

كتاب الظهار

من سماع عبد الرحمان بن القاسم

من كتاب أوله شك في طوافه

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم قال: سمعت مالكا يقول:
وسئل عن الذي تكون عليه كفارة الظهر، أترا أن الشعير مجزياً عنه
في إطعامه؟ قال: إن كان ذلك طعام أهل ذلك البلد، وهو الغالب
عليهم فأرى ذلك مجزياً عنهم. فقليل له: ربما غلّا الشعير حتى يكون
مكافياً للقمح في الغلّا، قال: إن كان طعامهم، فأرا ذلك مجزياً
عنهم.

قال محمد بن رشد: هذا قول ابن القاسم وروايته عن مالك في
المدونة وغيرها إن الكفارات يخرجها المكفر من غالب عيش بلده، كان عيشه
وعيش عياله أرفع من عيش أهل بلده أو أدنى، إلا أن يكون عيشه من
الأدنى، إنما هو من ضيق وجده فليس عليه أن يخرج إلا من ذلك، وذهب ابن
المواز إلى أنه إنما يجب عليه أن يخرج مما يأكل هو، كان ذلك أرفع مما يأكل
أهل بلده أو أدنى، إلا أن يكون إنما يأكل أدنى مما يأكل أهل بلده بخلاً وشحاً
فيكون عليه أن يخرج مما يتقوت به أهل بلده. وذهب ابن حبيب، إلى أنه
يخرج من الأرفع، مما يتقوت به هو وأهل بلده، إلا أن يعجز أن يخرج مما

يتقوت به أهل بلده، فهي ثلاثة أقوال، ويخرج عندهم من كل ما تودى منه زكاة الفطر على ما مضى القول فيه في رسم حلف من سماع ابن القاسم، من كتاب الزرع والحبوب، كل على مذهبه في مراعاة ما يتقوت به أهل بلده دون ما يتقوت به هو أو مراعاة ما يتقوت به هو دون ما يتقوت به أهل بلده أو إخراج الأرفع من ذلك، وقول ابن المواز في مراعاة ما يتقوت به دون ما يتقوت به أهل بلده أظهر من قول ابن القاسم، لأن الخطاب في قوله عز وجل: ﴿مِنَ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾^(١) إنما يتوجه إلى المكفرين لا إلى من سواهم من أهل بلدهم. ويؤيده حديث أبي سعيد الخدري في زكاة الفطر: «كُنَّا نُخْرِجُ زَكَاةَ الْفِطْرِ صَاعًا مِنْ طَعَامٍ أَوْ صَاعًا مِنْ شَعِيرٍ أَوْ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ أَوْ صَاعًا مِنْ أَقِطٍ أَوْ صَاعًا مِنْ زَبِيبٍ»^(٢) لأنهم كانوا أهل بلد واحد، وإنما افترق ما كانوا يخرجون، لافتراق ما كانوا به يتقوتون. ولابن حبيب فيما يخرج به زكاة الفطر من الأصناف تفصيل فيه نظر، من أحب الوقوف عليه تأمله في موضعه، وكذلك اختلف في مقدار مكيلة كفارة الظهر على ثلاثة أقوال: أحدها قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة إنه يخرجها بمد هشام، وهو مدان إلا ثلث لأنها مطلقة في القرآن، لم تقيد فيه بالوسط من الشبع، ككفارة اليمين فحملت على الشبع الكامل. والقول الثاني رواية مطرف عن مالك أنه يُخرج فيها لكل مسكين مدان بمد النبي عليه السلام حملاً على كفارة فدية الأداء، المطلقة في القرآن، المقيدة في السنة بمدين، وإليه ذهب ابن حبيب، وذكر في ذلك أثراً^(٣) عن النبي ﷺ أنه أعطى المظاهر شطر تمر وهو نصف وسق، ليكفر به عن ظهاره والقول الثالث إنه يخرج فيها لكل مسكين مداً واحداً بمد النبي عليه السلام، حملاً على كفارة اليمين المقيدة في القرآن بالوسط من الشبع، وهو قول ابن القصار في كتابه، وعليه يأتي قول ابن الماجشون وما في كتاب محمد ابن المواز: إنه إن غداً وعشاً

(١) المائدة: ٨٩.

(٢) رواه مالك في الموطأ عن أبي سعيد الخدري، وهو متفق عليه.

(٣) خرجه أبو داود.

في الظهار أجزاء، ولا ينبغي له أن يفعل ذلك، ويؤيد هذا القول ما روي من أن الرسول ﷺ أعطى المظاهر عدناً في قدره خمسة عشر صاعاً ليكفر به عن ظهاره. خرَّجه الترمذي. وإن قول مالك يختلف إن الرقبة فيه مومنة، حملاً على آية القتل، فكذاك يجب أن يجزي فيه مد لكل مسكين، حملاً على آية كفارة اليمين. وأيضاً فإن الذمة برية، ولا ينبغي أن يثبت فيها بشيء إلا بيقين والله أعلم. وقد قيل في مد هشام: إنه مدان وقيل مد وثلاث والله أعلم.

ومن كتاب سنن رسول الله ﷺ

قال ابن القاسم: قال مالك في رجل قال لأمته أنت أحرم عليّ من أُمِّي فأراد أن يطأها فقال: لا يطأها حتى يعتق رقبة. قال ابن القاسم: وقد نزلت عندنا في رجل قال لامرأته أنت عليّ حرام مثل أُمِّي فكتب بها إلى أحمد يسأله فأجاب مالك فيها إنه ظهار.

قال محمد بن رشد: هذا المعنى مكرر في غير ما موضع، من ذلك ما في سماع أشهب من هذا الكتاب، ومن كتاب الإيلاء، وما في سماع عيسى من هذا الكتاب، ومن كتاب التخيير والتملك ومن كتاب الأيمان بالطلاق، وما في سماع يحيى وأصبغ وأبي زيد من هذا الكتاب. وتحصيل القول في هذه المسألة إن التحريم بذوات المحارم كلهن من نسب أو صهر أو رضاع ظهار، سمي الظهار أو لم يسمه، إلا أن يريد بذلك الطلاق، فيختلف في ذلك على ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك ظهار، وهو قول ابن الماجشون، والثاني أن ذلك طلاق، وهو قول ابن القاسم، ولا يُنَوَّى عنده في المدخول بها ويُنَوَّى عند سحنون، والثالث أنه إن سمي الظَّهر فهو ظهار، وإن لم يسمه فهو طلاق، وهو قول مالك في رواية أشهب عنه، وأن التحريم بالأجنبيات طلاق إن أراد به الطلاق، وإن لم يرد به الطلاق، أراد به الظهار أو لم يرده، فيختلف فيه على ثلاثة أقوال: أحدها إنه طلاق، وهو قول ابن الماجشون، والثاني إنه ظهار، وهو قول ابن القاسم في رواية أبي زيد عنه، والثالث الفرق بين أن يسمي الظَّهر أو لا يسميه، وهو قول ابن القاسم في المدونة وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وسئل عن رجل تزوج أمة ثم ظاهر منها، ثم اشتراها فأعتقها في تظاهره منها، ثم أراد أن يتزوجها، فقال: يجزي ذلك عنه من تظاهره ومعنى قوله: إنها إذا لم تكن حاملاً واشتراها وليس في بطنها حمل، وذلك لأننا سمعنا منه أنه يقول: هي أم ولد بذلك الحمل. وقال مالك: لا يجزي عتق أم الولد في الظهار إذا ظاهر منها أو من غيرها. قال ابن القاسم: فحملنا هذا على وجه قوله والله أعلم.

قال محمد بن رشد: إنما ينبغي أن يجزي ذلك عنه من تظاهره على القول بأن العودة العزم على الوطء، وعلى القول بأنه إذا ابتدا الكفارة في العصمة جاز له بعد الخروج من العصمة، ويكون معنى المسألة أنه لما ظاهر منها عزم على وطئها قبل أن يشتريها، فوجب عليه الكفارة بذلك، فلما اشتراها وهي غير حامل، جاز له أن يعتقها فيما وجب عليه من الكفارة بالعزم على الوطء، وأما على القول بأن العودة العزم على الوطء مع استدامة العصمة، وأنه لا يجوز له أن يتم الكفارة بعد الخروج من العصمة، وهو المشهور في المذهب، فلا يصح أن يجزيه عتقها، ولا الكفارة بعتق غيرها ولا بما سواه من صيام أو إطعام، إلا بعد أن يتزوجها ويعزم على وطئها، لأن الكفارة لا تصح إلا مع إرادة الوطء في حال يجوز فيه.

ومن كتاب اغتسل على غير نية

وسئل عن متظاهر أجمع على إمساك امرأته ثم صام فماتت فقال: لا أرى عليه إتماماً، فقليل له: فإنه يشق عليه الصيام، فطلقها لموضع الصيام الذي يشق عليه، قال مالك: لا أرى عليه إتماماً لصيامه.

قال محمد بن رشد: أجمع على إمساك امرأته، يريد به أجمع على إمساكها وإصابتها، ولو أجمع على إمساكها ولم ينو المصاب ولا أرادته، كما أجزأه

الصيام، وإن أتمه إلا على ما يدل عليه قول ابن نافع في المدونة وهو قول شاذ خارج عن أقاويل العلماء، وقوله: إنها إذا ماتت فلا يجب عليه إتمام صيامه صحيح، على المشهور في المذهب، من أن العودة إرادة الوطاء، والإجماع عليه مع استدامة العصمة فمتى انفرد أحدهما عن الآخر، لم تجب الكفارة إن أجمع على الوطاء ثم قطع العصمة بطلاق فلم يستدماها أو انقطعت بموت، سقطت الكفارة، وإن كان قد عمل بعضها، سقط عنه سائرهما وكذلك إن استدام العصمة ولم يرد الوطاء، ولا أجمع عليه، لم تجب عليه الكفارة بل لا تجزئه إن فعلها وهو غير عازم على الوطاء، ولا مُجْمَع عليه، فالكفارة على هذا القول تصحُّ بالعزم على الوطاء والإجماع عليه ولا تجب إلا بالوطاء، وعلى ما في الموطأ من أن العودة إرادة الوطاء، والإجماع عليه تجب الكفارة عليه إذا أجمع على الوطاء وإن ماتت أو طلقها، وإن كان عمل بعضها كان عليه تمامها. وبالله التوفيق.

