حكم الإستيلاد .

و أما حكم الاستيلاد فيثبت في نصيب كل واحد بقدر حصته من الملك فلا يتعدى إلى نصيب غيره و لو كانت الجارية بين الأب و الأبن فجاءت بولد فادعياه جميعا معا فالأب أولى عند علمائنا الثلاثة وعند زفر C يثبت النسب منهم جميعا وجه قوله : أنهما استويا في سبب الاستحقاق و هو أصل الملك فيستويان في الاستحقاق .

و لنا : إن الترجيح لجناب الأب لأن نصف الجارية ملكه حقيقة و له حق تمليك النصف الآخر و ليس للابن إلا ملك النصف فكان الأب أولى و يتملك نصيب الابن من الجارية بالقيمة ضرورة ثبوت الاستيلاد في نصيبه لأنه لا يتجرأ فلا يتصور ثبوته في البعض دون البعض كما في الجارية المشتركة بين الأجنبيين و يضمن كل واحد منهما للآخر نصف العقر لأن الوطء من كل واحد منهما في قدر نصيب شريكه حصل في غير الملك كما الأجنبيين يضمن كل واحد منهما نصف العقر للآخر ثم يكون النصف بالنصف قصاصا كما في الأجانب و هذا بخلاف حالة الانفراد فإن أمة الرجل إذا جاءت بولد فادعاه أبوه ثبت نسبه منه و لا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة لأن هناك صار متملكا الجارية ضرورة صحة الاستيلاد سابقا عليه أو مقارنا له لانعدام حقيقة الملك جعل الوطء في الملك و ههنا الاستيلاد صحيح بدون التملك لقيام حقيقة الملك في النصف فلا حاجة إلى التملك لصحة الاستيلاد و أنه صحيح بدونه و إنما يثبت ضرورة ثبوت الاستيلاد في نصيبه لأنه يحتمل التجزي على ماذكرنا هو الفرق و كذلك الجد عند عدم الأب لأنه بمنزلة الأب عند عدمه .

و لو كان بين الجد و الحافد جارية فجاءت بولد فادعياه معا و الأب حي يثبت النسب منهما جميعا لأن الجد حال قيام الأب بمنزلة الأجنبي و لو ادعى الولد أحد المالكين و أب المالك الآخر فالمالك أولى لأن له حقيقة الملك و لأب المالك الآخر حق التملك فكان المالك الحقيقي أولى .

هذا كله إذا كان الشريكان المدعيان حرين مسلمين فإن كان أحدهما حرا و الآخر عبدا فالحر أولى لن إثبات النسب منه أنفع حيث يصل هو إلى حقيقة الحرية و أمه إلى حق الحرية .

و كذلك لو كان أحدهما حرا و الآخر عبدا مكاتبا فاحر أولى لأن الولد يصل إلى حقيقة الحرية و لو كان أحدهما مكاتبا و الآخر عبدا فالمكاتب أولى لأنه حر يدا فكان أنفع للولد و لو كانا عبدين يثبت النسب منهما جميعا لكن هل يشترط فيه تصديق المولى ؟ فيه روايتان : و منهم من وفق بين الروايتين فحمل شرط التصديق على ما إذا كان العبد محجورا و حمل

الأخرى على إذا كان مأذونا عملا بهما جميعا .

و لو كان أحدهما مسلما و الآخر ذميا فالمسلم أولى استحسانا و القياس أن يثبت نسبة منهما و هو رواية الحسن عن أبي حنيفة و زفر .

وجه القياس : أن النسب حكم الملك و قد استويا في الملك فيستويان في حكمه كما في سائر الأحكام المتعلقة بالملك .

و جه الاستحسان : أن إثبات النسب من المسلم أنفع للصبي لأنه يحكم بإسلامه تبعا له و كذلك لو كان أحدهما كتابيا و الآخر مجوسيا فاقياس أن يثبت النسب منهما لا ستوائهما في الملك و في الاستحسان الكتابي أولى لأنه أقرب إلى الإسلام من المجوسي فكان أنفع للصبي .

و لو كان أحدهما عبدا مسلما أو مكاتبا مسلما و الآخر حرا كافرا فالحر أولى لأن هذا أنفع للصبي لأنه يمكنه أن يكتسب الإسلام بنفسه إذا عقل و لا يمكنه اكتساب الحرية بحال و لو كان أحدهما ذميا و الآخر مرتدا فهو ابن المرتد لأن و لد المرتد على حكم الإسلام .

ألا ترى أنه بلغ كافرا يجبر على الإسلام و إذا أجبر عليه فالظاهر أنه يسلم فكان هذا أنفع للصبي .

هذا كله إذا خرجت دعوة الشريكين معا فأما إذا سبقت دعوة أحدهما في هذه الفصول كلها كائنا من كان فهو أولى لأن النسب إذا ثبت من إنسان في زمان لا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك الزمان هذا إذا حملت الجارية في ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما أو ادعياه جميعا فأما إذا كان العلوق قبل الشراء بأن اشترياها و هي حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما .

فأما حكم نسب الولد و صيرورة الجارية أم و لد له و ضمان نصف قيمة الأم موسرا كان أو معسرا فلا يختلف حكم العقر و الولد فلا يجب العقر هنا هنا يجب هناك لأن الإقرار بالنسب هنا لا يكون إقرارا بالوطء لتيقننا بعدم العلوق في الملك بخلاف الأول و الولد يكون بمنزلة عبد بين شريكين أعتقه أحدهما لأن ابتداء العلوق لم يكن في ملكه فلم يجز إسناد الدعوى إلى حالة العلوق إلا أنه ادعى نسب و لد بعضه على ملكه و دعوى بمنزلة إنشاء الإعتاق .

و لو أعتق هذا الولد يضمن نصيب شريكه منه إن كان موسرا و لم يضمن إن كان معسرا كذا هذا بخلاف ما إذا علقت الجارية في ملكهما لأن هناك استندت الدعوى إلى حال العلوق فسقط الضمان و هنا لا تستند فلا بد من إفراد الولد بالضمان و الولاء بينهما و إن ادعياه فهو ابنهما و لا عقر لواحد منهما على صاحبه كما في الأول و لا يفترقان إلا في الولاء فإن ثبت هنا لا يثبت هناك لأن الدعوة ثمة دعوة الاستيلاد فيعلق الولد حرا و الدعوة هنا دعوة تحرير و أنه يوجب استحقاق الولاء قال E : [الولاء لمن أعتق] و لو كانت الجارية المشتراة زوجة أحدهما فجاءت بولد الأقل من ستة أشهر يثبت نسبه من الزواج من غير دعوة لأنها إذا جاءت به الأقل من ستة أشهر فقد تيقنا أن علوق الولد كان من النكاح و عقد النكاح يوجب الفراش

بنفسه و يضمن نصف قيمة الجارية لأنها صارت أم و لد له فصار متملكا نصيب شريكه بالقيمة و لا يضمن قيمة الولد لأنه عتق عليه من غير صنعه و لو اشترى إخوان جارية حاملا فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه و عليه نصف قيمة الولد لأن دعوته دعوة تحرير فإذا ادعاه فقد حرره و التحرير إتلاف نصيب شريكه فيضمن نصف قيمته و لا يعتق الولد على عمه بالقرابة لأن الدعوة من أخيه إعتاق حقيقة فيضاف العتق إليه لا إلى القرابة هذا إذا و لدت الجارية المشتركة و لدا فادعاه أحد الشريكين أو ادعياه جميعا فأما إذا و لدت و لدين فادعى كل واحد منهما و لدا على حدة .

فنقول : هذا في الأصل لا يخلو إما إن و لدتهما في بطن واحد و إما إن و لدتهما في بطنين مختلفين و الدعوتان إما إن خرجتا جميعا معا و إما أن سبقت إحداهما الأخرى فإن ولدت الجارية الولدين في بطن واحد فإن خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الولدين منهما جميعا لأن دعوة أحد التوأمين دعوة الآخر لاستحالة الفصل بينهما في النسب لعلوقهما من ماء واحد فكانت دعوة أحدهما دعوة الآخر ضرورة و إن سبق أحدهما بالدعوة ثبت نسب الولدين منه لأنه ثبت نسب المدعي و من ضرورته ثبوت نسب الآخر و عتقا جميعا لعلوقهما حري الأصل و صارت الجارية أم و لد له و غرم نصف العقر و نصف قيمة الجارية و ا سبحانه و تعالى أعلم .

هذا إذا و لدتهما في بطن واحد فأما إذا و لدتهما في بطنين مختلفين فإن خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الأكبر مدعي الأكبر بلا شك و صارت الجارية أم و لد له و غرم نصف قيمة الجارية و نصف العقر لمدعي الأصغر و هل يثبت نسب الولد الأصغر من مدعي الأصغر فالقياس أن لا يثبت إلا يتصديق مدعي الأكبر و في الاستحسان يثبت .

وجه القياس : أن الجارية صارت أم و لد لمدعي الأكبر لثبوت نسب الأكبر منه فمدعي الأصغر يدعي و لد أم و لد الغير و من ادعى و لد أم و لد الغير لا يثبت منه إلا بتصديقه و لم يوجد .

وجه الاستحسان : أن مدعي الأكبر غير مدعي الأصغر حيث أخر الدعوة إلى دعوته فصار مدعي الأصغر بتأخير دعوة الأكبر مغرورا من جهته و ولد المغرور ثابت حر بالقيمة و على مدعي الأصغر العقر لمدعي الأكبر لكن نصف العقر أو كله ففيه اختلاف الروايتين و التوفيق بينهما ممكن لأن رواية نصف العقر على مدعي الأصغر جواب حاصل ما عليه من العقر بعد القصاص و هو النصف و رواية الكل بيان ما عليه قبله لأن مدعي الأكبر قد غرم نصف العقر لمدعي الأصغر فالنصف بالنصف يلتقيان قصاصا فلا يبقى على مدعي الأصغر بعد المقاصة إلا النصف فأمكن التوفيق بين الروايتين من هذا الوجه و على مدعي الأصغر قيمة الولد الأصغر لأنه و لد المغرور و ولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضي ا تعالى عنهم .

فإذا على مدعي الأصغر نصف العقر و كل قيمة الولد و على مدعي الأكبر نصف قيمة الجارية

لصيرورتها أم و لد له فيصير نصف قيمة الجارية الذي على مدعي الأكبر قصاصا ينصف العقر و قيمة الولد الذي على مدعي الصغر و يترادان الفضل .

هذا إذاخرجت الدعوتان جميعا معا فادعى أحدهما الأكبر و الآخر الأصغر فأما إذا سبق أحدهما بالدعوة فإن ادعى السابق الأكبر أولا فقد ثبت نسب الأكبر منه و عتق و صارت الجارية أم و لد له و غرم لشريكه نصف قيمة الجارية و نصف العقر بعد ذلك إذا ادعى الآخر الأصغر فقد ادعى ولد أم ولد الغير فلا بد من التصديق لثبات النسب فإن صدقة ثبت النسب و يكون على حكم أمه و إن كذبه لا يثبت النسب هذا إذا ادعى السابق بالدعوة الأكبر أولا .

فأما إذا ادعى الأصغر أولا ثبت نسب الأصغر منه و عتق و صارت الجارية أم و لد له و ضمن نصف قيمتها و نصف عقرها لشريكه الآخر و الأكبر بعد رقيق بينهما لأنه و لد جارية مملوكة بينهما لم يدعه أحد فإذا ادعاه الشريك الآخر بعد ذلك صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه و ثبت نسبه منه و الشريك الآخر بالخيار إن شاء أعتق نصيبه و إن شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه إن كان موسرا و إن كان معسرا فله خيار الإعتاق و الاستسعاء لا غير و هذا قول أبي حنيفة C و عندهما إن كان موسرا فله تضمين الموسر لا غير و إن كان معسرا فله الاستسعاء على ما علم في كتاب العتاق .

و لو قال أحدهما : الأكبر ابني و الصغر ابن شريكي ثبت نسب الأكبر منه و صارت الجارية أم و لد له و ضمن نصف قيمة الجارية و نصف العقر لشريكه و الأصغر و لد أم و لده أقر بنسبه لشريكه فإن صدقه شريكه ثبت نسبه منه و لا يعتق و إن كذبه لا يثبت النسب و كذلك لو قدم و أخر بأن قال : الأصغر ابني و الأكبر ابن شريكي ثبت نسب الأصغر منه و نسب الأكبر موقوف على تصديق شريكه .

و لو قال أحدهما : الأصغر ابني و الأكبر ابن شريكي أو قدم أو أخر فقال : الأكبر ابن شريكي و الأصغر ابني ثبت نسب الأصغر منه و عتق و صارت الجارية أم و لد له و عتق و ضمن لشريكه نصف قيمة الجارية و نصف العقر و نسب الأكبر موقف على تصديق شريكه فإن صدقه ثبت النسب منه و يغرم لمدعي الأصغر نصف قيمة الأكبر و إن كذبه صار كعبد بين شريكين شهد أحدهما على صاحبه بالإعتاق و كذبه صاحبه لما علم في كتاب العتاق .

و لو ولدت جارية في يد إنسان ثلاثة أولاد فادعى أحدهم فنقول إما إن ولدوا في بطن واحد و إما إن ولدوا في بطون مختلفة و لا يخلو إما إن ادعى أحدهم بعينه و إما إن ادعى أحدهم بغير عينه فإن ولدوا في بطن واحد فادعى أحدهم بغير عينه فقال : أحد هؤلاء ابني أو عين واحدا منهم فقال : هذا ابني عتقوا و ثبت نسب الكل منه لأن من ضرورة ثبوت نسب أحدهم ثبوت نسب الباقين لأنهم توأم علقوا من ماء واحد فلا يفصل بين البعض و البعض في النسب و إذا ثبت نسبهم صارت الجارية أم ولد له .

هذا إذا ولدوا في بطن واحد و أما إذا ولدوا في بطن مختلفة فقال الأكبر : ولدي ثبت نسبه منه و صارت الجارية أم ولد له و هل يثبت نسب الأوسط و الأصغر ؟ القياس أن يثبت و هو قول زفر C و يكون حكمهما حكم الأم و في الاستحسان لا يثبت .

وجه القياس : ظاهر لأنه لما ثبت نسب الأكبر فقد صارت الجارية أم ولد له فكان الأوسط و الأصغر و لد أم الولد و ولد أم الولد يثبت نسبه من مولاها من غير دعوة ما لم يوجد النفي منه و لم يوجد .

وجه الاستحسان : أن النفي فيه و إن لم يوجد نصا فقد وجد دلالة و هو الإقدام على تخصيص أحدهم بالدعوة فإن ذلك دليل نفي البواقي إذ لو لم يكن كذلك لم يكن لتخصيص البعض مع استواء الكل في استحقاق الدعوة معنى هذا إذا ادعى الأكبر فأما إذا ادعى الأوسط فهو حر ثابت النسب منه و صارت الجارية أم و لد له و الكبر رقيق لأنه ولد على ملكه و لم يدعه أحد و هل يثبت نسب الأصغر فهو على ما ذكرنا من القياس و الاستحسان .

هذا إذا ادعى الأوسط فأما إذا ادعى الأصغر فهو حر ثابت النسب و الجارية أم ولد له و الأكبر و الأوسط رقيقان لما ذكرنا هذا إذا ادعى أحدهم بعينه فأما إذا ادعى بغير عينه فقال : أحد هؤلاء ابن فإن بين فالحكم فيه ما ذكرنا و إن مات قبل البيان عتقت الجارية بلا شك لأنه لما ادعى نسب أحدهم فقد أقر أن الجارية أم ولد له و أم الولد تعتق بموت السيد و أما حكم الأولاد في العتق فقد ذكرنا الاختلاف فيه بين أبي حنيفة و صاحبيه رضوان ا تعالى عليهم في كتاب العتاق .

عبد صغير بين اثنين أعتقه أحدهما ثم ادعاه الآخر ثبت نسبه منه عند أبي حنيفة C و نصف و لأنه للآخر و عندهما لا يثبت نسبه بناء على أن للإعتاق يتجزأ عنده فيبقى نصيب المدعي على ملكه فتصبح دعوته فيه و عندهما لا يتجزأ و يعتق الكل فلم يبق للمدعي فيه ملك فلم تصح دعوته و إن كان العبد كبيرا فكذلك عنده لما ذكرنا أنه يبقى الملك له في نصيبه و عندهما إن صدقة العبد ثبت النسب و إلا فلا لأنه عتق كله بإعتاق البعض فلا بد من تصديقه .

و يخرج على الأصل الذي ذكرنا دعوة العبد المأذون ولد جارية من أكسابه أنها تصح و يثبت نسب الولد منه لأن ملك اليد ثابت له و أنه كاف لثبات النسب و لو ادعى المضارب ولد جارية المضاربة لم تصح دعوته إذا لم يكن في المضارب ربح لأنه لا بد لثبات النسب من ملك و لا ملك للمضارب أصلا لا ملك الذات و لا ملك اليد إذا لم يكن في المضاربة ربح .

و لو ادعى و لدا من جارية لمولاه ليس من تجارة و ادعى أن مولاها أحلها له أو زوجها منه لا يثبت نسبه منه إلا بتصديق المولى لأنه أجنبي عن ملك المولى لا نعدام الملك له فيه أصلا فالتحق بسائر الأجانب إلا في حد فإن كذبه المولى ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه نفذت دعوته لأن أقر بجهة من الوجوه نفذت دعوته لأنه أقر بجهة مصححة للنسب لكن توقف نفاذه

لحق المولى و قد زال .

و لو تزوج المأذون حرة أو أمة فوطئها ثبت النسب منه سواء كان النكاح بإذن المولى أو لا لأن النسب ثبت بالنكاح صحيحا كان أو فاسدا و على هذا دعوة المكاتب ولد جارية من أكسابه صحيحة لأن ملك اليد و التصرف ثابت له كالمأذون .

و إذا ثبت نسب الولد منه لم يجز بيع الولد و لا بيع الجارية أما الولد فلأنه مكاتب عليه و لا يجوز بيع المكاتب و أما الأم فلأنه له فيها حق ملك ينقلب ذلك الحق حقيقة عند الأداء فمنع من بيعها و العبد المسلم و الذمي سواء في دعوى النسب و كذا المكاتب المسلم و الذمي لن الكفر لا ينافي النسب و يستوي في دعوته الاستيلاد و جود الملك و عدمه عند الدعوة بعد الدعوة بعد أن كان العلوق في الملك فإن كان العلوق في غير الملك كانت دعوته تحرير فيشترط قيام الملك عند الدعوة فإن كان في ملكه يصح و إن كان في ملك غيره لا يصح إلا بشرط التصديق أو البينة فنقول كان جملة الكلام فيه : أن الدعوى نوعان : دعوة الاستيلاد و دعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هي : أن يكون علوق المدعي في ملك المدعي و هذه الدعوى تستند إلى و قت العلوق و تتضمن الإقرار بالوطء فيتبين أنه علق حرا و دعوة التحرير هو أن يكون علوق المدعي في غير ملك المدعي و هذه الدعوى تقتصر على الحال و لا تتضمن الإقرار بالوطء لعدم الملك و قت العلوق .

و بيان هذه الجملة في مسائل : إذا ولدت جارية في ملك رجل لستة أشهر فصاعدا فلم يدع الولد حتى باع الأم و الولد ثم ادعى الولد صحت دعوته و يثبت النسب منه و عتق و ظهر أن الجارية أم ولد له و بيطل البيع في الجارية و في ولدها و هذا استحسان و في القياس أن لا تصح دعوته و لا يثبت النسب لعدم الملك و قت الدعوة .

وجه الاستحسان : أن قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط لصحة هذه الدعوة بل الشرط أن يكون علوق الوالد في الملك لأن هذه الدعوة تستند إلى و قت العلوق فإذا كان علوق الولد في الملك المدعي فقد ثبت له حق استحقاق النسب و أنه لا يحتمل البطلان كما لا يحتمل حقيقة النسب فلم يبطل البيع و صحت دعوته و ظهر أن الجارية كانت أم و لد فلم يصح بيعها و بيع ولدها فيردها و ولدها و يرد الثمن و لو لم يدعه البائع حتى خرج عن ملك المشتري بوجه من الوجوه ينظر إن كان ذلك يحتمل الفسخ يفسخ و إن لم يحتمله لا يفسخ إلا لضرورة فنقول : بيانه إذا كان المشتري باع الولد أو و هبه أو رهنه أو آجره أو كاتبه فادعاه البائع نقض ذلك و ثبت النسب لأن هذه التصرفات مما يحتمل الفسخ و النقض .

و كذلك لو كان المشتري باع الأم أو كاتبها أو رهنها أو آجرها أو زوجها لما قلنا و لو كان أعتقها أو أعتق الولد لم تصح دعوة البائع لأن العتق بعد ثبوته لا يحتمل البطلان إلا الضرورة لأنه يعقبه أثرا لا يحتمل البطلان و هو الولاء و كذلك لو مات الولد أو قتل لأن

الميت مستغن عن النسب و كذلك لو كان المشتري باع الولد فأعتقه المشتري أو دبره أو مات عبده لم تصح البائع لما قلنا .

و لو كان المشتري أعتق الأم أو دبرها دون الولد صحت دعوته في الولد و لم تصح في الأم و فسخ البيع في الولد و لا يفسخ في الأم لأن المانع من الفسخ خص الأم و لا تصير الجارية أم و لد له لأن أمومية الولد ليست من لوازم ثبات النسب بل تنفصل عنه في الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه و لا تصير الجارية أم و لد له للحال إلا أن يملكها بوجه من الوجوه و إذا فسخ البيع في الولد يرد البائع من الثمن حصة الولد فيقسم الولد فيقسم الثمن على قدر قيمتهما فتعتبر قيمة الأم يوم العقد و قيمة الولد يوم الولادة لأنه إنما صار و لدا بالولادة فتعتبر قيمته يومئذ فيسقط قدر الأم و يرد قدر قيمة الولد .

و لو كانت قطعت يد الولد عند المشتري و أخذ أرشها ثم ادعاه البائع ثبت نسبه و سلم الأرش للمشتري لأن هذه دعوة الاستيلاد و أنها تستند إلى و قت العلوق و من شأن المستند أن يثبت للحال أولا ثم يستند فيستدعي قيام المحل للحال لا ستحالة ثبوت الحكم في الهالك و اليد المقطوعة هالكة فلا يمكن تصحيح الدعوة فيها بطريق الاستناد و يسقط عن البائع من الثمن حصة الولد لأنه سلم البدل للمشتري و هو الأرش .

و لو ماتت الأم ثم ادعى البائع الولد صحت دعوته و ثبت النسب لأن محل النسب قائم و هو الولد و أمومية الولد ليست من لوازم ثبوت النسب لما تقدم فثبت نسب الولد و إن لم تصر الجارية أم ولد له و هل يرد جميع الثمن عند أبي حنيفة نعم و عندهما لا يرد إلا قدر قيمة الولد فتعتبر القيمتان و يقسم الثمن على قدر قيمة الأم يسقط و ما أصاب قيمة الولد يرد لأنه ظهر أن الجارية أو ولده و من باع أم ولده ثم هلكت عند المشتري لا تكون مضمونة عليه عنده و عندهما تكون مضمونة عليه .

و لقب المسألة : أن أم الولد غير متقومة من حيث إنها مال عنده و عندهما متقومة و هي من مسائل العتاق و على هذا إذا باعها و الحمل غير ظاهر فولدت في يد المشتري لأقل من ستة أشهر فادعاه البائع .

و على هذا إذا حملت الجارية في ملكه فباعها و هي حامل فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر فادعاه البائع هذا إذا ولدت ولدين في بطن واحد فادعى البائع فإن ادعاهما ثبت نسب الولدين منه و هذا ظاهر .

و كذا إذا ادعى أحدهما صحت دعوته و لزمه الولدان جميعا لما مر أن التوأمين لا يحتملان الفصل في النسب لانخلاقهما من ماء واحد فإن ولدت أحدهما لأقل من سنة و الآخر لأكثر من ستة أشهر فادعى أحدهما ثبت نسبهما و يجعل كأنهما ولدتهما جميعا عند البائع لأقل من ستة أشهر لأنهما كانا جميعا في البطن وقت البيع .

و لو ولدتهما عند البائع فباع أحد الولدين مع الأم ثم ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبه و نسب الولد المبيع أيضا سواء كان المشتري ادعاه أو أعتقه لما ذكرنا أنهما لا يحتملان الفصل في ثبات النسب فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر .

و كذلك لو ولدتهما عند المشتري فأعتق أحدهما ثم ادعى البائع الآخر ثبت نسبهما جميعا و ينتقض العتق ضرورة فرقا بين الولد و بين الأم أنه لو كان أعتق الأم فادعى البائع الولد لا ينتقض العتق في الأم و ينتقض في الولد لأن العتق لا يحتمل الفسخ مقصودا و إنما يحتمله للضرورة و في الولد ضرورة عدم الاحتمال للانفصال في النسب و لا ضرورة في الأم لما ذكرنا أن أمومية الولد تنفصل عن إثبات النسب في الجملة .

و لو قطعت يد أحد الولدين ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما و كان الأرش للمشتري لا للبائع إلا أن يقيم البائع البينة على الدعوة قبل البيع فتكون له لما ذكرنا أن ما ثبت بطريق الاستناد ثبت في الحال ثم يستند فيستدعي قيام المحل للحال و اليد المقطوعة هالكة فلا يظهر أثر الدعوة فيها و لو قتل أحدهما ثم ادعاهما البائع ثبت نسبهما وكانت قيمة المقتول لورثة المقتول لا للمشتري فرقا بين القتل و القطع .

و وجه الفرق : أن محل حكم الدعوة مقصودا هو النفس و إنما يظهر في الأطراف تبعا للنفس و بالقطع انقطعت التبعية فلا يظهر حكم الدعوة فيها فسلم الأرش للمشتري و نفس كل واحد من التوأمين أصل في حكم العوة فمتى صحت في أحدهما تصح في الآخر .

و إن كان مقتولا ضرورة أنه لا يتصور الفصل بينهما في النسب و متى صحت الدعوة استندت إلى وقت العلوق لأنها دعوة الاستيلاد فتبين أنهما علقا حرين فكان ينبغي أن تجب الدية لورثة المقتول لا القيمة إلا أنه وجبت القيمة لأن صحة هذه الدعوة بطريق الاستناد و المستند يكون ظاهرا من وجه مقتصرا على الحال من وجه فعملنا بالشبهين فأوجبنا القيمة عملا يشبه الاقتصاد و جعلنا الواجب لورثة المقتول عملا بشبه الظهور عملا بالدليلين بقدر الإمكان و كذلك لو أعتق المشتري أحدهما ثم قتل و ترك ميراثا فأخذ ديته و ميراثه بالولاء ثم ادعى البائع الولدين فإنه يقضى بالحي و أمه للبائع و يثبت نسب الولد المقتول منه و يأخذ الدية و الميراث من المشتري لما قلنا .

هذا إذا ولدت في يد المشتري لأقل من ستة أشهر من وقت البيع فإن ولدت لستة أشهر فصاعدا لم تصح دعوة البائع إلا أن يصدقه المشتري لأنا لم نتيقن بالعلوق في الملك فلم يمكن تصحيح هذه الدعوة دعوة استيلاد فتصحح دعوة تحرير و يشترط لصحة هذه الدعوة قيام الملك للمدعي وقت الدعوة و لم يوجد فلا تصح إلا إذا صدقه المشتري فتصح لأنه أقر بنسب عبد غيره و قد صدقه الغير في ذلك فثبت نسبه و يكون عبدا لمولاه .

و لو ادعى المشتري نسبه بعد تصديقه البائع لم يصح لما مر أن النسب متى ثبت لإنسان في

زمان لا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك هذا كله إذا كانت الدعوى من البائع فإن كانت من المشتري و قد ولدت لأقل من ستة أشهر صحت دعوته و ثبت النسب لأن هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لتيقننا أن العلوق لم يكن في الملك فيستدعي قيام الملك وقت الدعوة و قد وجد فلو ادعاه البائع بعد ذلك لا تسمع دعوته لما مر أن إثبات نسب ولد واحد من اثنين على التعاقب يمتنع و لو ادعاه البائع و المشتري معا فدعوة البائع أولى لأن دعوته دعوة استيلاد لوقوع العلوق في الملك و أنها تستند إلى وقت العلوق و دعوة المشتري دعوة تحرير لوقوع العلوق في غير الملك بيقين و أنها تقتصر على الحال و المستند أولى لأنه سابق في المعنى و الأسبق أولى كرجلين ادعيا تلقي الملك من واحد و تاريخ أحدهما أسبق كان الأسبق أولى كذا هذا .

و على هذا إذا ولدت أمة رجل ولدا في ملكه لستة أشهر فصاعدا فادعاه أبوه ثبت نسبه منه سواء ادعى شبهة أو لا صدقة الابن في ذلك أو كذبه لأن الإقرار بنسب الولد إقرار بوطء الجارية و لأب إذا وطىء جارية ابنه من غير نكاح يصير متملكا إياها لحاجته إلى نسب ولد يحيا به ذكره و لا يثبت النسب إلا بالملك و للأب ولاية تملك مال ابنه عند حاجته إليه ألا ترى أنه يتملك ماله عند حاجته إلى الإنفاق على نفسه كذا هذا إلا أن هناك يتملك بغير عوض و هنا بعوض و هو قيمة الجارية لتفاوت بين الحاجتين إذ الحاجة هناك إلى إبقاء النفس و الحاجة هنا إلى إبقاء الذكر و الاسم و التملك بغير عوض أقوى من التملك بعوض لأن ما قابله عوض كان تملكا صورة لا معنى و قد دفع الشارع كل حاجة بما يناسبها فدفع حاجة استيفاء المهجة بالتملك بغير بدل و حاجة استيفاء الذكر بالتملك ببدل رعاية للجانبين جانب الابن و جانب الأب و تصديق الابن ليس بشرط فسواء صدقه الابن في الدعوى و الإقرار أو كذبه يثبت النسب فرقا بين هذا و بين المولى إذا ادعى ولد أمة مكاتبه أنه لا يثبت نسبه منه إلا بتصديق المكاتب .

ووجه الفرق ظاهر لأنه لا ولاية للمولى على مال المكاتب فكان أجنبيا عنه فوقعت الحاجة إلى تصديقه و للأب ولاية على مال ابنه فلا يحتاج إلى تصديقه لصحة هذه الدعوة لكن من شرط صحة هذه الدعوة كون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق إلى وقت الدعوة حتى لو اشتراها الابن فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر فادعاه الأب لا تصح دعوته لانعدام الملك وقت العلوق و كذا لو باعها فجاءت بولد في يد المشتري لأقل من ستة أشهر فادعاه الأب لم تصح لانعدام الملك وقت الدعوة و كذا لو كان العلوق في ملكه و ولدت في ملكه و خرجت عن ملكه فيما بينهما لانقطاع الملك فيما بينهما ثم إنما كان قيام الملك للابن في الجارية من وقت العلوق إلى وقت الدعوة شرطا لصحة هذه الدعوة لأن الملك يثبت مستندا إلى زمان العلوق و لا يثبت الملك إلا بالتملك و لا تملك إلا بولاية التملك لأن تملك مال الإنسان عليه كرها و تنفيذ التصرف عليه جبرا لا يكون إلا بالولاية فلا بد من قيام الولاية فإذا لم تكن الجارية في ملكه من وقت

العلوق إلى وقت الدعوة لم تتم الولاية فلا يستند الملك و كذلك الأب لو كان كافرا أو عبدا فادعى لا تصح دعوته لأن الكفر و الرق ينفيان الولاية .

و لو كان كافرا فأسلم أو عبدا فأعتق فادعى نظر في ذلك إن ولدت بعد الإسلام أو الإعتاق لأقل من ستة أشهر لم تصح دعوته لانعدام ولاية التملك وقت العلوق و إن ولدت لستة فصاعدا صحت دعوته و يثبت النسب لقيام الولاية و لو كان معتوها فأفاق صحت دعوته استحسانا و القياس أن لا تصح لأن الجنون مناف للولاية بمنزلة الكفر و الرق .

و وجه الاستحسان : أن الجنون أمر عارض كالإغماء و كل عارض على أصل إذا زال يلتحق بالعدم من الأصل كأنه لم يكن كما لو أغمي عليه ثم أفاق و لو كان مرتدا فادعى ولد جارية ابنه فدعوته موقوفة عند أبي حنيفة لتوقف ولايته و عندهما صحيحة لنفاذ ولايته بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عنده و عندهما نافذة و إذا ثبت الولد من الأب فنقول صارت الجارية أم ولد و لا عقر عليه عند أصحابنا الثلاثة رحمهم ا تعالى و عند زفر و الشافعي رحمهم ا يجب عليه العقر .

وجه قولهما : أن الملك ثبت شرطا لصحة الاستيلاد و الاستيلاد إيلاج منزل معلق فكان الفعل قبل الإنزال خاليا عن الملك فيوجب العقر و لهذا يوجب نصف العقر في الجارية المشتركة بين الأجنبيين إذا جاءت بولد فادعاه أحدهما لأن الوطء في نصيب شريكه حصل في غير الملك فيوجب نصف العقر .

و لنا : أن الإيلاج المنزل المعلق من أوله إلى آخر إيلاج واحد فكان من أوله إلى آخره استيلادا فلا بد و أن يتقدمه الملك أو يقارنه على جارية مملوكة لنفسه فلا عقر بخلاف الجارية المشتركة لأن ثمة لم يكن نصيب الشريك شرطا لصحة الاستيلاد و ثبات النسب لأن نصف الجارية ملكه و قيام أصل الملك يكفي لذلك و إنما يثبت حكما للثابت في نصيبه قضية للنسب ضرورة أنه لا يتجزأ و حكم الشيء لا يسبقه بل يتعقبه فوطء المدعي صادف نصيبه و نصيب شريكه و لا ملك له في نصيب شريكه و الوطء في غير الملك يوجب الحد إلا أنه سقط للشبهة فوجب العقر و هنا التملك ثبت شرطا لثبوت النسب و صحة الاستيلاد و شرط الشيء يكون سابقا عليه أو مقارنا له فالوطء صادف ملك نفسه فلا يوجب العقر و لا يضمن قيمة الولد أيضا لأنه علق حرا و إن كانت الجارية مملوكة لا ولاء عليه لأن ذلك حكم الإعتاق فيستدعي تقدم الرق و لم يوجد و دعوة الجد أبي الأب ولد جارية ابن الابن بمنزلة دعوة الأب عند انعدامه أو عند انعدام ولايته .

فأما قيام ولايته فلا حتى لو كان الجد نصرانيا و حافده مثله و الأب مسلم لم تصح دعوة الجد لقيام ولاية الأب .

و إن كان ميتا أو كان كافرا أو عبدا تصح دعوة الجد لانقطاع ولاية الأب و كذا إذا كان الأب

معتوها من وقت العلوق إلى وقت العلوق إلى وقت الدعوة صحت دعوة الجد لما قلنا فإن أفاق ثم ادعى الجد لم تصح دعوته لأنه لما أفاق فقد التحق العارض بالعدم من الأصل فعادت ولاية الأب فسقطت ولاية الجد و لو كان الأب مرتدا فدعوة الجد موقوفة عند أبي حنيفة C فإن قتل على الردة أو مات صحت دعوة الجد و إن أسلم لم تصح لتوقف ولايته عنده كتوقف تصرفاته و عندهما لاتصح دعوة الجد لأن تصرفاته عندهما نافذة فكانت ولايته قائمة هذا إذا وطىء الأب جارية الابن من غير نكاح فأما إذا وطئها بالنكاح ثبت النسب من غير دعوة سواء وطئها بنكاح صحيح أو فاسد لأن النكاح يوجب الفراش بنفسه صحيحا كان أو فاسدا و لا يتملك الجارية لأنه وطئها على ملك الابن بعقد النكاح و عند الشافعي C لا يجوز هذا النكاح لما علم في كتاب النكاح و يعتق الولد على أخيه بالقرابة لأن النسب إنما يثبت بعقد النكاح لا يملك اليمين فبقيت الجارية على ملك الابن و قد ملك الابن و قد ملك الابن أخاه فيعتق عليه فإن ملك الأب الجارية بوجه من الوجوه صارت أم ولد لوجود سبب أمومية الولد و هو ثبات النسب إلا أنه توقف حكمه على وجود الملك فإذا ملكها صارت أم ولد له .

هذا كله إذا ادعى الأب ولد جارية ابنه فأما إذا ادعى ولد أم ولده أو مدبرته بأن جاءت بولد فنفاه الابن حتى انتفى نسبه منه ثم ادعاه الأب لم يثبت نسبه منه في ظاهر الرواية و عليه نصف العقر .

و روي عن أبي يوسف C : أنه فرق بين ولد أم الولد و بين ولد المدبرة فقال : لا يثبت نسب ولد أم الولد و يثبت نسب ولد المدبرة من الأب و عليه قيمة الولد و العقر و الولاء للابن .

وجه هذه الرواية : أن اثبات النسب لا يقف على ملك الجارية لا محالة فإن نسب ولد الأم المنكوحة يثبت من الزوج و الأمة ملك المولى .

و أما القيمة فلأنه ولد ثابت النسب علق حرا فأشبه ولد المغرور فيكون حرا بالقيمة و الولاء للابن لأنه استحقه بالتدبير و أنه لا يحتمل الفسخ بعد الاستحقاق بخلاف ولد أم الولد لأن أم الولد فراش لمولاها فكان الولد مولودا على فراش الابن و المولود على فراش إنسان لا يثبت نسبه من غيره و إن انتفى عنه بالنفي كما في اللعان و الصحيح جواب ظاهر الرواية لأن النسب لا يثبت إلا بالملك و أم الولد و المدبرة لا يحتملان التملك و يضمن العقر لأنه إذا لم يتملكها فقد حصل الوطء في غير الملك و قد سقط الحد للشبهة فيجب العقر .

هذا إذا لم يصدقه الابن في الدعوى بعد ما نفاه فإن صدقه ثبت النسب بالإجماع لأن نسب ولد جارية الأجنبي يثبت من المدعي بتصديقه في النسب فنسب ولد جارية الابن أولى و يعتق على الابن لأن أخاه ملكه و ولاؤه له لأن الولاء لمن أعتق و لو ادعى ولد مكاتبة ابنه لم يثبت نسبه منه لأن النسب لا يثبت بدون الملك و المكاتبة لا تحتمل التملك فلا تصح دعوته إلا إذا عجزت فتنفذ دعوته لأنها إذا عجزت فقد عادت قتا و جعل المعارض كالعدم من الأصل فصار كما

لو ادعى قبل الكتابة و ا سبحانه و تعالى أعلم