الخلاف المتقدم لم يبق في المسألة قول آخر فكان القضاء به قضاء بما لا قائل به فلا ينفذ لمخالفته الإجماع .

قلت لكن المقرر في كتاب القضاء كما سيأتي تحريره إن شاء ا تعالى أن الحكم ثلاثة أنواع منه ما لا يصح أصلا وإن نفذه ألف قاض وهو ما خالف كتابا أو سنة مشهورة أو إجماعا ومنه ما ثبت فيه الخلاف قبل الحكم ويرتفع بالحكم حتى لو رفع إلى قاض آخر لا يراه أمضاه ومنه ما ثبت فيه الخلاف بعد الحكم أي وقع الخلاف في صحة الحكم به فهذا إن رفع إلى قاض آخر فإن كان لا يراه أبطله وإن كان يراه أمضاه .

ومقتضى قوله بل يتوقف الخ أنه من هذا النوع ومقتضى كونه مخالفا للإجماع أنه من النوع الأول وبه صرح الشارح في كتاب القضاء حيث قال عند قول المصنف أو إجماعا كحل المتعة لإجماع الصحابة على فساده وكبيع أم ولد على الأظهر وقيل ينفذ على الأصح فجعل عدم النفاذ مبنيا على مخالفته للإجماع وعليه فلا يصح قوله بل يتوقف الخ فتأمل .

ثم رأيت في التحرير عز قوله بل يتوقف إلى الجامع .

ووجهه بأن الإجماع المبسوط بخلاف مختلف في كونه إجماعا ففيه شبهة كخبر الواحد فكذا في متعلقه وهو ذلك الحكم المجمع عليه فكان القضاء به نافذا لأنه غير مخالف للإجماع القطعي وقال شارحه ثم الأظهر أن الخلاف في القضاء ببيع أم الولد في نفس القضاء كما في متعلقه الذي هو جواز البيع لا في نفس متعلقه فقط .

فيتجه ما في الجامع لأن قضاء الثاني هو الذي يقع في مجتهد فيه أعني الأول فلذا قال في الكشف وهذا أوجه الأقاويل اه .

وا سبحانه أعلم .

$ فرع $ باع أم ولده والمشتري يعلم بها فولدت فادعاه فهو للبائع لأن له فراشا عليها فإن نفاه ثبت المشتري استحسانا وكذا لو يعلم المشتري إلا أن الولد يكون حرا لو نفاه البائع ولو باع مدبرته ووطئها المشتري عالما بها فولدت منه ثبت منه ولم يعتق ورده مع أمه إلى البائع لأنه غير مغرور محيط قوله (وإن ولدت بعده) أي بعد الولد الذي ثبت منه باعترافه أو بنكاحه .

قوله (إذا لم تحرم) قيد لقوله بلا دعوى .

قوله (بنحو نكاح) أي من كل حرمة مزيلة للفراش بخلاف الحرمة بالحيض والنفاس والصوم والإحرام وأدخل بلفظ نحو الاشتراك فيها فلو ولدت المشتركة ولدا ثانيا لم يثبت بلا دعوى

كما سيذكره قبيل قوله وهي أم ولدهما ويأتي بيانه أو كانت الحرمة بسبب إرضاعها زوحته الصغيرة .

نهر .

قوله (أو وطء ابنه) مصدر مضاف لفاعله والمراد أن يطأها أحد أصوله أو فروعه .

قوله (أو المولى أمها) المراد أن يطأ امولى إحدى أصولها أو فروعها ح .

قوله (فحينئذ) أي فحين إذ حرمت عليه بأحد هذه الأشياء اه ح .

قوله (لأكثر من ستة أشهر) كذا في البحر عن البدائع .

قال ح والأولى لستة أشهر فأكثر كما لا يخفي .

قوله (لا يثبت إلا بدعوة) لأن الظاهر أنه ما وطئها بعد الحرمة فكانت حرمة الوطء كالنفي دلالة فإن ادعاه يثبت لأن الحرمة لا تزيل الملك .

قوله (فلا يثبت) لأن الولد للفراش وهو الزوج .

قوله (ولو لأقل إلخ) قال في البحر بعد عزوه ما مر للبدائع وظاهر تقييده بالأكثر من الستة أنها لو ولدته بعد عروض الحرمة لأقل من ستة أشهر فإنه يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بأن العلوق كان قبل عروضها وقد ذكره في فتح القدير بحثا اه أي فقد وافق بحثه مفهوم الرواية فافهم .

لكن ينبغي تقييد هذا بما إذا زوجها المولى غير عالم بالحمل لما في التوشيح وغيره من أنه ينبغي أنه لو زوجها بعد العلم قبل اعترافه به أنه يجوز النكاح ويكون نفيا اه .

ذكره في البحر وغيره في فصل محرمات النكاح وقدمناه في نكاح العبد والمدبرة والقنة كأم الولد بالأولى