

تبين الحقائق شرح كنز الدقائق

@ 24 @ الاستبراء بالقبض بحكم الشراء , وإنما يفيد أن لو كان القبض قبل الشراء كي لا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح , وقال طهیر الدین عندي يشترط أن يدخل قبل الشراء ; لأن ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقا على الشراء ضرورة أن ملك النكاح لا يجمع ملك اليمين فلم تكن عند الشراء منكوحة , ولا معتدة بخلاف ما إذا دخل بها قبل الشراء ; لأنها تبقى معتدة منه بعد فساد النكاح به فلا يلزمه الاستبراء به ذكره قاضيخان في فتاواه , ولو كانت تحته حرة فالحيلة فيه أن يزوجها البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يثق به أو يزوجها بشرط أن يكون أمرها بيده ثم يشتريها , ويقبضها ثم يطلقها الزوج ; لأنه عند وجود السبب , وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب عليه الاستبراء , وإن حل بعد ذلك ; لأن المعتبر أوان وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير في تلك الحالة والمظاهر تحرم عليه الدواعي كالم منكوحة إذا وطئت بشبهة , وكالمحرم والمعتكف بخلاف حالة الحيض والصوم والأصل فيه أن سبب الحرام حرام إلا أن النص ورد في حالة الصوم والحيض , وفيه بعض الحرج ; لأنهما يمتدان , وقد صح أنه { عليه الصلاة والسلام كان يقبل , وهو صائم , ويضاجع نساءه , وهن حيض } (فصل في الاستبراء وغيره) قال رحمه الله (من ملك أمة حرم عليه وطؤها , ولمسها والنظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) لقوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس { ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن , ولا الحبالى حتى يستبرأن بحيضة } هذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب استحداث الملك واليد ; لأنه هو الموجود في هذه الصورة , وهذا ; لأن الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك , وذلك عند تحقق الشغل أو توهمه بماء محترم ; لأنه عند الاشتباه لا يدعى الولد فيهلك معنى إذ من لا نسب له هالك معنى أو لعدم من يربيه , ويثقفه , ويجب على المشتري لا على البائع ; لأن العلة في الحقيقة هو إرادة الوطاء والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها , وهو التمكن من الوطاء والتمكن إنما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد , وتعدى الحكم إلى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك حتى يجب على المشتري من مال الصبي , ومن المرأة والمملوك , وممن لا يحل له وطؤها الاستبراء , وكذا إذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقيق السبب , وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم ; لأن الحكمة , وهي فراغ الرحم لا يمكن الاطلاع عليها لخفاء الشغل فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل ,

ولا يعتد بالحیضة التي اشتراها أثناءها , ولا بالحیضة التي حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض , ولا بالولادة التي حصلت بعد الأسباب قبل القبض خلافاً لأبي يوسف رحمه الله ; لأن السبب استحداث الملك واليد , وقبل وجود الاثنين لا يعتد به إذا الحكم لا يسبق سببه , وكذا لا يعتد بالحاصل قبل الإجازة في بيع الفضولي , وإن كانت في يد المشتري , ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها صحيحاً لما بينا , ويجب إذا اشترى نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما ; لأن السبب قد تم في ذلك الوقت . والحكم يضاف إلى تمام العلة , وهو آخر الأوصاف , ويجتزأ بالحیضة التي حاضتها , وهي مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبتها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب , وهو استحداث الملك واليد , وهو مقتض للحل والحرمة لمانع , ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة وردت المغصوبة والمستأجرة أو فكت المرهونة لانعدام السبب , وهو استحداث الملك واليد , وهو سبب متعين فأدير الحكم عليه وجوداً وعدمًا . ولو أقال البائع البيع قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء , وكان أبو حنيفة رحمه الله أولاً يقول على البائع الاستبراء ; لأنها زالت عن ملكه والآن ملكها ثم رجع , وقال لا يجب , وهو قولهما ; لأن الإقالة فسخ من الأصل فصار كأن لم يكن , ولو اشترى من عبده المأذون له بعدما حاضت عند العبد فإن لم يكن على العبد دين يجتزأ بتلك الحیضة ; لأنها دخلت في ملك المولى من وقت الشراء , وإن كان عليه دين مستغرق فذلك عندهما , وعند أبي حنيفة لا يعتد بتلك الحیضة , وهذا بناء على وجود ملك المولى وعدمه , وقد عرف في موضعه , ولو باع جارية على أنه بالخيار , وقبضها ثم أبطل البيع في مدة الخيار لا يلزمه الاستبراء لعدم خروجها عن ملكه , ولو باع أم ولده أو مدبرته , وقبضها المشتري ثم استردها لا يجب عليه الاستبراء إن كان المشتري لم يطلأها , وإن كان وطئها فعليه الاستبراء , ولو زوجها بعد الاستبراء فطلقها الزوج قبل الدخول لا يلزمه الاستبراء في ظاهر الرواية ولو زوجها قبل الاستبراء بعد القبض , والمسألة بحالها فالمختار أنه يجب , وإذا حرم الوطء قبل الاستبراء حرم الدواعي أيضاً ; لأنه يفضي إلى الوطء أو يحتمل وقوعه في غير الملك على اعتبار الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها ; لأن زمن الحيض زمن نفرة فلا يكون داعياً إلى الوطء , وكذا لا يحتمل وقوعه في غير الملك , وفي المشتراة يحتمل ذلك , ويفضي إلى الوطء ; لأن رغبته فيها قبل الدخول بها يكون أصدق وروي عن محمد لا تحرم الدواعي في المسبية ; لأنه لا يحتمل وقوعه في غير الملك والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا , وفي ذوات الأشهر بالشهر ; لأنه أقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة , وإذا حاضت في أثناء الشهر بطل الاستبراء بالشهر للقدرة على الأصل دون حصول المقصود بالبدل , وإن ارتفع حيضها تركها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل واقعها , وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية , وقيل يتبين بشهرين أو

ثلاثة , وعن محمد أربعة أشهر وعشر , وعنه شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة أو الأمة في الوفاة , وعن زفر سنتان , وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله , ولا بأس بالاحتيال في إسقاط الاستبراء عند أبي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله . والوجه ما بيناه في الشفعة من الجانبين والمأخوذ به قول أبي يوسف رحمه الله فيما إذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها ذلك , ويؤخذ بقول محمد رحمه الله إذا قربها , والحيلة إذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها , ويقبضها هكذا ذكره صاحب الهداية , وهذا لا يفيد إذا كان القبض بعد الشراء ; لأنه بالشراء يفسخ النكاح فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء , وإنما يفيد أن لو كان القبض قبل الشراء كي لا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح , وقال طهير الدين عندي يشترط أن يدخل قبل الشراء ; لأن ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقا على الشراء ضرورة أن ملك النكاح لا يجمع ملك اليمين فلم تكن عند الشراء منكوحة , ولا معتدة بخلاف ما إذا دخل بها قبل الشراء ; لأنها تبقى معتدة منه بعد فساد النكاح به فلا يلزمه الاستبراء به ذكره قاضيخان في فتاواه , ولو كانت تحته حرة فالحيلة فيه أن يزوجها البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يثق به أو يزوجها بشرط أن يكون أمرها بيده ثم يشتريها , ويقبضها ثم يطلقها الزوج ; لأنه عند وجود السبب , وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب عليه الاستبراء , وإن حل بعد ذلك ; لأن المعتبر أوان وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير في تلك الحالة والمظاهر تحرم عليه الدواعي كالم منكوحة إذا وطئت بشبهة , وكالمحرم والمعتكف بخلاف حالة الحيض والصوم والأصل فيه أن سبب الحرام حرام إلا أن النص ورد في حالة الصوم والحيض , وفيه بعض الحرج ; لأنهما يمتدان , وقد صح أنه { عليه الصلاة والسلام كان يقبل , وهو صائم , ويضاجع نساءه , وهن حيض } (فصل في الاستبراء وغيره) قال رحمه الله (من ملك أمة حرم عليه وطؤها , ولمسها والنظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) لقوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس { ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن , ولا الحبالى حتى يستبرأن بحيضة } هذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب استحداث الملك واليد ; لأنه هو الموجود في هذه الصورة , وهذا ; لأن الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك , وذلك عند تحقق الشغل أو توهمه بماء محترم ; لأنه عند الاشتباه لا يدعى الولد فيهلك معنى إذ من لا نسب له هالك معنى أو لعدم من يربيه , ويثقفه , ويجب على المشتري لا على البائع ; لأن العلة في الحقيقة هو إرادة الوطاء والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها , وهو التمكن من الوطاء والتمكن إنما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد , وتعدى الحكم إلى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة

والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك حتى يجب على المشتري من مال الصبي ، ومن المرأة والمملوك ، وممن لا يحل له وطؤها الاستبراء ، وكذا إذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقيق السبب ، وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم ؛ لأن الحكمة ، وهي فراغ الرحم لا يمكن الاطلاع عليها لخفاء الشغل فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل ، ولا يعتد بالحیضة التي اشتراها أثنائها ، ولا بالحیضة التي حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ، ولا بالولادة التي حصلت بعد الأسباب قبل القبض خلافا لأبي يوسف رحمه الله ؛ لأن السبب استحداث الملك واليد ، وقبل وجود الاثنين لا يعتد به إذا الحكم لا يسبق سببه ، وكذا لا يعتد بالحاصل قبل الإجازة في بيع الفضولي ، وإن كانت في يد المشتري ، ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها صحيحا لما بينا ، ويجب إذا اشترى نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما ؛ لأن السبب قد تم في ذلك الوقت . والحكم يضاف إلى تمام العلة ، وهو آخر الأوصاف ، ويجتزأ بالحیضة التي حاضتها ، وهي مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب ، وهو استحداث الملك واليد ، وهو مقتض للحل والحرمة لمانع ، ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة وردت المغصوبة والمستأجرة أو فكت المرهونة لانعدام السبب ، وهو استحداث الملك واليد ، وهو سبب متعين فأدير الحكم عليه وجودا وعدما . ولو أقال البائع البيع قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء ، وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول على البائع الاستبراء ؛ لأنها زالت عن ملكه والآن ملكها ثم رجع ، وقال لا يجب ، وهو قولهما ؛ لأن الإقالة فسخ من الأصل فصار كأن لم يكن ، ولو اشترى من عبده المأذون له بعدما حاضت عند العبد فإن لم يكن على العبد دين يجتزأ بتلك الحیضة ؛ لأنها دخلت في ملك المولى من وقت الشراء ، وإن كان عليه دين مستغرق فكذا عندهما ، وعند أبي حنيفة لا يعتد بتلك الحیضة ، وهذا بناء على وجود ملك المولى وعدمه ، وقد عرف في موضعه ، ولو باع جارية على أنه بالخيار ، وقبضها ثم أبطل البيع في مدة الخيار لا يلزمه الاستبراء لعدم خروجها عن ملكه ، ولو باع أم ولده أو مدبرته ، وقبضها المشتري ثم استردها لا يجب عليه الاستبراء إن كان المشتري لم يطأها ، وإن كان وطئها فعليه الاستبراء ، ولو زوجها بعد الاستبراء فطلقها الزوج قبل الدخول لا يلزمه الاستبراء في ظاهر الرواية ولو زوجها قبل الاستبراء بعد القبض ، والمسألة بحالها فالمختار أنه يجب ، وإذا حرم الوطاء قبل الاستبراء حرم الدواعي أيضا ؛ لأنه يفضي إلى الوطاء أو يحتمل وقوعه في غير الملك على اعتبار الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها ؛ لأن زمن الحيض زمن نفرة فلا يكون داعيا إلى الوطاء ، وكذا لا يحتمل وقوعه في غير الملك ، وفي المشتراة يحتمل ذلك ، ويفضي إلى الوطاء ؛ لأن رغبته فيها قبل الدخول بها يكون أصدق وروي عن محمد لا تحرم الدواعي في المسبية ؛ لأنه لا يحتمل وقوعه في غير الملك والاستبراء في

الحامل بوضع الحمل لما روينا ، وفي ذوات الأشهر بالشهر ؛ لأنه أقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة ، وإذا حاضت في أثناء الشهر بطل الاستبراء بالشهر للقدرة على الأصل دون حصول المقصود بالبدل ، وإن ارتفع حيضها تركها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل واقعها ، وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية ، وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة ، وعن محمد أربعة أشهر وعشر ، وعنه شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة أو الأمة في الوفاة ، وعن زفر سنان ، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ، ولا بأس بالاحتياط في إسقاط الاستبراء عند أبي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله . والوجه ما بيناه في الشفعة من الجانبين والمأخوذ به قول أبي يوسف رحمه الله فيما إذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها ذلك ، ويؤخذ بقول محمد رحمه الله إذا قربها ، والحيلة إذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ، ويقبضها هكذا ذكره صاحب الهداية ، وهذا لا يفيد إذا كان القبض بعد الشراء ؛ لأنه بالشراء يفسخ النكاح فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء ، وإنما يفيد أن لو كان القبض قبل الشراء كي لا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح ، وقال طهير الدين عندي يشترط أن يدخل قبل الشراء ؛ لأن ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقا على الشراء ضرورة أن ملك النكاح لا يجمع ملك اليمين فلم تكن عند الشراء منكوبة ، ولا معتدة بخلاف ما إذا دخل بها قبل الشراء ؛ لأنها تبقى معتدة منه بعد فساد النكاح به فلا يلزمه الاستبراء به ذكره قاضيخان في فتاواه ، ولو كانت تحته حرة فالحيلة فيه أن يزوجه البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يثق به أو يزوجه بشرط أن يكون أمرها بيده ثم يشتريها ، ويقبضها ثم يطلقها الزوج ؛ لأنه عند وجود السبب ، وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب عليه الاستبراء ، وإن حل بعد ذلك ؛ لأن المعتبر أوان وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير في تلك الحالة والمظاهر تحرم عليه الدواعي كالم منكوبة إذا وطئت بشبهة ، وكالمحرم والمعتكف بخلاف حالة الحيض والصوم والأصل فيه أن سبب الحرام حرام إلا أن النص ورد في حالة الصوم والحيض ، وفيه بعض الحرج ؛ لأنهما يمتدان ، وقد صح أنه { عليه الصلاة والسلام كان يقبل ، وهو صائم ، ويضاجع نساءه ، وهن حيض } قال رحمه الله (له أمتان أختان قبلهما بشهوة حرم وطء واحدة منهما ودواعيه حتى يحرم فرج الأخرى بملك أو نكاح أو عتق) ، ولو قال حرمتا حتى يحرم فرج إحداهما كان الأحسن ؛ لأنهما يحرمان عليه لا إحداهما فحسب ، وإنما حرمتا ؛ لأن الجمع بينهما نكاحا أو وطئا لا يجوز لإطلاق قوله تعالى { وأن تجمعوا بين الأختين } والمراد الجمع بينهما وطئا ، وعقدا ؛ لأنه معطوف على المحرمات وطئا ، وعقدا ، ولا يعارض بقوله تعالى { أو ما ملكت أيما نكم } ؛ لأن الترجيح للمحرم روي ذلك عن علي رضي الله عنه حين سئل عنهما فقال حرمتها آية ، وأحلتهما آية فتلا الآيتين ثم قال الحكم للمحرم ، وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي ؛ لأن الدواعي إلى الوطء بمنزلة

الوطء أو ؛ لأن النص مطلق فيتناول له الوطاء فصار كأنه وطئهما فعند ذلك تحرمان فكذا هذا ,
ومسهما بشهوة أو النظر إلى فرجهما كتقبيلهما حتى يحرم عليهما إلا إذا حرم فرج إحداهما
بما ذكر لزوال الجمع بتحريم فرج إحداهما عليه . وتمليك البعض كتمليك الكل , وكذا إعتاق
البعض كإعتاق الكل أما عندهما فظاهر ؛ لأنه لا يتجزأ عندهما , وكذا عند أبي حنيفة رحمه
الله ؛ لأنه , وإن كان يتجزأ لكنه يحرم به الفرج ؛ لأن معتق البعض كالمكاتب عنده وكتابة
إحداهما كإعتاقها ؛ لأن فرجها يحرم بالكتابة فحصل المقصود وبرهن إحداهما وإجارتها ,
وتدبيرها لا تحل الأخرى ؛ لأن فرجها لا يحرم بهذه الأسباب , وقوله حتى يحرم فرج الأخرى بملك
أراد به التملك بأن يملك رقبتها من إنسان بأي سبب كان من أسباب الملك كالبيع والهبة
والصدقة , وكالصلح والخلع والمهر , وأراد بقوله أو نكاح النكاح الصحيح أما إذا زوج
إحداهما نكاحا فاسدا لا تحل له الأخرى ؛ لأن فرجها لم يصير حراما عليه بهذا العقد المجرد
إلا إذا دخل بها الزوج فحينئذ تحل له الأخرى ؛ لأن العدة تجب عليها بالدخول فيحرم على
المولى فرجها فلم يصير جامعا , ولو وطئ إحداهما دون الأخرى حل له وطء الموطوءة دون الأخرى
؛ لأنه يصير جامعا بوطء الأخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز