

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

ما يرجع إلى المظاهر منه .

فمنها : أن تكون زوجته و هي أن تكون مملوكة له بملك نكاح فلا يصح الظهار من الأجنبية لعدم الملك و يصح ظهار زوجته تنجيزا و تعليقا و إضافة إلى وقت بأن قال لها أنت علي كظهر أمي إلى رأس شهر كذا لقيام الملك و تعليقا في الملك بأن قال لها : إن دخلت الدار أو إن كلمت فلانا فأنت علي كظهر أمي لوجود الملك وقت اليمين .

و أما تعليقه بالملك و هو إضافته إلى سبب فصحيح عندنا خلافا للشافعي بأن قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي حتى لو تزوجها صار مظاهرا عندنا لوجود الإضافة إلى سبب الملك و عنده لا يصح لعدم الملك للحال و لو قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي لا يقع الظهار حتى لو تزوجها فدخلت الدار لا يصير مظاهرا بالإجماع لعدم الملك و الإضافة إلى سبب الملك و على هذا يخرج الظهار من الأمة و المدبرة و أم الولد و المكاتب و المستسعاة على أصل أبي حنيفة أنه لا يصح لعدم الزوجية ثم إنما كانت الزوجية شرطا لصحة الإظهار لأن ثبوت الحرمة بالظهار أمر ثبت تعبدا غير معقول المعنى لأن قوله أنت علي كظهر أمي تشبيه المرأة بالأم و أنه (محتمل يحتمل) التشبيه في الكرامة و المنزلة و يحتمل التشبيه في الحرمة . ثم التشبيه في الحرمة محتمل أيضا يحتمل حرمة الظهار و هي الحرمة المؤقتة بالكفارة و يحتمل حرمة الطلاق و حرمة اليمين و هذه الوجوه كلها في احتمال اللفظ سواء فلا يجوز

تنزيله على بعض الوجوه من غير دليل معين إلا أن هذه الحرمة تثبت شرعا غير معقول فيقصر على مورد الشرع و هي الزوجية قال [] تعالى : { و الذين يظاهرون من نساءهم } و قوله عز و جل { نساؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم أنى شئتم } و نحو ذلك و سواء كانت الزوجة حرة أو أمة قنا أو مدبرة و أم ولد أو ولد أم ولد أو مكاتبه أو مستسعاة على أصل أبي حنيفة لعموم قوله تعالى : { و الذين يظاهرون من نساءهم } .

و منها : قيام ملك النكاح من كل وجه فلا يصح الظهار من المطلقة ثلاثا و لا المبانة و المختلعة و إن كانت في العدة بخلاف الطلاق لأن المختلعة و المبانة يلحقهما صريح الطلاق لأن الظهار تحريم و قد ثبتت الحرمة بالإبانة و الخلع و تحريم المحرم محال و لأنه لا يفيد لأن الثاني لا يفيد إلا ما أفاده الأول فيكون عبثا لخلوه عن العاقبة الحميدة بخلاف الطلاق و لأن الطلاق إزالة حل المحلية و أنه قائم بعد الإبانة فلم يكن إثبات الثابت فلم يكن مستحيلا . و كذا الثاني يفيد غير ما أفاده الأول و هو نقصان / العدد فهو الفرق بين الفصلين و كذا إذا علق الطلاق بشرط ثم أبانها قبل وجود الشرط ثم وجد الشرط و هي في العدة أنه لا ينزل

الظهار بخلاف ما إذا علق الإبانة بشرط فنجز الإبانة ثم وجد الشرط و هي في العدة أنه يلحقها البائن المعلق لما ذكرنا أن الظهار تحريم و الإبانة محرمة فلو لحقها الظهار بيمين كانت قبل الإبانة لكان تحريم المحرم و هو مستحيل ثم هو غير مفيد فاستوى فيه الظهار المبتدأ و المعلق بشرط بخلاف البينونة المعلقة بشرط لأن ثبوتها بعد تنجيز الإبانة غير مستحيل و هو مفيد أيضا و هو نقصان العدد و [] عز و جل الموفق .

و منها : أن يكون الظهار مضافا إلى بدن الزوجة أو إلى عضو منها جامع أو شائع و هذا عندنا و عند الشافعي ليس بشرط و تصح الإضافة إليها أو إلى كل عضو منها .

و على هذا يخرج ما إذا قال لها : رأسك علي كظهر أمي أو وجهك أو رقبتك أو فرجك أن يصير مظاهرا لأن هذه الأعضاء يعبر بها عن جميع البدن فكانت الإضافة إضافة إلى جميع البدن .

و كذا إذا قال لها ثلاثك علي كظهر أمي أو ربعك أو نصفك و نحو ذلك من الأجزاء الشائعة .

و لو قال : يدك أو رجلك أو أصبعك لا يصير مظاهرا عندنا خلافا للشافعي و اختلف مشايخنا في الظهر و البطن و هذه الجملة قد مرت في كتاب الطلاق