من العقود بل بعض عقد فلا يصح استثناء واحد من عشرة ولا عشرة من مائة ولا مائة من الف بل بعض واحد وبعض عشرة وبعض مائة واما الاستثناء المستغرق فباطل اجماعا ذكره غير واحد ولكن قال بن طلحة في كتاب المدخل له في كتاب الفقه اذا قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا هل يقع الطلاق على قولين قال بعض المالكية ومقتضى هذا النقل جواز الاستثناء الكل من الكل قال ابو العباس وليس كذلك وانما هذا على قول مالك يتمشى وبيض لذلك قلت ولقائل ان يقول اذا قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا أنه يقع واحدة اذا قلنا يصح استثناء الأكثر واثنتان على المذهب لأنه استثناء الاقل عندنا صحيح ولقائل في الأكثر وجه فالمستثنى الثلاث جامع بين ما يجوز وما لا يجوز فيخرج على قاعدة تفريق الصفقة والله اعلم ومحل امتناع الاستثناء في غير الصفة أيها في الصفة فانه يجوز استثناء الأكثر والكل قال ابو يعلى الصغير وابو الخطاب وغيرهما من اصحابنا في قوله تعالى الا من اتبعك من الغاوين انه استثناء بالصفة وهو في الحقيقة تخصيص ويجوز فيه الكل نحو اقتل من في الدار الا بني تميم والا البيض فيكونون بيضا اوهن بني تميم فيجرم قتلهم ونقل ابو حيان عن الفراء الاستثناء يجوز ان يكون اكثر ومثل يقول المقرله على الف الا الفين قال الا انه يكون منقطعا قد تقدم وتقرر ان المذهب لا يصح استثناء الاكثر فكيف صحح الاصحاب في الوصايا استثناء الربع من الثلث والخمس من الربع ونحو ذلك وقد تنبه ابو الخطاب لذلك الاشكال في التهذيب وأجاب عنه بان هذا ليس من باب استثناء الاكثر وانما كانه اوصى له بشئ ثم رجع في بعضه وترك البعض في هذا الجواب نظر اذ هو تحويل للفظ الاستثناء الى غير معنى الرجوع وايضا فان الرجوع لا يكون الا بعد استقرار الحكم والاستثناء مانع من استقرار الحكم وحقيقة انتزاع ما لولاه لدخل في اللفظ فهو مانع من دخول ما يقتضي اللفظ دخوله لانه يستقر دخوله ثم يخرج اللهم الا ان يقال في تحريره انا انما منعنا استثناء الاكثر لأنه ابطال للفظ الاول لا تخصيص له وهو لا يمكن ابطاله بالرجوع فنزل استثناء الاكثر فيها منزلة الرجوع واستشكل الحارثي في مسئلة من له ثلاث بنين واوصى بمثل نصيب احدهم الاربع المال فاورد هنا ان الاستثناء مستغرق لأن المثل مع الثلاثة ربع فكيف يستثنى منه الربع واجاب عنه بان الاستثناء يتسع به النصيب

فتتسع الوصية لأن الحاصل للوارث مع عدم الاستثناء ربع فقط ومع الاستثناء ربع وشئ فالمثل الموصى به لذلك فاذا استثنى منه الربع لم يكن الاستثناء مستغرقا ثم قال ولقائل ان يقول الزيادة على الربع انما ثبتت بالاستثناء والقدر الثابت بالاستثناء لا يثبت قبله فلا يحصل بذلك تخليص عن الايراد والله اعلم واجاب بعض المتأخرين عن الاول بما ذكره ابو محمد المقدسي وغيره من ان استثناء الأكثر انما يمتنع من العدد خاصة اما من الجموع المستغرقة فلا يمتنع استثناء الاكثر وكذلك اختار ابن عصفور ولقائل ان يقول الاجزاء منزلة منزلة الأعداد لانها منصوص فيما دلت عليه فهي كالعدد ويجاب عنه بان الاجزاء هنا غير مصرح بها فانه لم يقل اوصيت له بالربع الا الخمس وانما ذكر ما يقتضي ذلك واستثناء الأكثر انما يمتنع اذا كانت الكثرة مستفادة من اللفظ نحو له عشرة الا تسعة اما اذا كان الاستثناء مخصصا بوصف واتفق ان الموصوف به اكثر من الباقي لم يكن ذلك من القسم الممنوع وقد تقدم ذلك في استثناء الكل بالصفة فعلى الكل أولى ونقل ابو العباس في مسائله البغداديات الاتفاق على جواز ذلك في هذه المسائل ليس في اللفظ ما يدل على ان المستثنى اكثر من المستثنى منه وانما يعلم ذلك بالنظر والفكر واما الثاني فمخرج الجواب عنها أنها مغلطة فان قوله اوصى له بالربع غير صحيح بل انما اوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب الابن هو ما يستقر له واستثنى من هذا النصيب المستقر ربع المال ولا شك ان النصيب المستقر ازيد من ربع المال كما يظهر ذلك بعلى المسئلة وحينئذ فقوله ولقائل ان يقول الزيادة على الربع الى آخره غير مستقيم لأن الوصية لم تحصل بالربع وانما حصلت بنصيب الابن وقد تقرر أن ذلك اكثر من الربع والله اعلم ومنها لو اوصى بثلثه الا شيئا او بالف الا شيئا فعلى المذهب له النصف وادنى متمول وعلى القول باستثناء الأكثر ادنى متمول ولو قال الا قليلا قال الحارثي فلذلك ذكروه في الاقارير قال لانه مبهم اشبه قوله الا شيئا قال والأظهر ان له الثلثين وزيادة لأن الثلث كثير فلا يدخل تحت استثناء القليل والله اعلم ومنها حيث قلنا بجواز الاستثناء فلا فرق بين الطلاق وغيره هذا المذهب وقال ابو بكر عبد العزيز من اصحابنا لا يصح الاستثناء في الطلاق وحكى قال ابو العباس قول ابي بكر رواية منصوصة عن الامام أحمد واكثر الأصحاب خصوا قوله

Copyright © King Saud University