عليه حديث القافة وقال احديث القافة احب الي وهاهنا امران احدهما دخول القرعة
في النسب والثاني تغريم من خرجت له القرعة ثلثي الدية ولده لصاحبيه فاما
القرعة فقد تستعمل عند فقدان مرجح سواها من بينة او اقرار او قافة وليس
ببعيد تعيين المستحق بالقرعة في هذه الحال اذ هي غاية المقدور عليه من اسباب ترجيح
الدعوى ولها دخول في دعوى الاملاك المرسلة التي لا تثبت بقرينة ولا امارة فدخولها
في النسب الذي يثبت بمجرد الشبه الخفي المستند الى قول القائف اولى واحرى
واما امر الدية فمشكل جدا فان هذا ليس بقتل يوجب الدية وانما هو تفويت نسبه
بخروج القرعة له فيقال وطي كل واحد صالح لجعل الولد له فقد فوته كل واحد منهم
على واحد منهم على صاحبيه بوطيه ولكن لم يتحقق من كان له الولد منهم فلما اخرجته
القرعة لاحدهم صار مفوتا النسبة عن صاحبيه فاجري على ذلك مجرى اتلاف الولد
ونزل الثلاثة منزلة اب واحد فحصة المتلف منه ثلث الدية اذ قد عاد الولد له
فيغرم لكل من صاحبيه ما يخصه وهو ثلث الدية ووجه اخر احسن من هذا انه لما
اتلفه عليهما بوطيه ولحوق الولد به وجب عليه ضمان قيمته وقيمة الولد شرعا هي
ديته فلزمه لهما ثلثا قيمته وهي ثلثا الدية وصار هذا كمن اتلف عبدا بينه وبين شريكين
فانه يجب عليه ثلثا القيمة لشريكيه فاتلاف الولد الحر عليهما بحكم القرعة كاتلاف الرقيق
الذي بينهم ونظير هذا تضمين الصحابة المغرور بحرية الامة قيمة اولاده لسيد الامة
لما فات رقهم على السيد بحريتهم وكانوا بصدد ان يكونوا ارقاء وهذا الطف ما يكون
من القياس وادقه وانت اذا تاملت كثيرا من قياس الفقهاء وجدت هذا اقوى
منها والطف مسلكا وادق ماخذا ولم يضحك منه النبي صلى الله عليه وسلم سدى وقد
يقال لا تعارض بين هذا وبين حديث القافة بل ان وجدت القافة تعين العمل بها وان
لم توجد فانه اذا اشكل عليهم تعين العمل بهذا الطريق والله اعلم ذكر حكمه صلى الله
عليه وسلم في الولد من احق به في الحضانة روى ابو داود في سننه من حديث عمرو بن
شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو ان امراة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان
بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان اباه طلقني واراد ان ينزعه مني فقال
لها رسول الله صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تنكحي وفي الصحيحين من حديث

انه؟

غير معتبر لانه لا يعلم ما يقول وصح عنه صلى الله عليه وسلم امر المقر بالزنا ان يستنكه
ليعتبر قوله الذي اقر به او يلغى وفي صحيح البخاري في قصة حمزة لما عقر بعيري
علي فجا النبي صلى الله عليه وسلم فوقف يلومه فصعد فيه النظر وصوبه وهو سكران
ثم قال هل انتم الا عبيد لابي فنكص النبي صلى الله عليه وسلم على عقبيه وهذا القول لو
قاله غير سكران لكان ردة وكفرا ولم يواخذ بذلك حمزة وصح عن عثمان بن عفان
انه قال ليس لمجنون ولا لسكران طلاق رواه ابن ابي شيبة عن وكيع عن ابن ابي ذيب عن
الزهري عن ابان بن عثمان عن ابيه وقال عطا طلاق السكران لا يجوز وقال ابن طاوس
عن ابيه طلاق السكران لا يجوز وقال القسم بن محمد لا يجوز طلاقه وصح عن عمر
بن عبد العزيز انه اتي بسكران طلق فاستحلفه بالله الذي لا اله الا هو لقد طلقها وهو
لا يعقل فحلف فرد اليه امراته وضربه الحد وهو مذهب يحيى بن سعيد الانصاري
وحميد بن عبد الرحمن وربيعة والليث بن سعد وعبد الله بن الحسن واسحاق
بن راهويه وابي ثور والشافعي في احد قوليه اختاره المزني وغيره من الشافعية ومذهب
احمد في احدى الروايات عنه وهي التي استقر عليها مذهبه وصرح برجوعه
اليها فقال في رواية التي لا يامر بالطلاق انما اتى خصلة واحدة والذي يامر بالطلاق
قد اتى خصلتين حرمها عليه واحلها لغيره فهذا خير من هذا وانا اتقي جميعا وقال خير؟
في رواية الميموني قد كنت اقول ان طلاق السكران يجوز حتى تبينته فغلب علي انه
لا يجوز طلاقه لانه لو اقر لم يلزمه ولو باع لم يجز بيعه قال والزمه الجناية وما كان
من غير ذلك فلا يلزمه قال ابو بكر عبد العزيز وبهذا اقول وهذا مذهب اهل الظاهر
كلهم واختاره من الحنفية ابو جعفر الطحاوي وابو الحسن الكرخي والذين اوقعوه
لهم سبعة ماخذ احدها انه مكلف ولهذا يواخذ بجناياته والثاني ان ايقاع الطلاق
عقوبة له والثالث ان ترتب الطلاق على التطليق من باب ربط الاحكام باسبابها
فلا يوثر فيه السكر والرابع ان الصحابة اقاموه مقام الصاحي في كلامه فانهم قالوا
اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفتري ثمانون
والخامس حديث لا قيلولة في الطلاق وقد تقدم السادس حديث كل الطلاق جايز
الا طلاق المعتوه وقد تقدم والسادس ان الصحابة اوقعوا عليه الطلاق فروى ابو

Copyright ... University