

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

حكم الاستيلاء .

فصل : و أما حكم الاستيلاء فنوعان أيضا كحكم التدبير : .

أحدهما : يتعلق بحال حياة المستولد .

و الثاني : يتعلق بما بعد موته .

أما الأول : فما ذكرنا في التدبير و هو ثبوت حق الحرية عند عامة العلماء .

و قال بشر بن غياث المريسي و داود بن علي الأصفهاني إمام أصحاب الظاهر : لا حكم له في الحال و على هذا نبتني جملة من الأحكام فلا يجوز بيع أم الولد عند العامة و عندهما يجوز .

و احتج بما روي [عن جابر بن عبد الله] أنه قال : كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم [و لأنها مملوكة له بدليل أنه يحل له وطؤها و لا يحل الوطاء إلا في الملك و كذا تصح إجارتها و كتابتها فدل أنها مملوكة له فيجوز بيعها كبيع القنة . و لنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال : [أم الولد لا تباع و لا توهب] و هي حرة من جميع المال و هذا نص في الباب و روي [عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال في أم ابراهيم عليه السلام : أعتقها ولدها] فظاهره يقتضي ثبوت حقيقة الحرية للحال أو الحرية من كل وجه إلا أنه تأخر ذلك إلى ما بعد الموت بالإجماع فلا أقل من انعقاد سبب الحرية أو الحرية من وجه و كل ذلك عدم يمنع جواز البيع . و روي أن سعيد بن المسيب سئل عن بيع أمهات الأولاد ؟ .

فقال : إن الناس يقولون إن أول من أمر بعتق أمهات الأولاد عمر بن الخطاب و ليس كذلك لكن رسول الله صلى الله عليه و سلم أول من أعتقهن و لا يجعلن في الثلث و لا يستسعين في دين . و عن [سعيد بن المسيب : أن رسول الله صلى الله عليه و سلم أمر بعتق أمهات الأولاد و أن لا يبعن في الدين و لا يجعلن في الثلث] و كذا جميع التابعين على أنه لا يجوز بيع أم الولد فكان قول بشر و أصحاب الظواهر مخالفا للإجماع فيكون باطلا و من مشايخنا من قال عليه إجماع الصحابة أيضا لما روي عن علي بن أبي طالب أنه سئل عن بيع أمهات الأولاد فقال كان رأيي و رأي عمر أن لا يبعن ثم رأيت يبعن فقال له عبيدة السلماني رأيك مع الجماعة أحب إلي من رأيك وحدك و في رواية أخرى عن علي بن أبي طالب اجتمع رأيي و رأي عمر في ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم على عتق أمهات الأولاد ثم رأيت بعد ذلك أن يبعن في الدين فقال عبيدو رأيك و رأي عمر في الجماعة أحب إلي من رأيك في الفرقة فقول عبيدة في الجماعة إشارة إلى سبق

الإجماع من الصحابة Bهم ثم بدا لعلي Bه فيحمل خلافه على أنه كان لا يرى استقرار الإجماع ما لم ينقرض العصر .

و منهم من قال : كانت المسألة مختلفة بين الصحابة Bهم فكان علي و جابر Bهما يريان بيع أم الولد لكن التابعين أجمعوا على أنه لا يجوز و الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند أصحابنا لما عرف في أصول الفقه و لأن أم الولد تعتق عند موت السيد بالإجماع و لا سبب سوى الاستيلاء السابق فعلم انه انعقد سببا للحال لثبوت الحرية بعد الموت و أنه يمنع جواز البيع لما بينا في التدبير .

و أم حديث جابر Bه أنه أراد بالبيع الإجارة لأنها تسمى بيعا في لغة أهل المدينة و لأنها بيع في الحقيقة لكونها مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب و يحتمل أنه كان في ابتداء الإسلام حينما كان بيع الحر مشروعا ثم انتسخ بانتساخه فلا يكون حجة مع الاحتمال .

و أما قوله إنها مملوكة للمستولد فنعم لكن هذا لا يمنع انعقاد سبب الحرية من غير حرية أصلا و رأسا و هذا القدر يكفي للمنع من جواز البيع لما ذكرنا في كتاب التدبير و سواء كان المستولد مسلما أو كافرا مرتدا أو ذميا أو مستأمنا خرج إلى ديارنا و معه أم ولده لا يجوز له بيعها لأنها أم ولد لأن أمية الولد تتبع ثبوت النسب و الكفر لا يمنع ثبوت النسب و لما دخل المستأمن من دار الإسلام بأمان فقد رضي بحكم الإسلام و من حكم الإسلام أن لا يجوز بيع الولد و كذلك كل تصرف يوجب بطلان حق الحرية الثابتة لها بالاستيلاء لا يجوز كالهبة و الصدقة و الوصية و الرهن لأن هذه التصرفات توجب زوال ملك العين فيوجب بطلان هذا الحق و ما لا يوجب بطلان هذا الحق فهو جائز كالإجارة و الاستخدام و الاستسعاء و الاستغلال و الاستمتاع و الوطاء لأنها تصرف في المنفعة لا في العين و المنافع مملوكة له و الأجرة و الكسب و الغلة و العقر و المهر للمولى لأنها بدل المنفعة و المنافع على ملكه .

و كذا ملك العين قائم لأن العارض و هو التدبير لم يؤثر إلا في ثبوت حق الحرية من غير حرية فكان ملك اليمين قائما و إنما الممنوع منه تصرف يبطل هذا الحق و هذه التصرفات لا تبطله و كذا الأرش له بدل جزء هو ملكه و له أن يزوجهما لأن التزويج تمليك المنفعة و لا ينبغي أن يزوجهما حتى يستبرئها بحيضة لاحتمال أنها حملت منه فيكون النكاح فاسدا و يصير الزوج بالوطء ساقيا ماءه زرع غيره فكان التزويج تعريضا للفساد فينبغي أن يتحرر من ذلك بالاستبراء لكن هذا الاستبراء ليس بواجب بل هو مستحب كاستبراء البائع .

و لو زوجها فولدت لأقل من ستة أشهر فهو من المولى و النكاح فاسد لأنه تبين أنه زوجها و في بطنها ولد ثابت النسب منه و إن ولدت لأكثر من ستة أشهر فهو ولد الزوج لأن الزوج له فراش [و الولد للفراش] على لسان رسول الله صلى الله عليه و سلم و لا فراش للمولى لزوال فراشه بالنكاح فإن ادعاه المولى و قال هذا ابني لا يثبت نسبه منه لسبق ثبوته من غيره و

هو الزوج فلا يتصور ثبوته فلا تصح دعوته لكنه يعتق عليه لأنه في ملكه و قد أقر بحريته فيعتق عليه و إن لم يثبت نسبه منه كما إذا قال لعبده هذا ابني و هو معروف النسب من الغير و نسب ولد أم الولد يثبت من المولى من غير دعوى عند عدم الحرية إلا إذا حرمت عليه حرمة مؤبدة فجاءت بولد لسته أشهر من وقت الحرمة أو زوجها فجاءت بولد لسته أشهر من وقت التزويج فلا يثبت نسبه إلا بالدعوى و إنما قلنا إنه يثبت نسب ولدها من المولى من غير دعوى عند عدم الحرمة المؤبدة و النكاح لأنها صارت فراشا بثبوت نسب ولدها و الولد المولود على الفراش يثبت نسبه من غير دعوى .

قال النبي صلى الله عليه و سلم : [الولد للفراش] بخلاف الأمة القنة أو المدبرة لأنه لا يثبت نسب ولدها و إن حصنها المولى و طلب ولدها بدون الدعوى عندنا فلا تصير فراشا بدون الدعوى ثم إنما يثبت نسب ولد أم الولد بدون الدعوى دون ولد القنة و المدبرة لأن الظاهر أن ولد أم الولد من المولى لأنه لا يتحرز عن الإغلاق إذ التحرز لخوف فوات ماليتها و قد حصل ذلك منه فالظاهر أن لا يعزل عنها بل يعلقها فكان الولد منه من حيث الظاهر فلا تقع الحاجة إلى الدعوى بخلاف القنة و المدبرة فإن هناك الظاهر أنه لا يعلقها بل يعزل عنها تحزرا عن إتلاف المال فلم يعلم أنه منه إلا بالدعوى فلا يثبت النسب إلا بالدعوة فهو الفرق و إن عز و جل أعلم .

أمها أو بنتها فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر لم يثبت نسب الولد الذي أتت به بعد التحريم من غير دعوى لأن الظاهر أنه ما وطئها بعد الحرمة فكان حرمة الوطاء كالنفي دلالة و إن ادعى يثبت النسب لأن الحرمة لا تزيل الملك .

و ذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي أصلا فقال إذا حرمت أم الولد بما يقطع نكاح الحره و يزيل فراشها مثل المسائل التي ذكرنا لا يثبت نسب ولدها من مولاها إلا أن يدعيه لأن فراش الزوجة أقوى من فراش أم الولد و هذه المعاني تقطع فراش الزوجة فلأن تقطع فراش أم الولد أولى .

و كذلك إذا زوجها فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر لأنها صارت فراشا للزوج فيستحيل أن تصير فراشا لغيره إلا أنه إذا ادعى يعتق عليه كما إذا قال لعبده و هو معروف النسب من الغير هذا ابني و إن حرمت عليه بما لا يقطع نكاح الحره لا يزيل فراشها مثل الحيض و النفاس و الإحرام و الصوم يثبت نسب ولدها منه لأنه تحريم عارض لا يغير حكم الفراش و للمولى أن ينفي ولد أم الولد من غير لعان .

أما النفي فلأنه يملك العزل عنها بغير رضاها فإذا أخبر عن ذلك فقد أخبر عما يملك فكان مصدقا .

و أما النفي من غير لعان فلأن فراش أم الولد أضعف من فراش الحره و هذا أصل يذكر في

كتاب الدعوى أن الفرش ثلاثة : قوي و ضعيف ووسط فالقوي هو فراش النكاح حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة و لا ينتفي إلا باللعان و الضعيف فراش الأمة حتى لا يثبت النسب فيه من غير دعوى و الوسط فراش أم الولد حتى يثبت النسب فيه من غير دعوى و ينتفي من غير لعان لأنه يحتمل الانتقال بالتزويج فيحتمل الانتفاء بالنفي بخلاف فراش الزوج ثم إنما ينتفي بالنفي إذا لم يقض به القاضي أو لم تتناول المدة فأما إذا قضى القاضي به أو تناولت المدة فلا ينتفي لأنه يتأكد بقضاء القاضي فلا يحتمل النفي بعد ذلك و كذا تناول المدة من غير ظهور النفي إقرار منه دلالة و النسب المقر به لا ينتفي بالنفي و لم يقدر أبو حنيفة لتناول المدة تقديرا و أبو يوسف و محمد قداره بمدة النفاس أربعين يوما و قد ذكرناه في كتاب اللعان وولد أم الولد من غير مولاها بمنزلة الأم بأن زوج أم ولده فولدت ولدا لسته أشهر فصاعدا من وقت التزويج لأن الولد يتبع الأم في الرق و الحرية و قد ثبت حق الحرية في الأم فيسري إلى الولد فكان حكمه حكم الأم في جميع الأحكام .

هذا إذا استولد جارية في ملكه فإن كان استولدها في ملك غيره بنكاح حتى يثبت نسب ولدها منه ثم ملكها و لها ولد من زوج آخر بأن استولدها ثم فارقتها فزوجها المولى من آخر فجاءت بولد ثم ملكها يوما من الدهر وولدها صارت الجارية أم ولده عند أصحابنا و لا يصير ولدها ولد حتى يجوز بيعه في قول أصحابنا الثلاثة و قال زفر إذا ملك من ولده بعد ثبوت نسب ولدها منه فهو ولد أم ولده يثبت فيه حكم الأم .

وجه قوله أن الاستيلاء و إن كان في ملك الغير لكنه لما ملكها فقد صارت أم ولد عند أصحابنا و إنما صارت أم ولد بالعلوق السابق و الولد حدث بعد ذلك فيحدث على وصف الأم فإذا ملكه يثبت فيه الحكم الذي يثبت في الأم .

و لنا : أن الاستيلاء في الأم و هو أمية الولد شرعا إنما تثبت وقت ملك الأم و الولد منفصل في ذلك الوقت و السراية لا تثبت في الولد المنفصل و يتعلق الدين بكسبها لا برقبته لأنها لا تقبل البيع لما ذكرنا و تسعى في ديونها بالغة ما بلغت لأن الدين عليها لا في رقبته و أرش جنايتها على المولى و هو الأقل من قيمتها و من الأرش و ليس على المولى إلا قدر قيمتها و إن كثرت الجنايات كالمدبر و يجوز إعتاقها لما فيه من استعجال مقصودها و هو الحرية .

و لو أعتق المولى نصفها يعتق كلها و كذا إذا كانت مشتركة بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه عتق جميعهما لما ذكرنا و لا ضمان على المعتق و لا سعاية عليها عند أبي حنيفة و عند أبي يوسف و محمد إن كان المعتق موسرا ضمن لشريكه و إن كان معسرا سعت في نصف قيمتها للشريك الذي لم يعتق و لو مات عن أم ولد بينه و بين شريكه عتق جميعها و لا ضمان عليه بالإجماع لأنه لا صنع له في الموت و يقع الاختلاف في السعاية عند أبي حنيفة لا سعاية عليها و عندهما عليها السعاية .

و على هذا الخلاف الغصب و القبض في البيع الفاسد أنها لا تضمن في قول أبي حنيفة و عندهما تضمن و لا خلاف في المدبرة أنها تضمن بهذه الأسباب و لقب المسألة أن أم الولد هل هي متقومة من حيث إنها مال أم غير متقومة من هذه الجهة و عندهما متقومة .
و أجمعوا على أنها متقومة من حيث إنها نفس و لا خلاف في أن المدير متقوم من حيث إنه مال و ربما تلقب المسألة بأن رق أم الولد هل له قيمة أم لا ذكر محمد في الإماء أنها تضمن في الغصب عند أبي حنيفة كما يضمن الصبي الحر إذا غصب يعني إذا مات عن سبب حادث بأن عقره سبع أو نهشته حية أو نحو ذلك .

وجه قولهما : أن أم الولد مملوكة للمولى و لا شك و لهذا يحل له وطؤها و إجارتها و استخدامها و كتابتها و ملكه فيها معصوم لأن الاستيلاء له لم يوجب زوال العصمة فكانت مضمونة بالغصب و الإعتاق و القبض في البيع الفاسد كالمدير .
و الدليل على أن رقبها متقوم أن أم الولد النصراني إذا أسلمت تخرج إلى العتاق بالسعاية فلولا أن ماليتها متقومة لعتقت مجانا و لم يكن للمولى أخذ السعاية بدلا عن ماليتها و كذا يجوز للمولى أن يكتبها و الاعتياض إنما يجوز عن مال متقوم و الدليل عليه أنها تضمن بالقتل بالإجماع .

و لأبي حنيفة : قول النبي صلى الله عليه و سلم لمارية لما ولدت إبراهيم عليه السلام [أعتقها ولدها] فظاهر الحديث يقتضي ثبوت العتق في الحال في حق جميع الأحكام إلا أنه خص منه الاستمتاع و الاستخدام بالإجماع و لا إجماع في التقويم فكانت حرة في حق التقويم بظاهر الحديث و كذا سبب العتق للحال موجود و هو ثبوت نسب الولد لأن ذلك يوجب الاتحاد بين الواطيء و الموطوءة و يجعلهما نفسا واحدة فقضيته ثبوت العتق للحال في جميع الأحكام إلا أنه لم يظهر في سائر الأحكام بالإجماع فيظهر في حق سقوط التقويم بخلاف المدير لأن هناك السبب و هو التدبير أضيف إلى ما بعد الموت لأن التدبير إثبات العتق عن دبر إلا أنه جعل سببا للحال لضرورة ذكرناها في بيع المدير و الثابت بالضرورة يتقيد بقدر الضرورة و الضرورة في حرمة البيع لا في سقوط التقويم و ههنا الأمر على القلب من ذلك لأن السبب يقتضي الحكم للحال و التأخر على خلاف الأصل و الدليل على أنها غير متقومة من حيث إنها مال لأنها لا تسعى لغريم و لا لوارث و لو كانت متقومة من حيث إنها مال لثبت للغريم حق فيها و للوارث في ثليها فيجب أن يسعى في ذلك كالمدير و السعاية مبنية على هذا الأصل لأن استسعاء العبد يكون بقيمته و لا قيمة لأم الولد فلا سعاية عليها و أما قوله إن ملك المولى فيها قائم بعد الاستيلاء و العصمة قائمة فمسلم لكن قيام الملك و العصمة لا يقتضي التقويم كملك القصاص و ملك النكاح و ملك الخمر و جلد الميتة و أما أم ولد النصراني إذا أسلمت فالجواب من وجهين : .

أحدهما : أنها متقومة في زعمهم و اعتقادهم و نحن أمرنا بتركهم و ما يدينون فإذا دانوا تقويمها يتركون و ذلك و لذلك جعلت خمورهم متقومة كذا هذا .

و الثاني : أن أم ولد النصراني إذا أسلمت تجعل مكاتبة للضرورة إذ لا يمكن القول بعقتها لأن ملك الذمي ملك محترم فلا يجوز إبطاله عليه و لا سبيل إلى إبقائها على ملكه يستمتع بها و يستخدمها لما فيه من الاستدلال بالمسلمة و لا وجه إلى دفع المذلة عنهما بالبيع من المسلم لخروجها بالاستيلاء عن محلية البيع فتجعل مكاتبة و ضمان الكتابة ضمان شرط و لأنه لا يوقف على كون ما يقابله مالا متقوما كما في النكاح و الخلع ثم إذا سعت تسعى و هي رقيقة عند أصحابنا الثلاثة و عند زفر : تسعى و هي حرة .

وجه قوله : أن الاستسعاء استدلال بها و هذا لا يجوز .

و لنا : ما ذكرنا أن في الحكم بعقتها إبطال ملك الذمي عليه و تتعلق ديونه بذمة المفلس و مكله معصوم و الاستدلال في الاستمتاع و الاستخدام لا في نفس الملك ألا ترى أن أمة النصراني إذا أسلمت فكاتبها المولى لا تجبر على البيع و قد خرج الجواب عن الكتابة و إنما ضمنت بالقتل لأن ضمان القتل ضمان الدم و النفس و إنها متقومة من هذه الجهة و ما ذكر محمد في الإماء عن أبي حنيفة فذلك ضمان القتل لأنه إذا لم يحفظها حتى هلكت بسبب حادث فقد تسبب لقتلها و تجوز كتابتها كما يجوز إعتاقها لما فيه من تعجيل العتق إليها و لا تشكل الكتابة على أصل أبي حنيفة أنها معاوضة و رق أم الولد لا قيمة له فلا يجوز أن يستحق المولى عليه عوضا لأن صحة المعاوضة لا تقف على كون المعوض كمالا أصلا فضلا عن كونه متقوما كما في النكاح و الخلع .

فإن مات المولى قبل أن تؤدي بدل الكتابة عتقت و لا شيء عليها أما العتق فلأنها كانت أم ولد و قد مات مولاها و أما العتق بغير شيء فلأن الكتابة قد بطلت لأن الحرية توجهت إليها من وجهين الاستيلاء و الكتابة فإذا ثبت العتق لأحدهما بطل حكما الآخر و كذا يجوز إعتاقها على مال و بيعها نفسها حتى إذا قبلت عتقت و المال دين عليها لأن ال إعتاق على مال من باب تعجيل الحرية و أما الذي يتعلق بما بعد موت المولى فمنها عتقها لأن عتقها كان معلقا شرعا بموت المولى لما روى عكرمة [عن ابن عباس Bهما أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : أيما ولدت أمته منه فهي معتقة عن دبر منه] .

و قد روينا [عن ابن عباس Bهما أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال حين ولدت أم إبراهيم عليه السلام : (أعتقها و لدها)] .

و معلوم أنه لا يثبت حقيقة العتق في حال الحياة فلو لم يعمل بعد الموت لبطل السبب و يستوي فيه الموت الحقيقي و الحكمي بالردة و اللحوق بدار الحرب لما ذكرنا في كتاب التدبير .

و كذا الحربي و المستأمن إذا اشترى جارية في دار الإسلام و استولدها ثم يرجع إلى دار الحرب فاشترى الحربي عتقت الجارية لما ذكرنا في المدير و كذا يعتق ولدها الذي ليس من مولاها إذا سرت أمية الولد إليها على ما بينا لأن الولد يتبع الأم في الرق و الحرية .
و منها : أنها تعتق من جميع المال و لا تسعى للوارث و لا للغريم بخلاف المدبرة لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال : [أم الولد لا تباع و لا توهب] و هي حرة من جميع المال و هذا نص .

و روينا [عن سعيد بن المسيب أنه قال : أمر رسول الله صلى الله عليه و سلم بعتق أمهات الأولاد من غير الثلث و لا يبعن في دين و لا يجعلن في الثلث] و في بعض الروايات [و لا يجعلن في الثلث و لا يستسعين في دين] و في بعضها [أمر رسول الله صلى الله عليه و سلم بعتق أمهات الأولاد من غير الثلث و لا يبعن في دين] و لأن سبب ثبوت حرية أم الولد هو ثبوت نسب الولد و النسب لا تجامعه السعاية كذا حرية الاستيلاء و منها أن ولاءها للمولى لأن الإعتاق منه لما بينا