

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

ما يرجع إلى المظاهرة .

فمنها : أن يكون من جنس النساء حتى لو قال لها : أنت علي كظهر أبي أو ابني لا يصح لأن الظهار عرفا موجبا بالشرع و الشرع إنما ورد بها فيما إذا كان المظاهر به امرأة .
و منها : أن يكون عضوا لا يحل له النظر إليه من الظهر و البطن و الفخذ و الفرج حتى لو شبهها برأس أمه أو بوجهها أو يدها أو رجلها لا يصير مظاهرا لأن هذه الأعضاء من أمه يحل له النظر إليها .

و منها : أن تكون هذه الأعضاء من امرأة يحرم نكاحها عليه على التأبيد سواء حرمت عليه بالرحم كالأم و البنت و الأخت و بنت الأخ و الأخت و العمة و الخالة أو بالرضاع أو بالصهرية كامرأة أبيه و حليته ابنة لأنه يحرم عليه نكاحهن على التأبيد و كذا أم امرأته سواء كان امرأته مدخول بها أو غير مدخول بها لأن نفس العقد على البنت محرم للأم فكانت محرمة عليه على التأبيد و أما بنت امرأته فإن كانت امرأته مدخولا بها فكذا لأنه إذا دخل بها فقد حرمت عليه ابنتها على التأبيد و إن كانت غير مدخول بها لا يصير مظاهرا لعدم الحرمة على التأبيد و لو شبهها بظهر امرأة زنا بها أبوه أو ابنه .

و قال أبو يوسف : هو مظاهر .

و قال محمد : ليس بمظاهر بناء على أن قاضيا لو قضى بجواز نكاح امرأة زنا بها أبوه أو ابنه لا ينفذ قضاؤه عند أبي يوسف حتى لو رفع قضاؤه إلى قاض آخر أبطله فكانت محرمة النكاح على التأبيد و عند محمد ينفذ قضاؤه و ليس للقاضي الثاني أن يبطله إذا رفع إليه فلم تكن محرمة على التأبيد .

وجه قول أبي يوسف : أن حرمة نكاح موطوءة الأب منصوص عليها قال قال الله تعالى : { و لا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء } لأن النكاح في اللغة الضم و حقيقة الضم في الوطاء فلم يكن هذا محل الإجتهد إذ الإجتهد المخالف للنصوص باطل فالقضاء بالجواز يكون مخالفا للنص فكان باطلا بخلاف ما إذا شبهها بامرأة قد فرق بينه و بينها باللعان أنه لا يكون مظاهرا و إن كان لا يجوز له نكاحها عندي لأنه لو حكم حاكم بجواز نكاحها جاز لأن حرمة نكاحها غير منصوص عليه فلم تكن محرمة على التأبيد .

وجه قول محمد أن جواز نكاح هذه المرأة مجتهد فيه ظاهر الإجتهد و أنه جائز عند الشافعي و قد ظهر الاختلاف فيه في السلف فكان محل الإجتهد و ظاهر النص محتمل التأويل فكان للإجتهد فيه مساغا و للرأي مجالا أو لو شبهها بظهر امرأة هي أم المزني بها لم يكن

مظاهرا لأن هذا فصل مجتهد فيه طاهر الاجتهاد في (السلف) فلم تكن المرأة المظاهر بها محرمة على التأبيد و لو قبل أجنبية بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة ثم شبه زوجته بابنتها لم يكن مظاهرا عند أبي حنيفة .

قال : و لا يشبه هذا الوطاء الوطاء أبين و أظهر عنى بذلك أنه لو شبه زوجته ببنت موطأته فلا يصير مظاهرا فهذا أولى لأن التقبيل و اللمس و النظر إلى الفرج سبب مفض إلى الوطاء فكان دون حقيقة الوطاء فلما لم يصر مظاهرا بذلك فهذا أولى و عند أبي يوسف يكون مظاهرا لأن الحرمة بالنظر منصوص عليها .

قال النبي صلى الله عليه و سلم : [من كشف خمار امرأة / أو نظر إلى فرجها حرمت عليه أمها و ابنتها] و على هذا يخرج ما إذا شبهها بامرأة محرمة عليه في الحال و هي ممن تحل له في حال أخرى كأخت امرأته أو امرأة لها زوج أو مجوسية أو مرتدة أنه لا يكون مظاهرا لأنها غير محرمة على التأبيد و الله أعلم