قال الكمال رحمه الله لما اشتملت الايمان على بيان الكفارة وهي دائرة بين العقوبة والعبادة أولاها الحدود التي هي عقوبات محضة انتفاعا الى بيان الاحكام بتدريج ولولا ما يعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضة لكان ايلاء الحدود الصوم أو جه لاشتماله على بيان كفارة الافطار المغلب فيها جهة العقوبة حتى تداخلت على ما عرف بخلاف كفارة الايمان المغلب فيها جهة العبادة لكن كان يكون الترتيب حينئذ الصلاة ثم الايمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج فيقع من الفصل بين العبادات التي هي جنس واحد بالاجنبي ما يبعد بين الاخوات المتحدة في الجنس القريب وموجب استعمال الشارع لها كذلك لكنه قال بني الاسلام على خمس بشهادة أن لا اله الا الله الحديث اه (قوله فلا يسمى التعزير حدا لعدم التقدير) قال الاتقاني وهذا ما عليه عامة أصحابنا وقال صدر الاسلام البزدوي في مبسوطه والقصاص يسمى أيضا حدا لحدود الشرع موانع قبل الوقوع وزواجر بعده قال الكمال أي العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وايقاعها بعده يمنع من العود اليه اه وقال الكمال فلا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشايخ وهذا الان المقدر نوع منه وهو التعزير بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من حبس وعزل أذن وغيره على ما سيأتي وهذا الاصطلاح هو المشهور وفي اصطلاح آخر لا يؤخذ القيد الاخير فيسمى القصاص حدا فالحد هو العقوبة المقدرة شرعا غير أن الحد على هذا قسمان ما يصح فيه العفو وما لا يقبله وعلى الاول الحد مطلقا لا يقبل الاسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم وعليه ابتنى عدم الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب ولذا أنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على أسامة بن زيد (١٦٣) حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال

﴿ كتاب الحدود ﴾

الحد في اللغة المنع ومنه سمي البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول وسمي اللفظ الجامع المانع حدا لانه يجمع معنى الشيء ويمنع دخول غيره فيه وسميت العقوبات الخالصة حدودا لانها موانع من ارتكاب أسبابها معاودة وحدود الله محارمه لانها ممنوعة ومنه قول الله تعالى تلك حدود الله فلا تقربوها وحدود الله أيضا أحكامه لانها تمنع عن التخطي الى ما وراءها ومنه تلك حدود الله فلا تعتدوها وفي الشرع اسم لعقوبة مقدرة تجب حقا لله تعالى فلا يسمى التعزير حدا لعدم التقدير ولا القصاص لانه حق العبد وحكمه الاصلي الانزجار عما يتضرر به العباد وصيانة دار الاسلام عن الفساد ولهذا كان حقا لله تعالى لانه شرع لمصلحة تعود الى كافة الناس والطهرة من الذنب ليست بحكم أصلي لاقامة الحد لانها تحصل بالتوبة لا باقامة الحد ألا ترى الى قوله تعالى في حق قطاع الطريق ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا الآية وعد المغفرة للتائب ولهذا يقام الحد على الكافر ولا طهرة له قال رحمه الله (الحد عقوبة مقدرة لله تعالى) وهذا في الشرع وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (والزنا وطء في قبل خال عن ملك وشبهته)

أتشفع في حد من حدود الله وأما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده يجوز الشفاعة عند الرافع له الى الحاكم ليطلقه وممن قال به الزبير بن العوام وقال اذا بلغ الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا وهذا الان وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت فالوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل على الامام عند الثبوت عنده اه (قوله لانه حق العبد) أي بدلالة جواز الفعل والاعتياض اه اتقاني (قوله والطهرة من الذنب الخ) قال السمرقندي شارح الكنز عند هذه المقالة اعلم ان المسلم اذا حد أو اقتص في الدنيا لا يحد ولا يقتص في الآخرة لقوله عليه الصلاة والسلام من أذنب ذنبا فعوقب به في الدنيا لم يعاقب به في الآخرة اه وفي معراج الدراية الطهرة عن الذنب لا تحصل باقامة الحد بل بالتوبة ولهذا يقام الحد على كره منه اه (قوله لا باقامة الحد) قال علماؤنا اذا ارتكب العبد ذنبا يوجب الحد فأجرى عليه الحد لا يحصل له التطهير به من غير توبة وندم للحديث الوارد فيه وفيه رد لمذهب المرجئة فان عندهم لا يضر ذنب مع الايمان كما لا تنفع طاعة مع الكفر اه أول الكشف شرح البزدوي اه (قوله لهم خزي في الدنيا) قال أبو الليث في تفسير قوله تعالى ذلك لهم خزي يعني القتل والقطع لهم عذاب في الدنيا ولا يكون ذلك كفارة لذنوبهم ان لم يتوبوا اه (قوله في المتن والزنا وطء في قبل خال الخ) قال في الهداية الوطء الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف أهل الشرع واللسان وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته قال الكمال وذكر أن الزنا في عرف اللغة والشرع يعني لم يزد عليه في الشرع قيد وعرفه على هذا التقدير بانه وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك وهذا الان في اللغة معنى الملك أمر ثابت قبل مجيء هذا الشرع وان كان هو في نفسه أمرا شرعيا لكن ثبوته بالشرع الاول بالضرورة والناس لم يتركوا سدى في وقت من الاوقات فيكون معنى الملك أمرا مشروعا من بعث آدم أو قبل بعثه بوحي يخصه أي يخص الملك فكان ثبوته شرعا مع اللغة مطلقا في الوجود الدنيوي سواء كانت اللغة عربية أم غيرها مخصوصة بالدنيا وان كان الوضع قبلها فثبوت المسمى في الدنيا والوضع لمعنى معقول قبل تحققه ولا شك انه تعريف في اللغة والشرع فان الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد بل هو أعم والموجب للحد منه بعض أنواعه ولهذا قال عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان وزناهما النظر ولو وطئ رجل جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا دل على أن فعله زنا وان كان لا يحد فلولا قول المصنف الموجب

للحد هو الزنا وهو في عرف الشرع الخ أصح تعريفه ولم يرد عليه شئ لكنه لما قال ذلك كان ظاهرا في قصده الى تعريف الزنا الموجب للحد وحينئذ يرد على طرده وطء الصبية التي لا تشتهى ووطء المجنون والمكره بخلاف الصبي فان الجنس وطء الرجل فالاولى في تعريفه انه وطء مكلف طائع مشتهاة حالا أو مآضيا في القبل بلا شبهة للملك في دار الاسلام فخرج زنا الصبي والمجنون والمكره وبالصبية التي لا تشتهى والميتة والبهيمة ودخل وطء العجوز اه قوله وانه في عرف أهل الشرع واللسان الخ هكذا عرفه الشارح في باب الوطء الذي يوجب الحد تبعا لصاحب الهداية اه (قوله ويشترط أن تكون الموطوأة مشتهاة والواطئ مكلفا طائعا) فان قلت لو كان الطوع داخلا في ماهية الزنا الموجب للحد لما وجب الحد على المرأة اذا كان الرجل مكرها لانها مكنت من فعل غير موجب للحد فيكون كاليمين من فعل الصبي أو المجنون قلت الطوع انما اعتبر في الزنا الموجب للحد على فاعله لا في الزنا مطلقا فان فعل المكره زنا وان لم يوجبه عليه وفعلها ليس بزنا فظهر الفرق اه مجتبى قال الكمال رحمه الله ابتدأ بحد الزنا لكثرة وقوع سببه مع قطعيته عن كتاب الله بخلاف السرقة فانها لاتكثر كثرته والشرب وان كثر فليس حده بتلك القطعية والزنا مقصور في اللغة الفصحى لغة أهل الحجاز التي بها جاء القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا وعد في لغة نجد قال الفرزدق

أبا طاهر من يزن يعرف زناؤه * ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا

بفتح الكاف وتشديدها من التسكير والخرطوم من أسماء الخمر اه (قوله في المتن ويثبت بشهادة أربعة) أي ليس فيهم امرأة على رجل أو امرأة اه فتح قال في الهداية والزنا (١٦٤) يثبت بالبينة والاقرار قال الكمال والمراد ثبوته عند الحكام أما ثبوته في نفسه فبايجاد الانسان للفعل لانه فعل حسي وسيذكر المصنف تعريف الزنا في باب الوطء الذي يوجب الحد وخص البينة والاقرار لان في ثبوته بعلم الامام وعليه جماهير العلماء وكذا سائر الحدود وقال أبو ثور ونقل قولا عن الشافعي أنه يثبت به وهو القياس لان الحاصل بالبينة والاقرار دون الحاصل بمشاهدة الامام قلنا نعم لكن الشرع أهدر اعتباره بقوله تعالى فاذلم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ونقل فيه اجماع الصحابة اه (قوله وقال عليه الصلاة والسلام للذي قذف امرأته) هو هلال بن أمية (قوله يشهدون تحقيق على صدق مقالتك) أي والا فحد في ظهرك اه (قوله ولان الله تعالى يحب الستر على عباده) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة رواه الترمذي في جامعه اه اتقاني قال الكمال واذا كان الستر مندوبا اليه ينبغي أن تكون الشهادة به خلاف الاولى التي مرجعها الى كراهة التنزيه لانها في رتبة الندب في جانب الفعل وكراهة التنزيه في جانب الترك وهذا يجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به أما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما امتحن به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من المعاصي والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين وبالزجر لهم فاذا ظهر حال الشرة في الزنا مثلا والشرب وعدم المبالاة به واشاعته فاخلاء الارض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها فمن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحد وبخلاف من زنى مرة أو مرارا مستترا مختفيا فانه محل استحباب ستر الشاهد وعلى هذا ذكره في غير مجلس القاضي وأداء الشهادة يكون بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها اه كلام الكمال مع حذف والله أعلم (قوله وفي اشتراط الاربع الخ) لا يقال اشتراط الاربع لا معنى لستر الزنا يحصل بين اثنين وعلى كل واحد منهما بشهادة اثنان لانا نقول شهادة الاثنين كما جازت على الرجل جازت على المرأة لوجود العدالة فلا حاجة على هذا الى اشتراط شاهدين آخرين فعلم أن المعنى هو الستر لكن يشترط أربعة أحرار عدول مسلمين ولا تقبل شهادة الرجال مع النساء ولا كتاب القاضي

يعني به الزنا الموجب للحد ويشترط أن تكون الموطوأة مشتهاة والواطئ مكلفا طائعا ولو قال الزنا وطء مكلف في قبل مشتهاة عار عن ملك وشبهته عن طوع كان أتم ليخرج بذلك وطء غير المكلف كالمجنون والصبي ووطء غير المشتهاة كالصغيرة التي لم تبلغ حدا تشتهى والميتة والبهائم لان كل ذلك لا يوجب الحد وانما كان كذلك لان الزنا اسم لفعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعرى عن الملك وشبهة الملك ولهذا وجب درؤه بهما شرعا والحد شرع لتقليل الفساد فيما يكثر وجوده ووطء هذه الاشياء نادر لان من له الطباع السليمة والعقول المستقيمة ينفر عنه وانما يفعل ذلك بعض السفهاء لغلبة الشبق وذلك نادر فلا يستدعي زاجرا وهذا لان الاصل في الجزاء أن يكون في الآخرة لانا في الدنيا لانهاد ار الابتلاء والآخرة دار الجزاء لكن السفهاء لما لم ينتهوا بمجرد النهي والوعيد في الآخرة من الشارع شرع في الدنيا بعض العقوبة دفعا لفسادهم عن العالم فيما يكثر وجوده قال رحمه الله (ويثبت بشهادة أربعة بالزنا بالوطء والجماع) أي يثبت الزنا عند الحاكم ظاهرا بشهادة أربعة يشهدون عليه بالزنا أي بلفظ الزنا لا بلفظ الوطء والجماع لان الوصول الى العلم القطعي متعسر فاكتفي بالدليل الظاهر وهو البينة أو الاقرار لرجحان جنبة الصدق لاسيما الاقرار بما يتعلق به ضرر على المقر واشتراط الاربعة لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقال عليه الصلاة والسلام للذي قذف امرأته ائت بأربعة شهداء يشهدون على صدق مقالتك ولان الله تعالى يحب الستر على عباده وذم من يحب اشاعة الفاحشة وفي اشتراط الاربع

الى القاضي ولا الشهادة على الشهادة اه اتقاني (قوله تحقيق) أما أن فيه معنى الستر فلان الشيء كلما كثرت شروطه قل وجوده فان وجوده اذا توقف على أربعة ليس كوجوده اذا توقف على اثنين منها فيتحقق بذلك الاندراء اه (قوله وقال الشافعي لا تقبل لان فيه تهمة) أي ونحن نقول التهمة ما توجب جر نفع والزوج مدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلوا الفراش خصوصا اذا كان له منها أولاد صغار اه فتح (قوله والرجلان رتيان وزناهما المشي) أي والفرج يصدق ذلك أو يكذبه فلعل الشهود تسمى مقدمات الزنا ويجب الاحتراز عن مثل ذلك بالسؤال اه اتقاني (قوله ولان من الناس من يعتقد كل وطء حرام زنا الخ) كوطء الحائض والنفساء والامة المجوسية والامة المشتركة والامة التي هي أخته من الرضاع فان كل ذلك حرام وليس بزنا اه اتقاني (قوله زنى في دار الحرب أو البغي) مثال للسؤال عن المكان اه أي ولان المسلم اذا زنى في دار الحرب ثم خرج الينا لا يحد لانه لم يكن للامام يد عليه عند وجوب الحد اه اتقاني (قوله أو في قدم الزمان أو في حال صباه أو جنونه) مثال للسؤال عن الزنا اه يعني اذا شهدا الشهود (١٦٥) بزنا متقادم لا يقبل اه (قوله

تحقيق معنى الستر اذ وقوف الاربعة على هذه الفاحشة نادر واشتراط لفظ الزنا لانه هو الدال على فعل الحرام لا لفظ الوطء والجماع قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة الآية واتحاد المجلس شرط لصحة الشهادة عندنا حتى لو شهدوا متفرقين لا تقبل شهادتهم عندنا ويحدون حد القذف وقال الشافعي تقبل كسائر الحقوق اذ لا تفصيل في المنصوص الواردة فيه فيعمل باطلاقها ولنا قول عمر رضي الله عنه لو جاؤا مثل ربيعة ومضر فرادى لجلدتهم ولان قول الواحد قبل قول غيره وقع قذفا وكذا الثاني والثالث فلا ينقلب شهادة الا للضرورة وهو ما اذا جاؤا جملة فشهد واحد بعد واحد فتقبل شهادتهم لتعذر أدائها جملة وان كان أحدهم الزوج تقبل شهادته وقال الشافعي لا تقبل لان فيه تهمة ولنا انه يتضرر به لانه يقر بزنا امرأته فكان أبعد من التهمة كشهادة الوالد على ولده قال رحمه الله (فيسألهم الامام عن ماهيته وكيفيته ومكانه وزمانه والمزنية) أي يسألهم عن نفس الزنا وحاله وموضعه ووقته والمرأة التي زنى بها لانه عليه الصلاة والسلام استفسر ماعزا الى ان ذكر الكاف والنون ولان كلامهم محتمل والاحتياط فيه واجب فيجب عليه الاستفسار لزوال الاحتمال فيسألهم عن ماهيته أي ذاته وهو ادخال الفرج في الفرج لانه يحتمل انهم عنوا به غير الفعل في الفرج كما قال صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي ولان من الناس من يعتقد كل وطء حراما زنا يوجب الحد وعن كيفيته لاحتمال وقوعه حالة الاكراه أو تماس الفرجين من غير ايلاج الى الحشفة وعن زمانه ومكانه لاحتمال أنه زنى في دار الحرب أو البغي أو في قدم الزمان أو في حال صباه أو جنونه وعن المزنى بها لاحتمال أن تكون امرأته أو أمته أو تكون له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن فيستقصي في ذلك احتياطا للدرء وهو مندوب اليه قال عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم قال رحمه الله (فان بينوه وقالوا رأيناه وطئها كالميل في المكحلة وعدلوا سرا وجهرا حكم به) لظهور الحق ووجوب الحكم به على القاضي ولو قالوا لا نزيد على قولهم زنى لا يحد المشهود عليه للشبهة وكذا الشهود أيضا لا يحدون لانهم شهدوا بالزنا ولم يقذفوا وانما يسئلون احتياطا حتى لو وصفوه بغير وصفه يحدون ولم يكتف هنا بظاهر العدالة بخلاف سائر الحقوق احتياطا للدرء ويحبسه حتى يسأل عن الشهود كيلا يهرب ولا وجه الى أخذ الكفيل منه لان أخذ الكفيل نوع

في المتن كالميل في المكحلة) بضم الميم والحاء اه كمال وكتب على قوله كالميل في المكحلة ما نصه جواب كيف هو اه اتقاني (قوله وعدلوا سرا وجهرا) قال الاتقاني فاذا عدلوا حكم بشهادتهم رجما كان موجب الزنا أو جلدا هذا اذا لم يعرف القاضي عدالة الشهود أما اذا عرفها يحد بلا تعديل وقال الكمال واعلم أن القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود لا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه عن ذلك وهو أقوى من الحاصل من تعديل المزكي ولولا ما ثبت من اهدار الشرع عمله بالزنا في اقامة الحد بالسمع الذي ذكرناه لكان يحد بعلمه لكن ثبت ذلك هناك ولم يثبت في تعديل الشهود

اهدار عمله بعد التهم فوجب اعتباره اه قال الاتقاني وصورة تعديل السر أن يبعث القاضي أسماء الشهود الى المعدل بكتاب فيه أسماؤهم وأنسابهم وحلاهم ومحالهم وسوقهم حتى يعرف المعدل ذلك فيكتب تحت اسم من كان عدلا عدل جائز الشهادة ومن لم يكن عدلا فلا يكتب تحته شيئا أو يكتب الله أعلم وصورة تعديل العلانية أن يجمع بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا هو الذي عدلته وسيجيء ذلك في كتاب الشهادات اه قال الكمال رحمه الله وبقي شرط آخر وهو أن يعلم أن الزنا حرام مع ذلك كله ونقل في اشتراط العلم بحرمة الزنا اجماع الفقهاء اه ولفظ المحيط وأما شرطه فالعلم بالتحريم حتى لو لم يعلم بالحرمة لم يجب الحد للشبهة وأصله ما روى سعيد بن المسيب أن رجلا زنى باليمن فكتب في ذلك عمر رضي الله عنه ان كان يعلم أن الله تعالى حرم الزنا فاجلدوه وان كان لا يعلم فعلموه وان عاد فاجلدوه ولان الحكم في الشرعيات لا يثبت الا بعد العلم وان كان الشيوع والاستفاضة في دار الاسلام أقيم مقام العلم ولكن لا أقل من ايراث الشبهة لعدم التبليغ والاسماع للحرمة اه (قوله بخلاف سائر الحقوق) أي عند أبي حنيفة حيث يكتفي بظاهر العدالة لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا اذا طعن الخصم فحينئذ يسأل القاضي عن الشهود عنده أيضا اه اتقاني

(قوله لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة) أي بشهادة هؤلاء وان لم يثبت الزنا الموجب للحد بعد وحبس المتهمين تعزير لهم جائز اه كمال رحمه الله (قوله في المتن وباقراره) أي باقرار البالغ العاقل واعتبار البلوغ والعقل لان كلام الصبي والمجنون ليس بصحيح اه قال الكمال قدم الثبوت بالبينة لانه المذكور في القرآن ولان الثابت بها أقوى حتى لا يندفع الحد بالفرار ولانها متقادم متعدية والاقرار قاصر ولابد من كونه صريحا ولا يظهر كذبه ولذا قلنا لو أقر الاخرس بالزنا بكتابة أو اشارة لا يحد للشبهة بعدم الصراحة وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال أن يدعي شبهة كما لو شهدوا على مجنون أنه زنى في حال افاقته بخلاف الاعمى صح اقراره والشهادة عليه وكذا الخصي والعنين وكذا لو أقر وظهر مجبوبا أو أقرت فظهرت رتقاء قبل الحد وذلك لان اخبارها بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود وبالشبهة يندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بخرساء أو هي أقرت بأخرس لا حد على واحد منهما اه (قوله من مجالس المقر) أي لا مجالس القاضي اه (قوله وقد عرف في موضعه) أي في باب الاكراه (قوله وقال ابن أبي ليلى لا يعتبر اختلاف المجالس) أي فيقام الحد عنده بالاقرار أربع مرات وان كان في مجلس واحد اه (قوله ومن زنى) العلم بالزنى هو ليس بشرط الصحة الاقرار حتى لو قال زنيت بامرأة لا أعرفها صح اقراره ويحد اه بدائع (قوله ومتى زنى) قال الاتقاني ولم يذكر القدوري السؤال عن الزمان في الاقرار بان يقول متى زنيت لان التقادم مانع للشهادة لتهمة الحقد والمرء لا يتهم على نفسه العهد فيقبل اقراره وان تقادم العهد وبيان التقادم يعلم في باب الشهادة على الزنا وقال الكمال ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زنيت وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وهذا السؤال لتملك الفائدة فاذا لم يكن التقادم مسقطا لم يكن في السؤال عنه فائدة ووجه الفرق بين الشهادة والاقرار في ذلك سيذكره المصنف في باب الشهادة على الزنا وهذا بخلاف سؤال بمن زنيت لانه قد

احتياط فلا يكون مشروعا فيما يبنى على الدرء فان قيل الاحتياط في الحبس أكثر فكيف يكون مشروعا قلنا حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة فيحبسه تعزيرا له وحبس عليه الصلاة والسلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور فاعدالة لان الحبس أقصى عقوبة فيها ألا ترى أنه لا يعاقبه بعد ثبوت الحق الا به فلا يجوز أن يفعله قبل الثبوت بخلاف الحد وقد فات فيها عقوبة أخرى أغلظ منه قال رحمه الله (وباقراره أربعا في مجالسه الاربعة كلما أقر رده) أي يثبت الزنا باقراره أربع مرات في أربعة مجالس من مجالس المقر كلما أقر رده القاضي وقال الشافعي يكتفي بالاقرار مرة لان الاقرار مظهر وتكراره لا يزيد شيأ كما في سائر الحقوق بخلاف كثرة العدد في الشهود لانه يفيد زيادة طمأنينة القلب ولنا حديث ماعز رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام أخر اقامة الحد عليه الى أن تم اقراره أربع مرات في أربعة مجالس فلو ظهر دونها لما أخرها الثبوت الوجوب ولان الشهادة فيه اختصت بزيادة العدد فكذا الاقرار تعظيما لامر الزنا وتحقيقا للستر ولابد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس أثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد فيه وهو قائم بالمقر فيعتبر مجلسه دون مجلس القاضي ويرده القاضي كلما أقر فيذهب به حتى يغيب عن نظره في كل مرة فيما روى عن أبي حنيفة رحمه الله لانه عليه الصلاة والسلام طرد ماعزا حتى توارى بحيطان المدينة فان قيل اغارته عليه الصلاة والسلام قبل أن يتبين له عقله لانه جاء أشعث أغبر متغير اللون ولما استبان له عقله رجمه ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام قال له أبك خبل أبك جنون فقال لا فسأل عنه فقالوا ما نعلم فيه الا خيرا وبعث الى أهله هل تنكرون من عقله شيأ فقالوا لا فسأله عن احصانه فأخبره أنه محصن فرجمه قلنا ليس كذلك لان ماله يدل على كمال عقله اذ هي حالة التوبة والخوف من الله لا على جنونه وقوله عليه الصلاة والسلام أبك خبل أبك جنون تلقين منه لما يدرأ به الحد كما قال عليه الصلاة والسلام له لعلك قبلت لعلك باشرتها والسؤال عنه كان على سبيل الاحتياط والدليل عليه ما قاله أبو بكر الصديق رضي الله عنه له بعدما أقر ثلاث مرات انك ان اعترفت الرابعة رجمك فاعترف وهذا دليل على أن هذا العدد كان معروفا بينهم ظاهرا عندهم ألا ترى الى قول أبي بريدة كنا نتحدث في أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه وصح أن الغامدية رجمها عليه الصلاة والسلام بعدما أقرت أربع مرات ولا يقال اذا لم يجب الحد باقراره مرة وجب أن يجب المهر لانه أقر بوطء لا يوجب الحد فاذا وجب المهر وجب أن لا يجب الحد بعد ذلك لانهما لا يجتمعان لانا نقول الامر موقوف فان تمت الحجة لم يجب والا وجب كما قلنا في الشهادة ان البعض اذا شهدوا يتوقف الامر فان تم النصاب لا يكون قذفا والا فهو قذف فكانا متوقفين في ايجاب الحد عليهم أو على الزانيين ولا فرق في الاقرار بين أن يكون حرا أو عبدا وفي العبد خلاف زفر رحمه الله وقد عرف في موضعه وقال ابن ابي ليلى لا يعتبر اختلاف المجالس وانما يعتبر العدد فقط كما في الشهادة والحجة عليه ما بيناه وينبغي للامام أن يزجره عن الاقرار ويظهر الكراهية من ذلك ويأمر بابعاده عن مجلسه في كل مرة لانه عليه الصلاة والسلام فعل كذلك وقال عمر رضي الله عنه اطردوا المعترفين بالزنا قال رحمه الله (وسأله كما مر فان بينه حد) أي اذا تم اقراره أربع مرات سأله كما مر في الشهادة وهو أن يسأله عن الزنا ما هو وكيف هو وأين هو وأين زنى وبمن زنى ومتى زنى ليزول الاحتمال على ما مر وقيل لا يسأله عن الزمان لان تقادم

بين من لا يحد بوطئها كما ذكرنا في جارية ابنه بخلاف ما لو قال في جوابه لا أعرف التي زنيت بها فانه يحد لانه أقر بالزنا ولم يذكر ما يسقط كون فعله زنا بل تضمن اقراره أنه لا ملك له في المزنية لانه لو كان لعرفها اذ الانسان لا يجهل زوجته وأمته * والحاصل أنه اذا أقر أربع مرات أنه زنى بامرأة لا يعرفها حد وكذا اذا أقر أنه زنى بفلانة وهي غائبة يحد استحسانا لحديث العسيف حده ثم أرسل الى المرأة فقال فان اعترفت فارجمها ولان انتظار حضورها افاهو لاحتمال أن تذكر مسقطا عنه وعنها ولا يجوز التأخير لهذا الاحتمال كما لا يؤخر اذا ثبت بالشهادة لاحتمال أن يرجع الشهود لان كلا منهما شبهة الشبهة وبه لا يندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا أعرفه لا يحد الرجل عند أبي حنيفة وقالا يحد وعلى هذا الخلاف اذا أقرت أنها زنت بفلان فأنكر فلان تحد (١٦٧) هي عندهما لا عنده اه (قوله أو في وسطه) أي قبل رجوعه اه (قوله وقال الشافعي) قال الكمال والمسطور في كتبهم أنه لو رجع قبل الحد أو بعد ما أقيم عليه بعضه سقط وعن أحمد كقولنا وعن مالك في قبول رجوعه روايتان اه (قوله هلا تركتموه) ووجه الاستدلال به أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل فراره دليلا على الرجوع وأسقط به الحد فاذا سقط الحد بدليل الرجوع سقط بصريح الرجوع بالطريق الاولى اه اتقاني (قوله في المتن فان كان محصنا الخ) هذا من الاحرف التي جاء الفاعل منها على مفعل بفتح العين يقال أحصن يحصن فهو محصن في ألفاظ معلومة هي أسهب فهو مسهب اذا أطال وأمعن في المشي ومنه قول المصنف في خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب وقيل لابن عمر ادع الله لنا فقال أكره أن أكون من المسهبين بفتح الهاء والفيج بالفاء والجيم افتقر فهو ملفيج الفاعل والمفعول فيه سيان ويقال بكسرها أيضا اذا أفلس وعليه دين اه وكتب ما نصه هذا احداما جاء على أفعل فهو مفعل وامرأة محصنة أي متزوجة وليس في كلامهم أفعل فهو مفعل الا ثلاثة أحرف هذا أحدها ويقال أسهب من لدغ الحية أي ذهب عقله فهو مسهب قال الراجز * فبات عطشان ومات مسهبا * ويقال ألفيج الرجل فهو ملفيج اذا رقت حاله وسأل رجل الحسن أمدالك الرجل أهله قال نعم اذا كان ملفيجا المدالكة والمماطلة بمعنى وهي المدافعة كذا في الجمهرة اه اتقاني (قوله فارجوهما) الذي في خط الشارح فارجمهما اه (قوله لكتبتها على حاشية المصحف) قيل في هذا اشكال وهو أنه اذا كان جائز الكتابة كما هو ظاهر اللفظ فهو قرآن تعتلو ولكن لو كان متلوا لوجب على عمر المبادرة لكتابتها لان مقال الناس لا يصلح مانعا من فعل الواجب

العهد يمنع الشهادة دون الاقرار والاصح انه يسأله لاحتمال انه زنى في صباه وهذا السؤال يكون بعد ما نظر في حاله وعرف أنه صحيح العقل كما فعل عليه الصلاة والسلام ولا بد من التصريح به في ذلك ولا يكتفي بالكناية لانه عليه الصلاة والسلام قال لماعز فهل تدري ما الزنا قال نعم وقال له أنكتها فلا تكني قال نعم فاذا بين ذلك وظهر زناه سأله عن الاحصان فان قال له انه محصن سأله عن الاحصان ما هو فان وصفه بشرائطه حكم برجمه ولا يعتبر اقراره عند غير القاضي ممن لا ولاية له في اقامة الحدود ولو كان أربع مرات حتى لا تقبل الشهادة عليه بذلك لانه ان كان منكرا فقد رجع وان كان مقرا لا تعتبر الشهادة مع الاقرار ولو أقر بالزنا مرتين وشهد عليه أربعة لا يحد عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يحد لان هذا الاقرار ليس بحجة فلا يعتد به فيكون الامتناع عن البناء في دليل الرجوع أو هو غير صحيح فيه فيلتحق بالعدم شرعا فبقيت الشهادة وحدها هي الحجة فيقبل ولابي يوسف رحمه الله ان الاقرار موجود حقيقة لكنه غير معتبر شرعا فأورثت الحقيقة شبهة وهو يدرأ بها فصار كما اذا كانت معتبرة شرعا قال رحمه الله (فان رجع عن اقراره قبل الحد أو في وسطه خلى سبيله) وقال الشافعي وابن أبي ليلى رحمهما الله يحد لوجوبه باقراره فلا يبطل بعد ذلك بانكاره وهذا لانه احدى الحجتين فصار ثبوته به كثبوته بالشهادة كالقصاص وحد القذف ولنا أن الرجوع خبر يحتمل الصدق والكذب كالاقرار الاول فأورث شبهة وهو يدرأ بها وهذا لان كل واحد من كلاميه يحتملها فلا يمكن العمل باحدهما لعدم الاولوية فيترك على ما كان بخلاف القصاص وحد القذف لانه من حقوق العباد وهو يكذبه والحد حق الله فلا يكذب له والى صحة الرجوع أشار عليه الصلاة والسلام بقوله هلا تركتموه حين أخبر بفراره ماعز قال رحمه الله (وندب تلقينه بلعلك قبلت أو لمست أو وطئت بشبهة) أي يستحب للامام أن يلقنه الرجوع بقوله لعلك قبلتها أو لمستها أو وطئتها بشبهة أو بنكاح أو بملك يمين لانه عليه الصلاة والسلام قال لماعز لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت قال لا يا رسول الله قال أنكتها ولا تكني قال نعم فعند ذلك أمر برجمه رواه البخاري وأحمد وأبو داود وقال عليه الصلاة والسلام في رواية أنكتها كما يغيب المرود في المكحلة والرشاء في البئر قال نعم فقال فهل تدري ما الزنا قال نعم أتيت منها حراما ما يأتي الرجل من امرأته حلالا الحديث قال رحمه الله (فان كان محصنا رجمه في فضاء حتى يموت) لانه عليه الصلاة والسلام أمر برجم الغامدية وماعز وكانا محصنين وأخرج ماعزا الى الحرة وقيل الى البقيع ففر الى الحرة فرجم بالحجارة حتى مات وقيما رواه الجماعة أنه عليه الصلاة والسلام رجم المرأة التي زنى بها العسيف وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل النفس بغير حق وقال عمر رضي الله عنه وهو على المنبر وان مما أنزل في القرآن الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة وسيأتي قوم ينكرون ذلك ولولا أن الناس يقولون ان عمر زاد في كتاب الله تعالى لكتبتها على حاشية المصحف وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فوصل الينا اجماعهم بالتواتر ولا معنى لانكار الخوارج الرجم لانهم ينكرون القطعي فيكون

قال السبكي لعل الله ييسر علينا حل هذا الاشكال فان عمر رضي الله عنه انما نطق بالصواب ولكنا نتهم فهمنا وأجيب بأنه يمكن تأويله بان مراده لكتبتم امنعها على نسخ تلاوتها ليكون في كتابتها في محلها أمن من نسيانها بالكلية لكن قد تكتب من غير تنبيه فيقول الناس زاد عمر فتركت كتابتها بالكلية وذلك من دفع أعظم المفسدتين باخفهما والله أعلم (قوله لا يحسنه) الذي في خط الشارح بلا ضمير اه (قوله ان أبى الشهود من البداءة يسقط الحد) أي عن المشهود عليه ولا يحدونهم لان امتناعهم ليس صريحا في رجوعهم ولو كان ظاهرا فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وان كان بحق كما تراه في الشاهد من امتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال الاكل والاضحية بل ومن حضورها فكان امتناعهم شبهة في درء الحد عن المشهود عليه وهذا الاحتمال شبهة في اندفاع الحد عنهم وقيل يحدون والاول رواية المبسوط اه فتح (قوله أو قذفوا لحدوا) أي سواء اعترض ذلك قبل القضاء أو بعد القضاء قبل الامضاء لان الامضاء من القضاء في باب الحدود فاذا لم يحصل الامضاء (١٦٨) فكأنه لم يحصل القضاء اه اتقاني (قوله أو عمى أو خرس) قال الكمال وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن أهلية الشهادة كما لو ارتد أحدهم أو عمى أو خرس أو فسق أو قذف فقد لا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء أو بعده قبل اقامة الحد لان الامضاء من القضاء في الحدود وهذا اذا كان محصنا وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي يقام عليه الحد في الموت والغيبة اه قال الاتقاني أما اذا كان غير محصن فقد قال الحاكم الشهيد في الكافي أقيم عليه الحد في الموت والغيبة ويبطل فيما سواهما وكذلك ما سوى الحدود من حقوق الناس اه (قوله وكذا اذا غابوا أو بعضهم أو ماتوا) في ظاهر الرواية اه هداية وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عما روي عن أبي يوسف اه اتقاني (قوله في المتن ويبدأ الامام لو مقرا) قال الكمال رحمه الله واعلم أن مقتضى هذا أنه لو (ولو امتنع الامام لا يحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتف برجم ماعز فان القطع بانه عليه الصلاة والسلام لم يحضره بل رجمه الناس عن أمره عليه الصلاة والسلام ويمكن الجواب بان حقيقة ما دل عليه قول علي أنه يجب على الامام أن يأمرهم بالابتداء احتياطا لثبوت دلالة الرجوع وعدمه وان يبتدئ هو في الاقرار لينكشف للناس انه لم يقصر في أمر القضاء بان يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد فاذا امتنع حينئذ ظهرت امارة الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة تقصيره في القضاء وهي دارئة فكان البداءة في معنى الشرط اذ لم يكن عن عدمه العدم لانه جعل شرطا بذاته وهذا في حقه عليه الصلاة والسلام منتف فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد اذا لم يبدأ واعلم أن مقتضى ما ذكر أنه لو بدأ الشهود فيما اذا ثبت بالشهادة يجب أن يثني الامام فلو لم يثن الامام يسقط الحد لانحاد المأخذ فيها (قوله الغامدية) منسوبة الى بني غامد قبيلة من العرب اه اتقاني (قوله بخلاف الشهيد) أي فانه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الاثر شاهدا له ولاظهار زيادة تشريفه بقيام أثر الشهادة يوم القيامة اه كمال

مكابرة وعنادا قال رحمه الله (يبدأ الشهود به) أي يبدأ الشهود بالرجم وقال الشافعي لا تشترط بداءتهم اعتبارا بالجلد ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال حين رجم شراحة الهمدانية ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه أحد لكان أول من يرمي الشاهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها أقرت فأنا أول من رماها بحجر قال الراوي ثم رمى الناس وأنا فيهم ولان الشاهد ربما يتجاسر على الشهادة ثم يستعظم المباشرة فيأبى أو يرجع فكان في بداءته احتمال للدرء بخلاف الجلد فان كل أحد لا يحسنه فيخاف أن يقع مهلكا أو متلفا العضو وهو غير مستحق ولا كذلك الرجم لان الاتلاف فيه متعين قال رحمه الله (فان أبوا سقط) أي ان أبى الشهود من البداءة يسقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذلك اذا امتنع واحد منهم أو جنوا أو فسقوا أو قذفوا لحدوا أو أحدهم أو عمي أو خرس أو ارتد والعياذ بالله تعالى لان الطارئ على الحد قبل الاستيفاء كالموجود في الابتداء وكذا اذا غابوا أو بعضهم أو ماتوا أو بعضهم لما ذكرنا وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله واحدى الروايتين عن أبي يوسف وروى عنه أنهم اذا امتنعوا أو ماتوا أو غابوا رجم الامام ثم الناس وان كان الشهود مرضى لا يستطيعون أن يرموا أو مقطوعي الايدي رجم بحضرتهم بخلاف ما اذا قطعت أيديهم بعد الشهادة ذكره في النهاية قال رحمه الله (ثم الامام ثم الناس) لما روينا من أثر علي رضي الله عنه ويقصدون بذلك مقتله الا من كان منهم ذا رحم محرم منه فانه لا يقصد مقتله لان غيره كفاية وروى أن حنظلة استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل أبيه وكان كافرا فمنعه من ذلك وقال دعه يكفيك غيرك ولانه مأمور بصلة الرحم فلا يجوز القطع من غير حاجة قال رحمه الله (ويبدأ الامام لو مقرا ثم الناس) أي يبدأ الامام بالرجم ان كان الزاني مقرا لما روينا من أثر علي رضي الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة ثم قال للناس ارموا وكانت أقرت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عن غسل ماعز وتكفينه والصلاة عليه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم فلقد تاب توبة لو قسمت على أهل الحجاز لوسعتهم ولقد رأيته ينغمس في أنهار الجنة ولانه قتل بحق فلا يسقط به الغسل كالقتل بقصاص بخلاف الشهيد وصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على الغامدية بعد ما رجمت وكانت أقرت وقال عليه الصلاة والسلام والذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له رواه مسلم وأبو داود قال رحمه الله

(قوله في المتن ولو غير محصن) أي وهو حر اه (قوله لقوله تعالى الزانية والزاني) قال الاتقاني ورفع الزانية والزاني بالابتداء وخبرهما محذوف تقديره وفيما فرض عليكم الزانية والزاني أي حكمهما وهو الجلد ويجوز أن يكون الخبر فاجلدوا وهو مذهب المبرد والاول مذهب الخليل وسيبويه ودخول الفاء في الخبر لتضمن المبتدا معنى الشرط لان الالف واللام بمعنى الذي أي التي زنت والذي زنى فاجلدوهما كقولك من زنى فاجلدوه اه (قوله الا انها نسخت في حق المحصن) أي قطعا ويكفينا في تعيين الناسخ القطع برجم النبي صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهي أولى من ادعاء أن الناسخ الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم لعدم الحكم بثبوتها قرآنا ثم انتساخ تلاوتها وان ذكرها عمر رضي الله عنه وسكت الناس فان كون الاجماع السكوتي حجة مختلف وبتقدير حجيته لا يقطع بان جميع المجتهدين من الصحابة كانوا اذ ذاك حضورا ثم لا شك أن الطريق في ذلك الى عمر ظني ولهذا قال علي رضي الله عنه فيما ذكرناه ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسبه للقرآن المنسوخ التلاوة وعرف من ذلك أنه قائل بعدم نسخ عموم الآية فيكون رأيه أن الرجم حكم زائد في حق المحصن ثبت بالسنة وهو قول قيل به ويستدل له بقوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وفي رواية أبي داود ورمي بالحجارة وسيأتي الكلام فيه اه كمال وكتب ما نصه أي بآية أخرى نسخت تلاوتها وبقي حكمها رواها عمر رضي الله عنه في خطبته بحضرة الصحابة من غير نكير وقال ان مما يتلى في كتاب الله تعالى الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم ولا تهمة في روايته الا أن الله تعالى لما صرفها عن قلوب العباد لحكمة لم يكتبها عمر في المصحف وقال لولا أن يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها اه اتقاني (قوله وقدمت الزانية بالذكر) أي مع أن العادة عكسه اه فتح (قوله اذ لو لم تطمعه ولم تمكنه لم يطمع) بخلاف آية السرقة حيث قدم الرجل فيها على المرأة لان الرجل هو الاصل في باب العدوان وان كان يقع من المرأة أيضا اه اتقاني (قوله لقوله تعالى) أي فاذا

(ولو غير محصن جلده مائة) أي لو كان الزاني غير محصن جلده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والخطاب للائمة لان اجتماع الامة متعذر فتعين الامام لاقامته مقامهم وهي عامة في المحصن وغيره الا أنها نسخت في حق المحصن بما ذكرنا فبقيت معمولا بها في حق غيره وقدمت الزانية بالذكر لانها هي المادة في هذه الجناية اذ لو لم تطمعه ولم تمكنه لم يطمع ولم يمكن أو لان الفاحشة منهن أكثر لغلبة شهوتهن وقلة دينهن وعدم حفظهن للمروءة قال رحمه الله (ونصف للعبد) أي نصف المائة للعبد لقوله تعالى فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب والمراد به الجلد لان الرجم لا يتنصف فتعين الجلد لذلك أو لعدم الاحصان لفقد شرطه وهو الحرية فاذا ثبت التنصيف في الاماء لمكان الرق المنقص للكرامات والعقوبات ثبت في العبيد لدلالة النص اذ النص الوارد في أحد المثلين يكون واردا في المثل الآخر أو نقول دخل العبد في اللفظ وأنث للتغليب ومثله قوله عليه الصلاة والسلام في خمس من الابل السائمة شاة وانما خص بلاتا يتناول الاناث ودخل الذكور فيه إما بدلالة النص أو دخل في اللفظ وأنث للتغليب وفي مثله يغلب الذكور عادة كما في قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة وان كنتم جنبا وغيره قال رحمه الله (بسوط لا ثمرة له متوسطا) أي يضرب بسوط لا عقدة له

(٣٢ — زيلعي ثالث)

أحصن اه (قوله فعليهن) أي الاماء اذا أحصن أي تزوجن فان أتين بفاحشة أي زنين اه اتقاني (قوله ما على المحصنات) أي الحرائر اه اتقاني (قوله من العذاب) أي من الحد اه (قوله لان الرجم لا يتنصف) أي فلا رجم على الرقيق اه فتح (قوله فتعين الجلد لذلك أو لعدم الاحصان الخ) وحضرة المولى ليس بشرط في صحة اقراره وشرط اقامة البينة عند أبي حنيفة ومحمد اه ابن فرشتا في الحجر (قوله والعقوبات ثبت في العبيد بدلالة النص) أي بناء على أنه لا يشترط في الدلالة أولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة تكفي فيه اه كمال (قوله وأنث للتغليب) قال الكمال وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهي تغليب الذكور والنص عليهن فقط لان الكلام كان في تزويج الاماء أعني قوله ومن لم يستطع منكم طولا الى قوله من فتياتكم المؤمنات ثم تمم حكمهن اذا زنين ولان الداعية فيهن أقوى وهو حكمة تقديم الزانية على الزاني في الآية وهذا الشرط أعني الاحصان لا مفهوم له فان على الارقاء نصف المائة أحصنوا أو لم يحصنوا وأسند أبو بكر الرازي الى أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل والقائلون بمفهوم المخالفة يجوزون أن الايراد لدليل يدل عليه وروى مسلم وأبو داود والنسائي عن علي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم من أحصن ومن لم يحصن ونقل عن العباس وطاوس أن لا حد عليهما حتى يحصنا بزوج وعلى هذا هو معتبر المفهوم الا أنه غير صحيح وقرئ فاذا أحصن بالبناء للفاعل وتؤول على معنى أسلمن اه (قوله في المتن بسوط لا ثمرة له) قال الكمال قيل المراد بثمرة السوط عذبته وذنبه مستعار من واحدة ثمرة الشجرة وفي الصحاح وغيره عقد أطرافه ورجح المطرزي ارادة الاول لما ذكر الطحاوي أن عليا حد الوليد بسوط له طرفان أربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين وفي

الايضاح ما يوافقه قال ينبغي أن لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين وفي الدراية لكن المشهور في الكتب لا ثمرة له لا عقدة له وقول المصنف في الاستدلال عليه لان عليا لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته لا يحتمل الوجه الاول اصلا بل أحد الامرين إما العقدة وإما تليين طرفه بالدق اذ كان يابسا وهو الظاهر روى ابن أبي شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسي عن أنس بن مالك قال كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلنا له في زمن من كان هذا قال في زمن عمر ابن الخطاب والحاصل أن المراد لا يضرب وفي طرفه يبس لانه حينئذ يجرح أو يبرح فكيف اذا كان في طرفه عقدة ويفيد ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن أبي كثير أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني أصبت حدا فأقمه علي فدعا عليه الصلاة والسلام بسوط فأتي بسوط شديد له ثمر فقال سوط دون هذا فأتي بسوط مكسور فقال سوط فوق هذا فأتي بسوط بين سوطين فقال هذا وأمر به فجلد وه ورواه ابن أبي شيبة عن زيد بن أسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم أتي برجل فذكره وذكره مالك في الموطا والحاصل أن يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة وبمعنى الفرع الذي يبرز نبين تعميما للشرائط في النفي لانه عين العدد مائة ولو تجوز بالثمرة فيما يشاكل العقدة ليعم المجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرنا كان أولى فانه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير متوسطا اه (قوله والضرب المتوسط هو المؤلم غير الجارح) قال الكمال رحمه الله ولو كان الرجل الذي وجب عليه الحد ضعيف الخلقة نحيف عليه الهلال يجلد جلدا خفيفا يحتمله اه وسيأتي هذا في كلام الشارح عند قوله (١٧٠) والمريض يرجم قال الاتقاني وروى أنه عليه الصلاة والسلام أمر الجلاد أن لا يبين ابطه اه

ضربا متوسطا وفي النهاية هي عذبته وذنبه وطرفه لان كل ضربة بها تصير ضربتين وعن علي رضي الله عنه أنه كسر ثمرته ولو لم يكسر الثمرة يعد كل ضربة بضربتين لما روى أن عليا رضي الله عنه ضرب الوليد بسوط له طرفان وفي رواية ذنبان أربعين جلدة فكانت الضربة بضربتين والضرب المتوسط هو المؤلم غير الجارح لان الجارح يفضي الى التلف أو يبقى في جسده أثر يشينه ولهذا يكسر عقدته وغير المؤلم لا يفيد والواجب التأديب دون الاهلاك قال رحمه الله (ونزع ثيابه) يعني غير الازار لان في نزعه كشف العورة والمقصود من ضربه ايصال الالم اليه لا سيما هذا الحد لانه مبني على الشدة والتجريد فيه أبلغ وقد صح أن عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود قال رحمه الله (وفرق على بدنه) أي فرق الضرب على بدنه وأعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والجلد زاجر وليس بمتلف ولانه نال اللذة في كل عضو منه فيعطى حظه من الضرب ولهذا رجم اذا كان محصنا قال رحمه الله (الا رأسه ووجهه وفرجه) لقوله عليه الصلاة والسلام للجلاد اتق الوجه والمذاكير ولان الضرب على الفرج متلف وعلى الرأس سبب لزوال الحواس كالسمع والبصر والشم والفهم وكذا على الوجه وهو مجمع المحاسن أيضا فلا يؤمن ذهابها فيكون اهلاكا من وجه فلا يشرع وقال أبو يوسف آخرا يضرب الرأس سوطا لقول أبي بكر رضي الله عنه للجلاد اضرب الرأس فان فيه شيطانا قلنا قال ذلك في مستحق القتل لانه كان من دعاة أهل الحرب محاربا وسط رأسه فأمر بضرب ذلك الموضع وأخبر أن فيه شيطانا وقال عمر للجلاد ايالك أن تضرب الرأس والفرج وقال بعض مشايخنا لا يضرب الصدر والبطن لانه مقتل

(قوله وقد صح ان عليا الخ) قال الكمال وقول المصنف لان عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود زاد عليه شارح الكنز فقال صح أن عليا كان يأمر بالتجريد فابعد عما قال المخرج انه لم يعرف عن علي بل روى عنه خلاف اه فتح (قوله فرق الضرب على أعضائه) أي على الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين اه اتقاني وكتب على قوله أعضائه ما نصه أي أعضاء المحدود اه (قوله في المتن الا رأسه ووجهه) قال الكمال وذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للذي أمره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولم يحفظه المخرجون كالراس مرفوعا بل موقوفا على علي رضي الله عنه أنه أتي برجل سكران أو في حد فقال اضرب وأعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير رواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما وسعيد بن منصور وقال ابن المنذر وثبت عن عمر بن الخطاب أنه قال وقد أتي برجل وأعط كل عضو حقه قال وروينا هذا القول عن علي وابن مسعود والنخعي رضي الله عنهم اه ولا شك أن معنى ما ذكره المصنف في الصحيحين من حديث أبي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال اذا ضرب أحدكم فليتق الوجه والمذاكير ولا شك أن هذا ليس مرادا على الاطلاق لانا نقطع أنه في حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لاحد ضرب وجه من يبارزه أو هو في مقابلته حالة الحملة لا يكف عنه اذ قد تمتنع عليه بعد ذلك و يقتله فليس المراد الامن يقتله صبرا في حد قتلا أو غير قتل اه قال الكمال أيضا والمذاكير جمع ذكر بمعنى العضو فرقوا في جمعه بين الذكر بمعنى الرجل حيث قالوا ذكران وذكورة وذكارة وبمعنى العضو تم جمعه على اعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكرا كما قالوا شابت مفارقه وانما له مفرق واحد اه وفي الصحاح الذكر خلاف الانثى والجمع ذكور وذكران وذكارة أيضا مثل حجر وحجارة والذكر العوف والجمع مذاكير على غير قياس كأنهم فرقوا بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو في الجمع وقال الاخفش هو من الجمع الذي ليس له واحد مثل العباديد والابابيل اه وفي الصحاح في باب الفاء وكان بعض الناس يتأول العوف الفرج فذكرته لابي عمرو فأنكره اه (قوله من دعاة) الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض اه اتقاني (قوله وسط رأسه) أي وضرب رأسه واجب واهلاكه مستحق اه اتقاني (قوله وقال بعض مشايخنا لا يضرب الصدر والبطن) قال الكمال فيه نظر بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عددا يسيرا

لا يقتل في البطن فكيف بالصدر نعم اذا فعل بالعصا كما يفعل في زماننا في بيوت الظلمة ينبغي أن لا يضرب البطن اه (قوله وقال الشافعي الخ) قال الكمال وما قيل في المنظومة والكافي ان الشافعي رحمه الله يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية البينة والا حد في ظهرك غير ثابت في كتبهم بل الذي فيها كقولنا وانما رواية عن مالك أنه خص الظهر وما يليه وأجيب بان المراد بالظهر نفسه أي حد عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة مثل عمر وعلي وابن مسعود وما استنبطناه من قوله عليه الصلاة والسلام اذا ضرب أحدكم فليتق الوجه وأنه في نحو الحد فاسواه داخل في الضرب

ثم خص منه الفرج بدليل الاجماع اه (قوله على التشهير) أي زجرا للعامة عن مثله اه فتح (قوله فيرفع) أي الضارب اه (قوله عند الضرب) أي بعد وقوعه اه فتح (قوله والربط والامساك الخ) قال الكمال وان امتنع الرجل ولم يقف ولم يصبر لا بأس بربطه على اسطوانة أو عمك اه ﴿فرع﴾ قال الكمال رحمه الله ولا يقام حد في مسجد باجماع الفقهاء ولا تعزير الا ما روي عن مالك أنه لا بأس بالتأديب في المسجد خمسة أسواط قال أبو يوسف أقام ابن أبي ليلى الحد في المسجد فخطأه أبو حنيفة وفي الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشراءكم وبيعكم واقامة حدودكم وجمروها في جمعكم وضعوا على أبوابها المطاهر ولانه لا يؤمن من خروج النجاسة من المحدود فيجب تنقيته عن المسجد اه قوله وجمروها قال في النهاية ومنه نعيم المجمر الذي كان يلي ابخار مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم اه وقال قاضيخان قبيل فصل حد القذف ولا قود ولا تعزير في المسجد ولكن القاضي يخرج من المسجد اذا أراد اقامة الحد بين يديه اه وذكر الشارح قبيل فصل التعزير ان الحد لا يقام في المسجد اه (قوله وقال الشافعي) أي ومالك وأحمد اه فتح (قوله أن يقيم عليه الحد) أي بلا اذن وعن مالك إلا في الامة المزوجة اه فتح (قوله العبادلة الثلاثة) أي ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير اه اتقاني (قوله ولان الحد حق الله) أي فلا يجوز للمولى أن يستوفيه لانه أجنبي في حقه فلا يجوز للاجنبي أن يتصرف في حق غيره اه اتقاني (قوله وكذا الذمي الخ) قال الكمال واستثنى الشافعي من المولى أن يكون ذميا أو مكاتبا أو امرأة وهل يجري ذلك على العموم حتى لو كان قتله بسبب الردة أو قطع الطريق أو قطعا للسرقة ففيه خلاف عندهم قال النووي الاصح المنصوص نعم لا طلاق الخبر اه

كالرأس وعن أبي يوسف مثله وقال الشافعي رحمه الله يخص الظهر بالضرب لقوله عليه الصلاة والسلام شهودك أو حدك في ظهرك فلما ليس فيه نفي ضرب غيره من الاعضاء قال رحمه الله (ويضرب الرجل قائما في الحدود غير ممدود) لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى الحدود على التشهير لقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين والقيام أبلغ فيه والممدود هو الملقى في الارض كما يفعل اليوم وقيل أن يمد فيرفع يده فوق رأسه وقيل أن يمد السوط على جسده عند الضرب فيجرحه عليه وكل ذلك لا يفعل لانه زيادة على المستحق قال رحمه الله (ولا ينزع ثيابها الا الفرو والحشو) أي المرأة لا ينزع عنها ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى الجسد والستر حاصل بدونهما فلا حاجة اليهما فينزعان ليصل الالم الى البدن قال رحمه الله (وتضرب جالسة) لما روينا من قول علي رضي الله عنه ولانها عورة فلو ضربت قائمة فلا يؤمن كشف عورتها قال رحمه الله (ويحفر لها في الرجم لا له) أي يحفر للمرأة لا للرجل لقول أبي سعيد فوالله ما حفرنا لماعز ولا أوثقناه الحديث وقال عبد الله بن بريدة عن أبيه حفر للغامدية الى صدرها رواهما مسلم وأحمد وأبو داود ولانها رجمت اضطرب اذا أصابتها الحجارة فتبدو أعضاؤها وهي كلها عورة فكان الحفر أستر لها بخلاف الرجل ولا بأس بترك الحفر لها لانه عليه الصلاة والسلام لم يأمر بذلك والربط والامساك غير مشروع في المرجوم قال رحمه الله (ولا يحد عبده الا باذن امامه) أي المولى لا يحد عبده الا اذا فوض الامام اليه وقال الشافعي رضي الله عنه له أن يقيم عليه الحد الذي هو خالص حق الله تعالى اذا عاين السبب أو أقر عنده اذا كان المولى ممن يملك الحد بتولية الامام بان كان بالغا عاقلا حرا وان ثبت بالبينة فله فيه قولان وفي حد القذف والقصاص له وجهان وان كان المولى مكاتبا أو ذميا أو امرأة فليس له أن يقيم الحد على مملوكه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ثم ان زنت فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ثم ان زنت الثالثة فليبعها ولو بحبل من شعر متفق عليه ولان له ولاية مطلقة فيملك اقامة ما وجب عليه كالامام بل أولى لان ولايته عليه فوق ولاية الامام حتى يملك فيه من التصرفات ما لا يملكه الامام ألا ترى أن المولى هو الذي يزوج دون الولي بالقرابة لان ولاية الملك فوقها وولاية القرابة فوق ولاية السلطنة لان السلطان لا يزوج الا بعد فقد القريب فلما جعلت ولاية الملك فوق ولاية القرابة دل أنها فوق ولاية السلطنة ضرورة ولهذا يملك تعزيره كما يملكه الامام والحد كالتعزير لان كلا منهما عقوبة شرعت للزجر ولنا ما روي عن العبادلة الثلاثة موقوفا ومرفوعا أربعة الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء وعن علي مثله ولان الحد حق الله تعالى اذ المقصود من شرعه إخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العباد فتكون الولاية مستفادة بالنيابة من الله تعالى والامام هو المتعين لها في استيفاء حقوق الله تعالى فأما المولى فولايته بالملك لا يصلح أن يكون نائبا لله تعالى ألا ترى أن المرأة لا تصلح لذلك وان كانت مالكة وكذا الذمي والمكاتب بخلاف التعزير لانه حق العبد وهو المالك والمقصود منه

(قوله في المتن واحصان الرجم الخ) قيد باحصان الرجم لان احصان القذف غير هذا كما سيأتي قاله الكمال ثم قال وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح يعني تكون الصحة قائمة حالة الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحا فلو دخل بها عقبه لا يصير محصنا لوقوع الطلاق قبله واعلم أن الاضافة في قولنا شرائط الاحصان ينبغي أن تكون بيانية أي الشرائط التي هي الاحصان وكذا شرط الاحصان والحاصل أن الاحصان الذي هو شرط الرجم هي الامور المذكورة فهي أجزاؤه وهو هيئة يكون باجتماعها فهي أجزاء علته وكل جزء علة فكل واحد حينئذ شرط وجوب الرجم والمجموع علة لوجود الشرط المسمى بالاحصان والشرط يثبت سمعا أو قياسا على ما اختاره فخر الاسلام وغيره اه (قوله وهما بصفة الاحصان) الى هنا كلام الشارح وينبغي أن يذكر بعد قوله الاحصان والتكليف غير أنه ليس ثابتا في خطه والصواب اثباته اه (١٧٢) (قوله وهذه الشرائط) أي التي ذكرها المصنف سبعة الاول الحرية الثاني والثالث العقل والبلوغ أشار اليهما المصنف بقوله والتكليف الرابع الاسلام الخامس النكاح الصحيح السادس الدخول فيه وهو المراد بقوله والوطء السابع احصانهما حالة الدخول اه واعلم أولا أن الزنا سبب لوجوب الجلد والرجم جميعا لكن للرجم شرائط هي المذكورة آنفا فاذا وجدت هذه الشرائط يجب الرجم والا فيجب الجلد قال الاتقاني رحمه الله ثم اعلم أن الدخول آخر شرائط الاحصان حتى لو وجد الدخول أولا ثم وجد سائر الشرائط لا يكون محصنا ما لم يوجد الدخول بعدها بيانه فيما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي أن المسلم البالغ العاقل تزوج امرأة نصرانية فدخل بها ثم أسلمت المرأة فقبل أن يدخل بها بعد الاسلام زنى الرجل لا رجم عليه لانه لم يدخل بها بعد اسلامها ولم تكمل شرائط احصانه عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يكون محصنا ولو كانت المرأة أمة فدخل بها زوجها ثم أعتقها المولى فلم يدخل بها بعد العتق لا يكمل الاحصان بالاتفاق وكذا لو دخل بها وهي صغيرة ثم أدركت وكذا لو كان تحته امرأة حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل احصانهما ثم اذا أسلما لا يعود احصانهما الا بعد الدخول بها بعد الاسلام الى هنا لفظ الشارح والله أعلم (قوله ويمكنه) أي الاسلام يمكن اه (قوله وعن أبي يوسف أنه ليس بشرط وبه قال الشافعي) قال الاتقاني وأما الاسلام فانه شرط الاحصان في ظاهر الرواية عن أصحابنا جميعا لما قلنا وروى عن أبي يوسف أن الاسلام ليس بشرط وهو قول الشافعي وثمرة الخلاف أن الذمي الثيب اذا زنى عندنا يجلد ولا يرجم وعندهما يرجم اه (قوله وأما التزوج بنكاح صحيح) أي ثم لا يكون محصنا بالدخول في النكاح الفاسد لانه لا يباح الوطء وكذا لا يكون محصنا أيضا بالجماع في النكاح الصحيح اذا قال ان تزوجتك فأنت طالق نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي اه اتقاني (قوله ولانه) أي التزوج بنكاح صحيح اه (قوله وأما احصانهما) قال الكمال رحمه الله

التأديب والتثقيف ولهذا يملكه عليه وان كان صغيرا غير مخاطب شرعا وهو كتأديب الدواب وتقبل فيه الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ويصح فيه العفو والتقدم في ولاية الانكاح لا يدل على تقدمه في ولاية الحدود كالقريب فانه يتقدم عليه فيه وليس له ولاية اقامة الحدود ولان الحدود انما تجب باعتبار الآدمية والمولى يملك ماليته لا غير فكان أجنبيا عنه فصار كالحر في حقه ولهذا يصح اقراره بالحدود دون الاموال والمراد مما روى التسبيب بالمرافعة الى الحكام لا المباشرة بغير اذن الامام وهذا كما يقال قتل الامير فلانا ونادى الامير في الناس والمباشر للقتل والنداء غيره وانما نسب اليه بالتسبيب بالامر بذلك وهذا المعنى هو الظاهر لانه عليه الصلاة والسلام خاطب الموالي كلهم بذلك وكلهم لا يملكون المباشرة بالاجماع أو يكون ذلك اذنا منه عليه الصلاة والسلام للموالي بان يقيموا الحدود عليهم وعندنا تجوز اقامته للمولى باذن الامام قال رحمه الله (واحصان الرجم الحرية والتكليف والاسلام والوطء بنكاح صحيح وهما بصفة الاحصان) العقل والبلوغ وهذه الشرائط سبعة الحرية والعقل والبلوغ والاسلام والتزوج نكاحا صحيحا والدخول بالنكاح الصحيح وكونهما محصنين حالة الدخول أما العقل والبلوغ فهما شرط لاهلية العقوبات كلها لان المجنون والصبي ليسا بمكلفين وأما الحرية فلان الاحصان يتطلق عليها قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب أي الحرائر وقال تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات أي الحرائر ولانها تمكنه من النكاح الصحيح المغني عن الزنا وأما الاسلام فلقوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن ولانه يتمكن به من نكاح المسلمة اذ الكافرة لا تحصنه ويمكنه من اعتقادا لحرمة أو يؤكده وعن أبي يوسف أنه ليس بشرط وبه قال الشافعي رحمه الله لانه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين قلنا كان ذلك بحكم التوراة قبل نزول اية الجلد في أول ما دخل عليه الصلاة والسلام المدينة وصار منسوخا بها ثم نسخ الجلد في حق المحصن والكافر ليس بمحصن لما روينا وأما التزوج بنكاح صحيح فلان الاحصان يتطلق عليه قال الله تعالى والمحصنات من النساء أي المنكوحات وقال تعالى فاذا أحصن أي تزوجن ولانه يمكنه من الوطء الحلال وأما الدخول فلقوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب الحديث والشيبة لا تكون بغير دخول ولانه باصابة الحلال تنكسر شهوته ويشبع فيستغني به عن الزنا والمعتبر ايلاج الحشفة بحيث يجب عليه الغسل ولا يشترط الانزال وأما احصانهما حالة الدخول فلان هذه النعمة به تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصغيرة لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وفي الكافرة خلاف أبي يوسف وعنه أنه لا

وكون كل واحد من الزوجين مسلما بالآخر في شرائط الاحصان وقت الاصابة فهو شرط خلافا للشافعي حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل أمة أو صبية أو مجنونة أو كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصنا بهذا الدخول حتى لو زنى بعده لا يرجم عندنا خلافا له وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد أو مجنون أو صبي ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت ولو تزوج مسلم ذمية فأسلمت بعد ما دخل بها ثم قبل أن يدخل بها بعد الاسلام أي يطأها زنى لا يرجم وكذا لو أعتقت الامة التي هي زوجة الحر العاقل البالغ المسلم بعد ما دخل لا يرجم لو زنى ما لم يطأها بعد الاعتاق وكذا لو بلغت بعد ما دخل بها وهي صغيرة وكذا لو كانت تحته حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل إحصانهما فإذا أسلما لا يعود إحصانهما حتى يدخل بها بعد الاسلام اه وقال الاتقاني (١٧٣) عند قوله وكونهما على صفة الاحصان عند الدخول فعن هذا عرفت أن إحصان أحد الزوجين شرط لاحصان صاحبه بخلاف احصان أحد الزانيين حيث لا يكون شرط الاحصان الآخر حتى يحد كل واحد منهما حد نفسه جلدا كان أو رجما اه ﴿فرع﴾ قال قاضيخان في الجامع أربعة شهدوا على رجل بالزنا فأنكر الاحصان وهو الدخول بحكم النكاح وله امرأة قد ولدت في نكاحه يرجم لان حكم الشرع بثبات النسب منه حكم بالدخول وبهذا الوطء لقيها كان له الرجعة اه وقال التمرتاشي فان أقر بالدخول ثبت إحصانهما وان أقر أحدهما دون الآخر ثبت في حق المقر لان حكم إقراره يلزمه ولو ولدت منه وهما ينكران الدخول فهما محصنان لان الولد شاهد على ذلك ولو لم يكن له منها ولد يثبت الاحصان بشهادة رجل وامرأتين وقال زفر والشافعي لا يثبت كما لا يثبت الزنا ولنا أن الاحصان شرط والحكم يضاف الى العلة وهو الزنا لا الى الشرط ولو رجعوا لا يضمنون وقالا يضمنون نصف الدية لان الحجة قامت بهم وبشهود الزنا ويستفسر القاضي شهود الاحصان ما هو وكيف هو فان ذكروا الشرائط وقالا دخل بها كفى ذلك خلافا لمحمد قال الدخول قد يكون للزنا وقد يكون للوطء فلا يقبل للاحتمال ولهما أن الدخول بها لا يستعمل الا في الوطء أما في غيره فيقال دخل عليها وفي جامع الرازي لا يشترط قيام النكاح لبقاء الاحصان اه (قوله بخلاف العلم والشرف) هذا متصل بقوله هذه الاشياء من أعظم النعم اه (قوله في المتن ولا يجمع بين جلد ورجم) وهو قول مالك والشافعي ورواية عن أحمد وذهب في رواية أخرى عنه وأهل الظاهر الى أنه يجمع اه فتح

لا يشترط الاحصان عند الدخول والحجة عليه ما بيناه وقوله عليه الصلاة والسلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد وهذه الاشياء من أعظم النعم وكلها زواجر عن الزنا والجناية عند توفر النعمة ووجود المانع أغلظ وأقبح فيناط بها نهاية العقوبة ولهذا هدد الله تعالى نساء النبي بضعف ما هدد به غيرهن وعاتب الانبياء عليهم السلام بزلات لا يؤاخذ بها غيرهم لزيادة النعمة عليهم بخلاف العلم والشرف لان الشرع لم يرد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي ممتنع ولو زال الاحصان بعد ثبوته بالجنون والعنة يعود محصنا اذا أفاق وعند أبي يوسف لا يعود حتى يدخل بالمرأة بعد الافاقة قال رحمه الله (ولا يجمع بين جلد ورجم) يعني في المحصن (و) لا بين (جلد ونفي) يعني في البكر أما الاول فلانه عليه الصلاة والسلام لم يجمع بينهما على المحصن وعند أصحاب الظواهر يجلد ثم يرجم لقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم رواه الجماعة الا البخاري والنسائي وعنه عليه الصلاة والسلام جمع بينهما في رجل وعن الشعبي أن عليا حين رجم المرأة جلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه البخاري وأحمد ولنا أنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا في المرأة التي زنى بها العسيف بل رجمهم من غير جلد ولو كان الجمع حدا لما تركه ولانه لا فائدة في الجلد مع الرجم لان الحد شرع زاجرا وزجره بالجلد لا يتأتى مع هلاكه وزجر غيره يحصل بالرجم لكونه أبلغ العقوبات فاذا عرى عن الفائدة فلا يشرع ولهذا لو تكرر من شخص ما يوجب الحد يكتفى بحد واحد لعدم الفائدة في الباقي لان المقصود وهو زجره وزجر غيره يحصل بالاول ومارووه معناه الثيب بالثيب جلد مائة أو الرجم لان الواو تجيء بمعنى أو قال الله تعالى جاعل الملائكة رسلا أولي أجنحة مثنى وثلاث ورباع أي أولي أجنحة مثنى أو ثلاث أو رباع فيكون معنى الحديث الثيب بالثيب الرجم ان كانا محصنين أو جلد مائة ان لم يكونا محصنين وهذا معنى مستقيم لا اشكال فيه فان كل ثيب لا يرجم فيكون تنبيها منه عليه الصلاة والسلام على الحكمين في الثيب على أن هذا الحديث منسوخ على ما نبين وجه نسخه من قريب ان شاء الله تعالى وأما الذي جمع فيه عليه الصلاة والسلام بينهما فانما جلده أول مرة ظنا منه أنه غير محصن ثم لما عرف أنه محصن رجمه فان جابرا قال ان رجلا زنى بامرأة فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم فجلده الحد ثم أخبر أنه محصن فأمر به فرجم رواه أبو داود وفعل علي رضي الله عنه محمول على ذلك وتأخيره الرجم الى يوم الجمعة دليل عليه لان تأخير الحد بعد وجوبه لا يجوز وعرف أحد الحدين بكتاب الله تعالى والآخر بالسنة فلهذا قال جلدتها بكتاب الله تعالى ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لان الجمع مشروع في واحد وأما الثاني وهو عدم الجمع بين الجلد والنفي في البكر فذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما حدا لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة وقال عليه الصلاة والسلام في العسيف عليه جلد مائة وتغريب

عام والخلفاء الراشدون كانوا يضربون ويغربون ولان الزنا ينشأ من المصاحبة والمؤانسة فيفرق ويغرب حسما لمادته ألا ترى أن السارق لما كان تمكنه من السرقة بالمشي والبطش صار حده قطع آلة المشي والبطش حسما لمادته وانما قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة جعل الجلد كل الموجب نظرا الى الجواب بالفاء لان الفاء للجزاء والجزاء ما يكون كفاية لانه من جزأ بالهمز أي كفى والى كونه كل المذكور فيكون كل الموجب اذ الموضع موضع الحاجة الى البيان فلو وجب التغريب لكان الجلد بعض الموجب فيكون نسخا وهو لا يجوز الا عثله ولان في التغريب تعريضا لها على الزنا لانها اذا تباعدت عن العشائر والاقارب ارتفع الحياء واذا نزلت في الرباطات أو الخانات أحوجها انقطاع مواد المعاش الى اتخاذ الزنا مكسبة لارتفاع الاستحياء من المعارف وهو أقبح وجوه الزنا لانه يقع جهرا لكونه ناشئا عن وقاحة ومع العشائر ان وقع يقع خفية ومكتوما لكونه ناشئا عن استحياء ولهذا قال علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة وعمر رضي الله عنه نفى شخصا فارتد ولحق بدار الحرب فحلف أن لا ينفي بعده أبدا وبهذا يعرف أن نفيهم كان بطريق السياسة والتعزير لا بطريق الحد لان مثل عمر رضي الله عنه لا يحلف أن لا يقيم الحد وعندنا يجوز أن يفعله ان رأى فيه مصلحة ولا يختص ذلك بالزنا ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام نفى المخنث وعمر رضي الله عنه نفى نصر بن الحجاج وكان غلاما صبيحا يفتتن به النساء والجمال لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة رآها فان الغلام قال له ماذنبي يا أمير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا أطهر دار الهجرة منك فنفاه والتحق بالروم فحلف أن لا ينفي أحدا بعد هذا ولان نفي المرأة لا يمكن شرعا لان سفرها بغير محرم حرام ولا ذنب للمحرم حتى ينفى معها ولا يمكن القياس على المهاجرة من دار الحرب لانها لا تقصد سفرا وانما تطلب الخلاص حتى لو وصلت الى جيش المسلمين ولهم منعة لا يجوز لها أن تخرج من عندهم وتسافر وكذا في الامة حق المولى في الخدمة مقدم على حق الشرع فلا يمكن أن يفصل بينها وبين مولاها وكذا العبد وما رواه منسوخ كشطره وهو قوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة والرجم فانه لا يجمع بين الجلد والرجم على المحصن بالاجماع وبيان نسخه أن حد الزنا كان في الابتداء الايذاء باللسان كما قال الله تعالى فآذوهما ثم نسخ بالحبس في البيوت بقوله تعالى فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا ثم نسخ الحبس في البيوت بقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم فكان هذا قبل نزول سورة النور بدليل قوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني ولو كان بعد نزولها لقال خذوا عن الله ثم نسخ بقوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فكان الجلد حد كل زان ثم نسخ في حق المحصن بالرجم فبقي في حق غير المحصن معمولا به فاستقر الحكم على الجلد فقط في غير المحصن وعلى الرجم فقط في حق المحصن قال رحمه الله (ولو غرب بما يرى صح) أي لو غرب الامام الجاني بما يرى من التغريب جاز لما ذكرنا وقال في النهاية المراد بالتغريب الحبس قال الشاعر

ومن يك أمسى بالمدينة رحله * فاني وقيار بها لغريب

أي لمحبوس وهو أحسن وأسكن للفتنة من نفيه الى اقليم آخر لانه بالنفي يعود مفسدا كما كان ولهذا كان الحبس حدا في ابتداء الاسلام دون النفي وجعل النفي المذكور في قطاع الطريق عليه قال رحمه الله (والمريض يرجم ولا يجلد حتى يبرأ) أي اذا زنى المريض وكان محصنا يرجم لان الرجم متلف فلا يمتنع بسبب المرض وان كان غير محصن لا يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى التلف والجلد شرع زاجرا لا متلفا ولهذا لا يقام الحد في شدة الحر ولا في شدة البرد وان كان الزاني ضعيف الخلقة بحيث لا يرجى برؤه نخيف عليه الهلاك اذا ضرب يجلد جلدا خفيفا مقدار ما يحتمله لما روي أن رجلا ضعيفا زنى فذكر ذلك سعد بن عبادة لرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ذلك الرجل مسلما فقال عليه الصلاة والسلام اضربوه

(قوله فيكون كل الموجب) أي لان الحكيم مهما شرع في بيان حكم حادثة لم يقتصر على بيان بعض الحكم اه (قوله وعمر نفى شخصا) أي وهو نصر بن حجاج اه (قوله وبيان نسخه أن حد) لفظة حد ليست في خط الشارح ولا بد من مراعاته اه

(قوله عثكالا) العثكال والعثكول عنقود النخل والشماريخ شعبة منه من خط الشارح اه (قوله فى المتن والحامل لاتحد حتى تلد) قال الحاكم الشهيد فى الكافى فان ادعت أنها حبلى أراها القاضى النساء فان قلن هى حبلى حبسها الى سنتين ثم يرجمها واذا

حدّه فقالوا يارسول الله انه ضعيف مما نحسب ولو ضربناه مائة قتلناه فقال عليه السلام خذوا عثكالا فيه مائة شمراخ ثم اضربوه ضربة واحدة قال ففعلوا رواه أحمد وابن ماجه وفى مارواه أبو داود ولو حملناه اليك لتفسخت عظامه وماهو الا جلد على عظم قال رحمه الله (والحامل لاتحد حتى تلد وتخرج من نفاسها لو كان حدها الجلد) أى لو كانت الزانية حاملا لاتحد حتى تلد لانه يخاف الهلاك على الولد وله حرمة الآدمى وان كان من الزنا لعدم الجناية منه وقد روى أن امرأة من غامد جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت طهرنى فقال ويحك ارجعى واستغفرى الله تعالى وتوبى اليه فقالت أراك تريد أن تردنى كما رددت ماعز بن مالك فقال وماذاك قالت انها حبلى من الزنا قال أنت قالت نعم فقال لها حتى تضعى مافى بطنك قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت قال فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال وضعت الغامدية فقال اذا لانرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقام رجل من الانصار فقال الىّ رضاعه قال فرجمها رواه مسلم والدارقطنى وقال هذا حديث صحيح وتحبس حتى تلد ان ثبت زناها بالشهادة وان كانت مقرة لاتحبس ولو كان حدها الجلد لم تجلد حتى تخرج من نفاسها لما روى عن على رضى الله عنه أنه قال ان أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فأمرنى أن أجلدها فأتيتها فاذا هى حديثة عهد بنفاس فخشيت ان أجلدها أن أقتلها فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال أحسنت اتركها حتى تماثل رواه مسلم وأحمد وأبو داود والترمذى وصححه ولان النفاس نوع مرض فينتظر البرء على ما بيناه بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن أبى حنيفة رحمه الله أن الرجم يؤخر الى أن يستغنى ولدها عنها اذا لم يكن له أحد يقوم بتربيته لما روى عن عبد الله بن بريدة قال جاءت الغامدية فقالت يارسول الله انى قد زنيت فطهرنى وانه ردّها فلما كان الغد قالت يارسول الله لم تردنى لعلك تردنى كما رددت ماعزا فوالله انى لحبلى قال إما لا فاذهبى حتى تلدى فلما ولدت أتته بالصبى فى خرقة قالت هذا قد ولدته قال اذهبى فأرضعيه حتى تفطميه فلما فطمته أتته بالصبى وفى يده كسرة خبز فقالت هذا يانبىّ الله قد فطمته وقد أكل الطعام فدفع الصبى الى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها الى صدرها وأمر الناس فرجموها فتنفل خالد بحجر فرمى رأسها فنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبىّ صلى الله عليه وسلم سبه اياها فقال مهلا ياخالد فوالذى نفسى بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له ثم أمر بها وصلى عليها ودفنت رواه مسلم وأحمد وأبو داود والتوفيق بين الحديثين أنه يحتمل أن تكون امرأتان من غامد فأخر رجم احداهما الى أن يفطم ولدها دون الاخرى ويحتمل أن تكون احداهما من غامد والاخرى من قبيلة أخرى فغلط الراوى فى الرواية والله أعلم

﴿باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لايوجبه﴾

الوطء الموجب للحد هو الزنا وهو عند أهل اللغة والشرع وطء الرجل المكلف فى قبل المشتهاة فى غير الملك وشبهته عن طوع وقد بيناه فى أول الكتاب وانما شرط ذلك لوجوب الحد لان الزنا فعل حرام والحرمة على الاطلاق تثبت عند التعرى عن الملك وشبهته يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام أن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة رواه الترمذى من حديث عائشة رضى الله عنها وذكر أنه قد روى موقوفا وان الوقف أصح وعندنا لايضر ذلك اذا صح الرفع لاسيما فيما لايدرك بالرأى فان الموقوف فيه محمول على السماع لانهم كانوا يرفعونه تارة ويفتون به أخرى وقال عليه الصلاة والسلام ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا ثم الشبهة ثلاثة أنواع شبهة فى الفعل وشبهة فى المحل وشبهة فى العقد على ما يجىء بيانه فالاول يسمى شبهة

شهدوا عليها بالزنا فادعت أنها عذراء أو رتقاء فنظر اليها النساء فقلن هى كذلك درئ عنها الحد ولا حد على الشهود أيضا وكذلك المجبوب ولا حد على قاذفه ويقبل فى الرتقاء والعذراء والاشياء التى يعمل فيها بقول النساء قول امرأة واحدة قال فى الفتوى الولوالجى والمثنى أحوط اه اتقانى (قوله فقال) لفظ فقال مشطوب عليه فى خط الشارح اه يراجع الحديث (قوله تماثل) هكذا هو بخط الشارح اه

﴿باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لايوجبه﴾

(قوله ثم الشبهة ثلاثة أنواع الخ) قال الاتقانى والشبهة على نوعين شبهة اشتباه وهو أن يشتبه عليه الحال بان يظن أنها تحل له وهذه الشبهة تسمى شبهة فى الفعل والنوع الثانى شبهة فى المحل وهى أن تكون الشبهة ناشئة فى المحل بان يكون فى المحل شبهة الملك أعنى شبهة ملك الرقبة أو ملك البضع وهذه الشبهة تسمى شبهة حكمية باعتبار أن المحل أعطى له حكم الملك فى اسقاط الحد وان لم يكن الملك ثابتا حقيقة ثم كل واحدة من الشبهتين يسقط بها الحد لاطلاق الحديث المذكور الا أن فى كل موضع تثبت فيه شبهة الاشتباه اذا قال علمت أنها على حرام وجب الحد لارتفاع الشبهة بارتفاع الاشتباه وفى شبهة المحل لايجب الحد وان قال علمت أنها على حرام لقيام الشبهة بقيام المحل اه وقال الكمال وأصحابنا قسموا الشبهة قسمين شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة أى شبهة

في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك أي الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل ثم قال الكمال عند قوله في الهداية ثم الشبهة عند أبي حنيفة تثبت بالعقد وان كان العقد متفقا على تحريمه وهو عالم به وعندهما لا تثبت هذه الشبهة اذا علم بتحريمه ويظهر أثر ذلك في نكاح المحارم فصارت الشبهة على قول أبي حنيفة ثلاثة شبهة في الفعل وشبهة في المحل وشبهة في العقد وكذا قسمها في المحيط اه (قوله فيتحقق في حق من اشتبه عليه) أي من اشتبه عليه الحل والحرمة ولا دليل في السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن ان جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حلال له فلا بد من الظن والا فلا شبهة أصلا لفرض أن لا دليل أصلا لتثبت الشبهة في نفس الامر فلو لم يكن ظنه ثابتا لم تكن شبهة أصلا اه فتح (قوله فيثبت مطلقا) أي سواء ظن الحل أو علم الحرمة اه (قوله في المتن كوطء أمة ولده) أي ولا يحد قاذفه كما يأتي في حد القذف اه (قوله وولد ولده) أي وان كان ولده حيا اه فتح (قوله وكذا أمة ولد الولد) قال الاتقاني ويثبت النسب اذا ادعى الاب ذلك لانه ملكها بالقيمة ولا عقر عليه لان الاب لما ملكها بجميع العقر سقط لانه ضمان الجزء وقدر تحقيق ذلك في نكاح الرقيق أما الجد اذا وطئ جارية ولده ولده لا يثبت النسب ولا يجب الحد اذا كان الاب حيا كذا ذكر الفقيه أبو الليث (١٧٦) في شرح الجامع الصغير وذلك لان الجد يكون محجوبا بالاب فلم يثبت النسب لعدم تأويل

اشتباه وهو أن يظن غير الدليل دليلا فيتحقق في حق من اشتبه عليه فقط لان المحل خال عن الملك والحق فكان زنا حقيقة غير أنه سقط الحد لمعنى راجع اليه وهو الظن والهذا الوجاءت ولدا لا يثبت نسبه وان ادعاه والنوعان الاخران الشبهة في كل واحد منهما حكمية فيثبت مطلقا لان الشبهة فيه لدليل قائم به يقتضي الحل وانما امتنع من افادته لمانع على ما يجيء تفاصيله قال رحمه الله (لاحد بشبهة المحل وان ظن حرمته كوطء أمة ولده وولد ولده ومعتدة الكنايات) أي لا يجب الحد لاجل شبهة وجدت في المحل وان علم حرمته لان الشبهة اذا كانت في الموطوءة يثبت فيها الملك من وجه فلم يبق معه اسم الزنا فامتنع الحد على التقادير كلها وهذا لان الدليل المثبت للحل قائم وان تخلف عن اثباته حقيقة لمانع فأورث شبهة فلهذا سمي هذا النوع شبهة في المحل لانها نشأت عن دليل موجب للحل في المحل بيانه أن قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك يقتضي الملك لان اللام فيه للملك وكذا أمة ولد الولد والمعتدة التي طلقها بالكنايات فيها اختلاف الصحابة فذهب عمر رضي الله عنه أنها رجعية فأورث شبهة وان كان المختار قول علي رضي الله عنه وبهذه المسائل أخوات منها الجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم لانها في ضمانه ويده وتعود الى ملكه بالهلاك قبل التسليم وكان مسلطا على الوطء بالملك واليد وقد بقيت اليد فتبقى الشبهة وكذا في البيع الفاسد قبل القبض وبعده لانه ثبت له حق الملك فيها وكذا اذا كان بشرط الخيار ومنها جارية مكاتبه أو عبده المأذون له وعليه دين محيط بماله ورقبته لان له حقا في كسب عبده فكان شبهة في حقه ومنها الجارية المرهونة قبل التسليم في حق الزوج لما ذكرنا من المعنى في المبيعة ومنها الجارية المشتركة بينه وبين غيره لان ملكه في البعض ثابت حقيقة فتكون الشبهة فيها أظهر ومنها المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن لان استيفاء الدين يقع بها عند الهلاك وقد انعقد له سبب الملك في الحال

الملك في الحال وانما لم يحد لان القرابة التي يتأول بها الملك في ثاني الحال ثابتة في الحال أعني قرابة الولاد فتمكنت الشبهة فدرئ الحد بها وكذا كل موضع كان سقوط الحد فيه لشبهة في المحل ولا فرق فيه بين أن يعلم الحرمة أو لا يعلم لقيام الشبهة في الحالين كالجارية المبيعة قبل القبض لان ملك المشتري لم يستقر فيها قبل القبض ولهذا اذا هلكت ينفسخ البيع اه قال الكمال رحمه الله وما وقع في نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لابي الليث رحمه الله اذا زنى بجارية ناقاته والاب في الاحياء وقال ظننت أنها علي حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بغلطه وأنه سقط عنه فصارت لفظة لا ان جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته ونفس أبي الليث صرح في الجامع الصغير أنه لا يثبت لانه محجوب بالاب وصرح به في الكافي وفي المبسوط أن من وطئ جارية ولده وولده فجاءت بولد فادعاه فان كان الاب حيا لم تثبت دعوة الجد اذا كذبه وكذب الولد لان صحة الاستيلاد تنبني على ولاية نقل الجارية وليس للجد ولاية ذلك في حياة الاب ولكن ان أقر به ولد الولد عتق باقراره لانه زعم أنه ثابت النسب من الجد وأنه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولا شيء عليه من قيمة الامة لانه لم يتملكها وعليه العقر لان الوطء ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهي البنوة فيجب العقر وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة أشهر لانا علمنا أن العلوق كان في حياة الاب وأنه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها الى نفسه وان كانت ولدته بعد موته بستة أشهر فهو مصدق في الدعوة صدقه ابن الابن أو كذبه لان العلوق حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب كالاب في الولاية فله أن ينقلها الى نفسه بدعوة الاستيلاد اه (قوله فيما اختلاف الصحابة) يعني هل الكنايات بوائن أو رواجع اه (قوله منها الجارية المبيعة في حق البائع) أي اذا وطئها البائع قبل تسليمها الى المشتري اه (قوله وكذا اذا كانت بشرط الخيار) أي للمشتري اه فتح (قوله ومنها الجارية المهورة) أي المجعولة مهرا اذا وطئها زوجها قبل تسليمها الى الزوجة لان الملك فيها لم يستقر للزوجة اه (قوله ومنها الجارية المشتركة بينه) أي بين الواطئ اه (قوله في رواية كتاب الرهن) وهذه الرواية غير مختارة كما سيجيء قريبا اه (قوله وقد انعقد له سبب الملك في الحال) أي فيصير مستوفيا ومالكا بالهلاك من وقت

الرهن اه فتح قال الكمال رحمه الله وقد دخل في سبب الملك صور مثل وطء جارية عبده المأذون المديون ومكاتبه ووطء البائع الجارية المبيعة بعد القبض في البيع الفاسد والتي فيها الخيار وينبغي أن يزاد جاريته التي هي أخته من الرضاع وجاريته قبل الاستبراء والاستقراء يفيد ذلك أيضا كالزوجة التي حرمت بردتها أو مطاوعتها لابنه أو جماعه أمها ثم جامعها وهو يعلم أنها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الائمة لم يحرم به فاستحسن أن يدرأ ذلك الحد فالاقتصار على الستة لا فائدة فيه اه وقد عدها الكمال رحمه الله ستة أيضا تبعا للشارحين فقال قبل ما نقلته عنه آنفا والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة والمجعولة مهرا والمشتركة والمرهونة اذا وطئها المرتهن في رواية كتاب الرهن وعلمت أنها ليست بالمختارة ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت أنها علي حرام لان المانع هو الشبهة وهي هنا قائمة في نفس الحكم أي الحرمة القائمة بها فيها شبهة أنها ليست بثابتة نظرا الى دليل الحل على ما تقدم من نحو قوله صلى الله عليه وسلم أنت (١٧٧) ومالك لابيك ونحوه فلا اعتبار بمعرفته بالحرمة وعدمها اه مع حذف (قوله في المتن ولشبهة الفعل ان ظن حله) قال الكمال رحمه الله فشبهة الفعل في ثمانية مواضع أن يطأ جارية أبيه أو أمه وكذا جارية جده وجدته وان علا أو زوجته أو المطلقة ثلاثا في العدة أو بائنا على مال وكذا المختلعة بخلاف البينونة بلا مال فانها من الحكمية أو أم ولده التي أعتقها أو هي في عدته والعبد يطأ جارية مولاه والمرتهن يطأ المرهونة اه وقد ذكر في الكنز من هذه الثمانية خمسة وذكر الشارح الثلاثة الباقية والله الموفق (قوله لانه في موضع الاشتباه فيعذر) بخلاف ما لو وطئ امرأة أجنبية وقال ظننت أنها تحل لي أو جارية أجنبية على ما يأتي لانه في غير

فصارت كالمشتراة بشرط الخيار للبائع قال رحمه الله (ولشبهة الفعل ان ظن حله) كعتدة الثلاث وأمة أبويه وزوجته وسيده) أي يسقط الحد لاجل الشبهة في الفعل ان ظن أن وطأها حلال له ويسمى هذا النوع من الشبهة شبهة في الفعل لان الملك والحق غير ثابت في هؤلاء اللاتي ذكرهن لان حرمة المطلقة ثلاثا مقطوع بها فلم يبق له فيها ملك ولا حق غير أنه بقي فيها بعض الاحكام كالنفقة والسكنى والمنع من الخروج وثبوت النسب وحرمة أختها وأربع سواها وعدم قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه فحصل الاشتباه لذلك فأورث شبهة ان ظن حله لانه في موضع الاشتباه فيعذر ولا فرق في ذلك بين أن يوقع الثلاث جملة أو متفرقا ولا اعتبار بخلاف من أنكر وقوع الجملة لكونه مخالفا للقطعي وكذا الاملاك المتباينة بينه وبين أبويه وكذا بينه وبين زوجته فلا ملك له ولا حق في مالهم وكذا العبد في مال مولاه غير أن البسوطة تجري بينهم في الانتفاع بالاموال والرضا بذلك عادة وهي تجوز الانتفاع بماله شرعا فاذا ظن الوطء من هذا القبيل حلالا يعذر لان وطء الجواري من قبيل الاستخدام فيشتبه عليه الحال والاشتباه في محل معذور فيه ولهذه المسائل أيضا أخوات منها المطلقة على مال لان حرمتها ثابتة بالاجماع فصارت كالمطلقة ثلاثا ومنها أم الولد اذا أعتقها مولاها الثبوت حرمتها بالاجماع وتثبت الشبهة عند الاشتباه لبقاء أثر الفراش وهي العدة ومنها الجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود وهو المختار لان الاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من معناها فلم يكن الوطء حاصلا في محل الاستيفاء وهذا لان الرهن لا يفيد ملك العين حقيقة ولهذا لو مات العبد المرهون يكون كفنه على الراهن على ما عرف في موضعه والوطء يصادف العين والذي أفاد ملك العين لا يتصور أن يفيد ملك المتعة بحال لانه يصير مستوفيا لها بعد الهلاك وفي ذلك الوقت لا يتصور ملك المتعة فيها فصارت كالجارية المستأجرة للخدمة وكجارية الميت في حق الغريم بخلاف المشتراة بشرط الخيار للبائع لان الملك فيها يثبت حقيقة في حال قيامها عند نفوذ البيع وذلك سبب ملك المتعة فان قيل فعلى هذا وجب أن يجب الحد على المرتهن مطلقا اشتبه عليه أو لم يشتبه كما في الجارية المستأجرة للخدمة وكجارية الميت في حق الغريم قلنا الاستيفاء سبب لملك المال في الجملة وملك المال سبب لملك المتعة في الجملة فحصل الاشتباه بخلاف المستأجرة وجارية الميت لان الاجارة لا تفيد المتعة بحال والغريم لا علك عين التركة وانما يستوفي حقه من الثمن ولو ملك العين أو تعلق حقه بها لما جاز بيعها الا باذنه كالراهن ثم كما يسقط الحد عنهما بما يدعوى الفعل يسقط عنهما بما يدعوى الجارية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يسقط عنه لانها تابع

(٢٣ ـ زيلعي ثالث)

موضعه اه فتح (قوله بخلاف من أنكر وقوع الجملة) أي فان الزيدية يقولون اذا طلقها ثلاثا جملة لا يقع الا واحدة والامامية يقولون انه لا يقع شئ أصلا اه اتقاني (قوله وكذا بينه وبين زوجته) قال في أمالي الحسن قال أبو حنيفة اذا زنى بجارية امرأته وقال انها حلال عليه العقر ولا حد عليه ولا يثبت نسب الولد ان جاءت به صدقته المرأة أو لم تصدقه ولو قال علمت أنها علي حرام لا عقر عليه وعليه الحد ولا يثبت النسب اه (قوله وهو المختار) قال الكمال وهو الاصح والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن ففي هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت أنها تحل لي ولو قال علمت أنها حرام وجب الحد ولو ادعى أحدهما الظن والآخر لم يدع لا حد عليهما حتى يقر اجدهما بالعلم لان الحرمة لا تثبت في الفعل من أحد الجانبين تعدت الى الآخر ضرورة اه (قوله يسقط عنهما بما يدعوى الجارية المحل) اي لا يحد الواطئ وان لم يدع الاشتباه اذا قالت الجارية ظننت أن عبيده مولاي أو مولاتي أو ابن مولاي أو مولاتي أو زوج سيدتي يحل لي لان دعوى الاشتباه تسقط عنها الحد فاذا سقط عنها سقط عنه لان الفعل واحد اه اتقاني

رحمه الله قال الكمال واذا سقط الحد كان عليه العقر لزوجته وغيرها ولا يثبت نسب ولدها لو جاءت به جارية الزوجة وغيرها وان صدقته الزوجة أنه ولده اه وكتب ما نصه الحل ليس في خط الشارح اه (قوله كالبالغ اذا زنى بصبية) أي يجب عليه الحد ولا يجب عليها مع أن الفعل واحد لان عدم الوجوب عليها لا للشبهة بل للحد اه (قوله باعتبار عدم الاهلية) أي للعقوبات لكونها مرفوعة القلم فلم يؤثر ذلك في اسقاط الحد عنه لعدم الشبهة اه (قوله في المتن والنسب يثبت في الاولى فقط) سيأتي ما يخالفه فيمن زفت اليه غير امرأته وقيل هي امرأته وقيل هي زوجتك فانه اذا وطئها لا يجب الحد ويثبت النسب مع أنها شبهة في الفعل اه (قوله يثبت النسب ان ادعاه في الشبهة الاولى) أي وذلك لان الفعل لما لم يكن زنا الشبهة في المحل ثبت نسب الولد بالدعوة لان النسب مما يحتاط في اثباته اه اتقاني (قوله وفي النوع الاول وجد أحدهما) أي وهو الحق اه رازي (قوله فلم يتمحض) أي لم يخلص اه (قوله وانما سقط الحد لمعنى راجع اليه) أي الى الواطئ لا الى المحل (١٧٨) فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطء ولذا لا يثبت به عدة لانه لا عدة من الزنا اه كمال رحمه الله (قوله وان ظن أنها تحل له) وذلك لانه لا شبهة هنا لا في الملك ولا في الفعل لعدم الانبساط فلا يعتبر الظن اه اتقاني وكتب ما نصه قال الكمال ومعنى هذا أنه علم ان الزنا حرام لكنه ظن ان وطأه هذا ليس زنا محرما فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب الحد أن يعلم ان الزنا حرام وانما ينفيه مسئلة الحربي اذا دخل دار الاسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال لا يلتفت اليه ويحد وان كان فعله أول يوم دخل الدار لان الزنا حرام في جميع الاديان والملل لا يختلف في هذه فكيف يقال اذا ادعى مسلم أصلي أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد ولو أراد أن المعنى أن شرط الحد في نفس الامر علمه بالحرمة في نفس الامر فاذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل الجدوى أو غير صحيح لان الشرع لما أوجب على الامام أن يحد هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الامر لانه لا معنى لكونه واجبا في نفس الامر الا وجوبه على الامام لانه لا يجب على الزاني أن يحد نفسه ولا أن يقر بالزنا بل الواجب عليه في نفس الامر بينه وبين الله التوبة والانابة ثم اذا اتصل بالامام ثبوته وجب الحد على الامام اه (قوله سوى الولاد) أي كالخال والخالة اه (قوله وان قال ظننت أنها امرأتي) وقال الشافعي لا حد عليه للاشتباه وهو قول زفر أيضا اه اتقاني قال في الهداية ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد قال الكمال خلافا للائمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل ولنا أن المسقط شبهة الحل ولا شبهة هنا أصلا سوى أن وجدها على فراشه ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن اليه وهذا لانه قد ينام على الفراش غير الزوجة من حبائبها الزائرات وقراباتها فلم يستند الظن الى ما يصلح دليل حل فكان كما لو ظن المستأجرة للخدمة والمودعة حلالا فوطئها فانه يحد اه (قوله فلانة يحد) أي لانه يمكن التمييز بأكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا في اطمئنان النفس الى أنها هي اه فتح

فسقوطه عن التبع لا يوجب السقوط عن الاصل كالبالغ اذا زنى بصبية والظاهر الاول لان سقوط الحد عن الجارية باعتبار الشبهة فيتعدى اليه لان الفعل واحد بخلاف الصبية لان عدم الوجوب عليها باعتبار عدم الاهلية فلا يمكن تعديته اليه فاقتصر عليها قال رحمه الله (والنسب يثبت في الاولى فقط) أي يثبت النسب ان ادعاه في الشبهة الاولى وهي الشبهة في المحل ولا يثبت في النوع الثاني وهو الشبهة في الفعل وان ادعاه لان النسب يعتمد قيام الملك أو الحق في المحل لانه لا يثبت بدون الفراش أو شبهته توجد باحدهما وفي النوع الاول وجد أحدهما فلم يتمحض زنا ولم يتحقق في الثاني فتمحض زنا وانما سقط الحد لمعنى راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه والمحل خال عن الملك وعن الحق ولهذا يجب عليه الحد اذا لم يدع الاشتباه بخلاف النوع الاول على ما بينا قال رحمه الله (وحد بوطء أمة أخيه وعمه وان ظن حله وامرأة وجدت في فراشه) يعني وان ظن أنها تحل له لانه لا بسوطة في مال هؤلاء عادة فلم يستند ظنه الى دليل فلم يعتبر وكذا في سائر المحارم سوى الولاد بخلاف السرقة منهم حيث لا تقطع بها يده لان حد السرقة يجب بهتك الحرز ولم يوجد الحرز في حقه لان المحارم بعضهم يدخل على بعض بغير استئذان ولا حشمة لوجود الاذن بالدخول عادة فيدرأ به الحد وأما هنا يجب الحد بالزنا وقد وجد ويدرأ بالحل أو بشبهته ولم يوجد ويتبين لك هذا المعنى في الضيف فانه اذا سرق من المضيف لا تقطع يده وان زنى بجارية أو في بيته بل في بيت نفسه يحد لما قلنا وهو المراد بقوله وامرأة وجدت في فراشه أي يحد بوطء امرأة أجنبية وجدت في فراشه وان قال ظننت أنها امرأتي لانه بعد طول الصحبة لا تشتبه عليه امرأته وقد ينام في فراشها غيرها من المحارم والمعارف والجيران فلم يستند الظن الى دليل فلا يعتبر وكذا اذا كان أعمى لان امرأته لا تخفى عليه بعد طول الصحبة يعرفها بالجس والنفس والرائحة والصوت فلا يعذر بترك التفحص عنها الا اذا ادعاها فأجابته أجنبية فقالت أنا امرأتك فوطئها فانه لا حد عليه لان ظنه استند الى دليل شرعي وهو الاخبار وكذا لو قالت أنا فلانة باسم امرأته فواقعها لا يحد لما قلنا ولو جاءت بولد يثبت نسبه منه لما ذكر من قريب في المزفوفة وان أجابته ولم تقل أنا امرأتك ولا أنا فلانة يحد لعدم ما يوجب السقوط ولو أكرهها يجب عليه الحد دونها ولا يجب عليه المهر عندنا خلافا للشافعي وهو نظير الاختلاف في ضمان المسروق مع القطع

(قوله فى المتن لا بأجنبية) انظر ما تقدم باسطر وهو قوله الا اذا دعاها الخ فانه من شبهة الفعل مع أنه يثبت فيه النسب كما فى المزفوفة وان كان النسب لا يثبت فى شبهة الفعل اه (قوله فى المتن زفت) ومعنى قوله زفت أى بعثت وهو من باب فعل يفعل بفتح العين فى الماضى وضمها فى المضارع اه اتقانى (قوله لانه اعتمد دليلا شرعيا الخ) قال الاتقانى أما عدم وجوب الحد فلان الموضع موضع الاشتباه بيانه ان الانسان لا يميز بين امرأته وغيرها فى أول الوهلة الا بالاخبار وخبر الواحد مقبول فى أمور الدين والمعاملات ولهذا اذا جاءت الجارية وقالت بعثنى مولاى اليك هدية يحل وطؤها اعتمادا على قولها فلما كان الموضع موضع اشتباه تحققت الشبهة فسقط الحد اه (قوله وان كانت شبهة اشتباه) قال الكمال رحمه الله ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة من المشايخ ودفع بانه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب فالاوجه أنها شبهة دليل فان قول النساء هى زوجتك دليل شرعى مبيح للوطء فان قول الواحد مقبول فى المعاملات ولهذا حل وطء الامة اذا جاءت الى رجل وقالت مولاى أرسلنى اليك هدية فاذا كان دليلا غير صحيح فى الواقع أوجب الشبهة التى يثبت معها النسب وعلى المزفوفة العدة اه قوله عند طائفة أى فى غير ظاهر الرواية اه (قوله ولا يحد قاذفه) أى لا يحد قاذف الذى زفت اليه غير امرأته فوطئها فى ظاهر الرواية اه اتقانى قال فى الهداية فلا يحد قاذفه الا فى رواية عن أبى يوسف قال الكمال فان احصانه لا يسقط عنده بهذا الوطء لانه وطئها على انه نكاح صحيح معتمدا دليلا ولا يثبت (١٧٩) النسب والمهر باجماع الصحابة فيكون وطأ حلالا ظاهرا أجيب بأنه لما تبين خلاف الظاهر بقى الظاهر معتبرا فى ايراث الشبهة وبالشبهة سقط الحد لكن سقط احصانه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لان فى شبهة المحل لا يكون الفعل زنا والحاصل أنه لو اعتبر شبهة اشتباه أشكل عليه ثبوت النسب وأطلقوا أن فيها لا يثبت النسب وان اعتبر شبهة محل اقتضى أنه لو قال علمت احراما على تعلمى بكذب النساء لم يحد ولا يحد قاذفه والحق أنه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الاخبار يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر فى شبهة المحل لان الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضاه ثبوت الملك نحو أنت ومالك لا بيك والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا مجردا الفعل غير أنه مستثنى من الحكم المرتب عليه أعنى عدم ثبوت النسب للاجماع فيه وبهذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما مهدوه من أحكام الشبهتين اه (قوله وعن أبى يوسف) أى فى غير ظاهر الرواية اه (قوله فى المتن وبمحرم نكحها) قال فى الهداية ومن تزوج امرأة لا يحل نكاحها قال الكمال بان كانت من ذوات محارمه بنسب كامه وابنته فوطئها لم يجب عليه الحد عند أبى حنيفة وسفيان الثورى وزفر وان قال علمت أنها على حرام ولكن يجب المهر ويعاقب عقوبة هى أشد مما يكون من التعزير سياسة لاحدا مقدرا شرعا اذا كان عالما بذلك وان لم يكن عالما لا حد عليه ولا عقوبة تعزير وقالا والشافعى أى أبو يوسف ومحمد وكذا مالك وأحمد يجب حده اذا كان عالما بذلك وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع أو صهر يتفق عليه وأما غير ذلك ففى الكافى لحافظ الدين منكوحة الغير ومعتدته ومطلقته الثلاث بعد التزويج كالمحرم قال وان كان النكاح مختلفا كالنكاح بلا ولى وبلا شهود فلا حد عليه اتفاقا لتمكن الشبهة عند الكل وكذا اذا تزوج أمة على حرة أو تزوج مجوسية أو أمة بلا اذن سيدها أو تزوج العبد بلا اذن سيده فلا حد عليه اتفاقا أما عنده فظاهر وكذا عندهما لان الشبهة انما تنتفى عندهما اذا كان مجمعا على تحريمه وهى حرام على التأبيد وفى بعض الشروح أراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومعتدة الغير ومنكوحة الغير ونكاح الخامسة وأخت المرأة فى عدتها

قال رحمه الله (لا بأجنبية زفت وقيل هى زوجتك) أى لا يجب الحد بوطء أجنبية زفت اليه وقيل له هى زوجتك فيما اذا تزوج امرأة ولم يدخل بها بعد لانه اعتمد دليلا شرعيا فى موضع الاشتباه وهو الاخبار فيطلق له الفعل اذ المرء لا يميز بين زوجته وغيرها فى أول الوهلة ولا دليل يقف عليه سوى هذا ولهذا قلنا يثبت نسبه وان كانت شبهة اشتباه لعدم الملك وشبهته لان الشارع جعل الاخبار بالملك كالتحقق دفعا لضرر الغرور عنه فى الامة التى اشتراها ثم استحقت بعد ما وطئها واستولدها ولا يحد قاذفه لانه وطء حرام فى غير الملك فيسقط به احصانه وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يسقط احصانه لان هذا الوطء حلال له ظاهرا والحكم يبنى على الظاهر قلنا ليس له فيها ملك ولا شبهته فكان زنا حقيقة فيسقط به احصانه واستناده الى دليل شرعى لا يمنع من ذلك كمن وطئ جارية ابنه فانه يسقط احصانه بذلك علقت أو لم تعلق ادعاه أو لم يدع قال رحمه الله (وعليه مهر) لان عليا رضى الله عنه قضى بذلك ولان الوطء فى دار الاسلام لا يخلو عن الحد أو المهر وقد سقط الحد عنه فتعين المهر وهو مهر المثل ولهذا قلنا فى كل موضع سقط فيه الحد مما ذكرنا يجب المهر لما ذكرنا الا فى وطء جارية الابن وعلقت منه وادعى نسبه لما ذكرنا فى النكاح أو فى وطء البائع المبيعة قبل التسليم ذكرها فى الزيادات وينبغى أن لا يجب بوطء جارية السيد لان المولى لا يجب له دين على عبده ولو قيل وجب ثم سقط فستقيم على ما اختلفوا فى تزويج المولى عبده بجاريته ويكون المهر للموطوءة بذلك قضى على رضى الله عنه وكان عمر رضى الله عنه يجعله فى بيت المال كأنه جعله حق الشرع لما أن الحد حق له وهذا كالعوض عنه والمختار قول على رضى الله عنه لان الوطء كالجناية عليها وأرش الجنايات للمجنى عليه ولو كان عوضا عن الحد لوجب على المرأة لان الحد ساقط عنها قال رحمه الله (وبمحرم نكحها) أى لا يجب الحد بوطء محرم تزوجها وهذا هو الشبهة فى العقد سواء كان عالما بالحرمة أو لم يكن عالما بها عند أبى حنيفة رحمه الله ولكن ان كان

والمجوسية والأمة على الحرة ونكاح العبد أو الأمة بلا اذن المولى والنكاح بغير شهود ففي كل هذا لا يجب الحد عند أبي حنيفة وان قال علمت انها على حرام وعندهما يجب اذا علم بالتحريم والا فلا ثم قال ولكنهما قالا فيما ليس بحرام على التأبيد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضا حيث جعل في الكافي الامة على الحرة والمجوسية والامة بلا اذن السيد وتزوج العبد بلا اذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد وجعلها هذا الشارح من محل الخلاف فعندهما يحد وأضاف الى ذلك ما سمعت ثم لا يخفى ما في عبارته من عدم التحرير ثم قول حافظ الدين في الكافي في تعليل سقوط الحد في تزوج (١٨٠) المجوسية ومامعها الان الشبهة انما تنتفي عندهما يعني حتى يجب الحد اذا كان مجمعا

عالما وجمع بالضرب تعزيرا له وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله ان كان عالما يحد في كل امرأة محرمة عليه على التأبيد أو ذات زوج لان حرمتها ثبتت بدليل قطعي واضافة العقد اليها كاضافته الى الذكور لكونه صادف غير المحل فيلغو لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وهو الحل هنا وهي من المحرمات فيكون وطؤها زنا حقيقة لعدم الملك فيها والحق واليه الاشارة بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء الى قوله انه كان فاحشة والفاحشة هي الزنا لقوله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة الآية ومجرد اضافة العقد الى غير المحل لا عبرة به ألا ترى أن البيع الوارد على الميتة والدم غير معتبر شرعا حتى لا يفيد شيأ من أحكام البيع غير أنه اذا لم يكن عالما يعذر بالاشتباه ولابي حنيفة رحمه الله أن الانثى من أولاد آدم محل لهذا العقد لان محل العقد ما يكون قابلا لمقصوده الاصلي وكل أنثى من أولاد آدم قابل لحكم النكاح وهو التوالد والتناسل واذا كانت قابلة لمقصوده كانت قابلة لحكمه اذ الحكم يثبت ذريعة الى المقصود فكان ينبغي أن ينعقد في جميع الاحكام الا أنه تقاعد عن افادة الحل حقيقة لمكان الحرمة الثابتة فيها بالنص فيورث شبهة اذ الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة بنفسها ألا ترى أن الخمر ليست بمال عندنا ولا هي محل للعقد ومع هذا لو اشترى بها شيأ اعتبرت مالا في حق انعقاد العقد حتى يملك ما يقابلها لكونها مالا عند أهل الذمة والانثى من أولاد آدم محل للعقد في حق غيره من المسلمين فكانت أولى بايراث الشبهة وكونها محرمة على التأبيد لا ينافي الشبهة ألا ترى أنه لو وطئ أمته وهي أخته من الرضاع عالما بالحرمة لا يجب عليه الحد والنكاح في افادة ملك المتعة أقوى من ملك اليمين لانه شرع له بخلاف ملك اليمين فكان أولى في افادة الشبهة لان الشبهة تشبه الحقيقة فما كان أقوى في اثبات الحقيقة كان أقوى في اثبات الشبهة واستدلالهم بالفاحشة على أنه زنا غير صحيح لان الفاحشة اسم للحرام قال الله تعالى ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن وقال تعالى والذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش الا اللمم فلا يكون اسم الفاحشة مختصا بالزنا ولو كان مختصا به فليس فيه دلالة على ما قالوا لان النكاح حقيقة للوطء فيحمل عليه النكاح المذكور في الآية لا على العقد لان العقد ليس بزنا اتفاقا ولا على الوطء بعد العقد لان اللفظ لا يدل عليه اذا النكاح لم يذكر الا مرة فيتناول أحدهما على البدل دون الجمع بينهما لاستحالة الجمع بين الحقيقة والمجاز والدليل على انه ليس بزنا ان أهل الذمة يقرون عليه وكان مشروعا في دين من قبلنا والذي لا يقر على الزنا ولم يشرع الزنا في دين من الاديان قط فاذا لم يجب الحد عنده لما ذكرنا يبالغ في تعزيره ان كان عالما ذلك لانه ارتكب محظورا فيه فساد العالم ومن الشبهة في العقد وطء المتزوجة بغير شهود أو بغير اذن المولى أو وطء أمة تزوجها على حرة أو تزوج خمسا في عقدة فوطئهن أو وطئ مجوسية أو مشركة تزوجها أو جمع بين أختين في عقدة فوطئهما أو الاخيرة لو كان متعاقبا في جميع ذلك لا يجب الحد عنده كيفما كان قال رحمه الله (وبأجنبية في غير القبل وبلواطة) أي لا يجب الحد بوطء امرأة أجنبية في غير قبلها ولا باللواطة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي هو كالزنا فيجب حد الزنا فيرجم ان كان محصنا

على تحريمه وهي حرام على التأبيد يقتضي أن لا يحد عندهما في تزوج منكوحة الغير ومامعها لانها ليست محرمة على التأبيد فان حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدتها كأن حرمة المجوسية مغياة بتمجسها حتى لو أسلمت حلت كما أن تلك لو طلقت وانقضت عدتها حلت وانه لا يحد عندهما الا في المحارم فقط وهذا هو الذي يعتمد على ظني والذي يعتمد على نقلهم مثل ابن المنذر كذلك ذكروا وحكى ابن المنذر عنهما أنه يحد في ذوات المحارم ولا يحد في غير ذلك قال مثل أن يتزوج مجوسية أو خامسة أو معتدة وعبارة الكافي للحاكم تفيد ذلك حيث قال رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها قال لا حد عليه وان فعله على علم لم يحد أيضا وبه جمع عقوبة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد اذا علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم الى هنا لفظه فعمم في المرأة التي لا تحل له في سقوط الحد على قول أبي حنيفة ثم خصص مخالفهما بذوات المحارم من ذلك العموم فاللفظ ظاهر في ذلك والا على ما عرف في الروايات اه (قوله والذين) الواو ثابتة في خط الشارح والتلاوة بدونها في هذه الآية اه (قوله في المتن وبأجنبية في غير قبل) أراد به التفخيذ والتبطين ونحو ذلك وليس المراد ما يعم الدبر لان يأتي يعلم من قوله وبلواطة اه (قوله وبلواطة) اعلم أن الرجل اذا أتى المرأة في الموضع المكروه أي في الدبر أو عمل مع الغلام عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة اه اتقاني (قوله لا يجب الحد بوطء امرأة أجنبية في غير قبلها) أي بل يعزر وقال الكمال لانه منكر محرم ليس فيه تقدير ففيه التعزير ومثله ما اذا أتت امرأة امرأة أخرى فانهما يعزران لذلك اه (قوله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي هو كالزنا) قال الكمال وهذه العبارة تفيد اعترافهما بانه ليس من نفس الزنا بل حكمه

حكم الزنا اه قوله قال الكمال أي في قول صاحب الهداية وقالا هو كالزنا اه (قوله يحرقان) باثبات النون في خط الشارح (قوله ثم يلقيا منكوسين) أي مع اتباع الاحجار اه فتح (قوله وعن بعضهم يهدم عليهما جدار) أي ولو كان زنا في اللسان أو في معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على ايجاب حد الزنا عليه فاختلافهم في موجبه وهم أهل اللسان أدل دليل على انه ليس من مسمى لفظ الزنا ولا معناه نعم قول من قال ان أهل اللغة فرقوا بينهما حيث قال قائلهم

من كف ذات حرفي زي ذي ذكر ... لها محبان لوطي وزناء

غلط وذلك أنه ليس بعربي بل هو من شعر أبي نواس من قصيدته التي أولها

دع عنك لومي فان اللوم إغراء ... وداوني بالتي كانت هي الداء

وهي قصيدة معروفة في ديوانه وهو مولد لا تثبت اللغة بكلامه مع انه ينبغي تطهير كتب الشريعة عن أمثاله اه فتح (قوله من اعتاده) أي فعل قوم لوط اه فتح (قوله جاز قتله) قال الكمال ولو اعتاد اللواطة قتله الامام محصنا كان أو غير محصن سياسة أما الحد المقدر شرعا فليس حكمه اه (قوله أو منكوحته) أي بنكاح صحيح أو فاسد اه فتح (قوله لا يجب الحد بالاجماع) نعم فيه ما ذكرنا من التعزير والقتل لمن اعتاده ان رأى الامام ذلك لكن للشافعي في عبده وأمته ومنكوحته قولان وهل تكون اللواطة في الجنة أي هل يجوز كونها في الجنة قيل ان كان حرمتها عقلا وسمعا لا تكون وان سمعا فقط جاز أن تكون والصحيح أنها لا تكون لنفيه تعالى استبعده واستقبحه فقال ما سبقكم بها من أحد من العالمين وسماه خبيثة فقال كانت تعمل الخبائث والجنة منزهة عنها اه (قوله لا يجب الحد فيه بهيمة) أي وكذا اذا رئي بميتة اه فتح (قوله ولهذا لا يجب ستر ذلك الموضع) أي ستر فرج البهيمة اه

والا يجلد لما روى عن علي رضي الله عنه ولانه في معنى الزنا لان فيه قضاء الشهوة بسفح الماء في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما كالزنا في القبل بل فوقه لانه في الزنا يتوهم منه حدوث ولد يعيد به ولا يتوهم في عمل قوم لوط فكان فوقه في تضييع الماء فكان أدعى الى الزاجر ولا خفاء في كونه مشتهى لان المحل انما يشتهي باللين والحرارة والدبر في هذا المعنى كالقبل ولهذا يرغب فيه العقلاء كما يرغبون في القبل ويكثر وقوعه كالزنا بل أكثر وأشد حرمة منه لانه في الزنا يمكن ازالة الحرمة بالتزوج والشراء ولا يمكن في عمل قوم لوط فكان أدعى الى الزاجر من هذا الوجه أيضا وقال الشافعي رحمه الله في رواية عنه انهما يقتلان فقط سواء كانا محصنين أو لم يكونا لما روى عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وعن سعيد بن جبير ومجاهد عن ابن عباس في البكر يوجد على اللواطة يرجم رواه أبو داود ولنا أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه مع علمهم بحكم الزنا فمن مذهب أبي بكر الصديق رضي الله عنه أن يحرقان بالنار ومذهب ابن عباس أن يعلى بهما أعلى مكان من القرية ثم يلقيا منكوسين لقوله تعالى فجعلنا عاليها سافلها وأمطرنا عليهم حجارة من سجيل ومذهب ابن الزبير أن يحبسا في أنتن المواضع حتى يموتا تنانا وكان علي يقول حكمه حكم الزنا من الجلد والرجم وعن بعضهم يهدم عليهما جدار كل ذلك بالاجتهاد والحدود لا تثبت به ولا يخبر الواحد وكذا عند أهل اللغة لا يسمى هذا زنا وانما يسمونه لواطة قال الشاعر

من كف ذات حرفي زي ذي ذكر * لها محبان لوطي وزناء

وافراد كل واحد منهما بالاسم يدل على تغايرهما ولا يمكن الحاقه بالزنا بطريق الدلالة لان شرط الدلالة أن يكون مثلا له واللواطة ليست بمثل للزنا لان في اللواطة قصورا دون الزنا ألا ترى أن الداعي في الزنا من الجانبين ويؤدي الى اشتباه النسب وافساد الفراش واهلاك البشر باعتبار أنه يفضي الى ولد ليس له أب يقوم بتربيته وتثقيفه فيكون هالكا وليس شيء من هذه الاشياء موجودا في اللواطة وهي أنذر وقوعا لكون الداعي فيها من جانب واحد ولم يشابهه الا في الحرمة وذلك لا يجوز الالحاق به ألا ترى أن البول مثل الخمر في الحرمة ولا يلحق بها في حق وجوب الحد على شاربه لقصور فيه فكذا هنا الا يحتمل قصوره امتنع الالحاق به وسفح الماء ليس بمحظور ألا ترى أنه يجوز العزل في المملوكة وكذا في المنكوحة برضاها وما رواه الشافعي لا يصح لانه لو صح لظهرت المحاجة في الصحابة وارتفع الخلاف بينهم ولئن صح فهو محمول على السياسة وهو جائز عندنا حتى لو رأى الامام في قتل من اعتاده مصلحة جاز له قتله أو يحمل ذلك على المستحل ثم اذا لم يجب الحد عنده يوجع ضربا ويزاد في الجامع الصغير فقال ويودع في السجن هذا اذا فعل في الاجانب وأما اذا فعل في عبده أو أمته أو منكوحته لا يجب الحد بالاجماع وانما يعزر لارتكابه المحظور قال رحمه الله (وبهيمة) أي لا يجب الحد بوطء بهيمة وقال الشافعي رحمه الله يجب لانه وجد سفح الماء في محل مشتهى فيستدعي زاجرا قلنا ان وطء البهيمة لا يميل اليه الطبع فلا يستدعي زاجرا لوجود الازدجار بوفور الحد والحامل عليه نهاية السفه وغلبة الشبق كما يكون بالكف ولهذا لا يجب ستر ذلك الموضع ولو كان مشتهى لوجب ستره كما في القبل والدبر الا انه يعزر لانه جناية انس فيها حد مقدر فيعزر وما روي عن عمر انه أتي برجل وقع في بهيمة فعزره الرجل وأمر بالبهيمة فاحرقت كان لقطع التحدث به لانه ما دامت باقية يتحدث الناس به فيلحقه العار

(قوله ثم اذا كانت الدابة مما لا يؤكل لحمها الخ) قال الاتقاني وقال شمس الائمة السرخسي الاحراق جائز وليس بواجب فان كانت الدابة مما يؤكل لحمها تذبح وتؤكل ولا تحرق بالنار على قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف تحرق بالنار (قوله في المتن وبرتا في دار حرب) قال في الهداية ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي (١٨٢) ثم خرج الينا فأقر عند القاضي به لا يقام عليه الحد اه (قوله أو بغى) أي وأهل البغي طائفة من المسلمين يخرجون على الامام ولهم قوة وشوكة ومنعة ويخالفون بعض أحكام المسلمين بالتأويل ويظهرون على بلدة من البلاد اه اتقاني (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاتقام الحدود الخ) قال الكمال لكن الحديث المذكور وهو قوله عليه الصلاة والسلام لاتقام الحدود في دار الحرب لم يعلم له وجود وروى محمد في كتاب السير الكبير عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال من زنى أو سرق في دار الحرب وأصاب بها حدا ثم هرب فخرج الينا فانه لا يقام عليه الحد والله أعلم (قوله ولو دخلت سرية) أي وهم الذين يسرون بالليل ويختفون بالنهار ومنه خير السرايا أربعمائة اه اتقاني (قوله فان قيل هذا) أي عدم وجوب الحد على من زنى في دار الحرب اه (قوله قلنا خص منه) يعني الصبيان والمجانين اه اتقاني (قوله يجوز تخصيصه بخبر الواحد والقياس) أي لانه بعد لحاق الخصوص لم يبق حجة قطعا ويقينا اه اتقاني (قوله والاصل عند أبي حنيفة) أي ومحمد اه اتقاني (قوله انه لا يقام على المستأمن والمستأمنة شئ من الحدود) أي كحد الزنا والسرقة والشرب اه اتقاني (قوله الا حد القذف) أحكامها أي فانه يجب عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجب عليه جميع الحدود الا حد الشرب والحاصل ان حد الخمر لا يجب عليه بالاتفاق لانه يراه حلالا وحد القذف يجب بالاتفاق لان فيه حق العبد وحد الزنا والسرقة يجب عنده وعندهما لا اه اتقاني

بذلك لا لان الاحراق واجب ثم ان كانت الدابة مما لا يؤكل لحمها تذبح وتحرق لما ذكرنا وان كانت مما يؤكل لحمها تذبح وتؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تحرق هذه أيضا هذا ان كانت البهيمة للفاعل وان كانت لغيره يطالب صاحبها أن يدفعها اليه بقيمتها ثم تذبح هكذا ذكروا ولا يعرف ذلك الا سماعا فيحمل عليه قال رحمه الله (وبرتا في دار حرب أو بغى) أي لا يجب الحد بالزنا في دار الحرب أو في دار البغي وقال الشافعي يجب لان المسلم ملتزم أحكام الاسلام حيث كان ومن حكمه وجوب الحد على الزاني ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاتقام الحدود في دار الحرب ولانه لم يجب لذاته وانما وجب لمقصوده وهو الانزجار والاستيفاء فان لم يمكن الاستيفاء فلا يجب لخلوه عن الفائدة ولا يتحقق الاستيفاء هنالك لانه ليس له ولاية على نفسه حتى يقيمه على نفسه ولا للامام منا عليهم ولاية حتى يقيمه هنالك فامتنع الوجوب لعدم الفائدة وهو الاستيفاء فاذا لم ينعقد موجبا من الابتداء فلا ينقلب موجبا بالخروج الينا ولو غزا الخليفة ودخل دار الحرب أو أمير مصر فله أن يقيم الحد على من زنى في معسكره لان العسكر تحت ولايته فيقيم الحد على من زنى منهم كما يقيم في دار الاسلام ولو زنى واحد منهم خارج المعسكر لا يقيم عليه الحد لما ذكرنا فصار كالمستأمن في دار الحرب اذا زنى هنالك ولو دخلت سرية دار الحرب فزنى رجل منهم لم يحد وكذا أمير العسكر لا يقيم الحد والقصاص لان أمير العسكر أو السرية فوض اليهما تدبير الحرب لاقامة الحدود ثم اذا خرج لا يقام عليه الحد لما روينا وذكرنا من المعنى فان قيل هذا معارض لقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل قلنا خص منه مواضع الشبهة من ذلك فبعد ذلك يجوز تخصيصه بخبر الواحد والقياس وأهل البغي التحقوا بأهل الحرب لعدم قدرة الامام عليهم قال رحمه الله (وبرتا حربي بذمة في حقه) أي لا يجب الحد برتا رجل حربي مستأمن بذمة في حق الحربي المستأمن وأما الذمية فتحد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا لو زنى بمسلمة تحد المسلمة دونه عنده وعند أبي يوسف يحد المستأمن أيضا وعند محمد لا يحد واحد منهما ولو كان بالعكس بان زنى ذمي أو مسلم بمستأمنة يحد الذمي والمسلم دون المستأمنة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف تحد المستأمنة أيضا وأبو يوسف كان يقول مثل قول محمد أولا ثم رجع عنه الى ما ذكرنا والاصل لابي يوسف أن الحدود كلها تقام على المستأمن والمستأمنة في دارنا الا حد الشرب كما تقام على الذمي والذمية لان المستأمن يعتقد حرمة الزنا لكونه حراما في كل الاديان وقد رضي الامام على اقامته عليه وقد التزم أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات والسياسات مدة مقامه في دارنا كالذمي الا ترى انه يقام عليه حد القذف والقصاص ويمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما ان اشتراهما كما يجبر الذمي بخلاف حد الشرب لانه يعتقد حله فلا يقام الحد عليه كما لا يقام على الذمي لانا أمرنا بان نتركهم وما يعتقدون والاصل عند أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يقام على المستأمن والمستأمنة شئ من الحدود الا حد القذف لان الاقامة تبنى على الولاية والولاية تبنى على الالتزام اذ لو ألزمناه حكمنا بدون التزامه أدى الى تنفيره من دارنا وقد نبذنا الى معاملة تحمله على الدخول في دارنا لير ى محاسن الاسلام فيسلم وهو بالامان التزم حقوق العباد لان دخوله لقضاء حاجته وهي تحصل بذلك فالتزم ان ينصفهم كما ينصف وان لا يؤذي أحدا كما لا يؤذى فيلزمه بالتزامه وأما حقوق الله تعالى فلا تلزمه لانه لم يلتزمها ألا ترى انه لم تضرب عليه الجزية ولم يمنع من رجوعه الى دار الحرب ومنع الكافر من أن يكون حربا علينا واجب علينا حقا لله تعالى فعلم بذلك أنه حربي على حاله ولهذا لا يقتل المسلم به ولا الذمي به ولم يظهر حكم الامان بالنسبة الى حقوق الله تعالى بخلاف الذمي فانه بالامان صار من أهل دار الاسلام فتجرى عليه

(قوله وفعله هنا لا يوجب الحد الخ) قال الاتقاني ثم ان محمدا رحمه الله فرق بين المسلم أو الذمي اذا زنى بحربية مستأمنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة أو الذمية اذا زنت بحربي حيث لا يجب الحد عليهما عنده جميعا لان الاصل في باب الزنا فعل الذكر والمرأة تابعة لكونها محلا فوجب من امتناع الحد على الاصل امتناعه على التبع ولم يلزم من امتناع الحد على التبع امتناعه على الاصل اه (قوله تحد المرأة دونه عندهما) سيأتي قريبا نقلا عن الحاكم الشهيد ان الرجل اذا أكرهه السلطان على الزنا بامرأة مطاوعة فلا حد على واحد منهما وهو قول أبي حنيفة المرجوع اليه اه فعلى هذا ما ذكره الشارح عن أبي حنيفة من وجوب الحد على المرأة هو قول أبي حنيفة المرجوع عنه فلا معول عليه والله الموفق اه (قوله وعند محمد لا تحد لما ذكرنا) قال الكمال (١٨٣) ونظيره ما لو زنى مكره بمطاوعة تحد المطاوعة

أحكامها في الدنيا وأما القصاص وحد القذف فمن حقوق العباد وكذا المنع من شراء المصحف والعبد المسلم من حقوق العباد لان في تركه في يده قهر المسلم بالاذلال والاستخفاف بالمصحف ونحن بالامان لم نلتزم الاحتمال والصبر على ذلك فلا نمكنه منه ومحمد يقول كذلك في جميع ما ذكرنا غير أنه يقول فعل الرجل أصل وفعل المرأة تبع والفعل قائم بالفاعل فصار محلا له والمحال كالشروط فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع وهذا لان الحد انما يجب عليها بالتمكين من فعل موجب للحد وفعله هنا لا يوجب الحد ان كان مستأمنا فكذا تمكينها منه وأما اذا كانت هي المستأمنة فسقوط الحد عنها وهي تبع لا يوجب سقوطه عنه وهو أصل لما ذكرنا نظيره فعل الصغير أو المجنون مع البالغ العاقل فان البالغ العاقل اذا زنى بصغيرة أو مجنونة يجب عليه الحد دونها وان زنت البالغة العاقلة بصغير أو مجنون لا يجب عليها الحد لما ذكرنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان الموجب للحد عليها هو التمكين من الفعل الفاحش وهو الزنا وقد وجد لان فعل المستأمن زنا لان الكافر مخاطب بالحرمات في الصحيح وان لم يكن مخاطبا عندنا بالعبادات على ما عرف في موضعه ولهذا يحد الذمي والمستأمن ويسقط به احصانه واحصان المستأمن حتى لو قذفهما قاذف بعد اسلامهما لا يجب عليه الحد لكونه صادقا فيهما لتحقق الزنا منهما في حالة الكفر وانما لم يحد المستأمن لفقد شرطه على ما بينا آنفا فصار نظير ما لو غاب الرجل بعد ثبوت زناهما والمرأة حاضرة بخلاف الصبي والمجنون لانهما ليسا بمخاطبين فلم يكن فعلهما زنا والتمكين منه لا يوجب الحد عليها وقوله فعل المرأة تبع قلنا تبع في حق نفس الفعل لا في حكمه ألا ترى ان المرأة اذا كانت محصنة والرجل غير محصن يجلد الرجل وترجم المرأة ولا تصير تبعا له فيه ولا يكون شبهة في حقها ونظير هذا الاختلاف لو زنت مطاوعة بمكره تحد المرأة دونه عندهما وعند محمد لا تحد لما ذكرنا ولو زنى مستأمن بمستأمنة لا حد عليهما عندهما خلافا لابي يوسف وقد بينا الوجه من الجانبين قال رحمه الله (وبزنا صبي أو مجنون بمكلفة بخلاف عكسه) أي لا يجب الحد اذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة مكلفة وهي البالغة العاقلة بخلاف العكس وهو ما اذا زنى البالغ العاقل بصبية أو مجنونة حيث يجب الحد على الرجل وقال زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يجب الحد على المرأة في الفصل الاول أيضا لانها زانية لان الزنا هو قضاء الشهوة بالوطء الخالي عن الملك وشبهته وقد وجد ذلك فكان زنا والزنا منها متصورا ألا ترى ان الله تعالى سماها زانية بقوله الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولهذا من قذفها به يحد ولو لم يتصور الزنا منها لما حد قاذفها كقاذف الصبي والمجنون فاذا كان زنا فامتناع وجوب الحد لمعنى يخصه لا يوجب الامتناع في حقها كما في العكس وهو ما اذا زنى البالغ العاقل بالصبية أو المجنونة فانه عليه الحد اجماعا فكذا هذا ولنا أن فعل الزنا لا يتحقق من الانثى وانما يتحقق من الذكر ولهذا هو يسمى زانيا وواطئا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا أنها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول به باسم الفاعل كالراضية

عند أبي حنيفة وبه قالت الائمة الثلاثة وعند محمد لا تحد اه فلم يذكر لابي يوسف قولا اه وهكذا الاتقاني لم يذكر لابي يوسف قولا اه (قوله ولو زنى) أي حربي اه (قوله في المتن وبزنا صبي الى قوله عكسه) تقدم في كلام الشارح اه (قوله لا يجب الحد اذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة مكلفة) أي لا عليه ولا عليها اه فتح (قوله وهو ما اذا زنى العاقل البالغ بصبية) أي يجامع مثلها قال الاتقاني وانما قيد بقوله يجامع مثلها لانها اذا لم تكن يجامع مثلها فوطئها لا يجب عليه الحد لانه كاتيان البهيمة لان الطباع السليمة لا ترغب في مثلها ألا ترى الى ما قال صاحب الاجناس في كتاب الصوم ولو وطئ الرجل جارية لها خمس سنين وأفضاها ولا تحتمل الوطء لصغرها لا كفارة عليه ولا يفطره اذا لم ينزل وهو كالايلاج في البهيمة ونقل أيضا صاحب الاجناس عن نوادر ابن رستم قال أبو حنيفة اذا جامع ابنة امرأته وهي صغيرة لا يجامع مثلها فافضاها وأفسدها لا تحرم عليه أمها لان هذه ممن لا يجامع وقال أبو يوسف أكره له الام والابنة وقال محمد التنزه أحب الي لكن لا أفرق بينه وبين أمها اه (قوله يجب الحد على الرجل) أي دون المرأة اه وهذا بالاجماع اه اتقاني (قوله وقال زفر والشافعي يجب على المرأة) أي وهو قول مالك وأحمد اه (قوله كالراضية) فان قلت يرد عليكم مسائل وهي ان المكره اذا زنى بمطاوعة يجب الحد عليها لا عليه وكذا المستأمن اذا زنى بمسلمة يجب الحد عليها لا عليه وكذا المرأة اذا مكنت نفسها من النائم يجب الحد عليها لا عليه فعلم بذلك أن امتناع الحد على الذكر لا يوجب امتناعه على المرأة قلت المسائل ممنوعة لان الحاكم الشهيد نص على ان الرجل اذا أكرهه السلطان على الزنا بامرأة مطاوعة فلا حد على واحد منهما

وهو قول أبي حنيفة المرجوع اليه كذا قال الحاكم أما في المسئلة الثانية فقد وجد تمكين المرأة من الزنا لان الكافر مخاطب بالمحرمات بخلاف ما اذا كان الفاعل صبيا أو مجنونا حيث لم يوجد التمكين من الزنا أصلا لان فعلها مما لا يوصف بالزنا لارتفاع القلم لكن الحد لم يلزم الكافر لانه لم يلتزم حقوق الشرع (١٨٤) وأما تمكينها نفسها من النائم فممنوع اذ لا يجب الحد عليها مما جميعا هذا أجاب الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف والى هذا أشار في شرح الطحاوي أيضا لانه قال الاصل ان الحد متى سقط عن أحد الزانيين لشبهة سقط عن الآخر للشركة كما اذا ادعى أحدهما النكاح والآخر ينكره ومتى سقط عن أحد الزانيين لقصور الفعل فان كان القصور من جهتها سقط عنها ولا يسقط عن الرجل كما اذا كانت صبية يجامع مثلها أو مكرهة أو مجنونة أو نائمة لم يجب الحد عليها ويجب الحد على الرجل وان كان القصور من جهته سقط الحد عنهما جميعا كما لو كان مكرها أو مجنونا أو صبيا الى هنا لفظه فعلم ان الممكنة من النائم لا يجب عليها الحد لان القصور من جهة الرجل فظهر من هذا أن ما قاله بعضهم في شرحه من وجوب الحد عليها لانها وجد منها فعل خلاف الرواية اه فتح (قوله لانه فعل بامرها) أي لانها المطاوعة عنه صارت آمرة له بالزنا معها اه فتح (قوله وأمرها صحيح لولايتها على نفسها) قال الكمال وأما ايراد أن القاعدة ان كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهي منقوضة بزنا المكره بالمطاعة والمستأمن بالذمية والمسألة فوروده بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع بل الحكم في كل موضع واختيار يقتضي الدليل فلا حاجة الى الايراد ثم تكلف الدفع اه (قوله وهو قول زفر) أي وبه قال أحمد اه فتح (قوله أو على عضو من أعضائها) أي وليس ذلك في معنى القتل اه (قوله لانه قد يكون طبعا) أي لقوة الفحولية وقد يكون لريح تسفل الى الجرة اه فتح

للمعيشة والرافق للمدفوق أو لكونها منسوبة بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومأثوم على مباشرته وفعل الصبي والمجنون ليس بهذه الصفة فلا يكون فعلها موجبا للحد اذ هو ليس بزنا وانما يسمى فعلها زنا اذا مكنت من الزنا تعاطى فعلها ما ليس بزنا فلا يكون فعلها أيضا زنا وهذا لانها ان مكنت نفسها من فاعل لا يأثم ولا يحرج فلا يوجب عليها الحد كتمكينها من زوجها أو من النائم بخلاف العكس لان فعل الرجل هو الاصل وهو زنا حقيقة وعدمه في التبع لا يدل على العدم في الاصل وانما يجب الحد على قاذفها وان لم يتصور منها زنا حقيقة لالحاق العار بها بنسبتها الى التمكين من الزنا وهو وصف قبيح في حقها فلهذا يجب الحد به عليها الا انها ان زنت حقيقة وعبارات أصحابنا أن فعلها مع الصبي والمجنون ليس بزنا يشير الى أن احصانها لا يسقط بذلك كما لا يسقط احصان الصبي والمجنون به حتى يجب الحد على قاذفهما بعد البلوغ والافاقة ثم وطء الصبي يوجب المهر اذا كانت الموطوءة صغيرة أو كبيرة غير مطاوعة أو أمة لان الوطء لا يخلو عن الحد أو المهر وقد انتفى الحد فتعين المهر لان الصبي يؤاخذ بفعله ورضا الصغيرة والامة لم يصح وكذا أمرهما العدم الولاية على أنفسهما وان كانت الموطوءة كبيرة مطاوعة لا يجب لها عليه المهر لانه لو وجب لرجع به عليها لانه فعل بأمرها وأمرها صحيح لولايتها على نفسها ومن أمر صبيا بشيء ولحقه بذلك ضمان يرجع به الولي على الآمر فلا يفيد قال رحمه الله (و بالزنا بمستأجرة) أي لا يجب الحد بالزنا بامرأة استأجرها ومعناه استأجرها ليزني بها أما لو استأجرها للخدمة فزنى بها يجب عليه الحد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يجب عليه الحد في الاول أيضا لانه ليس بينهما ملك ولا شبهته فكان زنا محضا فيجب وهذا لان الاستئجار ليس بطريق لاستباحة الابضاع شرعا فكان لغوا كما لو استأجرها للطبخ أو للخبز ثم زنى بها لان محل الاجارة المنافع لا الاعيان والمستوفى بالوطء هي حكم العين لما عرف في موضعه والعقد لا ينعقد في غير محله أصلا ولهذا لا يثبت بهذا الوطء النسب والعدة ولو كان شبيها الا نعقاد لثبتا ولابي حنيفة رحمه الله ما روي ان امرأة طلبت من رجل مالا فأبى أن يعطيها حتى تمكنه من نفسها فذكر عمر رضي الله عنه الحد عنهما وقال هذا مهرها ولان الله تعالى سمى المهر أجرة بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة فصار شبهة لان الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة ألا ترى أنه لو قال أمهرتك كذا لا زنى بك لم يجب الحد وكذا اذا قال استأجرتك أو خدمتي هذا الاطالك أو مكنتني من نفسك يكذا ولان المستوفى بالوطء منفعة حقيقة وان كان في حكم العين شرعا فاعتبار الحقيقة يقتضي أن يكون محلا للاجارة فأورث شبهة بخلاف ما اذا استأجرها للطبخ والخبز لان العقد ثم لم يضف الى المستوفى بالوطء والعقد المضاف الى محل يورث الشبهة في ذلك المحل لا في محل آخر قال رحمه الله (و با كراه) أي لا يجب الحد بالزنا باكراه وهذا اذا أكرهه السلطان وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول يجب الحد وهو قول زفر رحمه الله لان الزنا من الرجل لا يكون الا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الاختيار والطواعية فلا يسقط الحد بخلاف المرأة حيث لا تحد لانه لم يوجد منها دليل الاختيار ولانها مرخص لها هذا الفعل اذا خافت على نفسها أو على عضو من أعضائها لكون نسب الولد لا ينقطع عنها ولهذا لو جب القاصر من الاكراه في حقها شبهة ولا عقوبة في المرخص بخلاف الرجل لانه ليس بمرخص له فيمكن ترتيب العقوبة على فعله ثم رجع وقال لا يحد لانه شرع للزجر وهو منزجر وانما أقدم عليه لدفع الهلاك عن نفسه فلا يحد كالمرأة وانتشار الآلة لا يدل على الاختيار لانه قد يكون طبعا كما يكون طوعا ألا ترى أن النائم قد تنتشر آلته وان لم يكن له قصد

(قوله فى المتن وباقرار) أى أربع مرات اه قال فى الهداية ومن أقر أربع مرات فى مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة وقالت هى تزوجنى أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليهما وعليه المهر فى ذلك قال الاتقانى أى فيما اذا أقر الرجل وادعت المرأة النكاح وفيما اذا أقرت المرأة وادعى الرجل النكاح وانما قيد بقوله بالاقرار أربع مرات فى مجالس مختلفة لانه اذا أقر أربع مرات فى مجلس واحد يعتبر ذلك مرة واحدة وانما الاقرار الموجب للحد هو الذى يتكرر فى مجالس مختلفة من مجالس المقر كلما أقر رده القاضى الى أن يعود أربع مرات ثم اذا أقر أحدهما هكذا وسأل القاضى عن الزنا ما هو وكيف هو ومتى هو وأين هو وادعى الآخر النكاح سقط الحد عنهما ويجب على الرجل العقر وذلك لان دعوى النكاح تحتمل الصدق وصار احتمال الصدق شبهة فى سقوط الحد عن المدعى فاذا سقط عنه الحد سقط عن الآخر أيضا لان النكاح اذا وجد قام بالطرفين فتعدت الشبهة الى جانب الآخر ثم لما سقط الحد وجب العقر بانه خطر المحل لكن هذا فيما اذا كانت دعوى النكاح قبل أن يحد المقر فاذا كانت دعوى النكاح بعد الحد فلا مهر لها لان الحد لا ينقض بعد الاقامة قال فى شرح الطحاوى وان لم تدع المرأة النكاح وأنكرت وادعت على الرجل حد القذف (١٨٥) يحد الرجل حد القذف ولا يحد حد الزنا ثم اعلم أن سقوط الحد ووجوب المهر فيما اذا ادعى غير المقر النكاح لم يذكر فيه خلاف أما اذا أقر أحدهما ونفى الآخر الزنا ولم يدع النكاح ففيه خلاف قال الحاكم الشهيد فى الكافى واذا أقر الرجل أربع مرات أنه زنى بفلانة وقالت كذب ما زنى بى ولا أعرفه لم يحد الرجل فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يحدان قالت زنى بى مستكرهة حد الرجل دونها وان أقرت المرأة أربع مرات أن هذا زنى بها وكذبها الرجل لم تحد المرأة فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تحد وان قال الرجل صدقت حدت المرأة ولم يحد الرجل لانه لم يقر الا مرة واحدة الى هنا لفظ الشارح اه (قوله لا يجب الحد الخ)

واختيار وان أكره غير السلطان حد عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يحد لتحقق الاكراه من غيره لان المعتبر خوف التلف وذلك لا يختلف بين قادر وقادر بل فى غير السلطان أظهر لانه يكون على عجلة خوفا على نفسه من أولى الامر فيستعجل قبل ظهور الامر ولابى حنيفة رحمه الله أن الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لان المبتلى به يستغيث بالسلطان أو بجماعة المسلمين أو يدفعه عن نفسه بالسلاح أو بالحيل وهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فكان فى زمنه للسلطان قوة ولا يستجرئ أحد على الاجتماع على الفساد وفى زمنهم ما ظهرت قوة المفسدين فأفتى كل واحد منهم على ما شاهد فى زمنه وزمانتا كزمانهما أو أفسد فيفتى بقولهما ولذا أطلقه فى المختصر ولم يقيده بالسلطان قال رحمه الله (وباقرار ان أنكره الآخر) أى لا يجب الحد باقرار أحد الزانيين اذا أنكره الآخر وهذا على اطلاقه قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ان ادعى المنكر منهما الشبهة بأن قال تزوجتها فهو كما قال وان أنكر بأن قال ما زنيت ولم يدع ما يسقط الحد وجب على المقر الحد دون المنكر وجه الوفاقية أن دعوى النكاح تحتمل الصدق والنكاح يقوم بالطرفين فأورث شبهة فيسقط الحد ولهما فى الخلافية ما روى عن سهل بن سعد أن رجلا جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال انه قد زنى بامرأة سماها فأرسل النبى صلى الله عليه وسلم الى المرأة فدعاها فسألها عما قال فأنكرت فحده وتركها رواه أحمد وأبو داود ولان اقرار المقر حجة فى حقه وتكذيب غيره لا يوجب تهمة فى اقراره خصوصا فى الحدود فصار كما لو قال أنا وفلان قتلنا فلانا عمدا وأنكر شريكه فان المقر يقتص منه فكذا هذا ولابى حنيفة رحمه الله أن الزنا فعل مشترك بينهما قائم بهما فانتفاؤه عن أحدهما يورث شبهة فى الآخر اذ لا يتصور الا منهما بخلاف مسئلة القتل لانه يحتمل أن ينفرد به المقر لانه يتحقق من واحد وتطيره أن يقر بالزنا على نفسه وعلى رجل آخر بأن يقول زنيت بها أنا وفلان ولان المنكر يحتمل أن يكون صادقا بانكاره فيورث شبهة فى حق الآخر كما اذا ادعى أحدهما النكاح بخلاف ما اذا أقر أنه زنى بغائبة أو شهد عليه بذلك حيث يحد وان احتمل أن ينكر الغائب الزنا أو يدعى النكاح لانه لو حضر وأنكر الزنا أو ادعى النكاح يكون شبهة واحتمال ذلك يكون شبهة الشبهة فالشبهة هى المعتبرة دون شبهة الشبهة ثم اذا سقط الحد يجب المهر تعظيما لامر البضع شرعا ولا يقال كيف

(٢٤ — زيلعى ثالث) وعليه مشى صاحب الهداية فى الاكراه حيث قال والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على ايقاع ما توعده به اه فتح (قوله فهو كما قال) أى لا يحد واحد منهما فى الصورتين لان دعوى النكاح محتملة للصدق ويتقرر صدق مدعى النكاح منهما يكون النكاح ثابتا فلا يحد وعليه المهر فى صورتى دعواه النكاح ودعواه الزنا وان كانت المرأة فى صورة دعواه النكاح معترفة بانه لا مهر لها لدعواها الزنا لانه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنها مع ثبوت الوطء باعترافهما به وان اختلفا فى جهته كانت مكذبة شرعا والوطء لا يخلو عن عقد أو عقر فلزم لها المهر وان ردته الا أن تبرئه منه اه كمال رحمه الله (قوله فى انكاره) الذى فى خط الشارح باتكاره اه (قوله بخلاف ما اذا أقر أنه زنى بغائبة الخ) وحديث سهل ضعفه أهل الحديث أو تأويله انها أنكرت وطالبته بحد القذف حده رسول الله صلى الله عليه وسلم بقذفه اياها بالزنا لا باقراره على نفسه بالزنا اه مبسوط (قوله ثم اذا سقط الحد الخ) كما اذا ادعى أحدهما الشبهة لا فى مسئلة انكار الوطء فانه لا يجب المهر كذا بخط شيخنا رحمه الله (قوله يجب المهر) أى وقد سقط الحد بدعوى الزوج النكاح فوجب عليه المهر وبطل زعمها ان المهر حق الله تعالى فى ابتداء النكاح بدليل وجوب المهر فى المفوضة اه كفاية

(قوله اذا كانت هي المقرة بالزنا) أي لانها تنفي وجوب المهر بزعمها انها زانية ولاعقر لها اه كفاية (قوله في المتن ومن زنى بامة فقتلها) انما قيد بالامة لتكون صورة الخلاف فانه لو زنى بحرة فقتلها يجبا اتفاقا ويجب عليه الدية كما سيأتي اه (قوله لانه جنى جنايتين) أي وهما الزنا والقتل اه (قوله وعن أبي يوسف) ذكره بلفظ عن ليفيد انه ليس ظاهر المذهب عنه فان محمدا لم يذكر فيها خلافه في

يجب لها المهر وهي تنكره اذا كانت هي المقرة بالزنا لانا نقول وجوب المهر من ضرورات سقوط الحد فلا يعتبر ردها أو نقول صارت مكذبة شرعا بسقوط الحد فلا يلتفت الى تكذيبها كما اذا ادعى رجل أنه تزوج امرأة فأنكرت وأقام عليها البينة يجب لها المهر وان أنكرت لما ذكرنا فكذا هنا قال رحمه الله (ومن زنى بأمة فقتلها لزمه الحد والقيمة) مراده قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمها الحد بالزنا والقيمة بالقتل كما اذا زنى بها ثم حز رقبتها ولا يقال لما مات بفعل الزنا صار الزنا قتلا فوجب أن لا يعتبر الا القتل ويسقط اعتبار الزنا كقطع اليد اذا سرى ومات صار قتلا وسقط اعتبار القطع حتى لا يجب الا ضمان النفس من الدية أو القصاص لانا نقول ضمان اليد بدل اليد وضمان النفس بدل النفس واليد تابعة للنفس كسائر الاعضاء فان الاعضاء تهلك بهلاك النفس تبعا ويدخل ضمانها في ضمان النفس بخلاف الحد وضمان النفس لانهما حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين أحدهما بالزنا والآخر بالتلاف النفس فصار كمن شرب خمرا لذمي فانه يحد ويضمن قيمة الخمر للذمي لما قلنا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة عليه بقتلها اياها بفعل الزنا سبب الملكها اياها لان المضمونات تملك عند أداء الضمان مستندا الى وقت وجود سبب الضمان فصار كما اذا غصب جارية فزنى بها ثم ضمن قيمتها فانه يسقط الحد به فكذا هنا ولان اعتراض الملك قبل اقامة الحد يسقط كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ليس بضمان مال وانما هو ضمان الدم وهو بمقابلة الآدمية وهي لا تقبل الملك ولهذا يجب على العاقلة مقسطا على ثلاث سنين ويجب به الكفارة ولو كان ضمان ملك لما وجب على العاقلة ولا الكفارة بخلاف ضمان الغصب لانه ضمان المال ولهذا يجب على الغاصب وحده دون عاقلته ولا نسلم أن اعتراض الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوط الحد وانما سقط في السرقة لانتهاء الخصومة وهي شرط فيه لا في حد الزنا ولو استند الملك كما قال كان يظهر في حق القائم وهو العين لا في حق المتلاشي وهو المستوفى من منافع البضع فلا يظهر الاستناد في حقه حتى يجعل كأنه استوفى ملكه بل المستوفى حرام محض فلا يسقط الحد بملك العين بعده ولان وجوب القيمة يكون بعد تقرر الجناية بالموت وهي ليست بمحل للملك بخلاف ما اذا أذهب عينها بالزنا حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك يثبت في الجثة الحية بضمان القيمة وهي عين وأورثت شبهة دارئة للحد اذا العين باقية فأمكن ابقاء المنافع تبعا لها بخلاف ما اذا هلكت وعلى هذا الخلاف لو تزوجها أو اشتراها بعد ما زنى بها أو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها وقد بينا الوجه من الجانبين وان جنت الامة فزنى بها ولي الجناية فان كانت الجناية توجب القصاص بان قتلت نفسا عمدا فلا حد عليه وعليه العقر لان من العلماء من قال يملكها في هذه الصورة فأورثت شبهة وان كانت الجناية لا توجب القصاص فان فداها المولى يجب عليه الحد بالاتفاق لان الزاني لم يملك الجثة وان دفعها بالجناية فعلى الخلاف والوجه ما بيناه ولو زنى بحرة فقتلها به يجب الحد مع الدية بالاجماع لان الحرة لا تملك بالضمان ولو زنى بكبيرة فأفضاها فان كانت مطاوعة له من غير دعوى شبهة فعليها الحد ولا شيء عليه في الافضاء لرضاها به ولا مهر لها لوجوب الحد وان كان مع دعوى شبهة فلا حد ولا شيء في الافضاء ويجب العقر وان كانت مكرهة من غير دعوى شبهة منه فعليه الحد دونها ولا مهر لها ثم ينظر في الافضاء فان لم يستمسك بولها فعليه دية المرأة كاملة لانه فوت جنس المنفعة على الكمال وان كان يستمسك بولها حد وضمن ثلث الدية لما ان جنايته بائفة وان كان مع دعوى شبهة فلا حد عليه ما ثم ان كان البول

الجامع الصغير وعادته اذا كان خلافه ثابتا ذكره وكذا الحاكم الشهيد لم يذكر في الكافي خلافا وانما نقل الفقيه أبو الليث خلافه فقال ذكر أبو يوسف في الامالي أن هذا قول أبي حنيفة خاصة وفي قول أبي يوسف لا حد عليه وحين نقل قوله خاصة ذكره في المنظومة في باب قول أبي يوسف على خلاف قول أبي حنيفة ولا قول لمحمد وقيل الاشبه كون قول محمد مثل قول أبي حنيفة وبه قال الشافعي وأحمد لانه لو كان لا قول له بأن توقف لذكره وانما قال أبو يوسف هذا قول أبي حنيفة خاصة لان محمدا كان في عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا ينقل هو وعلى كون الخلاف هكذا مشى المصنف حيث قال ولهما أنه ضمان قتل اه فتح قال الكمال ولابي حنيفة أنه زنى وجنى فيؤاخذ بموجب كل من الفعلين ولا منافاة فيجمع بين الحد والضمان وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لان هذا ضمان دم وجب في ثلاث سنين على العاقلة (١) ولا يجب

بالغة ما بلغت وهو لا يوجب ملكا لان محل الملك والدم ليس بمال (قوله يسقط) أي يسقط الحد اه (قوله وعلى هذا الخلاف يستمسك لو تزوجها الخ) وفي الفوائد الظهيرية لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا خلافا للشافعي أما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفي جامع قاضيخان لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد اه كمال رحمه الله (قوله ولو زنى بحرة فقتلها به يجب الحد مع الدية بالاجماع) سيأتي قبيل كتاب السرقة أنه اذا جامع امرأته فماتت من الجماع أو أفضاها لا يجب عليه شيء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فانظره

(١) قوله ولا يجب الخ هكذا في الاصل واعل في العبارة سقطا وتحريفا فلتراجع الاصول الصحيحة اه مصححه

(قوله فى المتن والخليفة يؤخذ بالقصاص وبالاموال الخ) فانه اذا قتل انسانا أو أتلف مال انسان يؤاخذ به قال فى الهداية وكل شئ صنعه الامام الذى ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الامام الذى ليس فوقه امام اذا صنع شيأ يجب فيه الحد فلا حد وأما القصاص والمال فيؤاخذ به وفسر الفقيه أبو الليث فى شرحه للجامع الصغير الامام الذى ليس فوقه امام بالخليفة أعلم أنه اذا قذف انسانا أو زنى أو شرب الخمر فلا حد عليه فى الدنيا الان هذه الحدود يفوض اقامتها واستيفاؤها الى الامام لكونها حق الله تعالى وحد القذف المغلب فيه حق الله تعالى عندنا فكان كبقية الحدود اه (قوله بمنعة المسلمين الخ) وبهذا يعلم أنه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضى (١٨٧) والقضاء لتمكين الولى من استيفائه لا أنه شرط اه كمال

يستمسك فعليه ثلث الدية ويجب المهر فى ظاهر الرواية وان لم يستمسك فعليه الدية كاملة ولا يجب المهر عندهما خلافا لمحمد لما ذكر وان كانت صغيرة يجامع مثلها فهى كالكبيرة فيما ذكرنا الا فى حق سقوط الارش برضاها وان كانت صغيرة لا يجامع مثلها فان كان يستمسك بولها لزمه ثلث الدية والمهر كاملا ولا حد عليه لتمكن القصور فى معنى الزنا وهو الايلاج فى قبل مشتهاة ولهذا لا يثبت به حرمة المصاهرة والوطء الحرام فى دار الاسلام يوجب المهر اذا انتفى الحد فيجب ثلث الدية لكونه جانفة على ما بينا وان كان لا يستمسك ضمن الدية ولا يضمن المهر عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يضمن المهر أيضا لما ذكرنا ولهما أن الدية ضمان كل العضو والمهر ضمان جزء منه وضمان الجزء يدخل فى ضمان الكل اذا كانا فى عضو واحد كما اذا قطع اصبع انسان ثم قطع كفه قبل البرء يدخل أرش الاصبع فى ارش الكف ويسقط احصانه بهذا الوطء لوجود صورة الزنا وهو الوطء الحرام وفى المحيط لو كسر فخذ امرأة فى الزنا أو جرحها ضمن الدية فى ماله وحد لانه شبه العمد وفى شبه العمد تجب الدية فى ماله يعنى به فيما دون النفس قال رحمه الله (والخليفة يؤخذ بالقصاص وبالاموال لا بالحد) يعنى مثل حد الزنا وشرب الخمر والقذف لان الحدود حق الله تعالى وهو المكلف باقامتها لانها من الاربعة المفوضة الى الامام على ما بينا ولا يقدر على اقامتها على نفسه لان اقامتها بطريق الخزى والنكال لينزجر ولا يفعل ذلك أحد بنفسه ولا ينزجر بمعاقبة نفسه اذ لا يخاف من نفسه ولا يبالى بها فلا يفيد وفعل نائبه كفعله لانه بأمره فاذا لم يفد لا يشرع لان الاسباب انما تشرع لاحكامها فاذا لم تفد أحكامها لا تكون مشروعة ولهذا لم تشرع فى دار الحرب ثم بعد ذلك لا تنقلب موجبة لانها انعقدت غير موجبة كمن زنى فى دار الحرب ثم خرج الينا بخلاف حقوق العباد كالقصاص والاموال لان حق الاستيفاء لمن له الحق ولا يشترط فيه القضاء بل لو استوفاه صاحبه جاز وانما يحتاج الى الامام ليمكنه من ذلك لانه قادر عليه بالمنعة والامام فيه كغيره حتى لو استوفاه صاحبه من غير حكم حاكم جاز له ذلك وكذا هنا يمكن استيفاؤه من الامام اما بتمكنه هو بنفسه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين عليه والله أعلم

﴿باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها﴾

قال الاتقانى قد ذكر فى أول كتاب الحدود أن ثبوت الزنا بالبينة والاقرار وبهما جميعا ثم احتاج هنا أن يذكر فى هذا الباب ما كان سببا لرد الشهادة مثل التقادم والرجوع وكون الشهود عميانا أو محدودين فى القذف ونحو ذلك ومثل ظهور المشهود عليها بالزنا بكرا أو مثل كون عدد الشهود أقل من الاربعة أو غير ذلك مما يذكر فى الباب فاخر الباب لان هذه الاشياء عوارض والاصل عدم العارض اه (قوله متقادم) قال الكمال اسناده فى الحقيقة الى ضمير السبب أى متقادم سببه وهو الزنا مثلا وهو المشهود به وقوله شهدوا بحد تساهل فانهم انما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفة له فى الحقيقة اه فتح والتقادم من القدم بمعنى القديم وهو خلاف الحديث وهو المراد هنا فمعنى قوله شهدوا بحد متقادم أى بحد قديم سببه لا حديث والقديم يكون بمعنى الذى لم يزل وليس هو المراد اه اتقانى (قوله أو برتا بعد حين لم يؤخذ به) وقد جعلوه عند عدم النية ستة أشهر على ما تقدم فى الايمان اذا حلف لا يكلمه حينا وأبو حنيفة لم يقدره قال أبو يوسف جهدنا بأبى حنيفة أن يقدره لنا فلم يفعل وفوضه الى رأى القاضى فى كل عصر فما رآه بعد مجانبة الهوى تفريطا فهو تقادم وما لا يعد تفريطا غير متقادم وأحوال الشهود والناس والعرف تختلف فى ذلك فانما يوقف عليه فى كل نظر نظر فى كل واقعة فيها تأخير فنصب المقادير بالرأى متعذر اه فتح قوله وقد جعلوه أى لفظ حين اه (قوله وهو مروى عن أبى حنيفة) وقد ذكر فى المجرد قال أبو حنيفة لو سأل القاضى الشهود متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد وان قالوا شهرا أو أكثر درئ عنه الحد قال أبو العباس الناطفى فقد قدر على هذه الرواية بشهر وهو

ONLINE

وما فوقه آجل وما دونه عاجل أصله مسئلة اليمين فيما اذا حلف ليقضين دين فلان عاجلا فان قضاه فيما دون الشهر برّ والا فلا وحد التقادم في شرب الخمر أو السكر بغيرها انقطاع الرائحة خلافا لمحمد رحمه الله هو يجعله كغيره من الحدود على ما يجيء في موضعه والاقرار لا يمنع بالتقادم خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالبينة التي هي احدى الحجتين وقال الشافعي رحمه الله لا تبطل الحدود بالتقادم لان الشهادة انما صارت حجة باعتبار وصف الصدق وتقادم العهد لا يخل بالصدق فلا يخرج من أن يكون حجة كالاقرار وحقوق العباد ولنا قول عمر رضي الله عنه أيما قوم شهدوا في حد لم يشهدوا به عند حضرته فانما هم شهود ضغن ولا شهادة لهم ولان الشاهد ممتحن عاين الزنا ونحوه فهو مخير بين حسبتين حسبة أداء الشهادة ليقام الحد فيحصل الانزجار قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وحسبة الستر على المسلم فان الشارع ندب اليه قال عليه الصلاة والسلام من ستر على أخيه المسلم عورته ستر الله عليه عوراته يوم القيامة وقال تعالى ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم وتأخيرهم الاداء لا يخلو اما أن يكون للستر أولا فان كان للستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة حركتهم فيتهمون فيها ولا شهادة للمتهم وان كان لا للستر صاروا آثمين فاسقين بالتأخير لان أداء الشهادة من الواجبات وتأخيرها فسق ولهذا لو أخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته بخلاف الاقرار لان تهمة الضغينة لا تتصور فيه لانه لا يعادي نفسه ولان الاقرار لا يبطل بالتهمة والفسق بخلاف حد القذف وحقوق العباد لان الدعوى شرط فيها فالتأخير لعدم الدعوى اذ لا يصح بدونها فكانوا معذورين بالتأخير فان قيل الدعوى شرط في السرقة ومع هذا لا تقبل الشهادة فيها بالتقادم قلنا الدعوى ليست بشرط في الحد وانما تشترط للمال ولهذا لو شهد شاهدان على السرقة بدون الدعوى تقبل شهادتهما ويحبس السارق الى أن يجيء المسروق منه وانما لا يقطع لاحتمال أن يكون المسروق ماله لا يعرف السارق فيتهمون بالتأخير فلا تقبل شهادتهم ولان السرقة تقام على وجه الاستسرار على غرة من المالك فيجب على من عرف اعلامه فيصير فاسقا بالكتمان ولان الحكم يدار على كونه حقا لله تعالى فلا تعتبر التهمة في كل فرد من أفراده اذ التهمة أمر باطن لا يوقف عليه فيكتفى بالصورة لان الحد يسقط بصورة الشبهة كما يسقط بمعناها فان النكاح الفاسد يسقط بمعناه ودعواه تسقط بصورته ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع بعد القضاء حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد تقادم العهد لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في الحدود بدليل عمى الشهود وردتهم بعد القضاء قبل الامضاء حيث يسقط الحد عن المشهود عليه ولا يجب الحد على الشهود لان سقوط الحد عن الزاني لنوع شبهة ولا يصلح ذلك لايجاب الحد على الشهود قال رحمه الله (ويضمن المال) أي اذا لم تقبل شهادتهم بالسرقة المتقادمة في حق الحد لكونه حق الله تقبل في حق المال ويضمنه لان التقادم يمنع الشهادة بالحد للتهمة ولا يمنع بالمال لعدم التهمة ولان المال يثبت مع الشبهة أيضا فصار نظير ما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة فانه يجب فيه المال ولا يجب القطع قال رحمه الله (ولو أثبتوا زناه بغائبة حد بخلاف السرقة) وكذا اذا أقر أنه زنى بغائبة لانه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا والغامدية حين أقرا بالزنا بغائبين ولان الزنا قد ثبت بالحجة فيجب الحد بخلاف ما اذا شهدوا أنه سرق من فلان الغائب حيث لا يجب الحد لان الغيبة تفوت الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا ولانهم يشهدون في السرقة بثبوت الملك للغائب في المال المسروق منه ولا يقدرون على ذلك الا بحضرته فان قيل ينبغي أن لا يحد في الزنا أيضا حتى يحضر الغائب لاحتمال أن يدعي النكاح فيكون شبهة قلنا دعوى النكاح شبهة لاحتمال الصدق فتعتبر واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا تعتبر لان اعتبارها يؤدي الى سد باب الحدود ولا يقال ينتقض هذا بالقصاص اذا كان بين شريكين وكان أحدهما غائبا لا يتمكن الحاضر من الاستيفاء لاحتمال العفو من الغائب لانا نقول العفو حقيقة المسقط واحتماله يكون شبهة المسقط أنه اذا حضر فعفا يسقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهة العفو فاذا غاب كان احتمال العفو شبهة فاعتبرت الشبهة وفيما نحن فيه لا اذا حضرت وادعت النكاح كان شبهة فاذا غابت احتمل الشبهة فلا تعتبر لانه وهم والله الموفق (قوله واحتماله يكون شبهة المسقط)

قول أبي يوسف ومحمد اه اتقاني (قوله والاقرار لا يمنع بالتقادم) أي لا يبطل بالتقادم لكن هذا في حد الزنا والسرقة لا في حد الشرب لانه يبطل الاقرار فيه بالتقادم عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما بيناه سيجيء ذلك في حد الشرب اه اتقاني قال الكمال ثم هذا التقادم المقدر بشهر بالاتفاق في غير شرب الخمر أما فيه فكذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لم تقبل عندهما اه (قوله فهو مخير بين حسبتين) قال في المصباح واحتسب الاجر على الله ادخره عنده لا يرجو ثواب الدنيا والاسم الحسبة بالكسر اه (قوله يمنع بعد القضاء) أي خلافا لزفر اه فتح (قوله لا يقام عليه الحد) وقول زفر قول الائمة الثلاثة اه فتح (قوله لان الامضاء) أي الاستيفاء اه فتح (قوله في المتن ولو أثبتوا زناه بغائبة حد) وعلى قول أبي حنيفة الاول لا يحد وهو القياس كذا ذكره أبو الليث في شرحه للجامع الصغير وذلك لانها اذا حضرت ربما جاءت بشبهة دارئة للحد والحدود تدرأ بالشبهات (١) وعلى قوله الاخير وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف يحد الرجل اه اتقاني وكتب ما نصه أجمع عليه الائمة الاربعة اه فتح (قوله وكذا اذا أقر أنه زنى بغائبة) أي يحد الرجل باجماعهم اه فتح (قوله لانا نقول العفو الخ) الحاصل

(١) قوله وعلى قوله الاخير الخ هكذا في الاصل ولعله اه مصححه

أي وانما يكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتماله شبهة الشبهة بخلاف الغائبة فان نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة واعتبارها باطل والا أدى الى نفي كل حد فان ثبوته بالبينة أو الاقرار والذي يثبت به يحتمل أن يرجع عنه وكذا الشهود يحتمل أن يرجعوا فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد ووجه أنه شبهة الشبهة أن نفس رجوع المقر والشاهد شبهة لانه يحتمل كذبه في الرجوع فاحتمال الرجوع شبهة الشبهة اه فتح (قوله فلما أقر) أي بالزنا كان فرع علمه أنهما لم تشتبه عليه بزوجته التي لم تزف وصار معنى قوله لم أعرفها أي باسمها ونسبها ولكن علمت أنها أجنبية فكان هذا كالمنصوص بخلاف الشاهد فانه يجوز أن يشهد على من لم يشتبه عليه فكان قوله لا أعرفها ليس موجبا للحد قاله الكمال رحمه الله

لاشبهة الشبهة قال رحمه الله (وان أقر بالزنا بمجهولة حد وان شهدوا عليه بذلك لا كاختلافهم في طوعها أو في البلد ولو على كل زنا أربعة) أي لو أقر أنه زنى بامرأة لا يعرفها يجب عليه الحد وان شهد عليه الشهود بذلك بأن قالوا زنى بامرأة لا نعرفها لا يجب عليه الحد كما لا يجب عليه اذا اختلفوا في طواعيتها بأن قال اثنان انه زنى بفلانة وأكرهها وقال آخران انها طاوعته أو في البلد بأن قال بعضهم انه زنى بها بالكوفة وبعضهم قال زنى بها بالبصرة وان تم في كل زنا أربعة أما الاول وهو ما اذا أقر أنه زنى بمجهولة فلانه لو كانت امرأته أو أمته لعرفها لانه لا يخفى عليه امرأته ولا أمته فان قيل قد تشتبه عليه امرأته بأن لم تزف اليه قلنا الانسان لا يقر على نفسه كاذبا ولا حال الاشتباه فلما أقر انتفى كون الموطوأة امرأته ولا يعتبر الاحتمال البعيد بأن تكون أمته بجهة من الجهات كالارث وهو لا يعرف ذلك أو بالتوالد من مملوكاته أو مملوكات آبائه لان ذلك يؤدي الى استدراد باب اقامة الحدود لان ذلك يحتمل في المعروفة أيضا كما يحتمل في المجهولة وأما الثاني وهو ما اذا شهد الشهود عليه بذلك فانه انما لا يحد لانه يحتمل أن تكون امرأته أو أمته بل هو الظاهر لان المسلم يمنعه دينه عن ارتكاب المحرم ظاهرا ولا يلزم من عدم معرفة الشهود الموطوأة أن يكون زنا بخلاف ما اذا لم يعرفها الزاني وأما اذا اختلفوا في طوع المرأة فلانه زنا ان مختلفان ولم يكمل في كل واحد منهما نصاب لان زناها طوعا غير زناها مكرهة فلا تحد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وزفر وقالا يجب الحد على الرجل خاصة لان الشهود اتفقوا عليه بأنه زنى وتفرد اثنان منهم بزيادة جناية وهو الاكراه وجوابه ما ذكرنا ولان الطوع يقتضي اشتراكهما في الفعل والكره يقتضي تفرده فكانا غيرين ولم يوجد في كل واحد منهما نصاب الشهادة ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها بالزنا فصارا خصمين فيه ولا شهادة للخصم وانما سقط حد القذف عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فان من قذف امرأة ثم أقام شاهدين أنها زنت مكرهة سقط الحد عن القاذف واعتبار عدد الاربعة في الشهادة على الزنا الموجب للحد وهذا شهادة على سقوط احصانها وسقوط الاحصان يثبت بشهادة الاحصان ذكره في الكافي وهذا التخريج يستقيم على قولهما وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله فاتفاق الشهود الاربعة على النسبة الى الزنا بلفظ الشهادة مخرج لكلامهم من أن يكون قذفا على ما نبين من قريب وفائدة اختلاف الطريق تظهر فيما اذا شهد ثلاثة أنها طاوعته وشهد واحد أنه أكرهها فعلى قوله لا يقام الحد على واحد منهم لما قلنا وعندهما يقام على الثلاثة لانهم قذفة ولم يسقط احصانها بشهادة الفرد وأما اذا اختلفوا في البلد فان لم يتم نصاب الشهادة بالزنا في كل بلد بأن شهد اثنان انه زنى بها بالكوفة واثنان انه زنى بها بالبصرة فلا اشكال في أنه لا يجب عليهما الحد لان المشهود به مختلف لان الفعل يختلف باختلاف الاماكن ولم يتم في كل واحد منهما نصاب فلم يثبت فلم يحدا ولا يحد الشهود عليه بذلك) أي بزناه بامرأة لا يعرفونها اه (قوله لانه يحتمل أن تكون امرأته أو أمته) قال الحاكم الشهيد في الكافي وان قال المشهود عليه ان التي رأوها معي ليست بامرأتي ولا خادم لي يحد أيضا وذلك لانها تتصور أمة ابنه أو منكوحة نكاحا فاسدا اه اتقاني رحمه الله وقال الكمال فلو قال المشهود عليه المرأة التي رأيتموها معي ليست زوجتي ولا أمتي لم يحد أيضا لان الشهادة وقعت غير موجبة للحد فلا يحد وأما ما قيل ولو كان اقرارا فمرة واحدة لا يقام الحد يقتضي أنه لو قال له أربعا حد وليس كذلك اه قوله وأما ما قيل قائله صاحب الدراية رحمه الله (قوله لان زناها طوعا غير زناها مكرهة) أي وشهادتهم بزنا دخل في الوجود والشاهدان بزناه بطائعة ينفيان زناه مكرهة والآخران ينفيان زناه بطائعة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج بشهادة أربعة اه فتح (قوله وهو الاكراه) أي وهو لا يوجب التخفيف عنه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت اذ قد اختلفوا فيه وتعارضوا بعدم الوجوب عليها بمعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنى بصغيرة مشتهاة أو مجنونة اه (قوله وسقوط الاحصان يثبت بشهادة الاحصان) أي بشهادة اثنين لان الاحصان يثبت بشهادتهما اه (قوله على ما نبين من قريب) أي في خلافية زفر اه (قوله وأما اذا اختلفوا الخ) حاصلها أنه شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة الا أن رجلين قالا استكرهها وآخرين قالا طاوعته فعند أبي حنيفة يندرئ الحد عنهما وهو قول زفر والائمة الثلاثة وقالا يحد الرجل خاصة اه فتح (قوله ولم يتم في كل واحد منهما نصاب) أي الشهادة وهو أربعة اه (قوله ولا يحد الشهود) أي للقذف اه

(قوله وقال زفر يحدون) أي وهو قول الشافعي اه فتح وهو القياس اه اتقاني (قوله لسقوط الحد) أي عن القاذف اه (قوله والاحصان) أي احصان المقذوف اه (قوله وان كان كبيرا لا يقبل) أي كالدارين اه (قوله والقياس الخ) قال الكمال والقياس قول زفر والشافعي ومالك اه (قوله وانتهاؤه في زاوية) قال الكمال وقد استشكل على هذا مذهب أبي حنيفة فيما اذا شهدوا فاختلفوا في الاكراه والطواعية فان هذا التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل كرها وانتهاؤه طواعية قال في الكافي يمكن أن يجاب عنه بان ابتداء الفعل اذا كان عن اكراه لا يوجب الحد فبالنظر الى الابتداء لا يجب وبالنظر (١٩٠) الى الانتهاء يجب فلا يجب بالشك وهنا بالنظر الى الزاويتين يجب فافترقا اه (قوله ينتقلان اليه بالاضطراب) قال الكمال وأما ما قيل اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بجيد لان ذلك أيضا قائم في البلدين نعم انما هم مكلفون بان يقولوا مثلا في دار الاسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه اه (قوله وعلى هذا لو اختلفوا في لون المزني بها) أي انها بيضاء أو سمراء اه فتح (قوله أو في طولها وقصرها) أي أو في سمنها وهزالها اه فتح (قوله والاصل في هذا أنه مهما أمكن التوفيق الخ) قال في الكافي فان قيل التوفيق غير مشروع لايجاب الحد لانه احتمال للاقامة وقد أمرنا بالاحتيال للدرء قلنا التوفيق في الحدود مشروع صيانة للبينات عن التعطيل اه (قوله لاحتمال أن كل واحد منهم يشهد بزنا الخ) معناه أن أربعة لو شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة تقبل هذه الشهادة ويحمل على أن كل واحد منهم شهد بالزنا الذي شهد به أصحابه وان لم ينصوا في شهادتهم على هذا الاتحاد مع أن احتمال الاختلاف ثابت بان كان الزنا أربع مرات وشهد كل واحد منهم بزنا على حدة وفي ذلك اضرار

الشهود أيضا وقال زفر يحدون لان العدد لم يتكامل في كل زنا فصاروا قذفة ولنا أن كلامهم وقع شهادة صورة لاستجماع شرائطها من الاهلية ولفظ الشهادة وتمام العدد في حق المشهود عليه وان لم يتم في حق المشهود به فاعتبرنا تكامل العدد في حق المشهود عليه فلا يجب الحد على قاذفه اعتبارا للصورة واعتبرنا نقصان العدد في حق المشهود به فقلنا لا يجب عليهما حد الزنا اعتبارا للحقيقة وعلى هذا الخلاف اذا جاء القاذف بأربعة شهداء فشهد اثنان أنه زنى في بلد وشهد آخران انه زنى في بلد آخر فظاهر الآية يقتضي سقوط الحد عن القاذف وهو قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء شرط شهادة الاربع لسقوط الحد والاحصان مطلقا عن القاذف وقد وجد وان تم نصاب الشهادة بالزنا في كل بلد بأن شهد أربعة بأنه زنى بها بالبصرة وأربعة بأنه زنى بها بالكوفة فالمسئلة محمولة على ما اذا ذكروا وقتا واحدا بأن شهد كل طائفة بأنه زنى بها وقت طلوع الشمس في يوم الخميس مثلا لانا تيقنا بكذب أحد الفريقين لان الشخص الواحد لا يكون في ساعة واحدة في مكانين متباعدين ولا يعرف الصادق من الكاذب فيعجز القاضي عن الحكم بهما للتعارض أو لتهمة الكذب فتهاترتا ولا يحد الشهود أيضا لما ذكرنا آنفا وهنا أظهر لان كل واحد من الزنا تم فيه نصاب الشهادة ويحتمل صدق احدى الطائفتين فلا يحدون مع الاحتمال قال رحمه الله (ولو اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة) ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وكان البيت صغيرا وان كان كبيرا لا يقبل ذكره في المحيط والقياس أن لا يقبل كيفما كان لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية وانتهاؤه في زاوية أخرى ينتقلان اليه بالاضطراب أو يحتمل أن يكونا في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد كل واحد منهم بحسب ما عنده وكذلك لو اختلفوا في ساعتين من يوم متقاربتين بحيث يمكن أن يعتد الزنا اليها يقبل لامكان التوفيق وان اختلفوا في الثوب الذي كان عليه حالة الزنا يقبل لان التوفيق ممكن بأن يكون عليه ثياب فيعاين كل فريق غير الذي عاينه الآخر أو يحتمل انه أخذ في الفعل في ثوب ثم لبس آخر وهو على حاله وفيه خلاف زفر وعلى هذا لو اختلفوا في لون المزني بها أو في طولها وقصرها يقبل والاصل في هذا أنه مهما أمكن التوفيق يصار اليه لان التوفيق فيه مشروع ولولا ذلك لما وجب الحد أصلا لاحتمال أن كل واحد منهم يشهد بزنا غير الذي يشهد به أصحابه قال رحمه الله (ولو شهدوا على زنا امرأة وهي بكر أو الشهود فسقة أو شهدوا على شهادة أربعة وان شهدا الاصول أيضا لم يحد أحد) يعني لم يحد الزانيان ولا الشهود في هذه الصور كلها أما في الصورة الاولى فلان الزنا لا يتحقق مع البكارة فظهر كذبهم بيقين فلا يجب الحد عليهما ولا على الشهود لان عددهم متكامل وانما سقط الحد عنهما بقول النساء انها بكر وقولهن حجة في اسقاط الحد لا في ايجابه وكذلك اذا شهدوا على رجل بالزنا وهو محبوب فانه لا يحد لظهور كذبهم ولا يحد الشهود أيضا لتكامل عددهم ولفظ الشهادة صورة ولان الحد يجب لدفع العار عن المقذوف في موضع التهمة وهنا لا يلحقه العار لعدم التهمة وتطهيره اذا شهدوا على امرأة لا يجب الحد على المشهود عليه اه كفاية (قوله فظهر كذبهم بيقين) اذ لا بكارة مع الزنا وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد والوجه أن يقال لم تعارض شهادتهن شهادتهم بل تثبت بشهادتهن بكارتها وهو لا يستلزم عدم الزنا لجواز أن تعود العذرة لعدم المبالغة في ازالتها فلا تعارض شهادة الزنا فينبغي أن لا يسقط الحد وان عارضت بان لا يتحقق عود العذرة يجب أن تبطل شهادتهن لانها لا تقوى قوة شهادتهم قلنا سواء انتهضت معارضة أم لا لابد من أن تورث شبهة بها يندرئ فانه الكمال (قوله لان عددهم متكامل) الذي في خط الشارح متكاملة اه وكتب ما نصه أي في الشهادة على الزنا اه (قوله وتطهيره اذا شهدوا على

امرأة بالزنا فوجدت رتقاء لا يجب الحد عليهما ولا على الشهود لما ذكرنا في البكر والمجبوب وأما اذا كان الشهود فسقة فلان الفاسق من أهل التحمل والاداء وان كان في أدائه نوع قصور لتهمة الكذب ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا لما عرف في موضعه فيثبت بشهادتهم الزنا من وجه باعتبار الاهلية ولا يثبت من وجه باعتبار القصور فيسقط الحد عن المشهود عليها باعتبار عدم الثبوت ويسقط عن الشهود باعتبار الثبوت ولهذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على أن المقذوف قد زنى يسقط عنه الحد بخلاف القاتل حيث لا يسقط عنه القود باقامة الشهود الفسقة على أن أولياء المقتول قد عفوا لان وجوب القود بالقتل متيقن به فلا يسقط بالشك والاحتمال وحد القذف لم يجب بالقذف وانما يجب بالعجز عن اقامة البينة لان الله تعالى علقه به بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء الآية عطفه على الشرط والمعطوف على الشرط شرط فكان العجز شرطا للوجوب وأما القود فترتب على نفس القتل بقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فظهر السبب الموجب بنفس القتل وتقرر فلو سقط بعد ذلك انما يسقط بقبول شهادتهم وليس لهم شهادة ملزمة وهذا لان العفو مسقط بعد الوجوب وليس يمنع من الوجوب بخلاف حد القذف فان الشهادة فيه تمنع من الوجوب وهو بقاء ما كان على ما كان والعجز موجب فلم يتيقن بالعجز مع شهادتهم فلا يجب وأما اذا شهد أربعة على شهادة أربعة فلما فيها من زيادة الشبهة لان احتمال الكذب فيها في موضعين في شهادة الاصول وفي شهادة الفروع أولان الكلام اذا تداولته الالسن يمكن فيه زيادة أو نقصان ولا يمكن التحرز عنهما عادة ولان الشهادة على الشهادة بدل والابدال تنصب للحاجة ولا حاجة في الحدود الى البدل لانها مبنية على الدرء ولا حد على الفروع لانهم ما نسبوا المشهود عليه الى الزنا انما حكوا شهادة الاصول والحاكي للقذف لا يكون قاذفا ولان عددهم متكامل والاهلية موجودة وانما ردت شهادتهم لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لاثباته وان جاء الاصول وشهدوا على معاينة ذلك الزنا بعينه لم تقبل شهادتهم ولم يحدوا أيضا وهو المراد بقوله وان شهد الاصول لم يحد أحد وانما لم تقبل لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين تلك الحادثة اذ هم قائمون مقامهم بالامر والتحميل والشهادة متى ردت لتهمة لم تقبل في عين تلك الحادثة أبدا وانما تقبل في المال شهادة الاصول بعد ما ردت شهادة الفروع لان شهادة الاصول لم ترد حقيقة وانما حصل فيها شبهة الرد والمال يثبت مع الشبهة دون الحد ولا يحد الاصول أيضا لما ذكرنا ولو ردت شهادة الاصول لم تقبل شهادة الاصول ولا الفروع بعده أبدا هذا اذا ردت شهادتهم لتهمة مع الاهلية وان ردت لعدم الاهلية كالعبد والكافر تقبل شهادتهم في تلك الحادثة بعد العتق والاسلام لزوال المانع ولو شهد أربعة على رجل بأنه زنى بفلانة ثم شهد أربعة آخرون أن هؤلاء الشهود هم الذين زنوا بها فلا يحد أحد منهم عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يحد الفريق الاول من الشهود والمرأة حد الزنا ولا يحد الرجل المشهود عليه لان الشهود الثاني جرحوا الشهود الاول بفعل الزنا وقد ثبت عليهم ذلك وعلى المرأة بشهادتهم فيحدون حد الزنا ثم لا تقبل شهادتهم لثبوت فسقهم بالزنا فلا يحد الرجل المشهود عليه الاول وله أن مثل هذا الكلام يراد به النفي عن الاول واثبات ذلك بعينه للثاني عادة كما اذا قال زيد دخل عمرو الدار وقال آخر لزيد هو الذي دخل الدار فالشهود الاول أثبتوه على المشهود عليه والشهود الثاني نفوه عنه وأثبتوه على الشهود والفعل الواحد لا يتصور أن يفعله شخصان ويحتمل ان يكون أحد الفريقين صادقا والآخر كاذبا ولا يعرف ذلك بعينه فأورث شبهة فلا يحد دون حد القذف ولا حد الزنا لذلك فصار نظير ما لو شهد أربعة بالزنا على رجل في بلد عند طلوع الشمس وشهد أربعة آخرون انه زنى في بلد آخر في ذلك الوقت على ما بينا من قبل وعلى هذا لو شهد أربعة على رجل وامرأة بالزنا وشهد أربعة آخرون على الشهود بأنهم هم الذين زنوا بها وشهد أيضا أربعة آخرون على الشهود الثاني بأنهم هم الذين زنوا بها الاحد على الكل عند أبي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا وعندهما يحد الرجل والمرأة والفريق الاوسط من الشهود حد الزنا لان الفريق الاوسط صاروا

امرأة بالزنا فوجدت رتقاء الخ) وتقبل في الرتقاء والعذراء والاشياء التي يعمل فيها بقول النساء قول امرأة واحدة كذا قال الحاكم الشهيد في الكافي اه اتقاني (قوله وأما اذا كان الشهود فسقة) قال في الكافي وأصله أن الشهود أصناف صنف أهل للشهادة تحملا وأداء كالحر العدل البالغ العاقل وصنف أهل للتحمل دون الاداء كالاعمى والمحدود في القذف لاجتماع شرائطهم فيهما الا أن الاداء فات في الاعمى لعدم التمييز وفي المحدود للنص الوارد لاداء شهادته وصنف أهل للتحمل والاداء ولكن في أدائه نوع قصور كالفساق لتهمة الكذب اه كافي (قوله باعتبار الثبوت) أي فاحتطنا في الحدين والشافعي خالفنا فيه لان الفاسق ليس باهل للشهادة عنده كالعبد اه كافي

(قوله فى المتن ولو كانوا عميانا أو محدودين) أى أو أحدهم عبدا أو محدودا فى قذف اه (قوله ولاحسبة عند نقصان العدد) أى وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها اه كاكى (قوله وشبل بن معبد) الذى بخط الشارح نهد بشين معجمة وهاء ودال قلت والصواب أنه شبل ابن معبد قال فى الاصابة فى القسم الثالث من حرف الشين المعجمة شبل بن معبد بن عبيد بن الحرث نسبه الطبرانى والعسكرى وقال لايصح له سماع من النبى صلى الله عليه وسلم وقال ابن السكن يقال له صحبة وأمه سمية والدة أبى بكرة وزياد وروى الطبرانى فى ترجمته من طريق أبى سلمان التيمى عن أبى عثمان قال شهد أبو بكرة ونافع وشبل بن معبد على المغيرة وأنهم نظروا اليه كما ينظرون الى الميل فى المكحلة فجاء زياد فقال عمر جاء رجل لايشهد الا بحق قال رأيت منظرا قبيحا ولا أدرى ماوراء ذلك فجلدهم عمر الحد اه مع حذف (قوله فى المتن وأرش ضربه هدر) يعنى اذا شهد أربعة على رجل بالزنا وهو غير محصن فضربه الامام ثم ظهر ان الشهود كانوا عبدا أو محدودين فى قذف أو وجد أحدهم عبدا أو محدودا فى قذف وقد رجمته السياط فليس عليهم ولا على بيت المال أرش الضرب عند أبى حنيفة خلافا لهما وان كان محصنا فرجم فديته فى بيت المال بالاتفاق اه (قوله وعندهما يضمنون) أى أرش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات اه كاكى (قوله وعندعدم الرجوع يجب) أى بان ظهروا عبدا أو محدودين فى قذف أو ظهر أحدهم لم يضمنوا اه كاكى (قوله وصار) أى الجرح فى هذه الصورة اه كاكى (قوله كالرجم) يعنى اذا رجم الامام أحدا ثم ظهر الشهود عبيدا أو محدودين فى قذف فالضمان فى الوجود بيت المال فكذا هذا اه كاكى (قوله والقصاص) يعنى اذا حكم بالقصاص لاحد ثم ظهر الشهود عبيدا أو محدودين فى قذف فالضمان على المقضى له بالقصاص اه كاكى (قوله ولابى حنيفة) أى أن الجرح غير مضاف الى شهادتهم لانهم أوجبوا شهادتهم الحد وهو ضرب مؤلم لاجارح ولامتلف ولهذا لايحد فى الحر أو البرد الشديد ولا المرض تفاديا عن الاتلاف اه كاكى (قوله الا لمعنى فى الضارب) أى وهو الجلاد اه (قوله لايجب عليه الضمان فى الصحيح) أى لانه ما تعمد الجرح فلو ضمناه لامتنع الناس عن اقامة الحدود اه كاكى (قوله لايجب الحد على الراجع)

فسقة بشهادة الفريق الآخر بالزنا عليهم فبطلت شهادتهم على الفريق الاول وصاروا قذفة لهم الا أنه لايجب عليهم حد القذف لكمال النصاب على ما بينا من قبل ويحدون حد الزنا لثبوته عليهم بالشهود الاخير قال رحمه الله (ولو كانوا عميانا أو محدودين أو ثلاثة حد الشهود لا المشهود عليهما) لان شهادة العميان أو المحدودين فى القذف لم يثبت بها المال مع أنه يثبت بالشبهة فكيف يثبت بها الحد وهو يسقط بالشبهات بعد الثبوت وشهادة الثلاثة قذف لانه لم يكمل النصاب لان الشهادة قذف حقيقة وخروجها من أن تكون قذفا باعتبار الحسبة ولاحسبة عند نقصان العدد فيحدون وحد عمر رضى الله عنه الثلاثة الذين شهدوا على مغيرة بن شعبة وهم أبو بكرة وشبل بن معبد ونافع بن الازرق بحضرة من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير فصار اجماعا قال رحمه الله (ولو حد فوجد أحدهم عبدا أو محدودا حدوا) لانهم قذفة اذ الشهود ثلاثة على ما بينا قال رحمه الله (وأرش ضربه هدر وان رجم فديته على بيت المال) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا أرش الضرب أيضا على بيت المال وعلى هذا لو مات من الضرب تجب الدية فى بيت المال عندهما خلافا له وعلى هذا الخلاف لو رجع الشهود وقد رجمته السياط أو مات من الضرب لايضمنون عنده وعندهما يضمنون أما الرجم فلانه حصل بقضاء القاضى وهو خطأ منه وخطؤه فى بيت المال لان عمله يقع للمسلمين فيجب غرمه فى مالهم وهذا بالاجماع وأما أرش الضرب فلهما أن الجرح أضيف الى شهادتهم لان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب والاحتراز عن الجرح غير ممكن فينتظم الجارح وغيره فيكون الكل مضافا الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لان فعل الجلاد ينتقل الى القاضى وهو عامل للمسلمين فصار كالرجم والقصاص وهذا لان الامام لايلزمه ضمان ما أخطأ فيه وانما يلزم من وقع فعله له وفعله وقع هنا لعامة المسلمين فيجب ضمانه عليهم ومال بيت المال لهم فيجب فيه ولابى حنيفة رحمه الله أن المستحق هو الجلد حدا وهو ضرب مؤلم غير مهلك ولا جارح ولا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى فى الضارب وهو قلة اهتدائه لذلك فاقتصر عليه الا أنه لايجب عليه الضمان فى الصحيح كيلا يمتنع الناس من الاقامة مخافة الغرامة وهذا لانه مأمور بالضرب وفعل المأمور لايتقيد بالسلامة بخلاف الرجم والقصاص لان المستحق بشهادتهم فيهما الاتلاف فيجب عليهم ضمانه عند رجوعهم وعلى بيت المال عند ظهورهم عبيدا لما ذكرنا قال رحمه الله (فلو رجع أحد الاربعة بعد الرجم حد وغرم ربع الدية) وكذا كلما رجع واحد منهم يحد ويغرم ربع الدية أما الغرامة فلان تلف النفس بشهادتهم فاذا أقر أنه أتلف بغير حق تجب عليه الغرامة بحسابه من الدية اذ لم يكن التلف مستحقا بغيره لان فى هذا الباب يعتبر بقاء من بقى لا رجوع من رجع حتى لو كان الشهود خمسة فرجع واحد لاشئ عليه لان التالف مستحق بغيره وأما الحد فالمذكور هنا مذهب الثلاثة وقال زفر لايجب الحد على الراجع لانه لو وجب انما أن يجب بالقذف قبل الرجم ولاسبيل اليه لان من قذف حيا ثم مات المقذوف لايحد القاذف لكونه لا يورث أو بالقذف بعد الرجم فلا سبيل اليه أيضا لان المرجوم لايحد قاذفه لكونه مرجوما بحكم الحاكم فيكون شبهة فصار كما لو قذفه غيره ولنا أن كلامه ليس بقذف للحال لانه انعقد شهادة ووقع الحكم به بهذا الوصف لكنه عند الرجوع ينقلب قذفا لانه فسخ لشهادته به بعد

الوجود(١) فينفسخ ما بنى عليه وهو القضاء فيكون قذفا للحال وهو محصن فى زعمه فيحد بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه مرجوم بحكم الحاكم ولم يوجد ما يوجب فسخ الشهادة فى حقه لان زعم الراجع يعتبر فى حقه لا فى حق غيره ونظيره الطلاق المعلق بالشرط فانه ليس بطلاق للحال لانه اعدام ويصير طلاقا عند وجود الشرط فان قيل غاية ما فيه أنه قد أقر بعد ما قذفه بأنه كان عفيفا وذلك لا يوجب الحد عليه برجمه بحكم الحاكم فصار كما اذا قذفه غيره فأقر بأنه كان عفيفا قلنا الحجة ليست بكاملة فى حق الراجع لانفساخها فى حقه على ما بيناه وفى حق غيره كاملة فلا يعتبر زعمه فيه وهذا بخلاف ما اذا وجد واحد منهم عبدا حيث لا يحدون لانه لما ظهر أنه عبد تبين أن شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا فى ذلك الوقت فصاروا قاذفين حيا ثم مات والحد لا يورث على ما يجىء ان شاء الله تعالى ولو كان حده الجلد فجلد بشهادتهم ثم رجع واحد منهم حد الراجع وحده بالاجماع والفرق لزفر أن المقذوف حى هنا فيطالب هو بالحد وفى مسئلة الكتاب قد مات بالرجم والحد لا يورث على ما عرف ولو شهد على رجل أربعة أنه زنى بفلانة وشهد عليه أربعة آخرون بالزنا بغيرها ورجم فرجع الفريقان ضمنوا دية نصفه اجماعا وحدوا للقذف عندهما وقال محمد لا يحدون لان رجوع كل فريق يعتبر فى حقهم لا غير ولهما أن كل فريق أقر على نفسه بحد القذف لان كل فريق يقول انه عفيف قتل ظلما وانه قذفه كاذبا قال رحمه الله (وقبله حدوا ولا رجم) أى لو رجع واحد من الشهود قبل الرجم يحد كلهم ولا يرجم المشهود عليه وقال محمد حد الراجع وحده ان رجع بعد القضاء وهو قول زفر لان الشهادة تأكدت بالقضاء فسقط احصانه ثم بالرجوع ينفسخ فى حق الراجع فقط كما فى المسئلة الاولى ولهما أن الامضاء من القضاء فى حقوق الله تعالى لان المقصود من القضاء إعلام من له الحق بحقه ليستوفيه منه والله عالم بالاشياء ولا تخفى عليه خافية فكان المفوض الى الحاكم الاستيفاء فلما لم يستوف لم يستحكم قضاؤه فكان العارض بعد القضاء قبل الامضاء كالعارض قبل القضاء ولهذا تمتنع الامضاء بموت القاضى وعزله وردة الشهود وعماهم وغيبتهم وخروجهم من أن يكونوا أهلا للشهادة باقامة حد القذف عليهم وغير ذلك مما يمنع القبول ولهذا لا يجب الحد على المشهود عليه فدل على بطلان الحكم وان رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر حد الراجع وحده لان رجوع الراجع لا يصح فى حق غيره ولنا أن كلامهم قذف فى الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به واذا لم يتصل به بقى قذفا على حاله ولا يكون شبهة ولهذا لا يقضى بها بالمال بعد الرجوع مع أنه يثبت مع الشبهة فجد كلهم بخلاف ما تقدم ولا يقال كيف يجب عليهم الحد برجوع غيرهم بعد كمال النصاب ولا يؤاخذ أحد بفعل غيره لانا نقول الحد وجب عليهم بقذفهم لا بالرجوع لان الشهادة قذف وانما تخرج من أن تكون قذفا باتصال القضاء بها وبالرجوع امتنع القضاء لا غير فصار كما لو امتنع الشاهد الرابع عن الشهادة ابتداء بعد ما شهد أصحابه قال رحمه الله (ولو رجع أحد الخمسة لا شىء عليه) يعنى لو كان الشهود خمسة فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد منهم لا شىء على الراجع من الضمان والحد لما ذكرنا أن المعتبر بقاء من بقى لا رجوع من رجع وقد بقى من يقوم بكل الحق قال رحمه الله (فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية) أما الحد فلا نفساخ القضاء بالرجم فى حقهما وأما الغرم فلان المعتبر بقاء من بقى لا رجوع من رجع وقد بقى من يبقى ببقائه ثلاثة أرباع الحق فيلزمهما الربع فان قيل الاول منهما حين رجع لم يلزمه شىء فكيف يجتمع عليه الحد والضمان بعد ذلك برجوع غيره قلنا وجد منه الموجب للحد والضمان وهو قذفه واتلافه بشهادته وانما امتنع الوجوب لمانع وهو بقاء من يقوم بالحق فاذا زال المانع برجوع الثانى ظهر الوجوب قال رحمه الله (وضمن المزكون دية المرجوم ان ظهروا عبيدا كالو قتل من أمر برجمه فظهروا كذلك) يعنى اذا شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فظهر الشهود عبيدا يجب الضمان على المزكين كما يجب الضمان على القاتل بضرب عنقه فيما اذا أمر الامام برجمه بعد ما شهد عليه أربعة بالزنا ثم ظهر الشهود عبيدا أما الاول فمعناه اذا رجعوا عن

(١) قوله الوجود فى بعض النسخ الرجوع اه مصححه

أى ولا يحد الباقون اجماعا اه كاتبه (قوله فيكون قذفا للحال) أى والمقذوف فى الحال ميت اه (قوله وهذا بخلاف ما اذا وجد واحد منهم) أى من الشهود عبدا أى بعد الرجم اه كاتبه (قوله حيث لا يحدون) أى حد القذف بالاجماع اه كاتبه (قوله لو رجع أحد الشهود) أى بعد القضاء اه كاتبه وفى نسخة واحد من الشهود وهذه هى التى فى خط الشارح اه (قوله ولهما أن الامضاء) أى استيفاء الحد اه فتح (قوله فكان العارض بعد القضاء قبل الامضاء الخ) قال الكمال وتظهر ثمرة كون الامضاء من القضاء فيما اذا اعترضت أسباب الجرح فى الشهود أو سقوط احصان المقذوف أو عزل القاضى يمتنع استيفاء حد القذف وغيره اه (قوله وعماهم) الذى بخط الشارح وعميهم اه (قوله ولا يكون شبهة) كذا بخط الشارح وصوابه شهادة تأمل (قوله فظهر الشهود عبيدا) أى أو كفارا كما سيأتى اه

التزكية بأن قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لم يضمنوا وان ثبتوا على شهادتهم ولم يرجعوا لم يضمنوا بالاجماع لانهم أخطؤا فيما عملوا العامة المسلمين فصاروا كالقاضي ولهما في الخلافية أنهم أثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان ولانهم لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وذلك بالمباشرة أو بالتسبيب ولم يوجدا منهما أما المباشرة فظاهر وكذا التسبيب لان سبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وانما أثنوا على الشهود خيرا وذلك لا يوجب الضمان كشهود الاحصان فيكون في بيت المال لتبين خطأ الامام ولابي حنيفة رحمه الله أن الشهادة لا تعمل ولا تكون حجة الا بالتزكية فصارت كعلة العلة لالزامهم القاضي القضاء بالبينة بخلاف شهود الاحصان لان الاحصان علامة محض ولهذا تشترط الذكورة في التزكية دون شهود الاحصان على ما يأتي من قريب والشهادة موجبة للعقوبة وان لم يكن محصنا ولا فرق بين ما اذا شهدوا بلفظ الشهادة أو أخبروا لان التزكية لا يشترط فيها لفظ الشهادة وهذا اذا أخبروا بالحرية وأما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لم يضمنوا اتفاقا لانهم صادقون في ذلك اذ الرق لا ينافي العدالة اذهي اجتناب المحظورات ولكن القاضي أخطأ حيث اكتفى بهذا القدر ولا ضمان على الشهود لان كلامهم لم يقع شهادة ولا يحدون للقذف لانهم قذفوا أحياء وقد مات فلا يورث وعلى هذا التفصيل لو وجد الشهود كفارا وأما الثاني وهو ما اذا أمر الامام برجمه فضرب رجل عنقه ثم ظهر الشهود عبيدا أو كفارا فانه قتله عمدا بعد تعديل الشهود وقضاء القاضي به والقياس أن يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وهذا لان الشهود لما ظهروا عبيدا تبين أن القضاء به لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به اذ المأمور به الرجم وهذا جزم لم يوافق أمر القاضي ليصير فعله منقولا اليه فبقي مقصورا عليه وفي الاستحسان تجب الدية في ماله لان قضاء القاضي نفذ ظاهرا وحين قتله كان القضاء صحيحا فأورث شبهة الاباحة ولانه قتل شخصا على ظن أنه مباح الدم ثم ظهر بخلافه فصار كما اذا قتل مسلما على ظن أنه حربي وعليه علامتهم ثم ظهر أنه مسلم وانما تجب الدية في ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين لانها وجبت بنفس القتل بخلاف الواجب بالصلح حيث يجب حالا لانه وجب بالعقد فأشبه الثمن في البيع وفي الكافي وان شهد أربعة على رجل بالزنا وأمر الامام برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية في الخطأ على عاقلته وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وان قضى برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ فلا شيء عليه معناه اذا لم يوجد الشهود عبيدا ولا كفارا وأما اذا وجدوا عبيدا أو كفارا فقد بينا ولو رجمه كما أمر الامام ثم وجد الشهود عبيدا فالدية في بيت المال لان فعله بأمر القاضي فينتقل اليه بخلاف الجز لانه مخالف له ولهذا يؤدب فيه دون الاول قال رحمه الله (وان رجم فوجدوا عبيدا فديته في بيت المال) لانه فعل بأمر الامام فينتقل اليه وقد ذكرناه مرارا قال رحمه الله (ولو قال شهود الزنا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم) وقال بعضهم لا تقبل لاقرارهم على أنفسهم بالفسق لان النظر الى عورة الغير عمدا فسق وانما تقبل شهادتهم اذا وقع اتفاقا من غير قصد ونحن نقول يباح النظر ضرورة تحمل الشهادة وهو مأمور به شرعا قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقال تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولا وجه الى التحمل الا بالنظر عمدا لانه قلما يتفق نظر الاربعة من غير قصد كالميل في المكحلة ولان التعمد فيه للحاجة جائز كالطبيب والخافضة والختان والقابلة والحاجة اليه هنا ثابتة لاقامة الحسبة وتقليل الفساد في العالم وأية حاجة أعظم منها فكانت أولى بالاباحة قال رحمه الله (ولو أنكر الاحصان فشهد عليه رجل وامرأتان أو ولدت زوجته منه رجم) ومعناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشروط فاذا جاءت امرأته بولد في مدة يتصور أن يكون منه جعل واطئا شرعا لان الشارع أثبت نسب الولد منه والحكم بثبوت نسب الولد منه حكم بالدخول بها ولهذا يعقب الرجعة وان لم يكن له ولد من حرة مسلمة عاقلة وأنكر الاحصان فشهد به عليه رجل وامرأتان تقبل ويرجم خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله فالشافعي مر على أصله أن شهادتهن لا تقبل في غير المال وتوابعه وزفر يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ

(قوله وهذا اذا أخبروا بالحرية) أي والاسلام اه كافي (قوله وقال تعالى فاستشهدوا) التلاوة فاستشهدوا (قوله والخافضة) قال في الصحاح وخفضت الجارية مثل ختنت الغلام واختفضت هي والخافضة الخاتنة اه

(قوله وكلها) الواو ليست في خط الشارح اه (قوله في هذه الحالة) أي بعد ظهور الزنا اه (قوله في غير هذه الحالة) أي قبل ظهور الزنا اه

﴿باب حد الشرب﴾ قدم حد الزنا عليه لان المعصية في الزنا أشد ولهذا كان حد الزنا مائة أو رجما في الحر وحد الشرب ثمانون في الحر وعند الشافعي أربعة كما في العبد يحقق ما روى صاحب السنن باسناده الى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله أي الذنب أعظم قال أن تجعل لله ندا وهو خلقك قال ثم أي قال ان تقتل ولدك خشية أن يأكل معك قال ثم أي قال أن تزني بحليلة جارك قال وأنزل تصديق النبي صلى الله عليه وسلم والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون الآية وأخر حد القذف عن حد الشرب لتيقن الجريمة في الشارب دون القاذف لانه يحتمل أنه صدق (١٩٥) في القذف بان تكون المقذوف زانيا ولهذا كان حد القذف أخف الجميع وتأخر حد السرقة لما أنه شرع لصيانة الاموال والمال تبع قاله الاتقاني وقال الكمال وأخر حد السرقة وان كان أشد لان شرعيته لصيانة أموال الناس وصيانة الانساب والعقل آكد من صيانة المال بقي أنه أخره عن حد القذف لان المال دون العرض فانه جعل وقاية للنفس عن كل ما تكره (قوله في المتن من شرب خمرا فأخذ وريحها موجود الخ) قال الكمال رحمه الله قوله ومن شرب الخمر فأخذ أي الى الحاكم وريحها موجود وهو غير سكران منها (١) ويعرف كونه يحد اذا كان سكران بطريق الدلالة أو سكران أي جاؤا به سكران من غير الخمر من النبيذ فشهد الشهود عليه بذلك أي بالشرب في الاول وهو عدم السكر منها وفي الثاني وهو السكر من غيرها فانه يحد والشهادة بكل منهما مقيدة بوجود الرائحة فلا بد من شهادتهما بالشرب أن يثبت عند الحاكم أن الريح قائم حال الشهادة وهو بان يشهدا به وبالشرب أو يشهدا به فقط فيأمر القاضي باستنكاهه فيستنكهه ويخبره بان ريحها موجود أما اذا جاؤا به من بعيد فزالت الرائحة فلا بد أن يشهدا بالشرب ويقولا أخذناه وريحها موجود لان مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم أخذوه في حال قيام الرائحة فيحتاجون الى ذكر ذلك للحاكم خصوصا بعد ما حلنا كونه سكران من غير الخمر فان ريح الخمر لا توجد من السكران من غيرها ولكن المراد هذا الان الحد لا يجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فالمراد في الثاني أن يشهدوا أنه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذي هو غير الخمر وكذلك عليه الحد اذا أقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت بالبينة أو الاقرار ولم يتقادم العهد اه (قوله وشهد رجلان) وانما

عند وجود الاحصان فيضاف الحكم اليه فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل فيه شهادة النساء احتياطا للدرء فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا لا يقبل لما فيه من زيادة العقوبة بتكميل حد الاحرار وهذا لانه شرط في معنى العلة لانه مكمل للعقوبة والمكمل كالموجب ولانه شرط والحكم يضاف الى الشرط وجودا عنده كما يضاف الى العلة وجوبا وضررا العقوبة لا يثبت بالوجوب وانما يثبت بالوجود والاستيفاء فصار له حكم العلل ولنا أن الاحصان ليس بعلة عقوبة ولا سبب ولا شرط لان العلة ما يكون موجبا وهو ليس بموجب عقوبة وانما أوجبها الزنا والسبب ما يكون مفضيا وهو ليس بمفض بل هو مانع لان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة كلها تمنع عن القبائح والشرط ما يوجد العلة بصورتها ويتوقف انعقاده علة على وجود الشرط ويكون الوجود مضافا اليه دون الوجوب كدخول الدار في تعليق الطلاق والعتاق وأما الزنا قبل الاحصان لم يوجد بصورته حتى ينعقد علة لوجوب الرجم على وجود الاحصان ولا يضاف وجود الرجم اليه فكان علامة بمعنى أنه معرف لحكمه وهو الرجم اذ أوجد منه الزنا والحكم غير مضاف الى العلامة لا وجوبا ولا وجودا ولا اقتضاء فعرف بذلك أنه غير مكمل للعقوبة فكانت الشهادة بالاحصان في هذه الحالة بمنزلة الشهادة به في غير هذه الحالة فلا يشترط فيها الذكورة بخلاف المستشهد به لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت بسبق التاريخ لانه ينكره المسلم أو يتضرر به ولا شهادة للكافر على المسلم فيما ينكره المسلم أو يتضرر به والاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وليس فيها شئ يوجب عقوبة أو ضررا وانما لا تقبل شهادة النساء في شئ يوجب العقوبة ويستحيل أن يكون الاحصان موجبا للعقوبة بل هو أوصاف حميدة من الحرية والعقل والبلوغ والتزوج والاسلام كلها تنافي العقوبة بخلاف التزكية فانها مكملة للعلة فكانت بمنزلة علة العلة فلا يعتبر فيها قول النساء كالشهادة على الزنا وكيفية الشهادة به أن يقول الشهود تزوج امرأة وجامعها أو باضعها ولو قالوا دخل بها يكفي عندهما وقال محمد رحمه الله لا يكفي ولا يثبت بذلك احصانه لان لفظة الدخول مشترك يستعمل في الوطء وفي الزفاف وفي الخلوة والزيارة فلا يثبت به الاحصان بالشك كما لو شهدا أنه قربها أو أتاها ولهما أن الدخول متى أضيف الى المرأة بحرف الباء يراد به الجماع قال الله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن المراد الجماع وقال عليه الصلاة والسلام فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها أي جامعها وفي العرف اذا قيل فلان دخل بامرأته يراد به الوطء دون الخلوة واذا خلا بها يقال دخل عليها وهو بمعنى الزيارة ولو خلا بها ثم طلقها وقال وطئتها وأنكرت صار محصنا دونها وكذا لو قالت بعد الطلاق كنت نصرانية وقال كانت مسلمة واذا كان أحد الزانيين محصنا يحد كل واحد منهما حده وان رجع شهود الاحصان لا يضمنون خلافا لزفر رحمه الله وهو مبني على ما تقدم من أنه هل هو شرط مكمل للعلة وهو الزنا أولا والله أعلم بالصواب

﴿باب حد الشرب﴾

قال رحمه الله (من شرب خمرا فأخذ وريحها موجود أو كان سكران ولو بنبيذ وشهد رجلان أو أقر مرة

---

(١) قوله ويعرف كونه الخ كذا بالاصل ولعل في الكلام تحريفا لحرر اه مصححه

قلنا وشهد رجلان لان شهادة النساء مع الرجال لا تكون مقبولة لانها مورثة للشبهة اه رازى قال فى الكافى ولا تقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان اعتبر شهادة النساء مع الرجال عند عدم نصاب الرجال ولم يرد حقيقته فأورث شبهة وتهمة الضلال والنسيان لقوله تعالى أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى اه (قوله وهو الحد فائدته) أى لان المقصود من الحد الانزجار ولا يحصل الانزجار اذا حد فى حال السكر لعدم الاحساس بألم الحد اه اتقانى (قوله والمراد بالسكر من النبيذ الانبذة المحرمة) أى لان السكر من المباح كالبنج ولبن الرماك لا يوجب الحد اه (قوله واحترز بقوله أو أقر مرة من قول أبى يوسف) أى وزفر اه اتقانى (قوله فانه يشترط الاقرار مرتين) أى فى مجلسين اه اتقانى (قوله أو شهدا بعد) بعد ظرف للفعلين قبله اه (قوله فانه يقدر التقادم بمضى الزمان) اعلم أن التقادم فى الحدود الا فى حد القذف مانع عن قبول الشهادة بالاتفاق الآن فى تقديره اختلافا فعند أبى حنيفة هو على ستة أشهر أو على ما يراه الامام وعند محمد بشهر هذا فى غير حد الشرب وقدر محمد فيه أيضا كما فى حد الزنا والسرقة بشهر اه اتقانى (قوله كما فى الزنا وغيره) أى لان وجود الرائحة لا يصلح دليلا لانه قد توجد رائحته من غير الخمر وقد يتكلف لزوال الرائحة مع بقاء الخمر فى البطن اه رازى (قوله ولا يبطل بالتقادم) قال الاتقانى أما الاقرار بالشرب فالتقادم لا يبطله عند محمد كما لا يبطله فى حد الزنا بالاتفاق وعند أبى حنيفة وأبى يوسف (١٩٦) يبطله التقادم كما تبطل الشهادة والقياس ما قال محمد لان الانسان لا يتهم فى الاقرار على نفسه وانما يتهم فى الشهادة بعد تطاول العهد وذكر فى نوادر ابن سماعة عن محمد قال هذا عظيم عندى من القول أن يبطل الحد بالاقرار وأنا أقيم الحد عليه وان جاء بعد أربعين عاما أنه كان شرب النبيذ وسكر تقادم أو لم يتقادم وجد ريحها أو لم يوجد ولهما أن حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا يصح اجماعهم بدون رأى ابن مسعود رضى الله عنه وقد اعتبر هو قيام الرائحة لاقامة الحد فان قلت الشرط يوجب وجود الحكم عند وجوده ولا يوجب العدم عند عدمه قلت عدم الحكم عند عدم الرائحة لا باعتبار أن عدم الشرط أوجب عدم الحكم بل لعدم الاجماع على الحد على ذلك التقدير لان اجماعهم لا يصح بدون رأى ابن مسعود وهو لم ير الحد عند انقطاع الرائحة والمذهب عندى فى الاقرار ما قال محمد لما بينا وحديث ابن مسعود أنكره بعض أهل العلم كذا قال أبو عبيدة لان الاصل فى الحدود اذا جاء صاحبها مقرا بها الرد والاعراض وعدم الاستماع احتيالا للدرء كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أقر ماعز فكيف بأمر ابن مسعود بالتلثة والمزمزة والاستنكاه حتى يظهر سكره فلو صح فتأويله أنه جاء فى رجل مولع بالشراب مدمن فاستجازه لذلك اه وربح الكمال أيضا قول محمد وقال فقول محمد هو الصحيح اه (قوله والرائحة قد تكون من غيره) قال الكمال فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه أى هذا التقادم مقدر بالزمان عند محمد اعتبارا بحد الزنا أنه ستة أشهر أو مفوض الى رأى القاضى أو شهر وهو المختار وهذا لان التأخير يتحقق بمضى الزمان بلا شك بخلاف الرائحة لانها قد تكون من غيره كما قيل

يقولون لى انكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

وانكه وزن امنع ونكه من بابه أى أظهر رائحة فمه فظهر أن رائحة الخمر مما تلتبس بغيرها فلا يناط شئ من الاحكام بوجودها ولا بذهابها ولو سلمنا أنها لا تلتبس على ذوى المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها لان المعقول تقييد قبولها بعدم التهمة والتهمة لا تتحقق فى الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تأخير الاداء تأخيرا يعد تفريطا وذلك ممتنع فى تقدير يوم ونحوه وبه تذهب

حد ان علم شربه طوعا وصحا) لحديث أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحو أربعين قال وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف أخف الحدود ثمانون فأمر به عمر رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى وصححه وقال عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه الى أن قال فى الرابعة فاقتلوه رواه أبو داود وغيره قال الترمذى انما كان هذا فى أول الامر ثم نسخ لانه عليه الصلاة والسلام أتى برجل قد شرب الخمر فجلده ثم أتى به فجلده الى أن جلده أربع مرات ورفع القتل رواه أبو داود والترمذى بمعناه وقال عليه الصلاة والسلام فى السكران ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاضربوا عنقه رواه أبو داود وأحمد وغيرهما وقال الزهرى فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بسكران فى الرابعة فخلى سبيله وشرط أن يكون شربه طوعا لان الشرب مكرها لا يوجب الحد وشرط أن يكون صاحيا ليفيد الضرب وهو الحد فائدته والمراد بالسكر من النبيذ الانبذة المحرمة على ما يجىء فى موضعه ان شاء الله تعالى واحترز بقوله أو أقر مرة من قول أبى يوسف فانه يشترط الاقرار مرتين اعتبارا بالشهادة كما فى الزنا فلنا ثبت ذلك على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره قال رحمه الله (فان أقر أو شهدا بعد مضى ريحها الا لبعد المسافة أو وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها أو رجع عما أقر أو أقر سكران بأن زال عقله لا) أى لا يجب عليه الحد فى هذه الصور كلها أما اذا أقر بعد ذهاب رائحتها أو شهد عليه الشاهدان بذلك فللتقادم وهو مقدر به وهو زوال الرائحة عندهما خلافا لمحمد رحمه الله فانه يقدر التقادم بمضى الزمان ان كان ذلك بالشهادة كما فى الزنا وغيره من الحدود وان أقر به يصح مطلقا ولا يبطل بالتقادم اعتبارا بما ذكرنا من الحدود وهذا لان التأخير يتحقق بمضى الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قال الشاعر

الرائحة اجاب المصنف وغيره بما حاصله أن اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود وهو ما روى عبد الرزاق حدثنا سفيان الثورى عن يحيى بن عبد الله التيمى عن جابر عن أبى ماجد الحنفى قال جاء رجل بابن أخ له سكران الى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله ترتروه ومزمزوه واستنكهوه ففعلوا فرفعه الى السجن ثم عاد من الغد وعابسوط ثم أمر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة ثم قال للجلاد اجلد وارجع يدك وأعط كل عضو حقه ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبرانى ورواه اسحق بن راهويه ودفع بان محل النزاع كون الشهادة لا يعمل بها الا عند قيام الرائحة والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها القيام الرائحة وقت أدائها بل ولا اقرار انما فيه أنه حده نظرا لرائحة بالترتر والمزمزة والتحريك بعنف والترتر والقلقلة التحريك وهما بناءين منقوطتين من فوق وانما فعل له لان بالتحريك تظهر الرائحة من المعدة التى كانت خفيت وكان ذلك مذهبه ويدل له ما فى الصحيحين عن ابن مسعود أنه قرأ سورة يوسف فقال ما هكذا أنزلت فقال عبد الله والله لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحسنت فبيناهو يكلمه اذ وجد منه رائحة الخمر فقال أتشرب الخمر وتكذب الكتاب فضربه الحد وأخرج الدارقطنى بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب أنه ضرب رجلا وجد منه رائحة الخمر وفيه لقط ريح شراب والحاصل أن حده عند وجود الرائحة مع عدم البينة والاقرار

يقولون لى إنكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

ولهما قول ابن مسعود رضى الله عنه فيمن شرب الخمر تلنلوه ومزمزوه ثم استنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وعن عمر رضى الله عنه أنه أتى برجل قد شرب الخمر بعد ما ذهبت رائحتها واعترف به فعزره ولم يحده ولا يقال هذا استدلال ببقى الحكم عند انتفاء الشرط وهو فاسد لانا نقول لا بل هو استدلال بعدم الاجماع لان ثبوت هذا الحد كان باجماع الصحابة وكان اجماعهم برأى عمر وابن مسعود وقد شرطا فيه الرائحة ولا اجماع عند عدم الرائحة ومطلق قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه مخصوص بالمضطر والمكره فجاز تخصيصه أيضا باجماعهم ولان قيام الاثر من أقوى دلائله على القرب فيقدر به بخلاف غيره من الحدود لعدم الاثر فيها فيتعذر اعتباره والتمييز ممكن لمن يعرف وانما يشتبه على الجهال وكونه مقررا لا ينافى التأكيد باشتراط الرائحة كما لا ينافى التأكيد فى الزنا باشتراط التكرار ثم الرائحة يشترط وجودها عند التحمل حتى لو أخذوه وريحها يوجد فيه ثم انقطعت قبل أن ينتهوا به الى الامام لبعد مسافة يجب الحد منه احترز بقوله بعد مضى ريحها لا لبعد مسافة ولو جاؤا به سكران يشترط فيه وجود الرائحة لما ذكرناه ذكره فى النهاية وأشار فى الهداية الى أنه لا يشترط وأما اذا وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها فلانه يحتمل أنه شربها مكرها أو مضطرا والرائحة محتملة أيضا فلا يجب الحد بالشك وكذا اذا وجد سكران لاحتمال ما ذكرنا ولاحتمال أنه سكر من المباح وأما اذا رجع عن الاقرار فلانه خالص حق الله تعالى فيعمل الرجوع فيه كسائر الحدود وهذا لانه يحتمل أن يكون صادقا فصار شبهة والحدود تدرأ بها وأما اذا أقر وهو سكران فلان الاقرار يحتمل الكذب وفى اقراره زيادة الاحتمال فأورث شبهة فلا يعتبر فيما يندرئ بالشبهات مثل الزنا والشرب ونحوهما الا أنه يقبل اقراره فى السرقة فى حق المال لانه من حقوق العباد ولان السكران لا يكاد يثبت على شئ فأقيم السكر مقام الرجوع فيما يحتمل الرجوع بخلاف الاقرار بحد القذف والقصاص وغيرهما من حقوق العباد لانه لا يحتمل

لا يستلزم اشتراط الرائحة مع أحدهما ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وقول للشافعى ورواية عن أحمد والاصح عن الشافعى وأكثر أهل العلم نفيه وما ذكر عن عمر يعارض ما ذكر عنه أنه عزر من وجد منه الرائحة ويترجح لانه أصح اه مع حذف (قوله يقولون لى إنكه شربت مدامة البيت) روى بكلمة قد وهى رواية المطرزى فى المغرب وبدونها وهى رواية الفقهاء فعلى الاول تسقط الهمزة للوصل من انكه فى اللفظ وعلى الثانى تحرك بالكسر لضرورة الشعر ويجوز تحريك همزة الوصل فى الحشو اه اتقانى (قوله ومطلق) جواب سؤال

مقدر اه (قوله والتمييز ممكن) أى بين الروائح اه (قوله لبعد مسافة يجب الحد) أى فى قولهم جميعا اه اتقانى ولا يكون التقادم مانعا عن قبول الشهادة لان تأخير الشهادة حينئذ عن عذر فلا يتهمون فى التأخير كما فى سائر الحدود اذا أخروا الشهادة لبعد المسافة تقبل شهادتهم لعدم التهمة فكذا هنا اه اتقانى (قوله وأما اذا أقر وهو سكران) اعلم أن السكران اذا أقر على نفسه بشئ من الحدود لا يؤخذ به الا حد القذف بيانه أن السكران اذا أقر على نفسه بالحدود الخالصة لله تعالى نحو حد الزنا والشرب والسرقة لا يؤاخذ بما أقر ولا يحد لان كلامه هذيان يحتمل الكذب ومع احتمال الكذب لا يحد لان الحدود يحتال لدرئها بالاثباتها الا أنه يضمن المسروق لانه حق العبد ولو أقر بحد فيه حق العبد كحد القذف أو أقر بقصاص على نفسه أو بطلاق أو بعتاق صح اقراره الا أنه يحد حد القذف اذا صحاو هذا لانه يؤاخذ بحقوق العباد وفى حد القذف حق العبد ولهذا لا يبطل بالتقادم ولا يصح الرجوع بعد الاقرار ولا يقام بدون دعوى المقذوف اه اتقانى قال الكمال وهذا بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران كالصاحى فيما فيه حقوق العباد عقوبة عليه لانه أدخل الآفة على نفسه فاذا أقر بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر وينبغى أن يكون معناه انه أقر بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الاشربة المحرمة أو مطلقا على الخلاف فى الحد بالسكر من الاشربة المباحة والا فبمجرد سكره لا يحد

بالزراره بالسكر اه (قوله حيث يجب عليه الحد) أي بعد الصحو اه كاكي (قوله ولا تبين منه امرأته) قال الكمال لان الكفر من باب الاعتقاد أو الاستخفاف وباعتبار الاستخفاف حكم بكفر الهازل مع عدم اعتقاده لما يقول ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لانهما فرع قيام الادراك وهذا يقتضي أن السكران الذي لا تبين امرأته هو الذي لا يعقل منطقا كقول أبي حنيفة في حده والظاهر أنه كقولهما ولهذا لم ينقل خلاف اه (قوله فتعتبر النهاية في سببه احتيالا للدرء) ألا ترى أن في الزنا تعتبر المخالطة كالميل في المكحلة وفي السرقة يعتبر الاخذ من الحرز التام فكذا هنا اعتبر أقصى غايات السكر وهو أن يبلغ مبلغا لا يعرف الارض من السماء والرجل من المرأة واذا لم يبلغ هذا المبلغ في غير الخمر من سائر الاشربة المحرمة لا يحد لان السكر ناقص وفي النقص شبهة العدم بخلاف الخمر حيث لم يشترط فيها السكر أصلا لان حرمتها قطعية لا اجتهادية اه اتقاني (قوله وعلى قولهما أكثر المشايخ) قال الكمال وانما اختاروا الافتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك أنه حيث قال يؤخذ في أسباب الحدود باقصاها فقد سلم أن السكر يتحقق قبل الحالة التي عينها وأنه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هي سكر اه (قوله وعشي مستقيما) أي فلا معنى لاعتباره اه هداية (قوله في المتن وحد السكر) والسكر بضم السين وسكون الكاف كذا السماع أي حد الخمر كيفما شربها قليلا أو كثيرا بعد ان كان عن طوع فان حرمتها قطعية يجب الحد بشرب قطرة منها بلا اشتراط السكر وحد السكر في غير الخمر فان في غير الخمر لا يجب الحد ما لم يسكر لان حرمتها اجتهادية اه اتقاني (قوله ثمانون سوطا) أي وهو مذهب مالك وأحمد وعن

الرجوع وبخلاف ما اذا زنى أو سرق أو شرب في حالة السكر حيث يجب عليه الحد لان الانشاء لا يحتمل الكذب فيعتبر فعله فيما ينفذ من غير قصد واعتقاد بخلاف ارتداده حيث لا يعتبر ولا تبين منه امرأته بدا لعدم القصد والاعتقاد وهو شرط فيه وعند أبي يوسف ارتداده كفر ذكره في الذخيرة ولو أسلم ينبغي أن يصح كاسلام المكره وهذا اذا سكر بالحرام وأما اذا سكر بالمباح كشرب المضطر والمكره والمتخذ من الحبوب والعسل والدواء فلا تعتبر تصرفاته كلها لانه بمنزلة الاغماء لعدم الجناية ثم بين حد السكران بقوله بان زال عقله وهو أن لا يعرف الارض من السماء ولا الرجال من النساء ولا يعرف شيأ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو من يهذي ويخلط جده بهزله لانه هو السكران في العرف ألا ترى الى ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفتري ثمانون سوطا وله أن الحد عقوبة فتعتبر النهاية في سببه احتيالا للدرء ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلب التمييز أصلا وما دونه لا يخلو عن شبهة الصحو ألا ترى الى قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون عبر عن الصحو بعلم ما يقولون فكان السكر ضده وهو عدم العلم بما يقولون وعلى قولهما أكثر المشايخ والمعتبر القدر المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاتفاق للاحتياط في المحرمات وعند الشافعي رحمه الله المعتبر ظهور أثر السكر في مشيه وحركاته وأطرافه وهذا مما يختلف بالاشخاص فان الصاحي ربما يتمايل في مشيه والسكران قد لا يتمايل ويمشي مستقيما قال رحمه الله (وحد السكر والخمر ولو شرب قطرة ثمانون سوطا) وقال الشافعي رحمه الله أربعون لما روينا في أول الباب من حديث أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر بالجريد والنعال وضرب أبو بكر أربعين متفق عليه وعن علي رضي الله عنه أنه أمر أن يضرب شارب الخمر أربعين ولنا قول علي رضي الله عنه أنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون جلدة رواه الدارقطني ومالك بمعناه وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم وما رواه كان بجريدتين فنعلين فيكون كل ضربة بضربتين فكان حجة لنا والذي يدلك على هذا قول أبي سعيد رضي الله عنه جلد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر بنعلين فلما كان في زمن عمر رضي الله عنه جعل بدل كل نعل سوطا رواه أحمد والجريدتان فيما روى عنه عليه الصلاة والسلام منصوص عليهما وفي الصحيح أن عثمان أمر عليا أن يجلد الوليد ثمانين وفي رواية أربعين ويتوجه الجمع بينهما بما رواه أبو جعفر محمد بن علي أن علي بن أبي طالب جلد الوليد بسوط له طرفان رواه الشافعي رحمه الله في مسنده وكل ما ورد في هذا الباب من ضربه أربعين سوطا محمول على ذلك ولهذا جلده عمر رضي الله عنه ثمانين بعد ما استشار الناس قال رحمه الله (وللعبد نصفه) لما روى عن ابن شهاب أنه سئل عن حد العبد في الخمر فقال بلغني أن عليه نصف حد الحر وأن عمر وعثمان وعبد الله بن عمر قد جلدوا عبيدهم نصف الحد في الخمر رواه مالك في الموطا ولان الرق منصف على ما عرف من قبل قال رحمه الله (وفرق على بدنه كحد الزنا) لان تكرار الضرب في موضع واحد قد يفضي الى التلف والحد شرع زاجرا لا متلفا ويتوقى المواضع التي استثناها في حد الزنا لما ذكرنا هناك وينزع عنه الفرو والحشو لانهما يمنعان ايصال الالم بالبدن ويجرد عن ثيابه في المشهور عن أصحابنا مبالغة في الايلام لان سببه متيقن به كحد الزنا بخلاف حد القذف لان سببه غير متيقن به لاحتمال أن يكون القاذف صادقا فيه

اه اتقاني (قوله في المتن وفرق على بدنه) أي وانما يفرق الضرب لان الحد يراد به الطهرة من الذنب وجميع الاعضاء تحتاج الى التطهير بخلاف الاشياء المستثناة فان الضرب على الوجه يورث المثلة وهي منهية والضرب على الفرج والرأس يخاف منه الهلاك والحد زاجر لا متلف اه اتقاني (قوله بخلاف حد القذف) أي فانها لا تنزع اه

(قوله وعن محمد) أي في ظاهر الرواية اه اتقاني

باب حد القذف

قد ذكر وجه المناسبة في أول باب حد الشرب قال الكمال وهو من الكبائر باجماع الامة قال الله تعالى ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم وقال عليه الصلاة والسلام اجتنبوا السبع الموبقات قيل وما هن يا رسول الله قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات متفق عليه وعنه عليه الصلاة والسلام من أقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الكبائر نودي يوم القيامة ليدخل من أي أبواب الجنة شاء وذكر منها قذف المحصنات وتعلق الحد به بالاجماع مستندين الى قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا والمراد الرمي بالزنا حتى لو رماه بسائر المعاصي غيره لا يجب الحد بل التعزير وفي النص اشارة اليه أي الى أن المراد الزنا وهو اشتراط أربعة من الشهود يشهدون عليها بما رماها به ليظهر بصدقه فيما رماها به ولا شيء يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة الا الزنا ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص للقطع بالغاء الفارق وهو صفة الانوثة واستقلال دفع عار ما نسب اليه بالتأثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت أهلية الاجتهاد اه (قوله وهو ثمانون جلدة) يعني في الحر لان القاذف اذا كان عبدا فحده أربعون وهو مذهب مالك والشافعي وأحد لقوله تعالى فعليهن نصف (١٩٩) ما على المحصنات من العذاب ولان الرق منصف على ما مر اه اتقاني (قوله في المتن فلو قذف محصنا أو محصنة بزنا) قال الهداية بصريح الزنا قال الاتقاني بان قال لمحصن يا زاني أو لمحصنة أو قال يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا أو لست لابيك وأمه حرة مسلمة اه والاصل فيه ما قال في شرح الطحاوي أن من قذف أحدا بفعل يوجب الحد على المقذوف لو ظهر ذلك منه فاذا لم يظهر ذلك بقول القاذف فيجب الحد ثمانون جلدة اذا كان حرا وأربعون اذا كان عبدا سواء كان القاذف رجلا

وعن محمد رحمه الله أنه لا يجرد اظهارا للتخفيف لعدم ثبوته بدليل مقطوع به بخلاف حد الزنا قلنا أظهرنا التخفيف من حيث العدد حيث أوجبنا عليه أقل الحدود عددا وأخف من حد الزنا وصفا فلا يخفف ثالثا بترك التجريد والله أعلم بالصواب

باب حد القذف

وهو في اللغة عبارة عن الرمي مطلقا ومنه القذافة والقذيفة للمقلاع والتقاذف الترامي وفي الشرع رمي مخصوص وهو الرمي بالزنا صريحا وهو القذف الموجب للحد وشرطه احصان المقذوف وعجز القاذف عن اثباته بالبينة ولو قال لي بينة حاضرة في المصر أمهله القاضي الى آخر المجلس وعن أبي يوسف أنه يؤخره الى المجلس الثاني وجه الظاهر أن السبب قد تحقق وبالتأخير يتضرر المقذوف بالعار وفي المجلس لا يعد تأخيرا كتأخيره الى أن يحضر الجلاد ولو شهدوا عليه بزنا متقادم سقط الحد عن القاذف استحسانا والقياس أن يحد لان الزنا لم يثبت به وجه الاستحسان أن الشهادة وجدت حقيقة وانما ردت للتهمة فتعتبر للدرء عن الزاني لا للوجوب على القاذف كشهادة الفساق قال رحمه الله (هو كحد الشرب كمية وثبوتا) أي حد القذف كحد الشرب عددا وهو ثمانون جلدة وكذا ثبوتا حتى يثبت كل واحد منهما بشهادة رجلين ولا تقبل فيهما شهادة النساء لان شهادتهن لا تقبل في الحدود على ما مر في حد الزنا قال رحمه الله (فلو قذف محصنا أو محصنة بزنا حد بطلبه مفرقا) أي بطلب المقذوف مفرقا على أعضاء القاذف لقوله تعالى

أو امرأة بعد أن يكون من أهل العقوبة وان لم يكن من أهل العقوبة فلا حد عليه كالصبي والمجنون ولو لم يكن الفعل موجبا للحد على المقذوف لو ظهر ذلك فلا يجب الحد على القاذف ويجب التعزير اه اتقاني وكتب ما نصه قال الكمال وقوله بصريح الزنا يحترز عن القذف بالكناية كقائل صدقت لمن قال يا زاني بخلاف ما لو قال هو كما قلت فانه يحد ولو قال أشهد أنك زان فقال الآخر وأنا أشهد لا حد على الثاني لان كلامه محتمل ولو قال أنا أشهد بمثل ما شهدت به حد ويحد بقوله زنى فرجك وبقوله زنيت ثم قال بعد ما قطع كلامه وأنت مكرهة بخلافه موصولا وكذا اذا قال ليست أمي بزانية أو أبي فانه لا يحد وبه قال الشافعي وأحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن ابن صالح وقال مالك وهو رواية عن أحمد يحد بالتعريض لما روى الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر قال كان عمر يضرب الحد في التعريض وعن علي أنه جلد رجلا بالتعريض ولانه اذا عرف المراد بدليل من القرينة صار كالصريح قلنا لم يعتبر الشارع مثله فانا رأيناه حرم صريح خطبة المتوفى عنها في العدة وأباح التعريض فقال ولكن لا تواعدوهن سرا وقال ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء فاذا ثبت في الشرع نفي اتحاد حكمهما في غير الحد لم يجز أن يعتبر مثله على وجه يوجب الحد احتياطا في درئه وأما الاستدلال بانه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد للذي قال ان امرأتي ولدت غلاما أسود يعرض بنفيه فغير لازم لان الزام حد القذف متوقف على الدعوى والمرأة لم تدع وأورد ان الحديث يثبت بنفي النسب وليس صريحا في القذف وروده باعتبار المفهوم وليس حجة في الروايات وأجيب بأنه يثبت بالنسبة الى الزنا بالاقتضاء والثابت مقتضى كالثابت بالعبارة والحق أن لا دلالة اقتضاء في ذلك لما سيظهر بل حده بالاثر والاجماع فهو وارد لا يندفع ولا فرق في ثبوت

القذف بعد أن يكون بصريح الزنا بين أن يكون بالعربي أو النبطي أو الفارسي أو غير ذلك فلا يحد لو قال لها زنيت بحمار أو بعير أو ثور لان الزنا لا يحال على رجل ذكره الخ بخلاف ما لو قال لها زنيت بناقة أو ثور أو أتان أو دراهم حيث يحد لان معناه زنيت وأخذت البدل اذ لا تصلح المذكورات للاحتمال في فرجها ولو قيل هذا الرجل لم يحد لانه ليس العرف في جانبه أخذ المال ولو قال زنيت وأنت صغيرة أو جامعك فلان جامعا حراما لا يحد لعدم الاثم ولعدم الصراحة والجماع الحرام يكون بنكاح فاسد وكذا لا يحد بقوله يا حرام زاده لانه ليس كل حرام زنا ولا بقوله أشهدني رجل أنك زان لانه حال القذف غيره ولا بقوله أنت أزنى من فلان أو أزنى من فلان أو أزنى الزناة لان أفعل في مثله يستعمل للترجيح في العلم فكأنه قال أنت أعلم به (٣٠٠) وسيأتي خلافه في فروع نذكرها ان شاء الله تعالى اه كلام الكمال (قوله فلما نزل أمر

والذين يرمون المحصنات الى قوله فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمي بالزنا بإجماع العلماء وفي الآية اشارة اليه حيث شرط أربعة شهداء وهو من خصائص الزنا والنص وان ورد في المحصنات لكن الحكم يثبت في المحصنين أيضا لان المعنى وهو دفع العار يشملهما فكان متناولا لهم دلالة وعليه الاجماع وقد روى عن عائشة رضي الله عنها لما أنزلت الآية قام رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر فذكر ذلك وتلا الآية فلما نزل أمر برجلين وامرأة فضربوا حدهم رواه أبو داود والترمذي وغيرهما وكانوا قاذفين لعائشة رضي الله عنها وان لم يصرح القاذف بالزنا بأن قال جامعت فلانة حراما أو فجرت بها ونحوه لا يجب عليه الحد لان الجماع الحرام قد يكون بنكاح فاسد ولا يقال يجب الحد بقوله لغيره لست لابيك وهو ليس بصريح في الزنا لاحتمال أن يكون من غيره بالوطء بالشبهة لانا نقول فيه نسبة أمه الى الزنا بطريق الاقتضاء والمقتضى اذا ثبت يثبت ما هو من ضروراته فيجب الحد اذا الثابت اقتضاء كالثابت بالعبارة وشرط طلبه لان فيه حقه وينتفع به على الخصوص من حيث دفع العار عن نفسه وان كان الغالب فيه حق الله تعالى وانما يفترق على بدنه لما ذكرنا في حد الشرب ولا بد من تصور الزنا من المقذوف حتى لو قذف رتقاء أو مجبوبا لا يجب عليه الحد لانهما لا يلحقهما العار بذلك الظهور كذبه بيقين وكذا قذف الاخرس لا يوجب الحد لان طلبه يكون بالاشارة والعادة لو كان ينطق لصدقه قال رحمه الله (ولا ينزع عنه غير الفرو والحشو) لانهما يمنعان وصول الالم فينزعان ولا ينزع غيرهما اظهارا للتخفيف لان سببه غير متيقن به لاحتمال أن يكون القاذف صادقا فيه فلا يقام على الشدة ولانه ظهر التشديد عليه من وجه آخر وهو رد شهادته فيخفف عنه من هذا الوجه كيلا يلزم الاجحاف به بخلاف حد الزنا والشرب لان سببهما متيقن به وليس فيهما شيء آخر غير الجلد فيشتد عليهما بالتجريد وبزيادة وصف الشدة في الضرب قال رحمه الله (وإحصانه بكونه مكلفا حرا مسلما عفيفا عن زنا) وأراد بالمكلف أن يكون بالغا عاقلا لان الصبي والمجنون لا يتصور منهما الزنا اذ الزنا فعل محرم وذلك بالتكليف ولانهما لعدم عقلهما أو لقصوره لا يقفان على عواقب الامور فلا يلحقهما الشين به والعقل زاجر عن ارتكاب ما له عاقبة ذميمة وكماله بالبلوغ فلا بد منه ولفظ الاحصان ينتظم الحرية قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب أي الحرائر وقال تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات أي الحرائر والكافر ليس بمحصن لقوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن وينتظم العفة أيضا قال الله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب أي العفائف وقيل الحرائر ولان المقذوف اذا لم يكن عفيفا يكون القاذف صادقا فيه والصدق لا يوجب الحد فعند اجتماع جميع ما ذكرنا يجب الحد فيكون الكل وهي خمس شرائط داخلا تحت قوله تعالى والذين يرمون المحصنات فاذا فقدوا حد منها لا يكون محصنا قال رحمه الله (فلو قال لغيره لست لابيك أو لست بابن فلان

برجلين وامرأة فضربوا حدهم) والرجلان هذان حسان بن ثابت ومسطح بن أثاثة والمرأة حمنة بنت جحش اه زركشي (قوله دفع العار عن نفسه) فاذا لم يطالب المقذوف فقد ترك حقه فلا يستوفى الحد حينئذ اه اتقاني (قوله في المتن ولا ينزع غير الفرو والحشو) أي الثوب المحشو اه فتح (قوله لانهما يمنعان وصول الالم) قال الكمال ومقتضاه أنه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع والظاهر أنه ان كان فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالمحشو أو قريبا منه ويمنع ايصال الالم الذي يصلح زاجرا اه (قوله لان سببه) أي سبب حد القذف وهو كذبه في النسبة الى الزنا اه (قوله في المتن واحصانه) أي المقذوف اه (قوله أي العفائف) قال الكمال وفي شرح الطحاوي في العفة قال لم يكن وطئ امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد في عمره فان كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد عنى قاذفه وكذا لو وطئ في غير الملك أو وطئ جارية في مشتركة بينه وبين غيره سقطت عدالته ولو وطئها في الملك الا أنه محرم فانه ينظر ان كانت الحرمة مؤقتة لا تسقط عدالته كما اذا وطئ امرأة في الحيض أو أمته المجوسية لا يسقط احصانه وان كانت مؤبدة سقط احصانه كما اذا وطئ أمته وهي أخته من الرضاع ولو مس امرأة بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بنتها فدخل بها أو أمها لا يسقط احصانه عند أبي حنيفة وعندهما يسقط ولو وطئ امرأة بالنكاح ثم تزوج بنتها ودخل بها سقط احصانه اه لفظه وانما لم يسقط احصانه عند أبي حنيفة في بنت الممسوسة بشهوة لان كثيرا من الفقهاء يصححون نكاحها اه (قوله فاذا فقدوا حدا منها لا يكون محصنا) أي فلا يجب على قاذفه الحد اه (قوله في المتن لست لابيك أو) ليس هذا

فى خط الشارح وهو ثابت فى نسخ المتن اه ثم انما قيد بقوله لست لابيك لانه اذا قال لست لامك لا يحد وبه صرح فى التحفة وذلك لانه صدق لان النسبة الى الآباء لا الى الامهات اه اتقانى (قوله فى غضب) ظاهر عبارة الهداية أنه قيد فى المسئلة الثانية خلاف الاولى وفى الدراية وقيل يشترط فى هذه المسئلة الغضب كما فى المسئلة التى تجىء اه قال فى النقاية من قذف محصنا أى حرا مسلما عفيفا عن الزنا بصريحه أو بلست لابيك أو لست بابن فلان بغضب وهو أبوه حد ثمانين سوطا قال الشمنى وقوله فى غضب قيد فى هذه المسئلة والتى قبلها اه (قوله أو بالوطء بالشبهة) قال الاتقانى فان قلت ينبغى أن لا يجب الحد على القاذف بقوله لست لابيك لان هذا اللفظ يشبهه لجواز أن يراد به لست لابيك لان أمك وطئت بشبهة أو نكاح فاسد ولا حد على من قذف من وطئ بشبهة أو نكاح فاسد لانه يسقط احصان الواطئ بذلك قلت انما وجب الحد لان الامة اجتمعت على صحة هذا القذف ووجوب الحد به لان الشتم انما يكون فى عادات الناس بنفى النسب بالزنا لا فى غيره من الوطء بشبهة ونحوه فيثبت أن معنى قوله لست لابيك أمك زانية فيحد القاذف اذا كانت هى محصنة اه (قوله بخلاف ما اذا نفى الولادة عن أبويه) قال الكمال وأما اذا قال يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا فلا يأتى فيه تفصيل بل يحد البتة بخلاف ما اذا قال يا ابن القحبة فانه يعزر ولو قال لامرأته يا حليلة فلان لا يحد ولا يعزر اه (قوله يا نبطى) قال فى ديوان الادب النبط قوم ينزلون سوادا العراق قال الفرزدق فى هجو وطئ

فى غضب حد) يعنى اذا كانت أمه محصنة لانه قذف لامه حقيقة لانه اذا كان من غير أبيه المنسوب اليه كان من الزنا ضرورة اذ لا نكاح لغير أبيه ولا يعتبر احتمال كونه من غيره بالنكاح أو بالوطء بالشبهة لان ذلك احتمال بعيد فلا يصار اليه ولو اعتبر مثله لما وجب الحد أبدا وفيه أثر ابن مسعود رضى الله عنه قال لا حد الا فى قذف محصنة أو نفى رجل من أبيه وشرط أن يكون فى غضب لانه فى غير حالة الغضب قد يراد به المعاتبة أى أنت لا تشبه أبالك فى المروءة والسخاء فلا يحد مع الاحتمال وفى حالة الغضب يراد به الحقيقة فيحد وعلى هذا لو قال انك ابن فلان لغير أبيه يحد اذا كان فى حالة المشاتمة لان غرضه نفى نسبه ونسبة أمه الى الزنا وان كان فى حالة الرضا لا يحد لان غرضه أن أخلاقه تشبه أخلاق ذلك الشخص فكأنه ابنه فلا يكون قاذفا والقياس أن لا يكون قذفا فى الاحوال كلها لما ذكرنا من الاحتمال ولكن أوجبناه استحسانا فى حالة الغضب لما ذكرنا من الاثر بخلاف ما اذا نفى الولادة عن أبويه بأن قال لست بابن فلان ولا فلانة حيث لا يجب عليه الحد فى الاحوال كلها لانه ليس فيه قذف أمه لا لفظا ولا اقتضاء لان نفى الولادة نفى للوطء وفيه نفى الزنا لا اثباته قال رحمه الله (وفى غيره لا كنفيه عن جده وقوله لعربى يا نبطى ويا ابن ماء السماء ونسبته الى عمه وخاله وربه) أى فى غير الغضب لا يجب الحد كما لا يجب بنفيه عن جده الى آخر ما ذكر والمراد بربه من رباه وهو زوج أمه فهذه الجملة كلها لا تكون قذفا لما بين كل واحد منها على الانفراد أما اذا قال فى غير حالة الغضب لست لابيك ونحوه فلما ذكرنا وأما اذا نفاه عن جده فلانه صادق فى كلامه فانه ابن أبيه لا ابن جده وأما اذا قال لعربى يا نبطى فلانه يراد به التشبيه فى الاخلاق وعدم الفصاحة فلا يكون قذفا ألا ترى أنه يقال للمصرى أنت رستاقى وأنت قروى ويراد به ما ذكرنا لا القذف وقال ابن أبى ليلى هو قذف فيحد به لانه نسبه الى غير أبيه والحجة عليه ما بيناه وروى عن ابن عباس أنه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يا نبطى فقال لا حد عليه وعلى هذا الخلاف لو نسبه الى قبيلة أخرى غير قبيلته التى ينسب اليها هو أو نفاه عن قبيلته وأما اذا قال لرجل يا ابن ماء السماء فلانه يراد به التشبيه فى الجود والسماحة والصفاء وكان عامر بن حارثة يلقب بماء السماء لكرمه وقالوا بأنه كان يقيم ماله فى القحط مقام القطر وسميت أم المنذر بن امرئ القيس بماء السماء لحسنها وجمالها وقيل لاولادها بنو ماء السماء وهم ملوك العراق وأما اذا نسبه الى عمه أو خاله أو مربيه فلانه ينسب اليهم عادة مجازا وكذا اذا نسبه الى جده لا يجب عليه الحد لهذا المعنى قال الله تعالى حكاية عن اسرائيل وبنيه عليهم الصلاة والسلام حين حضرته الوفاة قالوا نعبد إلهك وإله ابائك ابراهيم واسمعيل واسحق وابراهيم كان جده واسحق أباه واسمعيل عمه وقال تعالى ورفع أبويه على العرش يعنى أباه وخالته وقال عليه الصلاة والسلام الخال أب وقال تعالى حكاية عن نوح عليه السلام ان ابنى من أهلى قيل انه كان ابن امرأته ونسبته الى المربى فى الكتاب دون زوج الام تشير الى أن العبرة فيه للتربية لا غير حتى لو نسبه الى من رباه وهو ليس بزوج لامه

(٢٦ - زيلعى ثالث) هم نبط من أهل حوران نصفهم * ومن أهل عين التمر كانت سطورها

وفسر الفقيه أبو الليث النبطى برجل من غير العرب فى كتاب العتاق اه فى شرح الجامع الصغير وذكر عبد الله بن أحمد المالقى فى تفسير المقالة الثالثة من كتاب ديسقوريدوس وبلاد الجزامقة هى بلاد النبط وهى فى بلاد الرها والموصل والجزيرة فيما وصفه بعض المؤرخين الى هنا لفظه اه اتقانى (قوله وكذا اذا نسبه الى جده لا يجب عليه الحد) قال الكمال لانه قد ينسب الى الجد مجازا متعارفا وفى بعض أصحابنا ابن أمير حاج وأمير حاج جده اه (قوله اسرائيل) أى يعقوب اه (قوله وقال تعالى ورفع أبويه الخ) قال الزمخشرى والبيضاوى فى قوله تعالى لا جناح عليهن فى آبائهن ولا أبنائهن انما لم يذكر العم والخال لانهما بمنزلة الوالدين اه (قوله قيل انه كان ابن امرأته) يؤيده قراءة على كرم الله وجهه ونادى

فوح اينها اه كشاف (قوله فى المتن ولو قال يا ابن الزانية وأمه ميتة) أى محصنة قال الاتقانى وانما قيد بكون الام محصنة لان الحد لا يجب على قاذف غير المحصن لان الله تعالى شرط الاحصان فى الآية ثم الاحصان يثبت باقرار القاذف أو بالبينة والبينة رجلان أو رجل وامرأتان عندنا خلافا للزفر فانه يشترط رجلين وقدمر بيانه قبيل باب حد الشرب فان أنكر القاذف وعجز المقذوف عن البينة لا يستحلف القاذف والقول قوله لان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يثبت احصانها بالظاهر اه (قوله لوقوع القدح) أى الطعن اه (قوله فيحد بطلبهم الخ) هل للاصول أو الفروع مطالبة قاذف الميت بغير الزنا بان قال كان سارقا أو فاسقا ونحوه هل لهم المطالبة بالتعزير ذكرها فى آخر القنية فى المسائل التى لم يوجد فيها نص ولا جواب شاف اه (قوله وهم الاصول والفروع) فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يقذف الرجل وهو ميت قال لا يأخذ بالحد الا الوالد والولد قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير يعنى الوالد والجد وان علا والولد وولد الولد وان سفل وذلك لان الجد يسمى أبا وولد الولد يسمى ابنا وليس للاخ والاخت والعم أن يأخذوا بالحد وعند الشافعى تثبت المطالبة لكل وارث لان (٣٠٣) حد القذف للميت عنده بطريق الارث وعندنا تثبت المطالبة لمن يقع القدح فى نسبه بطريق الاصالة كأنه هو المقذوف لا بطريق الارث لان حد القذف لدفع العار والعار انما يتصل بالحى بقذف الميت اذا كان بينهما جزئية كالوالد والولد والافلا ولهذا صار الوالد والولد بمنزلة شئ واحد حيث لا تجوز شهادة أحدهما للآخر بخلاف شهادة الاخ للاخت وبالعكس فانها جائزة ولهذا اقتصرت حرمة المصاهرة بالزنا على قرابة الولاد دون سائر الاقارب فلما كان حق المطالبة بطريق الاصالة لقرابة الولاد كان الوارث وغير الوارث سواء وكذا الاقرب والابعد سواء ألا ترى الى ما قال فى شرح الطحاوى ولو قذف ميتا

وجب أن لا يحد قال رحمه الله (ولو قال يا ابن الزانية وأمه ميتة فطلب الوالد أو الولد أو ولده) أى ولد الولد (حد) لانه قذف محصنة بعد موتها ولهؤلاء الذين ذكرهم مطالبة لوقوع القدح فى نسبهم بقذفها فيحد بطلبهم دفعا للعار عنهم ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح فى نسبه وهم الاصول والفروع لانهم يلحقهم العار بذلك وان علوا أو سفلوا لكن الجزئية فكان القذف متناولا لهم معنى لان العار نوع ضرر والضرر الراجع الى الاصول والفروع كالراجع الى نفسه وكذا النفع الراجع اليهم كالنفع الراجع الى نفسه ألا ترى أن ذلك يمنع قبول الشهادة لهم ودفع الزكاة اليهم ومنع الوكيل من البيع لهم وغير ذلك من الاحكام وروى عن محمد أنه لا تثبت المطالبة لولد البنت لانه منسوب الى أبيه لا الى أمه فلا يلحقه الشين بزنا أبى أمه وجوابه ما ذكرنا أن الشين يلحقه اذا النسب ثابت من الطرفين ولهذا لو قذفت أمه كان له أن يخاصم ولو كان كما قاله لما خاصم فكذا له أن يخاصم بقذف أبيها اذ المعنى يشملهما ولو كان أصل المحصن أو فرعه كافرا أو عبدا فله أن يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه فلا يطالب بالحد كما اذا تناوله صورة ومعنى بأن قذف نفسه بل أولى لانه أخف ولنا أنه من أهل الاستحقاق اذ الكفر أو الرق لا ينافيه وقد عيره بنسبة محصن الى الزنا فله أن يأخذه بالحد بخلاف ما اذا قذف نفسه لانه ليس بمحصن فلا يلحقه العار على الكمال لانه يتحقق عند شرف المنسوب الى الزنا ويثبت لولد الولد مع قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان الشين يلحقه فوق ما يلحق ولد الولد فصار هو معه كالمقذوف مع ولده فاعتبر هذا بالكفاءة فانه لا حق فى الخصومة للابعد مع الاقرب ولنا أن حق الخصومة باعتبار لحوق العار وهما فيه سواء بخلاف الكفاءة فان الحق فيه باعتبار الولاية على ما قاله عليه الصلاة والسلام الانكاح الى العصبات ولهذا لا يعتبر الارث فى القذف وهناك يعتبر بخلاف المقذوف حيث لا يكون لأحد معه حق لان حق الخصومة له باعتبار نيل القاذف من عرضه ولا يزاحمه أحد فى هذا المعنى ولا يثبت لغيره فيه حق مع وجوده خلافا لابن أبى ليلى فيما اذا كان المقذوف غائبا هو يعتبره

وجب الحد على القاذف وللوالدين والمولودين أن يخاصموا سواء كان الولد أو الوالد وارثا أو لم يكن ولا يعتبر فى ذلك الاقرب عوته فالاقرب والابعد فى ذلك سواء وان عفا بعضهم فللباقين أن يخاصموا لان النقيصة تلحق بهم اه اتقانى (قوله وغير ذلك من الاحكام) يعنى ومنها ليس له أن يبيع ما اشتراه منهم مرابحة من غير بيان كذا بخط الشارح اه (قوله فله أن يطالب) يعنى اذا كان المقذوف ميتا بان وقع بعد موت المقذوف لانه لا يورث ولا يطالب به الابن فى حال حياة المقذوف اه (قوله بان قذف نفسه) أى بان قذف انسان نفس الابن الكافر أو الابن العبد لا يجب الحد لعدم الاحصان لكفره أو رقه اه (قوله بخلاف الكفاءة) قال الكمال وأما حق خصومة الكفاءة فانما يثبت للاقرب بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات فعلم ترتبهم فى ذلك لان الاسم يشعر به حيث علم أن حكمه ذلك اه (قوله ولا يثبت لغيره فيه حق مع وجوده) قال الكمال رحمه الله لكن لحوقه اهما بواسطة لحوقه للمقذوف بالذات فهو الاصل فى ذلك فهو الاصل فى الخصومة لان العار يلحقه مقصودا فلا يطالب الغير بموجبه الا عند اليأس عن مطالبته وذلك بان يكون ميتا فكذا لو كان المقذوف غائبا لم يكن لولده ولا لوالده المطالبة خلافا لابن أبى ليلى ولانه يجوز أن يصدقه الغائب وما ذكرنا من أن حق المطالبة يثبت للاب وان علا ذكره الفقيه أبو الليث وفى فتاوى قاضيخان رجل قذف ميتا فلولده وولد ولده ووالده وولد الابن

وولد البنت سواء في ظاهر الرواية ولا يأخذه بذلك أخ ولا عم ولا جد أبو الاب ولا أم الام ولا عمة ولا مولاة اه قال الكمال فان قلت قد ظهر الاتفاق على ولاية مطالبة ولد الولد بقذف جده وجدته انما اختلف في ذلك زفر عند وجود الاقرب فما وجه ما في القاضيخان اذا قال جدك زان لاحد عليه قلنا ذاك للابهام لان في أجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا مالم يعين مسلما بخلاف قوله أنت ابن الزانية لانه قاذف لجده الادنى فان كان أو كانت محصنة حد اه (قوله في المتن ولا يطلب ولد وعبد أباه وسيده بقذف أمه) أي التي قذفها في حال موتها اه فتح قال الكمال بان قال رجل لعبده يا ابن الزانية وأمه ميتة حرة أو قال لابنه أو لابن ابنه وان سفل بعد وفاة أمه يا ابن الزانية اه (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده الخ) قال الاتقاني وعلى هذا قالوا ليس للولد المطالبة بالحد اذا كان القاذف أباه أو جده وان علا أو أمه أو جدته وان علت اه (قوله ولو كان لها) أي لزوجته الميتة التي قال لولدها (٣٠٣) بعد موتها يا ابن الزانية ولد آخر من غيره

بموته والحجة عليه ما ذكرنا واعتبار موته باطل لانه بالموت بطلت أهليته ولم تزح خصومته بخلاف ما اذا كان حيا ولا يثبت هذا الحق الا للوارث عند الشافعي رحمه الله حتى لا يكون لابنه الكافر والعبد وأولاد بنته المطالبة به وهذا مبني على أن الغالب فيه حق العبد عنده فيورث وعندنا حق الله تعالى وثبوت الخصومة للعبد باعتبار ما يلحقه من الشين كحد السرقة فانه حق الله تعالى ولصاحب المال الخصومة باعتبار المال قال رحمه الله (ولا يطلب ولد وعبد أباه وسيده بقذف أمه) لانهما لا يعاقبان بسببهما حتى سقط القصاص بقتلهما لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فالحد أولى لعدم التيقن بسببه وكونه حقا لله تعالى فيحتمل أنه صادق بالنسبة الى الزنا ولان ما يجب للعبد يكون حقا للمولى فلو وجب لوجب له على نفسه وهو محال ولو كان لها ابن من غيره أو أب ونحوه وليس بعمولة له أن يطالبه بالحد لوجود السبب وعدم المانع لان سقوط حق بعضهم لا يوجب سقوط حق الباقين بخلاف القصاص والفرق بينهما أن القصاص حق العبد يستحقونه بالميراث ولهذا يثبت لجميع الورثة بقدر ارثهم فاذا سقط حق بعضهم وهو لا يقبل التجزي سقط حق الباقين ضرورة وأما حد القذف ففي الله تعالى وانما للعبد حق الخصومة اذا لحقه به شين فيثبت لكل واحد منهم على الكمال فبسقوط حق بعضهم في الخصومة لا يسقط حق الباقين ولهذا كان لا بعدهم حق مع وجود الاقرب قال رحمه الله (ويبطل بموت المقذوف لا بالرجوع والعفو) يعني حد القذف يبطل بموت المقذوف ولا يبطل بالرجوع عن الاقرار ولا بالعفو وكذا بموته في اثناء الحد يبطل لان فيه حق الله تعالى وحق العبد فبالنظر الى حق الله تعالى يبطل بالموت ولا يبطل بالعفو وبالنظر الى حق العبد لا يبطل بالرجوع بخلاف غيره من الحدود وانما قلنا بأن فيه الحقين لانه من حيث إنه شرع لصيانة عرض العبد ولدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص صار حقا للعبد ومن حيث إنه شرع زاجرا وإخلاء للعالم عن الفساد صار حقا لله تعالى ولهذا سمي حدا فلما تعارضت فيه الادلة تعارضت فيه الاحكام أيضا فمن حيث انه حق الله تعالى لا يباح القذف بإباحته ويستوفيه الامام دون المقذوف ولا ينقلب مالا عند سقوطه ويتنصف بالرق ولا يحلف القاذف ولا يؤخذ منه كفيل الى أن يثبت ولا يورث ولا يصح فيه العفو ولا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل ويشترط فيه احصانه ومن حيث انه حق العبد تشترط فيه الدعوى ولا يبطل بالتقادم ويجب على المستأمن ويقيمه القاضي بعلمه ويقدم استيفاؤه على سائر الحدود ولا يبطل بالرجوع ولا يصح الرجوع فيه عن الاقرار فاذا تعارض فيه الحقان كان الغلب فيه حق الله عندنا وعند الشافعي

كان له حق المطالبة باجماع الائمة الاربعة اه (قوله حد القذف يبطل بموت المقذوف) وقال الشافعي لا يبطل اه فتح (قوله ولا يبطل بالرجوع الخ) أي لو عفا المقذوف لا يحد القاذف لان صحة عفوه بل اترك طلبه حتى لو عاد وطلب يحد اه ابن فرشتا (قوله وكذا بموته في أثناء الحد يبطل) أي الباقي عندنا خلافا له بناء على أنه يورث عنده فيرث الوارث الباقي فيقام عليه وعندنا لا يورث ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد اه فتح (قوله وهو الذي ينتفع به على الخصوص) أي كالقصاص اه فتح (قوله ويستوفيه الامام دون المقذوف) أي بخلاف القصاص اه فتح (قوله ويتنصف بالرق) أي كالعقوبات الواجبة حقا لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف لا يختلف باختلاف المتلف اه كمال رحمه الله (قوله ولا يصح فيه العفو) أي فانه بعد ما يثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفا المقذوف عن القاذف لا يصح منه اه فتح قال في الشامل في قسم المبسوط لا يصح عفو المقذوف الا أن يقول لم يقذفني أو كذب شهودي لانه حق الله تعالى الا أن خصومته شرط ثم قال وعند أبي يوسف والشافعي يصح العفو اه اتقاني (قوله ويقيمه القاضي بعلمه) أي اذا علمه في أيام قضائه ولد الوقذف بحضرة القاضي حده وان علمه القاضي قبل أن يستقضى ثم ولي القاضي ليس له أن يقيمه حتى يشهد به عنده اه كمال رحمه الله واذا سمع انسانا يقذف انسانا وطولب بذلك عنده لا يحتاج المقذوف الى بينة بل يكفي علم القاضي وهو سماعه اه (قوله ولا يصح الرجوع فيه عن الاقرار) اعلم أن الرجوع عن الاقرار في الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة يصح لعدم الكذب أما في حد القذف وفيه الحقان لا يصح الرجوع بعد الاقرار لوجود المكذب وهو العبد ولانه حين أقر ألحق

الشين بغيره ثم اذا رجع يكون ذلك ابطالا واسقاطا لحق الغير فلا يقبل اه اتقاني (قوله وقال صدر الاسلام أبو اليسر) يعني البزدوي فانه ذكره في مبسوطه اه (قوله الصحيح أن الغالب فيه حق العبد) قال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي أطلق محمد في بعض المواضع أن حد القذف من حقوق الناس وأطلق في بعضها أنه من حقوق الله تعالى قال والعبارتان صحيحتان أما قوله إنه من حقوق الناس فانما أراد أن المطالبة به من حقه لما لحقه من الشين بقذفه وتناوله من عرضه ولو لم يطالب لم يحد وقوله انه من حقوق الله تعالى أراد به نفس الحد لا المطالبة اذ ليس) (٢٠٤) يمتنع أن يكون الحق لواحد والمطالبة به لآخر كالوكيل بالبيع يطالب وملك الثمن للآمر وكذلك المشتري اذا كان وكيلا فان قبض العبد اليه والملك للآمر اه اتقاني (قوله الى الامام) الذي يخط الشارح الامامة أي لمن ولي الامامة اه (قوله والرضا بالعار عار) قال في الهداية والاول أظهر اه أي كون حق الله تعالى مغلبا أظهر من كون حق العبد مغلبا وعلى الاول عامة المشايخ اه اتقاني (قوله وهذا لان المهموز منه للصعود حقيقة) أي وقد أراد حقيقة كلامه فيصدق ولا يحد اه اتقاني (قوله قالت امرأة من العرب وارقأ الى آخر الشعر) وأول الشعر

أشبه أباك أو أشبه جمل
ولا تكونن كهلوف وكل

يصبح في مضجعه قد انجدل

وارقأ الى الخيرات الخ

الجمل بالجيم اسم رجل أبي حي من العرب وهو جمل بن سعد والهلوف بكسر الهاء وتشديد اللام الشيخ الهرم والكل العيال والانجدال السقوط اه كاكي وكتب على قوله قالت امرأة الخ ما نصه أي وهي ترقص ابنها وقوله وارقأ هكذا ضبطه الشارح بالقلم وقال في مجمع البحرين في المهموز رقأت الدرجة لغة من رقيت وأنشده في مجمع البحرين في مادة هلف وارق بناء على أنه معتل لا مهموز اه وقوله أو أشبه جمل أنشده في مجمع البحرين في مادة هلف أو أشبه عمل ثم قال وعمل اسم رجل وهو خاله تقول لا تجاوز نا في الشبه اه (قوله ثم قال عنيت به الزنا فيما دون الفرج) أي ولو قال زنأت بدون الصلة فقال أبو يوسف ومحمد لا يكون قذفا بدون النية وبه قال الشافعي في وجه وقال أبو حنيفة وأحمد هو قذف صريح لان العامة لا يعرفون به الا القذف اه كاكي

حق العبد لحاجته وغنى الشرع اذ هو الاصل فيما اجتمع فيه الحقان ونحن رجحنا جانب المقصود والاسم فان المقصود منه اخلاء العالم عن الفساد فكان فيه أمر كلي يرجع الى حق العامة فكان الغالب فيه حق الشرع وتسميته بالحد ينبئ عن ذلك ولهذا يشترط فيه الاحصان ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند السقوط ولا يستباح بالاباحة وما للعبد من الحق يكون داخلا فيه اذا المقصود واحد فأمكن مراعاته لان ما للعبد يتولاه مولاه ولا كذلك العكس لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حق الشرع وانما يقدم حق العبد فيما اذا اختلف الحقان ولم يمكن الجمع بينهما وهنا أمكن فلا حاجة اليه وعن أبي يوسف رحمه الله أن عفوه يصح لانتهاء الخصومة به كموته قلنا هو حق الله على ما بينا فلا يصح عفوه فيطالب بعده ان شاء بخلاف موته حيث لا يطالب به أحد بعده لانه بقذفه ألحق العار بالمقذوف قصدا وبغيره من الاصول والفروع تبعا فاذا بطل حقه القصدي بالموت بطل الضمني ضرورة وقال صدر الاسلام أبو اليسر الصحيح أن الغالب فيه حق العبد لانه هو المنتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل أن حد القذف حق العبد كالقصاص وأجاب عن الاحكام التي تدل على أنه حق الله تعالى بجواب على وفق مذهبنا فقال في تفويض الاقامة الى الامام لان كل أحد لا يهتدي الى الاقامة وانما لا يورث لكونه مجرد حق كحق الشفعة وشرط الخيار وكذا لا يجوز الاعتياض عنه لهذا المعنى بخلاف القصاص لانه في معنى ملك العين وانما لا يصح عفوه لانه مولى عليه في حق الاقامة ولانه متعنت في العفو لانه في الحقيقة رضا بالعار والرضا بالعار عار والاظهر الاول قال رحمه الله (ولو قال زنأت في الجبل وعنى الصعود حد) وقال محمد والشافعي رحمهما الله لا يحد لانه نوى ما يحتمله لفظه وهذا لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب * وارقأ الى الخيرات زنأ في الجبل * أي صعودا وذكر الجبل يقرره مرادا وحرف في لا ينافي الصعود كما في البيت وكما في قوله تعالى كأنما يصعد في السماء فأقل أحواله أن يورث الشبهة ولابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن ظاهر هذا اللفظ للفاحشة لا للصعود وان كان يستعمل فيهما فصار كما لو قال زنأت ولم يذكر الجبل وهذا لان المهموز منه لا ينافي الفاحشة لان من العرب من يهمز الملين يقال دأبة وشأبة وابي أض لالتقاء الساكنين ومنهم من يهمز من غير التقاء الساكنين كما يلينون المهموز كراس ودم ولا فرق بين المهموز والملين ولهذا لو لم يعن به الصعود يجب الحد اجماعا ولو لم يكن قذفا أو كان محتملا لما وجب وذكر الجبل انما يعين الصعود اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولان المسئلة مفروضة في حالة الغضب والسباب ودلالة الحال ترجح جانب الفاحشة واستعمال كلمة في بمعنى كلمة على مجاز كقوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل فلا تزاحم الحقيقة لانها الاصل فلا يصار الى المجاز مع امكانها ولا تسمع دعواه ذلك كما لو قال زنيت ثم قال عنيت به الزنا فيما دون الفرج ولو قال زنأت على الجبل قيل يحد وقيل لا يحد لان كلمة على تستعمل في الصعود وفي الكون فوقه يقال زيد على الفرس

الفرس وعليه قميص فيعتبر الظاهر أو المحتمل في الحد وحتى الاللدرء قال رحمه الله (ولو قال يازانى وعكس حدا) يعني لو قال لرجل يازانى وعكس الآخر بان قال لابل أنت يحدان جميعا لان كل واحد منهما قذف صاحبه أما الاول فظاهر وكذا الثاني لان معناه لابل أنت الزاني لان كلمة بل للاضراب عن جعل الحكم للاول واثباته للثاني وزيدت لامعها التأكيد معنى الاضراب فيصير قاذفا قال رحمه الله (ولو قال لامرأته يازانية وعكست حدت ولاعنت) يعني عكست المرأة بان قالت لابل أنت على نحو ماذكرنا فصار كل واحد منهما قاذفا لصاحبه على ما بينا فقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد فيبدأ بالحد لان في بدايته فائدة وهو ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس بأهل للعان ولا ابطال في عكسه أصلا لان الملاعنة تحد حد القذف لان احصانه لا يبطل باللعان والمحدود لا يلاعن لسقوط الشهادة به فيحتال لدفع اللعان اذهو في معنى الحد ولا يقال قد وجد ما يوجب تقديم الحد وهو قذفه لها سابقا على قذفها له لانا نقول لاعبرة بذلك ألا ترى أن الرجلين اذا تقاذفا يحدان من غير مراعاة الترتيب ببدأ به من بدأ بالقذف لعدم الفائدة فهذا نظيره ونظير الاول ما اذا قال لامرأته يازانية بنت الزانية حيث صار قاذفا لها ولامها فقذفها يوجب اللعان وقذف أمها يوجب الحد فيبدأ بالحد لينتفي اللعان على ما بينا قال رحمه الله (ولو قالت زنيت بك بطلا) أي قالت ذلك جوابا لقوله يازانية وانما بطل الحد واللعان به لانه قذفها بقوله يازانية وهي صدقته من وجه بقولها زنيت بك لانه يحتمل انها أرادت به قبل النكاح فيكون ذلك تصديقا له منها بأنها زنت فيسقط اللعان لتصديقها اياه ويجب عليها الحد لانها قذفته ولم يصدقها هو ويحتمل أنها أرادت به حال قيام النكاح أي زناي هو الذي كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت أحدا غيرك ولا حصل مني فعل الزنا وهو المراد في مثل هذه الحالة لانه أغضبها وآذاها فتغضبه وتؤذيه متمسكة بقوله تعالى والزانية لا ينكحها الا زان وسمته زنا للمقابلة وان لم يكن زنا حقيقة كقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وكقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فعلى هذا لا تكون مصدقة ولا قاذفة له فلا يجب عليها الحد ويجب اللعان بقذفه فاذا كان كل واحد منهما مما يجب في حال دون حال لا يجب واحد منهما بالشك وعلى هذا لو قالت له ابتداء زنيت بك ثم قذفها هو لا يجب على واحد منهما الحد ولا اللعان لما ذكرنا من الاحتمال وكذا لو قالت زنيت معك بدل قولها زنيت بك للاحتمال الذي ذكرنا ويحتمل أيضا معنى آخر وهو أني زنيت بحضورك وأنت تشهد فلا يكون قذفا له ولو قالت له زنيت بك قبل أن أتزوجك تحد المرأة دون الرجل لان كلا منهما قذف صاحبه غير أنها صدقته فبطل موجب قذفه ولم يصدقها هو فوجب موجب قذفها ولو كان ذلك كله مع امرأة أجنبية حدت المرأة دون الرجل لما ذكرنا من تصديقها وعدم الاحتمال الذي ذكرناه مع الزوجة قال رحمه الله (وان أقر بولد ثم نفاه لاعن) لان نفي ولد امرأته يوجب اللعان لما ذكرنا في باب اللعان ولم يوجد ما يبطل ذلك من تصديق أو تفريق قال رحمه الله (وان عكس حد) أي قال عكس الاول بان نفاه أولا ثم أقر بانه ولده وانما يحد ولا يلاعن لانه لما أقر بعد ما نفاه سقط اللعان ووجب الحد لاكذابه نفسه وهذا لان اللعان حد ضروري صير اليه للتكاذب فاذا بطل التكاذب بالاكذاب صير الى الاصل وهو الحد قال رحمه الله (والولد له فيهما) أي يثبت نسب الولد منه في الوجهين لاقراره به سابقا أو لاحقا وليس من ضرورة اللعان نفي نسبه نظيره ما مر في اللعان فيما اذا ولدت توأمين فأقر بأحدهما ونفى الآخر قال رحمه الله (ولو قال ليس بابني ولا بابنك بطلا) أي بطل الحد واللعان لانه أنكر الولادة أصلا فيكون انكارا للزنا بل هو انكار للوطء فلا يجب بمثله حد ولا لعان ولهذا لو قال لاجنبي لست بابن فلان ولا فلانة وهما أبواه لا يجب عليه شيء قال رحمه الله (ومن قذف امرأة لم يدر أبوولدها أو لاعنت بولد أو رجلا وطئ في غير ملكه أو أمة مشتركة أو مسلما زنى في كفره أو مكاتبا مات عن وفاء لا يحد) لوجود الشبهة أو لفقد شرطه من احصان

(قوله تقديم الحد) كذا بخط الشارح ولعل صوابه اللعان اه (قوله كقوله تعالى فجزاء سيئة) التلاوة بالواو اه (قوله أو تفريق) أي بينونة لانه اذا أبانها لا لعان بينهما لكونها أجنبية اه من خط الشارح (قوله صير اليه للتكاذب) أي والحد الاصلي حد القذف اه كاكي (قوله وليس من ضرورة اللعان الخ) جواب سؤال مقدر وهو أن يقال ان سبب اللعان كان نفي الولد فلما لم ينتف الولد كيف يجب اللعان فقال ليس من ضرورة اللعان قطع النسب لانه ينتفي عنه وجودا وعدما فاللعان شرع بلا ولد ألا ترى اذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم نفى بلاعن بينهما ولا ينقطع نسب الولد ولو نفى نسب ولد امرأته الامة ينتفي النسب ولا يجري اللعان اليه أشار البزدوي اه درایة

المقذوف أما اذا قذف امرأة معها ولد لا يعرف له أب أو امرأة لاعنت بولد فلوجود أمارة الزنا لان الولد الذي ليس له أب يعرف من الزنا ظاهرا فقد تمكن في احصانها شبهة العدم لفوات العفة ظاهرا والحدود تدرأ بالشبهات ولا فرق بين أن يكون الولد حيا أو ميتا لان هذه الشبهة لا تزول بموت الولد بل تتقرر ولا تخرج هي من أن تكون والدة بموته بخلاف ما اذا لاعنت بغير ولد حيث يحد قاذفها لعدم أمارة الزنا لان اللعان قائم مقام حد القذف في جانب الزوج فكان مؤكدا للعفة ولا يقال اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا فكانت محدودة فوجب أن لا يحد قاذفها لانا نقول لعانها قائم مقام الحد بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره ألا ترى أن لعان الزوج قائم مقام حد القذف بالنسبة اليها لا بالنسبة الى غيرها ألا ترى ان شهادته تقبل اذ لو كان محدودا في حق الكل لما قبلت ولان لعانه قائم مقام حد القذف فيكون مؤكدا لاحصانها ولو أكذب نفسه بعد اللعان يحد قاذفها لزوال التهمة بثبوت النسب منه وأما اذا قذف رجلا وطئ في غير ملكه أو أمة مشتركة فلفوات العفة فيكون القاذف صادقا فيه والاصل أن كل من وطئ وطأ حراما لعينه لا يحد قاذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره حد قاذفه لانه ليس بزنا فالوطء في غير الملك من كل وجه كالاجنبية أو من وجه كالامة المشتركة أو في الملك والحرمة مؤبدة كأمته التي حرمت عليه بالرضاع أو بالمصاهرة بشرط أن يكون ثبوتها بالاجماع أو بخبر مشهور عند أبي حنيفة رحمه الله يسقط الاحصان حتى لا يحد قاذفه لان التحريم المؤبد ينافي ملك المتعة وان لم ينافِ ملك الرقبة فصار الوطء واقعا في غير الملك من وجه فيصير زنا وذكر الكرخي أنه لا يسقط الاحصان به لان الوطء محرم مع قيام الملك فصار كما لو كانت الحرمة مؤقتة والصحيح الاول لثبوت التضاد بين الحل والحرمة لان المحل لا يتصور فيه الحل فكيف يكون فيه شبهة الحل ولا كذلك اذا كانت الحرمة مؤقتة لان المحل فيه يقبل الحقيقة فيكون شبهة ولا يقال انكم قلتم لا يجب عليه الحد بوطئها وعلى اعتبار ما قلتم هنا ينبغي أن يجب عليه حد الزنا لوجود الزنا وانتفاء الشبهة لانا نقول وجود الملك من وجه أثر في سقوط حد الزنا كما أثر عدمه من وجه في سقوط الاحصان حتى لا يجب على قاذفه حد فاستوى الحكمان في انتفاء الحد وهذا لان المحل لما كان مملوكا له من وجه دون وجه فباعتبار الملك لا يجب عليه الحد بوطئها وباعتبار عدم الملك لا يجب الحد على قاذفه ومن الحرمة لعينه جارية ابنه والمنكوحة نكاحا فاسدا والامة المستحقة والمكره على الزنا ومنها اذا زنى بامرأة ثم اشترى أمها أو بنتها أو تزوجها فوطئها أو زنى أبوه بامرأة ثم تزوجها الابن أو اشتراها فوطئها لان حرمة المصاهرة بالوطء منصوص عليه بقوله ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم فلا يعتبر فيه الخلاف وكذا لو تزوج محارمه ودخل عليها أو جمع بين الاختين أو غيرهما من المحارم أو تزوج أمة على حرة فوطئها كل ذلك يسقط الاحصان لثبوت حرمتهن بالاجماع أو بالنص واذا كانت الحرمة غير مؤبدة كأمته المزوجة والمجوسية لا يسقط احصانه بوطئها وكذا لو اشترى أمة شراء فاسدا أو كانت في ملكه أمتان أختان فوطئهما أو احداهما أو وطئ مكاتبته أو الحائض أو امرأة التي ظاهر منها أو المحرمة كل ذلك لا يسقط به الاحصان لان ملك المتعة ثابت فيهن والحرمة عارض على شرف الزوال ولو نظر الى فرج امرأة أو لمسها بشهوة ثم تزوج أمها أو بنتها أو اشتراها فوطئها لا يسقط احصانه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يسقط لثبوت الحرمة به على التأبيد فصار كما لو ثبتت المصاهرة بالوطء وله أن هذه الحرمة تثبت بدليل محتمل وهو خبر الواحد أو نوع اجتهاد من حيث اقامة السبب مقام المسبب احتياطا فلا يسقط به الاحصان الثابت بيقين بخلاف ما اذا ثبتت المصاهرة بالوطء على ما بينا وأما اذا قذف مسلما زنى في حال كفره فلانه صادق فيه وهذا لان الزنا يتحقق من الكافر حربيا كان أو ذميا في دار الاسلام أو في دار الحرب فيسقط به احصانه وأما اذا قذف مكاتبا مات وترك وفاء فلتمكن الشبهة في حريته لان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في موته حرا كان أو عبدا فأورث شبهة والاحصان لم يكن ثابتا فلا يثبت بالشك قال رحمه الله (وحد

(قوله كما لو كانت الحرمة مؤقتة) أي كامته المزوجة اه (قوله على ما بينا) أي قريبا اه

قاذف واطئ أمة مجوسية وحائض ومكاتبة ومسلم نكح أمته فى كفره) لما ذكرنا أن ملكه فى هذه الاشياء ثابت وفيمن تزوج أمه أو غيرها من المحارم فى حالة الكفر خلاف أبى يوسف ومحمد فانه عندهما لا يحد قاذفه وهو مبنى على أن نكاحهم عنده صحيح وعندهما فاسد وقد ذكرناه فى نكاح المجوس محارمهم وفى المكاتبة خلاف أبى يوسف هو يقول وطؤها حرام على المولى وانما سقط عنه الحد للشبهة لان الحرمة ثابتة لخروج المنفعة عن ملكه حتى لزمه العقر بوطئها قلنا ملكه فيها ثابت من كل وجه ولهذا جاز اعتاقها عن كفارة اليمين ووجوب العقر لا ينافى الحل فكيف ينافى الشبهة قال رحمه الله (ومستأمن قذف مسلما) أى يحد مستأمن قذف مسلما وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول لا يحد لان المغلب فيه حق الله تعالى فصار كسائر الحدود ثم رجع الى ما ذكرنا ووجهه أن فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه التزم أن لا يؤذى وموجبه اذا آذى طمعا فى أن لا يؤذى والله أعلم قال رحمه الله (ومن قذف أو زنى أو شرب مرارا حد فحد فهو لكله) لان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى إخلاء العالم عن الفساد والانزجار عن مباشرة سببه فى المستقبل وهو يحصل بحد واحد أو يحتمل حصوله فخلا الثانى عن المقصود أو يحتمله فيمكن فيه شبهة فوات المقصود فلا يشرع اذا الحدود تدرأ بالشبهات بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب حيث يحد لكل واحد منها احده لعدم حصول المقصود بالبعض اذ الاغراض مختلفة فان المقصود من حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض ومن حد الشرب صيانة العقول فلا يحصل بكل جنس الا ما قصد بشرعه وعلى هذا الوجلد للقذف الاسوط ثم قذف آخر فى المجلس فانه يتم الاول ولا شئ عليه للثانى للتداخل ولو ضرب للزنا أو للشرب بعض الحد فهرب ثم زنى أو شرب ثانيا حد حدا مستأنفا ولو كان ذلك فى القذف ينظر فان حضر الاول الى القاضى يتم الاول ولا شئ للثانى وان حضر الثانى وحده يحد حدا مستأنفا للثانى و بطل الاول ولو قذف عبدا فأعتق ثم قذف آخرا فأخذه الاول فضرب أربعين ثم أخذه الثانى يتم له ثمانون وقال الشافعى رحمه الله ان حد القذف لا يتداخل الا اذا قذف جماعة بكلمة واحدة أو واحدا بزنا واحد وهذا مبنى على أن المغلب فيه عنده حق العبد ولا تداخل فى حقوق العباد وعندنا المغلب فيه حق الله تعالى فيتداخل وحكى أن ابن أبى ليلى كان قاضيا بالكوفة فسمع رجلا يوما يقول عند باب مسجده لرجل يا ابن الزانيين فأمر بأخذه فأدخل المسجد فضربه حدين ثمانين ثمانين لقذفه الوالدين فأخبر أبو حنيفة بذلك فقال يا للعجب من قاضى بلدنا قد أخطأ فى مسئلة واحدة من خمسة أوجه حده من غير خصومة المقذوف وضربه حدين ولا يجب عليه الا حد واحد ولو قذف ألفا والى بين الحدين والواجب أن يفصل بينهما بيوم أو أكثر وحده فى المسجد وقد قال عليه الصلاة والسلام جنبوا صبيانكم مساجدكم ومجانينكم وسل سيوفكم واقامة حدودكم والخامس ينبغى أن يكشف أن المقذوفين حيين أو ميتين لتكون الخصومة اليهما أو الى ولدهما فان اجتمعت على واحد أجناس مختلفة بان قذف و زنى وشرب وسرق يقام عليه الكل ولا يوالى بينها خيفة الهلاك بل ينتظر حتى يبرأ من الاول فيبدأ بحد القذف أولا لان فيه حق العبد ثم الامام بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بالقطع لاستوائهما فى القوة اذ هما ثابتان بالكتاب ويؤخر حد الشرب لانه أضعف منهما ولو كان مع هذا جراحة توجب القصاص بدئ بالقصاص لانه حق العبد ثم حد القذف ثم الاقوى فالاقوى على ما ذكرنا والله أعلم

﴿فصل فى التعزير﴾ لما ذكر الحدود وهى الزواجر المقدرة شرع فى الزواجر غير المقدرة اذ هو محتاج اليه لدفع الفساد كالحدود وهو تأديب دون الحد وأصله من العزر بمعنى الرد والردع وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال الله تعالى واضربوهن الآية وقال عليه الصلاة والسلام لا ترفع عصاك عن أهلك وروى أنه عليه الصلاة والسلام عزر رجلا قال لغيره يا مخنث وحبس رجلا بالتهمة واجتمعت الامة على وجوبه فى كبيرة لا توجب الحد أو جناية لا توجب الحد ثم هو قد يكون بالحبس وقد

(قوله وموجبه) بالنصب اه (قوله يقام عليه الكل الخ) فرع قذف رجلا فحد لقذفه ثم قذفه ثانيا هل يحد ثانيا ينظر فى كتاب السرقة عند قوله و بشئ قطع فيه ولم يتغير

﴿فصل فى التعزير﴾ فرع للمولى تعزير عبده وان كان صغيرا ذكره الشارح عند قوله ولا يحد عبده الا باذن امامه اه وذكر هناك أنه تقبل فيه الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ويصح فيه العفو اه (قوله واضربوهن) أمر بضرب الزوجات تأديبا وتهذيبا لهن اه كاكى

(قوله بلغني أنك تفعل كذا) يعني فينزجر به اه فتح (قوله وعن أبي يوسف أن التعزير بأخذ الاموال جائز للامام) وعندهما والشافعي ومالك وأحمد لا يجوز بأخذ المال اه كاكي وفتح ومافي الخلاصة سمعت من ثقة أن التعزير بأخذ المال ان رأى القاضي ذلك أو الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال مبني على اختيار من قال بذلك من المشايخ لقول أبي يوسف اه فتح (قوله وان طاوعته المرأة حل له قتلها أيضا) وهذا تنصيص على أن الضرب تعزيرا يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وصرح في المنتقى بذلك وهذا لانه من باب تغيير المنكر باليد والشارع ولى كل أحد ذلك حيث قال من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه الحديث بخلاف الحدود لم يثبت ولايتها الا للولاة وبخلاف التعزير الذي يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فانه لتوقفه على الدعوى لا يقيمه الا الحاكم الا أن يحكما فيه اه (قوله يا منافق) أي أو يا يهودي اه فتح قال الحاكم الشهيد في الكافي ان قال يا يهودي أو يا نصراني أو يا مجوسي أو يا ابن اليهودي فلا حد عليه ويعزر اه اتقاني (قوله يا لوطي) وفي يا لوطي يسئل عن نيته إن أراد أنه من قوم لوط فلا شئ عليه ولو أراد أنه يعمل عمل قوم لوط إما فاعلا أو مفعولا فعليه الحد عند أبي يوسف ومحمد ومالك وأحمد والشافعي والحسن والنخعي والزهري وأبي ثور لانه قذف بما يوجب الحد كما لو قذفه بالزنا وعند أبي حنيفة لا حد عليه ويعزر لانه قذف بما لا يوجب الحد وبه قال قتادة وعطاء والصحيح أنه ان كان في غضب يعزر اه كاكي قوله والصحيح أنه ان كان في غضب الخ قلت أو هزل من تعود الهزل بالقبيح ولو قذفه بإتيان ميتة أو بهيمة عزر اه فتح قوله عزر هكذا ذكر مطلقا في فتاوى قاضيخان وذكره الناطفي وقيده بما اذا قاله لرجل صالح أما لو قال لفاسق يا فاسق أو للص يا لص أو للفاجر يا فاجر لا شئ عليه والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا انه آذاه بما ألحق به من الشين فان ذلك انما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذا أما من علم فان الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل اه فتح (قوله وتفسير قرطبان هو الذي يرى مع امرأته) أي أو أهله اه قاضيخان قال ثعلب القرطبان الذي يرضى أن يدخل ذلك الرجال على نسائه وقال القرطبان والكشخان لم أرهما في كلام العرب ومعناهما عند العامة مثل الديوث أو قريبا منه والديوث الذي يدخل الرجال على امرأته ولهذا قال أحمد في الكشخان يعزر وبه قال بعض أصحابنا وعلى هذا الخلاف لو قال يا قواد يا قرد أو يا مقامر قيل يعزر وقيل لا يعزر ولو قال يا بليد يا قذر يعزر اه كاكي (قوله أو محرمه رجلا) أي أجنبيا اه (قوله فيدعه خاليا بها) أي ولا يتعرض له اه (قوله وقيل هو السبب) هذا القيل عزاه قاضيخان في باب التعليق من كتاب الطلاق الى أبي القاسم الصفار والقول الذي قبله عزاه لابي بكر الاسكاف قال قاضيخان في باب التعليق من كتاب الطلاق أما السفلة فعن أبي حنيفة المسلم لا يكون سفلة انما السفلة هو الكافر وبه أخذ المشايخ وعن أبي يوسف السفلة هو الذي لا يبالي بما يقال له من وجوه الذم والشتم وعن محمد هو الذي يلعب بالحمام ويقامر وقال خلف بن أيوب السفلة هو الذي اذا دعي الى طعام يحمل شيأ من المائدة وقيل هو الطفيلي وقيل هو الحائك والحجام والدباغ وقيل هو الذي يختلف الى القضاة ثم قال قاضيخان وأما الماجن فقد قال الامام شمس الائمة الحلواني هو الذي لا يبالي بما يسمع اه

يكون بالصفع وبتعريك الاذان وقد يكون بالكلام العنيف أو بالضرب وقد يكون بنظر القاضي اليه بوجه عبوس وليس فيه شئ مقدر وانما هو مفوض الى رأي الامام على ما تقتضي جنايتهم فان العقوبة فيه تختلف باختلاف الجناية فينبغي أن تبلغ غاية التعزير في الكبيرة كما اذا أصاب من الاجنبية كل محرم سوى الجماع أو جمع السارق المتاع في الدار ولم يخرجه وكذا ينظر في أحوالهم فان من الناس من ينزجر باليسير ومنهم من لا ينزجر الا بالكثير وذكر في النهاية التعزير على مراتب تعزير الاشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو أن يقول له القاضي بلغني أنك تفعل كذا وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقية بالاعلام والجر والحبس وتعزير الاخسة بهذا كله والضرب وعن أبي يوسف أن التعزير بأخذ الاموال جائز للامام وسئل الهندواني عن رجل وجد رجلا مع امرأة أيحل له قتله قال ان كان يعلم أنه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاح لا وان علم أنه لا ينزجر الا بالقتل حل له القتل وان طاوعته المرأة حل له قتلها أيضا وفي المنية رأى رجلا مع امرأة يزني بها أو مع محرمه وهما مطاوعتان قتل الرجل والمرأة جميعا قال رحمه الله (ومن قذف مملوكا أو كافرا بالزنا أو مسلما بيا فاسق يا كافر 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 ابن القحبة يا زنديق يا قرطبان يا مأوى الزواني أو اللصوص يا حرام زاده عزر) لما روينا ولانه آذاه بالحاق الشين به ولا مدخل للقياس في باب الحدود فوجب التعزير وتفسير قرطبان هو الذي يرى مع امرأته أو محرمه رجلا فيدعه خاليا بها وقيل هو السبب للجمع بين اثنين لمعنى غير ممدوح وقيل هو الذي يبعث امرأته مع غلام بالغ أو مع مزارعه الى الضيعة أو يأذن لهما بالدخول عليها في غيبته وعلى هذا يعزر من قال يا سارق وهو ليس كذلك أو يا ابن الفاسق أو يا ابن الكافر أو النصراني أو قال للمرأة يا قحبة وهي لا تكون همتها

(قوله فى المتن ياتيس) هذا سافط من خط الشارح ثابت فى المتن اه قال فى المصباح التيس الذكر من المعز اذا أتى عليه حول وقبل الحول جدى والجمع تيوس مثل فلس وفلوس اه (قوله يابغاء) قال فى المغرب وفى جمع التفاريق البغاء أن يعلو بفجورها ويرضى هذا ان صح توسع فى الكلام يابغاء اه قال قاضيخان فى باب التعليق من كتاب الطلاق وأما بغاء فهو والقرطبان سواء اه (قوله ياموأجر) قال بعض الشارحين إنه يستعمل عرفا فيمن يؤاجر أهله للزنا اه (قوله ياعيار) قال فى المغرب رجل عيار كثير المجىء والذهاب عن ابن دريد وقال ابن الانبارى العيار من الرجال الذى يخلى نفسه وهواها لا يردعها ولا يزجرها وفى أجناس الناطفى الذى يتردد بلا عمل وهو مأخوذ من قولهم فرس عائر وعيار اه (قوله ياسخرة) يقال فلان سخرة يتسخر فى العمل يقال خادمة سخرة ورجل سخرة أيضا يسخر منه وسخرة بفتح الخاء يسخر من الناس كثيرا اه صحاح (قوله ياضحكة) يقال رجل ضحكة كثير الضحك وضحكة بالتسكين يضحك منه اه صحاح (قوله ياكشخان) بالخاء فى خط الشارح اه قال قاضيخان فى باب التعليق من كتاب الطلاق وأما كشخان حكى عن امرأة جاءت الى أبى عصمة المروزى وقالت إن زوجى كل يوم يأمرنى بالطبخ فقلت له يوما أى كشخان الى متى أطبخ فقال لى ان كنت كشخان فأنت طالق قال أبو عصمة إن زوجك اذا سمع أن رجلا يمد يده اليك بسوء ولا يبالى فهو كشخان وان لم يرض بذلك وضربك على ذلك فهو ليس بكشخان اه (قوله وانما يلحق القاذف) أى المتيقن بكذبه اه كا كى (قوله خمسة وسبعون) يعنى فى حق الاحرار لا فى العبيد على ماسيأتى آخر المقالة اه وهو ظاهر الرواية عنه اه كا كى (قوله وفى رواية عنه تسعة وسبعون) أى وهو (٢٠٩) قول زفر وهو القياس اه هداية

ذلك الفعل قال رحمه الله (ويا كلب ياتيس ياحمار ياخنزير ياقرد ياحية ياحجام ياعبد ياموأجر ياولد الحرام ياعيار يانا كس يامنكوس ياسخرة ياضحكة ياكشخان ياأبله ياموسوس لا) أى لا يعزر بهذه الالفاظ كلها لان من عاداتهم اطلاق الحمار ونحوه بمعنى البلادة أو الحرص أو نحو ذلك ولا يريدون به الشتيمة ألا ترى أنهم يسمون به ويقولون عياض بن حمار وسفيان الثورى وأبو ثور وجمل ولان المقذوف لا يلحقه شين بهذا الكلام وانما يلحق القاذف وكل أحد يعلم أنه آدمى وليس بكلب ولا حمار وأن القاذف كاذب فى ذلك وحكى الهندوانى أنه يعزر فى زماننا فى مثل قوله ياكلب ياخنزير لانه يراد به الشتم فى عرفنا وقال شمس الائمة السرخسى الاصح عندى أنه لا يعزر وقيل ان كان المنسوب اليه من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يعد شينا فى حقه وتلحقه الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا أحسن ماقيل فيه ومن الالفاظ التى لا توجب التعزير قوله ياربستاقى ويا ابن الاسود ويا ابن الحجام وهو ليس كذلك قال رحمه الله (وأكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطا) وفى رواية عن أبى يوسف يبلغ بالتعزير خمسة وسبعون سوطا وفى رواية عنه تسعة وسبعون وفى رواية عنه أنه يقرب كل جنس الى جنسه فيقرب للمس والقبلة من حد الزنا والقذف لغير المحصن أو للمحصن بغير الزنا من حد القذف صرفا لكل نوع الى نوعه وعنه أنه يعتبر على قدر عظم الجرم وصغره وقول محمد فيه مضطرب فانه ذكر فى بعض النسخ مع أبى حنيفة وفى بعضها مع أبى يوسف والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من بلغ حدا

(قوله والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من بلغ حدا) الرواية بلغ بالتخفيف والتثقيل خطأ بين لان المعنى أن من بلغ الحد فى غير الحد فهو من المعتدين ولو قيل بلغ بالتشديد لصار المعنى من بلغ الحد الى غير الحد ولا خفاء فى بطلانه ولو قدرت المفعول الاول محذوفا لاحتمل الصحة أى بلغ التعزير حدا ويدل على المحذوف قوله فى غير حد وهذا كقوله تعالى ياأيها الرسول بلغ ما أنزل اليك من ربك

(٢٧ - زيلعى ثالث)

أى بلغ الناس اه مستصفى قال الاتقانى عند قول صاحب الهداية وقال أبو يوسف يبلغ بالتعزير خمسة وسبعون سوطا هذا لفظ القدورى فى مختصره وهو ظاهر الرواية عن أبى يوسف ألا ترى الى ما نقل صاحب الاجناس عن حدود الاصل لا يعدى التعزير ويضرب والمضروب قائم أقله ثلاثة وأكثره تسعة وثلاثون لا يبلغ أربعين سوطا فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يبلغ به خمسة وسبعين سوطا ثم قال وفى نوادر ابن هشام عن أبى يوسف تسعة وسبعين سوطا لكن هذا فى تعزير الحر أما فى تعزير العبد فعلى قول أبى يوسف ينقص خمسة عن أربعين كذا ذكر صاحب التحفة وقول محمد فى ظاهر الرواية مع أبى حنيفة وفى رواية قوله مع أبى يوسف كذا ذكر فى المختلف وقول زفر مثل قول أبى يوسف فى النوادر ذكره الفقيه أبو الليث مع قول أبى يوسف هكذا فى شرح الجامع الصغير وذكر فى شرح الاقطع قول زفر مثل قول محمد ثم الاصل هنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين معناه من بلغ حدا فيما ليس بحد يعنى فى التعزير اذا بلغ حدا فهو من المعتدين أى من المجاوزين فعلى هذا لابد من نقصان عدد الجلد فى التعزير عن الحد وذلك يحصل بنقصان سوط عن الاربعين لانه قال عليه الصلاة والسلام من بلغ حدا بلفظ النكرة فيتناول أدنى ما ينطلق عليه اسم الحد وهو الاربعون لانه أدنى حد العبد فى القذف وأبو يوسف اعتبر حد الاحرار لان الرق عارض فنقص سوطا عنه على رواية النوادر وعلى ظاهر الرواية نقص عن الثمانين سوطا ولا فقه فيه ولا يفهم منه معنى معقول قالوا إن أبا يوسف كان يعزر رجلا وقد أمر بتسعة وسبعين وكان يعقد لكل خمسة عقدا بأصابعه فعقد خمسة عشر ولم يعقد للاربعة الاخيرة لنقصانها عن الخمسة

فظن الذى عنده أنه أمر بخمسة وسبعين (١) وكان يعرف بضرب حقيقة الحال فاختلفت الرواية عن أبي يوسف لهذا وقد روى مثل هذا عن عمر وليس بصحيح وانما الصحيح عن أبي يوسف لانه لو كان فى هذا نقل عن عمر لم يعتبر أبو حنيفة التعزير بحد العبد وقيل إن نقصان الخمسة مأثور عن على وفيه نظر لما قلنا وهذا لان تقدير الصحابى فيما لا يدرك بالقياس واجب عندنا وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير قيل إن أبا يوسف أخذ النصف من حد الاحرار والنصف من حد العبيد وأكثر حد الاحرار مائة وأكثر حد العبيد خمسون فأخذ نصفا من هذا ونصفا من هذا قلت سلمنا أن المائة حده هذا والخمسون حد ذاك ولكن لا نسلم اعتبار التعزير بتنصيف كل واحد ولا دليل على التنصيف جزما لا سيما لكل واحد منهما ولا دليل أيضا على اعتبار أكثر الحدين وما قاله أبو حنيفة أشبه بالصواب عندى لتيقن الاقل والفقيه أبو الليث أخذ بقول زفر وعلل بعد ذلك بقوله لان الاربعين نصف الحد وليس بحد وفيه نظر لانا نقول لا نسلم ان الاربعين ليس بحد بل هو حد العبد فى القذف ولا يجوز نفيه مطلقا لان النكرة اذا وقعت فى موضع النفى عمت (قوله عليه الصلاة والسلام من بلغ حدا فى غير حد) الرواية بتخفيف اللام وللتشديد وجه على حذف المفعول الاول أى من بلغ التأديب أو بلغ الضرب حدا فيما ليس بحد أى فى التعزير وقال بعضهم فى تقدير المفعول الاول من بلغ التعزير حدا وذلك ملوث للصماخ لان المراد من قوله فى غير حد التعزير فيكون تقدير الكلام من بلغ التعزير حدا فى التعزير فرد ما قلنا اه ما قاله الاتقانى

﴿فروع﴾ رجل ادعى على رجل أنه قال له يا فاسق أو يا كافر أو يا فاجر أو يا منافق أو يا خبيث أو يا خنزير أو يا حمار أو يا ناص أو يا لوطى أو يا آكل الربا قلما أو يا شارب الخمر أو يا ديوث أو يا مخنث أو يا خائن أو يا ابن القحبة أو ما سوى ذلك مما يوجب فيه التعزير أو ادعى عبد أنه قال له يا زانى أو أمة ادعت أنه قال لها يا زانية أو ادعى أمر ايجب فيه الادب بأن ادعى أنه ضربنى أو شتمنى أو لطمنى وأنكر المدعى عليه حلفه القاضى لان هذا من حقوق العباد يجرى فيه العفو والابراء ولا يسقط بالتقادم ويقبل فيه شهادة النساء والشهادة على الشهادة وكتاب القاضى ولا يختص الامام بالاقامة فان الزوج يؤدب المرأة والمولى يؤدب العبد ولو رأى انسانا يفعل ذلك كان له أن ينهاه ويمنعه ويؤدبه ويضربه ان كان لا يتزجر بالمنع باللسان فيجرى فيه اليمين قاضيخان فى كتاب الدعوى قبيل باب ما يبطل دعوى المدعى قوله وأنكر المدعى عليه حلفه القاضى اى فان حلف فلا شئ عليه وان نكل يقضى عليه بالتعزير ذكره العمادى فى الفصل ١٩ وتمامه فيه اه (قوله فلم يتيقن بكذبه) أى

فى غير حد فهو من المعتدين فيعزر من غير تبليغه حدا بالاجماع غير أن أبا حنيفة اعتبر أدنى الحدود وهو حد العبد لان مطلق ما روينا يتناوله وأقله أربعون وأبو يوسف اعتبر حد الاحرار لانهم هم الاصول وأقله ثمانون فنقص عنه سوطا وفى رواية خمسة روى ذلك عن على أنه فعله فقلده أو اعتبر نفس الجرم لان العقوبة تختلف باختلاف الجرم كالحد فقرب الجرم الكبير من أكثر الحد وهو مائة والصغير من الاقل وهو ثمانون سوطا وأجمعوا على أن العبد لا يبلغ به أربعين قال رحمه الله (وأقله ثلاثة) أى أقل التعزير ثلاث جلدات وهكذا ذكر القدورى فكأنه يرى أن ما دونها لا يقع به الزجر وليس كذلك بل يختلف ذلك باختلاف الاشخاص فلا معنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوضا الى رأى القاضى يقيمه بقدر ما يرى المصلحة فيه على ما بينا تفاصيله وعليه مشايخنا رحمهم الله تعالى قال رحمه الله (وصح حبسه بعد الضرب) أى جاز للامام أن يحبسه بعد ما ضربه للتعزير لانه عجز عن الزيادة من حيث العدد لما روينا وقد لا يحصل الغرض بذلك القدر من الضرب فجاز له أن يضم الحبس اليه اذا رأى فيه مصلحة وهذا لانه يصلح تعزيرا ابتداء حتى جاز الاكتفاء به ولهذا لا يحبس بالتهمة فى التعزير لكونه أقصى عقوبة فيه فيلزم التسوية بينهما وبين التحقق فاذا صلح تعزيرا ابتداء وهو مشروع على ما روينا من قبل جاز المصير اليه عند تعذر الضرب كما تجوز زيادة الضربات فيه لان تقديره اليه قال رحمه الله (وأشد الضرب التعزير) لانه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدى الى فوات المقصود وهو الانزجار ويتقى المواضع التى تتقى فى الحدود وروى عن أبى يوسف أنه يضرب فيه الظهر والالية فقط ثم ذكر فى حدود الاصل تفريق التعزير على الاعضاء وفى أشربة الاصل يضرب فى التعزير فى موضع واحد وليس فى المسئلة اختلاف رواية وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع الاول اذا بلغ بالتعزير أقصاه وموضوع الثانى اذا لم يبلغ قال رحمه الله (ثم حد الزنا) لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثابت بقول الصحابة ولان جنايته أعظم لان حرمته لا تتكشف بحال وحرمة الخمر تتكشف بالضرورة والزنا يؤدى الى قتل النفس بأن يتخلق منه ولد ليس له أب يربيه فيهلك ولهذا شرع فيه الرجم بخلاف شرب الخمر فاذا كانت جنايته أعظم كانت عقوبته أشد قال رحمه الله (ثم الشرب ثم القذف) أى ثم حد الشرب ثم حد القذف لان جناية الشرب مقطوع بها عشاهدة الشرب والاحضار الى الحاكم مع الرائحة وجناية القذف غير مقطوع بها لاحتمال أن يكون القاذف صادقا فيه وعجزه عن اقامة البينة لا يدل على عفة المقذوف فلم يتيقن بكذبه ولان حد القذف جرى فيه تغليظ من حيث رد الشهادة على التأبيد فتخفيف الضرب لا يؤدى الى فوات المقصود ولان الشارب

---

(١) قوله وكان يعرف بضرب هكذا فى الاصل وليحرر اه مصححه

لاحتمال أن شهوده غابوا أو ماتوا أو أبوا عن الشهادة اه كاكى (قوله فيكون جامعا بين الجنايتين) أى الشرب والقذف اه (قوله وترك الصلاة) سيجىء بعد أسطر عند قول الشارح ألا ترى أنه ليس له أن يضربها الخ اه قال الولوالجى رحمه الله فى فتاواه فى الفصل الخامس من كتاب النكاح وللزوج أن يضرب زوجته على أربع خصال وماهو فى معنى الاربع احداها على ترك الزينة للزوج والزوج يريدها والثانى على ترك الاجابة اذا دعاها الى فراشه والثالث على ترك الصلاة وعلى ترك الغسل والرابع الخروج من المنزل لان الاول والثانى يخل بمقصود النكاح والثالث والرابع معصية اه وتبعه لقوله وماهو فى معنى الاربع فانه نفيس والله الموفق وقال قاضيخان فى باب النفقة فى فصل حقوق الزوجين للزوج أن يمنع المرأة من الغزل وله أن يضربها على أربعة منها ترك الزينة اذا أراد الزينة والثانية ترك الاجابة اذا أراد الجماع وهى طاهرة والثالثة ترك الصلاة وفى بعض الروايات عن محمد ليس له أن يضربها على ترك الصلاة وترك الغسل من الجنابة والحيض بمنزلة ترك الصلاة والرابعة الخروج من منزله بغير اذنه بعد ايفاء المهر قال السروجى ولا يجبر المسلم زوجته الذمية على غسل الجنابة لانها غير مخاطبة ويمنعها من الخروج الى الكنائس اه

فلا يخلو عن القذف فيكون جامعا بين الجنايتين واليه أشار على رضى الله عنه بقوله واذا عذى افترى فيغلظ عليه الحد قال رحمه الله (ومن حد أو عزر فمات فدمه هدر بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لترك الزينة والاجابة اذا دعاها الى فراشه وترك الصلاة والغسل والخروج من البيت) وقال الشافعى رحمه الله تجب الدية فى بيت المال اذا الحد والتعزير للتأديب فاذا هلك كان خطأ من الامام وضمان خطئه فيما يقيمه من الاحكام فى بيت المال لان نفع عمله يعود الى المسلمين فيكون الغرم فى مالهم وهذا لانه لا يجوز له الاتلاف فيكون فعله مقيدا بشرط السلامة كالمرور فى الطريق ورمى الغرض ونحوه ولنا أن الحد والتعزير يجب عليه اقامته اذ هو مأمور به والواجب لا يجامع الضمان كالفصاد والبزاغ اذا لم يتجاوز المعتاد وكالوتر ترس الكفار بالمسلمين بخلاف المرور فى الطريق وضرب الرجل امرأته ونحو ذلك لانه مباح فيتقيد بشرط السلامة ولانه فعله بأمر الشرع فيكون منسوبا الى الآمر فكأنه أماته حتف أنفه فلا يضمن وقوله بخلاف الزوج اذا عزر زوجته الى آخره يشير الى أنه يجوز له أن يضربها لهذه الاشياء والا فالضمان واجب عند التلف وان ضربها لغير هذه الاشياء وذكر فى المحيط وفى شرح المختار أنه يجوز له أن يضربها على ترك الزينة وعد امثل ماذكرهنا ولم يذكر فيه ترك الصلاة وعلل الجواز الضرب بأنه يجب عليها طاعته وطاعة الله تعالى فتعزر على المخالفة وذكر فى النهاية أنه انما يضربها لمنفعة تعود اليه لا لمنفعة تعود الى المرأة ألا ترى أنه ليس له أن يضربها على ترك الصلاة وله أن يضرب ولده على ترك الصلاة وأورد فى النهاية على ماذكرنا ما اذا جامع امرأته فماتت من الجماع أو أفضاها حيث لا يجب عليه شئ عند أبى حنيفة ومحمد وان كان الجماع مباحا ولم يقيداه بشرط السلامة ثم أجاب بأن قال انما لا يجب هناك الضمان لان ضمان المهر قد وجب فى ابتداء ذلك الفعل فلو وجبت الدية بموتها كان فيه ايجاب ضمانين بمقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لا يجوز وعزاه الى المحيط وروى عن أبى يوسف أن القاضى اذا لم يزد فى التعزير على مائة لا يجب عليه الضمان اذا كان يرى ذلك لانه قد ورد أن أكثر ماعزر رسول الله مائة فاذا زاد على مائة فمات يجب نصف الدية على بيت المال لان مازاد على المائة غير مأذون فيه فصار القتل بفعل مأذون فيه وبفعل غير مأذون فيه فيتنصف ويثبت التعزير بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لانه من جنس حقوق العباد ولهذا تقبل فيه الشهادة على الشهادة ويصح العفو عنه وشرع فى حق الصبيان والتكفيل والله أعلم

﴿كتاب السرقة﴾

قال رحمه الله (هى أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ) ويعتبر أن تكون جيدة وانتفاء الشبهة ولا يشترط أن تكون ملك رجل واحد يعد ان كانت سرقة واحدة حتى لو سرق عشرة لجماعة قطع بها ولا فرق فى ذلك بين أن تكون مشتركة بينهم فيأخذها جملة وبين أن تكون لكل واحد

لما فرغ عن بيان المزاجر الراجعة الى صيانة النفوس كلا وجزأ واتصالا بها شرع فى بيان المزاجر الراجعة الى صيانة الاموال وأخرها لكون النفس أصلا والمال تابعا وذلك لان حد الزنا للزجر عن الزنا الذى هو سبب ضياع نفس الولد فكان فيه صيانة النفس وحد الشرب فيه صيانة العقل الذى هو أشرف الاجزاء فى النفس وحد القذف لصيانة ماء الوجه الذى يتصل بالنفس وانما قلنا ان المال تابع لانه خلق وقاية للنفس قال تعالى خلق لكم مافى الارض جميعا اه اتقانى (قوله فى المتن هى أخذ مكلف خفية) قال الاتقانى وقيد الخفية احترازا عن النهب والغصب والاختلاس اه (قوله ويعتبر أن تكون جيدة) أى حتى لو سرق زيوفا أو نبهرجة أو ستوقة لا يجب القطع ذكره فى شرح الطحاوى لان نقصان الوصف يوجب نقصان المالية كنقصان القدر فأورث شبهة وعن أبى يوسف يقطع ان كانت تروج لان بالرواج صارت كالجياد اه كاكى قال فى المجمع وجودتها شرط ويخالفه فى الزيوف الرائجة اه (قوله حتى لو سرق عشرة) أى من الدراهم اه