

المبسوط

(قال) الشيخ الإمام الأجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الإسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي - C - الكتابة لغة هو الضم والجمع يقول : كتب البغلة إذا جمع بين سفرها بحلقة ومنه فعل الكتابة لما فيها من الضم والجمع بين الحروف فسمي العقد الذي يجري بين المولى وعبده بطريق المعاوضة كتابة إما لأنه لا يخلو عن كتبة الوثيقة عادة ولهذا سمي مكاتبة على ميزان المفاعلة لأن العبد يكتب لمولاه كما يكتب المولى لعبده ليكون في يد كل واحد منهما ما يتوثق به .

أو سمي كتابة لأن المولى به يضم العبد إلى نفسه في إثبات صفة المالكية له يدا فإن موجب هذا العقد ثبوت المالكية للعبد يدا في نفسه وكسبه لأن المالكية عبارة عن ضرب قوة وقد ثبتت له هذه القوة بنفس العقد حتى يختص بالتصرف في منفعه ومكاسبه ويذهب للتجارة حيث شاء ولهذا لا يمنعه المولى من الخروج للسفر ولو شرط عليه أن لا يخرج كان الشرط باطلاً لأن ذلك ثابت له بضرورة هذه المالكية . ومقصود المولى من إثبات هذه المالكية له أن يتمكن من أداء المال بالتكسب وربما لا يتمكن منه إلا بالخروج من بلدة إلى بلدة وموجب العقد ما يثبت بالعقد المطلق ثم عتقه عند أداء المال لإتمام هذه المالكية لأن العقد معاوضة فيقتضى المساواة بين المتعاقدين وأصل البدل يجب للمولى في ذمته بنفس العقد ولكن لا يتم ملكه إلا بالقبض لأن الذمة تضعف بسبب الرق فإن صلاحية الذمة لوجوب المال فيها من كرامات البشر وذلك ينتقض بالرق كالحل الذي ينبنى عليه ملك النكاح ولهذا لا يثبت الدين في ذمة العبد إلا متعلقاً بمالكية رقبته وهذا لا يتحقق فيما كان واجبا للمولى لأن المالكية حقه فلماذا كان ما يجب له ضعيفا في ذمته فثبت للعبد بمقابلته مالكية ضعيفة أيضا .

ثم إذا تم ملك المولى بالقبض تتم المالكية للعبد أيضا وتتمام المالكية لا يكون إلا بالعتق فيعتق لضرورة إتمام المالكية .

ثم جواز هذا العقد ثبت بالنص قال الله تعالى : { والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا } (النور : 33) وبظاهر الآية يقول داود ومن تابعه إذا طلب العبد من مولاه أن يكاتبه وقد علم المولى فيه خيرا يجب عليه أن يكاتبه لأن الأمر يفيد الوجوب .

وقال بعض مشايخنا الأمر قد يكون لبيان الجواز والإباحة كقوله تعالى : { وإذا حللتم فاصطادوا } (المائدة : 2) وقوله : { إن علمتم فيهم خيرا } (النور : 33) مذكور على وفاق العادة والعادة أن المولى إنما يكاتب عبده إذا علم فيه خيرا ولكن هذا ضعيف فإنه

إذا حمل على هذا لم يكن مفيدا شيئا وكلام الله تعالى منزه عن هذا ولكن نقول الأمر قد يكون للندب والإباحة ثابتة بدون هذا الشرط والندب متعلق بهذا الشرط وإنما ندب المولى إلى أن يكاتبه إذا علم فيه خيرا .

ثم الكتابة قد تكون ببديل منجم مؤجل وقد تكون ببديل حال عندنا بظاهر الآية فالتنجيم والتأجيل زيادة على ما يتلى في القرآن ومثل هذه الزيادة لا يمكن إثباتها بالرأي فعرفنا أنه ليس بشرط بل هو ترفيه .

والشافعي - C تعالى - لا يجوز الكتابة إلا مؤجلا منجما أقله نجمان قال لأن العبد يلتزم الأداء بالعقد والقدرة على التسليم شرط لصحة إلتزام التسليم بالعقد وهو يخرج من يد مولاه مفلسا فلا يقدر على التسليم إلا بالتأجيل والاكتساب في المدة فإذا كان مؤجلا منجما كان ملتزما تسليم ما يقدر على تسليمه فيصح وإذا كان حالا فإنما يلتزم تسليم ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح العقد .

توضيحه أن صفة الحلول تفوت ما هو المقصود بالكتابة لأنه يثبت للمولى حق المطالبة عقيب العقد والعبد عاجز عن الأداء ويتحقق عجزه بفسخ العقد فيفوت ما هو المقصود وكل وصف يفوت ما هو المقصود بالعقد يجب نفيه عن العقد وذلك لا يكون إلا بالتنجيم والتأجيل قال وهذا بخلاف السلم على أصله فإن المسلم إليه قبل العقد كان من أهل الملك والعاقل لا يلتزم إلا تسليم ما يقدر على تسليمه فعرفنا قدرته على التسليم بهذا الطريق وهنا العبد قبل العقد لم يكن أهلا للملك فيتيقن بعجزه عن التسليم في الحال ولأن بعقد السلم يدخل ملك المسلم إليه بدل بقدرته على تسليم المسلم فيه في الحال وهو رأس المال وهنا بالعقد لا يدخل في ملك العبد شيء بقدرته على تسليم البديل في الحال .

(ووجدنا) في ذلك أن البديل في باب الكتابة معقود به كالثمن في باب البيع والقدرة على تسليم الثمن ليس بشرط لصحة الشراء فالقدرة على تسليم البديل في باب الكتابة مثله وهذا لأن العقد إنما يرد على المعقود عليه فتشترط القدرة على تسليم المعقود عليه ولهذا لا يجوز البيع إلا بعد أن يكون المبيع مملوكا للبائع مقدور التسليم له ولهذا شرطنا الأجل في السلم لأن المسلم فيه معقود عليه وهو غير مقدور التسليم في الحال لأنه غير مملوك للمسلم إليه وقدرته على التسليم لا تتحقق إلا بملكه فلا يجوز إلا مؤجلا ليثبت قدرته على التسليم بالحصول في المدة ولأن الكتابة عقد إرفاق فالظاهر أن المولى لا يضيق على المكاتب ولا يطالبه بالأداء ما لم يعلم قدرته عليه إلا أنه لا يذكر الأجل ليكون متفضلا في تأخير المطالبة منعما عليه كما كان في الأصل العقد وليمتحنه بما تفرس فيه من الخير حتى إذا تبين له خلافه تمكن من فسخ العقد وبه فارق السلم لأنه مبني على الضيق والماكسة فالظاهر أنه لا يؤخر عنه بعد توجه المطالبة له اختيارا فلماذا لا يجوز إلا بذكر الأجل ليثبت به

قدرته على التسليم .

ثم يعتق المكاتب بأداء المال سواء قال له إذا أديت إلي فأنت حر أو لم يقل له .
وللشافعي قول أنه لا بد من أن يضم هذا بقلبه ويظهر بلسانه .

وهذا بعيد لما بينا أن العتق عند الأداء حكم العقد وثبوت الحكم بثبوت السبب والقصد إلى الحكم والتكلم به بعد مباشرة العقد ليس بشرط كما في البيع فإن إضمار التملك بالقلب وإظهاره باللسان ليس بشرط لثبوته عند مباشرة البيع فهذا مثله .
وإن عجز عن أول نجم منها أو كانت حالة فلم يؤدها حين طالبه بها رد في الرق لتغير شرط العقد وتمكن الخلل في مقصود المولى . وقد بينا خلاف أبي يوسف في كتاب العتاق ويستوي إن شرط ذلك في الكتابة أو لم يشترط .

وحكى ابن أبي ليلى قال هذا إذا شرط عند العقد أن يرده في الرق إذا كسر نجما فإن لم يشترط ذلك فما لم يكسر نجمين لا يرد في الرق وهذا فاسد لأن تمكن الخلل فيما هو مقصود العاقد يمكنه من الفسخ سواء شرط ذلك في العقد أو لم يشترط كوجود العيب بالمبيع وهذا لأن موجب العقد الوفاء بمقتضاه وبدونه ينعدم تماما الرضا وانعدام تمام الرضا في العقد المحتمل للفسخ يمنع ثبوت صفة اللزوم والعاقد في العقد الذي لا يكون لازما متمكن من الفسخ شرط ذلك أو لم يشترط كما في الوكالة والشركة .

فإن كاتبه على ألف منجمة فإن عجز عن نجم فمكاتبته ألفا درهم لم تجز هذه المكاتبه لأن هذا العقد لا يصح إلا بتسمية البديل كالبيع وفي باب البيع لا تصح التسمية بهذه الصفة لكونها مترددة بين الألف والألفين فكذلك في المكاتبه وهذا في معنى صفتين في صفقة واحدة وقد ورد النهي في ذلك ثم فيه تعليق وجوب بعض البديل بالخطر وهو عجزه عن أداء نجم وهذا شرط فاسد تمكن فيما هو من صلب العقد وهو البديل فيفسد به العقد وقد قررنا هذا الأصل في العتاق .

وإن كاتبه على ألف درهم على نفسه وماله وللعبد ألف درهم أو أكثر فهو جائز ولا يدخل بينه وبين عبده ربا . قال E (لا ربا بين العبد وسيده) ثم مقصود المولى الإرفاق بعبده واشتراط مال العبد للعبد في الكتابة يحقق هذا المقصود لأنه كما لا يتمكن من الكسب إلا بمنافعه لا يتمكن من تحصيل الربح إلا برأس مال له فلتحقق معنى الإرفاق صح اشتراط ماله له .

والربا هو الفضل الخالي عن العوض والمقابلة إذا كان مستحقا بمعاوضة محضة فما يكون بطريق الإرفاق كما قررنا لا يكون ربا فإن كان في يده مال سيده لم يدخل ذلك في الكتابة لأنه شرط له في العقد مالا مضافا إليه وإضافة المال إلى المرء إما أن يكون بكونه ملكا له أو لكونه كسبا له والعبد ليس من أهل الملك فالإضافة إليه لكونه كسبا له بل يده فيه يد

مولاه فهو كسائر الأموال التي في يد المولى وإنما يدخل في هذه التسمية كسبه من مال ورقيق وغير ذلك لأنه مضاف إليه شرعا قال E (من باع عبدا وله مال) وكذلك ما كان سيده وهبه له أو وهبه له غيره بعلمه أو بغير علمه لأن ذلك كله كسبه فإنه حصل له بقبوله وعدم علم المولى لا يخرج من أن يكون كسبا له فيدخل ذلك كله في هذه التسمية .

ثم موجب عقد الكتابة أن يكون هو أحق بكسبه واشتراط ما اكتسبه قبل العقد ليس من جنس ما هو موجب العقد فيكون داخلا في هذا الإيجاب .

فأما مال المولى الذي ليس من كسب العبد ليس بجنس ما هو موجب العقد فلا يستحقه بهذه التسمية وإن كاتبه على أن يخدمه شهرا فهو جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز لأن الخدمة غير معلومة وفيما لا يصح إلا بتسمية البذل لا بد من أن يكون المسمى معلوما ثم خدمته مستحقة لمولاه بملكه رقبته وإنما يجوز عقد الكتابة إذا كان يستحق به المولى ما لم يكن مستحقا له ولكنه استحسن فقال : أصل الخدمة معلوم بالعرف ومقداره ببيان المدة وإنما تكون الجهالة في الصفة وذلك لا يمنع صحة تسميته في الكتابة كما لو كاتبه على عبد أو ثوب هروي ثم المولى وإن كان يستخدمه قبل الكتابة فلم يكن ذلك دينا له في ذمة العبد وبتسميته في العقد يصير واجبا له في ذمته فهو بمنزلة الكسب كان مستحقا لمولاه قبل العقد وإنما يؤدي بدل الكتابة من ذلك الكسب ولكن لما كان وجوبه في الذمة بالتسمية في العقد صح العقد بتسميته .

وكذلك إن كاتبه على أن يحفر له بئرا قد سمى طولها وعرضها وأراه مكانها أو على أن يبني له دارا قد أراه أجرها وجصها وما يبني بها فهو على القياس . والاستحسان الذي قلنا .

وإن كاتبه على أن يخدم رجلا شهرا فهو جائز في القياس لأن المولى إنما يشترط الخدمة لنفسه ثم يجعل غيره نائبا في الاستيفاء فهو واشتراطه الاستيفاء بنفسه سواء إلا أنه قال هنا يجوز في القياس بخلاف الأول لأن خدمته لم تكن مستحقة لذلك الرجل قبل العقد وإنما تصير مستحقة بقبوله بالعقد فأما خدمته لمولاه وحفر البئر وبناء الدار كان مستحقا له قبل العقد بملك رقبته وذلك الملك يبقى بعد الكتابة فهذا الحرف يفرق بينهما في وجه القياس .

وإن كاتبه على ألف درهم يؤديها إلى غريم له فهو جائز لأنه شرط المال لنفسه بالعقد ثم أمره بأن يقضي به دينا عليه وجعل الغريم نائبا في قبضه منه وقبض نائبه كقبضه بنفسه .

وكذلك إن كاتبه على ألف درهم يضمنها لرجل عن سيده فالكتابة والضمان جائزان وهذا ليس بضمان هو تبرع من المكاتب بل هو التزام أداء مال الكتابة إلى من أمره المولى بالأداء إليه ولا فرق في حقه بين أن يلتزم الأداء إلى المولى وبين أن يلتزم الأداء إلى من أمره المولى بالأداء إليه .

وإن ضمن لرجل ما لا بغير إذن سيده سوى الكتابة لم يجر لأنه إنما يضمن المال ليؤديه من كسبه وكسبه لا يحتمل التبوع فكذلك التزامه بطريق التبوع ليؤديه من كسبه لا يجوز وهذا لأنه بقى عبدا بعد الكتابة ولا يجب المال في ذمة العبد إلا شاغلا لمالية رقبته أو كسبه فإذا كان بطريق التبوع لم يكن شغل كسبه فلا يثبت دينا في ذمته للحال .

وكذلك إن أذن له المولى في ذلك لأن المولى ممنوع من التبوع بكسبه فلا يعتبر إذنه في ذلك وبه فارق القن فإنه لو كفل بإذن مولاه صح لأن المولى مالك للتبوع بمالية رقبته وكسبه فإذا أذن له في هذا الالتزام يثبت المال في ذمته متعلقا بمالية رقبته فكان صحيحا .

وإن ضمن عن السيد لغريم له بمال على أن يؤديه من المكاتبة أو قبل الحوالة به فهو جائز لأنه لا يتحقق معنى التبوع في هذا الالتزام فإنه مطلوب ببدل الكتابة سواء كان طالبه به المولى أو المضمون له ولأن دين الكتابة وجب في ذمته شاغلا لكسبه حتى يؤديه من كسبه فما يلتزم أداؤه من الكتابة فهو متمكن من أداء ذلك من كسبه فلهذا صح هذا الضمان .

وإن كاتبه على مال منجم ثم صالحه على أن يعجل بعضها ويحط عنه ما بقي فهو جائز لأنه عبده ومعنى الإرفاق فيما يجري بينهما أظهر من معنى المعاوضة فلا يكون هذا مقابلة الأجل ببعض المال ولكنه إرفاق من المولى بحط بعض البدل وهو مندوب إليه في الشرع ومساهلة من المكاتب في تعجيل ما بقي قبل حل الأجل ليتوصل به إلى شرف الحرية وهو مندوب إليه في الشرع أيضا بخلاف ما لو جرت هذه المعاملة بين حرين لأن معنى المعاوضة فيما بينهما يغلب على معنى الإرفاق فيكون هذا مبادلة الأجل بالدراهم ومبادلة الأجل بالدراهم ربا .

وكذلك إن صالحه من الكتابة على شيء بعينه فهو جائز لأن دين الكتابة يحتمل الإسقاط بالإبراء وقبضه غير مستحق فالاستبدال به صحيح كالثمن في البيع وهذا لأن في الاستبدال إسقاط القبض بعوض وإذا جاز إسقاط القبض بما هو إبراء حقيقة وحكما بغير عوض فكذلك بالعوض وإن فارق قبض القبض لم يفسد الصلح لأنه افتراق عن عين بدين .

ألا ترى أنه لو اشترى ذلك الشيء بعينه بما عليه من الكتابة جاز وإن لم يقبضه في المجلس وإن صالحه على عرض أو غيره مؤجل لم يجر لأنه دين بدين .

ونهى رسول الله ﷺ - A - عن الكالئ بالكالئ فإن كاتبه على ألف درهم ردهم منجمة على أن يؤدي إليه مع كل نجم ثوبا قد سمي جنسه أو على أن يؤدي مع كل نجم عشرة دراهم فذلك جائز لأن ما ضمه إلى المسمى في كل نجم يكون بدلا مشروطا عليه بمنزلة الألف الذي ذكره أولا والثوب الذي هو مسمى الجنس يصلح أن يكون بدلا في الكتابة لأنه مبني على التوسع فكان هذا بمنزلة قوله كاتبتك على كذا وكذا وهو صحيح يتضح فيما ذكر بعده أنه لو قال له على أن تؤدي مع مكاتبتك ألف درهم لأنه لا فرق بين أن يقول كاتبتك على ألف درهم مع ألف درهم أو يقول على ألف درهم وألف درهم وإذا ثبت أن جميع ذلك بدل فإذا عجز عن أداء شيء منه بعد حله رد في

الرق .

وإن كاتبه على ألف درهم فأداها ثم استحقت من يد المولى فالمكاتب حر لوجود شرط عتقه وهو الأداء والعتق بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ فالأداء وإن بطل بالاستحقاق بعد الوجود لا يبطل العتق ولأن المكاتبه لم تقع على هذه الألف بعينها يريد به أن بدل الكتابة كان في ذمته وما يؤديه عوض عن ذلك فإن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها وبدل المستحق مملوك للمولى بالقبض والمكاتب قابض لما في ذمته فيكون مملوكا له وإن كان بدله مستحقا ومن ملك ما في ذمته سقط عنه ذلك فهذا كان حرا ويرجع عليه السيد بألف مكانها لأن قبضه قد انتقض بالاستحقاق فكأنه لم يقبض أو وجد المقبوض زيوفا فرده فهذا رجع بألف مكانها وإسبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب