

كتاب المفقود

(وإذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه) لأن القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون، وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له. وقوله يستوفي حقه لا خفاء أنه يقبض غلاته والدين الذي أقر به غريم

كتاب المفقود

هو الغائب الذي لا يدري حياته ولا موته قوله: (إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه) أي على ماله (ويستوفي حقوقه لأن القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كالصبي والمجنون) فعلى القاضي أن يفعل في أمرهم ما ذكرنا لما ذكرنا (وقوله) أي قول القدوري يستوفي حقوقه يريد أنه يقبض غلاته والدين الذي أقر به غريم ويخاصم في دين وجب يعقده أي بعقد الذي نصب القاضي (لأنه أصيل في حقوق عقده، ولا يخاصم في الدين الذي تولاه المفقود ولا في نصب له عقار أو عروض في يد رجل) ولا في حق من الحقوق إذا جحد من هو عنده أو عليه (لأنه ليس بمالك ولا نائب إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف، إنما الخلاف في الوكيل يقبض الدين من جهة المالك) عند أبي حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما لا يملك (وإذا كان كذلك) يعني إذا كان وكيل القاضي لا يملك الخصومة (فلو قضى بخصومته كان قضاء على الغائب) والأوجه أو يقول للغائب: والقضاء عليه فيما لو ادعى إنسان على المفقود ديناً أو وديعة أو شركة في عقار أو رقيق أو رداً بعيب أو مطالبة لاستحقاق لا تسمع الدعوى ولا البيئة لأنهما إنما يسمعان على خصم والوكيل ليس خصماً، والورثة إنما يصيرون خصماء بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغائب (وهو لا يجوز إلا إذا رآه القاضي) أي إذا رأى القاضي المصلحة في الحكم للغائب وعليه فحكم فإنه ينفذ لأنه مجتهد فيه. فإن قيل: ينبغي أن لا ينفذ حتى يمضيه قاض آخر لأن نفس القضاء مجتهد فيه، كما لو كان القاضي محدوداً في قذف فإن نفاذ قضائه لموقوف على أن يمضيه قاض آخر. أجيب بمنع أنه من ذلك بل المجتهد سببه وهو هذه البيئة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر أم لا، وإذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في قذف. وفي الخلاصة الفتوى على هذا (ثم ما كان يخاف عليه الفساد) كالثمار ونحوها (يبينه القاضي لأنه تعلم عليه حفظ صورته ومعناه فينتظر للغائب بحفظ معناه) ولا يبيع ما لا يخاف فسادة متولاً كان أو عقاراً (في نفقة ولا غيرها، لأن القاضي لا ولاية له على الغائب إلا في الحفاظ وفي البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجئ فلا يجوز، فإن لم يكن له مال إلا عروض أو عقار أو خادم واحتاج ولده) أو

كتاب المفقود

قد تقدم وجه مناسبة هذا الكتاب هنا، والمفقود مشتق من الفقد وهو في اللغة من الأضداد، يقال فقدت الشيء: أي أضلته، وفقدته: أي طلبته، وكلا المعنيين متحقق في المفقود فقد ضل على أهله وهم في طلبه. وذكر في الكتاب ما يدل على مفهومه الشرعي وهو قوله: (إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولم يعلم أحي هو أم ميت) وقوله: (نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه) إشارة إلى بيان حكمه في الشرع، وكلامه واضح قوله: (ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل) بأن كان الشيء مشتركاً بين المفقود وغيره قوله: (وأنه) أي الوكيل من جهة القاضي (لا يملك الخصومة

كتاب المفقود

قوله: (وهو في اللغة من الأضداد الخ) أقول: أنت خير بأن الطلب ليس ضدّاً للإضلال، إلا أن يكون إطلاق الضد توسعاً بناء على أن الطلب سبب للوجدان فأقيم مقامه فلي تأمل.

من غرمائه لأنه من باب الحفظ، ويخاصم في دين وجب بعقده لأنه أصيل في حقوقه، ولا يخاصم في الذي تولاها المفقود ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف، إنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين، وإذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب، وأنه لا يجوز إلا إذا رآه القاضي وقضى به لأنه مجتهد فيه، ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لأنه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى (ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها) لأنه لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ السورة

زوجته إلى النفقة لا يباع، بخلاف الوصي فإنه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب لأن ولايته ثابتة فيما يرجع إلى حق الموصي، ويبيع العروض فيه معنى حقه، وربما يكون حفظ الثمن للإيصال إلى ورثته أيسر، وهنا لا ولاية للقاضي على المفقود إلا في الحفظ. وفي المبسوط: وقال أبو حنيفة: إن كان له أب محتاج فله أن يبيع شيئاً من عروضه وينفقه عليه وليس له بيع العقار وهو استحسان. وفي القياس: ليس له بيع العروض وهو قولهما. وذكر الكرخي أن محمداً ذكر قول أبي حنيفة في الأمالي وقال: هو حسن وجه الاستحسان أن الأب وإن زالت ولايته بقي أثرها حتى صح استيلاؤه جارية ابنه مع أن الحاجة إلى ذلك ليس من أصول الحوائج، وإذا ثبت بقاء أثر ولايته كان كالوصي في حق الوارث الكبير، وللوصي بيع العروض دون العقار (وينفق على زوجته وأولاده من ماله) يعني الحاصل في بيته والواصل من ثمن ما يتسارع إليه الفساد ومن مال مودع عند مقر ودين على مقر. قال المصنف: (وليس هذا مقصوراً على الأولاد) قلت: ولا هو على إطلاقه فيهم بل يعم قرابة الولاد، يعني من الأب والجد وإن علا (والأصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته) لأن لهم أن يأخذوا حاجتهم بيدهم من ماله إذا كان جنس حقهم من النقد والثياب ليس فكان إعطاء القاضي إن كان المال عنده أو تمكنهم إن كان عندهم إعانة لا قضاء على الغائب فإنهم كانوا مأذونين شرعاً أن يتناولوا بأنفسهم (وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله) فمن الأول: أعني المستحقين بلا قضاء (والأولاد الصغار والإناث الكبار) إذا لم يكن لهم مال، وكذا الأب والجد والزمنى من الذكور الكبار فكل من له مال

بلا خلاف، إنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين) فإنه عند أبي حنيفة رحمه الله يملك الخصومة وعندهما لا يملكها (وإذا كان كذلك) يعني أن وكيل القاضي لما لم يملك الخصومة كان حكم القاضي بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغائب، والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز، لأن القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغائب غير متصورة (إلا إذا رآه القاضي) أي جعل ذلك رأياً له وحكم به فحينئذ يجوز، لأن القضاء إذا لاقى فضلاً مجتهداً فيه نفذ. فإن قيل: المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف نفاذه على إمضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدوداً في قذف. أجب بأن المجتهد فيه سبب للقضاء وهو أن البيئة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أو لا، فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف قوله: (ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي) ظاهر. قوله: (ومن الثاني الأخ والأخت) إنما كان من الثاني لأنها نفقة ذي الرحم المحرم (وهي مجتهد فيها فلا تجب إلا بالقضاء أو الرضا) ولهذا لم يكن لهم الأخذ بدون القضاء والرضا. وقوله: (فإذا لم يكن ذلك) يعني الملبوس والمطعمون في ماله قوله: (وهذا) أي الذي ذكرناه من إنفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير (إذا كانت في يد القاضي) (وهذا) أي الاحتياج إلى الإقرار إنما هو (إذا لم يكونا) أي الدين والوديعة أو النكاح، والنسب جعل الدين والوديعة شيئاً واحداً، والنكاح والنسب كذلك فلذلك ذكرهما

قال المصنف: (يتضمن الحكم به قضاء على الغائب) أقول: فيه شيء، والظاهر أن يقال قضاء للغائب قوله: (والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز) أقول: في فصل القضاء بالمورث من شرح الإقنان، وأحال على المختلف أنه قيل: يجوز القضاء للغائب عندهما ولا يجوز عنده.

وهو ممكن. قال: (وينفق على زوجته وأولاده من ماله) وليس هذا الحكم مقصوراً على الأولاد بل يعم جميع قرابة الأولاد. والأصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لأن القضاء حينئذ يكون إعانة، وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع، فمن الأولاد الصغار والإناث من الكبار والزمني من الذكور الكبار، ومن الثاني الأخ والأخت والخال والخالة. وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لأن حقهم في المطعوم والملبوس فإذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لأنه يصلح قيمة كالمضروب، وهذا إذا كانت في يد القاضي، فإن كانت وديعة أو ديناً ينفق عليهم منهما إذا كان المودع

لا يستحق النفقة عليه في حال حضوره فضلاً عن غيبته، إلا الزوجة فإنها تستحق وإن كانت غنية لأن استحقاقها بالعقد والاحتباس واستحقاق غيرها بالحاجة وهي تنعدم بالغي (ومن الثاني) يعني من لا يستحق إلا بالقضاء (الأخ والأخت والخال والخالة) ونحوهم من قرابة غير الولاد (وقوله) أي قول القُدوري (من ماله، يعني الدراهم والدنانير لأن حقهم في المطعوم والملبوس، فإذا لم يكن في ماله) عين المطعوم والملبوس (يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر) أي غير المضروب (كذلك لأنه يصلح قيمة كالمضروب) وهذا إذا كانت الدراهم والدنانير والتبر في يد القاضي (فإن كانت وديعة أو ديناً ينفق عليهم منها) إن كان المودع مقراً بالوديعة والنكاح والنسب والمديون كذلك مقر بالدين والنكاح والنسب (وهذا) يعني اشتراط إقرارهما بالنكاح والنسب (وإذا لم يكونا ظاهرين) عند القاضي (فإن كانا ظاهرين) معروفين له (فلا يحتاج إلى إقرارهما بهما، ولو كان الظاهر عنده أحدهما الوديعة والدين أو النكاح والنسب) جعل كل اثنين واحداً (يشترط إقرار من في جهته المال بالآخر الذي ليس ظاهراً فيقر في الأول عند القاضي أن هذه زوجته وهذا ولده. وفي الثاني بأن له عندي وديعة أو علي دينه وقوله هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس الذي به زفر لا أن هذا اختلاف الروايتين، قال: لا ينفق من الوديعة شيئاً عليهم لأن إقرار المودع بذلك ليس حجة على الغائب وهو ليس خصماً عن الغائب، ولا يقضي على الغائب بلا خصم، ومثل هذا في الدين أيضاً. قلنا: المودع مقر بأن ما في يده ملك الغائب، وأن للولد والزوجة حق الإنفاق منه، وإقرار الإنسان بما في يده معتبر فينتصب هو خصماً باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه إلى المفقود، ومثل هذا القياس ليس في الوديعة والدين خاصة بل في جميع أموال المفقود، وقد يقال أيضاً في جوابه: نعم القياس ما ذكرت، لكننا استحسنا ذلك بحديث هند امرأة أبي سفيان، وقد أسلفناه. قال فيه: «خذي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك بالمعروف»^(١) إذ هو يفيد مطلقاً جواز الإنفاق من مال الغائب لمن تجب له النفقة من الزوجة والولد، ثم إذا ثبت في الزوجة والولد على خلاف القياس لا يلحق به قرابة غير الولاد بالقياس، وثبت نفقة الأب بالدلالة لأن حقه فيها أكد من حق الولد، فإن الولد لا يستحقها بمجرد الحاجة، بل إذا كان عاجزاً عن الكسب والأب يستحقها بمجرد ما وإن كان يقدر على الكسب قوله: (ولو دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لأنه ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه، بخلاف ما دفع بأمر القاضي لأن القاضي نائب عنه) فكان له أن يأمر هؤلاء بالقبض، وليس القاضي نائباً في الحفظ فقط، بل فيه وفي إيفاء ما عليه من الحقوق أيضاً مما لا يحتاج في ثبوته عنده إلى سماع بينة، وجاز له أن يوفي ما عليه من دين إذا علم بوجوبه، بخلاف المودع فإنه المأمور بالحفظ فقط فيضمن إذا أعطاهم بلا أمره. فإن قيل: ينبغي أن لا يضمن المودع إذا دفعها إليهم لأنه لو رد الوديعة إلى من في

بلفظ التثنية قوله: (هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس وهو قول زفر إنه لا ينفق منهما عليهم بالإقرار لأن إقرار المودع ليس بحجة على الغائب، وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضي على الغائب إذا لم يكن عنه خصم حاضر، ولكننا نقول: المودع مقر بأن ما في يده ملك الغائب، وأن للزوجة والولد حق الإنفاق منه، وإقرار الإنسان فيما في يده معتبر

(١) صحيح. رواه البخاري ومسلم وغيرهما وقد تقدم في باب النفقة.

والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب، وهذا إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي، فإن كانا ظاهرين فلا حاجة إلى الإقرار، وإن كان أحدهما ظاهر الوديعة والدين أو النكاح والنسب يشترط الإقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح، فإن دفع المودع نفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لأنه ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه، بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي لأن القاضي نائب عنه، وإن كان المودع والمديون جاحدين أصلاً أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصماً في ذلك لأن ما يدعيه للغائب لم يتعين سبباً لثبوت حقه وهو النفقة، لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود. قال: (ولا يفرق بينه وبين امرأته) وقال مالك: إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شئت لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة وكفى به إماماً، ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتباراً بالإيلاء والعنة، وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منها الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملاً بالشبهين. ولنا قوله عليه السلام في امرأة المفقود أنها امرأته حتى يأتيها البيان. وقول علي رضي الله

عيا المودع بريء. أجب بأن ذلك إذا دفعها إليهم للحفاظ عليه لا للإتلاف، والأحسن أن يأخذ القاضي منها كفيلاً لاحتمال أنه طلقها قبل ذهابه أو عجل لها النفقة، لكن لو لم يأخذ جاز لأنه لا يجب أخذ الكفيل إلا لخصم وليس هنا خصم طالب هذا، (فلو كان المودع والمديون جاحدين أصلاً) أي جاحدين لكل من الوديعة والدين والنسب والزوجية (أو جاحدين النسب والزوجية) معترفين بالوديعة والدين وليسا ظاهرين عند القاضي (لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة) الزوجة أو الأب أو الابن (خصماً في ذلك) أي في إثبات الدين أو النسب أو الوديعة بإقامة البينة على شيء من ذلك، لأن المودع والمديون ليسا خصماً في ثبوت الزوجية والقضاء بها، ولا ما يدعيه للغائب سبباً متعيناً لثبوت حقه الذي هو النفقة (لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود) وستعرف تفصيل هذا إن شاء الله تعالى في أدب القاضي قوله: (ولا يفرق بينه وبين امرأته، وقال مالك: إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شئت، لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة) (ولأنه منع حقها بالغيبة) وإن كان عن غير قصد منه (يفرق بينهما القاضي بعد مضي مدة اعتباراً بالإيلاء والعنة) فإنه يفرق بينهما فيهما بعد مدة كذلك، وهذا منه في الإيلاء بناء على أنه لا يوجب الفرق بمجرد مضي المدة بل بتفريق القاضي بعدها، وبعد هذا الاعتبار أخذ في المدة الأربع من الإيلاء والسنين من العنة بجامع دفع الضرر عنها (عملاً بالشبهين) وحديث الذي أخذته الجن رواه ابن أبي شيبة: حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن يحيى بن جعدة: أن رجلاً انتسفته الجن على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فأتت امرأته عمر فأمرها أن تترى أربع سنين، ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها، ثم أمرها أن تعتد فإذا انقضت عدتها تزوجت، فإن جاء زوجها خير بين امرأته والصدوق. وأخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيد الذي فقد

فينتصب هو خصماً باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه إلى المفقود. وقوله: (لأن القاضي نائب عنه) اعترض عليه بأن القاضي نائب عن الغائب في القبض للحفاظ ولا حفظ في القبض للإتلاف على هؤلاء فلا يكون نائباً. وأجب بأن القاضي نائب عنه في إيفاء ما عليه من الحقوق كما هو نائب عنه في الحفاظ لهذا جاز له أن يوفي ما عليه من الدين إذا علم بوجوبه بخلاف المودع فإنه نائب عنه في الحفاظ فقط. فإن قلت: إذا دفع المودع بغير أمر القاضي وجب أن لا يضمن لأنه دفعها إلى من في عيال المودع ولا ضمان عليه في ذلك. أجب بأن الدفع إليهم لا يوجب إذا كان للحفاظ والدفع للإتلاف دفع. وقوله: (لأن ما يدعيه للغائب) معناه أن الخصومة لا تسمع إلا من المالك أو نائبه والمالك غائب ولا نائب له حقيقة لأنه لم يوكل وهو ظاهر، ولا حكماً لأن ما يدعيه للغائب لم يتعين له سبباً لثبوت حقه وهو النفقة لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود. ولا يكون الثابت حكماً إلا في مثل ذلك، وسيجيء تمامه في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى. قال: (ولا يفرق بينه وبين امرأته) كلامه واضح، وقصة من استهونه الجن: أي جرّته إلى المهاوي وهي المهالك ما روى عبد

