@ 507 @ الكفارة على المظاهر قبل الحنث ؛ تعليل لقوله : فلم يطأها حتى يكفر . هذا الذي يظهر لي واﷲ أعلم . .

قال : ولو قال لامرأة أجنبية : أنت علي كظهر أمي ؛ لم يطأها إن تزوجها حتى يأتي بكفارة الظهار . .

ش : هذا منصوص أحمد ، وعليه أصحابه ، وقال : ليس هو بمنزلة الطلاق . .

2759 وذلك لما روى الإمام أحمد بإسناده عن عمر بن الخطاب رضي اﷲ عنه أنه قال في رجل قال : إن تزوجت فلانة فهي علي كظهر أمي . فتزوجها ، قال : عليه كفارة الظهار . ولأنها يمين مكفرة ، فصح انعقادها قبل النكاح ، كاليمين باﷲ تعالى ، ولأبي محمد احتمال بأنه لا يصح ، لقول اﷲ سبحانه : 19 ({ والذين يظاهرون من نسائهم }) والأجنبية ليست من نسائه ، ولأنه نوع تحريم ، فلم يتقدم النكاح كالطلاق . وأجيب عن الآية بأنها خرجت مخرج الطلاق ، وعن القياس بالفرق من وجهين (أحدهما) أن الطلاق حل قيد النكاح ، ولا حل قبل العقد ، والظهار تحريم للوطء ، وذلك قد يتقدم على العقد كالحيض (والثاني) أن الطلاق يزيل المقصود من النكاح فلم يصح ، وهذا لا يزيله وإنما يعلق الإباحة على شرط . انتهى ، وكذلك الحكم إذا عمم فقال : كل النساء على كظهر أمي . واﷲ أعلم . .

قال : وإذا قال : أنت علي حرام ، وأراد في تلك الحال لم يكن عليه شيء ، وإن تزوجها ، لأنه صادق ، وإن أراد في كل حال لم يطأها إن تزوج حتى يأتي بالكفارة . .

ش : أما إذا أراد بقوله : أنت علي حرام . الإخبار عن حرمتها في الحال ، فلا شيء عليه ، لما علل به من أنه صادق ، إذ قد وصفها بصفتها ، ولم يقل المنكر من القول والزور ، وأما إذا أراد تحريمها في كل حال فهو مظاهر ، لأن من جملة الأحوال إذا تزوجها ، ولفظة الحرام إذا أريد بها الظهار ظهار في الزوجة بلا ريب ، فكذلك في الأجنبية ، ولو أطلق فلا شيء عليه ، لاحتماله للإنشاء وللإخبار ، فلا يتعين أحدهما بغير تعيين . واﷲ أعلم . .

قال : ولو ظاهر من زوجته وهي أمة ، فلم يكفر حتى ملكها ، انفسخ النكاح ، ولم يطأها حتى يكفر . .

ش : أما انفساخ النكاح فلا ريب فيه ، لعدم اجتماع ملك اليمين وملك النكاح ، وإذاً يغلب الأقوى وهو الملك ، ويبطل النكاح ، وأما الوطء فقال الخرقي : لا يطأها حتى يكفر ؛ واختاره ابن حامد والقاضي وغيرهم ، لشمول الآية الكريمة له ، وهي : 19 ({ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا ، فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا }) وهذا قد

ظاهر من امرأته ، فدخل في الآية وقال أبو بكر في الخلاف : يبطل حكم الظهار ، وتحل له ، وعليه كفارة يمين ، كما لو تظاهر منها وهي أمته ، لأنها خرجت عن