لا يضمن الأب من أولاد إلا من ولد حيا في وقت يعيش بمثله .

فائدتان .

إحداهما : لا يضمن منهم إلا من ولد حيا في وقت يعيش بمثله سواء عاش أو مات بعد ذلك .

الثانية : ولد المكاتبة مكاتب ويغرب أبوه قيمته على الصحيح من الروايتين .

والمعتق بعضها : يجب لها البعض فيسقط ولدها يغرب أبوه قدر رقه .

تنبيه : قوله فبانت أمة .

يعني : بالبينة لا غير على الصحيح من المذهب .

وقيل : وبإقرارها أيضا .

قوله وإن كان عبدا فولده أحرار ويفديهم إذا عتق .

فيكون الفداء متعلقا بذمته وهو المذهب .

جزم به الخرقي وصاحب الوجيز و المحرر و النظم و الرعايتين و الحاوي وغيرهم وقدمه في الفروع و شرح ابن منجا .

وقيل : يتعلق برقبته وهو رواية في الترغيب .

قال الشيخ تقى الدين C : وهذا هو المتوجه قولا واحدا لأنه ضمان جناية محضة .

وأطلقهما في المغني و الشرح .

وقيل : تعلق بكسبته فيرجع به سيده في الحال .

قوله ويرجع بذلك على من غره .

بلا نزاع كأمره بإتلاف مال غيره بأنه له فلم يكن له ذكره في الواضح .

لكن من شرط رجوعه على من غره : أن يكون قد شرط له أنها حرة مطلقا على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب وقطع به كثير منهم .

وقيل : إن كان الشرط مقارنا للعقد : رجع وإلا فلا .

اختاره القاضى وقطع به في المستوعب فقال الشرط الثالث : أن يشترط حريتها في نفس العقد فإما أن تقدم ذلك على العقد : فهو كما لو تزوجها مطلقا من غير إشراط الحرية فلا يثبت له خيار الفسخ انتهى .

وقال في المغني و الشرح : ويرجع أيضا بذلك على من غره مع إيهامه بقرينة حريتها .

وفي المغني أيضا : ولو كان الغار أجنبيا كوكيلها .

قال في الفروع : وما ذكره في المغني : هو إطلاق نصوصه وقاله أبو الخطاب وقاله أيضا

فيما إذا دلس غير البائع .

قال الزركشي : وظاهر كلام أحمد C - في رواية حرب - يقتضى الرجوع مع الظن وهو اختيار أبى محمد وأبى العباس إذ الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يستفصلوا .

ويحقق ذلك : إن الأصحاب لم يشترطوا ذلك في الرجوع في العيب انتهى .

فإذا : لمستحق الفداء مطالبة الغار ابتداء نص عليه وجزم به في المحرر و الرعايتين و الفروع و الحاوي الصغير وغيرهم .

قال في الرعاية قلت : كما لو مات عبدا أو عتيقا أو مفلسا .

وجعل الشيخ تقي الدين C : في المسألة روايتين .

قال ابن رجب : وكذلك أشار إليه جده في تعليقه على الهداية .

قال ابن رجب C : وهو أظهر .

ويرجع هذا إلى أن المغرور : هل يطالب ابتداء بما يستقر ضمانه على الغار أم لا يطالب به سوى الغار ؟ كما نص عليه في رواية جماعة هنا .

ومتى قلنا يخير بين مطالبة الزوج والغار فلا فرق بين أن يكون أحدهما موسرا والآخر معسرا أو يكون موسرين .

وإن قلنا : لا يجوز سوى مطالبة الغار ابتداء وكان الغار معسرا والآخر موسرا : فهل يطالب هنا ؟ فيه تردد .

وقد تشبه المسألة بما إذا كانت عاقلة القاتل خطأ مما لا تحمل العقل فهل يحمل القاتل الدية أم لا ؟ انتهى .

تنبيهان .

الأول : سكوت المصنف عن ذكر المهر يدل على أنه لا يرجع به وهو أحدى الروايتين اختاره أبو بكر .

قال القاضى : الأظهر أنه لا يرجع لأن الإمام أحمد C قال : كنت أذهب إلى حديث علي رضى ا عنه ثم هبته وكأني أميل إلى حديث عمر رضى ا عنه فحديث علي رضى ا عنه بالرجوع بالمهر وحديث عمر Bه .

والرواية الثانية : يرجع به أيضا اختاره الخرقي .

قال الزركشي : اختاره القاضي وأبو محمد - يعنى به المصنف - وغيرهما .

وقدمه في المستوعب و المغني و الشرح و الزركشي وغيرهم .

قلت : وهو المذهب .

فعلى هذه الرواية : يجب المهر المسمى على الصحيح من المذهب .

وعنه : مهر المثل اختاره المصنف .

ويأتى ذلك في آخر كتاب الصداق في النكاح الفاسد .

الثاني : قوله ويرجع بذلك على من غره .

إن كان الغار السيد : عتقة إذا أتى بلفظ الحرية وزالة المسألة .

وإن كان بغير اللفظ الحرية : لم تعتق ولم يجب له شئ إذ لا فائدة في وجوب شئ له ويرجع به عليه .

لكن أن قلنا : أن الزوج لا يرجع بالمهر وجب لسيد وإن كان الغار للأمة رجع عليها على الصحيح من المذهب وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

وأختاره القاضى وغيره وقدمه في المغنى و الشرح و الفروع .

وقيل : لا يرجع عليها وأطلقهما الزركشي .

نقل ابن الحكم لايرجع عليها .

قال المصنف : ظاهر الكلام الإمام أحمد C : لا يرجع عليها .

قال الزركشي : ظاهر كلام الإمام أحمد C في رواية جماعة : لا يرجع عليها .

فعلى الأول : هل يتعلق بذمتها أو برقبتها ؟ فيه وجهان وأطلقهما في الفروع قال المصنف والشارح و ابن رزين في شرحه و الزركشي : هل يتعلق برقبتها أو بذمتها ؟ على وجهي إستناده العبد بدون إذن سيده .

وتقدم ذلك في أواخر (باب الحجر) وان الصحيح : أنه يتعلق برقبته .

وقال القاضى : قياس قول الخرقي : أنه يتعلق بذمتها لأنه قال في الأمة - إذا خالعت زوجها بغير إذن سيدها - يتبعها به إذا عتقت فكذا هنا .

وإن كانت الغارة مكاتبة : فلا مهر لها في أصح الوجهين .

قاله في الفروع وجزم به في المغني و الشرح .

وإن كان الغار أجنبيا فالصحيح من المذهب : أنه يرجع عليه ونص عليه في رواية عبد ا و صالح .

وعليه جماهير الأصحاب وقطع به .

وظاهر كلام القاضي : عدم الرجوع عليه فإنه قال : الغار وكيلها أو هي نفسها قاله الزركشي .

وإن كان الغار الوكيل : رجع عليه في الحال .

وإن كان الغرر منها ومن وكيلها : فالضمان بينهما نصفان قاله في المستوعب وغيره .

ويأتى نظيرها في الغرر بالعيب