@ 175 @ الجب والعنة طلاقا بخلاف إبائها لأن الطلاق لا يكون منها حتى ينوب القاضي منابها وبخلاف ما استشهد به من الأحكام فإن الفرقة فيه لا لهذا المعنى وبخلاف ردته أيضا عند أبي حنيفة لأن الفرقة فيها للتنافي وهذا لأن الردة تنافي النكاح ابتداء فكذا تنافيه بقاء ولهذا لا يحتاج فيه إلى حكم الحاكم وفي الإباء يحتاج إليه ولو كان الزوج صغيرا أو مجنونا يكون طلاقا عندهما لما ذكرنا من المعنى وهي من أغرب المسائل حيث يقع الطلاق منهما ونظيره إذا كانا مجنونين أو كان المجنون عنينا فإن القاضي يفرق بينهما ويكون طلاقا اتفاقا ثم إذا وقعت الفرقة بالإباء فإن كان بعد الدخول بها فلها المهر كله لأنه تأكد به وإن كان قبل الدخول فإن كان بإبائه فلها نصف المهر لأنه قبل الدخول وإن كان بإبائها فلا مهر لها لأنها فوتت المبدل قبل تأكد البدل فأشبه الردة والمطاوعة قال رحمه ا (ولو أسلم أحدهما ثمة) أي في دار الحرب (لم تبن حتى تحيض ثلاثا) فإذا حاضت ثلاثا بانت وهذا الكلام يجري على إطلاقه إذا لم يكونا كتابيين وكذا إذا كانا كتابيين أو كان أحدهما كتابيا والآخر وثنيا والمرأة هي المسلمة وأما إذا أسلم الزوج وهي كتابية فهما على نكاحهما لما ذكرنا وقال الشافعي إذا كان إسلام أحدهما قبل الدخول وقعت الفرقة بالإسلام في الحال وإن كان بعد الدخول يتوقف على مضي ثلاثة قروء على ما مر من مذهبه فيما إذا أسلم أحدهما في دار الحرب ولا تأثير لاختلاف الدارين عنده وعندنا نفس الإسلام غير موجب للفرقة ولا كفر المصر ولا اختلاف الدين على ما مر من قبل ولكن يمكن تقرير السبب في دار الإسلام بالعرض حتى إذا أبى يكون مفوتا للإمساك بالمعروف وفي دار الحرب لا يتأتى ذلك لانقطاع الولاية فأقيم شرط الفرقة وهو مضي ثلاثة قروء مقام السبب كما في حفر البئر إذا وقع فيها إنسان ولم يمكن إضافة الحكم إلى العلة فأضيف إلى الشرط وهو الحفر فكذا هنا مست الحاجة إلى الفرقة تخليصا للمسلمة من ذل الكفر فأقمنا شرط البينونة في الطلاق الرجعي مقام عرضات القاضي وتفريقه عند تعذر اعتبار العلة وهذه الحيض لا تكون عدة ولهذا يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها ثم إن كان ذلك قبل الدخول فلا عدة عليها وإن كان بعد الدخول والمرأة حربية فكذلك لأن حكم الشرع لا يثبت في حقها وإن كانت هي المسلمة فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رحمه ا لأنه لا يوجب العدة على المسلمة من الحربي وعندهما يجب عليها العدة وأصل الخلاف في المهاجرة إذا خرجت إلى دار الإسلام مسلمة أو ذمية وسيأتي البيان فيها إن شاء ا تعالى ثم إذا أوقعت الفرقة بمضي ثلاث حيض هل يكون طلاقا أم لا ذكر في السير الكبير أنه يكون طلاقا عندهما لأن انصرام هذه المدة جعل بدلا عن قضاء القاضي

والبدل قائم مقام الأصل وروي عنهما أنه فرقة بغير طلاق لأن هذه فرقة وقعت حكما لا بتفريق القاضي فكان بمنزلة ردة الزوج وملكه امرأته وكذلك إذا خرج أحدهما إلى دار الإسلام بعد إسلام أحدهما في دار الحرب لا تقع الفرقة بينهما حتى تمضي ثلاث حيض لعدم ولاية القاضي على من بقي في دار الحرب فيما لم يجتمعا في دار الإسلام لا يعرض