

كتاب الحدود

هذا الكتاب يشتمل على عشرة فصول:

- ١ - في معرفة الزنا.
- ٢ - في معرفة الإحصان الذي هو شرط وجوب الرجم.
- ٣ - في معرفة حجج ظهور الزنا عند القاضي.
- ٤ - في بيان ما يوجد الحد من الوطاء وما لا يوجب.
- ٥ - فصل في الحد يدخله الشبهة بعد وجوبه ظاهراً.
- ٦ - في كيفية إقامة الحد.
- ٧ - في القذف.
- ٨ - في التعزير وبيان الترتيب في الضربات.
- ٩ - في بيان حكم الشرب والسكران.
- ١٠ - في المتفرقات.

obeikandi.com

الفصل الأول في معرفة الزنا

الأول: في معرفة الزنا الموجب للحد وفي معرفة حد الزنا فنقول الزنا الموجب للحد ما يجري من الذكر والأنثى من بني آدم من الوطء في قبل المرأة متعرياً عن عقد وعن شبهة عقد وأن يكون واحد منهما مشتهي لصاحبه إذا جاوز الختان، وإنما شرطنا أن يكون الفعل في القبل ليكون وجوب الحد بلا خلاف بين أصحابنا. قال من وطئ امرأة في دبرها أو وطئ غلاماً فليس عليه حد الزنا عند أبي حنيفة ولكن يعزر ويودع في السجن حتى يحدث توبة وعندهما يحد حد الزنا.

ورأيت في «الروضة» أن الخلاف في الغلام، أما لو وطئ امرأة في دبرها يحد بلا خلاف، والأصح أن الكل [١٨٤/١] على الخلاف.

ولو فعل هذا لعبده أو أمته أو منكوحته لا يحد بلا خلاف، نصّ عليه في «الزيادات» أما على قول أبي حنيفة فلأن عنده لا يحد الحد بهذا الفعل في غير المملوك ففي المملوك أولى، وأما عندهما فلمكان الشبهة بسبب الملك، وإنما شرطنا أن يكون الوطء متعرياً عن العقد وعن شبهة العقد ليكون وجوب الحد بلا خلاف بين أصحابنا، فإن من تزوج امرأة لا يحل له نكاحها بأن تزوج أمة، أو ذات رحم محرم منه، أو معتدة الغير، أو منكوحة الغير، أو مطلقة ثلاثاً، أو قال علمت أنها عليّ حرام ودخل بها.

قال أبو حنيفة: لا حد عليه ولكن يعزر وقال أبو يوسف ومحمد: عليهما الحد إذا علما بالحرمة وأجمعوا على أنه لو قال: ظننت أنها تحل لي لا يجب الحد، وستأتي المسألة مع الحُجج من بعد هذا إن شاء الله تعالى. وإنما شرطنا أن يكون كل واحد منهما مشتئ لصاحبه، فإن وطئ المرأة الميتة لا يوجب الحد لانعدام الاشتها، وكذلك وطئ البهيمة لا يوجب لانعدام الاشتها، وتذبح البهيمة إن لم يكن مأكول اللحم ثم يحرق بالنار ولا يحرق قبل الذبح، لأن فيه تعذيب الحيوان بلا فائدة ويضمن الفاعل قيمة الدابة إن كانت الدابة لغيره، لأنها قتلت لأجله حتى لا يُعير بها، قال الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي: الإحراق بالنار جائز وليس بواجب فإن كانت الدابة مأكول اللحم، فإنها تذبح وتوكل عند أبي حنيفة رضي الله عنه ولا تحرق بالنار، وقال أبو يوسف ومحمد تحرق بالنار ثم يضمن الفاعل قيمة الدابة إن كانت الدابة لغيره.

وفي «المنتقى» إذا كانت الدابة لغير الفاعل يطلب إلى صاحبها أن يدفعها إليه بقيمتها من مال الفاعل، ثم يذبحها ويحرقها إن كانت مما يؤكل لا لحمها، وإن كانت مما يؤكل لحمها يذبحها.

جئنا إلى بيان حد الزنا فنقول: حد الزنا نوعان: الرجم والجلد. والرجم حد المحصن والجلد حد غير المحصن، وقد كان حد الزنا في الابتداء الابتدء بالأذى بالكلام عرف ذلك بقوله: ﴿وَالَّذَانِ يَأْتِيَنِهَا مِنْكُمْ فَأَكْذَبَاهُمَا﴾ [النساء: ١٦] الآية ثم انتسخ ذلك بالحبس والإمسك في البيوت عرف ذلك بقوله: ﴿وَالَّذِي يَأْتِيكَ أَفْذَحْشَةً مِنْ سَايِكُمْ﴾ إلى قوله ﴿فَأَمْسِكُوهُمْ فِي الْبُيُوتِ﴾ [النساء: ١٥] الآية، ثم إن النبي ﷺ بين ذلك السبيل فيما رواه عنه عبادة بن الصامت رضي الله عنه، قال خرج رسول الله يوماً وقال: «خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والشيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة»^(١)، وليس معنى الحديث في حق الشيب شرع الجلد والرجم على سبيل الجمع، وإنما معناه الجلد تارة والرجم تارة وهذا لأن الشيب نوعان: محصن وغير محصن فبين النبي ﷺ حد كلا النوعين، ألا ترى أن في قصة العسيف ذكر الرجم ولم يذكر الجلد لما عرف إحصان الفاعل، فقال لأنيس «اغد إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»^(٢) ولم يقل فاجلدها، فدلّ في حق الشيب.

جئنا إلى البكر فنقول: الجمع بين الجلد وبين التغريب في حق الأ Bakar كان مشروعاً في الابتداء ثم انتسخ عرف ذلك بقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] ووجه ذلك أن الله تعالى جعل الجلد جزاء في حق البكر والجزاء ما يكون كافياً، وإنما يكون كافياً إذا لم يجب معه شيء آخر، فاستقرت الشريعة على الجلد في حق الأ Bakar والشيب الذي هو ليس بمحصن، وعلى الرجم في حق الشيب الذي هو محصن.

الفصل الثاني

في معرفة الإحصان الذي هو شرط وجوب الرجم

فنقول: لهذا الإحصان شرائط ستة في أربعة منها اتفاق وفي ثنتين منها خلاف، أما الأربعة التي فيها اتفاق فثنتان منها لا يختصان بالزنا وهو البلوغ والعقل، فإن البلوغ والعقل شرط في سائر العقوبات بلا خلاف، وثنتان منها يختصان بالزنا وهو الحرية والإصابة بحكم نكاح صحيح، أما الحرية: فلأن الرجم علق بالإحصان شرعاً واسم الإحصان يتناول الحرية قال الله تعالى ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] والمراد من المحصنات الحرائر، فكان تعليق الرجم بالإحصان تعليق الرجم بالحرية، وأما الإصابة بحكم نكاح صحيح: أما أصل الإصابة فقد عرف شرطاً بحديث عبادة بن الصامت عن رسول الله ﷺ فإنه إنما أوجب الرجم على الشيب، ولا ثيابة بدون الإصابة. وأما

(١) أخرجه مسلم في الحدود حديث ١٦٩٠، وأبو داود في الحدود حديث ٤٤١٥، والترمذي في الحدود حديث ١٤٣٤، وابن ماجه في الحدود حديث ٢٥٥٠.

(٢) أخرجه البخاري في الوكالة حديث ٢٣١٥، ومسلم في الحدود حديث ١٦٩٨، والترمذي في الحدود حديث ١٤٢٩، والنسائي في القضاة حديث ٥٤١٠، وابن ماجه في الحدود حديث ٢٥٤٩.

الإصابة بحكم نكاح صحيح: فإنما عرف شرطاً بالإجماع فإن الأمة أجمعت على أنه لو حصلت الإصابة بنكاح فاسد أو بملك اليمين أنه لا يثبت الإحصان.

وأما الشنتان اللتان فيهما اختلاف فأحدهما كون كل واحد من الزوجين مساوياً لصاحبه في سائر شرائط الإحصان وقت الإصابة بحكم النكاح، فهذا شرط عندنا لثبوت هذا الإحصان خلافاً للشافعي [٤١٨ ب/١].

بيان ذلك: أن الحر المسلم العاقل البالغ إذا تزوج أمة أو صبية أو مجنونة أو كتابية ودخل بها، فإن الزوج لا يعتبر محصناً بهذا الدخول عندنا لو زنى لا يرجم، وعند الشافعي يعتبر محصناً، وكذلك الحرة العاقلة البالغة المسلمة إذا زوجت نفسها من عبد أو مجنون ودخل بها لا تصير محصنة حتى إذا زنت لا ترجم، فالحجة لنا في ذلك قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] الله تعالى أوجب الجلد على جنس الزناة لو^(١) وظاهر الآية لقلنا بوجوب الجلد، وإن حصلت الإصابة بنكاح صحيح وكل واحد من الزوجين مثل صاحبه في شرائط الإحصان وقت الإصابة لكن تركنا ظاهر الآية في المواضع بالإجماع، ولا إجماع فيما تنازعنا فيه فبقي داخلاً تحت ظاهر الآية، وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال لكعب بن مالك حين أراد أن يتزوج يهودية: «دعها فإنها لا تحصنك»^(٢) ولم يرد به إحصان القذف؛ لأنه ثابت قبل النكاح، وكان المراد إحصان الرجم، وهكذا روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال لحذيفة حين أراد أن يتزوج نصرانية.

الشرط الثاني: الإسلام فالإسلام: شرط عند أبي حنيفة ومحمد وهو أحد قولي أبي يوسف، حتى إن الذمي الثيب إذا زنى لا يرجم عند أبي حنيفة ومحمد وأحد قولي أبي يوسف، وفي قوله الآخر الإسلام ليس بشرط كما هو قول الشافعي وعن أبي يوسف رواية أخرى أنه فصل بين اليهودي والنصراني وبين المجوسي، فقال: يرجم اليهودي والنصراني ولا يرجم المجوسي وإذا أنكر الزاني إحصانه، فالقاضي لا يرجم ما لم يشهد الشهود على إحصانه، ولا خلاف أنه يثبت بشهادة رجلين.

وكذا يثبت بشهادة رجل وامرأتين عند علمائنا الثلاثة خلافاً لزفر، وينبغي للقاضي أن يسأل الشهود عن الإحصان ما هو، فإن قالوا فيما وصفوا تزوج امرأة حرة ودخل بها، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يكتفي بقولهم دخل بها خلافاً لمحمد، وأجمعوا على أنه يكتفي بقوله جامعها باضعها. فوجه قول محمد: أنهم شهدوا بما هو كناية عن الجماع، فلا يثبت به الإحصان قياساً على ما لو قال: مسها لمسها.

بيانه: أن الدخول بالمرأة كما يذكر ويراد به الجماع يذكر ويراد به الخلوة، فصار

(١) بياض بالأصل.

(٢) أخرجه الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٣٨.

الدخول نظير المس واللمس، فإن المس واللمس كما يذكر ويراد به الجماع يذكر ويراد به المس باليد بخلاف الجماع والمباضعة لأنه صريح في الباب. وهما قالا: شهدا بما هو صريح في باب الجماع، فكأنهم شهدوا أنه باضعها أو جامعها.

بيانه: أنهم ذكروا الدخول مضافاً إلى المرأة مقروناً بحرف الباء، والدخول متى ذكر مضافاً إلى المرأة مقروناً بحرف الباء يراد به الجماع عرفاً وشرعاً، أما عرفاً فظاهر، وأما شرعاً قال الله تعالى: ﴿وَرَبِّيبُكُمْ أَلَّتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ [النساء: ٢٢] والمراد به الجماع لأن الربيبة لا تحرم بدون الجماع، وما يقول: بأن الدخول بالمرأة يذكر ويراد به الخلوة هذا ممنوع بل يراد به الوطء، وفي الخلوة تستعمل كلمة على، يقال: دخل عليها، أما مع حرف الباء يراد به الوطء، وفي «البقالي»: أنه يكتفى بقولهم اغتسل منها.

ولو شهدوا أنه تزوج امرأة حرة مسلمة ولم يشهدوا على الدخول غير أن لها منه ولد وهما مقرّان بالولد ولدهما، فالقاضي يجعله محصناً، لأن الدخول يثبت بشهادة الشرع وبإقرارهما أن الولد منهما، ولو ثبت ذلك بشهادة شاهدين، أليس أنه حكم بإحصانه فهنا أولى.

وفي «المنتقى»: إبراهيم عن محمد لو خلا رجل بامرأته ثم طلقها فقال الزوج: وطئتها، وقالت المرأة: لم يطأني، فإن الزوج يكون محصناً بإقراره والمرأة لا تكون محصنة، وكذلك لو دخل بها وطلقها وقال: هي حرة مسلمة، وقالت المرأة: كنت نصرانية.

وفي «نوادير ابن سماعة» عن محمد: رجل جامع امرأته وهي تجن أحياناً وتفريق أحياناً جامعها في حال جنونها صار محصناً بذلك، وقال في رجل زنى وهو محصن ثم ارتد ثم أسلم لم يسقط إحصانه وأرجمه قال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف ما ذكر في «الأصل».

وفي «نوادير المعلى» عن أبي يوسف: رجل دخل بامرأته ثم جن أو صار معتوهاً ثم أفاق لا يكون محصناً حتى يدخل بها بعد الإفاقة. الحسن في كتاب الاختلاف إذا ارتد الزوجان لم يسقط إحصانهما في قول أبي يوسف.

إذا تزوج امرأة بغير ولي ودخل بها، قال أبو يوسف: لا يكونان بذلك محصنين.

عن أبي يوسف: شهد أربعة على رجل بالزنا وشهد شاهدان على إقراره بالإحصان لا يحد، قال: لأنه لو أقر أنه محصن ثم رجع قبل ذلك منه.

الفصل الثالث

في معرفة حجج ظهور الزنا عند القاضي بالإقرار أو البينة

فأما علم القاضي، فليس بحجة في هذا الباب، وكذلك في سائر الحدود الخالصة لله نحو حد السرقة، وحد شرب الخمر، علم القاضي ليس بحجة حتى لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه في هذه المواضع، وهذا استحسان، والقياس أن يقضي؛ لأن العلم الحاصل بالمعينة فوق العلم الحاصل بالبينة، والإقرار بهذا الطريق جاز القضاء بعلمه في حقوق العباد.

وجه الاستحسان: أن قضية القياس ما قلتم، لكن تركنا القياس في الحدود الخالصة لله عز وجل بإجماع الصحابة ولا إجماع في سائر الحقوق، وفي الحدود التي هي حق العبد فترد سائر الحقوق والحدود التي هي حق العباد إلى أصل القياس، فثبت أن علم القاضي في هذا الباب ليس بحجة، وإنما الحجة البينة أو الإقرار.

مبتدأً فنصل البينة فنقول: الزنا الموجب للحد لا يظهر إلا بشهادة الأربع، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأَلْقَى يَأْتِيكَ الْفَلْحَشَةُ مِنْ سَكَايَكُمُ﴾ [النساء: ١٥] الآية والمعنى في ذلك: أن السبيل في الفواحش سترها لما أن إشاعتها حرام قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَلْحَشَةُ﴾ [النور: ١٩] [١٤١٩/١] فشرط زيادة العدد في الشهود مبالغة في الستر؛ لأن وقوف الأربع على زنا غيرهم وجه يحل لهم أداء الشهادة أندر من وقوف المثنى، وإن شهد على الزنا أقل من أربعة بأن شهد واحد أو اثنين أو ثلاثة لا تقبل الشهادة، ويحد الشاهد حد القاذف عند علمائنا رحمهم الله وقال الشافعي: لا يحد الشاهد حد القذف.

وعلى هذا الاختلاف إذا حضر أربع مجلس القاضي ليشهدوا على رجل بالزنا فشهد واحد أو اثنين أو ثلاثة وامتنع الباقي، فإن الذي شهد يحد حد القذف عند علمائنا خلافاً للشافعي.

حجته في ذلك: أن الشهادة على الزنا أمر مشروع فلو جعلنا الشاهد قاذفاً بامتناع صاحبه لانسد باب الشهادة على الزنا؛ لأن كل شاهد يمتنع عن الشهادة مخافة أن يمتنع صاحبه عن الشهادة فيجب عليه الحد فيؤدي إلى سد باب الشهادة على الزنا وأنه لا يجوز.

وجه قول علمائنا: أن القياس ما قاله الشافعي لكن تركنا القياس بإجماع الصحابة فإنه روي أن أربعة حضروا مجلس عمر رضي الله عنه ليشهدوا على المغيرة بالزنا فشهد ثلاثة منهم وامتنع الرابع عن الشهادة فحد عمر رضي الله عنه الثلاثة وكان ذلك بمحضر من المهاجرين والأنصار، ولم ينكر عليه أحد، فحل محل الإجماع.

وكذلك لو جاء الأربعة متفرقين في مجالس مختلفة وشهد على الزنا واحد بعد واحد لم تقبل هذه الشهادة ويحدون حد القذف عندنا.

وفي «المنتقى»: إبراهيم عن محمد رحمه الله لو جاؤوا فرادى وقعدوا مقعد الشهود وقام إلى القاضي واحد بعد واحد قبلت شهادتهم؛ لأنه يمكنهم أداء الشهادة دفعة واحدة؛ لأن القاضي لا يفهم كلام واحد منهم إذا تكلموا جملة، فسقط اعتبار التفرق في الأداء ضرورة ولا ضرورة إلى إسقاط اعتبار التفرق في المجلس فلا يسقط، وإن كانوا خارج المسجد ضربوا جميعاً.

وفيه أيضاً: عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال: لا يقبل في الزنا من الشهود إلا أربعة عدول يجيئون معاً وإن كانوا قريباً من القاضي، فدعا شاهد بعد شاهداً حتى جاء الأربعة قبل شهادتهم، فإن دعا واحداً فأجاب ثم دعا الثاني، فأجاب ثم دعا الثالث فلم يجب حد الذين شهدا حد القذف، وكذلك لو كان هذا مع الرابع.

وإذا شهد أربعة على امرأة بالزنا وأحدهم زوجها فإن لم يكن الزوج قذفها قبلت شهادتهم وأقيم عليها الحد، وإن كان الزوج قذفها أولاً وباقي المسألة بحالها فهم قذفة يحدون، وعلى الزوج اللعان.

والفرق: أن شهادة الزوج بعد سبق القذف غير مقبولة، لما فيها من دفع الحد عن نفسه بغير شهادة ثلاثة، أما شهادته قبل سبق القذف منه مقبولة؛ لأنه لا يدفع عن نفسه حكماً بهذه الشهادة، وله في هذه الشهادة ضرر، فإنه يعير بزنا امرأته، كانت أبعد عن التهمة كشهادة الوالد على ولده.

ولو جاء الزوج مع ثلاثة وشهدوا أنها زنت ولم يعدلوا فلا حدّ عليها؛ لأن الله تعالى أمر بالتوقف في خبر الفاسق وإنه يمنع العمل بها في إقامة الحد عليها عمل بها ولا حد على الشهود أيضاً ولا لعان على الزوج أيضاً، لأن كلامه شهادة وليس بقذف. وكذلك لو شهد أربعة من الفساق على رجل بالزنا لا حدّ على المشهود عليه ولا حد على الشهود.

واعلم بأن الشهود عندنا أصناف: صنف هم أهل لشهادة حتى ينعقد النكاح بحضرتهم وأهل لأدائها حتى أنهم إذا شهدوا تقبل شهادتهم، وهم الأحرار المسلمون العاقلون البالغون العدول، فإذا شهد أربعة منهم على رجل بالزنا، فالقاضي يقبل شهادتهم ويحد المشهود عليه ولا شيء على الشهود.

وصنف هم أهل للشهادة حتى ينعقد النكاح بحضرتهم ليس لهم أهلية الأداء قطعاً وهم العميان والمحدودون في القذف، فإن النكاح ينعقد بحضرتهم، ولكن إذا شهدوا عند القاضي في حادثة فالقاضي لا يقضي بشهادتهم، فإذا شهد أربعة منهم على رجل بالزنا يحدون حد القذف ولا يحد المشهود عليه، أما لا يحد المشهود عليه؛ لأن الزنا لم يثبت بشهادة هؤلاء، ألا ترى أن أسباب المال لا تثبت بشهادة هؤلاء، فأسباب العقوبات أولى وأما الشهود فيحدون؛ لأن الموجب بحد القذف وهو القذف بالزنا وجد من كل شاهد إلا أن عند تكامل العدد في قوم لهم شهادة أداء وسماعاً يخرج من أن يكون قذفاً ويصير حسبة فإذا فات أحد الوصفين يبقى قذفاً فتوقع عليه أحكام القذف.

وصنف هم أهل للشهادة حتى ينعقد النكاح بحضرتهم وفي أهلية الأداء تردد واحتمال وهم الفساق، فإنهم من أهل الشهادة حتى ينعقد النكاح بحضرتهم وأهلية الأداء لم تبطل قطعاً وبقيناً بل فيه احتمال، لأنه ربما يصدق وربما لا يصدق، فإذا شهد أربعة منهم على رجل بالزنا لا يحد المشهود عليه لاحتمال الكذب في شهادتهم، ولا يحد الشهود أيضاً؛ لأنه يثبت بشهادتهم شبهة الزنا في حق المشهود عليه باعتبار أهلية الأداء من [١٩٤ب/١] قضاء واحد قد ثبت في حقه شبهة الزنا، فيكون صدقه من وجه فلا يحدون.

وصنف ليسوا من أهل الشهادة وليسوا من أهل أدائها، وهم العبيد والصبيان حتى لا ينعقد النكاح بحضرتهم، ولو شهدوا في حادثة فالقاضي لا يقضي بشهادتهم، فإذا شهد

أربعة منهم على رجل بالزنا لا يحد المشهود عليه ولا يحد الشهود إن كانوا صبياناً وإن كانوا عبيداً يحدون.

نوع آخر

إذا شهد أربعة على الرجل بالزنا في مجلس واحد فالقاضي يسألهم عن الزنا ما هو وكيف هو، ويسألهم عن وقت الزنا أيضاً فيسألهم متى زنى، هكذا ذكر في رواية أبي سليمان، وزاد في رواية أبي حفص ويسألهم عن المزني بها وعن مكان الزنا يسألهم بمن زنى وأين زنى، وإنما يسألهم عن ماهية الزنا؛ لأن اسم الزنا قد يطلق بطريق المجاز على أفعال ليست بزنا حقيقة لا لغة ولا شرعاً، فإنه يطلق على فعل العين واليد والرجل قال عليه السلام: «العينان تزنيان»^(١) الحديث، وكذلك يطلق على فعل فيما دون الفرج، فيقال: زنى فيما دون الفرج والحد لا يجب بالزنا المجازي.

فلا بد من السؤال عن ماهية الزنا ليعلم مرادهم من هذا الاسم، فإذا بينوا ما هو زنا حقيقة، وقالوا: رأيناه أدخل فرجهُ في قبلها كالميل في المكحلة الآن يسألهم عن كيفية الزنا، لأن الزنا الحقيقي قد يكون زناً لغة لا شرعاً كفعل الصبي والمجنون، وقد يكون زناً لغة وشرعاً كفعل العاقل البالغ في محل يعرى عن الحل وعن شبهة البخل، والحد لا يجب إلا بما هو زناً لغة وشرعاً فلا بد من السؤال عن الكيفية ليعلم أنهم شهدوا، وبما هو زناً لغة أو بما هو زناً لغة وشرعاً، ثم إذا بينوا كيفية الزنا يسألهم عن الوقت؛ لأن الزنا إذا ثبت بالبينة والعهد متقادم لا يقضي بالحد لما نبين بعد هذا إن شاء الله، فلا بد من السؤال عن الوقت ليعلم أن العهد هل تقادم أولاً، ثم إذا بينوا وقتاً لا يصير العهد به متقادمًا يسألهم عن المزني بها حتى يعرف أن المحل هل يعرى عن شبهة الحل أو لم يتعرّ، ثم يسألهم عن المكان ليعلم أن الزنا وقع في دار الحرب أو في دار الإسلام، فإن الزنا في دار الحرب لا يوجب الحد أو ليعلم اتحاد المكان للزنا في دار الإسلام، فإن اتحاد المكان شرط للقضاء بالحد متى ثبت الزنا بالبينة، ألا ترى أنه لو شهد شاهدان أنه زنى بها في هذه الدار وشهد آخران أنه زنى بها في هذه الدار الأخرى لا تقبل هذه الشهادة.

ثم إذا بينوا المكان والقاضي يعرفهم بالعدالة يسأل المشهود عليه عن إحصانه، لأن الحد يختلف؛ لأن حد المحصن الرجم وحد غير المحصن الجلد، فإن قال: أنا محصن أو شهد الشهود على إحصانه: إن أنكر يسأله الحاكم عن الإحصان، فإذا وصفه على الوجه رجمه، وإن لم يصف هو وقد ثبت إحصانه بالبينة، فيسأل الشهود عن الإحصان، فإذا وصفوا على الوجه رجمه وإنما استفسر عن الإحصان، لأن شرائط الإحصان مختلف

(١) أخرجه البخاري في القدر حديث ٦٦١٢، ومسلم في القدر حديث ٢٦٥٧، وأبو داود في النكاح حديث ٢١٥٢، كلهم روه بلفظ: «زنا العينين النظر». وأخرجه بلفظ «العينان تزنيان» أحمد في المسند ٣٧٢/٢، ٤١١، ٥٢٨، ٥٣٥.

فيها على ما مر قبل هذا فلا يؤمن أن يعتقد المشهود عليه أو الشهود في الإحصان ما لا يعتقده القاضي، وإن قال إنه غير محصن ولم يشهد الشهود على إحصانه جلده، وإن لم يعرفهم القاضي بالعدالة حبس المشهود عليه إلى أن تظهر عدالتهم، لأن الزنا إن لم يثبت حقيقة قد ثبت تهمة الزنا فالحبس بالتهمة مشروع. روى بهز بن حكيم أن رسول الله ﷺ رضي عنه حبس رجلاً بالتهمة^(١).

فرق بين هذا وبين حقوق العباد، فإن في حقوق العباد لا يحبس المشهود عليه قبل التزكية. والفرق: وهو أن أقصى ما شرع من العقوبة في حق العباد بعد التزكية يعاقب بما دون ذلك وذلك أخذ الكفيل، في باب الزنا أقصى ما شرع من العقوبة الجلد أو الرجم فقبل التزكية يجب عقوبة هي دونها وذلك الحبس.

وإن شهد رجل واحد بالزنا فالقاضي لا يحبس المشهود عليه بشهادة شاهد واحد، والفرق: وهو أن شهادة الواحد في هذا الباب ليست بشهادة حقيقة بل هي قذف. ألا ترى أنه يقام عليه حد القذف، وإذا لم يكن شهادة على الحقيقة لم يثبت بشهادته لا حقيقة الزنا ولا تهمة الزنا فلم يجب الحبس، أما شهادة الواحد في سائر الحدود شهادة حقيقة وليست بقذف، ألا ترى أنه لا يعذر الشاهد وإذا كان شهادة على الحقيقة يثبت بها تهمة المشهود به، وإن كان لا يثبت بها حقيقة المشهود به والتهمة كافيته للحبس. فلو أن القاضي حين سأل الشهود عن ماهية الزنا وعن كيفية الزنا قالوا لا نزيد على هذا، فالقاضي لا يحبس المشهود عليه ولا الشهود.

وإذا شهد الشهود على رجل بالزنا بعد حين، فالقاضي لا يقبل شهادتهم ولا يقضي على المشهود عليه بالحد.

يجب أن يعلم بأن الشهادة على حد الزنا وما أشبهه من الحدود الخالصة لله تعالى نحو السرقة وشرب الخمر تبطل بتقادم العهد عند علمائنا والمعنى في باب الزنا وشرب الخمر تهمة الضغينة في الدعوى عند عامة المشايخ، وعند بعضهم تهمة الضغينة في [١/٤٢٠] الشهادة ببيان تهمة الضغينة في الشهادة في فصل الزنا أو شرب الخمر، إن الشاهد متى عاين الزنا أو شرب الخمر مخير بين حسبتين حسبة أداء الشهادة ليقام الحد فيحصل الاتزجار وحسبة الستر على المسلم بالامتناع عن الشهادة، فإن الشرع ندبنا إلى الستر قال عليه السلام «من ستر على أخيه المسلم عورة ستر الله عليه عوراته يوم القيامة»^(٢).

فإن قصدوا أداء الشهادة لإقامة الحد لا يباح لهم التأخير ويكون التأخير منهم فسقاً، وإذا أخروا يحمل تأخيرهم على أنهم اختاروا الستر، إذ لو لم يحمل على هذا كان

(١) انظر أبا داود في الأقضية باب ٢٩، والترمذي في الديات باب ٢٠، والنسائي في السارق باب ٢، وأحمد في المسند ٢/٥.

(٢) أخرجه البخاري في المظالم حديث ٢٤٤٢، ومسلم في البر والصلة حديث ٢٥٨٠، وأبو داود في الأدب حديث ٤٨٩٣، والترمذي في الحدود حديث ١٤٢٦، وابن ماجه في الحدود حديث ٢٥٤٦.

يغرم ماله إذا صار مرتدًا، ولأن اللواء إنما ينعقد للجهاً مع الكفرة لا لإقامة الحد فدلّت هذه الدلائل أن الأمر بالقتل كان بسبب الردة وعندنا إذا فعل هذا الفعل مستحلاً فإنه يكفر .

وفي «القدوري»: إذا وجد العقد حلالاً أو حراماً متفقاً على تحريمه كنيكاح المحارم والخاصة، أو مختلفاً فيه كالنكاح بغير ولي عند من لا يجيزه. ولا حد على الواطئ علم الواطئ بالحرمة أو جهل، ويصير العقد شبهة، وهذا قول أبي حنيفة، وعندهما إذا تزوج نكاحاً مجمعاً على تحريمه كنيكاح المحارم والخاصة وأخت المرأة وعلم الواطئ بالحرمة يجب الحد ولا يصير العقد شبهة .

وفيه أيضاً: إذا تزوج أمة على حرة، أو تزوج مجوسية أو أمة بغير إذن مولاه، أو العبد تزوج بغير إذن المولى أو تزوج بغير شهود ووطئها فلا حد بالإجماع لمكان الشبهة، والشبهة على أصل أبي حنيفة ظاهرة في هذه المواضع كلها، وعندهما النكاح ليس بمحرم على التأييد في بعض هذه المواضع، وفي بعضها مختلف في تحريمه، والشبهة عندهما [٤٢٧ب/١] إنما تنتفي إذا كان متفقاً على تحريمه وتكون الحرمة على سبيل التأييد .

وإذا كان الوطء بملك نكاح أو بملك يمين والحرمة بعارض أمر، فذاك لا يوجب الحد بحق الحائض والنفساء والصائمة والمحرمة والموطوءة بشبهة والتي ظاهر منها أو آلى منها، وكذلك الأمة المملوكة إذا كانت محرمة عليه بسبب الرضاع أو الصهرية، أو باعتبار كونها ذات رحم محرم منه في نكاحه، أو هي مجوسية أو مرتدة فلا حد عليه وإن علم بالحرمة؛ لأن الملك قائم وإنه مطلق الوطء ومع وجود المطلق لا يمكن إيجاب الحد .

وفي «الأصل»: إذا تزوج امرأة فزفت إليه غيرها فوطئها فلا حد عليه، لأن الوطء صادف ملكه ظاهراً، ولو زنى بامرأة ثم قال حسبتها امرأتي فعليه الحد؛ لأنه اشتبه عليه ما لا يشته غالباً، فإن من رأى امرأته لا تشته عليه امرأته غالباً، وإنما تشته عليه امرأته إذا زفت إليه أول مرة؛ لأنه لم ير امرأته، وإنما يعرفها بقول الناس، فإذا قالوا له: إنها امرأتك فقد ثبت الملك له فيها ظاهراً وذلك كافٍ لدرء الحد .

وفي «القدوري»: الأعمى إذا وجد في بيته امرأة فوقع عليها وقال: ظننتها امرأتي فعليه الحد؛ لأن فعله لم يستند إلى سبب ظاهر، لأنه قد يكون في بيته المحارم والأجنبية. وفي «المنتقى»: الأعمى إذا دعى امرأته فجاءته امرأة غيرها عليهما حد؛ لأنه يمكن الوقوف على امرأته ظاهراً بالكلام وإخبارها، ولو أجابته فقالت: أنا فلانة فوقع عليها فإذا هي غيرها لا يحد، وهي كالمزفوفة إلى غير زوجها فلا يحد ويثبت النسب .

وفي «الأصل»: الأعمى إذا دعى امرأته إلى فراشه فأتته أجنبية فواقعها، فإن كانت قالت له: أنا زوجتك فلا حد عليه، وإن لم تخبره بذلك ولكن جاءت ساكتة كان عليه الحد عند محمد خلافاً لأبي يوسف رحمهما الله .

وإذا زنى صبي أو مجنون بامرأة عاقلة وهي مطاوعة فلا حد على الصبي والمجنون بلا خلاف، وهل تحد المرأة؟ فعلى قول علمائنا لا تحد، وعلى قول الشافعي تحد، والمسألة معروفة .

لواء، فقلت إلى أين؟ فقال بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل تزوج بامرأة أبيه بعد وفاته، وفي رواية عرس بامرأة أبيه أن أقتله^(١) ولو أورث هذا النكاح شبهة ما أمر بقتله.

والمعنى أن هذا وطء تعرى عن عقد وعن شبهة عقد وعن شبهة اشتباه، فيوجب الحد قياساً على ما قبل العبد، وإنما قلنا تعرى عن عقد؛ لأن عقد النكاح أضيف إلى غير محله؛ لأن المرأة محل للنكاح شرعاً بصفة الحل على ما قال الله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ [النساء: ٢٤] وهذه لا تحل للنكاح، وكان العقد مضافاً إلى غير محله، والعقد متى أضيف إلى غير محله يلغو ولا يثبت لا حقيقة العقد ولا شبهة كبيع الحر ونكاح الغلام لما أضيف إلى غير محله لغى ولم يثبت لا حقيقة العقد ولا شبهة العقد، فكذا هذا.

وإذا ألغى النكاح لكونه مضافاً إلى غير محله صار وجود هذا النكاح وعدمه بمنزلة، وكان الوطء متعرياً عن نكاح وعن شبهة نكاح، ولا يلزم على ما قلنا إذا قال: ظننت أنها تحل لي؛ لأننا قلنا تعرى عن عقد وعن شبهة عقد وشبهه اشتباه، ولم يتعر هذا الوطء عن شبهة اشتباه؛ لأنه اشتبه عليه ما يشبهه، فإن النكاح شرع مبيحاً للوطء، فإذا قال: ظننت أنه يبيح في هذا المحل كما في الأجنبية فقد اشتبه عليه ما يشبهه فيعذر، كما لو وطئ الابن جارية أبيه، وقال ظننت أنها تحل لي، فأما إذا قال: علمت بالحرمة وتعمدت مع ذلك فقد تعرى عن شبهة الاشتباه وعن شبهة العقد فيجب الحد، كما لو وطئ الابن جارية أبيه، وقال: علمت أنها علي حرام.

فأما أبو حنيفة رضي الله عنه ذهب في ذلك إلى أن هذا وطء حصل عن شبهة عقد، فلا يوجب الحد كما لو قال ظننت أنها تحل لي وقياساً على النكاح الفاسد، وإنما قلنا عن شبهة عقد، وذلك لأن هذا العقد مضاف إلى محله من وجه وإلى غير محله من وجه، وذلك بأن المرأة إنما صارت محلاً للنكاح شرعاً بالأبوة والحل، أما بالأبوة لأن الله تعالى قال: ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣] وإنه اسم للأثنى وبالحل؛ لأنه قال ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ [النساء: ٢٤] فهنا إن لم يوجد الحل في حق العاقد فقد وجدت الأبوة، فكان العقد مضافاً إلى محله من وجه وإلى غير محله من وجه، فلو كان مضافاً إلى غير محله أصلاً لم ينعقد ولم يثبت بها شبهة عقد، ولو كان مضافاً إلى محله من كل وجه يثبت حقيقة العقد، فإذا كان مضافاً إلى محله من وجه وإلى غير محله من وجه يثبت شبهة العقد والشبهة في باب الحدود كالحقيقة، وهذا بخلاف النكاح على الغلام لا يثبت به شبهة عقد؛ لأنه مضاف إلى غير محله من كل وجه، لأن المحلية شرعاً ثابتة بالأبوة والحل، ولم يوجد أحد هذين وكان مضافاً إلى غير محله، فأما هذا النكاح فمضاف إلى محله من وجه وإلى غير محله من وجه، فيثبت به شبهة العقد، وأما تعلقه بالحديث فهو محمول على أنه استحلال ذلك، فصار مرتداً، ألا ترى أنه أمر بقتله، ولو كان الواجب حداً لأمره بالرجم أو بالجلد، والدليل عليه ما روي في بعض الروايات أنه قال له: اقتله وأخمس ماله، وإنما

يقرا جميعاً بالحرمة أنهما قد علما بالحرمة، ولم يذكر فيه خلافاً، وذكر المعنى فقال: الشبهة في الفعل في أحد الجانبين تتعدى إلى الجانب الآخر ضرورة، وتبين بما ذكر في «العيون» أن المذكور في «القدوري» قولهما.

ولو طلق امرأته ثلاثاً أو طلقها بمال أو خالعه ثم وطئها في العدة، وقال: ظننت أنها تحل لي لا حد عليه، لأن هذا اشتباه في موضعه؛ لأن بعد الطلقات الثلاث والخلع بقيت منكوحته في بعض الأحكام نحو النفقة والسكنى وثبات النسب إن هي جاءت بالولد، وحرمة نكاح أختها وأربع سواها وحرمة قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه. وزال النكاح في حق بعض الأحكام، ولا يتوارثان ولا يجري بينهما إيلاء ولعان فربما يشبهه عليه فيقيس حل الوطء على بعض الأحكام التي بقيت فقد اشتبه عليه ما يشبهه مثله فعذر، وإن لم يشبهه عليه لا يعذر.

وكذلك إذا اعتق أم ولده ووجبت عليها العدة فوطئها في العدة، وقال: ظننت أنها تحل لي؛ لأن عتق أم الولد يوجب زوال الملك ونفقة العدة، فكان نظير الطلقات الثلاث والخلع في المنكوحة.

وكذلك العبد إذا وطئ جارية مولاه وقال ظننت أنها تحل لي لا يحد، لأن هذا اشتباه في موضعه؛ لأن العبد في مال مولاه بسوطة يد، فربما يشبهه [١/٤٢٧] عليه أنه يبسط يده في وطء جاريته كما يبسط في الدخول في داره وفي الجلوس على فراشه وغيره، فجعل عذراً، وإذا لم يجب الحد في هذه المسائل يجب العقر؛ لأن الوطء الحرام في الدنيا لا يخلو عن عقوبة أو غرامة تعظيماً لمنافع البضع، فإذا تعذر إيجاب العقوبة يجب العقر بطريق الغرامة تعظيماً لمنافع البضع، ولا يثبت نسب الولد في هذه المسائل؛ لأن الوطء حصل في غير الملك وكان زناً، لكن بحكم الجهل والاشتباه صار معذوراً في حق سقوط الحد، وثبات النسب يعتمد قيام الملك في المحل إما من كل وجه أو من وجه.

قال في «القدوري»: ومن عدا الوالد والوالدة ومن بمعناهما في الولاد بين ذي الرحم المحرم كالأخ والأخت إذا وطئ جاريته يجب الحد عليه، وإن قال: ظننت أنها تحل لي، وكذلك إذا وطئ جارية أبيه؛ لأنه لا...^(١) له في مال هؤلاء، فلم يكن الظن مستنداً إلى دليل.

وإذا تزوج امرأة لا يحل له نكاحها بأن تزوج أمة أو ذات رحم محرم منه أو معتدة الغير أو منكوحة الغير أو مطلقة، لأنهم أجمعوا على أنه إذا قال: ظننت أنها تحل لي، فإنه لا يحد ولكنه يعذر، واختلفوا فيما إذا قال: علمت أنها علي حرام، قال أبو حنيفة: لا حد عليه ولكنه يعذر، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: بأنهما يحدان إذا علما بالحرمة. واحتج من خالف بما روى البراء بن عازب أنه قال: لقيت بردة بن دينار ومعه

(١) بياض بالأصل.

المتعة إن لم يكن سبباً في الرهن، وقد انعقد له سبب ملك في حق المال فيشتبه عليه أنه يثبت بذلك القدر ملك المتعة، فيعذر إذا اشتبه عليه ولا يعذر إذا لم يشتبه عليه، بخلاف الإجارة؛ لأن الثابت بالإجارة ملك المنفعة، وإنه لا يتصور سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه، وبخلاف البيع بشرط الخيار، لأنه إنما يفيد له الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة، وهنا إنما يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد له ملك المتعة بحال من الأحوال، فكان بمنزلة ملك المنفعة.

ومن جملة ذلك إذا وطئ جارية مكاتبه، فإنه لا حد عليه على كل حال؛ لأن ملك المولى قائم في رقبة المكاتب حقيقة إن زالت عنه يد التصرفات، وقيام الملك في رقبته يستدعي ثبوت الملك في كسبه حقيقة.

ومن جملة ذلك: جارية العبد المأذون له في التجارة سواء كان عليه دين أو لم يكن، لأنه أقرب إلى المولى من المكاتب.

ومن جملة ذلك: إذا وطئ جارية فافلته لأن له ولاد يحل محل الأب.

ومن جملة ذلك واحد من الغانمين إذا وطئ جارية من الغنيمة قبل القسمة بعد الإحراز بدار الإسلام أو قبله لاحتسابه، وإن لم يدع الشبهة إلا أنه لا يثبت نسب الولد، فالمسألة تعرف في «السير» وكذا المسائل التي تنبني على شبهة الاشتباه.

ومن جملة ذلك إذا وطئ الرجل جارية أبيه وقال: ظننت أنها تحل لي لا حد عليه، لأن هذا اشتباه في موضعه، لأن القرب بين الأب والابن واحد، وهذا القرب أوجب تأويلاً في أحد الطرفين فحسب أنه يوجب تأويلاً في الطرف الآخر، توضيحه: أن مال أبيه في حق الشهادة جعل كماله حتى لا تقبل شهادته لابيه، كما لا تقبل شهادته لنفسه، فحسب أن جارية أبيه في حق الوطء جعل كجاريته، فعذر في حق دفع الحد.

وكذلك إذا وطئ جارية أمه، وقال: ظننت أنها تحل لي لا حد عليه؛ لأن الأم بمنزلة الأب في القرب والتعصبة.

وكذلك إذا وطئ جارية امرأته وقال: ظننت أنها تحل لي لا حد عليه، لأنه اشتباه في موضعه، لأنه ينتفع بنفس المرأة فحسب أن جاريته في حق الانتفاع بها بمنزلتها وسائر أموالها.

وفي «العيون»: وإذا زنى بجارية أبيه أو أمه أو خدمه، وقال: ظننت أنها تحل لي، وقالت الجارية: علمت أنه علي حرام درء الحد عنهما بالاتفاق، لأن بدعوى الحل تمكنت الشبهة في فعل الرجل فيمكن في تمكينها نفع لفعل الرجل، ولو كان على العكس فكذلك عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وعند أبي حنيفة رضي الله عنه يجب عليه الحد خاصة؛ لأن بدعواها الحل تتمكن الشبهة في تمكينها ولا يتمكن في فعل الرجل، لأنه ليس بتبع لفعلها.

وفي «القدوري»: إذا ادعى أحدهما الظن ولم يدع الآخر ذلك فلا حد عليهما حتى

رضوان الله عليهم خلاف في أن العتق يتجزأ ولا يتجزأ، قال علي: بأنه يتجزأ، كما قال أبو حنيفة، وقال زيد رضي الله عنه: بأنه لا يتجزأ، كما قالوا، فهما: إن رجحا قول زيد رضي الله عنه على قول علي يبقى شبهة التجزؤ بقول علي؛ لأنهما إنما رجحا قول زيد بضرب من الاجتهاد، والاجتهاد لا يوجب علم اليقين، فتبقى شبهة التجزؤ بقول علي رضي الله عنه، وإذا بقي شبهة التجزؤ بقي شبهة الملك للساكت في نصيبه بقول علي رضي الله عنه فأورث [شبهة] في درء ما يندرى بالشبهات.

وهذا كما لو قالوا جميعاً في المكاتب، إذا قتل عن وفاء ثم أدت كتابته وحكم بعته لا يكون لورثة المكاتب استيفاء القصاص، وذلك لأننا وإن رجحنا قول علي رضي الله عنه بضرب من الاجتهاد وحكمنا بكونه حراً بقي شبهة أنه مات عبداً بقول زيد رضي الله عنه، فأورث شبهة في درء ما يدرأ بالشبهات فكذاك هذا، وإذا لم يجب الحد عندهم جميعاً وجب العقر.

وكذلك الجواب فيما إذا كان جميع الأمة له وقد أعتق نصفها، ثم وطئها بعد ذلك لا حد عليه في قولهم جميعاً لما ذكرنا.

وإذا زنى بجارية هي رهن عنده، إن قال: علمت أنها حرام علي فإنه يقام عليه الحد، وإن قال: ظننت أنها تحل لي فإنه لا يقام عليه الحد، هكذا ذكر في كتاب الحدود، وذكر في كتاب الرهن وقال: لا حد عليه ادعى الاشتباه أو لم يدع، فكان على رواية كتاب الرهن أثبت للمرتهن بعقد الرهن شبهة حكمية حتى سقط الحد عنه اشتبه عليه أو لم يشتبه، وعلى رواية كتاب الحدود أثبت شبهة الاشتباه.

وجه ما ذكر في كتاب الرهن ظاهر، وهو أنه وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك [٤٢٦ب/١] فلا يجب عليه الحد اشتبه عليه أو لم يشتبه قياساً على ما لو وطئ أمة اشتراها على أن البائع بالخيار، وإنما قلنا انعقد له فيها بسبب ملك؛ لأن عقد الرهن سبب ملك متى اتصل به الهلاك؛ لأنه بالهلاك يصير مستوفياً لحقه من وقت الهلاك، وإذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك للحال وتأخر حقيقة الملك إلى وقت الهلاك وكان بمنزلة البيع على أن البائع بالخيار.

وجه ما ذكر في كتاب الحدود، وهو أن عقد الرهن عقد لا يفيد له ملك المتعة بحال، فقيامه لا يورث شبهة حكمية قياساً على الإجارة، فإن عقد الإجارة لما كان لا يفيد له ملك المتعة لم يورث قيام الإجارة في المحل شبهة حكمية، حتى لو استأجر أمة للخدمة فزنى بها يجب عليه الحد، وإنما قلنا لا يفيد له ملك المتعة بحال؛ لأن عقده الرهن لا يفيد له ملكاً للحال، وإنما يفيد له الملك بعد الهلاك فإن بالهلاك يصير مستوفياً لحقه وبعد الهلاك لا يملك المتعة.

وإذا لم يفد هذا العقد ملك المتعة لم يورث قيامه شبهة حكمية، وكان يجب أن يكون عليه الحد اشتبه عليه أو لم يشتبه كما في الجارية المستأجرة، إلا أنه لا يجب عليه الحد إذا اشتبه عليه؛ لأنه اشتبه عليه ما يشتبه؛ لأن ملك المال في الجملة سبب لملك

وقال بعضهم: الشبهة نوعان: شبهة مشابهة وهو أن يكون الوطء الواقع مشابهاً للوطء الحلال لقيام دليل الحل فيه، إلا أنه لم يثبت حقيقة الحل لمانع، فبحكم قيام دليل الحل يصير شبهة الحلال، فهذه الشبهة مانعة وجوب الحد ادعى الاشتباه أو لم يدع. وشبهة اشتباه على التفسير الذي قلنا وحكمها ما ذكرنا.

فأما المسائل التي تبنى على شبهة المشابهة وعلى الشبهة الحكمية فمن جملتها: الأب إذا وطئ جارية ابنه، والوجه في ذلك: أن النبي ﷺ أضاف مال الولد إلى الأب بلام التملك^(١)، ولم يثبت التملك ولم يثبت حقيقة الملك، فثبت شبهة الملك عملاً بحذف اللام بقدر الممكن، فبعد ذلك ننظر إن حبلت الجارية وولدت ثبت نسب الولد من الأب، وعلى الأب قيمة الجارية ولا عقر عندنا، وإن لم تحبل فعلى الأب العقر.

ومن جملة ذلك إذا قال لامرأته: برة أو ما أشبه ذلك: وأراد به البيئونة أو الثلاث ثم جامعها في عدتها؛ لأن بين الصحابة اختلافاً في وقوع البيئونة بهذه الألفاظ، ولا تصح نية الثلاث فيها، نحن وإن لم نأخذ به يبقى شبهة أن النكاح قائم بقول عمر رضي الله عنه. ومن جملة ذلك: تقبيل الرجل أم امرأته أو ابنتها، أو قبلت المرأة ابن زوجها، أو أباه حتى حرمت عليه، ثم إن الزوج وطئها؛ لأن بين الصحابة اختلافاً في وقوع الفرقة بهذه الأسباب، فعبد الله بن عباس كان يقول: الحرام لا يحرم الحلال، نحن وإن لم نأخذ بقوله ببقاء شبهة قيام النكاح بقوله.

وكذلك إذا ارتدت المرأة ثم إن الزوج جامعها في العدة؛ لأن من الصحابة من قال: لا تقع الفرقة بالردة ما لم تمض ثلاث حيض، فتبقى شبهة قيام النكاح بقوله.

ومن جملة ذلك: البائع إذا وطئ الجارية المبيعة قبل التسليم؛ لأن الجارية قبل البيع كانت مملوكة له ملك رقبة وملك يد وقد بقي ملك اليد بعد البيع قبل التسليم فتبقى الشبهة بحكم ملك اليد.

ومن جملة ذلك: إذا وطئ الزوج الجارية المجعولة بهذا قبل التسليم إلى المرأة.

ومن جملة ذلك: إذا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره. ومن جملة ذلك: إذا أعتق الرجل جارية مشتركة بينه وبين غيره وهو معتبر، وقضى عليها بالسعاية لشريكه فوطئها الشريك لاحد عليه عندهم جميعاً، وهذا الجواب على قول أبي حنيفة لا يشكل؛ لأن العتق عنده متجزئ، فإنما عتق نصيب المعتق ونصيب الساكت بقي ملكاً للساكت، ألا ترى لو أعتق بعد عتقه، وإذا بقي نصيبه على ملكه فمتى اختار الساكت سعايتها صارت مكاتبة للساكت، ومن وطئ مكاتبته لا حد عليه، وإنما الإشكال على قولهما، فإن العتق عندهما لا يتجزأ، فإذا أعتقها أحدهما عتق الكل ولم يبق للساكت فيها لا حقيقة ملك ولا شبهة ملك، وكان يجب أن يجب الحد على قولهما، ولكن الجواب عنه أن بين الصحابة

(١) لفظ الحديث: «أنت ومالك لأبيك» أخرجه ابن ماجه في التجارات حديث ٢٢٩١، وأبو داود حديث

والمحل، فإذا أنكرت فقد المحل، والفعل منه بدون المحل لا يتصور، وكذا إذا ادعت المرأة الزنا وأنكر الرجل، فالكلام فيه أظهر، لأن التمكين بدون الفعل لا يتصور.

وذكر في «الأصل» عن أبي حنيفة فيمن أقر بالزنا وادعت المرأة الاستكراه، قال: يحد الرجل ولا تحد المرأة؛ لأنها ما أنكرت المحلية لكنها ادعت شبهة، لو تيقنا بذلك لم يتعد إلى جانب الرجل.

ولو أقر أنه زنى بصبية يجامع مثلها أو مجنونة فعليه الحد، ولو أقرت أنها زنت بصبي أو مجنون فلا حد عليها عندنا.

الذي أسلم في دار الحرب إذا أقر أنه كان زنى في دار الحرب قبل أن يسلم فلا حد عليه، وإذا قال العبد بعدما عتق: زنيت وأنا عبد لزمه حد العبيد؛ لأنه أقر بزنا موجب حد العبيد، بخلاف ما إذا قال بعد البلوغ: زنيت وأنا صبي؛ لأنه أقر بزنا غير موجب للحد أصلاً، ويقام الحد على العبد إذا أقر بالزنا أو بغيره مما يوجب الحد وإن كان مولاه غائباً وكذلك القطع والقصاص، وفرق أبو حنيفة ومحمد بين حجة البيعة وبين حجة الإقرار.

نوع آخر

في الجمع بين الشهادة والإقرار

أربعة فساق شهدوا على رجل بالزنا وأقر هو مرة واحدة لا يحد، ولو كان الشهود عدولاً ذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يحد، وذكر غيره من المشايخ أن على قول محمد يحد، وعلى قول أبي يوسف لا يحد.

وفي «الأصل»: إذا شهد شاهدان على رجل بالزنا، وشهد آخران على إقرار الرجل بالزنا لا حد على المشهود عليه ولا على الشهود، وإن شهد ثلاثة بالزنا وشهد الرابع على الإقرار بالزنا فعلى الثلاثة الحد.

الفصل الرابع

في بيان ما يوجب الحد من الوطء وما لا يوجب

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة وقال: علمت أنها [١/٤٢٦] علي حرام حد، ولو قال لامرأته: أنت خلية وبرية أو قال لها: أمرك بيدك، فاختارت نفسها، ثم وطئها وهي في العدة، وقال: علمت أنها علي حرام لم يحد، الأصل: أن الحد يندرى بالشبهات، وقد اختلفت عبارة المشايخ في ذلك.

وقال بعضهم: الشبهة نوعان: شبهة حكمية في المحل، وإنها تسقط الحد إذا ادعى الاشتباه بأن قال: ظننت أنها تحل لي أو لم يدع بأن قال: علمت أنها علي حرام. وشبهة اشتباه: وهو أن يظن العبد غير دليل الحل دليلاً وهذه الشبهة مانعة وجوب الحد إن ادعى الاشتباه، غير مانعة إن لم يدع الاشتباه.

نوع آخر

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل أقر أنه زنى بفلانة أربع مرات، وفلانة تقول: تزوجني. أو أقرت المرأة بالزنا بفلان أربع مرات وفلان يقول: تزوجتها فلا حد على واحد منهما، لأن دعوى النكاح محتملة للصدق، ولو علمنا صدق مدعي النكاح في دعواه يثبت النكاح من الطرفين، ويخرج كلا الفعلين من أن يكون زنا، فإذا كان فيه احتمال الصدق كان وهم النكاح ثابتاً من الطرفين، والوهم في باب الحدود ملحق بالمتيقن، فخرج فعلها من أن يكون زنا، وعليه المهر؛ لأن النكاح لم يثبت بمجرد الدعوى، بقي الوطء في غير الملك ظاهر، والوطء في غير المملوك لا يخلو عن مهر أو عقوبة وقد سقطت العقوبة فيجب المهر.

ثم إن محمداً ذكر في «الجامع الصغير» الإقرار أربع مرات، وذكر هذه المسألة في «الأصل»، وذكر الإقرار مرة واحدة. لولا رواية «الجامع الصغير» كنا نقول: إنما لا يجب الحد في هذه المسألة لوجود الإقرار مرة واحدة، فرواية «الجامع الصغير» أزلت هذا الإشكال، وأثبتت أن الحد إنما لم يجب للمعنى الذي ذكرنا.

وذكر في «الجامع الصغير» إقرار الرجل بالزنا ودعوى النكاح وإقرار المرأة بالزنا ودعوى الرجل النكاح، وذكر في «الأصل» إقرار الرجل بالزنا ودعوى المرأة النكاح، ولم يذكر إقرار المرأة بالزنا ودعوى الرجل النكاح. لولا رواية «الجامع الصغير» لكننا نقول: إذا ادعى الرجل النكاح وأقرت المرأة بالزنا لا يجب لها المهر، لأنها أبرأت الزوج عن المهر لما أقرت بالزنا، غير أن رواية «الجامع الصغير» أزلت هذا الإشكال، وأثبتت أن المهر واجب على كل حال، والمعنى ما بينا أن الوطء حصل في غير الملك ظاهراً وقد سقط الحد فيجب المهر.

وذكر في «القدوري»: إذا أقر الرجل أنه زنى بفلانة وادعت المرأة النكاح والمهر، فإن كان ذلك يعني دعواها النكاح والمهر قبل أن يحد الرجل درى الحد عن الرجل؛ لأنه تعذر إيجاب الحد عليها مع دعواها النكاح؛ لأنه يحتمل أنها صادقة، وهذه الشبهة تتعدى إلى جانب الرجل فيسقط عنه الحد، وإذا سقط الحد وجب المهر؛ لأن الشرع ما أخلى الوطء في دار الإسلام عن عقوبة أو غرامة، وإن كان ذلك بعد ما حد الرجل لا يقضى لها بالمهر، لأنها تدعي المهر عليه وهو ينكر. وقبل إقامة الحد على الرجل إنما أوجبنا المهر كيلا يخلو الوطء عن العقوبة والغرامة وقد أقيم العقوبة ههنا، فلا حاجة إلى إيجاب الغرامة.

ولو كذبه في الزنا أصلاً وقالت: لا أعرفه فلا حد عليه في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله: يحد الرجل، وعلى هذا الاختلاف إذا أقرت المرأة بالزنا وكذبها الرجل أصلاً فقال: لا أعرفها؛ فوجه قولهم إن السبب الموجب للحد قد تحقق في جانب المقر عرف ذلك بإقراره، فلو امتنع إنما يمتنع لإنكار الآخر ولا وجه إليه، لأنه يعامل مع كل إنسان على ما هو زعمه، ولأبي حنيفة: الزنا إنما يقوم بالفاعل

والإمضاء لا يتغير القضاء ولا الإمضاء، وإن ماتا قبل القضاء والإمضاء أو بعد القضاء قبل الإمضاء، فإن كان الحد رجماً يمتنع القضاء والإمضاء؛ لأن البداية في الرجم إنما تكون من الشهود، فإذا غابا أو ماتا قبل القضاء أو بعد القضاء قبل الإمضاءات الشرط وهو البداية من الشهود فيمتنع القضاء والإمضاء.

وإن كان الحد جلدًا كان أبو حنيفة رحمه الله أولاً يقول: القاضي لا يقضي ولا يمضي، ثم رجع وقال: يقضي ويمضي وهو قول أبي يوسف ومحمد.

جئنا إلى فصل الإقرار فنقول: الزنا الموجب للحد لا يظهر إلا بالإقرار أربع مرات في أربع مجالس مختلفة، ويعتبر اختلاف المجلس المقرون بالقاضي، والأصل في هذا الباب قصة ماعز وفي قصة ماعز لم يختلف مجلس النبي ﷺ وإنما اختلف مجلس ماعز.

فإن قيل: إذا لم يجب الحد بالإقرار واحدة فقد اعترف بوطء لا يوجب الحد فيجب المهر، وإذا وجب المهر لا يوجب الحد من بعد كما قلتم في السرقة، فإنه لا يعتبر التكرار في السرقة وإنما لا يعتبر لما قلنا، قلنا له: الإقرار أربع مرات لما اعتبر حجة لإثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالإقرار مرة واحدة، وإنما الحكم موقوف، فإن تمت الحجة وجب الحد وإن لم تتم يجب المهر.

قالوا: وينبغي للإمام أن يزجر المقر عن الإقرار ويظهر الكراهة له ويأمر بتنحيته، فقد صح أن رسول الله ﷺ رد ماعزاً، ثم إذا أقر أربع مرات فالقاضي يسأله عن الزنا ما هو وكيف هو، وبمن زנית، وأين زנית، ولا يسأله عن الوقت ولا يسأله في أي وقت زנית بخلاف فصل الشهادة؛ لأن السؤال عن الوقت في فصل الشهادة بعلّة التقادم، فإن التقادم يمنع إقامة الحد إذا ثبت الزنا بالبينة، وهذا المعنى لا يتأتى في الإقرار؛ لأن التقادم لا يمنع إقامة الحد. إذا ثبت الزنا بالإقرار فلا معنى للسؤال عن الوقت، وذكر الشيخ أبو الحسين القدوري في «شرح»ه: ويجوز أن يسأل عن الوقت لجواز أن يكون زنى في حال صغره.

فإذا بين ذلك يقول له لعلك لمستها بشبهة، لعلك مستتها، لعلك قبلتها، لعلك باشرت، فإذا قال: لا، نظر في عقله ويسأل: أهذا به جنون؟ [٤٢٥ب/١] أبه خبل، فإن قالوا: لا، سأله أنت محصن؟ فإن قال: نعم، سأله عن الإحصان ما هو؟ فإن فسر على الوجه أمر برجمه، هكذا فعل رسول الله ﷺ بماعز رضي الله عنه. فإن قال المقر: لست بمحصن وشهد عليه الشهود بالإحصان رجمه الإمام، ولا يكون هذا كالرجوع؛ لأنه مصر على إقراره بالزنا، ومع الإصرار على الإقرار لا يثبت الرجوع، وسواء أقر أربع مرات قبل أن يقوم القاضي عن مجلسه أو أقر أربع مرات في مجالس مختلفة، أو أقر كل يوم مرة، أو كل شهر.

وروي عن محمد أن المجالس المتفرقة أن يذهب المقر بحيث لا يراه القاضي ولا يقعد معه في المجلس ثم يجيء فيقر إقراراً مستقبلاً.

أبي حنيفة رضي الله عنه بخلافه لكن ما يذكر قول أبي حنيفة في القياس؛ لأنه لم تحفظ عنه الرواية، وإنما أراد بقوله: وفي الاستحسان يدرأ عنه الحد، أي: لو استحسن، يجتهد ويدرأ عنه الحد الذي ظهر في الآخرة كان له وجه. وإنما أخذوا بالقياس في هذه العقوبة؛ لأن الرجم هو القتل، والقتل غير متجزئ فما أصابه من الجراحات ليس بحد ولا بعضه فلم يصير شبهة ولا يجب ضمان الجراحات على شهود الإحصان؛ لأن الجراحة حصلت بسبب إقامة الحد، وإنه وجب بشهادة شهود الزنا دون شهود الإحصان؛ لأن الحد عقوبة فيضاف إلى الزنا الذي هو جناية دون الإحصان الذي هو عبارة عن الخصال الحميدة، ولا يجب على بيت المال أيضاً لما ذكرنا من المعنى.

أربعة شهدوا على رجل بالزنا ولم يشهد عليه بالإحصان أحد، فأقر القاضي بجلده، ثم شهد شاهدان عليه بالإحصان بعد إكمال الجلد، فالقياس على الأول في هذا أن يرجم، وفي الاستحسان: لا يرجم.

وجه القياس: أن الذي أقيم عليه من الجلدات قد ظهر بالبينة على الإحصان أنه ضرب وقع هدرا وليس بحد، فلا يمتنع الرجم كما قلنا في الضربات بالحجارة.

وجه الاستحسان: أن صورة الحد قد وجد، وحقيقة الجمع منسوخ، فصار صورة الجمع وظاهره شبهة مانعة، وعلمائنا رحمهم الله أخذوا بالاستحسان في هذه المسألة، وبالقياس في المسألة الأولى؛ لأن في المسألة الأولى الحد هو الرجم وإنه قتل، وضربات الحجارة بدون الموت ليس لها معنى القتل ولا صورته، فلو أقيم الجلد بعد ذلك لا يؤدي إلى الجمع بين الحدين لا صورة ولا معنى. أما في المسألة الثانية الجلد قد أقيم وله صورة الحد، فلو أقمنا الرجم أدى إلى الجمع بين الحدين صورة، وهذا شبهة مانعة، وهذا الذي ذكرنا إذا أكمل الجلد.

فأما إذا لم يكمل حتى شهد شاهدان عليه بالإحصان لا يمنع من إقامة الرجم، ولم يذكر الاستحسان ههنا بخلاف المسألة الأولى، وهو أن يرجع شهود الإحصان أو وجدوا عبيداً بعد ضربات الحجارة قبل الموت؛ لأن هناك الحد في الحاصل الجلد وضربات الحجارة لا تحتتمل الإلحاق به؛ إذ هي لا تصلح أن تكون من جملة الجلد، ولا من تتماته فصار شبهة مانعة من الجلد على جواب الاستحسان، أما ههنا الحد هو الرجم في الحاصل، والجلدات يمكن إقامتها مقام الرميات، جارية كانت أو غير جارية، لأن الرمي قد يكون جارحاً وقد يكون غير جارح، وقد يكون الرمي بالحجر وقد يكون بالخشب، فتصير الجلدات من تمام الرجم، فيكون المستوفى على هذا الاعتبار حداً واحداً، فكذلك افترقا في الاستحسان بخلاف ما بعد الإكمال، لأنه حد كامل بصورته فلا يصلح أن يكون من تتمات غيره، أما ههنا بخلافه.

نوع آخر

من هذا الفصل

إذا شهد الشهود على رجل بالزنا ثم غابا أو ماتا، فإن غابا أو ماتا بعد القضاء

الأب بإقراره إلا أنه لزم الأب نفقة العدة، فهم بهذه الشهادة يريدون إسقاط نفقة العدة عن الأب فكانوا شاهدين للأب فلا تقبل، وأما إذا جحد الأب فلأن في هذه الشهادة منفعة لأهمم بخلوص الفراش فكانوا شاهدين لأهمم، وهذه منفعة لا يشوبها مضرة فلا تقبل هذه الشهادة ادعت الأم أم جحدت لما مر.

وإن كانت أهمم قد ماتت فإن ادعى الأب لا تقبل هذه، وإن جحد تقبل؛ لأنه لا منفعة للأم في هذا الفصل. بقيت العبرة لمنفعة الأب ومنفعة الأب وهو سقوط نفقة العدة يشوبها ضرر، وهو زوال ملك النكاح، ومثل هذه المنفعة إنما تمنع قبول الشهادة عند الدعوى عند الجحد لما مر قبل هذا، وهذا كله إذا شهدوا أن أخاه زنى بها وهي طائعة. فأما إذا شهدوا أنها كانت مكرهة، فإن كانت أهمم ميتة قبلت الشهادة بكل حال ادعى الأب ذلك أو جحد، دخل بها الأب أو لم يدخل بها الأب؛ لأنه ليس في هذا إسقاط نصف الصداق وإن كان قبل الدخول، ولا تسقط نفقة العدة وإن كانت بعد الدخول لكونها مكرهة، وفعل المكرهة لا يوجب سقوط شيء من ذلك.

وإن كانت أهمم حية، فإن ادعى الأب قبلت شهادتهم؛ لأنهم لم يشهدوا لأهمم ولا لأبيهم، أما لأبيهم فلأن الأب لا يدعي سقوط شيء من المهر ولا سقوط نفقة العدة متى كانت مكرهة، وأما لأهمم فلأن الفراش إنما خلص للأم بإقرار الأب لا بشهادتهم، وإن جحد الأب لا تقبل شهادتهم؛ لأنهم أرادوا إثبات خلوص الفراش للأم بشهادتهم، فهذه منفعة لا يشوبها ضرر فلا تقبل شهادتهم جحدت الأم ذلك أم ادعت لما قلنا. وفي كل موضع تقبل شهادتهم يقام حد الزنا على الأخ المشهود عليه وعلى المرأة إذا كانت مطاوعة.

نوع آخر

أربعة شهدوا على رجل بالزنا وشهد رجلان عليه بالإحصان فقضى القاضي بالرجم ورجم، ثم وجد شاهدا الإحصان عبيدين أو رجعا عن شهادتهما وقد جرحته الحجارة إلا أنه لم يمت بعد فالقياس أن يقام عليه مائة جلدة، وهو قول أبي يوسف ومحمد، وفي الاستحسان يدرأ عنه الجلد وما بقي من الرجم، ولا يضمن الشاهدان شيئاً من جراحته ولا يكون في بيت المال أيضاً.

فوجه القياس: أن ما أصابه من الجراحة ظهر أنه ظلم لما رجع شهود الإحصان، أو ظهر أنهم عبيد، فلا يمتنع بسببه إقامة الجلد الذي هو حد كالظلم من وجه آخر.

وجه الاستحسان: أن ذلك شيء أقيم باسم الحد أو هو بعض [١/٤٢٥] الحد، فلو أقيم عليه الجلد بعد ذلك أدى إلى الجمع بين الجلد وبعض حد آخر، وذلك لا يجوز لكونه زيادة على الحد وإنها حرام، وهو قول محمد رحمه الله في «الكتاب» في القياس، وقول أبي يوسف ومحمد دليل على أنهما أخذاً بالقياس، ولم يذكر أن الاستحسان قول من، واختلف المشايخ فيه: من المشايخ من قال: الاستحسان قول أبي حنيفة؛ لأنه خص قولهم في القياس بالذكر، فالظاهر أن الاستحسان قول أبي حنيفة، ومنهم من قال: لا، بل جواب القياس قول الكل، وتخصيص قولهما في القياس بالذكر لا يدل على أن قول

صار قاذفاً عند الرجوع فصار كما لو قذف الميت بعد موته فيحد لهذا .

وفي [٤٢٤ب/١] الوجه الثالث: يغرمون جميع الدية ويحرمون عن الميراث؛ لأنهم صاروا راجعين بهذا التصديق، فصاروا مقرين بمباشرة القتل بغير حق، وتكون الدية لأقرب الناس من المقتول بعدهم؛ لأنهم في حكم الإرث كالمولى ويحدون حد القذف والكلام في المستوفي الحد على ما مر من التفصيل .

نوع آخر

رجل له امرأتان، وله من إحديهما خمس بنين، فشهد أربعة منهم على أخيهم أنه زنى بامرأة أبيهم، فهذا لا يخلو: أما إن كان دخل بها أبوهم أو لم يدخل بها، وأما إن كانت أم هؤلاء الشهود حية، أو كانت ميتة، وأما إن صدقهم الأب أو كذبهم، وأما إن شهدوا أنها طاعته في الزنا، أو شهدوا أنها كانت مكرهة من قبل الأخ المشهود عليه بالزنا .

فأما إذا شهدوا أن أخاهم زنى بها وهي مطاوعة له وكان ذلك قبل الدخول، فإن كانت أم الشهود حية لا تقبل هذه الشهادة صدقهم الأب في ذلك أو كذبهم، أما إذا صدقهم فلأن هذه شهادة وقعت لأبيهم؛ لأن الأب لما أقر أن الابن زنى بامرأته وهي مطاوعة غير مدخول بها فقد أقر بوقوع الفرقة وسقوط كل الصداق؛ لأنه زعم أنه جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول بسبب هي طاعة في ذلك إلا أنه لا يصدق في حق سقوط جميع الصداق إذا لم تصدقه المرأة في ذلك، فهم بهذه الشهادة يسقطون عن أبيهم جميع الصداق . وشهادة الولد للوالد لا تقبل .

وأما إذا كذبهم الأب في ذلك فلأن في هذه الشهادة منفعة للأُم بخلوص الفراش لها وسقوط قسم المشهود عليها، وهذه منفعة لا تشوبها مضرة، وكانوا شاهدين لأُمهم، فلا تقبل هذه الشهادة، جحدت الأم أم ادعت، وهذا لأن الدعوى إنما تعتبر لترجح المنفعة على الضرر في منفعة تشوبها مضرة . ومنفعة الأم بخلوص الفراش لها تشوبها مضرة وكان حجودها ودعواها سواء .

وإن كانت الأم ميتة إن كان الأب يدعي ذلك لا تقبل الشهادة لقيامها للأب على ما مر، وإن كان الأب يحجد ذلك تقبل الشهادة لقيامها على الأب بزوال ملك النكاح على المشهود عليها بالزنا، أكثر ما في الباب أن فيها منفعة للأب وهو براءته عن ضمان المهر لما مر قبل هذا إلا أن هذه يشوبها ضرر، وهو زوال ملك النكاح، وكل منفعة تشوبها مضرة فإنما تترجح المنفعة بالدعوى والمضرة بالجحد؛ لأن أحداً لا يجحد ما ينفعه ولا يدعي ما يضره، فإن ادعاه لا تقبل الشهادة لترجح المنفعة على المضرة، وإن جحد قبلت الشهادة لترجح المضرة على المنفعة ولا منفعة للأُم في هذا الفصل؛ لأنها بالموت خرجت عن استحقاق القسم ونيل الحظ من الزوج، بخلاف ما إذا كانت حية .

وإن كان قد دخل بها أبوهم، فإن كانت مطاوعة وكانت أمهم حية فشهادتهم لا تقبل ادعى الأب ذلك أم جحد، أما إذا ادعى لأن المرأة المشهود عليها بالزنا وإن حرمت على

الميراث لهم؛ لأنهم هم الورثة، فصح إيراؤهم عن الضمان وإقرارهم بالشركة في الميراث.

وفي الوجه الثاني: غرم الراجع ربع الدية ويحرم عن الميراث، لأن برجوعه أقر على نفسه بربع الدية لهم وبحرماته عن الميراث بالإقدام على القتل بغير حق، وقد صدقوه في ذلك ولا حدّ عليه وإن أقر على نفسه بحدّ القذف إلا أن الباقيين صدقوه في القذف والحق لهم لا يعدوهم، حتى لو كان سواهم مما ذكرنا قبل هذا يستوفى الحد منه، ولا يغرم الباقيون شيئاً من الدية؛ لأنهم قائمون على شهادتهم.

فإن قيل: هذا الراجع ينبغي أن لا يحرم عن الميراث ولا يغرم الدية لهم، لأن الثلاثة القائمين على الشهادة زعموا أن الأب كان زانياً مستوجباً للرجم، فهب كأن هذا الراجع لم يكن شاهداً فلا يخرج من أن يكون قاتلاً بحق كابن آخر يرحمه مع الناس، فينبغي أن لا يحرم عن الميراث ولا يغرم الدية لهم بزعمهم.

قلنا: الشاهد في باب الزنا لا يستفيد العلم من القاضي، ولكن القاضي يستفيد العلم من الشاهد، ولهذا يبدأ الشاهد بالرجم قبل القاضي، وكل من يستفيد العلم من القاضي يترتب فعله على فعل القاضي، وههنا لما ترتب فعل القاضي على فعل الشاهد علم أن الشاهد لا يستفيد العلم من القاضي، وهذا الراجع جاء مجيء الشاهد، فلم يكن مستفيداً العلم من القاضي، ولم يكن له علم حقيقة في الباب لما لم يره زنى كما قالت الثلاثة الباقيون، فكان قتله حاصلًا بغير حق، فمن هذا الوجه صاروا مصدقين له فيما أقر بخلاف ابن آخر رجمه مع الناس، لأنه استفاد العلم من القاضي.

فإن قيل: الثلاثة الباقيون لما زعموا أن هذا الراجع لم يكن شاهداً فقد أقرّوا أن عدد الشهود لم يكن متكاملًا، وأن القضاء بالرجم كان باطلاً، والقضاء الباطل في باب الزنا وجوده وعدمه بمنزلة، وكانوا جميعاً قاتلين بغير حق، فينبغي أن يغرموا ثلاثة أرباع الدية ويحرموا عن الميراث.

قلنا: الثلاثة الباقيون ما زعموا أنهم قتلوا الأب بغير حق؛ لأنهم قالوا: عايناه زنى والراجع لم يعاينه، ومن زنى وهو محصن يصير مباح الدم بنفس الزنا قبل القضاء، إلا أن قبل القضاء لا ينبغي لمن عاين زناه أن يقتله، فإنه متى قتله يقتل به، لأنه لا يصدق في دعوى الزنا عليه، ولا يمكنه إثبات زناه بعد قتله بالبينة في حق القاضي، فكان للقاضي أن يقتله حتى لو كان القاضي عاين زناه لا يقتله. وإن كان قتله قبل القضاء وههنا علم القاضي بزنا المرجوم لما شهد عنده أربعة نفر عليه بالزنا ولم يصح رجوع واحد منهم في حق القاضي، فبقي علم القاضي بحاله، فلا يصير الثلاثة الباقيون مقربين على أنفسهم بالقتل بغير حق، فلا يحسد الثلاثة الباقيون على الشهادة؛ لأنهم لم يقرّوا على أنفسهم بالقذف بعد قتل أبيهم لقيامهم على الشهادة. ولو صاروا صادقين صاروا قاذفين بشهادتهم يوم الشهادة لكونهم ثلاثة وقد قتل المقدوف بعد ذلك.

ومن قذف حياً ثم مات المقدوف لا حد على القاذف عندنا بخلاف الراجع، فإنه

مقتله، ثم رجع واحد من الشهود عن شهادته غُرمَ الراجع ربع الدية ويكون ذلك في ماله لوجوبه باعترافه، ويكون في ثلاث سنين اعتباراً لبعض بدل النفس بالكل، ويكون ذلك بين ورثة المرحوم، ويرث هذا الراجع لأنه مسبب للقتل وليس بمباشر، فلا يحرم من الميراث فيرفع عنه قدر حصته ويغرم الباقي إن كان نصيبه لا يفي بربع الدية. قالوا: إنما يغرم الراجع ربع الدية إذا قال الذين لم يرجعوا: إن أبانا زان كما شهدنا رأينا ذلك منه ولم يَرَهُ فشهد بباطل، فكان الضمان واجباً في هذه الحالة باتفاق الكل. فأما إذا قال له الباقيون رأيت معنا زنا الأب، وكذبت في الرجوع لا يغرم الراجع بشيء لأنه؛ وإن أقر لهم بوجوب ربع الدية فهم [١/٤٢٤] كذبوه في ذلك، والمقرُّ له إذا كذب المقر في إقراره يبطل إقراره ويجب حد القذف على هذا الراجع عند علمائنا الثلاثة؛ لأن كلامه انقلب قذفاً وقت الرجوع مقصوراً على حالة الرجوع، فصار هو قاذفاً ميتاً محصناً، وقذف الميت المحصن يوجب الحد، سواء كان القاذف ولده أو أخاه أو أجنبياً، إلا أن الذين شهدوا معه ينكرون وجوب حد القذف على الابن الراجع، فلا يكون لهم أن يخاصموه في ذلك، فبعد هذا ينظر إن كان للمرحوم والد أو جد أو ولد آخر غير الشهود كان له أن يخاصم الراجع في الحد، لأن هذا الحد إنما يجب دفعاً للعار [عن] نفسه لا بطريق الإرث فيجب لكل من يتعير بسبب هذا القذف ومن ذكرنا من الولد والوالد والجدة يعيرون بسبب هذا القذف، فيجب لهم الحد دفعاً للعار عن أنفسهم.

وإن لم يكن للمرحوم ولد آخر ولا والد ولا جد وكان لبعض الشهود ولد ينظر إن كان ذلك ولد الراجع لم يكن له أن يخاصم أباه في الحد، لأنه محجور عن استيفاء الحد عن أبيه، ألا ترى أنه لو قذفه ابتداء لم يكن له ولاية استيفاء الحد عن أبيه فهنا أولى، وإن كان الولد ولد واحد من الذين لم يرجعوا كان له حق استيفاء الحد من الراجع لما ذكرنا أن هذا الحد يجب لكل من يتعير بسبب هذا القذف، وولد الابن يتعير بقذف الجد الميت كالولد، فيجب لهم الحد ابتداء لا بطريق الإرث لكن شرطه عجز الأب عن الاستيفاء وقد عجز القائمون على الشهادة عن الخصومة في الحد لما مر، فيثبت لأولادهم، وللرجل أن يقيم الحد على عمه بخلاف ولد الراجع؛ لأنه لو ثبت له، ولاية الإقامة كان مقيماً الحد على أبيه، وليس لأحد أن يقيم الحد على أبيه، فلهذا افترقا.

هذا الذي ذكرنا إذا كان الشهود رجموا المشهود عليه ولم يقتلوا، فأما إذا رجموه وقتلوه ثم رجع واحد منهم عن شهادته ولا وارث للميت غير هؤلاء الشهود، فالمسألة على ثلاثة أوجه: أما إن قال الباقيون للراجع: كذبت في رجوعك وصدقت في شهادتك أو قالوا: كان الأب زانياً ولكنك لم تترزناه ولا تدري أنك رأيت زنى أم لا وقد شهدت بالباطل، أو قالوا: لم يزن الأب وقد كذبت في قولك: إنه زان.

ففي الوجه الأول: لا يغرم الراجع شيئاً من دية الأب، ولا يحرم من الميراث، لأنه وإن أقر بوجوب ربع الدية على نفسه لهم وبحرماته عن الميراث، إلا أن الباقيين لما صدقوه في الشهادة وكذبوه في الرجوع فقد أبرؤوه عن الضمان وأقروا له بالشركة في

يجب على الراجع شيء، فإن رجع أحد بعد ذلك كان على الراجعين ربع الدية ويضربان حدّ القذف.

والأصل في هذا الجنس من المسائل أن العبرة لبقاء من بقي من الشهود على الشهادة لا لرجوع من رجع، لأن الثابت بعلة لا يبطل ما بقيت العلة، وقد عرف هذا الأصل في كتاب الرجوع عن الشهادات.

فإذا كان الشهود خمسة ورجع واحد منهم لا يجب عليه شيء من الدية ولا يحد حد القذف، لأنه بقي بعده من يقوم بشهادته كل الحق وهم الأربعة، أو قضاء القاضي بكونه زانياً مقتولاً بحق فثبت بشهادة الأربع، فيبقى ببقائهم فبقي القتل بحق، فلا يجب عليه حد القذف. أكثر ما في الباب أن في زعم الراجع أنه قذف المحصن إلا أن زعمه قد بطل بقضاء القاضي بكونه زانياً، فإذا رجع اثنان كان على الراجعين ربع الدية؛ لأن بعد رجوعهما لم يبق من الشهود إلا من يقوم به ثلاثة أرباع الحق، وتلف الربع مضاف إلى الراجعين؛ إذ ليس أحدهما لإضافة التلف إليه بأولى من الآخر فيجب عليهما ربع الدية وعليهما حد القذف، لأن القضاء انفسخ في حقهما فيجب عليهما حد القذف ولهذا.

وفي «المنتقى»: خمسة شهدوا على رجل بالزنا وهو غير محصن، فجلده القاضي الحد ثم وجد أحد الخمسة محدوداً في القذف أو عبداً، ثم رجع أحد الشهود الأربعة يحد هؤلاء ولا يحد الذي وجد عبداً أو محدوداً في القذف، لأنه قاذف وقد شهد على المقذوف أربعة بالزنا وحد به.

وفيه أيضاً: شهد أربعة رجال وأربعة نسوة على رجل بالزنا وهو غير محصن فضرب الحد، ثم رجعوا جميعاً ضرب الرجال الحد ولم تضرب النساء، لو رجعوا قبل أن يضرب الحد حد الرجال والنساء جميعاً.

وفيه أيضاً: أربعة شهدوا على رجل بالزنا هو غير محصن، فضرب الحد فمات من ذلك، ثم رجعوا ضربوا الحد وضمنوا الدية، ولو مات قبل تمام الحد ضمنوا الدية ولم يضربوا الحد، وهم في هذا الوجه قذفة قبل موته، ولو ضرب الحد ثم مات من غير الحد ثم رجعوا ضربوا الحد.

قال محمد رحمه الله في «الجامع»: رجل شهد عليه أربعة من بنيه أو إخوته أو بني عمه بالزنا وهو محصن والشهود عدول، ف قضى القاضي عليه بالرجم، فإنه يأمر الشهود إذا أراد رجمه أن يبدؤوا بالرمي، فالسنة أن يبدأ الشهود بالرمي ثم الإمام ثم الناس على ما نبين بعد هذا إن شاء الله.

ولما كان هذا كان مراعاة هذه السنة حق الشرع، وحق الشرع لا يشفق بحق الأبوة ولكن مع هذا يؤمر الشهود بمراعاة حق الأبوة في أن لا يتعمدوا قتله، وكذلك الأخ والعم والخال لا يقصدون المقتل، فأما ابن العم يباح له أن يقصد المقتل لأن قرابته غير متأكدة بالمحرمة. ولهذا قلنا لا بأس للعادل أن يقتل ابن عمه الباقي.

فإن رجم هؤلاء الأولاد أباهم فلم يصيبوا مقتله ورجمه الناس بعد ذلك وأصابوا

الأول: إذا رجع واحد منهم قبل القضاء والإمضاء، وفي هذا الوجه يحد الراجع حد القذف باتفاق من علمائنا، واختلفوا في الباقيين، قال علمائنا الثلاثة رحمهم الله: يحدون، وقال زفر رحمه الله: لا يحدون، والوجه لعلمائنا في ذلك أن العدد عن الأربع قد انتقص من كل وجه برجوع الراجع قبل القضاء، فيصيرون قَذْفَ كما لو امتنع الرابع من أداء الشهادة، وبيان الوصف أن شهادة الراجع انفسخت حقيقة وحكماً، أما حقيقة فلأن الرجوع فسخ للشهادة، وأما حكماً فلأن حكم الشهادة وجوب القضاء على القاضي، وقد سقط القضاء عن القاضي برجوع الشاهد. وإذا انفسخت الشهادة حقيقة وحكماً ثبت النقصان من كل وجه، والتقريب ما ذكرنا، يبقى قول الخصم: إن رجوع الراجع لا يعمل في حق غيره. قلنا: بعد القضاء يكون هكذا، أما قبل القضاء رجوع الراجع يعمل في حق غيره، ألا ترى أن في باب المال صار القضاء حقاً للمشهود له، وقد بطل هذا برجوعه. وفي مسألتنا وجب على القاضي القضاء بالجلد حقاً للشرع وبطل ذلك برجوعه أيضاً، فدل أن رجوع الشاهد قبل القضاء يعمل في حق غيره فينتقص العدد من كل وجه.

الوجه الثاني: إذا رجع [٤٢٣ب/١] واحد منهم بعد القضاء والإمضاء. وفي هذا الوجه يحد الراجع حد القذف ويغرم ربع الدية، فإن رجع أحد بعد ذلك يحد الراجع أيضاً حد القذف ويغرم ربع الدية أيضاً، أما وجوب ربع الدية على الشاهد فلأن كل واحد منهم أتلف ربع النفس حكماً بإيجاب القتل عليه، وأما وجوب حد القذف على الراجع فمذهب علمائنا الثلاثة.

والوجه في ذلك: أن رجوع الشاهد صح في حقه حقيقة وحكماً، فيصير قاذفاً له فيُحد كما لو رجع قبل القضاء، وإنما قلنا: صح في حقه حقيقة؛ لأن الرجوع فسخ الشهادة وإلى الشاهد فسخ الشهادة في حقه، وأما حكماً ألا ترى أنه لزمه ربع الدية، وإذا صح الرجوع في حقه حقيقة وحكماً انفسخت الشهادة في حقه من كل وجه فيصير قاذفاً له ولا يحد الباقيون، لأن رجوع الشاهد بعد القضاء والإمضاء لا يعمل في حق غيره، فلم ينتقص العدد عن الأربع من كل وجه فلم يصير الباقيون قذفة. ولو قذف رجل هذا المرجوم لا يحد القاذف لما ذكرنا أن رجوع الشاهد بعد القضاء لا يعمل في حق غيره.

الوجه الثالث: إذا رجع واحد منهم بعد القضاء قبل الإمضاء، وفي هذا الوجه يمتنع الإمضاء ويحد الراجع ولا يحدون قياساً، وبه أخذ محمد رحمه الله، ويحدون استحساناً، وبه أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف.

والوجه لهما في ذلك: أن رجوع أحدهم قبل الإمضاء ينزل منزلة رجوعه قبل القضاء حقيقة وحكماً، أما حكماً فإنه يسقط الحد عن المشهود عليه كما لو رجع قبل القضاء؛ وأما حقيقة فما عرف أن الإمضاء في باب الحدود هو القضاء، أو هو من القضاء لأنه هو المقصود، ولهذا اختص الإمضاء بولاية القضاء فهو معنى قولنا: إن رجوع أحدهما قبل الإمضاء نزل منزلة رجوعهم قبل القضاء والتقريب ما مر.

ولو كان الشهود خمسة والحد رجم، فرجع واحد منهم بعد القضاء والإمضاء لا

فصل

فيما إذا تبين أن الشهود ليسوا أهلاً للشهادة

إذا قضى القاضي عليه بالرجم فقتله رجل عمداً، ثم وجد الشهود عبيداً أو مكاتبين أو عبداً قد أعتق بعضه وهو يسعى في بعض قيمته أو كافراً أو محدوداً في قذف، هل على الرجل الذي قتله عمداً شيء؟ وهي مسألة «الجامع الصغير» القياس أن يجب على القاتل القصاص، وفي الاستحسان لا يجب عليه القصاص، وإنما تجب الدية في ماله في ثلاث سنين.

وجه القياس في ذلك وهو أنه قتل نفساً محقون الدم عمداً بفعل لم يؤمر به، فيجب عليه القصاص قياساً على ما لو قتل بالقضاء، وإنما قلنا قتل نفساً محقون الدم؛ لأنه لما ظهر أن الشهود عبيد ظهر أن قضاء القاضي لم يصح ولم يصبر مباح الدم فبقي محقوناً، وقد قتله بفعل لم يؤمر به؛ لأن المأمور به الرجم وهذا قتله بالسيف، فلم يوافق أمر القاضي حتى يصير فعله منقولاً إلى القاضي، فيبقى مقصوراً عليه، بخلاف ما لو رجمه بالحجارة ثم ظهر أن الشهود عبيد، فإنه لا ضمان عليه وإن ظهر أنه قتل نفساً محقون الدم، لأن هناك القتل حصل بفعل مأمور، والمأمور إذا وافق الأمر ينتقل فعله إلى الأمر، فيصير كأن القاضي هو الذي فعل بنفسه.

إلا أنه استحسن وقال: لا يجب عليه القصاص قياساً؛ لأن قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر ولم ينفذ من حيث الباطن، ولو نفذ ظاهراً وباطناً تثبت حقيقة الإباحة في المقضي به، فإذا نفذ ظاهراً لا باطناً تثبت شبهة الإباحة، وكان المقضي له بالقصاص إذا قتل المقضي عليه ثم جاء المشهود بقتله حياً، فإنه لا يقتص؛ لأن القضاء نفذ ظاهراً إن لم ينفذ باطناً، فأورث ذلك شبهة فكذا ههنا، وتجب الدية في ماله؛ لأن القتل كان عمداً إلا أنه تعذر إيجاب القصاص لمكان الشبهة فتجب الدية في ماله، كما في المقضي له بالقصاص إذا قتل ثم جاء المشهود بقتله حياً.

وذكر في «المنتقى» برواية ابن سماعة عن محمد: أربعة شهدوا على رجل بالزنا فانطلق به ليرجم فضرب رجل عنقه بالسيف، أو زرقه بمزراق، أو طعنه برمح، أو رماه بالسهم وقتله ثم وجد الشهود عبيداً، فالديه على القاتل في ماله، ولو رماه بالحجارة قبل أن يبلغ به الموضع الذي أمر الإمام برجمه فقتله ثم وجد الشهود عبيداً لم يكن عليه شيء، والديه على بيت المال، ولو رماه قبل أن ينتهي به المكان الذي أمر الإمام برجمه فيه، ورماه بالسيف رمياً، أو رماه بالسهم رمياً بيده بغير قوس فقتله وباقي المسألة بحالها، فالدية في بيت المال، لأن هذا لم يخالف القتل التي أمر به فيها، وليس هذا بقتل بالسيف والسهم، القتل بالسيف أن يضرب به والقتل بالسهم أن يرمي به بالقوس، فإذا رمى بالسيف أو رمى بالسهم بيده لم يكن مخالفاً، ألا ترى أنه لو رماه بسنخة حديدية عظيمة أو بخشب عظيم فقتله لم يكن مخالفاً.

نوع آخر من هذا الفصل

أربعة شهدوا على رجل بالزنا ثم رجع واحد منهم، فهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

القاضي بالرجم وجب عليه القصاص إن كان عمداً، وإن كان خطأً على عاقلته الدية، فإذا قتله قبل التزكية؛ لأن يجب عليه القصاص إذا قتله عمداً وعلى عاقلته الدية إن كان خطأً أولى لأن شهادة الشهود بعد التزكية أوجب من شهادتهم قبل التزكية.

الفصل الثاني: إن كان الشهود قد زكّوا أو عدّلوا غير أن القاضي لم يقض برجمه فقتله إنسان عمداً أو خطأً كان على قاتله القصاص إن كان عمداً والدية في ماله إن كان خطأً، لأنه قتل نفساً محقون الدم بغير حق؛ لأنه إنما يصير مباح الدم بقضاء القاضي، لأن الشهادة لا توجب حكمها قبل القضاء لاحتمال إيصال الحرج بها كما في المال، وإنما يسقط اعتبار الاحتمال ضرورة صحة القضاء بها فقبل القضاء لا ضرورة.

فإن قيل: كان يجب أن لا يجب للقصاص على قاتله، لأن سبب الإباحة قد وجد وهي الشهادة حالة القتل إلا أنها لم تعمل في إثبات الإباحة قبل القضاء، وقيام السبب يورث شبهة وإن امتنع عمله لمانع كالبيع بشرط الخيار، والجواب عنه أن يقال: هذا هكذا أن لو تم السبب ولم يعمل عمله لمانع كالبيع بشرط الخيار، فإن السبب ثمة تام إلا أنه لم يعمل عمله لمانع وهو الخيار. فأما إذا لم يتم السبب وإنما وجد بعض السبب، فإنه لا يعتبر لأنه يورث شبهة الشبهة؛ لأن الثابت حال تمام السبب إذا لم يعمل لمانع الشبهة، فيكون الثابت حال بعض السبب دون ذلك، وذلك شبهة الشبهة وهنا الثابت بعض السبب؛ لأن الشهادة قط لا توجب حكمها بدون القضاء، فيكون القضاء شرطاً لتمام السبب لا ليكمل السبب عمله بعد تمامه بخلاف البيع بشرط الخيار [١/٤٢٣] إذ البيع يتصور موجباً لحكمه من غير سقوط الخيار بأن لم يشترط فيه خيار، وكما يجب ضمان بعينه في هذين الفصلين يجب ضمان أطرافه حتى لو قطع إنسان يده أو فقا عينه ضمنه إلحاقاً للأطراف بالنفس.

الفصل الثالث: إذا قضى القاضي برجمه فقتله إنسان عمداً أو خطأً ليس على عاقلته شيء؛ لأنه قضى بالرجم فقد قضى بإباحة دمه فصار مباح الدم، ومن قتل إنساناً مباح الدم لا يكون عليه ضمان كما لو قتل مرتداً إلا أن يكون مسيئاً فيما فعل لوجهين؛ أحدهما: أنه رجم قبل بداية الشهود. والثاني: أن القتل شرع بالحجارة، فهذا لما قتله بالسيف فقد خالف السنة، فصار مسيئاً إلا أن المخالفة من هذا الوجه لا توجب القصاص، كما لو أحرق مرتداً بالنار لا ضمان عليه، وإن كان مسيئاً فيما صنع فكذلك هذا.

وكما لا يجب ضمان نفسه في هذا الفصل لا يجب ضمان طرفه حتى لو قطع إنسان يده أو فقا عينه لا شيء عليه؛ لأن عصمة أطرافه قد سقطت لسقوط عصمة نفسه. ولو رجع الشهود عن شهادتهم بعدما قتله إنسان في هذه الصورة فلا شيء على القاتل؛ لأن رجوع الشاهد يعمل في حقه ولا يعمل في حق غيره^(١).

(١) تقدم للمؤلف أن المسألة على فصول أربعة، وذكر ثلاثة فصول فقط. ولعل الفصل التالي هو الفصل الرابع.

قائمة على الإثبات إلا أن البيّنة وإن قامت على الإثبات، فإنها ترد إذا ثبت كذب الشاهد، فيما شهدوا به بيقين كرجل ادعى عبداً في يد إنسان، ادعى أنه ملكه منذ عشر سنين وشهد الشهود بذلك والعبد طفل رضيع، فإن الشهادة لا تقبل وإن قامت على الإثبات، لأنها كاذبة بيقين فكذلك ههنا عرف القاضي بكذب هذه الشهادة بيقين لما ثبت عنده موت القاضي قبل الوقت الذي شهدوا بإقامة الحد فيه بيقين وثبت كونه في أرض كذا في الوقت الذي شهد الشهود بإقامة الحد فيه، وكان بمنزلة ما لو شهدوا أنه حدّه اليوم ابن أبي ليلى فإنه لا يقبل وإن قامت على الإثبات؛ لأنها كاذبة بيقين بخلاف ما إذا لم يكن موته وكونه في أرض كذا في الوقت الذي شهد الشهود بإقامة الحد فيه ظاهراً مستفيضاً، فإن القاضي يقضي بكونه محدوداً في قذف لأن القاضي لم يعرف كذب الشهود بيقين، لو ثبت كذب الشهود فإنما يثبت بما أقام المشهود عليه من البيّنة، وقد ذكرنا أن بيّنة المشهود عليه قامت في غير محلها؛ لأنها قامت على النفي، فصار وجودها وعدمها بمنزلة، كما لو قامت على الإثبات والشهود عبيد.

فرق بين هذا وبينما إذا شهد شاهدان أن فلاناً طلق امرأته يوم النحر بمكة، وشهد آخران أنه أعتق عبيده في ذلك اليوم بعينه بكوفة، فإن القاضي لا يقضي بواحدة من البيّتين هنا. لو شهد شاهدان على الشاهد أن قاضي الكوفة حدّه يوم النحر من سنة كذا بكوفة، وأقام المشهود عليه أنه يوم النحر من تلك السنة كان بمكة، فإن القاضي يقضي ببيّنة الحد، ولا يلتفت إلى البيّنة الأخرى.

ووجه الفرق بينهما: أن كلا البيّتين في مسألة الطلاق والعتاق قامت في محلها فإن كل واحد منهما قامت على الإثبات، وكانت كل واحدة من البيّتين معارضة الأخرى وإحداهما صادقة والأخرى كاذبة، وليست إحداهما بأن تجعل صادقة والأخرى كاذبة بأولى من الأخرى فتهاترتا فأما ههنا بيّنة المشهود عليه على الموت والغيبة قامت على النفي باعتبار المقصود وإنما على النفي ليست بحجة، فصار وجودها وعدمها بمنزلة، ولو عدم وجب القضاء بالأولى، لأنه لا معارض لها وكذلك هذا وصار وزان مسألة الطلاق والعتاق أن لو كان أحد الفريقين عبيداً أو كفاراً أو محدوداً في قذف، فإن القاضي يقضي بالبيّنة الأخرى، لأنه لا معارض لها فكذلك هذا.

نوع آخر

من هذا الفصل

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فأمر الإمام برجمه فقتله إنسان عمداً أو خطأ. فاعلم بأن هذه المسألة تشتمل على فصول أربعة:

الفصل الأول: أن يشهد أربعة على رجل بالزنا فيحبسه القاضي لينظر فيقتله رجل في الحبس عمداً أو خطأ، والحكم فيه أنّ على القاتل القصاص إن كان القتل عمداً، وعلى عاقلته الدية إن كان القتل خطأ، لأنه لو قتله بعدما زكت الشهود قبل أن يقضي

الذين شهدوا عليه أنه محدود في القذف فالقاضي يسأل الشاهدين من حده، وذلك لأن إقامة حد القذف إن حصل من السلطان أو نائبه فإنه تبطل شهادته، وإن حصل إقامة الحد من واحد من الرعايا بغير إذن الإمام فإنه لا تبطل شهادته، فلا بد من السؤال عن الذي حده ولا يحمل مطلق شهادتهم بكونه محدوداً في قذف على أن الإقامة كانت من السلطان أو نائبه، لأن رد الشهادة في حد القذف من الحد فيستقصي في السؤال عنه كما يستقصي في السؤال متى قامت على حد الزنا إن قالوا: حده قاضي كورة كذا وسموه، فقال المشهود بحد القذف: أنا أقيم البينة على إقرار ذلك القاضي إنه لم يحذني ولم تؤت واحدة من البيتين وقتاً، فإن القاضي يقضي بكونه محدوداً في القذف، ولا يمتنع القاضي من القضاء بكونه محدوداً في قذف بسبب بيّنة الإقرار لوجهين:

أحدهما: أن العمل بالبيتين ممكن إذا لم تؤت واحدة من البيتين وقتاً فحمل بيّنة الإقرار على ما قبل إقامة الحد وبيّنة إقامة الحد تحمل على ما بعد الإقرار كأن القاضي أقرّ قبل إقامة الحد إنه لم يوجد حد القذف، ثم أقام عليه حد القذف بعد ذلك، وما أمكن العمل بالبيتين لا يعطل واحدة منهما.

والثاني: أن البينة على الإقرار قامت على النفي من حيث المقصود، لأن المقصود من إثبات هذا الإقرار على القاضي نفي الحد لا بقوت حكماً آخر فكانت هذه البينة باعتبار المقصود قائمة على النفي، والبينة على النفي لا تقبل، فصار وجود هذه البينة وعدمها بمنزلة وإن كان الشهود قد وقتوا في ضربه وقتاً بأن شهدوا أن قاضي بلد كذا حدّ هذا حد القذف سنة سبع وخمسين وأربعمئة مثلاً، فأقام المشهود عليه البينة أن ذلك القاضي قد مات سنة خمس وخمسين وأربعمئة أو أقام البينة أنه كان غائباً في أرض كذا سنة سبع وخمسين، فإن القاضي يقضي بكونه محدوداً في القذف ولا يلتفت إلى بيّنته.

ولا تجيء في هذه المسألة الطريقة الأولى التي ذكرناها في المسألة الأولى من إمكان العمل بالبيتين، لأن العمل بالبيتين ههنا غير ممكن.

وإنما تجيء الطريقة الأخرى هنا: أن بيّنة المشهود عليه من حيث المعنى قائمة على النفي، لأن المقصود من إثبات موت القاضي قبل ذلك نفي الحد لا حكم آخر يتعلق بالموت، وكذلك المقصود من إثبات نفي الحد لا حكم آخر يثبت بالغيبة فكانت بيّنة المشهود عليه قائمة على النفي، والبينة على النفي غير مقبولة فصار وجود هذه البينة وعدمها بمنزلة إلا أن يكون أمراً مشهوداً فحينئذ لا يقضي بكونه محدوداً في قذف بأن كان موت القاضي قبل الوقت [٤٢٤ب/١] الذي شهد الشهود بإقامة الحد فيه مستفيضاً ظاهراً فيما بين الناس عِلْمُهُ كل صغير وكبير وكل عالم وجاهل أو كان كون القاضي في أرض كذا في الوقت الذي شهد الشهود بإقامة الحد فيه ظاهراً مستفيضاً عرفه كل صغير وكبير وكل عالم وجاهل، فحينئذ لا يقضي بكون الشاهد محدوداً في قذف ويقضي على المشهود عليه بحد الزنا، وذلك لأن بيّنة المشهود عليه على ما أقامها قائمة على النفي فصار وجودها وعدمها بمنزلة، فبقي بيّنة المشهود عليه على كونه محدوداً في قذف وإنها

عالم بالحفر، فوقع لا ضمان على الحافر ثم الحافر يضمن إذا كان الماشي لا يعلم بالحفر؛ لأن الحفر له أثر في الإتلاف، وما وجد من المزكي ههنا لا أثر له في الإتلاف لأنه بالتزكية أثبت خصلاً حميدة في الشاهد، ولا أثر للخصال الحميدة في الإتلاف [١/٤٢٢] إذا لم يكن لما أثبتته المزكي أثر في الإتلاف لم يكن مسبباً وكان بمنزلة شهود الشرط في العتق لا يضمنون، وإن كان لولا شهادتهم بالشرط لما تلف العبد؛ لأنه لا أثر للشرط في العتق بحال فكذا هذا.

ولأبي حنيفة عبارتان إحداهما: أن الأمر كما قالوا إلا أن للتزكية أثر في الإتلاف لأن سبب الإتلاف الشهادة بالزنا والحرية والبلوغ عن عمل الذي أثبتته المزكي في الشاهد أثر في إثبات ولاية الشهادة، فإن الشهادة إثبات ولاية على الغير، وبالحرية والبلوغ عن عمل يثبت الولاية على الغير، وإذا كان له أثر في الإتلاف كان بمنزلة المسبب، والمسبب إذا كان متعدداً في السبب يضمن والمزكي متعدداً لما تعدد التزكية مع العلم بحاله، بخلاف شهود الإحصان إذا رجعوا حيث لا يضمنون؛ لأنهم ما سببوا الإتلاف لأنه لا أثر للإحصان في الإتلاف، لأنه لا تثبت به ولاية في الشهود، وإنما يثبت خصال حميدة في الزاني، وإنه لا أثر لعيب في الإتلاف.

العبارة الثانية: أن التزكية جارية مجرى غلبة العلة لأن العلة المظهرة للزنا الشهادة، وإنما صارت الشهادة حجة بتزكيتهم، وكانت التزكية علة ظهور الزنا، وقد تعذر إضافة الحكم إلى العلة فيضاف إلى علة العلة كما في حفر البئر، فإن علة التلف ثقل الماشي والحفر علة معاملة لهذه العلة، وتعذر إضافة التلف إلى الثقل الذي هو علته، لأنه معذور، فأضيف إلى علة العلة وهي الحفر كذا ههنا.

هذا إذا ظهر أن الشهود عبيد أو كفار أو محدودون في القذف، فأما إنهم فسقة ورجع المزكون عن التعديل، وقالوا: عرفناهم فسقة إلا أنا تعمداً التعديل فإنهم لا يضمنون لأن المزكي في هذه الصورة ليس بمسبب لأنه ما أثبت إلا انزجاره عن الكبائر ولا أثر لها في إثبات ولاية الشهادة إنما تثبت بالحرية والبلوغ عن عقل وبالإسلام، والانزجار عن الكبائر إنما يشترط للرحجان، وما يعتبر للرحجان لا يصلح علة، ولهذا قالوا: لو تعدد القاضي القضاء بشهادة الفساق نفذ قضاؤه، وإذا لم يكن للتعديل مع قيام ولاية الشهادة أثر في الإتلاف كان بمنزلة شاهدي الإحصان وشاهدي الشرط، بخلاف ما لو أخبر أنه حر مسلم فإن له أثر في الإتلاف، وهذا إذا قال المزكي: هم أحرار مسلمون عدول.

فأما إذا قال: عدول لا غير، ثم ظهر أن الشهود عبيد لا ضمان عليهم، لأن المزكي بهذه التزكية لم يثبت ما له أثر في الإتلاف لأنه أثبت مجرداً لا تثبت به ولاية الشهادة، ألا ترى أن العبد قد يكون عدلاً وليس له ولاية الشهادة بخلاف ما لو قال: إنه حر مسلم، لأن الحرية والإسلام تثبت ولاية الشهادة فقد أثبت ما له أثر في الإتلاف فلهذا افترقا.

قال محمد رحمه الله: إذا جاء المشهود عليه بالزنا بشاهدين يشهدان على الشاهدين

بيقين؛ لأن خطأ القاضي إنما يظهر بيقين إذا ظهر أنه قضاء بغير شهادة ولم يظهر، لأن الفاسق له شهادة عندنا إلا أنه لم يجب القضاء بها لتهمة الكذب لا لأنه لا شهادة له، ألا ترى أن القاضي إذا ردّ شهادة الفاسق في حادثة ثم تاب وأعاد تلك الشهادة لا تقبل، لأن المردود كان شهادة والشهادة إذا ردت في حادثة لا تقبل أبداً، وهذا بخلاف ما لو ظهر أن الشاهد أعمى أو محدود في قذف أو صبي أو كافر؛ لأن هناك ظهر خطأ القاضي بيقين لأن شهادة هؤلاء ليست بشهادة.

أما العبد والصبي والكافر فلا إشكال، ولهذا قلنا: إذا ردّ القاضي شهادة العبد أو الصبي، ثم عتق العبد أو بلغ الصبي وشهد بعد ذلك تقبل شهادته، لأن المردود كان خبراً لا شهادة ولهذا وجب الرد وإن كان العبد عدلاً، وإذا كان المردود خبراً لا شهادة وكان المقبول خبراً فالإنشاء إنما يعرف بأضدادها والقضاء بالخبر خطأ بيقين.

وأما المحدود في القذف والأعمى: فشهادتهما خبر من حيث الحكم وليست بشهادة بدليل أنها ترد من غير تهمة الكذب، فإن المحدود في القذف وإن كان عدلاً والأعمى وإن كان عدلاً لا يقضى بشهادتهما، والرد من غير تهمة الكذب حكم الخبر لا حكم الشهادة، فإن الرد بأحد طريقتين: إما بتهمة الكذب بعد وجود أصل الشهادة أو بكون المردود خبراً، فإذا ردّ من غير تهمة الكذب دل أنه خبر حكماً وليست بشهادة، والقضاء من غير شهادة خطأ بيقين هذا هو الكلام في المحصن.

جئنا إلى غير المحصن وفيه خلاف على نحو ما بينا، فوجه قول أبي يوسف ومحمد: لوجوب الدية ونقصان الضرب في مال بيت المال ما ذكرنا في المحصن هذا من خطأ القاضي، وجه قول أبي حنيفة: أن القاضي إنما قضى بضرب مؤلم لا بضرب جرح والشهود شهدوا بذلك أيضاً، وإنما حصل الجرح لحماقة الجلاد، فلم يحصل الجرح بخطأ القاضي ولا بشهادة الشهود فلا يجب ضمان ذلك على أحد.

أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فزكاهم نفر وقالوا: إنهم أحرار مسلمون عدول، ثم ظهر أنهم عبيد أو كفار أو محدودون في القذف، إن بقي المذكون على تزكيتهم ولم يرجعوا عن التزكية ولكن قالوا: أخطأنا فلا ضمان عليهم عندهم جميعاً، وإنما يجب الضمان في بيت المال؛ لأن المذكي عامل لغيره كالقاضي، فإذا لحقه ضمان بسبب الخطأ كان له أن يرجع بما ضمن على المعمول له كالقاضي، فيجب الضمان في بيت المال.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا ضمان على المذكين وإنما يجب الضمان في بيت المال. وجه قولهما في ذلك: أن ما يجب من الضمان على المذكي ضمان تعدي، وضمان التعدي إنما يجب إما على المباشر أو على المسبب المتعدي، والمذكي لم يباشر علة الإتلاف فإن علة الإتلاف الزنا، والمذكي ما أثبت الزنا بتزكيته إنما أثبتة شهود الزنا، ولهذا قالوا: لأن الشهود مع المذكين لو رجعوا لكان الضمان على الشهود وليس بمسبب أيضاً للإتلاف، فإن المسبب للإتلاف من يوجد منه صنع له أثر في الإتلاف، ويحصل الإتلاف بعلة أخرى كما في الحفر، التلف حصل بمشي الماشي وثقله، حتى لو مرّ وهو

لأنه لا يتوهم الزنا من المجبوب وكان ما هو المقصود من إقامة الحد حاصلًا.

أربعة شهدوا على رجل بالزنا والإحصان، ورجمه الإمام ثم وجد المرجوم مجبوباً فعلى الشهود الدية لأنه ظهر كذبهم بيقين، فإن كان المشهود عليه امرأة فنظر إليها النساء بعد الرجم فقلن: إنها عذراء أو رتقاء، فلا ضمان على الشهود، لأن الضمان لو وجب على الشهود وجب بقول النساء، وشهادة النساء ليست بحجة في إيجاب الضمان على الغير بخلاف ما لو وجد المرجوم مجبوباً، لأن الجب عرف بشهادة الرجال أو معاينة القاضي، وكل ذلك صالح في إيجاب الضمان على الغير.

نوع آخر

فيما إذا ظهر أن الشهود عبيد أو كفار أو ما أشبه ذلك

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: أربعة شهدوا [٤٢١/ب] على رجل بالزنا وهو غير محصن، فضربه الإمام ثم ظهر أن الشهود كانوا عبيداً أو كفاراً أو محدودين في قذف، أو ظهر أن أحد الشهود كان عبداً أو كافراً أو محدوداً في قذف، وقد مات من الجلد أو جرحته السياط، قال أبو حنيفة: لا ضمان على القاضي ولا في بيت المال، وقال أبو يوسف ومحمد: الضمان في بيت المال الدية إن مات المجلود، وضمان الجراحة إن جرحته السياط، فالكلام في فصلين في المحصن وفي غير المحصن، صورة الكلام في غير المحصن ما ذكرنا.

صورته في المحصن: أربعة شهدوا على رجل بالزنا وهو محصن، أو شهدوا عليه بالزنا والإحصان، فرجمه الإمام ثم وجد أحد الشهود عبداً أو مكاتباً، أو محدوداً في قذف فديته على القاضي ويرجع القاضي بذلك في مال بيت المال بالإجماع.

الأصل في جنس هذه المسائل: أن القاضي متى ظهر خطؤه فيما قضى بيقين فإنه يضمن ما قضى ويرجع بذلك على المقضي له؛ لأن القاضي في القضاء عامل للمقضي له، ومن عمل لغيره عملاً ولحقه في ذلك ضمان من غير تعد من جهته، يرجع بذلك على المعمول له، أصل: المودع والوكيل بالبيع والشراء إذا لحقتهم العهدة، فإنهم يرجعون بذلك على المعمول لهم وطريقه ما قلنا، فكذا ههنا.

ثم ينظر إن حصل القضاء بالمال وكان المال قائماً بعينه بيدي المقضي له أخذه القاضي ورده على المقضي عليه، وإن كان مستهلكاً ضمن قيمته ورجع بذلك على المقضي له، وإن كان قصاصاً يرجع بما ضمن على ولي القصاص؛ لأنه هو المقضي له، وإن كان المقضي به رجباً أو قطع يد في السرقة ورجع بما ضمن في بيت المال؛ لأن المقضي له بالحد عامة المسلمين؛ لأن منفعة إقامة الحد تحصل لهم، فيكون الرجوع بالضمان عليهم وتعدر الرجوع على عامة المسلمين فيرجع في مال بيت المال، لأنه مال عامة المسلمين.

ولو ظهر أن الشهود فساق فلا ضمان على القاضي؛ لأنه لم يظهر خطؤه فيما قضى

وكذلك لو شهد شاهدان أنه زنى بها في ساعة النهار، وشهد آخران أنه زنى بها في ساعة أخرى، فإنه لا تقبل هذه الشهادة، قالوا: وهذا إذا شهد الآخران على ساعة أخرى لا يمكن التوفيق بينهما، بأن شهد اثنان أنه زنى في ساعة يوم الخميس، وشهد آخران أنه زنى بها في ساعة من يوم الجمعة، أو شهد الآخران على ساعة أخرى من يوم الخميس بحيث لا يمتد الزنا إلى تلك الساعة تقبل الشهادة لأن التوفيق ممكن.

ولو شهد اثنان أنه زنى بها في مقدمة هذا البيت، وشهد آخران أنه زنى بها في مؤخرة هذا البيت، القياس: أن لا تُقبل الشهادة؛ لأنهما اختلفا فيما شهدا به، والتوفيق غير ممكن؛ لأن التوفيق غير مشروع لإيجاب الحد؛ لأن في التوفيق احتيال للوجوب والقاضي مأمور بالاحتياط للدرء، وإذا تعذر التوفيق صار الجواب فيه كالجواب في الدارين والبيتين، وفي الاستحسان تقبل الشهادة؛ لأن التوفيق ممكن؛ لأن التوفيق في الحدود مشروع.

ألا ترى لو شهد أربعة على رجل بالزنا، شهد كل واحد منهم أنه زنى بفلانة تقبل الشهادة وتحمل شهادة كل واحد منهم على الزنا الذي شهد به صاحبه، وإن لم ينص على ذلك في شهادته، فإنه لم يشهد الثاني أنه زنى بالزنا الذي شهد به صاحبه، ثم حمل شهادته كل واحد منهم على الزنا الذي شهد به صاحبه، فدل أن التوفيق في باب الحد مشروع، وإذا كان مشروعاً كان التوفيق ممكناً نوفق حتى لا تتعطل البيّنة، والتوفيق ههنا ممكن بأن يكون ابتداء الزنا في مقدم البيت والانتهاء في مؤخر البيت لمكان التجاذب، وإذا أمكن التوفيق وجب التوفيق، وإذا وجب التوفيق فقد اتحد المشهود به بخلاف الدارين؛ لأن التوفيق هناك غير ممكن.

ولو شهد شاهدان أنه زنى بها وعليها ثوب كذا، وشهد آخران أنه زنى بها وعليها ثوب آخر، فالقاضي يقبل هذه الشهادة؛ لأن التوفيق ممكن بأن ظاهر بين ثوبين ووقف كل فريق على أحدهما، فإذا أمكن التوفيق اتحد المشهود به.

نوع آخر

فيما إذا ظهر كذب الشهود في شهادتهم

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: أربعة شهدوا على رجل بالزنا فنظر النساء إليها فقلن: هي بكر، فإنه يدرأ عنها الحد وعن الشهود جميعاً، أما يدرأ عن المرأة لظهور كذب الشهود إذ لا يتصور الزنا الموجب للحد مع قيام البكارة، وقد ثبتت البكارة ههنا بقولهن؛ لأن قول النساء فيما لا يطلع عليه الرجال حجة؛ وأما اندراء الحد عن الشهود لأنه تكامل عددهم في الشهادة على الزنا، وإنما امتنع حكم شهادتهم باعتبار قول النساء فقول النساء لا يعتبر في إيجاب الحد عليهم.

وكذلك لو شهدوا على رجل بالزنا، فإذا هو مجبوب درى الحد عنه وعن الشهود، أما عنه فلظهور كذب الشهود إذ لا يتصور الزنا الموجب للحد مع الجب، وأما عنهم فلأن حد القذف إنما شرع لنفي تهمّة الزنا عن المقذوف، والتهمّة منفية إذا كان مجبوباً؛

حقيقة، وأما حكماً فلائها لا تأثم فكان كل الفعل للرجل، والذين شهدا بالطوعية أثبتا شطر الفعل من الرجل؛ لأنها إذا كانت طائعة فهي زانية حكماً إن لم تكن زانية حقيقة، والرجل زان حقيقة وحكماً، ومعلوم أن الفعل الذي ينفرد به الفاعل غير الفعل الذي يشترك فيه اثنان، ولم تقم الحجة الكاملة على كل فعل وهو شهادة الأربع فلهذا لا يحد الرجل، وأما الشهود فليس عليهم حد القذف بالإجماع.

أما على قول أبي حنيفة: فلائهم اتفقوا على نسبته إلى الزنا في أول الشهادة وذلك يخرج كلامهم من أن يكون قذفاً.

وأما عندهما فلأن الذين شهدا على أنه زنى بها وهي طائعة صاروا قاذفين لها بالزنا، ولكن شهادة الذين شهدا أنه استكرهها أسقط الحد عنها، وهذا بمنزلة ما لو قذف رجل امرأة ثم أقام عليها شاهدين أنها زنت وهي مكرهه، فإنه يسقط الحد عن القاذف فيسقط الحد عن الشهود بالإجماع لعلتين مختلفتين وتبين فائدة اختلاف العلتين بمسألة ذكرت في «الكيسانيات».

وصورتها: لو شهد أربعة على رجل أنه زنى بهذه المرأة [٤٢١/١] وشهد ثلاثة أنها طاعته وشهد الرابع أنه استكرهها، فعلى قول أبي حنيفة لا يقام الحد على أحدهم؛ لأنهم اتفقوا في شهادتهم على نسبها إلى الزنا، فخرج كلامهم من أن يكون قذفاً، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: يقام الحد على الثلاثة في هذه الصورة بخلاف المسألة المتقدمة، لأن في هذه المسألة الثلاثة نسبوها إلى الزنا فصاروا قاذفين بالزنا، والذي شهد أنه استكرهها لم ينسبها إلى الزنا، إذ بشهادة الواحد على الزنا، وهي مكرهه لا يسقط حد القذف عن الثلاثة الذين نسبوها إلى الزنا إذ بشهادة الواحد لا تنعدم النسبة إلى الزنا بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن هناك بشهادة الاثنین أنها كانت مكرهه تنعدم النسبة إلى الزنا، فلا يجب الحد.

ولو شهد اثنان أنه زنى بها بالكوفة، وشهد اثنان أنه زنى بها بالبصرة لا تقبل الشهادة؛ لأنهم اختلفوا فيما شهدوا به والتوفيق به غير ممكن حتى يثبت الاتحاد في المشهود به، فكان المشهود به زنايين مختلفين، وليس على كل واحد منهما إلا شهادة شاهدين.

وإذا لم تقبل هذه الشهادة هل يحد الشهود حد القذف؟ فعلى قول علمائنا الثلاثة لا يحد، ووجه ذلك: أن العدد قد تكامل في حق المشهود عليه فإنه شهد عليه أربعة بالزنا إن لم يتكامل في حق الزنا فيجب حد الزنا من وجه دون وجه فلا يجب بخلاف ما لو شهد اثنان أو ثلاثة بالزنا؛ لأن هناك العدد لم يتكامل لا في حق المشهود عليه ولا في المشهود به، أما ههنا بخلافه.

وكذلك إذا شهد شاهدان أنه زنى بها في قبيلة فلان، وشهد آخران أنه زنى بها في قبيلة أخرى، وشهد شاهدان أنه زنى بها في هذه القرية، وشهد آخران أنه زنى بها في قرية أخرى لا تقبل الشهادة، لما ذكرنا في مسألة الكوفة والبصرة.

فإذا قال: لا أعرف المرأة يتمكن بقوله لا أعرف المرأة شبهة أنها أجنبية أو منكوبة أو خادمة أو خادمة غيره، كما يتمكن شبهه أنهم عرفوا أنها أجنبية منه إلا أنهم لم يعرفوا نسبها واسمها فيجعل ما تمكن من الاشتباه كالمنصوص عليه، وإذا صار كالمنصوص عليه صار كأنهم قالوا: لم نعرف أنها منكوبة أو أجنبية أو خادمة أو خادمة أبيه أو خادمة غيره ولم نعرف اسمها ونسبها، ولو نصوا على هذا لا تقبل شهادتهم، لأن فعل المشهود عليه إنما يكون زناً موجباً للحد إذا كان في الأجنبية، فإذا لم يعرفوا ذلك لم يثبت فعله كاذباً موجباً للحد من كل وجه.

نوع آخر

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: أربعة شهدوا على رجل بالزنا فشهد اثنان أنه استكرهها وشهد اثنان أنها طاوخته قال أبو حنيفة: أدرأ عنهم الحد جميعاً يعني عن الرجل والمرأة والشهود، وقال أبو يوسف ومحمد: يحد الرجل ولا تحد المرأة ولا حد على الشهود هذه المسألة تنبئ عن أصل، وهو: أن المرأة إذا أكرهت على الزنا بقتل فمكنت نفسها من الزنا لا إثم عليها ولا حد، أما الإثم عليها؛ لأن الإثم يستحق بفعل محظور ولا فعل من جانبها على الحقيقة، فإنها ساكتة ولكن في وسعها المعارضة ودفع الرجل فتخاطب بأنه لا تمكن بدفع الرجل، فإذا لم تدفع الرجل مع قدرتها على الدفع بأن كان طائعة فقد تركت الفعل الواجب عن اختيار فتأثم بترك الفعل، والإثم كما يستحق بفعل هو معصية يستحق بترك الفعل الواجب، فأما في حالة الإكراه فهي غير مختارة في ترك الدفع بل هي مضطرة فيثبت نوع رخصة في حقها فلا تأثم بخلاف الرجل، فإنه فاعل فعل الزنا وهو الإيلاج، والإكراه لا يؤثر في رخصة الزنا فهذا هو الفرق بينها وبين الرجل وإذا ثبت نوع رخصة في فعلها لا تستحق به الحد إذ الحد عقوبة والعقوبة إنما تستحق بفعل محظور شرعاً لا بفعل مرخص، وسقوط الحد عن المرأة بحكم الإكراه لا يوجب سقوط الحد عن الرجل، لأن الرجل أصل في الفعل والمرأة كالتابع لا تؤثر في سقوط الحد عن الأصل. فإذا عرفنا هذا جئنا إلى تخريج المسألة.

حجتهما في ذلك: أن الشهود الأربعة اتفقوا على الزنا الموجب للحد في حق الرجل، لأن المرأة إن كانت طائعة فالحد واجب على الرجل، وإن كانت مكرهة، فالحد واجب على الرجل أيضاً، فيجب الحد عليه. ثم أحد الفريقين أثبت بزيادة جناية من الرجل وهو الإكراه على الزنا، وذلك يؤكد جنايته فكيف يصير شبهة. فأما ما اتفقوا على الزنا الموجب للحد في حق المرأة لأنها إن كانت طائعة يجب عليها الحد، وإن كانت مكرهة لا يجب عليها الحد ولم تثبت الطوعية بشهادة الشهود فهذا لا يجب عليها الحد.

حجة أبي حنيفة رضي الله عنه: أنهم شهدوا على فعلين مختلفين في جانب الرجل فلا يقبل كما لو شهد اثنان أنه زنى بها بالبصرة وشهد اثنان أنه زنى بها بالكوفة، إنما قلنا ذلك لأن اللذين شهدا بالإكراه أثبتا كل الفعل من جانب الرجل؛ لأن المرأة في حالة الإكراه لا تكون فاعلة فعل الزنا لا حقيقة ولا حكماً، أما حقيقة فظاهر لأنه لا فعل منها

رضي الله عنه أقر بالزنا بين يدي رسول الله ﷺ بامرأة غائبة وأمر رسول الله ﷺ برجمه^(١)، ولو كانت غيبة المرأة مانعة إقامة الحد لما أمر به.

وإذا ثبت هذا الحكم في الإقرار في الشهادة، لأن الشهادة حجة كالإقرار، فإن قيل: ينبغي أن لا يقام الحد عليه للحال لأن الغائبة لو حضرت يحتمل أنها تدعي النكاح، وعلى تقدير دعواها النكاح لا يقام عليه الحد، فإذا كان احتمال دعوى النكاح ثابتاً يجب أن تصير شبهة مانعة إقامة، قلنا: إذا كانت حاضرة وادعت النكاح فالثابت هو الشبهة، لأنه يحتمل أنها صادقة في الدعوى ويحتمل أنها كاذبة، فعند الاحتمال تثبت الشبهة. وإذا كانت غائبة والغائب شبهة الشبهة؛ لأن حالة الغيبة الثابت احتمال الدعوى وبحقيقة الدعوى يثبت الشبهة، فبالاحتمال يثبت ما دون الشبهة غير معتبرة في موضع ما؛ لأن اعتبارها يؤدي إلى سد باب الحدود وباب الحدود مفتوح شرعاً، فما يؤدي إلى سده يكون باطلاً.

فإن قيل: لو شهد الشهود على رجل أنه سرق من فلان وفلان غائب لم يقطع، وهذا اعتبار شبهة الشبهة، قلنا: إنما امتنع استيفاء القطع لا باعتبار شبهة الشبهة بل بمعنى آخر، وهو أن الدعوى شرط لثبوت السرقة عند القاضي؛ لأن السرقة جناية على حق العبد فالشهادة على السرقة شهادة بملك المسروق للمسروق منه، والشهادة للإنسان على الإنسان لا تقبل من غير دعوى، فإنما امتنع استيفاء القطع [٤٢٠ب/١] لعدم الدعوى لا لشبهة الشبهة بخلاف الزنا فإن الدعوى ليس بشرط لثبوت الزنا عند القاضي إذ الشهادة على الزنا ليست بشهادة لغير الزاني، ولا على غير الزاني حتى يشترط دعواه فلهذا افترقا.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: إذا شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها، فإنه لا يقام عليه الحد، ولو أقر أنه زنى بامرأة لا يعرفها، فإنه يقام عليه الحد، ولا فرق بين المسألتين من حيث الظاهر؛ لأنه كما يشتبه على الشاهد أن الموطوءة أجنبية من الواطيء أم منكوحة يشتبه على الواطيء ذلك بأن كان يتزوج امرأة ولم يرها ولم تُزف إليه، ثم وطئ امرأة بعد ذلك ولم يعرفها يشتبه عليه أنها امرأته التي تزوجها أم أجنبية منه.

ووجه الفرق بينهما: أن اشتباه المنكوحة عن الأجنبية منتف في حق المقر، لأن المقر فيما يقر على نفسه غير متهم، فكما لا يقر على نفسه بالحد كاذباً لا يقر على نفسه بالحد حالة الاشتباه، فلما أقر على نفسه بالزنا انتفى شبهة أن الموطوءة منكوحته، وثبت كونها أجنبية بإقراره، ولما انتفى هذا الاشتباه عن إقراره انصرف قوله: لم أعرفها إلى عدم المعرفة من حيث الوجه والنسب، أي لم أعرفها بوجهها ونسبها، ولكن علمت أنها أجنبية، فيجعل هذا كالمخصوص عليه بخلاف الشاهد، لأنه يقر على غيره والإنسان قد يقر على غيره كاذباً بيقين فيقر على غيره حالة الاشتباه.

(١) أخرجه البخاري في الأحكام حديث ٦٨٢٤، وأبو داود في الحدود حديث ٤٣٧٧.

تأخيرهم فسقاً وحمل أمور المسلمين على الصلاح والسداد واجب ما أمكن، فإذا شهدوا بعد ذلك تمكن في شهادتهم تهمة أنهم تركوا الجهة التي اختاروها في الابتداء وهي جهة الستر لضغينة حملتهم على ذلك، والشهادة تبطل بسبب التهمة، والتهمة التي ذكرناها في الزنا وشرب الخمر لا تتأني في فصل السرقة والقذف والقصاص، لأن الشهود في هذه الأبواب لا يتمكنون من الشهادة إلا بعد الدعوى من العباد ولم توجد الدعوى من العباد حتى الآن، فيكون الشهود في التأخير معذورين، فلا تتمكن تهمة الضغينة في شهادتهم فلا يمكن رد شهادتهم بسبب تهمة الضغينة.

ولهذا قال أصحابنا في باب الزنا وشرب الخمر إذا كان بالتقادم بعد زمان كان الزنا وشرب الخمر في موضع فيه قاض، وجاء الشهود إلى بلد فيه قاضي وشهدوا جازت شهادتهم ببيان تهمة الضغينة في الدعوى في باب السرقة أن المسروق منه مخير في باب السرقة بين حسبتين حسبة أن يدعي السرقة ليقام الحد، فيحصل الانزجار، وحسبة أن لا يدعي السرقة سترأ على المسلم بل يدعي مُطلق الأخذ، لأن في السرقة أخذ وبدعوى الأخذ مطلقاً يحصل إحياء حقه ويقع الصيانة عن سقوط القيمة، فإن اختار الأول يحرم التأخير، فإذا أخر يحمل على أنه اختار حسبة الستر، فإذا عاد يدعي السرقة تمكن في دعواه تهمة أن الضغينة حملته على الدعوى إلا أن تهمة الضغينة تعتبر فيما يندرى بالشبهات وهو الضمان، فيقضى بالضمان إن كان لا يقضي بالقطع وبيان تهمة الضغينة في الشهادة في باب السرقة أيضاً، فإن الشهود يتمكنون من الشهادة في باب السرقة بدون الدعوى، فإن لهم أن يشهدوا كما عاينوا السرقة حتى يحبس القاضي السارق إلى أن يجيء المسروق منه فيدعي بدعوى المسروق منه يشترط لقبول الشهادة لأجل المال لا للحبس، فإذا لم يشترط الدعوى للحبس أمكن للشهود الأداء قبل الدعوى لأجل الحبس، فإذا أخروا يحمل تأخيرهم على أنهم اختاروا الستر، فإذا شهدوا بعد ذلك تمكن في شهادتهم تهمة أنهم تركوا الجهة التي اختاروها في الابتداء الضغينة حملتهم على ذلك، فيمتنع قبول الشهادة.

ثم لم يقدر التقادم تقديراً صريحاً، فظاهر ما يقول في «الجامع الصغير» إلى أن ستة أشهر فما فوقها متقادم، فإنه قال في الرجل يشهد عليه الشهود بسرقة بعد حين، واسم الحين عند الإطلاق ينصرف إلى ستة أشهر. وقد روي في غير رواية الأصول أن الشهر فما فوقه متقادم، وعن محمد أن ثلاثة أيام فما فوقها متقادم وعن أبي يوسف أنه قال: جهدنا بأبي حنيفة حتى يبين لنا في ذلك مدة فأبى وقال: هو على قدر ما يرى الإمام فيه. وإذا شهدوا بالزنا وقالوا نعلم بالنظر بحد المشهود عليه ولا تسقط عدالتهم بتعمد النظر إلى الفرج لأن تعمد النظر حسنة للشهادة مطلقاً شرعاً فلا يوجب سقوط العدالة.

نوع آخر

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: أربعة شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلان عاينه، أو أقر الرجل أنه زنى بفلانة وفلان عاينه يحد الرجل فقد صح أن ماعزاً

وإذا زنى صبي بصبيبة فلا حد عليهما وعليه المهر؛ لأن الصبي مأخوذ بأفعاله، ولو أقر الصبي بذلك لا يلزمه شيء بإقراره، لأن الصبي غير مأخوذ بأقواله. ولو زنى صبي بامرأة حرة فأذهب عذرتها وهي مكروهة، فإنه يضمن المهر بخلاف ما إذا كانت مطاوعة، والفرق أنا لو أوجبنا المهر على الصبي وقد دعت به نفسها لا يفيد الإيجاب، لأن لولي الصبي أن يرجع عليها بمثل ذلك في الحال؛ لأنها أمرت الصبي بأمر وقد لحقه غرم بذلك وصح المهر من المرأة؛ لأن لها ولاية على نفسها فلا يفيد الإيجاب، أما إذا لم يوجد منها الدعاء بل كانت مكروهة لو أوجبنا المهر على الصبي لا يكون لولي الصبي أن يرجع عليها بمثل ذلك، وكان الإيجاب مفيداً فلهذا افترقا.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير» عن أبي حنيفة رضي الله عنه: حربي دخل دارنا بأمان وزنى بذيمة أو مسلمة يجب الحد على الذمية والمسلمة ولا يجب على المستأمن، وقال أبو يوسف: يجب الحد عليهما، وقال محمد: لا يجب الحد على واحد منهما، ولو زنى بمستأمنة فلا حد على واحد منهما عند أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف عليهما الحد، فالأصل عند أبي يوسف: أن الحدود التي تجب لله تعالى خالصاً تقام على المستأمن والمستأمنة في دار الإسلام كما تقام على الذمي والذمية والمسلم، وهذا لأن المستأمن يعتقد حرمة الزنا، وقد قدر الإمام على إقامة الحد عليه لكونه في دار الإسلام، وهو قد التزم أحكام الإسلام مدة مقامه في دار الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات، ولهذا يمنع من الربا ومن شراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعه إذا فعل ذلك.

والأصل عند أبي حنيفة ومحمد أنه لا يقام على المستأمن والمستأمنة ما هو من الحدود الواجبة لله تعالى على الخلوص، لأن الإقامة تنبني على الولاية والولاية تنبني على الالتزام وهو بالأمان التزم حقوق العباد لا حقوق الله تعالى، لأنه إنما يدخل دارنا ليقضي حاجته، فيعاملنا وتعامل معه فيكون ملتزماً ما يتصل بالمعاملة من حقوق لا ما يتصل بالمعاملة من حقوق الله تعالى، ألا ترى أنه لا تضرب عليه الجزية ولا يمنع من الرجوع إلى دار الحرب ومنع الكافر من أن يعود حرباً علينا بعد تمكيننا منه حق الله تعالى، ولو التزم هو شيئاً من حقوق الله يمنع من الرجوع إلى دار الحرب كما يمنع الذمي، وإذا لم يلتزم شيئاً من حقوق الله تعالى بالأمان صار وجود هذا الأمان في حقوق الله والعدم بمنزلة، ولو انعدم الأمان كان لا يقام عليه شيء من هذه الحدود فكذا ههنا.

والمنع من شراء المصحف ومن شراء العبد المسلم لحق المسلمين، لأن الاستحقاق بالمصحف، والعبد المسلم يغيظ المسلمين وهو ملتزم حقوق المسلمين، وإنما يقتل قصاصاً؛ لأن القصاص حق العبد، ولهذا لا يصح الرجوع عنه بعد الإقرار ويسقط بالعفو وهو ملتزم حقوق العباد.

وإذا قذف مسلماً إنما يقام عليه حد القذف وإن كان معظم الحق فيه لله تعالى، لأن للعبد فيه نوع حق، ولهذا لم يصح الرجوع عنه بعد الإقرار، والمستأمن بالأمان التزم

حقوق العباد إن لم يلتزم [٤٢٨/أ] حقوق الله تعالى، فإن اعتبرنا حق العبد يلزمه حق الله تعالى لأنه لا يمتاز عنه، وإن اعتبرنا حق الله تعالى لا يلزمه حق العبد؛ لأنه لا يمتاز عنه، فنقول: اعتبار حق العبد أولى؛ لأنه وجد من المستأمن التزام حق العبد ولم يوجد منه التزام حق الله تعالى، والعمل بما وجد فيه الالتزام أولى من العمل بما لم يوجد فيه الالتزام؛ لأن أحدهما يرجع إلى وجود الدليل والآخر يرجع إلى عدم الدليل، ولا شك بأن العمل بالدليل أولى من العمل بعدم الدليل.

ثم إن أبا حنيفة رضي الله عنه يحتاج إلى الفرق بين الحربي إذا زنى بالمسلمة أو الذمية وبين المجنون إذا زنى بعاقلة، فإن هناك كما لم يوجب الحد على الرجل لم يوجبه على المرأة، وههنا أوجب الحد على المرأة ولم يوجبه على الرجل.

والفرق: أن زنى المستأمن زناً حقيقة وشرعاً، أما حقيقة فلا شك، وأما شرعاً فلا نه حرام ليس فيه شبهة الإباحة وهو يعتقد حرمة؛ لأن الزنا حرام في الأديان كلها، وإذا لم تتمكن شبهة الإباحة في فعل الرجل لا يتمكن شبهة الإباحة في فعلها أيضاً لكن لم يجب الحد على الرجل مع كون فعله زناً لعدم التزام الحد، وهذا المعنى لم يوجد في جانب المرأة، فأما فعل المجنون إن كان زناً حقيقة فهو ليس بزناً شرعاً، لأنه ليس بحرام على ما عرف.

وإذا لم يكن فعل الرجل حراماً يتمكن في فعل المرأة شبهة الإباحة؛ لأن فعلها في باب الزنا تبع لفعل الرجل، فهذا هو الفرق، وفي كل موضع درى الحد يجب المهر؛ لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن عقوبة أو غرامة.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: سلطان أكره رجلاً على الزنا ففعل كان أبو حنيفة يقول أولاً: إنه يحد وهو قول زفر، ثم رجع أبو حنيفة وقال: لا يحد.

وجه قوله الأول أنه قارن الإكراه ما يمنع حكم الإكراه فلا يثبت حكم الإكراه قياساً على المكروه على البيع بألف إذا باع بألفين وإنما قلنا ذلك لأن الزنا لا يتصور من الرجل إلا بانتشار الآلة، وآلة الرجل لا تنتشر إلا بشهوة دعت إلى الوطء وإذا جاءت الرغبة والاشتهاء إلى ما أكره عليه زال الإكراه؛ لأن المكروه من يفعل ما أكره عليه من غير رغبة لدفع العذاب عن نفسه، وهذا بخلاف المرأة إذا أكرهها السلطان على التمكين حيث لا حد عليها في قوله الأول والآخر لأنه لم يقارن تمكينها ما يقطع الإكراه؛ لأن القاطع للإكراه الرغبة والاشتهاء إلى ما أكره عليه وإنه باطن فلا بد من إقامة سبب ظاهر مقامها، ولم يوجد في جانبها سبب ظاهر يدل على الرغبة والاشتهاء ليقوم مقامه، فلم تثبت الرغبة والشهوة في جانبها، وفي جانب الرجل وجد دليل على الرغبة والاشتهاء وهو إنتشار الآلة، فأقيم مقام الرغبة والاشتهاء إلى ما أكره عليه، فقطع حكم الإكراه.

وجه قوله الآخر قوله عليه الصلاة والسلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»^(١)، ولأن الإكراه سبب مرخص في الجملة فلئن لم تثبت حقيقة الرخصة

ههنا...^(١) من أن تثبت شبهة الرخصة، والشبهة كافية للدرء، ولأن الحد شرع زاجراً وهو منزجر حتى احتيج فيه إلى الإكراه بالسيف، وما يقول نازل الإكراه ما يقطع الإكراه هذا ممنوع.

بيانه من وجهين:

أحدهما: أن الإكراه إنما ينقطع إذا أتى المكره بزيادة فعل لا يحتاج إليه لدفع الإكراه كما في البيع، فأما إذا أتى بما يحتاج إليه لدفع الإكراه لا ينقطع الإكراه، كما إذا أكره على البيع بألف فباع بألف، وهنا أتى بما يحتاج إليه لدفع الإكراه، فإنه يحتاج إلى الاشتواء والرغبة ليدفع الإكراه.

والثاني: أن انتشار الآلة محتمل قد يكون طبعاً مع الإكراه، وقد يكون عن قصد وشهوة، ألا ترى أن الصبي قد ينتشر له، ومعلوم أن ذلك يكون طبعاً ولا يكون عن شهوة، فعلم أنه محتمل والمحكم لا يزال بالمحتمل، هذا هو حكم الرجل.

وأما حكم المرأة إذا كانت مطاوعة والرجل مكره نص في «الكتاب» أن على قولهما لا حد على المرأة؛ لأنه لم يجب الحد على الرجل لشبهة إباحة تمكن في فعله بسبب الإكراه، فإنه سبب لثبوت الإباحة على الحقيقة في باب المال فلئن لم يثبت ههنا حقيقة الإباحة لمانع يثبت شبهة الإباحة، وإذا ثبت في فعله شبهة الإباحة يثبت في فعلهما تبعاً.

فأما على قول أبي حنيفة قال محمد في «الكتاب»: لا أحفظ عن أبي حنيفة في المكره شيئاً، وإنما أراد بهذا جانب المرأة لا جانب الرجل، لأنه نص على قوله الأول والآخر في جانب الرجل، فعلمنا أنه أراد به جانب المرأة، فإن كان لا يجب كما قال لا يحتاج أبو حنيفة إلى الفرق بين المجنون والمكره، وإن كان يقول بوجوب الحد عليها إذا كانت مطاوعة والرجل مكره يحتاج إلى الفرق بين المجنون والمكره.

ووجه الفرق له أن المتمكن بسبب الإكراه في فعل الرجل شبهة الإباحة لا حقيقة الإباحة، بدليل أنه يأثم، فيكون المتمكن في جانبها شبهة الشبهة، لأنه لو تمكن في فعل الرجل حقيقة الإباحة بأن كان مجنوناً كان المتمكن في جانبها شبهة الإباحة. فإذا كان المتمكن في جانب الرجل شبهة الإباحة في جانبها دون ذلك، وذلك شبهة الشبهة، فأما المتمكن بسبب الجنون في فعل الرجل - حقيقة الإباحة، ولهذا لم يأثم ويثبت في جانبها شبهة الإباحة، وقد ذكرنا غير مرة أن المانع للحد شبهة الحقيقة لا شبهة الشبهة هذا إذا كان الإكراه على الزنا من السلطان.

فأما إذا كان الإكراه من غير السلطان عند أبي حنيفة لا يكون إكراهاً، وجوده وعدمه بمنزلة، وعندهما يكون إكراهاً، وهذا اختلاف عصر وزمان، فكان في زمن أبي حنيفة الغلبة للسلطان ولم يكن للدعار واللصوص غلبة ومنعة، فكان لا يتحقق [٤٢٨ب/١] الإكراه من غير السلطان كما يتحقق من السلطان، فأفتى كل واحد منهم على حسب ما

عائنه، وإذا وجب الحد على الرجل عند أبي حنيفة، وجب على المرأة إذا كانت مطاوعة، لأن فعل الرجل زناً حقيقة وحكماً، ولهذا وجب عليه الحد فصار تمكينها تمكيناً من الزنا. وعلى قولهما لا يجب الحد على المرأة؛ لأن فعل الرجل لم يصّر زناً شرعاً من كل وجه عندهما، ولهذا لم يجب عليها لحد وكان بمنزلة المجنون.

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: وإذا زنى بامرأة خرساء لا حد على واحد منهما، وجعل الجواب في الخرساء كالجواب فيما إذا كانت المرأة ناطقة وادعت المرأة النكاح، وإنما فعل هكذا والله أعلم؛ لأنه وجد من الخرساء دعوى النكاح من حيث الاعتبار، لأن الخرساء عاقلة بالغة، والعقل مانع لها عن الزنا وحامل لها على النكاح، فكان شيئاً داعياً إلى النكاح، ووجود النكاح سبب للدعوى فيقام مقام دعوى النكاح؛ لأنها عاجزة عن الدعوى من حيث النطق، كما أقيم إشارتها في العقود مقام النطق لعجزها عن النطق، فكذلك يقام عقلها مقام دعواها النكاح حالة العجز عن النطق، فصح قولنا: إنه وجد منها الدعوى من حيث الاعتبار.

وهذا بخلاف ما إذا كانت المرأة مجنونة أو صبية يجامع مثلها كان على الرجل الحد، لأنه لم يوجد في المجنونة والصبية دعوى النكاح لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الاعتبار، أما من حيث الحقيقة فلا إشكال فيه ولا من حيث الاعتبار، وهو العقل الحامل على النكاح، فإنه لا عقل للمجنونة، والصبية ناقصة العقل، فكانت بمنزلة المجنونة، وإذا عدم دعوى النكاح من المرأة حقيقة واعتباراً وجب الحد على الرجل، وبخلاف ما إذا كانت المرأة غائبة وأقر الرجل بالزنا بها أو شهد عليه الشهود، فإنه يقام على الرجل الحد؛ لأنه لم يوجد دعوى النكاح من الغائبة لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الاعتبار، حقيقة فلا إشكال، واعتباراً لأن العقل الحامل على النكاح والمانع من الزنا إنما يقام مقام الدعوى في حق العاجز عن الدعوى من حيث الحقيقة، ولا يقام مقامه في حق الناطق والغائبة ناطقة، وإذا لم يقم العقل الحامل على العقد والمانع عن الزنا مقام الدعوى في حق الغائبة من حيث الاعتبار؛ لأنها ناطقة لم يوجد منها الدعوى أصلاً، والحد إنما يمتنع عن الرجل بدعوى النكاح، إما من جهته أو من جهة المرأة حقيقة أو اعتباراً ولم يوجد.

قال محمد رحمه الله في «الأصل» أيضاً: وإذا شهدوا على رجل وامرأة بالزنا فادعت المرأة أنه أكرهها ولم يشهد الشهود أنه أكرهها إنما شهدوا أنها طاعته فعليهما الحد.

وفيه أيضاً: إذا شهدوا على رجل أنه استكره هذه المرأة فزنى بها يحد الرجل. فرق بين هذا وبينما إذا ادعت النكاح حتى يسقط الحد عنها بدعوى النكاح، فإنه يسقط الحد عن الرجل، وبالإكراه سقط الحد ولم يسقط عن الرجل، وذلك لأن الثابت بدعوى النكاح شبهة الإباحة في المحل؛ لأنه بالنكاح يثبت ملكه في المحل، وما يتمكن من الإباحة في المحل يتمكن في فعل الرجل؛ لأن الفعل كالتبع للمحل من حيث إن الفعل لا يتصور

بدون المحل، والمحل متصور بدون الفعل، فأما الثابت بالإكراه شبهة الإباحة في فعلها لا في المحل؛ لأن الإكراه ليس بسبب لثبوت الملك في المحل، وفعلها في الزنا تبع لفعل الرجل؛ لأن تمكينها لا يصير زناً إلا بعد وجود زنا الرجل، وزنا الرجل يتصور بدون تمكينها بأن كانت نائمة، فالإباحة التي تمكنت في فعلها لا في المحل وهو تبع لا تمكن شبهة الإباحة في فعل الرجل، لأنه متى تمكن شبهة الإباحة في فعل الرجل صار فعله تبعاً لفعلها وهذا لا يجوز.

قال في «الأصل» أيضاً: الجارية قتلت رجلاً عمداً فوطئها ولي القتل ولم يدع شبهة بأن قال: علمت أنها علي حرام، فإنه لا يحد، لأن من الفقهاء من يقول يملكها ولي القتل متى كان القتل عمداً، نحن وإن لم نقل به إلا أنه تبقى شبهة الملك في حقنا باجتهاد ذلك القائل، وهذه شبهة حكمية والشبهة الحكمية تمنع وجوب الحد اشتبه عليه أو لم يشته.

وأما إذا قتلت رجلاً خطأ ووطئها ولي القتل قبل أن يختار الولي شيئاً أجمعوا على أنه إذا اختار الفداء بعد ذلك إنه يحد، لأنه وطئ جارية ليس فيها ملك، لأن أحداً من الفقهاء لا يقول بأن الجنائية إذا كانت خطأ إن ولي القتل يملكها، ولا بسبب ملك ولا شبهة ملك، لأن الثابت وقت الوطء الجنائية والجنائية لا تفيد الملك في رقبته بحال دون الدفع، فقبل الدفع يكون الثابت شطر السبب، وإنه لا يورث شبهة، وأما إذا اختار رفع الجنائية فالقياس: أن يحد، وفي الاستحسان لا يحد، وفي القياس أخذ أبو حنيفة ومحمد، وبالأستحسان أخذ أبو يوسف.

فوجه قول أبي يوسف أنه وطئها بعد وجود سبب الملك له في الجارية؛ لأن جنائية الرقيق توجب أحد الشئتين، إما الدفع أو الفداء، فمتى اختار الدفع تبين أن الجنائية كانت موجبة الدفع، فتبين أن الوطء حصل بعد سبب ملك الجارية ومتى اختار الفداء تبين أن الجنائية كانت موجبة الفداء لا ملك الجارية [١/٤٢٩] فلا يتبين أن الوطء حصل بعذر سبب ملك الجارية.

وجه قولهما: أن الجنائية سبب ملك الجارية مع الدفع؛ لأن الجنائية نفسها لم تشرع سبب ملك في الجاني قبل الدفع، وكان الموجود قبل الدفع شطر السبب وشطر السبب لا يورث الشبهة، لأن الثابت بالسبب التام إذا لم يعمل لمانع الشبهة، فيكون الثابت لشطر السبب دون ذلك، ودون ذلك شبهة الشبهة وشبهة الشبهة لا عبره لها.

وفي «الجامع الصغير»: إذا زنى بجارية وقتلها فعليه الحد ويضمن قيمتها ولا حد عليه، فكان المذكور في «الكتاب» قول أبي حنيفة ومحمد.

وجه قول أبي يوسف: أن هذه جنائية اتصل بها الموت فيصير قتلاً من الأصل ولا يبقى زنا من حيث الاعتبار، كقطع اليد إذا اتصل به، فإنه يصير قتلاً من الأصل، ولا يبقى قطعاً من حيث الحكم والاعتبار عرف ذلك في موضعه، كذا ههنا.

وأبو حنيفة ومحمد قالوا: بأنه وجد منه الزنا والقتل، فيجب عليه الحد بسبب الزنا

وضمنان القيمة بسبب القتل، كما لو زنا بها ثم حز رقبتها. بيانه: أن ابتداء الفعل ههنا لم يصير قتلاً، لأن الوطء غير موضوع القتل حتى يعتبر ابتداءه قتلاً بحكم الوضع ولم يتصل الموت بابتدائه حتى يعتبر قتلاً ضرورة اتصال الموت به، وإذا لم يصير ابتداء هذا الفعل قتلاً بقي زنا كافياً لإيجاب الحد، فوجب بابتداء هذا الفعل وصار آخره قتلاً لاتصال الموت به، فوجبت القيمة بآخر هذا الفعل، بخلاف قطع اليد؛ لأن هناك القطع من الابتداء صار قتلاً، لأن القطع سبب الموت؛ لأنه جراحة والجراحة لباب الروح، فإذا حصل الموت صار مضافاً إلى ابتداء القطع فصار القطع قتلاً من ابتدائه، أما هنا بخلافه.

وإذا زنى بامرأة ميتة فلا حد عليه، والأصل فيه ما وري أن بهلول النباش فعل ذلك على عهد رسول الله ﷺ فلم يقيم الحد عليه^(١). ولكن يجب التعزير؛ لأنه ارتكب فعلاً محرماً وليس فيه حد مقدر شرعاً.

رجل كان مستلقياً على قفاه جاءت امرأة وقعدت عليه حتى قضت حاجتها وجب عليهما الحد، وفي «الأصل»: ولا يؤخذ بحد الزنا ولا بشيء من الحدود، وإن أقر بإشارة أو كناية أو شهد به الشهود عليه.

والذي يجن ويفيق إذا زنى في حال إفاقته أخذ بالحد، وإن قال: زنيت في حال جنوني لا يحد كالبالغ إذا قال زنيت وأنا صبي.

وإذا دخل سرية من المسلمين دار الحرب، فزنى رجل منهم هناك لا يحد، وكذلك العسكر إذا دخل دار الحرب وزنى رجل منهم هناك لا يحد، لأن أمير السرية والعسكر لم يفوض إليهما إقامة الحد، فإن كان الخليفة قد عبر بنفسه، أو أمير مضر كان يقيم الحد على أهله عزاً بجنده يقيم الحدود والقصاص في دار الحرب، وهذا إذا زنا بالمعسكر، فأما إذا التحق بأهل الحرب وفعل هناك لا يقام عليه الحد.

الفصل الخامس

في الحد يدخله الشبهة بعد وجوبه ظاهراً، وفي دعوى ما يصير

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: وإذا غضب جارية وزنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعاً، لأن ضمان الغضب يفيد الملك في المضمون من وقت الغضب. وإذا ملك من وقت الغضب ظهر أن ما استوفى من ملك نفسه فلا يجب الحد.

ولو زنى بها ثم غضبها بعد ذلك وضمن قيمتها فعلى قول أبي حنيفة ومحمد لا يسقط الحد، وعلى قياس ما روي عن أبي يوسف في غير رواية الأصول في المسألة التي تلي هذه المسألة يجب أن يسقط الحد ههنا.

وأما إذا زنى بأمة ثم اشتراها ذكر في «ظاهر الرواية» يحد عندهم جميعاً، وروي عن

(١) الحديث لم أجده في كتب الحديث التي بين يدي.

أبي يوسف في غير رواية الأصول أنه يسقط الحد، كذا إذا زنى بحرة ثم تزوجها فهو على هذا، هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الحدود.

وفي «القدوري»: إذا زنى بأمة ثم اشتراها، أو زنى بحرة ثم تزوجها، فعن أبي حنيفة ثلاث روايات، روي عن محمد عنه أن عليه الحد في ذلك كله وهو قول محمد، وعلل فقال: لأن الشهود شهدوا به أنه قد زنى بها فلا أبالي بوجود الشراء والنكاح من بعد، وفقه هذا التعليل أن المستوفى بالوطء قد ذهب وتلاشى، ولا يتصور ثبوت الملك فيما تلاشى فلا تصير شبهة. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا حد عليه في النكاح إذا تزوجها بعد الزنا ولم يتعرض لفصل الشراء، وقال أبو يوسف: يقام عليه. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال: يجب الحد في النكاح ولا يجب في الشراء.

وإذا زنى بامرأة ثم قال: اشتريتها لا حد عليه سواء كانت حرة أو أمة، أما إذا كانت أمة فلا إشكال؛ لأن شراء الأمة صحيح فقد ادعى دعوى صحيحة، فإن لم يثبت حقيقة ما ادعى بعجزه عن إقامة البينة ثبت شبهة ما ادعى، والشبهة كافية لدرء الحد، ولو كانت حرة فكذلك أيضاً، لأن شراء الحرة كناية عن النكاح، فصار دعوى الشراء في الحرة ودعوى النكاح سواء، ولو ادعى النكاح لا يحد واحد منهما، فكذلك هذا. وهذه المسألة تدل على أن النكاح يتعقد بلفظة الشراء والبيع خلافاً لما يقوله بعض أصحابنا.

وإذا زنى بأمة ثم قال اشتريتها وصاحبها فيها بالخيار، وقال مولاها كذب لم أبعها، قال: لا حدّ عليه؛ لأن البيع بشرط الخيار للبائع في درء الحد بمنزلة البيع، البات ولو ادعى بيعاً باتاً لم يجب عليه الحد و [إن] أنكر صاحب الأمة فكذا إذا ادعى البيع بشرط الخيار، قال: وكذلك لو قال اشتريتها، [٢٩٤ب/١] لو أضيف إلى أجل، وذلك لأن البيع الفاسد لا يكون أقل حالاً من بيع فيه الخيار للبائع ولو ادعى بيعاً فيه خيار للبائع كفى لدرء الحد وإن كذبه البائع، فكذا إذا ادعى أنه باعه بيعاً فاسداً بل أولى؛ لأن البيع الذي فيه خيار مما يمنع ملك المشتري بعد القبض وما للبائع من الخيار في البيع الفاسد مما لا يمنع ملك المشتري بعد القبض، والثاني أن الشراء الفاسد في درء الحد كالجائر، ولو ادعى شراءً جائزاً لم يجب عليه الحد، وإن أنكر صاحب الأمة فكذا هذا، وإنما كان الشراء الفاسد في درء الحد بمنزلة الجائر لأنه لا يخلو إما أن يطأها بعد قبضها بإذن البائع أو أذن له البائع، فإن قبضها بإذن البائع ثم وطئها فهذا وطء ملك نفسه، ألا ترى لو اعتقها بعد عتقه فشبهة الملك تكفي لدرء الحد فحقيقة الملك وإن كان فاسداً لأن يكفي لدرء الحد أولى، وإن أذن له البائع بقبضها فقبل أن يقبضها وطئها فكذلك أيضاً لا حدّ عليه؛ لأنه كما مسها بقصد الوطء صار قابضاً لها، فصار واطئاً ملك نفسه، وإن وطئها بغير إذن البائع، فلأن الملك إن لم يثبت في المشهور من الرواية، فإن في المشهور من الرواية المقبوض في البيع الفاسد بغير إذن البائع لا يصير مملوكاً للمشتري إلا أن سبب الملك من منعقد، وانعقاد سبب الملك يورث الشبهة.

الفصل السادس في كيفية إقامة الحد

فنقول: إذا وجب الرجم بالشهادة يجب البداية من الشهود، ثم من الإمام ثم الناس حتى إنه إذا تعذر البداية من الشهود بأن ماتوا أو غابوا أو كانوا حضوراً أو امتنعوا عن الرجم تسقط الإقامة عندنا، وأجمعوا على أن في سائر الحدود سوى الرجم لا يجب البداية لامن الشهود ولا من الإمام، وإمامنا في المسألة علي رضي الله عنه، وإذا كان الشهود مقطوعي الأيدي في الأصل: لا تمتنع الإقامة، بخلاف ما إذا قطعت أيديهم بعد الشهادة، هذه الجملة من «الأصل». وفي «المنتقى»: الحسن في كتاب الاختلاف لا يرمج المشهود عليه بالزنا إلا بحضرة الشهود، فإن حضروا وأبوا أن يرمجوا أو رمى بعضهم وأبى البعض درى عنه الحد.

قال أبو حنيفة وزفر: وإن كان الشهود مرضى لا يستطيعون أن يرموا وقد حضروا رمى القاضي ثم رمى الناس، وإن غاب واحد منهم لم يرمج حتى يحضروا كلهم، وكذلك لو حضروا ورموا إلا واحد منهم يدرأ عنهم الحد، وقال أبو يوسف: يقام عليه الرجم وإن لم يحضر الشهود، وإن حضروا ولم يرمجوا رجم الإمام ثم الناس، هذا إذا ثبت الرجم بالشهادة. وإن ثبت الرجم بالإقرار يبدأ الإمام ثم الناس.

وإذا قضى القاضي على رجل بالرجم بشهادة الشهود، وأمر الناس بالرجم وسعهم أن يرمجوه وإن لم يعينوا أداء الشهادة.

وروى ابن سماعة عن محمد هذا إذا كان القاضي فقيهاً عدلاً، أما إذا كان فقيهاً غير عدل، أو كان عدلاً غير فقيه لا يسعهم أن يرمجوه حتى يعينوا أداء الشهادة. أما إذا كان فقيهاً عدلاً فإنما يسعهم الرجم بقوله، لأن بالعدالة وقع الأمن عن إخباره كاذباً، وبالفقه وقع الأمن عن الخطأ فيما قضى به، فوسع للسامع أن يثق بقوله ويرجمه وإن لم يعين أداء الشهادة. وأما إذا كان عدلاً غير فقيه فالأمن عن الكذب إن وقع في إخباره بسبب العدالة لم يقع الأمن عن الخطأ فيما قضى به؛ لجواز أنه أخل بشرط من شرائط القضاء بالرجم، وإذا كان فقيهاً غير عدل إن وقع الأمن عن الخطأ فيما قضى به لم يقع الأمن عن الكذب في إخباره.

ولا يحفر للمرجوم إذا كان^(١)، ألا ترى أن رسول الله ﷺ لم يحفر لماعز حين رجمه، وأما المرأة قال في «الأصل»: إن حفر لها فحسن، به ورد الأثر عن علي رضي الله عنه وإنه حفر للمرأة الهمدانية حين رجمها إلى قريب من السرة^(٢)، وإن لم يحفر لها فحسن فإن رسول الله ﷺ لم يأمر أنيساً حين بعثه إلى تلك المرأة أن يحفر إذا

(١) بياض بالأصل.

(٢) أخرجه مسلم في الحدود حديث ١٦٩٥.

اعترفت^(١)، والمعنى يدل على أن الأمرين حسن، أما ترك الحفر لما فيه من ترك الاسيئاق للإقامة، وأما الحفر لأن المرأة من فرقها إلى قدمها عورة، فمتى لم يحفر لها ربما تضطرب إذا أصابتها الحجارة فيكشف منها شيء للناس.

وفي «المنتقى»: وقال أبو حنيفة يحفر للمرأة إلى الصدر يعني في الرجم. ويُغسل المرجوم ويكفن ويحنط ويصلى عليه، قال عليه الصلاة والسلام لأهل ماعز «اصنعوا بما عاز ما تصنعون بموتاكم»^(٢).

وإذا لم يكن الزاني محصناً وجب جلده، فإن كان رجلاً يجلد قائماً وإن كانت امرأة تجلد قاعدة، ورد الأثر عن علي رضي الله عنه. والمعنى فيه: أن الضرب يفرق على الأعضاء لما تبين والضرب قائماً أمكن للتفريق من الضرب قاعداً، لكن تركنا هذا المعنى في حق المرأة وضربناها قاعدة؛ لأنها عورة، فمتى ضربت قائمة لا يؤمن أن يبدو شيء من عورتها.

ويجرد الرجل من ثيابه إلا الإزار؛ لأن المقصود من الحد الزجر ولا زجر إلا بالإيلام، وفي التجريد زيادة إيلام، ولا تجرد المرأة؛ لأن المرأة عورة. ويضرب غير ممدود؛ لأن المد زيادة عقوبة وألم لم يشرع في الحدود بيانه أن من هذا الحد. أما مد الجلاد يديه حال رفع السوط حتى يجاوز الرأس كما ذهب إليه بعض المشايخ، أو مد السوط في العضو بعد الضرب كما ذهب إليه بعض المشايخ، أو مد المضروب في العقابين كما ذهب إليه بعض المشايخ [٤٣٠/١]، فإنما ذلك ما كان فيه زيادة ألم لم يشرع في الحد فلا يجوز الاشتغال به.

ولا يمस्क ولا يربط؛ لأن فيه زيادة إيلام إلا أن يعجزهم فيشد وتضرب في الحد الأعضاء إلا الوجه والفرج بلا خلاف، وفي الرأس خلاف، هكذا ذكر في «الكتاب»، ومعناه: أن الضرب لا يجمع في موضع واحد بل يفرق على الأعضاء، به ورد الأثر عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم، والمعنى فيه: أن المقصود من الجلد الزجر دون الإتلاف، والجمع في موضع واحد ربما يؤدي إلى إتلاف الكل أو إتلاف الموضع الذي يقام فيه.

ولا يضرب الوجه والفرج بلا خلاف، به ورد الأثر عن رسول الله ﷺ^(٣) وفي الرأس خلاف، قال أبو حنيفة ومحمد: لا يضرب الرأس، وقال أبو يوسف في ضرب الحد يتقى الفرج والبطن والوجه والصدر. وإذا اثبت الزنا على المرأة وهي حامل، فإنه لا يقام عليها الحد سواء كان الحد جلدًا أو كان رجماً، أما إذا كان رجماً فلا إشكال؛ لأن

(١) تقدم الحديث مع تخريجه.

(٢) أخرجه الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٢١، والدارقطني في سننه ٤/٢٦٢، وابن أبي شيبه في المصنف ٣/٢٥٤.

(٣) انظر الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٢٤.

في رجمها قتلها وقتل ما في بطنها، والمستحق قتلها لا قتل ما في بطنها، وأما إذا كان الحد جلدًا لأن الجلد شرع زاجراً لا متلفاً، ومتى أقيم عليها الجلد وهي حبلى يخاف تلفها أو تلف ولدها لما بها من زيادة ضعف بسبب الحمل أو يخاف تلف ولدها من حيث الإسقاط قبل أوانه، وإنه شرع زاجراً لا متلفاً، فإن وضعت ما في بطنها ينظر إن كان الحد رجماً رجمت كما وضعت؛ لأن المستحق بالرجم إتلافها، وإتلافها في هذه الحالة أولى، هكذا ذكر في «الأصل».

وذكر الخصاف^(١) في «أدب القاضي»: أنه إذا كان للولد من يرضعه ويقوم بمصالحة ينتظر فطام الولد، وهكذا روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف. وإن كان الحد جلدًا لا يقام عليها ما لم تطهر من نفاسها؛ لأنه يخاف عليها التلف من الإقامه عقيب الولادة لما فيها من زيادة ضعف، فإن طهرت من نفاسها الآن يقام عليها.

والمريض إذا وجب عليه الحد إن كان الحد رجماً يقام عليه في الحال، وإن كان جلدًا لا يقام عليه في الحال بل يجلس حتى يبرأ إلا إذا كان مريضاً وقع اليأس عن برئه فحينئذ يقام تطهيراً. قال الخصاف في «أدب القاضي»: النفساء في حق إقامة الحد عليها بمنزلة المريضة، والحائض بمنزلة الصحيحة حتى لا ينتظر خروجها عن الحيض.

وإذا قالت المرأة بعد شهادة الشهود عليها بالزنا إني حامل فأراها النساء فقلن ليس بها حبل لم يلتفت إلى قولها، وقال أبو يوسف: إذ أقرت بالزنا وهي حبلى لم تحبس حتى تضع، وإذا قامت عليها البينة جلست حتى تضع.

الفصل السابع في القذف

الأصل في هذا أن كل من قذف آخر بفعل يوجب حد الزنا على المقذوف أن لو ظهر ذلك الفعل منه، فإذا لم يظهر ذلك منه بقول القاذف، فإنه يجب على القاذف الحد وذلك ثمانون جلدة إن كان القاذف حرّاً وأربعون جلدة إن كان القاذف عبداً بعد أن يكون القاذف من أهل العقوبة، وإن لم يكن القاذف من أهل العقوبة كالصبي والمجنون فلا حدّ عليه، وكل من قذف آخر بفعل لا يوجب على المقذوف حد الزنا أن لو ظهر ذلك الفعل منه، فإذا لم يظهر ذلك الفعل بقول القاذف لا يجب الحد على القاذف.

(١) الخصاف: هو أحمد بن عمر بن مهير الشيباني، أبو بكر البغدادي، المعروف بالخصاف الحنفي، توفي سنة ٢٦١هـ، له من التصنيفات: «أحكام الوقف»، «أدب القاضي»، «الحيل الشرعية»، «كتاب الإقالة»، «كتاب إقرار الورثة بعضهم لبعض»، «كتاب الخراج»، «كتاب الخصال»، «كتاب ذرع الكعبة»، «كتاب الرضاع»، «كتاب الشروط الصغير»، «كتاب الشروط الكبير»، «كتاب العصير وأحكامه»، «كتاب المحاضر والسجلات»، «كتاب النفقات»، «كتاب الوصايا»، «كشف الظنون ٥/ ٤٩، سير أعلام النبلاء ١٣/ ١٢٣).

وطريق إقامة هذا الحد ما في جلد الزنا إلا أن في القذف يحد وعليه ثيابه لأنه أخف الضربات على ما يأتي بيانه بعد هذا، وفي إبقاء الثياب زيادة تخفيف إلا أنه ينزع عنه الفرو والحشو؛ لأن ذلك يمنع وصول أصل الألم إليه فلا يحصل ما هو المقصود وهو الزجر، وإنما يجب الحد على القاذف بالعد، وإذا كان المقذوف محصناً قال الله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمَحْصَنَاتِ ثُمَّ لَوْ يَأْتَوْنَ بِأَرْبَعَةٍ شَهَادَةٍ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] والمراد من الرمي المذكور في الآية الرمي بالزنا دون الرمي بغيره من المعاصي بإجماع العلماء.

وشرائط هذا الإحصان خمسة: الحرية والإسلام والعقل والبلوغ والعفة عن الزنا، حتى إن من زنى ثم قذفه إنسان بالزنا فلا حدّ على قاذفه، وكما يزول الإحصان بالزنا من كل وجه يزول بالزنا من وجه، وكل وطء حرم بعدم ملك المتعة من كل وجه فهو زنا من كل وجه، وذلك كالوطء في الأجنبية، وكل وطء حرم بعدم قيام ملك المتعة من كل وجه لعارض كوطء المرأة في حالة الحيض لا يزول به الإحصان، لأنه ليس بزنا، لا من وجه ولا من كل وجه، وإنما يساوي الزنا من وجه الزنا من كل وجه في حق سقوط الإحصان؛ لأن حدّ القذف عقوبة تسقط بالشبهة، فيصير الزنا من وجه شبهة مانعة وجوب حد الزنا. وإذا وطئ أمته المجوسية لا يزول إحصانه؛ لأن الوطء حرم قيام ملك المتعة من كل وجه لعارض أمر وهو التمجس لا لزوال شيء من ملك المتعة.

بيانه: أن سبب ملك المتعة قد ثبت فيها على الصحة والسبب هو ملك الرقبة، لأن ملك الرقبة سبب لملك المتعة وقد ثبت فيها على الصحة، وسبب ملك المتعة متى ثبت في المرأة على الصحة فإنما يمتنع ثبوت ملك المتعة في المرأة إذا خرجت من أن تكون محلاً لملك المتعة، والمرأة إنما تخرج من أن تكون محلاً لملك المتعة إما بحرمة مؤبدة ثبتت بدليل يوجب العلم كما في حرمة الرضاع والنسب والمصاهرة الثابتة بالوطء أو النكاح أو بالطلق الثلاث أو بنكاح الغير، فإن الله تعالى عد المحصنات من المحرمات. أو بالعدة من الغير فإن العدة ملحقه بالنكاح [٤٣٠ب/١] وإنها أثر في آثار النكاح، ولم يوحد شيء من هذه الأسباب في حق المجوسية إنما الثابت في حقها النهي عن النكاح بقوله ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [البقرة: ٢٢١] فقد نهانا عن النكاح على المشركة، والنهي عنه التصرف قد يرد لفوات شرط من شرائط الجواز، كالنهي عن النكاح بغير شهود، والنهي عن البيع بشرط فاسد.

وقد يرد لفوات المحل كالنهي عن بيع الحر إلا أن الأصل أن يحمل النهي على فوات شرط من شرائط الجواز لا على فوات المحل، كالنهي عن صوم يوم النحر؛ لأنه إنما ينهى عما يتكون لا عما لا يتكون، ولو حمل النهي على فوات المحل لا على فوات الشرط لا يبقى المنهي عنه متكوناً، والنهي لا يرد عما لا يتكون، وإذا كان النهي لفوات شرط من شرائط الجواز لا لفوات المحل كان المحل قائماً من كل وجه، فصح ما ادعينا أن سبب ملك المتعة قد ثبت فيها بوصف الصحة، وسبب ملك المتعة إذا ثبت في المرأة بوصف الصحة يثبت ملك المتعة من كل وجه، فإنما حرم الوطء بعارض التمجس، فصار نظير الحرمة الثابتة بالحيض.

ولو اشترى أمةً وطئها أبوه أو وطئ هو أمها ووطئها، ففقدفه إنسان فلا حد على القاذف بالإجماع؛ لأن حرمة المصاهرة بهذا السبب ثابتة بدليل يوجب العمل والعلم، وهو الكتاب والإجماع، فكانت ثابتة عملاً وعلماً فلا يكون ملك المتعة ثابتاً من كل وجه عملاً وعلماً وإن صح السبب وهو ملك الرقية. وهذا لما ذكرنا أن المرأة صارت محلاً لملك المتعة بالحلل والأنوثة، فإذا زال الحل من كل وجه وبقيت الأنوثة فقد زالت المحلية من وجه فيثبت ملك المتعة إذا وجد سببه من وجه، ولا يثبت من وجه. والوطء إذا حرم لعدم ملك المتعة من وجه كان زنا من وجه وإنه يوجب زوال الإحصان.

ولو اشترى أمةً لمس أمها أو ابنتها بشهوة، أو نظر إلى فرج أمها أو ابنتها بشهوة أو نظر أبوه أو ابنه إلى فرجها بشهوة ووطئها؛ قال أبو حنيفة: لا يزول إحصانه ويحد قاذفه، وقال أبو يوسف ومحمد: زال إحصانه ولا يحد قاذفه، وكذلك على هذا الخلاف إذا تزوج امرأة هي بهذه الحالة ووطئها، فوجه قولهما: أن هذا وطء حرام لعدم ملك المتعة من وجه فيوجب زوال الإحصان قياساً على ما إذا اشترى أخته من الرضاة ووطئها وقياساً على ما لو اشترى أمةً وطئها أبوه أو ابنه وطئاً حراماً ووطئها، وقياساً على زوج الأمة إذا اشتراها بعدما طلقها ثنتين ثم وطئها، وقياساً على ما إذا تزوج امرأة بغير شهود أو في عدة الغير فوطئها.

وإنما قلنا: إن الوطء حرم لعدم ملك المتعة من وجه؛ لأن الحل يحرم المصاهرة الثابتة بالمس، والوطء زال على التأييد وبعد زوال الحل على التأييد لا تبقى المرأة محلاً لملك المتعة من وجه وإن بقيت محلاً من وجه لقيام الأنوثة، فثبت ملك المتعة من وجه ولا يثبت من وجه.

وأما أبو حنيفة ذهب في ذلك إلى أن هذا وطء حصل عقيب عقدٍ اختلف العلماء في جوازه وفساده، ولم يرجع واحد منهم إلى دليل يوجب العلم من نص أو خبر متواتر أو مشهور أو إجماع، وإنما رجعوا إلى ضرب اجتهاد ورأي أو خبر الواحد، والوطء الحاصل عقيب...^(١) مثل هذا العقد لا يوجب زوال الإحصان كما لو تزوج أمة في عدة الحرة، فإنه لا يزول إحصانه، وإنما لا يزول لأن هذا وطء حصل عقيب عقدٍ اختلف العلماء في جوازه وفساده فعند أبي حنيفة لا يجوز، وعندهما يجوز.

والفقه في ذلك: أن حرمة المصاهرة بالنظر والمس غير ثابتة بدليل يوجب العلم من كتاب أو خبر متواتر أو مشهور أو إجماع، وإنما ثبت بالخبر الواحد أو القياس، والخبر الواحد حجة في حق العمل وليس بحجة في حق العلم، والقياس كذلك، فيكون حرمة المصاهرة بالمس والنظر ثابتة في حق العمل لا في حق العلم، وملك المتعة في المرأة إنما ينتفي بعد وجود سببها فيها بسبب الحرمة. فإذا كانت الحرمة ثابتة في حق العمل لا في حق العلم ينتفي ملك المتعة في حق العمل لا في حق العلم، والوطء الحاصل مع قيام

الملك في حق العلم دون العمل، وهو الاستيفاء مما لا يزول بالإحصان كما في الأمة المجوسية، وكما في المرأة الخائض ملك المتعة ثابت في حق العلم. فإننا علمنا بثبوت ملك المتعة فيها غير ثابت في حق العمل؛ لأن الاستيفاء حرام، ثم وطء امرأته الخائض ووطء أمته المجوسية لا يوجب زوال الإحصان فكذا وطء هذه.

وأما إذا اشترى أخته من الرضاعة فلأن هناك الحرمة ثبتت بدليل يوجب العلم وهو الكتاب والإجماع، فيكون المحل من وجه ثابتاً في حق العمل والعلم فلا يثبت ملك المتعة من وجهه في حق العمل والعلم جميعاً وإن وجد سببه، والوطء الحاصل في حال عدم ملك المتعة من وجه عملاً وعلماً يوجب زوال الإحصان، لأنه يكون زناً من وجه، أما ههنا بخلافه على ما ذكرنا، وليس كما لو تزوج بغير شهود ووطئها فإنه يزول إحصانه، وإن اختلف العلماء في جواز هذا العقد، فإن مالكا يجوز هذا العقد؛ لأن من يقول بفساده يرجع إلى نص يوجب العلم، وهو قوله عليه السلام «لا نكاح إلا بشهود»^(١) وإنه مشهور يوجب العلم كالتواتر فلم يصح النكاح في حقنا عملاً وعلماً، فلا يثبت به ملك المتعة في حقنا عملاً وعلماً، وإن كان المحل قائماً؛ لأن الحكم في الحل إنما يثبت إذا صح سببه.

وأما إذا اشترى امرأته المطلقة كل طلاقها فلأن الحل ههنا ثابت [١٤٣١/١] بالنص والإجماع، وكل ذلك يوجب العلم وفوات المحلية إذا كان بدليل يوجب العلم ملك المتعة فيه يثبت من وجه ولا يثبت من وجه عملاً وعلماً والمعتدة كذلك؛ لأنها في حكم المنكوحة وحكم المنكوحة ثابت بالنص والإجماع، فيكون المحلية من وجه فائتة عملاً وعلماً.

وإذا قال لامرأته: أنت بائن فنوى الثلاث ثم تزوجها، قلنا: قول عمر رضي الله عنه في هذه المسألة صار متروكاً بالإجماع، والإجماع يوجب علم اليقين كالنص، وكان بمنزلة ما لو بلغ قول عمر رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ فرده وقرر قول علي رضي الله عنه، ولو كان كذلك كان الثابت بقول علي ثابتاً عملاً وعلماً، فكذا إذا ثبت بالإجماع إلا أنه لا يجب الحد لأن هذا الإجماع ليس بحجة عند بعض العلماء، فكان في الرتبة دون الإجماع الذي هو حجة بالاتفاق فيبقى نوع شبهة، فتكفي لدرء الحد ولا تكفي لبقاء الإحصان.

وأما إذا طلق امرأته طلاقاً بائناً، قلنا: قول من قال بأن النكاح يزول بالطلاق البائن يعتمد في ذلك إجماعاً؛ لأنه يقول الإجماع انعقد بين الفقهاء أن خيار الرجعة عقيب صريح الطلاق ثابت بخلاف القياس، فإن القياس يقتضي أن يكون الطلاق مزيلاً بنفسه كالعتاق كما قبل الدخول، وإنما ثبت خيار الرجعة نصاً بخلاف القياس، والنص إنما ورد في مطلق الطلاق، فلا يجعل وارداً في الطلاق الموصوف بالبينونة وهو في الإبانة فوق

(١) أخرجه بهذا اللفظ الزيلعي في نصب الراية ١٦٧/٣.

المطلق، وإذا لم يعتبر النص وارداً فيه دلالة بقي هذا في إيجاب القطع داخلاً تحت الإجماع، والإجماع يوجب العمل والعلم.

وإذا تزوج امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها يسقط إحصانه، بخلاف ما إذا اشترى جارية شراءً فاسداً ووطئها فإنه لا يسقط إحصانه، والفرق: أن سبب ملك المتعة في الأمة ملك الرقبة وقد ثبت ملك الرقبة بالشراء والقبض حقيقة في حق الأحكام التي تتأدى مع حرمة الملك، فإنه بقيت في حق العتق لأنه حكم يتأدى مع الحرمة، وإنما لم يثبت في حق الانتفاع واستيفاء الوطء الذي لا يتأدى مع الحرمة، فثبت ملك المتعة وهو حكم ملك الرقبة في حق حكم يتأدى مع حرمة الوطء وأن لا يكون الوطء مزيلاً لإحصانه حكم يثبت مع حرمة الوطء، كما في الأمة المجوسية والمرأة الحائض فيثبت ملك المتعة في حقه بسبب ملك الرقبة، وإذا ثبت ملك المتعة في حق أن لا يصير الوطء باقياً من كل وجه كان الوطء حاصلًا مع قيام ملك المتعة، وإنما حرم الاستيفاء لا غير، فأما في النكاح الفاسد بالقبض يكون بالوطء، فقبل أن يتم الوطء يكون ما وجد قبل تمام القبض وقبل تمام القبض لا ملك في العقد الفاسد فيكون زناً.

فإن قيل: لماذا يثبت النسب، والنسب لا يثبت إلا بعد ثبوت الملك حالة الوطء؟ قلنا: ثبوت النسب يعتبر الملك ثابتاً بعد القبض كما هو الأصل في العقود الفاسدة أن يثبت الملك فيها بعد تمام القبض لا قبله فيكون الوطء حاصلًا في غير الملك من وجه. فيكون زناً من وجه.

وطيء مكاتبته، لا يسقط إحصانه حتى يحد قاذفُهُ، ذكر المسألة في «الجامع الصغير» من غير ذكر خلاف، وذكر في «الأصل» أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يسقط إحصانه، وعلى قول محمد وزفر يسقط.

مجوسي تزوج بأمة ووطئها ثم أسلم فقتله إنسان فلا حد على قاذفه عند أبي يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة رضي الله عنه: عليه الحد، وهذا بناء على أن لهذه الأنكحة حكم الصحة عند أبي حنيفة فيما بينهم على الإطلاق، ولهذا قال بوجوب النفقة فيها، وقال: إذا طلب أحدهما التفريق من القاضي، فالقاضي لا يفرق بينهما، وإذا كان لهذه الأنكحة حكم الصحة فيما بينهم عند أبي حنيفة على الإطلاق فبالوطء فيه لا يسقط إحصانه.

وإذا مات المكاتب وترك وفاء، وأدبت مكاتبته وحكم بعته في آخر جزء من أجزاء حياته وقسم الباقي بين ورثته الأحرار ثم قذفه رجل لا حدّ عليه؛ لأن الصحابة اختلفوا في موته حرّاً أو عبداً، قال علي وعبد الله بن مسعود: يموت حرّاً، وقال زيد: يموت عبداً. نحن وإن لم نقل بقول زيد فقوله يورث شبهة موته عبداً، وكان في إحصانه شبهة ومع الشبهة في الإحصان لا يمكنه إيجاب الحدّ على القاذف.

وإذا قذف غلاماً مراهقاً فادعى الغلام البلوغ بالسن لا بالاحتلام لم يحد القاذف بقوله، ذكره في «المنتقى». وفيه أيضاً: إذا قذف الملاءنة فعليه الحدّ، كذا قاله، أبو

يوسف، وفي «نوادر بشر بن الوليد» عن أبي يوسف: رجل لاعن امرأته بولد ومات الولد فقذفها رجل حُدَّ قاذفها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال أبو يوسف بعد ذلك لا حدَّ على قاذفها.

وفي «المنتقى»: تزوج خامسة بعد الأربع ووطئها فلا حدَّ على قاذفها، ولو وطئ المسلم جاريته المرتدة حُدَّ قاذفها، ولو قذف مجنونة مطبوعاً فلا حدَّ عليه، وإن أفادت بعد ذلك لم تأخذ بالحد، وإن قذف امرأة تجن وتفيق قذفها في حال جنونها أو في حال إفاقته يحد. ولو تزوج أمة على حرة فإنني أحد قاذفه هكذا ذكر في «المنتقى» عن أبي يوسف، قال الحاكم أبو الفضل: هذا خلاف ما في «الأصل»، قال ثمة: كل شيء اختلف فيه الفقهاء حرّمه بعضهم وأحلّه بعضهم فإنني أحد قاذفه.

وفيه أيضاً: لو وطئ أمة في عدة من زوج لها فإنني أحد قاذفه؛ لأن ملكه في أمة صحيح، قال: ولم يرو في هذا عن أبي حنيفة، ولا في رجل وطئ جارية ابنه فأحبها أو لم يحبها إنه يحد قاذفه ولكنه قياس قوله، ولو تزوج امرأة في عدتها فوطئها فلا حدَّ على [٤٣١ب/١] قاذفه، قال: وهذا كله قياس قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: إذا تزوج امرأة وهو يعلم أن لها زوجاً أو هي في عدة من زوج أو امرأة ذات رحم محرم منه، وهو يعلم فلا حدَّ على قاذفه، فإذا أتى شيئاً من ذلك بغير علمه فإنني أحد قاذفه، وقال أبو يوسف في الرجل يتزوج المرأة في عدتها وهو يعلم أنه لم تنقض عدتها ويدخل بها فإنني أحد قاذفه، وقال: كل من درأت الحد عنه وجعلت عليه المهر وأثبت نسب الولد منه فإنني أحد قاذفه.

وكذلك لو تزوج أمة رجل بغير إذنه ودخل بها، فإنني أحد قاذفه، وفي «نوادر هشام» عن محمد: رجل تزوج امرأة في عدتها وهو لا يعلم فزنى بها فعلى قاذفه الحد، قال: سمعته يقول في رجل طلق امرأته طلاقاً بائناً، فكتمها وجعل يطؤها، فقذفها إنسان فعلى قاذفها الحد وقد مرّ قبل هذا بخلافه.

وعنه: إذا اشترى أمة ثم استبان أنها أخته حد قاذفه. وعن ابن سماعة في «الرقيات»: أنه كتب إلى محمد رحمه الله في أربعة شهدوا على أنه زنى بفلانة بنت فلان الفلانية لامرأة معروفة سموها ووصفوا الزنا وأثبتوه والمرأة غائبة فرجم الرجل، ثم إن رجلاً قذف تلك المرأة فخاصمته إلى القاضي الذي قضى على الرجل بالرجم؛ قال محمد رحمه الله: القياس أن يحد قاذفها؛ لأن القاضي إنما قضى على الرجل لكنني أستحسن أن لا أحد قاذفها. هذا هو الكلام في بيان ما يسقط به إحصان القذف وما لا يسقط.

جئنا إلى الألفاظ التي توجب الحد والتي لا يقع موجباً للحد، قال محمد رحمه الله: وإن قال الرجل لامرأته: قد زנית وأنت مكرهة أو أنت صغيرة فلا حدَّ عليه لأن زنا الصغيرة والمكرهة إن كانت مكرهة زنا من حيث الحقيقة، وليس بزنا من حيث الحكم، ألا ترى أنهما لا يأثمان بذلك ولا يجب عليهما بذلك حدّ، فالقذف حصل بما هو زنا من وجه دون وجه، فيجب الحد من وجه ولا يجب من وجه، وكذلك إذا قال لها: وطئت

فلان وطئاً حراماً أو جامعك فلان جماعاً حراماً لا يجب الحد، لأنه قد يطؤها وطئاً حراماً ولا يكون زناً بأن في حالة الحيض أو في النكاح الفاسد.

وكذلك لو قال لها: زנית قبل أن تخلقي، أو قال: قبل أن تولدي؛ لأنه قذفها بزنا لا يتصور منها، فيكون نفيّاً من الأصل وكذلك إذا قال لها: زנית بيدك أو برجلك؛ لأن الزنا باليد والرجل من حيث المجاز وليس بزنا على الحقيقة الزنا من حيث الحقيقة ما يكون بالفرج ولم يقذفها.

وإذا قال لغيره: يا ولد الزنا يحذُّ القاذف وإن كانت أمه محصنة؛ لأنه صار قاذفاً لأمه بصريح الزنا. وفي «المنتقى» رواية الحسن عن أبي حنيفة في قوله يا ولد الزنا إن هذا ليس بقذف ولا حد، وفي «المنتقى» أيضاً رواية مجهولة: إذا قال يا ولد زانية حدّ وفيه أيضاً: إذا قال لغيره: أنت من فلان الحجام نسبه إلى غير أبيه فهذا قذف.

وفي «الأصل»: إذا قال له أنت ابن فلان لغير أبيه إن قال هذا في حالة الغضب والسباب فهذا فذف، وإن كان في حالة الرضا فليس بقذف؛ لأن هذا الكلام وإن كان حقيقة للنسبة إلى فلان فيكون نفيّاً عن أبيه إلا أنه كثر استعمال الناس هذا الكلام في حالة الرضا على سبيل التشبيه بفلان من حيث السيرة والأخلاق فلا يصير قاذفاً بالشك، فأما في حالة الغضب والسباب لا يراد به التشبيه بفلان من حيث الأخلاق، وإنما يراد به النسبة إلى فلان من حيث الحقيقة يعني أنك مخلوق من ماء فلان لا من ماء أبيك، لأن الولد الواحد لا يكون من اثنين، فيكون هذا نفيّاً عن أبيه كأنه قال لست لأبيك ويصير هناك قاذفاً، ولو قال: أنت ابن فلان ونسبه إلى جده لا يصير قاذفاً ولا حد عليه، كذلك لو نسبه إلى زوج أمه فلا حدّ عليه.

وفي «المنتقى» إذا قال لغيره: لست من ولد فلان فهذا قذف بمنزلة قوله: لست من بني فلان لست بابن فلان يعني أباه، وكذلك ابن فلان يعني زوج أمه فهو ليس بقاذف، لأنه لا يكون قاذفاً لأمه بزوجها.

وفيه أيضاً: إذا قال لغيره: لست لأب لست لأبيك لم يلدك أبوك فهذا كله قذف لأمه، وكذلك إذا قال لست للسرسة وروى ابن سماعة عن محمد إذا قال له: ما ولدك فلان، قال لا أجدّه وهذا شبهه، فإنه يقول لم يلدك فلان ولادة النساء.

وفي «شرح الجامع الصغير» إذا قال لغيره: لست بابن فلان لأبيه الذي يدعي إليه، وإن قال ذلك في حالة الغضب فعليه الحد، وإن قال في غير حالة الغضب فلا حدّ عليه، لأنّ هذا الكلام في الحقيقة قذف لأنه نفى نسبته إلى أبيه، ونفى نسب الإنسان من الأب نسبة أمه إلى الزنا؛ لأن الولد إذا لم يكن ثابت النسب يكون ولد الزنا، فصار النفي عن أبيه بمنزلة قوله: إنك ولد الزنا.

ولو قال: إنك ولد الزنا يصير قاذفاً لأمه كذا ههنا، فهو معنى أن هذا الكلام حقيقته للقذف إلا أنّ في غير حالة الغضب قد يراد به المعاتبة والملامة دون القذف معناه لا يشبه إياك في المروءة في محاسن الأخلاق، فلا يصير قاذفاً ولا يجب الحد مع الشك في حالة

الغضب لا يراد به المعاتبة والملامة فبقيت العبرة للحقيقة وإنه قذف حقيقة.

ولو قال: لست بابن فلان يعني جده ذكر في «الأصل» أنه لا حدّ عليه؛ لأنه صادق من حيث الحقيقة فإنه ابن أبيه من حيث الحقيقة لصلبه لا ابن جده.

ولو قال: لست لفلان ولا لفلانة قال ذلك لأبيه ولأمه الذي يدعى إليهما، فإنه لا يصير قاذفاً لأمه، بخلاف ما إذا قال: لست لفلان ولم يقل ولا لفلانة، فإنه يصير قاذفاً لأمه، والفرق: [١/٤٣٢] أنه إذا قال: ولا لفلانة فقد نفاه عن أمه، وإنما ينتفي عن أمه إذ لم تلده أمه فكان هذا نفيّاً منه لولادة الأم ونفي الولادة نفي للوطء وفي نفي الوطء نفي الزنا، فأما إذا لم يقل ولا لفلانة، فإنما نفاه عن أبيه لا غير ونفيه عنه بمنزلة قوله: أنت ولد الزنا وولادة الولد ثابتة من أمه، فكأنه قال لأمه: ولدت عن الزنا فصير قاذفاً لأمه.

وإذا قال لامرأة: زנית ببعير أو ثور أو بحمار فلا حدّ عليه؛ لأن هذا الكلام محتمل يحتمل أنه أراد به فعل بك الحمار والبعير ما يفعل الرجل بالمرأة، وعلى هذا التقدير لا يكون قذفاً بالزنا، ويحتمل أنه أراد بذلك أنك زנית بالرجل وبذل لك هذا أجره لك، وعلى هذا التقدير يكون قاذفاً لها بالزنا عندهما سواء شرط ذلك وقت الفعل أو بعد الفعل وعند أبي حنيفة رضي الله عنه بعد الفعل فلا يصير بالشك.

وهذا بخلاف ما لو قال لها: زנית بناقة أو بقرة أو بثوب أو بدرهم أو دنانير حيث يحد لأنه لا يحتمل إلا وجهاً واحداً وهو أنك زנית برجل وبذل لك هذا أجره لك، فكأنه صرح بذلك وهناك يصير قاذفاً لها بالزنا كذا ههنا.

ولو قال لرجل: زנית ببعير أو ناقة لا يجب الحد عليه، لأن هذا الكلام في حق الرجل محتمل ما لا يكون قذفاً؛ لأنه يحتمل فعلت بالناقة ما يفعل الرجل بالمرأة فعلت في دبر البعير ما يفعل الرجل بالمرأة فلا يكون قذفاً بالشك.

ولو قال لرجل: زנית بأمة أو دار أو ثوب فهو قاذف ويلزمه الحد، أما في الأمة فلأنه يحتمل فعلت بالأمة ما هو زناً، ويحتمل زנית بحرّة وبذلت هذه الأمة أجره لك وأي ذلك ما كان يكون قذفاً، وأما في الدار والثوب فلأنه لا يحتمل إلا وجهاً واحداً وهو وجه البدل، ولو صرح به يكون قذفاً كذا ههنا.

إذا قال لرجل: يا زاني، فقال: لا، بل أنت يحدان جميعاً لأن كل واحد منهما قذف صاحبه بالزنى، لأن قوله: لا، بل أنت معناه: لا بل أنت زان، لأن كلمة بل وضعت لاستدراك الغلط وإقامة الثاني مقام الأول فيما جرى ذكره، فيكون خبر الأول خبراً له، كما في قوله جاءني زيد لا بل عمرو فكأنه قال: غلطت لا؛ بل أنت الزاني فيكون كل واحد منهما قاذفاً لصاحبه فيحدّ كل واحد منهما لصاحبه.

وإذا قال لرجل: يا زانية القياس أن يصير قاذفاً فيحد، وبه أخذ محمد والشافعي رحمهما الله، وفي الاستحسان لا يحدّ ولا يصير قاذفاً، وبه أخذ أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله، وأجمعوا على أنه إذا قال للمرأة: يا زاني من غير هاء إنه يحدّ. أما إذا قال للمرأة: يا زاني فإنما وجب الحد لأنه بغير هاء يذكر نصاً للرجل ويذكر نصاً للمرأة على

سبيل الترخيم، كما يقال: يا صاح لصاحب، وكما يقال يا حار لحارث فيحمل على الترخيم ولا يحمل على التذكير؛ لأن في حمله على التذكير إلقاء الكلام؛ لأنه يصير قاذفاً لها بالزنا الرجل، وزنا الرجل لا يتصور بزنا من المرأة فيكون لاغياً في كلامه، كما لو قال لها زנית زنا الرجل، وإذا حمل على الترخيم صار كأنه قال لها يا زانية، وأما إذا قال للرجل: يا زانية إنما لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الهاء كما تلحق باسم المؤنث للتأنيث تلحق باسم المذكر للمبالغة، وتعذر الحمل على التأنيث ههنا لأن في حمله على التأنيث إلغاؤه؛ لأنه يصير قاذفاً له بزنا المرأة، وزنا المرأة من الرجل لا يتصور فيصير لاغياً في كلامه فيحمل على المبالغة، وحرف الهاء إذا ألحق باسم المذكر يراد به المبالغة أما في الفعل المقرون بالهاء كما يقال: قتالة أي كثير القتل أو في العلم بالفعل المقرون بالهاء، كما يقال فلان نسابة أي أعلم الناس بانتساب الناس غير أنه كثر لاستعمال للمبالغة في العلم بالفعل المقرون بالهاء كما في قوله نسابة وحسابة يراد به كونه أعلم الناس بانتساب الناس وبالحساب ولا يراد به أكثر بفعل الانتساب وبفعل الحساب ولما أكثر استعماله للمبالغة في العلم بالفعل المقرون وجب الحمل عليه لما عرف أن اللفظ يحمل على ماكثر استعماله، وإذا حمل عليه صار كأنه قال: أنت أعلم الناس بفعل، وهناك لا يصير قاذفاً ولا يلزمه الحد كذا ههنا، أو نقول لما: احتمل كلا الوجهين حمل على المبالغة في العلم احتيالاً لدرء الحد.

وإذا قال الرجل لغيره: زنى فرجك فعليه الحد؛ لأنه أراد به حقيقة الفرج فقد وصف فرجه بالزنا وإنما كما وصف؛ لأن حقيقة الزنا إنما يكون بالفرج، وإن عني به نفسه فقد وصف نفسه بالزنا وأي ذلك ما أراد كان عليه الحد. وفي «المنتقى» بخلاف هذا، فقد ذكر في «المنتقى» إذا قال لامرأة: يا زانية فقالت: زنى فرجك فلا حدّ عليها، إذا قال الرجل: زנית وفلان معك يصير قاذفاً لفلان؛ لأن تقدير كلامه وفلان معك زنى، فإن قال: عنيت وفلان معك شاهد لا يصدق، هكذا ذكر في «الأصل».

وفي «المنتقى» إذا قال لامرأة: يا زانية، فقالت: زנית معك فلا حدّ على واحد منهما؛ لأن قولها: زנית تصديق في القذف فيسقط موجب قذفه بتصديقها، وقولها محتمل يحتمل أن يكون معناه: وأنت شاهد فلا يكون قذفاً مع الاحتمال بخلاف قوله زנית بك، وهكذا ذكره الكرخي في «كتابه».

وفي «نوادير ابن سماعة» عن أبي يوسف إذا قال الرجل لامرأة: يا زانية، فقالت: زנית معك حدث المرأة للرجل؛ لأن هذا قذف منها؛ لأن معناه زנית أنا معك، قال البقالي: والأول أصح، وفي «نوادير ابن سماعة» عن أبي يوسف أيضاً: إذا قال الرجل لآخر: يا ابن الزانية وهذا معك، قال ذلك بكلام واحد فهو ليس بقاذف للثاني؛ لأنه لم يكن قذف الأول إنما كان قذف أمه.

ولو قال لرجل: يا زاني وهذا معك كان قاذفاً لهما، قال: ألا ترى أنه لو [٤٣٢ب/١] قال: لفلان عليّ ألف درهم وهذا معه إن لهما جميعاً عليه ألف درهم. ولو

قال: يا ابن الزانية وهذا معها فهو قاذف للثاني، وكذلك إذا قال للثاني: وأمك معها، قال: وروي عنه إذا قال لآخر يا ابن الزانية وهذا ولم يقل معك فهو قاذف للثاني، وفي كتاب الاختلاف روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة إذا قال لغيره: أنت أزنى الناس، أنت أزنى من الزناة، أنت ازنى من فلان الزاني أنت أزنى من فلان، أنت أزنى مني فعليه الحد، وقال أبو يوسف: كذلك في الثلاث الأول وفي الرابع والخامس قال: لا يحد الحد.

وفي «المنتقى»: إذا قال لغيره جددك زان فلا حدّ عليه قال: لأنني لا أدري أي جد هو، ولو قال: أنت ابن ألف زانية فإنه يحد ويقع على الأقرب منهم.

وفي «المنتقى» أبو سليمان عن محمد إذا قال زنت بفلانة وهي حرة مسلمة فمضى على ذلك ولم يرجع فطلبت بحدّها ضرب لها الحد ثمانين بقذفه إياها ولا يحد هو حد الزنا؛ لأنه حكم بكذبه حين ضرب حد القذف.

وإذا قال لغيره: زنا في الجبل وقال عنيت به الصعود على الجبل لا يُصدق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعليه الحد، وقال محمد والشافعي: يُصدق، ولو قال: زنت في الجبل فعليه في قولهم جميعاً؛ لأن بغير الهمز لا يحتمل إلا الزنا من حيث الحقيقة، ولو قال لغيره: يا زاني مع الهمز، ذكر في «الأصل» أنه إذا قال عنيت به الصعود على شيء إنه لا يصدق ويحد من غير ذكر خلاف، لأنه نوى ما لا يحتمله لفظه، لأن هذه الكلمة مع الهمز إنما يراد به الصعود إذا ذكر مقروناً بمحل الصعود يقال: زاني الجبل وزاني السطح، أما غير مقرون بمحل الصعود لا يراد به الصعود وإنما يراد الزنا؛ لأن العرب قد تهمز اللين وقد تلين المهموز، فقد نوى ما لا يحتمله لفظه فلا يصدق.

وإذا قال لامرأته: يا زانية، فقالت: لا، بل أنت حدث المرأة ولا لعان بينهما؛ لأن كل واحد منهما قذف صاحبه، وقذف المرأة زوجها يوجب الحد، وقذف الرجل امرأته يوجب اللعان إلا أنه لا بد من تقديم أحدهما على الآخر، فلو قدمنا الحد على المرأة يبطل اللعان؛ لأن اللعان لا يجري بين الزوجين إذا كان أحدهما محدوداً في القذف عندنا على ما عرف، ولو قدمنا اللعان لا يسقط الحد عن المرأة؛ لأن حدّ القذف يقام على الملاعن، والأصل أنه متى وجب حدّان وفي البداية بأحدهما إسقاط الآخر، تجب البداية به، لأن الحدود يحتال لدرئها.

ولو قال لأجنبية: يا زانية، فقالت: زنت بك لا يحدّ الرجل وتُحد المرأة؛ لأن الرجل قذفها بالزنا والمرأة صدقته في ذلك حيث، قالت: زينب بك، والمقذوف متى صدق القاذف فيما رماها لا يكون على القاذف حد، وتحد المرأة لأن المرأة قذفت الرجل بالزنا لما قالت زنت بك ولم يوجد من الرجل تصديق.

ولو قال لامرأته: يا زانية، فقالت المرأة: زنت بك فلا حدّ ولا لعان، أما لا حد على الرجل ولا لعان وإن قذف امرأته بالزنا؛ لأن المرأة صدقته من وجه لما قالت: زنت بك؛ لأن قولها زنت بك يحتمل أنها أرادت به قبل النكاح، فيكون تصديقاً ويحتمل حال

قيام النكاح فلا يكون تصديقاً، لأن المرأة لا تكون زانية بزوجها فيثبت التصديق من وجه دون وجه فلا يجب على الرجل حد ولعان، وكذلك لا حد على المرأة، وكان ينبغي أن يجب عليها الحد لأنها قذفت زوجها بالزنا ولم يوجد من الزوج تصديق، والجواب أن قولها زنت محتمل بين أن يكون قذفاً إن أرادت به قبل النكاح، وبين أن لا يكون قذفاً إن أرادت بعد النكاح، لأن المرأة لا تزني بزوجها فيكون قذفاً من وجه دون وجه، فلا يجب عليها الحد مع الاحتمال.

ولو قالت المرأة لزوجها ابتداء: زنت بك، ثم قذفها الرجل بعد ذلك لم يكن على واحد منهما حد أما على المرأة؛ لأن قولها زنت بك قذف من وجه دون وجه على ما مر، وأما على الرجل فلأنه وجد التصديق منها من وجه دون وجه.

وإذا قذف الأخرس فلا حدّ عليه لأن حد القذف لا يستوفى إلا بعد وجود الدعوى من المقذوف، والدعوى من الأخرس إنما تكون بالإشارة إذا ادعى بنفسه أو بالنائب، وأي ذلك ما كان لا يمكن استيفاء الحد؛ لأن الحد مما لا يستوفى بالأبدال، وهذا على قولهما لا يشكل؛ لأن الحد عندهما لا يستوفى بدعوى النائب، وقد حصلت الإنابة بالنطق؛ فلأن لا تستوفى ههنا وقد حصلت الإنابة بالإشارة أولى، وعلى قول أبي حنيفة لو ادعى بنفسه لا يستوفى؛ لأنه لا يمكن في إشارته نوع احتمال فلأن لا يستوفى إذا أناب غيره بالإشارة، وقد يمكن نوع احتمال في هذه الإنابة أولى.

وكذلك إذا قذف المجبوب لا حدّ عليه؛ لأن حد القذف إنما يجب على القاذف نفياً لتهمة الزنا عن المقذوف، والزنا من المجبوب لا يتصور فلا تلحقه تهمة الزنا.

وكذلك إذا قذف الرتقاء لا حدّ عليه لأن الزنا لا يتصور من الرتقاء إذا كان رتقاً لا يتصور فتقه فكانت بمنزلة المجبوب، بخلاف ما لو قذف خصياً أو عنيئاً؛ لأن الزنا منهما متصور لأن لهما آلة الزنا.

وكذلك إذا قذف امرأة عذراء لأن الزنا متصور، قال وبأي لسان حصل القذف يجب الحد على القاذف؛ العربية والنبطية والفارسية في ذلك سواء؛ لأن حد القذف إنما يجب لدفع العار والشنار عن المقذوف، والفارسية والعربية في [٤٣٣/١] حق إلحاق العار والشنار على السواء.

وإذا قذف امرأة لها أولاد ولا يعرف لهم أب، فقال لها: يا زانية لا حدّ عليه، وهذا لما بينا أن الحد إنما يجب بقذف المحصن ومن شرائط إحصان المقذوف العفة عن الزنا، وقد تمكنت الشبهة في العفة عن الزنا ههنا؛ لأن الولد الذي ليس له أب ظاهر علامة الزنا وكونها مسلمة عاقلة علامة النكاح ومع الشك في إحصانها أو تمكن في إحصانها شبهة العدم والحد يسقط بالشبهة.

قال شيخ الإسلام في «شرحه»: وعلى هذا قالوا في رجل لاعن امرأته بولد ثم قذفها إنسان لا حد على قاذفها، لأن النسب انتفى عن الملاعن بقضاء القاضي، فتحقق في جانبها علامة الزنا وهو قيام ولد لا أب له ظاهر فتمكن شبهة العدم في إحصانها،

فكذلك لو مات الولد ثم قذفها إنسان لا حد على قاذفها؛ لأن هذه الشبهة لا تزول بموت الولد، وإن لاعن امرأته بغير ولد فقذفها إنسان، فعلى القاذف الحد؛ لأنه قذف محصنة ولكونها محصنة، جرى اللعان لأن اللعان أقيم مقام حد القذف في جانب الرجل عندنا ولو قذف أجنبي محصنة وأقيم عليه الحد ثم قذفها غيره يقام عليه الحد أيضاً فكذا ههنا، وقد ذكرنا فصل الملاعة قبل هذا بخلاف ما ذكر ههنا، وكل ما لا يوجب الحد على الأجنبي لا يوجب اللعان على الزوج؛ لأن اللعان فيما بين الأزواج قائم مقام الحد فيما بين الأجانب على ما عرف في^(١)

وإذا قال لامرأته زנית وأنت كافرة وهي للحال مسلمة، أو قال زנית وأنت أمة وهي للحال حرة، فإنه يجب اللعان؛ لأنه لو قال ذلك للأجنبية يجب الحد؛ لأنه أنشأ القذف بما هو زنا من كل وجه، والمقذوفة محصنة حالة الإنشاء، فيجب الحد كما لو قال زנית، فكذا يجب اللعان. وهذا بخلاف ما لو قال: قذفتك وأنت كافرة أو أنت أمة؛ لأنه لم ينشأ قذفاً حالة الإحصان إنما حكى قذفاً في غير حالة الإحصان، والقذف في غير حالة الإحصان لا يوجب الحد، فأما ههنا أنشأ القذف بما هو زنا من كل وجه في حالة الإحصان، فيجب الحد كما لو قال زנית.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل له امرأة جاءت بولد، فقال الرجل: ليس بابني، ثم قال: هو ابني يضرب الحد. ولو قال: هو ابني، ثم قال: ليس بابني، قال: يلاعن والولد ولده، ولو قال: ليس بابني ولا ابنتك، فلا حد ولا لعان، فهذه ثلاث مسائل:

أما المسألة الأولى: فإنما يضرب الحد؛ لأنه حين نفى ولدها صار قاذفاً لها، فوجب اللعان فلما أكذب نفسه بطل اللعان، فإذا بطل اللعان وجب الحد؛ لأن اللعان حد ضروري صير إليه عند التكاذب، والحد الأصلي الجلد، فإذا بطل التكاذب صير إلى الحد الأصلي.

وأما المسألة الثانية: فإنما يلاعن بينهما لأنه لما قال: هو ابني فقد أقر بالنسب على وجه لا يمكن تغييره بحال، فقله بعد ذلك: ليس بابني قذف لها، وقذف الزوج زوجته يوجب اللعان إلا أن النسب لا يقطع لإقراره الماضي وليس من ضرورة اللعان قطع النسب، ألا ترى أن اللعان مشروع بغير ولد أصلاً، وكذلك إذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم نضى يلاعن بينهما ولكن لا ينقطع نسب الولد، وإذا كان اللعان يتفك عن قطع النسب وجب اللعان مع قيام النسب.

وأما المسألة الثالثة: وإنما لا يجب الحد واللعان، لأنه لما قال: ليس بابني ولا ابنك فقد أنكر الولادة أصلاً؛ لأن ثبوت النسب منهما يكون إنكاراً لولادتهما أصلاً، وإنكار الولادة إنكار للزنا فلم يصير قاذفاً لها فلم يجب حد ولا لعان بخلاف المسألتين،

لأن هناك نفى عن نفسه نسب ولدها، وذلك نسبة منه لها إلى الزنا؛ لأن ولد المنكوحة إذا لم يكن من زوجها يكون من زنى.

وإذا أكره الرجل امرأة وزنى بها لا يحذ قاذفه وقاذفها، أما قاذف الرجل لأنها وجد من الرجل زنا حقيقة وحكماً حتى وجب عليه الحد، ومن قذف زانياً لا يجب عليه الحد. وأما قاذف المرأة لأن ما وجد من المرأة زنا من حيث الحقيقة؛ لأن الزنا حقيقة اسم لوطء خلا عن ملك المتعة وهذا اللوطء خلا عن ملك المتعة، فكان زنا من حيث الحقيقة إلا أنه ليس بزنا من حيث الحكم حتى لا يجب عليه الحكم إلا أن الزنا من وجه كاف لزوال الإحصان.

وإذا زنى الكافر في دار الحرب أو في دار الإسلام ثم أسلم فحذفه رجل لا يحذ قاذفه؛ لأن هذا اللوطء زنا من حيث الحقيقة؛ لأنه خلا عن ملك المتعة إن لم يكن زنا حكماً حتى لا يجب الحد؛ إلا أن الزنا من وجه كاف لزوال الإحصان.

حربي دخل بأمان وقذف مسلماً حد، ذكر المسألة في «الجامع الصغير» من غير ذكر خلاف، وذكر في «الأصل» أن على قول أبي حنيفة الأول: لا يحذ، وعلى قوله الآخر: يحذ؛ لأن في القذف حق العبد، والحربي بالأمان التزم حقوق العباد، ذكر الخصاص في «مختصره» عن إبراهيم النخعي أنه قال لامرأة: ياروشني يجب عليه الحد، وكذلك إذا قال ابن أي سباهة أي عزاي جلب، أو ما شاكل ذلك؛ لأن هذه العبارات كلها مبنية عن كونها زانية عراً.

وإذا قال لغيره: فجرت بفلانة، أو قال: جامع فلانة جماعاً حراماً فلا حد عليه. إذا قال لغيره: أخبرت أنك زان أو قال: أشهدني فلان على شهادته أنك زاني فلا حد عليه. إذا قال لرجل: زنيت أو قال له: يا زاني، فقال رجل آخر: صدقت فلا حد على المصدق. ولو قال: هو كما قلت فعليه الحد، ولو قال لغيره: اذهب إلى فلان وقل له يا زاني فلا حد على الأمر، وهل يجب على المأمور؟ إن كان المأمور، قال له يا زاني يجب، وإن كان قال إن فلاناً يقول لك يا زاني لا يجب، هذا هو الكلام في الألفاظ التي تقع قذفاً موجباً للحد والتي لا تقع قذفاً موجباً للحد.

جئنا إلى دعوى القذف والمرافعة إلى القاضي والشهادة [٤٣٣ب/١] على ذلك. قال محمد رحمه الله: وإذا ادعى رجل على رجل أنه قذفه وجاء بشاهدين يشهدان أن هذا قذف هذا، فالقاضي يسأل الشاهدين عن القذف ما هو، وكيف هو وهذا لأن القذف قد يكون بالزنا وقد يكون بالكفر وقد يكون بالحجارة، فالأول يوجد الحد، والثاني يوجب التعزير والثالث يوجب الضمان متى أتلّف شيئاً منه، فلا بُدّ من السؤال ليعلم القاضي بأنهما شهدا وبما يقضي هو، فإن قالوا نشهد أنه قال: يا زاني قبل شهادتهما، ويحد القاذف إن كانا عدلين فقد حمل شهادتهما على القذف بمطلق الزنا على زنا موجب للحد حتى أوجب الحد على القاذف، ولم يحمل مطلق الشهادة على الزنا على زنا موجب للحد حتى لم يوجب الحد على المشهود عليه ما لم يبينوا الزنا الموجب للحد؛ لأن حد الزنا

خالص حق الله وفي حد القذف حق العبد، فجاز أن يدرأ حد الزنا بما لا يدرأ به حد القذف، ألا ترى أن حد الزنا يدرأ بالرجوع بعد الإقرار وحد القذف لا يدرأ إذا رجع بعد الإقرار، وإن كان القاضي لا يعرف عدالة الشاهدين حبس القاذف حتى يسأل عنهما؛ لأن بهذه الشهادة إن لم يثبت حقيقة القذف قبل التزكية يثبت التهمة، والحبس بتهمة المعصية مشروع، فإن شهد أحدهما أنه قال له: يا زاني يوم الجمعة، وشهد الآخر أنه قال: يا زاني يوم الخميس؛ قال أبو حنيفة: تقبل هذه الشهادة ويقضى على القاذف بالحد، وقالوا: لا تقبل. حجتهم أن المشهود به إن كان متحداً باعتبار الإعادة والتكرار؛ لأن المشهود به كلام والكلام مما يعاد ويكرر. ويكون الثاني غير الأول إلا أنه مختلف من حيث الحقيقة؛ لأن تكلمه بالقذف يوم الجمعة غير تكلمه بالقذف يوم الخميس من حيث الحقيقة، فثبت شبهة الشبهة في المشهود به باعتبار الحقيقة إن لم يثبت حقيقة الشبهة باعتبار الإعادة والتكرار، والشبهة في باب الحدود كالحقيقة.

والدليل عليه ما لو شهد أحدهما أنه قذفه بالعربية وشهد الآخر أنه قذفه بالفارسية لا تقبل هذه الشهادة وإن الحد المشهود به من حيث المعنى باعتبار الإعادة والتكرار؛ لأن الكلام قد يكون بلغتين مختلفتين ويراد بالثاني غير الأول؛ لأنهما اختلفا من حيث الحقيقة فثبت شبهة البنية باعتبار الحقيقة.

وكذلك إذا شهد أحدهما بالإقرار والآخر بالإنشاء يقبل وإن الحد المشهود به باعتبار المعنى فكذلك هذا، وأبو حنيفة يقول بأن في حد القذف حق الله تعالى وحق العبد، وشبهة البينة لا تمنع القضاء بما هو خالص حق العباد متى يثبت الاتحاد من حيث المعنى كما في الطلاق والعتاق والبيع، ويمنع القضاء بما هو خالص حق الله تعالى من الحدود، فنعمل بالدليلين، فنقول: متى ثبت الاتحاد في المشهود من وجهين وثبتت البينة من وجه واحد، فإنه يجب القضاء عملاً بحق العبد، ومتى ثبتت البينة في المشهود به من وجهين وثبت الاتحاد من وجه واحد، فإنه لا يجب القضاء عملاً بحق الله تعالى ففيما تنازعنا فيه الاتحاد في المشهود به ثابت من وجهين من حيث المعنى باعتبار الإعادة والتكرار، ومن حيث اللفظ والصيغة وهو كلمة القذف؛ لأن المشهود به كلام، فإنه قال في الوقتين جميعاً: يا زاني كان المشهود به متحداً باعتبار اللفظ والصيغة وباعتبار الإعادة والتكرار، وإنما ثبتت البينة من وجه واحد من حيث الحقيقة، فإن تكلمه يوم الجمعة غير تكلمه بها يوم الخميس، فكان اتحاد المشهود به ثابتاً من وجهين والبينة من وجه واحد، وبثبوت البينة من وجه واحد لا يمتنع القضاء لما فيه من حق العبد.

فأما في الفارسية والعربية البينة ثابتة من وجهين: من حيث الحقيقة ومن حيث الصيغة واللفظ، فتكلمه بالفارسية غير تكلمه بالعربية، وإنما يثبت الاتحاد من وجه واحد باعتبار الإعادة والتكرار، فيرجح جانب البينة على جانب الاتحاد فامتنع القضاء لأن معظم الحق في هذا الحد لله تعالى، وكذلك في الإنشاء.

والإقرار يثبت البينة من وجهين: من حيث التكلم ومن حيث اللفظ، فإن كلمة

الإنشاء غير كلمة الإقرار، يقول في الإنشاء: يا زاني أو زنيته، وفي الإقرار يقول: قذفته بالزنا ففيما قاله أبو حنيفة في حد القذف عمل بالدليلين بحق الله تعالى وبحق العبد بقدر الإمكان. وهما أسقطا اعتبار حق العبد في باب اختلاف الشاهد في الشهادة أصلاً وألحقاه بالحدود الخالصة لله عز وجل، ومهما أمكن العمل بالحقين في المواضع كلها لا يجوز تعطيل أحدهما، فكان ما قاله أبو حنيفة أولى.

فإن لم يكن له بينة وأراد أن يستحلف المدعى عليه لا يستحلف عند علمائنا خلافاً للشافعي، وأجمعوا على أنه لا يستحلف في حد الزنا وشرب الخمر، فعلمائنا سوا بين حد الزنا وشرب الخمر؛ لأن الاستحلاف مشروع لينكل فيقضي عليه بالنكول والقضاء بالنكول في حد الزنا وشرب الخمر لا يجوز؛ لأنه بدل عن الإقرار أو بدل^(١) ولا يجوز استيفاء الحد بكلا الأمرين، هذا المعنى موجود في حد القذف؛ لأنه لو استحلف فنكل لا يقضى عليه بالنكول، فلا يفيد الاستحلاف فائدة، وهذا كما قال أبو حنيفة: لا يستحلف في الأشياء الستة؛ لأن القضاء بالنكول في الأشياء الستة لأن تكرر القضاء بالنكول متعذر، فلم يكن الاستحلاف مشروعاً فيها، وكذلك هذا.

فإن قيل: هذا ينكل بالقصاص، فإنه يستحلف في دعوى القصاص ولا يقضى فيه بالنكول. الجواب عنه: أن فصل القصاص لا يشكل على قول أبي يوسف ومحمد؛ لأن الاستحلاف على مذهبهما يفيد، فإنه متى نكل يقضى عليه بالدية إن لم يقض بالقصاص، أما ههنا إذا نكل وتعذر القضاء بالحد لا يمكن القضاء بالمال، فلا يفيد الاستحلاف فائدته فلا يشتغل به، وإنما يجيء الإشكال على قول أبي حنيفة، فإنه جَوَزَ الاستحلاف متى وقع الدعوى [١/٢٣٤] في القصاص في النفس ولم يجوز القضاء في الكل لا بالدية ولا بالقصاص، وذلك لأن القياس على مذهبه أن لا يكون اليمين مشروعاً في دعوى القصاص في النفس، لأن اليمين ما شرعت لعينها في سائر الدعاوي وإنما شرعت للقضاء بالنكول، والقضاء بالنكول ممتنع، فكان يجب أن لا يستحلف كما في الحدود، وكما في الأشياء الستة عند أبي حنيفة إلا أنه ترك هذا القياس في باب القصاص بالنص، وذلك لأن الاستحلاف في باب الدماء شرع بعينه لا للنكول، كما في القسامة شرعت الأيمان بعينها حتى إذا امتنعوا من اليمين، وقالوا نعطي الدية لا يتركون وذاك، بل يحبسون حتى يحلفوا ثم يغرمون الدية، فتركنا القياس في باب القصاص بالنص.

والأصل أن ما ثبت بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره، والنص الوارد في القصاص لا يكون وارداً في الحدود دلالة؛ لأن القصاص أكد من الحدود حتى لم يسقط بالرجوع بعد الإقرار ولا بالتقادم كالمال، ولهذا جمع النبي ﷺ بين الأموال والدماء في حق تبرع الاستحلاف، فقال: «لو ترك الناس ودعواهم لادعى ناس دماء قوم وأموالهم لكن البيئة على المدعي واليمين على من أنكر»^(٢) وقد شرع اليمين في الدماء كما شرع في

(١) بياض بالأصل.

(٢) أخرجه مسلم في الأفضية حديث ١٧١١، وابن ماجه في الأحكام حديث ٢٢٢١.

المال إذا لم يكن النص الوارد في الدماء وارداً في الحدود رد الحدود إلى ما تقتضيه حقيقة القياس، وحقيقة القياس تأبى أن يكون اليمين مشروعاً بعينه لا للنكول.

وإذا ادعى قذفاً على أحد وأقام على ذلك شاهداً واحداً، فالقاضي لا يقضي عليه بالحد، وهل يحبس؟ ينظر إن كان الشاهد فاسقاً لا يحبس، وإن كان عدلاً، وقال: لي شاهد آخر في المصر القياس أن لا يحبس وفي الاستحسان: يحبس.

وجه القياس في ذلك وهو أن شهادة الواحد ليس بحجة في الحدود، وإن كان عدلاً وإذا لم تكن حجة صار وجودها وعدمها بمنزلة، فبقي مجرد الدعوى وبمجرد الدعوى لا يجب الحبس، وكان كما لو شهد امرأتان بالقذف.

وجه الاستحسان في ذلك: وهو أن شهادة الواحد إذا كان عدلاً حجة في الديانات وحدها، وهي حجة في الحدود مع غيرها، فإنه إذا انضم إليه شهادة عدل آخر وجب الحد فتثبت بها شبهة القذف إن لم تثبت الحقيقة وتهمة المعصية موجبة الحبس فيحبس كما لو شهد عليه مستوران بخلاف شهادة المرأتين؛ لأنها إن كانت حجة في الديانات وحدها، فليست بحجة أصلاً في حق الحدود فإنه لو انضم إليها شهادة رجل لا يقضي بها وبخلاف شهادة الفاسق؛ لأنها ليست بحجة في الديانات وليست بحجة في الحدود أصلاً، فإنه لو انضم إليه شهادة عدل لا يجب القضاء به.

ثم إنما يحبس يومين أو ثلاثة أيام إذا قال: لي شاهد آخر في المصر، وذلك لأن هذه مدة ضربت لتروية الرأي؛ لأن المدعي يحتاج إلى تروية الرأي في إقامة البينة إن إقامة البينة أولى أم ترك الدعوى؟ وما ضرب لتروية الرأي، فإنه يتقدر بثلاثة أيام كما في خيار الشرط وكما في مدة التقدّم في حق الشهود؛ لأن الشاهد يحتاج لتروية الرأي لأن له الستر وله أداء الشهادة، فيحتاج إلى تروية الرأي إن أيّ الأمرين أولى؟ فقدر بثلاثة أيام، فكذا هذا.

فإن ادعى له شاهد آخر بخراسان فإنه لا يحبس، فإن الحبس بالتهمة مقدر بثلاثة أيام وهنا متى حبسه إلى أن يحضر شاهده الآخر تزداد مدة الحبس على ثلاثة أيام فلا يحبس.

فإن قيل: يجب أن يحبس بقدر ثلاثة أيام جزاء على تهمة المعصية ثم يخلّى سبيله بعد ذلك، والجواب أن يقال: بأن الحبس على تهمة المعصية غير مشروع لعينه، وإنما شرع لإمكان إقامة الحد، فمتى لم يمكن إقامة الحد بعد مضي ثلاثة أيام لو حبس صار الحبس مقصوداً لعينه لا لإقامة الحد، وإنه مشروع لإقامة الحد لا بعينه، وإن ادعى أن له شاهداً آخر خارج المصر فكذا ذلك، وهذا إذا كان المكان الذي فيه الشاهد بعيداً من المصر بحيث لا يمكنه في مدة ثلاثة أيام.

فأما إذا كان قريباً بحيث يمكنه الإقامة في ثلاثة أيام فإنه يحبس؛ لأن مدة الحبس لا تزيد على ثلاثة أيام، والحبس على تهمة القذف مشروع بقدر ثلاثة أيام متى أمكن إقامة الحد بعد ثلاثة أيام.

وإذا قذف الرجل رجلاً بالزنا فرفعه المقذوف إلى القاضي، فقال القاذف: عندي بينة عدول على ما قلت وأقام البينة على ذلك، فإنه لا يحد لأن حد القذف بنص الكتاب متعلق بعجز القاذف عن إتيان أربعة من الشهود على ما قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ فَجَازَوْهُمُ ثَمَنَيْنِ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] وهذا أتى بأربعة من الشهداء فلا يجب عليه الحد فإن جاء بأربعة من الشهود وهم عدول فإنه يدرأ الحد عن القاذف وهو يحد المقذوف إن شهدوا بزنا غير متقدم، فإنه يقام عليه الحد، فإن شهدوا بزنا متقدم فإنه لا يحد كما لو شهدوا عليه بالزنا قبل القذف إن كان متقدماً لم يحد وإن كان غير متقدم حد فذلك هذا، ويسقط الحد عن القاذف في الحالتين إن حد المقذوف فلا إشكال؛ لأن الزنا ثبت على المقذوف حقيقة وحكماً، وكذلك إن لم يحد المقذوف المقام؛ لأن الزنا إن لم يثبت حقيقة لتهمة تمكنت في الشهادة بسبب التقدم ثبت بشبهة الزنا لتكامل العدد فإنه كافى لدرء الحد عن القاذف، كما لو شهد عليه أربعة من الفسقة تثبت شبهة الزنا لكمال الحجة، إن لم تثبت الحقيقة لتهمة في الحجة فذلك [٤٣٤ب/١] هذا.

قال محمد في «الجامع الصغير»: رجل له عبد وله أم حرة مسلمة قد ماتت فقذف المولى أم العبد فليس للعبد أن يأخذ المولى بحدها.

يجب أن يعلم أن من قذف حياً وقضى القاضي للمقذوف بالحد ثم مات المقذوف لا يورث عنه حد القذف عندنا خلافاً للشافعي. وأجمعوا على أن من قذف ميتاً يجب الحد للوارث، أما إذا قذف الميت فإنما وجب الحد للوارث لأن القاذف بقذف الميت ألحق العار والشنار بالوارث مقصوداً؛ لأن الميت ليس بأهل أن يلحقه العار فيجب الحد لدفع العار عن الوارث مقصوداً بطريق الابتداء لا بطريق الإرث، فأما إذا قذف الحي فقد ألحق العار بالمقذوف مقصوداً وبالوارث تبعاً، فوجب الحد حال حياة المقذوف لدفع العار عن المقذوف مقصوداً، ولدفع العار عن الوارث تبعاً فإذا مات المقذوف لو أوجبنا الحد للوارث أو جنبناه لدفع العار عن مقصوداً إذا الميت ليس من أهل العار ليدفع ذلك عنه بالحد، فيكون الثابت في الزمان الثاني على خلاف ما يثبت في الزمان الأول.

إذا ثبت هذا جئنا إلى تخريج مسألة «الجامع الصغير» فنقول إذا كان المذهب عندنا أن يقذف الميت يجب الحد للوارث ابتداء فنقول: لو وجب الحد على المولى بقذف أم العبد وجب للعبد ابتداء، ولا يجوز أن يعاقب المولى بسبب عبده فلا فائدة في الوجوب، ألا ترى أن المولى لو قتل عبده لا يجب القصاص، وإنما لا يجب لعدم الفائدة فكذا ههنا بخلاف ما إذا كان القاذف أجنبياً؛ لأن الأجنبي يجوز أن يعاقب بسبب عبد غيره، فكان في الوجوب فائدة، ثم فرق في حق الأجنبي بينما إذا قذف أم العبد بعدما ماتت، وبينما إذا قذفه، فأوجب الحد على القاذف بقذف الأم ولم يوجب الحد عليه بقذف العبد.

والفرق أنه متى قذف العبد فالقذف يتناوله مقصوداً وهو غير محصن فلا يجب الحد بقذفه، فأما إذا قذف أم العبد فالقذف تناول الأم مقصوداً، والأم محصن وبهذا القذف لحق العبد العار فيجب الحد له دفعاً للعار عن نفسه.

وعلى هذا إذا قذف أم نصراني وهي حرة مسلمة قد ماتت تحت النصراني، وإذا كان لو قذف النصراني لا يجب له الحد، والفرق ما مر في مسألة العبد.

ثم إذا قذف ميتاً محصناً حتى وجب الحد على القاذف فولاية المطالبة باستيفاء الحد لأب المقذوف ولأمه ولجده أب الأب وإن علا، ولأولاده لصلبه ذكراً كان أو أنثى، ولأولاد أولاده من قبل الرجال إن كانوا كابن الابن وإن سفل، ولا تثبت ولاية المطالبة لأولاد أولاده من قبل النساء كولد الابنة، ولا لأب الأم ولا لأم الأم ولا لأخيه ولا لعمه ولا لابن العم.

والحاصل إنما تثبت ولاية المطالبة لمن كان بينه وبين المقذوف حقيقة الولاد، وإذا لم يكن بينه وبين المقذوف حقيقة الولاد، ولكن بينه وبين المقذوف ولاد بواسطة يجب أن يكون الطالب منسوباً إلى المقذوف كابن الابن أو يكون المقذوف منسوباً إليه كالجد، وهذا لأن المطالبة بحد القذف إنما تثبت للمقذوف والمقذوف في الحقيقة الميت؛ لأنه هو المقصود بالقذف إلا أنه عاجز عن استيفاء هذا الحق، فتثبت المطالبة باستيفاء هذا لمن صار مقذوفاً بقذفه والأب والأم والولد صاروا مقذوفين بقذف الميت لما بينهما من حقيقة التعصية والجزئية، فقذف الميت يتناول هؤلاء بحكم التعصيب والجزئية.

وإذا لم يكن بين الطالب وبين المقذوف حقيقة ولاد ولكن بينهما ولاد بواسطة يشترط مع ذلك قيام النسبة بين الطالب والمقذوف؛ لأن الولاد الثابت بواسطة دون الولاد الثابت بلا واسطة، فيشترط قيام النسبة ليخلق هذا الولاد بالولاد الثابت بلا واسطة من حيث الاعتبار، فأما الأخ والعم وولد الابنة وأم الأم فلم يكن بين هؤلاء وبين المقذوف لا حقيقة الولاد ولا النسبة؛ لأن الإنسان لا ينسب إلى أخيه ولا إلى عمه وإنما ينسب إلى أبيه وكذلك ولد الابنة لا ينسب إلى الإنسان، وإنما هذا الولاد بالولاد إلى ابنه، فلهذا لهم يثبت لهم حق المطالبة.

الفصل الثامن في التعزير وبيان الترتيب في الضربات

يجب أن يعلم بأن التعزير مشروع ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة ونوع من المعنى، أما الكتاب فقول الله تعالى ﴿وَأَسْرِتُمْ عَنْهُ فَانْطَلَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْكُمْ سَكِينًا﴾ [النساء: ٣٤] أمر بضرب الزوجات تهدياً وتاديباً لهن.

وأما السنة فقولته عليه الصلاة والسلام: «رحم الله امرأً علق سوطه حيث يراه أهله»^(١) وقال عليه السلام: «لا ترفع عصاك عن أهلِكَ»^(٢)، وروي أن رسول الله ﷺ

(١) أخرجه المتقي الهندي في كنز العمال ٤٤٩٤٥، والعجلوني في كشف الخفاء ٨٢/٢، وابن عدي في الكامل في الضعفاء ١٦٤٢/٤.

(٢) أخرجه الهيتمي في مجمع الزوائد ١٠٦/٨، وأبو نعيم في حلية الأولياء ٣٢٢/٧.

«عزر رجلاً قال لغيره يا مخنث»^(١).

والمعنى: أن الزجر عن الجنايات وسوء الأفعال واجب لأنها تؤدي إلى القتال....^(٢) التعزير صالح للزجر فشرع التعزير زاجراً.

ثم قد يكون التعزير بالحبس وقد يكون بالصفع وتفريك الأذن، وقد يكون بالكلام العنيف، وقد يكون بالضرب، ولم يذكر محمد في شيء من الكتب التعزير بأخذ المال، وقد قيل: روي عن أبي يوسف أن الزجر والتعزير من السلطان بأخذ المال جائز، ولا خلاف بين العلماء أنه لا يبلغ بالتعزير الحد، قال عليه السلام: «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين»^(٣).

بعد هذا اعتبر أبو حنيفة رضي الله عنه حد العيب وذلك أربعون [١/٤٣٥] فقال ينقص عنه سوط ويضرب تسعة وثلاثون سوطاً، وأبو يوسف اعتبر حد الأحرار، وذلك ثمانون سوطاً وقال: ينقص عنه سوط ويضرب تسعة وسبعون.

وقال في رواية أخرى: ينقص خمسة ويضرب خمس وسبعون والأول أصح، وقول محمد في الكتب مضطرب، ذكر في بعضها مع أبي حنيفة، وفي بعضها مع أبي يوسف، وهذا بالاختلاف في أقصى التعزير.

فأما أدناه مفوض إلى رأي الإمام يقيم بقدر ما يرى المصلحة فيه وينبغي أن ينظر القاضي في سببه فإن كان من جنس ما يجب به الحد ولم يجب بعارض يبلغ بالتعزير أقصى غاياته.

مثاله: إذا قال لأمة الغير أو لأم ولد الغير أو لذمية: يا زانية، يجب عليه أقصى غايات التعزير؛ لأن الحد لا يجب هاهنا لعدم إحصان المقذوف، وهذا من جنس ما يجب به الحد، وإن كان من جنس ما لا يجب به الحد نحو أن يقول لغيره: يا خبيث يا فاسق يا شارب خمر حتى وجب التعزير، فالتعزير مفوض إلى الإمام.

وفي حدود «الأصل» يبلغ التعزير غاياته في موضعين:

أحدهما: إذا أصاب من الأجنبية كل محرّم غير الجماع.

والثاني: إذا أخذ السارق في البيت بعدما جمع المتاع قبل الإخراج. وفيما عدا هذين الموضعين لا يبلغ، لأن في هذين الموضعين لم يكن جريمة ليس وراءها إلا ما هو سبب وجوب الحد، فيعزر بتعزير ليس وراءه إلا الحد بخلاف سائر الجرائم.

وقال أبو يوسف: التعزير على قدر عظم الجرم، وما يرى الحاكم في احتمال المضروب فيما بينه وبين أقل من ثمانين.

(١) الحديث لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث التي بين يدي.

(٢) بياض بالأصل.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٣٢٧/٨، والزيلعي في نصب الراية ٣/٣٥٤، والمتقي الهندي في كنز العمال ١٣٣٧٤.

وفي «نوادير ابن سماعة»: عن أبي يوسف في والٍ عَزَّر مائة فمات الرجل قال: لا أضمنه لأنه قد جاء أن.....^(١)، فإن زاد على مائة فمات فنصف الدية في بيت المال؛ لأن هذا خطأ من الوالي، فإن جاء من ذلك ما يعلم أنه تعمد وليس بخطأ فهو على عاقلته.

وفي «الأُمالي» عن أبي يوسف: لو أن قاضياً رأى تعزير مائة فقد أخذ بالأثر، وإن ضرب أكثر من مائه فهو جائز وإنما يجب التعزير بأن يرتكب منكراً ليس فيه حد مقدر شرعاً أو يقذف غيره بقذف لم يجب عليه حد مقدر.

وفي «المنتقى»: وشهادة المرابين مع الرجل في التعزير جائزة وليس على القاذف حبس حتى يسأل عن الشهود؛ لأنه من حقوق الناس.

وإذا قال لغيره: يا فاجر فعليه التعزير، وكذلك إذا قال لغيره: يا خبيث، يا فاسق يا مخنث فعليه التعزير، وكذلك إذا قال له: يا بن القحبة، يا بن الفاجرة فعليه التعزير ولا يكون قاذفاً لأمه، لأن الفجور كما يكون بالزنا يكون بغيره، والقحبة من يكون همها ذلك الفعل فلا يكون هذا قذفاً بالزنا.

وكذلك إذا قال لغيره: يا آكل الربا، يا شارب الخمر، يا خائن ففيها التعزير.

وفي «المنتقى» إذا قال لنصراني: يا بن الزاني يا بن الفاسق ففيه التعزير، وقال أبو يوسف: يحد، ولو قال: يا حمار، يا ثور يا خنزير فلا شيء في ذلك؛ لأن من عادة أهل الحرب إطلاق هذه الألفاظ بمعنى البلادة والجرص ولا يريدون بذلك الشتم، ألا ترى أنه يسمون به. يقال سفيان الثوري وغير ذلك، لو قال: يا كلب لم يعزر، هكذا ذكر في «الأصل» وحكي عن أبي جعفر الهندواني أنه كان يقول: في عرف ديارنا يعزر؛ لأنه يراد به الشتم في عرفنا، قال شمس الأئمة السرخسي: الأصح عندي أنه لا يعزر.

وفي «الأجناس»: إذا قال يا كافر، يا زنديق، يا لص، يا من يعمل عمل قوم لوط، يا لوطي فعليه التعزير. وفي «المنتقى». قال هشام للإفضاح يقذف اللوطي أن يقول: إنك تعمل عمل قوم لوط، وفي «الأجناس» أيضاً: إذا قال له: يا كلب، يا قرد، يا تيس، يا ذئب، يا بقر، يا حية، يا ابن الحجام وأبوه ليس كذلك يا ابن مقعد يا مؤاجر، يا بغي، يا مقامر، يا ناكس، يا منكوس، يا سخرة يا ضحكة يا كشحان يا موسوس إنه لا يعزر في ذلك كله، وإذا قال لفاسق: يا فاسق أو قال للص يا لص: فلا شيء فيه.

وفي «الأثار» عن أبي حنيفة رضي الله عنه: إذا قال لغيره يا بغل، فعليه الحد؛ لأنه بلغة...^(١) يا زاني. وفي «الأصل»: إذا قال له: يا يهودي، يا نصراني، يا بن النصراني إن فيه التعزير ولا حد.

قال محمد رحمه الله: والتعزير أشد الضربات يريد به أن في التعزير يضرب أشد ما يضرب في سائر الحدود، ثم ضرب الزاني أشد من ضرب شارب الخمر، وإنما كان

التعزير أشد الضربات؛ لأنه جرى في التعزير نوع تخفيف من حيث نقصان العدد فلو جرى فيه التخفيف من حيث الخفة ومن حيث الألم لا يحصل المقصود وهو الزجر، بخلاف حد الزاني؛ لأنه جرى فيه التغليظ من حيث زيادة العدد، فلو جرى فيه نوع تخفيف من حيث صفة الضرب لا يفوت ما هو المقصود وهو الزجر.

ثم ضرب الزاني أشد من ضرب شارب الخمر؛ لأن جناية الزنا أعظم من جناية شرب الخمر لأن حرمة الخمر أكد، ألا يرى أن الزنا لم يكن حلالاً في دين من الأديان وشرب الخمر كان مباحاً في الابتداء!! وألا ترى أن شرب الخمر يحل عند الضرورة والزنا لا يحل عند الضرورة حتى لو أكره على شرب الخمر بالقتل ترتفع الحرمة!! ولو أكره على الزنا بالقتل لا ترتفع الحرمة.

ثم ضرب شارب الخمر أشد من ضرب القاذف، وفيه نوع إشكال؛ لأن حد القذف منصوص عليه في كتاب الله تعالى، فكان واجباً بدليل قطعي، وحد شرب الخمر ثبت بضرب اجتهاد من الصحابة، والصحابة ألحقوا حدَّ شرب الخمر بحد القذف وجعلوه فرعاً له، فإنهم قالوا في حق شارب الخمر: إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افتري وحد المفترى ثمانون جلدة فقد ألحقوا حدَّ شرب الخمر بحدَّ القذف فكان فرعاً للقذف، والفرع لا يكون فوق الأصل.

والجواب [٤٣٥ب/١] عن هذا الإشكال من وجهين:

أحدهما: أن شرب الخمر جناية بيقين لا شبهة فيها، وأما القذف ليس بجناية بيقين؛ لجواز أنه صادق فيما رماه، والعجز عن إقامة البينة لا يكون دليلاً على كذبه من حيث الحقيقة وإن جعل دليلاً على كذبه شرعاً لاحتمال أن شهوده غابوا أو ماتوا أو امتنعوا عن أداء الشهادة، وإذا كان القذف في كونه جناية دون شرب الخمر يجب أن يكون حده أخف من شرب الخمر.

والثاني: أن شارب الخمر قل ما يخلو عن القذف وكذلك شارب كل مسكر، فيصير كل شارب جامعاً بين جنائتين على ما عليه العادة: الشرب والقذف، فيكون الشارب جانياً بجنائتين والقاذف جانياً بجناية واحدة، فلهذا كان ضرب القاذف دون ضرب شارب الخمر.

وفي حدود «الأصل»: ويفرق التعزير على الأعضاء ولا يضرب العضو الذي لا يضرب في حد الزنا، وفي كتاب الأشربة: ويضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسألة روايتان، لكن موضوع ما ذكر في كتاب الحدود أنه وجب تبليغ التعزير إلى أقصى غاياته متى كانت الحالة هذه يجب التفريق على الأعضاء لثلاث تصير الإقامة في موضع واحد سبباً لفساد ذلك الموضع، وموضوع ما ذكر في الأشربة: أن يعزره أدنى تعزير كسوط واحد أو اثنين أو ثلاثة متى كانت الحالة هذه فالإقامة في موضع واحد لا تؤدي إلى فساد ذلك الموضع.

الفصل التاسع في بيان حكم الشرب والسكران

ولا تقبل الشهادة على شرب الخمر بعد تقادم العهد، والتقادم في شرب الخمر بذهاب الرائحة عند أبي حنيفة، وعندهما بالزمان والكلام في مقدار الزمان على نحو ما ذكرنا في حد الزنا، والتقادم لا يمنع إقامة الحد بالإقرار، غير أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف شرط وجود الرائحة لإقامة الحد بالإقرار، وعند محمد لا يشترط، فمحمد رحمه الله اعتبر حد شرب الخمر بسائر الحدود، وفي سائر الحدود لا يبطل الإقرار بالتقادم فكذا في حد شرب الخمر، وهما يقولان: حد شرب الخمر عرف بإجماع الصحابة ولم يُعلم إجماعهم على إقامة حد شرب الخمر بالإقرار بدون الرائحة فإن الإجماع لا ينعقد مع مخالفة عمر وابن مسعود، وما أقاما حد شرب الخمر بالإقرار بدون الرائحة، فإنه روي عن عمر رضي الله عنه «أنه أتني إليه برجل قد شرب الخمر بعدما ذهب رائحته واعترف به فعزّره ولم يحده»، وروي أن «رجلاً يقال له هزال أتني بابتن أخ له إلى ابن مسعود وقال: هذا شرب الخمر فاعترف به، فقال له ابن مسعود: بشس والي اليتيم أنت، لا أدبته صغيراً ولا سترت عليه كبيراً، ثم قال: مزموه وتلتلوه واستنكهوه، فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه» فقد شرط لإقامة الحد قيام الرائحة، فإذا لم توجد الرائحة لا يقام الحد لانعدام الدليل والإجماع.

والمعنى في ذلك أنه أقرّ على نفسه بحق ولصدق إقراره علامة وهو الرائحة وجب أن يشترط وجود تلك العلامة لتصديقه في إقراره قياساً على ما إذا قال: قطعت يد فلان، فإن كان يد فلان مقطوعة كان مصداقاً في إقراره وإن لم تكن مقطوعة لم يكن مصداقاً في إقراره، والمعنى فيه الاختبار لدرء ما أمرنا الشرع بدرئه بقدر الممكن.

ثم إن محمداً يقول في «الجامع الصغير»: رجل أقر بشرب خمر، إن جاء وريحها يوجد منه أخذ بالحدّ، وإن جاء بعدما ذهب ريحها لا يؤخذ عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وفي كتاب الأشربة يقول: إذا أتني به ساعة شرب وريحها يوجد منه فلولا رواية هذا الكتاب لكان لقائل أن يقول: إن جاء به بعد مضي الساعة التي شرب فيها وريحها يوجد منه إنه لا يؤاخذ به، وإنما يؤاخذ بإجماع الأمرين، وهو أن يقر ساعة شرب وأن توجد منه الرائحة ويتبين بما ذكر في «الجامع الصغير»: أن ما ذكر في «الأصل» إذا أتني به ساعة شرب دفع اتفاقاً وإن الحكم معلق بوجود الرائحة لا غير.

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: ولا يحد السكران بإقراره إذا جاء يقرب بالشرب وهو سكران؛ لأن الحد يحتال لدرئه، والسكران في العادة لا يثبت على كلام واحد بل يتكلم صادقاً وكاذباً، فيحتمل أنه يقر كاذباً لسكره بخلاف سائر الحقوق، فإنه إذا أقرّ بها يؤخذ بإقراره؛ لأن سائر الحقوق لا تدرأ بالشبهات فيؤاخذ بها.

فإن قيل: في سائر الحقوق لا يصدق ولا يميز فيجب أن لا يصح كالمجنون، قلنا:

القصد فأت بسبب هو يقتضيه فالحق بالصاحي عقوبة علته وإنما عرف هذا التغليظ بإجماع الصحابة بأنهم اتفقوا على أن السكران إذا قذف إنساناً يقام عليه الحد.

قال الفقيه أبو جعفر: ذكر محمد رحمه الله هذه المسألة في كتاب الأشربة وقال: إن أتاك سكران وهو لا يعقل فأقر بذلك لا يحد. فلولا رواية «الجامع الصغير» كان لقائل أن يقول: إذا كان سكراناً يعقل شيئاً أخذ بإقراره، فلما عم السكران في «الجامع الصغير» ولم يخص كان ذلك دليلاً أن السكران لا يؤخذ بإقراره على كل حال، وهذا لأنه لا يسمى سكراناً فما لم يكن في عقله قصور من وجه فصار ذلك شبهة في إقراره، فلا يحد وإذا أخذه الشهود وهو سكران أو أخذه وقد شرب خمراً وريحها يوجد منه فذهبوا إلى مصر فيه الإمام أخذ بحده وهذا عندهم؛ لأن الاحتراز عن مثل هذا غير ممكن فلا يعتبر مانعاً إقامة الحد، كما لو أذهب الرائحة بالمعالجة.

والأصل فيه ما روي أن قوماً شهدوا بين يدي عثمان رضي الله عنه على وليد بن عقبة أو عقبة بن الوليد بشرب الخمر وهو كان بالكوفة، فحمله عثمان إلى المدينة وأقام عليه الحد^(١).

ولو شهد الشهود على السكران لا يقام عليه الحد حتى يصحوا فإذا صحى يقام عليه الحد [١٤٣٦/١] سواء ذهب رائحة الخمر أو لم تذهب، ومن هذا الفصل مسائل كثيرة تأتي في كتاب الأشربة إن شاء الله تعالى.

الفصل العاشر في المتفرقات

في «الأصل»: كل شيء فعله الإمام الذي ليس فوقه إمام مما يجب به الحد لله تعالى فليس عليه حد، فأما إذا قتل إنساناً أو أتلف مال إنسان يؤاخذ به، وهذا لأن القصاص وضمان المتلفات حق العباد على سبيل التمحض وحق الاستيفاء لمن له الحق فيكون الإمام فيه غير شرعاً قال الله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] إلا أنه يحتاج إلى المنعة والمولى منعة المسلمين واعانتهم، فيقدر على استيفائه فكان الإيجاب مفيداً فأما الحدود الخالصة لله تعالى فولاية الاستيفاء للإمام الأعظم والولاية والقضاء من بعده فلا يمكن إثبات ولاية الاستيفاء لغيره من الولاية والقضاء، لأنهم تحت ولايته ولا يمكن إثبات ولاية الاستيفاء له على نفسه، لأن الواحد لا يصلح إماماً ورعية فتعذر الاستيفاء فلا يكون الإيجاب مفيداً؛ لأن فائدة الوجوب الاستيفاء.

ولو قذف الإمام الأعظم رجلاً هل يجب عليه حد القذف؟ لم يذكر محمد هذا في

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد حديث ٢٦٨٣، بلفظ: كان الوليد بن عقبة أخا عثمان لأُمّه، وضربه عثمان الحد إذ شرب الخمر.

«الأصل» قالوا: ينبغي أن لا يجب؛ لأن المقلب في حد القذف حق الله تعالى والإقامة مفوضة إلى الإمام.

رجل أقر بالزنا عند القاضي أربع، فأمر برجمه فقال والله ما أقررت درأ الحد عنه؛ لأنه قد رجع.

وفي «المنتقى» إذا وطئ جارية بنت خمس سنين قال أبو حنيفة رضي الله عنه: إذا سلمت أقيمت عليه الحد.

وفيه أيضاً مسلم زنى أو سرق أو شرب الخمر ثم ارتد - والعياذ بالله - فإنه يعرض عليه الإسلام، فإن أسلم أقيم عليه حد الزنا إن كان غير محصن وأقيم عليه حد السرقة أيضاً وبطل عنه حد الخمر، وإن كان محصناً حين زنى بطل حد الزنا أيضاً لأنه تحول إلى حال لا يجب على أهلها الرجم ولا أجلده لأنه إنما كان وجب عليه الرجم، وإن أبى أن يُسلم قتلته، ولم أقم عليه شيئاً مما فعل وأضمنه السرقة.

رجل زنى بامرأة وأفضاها فالمسألة على ثلاثة أوجه.

الأول: أن تكون المرأة كبيرة، وإنه على وجهين أيضاً: أما إن كانت المرأة مكرهة أو مطاوعة، وإما أن يكون الإفضاء على وجه يستمسك البول أولاً يستمسك، وأما أن يكون ذلك من غير دعوى شبهة أو كان ذلك مع دعوى شبهة، فإن كانت مطاوعة من غير دعوى شبهة فعليهما الحد لوجود الزنا، ولا شيء عليه في الإفضاء لوجود الرضا منها بالوطئ ورضاها معتبرة في حقها، وإن كان مع ذلك دعوى شبهة فلا حد ولا شيء في الإفضاء ويجب العقر، وإن كانت مكرهة من غير شبهة فعليها الحد ولا حد عليها ولا عقر؛ لأن الحد مع العقر عندنا لا يجتمعان، فبعد ذلك ينظر: إن كان الإفضاء على وجه يستمسك البول معه يجب ثلث الدية، لأنه أفضاها وإن كان الإفضاء على وجه لا يستمسك البول معه يجب كل الدية ويكون ثلث الدية في الوجه الأول وكل الدية في الوجه الثاني في مال الجاني؛ لأنه شبه العمد، وموجب شبه العمد في النفس وفيما دون النفس في ماله، هكذا ذكر المسألة في «الأصل».

وذكر في آخر جنايات «الجامع الصغير»: أن ذلك على عاقلة الزاني جعله خطأ من كل وجه وموجب الخطأ على العاقلة في النفس وفيما دون النفس إذا بلغ خمسمائة وإن كان مع الإكراه دعوى الشبهة فلا حد عليهما، فبعد ذلك ينظر: إن كان الإفضاء بحيث يستمسك البول معه يجب ثلث الدية ويجب المهر في «ظاهر الرواية»، وإن كان الإفضاء بحيث لا يستمسك البول يجب كل الدية، ولا يجب المهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد رحمهم الله يجب المهر، ومحمد رحمة الله يقول: هما مالان مختلفان يجبان بشعبتين مختلفين لأن المهر يجب بإتلاف المنفعة والدية تجب بإتلاف العضو، ولهذا يجب العقر مع ثلث الدية وإن كان الإفضاء بحيث يستمسك البول معه.

وهما يقولان: بأن ضمان كل العين ينافي ضمان جزء منه حتى لا يتكرر الضمان بمقابلة شيء واحد، والدية ضمان إتلاف هذا العضو. والعقر في معنى ضمان جزء منه في

الحكم. فتنافيا والعبرة للحكم، وأما إذا وجب ثلث الدية: فقد روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يدخل أقلهما في أكثرهما، والفرق على «ظاهر الرواية»: أنا إنما أبطلنا ضمان المهر لوجوب ضمان كل العين المنافي بضمان جزء منه، وثلث الدية ضمان الإفضاء لا ضمان شيء من العين.

الوجه الثاني: أن تكون المرأة صغيرة يجامع مثلها، والجواب فيها كالجواب في الكبيرة؛ لأن جماع الصغيرة التي يجامع مثلها وطء من كل وجه وليس بجناية، ألا ترى أنه يتعلق به جميع أحكام الوطء من حرمة المصاهرة وغيره، فكان الجواب فيها كالجواب في الكبيرة إلا في خصلة أن رضاها لا يعتبر في إسقاط أرش الإفضاء؛ لأنها يست من أهل إسقاط حقها.

الوجه الثالث: أن تكون صغيرة لا يجامع مثلها فأفضاها لا حد عليه، بخلاف ما إذا زنى بها فلم يفرضها حيث يلزمها الحد.

بعد ذلك ينظر إن كان إفضاء يستمسك البول معه كان عليه ثلث الدية ويجب المهر بالإجماع.

وإن كان إفضاء لا يستمسك معه البول فعليه الدية كاملاً بالإجماع، وهل يجب المهر؟ فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يجب، وعلى قول محمد: يجب ذكر في بعض نسخ «الجامع الصغير» في آخر هذه المسألة: ما إذا كان الإفضاء بالخشب أو الحجر أو الإصبع، وجعل الجواب في هذا الفصل نظير الجواب فيما إذا كان الإفضاء بالذكر في جميع الوجوه إلا أن في هذا الفصل أوجب الأرش والمهر في ماله، وفي الفصل الأول أوجب على عاقلته لمكان العمل في هذا الفصل ولمكان الخطأ في الفصل الأول.

قال مشايخنا: [٤٣٦ب/١] لا معنى لذكر المهر في هذا الفصل لأن المهر مخصوص باقتضاء الشهوة بالتقاء الختانين دون الجناية بالحجر والأصبع والخشب فيحتمل أن يكون هذا ملحقاً به تعظيماً لحرمة البضع، كما في التقاء الختانين من غير إنزال، ويحتمل أنه وقع سهواً ولهذا وُجِدَ في بعض النسخ دون جميعها.

قال مشايخنا: وإنما تعرف التي لا يجامع مثلها بالسلامة إن سلمت بعد الوطء علم أنها تُجامع ممن يجامع، وإن لم تسلم علم أنها ممن لا يجامع، واختلفوا في الإفضاء: منهم من قال: أن يصير مسلك البول والغائط واحداً، ومنهم من قال: أن يصير مسلك البول والحيض.

وفي «نوادير هشام» عن محمد: إذا ضرب الرجل بعض الحد في شرب خمر أو زنا ثم هرب، ثم شرب الخمر أو زنا بامرأة أخرى فأتى به، قال: يضرب حد مستقل وأما في حد القذف إذا ضرب بعض الحد ثم هرب ثم قذف آخر ثم قدم إلى ذلك القاضي في تلك البلدة أو إلى قاض آخر في بلدة أخرى فإن حضر المقذوف الأول والثاني يطلبان الحد أكمل حد الأول وأسقط حد الثاني، وإن لم يحضر الأول وحضر الثاني وقد علم القاضي بقذفه الأول جلده جلدًا مستقلاًً للثاني ويبطل حد الأول.

وفي «نوادير هشام» عن محمد أيضاً: رجل قال: إن زنيته فعبدي حر فأدعى العبد أنه زني، قال: أحلف المولى بالله ما زنيته؟ فإن حلف لم يعتق العبد ووجب على العبد الحد للمولى، وإن لم يحلف عتق العبد، ولا حد على من قذفه بعد ذلك استحساناً.

وقال: شاهدان شهدا على رجل أنه أعتق أمته هذه وقد زنى بها وكذبها المولى فإني أعتق الجارية بشهادتهما وادراً الحد عن الشاهدين؛ لأن المولى يزعم أنه وطئ أمته.

قال محمد في «الجامع الصغير» في ذمي حد في قذف: لا تقبل شهادته على أهل الذمة.

يجب أن يعلم بأن المحدود في القذف مردود الشهادة مسلماً كان أو ذمياً أما قضيته للنص العام وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً﴾ [النور: ٤] من غير فصل بين المسلم والذمي، أو لأن بطلان شهادته من تنمة الحد على ما عرف فلا بد من القول بالبطلان تنمة للحد وإن أسلم جازت شهادته على أهل الذمة على أهل الإسلام. أما على أهل الإسلام لأن أهلية الشهادة على المسلم لم تكن قبل الإسلام حتى يبطل بسبب القذف تنمة للحد، فإذا أسلم صار أهلاً للشهادة على المسلم، وحده قد تم قبل هذا فلا تبطل بسبب القذف تنمة للحد، ومن ضرورة صيرورته أهلاً لأداء الشهادة على المسلم صيرورته أهلاً لأداء الشهادة على الذمي لاستحالة أن يكون شهادة على أشرف الناس.

ولا يكون له شهادة على أرذل الناس بخلاف العبد المحدود في القذف إذا عتق لا تقبل شهادته؛ لأن تمام حده كان موقوفاً إلى وجود أهلية الشهادة حتى ترد؛ لأنه لم يكن له شهادة قبل العتق. وبخلاف ما إذا تاب المحدود في القذف عندنا لأنه لم تحدث أهلية شهادة لم يكن... (١) ما كانت ثانياً مؤيداً فتناول ما بعد التوبة، ثم ذكر في «الجامع الصغير» جواز شهادته على أهل الذمة وعلى أهل الإسلام، وفي كتاب الحدود لم يذكر جواز شهادته على أهل الذمة فلولاً هذه الرواية لكننا لا نقبل شهادته على أهل الذمة، لأن شهادته عليهم بطلت بالجلد وصارت شهادته في حقهم مجروحة غير أن هذا الإشكال زال بما ذكر في «الجامع الصغير» أن جواز شهادته على أهل الإسلام وعلى أهل الذمة وإن ضرب الذمي سوطاً في قذف ثم أسلم ثم ضرب الباقي جازت شهادته على المسلمين وعلى أهل الذمة.

أجمع العلماء على أنه إذا وجد حد القذف كله قبل الإسلام أن شهادته تقبل بعد الإسلام، وأجمعوا أنه إذا حدّ كله بعد الإسلام أن شهادته لا تقبل ولو أقيم بعض الحد عليه قبل الإسلام وبعضه بعد الإسلام هل تقبل شهادته؟

ذكر في «الجامع الصغير» وقال تقبل شهادته على المسلمين وعلى أهل الذمة. وروي عن أبي حنيفة فيه روايتان في رواية قال: إذا ضرب السوط الأخير بعد الإسلام لا تقبل شهادته، وإن كان دون ذلك تقبل.

وجه الرواية التي قال إنه يعتبر السوط الأخير: أن السوط الأخير له حكم كمال الحد، ألا ترى أنه إذا قذف إنساناً فضرب تسعة وسبعون سوطاً ثم قذف آخر لم يضرب إلا السوط الأخير، فدل أن السوط الأخير له حكم حد كامل فجاز أن يتعلق به ردُّ الشهادة.

وأما وجه الرواية الأخرى وهو أن للأكثر حكم الكل في كثير من الأحكام فكذلك هنا يجعل كأنه أقيم عليه جميع الحد بعد الإسلام، ولو أقيم جميع الحد بعد الإسلام فلأكثر حكم الكل.

ووجه ما ذكر في «الجامع الصغير»: أن ما كان له من الشهادة قبل الإسلام، وهو الشهادة على أهل الكفر لم يبطل بضرب بعض السياط؛ لأن بطلان الشهادة تنمة الحد لا بد من إقامة الحد لتبطل الشهادة تنمة له، وربما ضرب من السياط لم يصير الحد مقاماً وما حدث له من الشهادة بالإسلام وهو الشهادة على أهل الإسلام وأهل الذمة لم يبطل بما ضرب من السياط بعد الإسلام لما ذكرنا، فلهذا تقبل شهادته على أهل الإسلام وعلى أهل الذمة.

ذكر في كتاب «العلل»: إذا جامع الرجل امرأته فماتت من الجماع أو أفضاها بحيث يستمسك البول أو لا يستمسك فلا ضمان عليه، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول، ثم رجع وقال: يضمن في الموت والإفشاء.

ثم إذا وجبت الدية على [١٤٣٧/١] قوله الآخر إذا ماتت من الجماع هل يجب عليه المهر؟ لم يذكر هذا في «الكتاب»، قالوا: وينبغي أن يجب كما لو قتلها من غير جماع، أبو يوسف يقول: الزوج بالجماع استوفى حق نفسه، والاحتراز عن التلف ممكن فيتقيد بشرط السلامة كما لو رمى سهماً إلى صيد، وكما إذا قتل امرأته، وكما إذا ضرب امرأته لتعود إلى مضجعها، فإن في هذه الصور تنقيد بشرط السلامة، حتى إذا حصل التلف في هذه الصور يجب الضمان، وإنما قلنا إن الزوج استوفى حق نفسه لأن الزوج مع المرأة إن استويا في اقتضاء الشهوة من الجماع إلا أن منفعته فيه راجحة؛ لأن المطلوب من الجماع الولد ومنفعة الأب راجحة في الولد، فإن النسب من الآباء، ولهذا كان جميع النفقة على الأب. وإذا ترجح جانب الأب في الجماع والعبرة للرأجح صار الأب بالجماع مستوفياً حق نفسه، والاحتراز عن التلف ممكن في الجملة بأن لا يبالغ في الجماع حتى لا يفضي إلى التلف، ومثل هذا يتقيد بشرط السلامة على ما ذكرنا.

وأبو حنيفة ومحمد قالوا: الفعل واحد حقيقة وحكماً أما حقيقة فظاهر، وأما حكماً لأن المتلف شيء واحد وهو النفس وقد وجب ضمان المهر الآن لو أوجبنا الدية فقد أوجبنا ضمانين بمقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع.

بيان هذا الكلام أن منافع البضع حال العقد عليها بمنزلة جزء عين منها كاليد والرجل، ومتى أوجبنا الدية بالقتل يصير بعض الدية بإزاء منافع البضع، لأنها بعض النفس حكماً، وقد بقي منافع البعض مضمونة بالمهر فيصير بإزائها حينئذ عوضان عن المهر وبعض الدية، ولا يجوز أن يجب ضمانان بمقابلة مضمون واحد.

وليس كما لو زنى بامرأة حرة وماتت؛ لأن ثقة...^(١) حيث الحكم؛ لأن المتلف بالوطء المنفعة من حيث الحقيقة، وإنما يعتبر عيناً حكماً حال ورود العقد عليها، فإذا عرئ عن العقد تعتبر منفعة فالمتلف بالوطء هناك المنفعة وبالقتل النفس، والمنفعة مع العين مختلفان، ولهذا كان منافع الحي مالا ولم يكن النفس مالا فأما حال ورود العقد فمنافع البضع في حكم جزء عين كاليد والرجل، فمتى أوجبنا الدية يصير بعض الدية بمقابلها، وليس كالقتلة والضرب؛ لأنه لا عوض له بإزاء القتل والضرب، ألا يرى أنه لو قتلها من غير خلوة أو قريبها لا يتأكد به المهر، وإذا لم يجز أن يكون وجوب المهر مضافاً إلى الضرب وإلى القتل هي الوجوب مضافاً إلى العقد فصار شيئان: قتل وعقد فأما الوطء يتأكد المهر بعد أن كان على شرف السقوط وللتأكيد حكم الإثبات في حق بعض الأحكام، فأمكن أن يجعل وجوب المهر مضافاً إلى الوطء متى وجد الوطء، والقتل حصل به، وقد بقي الوطء مضموناً بالمهر ضرورة أن لا يخلو الوطء عن موجب في دار الإسلام، فمتى أوجبنا الدية يصير بعض الدية بإزاء منافع البضع، فيصير بإزاء متلف واحد عوضان.

وأما إذا ضرب الرجل امرأته ليعيدها إلى مضجعه، فماتت من ضربه، فإنه يضمن لأن الشرع إنما أباح للزوج أن يضربها لمنفعة تعود إلى الزوج لا لمنفعة تعود إلى المرأة، ألا ترى أنه ليس له أن يضربها على ترك الصلاة؛ لأن منفعة ذلك عائدة إلى المرأة، وههنا الشرع لمّا أباح له الضرب علمنا أنه إنما أباح ذلك لمنفعة عائدة إلى الزوج، والاحتراز عن الإتلاف ممكن، فجاز أن يتقيد بشرط السلامة.

قال الحاكم رحمه الله: ولا يوجد لهذه التي ذكرناها وهو أن الزوج لا يضرب امرأته على ترك الصلاة، والأب يضرب ابنه على ترك الصلاة رواية إلا في كتاب «العلل» خاصة، وهي من خصائص هذا الكتاب.

وفي جنايات «المنتقى»: إذا جامع امرأته فأفضاها حتى لا يستمسك البول أو يستمسك فلا شيء عليه، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله؛ لأن له أن يطأها، وقال أبو يوسف: إن كان لا يستمسك البول فعليه الدية في ماله، وإن كان يستمسك فعليه ثلث الدية. ولو دق فخذها أو يدها عند الوطء فأرش ذلك في ماله؛ لأنه قد يقع على فخذها في الجماع ويتعمد ذلك فهذا منه تعمد.

وروى ابن رستم عن محمد: رجل جامع امرأته ومثلها يجمع فماتت من ذلك فلا شيء عليه؛ لأنه كان له أن يجمعها، وقال أبو يوسف رحمه الله: إذا جامع امرأته فذهبت عنها عين أو أفضاها أو ماتت فهو ضامن، وقال محمد رحمه الله: يضمن في هذا كله إلا في خصلتين الإفضاء والقتل من الجماع، قال وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه فيما حكاه هشام عن محمد رحمه الله قال أيضاً وهو قول أبي يوسف رحمه الله والله أعلم.