

كتاب الحدود

الحد عقوبة مقدرة لله تعالى.....

كتاب الحدود

لما فرغ من الأيمان وكفارتها الدائرة بين العبادة والعقوبة ذكر بعده العقوبات المحضة ولولا لزوم التفريق بين العبادات لكان ذكرها بعد الصوم أولى لاشتماله على بيان كفارة الفطر المغلب فيها جهة العقوبة / والحد لغة المنع، سميت العقوبة به لمنعها من ارتكاب أسبابها معاودة وكل مانع لشيء فهو حاد له ومنه قيل للبواب والسجان حداً لمنعه من الدخول والخروج، وسمى أهل الميزان المعرف للماهية حداً لمنعه منهما وعرفاً ما أفاده بقوله: (الحد عقوبة مقدرة) بالموت في الرجم وفي غيره بالأسواط الآتية: خرج به التعزير لعدم التقدير فيه، أي: في مطلقه وما سيأتي من بيان أقله وأكثره فذاك لنوع منه تجب حقاً (لله تعالى)، خرج به القصاص لأنه حق العبد ولو كان المقتص هو الإمام كما لو قتل عمداً ولا وارث له، وهذا لأن نفع الحد يعود إلى الكافة من صيانة الأنساب والأعراض والأموال، وفي اصطلاح غير مشهور حذف هذا القيد ليدخل القصاص وعليه فالحد قسمان: ما يصح فيه العفو، وما يقبل، وعلى الأول فالحد مطلقاً لا يقبل الإسقاط بعد ثبوت سببه عند الحكم فلا يجوز الشفاعة فيه لأنها ترك طلب الواجب، ولذا أنكروا عليه الصلاة والسلام على أسامة حين شفع في المخزومية التي سرقت بقوله: «أتشفع في حد من حدود الله تعالى»^(١) نعم قبل الوصول إلى الحاكم تجوز الشفاعة عند الرفع لإطلاقه، وركنه إقامة الإمام أو نائبه، وشرطه كون من يقام عليه من أهل الاعتبار سليم البدن فلا يقام على مجنون وسكران لأنهما ليسا من أهل الاعتبار، ولا على مريض ضعيف الخلق إلا بعد الصحة، وسببه ارتكاب كبيرة من الزنا أو القذف أو شرب خمر وحكمه انزجار من عليه يقال: كذا في «المحيط» وسيأتي أن المريض إنما يؤخر عنه الحد لا الرجم وأن نحيف البدن يضرب بما يطيق وليس منه كونه مطهراً من الذنب عندنا بل المطهر إنما هو التوبة عملاً بآية قطاع الطريق حيث قال تعالى بعد ذكر أحكامهم ﴿لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم﴾ [المائدة: ٣٣-٣٤] أخبر سبحانه وتعالى أن آخر فعلهم عقوبة دنيوية وأخروية إلا من تاب فإنها تسقط عنه الأخروية بالإجماع، للإجماع على أن التوبة لا تسقط الحد في

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٨٨)، والبخاري في صحيحه (٣٢٨٨).

والزنا وطء في قبل خال عن ملك وشبهته.....

الدنيا، وأما حديث البخاري وغيره «من أصاب من هذه المعاصي شيئاً فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له، ومن أصاب منها شيئاً فستره الله فهو إلى الله إن شاء عفا عنه وإن شاء عاقبه»^(١) فيجب حمله على ما إذا تاب في العقوبة لذوقه مسبب فعله جمعاً بين الأدلة وتقييد النطق عند معارضة القطعي له متعينة بخلاف العكسي، كذا في «فتح القدير».

قال في «البحر»: وقد يقال: لو عاد الاستثناء إلى عذاب الآخرة لم يبق لقوله: ﴿من قبل أن تقدروا عليهم﴾ فائدة إذ التوبة ترفع الذنب قبل القدرة عليهم وبعدها فالظاهر رجوعه إلى عذاب الدنيا لما سيأتي من أن حد قطاع الطريق يسقط بالتوبة قبل القدرة عليهم وإنما يبقى حق العباد انتهى.

وأقول: بالتحقيق إن الاستثناء راجع إلى عذاب الدنيا والآخرة حتى لو تاب قبل القدرة عليه بعدما أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ شيئاً سقط عنه حد الدنيا والعقاب في الآخرة، أما لو أخاف الطريق وتاب بعدما أخذ لا يسقط عنه حد الدنيا كما سيأتي، وبهذا ظهر فائدة التقييد بما قبل القدرة.

وقول الشارح: إن الاستثناء ينصرف إلى ما قبله من الجمل لاتحاد جنسها فيرتفع بالتوبة ورجع إلى ما يليه في آية القذف لمغايرتها لما قبلها فكانت فاصلة انتهى. ويزيد بارتفاع الكل المجموع لما قد علمته من أنه لو قتل أو أخذ المال وتاب لا يسقط عنه واحد منهما، سواء تاب قبل الأخذ أو بعده، (والزنا) بالقصر في لغة أهل الحجاز فيكتب بالياء أو بالمد في لغة أهل نجد فيكتب بالألف والنسبة إلى المقصور زنوي وإلى الممدود زناوي بدأ بالكلام عليه لأنه لصيانة النسل كما مر فكان راجعاً إلى الموجود وهو الأصل، ولكثرة وقوع سببه مع قطعته بخلاف السرقة فإنها لا تكثر كثرته والشرب وإن كثر فليس حده بتلك القطعية (وطء) عدل عنه في «العناية» فقال: هو قضاء المكلف شهوته قال: واختير لفظ القضاء إشارة إلى أن مجرد الإيلاج زنا، ولهذا يجب به الغسل انتهى.

وأنت خبير بأن الوطاء فيه تلك الإشارة مستور (في قبل) بضم الباء وإسكانها آثر التعبير به عن الفرج لاختصاصه بالإنسان (خال عن ملك وشبهته) المراد بالملك هو ملك الواطئ وبالشبهة في المحل لا في الفعل / على ما سيأتي وهو التعريف فهم [ب/٢٩٨]

الشارح أنه للزنا الموجب للحد قال: ويشترط أن تكون المرأة مشتتة والواطئ مكلفاً

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٦٧٩)، ومسلم في صحيحه (١٧٠٩).

ويثبت بشهادة أربعة.....

طائعا ولو قال: الزنا وطء مكلف في قبل مشتهاة خال عن ملك وشبهة عن طوع كان أتم، وهذا الفهم منشؤه قول صاحب «الهداية» الوطاء الموجب للحد وهو الزنا وأنه في الشرع واللسان وطئ الرجل المرأة في غير الملك وشبهته فينقض طرد تعريف المصنف بوطء غير المكلف والمكره وغير المشتهاة، وعكس التعريف بزنا المرأة فإن فعلها ليس وطئا وإنما هو تمكين، ولذا لو قعدت على ذكره حال كونه مستلقيا فتركها حتى أدخلته فإنهما يحدان، وليس الموجود سوى التمكين، فالتعريف الجامع هو إدخال المكلف الطائع قدر حشفته قبل مشتهاة حالا أو ماضيا بلا ملك وشبهته أو تمكينه من ذلك أو تمكينها في دار الإسلام، وأنت خبير بأن نقض الطرد إنما يتم بتقدير كون التعريف للزنا الموجب للحد ولا نسلمه، بل هو للزنا الشرعي ولا يرد زنا المرأة في العكس لأنه ليس زنا حقيقة ولا يخفى أن تمكينه يرد على العكس، ولو أريد به الشرعي إلا أن يراد بالوطء كون الحشفة في قبل مشتهاة، والحق أن هذا تعريف للزنا الموجب للحد وتلك الشروط المزيدة خارجة عن الماهية وقد مر نظيره.

ثم رأيت الرازي قال بعد ذكر تعريف المصنف: وأما كون الزاني مكلفا وطائعا، والزانية مشتهاة فشرط لأجراء الحكم عليهما، وقول الشيخ: لو عرفه بما قال لكان أتم، أي: أوفى بالشروط نعم بقي أنه لا بد من كونه في دار الإسلام حتى لو زنا في دار الحرب لا حد عليه كما سيأتي وهذا الشرط أوما عليه المصنف بقوله ومكانه وما في «المحيط» من أن منها أن يكون عالما بالتحريم حتى لو لم يعلم به لا يجب الحد للشبهة.

ورده في «الفتح» بأن الزنا حرام في سائر الأديان، حتى أن الحربي إذا دخل دار الإسلام فأسلم وقال: ظننت أنه حلال يحد ولا يلتفت إليه وإن كان فعله ذلك أول يوم دخوله (ويثبت) أي: الزنا عند القاضي، أما ثبوته في نفسه فبإيجاد الإنسان لأنه فعل حسبي (بشهادة أربعة) فيه إيماء إلى أنه يشترط كونهم ذكورا، ولو كان الزوج منهم عندنا بشرط أن لا يشهد أنها زنت بولده سواء كان قبل الدخول أو بعده للتهمة، لأنه بشهادته قبل يريد إسقاط المهر وبعده إسقاط النفقة ويحد الثلاثة دون الزوج كذا في «المحيط».

وفي «السراج»: لو كان المشهود عليه امرأة أحد الشهود فلم يعدل أحد الثلاثة لاعنها الزوج وحدوا وذكر الكرخي أنه لا حد على الزوج ولا عليهم وهو الظاهر انتهى، وفيه نظر لا يخفى، وجوابه يعرف مما سيأتي للمتأمل ويشترط أن لا يكون قذفها لأنه يسعى في دفع اللعان عن نفسه وتحد الثلاثة أيضا، كذا في «الظهيرية»

بالزنا لا بالوطء والجماع فيسألهم الإمام عن ماهيته وكيفيته ومكانه وزمانه والمزنية فإن بينوه

واتحاد المجلس لصحة الشهادة فلو جاؤوا فرادى حدوا حدّ القذف ولو كان خارج المسجد، بخلاف ما جاؤوا فرادى وقعدوا مقعد الشهود وقام إلى القاضي واحد بعد آخر حيث تقبل الشهادة (بالزنا) أي: متلبسة بلفظ الزنا وفيه إيماء إلى أنه لو شهد به اثنان وشهد آخران أنه أقرب به لا يحد ولا تحد الشهود أيضاً بخلاف ما لو كان الشاهد على الإقرار واحداً حيث يحد الثلاثة الذين شهدوا بالزنا، كذا في «الظهيرية» (لا بالوطء والجماع) لأن لفظ الزنا هو الدال على فعل الحرام بخلاف الوطء والجماع وكلامه يعطي بظاهره أنه لا يقوم لفظ مقام لفظ الزنا فلو قال: وطئها محرماً لم يقبل.

واعلم أن في اشتراط الأربعة تحقيق معنى الستر المندوب إليه، وعلى هذا فالأولى ترك الشهادة بالزنا ويجب أن يكون هذا بالنسبة إلى من لم يعتده، أما إذا وصل الحال إلى إشاعته والتهتك به فيجب كون الشهادة أولى من تركها (يسألهم الإمام) أي: يسأل الشهود (عن ماهيته) أي: ذاته لأن الشاهد عساه عنى به غير إدخال الذكر في الفرج بأن ظن مماسته الفرجين حراماً زناً أو كان يظن أن كل وطء محرماً زناً يوجب الحد فيشهد بالزنا فلهذا الاحتمال يسأله عن الزنا ما هو، كذا في «الفتح» وهو ظاهر في أن ماهيته حقيقته فهو من عطف الخاص على العام (و) عن (كيفيته) لاحتمال كونه مكرهاً، والشاهد يرى أنه على الزنا لا يتحقق فيكون مختاراً وفي التحقيق عن حاله تعلق بالزاني نفسه (ومكانه) لجواز أن يكون في دار الحرب أو البغي أو ليعلم إيجاد مكان الزنا في دار الإسلام فإنه شرط كما سيأتي (وزمانه) لجواز / أن يكون في زمن متقادم ولا حد فيه حيث ثبت بالبينة، لأن التقادم يمنع قبولها بخلاف الإقرار ويجوز أن يكون في زمن صباه.

(و) عن (المزني بها) من هي لجواز أن يكون ممن لا يحد بزناها وهم لا يعلمون ذلك كجارية ابنه أو هي زوجته أو أمته وهم لا يعلمون ذلك، وقياس هذا في الشهادة على زنا امرأة أن يسألهم عن الزاني بها من هو فإن فيه أيضاً الاحتمال المذكور مع زيادة وهي جواز كونه صبيّاً أو مجنوناً إذ لا حد عليهما أيضاً في هذه الحالة في قول الإمام، وهذا السؤال إنما هو للاحتياط لا للاحتراز عن الغلط إذ هو مطلوب لدرء الحد وأنه لا معنى للغلط في الزمان والمكان هنا، كذا في «الحواشي السعدية» (فإن بينوه) أي: ما ذكر أفهم بمفهوم شرطه أنهم لو لم يزيدوا على قولهم أنه زنا لا يحد ولا الشهود أيضاً ولو بين ثلاثة ولم يزد الرابع على الزنا لا يحد أيضاً، وما في «المبسوط» من أنه يحد محمول على أنه قال للقاضي في مجلس غير

وقالوا: رأيناه وطئها كالميل في المكحلة وعدلوا سراً وجهراً حكم به بإقراره.....

المجلس الذي شهد فيه الثلاثة، كذا في «الفتح» يعني وبين الرابع من الثلاثة حين شهد به لما قد علمته من اتحاد المجلس شرط لقبول شهادتهم (وقالوا: وطئها) في فرجها، أي: وضع ذكره (كالميل) أي كوضع الميل (في المكحلة) بضمين وعاء الكحل وفيه كلام وهو أن الظاهر أن قوله وقالوا: بيان لقوله وبينوه كما أشير إليه في بعض الشروح، وبمجرد القول المذكور لا يتم البيان لأنه إنما بين الماهية فقط والكيفية، كذا في «الحواشي يعقوبية». وفي «فتح القدير» هذا هو حاصل جواب السؤال عن كيفية الزنا في الحقيقة انتهى.

وفي «إيضاح الإصلاح» في هذا بيان أنه لا يكتفي في ماهية الزنا بالإجماع، وعبرة القدوري ظاهرة في أنه لا بد من قولهم ذلك بعد بيان ما ذكر وذلك قال: سألهم الإمام عن الزنا ما هو؟ وكيف هو؟ وأين هو؟ وأين زنا؟ وبمن زنا؟ ومتى زنا؟ فإذا بينوا ذلك وقالوا: وطئها في فرجها كالميل في المكحلة حينئذ والمقام مقام الاحتياط فما في بعض الشروح فيه نظر فتدبره.

(وعدلوا) أي: الشهود (سراً) بأن يبعث القاضي ورقة فيها أسماءهم وأسماء محلثهم على وجه يتميز بها كل واحد منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة، (وعلانية) بأن يجمع القاضي بين المزكي والشاهد ويقول هذا هو الذي ذكيتته سراً قال: ويحبسه حتى يسأل عن الشهود كي لا يهرب للتهمة تقريراً له إذ لا وجه لأخذ الكفيل منه ولم يكتف الإمام هنا بظاهر العدالة احتيلاً للدرء إذا لم يعلم بحال الشهود فإن علم عدالتهم لا يسأل لأن علمه أقوى من الحاصل من السؤال (حكم به) أي: بموجبه، أي: وجب عليه ذلك لظهور الحق (و) يثبت أيضاً (بإقراره) أي: الزاني وقدم الثبوت بالبينة لأن الثابت بها أقوى ولأنه المذكور في النص وخصه بهما دلالة على أنه لا يثبت بعلم القاضي، وكذا سائر الحدود عليه جماهير العلماء وعلى أن البينة على الإقرار لا تقبل ولا بد أن يكون صريحاً، فلا يحد الأخرس لو أقر بكتابة أو إشارة، وكذا لا يقبل الشهادة عليه لاحتمال أن يبدي شبهة، وكذا لو أقر فظهر مجبواً أو أقرت فظهرت رتقاء بأن تخبر النساء بأنها رتقاء قبل الحد.

ولا بد أيضاً أن لا يكذبه الآخر حتى لو أقر فكذبت، أو هي فكذبها فلا حد عليهما عند الإمام خلافاً لهما، ولو أقر أنه زنا بخرساء أو هي بأخرس لا حد على واحد منهما ووجهه في «المحيط» بجواز أنها لو تكلمت أبدت ما يسقط الحد فقيل: يشكل عليه ما لو أقر أنه زنا بغائبة حد استحساناً لأن انتظار حضورها لاحتمال أن تذكر مسقطاً عنه وعنهما ولا يجوز التأخير بهذا الاحتمال فيحتاج إلى

أربعاً في مجالسه الأربعة كلما أقر رده وسأله كما مر

الفرق، وبقي رابع وهو أن يكون المقر صاحياً حتى لو أقره أو بالسرقه في حال سكره فإنه لا يحد بخلاف ما لو سرق أو زنا حيث يحد، كما في «المحيط» معللاً بأن الإنشاء لا يحتمل التكذيب، والإقرار يحتمله (أربعاً في مجالسه الأربعة) أي: مجالس المقر وقيل: مجالس القاضي والأول أصح فإن أقر أربع مرات في مجلس واحد كان ذلك بمنزلة إقرار واحد.

وفي «الظهيرية» لو أقر كل يوم مرة أو كل شهر مرة فإنه يحد انتهى. وهذا لأنه عليه الصلاة والسلام «أخر الحد عن ماعز إلى أن أتم إقراره أربعاً في أربعة مجالس»^(١) وفسر محمد تفريق المجلس بأن يذهب المقر عنه بحيث يتوارى عن نظر القاضي ولو أقر كل يوم أو كل شهر حد كما في «الظهيرية» (كلما أقر رده) بحيث يغيب عن بصره كل مرة اقتداءً بفعله عليه الصلاة والسلام في ماعز فظاهر قوله في «الهداية» لا بد من اختلاف المجالس / وهو أن يردده القاضي كلما أقر فيذهب حتى لا يراه ثم يجيء فيقر يفيد أن اختلاف المجلس لا يكون إلا أن يردده وفي العبارة تسامح كما قال صدر الشريعة: لأنه في الرابعة لا يردده ومن ثم قال في «الإصلاح» إلا الرابعة.

فرع

شهد عليه أربعة عدول بالزنا فأقر مرة واحدة، ذكر السرخسي أنه يحد يعني بحكم الشهادة وقال غيره: هذا قول محمد وعلى قول أبي يوسف أنه لا يحد، وكذا الخلاف لو أقر مرتين كما في «الشرح»، وقول أبي يوسف أصح كما في «الكافي»، وأجمعوا على أنه لو أقر أربعاً بطلت الشهادة كما في «السراج» وما في بعض الكتب من أنهم لو كانوا فاسقاً فأقر لا يحد مما لا ينبغي في التصوير إذ لا دخل لإقراره في عدم حده.

ولذا قال في «الفتح»: لو شهد أربعة فاسق بالزنا لا يقضي بشهادتهم ولا يحدون لأنهم باقون على شهادتهم غير أنهم لا يقبلون، وعلى هذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على صدق مقالته لا يسقط الحد عندنا، (وسأله) أي: القاضي المقر (كما مر) من سؤال الشهود عن الأشياء الخمسة، أما السؤال عن الماهية والكيفية والمكان فما لا كلام فيه، وأما عن الزمان فقد قيل: إنه لا يسأله بخلاف الشهادة لما مر من أن التقادم يمنعها دون الإقرار وإذا لم يكن التقادم معه مسقطاً فلا فائدة في السؤال، والأصح كما اقتضاه كلامه أنه يسأل عنه لفائدة هي جواز أنه زنا

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩٥).

فإن بينه حد فإن رجع عن إقراره قبل الحد أو في وسطه خلى سبيله وندب تلقينه بلعلك قبلت أو لمست أو وطئت بشبهة فإن كان محصناً رجمه في فضاء حتى يموت يبدأ الشهود به فإن أبوا سقط.....

في حال صباه، وأما عن المزني بها فقال في «إيضاح الإصلاح»: لك أن تقول لا حاجة إليه لما سيأتي من أن جهلها لا يمنع وجوب الحد بالإقرار والحق ما في «الكتاب» أنه لا بد منه أيضاً لجواز أن يبينه فيمن لا يحد بوطئها كجارية ابنه بخلاف ما لو قال: لا أعرف المزني بها لأنه إقرار بالزنا ولم يذكر ما تسقط كون فعله زناً (فإن بينه حد) بما يستحقه من الرجم والجلد كما سيأتي.

(فإن رجع) المقر (عن إقراره قبل الحد) ومنه إنكار الإقرار كما في «الخانية» (أو في وسطه) ومنه ما إذا هرب كما في «الحاوي القدسي» (خلى سبيله) لأن الرجوع خبر يحتمل الصدق ولا مكذب له فيه فيتحقق به الشبهة في الإقرار السابق عليه فيندرى بالشبهة لأنه أرجح من الإقرار السابق، وبهذا عرف أن الرجوع عن الإقرار بحد الشرب والسرقة صحيح أيضاً بخلاف حد القذف والقصاص، والفرق لا يخفى (وندب تلقينه) الرجوع (بلعلك) أي: بقوله: لعلك (قبلت أو لمست) أو تزوجت (أو وطئت بشبهة) لخبر البخاري أنه صلى الله عليه وسلم قال لماعز: «لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت»^(١) والحاصل أنه يلقنه ما يكون ذكره دارئاً للحد عنه.

وفي «المحيط» لو تزوج بها أو اشتراها لا يسقط الحد في ظاهر الرواية لأنه لا شبهة له وقت الفعل (فإن كان محصناً رجمه) الإمام (في فضاء) وهو المكان الواسع لأنه أمكن في رجمه ولغلا يصيب بعضهم بعضاً ولذا قالوا إن الناس يصطفون كصفوف الصلاة لرجمه كلما رجم قوم تأخروا ورجم آخرون، كذا في «الشرح» ولم يقل بالحجارة، لأن كونه بها مأخوذ في مفهومه (حتى يموت) اقتداء بفعله عليه الصلاة والسلام في ماعز وعليه إجماع الصحابة ولو قتله إنسان أو فقاً عينه فلا شيء عليه ولو قبل القضاء وجب القصاص في العمد والدية في الخطأ، كذا في «المحيط».

ومعنى لا شيء عليه أي: لا يقتص منه وإلا فينبغي أن يعزر لافتئاته أي: تجاوزه على الإمام (يبدأ الشهود) بالرجم أي: يشترط أن يبدووا (به) دل على ذلك قوله: (فإن أبوا سقط) أي: الحد لأنه دلالة على الرجوع ولا يحدون لأن امتناعهم ليس صريحاً في الرجوع وقيل: يحدون والأول رواية «المبسوط» وكذا لو أبى بعضهم ولو عبر به لكان أولى وخرج عن أهلية الشهادة بارتداد أو عمى أو فسق أو قذف، وكذا لو ماتوا أو

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٣٨)، وأبو داود في السنن (٤٤٢٧).

ثم الإمام ثم الناس ويبدأ الإمام لو مقرراً ثم الناس.....
 غابوا في ظاهر الرواية لأن الإمضاء من القضاء في الحدود هذا إذا كان محصناً وفي غير المحصن.

قال الحاكم الشهيد في «الكافي»: «يقام عليه حد الموت والغيبة ولو قطعت أيديهم فإن بعد الشهادة فكذلك وإن قبلها القاضي بحضرتهم وهذا لا يرد على المصنف لأن الامتناع عن شيء فرع القدرة، وكذا ما في «الظهيرية» لو كانوا مرضى لا يستطيعون الرمي رمى القاضي ثم الناس (ثم الإمام ثم الناس)، كذا روي عن علي رضي الله عنه ولم يقل: فإن أبي سقط الحد لأن رميه ليس حتماً إذ حضوره غير لازم كذا في «إيضاح الإصلاح» إلا أنه في «فتح القدير» قال: مقتضى ما ذكر أنه لو بدأ الشهود وجب أن يثني / الإمام فلو لم يثن سقط الحد لاتحاد المأخذ فيهما انتهى. [١/٣٠٠]

وهذا إنما يتم لو سلم وجوب حضوره كالشهود وفي رواية يستحب للإمام أن يأمر طائفة من المسلمين أن يحضروا لإقامة الحدود.

واختلفوا في عددها فعن ابن عباس واحد وقال عطاء: اثنان والزهري ثلاثة والحسن البصري أربعة انتهى. وهذا صريح في أن حضورهم ليس شرطاً فرميهم كذلك فلو امتنعوا لم يسقط قالوا: ويستحب أيضاً لكل راجم أن يقصد القتل لأنه المقصود إلا أن يكون ذا رحم محرم منه فيكتفى بغيره كذا في «الفتح» تبعاً لما في «الإيضاح» إلا أنه في «المحيط» قال: يكره لذي الرحم المحرم أن يلي إقامة الحد والرجم وسيأتي في «الكتاب» ما إذا قال قاضٍ عدل قضيت علي هذا بالرجم وسعك أن ترجمه وإن لم تعين الحجة (ويبدأ الإمام لو) كان الزاني (مقرراً ثم الناس)، كذا روي عن علي رضي الله تعالى عنه، وروى أبو داود «أنه عليه الصلاة والسلام رجم الغامدية بحصاة مثل الحمصة فقال: ارموا واتقوا الوجه»^(١) وأنت تعلم أنه لو تم هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط فالمعول عليه ما عن علي، واعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الإمام لا يحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتفٍ برجم ما عزر فإن القطع بأنه عليه الصلاة والسلام لم يحضره بل رجمه الناس عن أمره عليه الصلاة والسلام ويمكن أن يجاب بأن حقيقة ما دل عليه قول علي «أنه يجب على الإمام أن يبتدئ في الإقرار» لينكشف للناس أنه لم يقصر في أمر القضاء بأن لم يتساهل في بعض شروط الحد، فإن امتنع ظهرت أمارات الرجوع فامتنع الحد

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤٤٤)، والبيهقي في الكبرى (٢٢١/٨).

ولو غير محصن جلده مائة ونصف للعبد بسوط لا ثمرة له متوسطاً ونزع ثيابه وفرق على بدنه إلا رأسه ووجهه وفرجه.....

لظهور شبهة تقصيره في القضاء وهي رواية، فكان للدرء في نفي الشرط إذ لزم من عدمه العدم لا أنه شرط بذاته وهو منتفٍ في حقه عليه الصلاة والسلام هذا حاصل ما في «الفتح».

(ولو) كان الزاني (غير محصن جلده) الإمام (مائة) لقوله تعالى: ﴿الزانية﴾ إلى قوله: ﴿مائة جلدة﴾ [النور: ٢] نسخ ذلك في المحصن فبقي في غيره وقدمت الأنثى هنا وفي آية السرقة الذكور دلالة على أصالة المقدم في بابه (ونصف) جلد المائة (للعبد) لقوله تعالى: ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء: ٢٥] نزلت في الإماء وإذا ثبت فيهن للرق ثبت في الذكور الأرقاء دلالة، إذ لا يشترط فيها أولوية المسكوت من الحكم بل يكفي المساواة وقول الشارح: إنهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة، أعني تغليب الذكور على الإناث وهذا الشرط أعني، الإحصان لا مفهوم له فإن على الأرقاء نصف المائة وإن لم يحصنوا (بسوط لا ثمرة له) قيل هي عذبتة وذنبه وفي «الصحيح» وغيره هي عقد أطرافه، ورجح المطرزي إرادة الأول هنا لرواية الطحاوي «أن علياً جلد الوليد بسوط له طرفان أربعين جلدة» فكانت الضربة ضربتين.

قال في «الدراية»: إلا أن المشهور في الكتب ما في «الصحيح» والحاصل أنه يجتنب كلا من التمرة بمعنى العقرة بمعنى الفرع الذي يصير به ذنبين تعميماً للمشترك لا عن العدد مائة، فلو تجوز بالثمرة فيما يشاكل العقدة ليعم المجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرنا لكان أولى، فإنه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير سوطاً، كذا في «الفتح» ويضرب ضرباً (متوسطاً) بين المبرح وغير المؤلم لإفضاء الأول إلى الهلاك وخلو الثاني من المقصود (ونزع ثيابه) عنه، لأن المقصود من ضربه إيصال الألم إليه والتجريد فيه أبلغ (وفرقت) الجلد (على بدنه) لما أن جمعه في عضو قد يفسد ولأن كل عضو منه نال لذة فيعطى حظه من الحد (إلا رأسه ووجهه وفرجه) لرواية أبي شيبه «أن علياً حد السكران فقال: اضرب وأعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير»^(١) جمع ذكر بمعنى العضو وجمع باعتبار قسميه ما حوله من كل ذكر جزء كما قالوا: شابت مفارقه وإنما له مفرق واحد ولأن الرأس مجمع للحواس الباطنية والوجه مجمع المحاسن وربما بالضرب تفسد والضرب على الفرج متلف، واستثنى بعض المشايخ أيضاً وهو رواية عن الثاني الصدر والبطن.

(١) أخرجه ابن أبي شيبه في مصنفه (٥٢٩/٥) رقم (٢٨٦٧٥).

ويضرب الرجل قائماً في الحدود غير ممدود ولا ينزع ثيابها إلا الفرو والحشو وتضرب جالسة ويحفر لها في الرجم لا له ولا يحد عبده إلا بإذن إمامه وإحصان الرجم.....

قال في «الفتح»: وفيه نظر بل الصدر من الحامل والضرب بالسوط المتوسط عدداً يسيراً لا تقبل في البطن فكيف بالصدر، نعم إذا فعل بالعصا كما يفعل في بيوت الظلمة ينبغي أن لا يضرب البطن وقال أبو يوسف آخراً: يضرب الرأس سوطاً والمذهب ما مر، (ويضرب الرجل قائماً في الحدود)، وكذا في التعازير كما في «الفتح» «والخانية» أيضاً قال: ويضرب في التعزير قائماً عليه ثيابه ولا يمد انتهى. ولم أرَ لقضاة زماننا / سلفاً في مده في التعزير على الأرض، والظاهر أنه لا يجوز لأنه خلاف المشروع لما أخرجه عبد الرزاق عن علي أنه قال: «يضرب الرجل قائماً والمرأة قاعدة في الحد غير ممدود»^(١) أي: ملقى على الأرض كما يفعل في زماننا.

[٣/٣٠٠]

وقيل: هو أن يمد السوط بأن يرفعه الضارب فوق رأسه، وقيل: هو أن يمهده بعد وقوعه على جسد المضروب وكل ذلك لا يفعل فلفظ ممدود معهم في جميع معانيه لأنه في النفي، فجاز تعميمه وإن امتنع ولم يقف لا بأس بربطه على أسطوانة أو يمسك، (ولا ينزع ثيابها إلا الفرو والحشو) لأنهما يمنعان وصول الألم والستر حاصل بدونهما، (وتضرب جالسة) لما روينا (ويحفر لها في الرجم) أي: يجوز لها الحفر لرواية مسلم «أنه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية إلى صدرها»^(٢) ولو تركه جاز استغناء بسترها بثيابها (لا له) لقول أبي سعيد: فوالله لما حفرنا لماعز وما أوثقناه ومن ثم قلنا: إن الإمساك غير مشروع في المرجوم^(٣).

قال في «الفتح»: إلا أن لا يصير واعياً فحينئذ يمسك ويربط، فإذا هرب من الرجم فإن كان مقراً لا يتبع وإن كان مشهوداً عليه تبع حتى يموت، (ولا يحد) المولى (عبده إلا بإذن إمامه) لما روي عن العبادلة الثلاثة موقوفاً ومرفوعاً إلى الإمام الحدود والصدقات والجمعات والفيء ولو فعله المولى هل يسقط عن العبد أم يعيده الإمام؟ لم أره مسطوراً والظاهر أنه يعيده لما قدمناه من أن ركناه إقامة الإمام أو نائبه (وإحصان الرجم) مشروع في شرائط الإحصان، أي: الشرائط التي هي الإحصان فالإحصان هو الأمور المذكورة وهذا أجزاؤه وهي هية تكون باجتماع الشرائط فهي أجزاء علة وكل جزء علة فكل واحد شرط وجوب الرجم والمجموع علة الوجود

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/٣٢٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه أبو داود في الحدود (٤٤٣١).

الحرية والتكليف والإسلام والوطء بنكاح صحيح وهما بصفة الإحصان ولا يجمع بين جلد ورجم وبين جلد ونفي.....

الشرط المسمى بالإحصان وقيد بالرجم لأن إحصان القذف غير هذا كما سيأتي .
(والحرية والتكليف) جعل هذه من الشروط طريق المتقدمين، والتحقيق أن الحرية شرط لتكميل العقوبة، وأما العقل والبلوغ فشرطان لأهلية العقوبة لأنهما من الشروط الخاصة، (و) أما (الإسلام والوطء بنكاح صحيح) فلا كلام أنهما شرطان له خاصة ولا بد أن تكون الصحة قائمة حال الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزويجها صح النكاح لكن لو دخل بها عقبيه لا يصير محصناً لوقوع الطلاق قبله (وهما) أي: والحال أنهما أي: الزوجان (بشرائط الإحصان) المتقدمة وقت الإصابة بحكم النكاح حتى لو تزوج الحر المسلم المكلف غير مكلفة أو كتابية أو أمة ودخل بها لا تصير محصنة، وكذا لو تزوج حر مكلف أمة فأعتقت بعدما دخل بها لم يرجم لو زنا ما لم يطأها بعد الإعتاق، وكذا لو تزوج ذمية فأسلمت بعدما دخل بها فقبل أن يدخل بها الإسلام أي: يطأها زنا لا يرجم، وكذا لو بلغت بعدما دخل بها وهي صغيرة كذا في «الفتح» .

وهذا يقتضي أن الذمي لو زنا بمسلمة ثم أسلم لا يرجم ولا يعارضه ما في فتاوى قارئ «الهداية» من أنه لو زنى أو سرق ثم أسلم إن ثبت ذلك بإقراره أو بشهادة المسلمين لا يدرأ عنه الحد، وإن ثبت بشهادة أهل الذمة لا يقام عليه الحد إلا أنه أراد بالحد هنا الجلد .

وفي «المحيط» عن محمد خلا بها ثم طلقها وقال: وطئها وقالت المرأة: لم يطأني يصير الزوج محصناً بإقراره دونها، وكذا لو طلقها بعدما دخل بها وقال: هي حرة وقالت: كنت نصرانية ولو أقرت زوجته بعد الدخول أنها أمته يرجم ولو كان قبل الدخول بها لا يرجم استحساناً، وبقي شرط آخر وهو أن لا يبطل إحصانها بالارتداد فإن بطل به ثم أسلم لا يعود إلا بالدخول بعده، نص عليه في «شرح الطحاوي» وغيره عن محمد، لو لحقت الزوجة بدار الحرب مرتدة وسبيت لا يبطل إحصان الزوج، كذا في «المحيط» ولو زال بالجنون أو العته يعود بالإفاقة، وعند الثاني لا يعود إلا بالوطء بعده (ولا يجمع) في المحصن (بين جلد) أولاً (ورجم) ثانياً بل يقتصر على الرجم لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع، وهذا على وجه القطع في ماعز والغامدية وصاحب العسيف وإنما الذي تظافت الطرق عليه أنه بعد سؤاله الإحصان وتلقينه الرجوع لم يزد على الأمر بالرجم (و) لا في البكر (بين جلد ونفي) عندنا أي: تغريب

ولو غرب بما يرى صح والمريض يرحم ولا يجلد حتى يبرأ والحامل لا تحد حتى تلد وتخرج من نفاسها لو كان حدها الجلد.

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

لا حد

عن الوطء لأنه سبحانه وتعالى إنما جعل جزاء غير المحصن، الجلد والجزاء هو الكافي (ولو غرب) الإمام (بما يرى) من التغريب (صح) أي: جاز على أنه تعزير سياسة وعلى هذا حمل النفي المروي / عن بعض الصحابة ولا يختص هذا بالزنا بل [١/٣٠١] يجوز في كل جناية كذا في «الكافي»، وفي «النهاية» المراد الحبس وعليه قوله: وإنني وقيار بها لغريب^(١)

أي: محبوس وهذا أحسن وأسكن من التغريب لأنه يعود علي موضعه بالنقض، وحمل النفي في قطاع الطريق عليه، (والمريض) إذا كان محصناً وزناً (يرجم) لأنه أسرع للإتلاف فلا يؤخر المريض (ولا يجلد) إن لم يكن محصناً (حتى يبرأ) لأنه شرع زجراً لا متلفاً والجلد فيه ربما كان متلفاً ولذا قلنا: إنه لا يقطع عند شدة الحر والبرد واستثنى في «الظهيرية» ما إذا وقع اليأس من برئه فيقام عليه ولو كان نحيف البدن يقام عليه بقدر ما يطيق وما مر عن «الظهيرية» من أنه يؤخر إلى برئه محمول على ما إذا لم يطق ذلك (والحامل لا تحد) لكن تحبس إذا كان زناها ثابتاً بالبينة لا بالإقرار (إلى أن تلد) فإن كانت محصنة رجمت لوقتها، وعن الإمام أنها تؤخر إلى استغناء الولد عنها حيث لم يكن له أحد، وبهذه الرواية جزم في «المختار» ولعمري إنها من الحسن بمكان وإن غير محصنة جلدت إذا خرجت من نفاسها وهذا القيد علم مما مر إذ النفاس نوع مرض فيؤخر إلى زمان البرء والله الموفق للصواب.

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

لقيام الشبهة فيه قدم حد الزنا الموجب للحد وهذا الباب لتفاصيله، ولما كان الخلو عن الشبهة مأخوذاً في تعريفه ومنها ما لا يعتبر شبهة بدأ ببيان الشبهة، وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت ثم أصحابنا قسموها قسمين: شبه في الفعل وتسمى شبهة اشتباه ومشابهة أي: شبهة في حق من اشتبه عليه دون ما لم يشتهه، وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك أي: الثابت شبهة حكم الشرع محل الحمل كذا في «الفتح» وجعلها الشارح وغيره ثلاثة فزاد الشبهة في العقد والتحقيق هو الأول لأنها لا تخرج عنهما كما سيأتي وهو ظاهر ما في «الكتاب» لمن تأمل (لا حد) على

(١) من الطويل وهو لضابئ بن الحارث البرجمي في الأصمعيات (١٨٤)، ولسان العرب، مادة «قير».

بشبهة المحل وإن ظن حرمة كوطء أمة ولده وولد ولده ومعتدة الكنايات، ولشبهة الفعل إن ظن حله كمعتدة الثلاث وأمة أبويه وزوجته وسيده

الزاني (بشبهة المحل) وهي المنافية للحرمة ذاتاً على معنى أنا لو نظرنا إلى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافية للحرمة (وإن ظن حرمة كوطئ أمة ولده وولد ولده) لأن قوله عليه الصلاة والسلام: «أنت ومالك لأبيك»^(١) ينفي الحرمة فيهما (و) وطء (معتدة الكنايات) لأن رأي بعض الصحابة أنها رواجع، ودخل في الكنايات الخلع إذا خلا عن المال لما قلنا كما صرح به النسفي في «جامعه» وأفاد بالكاف إلى أن منها غير ذلك كالجارية المبيعة والمجهولة مهراً إذا وطئها البائع والزوج قبل التسليم أو بعده في الفاسد والمشاركة بينه وبين غيره، وأمة عبده المأذون المديون ومكاتبه والتي فيها خيار للمشتري والتي هي أخته من الرضاع أو جاريته قبل الاستبراء، والزوجة التي حرمت بردتها أو مطاوعتها لابنه أو جماعه لأمها لأن بعض الأئمة لم يحرم به فجعل بعضهم المسائل ستة مقتصرأً عليها مما لا فائدة فيه، ومنها الجارية في الغنيمة إذا وطئ أحد الغانمين، سواء كان ذلك قبل الإحراز بدار الإسلام أو بعده كما في «البدائع».

ولو قتلت الأمة رجلاً عمداً فزنى بها ولي الجناية ولم يدع شبهة لا يحد ولو خطأ قبل أن يختار المولى شيئاً فإن اختار الفداء حدَّ إجماعاً وإن اختار دفعها، ففي القياس يحد وبه أخذنا، وفي الاستحسان لا يحد وبه أخذ الثاني، كذا في «الظهيرية» (و) لا حد عليه أيضاً (لشبهة الفعل) وثبت باشتباه غير الدليل دليلاً لم يقل بظن لأن ذلك الظن هو نفس الشبهة، كذا في «إيضاح الإصلاح» (إن ظن حله) الأولى أن يقال: ادعى الحل لأن العبرة لدعوى الظن وإن وجد في نفسه (كمعتدة) الطلاق (الثلاث) أو البائن على مال وكذا المختلعة، أما البائن على غير مال فمن الحكمية (وأمة أبويه) أراد بالأب والأم الأصل فدخل أمة جده (وجدته) وإن عليا، (و) أمة (سيده) وأم ولده التي أعتقها وهي في عدته، والمرتهن يطأ المرهونة في رواية كتاب الحدود وهي المختار، ومستعير الرهن هنا بمنزلة المرتهن فإن قال المرتهن: علمت حرمتها لا حدَّ عليه أيضاً في رواية كتاب الرهن لأن استيفاء الدين يقع بها عند الهلاك وقد انعقد له سبب الملك في الحال فصار كالمشترأة بشرط الخيار.

وفي «الظهيرية» زنى بالمغصوبة ثم ضمن قيمتها لا حدَّ عليه ولو زنى بأمة ثم اشتراها حدَّ في ظاهر الرواية وعن الإمام في «الأمالى» أنه لا يحد ويحد في قول / أبي يوسف وقياس هذا أنه يحد في المغصوبة عندهما خلافاً له انتهى. وينبغي أن الراهن

(١) أخرجه أبو داود في السنن (٣٥٣٠)، وأحمد في مسنده (٦٩٠٢).

والنسب يثبت في الأولى فقط وحد بوطء أمة أخيه وعمه وإن ظن حله وامرأة وجدت في فراشه لا بأجنبية؛ زفت وقيل: هي زوجتك.....

لو أذن في الوطء ظاناً الحل فلا حد اتفاقاً ولم أرَ ما لو وطئ الموقوف عليه الموقوفة ظاناً الحل وينبغي أن لا يحد أيضاً قيد بالظن لأنه لو قال: علمت الحرمة وجب الحد فلو ادعى أحدهما الظن والآخر لم يدع لا حد عليهما حتى يقرأ جميعاً بعلمهما بالحرمة، (والنسب يثبت في) النوع (الأول فقط) إن ادعاه دون الثاني وإن ادعاه لأن الفعل فيه تمحض زنا الفرض أن لا شبهة ملك إلا أن الحد يسقط لظنه فضلاً من الله وهو أمر راجع إليه لا إلى المحل، ولذا لم تجب به عدة ولم تتمحض في الأول، وهذا الإطلاق مقيد بغير المطلقة ثلاثاً لما مر في ثبوت النسب من أن نسب ولد معتدة الثلاث يثبت بغير دعوة إذا جاءت به لأقل من سنتين ويحمل على وطئ سابق على الطلاق، فإن جاءت به لأكثر لا يثبت إلا بالدعوة ويحمل على أنه وطئها في العدة بشبهة عقد وما في «الشرح» من أنه يثبت أيضاً بوطء أجنبية زفت وقال النساء هي زوجتك فظهر بخلافه مع أن الشبهة في الفعل رأي طائفة وسيأتي ما فيه، (ويحد بوطء أمة أخيه) وأخته (وعمه) وعمته وكذا سائر محارمه سوى الولاء.

(ولو ظن الحل) لانتفاء الشبهة في الملك وفي الفعل لعدم انبساط كل بمال الآخر فدعوى ظنه الحل غير معتبرة، وأورد أنه لو سرق من هو لا يقطع، فظاهر أن بينهما انبساطاً وأجيب بأن القطع منوط بالأخذ من الحرز وهو منتفٍ لدخوله في بيتهم بلا استئذان عادة، أما الحد فممنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت هنا (و) بوطء (امرأة) أجنبية (وجدت في فراشه) وقال: ظننتها زوجتي ولو كان أعمى إذ بطول الصحبة لا تشته عليه زوجته والأعمى عين بالحركات المألوفة إلا إذا دعاها فأجابته أجنبية قائلة: أنا زوجتك أو أنا فلانة فواقعها لأن الإخبار دليل وقيدوا بقولها لأنها لو أجابت بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب الحد كذا في «الإيضاح» وبأننا زوجتك ونحوه لأنها لو اقتصررت الجواب بنعم فوطئها حد، لأنه يمكن التمييز بأكثر من ذلك كذا في «الفتح» (لا) يحد (بأجنبية) أي: بوطئها (زفت) أي: بعثت إليه لم يقل.

وقلت: لأن خبر الواحد كان، كذا في «إيضاح الإصلاح» (هي زوجتك) بذلك قضى علي رضي الله عنه ولم يعلم فيها خلاف قيل: الشبهة هنا شبهة اشتباه وعليه جرى الشارح ويشكل عليه أن النسب لا يثبت فيها وقد أثبتوه هنا، وأيضاً لا بد في سقوط الحد معها من دعوى ظن الحل كما مر، ومن ثم جزم في «العناية» بأن هذا من الشبهة في المحل لأن الفعل صدر منه بناء على دليل أطلق الشارع له العمل به وهو

وعليه مهر وبمحرم نكحها.....
 الإخبار بأنها امرأته فجعل الملك كالثابت لدفع ضرر العذر لكن يلزم عليه أنه لو قال:
 علمتها حراماً علي لعلمي بكذب النساء إنه لا يحد .

قال في «الفتح»: والحق هو الأول لانعدام الملك من كل وجه وكون الإخبار
 مطلقاً للجماع شرعاً ليس هو الدليل المعتبر في شبهة المحل بل هو ما اقتضاه ثبوت
 الملك، نحو أنت وما لك لأبيك علي ما مر (وعليه مهرها)، لأن الوطء في دار الإسلام
 لا يخلو عن حد أو مهر وقد سقط الحد فوجب المهر إلا في وطء جارية الابن إذا
 علقت منه وادعى النسب، وفيما إذا وطء البائع المبيعة قبل التسليم ذكرهما في
 «الزيادات» وينبغي أن لا يجب بوطء جارية السيد لأن المولى لا يجب له دين علي
 عبده إلا أن يقال وجب ثم سقط، كذا في «الشرح» .

ولو وطئ العبد سيده بشبهة ينبغي أن لا مهر أيضاً أخذاً من المولى ولا
 يستوجب علي عبده حقاً، زاد في «الأشباه» ما لو نكح صبي بالغة حرة بغير إذن وليه
 ووطئها طائعة فلا حد ولا مهر أيضاً وعلله في «المجتبى» بأن قول الصبي غير معتبر،
 وقال في «البحر»: ولا يرد يعني علي ما في «الشرح» ما لو زنى صبي بامرأة بالغة
 مطاوعة قالوا: لا حد عليه ولا مهر لإسقاطها حقها حيث مكنته لأن المهر وجب لكن
 سقط لما ذكرنا انتهى .

وهذا إنما يأتي فيما لو نكحها أيضاً وفيها لو وطئ حربية أو وطئ الموقوف
 عليه الموقوفة أو وطئ المرتهن بإذن الراهن ففي هذه الثلاث ينبغي أن لا يجب المهر
 أيضاً، ولم أره انتهى وأنت قد علمت بأن مسألة الرهن منقولة ففي رواية كتاب الحد
 وهو الراجح وهذا بإطلاقه يعم ما لو أذن الراهن إذ الفروج لا تباح به، وعلى رواية
 كتاب الرهن لا يجب وهذا مع الإذن أولى لا يجب / أيضاً (بمحرم) أي: لو وطئ ^[١/٣٠٢]
 محرم نسباً أو رضاعاً أو صهرية ومعتدته ومطلقته الثلاث بعد التزوج ومنكوحة الغير
 كالمحرم، كذا في «الكافي» (نكحها) أي: عقد عليها عند الإمام علم بالحرمة أو لا
 وقال: إن علم حد، قيد بالمحرم لأنه لو تزوج أمة علي حرة أو بلا إذن سيدها أو تزوج
 عبده بلا إذن أو تزوج مجوسية فلا حد عليه اتفاقاً، أما عنده فظاهر، وأما عندهما
 لأن الشبهة إنما تنتفي عندهما إذا كان مجمعاً علي تحريمه وهي حرام في التأبيد،
 كذا في «الكافي» .

قال في «الفتح»: وهذا التعليل يقتضي أن يحد عندهما في تزوج منكوحة
 الغير ومعتدته ومطلقته الثلاث مع جعلها فيه كالمحرم، والذي يغلب علي ظني أنه لا
 يحد عندهما وعبرة الحاكم في «الكافي» تفيد ذلك حيث قال: رجُلٌ تزوج امرأة لا

وبأجنبية في غير القبل وبلوطة.....

يحل له نكاحها فدخل بها لا حد عليه وإن فعله على علم لم يحد أيضاً ويوجع عقوبة في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: إن علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم انتهى. وظاهر أنه لا يحد اتفاقاً في نكاحه بلا إذن ولي وبلا شهود والخلاف يرجع إلى ثبوت محلية النكاح للمحارم وعدمه فعنده هي ثابتة على معنى أنها محل العقد لا بالنظر إلى خصوص عاقد لقبولها مقاصده من التوالد فأورث شبهة ونفيهاها على معنى أنها ليست محلاً لعقد هذا العاقد فلم يورث شبهة، وهذا ظاهر في أنهما لم يتوارد في المحلية على محل واحد وعرف بهذا شبهة، وهذا أن المحلية لها إطلاقان وعلى هذا فما قدمناه من أن شرطه المحلية وهي الأنثى من بنات آدم التي لم يمنع من نكاحها مانع شرعي، وكذا قول الأصوليين إن النهي عن نكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محله لو آذوا بها المعنى الثاني قال الإسيبجاني: والصحيح قول أبي حنيفة لكن قال أبو الليث: وبقولهما نأخذ، وفي «السراجية» وعليه الفتوى.

قال في «الفتح»: ولعل وجهه أن تحقق الشبهة يقتضي تحقق الحل من وجه لأن الشبهة لا محالة شبهة الحل لكن حلها ليس بثابت من وجه وإلا وجبت العدة وثبت النسب، ودفع بأن من المشايخ من التزم ذلك وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة أقل ما ينبني عليه وجود الحل من وجه وهو منتف في المحارم وشبهة الحل ليس إلا بثبوت الحل من وجه فإن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت فلا ثبوت لما له شبهة الثبوت بوجه من الوجوه، ألا ترى أن أبا حنيفة ألزم عقوبته بأشد ما يكون وإنما لم تثبت عقوبة هي الحد فعرف أنه زنا محض إلا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه انتهى. وهذا إنما يتم بناء على أنها شبهة اشتباه.

قال في «الدراية»: وهو قول بعض المشايخ والصحيح أنها شبهة عقد لأنه روى عن محمد أنه قال: سقوط الحد عنه لشبهة حكمية فيثبت النسب وهكذا ذكر في «المنية» انتهى. وهو صريح في أن الشبهة في المحل وفيها يثبت النسب على ما مر (و) لا يجب أيضاً (بوطئه أجنبية في غير قبل، و) لا يجب أيضاً (باللوطة) حاول العيني التغاير بينهما، فجعل الوطاء في غير القبل يعم الوطاء في السرة وأنت خبير بأنه فيها لا يسمى واطئاً، والظاهر أن اللوطة خاصة بإتيان الذكر لأنها عمل قوم لوط وكانوا لا يأتون غيرهم، وجمع المصنف بينهما إيماء إلى أنه لا فرق في الحكم بين الغلام، وغيره دفعاً لما قيل: من أن الخلاف في الغلام أما إتيانها في دبرها فيحد فيه إجماعاً، والأصح أن الكل على الخلاف نص عليه في «الزيادات» فلا يجب الحد عنده، وقالوا: هو كالزنا أي: في الحكم فيحد جلداً إن لم يكن أحسن ورجماً إن

وبهيمة وبزنا في دار حرب و بغي

أحسن روى ذلك عن علي ولأنه في معنى الزنا لا أنه قضاء الشهوة في محل مشتبه على الكمال وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجه من التحريق أو هدم الجدار عليه أو نكسه من مكان مرتفع مع إتباع الأحجار فلو كان زنا في اللسان أو في معناه لم يختلفوا، بل كانوا يتفقون على إيجاب حد الزنا، فاختلافهم في موجه وهم أهل اللسان أدل دليل على أنه ليس من مسمى لفظ الزنا لغة ولا معناه غير أنه يعزر بأمثال هذه الأمور عنده قاله ملا خسرو، والذي ذكره غيره تقييد قتله بما إذا اعتاد ذلك، قال في «الزيادات»: والرأي إلى الإمام فيما إذا اعتاد ذلك إن شاء قتله وإن شاء ضربه وحبسه وفي «فتح القدير» ويعزر ويسجن حتى يموت أو يتوب ولو اعتاد اللواط قتله الإمام محصناً كان أو غير محصن سياسة.

قال في «البحر»: والتقييد بالإمام يفهم أن القاضي / ليس له الحكم سياسة، وفي «الحاوي القدسي» تكلموا في هذا التعزير من الجلد ورميه من أعلى موضع وحبسه في أنتن المواضع وغير ذلك سوى الإخفاء والجب والجلد أصح انتهى. ولا خلاف أنه لو فعل هذا بعبده أو أمته أو زوجته بنكاح صحيح أو فاسد لا يحد لكنه يعزر على ما مر.

تمة: هل يجوز أن يكون اللواط في الجنة؟ قيل: إن كانت حرمتها سمعاً وعقلاً لا يكون وإن كانت سمعاً فقط جاز أن تكون.

قال في «النهاية» معزياً إلى التمرثاشي: والصحيح أنها لا تكون لأن الله تعالى استقبحها وسماها خبيثة والجنة منزهة عنها (وبهيمة) أي: لا يجب الحد بوطء بهيمة أيضاً لأنه للزجر، وإنما يحتاج إليه فيما طريقه سالك وهذا ليس كذلك لأنه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وإن اتفق لبعضهم لغلبة الشبق فلا يفتقر إلى الزجر إلا أنه يعزر، وما روي عن علي من حرقها بعد ذبحها فذلك لقطع امتداد الحدث بها كلما رأيت، وليس بواجب هذا إذا كانت مما لا يؤكل فإن كانت تؤكل جاز أكلها عنده وقالوا: تحرق أيضاً فإن كانت الدابة لغيره أمر صاحبها أن يدفعها إليه بالقيمة ثم تذبح هكذا قالوا، ولا نعرف ذلك إلا سماعاً فيحمل عليه كذا في «الشرح» والظاهر أنه يطالب على وجه الندب ولذا قال في «الخانية»: كان لصاحبها أن يدفعها إليه بالقيمة (و) لا يجب أيضاً (بزنا) مسلم (في دار الحرب) والبغي، يعني إذا خرج إلينا فأقر به عند القاضي أو أقيمت عليه البينة به في غير تقادم لأنه لم ينعقد سبباً لإيجاب

وبزنا حربي بدمية في حقه وبزنا صبي أو مجنون بمكلفة بخلاف عكسه وبالزنا بمستأجرة

حال وجوده لأن أحكامها لا تصل إليهم فلا ينقلب موجباً للخروج، وقد قالوا: لو غزا من له ولاية إقامته كالخليفة وأمير مصر ودخل دار الحرب يقيم الحرب على من زنا من عسكره إذ هو تحت يده فالقدرة عليه ثابتة وهذه ترد على إطلاق المصنف، أما لو خرج من العسكر فزنى ثم عاد لا يقيمه (و) يجب أيضاً (بزنى حربي) دخل دارنا بأمان (بدمية في حقه) أي: الحربي، وأما الذميمة فتحد كالمسلمة عند الإمام.

وقال أبو يوسف: يحد المستأمن أيضاً وقال محمد: لا يحد واحد منهما غير أنه قال في العكس وهو ما لو زنى ذمي بمستأمنة كقول الإمام من أن الذمي يحد قيد بالذميمة لأنه لو زنى بحربية مستأمنة لا يحد واحد منهما عندهما خلافاً لأبي يوسف، والأصل عنده أن الحدود كلها تقام على المستأمن والمستأمنة إلا حد الشرب، وعند الإمام لا يقام عليه شيء منها إلا حد القذف، ومحمد يقول ذلك، إلا أن الرجل أصل والمرأة تبع والامتناع في الأصل امتناع في التبع (و) لا يجب أيضاً (بزنى صبي أو مجنون بمكلفة بخلاف عكسه)، وهو ما لو زنى المكلف بصغيرة أو مجنونة حيث يجب الحد عليه والفرق أن فعل الرجل أصل في الزنا والمرأة تابعة له وامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبع على ما مر، وامتناعه في التبع لا يستلزمه في حق الأصل.

قال الشيخ: وعباراتهم من أن فعلها مع الصبي والمجنون ليس زنا يشير إلى أن إحصانه به لا يسقط كما لا يسقط إحصان الصبي والمجنون كما لو زنى الصبي بصبية أو مكرهة، وهنا لا يجب وأجيب بأن إيجابه هنا لا فائدة فيه أيضاً إذ بفرضه يرجع الولي عليها به لأنها لما طوعته صارت امرأة له به بخلاف ما لو كانت مكرهة أو صبية فإنه لا يرجع، وما أورد من أن القاعدة أن كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وقد تخلف هنا لا يتم مراداً إلا بتسليم كون هذه قاعدة وهو ممنوع؟ ألا ترى أن زنا المكره بالمطوعة والمستأمن بالذميمة والمسلمة يوجب الحد عليها دون إعطاء لكل حكم بما اقتضاه دليله (و) لا يجب أيضاً (بالزنا بمستأجرة) للزنا بأن قال: استأجرتك أو خذي هذه الدراهم لأطأك وهذه عند الإمام، وقال: يجب الحد لعدم شبهة الملك ولذا لا يثبت النسب وله أن المستوفى في الزنا المنفعة وهي المعقود عليها في الإجارة لكنه في حكم العين فبالنظر إلى الحقيقة يكون محلاً للعقد بالإجارة فأورث شبهة بخلاف الاستئجار للطبخ ونحوه لأن العقد لم يضاف إلى المستوفى بالوطء فالعقد المضاف إلى محله يورث الشبهة فيه لا في محل آخر، وفي «الكافي» لو قال: أمهرتك كذا لأزني بك لا يجب الحد.

وبإكراهه وإقراره إن أنكره الآخر ومن زنى بأمة فقتلها لزمه الحد والقيمة والخليفة.....

[١/٣٠٣]

قال في «الفتح»: والحق في هذا كله وجوب الحد إذ المذكور / معنى يعارضه كتاب الله تعالى: ﴿الزانية والزاني﴾ [النور: ٢] الآية فالمعنى الذي يفيد أن فعل الزنا مع قوله: أزني بك لا يجلد معه للفظ المهر معارض له (و) لا يجب أيضاً (بإكراه) فيه إيماء إلى أن الإكراه عليه يتحقق وهذا ما رجع إليه الإمام وكان أولاً يقول: إن الرجل يحد لأنه لا يتصور إلا بانتشار الآلة وهو آية الطواعية فافترق بالإكراه ما ينفيه قبل تحقق الفعل المكروه عليه بخلاف المرأة إذ ليس معها دليل الطواعية فلم تحد إجماعاً قلنا: السبب المجني إلى الفعل قائم ظاهر والانتشار لا يستلزم الطواعية بل محتمل له إذ يكون معه ويكون طبعاً لقوة الفحولية وقد يكون لريح حتى يوجد من النائم فلا يترك أمر اليقين إلى المحتمل، نعم هو عنده خاص بالسلطان ولو بأمر منه كما في «جامع الأصولين» فيحد بإكراهه غيره وقالوا: لا يحد لتحققه من غيره.

قالوا: هذا اختلاف عصر ففي زمنه لم يكن لغيره من القوة مما لا يمكن دفعه وكانت في زمنهما لكل متغلب ولا يسمى في زماننا فيفتى بقولهما (و) لا يجب أيضاً (بإقرار) من أحدهما (إن أنكر الآخر) عند الإمام، وقالوا: إن لم يدع المنكر شبهة بل قال: ما زنيت حد المقر قلنا: الزنا فعل مشترك بينهما فانتفاء موجه عن أحدهما يوجب شبهة في الآخر، ثم يجب المهر ولو كانت هي المنكرة للنكاح لأنه من ضرورة سقوط الحد (ومن زنا بأمة فقتلها لزمه الحد والقيمة) معاً إن قتلها بفعل الزنا لأنه جنى جنائتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه، ولم يذكر محمد في «الجامع الصغير» خلافاً في المسألة، وعن الثاني أنه لا يحد لأن تعذر ضمان القيمة مسبب ملك الأمة وجه الظاهر أن هذا ضمان قتل فلا يوجب الملك لأنه ضمان دم، والدم لا يملك قيد بالأمة لأنه لو زنى بحرة فقتلها حد اتفاقاً وكان عليه الدية ولو أفضاها فقط فإن كانت كبيرة مطاوعة فلا شيء عليه ثم إن لم يكن ثمة شبهة حداً وإلا لا، ووجب العقد وإن كانت مكروهة ولم يدع شبهة حد ولا مهر ثم إن لم يستمسك ضمن جميع الدية، وكذا إن ادعى شبهة ويضمن المهر في ظاهر الرواية وإن لم يستمسك ضمن جميع الدية ولا يجب المهر عندهما خلافاً لمحمد، والصغيرة ولو جرحها في الزنا أو كسر فخذها ضمن الدية وحد كما في «المحيط» وبقتلها لأنه لو ذهب عينها لزمه قيمتها وسقط الحد لما أن الملك يثبت في العمياء فأورث شبهة أي: في ملك المنافع تبعاً.

وفي «الفوائد الظهيرية»: غضبها ثم زنا بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعاً، أما لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق (والخليفة) وهو

يؤخذ بالقصاص وبالأموال لا بالحد.

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

شهدوا بحد متقادم سوى حد القذف لم يحد.....

الذي لا والي فوقه (يؤخذ بالقصاص والأموال) لأن الحق استيفائها لمن له الحق فيكون الإمام فيه كغيره وعرف بهذا جواز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي، والقضاء إنما هو لتمكينه من استيفائه (لا) أنه شرط لا يؤخذ (بالحد) لأنه حق الله تعالى وهو المكلف بإقامته وتعذر إقامته على نفسه لأن إقامته بطريق الجزاء والنكاح ولا يفعل ذلك أحد بنفسه ولا ولاية لأحد عليه ليستوفيه، قيل: ما المانع من أن يولي غيره الحكم فيه؟ لما يثبت عنده فإذا وجب عليه حق استوفاه ولا يخلص إلا بادعاء أن آية الزنا نفهم أن المخاطب فيه بالجلد الإمام أن يجلد غيره، قال في «الفتح»: وقد يقال أين دليل إيجاد الاستنابة والله الموفق للصواب.

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قدّم أن الزنا يثبت إما بالبينة أو الإقرار ثم ذكر في هذا الباب أسباباً ترد بها الشهادة كالتقادم، والاختلاف في الزمان والمكان، والجهل بالمزني بها ونحو ذلك، وكذا الرجوع عنها وكل هذه عوارض على خلاف الأصل فناسب تأخيرها وهذا أولى مما في «العناية» و«الدراية» و«فتح القدير» كما يظهر ذلك لمن راجعها (شهدوا بحد متقادم) فيه تساهل فإنهم إنما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفة له في الحقيقة كذا وهو شهر في الأصح (سوى حد القذف لم يحد) لعدم الشهادة للتهمة وذلك / أن الشاهد مخير في الابتداء بين الستر والأداء فتأخيره إن كان ميلاً إلى الستر [ب/٣٠٣] فالإقدام على الأداء بعد ذلك لعداوة حركته، وإن لم يكن كان بالتأخير فاسقاً بخلاف حد القذف لأن الدعوى فيه شرطاً لما فيه من حقوق العبد فحمل التأخير على انعدام الدعوى، وأورد أنها شرط في السرقة أيضاً ومع هذا لا تقبل الشهادة فيها بالتقادم.

وأجاب قاضي خان بأنها إنما لا تقبل لا للتهمة في الشهود بل للخلل في الدعوى، وذلك أن صاحب المال مخير في الابتداء فإذا أخر فقد اختار الستر فلم يبق له حق دعوى السرقة والحد بل حق دعوى المال فقط، إلا أن هذا يقتضي أن الشهود لو علموا بالسرقة فلم يعلموه حتى مضى شهر، فادعى تسمع الدعوى ولا تقبل الشهادة، واعلم أن جزمهم بفسقه ينافي ما جزموا فيه من أن أداها في الحدود قد انتسخ ويمكن أن يجاب بأنه بعد اختيار الأداء يصير واجباً كما في النوافل تجب بالشروع، كذا في «الحواشي السعدية».

ويضمن المال ولو أثبتوا زناه بغائبة حد بخلاف السرقة وإن أقر بالزنا بمجهولة حد وإن شهدوا عليه بذلك لا كاختلافهم في طوعها

وقد يقال المنسوخ إنما هو تعيين الأداء ولذا قال في «الفتح»: إنه مأمور بأحد أمرين الستر أو الأداء احتساباً فأحد الأمرين واجب مخير كخصال الكفارة انتهى . قيد بالشهادة لأنه لو أقر بحد متقادم حدّ لانتفاء العلة إلا في حد الشرب عندهما خلافاً لمحمد على ما سيأتي، ولا بد أن يكون التقادم لغير عذر فإن كان له كمرض أو بعد مسافة أو خوف طريق قبلت وحدّ (وضمن المال) المسروق، لأن التقادم لا يمنع دعوى المال ولأن تأخير الشهادة لتأخير الدعوى لا يوجب فسقاً، وينبغي أنهم لو أخروا الشهادة لا لتأخير الدعوى أن لا تقبل في حق المال أيضاً، كما في «فتح القدير» .

قال في «البحر»: وقولهم بضمنان المال مع تصريحهم بوجود التهمة في شهادتهم مع التقادم مشكل لأنه لا شهادة للمتهم ولو بالمال إلا أن يقال: إنها غير محققة وإنما الموجود الشبهة، وبما قدمناه عن قاضي خان لا يحتاج إلى هذا في دفع هذا الإشكال (ولو أثبتوا زناه بغائبة حدّ) بإجماع الأربعة، وكذا لو أقر بالزنا بغائبة (بخلاف السرقة)، والفرق أن بالغائبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة للعمل في البينة وليست بشرط لثبوت الزنا عند القاضي، وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم لأنه شبهة الشبهة (وإن أقر) المكلف (بالزنا بمجهولة حد وإن شهدوا عليه بذلك) أي: بأنه زنا بامرأة لا يعرفها، أي: لا يحد لجواز أن تكون زوجته أو أمته بل هو الظاهر بخلاف الإقرار لأنه لا يخفى عليه من هي واحتمال أن تكون أمته بالميراث ولا يعرفها لا اعتبار به لأنه ثابت في المعروفة أيضاً فإن قلت مقتضى التعليل الأول أن المشهود عليه لو قال: ليست بزوجتي ولا أمتي أن يحد مع أنه لا يحد أيضاً، قلت: إنما لا يحد لجواز أن تكون أمة ابنه أو منكوحته نكاحاً فاسداً إلا أن مقتضى هذا أنه لو قال: هي أجنبية عني بكل وجه أن يحد .

وفي «الخانية» لو قال الشهود بعد قولهم: لا نعرفها: هي فلانة (لا) يحد واحد منهما (كاختلافهم) أي: كما لا يحد في اختلاف الشهود (في طوعها) بأن شهد اثنان أنه أكرهها وآخران أنها طوعته وهذا عند الإمام، قالوا: يجب الحد على الرجل لاتفاقهم على أنه زنى غاية الأمر أن اثنين تفردا بزيادة جنائية هي إكراهه، وله أن الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفاً في جانبه ضرورة وهذا لأن شاهدي الزنا بطائفة ينفيان زناه بمكرهه، والآخران ينفيان زناه بطائفة فلم يتحقق على خصوص الزنا في الخارج بشهادة أربعة، وما قيل من أن شاهدي الطواعية لما

أو في البلد ولو على كل زنا أربعة ولو اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ولو شهدوا على زنا امرأة وهي بكر أو الشهود فسقة أو شهدوا على شهادة أربعة وإن شهد الأصول لم يحد أحد ولو كانوا عمياناً أو محدودين أو ثلاثة حد الشهود

اندرأ الحد عنهما صارا قاذفين لها بالزنا فصارا خصمين لها ولا شهادة للخصم لكن سقط الحد بشهادة الآخرين بالإكراه وإنما يحتاج إليه على قولهما، أما على قول الإمام فلا يجب حد القذف على الشهود، نص عليه شمس الأئمة في «جامعه» (أو) كاختلافهم (في البلد) بابتين شهد اثنان أنه زنى بها بالكوفة، وآخران أنه زنى بها بالبصرة والوجه فيه ظاهر ولا حد على الشهود أيضاً خلافاً لزفر، (ولو) كان (على كل زنا أربعة) كما إذا شهد أربعة أنه زنا بالبصرة وقت طلوع الشمس في اليوم الفلاني من الشهر الفلاني من السنة الفلانية، وأربعة أنه زنى بها بالكوفة في الوقت المذكور بعينه فلا حد عليهما لأننا تيقنا بكذب أحدهما.

قال في «الفتح»: ولو تقارب المكان جازت شهادتهم / لأنه يصح كون الأمرين [١/٣٠٤] فيهما في ذلك الوقت لأن طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتداداً عرفياً إلا أنه يخص أوان ظهورها من الأفق، (ولو اختلفوا) أي: الشهود (في بيت واحد) بأن شهد اثنان أنه زنا بها في زاوية منه وآخران أنه زنى بها في زاوية أخرى (حد الرجل والمرأة) استحساناً لإمكان التوفيق بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية وانتهائه بأخرى إذ المراد به الصغير، أما بالبيت الكبير فكالدار قيد بالبيت لأنه لا حد في الاختلاف في دارين والاختلاف في طولها وقصرها وسمنها وهزالها وثيابها غير مانع للقبول، (ولو شهدوا على زنا امرأة وهي) أي: والحال أنها (بكر) أو رتقاء أو قرناء (أو) كان (الشهود فسقة أو شهدوا على شهادة أربعة وإن شهد الأصول) بعد ذلك (لم يحد أحد)، أما في الأولى فلظهور كذب الشهود وهذا لأن شهادة النساء بها حجة في إسقاط الحد وإن لم تكن حجة في إيجابه والواحدة تكفي، كما في «كافي» الحاكم، وفي كلامه إيماء إلى أنهم شهدوا عليه بالزنا فوجد مجبواً فلا حد أيضاً، وأما في الثانية فلا انتفاء الزنا لانتهاء العدالة، وأما في الثالثة فلا امتناع الشهادة على الشهادة في الحدود لما فيها من زيادة الشبهة وشهادة الأصول قد ردت من وجه برد شهادة الفروع، قال الشارح: هذا في الحدود، وأما الأموال فتقبل ولو ردت شهادة الأصول لم تقبل شهادة الفروع ولا الأصول بعده في كل شيء إن ردت لتهمة مع الأهلية، وإن ردت لعدمها تقبل بعد ثبوتها كالعق والاسلام والله موفق.

(ولو كانوا) أي: الشهود (عمياناً أو محدودين) في قذف أو كان بعضهم كذلك (أو) كانوا (ثلاثة حد الشهود) لأنهم قذفة يعني إذا طلب المشهود عليه ذلك

لا المشهود عليهما ولو حد فوجد أحدهم عبداً أو محدوداً حدوا وأرش ضربه هدر وإن رجم فديته على بيت المال فلو رجع أحد الأربعة بعد الرجم حد وغرم ربع الدية وقبله حدوا ولا رجم ولو رجع أحد الخمسة لا شيء عليه فإن رجع آخر حداً وغرماً ربع الدية.....

لأنه حقه (لا) يحد (المشهود عليه) لعدم ثبوت الزنا في حقه بشهادتهم، وقيد بالأعمى والمحدود دلالة على أنه لا يحد لو كانوا عبيداً أو صبياناً أو مجانين أو كفاراً بالأولى لأنهم ليسوا أهلاً للتحمل ولا للأداء، أما الأعمى والمحدود فأهل للتحمل دون الأداء، (ولو حد) المشهود عليه (فوجد أحدهم عبداً أو محدوداً) في قذف أو أعمى أو كافراً حدوا حد القذف لأن المشهود حينئذ أقل من أربعة (وأرش ضربه) ونفسه لو مات (هدر) عند الإمام، وقالوا: إن جرحه الضرب أو مات فأرش جراحته ودية نفسه في بيت المال وعلى هذا الخلاف لو رجعوا فعنده لا يضمنون شيئاً وعندهما يضمنون لهما أن الواجب مطلق الضرب إذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الواسع فينتظم الخارج وغيره فيضاف إلى شهادتهم فيضمنون بالرجوع، وعند عدمه يرجع إلى بيت المال لأنه ينتقل فعل الجلاذ إلى القاضي فهو عامل للمسلمين وله أن الواجب هو الحد، وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك ولا يقع إلا لقلّة هداية الضارب فاقصر عليه، إلا أنه لا يجب الضمان عليه في الأصح لئلا يمتنع الناس عن الإقامة، (وإن رجم) فظهر أحدهم كما ذكر (فديته في بيت المال) اتفاقاً.

(ولو رجع أحد الأربعة بعد الرجم حد) لانقلاب شهادته بالرجوع قذفاً (وغرم ربع الدية) لأن الذي تلف بشهادته إنما هو ربع الحق ولذا لو رجع الكل حدوا وغرموا الدية، ولو ثبت عليه الزنا مرتين كل واحدة بأربعة فرجم، ثم رجع الفريقان ضمنوا الدية إجماعاً ويحدون للقذف عندهما خلافاً لمحمد (و) إن رجع (قبله) أي: الرجم سواء كان قبل القضاء أو بعده (حدوا)، أما إذا كان قبل القضاء فهو قول علمائنا الثلاثة لأنهم صاروا قذفة، وأما إذا كانوا بعده فهو قولهما وقال محمد: يحد الراجع فقط لأن الشهادة تأكدت بالقضاء فلا تنفسخ إلا في حق الراجع ولهما أن الإمضاء من القضاء ولذا يسقط الحد عن المشهود عليه والله الموفق.

(ولو رجع أحد الخمسة لا شيء عليه) سواء كان قبل القضاء أو بعده لأن ثمة من يبقي شهادته كل الحق والله أعلم، (فإن رجع آخر حداً) لأن شهادتهما حينئذ تنفسخ قذفاً لعدم تمام بقاء الحجة لأن الرجوع الثاني هو الموجب للحد، (وغرم ربع الدية) لأنه بقي من يبقي بشهادته ثلاثة أرباع الحق إذ المعترف في قدر لزوم الغرامة بقي من بقاء لا رجوع من رجع، وفي قوله: غرموا إيماء إلى أن الرجوع بعد الرجم.

قال في «الحاوي القدسي»: ولو رجع الثالث كان عليه ربع الدية وكذا الثاني

وضمن المزكون دية المرجوم إن ظهروا عبيداً كما لو قتل من أمر برجمه فظهروا كذلك وإن رجم فوجدوا عبيداً فديته في بيت المال وإن قال شهود الزنا: تعمدنا النظر قبلت شهادتهم

والأول ولو رجع الخمسة ضمنوا الدية أخماساً (وضمن المزكون) برجوعهم وطواه اكتفاء بدلالة ضمن (دية / المرجوم إن ظهروا) أي: الشهود (عبيداً) أي: غير أهل للشهادة عند الإمام بأن قالوا بعد قولهم هم أحرار مسلمون تعمدنا الكذب لعلمنا بأنهم ليسوا كما قلنا: وأوجبناها على بيت المال لأنهم إنما أثبتوا على الشهود خبراً فصار كما إذا أثبتوا على المشهود عليه خيراً بأن شهدوا بالإحصان فظهر بعد رجمه أنه غير محصن فإنهم لا يضمنون، فكذا المزكون وله أن الشهادة إنما تصير حجة بالتزكية فكانت في معنى علة العلة فيضاف الحكم إليها بخلاف شهود الإحصان لأنه محض الشرط قيد بالرجوع، لأنه لو ثبتوا على التزكية، وقالوا: أخطأنا: كانت الدية في بيت المال اتفاقاً وبالتزكية لأنهم لو أخبروا بأنهم عدول وظهروا عبيداً لم يضمنوا اتفاقاً إذ ليس هذا بتزكية والخطأ مضاف إلى القاضي لاكتفائه بهذا القدر، (كما لو قتل من أمر برجمه) رجل (فظهروا كذلك) أي: عبيداً فإن القاتل يضمن الدية استحساناً في ثلاث سنين لأن القضاء وقت القتل كان صحيحاً ظاهراً فأورث شبهة قيد بأمره لأنه لو قتل قبله كان على القاتل القصاص في العمد والدية على عاقلته في الخطأ، وظاهر أن المراد بالأمر هو الكامل وهو أن يكون بعد استيفاء ما لا بد منه، أما لو كان ناقصاً بأن كان قبل تعديل الشهود خطأ منه وجب القصاص في العمد، والدية في الخطأ وقيد بالمأمور برجمه لأن المأمور بقتله قصاصاً لو قتل وجب القصاص بقتله ظهر الشهود عبيداً أو لا نص عليه الشارح في الدية.

(وإن رجم) بالبناء للمفعول ليناسب قتل أي من أراد قتله، أي: المأمور بقتله وإنما رجم (فظهروا عبيداً فديته في بيت المال) لأنه امتثل أمر الإمام فنقل فعله إليه، كذا في «الهداية» وهذا يقتضي بناء رجم للفاعل يعني في كلام المصنف، كذا في «البحر» وفيه نظر إنما ضبطه الأساتذة في كلام صاحب «الهداية» بالبناء للفاعل ليرجع ضميره إلى الرجل في قوله: فضرب رجل عتقه.

قال في «غاية البيان»: ويجوز أن يبنى للمفعول أيضاً، وفيه دلالة ظاهرة على مطابقة التعليل لهما إنما الكلام على الأنسب، وأنت قد علمت أن نسبة هذا الثاني لما في «المختصر» والأول لما في «الهداية» (وإن قال شهود الزنا: تعمدنا النظر) إلى الفرج (قبلت شهادتهم) لأنه يباح لهم للحاجة لتحمل الشهادة فأشبهه الطبيب والقابلة والختان ونحوهم.

ولو أنكر الإحصان فشهد عليه رجل وامرأتان أو ولدت زوجته منه رجم.

باب حد الشرب

من شرب خمراً فأخذ وريحها موجود.....

(ولو أنكر) الزاني (الإحصان) أي: اجتماع شرائطه المتقدمة فيه كان أنكر النكاح والدخول فيه والحرية (فشهد عليه رجل وامرأتان) وكيفية الشهادة بالدخول أن يقول: تزوج امرأة وجامعها أو باضعها، وكذا لو قالوا: دخل بها عندهما خلافاً لمحمد لأنه مشترك بين الوطء والزنا والخلوة والزيادة، وأفهم كلامه أنه تقبل فيه الشهادة على الشهادة، وعن الثاني أنه لو شهد على إقراره به شاهدان لا يحد، وفي «المحيط» تزوجها بلا ولي ودخل بها، قال الثاني: لا يكون محصناً لأن هذا النكاح غير صحيح قطعاً لاختلاف العلماء والأخبار فيه.

(أو ولدت زوجته منه) ولداً قبل الزنا وقد أنكر الدخول بها واعترف بباقي الشرائط (رجم) لأن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة وهي مانعة من الزنا فلا تكون في معنى العلة لأن أدنى درجاتها أن تكون مفضية إلى المعلول، والحكم بإثبات النسب حكم بالدخول واستشكل كونه ليس في معنى العلة للحد بأنه لو أقر بالإحصان ثم رجع عنه صح رجوعه وتقبل البينة عليه حسبة، وأجيب بأنه إنما يصح رجوعه لأنه مكذب له بخلاف الدين وصحت الحسبة به لأنه من إظهار حق الله تعالى، والمانع من شهادة النساء ليس هو هذا، والله الموفق للصواب.

باب حد الشرب

قدم حد الزنا لأن حرمة أشد لما أنه بمنزلة القتل ولذا قرن به في قوله سبحانه: ﴿والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر﴾ [الفرقان: ٦٨] الآية، ثم ذكر حد الشرب وأخر عنه حد القذف للتقيد بسببه بخلاف القذف لأنه قد يصدق فيه وأخر حد السرقة وإن كان أشد لأن شرعيته لصيانة الأموال وصيانة الأنساب والعقول والأعراض مقدمة (من شرب خمراً) وهي التي من ماء العنب إذا غلا اشتد وقذف الزبد فإن لم يقذف فليس يخمر عند الإمام خلافاً لهما ويقولهما أخذ أبو حفص / الكبير، كذا في «الخانية» [١/٣٠٥] وفيما لو خلطه بالماء فإن كان مغلوباً حد، وإن الماء غالباً لا يحد إلا إذا سكر.

وفي «المنية» لو قال لهم: أعلم بتحريمها حد (فأخذ) إلى الحاكم، (وريحها) أي: والحال أن ريحها أي: الخمر (موجود)، وفي «الهداية» موجودة وهو الحق لأن الريح من الأسماء المؤنثة سماعاً كما في «غاية البيان» كذا في «البحر» انتهى.

أو كان سكران ولو بنبيذ وشهد رجلان أو أقر مرة حد.....

وأقول: يجوز أن يكون ذكر الخبر على معنى الشم أي وشم ريحها موجود كما قيل في قوله عليه الصلاة والسلام: «مثل المؤمن كمثل الأترجة طعمها طيب وريحها طيب»^(١) إلا أن في الحديث استعارة لا تخفى (أو كان) أي وجد المأخوذ حال كونه (سكران ولو) كان سكره (من نبيذ) محرم من الأنبذة الأربعة، كذا في «الشرح» وهذا قولهما وقال محمد: ما أسكر كثيره فقليله حرام وهو نجس أيضاً.

قالوا: ويقول محمد نأخذ، وفي طلاق «البزازية» لو سكر من الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل المختار في زماننا لزوم الحد انتهى. ولو حمل قول المصنف ولو من نبيذ على كل لكان أولى ولم يقل أخذ وريحها موجود اكتفاء بالسكر لاستلزامه ذلك (وشهد) عليه (رجلان) بالشرب بعد أن ثبت عند القاضي أن الريح قائمة حال الشهادة بأن شهدا به أيضاً أو بالشرب فقط فيأمر القاضي باستنكاهه ليخبر بوجود الرائحة، فإن زالت لبعد المسافة فلا بد من شهادتهما بالشرب أن يقولوا: إخذناه وريح الخمر موجودة، وفي غير الخمر لا بد أن يشهدا بأنه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر.

قال في «الخانية»: ثم يسألهم عن الخمر ما هي؟ وكيف شرب؟ ومتى شرب؟ وأين شرب؟ لجواز أن يكون مكرهاً أو شهداً مع التقادم أو أنه شرب في دار الحرب فإذا بينوا ذلك حبسه حتى يسأل عن عدالتهم انتهى. واستغنى المؤلف عن السؤال عن الخمر وعن الزمان والمكان بقوله: أخذ وريحها موجود وصرح بكونه طائعا نعم يحتاج عن السؤال عن الزمان على قول محمد كما سيأتي، ولو اختلفا في الزمان أو شهد أحدهما أنه سكر من الخمر، والآخر أنه سكر من السكر لم يحد، كذا في «الظهيرية».

(أو أقر) بأنه شرب الخمر أو سكر (مرة) رد لقول الثاني من أنه لا بد من إقراره مرتين اعتباراً بالشهادة وفيه إيحاء إلى أنه لو شهد أحدهما أنه شربه والآخر على إقراره بذلك لم يحد (حد) لقول ابن مسعود فيمن شرب الخمر: «ترتروه ومزموه ثم استنكهوه فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه»^(٢). والتلتلة التحريك الشديد، والمزومة التحريك بعنف، والاستنكاه طلب النكهة، كذا في «المستصفي» وقال عليه الصلاة والسلام في السكران: «إن سكر فاجلدوه ثم إن سكر فاجلدوه ثم إن سكر فاجلدوه ثم إن سكر فاضربوا عنقه بالسيف»^(٣) رواه أحمد قال الترمذي: وقد كان القتل في أول الأمر ثم نسخ، وقالت الظاهرية: إنه يقتل في الرابعة.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥١١١)، ومسلم في صحيحه (٧٩٧).

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٣٤٩).

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٥٧٢)، والنسائي في سننه (٥٦٦٢)، وأحمد في مسنده (١٠٥٥٤).

إن علم شربه طوعاً وصحاً فإن أقر أو شهدا بعد مضي ريحها لا لبعده المسافة أو وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها أو رجع عما أقر أو أقر سكران بأن زال عقله.....

قال العيني: وما أحسن هذا في هذا الزمان، لو يفتى به (إن علم شربه طوعاً) بأن شهدا بذلك، ولو لم يشهد بذلك لم يقبل وخرج به ما لو كان مكرهاً أو مضطراً، ومن الشرائط أن يكون مسلماً حتى لو ارتد فشرب خمراً أو سكر من غيره فأسلم لا يحد، لأن حد السكر والخمر لا يقام على أحد من الكفار بخلاف حد الزنا والسرقة، كذا في «الظهيرية».

وفي «منية المفتي» سكر الذمي من الحرام حد في الأصح ولعل هذا هو العذر للمصنف في حذفه قيد الإسلام إلا أنه في فتاوى قارئ «الهداية» أجاب حين سئل عن الذمي إذا سكر هل يحد؟ قال: إذا شرب الخمر وسكر منه المذهب أنه لا يحد، وأفتى الحسن بأنه يحد واستحسنه بعض المشايخ لأن السكر في جميع الأديان حرام، وفيها لو سرق الذمي أو زنا فأسلم إن ثبت عليه ذلك بإقرار أو بشهادة المسلمين حد وإلا بأن ثبت بشهادة أهل الذمة لا يحد انتهى. ومنها أن يكون ناطقاً فلا حد على الأخرس سواء ثبت شربه بالبينه أو أشار بإشارة معهودة للشبهة، كما في «الخانبة» وأما كونه مكلفاً فلا يخص حد الشرب (وصحاً) من سكره هذا شرط لوجود الحد ليفيد الضرب فائدته.

قال العيني: وهو ظاهر في أنه لو حد في حال سكره لا يكتفى به لعدم فائدته (وإن أقر) بالشرب أو السكر (أو شهدا) عليه بذلك يعني (بعد مضي ريحها) أي: ريح المسكر (لا لبعده المسافة) قيد بذلك لأن التأخير لو كان لعذر البعد وشهدا كما مر حد (أو وجد منه رائحة الخمر) ولم يثبت شربه كما مر (أو تقيأها) أي: الخمر (أو رجع) المقر بالسكر أو شرب الخمر (عما أقر) به (أو أقر) وهو (سكران) وفسره بقوله (بأن زال / عقله) بحيث لا يميز الأنثى من الذكر ولا السماء من الأرض، وهذا عند الإمام وقالوا: هو الذي يهذي ويخلط كلامه غالباً وبه أفتى المشايخ كما في «الخانبة».

واتفق أئمة بلخ على أنه يستقرأ سورة من القرآن فإن قرأها فليس بسكران فيعتبر إقراره، حتى حكى أمير بلخ أتاه الشرطي بسكران فأمره بقراءة: ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ فقال للأمير: اقرأ أنت الفاتحة أولاً فلما قرأ ﴿الحمد لله رب العالمين﴾ قال: قف فقد أخطأت مرتين تركت التعوذ والتسمية وهي آية من الفاتحة عند بعض العلماء، فحجل وضرب الشرطي قائلاً أمرتك أن تأتيني بالسكران فجئتني بمقرئ بلخ، كذا في «الظهيرية».

وأصل ما روى بشر عن أبي يوسف من اعتبار السكر بقراءة ﴿قل يا أيها

لا

الكافرون ﴿ قال بشر: فقلت له كيف أمرت بها من بين السور؟ فربما يخطئ فيها العاقل الصاحي قال: لأن الله سبحانه وتعالى بين أن الذي عجز عن قراءتها سكران يعني بذلك ما في الترمذي عن علي « صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاماً وسقانا خمراً فأخذت الخمرة بنا وحضرت الصلاة فقدموني فقرأت يا أيها الكافرون أعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون»^(١) فنزلت ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾ [النساء: ٤٣] ولا شك أن المراد لمن يحفظ القرآن أو كان حفظها مما حفظ منه لا من لم يدر شيئاً أصلاً ولا ينبغي أن يعول على هذا بل ولا يعتبر فإنه طريق سماع تبديل كلام الله تعالى فإنه ليس كل سكران إذا أمر بقراءتها يقول: لا أحسنها بل يندفع قارئاً فيبدل إلى الكفر ولا ينبغي أن يلزم أحد بطريق ذكر ما هو كفر وإن لم يؤخذ به نعم لو تعين طريق الإقامة حكم الله تعالى لكن ليس كذلك فإن معرفة السكر له طريق معلوم هي ما ذكرنا في «الفتح» ملخصاً (لا) أي: لا يحد في هذه الصور، أما إذا ثبت عليه بعد زوال الرائحة فالتقدم إذ هو مقدر بزوال الرائحة عندهما، وقدره محمد بشهر حيث ثبت بالبينة وإن أقر به صح عنده مطلقاً اعتباراً بحد الزنا.

وانتصر في «فتح القدير» لمحمد قال: وهو الصحيح، وفي «غاية البيان» الصحيح عندي في الإقرار قول محمد: وأما إذا وجد منه رائحة الخمر أو تقاؤها فلأن الرائحة محتملة فلا يثبت مع الاحتمال ما يندري بالشبهات، وكذا الشرب قد يكون عن إكراه فوجود عينها في القيء لا يدل على الطواعية فلو وجب الحد وجب بلا موجب، وأما إذا رجع الإقرار فلأنه خالص حق الله تعالى فيقبل حق الرجوع فيه كسائر الحدود، وأما إذا أقر وهو سكران فلأنه يحتمل الكذب فيحتال لدرته ودل كلامه أن إقراره حال السكر بالحدود الخالصة غير صحيح، أما غير الخالصة كحد القذف فيصح، وعرف من هذا أن إقراره بحقوق العباد الخالصة كالقصاص والأموال والطلاق والعتاق صحيح بالأولى، ولهذا لو أقر بالسرقة أخذ منه المال ولم يقطع وقالوا: إن ارتداده غير صحيح لأنه من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر.

قال في «الفتح»: هذا في حق الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فإن كان في الواقع قصد أن يتكلم به ذاكراً لمعناه كفر وإلا فلا انتهى. وهذا يشكل على تفسير الإمام السكران بزائل العقل وجوابه ما صرح به بعد من أن هذا في السكران الذي لم

(١) أخرجه الطبري في تفسيره (٥/٩٥)، والترمذي في سننه (٣٠٢٦).

وحد السكر والخمر ولو شرب قطرة ثمانون سوطاً.....

يصل إلى إفضاء السكر إذا تكلم بما هو كفر فإن كان عن غير قصد فليس بكافر عند الله ولا في الحكم وإن كان مدركاً لها قاصداً مستحضراً معناها فإنه كافر عند الله بطريق تكفير إذ الهازل وإن لم يحكم بكفره في القضاء لأن القاضي لا يدري من حاله إلا أنه سكران ولا يحكم بكفره ولو أسلم.

قال الشارح: ينبغي أن يصح كإسلام المكره وجزم في «فتح القدير» بأنه لا يصح هذا إذا سكر من محرم فإذا سكر من مباح كما إذا شرب من المتحد من الحبوب والعسل والدواء أو كان مضطراً أو مكرهاً فتصرفاته غير صحيحة، وفي «الخانية» لو زال عقله بالبنج فطلق لا يقع طلاقه هو الصحيح سواء علم حين تناوله أنه بنج أو لا.

قال في «البحر»: وهذا يدل على أن البنج حلال انتهى. والتحقيق ما في «العناية» أن المسكر منه حرام نص عليه المحجوبي، (وحد السكر) بضم السين وسكون الكاف، كذا في السماع لا بفتحيتين وهو: عصير الرطب إذا اشتد، وقيل: كل شراب أسكر ولا بدع في ضبط ما في «الكتاب» بفتحيتين بل هو / المناسب لقوله: (والخمر) كما لا يخفى.

ثم رأيت الحدادي قال في قول القدوري: وحد الخمر والسكر من النبيذ في الحر ثمانون سوطاً يجوز في السكر ضم السين وفتحها مع تسكين الكاف وبفتح السين وتحريك الكاف فإذا قال: بفتحيتين يكون فيه قصور، وإن قال بالسكون وضم السين يكون حد الخمر بمجرد الشرب وحد سائر الأشربة بعد حصول السكر انتهى. ووجه القصور أنه يقتضي وجوب الحد لمجرد الشرب كما الخمر، وجوابه أن هذا مدفوع بما قدمه في أول الباب من أنه لا يحد من الأنبذة إلا بالسكر - والله الموفق - (ولو شرب قطرة ثمانون سوطاً) بإجماع الصحابة وهذا لأنه عليه الصلاة والسلام لم يسن فيه عدداً معيناً بل القطع بأنه أمر بضربه ثم قدره الشيخان بأربعين ثم اتفقوا على ثمانين وجاز لهم ذلك مع أنه عليه الصلاة والسلام أتى له برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الأربعين^(١) ولم يزد لعلمهم بأنه عليه الصلاة والسلام انتهى إلى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه، ثم رأوا أهل الزمان تغيروا إلى نحوه أو أكثر فكان ما أجمعوا عليه هو ما كان حكمه عليه الصلاة والسلام في أمثالهم

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٠٦)، والترمذي في سننه (١٤٤٣).

وللعبد نصفه وفرق على بدنه كحد الزنا .

باب حد القذف

هو كحد الشرب كمية.....

(وللعبد نصفه) لرواية «الموطأ»: «أن عمر وعثمان وعبد الله بن عمر جلدوا عبيدهم نصف الحد في الخمر»^(١).

(وفرق) الضرب (على بدنه كحد الزنا) لأن تكراره في موضع واحد قد يفضي إلى التلف، والحد إنما شرع زاجراً فقط، وفيه إيحاء إلى أنه يتقي الرأس والوجه والفرج. (وأن يضرب بسوط لا ثمرة له) مع نزع ثيابه في المشهور من الرواية إلا الإزار، وعن محمد أنه لا يجرد. وقال في «غاية البيان»: وهو الأصح عندي لعدم ورود النص بذلك قال: ولا يجرد في حد القذف يعني اتفاقاً إلا الفرو والحشو. وفي «البحر»: إنه يجرد في التغرير والله الموفق.

باب حد القذف

هو لغة الرمي مطلقاً وشرعاً الرمي بالزنا وهو من الكبائر بإجماع الأئمة، كذا في «الفتح» و«الدراية» والأولى ما في «العناية» بأنه نسبة المحصن إلى الزنا صريحاً أو دلالة إذ الإجماع إنما هو في المحصن فقد قال الحلبي من الشافعية: قذف الصغيرة والمملوكة والحررة المتهتكة من الصغائر، لأن الإيذاء في قذفهن دونه في الحررة الكبيرة المستترة بل قال ابن عبد السلام منهم: الظاهر أن قذف المحصن في خلوته بحيث لا يسمعه إلا الله سبحانه وتعالى والحفظة ليس بكبيرة موجبة للحد لانتفاء المفسدة وخالفه البلقيني قال: بل الظاهر أنها كبيرة موجبة للحد فطاماً عن هذه المفسدة، والظاهر قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات﴾ [النور: ٤] الآية وهذا رمي لمحصنة وقوله عليه الصلاة والسلام: «اجتنبوا الموبقات وعد منها قذف المحصنات»^(٢)، وهكذا استدل في «فتح القدير» للإجماع وهو مؤيد لما قاله البلقيني.

وما في «البحر» من أن قواعدنا لا تأبى مقالة ابن عبد السلام مدفوع (وهو كحد الشرب كمية) أي: من حيث الكمية، أي: العدد وهو ثمانون سوطاً للحر ونصفها

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١٥٣٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٦١٥)، ومسلم في صحيحه (٨٩).

وثبوتاً فلو قذف محصناً أو محصنة بزناً.....

للعبد (وثبوتاً) فلا يثبت إلا بشهادة عدلين أو بالإقرار، ولا تقبل فيه شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي إلى القاضي فإن لم يعرف عدلتهما حبسه القاضي حتى يسأل عنهما، وكذا لو أقام شاهداً واحداً عدلاً وادعى أن الثاني في المصر حبسه يومين أو ثلاثة، ولو زعم أن له بينة في المصر حبسه إلى آخر المجلس. قالوا: والمراد بالحبس في الأولين حقيقته وفي الثالث الملازمة ولا يأخذ منه كفيلاً بنفسه إلى المجلس الثاني، وقال أبو يوسف: يأخذه ولو شهدا أنه قذفه سألتهما القاضي عن القذف ما هو؟ وكيف هو؟ فإن لم يزيدا على ذلك لا تقبل إلا إذا شهد أنه قال له: يا زاني فإنها تقبل ولو شهد أحدهما أنه قذفه يوم الخميس، والآخر أنه قذفه يوم الجمعة قبلت عند الإمام وقالوا: لا تقبل ولو شهد أحدهما أنه قذفه يوم الخميس والآخر أقر بقذفه في ذلك اليوم لم يحد في قولهم، ولو اختلف في مكانه حد في قول الإمام كالزمان، وقال الثاني: لا يحد، كذا في «التاتارخانية».

ولو اختلفا في اللغة التي وقع القذف بها بطلت شهادتهما، (فلو قذف محصناً) / [ب/٣٠٦] بأي لسان كان وفيه إيماء إلى أنه يشترط عجز القاذف عن إثبات ما رماه به حتى لو أثبت به بأن أقام أربعة شهدوا على زنى المقذوف ولو في حال حد على أحد الروايات فلا حد على القاذف لخروج المقذوف عن كونه محصناً، وكذا لو صدقه وهل يحد المقذوف إن شهدوا بحد متقادم؟ لم يحد وإلا حد ولو أقامها بعدما حد، قال الكرخي: تقبل إذا ضرب الذي ليس بحد لا يمنع قبولها.

وفي «شرح القاضي» ابن أبي عوف لا تقبل فيحمل أن يكون فيه روايات أو اختلاف المشايخ، كذا في «السراج» ولا بد أن يكون المقذوف ناطقاً فلا حد بقذف الأخرس، وكذا لو خرس قبل الحد أو ارتد أو زنا أو وطء حراماً للشبهة في النوع الأول، وزوال الإحصان في الثاني، كذا في «التاتارخانية»، وأن يكون ممن يتصور منه الزنا فلو كان محبوباً أو خصياً أو كانت رتقاء أو قرناء فلا حد على القاذف أيضاً، وأن لا يكون المقذوف ولداً ولا ولد ولا مملوكاً للقاذف كما سيأتي، والآية وإن كانت في المحصنة لكنها تتناول المحصن دلالة يجامع دفع العار وعليه الإجماع قيد بذلك لأنه لو قذف غيرها لم يحد ومنه ما لو قذف خنثى بلغ مشكلاً نص عليه في «السراجية» ووجهه أن نكاحه موقوف وهو لا يفيد الحد (بزناً) أي: بصريحه كزنية أو يا زاني وفي أنت أزننى الناس أو من فلان خلاف ففي «المبسوط» لا حد عليه إذ معناه أنت أقدر الناس على الزنا وجزم قاضي خان بوجوبه، وكذا في أنت أزننى مني فجزم في «الظهيرية» بوجوبه وفي «الخانية» بأنه لا يجب كما لو قال: ما رأيت زانية خيراً منك.

حد بطلبه مفرقاً ولا ينزع غير الفرو والحشو وإحصانه بكونه مكلفاً.....

ولو قال لرجل: يا زانية لا يحد في قولهما وقال محمد: يحد، وأجمعوا أنه لو قال لامرأة يا زاني حد ولو قال: قل لفلان يا زاني لم يحد الأمر، وأما المأمور فإن قال له يا زاني حد لا إن قال له إن فلاناً يقول لك يا زاني، ولو قال أخبرتك أنك زانٍ لم يكن قذفاً، ولو قال لرجلين أحدكما زان فقليل له هذا فقال لا، لا حد عليه لأن أصل القذف لم يقع موجباً ولو قال لجماعة: كلكم زان إلا واحداً وجب الحد، ولو قال لها: زנית بحمار أو بعير أو ثور لم يحد لأن الزنا إدخال ذكره في قبل مشتبهة إلى آخره بخلاف ما لو قال زנית بناقة أو أتان أو دراهم لأن معناه زנית وأخذت البديل إذ لا تصلح المذكورات للإدخال في فرجها ولو قبل هذا الرجل لا يحد لأنه ليس العرف في جانبه أخذ المال.

واعلم أن حضور المقذوف مجلس القذف غير شرط نص عليه في «المضمرات»، قال ملا خسرو: ولا بد من حفظه لكثرة وقوعه (حد بطلبه) لأن حقه من حيث دفع العار عنه ولا يعلم منه خلاف، كذا في «الدراية» وفيه إيحاء إلى أن قذف الأخرس لا يوجب الحد وقد مر وهل يعذر في مطالبة القاذف فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان غير عفيف في السر؟ قال في «القنية»: يعذر قال رضي الله تعالى عنه: وفيه نظر لأنه إذا كان زانياً لم يكن قذفه موجباً للحد فكيف يعذر؟ انتهى، ويؤيده أن دفع العار مجوز لا ملزم وإلا لامتنع عفوه عنه وأجبر على الدعوى وهو خلاف الواقع ضرباً (مفرقاً) على أعضائه، كما مر في الشرب (ولا ينزع عنه) أي: عن القاذف عند حده (غير الفرو والحشو) أي: الثوب المحشو لأنهما يمنعان وصول الألم، ومقتضى هذا أنه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع والظاهر أنه إن كان فوق قميص نزع لأنه يصير مع القميص كالحشو أو قريباً منه، كذا في «الفتح».

وفي الكرخي إذا كان عليه قميص أو جبة مبطنة ضرب على ذلك حد القذف ويلقى عنه الرداء، كذا في «السراج» أما غيرهما فلا ينزع إظهاراً للتخفيف لاحتمال صدق القاذف بخلاف حد الزنا والشرب، ولما كان معنى الإحصان هنا مغايراً لمعنى الإحصان في الزنا مبهماً بينه بقوله: (وإحصانه) أي: المقذوف (بكونه مكلفاً) أي: بالغاً عاقلاً يخرج الصبي والمجنون لأنه لا يلحقهما عار بنسبتهما إلى الزنا لعدم خطابهما بالحرمت، ولو فرض لحوق عار المراهق فليس عاراً على الكمال فيندري، كذا في «الفتح» وهذا صريح في أنه لو ادعى البلوغ بعد قذفه مراهقاً بالاحتلام أو بالسن لم يحد قاذفه وبه صرح في «الظهيرية» وكذا لو كانت مراهقة إذ لا فرق.

قال في «الفتح»: ويثبت الإحصان بشهادة رجل وامرأتين ويعلم القاضي ولا

حرأ مسلماً عفيفاً عن زنا فلو قال لغيره: لست لأبيك أو لست بابن فلان في غضب حد....

يحلف القاذف لا يعلم أن القاذف محصن (حرأ) خرج العبد ولو مديراً أو مكاتباً، ولفظ الإحصان ينتظم الحرية / قال تعالى: ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء: ٢٥] أي: من الحرائر وكونه محصناً بمعنى آخر كالإسلام وغيره يوجب كونه محصناً من وجه دون وجه وذلك شبهة، ولو أنكر القاذف حرية المقذوف فلا بد من إقراره أو البيّنة بها ولو أنكر حرية نفسه فالقول له، كذا في «الخانية» فيحتاج المقذوف إلى إثباتها (مسلماً) لأنه أطلق بمعنى الإسلام في قوله: فإذا أحصن، قال ابن مسعود: أسلمن وفي الخبر: «من أشرك بالله فليس بمحصن عفيف عن الزنا»^(١) لأن غير العفيف لا يلحقه العار وهو من لم يكن وطء امرأة بالزنا ولا بالشبهة ولا ببنكاح فاسد فإن فعل ذلك مرة لا حد على قاذفه، وكذا لو وطء التي حرمتها مؤبدة كأمته التي هي أخته من الرضاع، وإن كانت غير مؤبدة كأمته المجوسية لا يسقط إحصانه كذا في «شرح الطحاوي».

وفي «كافي الحاكم» كل شيء اختلف فيه الفقهاء حرمه بعضهم وأحلّه بعضهم فإنني أحد قاذفه وفيه قال أبو يوسف: كل من درأت الحد عنه وجعلت عليه المهر وأثبت نسب الولد منه فإنني أحد قاذفه، ويشكل على الكلية الثانية ما لو وطء الأمة المشتركة فإنه لا يحد لأن الإحصان كما يزول من كل وجه يزول بالزنا من وجه والعفة أعم من أن يطأ ببنكاح صحيح أم لا، وبهذا التعميم يمتاز عن إحصان الزنا (فلو قال لغيره: لست لأبيك أو لست ابن فلان) لأبيه الذي يدعى له أو لست من ولد فلان أو لست من بني فلان (في غضب) قيد في المسألتين (حد) إن كانت محصنة لأن المقذوف في الصورتين إنما هو الأم والمعتبر إحصان المقذوف لا إحصان من يطلب الحد صرح به في «المبسوط» وهذا لأن نفي نسبه من أبيه يستلزم كونه زانياً فلزم أن أمه زنت مع أبيه فجاءت به من الزنا ولذا لو قال: ولا من فلانة لا يحد وأورد أنه يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ولا تكون أمه زانية بأن كانت موطوءة بشبهة أو ببنكاح فاسد، وأجيب بأن المراد أنك لست لأبيك الذي ولدت من مائه وهذا يستلزم كون أبيه زانياً فلزم أن أمه زنت معه ولا يخفى أنه غير لازم لجواز كونه زنا بها مكرهة أو نائمة، والحق أن وجوب الحد إنما هو استحسان لأثر ابن مسعود أنه قال: «لا حد إلا في قذف محصنة أو بنفي رجل عن أبيه»^(٢) وحمل على حالة الغضب

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢١٦/٨)، (١٦٧١٤)، بلفظ: «من أشرك بالله فليس بمحصن».

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٤٢٣/٧) رقم (١٣٧١٥).

وفي غيره لا كنفية عن جده.....

لأنه حالة عدمه لم ينفه عن أبيه بدلالة الحال فليس من التخصيص في شيء إذ ليس قذفاً وإنما يكون تخصيصاً أن لو كان قذفاً (وفي غيره) أي: الغضب (لا) أي: لا يحد لأن النفي حينئذ مجاز من نفي المشابهة في محاسن الأخلاق قيد النفي بما ذكر لأنه لو قال: لست لأدمي أو لإنسان لا يحد كقوله لست من أولاد فلان، واعلم أنه في «الهداية» قيد بالغضب في الثانية دون الأولى، وحمل الشارحون إطلاقه على التقييد.

قال في «البحر»: وهو بعيد لما صرح به الحاكم في «الكافي» حيث قال: وإن قال لرجل: يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا أو لست لأبيك وأمه حرة مسلمة فعليه الحد بلغنا عن عبد الله بن مسعود وذكر الأثر المتقدم فسوى بين الألفاظ الثلاثة، وقد صرح في «فتح القدير» بأنه في اللفظين الأولين لا يأتي التفضيل يعني بين الغضب والرضى بل يحد البتة فكذا، لو قال: لست لأبيك لأنهم صرحوا أنه بمعنى أن أمك زانية أو زنت ولا يراد به المعاتبة حالة الرضى لأنه لم يعين أباً مخصوصاً حتى ينفي أن يكون على خلافه، ثم رأيت التصريح بذلك في «الخانبة» قال لرجل: لست لأبيك عن أبي يوسف أنه قذف كان ذلك في غضب أو رضا، ولو قال: ليس هذا أبك لابنه المعروف فإن كان في حالة الرضا أو على وجه الاستفهام لا يكون قذفاً، وإن كان في غضب أو على وجه التعبير كان قذفاً انتهى.

وأقول: ما جرى عليه شراح «الهداية» وأكثر المتأخرين من التقييد بالغضب هو المذهب لما قدمناه مع أنه مع الرضا ليس قذفاً وكيف يحد بما ليس قذفاً وبه يضعف ما عن الثاني وكان هذه الرواية شاذة عنه، ولذا ذكر في وسط «المحيط» عنه أنه قذف في حالة الغضب دون الرضا وما في «الكافي» لا دلالة فيه لما ادعاه بوجه مع استدلاله في النفي بالأثر، وقد علمت أنه محمول / على حالة الغضب والفرق بينه وبين قوله يا ولد الزنا أظهر من الشمس وقت الضحى لأنه لا يحتمل غير القذف فاستوت الحالات فيه بخلاف النفي ثم رأيت في «عقد الفوائد» قال: التفضيل هو ظاهر المذهب والاعتماد عليه دون ما يقع سواه مخالفاً له.

وفي «التاتارخانية» عن أبي يوسف يا فرج الزنا يا بيض الزنا يا حمل الزنا يا سخل الزنا قذف يوصف الولد به ولو قال كبش الزنا لا يحد، وفي «الجوهرة» لو قال: لست ولد حلال كان قذفاً، وفي «ابن وهبان» عن بعضهم قال: إمي ليست بزانية حال التخاصم حد لكن المسطور في «الخانبة» استبأ فقال أحدهما: لا أنا بزنان ولا إمي بزانية لا حد عليه وذكره في موضع آخر، لو قال لغيره: إما أنا فلست بزنان لا حد عليه عندنا (كنفيه) أي: لا يحد بنفيه، (عن جده) في حالة الغضب لأنه صادق في قوله

وقوله لعربي: يا نبطي أو ابن ماء السماء ونسبته إلى عمه أو خاله ورايه ولو قال: يا ابن الزانية وأمه ميتة فطلب الوالد أو الولد أو ولده حد.....

لست بابن فلان أي لست مخلوقاً من مائه، كذا قالوا وفيه بحث لأن هذا وإن كان معناه الحقيقي لكن له معنى حقيقي آخر هو نفي كونه أباً أعلى له وهو صادق بصورتين نفي كون أبيه خلق من مائه بل زنت جدته أو جاءت به لشبهته وحالة الغضب تعين أن يكون قذفاً لجدته إذ لا معنى لإخباره في تلك الحالة أنك لم تخلق من ماء جدك، وأشار المصنف إلى أنه لو نسبته إلى جده فلا حد أيضاً لأنه ينسب إليه مجازاً متعارفاً كابن مالك ونحوه.

(وقوله لعربي: يا نبطي) بفتح الموحدة كما في «القاموس» نسبة إلى النبط جيل من الناس بسواد العراق الواحد نبطي، وعن ابن الأعرابي رجل نباطي ولا يقال نبطي، كذا في «المغرب» لأن العرف في مثله أن يراد نفي المشابهة في الأخلاق أو عدم الفصاحة، وأما قذف أمه أو جدة من جداته لأبيه فلا يخطر بالبال فلذا لم يفصلوا فيه بين الغضب والرضى نعم ينبغي في الغضب أن يعزر به لأن النسبة إلى الأخلاق الدنيئة يجعل شتماً في الغضب ويؤيده ما في «المبسوط» لو قال له: لست بهاشمي عزز وعلى هذا لو نسبته لغير قبيلته أو نفاه عنها (و) قوله لغيره: (يا ابن ماء السماء) مع أن ظاهره نفي كونه ابناً لأبيه لأنه في العرف يذكر لقصد المدح ولذا لقب به عامر بن حارثة لأنه كان يقيم ماله مقام القطر في الحفظ فهو كماء السماء جوداً، قال في «إيضاح الإصلاح»: وفيه نظر لأن حالة الغضب تأبى عن هذا القصد، وجوابه أنا فالتزمه فنجعله سباً بنفي الشجاعة والسخاء عنه في هذه الحالة، أما كونه نفيًا موجباً للحد فلا إذا لم يعهد استعماله لذلك القصد.

قال في «الفتح»: وقد ذكر أنه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء يعني وهو معروف يحد في حال السباب بخلاف ما إذا لم يكن، (و) كذا لا يحد (بنسبته إلى عمه وخاله ورايه) بتشديد الباء الذي رياه لأن كل واحد منهم يسمى أباً قال تعالى: ﴿وَالهِ آبَائِكَ إِبْرَاهِيمَ وَإِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ﴾ [البقرة: ١٣٣] وإسماعيل كان عمًا ليعقوب، وأخرج الديلمي في «الفردوس» عن ابن عمرو مرفوعاً: «الخال والد من لا والد له»^(١) وكذا المرابي دون زوج الأم كما في «الهداية» لأن العبرة إنما هو للمرابي حتى لو نسبته إليه ولم يكن زوجاً لأمه وجب أن لا يحد كما في «الشرح»، (ولو قال) لرجل: (يا ابن الزانية و) الحال أنه (أمه ميتة)، وكذا له يا ابن الزاني وأبوه ميت (فطلب الوالد والولد أو ولده حداً) أي: طلب أصوله أو فروعه.

(١) ذكره الديلمي في الفردوس (٢٠٧/٢) رقم (٣٠٢٦).

ولا يطلب ولد وعبد أباه وسيده بقذف أمه ويبطل بموت المقذوف.....

قال في «التاتارخانية»: ثم إذا قذف ميتاً فولاية الطلب لابن المقذوف ولأمه ولجده أب الأب وإن علا ولأولاده ذكراً كان أو أنثى ولأولاد أولاده من قبل الرجال الأقرب والأبعد سواء ولا تثبت المطالبة لولد البنت انتهى. ولا فرق في الأصل والفرع بين كونه كافراً أو عبداً إلا أن إطلاق المصنف يعم ولد البنت وهو ظاهر الرواية كما في «الخانية» وفيها، لو قال: جدك زان لا حد عليه وعلمه في «الظهيرية» بأنه لا يدري أي جد هو وهو معنى ما في «الفتح» من أنه لا يحد للإبهام لأن في أجداده من هو كافر فلا يكون قاذفاً ما لم يعين مسلماً قيد بالأصول والفروع لأن الطلب لا يثبت لأم الأم ولا للأخ ولا للعم ولا للعمة ولا لمولاه.

وما في «الفتح» عن «الخانية» منه أنه لا يثبت أيضاً لجد أب الأب فتحريف، والصواب الأم لما قد علمت وأفاد بأو أن للفروع / المطالبة مع وجود أصله ولو عفا البعض أو صدق القاذف كان لمن بقي حق الخصومة (ولا يطلب ولد) أي: فرع وإن سفل، (وعبد أباه) أي: إصله ذكراً كان أو أنثى فدخلت أمه وجدته وإن علت، وكذا جده وإن علا (وسيده بقذف أمه) المحصنة إذا قذفها ميتة لأنهما يعاقبان بسببهما، وهذا لأن القصاص المتيقن سببه سقط بقتلهما فالحد الذي لم يتيقن سببه أولى.

واعلم أن المسطور في كتب الشافعية أنه مع سقوط الحد عنه يعزر ثم رأيت في «القنية» ما يفيد أنه كذلك عندنا حيث قال: ولو قال لآخر: يا حرام زاده لا يجب عليه حد القذف، وقد كنت كتبت أنه لو قال ذلك لولده يجب التعزير انتهى. ووجهه إفادته أنه إذا كان التعزير يجب بالسب فالقذف أولى فما في «البحر» في النفس من التعزير شيء لأنه إذا كان القذف لا يوجب شيئاً فالشتم أولى ممنوع قيد بكونه أباً له لأنه لو كان لها ولدان أحدهما ابن لغيره كان له حق المطالبة كأبيها (وبطل) حد القذف (بموت المقذوف) لأنه لا يورث، وكذا لو مات بعد إقامة بعضه نظراً لا أنه حق الله تعالى إلا أنه شرع زاجراً لإخلاء العالم عن الفساد ولذا يباح بالإباحة ولا يتغلب مالا عند سقوطه ويتصف بالرق ولا يحلف القاذف ولا يصح فيه العفو ولا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل ويشترط الإحسان ولا كلام أن فيه حق العبد أيضاً فشرطنا الدعوى فيه.

وقلنا: إنه لا يبطل بالتقادم ويجب على المستأمن وقيمه القاضي بعلمه ويقدم استيفاءه على سائر الحدود ولا يبطل بالرجم ولا يصح الرجوع فيه عن الإقرار، إذ المغلب حق الله تعالى عندنا، ورجح أبو اليسر أن المغلب حق العبد والأول أظهر، وأعرض بأن من الأحكام ما ينافي الحقين جميعاً من سقوطه بموت المقذوف وشيء

لا بالرجوع والعتو ولو قال زنأت في الجبل وعن الصعود حد ولو قال: يا زاني وعكس حدا

من الحقين لا يسقط به وأجيب بأن لا نقول: إنه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه لعدم شرطه فإن الشرط خصومة المقذوف ولا تحقق فيه الخصومة بعد موته، كذا في «العناية» وفيه نظر إذ لو صح هذا لبطل قولهم: إنه يبطل بموت المقذوف وهذا لأنه لا معنى لعدم سقوطه (لا) يبطل (بالرجوع) عن الإقرار نظراً إلى أنه حق العبد، (و) قد مر أنه لا يبطل أيضاً بإباء (العتو) نظراً إلى أنه حق الله تعالى، ومعنى عدم بطلانه به أنه لو عاد وطلب يقام الحد عليه وليس للإمام أن يستوفيه بعد العفو بدون الطلب كما في «المبسوط».

وعليه يحمل ما في «الفتح» من أنه لو عفا المقذوف عن القاذف بعد ثبوت القذف والإحصان لا يصح عفوّه ويحد عندنا، وفي «الشامل» لا يصح عفو المقذوف إلا أن يقول لم يقذفني أو كذب شهودي إلا أن خصومته شرط، وعند الثاني يصح العفو (ولو قال) لغيره: (زنأت في الجبل) بالهمز (وعنى) أي: قصد (الصعود) عليه (حد) عندهما ولم يصدق وقال محمد: يصدق لأن الهمز منه للصعود حقيقة وذكر الجبل بقراره مراداً ولهما أنه يستعمل في الفاحشة لأن من العرب من يهمز حرف اللين في غير التقاء على حده كدابة شاذ، وحالة الغضب تعين ذلك مراداً وهذا التقدير يفيد أن المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود وحالة الغضب تعين أحد المحتملين عندهما، وعند محمد هو حقيقة في الصعود مجاز في الفاحشة وحينئذ يترجح قوله لأن المجاز أولى من الاشتراك لعدم اختلاله بالفهم ولأن الحد يحتال لدرئه هذا حاصل ما في «العناية».

وأجاب في «الحواشي السعدية»: بأن هذا مسلم إذا لم يقدّم دليل على الاشتراك وقد قام هنا لما قدمناه من أن من العرب من يهمز حرف اللين، وقوله: وذكر الجبل يقرره ممنوع بأن الفاحشة قد تقع فيه، أي: في بعض بطونه وترجح إرادتها بقرينة الغضب، ولو قال: على الجبل قيل لا يحد وهو الذي جزم به في «المبسوط».

قال في «الفتح»: وهو الأوجه لأن حالة الغضب تعين تلك الإرادة وكونها فوقه وتعين الصعود مسلم في غير حالة السباب قيد بالهمز لأنه لو أتى بالياء المثناة حد اتفاقاً، وبالجبل لأنه لو حذفه حد اتفاقاً أيضاً، كما أفاده في «غاية البيان» وجزم به في «المعراج» وبهذا التعزيز علمت أن إطلاق المصنف مقيد بحالة الغضب فلا يجب في / حالة الرضى يعني اتفاقاً، (ولو قال: يا زاني وعكس)، بأن قال لا بل أنت (حدا) لأن كل واحد منهما قذف صاحبه فيحد بطلبه ولا يلتقيان قصاصاً لما مر من أن الغالب في حد القذف حق الله تعالى قيد بحد القذف لأنه لو قال له: يا خبيث بل أنت تكافيا ولا يعززان كل واحد وجب له على صاحبه مثل ما وجب للآخر عليه.

ولو قال لامرأته: يا زانية وعكست حدث ولا لعان ولو قالت: زنييت بك بطلا وإن أقر بولد ثم نفاه لاعن.....

فإن قلت: لو ضرب كل منهما صاحبه عزرا وبدأ بالباضي كما في «القنية»، ولو تشاتما بين يدي القاضي عزرها فهل لا يلتقيا قصاصاً؟ قلت: لم يلتقيا هنا لتفاوت الجنائيتين في الضرب بخلاف السب، وأما بين يدي القاضي فلهتك حرمة الشرع ورأيت بخط الشيخ الأخ رحمه الله تعالى عن «الخلاصة» قال المقضي عليه للقاضي: أخذت رشوة من خصمي وقضيت علي، يعزره القاضي.

قال ابن وهبان: هذا يستثنى من قولهم أن القاضي لا يقضي لنفسه انتهى. وقد يقال: لا استثناء لأن من أساء الأدب في حق القاضي فقد أساء الأدب على الشرع، فتعزير القاضي له لأجل حق الشرع لا لنفسه ولهذا قالوا: يعزره ولم يقولوا إن شاء انتهى.

وأقول: فيه نظر فقد صرحوا بأنه له أن يعفو عنه كما نقله ابن الغرس في «فوائده» ولو كان لمحض الشرع لما ساغ عفوه وفي «جامع الفصولين» ولو تشاتما بين يديه كان له تعزيرهما صيانة لمجلس الشرع انتهى. بقي هل له العفو عنهما؟ لم أر المسألة في كلامهم والظاهر لا بخلاف قوله أخذت الرشوة من خصمي، والفرق بين فتدبره، وسيأتي أن التعزير كما يكون حقاً للعبد يكون حقاً لله تعالى (ولو قال لامرأته: يا زانية وعكست) كما مر (حدث) المرأة (ولا لعان)، والأصل أن الحدين إذا اجتمعا وفي تقديم أحدهما إسقاط الآخر وجب تقديمه احتياطاً للدرء واللعان قائم مقام الحد فتقديم حق المرأة يبطل اللعان لأنها تصير محدودة في قذف، وتقديم اللعان لا يسقط حد القذف لأنه لا يجري على الملاعنة وعن هذا قلنا: لو قال لها: يا زانية بنت الزانية فخاصمتها الأم فحد سقط اللعان.

(ولو قالت) في جواب قوله يا زانية (زنييت بك بطلا) أي: الحد واللعان لأنه يحتمل أنها أرادت به ما قبل النكاح فتحد في قذفها ولا لعان لتصديقها إياه أو ما كان معه بعد النكاح وأطلقت عليه زنا للمشكلة فيجب اللعان دون الحد والحكم بتعيين أحدهما بعينه متعذر فوقع الشك في كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد بالشك حتى لو زال الشك بأن قالت قبل أن أتزوجك أو كانت أجنبية حدث فقط، وهو ظاهر ولو ابتدأت الزوجة ثم قال لها: يا زانية، فالحكم كذلك للمعنى الذي ذكرناه ودخول هذا في الإطلاق كما في «البحر» خلاف الظاهر وما نقلناه جرى عليه الشارح تبعاً لشرح «الهداية» قيد بالخطاب لأنها لو قالت: إني أزني مني حد الرجل فقط كما في «الخانية»، (وإن أقر) الزوج (بولد ثم نفاه لاعن)، لأن النسب لزمه

وإن عكس حد والولد له فيهما ولو قال: ليس بابني ولا بابنك بطلا ومن قذف امرأة لم يدر أبو ولدها أو لاعنت بولد أو رجلاً وطئ في غير ملكه أو أمة مشتركة أو مسلماً زنى في كفره أو مكاتباً مات عن وفاء لا يحد.....

بإقراره وبالنفي بعد صار قاذفاً لزوجته فيلاعن (وإن عكس) بأن نفاه أولاً ثم أقربه قبل اللعان (حد) لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان الذي كان وجب بنفي الولد لأنه ضروري صير إليه ضرورة التكاذب بين الزوجين فكان خلفاً عن الحد فإذا بطل صير إلى الأصل (والولد له فيهما) أي: في صورتين، أما في الثانية فظاهر.

وأما في الأولى فلأن سبب اللعان وإن كان هو النفي إلا أن قطع النسب من ضرورة اللعان ينفي الولد. ألا ترى أنه لو نفاه بعد أن تطاولت المدة بعد الولادة فإنه يلاعن ولا يقطع النسب، (ولو قال: ليس) هذا الولد (بابني ولا ابنك بطلا) أي: الحد واللعان لأنه أنكر الولادة وبذلك لا يصير قاذفاً، (ومن قذف امرأة) معها ولد في بلد القذف (لم يدر) أي: لم يعلم (أبو ولدها) حال القذف أو وجد ومات قبله شروع في مسائل لا حد فيها هذه أولها، والثانية ما أشار إليه بقوله: (أو لاعنت بولد) نفاه الزوج وقطع القاضي نسبه عنه وألحقه بأمه لأن ولادة الزنا منها وهي ولادة ولد الأب له قائمة فانتفت عتقها قيد بكون اللعان بولد لأنه لو كان بغير حد قاذفها وهو وإن كان قائماً مقام حد القذف في حقها وبه تسقط عتقها لكنه قام مقام حد القذف في حقه / [١/٣٠٩] وبالنظر إلى هذا تكون محصنة فتعارض الوجهان فتساقطاً كذا في «العناية».

(أو) قذف (رجلاً وطء امرأة في غير ملكه) أي: وطئاً حراماً لعينه من كل وجه فإن كانت أجنبية أو مكرهة، أو من وجه كما أفاده بقوله: (أو أمة مشتركة) بينه وبين غيره، وبقي ما لو كانت الحرمة مؤبدة كوطء أمته التي حرمت عليه بالرضاع أو بالمصاهرة بشرط أن يكون ثبوتها بالإجماع أو بخبر مشهور عند الإمام وإنما لا يحد لسقوط عتقه بذلك ومن الحرام لعينه جارية ابنه والمنكوحه فاسداً والأمة المستحقة، وكذا لو وطء محارمه بنكاح أو جمع بينهن أو أمة تزوجها على حرة، ولو نظر إلى فرج امرأة أو لمسها بشهوة ثم أمها أو ابنتها، أو اشتراها فوطئها لا يسقط إحصانه عند الإمام وقالوا: يسقط.

(أو) قذف (مسلماً زنى في) زمن (كفره) حربياً كان أو ذمياً، وسواء كان في دار الحرب أو في دار الإسلام بأن قال له: زנית وأنت كافر أو أطلق ثم أثبت أنه زنى في كفره لأن به يسقط إحصانه (أو) قذف (مكاتباً مات عن وفاء لا يحد) في هذه المسائل، وقد مر الوجه فيما عدا المكاتب، وأما هو فلاختلاف الصحابة في موته حرراً أو عبداً فأورث شبهة، وعرف منه أنه لو مات عن وفاء فلا حد على قاذفه بالأولى، وأما إذا كان

وحد قاذف واطئ أمة مجوسية وحائض ومكاتبة ومسلم نكح أمة في كفره ومستأمن قذف مسلماً ومن قذف أو زنى أو شرب مراراً فحد فهو لكله .

الوطء حراماً لغيره فإنه يحد أفاد ذلك بقوله: (وحد قاذف واطئ أمة مجوسية) وأمة اشتراها شراءً فاسداً وأختين جمع بينهما في ملكه (وحائض) هي زوجته ونفساء ومظاهر منها (ومكاتبة) لأن ملك المتعة فيهن ثابت وما عرض من الحرمة لهن على شرف الزوال فلا يسقط إحصانه، (و) حد أيضاً قاذف (مسلم نكح أمة) أو غيرها من المحارم (في) حال (كفره) عنده خلافاً لهما والخلاف مبني على أنه صحيح عنده وفساد عندهما، (و) حد أيضاً (مستأمن قذف مسلماً) هذا ما رجع إليه الإمام نظراً إلى أن فيه حق العبد وإن كان حق الله تعالى هو المغلب على ما مر وقد التزم أيضاً حقوق العباد .

وأما حد الخمر فلا يجب اتفاقاً ولا يجب حد الزنا والسرقه خلافاً للثاني، ويجب على الذمي جميع الحدود إلا حد الخمر قاله الإتياني (ومن قذف) غيره (أو زنى أو شرب) الخمر (مراراً) سواء كان القذف لواحد أو لجماعة بكلمة كانتم زناة أو بكلمات، وسواء طلب كلهم أو بعضهم (فحد فهو) أي: الحد (للكل)، أما في الزنا والشرب فلأن المقصود من إقامة الحد هو الانزجار واحتمال حصوله بالأول قائم فتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني، والحدود نذراً بالشبهات إجماعاً وألحق حد القذف بهما لأن المغلب فيه حق الله تعالى على ما مر، ومن فروع التداخل ما لو قذف واحداً فحد إلا سوطاً ثم قذف آخر في المجلس فإنه يتم الأول .

وقالوا: لو قذف وهو عبد فأعتق ثم قذف آخر فطالبه الأول حد أربعين، وإن طالبه الثاني كمل له الثمانون لوقوع الأربعين لهما، قال الشارح: ولو ضرب للزنا أو للشرب بعض الحد فهرب ثم زنى أو شرب ثانياً حد حداً مستأنفاً ولو كان ذلك في القذف، فإن حضر الأول تم الحد ولا شيء للثاني وإن حضر الثاني وحده يجلد حداً مستأنفاً انتهى .

وعلى هذا فيحمل ما مر من أنه يكمل السوط فقط على ما إذا حضر جميعاً، ومن أنه لو قذف جماعة يكتفى بحد واحد على ما إذا كان القذف لهم قبل أن يضرب البعض قيد بكون الجلد وقع بعد الفعل المتكرر لأنه لو زنى أو شرب فحد، ثم زنى وشرب ثانياً فإنه يحد ثانياً لأن حد الزنا يجب باعتبار المتوفى من منافع البضع والمستوفى الثاني غير الأول، وكذا المشروب ثانياً غير الأول بخلاف ما إذا قذف المحدود ثانياً المقذوف الأول حيث لا يحد ثانياً لأن المقصود وهو إظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف حصل بالأول، كذا قرره الشارح في السرقه وهو بإطلاقه شامل لما إذا كان القذف الثاني بعين اللفظ الأول أو بغيره بعد أن يتحد

فصل في التعزير

المقذوف، أما لو اختلف بأن قذفه فحد ثم قال له: يا ابن الزانية وأمه ميتة فخاصمه فإنه يحد ثانياً كما لا يخفى.

تكميل: إقر بالزنى والسرقه والشرب والقذف وفقاً عين رجل يبرأ الإمام بالقصاص في العين ويحبسه فإذا برأ حده للقذف لأنه مشوب بحق العبد، والأول خالص حقه [٣٠٩/ب] فقدم فإذا برأ أخرجه ثم هو مخير إن شاء بدأ بحد الزنا وإن شاء بحد السرقة / وجعل حد الشرب آخرها لأنه أضعف فإن كان محصناً اقتصر منه في العين، ثم بعد حد القذف يرجمه لأن حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى ومتى اجتمعت الحدود بحق الله تعالى وفيها قتل نفس قتل وترك ما سوى ذلك، نقل ذلك عن الجبر بن مسعود ولأن المقصود الزجر له ولغيره، وأتم ما يكون باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد إلا أنه يضمن المال المسروق فيؤخذ من تركته لأن الضمان بما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد والله الموفق للصواب.

فصل في التعزير

وفي «القاموس» أنه: من أسماء الأضداد يطلق على التفخيم والتعظيم وعلى التأديب وعلى أشد الضرب وعلى ضربه دون الحد انتهى. قال الشيخ ابن حجر المكي: الظاهر أن هذا الأخير غلط لأن هذا وضع شرعي لا لغوي إذ لم يعرف إلا من جهة الشرع فكيف نسب لأهل اللغة الجاهلين بذلك من أصله. والذي في «الصحاح» بعد تفسيره بالضرب ومنه سمي ضرب ما دون الحد تعزيراً فأشار إلى أن هذه الحقيقة الشرعية منقولة عن الحقيقة اللغوية بزيادة قيد هو كون ذلك الضرب دون الحد الشرعي فهو كلفظ الصلاة والزكاة ونحوهما، وغفل عنها صاحب «القاموس» وقد وقع له نظير ذلك كثيراً وهو غلط يتعين التفتن له انتهى. لما ذكر الزواجر المقدره شرع في غير المقدره وأخرها لضعفها وألحقه بالحدود مع أنه منه ما هو محض حق العبد لما أنه عقوبة ولذا لا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال عند الإمام، وعندهما وإن قبلت لكنه لا يضرب، وإنما يحبس كذا في الكرخي، وجزم الحجندي بقبول شهادة النساء فيه، وسيأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى.

قال في «الكشاف»: العزر: المنع ومنه التعزير لأنه يمنع من معاودة القبيح، وعرفاً تأديب دون الحد، وذلك التأديب لا يختص بالضرب بل قد يكون به فيكون دون الحد وبالصنع والحبس وتفريك الأذن وبالكلام العنيف، وينظر القاضي إليه بوجه عبوس وبالشتيم بعد أن لا يكون قذفاً كما في «المجتبى» وما في «الخلاصة»

سمعت من ثقة أنه يكون بأخذ المال أيضاً إن رأى القاضي ذلك، ومن جملة ذلك من لا يحضر الجماعة مبني على اختيار من قال بذلك لقول أبي يوسف فإنه رأى عنه أنه يجوز للسلطان التعزير بأخذ المال، كذا في «الفتح»، ومعناه كما قال البزازي: إمساكه عنده مدة لينزجر ثم يعيده إليه، لا أنه يأخذ لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة إذ لا يجوز أخذ مال مسلم بغير سبب شرعي انتهى. ثم إنما يردده إليه إذا تاب فإن آيس من توبته صرفه الإمام إلى ما يرى.

وفي «شرح الآثار» التعزير بأخذ المال كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ، كذا في «المجتبى» وعندهما وباقي الأئمة الثلاثة لا يجوز التعزير به وقد يكون بالقتل، فقد سئل الهندواني عن من وجد رجلاً مع امرأة أيحل له قتله؟ قال: إن كان يعلم أنه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاح لا يقتله، وإن علم أنه لا ينزجر إلا بالقتل حل له قتله، وإن طاوعته المرأة قتلها أيضاً.

وفي «المنية» وجد رجلاً مع امرأة يزني بها أو مع محرمة وهما مطاوعان قتل الرجل والمرأة معاً، كذا في «الشرح»، قال في «البحر»: فقد أفاد التفريق بين الأجنبية والزوجة والمحرم، ففي الأجنبية لا يحل القتل إلا بالشرط المذكور من عدم الانزجار بالصياح والضرب، وفي غيرها يحل مطلقاً انتهى.

وأقول: لا نسلم أن ما عن الهندواني نص في الأجنبية لما لا يجوز أن يكون المعنى بامرأة له وخصها لتعم الأجنبية بالأولى ويدل على ذلك ما في حدود «البزازية» من وجد مع امرأته رجلاً إذا كان ينزجر بالصياح وبما دون السلاح لا يحل قتله وإن كان لا ينزجر إلا بالقتل حل قتله، وإن طاوعته حل قتلها أيضاً وهذا نص على أن التعزير والقتل يليه غير المحتسب انتهى، وبهذا يندفع التدافع بين كلامي الهندواني ويجوز أن يقال: نكّر المرأة دلالة على أنه لا فرق بين الزوجة والأجنبية وقد أفصح عن ذلك في «الخانية» حيث قال: رأى رجلاً يزني بامرأته أو بامرأة أخرى وهو محصن فصاح به ولم يهرب ولم يمتنع عن الزنا حل لهذا الرجل قتله، وإن قتله فلا قصاص عليه وذكر مثله في السرقة حيث قال: رأى رجلاً يسرق ماله / فصاح به أو ينقب حائطه أو حائط غيره وهو معروف بالسرقة فصاح به ولم يهرب حل قتله ولا قصاص عليه انتهى.

وغاية الأمر أن ما في «منية المفتي» وعليه جرى الخبازي في مختصر «المحيط» مطلق لكن يجب حمله على التقييد توفيقاً بين كلامهم، ومن هنا جزم ابن وهبان في «نظمه» بالشرط المذكور مطلقاً وهو الحق، واعلم أنه في «الخانية» شرط في جواز

قتل الزاني أن يكون محصناً، وفي السارق أن يكون معروفاً بالسرقة، وبالأولى جزم الطرسوسي ورده ابن وهبان بأنه ليس من الحد بل من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهو حسن فإن هذا المنكر حيث تعين القتل طريقاً في إزالتها فلا معنى لاشتراط الإحصان فيه، ولذا أطلقه البزازي وفي «المجتبى» الأصل أن كل شخص رأى مسلماً يزني أن يحل له قتله وإنما يمتنع خوفاً من أن لا يصدق في أنه زنى، وعلى هذا القياس المكابرة وقطاع الطريق وصاحب المكس وجميع الظلمة والأعونة والسعاة يباح قتل الكل ويثاب قاتلهم وقد يكون بالنفي أيضاً، فقد ذكر العيني في «شرح البخاري» أن من أذى الناس مطلقاً ينفي عن البلد بذلك أفتى عبد الله بن عمرو بالإخراج من الدار.

قال البزازي: وتقوم الأعذار على مظهر الفسق في داره فإن كف فيها وإلا حبسه أو أدبه أسواطاً أو أزعجه عن داره إذ الكل يصلح تعزيراً، وعن الصفار الزاهد أنه أمر بتخريب دار الفاسق، ثم في قول الهندواني إذا كان ينزجر بالضرب تنصيص على أن التعزير يملكه الإنسان وإن لم يكن محتسباً وصرح بذلك في «المنتقى» وهذا لأنه من باب إزالة المنكر باليد والشارع ولي كل واحد، كذا في «الفتح» وقيده بكونه حال المعصية حيث قال: رأى غيره على فاحشة موجبة للتعزير فعززه بغير إذن المحتسب فللمحتسب أن يعزر والمعززان عنده بعد الفراغ منها.

قال رضي الله تعالى عنه: قوله إن عززه بعد الفراغ منها فيها إشارة إلى أنه لو عززه حال كونه مشغولاً بالفاحشة فله ذلك وإنه حسن لأن ذلك نهي المنكر وكل أحد مأمور به وبعد الفراغ ليس بنهي لأن النهي عما مضى لا يتصور، وهذا أيضاً مقيد بغير الزوج والمولى لما في دعوى «الخانية» لا يختص الإمام بإقامة التعزير فإن الزوج يؤديب المرأة والمولى يؤديب العبد وما في «القنية» من عليه التعزير إذا قال لرجل: إقم عليّ التعزير ففعل ثم رفع إلى القاضي فإنه يحتسب به محمول في حق العبد على أنهما حكماهما.

ففي «فتح القدير» الذي يجب حقاً للعبد لتوقفه على الدعوى لا يقيمه إلا الحاكم إلا أن يحكما فيه ثم التعزير ليس فيه شيء مقدر وإنما هو مفوض إلى رأي الإمام، لأن المقصود منه الزجر وأحوال الناس فيه مختلفة، ذكره السرخسي والتمرتاشي، وجعله في الشافعي على مراتب: تعزير أشرف الأشراف وهم العلماء والعلوية بالإعلام بأن يقول له القاضي: بلغني أنك تفعل كذا فينزجر به، وتعزير الأشراف وهم الأمراء والدهاقون بالإعلام والجر إلى باب القاضي والخصومة في ذلك،

ومن قذف مملوكاً أو كافراً بالزنا أو مسلماً بيا فاسق.....

وتعزير الأوساط وهم السوقة بالجر والحبس وتعزير الأخسة بهذا كله وبالضرب انتهى . وهذا يقتضي عدم تفويضه إلى القاضي على معنى أنه ليس له أن يعزر بغير المناسب، والأول يقتضي أن له ذلك وينبغي أن لا يكون ما في « الشافي » على إطلاقه فإن من كان من أشرف الأشراف لو ضرب غيره فأدماه لا يكتفى في تعزيره بقول القاضي ما مر إذ لا ينزجر بذلك، وقد رأيت بعض القضاة من الإخوان من أدبه بالضرب بذلك وأرى أنه صواب .

واعلم أنه ينقسم إلى ما هو حق الله تعالى وحق للعبد، والأول يجب على الإمام ولا يحل له تركه إلا فيما إذا علم أنه انزجر الفاعل قبل ذلك ثم أنه يتفرع عليه أنه يجوز إثباته بمدعٍ شهد به فيكون مدعياً شاهداً إذا كان معه آخر، وما في « الخانية » وغيرها لو كان المدعى عليه ذا مروءة وكان أول ما فعل يوعظ استحساناً فلا يعزر، فإن عاد وتكرر منه روي عن الإمام أنه يضرب يجب أن يكون في حقوق الله تعالى، فإن كان في حقوق العباد لا يتمكن القاضي فيها من إسقاط التعزير، كذا في « الفتح » ملخصاً وفيه ويعزر من شهد شرب الشاربين، والمجتمعون على شبه الشرب وإن لم يشربوا، ومن معه ركوة خمر، والمفطر في نهار / رمضان يعزر ويحبس [ب / ٣١٠] والمسلم يبيع الخمر أو يأكل الربا يعزر ويحبس، وكذا المغني والمخنت والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة ثم قال: ويعزر من قبل أجنبية أو علقها أو مسّها بشهوة انتهى .

ولم أرَ ما إذا وجد فيه رائحة الخمر وينبغي أن يعزر وهي حادثة الفتوى، وفي كراهة « الظهيرية » رجل يصلي ويضر الناس بيده ولسانه فلا بأس بإعلام السلطان به ليزجره، قال الشيخ الأخ في رسالة له: في هذا حسنة فقد أستفيد من هذا أن إعلام القاضي بذلك يكفي لتعزيره وهو من باب الإخبار فلا يحتاج إلى لفظ الشهادة ولا إلى مجلس القضاء، ونبه المصنف على ما هو حق العبد بقوله: (ومن قذف) ولو كان القاذف صبياً (مملوكاً أو كافراً) حاصله قذف غير محصن (بالزنا أو) قذف (مسلماً) أو ذمياً كما في « الفتح »، وفي « القنية » قال ليهودي أو مجوسي: يا كافر يائمه إن شق عليه .

قال في « البحر »: ومقتضاه أنه يعزر انتهى، وفيه نظر وسيأتي ما يرشد إليه (بيا فاسق) هذا أعني إطلاق القذف على الشتم مجاز شرعي وإن كان حقيقة لغوية إذ هو الرمي لغة ثم إنما يعزر بهذه الألفاظ إذا لم يكن المقول له متصفاً به، فإن كان لا يعزر لأنه صادق في الإخبار وعلى هذا قال في « الخانية »: لو قال: لفاسق أو للص يا لص لا

يا كافر.....

يجب شيء، فإن أنكر كونه فاسقاً وعلم القاضي بفسقه أو كان معروفاً به كمكاس مثلاً لم يعذر ولهذا قال في «الفتح»: إنما يجب التعزير فيمن لم يعلم اتصافه به، أما من علم فإن الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل انتهى. وإن لم يعلم لكن أراد القائل إقامة البينة على فسقه.

قال في «القنية»: لا تسمع لأن البينة على مجرد الجرح والفسق لا تقبل ولو أراد إثبات فسقه ضمناً لما تصح فيه الخصومة كما في جرح الشهود إذا قال: رشوتهم بكذا فعليهم رده تقبل فكذا هذا، قال في «البحر»: وهذا إذا شهدوا على فسقه ولم يبينوه فإن بينوه بما يتضمن إثبات حق الله تعالى أو للعبد قبلت، كإن ادعى القائل أنه رآه قبل أجنبية وأقام شاهدين بذلك قبلت بلا شك، وعلى هذا ينبغي للقاضي أن يسأل القائل عن سبب فسقه فإن بين سبباً شرعياً طلب منه إقامة البينة عليه فلو قال: هو ترك الواجب عليه ينبغي أن يصح ثم يسأل القاضي عما يجب عليه تعلمه من الفرائض فإن لم يعرفها ثبت فسقه لما في «المجتبى» من ترك الاشتغال بالفقه لا تقبل شهادته، والمراد ما يجب عليه تعلمه منه هذا إذا لم يخرج ذلك مخرج الدعوى لما في «القنية» ادعى عند القاضي سرقة وعجز عن إثباتها لا يعزر.

وفي «السراجية» ادعى عليه ما يوجب تكفيره وعجز عن الإثبات لا يجب عليه شيء إذا صدر الكلام على وجه الدعوى عند الحاكم أما إذا صدر على وجه السب والانتقاص فإنه يعزر، وفي «الخلاصة» ادعى عليه أنه قال له: يا فاسق ونحوه مما يجب التعزير فأنكر لا يحلفه بالله تعالى ما قلت هذا لكن يحلف بالله تعالى ما له عليك هذا الحق الذي يدعي انتهى.

وإنما يحلف فيما فيه محض حق العبد ولهذا يجوز فيه الإبراء والعفو والشهادة على الشهادة، كذا في «الخانبة» وهو ظاهر في أن ما كان منه حق الله تعالى لا يحلف فيه كما إذا ادعى عليه أنه قبل أجنبية مثلاً وقد مننا عن «الفتح» أنه ليس للإمام تركه يعني بالعفو لكن يشكل عليه ما في «القنية» عن مشكل «الآثار» التعزير إلى الإمام عند علمائنا الثلاثة والشافعي والعفو إليه أيضاً.

قال الطحاوي: وعندي أن العفو للمجنني عليه، قال رضي الله تعالى عنه: ولعل ما قال في الواجب حق الله تعالى وما قاله الطحاوي في الواجب للعبد كما إذا جنى على إنسان (يا كافر) فيه إيماء إلى أنه لا يكفر، وكان الفقيه أبو بكر الأعمش يقول: إنّه يكفر. قال في «خزانة المفتيين»: والأول أرجح، وفي «الذخيرة» المختار للفتوى أنه إذا أراد الشتم ولا يعتقد كفرة لا يكفر وإن اعتقده كفرة فخاطبه بهذا بناء على

يا خبيث يا لص يا فاجر يا منافق يا لوطي يا من يلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر
يا ديوث يا مخنث يا خائن يا بن القحبة.....

اعتقاده أنه كافر يكفر لأنه لما اعتقد كفر المسلم فقد اعتقد دين الإسلام كفرةً
ورأيت في «التاتارخانية» عن «المضمرات»، قال بعضهم: من قال لآخر: يا كافر لا
يجب التعزير ما لم يقل يا كافر بالله لأن الله تعالى / سمي المؤمن كافرًا بالطاغوت
فيكون محتملاً، وفي «الخلاصة» لو أجابه بقوله: لبيك كفر.

قال في «البحر»: ولا يخفى أن قوله: يا رافضي أو يا مبتدع بمنزلة يا كافر لأن
الرافضي كافر إن سب الشيخين، ومبتدع إن فضل علياً كما سيأتي وأنت خبير بأن
التفضيل في يا كافر لا يأتي في المبتدع (يا خبيث) الأولى للإنسان فيما إذا قيل له ما
يوجب التعزير أن لا يجيبه قالوا لو قال له: يا خبيث الأحسن أن يكف عنه ولو رفع
إلى القاضي ليؤدبه به يجوز، ولو أجاب مع هذا فقال: بل أنت لا بأس به كذا في
«الفتح».

وفي «السراج» لو قال: يا بليد عزر لأنه يستعمل بمعنى الخبيث الفاجر (يا
لص يا فاجر) لم أر من فرق بين الفسق والفجور والظاهر أن الأول أعم، والثاني أخص،
وعن هذا قال في «القنية»: شهد أحدهما أنه قال له: يا فاسق والآخر قال له: يا فاجر
لا تقبل (يا منافق يا لوطي) فيه إيماء إلى أنه لا يسأل عن نيته، وقيل: يسأل فإن عني
أنه من قوم لوط عليه السلام لا يعزر، وإن عني أنه يعمل عمل قوم لوط عزر على قول الإمام
وحد على قولهما، والصحيح أنه يعزر إن كان في غضب قلت أو هزل ممن تعود
بالهزل بالقبح كذا في «الفتح» (يا من يلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر يا
ديوث) بالمثلثة وهو من لا غيره له ممن يدخل على امرأته، والقرطبان نعت سوء
في الرجل لا غيره له، عن الليث وعن الأزهري هذا في كلام الحاضرة، ولم أر البوادي
نطقوا به ولا عرفوه، كذا في «المغرب» وهو ظاهر في ترادفهما وبه صرح ملا خسرو
أو قال: إنه معرب قلتان وفي اقتصار الشارح على تفسيره إيماء إليه حيث قال:
وهو الذي يرى مع امرأته ومحرمه رجلاً فيدعه خالياً بها، وقيل: هو المنتسب
للجمع بين الاثنين لمعنى غير ممدوح، وقيل: هو الذي يبعث امرأته مع غلام بالغ أو
مع مزارعه إلى الضيعة بأن يأذن لهما بالدخول عليها في غيبته انتهى. وعلى كل
تقدير فهو المعنى بالمعرس في ديارنا بكسر الراء وبالسین، والعوام يلحنون فيه
فيفتحون الراء ويأتون بالصاد قاله العيني (يا مخنث) بفتح النون، أما بكسرهما فمرادف
للوطء (يا خائن يا ابن القحبة) فيه إيماء إلى أنه إذا شتم أصله عزر بطلب الولد، كيا
ابن الفاسق يا ابن الكافر وأنه يعزر بقوله: يا قحبة فإن قلت: ينبغي وجوب الحد كما

يا زنديق يا قرطبان يا مأوى الزواني أو اللصوص يا حرام زاده عزرو بيا كلب يا تيس يا حمار
يا خنزير يا بقر يا حية يا حجام يا بغاء يا مؤاجر يا ولد الحرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا
سخرة يا ضحكة يا كشحان يا أبله يا موسوس لا.....

في «الظهيرية» القحبة الزانية من القحبات وهو السعال وكانت الزانية من العرب إذا مر
بها رجل سعلت ليقضي منها حاجته فسميت الزانية قحبة انتهى، وقيل: هي أفحش
من الزانية لأنها قد تفعل سراً والقحبة تجاهر بالأجرة وقيل: هي من همتها الزنا قلت:
حد القذف إنما يجب إذا قذفه بصريح الزنا أو ما في حكمه بأن يدل عليه اللفظ
اقتضاء كما مر في قول: لست لأبيك أو لست ببن فلان في غضب ولفظ قحبة لم
يوضع لمعنى الزانية بل استعمل فيه بعد وضعه لمعنى آخر كما مر ولا يدل عليه
اقتضاء أيضاً، وهو ظاهر قول خسرو (يا زنديق) هو بمعنى المنافق هو تروزد اسم
كتاب المجوس، كذا في «المغرب» (يا قرطبان) وقد مر (يا مأوى الزواني أو اللصوص
يا حرام زاده)، وهو المتولد من الحرام وهو أعم من الزنا كالوطء في حالة الحيض، وفي
العرف لا يراد الأولين الزنا وكثيراً ما يراد به الخبيث اللثيم (عزر) لأنه أذاه وألحق
الشين به.

قال في «شرح الطحاوي»: والأصل أن كل من ارتكب منكراً وأذى مسلماً بغير
حق بقول أو فعل وجب عليه التعزير إلا إذا كان الكذب ظاهراً (كيا كلب) ويا خنزير
على ما سيأتي، و(يا حمار) و(يا خنزير يا بقر يا حية يا حجام يا بغاء) بالباء الموحدة
والغين المعجمة المشددة وهو المأبون بالفارسية ويقال: يا بار كأنه انتزع من البغاء،
كذا في «المغرب» (يا مؤاجر) قال خسرو: والمؤاجر يستعمل فيمن يؤاجر أهله للزنا
لكنه ليس معناه الحقيقي المتعارف، بل معنى المؤجر (يا ولد الحرام يا عيار) بالعين
المهملة المفتوحة والياء المثناة المشددة، عن أبي دريد هو كثير المجيء والذهاب
وهو معنى ما في «الأجناس» هو المتردد/ بلا عمل وقال ابن الأنباري: هو الذي ^{ب/٣١١}
يخلي نفسه وهوها ولا يروعها ولا يزرها، (يا ناكس يا منكوس) النكس بالكسر
الضعيف، والمنكوس المقلوب وكأنه دعا عليه، (يا سخرة، يا ضحكة) بوزن الصفرة
من يضحك عليه الناس وبوزن الهمزة من يضحك على الناس، قال ملا خسرو: وثم
قال والسخرة أيضاً، كذلك (يا كشحان) بالحاء المهملة، (يا أبله، يا موسوس) بكسر
الواو وسمي بذلك لأنه يحدث بما في ضميره (لا) أي: لا يعزر في هذه الألفاظ،
أما إذا جعله حيواناً صامتاً فلأنه ما ألحق الشين به للتيقن بكذبه، واختار الهندواني
أنه يعزر لتعارف هذه الألفاظ في الشتم في زماننا، وقيل: إن كان المقول له من
الفقهاء والأشراف عزرو وإلا لا، قال الشارح تبعاً «للهداية»: وهذا أحسن ما قيل

وأكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطاً.....

وسوى غير واحد بين قوله: يا حجام ويا ابن الحجام في عدم التعزير، وجزم الشارح بالتعزير في الثاني وهو يحكم، وما في «البحر» من الفرق بأن كذبه غير ظاهر لموت أبيه بخلاف الأول الأمر فيه مشاهدة مدفوع بأن الحكم بتعزيره غير مقيد بموت أبيه وعلى هذا فينبغي التعزير في يا بغاء بالأولى.

قال في «البحر»: لأنه بمعنى يا معفوج وقد صرح في «الظهيرية» بوجوب التعزير فيه لأنه ألحق الشين به، إلا أن خسرو وجه عدم التعزير بأنه من شتم العوام ولا يقتصرون به معنى معيناً وعدم إلحاق الشين به في يا مؤاجر يا عيار بالمعنى المتقدم ظاهراً، وينبغي وجوبه في يا ولد الحرام بل أولى من حرام زاده، وأما يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا أبله ففي «غاية البيان» عن «الولوالجية» لو قال: يا أبله يا ناكس يا منكوس لا يعزر لأنه ما ألحق الشين به، وكذلك لو قال: يا ساخر يا ضاحكة يا مقامر هكذا ذكر في بعض المواضع وفيه نظر، والظاهر أنه يجب انتهى.

وقد علمت أن سخرة بمعنى من يسخر عليه الناس لضحكه وعلى هذا فيجب التعزير، وفي «السراج» لو قال: يا لاهي يا مسخرة ويا مضحكة يا مقامر يا سوقي فالظاهر أنه يجب عليه التعزير، وأما الكمشحان فقال بعضهم أنه يعزر وهو الحق لأنه كما في «المغرب» مرادف للديوث وقد علمت أنه بمعنى المعرس وما قدمنا له من أن الأصل السابق يعين ما قلنا.

تتمة: مما يعزر به الورع البارد وكما إذا وجد تمره ملقاة على الأرض فعرفها، كذا في «التتارخانية» (وأكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطاً) عن الإمام لما رواه البيهقي من قوله ﷺ: «من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين»^(١) ولا شك أن حد الرقيق أربعون فنقص عنه سوطاً.

وقال أبو يوسف في ظاهر الرواية عنه: أكثره خمسة وسبعون سوطاً اعتباراً بأقل حدود الأحرار وانتقص عنه خمسة مآثور عن علي رضي الله تعالى عنه هذا في الحر، وأما في العبد فأكثر تعزيره خمسة وثلاثون لأن أدنى حده أربعون فنقص منه خمسة كالحر، كذا في «السراج الوهاج»، وروى هشام عنه وهو قول زفر وهو القياس أنه ينقص عنه سوط واحد، وفي «التتارخانية» وهو الأصح وهو قول محمد مضطرب ففي بعض المواضع ذكره في «الكتاب» مع الإمام وفي رواية مع الثاني وفي «الحاوي القدسي» أكثره في الحر خمسة وسبعون سوطاً عند أبي يوسف وبه نأخذ وفي مال

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٨/٣٢٧).

وأقله ثلاثة وضح حبسه بعد الضرب وأشد الضرب التعزير ثم حد الزنا ثم الشرب ثم القذف ومن حد أو عزر فمات قدمه هدر بخلاف الزوج إذا عزر زوجته لترك الزينة والإجابة إذا دعاها إلى فراشه وترك الصلاة والخروج من البيت .

«الفتاوى» ارتدت لتفارق زوجها تجبر على الإسلام وتعزر خمسة وسبعين سوطاً وليس لها أن تتزوج غير زوجها به أخذ الفقهاء .

وأقول: لا معنى لهذا التردد مع قول المصنف بعد وضح حبسه بعد الضرب (وأقله ثلاثة) لأن ما دونها لا يقع به الزجر هذا رأي القدوري، وذكر مشايخنا أن أدناه ما يراه الإمام حتى لو رأى أنه ينزجر بسوط واحد اكتفى به وعلى قول القدوري يكمل / له ثلاثة (وضح) أي: جاز (حبسه بعد الضرب) لأنه عجز عن الزيادة من حيث القدرة لما روينا وقد لا يحصل الغرض بذلك القدر من الضرب فجاز له أن يضم الحبس إليه، كذا في «الشرح» وهو صريح في دفع التردد السابق ثم الحبس أعم من حبسه في بيته بأن يمنعه من الخروج منه أو السجن (وأشد الضرب التعزير) لأنه جرى فيه التحقيق من حيث العدد فلا يحققه من حيث الوصف كيلا يؤدي إلى فوات المقصود ثم معنى شدته .

فقد ذكر في حدود «الأصل» أنه يفرق التعزير على الأعضاء وفي الأشربة أنه يضرب في موضع واحد لأن موضوع ما في الأشربة إذا عزر أدنى التعزير، وما في الحدود إذا بلغ به أقصاه خوفاً من إفساد العضو بأن أصاب من الأجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعدما جمع المتاع قبل الإخراج (ثم حد الزنا) لأن جنائته أعظم (ثم) حد (الشرب ثم) حد (القذف) لأن جنائية الشرب مقطوع لها بالمشاهدة، وجنائية القذف غير مقطوع لها لجواز أن يكون صادقاً في القذف كما مر .

(ومن حد أو عزر فمات)، بسبب ذلك (قدمه هدر) لأنه فعل ما أمر به وفعل المأمور لا يتقيد بالسلامة كالقصار ونحوه، (بخلاف الزوج إذا عزر زوجته لترك الزينة والإجابة إذا دعاها إلى فراشه وترك الصلاة والخروج من البيت) فماتت ضمن ديتها، والفرق أن في هذه الحالة مباح لا واجب فصح تقييده بشرط السلامة كالمروور في الطريق ونحوه وأورد ما لو جاء مع امرأته فماتت أو أفضاها فإنه لا يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه مباح، وأجيب بأنه ضمن المهر بذلك فلو وجبت الدية لوجب ضمانان بمضمون واحد وجعله من ذلك ترك الصلاة وهو ما عليه الكثير، والمذكور في «النهاية» أنه لا يجوز لأن المنفعة إنما تعود في ذلك إليها وليس الجواز مقصوراً على الأربعة بل له تعزيرها بما في معناها كما في «البدائع» فمن ذلك ما لو ضربت جارية لغيره ولحققتها ولم تتعظ بوعظه كما في «القنية» .

قال في «البحر»: وينبغي أن يلحق بذلك ما لو ضربت ولدها الصغير عند بكائه وقالوا: لو قال لها: إن ضربتك لغير جناية فأمرك بيدك فشتمته أو مزقت ثيابه أو أخذت لحيته وقالت: يا حمار يا أبله أو كلمت أجنبياً أو الزوج أو تشاغبته معه ليسمع صوتها أجنبي أو دعت عليه أو أعطت شيئاً من ماله بغير إذنه مما لم تجر العادة به فضربها لا يكون الأمر بيدها لأن ذلك كله جناية، وهو ظاهر في أن له تعزيرها في هذه المواضع، إلا أنه على ظاهر الرواية ينبغي عدم التعزير في يا حمار يا أبله، وعلى القول الثاني إن كان المقول له من الأشراف يعزر القائل وإلا لا ينبغي أن يفصل في الزوج إلا أن يفرق بين الزوجة وغيرها والموضع يحتاج إلى تدبير وتأمل.

واعلم أن تعزيرها لترك الزينة مقيد بما إذا كانت قادرة عليها وكانت شرعية، وكذا الإجابة بما إذا كانت طاهرة عن الحيض والنفاس والخروج بما إذا لم يكن مأذوناً فيه شرعاً وإطلاق الزوجة يعم الصغيرة، وقدمنا أن للولي ضرب الصغير على الصلاة إذا بلغ سبعاً لعله إذا بلغ عشراً وينبغي أن يكون الزوج كذلك وأفاد في «القنية» أن له أن يكره ولده الصغير على تعلم القرآن والأدب والعلم لأن ذلك فرض على الوالدين. وفي «المجتبى الصغير» لا يمنع وجوب التعزير إلا إذا كان حقاً لله تعالى، وما عن الترجماني من اعتبار البلوغ فيه أراد به ما كان حقاً لله تعالى كما إذا زنا أو سرق توفيقاً، ونسأل الله التوفيق إنه بالإجابة جدير وخبير.

كتاب السرقة

هي أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة.....

كتاب السرقة

بفتح السين وكسر الراء ولك إسكانها مع فتح السين وكسرهما لما فرغ من ذكر المزاجر المتعلقة بصيانة الأنفس والعقول والأعراض شرع في المتعلقة بصيانة الأموال ولا خفاء في أصالة الأول ثم هي قسمان: صغرى وكبرى، بدأ بالكلام على الأولى لكثرتها وهي لغة أخذ الشيء في خفاء فتعدى بنفسها وبحرف الجر وتسمية المسروق سرقة مجاز كما في «المغرب» وركنها الأخذ ومن ثم بدأ به ثم ذكر الشرائط فقال: (هي أخذ مكلف) ولو أنثى أو عبد أو كافر أخرج الصبي والمجنون فإن كان يجن ويفيق فسرق في حال إفاقته قطع وإلا فلا، ولا بد أن يكون ناطقاً مبصراً فلا يقطع بسرقة الأخرس لجواز أن يدعي شبهة لو كان ناطقاً ولا الأعمى لأنه جاهل بمال غيره (خفية) خرج به الأخذ مغالبة أو نهياً/ فلا قطع به لو كان في المصر نهاراً، وإن دخل خفية استحساناً ثم إن كانت نهاراً اعتبرت الخفية ابتداء وانتهاء، وإن ليلاً اعتبرت ابتداء فقط إذا غالب السرقات فيه تصير مغالبة لأنه قل ما يخفى الدخول والأخذ بالكلية ومن ثم قلنا: لو كان صاحب الدار يعلم دخوله واللص لا يعلم كونه فيها أو يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله أو كانا لا يعلمان قطع ولو علما لا يقطع، كذا في «الفتح».

وجزم الشارح بعدم القطع فيما إذا زعم اللص على رب الدار والحال أنه لم يعلم، وجرى على الأول في «المحيط» «والخلاصة» وغيرهما وعليه فيكفى في الخفية ظن السارق قد رأى (مقدار عشرة دراهم) لما رواه محمد عن أبي حنيفة يرفعه لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم، ولو كان موقوفاً لكان له حكم الرفع لأن المقدرات الشرعية لا دخل للعقل فيها، واسم الدراهم يطلق على المضروبة عرفاً.

قال في «المغرب»: الدراهم اسم للمضروبة فقلوه (مضروبة) تأكيد وهذا أعني اشتراط كونها مضروبة هو ظاهر الرواية وهو الأصح لظاهر الحديث ورعاية لكمال الجنائية، ومن ثم شرطنا جودتها فلا قطع لو كانت زيوفاً أو نبهجة، ولا بد أن تكون العشرة وزن سبعة على ما مر في الزكاة وغير الدراهم يعتبر بها حتى لو سرق ديناراً قيمته أقل من عشرة لا يقطع فإن كانت قيمته وقت السرقة ووقت القطع عشرة بتقوم عدلين قطع فإن نقصت وقت القطع عن عشرة لم يقطع إلا إذا كان النقص لعيب حدث أو فوات بعض العين، فعلى هذا لو سرق في بلد ما قيمته عشرة فأخذ في

محرزة بمكان أو حافظ فيقطع إن أقر مرة.....

أخرى وقيمتها فيها أقل لا يقطع، ولو سرق فضة أقل من وزن عشرة إلا أن قيمتها عشرة مضروبة لا يقطع ولا بد أن يقصد أخذ ذلك القدر حتى لو سرق ثوباً قيمته أقل من عشرة وعلى طرفه دينار مشدود وكان فيه دراهم مضروبة لا يقطع إلا إذا كان وعاء لها، كذا في «التجنيس» وأن يكون للمسروق منه يد صحيحة فلا يقطع السارق من السارق هكذا أطلقه الكرخي والطحاوي لأن يده ليست يد أمانة ولا ملك فكان ضائعاً.

قلنا: بقي أن يكون يد غضب والسارق منه يقطع، فالحق ما في «نوادير هشام» عن محمد إن قطعت الأول لم أقطع الثاني وإن درأت عنه الحد قطعته ومثله في «أمالي أبي يوسف»، كذا في «الفتح» ولا بد أيضاً أن يخرج النصاب ظاهراً حتى لو ابتلع دينارا في الحرز وخرج لا يقطع، وأن يخرج مرة واحدة اتحد مالكة أو تعدد، فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لم يقطع وأن تكون السرقة في دار الإسلام حتى لو سرق في دار الحرب أو البغي فأخذ في دار الإسلام لا يقطع، كما في «البدائع» (محرزة) صفة ثانية لدراهم (بمكان) معد للتحفظ ممنوع من الدخول فيه إلا بإذن، (أو حافظ) في مكان ليس حرزاً كالمساجد والصحراء وسيأتي إيضاحهما (فيقطع إن أقر مرة)، هذا قولهما وهو قول أكثر أهل العلم.

وقال أبو يوسف وزفر: لا بد من إقراره مرتين في مجلس اعتباراً بالشهود كالزنا وقد استدل للأكثر بما أسند الطحاوي قالوا: يا رسول الله إن هذا سرق فقال ما إخاله سرق فقال السارق: بلى يا رسول الله قال: اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه^(١)، والرواية في إخاله بكسر الهمزة، أي: أظنه وإن جاز الفتح وفيه دليل على أن السارق يلحق بما يمنعه من الإقرار، وهذا نص على الاكتفاء بالمرة الواحدة، ومن ثم ذكر بشر رجوع أبي يوسف إلى قولهما ذكره الإنقائي وقالوا: لو سرت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير قطع في العشرة وضمن المائة إن ادعى المقر له المالين ولو قال: بل مائتين قطع فيهما ولا ضمان عليه، ولو ادعى المقر له المائتين ولو قال: سرت مائتين بل مائة لم يقطع ويضمن المائتين ولو قال: أنا سارق هذا الثوب بالإضافة يقطع، وبالثنوين لا لأن الأول للحال، والثاني للاستقبال كذا في «الفتح» والظاهر أن يقال: إنه مع الثنوين يحتمل الحال والاستقبال فلا يقطع بالشك لكن بقي أن هذا الاحتمال ثابت مع الإضافة أيضاً فكان ينبغي أن لا يقطع أيضاً فتدبره.

ولو أقر بالسرقة ثم هرب لا يتبع ولو من فوره لما أنه من أمارة الرجوع، ولو رجع

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل (٢٠٤/١) رقم (٢٤٤).

أو شهد رجلان ولو جمعا والآخذ بعضهم قطعوا إن أصاب لكل نصاب ولا يقطع بخشب وحشيش وقصب وسمك وطيور.....

صريحاً بعدما أقر ولو مرتين قبل منه ذلك في حق الحق لا في المال، كما في «الهداية» بخلاف مما لو أقيمت عليه البينة وضرب السارق / لإقراره سيأتي (أو شهد) عليه بها (رجلان) نيه بحصر الحجة فيهما أنه لا يقطع بالنكول وإن ضمن المال قالوا: ويجب على القاضي أن يسألهم عن كيفية لجواز أن يكون على كيفية لا يقطع فيها كأن أخرج بعض النصاب ثم عاد وأخرج البعض الآخر أو ناول رفيقاً له فأخرجه أو أدخل يده وأخرج المتاع، وماهيتها لأنها تطلق على استراق السمع ونقص أركان الصلاة، وزمانها لأنها مع التقادم لا قطع فيها وإن ضمن المال، ومكانها لاحتمال أنه سرق في دار الحرب، وعن المسروق لأن سرقة كل مال لا توجب القطع وعن قدره لجواز أن يكون دون النصاب وعن المسروق منه لجواز أن يكون محرماً، وهذا الأخير لم يذكره محمد واعتذر عنه السرخسي بأنه حاضر يخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة إلى السؤال عنه ومرده في «فتح القدير» بأن الشهادة والخصومة لا يستلزمان بيان النسبة من السارق، ولذا ذكره في «الكافي» فإذا بينوا ذلك على وجه لا يسقط فإن عرفهم القاضي بالعدالة قطعه، وإن لم يعرف حالهم حبس المشهود عليه حتى يعدلوا، والتوثق بالكفيل ممتنع لأنه لا كفالة في الحدود ثم لا يقطع إلا بحضور المسروق منه والشهود فإن غاب أحدهم لا يقطع، وكذا في الموت وهذا في كل الحدود سوى الرجم ويمضي القصاص إن لم يحضروا استحساناً كذا في «كافي الحاكم» فإن كانت عن إقرار رسالة عن الكل إلا الزمان لما مر من أن التقادم لا يمنع الإقرار.

ووقع في بعض نسخ «فتح القدير» ولا يسأل المقر عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره وكأنه تحريف، والصواب أنه يسأله لجواز أن يكون في دار الحرب (ولو) كان (جمعاً و) الحال أن (السارق بعضهم قطعوا إن أصاب لكل) منهم (نصاب) هذا استحسان سداً لباب السرقة سواء خرجوا معه من الحرز أو بعده في فورته أو خرج هو بعدهم في فورهم ولو كان فيهم صغير أو مجنون أو معتوه أو ذا رحم محرم من المسروق منه لم يقطع أحد، قيد بالجمع لأنه لو سرق واحد من عشرة من كل واحد درهماً من بيت واحد يقطع لكمال النصاب، (ولم يقطع) بحيث لم تجر العادة بإحرازه ولهذا قلنا: إنه يقطع في الأبواب والأواني والساج والأبنوس والقنا والصندل (وحشيش وقصب وسمك)، قال في «الهداية»: يدخل فيه المالح والطرقي قيل: المليح أو المملوح (وطير) بسائر أنواعه قيل: إلا الدجاج والبط وقيل: لا يقطع

وصيد وزرنينخ ومغرة ونورة وفاكهة رطبة أو على شجر ولبن ولحم وزرع لم يحصد وأشربة وطنبور ومصحف ولو محلى.....

في جميع الطيور وهذا القول أصح، كذا في «الغاية» (وصيد وزرنينخ) قيل: ينبغي أن يقطع به لأنه يحرز ويصاب في دكاكين العطارين (ومغرة) بالفتحات الثلاثة ولك إسكانها الطين الأحمر (ونورة) زاد في «السراج» ولبن وأجر وفخار وزجاج وهذا الأخير أجراه بعضهم على إطلاقه، وآخرون على غير المعمول منه فيقطع به وزاد في «المجتبى» الفحم والأشنان والملح، وقال في «الفتح» اختلف في الوسمة والحناء والوجه القطع لأنه جرت العادة بإحرازه في الدكاكين، وبه جزم الحدادي معللاً بأنه لا يتسارع إليه الفساد وهو كالفاكهة اليابسة وإنما لم يقطع في هذه الأشياء لأنها توجد مباحة في دار الإسلام.

لو قال كما في «المجمع» ولا يقطع في مباحة الأصل والمتعرضة للفساد لكان أخصر واستغنى عن قوله (وفاكهة رطبة) أي: على شجر لخبر أبي داود «لا قطع في ثمر ولا كثر»^(١) بفتح الكاف والثاء المثلثة الجمار يخرج من رأس النخل وأخطأ من قال إنه الحطب أو صغار النخل كما في «المغرب» قيد بالرطوبة لأنه يقطع باليابسة التي تبقى كاللوز ونحوه، وفي الإسيجاني لو سرق مالا يبقى حولاً لا يقطع (و) لا إحراز فيما (على الشجرة ولبن ولحم) لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا قطع في الطعام»^(٢) والمراد والله أعلم ما يتسارع إليه الفساد كالمهيا للأكل وما في معناه كاللحم والتمر أطلق في اللحم فعم القديد منه (وزرع لم يحصد) لما مر في التمر من عدم الإحراز، قيد بذلك لأنه يقطع في الحنطة إجماعاً وقيده في «المبسوط» بغير أيام القحط، وأما لو سرق فيها ما لم يقطع (وأشربة) مطربة، أي: مسكرة لأن بعضها حرام فيتناول سارقها إراقتها وبعضها مختلف في إباحتها فأورث شبهة في عدم المالية، وأما ما حل منها ففيه القطع كالفقاع / ونحوه.

قال الحدادي: وأما شراب نقيع التمر والزبيب فالصحيح أن فيه القطع انتهى. ولا خلاف أنه يقطع في الخل والعسل، كما في «الشرح» لكن في «البحر» قال أبو حنيفة: لا قطع في الخل لأنه قد صار خمراً مرة (وطنبور) لأنه من المعازف للملاهي كما في «الشرح» ثم قيل لفظ المعازف يجمع العود والطنبور وأشباهاها، وقيل خاص بالتي استخرجها أهل اليمن كما في «الجمهرة» (و) لا يقطع أيضاً سرقة (مصحف ولو) كان (محلى) بما قيمته تعدل نصاباً في ظاهر الرواية عن أصحابنا، وعن أبي

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١٤٤٩)، وأبو داود في السنن (٤٣٨٨).

(٢) لم أعثر عليه.

وباب مسجد وصليب ذهب وشطرنج ونرد وصبي حر ولو معه حلي وعبد كبير ودفاتر

يوسف في «الإملاء» أنه يقطع وعنه إذا بلغت الحلية نصاباً وجه الظاهر أن المقصود ما فيه ومعنى المالية فيه تبعاً لا مقصوداً ولذا قلنا: لو سرق ثوباً قيمته دون نصاب لكنه محلى بما ساوى نصاباً لا يقطع، (وباب مسجد) الأولى وباب مركب كما في «الإصلاح» لأنه لا قطع في الأبواب مطلقاً لعدم الإحراز فيها، لكنه لو اعتاد سرقة أبواب المساجد بولغ في تعزيره وحبس حتى يتوب، كما قاله فخر الإسلام (وصليب ذهب) وهو مثل تعبه النصرى، كذا في «غاية البيان» وفي «فتح القدير» الصليب: ما هو كهيئته خطين متقاطعين ويقال لكل جسم صليب.

(وشطرنج) بكسر الشين (ونرد) فارسي معرب ولو كان من ذهب لتأول السارق الكسر نهياً عن المنكر، ولو سرق دراهم عليها تمثال قطع لأنه إنما أعد للتمول فلا يثبت فيه تأويل (وصبي حر ولو) كان (معه حلي) بفتح الحاء وسكون اللام كل ما ليس من ذهب أو فضة أو جوهر جمع حلياً بفتحها لأن الحر ليس بمال وما عليه تبع له قال أبو يوسف: إن بلغ الحلي نصاباً قطع والخلاف في غير المميز، أما المميز فلا يقطع إجماعاً لأنه خداع لا سرقة (وعبد كبير) أي: مميز يعبر عن نفسه ولو نائماً أو مجنوناً أو أعجمياً لأنه ليس بسرقة بل إما غضب أو خداع.

(ودفاتر) أراد بها الكتب المشتملة على علم الشريعة، كالفقه والحديث والتفسير وغيرها من الغريبة والشعر واختلف في غيرها فقبل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع، وقيل: بالشرعية لأن معرفتها قد يتوقف على اللغة والشعر والحاجة وإن قلت: كفت في إيراث الشبهة، ومقتضى هذا أن لا يختلف في القطع بكتب السحر والفلسفة لأنه لا يقصد ما فيها لأهل الديانة ويمكن في كتب الحساب والهندسة عدم القطع كذا في «الفتح» وينبغي أن ينظر في الأخذ لكتب السحر والفلسفة فإن كان مولعاً بذلك لا يقطع للقطع بأن المقصود ما فيها ويدخل في الفقه أصوله وفي الحديث مصطلحه، وفي التفسير ما أفرد من متعلقاته كأسباب النزول والناسخ والمنسوخ ولم يذكر كثيراً أصول الدين ولا شك أنه من أعز العلوم الشرعية، وما في «التاتارخانية» عن «الكافي» في كتب الأدب اختلاف المشايخ ومنهم من قال: يقطع وفي «السراجية» لا قطع في كتاب الأشعار فيحمل ما في «الفتح» على علم الشعر بخلاف العبد الصغير ودفاتر الحساب حيث يقطع فيها، أما الصغير وهو من لا يعبر عن نفسه فلائنه مال منتفع به إن كان يمشي ويعقل أو بعرضيه أن يصير كذلك إن كان بخلافه، وحكى ابن المنذر الإجماع على ذلك مع أن أبا يوسف استحسنت عدم القطع لأنه وإن كان مالاً من وجه لكنه أومئ من وجه، والثاني يوجب شبهة ما في

وكلب وفهد ودف وطبل وبربط ومزمار وبخيانة ونهب واختلاس ونبش.....

ماليته، وأما دفاتر الحساب يعني أهل الديوان فلأن المقصود منها الورق لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ إذ لا يستفيد الأخذ به نفعاً ومن ذلك دفاتر التجار كما في «السراج».

قال في «البحر»: وهذا يدل على أن المراد به الذي مضى حسابه وقد قيل به كما ذكره الشمني، أما التي في الديوان المعمول بها فالمقصود علم ما فيها انتهى. وينبغي أن لا يقطع في دفاتر مباشري الأوقاف إذ المقصود علم ما فيها من جهات ونقود وردت ثم كتمت أو وزعت في لفظ مرماة ونحوها حسب ما يفعله من لا يخشى الله تعالى، (وكلب) ولو كان كلب صيد أو ماشية (وفهد) ولو في عنقهما ما يزيد على نصاب لأن جنسهما يوجد مباح الأصل، (ودف) بفتح الدال وضمها ما يلعب به وهو نوعان: مدور ومربع قاله المطرزي (وطبل) ولو طبل غزو فيما اختاره الشهيد / وهو الأصح وفي «اللولوجية» وهو المختار لأن صلاحيته للهو صارت شبهة [١/٣١٤] (وبربط) بفتح الموحدين وهو العود.

(ومزمار) وكذلك كل ما كان من آلات اللهو، أما على قولهما وهو المفتى به من أنه لا قيمة لها بدليل أنه لا ضمان على متلفها فظاهر، وأما على قول الإمام فلأن أخذها يتأول فيها الكسر نهياً عن المنكر (و) لا يقطع أيضاً (بخيانة) في أمانة عنده كوديعه (ونهب) وهو الأخذ على وجه القهر (واختلاس) وهو أن يختطف الشيء من يد المالك أو من بيت المال ويذهب سريعاً لما في السنن الأربعة من حديث جابر رضي الله تعالى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع»^(١) وما في «الصحيحين» أن امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فأمر عليه الصلاة والسلام بقطعها^(٢)، أجاب عنه الجمهور أنه كان لسرقه صدرت منها (ونبش) القبور لأخذ أكفان الموتى بعد الدفن عندهما خلافاً لأبي يوسف لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال: «من نبش قطعناه»^(٣) ولهما قوله عليه الصلاة والسلام «لا قطع على المختفي»^(٤) وهو النبش بلغة أهل اليمن وما رواه قيل منكر أو محمول على السياسة لمن اعتاده وشمل إطلاقه ما لو كان القبر في بيت مقفل هو الأصح، وما لو سرق من تابوت في القافلة فيه الميت.

قال في «البحر»: وما لو سرق من القبر ثوباً غير الكفن انتهى. وفي شمول

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١٤٤٨)، والنسائي في سننه (٤٩٧١)، وأبو داود في سننه (٤٣٩٢)،

وابن ماجه (٢٥٩١).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٨٨)، وأبو داود في سننه (٤٣٧٤).

(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٣٦٦).

(٤) ذكره ابن حجر في الداربية (٢/١١٠).

ومال عامة أو مشترك ومثل دينه وبشيء قطع فيه ولم يتغير.....

الإطلاق لهذا نظر ظاهر وأشار إلى أنه لا يقطع لو سرق من البيت الذي فيه القبر مالملاً آخر غير الكفن لتأوله زيارة القبر أو سرق من بيت فيه الميت لتأول تجهيزه، (و) لا يقطع أيضاً في (مال عامة) وهو المال الموضوع في بيت المال لأنه منهم، وإذا احتاج ثبت له الحق بقدر حاجته فأورث شبهة والحدود بها تدرأ (أو مشترك) بينه وبين غيره لأن ثبوت ملكه في بعضه شبهة قوية.

وأما مال الوقف فقال في «البحر»: لم أرَ من صرح به ولا يخفى أنه لا يقطع به وقد عللوا عدم القطع فيما لو سرق حصير المسجد بعدم المالك فكذا هنا انتهى. ولو قيل: إن كان الوقف على العامة فما له كبيت المال، وإن كان على أقوام محصورين فلعدم المالك حقيقة لكان حسناً وفي «السراج» لو أوصى له بشيء فسرقه قبل موت الموصي قطع وإن بعد الموت وقبل القبول لا يقطع انتهى. والظاهر أنه بعد الموت لا فرق في عدم القطع بين كون الموصى به مفرداً كثوب أو لا كثلث ماله (و) لا يقطع أيضاً في السرقة من مدينة (مثل) جنس (دينه) لأنه استيفاء بحقه ولا يعتبر المماثلة في القدر ولا في الوصف فلا يقطع بسرقة الزائد والأجود، وخرج ما لو سرق خلاف جنسه كالعرض والحلي فإنه يقطع لأنه استبدال ولا يتم إلا بالتراضي وعن هذا قال بعض المشايخ: إنه يقطع فيما لو كان له دراهم فأخذ دنانير وقلبه والأصح أنه لا يقطع لأن النقدين جنس واحد حكماً ولذا كان للقاضي أن يقضي بهما دينه بغير رضاه ويضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة، وعن الثاني أنه لا يقطع في غير الجنس أيضاً لأن له أخذه عند بعض العلماء كابن أبي ليلى والشافعي قضاء عن حقه أو رهنا به.

قلنا: هذا قول لم يسند إلى دليل ظاهر فلا يعتبر. وفي «المجتبى» وما قالاه أو سمع ويجوز الأخذ به وإن لم يكن مذهباً فإن الإنسان يعذر في العمل به عند الضرورة انتهى. قال الحدادي: والتوفيق بين القولين أن يحمل قول من قال بالقطع على من لم يعرف الخلاف السابق ومن قال بعدمه على من يعرف ولا خلاف أنه لو قال: أخذتها رهناً بديني أو قضاء لا يقطع ولو سرق من غريم أبيه أو ولده الكبير أو مكاتبه أو عبده المأذون المديون قطع إلا أن يسرق من غريم ابنه الصغير، ولو سرق العبد والمكاتب من غريم المولى قطع، وفي «السراج» لو سرق ما اشتراه في مدة الخيار أو الموصى له بعد موت الموصى قبل القبول لم يقطع بخلاف ما لو سرقه قبل موت الموصى، (و) لا يقطع أيضاً (بشيء) أي: بسرقة شيء (قطع فيه) (و) الحال أنه (لم يتغير) استحساناً لأن القطع أوجب سقوط عصمة المحل وبالرد إلى المالك، وإن عادت حقيقة العصمة

ويقطع بسرقة الساج والقنا والأبنوس والصندل والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ والأواني والأبواب المتخذة من الخشب ومن سرق من ذي رحم محرم.....

لكن بقيت شبهة السقوط لاتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه قيد بعدم التغير لأنه لو تغير بإحداثه صنعة فيه كسبحه بعد رده قطع لانتفاء الشبهة / [ب/٣١٤] الناشئة من اتحاد المحل وفي « كفاية البيهقي » إمام الحنفية سرق ثوباً فخاطه ثم رده فنقض فسرق المنقوض لا يقطع لأنه لا يقطع حق المالك لو فعله الغاصب فلم يكن في حكم عين أخرى ولو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه قطع عند مشايخ بخارى، وقال مشايخ العراق: لا يقطع، كذا في « الفتح ».

ولو باعه لغيره فسرقه من المشتري هل يجري فيه الخلاف السابق؟ لم أره، وفي « شرح الطحاوي »: لو جعل المالك الذهب والفضة المقطوع بها إناء أو دراهم لا يقطع بسرقتها عند الإمام لأن العين لم تتغير عنده، وقالوا: يقطع لأنها تغيرت، وهذا يؤيد ما قاله مشايخ العراق لأنه إذا كان بالصنعة لم يتغير فبالبيع أولى، (ويقطع لسرقة الساج) شجر عظيم جداً تعلوه حمرة صلب كالحجر ولا يوجد كالأبنوس إلا بالهند، (والقنا) بالقصر جمع قناة خشب الرماح وألفه منقلبة عن الواو (والأبنوس) بفتح الباء فيما سمع معرب، (والصندل والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ) والعود والمسك والزعفران والعنبر لأن هذه الأشياء من أعز الأموال وأنفسها (و) لم يذكر العاج لأنه لا قطع فيه كما في « الاختيار » ما لم يحدث فيه صنعة، كذا يقطع في (الأواني) كالقصاع (والأبواب) الموضوعة في الحرز إذا كانت حقيقة (المتخذة من الخشب) لأنها بالصنعة التحقت بالأموال النفيسة.

فصل في الحرز

قدم ما يقطع فيه وما لا يقطع على الحرز لأنه كلام في ذاته وثنى بالحرز لأنه خارج، وهو لغة الموضوع الذي يحرز فيه الشيء، وشرعاً ما يحفظ فيه المال عادة كالدار وإن لم يكن لها باب أو كان وهو مفتوح لأن البناء لقصد الإحراز والحانوت والخيمة والشخص نفسه، والمحرز ما لا يعد صاحبه مضيعاً ثم الإخراج منه شرط، ولم يثبت عن أحد من أهل العلم خلافه فكان كالإجماع عليه، وقد ثبت أنه لا يقطع في أقل من النصاب فتخصصت الآية به فجاز تخصيصها بعده بما هو من الأمور الإجماعية (ومن سرق من ذي رحم محرم) ماله أو مال غيره لم يقطع، أما في قرابة الولاد فللاذن بالدخول في الحرز مع البسوسة في المال، وأما في غيرهم كالأخ والأخت فلإلحاقهم بقرابة الولاد بجامع الإذن بالدخول في الحرز، وأيضا فالرحم المحرم يفترض وصلها ويحرم قطعها وبالقطع يحصل القطع فوجب صونها بدرئه، كذا في

منه لا برضاع ومن زوجته وزوجها وسيده وزوجته وزوج سيدته ومكاتبه وختنه وصهره ومن
مغنم.....

«الكافي» إلا أن هذا الوجه قد يعكّر عليه ما قالوه من أنه لو سرق مال ذي الرحم من بيت غيره فإنه يقطع اعتباراً للحرز مع أن في القطع القطعية موجودة قال في «الفتح»: وأجاب في «البحر» بأن القطع حق الله تعالى فلا يكون قطعية انتهى. وأنت خير بأن هذا مشترك الإلزام أن يجوز أن يقال بالقطع فيما إذا سرق من بيت ذي الرحم المحرم ولا يلزم القطعية لأنه حق الله تعالى، نعم قال الشارح: ينبغي أن لا يقطع في الولاد للشبهة في ماله على ما مر (لا برضاع) يعني إذا كانت المحرمية برضاع يقطع كما إذا سرق من أبيه أو ابنه أو أخيه رضاعاً، وقول الشارح هذا لا حاجة إلى إخراجها إذا لم يدخل في الرحم المحرم، رده العيني بجواز أن يكون رحماً من النسب ومحرمًا من الرضاع فيحتاج إلى إخراجها انتهى. وذلك كابن العم الذي هو أخوه رضاعاً وهو الحق وهذا لأن الرحم لا يكون إلا نسباً، وأما المحرم فقد يكون من الرضاع أيضاً فأخرجه فكأنه قال محرم نسبي.

(و) كذا لا يقطع فيما إذا سرق (من زوجته) ولو من وجه كالمبانة في العدة، (و) كذا إذا سرقت هي (زوجها) للإذن في الدخول عادة فاختل الحرز ولا فرق بين كونه زوجها وقت السرقة أو لم يكن لكنه صار زوجها قبل القضاء، وكذا لو تزوجها بعد القضاء عندهما خلافاً لأبي يوسف ولو سرق أحدهما من الآخر فطلقها قبل الدخول لم يقطع أيضاً، (و) كذا لا يقطع العبد مديراً كان أو مكاتباً أو مأذوناً أو كانت أم ولد لو سرق من (سيده أو زوجته)، أي: زوجة سيده لما قلنا من اختلال الحرز للإذن بالدخول، وعن ابن عمر أنه جيء له بعبد سرق من امرأة سيده فقال: «عبدكم سرق من امرأتكم لا قطع عليه»^(١)، (و) كذا لا يقطع السيد إذا سرق من (مكاتبه) بلا خلاف لأن له حقاً في إكسائه، ألا ترى أنه لا يجوز له أن يتزوج أمة مكاتبه.

(و) كذا إذا سرق من (ختنه) وهو زوج كل ذي رحم محرم منه (وصهره) وهو كل ذي رحم محرم من امرأته عند الإمام وقالوا: يقطع لعدم الشبهة في ملك البعض / لأنها تكون بالقرابة وهي منتفية وله أن العادة جارية في دخول بعضهم منازل البعض بلا استئذان فتمكنت الشبهة في الحرز وتأخير الشيخ لدليله مؤذّن بترجيحه والخلاف مقيد بما إذا كان البيت للحمي فإن كان للميت لا يقطع اتفاقاً، والمحرمية بالمصاهرة كالمحرمية بالرضاع وعلى هذا الخلاف ما لو سرق من كل من يحرم عليه بالمصاهرة، (و) كذا لا يقطع إذا سرق (من مغنم) لما في مصنف عبد الرزاق عن

(١) ذكره ابن قدامة في المغني (١٠/١٨٨).

وحمام وبيت أذن في دخوله لم يقطع ومن سرق من المسجد متاعاً ورببه عنده.....

علي أنه سقط عنه القطع وقال: إنَّ له نصيباً^(١). قال في «الحواشي السعدية»: وهذا التعليل يدل على أنه لو لم يكن فيه نصيب يقطع لكن الرواية مطلقة في «مختصر القدوري» و«شرح الطحاوي» فلا بد من تعليل آخر انتهى. وفي «غاية البيان» ينبغي أن يكون المراد من السارق من له نصيب فيها، أما من لا نصيب له فيقطع اللهم إلا أن يقال إنَّه مباح الأصل وهو على صورته لم يتغير فصار شبهة، وفي كلام المصنف ما يؤول إلى اعتبار الإطلاق حيث قدم أنه لا قطع في المال المشترك وإذا كان له حق فيه كان من المشترك فذكره هنا ليس إلا لإفادة التعميم.

واعلم أن ما مر من التعليل في المكاتب والمقيم فيه أن المناسب ذكرهما في الفصل السابق عند قوله: ولا من بيت المال لا في هذا الفصل، والظاهر أنه استطرادي، (و) كذا إذا سرق من (حمام) لا اختلال الحرز بالإذن بالدخول وسواء كان صاحبه عنده أو لا في ظاهر المذهب بخلاف ما إذا سرق من المسجد وصاحبه عنده فإنه يقطع، والفرق أن الحمام للإحراز فلا يعتبر الحافظ كالبيت، أما المسجد فإنه لم يُبَيَّن له فيعتبر كالطريق والصحراء وهذا الإطلاق قيده الشارح تبعاً لغيره بما إذا كان في وقت أذن فيه بالدخول، فإن كان في وقت لم يؤذن فيه قطع، (و) كذا لا يقطع فيما إذا سرق من (بيت أذن في دخوله لم يقطع) لما مر وذلك كالحانوت وحوانيت التجار ولو أذن لجماعة مخصوصين فدخل معهم من لم يؤذن له وسرق ينبغي أن يقطع.

واعلم أنه قد مر أنه لا بد من تحقق السرقة من كون المأخوذ محرزاً بمكان أو حافظ والأول أقوى من الثاني، ولذا لم يعتبر الحرز بالحافظ في المحرز بالمكان في الأصح، وفائدته تظهر فيما مر في الحمام، قال الطحاوي: وحرز كل شيء معتبر بحرز مثله حتى لو سرق لؤلؤة من إصطبل لا يقطع بخلاف الدابة وذكر الجلال الكرخي إنما كان حرز النوع فهو حرز للأنواع كلها، قال السرخسي: هذا هو المذهب عندنا.

وفي «المحيط» و«البدائع»: الغشاش: وهو الذي يهيا لغلق الباب ما يفتحه إذا فشل حانوتاً أو باب دار نهاراً وليس ثمة أحد لم يقطع، وإن كان فيها أحد من أهلها وهو لا يعلم به قطع، (ومن سرق من المسجد متاعاً) ونحوه وهو كل مكان لم يوضع للإحراز ومنه الطريق والصحراء (وربه)، أي: مالكة نائماً كان أو يقظان في الأصح (عنده) بحيث يراه أو كان نائماً وهو تحت رأسه أو جنبه أو بين يديه وقيل: إذا كان

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٣٦٨) وقال أخرجه عبد الرزاق في مصنفه.

قطع وإن سرق ضيف ممن أضافه أو سرق شيئاً ولم يخرجه من الدار لا وإن أخرجه من حجرة إلى الدار أو أغار من أهل الحجرة على حجرة أو نقب فدخل وألقى شيئاً في الطريق ثم أخذه أو حملة على حمار فساقه وأخرجه قطع.....

بين يديه لا يقطع والأصح الإطلاق كما في «المجتبى» (قطع) لأنه عليه الصلاة والسلام «قطع سارق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد»^(١).

وعلى هذا قالوا: لو سرق المواشي من المراعي ومعها حافظ قطع، وإطلاق محمد عدم القطع محمول على عدم الحافظ ولو كان الحافظ هو الراعي، اختلف المشايخ ففي «البقالي» لا يقطع وهو الذي في «المنتقى» عن أبي حنيفة وأطلق خواهر زاده ثبوت القطع إذا كان معها حافظ ويمكن التوفيق بأن الراعي لم يقصد لحفظها من السارق بخلاف غيره، كذا في «الفتح» وفي «المجتبى» وكثير من المشايخ أفتوا بما قاله البقالي ولو كانت تأوي في الليل إلى بيت بني لها عليه باب مغلق فكسره وسرق منها شاة قطع، ولا يعتبر الغلق إذا كان الباب مردوداً لا أن يكون بيتاً منفرداً في الصحراء والمراح ونبه بقوله عنده إلى أنه لو كان لا يسأله لم يقطع، وقيل: يقطع حكاها في «المجتبى».

(ولو سرق ضيف مما أضافه أو سرق شيئاً ولم يخرجه من الدار لا) أي: لا يقطع لاختلال الحرز في الأول بالإذن، وعدم تحقق الأخذ في الثاني من كل وجه وعم إطلاقه ما لو سرق من البيت الذي / أضافه فيه أو من بعض بيوت الدار ولو من صندوق مقفل، وقيد بالسرقة لأنه في الغصب يجب الضمان، وإن لم يخرج في الأصح (وإن أخرجه) أي: المسروق (من حجرة إلى) صحن (الدار) أراد الدار الكبيرة التي بها حجر ومنازل وفي كل حجرة مقصورة وهو ما كان يستغنى به عن الانتفاع بصحن الدار وإنما ينتفعون به انتفاع السكة فيكون الإخراج إليه كالإخراج إلى السكة فيقطع، وبه تغاير المسألة ما قبلها (أو أغار) رجل (من أهل الحجرة على حجرة) أخرى يقال أغار الفرس في العدو إذا أسرع أي سرق منها شيئاً بسرعة (أو نقب) السارق البيت (فدخل وألقى شيئاً في الطريق) يساوي نصاباً ولم يقيده به لما مر (ثم أخذه) قطع عندنا خلافاً لزر، لأن الإلقاء غير موجب للقطع، فكذا الأخذ من السكة قلت: الرمي خصلة يعتاده السارق لتعذر الخروج مع المتاع أو ليتفرغ للقتال والفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل واحداً، والخلاف مقيد بما إذا رماه بحيث يراه فإن رماه بحيث لا يراه فلا يقطع، وإن أخذه لأنه جعل مستهلكاً له على هذه الصفة قبل خروجه بدليل وجوب الضمان عليه، كذا في «السراج» قيد بأخذه له لأنه لو لم يأخذه أو أخذه غيره كان مضيعاً لا سارقاً (أو حملة)، أي: ذلك الشيء (على حمار فساقه وأخرجه) أي: علق رسنه في عنق كلب وزجره (قطع) في الكل لأن سير الحمار

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٣٩٤)، والنسائي في سننه (٤٨٨١).

وإن ناول آخر من خارج أو أدخل يده في بيت وأخذ أو طرّ صرة خارجة من كم أو سرق من قطار بعيراً أو حملاً لا وإن شق الحمل فأخذ منه أو سرق جوالقاً فيه متاع وره يحفظه أو نائم عليه أو أدخل يده في صندوق أو في جيب غيره أو كمه فأخذ المال قطع.....

مضاف إليه ولو خرج بغير زجره لا يقطع، كما إذا لم يسقه وخرج بنفسه قيد بما يضاف سيره إليه لأنه لو علقه في عنق طائر فألقاه في منزل السارق فإنه لا يقطع، واختلف فيما لو وضعه في ماء وأخرجه بقوة جريه والأصح أنه يقطع لأنه أخرجه بسببه، كذا في «النهاية» ويشكل عليه ما مر من مسألة الطائر ولذا - والله أعلم - جزم الحدادي بأنه لا قطع ولم يحك غيره ولا كلام أنه لو أخرجه بتحريكه لضعف الماء قطع، (وإن ناوله)، أي: ناول المسروق بعد ما دخل الدار رجلاً (آخر خارج) الدار لم يقطع واحد منهما أما الداخل فلأنه لم يوجد منه الإخراج لاعتراض يد معتبرة في المال قبله، وقالوا: لو أخرج يده فناوله غيره لا قطع أيضاً، ولم يذكر محمد ما لو صفه في النقب ثم خرج وأخذه، والصحيح أنه لا يقطع كما في «الفتح».

وأما الخارج فإن أدخل يده فيه قطع وإلا لا، وجعل الشارح هذا رواية عن الثاني (أو أدخل يده في بيت وأخذ) المتاع لقول علي «لا قطع على السارق الظريف»^(١) وفسره بهذا قيد بالبيت لأنه لو أدخل يده في الجوالق أو الصندوق قطع لعدم إمكان دخوله فيها (أو طر) شق (صرة) وهي الخرقعة التي يشد فيها الدراهم يقال صررت الدراهم أصرها صراً شددتها والمراد هنا الكم المشدود التي فيها الدراهم، ولذا قال: (خارجة من كمه) وإنما لا يقطع لعدم هتك الحرز بخلاف ما لو كانت من داخل فإنه يقطع لهتكه، ولو كان مكان الطر حل الرباط انعكس الحكم وبهذا ظهر أن ما أطلقوه في الأصول من أن الطرار يقطع إنما يتأتى على قول أبي يوسف فإنه قال: يقطع على كل حال نبه عليه في «الفتح» (أو سرق من قطار) وهو الإبل إذا كانت على نسق واحد والجمع قطر (بعيراً أو حملاً) عليه (لا) يقطع جواب لكل وإنما لا يقطع في البعير والحمل سواء كان معه سائق أو قائد أو راكب أولاً لعدم الحرز، إذ هؤلاء إنما يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ حتى لو كان ثمة من يحفظ قطع، (وإن شق الحمل وأخذ منه أو سرق جوالقاً) بضم الجيم (فيه متاع وره)، أي: والحال أن ره عنده (يحفظه أو نائم عليه أو أدخل يده في صندوق أو) أدخل يده (في جيب غيره أو كمه وأخذ المال قطع) لوجود السرقة من الحرز.

تقطع يمين السارق من الزند وتحسم.....

تتمة: نقب البيت ثم خرج ولم يأخذ شيئاً إلا في الليلة الثانية إن كان ظاهراً أو علم به رب المنزل ولم يسده لم يقطع، وإلا قطع ولو سرق مالا من حرز فدخل آخر وحمل السارق بما معه قطع المحمول خاصة ولا عبرة للحامل ولو أخرج شاة من حرز قيمتها دون نصاب فتبعتها أخرى لم يقطع، ولو أخرج نصاباً من حرز مرتين فصاعداً إن تخلل بينهما إطلاع المالك فأصلح النقب أو أغلق الباب فالإخراج الثاني سرقة أخرى، كذا في «السراج».

فصل في كيفية القطع / وإثباته

[١/٣١٦]

لما فرغ من بيان ما به يجب القطع شرع في بيان كيف يكون وهل يتكرر إلى أربع مرات؟ وهل يثبت مع الشبهة أو يسقط؟ (تقطع يمين السارق) لقراءة ابن مسعود «فاقطعوا أيماهما»^(١) وهي مشهورة فيجوز تقييد المطلق بها (من) مفصل (الزند) وهو الرسغ، قال الجوهري: الزند هو موصل طرف الذراع وهما زندان الكوع والكرسوع، فالكوع طرف الزند الذي يلي الإبهام والكرسوع طرف الزند الذي يلي الخنصر، وخصه لأنه المتوارث من فعله عليه الصلاة والسلام (وتحسم) أي: تكوى بزيت مغلي ونحوه بالحاء المهملة، قال الجوهري: حسمته قطعته فانحسم ومنه حسم العرق وفي الحديث «أتي بسارق فقال احسموه واكوهه بالنار لينقطع الدم» ذكره في «الحاوي» وتبعه في «القاموس» وفي «المغرب» من باب الجامع السين الحسم قطع الشيء استئصالاً وذكره في الحديث ومعناه ما مر ثم أجر الحسم وثنم الزيت على السارق كما في «الذخيرة» لأنه سببه منه.

قال في «الفتح»: وقول صاحب «الهداية» لأنه لو لم يحسم يؤدي إلى التلف يقتضي وجوبه وجوب الحسم، والمنقول عن الشافعي وأحمد أنه يستحب فإن لم يفعل لم يأثم، ويسن تعليق يده في عنقه لأنه عليه الصلاة والسلام أمر به رواه أبو داود وابن ماجه^(٢) وعندنا ذلك مطلق للإمام إن رآه، ولم يثبت عنه ﷺ في كل من قطعه ليكون سنة وقد قالوا: إنّه لا يقطع في الحر الشديد ولا في البرد الشديد بل يجلس حتى يتوسط الأمر في ذلك، كذا في «السراج» وفيه فرع: إذا كان للسارق كفان في معصم واحد قيل: يقطعان جميعاً، وقيل: إن تميزت الأصلية وأمكن

(١) أخرجه الطبري في تفسيره (٦/٢٢٨).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤١١)، وابن ماجه في سننه (٢٥٨٧).

ورجله اليسرى إن عاد فإن سرق ثالثاً حبس حتى يتوب ولم يقطع كمن سرق وإبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو إصبعان منها سواها أو رجله اليمنى مقطوعة ولا يضمن بقطع اليسرى من أمر بخلافه.....

الاقتصار على قطعها لم تقطع الزائدة وإلا قطعت وهو المختار فإن كان يبطن بأحدهما قطعت الباطشة، فإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى ولا تقطع هذه الزائدة (و) يقطع (رجله اليسرى) من الكعب عند أكثر أهل العلم (إن عاد) إلى السرقة لقوله عليه الصلاة والسلام: «فإن عاد فاقطعوه»^(١) وعليه الإجماع (فإن سرق ثالثاً حبس حتى يتوب) وتظهر عليه علامة الصلاح، لأن علياً حج الصحابة بقوله: «إني لأستحي من الله أن لا أذع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ورجلاً يمشي عليها»^(٢) فكان إجماعاً.

(و) ما جاء (من قطع) يده اليسرى في الثالثة ورجله اليمنى في الرابعة طعن فيه الطحاوي وبتقدير ثبوته فهو محمول على السياسة بدليل أنه قال في الخامسة: فإن عاد فاقتلوه ومن ثم قال في «الفتاوى السراجية»: إن للإمام قتله سياسة، وأما قتله ابتداء فليس من السياسة في شيء، قال في «السراج»: ويعزر أيضاً أي بالضرب كما في «المجتبى» (كمن سرق) أي: كما لا يقطع بل يحبس حتى يتوب من سرق (وإبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو إصبعان منها سواها) أي: سوى الإبهام لأن القطع حينئذ تفويت جنس المنفعة بطشاً وذلك إهلاك وفوت الإصبعين منها يقوم مقام الإبهام في نقصان البطش بخلاف فوات واحد غير الإبهام، قيد باليسرى لأن اليمنى لو كانت شلاء أو ناقصة الأصابع قطع في ظاهر الرواية لأن استيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز (أو رجله اليمنى) أي: والحال أن رجله اليمنى (مقطوعة) لا تقطع اليسرى لأن في القطع تفويت جنس المنفعة مشياً قيد بقطع اليمنى لأن المقطوع لو كان هو الأصابع منها فإن استطاع المشي قطعت، كما في «السراج» وفيه لو سرق سرقة فلم يؤخذ بها حتى قطعت يمينه قصاصاً قطعت رجله اليسرى (ولا يضمن بقطع اليسرى من أمر بخلافه) بأن أمره الحاكم بقطع اليمنى فقطع اليسرى عمداً كان أو خطأ غير أنه يؤدب، وهذا عند الإمام وقالوا: إنه يضمن في العمد أرش اليسار وقال زفر: يضمن مطلقاً.

وأجمعوا أنه لو قال: اقطع هذا فقطع يساره لم يضمن وأن السارق لو أخرج يساره وقال: هذا يميني فقطعها لا يضمن، والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد من

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٠/١٨٦).

وطلب المسروق منه شرط القطع ولو مودعاً أو غاصباً أو صاحب الربا ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم.....

القاطع في أن قطعها يجزئ عن قطع السرقة نظراً إلى إطلاق النص، أما الخطأ في معرفة اليمين من اليسار فلا يجعل عفواً لأنه بعيد يتهم به مدعيه وقيل: يجعل عفواً.

قال في «المصنفى»: وهو الصحيح والقياس ما قاله زفر وفرقا بأنه في العمد قطع يداً معصومة بغير حق ولا تأويل غير أنه لا يقطع للشبهة، ولأبي حنيفة أنه وإن تلف ظلماً لكنه أخلف من / جنسه ما هو خير له وهو اليمين إذ قوة البطش بها أتم، وإنما قلنا: أخلف لأن اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة بخلاف ما لو قطع رجله اليمين فإنه وإن امتنع به قطع يده لكنه لم يعوضه من جنس ما أتلّف عليه من المنفعة، وفي قطع رجله اليسرى لم يعوضه شيئاً أصلاً قيد بالأمر لأنه لو قطعه قبل الأمر والقضاء كان عليه القصاص في العمد، والدية في الخطأ والقضاء بالقطع كالأمر به في الأصح، ولو قطعه غير الحداد فلا ضمان عليه أيضاً وهو الأصح.

واختلف المشايخ هل هذا القطع يقع حداً؟ قيل: نعم فلا ضمان على السارق لو استهلك العين وقيل: لا فيضمن في العمد والخطأ (وطلب المسروق منه) المال المسروق من السارق (شرط القطع)، لأن الخصومة شرط لظهورها فلا فرق في ظاهر الرواية عن أصحابنا في ذلك بين ثبوتها بالبينة أو بالإقرار، وعن الثاني أنه قال: أقطعه بالإقرار، كذا في «غاية البيان» وما في «الشرح» عن «البدائع» أنه يقطع استحساناً يوافق ما عن الثاني، ولفظ الاستحسان لم يوجد في «البدائع» وإنما الذي فيها.

قال أبو حنيفة: الدعوى شرط في الإقرار وقال أبو يوسف: ليست بشرط له، لكن أشار الشمني أنه لا بد من الطلبين وأن أحدهما لا يكفي، والظاهر ما جرى عليه الشارح وغيره من الاكتفاء بدعوى المالك إذ القطع محض حق الله تعالى، قال في «الكشف الكبير»: ولهذا لا يملك الدعوى به وإثباته ولا العفو عنه بعد وجوبه ولا يورث عنه (ولو) كان المسروق منه (مودعاً) شروع في بيان من يلي المطالبة التي قدم أنها شرط وأنها لكل من كان له يد صحيحة، سواء كان المالك حاضراً أو غائباً كما في «السراج» كما إذا كان مودعاً بفتح الدال أو مستعيراً أو مضارباً أو مبضعاً أو متولياً أو أباً أو وصياً (أو غاصباً) أو مرتهاً أو قابضاً على سوم الشراء أو بشراً فاسداً (أو صاحب الربا) بأن باع عشرة بعشرين وقبضها فسرت منه، كذا فسره الشهيد وغيره لأنه ملكه بعقد فاسد فكان في يده بمنزلة المغصوب.

وفي «الخانية» لو وجد اللفظة في يد غيره ليس له أن يخاصمه في ردها بخلاف الوديعة، لأن الثاني في اللفظة كالأول وليس هو كذلك في الوديعة انتهى. وعلى هذا فلا يقطع بسرقتها (ويقطع بطلب المالك) المسروق (لو سرق منهم) أي:

لا يطلب المالك أو السارق لو سرق من سارق بعد القطع ومن سرق شيئاً ورده قبل الخصومة إلى مالكه.....

الثلاثة إذ الحضور إنما هو شرط ليظهر أن المسروق ليس ملكاً للسارق وهو حاصل بخصومة المالك، وعن محمد أنه لا بد من حضور المسروق منه، والظاهر للأول وعلى هذا الخلاف لو حضر الراهن فقط قطع في ظاهر الرواية، وروى ابن سماعة عن محمد أنه لا بد من حضور المرتهن أيضاً إذ هو متهم، واعلم أن ظاهر كلامه يفيد أنه يقطع بخصومة معطي الربا دون صاحب الربا لأن المال في يده بمنزلة المغصوب كما مر.

قال في «الفتح»: للمغصوب منه الخصومة إلا أن المسطور في «السراج» أنه لا يقطع بخصومة معطي الربا لأنه لا ملك له فيه ولا يد، تبعه الشمني ولم أر من نبه عليه فتدبره، ثم القطع بخصومة الراهن وحده مقيد بما إذا كانت قائمة وقد قضى الدين، أما إذا لم يقضه أو استهلك السارق العين فلا يقطع بخصومته لأنه قبل الإيفاء إلى حق له في المطالبة بالعين وبالاستهلاك صار المرتهن مستوفياً لدينه، قال الشارح: وينبغي أن يقطع بخصومته فيما إذا زادت قيمة الرهن على دينه بما يبلغ نصاباً لأن له المطالبة بما زاد كالوديعة، وارتضاه في «فتح القدير»، وهو المذكور في «غاية البيان» (لا) يقطع (بطلب المالك، والسارق لو سرق من سارق بعد القطع) لأنها إنما توجب القطع إذا كانت من يد مالك أو أمين أو ضمين ولا وجود لشيء من ذلك هنا، وهذا لأن المال غير متقوم بعد القطع في حق الأول بدليل أنه لا يجب عليه الضمان بهلاكه قيد بما بعد القطع لأنه قبله يقطع بخصومة الأول كالغاصب، وذكر الطحاوي أنه لا يقطع والمشهور الأول، كذا في «السراج» وهو الحق كما مر ثم بعد القطع ليس للأول ولاية الاسترداد في رواية وفي أخرى له ذلك.

قال في «الفتح»: والوجه أن القاضي لا يرده لو أحد منهما لظهور خيانتها / بل [١/٣١٧] إلى المالك إن كان حاضراً وإلا حفظه كما يحفظ أموال الغائب، (ومن سرق شيئاً فرده قبل الخصومة)، أي: الدعوى والشهادة المترتبة عليها أو الإقرار (إلى مالكه)، لم يقطع في ظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة لأن الخصومة شرط القطع ولا يتحقق بعد الرد قيد بالرد قبل الخصومة لأنه لو ردها بعدها سواء قضى القاضي بالقطع أو لا فإنه يقطع، ولا فرق في الرد قبلها بين أن يكون ليد المالك أو ليد أصوله، وإن لم يكونوا في عياله أو فروعه أو لذي رحم محرم منه كأخيه وخاله إن كانوا في عياله أو زوجته أو عبده أو مكاتبه أو أجييره مشاهرة وهو المسمى بغلامه أو مسانهة، وكذا لو سرق من المكاتب ورد إلى سيده أو من العيال ورد إلى من يعولهم، أما الغاصب فلا يبرأ بالرد

أو ملكه بعد القضاء أو ادعى أنه ملكه أو نقصت قيمته من النصاب لم يقطع ولو أقر بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا ولو سرقا وغاب أحدهما وشهد على سرقتهما قطع الآخر ولو أقر عبد بسرقة قطع وترد السرقة إلى المسروق منه

إلى من ذكر (أو ملكه) أي: المسروق (بعد القضاء) بأي سبب كان غير أنه في الهبة يشترط التسليم لأن الإمضاء في الحدود من القضاء وقد طرأ ما يوجب فقد شرطه وهو انقطاع الخصومة، (أو ادعى) السارق (أن المسروق ملكه) وإن لم يثبت لأن الشبهة دائرة للحد فتتحقق لمجرد الدعوى بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار (أو نقصت قيمته)، أي: المسروق (من النصاب لم يقطع) في الكل، ووجه الرابعة أن كمال النصاب شرط فيشترط وجوده عند الإمضاء لما مر، ولا فرق بين كون النقص في بلد أو بلدين حتى لو سرق في بلد ما قيمته نصاب وأخذ في أخرى فإذا القيمة أنقص لم يقطع قيد بنقصان القيمة لأنه يقطع مع نقصان العين لأنها مضمونة عليه فكمال النصاب بالدين .

أما نقصان السعر فغير مضمون (ولو أقر بسرقة فقال أحدهما) ولو بعد القضاء قبل الإمضاء، (هو مالي) مثال والمراد ادعى شبهة مسقطه للقطع (لم يقطعا) لأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في الآخر ولو أقر أنه سرق وفلان فأنكر فلان قطع المقر (ولو سرقا وغاب أحدهما وشهدا) أي: شهد اثنان (على سرقتهما قطع الآخر) وهو الحاضر، هذا ما رجع إليه الإمام لأن سرقة الحاضر تثبت بالحجة فلا يعتبر الموهوم وهو دعوى الغائب شبهة واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا تعتبر (ولو أقر عبد) مكلف ولم يقيد به استغناء بقوله (بسرقة قطع) لأن إقراره بالحدود الخالصة صحيح نظراً إلى آدميته ولا تهمة تعتريه ثم يتعدى إلى المالية (وترد السرقة إلى المسروق منه) سواء كان العبد مأذوناً له أو محجوراً عليه .

وقال أبو يوسف: إن كان محجوراً عليه والمال قائم قطع، وكان المال للمولى إلا أن يصدقه المولى أنه للمسروق منه وقال محمد: لا يقطع والمال للمولى إلا أن يصدقه، والخلاف مبني على أن القطع أصل والمال تبع أو كل منهما أصل أو المال فقطع قال الإمام بالأول والثاني بالثاني ومحمد بالثالث والكل روايات عن الإمام، وأشار بالرد إلى بقائها فلو استهلكها لم يضمن ويقطع اتفاقاً، ولو كان صغيراً لم يقطع ويرد المال إن كان قائماً وكان مأذوناً وإن هالكاً يضمن وإن محجوراً يرد المال إن قائماً ولا ضمان عليه لو هلك ولو كان صرفه المولى فكذلك، ولا ضمان عليه لو كان هالكاً ولو بعد العتق، كما في «الفتح» .

وأشار بالإقرار إلى أنها لو ثبتت عليه بالبينة كان الحكم كذلك بالأولى غير أنه يشترط حضرة المولى عند إقامة البينة عندهما خلافاً للثاني، وأجمعوا أنها غير شرط

ولا يجتمع قطع وضمان وترد العين لو قائماً ولو قطع لبعض السرقات لا يضمن شيئاً ولو شق ما سرق في الدار ثم أخرجه قطع.....

في الإقرار (ولا يجتمع قطع وضمان) لقوله عليه الصلاة والسلام: « لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه»^(١) (وترد العين) المسروقة و(لو قائمة) لبقائها على ملك المسروق منه ولذا لا يحل له الانتفاع بها، ولو خاطها قميصاً لم يحل لبسه وتصرف السارق فيها ببيع وهبة غير صحيح بلا خلاف قيد بقيامها لأنها لو هلكت لم يضمنها، وكذا لو استهلكها في ظاهر الرواية إلا أنه يفتي بأداء قيمتها وإن لم يقبض بها عليه، وسواء كان الاستهلاك قبل القطع أو بعده.

وفي «الكافي» لو طلب المالك قبل القطع تضمينه لم يقطع عندنا وإن اختار القطع قطع ولا يضمن في «المجتبى» لو استهلكها غيره بعد القطع لم يضمن لأحد، وكذا لو هلكت في يد المشتري أو الموهوب له ولو استهلكها المشتري فللمالك تضمينه انتهى. فيحتاج إلى الفرق بين الأجنبي والمشتري، وفي «السراج» لو استهلكها غيره بعد القطع كان للمسروق منه أن يضمن المستهلك قيمته انتهى. وهذا بالقواعد / أليق وعليه فلا يحتاج إلى الفرق.

[ب / ٣١٧]

(ولو قطع لبعض السرقات) سواء كانت لجماعة أو لواحد، تعددت سرقة منه فخاصمه في البعض (لا يضمن شيئاً) عند الإمام، وقالوا: يضمن ما لم يقطع فيه إذ لا بد من الخصومة لتظهر السرقة ولم توجد في غير ما قطع فيه، وله أن مبنى الحدود على التداخل فالواجب بالكل قطع واحد، والخصومة شرط لظهورها عند الحاكم فإذا كان الحكم الثابت في نفس الأمر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن الأسباب السابقة وقد وجد لزم وقوعه عنها، وهو ملزوم لسقوط ضمان كلها في نفس الأمر علم القاضي أو لم يعلم، وأجمعوا على أن الكل لو حضروا وقطع بخصومتهم لم يضمن شيئاً.

(ولو شق) السارق (ما سرقه في الدار ثم أخرجه) وهو يساوي نصاباً بعد الشق (قطع) عندهما، وقال أبو يوسف: لا يقطع، وقيل: هذه رواية عنه، قيد بالدار لأنه لو شقه بعد الإخراج قطع اتفاقاً، وإن كان بعده لا يساوي نصاباً لم يقطع اتفاقاً ومحل الخلاف ما إذا شقه فاحشاً وهو ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة على الأصح، واختار المالك تضمين النقصان وأخذ الثوب قطع عندهما خلافاً له، أما إذا اختار تضمين القيمة وترك الثوب فلا قطع اتفاقاً.

أما اليسير وهو ما يتعيب به فقط فيقطع فيه اتفاقاً، له أن السرقة ما تمت إلا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك إذ بالخرق الفاحش ثبت الملك له، ولهما أن

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/١٨٢) رقم (٢٩٦).

ولو سرق شاة فذبحها وأخرجها لا ولو صنع المسروق دراهم أو دنانير قطع وردها ولو صبغه أحمر فقطع لا يرد ولا يضمن ولو أسود يرد.

باب قطع الطريق

الشق ليس بسبب للملك شرعاً وإنما هو سبب للضمان، وثبت الملك ضرورة أداء الضمان، واختلف المشايخ في ضمان النقصان مع القطع ففي «الخبازية» الصحيح أنه لا يضمنه كيلا يجتمع القطع والضمان.

قال في «الفتح»: والحق ما في عامة الكتب الأمهات أنه يضمنه، (ولو سرق شاة فذبحها فأخرجها لا) أي: لا يقطع ولو ساوت نصاباً بعد الذبح لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومعلوم أنه يضمن قيمتها (ولو صنع المسروق) من الفضة والذهب وقد بلغت قيمته نصاباً (دراهم أو دنانير قطع وردها) على مالكةها عند الإمام خلافاً لهما، والخلاف مبني على أنه لا ينقطع حق المغصوب منه بذلك عنده خلافاً لهما، وقيل: لا يقطع عندهما قيد بالنقدين لأن نحو النحاس لو جعله أواني فإن كانت تباع عدداً فهي للسارق اتفاقاً وإن وزناً فعلى الاختلاف.

(ولو) سرق ثوباً ثم (صبغه) صبغاً (أحمر فقطع لا يرده) أي: لا يجب عليه رده عندهما، وقال محمد: يرد الثوب ويؤخذ ما زاد الصبغ منه لأن عين ماله قائم من كل وجه، ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى بدليل أن المسروق منه لو أخذ الثوب يضمن الصبغ، وحق المالك قائم صورة لا معنى بدليل أنه غير مضمون على السارق وهو المراد بقوله (ولا يضمن) أي: حال استهلاكه وأفاد بالفاء أنه صبغه قبل القطع، فاقتضى أنه لو صبغه بعده رده وبه صرح في «الاختيار».

قال الشارح: ولفظ صاحب «الهداية»: وإن سرق ثوباً فقطع فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولا يضمن، ولفظ محمد: سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر حينئذ دليل على أنه لا فرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده، (ولو) صبغه (أسود يرد) الثوب عندهما وعند أبي يوسف لا يرده، والخلاف مبني على أنه زيادة عندهما ونقصان عند الإمام وبالزيادة ينقطع حق المالك عند أبي يوسف خلافاً لمحمد وبالنقصان لا ينقطع والله الموفق.

باب قطع الطريق

وهو السرقة الكبرى وقدم الصغرى إما لكثرة وقوعها، أو الترقي من الأدنى إلى الأعلى كذا في «الغاية» «والدرية» وفي «الفتح» أخره لأنه ليس بسرقة مطلقة وأطلق

أخذ قاصد قطع الطريق قبله حبس حتى يتوب.....

عليه سرقة مجازاً لضرب من الخفاء وهو الإخفاء / عن الإمام ونوابه . قال في « الدراية » : [١/٣١٨] لقطع الطريق شرائط أن يكون من قوم لهم قوة وشوكة ، وأن يكون خارج المصر فلا يكون في المصر أو في ما يقرب منه أو بين قريتين خلافاً لأبي يوسف ، وأن يكون في دار الإسلام ، وأن يكون المأخوذ قدر النصاب ، وأن يكون القطاع كلهم أجنبان في حق صاحب الأموال ومن أهل وجوب القطع ، ولو كان فيهم امرأة ففيه روايتان في رواية تقطع وبه قالت الأئمة الثلاثة ، والأصح أنها لا تقطع وأن يؤخذوا قبل التوبة فإن أخذوا بعدها ورد المال سقط عنهم الحد بلا خلاف انتهى . وذكر في آخر الباب من « المحيط » عشرة نسوة قطعن الطريق وأخذن وقتلن وقتلن وضمن المال وبه قالت الثلاث ، ولو كان فيهم امرأة قتلت وأخذت المال ولم تقتل الرجال تقتل الرجال دون المرأة عند أبي يوسف وعند أبي حنيفة ومحمد يسقط الحد عن الرجال أيضاً انتهى .

قال في « الفتح » : فظاهر الرواية أنها كالرجال وما في « المحيط » مبني علي ظاهر الرواية وجعل الشارح الشرائط المختصة به عن « الصغرى » في ظاهر الرواية تبعاً للإسبيجابي ثلاثة واقتصر عليها في « غاية البيان » الشرطان الأوليان ، والثالث أن يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر وسيأتي أن الراجح خلاف الثالث (أخذ قاصد قطع الطريق) وهو الواقف على الطريق لأخذ المال (قبله) أي : قبل أخذ المال وقتل النفس بأن لم يوجد منه سوى مجرد إخافة الطريق ولما كان مجرد القصد لا يطلع عليه أدير الحكم على أمارته وهي الإخافة فالضمير راجع إلى غير المذكور كما سيأتي في الشرح وقول العيني : هذا تعسف بل الضمير راجع إلى قطع الطريق مدفوع بأن الإخافة حال من أحوال قطع الطريق كما هو ظاهر الآية والمتن ، وعلى ما ادعاه العيني لا تكون الإخافة منه أصلاً ولم يتنبه في « البحر » إلى هذا فمشى مع العيني وعين الشارح أبصر .

(حبس) وعزر (حتى يتوب) أي : تظهر توبته بوجود أمارتها أو يموت والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴾ [المائدة : ٣٣] الآية أي يحاربون أوليائهم كذا قدره الجمهور وقال الزمخشري : أي يحاربون رسوله ومحاربة المسلمين في حكم محاربتهم وذكر اسمه تعالى تعظيماً وتفخيماً وقيل : هو المخالفة لأحكامهما وعلى هذه الأوجه لا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز .

قال الشمني : وقال في « الفتح » : سمي قاطع الطريق محارباً لله لأن المسافر معتمد عليه فمن أزال أمنه حارب من اعتمد عليه في تحصيل أمنه ، وهو على حذف مضاف أي : يحاربون عباد الله وهي أحسن من تقدير أولياء الله لأن هذا الحكم

وإن أخذ مالا معصوماً قطع يده ورجله من خلاف وإن قتل قتل حداً وإن عفا الولي وإن قتل وأخذ قطع وقتل وصلب أو قتل أو صلب

يثبت بالقطع على الكافر الذمي، وأما محاربه لرسوله فيما باعتبار عصيان أمره أو باعتبار أنه الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه، فإذا قطع الطريق الذي تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربه انتهى.

وأنت خبير بأن محاربة رسوله إذا كان باعتبار عصيان أمره أو باعتبار أنه الحافظ فمحاربه تعالى كذلك فما الداعي إلى حذف المضاف حينئذ؟ وظاهر أن المراد توزيع أنواع الجزية على أنواع الجنايات إذ العمل بالإطلاق يقتضي أنه يجوز أن يترتب على أغلظها أخف الجزية وهذا مما تدفعه قواعد الشرع والعقل فوجب القول بتوزيع الأغلظ للأغلظ والأخف بالأخف، بدأ المصنف فيما إذا أخاف الطريق فقط وأشار إلى أن المراد بالنفي في الآية الحبس إذ ظاهره وهو النفي من وجه الأرض لا يعمل به، والحمل على بعضها لا يحصل به المقصود فقلنا بمجازه وهو الحبس، (وإن أخذ مالا معصوماً) بأن كان لمسلم أو ذمي فخرج ما لو كان لحربي مستأمن ولا بد من أن يصيب كل واحد نصاباً ولم يذكره اكتفاء بما مر في السرقة (قطع يده ورجله من خلاف)، نصب على الحال أي: مختلفة وتعيين اليمنى واليسرى بالإجماع لثلا يفوت نفعه حتى لو كانت يسراه شلاء لم يقطع يمينه وكذا لو كانت رجله اليمنى شلاء لم تقطع رجله اليسرى ولو كان مقطوع اليمنى لم تقطع له يد وكذا الرجل اليسرى.

(وإن قتل) / نفساً معصومة ولم يقيده به لأنه إذا علم التقييد به في المال ففي النفس أولى ولم يأخذ مالا (قتل حداً) حقاً لله تعالى وفي «السراج» أي: سياسة لا قصاصاً (وإن عفا الولي) تصريح بما علم من قوله حداً وأشار به إلى أنه لا يشترط أن يكون موجباً للقصاص من مباشرة القتل والآلة لأنه وجب جزاء الجناية لمحاربه لله تعالى وهي موجودة بالقتل ولو أعانه بذلك قضى عليه الصلاة والسلام في أصحاب أبي بردة^(١).

(وإن قتل وأخذ) المال (قطع) من خلاف على ما مر (وقتل وصلب)، بين أن الإمام مخير فيه بين ثلاثة أحوال؛ الأولى: أن يجمع بين القتل والقطع والصلب، والثانية: ما أفاده بقوله: (أو قتل) أي: قتله الإمام فقط، والثالثة: هي قوله (أو صلب)، وقال محمد: لأنه جناية واحدة فلا توجب حدين وأبو يوسف معه في المشهور، وله

ويصلب حياً ثلاثة أيام ويبيع بطنه برمح حتى يموت ولم يضمن ما أخذ وغير المباشر كالمباشر والعصا والحجر كالسيف وإن أخذ مالا وجرح قطع وبطل الجرح وإن جرح فقط أو قتل فتأب أو كان بعض القطاع غير مكلف.....

أن هذه عقوبة واحدة فغلظت لاتحاد سببها وهو قطع الطريق، ثم التخيير بين الصلب وتركه ظاهر الرواية وعن الثاني أنه لا يتركه (ويصلب حياً) في ظاهر الرواية وهو الأصح، وعن الطحاوي أنه يقتل أولاً (ثلاثة أيام ويبيع) أي: يطعن (بطنه برمح حتى يموت) فإذا تم له ثلاثة أيام من وقت موته دفن، وعن الثاني أنه يتركه حتى يتقطع والأول هو الظاهر تحامياً عن الإيذاء للناس بتغييره بعد الثلاثة، (ولم يضمن ما أخذ) لما بين أن قتله بمقابلة قتله النفس المعصومة وجرحها ربما توهم أخذ المال من تركته إذا لم يقابل بشيء فبين أنه لا يضمنه وبهذا اندفع ما في «البحر» أخذاً مما في «الشرح» من أن الأولى أن يقال: ولم يضمن ما فعل لأنه لا يضمن ما قتل وما جرح، (وغير المباشرة) في الأخذ والقتل (كالمباشرة) فتجري الأحكام على الكل بمباشرة البعض وإعانة الباقيين على ما مر.

(والعصا والحجر كالسيف) لأن قطع الطريق يقع بالكل وهذه الجملة كالتي قبلها معلومة من قوله: قتل حداً كما قدمناه وكان الأليق حذفها إلا أنه أراد زيادة الإيضاح (وإن أخذ مالا وجرح قطع) من خلاف (وبطل) حكم (الجرح) لأنه باستيفاء حق الله تعالى سقطت عصمة النفس حقاً للعبد كالمال، (وإن جرح فقط) يعني لا حد عليه فلا يسقط حق العبد بل يقتصر فيما فيه قصاص أو يأخذ الأرض أو يعفو وأراد بقوله: فقط أنه لم يؤخذ ما لا يقطع فيه ولم يقتل نفساً فلا يرد ما لو جرح وأخذ ما دون النصاب أو ما يتسارع إليه الفساد بدليل قوله بعد: لم يحد.

قال الشارح: ولو كان هذا مع الأخذ قتل لم يجب الحد أيضاً لأن المقصود هنا إنما هو المال، (أو قتل) نفساً معصومة (فتأب) قبل أن يؤخذ يعني لا حد عليه للاستثناء في الآية وقد مر بل أمره إلى الأولياء إن شأوا قتلوه إن كان القتل بمحدد أو أخذوا الدية أو عفوا قال في «البحر» قيد بالقتل ليعلم أخذ المال بالأولى، بقي هل من تمام توبته رد المال؟ قيل: نعم وبه جزم في «الهداية».

قال في «المحيط»: ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره في «الكتاب» وقد قيل: لا يسقط وقيل: يسقط وإليه أشار في «الأصل»، وفي «السراج» قالوا: لو قطع الطريق وأخذ المال ثم ترك ذلك وأقام في أهله زماناً ثم قدر عليه درئ عنه الحد لأنه لا يستوفى في تقادم العهد انتهى، وبه عرف أن مجرد الترك ليس توبة بل لا بد أن تظهر عليه سماتها التي لا تخفى، (أو كان بعض القطاع غير مكلف) بأن كان صبياً أو مجنوناً

أو ذا رحم محرم من المقطوع عليه أو قطع بعض القافلة على البعض أو قطع الطريق ليلاً أو نهاراً بمصر أو بين مصرين لم يحد فأقاد الولي أو عفا ومن خنق في المصر غير مرة قتل به .

يعني لا يحدون كلهم لأن الجناية واحدة فإذا لم يقع فعل بعضهم موجباً كان فعل الباقين كبعض العلة، وكذا لو كان فيهم أخرس ودل كلامه أن المرأة تجري عليها أحكام قطاع الطريق وقد مر، (أو) كان بعض القطاع (ذا رحم محرم من المقطوع عليه) هذا إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم أو لم يكن مشتركاً لكن لم يأخذه إلا من ذي الرحم، أما إذا أخذوا منه ومن غيره فقليل: إنهم يحدون نظراً للمال المأخوذ من ذلك الغير والأصح لا يحدون، (أو قطع بعض القافلة على / بعض) لأن مال جميع القافلة في حق قطع الطريق كشيء واحد إذ هو محرز بحرز واحد وهو القافلة والجنائية واحدة وهو قطع الطريق فالامتناع في البعض يوجب الامتناع في الباقين فصار كسارق متاع غيره وهو معه في دار واحدة.

(أو قطع) شخص (الطريق ليلاً أو نهاراً بمصر أو بين مصرين) يعني (لا يحد) لأن قطع الطريق لا يتحقق في هذه الأماكن للحقوق الغوث بهم عادة، وعن أبي يوسف إن قصده بالسلاح نهاراً في المصر فهو قاطع وإن قصده بشيء من الخشب ونحوه فليس بقاطع، وفي الليل يكون قاطعاً مطلقاً واستحسن المشايخ هذه الرواية وأفتوا بها، وعنه إذا كان خارج المصر ولو بقرب منه يحد لأن الله تعالى أناط الحد بمحاربة عباد الله على ما مر وذلك يتحقق في المصر وخارجه ولم ينط بمسمى قطع الطريق وإنما هو اسم من الناس لم يحد جواب الكل (فأقاد الولي) أي: اقتص يعني ولي المقتول إن كان القتل عمداً بمحدد (أو عفا) إن شاء وإذا ثبت هذا في القصاص ففي المال أولى، (ومن خنق في المصر غير مرة) بالتشديد سماعاً لأن التفعيل للتكثير، كذا في «غاية البيان» وعلى هذا فقوله غير مرة تأكيد لكن في «الدراية» أنه بالتخفيف من خنقه إذا عصر حلقة خنقاً بكسر النون من حد دخل والخنق فاعله انتهى، وهو المشهور على الألسنة إذ التأكيد خلاف الأصل. وفي «المغرب» الخنق بكسر النون، قال الفارابي: ولا يقال بالتسكين مصدر خنقه إذا عصر حلقة والخنق فاعله والخنق بكسر الخاء وتخفيف النون ما يخنق به من جبل أو وتر أو نحوه، (قتل به) أي: بسبب الخنق يعني سياسة لأنه ساع في الأرض بالفساد وكل من كان كذلك فإن شره يدفع بالقتل.

قال الشارح: ومن السياسة ما يحكى عن أبي بكر الأعمش أن من ادعى عليه بسرقة فانكر فلإمام إذا غلب ظنه أن المال عنده أن يعاقبه ويجوز له ذلك كما لو رآه الإمام جالساً مع الفساق في مجلس الشرب أو ماشياً مع السراق وبغلبة الظن أجازوا

قتل النفس، كما لو دخل عليه رجل شاهر سيفه وغلب على ظنه أنه يقتله، وفي إكراه «البرزاية» عن الحسن بن زياد أو يحل ضرب السارق حتى يقر؟ قال: لو لم يقطع اللحم لا يظهر العظم.

وفي «المحيط» من المشايخ من قال: يصح الإقرار بالسرقة مكرهاً، وفي «التجنيس» ضرب من ادعى عليه بسرقة خلاف الشرع فلا يفتى به لأن فتوى المفتي يجب أن تطابق الشرع وما في «الشرح» ينبغي أن يعول عليه في زماننا لغلبة الفساق كيف يؤتى للسارق ليلاً بالبينة؟ بل ولا في النهار ويحمل ما في «التجنيس» على زمانهم.

خاتمة: ويثبت قطع الطريق بالإقرار مرة واحدة وشرط أبو يوسف التكرار ويقبل رجوعه عنه، وبشهادة رجلين على معاينة القطع والإقرار فلو شهد أحدهما بالمعاينة والآخر على الإقرار به لم تقبل ولا تقبل الشهادة بالقطع على أصل الشاهد وإن علا وفرعه وإن سفل، وقد منا أن من الشرائط أن يكون القطع في دار الإسلام حتى لو قطعوا في دار الحرب على مستأمنين أو في دار الإسلام في موضع غلب فيه أهل البغي ثم أتى بهم إلى الإمام لا يمضي عليهم الحد، ويجوز للإنسان أن يقاتل دون ماله وإن لم يبلغ نصاباً ويقتل من يقاتله عليه لخبر «من قتل دون ماله فهو شهيد»^(١) والله الموفق للصواب بمنه وكرمه.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤١)، والبخاري في صحيحه (٢٣٤٨).