح بحاله ؛ لأنها ما ملكته ولا
شيئاً .

المبدع (٣٦٠ / ٦) ، الممتع (٥٢٩ / ٤) .

(١) الهداية (٢٤٢ / ٢) .

(٢) المبدع (٣٦٠ / ٦) ، الشرح الكبير (٤٣٩ / ١٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) . وفيها زيادة : أو كاتب رقيقاً .

وانظر : المغني (٥٤٦ / ١٤) ، الشرح الكبير (٤٣٩ / ١٢) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب ، س) .

(٥) في (س) زيادة : غير المكاتبه ويلزم السيد أن يؤدي إلى من أدى كتابته .

(٦) الإنصاف (٤٧٧ / ٧) ، مطالب أولي النهى (٧٥٥ / ٤) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٨) قال في كشف القناع : ولو كان العبد ذمياً . وهذا ما ذكره الزركشي في شرحه (٤٨٦ / ٧) .

(٩) وهو من المفردات .

=

أما وجوب الإيتاء من غير تقدير ، فلقوله سبحانه وتعالى : ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَكُمْ﴾ (١) ، وظاهر الأمر الوجوب .

[وبوجوب] (٢) إيتاء ما يقع عليه الاسم، قال الشافعي (٣) .

وأما كونه ربع مال الكتابة، فلما روى أبو بكر بإسناده عن علي عن النبي - ﷺ -
- في قوله سبحانه وتعالى : ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَكُمْ﴾ قال : ربع
الكتابة (٤) .

وروي موقوفاً (٥) عن (٦) علي (٧) .

= انظر : منح الشفا الشافيات (١٠٠/٢) والإنصاف (٤٧٨/٧) ، الفتح الرباني (١٣٠/٢) .

(١) سورة النور ، آية رقم (٣٣) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) روضة الطالبين (٢٤٨/١٢) ، الحاوي الكبير (١٤٠/١٨) ، الغرر البهية (٣٢٢/٥) .

(٤) رواه عبد الرزاق برقم (١٥٥٨٩ - ١٥٥٩١) .

وابن أبي شيبة (١٥٦/٥) .

وابن جرير في التفسير (٩٠/١٨) .

والبيهقي في الكبرى (٣٢٩/١٠) .

وابن عدي في الكامل (٢٠٠٢/٥) .

(٥) في (س) : مرفوعاً . وهو خطأ .

(٦) في (ب) : على .

(٧) عبد الرزاق (١٥٥٨٩) .

وابن أبي شيبة (١٥٦/٥) .

=

ولأنه مال يجب إيتاؤه بالشرع مواساةً فكان مقدراً كالزكاة .

ولأن الحكمة في إيجابه، الرفق بالمكاتب، وإعانتته على تحصيل العتق، وهذا لا يحصل (١) بأقل ما يقع عليه الاسم .

فإن قيل : إنه ورد غير مقدر .

فجوابه : أن السنة بينته وقدرته كالزكاة .

وفارقت الكتابة في ذلك سائر العقود ؛ لأن القصد بها الرفق بالمكاتب بخلاف غيرها .

ولأن الكتابة يستحق بها الولاء على العبد مع المعاوضة، فكذلك يجب أن يستحق المكاتب على السيد شيئاً .

وحمل الأمر على النذب، مخالف لمقتضى الأمر، فلا يصار إليه إلا بدليل .

ولأن المكاتب ولي جمع هذا المال وتعب فيه، فاقترض الحال مواساته [منه] (٢) كما ((أمر النبي - ﷺ - بإطعام عبده من الطعام الذي ولي حره ودخانه)) (٣) .

= البيهقي في السنن الكبرى (٣٢٩/١٠) .

(١) في (س) زيادة : إلا .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) لما روى أبو هريرة - رضى الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال : ((إذا كفى أحدكم خادمه طعامه ، حره ودخانه ، فليدعه ، وليجلسه معه ، فإن أبى فليروغ له اللقمة واللقمتين)) .

أخرجه البخاري في كتاب الأطعمة ، باب الأكل مع الخادم .

وأخرجه مسلم في كتاب الأيمان ، باب إطعام الطعام مما يأكل والباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه .

واختص هذا بالوجوب ؛ لأن فيه معونة على العتق وإعانة لمن يحق على الله سبحانه وتعالى عونه ، فإن أبا هريرة قال : قال رسول الله - ﷺ - : ((ثلاثة حق على الله عونهم : المجاهد في سبيل الله ، والمكاتب الذي يريد الأداء ، والناكح يريد العفاف)) قال الترمذي : هذا حديث حسن [صحيح] (١) .

(ولا يلزمه) أي يلزم المكاتب (قبول بدله) أي بدل ربع (٢) مال الكتابة إذا دفعه له سيده (من غير الجنس) أي جنس المال الذي وقعت الكتابة عليه ، كما لو كاتبه على دراهم فأعطاه عن ربعها [دنانير ، أو كاتبه على دنانير فأعطاه عن ربعها] (٣) دراهم أو أعطاه عن ذلك عروضاً (٤) ؛ لأنه لم يؤته من مال الكتابة ولا من جنسه ، لكن الأولى أن يؤتیه من عينه ، فإن لم يكن فمن جنسه ؛ لأنه لا فرق في المعنى بين الإيتاء من عينه ، والإيتاء من غيره من جنسه ، فوجب أن يتساويا في

(١) زيادة في (ف) ، وهي ليست في جامع الترمذي .

أخرجه الترمذي في أبواب فضائل الجهاد ، باب ما جاء في المجاهد والناكح والمكاتب (١٥٨/٤) (١٦٥٥) .

كما أخرجه النسائي في كتاب النكاح ، باب معونة الله الناكح الذي يريد العفاف ، وكتاب الجهاد ، باب فضل الروحة في سبيل الله عز وجل .

وابن ماجه في كتاب الأحكام ، باب المكاتب (٢٥١٨) .

تحفة الأشراف (١٣٠٣٩) .

وهذه المناقشة لأداء الرقيق ربع مال الكتابة في : المغني (٤٥٨/١٤) ، الشرح الكبير (٤٤٠/١٢) ، المبدع (٣٦٠/٦) ، مطالب أولي النهى (٧٥٥/٤) .

(٢) في (ب) : رفع .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

(٤) في (س) : عوضاً .

الإجزاء (١) كالزكاة، وغير المنصوص إذا كان في معناه ألحق به (٢) .

(فلو وضع) السيد عن المكاتب من مال الكتابة (بقدره) أي بقدر ربعه جاز ؛ لأن الصحابة فسروا الآية بذلك (٣) .

ولأنه أبلغ في النفع وأعون على حصول العتق، فيكون أفضل من الإيتاء، وتدل الآية عليه من طريق التنبيه (٤) .

(أو يعجله) (٥) أي عجل السيد إعطاء قدر ربع مال الكتابة للمكاتب، (جاز) ؛ لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَآتُوهُمْ ﴾ (٦) .

وذلك يحتاج إليه من حين العقد (٧) .

(١) في (س) : الأجر .

(٢) لكن الأولى من عينه ؛ لظاهر النص .

المغني (٤٦٠/١٤) ، الشرح الكبير (٤٤٢/١٢) ، مطالب أولي النهى (٧٥٥/٤) .

(٣) كما مضى في حديث علي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - الذي سبق قريباً .

انظر : المغني (٤٥٨/١٤) ، الشرح الكبير (٤٤٠/١٢) ، مطالب أولي النهى (٧٥٥/٤) .

(٤) المبدع (٣٦١/٦) ، الكافي (٦٠٩/٢) ، مطالب أولي النهى (٧٥٥/٤ ، ٧٥٦) ، الممتع (٥٢٩/٤) .

(٥) في (س) : عجله .

(٦) سورة النور ، آية رقم (٣٣) .

وتكملتها : ﴿ مَنْ مَالَ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ وَلَا تُكْرَهُوا فَتَيِّبَكُمْ عَلَى الْبَغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لَتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهْنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ (٣٣) .

(٧) المغني (٤٦١/١٤) ، الشرح الكبير (٤٤٣/١٢) .

وكلما عجله كان أفضل ؛ لأنه يكون أنفع كالزكاة (١) .

ووقت وجوب أداء السيد ربع مال الكتابة للمكاتب عند العتق ؛ لأن الله سبحانه وتعالى أمر بإيتائه من المال الذي آتاه ، وإذا أدى مال الكتابة عتق ، فيجب إيتاؤه حينئذ .

قال علي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - : الكتابة على نجمين ، والإيتاء من الثاني .

فإن مات السيد وقد استوفى مال الكتابة قبل إيتاء مكاتبه ربعه ، فهو دين في تركته ؛ لأنه حق واجب فهو كسائر ديونه ، فإن ضاقت التركة عنه وعن غيره من الديون ، تحاصوا (٢) في التركة [٣٧٥/أ] بقدر حقوقهم (٣) .

(**ولسيد الفسخ**) أي فسخ الكتابة (**بعجز**) أي عجز المكاتب (**عن ربعها**) أي ربع مال الكتابة على الأصح (٤) ؛ لما روى الأثرم عن عمر وابنه وعائشة وزيد ابن ثابت أنهم قالوا : ((المكاتب عبد ما بقي عليه درهم)) (٥) .

(١) المرجعان السابقان .

(٢) تحاصوا : يحاص ، مضارع حاصه : وهو المفاعلة من الحصه .

قال الجوهري : يتحاصون إذا اقتسموا حصصاً ، فيأخذ كل واحد حصه ، والحصه الجزء من الشيء .

المطلع ص (٤١٤) ، الدر النقي (٥٧٣/٣) .

(٣) انظر : المغني والشرح الكبير كما سبق ، ومطالب أولي النهى (٧٥٦ ، ٧٥٥/٤) .

(٤) وعنه : إن أدى ثلاثة أرباع المال ، وعجز عن الربع ، عتق ولم تنفسخ الكتابة .

الإنصاف (٤٧٩/٧) ، الفروع (١٢٣/٥) ، المبدع (٣٦١/٦) .

(٥) تقدم تخريجه في بداية باب الكتابة ص (٨١٨) .

وروي ذلك أيضاً عن أم سلمة (١) . وبه قال مالك (٢) والشافعي (٣) وأصحاب الرأي (٤) .

ولأن مال الكتابة عوض عن المكاتب ، فلا يعتق قبل أداء جميعه (٥) .

ولأنه لو عتق بعضه لسرى إلى باقيه كما لو باشره بالعتق (٦) .

وما رواه ابن عباس عن النبي - ﷺ - أنه قال : « إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً بحساب (٧) ما عتق منه ، ويؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقي دية (٨) عبد » (٩) رواه الترمذي ، وقال : حديث حسن ، فمحمول على مكاتب

(١) تقدم تخريجه ص (٨١٩) .

(٢) الذخيرة (٢٧٣/١١) ، الخرشى على مختصر خليل (١٣٩/٨) ، الشرح الصغير (٥٥٢/٤) .

(٣) نهاية المحتاج (٤١٦/٨ ، ٤١٧) ، الوسيط (٥٢٤/٧ ، ٥٢٦) ، أسنى المطالب (٤٨٦/٤) .

(٤) الدر المختار (١١٣/٦) ، بدائع الصنائع (١٥٩/٤) ، مجمع الأنهر (٤٢٠/٢) .

(٥) المغني (٤٥٤/١٤) .

(٦) انظر : المرجع السابق في هامش (٥) .

(٧) في (ف) : يحاسب .

(٨) في (ف) : دينه .

(٩) أخرجه أبو داود في كتاب الديات ، باب في دية المكاتب ، والترمذي في أبواب البيوع باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي .

والنسائي في كتاب القسامة ، باب دية المكاتب .

والحاكم (٢٣٨/٢) ، وقال صحيح على شرط البخاري ، ووافقه الذهبي ، وقال في إسناده ابن سلمة (صحيح) ووافقه الذهبي .

والطبراني في الكبير من طرق (١٤٢/٣ ، ١٣٨) من طريق موسى بن إسماعيل وعن يحيى مرفوعاً . =

لرجل مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بكتابته وأنكر الآخر وأدى المقر أو ما أشبهها من الصور جمعاً بين الأخبار وتوفيقاً بينها وبين القياس (١) .

ويؤيد ما تقدم ما روى سعيد بإسناده عن أبي قلابة قال : « كن أزواج رسول الله - ﷺ - لا يحتجب من مكاتب ما بقي عليه دينار » (٢) .

(وللمكاتب أن يصالح سيده عما في ذمته) من مال الكتابة (بغير جنسه) أي جنس مال الكتابة ؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما (٣) .

(لا مؤجلاً) لأنه بيع دين بدين ، ولا أن يتفرقا قبل القبض إذا كان الجنسان [مما] (٤) يجري فيهما (٥) ربا النسئة (٦) .

= والدارقطني (١٢١/٤) ، والطيالسي (٢٦٨٦) .

والإمام أحمد (١٩٤٤ ، ١٩٨٤ ، ٢٣٥٦ ، ٢٦٦٠) .

(١) المغني (٤٥٤/١٤) .

(٢) أخرجه البيهقي (٣٢٥/١٠) من طريق سعيد بن منصور ، ثنا هشيم عن خالد عن أبي قلابة به . وهذا إسناد رجاله ثقات ، ولكنه مرسل .

إلا أنه قد أخرج البيهقي (٩٥/٧) من طريق سليمان بن يسار عن عائشة قال : « استأذنت عليها ، فقالت : من هذا ؟ فقلت : سليمان . قالت : كم بقي عليك من مكاتبتك ؟ قال : قلت : عشر أواق ، قالت : أدخل فإنك عبد ما بقي عليك درهم .

وقال البيهقي : وروينا عن القاسم أنه قال : إن كانت أمهات المؤمنين يكون لبعضهن المكاتب فتكشف له الحجاب ما بقي عليه درهم ، فإذا قضى أرخته دونه » .

(٣) مطالب أولي النهى (٧٥٦/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٧٧/٢) ، الكافي (٦٠٩/٢) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف ، س) .

(٥) في (س) : نحوى بينهما .

(٦) المغني (٥٥٩/١٤) ، الشرح الكبير (٣٦٥/١٢) .

(ومن أبرئ) من المكاتبين (من) جميع (كتابته عتق) ؛ لأن مفهوم قوله

- ﷺ - : ((المكاتب عبد ما بقي عليه درهم)) (١) أنه إن لم يبق عليه شيء لم يكن عبداً ومع البراءة لم يبق عليه شيء (٢) .

ولأن البراءة في معنى الأداء بجامع سقوط حق السيد في الحالتين (٣) .

(وإن أبرئ) المكاتب من (بعضها) أي بعض كتابته كما لو كاتبه سيده على

مائة فأبرأه سيد من خمسين (فهو على الكتابة فيما بقي) من المائة وهو خمسون (٤) .

(١) تقدم تخريجه ص (٨١٨) .

(٢) لأن الإبراء كالأداء .

وانظر : الشرح الكبير (٣٥٤/١٢) ، ومطالب أولي النهى (٧٥٦/٤) .

(٣) المغني (٥٣٠/١٤) ، ومطالب أولي النهى كما سبق .

(٤) فإذا أداها عتق .

مطالب أولي النهى (٧٥٦/٤) .

[فصل : كتابة عدد من رقيقه بعوض واحد]

(فصل . وتصح كتابة عدد) من رقيقه (بعوض) واحد ، مثل : أن يكاتب ثلاثة أعبد بألف ، كما لو باعهم لواحد . وبهذا قال مالك (١) وأبو حنيفة (٢) والشافعي في أحد قوله (٣) .

(ويسقط) العوض بينهم (على القيم) أي على قدر قيمة كل منهم (يوم العقد) ؛ لأنه زمن المعاوضة ، وزمن زوال سلطان (٤) السيد عنهم ، لا على عدد رؤوسهم على الأصح (٥) ؛ لأن هذا عوض ، فيتقسط على المعوض (٦) ، كما لو اشترى شقصاً وسيفاً ، وكما لو اشترى عبداً ، فرد واحداً منهم بعيب أو تلف أحدهم ورد الآخر (٧) .

(١) الذخيرة (٢٧٥/١١) ، الشرح الصغير (٥٤٧/٤) ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مع الشرح (٣٩٢/٤) .

(٢) مجمع الأنهر (٤١٦/٢) ، مختصر اختلاف العلماء (٤١٢/٤) ، الدر المختار وحاشيته (١٠٩/٦) .

(٣) والقول الثاني للشافعية وهو بطلان كتابة عدد بعوض واحد .

وهذا رأي مرجوح وما نقله المؤلف هو الراجح .

انظر : الحاوي الكبير (١٥٨/١٨) ، روضة الطالبين (٢١٦/١٢) ، نهاية المحتاج (٤٠٩/٨) .

(٤) في (ب) : سلطانه .

(٥) وقال أبو بكر عبد العزيز : يتوجه لأبي عبد الله قول آخر ، أن العوض بينهم على عدد رؤوسهم ، فيتساوون فيه ؛ لأنه أضيف إليهم إضافة واحدة ، فكان بينهم بالسوية ، كما لو أقر لهم بشيء .

انظر : المغني (٥٦٥/١٤) ، الشرح الكبير (٤٦٤/١٢) ، الإنصاف (٤٨٠/٧) ، الهداية (٢٤٢/١) .

(٦) في (س) : العوض .

(٧) المغني (٥٦٥/١٤) ، الشرح الكبير (٤٤٦/١٢) .

(و) حيث تقرر ذلك فإنه (يكون كل) من الثلاثة (مكاتباً بقدر حصته) من الألف (يعتق بأدائها ، ويعجز بعجز عنها) أي عن قدر حصته (وحده) ؛ لأن الكتابة عقد معاوضة مع ثلاثة ، فيبرأ كل واحد منهم بأداء حصته ، كما لو اشتروا عبداً (١) .

وشرط ضمان (٢) كل واحد منهم للباقيين فاسد ، ولا يؤثر في صحة العقد ؛ لأن مال الكتابة ليس بلازم ولا مآله إلى اللزوم ، فلم يصح ضمانه .

ولأن الضامن لا يلزمه أكثر مما يلزم المضمون عنه ، ومال الكتابة لا يلزم المكاتب ولا الضامن ؛ ولأن الضمان تبرع ، وليس للمكاتب أن يتبرع (٣) .

وأما العقد فصحيح ؛ لأن الكتابة لا تفسد بفساد الشرط ، بدليل خبر بريرة (٤) .

ومتى مات بعضهم سقط قدر حصته ، نص عليه أحمد في رواية حنبل (٥) .

(١) المرجعان السابقان .

(٢) الضمان : مصدر ضمن الشيء ضماناً ، فهو ضامن وضمين : إذا كفل به ، وقال ابن سيده : « ضمن الشيء ضمناً وضمناً ، وضمنه إياه ، كفله إياه » .

وهو مشتق من التضمن ؛ لأن ذمة الضامن تتضمن الحق . قاله القاضي أبو يعلى .

وقال ابن عقيل : « الضمان مأخوذ من الضمن ؛ لأن ذمة الضامن تصير في ذمة المضمون عنه .

انظر : المطلع ص (٢٤٨) ، الدر النقي (٥٠٨ / ٣) ، الإنصاف (١٨٩ / ٥) .

(٣) المرجعان السابقان .

(٤) المرجعان السابقان .

وأما خبر بريرة فتقدم تخريجه في أحكام العصبية في الفرائض ، ص (١٣٥) .

(٥) المرجعان السابقان .

وكذا إن أعتق السيد بعضهم (١) .

(وإن أدوا) جميع مال الكتابة وعتقوا (واختلفوا) بعد الأداء (في قدر ما أدى كل واحد) منهم بأن قال أكثرهم قيمة: أدينا على قدر قيمتنا ، وقال الأقل قيمة : بل أدينا على السواء، فبقيت كذا (٢) على الأكثر قيمة بقية (ف) الأصح (٣) أن القول (قول مُدَّعٍ أداء الواجب) أي قدر الواجب عليه ؛ لأن الظاهر أن الإنسان [٣٧٥/ب] لا يؤدي إلا ما عليه (٤) .

(ويصح أن يكاتب) السيد (بعض عبده) كنصفه ؛ لأن الكتابة عقد معاوضة فصحت في بعضه كالبيع (٥) .

ويجب أن يؤدي إلى سيده مثلى كتابته ؛ لأن نصف كسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق، ونصفه يؤدي في الكتابة إلا أن يرضى سيده بتأدية الجميع في الكتابة [فيصح] (٦) .

(فإن أدى) ما عليه (عتق كله) نصفه بالكتابة ، وباقيه بالسراية ؛ لأن العتق

(١) المرجعان السابقان .

(٢) في (س) : لنا .

(٣) والوجه الآخر : القول قول من يدعي التسوية ؛ لأن أيديهم على المال فيتساوون فيه .

الشرح الكبير (٤٤٨/١٢) ، الإنصاف (٤٨١/٧) ، الفروع (١٢٥/٥) ، المبدع (٣٦٣/٦) .

(٤) المغني (٥٦٨/١٤) ، الشرح الكبير (٤٤٩/١٢) .

(٥) المغني (٥٠٤/١٤) ، الشرح الكبير (٤٥٢/١٢) ، المبدع (٣٦٣/٦) ، الممتع (٥٣٢/٤) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

وانظر : المغني والشرح الكبير كما سبق .

إذا سرى إلى ملك غير السيد ، فبأن يسري إلى ملك السيد من باب أولى (١) .
ويصح أيضاً أن يكتب عبده على ألفين في رأس كل شهر ألف ، وأن يكون
العتق عند أداء الألف الأول ، فإذا أدى الألف عتق ؛ لأن السيد لو أعتقه بغير أداء
شيء ، صح ، فكذلك إذا أعتقه عند أداء بعض الكتابة ، ويبقى الألف الآخر ديناً عليه
بعد عتقه كما [لو] (٢) باعه نفسه [به] (٣) .

(و) يصح أيضاً أن يكتب (شقصاً) (٤) أي جزءاً له (من مشترك) عبداً وأمة
(بغير إذن شريكه) موسراً كان الشريك أو معسراً في الأصح (٥) . وبه قال
مالك (٦) .

(١) انظر : المرجعين السابقين .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

وانظر : المغني (٥٧٢/١٤) ، الشرح الكبير (٤٥٢/١٢) .

(٤) الشقص : الطائفة من الشيء .

انظر : المصباح المنير (٣١٩/١) .

(٥) الإنصاف (٤٨١/٧) ، وقال : هذا المذهب ، وعليه الأصحاب ، وهو من المفردات .

انظر : منح الشفا الشافيات (١٠٢/٢) ، الهداية (٢٤١/٢) ، المبدع (٣٦٣/٦) .

(٦) القول الأصح عندهم عدم الجواز .

قال ابن عبد البر : لا يجوز لأحد من الشريكين في عبد أن يكتب نصيبه أذن له في ذلك شريكه أو لم
يأذن ، فإن كاتب أحدهما نصيبه واختار الآخر أن يكتب نصيبه أيضاً جاز ذلك ، فإن كان الأول قد
اقتضى بعض نجومه رد ما اقتضى واقتسم مع شريكه .

الكافي في فقه أهل المدينة (٩٩١/٢) ، الذخيرة (٢٦٥/١١) .

وقال الشافعي في أحد قوليه : إن كان باقيه حراً ، صحت كتابته ، وإن كان ملكاً ، لم تصح ، سواء أذن فيه الشريك ، أو لم يأذن (١) ؛ لأن كتابته تقتضي إطلاقه في الكسب والسفر ، وملك بعضه يمنع ذلك ، ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات ، لئلا يصير كسباً فيستحق سيده حصته منه .

ولأن ذلك يفضي إلى أن يؤدي بعض الكتابة فيعتق جميعه .

ولنا على المخالف ، أن الكتابة عقد معاوضة على نصيبه ، فصح كبيعته .

ولأنه ملك يصح بيعه وهبته فصحت كتابته ، كالعبد الكامل ، وكما لو كان باقيه حراً عند الشافعي ، أو أذن فيه الشريك عند من يرى صحتها بإذن الشريك (٢) .

وقول من قال : أن الكتابة تقتضي المسافرة .

فجوابه : أن المسافرة ليست من المقتضيات الأصلية في الكتابة ، بدليل صحة شرط تركها في عقد الكتابة ، فوجود مانع منها لا يمنع أصل العقد .

وأما الكسب وأخذ الصدقة ، فإنه لا يمنع كسبه ، وأخذه الصدقة بجزئه المكاتب ، ولا يستحق الشريك شيئاً منه ؛ لأنه إنما استحق ذلك بالجزء المكاتب ، فكذلك فيما حصل به ، كما لو ورث شيئاً بجزئه الحر .

(١) الحاوي الكبير (١٩٩/٨) ، روضة الطالبين (٢٢٧/١٢) ، نهاية المحتاج (٤٠٩/٨) .

والمؤلف نقل قول الشافعي وما بعده من : المغني (٥٠٢/١٤) وما بعدها .

وليس للشافعي قول آخر في هذه المسألة ، وإنما لها تكملة وإليك المسألة :

قال الشافعي - رحمه الله - : « لا يجوز أن ي كاتب بعض عبد إلا أن يكون باقيه حراً ، ولا بعضاً من عبد بينه وبين شريكه ، وإن كان يأذن الشريك ؛ لأن المكاتب لا يمنع من السفر والاكتساب .

الحاوي الكبير (١٩٩/٨) .

(٢) تقدم قريباً عزو هذا القول إلى كتب الشافعية .

ومتى هأياه (١) مالك البقية فكسب في نوبته شيئاً، اختص به، وإن لم يهأيه فكسب بجملته شيئاً، كان لمن كاتبه بقدر ما فيه من الجزء المكاتب، ولسيده الذي لم يكاتبه الباقي ؛ لأنه كسبه بجزئه المملوك، فأشبهه ما لو كسب شيئاً قبل كتابته ، فقسم بين سيديه .

وقولهم : أن ذلك يفضي إلى عتق جميعه بأداء بعض الكتابة ، لا يصح ، فإنه لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة ، فإن جميع الكتابة، هو الذي كاتبه عليه مالك ذلك البعض ، فلا يعتق منه شيء حتى يؤدي جميعها .

ولأنه لا يعتق [جميعه بالأداء وإنما يعتق] (٢) الجزء المكاتب لا غير ، وأما باقيه فإن كان المكاتب معسراً، لم يعتق منه غير الجزء المكاتب ، وإن كان موسراً عتق الباقي بالسراية لا بالكتابة ، ولا يمتنع هذا، كما لو أعتق بعضه ، فإنه يعتق جميعه ، وإذا جاز عتق جميعه بعتق بعضه بطريق السراية، جاز ذلك فيما يجري مجرى العتق (٣) .

(ويملك) المكاتب بعضه (من كسبه بقدره) أي بقدر جزئه المكاتب ؛ لأن ذلك [مقتضى] (٤) الكتابة (٥) .

(١) المهأية : أصلها الإصلاح ، وهيات الشيء : أصلحته ، وهي مفاعلة من ذلك ، فإذا تصالحا على هذه القسمة ، قيل : تهايا مهأية .

النظم المستعذب (٣٥٦/٢) ، طلبة الطلبة ص (٢٣٠) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) هذه المناقشة نقلها المؤلف من : المغني (٥٠٣/١٤) ، وانظر : الشرح الكبير (٤٥٤/١٢) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٥) مطالب أولي النهى (٧٥٨/٤) ، شرح منتهى الإرادات (٢٧٨/٢ ، ٦٧٩) .

إذا تقرر هذا (فإذا أدى) المكاتب المشترك (ما كوتب عليه) لمن كاتبه (و) أدى (للآخر) أي للشريك الذي لم يكاتبه (ما يقابل حصته عتق) كله (وإن كان من كاتبه) أي الشريك الذي كاتبه حصته منه (موسراً) ولذلك (١) فإنه ليس للعبد [٣٧٦/أ] المشترك الذي كوتب بعضه أن يؤدي إلى سيده الذي كاتبه شيئاً ، حتى يؤدي إلى الشريك الذي لم يكاتبه ما يقابل حصته منه ، سواء أذن الشريك في كتابته أو لم يأذن ؛ لأنه إذا أذن إنما ينصرف إذنه إلى كتابة نصيب شريكه ، وذلك يقتضي أن يكون نصيبه باقياً له ، وذلك يقتضي أنه لو أدى الكتابة من جميع كسبه لم يعتق ؛ لأن الكتابة الصحيحة ، تقتضي العتق ببراءته من العوض ، وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له .

وإذا أدى لكل واحد من الشريكين ما وجب عليه عتق كله : الجزء المكاتب بالأداء والجزء الذي لم يكاتب بالسراية على مكاتبه الموسر (٢) .

(وعليه) [أي (٣)] بسبب سراية العتق إلى حصة شريكه (قيمة حصة شريكه) ؛ لأن عتق حصته بسبب من جهة الشريك المكاتب ، أشبه ما لو باشره بالعتق أو علق عتق نصيبه بصفة فعتق بها (٤) .

(١) النقل هنا من : المغني (٥٠٣/١٤) .

(٢) انظر : المغني (٥٠٤/١٤) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٤) المغني (٥٠٤/١٤) ، الشرح الكبير (٤٥٥/١٢) .

وقال في المغني : ويرجع الشريك على المكاتب بنصف قيمته ، كما لو باشره بالعتق ، فأما إن ملك العبد شيئاً بجزئه المكاتب ، مثل أن هأياه سيده فكسب شيئاً في نوبته أو أعطى من الصدقة من سهم الرقاب أو غيره ، فلا حق لسيده فيه ، وله أداء جميعه في كتابته ؛ لأنه إنما استحق ذلك بما فيه من الكتابة ، فأشبهه النصف الباقي بعد إعطاء الشريك حقه ، ولو كان ثلثه حراً وثلثه مكاتباً ، وثلثه رقيقاً فورث بجزئه الحر ميراثاً وأخذ بجزئه الرقيق شيئاً منه ، فلا يستحق مالكة منه شيئاً ، وإذا أدى جميع كتابته عتق ، فإن =

وعلم مما تقدم أنه لو كان الشريك المكاتب معسراً، لم يعتق إلا نصيبه من المكاتب .

(وإن أعتقه) أي أعتق (الشريك) الذي لم يكاتب العبد الذي كاتبه شريكه في حصته (قبل أدائه) مال الكتابة (عتق عليه كله) بالسراية في الأصح (١) (إن كان موسراً) كما لو لم يكن بعضه مكاتباً (وعليه) أي على الشريك المعتق (قيمة ما للشريك) أي قيمة حصة الشريك الذي كاتب حصته، مع ملاحظة كون المشترك (مكاتباً) لنقص القيمة بكونه مكاتباً (٢) .

قال في الإنصاف : على الصحيح (٣) انتهى .

وقال أبو بكر والقاضي : لا يسري العتق إلى الجزء المكاتب ؛ لأنه قد انعقد لمكاتبه سبب الولاء ، فلا يجوز إبطاله، إلا أن يعجز فيقوم عليه حينئذ .

والجواب عن ذلك أنه حيث كان العتق يؤثر في إبطال الملك الثابت الذي الولاء من بعض آثاره ، فلا أن يؤثر في نقل الولاء بمفرده من باب أولى .

ولأنه لو أعتق عبده ، ولعبده أولاد من معتقه قوم، نقل ولاءهم إليه ، فإذا نقل

= كان الذي كاتبه معسراً لم يسر العتق ، ولم يتعد نصيبه ، كما إذا واجهه بالعتق ، إلا على الرواية التي نقول منها بالاستسعاء ، فإنه يستسعى في نصيب الذي لم يكاتب ، وإن كان موسراً سرى إلى باقيه .

(٥٠٤/١٤) ، وانظر كذلك : الشرح الكبير .

(١) وقال القاضي : لا يسري إلى نصف المكاتب ، إلا أن يعجزه فيقوم عليه حينئذ ويسري العتق واختاره أبو بكر .

الشرح الكبير (٤٥٤/١٢) ، المبدع (٣٦٤/٦) ، الإنصاف (٤٨٢/٧) ، المحرر (٩/٢) .

وسيدكر المؤلف القول في ذلك مفصلاً .

(٢) انظر : الشرح الكبير والمبدع كما سبق .

(٣) الإنصاف (٤٨٢/٧) .

العتق الولاء الثابت باعتاق غيره ، فلأن ينقل الولاء الذي لم يثبت بعد إعتاق من عليه الولاء من باب أولى .

ولأن العتق نقل الولاء في هذه الصورة من غير عوض ، فلأن ينقله بالعوض في صورة المتن من باب أولى (١) .

وعلم مما تقدم أن المعتق لو كان معسراً لم يسر عتقه ، وكان نصيب شريكه باقياً على الكتابة ، فإذا أداها كملت حريته عليهما ، وكان ولاؤه بينهما بقدر ما عتق على كل واحد منه (٢) .

(ولهما) أي وللشريكين في قن (كتابة عبدهما) سواء تساوت حصتهما فيه كما لو كان بينهما نصفين أو تفاضلتا كما لو كان بينهما أثلاثاً (٣) (على تساوي) في حال الكتابة كما لو كاتباه على مائتين لكل واحد مائة (و) على (تفاضل) كما لو كاتباه على ثلاثمائة ، لواحد مائتان ، وللآخر مائة (٤) ، وسواء كانت كتابتهما في عقد واحد أو عقدين . وبهذا قال أبو حنيفة (٥) .

وقال الشافعي : لا يصح أن يتفاضلا في المال مع التساوي في الملك ، ولا التساوي في المال ، مع التفاضل في الملك ؛ لأن ذلك يؤدي إلى أن ينتفع أحدهما بمال الآخر ؛ لأنه إذا دفع إلى أحدهما أكثر من

(١) الشرح الكبير (٤٥٦/١٢) .

(٢) انظر : الشرح الكبير (٤٥٦/١٢) ، المغني (٥٦١/١٤) .

(٣) بأن كان لأحدهما ثلثين وللآخر ثلث .

(٤) في (س) تقديم وتأخير : لواحد مائة وللآخر مائتان .

(٥) الدر المختار وحاشيته (١١٠/٦) ، مجمع الأنهر (٤١٧/٢) . وهذا النقل من المغني (٥٠٥/١٤) ، الشرح الكبير (٤٥٧/١٢) .

قال الموفق : لا أعلم فيه خلافاً ؛ لأنهما سواء فيه ، فيتساويان في كسبه ، وحقهما متعلق بما في يده تعلقاً واحداً ، فلم يكن له أن يخص أحدهما بشيء منه دون الآخر .

ولأنه ربما عجز فيعود إلى الرق ، ويتساويان في كسبه ، فيرجع أحدهما على الآخر بما في يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة .

فإن قبض أحدهما دون الآخر شيئاً لم يصح القبض ، وللآخر أن يأخذ منه حصته إذا لم يكن أذن في القبض (١) .

إذا (٢) تقرر هذا فإن عجز مكاتبهما فلهما الفسخ والإمضاء ، فإن فسخا جميعاً أو أمضيا الكتابة جاز ما اتفقا عليه ، وإن فسخ أحدهما وأمضى الآخر جاز في الأصح (٣) وعاد نصفه رقيقاً ونصفه مكاتباً .

وقال القاضي : يفسخ من جميعه (٤) وفاقاً للشافعي (٥) ؛ لأن الكتابة لو بقيت في نصفه ، لعاد ملك الذي فسخ الكتابة إليه ناقصاً .

وجوابه : أنها كتابة في ملك أحدهما ، فلم يفسخ بفسخ الآخر ، كما لو انفرد بكتابه .

ولأنهما عقدان فلم يفسخ أحدهما بفسخ الآخر كالبيع ، وما حصل من النقص لا يمنع ؛ لأنه إنما حصل ضمناً لتصرف الشريك في نصيبه ، فلم يمنع كإعتاق

(١) المغني (٥٠٦/١٤) ، الشرح الكبير (٤٦٠/١٢) .

(٢) في المغني بداية فصل جديد . وكذا في الشرح الكبير يلي الفصل المتقدم .

(٣) المرجعان السابقان .

(٤) المرجعان السابقان .

(٥) روضة الطالبين (٢٣٠/١٢) ، الحاوي الكبير (٢٠٣/١٨) ، نهاية المحتاج (٤١٠/٨) .

الشريك .

وأما ضرر الذي فسخ فلم يعتبره الشرع في موضع ولا يعرف له نظير ، فيكون بمنزلة المصلحة المرسلة (١) التي وقع الإجماع على أطراحها ، وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر في سائر عقود من بيعه وهبته ورهنه وغير ذلك ، فيكون أولى (٢) .

إذا تقرر هذا فلا يخلو إما أن يكاتباه مفردين في عقدين ، أو يكاتباه كتابة واحدة في عقد واحد ، بأن يوكل كلا من يكاتبه ، أو يوكل أحدهما الآخر فيكاتبه صفقة واحدة .

(فإن كاتباه) أي كاتب الشريكان عبدهما (منفردين) في صفقتين (٣)
(فوفى أحدهما) أي أحد الشريكين ما كاتبه عليه (أو أبراه) (٤) منه (عتق نصيبه خاصة إن كان) الذي استوفى كتابته ، أو الذي أبراه (معسراً (٥) أو لا) أي وإن لم يكن معسراً عتق عليه (كله) وعليه قيمة حصة شريكه مكاتباً (٦) ، ويكون ولاؤه كله لمن أعتق عليه (٧) .

(وإن كاتباه كتابة واحدة) في صفقة واحدة (فوفى أحدهما) أي أحد

(١) المصلحة المرسلة : عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة . المستصفى (١٤٤/١) .

(٢) المغني (٥٠٩/١٤) .

(٣) قال في المطلاع : الصفقة : عقد البيع . ص (٢٣٢) . وهنا : أي في عقدين .

(٤) في (س) : أبرأ .

(٥) لعدم السراية إذن .

مطالب أولى النهى (٧٦٠/٤) .

(٦) بحيث يسري إليه العتق ، فيعتق نصيبه بالولاء ونصيب شريكه بالسراية عليه .

المبدع (٣٦٥/٦) ، الشرح الكبير (٤٦٠/١٢) .

(٧) لقوله - ﷺ - : ((إنما الولاء لمن أعتق)) تقدم تخريجه ص (١٣٥) .

الشريكين ما عليه له (بغير إذن الآخر، لم يعتق منه شيء) ؛ لعدم صحة القبض، لتعلق حق الشريكين بما في يد المكاتب تعلقاً واحداً (١) .

(وإن كان) وفاؤه لأحدهما (٢) (بإذنه) أي إذن الشريك الآخر، صح القبض و (عتق نصيبه) في الأصح (٣) ؛ لأن المنع من صحة القبض لحق الشريك الآخر ، فإذا أذن فيه صح ، كما لو أذن المرتهن للراهن في التصرف فيه، أو أذن البائع للمشتري في قبض المبيع قبل توفية ثمنه ، أو أذن الشريكان للمكاتب في التبرع .
ولأنهما لو أذنا له في الصدقة بشيء، صح قبض المتصدق عليه له، كذلك ههنا (٤) .

وحيث عتق نصيب المستوفى كتابته بإذن شريكه (سري) العتق إلى باقيه (إن كان) المستوفى كتابته (موسراً وضمن نصيب شريكه) في الحال في الأصح (٥) (بقيمته مكاتباً) ؛ لعتقه عليه، فبقي على ما بقي من كتابته وولأؤه كله له ، وما في

(١) مطالب أولي النهى (٧٦٠/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٨٠/٢) .

وللشريك الذي لم يدفع له المكاتب شيئاً ، أو دفع له دون حصته أخذ حصته ، أو ما زاد في يد شريكه منه لفساد القبض .

مطالب أولي النهى (٧٦٠/٤) .

(٢) في (س) : ولأؤه .

وفي (ف) : وفاه أحدهما .

(٣) الوجه الثاني : لا يعتق ولو أذن الآخر ، اختاره أبو بكر .

انظر : المغني (٥٠٦/١٤) ، الشرح الكبير (٤٥٩/١٢) ، المحرر (٩/٢) ، الهداية (١٤١/١) ، الإنصاف (٤٨٤/٧) .

(٤) المغني (٥٠٧/١٤) ، الشرح الكبير (٤٦٠/١٢) .

(٥) انظر : المرجعين السابقين ، والإنصاف (٤٨٥/٧) .

يده من المال الذي لم يقبض منه شيئاً ، مع كونه بينهما نصفين بقدر ما قبضه صاحبه والباقي بين العبد وبين سيده الذي عتق عليه ؛ لأن نصفه عتق بالكتابة ، ونصفه عتق بالسراية ، فحصة ما عتق بالكتابة للعبد ، وحصة ما عتق بالسراية [للسيد] (١) .

وقال أبو بكر والقاضي : لا يسري [٣٧٧/أ] العتق في الحال ، وإنما يسري عند عجزه (٢) .

(وإذا كاتب ثلاثة عبداً) (٣) بينهم (فادعى الأداء إليهم) كلهم (فأنكره) أي أنكر وفاء مال كتابته (أحدهم) أي أحد الثلاثة وأقر الآخران (شاركهما) أي شارك المنكر المقرين (فيما أقرا بقبضه) من العبد ، فلو كانت كتابته على ثلاثمائة ، واعترف اثنان منهم بقبض مائتين ، وأنكر الثالث قبض مائة ، فإنه يشاركهما في المائتين اللتين اعترفا بقبضهما ؛ لأنهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد ، والعبد مشترك بينهم ، فثمنه يجب أن يكون بينهم .

ولأن ما في يد العبد لهم والذي أخذه (٤) كان في يده ، فيجب أن يشترك فيه الجميع ، ويكون بينهم بالسوية (٥) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

وانظر هذا النقل من المرجعين السابقين ما عدا الإنصاف .

(٢) المرجعان السابقان ، وقال في الإنصاف : فعلى قولهما : يكون باقياً على الكتابة فإن أدى إلى الآخر ، عتق عليهما ، وولاؤه لهما ، وما يبقى في يده من كسبه فهو له ، وإن عجز وفسخت كتابته ، قوم على الذي أدى إليه ، وكان ولاؤه له .

(٤٨٥/٧) .

(٣) في (س) : عندها .

(٤) في (س) : أخذه .

(٥) المغني (٥٤٨/١٤) ، الشرح الكبير (٤٦٨/١٢) .

ولو شهدا على شريكهما الثالث بما ادعى المكاتب دفعه إليه ، وهو المائة الثالثة (**فنصه**) أي نص الإمام أحمد (**تقبل شهادتهما عليه**) (١) أي على المنكر بقبض المائة من العبد ؛ لأنهما شهدا للعبد بأداء ما يعتق به ، فقبلت شهادتهما كالأجنيين (٢) إلا أن ذلك لا يمنع رجوع المشهود عليه عليهما بحصته مما قبضاه (٣) .

وفي المغني وشرح المقنع والمحزر : قياس المذهب لا تقبل شهادتهما عليه . واختاره ابن أبي موسى وصاحب الروضة (٤) .

قال في الإنصاف : وهو الصواب (٥) .

لأنهما يدفعان عن أنفسهما مغرمًا (٦) .

ومن شهد بشهادة تجر إلى نفسه نفعاً ، بطلت شهادته في الكل ، وإنما يقبل ذلك في الإقرار ؛ لأن العدالة غير معتبرة فيه ، والتهمة لا تمنع من صحته ، بخلاف الشهادة فعلى هذا القياس يعتق نصيب الشاهدين بإقرارهما ، ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفاً على القبض ، وله مطالبة بنصيبه أو مشاركته صاحبيه بما أخذ ، فإن شاركهما أخذ منهما ثلثي مائة ، ورجع على العبد بتمام المائة . ولا يرجع المأخوذ منه على

(١) الإنصاف (٤٨٥/٧) ، المحزر (١٠/٢) ، الفروع (١٢٦/٥) .

(٢) في (س) : كالأجنبي .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) المغني (٥٤٨/١٤) ، الشرح الكبير (٤٦٨/١٢) ، المحزر (١٠/٢) ، الفروع (١٢٦/٥) .

(٥) الإنصاف (٤٨٥/٧) .

(٦) المغرم : هو الدين ، وهو الغرم . وأصله اللزوم . والغريم من له الدين ، ومن عليه الدين .

المطلع ص (١٤٠) .

الباقيين بشيء ؛ لأنه إن أخذ من العبد ، فهو يقول : ظلمني وأخذته (١) مني مرتين ، وإن أخذ من الشاهدين ، فهما يقولان : ظلمنا وأخذ منا ما لا يستحقه علينا ، ولا يرجع المظلوم على غير من ظلمه .

وإن كان الشريكان غير عدلين ، فكذلك ، سواء قلنا : أن شهادة العدلين (٢) مقبولة أو لا ؛ لأن غير العدل لا تقبل شهادته ، وإنما يؤخذ بإقراره .

وإن أنكر الثالث الكتابة ، فنصيبه باق على الرق إذا حلف أنه ما كاتبه ، إلا أن يشهد عليه بالكتابة، ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما ؛ لأنهما لا يجران إلى أنفسهما بهذه الشهادة نفعاً .

ولو كان العبد بين شريكين فكاتباه بمائة فادعى دفعها إليهما فصدقاها عتق ، وإن أنكراه ولم تقم بينة، فالقول قولهما مع أيما منهما ، وإن أقر أحدهما وأنكر الآخر عتق نصيب المقر ، وأما المنكر ، فعلى نص الإمام : تقبل شهادة شريكه عليه إذا كان عدلاً ، فيحلف العبد مع شهادته ويصير حراً ، ويرجع [المنكر] (٣) على الشاهد فيشاركه فيما أخذه .

وأما القياس فيقتضي أن لا تسمع شهادة شريكه عليه ؛ لأنه يدفع بشهادته عن نفسه مغرمًا ، والقول قول السيد مع يمينه ، فإذا حلف ، فله مطالبة شريكه بنصف ما

(١) في (س) : وأخذ .

(٢) في (ب) : العدل .

والعدل : من لم يفعل كبيرة ولا أصر على صغيرة .

الدر النقي (٣٦٣/٢) .

وسيأتي مزيد إيضاح له في كتاب الشهادات ، باب شروط الشهادة ص (١٠١٨) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

اعترف به وهو خمسة وعشرون ؛ لأن ما قبضه كسب العبد، وهو مشترك بينهما .

فإن قيل : فالمنكر ينكر قبض شريكه عن الكتابة ، فكيف يرجع [عليه] (١) ؟

قلنا : إنما ينكر قبض نفسه، وشريكه مقر بالقبض ، ويجوز أن يكون قبض ولم يعلم به .

ومن أقر بمتصور وقوعه، لزمه حكم إقراره، ومن حكمه، جواز رجوع شريكه عليه (٢) .

(ومن قبل) رقيق (كتابة) من سيده (عن نفسه و) عن رقيق لسيده (غائب) كما لو قال السيد لبعض عبيده كاتبتك وفلاناً الغائب على مائتين [٣٧٧/ب] تؤديانهما على قسطين سلخ كل شهر ، النصف ، فقال العبد : قبلت ذلك لنفسي ولفلان الغائب، (صح) ذلك (كتدبير) أي كما يصح التدبير مع غيبة المدبر، بجامع كون التدبير والكتابة سببين للعتق ، وإن انفردت الكتابة بشروط ليست للتدبير (٣) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٢) المغني (٥٤٩/١٤) ، الشرح الكبير (٤٦٩/١٢) .

(٣) لو قال المؤلف - رحمه الله تعالى - بصفات وميزات لكان التعبير في نظري أنسب ، ومن هذه الميزات التي تتميز بها الكتابة منفردة بها عن التدبير :

١ - انعقادها بلفظ الكتابة وبيع النفس بمال .

٢ - اعتبار رضی العبد وقوله .

٣ - لا يصح عقدها إلا بعوض معلوم منجم بنجمين فصاعداً يعلم قدر ما يؤدي في كل نجم .

٤ - إذا أدى المكاتب ما كوتب عليه أو أبرئ منه يصير حراً ، وما فضل بيده يكون له .

٥ - إذا عجلت الكتابة قبل أجلها ، فإنه يلزم السيد الأخذ ويعتق المكاتب .

إذا تقرر هذا (فإذا جاز الغائب) ما قبله له الحاضر من الكتابة انعقدت له وصار المال عليهما على حكم ما قبل الحاضر .

(وإلا) أي وإن لم يجز الغائب ما فعله (١) الحاضر (لزمه الكل) أي لزم الحاضر المائتين اللتان كاتبهما السيد عليهما للقبول الحاصل من الحاضر .

قال في الفروع : ذكره أبو الخطاب ، ويتوجه كفضولي (٢) وتفريق الصفقة

= ٦ - يملك المكاتب أكسابه ومنافعه وجميع تصرفاته التي يحصل بها المال .

٧ - منع المكاتب من التزويج والتسري والتبرع مع أن المكاتب يملك المال ويملك ذا رحمه ، ويعتقون بأدائه ويرقون بعجزه واسترقاقه .

٨ - ليس للسيد أخذ شيء من ماله .

٩ - لا يجوز وطء المكاتب من غير شرطه ، فإن شرطه جاز ، وإذا وطئها وحبلت صارت أم ولد ، إن أرادت تعتق بالأداء ، وإن مات سيدها تعتق بالاستيلاء ، ولا شيء عليها .

١٠ - عود المكاتب قناً عند العجز عن الأداء .

١١ - عقد الكتابة لازم من الطرفين ، ولا تنفسخ بموت السيد ولا جنونه ، ولا الحجر عليه .

١٢ - وجوب إعطاء المكاتب ربع مال الكتابة .

١٣ - جواز تصرف العبد بالسفر وسؤال الناس ، وللسيد منعه .

انظر : مغني ذوي الأفهام ص (٣٥١) ، المحرر (٨/٢) وما بعدها ، زاد المستقنع ص (٩٥) ،
أخصر المختصرات ص (٢١٤) وشرحه كشف المخدرات (٨٥/٢) ، عمدة الفقه ص (٨٤) ،
التنقيح المشيع ص (٢١١) ، هداية الراغب ص (٤٤٧) .

(١) في (ب) : ما قبله .

(٢) الفضولي : من يشتغل بما لا يعنيه ، أو من يتصرف في ملك غيره بغير وكالة ولا ولاية .

المصباح المنير (٤٧٥/٢) ، معجم لغة الفقهاء ص (٢٤٧) .

تفريق الصفقة : الصفقة : المرة من صفق له بالبيعة ، والبيع : ضرب بيده .

=

انتهى .

= والصفقة : عقد البيع ؛ لأن المتبايعين يفعلا ن ذلك ، فقولهم تفريق الصفقة ، أي تفريق ما اشتراه من عقد واحد .

المطلع ص (٢٣٢) ، الفروع (١٢٥/٥) .

[فصل : في الاختلاف في الكتابة]

(فصل . وإن اختلفا) أي السيد وعبد (في كتابة) كما لو ادعى العبد على سيده أنه كاتبه على كذا فأنكر (١) ، أو ادعى ذلك (٢) السيد على عبده فأنكر (٣) (فقول منكر) منهما يمينه ؛ لأن (٤) الأصل معه (٥) .

(و) إن اتفقا على الكتابة واختلفا (في قدر عوضهما) بأن قال السيد : كاتبك على ألفين ، وقال العبد بل على ألف ، فالقول قول [السيد على الأصح نص عليه أحمد في رواية الكوسج (٦)] .

(١) أي فأنكر السيد أنه كاتب عبده .

(٢) أي ادعى السيد الكتابة على العبد .

(٣) أي فأنكر العبد الكتابة .

(٤) في (ب) : بأن .

(٥) أما كون القول قول من ينكر الكتابة إذا اختلفا فيها ، فلأن القول قول المنكر في البيع والإجارة وسائر العقود فكذلك هاهنا .

ولقوله - ع - : ((البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه)) .

رواه بنحوه البخاري في كتاب الرهن ، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ، ونحوه فالبينة على المدعي واليمين على من أنكر . وفي كتاب الشهادات باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود .

ومسلم في الأقضية باب اليمين على المدعى عليه .

والترمذي في الأحكام باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه .

(٦) انظر : المغني (٥٥٢/١٤) ، الشرح الكبير (٤٧٣/١٢ ، ٤٧٤) ، الإنصاف (٤٨٦/٧) .

والنقل من المراجع السابقة .

وعنه : يتحالفان ، كالمبتايعين ، وفاقاً للشافعي (١) .

وعنه : القول قول [(٢) العبد ، وفاقاً لأبي حنيفة (٣) ؛ لأنه منكر للألف الزائدة ، والقول قول المنكر .

ووجه المذهب : أنه اختلاف في الكتابة ، فالقول قول السيد فيه ، كما لو اختلفا في أصل الكتابة ، وتفارق البيع من وجهين :

أحدهما : أن الأصل في البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار إليه ، والأصل في المكاتب وكسبه أنه للسيد ، فكان القول قوله فيه .

الثاني : أن التحالف في البيع مفيد ، ولا فائدة في التحالف في الكتابة ، فإن الحاصل منه يحصل يمين (٤) السيد وحده ، وبيان ذلك ، أن الحاصل بالتحالف فسخ الكتابة ورد العبد إلى الرق إذا لم يرض [بما حلف عليه] (٥) السيد ، وهذا يحصل عند من جعل القول قول السيد مع يمينه فلا يشرع التحالف (٦) مع عدم فائدته . وإنما قدم قول المنكر في سائر المواضع ؛ لأن الأصل معه ، والأصل هاهنا مع السيد ؛ لأن الأصل ملكه للعبد وكسبه .

(١) مغني المحتاج (٥٣٦/٤) ، الحاوي الكبير (١٩٢/١٨) ، روضة الطالبين (٢٦٧/١٢) .

وهذا ما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد .

مختصر اختلاف العلماء (٤١٨/٤) ، الدر المختار وحاشيته (١١٨/٦) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) مختصر اختلاف العلماء (٤١٨/٤) ، الدر المختار وحاشيته (١١٨/٦) .

(٤) في (ب ، س) : بين .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٦) في (س) : المخالف .

إذا ثبت هذا فمتى حلف السيد ثبتت الكتابة بألفين كما لو اتفقا عليهما ،
وسواء كان اختلافهما قبل العتق أو بعده مثل أن يدفع إلى سيده ألفين فيعتق ثم يدعي
[على] (١) المكاتب أن أحدهما عن الكتابة والآخر وديعة ، ويقول السيد بل هما
جميعاً مال الكتابة (٢) .

(أو) اختلف السيد والعبد في (جنسه) أي جنس مال الكتابة بأن قال
السيد : كاتبك على ألف درهم ، وقال العبد : بل على عشرة دنانير .

أو اختلفا في (أجلها) بأن قال السيد : كاتبك على ألفين على شهرين كل
شهر ألف ، وقال العبد : بل على سنتين كل سنة ألف فقول سيده يمينه ، كما لو
اختلفا في أصل الكتابة للعلة المتقدمة (٣) .

(أو) اختلفا في (وفاء مالها) أي وفاء مال الكتابة للسيد بأن قال العبد :
وفيتك مال الكتابة ، وعتقت ، وأنكر السيد (فقول سيد) أي يمينه ؛ لأن الكتابة
عقد معاوضة (٤) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٢) انظر : المغني (٥٥٣/١٤) ، الشرح الكبير (٤٧٥/١٢) ، وانظر : الإنصاف (٤٨٦/٧) .

وقال في المغني والشرح الكبير : ومن قال بالتحالف ، قال : إذا تحالفا فلكل واحد منهما فسخ الكتابة ،
إلا أن يرضى بقول صاحبه ، وإن كان التحالف بعد العتق في مثل الصورة التي ذكرناها لم ترتفع بالحرية
؛ لأنها لا يمكن رفعها بعد حصولها ، ولا إعادة للرق بعد رفعه ، ولكن يرجع السيد بقيمته ، ويرد عليه ما
أدى إليه ، فإن كان من جنس واحد تقاصاً بقدر أقلهما ، وأخذ ذو الفضل فضله .

انظر : المغني والشرح الكبير كما سبق .

(٣) انظر : المراجع السابقة . حيث أن السيد ومكاتبه يختلفان في جنس المال والعلة في هذه المسألة
والمسألة المتقدمة أن البيئة على المدعي واليمين على من أنكر .

وانظر : مطالب أولي النهى (٧٦٣/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٨١/٢) .

(٤) فهي كما تقدم لا تصح إلا بعوض .

وكذا لو ادعى العبد أن السيد أبرأه من مال الكتابة وأنكر السيد ، فإن القول قول السيد بيمينه ؛ لقوله - ﷺ - : « ولكن اليمين على المدعى عليه » (١) .

(وإن قال) السيد (قبضتها) أي قبضت مال الكتابة (إن شاء الله أو) قبضتها إن شاء (زيد ، عتق) العبد (ولم يؤثر) هذا الاستثناء (ولو) كان (في مرضه) ؛ لأنه لا مدخل له في الإقرار (٢) .

قال أحمد في رواية أبي طالب: إذا قال له عليّ ألف إن شاء الله، كان مقراً بها. ولأن هذا الاستثناء تعليق شرط ، والذي يتعلق بالشرط إنما هو المستقبل ، [٣٧٨/أ] وقوله : قبضتها ، ماض ، فلا يمكن تعليقه ؛ لأنه قد وقع على صفة لا يتغير عنها بالشرط ، وإنما يدل الشرط على الشك فيه ، فكأنه قال : قبضتها وأنا أشك في القبض ، فيلغو الشك ويثبت الإقرار .

وإن قال : استوفيت آخر كتابتي ، وقال : إنما أردت أنني استوفيت النجم الآخر ، دون ما قبله ، وادعى العبد إقراره باستيفاء الكل ، فالقول قول السيد ؛ لأنه اعترف بمráده (٣) .

(ويثبت الأداء) أي أداء مال الكتابة (ويعتق) به المكاتب (بشاهد) أي برجل واحد (مع امرأتين أو) برجل واحد مع يمين [يحلفها العبد ؛ لأن النزاع

= الكافي (٥٩٧/٢) .

وقال في المغني والشرح (يقبل قول السيد ؛ لأنه منكر ، والقول قول المنكر مع يمينه .

المغني (٥٥٣/١٤) ، الشرح الكبير (٥٧٤/١٢) .

(١) سبق تخريجه قريباً في هذا الفصل ص (٩٠٩) .

(٢) انظر : المرجعين السابقين .

(٣) المغني (٥٣٠/١٤) ، الشرح الكبير (٤٧٩/١٢) .

بينهما في أداء المال ، والمال قبل فيه الشاهد مع اليمين والرجل مع المرأتين [(١)] .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب) .

وانظر : المغني (٥٢٩/١٤) ، الشرح الكبير (٤٧٧/١٢) .

وقال ابن قدامة بعد ذلك : فإن قيل القصد بهذه الشهادة العتق ، وهو مما 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 الأول ، ولم يشهد الشاهد به ، ولا بينها فيه نزاع ، ولا يمتنع أن يثبت بشهادة المرأة الواحدة ، ويترتب عليها ثبوت النسب ، الذي لا يثبت بشهادة النساء ، ولا بشهادة الواحد .

[فصل : في الكتابة الفاسدة]

(فصل . و) الكتابة (الفاسدة ^(١) ك) ما لو كاتبه (على خمر و) كاتبه (على خنزير و) كاتبه على شيء (مجهول) ، كما قال : كاتبك على ثوب أو حمار أو نحوهما (يغلب فيهما حكم الصفة في أنه) أي أن العبد (إذا أدى) ما سمي في الكتابة (عتق) ، سواء صرح ^(٢) بالصفة بأن يقول : إذا أديت إليّ فأنت حر ، أو لم يقل ذلك ؛ لأن ^(٣) معنى الكتابة تقتضي هذا ، فيصير كالمصرح به ، فيعتق بوجوده كالكتابة الصحيحة .

وإذا عتق بالأداء لم يلزمه قيمة نفسه ، ولم يرجع على سيده بإعطائه . ذكره أبو بكر وهو ظاهر كلام أحمد ؛ لأنه عقد كتابة حصل العتق فيه بالأداء ، فلم يجب فيه تراجع ، كما لو كان صحيحاً .

ولأن ما يأخذه السيد ، فهو من كسب عبده الذي يملك كسبه ، فلم يجب رده والعبد عتق بالصفة ، فلم يجب عليه قيمة نفسه ، كما لو قال له : إذا دخلت الدار فأنت حر ودخلها ^(٤) .

(لا أن أبرئ) العبد من العوض الفاسد ، فإنه لا يعتق ؛ لعدم صحة البراءة ؛

(١) الفاسد : الباطل . وهو ما قابل الصحيح ، فما ليس بصحيح فاسد ، وقد فسد الشيء يفسد فساداً . قال

الله عز وجل : ﴿ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ ﴾ [سورة البقرة ، آية رقم (٢٠٥)] .

الدر النقي (٤٨٠ / ١) .

(٢) في (ب) : خرج .

(٣) من بداية هذا التعليق النقل من المغني (٥٧٦ / ١٤) .

(٤) المغني (٥٧٧ / ١٤) ، الشرح الكبير (٤٨١ / ١٢) .

لأنه غير ثابت في الذمة (١) .

(ويتبع ولد) في الأصح (٢) في الكتابة الفاسدة ؛ لأنها كتابة يعتق فيها بالأداء، فيعتق ولدها به كالكتابة الصحيحة (٣) .

(لا كسب فيها) أي في الكتابة الفاسدة، فما كان بيده حين العتق، فهو لسيده، كما لو علق عتقه على دخول الدار فدخلها ، فإن ما في يده يكون لسيده (٤) .

(ولكل) من السيد والعبد (فسخها) ؛ لأنها عقد جائز، (٥) بدليل ما يأتي .

وحاصل (٦) الكلام أن الكتابة الفاسدة تساوي الصحيحة في أربعة أحكام :

أحدها : أنه يعتق بأداء ما كوتب عليه مطلقاً .

الثاني : إذا عتق بالأداء لم يلزمه قيمة نفسه، ولم يرجع على سيده بما أعطاه له.

الثالث : أن المكاتب يملك التصرف في كسبه ويملك أخذ الصدقات

(١) المرجعان السابقان عقيب صفحة .

وانظر : المبدع (٣٦٧/٦) ، الممتع (٥٣٧/٤) ، مطالب أولي النهى (٧٦٤/٤) .

(٢) الوجه الثاني : لا يتبعها .

قال المصنف في المغني والشارح : هذا أقيس وأصح ، وكذا قال ابن رزين في شرحه .

انظر : الإنصاف (٤٨٩/٧) ، المغني (٥٧٩/١٤) ، الشرح الكبير (٤٨٦/١٢) ، المحرر (٨/٢) ، الفروع مع تصحيحه (١٢٨/٥ ، ١٢٩) .

(٣) انظر مما سبق : المغني والشرح الكبير .

(٤) المرجعان السابقان .

(٥) مطالب أولي النهى (٧٦٥/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٨٢/٢) .

(٦) النقل من المغني والشرح الكبير .

والزكوات .

الرابع : إذا كاتب جماعة كتابة فاسدة ، فأدى إلى أحدهم حصته،عتق على قول من قال أنه يعتق في الكتابة الصحيحة بأداء حصته،ومن لا فلا .

وتفارق الصحيحة في ثلاثة أحكام :

أحدها : إذا أبرئ من العوض،لم يصح الإبراء ولم يعتق .

الثاني : أن لكل واحد من السيد والعبد فسخها،سواء كان ثم صفة أو لم تكن ؛ لأن الفاسد لا يلزم حكمه ، والصفة ها هنا مبنية على المعاوضة،وتابعة لها ؛ لأن المعاوضة هي المقصود ، فلما بطلت المعاوضة التي هي الأصل،بطلت الصفة المبنية عليها بخلاف الصفة المجردة .

ولأن السيد لم يرض بهذه الصفة إلا بأن يسلم له العوض المسمى ، فإذا لم يسلم كان له إبطالها ، بخلاف الصحيحة ، فإن العوض لازم له ، فكان العقد لازماً له .

الثالث : أنه لا يلزم السيد أن يؤدي إليه ربع الكتابة ولا شيئاً منها ؛ لأن العتق ها هنا بالصفة ، أشبه ما لو قال : إذا أديت إليّ فأنت حر (١) .

(وتنسخ) الكتابة الفاسدة (بموت سيد ، وجنونه ، وحجر عليه ، كسَفَه) فـ في الأصلح (٢) ، وفاقاً

(١) المغني (٥٧٧/١٤) ، الشرح الكبير (٨٢/١٢) .

(٢) وقال أبو بكر : لا تنسخ بالموت ، ولا بالجنون ، ولا بالحجر ، ويعتق بالأداء إلى الوارث .

قال المصنف : والأولى أنها لا تبطل بالحجر والجنون ، وأطلقهما في المحرر ، والنظم والرعايتين والحاوي الصغير والفروع ، والفاثق .

انظر : الإنصاف (٤٨٨/٧) ، الشرح الكبير (٤٨٣/١٢) ، المغني (٥٧٨/١٤) ، المبدع =

للشافعي (١) ؛ لأنها عقد جائز من الطرفين لا يؤول إلى اللزوم ، فبطل بالموت (٢) .
ولأن المقلب فيها حكم الصفة المجردة ، والصفة تبطل بالموت ، كذلك هذه
الكتابة ، ويملك السيد أخذ ما في يد العبد [٣٧٨/ب] في الكتابة الفاسدة (٣) .

_____ = (٣٦٨ ، ٣٦٧/١٠) .

(١) نهاية المحتاج (٤٢٤/٨) ، الوسيط (٥١٥/٧) .

(٢) المغني والشرح الكبير عقيب صفحة مما تقدم .

(٣) انظر : المرجعين السابقين .

[باب : أحكام أم الولد]

هذا (باب أحكام أم الولد) (١) وأصل الأم : أمهة ، ولذلك جمعت على أمّات (٢) باعتبار الأصل وعلى أمهات (٣) باعتبار اللفظ ، والهاء في أمهة زائدة عند الجمهور . وقيل : أصلية (٤) .

والأصل في إباحة التسري ووطء الإمام ، قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأُفْرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴿٦﴾ (٥) .

(١) نجد بعض المؤلفين يذكر هذا الباب بالجمع - أمهات الأولاد ، ولا مشاحة في الاصطلاح ، فهو واحد في المعنى .

(٢) في (ب) : أمهات .

(٣) في (ب) : أمات .

(٤) قال في القاموس : الأم ، وقد تكسر ، الوالدة ، ويقال للأم : الأُمّة والأُمّهة ، جمع أمات ، وأمّهات ، أو هذه لمن يعقل ، وأمات لمن لا يعقل ، وأم كل شيء أصله وعماده .

ص (١٣٩١) .

وقال في المطلع : فأحكام أمهات الأولاد ما ذكره في الباب من تحريم بيعهن ، وجواز الانتفاع بهن ونحوهن .

ص (٣١٧) .

وفي معجم لغة الفقهاء : أم الولد : الأمة التي حملت من سيدها وأنت بولد .

ص (٨٨) .

وسأتي المؤلف ببيان ذلك مفصلاً .

(٥) سورة المؤمنون ، آية رقم (٥ ، ٦) .

(وهي) أي وأم الولد (شرعاً : من ولدت ما فيه صورة ^(١) ولو خفية من مالك) لها حتى (ولو) كان مالكا ^(٢) (بعضها) ، ولو جزءاً يسيراً ، (أو) كان مالكا كلها أو بعضها ، (مكاتباً) حتى (ولو) كانت (محرمة عليه) ، كما لو كانت الأمة أخت سيدها ، أو بنته ، أو عمته ، أو خالته من رضاع ، أو كانت مجوسية ، أو وثنية ، أو كان وطئها شريك فيها ، أو نحوه ، كما لو كان وطئها في حيض أو نفاس ، أو

= وقد استفاض أن النبي - ﷺ - استولد مارية القبطية ، أم إبراهيم - عليه السلام - التي قال عنها : ((أعتقها ولدها)) .

رواه ابن ماجه (٢٥١٦) كتاب العتق ، باب أمهات الأولاد .

والبيهقي في الكبرى (٣٤٦/١٠) .

وعبد الرزاق (١٢٩٣٧) .

وابن سعد (٢١٥/٨) .

وكانت هاجر أم إسماعيل عليه وعلى نبينا الصلاة والسلام سُرِّيَّة لإبراهيم خليل الرحمن ، وكان لعمر بن الخطاب - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أمهات أولاد ، وصى لكل واحدة منهن بأربعة آلاف .

أخرجه سعيد (١٢٨/١) .

والدارمي (٥١٥/٢) .

وكان لعلي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أمهات أولاد .

مصنف عبد الرزاق (١٣٣١٢) .

وكان علي ابن الحسين ، والقاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله من أمهات أولاد .

ويروى أن الناس لم يكونوا يرغبون عن أمهات الأولاد ، حتى ولد هؤلاء الثلاثة من أمهات الأولاد . فرغب الناس فيهن .

المغني (٥٨٠/١٤) .

(١) أي صورة آدمي ، أو خلق إنسان .

(٢) في (س) : مالك .

إحرام (١) ، (أو) كان الوطئ من (أبي مالکها) وإنما تصير أم ولد لأبي مالکها (إن لم يكن الابن وطنها) نصاً (٢) .

قال أحمد فيمن وقع على جارية ابنه : إن كان الأب قابضاً لها ولم يكن الابن وطنها ، فهي أم ولده ، فليس للابن فيها شيء (٣) .

قال القاضي : فظاهر هذا أن الابن إن كان قد وطنها ، لم تصر أم ولد للأب باستيلادها ؛ لأنها تحرم عليه تحريماً مؤبداً بوطنه ابنه لها ، ولا تحل له بحال فأشبهه وطء الأجنبي (٤) .

فعلى هذا القول لا يملكها ، ولا يعتق بموته ، فأما ولدها ، فيعتق على أخيه ؛ لأنه ذو رحمه ، من وطء يدرأ فيه الحد لشبهة (٥) الملك ، فلحق فيه النسب (٦) .

(وتعتق بموته وإن لم يملك غيرها) ؛ لما روى ابن عباس عن النبي - ﷺ -

قال : ((من وطئ أمته فولدت فهي معتقة عن دبر منه)) رواه أحمد وابن ماجه .

وفي لفظ : ((أيما امرأة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر منه أو قال من

(١) أنواع للوطء المحرم ، إما بسبب القرابة أو اختلاف الدين ، أو الشركة في أم الولد أو بسبب حال أم الولد من الحيض أو الإحرام .

انظر : الشرح الكبير (٤٨٩/١٢) .

(٢) المغني (٥٨١/١٤) ، الشرح الكبير (٤٨٩/١٢) ، الإنصاف (٤٩٠/٧) .

(٣) المغني (٥٩٣/١٤) ، الشرح الكبير (٤٩٩/١٢) .

(٤) المرجع السابق .

(٥) في (س) : شبهة ، بدون لام .

(٦) المرجع السابق .

بعده)) (١) رواه أحمد .

وعنه أيضاً قال : ((ذكرت أم إبراهيم (٢) عند رسول الله - ﷺ - فقال :
أعتقها ولدها)) (٣) رواه ابن ماجه والدارقطني .

وأما كونها تعتق وإن لم يملك غيرها ، فلظواهر الأحاديث (٤) .

ولأن الاستيلاد إتلاف حصل بسبب حاجة أصلية ، وهي : الوطاء ، فكان من

(١) رواه الإمام أحمد في المسند (٢٧٥٩ ، ٢٩١٢ ، ٢٩٣٩) .

وابن ماجه كتاب العتق ، باب أمهات الأولاد (٢٥١٥) .

انظر : تحفة الأشراف (٦٠٢٣) .

وإسناده ضعيف ، فهو من طريق شريك ، عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس به موقوفاً في
الموضع الأول عند أحمد وروفعه في الموضعين بعده ، كما عند ابن ماجه .

انظر : مصباح الزجاجاة بهامش ابن ماجه (٢٠٣/٣) .

ووراه الدارمي (٥١٦/٢) .

وعبد الرزاق (١٣٢١٩) .

وابن أبي شيبة (١٨٤/٥) .

والحاكم (٢٣/٢) ، وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه . وقال الذهبي في التلخيص :
حسين متروك .

(٢) هي : مارية القبطية مولاة رسول الله - ﷺ - وأم ولده إبراهيم ، مارية بنت شمعون ، أهداها المقوقس
القبطي لرسول الله - ﷺ - ، وأهدى معها أختها سيرين وغيرهما ، توفيت سنة (١٦ هـ) صلى عليها
عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - .

انظر : الإصابة (١٢٥/١٣) ، الاستيعاب (٣٤٩١) .

(٣) سبق تخريجه في أول الباب في الهامش ص (٩١٩) .

(٤) وقد سبق بعضاً منها أول الباب .

رأس المال ، كالأكل ونحوه (١) .

(وإن وضعت جسماً لا تخطيط فيها كالمضغة ونحوها) كالعلقة (لم تصر به) أي بهذا الجسم الذي لا تخطيط فيه (أم ولد) هذا مفهوم قوله : من ولدت ما فيه صورة ولو خفية ، وهذا على الأصح (٢) ؛ لأنه إذا شهد ثقات من النساء ، بأن في هذا الجسم صورة خفية تعلقت بها الأحكام ؛ لأنهن اطلعن على الصورة التي خفيت على غيرهن (٣) .

(وإذا أصابها في ملك غيره) بنكاح أو شبهة (لا بزنا ثم ملكها حاملاً عتق الحمل ولم تصر أم ولد) على الأصح (٤) . نص عليه في رواية إسحاق بن منصور (٥) .

وأما كون الحمل يعتق ؛ فلأنه ولده .

(١) الممتع (٥٤١/٤) ، المبدع (٣٧٠/٦) ، الكافي (٦٢٣/٢) .

(٢) الرواية الثانية : تصير به أم ولد ، صححه في التصحيح ، وقدمه في الرعاية الصغرى والخلاصة . وقال : لا تنقضي به العدة ، وجزم به في الوجيز .

الرواية الثالثة : تصير أم ولد .

الإنصاف (٤٩١/٧) ، المغني (٥٩٦/١٤) ، الشرح الكبير (٤٩٣/١٢) ، الفروع (١٣٠/٥) .

(٣) المغني (٥٩٦/١٤) ، الشرح الكبير (٤٩٢/١٢) ، شرح الزركشي (٥٤٥/٧) .

(٤) وعنه : تصير أم ولد ، ولو كان قد ملكها بعد وضعها منه ، نقلها ابن أبي موسى .

وعنه : تصير أم ولد إذا ملكها حاملاً بشرط أن يطأها فيه ، واختارها أبو الخطاب .

انظر : المراجع السابقة في هامش رقم (٢) .

وانظر : المغني (١٤٥٨٩) ، الشرح الكبير (٤٩٤/١٢) ، الإنصاف (٤٩٢/٧) ، المبدع (٣٧٠/٦) .

(٥) المغني والشرح الكبير كما سبق .

وأما كونها لا تصير أم ولد ، فلظاهر قوله - ﷺ - : « من وطئ أمته فولدت » (١) وهذا الحمل لم يحصل من وطنه حال كونها أمته .

ولأن الأصل في ولد الأمة ، الرق ، خولف فيما إذا حملت به في ملك سيدها ، فيبقى فيما عداه الأصل (٢) .

وقوله : لا بزنا ، قيد في عتق الحمل ، يعني أنه لو زنى بأمة فحملت منه ثم اشتراها فولدت في ملكه ، لم يعتق هذا الحمل الذي حملت به من الزنا (٣) .

(ومن ملك حاملاً) من غيره (فوطئها) قبل وضعها (حرم) عليه (بيع الولد) ولم يصح (ويعتقه) نصاً (٤) .

قال أحمد : فيمن اشترى جارية حاملاً من غيره فوطئها قبل وضعها ، فإن الولد لا يلحق بالمشتري ولا يبيعه ، لكن يعتقه ؛ لأنه قد شرك فيه ؛ لأن الماء يزيد في الولد ، نقله صالح وغيره (٥) .

ونقل الأثرم ومحمد بن حبيب (٦) : يعتق عليه ، وجزم به في الروضة (٧) .

(١) سبق تخريج هذا الحديث قريباً في هذا الباب ص (٩٢١) .

(٢) هذه التعليقات . انظر : المغني (٥٨٩/١٤) ، الشرح الكبير (٤٩٥/١٢) ، الممتع (٥٤٢/٤) .

(٣) انظر : المراجع السابقة .

(٤) الفروع (١٣٦/٥) ، الإنصاف (٤٩٤/٧) .

(٥) انظر : المرجعين السابقين . وانظر : مطالب أولي النهى (٧٦٩/٤) ، والمغني (٥٩٠/١٤) .

(٦) لعله : محمد بن حبيب ، أبو عبد الله البزار ، سمع الإمام أحمد وشجاع بن مخلد ، كان رجلاً معروفاً جليل القدر مات سنة (٢٩١ هـ) .

انظر : طبقات الحنابلة (٢٩٣/١) ، المنهج الأحمد (٢٤١/١) ، المقصد الأرشد (٣٩٨/٢) .

(٧) الإنصاف (٤٩٤/٧) .

قال في الفروع [٣٧٩/أ] وقال شيخنا : يستحب ، وفي وجوبه خلاف في مذهب [أحمد] (١) وغيره .

وقال أيضاً : يعتق، وأنه يحكم بإسلامه، ويسري كالعتق (٢) انتهى .

وقوله : وأنه يحكم بإسلامه، يعني لو كانت الأمة كافرة (٣) .

وقوله : هو يسري كالعتق، يعني الإسلام (٤) .

(ويصح قوله) أي قول السيد (لأتمته : يدك أم ولد) ويكون ذلك في الحكم مثل قوله لها : أنت أم ولدي ؛ لأنه إذا أقر أن جزءاً منها مستولد، سرى إقراره بالاستيلاد إلى جميعها ، كما لو قال لعبده : يدك حرة ، فإن العتق يسري إلى جميعه (٥) .

(أولابنها) أي ابن أتمته : (يدك ابني) يعني وكذا لو قال لولد أتمته : يدك ابني في سراية ذلك إلى جميعه ، كما لو قال له : أنت ابني . ذكر ذلك في الانتصار

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

ويرى جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة بوجوب الحرية . ولا يرى ذلك المالكية ، حيث أن هذا الولد انعقد رقيقاً ولا يؤثر فيه الوطاء الثاني .

انظر : مجمع الأنهر (٥٣٧/١) ، روضة الطالبين (٣١٢/١٢) ، الذخيرة (٣٢٤/١١) ، الشرح الصغير (٥٦٢/٤) .

(٢) الفروع (١٣٦/٥) .

(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٨٣/٢) .

(٤) المرجع السابق .

(٥) مطالب أولي النهى (٧٧٠/٤) .

في طلاق الزوجة بطلاق جزء منها ، واقتصر عليه في الفروع (١) .

لكن لو قال لولدها : أنت ابني ، أو قال هو ابني ، ولم يقل ولدته في ملكي ، ومات ، لم تصر أم ولد في الأصح (٢) على ما يأتي في المتن في باب الإقرار (٣) .

(وأحكام أم ولد كأمه) أي كأحكام أمة غير مستولدة (في إجارة واستخدام ووطء) ؛ لأنها مملوكة أشبهت الأمة القن (٤) .

والدليل على أنها أمة قوله - ﷺ - : « فهي معتقة عن دبر منه ، أو قال : معتقة من بعده » (٥) فدل على أنها قبل ذلك باقية على الرق ، ومعلوم أن رسول الله - ﷺ - كان يطاءً مارية ، مع قوله : « أعتقها ولدها » (٦) . والوطء لا يباح إلا في عقد نكاح ، أو ملك يمين ، فعلى هذا تجوز إجارتها ، كالأمة ، وقياساً على المدبرة ، ويجوز استخدامها كالأمة (٧) .

ولأنها إذا جازت إجارتها ، فاستخدامها أولى . ويجوز وطؤها

(١) هذا النقل من الإنصاف (٤٩٣/٧) ، وانظر : الفروع (١٣٨/٥) ، المغني (٢٣٥/٨) ، المحرر (١١/٢) ، الهداية (١٥٥/١) ، كشف القناع (٤٥٩/٦) .

(٢) الوجه الثاني : أنها تصير أم ولد .

انظر : المراجع السابقة .

(٣) انظر : منتهى الإرادات (٦٩٠/٢) .

(٤) المبدع (٣٧١/٦) ، الممتع (٥٤٢/٤) ، المغني (٦٠٦/١٤) .

(٥) سبق تخريجه قريباً في هذا الباب ص (٩٢١) .

(٦) فمارية أم المؤمنين - رضي الله عنها - كانت أم ولد للنبي - ﷺ - ، وهي أم إبراهيم ابن النبي - ﷺ - كما سبق تخريج هذا الحديث قريباً في هذا الباب .

(٧) الممتع (٥٤٢/٤) ، وانظر : المغني (٥٨٤/١٤) .

كالأمة (١) .

(و) كذا يكون الحكم في (سائر أمورها) أي باقي أمورها ، كإعارتها وإيداعها .

ويستثنى من إطلاق ذلك صور أشار إليها بقوله :

(إلا في تدبير) فإنه لا يصح ؛ لأنه لا فائدة فيه ؛ لأن السبب الذي انعقد فيها أقوى من التدبير ، ألا ترى أنه لو طرأ الاستيلاد على التدبير أبطله (٢) . قاله ابن حمدان (٣) .

(أو ما ينقل الملك) يعني وإلا فيما ينقل الملك في رقبته (كبيع ، غير كتابة) لما تقدم في باب التدبير في المتن ، أنه يصح أن يكاتب أم ولده (٤) .

(وكهبة ووصية ووقف) على الأصح (٥) ، وذلك لما روى ابن عمر عن النبي ﷺ - : ((أنه نهى عن بيع أمهات الأولاد ، وقال : لا يبعن ، ولا يوهبن ، ولا

(١) المرجعان السابقان .

(٢) في (س) : أطله .

(٣) المبدع (٣٧١/٦) ، ولأنه لا فائدة فيه ؛ إذ الاستيلاد أقوى منه ، حتى لو طرأ عليه أبطله .

مطالب أولي النهى (٧٧٠/٤) ، شرح الزركشي (٥٣٣/٧) .

(٤) انظر ذلك في : باب التدبير المتقدم ، والمسألة هي :

ومن كاتب مدبرة أو كاتب أم ولده ، أو دبر مكاتبته صح .

(٨٠٩) .

(٥) وعنه ما يدل على جواز بيعها مع الكراهة ، ولا عمل عليه .

المقنع (٥١٧/٢) ، الإنصاف (٤٩٥/٧) ، المبدع (٦٧٢/٦) .

يورثن يستمتع بها السيد ما دام حياً ، فإذا مات فهي حرة)) رواه الدارقطني ورواه مالك في الموطأ ، والدارقطني من طريق آخر عن [ابن عمر عن] (١) عمر من قوله (٢) .

وفي حديث أم سعيد (٣) ، وحديث ابن عباس : ((أعتقها

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٢) في سنن الدارقطني (١٣٤/٤) من طريق محمد بن عبد الله القاضي المخزومي ، عن يونس بن محمد ، عن عبد العزيز بن مسلم ، عن عبد الله بن دينار ، عن ابن عمر مرفوعاً .

وطريق آخر عن ابن عمر موقوفاً . ثم رواه عن فليح بن سليمان عن ابن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفاً .

وحديث عمر عند أبي داود في العتق باب عتق أمهات الأولاد .

وهو عند مالك عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفاً . (١٣٧/٢) في كتاب العتق ، باب عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة .

ورواه ابن عدي (١٤٩٤/٤) .

وعبد الرزاق (١٣٢٢٥) .

وسنن سعيد بن منصور برقم (٢٠٥٣) (٨٨/٢) .

والبيهقي (٢٤٢/١٠) .

ومصنف ابن أبي شيبة (١٨٤/٥) .

والحاكم في البيوع (٢٢/٢) .

وقال أبو البركات في حديث عمر : أنه أصح .

انظر : شرح الزركشي (٥٣٤/٧) .

(٣) لعلها : أم سعيد بنت صخر بن حكيم بن أمية بن حارثة ، بن الأوقص السلمية ، زوج المسيب بن حزن المخزومي .

انظر : الإصابة (٢٢٠/١٣) .

ولدها)) (١) إشعار بذلك .

ويروى المنع من بيع أمهات الأولاد عن عمر (٢) وعثمان (٣) وعائشة (٤) ،
وأكثر الفقهاء (٥) .

وروي عن علي (٦) وابن عباس (٧) وابن الزبير (٨) ، إباحة بيعهن (٩) .

ورى صالح بن أحمد قال : قلت لأبي : إلى أي شيء تذهب في بيع أمهات
الأولاد ؟ .

قال : أكرهه ، وقد باع علي بن أبي طالب (١٠) .

(١) تقدم تخريجه في هذا الباب ص (٩٢١) .

(٢) تقدم تخريج ذلك قريباً ص (٩٢٧) . والنقل هذا من : المغني (٥٨٥/١٤) .

(٣) سنن سعيد بن منصور (٦٣/٢) .

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٤٥/١٠) .

(٥) الحنفية والمالكية والشافعية .

انظر : مختصر اختلاف العلماء (١٨٩/٣) ، الشرح الصغير (٥٦٥/٤) ، روضة الطالبين
(٣١٠/١٢) .

(٦) انظر سنن سعيد بن منصور (٦٣/٢) ، وانظر : مصنف عبد الرزاق (٢٨٨/٧) ، السنن الكبرى
للبيهقي (٢٤٢/١٠) ، ومصنف ابن أبي شيبة (١٨٥/٥) .

(٧) سنن سعيد بن منصور (٦٠/٢) ، والسنن الكبرى للبيهقي (٣٤٥/١٠) ، ومصنف ابن أبي شيبة
(١٨٦/٥) .

(٨) مصنف عبد الرزاق (١٣٢١٧ ، ١٣٢٢٠) ، والسنن الكبرى للبيهقي (٣٤٨/١٠) .

(٩) واختاره الشيخ تقي الدين - رحمه الله تعالى - . الإنصاف (٤٩٥/٧) .

(١٠) المغني (٥٨٥/١٤) ، الشرح الكبير (٥٠٢/١٢) ، شرح الزركشي (٥٣٧/٧) .

وقال في رواية إسحاق بن منصور : لا يعجبني بيعهن (١) .

قال أبو الخطاب : وظاهر هذا أنه يبيع مع الكراهة ، فجعل هذا رواية ثانية عن أحمد (٢) .

قال الموفق : والصحيح أن هذا ليس برواية مخالفة لقوله : إنهن لا يبعن ؛ لأن السلف كانوا يطلقون الكراهة على التحريم ، ومتى كان التحريم والمنع مصرحاً به في سائر الروايات عنه ، وجب حمل هذا اللفظ المحتمل على المصرح به ، ولا يجعل ذلك اختلافاً (٣) .

وحجة من أجاز بيع أمهات الأولاد، ما روى جابر قال : ((بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله - ﷺ - ، وأبي بكر [٣٧٩/ب] فلما كان عمر نهاناً فانتبهنا)) (٤) .

وما كان جائزاً في عهد النبي - ﷺ - وأبي بكر، لم يجز نسخه بقول عمر ولا غيره .

(١) المراجع السابقة .

(٢) الهداية (٢٤٥/١) ، المغني (٥٨٥/١٤) .

(٣) في (ب) : احتمالاً .

وانظر : قاعدة المصطلحات للروايات ، والأوجه والاحتمالات في آخر هذه الدراسة .

(٤) رواه أبو داود في كتاب العتق ، باب عتق أمهات الأولاد (٣٩٥٤) ، من طريق حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء به .

ورواه ابن حبان كما في الإحسان (٤٣٠٩) ، والموارد (١٢١٦) .

والحاكم وقال على شرط مسلم ولم يخرجاه . ووافقه الذهبي (٢٢/٢) .

والبيهقي في الكبرى (٦٤٧/١٠) من طريق قيس بن سعد .

ولأن (١) نسخ الأحكام إنما يجوز في عصر النبي - ﷺ - ؛ لأن النص ، إنما ينسخ بنص .

وإنما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على أنه لم يبلغه ، ولو بلغه لم يتعده .

ولأنها مملوكة لم يعتقها سيدها ولا شيئاً منها ولا قرابة بينه وبينها ، كما لو ولدت منه بنكاح أو شبهة ؛ لأن الأصل الرق ، ولم يرد بزواله نص ولا إجماع (٢) .

ولأن ولادتها لو كانت موجبة لعتقها ، لثبت العتق بها حين وجودها ، كسائر أسبابه .

والجواب عن ذلك : ما روي عن علي وابن عباس وابن الزبير ، أنهم رجعوا عن مخالفته ، يكون (٣) إجماعاً .

وأما قول جابر : ((بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله - ﷺ - وعهد أبي بكر)) (٤) فليس فيه تصريح بأنه كان ذلك بعلم رسول الله - ﷺ - وعلم أبي بكر ، فيكون ذلك واقعاً منهم على انفرادهم ، فلا يكون [فيه] (٥) حجة .

ويتعين حمل قول جابر على هذا ؛ لأنه لو كان واقعاً بعلم رسول الله - ﷺ - وأبي بكر وأقرا عليه لم تجز مخالفته ، ولم تجمع الصحابة بعد ذلك على مخالفتها ، ولم يخل إجماعهم من منكر عليهم ، ولا احتج به عليٌّ حين رأى بيعهن ، واحتج به كل

(١) في (ف) : ولا نسخ .

(٢) في المغني زيادة : ولا ما في معنى ذلك ، فوجب البقاء عليه .

(٣) في (س) زيادة : ذلك .

(٤) سبق تخريجه قريباً ص (٩٢٩) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ف) .

من وافق على بيعهن ، فيجب أن يحمل قول جابر على ما حملناه عليه (١) .

(أويراد له) أي لنقل الملك (كرهن) ؛ لأن المقصود منه نقل الملك ببيعه في الدين إن لم يكن له مال غيره قياساً [على] (٢) البيع (٣) .

(وولدها) أي وحكم ولدها (من غير سيدها) إذا أتت به (بعد إيلادها) أي بعد أن صارت أم ولد (كهي) سواء أتت به من نكاح أو شبهة أو زناً ، وسواء عتقت بموت سيدها ، أو ماتت قبل سيدها ، ويجوز فيه من التصرفات كل ما يجوز في أم الولد ويمتنع فيه من التصرفات كل ما يمتنع في أم الولد ولذلك لأنه يتبع أمه في الحرية والرق ، فكذا في سبب الحرية .

قال أحمد : قال ابن عمر وابن عباس وغيرهما : ولدها (٤) بمنزلتها (٥) .

وأما كون حكم الولد كذلك سواء عتقت أو ماتت قبله ، فلأن سبب الحرية قد انعقد وهو شبيهه (٦) بنفس العتق، فكما لا يرتفع العتق بعد وقوعه، كذلك سببه .

(١) المغني (٥٨٨/١٤) ، الشرح الكبير (٥٠٥/١٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٨٤/٢) ، مطالب أولي النهى (٧٧١/٤) .

(٤) في (ف) : ولدهما وهو خلاف ما في المغني .

(٥) أخرجه عبد الرزاق (١٣٢٥٤) .

وسعيد في سننه (١٣٢/١) (٤٦٠) .

وابن أبي شيبة (٧٣/٥) .

والبيهقي (٣٤٨/١٠ ، ٣٤٩) .

المغني (٥٩٩/١٤) .

(٦) في (س) : يشبهه .

فإن قيل : ولد المكاتبه يتبعها في الكتابة ، فإذا بطلت الكتابة في الأم ، بطلت في الولد .

فجوابه : أن سبب العتق في الكتابة ، إما الأداء في العقد ، أو وجود الصفة ، وتبطل الكتابة بتعذر كل واحد منهما ، والسبب عتق في أم الولد ، موت السيد ، ولا يتعذر ذلك بموتها (١) .

ويستثنى من ذلك ما أشار إليه بقوله :

(إلا أنه لا يعتق) ولدها (بإعتاقها) يعني أن السيد إذا أعتق أم ولده وكان لها ولد أتت بعد استيلائها من غير سيدها ، لم يعتق بإعتاقها ؛ لأنها عتقت بغير السبب الذي تبعها [فيه] (٢) ويبقى عتقه موقوفاً على موت سيدها ؛ كما لو أعتق ولدها ، فإنها لا تعتق بعتقه ، ويبقى عتقها [موقوفاً] (٣) على موت سيدها (٤) .

(أو بموتها قبل سيدها) يعني : أنه لو ماتت أم الولد قبل سيدها ، لم يعتق ولدها بموتها ، كما لو عتقت قبله ، ولا تبطل تبعية ولدها لها في الحكم ، ويبقى عتقه موقوفاً على موت سيدها (٥) .

(إن مات سيدها وهي حامل) منه (فننفقتها لمدة حملها من مال حملها) على الأصح (٦) ؛ لأن الحمل له نصيب في الميراث فتجب نفقته في

(١) المبدع (٣٧٣/٦) ، الممتع (٥٤٤/٤) ، المغني (٦٠٠/١٤) ، الشرح الكبير (٥٠٦/١٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب ، س) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ب ، س) .

(٤) المغني (٦٠٠/١٤) ، الشرح الكبير (٥٠٦/١٢) .

(٥) انظر : المراجع السابقة .

(٦) على روايتين :

نصيبه (١) .

ومحل ذلك إن كان للحمل مال (وإلا) أي وإن لم يخلف السيد شيئاً يرث منه الحمل (ف) نفقة الحمل (على وارثه) .

ويتعلق أرش جناية أم الولد برقيبتها، على الأصح (٢) .

(وكلما جنت أم ولد) على غير سيدها (فداها سيدها بالأقل من الأرش) أي أرش الجناية (أو) بالأقل من (قيمتها) على الأصح، (٣) أي قيمتها (يوم

= أحدهما : تستحق النفقة ، صححه في التصحيح .

قال في الرعايتين ، والحاوي الصغير : لها النفقة على أصح الروايتين ، وجزم به في الوجيز .

والرواية الثانية : لا تستحقها . وهذا يشبه ما إذا مات عن امرأة حامل ، هل تستحق النفقة لمدة حملها ، على روايتين .

ومبنى الخلاف على الخلاف في نفقة الحامل : هل هي للحمل ، أو للحامل ؟

فإن قلنا : هي للحمل ، فلا نفقة لها ، ولا للآمة الحامل ؛ لأن الحمل له نصيب في الميراث .

وإن قلنا : للحامل ، فالنفقة على الزوج ، أو السيد .

انظر : الهداية (٢٤٦/١) ، الإنصاف (٤٩٧/٧) ، الشرح الكبير (٥٠٧/١٢) ، المبدع (٣٧٤/٦) ، الممتع (٥٤٤/٤) .

(١) المبدع والممتع مما سبق .

(٢) وعنه : عليه فداؤها بأرش الجناية كله . حكاه أبو بكر .

المغني (٦٠٣/١٤) ، الشرح الكبير (٥٠٨/١٢) ، الإنصاف (٤٩٧/٧) ، المحرر (١٢/٢) .

(٣) وعنه : يتعلق الفداء الثاني وما بعده بذمتها . حكاه أبو الخطاب .

قال في الإنصاف : فعلى الرواية الثانية : قال في الرعاية قلت : يرجع الثاني على الأول بما يخصه مما أخذه .

تنبيه :

=

الفداء) ؛ لأنه الوقت الذي تعلق الأرش [٣٨٠/أ] برقيبتها فيه ، فلو كانت يوم الفداء مريضة أو مزوجة أو نحو ذلك ، أخذت قيمتها معيبة بذلك العيب (١) .

قال في شرح المقنع : وينبغي أن تجب قيمتها معيبة بعيب الإستيلاد ؛ لأن ذلك ينقصها فاعتبر ، كالمرض وغيره من العيوب (٢) انتهى .

أما كونه يلزمه فداؤها ، فلأنها مملوكة له بملكه كسبها ، وقد تعلق أرش جنائتها برقيبتها ، فلزمه فداؤها كالقن .

وأما كونه يلزمه فداؤها كلما جنت ، قال أبو بكر : ولو ألف مرة ، فلأنها أم ولد جنت جنائية فلزمه فداؤها ، كأول مرة (٣) .

وأما كونه لا يلزمه أكثر من قيمتها إذا كان أرش الجنائية أكثر منها ؛ لأنه لم يمتنع من تسليمها ، وإنما الشرع منع من ذلك ، لكونها لم تبق محلاً للبيع ، ولا لنقل

= أطلق المصنف هذه الرواية ، وكذا أطلقها أبو الخطاب في الهداية والمصنف في الكافي والمجد في المحرر وغيرهم .

وقيدها القاضي في كتاب الروايتين والمصنف في المغني ، والشارح حاكين ذلك عن أبي الخطاب ، وابن حمدان في رعايته بما إذا فداها أولاً بقيمتها .

قال الزركشي : ومقتضى ذلك أنه لو فداها أولاً بأقل من قيمتها لزمه فداؤها ثانياً بما بقي من القيمة بلا خلاف .

الإنصاف (٤٩٧/٧) .

انظر : المغني (٦٠٣/١٤) ، الشرح الكبير (٥٠٨/١٢) ، المحرر (١٢/٢) ، الهداية (١٤٥/١) ، الكافي (٦٢٦/٢) ، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين (٢٥٢/٢) .

(١) انظر مما سبق : المغني والشرح الكبير ، وانظر : شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٨٤/٢) .

(٢) الشرح الكبير (٥٠٩/١٢) ، المغني (٦٠٤/١٤) .

(٣) المغني (٦٠٣/١٤) ، الشرح الكبير (٥٠٨/١٢) .

الملك فيها بخلاف القن (١) .

(ولوا اجتماعت أروش) بجنايات صدرت منها (قبل إعطاء شيء منها) أي من الأروش، (تعلق الجميع) أي جميع الأروش (برقيبتها ولم يكن على السيد) فيها كلها (إلا الأقل من أرش الجميع) أي جميع الجنايات (أو) الأقل من (قيمتها)، يشتركون فيه جميع (٢) أرباب الجنايات ، (فإن لم يف) الواجب (بأرباب الجنايات) أي بأروشهم (تحاصوا) فيه (بقدر حقوقهم) ؛ لأن السيد لا يلزمه أكثر من ذلك، كما لو كانت الجنايات على شخص واحد (٣) .

(وإن قتلت) أم الولد (سيدها عمداً فلوليه) أي ولي سيدها (إن لم يرث ولدها شيئاً من دمه) أي دم سيدها (القصاص) (٤) كما لو لم تكن أم ولده، لما في القصاص من مصلحة الزجر عن تعاطي القتل (٥) .

وأما كونها لا قصاص عليها إذا ورث ولدها شيئاً من دم سيدها ؛ لأنه لو وجب

(١) المرجع السابق .

(٢) على لغة أكلوني البراغيث .

(٣) المغني (٦٠٥/١٤) ، الشرح الكبير (٥١٠/١٢ ، ٥١١) .

(٤) القصاص : استيفاء الحق لصاحبه ممن هو عليه ، وإنما استعمل غالباً في الجنايات . قال الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ ﴾ [سورة البقرة ، آية رقم (١٧٨)] ، وقال تعالى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ [سورة المائدة ، آية رقم (٤٥)] .

وفي الحديث : ((كتاب الله القصاص)) جزء من حديث كتاب الصلح ، باب الصلح في الدية في صحيح البخاري .

ومسلم في القسامة ، باب إثبات القصاص في الإنسان وما في معناها .

الدر النقي (٣٧١١) .

(٥) الممتع (٥٤٥/٤) .

القصاص لوجب لولدها منه شيء ، ولا يجب لولد على أمه قصاص . وقد توقف أحمد عن هذه المسألة في رواية مهنا . [وقال : دعنا من هذه المسائل .

ونقل مهنا أيضاً : أنه يقتلها أولاده من غيرها (١) .

قال في شرح المقنع الكبير : وهذه الرواية [(٢) تخالف أصول مذهبه والصحيح أنه لا قصاص عليها (٣) .

(فإن عفى على مال) أي اختار ولي سيدها المال ، (أو كان القتل) أي قتلها سيدها (خطأ ، لزمها الأقل من قيمتها أو) الأقل من (ديتها) أي دية سيدها ؛ لأنها جناية من أم ولد فلم تجب بها أكثر مما ذكر ؛ لأن اعتبار الجناية في حق الجاني بحال الجناية ، بدليل ما لو جنى على عبد فأعتقه سيده ، وهي في حال الجناية أمة ، فإنها إنما عتقت بالموت الحاصل بالجناية ، فيكون عليها فداء نفسها بالأقل من قيمتها ، أو دية سيدها التي هي أرش جنايتها (٤) .

(وتعتق في الموضعين) وهما القتل عمداً والقتل خطأ ؛ لأن المقتضى لعتقها ، زوال ملك سيدها عنها وقد زال (٥) .

فإن قيل : ينبغي أن لا تعتق ، كما منع القاتل الميراث لاستعجالها ما أجل لها .

فالجواب : أنها لو لم تعتق بذلك ، لزم جواز نقل الملك فيها ولا سبيل إلى ذلك .

(١) المغني (٦٠٨/١٤) ، الشرح الكبير (٥١٢/١٢) ، الإنصاف (٤٩٩/٧) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (س) .

(٣) الشرح الكبير (٥١٢/١٢) ، المغني (٦٠٨/١٤) .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) الممتع (٥٤٦/٤) ، المبدع (٣٧٥/٦) .

وقيل : لأن العتق لغيرها، وهو الحرية ، فلهذا لم يسقط بفعلها .

وأورد عليه المدبرة .

وأجيب بضعف السبب (١) في المدبرة (٢) .

(ولا حد بقذف أم ولد) على الأصح (٣) ؛ لأنها أمة حكمها حكم غيرها من الإماء في أكثر الأحكام، ففي الحد أولى ؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات، ويحتاط لإسقاطه .

ولأنها أمة تعتق بالموت، أشبهت المدبرة (٤) .

(وإن أسلمت أم ولد لكافر منع من غشيانها) أي من وطنها أو التلذذ بها ؛ كيلا يفعل (٥) الكافر ذلك بالمسلمة (٦) (وحيل بينه وبينها) ؛ لئلا يفضي عدم الحيلولة إلى الوطء المحرم، ولم تعتق بذلك ، بل يبقى ملكه عليها على ما كان عليه قبل إسلامها (٧) ، (وأجبر) سيدها (على نفقتها إن عدم كسبها) على الأصح (٨) .

(١) في (ف) : السيد .

(٢) انظر : المبدع (٣٧٥/٦ ، ٣٧٦) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٨٤/٢) .

(٣) وعنه : عليه الحد .

وعنه : عليه الحد إن كان لها ابن ؛ لأنه أراده .

المغني (٦٠٦/١٤) ، الشرح الكبير (٥١٣/١٢) ، الإنصاف (٥٠٠/٧) ، المبدع (٣٧٦/٦) .

(٤) المغني (٦٠٦/١٤ ، ٦٠٧) ، الشرح الكبير (٥١٣/١٢) .

(٥) في (ب) : لأن لا يفعل .

(٦) المبدع (٣٧٦/٦) ، الممتع (٥٤٧/٤) .

(٧) انظر : المغني والشرح الكبير كما سبق .

(٨) وعنه : لا تلزمه نفقتها بحال ، وتستسعى في قيمتها ثم تعتق .

أما وجوب نفقتها عليه إن لم يكن لها كسب ، فلأنه مالك لها ونفقة المملوك على سيده .

وأما كون نفقتها في كسبها إذا كان لها [٣٨٠/ب] كسب، فلنلا يبقى له ولاية عليها بأخذ كسبها ، وينفق عليها مما شاء .

ومتى فضل من كسبها شيء عن نفقتها، كان لسيدها (١) .

(فإن أسلم حل (٢) له) أي حل له ما يحل للمسلم من أم ولده ؛ لأن المانع من ذلك بقاءه على الكفر، وقد زال (٣) .

(وإن مات) حال كونه (كافراً أعتقت) على الأصح (٤) ؛ لأنها أم ولده، وشأن أم الولد العتق بموت سيدها (٥) .

وعنه : أنها تستسعى في حياته فتعتق (٦) .

(وإن وطئ أحد اثنين أمتهما أدب) على ذلك على كل حال ؛ لأنه وطئ وطئاً

= انظر : المراجع السابقة ، والإنصاف (٥٠٢/٧) ، الهداية (٢٤٦/١) ، المحرر (١٢/٢) .

(١) المبدع (٣٧٧/٦) ، المغني (٦٠١/١٤) ، الممتع (٥٤٧/٤ ، ٥٤٨) ، الشرح الكبير (٥١٤/١٢) .

(٢) في (س) : حلت .

(٣) الممتع (٥٤٨/٤) .

(٤) المغني (٦٠١/١٤) ، الشرح الكبير (٥١٤/١٢) ، المبدع (٣٧٦/٦) ، الإنصاف (٥٠١/٧) .

(٥) الممتع (٥٤٨/٤) .

(٦) المقنع (٥٢٠/٢) ، وانظر : المغني ، والشرح الكبير ، والمبدع ، والإنصاف ، والممتع كما سبق .

محرمًا (١) .

قال في شرح المقنع : بغير خلاف علمناه بين أهل العلم .

ولا حد فيه ؛ لأنه وطء صادف ملكاً فلم يجب به حد ، كوطء أمتة الحائض ،
أو زوجته الحائض (٢) .

ويفارق ما لا ملك له فيها ، فإنه لا شبهة له فيها .

ولهذا لو سرق عيناً له فيها شرك لم يقطع ، ولو لم يكن له فيها ملك قطع (٣) .

(ويلزمه) أي يلزم واطئ الأمة المشتركة (لشريكه من مهرها بقدر حصته)
منها ؛ لأنه وطء سقط فيه الحد للشبهة ، فأوجب مهر المثل ، كما لو وطئها يظنها
زوجه .

وسواء طأعته أو أكرهها ؛ لأن وطء جارية الغير يوجب المهر ، وإن طأعت ؛
لأن المهر لسيدها ، فلا يسقط بمطاوعتها ، كما لو أذنت في قطع بعض أعضائها (٤) .

(فلو ولدت) من وطء الشريك (صارت أم ولده) أي أم ولد الواطئ ، كما لو

(١) مطالب أولي النهى (٧٧٤/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٨٥/٢) .

وفي المبدع : قال الشيخ تقي الدين : وقدح في عدالته ، ولا حد عليه في قول أكثرهم ، فإن لم تحمل
منه ، فهي باقية على ملكهما ، وعليه نصف مهر مثلها لشريكه طالما طأعته أولاً .

ونقل حرب : إن كانت بكرة فقد نقص منها ، فعليه الأرش ، والثيب لم تنقص ، وفيه اختلاف .

(٣٧٧/٦) .

(٢) مثال للوطء المحرم الذي لا حد فيه .

(٣) الشرح الكبير (٥١٥/١٢) .

(٤) المرجع السابق .

كانت خالصة له ، وتخرج من ملك الشريك ، كما تخرج بالإعتاق موسراً كان الواطئ أو معسراً ؛ لأن الإيلاد أقوى من الإعتاق (١) .

(وولده حر) ؛ لأنه من وطء في محل للواطئ فيه ملك ، أشبه ما لو وطئ زوجته في حيض أو إحرام (٢) .

(ويستقر في ذمته) أي ذمة الواطئ (ولو) كان (معسراً) نص عليه (٣) ، (قيمة نصيب شريكه) من الموطوءة ؛ لأنه أخرج نصيب شريكه من ملكه ، فلزمه قيمته ، كما لو أخرجه بالإعتاق أو الإتلاف .

وإنما سرى الإيلاد إلى نصيب الشريك مع عسرتة بخلاف الإعتاق مع العسرة ؛ لأنه أقوى ؛ لكون الإيلاد ليس من فعل الشريك ، وإن كان الوطاء من فعله ؛ لوجود الوطاء من غير إيلاد ، فهو من الأسباب التي لا يمكن رفع مسباتها ، كزوال الشمس لوجوب الظهر ، ووجوب الدية بتلف الآدمي المعصوم بالسبب سواء وجبت على المتسبب ، أو على عاقلته ، وهذا على المذهب (٤) .

وعند القاضي في الجامع الصغير ، وأبي الخطاب في الهداية إن كان الواطئ

(١) الشرح الكبير (٥١٦/١٢) ، المبدع (٣٧٨/٦) .

وقول المؤلف - رحمه الله تعالى - : أن الإيلاد أقوى من الإعتاق أي بالخروج من الملك فإن الإيلاد يخرج به أم الولد بعد موته بغير اختياره وبغير اختيار الورثة .

وأما الإعتاق لا يكون إلا بالاختيار من المعتق وليس هناك إجبار عليه في ذلك .

(٢) انظر : الشرح الكبير كما سبق .

(٣) الإنصاف (٥٠٣/٧) ، المحرر (١٣/٢) ، الفروع (١٣٥/٥) .

ويلاحظ هنا أن المؤلف - رحمه الله تعالى - قد أطلق كلمة نص عليه قبل الحكم ، فلو أخر المؤلف - رحمه الله تعالى - كلمة نص عليه بعد الحكم وقبل التعليل له لكان أحسن . والله أعلم .

(٤) مطالب أولي النهى (٧٧٥/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٨٥/٢) .

معسراً لم يسر استيلاده فلا يُقَوِّم عليه نصيب شريكه ، بل يصير نصفها أم ولد ونصفها قن باق على ملك الشريك (١) .

(لا من مهر وولد) يعني أنه لا يلزم الواطئ لشريكه شيء من مهر الموطوءة ولا من قيمة الولد على الأصح (٢) ؛ لأن حصة الشريك انتقلت إلى ملك الشريك الواطئ بمجرد العلوق ، فلا يلزمه شيء من مهر مملوكته (٣) ، وأما الولد فقد انعقد حراً ، والحر لا قيمة له (٤) ، (كما لو أتلها) بأن ماتت من الواطئ ، فإنه لا يلزمه في هذه الصورة بالإتفاق إلا قيمة نصيب شريكه كما لو قتلها (٥) .

(فإنه أولدها) الشريك (الثاني بعد) أي بعد إيلاد الشريك الأول عالماً به (فعليه مهرها) كاملاً ؛ لأنه وطء صادف ملك الغير ، فأشبه ما لو وطئ أمة

(١) الشرح الكبير (٥١٧/١٢) ، المبدع (٣٧٨/٦) ، المقنع (٥٢٠/٢) ، الممتع (٥٤٩/٤) ، الهداية (٢٤٥/١) .

(٢) وعنه : يلزمه مع ذلك نصف مهرها .

وعنه : يلزمه مع نصف المهر نصف قيمة الولد .

الشرح الكبير (٥١٧/١٢) ، المبدع (٣٧٩/٦) ، الإنصاف (٥٠٢/٧) .

وقال في الإنصاف : قال القاضي : إن وضعته بعد التقويم ، فلا شيء فيه ؛ لأنها وضعته قبل ذلك ، فالروايتان . واختار اللزوم . قال الزركشي .

انظر : شرح الزركشي (٤٤٩/٧) .

(٣) مطالب أولي النهى (٧٧٥/٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٨٥/٢) .

(٤) الشرح الكبير (٥١٧/١٢) .

(٥) انظر : المرجعين السابقين في هامش رقم (٣) .

ولو قال المؤلف - رحمه الله تعالى - : كما لو أتلها بأن ماتت من الواطئ ، فإنه لا يلزمه في هذه الصورة إلا قيمة نصيب شريكه ، كما لو قتلها ، بالاتفاق ؛ لذهب الاضطراب في الأسلوب .

أجنبية (١) .

(وولده) منها (رقيق) ؛ لأنه من وطء في أمة غيره ، فكان حكمه حكمها .

(وإن جهل) الواطئ الثاني (إيلاد شريكه) الأول (أو) علمه وجهل (أنها صارت أم ولده) أي جهل الثاني أن حصته انتقل ملكها للواطئ الأول بإيلادها ، وأنها صارت أم ولد للأول بذلك (فولده حر) ؛ لأنه من وطء شبهة (٢) .

(وعليه) أي على الواطئ الثاني (فداؤه) أي فداء ولده الذي أتت به من وطنه مع جهله كونها صارت أم ولد للأول ؛ لكونه فَوَّتَ رقه على الأول (٣) (يوم الولادة) أي بقيمة يوم ولدته ؛ لأنه قبل الولادة لا يمكن تقويمه ولا فرق في ذلك بين كون الأمة بينهما نصفين ، أو بين كون لأحدهما جزء من ألف جزء وللآخر بقية (٤) .

والله سبحانه وتعالى أعلم والله الموفق بمنه وكرمه وخفي لطفه
[٣٨١ / أ] (٥) .

(١) الشرح الكبير (٥١٧ / ١٢) .

(٢) مطالب أولي النهى (٧٧٥ / ٤) ، شرح منتهى الإرادات للبهوتي (٦٨٥ / ٢) .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) وإلى هنا نهاية الجزء الثاني من نسخة (ف) ، ولم يذكر في نهاية هذا الجزء تاريخ النسخ ولا اسم الناسخ .

وهذا ما سنعرفه في نهاية الجزء الثالث ؛ لأن الخط في الجزئين واحد ، وبالله التوفيق .