

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

كيفية الفرقة عند إباء الزوج الإسلام .

و أما الكلام مع أصحابنا في كيفية الفرقة عند إباء الزوج الإسلام بعدما أسلمت امرأته المشتركة أو المجوسية أو الكتابية فوجه قول أبي يوسف أن هذه الفرقة يشترك في سببها الزوجان بينهما الزوجان و يستويان فيه فإن الإباء من كل واحد منهما سبب الفرقة ثم الفرقة الحاصلة بإيائها فرقة بغير طلاق فكذا بإيائه لاستوائهما في السببية كما إذا ملك أحدهما صاحبه و لهما أن الحاجة إلى التفريق عند الإباء لفوات مقاصد النكاح و لأن مقاصد النكاح إذا لم تحصل لم يكن في بقاء فائدة فتقع الحاجة إلى التفريق .

و الأصل في التفريق هو الزوج لأن الملك له و القاضي ينوب منابه كما في الفرقة بالجبر و العنة فكان الأصل في الفرقة هو فرقة الطلاق فيجعل طلاقاً ما أمكن و في إباء المرأة لا يمكن لأنها لا تملك الطلاق فيجعل فسخا و منها ردة أحد الزوجين لأن الردة بمنزلة الموت لأن سبب مفص إليه و الميت لا يكون محلاً للنكاح و لهذا لم يجز نكاح المرتد لأحد فكذا في حال البقاء و لأنه لا عصمة مع الردة و ملك النكاح لا يبقى مع زوال العصمة غير أن ردة المرأة تكون فرقة بغير طرق بلا خلاق و أما ردة الرجل فهي فرقة بغير طلاق في قول أبي حنيفة و أبي يوسف و عند محمد فرقة بطلاق .

وجه قوله : ظاهر أن الفرقة إذا حصلت بمعنى من قبل الزوج و أمكن أن تجعل طلاقاً تجعل طلاقاً لأن الأصل في الفرقة هو فرقة الطلاق و أصل أبي يوسف ما ذكرنا أنه فرقة حصلت بسبب يشترك فيه الزوجان لأن الردة من كل واحد منهما سبب لثبوت الفرقة ثم الثابت بردتها فرقة بغير طلاق كذا بردته و لأبي حنيفة أن هذه الفرقة و إن كانت بسبب وجد من الرجل و هو رده إلا أنه لا يمكن أن تجعل الردة طلاقاً لأنها بمنزلة الموت و فرقة الموت لا تكون طلاقاً لأن الطلاق تصرف يختص بما يستفاد بالنكاح و الفرقة الحاصلة و بالردة فرقة واقعة بطرفي التنافي لأن الردة تنافي عصمة الملك و ما كان طريقه التنافي لا يستفاد بملك النكاح فلا يكون طلاقاً بخلاف الفرقة الحاصلة بإيائها الحاصلة بإياء الزوج لأنها تثبت بفوات مقاصد النكاح و ثمراته و ذلك مضاف إلى الزوج فيلزمه الإمساك بالمعروف و إلا التسريح بالإحسان فإذا امتنع عنه ألزمه القاضي الطلاق الذي يحصل به التسريح بالإحسان كأنه طلق بنفسه و الدليل على التفرقة بينهما أن فرقة الإباء لا تحصل إلا بالقضاء و فرقة الردة تثبت بنفس الردة ليعلم أن ثبوتها بطريق التنافي .

ثم الفرقة بردة أحد الزوجين تثبت بنفس الردة فتثبت في الحال عندنا و عند الشافعي إن

كان قبل الدخول فكذلك و إن كان بعد الدخول تتأجل الفرقة إلى مضي ثلاث حيض وهو على الاختلاف في إسلام أحد الزوجين هذا إذا ارتد أحد الزوجين فأما إذا ارتدا معا لا تقع في الفرقة بينهما استحسانا حتى لو أسلما معا فهما على نكاحهما و القياس أن تقع الفرقة و هو قول زفر على وجه القياس أنه لو ارتد أحدهما لوقعت الفرقة فكذا إذا ارتدا لأن في ردتها ردة أحدهما و زيادة و للاستحسان إجماع الصحابة Bهم فإن العرب لما ارتدت في زمن أبي بكر الصديق Bه ثم أسلموا لم يفرق بينهم و بين نساءهم و كان ذلك بمحض من الصحابة . هم B

فإن قيل : بم يعلم هناك أنهم ارتدوا و أسلموا معا ؟ .

فالجواب : أنه لما لم يفرق بينهم و بين نساءهم فيما لم يعلم القرآن بل احتمل التقدم و التأخر في الردة و الإسلام ففيما علم أولى أن لا يفرق .

ثم نقول الأصل في كل أمرين حادثين إذا لم يعلم تاريخ ما بينهما أن يحكم بوقوعها معا كالغرقى و الحرقى و الهدمى و لو تزوج مسلم كتابية يهودية أو نصرانية فتمجست تثبت الفرقة لأن المجوسية لا تصلح لنكاح المسلم ألا ترى أنه لا يجوز له نكاحها ابتداء ثم إن كان ذلك قبل الدخول بها لا مهر لها و لا نفقة لأنها فرقة بغير طلاق فكانت فسحا و إن كان بعد الدخول بها فلها المهر لما بينا فيما تقدم و لا نفقة لها لأن الفرقة جاءت من قبلها و الأصل أن الفرقة إذا جاءت من قبلها فإن كان قبل الدخول بها فلا نفقة لها و لا مهر و إن جاءت من قبله قبل الدخول يجب نصف المسمى إن كان المهر سمي و إن لم يكن تجب المتعة و بعد الدخول يجب كل المهر و النفقة .

و لو كانت يهودية فتنصرت أو نصرانية فتهودت لم تثبت الفرقة و لم يعترض عليه عندنا . و قال الشافعي : لا يمكن من الفرار عليه و لكن تجبر على أن تسلم أو تعود إلى دينها الأول فإن لم تفعل حتى مضت ثلاث حيض وقعت الفرقة كما في المرتد وجه قوله أنها كانت مقرة بأن الدين الذي انتقلت إليه باطل فكان ترك الاعتراض تقريراً على الباطل و أنه لا يجوز . و لنا : أنها انتقلت من باطل إلى باطل و الجبر على العود إلى الباطل باطل و لو كانت يهودية أو نصرانية فصبأت لم تثبت الفرقة في قول أبي حنيفة و في قول أبي يوسف و محمد تثبت الفرقة بناء على أنه يجوز للمسلم نكاح الصابئية عنده و عندهما لا يجوز و المسألة مرت في موضعها و منها إسلام أحد الزوجين في دار الحرب لكن لا تقع الفرقة في الحال بل تقف على مضي ثلاث حيض إن كانت ممن تحيض و إن كانت ممن لا تحيض ثلاثة أشهر فإن أسلم الباقي منهما في هذه المدة فهما على النكاح و إن لم يسلم حتى مضت المدة وقعت الفرقة لأن الإسلام لا يصلح سبباً لثبوت بينهما و نفس الكفر أيضاً لا يصلح سبباً لما ذكرنا من المعنى فيما تقدم و لكن يعرض الإسلام على الآخر فإذا أبى حينئذ يفرق و كانت الفرقة حاصلة بالإباء و لا يعرف

الإبء إلا بالعرض و قد امتنع العرض لانعدام الولاية و قد مست الحاجة إلى التفريق إذ المشترك لا يصلح لنكاح المسلم فيقام شرط البيونة و هو مضي ثلاث حيض إذ هو شرط البيونة في الطلاق الرجعي مقام العلة و إقامة الشرط مقام العلة عند تعذر اعتبار العلة جائز في أصول الشرع فإذا مضت مدة العدة و هي ثلاث حيض صار مضي هذه المدة بمنزلة تفريق القاضي و تكون فرقة بطلاق على قياس قول أبي حنيفة و محمد و على قياس قول أبي يوسف بغير طلاق لأنه فرقة بسبب الإبء حكما و تقديرا و إذا وقعت الفرقة بعد مضي هذه المدة هل تجب العدة بعد مضيها بأن كانت المرأة هي المسلمة فخرجت إلى دار الإسلام فتمت الحيض في دار الإسلام لا عدة عليها عند أبي حنيفة و عندهما عليها العدة و المسألة مذكورة فيما تقدم .

و إن كان المسلم هو الزوج فلا عدة عليها بالإجماع لأنها حربية و منها اختلاف الدارين عندنا بأن خرج أحد الزوجين إلى دار الإسلام مسلما أو ذميا و ترك الآخر كافرا في دار الحرب .

و لو خرج أحدهما مستأمنا و بقي الآخر كافرا في دار الحرب لا تقع الفرقة بالإجماع و قال الشافعي : لا تقع الفرقة باختلاف الدارين و هذا بناء على أصل و هو أن اختلاف الدارين علة لثبوت الفرقة عندنا و عنده ليس بعلة و إنما العلة هي السبي .

و احتج بما روي أن : [زينب بنت رسول الله صلى الله عليه و سلم هاجرت من مكة إلى المدينة و خلفت زوجها أبا العاص كافرا بمكة فردها عليه رسول الله صلى الله عليه و سلم بالنكاح الأول] و لو ثبتت الفرقة باختلاف الدارين لما رد بل جدد النكاح و لأن تأثير اختلاف الدارين في انقطاع الولاية و انقطاع الولاية لا يوجب انقطاع النكاح فإن النكاح يبقى بين أهل العدل و البغي و الولاية منقطعة .

و لنا : أن عند اختلاف الدارين يخرج الملك من أن يكون منتفعا به لعدم التمكن من

الانتفاع عادة فلم يكن في بقاءه فائدة فيزول كالمسلم إذا ارتد عن الإسلام و لحق بدار الحرب أنه يزول ملكه عن أمواله و تعتق أمهات أولاده و مدبروه لما قلنا كذا هذا بخلاف أهل البغي مع أهل العدل لأن أهل البغي من أهل الإسلام و لأنهم مسلمون فيخالطون أهل العدل فكان إمكان الانتفاع ثابتا فيبقى النكاح و ههنا بخلافه .

و أما الحديث فقد روي أنه ردها عليه بنكاح جديد فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج به مع ما أن العمل بهذه الرواية أولى لأنها تثبت أمرا لم يكن فكان راوي الرد بالنكاح الأول استصحب الحال فظن أنه ردها عليه بذلك النكاح الذي كان و راوي النكاح الجديد اعتمد حقيقة الحال و صار كاحتمال الجرح و التعديل ثم إن كان الزوج هو الذي خرج فلا عدة بلا خلاف لما ذكرنا أنه حربية و إن كانت المرأة هي التي خرجت فلا عدة عليها في قول أبي حنيفة خلافا لهما .

و كذلك إذا خرج أحدهما ذميا وقعت الفرقة لأنه صار من أهل دار الإسلام فصار كما لو خرج مسلما بخلاف ما إذا خرج أحدهما بأمان لأن الحربي المستأمن من أهل دار الحرب و إنما دخل دار الإسلام على سبيل العارية لقضاء بعض حاجاته لا للتوطن فلا يبطل حكم دار الحرب كالمسلم إذا دخل دار الحرب بأمان لأنه لا يصير بالدخول من أهل دار الحرب لما قلنا كذا هذا .
و لو أسلما معا في دار الحرب أو صارا ذميين معا أو خرجا مستأمنين فالنكاح على حاله لانعدام اختلاف الدارين عندنا و انعدام السبي عنده و على هذا يخرج ما إذا سبى أحدهما و أحرز بدار الإسلام أنه تقع الفرقة بالإجماع لكن على اختلاف الأصلين عندنا باختلاف الدارين و عنده بالسبي و عندنا لا تثبت الفرقة قبل الإحراز بدار الإسلام و لو سبيا معا لا تقع الفرقة عندنا لعدم اختلاف الدارين و عنده تقع لوجود السبي .

و احتج بقوله تعالى : { و المحصنات من النساء إلا ما ملكت أيما نكم } حرم المحصنات و هن ذوات الأزواج إذا هو معطوف على قوله عز و جل : { حرمت عليكم أمهاتكم } و استثنى المملوكات و الاستثناء من الحظر إباحة و لم يفصل بين ما إذا سببت وحدها أو مع زوجها لأن السبي سبب لثبوت ملك المتعة للسابي لأنه استيلاء ورد على محل غير معصوم و أنه سبب لثبوت الملك في الرقبة و لهذا يثبت في المسبية بالإجماع و ملك الرقبة يوجب ملك المتعة و متى ثبت ملك المتعة للسابي يزول ملك الزوج ضرورة بخلاف ما إذا اشترى أمة هي منكوحة الغير أنه لا يثبت للمشتري ملك المتعة و إن ثبت له ملك الرقبة بالشراء لأن ملك الزوج في الأمة ملك معصوم و إثبات اليد على محل معصوم لا يكون لثبوت الملك .

و لنا : أن ملك النكاح للزوج كان ثابتا بدليله مطلقا و ملك النكاح لا يجوز أن يزول إلا بإزالته أو لعدم فائدة البقاء إما لفوات المحل حقيقة بالهلاك أو تقديرا لخروجه من أن يكون منتفعا به في حق المالك و إما لفوات حاجة المالك بالموت لأن الحكم بالزوال حينئذ يكون تناقضا و الشرع منزه عن التناقض و لم توجد الإزالة من الزوج و المحل صالح و المالك صالح حتى محتاج إلى الملك و إمكان الاستمتاع ثبت ظاهرا و غالبا إذا سبيا معا و لا يكون نادرا .

و كذا إذا سبى أحدهما و المسي في دار الحرب لأن احتمال الاسترداد من الكفرة أو استنفاد الأسراء من الغزاة ليس بنادر و إن لم يكن غالبا بخلاف ما إذا سبى أحدهما و أخرج إلى دار الإسلام لأن هناك لا فائدة في بقاء الملك لعدم التمكن من إقامة المصالح بالملك ظاهرا و غالبا لاختلاف الدارين .

و أما قوله : السبي ورد على محل غير معصوم فنعم لكن الاستيلاء الوارد على محل غير معصوم إنما يكون سببا لثبوت الملك إذا لم يكن مملوكا لغيره و ملك الزوج ههنا قائم لما بينا فلم يكن السبي سببا لثبوت الملك للسابي فلا يوجب زوال ملك الزوج و الآية محمولة على ما

إذا سببت وحدها لما ذكرنا من الدلائل .

و منها : الملك الطارئ لأحد الزوجين على صاحبه بأن ملك أحدهما صاحبه بعد النكاح أو ملك شقفا منه لأن الملك المقارن يمنع من انعقاد النكاح فالطارئ عليه يبطله و الفرقة الواقعة به فرقة بغير طلاق لأنها فرقة حصلت بسبب لا من قبل الزوج فلا يمكن أن تجعل طلاقا فتجعل فسحا و لا يحتاج إلى تفريق القاضي لأنها فرقة حصلت لا بطريق التنافي لما بينا في المسائل المتقدمة أن الحقوق الثابتة بالنكاح لا يصح إثباتها بين المالك و المملوك فلا تفتقر إلى القضاء كالفرقة الحاصلة برودة أحد الزوجين .

