

قال: (الطَّرْفُ الثَّالِثُ: في حقيقة هذا الرَّفْعِ^(١)، ولا شكَّ في أنَّ الرَّفْعَ بِالْجَبِّ، والعِنَّةِ فسخ، والرَّفْعُ بالإيلاء^(٢) طلاقٌ، وهذا دائرٌ بينهما، واختلفوا^(٣) فيه فإن قلنا: أنه طلاق فلا بد من الرفع إلى القاضي حتى يحبس له ليطلق أو ينفق، وإن لم يطلق، طلق القاضي طلاقاً رجعيّاً، ولا بد من العدة، وإن لم تكن نفقة حقاً لله تعالى، فإن راجعها طلق القاضي ثانياً إلى أن تتم الثلاث، فإن قلنا: أنه فسخ فلا بد من الرفع لإثبات الإعسار، فإنه يتعلق^(٤) بالاجتهاد^(٥)، ثم إذا ثبت فلها تعاطي الفسخ، فإن فسخت دون الرفع لعلمها بإعساره لم ينفذ ظاهراً.

وهل يُنفذ باطناً حتى إن اعترف الزوج، أو قامت البيّنة تُبيّن نفوذه، واحتساب العدة من ذلك الوقت؟ هذا فيه تردّدٌ، ولا خلاف أنه ينفذ ظاهراً إذا لم يكن في الناحية حاكم أو عجزت عن الرفع^(٦).

ما ادّعاه من رفع النكاح بسبب عنته وجيةٌ مما لا نزاع فيه، ووجه كون ما نحن فيه بين الإيلاء والعنة، أنه من حيث وجود الضرر الذي لا قدرة له [بدفعه]^(٧) شبيه بالعنة، والجَبِّ من حيث كونه حصل من أمر خارج عن ذاته شبيه بالإيلاء.

(١) في الوسيط ٢٢٤/٦، "الدفع" لكن المؤلف رحمه الله تعالى ذكر بدلها كلمة الرفع، وهذا هو الصواب والدليل عليه كتاب الغزالي البسيط والوجيز فإنه فيه كذلك وكذلك الرافعي في الفتح قال بكلمة الرفع.

انظر: البسيط ٢٩٨، الوجيز ١١٩/٢، فتح العزيز شرح الوجيز ٥٥/١٠.

(٢) الإيلاء: لغة: الحلف، وشرعاً: الحلف عن الإمتناع من وطء الزوجة مطلقاً، أو أكثر من أربعة أشهر.

انظر: مختار الصحاح ٢١/١، كفاية الأخيار ٣١١/١، فتح الوهاج ١٠٩/٢، طلبة الطلبة ٦١/١.

(٣) في الوسيط ٢٢٤/٦ "فاختلفوا".

(٤) في الوسيط ٢٢٤/٦، "متعلق".

(٥) الاجتهاد: مصدر اجتهد، وهو بذل المجهود، واستفراغ الوسع في فعل من الأفعال، واصطلاحاً: هو

استفراغ العالم الفقيه وسعّه في استنباط حكم شرعي من الكتاب والسنة، وقيل: بذل الوسع في النظر

في الأدلة للحصول على القطع، أو الظن بحكم شرعي. انظر: النهاية في غريب الحديث ٣١٩/١،

المطلع ٧٨/١، مذكرة أصول الفقه ٥٨/١.

(٦) الوسيط ٢٢٤/٦.

(٧) ما بين المعقوفتين في (أ) و (ج) "دفعه" والصواب ما أثبتته لأن به تستقيم المعنى في السياق، والله أعلم.

والاختلاف الذي حكاه صرّح به الفوراني قولين إذ قال: وفي كيفية ثبوت ذلك الخيار قولان: أحدهما: لها أن تفسخ بنفسها، والثاني: تُرافعه إلى القاضي حتى يُلزمه بالطلاق، أو يطلق عليه^(١)، كما ذكرنا في الموليّ إذا لم يف^(٢).

وللخلاف التفاتٌ إلى إثبات الخيار لها عند إعساره، هل هو لأجل أن ذلك عيب اتّصف به، أو لأجل تضررها بعدم الإنفاق عليها؟ فإن قلنا: بالأول كما مرّ أنه الصّحيح كان شبيهاً بالجَنب، والعنة، فألحق بهما، وكان فسخاً، وإن قلنا: بالثاني، [و]^(٣) كان شبيهاً بالإيلاء فألحق به، وكان طلاقاً^(٤).

