البغوي او تفسخ باعسارهما او امتناعه اذا جعلنا الامتناع مع القدرة ممكنا من الفسخ
ولكن هذا مفرعا على ان لها ان تفسخ بنفسها اما اذا احوجناها الى الرفع الى القاضي
فانه يظهر له النكاح كيف يفسخ او ياذن في الفسخ انتهى المتجدد ما اطلقه البغوي
والضرورة جوزت استقلالها بالفسخ كما يستقل من ظفر بغير جنس حقه بالبيع والاعتياض
لاجل ذلك انتهى ويبر على تقدير تسليم اعتماده يكون جواز الاستقلال للشريك في
مسئلتنا باخذ قدر حقه اولى لان الاول يصاع بحتاط لها اكثر لكن المعتمد خلافه وانه
لا يجوز له الاستقلال بذلك وعليه فقد يقال في مسئلتنا له الاستقلال ايضا لانهم عللوا
عدم جواز فسخها فيما اذا امتنع الزوج الموسر من الانفاق عليها او غاب عنها بتمكنها
من تحصيل حقها بالحاكم او بيدها ان قدرت اي فان فرض عجزها عن ذلك كله فناده
واخذ انما قالوه في نظيره من الفسخ بالفلس واما في مسئلتنا فهو عند العجز عن الحاكم
لا يمكنه تحصيل الحق بعينه الا بالقسمة فلا يبعد القول بجوازها له اشعر عدم الحاكم طريق
له سواها واما الزوجة فلها عند عدم الحاكم طريق الى تحصيل حقها في الجملة الا ان
يقال والشريك هنا له طريق اخرى الى تحصيل حقه وهي انه ياخذ قدر حقه من مال كل
من شركايه اخذا من قول المتولي في تتمة اخر كتاب التفليس اذا لم يقدر على اخذ عين
ماله وقدر على اخذ غيره فهل ياخذ قدر حصته من حكمه حكم الظافر بمال من له عليه دين
وقد تعذر عليه اخذه منه انتهى وحكم الظافر انه يجوز له الاخذ عند التعذر فكذا من
له تحت يد غيره عين اذا تعذر عليه اخذها منه يجوز له ان يظفر من ماله بمثلها
ان كانت مثلية وبقدر قيمتها ان كانت متقومة والحاصل ان الذي دل عليه
كلام الاصحاب في باب القسمة انه لا يجوز للشريك هنا الاستقلال بالقسمة واخذ قدر
حقه من المال المشترك مطلقا فطريقه ان يظفر من مال كل من شركائه بقدر حقه
كالتقدير وان الذي دلت عليه مدارك كلامهم في مسايل اخر ان له ذلك عند تعذر الحاكم
والمحكم هذا كله حيث لم يترتب له في ذمة شركايه دين باستعمال المال المشترك
او اتلافه او غيرهما اما اذا ترتب له في ذمة احد منهم ذلك فله الظفر من ماله بقدر
حقه اذا وجدت شروط الظفر واما قول السايل وحيث كان في الورثة بيتيم
الخ فجوابه انا اذا مشينا على ما دل عليه كلامهم من امتناع الاستقلال بالقسمة مطلقا

فواضح

٢٧٣

فواضح وان مشينا على مقابله من جواز ذلك عند الضرورة فلا يجوز له الاخذ من نصيب
اليتيم والمجنون لعدم تعديهما بخلاف ما اذا تعديا فقد قال الاذرعي لو كان المدين
صغيرا او مجنونا او سفيها اتلف له شيئا ولا بينة له بذلك فالظاهر ان له الاخذ
من ماله كالحاضر الرشيد الذي لا بينة عليه انتهى ثم رايت في الاحيا ما قد يوخذ منه
جواز الاستقلال بالقسمة في اصل مسئلتنا وذلك انه قال وبعد جماعة من المتاخرين
فنقلوا عنه واقروه ولو حصل في يده مال حرام واختلط بماله ولم يتميز فطريقه
ان يتراضى هو والمالك بالقسمة فان امتنع المالك رفع الامر الى الحاكم ليقبض منه
فان لم يجد حاكما حكم رجلا متدينا يقبض منه ذلك فان لم يجد عزل هو بنفسه ليصرفه
الى صاحبه ويتصرف في الباقي فلو اراد الاكل من المختلط قبل التمييز قال بعضهم
يجوز ما دام قدر المغصوب باقيا وقال اخرون لا يجوز انتهى والذي يتجه ترجيحه
ما قاله هؤلاء الاخرون من عدم جواز الاكل من المختلط قبل التمييز ووجه دلالة
ما قاله الغزالي على مسئلتنا ان المالك لما امتنع هنا من القسمة ولم يجد من تحت
يده المال المشترك حاكما ولا محكما جاز لمن هو تحت يده ان يفوز لشريكه قدر حصته ثم يفرز
ويتصرف في الباقي وظاهر ان ملحظ الغزالي في تجويز ذلك وان خالف كلامهم في باب
القسمة الضرورة الملجئة الى تمييز حقه من حق غيره واذا تقرر ذلك في مسئلة
الغزالي لما ذكرنا فالقياس جريانه في مسئلتنا لعين تلك العلة وهي الضرورة
الملجئة الى تمييز حقه من حق غيره بل مسئلتنا اولى بهذا من مسئلة الغزالي
فان من يريد القسمة في مسئلة يشمل الغاصب ونحوه ممن تعدى بخلط مال
الغير على ماله واذا جاز هذا مع تعديه بهذا الخلط وعدم تعدي شريكه بوجه لعله
وان كان في امتناعه من القسمة نوع تعد فالاستقلال بالقسمة وتمييز حقه عن حق
غيره فلان يجوز ذلك للزوج في مسئلتنا بالاولى لان الصورة انه لم يتعد بالخلط
واما الذي تعدى هو شركاوه لامتناعهم من اعطائه حقه واستيلائهم عليه تعديا
وظلما فاذا داموا على هذا التعدي ولم يجد حاكما ولا محكما يخلص حقه من حقوقهم
جاز له الاستقلال بتمييز حقه قياسا على ما قاله الغزالي بل اولى لما تقرر كما هو
واضح جلي وح فالذي استخير الله وافتي به هو هذا الذي قررته اخذا من كلام

لعله بهذا

لعل هذا سقط من الناسخ انتهى

Copyright ... University