يترتب عليه الجزاء وقوله وهذا لان الجارية توضيح لانعقاد اليمين في حقهما وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا لزفر فانه يقول الشرى لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا فان قيل هذا قول بالاقتضاء وزفر لا يقول بالاقتضاء اجيب بان اثبات الملك هنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء والفرق بينهما ان الثابت دلالة ما يكون مفهوما من اللفظ بلا تامل واجتهاد كما كان النهي عن الضرب والشتم وسائر الافعال المؤذية مفهوما من النهي على التافيف ولا كذلك المقتضي لان المقتضي لا يفهم من ذكر المقتضي ثم اذا اقترنا فيها شيء فيه عند فلان وسرية يراد بها جارية مملوكة من غير تامل فلما كان الملك مفهوما من التسري بلا تامل واجتهاد كان الملك ثابتا بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضاء هكذا ذكره صاحب النهاية وبقية الشارحين وفيه نظر لان الثابت بالدلالة هو ما يكون بطريق الحاق صورة باخرى بامر جامع كالضرب الملحق بالتافيف بواسطة الاذى ولهذا ذهب بعض اصحابنا واصحاب الشافعي ان الدلالة قياس لوجود اصل وفرع وعلة جامعة بينهما والملك من التسري ليس كذلك فاقول هذا اللفظ يستعمل في العرف ان وطئت مملوكتي فكانت الدلالة

بطريق

الا ان لا يكون المولود ذو رحم محرم سوى الام فيجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد اذ الاجنبية لا شفقة لها عليه لم يكن له ام بان ماتت او تزوجت باجنبي فاما في الحدود من الام فام الام وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات لما ذكرنا من وفور شفقتهن ممن كانت تدلي اليه بام فهي اولى ممن تدلي باب ويستوي في المسلمة والكافرة لان حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل كل شيء يحب ولده حتى الحبارى فان لم يكن له ام الام بالتفسير المار فالجدة من قبل الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات وهذه الولاية بالامومة وهذا اي ولكون الجدة من الامهات تحرز ميراث الامهات السدس ولانها اوفر شفقة للولد اي لاجل الولاد فان لم يكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وهذا رواية كتاب النكاح اعتبارا لقرب القرابة والاخت اقرب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد وقال في كتاب الطلاق الخالة اولى من الاخت لاب اعتبارا بالمدلي به فان الخالة تدلي بالام وقد تايد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وقد قيل في تفسير قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وقوله وتقدم الاخت لاب وام لانها وهما ان ذاك قرابتين ترجح على ذات قرابة واحدة لما فيهما من زيادة الشفقة قال في النهاية ويجوز الترجيح بما لا يكون علة لذلك

Copyright © King Saud University