وقد زعم المتوليّ أنّ الخلاف في كونه طلاق أو فسخ، مبني على القولين في أن المولي هل يطلق الحاكم عليه إذا امتنع، أو يجبسه حتى يطلق^(٥)، وسيأتي الكلام فيه^(٦).

وبالجملة فالذي حكاه الطبري عن الشيخ أبي حامد: وأنه لم يذكر غيره: أنّه لا تفسخ بنفسها، بل ترفع الأمر إلى الحاكم حتى يأمره بالطلاق أو يطلق عليه^(٧)، وهو راجع إلى القول [أ/٣٢١] الثاني الذي حكاه الفوراني^(٨)، ولا يجوز أن يُتمسك له بأثر عمر السالف؛ لأنّه مفروض كما بيناه في الموسرين، وعند اليسار لا فسخ^(٩).

نعم! الاستدلال به يتم على قولنا: إن تعدّر النّفقة مع اليسار يُثبت حق الفسخ، ولعل

(١) قال الرَّافِعِي رحمه الله تعالى: " والصحيح المشهور أنها لا تستقل بل لا بد من الرفع إلى القاضي كما في

العنة، فإنه محل النظر والاجتهاد " ، ومحل النظر والاجتهاد هو نظر القاضي واجتهاده حتى يجبسه

فيطلق أو ينفق. انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٥/١٠.

(٢) انظر: الوسيط ٩٥/٥، كفاية النبيه ٢٤٠/١٤.

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج).

(٤) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٥/١٠، البيان ٢٢٥/١١.

(٥) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٥/١٠.

(٦) انظر: ص ٢١٣ من هذه الرسالة.

(٧) انظر: البيان ٢٢٥/١١، فتح العزيز شرح الوجيز ٥٥/١٠.

(٨) أي: أنها ترفع إلى القاضي. انظر: بداية هذه الصفحة.

(٩) انظر: ص ٢٧٠، من هذه الرسالة.

أبا يعقوب الأبيوري^(١) لاحظ ذلك حيث استدلّ به^(٢).

والذي نصّ عليه الشّافعيّ في الأم أنّه فسخ، إذ قال: فإن اختارث فراقه فهي فرقة [بلا طلاق]^(٣)؛ لأنّها ليست شيئاً أوقعه الزوج، ولا جعل إلى أحدٍ إيقاعه^(٤).

وهذا ما اقتصر عليه القاضي الحسين [سواء ما أشرته]^(٥) لو^(٦) اختارته، وهو الذي يفهمه كلام الجمهور^(٧).

قال الإمام: وإلحاق ذلك بالإيلاء ضعيفٌ بالمعنى، واضطراب التّفريع، أما المعنى: فالاعتبار بالنّفقة يتعذر به حق مستحقّ هو: القوام، وعليه تعويل^(٨) المرأة في احتباسها في حبالة النّكاح، ولا كذلك في الإيلاء، فإنّ الوطء ليس مستحقاً على الزوج، فإنه لو لم يول لم يكلف الوطء، وإن امتنع عنه سنيماً، وأما فساد التّفريع، فلا، إن قلنا: يحبس عند الامتناع

(١) هو: يوسف بن مُحمّد الأبيوردي أحد الأئمة، من أقران القفال، أخذ عن أبي طاهر الزبادي فقيه من أهل خراسان ومن مشايخ الشيخ أبي مُحمّد الجويني، منسوب إلى (أبيورّد) له كتاب (المسائل في الفقه)، تفرّع إليه الفقهاء، توفي في حدود الأربعمئة. و أبيورّد: بفتح أوله وكسر ثانيه وياء ساكنة وفتح الواو وسكون الراء ودال مهملة: ذكرت الفرس في أخبارها أن الملك كيكاووس أقطع باورد بن جودرز أرضاً بخراسان، فبنى بها مدينة وسمّاها باسمه فهي: أبيورد، مدينة بخراسان بين سرخس ونسا على جادة طريق خراسان. انظر: طبقات الشّافعيّة ٣٦٢/٥، معجم المؤلفين ٣٢٨/١٣، معجم البلدان ٨٦/١.

(٢) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٦/١٠.

(٣) ما بين المعقوفتين أثبتته من الأم ٩٨/٥، وفي (أ) و (ج) " بالطلاق"، والصحيح ما أثبتته ويتبين ذلك من قول المؤلف حيث قال بعده: ((والذي نص عليه في الأم أنه فسخ)) .

(٤) الأم ٩٨/٥.

(٥) ما بين المعقوفتين عبارة غير مفهومة بوضوح.

(٦) في (ج) " أو " .

(٧) قال الرّافعيّ رحمه الله: " وأصحهما وهو المنصوص عليه، أن هذه الفرقة فرقة فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق كالفسخ بالجلب، والعنة ". فتح العزيز شرح الوجيز ٥٦/١٠.

(٨) التعويل : هو الاعتماد، يقال: عوّل فلان على فلان، إذا اعتمد عليه، واتكل، واستعان به. انظر:

العين ٢٤٨/٢، معجم الوسيط ٦٣٧/٢.

ليطلق، فالضرر^(١) لا يزول بل يشتد بانقطاع النّفقة، وليس كالضرر بانقطاع الوقاع لأجل ما أسلفناه، وإذا بطل هذا القول بقي القول الآخر، وهو أنه إن لم يطلق طلق الحاكم عليه، والطلاق عليه في الإيلاء يكون رجعيًا، وذلك هاهنا لا يُزيل الضرر؛ لأن النّفقة في زمن الرجعة واجبة كحال الزوجية فيعود ما أسلفناه^(٢).

قلت: وفساد التفريع من وجه آخر، وهو: أن الزوج لو كان غائبًا، وقد ثبت إعساره عند الحاكم، قال في الكافي: وفي إثباته عُسر فقد أطلق الأصحاب القول بإثبات الخيار لها^(٣).

ولو قدّر إلحاقه بالمولي^(٤) لم يتمكن من رفع النّكاح خصوصاً إذا كان غائباً بموضع لا يُعرف مكانه؛ لأننا إن قلنا: أن الحاكم لا يطلق عليه عند امتناعه بل يجبسه حتى يفعل ذلك بنفسه فظاهر، وإن قلنا: أن الحاكم يطلق عليه، فذاك إنما هو عند امتناعه منه، وامتناعه لم يتحقق فكيف يطلق عليه^{(٥)(٦)}.

وإن يحكى أن الغيبة كالامتناع في وفاء الدين، فكيف يجعل في إيقاع الطلاق عنه كان تعبدًا؛ لأن دخول المال تحت ولاية الحاكم في حال الغيبة معقول؛ لأن للولاية مدخل في المال في الجملة، ولا كذلك الطلاق.

ثم لو صحّ ذلك لزم تجويز مثله فيما إذا آلى من امرأته فانقضت مدة الإيلاء، وهو غائب، وما أظن أحداً يسمح بجواز التطليق عليه لاحتمال أن يفي بالجماع.

وقد حكى الرّافعي وجهين فيما إذا ثبت إعسار الغائب عند حاكم بلدها: هل يجوز الفسخ، أو لا يفسخ، حيث يبعث إليه فإن لم يحضر ولم يبعث النّفقة^(٧) فحينئذ يفسخ، وقال:

(١) في (ج) والضرر.

(٢) انظر: نهاية المطلب ١٥/٤٦٦ + ٤٦٧.

(٣) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٥٦، التهذيب ٦/٣٥٧، المهذب ٣/١٥٤.

(٤) المولي: اسم فاعل من الإيلاء. انظر: لسان العرب ١٤/٤٠، المطلع على ألفاظ المقنع ١/٤١٦، طلبه الطلبة ١/٦١.

(٥) في (ج) " عنه ".

(٦) قال الرّافعي رحمه الله: ((ويخالف الإيلاء؛ لأن المولي لا عيب فيه، وإنما قصد الإضرار بها فمنع منه)).

فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/٥٦.

(٧) نهاية اللوحة ٢٥٤، من (ج).

أن أظهرهما الأول، وهو الذي أورده في التتمة^(١).

قلت: ولعلمهما مبنيين على أن هذه الفرقة طلاق، أو فسخ، فإن قلنا: بالأول بعث، وإن قلنا: بالثاني فلا^(٢)، وعلى الأول إذا لم يُعرف مكانه يظهر أن يكون الحكم كما لو مكنت في حال غيبته، وقد سلف^(٣).

وما ذكرناه في الفرقة بسبب النّفقة، أما إذا كان بسبب الصداق فالذي يظهر أن يقال: أنها فسخٌ قولاً واحداً؛ لأنها لأجل تعذر أحد العوضين في العقد فشابه الفسخ بسبب الإعسار بالثمن ونحوه.

ولا فرق^(٤) فيه بين أن يكون قبل الدخول فيكون الحكم كذلك، أو بعده فلا؛ لأننا إذا أثبتناه بعد الدخول لاحظنا مقابله المهر بجميع الوطئات^(٥).

ولتعرف أنه لو صحّ لنا بناء الخلاف في أنه طلاق، أو فسخ على ما أسلفناه^(٦)، من أن إثبات الخيار لها لأجل تضررها، أو لأجل أنه عيب أن يقال: إذا أثبتنا لها الخيار عند يساره، وتعذر الأخذ منه بالعنة، أو حقاً ما له، أن يكون طلاقاً وجهاً واحداً لفقد العيب^(٧)، والله أعلم.

عدنا إلى ما ذكره من التّفريع، فقلوه: (فإن قلنا: أنه طلاق) إلى آخره، فيه مناقشة؛ لأنه خلطَ تفرّيع قولٍ بقولٍ، فإن مقتضى قولنا أنه طلاقٌ إلحاقاً له بالإيلاء، أن يأتي القولان فيما إذا امتنع من العنة، أو الطلاق هاهنا إذا لم يطلق، ولم ينفق أحدهما أنه يحبس حتى ينفق، أو يطلق، ولا غاية لحبسه غير ذلك، والثاني لا يحبس بل يطلق الحاكم عليه، وقد صرح بهما

(١) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥١/١٠ + ٥٠/١١ الحاوي ٤٥٩/١١، روضة الطالبين ٧٢/٩.

(٢) لأن النّفقة واجبة في عدة الطلاق ولا تجب في عدة الفسخ. انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥١/١٠.

(٣) انظر: ص ١١٦، من هذه الرسالة.

(٤) في (ج) " ولا يفرق ".

(٥) وذكر الرَّافِعِي رحمه الله فيما بعد الدخول وجهان: الأظهر منهما أنه يفسخ. انظر: فتح العزيز شرح

الوجيز ٥٣/١٠، وانظر: التهذيب ٣٥٩/٦.

(٦) انظر: بداية هذه الصفحة.

(٧) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٦/١٠.

ابن كج^(١). وكلام الإمام يشير إليه إذ قال: أن من الأصحاب من يقول حكمه حكم المولي إلا ما يستثنيه^(٢).

وكلام الفوراني الذي أسلفناه^(٣) صريح فيه، وكلام المصنّف ها هنا، وفي البسيط، والوجيز أيضا يقتضي الجمع بين حبسه لينفق، أو يطلق فإن لم يطلق طلق الحاكم عليه^(٤)، وهو خلاف ما أسلفناه^(٥)، والله أعلم بالصواب .

والمثولي أغرب فقال: أن القولين في أنه طلاق، أو فسخ بينان على: أن المولي إذا امتنع يُجْبَس حتى يطلق، أو يطلق الحاكم عليه، فإن قلنا: يطلق عليه ثم فكذلك هاهنا أيضاً؛ لأنها لا تصل إلى حقها إلا به، وإن قلنا: لا يطلق عنه بل يجبس، فهاهنا لا يمكن الحبس، لأنه عاجز، فلا يبقى للخلاص طريق إلا الفسخ^(٦).

قال الرافعي: ذلك أن تقول العاجز عن الإنفاق لا يجوز حبسه لينفق، ولكن لا يبعد أن يجبس ليكلّف الإنفاق، أو يطلق^(٧).

قلت: حبسه على ذلك أيضاً ممتنع؛ لأنه يصير الواجب عليه أحدهما، وهو لا يجب عليه تكليف الإنفاق وحينئذ يكون^(٨) الحبس [حتى]^(٩) يطلق فقط، وليس لذلك نظير^(١٠) في

نعم لك أن تقول: هذا البناء يقتضي أن كونه فسخاً هو القديم، وأن الراجح كونه طلاقاً، وقد حكينا عن الأم أنه فسخ لا طلاق^(١)، وهو الصحيح باتفاق^(٢).

(١) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٦/١٠، روضة الطالبين ٧٦/٩.

(٢) انظر: نهاية المطلب ٤٦٦/١٥.

(٣) انظر: ص ٣١١، من هذه الرسالة.

(٤) انظر: البسيط ٣٠٠/٢، الوجيز ١٢٠/٢.

(٥) انظر: ص ٣١٣، من هذه الرسالة.

(٦) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٦/١٠، روضة الطالبين ٧٦/٩.

(٧) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٦/١٠.

(٨) في (أ) " ليكون " .

(٩) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج) .

(١٠) في (ج) " نظر " .

وقوله : (ولا بدّ من العدة ، وإن لم تكن نفقة حقاً لله تعالى) معناه أن العدة حق لله تعالى ، فلا يُسقطها لأجل تضررها بعدم الإنفاق فيها ، كما أسقطنا حق الحبس عنها في العصمة لأجل ذلك .

ثمّ إنّما يكون الطلاق رجعيّاً إذا كان ثمّ دخول ، فلو فرض إيجاب النّفقة حيث لا دخول ، وذلك بالتمكّن ، أو عدم النشوز ، فالطلاق يكون ثابتاً كما يكون كذلك في الإيلاء .

وتطبيق القاضي مرة ثانية ، وثالثة عن المراجعة هل يحتاج إلى طلبها أم يكفي فيه بالطلب الأول ، والظاهر من / حيث الفقه أنه لا بد [فيه] ^(٣) من الطلب ، وإن لم أره [٣٢٢/أ] منقولاً ^(٤) .

وقوله : (وإن قلنا : أنه فسخٌ) إلى آخره ، يفهم أن الضمير في قوله (فإنه يتعلّق بالاجتهاد) يعود إلى الإعسار الذي هو سبب الفسخ ، فإنه لا يعلم يقيناً وإنما يدرك ^(٥) بالحدس ^(٦) ، والإطلاع على أحواله مع المخالطة ، فتعلّق النظر فيه إلى القضاة كسائر الأمور المجتهد فيها إذا تعلقت بها الأحكام ^(٧) .

وحينئذٍ يكون قصده بذلك الفرق بينه ، وبين الجب ، فإنه لا يحتاج في فسخها به إلى الإثبات عند [الأحكام] ^(٨) على وجه رأي الإمام أنه الأظهر ، فإذا ثبت الإعسار تمكنت حينئذ

(١) انظر: ص (٢٢٧) من هذه الرسالة .

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز ٥٦/١٠ ، روضة الطالبين ٧٦/٩ ، البسيط ص ٢٩٨ .

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج) .

(٤) قلت : وطلبها يكون أحوط له ، ولها من حيث الصلح ، والدوام على النكاح ، والله أعلم .

(٥) في (ج) " الدلاك " .

(٦) الحدس : هو الظنّ والتخمين ، يقال : هو يحدس بالكسر ، أي يقول شيئاً برأيه ، والمراد : هو العلم بالشيء بالاستخبار والاستطلاع عنه ، يقال : تحدست الأخبار وعن الأخبار ، إذا تحبّرت عنها . انظر :

الصحاح ٩١٥/٣ + ٩١٦ ، لسان العرب ٤٦/٦ .

(٧) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٦/١٠ .

(٨) في (أ) و (ج) " الأحكام " والصحيح ما أثبتته . انظر : نهاية المطلب ٤٦٦/١٥ ، فتح العزيز شرح الوجيز ٥٦/١٠ .

من الفسخ بنفسها كما في الجَبِّ، ولا يحتاج إلى إيقاعه في مجلس الحكم، فإن الذي يتعلق بمجلس الحكم إثبات علة الفسخ كذا قاله الإمام^(١).

ويجوز أن يعاد الضمير إلى نفس الفسخ؛ لأنه مختلف^(٢) فيه عندنا، وعند الأئمة^(٣)، وما هذا سبيله لا يُتسلط عليه إلا بالحاكم، وقضية ذلك أن الإعسار لو ثبت لا تستقل به ما [لم يفوضه]^(٤) إليها الحاكم^(٥)، وبه صرح القاضي الحسين حيث قال: وإذا ثبت لها [حق الفسخ فليس]^(٦) أن تُفسخ؛ لأن طريقه طريق الاجتهاد فهو إلى الحاكم، ولو جعل الحاكم إليها فاختار بنفسها جاز؛ لأن حقَّ الفسخ إليها كما لو قال الزوج لها: اختاري نفسك، فلها ذلك وعلى هذا جرى صاحب الكافي، وغيره^(٧)، وهو ما صدر به الرَّافِعِيّ كلامه^(٨)، وفي الحاوي قبل [باب]^(٩) شهادة النساء، أنه لا بد من أن يحكم الحاكم بجواز الفسخ^(١٠).

وبعده هل يجوز أن يفوضه إليها، أو لا يصح إلا أن [يتولاه]^(١١)؟ فيه وجهان: أجاب سليم في المجرد، وطرده في الفسخ بسبب الصداق أيضاً فقال: وكل موضع ثبت لها الخيار للإعسار بالطلاق، أو بالنّفقة فاختارت فراقه وُكِّلَ الفسخ إلى الحاكم^(١٢).

(١) انظر: نهاية المطلب ٤٦٦/١٥.

(٢) في (ج) " يختلف ".

(٣) أي: أئمة المذهب الشافعي رحمه الله تعالى. انظر: نهاية المطلب ٤٦٦/١٥.

(٤) في (أ) و (ج) " لو يفرضه " ولعل الأقرب إلى الصواب ما أثبتته لما دل عليه كلام المؤلف بعد قليل: ((وبعده هل يجوز أن يفوضه إليها))

(٥) انظر: المهذب ١٥٥/٣، نهاية المطلب ٤٦٦/١٥.

(٦) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ).

(٧) انظر: البيان ٢٢٥/١١، المجموع شرح المهذب ٢٧١/١٨.

(٨) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٥/١٠.

(٩) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ).

(١٠) انظر: الحاوي ١٧/١٧.

(١١) في (أ) و (ج) " مولاه " ولعل الصواب ما أثبتته إذ به يستقيم المعنى المطلوب.

(١٢) قال الرَّافِعِيّ رحمه الله تعالى: " فعلى هذا إذا شكّت الإعسار تولى القاضي الفسخ بنفسها أو أذن لها

بالفسخ " فتح العزيز شرح الوجيز ٥٦/١٠، وانظر: روضة الطالبين ١٩٨/٧، البيان ي ٢٢٥/١١،

الحاوي ٤٦٣/١١، نهاية المطلب ٤٨٤/١٢.

وقد ذكرت عند الكلام في العنة شيئاً يتعلق بما نحن فيه فليطلب منه، وكيف كان فذاك يقتضي أنه لا بد من الحاكم ليطلق، أو ليفسخ، أو ليسلط على الفسخ، أو ليثبت عنده الإعسار إما ببيّنة، أو بإقرار^(١).

وقد حكى الرافعي عن المتولي، وغيره: أن لها أن تتولى الفسخ بنفسها، وأن هذا الخيار شبيهٌ بخيار الرد بالعيب، والمشتري يستقل بالفسخ هناك، فكذلك المرأة هاهنا، وقال: والصحيح المشهور أنها لا تستقل به بل لا بد من الرفع إلى القاضي كما في العنة فإنه في محل النظر، والاجتهاد، وهذا كالصريح بحكاية الخلاف في الاستقلال به من غير مراجعة القاضي^(٢).

فإن قلت: ظهور الإعسار بالبيّنة يتوقف على الرفع إلى القاضي؛ لأنه المنصوب لسماع البيّنات، وظهوره بالإقرار لا يتوقف على القاضي، فلم اعتبرتموه فيه؟ قلنا: قد استشعر الإمام ذلك، وأجاب عنه ب: أن الإقرار، وإن كان يثبت في غير مجلس الحكم، فلا يفضي إلى الغرض ما لم يثبت بمجلس الحكم، فإن المقرّر في غير مجلس الحكم قد يجحد، فلا يفيد ما سبق من الإقرار ثبوتاً^(٣).

وأنا أقول: ستعرف خلافاً في أن الإقرار بالحق في مجلس الحكم هل يثبت به الحق أم لا بد من قول القاضي، أنه قد يثبت كما أنه لا يثبت الحق بإقامة البيّنة من غير أن يقضي بها القاضي، [و]^(٤) إذا كان كذلك صار ثبوت الشيء بالإقرار المجرد في محل الاجتهاد إذا كان في مجلس الحكم، ففي غيره أولى، والله أعلم^(٥).

وقوله: (فإن فسخت دون الرفع لعلمها بإعساره) أي: العلم الممكّن في ذلك، وهو الظنّ الغالب (لم ينفذ^(١) ظاهراً) أي: لأنها تريد أن ترفع ما ثبت من النكاح بمجرد قولها،

(١) انظر: نهاية المطلب ٤٦٦/١٥، فتح العزيز شرح الوجيز ٥٦/١٠، البيان ٢٢٥/١١.

(٢) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٥/١٠.

(٣) نهاية المطلب ٤٦٦/١٥.

(٤) ما بين المعقوفتين ساقط من (أ).

(٥) قال النووي رحمه الله : ((وإذا قلنا: لها الفسخ بنفسها، فهل يكفي لنفوذ الفسخ إقرار الزوج، أم لا بد من قول القاضي: ثبتت العنة أو ثبت حق الفسخ فاختاري؟ فيه وجهان، أحدهما: الثاني)) روضة

الطالبين ١٩٨/٧.

(١) في (أ) " لم يعد "

والأصل بقاؤه^(١).

فإن قلت: هذا يعارض بأن الأصل عدم الملك^(٢)، فينبغي أن يتخرج ذلك على القولين في تقابل الأصلين، قلت: حينئذ صار محل اجتهادٍ، فلا بد فيه من الحاكم على أنا نقول: محل تقابل الأصلين إذا لم يترجح أحدهما، وهاهنا ترجح جانبه بأن الظاهر القدرة، ولذلك كلفناه على رأي إثبات الإعسار بالدين إذا ادّعاه، ولم يعرف له مال^(٣).

وقوله (وهل ينفذ باطناً) إلى آخره، التردد حكاه الإمام عن الأصحاب رحمهم الله^(٤)، ولأجله قال الرافعي في بنائه: وهل ينفذ باطناً حتى إذا ثبت إعساره متقدماً على الفسخ، أو بالبيّنة يكفي به وتحسب^(٥) العدة منه، فيه تردد وجه^(٦)، وقال الإمام أن هذا لا ينكر^(٧) النَّظَر فيه فطن^(٨)، والأمر كما قال.

ويتعيّن أن يقال على طريق الجمهور: أنه لا ينفذ [جزماً؛ لأنهم لا حظوا في تسليطها عليه إذن الحاكم، ولم يؤخذ، وأما على طريق الجمهور لأنه^(٩) لا ينفذ]^(١٠) بظهور^(١١) النفوذ، لو فسخ المشتري بعيب أنكر وجوده البائع، ثم أقام البيّنة عليه، فإنه ينفذ من وقت وجوده ومن ذلك يحصل خلاف في المسألة^(١)، لا من الطريق التي سلكها الإمام^(٢)، والذي يقتضيه

(١) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٦/١٠.

(٢) قال أبو بكر الدميّاطي رحمه الله: " ولا يترك هذا الأصل إلا بحجة ". إعانة الطالبين ٢٩٥/٤.

(٣) ومسألة تقابل الأصلين مفصلة في كتب القواعد والأصول. انظر: المنثور في القواعد الفقهية ٣٣٠/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ٦٨/١.

(٤) انظر: نهاية المطلب ٤٦٦/١٥.

(٥) في (أ) " تحتسب " والصواب ما أثبتته.

(٦) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ٥٦/١٠.

(٧) في (ج) " لا يتكرر " والمثبت هو الصواب. انظر: نهاية المطلب ٤٦٥/١٥.

(٨) انظر: نهاية المطلب ٤٦٥/١٥.

(٩) في (ج) " أنه ".

(١٠) ما بين المعقوفتين ساقط من (ج).

(١١) في (ج) " يظهر ".

(١) انظر: روضة الطالبين ٧٦/٩.

(٢) قال الإمام رحمه الله: " هذا كله تفريع على أن الرفع طريق الفسخ ". انظر: نهاية المطلب ٤٦٦/١٥.

