ويفرق بينهما بخصومة الولي ان كان له ولي وان كان له ولي والا نصب القاضي من يخاصم عنه
ويوهل للطلاق هنا كما يوهل له في الاباء بعد العرض على ابويه وكما في اللعان ان جن قبل التفريق ولو
جاءت امراة المجبوب بولد بعد التفريق الى سنتين يثبت نسبه ولا يبطل تفريق القاضي بخلاف العنين
حيث يبطل تفريقه لانه لما ثبت نسبه لم يبق عنينا ذكره في الغاية وفيه نظر لانه وقع الطلاق
بتفريقه وهو باين وكيف يبطل الا ترى انها لو اقرت بعد التفريق انه كان قد وصل
اليها لا يبطل التفريق **قال** رحمه الله **واجل سنة لو عنينا او خصيا فان وطئ والا بانت بالتفريق ان طلبت** وقال القاضي
اهل الظاهر لا يوجل ولا يفرق لحديث امراة عبد الرحمن فانه عليه الصلاة والسلام لم يا
يوجله حين شكت اليه عدم تحركه ولنا اجماع الصحابة على تاجيله ولان الواجب عليه
الامساك بالمعروف وذلك بحسن الموافقة والمعاشرة ولا يتحقق ذلك بغير قضا الشهوة
فيكون امساكها بعد ذلك ظلما فيجب التسريح بالاحسان دفعا للظلم عنها لكن ظلمها لا يتحقق في
الحال لان حقها في الوطئ مرة في الجملة لا في كل زمان وعجزه في الحال لا يدل على عجزه في المال
لانه قد يكون لعرض به وهو لا يوجب الخيار وقد يكون خلقة وهو يوجب الخيار وانما تبين
ذلك بالتاجيل سنة لان المرض غالبا يزول فيها لانه يكون لغلبة البرودة او الحرارة
او اليبوسة او الرطوبة وفصول السنة مشتملة عليها فالربيع حار رطب والصيف حار
يابس والخريف يابس طبع الموت وهو اردي الفصول والشتاء بارد رطب فان كان مرضه من
برد ففصل الحر يقابله وان كان من حر ففصل البرد يقابله وان كان من يبوسة فالرطوبة
تقابله وان كان من رطوبة فاليبوسة تقابله وان كان من نوعين فيقابله ما يخالف الاخرين
فهو كالمداواة له والعلاج فيوافق طبعه فيزول ما به من المرض باعتدال الطبع فاذا
مضت السنة ولم يزل علم انه خلقه وان حقها قد فات به فيفرق بطلبها ولا حجة لهم
في حديث امراة عبد الرحمن بن الزبير لان الاجل انما يضرب اذا اعترف الزوج بانه لم يصل اليها وقد
اخبر هو النبي صلى الله عليه وسلم انه ينفضها نفض الاديم او يعركها عرك الاديم ولانه قال ابن عبد
البر قد صح ان ذلك كان بعد طلاقها فلا يكون حجة لان كلامنا في الزوجة ولو كانت امة فالخيار
الى المولى عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال زفر الخيار لها لان الخيار انما يثبت لفوات حقها
في اقتضا الشهوة وذلك على الخلوص ولهما ان المقصود من الوطئ في الاصل حصول الولد
والولد حق المولى ولهذا قال ابو حنيفة الاذن في العزل الى المولى ثم ان هذا الخيار لا يجب
على الفور حتى لو وجدته عنينا ولم تخاصم زمانا لا يبطل حقها وكذا لو رفعت الامر الى القاضي
واجله سنة ومضت السنة ولم تخاصم زمانا لانها لا تقدر على المخاصمة في كل وقت
ولان ذلك قد يكون للتجربة والامتحان لا للرضا به ولو وصل اليها مرة ثم عجز لا خيار لها لان
حقها في وطئه لا يجب عليه حكما واحدة لحصول المقصود من تاكد المهر والاحصان وما
زاد عليها لا يجب عليه حكما ويجب عليه ديانة والفرقة به تطليقة باينة وقال الشافعي
رحمه الله هو فسخ لانه فرقة من جهتها ولنا ان هذه الفرقة من جهته لان الواجب
عليه الامساك بالمعروف فاذا فات وجب التسريح بالاحسان فان فعل والا ناب القاضي

مناب

منابه فكان الفعل منسوبا اليه فكان طلاقا باينا ليتحقق دفع الظلم عنها والنكاح الصحيح النافذ اللازم لا
يحتمل الفسخ ولهذا لا ينفسخ بالهلاك قبل التسليم لان الملك الثابت به ضروري فلا يظهر في غير الاستيفا
والفسخ يغايره فلا يظهر في حقه والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ قبل التمام فكان في
معنى الامتناع من الاتمام بخلاف ما نحن فيه لانه فرقة بعد التمام فكان رفعا ولها كمال وعليها
العدة لوجود الخلوة الصحيحة وقد بيناه من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها واما اذا انكر
فنذكره من قريب ان شاء الله تعالى **قال** رحمه الله **فلو اختلفا وطئت وانكرت وقالت بكر خيرت وان كانت ثيبا صدق بحلفه**
يعني اذا تمت المدة وقال وطئتها وانكرت هي اليها النسا فان قلن انها بكر
خيرت وان قلن انها ثيب فالقول قوله مع يمينه فسوا كانت الثيابة اصلية او طارية
في المدة ثم المصنف رحمه الله لم يذكر كيفية العنة ليوجل وذكره في الانتها فيفرق ولا بد
من ذكره فيهما وتمام تفريعاته فنقول اذا ادعت المراة انه لم يصل اليها فان صدقها
خيرت يوجل سنة ثم اذا تمت السنة فان ادعت عدم الوصول فان صدقها خيرت
لثبوت حقها بالتصادق وان انكر نظر اليها النسا وان قلن هي ثيب
فالقول قوله مع يمينه لان الثيابة تثبت بقولهن وليس من ضرورة الثيابة الوصول
اليها لاحتمال زوالها بشي اخر فيحلف بخلاف البكارة لان ثبوتها ينفي الوصول اليها ضرورة
فتخير بقولهن ثم اذا حلفت فهي امراته وان نكل خيرت لان دعواها تايدت بالنكول
وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاقها الفرقة عليه
والاصل هو السلامة في الجبلة فان حلف فلا حق لها وان نكل يوجل سنة فاذا
تمت السنة فان ادعت عدم الوصول اليها فان صدقها خيرت لثبوت حقها بالتصادق
وان انكر فالقول قوله مع يمينه لما ذكرنا ثم ان حلف فهي امراته وان نكل خيرت
لما ذكرنا فحاصله انها ان كانت ثيبا فالقول قوله ابتدا وانتها مع يمينه فان نكل
في الابتدا يوجل سنة فان نكل في الانتها وان كانت بكرا ثبتت العنة فيهما بقولهن
فيوجل او يفرق **قال** رحمه الله **وان اختارته بطل حقها**
وهذا لان المخيرة بين شيين لا يكون له الا ان يختار احدهما وكذا اذا قامت من مجلسها او
اقامها اعوان القاضي قبل ان تختار شيا لان هذا بمنزلة تخيير الزوج فلا يتوقف على ما
ورا المجلس بل يبطل بالقيام ثم ان اختارت الفرقة باختيارها نفسها ولا يحتاج الى
القضا كخيار العتق ولو فرق بينهما ثم تزوجها ثانيا لم يكن لها خيار لرضاها بحاله
وان تزوج امراة اخري وهي عالمة بحاله ذكر في الاصل انه لا خيار لها لعلمها بالعنة
وذكر الخصاف ان لها الخيار لان العجز عن وطي امراة لا يدل على العجز عن وطي غيرها
والفتوى على الاول وفي التاجيل تعتبر السنة القمرية في ظاهر الرواية واختاره
صاحب الهداية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان السنة الشمسية هي
المعتبرة احتياطا لاحتمال ان طبعه يوافق الزيادة التي فيها وهو اختيار
السرخسي والسنة القمرية ثلثماية واربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه

Copyright © King Saud University

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com)