لا تنقضي لغائب ولا على غائب

العدة عليها او طلقته وينبغي حمله على اختيار قولها وانه تتوقف البينونة على الحيض ان الاخر لو اسلم قبل انقضائها فلا بينونة واطلق في اسلام احدهما في دار الحرب فشمل ما اذا لحق الاخر بدار الاسلام او في دار الحرب اقام الاخر فيها او خرج الى دار الاسلام [illegible] انه ما لم يجتمعا في دار الاسلام فانه لا يعرض الاسلام على الكافر سواء خرج المسلم او الكافر [illegible] لا تنقضي لغايب ولا على غايب كذا في المحيط واشار بالحيض الى انها من ذوات الحيض فلو كانت لا تحيض لصغر او كبر فلا تبين الا بمضي ثلثة اشهر وبه اعلم ان مسئلة ما اذا اسلم احد الزوجين على [illegible] لان الثمانية لتقدمه على اربعة لانهما اما ان يكونا في دار الاسلام او في دار الحرب او احدهما في دار الاسلام فقط وهو [illegible] بصورتين والحربيين [illegible] البينونة هل هي طلاق او فسخ للاختلاف ففي السير انه طلاق عند ابي حنيفة ومحمد لانه [illegible] هذه المدة جعل بدلا عن تفريق القاضي والبدل قائم مقام الاصل وعند ابي يوسف فسخ وهو رواية عنهما لان هذه فرقة وقعت حكما لا بتفريق القاضي فكانت فسخا بمنزلة ردة الزوج وملكه امراته كذا في المحيط وينبغي ان يقال ان كان المسلم هو المراة فهي فرقة بطلاق لان الآبي هو الزوج حكما وقد اقيم مضي المدة مقام ابائه وتفريق القاضي واباؤه طلاق عندهما فكذا ما قام مقامه وان كان المسلم هو الزوج فهي فسخ لا تعذر ابائها فكذا حكم ما قام مقامه واما وقوع الطلاق عليها فان كان قبل البينونة فلا اشكال في الوقوع لانها زوجته وان كان بعد البينونة بمضي المدة فان كان في العدة عند من اوجبها وقع والا فلا واما عند من لم يوجبها فهي اجنبية من كل وجه فلا يقع شي ولا شك ان هذه المسئلة من افراد المسئلة السابقة ففيها الاقسام الستة واما القسمان الاخيران فخارجان بقوله ولو اسلم زوج الكتابية بقي نكاحها فهو مخصص لكل من المسئلتين [illegible] بصورتين ما اذا كان الزوج كتابيا او مجوسيا لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى ولو تحققت الفرقة بينهما لفساد النكاح وتباين الدارين سبب الفرقة لا السبي والشافعي بعكسه لان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يوثر في الفرقة كالحربي المستامن والمسلم المستامن اما السبي فيقتضي الصفا للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا انه مع التباين حقيقة وحكما لا تنتظم المصالح فشابه المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء وصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفا في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستامن لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع فتتفرع اربع صور وفاقيتان وهو لو خرج الزوجان الينا معا ذميين او مسلمين او مستامنين ثم اسلما او صارا ذميين لا تقع الفرقة بينهما وما لو سبي احدهما تقع الفرقة اتفاقا عنده للسبي وعندنا للتباين وخلافيتان احداهما ما اذا خرج احدهما الينا مسلما او ذميا او مستامنا ثم صار باحد الوصفين عندنا تقع فان كان الرجل حل له تزوج اربع في الحال و[illegible] امراته التي في دار الحرب اذا كانت في دار الاسلام وعنده لا تقع الفرقة بينه وبين زوجته التي في دار الحرب والثانية ما اذا سبي الزوجان معا فعنده تقع فللسابي ان يطاها بعد الاستبراء وعندنا لا لعدم تباين دارهما اطلق في التباين فانصرف اليه حقيقة وحكما فلو تزوج مسلم كتابية في دار الحرب فخرج عنها الزوج بانت لوجوده ولو خرجت المراة قبل الزوج لم تبن لان التباين وان وجد حقيقة لم يوجد حكما لانها صارت من اهل دار الاسلام لانها التزمت احكام المسلمين فالظاهر انها لا تعود الى دار الحرب والزوج من اهل دار الاسلام حكما بخلاف ما اذا اخرجها رجل كرها فانها تبين لانه ملكها فتحقق التباين حقيقة وحكما لانها في دار الحرب حكما وزوجها في دار الاسلام حكما واذا دخل الحربي دارنا بامان لم تبن زوجته لانه في دار الحرب حكما **قوله** وتنكح المهاجرة الحائل بلا عدة اي التي ليست حاملا وهذا بيان حكم جزئي من جزئيات موضوع المسئلة السابقة فان منها ما اذا خرجت المراة مسلمة او ذمية وتركت زوجها في دار الحرب فافاد انها اذا بانت فلا عدة عليها ان لم تكن حاملا فتتزوج حالا عند الامام وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام وله ان حقيقتها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية [illegible] بقوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر والعصم جمع عصمة بمعنى المنع والكوافر جمع كافرة ثم اختلف لو خرج زوجها بعدها وهي بعد في العدة فطلقها هل يلحقها طلاقه قال ابو يوسف لا تقع عليها وقال محمد تقع والاصل ان