نصُّ الشّافعيّ عدم النفوذ^(١)، كما سنبينه إن شاء الله تعالى في أجزاء الطرف الرابع^(٢).

وقوله: (لا خلاف) إلى آخره، هو مما ينفرد به هاهنا نظراً لصحة ما أبداه الإمام بحثاً إذ قال بعد حكاية التردد عن الأصحاب كما أسلفه المصنّف^(٣): وهذا يحتاج إلى مزيد كشف فإن لم يكن في الصُّقع^(٤) حاكم ولا محكّم فيظهر ملك المرأة الفسخ عند تحقق التعذر، فإن كان حاكم ففيه التردد، قد تقدم نظائر هذا في المسائل التي ترفع إلى الحكام إذا أمكن التعذر، أو لم يمكن^(٥).

وفي البسيط قال: لعل التردد المذكور إذا قدرَت المرأة على الرّفْع إلى القاضي، فإن لم يكن في الصُّقع حاكم، ولا محكّم^(٦) فالوجه إثبات الاستقلال لها بالفسخ^(٧)، وبذلك يصح لك ما قلناه^(٨).

فإن قلت: ليس ما في الكتاب ما أبداه في البسيط، والإمام؛ لأن التردد الذي مالا إلى نفيه إنما هو في الباطن، فنفوذه يكون في الباطن جزماً لا في الظاهر وهو في الكتاب/

[٢٢٣/أ]

أناطه بالظاهر^(١) فهو مخالف لما في النهاية، والبسيط^(٢).

(١) انظر: الأم ٩٨/٥.

(٢) انظر: ص ٣٢٣، من هذه الرسالة.

(٣) انظر: ص ٣١٣، من هذه الرسالة، وانظر الوسيط ٢٢٤/٦.

(٤) الصُّقع: بالضم، الناحية، يقال: فلان من أهل هذا الصُّقع، أي: من هذه الناحية. انظر: الصحاح ١٢٤٣/٣، لسان العرب ٢٠٣/٨.

(٥) انظر: نهاية المطلب ٤٦٦/١٥.

(٦) المحكّم: هو المجرب المنسوب إلى الحكمة، والمراد به القاضي، أو من يُرجع إليه في الخصومات من كبار القوم، أو من العلماء، ونحوهم. انظر: الصحاح ١٩٠٢/٥ مقاييس اللغة ٩١/٢، أنيس الفقهاء ص ٨٦.

(٧) انظر: البسيط ٣٠٠/٢.

(٨) أي: أنها تستقل بالفسخ إذا لم يكن في الصُّقع حاكم، فإن وجد كان فيه التردد المذكور، والأشهر كما قاله الرافعي: أنه لا بد من الرفع إلى الحاكم لإثبات الإعسار. انظر: فتح العزيز ٥٦/١٠.

(١) انظر: ص ٣١٢، من هذه الرسالة، الوسيط ٢٢٤/٦.

(٢) انظر: البسيط ٣٠٠، نهاية المطلب ٤٦٧/١٥.

قلت: ليس كذلك؛ لأن التردد المذكور في الباطن عند وجود الحاكم راجع إلى التردد في نفوذه ظاهراً، إذا قامت البينة عليه من بعد أن ينفذ ظاهراً وجهاً واحداً، وهو المراد بما في الكتاب^(١)، إلا أن الفسخ ينفذ ظاهراً عند فقد الحاكم، وفقد ثبوت الإعسار بعده؛ لأن في ذلك إبطالاً لعقد ثبت ظاهراً بما لا يثبت باطناً، وذلك ممنوع بالاتفاق^(٢).

نعم في هذه الحالة يقع النفوذ باطناً ليحلّ لها لو أيسر بعد ذلك أن لا تمكنه من نفسها، ويحرم عليها أخذ ما خلفه ميراثاً إذا أيسر قبل الموت^(٣)، والله تعالى أعلم.

(١) انظر: الوجيز ١٢٠/٢، وانظر: ص ٣١٢، من هذه الرسالة.

(٢) روضة الطالبين ٧٦/٩، البيان ٢٢٥/١١، فتح العزيز شرح الوجيز ٥٦/١٠.

(٣) انظر: البيان ٢٢٤/١١.