[82] ورووا: أنه لا يجوز ذلك إلا بعد الاستبراء، وهو الاحوط (1). وبه قال الشافعي (2). فأما جواز تزويجها، فانه يجوز قبل الاستبراء إجماعا. دليلنا: على الاول: أخبار أصحابنا ورواياتهم (3). وأيضا الاصل الاباحة، والمنع يحتاج الى دليل. مسألة 41: إذا ملك أمة بابتياع، أو هبة، أو ارث أو استغنام فلا يجوز له وطئها إلا بعد الاستبراء، صغيرة كانت أو كبيرة، بكرا كانت أو ثيبا، تحبل أو لا تحبل. فلا يختلف الحال في ذلك إلا إذا كانت في سن من لا تحيض مثلها من صغر أو كبر. وبه قال الشافعي، إلا أنه لم يستثن من استثنيناه. وبقول الشافعي: قال عمر، وعثمان، وابن مسعود، وحكي قريب منه عن أبي حنيفة (4). وذهب مالك: إلى أنها إن كانت ممن توطأ مثلها يجب الاستبراء. وإن كانت ممن لا توطأ مثلها فلا استبراء (5). وذهب الليث بن سعد إلى أنها إن كانت لا تحبل مثلها فلا استبراء، وإن كانت ممن تحبل مثلها وجب الاستبراء (6). وهذا مثل ما قلناه. وذهب داود، وأهل الظاهر: إلى أنها إن كانت ثيبا وجب الاستبراء، وان

---

(1) التهذيب 8: 174 حديث 1293، والاستبصار 3: 361 حديث 1294. (2) الام 5: 219، وكفاية الاخيار 2: 81، والميزان الكبرى 2: 137، وحاشية إعانة الطالبين: 55. (3) التهذيب 8: 175 حديث 612 - 613، والاستبصار 3: 361 حديث 1295 - 1297. (4) الام 5: 97، ومغني المحتاج 3: 408، والمجموع 18: 201، والسراج الوهاج: 457، والوجيز 2: 103، وكفاية الاخيار 2: 80، والميزان الكبرى 2: 137، والمغني لابن قدامة 9: 159. (5) المدونة الكبرى 3: 142، ومقدمات ابن رشد: 603، والمغني لابن قدامة 9: 160، والميزان الكبرى 2: 137. (6) المغني لابن قدامة 9: 159.