و على هذا قالوا في القن و المدبر و المأذون : إذا اشترى زوجتيهما لم يبطل النكاح لأن الشراء لا يفيد لهما ملك المتعة فلا يجب بطلان النكاح .

و قالوا : أيضا في المكاتب إذا اشترى زوجته لا يبطل نكاحها لأنه لا يملكها و إنما يثبت له فيها حق الملك و حق الملك يمنع ابتداء النكاح و لا يمنع البقاء كالعدة و هذا لأن حق الملك هو الملك من وجه فكان ملكه فيها ثابتا من وجه دون وجه فالنكاح إذا لم يكن منعقدا يقع الشك في انعقاده فلا ينعقد بالشك و إذا كان منعقدا يقع الشك في زواله فلا يزول بالشك على الأصل المعهود إن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك و الثابت بيقين لا يزول بالشك لهذا المعنى معنى العدة من ابتداء النكاح و لم تمنع البقاء كذا هذا .

و قالوا : فيمن زوج ابنته من مكاتبه ثم مات لا يبطل النكاح بينهما حتى يعجز عن أداء بدل الكتابة .

و قال الشافعي : يفسخ النكاح بناء على أن المكاتب لا يورث عندنا فلا يثبت الملك للوارث في المكاتب حقيقة و إنما يثبت له حق الملك و أنه لا يمنع بقاء النكاح وعنده يورث فيثبت الملك لها في زوجها فيبطل النكاح .

وجه قوله : أن الوارث يقوم مقام المورث في أملاكه فيثبت له ما كان ثابتا للمورث و ملكه في المكاتب كان ثابتا له فينتقل إلى الوارث فيصير مملوكا له فيفسخ النكاح .

و لنا : أن الحاجة مست إلى إبقاء ملك الميت في المكاتب لأن عقد الكتابة أوجب له حق الحرية للحال على وجه يصير ذلك الحق حقيقة عند الأداء و لهذا يثبت الولاء من قبله فلو نقلنا الملك من الميت إلى الوارث لتعذر إثبات حقيقة الحرية عند الأداء لانعدام تعليق الحرية منه بالأداء فمست الحاجة إلى استيفاء ملك الميت فيه لأجل الحق المستحق للمكاتب فيمنع ثبوت الملك حقيقة للوارث و يثبت له حق الملك لوجود سبب الثبوت و هو القرابة و شرطه و هو الموت و حق الملك يمنع ابتداء النكاح و لا يمنع البقاء لما ذكرنا إلا إذا عجز عن أداء بدل الكتابة لأنه إذا عجز ثبت الملك حقيقة للوارث فيرتفع النكاح .

و أما معتق البعض إذا اشترى زوجته لا يبطل النكاح في قول أبي حنيفة و عندهما يبطل بناء

على أن معتق البعض بمنزلة المكاتب عنده و عندهما حر عليه دين و اﻻ أعلم .
و منها : الرضاع الطارئ على النكاح كمن تزوج صغيرة فأرضعتها أمة بانت منه لأنها صارت
أختا له من جهة الرضاع و كذا إذا تزوج صبيتين رضعتين فجاءت فأرضعتها بانتا منه لأنهما
صارتا أختين و حرمة الأخت من الرضاع يستوي فيها السابق و الطارئ و كذا حرمة الجمع بين
الأختين من الرضاعة و نذكر إن شاء اﻻ تعالى ما يتعلق بالرضاع المقارن و الطارئ من
المسائل في كتاب الرضاع .

و منها : المصاهرة الطارئة بان وطئ امرأته أو ابنتها و الفرقة بها فرقة بغير طلاق
لأنها حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع و في الفرق في هذه الوجوه كلها بائمة لأن المقصود في
بعضها الخلاص و أنه لا يحصل إلا بالبائن و في بعضها المحل ليس يقابل لبقاء النكاح فافهم و
اﻻ الموفق