

المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني

مسألة وفصول من ملك أمة لم يصبها حتى يستبرئها وفروع في استبراء لأمة .

مسألة : قال : ومن ملك أمة لم يصبها ولم يقبلها حتى يستبرئها بعد تمام ملكه لها بحيضة إن كانت ممن تحيض أو بوضع الحمل إن كانت حاملا أو بمضي ثلاثة اشهر إن كانت من الآيسات أو من اللاتي لم يحضن .

وجملته أن من ملك أمة بسبب من أسباب الملك كالبيع والهبة والإرث وغير ذلك لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها بكرا أو ثيبا صغيرة كانت أو كبيرة ممن تحمل أو ممن لا تحمل وبهذا قال الحسن و ابن سيرين وأكثر أهل العلم منهم مالك و الشافعي واصحاب الرأي وقال ابن عمر : لا يجب استبراء البكر وهو قول داود لأن الغرض بالاستبراء معرفة براءتها من الحمل وهذا معلوم في البكر فلا حاجة إلى الاستبراء وقال الليث : إن كانت ممن لا يحمل مثلها لم يجب استبراؤها لذلك وقال عثمان البتي : يجب الاستبراء على البائع دون المشتري لأنه لو زوجها لكان الاستبراء على المزوج دون الزوج كذلك ههنا .

[ولنا ما روى أبو سعيد أن النبي A نهى عام أو طاس أن توطأ حامل حتى تضع ولا غير حامل حتى تحيض] رواه أحمد [في المسند وعن رويغ بن ثابت قال : إنني لا أقول إلا ما سمعته من رسول A] سمعته يقول : لا يحل لامرء يؤمن بأهـ واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها بحيضة [رواه أبو داود] وفي لفظ قال : سمعت رسول A يوم خيبر يقول : من كان يؤمن بأهـ واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره ومن كان يؤمن بأهـ واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيضة [رواه الأثرم ولأنه ملك جارية محرمة عليه فلم تحل له قبل استبرائها كالثيب التي تحمل ولأنه سبب موجب للاستبراء فلم يفترق الحال فيه بين البكر والثيب والتي تحمل والتي لا تحمل كالعدة قال أبو عبد الله] : قد بلغني أن العذراء تحمل فقال له بعض أهل المجلس : نعم قد كان في جيراننا وذكر ذلك بعض أصحاب الشافعي وما ذكروه يبطل بما إذا اشتراها من امرأة أو صبي أو ممن تحرم عليه برضاع أو غيره ما ذكره البتي لا يصح لأن الملك قد يكون بالسبي والإرث والوصية فلو لم يستبرئها المشتري أفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب والفرق بين البيع ولتزويج أن النكاح لا يراد إلا للاستمتاع فلا يجوز إلا فيمن تحل له فوجب أن يتقدمه الاستبراء ولهذا لا يصح تزويج معتدة ولا مرتدة ولا مجوسية ولا وثنية ولا محرمة بالرضاع ولا المصاهرة والبيع يراد لغير ذلك فصح قبل الاستبراء ولهذا صح في هذه المحرمات ووجب الاستبراء على المشتري لما ذكرناه فأما الصغيرة التي لا يوطأ مثلها فظاهر كلام الخرقى تحريم قبلتها ومباشرته لشهوة قبل

استبرائها وهو ظاهر كلام أحمد وفي أكثر الروايات عنه قال : تستبرأ وإن كانت في المهدي وروي عنه أنه قال : إن كانت صغيرة بأي شيء تستبرأ إذا كانت رضعة ؟ وقال في رواية أخرى : تستبرأ بحيضة إذا كانت ممن تحيض وإلا بثلاثة أشهر إن كانت ممن توطأ وتحبل فظاهر هذا أنه لا يجب استبراؤها ولا تحرم مباشرتها .

وهذا اختيار أبي موسى وقول مالك وهو الصحيح لأن سبب الإباحة متحقق وليس على تحريمها دليل فإنه لا نص فيه ولا معنى نص لأن تحريم مباشرة الكبيرة إنما كان لكونه داعياً إلى الوطء المحرم أو خشية أن تكون أم ولد لغيره ولا يتوهم في هذه فوجب العمل بمقتضى الإباحة فأما من يمكن وطؤها فلا تحل قبلتها ولا الاستمتاع منها بما دون الفرج قبل الاستبراء إلا المسبية على إحدى الروايتين وقال الحسن : لا يحرم من المشتراه إلا فرجها وله أن يستمتع منها بما لم يمس لأن النبي A إنما نهى عن الوطء ولأنه تحريم للوطء مع ثبوت الملك فاخص بالفرج كالحيض .

ولنا أنه استبراء يحرم الوطء فحرم الاستمتاع كالعدة ولأنه لا يأمن من كونها حاملاً من بائعها فتكون أم ولد والبيع باطل فيكون مستمتعاً بأم ولد غيره وبهذا فارق تحريم الوطء للحيض فأما المسبية فظاهر كلام الخرقى تحريم مباشرتها فيما دون الفرج لشهوة وهو الظاهر عن أحمد لأن كل استبراء حرم الوطء حرم دواعيه كالعدة ولأنه داعية إلى الوطء المحرم لأجل اختلاط المياه واشتباها الأنساب فأشبهت المبيعة وروي عن أحمد أنه لا يحرم لما روي عن ابن عمر أنه قال : وقع في سهمي يوم جلواء جارية كأن عنقها إبريق فصة فما ملكت نفسي أن قمت إليها فقبلتها والناس ينظرون ولأنه لا نص في المسبية ولا يصح قياسها على المبيعة لأنها تحمل أن تكون أم ولد للبائع فيكون مستمتعاً بأم ولد غيره ومباشراً لمملوكة غيره والمسبية مملوكة له على كل حال وإنما حرم وطؤها لئلا يسقي ماءه زرع غيره وقول الخرقى بعد تمام ملكه لها يعني أن الاستبراء لا يكون إلا بعد ملك المشتري لجمعها على نقل الملك بعضها ثم ملك بائعها لم يحتسب الاستبراء إلا من حين ملك بائعها وإن ملكها بيع فيه الخيار ابنى على نقل الملك في مدته فإن قلنا : ينتقل فابتداء الاستبراء من حين البيع وإن قلنا : لا ينتقل فابتدأه من حين انقطع الخيار وإن كان المبيع قبل القبض أو من حين القبض ؟ فيه وجهان : أحدهما : من حين البيع لأن الملك ينتقل به والثاني : من حين القبض لأن القصد معرفة براءتها من ماء البائع ولا يحصل ذلك مع كونها في يده وإن اشترى عبده التاجر أمة فاستبرأها ثم صارت إلى السيد حلت له بغير استبراء لأن ملكه ثابت على ما في يد عبده فقد حصل استبراؤها في ملكه وإن اشترى مكاتبه أمة فاستبرأها ثم صارت إلى سيده فعليه استبراؤها لأن ملكه تجدد عليها إذ ليس للسيد ملك على ما في يد مكاتبه إلا أن تكون الجارية من ذوات محارم المكاتب فقال أصحابنا : تباح للسيد بغير استبراء لأنه يصير حكمها

حكم المكاتب إن رق رقت وإن عتق عتقت والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم والاستبراء الواجب ههنا في حق الحامل بوضعه بلا خلاف وفي ذات القروء بحيضة في قول أكثر أهل العلم وقال سعيد بن المسيب و عطاء : بحيضتين وهو مخالف للحديث الذي رويناہ وللمعنى فإن المقصود معرفة براءتها من الحمل وهو حاصل بحيضة وفي الآيسة والتي لم تحض والتي ارتفع حيضها بما ذكرناه في أم الولد على ما مضى من الخلاف فيه .

فصل : ومن ملك مجوسية أو وثنية فأسلمت قبل استبرائها لم تحل له حتى يستبرئها أو تتم ما بقي من استبرائها لما مضى وإن استبرأها ثم أسلمت حلت له بغير استبرائها وقال الشافعي : لا تحل له حتى تجدد استبراءها بعد إسلامها لأن ملكه تجدد على استمتاعها فأشبهت من تجدد ملكه على رقبتها .

ولنا قوله عليه السلام : [لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة] وهذا ورد في سبايا أوطاس وكن مشركات ولم يأمر في حقهن بأكثر من حيضة ولأنه لم يتجدد ملكه عليها ولا أصابها وطء من غيره فلم يلزمه استبرؤها كما لو حلت المحرمة ولأن الاستبراء إنما وجب كيلا يفضي إلى اختلاط المياه وامتزاج الأنساب ومظنة ذلك تجدد الملك على رقبتها ولم يوجد ولو باع أمته ردت عليه بفسخ أو إقالة بعد قبضها أو افتراقهما لزمه استبرؤها لأنه تجديد ملك سواء كان المشتري لها امرأة أو غيرها فإن كان ذلك قبل افتراقهما أو قبل غيبة المشتري بالجارية ففيها روايتان إحداهما : عليه الاستبراء وهو مذهب الشافعي لأنه تجديد ملك والثانية : ليس عليه استبراء وهو قول أبي حنيفة إذا تقابلا قبل القبض لأنه لا فائدة في الاستبراء مع تعين البراءة .

فصل : وإذا زوج الرجل أمته فطلقها الزوج لم يلزم السيد استبراءها ولكن إن طلقت بعد الدخول أو مات عنها فعليها العدة ولو ارتدت أمته أو كاتبها ثم أسلمت المرتدة وعجزت المكاتب حلت لسيدها بغير استبراء وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي : يجب عليه الاستبراء في هذا كله لأنه زال ملكه عن استمتاعها ثم عاد فأشبهت المشتراه . ولنا أنه لم يتجدد ملكه عليها فأشبهت المحرمة إذا حلت والمرهونة إذا فكت فإنه لا خلاف في حلها بغير استبراء ولأن الاستبراء شرع لمعنى مظنته تجدد الملك فلا يشرع مع تخلف المظنة والمعنى .

فصل : وإن اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول لم تبح بغير استبراء نص عليه أحمد وقال : هذه حيلة وضعها أهل الرأي لا بد من استبراء .

ووجه ذلك أن هذه تجدد الملك فيها ولم يحصل استبرؤها في ملكه فلم تحل بغير استبراء كما لو تكن مزوجة ولأن إسقاط الاستبراء ههنا ذريعة إلى إسقاطه في حق من أراد إسقاطه بأن يزوجه عند بيعها ثم يطلقها زوجها بعد تمام البيع والحيل حرام فأما إن كان الزوج دخل

بها ثم طلقها فعليها العدة ولا يلزم المشتري استبراؤها لأن ذلك قد حصل بالعدة ولأنها لو عتقت لم يجب عليها مع العدة استبراء ولأنها قد استبرأت نفسها ممن كانت فراشا له فجزأ ذلك كما لو كانت استبرأت نفسها من سيدها إذ كنت خالية من زوج وإن اشتراها وهي معتدة من زوجها لم يجب عليها استبراء لأنها لم تكن فراشا لسيدها وقد حصل الاستبراء من الزوج بالعدة ولذلك لو عتقت في هذه الحال لم يجب عليها استبراء وقال أبو الخطاب في المزوجة هل يدخل الاتسبراء في العدة ؟ على وجهين .

وقال القاضي في المعتدة : يلزم السيد استبراؤها بعد قضاء العدة ولا يتداخلان لأنهما من رجلين ومفهوم كلام أحمد ما ذكرناه أولا لأنه علل فيما قبل الدخول بأنها حيلة وضعها أهل الرأي ولا يوجد ههنا ولا يصح قولهم : إن الاستبراء من رجلين فإن السيد ههنا ليس له استبراء .

فصل : وإن كانت الأمة لرجلين فوطئها ثم باعها لرجل أجزاء استبراء واحد لأنه يحصل به معرفة البراءة فإن قيل : فلو أعتقها لألزمتموها استبراءين قلنا : وجوب الاستبراء في حق المعتقة معلل بالوطء ولذلك لو أعتقها وهي ممن لا يطؤها لم يلزمها استبراء وقد وجد الوطاء من اثنين فلزمها حكم وطئها وفي مسألتنا هو معلل بتجديد الملك لا غير ولهذا يجب على المشتري الاستبراء سواء كان سيدها يطؤها أو لم يكن والملك واحد فوجب أن يتجدد الاستبراء .

فصل : وإذا اشترى الرجل زوجته الأمة لم يلزمه استبراؤها لأنها فراش له فلم يلزمه استبراؤها من مائه لكن يستحب ذلك ليعلم هل الولد من النكاح فيكون عليه ولاء له لأنه عتق بملكه له ولا تصير به الأمة أم ولد أو هو حادث في ملك يمينه فلا يكون عليه ولاء وتصير به الأمة أم ولد ومتى تبين حملها فله وطؤها لأنه قد علم الحمل وزال الاشتباه .

فصل : وإن وطئ الجارية التي يلزمه استبراؤها قبل استبرائها أثم والاستبراء باق بحله لأنه حق عليه فلا يسقط بعدوانه فإن لم تعلق منه استبرائها بما كان يستبرئها به قبل الوطاء وتبني على ما مضى من الاستبراء وإن علقت منه فمتى وضعت حملها استبرأها بحيضة ولا يحل له الاستمتاع منها في حال حمله لأنه لم يستبرئها وإن وطئها وهي حامل حملا كان موجودا حين البيع من غير البائع فمتى وضعت حملها انقضت استبراؤها قال أحمد : ولا يلحق بالمشتري ولا تبعية ولكن يعتقه لأنه قد شرك فيه لأن الماء يزيد في الولد .

وقد روى أبو داود بإسناده عن أبي الدرداء [عن النبي A أنه مر بامرأة مجع على باب فسطاط فقال : لعله يريد أن يلم بها فقالوا نعم فقال رسول الله ﷺ : لقد هممت أن ألعنه يدخل معه قبره كيف يورثه وهو لا يحل له أو كيف يستخدمه وهو لا يحل له] ومعناه أنه إن استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له لأنه ليس بولده وإن اتخذه مملوكا لم يحل له لأنه قد

شرك فيه لكون الوطاء يزيد في الولد [وعن ابن عباس قال : نهى رسول الله ﷺ وطاء الحبالى حتى يضعن ما في بطونهن] رواه النسائي و الترمذي .

فصل : ومن أراد بيع أمته فإن كان لا يطؤها لم يلزمه استبراؤها لكن يستحب ذلك ليعلم خلوها من الحمل فيكون أحوط للمشتري وأقطع للنزاع قال أحمد : وإن كانت لامرأة فإنني أحب أن لا تبيعها حتى تستبرئها بحيضة فهو أحوط لها وإن كان يطؤها وكانت آيسة فليس عليه استبراؤها لأن انتفاء الحمل معلوم وإن كانت ممن تحمل وجب عليه استبراؤها وبه قال النخعي و الثوري وعن أحمد رواية أخرى : لا يجب عليه استبراؤها وهو قول أبي حنيفة و مالك و الشافعي لأن عبد الرحمن بن عوف باع جارية كان يطؤها قبل استبرائها ولأن الاستبراء على المشتري فلا يجب على البائع فإن الاستبراء في حق الحرة أكد ولا يجب قبل النكاح وبعده كذلك لا يجب في الأمة قبل البيع وبعده .

ولنا أن عمر أنكر على عبد الرحمن بن عوف بيع جارية كان يطؤها قبل استبرائها فروى عبد الله بن عبيد بن عمير قال : باع عبد الرحمن بن عوف جارية كان يقع عليها قبل أن يستبرئها فظهر بها حمل عند الذي اشتراها فخاصموه إلى عمر فقال له عمر : كنت تقع عليها ؟ قال نعم قال : فبعتها قبل أن تستبرئها ؟ قال نعم قال : ما كنت لذلك بخليق قال : فدعا القافة فنظروا إليه فألحقوه به ولأنه يجب على المشتري الاستبراء لحفظ مائه فكذلك البائع ولأنه قبل الاستبراء مشكوك في صحة البيع وجوازه لاحتمال أن تكون أم ولد فيجب الاستبراء لإزالة الاحتمال فإن خالف وباع فالبيع صحيح في الظاهر لأن الأصل عدم الحمل ولأن عمر وعبد الرحمن لم يحكما بفساد البيع في الأمة التي باعها قبل استبرائها إلا بلحقا الولد به ولو كان البيع باطلا قبل ذلك لم يحتج إلى ذلك وذكر أصحابنا الروايتين في كل أمة يطؤها من غير تفريق بين الآيسة وغيرها والأولى أن ذلك لا يجب في الآيسة لأن علة الوجوب احتمال الحمل وهو وهم بعيد والأصل عدمه فلا نثبت به حكما بمجرد .

فصل : وإذا اشترى جارية فظهر بها حمل لم يخل من أحوال خمسة أحدها : أن يكون البائع أقر بوطنها عند البيع أو قبله وأتت بولد لدون ستة أشهر أو يكون البائع ادعى الولد فصدقه المشتري فإن الولد يكون للبائع والجارية أم ولد له والبيع باطل .

الحال الثاني : أن يكون أحدهما استبرأها ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطئها المشتري فالولد للمشتري والجارية أم ولد له .

الحال الثالث : أن تأتي به لأكثر من ستة أشهر بعد استبراء أحدهما لها ولأقل من ستة أشهر منذ وطئها المشتري فلا يلحق نسبه بواحد منهما ويكون ملكا للمشتري ولا يملك فسخ البيع لأن الحمل تجدد في ملكه ظاهرا فإن ادعاه كل واحد منهما فهو للمشتري لأنه ولد في ملكه مع احتمال كونه منه وإن ادعاه البائع وحده فصدقه المشتري لحقه وكان البيع باطلا وإن كذبه

فالقول قول المشتري في ملك الولد لأن الملك انتقل إليه ظاهرا فلم تقبل دعوى البائع فيما يبطل حقه كما لو أقر بعد البيع أن الجارية مغموبة أو معتقة وهل يثبت نسب الولد من البائع ؟ فيه وجهان : .

أحدهما : يثبت لأنه نفع للولد من غير ضرر على المشتري فيقبل قوله فيه كما لو أقر لولده بمال .

والثاني : لا يقبل لأنه فيه ضررا على المشتري فإنه لو أعتقه كان أبوه أحق بميراثه منه وذلك لو أقر عبدان كل واحد منهما أنه أخو صاحبه لم يقبل إلا ببينة .

الحال الرابع : أن تأتي به بعد ستة أشهر منذ وطئها المشتري قبل استيرائها فنسبه لاحق بالمشتري فإن ادعاه البائع فأقر له المشتري لحقه وبطل البيع وإن كذبه فالقول قول

المشتري وإن ادعى كل واحد منهما أنه من الآخر عرض على القافة فألحق بمن ألحقه به لحديث عبد الرحمن بن عوف ولأنه يحتمل كونه من كل واحد منهما وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما وينبغي أن يبطل البيع وتكون أم ولد للبائع لأننا نتبين أنها كانت حاملا منه قبل بيعها .

الحال الخامس : إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ باعها ولم يكن أقر بوطنها فالبيع

صحيح في الظاهر والولد مملوك للمشتري فإن ادعى البائع فالحكم فيه كما ذكرنا في الحال

الثالث سواء