الفرقة

الفرقة اذا وقعت بالتنافي لا تنقص عدد الطلاق عند ابي يوسف وعند محمد تنقص وهو اوجه الا ان تكون محرمة لعدم فائدة الطلاق على ما بيناه وثمرته تظهر فيما اذا طلقها ثلثا فالاحتياج الى زوج اخر في تزوجها اذا اسلم [illegible] عند ابي يوسف وعند محمد يحتاج اليه كذا في فتح القدير واراد بالمهاجرة التاركة دار الحرب الى دار الاسلام على عزم عدم العود وذلك بان خرجت مسلمة او ذمية او صارت كذلك وقيد بالحائل لان الحامل لا يصح العقد عليها حتى تضع حملها وظاهر ما في الكتاب انه لاجل العدة وليس كذلك كما في غاية البيان والتبيين وروى الحسن عن ابي حنيفة ان العقد صحيح والوطي حرام حتى تضعه لانه لا حرمة لما في بطنها كما في الزانية وصحح الشارح الاول لان النسب ثابت فكان الرحم مشغولا بحق الغير فكان الاحتياط في منع العقد كالوطي بخلاف الحمل من الزنا وصحح الاقطع رواية الحسن والاكثر على الاول وهو الظاهر لانه اذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا وارتداد احدهما فسخ في الحال يعني فلا يتوقف على مضي ثلاث قروء في المدخول بها ولا على قضاء القاضي لان وجود التنافي بوجه كالمحرمية بخلاف الاسلام فانه غير مناف للعصمة اطلقه فشمل ارتداد المراة وهو ظاهر الرواية وبعض مشايخ بلخ ومشايخ سمرقند افتوا بعدم الفرقة بردتها حسما لباب المعصية والحيلة للخلاص منه وعامة مشايخ بخارا افتوا بالفرقة لكنها تجبر على الاسلام والنكاح مع زوجها الاول لان الحسم يحصل بهذا الجبر فلا ضرورة الى اسقاط اعتبار التنافي [illegible] مع الفضوليين بان جبر الحرة البالغة مناف للشرع ايضا فلا يلزمهم ما هو بواسطة من اسقاط اعتبار التنافي انتهى وهو مردود لان الجبر على النكاح عهد في الشرع في الجملة للضرورة كما في العبد والامة والحر الصغير والحرة الصغيرة فجاز ارتكابه في غيرهم للضرورة ولم يعهد بقاء النكاح مع المنافي له فلا [illegible] قالوا ولكل قاض ان يجدد النكاح بمهر يسير ولو بدينار رضيت ام لا وتعزر خمسة وسبعين انتهى وهو اختيار لقول ابي يوسف في التعزير [illegible] فان نهايته في تعزير الحر عنده خمسة وسبعون وعندهما تسعة وثلاثون [illegible] القدسي في الحاوي قال بعد قول ابي يوسف المذكور وبه نأخذ فعلى هذا الاعتبار في نهاية التعزير قول ابي يوسف سواء كان في تعزير المرتدة او لا وصحح في المحيط والخانية ظاهر الرواية من وقوع الفرقة والجبر على تجديد النكاح مع الاول وعدم تزوجها بغيره بعد اسلامها وقال الولوالجي وعليه الفتوى والحق ان محله ما اذا طلب الاول ذلك اما اذا رضي بتزوجها من غيره فهو صحيح لان الحق له وكذلك لو لم يطلب تجديد النكاح واستمر ساكتا لا يجدده القاضي حيث اخرجها من بيته القنية المرتدة ما دامت في دار الاسلام فانها لا تسترق في ظاهر الرواية النوادر عن ابي حنيفة انها تسترق ولو كان الزوج عالما استولى عليها بعد الردة تكون فيئا للمسلمين عند ابي حنيفة ثم يشتريها من الامام او يصرفها اليه ان كان مصرفا فلو افتى مفت بهذه الرواية حسما لهذا الامر لا باس به قلت وفي زماننا بعد فتنة التتر العامة صارت هذه الولايات التي غلبوا عليها واجروا احكامهم فيها كخوارزم وما وراء النهر وخراسان ونحوها صارت دار الحرب في الظاهر فلو استولى عليها الزوج بعد الردة تملكها ولا يحتاج الى شرائها من الامام فيفتى بحكم الرق حسما لكيد الجهلة ومكر المكرة على ما اشار اليه في السير الكبير انتهى ما في القنية وبعده في خزانة الفتاوى ونقل قوله فلو افتى مفت بهذه الرواية عن شمس الائمة السرخسي ثم اعلم ان على هذه الرواية للزوج ان يبيعها بعد الاستيلاء لانه صار مالكا لها وينبغي ان يمتنع بيعها اذا كانت ولدت منه قبل الردة تنزيلا لها منزلة ام ولده وقد ذكر في الخانية ان ام الولد اذا ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت ثم ملكها السيد بعد كونها ام ولده وامومية الولد تتكرر بتكرر الملك الخانية من باب الردة رجل تزوج امراة فغاب عنها قبل الدخول فاخبره مخبر انها ارتدت والمخبر حر او مملوك او محدود في قذف وهو ثقة عنده وسعه ان يصدقه ويتزوج اربعا سواها وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق وان كان اكبر رأيه انه كاذب لا يتزوج اكثر من ثلث وان اخبرت المراة ان زوجها قد ارتد لها ان تتزوج اخر بعد انقضاء العدة في رواية الاستحسان وفي رواية السير ليس لها ان تتزوج قال شمس الائمة السرخسي الاصح رواية الاستحسان انتهى وان كانت ردته فسخا واباؤه طلاقا عند ابي حنيفة لان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح

Copyright © King Saud University

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