كتاب
الظهار

واختصاصه بالظهر من جميع المعاني لأنه هو الذي يركب عليه في كل مركوب من الحيوان فشبهت المرأة بالدابة من هذه الناحية. . وحكمه محرم لقوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾ والأصل فيه الكتاب والسنة فأما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَآئِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَٰتِهِمْ إِنْ أُمَّهَٰتُهُمْ إِلَّا ٱلَّٰٓـِٔى وَلَدْنَهُمْ﴾ [سورة المجادلة، الآية: ٢] وأما السنة فحديث خولة بنت مالك وفيه أن زوجها أوس بن الصامت تظاهر بها قالت فجئت رسول الله ﷺ أشكو إليه ورسول الله يجادلني فيه ويقول اتق الله فإنه ابن عمك فما برحت حتى أنزل الله ﴿قَدْ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوْلَ ٱلَّتِى تُجَٰدِلُكَ فِى زَوْجِهَا وَتَشْتَكِىٓ إِلَى ٱللَّهِ وَٱللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَآ﴾ [سورة المجادلة، الآية: ١] فقال يعتق رقبة فقالت لا يجد رقبة قال يصوم شهرين متتابعين فقالت يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام. قال فليطعم ستين مسكيناً. قالت ما عنده من شيء يتصدق به قال فإني أعينه بفرق من تمر فقالت يا رسول الله فإني أعينه بفرق آخر فقال أحسنت فاذهبي فاطعمي عنه ستين مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك» خرجه أبو داود وخرج حديث سلمة بن صخر البياضي وقضيته تشبه قضية حديث خولة.

وكتاب الظهار مشتمل على عدة فصول. .

الفصل الأول

اتفق الفقهاء على أن من قال لزوجته أنت عليّ كظهر أمي أن ذلك ظهار عليه كفارة الظهار وهي تحرير رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً قبل أن يمسها للآية وللحديث المتقدم آنفاً. واختلفوا إذا شبهها بمن تحرم عليه كالجدة والعمة والأخت والخالة فذهب جمهور العلماء إلى أنه ظهار وبه قال الحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والزهري والثوري والأوزاعي ومالك والشافعي في الجديد وأبو حنيفة وأحمد وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور. وقال الشافعي في القديم لا يقع الظهار إلا بالأم أو الجدة لأنها بمنزلة الأم وقال إن الآية نصت على الأم دون غيرها من المحارم. والجمهور قالوا لا فرق بين الأم وغيرها لأن العلة الموجودة في الأم موجودة في غيرها وهي المحرمية وأن الله قال ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [سورة المجادلة، الآية: ٢] وذلك لا تختص به الأم دون غيرها. وأما إذا شبهها بما ليس للاستمتاع مثل ظهر أبيه أو البهيمة أو الميتة فالجمهور على أنه لا يحكم عليه إلا على حسب ما نواه وروي عن أحمد روايتان أرجحهما مثل الجمهور والثانية أن قوله أنت عليّ كظهر أبي يعتبر ظهاراً وبه قال ابن القاسم من أصحاب مالك.

واختلفوا إذا قال أنت علي كأمي أو مثل أمي ولم يذكر الظهر فذهب جمهور العلماء إلى أنه يرجع إليه فيما نواه فإن نوى الظهار فهو ظهار وإن نوى توقيرها وإكرامها فهو على نيته لأن العبارة محتملة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأحمد وإسحاق وقال مالك وأبو بكر من أصحاب أحمد إذا أطلق ولم يقيد فهو صريح في الظهار وبه قال محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة.

واختلفوا إذا شبه عضوا من أعضائها بظهر أمه فذهب مالك والشافعي ورواية عن أحمد إلى أنه ظهار وعنه رواية أنه ليس بظهار وذهب أبو حنيفة إلى أنه إذا شبهها بالأعضاء التي لا يجوز النظر إليها يكون ظهاراً وإلا فلا.

