

المهذب في فقه الإمام الشافعي

باب استبراء الأمة وأم الولد .

من ملك أمة ببيع أو هبة أو إرث أو سبي أو غيرها من الأسباب لزمه أن يستبرئها لما روى أبو سعيد الخدري B أن النبي A نهى عام أوطاس أن لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض حيضة فإن كانت حاملا استبرأها بوضع الحمل لحديث أبي سعيد الخدري وإن كانت حائلا نظرت فإن كانت ممن تحيض استبرأها بقرء وفي القرء قولان : أحدهما أنه طهر لأنه استبراء فكان القرء فيه الطهر كالعدة والثاني أن القرء حيض وهو الصحيح لحديث أبي سعيد ولأن براءة الرحم لا تحصل إلا بالحيض فإن قلنا إن القرء هو الطهر فإن كانت عند وجوب الإستبراء طاهرا كانت بقية الطهر قرءا فإن طعنت في الحيض لم تحل حتى تحيض حيضة كاملة ليعلم براءة رحمها فإذا طعنت في الطهر الثاني حلت وإن كانت حائضا لم تشرع في القرء حتى تطهر فإذا طعنت في الحيض الثاني حلت وإن قلنا إن القرء هو الحيض فإن كانت حال وجوب الاستبراء طاهرا لم تشرع في القرء حتى تحيض فإذا طعنت في الطهر الثاني حلت وإن كانت حائضا لم تشرع في القرء إلا في الحيضة الثانية لن بقية الحيض لا تعد قرءا فإذا طعنت في الطهر الثاني حلت وإن وجب الاستبراء وهي ممن تحيض فارتفعت حيضتها كان حكمها في الانتظار حكم المطلقة إذا ارتفع حيضها وإن وجب الاستبراء وهي ممن لا تحيض لصغر أو كبر ففيه قولان : أحدهما تستبرأ بشهر لأن كل شهر في مقابلة قرء والثاني تستبرأ بثلاثة أشهر وهو الصحيح لأن ما دونها لم يجعل دليلا على براءة الرحم .

فصل : وإن ملكها وهي مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو ذات زوج لم يصح استبرؤها في هذه الأحوال لأن الإستبراء يراد للاستباحة ولا توجد الاستباحة في هذه الأحوال وإن اشتراها فوضعت في مدة الخيار أو حاضت في مدة الخيار فإن قلنا إنها لا تملك قبل انقضاء الخيار لم يعتد بذلك عن الاستبراء لأنه اشتراها قبل الملك وإن قلنا إنها تملك ففيه وجهان : أحدهما لا يعتد به لأن الملك غير تام لأنه معرض للفسخ والثاني يعتد به لأنه استبراء بعد الملك وجواز الفسخ لا يمنع الاستبراء كما لو استبرأها وبها عيب لم يعلم به وإن ملكها بالبيع أو الوصية فوضعت أو حاضت قبل القبض ففيه وجهان : أحدهما لا يعتد به لأن الملك غير تام والثاني يعتد به لأنه استبراء بعد الملك و للشافعي C ما يدل على كل واحد من الوجهين و إن ملكها بالإرث صح الاستبراء و إن لم تقبض لأن المورث قبل القبض كالمقبوض في تمام الملك و جواز التصرف .

فصل : وإن ملك أمة و هي زوجته لم يجب الاستبراء لأن الاستبراء لبراءة الرحم من ماء غيره و المستحب أن يستبرئها لأن الولد من النكاح مملوك و من ملك اليمين حر فاستحب أن يميز

بينهما .

فصل : و إن كانت أمته ثم رجعت إليه بالفسخ أو باعها ثم رجعت إليه بالإقالة لزمه أن يستبرئها لأنه زال ملكه عن استمتاعها بالعقد و عاد بالفسخ فصار كما لو باعها ثم استبرأها فإن رهنها ثم فكها لم يجب الاستبراء لأن بالرهن لم يزل ملكه عن استمتاعها لأن له أن يقبلها و ينظر إليها بالشهوة و إنما منع من وطئها لحق المرتهن و قد زال حقه بالفكاح فحلت له و إن ارتد المولى ثم أسلم أو ارتدت الأمة ثم أسلمت و جب استبرأؤها لأنه زال ملكه عن استمتاعها بالردة و عاد بالإسلام و إن زوجها ثم طلقت فإن كان قبل الدخول لم تحل له حتى يستبرئها لأنه تجدد له الملك على استمتاعها فوجب استبرأؤها كما لو باعها ثم اشتراها و الثاني تحل له و هو قول أبي علي بن أبي هريرة لأن الاستبراء يراد لبراءة الرحم و قد حصل ذلك العدة .

فصل : و من وجب استبرأؤها حرم وطؤها و هل يحرم التلذذ بها بالنظر و القبلة ينظر فيه فإن ملكها ممن له حرمة لم يحل له لأنه لا يؤمن أن تكون أم ولد لمن ملكها من جهته و إن ملكها ممن لا حرمة له كالمسبية ففيه وجهان : أحدهما لا تحل له لأن من حرم وطؤها بحكم الاستبراء حرم التلذذ بها كما لو ملكها ممن له حرمة و الثاني أنها تحل لما روي عن ابن عمر B أنه قال خرجت في سهمي يوم حلواء جارية كأن عنقها إبريق فضة فما ملكت نفسي أن قمت إليها فقبلتها و الناس ينظرون و لأن المسبية يملكها حاملا كانت أو حائلا فلا يكون التلذذ بها إلا في ملكه و إنما منع من وطئها حتى لا يختلط ماؤه بماء مشرك و لا يوجد هذا في التلذذ بالنظر و القبلة و إن وطئت زوجته بشبهة لم يحل له وطؤها قبل إنقضاء العدة لأنه يؤدي إلى إختلاط المياه و إفساد النسب و هل له التلذذ بها في غير الوطاء على ما ذكرناه من الوجهين في المسبية لأنها زوجته حاملا كانت أو حائلا .

فصل : و من ملك أمة جاز له بيعها قبل الاستبراء لأنها قد دللنا على أنه يجب على المشتري الاستبراء فلم يجب على البائع لأن براءة الرحم تحصل باستبراء المشتري و إن أراد تزويجها نظرت فإن لم يكن وطئها جاز تزويجها من غير استبراء لأنها لم تصر فراشا له و إن وطئها لم يجز تزويجها قبل الاستبراء لأنها صارت بالوطء فراشا له .

فصل : و إن أعتق أم ولده في حياته أو أعتقت بموته لزمها الاستبراء لأنها صارت بالوطء فراشا له و تستبرأ كما تستبرأ المسبية لأنه استبراء بحكم اليمين فصار كاستبراء المسبية و إن أعتقها أو مات عنها و هي مزوجة أو معتدة لم يلزمها الاستبراء لأنه زال فراشه قبل وجوب الاستبراء فلم يلزمها الاستبراء كما لو طلق أمراًته قبل الدخول ثم مات و لأنها صارت فراشاً لغيره فلا يلزمها لأجله استبراء و إن زوجها ثم مات و مات الزوج و لم يعلم السابق منهما لم يخل إما أن يكون بين موتها شهران و خمسة أيام فما دون أو أكثر أو لا يعلم

مقدار ما بينهما فإن كان بينهما شهران و خمسة أيام فما دون لم يلزمها الاستبراء عن المولى لأنه إن كان المولى مات أولاً فقد مات و هي زوجة فلا يجب عليها الاستبراء و إن مات الزوج أولاً فقد مات المولى بعده و هي معتدة من الزوج فلا يلزمها الاستبراء و عليها أن تعتد بأربعة أشهر و عشر من بعد موت أحدهما لأنه يجوز أن يكون قد مات المولى أولاً فعتقت ثم مات الزوج فيلزمها عدة حرة و إن كان بين موتها أكثر من شهرين و خمس ليال لزمها أن تعتد من بعد آخرهما موتاً بأكثر الأمرين من أربعة أشهر و عشر أو حيضة لأنه إن مات الزوج أولاً فقد اعتدت عنه بشهرين و خمسة أيام و عادت فراشاً للمولى فإذا مات لزمها أن تستبرئ منه بحيضة و إن مات المولى أولاً لم يلزمها استبراء فإذا مات الزوج لزمها عدة حرة فوجب الجمع بينهما ليسقط الفرض بيقين و إن لم يعلم قدر ما بين المدتين من الزمان وجب أن تأخذ بأغلظ الحالين و هو أن يكون بينهما أكثر من شهرين و خمسة أيام فتعتد بأربعة أشهر و عشر أو حيضة من الزمان وجب أن تأخذ بأغلظ الحالين وهو أن يكون بينهما أكثر من شهرين و خمسة أيام فتعتد بأربعة أشهر و عشر أو حيضة ليسقط الفرض بيقن كما يلزم من نسي صلاة من صلاتين قضاء الصلاتين ليسقط الفرض بيقين و لا يوقف لها شيء من تركة الزوج لأن الأصل فيه الرق فلم تورث مع الشك .

فصل : و إن كانت بين رجلين جارية فوطئها ففيها وجهان : أحدهما يجب استبراءان لأنه يجب لحقهما فلم يدخل أحدهما في الآخر كالعديتين و الثاني : يجب استبراء واحد لأن القصد من الاستبراء معرفة براءة الرحم ولهذا لا يجب الاستبراء بأكثر من حيضة و براءة الرحم منهما تحصل باستبراء واحد .

فصل : إذا أستبرأ أمته ثم طهر بها حمل فقال البائع هو مني و صدقه المشتري لحقه الولد و الجارية أم ولد له و البيع باطل و إن كذبه المشتري نظرت فإن لم يكن أقر بالوطء حال البيع لم يقبل قوله لأن الملك انتقل الى المشتري في الظاهر فلم يقبل إقراره بما يبطل حقه كما لو باعه عبداً ثم أقر أنه كان غصبه أو أعتقه و هل يلحقه نسب الولد فيه قولان : قال في القديم و الاملاء يلحقه لأنه يجوز أن يكون ابناً لواحد و مملوكاً لغيره و قال في البويطي لا يلحقه لأن فيه إضراراً بالمشتري لأنه قد يعتقه فيثبت له عليه الولاء و إذا كان ابناً لغيره لم يرثه فإن كان قد أقر بوطئها عند البيع فإن كان قد إستبرأها ثم باعها نظرت فإن أتت بولد لدون ستة أشهر لحقه نسبه و كانت الجارية أم ولد له و كان البيع باطلاً و إن ولدته لسته أشهر فصاعداً لم يلحقه الولد لأنه لو استبرأها ثم أتت بولد و هي في ملكه لم يلحقه فلأن لا يلحقه و هي في ملك غيره أولى فإن لم يكن المشتري قد وطئها كانت الجارية و الولد مملوكين و إن كان قد وطئها فإن أتت بولد لدون ستة أشهر من حين الوطاء فهو كما لو لم يطأها لأنه لا يجوز أن يكون منه و تكون الجارية و الولد مملوكين له و إن

أنت بولد لسته أشهر من وقت البيع لحق البائع و كانت الجارية أم ولد له و كان البيع باطلا و إن ولدته لسته أشهر نظرت فإن لم يكن قد وطئها المشتري فهو كالقسم قبله لأنه لم تصر فراشا له و إن وطئها فولدت لسته أشهر من وطئه عرض الولد على القافة فإن ألحقته بالبائع لحق به و إن ألحقته بالمشتري لحقته و قد بينا حكم الجميع