

فلو نكح في عمره مرة ثم طلق وبقي مجرداً وزنى: رجم، ونظم بعضهم الشروط فقال: [المتقارب]

شُرُوطُ الإِخْصَانِ أَتَتْ سِئَةً فَخُذْهَا عَنِ النَّصِّ مُسْتَفْهِمًا
بُلُوغٌ وَعَقْلٌ وَخُرِّيَّةٌ وَرَابِعُهَا كَوْنُهُ مُسْلِمًا
وَعَقْدٌ صَحِيحٌ وَوَطْءٌ مُبَاحٌ مَتَى اخْتَلَّ شَرْطٌ فَلَا يُرْجَمَا

بَابُ الْوَطْءِ الَّذِي يُوجِبُ الْحَدَّ، وَالَّذِي لَا يُوجِبُهُ

لقيام الشبهة لحديث «ادروا الحدود بالشبهات ما استطعتم»

المسألة في الدرر. قوله: (فلو نكح في عمره مرة) أي ودخل بها. درر. قوله: (ثم طلق) عبارة الدرر: نم زال النكاح، وهي أعم لشمولها زوال النكاح بموتها أو ردها أو نحو ذلك. قوله: (ونظم بعضهم الخ) نقله القاضي زين الدين بن رشيد صاحب العمدة عن الفاكهاني المالكي كما في التتائي، ويوجد في بعض النسخ شروط الحصانة في ستة اهدط.

أقول: وهذا هو الصواب، لأن الشطر الأول الذي ذكره الشارح من بحر السريع والبقية من بحر المتقارب، فافهم. وقوله في آخر الأبيات «فلا يرجما» بالياء المثناة التحتية كما رأيناه في النسخ، وينبغي أن يكون بالفوقية، و«لا» ناهية، وأصله لاترجم بنون التوكيد المخففة قلبت ألفاً، إذ لو كانت لا نافية وجب الرفع، ولعل اقتصار الناظم على الشروط الستة لكونها مذهب المالكية وزيد عليها عندنا كونها بصفة الإحصان وقت الوطء وعدم الارتداد فصارت ثمانية، ويزاد كون العقد صحيحاً فتصير تسعة، وقد غيرت هذا النظم جامعاً للتسعة فقلت: [المتقارب]

شَرَائِطُ الإِخْصَانِ تَسَعُ أَتَتْ مَتَى اخْتَلَّ شَرْطٌ فَلَا تَرْجَمَا
بُلُوغٌ وَعَقْلٌ وَخُرِّيَّةٌ وَدِينٌ^(١) وَفَقْدُ ارْتِدَادِهَا
وَوَطْءٌ بِعَقْدٍ صَحِيحٍ لِمَنْ غَدَّتْ مِثْلُهُ فِي الَّذِي قَدَّمَ

بَابُ الْوَطْءِ الَّذِي يُوجِبُ الْحَدَّ، وَالَّذِي لَا يُوجِبُهُ

قوله: (لقيام الشبهة) علة لقوله لا يوجبه. قوله: (لحديث) علة لما فهم من العلة الأولى، وهو أن الحد لا يثبت عند قيام الشبهة. وطعن بعض الظاهرية في الحديث بأنه لم يثبت مرفوعاً. والجواب أن له حكم الرفع، لأن إسقاط الواجب بعد ثبوته بالشبهة

(١) في ط (قوله ودين الخ) وجد بخطه في هامش نسخة بدل هذا الشطر، ودين يدوم به مسلماً ولعله نسخة أخرى.

(الشبهة ما يشبهه) الشيء (الثابت وليس بثابت) في نفس الأمر (وهي ثلاثة أنواع: شبهة) حكمية (في المحل، وشبهة) اشتباه (في الفعل، وشبهة في العقد) والتحقيق دخول هذه في الأوليين وسنحققه (فإن ادعاها) أي الشبهة (وبرهن قبل) برهانه (وسقط الحد وكذا يسقط) أيضاً (بمجرد دعواها إلا في) دعوى (الإكراه) خاصة (فلا بد من البرهان) لأنه دعوى بفعل الغير فيلزم ثبوته. بحر (لا حد) بلازم (بشبهة المحل)

خلاف مقتضى العقل. وأيضاً في إجماع فقهاء الأمصار على الحكم المذكور كفاية، ولذا قال بعضهم: إن الحديث متفق عليه، وأيضاً تلقته الأمة بالقبول. وفي تتبع المروي عن النبي ﷺ وعن أصحابه من تلقين ماعز وغيره الرجوع احتيالياً للدرء بعد الثبوت ما يفيد القطع بثبوت الحكم، وتمامه في الفتح. قوله: (ثلاثة أنواع) يأتي بيانها. قوله: (في المحل) هو الموطوءة كما في العيني والشلبي وغيرهما، فقوله الآتي «أي الملك» بمعنى المملوك. قوله: (وبرهن) أي على أنها أمة ولده أو أمة أبويه مثلاً. قوله: (وكذا يسقط بمجرد دعواها) أي دعوى الشبهة، وهذا يغني عما قبله لانفهامه منه بالأولى. قوله: (إلا في دعوى الإكراه الخ) قلت: الظاهر في وجه الفرق أن الإكراه لا يخرج الفعل عن كونه زناً، وإنما هو عذر مسقط للحد وإن لم يسقط الإثم، كما يسقط القصاص بالإكراه على القتل دون الإثم فلا يقبل قوله بمجرد دعواه، بخلاف دعواه شبهة من الشبه الثلاث لأنه ينكر السبب الموجب للحد، فإن دعواه أنه تزوجها أو أنها أمة ولده إنكار للوطء الخالي عن الملك وشبهته، فلذا قبل قوله بلا برهان. تأمل. والظاهر أن لزوم البرهان على الإكراه خاص بما إذا ثبت زناه بالبينة لا بإقراره. قوله: (لا حد بلازم) أي ثابت.

مَطْلَبٌ فِي بَيَانِ شُبْهَةِ الْمَحَلِّ

قوله: (بشبهة المحل) هو الموطوءة كما مر، وهي المنافية للحرمة ذاتاً، على معنى أنا لو نظرنا إلى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافياً للحرمة. نهر: يعني أن النظر إلى ذات الدليل ينفي الحرمة ويثبت الحل مع قطع النظر عن المانع، كما في القهستاني.

وحاصله أنها وجد فيها دليل مثبت للحل لكنه عارضه مانع، فأورث هذا الدليل شبهة في حل المحل والإضافة فيها على معنى في. وقال الزيلعي: أي لا يجب الحد بشبهة وجدت في المحل وإن علم حرمة، لأن الشبهة إذا كانت في الموطوءة ثبت فيها الملك من وجه فلم يبق معه اسم الزنا فامتنع الحد على التقادير كلها، وهذا لأن الدليل المثبت للحل قائم وإن تخلف عن إثباته حقيقة لمانع فأورث شبهة، فلهذا سمي هذا النوع شبهة في المحل؛ لأنها نشأت عن دليل موجب للحل في المحل، بيانه قوله عليه

أي الملك، وتسمى شبهة حكمية: أي الثابت حكم الشرع بحله (وإن ظن حرمة كوطء أمة ولده وولد ولده) وإن سفل ولو ولده حياً. فتح، لحديث «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ»^(١) (ومعتدة الكنايات) ولو خلعا خلا عن مال وإن نوى بها ثلاثاً. نهر؛

الصلاة والسلام «أنت ومالك لأبيك» يقتضي الملك، لأن اللام فيه للملك اه: أي وقد عارضه مانع من إرادة حقيقة الملك وهو الإجماع على عدم إرادته حقيقة فثبتت شبهة عملاً باللام بقدر الإمكان. قوله: (أي الملك) بمعنى المملوك، فلا ينافي تفسيره أيضاً بالموطوءة، فافهم: أي شبهة كون المحل مملوكاً له أو المصدر بمعنى المالكية: أي كونه مالكاً له. قوله: (وتسمى شبهة حكمية) لكون الثابت فيها شبهة الحكم بالحل.

قوله: (أي الثابت حكم الشرع بحله) ينصب الثابت على أن ذلك تفسير لقوله «شبهة حكمية» أو يجره على أنه تفسير لقوله «بشبهة المحل» وضمير «حله» للمحل. وعبارة الفتح: وشبهة في المحل، وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك: أي الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل، فأسقط الشارح لفظ «شبهة» ولا بد منه، لأن نفس حكم الشرع بحله لم يثبت، وإنما الثابت شبهته: يعني أنها هي التي ثبت فيها شبهة الحكم بالحل لا حقيقته لكون دليل الحل عارضه مانع كما مر. قوله: (ولو ولده حياً) مبالغة على قوله: «وولد ولده» ج. وتام عبارة الفتح: وإن لم يكن له ولاية تملك مال ابن ابنه حال قيام ابنه، وتقدمت هذه المسألة في باب نكاح الرقيق ثم في الاستيلاء اه. وسنذكر أنه لا يثبت فيها النسب من الجد إذا كان ولده حياً. قوله: (لحديث الخ) رواه ابن ماجه عن جابر بسند صحيح، وتامه في الفتح، وذكر فيه قصة. قوله: (ولو خلعا خلا عن مال) أما لو كانت بغير لفظ الخلع فهي داخلة بالأولى، وقد يكون الخلع خلا عن مال، لأنه لو كان على مال لم يكن من هذا القسم بل يكون من شبهة الفعل الآتية، فلا ينتفي عنه الحد إلا إذا ظن الحل، كما في المطلقة ثلاثاً، لأنه لم يقل أحد إن المختلعة على مال تقع فرقتها طلاقاً رجعيّاً، وإنما اختلف الصحابة في كونها فسخاً أو طلاقاً: يعني بائناً، فالحرمة ثابتة على كل حال، وبهذا يعرف خطأ من بحث. وقال: ينبغي جعلها من الشبهة الحكمية، هذا حاصل ما حققه في فتح القدير؛ ويشهد له قوله في الهداية: والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع، ومثله في البحر عن البدائع. وبه يعلم أن ما نقله قبله عن جامع النسفي من أنه لا حد وإن علم الحرمة لاختلاف الصحابة في كونه بائناً محمول على ما إذا كان الخلع بلا مال، كما أن ما في المجتبى من أن المختلعة ينبغي أن تكون كالمطلقة ثلاثاً لحرمتها إجماعاً، محمول على ما إذا كان بمال توفيقاً بين كلامهم، فافهم. قوله: (وإن نوى بها ثلاثاً) أي بالكنايات فلا

(١) أخرجه أحمد ٢/٢١٤ وأبو داود ٢/٨٠١ (٣٥٣٠) وابن ماجه ٢/٧٦٩ (٢٢٩٢).

لقول عمر رضى الله عنه: الكنايات رواجع (و) وطء (البائع) الأمة (المبيعة والزوج) الأمة (الممهورة قبل تسليمها) لمشتر وزوجة، وكذا بعده في الفاسد (ووطء الشريك) أي أحد الشريكين (الجارية المشتركة و) وطء (جارية مكاتبه وعبد المأذون له وعليه دين محبط بماله ورقبته) زيلعي. (ووطء جارية من الغنيمة بعد الإحراز) بدارنا (أو قبله) ووطء جاريته قبل الاستبراء، والتي فيها خيار

يحد بوطئها في العدة وإن قال علمت أنها حرام لتحقق الاختلاف، لأن دليل المخالف قائم وإن كان غير معمول به عندنا. أفاده في الفتح. ثم قال: وفي هذه المسألة يقال مطلقة ثلاث وطئت في العدة وقال علمت حرمتها لا يحد. قوله: (الممهورة) أي التي جعلها مهراً لزوجته. قوله: (قبل تسليمها لمشتر وزوجة) لفّ ونشر مرتب، لأنهما في ضمان البائع أو الزوج وتعودان إلى ملكه بالهلاك قبل التسليم وكان مسلطاً على الوطء بالملك واليد، وقد بقيت اليد فتبقى الشبهة. زيلعي. قوله: (وكذا بعده في الفاسد) الأولى أن يقول: وكذا في الفاسد ولو بعده: أي بعد التسليم. قال في البحر: أما قبله فلبقاء الملك، وأما بعده فلأن له حق الفسخ فله حق الملك اهـ.

وقد يقال: إن وطء البائع في الفاسد قبل التسليم ليس مما نحن فيه، لأنه وطء في حقيقة الملك لا في شبهته، فقوله بعده للاحتراز عما قبله. تأمل. قوله: (ووطء الشريك الخ) لأن ملكه في البعض ثابت فتكون الشبهة فيها أظهر. زيلعي. وهذا إذا لم يكن أعتقها أحد الشريكين، وإلا ففيه تفصيل مذكور في الخانية. قوله: (ووطء جارية مكاتبه وعبد الخ) لأن له حقاً في كسب عبده فكان شبهة في حقه. زيلعي، وأما غير المديون فهو على ملك سيده. قوله: (ووطء جارية من الغنيمة) أي وطء أحد الغانمين قبل القسمة كما في البحر عن البدائع. قال ح: وسيأتي في كتاب السرقة عن الغاية بحثاً: عدم قطع من سرق من المغنم وإن لم يكن له حق فيه، لأنه مباح الأصل فصار شبهة فكان ينبغي الإطلاق هنا أيضاً. تأمل اهـ.

قلت: وفيه أن ما كان مباح الأصل هو ما يوجد في دار الإسلام تافهاً مباحاً كالصيد والحشيش، فهذا لا يقطع به وإن ملك وسرق من حرز، وجارية المغنم ليست كذلك، وإلا لزم أن يقطع بها ولو بعد الإحراز والقسمة، وكذا لو زنى بها. تأمل. قوله: (ووطء جاريته قبل الاستبراء) هذه من زيادات الفتح. وفيه أن الملك فيها كامل من كل وجه، إلا أنه منع من وطئه لها خوف اشتباه النسب، والكلام في وطء حرام سقط فيه الحد لشبهة الملك، وهذه فيها حقيقة الملك فكانت كوطء الزوجة الحائض والنفساء والصائمة والمحرمة مما منع من وطئها لعارض الأذى أو إفساد العبادة مع قيام الملك، إلا أن يراد بشبهة الملك ملك الوطء لا ملك الرقبة، فليتأمل. قوله: (والتي فيها خيار للمشتر) أي

للمشتري، والتي هي أخته رضاعاً، وزوجة حرمت بردتها أو مطاوعتها لابنه أو جماعه لأمها أو بنتها، لأن من الأئمة من لم يحرم به وغير ذلك، كما لا يخفى على المتتبع، فدعوى الحصر في ستة مواضع ممنوعة.

(و) لا حدّ أيضاً (بشبهة الفعل) وتسمى شبهة اشتباه: أي شبهة في حق من حصل له اشتباه (وإن ظن حله)

إذا وطئها البائع واقتصر على ذكر المشتري، لأنه يعلم منه ما إذا كان الخيار للبائع بالأولى، لأنه لم يجد إذا كان للبائع، لبقاء ملكه، وإن كان للمشتري فلأن المبيع لم يخرج عن ملك بائعه بالكلية كما في البحر. أفاده ط.

وقد يقال: إن المناسب أن لا يذكر خيار البائع، لأن وطأه في حقيقة الملك لا في شبهته نظير مامر، فكان الأولى ما ذكره الشارح، ويفهم منه ما إذا كان الخيار لهما أو لأجنبي، فافهم. وفي التاترخانية: ولو باع جارية على أنه بالخيار فوطئها المشتري أو كان الخيار للمشتري فوطئها البائع فإنه لا يجد، علم بالحرمة أو لم يعلم. قوله: (والتي هي أخته رضاعاً) أي ووطء أمته التي هي أخته رضاعاً.

قلت: ومثلها أمته المجوسية والتي تحتها أختها لوجود الملك فيهما أيضاً مع أن حرمتها غير مؤيدة. تأمل. قوله: (من لم يحرم به) أي بالمذكور من الردة وما بعدها، أما الردة فقد تقدم في كتاب النكاح أن مشايخ بلخ أفتوا بعدم الفرقة بردتها، وأما فيما بعدها فلخلاف الشافعي رحمه الله تعالى اهـ ح. قوله: (وغير ذلك) منه ما ذكرناه من المجوسية والتي تحتها أختها. قوله: (فدعوى الحصر) أي المفهوم من قول الهداية وغيرها: والشبهة في المحل في ستة مواضع.

مَطْلَبٌ فِي بَيَانِ شُبْهَةِ الْفِعْلِ

قوله: (بشبهة الفعل) أي الشبهة في الفعل الذي هو الوطء حيث كان مما قد يشتهه عليه حرمة لا في محله وهو الموطوءة، لأن حرمة المحل هنا مقطوع بها إذا لم يقم فيه دليل ملك عارضه غيره فلم يكن في حل المحل شبهة أصلاً. قوله: (أي شبهة في حق من حصل له اشتباه) هو معنى قول المصنف «إن ظن حله» لأن من ظن الحل فقد اشتبه عليه الأمر، ولذا قال في الفتح: إنها تتحقق في حق من اشتبه عليه الحل والحرمة، إذ لا دليل في السمع يفيد الحل، بل ظن غير الدليل دليلاً، كما يظن أن جارية زوجته تحمل له؛ لظنه أنه استخدم؛ واستخدامها حلال، فلا بد من الظن وإلا فلا شبهة أصلاً لفرض أن لا دليل أصلاً لتثبت الشبهة في نفس الأمر، فلو لم يكن ظنه الحل ثابتاً لم تكن شبهة أصلاً اهـ. قوله: (إن ظن حله) شرط لقوله: «ولا حد الخ» فنفي الحد هنا مشروط

العبرة لدعوى الظن وإن لم يحصل له الظن؛ ولو ادعاه أحدهما فقط لم يجدا حتى يقرأ جميعاً بعلمهما بالحرمة. نهر (كوطه أمة أبيه) وإن علياً. شماني (ومعتدة الثلاث) ولو جملة (وأمة امرأته وأمة سيده) ووطء (المرتمن) الأمة (المرهونة)

بظن الحل، لما علمت أن هذا الظن هو الشبهة لعدم دليل قائم تثبت به الشبهة، فلو لم يظن الحل شبهة أصلاً بخلاف ما مر، فإن الشبهة فيه جاءت من دليل حل المحل فلا حاجة فيه إلى ظن الحل، فلذا انتفى الحد فيه سواء ظن الحل أو لا. قوله: (العبرة لدعوى الظن النخ) أي لا للظن نفسه فإنه يجد إن لم يدع وإن حصل له الظن، ولا يجد إن ادعى وإن لم يحصل له الظن. ابن كمال. وفيه تورك على عبارة المصنف، لكن لا يخفى أن الظن أمر باطني لا يعلمه القاضي إلا بدعوى صاحبه، فقوله: «إن ظن حله» أي إن علم القاضي أنه ظن الحل يدرأ عنه الحد، وذلك لا يكون إلا بدعواه وإخباره. قوله: (ولو ادعاه أحدهما النخ) لأن الشبهة إذا تمكنت في الفعل من أحد الجانبين تتعدى إلى الجانب الآخر ضرورة. بحر. قوله: (كوطه أمة أبيه النخ) لأن بين الإنسان وبين أبيه وزوجته وسيده انبساطاً في الانتفاع بمالههم واستخدام جوارهم، فكان مظنة حل الوطاء على وهم أنه من الاستخدام، وكذا بقاء أثر الفراش في المعتدة من وجوب النفقة وحرمة تزوج أختها مظنة لتوهم حل وطئها، وقيد بالأمة لما في الخانية: لو زنى بامرأة الأب أو الجد فإنه يجد وإن قال ظننت أنها تحل لي. قوله: (ومعتدة الثلاث) هذا إذا لم ينو الثلاث بالكنيات إذ لو نواها بها كان من شبهة المحل كما قدمه عن النهر. قوله: (ولو جملة) أي ولو كان تطلقه الثلاث بلفظ واحد فلا يسقط عنده الحد، إلا أن ادعى ظن الحل، وكذا لو أوقع الثلاث متفرقة بالطريق الأولى إذ لم يخالف فيه أحد، لأن القرآن ناطق بانتفاء الحل بعد الثالثة فلم يبق شبهة في حل المحل، ولا اعتبار بخلاف من أنكر وقوع الجملة لمخالفته للقطعي، وهو إجماع الصحابة الذي تقرر في زمن عمر، لكن يشكل ما في نكاح الهداية من أن الحد لا يجب بوطء المطلقة بائناً واحدة أو ثلاثاً مع العلم بالحرمة على إشارة كتاب الطلاق. وعلى عبارة كتاب الحدود يجب، لأن الملك قد أزال حق الحل فيتحقق الزنا اهـ. ووفق في البحر بحمل إشارة كتاب الطلاق على ما إذا أوقع الثلاث جملة، وحل عبارة الحدود على ما إذا أوقعها متفرقة، لأن. إيقاعها جملة خالف فيه الظاهرية: أي فيكون من شبهة المحل، فلا يجد وإن اعتقد الحرمة لشبهة الدليل واعترضه بأن المصرح به في الفتح وغيره الجزم بأنها من شبهة الفعل وعدم اعتبار الخلاف بعد انعقاد الإجماع، وبأن الإشارة لا تعارض العبارة.

قلت: على أنه يمكن التوفيق بوجه آخر، وهو حمل الإشارة على ما إذا كان

في رواية كتاب الحدود، وهي المختار. زيلعي. وفي الهداية: المستعير للرهن كالمرتن. وسيجيء حكم المستأجرة والمغصوبة، وينبغي أن الموقوفة عليه كالمرهونة. غير. (و) معتدة (الطلاق على مال) وكذا المختلعة على الصحيح. بدائع. ومعتدة (الإعتاق) (و) الحال أنها (هي أم ولده، و) الواطء (إن ادعى النسب يثبت في الأولى) شبهة المحل (لا في الثانية) أي شبهة الفعل

الطلاق البائن بلفظ الكنايات والعبارة على ما إذا كان بلفظ الصريح، والله أعلم. قوله: (في رواية كتاب الحدود) أي أن عمداً ذكرها في كتاب الحدود من مسائل شبهة الفعل، وذكر في كتاب الرهن أنها من شبهة المحل.

قال في البحر: وبالْحاصل أنه إذا ظن الحل فلا حد باتفاق الروائتين، والخلاف فيما إذا علم الحرمة، والأصح وجوبه، وذكر في الإيضاح وجوبه وإن ظن الحل؛ وهو مخالف لعامة الروايات.

مَطْلَبٌ: الْحُكْمُ الْمَذْكُورُ فِي بَابِهِ أَوْلَى مِنْ الْمَذْكُورِ فِي غَيْرِ بَابِهِ

قال في الدرر المتقى: واستفيد منه أن الحكم المذكور في بابه أولى من المذكور في غير بابه، لأنه كأنه استطراد، هكذا كان. أفادنيه والذي فليحفظ. قوله: (وهي المختار) وفي الهداية: وهي الأصح، وتبعه الشارحون، لأن عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال، لأنه إنما يفيد له الملك بعد الهلاك فيصير به مستوفياً لحقه، لكنه بعد الهلاك لا يملك المتعة: أي الوطء. ومقتضى هذا وجوب الحد وإن ظن الحل، لكن لما كان الاستيفاء سبباً لملك المال، وملك المال سبباً لملك المتعة في الجملة حصل الاشتباه. ذخيرة. قوله: (المستعير للرهن) اللام للتعليل: أي الذي استعار أمة ليرهنها لا للتعدية حتى يكون المعنى استعار أمة مرهونة من المرتن اهدح. والمناسب أن يقول: لا للتقوية، لأن اسم الفاعل هنا متعدّ بنفسه، تقول أنا مستعير فرساً، فإذا قلت مستعير للفرس كانت زائدة لتقوية العامل، كقوله تعالى: ﴿مُصَدِّقًا لِمَا مَعَهُمْ﴾ [البقرة: 91] ولعل وجه كون المستعير بمنزلة المرتن هو أنه إذا استعار شيئاً ليرهنه بكذا ثم هلك عند المرتن صار مستوفياً لدينه ووجب مثل الدين للمعير على المستعير، لأنه صار قاضياً دينه بالرهن كما تقرر في محله، فإذا غرم مثله للمعير صار مال الكأ له فكان بمنزلة المرتن. تأمل. قوله: (وسيجيء) أي في هذا الباب. قوله: (وكذا المختلعة) أي على مال، لأنه لو كان خلعاً خلا عن مال كان من شبهة المحل كما قدمه عن النهر. قوله: (يثبت في الأولى) هذا في غير الجد إذا وطئ جارية ابن ابنه وابنه حي، لأن لجد لا يملكها حال حياة الأب فلا يثبت النسب بدعوى الجد؛ نعم إن صدقه ابن الابن عتق لزعمه أنه عمه، وما في النهاية من أنه يثبت نسبه غلط كما حققه في الفتح.

لتمحضه زنا (إلا في المطلقة ثلاثاً بشرطه) بأن تلد لأقل من سنتين لا لأكثر إلا بدعوة، كما مر في بابه، وكذا المختلعة والمطلقة بعوض بالأولى. نهاية (و) إلا (في وطء امرأة زفت) إليه (وقال النساء هي زوجتك ولم تكن كذلك) معتمداً خبرهن فيثبت نسبه بالدعوة. بحر.

(و) لا حدّ أيضاً (بشبهة العقد) أي عقد النكاح (عنده) أي الإمام

قوله: (لتمحضه زنا) لأنه لا شبهة ملك فيه، بل سقط الحد لظنه فضلاً من الله تعالى، وهو راجع إليه: أي إلى الواطء لا إلى المحل، فكأن المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت النسب بهذ الوطء، ولذا لا تثبت به عدة لأنه لا عدة من الزنا. فتح. قوله: (بشرطه) أي بشرط الثبوت، والمناسب إسقاطه كما يظهر قريباً. قوله: (بأن تلد الخ) بدل من قوله: «بشرطه» قال ح: ويحمل على وطء سابق على الطلاق كما تقدم في باب ثبوت النسب. ولا نقول: إنه انعقد من هذا الوطء الحرام حيث أمكن حمله على الحلال. قوله: (لا لأكثر) ومثل الأكثر تمام السنتين ح. قوله: (كما مر في بابه) من أنه لا يثبت النسب في المطلقة ثلاثاً بعد سنتين إلا بدعوة ح.

قلت: وتحصل من هذا أنه إذا ادعى الولد يثبت النسب، سواء ولدت لأقل من سنتين أو لأكثر وإن لزم الوطء في العدة لوجود شبهة العقد؛ وأما بدون الدعوى فلا يثبت إلا إذا ولدت لأقل من سنتين حملاً على أنه بوطء سابق على الطلاق، فقول المصنف «بشرطه» لا محل له، لأن كلامه فيما إذا ادعى النسب وفيه يثبت مطلقاً كما علمت، وهو الذي حرره في الفتح وتبعه في البحر. قوله: (بالأولى) لأنها أقل من الثلاث ط. فإن حرمة الثلاث تزيل حل المحلية ولذا لا تحل له إلا بعد زوج آخر. قوله: (وإلا في وطء امرأة الخ) الاستثناء في هذه مبني على أنها من شبهة الاشتباه: أي شبهة الفعل، وعليه مشى الزيلعي، وكذا صاحب البحر أولاً، وقيل إنها شبهة محل؛ وذكر في الفتح أولاً أنه الأوجه لأن قولهن هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء لقبول قول الواحد في المعاملات، ولذا حل وطء من قالت أرسلني مولاي هدية إليك. ثم قال: والحق أنه شبهة اشتباه، لأن الدليل المعبر فيها ما يقتضي ثبوت الملك لا ما يطلق شرعاً مجرد الوطء. اهدم مخلصاً، فليتأمل. قوله: (وقال النساء) الجمع غير قيد كما يأتي. قوله: (فيثبت نسبه بالدعوة بحر) لفظ بالدعوة الخ يوجد في بعض النسخ: وهو غير لازم لأن أصل الكلام فيه.

مَطْلَبٌ فِي بَيَانِ شُبْهَةِ الْعَقْدِ

قوله: (بشبهة العقد) أي ما وجد فيه العقد صورة لا حقيقة، لأن الشبهة كما مر ما يشبه الثابت وليس بثابت، فخرج ما وجد فيه العقد حقيقة، ولذا قال في التاترخانية:

(كوطاء محرم نكحها) وقالوا: إن علم الحرمة حد، وعليه الفتوى. خلاصة. لكن المرجح في جميع الشروح قول الإمام، فكان الفتوى عليه أولى. قاله قاسم في تصحيحه.

وإذا كان الوطء بملك النكاح أو بملك يمين والحرمة بعارض آخر فذلك لا يوجب الحد نحو الحائض والنفساء والصائمة صوم الفرض والمحرمة والموطوءة بشبهة والتي ظاهر منها أو ألى منها فوطئها في العدة لا حد عليه، وكذا الأمة المملوكة إذا كانت محرمة عليه برضاع أو مصاهرة أو لكون أختها مثلاً في نكاحه أو هي مجوسية أو مرتدة فلا حد عليه وإن علم الحرمة اهـ.

قوله: (كوطاء محرم نكحها) أي عقد عليها، أطلق في المحرم فشمّل المحرم نسباً ورضاعاً وصهرية، وأشار إلى أنه لو عقد على منكوحة الغير أو معتدته أو مطلقته الثلاث أو أمة على حرة أو تزوج مجوسية أو أمة بلا إذن سيدها أو تزوج العبد بلا إذن سيده أو تزوج خمساً في عقد فوطئهن أو جمع بين أختين في عقدة فوطئهما أو الأخيرة لو كان متعاقباً بعد التزوج فإنه لا حد، وهو بالاتفاق على الأظهر. أما عنده فظاهر، وأما عندهما فلأن الشبهة إنما تنتفي عندهما إذا كان مجمعاً على تحريمه وهي محرمة على التأييد. بحر.

