

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

كتاب الولاء - القسم الثاني .

و كذلك ما روي عن علي B أنه قال : يرجع الولاء إلى عصبتها إذا انقطع ولدها الذكور و هو قول عامة العلماء و إذا لم يكن لها عصبة من نسب و كان لها موالى أعتقوها فالولاء لمواليها و كان شريح يجعل الولاء بعد بنيتها لعصبة البنين دون عصبتها لأنه يجعل الولاء ميراثا كالمال .

و بيان هذه الجملة : امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت و تركت ابنها و أختها لها ثم مات العبد المعتقد فماله لابنها لا لأختها بلا خلاف فإن مات ابنها و ترك أختها له و أباه فإن الولاء للخال دون الأب لأن الخال أخ المعتقة و هو عصبتها و الأب لا قرابة بينه و بين المعتقة و على قول شريح الولاء الذي للأخ ينبغي أن يكون للأب لا للخال لأن الأب عصبة الابن .

و كذلك إذا مات الابن و ترك أختا لأب أو عما أو جدا من قبل أبيه أو ترك ابني عم أو ترك موالى أبيه فهذا كله سواء و الولاء يرجع إلى عصبة الأم الأقرب إن كان لها بنو عم يرجع إليهم و إن لم يكن و كان لها موالى أعتقوها يرجع الولاء إليهم و في قول شريح لا يرجع الولاء و يمضي على جهته .

و عن الشعبي و ابن أبي ليلى : أن للولاء للذكور من ولدها و العقل عليهم أيضا دون سائر عصبة المعتقة و قالوا كما يرثونه كذلك يعقلون عنه لأن الخراج بالضمان .

و الصحيح قول العامة لما أن عليا و الزبير B هما اختصما إلى عمر B في ولاء مولى صفية بنت عبد المطلب فقال الزبير : هي أمي فأنا أرثها ولي ولاؤها و قال علي : هي عمتي و أنا عصبتها و أنا أعقل عنها فلي ولاؤها فقضى عمر B : بالولاء للزبير و بالعقل على علي B و المعنى فيه استحقاق الميراث بالعصوبة و الابن في ذلك مقدم على الأخ و ابن العم .

و أما العقل فبالتناصر ألا ترى أن أهل الديوان يتعقلون بالتناظر و لا ميراث بينهم و لا عصوبة و التناصر لها و لمولاهها يقوم أبيها لا بابنها كذلك كان العقل عليهم و اعتبار العقل بالميراث غير سديد لأن العقل ليس يتبع الميراث لا محالة .

ألا ترى أن الرجل يرثه ولده الذكور و الإناث و أخواته و لو جنى جناية لها عقل كان عقلها على عصبة دون ولده و أخواته و لو أعتق أمة له ثم غرقا جميعا و لا يدري أيهما مات أولا لم يرث المولى منها و كان ميراثه لعصبة المولى إن لم يكن لها وارث .

و أصل المسألة أن الغرقى و الهدمى لا يرث بعضهم بعضا عندنا و هو قول عامة الصحابة Bهم لأن كل أمرين حادثين لا يعرف تاريخهما يجعل كأنهما وقعا معا و المسألة تعرف في كتاب

الفرائض .

و منها : أنه لازم حتى لا يقدر المعتق على إبطاله حتى لو أعتق عبده سائبة بأن أعتقه و شرط أن يكون سائبة لا ولاية له عليه كان شرطه باطلا و ولاؤه له عند عامة العلماء و قال مالك : ولاؤه لجميع المسلمين .

و الصحيح قول العامة لقوله صلى الله عليه و سلم : [الولاة لمن أعتق] و كذا لا يملك نقله إلى غيره حتى لا يجوز بيعه وهبته و التصدق به و الوصية و هذا قول عامة العلماء / و قال بعضهم يملك نقله بالبيع و غيره .

و احتجوا بما روي (أن أسماء Bها أعتقت عبدا فوهبت الولاة لابن مسعود Bهما) .

و لنا قوله صلى الله عليه و سلم : [الولاة لحمة كلحمة النسب لا يباع و لا يوهب] و لأن محل هذه التصرفات المال و الولاة ليس بمال فلا يجوز بيعه كالنسب و أما ما روي عن أسماء Bها فيحتمل أن يكون معناه وهبت له ما استحقت ببالولاة و هو المال فرواه الراوي ولاء لكونه مستحقا بالولاة أو يحمل على هذا توقيفا بين الدلائل .

و كذا إذا باع عبدا و شرط على المشتري أن يكون ولاؤه له فالشرط باطل و يكون ولاؤه للمشتري إذا أعتق عبده و شرط أن يكون ولاؤه لجماعة المسلمين لم يصح و يكون ولاؤه له لما روي : [أن عائشة Bها لما اشترت بريرة شرط عليها أن يكون ولاؤها لمواليها فخطب رسول الله صلى الله عليه و سلم و قال في خطبته : ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله تعالى كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل و إن كان مائة شرط] و هل يحتمل للولاة التحول من محل إلى محل ينظر فيه إن ثبت بإيقاع العتق فيه لا يتحول أبدا لقوله صلى الله عليه و سلم : [الولاة لمن أعتق] ألزم الولاة النعتق و إن ثبت بحصول العتق لغيره تبعا يتحول إذا قام دليل التحول .

و بيان هذه الجملة عند تزوج أمة لقوم فولدت منه ولدا فأعتقها مولها و ولدها أو كانت حبلى به حين أعتقها أو أعتقها فولدت بعد العتق لأقل من ستة أشهر أو كانت معتدة من طلاق أو موت فولدت لتمام سنتين من يوم الموت أو الطلاق و قد أعتق الأب رجل آخر كان ولاء الولد للذي أعتقه مع أمه و لا يتحول إلى مولى أبيه و إن أعتق أبوه بعد ذلك لأنه لما أعتقها فقد ثبت ولاء الولد بإيقاع العتق فيه فلا يحتمل التحول و كذا إذا أعتقها و هي حبلى لما قلنا و كذا إذا أعتقها ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإعتاق لأننا تيقنا بكونه في البطن وقت الإعتاق لأن الولد لا يولد لأقل من ستة أشهر فيثبت ولاؤه بالإعتاق فلا يتحول . و لو جاءت بولد لسته أشهر فصاعدا يتحول ولاؤه إلى موالى الأب لأننا لم نعلم يقينا أنه كان في البطن وقت إعتاق الأم فيجعل كأنها حبلى بعد العتق فيكون حرا تبعا للأم و يثبت له الولاة من موالى أمه على جهة التبعية و ولاء الولد إذا ثبت لموالى الأم على وجه التبعية

يتحول إلى موالى الأب إذا أعتق الأب لما نذكر إن شاء الله عز و جل و إذا كانت الأم معتدة من طلاق أو موت فإن نسب الولد يثبت إلى سنتين لأن الوطاء كان حراما فيجعل مدة الحمل سنتين و يحكم بكون الولد في البطن يوم الإعتاق فإذا حكمنا بوجوده يوم الإعتاق يثبت الولاء بالإعتاق فلا يتحول إلى غيره و إذا كانت المعتقة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعقتها لأن الولد يتبع الأم في الرق و الحرية .

فإن أعتق أبوه جر ولاء الولد إلى مولاه هكذا روى عمر بن الخطاب هـ أنه قال : (إذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعقتها فإذا أعتق أبوه جر الولاء) .

و عن الزبير بن العوام هـ أنه أبصر فتية لعساء أعجبه طرفهم و أمهم مولاة لرافع بن خديج قال ثم فأعتقه أباهم الزبير فاشترى أشجع لبعض أو جهينة من الحرقة لبعض عبد أبوهم و هـ : انتسبوا إلي و قال رافع : بل هم موالى فاخصما إلى عثمان هـ في ولاء الولد فقضى بولائهم للزبير يعني أن الأب جر ولاء ولده إلى مولاهم و هو الزبير حين أعتقه الزبير و كان ذلك بمحض من الصحابة هـ و لم ينقل أنه أنكر عليه فيكون إجماعا و لأن الأصل في الولاء هو الأب لأن الولاء لحمة كلحمة النسب و الأب هو الأصل في النسب حتى ينسب الولد إلى الأب و لا ينسب إلى الأم إلا عند تعذر النسب إلى الأب .

و كذا في اعتبار الولاء و إنما يعتبر جانب الأم عند تعذر الاعتبار من جانب الأب بأن لم يكن من أهل الولاء و لا تعذر ههنا فيعتبر جانبه و لأن الإرث بالولاء من طريق العصوبة و التعصيب من قبل الأب أقوى فكان أولى .

و لو مات الأب عبدا و لم يعتق كان ولاء ولده لموالى الأم أبدا لتعذر اعتبار جانب الأب و أما الجد فهل يجر ولاء الحافد بأن كان للأب الذي هو عبد أب عبد و هو جد الصبي فأعتق الجد و الأب عبد على حاله .

قال عامة العلماء : لا يجر و لا يكون مسلما بإسلام الجد و ولاء أولاد ابنه لموالى الأم لا لموالى الجد .

و قال الشعبي : يجر و يكون مسلما بإسلام الجد وجه قوله أن الجد يقوم مقام الأب في الولاية فإن الأب إذا كان عبدا تتحول الولاية إلى الجد فكذا يقوم مقامه في جر الولاء و الإسلام .

و لنا : أن الأب فاصل بين الابن و الجد فلا يكون الابن تابعا له في الولاء و الإسلام و لأن الجد لو جر الولاء لكان لا يثبت الولاء لموالى الأم رأسا إذ لا شك أن أصله يكون حرا أما من الجد أي لأبيه أو من قبله من الأجداد إلى آدم صلى الله عليه و سلم فلما ثبت الولاء لموالى الأم في الجملة ثبت أن الجد لا يجر و كذا لا يصير مسلما بإسلام الجد لأنه لو صار مسلما بإسلام جد الجد و لكان الناس كلهم مسلمين بإسلام آدم صلى الله عليه و سلم و ينبغي أن لا

يجوز استرقاق أحد و المعلوم بخلافه فثبت أن القول بجعل الولد تابعا للجد في الولاء باطل

و أما بيان قدره فالولاء يثبت بقدر العتق لأن سبب ثبوته العتق و الحكم يتقدر بقدر السبب و بيانه في العبد المشترك بين اثنين أعتق أحدهما نصيبه و هو موسر أو معسر و قد ذكرنا الاختلاف فيه في كتاب العتاق بناء على تجزي العتق و عدم تجزيه و ا أعلم