

المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني

لحكم ما لو وطئ الرجل جارية والده .

فصل : وإذا وطئ الرجل جارية ولده فإن كان قد قبضها وتملكها ولم يكن الولد وطئها ولا تعلقت بها حاجته فقد ملكها الأب بذلك وصارت جاريته والحكم فيها كالحكم في جاريته التي ملكها بالشراء وإن وطئها قبل تملكها فقد فعل محرماً لأن الله تعالى قال [والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون] وهذه ليست زوجاً له ولا ملك يمينه فإن قيل فقد قال النبي A [أنت ومالك لأبيك] فأضاف مال الابن إلى أبيه بلام الملك والاستحقاق فدل على أنه ملكه قلنا : لم يرد النبي A حقيقة الملك بدليل أنه أضاف إليه الولد وليس بمملوك وأضاف إليه ماله في حاله إضافته إلى الولد ولا يكون الشيء مملوكاً لمالكين حقيقة في حال واحدة وقد يثبت الملك لولده حقيقة بدليل حل وطء إمائه التصرف في ماله وصحة بيعه وهبته وعتقه ولأن الولد لو مات لم يرث منه أبوه إلا ما قدر له ولو كان ماله لاختص به ولو مات الأب لم يرث ورثته مال ابنه ولا يجب على الأب حج ولا زكاة ولا جهاد بيسار ابنه فعلم أن النبي A إنما أراد التجوز بماله بتشبيهه بمال في بعض الأحكام .

إذا ثبت هذا فإنه لا حد على الأب للشبهة لأنه إذا لم يثبت حقيقة الملك فلا أقل من أن يكون شبهة تدرأ الحد فإن الحدود تدرأ بالشبهات ولكن يعزر لأنه وطئ جارية لا يملكها وطئاً محرماً فكان عليه التعزير كوطء الجارية المشتركة وفيه وجه آخر لا يعزر عليه لأن مال ولده كماله ولا يصح لأن ماله مباح له غير ملوم عليه وهذا الوطاء هو عاد فيه ملوم عليه وإن علقت منه فالولد حر لأنه من وطء درئ فيه الحد لشبهة الملك وكان حراً كولد الجارية المشتركة ولا تلزمه قيمته لأن الجارية تصير ملكاً له بالوطء فيحصل علوقها بالولد وهي ملك له وتصير أم ولد له تعتق بموته وتنتقل إلى ملكه فيحل له وطئها بعد ذلك وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر : لا تصير أم ولد له ولا يملكها لأنه استولدها في غير ملكه فأشبهه الأجنبي ولأن ثبوت أحجام الاستيلاء إنما كان بالإجماع فيما إذا استولد مملوكته وهذه ليست مملوكة له ولا في معنى مملوكته فإنها محرمة عليه فوجب أن لا يثبت لها هذا الحكم ولأن الأصل الرق فيبقى على الأصل ولأن الوطاء المحرم لا ينبغي أن يكون سبباً للملك الذي هو نعمة وكرامة لأنه يفضي إلى تعاطي المحرمات .

ولنا أنها علقت منه بحر لأجل الملك فصارت أم ولد له كجارية المشتركة وفارق وطء الأجنبي في هذا إذا ثبت هذا فإنه لا يلزمه مهرها ولا قيمتها .

وقال أبو حنيفة : لا يلزمه مهرها ويلزمه قيمتها لأنه أخرجها عن ملك سيدها بفعل محرم فأشبه ما لو قتلها وإنما لم يلزمه مهرها لأنه إذا ضمنها فقد دخلت قيمته البضع في ضمانها فلم يضمنه ثانيا كما لو قطع يدها فسرى القطع إلى نفسها فإنه يضمن قيمة النفس دون قيمة اليد وقال الشافعي : يلزمه مهرها لأنه وطئ جارية غيره وطئا محرما فلزمه مهرها كالأجنبي وتلزمه قيمتها على القول بكونها أم ولد كما يلزم أحد الشريكين قيمة نصيب شريكه إذا استولد الجارية المشتركة .

ولنا قول النبي A أنت ومالك لأبيك ولأنه لا تلزمه قيمة ولدها فلم يلزمه مهرها ولا قيمتها كمملوكته ولأنه وطئ وصارت به الموطوءة أم ولد لأمر لا يختص ببعضها فأشبهه استيلاء مملوكته