

المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني

ليس للرجل أن يطاء مكاتبه إلا أن يشترط وليس له وطء ابنتها ولا جاريتها .
مسألة : قال : وليس للرجل أن يطاء مكاتبته إلا أن يشترط .

الكلام في هذه المسألة من فصلين : .

الفصل الأول : في وطئها بغير شرط وهو حرام في قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب و الحسن و الزهري و مالك و الليث و الثوري و الأوزاعي و الشافعي وأصحاب الرأي وقيل له وطؤها في الوقت الذي لا يشغلها الوطاء عن السعي عما هي فيه لأنها ملك يمينه فتدخل في عموم قوله تعالى { أو ما ملكت أيمانهم } .

ولنا أن الكتابة عقد أزال ملك استخدامها وملك عوض منفعة بضعها فيما إذا وطئت بشبهة فزال حل وطئها كالبيع والآية مخصوصة بالمزوجة فنقيس عليها محل النزاع ولأن الملك ههنا ضعيف لأنه قد زال عن منافعها جملة ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها وتفارق أم الولد فإن ملكه باق عليها وإنما يزول بموته فأشبهت المدبرة والموصى بها وإنما امتنع البيع لأنها استحققت العتق بموته استحقاقا لازما لا يمكن زواله .

الفصل الثاني : إذا شرط وطؤها فله ذلك وبه قال سعيد بن المسيب قال سائر من ذكرنا ليس له وطؤها لأنه لا يملكه مع إطلاق العقد فلم يملكه بالشرط كما لو زوجها أو أعتقها .
وقال الشافعي : إذا شرط ذلك في عقد الكتابة فسد لأنه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضا فاسدا وقال مالك : لا يفسد العقد به لأنه لا يخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسده كالصحيح .

ولنا قول النبي A [المؤمنون عند شروطهم] ولأنها مملوكة له شرط نفعتها فصح كشرط استخدامها يحقق هذا أن منعه من وطئها مع بقاء ملكه عليها ووجود المقتضى لحل وطئها إنما كان لحقها فإذا شرطه عليها جاز كالخدمة ولأنه استثنى بعض ما كان له فصح كاشتراط الخدمة وفارق البيع لأنه يزيل ملكه عنها .

فصل : فإن وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا تعزير ولا مهر لأنه وطء يملكه ويباح له فأشبهه وطأها قبل كتابتها وإن وطئها من غير شرط فقد أساء وعليه التعزير لأنه وطء محرم ولا حد عليه في قول عامة الفقهاء لا نعلم فيه خلافا إلا عن الحسن و الزهري فإنهما قالا : عليه الحد لأنه عقد عليها عقد معاوضة يحرم الوطاء فأوجب الحد بوطئها كالبيع .

ولنا أنها مملوكة فلم يجب الحد بوطئها كأمتة المستأجرة والمرهونة وتخالف البيع فإنه يزيل الملك والكتابة لا تزيله بدليل قوله عليه السلام [المكاتب عبد ما بقي عليه درهم]

وعليه مهرها لها لأنه استوفى منفعتها الممنوع من استيفائها فكان عليه عوضها كمنافع بدنها .

فصل : وإن أولدها صارت أم ولد له سواء وطئها بشرط أو بغير شرط لأنه أحبلها بحر في ملكه فكانت أم ولده كغير المكاتبه والولد حر لأنه ولده من مملوكته ويلحقه نسبه لذلك ولأنه من وطئ سقط فيه الحد للشبهة فأشبه ولد المغرور ولا تلزمه قيمته لأنها وضعت في ملكه .

فصل : وليس له وطئ بنتها لأنها تابعة لأمها موقوفة معها فلم يبح وطؤها كأماها ولا يباح ذلك بالشرط لأن حكم الكتابة ثبت فيها تبعا ولم يكن وطؤها مباحا حال العقد بشرطه فإن وطئها فلا حد عليه لأنها ملكه ويأثم ويعزر لأنه وطئ فرجا محرما ولها مهر عليه حكمه حكم كسبها يكون لأمها تستعين به في كتابتها لأن ذلك سبب حريتها وإن أحبلها صارت أم ولد له حر والولد حر لأنه أحبلها بحر في يملكه ويلحقه نسبه ولا تجب عليه قيمتها لأن أمها لا تملكها ولا قيمة ولدها لأنها وضعت في ملكه .

فصل : وليس له وطئ جارية مكاتبته ولا مكاتبه اتفاقا فإن فعل أثم وعزر ولا حد عليه لشبهة الملك لأنه يملك مالها وعليه مهرها لسيدتها وولده منها حر يلحقه نسبه لأن الحد سقط لشبهة الملك وتصير أم ولد وعليه قيمتها لسيدتها لأنه أخرجها بوطنه عن ملكه وكان عليه قيمتها لسيدته ولا تجب عليه قيمة الولد لأنها وضعت في ملكه ويحتمل أن تلزمه قيمته لأنه أخرجها بوطنه عن أن يكون مملوكا لسيدتها فأشبه ولد المغرور