

المبسوط

(قال) (ليس ينبغي للرجل أن يفرق بين الجارية وولدها في البيع ولا في الهبة ولا في الصدقة ولا في الوصية إذا كان صغيرا) لما روي (أن زيد بن حارثة - B - قدم بسبايا فخرج رسول الله - A - يتصفحهم فرأى جارية والهبة فسأل رسول الله - A - عن شأنها فقال زيد - وقال . (بولدها والده توله لا أدرك أدرك - A - فقال ولدها فبعنا نفقة إلى احتجنا - B - النبي - A -) من فرق بين والده وولدها فرق الله تعالى بينه وبين الجنة) وفي رواية (فرق الله تعالى بينه وبين أحبته يوم القيامة) وكذلك كل ذي رحم محرم .

والحاصل أنه إذا اجتمع في ملكه شخصان بينهما قرابة محرمة للنكاح وهما صغيران أو أحدهما صغير فليس له أن يفرق بينهما في الإخراج عن ملكه بالبيع عندنا وقال الشافعي في الوالدين والمولودين كذلك وفيما سوى ذلك لا بأس بالتفريق بناء على مذهبه في عتق أحدهما على الآخر عند دخوله في ملكه وحجتنا في ذلك ما روي (أن رسول الله - A - وهب لعلي - كرم الله وجهه - أخوين صغيرين ثم لقيه بعد ذلك فقال ما فعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال أدرك أدرك) والمعنى فيه أن الصغير يستأنس بالكبير والكبير يشفق على الصغير ويقوم بحوائجه ففي التفريق بينهما إباحتهما وترك الترحم عليهما وقد قال النبي - A - (من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا) والكافر والمسلم في ذلك سواء لاستوائهما في الشفقة التي تنبني على القرابة ثم تمتد هذه الكراهة إلى البلوغ عندنا وقال الشافعي إلى أن يستغني الصغير عن الكبير في التربية واعتمادنا في ذلك ما ذكره الدارقطني في مسنده بالإسناد عن (رسول الله - A - أنه قال لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام وتحض الجارية) وقد قال بعض مشايخنا - رحمهم الله - إذا راهق الصغير ورضيا أن يفرق بينهما فلا بأس بالتفريق بينهما لأن كل واحد منهما من أهل النظر لنفسه وربما يريان مصلحة في ذلك فلا بأس بالتفريق عند ذلك برضاهما فأما بعد البلوغ فلا بأس بالتفريق بينهما لأن كل واحد منهما يقوم بحوائجه وربما لا يستأنس بعضهم ببعض بل يستوحش بعضهم من بعض إذا اجتمعوا في ملك رجل واحد حتى يؤدي إلى قطيعة الرحم ولهذا حرم الجمع بين الأختين نكاحا .

(ولو كان مملوك لرجل وولده الصغير مملوك لابن الرجل وهو صغير في حجره كان له أن يفرق بينهما بالبيع) لأنهما ما اجتمعا في ملك رجل واحد والأب في التصرف في ملك ولده قائم مقام الولد لو كان بالغاً وكذلك إن كان كل واحد منهما لولد من أولاده .

(ولو اشتراهما جميعا لنفسه فوجد بأحدهما عيبا كان له أن يردّه ويمسك الباقي وعن أبي يوسف قال : يردهما أو يمسكهما) لأن في معنى كراهة التفريق بينهما أنها كشخص واحد وقاس

بما لو اشترى مصراعي باب فوجد بأحدهما عيبا كان له أن يردهما أو يمسكهما وجه ظاهر الرواية أن المثبت لحق الرد له هو العيب وهو مقصور على المعيب حقيقة وحكما ولا يتمكن من رد الآخر بعد تمام الصفقة ثم هذا تفريق بحق مستحق في أحدهما فيجوز كالدفع بالجناية والبيع بالدين .

(ولو كان له من كل واحد منهما شقص لم أكره له أن يبيع شقصة من أحدهما دون الآخر)
لأنهما ما اجتماعا في ملكه وكراهة التفريق بناء على اجتماعهما في ملكه .
(ولو كانا مملوكين له فباع أحدهما دون الآخر كان مسيئا والبيع جائز في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله) وقال أبو يوسف أستحسن إبطال البيع في الوالدين والمولودين ولا أبطله في الأخوين وهو قول الشافعي . وروى الحسن عن أبي يوسف - رحمهما الله - أن البيع في جميع ذلك باطل لما روينا أن النبي - A - قال لعلي - B - (أدرك أدرك) وقال - A - ذلك لزيد بن حارثة - B - وإنما يتمكن من الإدراك بالاسترداد لفساد البيع ففي إحدى الروايتين فيهما جميعا قال البيع فاسد . وفي الرواية الأخرى فرق لقوة الولادة وضعف القرابة المتجردة عن الولادة . وحمل قوله - A - لعلي بن أبي طالب - B - (أدرك أدرك) على طلب الإقالة أو بيع الآخر ممن باع منه أحدهما وهو تأويل الحديثين عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - والقياس لهما فإن النهي عن بيع أحدهما لمعنى في غير البيع غير متصل بالبيع وهو الوحشة وذلك ليس من البيع في شيء والنهي متى كان لمعنى في غير المنهي عنه لا يفسد البيع كالنهي عن البيع وقت النداء .

(قال) (ولا بأس بأن يكتب أحدهما دون الآخر) لأن عقد الكتابة مآله العتق فهو كالإعتاق ولا بأس بأن يعتق أحدهما فكذلك يكتبه لأنه لا تفريق بينهما في هذا التصرف بل يزداد الاستئناس ويمكن الكبير من القيام بحوائج الصغير إذا كوتب أو أعتق وربما يتمكن من شرائه بعد ذلك فيعتق عليه وكذلك لا بأس بأن يبيع أحدهما نسمة للعتق ويمسك الآخر وعن محمد أنه يكره له ذلك وهذا لأن بيع نسمة ليس ببيع بشرط العتق فإن البيع بهذا الشرط لا يجوز ولكنه ميعاد بينهما فربما يفي به المشتري وربما لا يفي فيبقى التفريق بينهما متحققا في الحال . وجه ظاهر الرواية : أن الظاهر من حال من يشتري النسمة للعتق الوفاء بما يعد وإنما ينبني الحكم على الظاهر ما لم يتبين خلافه فبيع أحدهما نسمة كبيع من قريبه ليعتق عليه وذلك غير مكروه .

(قال) (وإذا اجتمع في ملكه أختان فدبر إحداهما أو استولدها والأخرى صغيرة لم أكره له بيع الصغيرة وكذلك إن كاتب إحداهما) لأن كراهة التفريق عند تمكنه من بيعها فإن عند ذلك يكون التفريق محالا على اختياره وهنا هو غير متمكن من بيع إحداهما فيجوز له له بيع الأخرى . وعن أبي يوسف أن في التدبير والاستيلاء ليس له أن يبيع الأخرى لأن ملكه في المدبرة

وأما الولد مطلق فيتحقق اجتماعهما في ملكه فيكره التفريق وفي الكتابة لا يكره لأن ملكه في المكاتب ثابت من وجه دون وجه فلم يجتمعا في ملك مطلق له فلا بأس بأن يبيع إحداهما .
(قال) (وإذا كان أحد المملوكين له والآخر لزوجته أو لمكاتبه فلا بأس بالتفريق بينهما)
لأنهما اجتمعا في ملك رجل واحد ولأنه غير متمكن من بيعهما من واحد إذ ليس له حق التصرف في كسب مكاتبه وملك زوجته وكذلك إن كانت إحداهما لعبد له تاجر وعليه دين لأنه غير متمكن من بيعها فإن تصرفه في كسب العبد المديون لا ينفذ وعن أبي حنيفة : هو لا يملك كسبه فلم يجتمعا في ملكه .

(وإن لم يكن على العبد دين فليس له أن يفرق بينهما) لأنهما اجتمعا في ملكه وهو متمكن من بيعهما .

(وإن كانت إحداهما لمضاربه فلا بأس بأن يبيع المضارب ما عنده منهما) لأن المضارب غير مالك لهما ولا هو متمكن من بيعهما فله أن يبيع ما كان عنده منهما .

(قال) (وإذا كان للرجل أمة فباعها على أن له الخيار ثلاثة أيام ثم اشترى ابنها كرهت له أن يوجب البيع في الأمة) لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فقد اجتمعا في ملكه وهو متمكن من أن لا يفرق بينهما بأن يفسخ البيع فيها ثم يبيعهما معا فإذا أوجب البيع في الأمة كان مفرقا بينهما باختياره وذلك مكروه وكذلك إن سكت حتى مضت المدة لأن سكوته عن الفسخ إلى مضي المدة كاختياره إمضاء البيع .

(وإن كان الخيار للمشتري فلا بأس بأن يستوجبها) لأن الأمة خرجت من ملك البائع مع خيار المشتري فلم يجتمعا في ملك رجل واحد .

(ولو كان عنده ابن لها فاختر ردها لم يكن بذلك بأس) أما عند أبي حنيفة فلأنهما لم يجتمعا في ملكه فإن خيار المشتري يمنع وقوع الملك له وعندهما لأن هذا التفريق لحق له في إحداهما فكان بمنزلة الرد بخيار العيب .

(قال) (ويكره للمكاتب والعبد التاجر من التفريق ما يكره للحر) لأنهما مخاطبان . وفي التمكن من بيعهما معا بمنزلة الحرين وكراهة التفريق لحق الشرع فيستوي فيه المملوك والحر ولا يكره التفريق من ذي محرم من غير النسب كالرضاع والمصاهرة (لحديث عبد الله بن مسعود - B - أن رجلا سأله فقال أبيع جارية لي قد أرضعت ولدي فقال قل من يشتري أم ولدي) وهذا لأن الرضاع والمصاهرة بمنزلة النسب في حرمة النكاح خاصة . وأما الأحكام المتعلقة بالقرابة سوى الحرمة لا يثبت شيء منها بالرضاع والمصاهرة .

(قال) (ولا بأس بالتفريق بين المملوكين الزوجين) لأنه لا قرابة بينهما وعلى ذلك تنبني كراهية التفريق .

(قال) (وإذا اجتمع أخوان في ملك رجل لا ينبغي له أن يبيع أحدهما من ابن صغير له في

عياله) لأن هذا تفريق بينهما في البيع والملك ولو جاز هذا لجاز الذي باعه من ابنه الصغير بعد ذلك فيتحقق التفريق بهذا الطريق فإذا دخل الحربي دار الإسلام بغلامين أخوين صغيرين بأمان فأراد أن يبيع أحدهما فلا بأس بشرائه منه . وإن كان فيه تفريق لأنني إن لم أشتريه منه لأعاده إلى دار الحرب ويتمكن من ذلك فشراؤه منه أقرب إلى النظر من مراعاة التفريق .

ولو كان قد اشتراهما في دار الإسلام كرهت للمسلم أن يشتري منه أحدهما . لأنه يجبر على بيعهما ولا يمكن أن يدخل بهما في دار الحرب لأنه اشتراهما من أهل الإسلام أو من أهل الذمة وهو إن لم يكن مخاطبا بحرمة التفريق فالمسلم المشتري مخاطب بالتحرز عن اكتساب سبب التفريق إلا أن يكون اشتراهما في دار الإسلام من حربي مستأمن فلا بأس حينئذ بشراء أحدهما منه لأنه غير مجبر على بيعهما بل هو ممكن من أن يدخلهما دار الحرب كما كان البائع متمكنا من ذلك ولم يذكر في الكتاب ما إذا اجتمع في ملكه مع الصغير كبيران . والجواب في ذلك أن الكبيرين إذا استويا في القرابة من الصغير وكان ذلك من جهة واحدة كالأخوين والخالين والعمين فلا بأس بأن يبيع أحد الكبيرين استحسانا . وفي القياس يكره ذلك وهو رواية عن أبي يوسف لأن الصغير يستأنس بكل واحد منهما وكل واحد منهما في حقه كالمنفرد به .

وفي الاستحسان قال هذا يمنع لحق الصغير وحقه مراعى إذا ترك معه أحد الكبيرين فإنه يستأنس به ويقوم الكبير بحوائجه فلا بأس ببيع الآخر وإن كانت قرابتهما إليه من جهتين كالأب والأم فليس له أن يفرق بينهما وبينه ولا يبيع واحدا منهما لأن كل واحد منهما له نوع شفقة ليس للآخر وله بكل واحد منهما نوع استئناس لا يحصل ذلك بالآخر .

(فإن كان أحدهما أبعد والآخر أقرب إليه في القرابة كالأم مع الجد في ظاهر الرواية لا بأس ببيع الأبعد ويمسك الأقرب مع الصغير) لأن مقصود الصغير يحصل إذا أمسك الأقرب معه وشفقة الأقرب عليه أظهر والقرابة البعيدة عند المقابلة بالقرابة تكون البعيدة كالمعدومة وروى بشر عن أبي يوسف - رحمهما - أنه يكره له أن يبيع واحدا منهما لأنه يستأنس بكل واحد منهما نوع استئناس كما إذا استويا في الدرجة