الفصل الثاني

اتفق الفقهاء على أن العود شرط في وجوب الكفارة في الظهار وأن من لم يعد عن قوله في الظهار ليس عليه كفارة ظهار ولا يمين على القول الراجح وخالفهم في ذلك مجاهد وطاوس من أصحاب ابن عباس. واستدل الجمهور بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ [سورة المجادلة، الآية: ٣] واختلف الجمهور القائلون باشتراط العود في وجوب الكفارة في المراد به فعن مالك ثلاث روايات فروي عنه أن المراد به العزم على إمساكها ووطئها والثانية وهي الراجحة أن المراد به العزم على الوطء بعد الكفارة وبه قال أبو حنيفة وأحمد والثالثة أن الوطء هو بنفسه هو العود وهي أضعف هذه الأقوال وذهب الشافعي إلى أن الإمساك هو العود ومن مضى له زمان يمكن أن يطلق فيه ولم يطلق يعتبر عائداً وقالت الظاهرية العود هو أن يؤكد الظهار الأول بظهار آخر فإن لم يفعل فلا كفارة عليه لأنه ليس بعائد عندهم والراجح عندي أن المراد بقوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾ [سورة المجادلة، الآية: ٣] الرجوع عن تحريم الوطء إلى فعله بعد فعل ما أمر به من الكفارة لأنه هو الذي حرمه على نفسه ولا يتعداه إلى شيء آخر وأن العزم على فعله هو سبب وجوب الكفارة كما أن سبب وجوب كفارة اليمين فعل المقسوم على عدم فعله أو فعله إن كان القسم على فعله، والله أعلم.

فرع: والجمهور على أنه إن طلقها قبل أن يعود لما قال أو ماتت لا كفارة عليه لأن سبب الكفارة هو العود نفسه وقد طلق أو ماتت قبله وروي عن عثمان البتي أنه قال بوجوب الكفارة عليه. وأنها إن ماتت قبل العود لا يرثها إلا بعد الكفارة.

الفصل الثالث

فيمن يصح ظهارهم ومن لا يصح اتفق الفقهاء على وقوع الظهار من الزوجات اللائي في العصمة واختلفوا في وقوعه من الأمة وأم الولد فذهب مالك

وأحمد في رواية إلى وقوعه منهما وبه قال الحسن وعكرمة والنخعي وعمرو بن دينار وسليمان بن يسار والزهري وقتادة والحكم والثوري وذهب الشافعي وأبو حنيفة وأحمد إلى عدم وقوعه منهما وبه قال عمر وابنه عبد الله وابن المسيب ومجاهد والشعبي وربيعة والأوزاعي ورواية عن أحمد وقالوا أي مالك ومن معه لأنها بمنزلة الزوجة في الإباحة له وروي عن الحسن والأوزاعي الفرق بين أن يكون يطأها وبين أن يكون لا يأتيها فإن كان يأتيها فهو ظهار فيه كفارة الظهار وإلا فهو يمين وقال عطاء عليه نصف كفارة الظهار لأن أحكام الإماء على نصف أحكام الحرائر في الحد والنكاح والطلاق واستدل القائلون بعدم وقوعه بمفهوم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾. وقالوا المقصود بنسائهم زوجاتهم اللاتي تحت عصمتهم بالنكاح كما أنه هو المراد بقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٢٦] والقائلون بأنه ليس بظهار قالوا فيه كفارة يمين.

مسألة: اختلف الفقهاء فيما إذا قال إذا تزوجت فلانة فهي عليّ كظهر أمي أو أطلق فقال أي امرأة تزوجتها فهي عليّ كظهر أمي فذهب مالك وأبو حنيفة على ما ذكره ابن رشد وأحمد وإسحاق إلى كونه ظهاراً وبه قال عمر رضي الله عنه وسعيد بن المسيب وعروة وعطاء والحسن. وذهب الشافعي وأبو حنيفة على ما قاله ابن قدامة إلى أن الظهار خاص بالزوجة وفي القدور لا يكون الظهار إلا من زوجته وبه قال الثوري وروي عن ابن عباس أنه ليس بظهار لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ وقالوا الأجنبية ليست من نسائهم واستدل القائلون بكونه ظهاراً بما رواه أحمد عن عمر رضي الله عنه أنه قال في رجل قال «إن تزوجت فلانة فهي عليّ كظهر أمي فتزوجها» قال عليه كفارة الظهار وأن الكفارة وجبت لقوله المنكر والزور.

واختلفوا هل تظاهر المرأة من زوجها وتلزمها كفارة الظهار أم لا فذهب جمهور الفقهاء إلى أن المرأة لا ظهار لها وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة ورواية عن أحمد وله رواية أنها يعتبر ظهارها من زوجها وعليها كفارة الظهار إذا

جامعها قال لأنه يمين ولأنها أتت بالمنكر من القول والزور سواء في وجوب كفارته بين الرجال والنساء والجمهور قالوا كما أنها لا يعتبر طلاقها فكذلك لا يعتبر ظهارها لأن ذلك بأيدي الرجال دون النساء واستدلوا أيضاً بظاهر قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ وخصهم بذلك ومما استدل به أحمد في روايته الثانية ما رواه الأثرم عن إبراهيم أن عائشة بنت طلحة قالت «إن تزوجت مصعب بن الزبير فهو عليّ كظهر» أبي فسألت أهل المدينة فرأوا أن عليها الكفارة. وروي عن ابن مسهر عن الشيباني قال كنت جالساً في المسجد أنا وعبد الله بن مغفل المزني فجاء رجل فجلس إلينا فسألته من أنت؟ فقال «أنا مولى لعائشة بنت طلحة التي أعتقتني عن ظهارها خطبها، مصعب بن الزبير فقالت هو عليّ كظهر أبي إن تزوجته ثم رغبت فيه فاستفتت أصحاب رسول الله ﷺ وهم يومئذ كثير فأمروها أن تعتق رقبة فتتزوجه فأعتقتني وتزوجته» ذكر ابن قدامة في المغني أن هذين الأثرين رواهما سعيد مختصرين. . وذكر ابن رشد أن بعض العلماء جعلوا فيها كفارة يمين فقط وبه قال عطاء.

مسألة: اتفق الفقهاء على صحة ظهار الحر البالغ العاقل واختلفوا في ظهار الصبي والسكران والعبد والذمي وقد سبق الكلام على ذلك في باب الطلاق فذهب الشافعي وأبو حنيفة وأحمد إلى صحة ظهار العبد وأنه يكفر بالصوم والإطعام واشترط مالك أن يملكه سيده وأما الذمي فذهب مالك وأبو حنيفة إلى عدم صحة ظهاره وقالوا لأن الكفارة لا تصح فيه لكونها عبادة تحتاج إلى النية. وذهب الشافعي وأحمد إلى صحة ظهاره قياساً على طلاقه ورد بأن الطلاق ليس بعبادة يتعلق بها حق الله بخلاف الكفارة وأنه ورد أن الكفارات طهرة لأصحابها مما اقترفوه من المخالفات والكافر لا تكون طهرة له، والله أعلم.

مسألة: إذا كان عنده أكثر من امرأة واحدة فظاهرهن بكلمة واحدة بأن قال كل زوجاتي عليّ كظهر أمي. اختلف الفقهاء في كونه عليه كفارة واحدة عليهن أم عليه عن كل واحدة كفارة مستقلة فذهب مالك والأوزاعي وإسحاق والشافعي في القديم وأبو ثور وأحمد إلى أنه تكفيه كفارة واحدة وبه قال عمر وعلي وعروة

وعطاء وطاوس وربيعة. وقال الحسن والنخعي والزهري ويحيى الأنصاري والحكم والثوري والشافعي في الجديد وأبو حنيفة عليه عن كل واحدة كفارة لأنه وجب الظهارو العود في حق كل واحدة منهن فوجبت الكفارة للجميع كما لو أفرد كل واحدة منهن بالظهار.

وأما القائلون بعدم تعدد الكفارة فاعتمدوا قول عمر وعلي رضي الله عنهما وأن الظهار حصل بكلمة واحدة فلا توجب إلا كفارة واحدة بخلاف ما إذا أفرد كل واحدة بكلمة الظهار فتتعدد الكفارة بتعدد الكلمات لا بتعدد الزوجات مثل ما إذا حلف يميناً واحداً على أشياء متعددة وأما إذا أفرد كل واحدة بظهار فالراجح أن عليه عن كل واحدة كفارة وهو قول عروة وعطاء وإذا ظاهر من امرأة في مجالس متعددة فقال مالك والأوزاعي وأحمد وإسحاق ليس عليه إلا كفارة واحدة إذا كفّر بعد الأول ثم ظاهر مرة ثانية فتتعدد عليه الكفارة بتعدد الظهار المفرق بالكفارة وقال الشافعي وأبو حنيفة إذا فرقه في مجالس متعددة عليه لكل ظهار كفارة سواء كفّر بعد كل واحد أم لا. والله أعلم.

الفصل الرابع

فيما يحرم على المظاهر من زوجته قبل التكفير:

اتفق الفقهاء على تحريم الوطء عليه لقوله تعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ واختلفوا فيما دون الوطء من الاستمتاع فذهب مالك وأبو حنيفة ورواية عن الشافعي وأحمد إلى تحريمه وبه قال الزهري والأوزاعي والنخعي وأبو عبيد وقالوا لأن الاستمتاع بما دون الوطء من دواع الوطء المحرم وكل ما هو وسيلة إلى المحرم فهو محرم مثل الاستمتاع في الإحرام ونهار رمضان ولما رواه أبو داود عن عكرمة عن ابن عباس أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال يا رسول الله إن تظاهرت من إمرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر؟ فقال ما حملك على ذلك يرحمك الله؟ قال: «رأيت خلاخلها في ضوء القمر قال: فلا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله» قلت يؤخذ من هذا الحديث أن نظره إليها بشهوة هو سبب وقوعه في

المنهي فيمنع كل ما هو وسيلة إلى الوقوع في المنهي عنه وأيضاً قوله ﷺ: «فلا تقربها» بعد إخباره له بسبب وقوعه عليها دليل على منع القرب منها بكل ما يؤثر الشهوة وذهب الشافعي ورواية عن أحمد إلى أن المحرم من ذلك الوطء في الفرج فقط فما دونه فلا بأس به وبه قال الثوري وإسحاق واستدل القائلون بهذا القول بأنهم حملوا قوله تعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ على الجماع دون غيره من الاستمتاع وقاسوه أيضاً على الاستمتاع بالحائض فيما دون الفرج. قلت هذا القياس ضعيف لأن الحائض ورد النص على جواز الاستمتاع بها في السنة وخصصت عموم النهي في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٢٢] وفي مسألتنا لا نعرف نصاً يخصص عموم النهي عن المسيس وأن الحائض المانع من جماعها خروج الحيض وقد سماه الله «أذى» وفي مسألتنا المانع تحريمها عن نفسه بالظهار ولا تحل له حتى يعمل ما أمره الله به كما دلت عليه الآية والحديث المتقدم والله أعلم.

الفصل الخامس

اختلف العلماء فيما إذا ظاهر بامرأته ثم طلقها ثم راجعها هل له أن يطأها من غير كفارة أم لا بد من الكفارة قبل أن يمسها فذهب مالك وأحمد ورواية عن الشافعي إلى أنه لا يطأها حتى يكفر سواء راجعها في العدة أو تزوجها بعد العدة وسواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً وتزوجها بعد زوج غيره وبه قال عطاء والحسن والزهري والنخعي وأبو عبيد وذهب الشافعي في رواية ومالك في رواية إلى أنه إذا طلقها أقل من ثلاث فعليه الكفارة وإن كان قد طلقها ثلاثاً فتزوجها بعده زوج غيره فلا كفارة عليه وقال محمد بن الحسن الظهار راجع إليها سواء بعد الثلاث أو أقل منها.

وسبب الخلاف هل الطلاق يهدم ما قبله من الظهار أم لا. وأن من قال بوجوب الكفارة عليه مطلقاً شبه الظهار باليمين لأن الحالف إذا حلف على أنه ما يفعل شيئاً متى عزم على الرجوع أي الحنث عن يمينه وجبت عليه الكفارة.

الفصل السادس

اختلف الفقهاء في تداخل الإيلاء مع الظهار مثل أن يظاهر بها ويتركها أربعة أشهر ما كفّر ولا طلق فذهب مالك إلى أنه يحكم عليه بحكم الإيلاء إن أراد إضرارها بترك الكفارة والوطء إلا أن يكون له عذر معروف في الشرع يمنعه منهما وذهب الشافعي وأبو حنيفة وأحمد والأوزاعي إلى أنه لا يحكم على المظاهر بحكم المولي إلا أن يأتي بما يشبه لأن كل واحد منهما له أحكام تخصه ولا يدخل أحدهما في الثاني إلا بالقول ومالك رحمه الله اعتبر المعنى لأن من ترك الكفارة أربعة أشهر مدة الإيلاء فهو مولي بالفعل وإن لم يكن مولياً بالقول وخاصة إذا عرف منه قصد إضرار زوجته فلا يترك يتلاعب بحقوقها إلا أن الإيلاء يكون في الأصل بالحلف. والله أعلم.

الفصل السابع

في أحكام كفارة الظهار أجمع العلماء على أنها ثلاثة أنواع وأنها على الترتيب لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا﴾ [سورة المجادلة، الآية: ٣] إلى قوله: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا ۖ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [سورة النساء، الآية: ٩٢]. واتفقوا على أن العبد يبدأ بالصيام في كفارة الظهار. اختلفوا إذا عجز عن الصيام هل يكفر بالعتق والإطعام أم لا. فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يكفر بالعتق وأجازه أبو ثور وداود بشرط إذن سيده واختلفوا أيضاً هل يكفر بالإطعام أم لا فذهب مالك إلى جوازه إن ملكه سيده وذهب الشافعي وأبو حنيفة إلى أنه لا يكفر إلا بالصيام وهو المشهور من مذهب أحمد.

مسألة: اختلف الفقهاء في الرقبة في كفارة الظهار هل يشترط كونها مؤمنة أم لا فذهب مالك والشافعي وأحمد في مشهور مذهبه إلى اشتراط كونها مؤمنة وبه قال الحسن وإسحاق وأبو عبيد وذهب أبو حنيفة ورواية عن أحمد إلى عدم اشتراط كونها مؤمنة وبه قال عطاء والنخعي والثوري وأبو ثور وابن المنذر واستثنوا الوثنية

والمرتدة واستدل القائلون باشتراط الإيمان فيها بقياسها على كفارة القتل لأنها جاءت مقيدة بالإيمان في قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [سورة النساء، الآية: ٩٢] فقالوا تحمل آية الظهار على آية القتل لأن آية الظهار جاء فيها إطلاق الرقبة وفي آية القتل جاءت مقيدة بالإيمان فيحمل المطلق على المقيد ومما استدلوا به أيضاً ما رواه مسلم في صحيحه والنسائي عن معاوية بن الحكم «أنه كانت له جارية فأتى النبي ﷺ فقال له: رقبة أفأعتقها؟ فقال لها رسول الله ﷺ: «أين الله؟ فقالت في السماء. فقال من أنا؟ فقالت أنت رسول الله. فقال له: أعتقها فإنها مؤمنة» فاشترط ﷺ في عتقها الإيمان من غير أن يستفصله من سبب وجوب الرقبة عليه فدل ذلك على اشتراط الإيمان وأن تحرير الرقبة المؤمنة يعتبر من التعاون على البر والتقوى وتحرير الكافرة قد يكون عوناً لها على الاستمرار في كفرها وغيها وأنهم اتفقوا على اشتراط سلامة الرقبة من العيوب الناقصة لها فأي عيب أعظم من الكفر. والله أعلم.

مسألة: واختلف العلماء في العيوب التي تمنع إجزاء الرقبة إن وجدت فيها فاتفقوا على أنها منها العمى وقطع اليدين والرجلين والشلل والجنون المطبق وأجاز أبو حنيفة مقطوعة اليد الواحدة والرجل أو هما معاً من خلاف لأن ذلك لا يعطلها عن العمل بالكلية والعيوب الناقصة للعمل أو القيمة كلها ممنوعة عند مالك وأحمد والراجح من مذهب الشافعي وبه قال أبو ثور وروي عن داود الظاهري أن كل ما يطلق عليه اسم الرقبة فهو يجزىء ولو فيه عيب واستدل الجمهور بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنفِقُونَ﴾ [سورة البقرة، الآية: ٢٦٧] وقالوا المعيب عيباً معطلاً لها عن العمل بمعنى الخبيث قلت وقد ورد في الحديث أن النبي ﷺ قال: **«ما من مسلم يعتق رقبة مسلمة إلا ويعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار حتى فرجه بفرجها»** أو كما قال ﷺ: **«وناقص الأعضاء لا يبادل عضوه الناقص بعضو معتقه»**. ولما سئل ﷺ عن أي الرقاب أفضل قال: **«أنفسها عند أهلها وأغلاها ثمناً»** أو كما قال والمعيب لا يكون من الأنفس وأنه قد يعتقه لينفك من كلفته وَكِلّه إذا كان عيبه يعوقه عن العمل.

وأجازوا من العيوب ما لا ينقص العمل ولا القيمة كالعور البسيط وقطع طرف الأذن ومنهم من منعه قياساً على الهدايا والأضاحي، واختلف الفقهاء في إجزاء عتق نصف المشترك. وعتق نصف رقبتين وعتق المكاتب والمدبر وأم الولد وأما الجمهور فقد ذهبوا على عدم إجزاء عتق نصف المشترك ولا إعتاق نصف رقبتين لأن المطلوب عتق رقبة كاملة وجازه الشافعي لأنها في معنى الرقبة: وأجاز أبو حنيفة عتق المكاتب إن لم يؤد شيئاً من الأسهم في مكاتبته ومنعه مالك والشافعي لأن المطلوب ابتداء العتق لا إنجازه، وكذلك المدبر عند مالك وأجازه الشافعي وأحمد وأبو حنيفة وأجاز مالك وغيره عتق أم الولد ومنع الموقف عتقه بأجل مسمى بدون مقابل ومنع أحمد عتق أم الولد لأن ملكها غير تام ولذلك لا يجوز بيعها وبالجواز قال طاوس والبتي ويجزىء الصغير ولا يجزىء الجنين لأنه مجهول حاله ولا الآبق ولا المغصوب «إن الله طيب لا يقبل إلا طيباً» واختلفوا في إجزاء عتق من يعتق عليه بسبب نسب فأجازه أبو حنيفة إذا نوى بعتقه كفارة الظهار ومنعه مالك والشافعي وأحمد لأنه يعتق عليه بشرائه له أو فدائه من الأسر ولو ما قصد عتقه وأبو حنيفة يرى أن شراءه بنية الكفارة يكفي في ذلك.

مسألة: أجمع العلماء على أن من لم يجد رقبة ينتقل فرضه إلى الصوم لقوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ الآية واختلفوا إذا كانت عنده رقبة محتاج إلى خدمتها هل يجوز له الصوم أم لا فذهب مالك وأبو حنيفة والأوزاعي إلى أنه لا يجوز الانتقال إلى الصوم ما دام عنده رقبة ولو كان في أمس الحاجة إلى خدمتها فإن لم تكن عنده وعنده قيمتها وجب شراؤها عند مالك ولا يجب عند أبي حنيفة وذهب الشافعي وأحمد إلى جواز الانتقال إلى الصوم ولو كان عنده رقبة إذا كان محتاجاً إلى خدمتها للعجز أو لكبر سنه أو لكونه ممن لا يخدم مثله قياساً على واجد الماء وهو محتاج إليها للعطش يجوز له التيمم ويتركها لحاجته ومالك ومن معه تمسكوا بظاهر قوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ وبعموم الأحاديث المتقدمة في ترتيب كفارة الظهار وهو الذي أميل إليه.

واختلف الأئمة فيمن لم يجد الرقبة إلا بعد الشروع في الصيام فذهب مالك. إلى أنه إن صام ثلاثة أيام أو أقل عليه أن يرجع إلى العتق ولا يجزئه الصوم فإن صام أكثر من ذلك له أن يتم صومه. وقال الشافعي وأحمد فهو مخير بين إتمام صومه والعتق وقال أبو حنيفة يلزمه العتق مطلقاً وإن قطع صومه بسفر مباح وجب عليه الاستئناف عند مالك وأبي حنيفة ورواية عن أحمد وعن أصحاب الشافعي روايتان الجواز وعدمه.

فرع: اختلف الفقهاء فيمن وطىء امرأته قبل أن يكفر فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه آثم بمخالفته أمر ربه وأما الكفارة فليس عليه إلا كفارة واحدة وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد والأوزاعي والثوري وأبو ثور وداود والطبري وأبو عبيد لحديث سلمة بن صخر البياض وفيه أنه جامع امرأته قبل أن يكفر كفارة الظهار فأمره النبي ﷺ بكفارة واحدة، وقد تقدم ذكره. وروي عن عمرو بن العاص وقبيصة بن ذئيب وسعيد بن جبير وابن شهاب أنهم قالوا عليه كفارتان. كفارة عزمه على الوطء قبل أن يكفر كفارة الظهار مع كفارة الظهار وقيل لا يلزمه شيء لأن الله وقت الكفارة بما قبل المسيس وقدمه عليها وخرج وقتها بذلك وهذا القول ضعيف جداً لأنه إن لم يعاقب بتغليظها عليه بسبب المخالفة فلا تسقط عليه لأجلها والجمهور على أن المسيس لا يجوز قبل الكفارة واختلفوا فيمن وطىء ليلاً في صيام الشهرين فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنه عليه أن يستأنف الصوم من جديد وبه قال أحمد في رواية والثوري كالعتق وذهب الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأحمد في رواية له إلى أنه لا يقطع صومه ويبني. وقال ابن حزم من كانت كفارته بالإطعام له المسيس إذا بدأ منه لأنه لا يجب فيه التتابع كالصوم وأن الله ذكر المسيس قبل العتق والصوم ولم يذكره قبل الإطعام وهو رواية عن أحمد وليس عليه استئناف الإطعام عند الشافعي وأبي حنيفة وأحمد في رواية عنه وأوجب عليه مالك استئناف الإطعام قياساً على الصوم لأن مذهبه وجوب التتابع في الصوم حتى يكمله من غير مسيس كما سبق وكذلك الإطعام!