ومن كتاب باع غلاماً بعشرين ديناراً

وسئل مالك عن رجل قال كل امرأة أنكحها فهي عليّ كظهر أمي فقال: كفارة واحدة تجزيه، فقيل له: أفرايت إن كانت له امرأة، فقال لها كل امرأة أتزوجها عليك فهي عليّ كظهر أمي؟ قال: تجزيه كفارة واحدة، قال عليك أو لم يقل عليك.

قال محمد بن رشد: هذه مثل ما في المدونة وفي العشرة ليحيى عن ابن القاسم، أن عليه لكل امرأة كفارة. وروى أشهب أن مالكا قاله مرة، وهو قول ابن نافع. وجه القول الأول إن الكفارة إنما هي لما لفظ به من القول المنكر، فلم يكن عليه إلا كفارة واحدة، قال ذلك ابن الماجشون في كتابه، وليس ذلك بوجه بين، وإنما الوجه في ذلك، أن قائل ذلك، إنما قصد إلى الامتناع من التزوج أبداً أو من التزوج على امرأته بالظهار، والظهار يمين تكفر، فكانه قال: والله لا أتزوج أبداً، ولا أتزوج على امرأتي أبداً، أو كأنه قال: إن تزوجت أبداً وإن تزوجت على امرأتي، فعليّ كفارة الظهار، فوجب

أن يكون عليه كفارة واحدة إن تزوج، أو إن تزوج على امرأته. ووجه القول الثاني اعتبار ما يقتضيه اللفظ من أفراد، كل امرأة يتزوجها بحكم الظهار فيها لأنه كأنه قال: كل امرأة أنكحها فعلياً فيها كفارة ظهار، أو كلما تزوجت امرأة فعلياً فيها كفارة الظهار. وهذا القول أظهر، لأن الظهار كان في الجاهلية طلاقاً، فخفض الله ذلك، بأن جعل فيه الكفارة، فكما كان الطلاق يلزم بهذا القول في كل امرأة يتزوجها، وكذلك يلزمه الظهار، في كل امرأة يتزوجها، وأما لو قال: من تزوجت من النساء فهي علياً كظهر أمي لوجب عليه في كل امرأة يتزوجها كفارة، ولا خلاف في ذلك، بخلاف قوله: كل امرأة أتزوجها، وكذلك لو قال لنسوة إن تزوجتكن فأتتن علياً كظهر أمي، لم يلزمه إلا كفارة واحدة، ولا خلاف في ذلك، بخلاف قوله: تزوجت منكن. قال ذلك ابن المواز، ولم يعجب أبا إسحاق تفرقة بين كل امرأة أتزوجها، وبين من تزوجت من النساء، وكذلك ليس بينهما فرق بين في المعنى. والله أعلم وبه التوفيق.

من سماع أشهب، وابن نافع، من مالك
رواية سحنون عنهما من كتاب الطلاق

قال أشهب: وسمعتة يسأل عن ظاهر من امرأته، ثم طلقها طليقة، ثم أراد أن يكفر، ثم يرتجع بعد ذلك قال: يرجع ثم يكفر قال ابن نافع وقال مالك: إن كفر قبل أن يرتجع أجزاء ذلك، إن كانت في العدة قبل أن تنقضي. قال أشهب: إن كفر قبل أن يرتجعها فذلك يجزي عنه ولا بأس به إن فرغ من الكفارة قبل أن تبين منه، فإن بان منه قبل فراغه من الكفارة سقط ما كفر به من الصيام والإطعام، وكانت عليه الكفارة مبتدأة إن هو تزوجها قبل أن يصيبها، قال أشهب: وقال ذلك المخزومي أيضاً.

قال محمد بن رشد: قوله: إن المظاهر من امرأته إن طلقها طليقة ثم أراد أن يكفر، إنه يرتجع قبل الكفارة، إنما هو استحسان، بدليل قوله بعد ذلك: إنه إن كفر قبل أن يرتجع أجزاءه، يريد إذا فرغ من الكفارة قبل أن

تبين منه كما قال أشهب: ومعنى ذلك، إذا كفر بنية العودة وهي أن ينوي الارتجاع ويعزم على الوطاء، لأن الكفارة لا تصح إلا بعد العزم على الوطاء والإجماع عليه، على ما مضى في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم، وقول أشهب: إنها إن بانّت منه قبل فراغه من الكفارة سقط ما كفر به من الصيام والإطعام، هو المشهور في المذهب، وقال ابن عبد الحكم: يتم على صيامه وإطعامه، ويجزيه، وهو قول ابن نافع في المدونة وفرق ابن الماجشون في ديوانه، بين أن يمضي في الكفارة أقلها، أو أكثرها، وأما إن لم تتم له كفارته حتى تزوجها، فاتفق على أنه لا يبني على الصيام، واختلف هل يبني على الإطعام؟ فقال أشهب: ها هنا إنه لا يبني، وقال أصبغ: له أن يبني، فيتحصل في الإطعام أربعة أقوال: أحدها إنه لا يبني بعد انقضاء العدة وإن تزوجها، وهو قول أشهب. والثاني إنه يبني وإن لم يتزوجها، وهو قول ابن عبد الحكم وابن نافع. والثالث إنه لا يبني إلا أن يتزوجها، وهو قول أصبغ، والرابع الفرق بين أن يمضي منه أقله أو أكثره وهو قول ابن الماجشون، وفي الصيام ثلاثة أقوال: يبني، ولا يبني، والفرق بين أن يمضي منه أقله أو أكثره وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وسئل عمن يظاهر من امرأته فيصوم في تظاهره منها شهراً ثم يطلقها طلاقاً له فيه رجعة، ثم يتم صيامه ولا يرتجعها، أترا ذلك يجزيه ويخرجه من الظهار؟ فقال: نعم.

قال محمد بن رشد: أما إذا طلقها طلاقاً رجعيّاً، فلا اختلاف في أن له أن يبني على صيامه، ومعنى ذلك، مع أن ينوي مراجعتها وإصابتها، وأما مع ألا يريد مراجعتها ولا إصابتها، فلا يصح له على مذهبه أن يبني على صيامه، وقد مضى بيان هذا في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم.

وأما إذا طلقها طلاقاً بائناً فلا يصح أن يبني على مذهب مالك، ويصح له ذلك على قول ابن نافع في المدونة، وقول ابن عبد الحكم، وعلى قول ابن

الماجشون: إن كان مضي من الكفارة أكثرها على ما مضى في المسألة التي قبل هذه، إذ لا فرق في ذلك بين أن تبين بانقضاء العدة ويكون الطلاق بائناً. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الطلاق

وسئل عن الذي يقول لامرأته: أنت عليّ كأمي، وهو يريد الطلاق. قال: تطلق عليه. قلت: أرأيت إن رجعت إليه بعد نكاح، أيكون عليه كفارة الظهار؟ قال: لا ما له وللظهار هذا؟ إنما أراد الطلاق.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى تحصيل القول فيها في رسم سنن من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته.

وقوله: إنها إن رجعت إليه بنكاح جديد، لا يكون عليه كفارة الظهار صحيح، وسواء في هذه المسألة كان مستفتياً أو مطالباً بحكم الظهار، إذ لم يذكر الظهر، ولو قال: أنت عليّ كظهر أُمي لم يصدق إذا حضرته البينة وطولب بحكم الظهار إذا تزوجها، لأنه يتهم في إسقاط حكم الظهار عن نفسه بادعائه أنه أراد الطلاق، فيؤخذ في الطلاق بما أقر به على نفسه، وفي الظهار إن تزوجها بما أفصح به من قوله. وبالله التوفيق.

مسألة

قال أشهب: وسمعت مالكاً وسئل عن المظاهر من امرأته، أله أن يضاجعها ولا يمسه قبل أن يكفر؟، قال: لا حتى يفرغ مما عليه فقلت له وهل يرا شعرها؟ قال: نعم أرجو ذلك.

قال محمد بن رشد: خفف مالك هاهنا أن ينظر المظاهر إلى شعر امرأته التي ظاهر منها، وقال في المدونة: لا بأس أن ينظر إلى وجهها ولا ينظر إلى شعرها، ولا إلى صدرها قال في موضع آخر: لأن ذلك لا يدعُو إلى خير،

فدل على أنه كره ذلك للذريعة مخافة التطرف إلى ما بعد ذلك لكان ذلك محظوراً عنده، لأن الله تعالى إنما قال ذلك: ﴿مَنْ قَبْلَ أَنْ يَتَمَاسًا﴾^(٤) وليس النظر إلى شيء من ذلك مماسة، وإنما اختلف أهل العلم في القبلة والمباشرة واللمس والجس، فمنهم من حمل قوله تعالى: ﴿مَنْ قَبْلَ أَنْ يَتَمَاسًا﴾ على عمومه فمنع من ذلك كله إلا بعد الكفارة، وهو مذهب مالك. ومنهم من قال: إن للمُظاهر أن يقبل ويباشر، ويطأ في غير الفرج، فحمل الآية على غير العموم، وقال: إن المراد بالمتَمَاسَة الوطء خاصة وهو قول الحسن وعطاء والزهري، فيأتي على مذهب من حمل الآية على العموم، أنه إن قبل أو باشر قبل أن يكفر، وجبت عليه الكفارة، وهو قول مطرف: إنه إن قبل في خلال الكفارة ابتدأها، وقال أصبغ وسحنون: إذا قبل وباشر في خلال الكفارة، استغفر الله ولا شيء عليه، فالامتناع على مذهب مطرف مما عدا الوطء واجب، وهو الظاهر من قول مالك لأنه قال: يجب على المرأة أن تمسك نفسها، وإن رفعته إلى الإمام حال بينه وبينها، وعلى قول أصبغ وسحنون، مستحب، وعلى قول الحسن ومن قال بقوله مباح. وبالله التوفيق.

من سماع عيسى من ابن القاسم

من كتاب الثمرة

قال ابن القاسم: إذا قال الرجل اشتروا عبد فلان وعبد فلان فأعتقوهما عني في ظهار وجب عليّ وقتل نفس، فنظر في ثلثه فلم يحملها، قال: يُسهم بينهما، فأيهما خرج سهمه اشتري فيعتق، قلت: في أي شيء يعتق؟ أفي الظهار أم في قتل النفس؟ قال: بل في قتل النفس.

قالت: لم؟ قال: لأن قتل النفس لا يُطعم فيه المساكين،

والظهار يطعم فيه المساكين، فإن اشتروا هذا العبد الذي خرج سهمه فيعتق أطعم بفضلة الثلث المساكين في الظهار.

قلت: فإن لم يبلغ ما يطعم به ستين مسكيناً. قال يطعم به ما كان.

قلت: فإن فضل عن إطعام ستين مسكيناً؟ قال: يعان بالفضلة في رقبة أو في رقاب.

قلت: فإن كان ثمن الذي خرج سهمه يحيط بجميع الثلث، في أي شيء يعتق العبد؟ أفي الظهار أم في قتل النفس؟ قال: في القتل، لأن الظهار أمر قد اختلف فيه، لأن بعض الناس قد قالوا: لو أن رجلاً تظاهر من امرأته ثم وطئها قبل أن يكفر، ثم طلقها، إن الكفارة ليست عليه بواجبة، وهو قول أهل المشرق، وبعض من ارتضى من أهل المدينة، والقتل لا اختلاف فيه أن ذلك عليه عاش أومات، فالقتل أوجبها عليه لما اختلف فيه من الظهار، وهو أحب إليّ.

قال محمد بن رشد: قوله إذا لم يحملها الثلث، إنه يسهم بينهما، فأبها خرج سهمه اشتري فأعتق، هو على قوله في المسألة التي بعدها، إذا أوصى أن يعتق عبد من عبيده في ظهار عليه، إنه يسهم بينهم، أيهم يعتق في الظهار، خلاف قول أصبغ وقول ابن القاسم في سماع أبي زيد، والذي يأتي في هذه المسألة على قول أصبغ، وقول ابن القاسم في سماع أبي زيد: أن يكون الورثة بالخيار، في أن يشتروا للعتق أيها شاءوا ذلك إذا كانت أثمانها مستوية، وأما إذا كان أحدهما أكثر ثمناً من الآخر، فالواجب على هذا القول أن يشتري للعتق الأقل ثمناً منهما، فإن بلغ ما يفضل من الثلث ما يشتري به عبد اشتري للكفارة الأخرى وإن لم يكن فيه ما يشتري به عبد أطعم فيه عن الظهار. وأما قوله: إنه يعتق العبد الذي خرج عليه السهم في القتل ويطعم بفضل الثلث عن الظهار، فهو أمر لا اختلاف فيه، إن كان

يفضل من الثلث ما يطعم به ستين مسكيناً عن الظهار، وأما إن كانت الفضلة لا تبلغ إطعام ستين مسكيناً، ففي ذلك قولان: أحدهما إنه يعتق العبد أيضاً في القتل، ويطعم بالفضلة من المساكين ما بلغت، وهو قول ابن القاسم. والثاني إنه يعتق العبد عن الظهار ويشرك بالفضلة في رقبة عن القتل، وهو قول أصبغ في سماعه بعد هذا، وأما إن لم يكن في الثلث فضل عن ثمن العبد الذي خرج السهم عليه، ففي ذلك أربعة أقوال: قيل: إنه يعتق في القتل، لأن الظهار قد اختلف فيه، وهو قول ابن القاسم هاهنا. وقيل: إن ذلك إلى الورثة يعتقونه على أي الكفارتين شاءوا. وهو قول ابن القاسم في سماع أصبغ، وقيل: يُقرع بين الكفارتين، فيعتق عن الكفارة التي خرج السهم لها وقيل يتحصان. فما ناب الظهار أطمع به، وما ناب القتل شورك به في رقبة أخرى. وهذان القولان الآخران يتواليان على ما في المدونة من قوله فيها إنه لا يبدا أحدهما على صاحبه. وبالله التوفيق.

وقوله لأن بعض الناس قد قالوا: لو ان رجلاً تظاهر من امرأته ثم وطئها قبل أن يكفر، ثم طلقها، إن الكفارة ليست عليه واجبة، ظاهره ولو وطئ مراراً. فلم ير قائل هذا القول الكفارة تجب بالسوء، وإنما رآها ليباح بها السوء في المستقبل، فمن مات أو طلق لم تجب عليه كفارة، فيقال على هذا القول لمن ظاهر: لا تقرب امرأتك حتى تكفر، لقول الله عز وجل ﴿مَنْ قَبَلَ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ فإن وطئ قبل أن يكفر قيل له قد عصيت وأثمت، ولا يجوز لك أن تطأ أيضاً حتى تكفر، فإن وطئ أيضاً قبل أن يكفر، قيل له قد عصيت ثانية وأثمت، ولا يجوز لك أيضاً أن تطأ حتى تكفر هكذا أبداً يكون كلما وطئ قبل الكفارة عاصياً ممنوعاً من السوء فيما يستقبل حتى يكفر، وهو قول له وجه. وقد قال ابن القاسم: إنه قول من يُرتضى من أهل المدينة.

مَسْأَلَةٌ

قلت: فإن قال أعتقوا من رقيقي رأساً فإن علي رقبة في ظهار، فنظروا في عبيده، فإذا هم كلهم ليس فيهم من يجوز في الرقاب

الواجبة، قال: يباع منهم ويشتري رقبة.

قلت: فإن كانوا ممن يجوز في الرقاب، ولكنهم كل واحد منهم قيمته أكثر من الثلث، قال: يباع منهم أيضاً فيشتري رقبة تجوز في الرقاب الواجبة.

قلت: فإن كان فيهم من يجوز في الرقاب، وثمانه الثلث فما دونه، وثم من يجوز، وثمانه أكثر من الثلث، وثمان من لا يجوز رأساً قال: يعزل منهم الذين لا يجوزون، والذين أثمانهم أكثر من الثلث، ويسهم بين الآخرين فمن خرج سهمه أعتق.

قلت: فإن كان أوصى أن عليه رقبة في قتل فلم يكن في ثلثه ثمن رقبة، ماذا يصنع بالثلث؟ قال: أرى أن يطلب بالثلث رقبة، يشركون فيها آخر، فتعتق كلها، فإن لم يجدوا أعانوا بالثلث في رقاب.

قلت: ولا يشترطون نصف رقبة فيعتقونها، ونصفها عبد، قال: لا يضعون ذلك إلا في رقبة يتمون عتقها وإلا أعانوا به في رقاب. قال أصبغ مثله إلا السهم، فإني لم أر أن يسهم عليهم، ولكن يعتق الورثة أو الوصي واحداً منهم ممن يجوز في الرقاب بلا عيب، ممن هو أقل من الثلث أو الثلث، ممن شاءوا أو رأوا، وإن كان فيهم من هو أرفع منه ثمناً أو مثله أو دونه، فذلك إليهم، لأنه عتق كفارة أمرهم بها، وليست وصية فيهم ولهم، ولا تطوع جعل عتقه جارياً في عدتهم، ولا شيء وجب عليه فيهم بأعيانهم قبل ذلك، إنما هي رقبة واجبة عليه أمر أن تُخرج من ماله ورقيقه عنه. ألا ترا أن ابن القاسم يقول: إذا وجد فيهم من يجوز في الرقاب الواجبة مثله، قال: يشتري رقبة من الثلث يعتق عنه، فهذا دليل على أن المعتق

ليس فيهم بأعيانهم، فإذا شرك حتى لا يعتق أحد منهم إلا بسهم، ولو كان كذلك ما جاز أن يشتري من غيرهم إذا لم يكن فيهم من يجوز، فإنما هي وصية بكفارة أرادها حتى لو مات أولئك الرقيق أجمعون، أو استحقوا لم تسقط الكفارة من ماله، إن بقي له مال يكون له الثلث، يعتق فيه، وإنما يحمل قوله من رقيقي المشهورة، وإن فيهم من يعتق في ذلك بعلم أو جهل أو ظن نرجوه، ونحو ذلك، ولو تركهم وفيهم من يجوز وأعتق من غيرهم، لم يكن مخطئاً خطأ يكون به ضامناً، ورأيت ذلك مجزياً ويرقون جميعهم ولا قول لهم وهذا رأيي.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه لم يكن فيهم من يجوز في الرقاب الواجبة، إنه يباع منهم، ويشتري رقبة فتعتق، صحيح، لا اختلاف فيه ومعناه، إذا لم يكن عالماً بذلك، كما قال في سماع أبي زيد، ومعناه أيضاً إذا كانت الرقبة من ظهار، كما قال. وكذلك لو كانت من قتل خطأ، لأنها واجبة في الوجهين جميعاً، وذلك مثل قوله في المدونة، ورأيت عن مالك في الذي يوصي وهو ضرورة أن يحج عنه رجل بعينه، أن يحج عنه، فأبى ذلك الرجل أن يحج عنه، إنه يعطى ذلك غيره ممن يحج به، ولا يرجع ذلك إلى الورثة، ولو كانت الرقبة من قتل عمد، فلم يكن في عبيده من يجوز في الرقاب، لجرأ ذلك على الاختلاف الذي في المدونة فيمن وصى أن يحج عنه، رجل يعينه بحجة تطوع، فأبى ذلك الرجل أن يحج عنه، هل يرجع المال إلى الورثة أو يحج به عنه غيره، لأن الرقبة في قتل العبد تطوع، وليست واجبة، فهي كحج التطوع؟ فعلى قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة إذا لم يكن فيهم من يجوز في الرقاب الواجبة تبطل الوصية، وعلى قول غيره فيها، يباع منهم، ويشتري من غيرهم من يجوز في الرقاب الواجبة، فيعتق، وإنما يباع منهم ما يقع واحد من عددهم على ما قال في سماع أبي زيد. وهذا كله بين والله أعلم. وأما قوله: إنه يُسهم بينهم وبين من يجوز منهم في الرقاب الواجبة إن

كان فيهم من لا يجوز في الرقاب، فقد اختلف قوله في ذلك، فله في سماع أبي زيد مثل قول أصبغ ها هنا. إن الورثة يَعْتَقُونَ من شاءوا منهم، ولا يُسْهِمُونَ بينهم، ولكلا القولين وجه من النظر، فوجه القول بأنه يسهم بينهم إنه لما أوصى أن تعتق الرقبة التي عليه منهم وجب أن يسهم بينهم كما لو أوصى أن يعتق منهم عبداً تطوعاً لاحتمال أن يكون قصد أن يجعل وصيته فيهم لشيء كان منهم إليه أو منه إليهم، على نحو ما جاء في الذي أتى النَّبِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ فقال: يَا رَسُولَ اللَّهِ: إِنَّ جَارِيَةً لِي كَانَتْ تَرَعَى غَنَمًا لِي بِجَنِبِهَا، وَقَدْ فُقِدَتْ شَاةٌ مِنَ الْغَنَمِ فَسَأَلْتُهَا عَنْهَا فَقَالَتْ: أَكَلَهَا الذِّئْبُ فَأَسِفْتُ عَلَيْهَا وَكُنْتُ مِنْ بَنِي آدَمَ فَلَطَمْتُ وَجْهَهَا وَعَلِيَّ رَقَبَةً أَفَاعَيْتُهَا؟ فقال له رسول الله: «إِنَّ اللَّهَ^(٥)» الحديث ألا ترى أنه أراد أن يجعل الرقبة التي عليه فيها من أجل أنه لطمها. ووجه القول: بأنه لا يسهم بينهم هو أن السهم غرر، فلا ينبغي أن يستعمل إلا حيث تدعو إليه الضرورة، بأن يتحقق أنه أراد أن يجعل وصيته فيهم بأعيانهم، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوله نقدها نقدها

قال عيسى: قال ابن القاسم في المظاهر تخدمه امرأته، فقال: أما أن تخدمه وتناوله الشيء فلا بأس ويستتر.

قال محمد بن رشد: ظاهر قوله ويستتر، إنه لا ينظر إلى شعرها مثل ما في المدونة وذلك للذريعة وقد مضى القول في هذا مستوفياً في رسم الطلاق من سماع أشهب وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وقال: في رجل ظاهر من امرأته فصام شهراً ثم طلقها، فمضى على صيامه حتى أتم الشهر، قال: إنما أراد بذلك الكفارة إن هو ارتجعها في العدة، وكان طلاقه إياها واحدة، فذلك يجزيه، وإن كان صالحها أو طلقها ألبتة، فقد انقطعت العصمة بينها، ولا ينفعه

(٥) لم اقف عليه.

ذلك وبالله التوفيق. إن هو تزوّجها يوماً ما.

قال محمد بن رشد: في قوله: إن كان إنما أراد بذلك الكفارة إن هو ارتجعها في العدة نظر، لأنه خلاف المشهور في المذهب المعلوم من مذهب ابن القاسم من أنّ من كفر قبل أن يريد العودة لم تجزه الكفارة، هذا قوله في المدونة وقول كبار أصحاب مالك فيها: إن المظاهر إذا كفر بغير نية الجماع كما قال الله: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ﴾^(٦) فمعنى يعودون يريدون، إن ذلك لا يجزيه، وكان يحيى بن عمر يقول تعلقاً بظاهر هذا اللفظ وما كان مثله من نحو قول ابن نافع في المدونة، ولأنه ممن كانت العودة جائزة له قبل أن يطلق: إن من صام وهو لا يريد المصاب، إلا أنه يريد حبس امرأته، إنه يجزيه، والصواب إن ذلك لا يجزيه على ما مضى القول فيه في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم، وفي أول سماع أشهب وقد مضى في سماع أشهب تحصيل الاختلاف في إتمام الكفارة بعد الطلاق البائن، فلا معنى لإعادة ذلك وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وسئل عمّن ظاهر من نسوة له بكلمة واحدة، فقال: كفارة واحدة تجزيه عنهم جميعاً. قيل له: فإن جهل وظن أنه لا تجزيه إلا كفارة كفارة، فصام عن إحداهن. قال مالك: الكفارة تجزيه عنهن جميعاً.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما في نص المدونة ولا اختلاف في ذلك أعلمه، لأنه إنما هو بمنزلة من قال: والله لا أقرب واحدة منكن، فليس عليه إلا كفارة واحدة، قريهن جميعاً أو قرب واحدة منهن. وإن كفر قبل أن يوطأ أجزأته الكفارة، وسواء نواهن كلهن بها أو لم ينو إلا واحدة منهن وبالله التوفيق.

(٦) المجادلة: ٣ وأول الآية: ﴿والذين يظهرون من نساءهم﴾.

ومن كتاب العرية

وقال لي أفهم: إنما الظهر ثلاثة وجوه، إن قال الرجل لامرأته أنت عليّ كظهر أمي هكذا من غير أن يحلف على شيء يفعله، أو قال أنت عليّ كظهر أمي إن كلمت فلاناً فكلمه فحنت، فلم يمسه حتى طلقها البتة، فتزوجها بعد زوج، قال: لا يطأها لو تزوجها بعد عشرين زوجاً حتى يكفر، وإن قال لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي إن كلمت فلاناً فطلقها البتة قبل أن يكلمه، ثم تزوجها بعد زوج، فأراد كلامه فليكلمه ولا شيء عليه، لأن ملك النكاح الذي حلف فيه قد ذهب حين طلق البتة، فليكلمه ولا شيء عليه قال: وإن ظاهر منها ابتداء من غير يمين، أو تظاهر بيمين ثم حنت فمسه قبل أن يكفر، فإن الكفارة تلزمه، وإن طلقها أو مات، قال: وإن طلقها واحدة فانقضت عدتها أو البتة، فأراد أن يكفر، ثم يتزوجها لم يجزه ذلك حتى يكفر بعد التزويج قال: ولو طلقها واحدة وهو من أهل الصيام أو الإطعام، فابتدأ الصيام أو الإطعام، فلم يفرغ حتى انقضت عدتها لم يجزه من ذلك شيء وإن أتمه، ولا تجزيه الكفارة إلا ما دامت في ملكه.

قال محمد بن رشد: وهذا على ما قال إن من الظهر ما يسقط بانقضاء ملك النكاح، فلا يعود إذا رجعت إليه، ويعود إذا رجعت إليه بعد طلاقة أو طلقين، وهو اليمين بالظهر إذا طلق قبل الحنث. ومنه ما يسقط بالطلاق البائن، واحدة كان أو ثلاثاً، ويعود متى ما رجعت إليه وهو الظهر، إذا لزم بقول أو فعل ثم طلق قبل الوطاء، ومنه ما لا يسقط بطلاق ولا موت، وهو إذا ظاهر ثم وطئ. ومعاني افتراقهما بيته، لأن الوجه الأول بيمين الظهر لم يحث فيه، فيعود ما لم ينقض الملك، والثاني ظهر قد

لزم، فمتى رجعت إليه رجع عليه الظهار، إذ لا يستطيع أن يظاً إلا بعد الكفارة، والثالث كفارة قد لزم بالسوء فلا تسقط على حال، ولا اختلاف في أن المظاهر إذا طلق طلاقاً بائناً قبل أن يأخذ في الكفارة، فإن الكفارة لا تجزيه بعد الطلاق، وإنما اختلف إذا كان قد أخذ في الكفارة قبل الطلاق. وقد مضى تحصيل القول في ذلك في أول رسم من سماع أشهب، فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وسئل عن الرجل يوصي بأن يُشترى أبوه أو أخوه فيعتق عنه. فأبوا أن يبيعه إلا بأكثر من ثمنه بأضعاف والثالث كثير، أو قال: إن عليّ رقبة في ظهار، فاشتروه وأعتقوه عني، أو أوصى أن عليه عتق رقبة ولم يسم من يُشترى له، وكان أبوه عبداً، فرأى الخليفة أن يشتره فيعتقه، ماذا ترى فيه إن لم يبيعه إلا بأكثر من ثمنه بأضعاف، وأبي ذلك الورثة؟ قال ابن القاسم: إن أوصى أن يشترى له زيد في ثمنه قدر الثلث، ولم يزد أكثر، وإن قال: عليّ رقبة، فاشتروها عني، ولم يُشتر له، لم يجوز للخليفة أن يشترى أحداً ممن يعتق عليه، وإن قال: عليّ رقبة في ظهار، فاشتروا والذي فأعتقوه عني أنفذ ما قال، لأنها وصية، ولو شاء لم يوص بشيء، فإنما يُحمل حمل الوصية.

قال محمد بن رشد: هذا كله صحيح، على ما في المدونة، في الذي يوصي أن يشترى عبد فلان، فيعتق، فأبى سيده أن يبيعه إنه يزداد فيه مثل ثلث ثمنه، ولا فرق في هذا بين أن يوصي أن يشترى ابن فلان فيعتق، أو يشترى أبوه فيعتق عنه في ظهار عليه، وإنما يفرق الثالث مسائل إذا أبى سيده أن يبيعه بزيادة ثلث ثمنه، فأما الذي أوصى أن يشترى فيعتق، فقيل يُستأنى بثمانه السنة ونحوها، فإن أبى السيد من يبيعه رجع ميراثاً، وقيل إنه لا

يرجع ميراثاً إلا بعد أن يوثس من العبد بموت أو عتق، والقولان في المدونة. وقيل إنه إذا أمن منه جعل في عبد غيره، ولا يرجع ميراثاً. وهو قول ابن كنانة في المدينة وأما الذي أوصى أن يشتري أبوه فإن الثمن يرجع ميراثاً بعد اليأس منه بموت أو عتق، وأما الذي أوصى أن يشتري أبوه فيعتق عنه في ظهار عليه، فإن الثمن لا يرجع ميراثاً، ويجعل في عبد يعتق عنه في ظهاره بعد اليأس منه بموت أو عتق، بمنزلة الذي يوصي أن يشتري عبد فلان فيعتق عنه في ظهاره والله الموفق للصواب بمنه.

ومن كتاب لم يدرك من صلاة الإمام

وسئل عن الرجل يحلف على شيء فيقول امرأتي عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا فيريد أن يقدم الكفارة قبل الحنث، قال: ولا تجزيه وعليه كفارة أخرى بعد الحنث، وإنما هو بمنزلة رجل حلف بالطلاق على شيء ألا يفعله، فقدم الطلاق على الحنث، ثم حنث أن تطليقة أخرى تلزمه.

قلت: فأبي الأيمان تجزي فيها الكفارة قبل الحنث، قال: اليمين بالله، وأما المشي والطلاق والظهار إذا حلف به فلا يجزيه إلا بعد أن يحنث.

قال محمد بن رشد: قوله: إن الذي يحلف بالظهار على شيء ألا يفعله، لا يجوز له أن يقدم الكفارة قبل الحنث، كما لا يجوز للذي يحلف بالطلاق على شيء أن يقدم الطلاق قبل الحنث صحيح كما قال، وهو في الظهار أوضح وأبين لأن الطلاق يجب بالحنث على من حلف به، فحنث، والكفارة لا تجب بالحنث على من حلف بالظهار فحنث حتى يظاً، إلا أنه بالحنث يلزمه الظهار، ولا يكون له أن يظاً حتى يكفر، لقول الله عز وجل: ﴿مَنْ قَبْلَ أَنْ يَتَمَاسًا﴾^(٧) ولو حلف بالظهار على شيء أن يفعله ولم يضرب

لذلك أجلاً لحاز له أن يقدم الكفارة، ويبر بذلك، لأنه على حنث، كما يجوز له أن يقدم الطلاق إذا حلف بالطلاق أن يفعل فعلاً ولم يضرب له أجلاً، ويبر بذلك في يمينه، لأنه على حنث حتى يفعل، على ما في النذور من المدونة. وقال في كتاب محمد بن محمد بن المواز: من حلف بالطلاق أن يقتل فلاناً ولم يضرب أجلاً، لم يبر بالطلاق، فإن مات فلان قبل أن يقتله وقع عليه الطلاق، ولم يجتزىء بالطلقة التي أوقع، لأن موت فلان كان قضاء الأجل. وقوله: إن الأيمان التي تجزي فيها الكفارة قبل الحنث اليمين بالله صحيح. على المشهور في المذهب والأصل في جواز ذلك قول النبي عليه السلام: «مَنْ حَلَفَ عَلَى شَيْءٍ فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا فَلْيُكْفِرْ عَنْ يَمِينِهِ وَلْيَفْعَلِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ، أَوْ لْيَفْعَلِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ وَلْيُكْفِرْ عَنْ يَمِينِهِ»^(٨) لأن الحديث محمول عندهم على التخيير من النبي ﷺ بين الوجهين، لا على أنه شك من المحدث، وسواء كان في اليمين على بر أو على حنث، وروى أبو زيد عن ابن الماجشون أن الكفارة في اليمين بالله لا تجزي إلا بعد الحنث، فإن حلف ليفعلن فعلاً فلا يتبين حنثه إلا بالموت، ولا تجزيه الكفارة إن كفر في حياته، فساوا أيضاً بين أن يكون يمينه على حنث أو على بر في أن الكفارة لا تصح إلا بعد الحنث، والقياس أن يفرق بين الوجهين، فتجزيه الكفارة قبل الحنث فيما كان فيه على حنث، ولا تجزيه فيما كان فيه على بر إلا بعد الحنث، وفي قوله في آخر المسألة: إن المشي والطلاق والظهار إذا حلف به فلا تجزيه إلا بعد أن يحلف. كذا وقع، والصواب بعد أن يحنث، نظراً لقوله في جميع ذلك: فلا تجزيه إلا بعد أن يحنث. والصواب في ذلك أن المشي والطلاق لا يجب عليه إلا بعد أن يحنث، وأن الكفارة في الظهار لا تجزيه إلا بعد أن يحنث لأنه لا تجب عليه بالحنث، وإنما تجب عليه بالسوء. وقد وقع في آخر الظهار من المدونة عن مالك فيمن لا يعتق رقبة بغير

(٨) ورد هذا الحديث في الموطأ عن أبي هريرة هكذا: [مَنْ حَلَفَ بِيَمِينٍ فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا] الخ. وأخرجه البخاري عن عبد الرحمان بن سُمرة في الأيمان والنذور، والأحكام، والكفارات كما أخرجه مسلم والترمذي في الأيمان وأبو داود في الخراج. وأحمد في مسنده، والحاكم في مستدركه.

عينها، فأعتق رقبة قبل أن يحنث، أن ذلك يجزيه ويسقط عنه الإيلاء، وبعد الحنث أحسن، وهو بعيد. والصواب أن ذلك لا يجزيه إلا بعد الحنث، بخلاف اليمين بالله. وابن الماجشون يرى الكفارة في اليمين بالله لا تجزيه إلا بعد الحنث. وقد تقدم ذلك.

ومن كتاب النسمة

قال ابن القاسم: من قال لامرأته: أنت أمني، يريد بذلك الطلاق، فهو طلاق، وإن قال لها ذلك وهو لا يريد الطلاق، فهو ظهار، قال: ومن قال لها ذلك وهو لا يريد الطلاق ولا الظهار فهو ظهار.

قال محمد بن رشد: قد مضى تحصيل قول ابن القاسم وغيره في هذه المسألة في رسم سنن من سماعه، فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق. لا رب سواه.

ومن كتاب القطعان

قال ابن القاسم: فيمن قال لامرأته: أنت عليّ كظهر أمني إن وطئتك، فوطئها مرة ثم ماتت، أو طلقها البتة، فليس عليه كفارة، وإن قال: أنت عليّ كظهر أمني إن وطئتك، فوطئها مرة، ثم وطئها ثانية قبل أن يكفر فإن الكفارة عليه واجبة.

قال محمد بن رشد: هذا على القول بأن من حلف بطلاق امرأته ثلاثاً إن وطئها أنه ليس بمولي فلا يضرب له أجل المولي إن رفعته امرأته إلى السلطان، ولا يطلق عليه، لأنه لا يحنث إلا بالسوط، فله أن يطأ الوطأة التي يحنث بها، وهذا أحد قوليه في المدونة وله فيها قول آخر، إن رفعته إلى الإمام عجل عليه الطلاق، ولم يضرب له أجل الإيلاء لا يمكن من السوط، إذ يحنث بأول الملاقاة، فيكون باقي وطئه في امرأة قد بانث منه بطلاق

الثلاث، فيلزم على قياس هذا القول، أن لا يجوز لمن قال لامرأته أنت عليّ كظهر أمي إن وطئتك أن يطأها حتى يكفر كفارة الظهار، لأنه يحث بأول الملاقاة، ويجب عليه الظهار، فيكون باقي وطئه في امرأة قد ظاهر منها قبل الكفارة، وذلك ما لا يجوز، لقوله عز وجل: ﴿مَنْ قَبْلَ أَنْ يَتَمَاسًا﴾ وقد قيل في مسألة الخالف بالطلاق ثلاثاً لا يطأ قولان آخران سوى هذا من القولين وليس هذا موضع ذكرهما وبالله التوفيق لا شريك له.

ومن كتاب أوله باع شاة

وسألته عن العبد يعتق سيده نصفه في ظهاره، ثم يعتق بعد ذلك النصف الآخر في ذلك الظهار، قال: يجزيه إن شاء الله.

قلت: فإن لم يعتق حتى رفع إلى السلطان، أترى على السلطان أن يأمر بعتقه في ظهاره؟ قال: يجبره، فإن أعتقه أجزاءه، وإلا أعتقه عليه السلطان.

قال محمد بن رشد: قوله: وإلا أعتقه عليه السلطان، يريد ولا يجزيه إذا أعتقه عليه، لكنه مكره على ذلك، والمكره لا نية له. فلا يجزيه، إذ لا تجزيه الكفارة إلا بنية. وكذلك قال في المدونة في الذي أعتق نصيبه من عبد وهو موسر، فقوم عليه نصيب شريكه أنه لا يجزيه، وابن الماجشون يقول إنه إذا أعتق نصف عبده عن ظهار، ثم أعتق بعد ذلك النصف الآخر أو أعتق شقصاً له في عبد عن ظهاره وهو موسر، ثم اشترى نصيب صاحبه فأعتقه، إنه لا يجزيه، لأنه لما أعتق نصف عبده فقد لزمه عتق باقيه، ولما أعتق نصيبه من عبد وهو موسر، لزمه أن يقوم عليه نصيب شريكه، فلا يجزيه أن يعتق في ظهاره ما قد وجب عليه تقويمه أو عتقه، ومن الناس من يتأول ما في المدونة لابن القاسم على مذهب ابن الماجشون، لقوله: والظهار لا يكون فيه تبعض العتق، وليس ذلك بصحيح، لأن الذي يدل عليه قوله إن التبعض عنده إنما هو أن يعتق نصيب شريكه في موضع لا يلزمه أن يقوم عليه فيه، وإنما يصح أن يتأول على مذهب ابن الماجشون، قول سحنون والله أعلم.

ومن كتاب أوله سلف ديناراً في ثوب

وسئل عن الذي يوصي بعق عبد له بعينه في تطوع، ويوصي بأن تشتري رقبة فتعتق عنه في الظهار، فأيهما يبدأ؟ قال: بالظهار هو أولى.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه، إن الواجب وإن كان غير معين فهو يبدأ على التطوع وإن كان معيناً وبالله التوفيق ولا حول ولا قوة إلا بالله.

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم

من كتاب أوله أول عبد أبتاعه فهو حر

قال يحيى: وسألته عن الرجل يقول لجاريتته لا أعود لمسيك حتى أمس أمي، أيكون بهذا القول مظاهراً؟ قال: ليس عليه في هذا ظهار فليمس أمته متى شاء، ولا شيء عليه.

قال محمد بن رشد: وهذا بين على ما قال، لأنه إنما هو بمنزلة من قال لا أمس أمي أبداً فلا شيء عليه وبالله التوفيق.

من سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم وأشهب

قال سحنون: وسألت أشهب، عن الذي يقول لامرأته إن لم أطلقك فأنت عليّ كظهر أمي، وغلامي حر، أو علي المشي إلى بيت الله الحرام، قال: أما في الظهار فيحال بينه وبين وطئها، فإن رفعته ضرب له أجل الإيلاء، فإن طلق، وإلا طلقت عليه بالإيلاء، وأما في العتق والمشى فإنه لا يحال بينه وبين الوطء وهي امرأته، وإنما يحتثه في عتق أو مشى بعد الموت، وليس في هذا إيلاء.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه يحال بينه وبينها في الظهار، ويضرب

له أجل الإيلاء إن رفعته صحيح، إذ لا يجوز له الوطاء، كمن حلف بالطلاق ليفعلن فعلاً، فإن أبا أن يطلق لما وقف، وقال أنا التزم الظهار، ولا تطلقوا عليّ بالإيلاء، كان ذلك له، وقيل له كَفَر، وابق مع امرأتك، فإن لم يكفر وسأل أن يضرب له أربعة أشهر أخرى للإيلاء، كمن ظاهر ولم يكفر، فقيل ذلك له كمبتدئ الظهار من يوم التزم الظهار، وقيل ليس ذلك له، لأنه يتهم على أنه لم يلتزم الظهار، وإنما أراد التطويل والزيادة في الإيلاء الذي قد مضى أجله، وهو أشبه والله أعلم. والذي يرفع عنه التهمة أن يفصح بالتزامه ليقول أنا التزمت، هي عليّ كظهر أمي وقد مضى في رسم لم يدرك ما بين هذا المعنى. وأما العتق والمشي فكما قال فيهما، لا كلام في ذلك ولا إشكال، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وسئل ابن القاسم عن رجل أعتق رقبة في ظهار عليه اشتراها، فأق رجل فاستحق الرقبة، فرجع المعتق على بائعه بالثمن، وهو ثمن واسع، أترى أن يشتري ببعضه رقبة ويرد ما بقي؟ قال: يشتري به كله، وإنما رأيت أن يشتري به كله، لأن مالاً سئل عن الرجل يعتق رقبة عن ظهار عليه ثم يطلع على عيب، قال: يرجع به على بائعه، ويجعله في رقبة، فإن لم يجد به رقبة، أعان به في رقبة يتم له عتقها، فمن هنالك رأيت ما قلت لك، والعيب الذي أصيب بالعبد، ليس هو مما إذا كان في العبد لم يجز في الرقاب، ولكنه إذا كان في العبد جاز العبد به.

قلت له: فلو كان تطوع، قال: يرجع بالعيب، ويصنع به ما شاء، وكذلك لو كان هدي تطوع أهده، ثم أصاب به عيباً، رجع على بائعه بقيمة العيب، وصنع به ما شاء، وهو مثل لعتق التطوع، إلا أنه لو كان هدياً واجباً فأصاب به عيباً رجع على بائعه بقيمة

العيب، فاشترى به هدياً، فإن لم يجد به هدياً شاة ولا غيره مما يكون هدياً تصدق به ولا يشرك به في هدي.

قال محمد بن رشد: مساواة ابن القاسم هنا بين العيب يوجد في العتق التطوع والهدي التطوع، إنه لا شيء على المبتاع في قيمة العيب الذي يرجع به على البائع، خلاف قوله في المدونة في تفرقه بين الهدي التطوع، والعتق التطوع. ولابن نافع في المدونة انه لا يصح له تملك ما يرجع به العيب في العتق التطوع، فاحراً أن لا يصح له ذلك على مذهبه في الهدي التطوع، وأما الهدي الواجب، والرقبة الواجبة، والضحية، فلا اختلاف في أنه لا يصح له تملك لما يرجع به للعيب في شيء من ذلك كله إن كان العيب يسيراً يجوز به العبد في الرقاب والشاة في الهدي والضحية، وإن كان كثيراً لا يجوز به العبد في الرقاب ولا الشاة في الضحية والهدي، وجب عليه البدل في الرقبة، والهدي في الضحية إن كانت لم تفت أيام الذبح، وإن كانت قد فاتت تصدق بذلك. وقد مضت هذه المسألة مستوفاة في أول سماع أصبغ من كتاب الضحايا، فمن أحب الوقوف عليها تأملها هنالك وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وقال: في رجل يقول لامرأته أنت عليّ كظهر فلانة لجارة له إن دخلت هذه الدار، فيتزوج جارتها التي حلف لامرأته بظهارها، ثم دخل الدار قال سحنون: لا شيء عليه.

قال محمد بن رشد: وجه قول سحنون إنه حمل يمينه على أنه أراد أنت عليّ كظهر فلانة مني يوم أدخل الدار إن دخلها، ويلزم على قياس هذا لو قال لامرأته أنت عليّ كظهر فلانة، لامرأة له أخرى إن دخلت هذه الدار، فطلق فلانة طلاقاً بائناً، ثم دخل الدار، أن يلزمه الظهار، لأنه على بر، فكأنه ظاهر يوم دخل الدار؛ بظهر أجنبية، وإن قلنا في هذه إن اليمين بالظهار لغو لما وقعت بظهر من تحل له يوم اليمين، وجب أن يقول في مسألة الكتاب

إن الظهار له لازم لما كانت يمينه بظهر أجنبية يوم اليمين، والأظهر أن يحمل يمينه على أنه إنما أراد أنت علي كظهر فلانة اليوم، إن دخلت الدار، متى ما دخلتها وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم في المدونة في الذي يقول: إن كلمت فلاناً فكل عبد أملكه فهو حرّ، إن اليمين إنما تلزمه في كل عبد كان عنده يوم حلف، لا في كل عبد كان عنده يوم حث، وكذلك إذا قال كل عبد أملكه من الصقالبة فهو حرّ، فاشترى بعد يمينه، وقبل أن يكلمه صقالبة أنهم أحرار. وقول سحنون في هذه المسألة يأتي على ما في سماع زونان في الذي يقول إن كلمت فلاناً فكل امرأة أتزوجها بمصر طالق، إن الحث إنما يلزمه فيمن تزوج بعد كلامه، لا فيما تزوج بعد يمينه وقبل كلامه. وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وسئل عن رجل صام عن ظهارين كانا عليه أربعة أشهر، فلما كان قبل فراغه ذكر أنه ناس ليومين، لا يدري أهي من الكفارة التي هو فيها أو من الأولى؟ فزعموا أنه يصوم يومين ويأتي بشهرين.

قال محمد بن رشد: التابع في كفارة القتل والظهار فرض التنزيل، فلا يعذر أحد في تفريقهما بالنسيان على المشهور في المذهب، وإنما يعذر في ذلك بالمرض أو بالحيض إن كانت امرأة، فإن مرض الرجل فأفطر في شهري صيامه أو أكل فيها ناسياً، قضى ذلك ووصله بصيامه، فإن ترك أن يصله بصيامه ناسياً أو جاهلاً متعمداً، استأنف صيامه، فإذا صام الرجل عن ظهارين كانا عليه أربعة أشهر، ثم ذكر قبل فراغه أنه ناس ليومين، لا يدري من أي الكفارتين، فقال ابن القاسم: إنه يصوم يومين، ويأتي بشهرين، ووجه قوله: إن هذه الكفارة التي هو فيها لما كان يقدر على إصلاحها بإتيان ما شك فيه منها، أمر ألا يتركها حتى يصلحها على ما يومن بيومين يصلحها بها، ثم يعيد بعد ذلك الكفارة الأولى، لاحتمال أن تكون اليومان منها، وقد ترك أن

يصلها بها على أصله فيمن ذكر سجدة من آخر صلاته، لا يدري من أي ركعة، إنه يسجد سجدة يصلح بها هذه الركعة التي لم يفته إصلاحها، ثم يأتي بركعة، لاحتمال أن تكون السجدة من غيرها من الركعات، ويأتي في هذه المسألة على مذهب من يرى أنه يأتي بركعة، إذ لا بُدَّ من الإتيان بها ولا يخَّر إلى سجدة، إذ ليس على يقين أنها من هذه الركعة، إنه يصوم شهرين، ولا يأتي بيومين، إلا أن يكون أيضاً لا يدري لعل أحد اليومين من الكفارة الأولى، والثاني من الثانية، فإنه يصوم يوماً واحداً يصله بصيامه، ثم يأتي بشهرين، وهو قول ابن الماجشون، وروى ذلك ابن سحنون عن أبيه، ويأتي في هذه المسألة على قياس قول من يقول في من ظنَّ أنه قد أكمل صلاته أربع ركعات، فقام بإثر سلامه، وصلى ركعتين نافلة، ثم ذكر أنه لم يصل من الفريضة إلا ركعتين، إنه يعتد بهذين الركعتين النافلة، وتجزئه من فريضته أن يعتد أيضاً بيومين من أول الكفارة الثانية، على اليومين اللذين نسيهما أو شكَّ فيهما من الكفارة الأولى، فيكون عليه أن يأتي بعد تمام الأربعة أشهر بيومين، لا أكثر، يصلها بصيامه، فإن ترك أن يصلها سهواً أو عمداً، استأنف صيام شهرين. ومحمد بن عبد الحكم يرى أنه يعذر في تفرقة الصوم بالنسيان، لأنه أمر غالب كالمرض، فعلى قوله: إن ذكر اليومين بعد تمام الأربعة أشهر متى ما ذكر، فليس عليه إلا صيام يومين ساعة يذكرهما. واختلف على قوله: إن ذكر يومين من الكفارة الأولى قبل أن يتم الكفارة الثانية، فقيل إنه يتم الكفارة التي هو فيها ثم يقضي يومين، لأنه معذور لما تشبث به من صيام الكفارة التي هو فيها، وقيل إنه لا عذر له في ذلك، فيصوم اليومين اللذين ذكرهما من الكفارة الأولى، ويستأنف الثانية، وإن شاء تمادى على صيام الكفارة التي هو فيها، وقضى الكفارة الأولى، على الاختلاف فيمن ذكر صلاة في صلاة، هل تفسد الصلاة عليه أم لا تفسد. وقد ذهب بعض المتأخرين إلى أنه يجوز له أن يقضي اليومين في أثناء الكفارة، ويبني على صيامه، ولا يعدُّ بذلك مفارقاً لصيامه، إذ لم يتخلله فطر على ما قال ابن حبيب فيمن صام لظهاره شعبان وشوال، إنه يجزيه ولا يضره ما يخلل صيامه من صيام رمضان وبالله التوفيق.

من سماع محمد بن خالد من داوود بن سعيد

قال محمد بن خالد: سألت داود بن سعيد بن أبي دينار، عن رجل وجبت عليه رقبة فابتاع من رجل عبداً على أن يعتقه في الرقبة التي وجبت عليه، فأعتقه ثم علم بعد عتقه إياه أن نصفه حرّ، ونصفه رقيق، قد دلس له بذلك البائع، قال: يرده إلى البائع، ويأخذ الثمن منه ويعاقب بفعله، لأن نصفه لا يجزي عنه في رقبة، فلذلك يجب له رده. قال: قلت له: ولا يُعتق على البائع بما رضي من بيعه على العتق، قال: لا يعتق عليه، لأنه إنما كان رضي أن يمضي عتقه بما كان أخذ من ثمنه، فإذا أخذ ذلك منه فليس براص.

قال محمد بن رشد: قول داوود هذا إنه يرده إلى البائع، ويأخذ منه الثمن. من أجل أنه لا يُجزيء عنه في رقبة، خلاف المشهور في المذهب، المعلوم من قول مالك في الحج الثاني من المدونة وغيره، فيمن اشترى عبداً فأعتقه في ظهاره، أو بغيراً فقلده وأشعره، ثم أصاب به عيباً لا يجوز به العبد في الرقاب، ولا البعير في الهدايا، إنه يرجع بقيمة العيب، ولا يرده لفواته بالعتق أو بالفدى، ويجعل ما يأخذ في قيمته العيب فيما وجب عليه من بدله.

من سماع عبد الملك بن الحسن من ابن وهب

قال عبد الملك بن الحسن: سألت عبد الله بن وهب عن المولى عليه، يظاهر من امرأته أيعتق بغير إذن وليه؟ قال: نعم استحب ذلك له إذا كان موسراً وإن لم يكن له إلا رأس واحد، أحب له أن يعتق وعليه الصيام.

قال محمد بن رشد: قوله في السؤال: أيعتق بغير إذن وليه؟ معناه أيكون له أن يعتق بغير إذن وليه، فلا يكون لوليه أن يرد ذلك؟ وقوله في الجواب نعم، استحب ذلك له، معناه استحب أن يكون الحكم فيه ذلك إذا

كان موسراً، وقوله: وإن لم يكن له إلا رأس واحد، فلا أحب له أن يعتق، معناه فلا أحب أن يكون الحكم في ذلك جواز العتق له، وهو نحو مذهب ابن القاسم، لأنه يجوز له العتق إن أعتق بغير إذن وليه في الموضع الذي يلزم وليه أن يعتق عنه بإذنه، ولأن من قول ابن القاسم إن وليه ينظر له في حيس امرأته أو إغناء ماله، وقال: وليس كلهم سواء، منهم من يقل ماله ومنهم من يكثر ماله، وليس كل النساء سواء، منهن من يكثر مالها ومنهن من لا يكون لها ذلك المال في النساء، ولا الحال فليُنظر له وليه على ما يرى من ذلك خيراً له وأصلح، فإن رأى أن يكفر عنه كفر، وليس في ذلك حرج مرة ولا مرتين، وإنما هو على الاجتهاد منه، وليس له إلى الصيام ولا إلى الإطعام سبيل، لأنه ممن يجد رقبة. وأما قول ابن وهب وعليه الصيام، فهو خلاف قول ابن القاسم: وليس له إلى الصيام ولا إلى الإطعام سبيل، فعلى قول ابن وهب وهو اختيار ابن المواز، إذا لم يأذن له وليه في العتق، صار من أهل الصيام، فإن لم يكفر به وطلبت امرأته بالسوء، ضرب له أجل الإيلاء، فإن لم يكفر بالصيام، طلق عليه بالإيلاء. وعلى مذهب ابن القاسم، إن أبا وليه أن يعتق عنه وطلبت امرأته بالسوء، طلق عليه، ولم يضرب له أجل الإيلاء، إذ لا سبيل له إلى السوء إلا بالكفارة، ولا سبيل له إلى الكفارة. وقد قيل يضرب له أجل الإيلاء وإن كان ممن لا يقدر على السوء ولا على الكفارة، لعلها سترضى بالإقامة معه على غير سوء، فلا تطلق عليه حتى ينقضي أجل الإيلاء على ما قيل في الذي يحلف بطلاق البتة ألا يطأ امرأته. وابن كنانة يقول: إنما ينظر له وليه في أول مرة، لأن المرة الواحدة تأتي على الحلیم والسّفیه، فإن عاد إلى الظهار مرة ثانية لم يكفر عنه، وإن آل ذلك إلى الفراق. وبالله التوفيق.

من سماع أصبغ بن الفرّج من ابن القاسم

من كتاب الوصايا

قال أصبغ: قال لي ابن القاسم في رجل أوصى فقال: أعتقوا

عني عبداً في ظهار، أو عبداً في قتل نفس، فلم يكن في الثلث إلا ثمن عبد واحد، وفضلة يسيرة لا تبلغ ثمن عبد آخر، قال: أرى أن يُعتق ذلك العبد في قتل النفس، ويطعم عنه بالفضلة عن الظهار. وقال أصبغ: وذلك صواب، لأن الظهار يجوز فيه الإطعام لمن لم يجد، وهذا غير واجد، كما لو كان حياً، فوجبنا عليه جميعاً، ولا يجد إلا هكذا، بُدئ بكفارة القتل لأنه لا إطعام فيه، ثم صار بعد بمنزلة مظاهر لا يجد رقبة، فإنه يصوم، فالميت مثله، غير أن الميت لا صيام له، ولا فيه ولا عنه. فالإطعام عنه بمنزلة الصيام كالذي لا يطبق الصوم فيطعم. قال أصبغ: وهذا عندي في قتل الخطأ، فأما قتل العمد إن أوصى بالكفارة فيه، فإني أرى أن يبدأ بالظهار، لأن الكفارة عنه ليست بمفروضة ولا واجبة تفرض، فهي بمنزلة التطوع، فسألت ابن القاسم إذا لم يكن في الثلث في هذه المسألة إلا ثمن عبد واحد، أو كفارة واحدة، لا فضل فيها، قال أرى ذلك إليهم يعتقدون عن أي الكفارتين شاءوا ورأوا. قال أصبغ: وذلك رأبي، وما فعل من ذلك أجراً. وأحب إلي أن يعتقوه عن القتل، لعله ينوب له مال، يوجد في قدره كفارة الظهار، فإن كان ممن يويس له، فليس في هذا استحباب يجعلونه على أي ذلك جعلوه. قال أصبغ: وإن كان في الثلث ثم عبد وفضلة قليلة لا تبلغ كفارة الظهار بالطعام، فإني أرى أن يبدأوا بالظهار، لأنه مما لا يجوز أن يشارك فيه في رقبة، لأن له مسلكاً غير العتق إذا لم يخلص العتق موفراً لا يشرك فيه بالإطعام، وشورك بالباقي في رقبة، لأن قتل النفس لا إطعام فيه ولا مسلك له إلا العتق، أو صيام، ولا صيام في الميت ولا عنه وإنما هو العتق، فإن لم يتم شورك به في عتق كمحمل الوصايا وغيرها من انتشريك، قال أصبغ: قلت لابن القاسم فإن لم يكن أوصى إلا بقتل نفس واحدة، فلم يكن في الثلث ثمن رقبة وليس يكون في

قتل النفس إطعام، أترى أن يرد ذلك إلى الورثة؟ قال لا .

قلت: أفيعان به في عتق رقبة؟ قال عسى؛ قال أصبغ: وهو رأيي أن يُعَانَ به، وهو مما يبين ما فسرت في الظهر والنفس إذا وجد في الثلث ثمن عبد وفضلة لا تبلغ الإطعام في الظهر، ويقوى ذلك والله أعلم وهو مذهب أهل العلم.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة وتحصيلها في أول سماع عيسى، فلا معنى لإعادته هنا وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول في الذي يقول لامرأته أنت عليّ كظهر أبي أو غلامي إنه ظهر.

قال محمد بن رشد: ولو قال كأبي أو غلامي ولم يسم الظهر لم يكن ظهاراً عنده، حكى ذلك ابن حبيب من رواية أصبغ، واختاره وقال مطرف: لا يكون ظهاراً ولا طلاقاً، وإنه لمنكر من القول، والصواب إذا لم يكن ظهاراً أن يكون طلاقاً، وهو ظاهر قول ابن وهب، لأنه قال في ذلك إنه لا ظهار عليه، فكانه رأى عليه الطلاق الظهار في ذلك يترجح على القول بإباحة وطء أدبار الزوجات لأنه كأنه أشبه ما يباح له من ذلك في زوجته بما يحرم عليه منه في أبيه أو في غلامه تحريماً مؤبداً، كما شبه الظهار بذوات المحارم ما يباح له من وطء زوجته، بما يحرم عليه وطؤه من ذوات محارمه تحريماً مؤبداً، وقد روي عن ابن القاسم إباحة ذلك. ومذهب ابن وهب تحريمه والتغليظ فيه، فكان كل واحد منها جراً على أصله وبالله التوفيق.

من نوازل سئل عنها أصبغ بن الفرج

قيل لأصبغ أرايت رجل قال: امرأتني عليّ كظهر أمي، فبدأ بالكفارة فصام أياماً ثم قال لها أيضاً: أنت عليّ كظهر أمي. أترى

أن يمضي على كفارته للظهار الأوّل ثمّ يتدي صياماً آخر للظهار الثاني؟ قال: بل أرى أن يسقط ما مضى من صيامه، ثمّ يتدي من يوم ظاهر الظهار الثاني شهرين مستقلين، ولا أرى عليه استتمام الكفارة الأولى، وكذلك لو ظاهر مراراً في مجلس واحد أو مجالس مختلفة، قبل أن يكفر عن ظهاره الأوّل، لم يكن عليه إلا كفارة واحدة لجميع ظهاره، وذلك إذا كان ظهاره الأوّل لم يكن عليه إلا كفارة واحدة لجميع ظهاره وذلك إذا كان ظهاره كله ظهاراً بفعل واحد، مثل أن يقول: أنت عليّ كظهر أمي، ثمّ يقول في مجلس آخر: أنت عليّ كظهر أمي ففعل ذلك في مجالس شتاً فكفارة واحدة مجزئة عن ذلك، وليس دخوله في الكفارة بالذي يوجب عليه إتمامها وابتداء آخر للظهار الآخر.

قلت: فلو ظاهر منها بفعل قال لها أنت عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا فحنث، فوجب عليه الظهار، فابتدأ الصيام لكفارته، ثمّ صام أياماً، فقال لها: أنت عليّ كظهر أمي ظهاراً بغير فعل، حلف عليه، هل له أيضاً أن يتدي الصيام للظهارين من يوم ظاهر الثانية، ويسقط عنه ما مضى من صومه؟ قال: نعم ذلك له مثل الأولى.

قلت: وهذان ظهاران مختلفان، ليسا من نوع واحد، ظهار الفعل، وظهار بغير فعل، كيف لا يكون عليه كفارتان، يمضي في الأولى للظهار الأوّل، ويتدي للظهار الآخر كفارة أخرى؟، قال: لا ليس ذلك عليه، لأن قوله الثاني: أنت عليّ كظهر أمي فقد كان مظاهراً منها بفعل أو بغير فعل، فكأنه توكيد للظهار الأول.

قلت: فلو ظاهر منها ظهاراً مجرداً بغير فعل حلف عليه، فوجب عليه الظهار، فابتدأ الكفارة ثمّ قال: أنت عليّ كظهر أمي إن

فعلت كذا وكذا فحنت به أبتدىء صياماً مستقبلاً للظهارين جميعاً ويسقط ما مضى من صيامه؟ قال: هذا خلاف الذي ابتداء الظهار بالفعل، ثم ظاهر ظهاراً مجرداً بعد ذلك، هذا الذي ظاهر بغير فعل، ثم ظاهر بفعل، فقد وجب عليه الظهار الأول، ووجبت عليه الكفارة، فلما حلف بظهارها ألا يفعل شيئاً فحنت، صار ظهاراً آخر مبتدأ، أدخله عليه الحنث، لم يكن هو أدخله على نفسه ابتداء بغير حلف، فيكون توكيداً للظهار الأول، فتجزيه كفارة واحدة، فعلى هذا كفارتان، يمضي في كفارته التي ابتداء ويستقبل كفارة أخرى للظهار الآخر.

قال محمد بن رشد: مذهب ابن القاسم أن الرجل إذا ظاهر من امرأته ظهاراً بعد ظهار، أنها إن كانا جميعاً بغير فعل، أو جميعاً بفعل في شيء واحد، والأول بفعل، والثاني بغير فعل، فليس عليه فيها جميعاً إلا كفارة واحدة، إلا أن يريد أن عليه في كل ظهار كفارة، فيلزمه ذلك، قاله في كتاب ابن المواز. قال أبو إسحاق: ويجوز له أن يطأ بعد الكفارة الأولى وقبل الثانية. قال محمد بن رشد: بل هو الواجب، لأنه لو كفر قبل أن يطأ لم تجزه الكفارة، إذ ليس بمظاهر، وإنما هو حالف، كرجل قال إن وطئت امرأتى فعليّ كفارة الظهار، فلا تلزمه الكفارة حتى يطأ، بل لا تجزيه حتى يطأ، وقد مضى بيان هذا في رسم لم يدرك من سماع عيسى وأنها إن كانا جميعاً بفعلين مختلفين أو الأول منها بغير فعل، والثاني بفعل، فعليه في كل واحد منها كفارة، بحيث لم يجب عليه من ذلك إلا كفارة واحدة، إذا وقع الظهار الثاني بعد أن شرع في الكفارة للظهار الأول لم يجب عليه إتمامها واستأنف كفارة الظهار من يوم أوقع الظهار الثاني، وحيثما وجب عليه في كل واحدة منها كفارة كفارة، إذا وقع الظهار الثاني بعد أن شرع في الكفارة للظهار الأول، يجب عليه إتمامها وابتداء كفارة أخرى للظهار الثاني، فهذا تحصيل قول ابن القاسم في هذه المسألة، وحكى ابن حبيب عن أصبغ أنه إذا كان الظهار الأول بفعل، والثاني

بفعل فعليه لكل واحد منها كفارة، وإن كان الفعل واحداً وهو بعيد. ولا بن الماجشون في ديوانه: إن كفارة واحدة تجزيه في كل ذلك كيف ما كان، فعلى مذهبه إذا أوقع الظهر الثاني بعد أن شرع في الكفارة للظهر الأول، يتدىء الكفارة من يوم أوقع الظهر الثاني، وإن كانا جميعاً بفعلين، في شيئين مختلفين. وقد قيل: إنه إذا أوقع الظهر الثاني بعد أن شرع في الكفارة للظهر الأول، يتم الأول ثم يستأنف الثانية، وإن كانا جميعاً بغير فعل، قال ابن المواز: وهو أحب إليّ إن لم يبق من الأولى إلا يسير، وإن لم يكن مضى من الأولى إلا يسير، نحو اليومين والثلاثة، فإنه يتمها وتجزيه لها. وقول ابن القاسم في هذه المسألة كلها أظهر الأقوال وأولاها بالصواب. وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وسئل عن المظاهر يقبل امرأته في شهري صيامه، قال: لا شيء عليه ويستغفر الله.

قال محمد بن رشد: لمطرف في سماع أبي زيد من كتاب الصيام خلاف هذا إنه يستأنف. وقد مضى القول في هذه المسألة وتحصيلها في آخر سماع أشهب، فلا وجه لإعادته.

مَسْأَلَةٌ

قيل لأصبغ: أرأيت من أعتق في رقبة واجبة منفساً فكبر الصبي أخرساً^(٩) أو أصماً أو مقعداً أو مطبقاً جنوناً أعليه بدلها؟ قال أصبغ: ليس ذلك عليه وقد أجزته. وهذا شيء يحدث، وكذلك لو ابتاعه فكبر على مثل هذا، لم يلحق البائع شيئاً من ذلك.

قال محمد بن رشد: تعليقه لإجزاء ذلك عنه في الكفارة، وأنه لا رجوع

له في ذلك على البائع بشيء، بأن هذا شيء يحدث، ليست بعلة صحيحة، لأن ما يحدث ويقدم من العيوب، إذا أمكن أن يعلم يلحق البائع فيه اليمين، ولا يجزىء عن المكفر في الكفارة إذا كان العيب مما لا يجوز في الرقاب، فالعلة في ذلك إنما هي أن هذا مما يستوي البائع والمبتاع في الجهل بمعرفته، ولا يمكن أن يعلم ذلك أحد، فلم يكن له حكم العيب في قيام المبتاع فيه على البائع، ولا في عدم الأجزاء في الكفارة، لأن المكفر قد أدى ما تجب عليه باجتهاده، ولم يقصر، فلا درك عليه فيها لا يمكن أن يعلم، إذ لم يكلف معرفة ما ليس في وسعه من ذلك قال الله عز وجل: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ (١٠).

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم

حدثنا عبد الرحمان بن أبي الغمر قال: سئل ابن القاسم عن الرجل يقول لامرأته قد جعلت أمرك بيدك، فتقول: أنا عليك كظهر أمك قال ليس ذلك لها.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن الزوج إنما ملكها في الطلاق، فليس لها أن توجب عليه أن لا يقربها حتى يكفر كفارة الظهار، فإذا لم يكن ذلك لها، فقد سقط ما كان بيدها من التمليك إذا قضت بما ليس لها، إلا أن تقول: أردت بذلك الطلاق، فيكون ثلاثاً، إلا أن ينكرها الزوج فيما فوق الواحدة. والله أعلم.

مَسْأَلَةٌ

وقال: في رجل ظاهر من امرأته، فأعطته رقبة يعتقها في

ذلك، قال: إن كانت أعطته بشرط يعتق عنها، فذلك غير جائز، وإن كانت أعطته بغير شرط فلا بأس بذلك.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: لأنها إذا أعطته إياها أو ثمنها على أن يعتقها فلم يملكها قبل العتق ملكاً تاماً لما لزمه من عتقها بالشرط الذي شرطت عليه. وقد قال في المدونة: أن لا تجزئه أن يعتق إلا رقبة يملكها قبل العتق، ولا يعتق عليه، فصار بمنزلة من اشترى من يعتق عليه فأعتقه عن ظهاره، ولا هي أيضاً أعتقها عنه بإذنه، فيجزئه على اختلاف في ذلك أيضاً. ولا يرد العتق وإن لم يجزه عن ظهاره، واختلف في ماله ففي المدونة لابن نافع أن ماله تابع له، ولا يقبل قول المرأة فيه. وقال ابن القاسم: القول قولها إنها أعطته بغير مال، ويكون لها المال. وبالله التوفيق.

مَسْأَلَةٌ

وسئل ابن القاسم عن رجل قال: أعتقوا عني رأساً من رقيقي وله عشرة أرؤس في ظهار وجب عليه ثمّ مات. قال: الورثة مخيرون يُعتقون أيهم شاءوا، إذا كان ممن يجوز في الظهار.

قلت: رأيت إن كان عبيده كلهم عُميّ؟ قال: إن كان الذي أوصى عالماً أنه ليس من عبيده واحد يجوز في الظهار، رأيت أن يسهم بينهم فيعتقوا واحداً منهم، وإن كان ممن يظن أن أحدهم يجوز عنه في الظهار، يعذر بالجهالة، يخرج عشر قيمتهم، فيشتري رقبة صحيحة قيل له لا يوجد، قال: بل يوجد صغيراً.

قال محمد بن رشد: قوله: إن الورثة مخيرون في عتق من شاءوا منهم إن كانوا ممن يجوز في الرقاب، خلاف قوله في أول سماع عيسى مثل قول أصبغ فيه. وقوله: إن كان عبيده كلهم عُميّ إنه يُسهم بينهم إن كان الموصي عالماً بذلك، وإنه يباع منهم بعشر قيمتهم إن لم يكن عالماً بذلك، بيان لما في

سماح عيسى . وقد مضى هنالك القول على هذا المعنى مستوفى، فلا معنى لإعادته هنا . وبالله التوفيق .

مَسْأَلَةٌ

قال ابن القاسم : في رجل قال لامرأته : أنت عليّ كظهر أمي إن لم أتزوج عليك، فأخذ في الكفارة، فلما صام شهراً وقع بين امرأته وبينه مشاجرة . فقال لها : أنت عليّ كظهر أمي إن لم أتزوج عليك قال : يتدىء شهرين من يوم ظاهر الظهر الآخر . قيل له : فإن ابتداء فلما صام أياماً أراد أن يبر بالتزويج فيتزوج عليها، فقال : إذا تزوج عليها سقطت عنه الكفارة، وبطل عليه الصيام .

قال محمد بن رشد : لا يجب على الرجل الظهر بقوله : امرأتي عليّ كظهر أمي إن لم أتزوج عليها، لأنه يحنث بعد، ولا يقع عليه الحنث بذلك إلا بعد الموت، إلا أن الكفارة تجزيه قبل الحنث، لأنها يمين هو فيها على حنث، فإن أراد أن يكفر ليحل عن نفسه الظهر، فيجوز له الوطاء، كان ذلك له، وإن لم يفعل وطالبتة أمرأته بالوطء ورفعته إلى السلطان، ضرب له أجل الإيلاء، إذ لا يجوز له أن يطاء إلا أن يكفر، فإن هو لما أخذ في الكفارة قال لها مرة أخرى : أنت عليّ كظهر أمي إن لم أتزوج عليك، عاد إلى ما كان عليه قبل أن يتدىء الكفارة وسقط ما مضى منها، ولم يكن له أن يطاء حتى يستأنف الكفارة، على ما قال ولم يكن عليه أن يتم الكفارة التي دخل فيها، ثم يستأنف الكفارة لليمين الأخرى، لأن اليمينين جميعاً على فعل واحد، فلا يلزمه فيها إلا كفارة واحدة حسب ما مضى بيانه في نوازل أصبغ فإن تزوج عليها برّ بالتزويج، وانحلت عنه اليمين، ولم يكن عليه إتمام ما دخل عليه فيه من الكفارة . وهذا كله بين، وقد مضى ما يزيد وضوحاً وبياناً في رسم لم يدرك من سماح عيسى . وبالله التوفيق لا رب غيره ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم .