

الكتاب: المبسوط

المؤلف: السرخسي

الجزء: ٩

الوفاء: ٤٨٣

المجموعة: فقه المذهب الحنفي

تحقيق:

الطبعة:

سنة الطبع: ١٤٠٦ - ١٩٨٦ م

المطبعة:

الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - لبنان

ردمك:

ملاحظات: قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

(الجزء التاسع من)

كتاب

المبسوط لشمس الدين

السرخسي

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت

صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني

الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير

ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط

ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي

أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الأمة السرخسي

(تنبيه) قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة

جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

دار المعرفة

بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

(باب الكسوة)

(قال) رضي الله عنه وإذا حلف لا يشتري ثوبا ولا نية له فاشترى كساء خز أو طيلسانا أو فروا أو قباء أو غير ذلك مما يلبس الناس حنث لان اسم الثوب حقيقة لهذا وينطلق عليه عرفا وان اشترى مسحا أو بساطا لم يحنث لان اسم الثوب لا يطلق عليه عادة وإنما

يطلق على ملبوس بني آدم وفي الايمان للعادة عبرة ولو اشترى قلنسوة لم يحنث لأنه ليس

بثوب فالثوب ما يستر العورة وتجاوز الصلاة فيه وكذلك لو اشترى خرقة لا تكون أي لا تبلغ نصف ثوب لان هذا لا يستر العورة ولا يتأدى به الكسوة في الكفارة وان اشترى أكثر من نصف الثوب حنث لان اسم الثوب ينطلق على أكثر الثوب ولأنه يستر عورته وكذلك أن اشترى ثوبا صغيرا حنث ومراده ما يكون إزارا أو سراويل يستر العورة وتجاوز الصلاة فيه وكذلك لو حلف يلبس ثوبا فلو سمي ثوبا بعينه ولبس منه طائفة يكون أكثر من نصفه حنث لأنه يسمى لابسا له ألا ترى أن الانسان قد يلبس الرداء وبعض جوانبه على الأرض وان حلف لا يلبس ثوبا بعينه فاتخذ منه جبة وحشاها ولبسها حنث لأنه جعل شرط حنثه لبس العين وعقد اليمين باسم الثوب والثوب

باق بعدما اتخذ منه الجبة فأن لابس الجبة يسمى لابسا للثوب بخلاف ما لو حلف على قميص

لا يلبسه أبدا فجعل منه قباء فلبسه لم يحنث لأنه عقد اليمين باسم القميص ولا يبقى هذا الاسم

بعدما جعله قباء ألا ترى أن لابس القباء لا يسمى لابسا للقميص وان حلف لا يلبس من غزل فلانة شيئا فلبس ثوبا من غزلها حنث لان لبس الغزل هكذا يكون في العادة وفي القياس لا يحنث لان الثوب غير الغزل ألا ترى أن من غصب غزلا فنسجه كان الثوب له

ولكنه ترك هذا القياس للعرف فان أحدا لا يلف الغزل على نفسه هكذا ولو فعله لا يسمى

لابسا ثوبا وإنما يسمى لابسا للغزل وان نوى الغزل بعينه قبل أن ينسج لم يحنث إذا لبسه

يعنى ثوبا لأنه نوى حقيقة كلامه وان حلف لا يلبس ثوبا من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها وغزل أخرى لم يحنث لان الذي من غزلها بعض الثوب ويستوى ان نسج غزلهما

مختلطا أو غزل كل واحدة منهما في جانب على حدة وكذلك لو حلف لا يلبس ثوبا من

نسج فلان أو من شراء فلان وهذا إذا كان فلان ذلك يباشر الشراء والنسج بيده فإن كان

ممن لا يفعل ذلك وإنما ينسج له غلمانه واجراؤه فهو حانث إذا لبس ثوبا نسجوه له لان

مقصود الحالف معتبر في اليمين وان حلف لا يلبس خزا فلبس ثوبا من هذا الذي يسميه الناس الخز حنث وإن لم يكن خالصا لان مطلق الاسم منصرف إلى ما هو المتعارف باعتبار

ان العرف اصطلاح حادث طرأ على أصل اللغة وهو مقصود المتكلم عند الاطلاق وان حلف لا يلبس حريرا أو إبريسما فلبس ثوب خز سداه حرير وإبريسم لم يحنث لان الثوب لا ينسب إلى سداه وإنما ينسب إلى لحمته فان اللحمية هي التي تظهر دون السدا ألا ترى ان لبس الحرير حرام على الذكور ثم لا بأس بلبس العنابي والمصمت وإن كان سداه حريرا لان لحمته غزل ولو لبس ثوبا لحمته إبريسم أو حرير حنث عندنا بمنزلة ما لو كان

حريرا كله ألا ترى أنه لا يحل للرجال لبسه والشافعي يعتبر اللون والبريق فيقول إن كان الغالب عليه بريق الإبريسم ولينه حنث وإلا فلا وأشار إلى الفرق بين هذا وبين الخز ولا معنى للفرق سوى العرف فان الناس يسمونه ثوب الخز وإن لم تكن لحمته خزا ولا

يسمونه ثوب الحرير إلا أن يكون حريرا كله أو يكون لحمته حريرا (قال) إلا أن يعني سدا

الثوب أو لحمته أو علمه فحيث يحنث إذا لبسه بتلك الصفة لأنه شدد الامر على نفسه بنيته

وان حلف لا يلبس قطنا فلبس ثوب قطن حنث لان القطن هكذا يلبس وان لبس قباء لبس بقطن ولكنه محشو بقطن لم يحنث لان القباء ينسب إلى الظهارة لا إلى الحشو ولا

يسمى في الناس لابسا للحشو وإنما يسمى لابسا للقباء المحشو فلا يحنث لكون حشوه قطنا

إلا أن يعنيه وان حلف لا يلبس كتانا فلبس ثوبا من قطن وكتان حنث لأنه قد لبس الكتان بخلاف ما لو كان حلف لا يلبس ثوب كتان لأنه إذا سمى الثوب فشرط حنثه

أن
يكون جميعه كتانا ولم يوجد وإذا سمي الكتان فشرط حنثه وهو لبس الكتان قد وجد
لأنه يقال هذا ثوب قطن وكتان فان القطن والكتان يستويان في إضافة الثوب إليهما فلا
يصير منسوباً إلى أحدهما دون الآخر بخلاف الخبز فإنه يغلب على الإبريسم في نسبة
الثوب

إليه وبخلاف الإبريسم مع الغزل فان الإبريسم يغلب على الغزل في نسبة الثوب إليه حتى

يسمى ملحما وإن كان سداه قطنا وان حلف لا يلبس هذا القطن فجعله ثوبا فلبسه حنث لان

القطن هكذا يلبس والحاصل أنه بنى هذه المسائل على معاني كلام الناس فلا يشكل على من يتأمل في كلام الناس وان حلف لا يلبس ثوبا قد سماه بعينه فاتزر به أو ارتدى أو اشتمل به حنث والقميص وغيره فيه سواء بخلاف ما لو قال لا ألبس قميصا فاتزر بقميص أو ارتدى به فإنه لا يحنث في القياس في الفصلين سواء ولكنه استحسّن الفرق بينهما بناء على الحرف الذي بينا أن الوصف في غير المعين معتبر وفي المعين لا يعتبر إنما

يصير معلوما بوصفه ثم لبس القميص بصفة مخصوصة متعارف والثابت بالعرف كالثابت

بالنص وإذا لم يعين القميص انصرفت يمينه إلى اللبس بالصفة المعروفة فإذا اتزر به أو ارتدى به لم يحنث الا ترى أنه لو قال ما لبست اليوم قميصا كان صدقا واما في المعين لا يعتبر

الوصف فعلى أي وجه لبسه كان حائثا الا ترى أنه لو قال ما لبست هذا القميص وقد اتزر

به كان كاذبا وان لبس قميصا ليس له كمان حنث في يمينه لأنه يسمى قميصا وإن لم يكن له كم لان

القمييص كالدرع وقد يشتري الرجل لدرعه كمين فعرفنا ان القمييص والدرع ينسب إلى البدن

فلا ينعدم الاسم بعدم الكمين كالرجل يسمى رجلا وإن لم يكن له يدان وان حلف لا يلبس

ثوبا فوضعه على عاتقه يريد به الحمل لا يحنث لأنه حامل حافظ لا مستعمل لابس الا ترى ان

الأمين إذا فعل ذلك بالأمانة لم يضمن وان نوى نوعا من الثياب دين فيما بينه وبين الله تعالى

ولم يدين في الحكم لأنه نوى التخصيص في اللفظ العام وان حلف لا يلبس من ثوب فلان

شيئا وهو ينوي ما عنده فاشترى فلان ثيابا فلبس منها لم يحنث لان المنوي من محتملات

لفظه فإنه عقد يمينه على فعل في ملك مضاف إلى فلان ونوى حقيقة الإضافة في الحال فتصح

نيتة ويجعل مانوي كالمفوض به ولو حلف لا يكسو فلانا شيئاً ولا نية له فكساه قلنسوة
أو
خفين أو نعلين أو جوربين حنث لان الكسوة عبارة عن التمليك وما ملكه شيء فيتم
شرط
حنثه بخلاف ما لو حلف لا يكسوه ثوبا فان الثوب ما يكون ساترا لبدنه وذلك لا
يوجد في
الخف والقلنسوة ولهذا لا تتأدى بهما الكسوة في الكفارة ولو حلف لا يكسوه ثوبا
فأعطاه
دراهم فاشترى بها ثوبا لم يحنث لان ما كساه الثوب وإنما وهب له الدراهم وأشار
عليه
بمشورة والموهوب له بالخيار ان شاء اشترى بها ثوبا وان شاء غيره فلو أرسل إليه
بثوب كسوة

حنث لأنه قد كساه فان فعل رسوله كفعله فان نوى أن يعطيه من يده إلى يده لم يحنث لأنه نوي حقيقة كلامه وان حلف لا يلبس سلاحا فتقلد سيفاً أو تنكب قوساً أو ترساً لم يحنث لأنه لا يسمى في الناس لابساً وإنما يسمى متقلداً للسيف أو حاملاً للسلاح أو معلقاً له

على نفسه ولو لبس درع حديد حنث لأنه يسمى به لابساً للسلاح ولو حلف لا يلبس درعاً

فلبس درع حديد أو درع امرأة حنث لان اسم الدرع تناولهما حقيقة وعادة فان عني أحدهما فقد نوي التخصيص في اللفظ العام وذلك صحيح فلا يحنث الا بلبس ما عني وان

حلف لا يلبس شيئاً فلبس درع حديد أو درع امرأة أو خفين أو قلنسوة حنث في كل ذلك

لأنه عقد يمينه على فعل اللبس في محل هو شئ واسم الشئ يتناول هذا كله وفعل اللبس يوجد

في كلها فهذا حنث والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب
(باب القضاء في اليمين)

(قال) وإذا حلف ليعطين فلانا ماله رأس الشهر أو عند الهلال ولا نية له فله الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها كلها لان الشهر جزء من الزمان يشتمل على الليل والنهار ورأس كل

شهر أوله فأول الليلة وأول اليوم من الشهر يكون رأس الشهر ألا تري ان في العرف يقال

اليوم رأس الشهر وإنما أهل البارحة وعند عبارة عن القرب وذكره في المعنى وذكر الرأس

سواء وان حلف ليعطينه حقه صلاة الظهر فله وقت الظهر كله لان الصلاة تذكر بمعنى الوقت

قال عليه الصلاة والسلام ان للصلاة أولاً وآخراً والمراد الوقت ولان الاعطاء إنما يكون في الزمان لا في الصلاة فعرّفنا ان مراده الوقت وان قال عند طلوع الشمس أو حين تطلع الشمس فهو إلى أن تبيض لان صاحب الشرع نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس ثم النهى

يمتد إلى أن تبيض وان قال ضحوة فوق الضحوة من حين تبيض الشمس إلى أن تزول وان

قال مساء فالمساء مساء ان أحدهما بعد الزوال والآخر بعد غروب الشمس فأيهما نوي صحت

نيته وان قال سحراً فوق السحر مما بعد ذهاب ثلثي الليل إلى طلوع الفجر الثاني فإن

لم يعطه حتى مضى الوقت الذي سماه حنث لفوات شرط البر وان قال يوم كذا فله ذلك اليوم
كله فإذا غابت الشمس قبل أن يعطيه حنث لان اليوم من طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس ألا ترى أن صوم اليوم يتأدى بوجود الامسك في هذا القدر وان أعطاه قبل

مجئ الوقت المسمى أو وهبه له أو أبرأه منه ثم جاء الوقت وليس عليه شئ لم يحنث
في
قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لما بينا أن اليمين المؤقتة إنما تنعقد موجبا
في آخر الوقت
المسمى وعند ذلك لاحق له عليه وفي مثله لا ينعقد اليمين عند أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله
تعالى خلافا لأبي يوسف رحمه الله تعالى ولو مات أحدهما قبل مضي الوقت لم يحنث
لان
شرط حنثه ترك فعل الأداء في آخر ذلك الوقت إليه ولا يتحقق ذلك إذا مات أحدهما
قبله
وكذلك لو قضي إلى وكيل الطالب بر لان دفعه إلى وكيل الطالب كدفعه إلى الطالب
وان
حلف لا يعطيه حتى يأذن له فلان فمات فلان قبل أن يأذن له فأعطاه لم يحنث في قول
أبي
حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ويحنث في قول أبي يوسف رحمه الله لأنه عقد
يمينه على فعل
الاعطاء وجعل لذلك غاية وهو اذن فلان فموت فلان تفوت الغاية وذلك يوجب
صيرورة
اليمين مطلقة لاطلاقها واذن فلان كان مانعا من الحنث فنفواته يتحقق اتحاد شرط
الحنث
ولا ينعدم وهما يقولان المعقود عليه حرمة الدفع إلى غاية وهو اذن فلان وقد فات اذنه
بموته فيفوت المعقود عليه والعقد لا يبقى بعد فوات المعقود عليه توضيحه أنها لو
بقيت
بقيت حرمة الدفع مطلقا لا مؤقتا وهذا المطلق لم يكن ثابتا بيمينه فلا يثبت من بعد
ولأنه جعل
شرط حنثه ترك الاستئذان من فلان قبل الاعطاء وذلك لا يتحقق بعد موت فلان فمن
هذا الوجه يفوت شرط الحنث بموت فلان وان حلف ليقضين فلانا ماله وفلان قد مات
وهو لا يعلم به لم يكن عليه حنث في يمينه وإن كان يعلم بموته حين حلف حنث
وكذلك لو
حلف ليضربنه أو ليكلمنه أو ليقتلنه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف
رضوان
الله عليهم أجمعين يحنث علم أو لم يعلم لأنه أضاف اليمين إلى محلها فانعقدت ثم
شرط البر

فات منه وفوات شرط البر يوجب الحنث كما لو كان عالما بموته أو كان حيا فمات
قبل أن

يقتله وبيان الوصف أن محل اليمين خبر في المستقبل سواء كان الحالف قادرا عليه أو
عاجزا عنه ألا ترى أنه لو قال والله لأمسن السماء أو لأحولن هذا الحجر ذهبنا انعقدت
يمينه لأنه عقدها على خبر في المستقبل وإن كان هو عاجزا عن ايجاده فهذا مثله وأبو
حنيفة

ومحمد رحمهما الله قالا محل اليمين المعقودة خبر فيه رجاء الصدق لأنها تعقد
للحظر أو

للإيجاب أو لاظهار معني الصدق وذلك لا يتحقق فيما ليس فيه رجاء الصدق فلا تنعقد
أصلا كاليمين الغموس ثم إذا كان لا يعلم بموته فمقصوده ازهاق روح موجودة فيه
وقت

اليمين ولا تصور لهذا إذا كان ميتا وإذا كان يعلم بموته فمقصوده ازهاق روح يحدثه الله

تعالى فيه إذا أحياه وذلك متوهم فانعقدت يمينه ثم حنث لوقوع اليأس عما هو شرط البر

ظاهرا وعلى هذا والله لأشربن هذا الماء الذي في هذا الكوز ولا ماء في الكوز لا تنعقد يمينه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لأنه عقد يمينه على خبر ليس فيه رجاء الصدق

إلا أنه لا فرق هنا بين ان يعلم أن الكوز لا ماء فيه أو لا يعلم لأنه عقد اليمين على شرب

الماء الموجود في الكوز والله تعالى وان أحدث في الكوز ماء فليس هو الماء الذي كان

موجودا في الكوز وقت اليمين بخلاف مسألة القتل إذا كان يعلم بموت فلان لأنه عقد يمينه على فعل القتل في فلان فإذا أحياه الله تعالى فهو فلان فكان ما عقد عليه اليمين متوهما

ووزان هذا في مسألة الكوز ان لو قال لأقتلن هذا الميت فان يمينه لا ينعقد لأنه لا تصور لما

حلف عليه فإنه إذا أحياه الله تعالى حتى يتحقق فيه فعل القتل لا يكون ميتا وفي مسألة القتل

رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى على ضد ما ذكره في الأصل أنه إذا كان

لا يعلم بموته ينعقد يمينه باعتبار ما يتوهمه بجعله كالموجود حقيقة في حقه وإن كان يعلم بموته لا

تنعقد يمينه ولكن الأول أصح فأما إذا حلف ليمسن السماء فهو آثم في هذه اليمين لان المقصود

باليمين تعظيم المقسم به وإنما يحصل بيمينه هتك حرمة الاسم باستعمال اليمين في هذا المحل ولكن

عليه الكفارة عندنا خلافا لزفر رحمه الله تعالى فإنه يعتبر لعقد اليمين أن يكون ما يحلف عليه

في وسعه ايجاده وذلك غير موجود هنا ولكننا نقول انعقاد اليمين باعتبار توهم الصدق في

الخبر وذلك موجود فان السماء عين ممسوس والملائكة يصعدون السماء ولو أقره الله تعالى

على صعود السماء يصعد وكذلك الحجر محل قابل للتحويل لوجوده فانعقدت يمينه ثم

حنث في
الحال لعجزه عن ايجاد شرط البر ظاهرا وذلك كاف للحنث ألا ترى ان في الفعل
الذي
يقدر عليه يحنث إذا مات قبل أن يفعله لوجود العجز عن ايجاد شرط البر ظاهرا ولا
فائدة
في انتظار الموت هنا لان ذلك العجز ثابت في الحال ولا يقال إعادة الزمان الماضي في
قدرة
الله تعالى أيضا وقد فعله لسليمان صلوات الله عليه فكان ينبغي أن ينعقد اليمين الغموس
بالطريق الذي قلتهم وهذا لان هناك أخبر عن فعل قد وجد منه وذلك لا كون له والله
تعالى وان أعاد الزمان الماضي لا يصير الفعل موجودا من الحالف حتى يفعله وفي
مسألة
مس السماء لو وقت يمينه لم يحنث ما لم يمض ذلك الوقت لما بينا أن انعقاد اليمين
المؤقتة

في آخر الوقت المسمى وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه يحنث في الحال لأنه إنما يتوقت

انعقاد اليمين إذا كان ما حلف عليه في وسعه ايجاده ذلك فأما إذا لم يكن في وسعه ايجاده كان توقيته لغوا فيحنث في الحال وهكذا على مذهبه في مسألة شرب الماء الذي

في الكوز إذا وقت يمينه فإن كان في الكوز ماء لم يحنث الا في آخر الوقت وإن لم يكن

في الكوز ماء حنث في الحال ولو حلف بطلاق امرأته ليأتين البصرة فمات قبل ذلك طلقت عند الموت لان بموته فان شرط البر وهو اتيان البصرة ولا نقول إنه يحنث بعد موته

ولكنه كما أشرف على الموت وتحقق عجزه عن اتيان البصرة حنث حتى أن كأن لم يدخل بها فلا ميراث لها ولا عدة عليها وإن كان قد دخل بها فلها الميراث وعليها العدة

وتعتد إلى أبعد الأجلين بمنزلة امرأة الفار فان ماتت هي وهو حي لم تطلق لأنه قادر على

اتيان البصرة بعد موتها فلم يتحقق شرط الحنث بموتها ولو حلف بطلاق امرأته إن لم تأت

البصرة هي فماتت فلا ميراث للزوج لأنها لما أشرفت على الموت فقد تحقق عجزها عن

اتيان البصرة فتطلق ثلاثا قبل موتها ولو مات الزوج كان لها الميراث لأنها تقدر على اتيان البصرة بعد موته ولو حلف بعق كل مملوك له لا يكلم فلانا فإنما يتناول هذا اللفظ

الموجود في ملكه حين حلف فان بقي في ملكه حين حلف فان بقي في ملكه إلى وقت الكلام عتق وإلا فلا فإن لم

يكن في ملكه حين حلف مملوك لم ينعقد يمينه ولو قال إذا كلمت فلانا فكل مملوك لي

يوم أكلمه حر فهو كما قال إذا ملك مملوكا ثم كلمه عتق وان قال كل مملوك أشتريه حر يوم

أكلم فلانا فاشترى رقيقا ثم كلم فلانا ثم اشترى آخرين عتق الذين اشتراهم قبل الكلام ولم

يعتق الذين اشتراهم بعد الكلام لان قوله كل مملوك أشتريه شرط وقوله فهو حر يوم أكلم فلانا جزءا لما بينا أن الجزء ما يتعقب حرف الجزء فإنما جعل الجزء عتقا معلقا بالكلام وهذا يتحقق في الذين اشتراهم قبل الكلام ولو تناول كلامه الذين اشتراهم بعد

الكلام لعنتقوا بنفس الشراء فلم يكن هذا هو الجزاء الذي علقه بالشراء وان حلف بعنتق
عبده إن لم يكلم فلانا فمات الحالف عتق العبد من ثلثه لان شرط حنثه فوت الكلام في
حياته
وذلك يتحقق عند موته فكان هذا بمنزلة العتق في المرض فيعتبر من ثلثه وان مات
المحلوف
عليه وبقي الحالف عتق العبد لفوات شرط البر وهو الكلام مع فلان فان الميت لا يكلم
فان

المقصود من الكلام الافهام وذلك لا يحصل بعد الموت وان حلف لا يطلق امرأته فأمر رجلا فطلقها أو جعل أمرها بيدها فطلقت نفسها حنث لان الموقع للطلاق هو الزوج ولكن بعبارة الوكيل أو بعبارتها وحقوق العقد في الطلاق لا تتعلق بالعاقد بل هو معبر عن الأمر فكأنه طلقها بنفسه إلا أن يكون نوى أن يتكلم به بلسانه فحينئذ يدين فيما بينه

وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء لأنه نوى التخصيص ولان الظاهر أن مقصوده أن لا يفارقها ويحتمل أن يكون مقصوده أن لا يتكلم بطلاقها ولكن القاضي مأمور باتباع الظاهر والله تعالى مطلع على ما في ضميره ولهذا لو خلعها وقال أنت بائن حنث لان ما منع نفسه منه وقصده بيمينه قد أتى به ولو آلى منها فمضت المدة بانت وحنث في يمينه في

قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان الايلاء طلاق مؤجل فعند مضي المدة يقع الطلاق ويكون مضافا إلى الزوج وعند زفر رحمه الله تعالى لا يحنث لان الطلاق إنما وقع حكما

باعتبار دفع الضرر عنها فلا يكون شرط الحنث به موجودا وعلى هذا لو كان الزوج عيننا

ففرق القاضي بينهما بعد مضي المدة لم يحنث في قول زفر رحمه الله تعالى وعن أبي يوسف

رحمه الله تعالى هنا روايتان في إحداهما سوى بين هذا وبين الايلاء لان القاضي نائب عن الزوج في الطلاق شرعا بعد مضي المدة وفي الأخرى فرق بينهما فقال هنا لم يوجد من الزوج معني يصير به مباشرا للطلاق وذلك شرط حنثه والعنق قياس الطلاق لان الحقوق فيه تتعلق بمن وقع له دون من باشره فاما إذا حلف لا يبيع ولا يشتري فأمر غيره ففعل ذلك لم يحنث لان حقوق العقد في البيع والشراء تتعلق بالعاقد والعاقد لغيره بمنزلة العاقد لنفسه فيما يرجع إلى حقوق العقد فلا يصير الحالف بفعل الوكيل عاقدا إلا أن

يكون نوي أن لا يأمر غيره فحينئذ قد شدد الامر على نفسه بنيته وكذلك أن كان الحالف

ممن لا يباشر البيع والشراء بنفسه لان اليمين تنقيد بما عرف من مقصود الحالف وان حلف لا يتزوج امرأة فأمر غيره فزوجه حنث لان حقوق العقد في النكاح تتعلق بالأمر دون العاقد ولان الوكيل لا يضيف العقد إلى نفسه وإنما يضيف إلى الموكل فكان

بمنزلة الرسول وكذلك أن زوجه بغير أمره فأجازه بالقول حنث لان الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء وعن محمد رحمه الله تعالى أنه لا يحنث لان في أصل العقد العاقد ليس



(9)

بمعبر عنه إذا لم يكن مأمورا به من جهته والإجازة ليست بعقد ألا ترى أن ما هو شرط النكاح وهو الشهود لا يشترط عند الإجازة فلماذا لا يحث وفي الإجازة بالفعل اختلاف

المشايع (قال) رضي الله عنه والأصح عندي أنه لا يحث لان عقد النكاح يختص بالقول

حتى لا ينعقد بالفعل بحال ولا يمكن أن يجعل المجيز بالفعل عاقدا حقيقة ولا حكما أنما يكون

راضيا وشرط حنثه العقد دون الرضا وان قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق ان كلمت فلانا

فتزوج امرأة قبل الكلام وأخرى بعده تطلق التي تزوج قبل الكلام خاصة لما بينا أن الزوج شرط والطلاق جزاء معلق بالكلام وذلك يتحقق في التي تزوجها قبل الكلام دون

التي يتزوجها بعد الكلام لأنها لو طلقت بفس التزوج وذلك لم يكن جزاء شرطه وفيه

اختلاف زفر رحمه الله تعالى وقد بيناه في الجامع وبيننا هناك الفرق بين ما إذا وقت يمينه

فقال إلى ثلاثين سنة وبين ما إذا لم يوقت وبينما إذا قدم الشرط أو أخر وقال إن كلمت فلانا فكل

امرأة أتزوجها فهي طالق فإنما تطلق بهذا اللفظ التي تزوجها بعد الكلام وقت يمينه أولم يوقت وإذا حلف لا يبيع لرجل شيئا قد سماه بعينه فباعه لآخر طلبه إليه لم يحث وكذلك

الشراء لان معني قوله لا أبيع لفلان أي لأجل فلان وما باع لأجله حين أمره به غيره وإنما؟ باعه لأجل من أمر به بخلاف ما لو قال لا أبيع ثوبا لفلان لان معني هذا الكلام لا

أبيع ثوبا هو مملوك لفلان وقد وجد ذلك وان أمره به غيره وايضاح هذا الفرق في الجامع

وان حلف لا يهب لفلان هبة فوهب ولم يقبل فلان أو قبل ولم يقبض فهو حانث عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا يحث لان الهبة عقد تمليك كالبيع وفي البيع لا يحث ما لم يقبل

المشترى لان الملك لا يحصل قبل قبوله فكذلك في الهبة ولهذا قال زفر رحمه الله تعالى

في البيع لو باعه ييعا فاسدا لم يحث حتى يقبضه المشتري ولكننا نقول الهبة تبرع وذلك يتم

في جانب المتبرع بفعله لأنه ايجاب لا يقابله استيجاب وذلك يتم بالموجب في حقه
كالاقرار

بخلاف البيع فإنه معاوضة وايجاب يقابله استيجاب والدليل عليه العرف فان الرجل
يقول

وهبت لفلان فرد على هبتي وأهديت إليه فرد على هديتي وكذلك كل عقد هو تبرع
كالصدقة والقرض حتى لو حلف لا يقرض فلانا شيئاً فأقرضه ولم يقبل حنث الا في

رواية

عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال في القرض لا يحنث كما في البيع فان القرض عقد
ضمان

فإنه يوجب ضمان المثل على المستقرض وذلك لا يحصل الا بقبضه وعلى هذه الرواية
يفرق

أبو يوسف رحمه الله تعالى بين هذا وبين ما إذا حلف لا يستقرض فإنه يحنث إذا طلب القرض من آخر وإن لم يقرضه لأن السنين في قوله استقرضت لمعنى السؤال فإنما شرط حنثه طلب القرض وقد وجد بخلاف ما لو حلف لا يقرض أو حلف لا يهب فأمر غيره حتى فعل حنث وكذلك لو حلف لا يكسوه أو لا يحمله على دابة لأن هذا من العقود التي لا تتعلق الحقوق فيها بالعاقد ألا ترى أنه يقال كسا الأمير فلانا وإنما أمر غيره به وان

حلف ليضربن عبده أو ليخيطن ثوبه أو ليينين داره فأمر غيره ففعل بر في يمينه لأنه هو الفاعل لذلك وان أمر غيره به فان في العرف يقال بني فلان دارا أو خاط فلان ثوبا على معنى أنه أمر غيره به وإن لم يكن هو بناء ولا خياطا إلا أن يكون عني ان يمينه بيده فحينئذ

المنوي حقيقة فعله وفيه تشديد عليه وكذلك كل شئ يحسن فيه أن يقول فعلته وقد فعل

وكيله ولو حلف على حر ليضربنه فأمر غيره فضربه لم يبر حتى يضربه بيده لأنه لا ولاية

له على الحر فلا يعتبر أمره فيه ألا ترى أنه لا يثبت للضارب حل الضرب باعتبار أمرة؟ بخلاف العبد فإنه مملوك له عليه ولاية فأمر غيره بضره معتبر ألا ترى ان الضارب يستفيد

به حل الضرب ولأن العادة الظاهرة ان الانسان يترفع من ضرب عبده بيده وإنما يأمر به غيره فعرفنا ان ذلك مقصوده ولا يوجد مثله في حق الحر إلا أن يكون الحالف السلطان أو القاضي فحينئذ يبر إذا أمر غيره بضره لأنه لا يباشر الضرب بنفسه عادة وضرب الغير بأمره يضاف إليه فيقال الأمير اليوم ضرب فلانا وضرب القاضي فلانا الحد إلا أن ينوى ان يضربه بيده فحينئذ نوى حقيقة كلامه فتعمل نيته ويدين في القضاء والله سبحانه وتعالى

أعلم بالصواب

(باب اليمين في الخدمة)

(قال) رضى الله تعالى عنه وإذا حلف الرجل لا يستخدم خادما قد كانت تخدمه قبل ذلك

ولا نية له فجعلت الخادم تخدمه من غير أن يأمرها حنث لأنه يستخدمها باستدامة ملكه فيها فإنه إنما اشتراها للخدمة فما دام مستديما للملك فيها فهو دليل استخدامها ولأنها كانت

تخدمه قبل اليمين باستخدام كان منه فإذا جعلت تخدمه على حالها ولم ينهها فهو مستخدم

لها بما سبق منه حتى لو نهاها ثم خدمته لم يحنث لأنه بالنهي قد انقطع حكم

الاستخدام

(١١)

السابق ولان إدامة الملك دليل الاستخدام ولا معتبر بالفعل بعد التصريح بخلافه ولو حلف على خادم لا يملكها أن لا يستخدمها فخدمته بغير أمره لم يحنث لانعدام الاستخدام صريحا ودلالة فإنه ليس بمالك ليكون طالبا خدمتها باستدامة ذلك الملك أو ليجعل الاستخدام السابق باعتباره قائما وإن كان حلف أن لا تخدمه حنث لأنه عقد اليمين على فعل الخادم وقد تحقق منه ذلك سواء كان بأمره أو بغير أمره بخلاف الأول فإنه عقد اليمين على فعل نفسه لان الاستخدام طلب الخدمة وكل شئ من عمل بيته فإنه خدمته لان الانسان إنما يتخذ الخادم لذلك وكذلك لو سألها وضوء أو شرابا أو أشار أو أوما إليها بذلك فقد استخدمها لان الاستخدام بالايماء والإشارة ظاهر ممن ترفع عن أن يخاطب خدمه بالكلام وكذلك لو حلف أن لا يستعين بها فأشار إليها بشئ من ذلك حنث ان أعانته أو لم تعنه لان الاستعانة طلب الإعانة وقد تحقق منه إلا أن يكون نوى أن تفعله فلا يحنث حينئذ حتى تعينه لان المقصود هو الإعانة دون الاستعانة فإذا ذكر السبب وعنى به ما هو المقصود عملت نيته فإذا حلف لا يخدمه خادم فلان فجلس على مائدة مع قوم يطعمون وذلك الخادم يقوم في طعامهم وشرابهم حنث لأنه قد خدم كل واحد منهم فوجد به شرط الحنث في حق الحالف بدليل حديث أنس رضي الله عنه كن جوارى عمر رضي الله عنه يخدمن الضيفان كاشفات الرؤس مضطربات الثدي وإن كان حلف أن لا يستخدمها لم يحنث لأنه عقد اليمين على فعل نفسه ولم يوجد منه حقيقة ولا حكما لأنها غير مملوكة له وسواء في ذلك إذا استخدم غلاما أو جارية صغيرا كان أو كبيرا لان اسم الخادم يتناولهما والاستخدام يتحقق منهما وهو متعارف أيضا فلهذا حنث في ذلك كله والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب اليمين في الركوب) (قال) رضي الله عنه وإذا حلف لا يركب دابة فركب حمارا أو فرسا أو برذونا أو بغلا

حنت وكذلك أن ركب غيرها من الدواب كالبعير والفيل لان اسم الدابة يتناوله حقيقة
وعرفا فان الدابة ما يدب على الأرض قال تعالى وما من دابة في الأرض الاية وفي
الاستحسان
لا يحنت لعلمنا أنه لم يرد التعميم في كل ما يدب على الأرض وقد وقع يمينه على فعل
الركوب

فيتناول ما يركب من الدواب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير وقد تأيد ذلك بقوله

تعالى والخيـل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وإنما ذكر الركوب في هذه الأنواع الثلاثة

فأما في الانعام ذكر منفعة الأكل بقوله والانعام خلقها لكم وبأن كان يركب الفيل والبعير

في بعض الأوقات فذلك لا يدل على أن اليمين يتناوله ألا ترى أن البقر والجاموس يركب

في بعض المواضع ثم لا يفهم أحد من قول القائل فلان ركب دابة البقر إلا أن ينوى جميع

ذلك فيكون على ما نوى لأنه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه وان عنى الخيل وحده

لم يدين في الحكم لأنه نوى التخصيص في اللفظ العام وان قال لا أركب وعنـى الخيل وحدها لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان في لفظه فعل الركوب

والخيـل ليس بمذكور ونية التخصيص تصح في الملفوظ دون مالا لفظ له وان حلف لا يركب فرسا فركب برذونا لم يحنث وكذلك أن حلف لا يركب برذونا فركب فرسا لم

يحنث لان البرذون فرس العجم والفرس اسم العربي فهو كما لو حلف لا يكلم عربيا فكلم عجميا أو على

عكس هذا لم يحنث وان حلف لا يركب شيئا من الخيل فركب فرسا أو برذونا حنث لان

اسم الخيل يجمع الكل قال الله تعالى ومن رباط الخيل الآية وقال صلى الله عليه وسلم الخيل

معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة ولهذا يستحق الغازي السهم بالبرذون والفرس جميعا وان حلف لا يركب دابة فحمل عليها مكرها لم يحنث لأنه عقد يمينه على فعله

في الركوب وهو ما ركبها بل حمل عليها مكرها ألا ترى أن الحمل يتحقق فيما يستحيل نسبة الفعل إليه

كالجمادات وان ركب دابة عريانا أو بسرجه أو أكاف حنث لأنه ركبها والركوب بهذه الأوصاف معتاد وان حلف لا يركب دابة لفلان فركب دابة لعبده ولا دين عليه لم

يحنث في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى إلا أن ينويها وفي قول محمد رحمه

الله

في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى إلا أن ينويها وفي قول محمد رحمه

الله تعالى
هو حانث لأنه عقد يمينه على دابة هي مملوكة لفلان فان اللام دليل على الملك
وكسب العبد
مملوك لمولاه فيكون حانثا به وكونها في يد عبده ككونها في يد أجيريه وهما يقولان
عقد
يمينه على دابة هي منسوبة إلى فلان وهذه منسوبة إلى العبد حقيقة من حيث أنه
اكتسبها وعرفا من حيث أنه يقال دابة عبد فلان وشرعا فان النبي صلى الله عليه وسلم
قال من باع عبدا وله مال فقد أضاف المال إلى العبد فلا يحنث به إلا أن ينويه وهو
نظير
ما تقدم في قوله لا أدخل دارا لفلان ان المعتبر هو النسبة بالسكنى دون الملك فهذا
مثله ثم على

قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى إن كان على العبد دين يحيط بكسبه وبرقبته لم يحنث
وان

نواها لان من أصله ان المولى لا يملك كسب عبده المديون بخلاف ما إذا لم يكن
عليه دين

فان هناك إذا نواها يحنث لأنه نوى إضافة الملك وهو مملوك له وعند أبي يوسف
رحمه الله

تعالى سواء كان عليه دين أو لم يكن عليه دين فإنه نواها يحنث لان عنده استغراق
كسب

العبد بالدين لا يمنع ملك المولى وعند محمد يحنث على كل حال لان المعتمد عنده
إضافة الملك

واستغراق كسب العبد بالدين يمنع ملك المولى وان ركب دابة لمكاتب فلا إن لم
يحنث

وكذلك الدار والثوب لأنه ان اعتبر إضافة الملك فكسب المكاتب غير مملوك ما بقي
مكاتباً وان

اعتبر إضافة النسبة فهي منسوبة إلى المكاتب دون المولى وان حلف لا يركب مركباً
ولا نية

له فركب سفينة أو محملاً أو دابة حنث لأنه ذكر المركب هنا وكل هذا مركب
والمركب

ما يركب ومن حيث العرف تسمى السفينة مركباً وكذلك شرعاً قال الله تعالى بابني
اركب

معنا وقال اركبوا فيها وان حلف لا يركب بهذا السرج فزاد فيه شيئاً أو نقص منه حنث
لأنه ذلك السرج الذي عينه وقد ركب به والنقصان والزيادة في شئ لا يبدل أصله ولو
بدل

السرج نفسه وترك اللبد والصفة لم يحنث لان اسم السرج للحنأ أصل واللبد والصفة
وصف

فيه والمعتبر هو الأصل دون الوصف وهذا لان الذي يدعوه إلى اليمين ضيق السرج
وسعته وذلك يتبدل بتبدل الحنا دون اللبد والصفة وإذا حلف بالله ماله مال وله دين
على

مفلس أو على ملى وليس له غيره لم يحنث لان الدين ليس بمال حقيقة فالمال ما
يتمول وتمول

ما في الذمة لا يتحقق والمال ما يتوصل به إلى قضاء الحوائج وما في الذمة باعتبار عينه
غير صالح

لذلك بل باعتبار ماله وهو بالقبض والمقبوض عين وكذلك أن كان رجل قد غصبه مالا

فاستهلكه
وأقربه أو جحده وهو قائم بعينه لم يحنث أما إذا استهلكه فقد صار ديناً في ذمته وأما
إذا
كان قائماً بعينه إذا كان جاحداً له فهو ناوٍ في حق الحالف ألا ترى أنه لا يلزمه الزكاة
باعتباره
ولا يحرم عليه الصدقة باعتباره والتاوي لا يمكن؟ تموله فلا يعد ذلك مالاً له ولو كانت
له
وديعة عند إنسان حنث لأن الوديعة عين ماله ويد مودعه كيده ألا ترى أنه يتمكن من
استردادها متى شاء وأنه تنفذ تصرفاته فيها مطلقاً ولم يذكر المغصوب إذا كان قائماً
بعينه
والغاصب مقر به قيل هنا يحنث لأنه يتمكن من استردادها بقوة السلطان لما كان
الغاصب
مقراً به وتصرفه فيه ينفذ فهو كالوديعة وقيل لا يحنث لأن الغاصب إذا كان قاهراً
فالظاهر

أنه لا يتمكن من الاسترداد عنه وإن كان مقرا وفي العرف إذا صودر رجل يقال له قد افتقر

ولم يبق له مال وإن كان من صادره مقرا وفي باب الايمان العرف معتبر وان كانت عنده

فضة أو ذهب قليل أو كثير حث لان النقد مال على كل حال ألا تري أن زكاة المال تجب في النقود باعتبار العين إلا أن اعتبار النصاب هناك لاثبات صفة الغنى للمالك بها أما هنا اسم المال يتناول القليل والكثير وكذلك مال التجارة والسائمة كان ذلك مالا حقيقة

وشرعا حتى تجب الزكاة فيها وان نوى الفضة والذهب خاصة لم يدين في القضاء لأنه نوى

التخصيص في اللفظ العام وإن كان له عروض أو حيوان غير السائمة لم يحث وفي القياس

يحث لان ذلك مال ألا ترى أن الوصية تتناول ذلك كله ولكنه استحسن فقال ليس ذلك

بمال شرعا وعرفا حتى لا تجب الزكاة فيها ولا يعد صاحبها متمولا بها والايامن مبنية على

العرف والعادة وإن لم يكن له مال وكان له عبد له مال لم يحث في قول أبي حنيفة وأبي

يوسف رحمهما الله تعالى ويحث في قول محمد رحمه الله تعالى وهذا ومسألة الدابة سواء والله

سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب
(باب الوقت في اليمين)

(قال) رضي الله عنه وإذا حلف الرجل ليعطين فلانا حقه إذا صلى الأولى فله وقت الظهر إلى آخره لان المراد بذكر الصلاة الوقت والأولى هي الظهر في لسان الناس فلا يحث

ما لم يخرج وقت الظهر قبل أن يعطيه وان حلف ليعطينه كل شهر درهما ولا نية له وقد حلف

في أول الشهر فهذا الشهر يدخل في يمينه وينبغي أن يعطيه فيه درهما قبل أن يخرج وكذلك

لو حلف في آخر الشهر ألا ترى أنه لو حلف ليعطينه في الشهر كان عليه أن يعطيه قبل أن يهل

الهلال سواء كان في أول الشهر أو آخره وكذلك لو قال في كل شهر لان الشهر الذي فيه

أقرب الشهور إليه ألا ترى أنه لو قال في كل يوم كان اليوم الذي حلف فيه داخلا في
الجملة
فكذلك إذا قال في كل شهر وكذلك لو كان المال عليه نجوما عند انسلاخ كل شهر
فحلف
ليعطينه النجوم في كل شهر كان له ذلك الشهر الذي حل فيه النجم فمتى أعطاه في
آخر ذلك
الشهر فقد بر لأنه جعل شرط البر اعطاء كل نجم بعد حلوله في الشهر والشهر اسم
لجزء
من الزمان من حين يهل الهلال إلى أن يهل الهلال فإذا أعطاه في ذلك أوفي آخره فقد

تم شرط بره ولو حلف ليعطينه عاجلا ولا نية له فالعاجل قبل أن يمضى الشهر لان
الآجال
في العادة تقدر بالشهور وأدنى ذلك شهر فما دونه في حكم العاجل وكذلك لو حلف
لا يكلم
فلانا عاجلا فإن كان يعنى شيئا فهو على ما نوى وإن لم يكن له نية فإذا كلمه بعد شهر
لم
يحنت وكذلك إذا قال مليا فالمراد به البعيد قال تعالى واهجرني مليا وإن كان يعنى
شيئا
فهو على ما نوى والا كان على الشهر فصاعدا لان البعيد والأجل سواء وان حلف
ليعطينه
في أول الشهر الداخل فيه فله أن يعطيه قبل أن يمضى منه نصفه وان مضى منه نصفه
قبل أن يعطيه حنت لان للشهر أولا وآخر فأوله عند الاطلاق يتناول النصف الأول
والآخر منه يتناول النصف الآخر وعلى هذا روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه
لو قال والله لا أكلمه آخر يوم من أول الشهر وأول يوم من آخر الشهر أن يمينه يتناول
الخامس عشر والسادس عشر وان حلف لا يعطيه ماله عليه حيناً فأعطاه قبل ستة أشهر
حنت لان الحين قد يذكر بمعنى الساعة قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين
تصبحون والمراد وقت الصلاة ويذكر بمعنى أربعين سنة قال الله تعالى هل أتى على
الانسان حين من الدهر ويذكر بمعنى ستة أشهر كل نقل عن ابن عباس رضي الله تعالى
عنهما في تأويل قوله تعالى تؤتى أكلمها كل حين باذن ربها أنه ستة أشهر من حين
يخرج
الطلع إلى أن يدرك التمر فعند الاطلاق يحمل على الوسط من ذلك فان خير الأمور
أوسطها ولأنا نعلم أنه لم يرد به الساعة فإنه إذا قصد المماثلة ساعة واحدة لا يحلف
على ذلك ويعلم أنه لم يرد أربعين سنة فإنه إذا أراد ذلك يقول ابدا فعرفنا ان المراد ستة
أشهر
والزمان في هذا كالحين لأنهما يستعملان استعمالا واحدا فان الرجل يقول لغيره لم
ألقك منذ
حين لم ألقك منذ زمان ويستوى إن كان ذكره معرفا بالألف واللام أو منكرا لان ستة
أشهر لما صار معهودا في الحين والزمان فالمعروف ينصرف إلى المعهود وكذلك الدهر
في قول
أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا أدري مالدهر
من أصحابنا
من يقول هذا الاختلاف فيما إذا ذكره منكرا وقال دهرنا فاما إذا ذكره معرفا فذلك على
جميع العمر قال الله تعالى حين من الدهر فقد جعل الحين من الدهر جزء فيبعدان

يسوى بينهما
في التقدير ومنهم من قال إن الخلاف في الكل واحد وهما يقولان الدهر في العرف
يستعمل
استعمال الحين والزمان فان الرجل يقول لغيره لم ألقك منذ دهر لم ألقك منذ حين وفي

ألفاظ اليمين المعتبر هو العرف وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول قد علمت بالنص ان
الحين بعض
الدهر ولم أجد في تقدير الدهر شيئاً نصاً ونصب المقادير بالرأي لا يكون وإنما يعتبر
العرف
فيما لم يرد نص بخلافه فلهذا توقف ولا عيب عليه في ذلك ألا ترى ان ابن عمر رضي
الله عنه
لما سئل عن شيء فقال لا أدري حين لم يحضره جواب ثم قال طوبى لابن عمر سئل
عما
لا يدري فقال لا أدري وقيل إنما قال لا أدري لأنه حفظ لسانه عن الكلام في معني
الدهر
فقد جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تسبوا الدهر فان الله هو
الدهر
معناه أنه خالق الدهر وفي حديث آخر أن النبي عليه الصلاة والسلام قال فيما يؤثر عن
ربه
استقرضت من عبدي فأبى ان يقرضني وهو يسبني ولا يدري فسب الدهر ويقول وا
دهراه
وإنما انا الدهر حديث فيه طول فلهذه الآثار الظاهرة حفظ لسانه وقال لا أدري ما
الدهر
وهو كما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن خير البقاع فقال لا أدري حتى
أسأل
جبريل فسأل جبريل فقال لا أدري حتى أسأل ربي فصعد إلى السماء ثم نزل وقال
سألت
ربي عن ذلك فقال خير البقاع المساجد وخير أهلها من يكون أول الناس دخولا
وآخرهم
خروجاً فعرفنا ان التوقف في مثل هذا يكون من الكمال لا من النقصان وان حلف لا
يكلمه
الأيام فهو على عشرة أيام في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رضوان الله
عليهم
أجمعين على سبعة أيام لان الألف واللام للمعهود فيما فيه معهود والمعهود في الأيام
السبعة
التي تدور عليها الشهور والسنين كلما دارت عادت وفي الشهور اثني عشر شهراً وليس
في
السنين معهود فيستغرق العمر وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الألف واللام للكثرة

فكأنه قال
أياما كثيرة وأكثر ما يتناوله اسم الأيام مقرونا بالعدد العشرة لأنه يقال بعده أحد عشر
يوما
وكذلك في الشهور والسنين فينصرف يمينه إلى العشرة مما سمي وان قال أياما ولانيه
له على قول أبي
يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو على ثلاثة أيام لأنه ذكر لفظ الجمع وأدنى ما
يطلق عليه
اسم الجمع المتفق عليه ثلاثة وكذلك قول أبي حنيفة على ما ذكره في الجامع الكبير
وهو
الصحيح وذكر هنا أن على قوله يكون على عشرة أيام سواء قال أياما أو قال الأيام
وأكثر
مشايخنا على أن هذا غلط والصحيح ما ذكره في الجامع وقد بيناه ثمة وان حلف
ليعطينه غدا
في أول النهار فإذا أعطاه قبل أن ينتصف النهار بر لما بينا أن للنهار أولا وآخر كما
للشهر وان
حلف ليعطينه مع حل المال أو عند حله أو حين يحل المال أو حيث يحل ولا نية له
فهذا يعطيه

ساعة يحل فان أخره أكثر من ذلك حنث لان مع للضم وعند للقرب وحين في مثل هذا الموضوع يراد به الساعة عادة فكأنه حلف ليعطينه ساعة يحل فإذا أخره من ذلك حنث وان

حلف لا يضرب عبده فوجأه أو خنقه أو قرصه أو مد شعره أو عضه حنث لان الضرب فعل موجه على قصد الاستخفاف أو التأديب وهذا كله موجه موصل الألم إلى قلبه فكان

ضربا وكذلك من حيث العادة القاصد إلى ضرب عبده إنما يقصد ما يقدر عليه من هذه الأفعال ويسمى فعله ضربا ومن يعاينه يفعل ذلك يسميه ضاربا عبده ولو حلف ليضربنه مائة سوط فضربه مائة سوط وخفف بر لان شرط بره أصل الضرب دون نهايته والخفيف

كالضرب الشديد ومطلق الاسم لا يتناول نهاية الشيء وان جمعها جماعة ثم ضربه بها لم يبر لأنه إنما يكون ضاربا له بما يصل إلى بدنه والواصل إلى بدنه بعض السياط حين جمع

الكل جمعا فلهذا لا يبر ولو ضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين ووقعت عليه الشعبتان بر

لان كل شعبة سوط واقع على بدنه ضربا فيصير بكل ايقاع ضاربا له سوطين فإذا ضربه خمسين فقد ضربه مائة سوط وهو شرط بره ألا ترى أن الامام يصير مقيما حد الزنا بهذا

المقدار فكذلك الحالف والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب البشارة)

(قال) رضي الله عنه وإذا قال أي غلماني بشرني بكذا فهو حر فبشره بذلك واحد ثم آخر عتق الأول دون الثاني لان الأول بشير والآخر مخبر فان البشير من يخبره بما غاب عنه علمه فتتغير عند سماعه بشرة وجهه وإنما وجد هذا من الأول دون الثاني وان بشره

معا عتقوا لان كل واحد منهم أخبره بما غاب عنه علمه فالعلم بالمخبر به يتعقب الخبر ولا

يقترن به والدليل على أن البشارة تتحقق من الجماعة قوله تعالى وبشروه بغلام حليم ولو بعث أحد غلمانه مع رجل بالبشارة فقال إن غلامك يبشر بكذا عتق لان عبارة الرسول

كعبارة المرسل فالبشير هو المرسل والرسول مبلغ قال الله تعالى ان الله يبشر بكلمة منه

اسمه المسيح وإنما سمعت من رسل الله صلوات الله عليهم وهم الملائكة ثم كان بشارة من

الله تعالى لها وكذلك لو كتب به إليه كتابا لان البيان بالكتاب كالبيان باللسان فان قال
نويت
المشافهة لم يعتق لأنه نوى حقيقة كلامه فان البشارة إنما تكون حقيقة منه إذا سمعه
بعبارة

وإذا قال أي غلماني أخبرني بكذا فالأول والثاني والكاتب والمرسل يعتقدون جميعا لان
الخبر

متحقق منهم فقد يخبر المرء بما هو معلوم له كما يخبر بما غاب عنه علمه إلا أن يعني
المشافهة

فتعمل نيته لأنه حقيقة كلامه وقع في بعض نسخ الأصل التسوية بين الاخبار والاعلام
والمراد أن الاعلام يحصل بالكتاب والرسول كالأخبار فأما الاعلام لا يكون من الثاني
بعد

الأول لان الاعلام ايقاع العلم بالخبر وذلك لا يتكرر بخلاف الاخبار ألا ترى أن الرجل
يقول أخبرني بهذا غير واحد ولا يقول أعلمني غير واحد وإذا قال أي غلماني حدثني
فهو

على المشافهة بمنزلة قوله كلمني ألا ترى أنا نقول أخبرنا الله بكذا بكتابه أو على لسان
رسوله

ولا نقول حدثنا الله ولا كلمنا الله وان حلف ان علم بمكان فلان ليخبرنك به ثم علما
جميعا فلا

بد من أن يخبره ليبر لان الاخبار يتحقق وإن كان المخبر به معلوما له ولو قال ليعلمنك
به

لم يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو حانث في قول أبي
يوسف رحمه الله

لأنهما إذا علما جميعا به فما هو شرط بره وهو الاعلام فائت فهو بمنزلة قوله لأشربن
الماء الذي

في الكوز ولا ماء فيه وان قال يوم أفعل كذا فعبدته حر ففعله ليلا عتق لان اليوم يذكر
بمعنى الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا والرجل يقول انتظر يوم
فلان

ويذكر والمراد بياض النهار فقلنا إذا قرن به ما يمتد كالصوم علم أن المراد به بياض
النهار وإذا

قرن به ما لا يمتد فالمراد به الوقت وإنما قرن بذكر اليوم هنا فعلا لا يمتد فكان بمعنى
الوقت وان

قال نويت النهار دون الليل دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه وهي حقيقة مستعملة
وان قال ليلة أفعل كذا فهو على الليل خاصة لان الليل ضد النهار قال الله تعالى وهو
الذي

جعل الليل والنهار خلفه وكما أن النهار مختص بزمان الضياء فالليل مختص بزمان
الظلمة والسواد

وان حلف لا يبيت في مكان كذا فأقام فيه ولم ينم حنث لان البيوتة هو المكث

والقرار
بالليل في مكان ولهذا يسمى الموضوع الذي يكون المرء فيه بالليل مبيتا واللفظ لا يدل
على
النوم واليقظة فيحنت نام أولم ينم إلا أن يعنى النوم فيكون على ما نوى لأنه نوى
التخصيص
في لفظه والعرف والاستعمال يشهد له وكذلك أن أقام فيه أكثر من نصف الليل وان
أقام فيه أقل من نصف الليل لم يحنت لان الانسان قد يكون في بعض الليل في غير
منزله
ثم يرجع إلى منزله وإذا سئل أين بات قال في منزلي ولان الأكثر ينزل منزلة الكمال
والأقل تبع للاكثر فإذا أقام فيه أكثر من نصف الليل فكأنه أقام فيه جميع الليل فيحنت

وان حلف لا يظله ظل بيت فدخل بيتا حنث لان هذا للفظ عبارة عن الدخول في عرف الناس فإنه إنما يظله ظل البيت إذا دخل تحت سقفه وان أقام في ظله خارجا لم يحنث الا ان

ينوى ذلك لان لفظه عبارة عن الدخول لغلبة الاستعمال ولم يوجد ذلك وان حلف لا يأويه

بيت فأواه بيت ساعة من الليل أو النهار ثم خرج لم يحنث حتى يكون فيه أكثر من نصف

الليل أو النهار في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الأول لان الايواء والبيتوتة تتقارب في

الاستعمال الا ان البيتوتة تستعمل في الليل خاصة يقال بات فلان يفعل كذا إذا فعل ليلا وظل يفعل كذا إذا فعله نهارا فاما الايواء يستعمل فيهما ثم البيتوتة لا تكون الا في أكثر من نصف الليل فكذلك الايواء لا يكون الا في أكثر من نصف الليل أو النهار ثم رجع وقال إذا دخل ساعة حنث وهو قول محمد رحمه الله تعالى لان الايواء بالحصول في مكان قال

الله تعالى سأوي إلى جبل يعصمني أي التجئ إليه فأكون فيه وقال أبو سعيد الخدري لابن

عباس رضي الله عنهم لا آواني وإياك ظل بيت ما دمت على هذا القول أي لا اجتمع معك

وقال عليه الصلاة والسلام ما آواه الحرز ففيه القطع فإذا آواه الحرز أي حصل فيه فإذا دخل البيت ساعة فقد وجد الايواء فيحنث ولو أدخل احدى قدميه لم يحنث لأنه ما حصل

في البيت بادخال احدى القدمين وكذلك أن أدخل جسده وهو قائم ولم يدخل رجليه لم

يحنث لان اعتماد القائم على رجليه والجسد تبع للرجلين فإذا لم يدخلهما لم يكن حاصلًا في

البيت فلا يحنث والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب
(باب اليمين في الكفالة)

(قال) وإذا حلف لا يكفل بكفالة فكفل بنفس حر أو عبد أو ثوب أو دابة أو بدرك في بيع فهو حانث لان الكفالة التزام المطالبة بما على الغير من تسليم مال أو نفس وقد تحقق

ذلك منه ويسمى به في الناس كفيلا والمتحرز من الكفالة يكون ممتنعا من ذلك فيحنث

والضمان والقبالة قياس الكفالة لان الكل يستعمل استعمالا واحدا وإذا حلف لا يكفل

عن
انسان بشئ فكفل بنفس رجل لم يحنث لان صلة عن لا تستعمل الا في الكفالة بالمال
فأما
الصلة في الكفالة بالنفس الباء يقال كفل بنفس فلان وكفل عن فلان بكذا من المال
وان
حلف لا يكفل عنه بشئ فاشترى له بأمره شيئاً لم يحنث لان الكفالة التزام المطالبة بما
على

الغير والتمن بالشراء هنا في ذمة الوكيل دون الموكل فلا يكون الوكيل كفيلا عن
الموكل
بل يكون هو في حقه بمنزلة البائع ولهذا طالبه بالتمن وان أبرأه البائع عنه وحبس المبيع
عنه إلى أن يستوفي الثمن وان كفله بأمره عن انسان شيئا لم يحنث لأنه ما التزم عن
الآمر

شيئا هو عليه وإنما التزم ما على المطلوب ولكن بمسألة الأمر فكان كفيلا عن
المطلوب

دون الأمر ألا ترى أنه يبرأ ببراءة المطلوب وأنه لا يرجع عند الأداء على الأمر بشيء
وإنما يرجع على المطلوب إذا كان ذلك بسؤاله ولو كان المال على فلان وبه كفيل
فأمر فلان

الحالف فكفل بها عن كفيله لم يحنث لان الكفيل غير الأصيل وهو إنما كفله عن
الكفيل وشرط حنثه الكفالة عن الأصيل ألا ترى أنه لو برئ الكفيل الأول برئ
الكفيل الثاني وان بقي المال على الأصيل ولو حلف لا يكفل له فكفل لغيره والدرهم
أصلها

له لم يحنث لان الكفالة له أن يلتزم مطالبة عليه ولم يوجد ذلك فان المطالبة إنما تتوجه
للمكفول له دون من يملك أصل المال وكذلك لو كفله لعبده لأنه ما التزم المطالبة
للمولى

إنما التزمها للعبد وإن كان أصل المال للمولى ولا بد من مراعاة لفظ الحالف في بره
وحنثه

وان كفله لفلان وأصل الدرهم لغيره حنث لأنه التزم المطالبة لفلان ومتى كان وجوب
المال بعقده ففي حكم المطالبة كان الواجب له وإن كان أصل الملك لغيره وان حلف
لا يكفل

عنه فضمن عنه حنث لأن الضمان والكفالة تتقارب في الاستعمال كالهبة مع التحلي
والعمرى

وإن كان عنى اسم الكفالة أن لا يكفل ولكن يضمن دين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه
نوى

حقيقة لفظه ولكنه نوى الفصل بين الضمان والكفالة وهذا خلاف الظاهر فلا يصدق في
القضاء ولو حلف لا يكفل عن فلان وأحال فلان عليه بماله لم يحنث إذا لم يكن
للمحتال

له دين على المحيل لان الكفالة عند أن يلتزم المطالبة عنه لغيره بما لم يكن عليه قبل
الكفالة

وذلك لم يوجد هنا إنما وكل فلان المحتال له بقبض دينه من الحالف وذلك لا يكون
كفالة

عنه للمحتال له وكذلك أن ضمنه له ولو كان للمحتال له على المحيل مال ولم يكن للمحيل مال
على المحتال عليه حنث لأنه التزم المطالبة عنه للمحتال له بما لم يكن عليه من قبل
والالتزام
بقبول الحوالة أبلغ من الالتزام بالكفالة والضمان فإذا كان يحنث هناك فكذلك يحنث
هنا
لأنه لا فرق بينهما في حق الملتزم إنما الفرق في حق المضمون عنه أن الحوالة توجب
براءة الأصيل والكفالة لا توجب والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع
والمآب

(باب اليمين في الكلام وغيره)

(قال) وإذا حلف لا يتكلم اليوم ثم صلى لم يحنث استحسانا وفي القياس يحنث وهو قول

الشافعي رحمه الله تعالى لأنه بالتسبيح والتهليل والتكبير وقراءة القرآن متكلم فان التكلم ليس إلا تحريك اللسان وتصحيح الحروف على وجه يكون مفهوما من العباد وقد وجد ذلك

ألا ترى أنه لو أتى به في غير الصلاة كان حائثا فكذلك في الصلاة ووجه الاستحسان قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله يحدث من أمره ما يشاء وان مما أحدث أن

لا يتكلم في الصلاة ولا يفهم أحد من هذا ترك القراءة وأذكار الصلاة وكذلك في العرف

يقال فلان لم يتكلم في صلاته وإن كان قد أتى بأذكار الصلاة ويقال حرمة الصلاة تمنع الكلام ولا يراد به الأذكار والعرف معتبر في الايمان فاما إذا قرأ في غير الصلاة أو سبح أو

هلل أو كبر يحنث لأنه قد تكلم ألا ترى أنه يقال القرآن كلام الله وان التكلم لا يتحقق من

الأخرس والقراءة والذكر باللسان لا يتحقق من الأخرس فكان كلاما وكذلك لو أنشد شعرا أو تكلم بأي لسان كان فهو حانث لوجود الشرط ولو حلف لا يكلم فلانا فناده من

بعيد فإن كان بحيث لا يسمع صوته لا يحنث وإن كان بحيث يسمع صوته فهو حانث لأنه

يكون مكلما فلانا بايقاع صوته في اذنه فإذا كان من البعد بحيث لا يسمع لم يوجد ذلك وإذا

كان بحيث يسمع فقد أوقع صوته في اذنه وإن لم يفهم لتغافله عنه واشتغاله بغيره فيحنث ألا

ترى أن الأول يسمى هاذيا والثاني يسمى مناديا له وكذلك لو ناداه وهو نائم فأيقظه حنث

وهذا ظاهر وقع في بعض نسخ الأصل فناده أو أيقظه وهذا إشارة إلى أنه وإن لم ينتبه بندائه

فهو حانث لأنه أوقع صوته في اذنه ولكنه لم يفهم لمانع والأظهر أنه لا يحنث لان النائم

كالغائب وإن لم ينتبه كان بمنزلة ما لو ناداه من بعيد بحيث لا يسمع صوته فلا يكون حائثا وإذا

انتبه فقد علمنا أنه أسمعته صوته فيكون مكلما له وقيل هو علي الخلاف عند أبي حنيفة
رحمه
الله تعالى يحنث لأنه يجعل النائم كالمنتبه وعندهما لا يحنث بيانه فيمن رمي سهما إلى
صيد
فوقع عند نائم حيا ثم لم يدرك ذكاته حتى مات علي ما نبينه في كتاب الصيد وان مر
علي
قوم فسلم عليهم وهو فيهم حنث لأنه مخاطب كل واحد منهم بسلامه إلا أن ينوي
القوم دونه
فيدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه لا يكون مكلما له إذا قصد بالخطاب غيره ولكنه لا
يدين

في القضاء لأنه في الظاهر مخاطب لهم وان كتب إليه أو أرسل لم يحنث لما بينا ان الكلام
لا يكون الا مشافهة ألا ترى أن أحدا منا لا يستجيز أن يقول كلمني الله وقد أتانا كتابه
ورسوله وإنما يقال كلم الله موسى تكليما لأنه أسمعته كلامه بلا واسطة وكذلك لو
أومي أو أشار لم يحنث لان الكلام ما لا يتحقق من الأخرس والايماء والإشارة يتحقق منه فلا
يكون كلاما وذكر هشام عن محمد رحمهما الله تعالى قال سألتني هارون عمن حلف
لا يكتب
إلى فلان فأمر أن يكتب إليه بايماء أو إشارة هل يحنث فقلت نعم إذا كان مثلك يا أمير
المؤمنين وهذا صحيح لان السلطان لا يكتب بنفسه عادة إنما يأمر به غيره ومن عادتهم
الامر بالايماء والإشارة وعن ابن سماعة قال سألت محمدا عمن حلف لا يقرأ كتابا
لفلان
فنظر فيه حتى فهمه ولم يقرأه فقال سألت هارون أبا يوسف رحمه الله تعالى عن هذا
وكان قد
ابتلى بشيء منه فقال لا يحنث وأنا برئ من ذلك ثم ندم وقال اما انا فلا أقول فيه شيئا
وذكر هشام وابن رستم عن محمد رحمهم الله تعالى انه يحنث لان المقصود الوقوف
على ما فيه
لا عين القراءة وفي الايمان يعتبر المقصود وجه قول أبي يوسف رحمه الله تعالى أن
اللفظ
مراعى ولفظه القراءة والنظر والتفكر ليفهم لا يكون قراءة ألا ترى أنه لا يتأدى به فرض
القراءة في الصلاة وان قال لا أكلم مولاك وله موليان أعلى وأسفل ولا نية له حنث
بأيهما
كلم وكذلك لو قال لا أكلم جدك وله جدان من قبل أبيه وأمه لان هذا اسم مشترك
والأسماء المشتركة في موضع النفي تعم لان معني النفي لا يتحقق بدون التعميم وهو
بمنزلة النكرة
تعم في موضع النفي دون الاثبات وهذا إشارة إلى الفرق بين هذا وبين الوصية لمولاه
وقد
بيننا تمام هذا الفرق في الجامع وان حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفى ماله عليه فلزمه
ثم
فر منه الغريم لم يحنث لأنه عقد يمينه على فعل نفسه في المفارقة وهو ما فارق غريمه
إنما الغريم
هو الذي فارقه وكذلك لو كابره حتى أنفلت منه لأنه يقصد بيمينه منع نفسه عما في
وسعه

دون ما ليس في وسعه (قال) ولو أن المطلوب أحال بالمال على رجل وأبرأه الطالب
منه ثم فارقه لم يحنث عند محمد وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى وفي قول أبي يوسف
رحمه الله

تعالى يحنث لان ما جعله غاية وهو استيفاء ماله عليه قد فات حين برئ المطلوب
بالحوالة

وقد بينا أن فوت الغاية عندهما يسقط اليمين لا إلى حنث خلافا لأبي يوسف رحمه الله
تعالى

كما في قوله لا أكلمك حتى يأذن لي فلان فان توى المال على المحال عليه ورجع
الطالب إلى

المطلوب لم يحنث أيضا لان الحوالة تنفسخ بالتوى ولا يتبين أنها لم تكن وإنما تنفسخ الحوالة

في حق حكم يحتمل الفسخ وسقوط اليمين لا يحتمل الفسخ فلماذا لا يعود اليمين بانفساخ

الحوالة وإن لم يحل بالمال ولكنه قضاءه وفارقه ثم وجده زيوفا أو نبهرجة أو ستوقا فإن كان

الغالب عليه الفضة لم يحنث وان رده لأنه مستوف بالقبض ألا ترى أنه لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز فتم شرط بره ثم انتقض قبضه بالرد فلا ينتقض به حكم البر لأنه لا يحتمل

الانتقاض وإن كان الغالب النحاس كالمستوفة فهو حانث لأنه ما صار مستوفيا حقه بالقبض

ألا ترى أنه لو تجوز به في الصرف والسلم لا يجوز وان استحق المقبوض من يده لم يحنث

لأنه مستوف ألا ترى أنه لو أجازته المستحق بعد الافتراق في الصرف والسلم جاز ثم انتقض

قبضه بالاستحقاق بعد حصول الاستيفاء وشرط البر لا يحتمل الانتقاض وان حلف ليعطينه

حقه عن قريب فهو وقوله عاجلا سواء وان نوى وقتا فهو على ما نوى لان الدنيا كلها قريب

عاجل وإن لم يكن له نية فهو على أقل من شهر استحسانا وقد بينا هذا وان حلف أن لا يحبس

عنه من حقه شيئا ولا نية له فينبغي أن يعطيه ساعة حلف لان الحبس عبارة عن التأخير فإن لم يؤخره بعد الحلف لم يكن حابسا وان أخره كان حابسا ولكن الحبس قد يطول ويقصر

فان حاسبه فأعطاه كل شئ له عنده وأقر بذلك الطالب ثم أتاه بعد ذلك بأيام فقال بقي لي

عندك كذا من قبل كذا فذكر المطلوب ذلك وقد كان نسيا ذلك جميعا لم يحنث إذا أعطاه

ساعتئذ أو قال له خذه لان الحبس لا يتحقق فيما لا يكون معلوما لهما وبعد التذكر لم يحبسه

ولكنه أعطاه بالمناولة أو التخلية بينه وبينه فلماذا لم يحنث وان حلف لا يقعد على الأرض

ولا نية له فقعد على بساط أو غيره لم يحنث لان القاعد على الأرض من يياشر الأرض

من غير أن يكون بينه وبين الأرض ما هو منفصل عنه ولم يوجد ذلك وفي العرف
الرجل
يقول لغيره اجلس على البساط ولا تجلس على الأرض ويقول فلان جالس على الأرض
وفلان
على البساط والعرف معتبر في الايمان وان قعد على الأرض ولباسه بينه وبين الأرض
حنت لأنه يسمى في الناس قاعدا على الأرض ولان الملبوس تبع اللابس فلا يصير حائلا
بينه وبين
الأرض ولان الانسان إنما يمتنع من الجلوس على الأرض لكيلا تضربه وهذا يوجد
وإن كان ذيله بينه وبين الأرض ولا يوجد إذا جلس على بساط وان حلف لا يمشي
على
الأرض فمشى عليها بنعل أو خف حنت لان المشي على الأرض هكذا يكون في
العرف

وان مشى على بساط لم يحنث لأنه غير ماش على الأرض ولو مشى على ظهر أجار حافيا

أو بنعلين حنث لان ظهر الأجار يسمى أرضا عرفا فان من أراد الجلوس عليه يقول له غيره اجلس على البساط ولا تجلس على الأرض وان حلف لا يدخل في الفرات فمر علي الجسر

أو دخل سفينة لم يحنث وان دخل الماء حنث لان في العرف دخول الفرات بالشروع في

الماء والجسر والسفينة ما اتخذ للعاجزين عن الشروع في الفرات فعرفنا أن الحاصل على

الجسر أو السفينة لا يكون داخلا في الفرات عرفا وفي النوادر ولو حلف لا يدخل بغداد

فمر في الدجلة في السفينة فهو حانث في قول محمد رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف رحمه الله

لا يحنث ما لم يخرج إلى الحد (قال) ولو كان من أهل بغداد فجاء من الموصل في السفينة

في دجلة حتى دخل بغداد كان مقيما وإن لم يخرج إلى الحد ومحمد رحمه الله تعالى سوى بينهما

ويقول الموضع الذي حصل فيه من بغداد فيكون حانثا كما لو حلف لا يدخل الدار فدخلها راكبا وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول مراد الحالف دخول الموضع الذي

يتوطن

فيه أهل بغداد ولا يوجد ذلك ما لم يخرج إلى الحد فان قهر الماء يمنع قهر غيره وان حلف

لا يكلم فلانا إلى كذا وكذا فان نوى شيئا فهو على ما نوى وإن لم يكن له نية ولم يسم شيئا

فله ان يكلمه بعد ذلك اليوم لان الكلام كان مطلقا له قبل اليمين فلا يمتنع الا القدر المتيقن

به والمتيقن ذلك اليوم لأننا نعلم أنه إذا كان مراده أقل من يوم لا يحلف على ذلك ولا يقين

فيما وراء ذلك فلا يحنث بالشك (فان قيل) أليس انه لو قال لفلان على كذا وكذا درهما

يلزمه أحد وعشرون درهما (قلنا) وهنا لو قال كذا وكذا يوما فالجواب كذلك فأما إذا لم يقل يوما فيحتمل أن مراده الساعة واليوم والليلة يشتمل على ساعات كثيرة فلهذا له أن

يكلمه بعد ذلك اليوم وان حلف لا يكلم فلانا إلى قدوم الحاج أو إلى الحصاد فقدم
أول قادم
كان له أن يكلمه لان مراده وقت القدوم ووقت الحصاد وقد علمنا بدخول ذلك الوقت
فهو
كما لو حلف لا يكلمه إلى الغد فكلما طلع الفجر من الغد له أن يكلمه ولو حلف لا
يؤم الناس فأم
بعضهم حنث لان الناس اسم جنس وقد علمنا أنه لم يرد استغراق الجنس لان ذلك لا
يتحقق
فيتناول أدنى ما ينطلق عليه اسم الجنس وان حلف لا يكلمه حتى الشتاء فجاء أول
الشتاء
سقطت اليمين وكذلك الصيف وقد بينا الفصول الأربعة في كتاب الطلاق وان حلف
لا يستعير من فلان فاستعار منه حائطا يضع عليه جذوعه حنث لان الاستعارة طلب
العارية

وقد تحقق منه بما استعار من حائطه ليضع عليه جذوعه فهو كما لو استعار منه بيتا أو دارا
أو دابة ولو سار إليه ضيفا أو دخل عليه فاستقى من بئر لم يحنث لأنه لا يسمى مستعيرا
شيئا فان موضع جلوس الضيف وما جلس عليه في يد المضيف ومن استقى من بئر في دار
غيره لا تثبت يده على الرشا فلا يكون مستعيرا شيئا من ذلك ولو حلف لا يعرف هذا الرجل
وهو يعرفه بوجهه دون اسم لم يحنث لأنه يعرفه من وجهه دون وجهه فإنه يمكنه أن يشير
إليه إذا كان حاضرا ولا يمكنه احضاره إذا كان غائبا والثابت من وجهه دون وجهه لا يكون ثابتا
مطلقا والأصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم سأل رجلا عن رجل فقال هل تعرفه
فقال نعم فقال هل تدري ما اسمه قال لا قال فإنك إذا لا تعرفه إلا أن يعنى معرفة وجهه فان
عني ذلك فقد شدد الامر على نفسه واللفظ محتمل لما نوى وهذا إذا كان للمحلولف عليه
اسم فإن لم يكن له اسم بأن ولد من رجل فرأى الولد جاره ولكن لم يسم بعد فحلف الجار أنه
لا يعرف هذا الولد فهو حانث لأنه يعرف وجهه ويعرف نسبه وليس له اسم خاص ليشترط
معرفة ذلك فكان حانثا في يمينه والله أعلم بالصواب
(باب في الاستثناء)
(قال) وإذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إلا أن يقدم فلان فان قدم فلان لم تطلق
وان مات قبل أن يقدم طلقت لان معنى كلامه أنت طالق إن لم يقدم فلان أي الا ان
يقدم فلان فلا تكون طالقا وإنما لا تكون طالقا عند قدوم فلان إذا كان الوقوع متعلقا
بشرط
عدم القدوم سواء كان الشرط نفيا أو اثباتا فما لم يوجد لا ينزل الجزاء فان قدم فلان
فشرط
الوقوع قد انعدم وإذا مات قبل أن يقدم فقد تحقق شرط الوقوع الآن وهذا بخلاف ما
لو
قال أنت طالق ان كلمت فلانا إلا أن يقدم فلان فإنها ان كلمت فلانا قبل القدوم
طلقت وان سبق القدوم لم تطلق بعد ذلك وان كلمت فلانا يمين لوجود الشرط

والجزاء
واليمين قابلة للتوقيت فكان قوله إلا أن يقدم فلان توقيت ليمينه بمعنى حتى وإذا كلمت
قبل
القدم فقد وجد الشرط واليمين باقية فتطلق وإذا قدم فلان فقد انتهت اليمين بوجود
غايته
وإذا كلمت بعد ذلك فقد وجد الشرط ولا يمين فاما في الأول قوله أنت طالق ايقاع لا
يحتمل
التوقيت فلو جعلنا قوله إلا أن يقدم فلان بمعنى حتى كان لغوا وكلام العاقل مهما
أمكن

تصحيحه لا يجوز الغاؤه فجعلناه قوله إلا أن يقدم فلان بمعنى الشرط لان الايقاع
يحتمل
التعليق بالشرط ولو قال أنت طالق إلا أن يري فلان غير ذلك فهذا إليه على مجلسه
الذي
يعلم فيه فان قام قبل أن يري غيره طلقت لان معنى كلامه إن لم ير فلان غير ذلك ولو
قال إن
رأى فلان غير ذلك كان يتوقت بالمجلس عليه فكذلك إذا قال إن لم ير فلان غير ذلك
لأنه تمليك للامر من فلان وكذلك لو قال الا ان يشاء فلان غير ذلك أو إلا أن يبدو
لفلان
غير ذلك وذلك كله بلسانه لأننا لا نقف على ما في ضميره وإنما يعبر عما في قلبه
لسانه ولو قال
إلا أن أرى غير ذلك أو الا ان أشاء أو إلا أن يبدو لي فهو إلى الموت لان في حقه لا
يمكن
أن يحمله على معنى تمليك الامر من نفسه فإنه كان مالكا لأمرها فيحمل على حقيقة
الشرط
وعدم رؤيته غير ذلك بعد موتها يتحقق والحال بعد موتها في حقه كالحال قبله
وكذلك قوله
أنت طالق ان شاء فلان أو أحب أو رضى أو هوى أو أراد ذلك كله على مجلس علمه
به
ولو أضاف إلى نفسه فكان على الأبد لان في حق الغير يجعل تمليكا للامر منه فيختص
بالمجلس وفي حق نفسه لا يمكن ان يجعل تمليكا فيبقى حقيقة الشرط معتبرا ولو قال
إن لم أشأ
ثم قال بعد ذلك لا أشاء لا يقع به الطلاق لان الشرط عدم مشيئة طلاقها في عمره ولم
يوجد
ذلك بقوله لا أشاء فإنه متمكن من أن يشاء بعد ذلك ولو قال إن أبيت طلاقك أو
كرهت
طلاقك ثم قال لست أشاء طلاقك وقد أبيت طلقت لأنه جعل الشرط هنا وجود فعل هو
إباء منه وقد وجد ذلك بقوله لا أشاء أو بقوله أبيت وفي الأول جعل الشرط عدم
المشيئة
فكأنه قال إن سكت عن مشيئة طلاقك حتى أموت فلا يصير الشرط موجودا بقوله لا
أشأ
فلهذا لا تطلق ولو قال إن لم يشأ فلان ذلك فقال فلان لا أشاء طلقت لا بقوله لا أشاء
ولكن بخروج المشيئة عن يده فقوله لا أشاء بمنزلة ما لو قام عن المجلس أو أخذ في

عمل آخر
حتى أنه لو وقت كلامه في حق فلان فقال إن لم يشأ فلان اليوم فقال فلأن لا أشياء لم
تطلق
لان هذا يتوقت باليوم دون المجلس وبقوله لا أشياء لا تنعدم المشيئة منه في بقية اليوم
فلهذا
لا تطلق والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب
(باب اليمين في الأزهار والرياحين)
(قال) رضي الله عنه وإذا حلف لا يشتري بنفسجا فاشترى دهن بنفسج حث عندنا

ولم يحنث عند الشافعي رحمه الله تعالى لأنه يعتبر حقيقة لفظه وما اشترى غير البنفسج لان

المنتقل إلى الدهن رائحة البنفسج لا عينه ولكننا نعتبر العرف فإنه إذا أطلق اسم البنفسج في العرف يراد به الدهن ويسمى بئعه بائع البنفسج فيصير هو بشرائه مشتريا للبنفسج أيضا ولو اشترى ورق البنفسج لم يحنث وذكر الكرخي في مختصره أنه يحنث أيضا وهذا شئ

ينبني على العرف وفي عرف أهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وإنما يسمى به بائع الدهن فبنى الجواب في الكتاب على ذلك ثم شاهد الكرخي عرف أهل بغداد انهم يسمون بائع الورق بائع البنفسج أيضا فقال يحنث به وهكذا في ديارنا ولا يقول

اللفظ في أحدهما حقيقة وفي الآخر مجاز ولكن فيهما حقيقة أو يحنث فيهما باعتبار عموم

المجاز والخيري كالبنفسج فأما الحنا والورد فقال إنني أستحسن أن أجعله على الورق والورد

إذا لم يكن له نية وان اشترى دهنهما لم يحنث والقياس في الكل واحد ولكنه بني الاستحسان على العرف وان الورد والحنا تسمى به العين دون الدهن والبنفسج والخيري

يسمى بهما مطلقا و الياسمين قياس الورد يسمى به العين فان الدهن يسمى به زنبقا وان حلف لا يشتري بزرا فاشترى دهن بزر حنث وان اشترى الحب لم يحنث لاعتبار العرف

الظاهر ولو حلف لا يشتري دهنا فهذا على الدهن الذي يدهن به الناس عادة حتى لو اشترى زيتا أو بزرا لم يحنث ولو حلف لا يدهن فأدهن بزيت حنث ولو ادهن بسمن

أو بزر لم يحنث والزيت من حيث أنه يلقي فيه الأرايح ويطبخ ثم يدهن به يكون دهنا ومن حيث أنه لا يدهن به كذلك لا يكون دهنا مطلقا فإن كانت يمينه على الشراء لم يحنث وإذا كانت على الأدهان يحنث به وأما السمن والبزر لا يدهن بهما في العادة بحال ولو حلف لا يشتري بزرا فاشترى فروا أو مسحا لم يحنث وكذلك الطيالسة والا كيسة لان بائع هذه الأشياء لا يسمى بزرا ولا يباع في سوق البزازين أيضا فلا يصير مشتريا البز بشرائها ولو حلف لا يشتري طعاما فاشترى تمرا أو فاكهة حنث في القياس لان الطعام اسم لما يطعمه الناس والفاكهة والتمر بهذه الصفة ألا ترى أنه لو عقد يمينه على الأكل حنث بهما فكذلك الشراء ولكنه استحسن فقال لا يحنث الا في الحنطة

والخبز والدقيق لأنه عقد يمينه على الشراء والشراء إنما يتم به وبالبايع وما يسمى بائعه
بائع
الطعام أو يباع في سوق الطعام يصير هو بشرائه مشتريا للطعام وبائع الفاكهة واللحم لا

يسمى بائع الطعام فلا يصير هو بشرائها مشتريا للطعام أيضا بخلاف الأكل فإنه يتم بالأكل

وحد فيعتبر فيه حقيقة الاسم وان حلف لا يشتري سلاحا فاشترى حديدا غير معمول لم يحنث لان بائعه لا يسمى بائع السلاح وإنما يسمى حدادا وكذلك يباع في سوق الحدادين

ولا يباع في سوق الأسلحة وان اشترى سكيننا لم يحنث أيضا لان بائعه لا يسمى بائع السلاح

وإنما يسمى سكانا واما إذا اشترى سيفاً أو درعاً أو قوساً يحنث لأنه سلاح يباع في سوق

السلاح وبائعه يسمى بائع السلاح فيصير هو مشتريا السلاح بشرائه (قال) وإذا سأل رجل رجلا عن حديث فقال أكان كذا وكذا فقال نعم وسعه أن يقول حدثني فلان بكذا

وان حلف على ذلك كان صادقا لأنه ذكر في جوابه نعم وهو غير مستقل بنفسه فيصير ما تقدم كالمعاد فيه ألا ترى ان من قرأ صكاً على غيره وقال أشهد عليك بكذا وكذا فقال نعم

وسعه أن يشهد بجميع ذلك عليه وان حلف لا يشم طيباً فدهن به لحيته فوجد ريحه لم يحنث

لأنه عقد يمينه على فعل منه يسمى شم الطيب ولم يوجد وإنما وصلت رائحة الطيب إلى دماغه

فهو كما لو مر على سوق العطارين فدخل رائحة الطيب في أنفه ألا ترى أن المحرم بهذا

لا يلزمه شيء وأنه لو ادهن قبل احرامه ثم وجد ريحه بعد الاحرام لم يلزمه شيء وهو ممنوع

من شم الطيب في الاحرام وليس الدهن بطيب إذا لم يجعل فيه طيب إنما الطيب ما يجعل

فيه المسك والعنبر ونحوهما لان الطيب ماله رائحة مستلذة وليس للدهن ذلك إذا لم يكن

فيه طيب وإنما يستعمل الدهن لتليين الجلد ودفن اليبوسة لا للطيب إذا لم يكن متطيباً وان

حلف لا يشم دهناً أولاً يدهن فالزيت فيه كغيره من الادهان وقد بينا الفرق بين هذا والشراء وان حلف لا يشم ريحاناً فشم آساً أو ما أشبه ذلك من الرياحين حنث وان شم الياسمين أو الورد لم يحنث لأنهما من جملة الأشجار والريحان اسم لما ليس له شجر ألا ترى

ان الله تعالى قال والنجم والشجر يسجدان والحب ذو العصف والريحان قد جعل
الريحان
غير الشجر عرفنا أن ماله شجر فليس بريحان وإن كان له رائحة مستلذة وكذلك في
العرف
لا يطلق اسم الريحان على الورد والياسمين وإنما يطلق على ما ينبت من بزره مما لا
شجر له
وقيل الريحان ما يكون لعينه رائحة مستلذة وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة
إنما الرائحة
للورد خاصة فلا يكون من جملة الرياحين (قال) ولو أن امرأة حلفت أن لا تلبس حليا
فلبست خاتم الفضة تحنث لان الرجل ممنوع من استعمال الحلبي وله أن يلبس خاتم
الفضة

فعرفنا أنه ليس بحلي وقيل هذا إذا كان مصوغا على هيئة خاتم الرجال فأما إذا كان على هيئة خاتم النساء مما له فصوص فهو من الحلي لأنه يستعمل استعمال الحلي للترزين به والسوار والخلخال والقلادة والقرط من الحلي لأنها تستعمل استعمال الحلي للترزين بها حتى يختص بلبسها من يلبس الحلي والله تعالى وعد ذلك لأهل الجنة بقوله يحلون فيها من أساور من ذهب فأما اللؤلؤ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يكون حليا إلا أن يكون مرصعا بالذهب والفضة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو حلي لقوله تعالى يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا ولقوله وتستخرجون منه حلية تلبسونها وكذلك من حيث العرف يستعمل ذلك استعمال الحلي فالمرأة قد تلبس عقد لؤلؤ للتحلي بها ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى شاهد العرف في عصره وأنهم يتحلون باللؤلؤ مرصعا بالذهب أو الفضة ولا يتحلون باللؤلؤ وحده فبنى الجواب على ما شاهده وقد بينا أنه لا تبنى مسائل الايمان على ألفاظ القرآن ولكن قولهما أظهر وأقرب إلى عرف ديارنا ولو حلف لا يقطع بهذا السكين فكسره فجعل منه سكيناً آخر ثم قطع لم يحنث لأنه حين كسره فقد زال الاسم الذي عقد به اليمين فلهذا لا يحنث وقد بينا نظيره في الدار إذا جعلها بستانا ولو حلف لا يتزوج امرأة فتزوج امرأة بغير شهود حنث في القياس لأنه منع نفسه عن أصل العقد والفساد والجواز صفة لا ينعدم أصل العقد بانعدامها كالبيع ألا ترى أنه لو عقد يمينه على الماضي بأن قال ما تزوجت كان على الفاسد والجائر فكذلك في المستقبل وجه الاستحسان أن المقصود بالنكاح ملك الحل وذلك لا يحصل بالعقد الفاسد كيف وقد نفي رسول الله صلى الله عليه وسلم أصل العقد بغير شهود حيث قال لا نكاح الا بشهود بخلاف البيع فالمقصود هناك وهو الملك

يحصل بالعقد الفاسد إذا تأكد بالقبض وبخلاف ما لو تدبر الكلام في النكاح لأنه في
الخبر
عن الماضي من النكاح ليس مقصوده الحل والعفة وإنما يمينه في الماضي على مجرد
الخبر
والخبر يتحقق عن العقد الفاسد والجائز ولو حلف لا يشتري عبدا فاشتراه شراء فاسدا
حنث عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى لا يحنث الا بالقبض لان القبض في الشراء
الفاسد
نظير القبول في الشراء الصحيح من حيث أن الملك لا يحصل الا به ولكننا نقول شرط
حنثه العقد
وبالإيجاب والقبول ينعقد العقد فاسدا كان أو صحيحا والملك غير معتبر في تحقيق
شرط
الحنث ألا ترى أنه لو اشتراه بشرط الخيار أو اشتراه لغيره حنث وإن لم يثبت الملك له
قال

وهذا والنكاح سواء في القياس ولكنني أستحسن في البيع وهذا الاستحسان يعود إلى القياس في النكاح وأشار إلى الفرق فقال ألا ترى أنه لو أعتقه بعد القبض عتق وأنه لا يقع

الطلاق في النكاح الفاسد فدل أن العقد منعقد هنا غير منعقد هناك ولو حلف لا يصلى ركعتين فصلاها بغير وضوء ففي القياس يحنث وفي الاستحسان لا يحنث وهذا والنكاح

سواء لان المقصود بالصلاة العبادة ونيل الثواب ولا يحصل ذلك بالصلاة بغير وضوء لقوله

صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بطهور (قال) ولو حلف لا يصلى فافتتح الصلاة لم يحنث

حتى يصلى ركعة وسجدة استحسانا وفي القياس يحنث لان شرط حنثه فعل يكون به مصليا

وقد حصل ذلك بالتكبير لأنه يسمى في العادة مصليا ويحرم عليه ما يحرم على المصلين ولكنه استحسن فقال الصلاة تشتمل على أركان منها القيام والقراءة والسجود والركوع لأنها عبادة بجميع البدن وكل ركن من هذه الأركان لا يتناوله اسم الصلاة فلا يكون مصليا

مطلقا ما لم يأت بأركان الصلاة وإنما يسمى مصليا بعد التكبير مجازا على اعتبار أنه اشتغل

بالأركان التي يصير بها مصليا فإذا قيد الركعة بسجدة فقد أتى بأركان الصلاة وما بعد ذلك يكون تكرارا ولا يشترط التكرار في اتمام شرط الحنث وقد بينا في كتاب الصلاة أن القعدة من أسباب التحلل وان حلف لا يصوم فأصبح صائما ثم أفطر حنث لأن الصوم

ركن واحد وهو الامسك وشرطه النية فلما أصبح ناويا للصوم فقد أتى بما هو ركن الصوم

فيتم به شرط حنثه إلا أن يكون قال يوما فحينئذ إذا أفطر قبل الليل لم يحنث لان شرط حنثه صوم يوم كامل ولا يحصل ذلك الا بامتداد الامسك إلى غروب الشمس وان حلف

ليفطر عند فلان ولا نية له فأفطر على ماء وتعشى عند فلان حنث لأنه جعل شرط بره الفطر عند فلان وقد تعشى عند فلان وما أفطر عنده فالفطر الحكمي بغروب الشمس وحقيقته بوصول المفطر إلى جوفه وقد وجد ذلك قبل أن يأتي فلانا وإن كان نوى حين

حلف العشاء لم يحنث لان الفطر يذكر في العادة والمراد العشاء فان الرجل يقول أفطرت

عند فلان وفلان يفطر عنده جماعة والمراد التعشي وان حلف لا يتوضأ بكوز فلان
فصب
فلان عليه الماء من كوزه فتوضأ حنث لان التوضئ بالماء الذي في الكوز لا يغير الكوز
وقد وجد ذلك وإن كان الذي يصب عليه الماء من ذلك الكوز غيره وكوز الصفر
والادم
وغير ذلك فيه سواء وهذا إذا كان ذلك يسمى كوزا عادة فأما إذا توضأ باناء لفلان غير

الكوز لم يحنث ولو كان فلان هو الذي وضاه وغسل يديه ووجهه لم يحنث لأنه عقد اليمين

على فعل نفسه وهو التوضئ ولم يوجد وكذلك لو حلف لا يشرب بقدر فلان والله سبحانه وتعالى أعلم
(باب اليمين في العتق)

(قال) رضي الله عنه رجل تزوج أمة ثم قال لها ان مات مولاك فأنت طالق اثنتين فمات المولى والزوج وارثه وقع الطلاق عليها ولم تحل له حتى تنكح زوجا غيره في قول أبي

يوسف رحمه الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى لا يقع الطلاق لان موت المورث سبب

لانتقال المال إلى الوارث وذلك مفسد للنكاح وأو ان وقوع الطلاق بعد وجود الشرط فيقترن الطلاق بحال فساد النكاح ولا يقع الطلاق في هذه الحالة كما إذا قال إذا باعك مني

فأنت طالق اثنتين ثم اشتراها لم تطلق توضيحه ان الطلاق لا يقع الا في النكاح المستقر وهو غير مستقر في حال انتقال الملك إليه ولهذا قال محمد لو كان قال إذا مات مولاك فأنت

حرة فمات المولى وهو وارثه لا تعتق لان العتق لا ينزل الا في الملك المستقر وبنفس موت المولى لا يستقر الملك للوارث ولكن أو ان استقرار ملكه بعده بخلاف ما لو قال إذا مات مولاك فملكك لان أو ان العتق هناك ما بعد استقرار الملك وأبو يوسف رحمه

الله تعالى يقول وجد شرط الطلاق وهي منكوحة بعد فيقع الطلاق كما لو لم يكن الزوج

وارثا له وبيان ذلك أن موت المولى سبب لزوال ملكه فإنما يزول ملكه بعد الموت ثم ينتقل

إلى الوارث بعد ذلك ثم يفسد النكاح بعدما يدخل في ملكه ووقوع الطلاق قبل هذا بدرجتين لان وقوع الطلاق يقترب بزوال ملك المولى وزوال ملك المولى غير مؤثر في دفع

استقرار النكاح والدليل عليه أنه لو قال لها إذا مات مولاك فأنت حرة لم تعتق لان أو ان وقوع العتق مع زوال ملك المالك وملك الوارث كون بعد ذلك فإذا لم يعتبر الملك الذي

يتأخر للوارث في تصحيح عتقه فكذلك لا يعتبر في المنع من وقوع الطلاق ألا ترى أنه لو شرط الملك بقوله إذا مات مولاك فملكك وقع العتق دون الطلاق فإذا لم يشترط الملك يقع الطلاق دون العتق لان الملك منفذ للعتق مانع وقوع الطلاق رجل قال لامته

إذا
مات فلان فأنت حرة ثم باعها ثم تزوجها ثم قال لها إذا مات مولاك فأنت طالق اثنتين

(٣٢)

ثم مات المولى وهو وارثه على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا تعتق ويقع الطلاق
وعلى
قول زفر رحمه الله تعالى يقع العتاق ولا يقع الطلاق وعلى قول محمد رحمه الله تعالى
لا يقع
الطلاق ولا العتاق أما أبو يوسف رحمه الله تعالى مر على أصله ان الطلاق لا يمتنع
وقوعه
الا بعد الملك كما أن العتق لا يقع الا بعد الملك وقد علقهما الحالف بموت فلان
الذي ثبت
بموت فلان زوال ملكه ثم ثبوت الملك للوارث بعد ذلك فأوان العتق والطلاق قبل
ثبوت
الملك له فيقع الطلاق ولا يقع العتق ومحمد رحمه الله تعالى مر على أصله ان وقوع
الطلاق
مع وقوع الملك وحال وقوع الملك للزوج في رقبته ليس بحال استقرار النكاح فلا
يقع
الطلاق ولا يقع العتق لأنه يقترن بوقوع الملك وأوان نفوذ العتق ما بعد الملك واما زفر
رحمه
الله تعالى فإنه يقول لا يقع الطلاق لما قال محمد رحمه الله تعالى لان ما بعد المولى
ليس
بحال استقرار النكاح ويقع العتق باعتبار أنه حلف بالعتق في الملك والشرط تم في
الملك
لان تمام الشرط بعد موت المولى المورث وكما مات المورث انتقل الملك إلى
الوارث فيقع
العتق ولا يعتبر تخلل زوال الملك بعد ذلك كما لو قال لها ان دخلت الدار فأنت حرة
ثم باعها
ثم اشتراها ثم دخلت الدار توضيحه ان العتق لما كان أو ان نزوله بعد الملك يصير
تقدير
كلامه كأنه قال إذا مات مولاك فورثتك ولا يدرج مثل هذا في الطلاق لأنه يبطل
الطلاق
والا دراج للتصحيح لا للابطال أو يدرج حتى لا يقع الطلاق ويقع العتق كما هو
مذهب
زفر وإذا قال لامته إذا باعك فلان فأنت حرة فباعها من فلان ثم اشتراها منه لم تعتق
لان
الشرط بيع فلان إياها وبيع فلان من الحالف سبب لزوال ملكه فأما وقوع الملك

للحالف
بشرائه لا يبيع فلان فلهذا لا تعتق ألا ترى أنه لو قال إذا وهبك لي فلان فأنت حرة
فباعها
من فلان وسلمها ثم استودعها البائع ثم قال للبائع هبها لي فقال هي لك انها له وهذا
قبول
ولا تعتق لان العتق والهبة وقعا وهي في ملك غيره فإنه إنما يملكها بالهبة والشراء بعد
خروجها من ملك البائع والواهب فكان العتق متصلا بزوال ملك البائع والواهب أو
مقترنا بوقوع الملك للحالف ولا ينفذ العتق الا بعد تقدم الملك في المحل وان قال إذا
وهبك
فلان مني فأنت حرة فوهبها منه وهو قابض لها عتقت وكذلك قوله إذا باعك فلان مني
فأنت حرة لأنه صرح بما هو السبب الملك في حقه وإضافة العتق إلى سبب الملك
كإضافته
إلى نفس الملك رجل قال لآخر يا فلان والله لا أكلمك عشرة أيام والله لا أكلمك
تسعة أيام والله

لا أكلمك ثمانية أيام فقد حنث مرتين لأنه باليمين الثانية صار مخاطبا له فيحنث في
اليمين الأولى
وباليمين الثالثة صار مخاطبا فيحنث في اليمين الثانية وعليه اليمين الثالثة حتى أن كلمه
في الثمانية
الأيام حنث أيضا وان قال والله لا أكلمك ثمانية أيام والله لا أكلمك تسعة أيام والله لا
أكلمك
عشرة أيام فقد حنث مرتين وعليه اليمين الثالثة ان كلمه في العشرة الأيام حنث أيضا
رجل
قال على المشي إلى بيت الله تعالى وكل مملوك له حر وكل امرأة له طلق ان دخل هذه
الدار وقال رجل آخر على مثل ما حلفت على يمينك من هذه الايمان ان دخلت الدار
فدخل
الثاني الدار لزمه المشي إلى بيت الله تعالى ولم يلزمه عتق ولا طلاق لان الثاني صرح
بكلمة
على وهي كلمة التزام فكانت عاملة فيما يصح التزامه في الذمة دون ما لا يصح التزامه
في الذمة
والمشي إلى بيت الله تعالى يصح التزامه في الذمة فيتعلق بدخوله الدار وعند الدخول
يصير
كالمنجز فأما الطلاق لا يصح التزامه في الذمة والعتق وإن كان يصح التزامه في الذمة
ولكن لا يتنجز في المحل بدون التنجيز فلهذا لا يعتق مملوكه ولا تطلق زوجته إذا
دخل الدار
وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى ان الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق
ان دخلت الدار وقال آخر على مثل ذلك في امرأتي من الطلاق ان دخلتها فدخل الثاني
الدار لم تطلق امرأته عند أبي يوسف رحمه الله تعالى وطلقت عند زفر رحمه الله تعالى
لأنه
ألزم نفسه عند دخول الدار في امرأته من الطلاق ما التزمه الأول والأول إنما ألزم نفسه
وقوع الطلاق عليها عند الدخول لا لزوم الطلاق دينا في ذمته فيثبت ذلك في حق
الثاني
(قال) في الكتاب ألا ترى أنه لو قال الله على طلاق امرأتي لا يلزمه شيء وهذا يصير
رواية في فصل وفيه اختلاف ان من قال لا امرأته طلاقك على واجب أو طلاقك لي
لازم
فكان محمد بن سلمة رحمه الله تعالى يقول يقع الطلاق فيهما جميعا والعراقيون من
مشايخنا كانوا
يقولون في قوله على واجب لا يقع وفي قوله لي لازم يقع والا صح ما ذكره محمد بن

مقاتل
رضى الله تعالى عنه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يقع الطلاق فيهما جميعا لان
الوجوب
واللزوم يكون في الذمة والطلاق لا يلتزم في الذمة وليس للالتزامه في الذمة عمل في
الوقوع
وعلى قول محمد رحمه الله تعالى في قوله لي لازم يقع لان معناه حكم الطلاق لي
لازم وجعل
السبب كناية عن الحكم صحيح وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى ينوى في ذلك
لاحتمال
أن يكون المراد لزوم الحكم إياه فإذا نوى الوقوع وقع فاما العتق فقد جعل الثاني بهذا
اللفظ

عليه عتق مماليكه فيؤمر بالوفاء بالندر من غير أن يجبر عليه في القضاء كما لو قال لله
علي
أن أعتق عبدي هذا لم يعتق بهذا القول ولكن الأفضل له ان بقي به معناه ان يؤمر
بالوفاء فيما بينه وبين ربه كما هو موجب نذره ألا ترى ان رجلا لو قال عبده سالم
حرا
دخل الدار فقال رجل آخر على مثل ما جعلت على نفسك ان دخلت الدار فدخلها أنه
لا شيء
عليه وهذا ظاهر لان الثاني يلتزم بالدخول عتق مالا يملكه ولا عتق فيما لا يملكه ابن
آدم فان
عنى به عتق عبد من عبيده الذي يملكه فالأحسن له أن يفى به وهو آثم إن لم يف به
لترك
الوفاء بالمنذور وبيانه في قوله تعالى ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله الآية واما
المشي
إلى بيت الله تعالى والحج والعمرة والندر والصيام وكل شيء يتقرب به العبد إلى ربه فإذا
قال رجل آخر على مثل ما حلفت به ان فعلت ففعله الثاني فإنه عليه
وكذلك لو قال الأول على عتق نسمة ان فعلت كذا
ففعل فعليه عتق نسمة لأنه قرابة يصح التزامها
في الذمة بالندر والوفاء بالندور
يؤمر به الناذر بينه وبين
ربه والله أعلم

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الحدود)

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي

سهل

السرخسي رحمه الله تعالى إملاء الحد في اللغة هو المنع ومنه سمي البواب حدادا

لمنعه الناس من

الدخول وسمى اللفظ الجامع المانع حدا لأنه يجمع معاني الشئ ويمنع دخول غيره فيه

فسميت

العقوبات حدودا لكونها مانعة من ارتكاب أسبابها وفي الشرع الحد اسم لعقوبة مقدرة

تجب حقا لله تعالى ولهذا لا يسمى به التعزير لأنه غير مقدر ولا يسمى به القصاص

لأنه حق

العباد وهذا لان وجوب حق العباد في الأصل بطريق الجبران فأما ما يجب حقا لله

تعالى

فالمنع من ارتكاب سببه لان الله تعالى عن أن يلحقه نقصان ليحتاج في حقه إلى

الجبران وهي

أنواع فهذا الكتاب لبيان نوعين منها حد الزنا وحد النسبة إلى الزنا وسبب كل واحد

منهما

ما يضاف إليه لان الواجبات تضاف إلى أسبابها والموجب هو الله تعالى ولكن

الأسباب

لتيسير المعرفة على العباد لا أن تكون الأسباب هي الموجبة ثم الزنا نوعان رجم في

حق

المحصن وجلد غير المحصن وقد كان الحكم في الابتداء الحبس في البيوت والتعير

والأذى باللسان كما قال الله تعالى فامسكوهن في البيوت وقال فأذوهما ثم انتسخ

ذلك

بحديث عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال خذوا عني قد جعل الله

لهن سبيلا

البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد كان

هذا

قبل نزول سورة النور بدليل قوله خذوا عني ولو كان بعد نزولها لقال خذوا عن الله

تعالى

ثم انتسخ ذلك بقوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة واستقر الحكم على

الجلد في

حق غير المحصن والرجم في حق المحصن فأما الجلد فهو متفق عليه بين العلماء وأما

الرجم
فهو حد مشروع في حق المحصن؟ ثابت بالسنة الا على قول الخوارج فإنهم ينكرون
الرجم
لأنهم لا يقبلون الاخبار إذا لم تكن في حد التواتر والدليل على أن الرجم حد في حق
المحصن

أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا بعد ما سأل عن احصانه ورجم الغامدية
وحديث
العسيف حيث قال واغديا أنيس إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها دليل على ذلك
وقال
عمر رضي الله عنه على المنبر وان مما أنزل في القرآن أن الشيخ والشيخة إذا زينا
فارجموهما
البتة وسيأتي قوم ينكرون ذلك ولولا أن الناس يقولون زاد عمر في كتاب الله لكتبته
على
حاشية المصحف والجمع بين الجلد والرجم في حق المحصن غير مشروع حدا عندنا
وعند
أصحاب الظواهر هما حد المحصن لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم والثيب بالثيب
جلد
مائة ورجم بالحجارة ولحديث علي رضي الله عنه فإنه جلد شراحة الهمدانية ثم رجمها
ثم قال
جلدتها بكتاب الله ورجمتها بالسنة (وحدثنا) حديث ماعز والغامدية قد رجمهما
رسول
الله صلى الله عليه وسلم ولم يجلدهما وقال فان اعترفت فارجمها وقد بينا أن المقصود
الزجر
عن ارتكاب السبب وأبلغ ما يكون من الزجر بعقوبة تأتي على النفس بأفحش الوجوه
فلا
حاجة معها إلى الجلد والاشتغال به اشتغال بما لا يفيد وما لا فائدة فيه لا يكون
مشروعا حدا
وقد بينا أن الجمع بينهما قد انتسخ وقيل تأويل قوله جلد مائة ورجم بالحجارة الجلد
في حق
ثيب هو غير محصن والرجم في حق ثيب هو محصن وحديث علي رضي الله عنه
تأويله ان
جلدها لأنه لم يعرف احصانها ثم علم احصانها فرجمها وهو القياس عندنا على ما بيناه
في الجامع
ثم سبب هذا الحد يثبت عند الامام بالشهادة تارة وبالإقرار أخرى فبدأ الكتاب ببيان
ما يثبت بالشهادة فقال والزنا مختص من بين سائر الحقوق في أنه لا يثبت الا بشهادة
أربعة
لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقد
تكلف

بعضهم فيه معنى وهو أن الزنا لا يتم الا باثنين وفعل كل واحد لا يثبت الا بشهادة شاهدين
ولكن هذا ضعيف فان شهادة شاهدين كما يثبت فعل الواحد يثبت فعل الاثنين ولكننا
نقول إن الله تعالى يحب الستر على عباده والى ذلك ندب وذم من أحب أن تشيع
الفاحشة
فلتحقيق معنى الستر شرط زيادة العدد في الشهود على هذه الفاحشة واليه أشار رسول
الله صلى الله عليه وسلم في قوله لهلال بن أمية ائت بأربعة يشهدون على صدق
مقالتك
والا فحد في ظهرك واليه أشار عمر رضي الله عنه حين شهد عنده أبو بكر وشبل بن
معبد ونافع بن الأزرق على المغيرة بن شعبة رضي الله عنه بالزنا فقال لزياد وهو الرابع
بم
تشهد فقال أنا رأيت أقداما بادية وأنفاسا عالية وأمرأ منكرا وفي رواية قال رأيتهما تحت

لحاف واحد ينخفضان ويرتفعان ويضطربان اضطراب الخيزران وفي رواية رأيت رجلا ألقى وامرأة صرعى ورجلين مخضوبتين وانسانا يذهب ويجيء ولم أر ما سوى ذلك فقال

الله أكبر الحمد لله الذي لم يفضح واحد من أصحاب رسوله صلى الله عليه وسلم ففي هذا

بيان اشتراط الأربعة لابقاء ستر العفة (قال) وإذا شهدت الأربعة بالزنا بين يدي القاضي ينبغي له أن يسألهم عن الزنا ما هو وكيف هو ومتي زنا وأين زنا لأنهم شهدوا بلفظ محتمل فلا بد من أن يستفسرهم أما السؤال عن ماهية الزنا لان من الناس من يعتقد

في كل وطئ حرام أنه زنا ولان الشرع سمى الفعل فيما دون الفرج زنا قال العينان تزنيان

وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق

ذلك كله أو يكذب والحد لا يجب الا بالجماع في الفرج ألا تري ان رسول الله صلى الله عليه

وسلم استفسر ماعزا حتى فسر كالميل في المكحلة والرشا في البئر وقال له مع ذلك لعلك

قبلتها لعلك مسستها حتى إذا ذكر الكاف والنون قبل اقراره والزنا لغة مأخوذ من الزنا وهو

الضييق ولا يكون ذلك الا بالجماع في الفرج فلهذا سألهم عن ماهية الزنا وكيفية وأما السؤال

عن الوقت لجواز أن يكون العهد متقادما فان حد الزنا بحجة البينة لا يقام بعد تقادم العهد

عندنا والسؤال عن المكان لتوهم أن يكون فعل ذلك في دار الحرب حيث لم يكن تحت

ولاية الامام والسؤال عن المزني بها لان النبي صلى الله عليه وسلم سأل ماعزا عن ذلك بقوله

الآن أقررت أربعة فبمن زنت ولان من الجائز أن يكون له نكاح أو شبهة نكاح في المفعول بها وذلك غير معلوم للشهود فإذا فسروا تبين ذلك للقاضي والحاصل أن القاضي

مندوب إلى الاحتيال لدرء الحد كما قال صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحد بالشبهات ولقن

المقر الرجوع بقوله أسرق ما أخاله سرق وقال عمر رضي الله عنه اطرءوا المعترفين

يعني الذين يقرون
على أنفسهم بالسبب الموجب للحد ومن أسباب احتيال الدرء ان يستقصى مع الشهود
ولان
المتعلق بهذه الشهادة ما إذا وقع فيه الغلط لا يمكن تداركه فيستقصى للتحرز عن ذلك
فإذا بينوا
ذلك والقاضي لا يعرف عدالة الشهود فإنه يحبسه حتى يسأل عن الشهود وهذا لأنه لو
خلى
سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك ولا وجه إلى أخذ الكفيل منه لان أخذ الكفيل نوع
احتياط فلا يكون مشروعاً فيما بنى على الدرء (فان قيل) الاحتياط في الحبس أظهر
(قلنا)
حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لأنه صار متهما بارتكاب الفاحشة

فيحبسه تعزيرا ولهذا لا يحبسه في الديون قبل ظهور عدالة الشهود ولان الحبس أقصى العقوبة هناك فإنه بعد ما ثبت الحق لا يعاقبه الا بالحبس فلا يجوز أن يفعله قبل ثبوت الحق

بخلاف الحدود فإذا ظهرت عدالة الشهود نظر في أمر الرجل فإن كان محصنا رجمه وإن كان

غير محصن جلده والاحصان الذي يتعلق به الرجم له شرائط فالمتقدمون يقولون شرائطه

سبعة العقل والبلوغ والحرية والنكاح الصحيح والدخول بالنكاح وأن يكون كل واحد من

الزوجين مثل الآخر في صفة الاحصان والإسلام والأصح ان نقول شرط الاحصان على الخصوص اثنان الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هي مثله فأما العقل والبلوغ فهما شرط الأهلية للعقوبة لا شرط الاحصان على الخصوص لان غير المخاطب لا يكون أهلا

لالتزام شيء من العقوبات والحرية شرط تكميل العقوبة لا أن تكون شرط الاحصان على الخصوص فأما الدخول شرط ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب والثيوبة لا تكون

الا بالدخول وشرطنا أن يكون ذلك بالنكاح الصحيح لان الثيوبة على ما عليه أصل حال الآدمي من الحرية لا يتصور بسبب مشروع سوى النكاح الصحيح وكان المقصود به تغليظ الجريمة لان الرجم أفحش العقوبات فيستدعى أغلظ الجنايات والجناية في الاقدام

على الزنا بعد إصابة الحلال يكون أغلظ ولهذا لا تشترط العفة عن الزنا في هذا الاحصان

بخلاف احصان القذف لان الزنا بعد الزنا أغلظ في الجريمة من الزنا بعد العفة فاما الاسلام

شرط في قول علمائنا وعن أبي يوسف رحمه الله انه ليس بشرط وهو قول الشافعي رحمه

الله تعالى لحديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهما رجم يهوديين زنيا

وزاد في بعض الروايات وقد أحصنا والمعني فيه أن هذه عقوبة يعتقد الكافر حرمة سببها

فيقام عليه كما يقام على المسلم كالجلد والقطع والقتل في القصاص بخلاف حد الشرب فإنه

لا يعتقد حرمة سببه وتأثيره ما بينا ان ما اشترط في الاحصان إنما يشترط لمعنى تغلظ

الجريمة
وغلظ الجريمة باعتبار الدين من حيث اعتقاد الحرمة فإذا كان هو في دينه معتقدا
للحرمة كالمسلم
فقد حصل ما هو المقصود فكان به محصنا فان المحصن من يكون في حصن ومنع من
الزنا وهو باعتقاده ممنوع من الزنا وقد أُنذر عليه بالعقوبة في دينه فكان محصنا ثم لا
يجوز
اشتراط الاسلام لمعنى الفضيلة والكرامة والنعمة كما لا يشترط سائر الفضائل من العلم
والشرف
ولا يجوز اشتراط الاسلام لمعنى التغليظ لان الكفر أليق بهذا من الاسلام فالاسلام

للتخفيف والعصمة والكفر من دواعي التغليظ فإذا كان تقام هذه العقوبة على المسلم
بارتكاب
هذه الفاحشة فعلى الكافر أولى (وحتتنا) قوله صلى الله عليه وسلم من أشرك بالله
فليس
بمحصن معناه ليس بكامل الحال فان المحصن من هو كامل الحال والرجم لا يقام الا
على
من هو كامل الحال والاعتماد في المسألة على الاستدلال بالثبوت فان الثبوت بالنكاح
الصحيح
شرط لايجاب الرجم ومعلوم أن المقصود انكسار شهوته بإصابة الحلال وهذا المقصود
يتم بالإصابة بملك اليمين كما يتم بالنكاح ثم شرط أن يكون بالنكاح فما كان ذلك
الا
لاعتبار معنى النعمة ويتبين بهذا أن ما يشترط لإقامة الرجم يشترط بطريق هو نعمة
فكذلك
اعتقاد الحرمة يشترط بطريق هو نعمة وذلك بالاسلام بل أولى لان أصل النعمة في
الوطئ
بملك اليمين موجود إنما انعدم نهايتها وأصل النعمة منعدم هنا فيما يعتقد الكافر
وتأثيره
أن الجريمة كما تتغلظ باجتماع الموانع تتغلظ باجتماع النعم ولهذا هدد الله تعالى
نساء رسول
الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهن بضعف ما هدد به غيرهن بقوله تعالى
يضاعف
لها العذاب ضعفين لزيادة النعمة عليهن وعوتب الأنبياء عليهم الصلاة والسلام على
الزلات
بما لم يؤاخذ به غيرهم لزيادة النعمة عليهم والحر يقام الحد الكامل ولا يقام على العبد
لزيادة نعمة الحرية في حق الحر فبدن العبد أكثر احتمالاً للحد من بدن الحر فعرفنا أن
بزيادة النعمة يزداد تغليظ الجريمة لما في ارتكاب الفاحشة من كفران النعمة فأما سائر
الفضائل إنما لا تشترط لان شرط الحد بالرأي لا يمكن اثباته ونحن قلنا ما يكون شرطاً
بالاتفاق لا ينبغي أن يشترط بطريق هو نعمة استدلالاً بالثبوت فأما ما لم يعرف شرطاً
لو أثبتناه لأثبتناه بالرأي ابتداء مع أنه إنما يشترط في الاحصان ما ينطلق عليه اسم
الاحصان وسائر الفضائل لا ينطلق عليه اسم الاحصان وأما الاسلام فيطلق عليه اسم
الاحصان في قوله تعالى والذين يرمون المحصنات وقال تعالى فإذا أحصن فان أتين
بفاحشة فأما العفة وإن كان يطلق عليها اسم الاحصان ولكن العفة انزجار عن الزنا
والانزجار

عن الزنا مع الاقدام على الزنا لا يتحقق فلا يمكن اشتراط العفة مقترنا بالزنا ولا سابقا
على الزنا
لأنه لا تتغلظ به الجريمة كما بينا فان الاصرار على الزنا أفحش في الجريمة مع أن العفة
الوقوف
على حدود الدين فإذا شرطنا أصل الدين بطريق هو نعمة حصل ما هو المقصود فأما
الحديث فإنها رجمهما رسول الله صلى الله عليه وسلم بحكم التوراة ألا ترى أنه دعى
بالتوراة

وبابن سوريا الا عور وناشده بالله حتى اعترف بأن حكم الزنا في كتابهم الرجم
فرجمهما وقال
أنا أحق من أحبي سنة أماتوها وإحياء سنة أميتت إنما يكون بالعمل بها فدل انه إنما
رجمهما
بحكم التوراة ولم يكن الاحصان شرطا في الرجم بحكم التوراة وقوله وقد أحصنا شاذ
ولو
ثبت فمراده الاحصان من حيث الحرية كما في قوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا
الكتاب
من قبلكم وأما اشتراط احصان كل واحد منهما في الآخر فهو مذهبنا وفي رواية عن
أبي
يوسف وهو قول الشافعي رحمهما الله تعالى ليس بشرط حتى أن المملوكين إذا كان
بينهما
وطئ بنكاح صحيح في حالة الرق ثم عتقا لا يكونا محصنين عندنا وكذلك الكافران
وفي رواية
أبي يوسف رحمه الله تعالى هما محصنان وكذلك الحر إذا تزوج أمة أو صغيرة أو
مجنونة
ودخل بها وكذلك المسلم إذا تزوج كتابية ودخل بها أو أسلمت المرأة قبل أن يدخل
بها
الزوج الكافر فدخل بها قبل أن يفرق بينهما فإنها لا تكون محصنة بهذا الدخول عندنا
وعلى
قول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى يثبت الاحصان لان ما هو المقصود قد
تم وهو
انكسار الشهوة بإصابة الحلال وأن يكون بطريق هو نهاية في النعمة ولكننا نستدل بما
روى أن
كعب بن مالك أراد أن يتزوج بيهودية فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم دعها
فإنها
لا تحصنك وان حذيفة بن اليمان رضي الله عنه أراد أن يتزوج يهودية فقال له عمر
رضي الله عنه
دعها فإنها لا تحصنك وقال صلى الله عليه وسلم لا تحصن المسلم اليهودية ولا
النصرانية ولا
الحررة العبد ولا الحر الأمة وفيه معنيان أحدهما أن الزوجية تنبئ عن المساواة فذلك
المفهوم من
قولهم زوج نعل زوج خف وقد صارت الزوجية هنا شرطا فتشترط المساواة بينهما في

الصفة لان تمام الزوجية يكون به ثم بسبب الرق ينتقص ملك الحل وقد بينا ذلك في كتاب

الطلاق فلا بد من اعتبار حرية كل واحد منهما لتكون الثبوت بعد كمال ملك الحل وإذا

ثبت اشتراط الحرية يثبت اشتراط البلوغ والعقل فيها بطريق الأولى لان بسبب الصغر يدخل في هذا الفعل نقصان فان تمام ميل طبع المرء إلى البالغة العاقلة وكذلك يشترط الاسلام

لان الكافرة في حق المسلم ناقصة الحال لا يتم سكونه إليها وقد بينا ان الرجم أقصى العقوبات

وفي شرائطه يعتبر النهاية أيضا احتيالا لدرء هذه العقوبة فان أقر الزاني بأنه محصن فإقراره

عليه حجة تامة لأنه غير متهم فيما يقربه على نفسه ولكنه يستفسره الامام لان الاحصان لفظ مبهم وهو يطلق على أشياء يسمى به كل واحد منها وان قال لست بمحصن فشهد عليه

شاهدان أنه محصن استفسرهما عن الاحصان ما هو وكيف هو فإذا بينا ذلك رجمه إن كان
الشاهد بالاحصان رجلين ولا يشترط في الاحصان عدد الأربعة لأنه ليس بسبب موجب للعقوبة (قال) وكذلك لو شهد رجل وامرأتان بالاحصان وعلى قول زفر والشافعي رحمهما
الله تعالى لا يثبت الاحصان بشهادة رجل وامرأتين أما الكلام مع الشافعي رحمه الله تعالى
ينبنى على ما بينا في النكاح أن النكاح في غير هذه الحالة عنده لا يثبت بشهادة الرجل مع
النساء لأنه ليس بمال ولا من حقوق ما هو مال وإنما يتحقق الكلام هنا بيننا وبين زفر فحجته
رحمه الله تعالى ان المقصود بالاحصان هنا تكميل العقوبة وباعتبار ما هو المقصود لا يكون
للنساء فيه شهادة لان المكمل للعقوبة بمنزلة الموجب لأصل العقوبة به فكما لا يثبت أصل
العقوبة بشهادة النساء فكذلك تكميلها ألا ترى أن هذا الزاني لو كان عبدا مسلما لزمي فشهد
ذميان ان مولاه كان أعتقه قبل الزنا وقد استجمع سائر شرائط الاحصان لا تقبل شهادتهما
ومعلوم ان في غير هذه الحالة شهادة أهل الذمة على العتق على الذمي مقبولة ولكن لما كان
المقصود هنا تكميل العقوبة على المسلم نظرنا إلى المقصود دون المشهود به يوضح ما قلنا إن
الاحصان شرط والحكم يضاف إلى الشرط وجودا عنده كما يضاف إلى السبب ثبوتا به فكما
لا يثبت سبب العقوبة بشهادة النساء فكذلك شرطها (وحجتنا) فيه أن الاحصان ليس بسبب موجب للعقوبة فيثبت بشهادة الرجال مع النساء كسائر الحقوق وهذا لا اشكال فيه فان
الاحصان عبارة عن خصال حميدة بعضها مأمور به وبعضها مندوب إليه فيستحيل أن يكون
سببا لايحباب العقوبة ولا هو شرط أيضا لان الشرط ما يتوقف الحكم على وجوده بعد السبب
ولا يتوقف وجوب الرجم على وجود الاحصان بعد الزنا فإنه وان صار محصنا وبعد

الزنا لم
يرجم ولكنه عبارة عن حال في الزاني يصير الزنا في تلك الحالة موجبا للرجم والحكم
غير
مضاف إلى الحال ثبوتاً به ولا وجوداً عنده فعرّفنا ان الشهادة بالنكاح في هذه الحالة
وفي غير
هذه الحالة سواء واما شهادة أهل الذمة فنقول العتق هناك يثبت وإنما لا يثبت سبق
التاريخ
لان هذا تاريخ ينكره المسلم وما ينكره المسلم لا يثبت بشهادة أهل الذمة ولان المسلم
يتضرر
بهذه الشهادة من حيث إقامة العقوبة الكاملة عليه ولا يجوز ان يتضرر المسلم بشهادة
الكفار
وتحقيقه ان شهادة أهل الذمة دخلها الخصوص في المشهود عليه لا في المشهود به فان
شهادتهم
على المسلمين غير مقبولة وعلى أهل الذمة مقبولة في الحدود وغيرها فإذا كان
الخصوص في

المشهود عليه ينظر إلى من يقام عليه الحكم بعد شهادتهم والذي يقام هنا الحد الكامل على

المسلم فلا تقبل شهادتهما فيه فأما شهادة الرجال مع النساء دخلها الخصوص في المشهود به

لا في المشهود عليه وإنما يمتنع قبولها إذا كان المشهود به سبب العقوبة أو شرطاً مؤثراً

في العقوبة وقد بينا أن ذلك غير موجود في الاحصان فلماذا قبلت شهادة النساء مع الرجال هنا (قال) فإن قال شهود الاحصان حين استفسرهم القاضي إنه تزوج امرأة فجامعها أو باضعها فذلك كاف لان مطلق الجماع يتناول الجماع في الفرج خاصة ولهذا

ما تعلق بالجماع من الاحكام شرعاً إنما يتعلق بالجماع في الفرج والمباضعة مفاعلة من ادخال البضع في البضع فأما إذا قالوا دخل بها فذلك يكفي لثبوت الاحصان في قول أبي حنيفة ولا يكفي في قول محمد رحمهما الله تعالى ولم يذكر قول أبي يوسف وهو كقول

أبي حنيفة رحمهما الله تعالى محمد رحمه الله يقول الدخول مشترك قد يراد به الوطئ وقد

يراد به الملاقاة وكل لفظ مشترك أو مبهم يذكر الشهود فعلى القاضي أن يستفسرهم ليكون اقدامه على الامر عن بصيرة ألا ترى أنهم لو قالوا أتاها أو قربها لا يكفي بذلك وأبو حنيفة رحمه الله قال إنهم ذكروا الدخول مضافاً إليها والدخول مضافاً إلى النساء بحرف الباء يراد به الجماع قال الله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن وإذا قيل فلان دخل

بامرأته لا يفهم منه الا الجماع والاسم مشترك بدون الصلة وأما مع هذه الصلة والإضافة فلا

وهو كاسم الوطئ فقد يراد به الوطئ بالقدم ثم إذا قالوا وطئها كان ذلك كافياً لثبوت الاحصان فهذا مثله ولكن محمد رحمه الله تعالى يقول قد يقال دخل بها والمراد مر بها أي

خلى بها إلا أن ذلك نوع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة (قال) وان شهدوا على التزويج

فقط غير أن له منها ولدا فهو احصان ولا يكون الاحصان بشئ أبين من هذا لأننا لما حكمنا بثبوت النسب منه فقد حكمنا بالدخول بها وذلك أقوى من شهادة الشهود على أنه

جامعها ولان الذي يقع به العلم بالدخول بها إذا كان بينهما أولاد فوق ما يقع بشهادة الشاهدين (قال) ولا يكون محصناً بالخلوة الموجبة للمهر والعدة لان المقصود انكسار

الشهوة
بإصابة الحلال لاستغنائه عن الحرام وذلك لا يحصل بالخلوة وإنما تجعل الخلوة تسليماً
للمستحق
بالعقد في حكم المهر والعدة ألا ترى أن سائر الأحكام المتعلقة بالوطئ لا يثبت شيء
منها
بالخلوة فكذلك الاحصان (قال) ولا يجمع بين الجلد والرجم ولا بين الجلد والنفى أما
في حق

الجمع بين الجلد والرجم في حق المحصن فقد بيناه وأما في حق البكر فلا يجمع بين
الجلد
والنفي عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يجمع بينهما فيجلد مائة ويغرب سنة
واحتج في
ذلك يحدث العسيف أن النبي صلى الله عليه وسلم قال على ابنك جلد مائة وتغريب
عام
وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب وأبو بكر رضي الله عنه ضرب
وغرب وعمر
رضي الله عنه ضرب وغرب واشتغل بعضهم بالقياس فقال النفي مما يقع به التعزير
فكان من
جنسه حدا كالجلد ولكن هذا كلام الجهال فان اثبات الحدود وتكميلها بالقياس لا
يكون
ولكن الحرف لهم أن الزنا ان تتخذه المرأة عادة تكتسب به إنما ينشأ من الصحبة
والمؤلفة
والمؤانسة والفراغ والتغريب قاطع لهذا السبب والحد مشروع للزجر عن ارتكاب سببه
فما يكون
قاطعا للسبب يحصل به المقصود فيكون حدا ألا ترى أن حد السرقة مشروع بقطع اليد
والرجل لان تمكنه من هذا الفعل بالمشي والبطش فقطع الآلة الماشية والباطشة مانع له
من
ذلك ولا معنى لقولكم كيف تنفي مع المحرم أو بغير محرم لأن النفي هجرة واجبة فلا
يعتبر فيه
المحرم كالهجرة في التي أسلمت في دار الحرب فلما كان حدا فعلى الامام ان يتكلف
لما يحتاج
إليه في اقامته كالجلد (وحجتنا) فيه قوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فقد
جعل
الجلد جميع حد الزنا فلو أوجبنا معه التغريب كان الجلد بعض الحد فيكون زيادة على
النص وذلك
يعدل النسخ وروى أن مخدجا سقيما وجد على بطن أمة من إماء الحي يفجر بها فأتي
به رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال اضربوه مائة فقالوا أن بدنه لا يحتمل الضرب فقال صلى
الله عليه
وسلم خذوا عثكالا عليه مائة شمراخ فاضربوه بها ولم يأمره بالتغريب ولو كان ذلك
حدا لتكلف

له كما تكلف للحد وان عمر رضي الله عنه جلدا أبا بكره رضي الله عنه في داره علي
الزنا وأمر امرأته ان تكتم فلو كان التغريب متمما للحد لما أمرها بالكتمان لان ذلك
لا يتصور لما نفي شارب الخمر ارتد ولحق بالروم فقال والله لا أنفي أحدا بعد هذا أبدا
فلو
كان مشروعاً حدا لما حلف أن لا يقيمه قال علي رضي الله عنه كفي بالنفي فتنة والحد
مشروع لتسكين الفتنة فما يكون فتنة لا يكون حدا وعن إبراهيم رحمه الله تعالى ان
علياً
وابن مسعود رضي الله عنهما اختلفا في أم ولد زنت بعد موت مولاها قال علي رضي
الله عنه
تجلد ولا تنفي وقال ابن مسعود رضي الله عنه تنفي وأخذنا بقول علي رضي الله عنه
لأنه أقرب
إلى دفع الفتنة والفساد ومعني هذا ما ذكره في الكتاب قال رأيت شابة زنت أكنت

أنفيها أي في نفيها تعريض لها لمثل ما ابتليت به فإنها عند أبويها تكون محفوظة ففي دار

الغربة تكون خليعة العذار والنساء لحم على وضم الا ما ذب عنهن وإنما تبقى المرأة محفوظة

بالحافظ والاستحياء وذلك ينعلم بالتغريب فيكون تعريضا لها للاقدام على هذه الفاحشة برفع المانع وهذا أولى مما قاله الخصم لان ما ينشأ عن الصحبة والمؤانسة يكون مكتوما

وما ينشأ عن المواقحة يكون ظاهرا فان في هذا قطع لسبب ما ينشأ عن المحادثة وهو مكتوم

ففيه تعريض للزنا بطريق الوقاحة وهو أفحش ثم قال أرأيت أمة زنت أكنت أنفيها فأحول بينها وبين مولاها وبين خدمتها وحق المولى في الخدمة مرعي وهو مقدم على الشرع وإذا ثبت أن الأمة لا تنفي فكذلك الحرة لان الله قال فعليهن نصف ما على المحصنات

من العذاب وإذا ثبت أن نصف الحد خمسون جلدة ثبت ان كماله مائة جلدة ثم لا يجوز أن

تنفي الحرة مع المحرم لان المحرم لم يزن فكيف يقام عليه الحد وبدون المحرم هي ممنوعة عن

المسافرة شرعا فلا يجوز إقامة الحد بطريق فيه ابطال ما هو مستحق شرعا فأما المهاجرة

لا تقصد السفر بغير محرم وإنما تقصد التخليص من المشركين حتى لو وصلت إلى جيش لهم

منعة في دار الاسلام وأمنت لم يكن لها أن تسافر بغير محرم بعد ذلك فأما الحديث فقد بينا

أن الجمع بين الجلد والتغريب كان في الابتداء ثم انتسخ بنزول سورة النور والمراد بالتغريب

الحبس على سبيل التعزير قيل في تأويل قوله تعالى أو ينفوا من الأرض أنه الحبس وقال القائل

ومن يك أمسى بالمدينة رحله * فاني وقيار بها لغريب

أي محبوس ونحن نقول يحبس بطريق التعزير حتى تظهر توبته وان ثبت النفي على أحد فذلك بطريق المصلحة لا بطريق الحد كما نفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وسلم هيت

المخنت من المدينة ونفي عمر رضي الله عنه نصر بن حجاج من المدينة حين سمع قائلة تقول

هل من سبيل إلى خمر فأشربها * أو هل سبيل إلى نصر بن حجاج
فنفاه والجمال لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك للمصلحة فإنه قال وما ذنبي يا أمير
المؤمنين قال
لا ذنب لك وإنما الذنب لي حيث لا أظهر دار الهجرة منك وقول ابن أبي ليلى رحمه
الله
تعالى في النفي كقول الشافعي رحمه الله تعالى إلا أنه يقول ينفي إلى بلد غير البلد
الذي فجر فيه
ولكن دون مسيرة سفر وعند الشافعي رحمه الله لا يكون النفي دون مسيرة سفر (قال)
ولا يكون محصنا بالجماع في النكاح الفاسد لأنه نوع من الوطئ الحرام فلا يتم به
عليه النعمة

ولا يستفيد كمال الحال والاحصان عبارة عن ذلك ولا بالجماع في النكاح الصحيح إذا كان قال

لها ان تزوجتك فأنت طالق لان الدلالة قامت لنا على أنها تطلق بنفس العقد فجماعه إياها

بعد ذلك يكون زنا إلا أنه لا يحب به الحد لشبهة اختلاف العلماء ولكن لا يستفاد بهذا الفعل

كمال الحال وكذلك أن تزوج المسلم مجوسية أو مسلمة بغير شهود فدخل بها لان هذا من

أنواع النكاح الفاسد (قال) وإذا ثبت الزنا عند القاضي سأل الزاني أمحصن أنت لأنه لو أقر بالاحصان استغنى القاضي عن طلب احصانه بالحجة فان أنكر احصانه وشهد الشهود

عليه فرجم ثم رجع شهود الاحصان لم يضمنوا شيئاً لأنهم ما شهدوا بسبب العقوبة ولا بشرطها ولان سبب العقوبة ثابت ببقاء شهود الزنا على شهادتهم فان رجع شهود الزنا وشهود الاحصان فلا ضمان على شهود الاحصان عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى يشتركون في الضمان بناء على أصل ان الاحصان شرط الرجم وان شهود الشرط يضمنون عند الرجوع كشهود السبب عنده وعندنا لا ضمان على شهود الشرط ثم قد بينا أن الاحصان ليس بشرط لان الشرط حقيقة ما يتوقف تمام السبب عليه ولكنه حال في الزاني فلا يكون الاتلاف مضافاً إليه بوجه وربما قال زفر رحمه الله تعالى الاحصان

يغلظ جريمته والرجم عقوبة جريمة مغلظة فإذا ثبت أن بشهود الاحصان تغلظت جريمته كانوا بمنزلة من أثبت أصل الجريمة فصاروا في المعنى كسنة نفر شهدوا على استحقاق القتل ولكن هذا بعيد فان الاسلام والنكاح يثبت بشهادتهما ولا يجوز أن تضاف إليهما الجريمة ولا تغليظها ألا ترى أنه لو شهد رجلان بالزنا وآخر ان بالاحصان

لا تتم الحجة معلوم أن الرجم يستحق بشهادة شهود أربعة فلو كان شهود الاحصان كشهود

الزنا لتمت الحجة هنا فأما إذا رجع شهود بالزنا أو بعضهم فالمسألة على ثلاثة أوجه اما أن

يرجع أحدهم قبل القضاء أو بعد القضاء قبل إقامة الحد أو بعد إقامة الحد فان رجع أحدهم

قبل القضاء يحدون حد القذف عندنا كما لو رجعوا جميعاً وقال زفر رحمه الله تعالى لا

يحد الا الراجع خاصة وجه قوله ان الحجة تمت باجتماع الأربعة على أداء الشهادة

وتمام
الحجة يمنع من أن يكون كلامهم قذفا ثم الرجوع فسخ معنى الشهادة من كلامه
برجوعه فينقلب
كلامه قذفا ولكن له ولاية فسخ الشهادة على نفسه لا على غيره فيبقى كلام الباقيين

شهادة وصار في حقهم كأنه لم يرجع فلا يلزمهم الحد بخلاف ما إذا أشهد ثلاثة
وامتنع الرابع
لان الحجة لم تتم هناك والشهادة على الزنا في الحقيقة قذف ولكن باعتبار تمام الحجة
يخرج
من أن يكون قذفا شرعا فلما لم تتم الحجة هناك بقي كلامهم قذفا فيلزمهم الحد ولما
تمت الحجة
هنا لم يكن كلامهم قذفا ثم حكم فسخ الشهادة برجوع الرابع مقصور عليه فلا يتعدى
إلى
الباقى (وحتنا) فيه أن العارض بالشهود قبل القضاء كالمقترن بأصل الأداء بدليل عمى
الشهود
وردتهم وبدليل المال فان رجوع الشهود هناك قبل القضاء يمنع القاضي من القضاء
بالمال لعدم
تمام الحجة في الابتداء فإذا ثبت هذا فنقول لو امتنع الرابع من أداء الشهادة في الابتداء
يقام
حد القذف على الثلاثة ولا يكون ذلك لسكوت الرابع بل بنسبتهم إياه إلى الزنا فكذلك
إذا
رجع أحدهم قبل القضاء قوله ان الحجة تمت وكان كلامهم شهادة (قلنا) هذا موقوف
مراعى لان الشهادة لا تكون حجة موجبة ما لم يتصل بها القضاء فإذا لم يتصل القضاء
هنا
بالشهادة حتى رجع أحدهم بقي كلامهم قذفا بالزنا إلا أن يكون حجة الحد على
المشهود عليه
تامة ألا ترى ان كلام الراجع قذف بالزنا ومعلوم أنه لو شهد مع القاذف ثلاثة نفر يقام
عليهم الحد جميعا فكذلك هنا فأما إذا رجع أحدهم بعد القضاء قبل استيفاء الحد فإنه
لا يقام الحد على المشهود عليه لان العارض بعد القضاء فيما يندرى بالشبهات
كالعارض قبله
بدليل عمى الشهود وردتهم وهذا لان الامام لا يمكنه إقامة الحد الا بحجة كاملة ولم
تبق بعد
رجوع أحدهم ثم على قول أبي حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى الآخر يحدون
جميعا
حد القذف استحسانا وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى يحد الراجع وحده وهو
القياس
وهو قول أبى يوسف الأول رحمه الله تعالى لان الأصل ان رجوع الشاهد بعد القضاء
قبل

الاستيفاء فيما يندرى بالشبهات كالرجوع قبل القضاء وفيما يثبت مع الشبهات
كالرجوع بعد
الاستيفاء بدليل المال فإنهم إذا رجعوا بعد القضاء لا يمتنع الاستيفاء على المقضي عليه
إذا
ثبت هذا فنقول إقامة الحد على المشهود عليه تدرى بالشبهات فرجوع أحدهم فيه بعد
القضاء كالرجوع قبله فأما سقوط حد القذف عنهم يثبت مع الشبهات فرجوع أحدهم
فيه بعد
القضاء كرجوعه بعد الاستيفاء توضيحه ان الحجة تعتمد القضاء وبعد ما تمت الحجة
لا يكون
كلامهم قذفا ثم برجوع أحدهم يبطل معنى الحجة في حقه فيصير كلامه قذفا ولكن لا
ولاية له
على الباقيين ولا على ابطال حكم الحاكم فيبقى كلام الباقيين حجة غير قذف كما كان
قبل

رجوعه وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى يقولان رجوع أحدهم بعد القضاء
كرجوعه قبل القضاء بدليل سقوط الحد عن المشهود عليه ولا يكون ذلك الا بعد
ابطال

الحكم وإذا ثبت بطلان الحكم بهذا الدليل كان هذا وما قبل القضاء سواء وتحقيقه أن
فيما

يجب حقا الله تعالى تمام القضاء بالاستيفاء من تمتة القضاء ولهذا كان إلى الامام
وهذا لان القضاء اما أن يكون لاعلام من له الحق بحقه أو لتمكينه من الاستيفاء وذلك
لا

يتصور في حقوق الله تعالى فكان المعتبر في حقوق الله تعالى النيابة في الاستيفاء ولا
يتم ذلك

بالقضاء بل بحقيقة الاستيفاء فإذا رجع أحدهم قبل تمام القضاء بالاستيفاء كان بمنزلة
رجوعه قبل

القضاء وكذلك أن أقيم بعض الحد ثم رجع أحدهم لان الحد لا يتجزى فاستيفاءه لا
يكون الا باتمامه

فأما إذا رجع أحدهم بعد إقامة الحد فهذا على وجهين اما أن يكون الحد جلدا أو
رجما فإن كان

جلدا فإنه يحد هذا الراجع بالاتفاق ولا حد على الباقيين لان الحجة تمت والحكم تأكد
بالاستيفاء فرجوع أحدهم يبطل معنى الشهادة في حقه لإقراره فيكون قاذفا له ويبطل به
معنى الشهادة المتأكدة في حق الباقيين فلا حد عليهم فأما إذا كان الحد رجما فعندنا
يحد

الراجع وحده وقال زفر رحمه الله تعالى لا يحد الراجع أيضا لان الراجع لا يكون قاذفا
له

بالرجوع فإنه يشئ عليه خيرا فيقول كان عفيفا ولم يكن زانيا وإنما يكون قاذفا له
بالشهادة

السابقة فتبين أنه قذف حيا ثم مات ومن قذف حيا ثم مات لا يقام عليه حد القذف
لان حد

القذف لا يورث بخلاف ما إذا كان الحد جلدا لان المقذوف حي بعد إقامة الحد عليه
والدليل

على الفرق أنه لو ظهر أن أحد الشهود كان عبدا فإن كان الحد جلدا يحدون حد
القذف وإن كان

رجم المشهود عليه فلا رجم عليهم بالاتفاق وهذا مثله (وحيثنا) فيه أنه بالرجوع أقر
على نفسه بالتزام حد القذف واقاراه على نفسه حجة وتحقيقه وهو ان الشاهد عند
الرجوع

لا يصير قاذفا من وقت الشهادة بل يصير قاذفا في الحال لان اقتران معنى الشهادة بكلامه

يمنعه من أن يكون قذفا وإنما انتزع معنى الشهادة من كلامه عند رجوعه فيصير كلامه السابق الآن قذفا كمن قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق عند دخول الدار يصير ذلك الكلام طلاقا لا أن يتبين أنه كان طلاقا لان صيرورته طلاقا باعتبار وصوله إلى المحل

ووصوله إلى المحل مقصور على الحال فإذا ثبت أنه إنما يصير كلامه في الحال قذفا والمقذوف

في الحال ميت ومن قذف ميتا يلزمه الحد (فان قيل) هو في الحال مرجوم بحكم الحاكم لو

قذفه قاذف لا يحد قاذفه فكيف يحد هذا الراجع (قلنا) هو مرجوم بحكم الحاكم
بشهادتهم
وهو يزعم أن شهادته ليست بحجة وزعمه معتبر في نفسه بخلاف القاذف فان قذفه لا
يقدر
في الشهادة التي هي حجة (فان قيل) أكثر ما فيه أنه مقرر بأنه كان عفيفا ولو قذفه انسان
بالزنا ثم أكذب نفسه وقال إنه كان عفيفا لا يقام عليه الحد أيضا (قلنا) نعم القاذف
وان
أكذب نفسه فالحجة المسقطة للاحصان بقيت كاملة في حقه فأما إذا رجع واحد من
الشهود
لا تبقى الحجة المسقطة للاحصان كاملة في حقه فلهذا يقام عليه الحد وهذا بخلاف
ما إذا ظهر
أن أحدهم عبد لان العبد لا شهادة له فتبين أن كلامهم كان قذفا في حال حياته ومن
قذف
حيا ثم مات لا يقام عليه الحد فأما حكم الضمان فعلى الراجع ربع الدية لأنه زعم أنه
مقتول
ظلما بشهادتهم وكل شاهد على الزنا متلف ربع النفس كما قال عمر رضي الله عنه
حين شهد
أحد الشهود على المغيرة رضي الله عنه أوه أودى ربع المغيرة ولأنه قد بقي على
الشهادة من
يقوم بثلاثة أرباع الحق وإنما انعدمت الحجة في ربع الحق فلهذا كان على الراجع ربع
الدية
عندنا (قال) ولو رجعوا جميعا حدوا حد القذف وغرم كل واحد منهم ربع الدية عندنا
وقال
ابن أبي ليلى والحسن رحمهما الله تعالى يقتلون لأنهم قاتلون له فان ما يحصل بقضاء
القاضي
يكون مضافا إلى شهادة الشهود ونحن نسلم أنهم بمنزلة القاتلين له ولكن قضاء القاضي
بإباحة دمه شبهة مانعة من وجوب القصاص مع أن الرجم يكون بالحجارة ومباشرة
القتل
بالحجر لا يوجب القصاص عندنا والشهود متسببون عندنا ولا قصاص على المتسبب
على مال
نبين في كتاب الديات في شهود القصاص (قال) وان قال أحد الشهود بعد الرجم كنت
يوم شهدت عليه كافرا أو مملوكا لم يصدق على أصحابه في ذلك لما بينا أن كلامهم
حجة

متأكدة باعتبار الظاهر واقرار المرء حجة على نفسه لا على غيره فلا يتبين بقوله ان
كلامهم
كان قذفا بخلاف ما إذا ظهر أن أحدهم كان كافرا أو عبدا فان هناك تبين أن كلامهم
كان
قذفا فإن كان المقذوف حيا بأن كان الحد جلدا يحدون وإن كان المقذوف ميتا بأن
كان الحد
رجما لا يحدون ثم إذا ظهر أن أحد الشهود كان أعمى أو محدودا في قذف فهو وما
لو ظهر أنه
عبد سواء لان المحدود في القذف ليس له شهادة الأداء فان الشرع أبطل شهادته ولهذا
لا
يلاعن امرأته والأعمى ليست له شهادة في الزنا لان الشهادة على الزنا لا تكون الا بعد
الرؤية
كالمروود في المكحلة وليس للأعمى ذلك ومعتق البعض كالمكاتب عند أبي حنيفة
رحمه الله

تعالى ولا شهادة للمكاتب فإذا كان ظهور هذا بعد الرجم فدية المرجوم في بيت المال
لان
هذا خطأ من الامام في عمله لله تعالى فيكون ضمانه في مال الله وهو مال بيت المال
والامام
في هذا عامل للمسلمين لان المقصود تطهير دار الاسلام عن ارتكاب الفواحش فيها
فيكون
الضمان في مال المسلمين وهذا لأنه لا يمكن ايجاب الضمان على الامام لأنه لو ضمن
كان خصما
وفيما هو خصم لا يكون قاضيا كما في حقوق نفسه فإذا تعذر ايجاب الضمان عليه
قلنا يجب
الضمان على من وقع القضاء له ففي حقوق الله تعالى يكون على بيت المال وفي
حقوق العباد
كالقصاص والمال يكون الضمان على المقضى له (قال) فان رجمه الامام بشهادتهم قبل
أن يسأل عن الشهود ثم سأل عنهم فأخبر أنهم غير عدول فلا ضمان على أحد لان
للفاسق شهادة الأداء عندنا ولكن يتوقف في شهادته لتمكن تهمة الكذب ولهذا يلاعن
امراته فلا يتبين بظهور فسقهم أن القاضي قضى بغير حجة فلهذا لا يجب الضمان
بخلاف
ما سبق وفي الكتاب قال إن هؤلاء قد تجوز شهادتهم إذا تابوا وهذا ضعيف فالكفار
تجوز
شهادتهم إذا أسلموا والعييد إذا أعتقوا والاعتماد على ما قلنا (قال) فان وجد الرجل
مجبوبا بعد
ما رجم فعلى الشهود الدية لأنه ظهر كذبهم بيقين لان المحبوب ليس له آلة الزنا
فكيف يزني
وظهور كذبهم هنا فوق ظهور كذبهم فيما إذا رجعوا بخلاف ما إذا ظهر أنهم عبيد أو
كفار
فان هناك لم يتيقن بكذبهم والعبد والكافر قد يصدق ولكن لا شهادة لهم فكان خطأ
من
الامام فلهذا كان الضمان في بيت المال وان كانت امرأة فنظر النساء إليها بعد الرجم
وقلن هي
عذراء أو رتقاء فلا ضمان على الشهود بقول النساء لان شهادة النساء لا تكون حجة
تامة في
إلزام ضمان المال ولا مقصود هنا سوى ايجاب ضمان المال على الشهود بخلاف
الجب فذلك معاين

يتيقن به لامن جهة قول النساء لكن ان نظر إليها النساء قبل إقامة الحد وقلن هي عذراء
أو رتقاء يدرأ عنها الحد لان الشبهة تتمكن بقول النساء ولا شبهة أبلغ من هذا فمع
الرتق
لا يتصور الزنا الموجب للحد وبعد الزنا الموجب للحد لا يتصور بقاء العذرة (قال)
وإذا
شهدوا بالزنا والاحصان وماتوا أو غابوا أو عموا أو ارتدوا أو خرسوا أو ضربوا حد
القذف
قبل إقامة الحد أو قبل أن يقضى بشهادتهم لم يرجم أماما يبطل الشهادة كالعَمى
والخرس والردة
وحد القذف لأن هذه العوارض لو اقترنت بالشهادة منعتها من أن تكون حجة فكذلك
إذا اعترضت بعد الشهادة قبل القضاء أو بعد القضاء قبل الاستيفاء لان موجهه مما
يندرئ

بالشبهات ولكن لا حد على الشهود لأنهم جاؤوا مجئ الشهود والعدد متكامل وكذلك أن

أصاب ذلك أحد الشهود فهو وما لو أصابهم في الحكم سواء فاما في موت الشهود وغيبتهم

فنقول إن ذلك لا يقدر في الحجة ألا ترى أن في حقوق الناس لا يمتنع على القاضي القضاء

بها فكذلك في الزنا إذا كان الحد جلدا لان بالموت يتأكد عدالتهم إذ لا يتصور منهم بعد

الموت ما يبطل عدالتهم وكذلك غيبتهم لا تكون قدحا في عدالتهم فلا يمنع إقامة الحد على

القاضي فأما إذا كان الحد رجما فإنه لا يقام بعد غيبة الشهود وموتهم لان السنة في الرجم أن يبدأ

به الشهود ثم الامام ثم الناس وقد تعذر ذلك بموتهم وغيبتهم وهذا قولنا واما عند الشافعي

رحمه الله تعالى لا يعتبر في الرجم بداية الشهود ولكن الامام هو الذي يبدأ قال لان الشهود

فارقوا سائر الناس في أداء الشهادة وإقامة الرجم ليس من أداء الشهادة في شئ فهم في ذلك

كسائر الناس ألا ترى ان الحد لو كان جلدا لا يؤمر الشهود بالضرب فكذا الرجم ولكننا نستدل بحديث علي رضي الله عنه فإنه لما أراد أن يرجم شراحة الهمدانية قال الرجم رجمان

رجم سر ورجم علانية فرجم العلانية ان يشهد على المرأة ما في بطنها وتعترف بذلك فيبدأ

فيه الامام ثم الناس ورجم السر ان يشهد أربعة على رجل بالزنا فيبدأ الشهود ثم الامام ثم الناس

ولان في الامر ببداية الشهود احتيالا لدرء الحد فالانسان قد يجترئ على أداء الشهادة كاذبا ثم

إذا آل الامر إلى مباشرة القتل يمتنع من ذلك وقد أمرنا في الحدود بالاحتيال للدرء بخلاف

الجلد فكل أحد لا يحسن الضرب فلو أمرنا الشهود بذلك ربما يقتلونه بخرقهم من غيران

يكون قتله مستحقا وذلك لا يوجد في الرجم فكل أحد يحسن الرمي وقد صار الاتلاف مستحقا هنا وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال يؤمر الشهود بالبداية إذا كانوا

حاضرين
حتى إذا امتنعوا لا يقام الرجم فإذا ماتوا أو غابوا يقام الرجم هنا لأنه قد تعذر بالبداية
بهم
بسبب لا يلحقهم فيه تهمة فلا يمتنع إقامة الرجم كما لو كانوا مقطوعي الأيدي أو
مرضى
أو عاجزين عن الحضور بخلاف ما لو امتنعوا لأنهم صاروا متهمين بذلك ولكننا نقول
حين
كانوا مقطوعي الأيدي في الابتداء لم تستحق البداية بهم للتعذر فأما هنا فقد استحق
البداية
بهم لتيسر ذلك عند الحكم فإذا تعذر بالموت أو الغيبة لا يقام الحد كما لو تعذر
بامتناعهم
(قال) ولا يحفر للمرجوم ولا يربط بشيء ولا يمسك ولكن ينصب قائما للناس فيرجم
لان
رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ولم يحفر له ولا ربطه فإنه روى لما مسه
حر الحجارة

هرب فاستقبله رجل بلحى حمل فقتله ثم لما أخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هلا

خليتم سبيله وفي رواية أبطأ عليه الموت فهرب من أرض قليلة الحجارة إلى أرض كثيرة الحجارة ولو كان مربوطاً أوفى حفيرة لم يتمكن من الهرب وأما المرأة فان حفر لها فحسن وان

ترك لم يضر لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر برجم الغامدية أمر بأن يحفر لها إلى قريب

من السرة فجعلت فيها فلما رجموها وماتت أمر باخراجها وصلى عليها وقال لقد تابت توبة لو تابها

صاحب مكس لغفر له وان علياً رضي الله عنه حفر لشراحة الهمدانية إلى قريب من السرة

ثم لفها في ثيابها وجعلها فيها ثم رماها وكان مصيب الرمية فأصاب أصل اذنها ولان مبنى

حال المرأة على الستر والحفر أستر لها لأنها تضطرب إذا مستها الحجارة فربما ينكشف شئ

من عورتها ولكن مع هذا الحفر ليس من الحد في شئ فلا يضر تركه فأما مبنى حال الرجال على الظهور فينصب قائماً عند الرجم ولا يشبه بالنساء في الحفر له وإذا شهد الشهود

على رجل وامرأة بالزنا فادعت المرأة أنه أكرهها ولم يشهد الشهود بذلك ولكنهم شهد وأنها

طاوعته فعليهما الحد لان انكارها صفة الطوعية لا يكون فوق انكارها أصل الفعل ولا ينفعها

ذلك بعد ما شهد الشهود به عليها ولكن ان قالت تزوجني وقال الرجل كذبت بل زנית بها

فلا حد على واحد منهما لأنها تدعى عليه الصداق ولو ساعدها الزوج على ذلك لزمه الصداق

فإذا أنكر كان لها أن تحلفه عليه فإذا نكل لزمه الصداق وان حلف لم يلزمه الصداق ولا يحد

واحد منهما لأنه لو أقيم الحد إنما يقام بالحلف والحدود لا تقام بالايمان بخلاف الأول فإنها

بدعوى الاكراه لا تدعى الصداق لان الزنا بالمكرهة لا يوجب الصداق لها والشافعي رحمه الله يخالفنا في الفصلين فيقول بمجرد دعواهما أو دعوى أحدهما النكاح لا

يسقط

الحد لقوله صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم وهذا لان كل زأن لا يعجز
عن دعوى
نكاح صحيح أو فاسد فلو أسقطنا الحد بمجرد الدعوى لانسد باب إقامة الحد ولكنا
نقول
كما أمرنا بإقامة الحدود فقد أمرنا بدرئها بالشبهة قال صلى الله عليه وسلم ادروا
الحدود
بالشبهات وتتمكن الشبهة عند دعوى أحدهما النكاح لاحتمال أن يكون صادقا ألا ترى
أنه
تسمع بينته على ذلك ويستحلف خصمه على قول من يرى الاستحلاف في النكاح فإذا
سقط الحد يسقط عن الآخر للشركة ولا يؤدي هذا إلى سد باب الحد ألا ترى أن هذا
الحد يقام بالاقرار ثم لو رجع المقر عن اقراره لا يقام عليه ولا يؤدي ذلك إلى سد باب
إقامة

الحد في الاقرار فأما إذا زنى بمكرهة يلزمه الحد دون المهر عندنا وعند الشافعي رحمه الله

تعالى يجب المهر لها وهي نظير مسألة القطع والضمان أنهما لا يجتمعان عندنا على ما نبينه في

السرقه إن شاء الله تعالى والشافعي رحمه الله تعالى يقول هنا المستوفى بالوطئ متقوم؟ لحقها

بدليل أنه متقوم بالعقد والشبهة فلا يجوز اسقاط حقها عنه بغير رضاها فإذا كانت مطاوعة

فقد رضيت بسقوط حقها فيجب المهر لها ولكننا نقول فعله بالمكرهة زنا والواجب بالزنا الحد فلا يجوز الزيادة على ذلك بالرأي ثم لو كان بضعها يتقوم على الزاني لم يسقط ذلك

برضاها ألا ترى أنه لما كان يتقوم بشبهة العقد لم يسقط برضاها بأن طاووعته والدليل عليه أنه لو زنى بأمة وهي مطاوعة لم يجب المهر وتقوم بضعها الحق المولى فلا يسقط برضاها

ولكن إنما لم يجب لان البضع لا يتقوم بالمال بالزنا المحض وإنما يتقوم بالعقد أو بشبهته ولم

يوجد ثم إذا سقط الحد عنه بدعواها النكاح وجب الصداق لها لان الوطئ في غير الملك

لا ينفك عن عقوبة أو غرامة فإذا جعل ما ادعت من النكاح كالثابت في اسقاط الحد فكذلك في ايجاب المهر يجعل كالثابت في ايراث الشبهة (قال) وكذلك الرجل يطاء جارية

امرأته وقال ظننتها تحل لي أو يطاء جارية أبيه أو أمه ويقول ظننت انها تحل لي لا حد عليهما عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى عليهما الحد لان السبب وهو الزنا قد تقرر بدليل أنهما

لو قالوا علمنا بالحرمة يلزمهما الحد ولو سقط إنما يسقط بالظن والظن لا يغني من الحق شيئاً

كمن وطئ جارية أخيه أو أخته وقال ظننتها تحل لي ولكننا نقول قد تمكنت بينهما شبهة

اشتباه لأنه اشتبه عليه ما يشتهه فان مال المرأة من وجه كأنه للزوج قيل في تأويل قوله تعالى

ووجدك عائلاً فأغنى أي بمال خديجة ولما جاء رجل إلى علي رضي الله عنه فقال إن عبدي

سرق مرآة امرأتي فقال مالك سرق بعضه بعضاً ولأنها حلال له فربما يشتهه عليه ان

حال
جارتها كحالها وفي جارية الأب الأم كذلك قد يشتهه ذلك باعتبار ان الاملاك متصلة
بين
الآباء والأولاد والمنافع دائرة ولان الولد جزء من أبيه فربما أشتهه عليه انها لما كانت
حلالا
للأصل تكون حلالا للجزء أيضا وشبهة الاشتباه مؤثرة في حق من اشتهه عليه دون من
لم
يشتهه عليه كالقوم على مائدة فسقوا خمرا على علم منهم انه خمر يلزمه الحد وبين لم
يعلم لا يحد
والأصل في هذا حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن رجلا تضيف أهل بيت
باليمن
فأصبح يخبر الناس أنه زنى بربة البيت فكتب إلى عمر رضي الله عنه فقال عمران كان
يعلم أن

الله حرم الزنا فحدوه وان كأن لا يعلم فعلموه فان عاد فحدوه فقد جعل ظن الحل في ذلك الوقت
شبهة لعدم اشتهار الاحكام فلأن يكون الظن في موضع الاشتباه مورثا شبهة أولى فأما إذا لم يجب الحد وجب المهر لما بينا أن هذا الفعل في غير الملك لا ينفك عن عقوبة أو غرامة وإذا سقطت العقوبة وجب المهر (قال) وإذا شهد الشهود على رجل أنه استكره هذه المرأة فزنى بها حد الرجل دون المرأة لان وجوب الحد للزجر وهي منزجرة حين أبت التمكين حتى استكرهها ولان الاكراه من جهتها يعتبر في نفي الاثم عنها على ما ذكرنا في كتاب الاكراه ان لها أن تمكن إذا أكرهت بو عيد متلف والحد أقرب إلى السقوط من الاثم فإذا سقط الاثم عنها فالحد أولى ويقام الحد على الرجل لان الزنا التام قد ثبت عليه وجنابته إذا استكرهها أغلظ من جنابته إذا طوعته ولا يقال قد سقط الحد عنها فينبغي أن يسقط عنه كما لو ادعت النكاح وهذا لان الشبهة بدعوى النكاح تتمكن في الفعل والفعل مشترك بينهما فأما كونها مكرهة لا يتمكن به شبهة في الفعل ولا يخرج فعل الرجل من أن يكون زنا محضا لأن المرأة محل الفعل ولا تنعدم المحلية بكونها مكرهة وهو كما لو زنى بصبيبة أو مجنونة أو نائمة يقام عليه الحد وإن لم يجب عليها (قال) ولو أن مجنوناً اكره عاقلة حتى زنى بها لا حد على واحد منهما اما المرأة فلأنها مكرهة غير ممكنة طوعاً واما الرجل فلانه مجنون ليس من أهل التزام العقوبة فإذا دعت العاقلة البالغة مجنوناً أو صبيبا إلى نفسها فزنى بها لا حد عليها عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليها الحد وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لأنها زانية فعليها الحد بالنص وبيانه وهو ان الزنا ليس إلا وطئ متعر عن العقد والملك وشبههما وقد وجد ذلك

إلا أنه سقط الحد عن أحدهما لانعدام الأهلية لمعني فلا يمتنع اقامته على الآخر كما لو
زنى
بصبية أو مجنونة هذا لان فعل كل واحد منهما كامل في نفسه وهي في التمكين زانية
كالرجل
في الايلاج ألا ترى ان الله تعالى سماها زانية وبدأ بذكرها وان من نسبها إلى الزنا
يلزمه
الحد ولو كأن لا يتصور منها مباشرة الزنا لم يحد قاذفها به كالمجبوب ولأنها بهذا
التمكين تقضى
شهوتها كالرجل بالايلاج فإذا ثبت كمال الفعل من كل جانب يراعى حال كل واحد
منهما
فيما يلزمه من العقوبة (وحتنا) في ذلك أنها مكنت نفسها من فاعل لم يَأثم ولم
يخرج
فلا يلزمها الحد كما لو مكنت نفسها من زوجها وبيان الوصف ظاهر لان الاثم
والخرج يبنني
على الخطاب وهما لا يخاطبان وتحقيقه ان المباشر للفعل هو الرجل والمرأة تابعة
بدليل

تصور الفعل فيها وهي نائمة لا تشعر بذلك وإن لم يكن أصل الفعل زنا فهي لا تصير زانية
لان ثبوت التبع بثبوت الأصل وفعل الصبي والمجنون زنا لغة ولكن ليس بزنا شرعا لان الزنا شرعا فعل وجب الكف عنه لخطاب الشرع فلا ينفك عن الاثم والحرَج وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بذلك وإذا انعدم الزنا شرعا في جانبه فكذلك في جانبها والحد حكم شرعي فيستدعي ثبوت سببه شرعا وإنما سماها الله تعالى زانية على معني انها مزني بها كما قال تعالى في عيشة راضية أي مرضية وقال تعالى من ماء دافق أي مدفوق وإنما يجب الحد على قاذفها لنسبتها إلى ما تتعير وتستوجب به الحد وتقضى به شهوتها وهو التمكين من الزنا وان كانت تابعة في ذلك وأما الرجل إذا زني بصبية فهو المباشر لأصل الفعل وفعله زنا لغة وشرعا فلهذا لزمه الحد بحقيقة ان المرأة محل والمحلية مشتهاة وذلك باللين والحرارة فلا يتمكن نقصان فيه بجنونها وصغرها فقد تم فعله زنا لمصادفة محله فأما من جانب الرجل استعمال الآلة لا نفس الآلة واستعمال الآلة لا يكون زنا شرعا الا إذا كان واجب الكف عند الخطاب وذا بصفة الاثم والحرَج وذلك ينعدم بالصبا والجنون وهذا فقه دقيق وفرق حسن وفي الكتاب علل فقال ذكر الصبي كأصبعه معناه ما هو المقصود بالزنا معدوم في آلة الصبي فلا يكون فعله بهذه الآلة زنا والمعتوه بمنزلة الصبي في الحكم فأما المحصنة إذا زني بها غير المحصن فعليها الرجم لان فعل غير المحصن زنا فتصير هي زانية بالتمكين من الزنا ثم المعتبر حالها فيما يقام من العقوبة بعد تقرر السبب وكل رجل يزني بامرأة لا يجب عليها الحد بشبهة مثل الخرساء التي لا تنطق فلا حد عليه لان الشبهة تمكنت هنا والخرساء لو كانت تنطق ربما تدعي شبهة نكاح وقد

لا تقدر على إظهار ما في نفسها بالإشارة وقد بينا انها لو ادعت النكاح سقط عنها
الحد
فكذلك إذا كانت خرساء والأصل فيه حديث عمر رضى الله تعالى عنه ادرؤا ما
استطعتم
فان الامام لان يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة فإذا وجدتم للمسلم
مخرجا
فادرؤا عنه وهذا بخلاف ما إذا زني بصبية أو مجنونة لان سقوط الحد عنها ليس
للشبهة
بل لانعدام الأهلية (قال) وإذا زنى الحربي المستأمن بالمسلمة أو الذمية فعليها الحد ولا
حد
عليه في قول أبي حنيفة وقال محمد رحمهما الله تعالى لا حد على واحد منهما وهو
قول أبي
يوسف رحمه الله الأول ثم رجع وقال يحدان جميعا أما المستأمن فعند أبي حنيفة
ومحمد رحمهما
الله لا تقام عليه الحدود التي هي لله تعالى خالصا كحد الزنا والسرقة وقطع الطريق
وفي قول

أبي يوسف الآخر والشافعي رحمهما الله تعالى يقام الحد عليه كما يقام على الذمي لأنه ما دام في دارنا فهو ملتزم أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالذمي ألا ترى أنه يقام عليه القصاص

وحد القذف ويمنع من الربا ويجبر على بيع العبد المسلم والمصحف إذا اشتراه كما يجبر عليه الذمي

وهذا لأن هذه الحدود تقام صيانة لدار الاسلام فلو قلنا لا تقام على المستأمن يرجع ذلك إلى الاستخفاف بالمسلمين وما أعطيناه الأمان ليستخف بالمسلمين بخلاف حد شرب الخمر فإنه لا يقام على الذمي وهذا لأنهما يعتقدان إباحة شرب الخمر وإنما أعطيناهم الأمان على أن نتركهم وما يدينون (وحيثنا) في ذلك قوله تعالى ثم أبلغه مأمنه فتبليغ المستأمن مأمنه واجب بهذا النص حقا لله تعالى وفي إقامة الحد عليه تفويت ذلك ولا يجوز استيفاء حقوق

الله تعالى على وجه يكون فيه تفويت ما هو حق الله والمعنى أن المستأمن ما التزام شيئا من حقوق

الله تعالى وإنما دخل تاجرا ليعاملنا ثم يرجع إلى داره ألا ترى أنه لا يمنع من الرجوع إلى دار الحرب ولو كان ملتزما شيئا من حقوق الله تعالى يمنع من ذلك كالذمي وهذا الآن منعه من

أن يعود حربا للمسلمين بعد ما حصل في أيديهم حق الله تعالى بخلاف القصاص فإنه حق العباد وهو قد التزم حقوق العباد في المعاملات وحد القذف فيه بعض حق العباد أيضا لأن المقصود رفع العار عن المقدوف والاجبار على بيع العبد المسلم من حق العبد وهو من حقوق المسلمين أيضا لأن في استخدام العبد المسلم نوع اذلال بالمسلمين وكذلك في استخفافه بالمصحف وأما الربا فهو مستثنى من كل عهد قال صلى الله عليه وسلم الامن أربى فليس بيننا وبينه عهد فأما في جانب المرأة المسلمة فمحمد رحمه الله تعالى يقول لا حد عليها أيضا

لأنها مكنت نفسها من فاعل لا يلزم الحد بفعله فهو كالتمكنين من صبي أو مجنون
وهذا لان
الكفار لا يخاطبون بالشرائع عندنا وما هو من خالص حق الله تعالى فالخطاب فيه قاصر
عن
الكافر كما هو قاصر عن الصبي والمجنون وقاس هذا بما لو مكنت نفسها من مكرة
فإنه لا يجب
الحد عليها وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول فعل المستأمن زنا بدليل أنه لو قذفه قاذف
به بعد
الاسلام لا يقام عليه الحد فصارت هي زانية بالتمكنين من الزنا ويقام عليها الحد
بخلاف الصبي
والمجنون فان فعلهما ليس بزنا شرعا حتى لو قذفهما قاذف بذلك الفعل بعد البلوغ
والعقل
يجب عليه الحد وهذا لان معنى قولنا الكفار لا يخاطبون بالشرائع العبادات التي تنبى
على
الاسلام فأما الحرمات ثابتة في حقهم وكان فعل المستأمن واجب الكف عنه بخطاب
الشرع

فيكون زنا إلا أنه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مأمنه وأما إذا مكنت نفسها من
مكره
فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يجب الحد عليها ان ضجع أبو يوسف رحمه الله تعالى
الرواية
فيه بقوله لست أحفظ عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في المكره شيئا وهذا لان المكره
ممنوع عن الاقدام على الزنا وفى الاقدام عليه يكون فعله زنا وتصير هي بالتمكين زانية
تبعا
فيلزمها الحد (قال) وإذا زنى المسلم أو الذمي بالمستأمنة حد المسلم والذمي دون
المستأمنة عند
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى يحدان أما
الكلام في
المستأمنة فقد بيناه وتعذر إقامة الحد عليها ليس للشبهة فلا يمنع اقامته على الرجل
مسلمًا كان
أو ذميا لان حد الزنا يقام على أهل الذمة عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى لا يقام
ولكنه
يدفع إلى أهل دينه ليقيموا عليه ما يعتقدون من العقوبة لما روى عن عمر وعلي رضي
الله عنه
ما لما سئلا عن ذميين زنيا فقالا يدفعان إلى أهل دينهما ولكننا نقول قد أقام رسول الله
صلى الله عليه وسلم الرجم على اليهوديين وكانا ذميين ولنا فيه أسوة حسنة ولان الذمي
من أهل دارنا وملتزم أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات وهو يعتقد حرمة الزنا كما
يعتقده
المسلم فيقام عليه كما يقام على المسلم لان المقصود من الحدود تطهير دار الاسلام
عن ارتكاب
الفواحش توضيحه أن من كان من أهل دارنا فهو تحت يد الامام حقيقة وحكما حتى
يمنعه
من الرجوع إلى دار الحرب فيقيم الحد عليه أيضا بخلاف المستأمن فإنه ليس تحت يد
الامام
حكما حتى لا يمنعه من الرجوع إلى دار الحرب (قال) وإذا شهد الشهود على رجل أنه
زنى بامرأة فقال ظننت أنها تحل لي أو شبهتها بامرأتي أو جاريتي لم يدرأ عنه الحد لان
فعل
الزنا قد تحقق عنه وظنه هذا ليس بصادر عن دليل فكان لغوا وكذلك لو أن بصيرا وجد
امرأة على فراشه فواقعها على ظن أنها امرأته وهي أجنبية فعليه الحد وكذلك الأعمى
عندنا

وقال زفر رحمه الله يدرأ الحد عن الأعمى لأنه عدم آلة التمييز وهو البصر فبنى على
ظاهر الحال
والظاهر أن لا يكون على فراشه الا زوجته أو أمته فيصير ذلك شبهة في حقه بخلاف
البصير
ومذهبنا مروى عن عمر رضي الله عنه والمعنى فيه أن اعتمد مجرد الظن فان الموجودة
على
فراشه قد تكون أمه أو أخته وقد تكون أجنبية وقد تكون زوجته فلا معتبر بذلك وهو
متمكن من أن يسألها كتمكن البصير من أن يراها فأما إذا ادعي الأعمى امرأته إلى
فراشه
فأنته أجنبية فواقعها ان كانت قالت له أنا زوجتك فلا حد عليه وان أجابت أو أتته
ساكتة

فكذلك الجواب عند أبي يوسف وعند محمد رحمهما الله تعالى يجب عليه الحد لأنها إذا

قالت أنا زوجتك فقد اعتمد خبر الواحد وذلك دليل شرعي ألا ترى أن البصير إذا تزوج امرأة فأخبره رجل أن امرأته هذه كان له أن يعتمد خبره ويطأها فإذا تبين أنها غير امرأته كان الثابت حكم الوطئ بشبهة فكذلك هي إذا أخبرته بذلك فأما إذا لم تخبره فأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول اجابتها أو اتيانها بعدما دعى زوجته بمنزلة اخبارها أنى

زوجتك ومحمد رحمه الله تعالى يقول إن اجابته إلى الفراش فهو كما لو وجدها نائمة على

فراشه وكما لا يسقط الحد هناك بظنه فكذلك هنا (قال) رجل استأجر امرأة ليزني بها فزنى بها فلا حد عليهما في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم

الله تعالى عليهما الحد لتحقق فعل الزنا منهما فان الاستئجار ليس بطريق لاستباحة البضع

شرعا فكان لغوا بمنزلة ما لو استأجرها للطبخ أو الخبز ثم زنى بها وهذا لان محل الاستئجار

منفعة لها حكم المالية والمستوفي بالوطئ في حكم العتق وهو ليس بمال أصلا والعقد بدون

محل لا ينعقد أصلا فإذا لم ينعقد به كان وهو والاذن سواء ولو زنى بها باذنها يلزمه الحد

ولكن أبو حنيفة رحمه الله احتج بحدِيثين ذكرهما عن عمر رضي الله عنه أحدهما ما روى أن

امرأة استسقت راعيا فأبى ان يسقيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ عمر رضي الله عنه الحد عنهما

والثاني ان امرأة سألت رجلا مالا فأبى ان يعطيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ الحد وقال هذا

مهر ولا يجوز ان يقال إنما درأ الحد عنها لأنها كانت مضطرة تخاف الهلاك من العطش لان هذا

المعني لا يوجب سقوط الحد عنه وهو غير موجود فيما إذا كانت سائلة مالا كما ذكرنا في

الحديث الثاني مع أنه علل فقال إن هذا مهر ومعنى هذا أن المهر والأجر يتقاربان قال تعالى

فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن سمي المهر أجرا ولو قال أمهرك كذا لأزنى

بك لم
يجب الحد فكذلك إذا قال استأجرتك توضيحه أن هذا الفعل ليس بزنا وأهل اللغة لا
يسمون
الوطئ الذي يترتب على العقد زنا ولا يفصلون بين الزنا وغيره الا بالعقد فكذلك لا
يفصلون
بين الاستئجار والنكاح لان الفرق بينهما شرعي وأهل اللغة لا يعرفون ذلك فعرفنا ان
هذا
لفعل ليس بزنا لغة وذلك شبهة في المنع من وجوب الحد حقا لله تعالى كما لا يجب
الحد على
المختلس لان فعله ليس بسرقة لغة يوضحه أن المستوفى بالوطئ وإن كان في حكم
العتق فهو
في الحقيقة منفعة والاستئجار عقد مشروع لملك المنفعة وباعتبار هذه الحقيقة يصير
شبهة

بخلاف الاستئجار للطبخ والخبز ولان العقد هناك غير مضاف إلى المستوفى بالوطئ
ولا إلى
ما هو سبب له والعقد المضاف إلى محل يوجب الشبهة في ذلك المحل لا في محل
آخر (قال)
رجل أكره حتى زنى بامرأة كان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا يلزمه الحد وهو
قول
زفر رحمه الله تعالى لان الرجل لا يزني ما لم تنتشر آتته وذلك دليل الطوعية بخلاف
المرأة
فان التمكين؟ يتحقق منها مع الاكراه فلا يكون تمكينها دليل الطوعية ثم رجع فقال إذا
كان
المكره سلطانا فلا حد عليه لان الحد مشروع للزجر وهو منزجر؟ عن الزنا وإنما كان
قصده من الاقدام دفع الهلاك عن نفسه فلا يلزمه الحد كالمراة وهذا لان انتشار الآلة
لا يدل على أنه كان طائعا لان انتشار الآلة قد يكون طبعاً وقد يكون طوعاً ألا ترى أن
النائم قد تنتشر آتته من غير قصد وفعل منه وإنما انتشار الآلة دليل الفحولية فأما إذا
أكرهه
غير السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يلزمه الحد إذا زنى وعندهما إذا جاء من
إكراه غير
السلطان ما يشبه اكراه السلطان فلا حد عليه وقيل هذا اختلاف عصر فان السلطان كان
مطاعاً في زمن أبي حنيفة ولم ير لغير السلطان من القوة ما يقوى به على الاكراه فقال
لا يتحقق
الاكراه الا من السلطان ثم في عصرهما قد ظهرت القوة لكل متغلب فقالا يتحقق
الاكراه
من غير السلطان وجه قولهما ان المعتبر خوف التلف على نفسه وذلك يتحقق إذا كان
المكره
قادراً على ايذاء ما هدد به سلطاناً كان أو غيره بل خوف التلف هنا أظهر لان المتغلب
يكون
مستعجلاً لما قصده لخوفه من العزل بقوة السلطان والسلطان ذو أناة بما يفعله فإذا
تحقق
الاكراه من السلطان بالتهديد فمن المتغلب أولى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ما
يكون
مغيراً للحكم يختص بالسلطان كإقامة الجمعة ونحوها وتحقيقه أن الاكراه من غير
السلطان
نادر لأنه مغلوب بقوة السلطان فالمبتلى به يستغيث بالسلطان ليدفع شره عنه فإذا عجز

عن ذلك فهو نادر ولا حكم للنادر فأما المبتلى بالسلطان لا يمكنه ان يستغيث بغيره ليدفع شره عنه
فيتحقق خوف التلف على نفسه فيكون ذلك مسقطا للحد عنه (قال) رجل زنى بأمة أو حرة ثم قال اشتريتها درى عنه الحد لأنه ادعى سببا مبيحا فان الشراء في الأمة يفيد ملك
المتعة وفي الحرة النكاح فإنه ينعقد بلفظ الشراء فكان دعواه الشراء كدعوى النكاح وقد
بيناً أن مجرد دعوى النكاح يسقط الحد (قال) وإذا شهد الشهود على رجل بالزنا وزكاهم
المزكون وزعموا انهم أحرار مسلمون فرجمه الامام ثم تبين أنهم عبيد أو مجوس فان ثبت

المزكون على التزكية وزعموا أنهم أحرار فلا ضمان عليهم ولا على الشهود أما على
الشهود فلأنه
لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم إذ لا شهادة على المسلمين للعبيد والكفار وأما على
المزكين
فلأنهم اعتمدوا ما سمعوا من اسلامهم وحریتهم وإنما زكوهم بقول الناس فلم يتبين
كذبهم
فيما أخبروا به القاضي من قول الناس انهم أحرار مسلمون فاما إذا رجعوا عن التزكية
وقالوا
تعمدنا فعليهم ضمان الدية في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد
رحمهما
الله تعالى لا ضمان على المزكين ولكن الدية في بيت المال في الوجهين لان المزكين
ما أثبتوا
سبب الاتلاف وهو الزنا وإنما أثبتوا على الشهود خيرا فكانوا في المعنى كشهود
الاحصان إلا أن
أولئك أثبتوا خصالا محمودة في الزاني لا يقام الرجم عليه الا بها وهؤلاء أثبتوا خصالا
في الشاهد لا يقام الرجم الا عندها فكما لا ضمان على شهود الاحصان إذا رجعوا
فكذلك
لا ضمان على المزكين وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول المزكون جعلوا ما ليس
بموجب موجبا
فكانوا بمنزلة من أثبت سبب الاتلاف وبيان ذلك أن الشهادة لا توجب شيئا بدون
التزكية
وسبب الاتلاف الشهادة وإنما كانت الشهادة موجبة بالتزكية فكانت التزكية علة العلة
وهي بمنزلة العلة في إضافة الحكم إليه بخلاف شهود الاحصان فان الشهادة على الزنا
بدون
الاحصان موجب للعقوبة وشهود الاحصان ما جعلوا ما ليس بموجب موجبا وأما
الشهادة
لا توجب شيئا بدون التزكية فمن هذا الوجه تقع الفرقة بينهما ولهذا اشترط الذكورة
في
المزكين كشهود الزنا ويثبت الاحصان بشهادة النساء مع الرجال وإن كان المزكون
قالوا هم
عدول فلا شئ عليهم بالاتفاق لأنهم صادقون في ذلك والعبد قد يكون عدلا ويكون
القاضي
جهل حين اكتفي منهم بهذا القدر فلهذا لا يضمن المزكون (قال) وإذا زنى بجارية

فقتلها ان قتلها بفعله فعليه الحد وضمان القيمة الحد للزنا والقيمة لاتتلاف النفس وهو
معنيان
كل واحد منهما منفصل عن الآخر وكذلك لو فعل ذلك بحرة فعليه الحد والدية وروى
بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الأمة يدرأ عنه الحد للشبهة لان ضمان القيمة
سبب
لملك الأمة بخلاف الحرة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه إذا زني
بأمة فأذهب بصرها فعليه قيمتها وسقط عنه الحد لان الجثة العمياء تملك بالضمان
فيصير
ذلك شبهة في اسقاط الحد فأما إذا قتلها فإنما لزمه ضمان القيمة بالجناية وضمان
القيمة بالجناية
بدل النفس فلا يوجب الملك لان وجوبها بعد تقرر الجناية بالموت وهي ليست بمحل
للملك

بعد الموت (قال) وإذا زني بأمة هي رهن عنده فان قال ظننت أنها تحل لي درئ عنه الحد
وان قال علمت أنها على حرام حد لان عقد الرهن يثبت ملك اليد حقا للمرتهن وبملك اليد
ثبت شبهة الاشتباه كما في المعتدة من خلع أو من تطليقات إذا وطئها وقال ظننت أنها
تحل لي لا يحد لبقاء ملك اليد له فيها بسبب العدة وذكر في كتاب الرهن أنه يحد
على كل حال لان حق المرتهن إنما يثبت في المالية وذلك ليس بسبب للحل بحال وهو
نظير الغريم إذا وطئ جارية من التركة يلزمه الحد وان كانت المالية حقا له فإنها تباع في
دينه (قال) ولو استأجر أمة لتخدمه أو استعارها فزنى بها فعليه الحد في الوجهين جميعا لانعدام
شبهة الاشتباه فان ملك المنفعة لا يتعدى إلى ملك الحل بحال (قال) وإذا شهد أربعة على
رجل بالزنا واختلفوا في المزني بها أو في المكان أو في الوقت بطلت شهادتهم وذلك لان
الزنا فعل يختلف باختلاف المحل والمكان والزمان وما لم يجتمع الشهود الأربعة على فعل
واحد لا يثبت ذلك عند الامام ولكن لا حد على الشهود عندنا وقال زفر رحمه الله عليهم حد القذف
لان كل اثنين نسباه إلى زنا آخر فكانا قاذفين له وشرط سقوط الحد عنهم اجتماعهم على
الشهادة بزنا واحد ألا ترى أنه لو شهد ثلاثة وسكت الرابع حد الثلاثة فكذلك
إذا شهد كل اثنين على زنا آخر لان الزنا لا يثبت بشهادة المثني ولكننا نقول قد اجتمع
الأربعة على الشهادة عليه بالزنا وذلك منع من وجوب الحد عليهم كما لو شهد أربعة من
الفساق بالزنا على رجل توضيحه انا لو اعتبرنا اختلافهم في المزني بها أو في المكان أو في الزمان
في ايراث الشبهة وذلك مسقط للحد عن المشهود عليه غير موجب للحد عليهم ويجعل في
الحكم كأنهم امتنعوا من بيان ذلك أصلا ولو شهدوا عليه بالزنا وامتنعوا من بيان المزني بها والمكان
والزمان

لا يقام الحد على المشهود عليه ولا عليهم فهذا مثله (قال) وإذا شهدوا على بيت واحد
انه زنى
بها فيه فقال اثنان في مقدمه وقال اثنان في مؤخره في القياس لا حد على المشهود عليه
وهو
قول زفر رحمه الله تعالى لان الفعل في مقدم البيت غير الفعل في مؤخر البيت وهو
بمنزلة
الشهادة في بيتين أو قبيلتين وفي الاستحسان يقام الحد على المشهود عليه عندنا لأنهم
اجتمعوا
على فعل واحد واختلفوا فيما لم يكلفوا نقله والتوفيق ممكن فوجب قبول شهادتهم
كما لو
اختلفوا في ثيابها حين زنى بها وبيان الوصف أنهم لو شهدوا أنه زنى بها في هذا البيت
لم
يسألهم القاضي إن كان في مقدمه أو في مؤخره وبيان امكان التوفيق من وجهين
(أحدهما)

أن ابتداء الفعل كان في مقدم البيت وانتهاءه كان في مؤخره لاضطرابهما أو كان في
وسط
البيت فظن اثنان أن ذلك الموضع من مقدم البيت واثنان انه من مؤخره البيت فشهدوا
علي
ما وقع عندهم بخلاف البيتين والقبيلتين فالتوفيق هناك غير ممكن ثم هذا الاستحسان
منا لتصحيح الشهادة لا لإقامة الحد وإنما يستحسن لدرء الحد ولم يذكر إذا تقارب
اختلافهم
في الزمان والجواب فيه كالجواب في المكان إذا تقارب علي وجه يمكن التوفيق تقبل
شهادتهم
استحسانا ولو اختلفوا في الثوب الذي كان عليه حين زنى بها لم تبطل شهادتهم لأنهم
لو
امتنعوا من بيان ثوبه حين زنى لم يقدح ذلك في شهادتهم فعرفنا أنهم اختلفوا فيما لم
يكلفوا
نقله والتوفيق ممكن لجواز أن يكون عليه ثوبان وقع بصر اثنان على أحدهما وبصر
الآخرين
على الآخر (قال) وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا واحدهم والده أو ولده فالشهادة
جائزة لأنه
لا تهمة في شهادة الولد على والده ثم يرث الولد من والده وان رجم بشهادته إلا أنه إذا
أمره
الامام بالبداية ينبغي أن لا يتعمد قتله لان الولادة مانع للولد من أن يتعرض لوالده بالقتل
وإن كان مباح الدم على ما روى أن حنظلة بن أبي عامر رضي الله عنه استأذن رسول
الله
صلى الله عليه وسلم في قتل أبيه الشرك فلم يأذن له وقال يكفيك ذلك غيرك
وكذلك أن كان الشاهد أخا أو جدا أو واحدا من ذي الرحم المحرم لأنه اجتمع
حرمتان الاسلام والقراة وذلك مانع من التعرض له بالقتل كما في العادل لا يحل له
أن يقتل أخاه الباغي بخلاف المسلم يحل له أن يقتل أخاه الكافر لان الموجود هناك
حرمة واحدة وهي القراة فكان بمنزلة حرمة الاسلام فيما بين الأجانب (قال) فأما في
حق
الوالدين من الكفار الموجود حرمتان الولاد يعني به الجزئية والقراة فلو أنه أصاب مقتله
لم
يحرم الميراث أيضا لأنه قتل بحق وحرمان الميراث جزاء على القتل المحظور عقوبة
فلا يثبت
ذلك في القتل بحق (قال) ولو امتنع أحد الشهود من البداية بالرجم فذلك شبهة في

اسقاط
الحد عن المشهود عليه ولكن لا يقام الحد على المشهود لأنهم ثابتون على الشهادة
وإنما امتنع
بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعاً عن الشهادة على الزنا وقد يمتنع
الإنسان
من مباشرة القتل بحق (قال) وإذا شهد الشهود على رجل بالزنا وعدلوا فلم يقض
القاضي
بالرجم حتى قتله إنسان بالسيف عمداً أو خطأ فعليه القصاص في العمد والدية على
العاقلة في
الخطأ لأن الشهادة لا توجب شيئاً ما لم يتصل بها القضاء ألا ترى أنهم لو رجعوا بعد
عدالتهم

لم يقض القاضي بشئ ولم يضمنوا للمشهود له شيئاً ولو وجب حق المشهود له قبل
القضاء
بظهور عدالتهم لصاروا متلفين ذلك عليه بالرجوع فينبغي أن يضمنوا له ولما ثبت ان
الشهادة
لا توجب شيئاً بدون القضاء فبقيت النفس معصومة علي ما كانت قبل الشهادة فيجب
القصاص على من قتله عمداً ولان الشهادة قد بطلت بالقتل فان القاضي لا يقضى بها
بعد ذلك
لفوات المحل فهو كما لو بطلت الشهادة برجوعهم فان قضى القاضي برجمه ثم قتله
انسان عمداً
أو خطأ أو قطع يده أو فقأ عينه لا شئ عليه لأنه قد صار مباح الدم بقضاء القاضي
والفعل
في محل مباح لا يكون سبب وجوب الضمان وكذلك لو رجع الشهود عن شهادتهم
فلا شئ
على الجاني لان رجوعهم ليس بحجة في حق الجاني فوجوده كعدمه وان وجد أحد
الشهود
عبداً بعدما قتله الرجل عمداً ففي القياس عليه القصاص لأنه تبين أنه كان محقون الدم
حين
ظهر أن عدد الشهود لم يتكامل فان العبد لا شهادة له ولان هذا في معني قتله إياه قبل
قضاء
القاضي لأنه قد تبين أن قضاء القاضي كان باطلاً ولكنه استحسن فأبطل عنه القصاص
وجعل عليه الدية في ماله في ثلاث سنين لان القاضي قضى بإباحة دمه وصورة قضاء
القاضي تكفي لايراث الشبهة فإنه لو كان حقا كان مبيحا للدم فصورته تمكن شبهة
كالنكاح
الفاسد يجعل شبهة في اسقاط الحد ولهذا؟ لا يجب القصاص على المولى إذا جاء
المشهود بقتله
حيا وإذا امتنع وجوب القصاص للشبهة وجبت الدية في ماله لان القتل عمد والعاقلة لا
تعقل
العمد ولكن تجب الدية في ثلاث سنين لان وجوبها بنفس القتل فإن كان هذا الرجل
قتله رجما فلا شئ عليه لأنه ممثّل أمر القاضي فيكون فعله كفعل القاضي فلا يضمن
شيئاً
ولكن هذا خطأ من الامام فيما عمله لله تعالى فتجب الدية في بيت المال بخلاف
الأول
لان هناك ما امتثل أمر القاضي في قتله إياه بالسيف ولهذا يؤدبه القاضي هناك على ما

صنع
ولا يؤدبه هنا وإن لم يكونوا أجهزوا عليه حتى ظهر أن أحد الشهود عبد فأرشد الجراحة
أيضا في بيت المال اعتبارا للبعض بالكل والمعنى الجامع أن الخطأ من الامام في
الوجهين
(قال) أربعة شهدوا على رجل بالزنا وهو غير محصن وضربه الامام الحد ثم وجد
أحدهم
عبدا وقد مات من ذلك الضرب أو لم يمت فلا شئ في بيت المال ولا على الامام في
قول أبي حنيفة
رحمه الله تعالى وعندهما هو على بيت المال وعلى هذا لو رجع الشهود و قد جرحته

السياط فلا ضمان على الشهود في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يضمن الشهود

أرش الجراحات والدية ان مات من ذلك (و حجتنا) أن الجلدات أقيمت عليه بشهادتهم فالشاهد يجعل كالمباشر لما أوجبه بشهادته في حكم الضمان كما لو كان الحد رجما وكما أن

شهود القصاص وشهود القتل إذا رجعوا ضمنوا ما أتلف بشهادتهم كأنهم باشروا ذلك فهذا

مثله فإذا ثبت أنهم كالمباشرين تلقا ومن ضرب انسانا بسوط فجرحه من ذلك فهو ضامن

أرش الجراحة ولو مات من ذلك كان ضامنا للدية فكذلك إذا رجعوا هنا وإذا ظهر أنهم عبيد فقد ظهر الخطأ من الامام فذلك الضمان في بيت المال وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول

إنما أوجبوا بشهادتهم ضربا مؤلما غير جرح ومتلف بدليل أنه لا يقام هذا الحد الشديد

على المريض كيلا يؤدي إلى الاتلاف وبدليل أنه يختار لإقامة الحد سوطا لا ثمرة له كيلا

يجرحه ويفرق على الأعضاء كيلا يؤدي إلى الجراحة ولأنه لو ضربه فلم يجرحه يتم إقامة

الحد حتى لا يعاد عليه فيثبت أنهم إذا أوجبوا بشهادتهم ضربا مؤلما غير جرح ولا متلف

ولكن الجراحة والاتلاف أفضت إليه الشهادة والشاهد عند الرجوع لا يضمن ما أفضى إليه شهادته كالشهادة بالنسب في حال الحياة إذا رجع بعد ما مات المشهود عليه وورث

المشهود له بنسبه؟ وكما أن الجراحة والاتلاف ليس من موجب الشهادة فكذا ليس من موجب القضاء لان القاضي إنما يقتضى بما شهد به المشهود فلا يمكن ايجاب الضمان على

القاضي ولا في بيت المال لأنه إنما يجب في بيت المال ما كان واجبا بقضاء القاضي إذا تبين

فيه الخطأ ولا شئ على الجلال أيضا لأنه امتثل أمر القاضي وهو مجتهد فيما أقام من الحد

فلهذا لا يضمن أحد شيئا بخلاف ما إذا باشر الضرب بالسوط فإنما يحصل بضره من موجبات فعله وهو متعد في ذلك فكان مؤاخذا بضمانه (قال) أربعة شهدوا على رجل بشئ يجب فيه التعزير فعزره الامام فمات من ذلك فلا شئ على الامام ولا في بيت

المال
عندنا وهو مذهب عمر وعلي رضي الله عنهما وعلي قول الشافعي رحمه الله تجب
الدية في بيت
المال وهو قول علي رضي الله عنه لان التعزير للتأديب لا للاتلاف فإذا أدى إلى
الاتلاف
كان خطأ من الامام فيجب الضمان في بيت المال لأنه عمل فيه لله تعالى وكما نقول
في الزوج
إذا عزر زوجته فماتت كان عليه ضمان الدية ولكننا نقول الامام محق فيما أقام وهو
مستوف
حقا لله تعالى فيصير كأن من له الحق أماته بخلاف الزوج إذا عزر زوجته لأنه يستوفى
ذلك

لمنفعة نفسه فما يتولد منه يكون مضافا إليه توضيحه ان إقامة التعزير مستحق على الامام شرعا إذا علم أنه لا ينزجر الا به وما يكون مستحقا على المرء لا يتقيد بشرط ليس في وسعه التحرز عنه وهو كما ولو قطع يد السارق فمات من ذلك فأما تعزير الزوج مباح له غير

مستحق عليه والمباحات تتقيد بشرط السلامة كالمشي في الطريق والرمي إلى الصيد (قال)

وإذا حكم الامام على رجل بالزنا والرجم بشهادة الشهود وقال للناس ارجموه وسعهم أن

يرجموه وإن لم يعاينوا أداء الشهادة وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله تعالى لا يسعهم

ذلك ما لم يشهد به عدل آخر عندهم أو يعاينوا أداء الشهادة والحكم لان القتل أمر عظيم

إذا وقع فيه الغلط لا يمكن التدارك والتلافي ومن يكون مجرد قوله ملزما الأنبياء المعصومون

عن الكذب فإنهم لا يقرون على الكذب والقاضي لا تبلغ درجته درجة الأنبياء بل هو غير

معصوم عن الخطأ والكذب فلا يسعهم الاقدام بمجرد قوله على ما إذا وقع الغلط لا يمكن

تداركه وجه ظاهر الرواية أن قضاء القاضي أولى من شهادة الشهود فلو عاينوا أداء الشهادة

وسعهم أن يرموه وإن كان الشهود غير معصومين عن الكذب فكذلك إذا أخبرهم القاضي بقضائه وهذا لان العادة الظاهرة هي الاكتفاء في كل بلدة بقاض واحد فلو لم يكن مجرد حكمه حجة لكان يتخذ قاضيان في كل بلدة لحاجة الناس إلى ذلك وفي الاكتفاء

بقاض واحد دليل على أن مجرد قوله حجة يطلق لهم الاقدام على إقامة الحد رجما كان أو

قتلا حد قطاع الطريق أو قطعاً في السرقة (قال) وإذا شهد عليه ثلاثة بالزنا وقال الرابع لم أر ما قالوا ولكني رأيتهما في لحاف واحد فشهادتهم باطلة لان الرابع ما شهد بشئ فلم يتكامل

عدد شهود الزنا فلا يجب الحد على المشهود عليه ويحد الثلاثة لأنهم قذفوه بالزنا حيث لم

يتكامل عدد الشهود ولا يحد الرابع لأنه ما نسبه إلى الزنا بقوله رأيتهما في لحاف واحد

والأصل فيه ما روينا من حديث المغيرة فان عمر رضى الله تعالى عنه أقام الحد على
الثلاثة حين
امتنع زياد من الشهادة على صريح الزنا ولم يقيم الحد على زياد وإن كان الرابع قال
أشهد انه زان
ثم سئل عن صفتة فلم يصف ذلك فعليه الحد بقوله انه زان لأنه قد نسبه إلى الزنا بهذا
وأكد
ذلك بلفظ الشهادة ولو لم يؤكد ذلك بلفظة الشهادة ولكن قال هذا زان كان قاذفا له
بهذا
اللفظ مستوجبا الحد فهنا أولى وتأويل هذه المسألة أن الرابع إذا قال هذا في مجلس
آخر سوى
المجلس الذي شهد فيه الثلاثة فأما إذا اجتمع الأربعة في مجلس وشهدوا عليه بالزنا
وأبى بعضهم

أن يفسر ذلك فلا حد على ما فسر به بعد هذا لان الأربعة إذا شهدوا عليه بالزنا فسئلوا
عن
كيفية وماهيته وقالوا لا نزيد لك على هذا لم تقبل شهادتهم لأنهم لم يبينوا مبهم
كلامهم ولكن
لا حد عليهم لتكامل عددهم فان تكامل عدد الشهود مانع من وجوب الحد عليه كما
لو شهد
عليه أربعة من الفساق بالزنا وكذلك أن وصف بعضهم دون بعض لان عددهم متكامل
في
أصل الشهادة عليه بالزنا وامتناع بعضهم عن البيان لا يكون رجوعا عن الشهادة ولكن
يصير ذلك
شبهة في حق المشهود عليه فلا يقام عليه الحد ولا يقام على الشهود أيضا كما في
فسق الشهود (قال)
أربعة شهدوا على رجل بالزنا بامرأة فشهد أربعة على الشهود انهم هم الذين زنوا بهما
لا تقبل شهادة
واحد منهم ولا يقام الحد للشبهة التي دخلت عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي
يوسف ومحمد
رحمهما الله يقام حد الزنا على الفريق الأول ولا شيء على المشهود عليه للأول لان
الفريق الثاني
عدول شهدوا على الفريق الأول بالزنا فوجب قبول شهادتهم وقد ثبت فسقهم لظهور
زناهم
بالحجة فتبطل شهادتهم على المشهود عليه الأول وبقيت الشبهة التي أشار إليها أبو
حنيفة رحمهم
الله تعالى ان قصد الفريق الثاني بهذه الشهادة إبطال شهادة الفريق الأول لأنهم حين لم
يشهدوا
إلى أن شهد الفريق الأول فاما أن يكونوا كاذبين قاصدين إلى ابطال شهادتهم أو كانوا
صادقين
ولكنهم اختاروا الستر فلما شهد الفريق الأول حملتهم الضغينة على الشهادة عليهم دون
الحسبة
ومثل هذه الشهادة لا تقبل كما لو شهدوا بالزنا بعد تقادم العهد ولان في لفظهم ما
يدل على أن
قصدهم المجازاة دون الحسبة فان في الشهادة بطريق الحسبة يقولون زنوا وهم زناة
واما قولهم
هم الذين زنوا يكون على طريق المجازاة ثم هذا يؤدي إلى التهاثر فربما يشهد فريق

ثالث علي
الفريق الثاني بمثل ذلك ومثل هذا لا يجوز إقامة الحد به (قال) وان شهد ثلاثة نفر
وامرأتان
بالزنا لم تجز شهادتهم لحديث الزهري قال مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله
عليه وسلم
والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في حد الزنا فكانوا جميعا قذفة (قال) وان
شهد
أربعة علي شهادة أربعة علي رجل بالزنا لا تجوز شهادتهم لان الشهادة علي الشهادة
فيها ضرب
شبهة من حيث إن الكلام إذا تداولته الا لسنة تمكن فيه زيادة ونقصان ولان الشهادة
علي
الشهادة بدل والابدال منصوبة للحاجة ولا تقام الحدود بمثله لأنها مبنية علي الدرء ولا
حد
علي الفروع لأنهم ما نسبوا المشهود عليه إلى الزنا إنما حكوا شهادة الأصول بذلك
والحاكي
للقذف عن غيره لا يكون قاذفا فان قدم الأصول فشهدوا علي شهادة أنفسهم علي هذا

الرجل بالزنا لا تقبل شهادتهم لوجهين أحدهما ان العهد قد تناول والثاني ان الحاكم حكم

برد هذه الشهادة لان في الموضوع الذي تقبل الشهادة على الشهادة تقبل شهادة الأصول أيضا ففي الموضوع الذي ترد أيضا يتعدى رده إلى شهادة الأصول من وجه وذلك شبهة ولا حد على الشهود لتكامل عددهم ولأننا إنما لا نقيم الحد على المشهود عليه بنوع شبهة

والشبهة تصلح لدرء الحد بها لا لايجاب الحد (قال) وان قال الشهود للرجل والمرأة في

غير مجلس القاضي نشهد انكما زانيان وقدموهما إلى القاضي وشهدوا عليهما وقالوا انهم قد

قالوا لنا هذه المقالة قبل أن يرفعونا إليك ولنا بذلك بينة لم تقبل شهادتهما على ذلك ولم تسقط

شهادتهم به وحد الرجل والمرأة لأنهم عدول (فان قيل) صاروا قاذفين لهما بالنسبة إلى الزنا

في غير مجلس القاضي فكانوا متهمين في الشهادة من حيث إنهم قصدوا بها اسقاط الحد

(قلنا) إنما كان كذلك لان تكامل العدد كما يمنع من أن يكون كلامهم قذفا في مجلس

القاضي فكذلك في غير مجلسه ولان المقصود من فعلهما الندم معناه ان مقصود الشهود

من هذه المقالة في غير مجلس القاضي انكما زانيان ليظهر الندم ليستروا عليهما أو الاصرار

ليشهدوا عليهما والشاهد مندوب إلى ذلك ولان كلامهم الأول موقوف فإذا اتصل به شهادتهم في مجلس القاضي لم يكن قذفا والا فحينئذ يكون قذفا (قال) وإذا شهدوا

عليهما بالزنا فقال اثنان طاوعته وقال آخران استكرهها درئ الحد عنهما في قول أبي حنيفة

رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يحد الرجل وحده لهما ان الحجة

في جانب الرجل تمت موجبة للحد فإنما الاختلاف بينهم في حالها وذلك لا يغير حكم الفعل

في جانبه فان الكل لو اتفقوا انها كانت طائعة أو مكرهة يجب الحد على الرجل وهذا لان

الزنا فعلان من الرجل والمرأة وإنما يقام الحد على كل واحد منهما بفعله وقد اتفقوا

على وجود
الفعل الموجب للحد على الرجل ولأبي حنيفة رحمه الله طريقان أحدهما ان كل اثنين
شهدا
بفعل آخر فما لم يتق الأربعة على الفعل الواحد لا يثبت الزنا كما لو اختلفوا في المكان
والزمان وبيانه ان شاهدي الطوعية شهدا بفعل مشترك بينهما فإنها إذا كانت طائعة
كانت
شريكة له في الفعل حتى تشاركه في اثم الفعل وشاهدا الاكراه شهدا بفعل تفرد به
الرجل
لأنه لا شركة للمرأة في الفعل إذا كانت مكرهة حتى لا تشاركه في اثم الفعل والفعل
المشترك
غير الفعل الذي تفرد به الرجل وقولنا ان الزنا فعلاان يعني من حيث الحكم فأما في
الحقيقة

الفعل واحد ولهذا لو تمكنت الشبهة من أحد الجانبين يصير ذلك شبهة في اسقاط الحد
عن الآخر والطريق الثاني ما ذكره الطحاوي ان الذين شهدوا انها طاعته صاروا قاذفين لها
ملتزمين حد القذف لولا شهادة الآخرين انه زنى بها وهي مكروهة فكانا خصمين ولا شهادة
للخصم وإنما لا يقام حد القذف عليهما بشهادة آخرين بمنزلة من قذف امرأة ثم أقام شاهدين
انها زنت وهي مكروهة سقط الحد عن القاذف ولان اعتبار عدد الأربعة في الشهادة على
الزنا الموجب للحد وهذه شهادة على سقوط احصانها لان زنا المكروهة لا يوجب حد الزنا
عليها بحال وسقوط الاحصان يثبت بشهادة شاهدين وبيان هذا الطريق فيما ذكره محمد في
الكيسانيات قال لو شهد ثلاثة انها طاعته وواحد انها مكروهة فعند أبي حنيفة رحمه الله
لا يقام الحد على الشهود وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقام على الثلاثة حد القذف
بخصوصتها لأنهم صاروا قاذفين لها والشاهد على سقوط احصانها واحد وبشهادة واحد لا يثبت
الاحصان وهذا لان المكروهة لا فعل لها فتكون هذه الشهادة في حقها بمنزلة ما لو امتنع
الرابع من أداء الشهادة (قال) ولو شهد ثلاثة أنه استكرهها وواحد انها طاعته فليس على هذا الواحد حد القذف لها بشهادة الباقي بسقوط احصانها هذا كله بناء على ظاهر المذهب أن المكروهة على الزنا يسقط إحصانها وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى
أنه لا يسقط احصانها بفعالها ووجه ظاهر الرواية أنها ممكنة من وطئ حرام فان الاكراه لا يعدم لها الفعل خصوصا فيما لا يصلح أن تكون المكروهة آلة للمكره ولأنها مضطرة إلى
ذلك وذلك لا يمنع سقوط احصانها (قال) وان شهد أربعة على رجل انه زنى بهذه المرأة
في موضع كذا في وقت كذا وشهد أربعة أنه زنى بهذه المرأة الأخرى في ذلك الوقت بعينه في مكان آخر والبيتان بينهما بعد لم يحد واحد منهم لان القاضي تيقن بكذب

أحد
الفريقين والشخصان في وقت واحد لا يتصور أن يكونا في مكانين مختلفين ولا يعرف
الصادق من الكاذب فيمتنع القضاء للتعارض أو لتمكن تهمة الكذب في شهادة كل
فريق
أو لعدم ظهور رجحان جانب الصدق وان شهد كل فريق منهم على وقت غير الوقت
الآخر جازت الشهادة وحد الرجل والمرأتان لأنه ثبت على الرجل فعلاان وعلى كل
امرأة
فعل موجب للحد بحجة كاملة فيقيم القاضي الحد عليهم إذ الزنا بعد الزنا يتحقق في
وقتين
ومكانين مختلفين بامرأة وامرأتين (قال) وان شهد أربعة أنه زني يوم النحر بمكة بفلانة

وشهد أربعة أنه قتل يوم النحر بالكوفة فلانا لم تقبل واحدة من الشهاداتين لتيقن القاضي بكذب أحد الفريقين ولا حد على شهود الزنا لتكامل عددهم وعلى هذا سائر الأحكام من العتاق والطلاق ولا يقال لا تنكر كرامة الأولياء فيجوز أن يكون في يوم واحد بمكة

والكوفة لان مثل ذلك الولي لا يزني ولا يجحد ما فعله ولأننا أمرنا ببناء الاحكام على ما هو

الظاهر المعروف فان حضر أحد الفريقين وشهدوا فحكم الحاكم بشهادتهم ثم شهد الآخرون

فشهادة الآخريين باطلة لان رجحان جانب الصدق ثبت في شهادة الأولين حين اتصل الحكم بها فيبقى الكذب في شهادة الفريق الثاني ولا يقام الحد على شهود الزنا وان كانوا

هم الفريق الثاني لتكامل عددهم (قال) وإذا ثبت حد الزنا على رجل بشهادة الشهود وهو

محصن أو غير محصن فلما أقيم عليه بعضه هرب فطلبه الشرط فأخذوه في فوره أقيم عليه

بقية الحد لان الهروب غير مسقط عنه ما لزمه من الحد وأصله ان حد الزنا لا يقام بحجة

البينة بعد تقادم العهد عندنا وكذلك كل حد هو محض حق الله تعالى وعند الشافعي رحمه الله

تعالى يقام واعتبره بسائر الحقوق من حيث إن تقادم العهد غير مسقط عنه ما لزمه فاعتبر البينة

بالاقرار فان هذه الحدود تقام بالاقرار بعد تقادم العهد فكذلك بالبينة لأنها احدى الحجتين

(وحجتنا) في ذلك حديث عمر رضي الله عنه حيث قال أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا

عند حضرته فإنما هم شهود ضغن قال الحسن رحمه الله تعالى في حديثه لا شهادة لهم والمعني ان

الشاهد على هذه الأسباب مخير في الابتداء بين ان يستر عليه أو يشهد فلما أحر الشهادة

عرفنا أنه مال إلى الستر ثم حملته العداوة علي أن يترك الستر ويشهد عليه فلا تكون هذه

شهادة بطريق الحسبة فلماذا لا تقبل بخلاف حد القذف فان الشهادة عليه لا تقبل الا بخصوصة

المقذوف وطلبه الحد فإنما أخرجوا أداء الشهادة لعدم الخصومة من المقذوف ولأن فيه بعض حق العباد وهو دفع العار عن المقذوف فمتى أقام الحجة عليه وجب الحكم به لدفع الضرر عنه ولا يدخل على هذا الكلام السرقة فإن الشهادة عليها لا تقبل قبل الخصومة ولكن خصومة المسروق منه هناك في المال لا في الحد وبعد تقادم العهد الشهادة مقبولة فيما فيه الخصومة له ولأن الحد هناك محض حق الله تعالى ولهذا صح الرجوع فيه عن الاقرار بخلاف حد القذف وحد الله تعالى أقرب إلى الدرء لأنه يتعالى عن أن يلحقه خسران أو ضرر وهذا بخلاف الاقرار فان معنى الضغينة لا يتحقق في الاقرار بعد التقادم إذ الانسان لا يعادي نفسه على وجه يحمله

ذلك على الاقرار ولم يبين في الكتاب حد التقادم وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه قال جهدت بابي حنيفة رحمه الله تعالى كل الجهد فأبى ان يؤقت في التقادم وقتنا وهذا

لان ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس في البعد من القاضي والقرب وباختلاف عادة القاضي في الجلوس والتوقيت لا يكون بالرأي بل بالنص فلما لم يجد فيه نصا أبي ان يوقته

بشئ وجعله موكولا إلى رأى القاضي وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمهما الله

تعالى انهم إذا شهدوا بعد سنة لا تقبل وأشار الطحاوي رحمه الله تعالى إلى ستة أشهر وهو

الحين والأصح ما نقل عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى انهما قدرا ذلك بشهر فقالا

ما دون الشهر قريب عاجل والشهر وما فوّه آجل كما بينا في الايمان فإذا شهدوا به بعد شهر

لا تقبل ولكن هذا إذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر فإن كان ذلك وعلم أنه تأخر

الأداء لبعدهم من مجلسه لا يكون ذلك فدحا في شهادتهم ولا يمتنع إقامة الحد به لحديث المغيرة

رضي الله عنه فإنه كان واليا بالبصرة حين جاء الشهود إلى المدينة فشهدوا عليه بالزنا فكتب

إليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن سلم عملك إلى أبي موسى والحق بي ثم لما حضر قبل

الشهادة عليه حتى قال بعد شهادة الواحد أوه أودى ربع المغيرة فعرفنا ان التقادم إذا كان لعذر

ظاهر لا يكون قدحا بالشهادة إذا عرفنا هذا قلنا في مسألة الكتاب وهو ما إذا هرب فوجد

بعد أيام في القياس انه لا يمتنع إقامة بقية الحد عليه لأنه إنما تأخر لعذر وهو هربه فلا يكون

ذلك قدحا في الشهادة ولكنه استحسن فقال العارض في هذه الحدود بعد الشهادة قبل الاتمام كالمقترن بالشهادة بدليل عمي الشهود وردتهم وهذا لان التفريط هنا كان من

أعوان

الامام حتى تمكن من الهرب منهم فالظاهر أنهم مالوا إلى اكتساب سبب درء الحد عنه ثم

حملتهم العداوة على الجد في طلبه فكان هذا والضعينة في الشهود سواء (قال) ولا تسقط

شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد إذا كان عدلا لان القذف خبر متردد بين الصدق والكذب فلا يكون مسقطا للشهادة وإنما المسقط للشهادة إقامة الحد عليه لان الحكم بكذبه

يتحقق والحد لا يتجزى فما دونه يكون تعزيرا لا حدا والتعزير غير مسقط للشهادة ففي هذه المسألة

عن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات إحديها ما بينا وهو قولهما والثانية إذا أقيم عليه أكثر

الحد سقطت شهادته إقامة للأكثر مقام الكل والثالثة إذا ضرب سوطا واحدا تسقط شهادته لان من ضرورة إقامة ذلك القدر من الحد الحكم بكذبه وكذلك هذه الروايات

الثلاثة في النصراني إذا أقيم عليه بعض الحد ثم أسلم على ما ذكر في الجامع الصغير
(قال)
وإذا أقيم على القاذف تسعة وسبعون سوطا ثم قذف آخر لم يضرب الا ذلك السوط
الواحد
لان مبني الحدود على التداخل والمغلب عندنا في حد القذف حق الله تعالى ولهذا لو
قذف
جماعة لا يقام عليه الا حد واحد عندنا على ما نبينه وقد اجتمع الحدان هنا لان كمال
الحد الأول
بالسوط الذي بقي فلهذا يدخل أحدهما في الآخر ولا يقام الا ذلك السوط توضيحه ان
المقصود إظهار كذبه ليندفع به العار عن المقذوف وذلك يحصل في حقهما بإقامة
السوط لأنه؟
يصير محكوما بكذبه وتسقط شهادته (قال) وضرب التعزير أشد من ضرب الزنا
وضرب
الزاني أشد من ضرب شارب الخمر وحد القذف أخف من جميع ذلك أما ضرب
التعزير
أشد لان المقصود به الزجر وقد دخله التخفيف من حيث نقصان العدد فلو قلنا
بتخفيف
الضرب أيضا فإما هو المقصود لان الألم ما لم يخلص إليه لا ينزجر ولهذا قلنا يجرد
في التعزير
عن ثيابه ويعذر في إزار واحد واختلفوا في مقدار التعزير ففي ظاهر المذهب لا يبلغ
التعزير أربعين سوطا وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجوز أن يبلغ التعزير
خمسة وسبعين سوطا وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى والأصل فيه قوله صلى
الله عليه
وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين قال أبو يوسف رحمه الله تعالى المراد
الحد
الكامل وهو حد الأحرار وأدناه ثمانون جلدة فينقص التعزير من ذلك خمسة أسواط
وقيل
كان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يضرب بالخمسين مرة واحدة فنقص ضربة واحدة
في
التعزير وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قال لا يزداد على تسعة وثلاثين سوطا لان
الأربعين
في حق العبد في القذف والشرب حد فنقص التعزير عنه بضربة واحدة وهذا بيان أقصى
التعزير فأما فيما دون ذلك الرأي إلى الامام يعزره بقدر ما يعلم أنه ينزجر به لان ذلك

يختلف باختلاف أحوال الناس وباختلاف جرائمهم وروى بشر عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى قال أقرب كل شيء من بابه فالتعزير في اللمس والقبلة بشهوة أقربه من الزنا والتعزير في الشبهة بغير الزنا أقربه من الشبهة بالزنا فاعتبر كل فرع بأصله فيما أقيم من التعزير ثم الضرب في الزنا أشد من الضرب في الشرب لان حد الزنا يتلى في القرآن وقد سيماه؟؟ الله تعالى عذابا بقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين وقال تعالى لا تأخذكم بهما رأفة في دين الله وحد الشرب لا يتلى في القرآن ولان المقصود هو الزجر ودعاء الطبع إلى الزنا عند

غلبة الشبق أكثر منه إلى الشرب ثم حد الشرب أشد من حد القذف لان جريمة الشارب متيقن بها بخلاف جريمة القاذف فالقذف خبر متمثل بين الصدق والكذب وقد يعجز عن إقامة أربعة من الشهداء مع صدقه فلهذا كان حد القذف أخف من حد الشرب حتى يضرب حد القذف وعليه ثيابه إلا أنه ينزع عنه الحشو والفر وليخلص الألم إلى بدنه وسائر الحدود تقام على الرجل في إزار إلا أنه روى ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى انه يقام عليه حد الشرب وعليه ثيابه أيضا لان حد الشرب حد القذف كما قال علي رضي الله عنه إذا شرب هذي وإذا هذى افترى وحد المفترين في كتاب الله تعالى ثمانون جلدة ولان حد الشرب كان بالجريد والنعال في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أن أنفقت الصحابة على الجلد في عهد عمر رضي الله عنه ولهذا قال علي رضي الله عنه ما من أحد أقيم عليه حد فيموت فأحب أن أديه الا حد الشرب فإنه بآرائنا ولضعفه قال لا يجرّد عن ثيابه ولكن في ظاهر الرواية لتحقق جريمته يجرّد كان في حد الزنا (قال) ولا يمد في شئ من الحدود والتعزير قيل مراده المد بين العقابين وقيل مراده أن الجلاد لا يفصل عضده عن إبطه ولا يمد يده فوق رأسه وقيل مراده أنه بعدما أوقع السوط على بدن المجلود لا يمدّه لأنّه زيادة مبالغة لم يستحق عليه ذلك لأنه ربما يؤدي إلى التلف والتحرز عن ذلك واجب شرعا في موضع لا يستحق الاتلاف شرعا ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بحسم السارق بعد القطع للتحرز عن الاتلاف ويعطى كل عضو حظه من الضرب لأنه قد نال اللذة في كل عضو ولان جميع الجلدات في عضو واحد ربما يؤدي إلى الاتلاف والاتلاف غير مستحق فيفرق على الأعضاء كيلا يؤدي إلى الاتلاف غير أنه لا يضرب الوجه والفرج أما الفرج فلا يحتمل الضرب والضرب

على الفرج متلف وأما الوجه فلان النبي صلى الله عليه وسلم لما أمرهم برجم الغامدية
أخذ
حصاة كالحمصة ورمها بها ثم قال للناس ارموها واتقوا الوجه فلما منع من ضرب
الوجه في
موضع كل الاتلاف؟ مستحقا ففي موضع لم يستحق الاتلاف أولى ولان الوجه موضع
الحواس ففي الضرب عليه اذهاب بعض الحواس عنه وهو استهلاك حكما وعن أبي
يوسف رحمه الله تعالى لا يضرب الصدر والبطن أيضا لان الضرب عليهما متلف (قال)
ولا
يضرب الرأس في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وهو قول أبي يوسف
رحمه الله تعالى الأول ثم رجع وقال يضرب الرأس أيضا ضربة واحدة وهو قول ابن أبي
ليلى

لحديث أبي بكر رضي الله عنه فإنه قال اضربوا الرأس فان الشيطان في الرأس (وحدثنا) في ذلك حديث عمر رضي الله عنه فإنه قال للجلاد إياك أن تضرب الرأس والفرج ولان الرأس موضع الحواس ففي الضرب عليه تفويت بعض الحواس (قال) ولا تجرد المرأة لإقامة الحد والتعزير عليها لأنها عورة مستورة وكشف العورة حرام إلا أنه ينزع عنها الحشو

والفرو ليخلص الألم إلى بدنها ولان ستر العورة يحصل بالملبوس عادة فلا حاجة إلى ابقاء

الحشو الفرو عليها (قال) وتضرب وهي قاعدة كأستر ما يكون ويضرب الرجل قائما وكان

ابن أبي ليلى رحمه الله يضرب المرأة الحد وهي قائمة كالرجل ولكننا نأخذ يقول عمر رضي الله عنه

حيث قال يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة ولان مبني حال الرجل على الانكشاف والظهور

ومبني حالهما؟ على الستر (قال) فإن كان حدها الرجم فان حفر لها فحسن وان ترك لم يضرب وقد

بيناه (قال) وان كانت حبلى حبست حتى تلد لحديث الغامدية فإنها لها أقرت ان بها حبلا

من الزنا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذهبي حتى تضعي حملك ولحديث معاذ رضي الله عنه

حين هم يرحم المغنية ان يكن لك عليها سبيل فلا لك على ما في بطنها وهو المعني لان ما في بطنها نفس محترمة فان المخلوق من ماء الزنا له من الحرمة والعهد ما لغيره ولم يوجد

منه جناية ولو رجمت كان فيه اتلاف الولد ولو تركت هربت وليس للامام أن يضيع الحد

بعد ما ثبت عنده بيينة فيحبسها حتى تلد ثم إن كان حدها الرجم رجمها لان اتلافها مستحق وإنما

تؤخر لحق الولد وقد انفصل الولد عنها وإن كان حدها الجلد تؤخر إلى أن تتعافى من نفاسها لان النفاس في حكم المريضة والحدود فيما دون النفس لا تقام في حالة المرض ولأنه إذا انضم ألم الجلد إلى ألم الولادة ربما يؤدي إلى الاتلاف وهو غير مستحق في هذه الحالة فتؤخر إلى

أن تتعافى من نفاسها (قال) وان شهدوا عليها بالزنا فادعت أنها حبلى فمجرد قولها لا يكون

حجة فيما يؤخر الحد عنها كما لا يكون حجة في المسقط ولكن القاضي يريها النساء

لان هذا
شئ يطلع عليه النساء وما بشكل على القاضي فإنما يرجع فيه إلى من له بصر في هذا
الباب
كما في قيم المتلفات والأصل فيه قوله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون فان
قلن
هي حبلى حبسها إلى سنتين فإن لم تلد رجمها للتيقن بكذبهن فان الولد لا يبقي أكثر
من
سنتين وان ادعت أنها عذر له أو رتقاء فنظر إليها النساء فقلن هي كذلك درى الحد
عنها

لان شهادتهن حجة فيما لا يطلع عليه الرجال ولكن لا يقام الحد على الشهود بقول النساء وكذلك المحبوب إذا علم أنه محبوب درئ الحد ولم يحد الشهود لان المحبوب لا يزني ولا حد على قاذفه وهذا لان المقصود من إقامة الحد إظهار كذب القاذف ليندفع به العار عن المقذوف وكذبه ظاهر هنا وإنما يلحق العار القاذف هنا دون عفة المقذوف وعند الشافعي رحمه الله تعالى قذف المحبوب كقذف غيره يوجب الجلد على القاذف بناء على أصله أن نفس القذف جريمة وفيما يرجع القاضي فيه إلى قول النساء يكتفي بقول امرأة واحدة والمثنى أحوط وقد بينا هذا في الطلاق (قال) وإذا قال المسلم الزاني أنا عبد فشهد نصرانيان أن مولاه أعتقه منذ سنة وهو نصراني عتق بشهادتهما ولكن يقام عليه حد العبيد لان شهادة النصراني لا تكون حجة على المسلم فيجعل فيما يقام عليه وجود هذه الشهادة كعدمها بخلاف ما إذا شهد على ذلك رجل وامرأتان فان هذه الشهادة حجة على المسلم فيكون معتبرا في إقامة الحد الكامل عليه وهذا الفرق الذي قررناه في مسألة الاحصان (قال) وان شهد أربعة نصارى على نصراني بالزنا فقاضى عليه بالحد ثم أسلم قال أدرأ عنه الحد لان القاضي لا يتمكن من إقامة الحد الا بحجة وشهادة النصراني ليست بحجة على المسلم وقد بينا أن العارض من قبل إقامة الحد كالمقترن بالسبب وكذلك لو كان أقيم عليه بعضه وأسلم لا يقام عليه ما بقي وكذلك الشهادة على السرقة والقطع والقتل وهذا استحسان في الحدود والقصاص وأما في القياس فقد تم القضاء بما هو حجة ولا تأثير للاسلام بعد ذلك في اسقاط ما لزمه من الحق عنه كالمال إذا قضى عليه بشهادة النصراني فأسلم يستوفى منه وفي الاستحسان قال العقوبات تندري بالشبهات فيجعل المعترض قبل الاستيفاء شبهة مانعة كالمقترن بأصل السبب بخلاف الأموال فإنها تثبت بالشبهات ثم المقصود في العقوبات

الاستيفاء ولهذا لو رجع الشهود قبل الاستيفاء امتنع الاستيفاء بخلاف المال وقد بينا أن
في الحدود التي هي حق الله تعالى تمام القضاء بالاستيفاء فما يعترض قبل الاستيفاء من
اسلام
المقضى عليه يجعل كالموجود قبل القضاء ثم ذكر مسألة الشهادات أن شهادة الكفار
بعضهم
على بعض جائزة وان اختلفت مللهم الأعلى ابن أبي ليلى قال لا نجيز شهادة أهل ملة
على أهل ملة أخرى (قال) ولا تجوز شهادة الكافر المحدود في القذف فان أسلم ثم
شهد
جازت شهادته لأنه بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة قبل إقامة الحد وهذه العدالة
لم

تصر مجروحة بخلاف العبد يقام عليه حد القذف ثم يعتق لأنه بالعتق لم يستفد عدالة
لم تكن
موجودة وقت إقامة الحد فان العبد عدل في دينه وتمام بيان هذه الفصول في الشهادات
(قال)
أربعة شهدوا على رجل بالزنا ثم أقروا عند القاضي أنهم شهدوا بالباطل فعليهم الحد
لأنهم
أكذبوا أنفسهم بالرجوع عن الشهادة فإن لم يحدهم القاضي حتى شهد أربعة آخر
غيرهم على
ذلك الرجل بالزنا جازت شهادتهم لظهور عدالتهم وأقيم الحد على المشهود عليه
بشهادتهم لان
شهادة الفريق الأول ورجوعهم في حق الفريق الثاني كالمعدوم ويدراً عن الفريق الأول
حد
القذف لأنه تبين بشهادة الفريق الثاني ان المشهود عليه زان وانهم صادقون في قذفه
بالزنا ولأنه
تبين انه غير محصن وقذف غير المحصن لا يوجب الحدو أكثر ما في الباب ان الفريق
الأول
لم يعانوا الزنا منه فحالهم كحال سائر الأجانب في قذفه والقاذف إنما يستوجب الحد
إذا لم يكن
هناك أربعة يشهدون على المقذوف بالزنا (قال) وإذا ثبت الزنا والسرقه على الكافر
بشهادة
المسلمين ثم أسلم أقيم عليه الحد لأنه لو كان مسلماً عند أداء الشهادة كانت هذه
الشهادة حجة
عليه فكذلك إذا اعترض اسلامه إلا أن يكون العهد قد تقادم فحينئذ يدرأ عند للشبهة
كما
لو كان مسلماً حين شهدوا عليه (قال) رجل زني بامرأة مستكرهة فأفضاها فعليه الحد
للزنا فإن كانت تستمسك البول فعليه ثلث الدية وان كانت لا تستمسك البول فعليه
كمال الدية
لأنه أفسد عليها عضوا لا ثاني له في البدن وهو ما يستمسك به البول وفي ذلك كمال
الدية
وما يجب بالجناية ليس بدل المستوفى بالوطئ حتى يقال لا يجمع بينه وبين الحد بل
هو بدل
المتلف بالجناية وذلك غير المستوفى بالوطئ فالمستوفى بالوطئ ما يملك بالنكاح
والافضاء لا يكون

مستحقا بالنكاح وان طاوعته فعليها الحد وليس عليه ضمان الجناية لوجود الرضي منها
فان
اذنها؟ فيما دون النفس معتبر في اسقاط الأرش وكذلك أن كانت صبية يجامع مثلها إلا
أن
رضاها هناك لا يعتبر في اسقاط الأرش لأنها ليست من أهل اسقاط حقها (قال) وان
زنى بصبية لا يجامع مثلها فأفضاها فلا حد عليه لان وجوب حد الزنا يعتمد كمال
الفعل وكمال
الفعل لا يتحقق بدون كمال المحل فقد تبين ان المحل لم يكن محلا لهذا الفعل حين
أفضاها
بخلاف ما إذا زنى بها ولم يفضها لأنه تبين انها كانت محلا لذلك الفعل حين احتملت
الجماع
ولان الحد مشروع للزجر وإنما يشرع الزجر فيما يميل الطبع إليه وطبع العقلاء لا يميل
إلى وطئ
الصغيرة التي لا تشتهي ولا تحتمل الجماع فلهذا لا حد عليه ولكنه يعزر لارتكابه مالا
يحل

له شرعا ثم إن كانت تستمسك البول فعليه ثلث الدية والمهر اما ثلث الدية لجرح الجائفة والمهر للوطئ فان الوطئ في ملك الغير لا ينفك عن عقوبة أو غرامة وقد سقطت العقوبة لشبهة النقصان في الفعل فيجب المهر لأنه يثبت مع الشبهة والوطئ ليس إلا إيلاج الفرج في الفرج وقد وجد ذلك منه ألا ترى أنه يجب المهر تارة بالعقد وتارة بالوطئ ثم العقد على الصغيرة

يوجب المهر فكذلك وطئها ان كانت لا تستمسك البول فعليه كمال الدية لافساد العضو الذي كان استمسك البول به فإنه لا ثاني له في البدن ولا مهر عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وفي قول محمد رحمه الله تعالى عليه مهر لوجود حقيقة الوطئ منه فكما لا يدخل المهر في بعض الدية فكذا لا يدخل في جميع الدية لان وجوب الدية

بالجناية على العاقلة مؤجلا والمهر في مال الجاني حالا فكيف يدخل أحدهما في الآخر وهما يقولان الفعل واحد فإذا وجب به كمال بدل النفس يدخل فيه ما دونه كما لو شج رجلا فذهب عقله أو سقط جميع شعره حتى وجب عليه كمال الدية دخل فيه أرش الموضحة وهذا لان المستوفى بالوطئ في حكم العتق وكذلك المتلف بالجناية وعند اتحاد المستوفى لا يجب أكثر

من بدل النفس بخلاف ما إذا كان البول يستمسك فان الواجب هناك بعض بدل النفس فيجوز ان يجب المهر معه وهو نظير ما لو فقأ إحدى عيني أمة انسان يضمن نصف قيمتها ولا يملك شيئا من الجنة بخلاف ما إذا فقأ العينين وضمن كمال الدية فإنه يملك الجنة

(قال) وإذا جامع صبية فأفضاها ومثلها لا يجمع لم تحرم عليه أمها وابنتها في قول أبي حنيفة

ومحمد رحمهما الله تعالى وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يحرم استحسانا لوجود حقيقة الوطئ بوجود إيلاج الفرج في الفرج والوطئ علة لايجاب حرمة المصاهرة والدليل على أن الوطئ جعل حكما أنه يتعلق به الاغتسال بنفس الايلاج من غير أنزال ويجب به المهر

وباب
الحل والحرمة مبني على الاحتياط فلاحتياط استحسن أبو يوسف رحمه الله تعالى
وجه قولهما
أن ثبوت حرمة المصاهرة بالوطئ ليس لعينه بل لأنه حرث للولد ولهذا لا يثبت بوطئ
الميتة
وبالوطئ في الدبر وهذا الفعل ليس بحرث للولد لأن الحرث لا يتحقق الا بمحل منبت
بخلاف
الاغتسال فان وجوبه باستطلاق وكاء المنى وذلك يتم بمعنى الحرارة واللين في المحل
وبخلاف
ما إذا كانت صغيرة يشتهي مثلها لان كون المحل منبتا حقيقة لا يمكن الوقوف عليه
فيقام
السبب الظاهر وهو كونها مشتهاة مقامه ألا ترى أن هذا الفعل حلال شرعا لمعنى
الحرث

ثم يحل وطئ الصغيرة التي تشتهي بالنكاح ولا يحل وطئ الصغيرة التي لا تشتهي ومن قذف

هذا الذي جامع هذه الصبية لا حد عليه لارتكابه وطئا حراما فان الوطئ الحرام في غير الملك مسقط للاحصان والصورة في ايراث الشبهة بمنزلة الحقيقة في درء ما يندرى بالشبهات

(قال) رجل زنى بامرأة فكسر فخذها فعليه الحد والأرش في ماله لأنه بمنزلة العمد ولا تعقل

العاقلة العمد وهو الجواب عن قول محمد رحمه الله في مسألة الافضاء بأن الواجب من الدية

في ماله هنا لان الفعل عمد فيستقيم ادخال المهر فيه (قال) وإذا قال الشهود تعمدنا النظر

إلى الزانيين لم تبطل شهادتهم به لأنهم قصدوا بهذا النظر صحة تحمل الشهادة لا قضاء الشهوة

فإنه لا يحل لهم أداء الشهادة ما لم يروا كالمروود في المكحلة والنظر إلى العورة عند الحاجة

لا يوجب الفسق وان تعمد ذلك ألا ترى ان القابلة تنظر والختان والحافضة كذلك وكذلك

لو قالوا رأينا ذلك ولم نتعمد النظر (قال) وإذا ادعت المزني بها انها صارت مفضاة لم يقبل

قولها في ذلك ما لم يشهد الشهود على الافضاء وما لم يفسروا انهم؟ رأوا ذلك لأنها تدعى

الجناية الموجبة للأرش وذلك لا يثبت الا بشهادة الشهود (قال) ومن أتى امرأة أجنبية في

دبرها فعليه الحد في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى والتعزير في قول أبي حنيفة

رحمه الله تعالى وكذلك اللواط عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يوجب التعزير عليهما وعندهما

يحدان حد الزنا يرحمان ان كانا محصنين ويجلدان ان كانا غير محصنين وهو أحد قولي

الشافعي رحمه الله وفي قول آخر قال يقتلان على كل حال لما روي عن رسول الله صلى الله

عليه وسلم أنه قال اقتلوا الفاعل والمفعول به وفي رواية ارجموا الأعلى والأسفل وتأويل ذلك

عندنا في حق من استحل ذلك الفعل فإنه يصير مرتدا فيقتل لذلك وهو تأويل الحديث الذي روى من أتى امرأته الحائض أو أتى امرأته في غير مأتاها فقد كفر بما أنزل على محمد

يعنى إذا استحل ذلك (وحجتهما) ان هذا الفعل زنا فيتعلق به حد الزنا بالنص فأما من حيث

الاسم فلان الزنا فاحشة وهذا الفعل فاحشة بالنص قال الله تعالى أتأتون الفاحشة ومن حيث المعنى ان الزنا فعل معنوي له غرض وهو إيلاج الفرج في الفرج على وجه محظور

لا شبهة فيه لقصد سفح الماء وقد وجد ذلك كله فان القبل والدبر كل واحد منهما فرج

يجب ستره شرعا وكل واحد منهما مشتهي طبعاً حتى أن من لا يعرف الشرع لا يفصل بينهما

والمحل إنما يصير مشتهي طبعاً لمعنى الحرارة واللين وذلك لا يختلف بالقبل والدبر ولهذا وجب

الاجتسال بنفس الايلاج في الموضوعين ولا شبهة في تمحض الحرمة هنا لان المحل
باعتبار
الملك ويتصور هذا الفعل مملوكا في القبل ولا يتصور في الدبر فكان تمحض الحرمة
هنا أبين
ومعنى سفح الماء هنا أبلغ منه في القبل لان هناك المحل منبت فيتوهم أن يكون الفعل
حرثا
وإن لم يقصد الزاني ذلك ولا توهم هنا فكان تضييع الماء هنا أبين وليس هذا الكلام
على
سبيل القياس فالحد بالقياس لا يثبت ولكن هذا ايجاب الحد بالنص وما كان اختلاف
اسم
المحل الا كاختلاف اسم الفاعل فان النص ورد بالحد في حق ما عزر رضي الله عنه
فايجاب الحد على
الغير بذلك الفعل لا يكون قياسا فكذلك هنا ورد النص بايجاب الحد على من باشر
هذا
الفعل في محل هو قبل فايجابه على المباشر في محل هو دبر بعد ثبوت المساواة في
جميع المعاني
لا يكون قياسا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول هذا الفعل ليس بزنا لغة ألا ترى أنه
ينفي عنه هذا الاسم باثبات غيره فيقال لاط وما زني وكذلك أهل اللغة فصلوا بينهما
قال القائل
من كف ذات حرفي زي ذي ذكر * لها محبان لوطى وزناء
فقد غاير بينهما في الاسم ولا بد من اعتبار اسم الفعل الموجب للحد ولهذا لا يجب
القطع على
المختلس والمنتهب والذي ورد في الحديث إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان مجاز لا
تثبت
حقيقة اللغة به والمراد في حق الاثم ألا ترى أنه قال وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان
والمراد
في حق الاثم دون الحد كما أن الله تعالى سمى هذا الفعل فاحشة فقد سمى كل كبيرة
فاحشة
فقال ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ثم هذا الفعل دون الفعل في القبل في
المعني
الذي لأجله وجب حد الزنا من وجهين أحدهما أن الحد مشروع زجرا وطبع كل
واحد
من الفاعلين يدعو إلى الفعل في القبل وإذا آل الامر إلى الدبر كان المفعول به ممتنعا

من ذلك بطبعه فيتمكن النقصان في دعاء الطبع إليه والثاني أن حد الزنا مشروع صيانة
للفراش
فان الفعل في القبل مفسد للفراش ويتخلق الولد من ذلك الماء لا والد له ليؤدبه فيصير
ذلك
جرما يفسد بسببه عالم واليه أشار صلى الله عليه وسلم في قوله وولد الزنا شر الثلاثة
وإذا آل الامر
إلى الدبر ينعدم معني فساد الفراش ولا يجوز أن يجبر هذا النقصان بزيادة الحرمة من
الوجه
الذي قال لان ذلك يكون مقايسة ولا مدخل لها في الحدود ثم اختلف الصحابة رضي
الله عنه
م في هذه المسألة فالمروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه انهما يحرقان بالنار وبه

أمر في السبعة الذين وجدوا على اللواطه وكان علي رضي الله عنه يقول يجلدان ان
كانا غير
محصنين ويرجمان ان كانا محصنين وكان ابن عباس رضي الله عنهما يقول يعلى أعلى
الأماكن
من القرية ثم يلقي منكوسا فيتبع بالحجارة وهو قوله تعالى فجعلنا عاليها سافلها وأمطرنا
عليهم
حجارة الآية وكان ابن الزبير رضي الله عنه يقول يحبسان في أتنن المواضع حتى يموتا
نتنا
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اتفقت الصحابة رضي الله عنهم أنه لا
يسلم لهما أنفسهما
وإنما اختلفوا في كيفية تغليظ عقوبتهما فأخذنا بقولهم فيما اتفقوا عليه ورجحنا قول
علي رضي الله عنه
بما يوجب عليهما من الحد وأبو حنيفة رحمه الله يقول الصحابة اتفقوا على أن هذا
الفعل
ليس بزنا لأنهم عرفوا نص الزنا ومع هذا اختلفوا في موجب هذا الفعل ولا يظن بهم
الاجتهاد
في موضع النص فكان هذا اتفاقاً منهم أن هذا الفعل غير الزنا ولا يمكن ايجاب حد
الزنا
بغير الزنا بقيت هذه جريمة لا عقوبة لها في الشرع مقدرة فيجب التعزير فيه يقينا وما
وراء ذلك من السياسة موكول إلى رأى الامام ان رأى شيئاً من ذلك في حق فله أن
يفعله شرعاً (قال) والناس أحرار في كل شئ الا في أربعة في الشهادة والعقل والحدود
والقصاص يعني بالشهادة أن المشهود عليه إذا طعن في الشاهد أنه عبد فما لم يقم البينة
على
حريته لا يقضى بشهادته وبالعقل ان عاقلة القاتل خطأ إذا زعموا أنه عبد فما لم تقم
البينة على
حريته لا يعقلون جنايته وبالحدود إذا ادعى الزاني أنه عبد فما لم تقم البينة على حريته
لا يقيم
عليه حد الأحرار وبالقصاص إذا قطع يد حر أو عبد وزعم أنه عبد لا قصاص عليه
فما لم تقم البينة على حريته لا يقتضي عليه بالقصاص وهذا لان ثبوت الحرية لمجهول
الحال
باعتبار الظاهر وهو أن الدار دار الاسلام فالظاهر من حال كل من هو فيه الحرية أو
باعتبار
استصحاب الحال من حيث أن الناس أولاد آدم وحواء عليهما السلام وهما كانا حرين

وهذا يصلح حجة لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق وشهادة الشاهد تثبت
الاستحقاق
وكذلك العاقلة تثبت استحقاق الدية عليهم وكذلك الحد والقصاص فالظاهر لهذا لا
يكون
حجة حتى تقوم البينة عليه وهو نظير اليد فإنها حجة لدفع الاستحقاق لا لاثباته حتى أنه
باعتبار اليد في الجارية لا يستحق أولادها على الغير بخلاف ما إذا ثبت الملك فيها
بالبينة فان
قامت البينة في هذه الفصول على أنه كان ملكا لفلان أعتقه وقضى القاضي بذلك ثم
حضر المولى
الغائب فأنكر ذلك فلا حاجة إلى إعادة البينة عليه لأن هذه بينة قامت على خصم وهو
المنكر

لحرية فإنه خصم عن الغائب لاتصال حقه بحق الغائب فالقضاء به عليه يكون قضاء
على
الغائب (قال) وإذا قضى القاضي بحد أو قصاص أو مال وأمضاه ثم قال قضيت بالجور
وانا أعلم ذلك ضمنه في ماله وعزر وعزل عن القضاء لأنه فيما جار فيه ليس بقضاء بل
هو
اتلاف بغير حق إنما قضاؤه على موافقة أمر الشرع والشرع لا يأمر بالجور وهو فيما
يتلف
بغير حق كغيره في ايجاب الضمان عليه في ماله ويعزر لارتكابه مالا يحل له قصدا
ويعزل عن
القضاء لظهور خيانتة فيما جعل أميناً فيه وفي هذا اللفظ دليل أن الصحيح من مذهب
علمائنا
أن القاضي لا يعزل بالجور ولكن يستحق عزله لان الفسق عندنا لا يمنع صحة تقليده
ابتداء
فلا يمنع البقاء بطريق الأولى بخلاف ما تقوله المعتزلة انه يعزل بالجور وان تقليد
الفاسق
ابتداء لا يصح بناء على أصلهم ان بالفسق يخرج من الايمان لان اسم الفسق اسم ذم
واسم
الايمان اسم مدح فلا يجتمعان وهي معروفة من مذهبهم في القول بالمنزلة بين
المنزلتين
والشافعي رحمه الله يوافقهم في أنه يعزل بناء على أصله ان بالفسق ينتقص ايمانه وان
التقليد
ممن قلده كان على ظن أداء الأمانة الأمانة فلا يبقى حكمه بعد الخيانة كما في الوديعة
يقول بالخلاف
من طريق الفعل يبطل العقد وهذا كله عندنا باطل فان الولاية من الخلفاء والسلطين
والقضاء بعد الخلفاء الراشدين قل ما يخلو واحد منهم عن فسق وجور ففي القول بما
قالوا
يؤدي إلى أن يكون الناس سدى لا والى لهم وأي قول أفحش من هذا وان ظهر أنه
قضى بالجور وقد فعله خطأ لم يكن عليه غرمه لأنه غير معصوم عن الخطأ والخطأ
موضوع
شرعا قال الله تعالى وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به فكان هو قاضيا على موافقة أمر
الشرع ظاهرا غير جان فيما فعل ولكن إذا تبين الخطأ أخذ المقضي له بغرم ذلك أن
كان
قضاؤه بحق العباد وإن كان بحق الله تعالى فضمانه في بيت المال وعلى هذا قال

علماؤنا رحمهم
الله تعالى القاضي إذا أخبر عن قضائه بشيء وأمر الناس بجرم أو قتل بناء على قضائه فإن
كان
عالما ورعا وسعهم أن يأخذوا بقوله من غير أن يستفسروه وإن كان عالما غير ورع لم
يسعهم
ذلك ما لم يستفسروا وكذلك لو كان ورعا غير عالم لان الورع الذي هو غير عالم يد
يخطئ لجهله
والعالم الذي ليس بورع قد يتعمد الجور ويميل إلى الرشوة وأما إذا كان عالما ورعا
فإنهم يأمنون
الخطأ لعلمه والجور لورعه فيسعهم الاخذ بقوله (قال) وليس للمولى أن يقيم الحد على
مملوكه
ومملوكته عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى له ذلك في الحدود التي هي محض حق
الله

تعالى إذا عاين سببه من العبد أو أقر به بين يديه وإذا ثبت بحجة البينة فله فيه قولان وفي حد القذف والقصاص له فيه وجهان وهذا إذا كان المولى ممن يملك إقامة الحد بولاية الإمامة إن كان اماما وإن كان مكاتبا أو ذميا أو امرأة فليس له ولاية إقامة الحد كما لا يثبت

له ولاية إقامة الحد بتقليد القضاء والإمامة واحتج بحديث علي رضي الله عنه أن النبي صلى

الله عليه وسلم قال أقيموا الحدود على ما ملكت أيما نكم وحديث ابن عمر رضي الله

عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها إلى أن قال بعد الثالثة فليبعها

ولو بظفير والجلد متى ذكر عند حكم الزنا يراد به الحد دون التعزير وقد ذكر في بعض الروايات فليجلدها الحد والمعنى فيه أن هذه عقوبة مشروعة للزجر والتطهير فيملك المولى

إقامته بولاية الملك كالتعزير وتأثيره أنه اصلاح للملك لان ملكه يتعيب بارتكاب هذه الفواحش فما شرع للزجر عنها يكون اصلاحا لملكه بمنزلة التزويج وفي التطهير اصلاح ملكه

أيضا ألا تري أن ما كان مشروعا للتطهير كالختان وصدقه الفطر يملكه المولى بولاية الملك

وهذا لأنه من مملوكه ينزل منزلة السلطان من رعيته أو هو أقوى حتى تنفذ فيه تصرفاته ولو

حلف لا يضربه فأمر غيره حتى ضربه حنث كالسلطان في حق الرعية ولهذا قلنا إذا كان

مكاتبا أو ذميا أو امرأة لا يقيم الحد لأنه بولاية السلطنة لا يقيم فكذلك بولاية الملك كما

في حق نفسه لما كان لا يقيم الحد على نفسه بولايته السلطنة لا يقيم بملكه نفسه ولان في

القول بأنه يقيم التعزير عليه دون الحد جمعا بين التعزير والحد بسبب فعل واحد لأنه إذا علم

بزناه عزره ثم رفعه إلى الامام فيقيم عليه الحد ولا يجمع بينهما بسبب فعل واحد (ووجتنا)

فيه قوله فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب واستيفاء ما على المحصنات للامام خاصة

فكذلك ما على الإمام من نصف ما على المحصنات وعن ابن مسعود وابن عباس وابن

الزبير
رضي الله عنهم موقوفا عنهم موقوفا ومرفوعا ضمن الامام أربعة وفي رواية أربعة إلى
الولاية الحدود
والصدقات والجمعات والفقير والمعنى فيه وهو أن هذا حق الله تعالى يستوفيه الامام
بولاية
شرعية فلا يشاركه غيره في استيفائه كالخراج والحزبية والصدقات وتأثيره ان بسبب
الملك
يثبت للمولى الولاية في ما هو من حقوق ملكه فأما حقوق الله تعالى استيفاؤها وبطريق
النيابة
ألا ترى أن حق العبد لا يستوفيه الا هو أو نائبه والامام متعين للنيابة عن الشرع فأما
المولى بولاية الملك لا يصير نائبا عن الشرع وهو كأجنبي آخر في استيفائه بخلاف
التعزير

فإنه من حقوق الملك والمقصود به التأديب ألا ترى أنه قد يعزر من لا يخاطب بحقوق الله

كالصبيان وهو نظير التأديب في الدواب فإنه من حقوق الملك وكذلك الختان فإنه بمنزلة

الخصي في الدواب لاصلاح الملك وكذلك صدقة الفطر فإنها بمنزلة المؤمن والنفقات فلما كان

معنى حق الملك مرجحا في هذه الأشياء ملك المولى اقامته ألا ترى أنه لو كان مكاتبا أو ذميا

أو امرأة كان له إقامة التعزير دون الحد يوضحه أن فيما يثبت للمولى الولاية بسبب الملك

هو مقدم على السلطان كالتزويج وبالاتفاق للامام ولاية إقامة هذا الحد شاء المولى أو أبى

عرفنا أنه لا يثبت ولاية اقامته بسبب الملك ووجه آخر أن وجوب هذه الحدود باعتبار معنى النفسية دون المالية إذ الحد لا يجب على المال بحال والعبد في معنى النفسية

مبقى على أصل الحرية ولهذا يصح اقراره على نفسه بهذه الأسباب ولا يصح اقرار المولى عليه

بشيء من هذه الأشياء وولاية المولى عليه فيما يتصل بالمالية فأما فيما يتصل بالبدن كأجنبي

آخر ألا ترى أن في طلاق زوجته جعل المولى كأجنبي آخر بخلاف التعزير فذلك قد يستحق

باعتبار المالية على ما بينا أنه نظير الضرب في الدواب والدليل عليه أنه لا يملك سماع البينة

عليه ولو نزل منزلة السلطان لملك ذلك وإنما يحنث في اليمين بالضرب لاعتبار العرف وقوله

أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم خطاب للأئمة كقوله فاقطعوا خطاب للأئمة وفائدة

تخصيص المماليك أن لا تحملهم الشفقة على ملكهم على الامتناع عن إقامة الحد عليهم أو المراد

السبب والمرافعة إلى الامام وقد يضاف الشيء إلى المباشر تارة وإلى المسبب أخرى وهذا

تأويل الحديث الآخر ان المراد به التعزير لان الجلد وان ذكر عند الزنا وإنما أضيف إلى من لم يتعين نائبا في استيفاء حقوق الله تعالى فكان المراد التعزير ولا يبعد الجمع بين

الحد

والتعزير بسبب فعل واحد كالزاني في نهار رمضان يعزر لتعمد الافطار ويحد للزنا
وكما لو
كان المولى مكاتبا يعزر مملوكه على الزنا ثم يرفعه إلى الامام ليقيم عليه الحد (قال)
وإذا
ادعى المشهود عليه بالزنا ان هذا الشاهد محدود في قذف وان عنده بينة بذلك أمهله
ما بينه وبين أن يقوم القاضي من مجلسه من غير أن يخلى عنه لأنه أخبر بخبر متمثل
فيتأني في
ذلك ولكن على وجه لا يكون فيه تضييع الحد الذي ظهر سببه عنده فإنه منهي عن
ذلك
شرعا مأمور بالإقامة والاحتياط للدرء فلهذا لا يخلى عنه ولكن يمهل إلى آخر المجلس
لأنه
يتمكن من احضار شهود بيانه في هذا المقدار فان جاء بالبينة والا أقام عليه الحد فان
اقران

شهوده ليس بحضور في المصر وسأله أن يؤجله أياما لم يؤجله لأن الظاهر أنه كاذب
فيما
يقول ولو كان صادقا فليس على كل غائب يؤب والتأخير في المعنى كالتضييع فكما
ليس له أن
يضيع الحد فكذلك لا يؤخر اقامته بعدما ظهر سببه من غير حجة بخلاف الأول فليس
هناك
تأخير الحد لان المجلس الامام كحالة واحدة ولو لم يدع ذلك المشهود عليه كان
للامام أن
يؤخر الحد إلى آخر المجلس لأنه يجلس في المسجد وهو ممنوع من إقامة الحد فيها
لحديث
ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تقام الحدود في
المساجد ولحديث
حكيم بن حزام رضي الله عنه في حديث فيه طول فلا يقام فيها حدو لان تلويث
المسجد
حرام واليه أشار صلى الله عليه وسلم في قوله جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم
وإقامة
الحد في المسجد ربما يؤدي إلى التلويث فان أراد الامام ان يقام بين يديه فلا بد من أن
يؤخره إلى أن يقوم من مجلسه ويخرج من المسجد ليقام بين يديه فلهذا جوزنا له ذلك
القدر
من التأخير وإن لم يدع المشهود عليه شيئا ولكن ان أقام رجل البينة على بعض الشهود
أنه
قذفه فإنه يحبسه ويسأل عن شهود القذف فإذا زكوا وزكى شهود الزنا بدئ بحد
القذف
ودرئ عنه حد الزنا لأنه اجتمع عليه حدان وفي البداية بأحدهما اسقاط الآخر فيبدأ
بذلك
احتمالا للدرء وبيانه أنه إذا بدأ بحد القذف صار شاهد الزنا محدودا في القذف
والمعترض
في الشهود قبل إقامة الحد كالمقترن بالسبب وفيه درء حد الزنا من هذا الوجه وكذلك
لو
قذف رجل من شهود الزنا رجلا من المسلمين بين يدي القاضي فان حضر المقذوف
وطالب بحده أقيم عليه حد القذف وسقط عنه حد الزنا فإن لم يأت المقذوف ليطلب
بحده يقام حد الزنا لان مجرد القذف عندنا لا يقدرح في شهادته لأنه خبر متمثل بين
الصدق والكذب ألا ترى أنه يتمكن من اثباته بالبينة وإنما الذي يبطل شهادته إقامة الحد

عليه ولا يكون الا بطلب المقذوف فإذا أقيم حد الزنا ثم جاء المقذوف وطلب حده
يحد له
أيضا لأنه لم يوجد منه ما يسقط حقه فان تأخير الخصومة لا يسقط حد القذف
وكذلك لو
كان مكان الزاني سارق أو كانت الشهادة بشئ آخر من حقوق العباد وهذا القذف من
الشاهد قبل قضاء القاضي بشهادته وما تقدم سواء يبدأ بإقامة حد القذف فان أقاموا
بطلت
شهادته فلا يقضى بها فلو بدأ بقطع السارق أو بالقضاء بشهادته ثم أقام عليه حد
القذف وسعه
وذلك أيضا لأنه اعتمد في قضاؤه الحجة (قال) وإذا ادعى الشهود عليه ان الشاهد آكل

ربا أو شارب خمر أو انه استؤجر على هذه الشهادة وجاء على ذلك بيينة لم تقبل بينته
الأعلى
قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى فإنه يقول هذا جرح في الشاهد فيمكن اثباته بالبينة
كما لو
ادعي أنه عبد أو محدود في قذف والدليل عليه ان المشهود له لو أقر بهذا أو الشاهد
أقربه
امتنع القضاء بشهادته فكذلك إذا أثبتته الخصم بالبينة لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار
الخصم
ولكننا نقول المشهود عليه بهذه البينة ليس يثبت شيئا إنما ينفي شهادته والشهادة علي
النفي لا تقبل
كما لو قامت البينة على رجل بالغضب أو بالقتل في مكان في يوم فأقام البينة على أنه
لم يحضر ذلك
المكان في ذلك اليوم لم تقبل هذه البينة وفي الكتاب أشار إلى التهاثر فقال لو قبلت
هذا لم تجز
شهادة أحد فان المشهود عليه بذلك يأتي بالبينة على الذين شهدوا عليه انهم كذلك
فهذا لا ينقطع
بخلاف ما لو أقام البينة على أنه عبد أو محدود في قذف فان ذلك اثبات وصف لازم
فيه لان
كونه محدودا لازم مبطل لشهادته على التأييد وقبول تلك البينة لا يؤدي إلى التهاثر لان
القاضي
يسألهم من حده وما لم يثبتوا أن قاضي بلدة كذا حده لم تقبل شهادتهم ومثل هذا لا
يجده
كل خصم وهذا مما يمكن اثباته بالبينة أيضا أن تكون الشهادة في مال فيجئ بالبينة أن
الشاهد شريك فيه قد ادعى شركته أو يقول أخذ مني كذا من المال رشوة لكيلا يشهد
على الباطل فإنه تقبل بينته على ذلك لأنه يدعى استرداد ذلك المال فتقبل بينته لذلك ثم
يظهر به
فسق الشاهد (قال) فان أقام البينة أن الشاهد محدود في قذف حده فلان قاضي بلد
كذا
وقال المشهود عليه أنا آتيتك بالبينة على اقرار ذلك القاضي أنه لم يحدثني أو على موته
قبل
ذلك الوقت الذي شهد هؤلاء انه حدثني فيه لا يقبل ذلك منه لأنه لا يثبت بهذا شيئا
إنما
ينفي شهادة الذين شهدوا عليه وكذلك أن قال أنا آتيت بالبينة أنني كنت غائبا ذلك اليوم

في
أرض كذا لم يقبل ذلك منه إلا أن يجيء من ذلك بأمر مشهور فيقبل ذلك في الحدود
والقصاص والأموال وغير ذلك لأن الشهرة في النفي حجة كما في الإثبات وإذا كان
ذلك
أمرا مشهورا فالقاضي عالم بكذب الشهود وإذا لم يجز له القضاء بشهادتهم عند تمكن
تهمة
الكذب فعند العلم بكذبهم أولى (قال) أربعة شهدوا على رجل بالزنا فأراد الامام أن
يحدّه
فافتري رجل من الشهود على بعضهم فخاف المقذوف ان طلب بحقه في القذف أن
تبطل
شهادتهم فلم يطالب قال تجوز شهادتهم على الزنا ويحد المشهود عليه وليست هذه
شبهة لان
القذف خبر فنفسه لا يكون جريمة وربما يكون حسنة إذا علم اصراره وله أربعة من
الشهود

وإنما الجريمة في هتك ستر العفة وإشاعة الفاحشة من غير فائدة فلا يظهر ذلك الا بعجزه عن إقامة أربعة من الشهداء وإنما يتم ذلك بإقامة الحد عليه فلهذا لا يكون مجرد القذف عندنا شبهة مانعة من القضاء بشهادته (قال) وإذا حكم الحاكم بالرجم عليه ثم عزل قبل أن يرحمه وولى آخر لم يحكم عليه بذلك لان الاستيفاء في الحدود من تنمة القضاء فهو كنفس القضاء في سائر الحقوق وإذا عزل القاضي بعد سماع البينة قبل القضاء في سائر الحقوق فليس الذي ولى بعده أن يفضى بتلك البينة قال وإنما هذا مثل قاض قضى على رجل بالرجم ثم إنه أتى قاض آخر فقامت عليه البينة عند ذلك القاضي أن فلانا قضى عليه بالرجم فان القاضي لا ينفذ ذلك وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود لا يكون حجة للعمل به فكذلك هنا (قال) وان شهد الشهود على رجل فقالوا نشهد أنه وطئ هذه المرأة ولم يقولوا زني بها فشهادتهم باطلة لان سبب الحد الزنا ولا يثبت بهذا اللفظ فالوطئ قد يكون حراما وقد يكون حلالا بشبهة وغير شبهة والزنا نوع مخصوص من الوطئ وباللفظ العام لا يثبت ما هو خاص وكذلك لو شهدوا أنه جامعها أو باضعها ولا حد على الشهود لتكامل عددهم ولأنهم ما صرحوا بنسبته إلى الزنا (قال) وإذا زني الذمي فقال عندي هذا حلال لم يدرأ عنه الحد لأننا علمنا بكذبه فالزنا حرام في الأديان كلها ولأننا ما أعطيناه الذمة على استحلال الزنا بخلاف شرب الخمر فذلك معروف من أصل اعتقادهم فأما استحلال الزنا فسق منهم فيما يعتقدون كاستحلال الربا وقد بينا أنهم يمنعون من الربا ولا يعتبر استحلالهم لذلك فكذلك الزنا (قال) وإذا شهد أربعة من أهل الذمة على ذمي أنه زني بهذه المسلمة فشهادتهم باطلة لأنه لا شهادة للذمي على المسلمة فكانوا قاذفين لها فيحدون حد القذف وتبطل شهادتهم على

الرجل إما لإقامة حد القذف عليهم أو لان الزنا لا يتصور بدون المحل ولم يثبت
بشهادتهم
كون المسلمة محلا لذلك (قال) رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها
لا حد عليه
سواء كان عالما بذلك أو غير عالم في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولكنه يوجع
عقوبة إذا
كان عالما بذلك وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى إذا كان عالما بذلك
فعليه الحد في
ذوات المحارم وكل امرأة إذا كانت ذات زوج أو محرمة عليه على التأييد (وحجتهما)
في
ذلك أن فعله هذا زنا قال الله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم وكما في قوله تعالى انه
كان
فاحشة والفاحشة اسم الزنا وفي حديث البراء بن عازب مربي خالي أبو بردة بن نيار
ومعه

لواء فقال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل نكح منكوحة أبيه وأمرني أن أقتله

والدليل عليه أن العقد لا يتصور انعقاده بدون المحل ومحل النكاح هو الحل لأنه مشروع

لملك الحل فالمحرمية على التأييد لا تكون محلا للحل وإذا لم ينعقد العقد لا تحل له لأنه لم

يصادف محله فكان لغوا كما يلغوا إضافة النكاح إلى الذكور والبيع إلى الميتة والدم والدليل

عليه أن العقد المنعقد لو ارتفع بالطلاق قبل الدخول لم يبق شبهة مسقطه للحد فالذي لم

ينعقد أصلا أولى وجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى قوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة

نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلما المهر بما استحلت من فرجها فمع الحكم

بيطلان النكاح أسقط الحد به فهو دليل على أن صورة العقد مسقطه للحد وإن كان باطلا

شرعا واختلف عمر وعلي رضي الله عنهما في المعتدة إذا تزوجت بزواج آخر ودخل بها الزوج

فقال علي رضي الله عنه المهر لها وقال عمر رضي الله عنه بيت المال وهذا اتفاق منهما على

سقوط الحد ولان هذا الفعل ليس بزنا لغة لما بينا ان أهل اللغة لا يفصلون بين الزنا وغيره

الا بالعقد وهم لا يعرفون الحل والحرمة شرعا فعرفنا ان الوطئ المترتب على عقد لا يكون زنا

لغة فكذلك شرعا لان هذا الفعل كان حلالا في شريعة من قبلنا والزنا ما كان حلالا قط

وكذلك أهل الذمة يقرون على هذا ولا يقرون على الزنا بل يحدون عليه وكذلك لا ينسب

أولادهم إلى أولاد الزنا فعرفنا ان هذا الفعل ليس بزنا وحد الزنا لا يجب بغير الزنا لأنه لو وجب إنما يجب بالقياس ولا مدخل للقياس في الحد ثم هذا العقد مضاف إلى محله

في الجملة لأن المرأة بصفة الأنوثة محل للنكاح ولكن امتنع ثبوت حكمه في حقه لما بين الحل والحرمة من المنافاة فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد كما لو اشترى جارية بخمر فان

الخمير
ليس بمال عندنا ولكن لما كانت مالا في حق أهل الذمة جعل ذلك معتبرا في حق
انعقاد
العقد به فهذه هي التي محل في حق غيره من المسلمين لان يعتبر ذلك في ايراث
الشبهة في
حقه أولى والدليل عليه ملك اليمين فان من وطئ أمته التي هي أخته من الرضاع لا
يلزمه
الحد والنكاح في كونه مشروعا للحل أقوى من ملك اليمين ثم ملك اليمين في محل لا
يوجب
الحل بحال يصير شبهة في اسقاط الحد فعقد النكاح أولى وشبهة العقد إنما تعتبر بعد
العقد
لا بعد الرفع والطلاق رافع للعقد وقد بينا ان اسم الفاحشة لا تختص بالزنا بل هو اسم
لجميع
ما هو حرام قال تعالى ولا تقربوا الفواحش ما ظهر وما بطن وتأويل حديث أبي بردة

ابن نيار رحمه الله تعالى أن الرجل استحل ذلك الفعل فكان مرتدا ألا ترى أنه قال
وأمرني
ان أحمس ماله (قال) رجل تزوج امرأة فزفت إليه أخرى فوطئها لا حد عليه لأنه
وطئ بشبهة وفيه قضى علي رضي الله عنه بسقوط الحد و وجوب المهر والعدة ولا
حد على
قاذفة أيضا لأنه وطئ وطءا حراما غير مملوك له وذلك مسقط احصانه الا في رواية عن
أبي
يوسف رحمه الله تعالى فإنه يقول بني الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطئ حلالا
له
في الظاهر فلا يسقط احصانه به ولكننا نقول لما تبين الامر بخلاف الظاهر فإنما يبقى
اعتبار
الظاهر في إيراث الشبهة وبالشبهة يسقط الحد ولكن لا يقام الحد (قال) ولو فجر
بامرأة
فقال حسبتها امرأتي فعليه الحد لان الحسبان والظن ليس بدليل شرعي له أن يعتمده في
الاقدام على الوطئ بخلاف الزفاف وخبر المنخبر أنها امرأته فإنه دليل يجوز اعتماده في
الاقدام على الوطئ فيكون مورثا شبهة (قال) رجل زنى بأمة ثم قال اشتريتها شراء
فاسدا أو على أن للبائع خيارا فيه أو ادعى صدقة أو هبة وكذبه صاحبها ولم يكن له بينة
درئ الحد عنه لان ما ادعاه لو كان ثابتا لكان مسقطا للحد عنه فكذلك إذا ادعى ذلك
كما
لو ادعى نكاحا أو شراء صحيحا وهذا لأنه لو أقام علي ذلك شاهدا أو استحلف مولى
الأمة
فأبى أن يحلف يدرأ الحد عنه لان انعقاد السبب مورث شبهة وان امتنع ثبوت الحكم
لمانع
فكذلك إذا قال لا بينة لي لأنه متي آل الامر إلى الخصومة والاستحلاف سقط حد الزنا
وكذلك لو شهد عليه الشهود بالزنا وشهدوا أنه أقر بذلك فقال لست أملك الجارية ثم
ادعى
عند القاضي هبة أو بيعا درئ عنه الحد لما قلنا (قال) ومن وطئ جارية له شقص فيها لا
حد
عليه وإن كان يعلم حرمتها عليه لان ملكه فيها كان مبيحا للوطئ فوجود جزء منها
يكون
مسقطا للحد ألا ترى أنه لو جاءت بولد فادعى نسبه ثبت النسب منه وصارت هي أم
ولد
له فكيف يلزمه الحد بمثل هذا الفعل ولكن عليه حصة شريكه من العقر إذا لم تلد

(قال)
ومن أعتق أمة بينه وبين آخر وهو معسر فقضى عليها بالسعاية لشريكه فوطئها الشريك
فلا
حد عليه لأنها بمنزلة المكاتبه وإن كان المعتق موسرا فوقع عليها الآخر قبل أن يضمن
شريكه فلا حد عليه لأنه يملك نصفها ولو ضمن شريكه ثم وطئها المعتق فلا حد عليه
لأنه
يستسعيها فيما ضمن فتكون كالمكاتبه له وان وطئها الشريك يعد ما ضمن شريكه
فعليه الحد
لأنها مكاتبه غيره وزعم بعض المتأخرين أن هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأما
عندهما

يجب الحد على من وطئها المعتق والساكت فيه سواء بناء على أصلهما أن العتق لا يتجزى
ولكن الأصح أن هذا قولهم جميعا لان الاخبار متعارضة في تجزي العتق وبين الصحابة
فيه اختلاف ظاهر فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد ولكن يسقط به احصان الواطئ
حتى
لا يحد قاذفه لأنه وطئ وطئ غير مملوك فان ثبوت ملك الواطئ باعتبار كمال ملك
الرقبة وذلك
غير موجود (قال) رجل طلق امرأته ثلاثا أو خالعتها ثم وقع عليها في عدتها فان ظننت
أنها
تحل؟ لي فلا حد عليه وان قال علمت أنها على حرام فعليه الحد وفي الأصل أو طلقها
واحدة بائنة
والمراد الخلع فاما ما يكون بلفظ البيونة قد ذكر بعد هذا انه لا حد عليه على كل حال
والمعنى أن بعد الخلع والطلقات الثلاث هي معتدة وبسبب العدة له عليها ملك اليد وقد
بيننا أن ملك
اليد معتبر في الاشتباه فان اشتبه عليه سقط الحد وإلا فلا (فان قيل) بين الناس اختلاف
ان من طلق امرأته ثلاثا جملة هل يقع الثلاث أم لا فينبغي أن يصير شبهة في اسقاط
الحد
(قلنا) هذا خلاف غير معتد به حتى لا يسع القاضي ان يقضى به ولو قضى لا ينفذ
قضاؤه
أرأيت لو وطئها بعد انقضاء العدة أكنا نسقط الحد بقول من يقول إذا طلقها ثلاثا جملة
لا يقع
شئ وكذلك لو أعتق أم ولده ثم وطئها في العدة لأنها معتدته عن فراش صحيح بعد
زوال الملك
كالملقة ثلاثا والمختلعة ولا حد على قاذفه في الوجهين لارتكابه وطءا حراما غير
مملوك
(قال) وإذا حرمت المرأة على زوجها بردتها أو مطاوعتها لابنه أو جماعه مع أمها ثم
جامعها
وهو يعلم أنها عليه حرام ففي القياس أنه يلزمه الحد لان ارتفاع النكاح بهذه الأسباب
أبلغ
منه بالخلع ألا ترى أنها صارت محرمة على التأيد ولكنه استحسن فدرأ عنه الحد لان
العلماء
يختلفون في عدتها ومنهم من يقول يتوقف زوال الملك بالردة على انقضاء العدة
وكذلك

يختلفون في ثبوت حرمة المصاهرة بالوطئ الحرام ومن لا يثبت ذلك يعتمد ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم الحلال الحرام وهذا خلاف ظاهر لو قضي به القاضي نفذ قضاؤه فيصير شبهة في درء الحد وكذلك أن أبانها بقوله أنت خلية أو برية أو بائن أو بنة أو حرام وقال أردت بذلك ثلاث تطبيقات ثم جامعها ثم قال علمت أنها على حرام فلا حد عليه لان بين الصحابة وأهل العلم رضي الله عنهم في هذا اختلاف ظاهر وكان عمر رضي الله عنه يقول هي واحدة رجعية فيصير ذلك شبهة حكمية في درء الحد وكذلك لو قال أمرك بيدك فطلقت نفسها ثلاثا والزوج ينوي ذلك لان عمر وابن مسعود رضي الله عنهما قالا في

ذلك هي واحدة رجعية فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد عنهم والحاصل أن الشبهة
الحكومية
مسقطة في حق من يعلم بالحرمة أولا يعلم كالأب إذا وطئ جارية ابنه وشبهة الاشتباه
تكون
معتبرة في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه (قال) وان شهد الشهود عليه أنه
زنى
بامرأة لم يعرفوها فلا حد عليه لان شهادتهم عليها غير معتبرة إذا لم يعرفوها والزنا من
الرجل
بدون المحل لا يتحقق ولان من الجائز أن تلك المرأة التي رأوها يفعل بها زوجته أو
أمتهم فإنهم
لا يفصلون بين زوجته وأمتهم الا بالمعرفة فإذا لم يعرفوها لا يمكن إقامة الحد بشهادتهم
وان
قال المشهود عليه التي رأوها معي ليست لي بامرأة ولا خادم لم يحد أيضا لان الشهادة
قد
بطلت حين لم يبينوا الشهادة فهذه اللفظة منه ليس باقرار بالزنا ولو كان إقرارا فحد الزنا
لا يقام
بالاقرار مرة وان أقر؟ بالزنا بامرأة غير معروفة فعليه الحد إذا أقر أربع مرات لان الانسان
يعرف زوجته وأمتهم ويعلم أن فعله بها لا يكون زنا فلما أقر بالزنا فهذا تصريح منه بفعل
الزنا في محله وانه لا ملك له في تلك المرأة فيقام الحد عليه لذلك (قال) أربعة غير
عدول شهدوا
على رجل بالزنا فلا حد عليه ولا عليهم أما عليه فلان ظهور الزنا لا يكون الا بعد قبول
شهادتهم وشهادة الفساق غير مقبولة لأننا أمرنا فيها بالتوقف بالنص وأما عليهم فلا يقام
الحد عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى وهذا بناء على أن الفاسق له شهادة عندنا
حتى
أن القاضي لو قضى بشهادته نفذ قضاؤه فيكون كلامهم شهادة مانعة من وجوب الحد
عليهم وعند الشافعي رحمه الله تعالى ليس للفاسق شهادة وهي مسألة كتاب الشهادات
وعلى هذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على صدق مقالته يسقط به الحد عندنا لان
الله
تعالى قال ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وهذا قد أتى بأربعة شهداء وإن لم تكن شهادتهم
مقبولة
فلا يلزمه الحد لانعدام الشرط وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا شهادة لهم بل يجب
الحد
عليهم وعلى القاذف بقذفه وان كانوا عميانا أو محدودين في قذف أو عبيدا حدوا

جميعا لان
العبيد لا شهادة لهم فكان كلامهم قذفا في الأصل والمحدود في القذف ليس له شهادة
الأداء
لان الشرع أبطل شهادته وحكم بكذبه والعميان لا شهادة لهم في الزنا لان الشهادة
على الزنا
لا تكون الا بعد الرؤية كالميل في المكحلة وليس للأعمى هذه الآلة فكان كلامهم قذفا
من الأصل ولو كان الشهود أربعة أحدهم زوج المشهود عليها بالزنا فهذه الشهادة تقبل
عندنا
خلافًا للشافعي رحمه الله تعالى وقد بينا هذا في باب اللعان فإذا كانت الثلاثة كفارا؟
والزوج

مسلمًا فلا شهادة للكفار على المسلمة فيحدون حد القذف ويلاعن الزوج امرأته لأنه قذفها

بالزنا وقذف الزوج موجب للعان (قال) وان جاء شهود الزنا فشهدوا به متفرقين في مجالس مختلفة لم تقبل شهادتهم ويحدون حد القذف عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى

تقبل شهادتهم ويقام الحد على المشهود عليه واعتبر هذا بالشهادة على سائر الحقوق فان

اختلاف المجالس لا يمنع العمل بالشهادة في شئ من الحقوق وما يندرى بالشبهات وما لا

يندرى بالشبهات فيه سواء فكذلك الزنا وهذا لان الثابت بالنص عدد الأربعة في الشهود

فاشترط اتحاد المجلس يكون زيادة على النص (وحجتنا) في ذلك ما روينا أن الثلاثة لما

شهدوا على المغيرة بن شعبة بالزنا بين يدي عمر رضي الله عنهما وامتنع زياد أقام الحد على الثلاثة

ولم ينتظر مجئ رابع ليشهد عليه بالزنا فلو كان اختلاف المجلس غير مؤثر في هذه الشهادة

لانتظر مجئ رابع ليدراً به الحد عن الثلاثة وفي الكتاب ذكر عن الشعبي رحمه الله تعالى

قال لو جاء مثل ربيعة ومضر فرادى حددتهم والمعنى فيه أن الشهادة على الزنا قذف في

الحقيقة ولكن بتكامل العدد يتغير حكمها فيصير حجة للحد فيخرج من أن يكون قذفاً به

وفي مثل هذا المغير يعتبر وجوده في المجلس كالقبول مع الايجاب فان الايجاب ليس بعقد

فإذا انضم إليه القبول يصير عقداً فيعتبر وجود القبول في المجلس ليصير الايجاب به عقداً

وهذا لان كلامهم من حيث أنه قذف مفترق ومن حيث أنه حجة كشيء واحد ولا اتحاد المجلس تأثير في جمع ما تفرق من الكلام فإذا كان المجلس واحداً جعل كلامهم كشيء واحد

بخلاف ما إذا تفرقت المجالس وان كانوا في مقعد واحد على باب القاضي فقام إلى القاضي

واحد بعد واحد وشهدوا عليه بالزنا ففي القياس لا تقبل شهادتهم أيضاً وهو رواية عن

محمد
رحمه الله تعالى لان اتحاد المجلس بهذا لا يحصل إنما يحصل بأن يجلسوا جميعا بين
يدي القاضي
فيشهدوا واحدا بعد واحد ولكنه استحسن فقال تقبل الشهادة هنا لان الشهادات
اجتمعت في مجلس واحد وهذا من القاضي مبالغة في الاحتياط لينظر انهم هل يتفقون
على
لفظ واحد إذا لم يسمع بعضهم كلام بعض فلا يوجب ذلك قدحا في شهادتهم فانا لو
اعتبرنا
هذا القدر من التفرق وجب اعتبار تفرق الأداء وان جلسوا جميعا بين يدي القاضي ولا
يتصور أداؤهم جملة لان القاضي لا يتمكن من سماع كلام الجماعة وان قال اثنان زنى
بها في
دار فلان آخر فقد بينا ان هذه الشهادة لا تقبل في ايجاب الحد على المشهود عليه
ولكن لا حد

على الشهود لاجتماع الأربعة على الشهادة بالزنا عليهما (قال) وإذا شهد أربعة نصارى
على

نصرانيين بالزنا فقاضى القاضي بشهادتهم ثم أسلم الرجل أو المرأة قال يبطل الحد
عنهما جميعا

لما بينا ان الطارئ من اسلام أحدهما بعد القضاء قبل الاستيفاء كالمقارن للسبب ولان
شهادة الكافر ليست بحجة على المسلم فيصير ذلك شبهة في حق الآخر فان أسلم
الشهود

بعد ذلك لم ينفع أعادوا الشهادة أولم يعيدوها لان الحاكم أبطلها حين درأ الحد عنهما
فلا

يعمل بها بعد ذلك (قال) وان كانوا شهدوا على رجلين وامرأتين بالزنا فلما حكم
الحاكم

بذلك أسلم أحد الرجلين أو إحدى المرأتين درأ الحد عن الذي أسلم وعن صاحبه ولا
يدرأ عن الآخرين لأنهم شهدوا على كل رجل وامرأة كأنهم تفردوا بالشهادة عليهما
والله أعلم بالصواب

(باب الاقرار بالزنا)

(قال) رضي الله عنه حد الزنا لا يقام بالاقرار الا بالاقرار أربع مرات في أربعة مجالس
عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يقام بالاقرار مرة واحدة وقال ابن ليلي رحمه الله
تعالى يقام بالاقرار أربع مرات وإن كان في مجلس واحد واحتج الشافعي بقوله صلى
الله

عليه وسلم أغديا أنيس إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها وان الغامدية لما جاءت إلى
رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت إن بي حبلًا من الزنا قال اذهبي حتى تضعي
حملك

ثم رجمها ولم يشترط الأقرار الأربعة واعتبر هذا الحق بسائر الحقوق فما يندرى
بالشبهات

وما لا يندرى بالشبهات يثبت بالاقرار الواحد وبهذا تبين أن الاقرار غير معتبر
بالشهادة في العدد فان في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الاقرار وكذلك
في

هذا الموضع العدالة تعتبر في الشهادة دون الاقرار وكذلك في هذا الموضع الذكورة
ولفظ الشهادة يعتبر في الشهادة دون الاقرار وهذا لان زيادة طمأنينة القلب تحصل
بزيادة

العدد ولا يحصل ذلك بتكرار الكلام من واحد وفي أحد الحكمين وهو سقوط الحد
عن القاذف يعتبر عدد الأربعة في الشهادة دون الاقرار فكذلك في الحكم الآخر
وابن أبي ليلي رحمه الله تعالى اعتبر الاقرار بالشهادة بعلة انه أحد حجتي الزنا ثم في

الشهادة المعتبر عدد الأربعة دون اختلاف المجالس فكذلك في الاقرار (وحيثنا) فيه

حديث ماعز بن مالك رحمه الله تعالى فإنه جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال زنيت

فطهرني فأعرض عنه فجاء إلى الجانب الآخر فقال مثل ذلك فأعرض عنه فجاء إلى الجانب

الثالث وقال مثل ذلك فأعرض عنه فجاء إلى الجانب الرابع وقال مثل ذلك وفي رواية قال

في كل مرة وأن هذا للآخر فلما كان في المرأة الرابعة قال صلى الله عليه وسلم الآن أقررت

أربعا فبمن زنيت وفي رواية الآن شهدت على نفسك أربعا فبمن زنيت قال بفلانة قال لعلك قبلتها أو لمستها بشهوة لعلك باشرتها فأبى إلا أن يقر بصريح الزنا فقال أبك خبل أبك

جنون وفي رواية بعث إلى أهله هل ينكرون من عقله شيئا فقالوا لا فسأل عن احصائه فوجده محصنا فأمر برجمه فالنبي صلى الله عليه وسلم أعرض عنه في المرأة الأولى والثانية

والثالثة وحكم بالرابعة ولو لم يكن العدد من شرطه لم يسعه الاعراض عنه على ما قاله صلى الله

عليه وسلم لا ينبغي لوال عنده حد من حدود الله الا يقيمه ألا ترى أنه في المرة الرابعة لما تمت

الحجة كيف لم يعرض عنه ولكنه قال الآن أقررت أربعا واشتغل بطلب ما يدرأ عنه الحد

فحين لم يجد ذلك اشتغل بالإقامة ولا يقال إنما أعرض عنه لأنه أحس به الجنون على ما روى

أنه جاء أشعث أغبر نائر الرأس واليه أشار في قوله أبك خيل ثم لما رأى اصراره على كلام

واحد علم أنه ليس به جنون وهذا لأنه قال الآن أقررت أربعا وفي هذا تنصيص أن الاعراض

قبل هذا لعدم قيام الحجة وقد جاء نائبا مستسلما مؤثرا عقوبة الدنيا على الآخرة فكيف يكون هذا دليل جنونه وإنما قال ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لطلب ما يدرأ به عنه الحد كما لقن المقر الرجوع بقوله أسرقت ما أخاله سرق أسرقت قولي لا وإنما كان أشعث

أغبر لأنه جاء من البادية وقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا علامة الأبرار فقال

رب أشعث أغبر ذي طمرين لا يؤبه به لو أقسم على الله لأبره وابن أبي ليلي رحمه الله

تعالى
يستدل بهذا الحديث أيضا ويقول المذكور عدد الأquadير دون اختلاف المجالس ولكننا
نقول
قد وجد اختلاف مجالس المقر على ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طرده
في كل
مرة حتى توارى بـحيطان المدينة ثم رجع وفي رواية قال اذهب ويـلك فاستغفر الله
فذهب
حتى غاب عن بصر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم رجع فالمعتبر اختلاف مجالس
المقر دون
القاضي حتى إذا غاب عن بصر القاضي في كل مرة يكفي هذا الاختلاف المجالس
والذي
روى أنه أقر خمس مرات فإنما يحمل ذلك على اقرارين كانا منه في مجلس واحد
فكانا

كأقرار واحد وروى أن أبا بكر رضي الله عنه قال له أقررت ثلاث مرات ان أقررت الرابعة رجمك رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي رواية قال إياك والرابعة فإنها موجبة وعن

بريدة الأسلمي فان كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نتحدث ان ما عزا لو جلس في بيته بعدما أقر ثلاثا ما بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إليه من يرحمه فدل على أن اشتراط

عدد الأقارير كان معروفا فيما بينهم وان المراد من قوله فان اعترفت فارجمها الاعتراف المعروف في الزنا وهو أربع مرات والصحيح من حديث الغامدية انها أقرت أربع مرات هكذا ذكر الطحاوي رحمه الله تعالى الا ان الأقارير منها كانت في أوقات مختلفة قبل الوضع وبعد الوضع وعندما طهرت من نفاسها وبعد ما فطمت ولدها ولهذا لم تنفق الرواية

على نقل الأقارير الأربعة في حديثها والذي روى أنها قالت أتريد ان ترددني كما رددت

ما عزا لا يكاد يصح لان ترديد ما عزا كان حكما شرعيا فلا يظن بها انها جاءت لطلب التطهير ثم

تعرض على رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما هو حكم شرعي واعتبار هذا الحق بسائر

الحقوق باطل فقد ظهر فيها من التغليظ ما لم يظهر في سائر الأشياء من ذلك أن النسبة إلى

هذا الفعل موجب للحد بخلاف سائر الأفعال وموجب للعان إذا حصل من الزوج في زوجته بخلاف سائر الأفعال ويشترط في أحدي الحجتين من العدد ما لا يشترط في سائرهما

وكل ذلك للتغليظ فكذلك اعتبار عدد الاقرار الا ان العدد في الشهادة يثبت حقيقة وحكما

بدون اختلاف المجالس ولا يثبت في الاقرار حكما الا باختلاف المجالس لان الكلام إذا

تكرر من واحد في مجلس واحد بطريق الاخبار يجعل ككلام واحد وإنما يتحقق معنى التغليظ باشتراط العدد في الاقرار الموجب للحد لا في الاقرار المسقط للحد عن القاذف

ألا ترى ان التصريح بلفظ الزنا يعتبر في الاقرار الموجب للحد دون المسقط وكذلك عدد

الأربعة بالشهود حتى إذا قذف امرأة بالزنا فشهد عليها شاهدان أنها أكرهت علي الزنا

سقط الحد عن القاذف إذا عرفنا هذا فنقول ينبغي للامام أن يرد المعترف بالزنا في
المرّة
الأولى والثانية والثالثة لحديث عمر رضي الله عنه قال اطرّدوا المعترفين بالزنا فإذا عاد
الرابعة
فأقرّ عنده سأله عن الزنا ما هو وكيف هو وبمن زنى وأين زنى لما بينا في الشهادة الا
ان في
الاقرار لا يسأله متى زنا لان حد الزنا يقام بالاقرار بعد التقادم وإنما لا يقام بالبينة فلهذا
يسأل
الشهود متى زنى ولا يسأل المقر عن ذلك فإذا وصفه وأثبتته قال له فلعلك تزوجتها أو
وطئتها

بشبهة وهذا في؟ معنى تلقين الرجوع والامام مندوب إليه وهو نظير ما قال رسول الله
صلى
الله عليه وسلم لما عز لعلك قبلتها فان قال لأنظر في عقله وسأل أهله عن ذلك كما فعله
رسول
الله صلى الله عليه وسلم في ماعز وهذا لان الاقرار من المجنون والمعتوه هدر والعقل
ليس بمعاین فلا بد للامام من أن يتأمل في ذلك فإذا علم أنه صحيح العقل يسأل عن
الاحصان لان ما يلزمه من العقوبة يختلف باحصانه وعدم احصانه وسأله عن ذلك
فعسى
يقربه ولا يطول الامر على القاضي في طلب البينة على احصانه فإذا قال أحصنت
استفسره
في ذلك لان اسم الاحصان ينطلق على خصال وربما لا يعرف المقر بعضها فيسأله لهذا
فإذا
فسره أمر برجمه فإذا رجم غسل وكفن وحنط وصلى عليه لأنه مقتول بحق فيصنع به
ما يصنع بالموتى وقد سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن غسل ماعز وتكفينه
والصلاة
عليه فقال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم زاد في رواية ولقد تاب توبة لو قسمت توبته
على
أهل الحجاز لو سعتهم وفي رواية على أهل الأرض وقد رأيت يغمس في أنهار الجنة
وروى
أن رجلين من الصحابة قالا فيما بينهما ما ركنت نفسه حتى جاء واعترف فقتل كما
يقتل
الكلاب فسمع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وسكت حتى مروا بحمار ميت
فقال
للرجلين انزلا فكلوا فقالا انها ميتة فقال تناولكما من عرض أخيكما أعظم من ذلك
(قال)
فان أمر برجمه فرجع عن قوله درى الحد عنه عندنا وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى
لا
يدرأ عنه الحد برجوعه وكذلك الخلاف في كل حد هو خالص حق الله تعالى واعتبر
هذا
الاقرار بسائر الحقوق مما لا يندرى بالشبهات أو يندرى بالشبهات كالقصاص وحد
القذف
فالرجوع عن الاقرار باطل في هذا كله (وحيثنا) فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم لقن
المقر بالسرقه الرجوع فلو لم يصح رجوعه لما لقنه ذلك فقد روينا أن ماعزا رضي الله

عنه لما
هرب انطلق المسلمون في أثره فرجموه فقال النبي صلى الله عليه وسلم هلا خليت
سبيله ولان
الرجوع بعد الاقرار إنما لا يصح في حقوق العباد لوجود خصم يصدقه في الاقرار
ويكذبه
في الرجوع وذلك غير موجود فيما هو خالص حق الله تعالى فيتعارض كلامه الاقرار
والرجوع وكل واحد منهما متمثل بين الصدق والكذب والشبهة تثبت بالمعارضة (قال)
وإذا أقر أربع مرات في أربعة مجالس وأنكر الاحصان وشهد الشهود عليه بالاحصان
يرجم
لان الثابت بالبينة أقوى من الثابت بالاقرار ولا يجعل انكاره لاحصان رجوعاً منه عن

الاقرار بالزنا لأنه مصر على الاقرار بالزنا والتزام العقوبة مع انكار الاحصان وإنما أنكر الاحصان وقد ثبت بالبينة ولو أقر بالاحصان بعد انكاره كان يرحم فكذلك إذا ثبت بالبينة

(قال) فإن كانت المرأة التي أقر أنه زنى بها غائبة فالقياس أن لا يحد الرجل لأنها لو حضرت

ربما ادعت شبهة نكاح مسقطه للحد عنها فلا يقام الحد في موضع الشبهة وقيل هذا قياس

قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى على قياس مسألة السرقة إذا قال سرقنا أنا وفلان مال فلان

وفي الاستحسان يقام عليه الحد لحديث ما عزم رضى الله تعالى عنه فان رسول الله صلى الله

عليه وسلم لم يحضر المرأة التي أقرانه زنى بها ولكن أمر برجمه وفي حديث العسيف أوجب

الجلد على ابن الرجل ثم قال اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فدل ان حضور المرأة ليس بشرط وهذا لان ما من شبهة تدعيها إذا حضرت فالرجل متمكن من أن يدعى ذلك وتوهم ان تحضر فتدعى الشبهة كتوهم ان يرجع المقر عن اقراره فكما لا يمتنع

إقامة الحد على المقر لتوهم ان يرجع عنه فكذلك هذا وان جاءت المرأة بعدما حد الرجل

فادعت النكاح وطلبت المهر لم يكن لها المهر لان القاضي حكم بان فعله كان زنا بها حين

أقام عليه الحد والزنا لا يوجب المهر وهي تدعى ابطال حكم الحاكم بقولها (قال) أربعة

فساق شهدوا على رجل بالزنا وأقر هو مرة واحدة فلا حد عليه لعدم الحجة فان الحجة الأقرار الأربعة أو شهادة أربعة عدول ولا يقال اقراره مرة واحدة تعديل منه للشهود وتصديق لهم فينبغي ان يلتحقوا بالعدول في هذه الحادثة لان القاضي لا يقضى بشهادة الفساق وان رضى به الخصم فان التوقف في خبر الفاسق واجب بالنص فلا يتغير ذلك باقراره ثم اقراره مانع من القضاء بالشهادة لان الشهادة تكون حجة على المنكر دون المقر

الا انه إذا كان الشهود عدولا يجعل الاقرار الواحد كالمعدوم لما لم يتبين به سبب الحد فيتبين

ذلك بالبينة وإن كان الشهود عدولا لم يذكر في الأصل وذكر في غير رواية الأصول انه لا يحد عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لان الشهادة قد بطلت باقراره لكونه حجة

علي
المنكر لا على المقر وعند محمد رحمه الله تعالى يحد لان الشهود عدول فاستغني عن
اقراره فبطل
الاقرار ولا يوجد ذلك في شهادة الفاسق (فان قيل) فبالاقرار الواحد إذا لم يثبت الحد
يثبت الوطء الموجب للمهر فينبغي أن لا يعتبر ذلك وان كرر الاقرار لأنه قصد بذلك
اسقاط
المهر عن نفسه فيكون متهما وهو نظير ما قلتم في الاستدلال على قول أبي يوسف في
السرقه

أنه إذا لم يثبت الحد فبالاقرار الواحد يجب الضمان فلا يعتبر اقراره بعد ذلك في اسقاط الضمان وهذا لان حكم اقراره بالزنا مراعى من حيث أن الزنا غير موجب للمهر فان تم عدد الأربعة تبين أنه لم يكن موجبا للمهر وإن لم يتم كان موجبا للمهر كما أنه بعد تمام الاقرار ان رجوع تبين أن الواجب لم يكن عليه الحد بخلاف السرقة فان نفس الاخذ موجب للضمان وإنما سقط الضمان لضرورة استيفاء القطع حقا لله تعالى على ما نبينه (قال) وإذا وطئ الرجل جارية ولده وقال علمت أنها علي حرام لا يحد للشبهة الحكمية التي تمكنت في الموطوءة بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك وكيف يجب الحد ولو جاءت بولد فادعاه ثبت النسب وصارت أم ولد له وان وطئ جارية أحد أبويه أو امرأته فان اتفقا على أنهما كانا يعلمان بحرمة الفعل فعليهما الحد لأنه لا شبهة هنا في المحل وإنما الشبهة من حيث الاشتباه فلا يكون معتبرا إذا لم يشتهه فأما إذا قال الواطئ ظننت أنها تحل لي أو قالت الجارية ظننت أنه يحل لي لا حد على واحد منهما لان شبهة الاشتباه عند الاشتباه معتبر بالشبهة الحكمية ودعوى الشبهة الحكمية من أحدهما يسقط الحد عنهما فكذلك شبهة الاشتباه وحكى عن ابن أبي ليلي انه أقر عنده رجل أنه وطئ جارية أمه فقال له أوطأتها؟ قال نعم حتى قال أربع مرات فأمر بضربه الحد وخطأه أبو حنيفة رحمه الله تعالى في هذا القضاء من أوجه أحدها ان باقراره بلفظ الوطئ لا يلزمه الحد ما لم يقر بصريح الزنا والثاني وهو ان القاضي ليس له أن يطلب الاقرار في هذا الباب بقوله أفعلت بل هو مندوب إلى تلقين الرجوع والثالث أنه لم يسأله عن علمه بحرمتها وينبغي له أن يسأله عن ذلك وليس له أن يقيم الحد ما لم يعلم علمه بحرمة ذلك الفعل

(قال) ولو وطئ جارية أخيه أو أخته وقال ظننت أنها تحل لي فعليه الحد لان هذا ليس بموضع الاشتباه وان كل واحد منهما في حكم الملك كالأجنبي (قال) في الأصل ولم يجعل هذا كالسرقة يعنى إذا سرق مال أخيه أو أخته لا يقطع ثم أجاب وقال ألا ترى أنه لو زنى بأخته وعمته حددته ولو سرق من واحدة منهما لم أقطعه وإنما أشار بهذا إلى أن في حد السرقة لا بد من هتك الحرز والاحراز لا يتم في حق ذي الرحم المحرم لان بعضهم يدخل بيت يعرض من غير استئذان وحشمة بخلاف حد الزنا (قال) وان وطئ جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فإن كان الأب حيا لم تثبت دعوة الجدة إذا كذبه ولد الولد لان صحة الاستيلاء تنبنى على ولاية نقل الجارية إلى نفسه وليس للجدة ولاية ذلك في حياة لأب ولكن

ان أقربه ولد الوالد عتق باقراره لأنه زعم أنه ثابت النسب من الجد وانه عمه فيعتق عليه بالقرابة

ولا شئ على الجد من قيمة الأمة لأنه لم يملكها وعليه العقر لان الوطئ قد ثبت باقراره وسقط

الحد للشبهة الحكمية وهو البنوة فيجب العقر وكذلك أن كانت ولدته بعد موت الأب لأقل من ستة أشهر لأننا علمنا أن العلوق كان في حياة الأب وانه لم يكن للجد عند ذلك

ولاية نقلها إلى نفسه وان كانت ولدته بعد موته لستة أشهر فهو مصدق في الدعوة صدقه ابن

الأب أو كذبه لان العلوق به إنما حصل بعد موت الأب والجد عند عدم الأب بمنزلة الأب

في الولاية فله أن ينقلها إلى نفسه بدعوة الاستيلاء (قال) وإذا شهد الشهود على زنا قديم لم

أحد بشهادتهم المشهود عليه وقد بينا هذا ولم أحدهم أيضا لان عددهم متكامل والأهلية

للسهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفا وان أقر بزنا قديم أربع مرات أقيم عليه الحد عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا يقام اعتبارا لحجة الاقرار بحجه البينة فان الشهود

كما ندبوا إلى الستر فالمرتكب للفاحشة أيضا مندوب إلى الستر على نفسه قال صلى الله عليه

وسلم من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله ولكننا نستدل بآخر الحديث حيث قال ومن أبدى لنا صفحته أقمنا عليه حد الله وهذا قد أبدى صفحته باقراره وإن كان

تقادم العهد والمعنى فيه أن التهمة تنتفي عن اقراره وإن كان بعد تقادم العهد فان الانسان

لا يعادي نفسه على وجه يحمله ذلك على هتك ستره بل إنما يحمله على ذلك الندم وايشار

عقوبة الدنيا على الآخرة بخلاف الشهادة بتقادم العهد هناك تتمكن التهمة من حيث أن العداوة حملتهم على أداء الشهادة بعدما اختاروا الستر عليه وهنا كان اصراره يمنعه عن الاقرار ثم الندم والتوبة حمله على الاقرار بعد تقادم العهد (قال) والذمي والعبد في الاقرار

بالزنا كالححر المسلم وأما الذمي فحرمة الزنا ثابت في حقه كما هو ثابت في حق المسلم واققراره

ملزم أيضا كإقرار المسلم فأما العبد فإقراره بالزنا يصح عندنا موجبا للحد عليه مأذونا
كان
أو محجورا وعند زفر رحمه الله تعالى لا يصح لأن نفسه مملوكة للمولى وبهذا الإقرار
يتضرر
المولى من حيث أنه تنتقص ماليته بإقامة الحد عليه ولهذا لا يصح إقراره على نفسه
بالمال
إذا كان محجورا فكذلك بالحد ولكننا نقول ما لا يملكه المولى على عبده فالعبد فيه
ينزل
منزلة الحر كطلاق زوجته بخلاف الإقرار بالمال فإن المولى يملكه عليه ثم وجوب
الحد على
العبد باعتبار أنه نفس مخاطبة وفيما يرجع إلى ذلك هو كالحرة ولأنه غير متهم بالإقرار
على

نفسه بالأسباب الموجبة للعقوبة ولأن ما يلحقه من الضرر في ذلك فوق ما يلحق المولى
فلانتفاء التهمة حكمنا بصحة اقراره بخلاف الاقرار بالمال (قال) ولا يؤخذ الأخرس
بحد الزنا ولا بشئ من الحدود وان أقرب به بإشارة أو كتابة أو شهدت به عليه شهود
وعند الشافعي رحمه الله تعالى يؤخذ بذلك لأنه نفس مخاطبة فهو كالأعمى أو أقطع اليدين
أو الرجلين
ولكننا نقول إذا أقربه بالإشارة فالإشارة بدل عن العبارة والحد لا يقام بالبدل ولأنه لا بد
من التصريح بلفظة الزنا في الاقرار وذلك لا يوجد في إشارة الأخرس إنما الذي يفهم
من إشارته
الوطئ فلو أقر الناطق بهذه العبارة لا يلزمه الحد فكذلك الأخرس وكذلك أن كتب به
لان الكتابة تتردد والكتابة قائمة مقام العبارة والحد لا يقام بمثله وكذلك أن شهدت
الشهود
عليه بذلك لأنه لو كان ناطقا ربما يدعى شبهة تدرأ الحد وليس كل ما يكون في نفسه
يقدر
على إظهاره بالإشارة فلو أقمنا عليه كان إقامة الحد مع تمكن الشبهة ولا يوجد مثله في
الأعمى
والأقطع لتمكنه من إظهار دعوى الشبهة والذي يجن ويفيق في حال إفاقته كغيره من
الأصحاء يلزمه الحد بالزنا في هذه الحالة سواء أقربه أو شهد عليه الشهود وان قال
زني
في حال جنوني لم يحد لأنه أضاف الاقرار إلى حالة معهودة وهو ليس بأهل للالتزام
العقوبة
في تلك الحالة لكونه مرفوع القلم عنه فهو كالبالغ إذا قال زني وأنا صبي وكذلك
الذي
أسلم إذا أقر أنه كان يزني في دار الحرب لأنه أضاف الاقرار إلى حالة تنافى التزام
العقوبة
بالزنا في تلك الحالة فإنه لم يكن تحت ولاية الامام ولا كان ملتزما بحكم الاسلام
(قال) وان
أقر المحبوب بالزنا لا يحد لأننا نتيقن بكذبه فالمحبوب ليس له آلة الزنا فالتيقن بكذبه
أكثر
تأثيرا من رجوعه عن الاقرار (قال) وان أقر الخصي بالزنا أو شهدت به عليه الشهود
حد لان للخصي آلة الزنا وإنما ينعدم بالخصي الانزال وذلك غير معتبر في اتمام فعل
الزنا

فيلزمه من الحد ما يلزم الفحل وان قال العبد بعد عتقه زنت وانا عبد لزمه حد العبيد
لأنه
مصدق في إضافة الاقرار إلى حالة الرق لكونها حالة معهودة فيه ثم الثابت باقراره
كالثابت
بالمعينة ولو عايناه زنى في حالة رقه ثم عتق كان عليه حد العبيد فهذا مثله (قال) وإذا
أقر
الرجل أربع مرات أنه زنى بفلانة وقالت كذب ما زنى بي ولا أعرفه لم يحد الرجل في
قول
أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يحد لحديث
سهل بن
سعد ان رجلا أقر بالزنا بامرأة وأنكرت فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان
الزنا

فعالان من الزانيين؟ وفعل كل واحد منهما يظهر باقراره موجبا للحد عليه فانكارها لا يؤثر
في اقراره وأكثر ما فيه أنه يمتنع بإنكارها ظهور الزنا في حقها وذلك لا يمنع وجوب
الحد
على الرجل كما لو كانت حاضرة ساكنة أو غائبة وكما لو قالت زنا بي مستكرهة
يجب الحد
عليه وإن لم يجب عليها وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول فعل الزنا من الرجل لا
يتصور بدون
المحل وبانكارها قد انتفي في جانبها فينتفي في جانبها أيضا ألا ترى أنه لو انتفي صفة
الزنا في
جانبها بدعوى النكاح سقط الحد عنهما فإذا انتفي أصل الفعل أولى وهذا لان القاضي
لا يتمكن من القضاء عليه بالزنا بها مع انكارها ألا ترى أنها تبقى محصنة لا يتمكن من
القضاء
عليه بالزنا بغيرها لأنه لم يقر بذلك وبدون القضاء بالزنا لا يتمكن من إقامة الحد وفي
الغائبة
قياس استحسان والفصل المستحسن لا يدخل على طريقة القياس ثم بغيبتها واستكراهها
لا ينتفى الفعل في جانبها وبانكارها ينتفى ألا ترى أن من أقر لإنسان بشئ وكذبه بطل
اقراره حتى لو صدقه بعد ذلك لم يصح ولو كان غائبا أو حاضرا ساكنا لم يطل به
الاقرار
حتى إذا صدقه عمل بتصديقه وهذا بخلاف ما إذا قالت زنى بي مستكرهة لان المحلية
وأصل
الفعل هناك قد ظهر في حقها ولهذا سقط احصانها به وحديث سهل بن سعد قد ضعفه
أهل
الحديث ثم تأويل الحديث أنها أنكرت وطالبته بحد القذف فحده رسول الله صلى الله
عليه
وسلم بقذفه إياها بالزنا لا باقراره بالزنا على نفسه وعلى هذا لو أقرت امرأة أنه زنى بها
فلان أربع
مرات وأنكر الرجل فهو على الخلاف الذي بينا في إقامة الحد عليها وكلام أبي حنيفة
رحمه
الله تعالى هنا أظهر لان المباشر للفعل هو الرجل فلا يثبت أصل الفعل مع انكاره وان
قال
الرجل صدقت حدت المرأة ولم يحد الرجل لأنه بالتصديق صار مقرا بالزنا مرة واحدة
وقد بينا

ان بالاقرار الواحد لا يقام الحد (قال) الحربي المستأمن في دارنا إذا أقر بالزنا أربع
مرات
لا يقام عليه الحد وقد بينا الخلاف في هذا في البينة فكذلك في الاقرار وعلل في
الأصل فقال
بأنه لا يؤخذ منه الخراج ومعناه ان الجزية تؤخذ من أهل الذمة حقا لله تعالى ثم لا
تؤخذ
من المستأمن عرفنا انه لا يجرى عليه ما هو خالص حق الله تعالى (قال) وإذا دخل
المسلم دار الحرب بأمان فزنى هناك بمسلمة أو ذمية ثم خرج إلى دار الاسلام فأقر به
لم يحد
وهذا عندنا وقال الشافعي يحد لان المسلم ملتزم لاحكام الاسلام حيث ما كان ومن
أحكام
الاسلام وجوب الحد على الزان ولكننا نستدل بقوله صلى الله عليه وسلم لا تقام
الحدود

في دار الحرب والمعنى فيه أن الوجوب لا يرد لعينه بل للاستيفاء وقد انعدم المستوفى لأنه

لا يملك إقامة الحد على نفسه وليس للامام ولاية على من في دار الحرب ليقوم عليه الحد

فامتنع الوجوب لانعدام المستوفى وإذا لم يجب عليه حين باشر السبب لا يجب بعد ذلك

وان خرج إلى دارنا (قال) وكذلك سرية من المسلمين دخلت في دار الحرب فزنى رجل منهم هناك أو كانوا عسكريا لان أمير العسكر والسرية إنما فوض إليه تدبير الحرب وما فوض إليه إقامة الحدود وأما إذا كان الخليفة غزا بنفسه أو كان أمير مصر يقيم الحدود

على أهله فإذا غزا بجنده فإنه يقيم الحدود والقصاص في دار الحرب لان أهل جنده تحت

ولايته فمن ارتكب منهم منكرا موجبا للعقوبة يقيم عليه العقوبة كما يقيمها في دار الاسلام

هذا إذا زنى في المعسكر وأما إذا دخل دار الحرب وفعل ذلك خارجا من المعسكر لا يقيم عليه

الحد بمنزلة المستأمن في دار الحرب (قال) ولا حد على من زنى أو شرب الخمر في معسكر

أهل البغي منهم ولا من كان تاجرا من أهل العدل وأسراهم فيه لان يد امام أهل العدل لا تصل إليهم لمنعة أهل البغي وولايته في الاستيفاء منقطعة لقصور يده وقد بينا أن الوجوب

للاستيفاء فإذا انعدم المستوفى امتنع الوجوب كما لو فعل ذلك في دار الحرب وإن كان

خروجه من دار الحرب أو من عسكر أهل البغي بعد تطاول المدة فلا اشكال في أنه يدرأ

العقوبة إذا تطاولت المدة في حد الشرب سواء ثبت بالاقرار أو بالبينة وفي حد الزنا إذا ثبت بالبينة (قال) ويقام الحد على العبد إذا أقر بالزنا أو بغيره مما يوجب الحد وإن كان

مولاه غائبا وكذلك القطع والقصاص لان الوجوب عليه باعتبار النفسية في محل لاحق للمولى فيه فان حق المولى في المالية وقد بينا أنه في حكم النفسية هو والحر سواء وأبو حنيفة

ومحمد رحمهما الله تعالى يفرقان بين حجة البينة والاقرار باعتبار ان للمولى حق الطعن في

البينة دون الاقرار وان الاقرار موجب للحق بنفسه والبينة لا توجب الا بالقضاء وقد
قررناه في الآبق (قال) وإذا وجب على المريض حد من الحدود في زنا أو شرب أو
سرقة

حبس حتى يبرأ لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أمر عليا رضي الله عنه
بإقامة حد على أمة فرأى بها أثر الدم فرجع ولم يقم عليها ولم ينكر ذلك رسول الله
صلى الله

عليه وسلم وإنما يحمل هذا على أن أثر الدم بها كان نفاسا لا حيضا لان الحائض
بمنزلة الصحيحة

في إقامة الحد عليها والنفساء بمنزلة المريضة ولأنه لو أقام الحد على المريض ربما
ينضم ألم الجلد

إلى ألم المرض فيؤدى إلى الاتلاف والحد إنما يقام على وجه يكون زاجرا لا متلفا
والذي
روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أقام الحد على مريض تأويله انه وقع اليأس عن برئه
واستحكم
ذلك المرض على وجه يخاف منه التلف وعندنا في مثل هذا يقام عليه الحد تطهيرا
وهذا إذا لم
يكن الحد رجما فاما الرجم يقام على المريض لان اتلاف نفسه هناك مستحق فلا يمتنع
اقامته
بسبب المرض (قال) رجل ثبت عليه باقراره الزنا والسرقه وشرب الخمر والقذف وفق
ء عين
رجل فإنه يبدأ بالقصاص في الفقه لأنه محض حق العباد وحق العبد مقدم في الاستيفاء
لما يلحقه من الضرر بالتأخير لأنه يخاف الفوت والله تعالى يتعالى عن ذلك ثم إذا برئ
من
ذلك أخرجه وأقام عليه حد القذف لأنه مشوب بحق العباد فيقدم في الاستيفاء على ما
هو
محض حق الله تعالى وهذا لان المقصود من إقامة حد القذف دفع العار عن المقذوف
فلهذا
يبدأ به قبل حد الزنا والشرب وإذا برئ من ذلك فهو بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنا وان
شاء بدأ بحد السرقة لان كل واحد منهما محض حق الله تعالى وهو ثابت بنص يتلى
ويجعل
حد شرب الخمر آخرها لأنه أضعف من حيث أنه لا يتلى في القرآن وقد بينا ذلك
وكلما أقام
عليه حدا حبسه حتى يبرأ ثم أقام الآخر لأنه ان والى إقامة هذه الحدود ربما يؤدي إلى
الاتلاف وقد بينا أنه مأمور بإقامة الحد على وجه يكون زاجرا لا متلفا ولكنه يحبس
لأنه
لو خلى سبيله ربما يهرب فلا يتمكن من إقامة الحد الآخر عليه ويصير مضيعا للحد
والامام
منهى عن تضييع الحد بعد ظهوره عنده وإن كان محصنا اقتص منه في العين وضربه
حد
القذف لما فيهما من حق العباد ثم رجمه لان حد السرقة والشرب محض حق الله
تعالى ومتى
اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها نفس قتل وترك ما سوى ذلك هكذا نقل عن ابن
مسعود وابن عباس رضي الله عنهم والمعنى فيه أن في الحدود الواجبة لله تعالى

المقصود هو
الزجر وأتم ما يكون من الزجر باستيفاء النفس والاستيفاء بما دونه اشتغال بما لا يفيد
فلهذا رجمه ودرأ عنه ما سوى ذلك إلا أنه يضمنه السرقة لأن الضمان قد وجب عليه
بالأخذ
وإنما يسقط لضرورة استيفاء القطع حقا لله ولم يوجد ذلك فلهذا يضمنه السرقة ويأمر
بايفائها من تركته (قال) ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير لما فيه من وهم
تلويث
المسجد ولأن المجلود قد يرفع صوته وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
رفع
الصوت في المسجد بقوله صلى الله عليه وسلم جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم
ورفع

أصواتكم ولكن القاضي يخرج من المسجد إذا أراد إقامة الحد بين يديه كما فعله رسول الله

صلى الله عليه وسلم في حديث الغامدية أو يبعث أمينا ليقام بحضرته كما فعله رسول الله

صلى الله عليه وسلم في ما عز (قال) وإذا زنى الرجل مرات أو قذف مرات أو سرق مرات أو شرب مرات لا يقام عليه الا حد واحد لان مبنى الحدود على التداخل لما أن المقصود بها الزجر وذلك يحصل بحد واحد ولان المقصود إظهار كذب القاذف لدفع العار عن المقذوف وذلك يحصل بإقامة حد واحد ولان المغلب في حد القذف حق الله تعالى

عندنا على ما نبينه في بابه (قال) وليس على واطئ البهيمة حد عندنا ولكنه يعزر ومن الناس

من أوجب عليه الحد لحديث روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أتى بهيمة فاقتلوه

ولكن الحديث شاذ لا يثبت الحد بمثله ولو ثبت فتأويله في حق من استحل ذلك الفعل ثم ليس لفرج البهيمة حكم الفرج حتى لا يجب ستره والايلاج فيه بمنزلة الايلاج في كوز

أو كوة ولهذا قلنا أنه لا تنتقض طهارته بنفس الايلاج من غير أنزال ولان الحد مشروع للزجر ولا يميل طبع العقلاء إلى اتيان البهيمة فإنها ليست بمشتهة في حق بني آدم وقضاء

الشهوة يكون من غلبة الشبق أو فرط السفه كما يحصل قضاء الشهوة بالكف والالية ولكنه

يعذر لارتكابه مالا يحل (قال) في الأصل بلغنا عن علي بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه

أنه أتى برجل أتى بهيمة فلم يحده وأمر بالبهيمة فذبحت وأحرقت بالنار وهذا ليس بواجب

عندنا وتأويله أنه فعل ذلك كيلا يعير الرجل به إذا كانت البهيمة باقية (قال) لو قذف قاذف رجلا باتيان البهيمة فلا حد عليه لان القاذف إنما يستوجب الحد إذا نسبه إلى فعل

يلزمه الحد بمباشرته وذلك غير موجود هنا ألا ترى أنه لو قذفه بوطئ الميتة أو تقبيل الحرام

لا يجب الحد فكذلك إذا قذفه باتيان البهيمة (قال) وان قذفه بعمل قوم لوط لم يحد إلا أن

يفصح معناه إذا قال يا لوطي لا حد عليه بالاتفاق لأنه نسبه إلى نبي من أنبياء الله تعالى

فلا
يكون هذا اللفظ صريحا في القذف فأما إذا أفصح بنسبته إلى ذلك الفعل فعند أبي
حنيفة
رحمه الله تعالى يعزرر ولا يحد لأنه نسبه إلى فعل لا يلزمه الحد بذلك الفعل عنده
وعندهما
يلزمه حد القذف لأنه نسبه إلى فعل يستوجب بمباشرته الحد عندهما (قال) ومن وطئ
امرأة في نكاح فاسد ثم قذفه رجل لا حد عليه لأنه ارتكب وطءا حراما غير مملوك
فيسقط به احصانه (قال) ولا ينبغي للقاضي أن يلحق الشهود ما تتم به شهادتهم في
الحدود

لأنه مأمور بالاحتياط لدرء الحد لا لإقامته وفي هذا احتياط لإقامة الحد فلا يكون للقاضي

أن يشتغل به (قال) وينبغي للقاضي إذا أشكل عليه شيء أن يسأل من هو أفقه منه ولا يسعه الا ذلك لقوله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وقال صلى الله عليه وسلم

هلا سألوه إذا لم يعرفوه وإنما شفاء العي السؤال ولأنه مأمور بالقضاء بحق ولا يتصل إلى

ذلك فيما أشكل عليه الا بالسؤال فلا يسعه الا ذلك فان أشار عليه ذلك الذي هو أفقه منه في رأى نفسه بما هو خطأ عند القاضي فعليه أن يقضي بما هو الصواب عنده إذا كان يبصر وجوه الكلام لأنه مأمور شرعا بالاجتهاد إذا كان مستجمعا شرائطه ولا يحل للمجتهد أن يدع رأيه برأى غيره وإن كان أفقه منه فقد يسبق وجه الصواب في حادثة لإنسان ويشتبه على غيره وإن كان أفقه منه وان ترك رأيه وعمل بقول ذلك الفقيه كان موسعا عليه أيضا لان هذا نوع اجتهاد منه فان عند تعارض الأقاويل ترجيح قول من هو أفقه منه نوع اجتهاد ألا ترى ان القاضي إذا لم يكن مجتهدا واختلف العلماء في حادثة كان

عليه ان يأخذ بقول من هو أفقه عنده ويكون ذلك اجتهاد مثله وهناك أيضا إذا قدم رأى من هو أفقه منه على رأى نفسه كان ذلك نوع اجتهاد منه فكان موسعا عليه والله أعلم بالصواب

(باب الرجوع عن الشهادات)

(قال) وإذا شهد ثمانية نفر على رجل بالزنا كل أربعة يشهدون على الزنا بامرأة على حدة

فرجمه القاضي ثم رجع أربعة منهم عن الشهادة لم يضمنوا ولم يحدوا لأنه قد بقي على الشهادة

أربعة منهم ولان ما يثبت عليه شهادة الأربعة والمعتبر في مسائل الرجوع بقاء من بقي على

الشهادة فان بقي على الشهادة من تتم به الحجة لم يضمن الراجعون شيئا ولا يحدون أيضا لأنه

غير محصن في حق أحد ما بقيت حجة تامة على زناه فان رجع واحد من الآخرين أيضا

فعلي الراجعين ربع الدية لأنه قد بقي على الشهادة من يستحق بشهادته ثلاثة أرباع النفس وإنما انعدمت الحجة في الربع فعلى الراجعين ذلك القدر وليس بعضهم بالوجوب

عليه بأولى من البعض لأنه قبل شهادتهم جميعا ويحدون حد القذف في قول أبي حنيفة

وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وفي قول محمد رحمه الله تعالى لا يحدون وكذلك
أن رجع

(١٠٣)

الفريقان جميعا فعليهم ضمان الدية ويحدون عندهما ولا حد عليهم عند محمد لان كل أربعة أثبتوا بشهادتهم زنا آخر فالزنا بزئب غير الزنا بعمره ففي حق كل فريق يجعل كان الفريق الأول ثابتون على الشهادة في حكم سقوط الاحصان ألا ترى ان شهود الزنا لو رجعوا وقذف المرجوم انسان فلا حد على القاذف ويجعل في حقه كأنهم ثابتون على الشهادة وكذلك لو شهد أربعة سواهم أنه كان زانيا بعد رجوعه لا يحدون الا ان هذا المعنى لا يعتبر في سقوط ضمان يدل النفس لأنه يؤدي إلى اهدار الدم ويعتبر في امتناع وجوب الحد عليهم لان الحد يندرى بالشبهات وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالاهم في حق الرجوع كالشاهدين عليه بزنا واحد لان المقصود بهذه الشهادة إقامة الحد ولا يقام عليه الأحد واحد وان تعدد فعل الزنا منه والدليل عليه ان في حكم الضمان جعلوا كالشاهدين بزنا واحد وأنه لو رجع اثنان من كل فريق لا يضمنون شيئا أيضا ولو لم يجعلوا كذلك لضمنوا لان الباقي على الشهادة شاهدان أنه زنى بامرأة وشاهدان أنه زنى بامرأة أخرى والحجة لا تتم بهذا فعرفنا أنهم جعلوا كالشاهدين عليه بزنا واحد (قال) ولو شهدوا بذلك ثم رجع خمسة حدوا جميعا فهذا مثله وهذا لأنهم إذا رجعوا جميعا فقد حكمنا في حقهم بأنه محصن مقتول ظلما حتى غرمانهم الدية فيبعدان يقال لا يقام عليه الحد ومن زعمهم أنه عفيف وانهم قذفوه بغير حق (قال) وان شهد خمسة على رجل بالزنا والاحصان فرجم ثم رجع واحد فلا شئ عليه لبقاء حجة تامة فان رجع آخر غرما ربع الدية لان الباقي على الشهادة من يستحق بشهادته ثلاثة أرباع النفس ويحدان جميعا لأنه لم يبق على الشهادة من تتم به الحجة وقد انفسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فعليهما الحد (فان قيل) الأول منهما حين رجع لم يجب عليه حد ولا ضمان فلو لزمه ذلك أنما يلزمه برجوع الثاني ورجوع غيره لا يكون ملزما إياه الحد

(قلنا) لم يجب لانعدام السبب بل لمانع وهو بقاء حجة تامة فإذا زال برجوع الثاني
وجب
الحد على الأول بالسبب المتقرر في حقه لا بزوال المانع فلو اعتبرنا هذا المعني لوجب
القول
بأنهم لو رجعوا معا لم يحد واحد منهم لان في حق كل واحد منهم لا يلزمه شيء
برجوعه
وحده لو ثبت أصحابه على الشهادة وهذا بعيد (قال) وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى
إذا
فعل الامام الذي ليس فوقه امام شيئا مما هو إلى السلطان فليس فيه عليه حد الا
القصاص
والأموال فإنه يؤخذ بها لان استيفاء الحد إلى الامام وهو الامام فلا يملك إقامة الحد
على

نفسه لان الشرع ما جعل من عليه نائبا عنه في الاستيفاء من نفسه فان اقامته بطريق الخزي والعقوبة فلا يفعل الانسان ذلك بنفسه ومن هو دونه نائبه لا يمكنه أن يقيم فانعدم

المستوفى وفائدة الوجوب الاستيفاء فإذا انعدم المستوفى قلنا إنه لا يجب والشافعي رحمه الله

تعالى يقول يلزمه الحد ويجتمع الصلحاء من المسلمين على رجل ليقوم عليه ذلك الحد وأهل

الزيف يعللون في هذه المسألة ويقولون انه بالزنا قد انزل فكان زناه في وقت لا امام فيه ولو

زنى في مكان لا امام فيه وهو دار الحرب لا يلزمه الحد فكذلك إذا زنى في زمان لا امام

فيه وهذا قول باطل عندنا لما قلنا أنه بالفسق لا ينزل فأما القصاص والأموال محض حق

العبد واستيفاؤه إلى صاحب الحق فيستوفيه منه ان تمكن من ذلك (قال) وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى السكر الذي يجب به الحد على صاحبه أن لا يعرف الرجل من المرأة وإنما أراد

به أن من شرب ما سوى الخمر من الأشرطة فلا حد عليه ما لم يسكر وحد سكره عندهما أن

يختلط كلامه فلا يتميز جده من هزله لأنه إذا بلغ هذا الحد يسمى في الناس سكرانا واليه أشار

الله عز وجل في قوله يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون

وأبو حنيفة رحمه الله تعالى قال ما لم يبلغ نهاية السكر لا يلزمه الحد لان في الأسباب الموجبة

للحد يعتبر أقصى النهاية احتيالا لدرء الحد وذلك في أن لا يعرف الأرض من السماء والفرو

من القباء والذكر من الأنثى إلى هذا أشار في الأشرطة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

واليه المرجع والمآب
(باب الشهادة في القذف)

(قال) رضي الله تعالى عنه وإذا ادعى رجل على رجل أنه قذفه ولا بينة له لم يستحلف على

ذلك ولا يمين في شيء من الحدود لان المقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول

والنكول
إنما يكون بدلا والبذل لا يعمل في الحدود أو يكون قائما مقام الاقرار والحد لا يقام
بما هو قائم
مقام غيره إلا أن على قول الشافعي رحمه الله يستحلف في حد القذف بخلاف سائر
الحدود
بناء على أصله أن حد القذف حق العبد فيستحلف فيه كالتعزير والقصاص ولأن في
سائر
الحدود رجوعه بعد الاقرار صحيح فلا يكون استحلافه مفيدا وفي حد القذف رجوعه
عن الاقرار باطل فالاستحلاف فيه يكون مفيدا كالأموال ولكننا نقول هذا حد يدرأ

بالشبهة فلا يستحلف فيه كسائر الحدود وهو بناء على أصلنا أن المغلب فيه حق الله تعالى على ما نبينه (قال) إلا أنه يستحلف في السرقة لأجل المال فان أبي أن يحلف ضمن المال ولم يقطع لان المال حق العبد وهو يثبت مع الشبهات وحقيقة المعنى فيه أن في السرقة أخذ المال فإنما يستحلف على الاخذ لا على فعل السرقة وعند نكوله يقضى بموجب الاخذ وهو الضمان كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة يثبت الاخذ الموجب للضمان ولا يثبت القطع الذي ينبنى على فعل السرقة فان جاء المقذوف بشاهدين فشهدا أنه قذفه سئلا عن ماهيته وكيفيته لأنهم شهدوا بلفظ مبهم فالقذف قد يكون بالزنا وقد يكون بغير الزنا فإن لم يزيدوا على ذلك لم تقبل شهادتهم لان المشهود به غير معلوم ولا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول فكذلك يمتنع عن القضاء عند امتناعهما عن بيان ما شهدا به فان قالوا نشهد أنه قال يا زاني قبلت شهادتهما وحد القاذف ان كانا عدلين لأنهم شهدوا بالقذف بالزنا وهو موجب للحد بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى والذين يرمون المحصنات واتفق أهل التفسير أن المراد بالرمي الرمي بالزنا دل عليه قوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فان عدد الأربعة في الشهود شرط في الزنا خاصة واما السنة فما روى أن هلال بن أمية لما قذف امرأته بشريك بن سحماء قال صلى الله عليه وسلم ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد في ظهرك (قال) وإن لم يعرف القاضي شهود القذف بالعدالة حبسه حتى يسأل عنهم لأنه صار متهما بارتكاب ما لا يحل من هتك الستر وأذى الناس بالقذف فيحبس لذلك ولا يكفله لان التكفيل للتوثق والاحتياط والحد مبني على الدرء والاسقاط ثم ذكر أنه لا يكفل في شئ من الحدود والقصاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى الأول ذكره في

كتابه الكفالة وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمهما الله تعالى يأخذ منه الكفيل في دعوى حد القذف عليه وكذلك في دعوى القصاص ولا خلاف له أنه لا تصح الكفالة بنفس الحد والقصاص لان النيابة لا تجري في ايفائهما والمقصود من الكفالة

إقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الايفاء وهذا لا يتحقق في شئ من الحدود فلا تصح الكفالة بها فأما أخذ الكفيل بنفس المدعى عليه فعند أبي حنيفة رحمه الله إذا زعم المقذوف

أن له بينة حاضرة في المصر فان القاضي لا يأخذ من المدعى عليه كفيلا بنفسه ولكن يحبسه إلى آخر المجلس فان أحضر بينته والا خلى سبيله ومراده بهذا الحبس الملازمة أنه

يأمره بملازمته إلى آخر المجلس لا حقيقة الحبس لأنه عقوبة وبمجرد الدعوى لا تقام العقوبة

على أحد وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يأخذ منه كفيلا بنفسه إلى ثلاثة أيام

ليأتي بالبينة وقالوا ان حد القذف في الدعوى والخصومة بمنزلة حقوق العباد وفي أخذ الكفيل

نظر للمدعى من حيث أنه يتمكن من احضار الخصم بإقامة البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعي عليه فيأخذ القاضي كفيلا بنفس المدعي عليه كما في الأموال وهذا لان تسليم النفس

مستحق على المدعى عليه حقا للمدعى ولهذا يستوفى منه عند طلبه وهو مما يجرى فيه النيابة فيجوز أخذ الكفيل فيه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول المقصود من هذه الخصومة

اثبات الحد والكفالة للتوثق والاحتياط والحد مبني على الدرء والاسقاط فلا يحتاط فيه بأخذ

الكفيل كما في حد الزنا وكان أبو بكر الرازي رحمه الله يقول مراد أبي حنيفة ان القاضي

لا يجبر الخصم على اعطاء الكفيل ولكن ان سمحت نفسه فأعطى كفيلا بنفسه صح ذلك

لان تسليم النفس مستحق عليه كما قلنا وان أقام المدعى شاهدا واحدا فإن كان القاضي

لا يعرف هذا الشاهد بالعدالة فهو وما لم يقم الشاهد سواء لا يحبسه الا بطريق الملازمة إلى

آخر المجلس وإن كان يعرف هذا الشاهد بالعدالة فادعي ان شاهده الآخر حاضر حبسه

يومين أو ثلاثة استحسانا وفي القياس لا يفعل لان الحجة لا تتم بالشاهد الواحد حتى لا يجوز القضاء به بحال ولكنه استحسن فقال قد تم أحد شرطي الشهادة فان للشهادة شرطين العدد

والعدالة فلو تم العدد حبسه قبل ظهور العدالة فكذلك إذا وجدت صفة العدالة قلنا أنه يحبسه إلى أن يأتي بشاهد آخر ويمهله في ذلك يومين أو ثلاثة فيحبسه هذا المقدار استحسانا وهذا كله عند أبي حنيفة لأنه لا يرى الكفالة بالنفس في الحد فاما عندهما يأخذ

كفيلا بنفسه ولا يحبسه والمقصود يحصل بذلك (قال) وإذا تزوج المجوسي أمه ودخل بها

ثم أسلما وفرق بينهما ثم قذفهما رجل فعليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله لان من أصله ان
نكاح المحارم فيما بينهم له حكم الصحة فلا يسقط به الاحصان (قال) وان مات
المكاتب
وترك وفاء فأدبت مكاتبته فقذفه رجل فلا حد عليه لشبهة الاختلاف بين الصحابة رضي
الله عنه
م أنه مات حرا أو عبدا وقد بينا هذا فيما سبق وبعد ثبوت القذف يسأله البينة أنه
حر يريد به أنه إذا زعم القاذف ان المقدوف عبد وقد بينا ان الحرية الثابتة بالظاهر لا
تكفي
لثبوت الاحصان واستحقاق الحد على القاذف وكذلك إذا ادعى القاذف أنه عبد

وعليه حد العبيد فالقول قوله فما لم يقم المقذوف البينة على حرته لا يقام عليه حد الأحرار

فان عرف القاضي حرته اكتفي بمعرفته لان علم القاضي أقوى من الشهادة ولا يقال كيف يقضى القاضي بالحد بعلمه لان في حد القذف له أن يقضى بعلمه ولأنه إنما يقضى بالحرية هنا بعلمه والحرية ليست بسبب لوجوب الحد فان اختلف الشاهدان في الوقت

أو المكان لم تبطل شهادتهما في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعلى قولهما لا يحد القاذف

بهذه الشهادة فالحاصل ان ما يكون قولاً محصناً كالبيوع والأقارير ونحوها فاختلاف الشهود في

المكان أو الزمان لا يمنع قبول الشهادة لأنه مما يعاد ويكرر ويكون الثاني هو الأول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان وكذلك لو اختلفا في الانشاء والاقرار لان

حقيقة الانشاء والاقرار واحد في هذا الباب ومن هذه الجملة القرض لان تمام القرض وإن كان

بالتسليم ولكن تحمل الشهادة على قول المقرض أقرضتك وذلك قول فألحقه بالاقرار لهذا فأما الجناية والغصب وما أشبههما من الأفعال اختلاف الشهود في المكان والزمان والاقرار والانشاء يمنع قبول الشهادة لان الفعل مما لا يتكرر والاقرار بالفعل غير الفعل وما لم يتفق الشاهدان على شئ واحد لا يتمكن القاضي من القضاء به والنكاح من هذا النوع

أيضاً لأنه وإن كان قولاً فلا يصح الا بمحضر من شاهدين وحضور الشهود فعل فالحق بالأفعال لهذا وفي القول الذي لا يتم الا بالفعل كالهبة والصدقة والرهن اختلاف معروف

نذكره في الهبة والرهن فأما القذف فأبو يوسف ومحمد رحمها الله تعالى قالوا اختلاف الشهود فيه في المكان والزمان يمنع قبول الشهادة لأنه إن شاء سبب موجب للحد وما لم يتفق

الشاهدان على سبب واحد لا يتمكن القاضي من القضاء إلا ترى أنهما لو اختلفا في الاقرار

والانشاء لم تقبل شهادتهما وألحق ذلك بالأفعال فكذلك لو اختلفا في الوقت والمكان وهذا لان وجوب الحد بالتناول من عرض المقذوف فالشهادة عليه بمنزلة الشهادة على تناول من نفسه بالجناية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول القذف قول قد تكرر فيكون حكم الثاني حكم الأول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان كالطلاق والعتاق

بـخـلاـف الـاقـرار والأفـعال وهذا هو القياس إذا اختلفا في الإنشاء والاقرار قال إلا أني
أستحسن هناك لأن حكم الـاقـرار بالقـذف مـخالف لحكم الإنشاء بالقـذف ألا ترى أن
من
تزوج امرأة ثم أقر أنه كان قذفها قبل أن يتزوجها فعليه الحد وان قذفها في الحال لا
عنها

وكذلك لو أبان امرأته ثم أقر أنه كان قذفها قبل الإبانة فلا حد عليه ولا لعان ولو قذفها
في

الحال حد فلما كان حكم الاقرار مخالفا لحكم الانشاء يتحقق الاختلاف بين
الشاهدين إذا

اختلفا في الاقرار والانشاء فأما حكم القذف لا يختلف بالمكان والزمان فلا يتحقق
الاختلاف

بينهما في المشهود به وان اختلفا في المكان والزمان (قال) وإذا قضى القاضي بحد
القذف على القاذف ثم عفي المقذوف عنه بعوض أو بغير عوض لم يسقط الحد بعفوه
عندنا

وذكر ابن عمر ان عن بشر بن الوليد عن أبي الوليد عن أبي يوسف رحمهم الله تعالى
انه

يسقط وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وأصل المسألة ان المقلب في حد القذف
عندنا حق

الله تعالى وما فيه من حق العبد فهو في حكم التبع وعند الشافعي رحمه الله تعالى
المقلب حق

العبد وحجته لا ثبات هذا الأصل ان سبب الوجوب التناول عن عرضه وعرضه حقه
بدليل

قوله صلى الله عليه وسلم أيعجز أحدكم أن يكون مثل أبي ضمضم إذا أصبح قال اللهم
إني

تصدقت بعرضي على عبادك وإنما يستحق المدح على التصديق بما هو من حقه
والمقصود

دفع الشين عن المقذوف وذلك حقه ومن حيث الحكم حد القذف يستوفى بالبينة بعد
تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار وذلك دليل ظاهر على أنه حق العبد
ولذلك

لا يستوفى الا بخصومته وإنما يستوفى بخصومته ما هو حقه بخلاف السرقة فخصومته
هناك

بالمال دون الحد ويقام هذا الحد على المستأمن بالاتفاق وإنما يؤخذ المستأمن بما هو
من

حقوق العباد إلا أن من له لا يتمكن من الاستيفاء بنفسه لان ألم الجلدات غير معلوم
المقدار

فإذا فوض إلى من له ربما لا يقف على الحد لغيظه فجعل الاستيفاء إلى الامام مراعاة
للنظر

من الجانبين بخلاف القصاص فإنه معلوم بجده فإذا جاوز من له الحق ذلك الحد يعلم

ذلك

فيمنع منه (وحيثنا) في ذلك وهو ان هذا حد يعتبر فيه الاحصان فيكون حقا لله تعالى كالرجم وتأثير هذا الكلام لان الحدود زواجر والزواجر مشروعة حقا لله تعالى فاما ما يكون حقا للعبد فهو في الأصل جائز فما أوجب من العقوبات حقا للعبد ووجب باسم

القصاص الذي ينبئ عن المساواة ليكون إشارة إلى معنى الجبر وما أوجب باسم الحد فهو

حق الله تعالى وفي هذا الاسم إشارة إلى معنى الزجر والدليل عليه ان في حقوق العباد يعتبر المماثلة وبه ورد النص حيث قال تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدي عليكم ولا مناسبة بين

نسبة الزنا وبين ثمانين جلدة لا صورة ولا معنى والدليل عليه وهو أن الحد مشروع

لتعفية أثر الزنا وحرمة إشاعة الفاحشة من حقوق الله تعالى فكان هذا نظير الواجب
بمباشرة الزنا من حيث أن كل واحد منهما مشروع لابقاء الستر وتعفية أثر الزنا واعتبار
الاحصان لمعني النعمة وذلك فيما هو من حق الله تعالى وما ذكره الخصم لا ينفي
معني حق
الله تعالى لان في عرضه حقه وحق الله تعالى وذلك في دفع عار الزنا عنه لان في ابقاء
ستر
العفة معني حق الله تعالى فإذا دل بعض الأدلة على أنه محض حق الله تعالى وبعض
الأدلة
على اجتماع الحقين فيه قلنا بأن المقلب حق الله تعالى مع اعتبار حق العبد فيه أيضا
ليكون
عملا بالأدلة كلها والدليل عليه أن الاستيفاء إلى الامام والامام إنما يتعين نائباً في
استيفاء
حق الله تعالى واما ما كأن حقاً للعبد فاستيفاءه إليه ولا معتبر بتوهم التفاوت فان للزوج
أن يعزر زوجته وإن كان ذلك يوهم التفاوت لكن التعزير لما كان للزوج حقاً له لا
ينظر إلى
توهم التفاوت من هذا الوجه وهذا لأن هذه المبالغة كما تتوهم من صاحب الحق
تتوهم من
الجلاد ويمنع صاحب الحق من ذلك إذا ظهر أثره كما يمنع الجلاد منه مع أن توهم
الزيادة
لا يمنع صاحب الحق عن استيفاء حقه كتوهم السراية في القصاص والدليل عليه أنه
يتنصف
هذا الحد بالرق وإنما يتنصف بالرق لانعدام نعمة الحرية في حق العبد لا لان بدنه دون
بدن
الحر في احتمال الضرب فاحتمال بدن العبد للمهانة والضرب أكثر وإنما يتكامل
بتكامل النعم
ما كان حقاً لله تعالى لان شكر النعمة والتحرز عن كفران النعمة حق للمنع والدليل
عليه ان
ما كان متمماً لهذا الحد وهو سقوط الشهادة كان حقاً لله تعالى فكذلك أصل الحد
ولكن
قد بينا ان فيه معني حق العبد أيضا فلهذا تعتبر خصومته وطلبه ولهذا لا يعمل فيه
الرجوع عن
الاقرار لان الخصم مصدق له في الاقرار مكذب له في الرجوع بخلاف ما كان محض
حق

الله تعالى فان هناك ليس من يكذبه ولهذا يقام بحجة البينة بعد التقادم لعدم تمكن
الشهود
من أداء الشهادة قبل طلب المدعى فلا يصيرون متهمين بالضغينة ولهذا يقام على
المستأمن لأنه لما
كان للعبد حق الخصومة والطلب به والمستأمن ملتزم لحقوق العباد فيقام عليه إذا ثبت
هذا
الأصل فنقول بعفوه لا يسقط عندنا ولأنه إنما يملك اسقاط ما يتمحض حقا له فأما
حق الله
تعالى لا يملك اسقاطه وإن كان للعبد فيه حق كالعدة فإنها لا تسقط باسقاط الزوج لما
فيها
من حق الله تعالى وقد روى مثل مذهبنا عن علي رضي الله عنه ولكن الحد وإن لم
يسقط
بعفوه فإذا ذهب العافي لا يكون للامام ان يستوفى لما بينا ان الاستيفاء عند طلبه وقد
ترك

الطلب إلا أنه إذا عاد فطلب فحينئذ يقيم الحد لان عفوه كان لغوا فكأنه لم يخاصم إلى الآن

ولو صدقه فيما قال أو قال شهودي شهدوا بالباطل فليس له ان يخاصم في شئ لأنه إذا أكذب شهوده تبطل شهادتهم كالمسروق منه إذا أكذب شهوده وإذا صدقه فقد صار مقرا بالزنا وانعدم به احصانه وقذف غير المحصن لا يوجب الحد فباقراره ينعدم السبب الموجب للحد لا انه يسقط فاما بعفوه لا ينعدم السبب وما أسقطه حق الشرع فكان اسقاطه لغوا لهذا (قال) ويستحسن للامام أن يقول للطالب قبل إقامة البينة أترك هذا وانصرف لان الحد لم يثبت عنده بعد وهذا نوع احتيال منه لدرء الحد وهكذا في السرقة

يستحب له أن يقول للمسروق منه اترك دعوى السرقة قبل أن تثبت السرقة بالبينة (قال) ولو قذف جماعة في كلمة واحدة أو في كلمات متفرقة لا يقام عليه الأحد واحد عندنا وعند

الشافعي ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد

منهم لأنه حق المقذوف عنده فلا يجرى فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا الم أغلب فيه

حق الله تعالى وهو مشروع للزجر فيجرى فيه التداخل كسائر الحدود وكذلك أن حضر

بعضهم للخصومة ولم يحضر البعض فأقيم الحد بخصومة من حضر فعلى مذهبه إذا حضر

الغائب وخصم يقام عليه الحد لأجله أيضا وعندنا لا يقام إذا علم أنه قذفه بالزنا قبل إقامة الحد

عليه لان حضور بعضهم للخصومة كحضور جماعتهم وما هو المقصود قد حصل وهو دفع

العار عن المقذوف بالحكم بكذب القاذف (قال) ولا يقبل في القذف كتاب القاضي إلى

القاضي ولا الشهادة على الشهادة ولا شهادة النساء مع الرجال لان موجب حد يندرى بالشبهات

وتجوز شهادة القاذف بعدما ضرب بعض الحد وإذا كان عدلا لان رد شهادته من تنمة الحد

فلو ثبت قبل كمال الجلد لم يكن متمما للحد ولان الله تعالى عطف رد الشهادة على الجلدات

والمعطوف لا يسبق المعطوف عليه (قال) رجل قال لامرأته زنيت مستكرهة أو قال

جامعك
فلان جماعا حراما أو زنيت؟ وأنت؟ صغيرة لا حد عليه لأنه نسبها إلى فعل غير موجب
للحد
عليها وقد بينا ان وجوب الحد على القاذف بنسبة المقذوف إلى فعل موجب للحد
عليه ثم
المستكرهة لا فعل لها وقوله جامعك جماعا حراما ليس بصريح بالقذف بالزنا وقوله
زنيت
وأنت صغيرة محال شرعا لان فعل الصغيرة لا يكون زنا شرعا الا ترى أنها لا تأثم به
فهو كقوله
زنيت قبل أن تولدي وذلك غير موجب للحد لان الشين بهذا الكلام يلحق القاذف دون

المقذوف وإقامة الحد لدفع العار عن المقذوف وان قال زנית وأنت كافرة وقد أسلمت أو

قال زנית وأنت أمة وقد أعتقت فعليه الحد لدفع العار عن المقذوف لأنه نسبها إلى فعل موجب للحد عليها فان فعل الذميمة والأمة زنا ويحضان على ذلك ولو قال قذفتك بالزنا

وأنت كتابية أو أمة فلا حد عليه لأنه ما نسبها إلى الزنا بهذا الكلام بل أقر على نفسه أنه قذفا في حال لو علمنا منه القذف في تلك الحالة لم يلزمه الحد فكان منكرا للحد لا

مقرا به ويضرب في حد القذف ضربا ليس بشديد مبرح وهكذا في سائر الحدود لان المستحق فعل مؤلم لا متلف فالشديد المبرح متلف فعلى الجلاد أن يتحرز عن ذلك (قال)

رجل قذف ميتا بالزنا فعليه الحد لان وجوب الحد باعتبار احصان المقذوف والموت يقرر احصانه ولا ينفيه ثم الخصومة في هذا القذف إلى من ينسب إلى الميت بالولاد أو ينسب إليه الميت بالولاد ولأنه يلحقهم الشين بذلك وحق الخصومة لدفع العار فمن يلحقه

الشين به كان له أن يخاصم بإقامة الحد عليه (قال) وليس لأخيه أن يخاصم في ذلك عندنا

وعند ابن أبي ليلى له ذلك لان للأخ علقة في حقوقه بعد موته كالولد ألا ترى أنه في القصاص يخلفه فكذا في حد القذف ولكننا نقول الخصومة هنا ليست بطريق الخلافة فان حد القذف لا يورث ليخلف الوارث المورث فيه وإنما الخصومة لدفع الشين عن نفسه

والأخ لا يلحقه الشين بزنا أخيه لأنه لا ينسب أحد الأخوين إلى صاحبه وإنما نسبة زنا الغير باعتبار نسبته إليه بخلاف الآباء والأولاد (قال) ولولد الولد أن يأخذ بذلك كما للولد ذلك قال وفي كتاب الحدود الاختلاف فيمن يرث ويورث ولا معتبر بهذه الزيادة لان المطالبة

بالحد ليس بطريق الوراثة إلا أن محمدا رحمه الله تعالى روى عنه أنه ليس لولد الابنة حق

الخصومة في هذا الحد لأنه منسوب إلى أبيه لا إلى أمه فلا يلحقه الشين بزنا أبي أمه وفي ظاهر الرواية النسب يثبت من الطرفين ويصير الولد به كريم الطرفين ولو قذف أمه كان له أن يخاصم باعتبار نسبته إليها ليدفع به عن نفسه فكذلك إذا قذف أبا أمه وقال زفر

رحمه الله تعالى مع بقاء الولد ليس لولد الولد ان يخاصم لان الشين الذي يلحق الولد فوق ما

يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع بقاء الولد كالولد مع بقاء المقذوف واعتبر هذا
بطلب
الكفاءة فإنه لا خصومة فيه للأبعد مع بقاء الأقرب ولكننا نقول حق الخصومة باعتبار ما
لحقه
من الشين بنسبته إليه وذلك موجود في حق ولد الولد كموجوده في حق الولد فأيهما
خاصم يقام؟

الحد بخصومته بخلاف المقدوف فان حق الخصومة له باعتبار تناول القاذف من
عرضه

وذلك لا يوجد في حق ولده (قال) ولولد الكافر والمملوك ان يأخذ بالحد كما يأخذ
به

الولد الحر المسلم وعند زفر ليس له ذلك لان الكافر والمملوك لو قذف في نفسه لم
يجب الحد

على قاذفه فإذا قذف في أبيه وأمه أولى ولكننا نقول الحد وجب لحق الله تعالى
وخصومة

الولد باعتبار الشين الذي لحقه وذلك موجود في حق الولد الكافر والمملوك لان النسبة
لا تنقطع بالرق والكفر وإنما تنعدم الخلافة إرثا بالكفر والرق فيما هو من حق الميت
وحد القذف ليس من ذلك في شيء وهذا بخلاف ما إذا قذف في نفسه لان الموجب
للحد

قذف المحصن والعبد والكافر ليس بمحصن اما هنا تم سبب وجوب الحد وهو قذف
المحصن

إذا لميت محصن فكل من يلحقه الشين بهذا القذف فهم خصم في المطالبة بالحد بعد
تقرر سببه

(قال) وإن كان المقدوف حيا غائبا ليس لأحد من هؤلاء أن يأخذ بحده عندنا وقال
ابن أبي

ليلي رحمه الله تعالى الغائب كالميت لان خصومة تتعذر لغيبته كما هو متعذر بعد موته
ولكننا نقول ينوب أو يبعث وكيلا ليخاصم والخصومة باعتبار تناول العرض أصل فما لم
يقع

الياس عنه لا يعتبر بالخصومة باعتبار الشين وفي الميت الخصومة باعتبار تناول العرض
مأيوس

عنه فيقام الحد بخصومة من يلحقه الشين بخلاف الغائب فان مات هذا الغائب قبل أن
يرجع

لم يأخذ وليه أيضا عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى لان المغلب عنده حق العبد
فيصير

موروثا عن المقدوف بعد موته لورثته وعندنا المغلب حق الله تعالى فلا يورث عملا
بقوله

صلى الله عليه وسلم لا يجرى الإرث فيما هو من حق الله تعالى ولان الإرث خلافة
الوارث

المورث بعد موته في حقه والله تعالى يتعالى عن ذلك (فان قيل) فحق لله تعالى لا
يسقط

أيضا بموت المقذوف (قلنا) لا نقول سقط بموته ولكنه يتعذر استيفاءه لانعدام شرطه فالشرط خصومة المقذوف ولا يتحقق منه الخصومة بعد موته (فان قيل) كان ينبغي أن يقوم الوارث مقامه في خصومته أو وصيه ان أوصى بذلك إلى انسان (قلنا) شرط الحد معتبر بسببه فكما أن ما يقوم مقام الغير لا يثبت به سبب الحد فكذلك لا يثبت به شرط الحد بخلاف ما إذا قذف بعد الموت لأننا لا نقول خصومة ولده تقوم مقام خصومته وكيف

يقال؟ ذلك ولا يورث ذلك ولا يثبت له حق الخصومة بعد موته ولكن الولد خصم عن نفسه

باعتبار ما لحقه من الشين فأما في حال الحياة لم يثبت للولد حق الخصومة فلو ثبت بعد الموت

كان بطريق القيام مقامه وذلك لا يكون في الحدود (قال) ولو وكل الغائب من يطلب بحده صح التوكيل في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول رحمهم الله تعالى

ثم رجع وقال لا أقبل الوكالة في حد ولا قصاص لان خصومة الوكيل تقوم مقام الموكل

وشرط الحد لا يثبت بمثله ولان بالاجماع لا يصح التوكيل باستيفاء الحد والقصاص لأنها

عقوبة تدرئ بالشبهات فكذلك في الاثبات كما في الحدود التي هي حق لله تعالى وهما

يقولان الاثبات من جملة ما إذا وقع الغلط فيه أمكن التدارك فيه وتلافيه والتوكيل في مثله صحيح كالأموال بخلاف الاستيفاء فإنه إذا وقع فيه الغلط لا يمكن تداركه ولو استوفاه

الوكيل في حال غيبة الموكل كان استيفاءه مع تمكن الشبهة لجواز أن من له القصاص قد عفي

وان المقدوف قد صدق القاذف أو أكذب شهوده وهذا لا يستوفى بحضرة الوكيل حال غيبة الموكل (قال) فان مات المقدوف بعد ما ضرب القاذف بعض الحد فإنه لا يقام

عليه ما بقي اعتبارا للبعض بالكل وكذلك أن غاب بعد ما ضرب بعض الحد لم يتم الا وهو

حاضر ألا ترى أنه لو عمى الشهود أو فسقوا بعدما ضرب بعض الحد درئ عنه ما بقي (قال) والقذف بأي لسان كان بالفارسية أو العربية أو النبطية يوجب الحد بعد أن يكون بصريح الزنا لان المقصود دفع الشين وذلك لا يختلف باختلاف الألسن رجل فان

لرجل يا زانية لاحد عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى استحسانا وفي القياس

عليه الحد وهو قول محمد رحمه الله تعالى ورواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى ولو قال

لامرأة يا زاني فعليه الحد بالاتفاق لوجهين أحدهما أن الايجاز والترخيم معروف في لسان

العرب قال القائل * أصاح تري برقا أريك وميضة * معناه يا صاحب وقرئ ونادوا يا مال

أي مالك وهذا أيضا حذف آخر الكلام للترخيم فلا يخرج به من أن يكون قذفا لها ألا ترى

إلى قول امرئ القيس أفاطم مهلا أي يا فاطمة ولان الأصل في الكلام التذكير وإلحاق
هاء
التأنيث للفصل والفصل هنا حاصل بالإشارة حاصل بالإشارة فلا يخرج باسقاط حرف
التأنيث من أن يكون
قدفا لها واستدل في الأصل بقوله تعالى إذا جاءك المؤمنات وقال نسوة في المدينة فأما
إذا
قال يا زانية فمحمد رحمه الله تعالى يقول صرح بنسبته إلى الزنا وزاد حرف الهاء فتلغو
الزيادة
ويبقى قاذفا له ملتزما للحد ولان في لسان العرب إلحاق هاء التأنيث بآخر الكلام
للمبالغة
في الوصف فإنهم يقولون نسابة وعلامة ورواية للشعر وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما
الله

تعالى يقولان هو كذلك ولكن المقصود هو المبالغة في الوصف بعلم ذلك الشيء فكأنه قال

أنت أكثر الناس علما بالزنا أو أعلم الناس بالزنا وهكذا لا يكون قذفا موجبا للحد ثم نسبه

إلى فعل لا يتحقق ذلك منه لان الزانية هي الموطوءة الممكنة من فعل الزنا والرجل ليس بمحل لذلك فقذفه بهذا اللفظ نظير قذف المجبوب وذلك غير موجب للحد بخلاف ما إذا

قال لامرأته يا زاني لأنه نسبها إلى مباشرة فعل الزنا وذلك يتحقق منها بان تستدخل فرج

الرجل في فرجها (قال) وإذا ادعى القاذف أن له بينة على تحقيق قوله أجل ما بينه وبين قيام القاضي من مجلسه من غير أن يطلق عنه وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى يستأنى به

ويمهل إلى المجلس الثاني ليحضر شهوده لان القذف موجب للحد بشرط عجزه عن إقامة أربعة

من الشهداء والعجز لا يتحقق لا بالامهال ألا ترى أن المدعى عليه إذا ادعى دفعا أو طعنا

في الشهود يهمل إلى المجلس الثاني ليأتي به فهذا مثله وجه ظاهر الرواية ان سبب وجوب الحد

ظهر عند القاضي فلا يكون له أن يؤخر الإقامة لما فيه من الضرر على المقدوف بتأخير دفع

العار عنه ولكن إلى آخر المجلس لا يكون تأخير فلا يتضرر بذلك القدر ألا ترى أنه يؤخر

إلى أن يحضر الجلاد فلهذا جوزنا له أن يمهل إلى آخر المجلس من غير أن يطلق عنه ولكن يقول

له ابعث إلى شهودك وذكر ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى إذا لم يكن له من يحضر شهوده

أطلق عنه وبعث معه بواحد من شرطه ليرده عليه وهذا لان كل واحد لا يجد نائبا والقاضي

مأمور بالنظر من كل جانب ولكن لم يعتبر هذا في ظاهر الرواية لأنه إذا لم يحضر الشهود بقي

ستر العفة على المقدوف وذلك أولى الوجهين (قال) ولا يقبل منه أقل من أربعة شهود لقوله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقال تعالى فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله

هم

الكاذبون فان جاء بهم فشهدوا على المقذوف بزنا متقادم درأت الحد عن القاذف
استحسانا
والقياس ان الشهادة على الزنا بعد التقادم لا تكون مقبولة فوجودها كعدمها إلا أنه
استحسن
فقال إنما لا تقبل الشهادة على الزنا بعد التقادم لتوهم الضغينة وذلك معتبر في منع
وجوب الحد
على المشهود عليه لا في اسقاط الحد عن القاذف كما لو أقام أربعة من الفساق على
صدق مقالته
وان جاء بثلاثة فشهدوا عليه بالزنا وقال القاذف انا رابعهم لم يلتفت إلى كلامه ويقام
عليه
وعلي الثلاثة الحد لأنه خصم ملتزم للحد فلا يكون شاهدا وبالثلاثة لا تتم الحجة
فكانوا قذفة
يحدون جميعا (قال) وان شهد رجلان أو رجل وامرأتان على اقرار المقذوف بالزنا
يدرأ

الحد عن القاذف وعن الثلاثة لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة وليس المقصود
من اثبات الاقرار هنا إقامة الحد على المقر لان الاقرار لا يثبت بحجة البينة موجبا للحد
وان كثر الشهود فإنه في الحال منكر ولو سمعنا اقراره ثم رجع عنه لم يقد عليه الحد
فكيف
يثبت اقراره بالبينة ولكن المقصود اسقاط الحد وذلك يثبت مع الشبهات بخلاف ما إذا
شهد الشاهدان على زنا المقذوف لان موجب تلك الشهادة الحد على الزاني إذا تم
عدد
الشهود فلماذا لا يكون للمثنى شهادة في ذلك (قال) ومن قذف الزاني بالزنا فلا حد
عليه
عندنا سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو مبهما وحكى عن إبراهيم وابن أبي
ليلى
رحمهما الله تعالى أنه ان قذفه بغير ذلك الزنا أو بالزنا مبهما فعليه الحد لان الرمي
موجب
للحد إلا أن يكون الرامي صادقا وإنما يكون صادقا إذا نسبه إلى ذلك الزنا بعينه ففي ما
سوى
ذلك فهو كاذب ملحق الشين به ولكننا نقول رمى المحصن موجب للحد بالنص قال
تعالى
والذين يرمون المحصنات والمحصن لا يكون زانيا فقاذف الزاني بالزنا قاذف غير
المحصن
وهو صادق في نسبه إلى أصل فعل الزنا فلا يكون ملتزما للحد (قال) وإذا وطئ
الرجل امرأة وطءا حراما فهو على وجهين اما أن يكون وطؤه هذا في الملك أو في غير
الملك
اما في الملك فإن كانت الحرمة بعارض على شرف الزوال لم يسقط به احصانه كوطئ
امراته الحائض والمجوسية أو التي ظاهر منها أو المحرمة أو أمته التي زوجها أو هي في
عدة
من غيره لان ملك الحل قائم ببقاء سببه والمحرم هو الاستمتاع وهو نظيره وطئ امرأته
المريضة
إذا كانت تستضر بالوطئ وهذا لان مع قيام الملك بالمحل لا يكون الفعل زنا ولا في
معناه
فأما إذا كانت محرمة عليه على التأيد كأمته التي هي أخته من الرضاع فإنه يسقط
بوطنها
احصانه في ظاهر المذهب وذكر الكرخي رحمه الله تعالى انه لا يسقط به الاحصان

لان

حرمة الفعل مع قيام الملك الذي هو مبيح وهو نظير ما سبق وجه ظاهر الرواية ان بين
الحل والحرمة في المحل منافاة ومن ضرورة ثبوت الحرمة المؤبدة انتفاء الحل فالسبب
لا يوجب الحكم الا في محل قابل له وإذا لم يكن المحل قابلا للحل في حقه لا يثبت
ملك

الحل فكان فعله في معنى الزنا ولو وطئ مكاتبته لم يسقط به احصانه عندنا وعند زفر
رحمه

الله وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى يسقط لان المكاتبه غير مملوكة له
وطئا

بدليل أنه يلزمه العقر بوطئها والوطئ في غير الملك يسقط الاحصان ولان المكاتبه
مملوكة

له رقا لا يدا فهي بمنزلة الأمة المشتركة ووطئ المشتركة مسقط للاحصان ولكننا نقول ملكه في المكاتبه قائم والحرمة بعارض على شرف الزوال فهو نظير الأمة المزوجة وبأن يلزمه العقر لا يدل على أنه يسقط به الاحصان كالزوجة (قال) فان وطئ أمته التي هي محرمة عليه بوطئ أبيه إياها أو بوطئه أمها يسقط احصانه لان في المصاهرة حرمة مؤبده فهو نظير حرمة الرضاع فأما إذا نظر إلى فرج امرأة أو أمة بشهوة ثم اشترى أمها أو ابنتها أو تزوجها فوطئها فقدفه رجل حد قاذفه في قول أبي حنيفة رحمه الله ولم يحد في قولهما لأنها محرمة عليه على التأييد فان اللمس والتقبيل يثبت حرمة المصاهرة فلا معني لاعتبار اختلاف العلماء فيه كالزنا فان أباه لو زنى بأمة ثم اشترها هو فوطئها يسقط احصانه وثبوت حرمة المصاهرة بالزنا مختلف فيه بين العلماء وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول كثير من الفقهاء لا يرون اللمس والتقبيل موجبا للحرمة وليس في اثبات الحرمة نص ظاهر بل نوع احتياط أخذنا به من حيث إقامة السبب الداعي إلى الوطئ مقام الوطئ وبمثل هذا الاحتياط لا يسقط الاحصان الثابت بيقين بخلاف المزني بها فان في ثبوت حرمة المصاهرة بالوطئ نص وهو قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فقد قامت الدلالة لنا أن النكاح حقيقة للوطئ ومع وجود النص لا يعتبر اختلاف العلماء وأما الوطئ في غير الملك مسقط للاحصان على كل حال وكذلك في الأب يطأ جارية ابنه (قال) وإذا تزوج امرأة بغير شهودا أو في عدة من زوج أو تزوجها وهي مجوسية ووطئها سقط به احصانه لأن العقد الفاسد غير موجب للملك والوطئ في غير الملك في معنى الزنا وكذلك إذا تزوج أمة على حرة أو تزوج أختين أو امرأة وعمتها في عقد واحد فبالوطئ بحكم هذه العقود الفاسدة يسقط الاحصان وكذلك إذا تزوج امرأة

فوطئها ثم علم أنها كانت محرمة عليه بالمصاهرة وهذا قول أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله تعالى
وأما عند أبي يوسف رحمه الله إذا كان عالما عند الوطئ بأنها غير مملوكة سقط
احصانه وإن لم
يكن معلوما له لا يسقط احصانه وهو رواية عن محمد لأن في الظاهر هذا الوطئ حلال
بدليل
أنه لا يأتى به وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أنه معذور لجهله من
حيث الظاهر
فأما الوطئ فغير مملوك له في الحقيقة بل هو في معني الزنا فيكون مسقطا لاحصانه
(قال)
وان ملك أختين فوطئهما حد قاذفه لأن هذا وطئ في الملك والحرمة بعارض على
شرف الزوال
ألا ترى أنه لو أخرج إحداهما عن ملكه حل له وطئ الأخرى وبمثل هذا الوطئ لا
يسقط

الاحصان فان وطئ المعتدة من طلاق بائن أو ثلاث لم يحد قاذفه لان هذا وطئ في غير الملك

وان وطئ امرأة مستكرهة لم يحد قاذفه ولا قاذفها لان هذا وطئ غير مملوك وعند الاكراه

وإن كان يسقط الاثم عنها فلا يخرج من أن يكون الفعل زنا فلهذا سقط احصانها وان وطئ

جارية ابنته أو أحد أبويه أو أخته ثم ادعي ان مولاهما باعها منه ولم يكن له بينة فلا حد على

قاذفه وكذلك أن أقام شاهدا واحدا على الشراء لان سبب ملك الحل لا يثبت بالشاهد الواحد فيكون وطؤه في غير الملك وهو مسقط للاحصان فان زنى في حال كفره في دار

الحرب أو في دار الاسلام ثم أسلم فقدفه انسان لم يحد قاذفه لان فعل الزنا يتحقق من الكافر

وان كأن لا يقام به الحد عليه فيكون قاذفه صادقا في مقاتته وان باشر امرأة حراما وبلغ كل

شئ منها سوى الجماع فقدفه قاذف فعليه الحد لان سقوط الاحصان بالوطئ فان المسقط

للاحصان الزنا أو ما في معناه واللمس والتقبيل ليس في معني الزنا (قال) مجنون زنى بامرأة

مطاوعة أو مستكرهة ثم قذف المجنون أو المرأة قاذف فلا حد على قاذفه اما المرأة فلو جود

الوطئ منها في غير الملك واما المجنون فان قذفه بعد الإفاقة لم يحد لان الوطئ الذي هو غير

مملوك قد تحقق من المجنون وهو مسقط للاحصان وان قذفه في حال جنونه فقاذف الصبي

والمجنون لا يحد لان احصان المقذوف شرط والاحصان عبارة عن خصال حميدة فأول

ذلك كمال العقل وذلك ينعدم بالصغر والجنون ولان الحد لدفع الشين عن المقذوف والشين

بقذف الصبي والمجنون يلحق القاذف دون المقذوف وكذلك المملوك لا يكون محصنا لقوله

تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فهو بيان ان المملوك لا يكون محصنا وإن كان

المملوك هو القاذف فعليه نصف حد الحر للآية (قال) ولا حد على قاذف الكافر لان الاسلام من شرائط الاحصان قال صلى الله عليه وسلم من أشرك بالله فليس بمحصن

وعلى الذمي في قذف المسلم حد كامل لان المسلم محصن يلحقه الشين بقذفه والقاذف مع كفره حر فعليه حد الأحرار ثمانون جلدة والذي يجن ويفيق في حال إفاخته محصن ولا يحد قاذف

الأخرس لأنه لو كان ينطق ربما يقر بما يكون فيه من تصديق القاذف ولا يقام الحد مع الشبهة ولا حد على قاذف المحبوب والرتقاء لأنه لا يحلقه الشين فان الزنا منهما لا يتحقق

ويلحق الشين القاذف في هذا القذف (قال) والقاذف من أهل البغي متي قذف رجلا من أهل العدل في عسكرهم أوفى عسكر أهل الحرب أو قذف رجل من أهل الحرب رجلا

منهم لم يحدوا حد منهم لأنه ارتكب السبب وهو ليس تحت ولاية الامام وقد بينا ان ولاية

الاستيفاء إنما تثبت؟ للامام إذا ارتكب السبب وهو تحت ولايته وبدون المستوفى لا يجب الحد

(قال) ولو دخل حربي دارنا بأمان فقتل مسلمًا لم يحد في قول أبي حنيفة رحمه الله الأول لان المغلب في هذا الحد حق الله تعالى ولأنه ليس للامام عليه ولاية الاستيفاء حين لم يلتزم شيئًا من أحكام الاسلام بدخوله دارنا بأمان ويحد في قوله الآخر وهو قولهما

فان في هذا الحد معنى حق العبد وهو ملتزم حقوق العباد ولأنه بقتل المسلم يستخف به

وما أعطى الأمان على أن يستخف بالمسلمين ولهذا يجبر على بيع العبد المسلم فكذلك يحد

بقتل المسلم (قال) وكل شيء أو جنبنا فيه الحد على الأجنبي فإنه إذا قال ذلك لامرأته وهما

حران مسلمان فعليهما اللعان لان اللعان موجب قذف الزوج زوجته بالنص وقد بيناه في باب

اللعان (قال) وان قال لامرأته زنيته قبل أن أتزوجك لاعتنها لأنه قاذف لها في الحال بخلاف

ما لو قال كنت قذفتك بالزنا قبل أن أتزوجك فإنه يحد لأنه ما صار قاذفًا لها بكلامه بعد

النكاح وإنما ظهر بكلامه قذف كان قبل النكاح فكأنه ظهر ذلك بالبينة فعليه الحد (قال)

وان قال لأجنبية يا زانية فقالت زنيته بك لاحد على الرجل لها وتحد المرأة للرجل لأنها

صدقته بقولها زنيته فصارت قاذفة للرجل بقولها زنيته بك فعليها الحد له (قال) ولو قال ذلك

لامرأته فقالت زنيته بك فلا لعان ولا حد لأنها صدقته فسقط اللعان بتصديقها ولم تصر قاذفة له لان فعل المرأة بزوجه لا يكون زنا (قال) ولو قالت المرأة لزوجه مبتدئة

زنيته بك

ثم قذفها الزوج بعد ذلك لم يكن عليه حد ولا لعان لوجود الاقرار منها بقوله زنيته (قال)

رجل قال لآخر يا فاسق يا خبيث أو يا فاجر أو يا بن الفاجر أو يا بن القحبة فلا حد عليه

لأنه ما نسبه ولا أمه إلى صريح الزنا فالفجور قد يكون بالزنا وغير الزنا والقحبة من
يكون
منها ذلك الفعل فلا يكون هذا قذفا بصريح الزنا فلو أوجبنا به الحد إنما يوجب بالقياس
ولا
مدخل للقياس في الحد ولو قال يا آكل الربا أو يا خائن أو يا شارب الخمر لحد عليه
في شيء
من ذلك ولكنه عليه التعزير لأنه ارتكب حراما وليس فيه حد مقدر ولأنه ألحقه نوع
شين بما نسبه إليه فيجب التعزير لدفع ذلك الشين عنه ولو قال يا حمار أو يا ثور أو يا
خنزير لم
يعزر في شيء من ذلك لان من عادة العرب اطلاق هذه الألفاظ بمعنى البلادة أو الحرص
ولا يريدون به الشتيمة ألا ترى أنهم يسمون به فيقال عياض بن حمار وسفيان الثوري
ولان

المقذوف لا يلحقه شين بهذا الكلام وإنما يلحق القاذف فكل أحد يعلم أنه آدمي وليس بحمار وان القاذف كاذب وكذلك لو قال يا كلب وحكي عن الهندواني أنه قال يعزر

في

عرف ديارنا لان هذا اللفظ فينا يذكر للشتيمة والأصح انه لا يعزر لان من عادة العرب اطلاق هذا الاسم لمعني المبالغة في الطلب وقلة الاستحياء فقد يسمون به كالكليبي

ونحوه

ثم كل أحد يعلم أنه كاذب فالشين يلحقه دون المقذوف (قال) وإذا قال له فجرت

بفلانة

وجامعتها أو فعلت بها فسمى الفحش لم يكن عليه في ذلك حد لأنه ما صرح بالقذف

بالزنا

وفي الأسباب الموجبة للحد يعتبر عين النص فما لم يقذفه بصريح الزنا لا يتقرر السبب

(قال) وإذا عرض بالزنا فقال أما أنا فلست بزنا فلا حد عليه عندنا وقال مالك رحمه

الله

تعالى يحد والاختلاف بين الصحابة رضوان الله عليهم فعمر رضي الله عنه كأن لا

يوجب

الحد في مثل هذا ويقول في حال المخاصمة مع الغير مقصوده بهذا اللفظ نسبة صاحبه

إلى الشين

وتركيته لنفسه لا أن يكون قذفا للغير أخذنا بقوله لأنه ان تصور معنى القذف بهذا

اللفظ

فهو بطريق المفهوم والمفهوم ليس بحجة (قال) فان قال قد أخبرت أنك زان فلا حد

عليه

لأنه ما نسبه إلى الزنا إنما حكى خبر مخبر والخبر قد يكون صدقا وقد يكون كذبا

فالمخبر

يكون حاكيا للقذف عن الغير لا قاذفا وان قال اذهب فقل لفلان انك زان فالمرسل

لا يكون قاذفا له بهذا لأنه أمر الغير أن يقذفه وبالأمر لا يصير قاذفا كما أنه بالأمر

بالقتل

لا يكون قاتلا فان ذهب الرسول وحكي كلام المرسل على وجه تبليغ الرسالة لاحد

عليه

لأنه حاك كلام الغير وان قال الرسول أنت زان فعليه الحد لأنه قاذف له بالزنا وكذلك

لو قال أشهدني رجل على شهادته بأنك زان فهو إنما ذكر شهادة الغير إياه فيكون قاذفا

(قال) وإذا قال للعبد يا زاني فقال لا بل أنت حد العبد لان قوله لا بل أنت معناه بل

أنت الزاني فان كلمة لا بل لاستدراك الغلط وهو غير مفهوم المعنى بنفسه فلا بد من أن

يجعل ما تقدم معادا فيه فصار كل واحد منهما قاذفا لصاحبه ولكن الحد لا يجب على

الحر
يقذف العبد ويجب على العبد يقذف الحر وان كانا حرين فعلى كل واحد منهما الحد
لصاحبه
(قال) وان قال لرجل يا زاني فقال رجل آخر صدقت لم يحد المصدق لأنه ما صرح
بنسبته
إلى الزنا وتصديقه إياه لفظ محتمل يجوز أن يكون المراد به في الزنا وفي غيره وإن
كان باعتبار
الظاهر أنما يفهم منه التصديق في الزنا ولكن هذا الظاهر لا يكفي لايجاب الحد إلا أن
يكون

قال صدقت هو كما قلت فحينئذ قد صرح بكلامه ان مراده التصديق في نسبته إلى الزنا فيكون قاذفا له (قال) وان قال لرجل أشهد انك زان وقال الآخر وأنا أشهد أيضا لاحد على الآخر لان قوله أشهد كلام محتمل فلا يتحقق به القذف إلا أن يقول أنا أشهد عليه

بمثل ما شهدت به فحينئذ يكون قاذفا له (قال) وان قال الرجل لرجل زني فرجك فعليه الحد لان الفرج عبارة عن جميع البدن ولان الزنا يكون بالفرج بخلاف قوله زني يدك أو

رجلك (قال) وان قال لامرأة يا زانية ثم قال بعدما قطع كلامه وأنت مستكرهة لم يسقط

الحد عنه بخلاف ما لو وصله بكلامه فقال زني وأنت مستكرهة لان هذا بيان مغير حكم

أول الكلام ومثله يصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء (قال) وان قال الرجل لآخر زني أنت وفلان معك فهو قاذف للثاني لأنه عطف الثاني على الأول والعطف للاشتراك في

الخبر وقد أكد ذلك بقوله معك ألا ترى أنه لو قال لعبدك أنت حر وفلان معك عتقا جميعا

فان قال عنيت أن فلانا معك شاهد لم يصدق إلا أن يصرح بذلك لأنه أضمر خبرا آخر للثاني وموجب العطف الاشتراك في الخبر الأول فلا يصدق في اضمار خبر آخر للثاني فلا

يسقط به الحد عنه (قال) وان قال لرجل يا ولد الزنا أو يا بن الزنا فعليه الحد لأنه قذف أمه

بهذا اللفظ فان ولد الزنا من تكون أمه زانية وقد بينا أن قذف الميتة يوجب الحد ولولدها أن

يطالب بجده إلا أنه يشترط اثبات احصان الأم وموتها لأنها إذا كانت غير محصنة فلا حد

على قاذفها وإذا كانت حية فلا خصومة للولد مع قاذفها (قال) وكذلك أن قال ليست لأبيك

فعليه الحد لأنه قذف أمه بهذا فان الولد من الزنا لا يكون ثابت النسب من أبيه فأما الوطئ

إذا لم يكن زنا يكون مثبتا للنسب فعرفنا أن بهذا اللفظ قذف أمه فإذا كانت حرة مسلمة فعليه

الحد وفي القياس لاحد عليه لأنه يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه؟ من غير أن تكون

الأم زانية بأن كانت موطوءة بشبهة ولدت في عدة الوطئ ولكننا تركنا هذا القياس
لحديث ابن مسعود رضي الله عنه حيث قال لا أحد إلا في قذف محصنة أو نفي رجل

عن
أبيه ولأنها إذا وطئت بالشبهة فولدها يكون ثابت النسب من إنسان وإنما لا يكون الولد
ثابت النسب من الأب إذا كانت هي زانية فعرفنا أنه بهذا اللفظ قاذف لأمه (قال)
وان قال إنك ابن فلان لغير أبيه فعليه الحد إذا كانت هذه اللفظة في حالة المسابغة؟ لان
مقصوده نفي نسبه من أبيه ونسبة أمه إلى الزنا إذا لم يعرف بين أمه وبين فلان الذي
نسبه

إليه سبب ذلك ولكن في حالة الرضا لا يجب الحد عليه لان مراده من هذا اللفظ في حالة الرضا
ان أخلاقك تشبه أخلاق فلان فكأنك ابنه فهذا لا يكون قذفا (قال) وان قال لست بابن فلان يعنى جده لا يحد لأنه صادق في مقالته فإنه ابن ابنه الأدنى حقيقة ونسبته إلى الجد
بطريق المجاز ألا ترى أنه يستقيم نفي اسم الأبوة عن جده فيقال إنه جده وليس بأبيه فان
نسبه إلى جده فلا حد عليه لان الولد كما ينسب إلى أبيه حقيقة ينسب إلى جده مجازا ألا ترى
أنه يقال بنو آدم وآدم جداهم الأعلى عليه السلام وكذلك لو نسبته إلى عمه أو خاله فان العم
بمنزلة الأب قال تعالى قالوا نعبد إلهك واله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق وهو كان عما وقال
صلى الله عليه وسلم الرجل صنو أبيه وكذلك الخالة سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم أما
فيكون الخال أبا أيضا قال القائل * وخال بني العباس والخال كالأب * وكذلك لو نسبته إلى
زوج أمه قال تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم وفي العادة زوج الأم يقول لولد
امرأته هو ولدى باعتبار أنى أربيه والناس يسمونه ابنا له أيضا وإن كان ذلك مجازا ولكنه
متى كان صادقا في كلامه مجازا أو حقيقة لم يكن قاذفا له وان قال لست لأبيك وأمهم حرة
وأبوه عبد وقد ماتت فإنه قاذف لأمه وهي محصنة فعليه الحد وكذلك أن قال لكافر قد مات
أبواه مسلمين أو لعبد وقد مات أبواه حرين لما بينا أن المقذوف بهذا اللفظ الأم والمعتبر احصان
المقذوف لا احصان من يطالب بالحد فان قال المولى ذلك لعبد لم يكن له أن يأخذه بحد
وان عتق لان العبد مملوك له فلا يجوز أن يكون مستوجبا عليه الحد ألا ترى أنه لا يقتل
بقتله وعلى هذا إذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهي ميتة فليس للابن أن يخاصم في الحد لان

الابن يضاف إلى أبيه كالعبد إلى سيده ألا ترى أنه لا يقتل بقتله ولا يحد في قذفه في نفسه

فكذلك في قذفه في أمه لان الأب كان سبب ايجاده فيستحيل أن يكون الولد مستوجبا عليه العقوبة بهذه الأسباب (قال) وان قال لرجل لست من بني فلان لقبيلته لا يحد لأنه صادق فان بني فلان حقيقة أولاده لصلبه وهو ليس منهم ولأنه لو كان هذا قذفا فإنما يكون

قذفا لامرأة من تنسب إليه القبيلة وهي كانت كافرة غير محصنة وهو نظير ما لو قال له جدك

زان أو جدتك زانية فإنه لا يكون قاذفا بهذا لان في أجداده وجداته من هو كافر فإذا لم يعين مسلما لا يكون قاذف محصن بخلاف ما لو قال أنت ابن ابن الزانية لأنه بهذا للفظ قاذف

لامه الأدنى وهي كانت محصنة فعليه الحد (قال) وان قال له يا بن مزيقيا أو يا بن ماء السماء

أو يا بن جلا فليس عليه في شئ من هذا حد لأنه كلام الناس وليس على سبيل القذف
ومعنى هذا ان من عادة العرب اطلاق هذا اللفظ على سبيل المدح والمعنى أنه يشبه
هؤلاء

في حسن الخلق أو الجود أو الجلافة فقد كانوا معروفين بذلك فيهم فلذلك لا يكون؟
قاذفا

ملتزما للحد وإذا نسب رجل رجلا إلى غير أبيه في غير غضب فلا حد عليه وإن كان
على

سبيل الغضب والسب فعليه الحد استحسانا وفي القياس لا حد عليه في الوجهين لأنه
تكلم

بكلام مبهم محتمل وجوها إلا أنه استحسن فقال مطلق الكلام يجب تحصيله على
قصد

المتكلم ففي حالة الرضا مقصوده المدح بنسبته إلى جواد أو مبارز أو متبحر في العلم
ألا ترى

إلى ما روى أن أبا بكر رضي الله عنه كان يأخذ الحسن ويقول يا شبيها بعله وفي حالة
الغضب

يعلم أن مقصوده الحاق الشين به في ذكر نسبة أمه إلى الزنا فإذا كان يعتبر؟ الحال في
كنايات

الطلاق فكذلك في لفظ القذف ألا ترى ان المصلى إذا قال يا يحيى خذ الكتاب بقوة
وأراد

القراءة لم يضره وان أراد خطاب انسان فسدت صلته (قال) وان قال لعربي يا نبطي أو
قال لعربي لسب بعربي فلا حد عليه وقال ابن أبي ليلى إذا قال لعربي يا نبطي أو قال
لست

من بنى فلان لقبيلته التي هو منها فعليه الحد لأنه نسبه إلى غير أبيه ولكننا نقول لا يراد
بهذا

اللفظ القذف ألا ترى أن الرجل يقول للآخر أنت رستاقى أو خراساني أو كوفي ولا
يريد

بشئ من ذلك القذف ومذهبنا مروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن رجل
قال لرجل من قريش يا نبطي فقال لا حد عليه (قال) وإذا قذف الوالد ولده لا حد عليه
لأنه منسوب إليه بالولاد ولا يعاقب بجنايته على نفسه وأطرافه فكذلك لا يعاقب
بالتناول

عن عرضه (قال) وان قذف أباه أو أمه أو أخاه أو عمه فعليه الحد لان المقذوف
محصن

ولو قتله القاذف قتل به فيحد بالحاق الشين بقذفه (قال) رجل قال لابنه يا بن الزانية

وأمة ميتة ولها ابن من غيره فجاء يطلب الحد يضرب القاذف الحد لأنه قذف الأم وهي محصنة ولكل واحد من الولدين حق الخصومة في الحد بنسبته إليها أن أحدهما ابن القاذف والابن لا يخاصم أباه في إقامة العقوبة عليه فيكون كالمقذوف يبقى الآخر فله المطالبة بالحد وكذلك أن كان للميت المقذوف ابنان فصدق أحدهما كان للآخر أن يأخذه بالحد لان الحد واجب لحق الله تعالى والمعتبر الخصومة ممن يلحقه الشين وكل واحد منهما أصل في هذه الخصومة كأنه ليس معه غيره فتصديق أحدهما لا يكون عاملا في

حق الآخر وهذا بخلاف ما إذا قتلت امرأة ولها ابنان فعفى أحدهما أو كان أحد الابنين لها من القاتل حيث لا يكون للآخر استيفاء القصاص لان القصاص حق العبد فكان ميراثا بين الاثنين فيسقط نصيب أحدهما اما باسقاطه أو لمعنى الأبوة ويتعذر على الآخر الاستيفاء لأنه لا يحتمل التجزء فأما حد القذف حق الله تعالى ولم يصر ميراثا للابنين بل المعتبر الخصومة من كل واحد منهما وحق الخصومة ثابت لكل واحد منهما بكماله توضيحه أن المقذوف هنا منكر وجوب الحد لا مسقط له فإذا أثبت الآخر وجوب

الحد بالحجة استوفاه الامام بخلاف العفو في القصاص وإن لم يكن للمقذوف الابن واحد

فصدقه في القذف ثم أراد أن يأخذه بالحد ليس له ذلك لأنه مناقض في كلامه ومع التناقض لا تصح الدعوى فلا يقام الحد الا بخصومة معتبرة ولو كان للمقذوف ابنان أحدهما عبد أو كافر كان له أن يطالب بالحد حاضرا كان الآخر أو غائبا لما بينا أن خصومته

باعتبار أنه منسوب إليها وحال الابنين في ذلك سواء (قال) رجل قذف رجلا قدام القاضي

فله أن يضربه الحد وإن لم يشهد به غيره لان العلم الذي يقع له بمعينة السبب فوق العلم

الذي ثبت له بشهادة الشاهدين وفي حد القذف معنى حق العبد فهو كالقصاص وسائر حقوق العباد فالقاضي يقضي في ذلك بعلمه وان علمه قبل أن يستقضي ثم استقضى فليس له

أن يقيم الحد بعلمه حتى يشهد الشاهد عنده في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف

ومحمد رحمهما الله تعالى له أن يقضى بعلمه لان علمه بمعينة السبب لا يختلف بعدما قلد القضاء

وقبله وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول حين عاين السبب استفاد علم الشهادة فلا يتغير ذلك بتقليد القضاء بخلاف ما إذا علم وهو قاض لأنه حين عاين السبب استفاد علم القضاء

توضيحه أن معينة السبب بمنزلة شهادة الشهود في الفصلين عنده ولو شهد الشاهد ان عنده

قبل أن يستقضى ثم استقضى لم يكن له أن يقضى بذلك فكذلك إذا عاين السبب فأما في

الحدود التي هي خالص حق الله تعالى كحد الزنا والسرقه وشرب الخمر فان عاين السبب في

حالة القضاء فليس له أن يقضى بعلمه استحسانا وفي القياس له ذلك لان علمه بمعاينة

السبب

أقوى من علمه بشهادة الشهود عنده ولكنه استحسن لما روى عن عمر بن الخطاب

رضي

الله عنه أنه قال لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أرأيت لو لقيت رجلا على الزنا
ما كنت أصنع به فقال شهادتك عليه كشهادة واحد من المسلمين فقال صدقت وروى

نحو هذا عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه والمعني فيه أن الامام نائب في استيفاء ما
وجب لحق الله تعالى فمن هذا الوجه يشبه الخصم ومجرد علم الخصم لا يكفي
للقضاء فلا يتمكن

القاضي من الاستيفاء توضيحه أنه لو سمع اقراره بذلك ثم جحد لم يكن له أن يقيم
عليه الحد
والمقر به في حق المقر كالمعائن بخلاف حد القذف والقصاص وروى ابن سماعة أن
محمدًا

رحمه الله تعالى رجع عن هذا فقال لا يقضى بعلم نفسه في شيء من الحدود لأنه هو
المستوفى

لذلك كله وإذا اكتفي بعلم نفسه اتهمه الناس فعليه أن يتحرز عن موضع التهمة (قال)
رجل اشترى جارية شراء فاسدا فوطئها ثم قذفه انسان فعلى قاذفه الحد لأنه ملكها
بالقبض

مع فساد السبب وملك الرقبة مبيح للوطئ والحرمة بعده بعارض؟ على شرف الزوال
وذلك لا يسقط احصانه بخلاف الوطئ في النكاح الفاسد لان النكاح الفاسد غير
موجب

للملك فان موجب النكاح ملك الحل فلا يمكن اثباته بالسبب الفاسد فيكون وطؤه في
غير الملك (قال) رجل قال لرجل يا بن الزانيين فعليه حد واحد لأنه قذف أباه وأمه ولو
كانا حبين فخاصماه لم يكن عليه الأحد واحد فكذلك إذا كانا ميتين فخاصمه الابن
(قال)

وان قال لست لفلان و لا لفلانة لاحد عليه لأنه نفي ولادة الأم إياه فان ثبوت النسب
من الأم

بالولادة فنفي ولادتها لا يكون قذفا لها إنما يكون قذفا لها إذا ذكر أنها ولدته من زنا
فإنما يندرج ذلك

في قوله لست لأبيك ولا لامك لا يندرج قذف الأم يوضحه ان ولادتها إياه معائن فكل
أحد يعلم

بكذب القاذف في نفس ما هو معائن ولا يلحق الولد شين بهذا القذف بخلاف قوله
لست

لأبيك فإنه يلحقه الشين بنفي نسبه عن أبيه وإذا قال لم يلدك فلأن لأبيه لاحد عليه لأنه
صادق في مقالته وإنما ولدته أمه لا أبوه (قال) رجل قال لامرأة زنيت ببعير أو بثور أو
بحمار

لاحد عليه لأنه نسبها إلى التمكين من بهيمة وذلك غير موجب للحد عليها وقد بينا ان
نسبته إلى فعل لا يوجب الحد على فاعله لا يكون قذفا موجبا للحد ولو قال زنيت بناقة
أو

ببقرة أو بثوب أو بدرهم فعليه الحد لان معنى كلامه زيت بدرهم بدل لك وهذا
أفحش ما يكون
من الزنا ان تكتسب المرأة بفرجها (فان قيل) بل معنى كلامه زيت بدرهم استؤجرت
عليه
فينبغي أن لا يحد في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهذا لان حرف الباء يصحب الا
عواض
(قلنا) هذا محتمل والبدل أيضا محتمل فتقابل المحتملان يبقي قوله زيت فكأنه لم يزد
على هذا
حتى لو قال استؤجرت على الزنا بدرهم فلا حد على القاذف عند أبي حنيفة رحمه الله
تعالى

فالحاصل أنه متى كان في آخر كلامه ما يحقق تمكينها منه جعل كلامه بمعنى التمكين
وإذا
لم يكن فيه احتمال ذلك جعل بمعنى البدل (قال) وان قال لرجل زنت ببيعير أو بناقة أو
ما أشبه ذلك لاحد عليه لأنه نسبه إلى اتيان البهيمة فان قال بأمة فعليه الحد فان قال
لرجل
يا بن الأقطع أو يا بن المقعد أو يا بن الحجام وأبوه ليس كذلك ليس عليه حد لأنه
لايراد بمثل
هذه اللفظة نفيه عن أبيه وإنما يراد به وصف الأب بهذه الأوصاف كمن يقول لبصير يا
أعمى
أو يشبهه به في الحرفة وكذلك لو قال يا بن الأزرق يا بن الأصفر أو الأسود وأبوه ليس
كذلك ألا ترى أنه لو قال يا بن السندي أو يا بن الحبشي لا يكون قاذفا له بهذا
فالمقصود
تحقيره لا قذفه بهذا اللفظ ولو قال لعربي يا عبد أو يا مولى لاحد عليه لأنه صادق في
مقالته
فإنه عبد الله وليس بقاذف له بقوله يا مولى قال تعالى واني خفت الموالي من ورائي
والمراد
الورثة وبنو الأعمام وكذلك لو قال لعربي يا دهقان لاحد عليه وهذا من أعجب
المسائل فلفظ
الدهقان فينا؟ للمدح والتعظيم وقد ذكره من جملة القذف وهذا لان العرب كانوا
يستنكفون
من هذا اللفظ ولا يسمون به الا العلوج فلزالة الاشكال ذكره وبين انه ليس بقذف
فان الدهقان اسم لمن له ضياع واملاك وذلك يتحقق للعرب والعجم (قال) ولو قال يا
بنى
لاحد عليه لان هذا اللفظ يذكر على وجه اللطف دون القذف فهو كقوله يا أخي
وكذلك لو قال لرجل أنت عبدي أو مولاي فهذا دعوى الرق والولاء عليه فليس من
القذف في شئ وان قال يا يهودي يا نصراني أو يا مجوسي أو يا بن اليهودي لاحد
عليه لان
القذف بالكفر ليس في معني القذف فإنه لا يشين المقذوف إذا كان اسلامه معلوما
ولكنه
يعزر لان نسبة المسلم إلى الكفر حرام وبارتكاب المحرم يستوجب التعزير (قال) وان
قال
يا زاني وأدخل فيه الهمزة وقال عنيت أنه يصعد على الجبل أو على شئ فعليه الحد
ونيته باطلة

لان أصل الكلمة لغة بالهمزة فذكر الهمزة يقرره ولا يخرجه من أن يكون قذفا (قال)
وان
قال زنأت في الجبل وقال عنيت الصعود فيه عليه الحد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما
الله ولا حد عليه في قول محمد فمحمد رحمه الله يقول أهل اللغة يستعملون هذا
اللفظ مهموزا
عند ذكر الجبل؟ ويريدون؟ به الصعود قال القائل
* وارق إلى الخيرات زنا في الجبل * وأكثر ما فيه أن تكون الكلمة مشتركة والحد
لا يجب بمثله ولكننا نقول مطلق اللفظ؟ محمول على ما يتفاهمه الناس في مخاطباتهم
والعامة

لا يفهمون من هذا اللفظ الا الزنا فبهذا الطريق يلحق المقذوف الشين فيقام الحد على القاذف لدفع الشين عنه ألا تري أنه لو لم يذكر الجبل كان قاذفا ملتزما للحد بأن قال زنأت

فلا يتغير بذكر الجبل كما لو قال زنيت لا يفصل بين قوله زنيت في الجبل وبين قوله بدون ذكر الجبل وكذلك لو قال زنأت على الجبل يلزمه الحد فكذلك إذا قال زنأت في

الجبل إلا أن محمدا رحمه الله يقول أهل اللغة إذا استعملوا الكلمة لمعني الصعود يصلون

به حرف في لا حرف على ولا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيما إذا كان المتكلم

بهذا اللفظ لغويا ومن أصحابنا من يقول هو يصدق في أنه أراد به الصعود والأصح أنه لا فرق بين اللغوي وبين غيره لان اللفظ محمول على ما هو المتعارف في عادة العوام من

الناس وهو القذف بالزنا (قال) وإذا زنى المقذوف قبل أن يقام الحد على القاذف أو وطئ

وطءا حراما غير مملوك فقد سقط الحد عن القاذف لان احصان المقذوف شرط فلا بد من

وجوده عند إقامة الحد وقد زال احصانه بهذا الوطئ وكذلك إذا ارتد المقذوف وان أسلم

بعد ذلك فلا حد على القاذف لأنه قد سقط الحد لزوال احصانه بالردة وكذلك أن صار

معتوها ذاهب العقل أو أخرس وبقي كذلك وبالخرس لا يزول احصانه ولكن تتمكن شبهة من حيث أنه إذا كان ناطقا ربما يصدقه ولهذا شرط بقاء الخرس حتى إذا زال الخرس

وطالب بالحد فله ذلك بمنزلة المريض يبرأ (قال) ومن قذف ولد ملاءنة أو ولد زنا في نفسه

فعليه الحد لأنه محصن عفيف وإنما الذنب لأبويه وفعلهما لا يسقط احصانه وان قذف أمه

فلا حد عليه أما ولد الزنا فلان قاذف أمه صادق لأنها زانية وأما ولد الملاءنة فان أمه ليست

بمحصنة لأنه كان في حجرها ولد لا يعرف له والد ومثله في صورة الزانيات لا يحد قاذفه

(قال) وان اختلفا شاهدا القذف في اللغة التي قذف بها من الفارسية والعربية والنبطية

فشهادتهما باطلة لان اللفظ معتبر في القذف ألا ترى أنه لا يجب الحد الا بصريح الزنا
وعند

اختلافهما في اللغة يتمكن الاختلاف في المشهود به وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال
يا بن الزانية والآخر أنه قال لست لأبيك فقد اختلفا في اللفظ المشهود به وكذلك لو
تزوج مجوسي أمه ودخل بها ثم أسلما فقدمه انسان فعليه الحد في قول أبي حنيفة
رحمه الله

تعالى ولا حد عليه عندهما إذا كان الدخول بحكم نكاح يتركان عليه بعد الاسلام وإن
كان

بحيث لا يتركان عليه بعد الاسلام كالنكاح بغير شهود فعلى قاذفهم الحد وهو بناء؟
على أن عند

أبي حنيفة رحمه الله لأنكحتهم حكم الصحة ما لم يسلموا وعندهما كل نكاح لا
يتركان
عليه بعد الاسلام فليس له حكم الصحة ولكن لا يتعرض لهم في ذلك لاعتقادهم ما لم
يسلموا
واعتقادهم لا يكون حجة على القاذف (قال) أربعة شهدوا على عبد أن مولاه أعتقه وأنه
قد
زني وهو محصن فرجم ثم رجعوا عن شهادة الزنا والعتق فعليهم ضمان القيمة للمولى
لأنهم
أقروا عند الرجوع أنهم أتلفوا ماليته بشهادتهم عليه بالعتق وبالزنا بغير حق ويضربون
الحد
لإقرارهم انه كان عفيفا وبطلان معنى الشهادة من كلامهم عند رجوعهم وان شهد
اثنان منهم
على العتق فأعتقه ثم شهدا مع آخرين على الزنا عليه فرجم ثم رجع شاهدا العتق عن
العتق ولم
يرجعا عن الزنا ورجع الآخرون عن الزنا فعلى شاهدي العتق جميع القيمة للمولى لان
تلف
المالية كان بشهادتهما عليه بالعتق وعلى الآخرين نصف الدية للورثة لأنه بقي على
الشهادة بالزنا
من يستحق بشهادته نصف النفس وإنما انعدمت الحجة في النصف فلهذا ضمن
الراجعان
نصف الدية وعليهما الحد وان شهد الرجلان على عتقه فأعتقه ثم شهد هو وآخر مع
شاهدي
العتق على رجل بالزنا فرجمه ثم رجعا عن العتق جميعا ضمنا قيمته للمولى ولم يضمننا
من دية
المرجوم شيئا لأنه قد بقي على الشهادة بالزنا حجة تامة (فان قيل) كيف يستقيم هذا
وفي
زعمهما أنه عبد ولا شهادة له على الزنا (قلنا) ولو شهد أربعة على الزنا فرجم ثم ظهر
أن أحد
الشهود عبد لا ضمان على الشهود ولا يمكن ايجاب ضمان النفس عليهما من أجل
شهادتهما
بعتقه لأنه ما رجم لعتقه وإنما رجم لزنائه وقيل على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله
تعالى ينبغي
أن يجب الضمان عليهما لأنه يقول المزكي للشهود إذا رجع ضمن وهما بشهادتهما

بحرية
الشاهد صارا مزكيين له وقد رجعا عن التزكية فينبغي أن يجب عليهما الضمان ولكن
الأصح
أن لا يجب لان الشاهد على الزنا لا يصح أن يكون مزكيا للشاهد معه فلا يمكن جعل
شهادتهما بالعتق تزكية للشاهد معهما على الزنا ولان قضاء القاضي بالعتق لا يبطل
برجوعهما
فتبقى الحجة على الزنا تامة فلهذا لم يضمنا من دية المرجوم شيئا ولا حد عليهما (قال)
ولو أن صبيا زني بصبية مطاوعة لاحد عليهما لانعدام الأهلية للعقوبة فيهما وعلى الصبي
المهر في ماله لأنه ضمان الفعل والصبي أسوة البالغ في المؤاخذة بضمنان الفعل بحق
العباد
إنما لا يؤخذ بضمنان القول ولهذا لو كان أقر بالوطئ لا يلزمه شيء (قال) ولو زني
الصبي
بامرأة فأذهب عذرتها وشهد عليه الشهود بذلك فعليه المهر إذا استكرهها وان كانت
دعته

إلى نفسها فلا مهر عليه لأنها رضيت بسقوط حقها ورضاهما معتبر لكونها بالغة ولأنها
صارت مستعملة للصبى ومن استعمل صبيا في شئ لحقه فيه ضمان ثبت لوليه حق
الرجوع
على المستعمل فلا فائدة في ايجاب المهر لها إذا طوعته والمجنون في ذلك بمنزلة
الصبى ولو كانت
صبية أو مجنونة دعتة إلى نفسها فالمهر واجب لأنها ليست من أهل الرضى بسقوط
حقها ولأن
اشتغالها بالأمر غير مثبت حق الرجوع عليها لاهدان قولها (قال) رجل قال لرجل أنت
أزنى من فلان فلا حد عليه لان افعل يذكر بمعنى المبالغة في العلم فكان معني كلامه
أنت
أعلم بالزنا من فلان أو أنت أقدر على الزنا من فلان وكذلك لو قال أنت أزنى الناس أو
أزنى
الزناة وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنت أزنى من فلان الزانى أو أزنى الزناة فعليه
الحد
لأنه بين بآخر كلامه أن المراد المبالغة في وصفه بفعل الزنا وكذلك قوله أزنى الناس
لان
في الناس زان فهو كقوله أزنى الزناة بخلاف قوله أنت أزنى من فلان (قال) رجل زنى
بخرساء أو أخرس زنى بامرأة لاحد عليه لان الأخرس لو كان ناطقا ربما يدعي شبهة
يسقط
به الحد عن نفسه وعن صاحبه والخرس يمنع من إظهار تلك الشبهة ولا يجوز إقامة
الحد مع
تمكن الشبهة بخلاف ما إذا زنى صحيح بمجنونة فعليه الحد لان المجنونة ليست من
أهل أن
تدعى الشبهة وامتناع وجوب الحد لمعنى فيها وهو الجنون لا لشبهة في الفعل فهو
نظير الزنا
بمستكرهة (قال) ولو سرق رجلان سرقة واحدة وأحدهما أخرس أو مجنون لا قطع
على
واحد منهما لان الفعل هنا واحد فإذا لم يكن موجبا للقطع على أحدهما لا يكون
موجبا على
الآخر فأما في الزنا كل واحد من الزانيين مباشر لفعل آخر إذ لا مجانسة بين الفعلين
لان
فعله الايلاج وفعلها التمكين فجنونها لا يعدم التمكين فلا يتمكن فيه نقصان فيكون فعل
الرجل

في الايلاج مخصوصا بكمال الزنا فلهذا لزمه الحد (قال) وإذا شهد الشاهدان على رجل بالزنا
وآخران على اقراره بالزنا لاحد عليه لان الشهادة على الاقرار لغو في ايجاب حكم
الحد فان
المشهود عليه جاحد ومن ضرورة جحوده الرجوع عن اقراره ولأنهم اختلفوا في
المشهود به
فشهد اثنان بالفعل والآخران بالقول ولا حد عليه لان الذين شهدوا على الاقرار ما نسباه
إلى
الزنا والآخران وان نسباه إلى الزنا فشهادة الشاهدين على الاقرار يسقط الحد عنهما
لأنهما
شهدا على تصديق المقذوف والتصديق يثبت بشهادة شاهدين (قال) وان شهد ثلاثة
بالزنا وواحد بالاقرار به فعلى الثلاثة الحد لأنهم قذفوه بالزنا وليس على التصديق الا
شاهد

واحد وشهادة الواحد لا تثبت التصديق (قال) وإذا ضرب العبد حد القذف أربعين سوطا ثم أعتق لم تجز شهادته أبدا لوجهين أحدهما أن الأربعين حد في حقه وإقامة الحد

عليه جرح في عدالته وحكم بكذبه فيسقط به شهادته على التأييد كما في حق الحر ولأن

العبد ليس من أهل الشهادة ورد الشهادة من تنمة الحد فيتوقف ذلك على صيرورته من أهل الشهادة وبالعتق صار من أهل الشهادة الآن فيصير مردود الشهادة تميما لحده وكذلك

إذا ارتد المحدود في قذف ثم أسلم لم تقبل شهادته لان الكفر لم يزد الا شرا وإذا صار

مردود الشهادة على التأييد فبالردة لا يصير مقبول الشهادة فان ضرب الكافر حد القذف ثم أسلم جازت شهادته لان الكافر محكوم بكذبه ولكن يزول ذلك باسلامه ويستفيد بالاسلام عدالة لم تكن موجودة حين أقيم عليه الحد وهذه العدالة لم تصر مجروحة توضيحه

أن الكافر ليس من أهل الشهادة فيصير مردود الشهادة بإقامة الحد عليه ويتم به حده ثم بالاسلام استفاد شهادة حادثة لم تكن موجودة عند إقامة الحد عليه فلهذا قبلت شهادته (قال) أربعة كفار شهدوا على كافر انه زني بامرأتين كافرتين فلما قضى بالحد عليهما أسلم الرجل والمرأتان بطل الحد عنهما جميعا لان الحجة لم تبق عليهم بعد الاسلام فشهادة

الكفار لا تكون حجة على المسلمين ولا يمكن إقامة الحد بغير حجة وان أسلمت احدى

المرأتين سقط عنها الحد وبقي الحد على الأخرى لبقاء الحجة في حقها وكذلك على الرجل

لان الحجة في الزنا بالتالي هي باقية على الكفر باق وذلك كاف في إقامة الحد عليه وكذلك

ان شهدوا على كافرين بالزنا بامرأة واحدة فان أسلمت المرأة درئ الحد عنها وعن الرجلين كما لو كانت مسلمة عند الشهادة وان أسلم أحد الرجلين درئ الحد عنه خاصة

ويقام الحد على الرجل الآخر والمرأة لبقاء الحجة الكاملة عليه في زناه بها (قال) وإذا جنت

الأمه جناية عمدا فيها القصاص فوطئها الولي ولم يدع شبهة فليس عليه الحد لوجهين أحدهما ان من العلماء من يقول إن لولى الجناية حق التملك ان شاء وهذا قول معتبر فإنه

لا فرق في حق المولى بين ان يتلف ماليته باستيفاء القصاص وبين ان يتلف بتمليك
الولي
إياها عليه وفيه منفعة للولي سواء استوفى القصاص أو تملكها فله أن يختار أي الوجهين
شاء فإذا ثبت له حق التملك فيها على قول بعض الفقهاء يصير ذلك شبهة في إسقاط
الحد
عنه ولأن الوطء اتلاف جزء منها لان المستوفى بالوطء في حكم الجزء من العين فإذا
صار

اتلاف الكل حقا له شرعا يصير ذلك شبهة في اتلافه جزءا منها والحد يسقط بالشبهة
ثم

يلزمه العقر لسيدها لأنه وطئ في غير الملك فلا يخلو عن حد أو عقر وقد سقط الحد
بشبهة

فعليه العقر ويكون للسيد بمنزلة كسبها لان حق من له القصاص في استيفاء القصاص
فلا

يثبت في المال والعقر والكسب مال فيكون لمولاها بملكه رقبتها وان كانت الجناية
خطأ

فوطئها الولي ففي القياس عليه الحد وبه يأخذ أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى
سواء اختار

المولى الدفع أو الفداء وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى ان اختار المولى الفداء فكذلك
الجواب وان اختار الدفع فلا حد عليه استحسانا لان بالجناية الخطأ لم يثبت للولي حق
التملك

فيها وهذا لان موجب جناية الخطأ يكون على أقرب الناس من الجاني ألا ترى ان في
الحر موجب جنائته على العاقلة وفي المملوك موجب جنائته على المولى لأنه أقرب
الناس

إليه ولهذا خير بين الدفع والفداء فان اختار الفداء فقد وصل إلى ولي الجناية حقه
وبقيت

الجارية مملوكة للمولى كما كانت فتبين أنه وطئها ولا شبهة له فيها فكان عليه الحد
فان اختار

الدفع فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لان موجب الجناية كان على
المولى

ولكنه كان متمكنا من اختيار الدفع بأن يقول هذا الشغل إنما لحقني بجنائتها على أن
أدفعها

لأخلص نفسي من هذا الشغل فكان هذا ملكا حادثا للولي فيها بعد تقرر فعل الزنا فلا
يسقط به الحد وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يسقط الحد استحسانا لان حق
ولي

الجناية في رقبتها وإن كان المولى متمكنا من تحويل الحق عن الرقبة باختيار الفداء
بدليل

انها لو هلكت يسقط حق ولي الجناية وإنما سقط لفوات محل حقه فإذا تقرر حقه في
محل

باختيار المولى الدفع فإنما يملكها بسبب تلك الجناية وتبين انها وطئها وله فيها سبب
ملك

فيسقط الحد كمن اشترى جارية على أن البائع بالخيار فوطئها المشتري ثم اختار البائع
البيع
فلا حد على المشتري ولكن هذا ضعيف لأنه لو كان له فيها سبب ملك لم يلزمه الحد
وان اختار المولى الفداء كما في المشتراة بشرط الخيار للبائع فلا حد على المشتري
وان فسخ
البيع فيها وحيث وجب الحد هنا عند اختيار الفداء عرفنا أنه ليس فيها سبب ملك ثم
ذكر
في بعض النسخ فصلا وهو أنه زنى بجارية ثم اشتراها في قول أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله
تعالى يحد ولا حد عليه في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فإن كان جواب هذا
الفصل هكذا
فلا حاجة إلى التكلف الذي قلنا في مسألة الدفع بالجناية لان الملك الحادث بعد
وجوب الحد

قبل الاستيفاء عند أبي يوسف رحمه الله تعالى مسقط للحد وقد ثبت ذلك للولي بدفع الجارية إليه وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لا يكون مسقطا للحد ولكن في هذا

الفصل اختلاف الرواية في النواذر فذكر أصحاب الاملاء عن أبي يوسف رحمهم الله تعالى

أن من زني بامرأة ثم تزوجها أو بأمة ثم اشتراها لا حد عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعليه الحد في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وذكر ابن سماعة رحمه الله تعالى

في نواذره على عكس هذا قال على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى عليه الحد

في الوجهين جميعا وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لا حد عليه في الوجهين جميعا وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا زنى بأمة ثم اشتراها فلا حد عليه وان زنى بحررة ثم تزوجها فعليه الحد فأما وجه الرواية التي قال لا حد عليه في الفصلين أن الملك في المحل لو

اقترن بالفعل كان مانعا وجوب الحد فإذا طرأ بعد الوجوب قبل الاستيفاء يكون مسقطا للحد كملك السارق العين المسروقة بعدما وجب عليه القطع والعمى والفسق في المشهود

بعد وجوب الحد قبل الاستيفاء وهذا لأنه لو أقام الحد عليه إنما أقام بوطئه امرأة هي زوجته في الحال وذلك لا يجوز وجه الرواية التي قال يقيم الحد في الفصلين أن وجوب الحد

باعتبار المستوفى والمستوفى مثلا شئ فبالنكاح والشراء بعد الاستيفاء لا يثبت له الملك في المستوفى فلا يسقط الحد بخلاف السرقة فان وجوب القطع على السارق باعتبار العين

وقد ملك تلك العين فسقط القطع عنه بالشبهة وجه رواية الحسن في الفرق بين النكاح والشراء أنه بالشراء يملك عينها وملك العين في محل الحرث سبب لملك الحل فيجعل الطارئ قبل الاستيفاء كالمقترن بالسبب كما في باب السرقة فأما بالنكاح لا يملك عين المرأة وإنما يثبت له ملك الاستيفاء ولهذا لو وطئت بالشبهة كان المهر لها

فلا يورث ذلك شبهة فيما تقدم استيفاؤه منها فلهذا

لا يسقط الحد عنه والله سبحانه وتعالى

أعلم بالصدق والصواب واليه

المرجع والمآب

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب السرقة)

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد الأستاذ شمس الأئمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن

أبي

سهل السرخسي رحمه الله تعالى السرقة لغة أخذ مال الغير على وجه الخفية سمي به
لأنه

يسارق عين حافظه ويطلب غرته ليأخذه أو يسارق عين أعوانه على الحفظ بأن يسامره
ليلا لان الغوث بالليل قل ما يلحقه وهي نوعان صغرى وكبرى فالكبرى هي قطع
الطريق

لأنه يأخذ المال في مكان لا يلحق صاحبه الغوث ويطلب غفلة من التزم حفظ ذلك
المكان

وهو السلطان والعقوبة تستحق بكل واحد من الفعلين على حسب الجريمة
في الغلظ والخفة

فهذا الكتاب لبيان هذين الحدين وكل واحد منهما ثابت منهما بالنص اما في السرقة
الصغرى

الواجب بالنص قطع اليد قال الله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما
كسبا نكالا

من الله والواجب بأخذ المال في السرقة الكبرى قطع يد ورجل قال الله تعالى إنما
جزاء الذي

يحاربون الله ورسوله الآية وكل واحد من الحدين عقوبة فان الله عز وجل سمي
أحدهما

نكالا والاخر خزيا بقوله تعالى ذلك لهم خزي في الدنيا وكل واحد منهما جميع
موجب الفعل

فقد سمي كل واحد منهما جزاء وفيه إشارة إلى الكمال يقال خزي أي قضي وجزأ
بالهمزة أي

كفي فعرفنا انه جميع موجب الفعل وإن كان كل واحد منهما مستحقا حقا لله تعالى
لان الجزاء

علي الأفعال المحرمة من العباد يكون حقا لله تعالى وفيه إشارة إلى أن الفعل محرم
العين وان

عصمة المال فيما يرجع إلى موجب الفعل لله تعالى خالصا واختلف العلماء بعد هذا في
السرقة

الصغرى قال فقهاء الأمصار رضي الله عنهم المستحق قطع اليد اليمنى من الرسغ وقال
الخوارج

إلى المنكب لان اليد اسم للجراحة من رؤس الأصابع إلى الآباط وقال بعض الناس
المستحق قطع الأصابع فقط لان بطشه كان بالأصابع فتقطع أصابعه ليزول تمكنه من
البطش بها وهو مخالف للنص والمنصوص قطع اليد وقطع اليد قد يكون من الرسغ وقد

يكون من المرفق وقد يكون من المنكب ولكن هذا الابهام زال ببيان رسول الله صلى الله

عليه وسلم فإنه أمر بقطع يد السارق من الرسغ ولان هذا القدر متيقن به وفي العقوبات إنما يؤخذ بالمتيقن فاما قوله جل وعلا إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله فقد قيل المراد

يحاربون أولياء الله فان أحد الا يحارب الله تعالى ولكنه حذف المضاف وأقام المضاف إليه

مقامه وهو أصل في اللغة وقيل المراد بيان ان قاطع الطريق كأنه يحارب الله تعالى لان المسافر

في المفاوز في أمان الله تعالى وحفظه فالمتعرض له كأنه يحارب الله تعالى وهو نظير قوله

سبحانه وتعالى من يشاقق الله ورسوله فان أحدا لا يشاقق الله حقيقة ولكن راد أمر الله تعالى كأنه يشاقق الله تعالى وزعم بعض العلماء رحمهم الله تعالى ان نزول الآية في المرتدين

واستدلوا عليه بحديث أنس رضي الله عنه ان العرنيين لما ارتدوا وقتلوا الرعاة وساقوا إبل

الصدقة بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم في أثرهم وجرى بهم فامر بقطع أيديهم وأرجلهم

وسمل أعينهم فنزلت الآية ولكن الأصح ان نزول الآية في الذين قطعوا الطريق من غير المرتدين لان في الآية بيان عقوبة تستحق بقطع الطريق وقيل المرتد يستحق القتل قطع الطريق أو لم يقطع وإنما سبب نزول هذه الآية الذين قطعوا الطريق وما بدأ به محمد

الكتاب ورواه عن أبي يوسف رحمه الله تعالى عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنه

م أجمعين (قال) وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة هلال بن عويمر الأسلمي فجاء أناس يريدون الاسلام فقطع عليهم أصحاب أبي بردة الطريق فنزل على

رسول الله صلى الله عليه وسلم جبريل عليه السلام بالحد فيهم ان من قتل وأخذ المال صلب

ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن أخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن

جاء مسلما هدم الاسلام ما كان في الشرك فقله وادع يحتمل المؤقتة وهي الأمان ويحتمل

المؤبدة وهي الذمة فأجرى أبو يوسف رحمه الله تعالى الكلمة على ظاهرها وقال يقام
حد قطاع
الطريق على المستأمنين وأهل الذمة بدليل الحديث وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله
تعالى قالوا المراد
الموادعة المؤبدة وهي عقد الذمة لأنه قد ثبت بالنص وجوب تبليغ المستأمنين مأمّنهم
والآية
وان نزلت في الكفار فالحكم غير مقصور عليهم لان السبب الموجب للعقوبة قطع
الطريق
بالنص ففي حق كل من تقرر السبب ثبت الحكم ولكن بعد أن يصير محاربا بقطع
الطريق
والمستأمن محارب وإن لم يقطع الطريق لأنه متمكن من الرجوع إلى دار الحرب

والمحارب بقطع الطريق يكون من أهل دارنا وقوله فجاء أناس يريدون الاسلام قيل
معناه قد أسلموا فجاؤوا يريدون الهجرة لتعلم أحكام الشرع وقيل بل جاؤوا على قصد
أن يسلموا

ومن جاء من دار الحرب على هذا القصد فوصل إلى دار الاسلام فهو بمنزلة أهل الذمة
والحد يجب بقطع الطريق على أهل الذمة كما يجب بقطع الطريق على المسلمين
بخلاف

المستأمنين على ما بيناه ثم في هذا الحديث دليل على أن هذا الحد مشروع على
الترتيب

بخلاف ما يقوله مالك رضي الله عنه أنه على التخيير بظاهر حرف أو وهذا لان الجناية
تختلف منه بمباشرة القتل أو أخذ المال أو إخافة الناس والعقوبة بحسب الجناية
فيستحيل

أن يقال عند غلظ الجناية يعاقب بأخف الأنواع وعند خفتها بأغلظ الأنواع فعرفنا أنها
مرتبة كما ذكر في الحديث فظاهر قوله من قتل وأخذ المال صلب دليل لأبي يوسف
ومحمد رحمهما الله تعالى في أن الامام لا يشتغل بقطع يده ورجله بهذه الحالة ولكن
أبو حنيفة

رحمه الله يقول المراد بيان ما يختص به بهذه الحالة فأما قطع اليد والرجل عند أخذ
المال ميبين

في الحديث ألا ترى أنه لم يذكر القتل في هذه الحالة لأنه ميبين في حق من قتل ولم
يأخذ

المال فأقول الامام يتخير في هذه الحالة بين أن يقطع يده ورجله ثم يقتله ويصلبه أو
يقتله

ويصلبه ثم يطعن تحت تندوته اليسرى فيقتله على خشبة ففي ظاهر المذهب يتخير بين
ان

يصلبه حيا وبين ان يقتله ثم يصلبه وذكر الطحاوي انه لا يصلبه قبل القتل فان ذلك مثله
ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور ولكن في هذا
الحديث

دليل على أن له ذلك لتحقيق معني الخزي في حقه ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله
تعالى

يتركه على خشبته أبدا إلى أن يسقط لتحقيق معني الخزي وليعتبر به غيره فأما قوله عز
وجل

أو ينفوا من الأرض فهو غير مذكور في هذا الحديث والمراد عندنا الحبس في حق من
خوف الناس ولم يأخذ مالا ولم يقتل لأنه اما أن يكون المراد نفيه من جميع الأرض
وذلك

لا يتحقق ما دام حيا أو المراد نفيه من بلدته إلى بلدة أخرى وبه لا يحصل المقصود وهو دفع أذيته عن الناس أو يكون المراد نفيه عن دار الاسلام إلى دار الحرب وفيه تعريض له على الردة فعرفنا أن المراد نفيه من جميع الأرض إلى موضع حبسه فان المحبوس يسمى خارجا من الدنيا قال القائل
خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها * فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى

إذا جاءنا السبحان يوماً لحاجة * عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا
والشافعي رحمه الله تعالى يقول المراد اتباعه حتى لا يتمكن من القرار في موضع فذلك
نفيه

من الأرض فأما قوله من جاء مسلماً هدم الإسلام ما كان في الشرك فهو معنى قوله جل
وعلا إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم وفيه كلام نبينه في بابه ثم الإسلام يهدم
ما كان في الشرك من الجناية على خالص حق الله تعالى قال الله جل وعلا قل للذين
كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف وقال صلى الله عليه وسلم الإسلام يجب ما قبله
والتوبة قبل قدرة الإمام عليه مسقطه لهذه العقوبة بالنص على ما نبينه إن شاء الله تعالى
وذكر عن عبد الله بن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا تقطع اليد الا في
ثمن المجن وهو يومئذ يساوي عشرة دراهم وفيه دليل على أن النصاب في المسروق
معتبر لا يجاب القطع على السارق وهو قول فقهاء الأمصار وأصحاب الظواهر يقولون
لا يعتبر

النصاب فيه وقد نقل ذلك عن الحسن البصري رحمه الله تعالى واستدلوا بالآية فان الله
عز وجل قال والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما يعني بالسرقة لان السارق اسم مشتق
من فعل والفعل الذي اشتق منه الاسم يكون علة للحكم ولكن السرقة لا تتحقق الا
بصفة

المالية والمملوكية والحرز فان أخذ المال المباح يسمى اصطياداً أو احتطاباً لا سرقة
وكذلك

ما ليس بمحرز محفوظ فاخذه لا يكون سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ فشرطنا ما
يقتضيه

اسم السرقة وليس في اسم السرقة ما يدل على النصاب فالسرقة تتحقق في القليل
والكثير

فاشترط النصاب يكون زيادة على النص وذلك يعدل النسخ وفي الحديث ان النبي
صلي

قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده والبيضة قد
لا تساوي أكثر من فلس ولا يجوز ان يقال المراد بيضة الحديد وحبال السفن واللؤلؤ
لان

المقصود بيان حقارة السارق وفي حمله على ما قلتم تفويت هذا المقصود ولكننا نقول
لما كان في

اسم السرقة ما ينبئ عن صفة الاحراز صار كون المال محرزاً شرطاً بالنص وشرائط
العقوبة

يراعى وجودها بصفة الكمال لما في النقصان من شبهة العدم والاحراز إنما يتم في
المال

الخطير دون الحقير فالقليل لا يقصد الانسان احرازه عادة واليه أشارت عائشة رضي
الله عنها
في قولها كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه
فصار
ما يتم به الاحراز وهو كون المال خطيرا ثابتا بالنص والمراد من الحديث بيضة

الحديد إلا أن صاحب الشرع وان ذكره لظاهر حقارة السارق فقد أضمر في كلامه هذا المعنى ليحصل المقصود ويكون كلامه حقا على ما روى أنه كان يمازح ولا يقول الا

حقا وقيل إن هذا كان في الابتداء لزيادة التخليط والتشديد ثم انتسخ بالآثار المشهورة باعتبار

النصاب في المسروق ثم اختلفوا في مقدار النصاب فقال علماؤنا رحمهم الله تعالى عشرة

دراهم أو دينار وقال الشافعي رحمه الله تعالى ربع دينار وقال مالك رحمه الله ثلاثة دراهم

وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى خمسة دراهم وقال عكرمة رحمه الله تعالى أربعة دراهم

وعن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنهما أربعون درهما واستدل الشافعي

رحمه الله تعالى بحديث الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله

عليه وسلم قال القطع في ربع دينار فصاعدا ولأنهم اتفقوا على أن القطع على عهد رسول

الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن واختلف في ثمن المجن وعند الاختلاف

في القيمة يؤخذ بالأقل كما إذا اختلف المقومون في قيمة المسروق يؤخذ بالأقل في ذلك

فأقل ما نقل فيه ثلاثة دراهم فلهذا قدر مالك رحمه الله تعالى النصاب به وقد كانت قيمة

الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما فثلاثة دراهم يكون ربع

دينار وابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يستدل بحديث عثمان رضي الله عنه لا تقطع الخمس

الا بخمسة يعني اليد التي عليها خمسة أصابع لا تقطع الا بخمسة دراهم ومن اعتبر بأربعين

استدل بحديث عائشة رضي الله عنها كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

في الشيء التافه فكانت تقطع في ثمن المجن وهو كان يومئذ ذا ثمن وهذا منها إشارة إلى أنه

كان مالا خطيرا والخطير ما يكون مقدارا يعتبر لايجاب الزكاة فيه وأدنى ذلك
الأربعون في
نصاب الشياه وعلمائنا رحمهم الله استدلوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده
أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا قطع الا في دينار أو عشرة دراهم وعن ابن
مسعود
رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا لا تقطع اليد الا في دينار أو في عشرة دراهم وهكذا عن
علي رضي الله عنه وفي الحديث المعروف لا مهر أقل من عشرة ولا قطع في أقل من
عشرة
دراهم وعن أيمن بن أبي أيمن وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أن المجن الذي
قطعت اليد
فيه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يساوى عشرة دراهم والرجوع إلى
قولهم أولى
لأنهم من جلة الغزاة فكانوا أعرف بقيمة السلاح من غيرهم وليس هذا من جملة ما قال
إن

الاحذ بالأقل أولي لان في قيمة المسروق إنما يؤخذ بالأقل لدرء الحد ذلك يوجب أن يؤخذ بالأكثر ههنا لان معني درء الحد فيه وقد روى أن عمر رضى الله تعالى عنه أتى بسارق

سرق ثوبا فأمر بقطع يده قال عثمان رضى الله عنه ان سرقته لا تساوي عشرة دراهم فأمر

بتقويمه فقوم بثمانية دراهم فدرأ الحد عنه فدل أنه كان ظاهرا معروفا فيما بينهم ان النصاب

يتقدر بعشرة دراهم ويعتبر نصاب الحد بنصاب المهر وقد قامت الدلالة لنا على أن أدناه عشرة

دراهم والمستحق بكل واحد منهما ماله خطر وهو مصون عن الابتذال فلا يستحق الا بمال

خطير والحديث الذي رواه عن عائشة رضى الله عنها اضطرب أهل الحديث فيه وأكثرهم

على أنه غير مرفوع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى كان القاسم بن عبد الرحمن رحمهما

الله تعالى إذا سمع من يروى هذا الحديث مرفوعا رماه بالحجارة والدليل عليه ما اشتهر من

قول عائشة رضى الله عنها كانت اليد لا تقطع في الشئ التافه وكانت تقطع في ثمن المجن فلو

كان عندها نص لما اشتغلت بهذا الجواب المبهم ثم يحتمل أنه كان التقدير بربع دينار في

الابتداء ثم انتسخ ذلك بعشرة دراهم ليكون الناسخ أخف من المنسوخ قال الله جل وعلا

ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ثم في ظاهر الرواية المعتبر عشرة دراهم من

النقرة المضروبة حتى روى ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى إذا سرق نقرة لا تساوى

عشرة دراهم مضروبة فلا قطع عليه وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أن المعتبر

عشرة دراهم من النقد الغالب بعد أن تكون الفضة فيها غالبية على الغش وأما ما يغلب عليه

الغش فهو من الفلوس لامن الدراهم والأول أصح لما بينا أن شرط العقوبة يراعى وجوده بصفة الكمال فإذا كانت الدراهم مغشوشة فالغش ليس من الفضة في شئ ولو أوجبنا

القطع
عليه كان ايجاب القطع في موضع الشبهة وما يندرى بالشبهات لا يستوفى مع الشبهة
فلهذا
اعتبرنا عشرة دراهم من النقرة المضروبة ثم المعتبر عشرة دراهم من وزن سبعة فإنه هو
المعتبر في وزن الدراهم في غالب البلدان وقد بينا تفسير ذلك فيما أمليناه من شرح
الافرار
وعن ابن مسعود وابن عباس وإبراهيم رضوان الله عليهم أجمعين قالوا إذا أصاب من
الحدود
فيها القتل قتل وألغي ما سوى ذلك معناه ما سوى ذلك من الحدود التي حق لله تعالى
فأما
ما فيه حق العباد كحد القذف والقصاص في الطرف فلا بد من استيفائه مقدما لمراعاة
من له
الحق وفي حقوق الله تعالى القتل أهم وفي معنى الزجر أتم فيبدأ به ثم لا فائدة في
الجلد

والقطع بعده بهذا استدل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في أن قاطع الطريق إذا
استحق
قتله لا يشتغل بقطع يده ورجله وأبو حنيفة رحمه الله يقول إن المراد في الحدود لا في
حد
واحد وحد قاطع الطريق واحد ولا تداخل في أجزاء حد واحد فللامام إن يقطع يده
ورجله
ثم يقتله لتحقيق معنى التغليظ وعن عمر رضي الله عنه أنه قال أيما قوم شهدوا على حد
لم
يشهدوا بحضرته فإنما شهدوا على ضغن قال الحسن رحمه الله في حديثه ولا شهادة
لهم
والمراد الحدود التي هي محض حق الله تعالى والشهادة عليها بطريق الحسبة من غير
أن يبني
على خصومة في الحد كالزنا والسرقه وشرب الخمر وأما حد القذف فالشهادة عليه
تنبني على
الدعوى والخصومة في الحد فلا يمتنع قبولها بتقادم العهد وعن علي رضي الله عنه في
رجل
أخذ وقد نقب البيت ولم يأخذ المتاع قال لا حد عليه وبه نأخذ فان سبب وجوب
الحد
ما لم يتم لا يجب الحد وتماام السرقه باخراج المال من الحرز وهذا لان الحد يتعلق
بما هو المقصود
من كل نوع ولهذا لم يجب حد الزنا الا بالايلاج في الفرج والمقصود في السرقه
اخراج
المال دون هتك الحرز فان أخذ قبل اخراج المال فقد انعدم ما هو المقصود فلا حد
عليه وعن
رافع بن خديج رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع في
ثمر
ولا في كثر وبه نقول فالثمر اسم الرطب المعلق على الأشجار وهو مما يتسارع إليه
الفساد
ولا قطع عندنا في سرقه ما يتسارع إليه الفساد (فان قيل) المراد ثمار المدينة فإنها على
رؤس
الأشجار وهي لا تكون محرزة لقصر الحيطان (قلنا) رسول الله صلى الله عليه وسلم
نص
على المعنى المانع من وجوب الحد والقطع وهو كون المسروق ثمرا وفي الحمل على

ما قلتكم تعطيل
هذا السبب وإحالة الحكم إلى سبب آخر فأما الكثر فقد قبل المراد به الجمار هكذا
قال يحيى
ابن سعيد وقال غيره هو الودي وهو النخل الصغار وقد حكى أن غلاما سرق وديا
فغرسه
في أرض مولاه فأتي به مروان فأمر بقطعه فجاء مولاه إلى رافع بن خديج رضي الله عنه
فأخبره بذلك فقال لا قطع عليه فسأله أن يأتي معه مروان فقال إليه وقد روى الحديث
أن
النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع في ثمر ولا في كثر فدرأ الحد مروان وعن
الحسن رحمه
الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع في الطعام المهيأ للأكل فان ذلك مما
يتسارع إليه
الفساد ولا يمكن ادخاره وأما الحنطة ونحوها يتعلق بسرقتها القطع بعد تمام الاحراز
وقبل تمام الاحراز لا يتعلق بها القطع لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن
جريسة

الجبل فقال هي ومثلها والنكال وإذا جمعها المراح ففيها القطع وفي رواية ففيها غرم
مثله

وجلدات نكال وفي رواية فإذا آواها الجرين وبلغ ثمن المجن ففيها القطع وقيل المراد
لا قطع

في عام السنة وهي زمان القحط لان الضرورة تبيح تناول من مال الغير بقدر الحاجة
فيمنع

ذلك وجوب القطع لما روى عن مكحول رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال

لا قطع في مجاعة مضطر وذكر عن الحسن عن رجل قال رأيت رجلين مكتوفين
ولحما

فذهبت معهم إلى عمر رضي الله عنه فقال صاحب اللحم كانت لنا ناقة عشراء ننتظرها
كما ينتظر

الربيع فوجدت هذين قد اجتزراها فقال عمر رضي الله عنه هل يرضيك من ناقتك ناقتان
عشراوان مربعتان فانا لانقطع في العذق ولا في عام السنة وكان ذلك في عام السنة

والعشراء
هي الحامل التي أتى عليها عشرة أشهر وقرب ولادتها فهي أعز ما يكون عند أهلها

ينتظرون
الخصب والسعة بلبنها كما ينتظرون الربيع وقوله فانا لانقطع في العذق منهم من يروى

في
العرق وهو اللحم والأشهر العذق وهو الكباسة ومعناه لا قطع في عام السنة للضرورة

والمخمصة
وقد كان عمر رضي الله عنه في عام السنة يضم إلى أهل كل بيت أهل بيت آخر ويقول

لن يهلك
الناس على أنصاف بطونهم فكيف نأمر بالقطع في ذلك وعن علي رضي الله في الخلسة

قال
تلك الدعارة المغالبة لا قطع فيها وفي رواية الغالبة فهذا منه منه إشارة إلى أن القطع إنما

يتعلق بفعل السرقة والخلسة لا تكون سرقة فان المختلس يستدير صاحب المتاع ولا
يسارق

عينه وعن إبراهيم قال لا قطع على سارق الحر الصغير وان سرق مملوكا قطع وبه نأخذ
والحر ليس بمال بخلاف المملوك وفي الصغير يتحقق فعل السرقة؟ وفيه اختلاف لأبي

يوسف
رحمه الله تعالى نبيه وعن علي رضي الله عنه في السارق تقطع يده اليمنى فان عاد
قطعت رجله

اليسرى فان عاد استودعته السجن انى لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له يدا يأكل بها
ورجلا يمشي عليها وذكر في الأصل أنه عرض السجن فأتي برجل قد قطعت يده
ورجله وقد سرق فقال ما ترون فيه قال بعضهم تقطع يده اليسرى فقال ليس ذلك عليه
فبأي شئ يستنجي ويرفع لقمته وقال بعضهم تقطع رجله اليمنى فقال ما ذاك عليه فبأي
شئ

يمشي إلى حاجته قال إبراهيم رحمه الله تعالى وقد اختلف أصحاب رسول الله صلى
الله عليه

وسلم فمنهم من قال أقطعه حتى آتى على قوائمه كلها يريد به قول أبي بكر وعمر
رضي الله عنهما

ومنهم من قال أقطع يده ورجله ثم أحبسه يريد به قول على وابن مسعود رضي الله
عنهما قال

هذا أحب إلى وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى لان القطع شرع زاجرا لا متلفا وفي تفويت

منفعة الجنس اتلاف حكمي على ما أشار إليه علي رضي الله عنه وسيأتي بيان هذا الفصل

وذكر عن ابن عمر رضي الله عنهما قال أضاف أبو بكر الصديق رضي الله عنه أقطع اليد والرجل

فكان يصلى بالليل فقال له أبو بكر رضي الله عنه من قطعك فقال يعلي بن أمية باليمن قال أبو

بكر رضي الله عنه ما ليك بليل سارق ثم أغار على حلي لأسماء فسرقه ثم أصبح يدعو مع القوم

على من سرق أهل البيت الصالح وفي رواية كأن يقول اللهم أظهر فلم يقم القوم حتى أتى

بصائع بالمدينة عنده الحلي فقال أتاني به هذا الأقطع واعترف فقال أبو بكر رضي الله عنه

لعزته بالله أعز علي من سرقة وفي رواية ما أجهلك بالله فقال عمر رضي الله عنه والله لا أبرح حتى يقطع فقطعت يده اليسرى وقد ذكرنا في كتاب الاكراه أنه كان أقطع اليد فقطع أبو بكر رضي الله عنه رجله اليسرى وليس لحكاية الحال عموم فعند اختلاف

الرواية فيه يضعف الاستدلال به والاشكال في الحديث انه كان ضيفا عند أبي بكر رضي الله عنه

والضيف إذا سرق من بيت المضيف لا يقطع لأنه مأذون بالدخول في الحرز ولكن تأويله ان بيت الضيافة لأبي بكر رضي الله عنه كان منفصلا عن بيت العيال فلم يكن الضيف مأذونا في بيت العيال فلماذا قطعه وفيه دليل على أنه لا يعتمد على ظاهر حال الرجل

في دعائه وصلاته وقد كان يصلى بالليل ثم كان مقصوده السرقة لا الصلاة وتمام فوائد الحديث

نبيه في الاكراه إن شاء الله تعالى وذكر عن يزيد بن خصيف رضي الله عنه قال أتى النبي

صلى الله عليه وسلم بسارق فقال أسرقت ما أحاله سرق فقال نعم قال رسول الله صلى الله عليه

وسلم اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به ففعلوا به ذلك فقال تب إلى الله فقال تب

إلى الله تعالى فقال اللهم تب عليه وفيه دليل على أن الامام مندوب إلى الاحتيال لدرء

الحد

وتلقين المقر الرجوع ويدل عليه ما رواه عن أبي الدرداء أنه أتى بسارق أو بسارقه فقال
أسرقت قولي لا وعن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أنه أتى بسوداء يقال لها سلامة
فقال أسرقت قولي لا قالوا أتلقتها قال جئتموني بأعجمية لا تدري ما يراد بها حين

تفسر

فاقطعها وفيه دليل على أن المقر بالسرقة إذا رجع درى عنه الحد وان الرجل والمرأة في
ذلك

سواء وان للامام أن ينيب غيره منابه ليستوفى الحد لا بحضرته فإنه عليه الصلاة والسلام
قال

أذهبوا به فاقطعوه وفيه دليل على أن القطع للزجر لا للاتلاف لأنه أمر بالحسم بعد
القطع

وهو دواء واصلاح يتحرز به عن الاتلاف وفيه دليل على أن التطهير لا يحصل بالحد إذا كان

مصرا على ذلك ولأنه خزي ونكال وإنما التطهير والتكفير به في حق التائب فإنه دعاه إلى

التوبة بقوله صلى الله عليه وسلم تب إلى الله وفيه دليل على أن التوبة لا تتم بقوله تبت فإنه

صلى الله عليه وسلم قال اللهم تب عليه وتماام التوبة بالندم على ما كان منه والعزم على أن لا يعود

إليه من بعد مع الوجمل فيما بين ذلك (قال) وان شهد شاهدان على رجل بالسرقة سئلا عن ماهيتها وكيفيتها لان مبهم الاسم محتمل فان من يستمع كلام الغير سرا يسمى

سارقا قال الله تعالى الامن استرق السمع ويقال سرق لسان الأمير ومن لا يعتدل في الركوع والسجود يسمى سارقا قال صلى الله عليه وسلم ان أسوأ الناس سرقة من يسرق من صلاته فيستفسرهما عن الماهية والكيفية لها ولان المسروق قد يكون مالا متقوما وقد

يكون غير مال وقد يكون محرزا أو غير محرز وقد يكون نصابا وما دونه فلا بد أن يسألها

عن الماهية والكيفية وينبغي أن يسألها متى سرق وأين سرق كما بيناه في الزنا لان حد

السرقة لا يقام بعد تقادم العهد ولا يقام على من باشر السبب في دار الحرب فيسألها عن

ذلك ولم يذكر السؤال ممن سرق لان المسروق منه حاضر يخاصم والشهود يشهدون بالسرقة منه ولا حاجة إلى السؤال عن ذلك فإذا بينوا جميع ذلك والقاضي لا يعرف الشاهدين حبسه حتى يسأل عنهما لأنه صار متهما بارتكاب الحرام فيحبس ولا يمكن التوثق

بالكفيل لأنه لا كفالة في حقوق الله تعالى ولا يتمكن من القضاء قبل ظهور عدالتها لان القطع يتعذر تلافيه عند وقوع الغلط فيه فلهذا حبسه فان زكيا وقيمة المسروق نصاب

كامل والمسروق منه غائب لم يقطع الا بحضرته وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول

لا حاجة إلى حضرة المسروق منه وتقبل الشهادة على السرقة وحبسه كالزنا لان المستحق

بكل واحد منهما حد هو خالص حق الله تعالى والشافعي رحمه الله يقول إذا أقر

السارق
بالسرقة فلا حاجة إلى حضرة المسروق منه لقطعه فأما إذا قامت البينة عليه بذلك فلا بد
من
حضوره عند الشهادة لان الشهادة تنبنى على الدعوى في المال فما لم يحضر هو أو
نائبه
لا تقبل شهادته وان غاب بعد ذلك لا يتعذر استيفاء القطع وعندنا لا بد من حضرة
المسروق منه في الاقرار والشهادة جميعا عند الأداء وعند القطع لان ظهور فعل السرقة
لا يكون الا به فلا بد من أن يكون المسروق مملوكا لغير السارق فإذا قطع قبل
حضوره

كان استيفاء الحد مع الشبهة لجواز أن يرد اقراره فيبقى المال مملوكا لمن في يده أو كان أقر له

بالمملك بعد شهادة الشهود أو أنه كان ضيفا عنده ولا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء

لان الوكيل قائم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير (قال) وإذا حضر المسروق منه والشاهدان غائبان لم يقطع حتى يحضرا في قول أبي حنيفة الأول رحمه الله تعالى

وفى قوله الآخر وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يقطع وكذلك بعد موت

الشهود وقد ذكر في كتاب الحدود أنه يقام الحد بعد غيبة الشهود وموتهم الا الرجم خاصة

وقد بينا ذلك الا ان هناك لم يذكر قول أبي حنيفة الأول رحمه الله تعالى وإنما ذكره ههنا

وهو القياس في كل عقوبة لان الاستيفاء مع غيبة الشهود استيفاء مع الشبهة لجواز ان يكونا رجعا عن الشهادة أو ابتليا بما يسقط شهادتهما ورجوع الشاهد في العقوبات بعد

القضاء قبل الاستيفاء مانع من الاستيفاء ولكنه رجع عن هذا فقال الغيبة والموت لا تقدر

في عدالة الشاهد والشرط بعد الأداء عدالته فلهذا لا يمتنع الإقامة لغيبته وموته الا الرجم فالمعتبر فيه البداية بالشهود وذلك ينعدم بعد موتهم ثم بين أن العارض في شهود السرقة بعد

القضاء قبل الاستيفاء مانع من استيفاء القطع وهو غير مانع من استرداد عين المسروق لأنه محض حق العبد فتأكد الشهادة فيه بنفس القضاء ولان المال يثبت بالشبهات بخلاف

الحد ولهذا قبلت شهادة النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة في السرقة بالمال دون القطع

(قال) وإذا سرق الرجل ثوبا يساوى عشرة من رجلين قطع لان المسروق نصاب كامل فلا

يختلف مقصود السارق بتعدد المسروق منه أو اتحاده (قال) وان سرق رجلان ثوبا يساوى عشرة من رجل لم يقطعا لان سرقة كل واحد منهما نصف النصاب فان عند تعدد

السراق لا يصيب كل واحد منهم الا شئ يسير قل ما يرغب فيه ولا تقطع اليد في الشئ التافه

بخلاف الأول فان السارق واحد والنصاب كامل يرغب الواحد في أخذه سواء كان
المالك
واحدا أو جماعة وان كانت قيمة الثوب بحيث يبلغ نصيب كل واحد من السارقين منه
عشرة درهم فإنه يقطع كل واحد منهما لان التعاون مما يزيد رغبة السارق في الاجتراء
على
فعل السرقة فالحاجة إلى شرع الزاجر في هذه الحالة أظهر وهو نظير الصداق فإنه لو
تزوج
امرأتين على ثوب يساوى نصيب كل واحدة منهما عشرة دراهم كانت التسمية
صحيحة
في حقهما ولو كانت قيمة الثوب عشرة فللكل واحدة نصف الثوب وخمسة لان البضع
لا يتملك

على واحدة منهما الا بنصاب كامل فكذلك ههنا لا يقطع اليد من كل واحد منهما ما لم تبلغ سرقة نصابا كاملا (قال) ويقطع السارق من المستودع والمضارب والمستعير والغاصب والمرتهن عندنا وعلى قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا يقطع بخصومة هؤلاء ما لم يحضر المالك والكلام مع الشافعي رحمه الله تعالى ينبى على أن لهؤلاء حق الخصومة في الاسترداد عندنا وعند الشافعي رحمه الله تعالى ليس لهم ذلك عند جحود من في يده ما لم يحضر المالك وقد بينا هذا في الوديعة فأما الكلام مع زفر رحمه الله تعالى يتحقق في هذه المسألة هو يقول خصومة هؤلاء تقوم مقام خصومة المالك فلا يستوفى القطع بمثله كما لا يستوفى بخصومة وكيل المسروق منه وهذا لأنه استوفى مع تمكن الشبهة فان المالك إذا حضر ربما يقر بالملك له أو انه كان مأذونا في الاخذ من جهته وما يندرى بالشبهات لا يستوفى مع تمكن الشبهة ألا ترى أن القصاص في النفس لا يستوفى بخصومة المستودع عند غيبة المالك لهذا المعنى فأما الأب أو الوصي فقد قيل على قول زفر رحمه الله لا يستوفى القطع بخصومتها أيضا لاعتبار معنى النيابة وقيل إنه يستوفى لأنه ليس فيه تمكن الشبهة في الحال فان اقرار الصغير بالملك للسارق لغو ولهذا ملك الأب استيفاء القصاص في الطرف والنفس جميعا وملك الوصي استيفاء القصاص في الطرف في أحدي الروايتين توضيحه أن المال مضمون على السارق وفي استيفاء القطع اسقاط الضمان وصاحب اليد إذا لم يكن مالكا لا يملك اسقاط الضمان فلا يستوفى القطع بخصومته (وحتنا) فيه أن السرقة تمت موجبة للقطع فيستوفى القطع بخصومة المسروق منه كالمالك والأب والوصي ان سلم وبيانه أن المالك لو حضر وخاصم يستوفى القطع بالاتفاق وتأثيره ان بعد تمام الفعل موجبا للقطع الشرط ظهوره عند الامام بلا شبهة وقد ظهر بخصومة هؤلاء لان أيديهم صحيحة وصاحب اليد الصحيحة إذا أزيلت يده كان له حق الخصومة في

الإعادة

لأن اليد مقصود كالمملك ألا ترى أن الغاصب يضمن بتفويت اليد ولأن صاحب اليد وإن كان

أميناً فلا يتمكن من أداء الأمانة إلا بيده وإن كان ضامناً فلا يتمكن من إسقاط الضمان عن نفسه إلا بيده فكانت اليد مقصودة له ولا شك في حق المرتهن أن اليد مقصودة لأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء حقاً للمرتهن وكل من كان خصماً في إثبات إزالة يده يكون خصماً في إثبات سبب الإزالة كمن ادعى عينا في يد إنسان أنه له اشتراه

من فلان الغائب وأقام البينة على ذلك قبلت بينته حتى إذا حضر الغائب وأنكر البيع لم يلتفت إلى ذلك لأنه لما كان خصما في اثبات الملك لنفسه كان خصما في اثبات سببه وسبب

الإزالة ههنا السرقة فيظهر بخصومته عند الامام بلا شبهة لأنه أصل في هذه الخصومة وإنما

يخاصم باعتبار حقه لا باعتبار ملك الغير ألا ترى أنه يستغنى عن إضافة الخصومة إلى غيره

فإنه يقول سرق مني وأزال يدي بخلاف الوكيل وإذا ظهرت السرقة بلا شبهة استوفى الامام القطع حقا لله تعالى ولا يمتنع الاستيفاء لتوهم اعتراض اقرار من المالك إذا حضر ألا ترى أن المالك إذا حضر وغاب المودع يستوفى القطع وإن كان يتوهم أن يحضر

المودع فيقر أنه كان ضيفا عنده وهذا لان المؤثر شبهة يتوهم وجودها في الحال فاما ما

يتوهم اعتراضها لا يعتبر ألا ترى أن القطع يستوفى بالاقرار وإن كان يتوهم اعتراض الرجوع من المقر وصاحب اليد بهذه الخصومة إنما يقصد احياء حق المالك لا اسقاطه ولكن الامام إذا استوفى القطع حقا لله تعالى فمن ضرورته سقوط الضمان على ما نبينه فلا يصير به المودع مسقطا للضمان بل القطع مشروع بطريق الزجر فإذا علم السارق أنه لا يقطع بخصومة المودع في حال غيبة المالك يجترئ على سرقة الوديعة فلتحقيق الزجر يستوفى القطع بخصومته ويكون ذلك من الحفظ حكما كما أن الله تعالى وصف

القصاص بأنه حياة وهو أمانة في الحقيقة ولكن فيه حياة بطريق الزجر فأما القصاص إنما لا يستوفى بخصومة المودع لتمكن شبهة عفو من المالك في الحال ولان اليد فيما تناوله من الايداع له وهو المالية ووجوب القصاص باعتبار معنى النفسية وذلك لا يتناوله

الايداع بخلاف الخصومة في السرقة فإنه يكون في المال باعتبار معنى المالية فيكون المودع

أصلا بنفسه ولان الحرز الذي هو المودع لا أثر له في القصاص بخلاف القطع فإنه لا يجب الا

بهتك الحرز وأخذ المال وكل واحد منهما جنائية تصلح سببا للعقوبة فكان المودع باعتبار

هذا المعنى كالمودع لأنه صاحب أحد وصفي السبب فكما أن المالك أصل في الخصومة

المظهرة للسرقة بلا شبهة فكذلك المودع وأما إذا سرق من السارق فإن كان الأول لم

تقطع
يده فهو بمنزلة الغاصب يقطع الثاني بخصومة الأول وإن كان الأول قد قطعت يده
فالسرقه
بعد لم تتم موجبة للقطع لأنه لا معتبر بيد السارق الأول بعدما قطعت يده فإنه ليس بيد
أمانة
ولا يد ضمان ولا يد ملك ولهذا لا يكون له حق الخصومة في الاسترداد ولو حضر
المالك

لم يكن له أن يستوفى القطع من الثاني بخلاف ما نحن فيه على ما بينا (قال) وإذا شهد كافران على مسلم وكافر بسرقة ثوب فشهادتهما باطلة في جميع ذلك إلا أنه يقضى

على

الكافر بنصف الثوب للمدعى لأنهما شهدا بسرقة واحدة ولم تظهر شهادتهما في حق المسلم لأنها ليست بحجة عليه فلا تظهر في حق الكافر أيضا لان شهادتهما حجة في فعل

يختص به الكافر لا في فعل يشاركه المسلم فيه وقد تقدم في الزنا نظيره وأما في حق الثوب فنصفه في يد المسلم فشهادتهما ليست بحجة فيه ونصفه في يد الكافر فشهادتهما

حجة عليه فيقضى بشهادتهما على الكافر بنصف الثوب للمدعى فإن كان المشهود عليهما

كافرين فأسلم أحدهما قبل القضاء فكذلك الجواب وان أسلم أحدهما بعد القضاء فكذلك

الجواب في حق القطع فأما في حق الثوب فللمدعى أن يسترده كله لان شهادتهما في ملك

الثوب تأكدت بالقضاء (قال) ويستحب لشاهدي السرقة أن لا يشهدا عليه بذلك ليندرئ

به الحد عندنا لما جاء في الحديث ادرؤا الحدود ما استطعتم وهذا خطاب لكل من تمكن من

ذلك ولأنه بالامتناع من أداء الشهادة يقصد ابقاء الستر عليه وانه مندوب إليه ولكن هذا إذا رد السارق المتاع فان أبي ذلك وقال صاحب المتاع إذا يذهب متاعي وسعهما أن يشهدا

أنه متاع هذا أخذه هذا من غير أن يذكر السرقة لأنهما ندبا إلى الستر عليه ونهيا عن كتمان الشهادة التي تتضمن ابطال حق المسلم فالطريق الذي يعتدل فيه النظر من الجانبين

هذا وهو أن يشهدا بلفظ الاخذ دون السرقة ليكون الآخذ مجبرا على رد العين حال قيامها وعلى رد القيمة عند هلاكها فيتوصل صاحب المتاع إلى حقه ولا ينهتك ستر الآخذ

وهما صادقان في هذه الشهادة فالسارق أخذ المتاع لا محالة وكل من كان في يده شئ أو في

بيته فأخذه انسان وسع الشاهدان أن يشهدا أنه لفلان الذي كان في يديه لأنه لا طريق لمعرفة الملك الا اليد لأنه وان عاين الشراء فالمشترى لا يملك الا باعتبار ملك البائع ولا يعرف

ملكه الا باعتبار يده وكذلك الاحتطاب والاحتشاش وسائر الأسباب إنما يوجب الملك
باعتبار اليد وهذا لان إحراز الشيء يكون باليد وبالاحراز يثبت الملك وعلى قول
الشافعي
رحمه الله تعالى لا يسعه أن يشهد له بالملك ولو رآه في يده إلا أن يراه يتصرف فيه
ولا يمنعه
أحد منه لان الأيدي قد تتنوع قد تكون يد ملك وقد تكون يد أمانة وقد تكون يد
غصب
ولكننا نقول لا معتبر بهذه الزيادة فاليد مع التصرف تتنوع أيضا ألا ترى أن الوكيل

والمضارب متصرف وفي الكتاب قال الشاهد بينى على الظاهر فان ما وراءه غيب لا يعلمه

الا الله تعالى ألا ترى أنه لو تزوج امرأة بين يدي الشهود كان لهم أن يشهدوا بالنكاح بينهما وإن كان من الجائر أنها كانت منكوحة الغير أو وقعت الفرقة بينهما بعد العقد وشهود الدين يسعهم أن يشهدوا عليه بعد زمان ولعل البراءة وقعت عنه بالاستيفاء أو الإبراء

(قال) ومن نقب البيت فأدخل يده وأخذ المتاع وذهب به لم يقطع وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الاملاء انه يقطع لأنه أخذ مالا محرزا على وجه السرقة وهو كما لو دخل

البيت وأخرج المتاع وهذا لان المقصود أخذ المال لا دخول الحرز وبناء الحكم على ما هو

المقصود ألا ترى أنه لو سرق من الجوالق وأدخل يده وأخرج المتاع قطعت يده فكذلك

في البيت وجه ظاهر الرواية ما روى عن علي رضي الله عنه اللص إذا كان ظريفا لا يقطع

قيل وكيف ذلك قال إن ينقب البيت فيدخل يده ويخرج المتاع من غير أن يدخله ولان هتك الحرز معتبر لا يجاب القطع وشرط الحد وسببه يراعي وجوده بأكمل الجهات وأكمل جهة

هتك الحرز في البيوت ان يدخلها فلا يلزمه القطع بدون ذلك بخلاف الجوالق فالدخول فيه

لا يتأتى وهو ليس بمعتاد أيضا فيتم هتك الحرز بادخال اليد واخراج المتاع منه وكمال أخذ

المال مقصود فدخول الحرز كذلك ألا ترى أن من الجهال من يقصد ذلك إظهارا للجلادة من

نفسه والاستخفاف بصاحب الحرز وإن لم يكن به قصد إلي أخذ ماله (قال) وان دخل الحرز

وجمع المتاع ولم يخرج حتى أخذ لم يقطع لان تمام السرقة باخراج المال من الحرز فمقصود السارق

لا يتم الا به وقبل تتميم السبب لا يلزمه القطع وعند الشافعي رحمه الله تعالى يقطع لان سرقة قد

تمت بأخذ المال المحرز والخروج بعد ذلك ليس تتميم فعل السرقة بل للنجاة من صاحبه

وهو كحد الزنا يجب بنفس الايلاج وان أخذ على ذلك قبل أن ينزع نفسه ولكننا نقول

هناك
يحصل مقصوده في الايلاج وههنا يحصل مقصوده في صرف المسروق إلى شهواته
وحاجاته
وذلك يكون بعد الاخراج فلا يقطع إذا أخذ قبل أن يخرج (قال) فان ناول صاحباً له
على
الباب لم يقطع واحد منهما لان الذي وقف خارج البيت لم يدخل الحرز والآخر لم
يخرج المال
ألا ترى أنه خرج من الحرز وليس معه في يده مال حقيقة ولا حكماً إذ المال في يد
الآخذ
منه فلا يقطع واحد منهما وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال إن كان الخارج أدخل
يده
حتى تناول المتاع فالقطع عليهما وإن كان الداخل أخرج يده مع المتاع حتى أخذ
الخارج منه

فالقسط على الداخل دون الخارج لان الداخل قد تم منه هتك الحرز فصار المال
مخرجا

بفعله ومعاونته فعليه القسط على كل حال فأما الخارج فان أدخل يده فقد وجد منه
إخراج المال

من الحرز وذلك يوجب القسط عليه عنده وإن لم يدخل يده ولكن أخرج الآخر يده إليه
فإنما أخذ متاعا هو غير محرز فلا يقسط (قال) فان رمى بالثياب إلى الطريق ثم خرج
وأخذها من الطريق قسط عندنا وعند زفر رحمه الله لا يقسط لأنه خرج؟ من الحرز ولا
مال

في يده فهو كما لو ناول صاحبا له من خارج فإنما فارق هذا الأول في الاخذ من
السكة

وذلك غير موجب للقسط عليه ولكننا نقول خرج والمال في يده حكما فتم سرقة كما
لو كان

في يده حقيقة بيانه أن يده تثبت عليه بالأخذ ثم بالرمي إلى الطريق لم تزل يده حكما
لعدم

اعتراض يد أخرى على يده ألا ترى أن من سقط منه مال فأخذه انسان ليرده على
صاحبه ثم رده إلى موضعه لم يضمن لأنه في ذلك الموضع في يد صاحبه حكما فرده
إلى ذلك

الموضع بمنزلة رده على صاحبه وإذا ثبت بقاءه حكما وقد تقرر ذلك بالأخذ من الثاني
فكان

مستوجبا القسط فهذه مبالغة في الحيلة من السارق ليكون مستعدا لدفع صاحب البيت
في

بيته ان يدركه فلا يشغل يده بالمتاع وقد يحول ذلك بينه وبين الدفع واكتسابه زيادة
حيلة

لا يكون مسقطا للقسط عنه فأما إذا ناول غيره فقد زالت يده حقيقة وحكما باعترض
يد أخرى قبل خروجه من الحرز فلماذا لم يلزمه القسط (قال) ولو رمى به إلى السكة ثم
لما

خرج لم يجده بأن كان أخذه غيره وذهب به لم يقسط لان فعله هذا كان تضييعا للمال
لا تميميا

لفعل السرقة وكما تثبت يد الغير عليه بالأخذ زالت يده حكما فقد خرج ولا مال في
يده

(قال) ولو كان في البيت نهر جار ورمى بالمتاع في النهر حتى أخرجه الماء ثم خرج
فأخذه

فقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى لا قسط عليه لأنه ما أخرج المتاع وإنما خرج

به الماء
بخلاف الأول فهناك هو الذي أخرجه بالرمي به إلى خارج والأصح أنه يلزمه القطع لان
جري الماء به كان بسبب القائه في النهر فيصير الاخراج مضافا إليه من هذا الوجه وهو
زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يجوز أن يجعل مسقطا للحد
عنه

(قال) ولو حمل المتاع على ظهر دابة وساق الدابة حتى أخرجها فعليه القطع لان فعل
الدابة مضاف إلى سائقها ألا تري أن ما وطئت دابته فضمامه على سائق الدابة فتم
سرقته

باخراج المال على ظهر الدابة (قال) وان دخل جماعة الدار فجمعوا المتاع وحملوه
على ظهر رجل

منهم فكان هو الذي خرج به وقد خرجوا معه أو بعده في فوره أو خرجوا قبله ثم خرج هو في فورهم ففي القياس يقطع الحمال وحده وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى وفي

الاستحسان عليهم القطع وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وجه القياس أن فعل السرقة إنما يتم من الحمال باخراج المتاع فأما الآخرون لم يوجد اخراج المتاع منهم حقيقة

ولا حكما فلا يلزمهم القطع وبيان ذلك أنهم خرجوا ولا شئ في أيديهم حقيقة ومن طريق

الحكم المتاع في يد الحمال حتى لو نازعوه كان القول قوله ويده معتبرة في ايجاب القطع

عليه ولا يمكن اعتبار تلك اليد بعينها في ايجاب القطع على الآخرين بخلاف ما إذا حملوه

على ظهر الدابة لان فعل الدابة هدر فيبقى الاخراج مضافا إلى سوق الدابة فكانوا مخرجين

له ولأنه لا يد للدابة على المتاع فيبقى في يد الآخذين حكما إلى أن أخرجه على ظهر الدابة

وجه الاستحسان انهم اشتركوا في هتك الحرز وصار المال مخرجا بمعاونتهم فيلزمهم القطع

كما لو أخرجه على ظهر الدابة وهذا لأن هذه زيادة حيلة معروفة بين السراق أن يياشر حمل المتاع واحد منهم وأصحابه يكونون مستعدين لدفع صاحب البيت عنه وعن أنفسهم

فلا يجوز أن يكون ذلك مسقطا للحد عنهم والمسألة مع الشافعي رحمه الله تعالى إنما تنبني على

الردء في قطع الطريق أنه هل تلزمه العقوبة على ما نبينه فان الآخرين كالردء للحمال إلا أن

زفر رحمه الله تعالى قد يفرق بينهما فيقول حد قطاع الطريق بسبب المحاربة والردء مباشر

للمحاربة لان المحاربة في العادة هكذا تكون فإنهم لو اشتغلوا جميعا بالقتال فإذا وقعت الهزيمة

عليهم لا تستقر قدمهم وإذا كان بعضهم رداء فإذا وقعت الهزيمة على المباشرين للحرب

التجؤوا إلى الردء فلهذا كانت العقوبة عليهم بخلاف السرقة فالحد ههنا إنما يجب بمباشرة

فعل السرقة وذلك في اخراج المال من الحرز فإذا كان المنخرج من يؤخذ بحكم فعله
لم يجب
القطع على غيره (قال) وان دخل البيت وأخرج المتاع بعضهم دون البعض فالقطع على
من
دخل البيت وأخرج ان عرف بعينه وإن لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم
لان
فعل السرقة إنما تم من بعضهم وهو غير معروف بعينه فيصير ذلك شبهة في درء العقوبة
عنهم
(قال) وإذا شهد شاهدان على رجل بالسرقة فقال السارق هذا متاعي كنت استودعته
فجحدني أو اشتريته منه أو قال هو أمرني به درى عنه القطع في جميع ذلك لان
المسروق
منه قد صار خصما له فإنه ادعى عليه ما لو أقربه لزمه ويتمكن من اثباته عليه بالبينة وان
طلب

يمينه كان له أن يستحلفه عليه وبعدهما آل الامر إلى الخصومة لا يستوفى الحد الواجب لله

تعالى وقد بينا هذا في حد الزنا وهذا لأنه إذا امتنع عن اليمين يقضى عليه بالنكول ولو حلف

لو قلنا بأنه يقطع كان استيفاء الحد باليمين ولا يجوز استيفاء الحد باليمين والشافعي رحمه الله

تعالى يقول لا يجوز أن يسقط الحد بمجرد الدعوى لان ذلك لا يعجز عنه سارق فيؤدى

ذلك إلى سد باب هذا الحد ولكننا نقول قد أمرنا بدرء الحد عنه الشبهة والشبهة تتمكن بمجرد دعواه بدليل تمكنه من الخصومة وهو نظير المقر إذا رجع يدرأ عنه الحد وما من

مقر الا ويتمكن من الرجوع ثم كان ذلك معتبرا في ايراث الشبهة (قال) وان سرق باب دار أو مسجد لم يقطع لأنه ظاهر غير محرز ولا قطع في سرقة مال غير محرز ولان بالباب

يصير ما في البيت محرزاً فسارق الباب يكون سارقاً للمحرز دون المحرز فهو كسرقة الحارس

وكذلك لو سرق ثوبا قد سقط على حائط إلى السكة فإنه غير محرز فان الحائط غير محرز بل به يحرز ما في داخل البيت فما على ظاهر الحائط لا يكون محرزاً أيضاً وكذلك

ان سرق خشبة أو ساجة في السكة وكذلك لو سرق ثوبا من حمام أو بيت انسان أذن له

في دخوله أو حانوت تاجر في السوق قد أذن للناس في دخوله والأصل في جنس هذه المسائل ان المال يكون محرزاً بالمكان تارة وبالحائط أخرى وكل مكان هو معد لحفظ

الأمته فيه فهو حرز وما لم يكن معداً مبنياً لذلك لا يكون حرزاً والاحراز بالحافظ إنما يعتبر

فيما ليس بمحرز بالمكان فأما فيما كان محرزاً بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ لأنه بدون محرز

فإنما يتحقق الاحراز فيما ليس محرزاً إذا عرفنا هذا فنقول الحانوت حرز حتى لو سرق منه ليلاً استوجب القطع وإذا فتح التاجر باب الحانوت بالنهار وأذن للناس بالدخول فيه والمعاملة معه فكل من دخل كان داخلاً باذن صاحبه وذلك شبهة مانعة من وجوب القطع

لان كل داخل بحكم الاذن بمنزلة صاحب الدار والحانوت فينعدم هتك الحرز من هذا

الوجه ويستوى إن كان صاحب الحانوت هناك يحفظ متاعه أو لا يكون لان الحافظ
غير معتبر
فيما هو محرز بالمكان وكذلك البيت المأذون بالدخول فيه أو الدار الواحدة إذا أذن له
بالدخول
في بعض بيوتها ويستوى ان سرق من ذلك البيت أو من بيت آخر فيها أو من صندوق
مقفل
لان الكل حرز واحد ألا ترى أن السارق ما لم يخرج المسروق من الدار لا يستوجب
القطع بخلاف ما إذا كانت احدى الدارين تنفصل عن الأخرى لان كل واحدة منهما

حرز على حدة ألا تري أن المودع إذا أمر بحفظ الوديعة في دار فحفظها في دار أخرى فهلكت كان ضامنا بخلاف ما إذا أمر بحفظها في بيت فحفظها في بيت آخر من تلك الدار

فإذا كان مأذونا في دخول بيت منها تنعدم الحرزية في حقه فلا يقطع سواء كان صاحب

الدار هناك أولم يكن وكذلك الحمام فإنه حرز في نفسه حتى لو سرق منه ليلا يقطع وبالنهار

هو مأذون بالدخول فيه فيمتنع وجوب القطع عليه سواء كان هناك حافظ أو لم يكن فأما

الصحراء فليس بحرز في نفسه وإنما يصير المال محرزا فيه بالحافظ فإذا كان هناك حافظ يجب

القطع على السارق وإلا فلا قطع عليه وكذلك المسجد فإنه ما بنى للاحراز وحفظ الأمتعة

به فإنما يكون المتاع فيه محرزا بالحافظ فإذا لم يكن مع المال حافظ فلا قطع عليه سرق منه

ليلا أو نهارا فإذا كان هناك حافظ فعليه القطع لحديث صفوان رضي الله عنه فإنه كان نائما

في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم متوسدا بردائه فجاء سارق فسرقه فاتبعه حتى

أخذه وجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بقطعه (قال) ولو كابر انسانا ليلا حتى

سرق متاعه ليلا فعليه القطع لان سرقة قد تمت حين كابره ليلا فان الغوث بالليل قل ما يلحق صاحب البيت وهو عاجز عن دفعه بنفسه فيكون تمكنه من ذلك بالناس والسارق

استخفي فعله من الناس بخلاف ما إذا كابره في المصر نهارا حتى أخذ منه مالا فإنه لا يلزمه

القطع استحسانا لان الغوث في المصر بالنهار يلحقه عادة فالأخذ مجاهر بفعله غير مستخف

له وذلك يمكن نقصانا في السرقة قال صلى الله عليه وسلم لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا

خائن (قال) وإذا سرق رجلان من رجل ثوبا وأحدهما أب المسروق منه لم يقطع واحد منهما أما الأب فلتأول له في مال ولده بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك

لأبيك ولأنه قد يدخل بيته من غير استئذان عادة فلا يكون بيته حرزا في حقه والسرقة فعل من السارق فإذا امتنع وجوب القطع على أحدهما للشبهة يمتنع وجوبه على الآخر للشركة وهو نظير ما قلنا في الأب والأجنبي إذا اشتركا في قتل الولد لم يجب القصاص على واحد منهما (قال) ومن سرق من ذي رحم محرم منه لم يقطع عند علمائنا وقال الشافعي رحمه الله في الوالدين والمولودين كذلك وفي غيرهم يجب القطع لأنه ليس بينهما ولاد ولا جزئية فلا تتمكن الشبهة لأحدهما في مال صاحبه كبنى الأعمام والدليل عليه قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه وجواز وضع الزكاة فيه ولأن الثابت بهذه القرابة بينهما

حرمة النكاح وذلك لا يمنع وجوب القطع كما لو سرق من أخيه من الرضاة وهذا
على
أصله مستقيم فإنه يقول لا يتعلق بهذه القرابة استحقاق النفقة بحال ولا استحقاق العتق
عليه
عند دخوله في ملكه (و حجتنا) فيه قوله تعالى ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم
الآية
فإنه تعالى رفع الجناح على الداخل في بيت الاخوة والأعمام والأكل منه فظاهر هذا
يقتضى
الإباحة والظاهر وان ترك لقيام الدليل يبقى شبهة ألا ترى أنه عطف بيوت الاخوة
والأعمام على بيوت الآباء والأولاد وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه ولا يدخل
عليه قوله
تعالى في آخر الآية أو صديقكم لان الصداقة لا تبقى مع السرقة فلانعدام السبب عند
السرقة تنتفي شبهة هناك فأما الاخوة تبقى مع السرقة كالأبوة والمعنى فيه أن بينهما
قرابة
محرمة للنكاح فكانت كالولاد وتأثيره أن البعض يدخل بيت البعض من غير استئذان
ولا حشمة ولهذا ثبت حل النظر إلى موضع الزينة الظاهرة والباطنة بهذه القرابة كما في
الولاد فينتقص معنى الحرزية في حقهم وهو على أصلنا مستقيم لأنه يتعلق استحقاق
النفقة
بهذه القرابة والعتق عند دخوله في الملك فذلك دليل على ثبوت الحق لبعضهم في مال
البعض من وجه وأدنى الشبهة تكفي لدرء الحد وإن كان أحد السارقين ذا رحم محرم
من
المسروق منه أو شريكا له يدرأ الحد عنه بالشبهة ويدرأ عن الآخر للشبهة للشركة لما
بيننا أنها
سرقة واحدة فلا يكون بعضها موجبا للعقوبة وبعضها غير موجب كالحاطي مع العامد
إذا
اشتركا في القتل (قال) ولا قطع على سارق المصحف عند علمائنا رحمهم الله تعالى
وقال
الشافعي رحمه الله تعالى عليه القطع لأنه سرق مالا متقوما من حرز لا شبهة فيه فان
الجلد
والبياض مال متقوم قبل أن يكتب فيه القرآن يجب القطع بسرقة فكذلك بعدما كتب
فيه ألا ترى أنه يجوز بيعه وشراؤه وانه لو كان المكتوب فيه شيئا آخر لم تنتقص ماليته
فإذا
كتب فيه القرآن أولى وفي الكتاب علل وقال لان فيه القرآن فلا قطع فيه وفي هذا

التعليل
إشارة إلى أن في المصاحف قرآنا كما هو مذهب أهل السنة وتأثيره أن لكل واحد
تأويلا
في أخذ المصحف للقراءة فيه والنظر لإزالة اشكال وقع في كلمة فالقطع لا يجب مع
تمكن
الشبهة توضيحه أن المقصود ما في المصحف لا عين الجلد والبياض ولا يمكن ايجاب
القطع
عليه باعتبار هذا المقصود لان ذلك ليس بمال فيصير ذلك شبهة كمن سرق آنية من
خمر
لا يلزمه القطع وان كانت الآنية تساوي نصابا لان المقصود ما فيه وهو ليس بمال
وكذلك

إن كان المصحف مفضضا وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يقطع في هذه الحالة لأن ما عليه من الفضة ليس من المصحف في شيء فهو كالمفصل يتعلق القطع بسرقة ووجه

ظاهر الرواية أن المقصود ما في المصحف دون ما على جلده من الفضة وإذا لم يكن إيجاب

القطع باعتبار ما هو المقصود يعتبر ذلك شبهة في درء الحد كمن سرق ثوبا خلقا قد صر في

الثوب دينار ولم يعلم السارق لا يلزمه القطع لأن ما هو المقصود ليس بنصاب فلا يلزمه القطع

باعتبار غيره (قال) ولا قطع على سارق الخبز واللحم والفاكهة والرمان والعنب والبقول والرياحين والحناء والوسمة سواء سرق من شجره أو من غير شجره عندنا وقال الشافعي

رحمه الله تعالى يلزمه القطع في هذا كله وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لأنه سرق

مالا متقوما من حرز لا شبهة فيه ودليل المالية والتقوم جواز البيع والشراء فيها ووجوب ضمان القيمة على غاصبها ومتلفها ودليل الحرزية أنه لو سرق مالا آخر من هذا الموضوع يقطع

وكل مكان هو حرز معتاد لمال فإنه يتم احرازه بذلك المكان على وجه لا يبقى فيه شبهة

(وحدثنا) ظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا في كثير وبالإجماع المراد

بالثمار الرطبة لأنه يتسارع إليها الفساد ولأن في مالية هذه الأشياء نقصانا لأن المالية بالتمول

وذلك بالصيانة والادخار لوقت الحاجة ولا يتأتى ذلك فيما يتسارع إليه الفساد فيتمكّن النقصان

في ماليتها وفي النقصان شبهة العدم ولأنه تافه جنسا ولأن الناس يتساهلون به فيما بينهم فيلتحق بالتافه قدرا وهو ما دون النصاب والأصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها كانت لا

تقطع الأيدي في الشيء التافه (قال) وكذلك لا قطع في الحرص والجص والنورة والزرنيخ

عندنا لأن هذه الأشياء توجد مباح الأصل في دار الإسلام غير مرغوب فيه فلا يتعلق القطع بسرقة عندنا وقال الشافعي رضي الله عنه يتعلق القطع بسرقة كل مال تبلغ قيمته نصابا

الا التراب والسرجين وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لأنه سرق مالا متقوما
من
حرز لا شبهة فيه وقررنا هذا في المسألة الأولى وبأن كان يوجد جنسه مباحا لا يتمكن
فيه
شبهة بعد الاحراز كالذهب والفضة واللؤلؤ والفيروزج يتعلق القطع بسرقتها وإن كان
يوجد جنسه مباحا ولأنه لو سرق سريرا أو كرسيا يلزمه القطع والخشب غير مصنوع
يوجد مباحا ثم وجوب القطع باعتبار العين لا باعتبار الصنعة ولا يفترق الحال بينهما
قبل
الصنعة وما بعده في حكم القطع (وحتنا) فيه ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الناس

شركاء في ثلاثة في الكلاً والماء والنار وقد أثبت بين الناس شركة عامة في هذه الأشياء وذلك شبهة في المنع من وجوب القطع بها وان انقطعت الشركة باحرازها وإذا علم الحكم

في هذه الأشياء وهي توجد مباح الأصل بصورتها غير مرغوب فيها فكذلك كل ما يوجد مباح الأصل في دار الاسلام غير مرغوب فيه والمعني فيه أنه تافه جنسا ألا ترى أن

الانسان قد يتمكن من أخذه ولا يرغب فيه فيكون نظير التافه قدرا يقرره ان التافه لا يتم احرازه ألا ترى أن الخشب تكون مطروحة في السكك عادة وكذلك الجص والزرنيخ والنورة والناس لا يحرزونها كما يحرزون سائر الأموال لتفاهتها والنقصان في الحرزية يمنع من وجوب القطع فأما الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فقد روى هشام عن محمد

رحمهما الله تعالى أنه إذا سرقها على الصورة التي توجد مباحا لا يقطع وهو المختلط بالحجر

والتراب وفي ظاهر المذهب يجب لأنه ليس بتافه جنسا فان كل من يتمكن من أخذه لا يتركه عادة وكذلك احرازه يتم عادة فأما المصنوع من الخشب فهو لا يوجد بصورته مباحا

فلم يكن تافها جنسا ولا يبعد أن لا يتعلق القطع بعين الشيء ثم يتعلق بالمصنوع منه كما قال هو

في التراب لا يقطع بسرقة ثم يتعلق بسرقة المصنوع منه من الطوابق والكيزان ونحوهما (قال) ولا يقطع بسرقة النبيذ واللبن لان ذلك مما يتسارع إليه الفساد وكذلك في سرقة الخمر والخنزير والسكر أما فيما بين المسلمين هذا حرام ولكل واحد تأول أخذه للإرافة

وأما في حق أهل الذمة وإن كان مالا متقوما ولكنه مما يتسارع إليه الفساد وانعدام المالية والتقوم

فيه في حق المسلم يصير شبهة والقطع يندرى بالشبهات (قال) ولا قطع في الدف وما أشبهه

من الملاهي أما عندهما فلانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن متلفه وعند أبي حنيفة رحمه الله

تعالى وإن كان يجب الضمان على المتلف باعتبار معنى آخر فيه سوى اللهو والمقصود التلهي

به ولا يمكن اعتبار القطع باعتبار المقصود ولان للآخذ تأويلا في أخذه لأنه يقصد به النهي

عن المنكر وهو استعماله للتلهي فيصير ذلك شبهة (قال) ولا قطع في البازي والصقر

وسائر
الطيور ولا في الوحوش من الصيد لحديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه قال لا
قطع
في الطير ولان هذا يوجد مباح الأصل بصورته غير مرغوب فيه ولا يتم احرازه في
الناس
عادة ولان فعله اصطياد من وجه والاصطياد مباح وظاهر قوله صلى الله عليه وسلم
الصيد
لمن أخذه يورث شبهة والقطع يندرى بالشبهة وكذلك الفهد والكلب فان الفهد من
جنس

الصيد والكلب صياد فلما لم يجب القطع بسرقة الصيد فكذلك بسرقة الصياد وبين العلماء
رحمهم الله تعالى اختلاف ظاهر في مالية الكلب وجواز بيعه وظاهر نهي رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن ثمن الكلب يورث الشبهة (قال) فان سرق التمر من رؤس النخل في حائط
محرز أو حنطة في سنبها لم تحصد فلا قطع عليه لقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع
في ثمر ولا كثر ولان الثمار ما دامت في رؤس الأشجار فإنه يتسارع إليها الفساد ألا ترى أنها لو
تركت كذلك فسدت ولا يتم معني الاحراز فيها ولا في الحنطة في سنبها فإنها زرعت في
ذلك الموضع لمقصود آخر سوى الاحراز والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم فما آواه الجرين
ففيه القطع وفي هذا بيان أن الثمار ما لم تجذ والزرع ما لم يحصد لا يجب القطع بسرقة وكذلك
أن كان سرق النخلة بأصولها لقوله صلى الله عليه وسلم ولا كثير والمراد صغار النخل فإذا
لم يجب القطع في الصغار من الأشجار فكذلك في الكبار وهذا لأنه بالانبات في موضع
لا يقصد احرازه فان معنى الحرز لا يتم فيه عادة فان احراز الثمر في حظيرة عليها باب
أو حصدت الحنطة وجعلت في حظيرة فسرق منها قطع للحديث ولان الاحراز قد تم فإنه
إنما جمعه صاحبه في هذا الموضع ليكون محرزا محفوظا وكذلك أن كانت في الصحراء
وصاحبها يحفظها لان الصحراء ليس يحرز بنفسه فيتم الاحراز بالحافظ ويستوى إن كان الحافظ
منتبها أو نائما عندهما لان حفظ المال في الصحراء كذلك يكون عادة والآخذ يسارق عين
الحافظ وكذلك المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه فيسرق منه قطع ومن
أصحابنا رحمهم الله تعالى من قال في هذا اللفظ إشارة إلى أنه إنما يكون محرزا به في حال
نومه إذا

كان موضوعا بين يديه والا لا يكون محرزا به في حال نومه لان النائم كالغائب لا يتأتى منه
الحرز والأصح انه يلزمه القطع على كل حال لان المعتبر هو الاحراز المعتاد لا أقصى ما يتأتى والاحراز المعتاد يتأتى بهذا المقدار فان الناس يعدون النائم عند متاعه حافظا له
ألا
تري أن المودع والمستعير لا يضمن بمثله وهما يضمنان بالتضييع وما لا يكون محرزا
يكون
مضيعا (قال) وكذلك أن كان في فسطاط قد جمع متاعه فيه لان نصب الفسطاط في
الصحارى كبناء البيوت في الأمصار ويكون ما في الفسطاط محرزا بالفسطاط
وبالحافظ عنده
(قال) وان سرق الفسطاط بعينه لم أقطعه لأنه ظاهر ولم يحرزه صاحبه إنما أحرز
صاحبه
الأمته به ووجوب القطع بسرقة المحرز لا بسرقة الحرز وهذا لو كان الفسطاط
منصوبا فان

كان ملفوفا بين يديه يجب القطع بسرقة لأنه متاع محرز بالحافظ كسائر الأمتعة وكذلك
ان سرق الجوالق من ظهر الدابة مع ما في الجوالق لم يقطع لأنه ظاهر غير محرز فان
صاحب الجوالق يحرز بالجوالق ما فيه ولا يقصد احراز الجوالق فان شق الجوالق وسرق ما فيه
قطع لأنه سرق مالا محرزا وقد بينا أن المعتبر في الاحراز ما هو المعتاد فإذا اعتاد
احراز المتاع بالجوالق كان الجوالق حرزا له فإذا شقه وأدخل يده فيه وأخرج المتاع فقد تم
منه هتك الحرز وأخذ المال فيلزم القطع ثم في كل موضع كان المال محرزا بالحافظ فإذا أخذ
السارق كما أخذ يلزمه القطع وفي كل موضع كان محرزا بالمكان فإذا أخذ قبل أن يخرج من
ذلك المكان لم يقطع لان فعله في المحرز بالحافظ يتم بنفس الاخذ وهو إزالة اليد باثبات اليد لنفسه
على وجه السرقة فأما المحرز بالمكان فلا تتم سرقة فيه الا باخراج المال من الحرز وقد بينا
أن الدار كلها حرز واحد فما لم يخرج المتاع منها لا يلزمه القطع (قال) وإذا قطع السارق
ردت السرقة إلى صاحبها لان المسروق منه واجد عين ماله ومن وجد عين ماله فهو أحق به
فإن لم يقد وعليها فلا ضمان على السارق عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى هو ضامن
لقيمته وقال مالك إن كان السارق صاحب مال يؤمر بأداء الضمان في الحال وإن لم يكن له
شئ فلا ضمان عليه في الحال ولا بعد ذلك واستدل الشافعي رحمه الله تعالى بقول النبي صلى
الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد فقد أوجب على الآخذ ضمان المأخوذ إلى غاية
الرد وقد وجد منه الاخذ ههنا فيكون ضامنا وهو المعني في المسألة فإنه أخذ مال الغير بغير حق
فيكون ضامنا له كالغاصب ولا شك أنه بالأخذ ضامن حتى إذا سقط الحد بشبهة كان
ضامنا للمال فلو سقط الضمان إنما يسقط باستيفاء القطع والقطع حد واجب لله تعالى

فاستيفاءه

لا يسقط الضمان الواجب الحق العبد ولان وجوب الضمان عليه بنفس الاخذ ووجوب القطع باتمام فعل السرقة بالاخراج والحقان إذا وجبا بسببين فاستيفاء أحدهما لا يسقط الآخر كما لو قتل انسانا ومزق عليه ثيابه لا يسقط عنه ضمان الثياب باستيفاء القصاص ولأنهما حقان اختلفا محلا ومستحقا وسببا لان محل القطع اليد ومستحقه هو الله تعالى وسببه

السرقة ومحل الضمان الذمة ومستحقه المسروق منه وسببه ادخال النقصان عليه بأخذ ماله

فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدية مع الكفارة في القتل والجزاء مع القيمة في

الصيد المملوك في الحرم وشرب خمر الذمي على أصلكم فإنه يوجب الحد حقا لله تعالى

والضمان للذمي (وحتتنا) فيه قوله تبارك وتعالى جزاء بما كسبا فقد نص على أن
القطع جميع
موجب فعله لما بينا أن في لفظ الجزاء إشارة إلى الكمال فلو أجبنا الضمان معه لم يكن
القطع
جميع موجب الفعل فكان نسخا لما هو ثابت بالنص وعن عبد الرحمن بن عوف رضي
الله عنه
أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا غرم على السارق بعدما قطعت يده وفي رواية لا
غرم
على السارق فيما قطعت يمينه فيه وفي رواية إذا قطعت يد السارق لم يغرم والمعني فيه
أن القطع
عقوبة تدرئ بالشبهات والضمان غرامة تثبت مع الشبهات فلا يجمع بينهما بسبب فعل
واحد كالقصاص مع الدية وتأثيره وهو أن الفعل الواحد صار بكماله معتبرا في حق ما
يندرئ
بالشبهات فلا يبقى شيء منه ليعتبر في حكم الضمان وبدون الفعل لا يجب الضمان ولا
معني لما
قال الموجود منه فعلا لا الأخذ والأخراج لان الأخراج تتميم لما هو المقصود
بالأخذ فلا يأخذ حكم فعل آخر والأخراج بدون الأخذ لا يتحقق والخلاف ثابت فيما
إذا
سرق الثوب من تحت رأس نائم والأخذ والأخراج هنا حصل بفعل واحد ثم الفعل وان
تعدد صورة فالوجوب باعتبار حرمة المحل وهو بالسرقه ما هتك الاحرمه واحده هي
من
خالص حق الله تعالى وبيان ذلك أن القطع لا يجب الا بسرقة مال متقوم محرز والقطع
خالص حق الله تعالى فلا يجب الا باعتبار جعل ما يجب به القطع لله تعالى لان ما
يجب
باعتبار ما هو حق العبد يكون للعبد عقوبة كانت أو غرامة كالقصاص ولما وجب
القطع
لله تعالى عرفنا انه يجب باعتبار انه صار الله تعالى وإذا صارت المالية والتقوم في هذا
المحل
لله تعالى لم يبق للعبد فالتحق في حق العبد بما لا قيمة له ولكن هذا لا يتصور الا
باستيفاء
القطع لان ما يجب الله تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الأخذ مراعي ان استوفى به
القطع
تبين ان حرمة المحل في ذلك الفعل كان لله تعالى فلا يجب الضمان للعبد وان تعذر

استيفاء
القطع تبين ان حرمة المالية والتقوم كان للعبد فيجب الضمان له توضيحه ان العقوبة
التي
تندرى بالشبهات لا تجب الا بفعل حرام لعينه وإنما يكون فعل السارق حراما لعينه إذا
لم
ييق المحل محترما لحق العبد فأما إذا كانت حرمة المالية والتقوم لحق العبد فأخذه
حرام
لغيره وهو حق المالك ومثل هذا الفعل لا يوجب العقوبة كشرب عصير الغير أنما
الموجب
للعقوبة فعل هو حرام لعينه كشرب الخمر ولا يتحقق ذلك الا بجعل المالية والتقوم في
هذا المحل لله
تعالى خالصا وإذا صار لله تعالى لم ييق للعبد كالعصير إذا تخمر لم ييق فيه المالية
والتقوم لحق

العبد ولا يدخل عليه الدية مع الكفارة لان الكفارة ليست بعقوبة تدرى بالشبهات
ولأنها

جزاء الفعل من غير اعتبار وصف المحل فيبقى المحل محترماً لحق العبد ووجوب
الكفارة لا

يستدعى فعلاً هو حرام العين ألا ترى أنها تجب في الخطأ وكذلك الجزاء مع القيمة في
الصيد المملوك فإنه لا معتبر بالمالية والتقوم في ايجاب الجزاء ولهذا يجب الجزاء بقتل
صيد

نفسه والكفارة بقتل عبد نفسه وكذلك في شرب الخمر لا معتبر بالمالية والتقوم في
ايجاب

الحد ولهذا يجب الحد على من شرب خمر نفسه فبقيت المالية والتقوم في المحل حقا
للذمي

لان مع بقاءه الفعل محرم العين بما حدث من صفة الخمر في المحل ولا يدخل على
هذا الملك

فإنه يبقى للمسروق منه حتى يرد عليه لان وجوب القطع باعتبار المالية والتقوم في
المحل فأما

الملك صفة المالك والفعل يكون محرم العين مع بقاء الملك ألا ترى أن فعله في شرب
خمر

نفسه يكون محرم العين مع بقاء الملك وليس من ضرورة انعدام المالية والتقوم في حقه
انعدام الملك كالشاة إذا مات بقي ملك صاحبها في جلدها وإن لم تبق المالية والتقوم
وإذا ثبت

أن المالية والتقوم صار حقا لله تعالى خالصا فلو وجب الضمان إنما يجب لله تعالى
وقد وجب

القطع لله تعالى ولا يجمع بين الحقين لمستحق واحد كالقصاص مع الدية ثم روى أبو
يوسف

عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه لا يجب الضمان على السارق إذا تلف المال في
يده أو

أتلفه وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه يضمن إذا أتلفه لان انعدام
المالية

والتقوم حقا للعبد إنما كان في فعل السرقة لا فيما سواه ألا ترى ان بيع المسروق منه
وهبته

العين من السارق أو من غيره صحيح والاتلاف فعل آخر فلا يظهر حكم المالية والتقوم
حقا

لله تعالى في هذا الفعل حتى يجب الضمان على المتلف كما لو أتلفه غيره وهذا لأن

العين باق
على ملك صاحبه بعد القطع فاما أن يكون أمانة أو مضمونا وكيف ما كان فهو
مضمون
بالاتلاف وجه رواية أبي يوسف رحمه الله تعالى أن الاتلاف اتمام للمقصود بالسرقة
فكما
لا تبقى المالية والتقوم حقا للعبد في أصل السرقة بعد القطع فكذلك فيما يكون اتماما
للمقصود
به بخلاف بيع المسروق منه وهبته فإنه ليس باتمام للمقصود بالسرقة بل هو تصرف
آخر
ابتداء وروى هشام عن محمد رحمهما الله تعالى أن السارق لا يضمن في الحكم فأما
فيما بينه
وبين الله تعالى يفتى بأداء الضمان لان المسروق منه قد لحقه النقصان والخسران من
جهته
بسبب هو متعد فيه ولكن تعذر على القاضي القضاء بالضمان لما اعتبر المالية والتقوم
في

حق استيفاء القطع فلا يقضى بالضمنان ولكنه يفتى برفع النقصان والخسران الذي الحق به فيما

بينه وبين الله تعال (قال) ولا قطع على النباش في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو

يوسف والشافعي رحمهما الله يقطع والاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم فعمر وعائشة وابن

مسعود وابن الزبير رضوان عليهم أجمعين قالوا بوجوب القطع وابن عباس رضي الله عنه كأن يقول لا قطع عليه وعليه اتفق من بقي في عهد مروان من الصحابة على ما روى أن نباشا

أتى به مروان فسأل الصحابة رضي الله عنهم عن ذلك فلم يبينوا له فيه شيئا فعززه أسواط ولم

يقطعه وبهذا تبين فساد استدلال من يستدل بالآية لايجاب القطع عليه فان اسم السرقة لو

كان يتناوله مطلقا لما احتاج مروان إلى مشاورة الصحابة رضي الله عنهم مع النص وما اتفقوا

على خلاف النص فأما من أوجب القطع استدلال بقوله صلى الله عليه وسلم من نبش قطعناه

والمعنى فيه أنه سرق مالا كامل المقدار من حرز لا شبهة فيه فيقطع كما لو سرق لباس الحي

وهذا لان الآدمي محترم حيا وميتا وبيان هذه الأوصاف فاما السرقة فهو أخذ المال على وجه

الخفية وذلك يتحقق من النباش وهذا الثوب كان مالا قبل أن يلبسه الميت فلا تختل صفة المالية

فيه بلبس الميت فاما الحرز فلان الناس تعارفوا منذ ولدوا احراز الأكفان بالقبور ولا يحرزونه

بأحصن من ذلك الموضع فكان حرزا متعينا له باتفاق جميع الناس ولا يبقى في احرازه شبهة

لما كأن لا يحرز بأحصن منه عادة والدليل عليه أنه ليس بمضيع حتى لا يضمن الأب والوصي إذا كفنا الصبي من مال الصبي وما لا يكون محرزا يكون مضيعا (وحجتنا) فيه

قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع على المختفى وهو النباش بلغة أهل المدينة كما جاء في حديث

آخر من اختفى ميتا فكأنما قتله وقوله صلى الله عليه وسلم من نبش قطعناه لا يصح مرفوعا

بل هو من كلام زياد ألا ترى أنه قال في ذلك الحديث من قتل عبده قتلناه ومن جدع أنفه جدعناه ولئن صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع نباشا أو أحدا من الصحابة رضي الله عنه

م أجمعين فإنه يحمل على أنه كان ذلك بطريق السياسة وللإمام رأى في ذلك والمعنى فيه أن وجوب القطع بسرقة مال محرز مملوك وجميع هذه الأوصاف اختلف في الكفن فأما السرقة فهو اسم أخذ المال على وجه يسارق عين صاحبه ولا تتصور مسارقة عين الميت

وإنما يختفى النباش باعتبار أنه يرتكب الكبيرة كالزاني وشارب الخمر والدليل عليه أنه ينفي هذا الاسم عنه باثبات غيره فيقال نبش وما سرق فأما المالية فإنها عبارة عن

التمول والادخار لوقت الحاجة وهذا المقصود يفوت في الكفن فان الكفن مع الميت يوضع في القبر للبلى ولهذا يوضع في أقرب الأماكن من البلاء واليه أشار الصديق

رضي الله تعالى عنه فقال اغسلوا ثوبي هذين فكفونوني فيهما فإنهما للمهل والصديق والحي من الميت أحوج إلى الجديد فأما انعدام صفة المملوكية فلان المملوك لا يكون الا لمالك والكفن

ليس بملك لاحد لأنه مقدم على حق الوارث ولا يصير مملوكا ألا ترى أن القدر المشغول

بحاجة الميت بعد الكفن وهو الدين لا يصير ملكا للوارث فالكفن أولى وليس بملك للميت

لان الموت مناف للمالكية فان المالكية عبارة عن القدرة وأدنى درجاته باعتبار صفة الحياة فعرفنا أن

الوصف مختل أيضا فأما الحرزية فنقول الكفن غير محرز لان الاحراز بالحافظ والميت لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره والمكان حفرة في الصحراء فلا يكون حرزا ألا ترى أنه

لا يجعل حرزا لثوب آخر من جنس الكفن ومن ضرورة كونه حرز الثوب أن يكون حرز الثوب آخر من جنسه وكذلك لا يكون حرزا قبل وضع الميت فيه وقوله ان الناس تعارفوا أحراز الكفن في القبر فليس كذلك بل إنما يدفنون الميت للمواراة عن أعين الناس

وما يخاف عليه من السباع لا للاحراز ألا ترى أن الدفن يكون في ملا من الناس ومن دفن

ملا على قصد الاحراز فإنه يخفيه عن الناس وإذا فعله في ملا منهم على قصد الاحراز ينسب إلى الجنون ولا نقول إنه مضيع ولكنه مصروف إلى حاجته وصرف الشيء إلى الحاجة

لا يكون تضييعا ولا احرازا كتناول الطعام والقاء البذر في الأرض لا يكون تضييعا ولا احرازا

واختلف مشايخنا رحمهم الله فيما إذا كان القبر في بيت مقفل قال رحمه الله والأصح عندي

انه لا يجب القطع سواء نبش الكفن أو سرق مالا آخر من ذلك البيت لان بوضع القبر فيه

اختلفت صفة الحرزية في ذلك البيت فان لكل واحد من الناس تأويلا للدخول فيه لزيارة القبر فلا يجب القطع على من سرق منه شيئا لان صفة الكمال في شرائط القطع معتبر

وكذلك يختلفون في قاطع الطريق إذا أخذ الكفن من تابوت في القافلة ولم يأخذ شيئاً
آخر فمنهم من قال يقام عليه الحد لأنه محرز بالقافلة قال رحمه الله تعالى والأصح
عندي انه
لا يجب القطع لاختلاف صفة المالكية والمملوكية في الكفن من الوجه الذي قررنا
(وقال)
ولا قطع على المخلس؟ لانعدام فعل السرقة لأنه مجاهر بفعله ولا يسارق عين صاحبه
واما
الطارر فهو على وجهين فاما أن تكون الدارهم مصرورة في داخل الكم أو في ظاهر
الكم

فإن كانت مصرورة في داخله فان طر الصرة يقطع لأنه بعد القطع يبقى المال في الكم حتى يخرجته وان حل الرباط لم يقطع لأنه إذا حل الرباط يبقى المال خارجا من الكم فلم يوجد اخراج المال من الكم والحرز وإن كان مصرورا ظاهرا فان طر لم يقطع لانعدام الاخراج من الحرز وان حل الرباط يقطع لان الدراهم يبقى في الكم بعد حل الرباط حتى يدخل يده فيخرجته وتتمام السرقة باخراج المال من الحرز وعن أبي يوسف رحمه الله أنه قال استحسّن أن أقطعه في الأحوال كلها لان المال محرز بصاحبه والكم تبع له وفرق أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى بين الطرار والنباش فقالا اختصاص الطرار بهذا الاسم لمبالغة في سرقة لان السارق يسارق عين حافظه في حال نومه وغفلته عن الحفظ والطارار يسارق عين المنتبه في حال اقباله على الحفظ فهو زيادة حذق منه في فعله فعرفنا أن فعله أتم ما يكون من السرقة فيلزمه القطع فأما النباش لا يسارق عين المقبل على حفظ المال أو القاصد لذلك بل يسارق عين من يهجم عليه من غير أن يكون له قصد إلى حفظ الكفن وذلك دليل ظاهر على النقصان في فعل السرقة فهذا لا يلزمه القطع (قال) وان سرق صبيا حرا لم يقطع لأنه ليس بمال ووجوب القطع يختص بسرقة مال متقوم وكذلك لو كان عليه حلى كثير وقال أبو يوسف رحمه الله يقطع لان قيمة الحلي نصاب كامل لو سرقه وحده يلزمه القطع فكذا مع الصبي ولان المقصود الحلي دون الصبي وجه ظاهر الرواية أن الحلي تبع للصبي والأصل يقطع بسرقة فالتبع مثله ولا أن له تأويلا في أخذه فإنه يقول كان يبكي فأخذته لأسكنه أو أحمله إلى موضع أهله قال ألا ترى أنه لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة دراهم ووجد في جيبه عشرة دراهم مصرورة لم يعلم بها لم أقطعه وإن كان يعلم بها فعليه القطع وعن أبي

يوسف
رحمه الله تعالى أن عليه القطع في الأحوال كلها لان سرقة قد تمت في نصاب كامل
ولكننا
نقول السارق إنما قصد اخراج ما يعلم به دون مالا يعلم به وإذا كان قصده أخذ الثوب
نظر
إلى قيمة الثوب وهو ليس بنصاب كامل وإذا كان عالما بالدرهم فقصده أخذ الدرهم
(قال)
ولو سرق جرابا فيه مال أو جوالقا فيه مال أو كيسا فيه مال قطع لأنه وعاء يوضع فيه
المال
فمقصود السارق المال دون الوعاء فأما القميص ونحوه من الثياب ليس بوعاء للمال
فكان
قصده سرقة الثوب إلا أن يكون عالما بالمال المصروع فيه فحينئذ يعلم أن قصده المال
دون
الثوب لما اختاره من بين سائر الثياب مع العلم (قال) وان سرق عبدا فإن كان بالغاً أو

صبياء يعقل ويتكلم لا يقطع لان هذا خداع لا سرقة ولان من يعبر عن نفسه له يد على نفسه وذلك مانع من تقرير يد السارق عليه وان كان لا يعبر عن نفسه ويتكلم قطع فيه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رضي الله تعالى عنه استحسّن أن لا أقطع لان المملوك من جنس الحر فان الجنسية لا تتبدل بالرق وإذا كان لا

يقطع بسرقة جنسه من الأحرار يصير ذلك شبهة ولان احرازه لم يتم فان الصغير الذي لا

يعقل يخرج إلى السكة وقد يوضع في السكة ويترك حرا كان أو مملوكا وما لا يتم احرازه

عادة فهو تافه في حكم القطع وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالوا هو مال متقوم لا يد له في

نفسه فهو بمنزلة الدابة والكاراة يتعلق القطع بسرقة والتافه ما يوجد جنسه مباح الأصل في دار

الاسلام غير مرغوب وذلك لا يوجد في الممالك خصوصا في الصغار منهم (قال) فان سرق

شاة من مرعاها لم يقطع لأنها غير محرزة والمقصود من تركها من المرعى الرعي دون الاحراز

وان سرقها من دار قطع لأنها محرزة بالدار كسائر الأموال وكذلك الإبل والبقر والفرس والحمار والبغل فإن كانت تأوي بالليل إلى حائط قد بنى لها عليه باب يغلق عليها ومعها من يحفظها

أوليس معها حافظ فكسر الباب ودخل وسرق منه بقرة فأواها أو ساقها أو ركبها حتى أخرجها قال يقطع لما روينا انه صلى الله عليه وسلم قال إذا جمعها المراح ففيها القطع ولأنها بالليل

تجمع في المراح للاحراز والحفظ ثم المذهب عندنا أن المكان الذي هو حرز لمال يكون حرزا

لما آخر حتى لو سرق ثياب الراعي من هذا الموضع يقطع وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى

المراح حرز للدواب دون غيرها من الأموال لان المعبر في احراز كل مال ما هو المعتاد ومعتاد

احراز الدواب بالمراح دون سائر الأموال الا ترى أنه بابه قد يكون بحيث يمنع خروج الدواب ولا يمنع دخول الناس فيه فلهذا لا يقطع إذا سرق منه مالا آخر (قال) وإذا شهد شاهدان انه سرق بقرة واختلفا في لونها فقال أحدهما بيضاء وقال الآخر سوداء فعلى قول

أبي حنيفة رحمه الله تعالى تقبل هذه الشهادة وعندهما لا تقبل قال الكرخي رحمه الله
في لو نين
متشابهين كالحمرة والصفرة تقبل عنده فأما فيما لا يتشابه كالسواد والبياض لا تقبل
الشهادة
بالاتفاق والأصح ان الكل على الخلاف فهما يقولان اختلفا في المشهود به على وجه
لا يمكن
التوفيق فلا تقبل الشهادة كما لو شهد أحدهما انه سرق ثورا والآخر انه سرق أنثى أو
شهد
أحدهما انه سرق بقرة والآخر أنه سرق بعيرا والدليل عليه ان في الغصب لو اختلف
الشهود

في لون البقرة لم تقبل مع أن الثابت به مما لا يندرى بالشبهات وهو الضمان ففي السرقة التي يتعلق بها ما يندرى بالشبهات أولى ولا معني لقول من يقول لعله كان أحد شقى البقرة أبيض والآخر اسود لان تلك بلقاء لا سوداء ولا بيضاء وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول اختلفا فيما لم يكلفا نقله والتوفيق ممكن فتقبل الشهادة كما لو اختلف شهود الزنا في الزانيين في بيت واحد وبيان الوصف انهما لو سكتا عن بيان لون البقرة لم يكلفهما القاضي بيان ذلك ولهذا تبين انه ليس من صلب الشهادة والاختلاف فيما ليس من صلب الشهادة إذا كان علي وجه يمكن التوفيق لا يمنع قبول الشهادة وههنا التوفيق ممكن بأن كان أحد جانبيها ابيض والآخر اسود وقوله هذه تسمى بلقاء نعم ولكن في حق من يعرف اللونين اما في حق من لا يعرف الا أحدهما فهو علي ذلك اللون وشهود السرقة يتحملون الشهادة من بعيد في ظلمة الليل فلا يتمكنون من أن يقتربوا من السارق ليتأملوا في جانب البقرة وبه فارق الغصب فان الغاصب مجاهر بما يصنع فالشاهد يتمكن من التأمل ليقف على صفة المغصوب فلهذا لا يشتغل بالتوفيق هناك وهذا بخلاف البقرة والبعير فان الاختلاف هناك في صلب الشهادة وبخلاف الذكر والأنثى فإنه لا يوقف على هذه الصفة الا بعد القرب منها وعند ذلك لا يشتبه ولا حاجة إلى التوفيق (قال) ولو شهدا أنه سرق ثوبا فقال أحدهما هروي وقال الآخر مروى فقد ذكر هذه المسألة في نسخ أبي سليمان على الخلاف أيضا وفي نسخ أبي حفص قال لا تقبل هذه الشهادة عندهم جميعا ووجه الفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن الهروي والمروى جنسان مختلفان وبيان الجنس من صلب الشهادة فكان هذا اختلافا في صلب الشهادة وذلك مانع من قبول شهادتهما وان اختلفا في الوقت لم تجز الشهادة عندهم جميعا لان السرقة فعل والفعل

الموجود في وقت غير الموجود في وقت آخر فإذا اختلفا في الزمان والمكان يمتنع قبول
شهادتهما كما في الغصب والقتل (قال) وإذا سرق ثوبا فشقه في الدار نصفين ثم
أخرجه
فإن كأن لا يساوي عشرة دراهم بعدما شقه لم يقطع بالاتفاق لان المعبر كمال
النصاب عند
تمام السرقة وتماهه بالاحراج من الحرز فإذا لم تكن قيمته نصابا عند الاحراج لم يلزمه
القطع بخلاف ما لو شقه بعد الاحراج فانتقصت قيمته من النصاب وذلك لان سرقة
تمت في نصاب كامل ثم التعيب تفويت جزء من الثوب ولو استهلك الكل بعدما
أخرجه من الحرز لم يسقط القطع فكذلك إذا فوت جزءا منه بخلاف ما قبل الاحراج

فإنه لو استهلكه في الحرز لم يلزمه القطع فكذلك إذا فوت جزءا منه وهذا لان ما استهلك مضمون عليه في ذمته ولا يتصور اتمام فعل السرقة فيما هو دين لان اتمام فعل السرقة بالاخراج وذلك في الدين لا يتحقق فاما إذا لم تنتقص العين بفوات شئ منه بعد الاخراج وإنما انتقصت قيمته من النصاب بنقصان السعر فلا قطع عليه عندنا وروى هشام

عن محمد رحمهما الله تعالى أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لان السرقة

تمت في نصاب كامل فالنقصان بعد ذلك لا يمنع استيفاء القطع كالنقصان في العين ولكننا

نقول كما أن النصاب يشترط لايجب القطع فيشترط بقاءه إلى وقت الاستيفاء كالثبات على

الاقرار والشهادة وقد انعدم ذلك لان نقصان السعر فتور رغائب الناس فيه وذلك لا يكون

مضمونا على أحد فإنما يقطع باعتبار هذا العين فقط وقيمه دون النصاب خلاف ما إذا كان

النقصان في العين لأنه يتقرر الضمان عليه بقدر ما فات من العين فإنما يقطع باعتبار هذا العين

فيما صار ديناً في ذمته وهو نصاب كامل فاما إذا شق الثوب في الحرز ثم أخرجه وهو يساوى عشرة فإن كان هذا العيب يمكن نقصانا يسيرا فعليه القطع بالاتفاق ولان حق صاحب الثوب في تضمين النقصان وليس له ان يضمه القيمة إذا كان العيب يسيرا فأما إذا كان النقصان فاحشا فان اختار أخذ الثوب وبتضمين النقصان فعليه القطع وان اختار أن يضمه قيمة الثوب وسلم له الثوب فلا قطع عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما

الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يقطع في الوجهين جميعا وذكر ابن سماعة رحمه

الله تعالى هذا الخلاف على قلب هذا ولكن ما ذكر في الأصل أصح وجه قول أبي يوسف

رحمه الله تعالى ان سبب الملك قد انعقد له في الثوب قبل اتمام فعل السرقة وانعقاد سبب

الملك يمكن شبهة كما لو اشترى ثوبا على أن البائع بالخيار ثم سرقت منه وبيان ذلك أنه ثبت

للمالك خيار تضمين القيمة إياه والمضمونات تملك بالضمان فعرفنا ان سبب الملك انعقد له

قبل الاخراج وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يقولان تمت سرقة في نصاب
كامل فعليه
القطع كما لو كان النقصان يسيرا وبيان ذلك أن شق الثوب من السارق عدوان محض
فلا
يصلح سببا للملك إنما يكون سبب الملك ما هو مشروع وهو يقرر الضمان عليه وهذا
الملك
يثبت شرطا لتقرر الضمان كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد فاما أن
يكون
العدوان سبب المملك فلا إذا ثبت هذا فإذا اختار المالك تضمينه قبل أن يقطع فقد
صار

مملكا للثوب منه وذلك مستقط للقطع كما لو ملكه بالبيع أو الهبة وان اختار استرداد الثوب فلم يحدث السارق فيه ملكا ولا سبب ملك فيبقى القطع عليه (قال) وإذا سرق شاة فذبحها في الدار وأخرجها فلا قطع عليه لأنها صارت لحما واللحم مما يتسارع إليه الفساد وتمام فعل السرقة فيما يتسارع إليه الفساد غير موجب للقطع وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لهذه العلة ولشبهت حق التضمين للمالك فان له أن يضمه قيمة الشاة ويملكه ذلك اللحم فكان ذلك شبهة في اسقاط القطع عنه (قال) وإذا قطعت يد السارق ورد المتاع على صاحبه ثم سرقة مرة أخرى لم يقطع عندنا استحسانا وعن أبي يوسف انه يقطع وهو القياس وهو قول الشافعي لأنه سرق مالا كامل المقدار من حرز لا شبهة فيه وبهذه الأوصاف قد لزمه القطع في المرة الأولى فكذلك في المرة الثانية وهذا لأنه تعذر رد المتاع على المسروق منه وهذه العين في حق السارق كعين أخرى في حكم الضمان حتى لو غصبه أو أتلفه كان ضامنا وكذلك في حكم القطع ألا ترى أنه لو باعه المسروق منه من انسان فسرقه من المشتري أو باعه ثم اشتراه ثم منه ثانيا يقطع فكذلك قبل البيع والشراء والدليل عليه انه لو سرق غزلا فقطعت يده ثم نسجه المالك ثم سرقة ثانيا يقطع وكذلك الحنطة إذا طحنها كذلك لو كانت بقرة فولدت عند المسروق منه ثم سرق ولدها يقطع والولد جزء منها فإذا كان يقطع بسرقة جزء منها فكذلك بسرقتها والدليل عليه أنه لو سرق من حرز فقطعت يده فخرب ثم أعيد ذلك الحرز فسرق منه مرة أخرى قطع فكذلك المال ولان هذا حد لله تعالى خالصا فيتكرر بتكرر الفعل في محل واحد كحد الزنا فان من زنى بامرأة فحد ثم زنى بها مرة أخرى لزمه الحد بخلاف حد القذف فإنه حق المقذوف عندي وخصومته في الحد غير مسموعة في المرة الثانية لان المقصود إظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف وقد حصل ذلك بالمرة الأولى (وحيثنا) فيه نوعان من الكلام أحدهما ما بينا أن صفة المالية والتقوم لم يبق في هذا العين حقا للمسروق منه بعدما قطعت يد السارق بدليل أنه لو تلف في يده أو أتلفه لم يضمن فبعد ذلك وان ظهرت

المالية

والتقوم في حقه بالاسترداد يقي ما سبق مورثا شبهة والقطع يندرى بالشبهات وهو
نظير

ما يوجد مباح الأصل في دار الاسلام إذا أحرزه انسان صار مالا متقوما له ومع ذلك لم
يقطع السارق فيه باعتبار الأصل فهذا مثله فأما باعه ثم اشتراه فقد قيل لا يلزمه القطع
أيضا

ولئن سلمنا فان الملك هناك يتجدد بتجدد السبب والمالية والتقوم باعتبار الملك فجعل متجددا

أيضا بخلاف ما قبل البيع والشراء هذا لان اختلاف أسباب الملك كاختلاف الأعيان
ألا

تري أن بريرة كان يتصدق عليها وهي تهديه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هو لها

صدقة ولنا هدية والمشتري إذا باع من غيره ثم اشتراه ثم وجد به عيبا لم يردده على البائع

الأول فدل أن تبدل سبب الملك كتبدل العين فأما الغزل إذا نسجه فهو في حكم عين آخر

فلهذا لو فعله الغاصب كان الثوب مملوكا له وإنما سرق في المرة الثانية عينا أخرى وعلى هذا

الحرز فإنه إذا أعيد الحرز كان هذا حرزا متجددا غير الأول لان الحرز ليس بعبارة عن عين الجدار بل هو عبارة عن التحفظ والتحصن وكذلك حد الزنا فإنه يجب باعتبار

المستوفى

فالمستوفى مثلا شئ والمستوفى في المرة الثانية غير المستوفى في المرة الأولى فلهذا لزمه الحد

مع أن هناك حرمة المحل لا تسقط في حقه باستيفاء الحد منه في المرة الأولى بخلاف المالية

والتقوم الذي هو حق المالك في العين فإنه يسقط اعتباره باستيفاء القطع من السارق ولان

هذا حد لا يستوفى الا بخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة من واحد في محل واحد كحد القذف وبيانه أن الشهود لو شهدوا بالسرقة من غير خصم لا يثبت القطع بالاتفاق

وتأثيره أن في خصومته في المرة الثانية نوع شبهة لأنه قد استوفى بخصومته مرة ما هو جزاء

سرقة هذا العين فيمكن شبهة في خصومته في المرة الثانية وذلك مانع من القطع الذي يندرى بالشبهات غير مانع من الضمان الذي يثبت مع الشبهات بخلاف

حد

الزنا فإنه لا تعتبر الخصومة فيه (قال) والسارق تقطع في المرة الأولى يده اليميني فان سرق

ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق بعد ذلك لم يقطع عندنا استحسانا ولكن يعزر ويحبس

حتى تظهر توبته وعند الشافعي رحمه الله تعالى في المرة الثالثة تقطع يده اليسرى وفى

المرّة
الرابعة تقطع رجله اليميني ثم يحبس بعد ذلك وعند أصحاب الظواهر في المرة الخامسة
يقتل وحقته
قوله تبارك وتعالى فاقطعوا أيديهما واسم اليد يتناول اليسرى كما يتناول اليميني بدليل
آية الطهارة
ولا معنى لاستدلالكم بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما
لان بهذه القراءة ينبغي ان تقطع رجله اليميني ثم عندكم إذا سرق وهو مقطوع اليد
اليسرى
أو مقطوع الابهام من اليد اليسرى لم تقطع يده اليميني وبالقرأتين وبالإجماع صار قطع
اليميني مستحقا من السارق فلا يجوز تركه بالرأي وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه
ان

النبي صلى الله عليه وسلم قال إذا سرق السارق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه إلى أن قال في الخامسة فان عاد فاقتلوه وفي رواية مفسرا في المرة الأولى ذكر اليد اليمني وفي الثانية

الرجل اليسرى وفي الثالثة اليد اليسرى وفي الرابعة الرجل اليمنى وروى المعلى أنه قطع من

السارق هكذا وقد بينا حديث أبي بكر وعمر رضي الله عنهما والمعني فيه أن اليد اليسرى

يد باطشة فتقطع في السرقة كاليميني وهذا لان سرقة بالبطش والمشى يتأتى فقطعت هذه

الأعضاء للزجر لتفويت ما به تتأتى السرقة وذلك موجود في اليد اليسرى والرجل اليمنى وربما يقولون المتناول للسرقة متناول فيها كاليد اليمنى والرجل اليسرى وكل عقوبة تتعلق

باليد اليمنى تتعلق باليد اليسرى كالقصاص والدليل عليه أنه إذا أخطأ الحداد فقطع اليسرى

مكان اليمنى لم يضمن وكان مستوفيا للحد حتى لا يضمن السارق المسروق واستيفاء الحد من

غير محله لا يتحقق فتبين ان اليسرى محل إلا أنه لا يصار إليها في المرة الثانية مراعاة للترتيب

المشروع وكان المعنى في شرع هذا الترتيب أن يكون الحد زاجرا له بالتنقيص له من بطشه

ومشيه فإن لم يحصل الانزجار به فالزجر بالتفويت يتحقق به الانزجار (وحجتنا) فيه قراءة ابن

مسعود رضي الله عنه فاقطعوا ايمانها قال إبراهيم النخعي ان من قراءتنا والسارقون والسارقات

فاقطعوا ايمانها وهذه القراءة من القراءة المشهورة بمنزلة المقيد من المطلق فيصير كأنه قال

فاقطعوا ايمانها من الأيدي فلا يتناول الرجل أصلا ولا يتناول اليسرى والدليل عليه أنه في

المرة الثانية لا تقطع يده اليسرى ومع بقاء المنصوص لا يجوز العدول إلى غيره فلو كان النص

متناولا لليد اليسرى لم يجز قطع الرجل مع بقاء اليد والأيدي وان ذكرت بلفظ الجمع فالأصل

ان ما يوجد من خلق الانسان تذكر تثنيته بعبارة الجمع قال الله سبحانه وتعالى فقد

صفت
قلوبكما يقال ملأت بطونهما ولان الجمع المضاف إلى الجماعة يتناول الفرد من كل
واحد يقال
ركب القوم دوابهم فيصير معني الآية فاقطعوا يدا من كل سارق وسارقة وكان ينبغي
باعتبار هذا الظاهر أن لا يقطع الرجل اليسرى منهما ولكن ثبت ذلك بدليل الاجماع
ولا
يجوز الاعتماد على الآثار المروية فقد قال الطحاوي تتبعنا هذا الآثار فلم نجد لشيء
منها أصلا ثم يحتمل انه كان هذا في الابتداء فقد كان في الحدود تغليظا في الابتداء
ألا
ترى أنه قطع الأيدي والأرجل من العرنيين وسمل أعينهم ثم انتسخ ذلك باستقرار
الحدود
وقيل كان ذلك الرجل مرتدا على ما قال جابر رضي الله عنه في حديثه أتى رسول الله
صلى

الله عليه وسلم بسارق فقال اقتلوه فليل إنما سرق يا رسول الله اقطعوه ثم ذكر هكذا في كل مرة إلى أن قال في المرة الخامسة ألم أقل لكم اقتلوه فقد عرف رسول الله صلى الله

عليه وسلم بطريق الوحي وجوب القتل عليه ولما خاف أن يظن ظان أن موجب السرقة القتل أمر بقطعه حتى تبين لهم ذلك في المرة الخامسة فأمر بقتله فلما كان مستوجبا للقتل

يباح قطع الأعضاء منه وقد بينا أن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في هذه المسألة اختلفا

ظاهرا واختلفا فهم يورث شبهة ثم أخذنا بقول علي رضي الله عنه لأنه حاجهم بالمعنى حيث

قال إني لأستحيي من الله أن لا أدع له يدا يبطش بها ورجلا يمشي عليها وفي هذا بيان أن القطع إنما شرع زاجرا لا متلفا وفي استيفاء الأعضاء الأربعة اتلاف حكما أو شبهة الاتلاف والشبهة تعمل عمل اتلاف فيما يندرى بالشبهات وبيان الوصف أن الامام مأمور بالتحرز عن الاتلاف عند إقامة الحد بحسب الامكان ألا تري أنه لا يقيم في الحر الشديد والبرد الشديد ولا في حالة المرض كيلا يؤدي إلى الاتلاف وانه مأمور بالحسم بعد القطع كيلا يؤدي إلى الاتلاف وأنه يقطع في المرة الثانية الرجل اليسرى واليد إلى اليد أقرب ألا تري أن في باب الطهارة لا يتحول إلى الرجل الا بعد الفراغ من اليدين وإنما شرع الترتيب هكذا للتحرز عن الاتلاف الحكمي فدل أنه شرع زاجرا لا متلفا وفي قطع الأعضاء الأربعة اتلاف للشخص حكما فان فيه تفويت منفعة الجنس على الكمال وبقاء الشخص حكما ببقاء منفعة فلماذا يتعلق بقطع اليدين من العبد

كل قيمة النفس ولهذا لا يجوز اعتاق مقطوع اليدين في الكفارة فعرفنا أنه استهلاك حكما

وفيه شبهة الاتلاف والشبهة كالحقيقة فيما يندرى بالشبهات وهذا بخلاف القصاص فالمستحق

هناك اعتبار المساواة دون التحرز عن الاتلاف الا تري ان الاتلاف الحقيقي يستحق به إذا كان المساواة فيه بخلاف ما نحن فيه فاما الحداد إنما لا يضمن إذا قطع اليسرى لأنه عوضه

من جنس ما فوت عليه ما هو خير له منه والاتلاف بعوض لا يكون سببا لوجوب الضمان

وإنما أسقطنا ضمان المسروق لتحقيق معنى التعويض ولان الحداد مجتهد فاعتمد ظاهر النص

فيما صنع فنقد اجتهاده ولم يكن ضامنا وهذا هو الجواب عما قاله انه إذا كان مقطوع

اليد
اليسرى في الابتداء عندكم لا تقطع يده اليمنى قلنا اليد اليمنى محل بالنص ولكن
للاستيفاء
شرط وهو أن لا يكون على وجه يفوت منفعة الجنس وقد انعدم هذا الشرط إذا كان

مقطوع اليد اليسرى فلانعدام الشرط لا تقطع اليمنى في هذه الحالة كما إذا كان مريضا لا تقطع يده اليمنى مع وجود المحل لانعدام الشرط فربما ينضم ألم القطع إلى ألم المرض فيؤدى

إلى الاتلاف وكذلك في الحر الشديد والبرد الشديد فهذا مثله (قال) وان شهد شاهدان على رجل بالسرقة فقطعت يده ثم أتيا بانسان آخر وقالا هذا السارق الذي شهدنا عليه ولكننا أخطأنا بذلك لم تجز شهادتهما على هذا وضمنا دية يد الأول هكذا روى عن علي

رضي الله عنه أنه أتى برجل شهد عليه رجلا بالسرقة فقطع يده ثم أتيا بآخر فقالا وهمنا يا أمير المؤمنين إنما السارق هذا فقال لا أصدقكما على الثاني وأغرمكما دية اليد ولو

علمت أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما وبه يستدل الشافعي رحمه الله تعالى في وجوب القصاص على الشهود وقطع اليدين بيد واحدة ولكننا نقول إنما ذكر هذا اللفظ على سبيل؟

التهديد ولم يكن كذبا منه لأنه عقله بشرط لا سبيل إلى معرفته وقد صح عن علي رضي الله عنه

أن اليدين لا يقطعان بيد واحدة ذكره محمد في كتاب الرجوع والمعنى أنهما شهدا على أنفسهما بالغفلة وتناقص كلامهما في الشهادة على الثاني فقد رجعا عن الشهادة على الأول

فكانا ضامين لما استوفى بشهادتهما وإن لم يرجعا ولكنهما وجدا عبيد كانت دية اليد على

بيت المال لان هذا خطأ من الامام لما استوفاه لله تعالى فان رجعا عن شهادتهما بعد الحكم

بالسرقة قبل أن تقطع يده أو قالوا شككنا في شهادتنا درئ الحد ولكن السرقة تسلم للمشهود له لان رجوعهما بعد القضاء مبطل للقضاء فيما كان عقوبة لتمكن الشبهة أو فيما

كان حقا لله تعالى لان تمامه بالاستيفاء فأما فيما هو حق العبد فالشهادة تتأكد بنفس القضاء والرجوع لا يبطل حق المقضى له والمال حق المسروق منه ولهذا لا يبطل حقه برجوعهما بعد القضاء وإن لم يرجعا عند الحاكم ولكن شاهدين شهدا عليهما بالرجوع قبل القطع أو بعده فلا معتبر بهذه الشهادة وتقطع يد السارق لان الرجوع عن الشهادة معتبر بالشهادة والشهادة في غير مجلس الحكم لا توجب شيئا فكذلك الرجوع فإنما شهد هذين

على رجوع باطل (قال) وإذا شهد رجلا وامرأتان على رجل بسرقة مال لم يقطع وأخذ

بالمال وكذلك الشهادة على الشهادة لان في شهادة النساء ضرب شبهة من حيث إن
الغالب
عليهن الضلال والنسيان واليه أشار الله تعالى تبارك وتعالى في قوله ان تضل إحداهما
فتذكر
إحداهما الأخرى فلا يثبت بشهادتهما ما كان يندرى بالشبهات وهو السرقة الموجبة
للقطع

ولكن يثبت به أخذ المال لان الثابت به رد العين ووجوب الضمان وهو مما يثبت مع الشبهات

وكذلك في الشهادة على الشهادة ضرب شبهة من حيث إن الكلام إذا تداولته الألسن يتمكن فيه زيادة ونقصان (قال) وإذا شهد شاهدان على رجلين انهما سرقا من هذا الرجل

ألف درهم واحد الرجلين غائب قطع الحاضر وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الآخر

وهو قولهما وفي قوله الأول لا يقطع ذكر القولين بعد هذا في الاقرار إذا أقر أنه سرق مع

فلان الغائب لم يقطع في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى الأول وهو قول زفر رحمه الله

تعالى ويقطع المقر في قوله الآخر وهو قولهما وقد بينا نظيره في الحدود إذا أقر أنه زني بغائبة

وجه قوله الأول ان الغائب لو حضر ربما يدعي شبهة يدرأ بها القطع عن نفسه وعن الحاضر

فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وذا لا يجوز كقصاص مشترك بين حاضر وغائب لا يكون للحاضر ان يستوفيه حتى يحضر الغائب وجه قوله الآخر ان السرقة ظهرت على الحاضر

بالبينة أو بالاقرار فيستوفى الامام حقا لله تعالى وهذا لان السراق يحضرون وقل ما يحضرون

بل في العادة يهربون وبعضهم يوجد وبعضهم لا يوجد فلو لم يقطع الحاضر أدى إلى سد

باب هذا الحد وما من شبهة يدعيها الغائب الا والحاضر يتمكن من أن يدعى ذلك وقد بينا

أن بالشبهة التي يتوهم اعتراضها لا يمتنع الاستيفاء بخلاف القصاص فالشبهة هناك توهم عفو

موجود من الغائب في الحال فان جاء الغائب بعد ذلك لم يقطع بالشهادة الأولى حتى تعاد

تلك البينة عليه أو غيرها فيقطع حينئذ لان تلك البينة في حق الغائب قامت بغير محضر من

الخصم فان الحاضر لا ينتصب خصما عنه إما لان النيابة في الخصومة في الحد لا تجري أو لأنه

ليس من ضرورة ثبوت السرقة على الحاضر ثبوتها على الغائب فلهذا يشترط إعادة البينة

على
الغائب ليقطع (قال) وإن كان القاضي يعرف شهود الحدود والقصاص انهم أحرار
مسلمون
غير أنه لا يعرف عدالتهم ولا يطعن فيهم السارق حبسه حتى يسأل عنهم لأنه صار
متهما
بارتكاب الكبيرة فيحبس ولا تقطع يده قبل السؤال عن الشهود لأن هذا شيء لو وقع فيه
الغلط لا يمكن تداركه وتلافيه فعلى الحاكم أن يسأل عن الشهود صيانة لقضاء نفسه
طعن الخصم
فيه أو لم يطعن وهذا لأن الشبهة متمكنة في شهادتهم قبل التزكية ومع تمكن الشبهة لا
يقدم
على استيفاء ما يندرى بالشبهات فأما في غير الحدود والقصاص مما لا يندرى
بالشبهات
فالقاضي يقضى عند أبي حنيفة رحمه الله قبل أن يسأل عنهم إلا أن يطعن الخصم فيهم
أو

يستريب فيهم وعندهما لا يقضي ما لم يسأل عنهم على كل حال لأنه مأمور بالقضاء
بالشهادة
العادلة فما لم تظهر العدالة عنده لا يجوز له أن يقضى شرعا كما في الحدود وهذا لأنه
مأمور
بالتوقف في خبر الفاسق منهي عن العمل به وإنما ينتفي الفسق عنهم بالتزكية فما لم
يظهر ذلك
عنده بالسؤال لا يحل له أن يقضى لان قبل السؤال ثبوت عدالتهم بالظاهر
والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا لاثبات الاستحقاق به وأبو حنيفة رحمه الله تعالى
استدل
بقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض وهكذا روى عن عمر
رضي الله
عنه فيما كتب به إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه فقد عدل رسول الله صلى الله
عليه وسلم كل مسلم باسلامه فتعديل صاحب الشرع إياه لا يختلف عن تعديل المزكى
فيمكن
القاضي من القضاء إلا أن يطعن الخصم فهو أيضا معدل باسلامه على لسان صاحب
الشرع
فللتعارض احتاج الامام إلى السؤال ولهذا يتبين ان هذا ليس بقضاء بالظاهر بل بدليل
موجب له وهو اسلامه فالمسلم يكون منزجا عن ارتكاب ما يعتقد الحرمة فيه حتى
يظهر
خلافه ثم المستحق بشهادتهما مال إذا وقع فيه الغلط أمكن تداركه بالرد فلا يجب على
القاضي الاستقصاء فيه للقضاء بخلاف الحدود وبهذا تبين ان السؤال عن الشهود هناك
لحق المدعى وإنما يشتغل به عند طلبه فاما قبل الطلب لو اشتغل القاضي به كان ذلك
منه انشاء
لخصومة وهو مأمور بفصل الخصومة لا بانشائها فكان ذلك إعانة منه لاحد الخصمين
وهو
منهى عن ذلك (قال) وإذا شهد الشهود على رجل بحد هو خالص حق الله تعالى بعد
تقادم
العهد لم تقبل شهادتهم وقد بينا هذا في كتاب الحدود وذكرنا حد التقادم في حد الزنا
والسرقة فاما في شرب الخمر فكذلك الجواب عند محمد وعند أبي حنيفة وأبي
يوسف رحمهما
الله تعالى حد التقادم زوال رائحة الخمر حتى لا يقام عليه إذا شهدوا بعد زوال رائحة
الخمر أو
أقر هو بذلك فمحمد رحمه الله تعالى يقول هذا حد ظهر سببه عند الامام فلا يشترط

لا قامته
بقاء أثر الفعل كحد الزنا والسرقه وهذا لان وجود الرائحة لا يمكن ان يجعل دليلا فقد
يتكلف
لزوال الرائحة مع بقاء أثر الخمر في بطن الشارب وقد توجد رائحة الخمر من غير
الخمر فان
من استكثر من أكل السفرجل والتفاح يوجد منه رائحة الخمر قال القائل
يقولون لي انكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا
فكان هذا شاهد زور ألا ترى أنه لا يقام الحد لوجود الرائحة ما لم يشهد الشهود عليه
بالشرب

أو يقر به وهما احتجا بحديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه أتى؟ بشارب الخمر قال
مزمزوه
وترتروه واستنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فحدوه فقد شرط لإقامة الحد وجود
الرائحة
والمعنى فيه أن حد الخمر ضعيف من الوجه الذي بينا أنه لا نص فيه فلا يقام الا على
الوجه
الذي ورد الأثر به وإنما ورد الأثر بإقامة الحد على من كان الخمر في بطنه ولو وجود
الخمر في بطنه
علامة وهو وجود الرائحة منه فلا يقضي الا بظهور تلك العلامة كالمرأة إذا ادعت
الولادة
ما لم تشهد القابلة بذلك لا يقضي القاضي به ثم زوال رائحة الخمر بعد الشرب لا
يكون الا
بمضي زمان وقد بينا أنه لا نص في حق التقادم ففيما أمكن اعتبار التقادم لمعنى في
الفعل
كان المصير إليه أولى من المصير إلى غيره ووجود رائحة الخمر من غير الخمر نادر
ولا يكون
مستداما أيضا فلا يعتبر ذلك ولكن هذا إذا كان بحضرة الامام فأما إذا كانوا بالبعد منه
فجاؤوا
به بعد زوال الرائحة لبعد المسافة فالصحيح انه لا يمتنع استيفاء الحد بشهادتهم لأنه لم
يوجد
منهم تفريط وما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا ألا تري أن الامام إذا علم أن الشارب
تكلف
لإزالة الرائحة لا يمتنع من إقامة الحد عليه فهذا مثله (قال) وإذا قطعت يد السارق وقد
قطع الثوب قميصا ولم يخطه أو صبغه اسود أو باعه من رجل أو وهبه منه وهو بعيه في
يده
فإنه يرد على المسروق منه لان القطع نقصان وكذلك السواد في الثوب نقص والبيع
والهبة
من السارق باطل لأنه حصل في ملك الغير بغير أمر صاحبه فكما يكون للمسروق منه
أن
يأخذه إذا وجده في يد السارق فكذلك إذا وجده في يد المشتري منه فإن كان خاط
الثوب
فلا سبيل للمسروق منه عليه لما اتصل بالثوب من وصف متقوم هو حق السارق ألا
تري

أن الغاصب لو قطع الثوب وخاطه لم يتمكن المغصوب منه من أخذ الثوب منه بعد ذلك فهذا مثله إلا أن هناك يكون الغاصب ضامنا للثوب بمنزلة ما لو أتلفه أو أتلف في يده وههنا لا يكون ضامنا لأنه لو تلف في يده أو أتلفه بعد القطع لا يضمن فكذلك إذا احتبس عنده بما اتصل به من الوصف حقا له فأما إذا صبغه أحمر أو أصفر فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ينقطع حق المسروق منه في الاسترداد وعند محمد رحمه الله لا ينقطع ولكنه يأخذ الثوب ويعطى السارق ما زاد الصبغ فيه لان عين الثوب قائم بعد الصبغ ومن وجد عين ماله فهو أحق به بالنص ثم الصبغ لو حصل من الغاصب لم ينقطع به حق المغصوب منه في الاسترداد فكذلك من السارق إلا أن ما اتصل به من الصبغ مال متقوم من الصباغ

وهو وصف والثوب أصل والوصف تبع للأصل فكان لصاحب الأصل أن يأخذه فيعطيه ما زاد الصبغ فيه كما في الغاصب ولو أراد أن يسلم له الثوب ويضمنه قيمة ثوبه أبيض لم يكن له ذلك بخلاف الغصب لان عند تسليم الثوب له يجعله في حكم المستهلك ولو استهلك المغصوب حقيقة كان ضامنا له ولو استهلك المسروق حقيقة لم يكن ضامنا فباعترار هذا

المعنى يقع الفرق بينهما في هذا الجانب فأما عند اختيار الاخذ فلا فرق بين الغاصب والسارق ومن حيث أن كل واحد منها جان وان مراعاة حقه بأداء قيمة الصبغ إليه ممكن فلا ضرورة في قطع حق صاحب الثوب عن الثوب وجه قولهما أن الوصف الذي اتصل بالثوب متقوم حقا للسارق فينقطع به حق المسروق منه في الاسترداد كالخياطة وهذا لان هذا حق ضعيف له مقصور على العين ألا تري أنه لا يتعدى إلى بدل العين عند

الاستهلاك ومثل هذا الحق يبطل بالصبغ كحق الواهب في الرجوع وترجيح الأصل عند مساواة الحقين في القوة فأما الضعيف لا يظهر في مقابلة القوى بخلاف الغاصب فان حق

المغصوب منه قوى يسري إلى بدل العين فيستقيم الترجيح هناك باعتبار الأصل والتبع واستدل أبو يوسف رحمه الله تعالى في الأمالي بحرف آخر فقال لو بقي الثوب على ملك

المسروق منه بعد الصبغ تعذر استيفاء القطع من السارق لأنه يصير شريكا في العين بملكه

في الصبغ واقتران الشركة بالسرقة يمنع وجوب القطع فاعتراضها بعد السرقة يمنع الاستيفاء

وبالإجماع يستوفى القطع من السارق فعرفنا أنه لم يبق حق المسروق منه في الثوب (فان

قيل) هذا فاسد فإنه إذا جعل السارق متملكا للثوب يمنع استيفاء القطع منه أيضا (قلنا) نعم ولكن يجعل الثوب في حكم المستهلك فإنما يقطع بسرقة ما قد صار مستهلكا لا باعتبار

ما هو مملوك له في الحال كما إذا خاط الثوب فأما مع بقاء حق الاخذ له لا يمكن جعله

مستهلكا فيتقرر معنى الشركة وعلى هذا الطريق نقول لو صبغه بعدما قطعت يده لا يتعذر على

المسروق منه الاسترداد لأنه لا تأثير للشركة بعد استيفاء القطع والدليل على اعتبار معني

الشركة أن في المغصوب لو اختار المغصوب منه بيع الثوب استقام ذلك وضرب
صاحب
الثوب في الثمن بقيمة الثوب أبيض والآخر بقيمة الصبغ وهذا لا يكون الا بعد ثبوت
الشركة بينهما في المبيع وعلى هذا الخلاف لو كان المغصوب سويقاً قلته بسمن لان
السمن
زيادة في السوق من غير أن يكون مبدلاً للعين حتى لا ينقطع به حق المغصوب منه فهو

كالصبغ في الثوب في جميع ما ذكرنا وإن كان المسروق دراهم فسبكها أو صاغها قلنا كان للمسروق منه أن يأخذها لان الصنعة بانفرادها لا تتقوم في الذهب والفضة فلا تثبت

الشركة باعتبارها بينهما وقد ذكر الخلاف في الجامع الصغير في الغصب أنه عند أبي حنيفة

رحمه الله لا ينقطع به حق المغصوب منه عن استرداد العين وعندهما ينقطع فكذلك في السرقة والأصح أنه على ذلك الخلاف ومنهم من يفرق لأبي يوسف رحمه الله تعالى فيقول هناك

لو اعتبرنا حق الغاصب في الصنعة لم يطل به حق المغصوب منه أصلا ولكنه يضمنه مثل

المغصوب وههنا لو اعتبرنا ذلك بطل به حق المسروق منه لأنه لا يتمكن من تضمين السارق

والعين متقوم من كل وجه والصنعة تتقوم تبعا للأصل وان كانت لا تتقوم منفردة عن الأصل فكان ابقاء حق المسروق منه في العين أولى فإن كانت السرقة صفرا فجعلها قمقمة أو

حديدا فجعله درعا لم يأخذه لان للصنعة قيمة في هذه الأعيان ولهذا يخرج بالصنعة من أن يكون مال الربا فلا بد من اعتبارها حقا للسارق ثم هذه الصنعة لو وجدت من الغاصب

انقطع بها حق المغصوب منه عن استرداد العين فكذلك إذا وجدت من السارق وكذلك كل شئ من العروض وغيرها إذا كان قد غيره عن حاله فإن كان التغيير بالنقصان فللمسروق منه أن يأخذ كما للمغصوب منه الا ان المغصوب منه يضمن الغاصب النقصان

والمسروق منه لا يضمنه النقصان اعتبارا بالاتلاف الجزء باتلاف الكل وإن كان التغيير زيادة

فيه فإن كان على وجه لو حصل من الغاصب لا يتمكن المغصوب منه من أخذ العين بعد ذلك

فكذلك المسروق منه لا يتمكن من أخذه وإن كان على وجه لا يتعذر على المغصوب منه

استرداد العين فهو على الخلاف الذي بينا (قال) وان كانت السرقة شاة فولدت أخذهما جميعا المسروق منه لان الولد زيادة متولدة من العين وكما يتمكن من استرداد العين قبل

انفصال هذه الزيادة فكذلك بعدهما ألا ترى أن المغصوب منه يتمكن من الاسترداد بعد الولادة وان حق الواهب لا ينقطع في الرجوع بالولادة وهذا بخلاف السمن والصبغ

فالزيادة هناك في ملك السارق يثبت باعتبارها معنى الشركة وههنا الزيادة في ملك
المسروق
منه فلا يثبت باعتبارها للسارق شركة (قال) وإذا قطع في صوف أو كتان أو قطن فرده
على صاحبه فصنع منه ثوبا ثم سرقه فعليه القطع لأن العين تتبدل بالصنعة والثوب في
حكم
الحادث بالنسج ألا ترى أنه لو وجد هذا من الغاصب كان الثوب مملوكا له فسرقته
لذلك بعد

صنعته بمنزلة سرقة مالا آخر (قال) فإن كان السارق أشل اليد اليمنى واليد اليسرى
صحيحة

قطعت اليمنى لان اليمنى لو كانت صحيحة وجب قطعها بسبب السرقة فإذا كانت
شلاء أولى
وهذا بخلاف ما إذا كانت يده اليسرى شلاء فإنه لا تقطع يده اليمنى لان شرط استيفاء
القطع

أن لا يكون مفوتا منفعة الجنس وفي قطع اليمنى إذا كانت اليسرى شلاء تفويت منفعة
البطش وإذا كانت اليسرى صحيحة فليس في قطع اليمنى تفويت منفعة البطش ولا
تقطع

الرجل اليسرى أيضا لان فيه تفويت منفعة المشي فان اليد اليسرى إذا كانت شلاء
فقطعت رجله اليسرى لا يمكنه المشي بعصى بخلاف ما إذا كانت يده اليسرى
صحيحة

(فان قيل) التفويت لا يكون باستيفاء اليد اليمنى بل بالشلل في اليسرى (قلنا) لا
كذلك فالحكم إذا كان ثابتا بعلة ذات وصفين يحال به على آخرهما وجودا وآخرهما
قطع اليد اليمنى ههنا فكان التفويت مضافا إليه وكذلك إذا كانت رجله اليمنى شلاء لم
تقطع يده اليمنى ولا رجله اليسرى لان فيه تفويت منفعة الجنس وهو المشي فإنه لا
يمكنه

المشي بعده بعصى فإن كانت رجله اليسرى شلاء قطعت يده اليمنى لأنه ليس فيه
تفويت فإنه يتمكن من المشي بعصى إذا كانت يده اليسرى صحيحة (قال) وإذا حبس
السارق ليسأل عن الشهود فقطع رجل يده اليمنى عمدا فعليه القصاص لان بمجرد
الشهادة قبل اتصال القضاء بها لا تسقط حرمة يده فالقاطع استوفى يدا متقومة من نفس
محترمة فعليه القصاص وقد بطل الحد عن السارق لفوات المحل وهو ضامن قيمة
المسروق

لان سقوط ذلك لضرورة استيفاء القطع حقا لله تعالى ولم يوجد ذلك وكذلك إذا كان
قطع يده اليسرى لأنه يتعذر استيفاء الحد بعده لما فيه من تفويت منفعة البطش (قال)
فان حكم عليه بالقطع في السرقة فقطع رجل يده اليمنى من غير اذن الامام فلا شيء عليه
لأنه سقطت قيمة يده بقضاء الامام عليه بالقطع فالقاطع استوفى يدا لا قيمة لها فلم يكن
ضامنا ولكن الامام يؤدبه على ذلك لأنه أساء الأدب حين قطعه قبل أن يأمر الامام به
وان أمر القاضي الحداد بقطع يده اليمنى فأخطأ وقطع يده اليسرى فهو ضامن في
القياس

لان بالقضاء بالقطع في اليد اليمنى لم تخرج اليد اليسرى من أن تكون محترمة متقومة
فقطعتها

خطأ قبل القضاء وبعده سواء وفي الاستحسان لا شيء عليه لان فعله حصل في موضع

الاجتهاد فان المنصوص عليه قطع اليد من السارق وقد قطع اليد واجتهد وان أخطأ فلا

(١٧٥)

ضمان عليه إذا كان فعله في موضع الاجتهاد يوضحه انه وان فوت عليه اليسرى فقد
عوض
اليمنى لأنه لا تقطع يده اليمنى بعد هذا وما عوضه من جنس ما فوت عليه فهو خير له
مما
فوت عليه لان منفعة البطش في اليد اليمنى أظهر والاتلاف بعوض لا يوجب الضمان
وان
تعتمد ذلك فإن كان السارق أخرج يده اليسرى فقال اقطعها فلا ضمان عليه بالاتفاق
لأنه
قطعها باذن صاحب اليد ألا تري أن من قطع يد الغير بإذنه من غير أن يكون قطعه
مستحقا
بالسرقة لم يكن ضامنا شيئا فهذا أولي وإن لم يكن أمره فأبو يوسف ومحمد رحمهما
الله
تعالى أخذوا بالقياس ههنا وقالوا يضمن الحداد لأنه جان فيما صنع متعدد فيكون ضامنا
كما
لو قطع رجله أو أنفه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى أخذ بالاستحسان لما بينا أن الحداد
مجتهد
وفعله حصل في موضع الاجتهاد بخلاف ما لو قطع رجله أو أنفه ولأنه عوضه من
جنس
ما فوت عليه ما هو خير منه والاتلاف بعوض لا يوجب الضمان على المتعدى
كالشهود
إذا شهدوا عليه ببيع مال بمثل قيمته فأما إذا قطع أنفه فلم يعوضه مما أتلّف عليه شيئا
لان
القطع في اليد لا يسقط عنه بذلك وان قطع رجله اليسرى فلم يعوضه شيئا لان القطع
لا يسقط عنه بهذا وان قطع رجله اليمنى فلم يعوضه من جنس ما فوت عليه لان منفعة
البطش
ليست من جنس منفعة المشي (قال) وإذا حكم عليه بالقطع بشهود في السرقة ثم
انفلت
ولم يكن حكم عليه حتى أنفلت فأخذ بعد زمان لم يقطع لما بينا أن حد السرقة لا
يقام؟ بحجة
البينة بعد تقادم العهد والعارض في الحدود بعد القضاء قبل الاستيفاء كالعارض قبل
القضاء
وان اتبعه الشرط وأخذوه من ساعته قطعت يده لان مجرد الهرب ليس بمسقط للحد
عنه ولأنه لم يتمكن ههنا تهمة التهاون والتقصير في الطلب من أحد (قال) وإذا ردت

السرقه إلى صاحبها قبل أن يرفع السارق إلى الامام رفع إليه لم يقطع لان توبته قد تحققت برد المال وقد نص الله تعالى في السرقه الكبرى على سقوط الحد بالتوبه قبل قدرة الامام عليه ففي الصغرى أولى ولان الامام لا يتمكن من إقامة الحد عليه الا بعد ظهور

السرقه عنده ولا تظهر إذا رد المال قبل أن يرفع إليه لان السرقه لا تظهر عنده الا بالخصومه

في المال ولا خصومه بعد استرداد المال ولأنا قد بينا أن الخصومه شرط وانعدام الشرط قبل القضاء يمنع القاضي من القضاء بالقطع وإذا كانت إصبعان من اليسرى مقطوعة لم تقطع

يده اليمنى في السرقه لان قطع الإصبعين ينقص من البطش باليد اليسرى أو يفوت بمنزلة

الشلل فقطع اليد اليمنى بعد ذلك يكون تفويتا لمنفعة الجنس وكذلك أن كانت الابهام
وحدها مقطوعة لان منفعة البطش منها تفوت بقطعها كما تفوت بالشلل وإذا كانت
أصبع
واحدة سواها مقطوعة قطعت اليد اليمنى لان قطع الإصبع الواحدة سوي الابهام لا
يفوت
منفعة البطش من اليسري فقطع اليد اليمنى في هذه الحالة لا يفوت عليه منفعة البطش
وان
كانت رجله اليمني مقطوعة الأصابع فإن كأن لا يستطيع القيام والمشي عليها قطعت
يده وان
كأن لا يستطيع أن يمشي عليها لم تقطع وكذلك أن كان المقطوع من رجله اليسرى
إصبعين
لان فيه تفويت منفعة المشي عليه (قال) وكل شئ درأت فيه الحد ضمنته السرقة ان
كانت
مستهلكة وإذا قطعت لم أضمنه وان كانت قائمة رددتها لبقاء الملك فيها لصاحبها
(قال)
وإذا سرق سرقات لم يقطع بها الا يد واحدة لان مبني الحدود على التداخل ومعنى
الزجر يتم
بقطع يد واحدة فان حضروا جميعا قطعت يده بخصومتهم ولم يضمن شيئا من
السرقات
المستهلكة لان في حق كل واحد منهم قد استوفى الحد بخصومته بعدما ظهرت
السرقة
فكأنه ليس معه غيره وان حضر أحدهم قطعت يده بخصومته على قول أبي حنيفة رحمه
الله
تعالى ولا يضمن شيئا من سرقاته المستهلكة وعندهما هو ضامن للسرقات كلها الا
السرقة التي
قطعت يده بالخصومة فيها وذكر ابن سماعة رحمه الله تعالى في نوادره هذا الخلاف
على
عكس هذا وما ذكره في الأصل أصح وجه قولهما ان الاخذ الموجب للضمان متقرر
في
حق كل واحد منهم حتى لو سقط الحد بشبهة كان ضامنا لكل واحد منهم ماله فإنما
سقط
الضمان لضرورة استيفاء القطع حقا لله تعالى وإنما وجد ذلك في حق الذي خاصم
خاصة

لان القطع في سرقة دون غيره من السرقات فان الشرط الخصومة المظهرة للسرقة ولم
يوجد
ذلك في حق الباقي لان الحاضر ليس بخصم عنهم ولأنه ما خصم الا في سرقة
فيجعل في
حقهم كأنه تعذر إقامة الحد للشبهة فبقي الضمان واجبا لهم وأبو حنيفة رحمه الله
تعالى يقول في
حق السارق حضور أحدهم كحضورهم فإنه لا يقطع به الأيد واحدة في الأحوال كلها
وكما
لا يضمن شيئا لو حضروا فكذلك إذا حضر بعضهم وهذا لان الحد هو المستحق عليه
بكل
شيء سرقة والمقام عليه حد واحد بالاتفاق فيكون مسقطا ضمان السرقات كلها ألا ترى
أنه لو
أقر بالسرقة والمسروق منه غائب فاجتهد الامام وقطع يده لم يضمن للمسروق منه شيئا
وان
حضر فصدقه (قال) وان شهد شاهد أنه نقب بيت هذا وأخرج منه كارة لا يدرى

ما فيها لم يقطع لان المشهود به مجهول وشرائط وجوب الحد بمثل هذه الشهادة المجهولة لا تثبت ولم يشهدوا للمسروق منه بالملك في شئ أيضا فالمنخرج من بيته قد يكون ماله وقد يكون مال لمنخرج وان قالوا نشهد أنه سرق منه هذا المتاع فإذا هو ثياب مختلفة تساوى مالا عظيما قطع

لأنهم شهدوا بفعل السرقة في معلوم فان الاعلام بالإشارة إلى العين أبلغ من الاعلام بالتسمية ولان الشاهد لا يتمكن عند تحمل الشهادة من أن يقتص ما سرقه ليتأمل كل ثوب منه ولا يكلف أداء الشهادة بما ليس في وسعه (قال) وإن كان للشارق دين على المسروق منه لم يبطل القطع عنه بخلاف ما يقوله بعض الناس أن قيام الدين عليه له سبب

لاستحقاق ماله ألا ترى أن مال المديون لا يكون نصاب الزكاة بطريق انه كالمستحق لصاحب الدين بدينه وسبب الاستحقاق يورث شبهة في درء الحد عنه ولكننا نقول محل

الدين الذمة ولا تعلق له بالمال خصوصا في حال صحة المديون حتى يملك التصرف في ماله كيف شاء ومع من شاء ببدل وبغير بدل وإنما تعلق الدين بالمال من حيث أن قضاء الدين

يكون به فأما قبل القضاء فلا حق لصاحب الدين في مال المديون إلا أنه إذا كان الدين من

جنس ما أخذه كان فعله استيفاء ولصاحب الدين أن يستوفى جنس حقه إذا ظفر به فلا يلزمه القطع لذلك فأما إذا كان من خلاف جنس حقه ففعله ليس باستيفاء ولكنه سرقة موجبة للحد عليه فان قال إنما أردت أن أخذه رهنا بحقي أو قضاء لحقي درى عنه الحد لشبهة

اختلاف العلماء رحمهم الله تعالى فان ابن أبي ليلى رحمه الله كأن يقول وان ظفر بخلاف جنس

حقه كان له أخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية ومن العلماء من يقول يأخذه رهنا بحقه

والاختلاف المعتبر يمكن شبهة وهذا لان فعله كان في موضع الاجتهاد لا ينفك عن شبهة

وإن كان هو مخطئا في ذلك التأويل عندنا (قال) وان سرق الحربي المستأمن في دار الاسلام

لم يقطع وهو ضامن الا على قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمه الله تعالى فإنهما

يقولان
يقطع ولا ضمان عليه وقد بينا نظيره في كتاب الحدود (قال) وإذا أشكل على الامام
قيمة
المسروق واختلف أهل العلم فقال بعضهم قيمتها عشرة دراهم وقال بعضهم أدنى لم
يقطع لان
كمال النصاب شرط يراعى وجوده حقيقة وذلك ينعدم عند اختلاف المقومين فيه وقد
بيننا
حديث عمر حين قضى بالقطع على السارق فقال عثمان رضي الله عنه سرقته لا
تساوي
الا ثمانية دراهم فدرأ القطع عنه (قال) وإن كان أراها واحدا منهم فقال هي تساوي
عشرة

دراهم لم يقطعها حتى يريها لآخر منهم لان الحجة الحكيمة لا تتم بقول واحد وشرط
القطع
يعتبر ثبوته بالحجة الحكيمة فلهذا لا يكتفي بقول الواحد حتى يراها غيره فان اجتمع
اثنان
على ذلك ولم يرها أحد بعد ذلك قطعه لان سبب الحد يثبت بشهادة اثنين فكذلك
شرطه
يثبت بقولهما في الحكم فيستوفى القطع إلا أن يقول آخر لا يساوي ذلك فحينئذ
للمعارضة
تتمكن الشبهة كما لو أقر بالسرقة ثم رجع (قال) فان سرق دينارا أو مثقال ذهب لا
يساوي
عشرة دراهم لم يقطع لقيام الدليل على أن نصاب السرقة يتقدر بعشرة دراهم وغير
المنصوص
يقام مقام المنصوص عليه باعتبار القيمة فإذا لم تبلغ قيمته نصابا لم يتم شرط القطع ولا
يقال
الدينار كان مقوما بعشرة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لان ذلك شئ
يختلف
باختلاف الأوقات والأمكنة في قلة الوجود وكثرة الوجود وليس هذا الحكم شرعيا
ليصار
في معرفته إلى ما كان في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم (قال) ولو شهدوا ان
هذا
سرق ولم يعرفوا اسمه قطع ولو يضرهم أن كانوا لا يعرفون اسمه لأنهم عرفوه بالإشارة
إليه
فهو أبلغ من ذكر الاسم والنسبة ولأنه إنما يحتاج إلى ذكر الاسم والنسبة لتعريف
الغائب
به وهو حاضر فلا يقدح في شهادتهم أن لا يعرفوا اسمه (قال) وان قال السارق
صاحب
البيت اذن لي في دخولي أو قال كنت ضيفا عنه درى عنه القطع لأنه لو ثبت ما ادعاه
لم يكن
فعله موجبا للقطع فبمجرد دعواه تتمكن الشبهة كما لو ادعى ملك العين لنفسه وهذا
لأنه إذا
آل الامر إلى الخصومة والاستحلاف فلا يستحسن إقامة القطع معه (قال) وإن كان
القوم
في دار واحدة كل رجل في مقصورة وباب عليه مغلق دون مقصورة صاحبه فنقب

رجل
منهم على صاحبه فسرق منه قال لا يقطع إلا أن تكون دارا عظيمة فيقطع وقد بينا ان
الدار
العظيمة كالمحلة فكل مقصورة منها حرز على حدة ومن يسكن بعض المقاصير يتم منه
فعل
السرقه في مقصورة صاحبه فاما إذا كانت دارا صغيرة فبيوت هذه الدار كلها حرز
واحد
وإن كان يغلق على كل بيت منها باب فمن يسكن بعض هذه البيوت فهو متمكن من
الدخول
في الحرز شرعا فيصير ذلك شبهة في درء العقوبة عنه ولهذا قلنا في الدار الصغيرة لو
أخذ مع
المتاع في صحن الدار لا يقطع ما لم يخرجه إلى السكة بخلاف الدار العظيمة فان
السارق إذا أخذ من
مقصورة منها إذا أخذ في صحن الدار يقطع (قال) وإذا أجز الرجل منزله من رجل وهو
في منزل آخر فسرق المؤاجر من المستأجر متاعه من ذلك الموضع قطع في قول أبي
حنيفة رحمه الله

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا قطع لقيام ملكه في الحرز ووجوب
القطع
باعتبار هتك الحرز وأخذ المال ثم لو سرق العين الذي أجره من المستأجر لم يقطع
لقيام ملكه
في العين فكذلك إذا سرق من البيت الذي أجره وهذا لان له نوع تأويل في الدخول
لينظر
هل استرم شئ منه فيرم ذلك أهل حرب المستأجر شيئاً منه فيمنعه من ذلك وأبو حنيفة
رحمه الله يقول سرق ملك الغير من حرز صاحب الملك فيلزمه القطع كما لو باع
منزله ثم سرق
منه متاع المشتري وهذا لان الحرز ليس بعبارة عن عين الجدار ولكنه عبارة عن
التحفظ
بها وذلك صار للمستأجر خالصاً لاحقاً للأجر فيه في مدة الإجازة بخلاف المال الذي
أجره
لان وجوب القطع باعتبار العين والعين باق على ملكه والدليل عليه انه لو حدث الملك
للسارق
في المال بعد تمام فعل السرقة يسقط القطع عنه ولو حدث له الملك في الحرز لم
يسقط القطع
عنه فكذلك إذا اقترن بالسبب ولم يذكر في الكتاب أن المستأجر إذا سرق متاع الآجر
من منزله ففي بعض النواذر ذكر أنه على الخلاف أيضاً والأصح أنه إذ؟ كان المنزل
المؤاجر
حرزا على حدة والمنزل الذي يسكنه المؤاجر حرزا على حدة فإنه يلزمه القطع عندهم
لأنه
لا تأويل للمستأجر في منزل المؤاجر ولا شبهة وقد ذكر الخلاف في بعض نسخ الأصل
وتأويل ذلك فيما إذا كانت صغيرة أجر منزلاً منها من انسان حتى يكون الكل في حكم
حرز
واحد فحينئذ لا يلزمه القطع عندهما ولكن إذا كان التأويل هذا فكذلك ينبغي على قول
أبي حنيفة
رحمه الله كما لو باع منزلاً منها من انسان فهذا فصل مشتبه ولكن الجواب الصحيح
فيه
ما بينا ثم ذكر في الأصل ما يقطع فيه ومالا يقطع من الأعيان وذكر في الجملة أنه
يقطع
في الحناء والوسمة وقد ذكر قبل هذا أنه لا يقطع فيهما فتأويل ما ذكر قبل هذا في
الرتب

منه قبل أن يحزره صاحبه احرازا تاما وتأويل ما ذكر ههنا في اليابس منه فهو نظير
الثمار
لا يقطع في الرطب ويقطع في الفواكه اليابسة الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله
تعالى
قال مالا يقطع في رطبه لا يقطع في يابسه لأن العين على حاله بعد اليبس فيصير ذلك
شبهة
وقد بينا أنه يقطع في اللؤلؤ والياقوت والزمرد والفيروزج الا في رواية عن محمد رحمه
الله
تعالى فإنه يقول هذا من الأحجار ولا قطع في الحجر ولكننا نقول إنما لا يقطع في
الحجر لمعنى
التفاهة وما يكون من أعز الأموال يرغب فيه من يتمكن منه لا يكون تافها (قال) ولا
يقطع في الزجاج أما جوهر الزجاج فلانه يوجد مباح الأصل بصورته في دار الاسلام
غير

مرغوب فيه فأما المعمول منه فمن أصحابنا رحمهم الله تعالى من يقول يجب فيه القطع بمنزلة

المعمول من الخشب لان هذا لا يوجد بصورته مباحا والأصل فيه أنه لا يجب لان هذا مما

يتسارع إليه الكسر فهو في معنى ما يتسارع إليه الفساد ولان الصنعة فيه لا تغلب على الأصل

عادة وعلى هذا الأصل قال لا يقطع في البواري والقصب لان القصب يوجد مباح الأصل

غير مرغوب فيه ثم الصنعة لا تغلب على الأصل من حيث أنه لا يتضاعف قيمته بالصنعة ويكون نافها بعد الصنعة في الاستعمال والبسط في المواضع المحرزة وغير المحرزة بخلاف

المعمول من الخشب فالصنعة هناك تغلب على الأصل ألا ترى أن القيمة تزداد بالصنعة أضعافا وذكر أن في العاج يجب القطع وكذلك في الأبنوس لان هذا مما لا يوجد مباح الأصل في دار الاسلام ولأنه لا يكون نافها فان من يتمكن من أخذه لا يتركه عادة وعلى

هذا يجب القطع في الصندل والعنبر وما أشبهه لأنه لا يوجد مباح الأصل في دار الاسلام

غير مرغوب فيه وإنما يوجد ذلك في دار الحرب وذلك لا يمكن شبهة في الأموال لان الأموال

كلها في دار الحرب على الإباحة (قال) وإذا شهد شاهدان أنه سرق من هذا العبد كذا وكذا يقطع وكذلك السارق من أهل الذمة ومن مال اليتيم لأنه لا تأويل له في مال هؤلاء

ولا شبهة والسرقه تظهر بخصومة العبد والذمي ووصى اليتيم عند الامام بلا شبهة (قال) ولا

يقطع السارق من مال الحربي المستأمن عندنا استحسانا وفي القياس يقطع وهو قول زفر

رحمه الله لان ماله محرز بدارنا فإنه معصوم كمال الذمي وجه الاستحسان أن العصمة بالاحراز

بالدار واحراز المستأمن لا يتم ألا ترى أن احراز المال تبع لاحراز النفس ولا يتم احراز نفسه

بدار الاسلام حتى يتمكن من الرجوع إلى دار الحرب فكذلك لا يتم احراز ماله ولأنه بقي

حربيا حكما حتى يبقى النكاح بينه وبين زوجته في دار الحرب ومال الحربي مباح

الاحذ إلا أن
ه يتأخر إباحة الاحذ بسبب الأمان إلى أن يرجع إلى دار الحرب فيصير ذلك شبهة في
اسقاط القطع عن السارق بخلاف الذمي فإنه يتم احراز نفسه بعقد الذمة ويخرج به من
أن
يكون حربيا من كل وجه (قال) رجل من أهل العدل أغار في عسكر أهل البغي ليلا
فسرق
من رجل منهم مالا فجاء به إلى الإمام العدل قال لا يقطعه لأن لأهل العدل أن يأخذوا
أموال
أهل البغي علي أي وجه يقدر على ذلك ويمسكوه إلى أن يتوبوا أو يموتوا فيرد على
ورثتهم
فتمكن الشبهة في أخذه بهذا الطريق وكذلك لو أغار رجل من أهل البغي في عسكر
أهل

العدل لم يقطع أيضا لان أهل البغي يستحلون أموال أهل العدل وتأويلهم وإن كان فاسدا
فإذا انضم إليه المنعة كان بمنزلة التأويل الصحيح ألا ترى أنه لا يضمن الباغي ما أتلف
من
مال العادل بهذا الطريق فكذا لا يلزمه القطع (قال) ولو أن رجلا من أهل دار العدل
سرق مالا من آخر وهو ممن يشهد عليه بالكفر ويستحل ماله ودمه قطعه لان التأويل
ههنا
تجرد عن المنعة ولا معتبر بالتأويل بدون المنعة ولهذا لا يسقط الضمان به فكذلك
القطع
وهذا لأنه تحت حكم أهل العدل فيتمكن امام أهل العدل من استيفاء القطع منه بخلاف
الذي هو في عسكر أهل البغي فان يد امام أهل العدل لا تصل إليه فهذا افتراقا (قال)
وإذا
أقر السارق بالسرقة مرة واحدة قطعت يده وفي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
تعالى وقال
أبو يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى لا يقطع ما لم يقر مرتين وكذلك الخلاف
في
الاقرار بشرب الخمر وذكر بشر رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة رحمهما الله
تعالى
وحجتهم ما روى عن علي رضي الله عنه ان رجلا أقر بالسرقة عنده مرتين فقطع يده
وهذا
لأنه حد لله تعالى خالصا فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهادة كحد الزنا ولهذا روى
عن أبي
يوسف رحمه الله تعالى انه شرط اقرارين في مجلسين مختلفين وأبو حنيفة ومحمد
رحمهما الله
تعالى استدلا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أتى بسارق فقال أسرقت ما
أخاله
سرق فقال سرقت فأمر بقطعه ولم يشترط عدد الاقرار فيه ولان ما ثبت بشهادة شاهدين
من العقوبات يثبت باقرار واحد كالقصاص وقد بينا ان الزنا مخصوص من بين نظائره
وفي
الكتاب علل فقال لو لم أقطعه في المرة الأولى لم أقطعه في المرة الثانية لان المال صار
دينا
عليه بالاقرار الأول فهو بالاقرار الثاني يريد اسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون
متهما في ذلك وإن كان المال قائما بعينه رددته بعد الاقرار الأول قبل الاقرار الثاني

فكيف

يلزمه القطع بالاقرار بعد رد المال ألا ترى ان بالشهادة لا يلزمه القطع بعد رد المال
فبالاقرار

أولى وان رجع قبل أن يقطع درئ القطع لأنه ليس ههنا من يرد جحوده إذ القطع من
حق الله تعالى فيتحقق التعارض بين الخبرين فأما في حق المال لا يصح رجوعه لان
المسروق

منه يكذبه في الرجوع والمال حقه (قال) فان شهد شاهدان على اقراره وهو منكر أو
هو

ساكت لا يقر ولا ينكر لم أقطعه لان الاقرار غير ملزم إياه حتى يتمكن من الرجوع عنه
فلا يمكن اثباته بالبينة وسكوته كانكاره فان البينة لا تقبل الأعلى المنكر وانكاره بمنزلة

الرجوع أو أقوى منه ولكن عليه الضمان لان رجوعه في حق الضمان باطل فكذلك انكاره
(قال) وإذا أقر العبد بسرقة مال فهو على وجهين اما أن يكون مأذونا له أو محجورا عليه
وكل وجه على وجهين اما أن يكون المال مستهلكا أو قائما بعينه في يده فإن كان العبد مأذونا
أقر بسرقة مال مستهلك فعليه القطع في قول علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله تعالى لا قطع
عليه ولكن يضمن المال وإن كان المال قائما بعينه في يده تقطع يده ويرد المال على المسروق
منه عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى يرد المال ولا يقطع يده لان اقراره في حق المال يلاقي حقه
فإنه يلاقي كسبه أو ذمته وهو منفق الحجر عنه في ذلك فأما في حق القطع يلاقي نفسه والفك
بحكم الاذن لم يتناوله ألا ترى أنه لو أقر برقبته لإنسان كان اقراره باطلا فكذلك اقراره بما يوجب
استحقاق نفسه أو جزء منه يكون باطلا وجه قول علمائنا رحمهم الله تعالى ان وجوب الحد
باعتبار أنه آدمي مخاطب لا باعتبار أنه مال مملوك والعبد في هذا كالحر فاقراره فيما يرجع إلى استحقاق
الحر كاقرار الحر فلهذا لا يملك المولى الاقرار عليه بذلك وما لا يملك المولى على عبده فالعبد
فيه ينزل منزلة الحر كالطلاق يوضحه أنه لا تهمة في اقراره لان ما يلحقه من الضرر باستيفاء
العقوبة منه فوق ما يلحق المولى والاقرار حجة عند انتفاء التهمة عنه (قال) فإن كان العبد محجورا عليه فأقر بسرقة مستهلك قطعت يده الأعلى قول زفر رحمه الله تعالى
لان فيما كان العبد مبقى على أصل الحرية المأذون والمحجور عليه فيه سواء وان أقر بسرقة
مال قائم بعينه في يده فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى تقطع يده ويرد المال إلى المسروق منه وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى تقطع يده والمال للمولى وعند محمد
وزفر رحمهما الله تعالى لا تقطع يده والمال للمولى اما محمد رحمه الله تعالى يقول اقرار

المحجور عليه بالمال باطل لان كسبه ملك مولاه وما في يده كأنه في يد المولى ألا ترى أنه لو أقر فيه بالغصب لا يصح فكذلك بالسرقة وإذا لم يصح اقراره في حق المال بقي المال على ملك مولاه ولا يمكن أن يقطع في هذا المال لأنه ملك لمولاه ولا في مال آخر لأنه لم يقر بالسرقة فيه والمال أصل ألا ترى أن المسروق منه لو قال أبغي المال تسمع خصومته ولو قال أبغي القطع ولا أبغي المال لا تسمع خصومته وكذلك قد يثبت المال ولا يثبت القطع ولا يتصور أن يثبت القطع قبل أن يثبت المال فإذا لم يصح اقراره فيما هو الأصل لم يصح فيما ينبنى عليه أيضا وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول أقر بشيئين بالقطع والمال للمسروق منه

واقرارہ حجۃ فی حق القطع دون المال ما كان اقرارہ فیہ حجۃ لان أحد الحکمین
ینفصل عن الآخر ألا ترى أنه قد یثبت المال دون القطع وهو ما إذا شهد بہ رجل
وامرأتان

فکذلک یجوز أن یثبت القطع دون المال کما إذا أقر بسرقة مال مستهلك وهذا لأننا لا
نقبل

اقرارہ فی تعیین هذا المال فیبقى المسروق مستهلكا ویجوز أن تقطع یدہ وإن لم یقبل
اقرارہ

فی تعیین المال کالحر إذا قال الثوب الذي فی ید زید أنا سرقتہ من عمرو فقال زید هو
ثوبي

فإنہ تقطع ید المقر وإن لم یقبل اقرارہ فی ملک ذلك العین للمسروق منه وأبو حنیفة
رحمہ

اللہ تعالی یقول لا بد من قبول اقرارہ فی حق القطع لما بینا أنه فی ذلك مبقى علی أصل
الحرية ولان القطع هو الأصل ألا ترى أن القاضي یقضى بالقطع إذا ثبتت السرقة عنده
بالبينة ثم من ضرورة وجوب القطع علیہ کون المال مملوكا لغير مولاه لاستحالة أن
یقطع العبد فی مال هو مملوك لمولاه وبثبوت الشئ یثبت ما كان من ضرورته کما لو
باع أحد

ولدی التوأم فأعتقه المشتري ثم ادعی البائع نسب الذي عنده یثبت نسب الآخر منه
ویبطل عتق المشتري فیہ للضرورة فهذا مثله بخلاف الحر فان المال هناك لغير السارق
وهو ذو الید ولا یستحیل أن یقطع فی مال الغير فأما ههنا یستحیل أن یقطع العبد فی
مال

هو مملوك لمولاه فوزان هذا من ذاك أنه لو أقر بسرقة مال من انسان فقال المقر له هو
مالک لاحق لی فیہ أو قال المقر له هذا المال لمولاک لاحق لی فیہ ولو قال ذلك لا
تقطع

یدہ بالاتفاق ولا بد من القضاء علیہ بالقطع لما قلنا فیقضى برد المال علی المقر له
بالسرقة

(قال) وقرار الصبي بالسرقة باطل ثم؟ بلوغه قد يكون بالعلامة وقد يكون بالسن فأما
البلوغ بالعلامة فالغلام بالاحتلام أو بالاحبال وأقل المدة فی ذلك اثني عشرة سنة وفي
الجارية بالحیض أو بالحبل أو بالاحتلام وأدنى المدة فی ذلك تسع سنين وعند عدم
ذلك

فعلی قول أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالی یحکم ببلوغهما إذا بلغا
خمس عشرة

سنة وعند أبي حنیفة رحمہ الله تعالی التقدير فی الجارية بسبع عشرة سنة وفي الغلام
فی احدی

الروائتين بثمان عشرة سنة وفي الرواية الأخرى بتسع عشرة سنة وهو الأصح باعتبار أنه
زاد على أدنى المدة سبع سنين وأدنى المدة التي اعتبرها الشرع بقوله صلى الله عليه
وسلم
مروهم بالصلاة إذا بلغوا سبعا وقد بينا المسألة فيما أمليناه من شرح الوكالة (قال) وإذا
أقر
بالسرقة عند العذاب أو عند الضرب أو عند التهديد بالحبس فإقراره باطل لحديث ابن
عمر

رضي الله عنه ليس الرجل على نفسه بأمين ان جوعت أو خوفت أو أوثقت وقال شريح رحمه الله تعالى القيد كره والسجن كرة والوعيد والضرب كره وهذا لان الاقرار إنما يكون حجة لترجيح جانب الصدق فيه فلما امتنع من الاقرار حتى هدد بشئ من ذلك

فالظاهر أنه كاذب في اقراره وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله تعالى أفتوا بصحة اقرار

السارق بالسرقة مع الاكراه لأن الظاهر أن السارق لا يقرون في زماننا طائعين وسئل الحسن بن زياد رحمه الله تعالى أيحل ضرب السارق حتى يقر فقال ما لم يقطع اللحم ولا يتبين

العظم وأفتى مرة بجواز ضربه ثم ندم واتبع السائل إلى باب الأمير فوجده قد ضرب السارق وأقر بالمال وجاء به فقال ما رأيت جوراً أشبه بالحق من هذا وان أقر طائعا ثم قال

المتاع متاعي أو قال استودعيه أو قال أخذته رهنا بدين لي عليه درأت القطع عنه لان ما ادعاه محتمل فقد آل الامر إلى الخصومة والاستحلاف وقد بينا ان صاحب الدين إذا سرق خلاف جنس حقه على سبيل الرهن بحقه لا يلزمه القطع ويستوى إن كان دينه حالاً

أو مؤجلاً وكذلك إذا أخذ جنس حقه والدين مؤجل وهذا استحسان وكان ينبغي في القياس ان يقطع لأنه لاحق له في أخذ المال قبل حلول الأجل ولكنه استحسن فقال التأجيل لا ينفي وجوب أصل المال إنما يؤخر حق الاستيفاء فيكون وجوب الدين عليه شبهة

(قال) ويستحب للامام ان يلغن السارق حتى لا يقر بالسرقة لما روينا ان النبي صلى الله عليه

وسلم أتى بسارق فقال أسرقت ما أحاله سرق وهذا لان هذا احتيال من الامام لدرء الحد

عنه وهو مندوب إليه وإذا ثبتت السرقة في البرد الشديد والحر الشديد الذي يتخوف عليه الموت

ان قطعه حبسه حتى ينكشف الحر والبرد لان القطع يستوفي على وجه يكون القطع زاجراً

لا متلفاً وإذا كان لا يتخوف عليه الموت ان قطع لم يؤخر لقوله صلى الله عليه وسلم لا ينبغي

لوال ثبت عنده الحد أن لا يقيمه وان حبس إلى فتور الحر والبرد فمات في السجن فضمام

المسروق دين في تركته لأنه تعذر استيفاء القطع (قال) وإذا اجتمع في يده قطع في

السرقه والقصاص بدئ بالقصاص وضمن السرقة لأنه إن كان القصاص في النفس فقد
بيننا
أنه إذا اجتمع في النفس وما دونه يقتل ويترك ما سوى ذلك وإن كان القصاص في اليد
اليمنى
فقد اجتمع في اليد حقان أحدهما لله تعالى والآخر للعبد فيقدم حق العبد لحاجته إلى
ذلك
وكذلك أن كان القصاص في اليد اليسرى أوفى الرجل اليمنى أوفى الرجل اليسرى يبدأ

باستيفاء القصاص وإذا استوفى تعذر استيفاء القطع فيضمن المسروق فان قضى
بالقصاص
فعفي عنه صاحبه أو صالحه قطعت يده في السرقة لان القطع في السرقة كان مستحقا
وقد سقط
ما كان مقدما عليه وهو القصاص وإن لم يصلحه حتى مضى زمان وهما يتراضيان فيه
على
الصلح ثم صالحه درأت القطع في السرقة لتقدم العهد فان ذلك مانع من استيفاء القطع
بحجة البينة وإن كان القصاص في الرجل اليسرى بدئاً بالقصاص ثم يحبس حتى يبرأ
ثم
تقطع يده في السرقة وكذلك أن كان القصاص في شجة في رأسه لان الامام لو والي
في
الاستيفاء بالضرب ربما يموت لتضاعف الآلام عليه فليتحرز عن ذلك بجهدده ولهذا قلنا
بأنه
يحبس حتى يبرأ ثم يقام عليه الحد (قال) وإذا حكم على السارق بالقطع ببينة أو باقرار
ثم
قال المسروق منه هذا متاعه أو قال لم يسرقه مني إنما كنت أودعته أو قال شهد
شهودي
بزور أو قال أقر هو بالباطل بطل القطع عنه لانقطاع خصومته وقد بينا أن بقاء الخصومة
إلى وقت استيفاء القطع شرط وان المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء في الحد
كالمقترن
بأصل السبب وهذا بخلاف رد المال بعد القضاء لان رد المال منه للخصومة فالمقصود
بالخصومة استرداد المال والمنتهى يكون متقدرا في نفسه فكانت خصومته قائمة باعتبار
قيام
يده في المال وان قال قد عفوت لم يبطل القطع لان العفو اسقاط فإنما يصح من
صاحب
الحق والقطع حق لله تعالى لاحق للمسروق منه فيه والأصل فيه ما روى عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم تجافوا العقوبة بينكم فإذا انتهت بها إلى الامام فلا عفي الله عنه ان
عفي عنه
فأما إذا وهب المسروق منه المال من السارق أو باعه منه فإن كان قبل قضاء القاضي
بالقطع
سقط القطع عنه لانقطاع خصومته وإن كان بعد القضاء فكذلك عند أبي حنيفة
ومحمد
رحمهما الله تعالى وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى إنه لا يسقط القطع عنه وهو قول

الشافعي رحمه الله وحجتها حديث صفوان رضي الله عنه فإنه كان نائما في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم متوسدا بردائه فجاء سارق وسرق رداءه فاتبعه حتى أخذه

فجاء به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر بقطعه فقال أتقطعه بسبب ردائي وهبتها له

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هلا قبل أن تأتيني فهذا يدل على أن الهبة بعد القضاء

لا تسقط القطع ولأن هذا حد لله تعالى خالصا فإذا وجب بتقرر سببه لا يمتنع استيفاؤه لملك عارض في المحل كحد الزنا فان من زنى بامرأة ثم تزوجها لم يسقط الحد عنه وهذا لان

وجوب القطع باعتبار الملك والعصمة وقت السرقة والهبة توجب ملكا حادثا ولا أثر لها

فيما وجب القطع باعتباره بخلاف ما إذا أقر بالملك للسارق لان في اقراره احتمال الصدق

وبهذا الاحتمال تبين أن الملك كان للسارق عند السرقة وذلك مانع تقرر فعل السرقة بخلاف

ما إذا كانت الهبة قبل المرافعة لان هناك لا يظهر عند الامام لانقطاع حق المسروق منه فأما الآن فقد ظهرت السرقة عنده وتمكن من استيفاء القطع حقا لله تعالى فلا يمتنع الاستيفاء باعتراض الملك في المحل كما لا يمتنع الاستيفاء باعتراض الملك في الحرز أو برد المال

بعد القضاء (وحتنا) فيه أن انتفاء ملك السارق عن المسروق شرط لوجوب القطع عليه

وما يكون شرطا لوجوب القطع عليه يراعى قيامه إلى وقت الاستيفاء لان المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء كالمقترن بأصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود والدليل عليه أن انتفاء الأبوة لما كان شرطا لوجوب القصاص يشترط بقاؤه إلى وقت الاستيفاء حتى أن المعترض من الأبوة بعد القضاء قبل الاستيفاء مانع من الاستيفاء كالمقترن بأصل السبب وهذا لان وجوب القطع باعتبار العين والملك وإن كان حادثا ههنا

فالعين الذي وجد فعل السرقة فيه عين ذلك ولو اتحد الملك بأن أقر المسروق منه له بالملك

أو أثبت السارق ملكه بالبينة لم يقطع فكذلك إذا اتحدت العين واختلف الملك لأنه تتمكن شبهة باعتبار اتحاد العين وقد بينا اختلاف الروايات في حد الزنا وبعد التسليم العذر

واضح فان وجوب الحد باعتبار ما استوفي من العين وذلك المستوفي مثلا شيء وههنا وجوب القطع باعتبار العين وملكه حدث في ذلك العين وبخلاف الحرز فإنه عبارة

عن التحرز والتحصن وقد فات ذلك فإنما حدث الملك له في حرز آخر وبخلاف رد المال لان الرد منه للخصومة فان ما هو المقصود يحصل بالرد والمنتهى في حكم المتقرر فأما الهبة تقطع الخصومة لأنه ما كان يخاصم ليهب منه وما يفوت المقصود بالشئ

لا يكون منهيا له فأما حديث صفوان رضي الله عنه فقد ذكر في بعض الروايات عفوت عنه والحديث حكاية حال لا عموم له ثم معنى قوله صلى الله عليه وسلم هلا قبل أن تأتيني به

کیلا ینهتک ستره ألا ترى أن ما روى أن وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم تغير
فقال
صفوان رضي الله عنه كأنه شق عليك ذلك يا رسول الله قال وكيف لا يشق على
وكانكم
أعوان الشياطين على أخيكم المسلم فعرفنا أنه كره هتك الستر عليه ولم يرو مشهورا انه
قطع

يده بعد هبته وان روى ذلك فيحتمل أن السارق لم يقبل الهبة ولما انتهك ستره
استحب
أن يطهره رسول الله صلى الله عليه وسلم بإقامة الحد عليه فلم يقبل الهبة لذلك وعندنا
إذا
لم يقبل الهبة السارق لا يسقط القطع (قال) فان أقر بالسرقة والمسروق منه غائب ففي
القياس يقطع وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لأنه أقر بوجوب الحد عليه
حقا لله

تعالى فيستوفيه الامام منه وفي الاستحسان لا يقطع للشبهة فان المسروق منه إذا حضر
ربما

يكذبه في الاقرار وقد بينا (قال) ولا يقطع السارق من بيت المال حرا كان أو عبدا
لان له فيه شركة أو شبهة شركة فان مال بيت المال مال المسلمين وهو أحدهم فإنه إذا
احتاج يثبت له الحق فيه بقدر حاجته وفي الكتاب روى عن علي بن أبي طالب رضي
الله عنه

أنه أتى برجل قد سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال إن له فيه نصيبا ولأنه ليس لهذا
المال مالك متعين ووجوب القطع على السارق لصيانة الملك على المالك ولهذا لا
يقطع بسرقة

مال لا مالك له (قال) ولا يقطع السارق من امرأة ابنه أو زوج ابنته أو زوج أمه أو
امرأة أبيه إذا سرق من المنزل المضاف إليه لان له أن يدخل منزل أبيه وأمه ومنزل ابنه
وابنته من غير استئذان ولا حشمة فلا يتم معنى الحرزية في حقه في منازلهم فلهذا لا
يلزمهم القطع فأما إذا سرق مال هؤلاء من غير منزل ولده أو والده أو سرق من ابن
امرأته

أو من أبويها فلا قطع عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى استحسانا وفي قولهما
يقطع

وهو القياس وهو الخلاف في الأختان والاصهار كلهم سواء على ما ذكرنا هما يقولان
لا شبهة للبعض في ملك البعض ولا تأويل ولا في حرزه فكانوا بمنزلة الأجانب إلا أن
بينهما

محرمية ثابتة بالمصاهرة ولا تأثير للمحرمية في المنع من وجوب القطع كالمحرمية
الثابتة

بالرضاع وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول بين الأختان والاصهار مباسطة في دخول
بعضهم

في منزل البعض من غير استئذان فتمكن شبهة في الحرزية وأدنى الشبهة تكفى في
المنع من

وجوب القطع كما لو سرق من منزل أبيه مال امرأته يوضحه أن إقامة المضاف مقام

المضاف
إليه أصل في الشرع وامرأة الابن مضاف إليه ولو سرق الأب من المضاف إليه لا يقطع
فكذلك إذا سرق من المضاف باعتبار إقامة المضاف إليه يوضحه أن الابن
جزء من أبيه ولو سرق الابن مال هذه المرأة من منزلها لم يقطع فكذلك أبوه وهذا بناء
على أصل علمائنا رحمهم الله تعالى أن أحد الزوجين إذا سرق مال الآخر لم يقطع
والشافعي

رحمه الله تعالى يقول إن سرق من بيت يسكنان فيه فكذلك الجواب وان سرق من
حرز آخر لصاحبه يقطع بناء على أصله أن فيما وراء حقوق النكاح هما كالأجانب
حتى تقبل

شهادة أحدهما لصاحبه وعندنا بسبب الزوجية يثبت معنى الاتحاد بينهما ولهذا لا تقبل
شهادة أحدهما لصاحبه وتبسط كل واحد منهما في مال صاحبه كتبسط الولد في مال
والده

فكما أن ذاك مانع من وجوب القطع عليه فكذلك هذا (قال) وان أقر بسرقة مع صبي أو
معتوه لم يقطع وكذلك لو شهدت عليه الشهود بذلك لأنها سرقة واحدة فإذا لم يوجب
القطع

على أحدهما للشبهة لا يوجب على الآخر للشركة بخلاف ما إذا زنى بصبيبة لان فعله
هناك

ليس من جنس فعلها لتحقق الشركة في الفعل بل هو الفاعل وهي محل الفعل وعن أبي
يوسف رحمه الله قال إن كان الصبي هو الذي حمل المتاع فلا قطع على واحد منهما
لأنه مقصود

بالفعل وإن كان الحامل للمتاع هو البالغ فعليه القطع ولا معتبر بفعل الصبي فاني
أستقبح

أن أدرأ القطع لهذا فيتطرق السراق به إلى اسقاط القطع لان كل سارق لا يعجز عن أن
يستصحب صبيا أو معتوها مع نفسه وكذلك أن كان مع أخرس لا قطع على واحد
منهما

أما الأخرس فلتمكن الشبهة في حقه لأنه لو كان ناطقا ربما يدعى شبهة يدرأ بها الحد
عن نفسه

وأما الناطق فلأجل الشركة (قال) ولو سرق خمرا في ظرف وقيمة الظرف نصاب لا
قطع

عليه لان المقصود الخمر وهي حرام إلا أن يشرب الخمر في الحرز ثم يخرج الظرف
وهو مما

يقطع في جنسه فحينئذ يلزمه القطع وهذه المسألة ذكرها في الأصل لايضاح الفصل
الأول ان

وجوب القطع باعتبار العين والفعل ثم إذا كان أحد العينين مما لا يقطع بسرقة يصير
ذلك

شبهة في اسقاط الحد فكذلك إذا كان أحد الفاعلين ممن لا يجب عليه القطع (قال)
وقد بينا

أن القطع يستوفي بخصومة الغائب والمودع والمستعير وإن كان المالك هو الذي حضر
فقد

ذكر في الجامع الصغير أنه يقطع السارق وذكر ابن سماعة رحمه الله في نوادره إذا حضر
المالك وغاب المسروق منه لم يقطع بخصومته حتى يحضر المسروق منه فعلى هذا
قيل مراده
مما ذكر في الجامع الصغير إذا حضرا جميعا وقيل بل فيه روايتان وجه رواية الجامع أن
المالك
هو الأصل في هذه الخصومة لان بها يحيي ملكه وحقه فلا معتبر بغيبه غيره مع حضوره
وجه رواية النوادر ان المسروق منه غيره والشرط حضور المسروق منه ألا ترى أنه
لا يستوفى بخصومة وكيله لأنه غير المسروق منه فكذلك المالك ههنا وهذا لان
المسروق منه

إذا حضر ربما يدعى أنه كان ضيفا عنده فلهذا النوع من الشبهة لا يستوفى القطع
وكاسب
الربا يقطع السارق منه بخصومته لأنه مالك للمكسوب وهو ملك معصوم وإن كان
حراما
وقد بينا الكلام في السارق من السارق فإن كان السارق من المودع ذا رحم محرم منه
لم يقطع
بخصومته ولا بخصومة المالك كما لو سرق مال المودع وهذا لان المسقط للحد عن
ذي الرحم
المحرم الشبهة في الحرز من حيث إن بعضهم يدخل على البعض من غير حشمة ولا
استئذان
وفي هذا لا يفترق بين أن يسرق ماله أو مال أجنبي وديعة عنده (قال) ولا يقطع السارق
من امرأة المبتوتة المعتدة منه في منزل على حدة لأن العدة حق من حقوق النكاح
فتعمل
عمل حقيقة النكاح في ايراث الشبهة ولأنه قد يدخل عليها إذا أتاها بالنفقة والسكنى
عليها فمن
هذا الوجه تصير السكنى كالمضاف إليه وان سرق بعد انقضاء العدة قطع لأنه لم يبق
بينهما حق
ولا علاقة فصارت في حقه كما قبل أن يتزوجها وكما يقطع بعد انقضاء العدة إذا سرق
منها فكذلك
من أبويها لان المانع في حال قيام النكاح دخول بعضهم على بعض من غير استئذان
عادة
وقد زال ذلك بارتفاع النكاح بجميع علائقه (قال) ولا يقطع السارق من امرأة قد
تزوجها
بعد سرقة لان العارض بعد وجوب الحد قبل استيفائه كالمقترن بأصل السبب ولو كان
النكاح قائما بينهما وقت السرقة لم يقطع وإن لم تزف إليه فكذلك إذا اعترض النكاح
وعن أبي
يوسف قال إذا تزوجها قبل القضاء بالقطع فكذلك الجواب لان القاضي لا يسمع
خصومتها في حكم الحد وهي منكوحته فأما إذا تزوجها بعد القضاء بالقطع لا يمنع
استيفاء
القطع لان الزوجية عينها لا تمنع القطع بل معنى الشبهة من حيث أنه يدخل عليها من
غير
استئذان وهذا لا يوجد في زوجية معترضة بعد القضاء بالقطع (قال) ولو سرق من
امرأته ثم أبانها ولم يدخل بها فلا قطع عليه لان الشبهة في الحرزية كانت موجودة

وقت السرقة فلم يكن أصل فعله موجبا للقطع ثم لا يصير موجبا بعد ذلك وإذا سرق من أمه من الرضاعة أو من أخته فعليه القطع لأنه لا سبب بينهما سوى المحرمية ولا تأثير للمحرمية في المنع من وجوب القطع كالمحرمية بسبب المصاهرة بعد ارتفاع النكاح أو بسبب المصاهرة الثابتة بالزنا أو بالتقبيل من شهوة لا تؤثر في اسقاط القطع وعن أبي يوسف رحمه الله قال إذا سرق من أمه من الرضاعة فلا قطع عليه لأنه يدخل عليها من غير استئذان عادة بخلاف أخته من الرضاعة وغيرها وهذا بعيد فان الأمية من الرضاعة لو كانت مؤثرة في اسقاط

القطع لكانت الأختية مؤثرة فيه كما لو كانت بالنسب (قال) وان أقر الرجل بالسرقة ثم هرب لم يطلب وإن كان في فوره ذلك لان هربه دليل رجوعه ولو رجع عن الاقرار لم يقطع فكذلك إذا هرب والأصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لماعز حين أخبر

بالهرب فقال هلا خليتم سبيله ولكنه إذا أتى به بعد ذلك كان ضامنا للمال كما لو رجع عن

اقراره فإنه يسقط القطع به دون الضمان (قال) وإذا أقر أنه سرق من هذا مائة ثم قال وهمت إنما سرقت من هذا الآخر لم يقطع لأنه رجع عن اقراره بالسرقة من الأول وتناقض كلامه في اقراره بالسرقة من الآخر والتناقض كالرجوع في ايراث الشبهة ويقضى

لكل واحد منهما بمائة لان بالرجوع والتناقض يبطل اقراره في حق الحد دون المال وقد

أقر بسرقة مائة درهم من كل واحد منهما وصدقه كل واحد منهما في ذلك فكان ضامنا له

وان قال ذلك الشهود قبل القضاء للأول لم يقض عليه بقطع ولا مال لأنهم رجعوا عن شهادتهم بالسرقة من الأول وتناقض كلامهم بالسرقة من الثاني حين شهدوا أولا بسرقة هذه المائة بعينها من الأول والرجوع عن الشهادة قبل القضاء والتناقض فيها مانع من القضاء بالمال والحد جميعا (قال) وان كانت الشهود أربعة فثبت اثنان على الشهادة للأول به ورجع اثنان فشهدوا على هذا الآخر لا قطع عليه لواحد منهما للشبهة التي دخلت من حيث أن الراجعين شهدوا بسرقة ذلك المال بعينه من الآخر فيكون ذلك معارضا لشهادة الثابتين على السرقة من الأول فيمتنع وجوب القطع عليه بشهادة الثابتين للمعارضة وبشهادة الراجعين للتناقض ويقضي بالمال للأول لبقاء حجة كاملة على

الشهادة في حق المال وتأثير المعارضة في ايراث الشبهة ولكن المال يثبت مع الشبهات ولا يقضي للآخر بشئ للتناقض من الشهود في حق الآخر لان ذلك مانع من القضاء بالمال (قال) رجل أقرانه سرق من هذا مائة درهم ثم جاء آخر فقال لم يسرقها هذا ولكني أنا سرقتها فقال المسروق منه كذبت فإنه يقطع الأول بخصوصته لأنه صدقه في اقراره بالسرقة منه فأما اقرار الثاني فقد بطل بتكذيب المسروق منه إياه فصار كالمعدوم فان قال المسروق منه لم يسرقها الأول فقد علمت وذكرت أن هذا الآخر هو الذي سرقه لم يقطع الآخر ولا الأول لان دعواه على الأول براءة منه للآخر

ودعواه على الآخر براءة منه للأول ولأنه قد تناقض كلامه والخصومة من المناقض غير مسموعة وشرط القطع الخصومة فلهذا لا يقطع واحد منهما ولا يضمن الأول السرقة أيضا

لأنه قد أبرأه منها بالدعوى على الآخر فصار مكذبا له في اقراره وقد كذب الآخر في اقراره قبل هذا فلا ضمان له على واحد منهما ألا تري أنه لو أقر بأنه سرق منه فقال المقر له

كذبت ثم قال له صدقت أنت سرقتها لم يكن له أن يضمه شيئا وإن لم يقل كذبت ولكنه

قال صدقت ثم قال آخر أنا سرقتها فقال له صدقت لم يقطع واحد منهما لمعنى التناقض ويضمن

الآخر دون الأول لأنه بتصديق الآخر صار مكذبا للأول مبرئا له عما أقر به (فان قيل) فكذلك هو بتصديق الأول صار مكذبا للآخر قلنا نعم لكن وجد من الآخر الاقرار له بعد ذلك التكذيب فيصح تصديقه في ذلك كمن أقر لإنسان بمال ثم فكذبه أقر له ثانيا به

فصدقه كان له أن يأخذ المال وإن كان ذلك في شهادة لم يضمن واحد منهما شيئا لان الشهادة لا توجب شيئا بدون القضاء ولا يقضى القاضي بها الا إذا ترتبت على خصومة صحيحة

وقد سقط اعتبار خصومته للتناقض ولأنه صار مكذبا كل فريق بتصديق الآخر كالمدعى إذا

أكذب شاهده لم تقبل شهادته له (قال) رجل قال لآخر سرقت منك كذا وكذا فقال كذبت لم تسرق مني ولكنك غصبته غصبا وإنما أردت بذكر السرقة أن تبرأ من الضمان

ففي القياس لا شيء عليه لأنه كذبه ثم ادعى عليه غصبا مبتدأ فبطل اقراره بالتكذيب ولم يثبت ما ادعاه بغير حجة ولكنه استحسن فقال له أن يضمه لان كلامه موصول وفي آخره

بيان ان مراده التكذيب في جهة السرقة لا في أصل المال المضمون عليه والبيان المغير صحيح إذا

كان موصولا بالكلام ثم المقر له انتدب بما صنع إلى ما ندب إليه في الشرع من ابقاء الستر على

المسلم والاحتيال لدرء العقوبة عنه فلا يكون ذلك مسقطا حقه في المال وان قال سرقت منك

كذا فقال الطالب غصبته غصبا فهو مستهلك فعليه ضمانه لأنه كما صدقه في الاقرار بملك

أصل المال له فقد صدقه في ايجاب الضمان في ذمته لأن الغصب والسرقة كل واحد
منهما
سبب للضمان والأسباب مطلوبة لاحكامها لا لأعيانها فمع التصديق في الحكم لا يعتبر
التكذيب في السبب وان قال غصبتك كذا فقال سرقتة منى فله أن يضمه لأنه صدقه
فيما
أقر له به وادعى زيادة جهة السرقة ولم يثبت له تلك الزيادة بدعواه فعليه ضمان القيمة
والقول
في مقدار القيمة قول الضامن مع يمينه لانكاره الزيادة التي يدعيها الطالب وان قال
سرقت

من فلان وفلان ثوبا وأحدهما غائب لم يكن للحاضران يقطعه ولكن يقضي له بنصف الثوب

إن كان قائما وبنصف قيمته إن كان مستهلكا لان التصديق من الغائب لم يعرف فإذا حضر

ربما يكذبه فيبقى نصف الثوب على ملكه فلو قطعناه لقطعناه فيما هو شريك فيه وذلك لا يجوز وهذا بخلاف ما لو قال زيت بفلانة وفلانة فكذبت إحداهما وصدقته الأخرى يقام عليه الحد لان فعله بكل واحدة منهما متميز عن فعله بالأخرى وهنا إنما أقر بفعل واحد في ثوب بينهما ولم يثبت باقراره السرقة في نصيب الغائب قبل تصديقه فلا يمكن القضاء بالسرقة في نصيب الحاضر خاصة لان فعل السرقة في نصف الثوب شائعا لا يتحقق

منفردا عن النصف الآخر فلماذا لم يقطع فإذا تعذر استيفاء القطع ظهر حكم المال فيقضى

للحاضر بما أقر له به وذلك نصف الثوب إن كان قائما وبنصف قيمته إن كان مستهلكا فإن كانا حاضرين فقال أحدهما كذبت لم تسرقه ولكنك غصبته أو استودعنا كه أو أعرناكه أو قال هو ثوبك لاحق لنا فيه لم يقطع في شيء من ذلك اما للشركة له في الثوب باقرار أحدهما له بالملك أو الانتفاء فعل السرقة عن نصيب أحدهما بتكذيبه لأنه لا يتحقق فعل السرقة في نصيب الآخر من الثوب منفردا ولكن يقضى بنصف الآخر أو بنصف قيمته إن كان مستهلكا لما بينا أن في حق الثاني ينبنى القضاء على ما أقر له

وإن كان ذلك بينة وأحدهما غائب فقضى للحاضر بنصف الثوب أو بنصف قيمته ثم جاء

الغائب وادعي السرقة يقضى له بمثل ذلك لان أحد الشريكين في اثبات الملك قائم مقام

صاحبه ولكن لا يقطع السارق لان القاضي حين قضى بنصف الثوب للأول أو بنصف قيمته

فقد درأ القطع عنه في نصيبه إذا؟ القاضي لا يشتغل بالضمان الا بعد درء الحد ولأنه بالضمان

ملك ذلك النصف واعتراض الملك في البعض كاعتراضه في الجميع في اسقاط الحد عنه وإن كان

الآخر حاضرا وقت الخصومة فقال الثوب وديعة أو عارية لنا عندك لم يقض له بشيء لأنه أكذب شهوده فإنهم شهدوا بالسرقة واذاب المدعى شاهده يبطل الشهادة في حقه وليس للآخر أن يشاركه في تلك الخصومة لأنه أبطل حق نفسه باكذابه شهوده وصار كما لو أبرأه عن نصيبه من الضمان وبعد الابراء لا يبقى له حق مشاركة الآخر

فيما
يقبض (قال) رجلان أقرا أنهما سرقا هذا الثوب من هذا الرجل والرجل يدعى ذلك
فلما أمر الحاكم بقطعهما قال أحدهما الثوب ثوبنا لم نسرقه قال يدرأ القطع عنهما لان
المعترض

من دعوى الملك من أحدهما كالمقترن بالسبب ألا تري انها؟ لو ادعى جميعا الملك
بعد القضاء
كان شبهة في درء الحد بمنزلة المقترن بالسبب فكذلك إذا ادعى ذلك أحدهما وهذا
لان
الحد وجب عليهما في شئ واحد وقد آل الامر إلى الخصومة والاستحلاف في ذلك
الشئ
ولو كان أحدهما قال سرقنا هذا الثوب من هذا الرجل وقال الآخر كذبت لم نسرقه
ولكنه
لفلان قال يقطع المقر بالسرقة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو
يوسف
رحمهم الله أحب إلى أن لا يقطع واحد منهما وكذلك لو قال أحدهما سرقناه وقال
الآخر لم
أسرق معك ولا أعرفك ولا أعرف هذا الثوب فهو على الخلاف وقد كان أبو يوسف
رحمه الله تعالى أو لا يقول كقول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ثم رجع وجه
قول أبي
يوسف رحمه الله تعالى أن المقر منهما أقر بسرقة شئ واحد وقد تعذر ايجاب القطع
على
واحد منهما لانكاره فصار كما لو تعذر ايجاب الحد عليه لدعواه الملك لنفسه فيكون
شبهة
في درء الحد عنهما وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أن المقر أقر
بالفعل الموجب
للعقوبة على نفسه وعلى غيره وقد انعدم أصل الفعل في حق الآخر لتكذيبه فلا يوجب
ذلك شبهة في الفعل الثابت في حق المقر باقراره ولا في موجهه كما لو قال قتلت أنا
وفلان
فلانا وقال الآخر أنا ما قتلت فالقصاص واجب على المقر وكذلك لو قال زنت أنا
وفلان بفلانة
وكذبه الآخر كان على المقر الحد بخلاف ما لو ادعى الآخر الملك فان أصل الفعل
ثبت هناك
مشتركا لاتفاقهما ثم امتنع وجوب القصاص على أحدهما للشبهة فيمتنع وجوبه على
الآخر
للشركة كما في المقرين بالقتل إذا زعم أحدهما أنه كان مخطئا وقد ذكر في الحدود
أنه إذا أقر
أنه زنى بامرأة وكذبتة انه لا حد عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يقام

عليه الحد
فمحمد رحمه الله تعالى يسوى بين الفصلين ويقول تكذيب المكذب لا يؤثر في حق
المقر
وأبو يوسف رحمه الله تعالى يفرق بينهما فيقول هناك يقام الحد عليه وههنا لا يقام لان
فعلها في الزنا ليس من جنس فعله فان فعله إيلاج وفعلها تمكين وهي في الحقيقة محل
الفعل
والمباشر هو الرجل فانتفاؤه في جانبها بتكذيبها؟ لا يمكن شبهة في الرجل وههنا الفعل
من
السارقين واحد والمشاركة بينهما تتحقق فانتفاؤه عن أحدهما بإنكاره يمكن شبهة في
حق
الآخر كما في القتل إذا اشترك الخاطيء مع العامد وأبو حنيفة رحمه الله يفرق بينهما
أيضا
فيقول هناك لا يقام عليه الحد وههنا يقام على المقر منهما لان فعل الزنا من الرجل لا
يتصور

بدون المحل وقد انعدم المحل بتكذيبها فأما فعل السرقة من المقر يتحقق بدون الآخر
فانتفاء

الفعل في حق الآخر بإنكاره لا يمنع تقرر الفعل في حق المقر موجبا للقطع والله
سبحانه

وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب
(باب قطاع الطريق)

(قال) رضي الله عنه وإذا قطع قوم من المسلمين أو من أهل الذمة على قوم من
المسلمين

أو من أهل الذمة الطريق فقتلوا وأخذوا المال قال يقطع الامام أيديهم اليمنى وأرجلهم
اليسرى من خلاف أو يصلبهم ان شاء وإنما شرطنا أن يكونوا قوما لان قطاع الطريق
محاربون بالنص والمحاربة عادة من قوم لهم منعة وشوكة يدفعون عن أنفسهم ويقوون
على

غيرهم بقوتهم ولان السبب هنا قطع الطريق ولا ينقطع الطريق الا بقوم لهم منعة وشرط
أن يكونوا من المسلمين أو من أهل الذمة ليكونوا من أهل دارنا على التأيد فإنهم إذا
كانوا من أهل الحرب مستأمنين في دارنا ففي إقامة الحد عليهم خلاف وقد بيناه
وشرط

ان يقطعوا الطريق على قوم من المسلمين أو من أهل الذمة لتكون العصمة المؤبدة ثابتة
في

مالهم فإنهم إذا قطعوا الطريق على المستأمنين لا يقام عليهم الحد لانعدام العصمة
المؤبدة في

مالهم وقد بينا ذلك في السرقة الصغرى فهو مثله في السرقة الكبرى ثم قد بينا في أول
الكتاب ان حد قطع الطريق على الترتيب بحسب جنائتهم عندنا وهو قول ابن عباس
وإبراهيم رضي الله عنهما وعند مالك رحمه الله تعالى هو على التخيير وهو قول سعيد
بن

المسيب رحمه الله تعالى ولم نأخذ بذلك لان الذي أخاف السبيل ولم يقتل ولم يأخذ
مالا

قد هم بالمعصية والقتل والقطع أغلظ العقوبات فلا يجوز اقامته على من هم بالمعصية
ولم

يباشر والقطع جزاء أخذ المال كما في السرقة الصغرى الا ان ذاك دخله نوع تخفيف
من

حيث أنه يخفى فعله وهذا يغلظ بالمجاهرة ولهذا وجب قطع عضوين منه من أعضائه
ثم من هم

بالسرقة الصغرى ولم يأخذ المال لا يقام عليه القطع فكذلك من هم بأخذ المال ههنا

ولم يأخذ فان قتلوا وأخذوا المال فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الامام فيهم بالخيار ان شاء قطع أيديهم وأرجلهم ثم قتلهم وان شاء قتلهم من غير قطع وان شاء صلبهم وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى الامام يصلبهم أخذاً فيه بقول ابن عباس رضي الله عنهما ولأنه اجتمع عليه

العقوبة في النفس وما دونه حقا لله تعالى فيكون الحكم فيه أن يدخل ما دون النفس في النفس كما إذا اجتمع حد السرقة والشرب والرجم وهذا لان المقصود الزجر وذلك يتم باستيفاء النفس فلا فائدة بالاشتغال بما دونه ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى حرفان أحدهما ان

مبنى هذا الحد على التغليظ لغلظ جريمتهم والقطع ثم القتل أقرب إلى التغليظ فكان للامام

أن يختار ذلك لكونه أقرب إلى ما لأجله شرع هذا الحد والثاني ان السبب الموجب للقطع هو أخذ المال وقد وجد منهم والسبب الموجب للقتل وهو قتل النفس قد وجد منهم

وإنما يثبت الحكم بثبوت السبب والكل حد واحد ولا تداخل في الحد الواحد كالجلدات

في الزنا إنما التداخل في الحدود (فان قيل) هذا فاسد لان للامام ان يقتلهم ويدع القطع (قلنا) لا بطريق التداخل بل لأنه ليس عليه مراعاة الترتيب في أجزاء حد واحد فكان له أن يبدأ بالقتل لذلك ثم إذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده فلا يشتغل كالزاني إذا ضرب خمسين جلدة فإنه يترك ما بقي لأنه لا فائدة في اقامته ثم في ظاهر

الرواية هو مخير في الصلب ان شاء فعله وان شاء لم يفعله واكتفي بالقتل وعن أبي يوسف

رحمه الله قال ليس للامام أن يدع الصلب لان المقصود به الاشهار ليعتبر غيره فينزر فلا يتركه وجه ظاهر الرواية أن معنى الزجر يتم بالقتل ولم ينقل في شئ من الآثار أن النبي صلى الله عليه وسلم صلب أحدا ألا ترى أنه لم يفعله بالعربيين مع المبالغة والاستقصاء

في عقوبتهم حتى سمل أعينهم (قال) وإذا أراد أن يصلب ففي ظاهر الرواية يصلبهم أحياء ثم يطعن تحت ثنودهم؟ الأيسر ليموتوا فان المقصود الزجر وذلك إنما يحصل إذا صلبهم

أحياء لا بعد موتهم وذكر الطحاوي رحمه الله تعالى أنه لا يصلبهم أحياء لأنه مثله ونهى

رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور ولكنه يقتلهم فيه يتم معنى

الزجر والعقوبة في قتلهم ثم يصلبهم بعد ذلك للاشتهار حتى يعتبر بهم غيرهم وفي الصحيح

من المذهب يتركهم على الخشب ثلاثة أيام ثم يخلى بينهم وبين أهاليهم لأنه لو تركهم كذلك

تغيروا وتأذى بهم المارة فيخلى بينهم وبين أهاليهم بعد ثلاثة أيام لينزلوهم فيدفنوهم
(قال)

وإذا وجد منهم القتل وأخذ المال فلا معتبر بالجراحات في تعلق الأرش والقصاص بها
لأنهم

استوجبوا أتم ما يكون من الحد فيسقط اعتبار ما دون ذلك من الجراحات وعفو
الأولياء

في ذلك باطل لان هذا حد يقام لحق الله تعالى واستقاط الأولياء إنما يعمل فيما هو
حقهم

ويكون استيفاءؤه إليهم أو يستوفي بطلبهم فاما ما يستوفيه الامام لله تعالى فلا عفو فيه للأولياء

ولا للامام أيضا لأنه ليس بصاحب الحق بل هو نائب في الاستيفاء فهو في العفو كغيره والأصل فيه ما روينا لا ينبغي لوالى حد ثبت عنده حق الله تعالى الا أقامه ثم المذهب عندنا أن الواجب عليهم الحد وعند الشافعي رحمه الله تعالى القتل الواجب عليهم القصاص

متحم لا يعمل فيه عفو الولي لان هذا قتل لا يستحق الا بالقتل والقتل المستحق بالقتل يكون قصاصا إلا أنه تأكد بانضمام حق الشرع إليه فلا يعمل فيه الاسقاط كالعدة ولكننا نقول القطع والقتل المستحق بالقتل في قطع الطريق كله حد واحد ثم القطع حق الله تعالى

فكذلك القتل ألا ترى أن الله تعالى سماه جزاء والجزاء المطلق ما يجب حقا لله تعالى بمقابلة

الفعل فاما القصاص واجب بطريق المساواة وفيه معنى المقابلة بالمحل والدليل عليه أن الله تعالى

جعل سبب هذا القتل ما قال في قوله تعالى يحاربون الله ورسوله وما يجب بمثل هذا السبب

يكون لله تعالى وسماه خزيا بقوله تعالى ذلك لهم خزي في الدنيا فعرفنا أنه حد واحد لله

تعالى (قال) فإن كان فيهم عبد أو امرأة فالحكم فيه كالحكم في الرجال الأحرار أما العبد

فلانه مخاطب محارب وهو في السرقة الصغرى يستوى بالحر فكذلك في الكبرى والمرأة

كذلك في ظاهر الرواية وهو اختيار الطحاوي رحمه الله فإنه قال في كتابه الرجال والنساء

في حق قطاع الطريق سواء كما يستويان في سائر الحدود وهذا لان الواجب قتل وقطع وفي

القطع الواجب جزاء الرجل والمرأة سواء كالسرقة وفي القتل الواجب جزاء الرجل والمرأة

سواء كالرجم وذكر الكرخي رحمه الله تعالى أن حد قطع الطريق لا يجب على النساء لان

السبب هو المحاربة وانقطاع الطريق بهم والمرأة بأصل الخلقة ليست بمحاربة كالصبي ألا ترى

أن في استحقاق ما يستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا يسوى بين الرجل

والمرأة
فكذلك في العقوبة المستحقة بالمحاربة ولكن يدخل على هذا العبد فإنه لا يساوي
الحر في
استحقاق السهم ثم يساويه في حق هذا الحد وفي الصبيان والمجانين لانعدام الأهلية
للعقوبة
بعدم التكليف لا يثبت الحكم وذلك لا يوجد في حق النساء وذكر هشام في نوادره
عن أبي
يوسف رحمهما الله تعالى أنه إذا قطع قوم من الرجال الطريق وفيهم امرأة فباشرت
المرأة
القتل وأخذت المال دون الرجال فإنه يقام الحد عليهم ولا يقام عليها وقال محمد
رحمه الله تعالى
يقام عليها ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة رحمهم الله تعالى
أنه يدرأ

عنهم جميعا لكون المرأة فيهم وجعل المرأة فيهم كالصبي ولو كان معهم صبي أو
مجنون لا يقام
على واحد منهم فكذلك المرأة ومحمد رحمه الله تعالى يقول الردء تبع للمباشر في
المحاربة والرجال
لا يصلحون تبعا للنساء في التناصر والمحاربة وإنما يقام عليها جزاء المباشرة ولا يقام
على الرجال
وأبو يوسف رحمه الله يقول إنما يتأتى هذا الفعل منها بقوتهم فان بنيتها لا تصلح
للمحاربة
بدون الرجال فكأنهم فعلوا ذلك فيقام الحد عليهم لا عليها لان المانع من الإقامة عليها
معنى
فيها لا في فعلها وهو ان بنيتها لا تصلح للمحاربة بخلاف الصبي فان المانع معنى في
فعله وهو ان
فعله لا يصح موجبا للعقوبة وقد تحقق الاشتراك في الفعل بينهم وبينه فلا يقام الحد
على
واحد منهم (قال) والمباشر وغير المباشر في حد قطاع الطريق سواء عندنا وعند
الشافعي
رحمه الله تعالى لا يقام الحد الا على من باشر القتل وأحد المال لأنه جزاء الفعل فلا
يجب
الأعلى من باشر الفعل كحد الزنا ألا ترى أنهم لو لم يقتلوا ولم يأخذوا مالا لم يقيم
الحد على
واحد منهم ففي حق الذين لم يأخذوا يجعل كأنهم جميعا لم يأخذوا (وحجتنا) فيه أن
هذا حكم
متعلق بالمحاربة فيستوى فيه الردء والمباشر كاستحقاق السهم في الغنيمة وتأثيره أنهم
جميعا
مباشرون السبب وهو المحاربة وقطع الطريق هكذا يكون في العادة لأنهم لو اشتغلوا
جميعا
بالقتال خفي عليهم طريق الإصابة لكثرة الزحمة ولا يستقرون ان زلت قدمهم فانهزموا
فإذا كان البعض رداء لهم التحجوا إليهم وتنكسر شوكة الخصوم برؤيتهم وكذلك في
العادة
إنما يتولى أخذ المال الا صاغر منهم والأكابر يترفعون عن ذلك وانقطاع الطريق يكون
بهم
جميعا فعرفنا أنهم مباشرون للسبب فأما أخذ المال والقتل شرط فيه وإذا صار الشرط
موجودا

بقوتهم وباشروا السبب بأجمعهم قلنا يقام الحد عليهم (قال) وان أصابوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف ولم يقتلوا لأنهم باشروا أخذ المال فيقام عليهم جزاؤه وقد بينا ان القتل شرط لوجوب القطع عليهم والحكم بعد وجود السبب لا يثبت قبل وجود الشرط (قال) فإن لم يوجدوا؟ طلبوا إلى أن يوجدوا أو ينقطع إذا هم ويأمن المسافرون منهم في طرقهم وذلك نفيهم من الأرض في تأويل بعضهم فان قتلوا ولم يصيبوا مالا قتلوا ولم تقطع أيديهم وأرجلهم لان جزاء أخذ المال لا يتم الا بأخذ المال (قال) فان قتلوا وأخذوا المال ثم تابوا فردوا المال إلى أهله ثم أتى بهم الامام لم يقطعهم ولم يقتلهم لقوله تعالى إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم وقد بينا ان تمام توبته في رد المال لينقطع به خصومة صاحب المال

فان الامام لا يقيم الحد الا بخصوصية صاحب المال في ماله وقد انقطعت خصومته
بوصول
المال إليه قبل ظهور الجريمة عند الامام فيسقط الحد ولكنه يدفعهم إلى أولياء القتلى
فيقتلونهم
أو يصلحونهم وهذا لان في التوبة إنما يسقط ما كان حقا لله تعالى فأما ما كان حقا
للعبد
فأولياءه واليه أشار الله تعالى في قوله ان الله غفور رحيم وقد كان السبب الموجب
للقتل
مقررًا ممن باشر القتل منهم وهو تعمده قتل نفس بغير حق إلا أن استحقاق القتل
عليهم
حدا كان مانعا من ظهور القود فإذا سقط ذلك زال المانع فظهر حكم القود والقود إنما
يجب على من باشر القتل دون الردء (قال) وللولي الخيار ان شاء عفي وان شاء صالح
على
مال وان شاء استوفى القتل لقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين
ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية وقال صلى الله عليه وسلم لولى القتل أتغفو
فقال لا فقال أتأخذ الدية فقال لا فقال أتقتل فقال نعم فعرفنا أنه يتخير بين هذه الأشياء
ومن باشر منهم الجراحات ففيما يمكن اعتبار المساواة فيها يجب القصاص وفيما لا
يمكن
يجب الأرش كما لو كانت الجراحات منهم من غير قطع الطريق وهذا لان سقوط
اعتبار حكم الجراحات بوجود إقامة الحد فإذا زال ذلك ظهر حكم الجراحات كما إذا
استهلك السارق المال سقط حكم التضمين لوجود إقامة القطع فإذا سقط القطع ظهر
حكم التضمين (قال) وإذا قطعوا الطريق وأخافوا السبيل ولم يقتلوا أحدا ولم يأخذوا
مالا حبسوا حتى يتوبوا بعدما يعزرون وفي الكتاب يقول عوقبوا فكأنه كره اطلاق
لفظ التعزير على ما يقام عليهم قبل التوبة لما في التعزير من معنى التطهير وهو المراد
من قوله تعالى أو ينفوا من الأرض يعنى يحبسون وقد بينا ذلك وهذا أولى مما قاله
الشافعي
رحمه الله تعالى أن المراد الطلب ليهربوا من كل موضع لان العقوبة بالحبس مشروع
فالأخذ
بما يوجد له نظير في الشرع أولى من الاخذ بما لا نظير له وفي هذا الموضع يطالبون
بموجب الجراحات التي كانت منهم من قصاص أو أرش لأنه لا يقام عليهم الحد
وسقوط
اعتبار حكم الجراحات لوجود إقامة الحد فإذا انعدم ذلك وجب اعتبار الجراحات في
حق

العبد فان تابوا وفيهم عبد قد قطع يد حر دفعه مولاه أو فداه كما لو فعله في غير قطع الطريق وهذا لأنه لا قصاص بين العبيد والأحرار فيما دون النفس فيبقي؟ حكم الدفع أو الفداء فإن كانت فيهم امرأة فعلت ذلك فعليها دية اليد في مالها لأنه لا قصاص بين الرجال

والنساء في الأطراف فعليها الدية والفعل منها عمدا لا تعقله العاقلة فكان في مالها (قال)
وإذا أخذهم
الامام قبل أن يتوبوا وقد أصابوا المال فإن كان يصيب كل واحد منهم من المال
المصاب
عشرة دراهم فصاعدا فعليهم الحد عندنا وقال الحسن بن زياد رحمه الله تعالى الشرط
أن
يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا لان التقدير بالعشرة في موضع
يكون
المستحق بأخذ المال قطع عضو واحد وههنا المستحق قطع عضوين ولا يقطع عضوان
في
السرقه الا باعتبار عشرين درهما ولكننا نقول هذا حد هو جزاء على أخذ المال
فيستدعي
مالا خطيرا وقد بينا أن العشرة مال خطير فيستحق به إقامة الحد كما يستحق به القطع
بالسرقه
ثم تغلظ الحد ههنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة
المال
المأخوذ ففي النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء وان كأن لا يصيب كل واحد منهم
عشرة
دراهم درى الحد عنهم الا على قول مالك رحمه الله وهكذا مذهبه في الصغرى فإنه
يعتبر أن
يكون المأخوذ في نفسه نصابا كاملا سواء أخذه الواحد أو الجماعة ولكننا نقول إقامة
الحد
على كل واحد منهم باعتبار ما يصيبه من المال فلا بد من أن يكون خطيرا في نفسه
وما دون
النصاب حقير تافه وإذا كان نصيب كل واحد منهم تافها لا يقيم عليهم الحد كما لو
كان
المأخوذ في نفسه نافها ثم يضمنون المال إذا درى الحد عنهم والامر في القصاص في
النفس
وغيرها إلى الأولياء ان شأؤوا استوفوا وان شأؤوا عفوا وقد طعن عيسى رحمه الله تعالى
في
هذه المسألة فقال يقتلهم الامام حدا لأنهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيئا من المال قتلهم
الامام
حدا لا قصاصا والردء والمباشر فيه سواء فكذلك إذا أخذوا مع القتل مالا يبلغ نصيب

كل
واحد منهم نصابا اما لان ما دون النصاب لما لم يتعلق به حكم فوجوده كعدمه أو لأنه
تغلظ جنايتهم بأخذ شئ من المال وما يغلظ الجناية لا يكون مسقطا للحد ولكن ما
ذكر
في الكتاب أصح لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود والظاهر أنهم
يقصدون
بقطع الطريق أخذ المال وإنما يقدمون على القتل ليتمكنوا من أخذ المال فإذا لم يأخذوا
المال
عرفنا أن مقصودهم لم يكن المال وإنما كان القتل فأوجبنا عليهم الحد قتلا بالقتل
الموجود
منهم وان أخذوا المال عرفنا أن مقصودهم كان أخذ المال وان اقدمهم على القتل كان
للتمكن
من أخذ المال فباعتبار ما هو المقصود لا يمكن ايجاب الحد عليهم إذا كان ما يصيب
كل
واحد منهم ما دون النصاب فلهذا قال محمد رحمه الله تعالى يدرأ الحد عنهم ويبقى
حكم القصاص

(قال) وإذا قطعوا الطريق في المصر أو ما بين الكوفة والحيرة أو ما بين قريتين على قوم مسافرين لم يلزمهم حد قطاع الطريق وأخذوا برد المال وأديروا وحبسوا والامر في قتل من قتل منهم أو جرح إلى الأولياء وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يقام عليهم حد

قطاع الطريق وهو قول الشافعي رحمه الله لان السبب قد تقرر وهو أخذ المال والقتل على وجه المحاربة والمجاهرة وجريمتهم بمباشرة ذلك في المصر أغلظ من جريمتهم بمباشرة

ذلك في المفازة لان تغلظ الجريمة باعتبار المجاهرة والاعتماد على مالهم من المنعة وهذا في

المصر أظهر واعتبر هذا الحد بحد السرقة فإنه لا فرق هناك بين مباشرة السبب في المصر

وفي المفازة فهذا مثله (وحتتنا) فيه أن سبب وجوب الحد ما يضاف إليه وهو قطع الطريق وإنما ينقطع بفعلهم ذلك في المفازة لا في جوف المصر ولا فيما بين القرى فالناس

لا يمتنعون من التطرق في ذلك الموضع بعد فعلهم وبدون السبب لا يثبت الحكم ولان السبب

محاربة الله ورسوله وذلك أنما يتحقق في المفازة لان المسافر في المفازة لا يلحقه الغوث عادة

وإنما يسير في حفظ الله تعالى متعمدا على ذلك فمن يتعرض له يكون محاربا لله تعالى فاما في

المصر وفيما بين القرى يلحقه الغوث من السلطان والناس عادة وهو يعتمد ذلك بالتطرق في

هذه المواضع فيتمكن باعتباره معنى النقصان في فعل من يتعرض له من حيث محاربة الله

تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم فلا يقام عليه الحد وهو نظير المختلس من السارق في أنه

لا يقام عليه حد السرقة لأنه بقدر ما جاهر يتمكن النقصان في فعل السرقة وقد قال بعض

المتأخرين ان أبا حنيفة رحمه الله تعالى أجاب بذلك بناء على عادة أهل زمانه فان الناس في

المصر وفيما بين القرى كانوا يحملون السلاح مع أنفسهم فثبت مع ذلك تمكن دفع القاصد

من قطع الطريق وأخذ المال والحكم لا ينبني على نادر وكذلك فيما بين الحيرة

والكوفة كان
يندر ذلك لكثرة العمران واتصال عمران أحد الموضعين بالموضع الآخر فاما اليوم فقد
ترك
الناس هذه العادة وهي حمل السلاح في الأمصار فيتحقق قطع الطريق في الأمصار وفيما
بين
القرى موجبا للحد وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال إن قصده في جوف المصر أو
بين
القرى بالسلاح يقام عليه حد قطاع الطريق وان قصده بالحجر والخشب فإن كان ذلك
بالنهار لا يقام عليه حد قطاع الطريق وإن كان بالليل يقام عليه ذلك لان السلاح لا
يلبث
والظاهر أنه يأتي عليه قبل أن يلحقه الغوث فاما الخشب والحجر لا يكون مثل السلاح
في

ذلك والظاهر أن الغوث يلحقه بالنهار في المصر قبل أن يأتي عليه ذلك فأما في الليل
الغوث

ييطئ فإلى أن ينتبه الناس ويخرجوا قد أتى عليه فلهذا ثبت في حقه حكم قطع الطريق
(قال) وان بيتوا على مسافرين في منازلهم في غير مصر ولا في مدينة فكابروهم وأخذوا
المال فالحكم فيهم كالحكم في الذين قطعوا الطريق لان السبب قد تحقق منهم وهو
المحاربة

وقطع الطريق إذ لا فرق في ذلك بين ان يفعلوا في مشيهم أو في حال نزولهم لأنهم في
حفظ الله تعالى في الحالين فإنما يتمكن هؤلاء منهم لمنعتهم وشوكتهم في الحالين فان
نزل

المسافرون منزلا في قرية ففعلوا ذلك بهم لم يلزمهم حد قطاع الطريق لان الذين نزلوا
القرية بمنزله
أهل القرية في أن بعضهم يغيث البعض فلا يتحقق قطع الطريق بما فعل بهم وكذلك أن
أغار بعض
النازلين في القرية على البعض فقتلوا وأخذوا المال فالحكم فيهم كالحكم في الذي فعل
ذلك في

جوف المصر قال نزل رجل في بيت أوفى فسطاط فأغلق عليه بابه وضم إليه متاعه
فجاء رجل

وسرق من فسطاطه أو بيته شيئا فالحكم فيه ما هو الحكم في السارق في المصر (قال)
وما قتل به قطاع الطريق من حديد أو حجر أو عصي أو سوط فهذا كله سواء لان هذا
حكم يبنى على المحاربة فيكون بمنزلة استحراق السهم بالغنيمة وثبوت صفة الشهادة
فلا

يفترق الحال في ذلك بين القتل بالسلاح وغيره فهذا مثله بخلاف القصاص فإنه يعتمد
العمدية والمماثلة وذلك يختلف بالسلاح وغيره (قال) وإذا أخذ قاطع الطريق ويده
اليسرى شلاء أو مقطوعة لم يقطع منه شيء وقتل أو صلب لما بينا في السرقة الصغرى
أنه

لا يستوفى القطع على وجه يؤدي إلى تفويت منفعة الجنس وقد طعن عيسى في هذا
الفصل

وقال اعتبار ذلك المعني في السرقة للتحرز عن الاستهلاك الحكمي أو شبهة الاستهلاك
ولا

معني لذلك ههنا فان اتلافه حقيقة قد صار مستحقا لأنه يقتل ويصلب بعد القطع فكيف
يمنع استيفاء القطع لشلل في يده اليسرى ولكننا نقول مع هذا القطع جزاء أخذ المال
فلا

يستوفى على وجه يكون متلفا له حكما ألا تري أنه لم يشرع قطع عضوين منه من شق

واحد
للتحرز عن الاتلاف الحكمي وإنما يشرع قطع اليد والرجل من خلاف لكيلا يؤدي
إلى الاتلاف حكما وهذا لأنه لا يستحق اتلافه مرتين فإذا كانت تفويت منفعة الجنس
اتلافا ثم قتله كان اتلافا مرتين وان كانت اليمنى منه مقطوعة قطعت الرجل اليسرى
وقتل
أو صلب وإن كان أشل اليمنى قطعها مع الرجل اليسرى وقد بينا نظيره في السرقة
فكذلك

في قطع الطريق (قال) وإن كان في المقطوع عليهم الطريق ذو رحم محرم من القطع أو

شريك له مفاوض لم يلزمهم حكم القطع لأنه امتنع وجوب القطع على ذي الرحم المحرم

للشبهة فيمتنع وجوبه على الباقيين للشركة وقد بينا ذلك في السرقة فكذلك في قطع الطريق

وكان الشيخ أبو بكر الرازي رحمه الله تعالى يقول تأويل المسألة إذا كان في المال المأخوذ

لذي الرحم المحرم شركة للجميع وللشريك المفاوض لان مال ذي الرحم المحرم في حكم

العقوبة كما له فشرسته بمنزلة شركة أحد قطاع الطريق في المال المأخوذ فأما إذا أخذوا مع

ذلك مالا كثيرا لا شركة فيه لذي الرحم المحرم منه يلزمهم القطع باعتبار ذلك المال كما لو

سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم من أحدهم مالا ومن حرز أجنبي آخر مالا بخلاف ما إذا

سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم من أحدهم ماله ومال غيره لان الشبهة هناك في الحرز ولا معتبر بالحرز في قطع الطريق فكل واحد حافظ لماله محرز له والأصح أن

الجواب في الكل واحد لان مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد فإنهم قصدوا أخذ ذلك كله بفعل واحد فإذا تمكنت الشبهة في بعض ذلك المال في حقهم فقد

تمكنت الشبهة في جميعه بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز لان كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الآخر حقيقة وحكما ووزان هذا من ذلك أن لو قطعوا الطريق على قوم

فيهم ذو الرحم المحرم من أحدهم ثم قطعوا الطريق على قوم أجنب وأخذوا المال وهذا في حكم

القطع دون القتل حتى لو قتلوا أحدهم يقتلون لان المحرم كالأجنبي في القتل (قال) وإذا

شهد أحد الشاهدين عليهم بمعاينة قطع الطريق وشهد الآخر على اقرارهم بالقطع لم تجز

الشهادة لاختلاف المشهود به لان الفعل غير القول وان قال الشاهدان قطع الطريق علينا وعلى أصحابنا هو وأصحابه وأخذوا المال منا لم يجز شهادتهما لأنهما يشهدان

تجز الشهادة لاختلاف المشهود به لان الفعل غير القول وان قال الشاهدان قطع الطريق علينا وعلى أصحابنا هو وأصحابه وأخذوا المال منا لم يجز شهادتهما لأنهما يشهدان

تجز الشهادة لاختلاف المشهود به لان الفعل غير القول وان قال الشاهدان قطع الطريق علينا وعلى أصحابنا هو وأصحابه وأخذوا المال منا لم يجز شهادتهما لأنهما يشهدان

لأنفسهما وشهادة
المرء لنفسه دعوى وكذلك أن شهدا أنه قطع الطريق على والدهما أو ولدهما لم تجز
شهادتهما
لأنهما يشهدان لأبيهما وهذا لان الحد وإن كان استيفاؤه إلى الامام فلا بد من خصومة
صاحب المال وفيما كان الخصم أب الشاهد أو ابن الشاهد لا شهادة له ولان شهادته
لأبيه
كشهادته لنفسه وان شهدوا أنه قطع الطريق على رجل من عرض الناس له ولي يعرف
أوليس
له ولي يعرف لم يقم الامام عليهم الحد الا بمحضر من الخصم لما بينا ان السبب لا
يثبت بالشهادة
عنده الا إذا ترتبت على خصومة الخصم (قال) فان قطعوا الطريق في دار الحرب على
تجار

مستأمنين أو في دار الاسلام في موضع قد غلب عليه عسكر أهل البغي ثم أتى بهم إلى الامام لم يمض عليهم الحد لأنهم باشرُوا السب حين لم يكونوا تحت يد الامام وفي موضع

لا يجرى فيه حكمة وقد بينا ان ذلك مانع من وجوب الحد حقا لله تعالى لانعدام المستوفى

فان استيفاء ذلك إلى الامام ولا يتمكن من الاستيفاء إذا كانوا في موضع لا تصل إليهم يده

(قال) وإذا رفع قوم من قطاع الطريق إلى القاضي فرأى تضمينهم المال وسلمهم إلى أولياء

القود فصالحوهم علي الديات ثم رفعوا بعد زمان إلى قاض اخر لم يقم عليهم الحد اما لتقدم

العهد أو لانعدام الخصم وقد سقطت خصومتهم بما وصل إليهم أو لقضاء الأول فيهم بما قضى

فان ذلك نافذ لحصوله في موضع الاجتهاد ومن العلماء من يقول يتقرر الضمان عليهم ووجوب

القود بالقتل وإن كان متحتما وقضاء القاضي في المجتهدات نافذ (قال) وإذا قضى القاضي

على قطاع الطريق بقطع الأيدي والأرجل والقتل وحبسوا لذلك فذهب رجل بغير إذن الإمام

فقتل منهم رجلا لم يكن عليه شئ لان الامام أحل دمهم حين قضى عليهم بالقتل ومن قتل حلال الدم لا شئ عليه كمن قتل مرتدا أو مقضيا عليه بالرجم وكذلك لو قطع يده

لأنه لما سقطت حرمة نفسه اقتضى ذلك سقوط حرمة أطرافه ضرورة ويتم بقية الحد لان

ما فعله ذلك الرجل من إقامة الحد وان افتات فيه على رأى الامام ففعله في ذلك كفعل الامام لأنه رجل من المسلمين والامام بمنزلة جماعة من المسلمين في استيفاء هذا الحد وان

أخطأ الامام حين قدم إليه فقطع يده اليسرى فلا شئ عليه لان دمه حلال فإنه يقتله بعد القطع فلا عصمة في طرفه ولأنه مجتهد فيما صنع وقد بينا نظيره في الحداد (قال)

وإذا أقر القاطع بقطع الطريق مرة واحدة أخذ بالحد الأعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى كما في السرقة وان أنكره بعد ذلك درى عنه الحد لرجوعه عن الاقرار وأخذ

بالمال والقود لان رجوعه عن الاقرار فيما هو حق العبد باطل (قال) وإذا قطع الطريق وأخذ

المال ثم ترك ذلك وأقام في أهله زمانا لم يقم الامام عليه الحد استحسانا وفي القياس
يقام

عليه لان الحد لزمه بارتكاب سببه ولكن استحسن لتوبته وتحوله عن تلك الحالة قبل
أن يقدر عليه والأصل فيه ما روى أن الحارث بن زيد قطع الطريق ثم ترك ذلك وتاب
فكتب علي بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه إلى؟ عامله بالبصرة أن الحارث بن زيد
كان من قطاع الطريق؟ وقد ترك وتحول عنه فلا تعرض له الا بخير (قال) وإذا قطعوا

الطريق على قوم من أهل الحرب مستأمنين في دار الاسلام لم يلزمهم الحد لما بينا أن السبب المبيح في مال المستأمن قائم وهو كون مالكة حربيا وان تأخر ذلك إلى رجوعه إلى

دار الحرب ولكنهم يضمنون المال ودية القتلى لبقاء الشبهة في دم المستأمن بكونه متمكنا

من الرجوع إلى دار الحرب وهذا مسقط للعقوبة ولكنه غير مانع من وجوب الضمان الذي

يثبت مع الشبهة لقيام العصمة في الحال ولكن يوجعون عقوبة لتخويفهم الناس بقطع الطريق كما إذا لم يصيبوا مالا ولا نفسا (قال) وإذا قطعوا الطريق على قافلة عظيمة فيها مسلمون ومستأمنون أقيم عليهم الحد إلا أن يكون القتل وأخذ المال وقع على أهل الحرب

خاصة فحينئذ لا يجب الحد كما لو لم يكن معهم غيرهم فأما إذا وقع القتل وأخذ المال على المسلمين

وأهل الحرب يقام عليهم الحد كما لو لم يكن أهل الحرب معهم وهذا بخلاف ما إذا كان في

القافلة ذو رحم محرم من أحدهم لما بينا أن مال ذي الرحم في حقه في حكم الحد كماله فيمكن

ذلك شبهة في فعلهم فأما مال المستأمنين ليس كماله وإنما لم يكن أخذ مال المستأمنين موجبا

للعقوبة عليه لبقاء شبهة الإباحة في ماله وذلك غير موجود في حق المسلمين وأهل الذمة

فيقام عليهم الحد باعتبار نفوس المسلمين ومالهم ويجعل كأنهم لم يتعرضوا للمستأمنين بشيء

(قال) وإذا حرم قاطع الطريق حين يأتي به الامام لم يدرأ عنه الحد بذلك لان احرامه لو اقترن بالسبب لم يمنع وجوب الحد عليه فكذلك إذا اعترض وكذلك لو كان ذميا فأسلم

وهذا الحد معتبر بسائر الحدود حكما وكما أن احرامه واسلامه لا يمنع إقامة سائر الحدود

فكذلك هذا الحد (قال) وإذا قتله رجل في حبس الامام قبل أن يثبت عليه شيء ثم قامت البينة بما صنع فعلى قاتله القود لان العصمة والتقوم لا يرتفع بمجرد التهمة ما لم يقض

القاضي بحل دمه فإنما قتل نفسا محقونة فعليه القود ثم القاضي لا يقضي عليه بحل دمه بعد

ما قتل لفوات المحل فوجود هذه البينة كعدمها إلا أن يكون القاتل هو ولي المقتول
الذي
قتله هذا في قطع الطريق فحينئذ لا يلزمه شيء لأنه استوفى حق نفسه على ما بينا ان
السبب
الموجب للعود قد تقرر وإنما يمتنع ظهوره إذا ظهر استحقاق نفسه حدا ولم يظهر
ذلك قبل
إقامة البينة عليه فكان الولي مستوفيا حقه فلا يلزمه شيء والله أعلم
*** تم الجزء التاسع