قلت: وهذا هو الذي حرره في فتح القدير وقال: إن الذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم كابن المنذر ذكروا أنه إنما يحدّ عندهما في ذات المحرم لا في غير ذلك كمجوسية وخامسة ومعتدة، وكذا عبارة الكافي للحاكم تفيد حيث قال: تزوّج امرأة ممن لا يجل له نكاحها فدخل بها لا حد عليه، وإن فعله على علم لم يحد أيضاً، ويوجب عقوبة في قول أبي حنيفة. وقالوا: إن علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم اهـ. فعمم في المرأة على قوله ثم خص على قولهما بذوات المحرم. قوله: (وقال الخ) مدار الخلاف على ثبوت محلية النكاح للمحارم وعدمه، فعنده هي ثابتة على معنى أنها محل لنفس العقد لا بالنظر إلى خصوص عاقد لقبولها مقاصده من التوالد فأورث شبهة، ونفياها على معنى أنها ليست محلاً لعقد هذا العاقد فلم يورث شبهة، وتماهه في الفتح والنهر. قوله: (إن علم الحرمة حد) أما إن ظن الحل فلا يحد بالإجماع ويعزّر، كما في الظهيرية وغيرها.

مَطْلَبٌ: إِذَا اسْتَحَلَّ الْمُحَرَّمَ عَلَى وَجْهِ الظَّنِّ لَا يَكْفُرُ، كَمَا لَوْ ظَنَّ عِلْمَ الغَيْبِ

وعلم من مسائلهم هنا أن من استحل ما حرّمه الله تعالى على وجه الظن لا يكفر، وإنما يكفر إذا اعتقد الحرام حلالاً. ونظيره ما ذكره القرطبي في شرح مسلم أن ظن الغيب جائز كظن المنجم والرّمال بوقوع شيء في المستقبل بتجربة أمر عادي فهو

لكن في القهستاني عن المضمرة: على قولهما الفتوى. وحرر في الفتح أنها من شبهة المحل وفيها يثبت النسب كما مر (أو) وطء في (نكاح بغير شهود) لا حد لشبهة العقد.

وفي المجتبي: تزوج بمحرمه أو منكوحه الغير أو معتدته ووطئها ظاناً الحل لا يحد ويعزر، وإن ظاناً الحرمة فكذلك عنده

ظن صادق، والممنوع ادعاء علم الغيب. والظاهر أن ادعاء ظن الغيب حرام لا كفر، بخلاف ادعاء العلم، وسنوضحه في الردة. بحر. قوله: (لكن في القهستاني الخ) الاستدراك على قوله: «في جميع الشروح» فإن المضمرة من الشروح. وفيه أن القهستاني ذكر عن المضمرة أنه قال: والصحيح الأول، وأنه في موضع آخر قال: إذا تزوج بمحرمه يحدّ عندهما، وعليه الفتوى اهـ. على أن ما في عامة الشروح مقدم. وكذلك في الفتح نقل عن الخلاصة أن الفتوى على قولهما، ثم وجهه بأن الشبهة تقتضي تحقق الحل من وجه وهو غير ثابت، وإلا وجبت العدة والنسب، ثم دفع ذلك بأن من المشايخ من التزم وجوبهما، ولو سلم عدم وجوبهما لعدم تحقق الحل من وجه، فالشبهة لا تقتضي تحقق الحل من وجه، لأن الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت، فلا ثبوت لما له شبهة الثبوت بوجه؛ ألا ترى أن أبا حنيفة ألزم عقوبته بأشد ما يكون، وإنما لم يثبت عقوبة هي الحد فعرف أنه زنا محض إلا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه اهـ ملخصاً.

وحاصله أن عدم تحقق الحل من وجه في المحارم لكونه زنا محضاً يلزم منه عدم ثبوت النسب والعدة، ولا يلزم منه عدم الشبهة الدارئة للحد. ولا يخفى أن في هذا ترجيحاً لقول الإمام. قوله: (وحرر في الفتح الخ) صوابه في النهر، فإنه بعد ما ذكر ما قدمناه عن الفتح قال: 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 اهـ. وهذا صريح بأن الشبهة في المحل وفيها يثبت النسب على ما مر اهـ. كلام النهر.

قلت: وفي هذه زيادة تحقيق لقول الإمام لما فيه من تحقيق الشبهة حتى ثبت النسب، ويؤيده ما ذكره الخير الرملي في باب المهر عن العيني ومجمع الفتاوى أنه يثبت النسب عنده خلافاً لهما. قوله: (وفي المجتبي الخ) مثله في الذخيرة. قوله: (ظاناً الحل) أما لو اعتقده يكفر كما مر. قوله: (ويعزر) أي إجماعاً كما في الذخيرة، لكنه مخالف لما في الهداية من قوله: ولكن يوجب عقوبة إذا كان علم بذلك فقيده العقوبة بما

خلافاً لهما. فظهر أن تقسيمها ثلاثة أقسام: قول الإمام (وحدّ بوطء أمة أخيه وعمه) وسائر محارمه سوى الولاد لعدم البسوة. (و) بوطء (امرأة) وجدت على فراشه) فظنها زوجته. (ولو هو أعمى) لتمييزه بالسؤال إلا إذا دعاها فأجابته قائلة أنا زوجتك أو أنا فلانة باسم زوجته فواقعها، لأن الإخبار دليل شرعي، حتى لو

إذا علم، ومثله ما مر عن كافي الحاكم. وفي الفتح: لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة وسفيان الثوري وزفر وإن قال علمت أنها عليّ حرام، ولكن يجب الحد ويعاقب عقوبة هي أشد ما يكون من التعزير سياسة لا حداً مقدراً شرعاً إذا كان عالماً بذلك. وإن لم يكن عالماً لا حد ولا عقوبة تعزير اهـ.

وقد يجاب بأن قوله ولا عقوبة تعزير المراد به نفي أشد ما يكون، فلا ينافي أن يعزّر بما يليق بحاله حيث جهل أمراً لا يخفى عادة. تأمل. قوله: (خلافاً لهما) أي في ذات المحرم فقط كما مر. قوله: (فظهر أن تقسيمها الخ) إن أراد التقسيم من حيث الحكم فهي اثنان عند الكل، غايته إن حكم شبهة العقد عند الإمام حكم شبهة المحل. وعندهما: حكم شبهة الفعل؛ وإن أراد التقسيم من حيث المفهوم فهي اثنان أيضاً، لأن شبهة العقد منها ما هو شبهة الفعل كمغتدة الثلاث كما صرح به في النهر في باب ثبوت النسب، ومنها ما هو شبهة المحل كمسألة المتن اهـ ح. قوله: (وحد بوطء أمة أخيه الخ) أي وإن قال ظننت أنها تحل لي، لأنه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الآخر، فدعوى ظنه الحل غير معتبرة. ومعنى هذا أنه علم أن الزنا حرام، لكنه ظن أن وطأه هذه ليس زناً محرماً فلا يعارض ما مر عن المحيط من أن شرط وجوب الحد أن يعلم أن الزنا حرام. فتح. قوله: (سوى الولاد) بالكسر مصدر ولدت المرأة ولاداً وولادة: أي سوى قرابة الولادة: أي قرابة الأصول أو الفروع فلا حدّ فيها، لكن لا يحد في قرابة الأصول إذا ظن الحل كما مر. قوله: (وجدت على فراشه) يعني في ليلة مظلمة كما في الخانية. شربلالية. فيعلم حكم النهار بالأولى. قوله: (إلا إذا دعاها) يعني الأعمى، بخلاف البصير كما في الخانية، وهو ظاهر عبارة الزيلعي والفتح أيضاً.

ثم اعلم أن ما ذكره المصنف والشارح هو المذكور في المتون والشروح، وعزاه في التاترخانية إلى المنتقى والأصل، لكنه قال بعد ذلك: وفي الظهيرية رجل وجد في بيته امرأة في ليلة ظلماء فغشيها وقال ظننت أنها امرأتي لا حد عليه، ولو كان نهاراً يحد. وفي الحاوي: وعن زفر عن أبي حنيفة فيمن وجد في حجّلتة أو في بيته امرأة فقال ظننت أنها امرأتي، إن كان نهاراً يحد، وإن كان ليلاً لا يحد. وعن يعقوب عن أبي حنيفة أن عليه الحد ليلاً كان أو نهاراً، قال أبو الليث: وبرواية زفر يؤخذ اهـ.

أجابته بالفعل أو بنعم حدّ. (وذميمة) عطف على ضمير حد وجاز للفصل (زنى بها حربي) مستأمن (و) حدّ ذمّي زنى بحربية مستأمنة (لا) يحدّ الحربي في الأولى (والحربية) في الثانية، والأصل عند الإمام الحدود كلها لا تقام على مستأمن إلا حدّ القذف.

(و) لا يحد بوطء (بهيمة) بل يعزر وتذبح ثم تحرق، ويكره الانتفاع بها حية وميتة. مجتبى. وفي النهر: الظاهر أنه يطالب ندباً، لقولهم تضمنن بالقيمة (و) لا يحد (وطء أجنبية زفت إليه، وقيل) خبر الواحد كاف في كل ما يعمل فيه بقول

قلت: ومقتضاه أنه لا حد على الأعمى ليلاً كان أو نهاراً. قوله: (وجاز) أي العطف على ضمير الرفع المتصل. قوله: (لا يحد الحربي الخ) أي خلافاً لأبي يوسف؛ فعنده يحد الحربي 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.

والحاصل أن الزانيين إما مسلمان أو ذميان أو مستأمنان، أو الرجل مسلم والمرأة ذمية، أو مستأمنة أو بالعكس، أو الرجل ذمي والمرأة مستأمنة أو بالعكس، فهي تسع صور. والحد واجب عند الإمام في الكل إلا في ثلاث: إذا كانا مستأمنين، أو أحدهما. أفاده في البحر.

مَطْلَبٌ فِي وَطْءِ الدَّابَّةِ

قوله: (وتذبح ثم تحرق) أي لقطع امتداد التحدث به كلما رؤيت وليس بواجب كما في الهداية وغيرها وهذا إذا كانت مما لا يؤكل، فإن كانت تؤكل جاز أكلها عنده. وقالوا: تحرق أيضاً، فإن كانت الدابة لغير الواطء يطالب صاحبها أن يدفعها إليه بالقيمة ثم تذبح، هكذا قالوا: ولا يعرف ذلك إلا سماعاً فيحمل عليه. زيلعي ونهر. قوله: (الظاهر أنه يطالب ندباً الخ) أي قولهم: يطالب صاحبها أن يدفعها إلى الواطء ليس على طريق الجبر. وعبارة النهر: والظاهر أنه يطالب على وجه الندب، ولذا قال في الخانية: كان لصاحبها أن يدفعها إليه بالقيمة اه. وعبارة البحر: والظاهر لا يجبر على دفعها.

تنبيه: لو مكنت امرأة قرداً من نفسها فوطئها كان حكمها كإتيان البهائم. جوهرة: أي في أنها لا حدّ عليها بل تعزّر. وهل يذبح القرد أيضاً؛ مقتضى التعليل بقطع امتداد التحدث نعم، فتأمل. قوله: (خبر الواحد كاف الخ) جملة معترضة بين القول ومقوله، والأولى ذكرها بعد هي عرسك لثلاث يوهم أنها مقولة القول، والمراد أن تعبير المصنف كالكنز بقيل أولى من تعبير القدوري بقلن.

النساء. بحر (هي عرسك وعليه مهرها) بذلك قضى عمر رضي الله عنه وبالعدّة

مَطْلَبٌ فِيمَنْ وَطِئَ مَنْ رُفَّتْ إِلَيْهِ

تنبيه: مقتضى هذا كله أنه لا يسقط الحد بمجرد الزفاف، وأنه لا بد من أن ينضم إليه الإخبار بأنها زوجته، ويلزم عليه أن من زفت إليه زوجته ليلة عرسه ولم يكن يعرفها أنه لا يحل له وطؤها ما لم تقل له واحدة أو أكثر إنها زوجتك، وهو خلاف الواقع بين الناس، وفيه حرج عظيم لأنه يلزم منه تأثيم الأمة. والظاهر أنه يحل وطؤها بدون إخبار، ولا سيما إذ أحضرها النساء من أهله وجيرانه إلى بيته وجليته على المنصة^(١) ثم زفت إليه، فإن احتمال غلط النساء فيها وأنها غيرها أبعد ما يكون؛ ومع هذا لو فرض الغلط وقد وطئها على ظن أنها زوجته وأنها تحل له فوجب الحد عليه إذا لم يقل له أحد إنها زوجتك في غاية البعد أيضاً، إذ لا شك أن هذه الشبهة أقوى من شبهة العقد على أمه أو بنته وظنه حلها له، وأقوى من ظنه حل أمة أبويه ونحوها، وكذا من وجدها على فراشه ليلاً على ما صححه أبو الليث. ورأيت في الخانية: رجل زفت إليه غير امرأته ولم يكن رأها قبل ذلك فوطئها كان عليه المهر ولا حد عليه اهـ. وظاهره أن الإخبار غير شرط. وأظهر منه ما في كافي الحاكم الشهيد: رجل تزوج فزفت إليه أخرى فوطئها لا حد عليه ولا على قاذفه.

رجل فجر بامرأة ثم قال حسبتها امرأتي قال: عليه الحد، وليست هذه كالأولى لأن الزفاف شبهة؛ ألا ترى أنها إذا جاءت بولد ثبت نسبه منه، وإن جاءت هذه التي فجر بها بولد لم يثبت نسبه منه اهـ. فقوله لأن الزفاف شبهة صريح في أن نفس الزفاف شبهة مسقطة للحد بدون إخبار، فهذا نص الكافي، وهو الجامع لكتب ظاهر الرواية، فالظاهر أن ما في المتون رواية أخرى، أو هو محمول على ما إذا لم نقم قرينة ظاهرة من عرس تجتمع فيه النساء أو من إرسال من تأتي بها إليه أو نحو ذلك مما يزيد على الإخبار، فلو لم يكن شيء من ذلك، كما إذا تزوج امرأة ثم بعد مدة أدخلت عليه امرأة في بيته ولم يعلم أنها التي عقد عليها أو غيرها، ولكنه ظن أنها هي فوطئها فهذا لا بد من إخبار واحدة أو أكثر بأنها زوجته، وإلا لزمه الحد، هذا ما ظهر لي، ولم أر من تعرض له، والله تعالى أعلم. قوله: (وعليه مهرها) أي ويكون لها كما قضى به علي رضي الله عنه، وهو المختار، لأن الوطء كالجنابة عليها لا لبيت المال كما قضى به عمر رضي الله عنه، وكأنه جعله حق الشرع عوضاً عن الحد، وتماه في الزيلعي وغيره. قوله: (بذلك قضى عمر) كذا وقع في الدر، وصوابه «عليّ». وفي العزيمة أنه سهو ظاهر.

(١) في ط (قوله المنصة) بكسر الميم وبالصاد المهملة المشددة: هو الكرسي الذي تقف عليه العروس في جلالتها.

(أو) بوطء (دبر) وقالوا: إن فعل في الأجنب حدّ، وإن في عبده أو أمته أو زوجته فلا حدّ إجماعاً بل يعزّر. قال في الدرر بنحو الإحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من محل مرتفع باتباع الأحجار. وفي الحاوي: والجلد أصح. وفي الفتح: يعزّر ويسجن حتى يموت أو يتوب. ولو اعتاد اللواط قتلته الإمام سياسة. قلت: وفي النهر معزياً للبحر: التقييد بالإمام يفهم أن القاضي ليس له الحكم بالسياسة.

فروع: في الجوهرة: الاستمناء حرام، وفيه التعزير، ولو مكن امرأته أو أمته

مَطْلَبٌ فِي وَطْءِ الدُّبْرِ

قوله: (أو بوطء دبر) أطلقه فشمّل دبر الصبيّ والزوجة والأمة فإنه لا حدّ عليه مطلقاً عند الإمام. منح. ويعزّر. هداية. قوله: (حد) فهو عندهما كالزنا في الحكم فيجلد جلدأ إن لم يكن أحصن، ورجما إن أحصن. نهر.

مَطْلَبٌ فِي حُكْمِ اللُّوَاطِ

قوله: (بنحو الإحراق الخ) متعلق بقوله يعزّر. وعبارة الدرر: فعند أبي حنيفة يعزّر بأمثال هذه الأمور.

واعترضه في النهر بأن الذي ذكره غيره تقييد قتلته بما إذا اعتاد ذلك. قال في الزيادات: والرأي إلى الإمام فيما إذا اعتاد ذلك، إن شاء قتله، وإن شاء ضربه وحبسه. ثم نقل عبارة الفتح المذكورة في الشرح وكذا اعترضه في الشرنبلالية بكلام الفتح. وفي الأشباه من أحكام غيبوبة الحشفة: ولا يجد عند الإمام إلا إذا تكرر فيقتل على المفتي به اه. قال البيري: والظاهر أنه يقتل في المرة الثانية لصدق التكرار عليه اه. ثم ظاهر عبارة الشارح أنه يعزّر بالإحراق ونحوه ولو في عبده ونحوه، وهو صريح ما في الفتح حيث قال: ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو زوجته بنكاح صحيح أو فاسد لا يجد إجماعاً، كذا في الكافي؛ نعم فيه ما ذكرنا من التعزير والقتل لمن اعتاده. قوله: (والتنكيس الخ) قال في الفتح: وكان مأخذ هذا أن قوم لوط أهلكوا بذلك حيث خملت قراهم ونكست بهم، ولا شك في اتباع الهدم بهم وهم نازلون. قوله: (وفي الحاوي) أي الحاوي القدسي. وعبارته: وتكلموا في هذا التعزير من الجلد ورميه من أعلى موضع، وحبسه في أنتن بقعة وغير ذلك سوى الإخضاء والجبّ، والجلد أصح اه. وسكت عليه في البحر والنهر، فتأمل. قوله: (التقييد بالإمام الخ) فيه كلام قدمناه قبل هذا الباب. قوله: (الاستمناء حرام) أي بالكف إذا كان لاستجلاب الشهوة، أما إذا غلبته الشهوة وليس له زوجة ولا أمة ففعل ذلك لتسكينها فالرجاء أنه لا وبال عليه كما قاله أبو الليث، ويجب

من العيب بذكره فأنزل كرهه ولا شيء عليه (ولا تكون) اللواط (في الجنة على الصحيح) لأنه تعالى استقبحتها وسماها خبيثة، والجنة منزهة عنها. فتح. وفي الأشباه: حرمتها عقلية فلا وجود لها في الجنة. وقيل سمعية

لو خاف الزنا. قوله: (كرهه) الظاهر أنها كراهة تنزيه، لأن ذلك بمنزلة ما لو أنزل بتفخيز أو تبطين. تأمل. وقدمنا عن المعراج في باب مفسدات الصوم: يجوز أن يستمني بيد زوجته أو خادمته، وانظر ما كتبناه هناك. قوله: (ولا شيء عليه) أي من حدٍّ وتعزير، وكذا من إثم على ما قلناه.

مَطْلَبٌ: لَا تَكُونُ اللَّوَاطَةُ فِي الْجَنَّةِ

قوله: (ولا تكون اللواط في الجنة) قال السيوطي: قال ابن عقيل الحنبلي: جرت مسألة بين أبي علي بن الوليد المعتزلي وبين أبي يوسف القزويني في ذلك، فقال ابن الوليد: لا يمنع أن يجعل ذلك من جملة اللذات في الجنة لزوال المفسدة، لأنه إنما منع في الدنيا لما فيه من قطع النسل وكونه محلاً للأذى وليس في الجنة ذلك، ولهذا أبيع شرب الخمر لما ليس فيه من السكر وغاية العريضة وزوال العقل فلذلك لم يمنع من الالتذاذ بها. فقال أبو يوسف: الميل إلى الذكور عاهة، وهو قبيح في نفسه، لأنه محل لم يخلق للوطء، ولهذا لم يبيح في شريعة، بخلاف الخمر وهو مخرج الحدث، والجنة نزهت عن العاهات. فقال ابن الوليد: العاهة هي التلويث بالأذى، فإذا لم يبق إلا مجرد الالتذاذ اه كلامه. رملي على المنع. قوله: (حرمتها عقلية) الظاهر أن المراد بالحرمة هنا القبح إطلاقاً لاسم المسبب على السبب: أي قبحها عقلي، بمعنى أنه يدرك بالعقل وإن لم يرد به الشرع كالظلم والكفر، لأن مذهبنا أنه لا يحرم بالعقل شيء: أي لا يكون العقل حاكماً بحرمته، وإنما ذلك لله تعالى، بل العقل مدرك لحسن بعض المأمورات وقبح بعض المنهيات فيأتي الشرع حاكماً بوفق ذلك فيأمر بالحسن وينهى عن القبح. وعند المعتزلة: يجب ما حسن عقلاً ويحرم ما قبح وإن لم يرد الشرع بوجوده أو حرمة. فالعقل عندهم هو المثبت، وعندنا المثبت هو الشرع والعقل آلة لإدراك الحسن والقبح قبل الشرع. وعند الأشاعرة: لا حظ للعقل قبل الشرع، بل العقل تابع للشرع، فما أمر به الشرع يعلم بالعقل أنه حسن، وما نهى عنه يعلم أنه قبيح، وتماثل أبحاث المسألة يعلم من كتب الأصول ومن حواشينا على شرح المنار^(١). قوله: (وقيل

(١) الحسن في اللغة، ضد القبح، يقال: حسن فهو حسن، والجمع حسان، قال تعالى: ﴿وقولوا للناس حسناً﴾ وقرئ بضم السين.

ويطلق الحسن والقبح على ثلاثة أمور إضافية لا ذاتية.

١. أولها: يطلق الحسن على ملامة الشيء للطباع، بأن يكون موافقاً لغرض فاعله، باعتباره أنه جالب له لذة. =

= ويطلق القبح على منافرتة له، باعتبار أنه دافع له ألماً. وعلى هذا الإطلاق: فالحسن. ما كان ملائماً للطبع، والقبح ما كان منافراً للطبع، والأفعال بهذا الاعتبار تختلف باختلاف الناس، بل قد تختلف باختلاف أزمته الشخص الواحد وأحواله.

وعليه: يبعد اتصاف الفعل بالحسن والقبح، اتصافاً ذاتياً، لعدم استقرار هذا الوصف.

٢. وثانيها: يطلق الحسن على ما أمر الشارع بالثناء على فاعله، كما يطلق القبح على ما أمر الشارع بالذم لفاعله.

وليس هذا الإطلاق ذاتياً، بل هو صفة إضافية اعتبارية، لا معنى قائم بالذات، إذ أنه يختلف باختلاف ورود أمر الشارع في الأفعال.

٣. وثالثها: يطلق الحسن على ما لا حرج في فعله، ويطلق القبح على ما فيه حرج. وليس هذا أيضاً ذاتياً، لاختلاف الأحوال والأزمان.

أما إطلاق الحسن والقبح بمعنى «الكمال، والنقصان» فإنما يكون في الصفات، والكلام هنا في الأفعال، وهما بهذا المعنى عقليان.

إذا علمنا هذا: أدركنا أن الحسن والقبح بالمعنى الأول: لا خلاف بين العلماء في كونه عقلياً، يدرك بالعقل من غير توقف على ورود الشرع، وإرسال الرسل.

وبالمعنى الثاني والثالث: شرعيان، لا يحكم بهما إلا الشرع.

وقد وقع الخلاف بين الأشاعرة، والمعتزلة، والماتريدية، في المعنيين الآخرين.

(١) فالأشاعرة: وكثير من المتكلمين، وجماعة من الحنفية: ذهبوا إلى أن الحسن والقبح في الأفعال، لا يدركان بالعقل، بل ادراكهما يكون من جهة الشرع. فالفعل الذي أمر الله تعالى به حسن، لأن الشارع هو الذي جعله مناهلاً للمدح والثواب، ولا يستقل العقل بإدراكه، وكذا ما نهى عنه الله تعالى، فهو قبيح، لأن الشارع نهى عنه، وجعله مناهلاً للذم والعقاب، ولا يدرك ذلك العقل.

فهم يرون أن العقول تختلف اختلافاً بيناً في حكمها على الفعل الواحد، وكثيراً ما يغلب عليها الهوى، فيحكم العقل بمقتضاه، فالحاكم بالحسن والقبح هو الشارع، ولا دخل للعقل فيه.

ويعنى آخر: أن الأفعال لا حسن لها ولا قبح، بل حسنها عبارة عن كونها مأموراً بها شرعاً، وقبحها عبارة عن كونها منهيها عنها شرعاً، وليس لها في نفسها صفة يكشف عنها الشرع، بل هما مستفادان منه.

وقد اعتبروا العقل آلة لفهم الخطاب الشرعي، ومعرفة صدق الناقل. ولا يعنون بهذا أن العقل لا حكم له في شيء أصلاً. إذ أحكامه في الأشياء أكثر من أن تحصى. بل مرادهم أن العقل لا يحكم بأن الفعل حسن أو قبيح.

إذ ليس في ذوات الأفعال أو صفاتها ما يدرك به العقل حسن الفعل أو قبحه. وينوا على هذا: أنه لا حكم قبل البعثة، فلا حكم لفعل العبد فيما لم يرسل به رسلاً، أو ينزل به كتاباً، فحيث لا أمر ولا نهي من الشارع، فلا ثواب ولا عقاب، قبل ورود الشرائع، وإرسال الرسل.

فالأشاعرة لا يجب عندهم شيء، ولا يجرم شيء قبل البعثة، فقبل ورود الشرع، لا يعرف ما ينبغي أن يكون مأموراً به، أو منهيها عنه، فالشارع هو الميثب والمبين لا العقل.

وقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث رسلاً﴾، فإنه تعالى نفى التعذيب قبل البعثة، وهو يستلزم نفي الوجوب قبلها، لأن التعذيب لازم لترك الواجب، فإذا انتفى اللازم انتفى الملزوم فلا عذاب إلا حيث يبعث الرسل. لقوله تعالى: ﴿لئنلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل وكان الله عزيزاً حكيماً﴾.

فلو كان حسن الفعل مدركاً بالعقل لزم تعذيب تارك الواجب، ومرتكب الحرام، ورد الشرع أم لا.

وأما المعتزلة: والكرامية، والخوارج، والبراهمة، والثنوية وكثير من الحنفية، وبعض الشافعية، وابن تيمية ومن حذا حذوه من الحنابلة، فقد ذهبوا إلى أن الحسن والقبح عقليان، لا شرعيان. بمعنى أنهما ثابتان قبل الشرع، والشرع دليل عليهما، إذ الشرع مؤيد للأحكام التي أدركها العقل، ومبين للأحكام التي لم =

= يدركها. فلا يتوقف معرفة حسن الفعل وقبحه على أوامر الشرع ونواهيها، بل يمكن إدراكهما بطريق العقل. وذلك بإدراك ما في الأفعال من المصالح والمفاسد وعدمها. فهم يرون: أن في الأفعال حسناً وقبحاً ذاتياً يستقل العقل بإدراكهما، فيستقل بإدراك حكم الفعل - الذي وقع على وجه مخصوص - تبعاً لإدراك ما في الفعل من حسن يستحق فاعله المدح، أو قبح يوجب لفاعله الذم. ولا يتوقف ذلك على ورود الدليل السمعي، وخطاب الشارع، وإرسال الرسل. وقد قسموا الحسن والقبح ثلاثة أقسام:

١. قسم يدركه العقل بالضرورة: كحسن الصدق النافع، وقبح الكذب الضار.
٢. وقسم يدركه العقل بالنظر: كحسن الكذب النافع، وقبح الصدق الضار.
٣. وقسم خفي على العقل، فلا يدركه لا بالضرورة، ولا بالنظر، بل يدرك بالشرع كمقادير العبادات وغيرها، مما لا يدرك العقل حسنه، ولا سبيل للعقل إليه. فهو يحتاج إلى مساعدة الشرع. فإذا ورد الشرع بهما، كشف عن حسن وقبح سابقين حاصلين في الفعل، مزيلاً لخفائهما، مظهرًا لمقتضى الحسن والقبح بهما.

أما إذا ورد بما أدرك العقل حسنه، كالتسمين الأولين، كان أمر الشارع مؤكداً لما أدركه العقل. ومقتضى هذا المذهب: أن يكون الناس مثابين ومعاقبين بناء على ما أدركته عقولهم قبل نزول الشرائع، وإرسال الرسل، فمن بلغتهم شرائع الله مكلفون من الله بما تقضي به هذه الشرائع، ومن لم تبلغهم شرائع الله مكلفون من الله بما تهديهم إليه عقولهم، فعليهم أن يفعلوا ما تستحسنه عقولهم، وأن يتركوا ما تستقبحه عقولهم.

فمذهبيهم: أن الأحكام الشرعية في الأفعال، تابعة لما فيها من حسن أو قبح، ولكون المولى سبحانه وتعالى حكيمًا، يكون حكم الشارع عند التشريع موافقاً لما أدركه العقل، من حسن أو قبح في الأفعال، فيأمر بالحسن منها، وينهى عن القبيح منها.

وهذا المذهب باطل، وقد أورد الأمدي - في الأحكام - حجج أصحابه، وأبان ضعفها، وأثبت بطلانها. وأما الماتريدية، وجهور الحنفية: فقد جاء مذهبهم وسطاً بين مذهب الأشاعرة الذين ضيقوا نطاق حكم العقل - بل عطلوه في هذه المسألة - وبين مذهب المعتزلة الذين جعلوا العقل حاكماً. وقد جعل هذا المذهب للعقل حظاً في معرفة حسن بعض المشروعات، كالإيمان، والعدل، وأصل العبادات، قبل ورود الشرع، لكنه ليس بحاكم، بل الحاكم هو الله تعالى.

وجميع المأمورات، فيها حسن آخر ثبت بكونه مأموراً به، وهو لا ينافي الحسن الثابت قبل الأمر. فالحكم عندهم، لا يكون إلا من الشرع، فما لم يرسل الله رسولاً، وينزل عليه كتاباً، فلا حكم لعقل. ولو استقل العقل بإدراك ما في الأفعال من حسن أو قبح، ومصلحة أو مفسدة، فلا عقاب على ترك الأحكام قبل البعثة، لأن العقل آلة للعلم بهما، فيخلق الله تعالى العلم عقب نظر العقل، نظراً صحيحاً. فمذهبيهم هذا يوافق مذهب الأشاعرة: في أنه لا حكم قبل البعثة، ولا يعرف حكم الله إلا بواسطة رسوله وكتبه، لهذا اشترطوا بلوغ الدعوة في التكليف.

ويخالفهم: في وجود الحسن والقبح في الأفعال لما فيها من مصلحة ومفسدة. لكن لا يكون حسناً إلا بطلب الله فعله، ولا يكون قبيحاً إلا بطلب الله تركه.

كما أنه يوافق مذهب المعتزلة: في وجود صفتي الحسن والقبح في الأفعال، وفي أن العقل يمكن أن يدرك ما في الأفعال من حسن وقبح، بناء على ما يدركه من نفعها أو ضررها، بدون توقف على ورود الشرع. ويخالفهم: في كون حكم الله تعالى، لا بد أن يكون على وفق حكم العقل، وفي أن ما أدركه العقل حسنه، فهو مطلوب لله فعله، وما أدركه العقل قبحه، فهو مطلوب لله تركه.

فالماتريدية والأشاعرة، ينفون حكم العقل في زمن الفترة. وهذا مخالف لما عليه المعتزلة الذين يوجبون حكمه في زمن الفترة.

فتوجد وقيل يخلق الله تعالى طائفة نصفهم الأعلى كالذكور والأسفل كالإناث. والصحيح الأول. وفي البحر حرمتها أشد من الزنا لحرمتها عقلاً وشرعاً وطبعاً، والزنا ليس بحرام طبعاً، ونزول حرمة بتزويج وشراء بخلافها، وعدم الحد عنده لا لخفتها بل للتغليظ لأنه مطهر على قول. وفي المجتبى: يكفر مستحلها عند

سمعية) أي لا يستقل العقل بإدراك قبحها قبل ورود الدليل السمعي. قوله: (فتوجد) أي يمكن أن توجد. قوله: (وقيل يخلق الله تعالى الخ) هذا خارج عن محل النزاع، لأن الكلام في الإتيان في الدبر. قوله: (والصحيح الأول) هو أنه لا وجود لها في الجنة. قوله: (لحرمتها) أي قبحها كما مر. قوله: (ونزول حرمة الخ) وجه آخر لبيان أشدية اللواط، وهو أن وطء الذكر لا يمكن زوال حرمة، بخلاط وطء الأنثى فإنه يمكن بتزويجها أو شرائها. قوله: (لأنه مطهر على قول) أي قول كثير من العلماء وإن كان خلاف مذهبنا كما مر. قوله: (يكفر مستحلها) قدم الشارح في باب الحيض الخلاف في كفر مستحل وطء الحائض ووطء الدبر، ثم وفق بما في التاترخانية عن السراجية: اللواط بمملوكه أو مملوكته أو امرأته حرام، إلا أنه لو استحلها لا يكفر. قاله حسام الدين اه: أي فيحمل القول بكفره على ما إذا استحل اللواط بأجنبي،

= وخلاصة القول في مذهب الماتريدية، أن أفعال المكلفين فيها خواص، ولها آثار تقتضي حسنها أو قبحها، وأن العقل بناء على هذه الخواص والآثار، يستطيع الحكم: بأن هذا الفعل حسن. وهذا الفعل قبيح، وما رآه العقل السليم حسناً، فهو حسن، وما رآه العقل السليم قبيحاً، فهو قبيح. ولكن لا يلزم أن تكون أحكام الله في أفعال المكلفين على وفق ما تدركه عقولهم فيها من حسن أو قبح، لأن العقول مهما نضجت قد تخطيء، ولأن بعض الأفعال منها ما تشبه فيه العقول، فلا تلازم بين أحكام الله، وما تدركه العقول.

وعلى هذا لا سبيل إلى معرفة حكم الله إلا بواسطة رسله.

وقد استدل أنصار هذا المذهب على ما يؤيد مذهبهم من نصوص الكتاب الحكيم، فأوردوا قول الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ، وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ﴾ وقوله تعالى في معرض وصفه للرسول ﷺ: ﴿يَأْمُرُهُم بِالْمَعْرُوفِ، وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنْكَرِ، وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ، وَيُحْرِمُهُمُ الْخَبَائِثَ﴾.

وقالوا: بأن هذه الآيات وأمثالها، تدل على أن الله تعالى إذا أمر، فإنما يأمر بما هو عدل وإحسان ومعروف، وإذا نهى فإنما ينهى عما هو فحشاء ومنكر وبغي، وإذا أحل فإنما يحل الطيبات، وإذا حرم فإنما حرم الخبائث.

فيكون الباعث على الأمر والنهي: اتصاف المأمور به بالأوصاف المذكورة التي وصف بها، واتصاف المنهي عنه بالأوصاف المذكورة التي وصف بها.

وهذه الأوصاف ثابتة للمأمور به، والمنهي عنه قبل ورود أمر الشارع، وقبل نهيه، فإذا ورد أمر الشارع حسناً أو قبحاً بأمره، لا بالعقل.

انظر المحصول ١٥٩/١ البرهان ٨٧/١ الأحكام للأمدى ١١٣/١ المعتمد ٣٦٤/١، شرح مختصر المنتهى ٢٠٠/١، كشف الأسرار ١٨٣/١، فتح الغفار ٥٣/١، التوضيح ١٧٢/١ ونهاية السؤل ١١٥/١.

الجمهور (أو زنى في دار الحرب أو البغي) إلا إذا زنى في عسكر لأميره ولاية الإقامة. هداية.

(ولا) حدّ (بزنا غير مكلف بمكلفة مطلقاً) لا عليه ولا عليها (وفي عكسه حد) فقط.

(ولا) حدّ (بالزنا بالمستأجرة له) أي للزنا. والحق وجوب الحدّ كالمستأجرة للخدمة. فتح (ولا بالزنا بإكراه و) لا (بإقرار إن أنكر الآخر) للشبهة،

بخلاف غيره؛ لكن في الشربلية أن هذا يعلم ولا يعلم: أي لثلا يتجرأ الفسقة عليه بظنهم حله.

تتمة: للوطء أحكام آخر: لا يجب بها المهر ولا العدة في النكاح الفاسد ولا في المأتي بها لشبهة، ولا يحصل بها التحليل للزوج الأول، ولا تثبت بها الرجعة ولا حرمة المصاهرة عند الأكثر، ولا الكفارة في رمضان في رواية. ولو قذف بها لا يجد خلافاً لهما، ولا يلاعن خلافاً لهما. بحر. وهو مأخوذ من المجتبي. ويزاد ما في الشربلية عن السراج: يكفي في الشهادة عليها عدلان لا أربعة خلافاً لهما. قوله: (إلا إذا زنى الخ) يعني أن ما في المتن خاص بما إذا خرج من عسكر من له ولاية إقامة الحدود فدخل دار الحرب وزنى ثم عاد، أو كان مع أمير سرية أو أمير عسكر فزنى ثمة، أو كان تاجراً أو أسيراً. أما لو زنى مع عسكر من له ولاية إقامة الحد فإنه يجد، بخلاف أمير العسكر أو السرية، لأنه إنما فوّض لهما تدبير الحرب لا إقامة الحدود، وولاية الإمام منقطعة ثمة كما في الفتح. شربلية. قوله: (لا عليه ولا عليها) لأن فعل الرجل أصل في الزنا والمرأة تابعة له، وامتناع الحدّ في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التابع. نهر. وكذا لا عقر عليه، لأنه لو لزمه لرجع به الولي عليها لأمرها له بمطاوعتها له، بخلاف ما لو زنى الصبيّ بصبية أو بمكرهة فإنه يجب عليه العقر كما في الفتح. شربلية. قوله: (والحق وجوب الحد) أي كما هو قولهما وهذا بحث لصاحب الفتح، وسكت عليه في النهر والتمتون والشروح على قول الإمام. قوله: (ولا بالزنا بإكراه) هذا ما رجع إليه الإمام، وكان أولاً يقول: إن الرجل يحدّ لأنه لا يتصوّر إلا بانتشار الآلة، وهو آية الطواعية، بخلاف المرأة فلا تحدّ إجماعاً، وأطلق فشمّل الإكراه من غير السلطان على قولهما المفتى به من تحققه من غيره، وهو اختلاف عصر وزمان، وتماهه في البحر. قال ط: والمراد أنه لا يجب على الزاني المكره؛ فلو زنى مكرهاً بمطاوعة وجب عليها الحد كما في حاشية الشلبي. قوله: (ولا بإقرار إن أنكره الآخر) أي لو أقر أحدهما بالزنا أربع مرات في أربع مجالس وأنكر الآخر، سواء ادعى المنكر النكاح أو لم يدعه لا يجد المقر خلافاً

وكذا لو قال اشتريتها ولو حرة. مجتبي.

لهما في الثانية لانتفاء الحد عن المنكر بدليل موجب للنفي عنه فأورث شبهة في حق المقر، لأن الزنا فعل واحد يتم بهما، فإذا تمكنت فيه شبهة تعدت إلى طرفيه، لأنه ما أطلق بل أقرّ بالزنا بمن درأ الشرع الحد عنه، بخلاف ما لو أطلق وقال: زنيته فإنه لا موجب شرعي يدفعه، ومثله لو أقرّ بالزنا بغائبة لأنه لم ينتف في حقها بما يوجب النفي وهو الإنكار، ولذا لو حضرت وأقرت تحد، فظهر أن الاعتبار للإنكار لا للغيبة. فتح ملخصاً.

قلت: ويظهر من هذا أن السكوت لا يقوم مقام الإنكار. تأمل؛ نعم تقدم أنه لو أقرّ بالزنا بخرساء لا يجد لاحتمال أنها لو كانت تتكلم لأبدت مسقطاً، وقدمنا في الباب السابق الفرق بينهما وبين الغائبة.

تنبيه: حيث سقط الحد يجب لها المهر وإن أقرت هي بالزنا وادعى النكاح، لأنه لما سقط الحد صارت مكذبة شرعاً، ثم لو أنكرت الزنا ولم تدع النكاح وادعت على الرجل حد القذف فإنه يجد له ولا يجد للزنا، وتمامه في الفتح. قوله: (وكذا لو قال اشتريتها ولو حرة) أي ولو كانت حرة لا يجد، لأنه لم يقرّ بالزنا حيث ادعى الملك. وفي كافي الحاكم: زني بأمة ثم قال اشتريتها شراء فاسداً، أو على أن للبايع فيه الخيار، أو ادعى صدقة أو هبة وكذبه صاحبها ولم يكن له بينة درى عنه الحداه. وفي التاترخانية عن شرح الطحاوي: شهد عليه أربعة بالزنا وأثبتوه ثم ادعى شبهة فقال ظننت أنها امرأتي لا يسقط الحد؛ ولو قال هي امرأتي أو أمتي لا حد عليه ولا على الشهود اهـ. وفي البحر: لو ادعى أنها زوجته فلا حد وإن كانت زوجة للغير، ولا يكلف إقامة البينة للشبهة، كما لو ادعى السارق أن العين ملكه سقط الحد بمجرد دعواه اهـ وتقدمت هذه متناً في الباب السابق.

قلت: وانظر وجه الفرق بين قوله ظننت أنها امرأتي وقوله هي امرأتي، ولعل وجهه أن قوله ظننت يدل على إقراره بأنها أجنبية عنه فكان إقراراً بالزنا بأجنبية، بخلاف قوله هي امرأتي أو اشتريتها ونحوه فإنه جازم به وبأن فعله غير زنا، فتأمل. بقي هنا شيء وهو أن الشبهة في هذه المسائل وفي مسألة المتن التي قبلها لم أر من ذكر أنها من أي أقسام الشبه الثلاثة، وظاهر كلامهم أنها خارجة عنها. ووجهه أنه في هذه المسائل يدعي حقيقة الملك الذي لو ثبت لم يكن وطؤه فيه محرماً، بخلاف تلك الأقسام. والظاهر أن النسب هنا لا يثبت وأن الفعل تمحض زنا، وإنما سقط الحد لشبهة صدقه في دعواه الملك بالعقد أو بالشراء ونحوه، وبهذا لا يثبت النسب لأن الملك ثابت لغيره، وعلى هذا فيمكن دخولها في شبهة الفعل وهي شبهة الاشتباه، لأن

(وفي قتل أمة بزناها الحد) بالزنا والقيمة بالقتل، ولو أذهب عينها لزمه قيمتها وسقط الحد لتملكه الجثة العمياء فأورث شبهة. هداية. وتفصيل ما لو أفضاها في الشرح.

(ولو غضبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حدّ عليه) اتفاقاً (بخلاف ما لو زنى بها) ثم غضبها ثم ضمن قيمتها، كما لو زنى بحرة ثم نكحها

مرجعها إلى أنه اشتبه عليه الأمر بظنه الحل، والله سبحانه أعلم. قوله: (وفي قتل أمة بزناها) هذا عندهما. وأما عند أبي يوسف: فعليه القيمة لا الحد، لأنه لم يبق زنا حيث اتصل بالموت كما في المحيط. قهستاني.

قلت: وصحح في الخانية قول أبي يوسف، لكن المتون والشروح على الأول، بل ما ذكر عن أبي يوسف هو رواية عنه لا قوله، وهي خلاف ظاهر الرواية عنه كما أوضحه في الفتح. قوله: (الحد بالزنا والقيمة بالقتل) أشار إلى توجيه وجوب الحد والقيمة بأنهما جنائتان مختلفتان بموجبين مختلفين ط. قوله: (ولو أذهب عينها) كذا في البحر وغيره، والأظهر عينها بالثنية ليلزم كل القيمة لكنه مفرد مضاف فيعم بقريته قوله الجثة العمياء. قوله: (فأورث شبهة) أي في ملك المنافع تبعاً فيندرى عنه الحد، بخلاف ما مر، فإن الجثة فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت، وتمامه في الفتح. قوله: (وتفصيل ما لو أفضاها في الشرح) أي شرح المصنف.

وحاصله أنه إن أفضاها وهي كبيرة مطاوعة بلا دعوى شبهة حد، ولا عقر عليه لرضاها به، ولا مهر لوجوب الحد، وإن كان مع دعوى شبهة فلا حد ويجب العقر، وإن كانت مكروهة ولم يدع شبهة لزمه الحد لا المهر، وضمن ثلث الدية إن استمسك بوليها، وإلا فكلها لتفريته جنس المنفعة على الكمال، وإن ادعى شبهة فلا حد، ثم إن استمسك فعليه ثلث الدية، ويجب المهر في ظاهر الرواية، وإن لم يستمسك فكل الدية ولا مهر، خلافاً لمحمد. وإن أفضاها وهي صغيرة، فإن كان يجامع مثلها فكالكبيرة، إلا في حق سقوط الأرش برضاها، وإلا فلا حد ولزمه ثلث الدية والمهر كاملاً إن استمسك بوليها، وإلا فكل الدية دون المهر، خلافاً لمحمد لدخول ضمان الجزء لضمان الكل، كما لو قطع أصبع إنسان ثم كفه قبل البرء اه. قوله: (فلا حد عليه اتفاقاً) لأنه ملكها بالضمان فأورث شبهة في ملك المنافع أخذاً بما مر، وهذا إذا لم تمت.

ففي الجوهرة: ولو غضب أمة فزنى بها فماتت من ذلك أو غضب حرة ثيباً فزنى بها فماتت من ذلك. قال أبو حنيفة: عليه الحد في الوجهين مع دية الحرة وقيمة الأمة، أما الحرة فلا إشكال فيها لأنها لا تملك بدفع الدية، وأما الأمة فإنها تملك بالقيمة، إلا أن الضمان وجب بعد الموت والميت لا يصلح تملكه. قوله: (كما لو زنى بحرة) تقدمت

لا يسقط الحد اتفاقاً. فتح.

(والخليفة) الذي لا والي فوقه (يؤخذ بالقصاص والأموال) لأنهما من حقوق العباد، فيستوفيه ولي الحق، إما بتمكينه أو بمنعة المسلمين، وبه علم أن القضاء ليس بشرط لاستيفاء القصاص والأموال بل للتمكين. فتح (ولا يجد) ولو لقتل لغلبة حق الله تعالى وإقامته إليه ولا ولاية لأحد عليه (بخلاف أمير البلدة) فإنه يجد بأمر الإمام، والله أعلم.

بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الزَّانَا وَالرُّجُوعِ عَنْهَا

(شهدوا بحد متقدم بلا عذر) كمرض أو بعد مسافة أو خوف أو خوف

متناً في الباب السابق عند قوله وندب تلقينه. قوله: (لا يسقط الحد) أي في المسألتين لعدم الشبهة وقت الفعل كما ذكره الشارح هناك. وقوله «اتفاقاً» ذكره في الفتح عن جامع قاضيخان في المسألة الأخيرة، وقدم الشارح أنه الأصح، ومفاده الخلاف. وذكر في البحر عن المحيط: لو تزوج المزني بها أو اشتراها لا يسقط الحد في ظاهر الرواية لأنه لا شبهة له وقت الفعل اهـ. ثم ذكر في أول هذا الباب عن الظهيرية خلافاً في المسألتين، هو أنه لا حد فيهما عنده بل عند أبي يوسف. وروى الخلاف بالعكس. وروى الحسن عن الإمام أنه لا حد في الشراء بل في التزوج، لأنه بالشراء يملك عينها، بخلاف التزوج.

قلت: ومسألة الغصب الثانية التي ذكرها المصنف توافق ظاهر الرواية. قوله: (أما بتمكينه) أي تمكين الخليفة ولي الحق من الاستيفاء. قوله: (وبه علم الخ) لأنه لم يشترط القضاء هنا، فلو قتل الولي القاتل قبل القضاء لم يضمن وكذا لو أخذ ماله من غاصبه، بخلاف ما لو قتل أحد الزاني قبل القضاء برجمه فإنه يضمن كما مر، لأن القضاء شرطه. قوله: (ولا ولاية لأحد عليه) أي ليستوفيه.

وفائدة الإيجاب الاستيفاء، فإذا تعذر لم يجب. وأورد عليه ما المانع من أن يولي غيره الحكم بما يثبت عنده كما في الأموال، قيل ولا مخلص إلا إن ادعى أن قوله تعالى: ﴿فَأَجْلِدُوا﴾ [النور: ٢] يفهم أن الخطاب للإمام أن يجلد غيره، وقد يقال أين دليل إيجاب الاستنابة. فتح. والله سبحانه أعلم.

بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الزَّانَا وَالرُّجُوعِ عَنْهَا

تقدم أن الزنا يثبت بالإقرار والبينة، وقدم كيفية ثبوته بالأول، لأن الثاني أندر نادر لضيق شروطه. وأيضاً لم يثبت عنده ﷺ ولا عند أصحابه بعده إلا بالإقرار كما في الفتح. قوله: (شهدوا بحد متقدم) أي بسبب حد لأنه المشهود به لا نفس الحد اهـ: