

كتاب الظهار⁽¹⁾

[مسألة⁽²⁾] [48]:

[في الكفارة: بم تجب في الظهار؟]

لا تجب الكفارة في الظهارة إلا بالعود، وهو العزم على الوطء فقط، هذا ظاهر المذهب⁽³⁾، وقيل: العزم على الوطء، والإمساك⁽⁴⁾. وقال الحسن⁽⁵⁾، وطاوس⁽⁶⁾، والزهري⁽⁷⁾، وأبو العالية⁽⁸⁾، العود هو: نفس الوطء⁽⁹⁾. وقال أبو حنيفة: لا يجب الكفارة بالظهار، ولا بالعود، ولكنه يحرم

- (1) الظهار: «هو وصف المظاهر من يحل له وطؤها من زوجة أو أمة بأنها عليه كظهر أمه». المنتقى 4 / 37. وانظر: حلية الفقهاء 177، والنظم المستعذب بهامش المهذب 2 / 111.
- (2) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.
- (3) انظر: الإشراف 2 / 150، والبداية 2 / 79، والذي صححه ابن الجلاب في التنريع 2 / 95، أن العود: هو العزم على إمساكها بعد المظاهرة منها.
- (4) هو الذي في الموطأ، وعليه أكثر أصحاب مالك، كما في المنتقى 4 / 49، وانظر لزيادة البيان في هذه المسألة: المقدمات 468، وقواعد المقرئ 115.
- (5) تقدمت ترجمته.
- (6) تقدمت ترجمته.
- (7) هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري المدني، عالم الحجاز والشام، ثقة، فقيه، كثير العلم، شيخ الإمام مالك. قال عمر بن عبد العزيز: لا أعلم أحداً أعلم بسنة ماضيه منه. مات سنة 124هـ.
- ترجمته في تاريخ أسماء الثقات 276 - 277، وطبقات الشيرازي 63 - 64، وطبقات الحفاظ 49 - 50، والخلاصة 359.
- (8) هو أبو العالية رفيع بن مهران الرياحي البصري، أدرك الجاهلية، وأسلم بعد موت النبي ﷺ بسنتين، ودخل على أبي بكر، وصلى خلف عمر، روى عن علي، وأبي حذيفة، وخلق. وعنه قتادة، وثابت، وخلق. قيل: توفي سنة 90، وقيل 106هـ، وقيل غير ذلك. ترجمته في طبقات الشيرازي 88، والخلاصة 119.
- (9) وهي رواية عن مالك أيضاً، قال في البداية 2 / 79: «وهي أضعف الروايات عند أصحابه».

عليه وطؤها⁽¹⁾ حتى يكفر⁽²⁾.

وقال الشافعي: العود: العزم على إمساكها، فإذا ظاهر منها ثم أمسكها بعد ظهاره مقدار ما يطلقها فيه طلاقاً متصلاً بالظهار، فقد وجبت عليه الكفارة⁽³⁾.

واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: 3]، والإمساك على النكاح عود، كما أن العزم على الوطء عود، فيجب اعتبار أسبق العودين إلى الفهم، لوجوب الأخذ⁽⁴⁾ بأوائل⁽⁵⁾ الأسماء [هـ 174]، كما قلنا في اللمسين، والشفقين، والأبوين.

قالوا: ولأن العود، عزم على فعل يكون من جهته، والعزم على الفعل ليس بفعل. قالوا: ولأنه ﷺ، خاطب أويس⁽⁶⁾،

(1) في الأصل: وطئاً.

(2) قال في المبسوط 6 / 224: «... ثم اختلفت العلماء رحمهم الله تعالى في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾، فقال علماؤنا رحمهم الله تعالى: هو العزم على الجماع الذي هو إمساك بالمعروف»، وقال في تحفة الفقهاء 2 / 320: «والعود عندنا هو العزم على وطئها بعد الظهار»، وقال في البدائع 3 / 234: «وأما حكم الظهار، فللظهار أحكام، منها حرمة الوطء قبل التكفير...».

(3) قال في الأم 5 / 296: «قال الشافعي: الذي علقته مما سمعت في ﴿يعودون لما قالوا﴾، أن المتظاهر حرم مس امرأته بالظهار، فإذا أتت عليه مدة بعد القول بالظهار لم يحرمها بالطلاق الذي يحرم به، ولا شيء يكون به مخرج من أن تحرم عليه. فقد وجب عليه كفارة الظهار، كأنهم يذهبون إلى أنه إذا أمسك ما حرم على نفسه، أنه حلال، فقد عاد لما قال، فخالفه، فأحل ما حرم، ولا أعلم له معنى أولى به من هذا». وقال في المهذب 2 / 113: «والعود هو أن يمسكها بعد الظهار زماناً، يمكنه أن يطلقها، فلم يفعل».

(4) في الأصل: الأحد.

(5) في الأصل: بالأوائل.

(6) هو أوس بن الصامت بن قيس الأنصاري، شهد بدرًا، وأحدًا، وسائر المشاهد مع رسول الله ﷺ، وهو الذي ظاهر من زوجته فوطئها قبل أن يكفر، فأمره النبي ﷺ أن يكفر بخمسة عشر صاعًا من شعير على ستين مسكينًا، وهو أخو عبادة بن الصامت. قيل: مات في أيام عثمان رضي الله عنه، وقيل مات سنة 34هـ بالرملة، خرج له أبو داود.

وأخرج عبد الرزاق بسنده إلى عكرمة أن اسمه أويس بن الصامت بالتصغير. كما =

وسلمة⁽¹⁾ بوجوب الكفارة حين سألاه لما ظاهرا، فلم يسألهما، هل حصل منهما عزم على الوطء، أو لا⁽²⁾. قالوا: ولأن⁽³⁾ ما قلناه أعم، لأنه إذا عزم على الإمساك، فقد حصل منه العزم على الوطء، لأن النكاح لا يراد إلا للوطء.

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: 3]، والذي حرم المظاهر على نفسه بالظهار، هو الوطء، فيكون معنى قوله: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ على صحة هذا، هو أن قوله عز وجل: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ﴾، وقوله: ﴿لِمَا قَالُوا﴾، أن العود يكون بمعنى⁽⁴⁾ الرجوع، والقول يكون بمعنى الفعل.

فأما العود بمعنى الرجوع، فقوله عز وجل: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ نُهُوا عَنِ النَّجْوَى ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا نُهُوا عَنْهُ﴾ [المجادلة: 8]، أي: يرجعون إلى المناجاة المنهي عنها، وقوله: ﴿وَإِنْ تَعُودُوا⁽⁵⁾ نَعُدْ﴾ [الأنفال: 19]، وقوله ﷺ: «العائد في صدقته

= أوردته المؤلف.

ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 1 / 220، والإصابة 1 / 137 - 138،
والخلاصة 41.

(1) هو سلمة بن صخر الأنصاري، ثم البياضي، ويقال له: سلمان بن صخر، وسلمة أصح. هو الذي ظاهر من امرأته، ثم وقع عليها، فأمره رسول الله ﷺ أن يكفر، قال البغوي: لا أعلم له حديثاً مستنداً، إلا حديث الظهار، روى عنه سعيد بن المسيب، وسلمان بن يسار، وأبو سلمة، وغيره. خرج له أبو داود، والترمذي، وابن ماجه.

ترجمته في الاستيعاب بهامش الإصابة 2 / 232، والإصابة 4 / 232، والخلاصة
148.

(2) حديث أوس أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق باب في الظهار، عن خولة بنت مالك بن ثعلبة وحديث سلمة أو سلمان بن صخر البياضي، أخرجه أبو داود في كتاب الطلاق باب في الظهار، والترمذي في أبواب الطلاق، باب ما جاء في كفارة الظهار، عن أبي سلمة، ومحمد ابن عبد الرحمن. وقال: هذا حديث حسن. وانظر: طريق الرشد 2 / 47 - 48.

(3) في الأصل: لأن.

(4) في الأصل: بمعنا.

(5) في الأصل: يعودوا.

كالكلب يعود في قيئه»⁽¹⁾، يريد عليه السلام: يرجع فيها، فيتملكها، ولم يرد أنه يرجع فيها بالقول.

وأما القول بمعنى الفعل، فقوله عز وجل: ﴿ وَهُوَ مَعَهُمْ إِذ يُبَيِّنُونَ (2) مَا لَا يَرْضَى (3) مِنَ الْقَوْلِ ﴾ [النساء: 108] أي من الأفعال القبيحة، فيسألون عن العود إلى ما يرجع؟ وعن الفعل بماذا يتعلق؟

ولأن أوس بن⁽⁴⁾ الصامت لما ظاهر من امرأته، وطئها قبل أن يكفر، فسأل النبي ﷺ عن ذلك، فقال نه النبي عليه السلام: «بئس ما صنعت»⁽⁵⁾ ثم أعطاه خمسة عشر صاعاً من شعير، وقال له: «تصدق بها على ستين مسكيناً»⁽⁶⁾، ولم يقل عليه السلام: هل أمسكتها بعد الظهر مقدار ما يقع فيه الطلاق أم لا؟ وقد قال عليه السلام للمظاهر الآخر الذي سأله: ألا يطاء حتى يكفر⁽⁷⁾.

ولأن المظاهر⁽⁸⁾ على نية الظهر حتى ينقضي لفظه بالظهار، ثم إذا أراد

(1) هذا الحديث أخرجه مسلم في صحيحه في باب الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض من كتاب الهبات، وأبو داود في كتاب الإجارة باب الرجوع في الهبة، كلاهما عن ابن عباس رضي الله عنه. وبلفظ واحد هو: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»، وهو في البخاري أيضاً في باب: لا يحل لأحد أن يرجع في هبته.

(2) ويبتون: يدبرون بليل. ن: كلمات القرآن 68.

(3) في الأصل: يرضا.

(4) تقدمت ترجمته.

(5) لم أقف عليه بهذا اللفظ.

(6) تقدم تخريج حديث أوس.

(7) هذا الحديث أخرجه أبو داود في باب الظهار، والترمذي في باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر، والنسائي في باب الظهار، وابن ماجه في باب المظاهر يجامع قبل أن يكفر، ولفظه في أبي داود: «.. عن عكرمة أن رجلاً ظاهر من امرأته، ثم واقعها قبل أن يكفر، فأتى النبي ﷺ فأخبره. فقال: «ما حملك على ما صنعت؟»، قال: رأيت بياض ساقها في القمر، قال: فاعتزلها حتى تكفر عنك؟» قال في نصب الراية 3 / 346: «قال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب».

(8) في الأصل: الظاهر.

أن يطلق فلا بد أن يكون بينهما فترة ما .
ولأن الله عز وجل قال: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: 3]، وثم للمهلة والترتيب والانفصال دون الاتصال في لسان العرب .

ولأن الظهار لا يحل عقدة النكاح، لأن القائل إذا قال: ظاهر فلان من امرأته، لم يفهم من هذا القول أنه طلقها، وإنما⁽¹⁾ يفهم أنها حرم على نفسه وطئها. وإذا كان ذلك كذلك، لم يكن العود الذي ذكر الله تعالى راجعاً إلى الإمساك⁽²⁾، لأنها بعد الظهار باقية على العصمة كما كانت، لأن تظاهرة منها لا يصح⁽³⁾ إلا مع البقاء على النكاح عليها.
ولأن الطلاق الرجعي لا تنبت⁽⁴⁾ [به]⁽⁵⁾ العصمة، فوجب ألا يسقط به حكم الظهار. دليله: الإيلاء.

ولأن مجرد لفظ⁽⁶⁾ الظهار، لا يوجب الكفارة، إلا بمعنى طارئ عليه، من إحداث فعل مخالف، أو هتك حرمة حادثة، وذلك معدوم في ترك إيقاع الطلاق، فلم يجب تعلق الكفارة به .

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به، من قوله عز وجل: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ [المجادلة: 3]، وأنه يجب عليه اعتبار أسبق العودين إلى الفهم، غير مسلم، لأن الظهار، لا يحرم إمساكها، ولا يحل عقد نكاحها .

ولأنه لو وصل قوله: أنت علي كظهر أمي، بقوله: أنت طالق، لم يكن عائداً عندنا وعندهم، وإنما يكون مطلقاً .

وقولهم: إن العزم على الفعل ليس بفعل، فيقال لهم: قد جعلتم ما لا عزم عنده على شيء أصلاً فاعلاً للغو⁽⁷⁾، فمن علق ذلك بحصول العزم

(1) في الأصل: فإنما .

(2) في الأصل: الإعسك .

(3) في الأصل: يصح .

(4) في الأصل: عارية عن الإعجام .

(5) تكملة لازمة .

(6) في الأصل: عقد .

(7) اللغو: «ضم الكلام إلى ما هو ساقط العبرة منه . وهو الذي لا معنى له في حق ثبوت =

أولى⁽¹⁾ أن يجعل ما نواه عودًا .
وقولهم : إن النبي ﷺ لم يسأل سلمة وأويسًا عن العزم ، فيقال لهم ،
وكذلك لم يسألهما⁽²⁾ عن التكفير الذي يصلان⁽³⁾ به إلى الوطء ، ولم يسألهما
هل طلقا وارتجعا أم لا؟

= الحكم . التعريفات 192 ، وانظر : الطلبة 141 ، والنظم المستعذب بهامش المهذب
128 / 2 ، ولغة الفقهاء 392 .

(1) في الأصل : أولاً .

(2) في الأصل : يسألها .

(3) في الأصل : يصل .

[في حكمظهار الذمي]

- ظهار الذمي⁽¹⁾، غير لازم⁽²⁾، وبه قال أبو حنيفة⁽³⁾.
 وقال الشافعي: يلزمه ظهاره⁽⁴⁾.
 واحتج أصحابه، فقالوا: التكفير واقع للعتق⁽⁵⁾، والذمي في العتق⁽⁶⁾
 مثل المسلم سواء.
 قالوا: فلما كان الذمي من أهل العتق، وجب أن يكون من أهل الظهار.
 قال: وإذا كان كذلك، لم يبق لإخراجه من أهلية [الظهار]⁽⁷⁾ معنى.
 قالوا: ولأن الكفارة في الظهار، إنما وجبت لأحد معنيين، إما للمنع

- (1) الذمي: من أمضى له عقد الذمة، أي العهد الذي يعطى للمواطنين غير المسلمين في دولة الإسلام، بالحفاظ على أرواحهم، وأموالهم، وعدم المساس بأديانهم. ن: لغة الفقهاء 214.
- (2) قال في المنتقى 4 / 40: «وأما الذمي فإنه لا يصح ظهاره، خلافاً للشافعي. والدليل على صحة ما نقوله: أن كل من لم يصح طلاقه، لا يصح ظهاره كالمجنون والصغير»، وقال في الإشراف 2 / 146: «لا يصح ظهار الكافر خلافاً للشافعي».
- (3) قال في المبسوط 6 / 231: «وإن كان الزوج ذمياً، فظهاره باطل عندنا، سواء كانت المرأة مسلمة أو ذمياً»، وقال في البدائع 3 / 230: «فلا يصح ظهار الذمي، هذا عندنا وعند الشافعي، إسلام المظاهر ليس بشرط لصحة ظهاره، ويصح ظهار الذمي».
- (4) قال في المهذب 2 / 112: «ويصح ذلك أي الظهار من كل زوج مكلف»، وقال فيه 2 / 118: «وإن كان المظاهر كافراً، كفر بالعتق أو الإطعام...»، وقال في الإفصاح 2 / 163: «واختلفوا في ظهار الذمي، فقال أبو حنيفة ومالك: لا يصح، وقال الشافعي وأحمد: يصح».
- (5) العتق: «إخراج النسمة من ذل الرق إلى عز الحرية»، حلية الفقهاء 208، وانظر التعريفات 147، وتهذيب الأسماء واللغات 3 / عتق، ولغة الفقهاء 304.
- (6) في الأصل: بالعتق.
- (7) تكملة لازمة.

[منه⁽¹⁾، أو الزجر عنه، لأنه منكر من القول وزور⁽²⁾، وإما لغلظ⁽³⁾ إثمه. وأي ذلك كان، فالكفر ليس بمانع من وجوبه عليه إذا عقده على نفسه. ألا ترى⁽⁴⁾ أنه ممنوع من سائر الجرائم، فكذلك يجب أن يكون ممنوعاً من الظهار، فإذا ظاهر لزمه ذلك كلزوم سائر الجرائم.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن الكافر ليس من أهل الظهار⁽⁵⁾، لأن موجب الظهار تحريم مؤقت بالكفارة بقول النبي ﷺ، بدليل أنه عليه السلام قال لسلمة⁽⁶⁾ بن صخر البياضي، حين ظاهر فوطي: «لا تعد حتى تكفر»⁽⁷⁾، ولفظة حتى للغاية، وهو نص في توقيت الحرمة، والكافر ليس من أهل التحريم المؤقت بالكفارة⁽⁸⁾ والدليل على أنه ليس من [أهل]⁽⁹⁾ الكفارة، هو أن الكفارة عبادة، بدليل أنها تفادى بمحض عبادة، وهو الصوم. وإذا كان الخلف عبادة، فلا بد أن يكون الأصل عبادة، لأن الأصل والخلف لا يختلفان [هد 175] في المعنى، فإذا كانت عبادة، احتاجت إلى نية، ونية القرية⁽¹⁰⁾ لا تتأتى⁽¹¹⁾ من كافر، لأنه ممن يكتب عليه، ولا يكتب له. فإذا ثبت هذا، فكل ما احتجوا به ليس بشيء، لأنه لا يجري مع قياس،

(1) تكملة يقتضيها السياق.

(2) في الأصل: وزورا.

(3) في الأصل: الغلظ.

(4) في الأصل: ترا.

(5) في الأصل: الظهار.

(6) تقدمت ترجمته.

(7) لم أقب عليه بهذا اللفظ، وهو في سنن الدارقطني 3 / 318.

هكذا: «عن سلمة بن صخر أنه ظاهر في زمان رسول الله ﷺ ثم وقع بامرأته قبل أن يكفر، فأتى رسول الله ﷺ، فذكر ذلك له، فأمره أن يكفر تكفيراً واحداً» قال في التعليق المغني بهامش الدارقطني 3 / 318: أخرجه الترمذي وقال: حسن غريب.

(8) المؤقت: المقدر، والمحدد.

(9) تكملة لازمة.

(10) القرية: العبادة، وكل ما يتقرب به إلى الله من الطاعات. ن: لغة الفقهاء 360.

(11) في الأصل: تتأتا.

ولا نظر، جملة. لأن الكفارات كما ذكرنا عبادات، والعبادات لا تتأتى (1) من كافر، لأن التكفير إبدال السيئة بالحسنة، بدليل قوله عز وجل: ﴿إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ أَلْسِيئَاتٍ﴾ [هود: 114]، وقوله ﷺ: «إذا عملت سيئة، فاعمل إلى جنبها حسنة» (2).

ولأنه إذا استحق العقاب بالسيئة، واستحق الثواب بالحسنة، سقط عقاب السيئة بالحسنة، فثبت بهذا وصح أن الكفارة عبادة، والكافر ليس من أهل العبادات.

ولأن مناحح المشركين عندنا فاسدة، والظهار لا يلزم المسلم في النكاح الفاسد (3) فألا يلزم الكافر أولى (4) وأحرى؛ وقد تكلمنا في فساد مناححهم في كتاب النكاح والطلاق، فأغنى (5) عن إعادته ها هنا.

وقولهم: إن الكفارة إنما وجبت في الظهار لأحد معينين: إما للزجر عنه، أو لغلظ إثمه، فكذلك نقول إلا أن رفع ذلك المأثم لا يكون إلا محض عبادة، والكافر ليس من أهل العبادات.

وقولهم: إن الكافر ممنوع من الجرائم، فكذلك الظهار يجب أن يكون ممنوعاً منه، كلام لا وجه له، لأن الجرائم، الواجب عنها غير الواجب عن (6) الظهار، لأن الواجب عن الظهار عبادة كما ذكرنا، والواجب عن الجرائم:

(1) في الأصل: تتأتى.

(2) لم أقف عليه بهذا اللفظ، ولعله مروى بالمعنى وأقرب لفظ منه وقفت عليه هو ما رواه الإمام أحمد عن أبي ذر رضي الله عنه. ونصه: «قلت: يا رسول الله، علمني عملاً يقربني من الجنة ويباعدني من النار، قال: «إذا عملت سيئة فاعمل حسنة، فإنها عشر أمثالها»». ن: جامع العلوم والحكم 137.

(3) قال ابن العربي في أحكامه 4 / 1750: «وإذا خلت الأنكحة من شروط الصحة فهي فاسدة، ولا ظهار في النكاح الفاسد بحال».

(4) في الأصل: أولاً.

(5) في الأصل: فأغنا.

(6) في الأصل: من.

العقوبات، والزجر، والهوان، والإثم الموجع⁽¹⁾ بالضرب، وما أشبه ذلك،
فبان الفرق، وصح ما قلناه، والله أعلم.

(1) هكذا في الأصل، ولا وجه له، ولعل منعه قد فات النساخ إثباته.

[في: الرقبة التي تجزئ في كفارة الظهار]

لا يجزئ في الظهار إعتاق رقبة غير مؤمنة⁽¹⁾، وبه قال الشافعي⁽²⁾.
وقال أبو حنيفة: يجزئ عتق رقبة كافرة⁽³⁾.
واحتج أصحابه بقوله عز وجل: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا﴾
[المجادلة: 3]، فأطلق ولم يشترط جل وعز إيماناً. فإذا أعتق رقبة كافر، فقد
خرج عن عهدة⁽⁴⁾ أمر الله تعالى.
وأما القياس فإنهم قالوا: أعتق رقبة، كما لزمه بالنص، فوجب أن
تجزئه⁽⁵⁾ عن كفارته. دليله: ما إذا أعتق رقبة مؤمنة. قالوا: وحمل المطلق
على المقيد بظاهر الخطاب، في حادثتين، باطل⁽⁶⁾، لأن تقييد الخطاب في

(1) قال في التفریح 2 / 96: «وعلى المكفر بها أن يعتق رقبة مؤمنة...»، وقال في الإشراف
2 / 154: «لا يجوز فيها إعتاق الكافرة خلافاً لأبي حنيفة». وانظر: المنتقى 4 / 41،
والبدایة 2 / 83.

(2) قال في المذهب 2 / 115: «ولا يجزئ في شيء من الكفارات إلا رقبة مؤمنة، لقوله عز
وجل: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾، فنص في كفارة القتل على رقبة مؤمنة،
وقسنا عليها سائر الكفارات».

(3) قال في البدائع 5 / 110: «وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز في الكفارات كلها إلا
المؤمنة. والأصل فيه أن النص الوارد في كفارة اليمين وكفارة الظهار، مطلق عن قيد إيمان
الرقبة، والنص الوارد في كفارة القتل مقيد بقيد الإيمان، فحمل الشافعي رحمه الله المطلق
على المقيد، ونحن أجرينا المطلق على إطلاقه، والمقيد على تقييده»، وقال في الإفصاح
2 / 165: «واختلفوا في اشتراط الإيمان في الرقبة التي يكفر بها المظاهر، فقال أبو حنيفة
وأحمد في إحدى روايتيه: ليس يشترط فيها، وقال مالك والشافعي وأحمد في الرواية
الأخرى عنه: هو شرط».

(4) العهدة: المسؤولية.

(5) في الأصل: يجزيه.

(6) وهو قول الباجي، ومحققي المالكية كالقاضي أبي بكر، والقاضي أبي محمد وغيرهما،
ومحققي الشافعية كأبي الطيب، وأبي إسحاق الشيرازي، وغيرهما، إلا أن يدل القياس على =

موضوع بشيء، لا يوجب تقييد مثله في موضع آخر، كما أن تخصيص العموم في موضع، لا يوجب تخصيص عموم مثله في موضع آخر.

قالوا: ولأنه لو وجب حمل المطلق على المقيد بظاهر الخطاب، لم يكن ذلك بأولى⁽¹⁾ من حمل المقيد على المطلق بظاهر الخطاب⁽²⁾. وهذا لأن التقييد له حكم، والإطلاق له حكم، فحمل⁽³⁾ أحدهما على صاحبه، مثل حمل صاحبه عليه.

قالوا: ولأن تقييد الرقبة في الظهار بالإيمان زيادة على النص، والزيادة على النص نسخ على ما عرف في مذهبيهم.

والدليل على صحة ما قلناه: هو أن الله عز وجل، أوجب أن تكون الرقبة مؤمنة في كفارة القتل، فوجب رد كفارة الظهار إليها قياساً، لاجتماعهما في الوجوب، لأن القياس دليل الله في الشرعيات، كالعدالة في الشهادة سواء، لأن الله تعالى أطلقها في البيع⁽⁴⁾ وقيدها بالعدالة في الرجعة⁽⁵⁾، فوجب رد مطلقها إلى مقيدها قياساً لقيام الدليل على أن ذلك شرط صحتها⁽⁶⁾ للعلة الجامعة بينهما، كذلك مسألتنا.

وأما القياس، فنقول: رقبة وجب إعتاقها في كفارة واجبة، فوجب تقييدها بصفة الإيمان، دليله: كفارة القتل⁽⁷⁾.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَآسَّ﴾ [المجادلة: 3] فنحن نقول بموجبها، فإنها لم تتضمن إلا إيجاب⁽⁸⁾

= تقييده، فيلتحق بالمقيد قياساً. ن: إحكام الفصول 281.

- (1) في الأصل: بأولا.
- (2) في الأصل: الورود.
- (3) في الأصل: يحمل.
- (4) حيث قال عز وجل: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: 282].
- (5) فقال عز وجل: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: 2].
- (6) أي صحة الشهادة.
- (7) أي الخطأ لأنه المتفق على وجود التكفير عنه.
- (8) في الأصل: يجاب.

رقبة، وأما صفة الإيمان فليس له تعرض في الآية بنفي، ولا إثبات، وإذا لم يكن في الآية تعرض لصفة الإيمان بالنص، تعرض لذلك القياس، لأن كل ما لم يتعرض له النص، فإن القياس يتعرض له.

وقولهم: حمل المطلق على المقيد بظاهر الخطاب باطل في حادتين. فالجواب: أن معنى⁽¹⁾ الإطلاق والتقييد⁽²⁾: هو أن الآية لم توجب إلا رقبة، ولم يذكر بها صفة أصلاً، فالقياس الشرعي الذي هو دليل الله عز وجل في الشرائع، أوجب صفة الإيمان فيما اختلفنا فيه [فوجب]⁽³⁾ الرد⁽⁴⁾ إلى ما أوجب من صفة الإيمان في رقبة كفارة القتل، وليس هذا عندنا من باب [حمل]⁽⁵⁾ المطلق على المقيد بمجرد اللفظ. وإنما هو قياس أوجهه الشرع.

ولأن عتق الرقبة المعينة⁽⁶⁾ عندهم لا يجزئ⁽⁷⁾ فيها، مع⁽⁸⁾ أن الله عز وجل إنما اشترط عتق رقبة، ولم يشترط سلامتها من العيوب التي هي الجنون، والجذام، والبرص، وغير ذلك من العيوب [هد 176] التي لا يجزئ⁽⁹⁾ معها العتق، وهذا إلزام قوي.

وقولهم: إن الزيادة على النص نسخ، ليس بشيء، وإنما ذلك تخصيص، وليس بزيادة، ولو كانت زيادة لم تضر، لأن الزيادة ليست⁽¹⁰⁾ بنسخ⁽¹¹⁾، فصح ما قلناه. والله أعلم.

(1) في الأصل: معنا.

(2) التقييد: الحبس، وتقييد المطلق: «إدخال الشرط والصفات عليه». لغة الفقهاء 142.

(3) تكملة لازمة.

(4) في الأصل: رد.

(5) تكملة لازمة.

(6) في الأصل: المعينة.

(7) في الأصل: يحرى بإهمال الإعجام.

(8) في الأصل: اللهم.

(9) في الأصل: يحرى بإهمال الإعجام.

(10) في الأصل: فليست.

(11) النسخ: «رفع الحكم بنص شرعي متأخر». لغة الفقهاء 479، وانظر: الحدود 49، والتعريفات 240.

مسألة [51]:

[في إعتاق المكاتب في كفارة الظهار، وغيرها من الكفارات هل يجزئ أم لا؟]

لا يجزئ إعتاق المكاتب⁽¹⁾ عن كفارة الظهار، ولا غيرها من الكفارات⁽²⁾. وبه قال الشافعي⁽³⁾.

وقال أبو حنيفة: يجزئ عتقه في جميع الكفارات⁽⁴⁾.

واحتج أصحابه: بعموم قوله عز وجل: ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ﴾ [المجادلة: 3]، قالوا: فإذا أعتق المكاتب، فقد أعتق رقبة، لأن المكاتب رقبة على الإطلاق.

قالوا: ولأن المكاتب مملوك من جميع الوجوه، لأن عتقه معلق بشرط أداء الكتابة⁽⁵⁾، فلا يعتق وفيه شيء منه قبل أدائها.

(1) المكاتب: «الرقيق الذي تم عقد بينه وبين سيده، على أن يدفع له مبلغًا من المال نجومًا، ليصير حرًا». لغة الفقهاء 455.

(2) قال في الإشراف 2 / 154: «ولا يجزئ فيها المكاتب، خلافًا لأبي حنيفة في قوله: إنه يجزئ إذا لم يكن قد أدى شيئًا من نجومه». وقال في البداية 2 / 84: «وكذلك لا يجزئ في المذهب ما فيه شركة، أو طرف حرية كالكتابة والتدبير...».

(3) قال في المهذب 2 / 116: «ولا يجزئ عتق أم الولد، ولا المكاتب، لأنهما يستحقان العتق بغير الكفارة».

(4) ما لم يؤد شيئًا من نجوم الكتابة، وإلا لم يجزئ. قال في المبسوط 7 / 5: «ولا يجوز إعتاق المكاتب إذا كان أدى شيئًا من بدل الكتابة...»، وقال في البدائع 5 / 107: «وأما تحرير المكاتب عن الكفارة فجائز استحسانًا، إذا كان لم يؤد شيئًا من بدل الكتابة، والقياس ألا يجوز. وهو قول زفر، والشافعي رحمهما الله، ولو كان أدى شيئًا من بدل الكتابة، لا يجوز تحريره عن الكفارة في ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما: أنه يجوز».

(5) الكتابة: «عقد بين الرقيق ومالكه، على مال يؤديه الرقيق لمالكه على أقساط، فإذا أداها فهو حر». لغة الفقهاء 377، والمراد بأداء الكتابة هنا: أداء ما وقع العبد على دفعه للسيد.

قالوا: والدليل على ذلك قوله ﷺ: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»⁽¹⁾، فإذا خرج عن ملكه بوجه كان خروجه إلى حرية. والدليل على صحة ما قلناه: هو أن الإعتاق ابتداء عقد حرية، فإذا أعتق عن ظهاره⁽²⁾ مكاتباً، أو مدبراً⁽³⁾، فهو لم يبتدئ عقد حرية، لأن عقد الكتابة والتدبير⁽⁴⁾ قد تقدم قبل ذلك، فوجب أن لا يجزئه. ولأن المكاتب خارج عن ملكه بوجه، فلا يتأدى بعته الكفارة، ذلك أن الواجب عليه إخراج جميعه عن ملكه عتقاً بهذه الجهة، فإذا أخرج بعضه عن ملكه بوجه. وبقي⁽⁵⁾ بعضه على ملكه من وجه، فأعتقه عن ظهاره، لم يخرج جميعه عن ملكه على هذا التنزيل، فلم يسقط عنه بذلك الواجب. والحرف⁽⁶⁾ الوجيز: هو أنه أخل بالواجب الذي عليه، فلم يسقط بذلك الواجب الذي عليه. والدليل على أن المكاتب خارج عن ملك سيده من وجه، هو أنه مالك لماله بإجماع الفقهاء⁽⁷⁾، لأن سيده ممنوع من انتزاعه، وأخذ كسبه

-
- (1) هذا الحديث أخرجه أبو داود في سننه، في كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته، فيعجز أو يموت. عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ.
- (2) في الأصل: طهارة.
- (3) المدبر: «المعتق عن دبر، أي بعد موت». الطلبة: 135، وانظر: شرح الحدود 524، وحلية الفقهاء 208، ولغة الفقهاء 418.
- (4) التدبير: «عقد يوجب عتق مملوك، في ثلث ملكه بعد موته بعق لازم». شرح الحدود 522، وانظر: التعريفات 54، والأنيس 169، ولغة الفقهاء 126.
- (5) في الأصل: بقي.
- (6) هذا من اصطلاحات المؤلف، كقوله: وحرف المسألة، وحرف الجدل، وما أشبه ذلك مما يرد من حين لحين، ولعله يريد به: وملخص القول، وخلاصة الكلام، والقول الفصل، وما في معنى ذلك. والله أعلم.
- (7) قال ابن المنذر في إجماعه 63: «وأجمعوا على أن للمكاتب أن يبيع ويشترى، ويأخذ ويعطي، ويتصدق فيما فيه الصلاح لماله، والتوفير عليه، على ما يجوز بين المسلمين من أحكامهم».

ومنافعه، فصار⁽¹⁾ بالتصرف في نفسه وماله من سيده فهو⁽²⁾ في هذا كالحر، لأن تصرفه واكتسابه ليس بنيابة عن سيده، فدل هذا على أنه ملك من وجه، فلم يجز عتقه عن شيء من الواجبات؛ إذ لا يتصور أن يكون الشخص الواحد مالكا ومملوكا، لأنه إذا كان مالكا من وجه، خرج أن يكون مملوكا عن ذلك الوجه، وهذا شيء مقطوع به، لا يتأتى⁽³⁾ لعقل أن يماري فيه.

فإذا ثبت هذا، فما احتجوا به من قوله عز وجل: ﴿فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: 3]، فإذا أعتق مكاتبًا، فقد أعتق رقبة، لأن المكاتب رقبة على الإطلاق، إلى آخر ما ذكره. فالمراد بالآية رقبة مملوكة للمعتق من كل وجه، لأن معنى الرقبة هي المملوكة على الإطلاق؛ وقد ذكرنا أن المكاتب ليس بمملوك على الإطلاق.

ولأن من أصل مذهبهم أن رجلاً لو أوصى لرجل بثلث ماله، وله مكاتب، فإن قيمة المكاتب لا تحسب عنهم في ثلث⁽⁴⁾ مال الميت، ولا في ثلثيه. وإنما يحسب قيمة الكتابة، فدل هذا من مذهبهم على أن رقبة المكاتب⁽⁵⁾، غير مملوكة على الإطلاق من كل وجه. وهذا إلزام قوي في غاية الإشكال عليهم. والله أعلم.

(1) في الأصل: وصار.

(2) هكذا في الأصل، والظاهر أنها زائدة.

(3) في الأصل: يتأتى.

(4) في الأصل: بيت.

(5) في الأصل: الكتاب.

مسألة [52]:

[في تكرير ستين مدًا في كفارة الظهر على مسكين واحد ستين يومًا هل يجزئ أو لا؟]

[إذا]⁽¹⁾ كرر ستين مدًا في كفارة الظهر على مسكين واحد في ستين يومًا، أو كرر عشرة أمداد في كفارة اليمين بالله عز وجل على مسكين واحد في عشرة أيام، لم يجزئه ذلك⁽²⁾. وبه قال الشافعي⁽³⁾.
وقال أبو حنيفة: يجزئه في ذلك كله⁽⁴⁾.

واحتج أصحابه فقالوا: الكفارة حق لله تعالى، لأنها وجبت بالجناية على حقه تعالى، فيكون ذلك الواجب الذي هو حق الله تعالى للمساكين، لأن المساكين مصارف حق الله تعالى، قالوا: وكذلك الصلاة عبادة الله تعالى، والكعبة مصرف.

قالوا: والمعنى الذي لأجله أمر أن نصرفها⁽⁵⁾ إلى عشرة مساكين، ليصلح⁽⁶⁾ بها سد عشر⁽⁷⁾ جوعات، هو موجود في المسكين الواحد في عشرة أيام، فجاز صرفها إليه، وقام الواحد في عشرة أيام مقام العشرة نفر

(1) تكملة لازمة.

(2) قال في البداية 1 / 306: «وأما المسألة الثانية وهي اشتراط العدد في المساكين، فإن مالكًا والشافعي قالوا: لا يجزئه، إلا أن يطعم عشرة مساكين، وقال أبو حنيفة: إن أطعم مسكينًا واحدًا عشر أيام أجزاءه».

(3) قال في المهذب 2 / 117: «ولا يجوز أن يدفع الواجب إلى أقل من ستين مسكينًا...».

(4) قال في المبسوط 7 / 17: «ولو أطعم الطعام كله مسكينًا واحدًا، لم يجزئه في دفعة واحدة، لأن الواجب تفريق الفعل بالنص، فإذا جمع لا يجزئه إلا عن واحد، كالحاج إذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة، ولو أعطاه في ستين يومًا أجزاءه عندنا، ولا يجزئه عند الشافعي رحمه الله تعالى». وانظر: البدائع 5 / 104 - 105.

(5) في الأصل: بصرفها.

(6) في الأصل: ليصلح.

(7) في الأصل: هدر.

في يوم واحد .

قالوا: ولا يلزم على ما قلناه من هذا⁽¹⁾ ما إذا صرف الجميع في يوم واحد إلى مسكين واحد، حيث لا يجزئه، لأنه [لا]⁽²⁾ يوجد له في اليوم الواحد عشر جوعات، فلم يمكن أن يقيم مسكين واحد بإفراده في يوم واحد، مقام عشرة مساكين .

والدليل على صحة ما قلناه: قوله عز وجل: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مَسْكِينًا﴾ [المجادلة: 4]، وقوله تعالى في كفارة اليمين بالله: ﴿إِطْعَامُ (3) عَشْرَةِ مَسْكِينٍ﴾ [المائدة: 89]، وهذا أمر من الله عز وجل، ولا يكون فاعله ممثلاً، حتى يفعل ما ورد به نص القرآن، وهو اعتبار العدد من إطعام ستين مسكيناً في الكفارة الكبرى، أو عشرة في كفارة اليمين [هـ 177] بالله تعالى، فإذا أطمع واحداً⁽⁴⁾، فإن الواحد لا يكون ستين⁽⁵⁾، ولا يكون عشرة، كما أن الستين والعشرة، لا يكونون واحداً بحال، وإذا كان ذلك كذلك، وجب اعتبار العدد، لأن اعتبار العدد في الكسوة واجب بإجماع منا ومنهم، فيجب أن يكون العدد في الأطعمة كذلك .

وتجوز القياس هو أن يقول: حق وجب لعدد، فلا يجوز صرفه إلى أحد⁽⁶⁾ منهم . دليله: إذا كان عليه دين لستين، أو لعشرة، حيث لا يجوز صرف ذلك إلى واحد منهم دون بقية أصحابه .

ويدل على صحة هذا: ما لو أوصى لعشرة مساكين بإطعام، وأوصى⁽⁷⁾ لعشرة بجزء من ماله، فصرف ذلك إلى واحد، لا يجوز بإجماع،

(1) في الأصل: بهذا .

(2) تكملة لازمة .

(3) في الأصل: فإطعام وهو خطأ .

(4) في الأصل: واحد .

(5) في الأصل: ستين .

(6) هكذا في الأصل، وهو فصيح صحيح لغة، غير أن استعماله هنا مشكل، موهم خلاف

المراد، ولو كتب بدله: واحد، لكان أصرح وأقطع والله أعلم .

(7) هكذا في الأصل، ويحتمل أن الصواب: أو أوصى .

فيجب⁽¹⁾ أن تكون مسألتنا كذلك، لأن المسألتين في المعنى واحد، لأن إحداهما واجبة عن وصية، والأخرى⁽²⁾ واجبة عن كفارة. فإذا ثبت هذا، فقولهم: إن الكفارة حق الله تعالى، لأنها وجبت بالجناية على حقه، ومصرفها المساكين، فهو باطل بالصلاة، فهي تعظيم⁽³⁾ للمعبود جل وعز، وليس يتصرف وجوبها إلا إليه جل وعلا. وقولهم: إنه وجد في عشرة أيام سد عشر جوعات، فهو باطل بما ذكرناه من وجوب العدد، وأن الواحد⁽⁴⁾ لا يكون عشرة، ولا ستين بحال، ويبطل عليهم بما لو دفع الجميع في يوم واحد لمسكين واحد. وقولهم: إنما لم يجزئ دفعها في يوم واحد لمسكين، لأنه لا يوجد له في اليوم الواحد عشر جوعات، غير صحيح. لأن هذا المسكين لو كان شعبان في وقت دفعها إليه، أو كان جائعاً، فلم يأكل منها شيئاً، ودفعها هذا المسكين إلى غيره، لم يجز ذلك، فإذا جعل فقد الجوع ووجوده سواء في [عدم]⁽⁵⁾ الأجزاء، بطل ما قالوه. والله أعلم.

(1) في الأصل: فتجب.

(2) في الأصل: والأخرى.

(3) في الأصل: تعظيماً.

(4) في الأصل: الواجب.

(5) تكملة لازمة.