اصحابنا والحنفيه وزاد الجمهور شرطا اخر وهو تجويز وقوع الوطي فلو قطع
بعدمه كما لو تلك امراه الغايب والمجبوب بعد مضي اربع سنين والمطلق في مجلس
العقد لم يثبت الفراش لانا انما جعلنا النكاح قايما مقام الوطي لانه مظنته ولا حكم
للمظنه مع تحقق عدم المئنه فرع واذا ترتب فراشان لحق الولد بصاحب
الاخير لان وطيه اقرب وفراشه صحيح ولو كان بنكاح باطل او وطي غلط
وقالت الحنفيه يلحق بصاحب الاول لان فراشه صحيح ولا حكم لوطي الثاني فرع
والمجبوب المستاصل كالصحيح في ثبوت الفراش له وصحه دعوته لان الاستمتاع تقوم
مقام الوطي ولذلك لو استبد حلت الامه ما استبدها من على فراشه عقيب وطي
او استمتاع لحق نسب الولد وصارت الامه ام ولد ووجب عليه الدعوه مسله
وقد تلتبس صاحبه الفراش بغيرها فيعتبر بحصول سبل الفراش اصلا ويجوز ان
سلك طريق التحويل فيما لا اصل له ويعمل بالاصل في غيره فرع فمن تزوج امراتين
وطلق احداهما في مجلس العقد ثم التبست بالاخرى ثم وضعتا بعد مضي سته
اشهر ولدين فانه يحول في نسب كل منهما وميراثه والميراث منه لاحدهما ابنه
نفس فيكونان كابن واحد في الميراث وتولي نكاح بنات الزوج وغيرهما ويحرم
على كل منهما محارم الزوج ولا يجوز له النظر اليهن تغليبا لجنبه الحظر فان كان احدهما
انثى لم يكن للزوج النظر اليها ويحرم عليه نكاحها ولهما معا ميراث ابن لانه
المتيقن وما سواه محتمل فيرجع فيه الى الاصل وكذا لو كان الالتباس في الابن
فقط فرع وهكذا حكمهما مع الام فيصيران لكل منهما بمنزله ابن واحد
ويصير الابنان لكل منهما بمنزله ام واحده ويغلب جنبه الحظر في الاحكام المتعلقه
به فرع ومثل ذلك لو التبست ام ولد بامته التي ليست ام ولد فالحكم في لحوق
نسب اولادهما ما تقدم وله وطيهما ويصيران معا اي ولد يعتقان بموته ويسعى
كل منهما في نصف قيمتها وكذلك لو وقع الالتباس بين زوجته وامته الا انها
لا تصير ام ولد فرع وانما صار هنا الى التحويل لتيقن احد الامرين وعدم
الاصل الذي يرجع اليه وهذه قاعده التحويل كما سياتي في الدعاوي ان شاء الله تعالى
ولذلك لم يحول على من عليه الحق لان الاصل براءه الذمه فلو كان الولد في هذه المسايل
واحدا فقط والتبس ابوه من صاحبه الفراش ام من غيرها سواء كان اللبس في المراتين
او الولدين لم يلحق النسب عملا بالاصل الا ان يدعيه الزوج كان للدعوه فقط كما
اذا ادعاه غيره فرع فلو وضع امراتان حمل ابنا وبنتا فادعت كل منهما الابن
ونفت البنت ثبت نسبهما من الزوج ونسب الابن من الامين ويصيران بمثابه ام
واحده عليهما مر وانتفت البنت منهما معا عملا بالاصل اذ لا تحويل على من عليه الحق
وانما ثبت الابن منهما لتيقن الفراش الموجب له وعدم تعينه واستوايهما في ذلك بخلاف
ما لو ادعيا معا لسقطا اذ لا فراش فاذا صدق الزوج احداهما لحق بهما لا بغيرهما فرع
فان كان واضع الابن والبنت امراتين لرجلين وتنازعا على ما ذكرنا اشتبه النسب
منهما معا واما الابن فمن صدقها زوجها الحق بهما دون من كذبها فان صدقهما

معا الحق بهما الجميع على نحو ما تقدم فرع وانما الحق الابن مع التكذيب في هاتين
المسلتين لسقوط كونه لاحداهما وقد ادعتاه معا واذا التبس من له الحق قسم
بينهم بالتحويل وانما انتفت البنت مع سقوط كونها لاحداهما ايضا لنفيهما لها
فالتحويل فيهما على من عليه الحق وهو غير صحيح لكن اذا ادعاها احد الزوجين
ثبت له من طريق الدعوه كما اذا ادعاها غيره فرع فان ادعى الولد رجل
اخر حيث لم يلحق باحد الزوجين وهو في صوره التكذيب احتمل ان لا يلحق به
لانه يشبه كاللقيط كما قيل في ابن الملاعنه باب
الخلع الطلاق اسقاط الحق الثابت بالنكاح ويلزم منه نقصان الحل السابق
على النكاح على ما سياتي في التثليث فان كان هذا الاسقاط على عوض مال او ما يول
الى المال كالابرا والهبه وغيرهما فهو خلع عقدا وشرطا والا فليس بخلع وقد يكون
عقدا على غير مال وغير عقد فرع ولما كان عقد الخلع اسقاطا لم يصح رجوع
الزوج عنه قبل قبول الزوجه ولم يصح من ولي الصغير ولا من سيد العبد
ولذلك لو قال انت طالق على ان تبريني او تهبي لي كذا فقبلت اجبرت على الابرا والهبه
بخلاف ما لو قالت ابراتك او وهبت لك على ان تطلقني فقبل فلا يجبر على الطلاق لان
لها الرجوع فرع ولما كان المسقط هو الحق الثابت بالنكاح وقد تقدم انه حق
لله في الاصل كان الطلاق مكروها كما نبه عليه الشارع ولذلك شرعت الحرمه
بالتثليث زجرا عنه ووجب ايقاعه للسنه لكن يصدر عن تثبت وكمال نظر واشترط
فيه كونه في طهر لم يجامعها فيه ولا في الحيضه التي قبله لان ايقاعه مع التمكن
من الوطي عند الحاجه مظنه احسان الاصلح ونهي عن العجله في الطلاق كما اشار اليه
الشارع وشرعت الرجعه تلافيا للحق الساقط وجعل نصاب السنه ثلاثا
لانه عدد قد شرع للتروي والنظر كما في الاستتابه والشفعه وغيرهما
فرع ولما كان حق الله اصلا في النكاح وحق العبد تابعا كما تقدم كان الطلاق
على العكس ولذلك صح التبرع به كما في ساير الاسقاطات ولم يكن لخروج البضع
قيمه عندنا خلافا للشافعي ره فرع فاذا طلق على مال الغير ولم تجز او على
ما ظنته مالا ولا يعرفانه فانكشف خلافه وجب في الاول قيمته وفي الثاني
يقع رجعيا ولا يرجع فيهما الى قيمه البضع وهو مهر المثل خلافا للشافعي واذا
كان منها تغرير في المسله الثانيه رجع اليه لان ذلك جنايه منها فوتت لها
عليه حقا فمضمون ما استولى عليه لا ملك الرجوع فيه يلزمها قيمته فرع ولما
كان المعقود عليه هنا وهو اسقاط الحق ليس بمال ولا شبيها به ضعف فيه
المعاوضه فصح القبول في مجلس العلم بالايجاب وقبل العوض المجهول جهاله كليه
ولزم من الجنس او كيسه او ما فوقه مشكوك فيه ولا مقتضى له وصح جعله محل
امته والغره بالانكشاف بخلاف النكاح في هذه الاحكام فرع ولما كان العوض
هنا في مقابله اسقاط حق كان مخالفا للقياس اذ لا يصح اخذ العوض على اسقاط

Copyright © King Saud University