عنه فيها: هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق خرج بياناً للبيان المذكور في المرفوع، ولأن النكاح عرف بثبوته والغيبه لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك، وعمر رضي الله عنه رجع

قال: دخلت الشعب فاستهوتني الجن، فمكثت أربع سنين، ثم أتت امرأتي عمر الحديث بمعنى الأول. وأخرجه عبد الرزاق من طريق آخر وفيه: فقال له عمر لما جاء: إن شئت ردنا إليك امرأتك وإن شئت زوجناك غيرها، قال: بل زوجني غيرها، ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره. ورواه الدارقطني وفيه: ثم أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً. وروى مالك في الموطأ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تحل. وأسند ابن أبي شيبة عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قالا في امرأة المفقود: تتربص أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً. وأسند ابن أبي شيبة عن جابر بن زيد: تذاكر ابن عمر وابن عباس المفقود فقالا: تتربص امرأته أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها ثم تتربص أربعة أشهر وعشراً^(١). قال المصنف: (ولنا قوله ﷺ في امرأة المفقود «إنها إمرأته حتى يأتيها البيان») أخرجه الدارقطني في سنته عن سوار بن مصعب: حدثنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال: قال رسول الله ﷺ «امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان» وفي بعض نسخة «حتى يأتيها الخبر»^(٢) وهو مضعف بمحمد بن شرحبيل. قال ابن أبي حاتم عن أبيه: إنه يروي عن المغيرة مناكير أباطيل. وقال ابن القطان: وسوار بن مصعب. أشهر في المتروكين منه. ثم عارض المصنف بقول علي قول عمر، وهو ما روى عبد الرزاق: أخبرنا محمد بن عبد الله العزمي عن الحكم بن عتيبة أن علياً رضي الله عنه قال في امرأة المفقود: هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق. أنبأنا معمر عن ابن أبي ليلى عن الحكم أن علياً مثله. وقال: أخبرنا ابن جريج قال: بلغني أن ابن مسعود وافق علياً على أنها تنتظر أبداً، وأخرج ابن أبي شيبة عن أبي قلابه وجابر بن يزيد والشعبي والنخعي كلهم قالوا: ليس لها أن تتزوج حتى يستبين موته^(٣) وقوله: (ولأن النكاح الخ) الحاصل أن المسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان

الرحمن بن أبي ليلى قال: أنا لقيت المفقود فحدثني حديثه قال: أكلت خبزاً في أهلي فخرجت فأخذني نفر من الجن فمكثت فيهم، ثم بدا لهم في عتقي فأعتقوني ثم أتوا بي قريباً من المدينة فقالوا: أتعرف الخليل^(٤)؟ فقلت: نعم، فخلوا عني، فجئت فإذا عمر بن الخطاب قد أبان امرأتي بعد أربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت، فخيرني عمر رضي الله عنه بين أن يردها علي وبين المهر. قال مالك: وهذا مما لا يدرك بالقياس فيحمل على المسموع من رسول الله ﷺ (ولأنه منع حقها بالغيبه فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتباراً بالإيلاء والعنة) والجامع بينهما منع الزوج حق المرأة ورفع الضرر عنها، فإن العنين يفرق بينه وبين امرأته بعد مضي سنة لرفع الضرر عنها، وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لرفع الضرر عنها، ولكن عذر المفقود أظهر من عذر المولى والعنين، فيتعين في حقه المدة في التربص بأن تجعل السنون مكان الشهور

قوله: (قال أكلت خبزاً) أقول: بالخاء المعجمة قوله: (وحاضت وانقضت الخ) أقول: يتبادر منه أن يكون اعتدادها بالحيض مع أنه قال تعتد عدة الوفاة، فالأولى حذف قوله وحاضت من البين قوله: (وبين المهر) أقول: أي أخذ مهر المثل من الزوج الثاني قوله: (وبين المولى وامرأته) أقول: في التركيب شيء إلا أن يقدر الفعل بعد الواو العاطفة، ويقال ويفرق بين المولى ويكون المطف على جملة فإن العنين الخ قوله: (ولكن عذر المفقود أظهر الخ) أقول: في أظهرته من عذر العنين تأمل، إلا أنه يقال: إقدامه مع عتته على التزوج ينقص من عذره.

(١) انظر هذه الآثار في نصب الرأية ٤٧١/٣، ٤٧٢.

(٢) ضعيف. أخرجه الدارقطني ٣١٢/٣ من حديث المغيرة قال الزيلعي في نصب الرأية ٤٧٣/٣: قال ابن أبي حاتم في علله: سألت أبي عن حديث رواه سوار عن محمد بن شرحبيل عن المغيرة فقال أبي: هذا حديث منكر. ومحمد بن شرحبيل متروك الحديث. يروي عن المغيرة مناكير أباطيل. وذكره عبد الحق من أحكامه وأعله بمحمد بن شرحبيل.

(٣) انظر هذه الآثار في نصب الرأية ٤٧٣/٣.

(٤) خ: الخليل اهـ.

إلى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقاً معجلاً فاعتبر في الشرع مؤجلاً فكان موجباً للفرقة، ولا بالعنة لأن الغيبة تعقب الأودة، والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة. قال: (وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته) قال رضي الله عنه: وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة: وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران، وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة، وقدره بعضهم بتسعين، والأقيس أن لا يقدر بشيء. والأرفق أن

الله عليهم أجمعين. فذهب عمر إلى ما تقدم. وذهب علي رضي الله عنه إلى أنها امرأته حتى يأتيها البيان، والشأن في الترجيح والحديث الضعيف يصلح مرجحاً لا مثبتاً بالأصالة، وما ذكر من موافقة ابن مسعود مرجح آخر. ثم شرع المصنف في مرجح آخر فقال (ولأن النكاح عرف بثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك) وذكر أن عمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي. ذكره ابن أبي ليلى قال: ثلاث قضايا رجع فيها عمر إلى قول علي: امرأة المفقود، وامرأة أبي كنف، والمرأة التي تزوجت في عدتها. وقلنا في الثلاث قول علي رضي الله عنه، فامرأة المفقود عرفت، وأما امرأة أبي كنف فكان أبو كنف طلقها ثم راجعها ولم يعلمها حتى غاب ثم قدم فوجدها قد تزوجت، فأتى عمر رضي الله عنه فقص عليه القصة فقال له: إن لم يكن دخل بها فأنت أحق بها، وإن كان دخل بها فليس لك عليها سبيل، فقدم على أهلها وقد وضعت القصة على رأسها فقال لهم: إن لي إليها حاجة فخلوا بيني وبينها، فوقع عليها وبات عندها ثم غدا إلى الأمير بكتاب عمر فعرفوا أنه جاء بأمر بين، وهذا أعني عدم ثبوت الرجعة في حقها إذا لم تعلم بها حتى إذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للأول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجع إلى قول علي أن مراجعتها إياها صحيح وهي منكوحته دخل بها الثاني أو لا. وأما المرأة التي تزوجت في عدتها فالمرأة التي ينعي إليها زوجها فتعتد وتزوج، وكان مذهبه فيها إذا أتى زوجها حياً يخيره بين أن ترد عليه وبين المهر، وقد صح رجوعه إلى قول علي وهو أن يفرق بينها وبين الثاني ولها المهر عليه بما استحل من فرجها، وترد إلى الأول ولا يقربها حتى تنقضي عدتها من ذلك. قال: (ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقاً معجلاً في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلاً) وهذا على رأينا بأن الوقوع به عند انقضاء المدة بالإيلاء لا يتوقف على تفريق القاضي. قال: (ولا بالعنة) لأن الغيبة في الغالب تعقبها الرجعة (والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة) فكان عود المفقود أرجى من زوال العنة بعد مضي السنة فلا يلزم أن يشرع فيه ما شرع فيها قوله: (وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته) قال المصنف رحمه الله (هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة، وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران، وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة، وقدره بعضهم بتسعين، والأقيس أن لا يقدر بشيء والأرفق أن يقدر بتسعين) وجه رواية الحسن أن الأعمار في زماننا قلما تزيد على مائة وعشرين، بل لا يسمع أكثر من ذلك فيقدر بها تقديراً بالأكثر، وأما ما قيل إن هذا يرجع إلى قول أهل الطبائع فإنهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من ذلك، وقولهم باطل بالنصوص كنوح عليه السلام وغيره، فما لا ينبغي أن يذكر توجيهاً لمذهب

فتبرص أربع سنين (عملاً بالشبهين) قوله: (ولنا) ظاهر، وحاصله أن البيان في الحديث المرفوع إلى النبي عليه الصلاة والسلام مجمل، وقول علي رضي الله عنه خرج بياناً لذلك المبهم قوله: (وعمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه) رواه ابن أبي ليلى قوله: (ولا معتبر بالإيلاء) جواب عن قياس مالك في صورة النزاع على الإيلاء وهو ظاهر، فإن الإيلاء إذا كان طلاقاً كان مزيلاً للملك، بخلاف المفقود فإنه يظهر له منه طلاق لا معجل ولا مؤجل قوله: (ولا بالعنة) جواب عن القياس بالعنة. وتقريره أن العنة بعد ما استمرت سنة كانت طبيعة والطبيعة لا تنحل فقات حقها على التأيد فيفرق بينهما بعد سنة دفعاً للضرر عنها، بخلاف امرأة المفقود فإن حقها مرجو قبل مضي أربع سنين وبعده قوله: (وإذا تم له مائة وعشرون سنة) اختلفت روايات أصحابنا في مدة المفقود؛ فروى الحسن عن أبي حنيفة أنها مائة وعشرون سنة من يوم ولد، فإذا مضت هذه المدة حكمنا بموته. قيل: وهذا يرجع إلى قول أهل الطبائع والنجوم فإنهم يقولون: لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه

قوله: (والطبيعة لا تنحل الخ) أقول: في كلامه إشارة إلى أن قلما في كلام المصنف للنفي.

يقدر بتسعين، وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت (ويقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت) كأنه مات في ذلك الوقت معاينة إذ الحكمي معتبر بالحقيقي (ومن مات قبل ذلك لم يرث منه) لأنه لم يحكم

من مذاهب الفقهاء، وكيف وهم أعرف بما دلت عليه النصوص والتواريخ بالأعمار السالفة للبشر بل لا يحل لأحد أن يحكم على أئمة المسلمين أنهم اعتمدوا في قول لهم على أمرهم يعترفون بطلانه ويوجبون عدم اعتباره في شيء من الأشياء. ووجه ظاهر الرواية أنه من النوادر أن يعيش الإنسان بعد موت أقرانه فلا ينبني الحكم عليه. ثم اختلفوا: فذهب بعض المشايخ إلى أن المعتبر موت أقرانه من جميع البلاد وآخرون أن المعتبر موت أقرانه في بلده، فإن الأعمار قد تختلف طولاً وقصراً بحسب الأقطار بحسب إجراءات سبحانه وتعالى العادة، ولذا قالوا: إن الصقالة أطول أعماراً من الروم، فإنما يعتبر بأقرانه في بلده، ولأن في ذلك حرجاً كبيراً في تعرف موتهم من البلدان، بخلافه من بلده فإنما فيه نوع حرج محتمل. وأما المروي عن أبي يوسف فذكر عنه وجه يشبه أن يكون على سبيل المداعبة منه لهم. قيل إنه سئل عنه فقال: أنا أبينه لكم بطريق محسوس فإن المولود إذا كان بعد عشر يدور حول أبويه هكذا وعقد عشراً، فإذا كان ابن عشرين فهو بين الصبا والشباب هكذا، وعقد عشرين، فإذا كان ابن ثلاثين يستوي هكذا وعقد ثلاثين، فإذا كان ابن أربعين يحمل عليه الأثقال هكذا وعقد أربعين، فإذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الأثقال والأشغال هكذا وعقد خمسين، فإذا كان ابن ستين ينقبض للشيخوخة هكذا وعقد ستين، فإذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا وعقد سبعين، فإذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا وغد ثمانين، فإذا كان ابن تسعين تنضم أعضاؤه في بطنه هكذا وعقد تسعين. فإذا كان ابن مائة يتحول من الدنيا إلى العقبى كما يتحول الحشاش من اليمن إلى اليسرى، ولا شك أن يمثل هذا لا يثبت الحكم، وإنما المعول عليه الحمل على طول العمر في المفقود احتياطاً، والغالب فيمن طال عمره أن لا يجاوز المائة. فقله في المبسوط: وكان محمد بن سلمة يفتي بقول أبي يوسف حتى تبين له خطؤه في نفسه فإنه عاش مائة وسبع سنين ليس موجباً لخطئه لأنه مبني على الغالب عنده، وكونه هو خرج عن الغالب لا يكون مخطئاً فيما أعطي من الحكم، وكذا ذكر الإمام سراج الدين في فرائضه عن نصير بن يحيى أنها مائة سنة لأن

المدة، وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الأقران فإنه إذا لم يبق أحد من أقرانه حياً حكم بموته لأن ما تقع الحاجة إلى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع إلى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء. ويقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر دون النادر، وهل يعتبر بأقرانه في جميع الدنيا أو في الإقليم الذي هو فيه ذكرناه في شرح الفرائض السرجية. وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة لأن الظاهر أن لا يعيش أحد في زماننا أكثر من مائة سنة، وقدر بعضهم بتسعين لأنه متوسط ليس بغالب ولا نادر، والأقيس وأفضل تفضيل للمفعول وهو المقيس على طريق الشذوذ كقولهم: أشغل من ذات النحيين أن لا يقدر بشيء من المقدرات كالمائة والتسعين ولكنه يقدر بموت الأقران، لأنه لو لم يقدر بشيء أصلاً لتعطل حكم المفقود، والأرفق أن يقدر بتسعين لأنه أقل ما ذكر فيه من المقادير قوله: (وإذا حكم بموته) ظاهر (وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي) أي لا تصح الوصية بل توقف. وذكر في الذخيرة: وإذا أوصى رجل للمفقود بشيء فإنني لا أقضي بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود لأن الوصية أخت الميراث، وفي الميراث تحبس حصة المفقود إلى أن يظهر حاله، فكذلك في الوصية، والأصل المذكور في الكتاب ظاهر قوله: (وتصادقوا) أي الورثة المذكورون والأجنبي، وإنما قيد بالتصادق لأن الأجنبي الذي في يده المال إذا قل قد مات المفقود قبل أبيه فإنه يجبر على دفع الثلثين إلى البنتين، لأن إقرار

قوله: (فطريقه) أقول: أي فطريق معرفته قوله: (وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر) أقول: قوله وبناء مبتدأ، وقوله على الظاهر خبره قوله: (أن لا يقدر بشيء من المقدرات الخ) أقول: من القدر لا من القدرة قوله: (لأنه لو لم يقدر الخ) أقول: تحليل لتقييد شيء بقوله من المقدرات كالمائة والتسعين قوله: (والأرفق، إلى قوله: لأنه الخ) أقول: في التحليل نوع قصور، والأولى أن يضم إليه، والتفحص عن حال الأقران أنهم ماتوا أولاً غير ممكن عادة كما صرح به العلامة السكاكي، ولكن لا يخفى أن سلب الإمكان إنما يصح إذا اعتبر أقرانه في جميع البلدان ثم ذكر في شروح الفرائض السراجية أنه ذهب بعضهم إلى أنها سبعون سنة لما ورد في الحديث المشهور في أعمار هذه الأمة، ففي تحليل الشارح بحث، إلا أن يقال: المراد المقادير التي يعتد بها وهذه ليست كذلك فليتأمل.

بموته فيها فصار كما إذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود أحداً مات في حال فقده) لأن بقاءه حياً في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق (وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي) ثم الأصل أنه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطي أقل النصيبين ويوقف الباقي وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطي أصلاً. بيانه: رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الأجنبي

الحياة بعدها نادر، ولا عبرة بالنادر. وروي أنه عاش مائة سنة وتسع سنين أو أكثر ولم يرجع عن قوله: واختار الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد أنها تسعون سنة لأن الغالب في أعمار أهل زماننا هذا، وهذا لا يصح إلا أن يقال، إن الغالب في الأعمار الطوال في أهل زماننا أن لا تزيد على ذلك، نعم المتأخرون الذين اختاروا ستين بنوه على الغالب من الأعمار والحاصل أن الاختلاف ما جاء إلا من اختلاف الرأي في أن الغالب هذا في الطول أو مطلقاً، فلذا قال شمس الأئمة: الأليق بطريق الفقه أن لا يقدّر بشيء لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون وهذا هو قول المصنف الأفيس الخ، ولكن نقول: إذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته اعتباراً لحاله بحال نظائره، وهذا رجوع إلى ظاهر الرواية: قال المصنف: (والأرفق) أي بالناس (أن يقدروا تسعين) وأرفق منه التقدير بستين. وعندنا الأحسن سبعون لقوله ﷺ «أعمار أمي ما بين الستين إلى السبعين»^(١) فكانت المنتهى غالباً. وقال بعضهم: يفرض إلى رأي القاضي، فأبى وقت رأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم للوفاة كأنه مات فيه معابنة، إذ الحكمي معتبر بالحقيقي قوله: (ومن مات منهم) أي ممن يرث المفقود (قبل ذلك) أي قبل أن يحكم بموت المفقود (لم يرث من المفقود) بناء على الحكم بموته قبل موت المفقود فيجري مناسخة فترث ورثته من المفقود (لأنه لم يحكم بموت المفقود بعد) وحين مات هذا كان المفقود محكوماً بحياته كما إذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود أحداً مات في حال فقده لأن بقاءه حياً في ذلك الوقت) يعني وقت موت ذلك الأحد (باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق) بل في دفع الاستحقاق عليه ولذا جعلناه حياً في حق نفسه فلا يورث ماله في حال فقده ميتاً في حق غيره فلا يرث هو غيره (وكذلك) لو (أوصى له ومات الموصي) في حال فقده قال محمد: لا أقضي بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود: يعني يوقف نصيب المفقود الموصى له به إلى أن يقضي بموته، فإذا قضى به جعل كأنه مات الآن، وفي استحقاقه لمال غيره كأنه مات حين فقد، وهذا معنى قولنا المفقود ميت في مال غيره قوله: (ثم الأصل أنه إذا مات من بحيث يرثه المفقود إن كان مع المفقود وارث لا يحجب بالمفقود) حجب حرمان (ولكنه ينتقص حقه به يعطي) ذلك الوارث (أقل نصيبه ويوقف الباقي) حتى يظهر حياة المفقود أو موته أو يقضى بموته (وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطي) لذلك الوارث شيئاً (بيانه: رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن أو ابنة ابن والمال) الموروث (في يد أجنبي وتصادقوا) أي الأجنبي والورثة (على فقد الابن وطلبت البنتان الميراث تعطيان النصف لأنه متيقن به) لأن أخاهما المفقود إن كان حياً فلهما النصف، وإن كان ميتاً فلهما الثلثان، فالنصف متيقن فتعطيان (ويوقف النصف الآخر) في يد الأجنبي الذي هو في يده (ولا

ذي اليد فيما في يده معتبر، وقد أقر بأن ثلثي ما في يده لهما فيجبر على تسليم ذلك إليهما. وقول أولاد الابن أبونا مفقود لا يمنع إقرار ذي اليد لأنهم لا يدعون لأنفسهم شيئاً بهذا القول ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقه، هذا إذا أقر من في يده المال، أما لو جحد أن يكون المال في يده للميت فأقامت البنتان البينة أن أباهما ومات وترك المال ميراثاً لهما ولأخيهما المفقود، فإن كان حياً فهو الوارث معهما، وإن كان ميتاً فولده الوارث معهما فإنه يدفع إلى البنتين النصف لأنهما بهذه البينة تثبتان الملك لأبيهما في هذا المال والأب ميت وأحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في إثبات الملك له بالبينة، وإذا ثبت ذلك يدفع إليهما المتيقن وهو النصف، ويوقف النصف الباقي على يد عدل، لأن الذي في يده جحد وهو غير

(١) حسن. أخرجه الترمذي ٣٥٤٥، ٢٣٣٢ وابن ماجه ٤٢٣٦ والحاكم ٤٢٧/٢ من حديث أبي هريرة وحسنه الترمذي وصححه الحاكم وأقره الذهبي والصواب أنه حسن.

وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لأنه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطي ولد الابن لأنهم يحجبون بالمفقود، ولو كان حياً فلا يستحقون الميراث بالشك (ولا ينزع من يد الأجنبي إلا إذا ظهرت منه خيانة) ونظير هذا الحمل فإنه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى، ولو كان معه وارث آخر إن كان لا

يعطى ولد ابن شيئاً لأنهم يحجبون بالمفقود لو كان حياً، ولا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الأجنبي إلا إذا ظهرت منه خيانة) بأن كان أنكر أن للميت عنده مالا حتى أقامت البنتان البينة عليه فقضى بها، لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقيين فإنه حيثئذ يؤخذ الفضل الباقي منه ويوضع في يد عدل لظهور خيانه، ولو كانوا لم يتصادقوا على فقد الابن بل قال الأجنبي الذي في يده المال مات المفقود قبل أبيه فإنه يجبر على دفعه الثلثين للبنتين لأن إقراره معتبر فيما في يده، وقد أقر أن ثلثيه للبنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع إقراره قول أولاد الابن أبونا أو عمتنا مفقود، لأنهم بهذا القول لا يدعون لأنفسهم شيئاً ويوقف الثلث الباقي في يده، ولو كان المال في يد البنتين واتفقا على الفقد لا يحول المال من موضعه ولا يؤخر شيء للمفقود بل يقضى للبنتين بالنصف ميراثاً ويوقف النصف في أيديهما على حكم ملك الميت، فإن ظهر المفقود حياً دفع إليه، وإن ظهر ميتاً أعطي البنتان سدس كل المال من ذلك النصف والثلث الباقي لولد الابن للذكر مثل حظ الأنثيين، ولو قالت البنتان: مات أخونا وليس بمفقود وقال ولد الابن: بل مفقود والمال في أيديهما أعطيتا الثلثين ووقف الثلث، لأنهما في هذه يدعيان الثلثين والمال في أيديهما، فإن ظهر حياته أخذ منهما السدس له، ولو كان المال في يد ولد المفقود واتفقا أنه مفقود يعطي البنتان النصف، لأنهما إنما ادعياه بالإقرار بفقده ويوقف النصف الآخر في يد من كان في يده. ولو ادعى ولد المفقود أن أباهما مات لم أدفع إليهما شيئاً حتى تقوم البينة على موته قبل أبيه أو بعده، فإذا قامت على موته قبله يعطي لهما الثلث والثلثان للبنتين لأن الميت على هذا مات عن بنتين وأولاد ابن، وإن قامت عليه بعده يعطي لهما النصف لأن الميت مات عن بنت وابن ثم مات الابن عن ولد. قال المصنف: (ونظيره) أي في وقف

مؤتمن عليه، وإنما قيد بقوله والمال في يد أجنبي لأنه إذا كان في يد الابنتين والمسئلة بحالها فإن القاضي لا ينبغي له أن يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئاً للمفقود، ومراده بهذا اللفظ أنه لا يخرج شيئاً من أيديهما لأن النصف صار بينهما بينين والنصف الباقي للمفقود من وجه. ويريد بقوله ولا يقف منه شيئاً للمفقود أن لا يجعل شيئاً مما في يد الابنتين ملكاً للمفقود على الحقيقة، وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود فطلبت البنتان ميراثهما واتفقا على أن الابن مفقود فإنه تعطى البنتان النصف وهو أدنى ما يصيبهما وترك الباقي في يد ولدي الابن المفقود من غير أن يقضي به لهما ولا لأبيهما، لأننا لو قدرنا الابن المفقود ميتاً كان نصيبهما الثلثين فكان النصف متيقناً به. قوله: (ونظير هذا) يعني المفقود الحمل في حق توقف النصف فإنه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى، وقد ذكرناه في الرسالة وشرحها وشرح الفرائض السراجية في علم الفرائض. قوله: (ولو كان معه) أي مع الحمل (وارث آخر) إن كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطي كل نصيبه، كما إذا ترك امرأة حاملاً وجدة فإن للجدة السدس لأنه لا يتغير فرضها بالحمل، وكذلك إذا ترك ابناً وامراً حاملاً فإن المرأة تعطى الثمن لأنه لا تتغير فرضتها وإن كان ممن يسقط بالحمل لا تعطى كابن الابن والأخ أو العم، فإنه لو ترك امرأة حاملاً وأخاً أو عمّاً لا يعطى الأخ والعم شيئاً، لأن من الجائر أن يكون الحمل ابناً فيسقط معه الأخ والعم، فلما كان ممن يسقط بحال كان أصل الاستحقاق له مشكوكاً فلا يعطى شيئاً لذلك، وإن كان ممن يتغير به يعطى الأقل المتيقن به كالزوجة والأم، فإنه إن كان الحمل حياً ترث الزوجة الثمن والأم السدس، وإن لم يكن حياً فهما يرثان الربع والثلث فتعطيان الثمن والسدس للتيقن كما في المفقود: يعني أنه إذا مات الرجل وترك جدة وابناً مفقوداً للجدة السدس كما ذكرنا في الحمل لأنه

قال المصنف: (ولا ينزع من يد الأجنبي الخ) أقول: وفي المقار خلاف سيأتي في فصل القضاء بالمواريث إذا جحد من في يده، والظاهر أن المراد هنا بالخيانة ما هو غير الجحد وإن كان المفهوم من كلام بعض الشارحين أنها هو هنا. قوله: (لو ترك امرأة حاملاً إباحاً الخ) أو عمّاً. أقول: لم يذكر ابن الابن هنا لأنه علم حالة انفاء مما ذكره في المفقود.

يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطي كل نصيبه، وإن كان ممن يسقط بالحمل لا يعطي، وإن كان ممن يتغير به يعطي الأقل للتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المتهى بآتم من هذا، والله أعلم.

الميراث عند الشك في النصيب (الحمل فإنه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى) واحترز به عما روي عن أبي حنيفة أنه يوقف له ميراث أربع بنين لما قال شريك: رأيت بالكوفة لأبي إسماعيل أربع بنين في بطن واحد وعما، عن محمد ميراث ثلاثة بنين، وفي أخرى نصيب ابنين، وهو رواية عن أبي يوسف، وعن أبي يوسف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى (ولو كان مع الحمل وارث آخر لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل) يعطي كل نصيبه للتيقن به على كل حال وكذا إذا ترك ابناً وامراً حاملاً تعطي المرأة الثمن (وإن كان ممن يسقط بالحمل لا يعطي) شيئاً (وإن كان ممن يتغير ويعطي الأقل للتيقن به) مثاله ترك امرأة حاملاً: وجدة تعطي السدس لأنه لا يتغير لها، ولو ترك حاملاً وأخاً وعماً لا يعطي شيئاً لأن الأخ يسقط بالابن، وجائز أن يكون الحمل ابناً فكان بين أن يسقط ولا يسقط، فكان أصل الاستحقاق مشكوكاً فيه فلا يعطي شيئاً. ولو ترك حاملاً وأماً أو زوجة تأخذ الأم السدس والزوجة الثمن، لأنه لو كان ميتاً أخذت الأم الثلث أو حياً أخذت السدس والزوجة الثمن، لأنه لو كان ميتاً أخذت الربع، والله الموفق للصواب.

لا يتغير نصيبها، وكذلك لو ترك أخاً وابناً مفقوداً لا يعطي الأخ شيئاً، وكذلك لو ترك أماً وابناً مفقوداً فإنه إن كان المفقود حياً تستحق الأم السدس، وإن كان ميتاً تستحق الثلث كما في الحمل، والله أعلم.