كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار

فصل : في الإستبراء : ومن استحدث ملك أمة حرم عليه الاستمتاع بها حتى يستبرئها إن كانت من ذوات الحيض بحيضة وإن كانت من ذوات الشهور بشهر وإن كانت من ذوات الحمل بوضع الحمل .

هذا فصل الاستبراء وهو عبارة عن التربص الواجب بسبب ملك اليمين حدوثا وزوالا وسمي بذلك لأنه مقدر بأقل ما يدل على البراءة من غير عدة وسميت العدة عدة لتعدد ما يدل على البراءة إذا عرفت هذا فالأصل في هذا قوله A في سبايا أوطاس [لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة] رواه أبو داود وصححه الحاكم وقال : هو على شرط مسلم نعم أعله ابن القطان بشريك القاضي وقد وثقه ابن معين وغيره وأخرج له مسلم متابعة ثم لوجوب الاستبراء سببان : أحدهما حدوث الملك في الأمة كما ذكره الشيخ بقوله [ومن استحدث ملك أمة] فمن ملك جارية وجب عليه استبراؤها سواء ملكها بارث أو شراء أو هبة أو وصية أو سبي أو عاد ملكه فيها بالرد بالعيب أو التخالف أو الإقالة أو الرجوع في الهبة وإذا عادت إليه بفسخ كتابة أو ارتدت ثم أسلمت فإنه يلزمه الاستبراء على الأصح لزوال ملك الاستمتاع ولو زوج أمته ثم طلقت قبل الدخول فهل يجب على السيد استبراؤها ؟ قولان ولو باعها بشرط الخيار فعادت إليه بفسخ في مدة الخيار ففي وجوب الاستبراء خلاف المذهب أنه يجب إن قلنا يزول ملك البائع بنفس العقد وإلا فلا ثم لا فرق في الأمة بين أن تكون صغيرة أو كبيرة حائلا كانت أو حاملا بكرا كانت أو ثيبا وسواء ملكها من رجل أو امرأة أو طفل وسواء كانت مستبرأة من قبل أم لا وهذا هو المذهب لعموم الخبر مع العلم بأنهن كان فيهن أبكار وعجائز وا أعلم .

فرع اشترى زوجته الأمة فهل يجب عليه أن يستبرئها ؟ وجهان الصحيح المنصوص لا ويدوم حلها لكن يستحب ليتميز ولد النكاح عن ولد اليمين وقيل يجب التجدد الملك وا أعلم ثم إن كانت الأمة التي حدث ملكها من ذوات الحيض استبرأها بحيضة على الجديد الأظهر للحديث وقيل بطهر كالعدة وإن كانت ممن لا تحيض لصغر أو اياس فبماذا تعتد ؟ فيه خلاف : قيل بثلاثة أشهر لأنه أقل مدة تدل على البراءة وهذا ما صححه في التنبيه وقيل بشهر لأنه كقرء في الحرة فكذا في الأمة وهذا هو الذي صححه الرافعي والنووي وغيرهما .

فرع وطئها من يجب عليه الاستبراء قبل الاستبراء عصى ولا ينقطع الاستبراء لأن قيام الملك لا يمنع الاحتساب فكذا المعاشرة بخلاف المعتدة ولو أحبلها بالوطء وفي الحيض فانقطع الدم حلت لتمام الحيض وإن كانت طاهرة عند الوطء لم ينقض الاستبراء حتى تضع وا أعلم وإن كانت

حاملا استبرأها بوضع الحمل لعموم الخبر وظاهر كلام الشيخ أنه لا فرق بين أن يكون الحمل من نكاح أو شبهة أو زنا وهو موافق لما حكاه المتولي وقال الرافعي : الأصح وعبارة الروضة التفصيل : إن ملكت بسبي كفى الوضع وإن ملكت بشراء وحملها من زوج وهي في نكاحه أو عدته أو من وطء شبهة وهي في عدته فالمشهور أنه لا استبراء في الحال وفي وجوبه بعد العدة وجهان وإذا كان كذلك لم يحصل الاستبراء بالوضع مطلقا وأما حمل الزنا ففي الاكتفاء بوضعه حيث يكتفي بثبات النسب وجهان أصحهما نعم وإن لم يكتف به ورأت دما وهي حامل وقلنا إنه حيض كفى في الأصح ولو ارتابت بالحمل في مدة الاستبراء أو بعده فكما في العدة واعلم أن المرتابة بالحمل إن كان ارتيابها بعد انقضاء عدتها سواء كانت بالاقراء أو الأشهر يكره نكاحها والارتياب يحصل بارتفاع البطن أو حركته مع ظهور الدم ولكن شككنا هل ثم حمل أم لا ؟ وهل يصح النكاح ؟ قولان : أحدهما يصح لأنا حكمنا بانقضاء العدة فلا تنقضه بالشك كما لو حصلت الريبة بعد النكاح وهذا هو الأصح فعلى هذا لو ولدت لدون ستة أشهر من العقد تبينا البطلان وقيل لا يصح العقد لأنها لا تدري أعدتها بالحمل فلم تنقض أم بغيره فلا تنكح مع الشك كما لو ارتاب بذلك في أثناء العدة وا أعلم .

فرع مذكور في العدد لو نكح شخص امرأة حاملا من الزنا صح نكاحه بلا خلاف وهل له وطؤها قبل الوضع ؟ وجهان : الأصح إذ لا حرمة له ومنعه ابن الحداد وا أعلم قال : .

وإذا مات سيد أم الولد استبرأت نفسها بشهر كالأمة .

هذا هو السبب الثاني مما يوجب الاستبراء وهو زوال الفراش عن موطوءة بملك يمين فإذا مات سيد عن أم ولده وليست في زوجية ولا عدة نكاح لزمها الاستبراء لأنه زال عنها الفراش بأشبهت الحرة ويكون استبراؤها بشهر إن كان من ذوات الأشهر وإلا فبحيضة إن كانت من ذوات الأقراء كالمتملكة ولو أعتقها فالأمر كذلك وكذا لو أعتق أمته التي وطئها لزوال الفراش ولو استبرأ الأمة الموطوءة ثم أعتقها قال الأصحاب : لا استبراء عليها ولها أن تتزوج في الحال ولم يطردوا فيه الخلاف في المستولدة لأن المستولدة يشبه فراشها فراش النكاح والأصح في المستولدة أنه إن استبرأها ثم أعتقها أنه يجب استبرائها ولو لم تكن الأمة موطوءة لم تكن فراشا ولا يجب الاستبراء بإعتاقها ولو أعتق مستولدة وأراد أن يتزوجها قبل تمام الاستبراء جاز على الأصح كما يتزوج المعتدة منه بنكاح أو وطء شبهة وا أعلم .

فرع لا يجوز تزويج الأمة الموطوءة قبل الاستبراء بخلاف بيعها لأن مقصود النكاح الوطء فينبغي أن يستعقب الحل وإن استبرأها ثم أعتقها فهل يجوز تزويجها في الحال أم يحتاج إلى استبراء جديد ؟ وجهان : يعني أم الولد أصحهما يجب الاستبراء وكلام الروضة هذا يوهم أن الوجهين في الأمة لا في أم الولد فاعرفه ولو اشترى أمة وأراد تزويجها قبل الاستبراء فإن كان البائع قد وطئها لم يجز إلا أن يزوجها به وإن لم يكن وطئها البائع أو كان قد وطئها

واستبرأها قبل البيع أو كان الانتقال من امرأة وصبي جاز تزويجها في الحال على الأصح كما يجوز للبائع تزويجها بعد الاستبراء وقيل لا يجوز له كما لا يجوز له وطؤها حتى يستبرئها والقائلون بالأصح يلزمهم الفرق وهذا الوجه قوي ونسبه القفال إلى أكثر الأصحاب قال الرافعي : ونوقش في مثل هذه النسبة وا أعلم قال :