

[1]

(الجزء التاسع من) كتاب المبسوط لشمس الدين السرخسي وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالاصول أيضا سميت صنعها 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 الامة 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

[2]

بسم الله الرحمن الرحيم (باب الكسوة) (قال) رضى الله عنه وإذا حلف لا يشتري ثوبا ولانية 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 وانما يطلق على ملبوس بنى آدم وفي الايمان للعادة عبرة ولو اشترى قلنسوة لم يحنث لانه ليس بثوب فالثوب ما يستر العورة وتجوز 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 ولانه يستر عورته وكذلك ان اشترى ثوبا صغيرا حنث ومراده ما يكون ازارا أو سراويل يستر العورة وتجوز الصلاة فيه وكذلك لو حلف يلبس ثوبا فلو سمي ثوبا بعينه ولبس منه طائفة يكون أكثر من نصفه حنث لانه يسمى لابسا له ألا ترى أن الانسان قد يلبس الرداء وبعض جوانبه على الارض وان حلف لا يلبس ثوبا بعينه فاتخذ منه جبة وحشاها ولبسها حنث لانه جعل شرط حنثه لبس العين وعقد اليمين باسم الثوب والثوب باق بعدما اتخذ منه الجبة فان لبس الجبة يسمى لابسا للثوب بخلاف ما لو حلف على قميص لا يلبسه أبدا فجعل منه قباء فلبسه لم يحنث لانه عقد اليمين باسم القميص ولا يبقى هذا الاسم بعدما جعله قباء ألا ترى أن لبس 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 عصب غزلا فنسجه كان الثوب له ولكنه ترك هذا القياس للعرف فان أحدا لا يلف الغزل على نفسه هكذا ولو فعله لا يسمى لابسا ثوبا وانما يسمى لابسا للغزل وان نوى الغزل بعينه قبل أن ينسج لم يحنث إذا لبسه

يعنى ثوبا لانه نوى حقيقة كلامه وان حلف لا يلبس ثوبا من غزل فلانه 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 فان كان ممن لا يفعل ذلك وانما 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 وان 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 ابريسما فلبس ثوب خز سداه حرير وابريسم لم يحنث لان الثوب لا ينسب إلى سداه وانما ينسب إلى لحمته فان اللحمية هي التي تظهر دون السدا ألا ترى ان لبس الحرير حرام على الذكور ثم لا بأس بلبس العنابي والمصمت وان كان سداه حريرا لان لحمته غزل ولو لبس ثوبا لحمته ابريسم أو حرير حنث عندنا بمنزلة مالو كان حريرا كله ألا ترى أنه لا يحل للرجال لبسه والشافعي يعتبر اللون والبريق فيقول ان كان الغالب عليه بريق الابريسم ولينه حنث والا فلا وأشار إلى الفرق بين هذا وبين الخز ولا معنى للفرق سوى العرف فان الناس يسمونه ثوب الخز وان لم تكن لحمته خزا ولا يسمونه ثوب الحرير الا ان يكون حريرا كله أو يكون لحمته حريرا (قال) الا أن يعني سدا الثوب أو لحمته أو علمه فحينئذ يحنث إذا لبسه بتلك الصفة لانه شدد الامر على نفسه بنيته وان حلف لا يلبس قطننا 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 لابسيا للحشو وانما يسمى لابسيا للقباء المحشو فلا يحنث لكون حشوه قطننا الا أن يعنيه وان حلف لا يلبس كتانا فلبس ثوبا من قطن وكتان حنث لانه قد لبس الكتان بخلاف ما لو كان حلف لا يلبس ثوب كتان لانه إذا سمي الثوب فشرط حنثه أن يكون جميعه كتانا ولم يوجد وإذا سمي الكتان فشرط حنثه وهو لبس الكتان قد وجد لانه يقال هذا ثوب قطن وكتان فان القطن والكتان يستويان في اضافة الثوب اليهما فلا يصير منسوبيا إلى احدهما دون الآخر بخلاف الخز فانه يغلب على الابريسم في نسبة الثوب

إليه وبخلاف الابريسم مع الغزل فان الابريسم يغلب على الغزل في نسبة الثوب إليه حتى يسمى ملحما وان كان سداه قطننا 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 والقميمص وغيره فيه سواء بخلاف ما لو قال لا ألبس قميصا فاتزر بقميمص أو ارتدى به فانه لا يحنث في القياس في الفصلين سواء ولكنه استحسن الفرق بينهما بناء على الحرف الذي بينا أن الوصف في غير المعين معتبر وفي المعين لا يعتبر انما يصير معلوما بوصفه ثم لبس القميمص بصفة مخصوصة متعارف والثابت بالعرف كالثابت بالنص وإذا لم يعين القميمص انصرفت يمينه إلى اللبس بالصفة المعروفة فإذا اتزر به أو

ارتدي به لم يحنث الا ترى انه لو قال ما لبست اليوم قميصا كان صدقا واما في المعين لا يعتبر الوصف فعلى أي وجه لبسه كان حائنا الا ترى انه لو قال ما لبست هذا القميص وقد اتزر به كان كاذبا وان لبس قميصا ليس له كمان حنث في يمينه لانه يسمى قميصا وان لم يكن له كم لان القميص كالدرع وقد يشتري الرجل لدرعه كمين فعرفنا ان القميص والدرع ينسب إلى البدن فلا ينعدم الاسم بعدم الكمين كالرجل يسمى رجلا وان لم يكن له يدان وان حلف لا يلبس ثوبا فوضعه على عاتقه يريد به الحمل لا يحنث لانه حامل حافظ لا مستعمل لابس الا ترى ان الامين إذا فعل ذلك بالامانة لم يضمن وان نوى نوعا من الثياب دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في الحكم لانه 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 احتملات لفظه فانه عقد يمينه على فعل في ملك مضاف إلى فلان ونوى حقيقة الاضافة في الحال فتصح نيته ويجعل مانوي كالملفوظ به ولو حلف لا يكسو فلانا شيئا ولا نية له فكساه قلنسوة أو خفين أو نعلين أو جوربين حنث لان الكسوة عبارة عن التملك 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 تنادي بهما الكسوة في الكفارة ولو حلف لا يكسوه ثوبا فاعطاه دراهم فاشترى بها ثوبا لم يحنث لان ما كساه الثوب وانما وهب له الدراهم وأشار عليه بمشورة والموهوب له بالخيار ان شاء اشترى بها ثوبا وان شاء غيره فلو أرسل إليه بثوب كسوة

[5]

حنث لانه قد كساه فان فعل رسوله كفعله فان نوى أن يعطيه من يده إلى يده لم يحنث لانه نوى حقيقة كلامه وان حلف لا يلبس سلاحا فتقلد سيفا أو تنكب قوسا أو ترسا لم يحنث لانه لا يسمى في الناس لابسا وانما يسمى متقلدا للسيف أو حاملا للسلاح أو معلقا له على نفسه ولو لبس درع حديد حنث لانه يسمى به لابسا للسلاح ولو حلف لا يلبس درعا فلبس درع حديد أو درع امرأة حنث لان اسم الدرع تناولهما حقيقة وعادة فان عني أحدهما فقد نوى التخصيص في اللفظ العام وذلك صحيح فلا يحنث الا بلبس ما عني وان حلف لا يلبس شيئا فلبس درع حديد أو درع امرأة أو خفين أو قلنسوة حنث في كل ذلك لانه عقد يمينه على فعل اللبس في محل هو شيء واسم الشيء يتناول هذا كله وفعل اللبس يوجد في كلها فلهذا حنث والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب (باب القضاء في اليمين) (قال) وإذا حلف ليعطين فلانا ماله رأس الشهر أو عند الهلال ولانية 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 ترى ان في العرف يقال اليوم رأس الشهر وانما 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 أولا وأخرا والمراد الوقت ولان الاعطاء انما يكون في الزمان لافي الصلاة فعرفنا 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 احدهما بعد الزوال والآخر بعد غروب الشمس فايهما نوى صحت نيته وان قال سحرا فوقت السحر مما بعد

ذهب ثلثي الليل إلى طلوع الفجر الثاني فان 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 يتأدي بوجود الامساك في هذا القدر وان أعطاه قبل

[6]

مجئ الوقت المسمى أو وهبه له أو أبرأه منه ثم جاء الوقت وليس عليه شيء لم يحنث في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لما بينا أن اليمين المؤقتة انما تنعقد موجبا في آخر الوقت المسمى وعند ذلك لاحق له عليه وفي مثله لا ينعقد اليمين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافا لابي يوسف رحمه الله تعالى ولو مات أحدهما قبل مضى الوقت لم يحنث لان شرط حنثه ترك فعل الاداء في آخر ذلك الوقت إليه ولا يتحقق ذلك إذا مات أحدهما قبله وكذلك لو قضى 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 لانه عقد يمينه على فعل الاعطاء وجعل لذلك غاية وهو اذن فلان فبموت فلان تفوت الغاية وذلك يوجب صيرورة اليمين مطلقة لاطلاقها واذن فلان كان مانعا من الحنث فيفواته 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 ولانه 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 ليقتل فلانا ماله وفلان قد مات وهو لا يعلم به لم يكن عليه حنث في يمينه وان كان يعلم بموته حين حلف حنث وكذلك لو حلف ليضربه أو ليكلمنه أو ليقتله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رضوان الله عليهم أجمعين يحنث علم أو لم يعلم لانه أضاف اليمين إلى محلها فانعقدت ثم شرط البر فمات 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 لامسن السماء أو لاحولن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه لانه عقدها على خبر في المستقبل وان كان هو عاجزا عن ايجاده فهذا مثله وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا محل اليمين المعقودة خبر فيه رجاء الصدق لانها تعقد للحظر أو للايجاب أو لاطهار معني الصدق وذلك لا يتحقق فيما ليس فيه رجاء الصدق فلا تنعقد أصلا كاليمين الغموس ثم إذا كان لا يعلم بموته فمقصوده أرهاق روح موجودة فيه وقت

[7]

اليمين ولا تصور لهذا إذا كان ميتا وإذا كان يعلم بموته فمقصوده أرهاق روح يحدثه الله تعالى فيه إذا أحياه وذلك متوهم فانعقدت يمينه ثم حنث

لوقوع اليأس عما هو شرط البر ظاهرا وعلى هذا والله لا شرين هذا الماء الذي في هذا الكوز ولأما في الكوز لا تنعقد يمينه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لأنه عقد يمينه على خير ليس فيه رجاء الصدق إلا أنه لا فرق هنا بين أن يعلم أن الكوز لأما فيه أو لا يعلم لأنه عقد اليمين على شرب الماء الموجود في الكوز والله تعالى وأن 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 أن لو قال لاقتلن هذا الميت فإن 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 لأن المقصود باليمين تعظيم المقسم به وإنما يحصل بيمينه هتك حرمة الاسم باستعمال اليمين في هذا المحل ولكن عليه الكفارة عندنا خلافا لزر فرحمه الله تعالى فإنه يعتبر لعقد اليمين أن يكون ما يحلف عليه في وسعه إيجاده وذلك غير موجود هنا ولكننا نقول انعقاد اليمين باعتبار توهم الصدق في الخبر وذلك موجود فإن السماء عين ممسوس والملائكة يصعدون السماء ولو أقدره الله تعالى على صعود السماء يصعد وكذلك الحجر محل قابل للتحويل لوجوده فانعقدت يمينه ثم حنث في الحال لعجزه عن إيجاد شرط البر ظاهرا وذلك كاف للحنث ألا ترى أن في الفعل الذي يقدر عليه يحنث إذا مات قبل أن يفعله لوجود العجز عن إيجاد شرط البر ظاهرا ولا فائدة في انتظار الموت هنا لأن 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 قلتم وهذا لأن هناك أخبر عن فعل قد وجد منه وذلك لاكون له والله تعالى وإن 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

[8]

في آخر الوقت المسمى وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يحنث في الحال لأنه إنما يتوقت انعقاد اليمين إذا كان ما حلف عليه في وسعه إيجاده ذلك فأما إذا لم يكن في وسعه إيجاده 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 إلا في آخر الوقت وإن لم يكن في الكوز ماء حنث في الحال ولو حلف بطلاق امرأته ليأتين البصرة فمات قبل ذلك طلقت عند الموت لأن بموته فان شرط البر وهو أتيان البصرة ولا نقول أنه يحنث بعد موته ولكنه كما أشرف على الموت وتحقق عجزه عن أتيان البصرة حنث حتى أن كان لم يدخل بها فلا ميراث لها ولا عدة عليها وإن كان قد دخل بها فلها الميراث وعليها العدة وتعتد إلى أبعد الاجلين بمنزلة امرأة الفار فان ماتت هي وهو حي لم تطلق لأنه قادر على أتيان 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 أتيان البصرة فتطلق ثلاثا قبل موتها ولو مات الزوج كان

لها الميراث لانها تقدر على اتيان البصرة بعد موته ولو حلف بعق كل مملوك له لا يكلم فلانا فانما يتناول هذا اللفظ الموجود في ملكه حين حلف فان بقى في ملكه حين حلف فان بقى في ملكه إلى وقت الكلام عتق والا فلا فان لم يكن في ملكه حين حلف مملوك لم ينعقد يمينه ولو قال إذا كلمت فلانا فكل مملوك لى 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 جزء لما بينا أن الجزء ما يتعقب حرف الجزء فانما جعل الجزء عتقا معلقا بالكلام وهذا يتحقق في الذين اشتراهم قبل الكلام ولو تناول كلامه الذين اشتراهم بعد الكلام لعتقوا بنفس الشراء فلم يكن هذا هو الجزء الذى علقه بالشراء وان حلف بعق عبده ان 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 لغوات شرط البر وهو الكلام مع فلان فان الميت لا يكلم فان

[9]

المقصود من الكلام الافهام وذلك لا يحصل بعد الموت وان حلف لا يطلق امرأته فأمر رجلا فطلقها أو جعل أمرها بيدها فطلعت 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 الا أن يكون نوى أن يتكلم به بلسانه فحينئذ يدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء لانه نوى التخصيص ولان الظاهر أن مقصوده أن لا يفارقها ويحتمل أن يكون مقصوده أن لا يتكلم بطلاقها ولكن القاضى 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 ألى منها فمضت المدة بانث وحنث في يمينه في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان الايلاء طلاق مؤجل فعند مضى المدة يقع الطلاق ويكون مضافا إلى الزوج وعند زفر رحمه الله تعالى لا يحنث لان الطلاق انما وقع حكما باعتبار دفع الضرر عنها فلا يكون شرط الحنث به موجودا وعلى هذا لو كان الزوج عيننا ففرق القاضى بينهما بعد مضى المدة لم يحنث في قول زفر رحمه الله تعالى وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى هنا روايتان في احدهما سوى بين هذا وبين الايلاء لان القاضى نائب عن الزوج في الطلاق شرعا بعد مضى المدة وفي الاخرى فرق بينهما فقال هنا لم يوجد من الزوج معنى يصير به مباشرا للطلاق وذلك شرط حنثه والعتق 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 الا أن يكون نوى أن لا يأمر غيره فحينئذ قد شدد الأمر على نفسه بنيته وكذلك ان 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 وانما يضيف إلى الموكل فكان بمنزلة الرسول وكذلك ان زوجه بغير أمره فأجازه

بالقول حث لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وعن محمد رحمه الله تعالى أنه لا يحث لان في أصل العقد العاقد ليس

[10]

بمعبر عنه إذا لم يكن مأمورا به من جهته والاجازة ليست بعقد ألا ترى أن ما هو شرط النكاح وهو الشهود لا يشترط عند الاجازة فلماذا لا يحث وفي الاجازة بالفعل اختلاف المشايخ (قال) رضى الله عنه والاصح عندي أنه لا يحث لان عقد النكاح يختص بالقول حتى لا ينعقد بالفعل بحال ولا يمكن أن يجعل المجيز بالفعل عاقدا حقيقا ولا حكما انما يكون راضيا وشرط حثه 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 التزوج شرط والطلاق جزاء معلق بالكلام وذلك يتحقق في التي تزوجها قبل الكلام دون التي يتزوجها بعد الكلام لانها لو طلقت طلقت بنفس 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 ثلثين سنة وبين ما إذا لم يوقت وبينما إذا قدم الشرط أو آخر وقال ان كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فانما 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 لاجل فلان وما باع لاجله حين أمره به غيره وانما؟ باعه لاجل من أمر به يخلاف مالو 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 حانت عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى لا يحث لان الهبة عقد تملك كالبيع وفي البيع لا يحث ما لم يقبل المشتري لان الملك لا يحصل قبل قبوله فكذلك في الهبة ولهذا قال زفر رحمه الله تعالى في البيع لو باعه بيعا فاسدا لم يحث حتى يقبضه المشتري ولكننا نقول الهبة تبرع وذلك يتم في جانب المتبرع بفعله لانه ايجاب لا يقابله استيجاب وذلك يتم بالموجب في حقه كالاقرار بخلاف البيع فانه 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 شيئا فأقرضه ولم يقبل حث الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال في القرض لا يحث كما في البيع فان القرض عقد ضمان فانه يوجب ضمان المثل على المستقرض وذلك لا يحصل الا بقبضه وعلى هذه الرواية يفرق

[11]

أبو يوسف رحمه الله تعالى بين هذا وبين ما إذا حلف لا يستقرض فانه يحث إذا طلب القرض من آخر وان لم يقرضه لان السين في قوله استقرضت لمعنى السؤال فانما شرط حثه طلب القرض وقد وجد بخلاف مالو حلف لا يقرض أو حلف لا يهب فأمر غيره حتى فعل حث وكذلك لو حلف لا يكسوه أو لا يحمله على دابة لان هذا من العقود التي لا تتعلق

الحقوق فيها بالعاقب ألا ترى أنه يقال كسا الامير فلانا وانما أمر غيره به وان حلف ليضربن عبده أو ليخيطن ثوبه أو لينين داره فأمر غيره ففعل برفى يمينه لانه هو الفاعل لذلك وان أمر غيره به فان في العرف يقال بني فلان دارا أو خاط فلان ثوبا على معنى أنه أمر غيره به وان لم يكن هو بناء ولا خياطاً إلا أن يكون عني ان يبينه بيده فحينئذ المنوي حقيقة فعله وفيه تشديد عليه وكذلك كل شئ يحسن فيه ان يقول فعلته وقد فعل وكيله ولو حلف على حر ليضربنه فأمر غيره فضربه لم يبر حتى يضربه بيده لانه لا ولاية له على الحر فلا يعتبر أمره فيه ألا ترى أنه لا يثبت للضارب حل الضرب باعتبار أمره؟ بخلاف العبد فانه مملوك له عليه ولاية فأمر غيره بضربه معتبر ألا ترى ان الضارب يستفيد به حل الضرب ولان العادة الظاهرة ان الانسان يترفع من ضرب عبده بيده وانما يأمر به غيره فعرفنا ان ذلك مقصوده ولا يوجد مثله في حق الحر إلا أن يكون الحالف السلطان أو القاضى فحينئذ يبر إذا أمر غيره بضربه لانه لا يباشر الضرب بنفسه عادة وضرب الغير بأمره يضاف إليه فيقال الامير اليوم ضرب فلانا وضرب القاضى فلانا الحد إلا أن ينوي 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 خادماً قد كانت تخدمه قبل ذلك ولا نية له فجعلت الخادم تخدمه من غير أن يأمرها حنث لانه يستخدمها باستخدامه ملكه فيها فانه انما اشتراها للخدمة فما دام مستديماً للملك فيها فهو دليل استخدامها ولانها كانت تخدمه قبل اليمين باستخدام كان منه فإذا جعلت تخدمه على حالها ولم ينهها فهو مستخدم لها بما سبق منه حتى لونهاها ثم خدمته لم يحنث لانه بالنهي قد انقطع حكم الاستخدام

[12]

السابق ولان ادامة 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 صريحاً ودلالة فانه ليس بمالك ليكون طالباً خدمتها باستخدامه ذلك الملك أو ليحذف الاستخدام السابق باعتباره قائماً وان كان حلف أن لا تخدمه حنث لانه عقد اليمين على فعل الخادم وقد تحقق منه ذلك سواء كان بأمره أو بغير أمره بخلاف الاول فانه عقد اليمين على فعل نفسه لان الاستخدام طلب الخدمة وكل شئ من عمل بيته فانه خدمته لان الانسان انما يتخذ الخادم لذلك وكذلك لو سألها وضوء أو شرباً أو أشار أو أوماً إليها بذلك فقد استخدمها لان الاستخدام بالايحاء والاشارة ظاهر ممن ترفع عن أن يخاطب خدمه بالكلام وكذلك لو حلف أن لا يستعين بها فأشار إليها بشئ من ذلك حنث ان أعانته أولم تعنه لان الاستعانة طلب الاعانة وقد تحقق منه الا أن يكون نوى أن تفعله فلا يحنث حينئذ حتى تعينه لان المقصود هو الاعانة 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 وشراهم حنث لانه قد خدم كل واحد منهم فوجد به شرط الحنث في حق الحالف بدليل حديث أنس رضى الله عنه كن جوارى عمر رضى الله عنه يخدمن الضيفان كاشفات الرؤس مضطربات الثدى وان كان حلف أن لا يستخدمها لم يحنث لانه عقد اليمين على فعل نفسه ولم يوجد منه حقيقة ولا حكماً لانها غير مملوكة له وسواء في ذلك إذا استخدم غلاماً أو جارية صغيراً كان أو كبيراً لان اسم الخادم يتناولهما والاستخدام يتحقق منهما وهو متعارف أيضاً فلماذا حنث

في ذلك كله والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب اليمين في الركوب) (قال) رضى الله عنه وإذا حلف لا يركب دابة فركب حمارا أو فرسا أو بردونا أو بغلا حنث وكذلك ان ركب غيرها من الدواب كالبعير والغيل لان اسم الدابة يتناوله حقيقة وعرفا فان الدابة ما يدب على الارض قال تعالى وما من دابة في الارض الاية وفي الاستحسان لا يحنث لعلمنا أنه لم يرد التعميم في كل ما يدب على الارض وقد وقع يمينه على فعل الركوب

[13]

فيتناول ما يركب من الدواب في غالب البلدان وهو الخيل والبغال والحمير وقد تأيد ذلك بقوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وانما ذكر الركوب في هذه الانواع الثلاثة فاما في الانعام ذكر منقعة الاكل بقوله والانعام خلقها لكم وبأن كان يركب الغيل والبعير في بعض الاوقات 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 الا أن ينوى جميع ذلك فيكون على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه وان عنى الخيل وحده لم يدين في الحكم لانه نوى التخصيص في اللفظ العام وان قال لا أركب وعننى الخيل وحدها لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان في لفظه فعل الركوب والخيل ليس بمذكور ونية التخصيص تصح في الملفوظ دون مالا لفظ له وان حلف لا يركب فرسا فركب بردونا لم يحنث وكذلك ان حلف لا يركب بردونا فركب فرسا لم يحنث لان البردون 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 بردونا 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 الغازى السهم بالبردون والفرس جميعا وان حلف لا يركب دابة فحمل عليها مكرها لم يحنث لانه عقد بيمينه على فعله في الركوب وهو ما ركبها بل حمل عليها مكرها ألا ترى أن الحمل يتحقق فيما يستحيل نسبة الفعل إليه كالجملات وان ركب دابة عربانا أو بسرج أو اكاف حنث لانه ركبها والركوب بهذه الاوصاف معتاد وان حلف لا يركب دابة لفلان فركب دابة لعبد ولادين عليه لم يحنث في قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى الا أن ينوبها وفي قول محمد رحمه الله تعالى هو حانث لانه عقد بيمينه على دابة هي مملوكة لفلان فان اللام دليل على الملك وكسب العبد مملوك لمولاه فيكون حانثا به وكونها في يد عبده ككونها في يد أجيده وهما يقولان عقد بيمينه 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 الا أن ينوبه وهو نظير ما تقدم في قوله لا أدخل دارا لفلان ان المعتبر هو النسبة بالسكنى دون الملك فهذا مثله ثم على

[14]

قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ان كان على العبد دين يحيط بكسبه وبرقبته لم يحنت وان نواها لان من أصله ان المولى لا يملك كسب عبده المديون بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين فان هناك إذا نواها يحنت لانه نوى اضافة الملك وهو مملوك له وعند أبى يوسف رحمه الله تعالى سواء كان عليه دين أو لم يكن عليه دين فانه نواها يحنت لان عنده استغراق كسب العبد بالدين لا يمنع ملك المولى وعند محمد يحنت على كل حال لان المعتبر عنده اضافة الملك واستغراق كسب العبد بالدين يمنع ملك المولى وان ركب دابة لمكاتب فلان لم يحنت وكذلك الدار والثوب لانه ان اعتبر اضافة الملك فكسب المكاتب غير مملوك ما بقى مكاتبها وان اعتبر اضافة النسبة فهي منسوبة إلى المكاتب دون المولى وان حلف لا يركب مركبا ولا نية له فركب سفينة أو محملا أو دابة حنت لانه ذكر المركب هنا وكل هذا مركب والمركب ما يركب ومن حيث العرف تسمى السفينة مركبا وكذلك شرعا قال الله تعالى باني اركب معنا وقال اركبوا فيها وان حلف لا يركب بهذا السرج فزاد فيه شيئا أو نقص منه حنت لانه ذلك السرج الذي عينه وقد ركب به والنقصان والزيادة في شئ لا يبدل أصله ولو بدل السرج نفسه وترك اللبد والصفة لم يحنت لان اسم السرج للحنأ أصل واللبد والصفة وصف فيه والمعتبر هو الاصل دون الوصف وهذا لان الذي يدعوه إلى اليمين ضيق السرج وسعته وذلك يتبدل بتبدل الحنأ دون اللبد والصفة وإذا حلف بالله ماله مال وله دين على مفلس أو على ملى وليس له غيره لم يحنت 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 ان كان رجل قد غصبه مالا فاستهلكه وأقر به أو جرده وهو قائم بعينه لم يحنت أما إذا استهلكه فقد صار دينا في ذمته وأما إذا كان قائما بعينه إذا كان جاحدا له فهو ناوفاً حق الحالف ألا ترى أنه لا يلزمه الزكاة باعتباره ولا يحرم عليه الصدقة باعتباره والناوفاً لا يمكن؟ تموله فلا يعد ذلك مالا له ولو كانت له وديعة عند انسان حنت لان الوديعة عين ماله ويد مودعه كيده ألا ترى أنه يتمكن من استردادها متى شاء وأنه تنفذ تصرفاته فيها مطلقا ولم يذكر المغصوب إذا كان قائما بعينه والغاصب مقر به قيل هنا يحنت لانه متمكن من استردادها بقوة السلطان لما كان الغاصب مقرا به وتصرفه فيه ينفذ فهو كالوديعة وقيل لا يحنت لان الغاصب إذا كان قاهرا فالظاهر

[15]

أنه لا يتمكن من الاسترداد عنه وان كان مقرا وفي العرف إذا صودر رجل يقال له قد افتقر ولم يبق له مال وان كان من صدره مقرا وفي باب الايمان العرف معتبر وان كانت عنده فضة أو ذهب قليل أو كثير حنت لان النقد مال على كل حال ألا ترى أن زكاة المال تجب في النقود باعتبار العين الا 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 لانه نوى التخصيص في اللفظ العام وان كان له عروض أو حيوان غير السائمة لم يحنت وفي القياس يحنت 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 والايمان مبنية على العرف والعادة وان لم يكن له مال وكان له عبد له مال لم يحنت في قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى ويحنت في قول محمد رحمه

الله تعالى وهذا ومسألة الدابة سواء والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب (باب الوقت في اليمين) (قال) رضى الله عنه وإذا حلف الرجل ليعطين فلانا حقه إذا صلى الاولى فله وقت الظهر إلى آخره لان المراد بذكر الصلاة الوقت والاولى هي الظهر في لسان الناس فلا يحث ما لم يخرج وقت الظهر قبل أن يعطيه وان حلف ليعطينه كل شهر درهما ولانية 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 لانه 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 أوفى آخره فقد

[16]

تم شرط بره ولو حلف ليعطينه عاجلا ولانية له فالعاجل قبل أن يمضى الشهر لان الأجال في العادة تقدر بالشهور وأدنى ذلك شهر فما دونه في حكم العاجل وكذلك لو حلف لا يكلم فلانا عاجلا فان كان يعنى شيئا فهو على ما نوى وان لم يكن له نية فإذا كلمه بعد شهر لم يحث وكذلك إذا قال مليا فالمراد به البعيد قال تعالى واهجرني مليا وان كان يعنى شيئا فهو على ما نوى والا كان على الشهر فصاعدا لان البعيد والاجل سواء وان حلف ليعطينه في أول الشهر الداخل فيه فله أن يعطيه قبل أن يمضى منه نصفه وان مضى منه نصفه قبل أن يعطيه حث لان للشهر أولا وآخره فأوله عند الاطلاق يتناول النصف الاول والآخر منه يتناول النصف الآخر وعلى هذا روى عن أبى 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 حث 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 رضى الله تعالى عنهما في تأويل قوله تعالى تؤتى أكلها كل حين باذن ربها أنه ستة أشهر من حين يخرج الطلع إلى أن يدرك التمر فعند الاطلاق يحمل على الوسط من ذلك فان خير الامور أوسطها ولانا نعلم أنه لم يرد به الساعة فانه إذا قصد المماثلة ساعة واحدة لا يحلف على ذلك ويعلم أنه لم يرد أربعين سنة فانه إذا أراد ذلك يقول ابدا فعرفنا ان المراد ستة أشهر والزمان في هذا كالحين لانهما يستعملان استعمالا واحدا فان الرجل يقول لغيره لم القك منذ حين لم القك منذ زمان ويستوى ان كان ذكره معرفا بالالف واللام أو منكرا لان ستة أشهر لما صار معهودا في الحين والزمان فالمعروف ينصرف إلى المعهود وكذلك الدهر في قول أبى 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 دهرا فاما إذا ذكره معرفا فذلك على جميع العمر قال الله تعالى حين من الدهر فقد جعل الحين من الدهر جزء

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

[17]

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 بالرأى لا يكون وإنما يعتبر العرف فيما لم يرد نص بخلافه فلهذا توقف ولا عيب عليه في ذلك ألا ترى ان ابن عمر رضى الله عنه لما سئل عن شيء فقال لأدرى حين لم يحضره جواب ثم قال طوبى لابن عمر سئل عما لا يدري فقال لأدرى وقيل إنما قال لا أدري لانه حفظ لسانه عن الكلام في معنى الدهر فقد جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم انه 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 عبدى فأبى ان يقرضني وهو يسبني ولا يدري فسب الدهر ويقول وادهراه وإنما انا الدهر حديث فيه طول فلهذه الآثار الظاهرة حفظ لسانه وقال لأدرى ما الدهر وهو كما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن خير البقاع فقال لأدرى حتى أسأل جبريل فسأل جبريل فقال لأدرى 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 الايام فهو على عشرة أيام في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رضوان الله عليهم أجمعين على سبعة أيام لان الالف واللام للمعهود فيما فيه معهود والمعهود في الايام 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 الالف واللام للكثرة فكأنه قال أياماً كثيرة وأكثر ما يتناولها اسم الايام مقروناً بالعدد العشرة لانه يقال بعده احد عشر يوماً وكذلك في الشهور والسنين فينصرف يمينه إلى العشرة مما سمي وان قال أياماً ولانيه له على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو على ثلاثة أيام لانه 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 أياماً أو قال الايام وأكثر مشايخنا على أن هذا غلط والصحيح ما ذكره في الجامع وقد بيناه ثمة وان حلف ليعطينه غداً في أول النهار فإذا أعطاه قبل أن ينتصف النهار بر لما بينا أن للنهار أولاً وآخرها كما للشهر وان حلف ليعطينه مع حل المال أو عند حله أو حين يحل المال أو حيث يحل ولا نية له فهذا يعطيه

[18]

ساعة يحل فان أخره أكثر من ذلك حث لان مع للضم وعند للقرب وحين في مثل هذا الموضع يراد به الساعة عادة فكأنه حلف ليعطينه ساعة يحل فإذا أخره من ذلك حث وان حلف لا يضرب عبده فوجاه أو خنقه أو قرصه

أو مد شعره أو عضه حنث لان الضرب فعل موجه على قصد الاستخفاف أو التأديب وهذا كله موجه موصل الالم إلى قلبه فكان ضربا وكذلك من حيث العادة القاصد إلى ضرب عبده انما يقصد ما يقدر عليه من هذه الافعال ويسمى فعله ضربا ومن يعاينه يفعل ذلك يسميه ضاربا عبده ولو حلف ليضربنه مائة سوط فضربه مائة سوط وخفف بر لان شرط بره اصل الضرب دون نهايته والخفيف كالضرب الشديد ومطلق الاسم لا يتناول نهاية الشئ وان جمعها جماعة ثم ضربه بها لم يبر لانه انما 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) رضى الله عنه وإذا قال أي علماني بشرني بكذا فهو حر فيشره بذلك واحد ثم آخر عتق الاول دون الثاني لان الاول بشير والآخر مخبر فان البشير من يخبره بما غاب عنه علمه فتتغير عند سماعه بشرة وجهه وانما وجد هذا من الاول دون الثاني وان بشروه 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 علمانه مع رجل بالبشارة فقال ان غلامك يبشرك بكذا عتق لان عبارة الرسول كعبارة المرسل فالبشير هو المرسل والرسول مبلغ قال الله تعالى ان الله يبشرك بكلمة منه اسمه المسيح وانما 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 لانه نوى حقيقة كلامه فان البشارة انما تكون حقيقة منه إذا سمعه بعبارة

[19]

وإذا قال أي علماني أخبرني بكذا فالاول والثاني والكاتب والمرسل يعتقون جميعا لان الخبر متحقق منهم فقد يخبر المرء بما هو معلوم له كما يخبر بما غاب عنه علمه الا أن يعني المشافهة فتعمل نيته لانه حقيقة كلامه وقع في بعض نسخ الاصل التسوية بين الاخبار والاعلام والمراد أن الاعلام يحصل بالكتاب والرسول كالاخبار فأما الاعلام لا يكون من الثاني بعد الاول 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 علماني 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 وان 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 لانهما إذا علما جميعا به فما هو شرط بره وهو الاعلام فائت فهو بمنزلة قوله لاشربين 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 متحرقا والرجل يقول انتظر يوم فلان ويذكر والمراد بياض النهار فقلنا إذا قرن به ما يمتد كالصوم علم ان المراد به بياض النهار وإذا قرن به ما لا يمتد فالمراد به

الوقت وانما قرن بذكر اليوم هنا فعلا لا يمتد فكان بمعنى الوقت وان قال نويت النهار دون الليل دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه وهى حقيقة مستعملة وان قال ليلة أفعل كذا فهو على الليل خاصة لان الليل ضد النهار قال الله تعالى وهو الذى جعل الليل والنهار خلفه وكما أن النهار مختص بزمان الصياء فالليل مختص بزمان الطلعة والسواد وان حلف لا يبيت في مكان كذا فأقام فيه ولم ينم حنث لان البيوتة هو المكث والقرار بالليل في مكان ولهذا يسمى الموضع الذى يكون المرء فيه بالليل ميثا واللفظ لا يدل على النوم واليقظة فيحتمل نام أو لم ينم الا أن يعنى النوم فيكون على ما نوى لانه نوى التخصيص في لفظه والعرف والاستعمال يشهد له وكذلك ان أقام فيه أكثر من نصف الليل وان أقام فيه أقل من نصف الليل لم يحنث لان الانسان قد يكون في بعض الليل في غير منزله ثم يرجع إلى منزله وإذا سئل أين بات قال في منزلي ولان الاكثر ينزل منزلة الكمال والاقل تبع للاكثر فإذا أقام فيه أكثر من نصف الليل فكانه أقام فيه جميع الليل فيحتمل

[20]

وان حلف لا يظله ظل بيت فدخل بيتا حنث لان هذا للفظ عبارة عن الدخول في عرف الناس فانه انما 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 أبى يوسف رحمه الله تعالى الاول لان الايواء والبيتوتة تتقارب في الاستعمال الا ان البيوتة تستعمل في الليل خاصة يقال بات فلان يفعل كذا إذا فعل ليلا وظل يفعل كذا إذا فعله نهارا فاما الايواء يستعمل فيهما ثم البيوتة 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 ساوي إلى جبل يعصمني أي التجئ إليه فأكون فيه وقال أبو سعيد الخدرى لابن عباس رضى الله عنهم لا أوانى واياك ظل بيت مادمت على هذا القول أي لا اجتمع معك وقال عليه الصلاة والسلام ما أواه الحرز فغبه القطع فإذا أواه الحرز أي حصل فيه فإذا دخل البيت ساعة فقد وجد الايواء فيحتمل ولو أدخل احدي قدميه لم يحنث لانه ما حصل في البيت بادخال احدي القدمين وكذلك ان أدخل جسده وهو قائم ولم يدخل رجله لم يحنث لان اعتماد القائم على رجله والجسد تبع للرجلين فإذا لم يدخلهما لم يكن حاصل 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 يدرك في بيع فهو حانث لان الكفالة التزام المطالبة بما على الغير من تسليم مال أو نفس وقد تحقق ذلك منه وبسمى به في الناس كفيلا والمتحرز من الكفالة يكون ممتنعا من ذلك فيحتمل 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 فاما الصلة في الكفالة بالنفس الباء يقال كفل بنفس فلان وكفل عن فلان بكذا من المال وان حلف لا يكفل عنه بشئ فاشترى له بأمره شيئا 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 أبراه البائع عنه وحبس المبيع عنه إلى أن يستوفي الثمن وان كفل بأمره عن انسان شيئاً لم يحنث لانه ما التزم عن الأمر شيئاً هو عليه وانما التزم ما على المطلوب ولكن بمسألة الأمر فكان كفيلا عن المطلوب دون الأمر ألا ترى أنه يبرأ ببراءة المطلوب وأنه لا يرجع عند الاداء على الأمر بشئ وانما يرجع على المطلوب إذا كان ذلك بسؤاله ولو كان المال على فلان وبه كفيلا فأمر فلان الحالف فكفل بها عن كفيله لم يحنث لان الكفيل غير الاصيل وهو انما كفل عن الكفيل وشرط حنثه الكفالة عن الاصيل ألا ترى أنه لو برئ الكفيل الاول برئ الكفيل الثاني وان بقي المال على الاصيل ولو حلف لا يكفل له فكفل لغيره والدرهم أصلها له لم يحنث لان الكفالة له أن يلتزم مطالبة عليه ولم يوجد ذلك فان المطالبة انما تتوجه للمكفول له دون من يملك أصل المال وكذلك لو كفل لعبده لانه ما التزم المطالبة للمولى انما التزمها للعبد وان كان أصل المال للمولى ولا بد من مراعاة لفظ الحالف في بره وحنثه وان كفل لفلان وأصل الدرهم لغيره حنث لانه التزم المطالبة لفلان ومتى كان وجوب المال بعقده ففي حكم المطالبة كان الواجب له وان كان أصل الملك لغيره وان حلف لا يكفل عنه فضمن عنه حنث لان الضمان والكفالة تتقارب في الاستعمال كالهبة مع التخلي والعمري وان كان عنى اسم الكفالة أن لا يكفل ولكن يضمن دين فيما بينه وبين الله تعالى لانه 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 انما وكل فلان المحتال له بقبض دينه من الحالف وذلك لا يكون كفالة عنه للمحتال له وكذلك ان ضمنه له ولو كان للمحتال له على المحيل مال ولم يكن للمحيل مال على المحتال عليه حنث لانه 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 لانه لا فرق بينهما في حق الملتزم انما الفرق في حق المضمون عنه أن الحوالة توجب براءة الاصيل 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 استحساناً وفي القياس يحنث وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لانه بالتسبيح والتهليل والتكبير وقراءة القرآن متكلم فان التكلم ليس الا تحريك اللسان وتصحيح الحروف على وجه يكون مفهوماً من العباد وقد وجد ذلك ألا ترى أنه لو أتى به في غير الصلاة كان حائثاً 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 واذكار الصلاة وكذلك في العرف يقال فلان لم يتكلم في صلاته وان كان قد أتى باذكار الصلاة ويقال حرمة الصلاة تمنع الكلام ولا يراد به الاذكار والعرف معتبر في الايمان فاما إذا قرأ في غير الصلاة أو

سبح أو هلل أو كبر يحنت لانه قد تكلم ألا ترى أنه يقال القرآن كلام الله وان التكلم لا يتحقق من الاخرس والقراءة والذكر باللسان لا يتحقق من الاخرس فكان كلاما وكذلك لو أنشد شعرا أو تكلم بأى لسان كان فهو حانث لوجود الشرط ولو حلف لا يكلم فلانا فناداه من بعيد فان كان بحيث لا يسمع صوته لا يحنت وان كان بحيث يسمع صوته فهو حانث لانه 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 وان لم يفهم لتغافله عنه واشتغاله بغيره فيحنت ألا ترى أن الاول يسمى هاديا والثانى يسمى مناديا له وكذلك لو ناداه وهو نائم فايقظه حنث وهذا ظاهر وقع في بعض نسخ الاصل فناداه أو أيقظه وهذا اشارة إلى أنه وان لم ينتبه بنداؤه فهو حانث لانه أوقع صوته في اذنه ولكنه لم يفهم لمانع والاطهر أنه لا يحنت لان النائم كالغائب وان لم ينتبه كان بمنزلة مالمو ناداه من بعيد بحيث لا يسمع صوته فلا يكون حانثا وإذا انتبه فقد علمنا أنه أسمع صوته فيكون مكلما له وقيل هو على الخلاف عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يحنت لانه يجعل النائم كالمنتبه وعندهما لا يحنت بيانه فيمن رمى سهما إلى صيد فوقع عند نائم حيا ثم لم يدرك ذكاته حتى مات على ما نبينه في كتاب الصيد وان مر على قوم فسلم عليهم وهو فيهم حنث لانه مخاطب كل واحد منهم بسلامه الا أن ينوي القوم دونه فيدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه لا يكون مكلما له إذا قصد بالخطاب غيره ولكنه لا يدين

[23]

في القضاء لانه في الظاهر مخاطب لهم وان كتب إليه أو أرسل لم يحنت لما بينا ان الكلام لا يكون الا مشافهة ألا ترى أن أحدا منا لا يستجيز أن يقول كلمني الله وقد أتانا كتابه ورسوله وانما يقال كلم الله موسى تكليما لانه أسمع كلامه بلا واسطة وكذلك لو أومي أو أشار لم يحنت لان الكلام ما لا يتحقق من الاخرس والايماء والاشارة 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 اشارة هل يحنت فقلت نعم إذا كان مثلك يا أمير المؤمنين وهذا صحيح لان السلطان لا يكتب بنفسه عادة انما يأمر به غيره ومن عادتهم الامر بالايماء والاشارة وعن ابن سماعة قال سألت محمدا عمن حلف لا يقرأ كتابا لفلان فنظر فيه حتى فهمه ولم يقرأه فقال سأل هارون أبا يوسف رحمه الله تعالى عن هذا وكان قد ابتلى بشئ منه فقال لا يحنت وأنا برئ من ذلك ثم ندم وقال اما انا فلا أقول فيه شيئا وذكر هشام وابن رستم عن محمد رحمهم الله تعالى انه يحنت لان المقصود الوقوف على ما فيه لاعين القراءة وفي الايمان يعتبر المقصود وجه قول أبى 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 ولانية له حنث بايهما كلم وكذلك لو قال لا أكلم جدك وله جدان من قبل أبيه وأمه لان هذا اسم مشترك والاسماء المشتركة في موضع النفي تعم لان معنى النفي لا يتحقق بدون التعميم وهو بمنزلة النكرة تعم في موضع النفي دون الاثبات وهذا اشارة إلى الفرق بين هذا وبين الوصية لمولاه وقد بينا تمام هذا الفرق في الجامع وان حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفى ماله عليه فلزمه ثم فر منه الغريم لم يحنت لانه عقد يمينه على فعل نفسه في المفارقة وهو ما فارق غريمه انما الغريم هو الذى فارقه وكذلك لو كابره حتى انفلت منه لانه 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 يحنت عند محمد وأبي حنيفة رحمهما الله تعالى وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يحنت لان ما جعله غايه وهو استيفاء ماله عليه قد فات حين برئ المطلوب بالحوالة وقد بينا أن فوت الغايه عندهما يسقط اليمين لا إلى حنت خلافا لابي يوسف رحمه الله تعالى كما في قوله لا أكلمك حتى يأذن لى فلان فان توى المال على المحال عليه ورجع الطالب إلى

[24]

المطلوب لم يحنت أيضا لان الحوالة تنفسخ بالتوى ولا يتبين أنها لم تكن وانما تنفسخ الحوالة في حق حكم يحتمل الفسخ وسقوط اليمين لا يحتمل الفسخ فلهذا لا يعود اليمين بانفساخ الحوالة وان لم يحل بالمال ولكنه قضاه وفارقه ثم وجده زيوفاً أو نهرجة أو ستوقاً فان كان الغالب عليه الفضة لم يحنت وان رده لانه مستوف بالقبض ألا ترى أنه لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز فتم شرط بره ثم انتقض قبضه بالرد فلا ينتقض به حكم البر لانه لا يحتمل الانتقاض وان كان الغالب النحاس كالستوقه فهو حانت لانه ما صار مستوفيا حقه بالقبض ألا ترى أنه لو تجوز به في الصرف والسلم لا يجوز وان استحق المقبوض من يده لم يحنت لانه 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 وان لم يكن له نية فهو على أقل من شهر استحسانا وقد بينا هذا وان حلف أن لا يحبس عنه من حقه شيئا ولانية له فينبغي أن يعطيه ساعة حلف لان الحبس عبارة عن التأخير فان 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 بقى لى عندك كذا من قبل كذا فذكر المطلوب ذلك وقد كان نسيا ذلك جميعا لم يحنت إذا أعطاه ساعتئذ أو قال له خذه لان الحبس لا يتحقق فيما لا يكون معلوما لهما وبعد التذكر لم يحبسه ولكنه أعطاه بالمناولة أو التولية بينه وبينه فلهذا لم يحنت وان حلف لا يقعد على الارض ولانية له فقعد على بساط أو غيره لم يحنت لان القاعد على الارض من يباشر الارض من غير أن يكون بينه وبين الارض ما هو منفصل عنه ولم يوجد ذلك وفي العرف الرجل يقول لغيره اجلس على البساط ولا تجلس على الارض ويقول فلان جالس على الارض وفلان على البساط والعرف معتبر في الايمان وان قعد على الارض ولباسه بينه وبين الارض حنت لانه يسمى في الناس قاعدا على الارض ولان الملبوس تبع اللباس فلا يصير حائلا بينه وبين الارض ولان الانسان انما يمتنع من الجلوس على الارض لكيلا تضربه وهذا يوجد وان كان ذيله بينه وبين الارض ولا يوجد إذا جلس على بساط وان حلف لا يمشى على الارض فمشى عليها بنعل أو خف حنت لان المشى على الارض هكذا يكون في العرف

[25]

وان مشى على بساط لم يحنث لانه غير ماش على الارض ولو مشى على ظهر اجار حافيا أو بنعلين حنث لان ظهر الاجار يسمى أرضا عرفا فان من أراد الجلوس عليه يقول له غيره اجلس على البساط ولا تجلس على الارض وان حلف لا يدخل في الفرات فمر على 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 فحاء من الموصل في السفينة في دجلة حتى دخل بغداد كان مقيما وان 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 راکبا 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 وان 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 لانا 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 احد وعشرون درهما (قلنا) وهنا لو قال كذا وكذا يوما فالجواب كذلك فأما إذا لم يقل يوما فيحتمل أن مراده الساعة واليوم واللييلة 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 فام بعضهم حنث لان الناس اسم جنس وقد علمنا أنه لم يرد استعراق الجنس لان ذلك لا يتحقق فيتناول أدنى ما ينطلق عليه اسم الجنس وان حلف لا يكلمه حتى الشتاء فحاء أول الشتاء سقطت اليمين وكذلك الصيف وقد بينا الفصول الاربعة في كتاب الطلاق وان حلف لا يستعير من فلان فاستعار منه حائطا يضع عليه جذوعه حنث لان الاستعارة طلب العارية

[26]

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 له لم يحنث لانه 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 لانه يعرفه من وجهه دون وجه فانه يمكنه أن يشير إليه إذا كان حاضرا ولا يمكنه احضاره إذا كان غائبا والثابت من وجهه دون وجه لا يكون ثابتا مطلقا والاصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم سأل رجلا عن رجل فقال هل تعرفه فقال نعم فقال هل تدري ما اسمه قال لا قال فانك إذا لا تعرفه الا أن يعنى معرفة وجهه فان عني ذلك فقد شدد الامر على نفسه واللفظ محتمل لما نوى وهذا إذا كان للمحلو فاعلم عليه اسم فان لم يكن له اسم بأن ولد من رجل فرأى الولد جاره ولكن لم يسم بعد فحلف الجار أنه لا يعرف هذا الولد فهو حانث لانه يعرف

وجهه ويعرف نسبه وليس له اسم خاص ليشترط معرفة ذلك فكان حاشا في يمينه والله أعلم بالصواب (باب في الاستثناء) (قال) وإذا قال الرجل لامرأته أنت طالق الا أن يقدم فلان فان قدم فلان لم تطلق وان مات قبل أن يقدم طلقت لان معنى كلامه أنت طالق ان لم يقدم فلان أي الا ان يقدم فلان فلا تكون طالقا وانما لا تكون طالقا عند قدوم فلان إذا كان الوقوع متعلقا بشرط عدم القدوم سواء كان الشرط نغيا أو اثباتا فما لم يوجد لا ينزل الجزاء فان قدم فلان فشرط الوقوع قد انعدم وإذا مات قبل ان يقدم فقد تحقق شرط الوقوع الآن وهذا بخلاف ما لو قال أنت طالق ان كلمت فلانا الا أن يقدم فلان فانها 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 الا أن يقدم فلان توقيت ليمينه بمعنى حتى وإذا كلمت قبل القدوم فقد وجد الشرط واليمين باقية فتطلق وإذا قدم فلان فقد انتهت اليمين بوجود غايتها وإذا كلمت بعد ذلك فقد وجد الشرط ولا يمين فاما في الاول قوله أنت طالق ايقاع لا يحتمل التوقيت فلو جعلنا قوله الا أن يقدم فلان بمعنى حتى كان لغوا وكلام العاقل مهما أمكن

[27]

تصحيحه لا يجوز الغاؤه فجعلناه قوله الا أن يقدم فلان بمعنى الشرط لان ايقاع يحتمل التعليق بالشرط ولو قال أنت طالق الا أن يري فلان غير ذلك فهذا إليه على مجلسه الذي يعلم فيه فان قام قبل أن يري غيره طلقت لان معنى كلامه ان لم يري فلان غير ذلك ولو قال ان رأى فلان غير ذلك كان يتوقت بالمجلس عليه فكذلك إذا قال ان لم يري فلان غير ذلك لانه تمليك للامر من فلان وكذلك لو قال الا ان يشاء فلان غير ذلك أو الا أن يبدو لفلان غير ذلك وذلك كله بلسانه لانا لانقف على ما في ضميره وانما يعبر عما في قلبه لسانه ولو قال الا أن أرى غير ذلك أو الا ان اشاء أو الا أن يبدو لي فهو إلى الموت لان في حقه لا يمكن أن يحمل على معنى تمليك الامر من نفسه فانه كان مالكا لامرها فيحمل على حقيقة الشرط وعدم رؤيته غير ذلك بعد موته يتحقق والحال بعد موته 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 الابد لان في حق الغير يجعل تمليكا للامر منه فيختص بالمجلس وفي حق نفسه لا يمكن ان يجعل تمليكا فيبقى حقيقة الشرط معتبرا ولو قال ان لم اشأ ثم قال بعد ذلك لا أشاء لا يقع به الطلاق لان الشرط عدم مشيئة طلاقها في عمره ولم يوجد ذلك بقوله لا أشاء فانه متمكن من أن يشاء بعد ذلك ولو قال ان أبيت طلاقك أو كرهت طلاقك ثم قال لست اشاء طلاقك وقد ابيته طلقت لانه جعل الشرط هنا وجود فعل هو إباء منه وقد وجد ذلك بقوله لا أشاء أو بقوله أبيت وفي الاول جعل الشرط عدم المشيئة فكأنه قال ان سكت عن مشيئة طلاقك حتى أموت فلا يصير الشرط موجودا بقوله لا أشاء فلهذا لا تطلق ولو قال ان 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 ان لم يشأ فلان اليوم فقال فلان لا أشاء لم تطلق لان هذا يتوقت باليوم دون المجلس ويقول لا أشاء لا تنعدم المشيئة منه في بقية اليوم فلهذا لا تطلق والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب وآليه المرجع والمآب

[28]

ولم يحنت عند الشافعي رحمه الله تعالى لانه يعتبر حقيقة لفظه وما اشترى غير البنفسج لان المنتقل إلى الدهن رائحة البنفسج لآعينه ولكننا نعتبر العرف فانه إذا أطلق اسم البنفسج في العرف يراد به الدهن ويسمى بآئعه بآئع البنفسج فيصير هو بشرائه مشتريا للبنفسج أيضا ولو اشترى ورق البنفسج لم يحنت وذكر الكرخي في مختصره أنه يحنت أيضا وهذا شئ ينبنى على العرف وفي عرف أهل الكوفة بآئع الورق لا يسمى بآئع البنفسج وإنما يسمى به بآئع الدهن فبنى الجواب في الكتاب على ذلك ثم شاهد الكرخي عرف أهل بغداد أنهم يسمون بآئع الورق بآئع البنفسج أيضا فقال يحنت به وهكذا في ديارنا ولا يقول اللفظ في أحدهما حقيقة وفي الآخر مجاز ولكن فيهما حقيقة أو يحنت فيهما باعتبار عموم المجاز والخيرى كالبنفسج فأما الحنا والورد فقال انى أستحسن أن أجعله على الورق والورد إذا لم يكن له نية وان اشترى دهنهما لم يحنت والقياس في الكل واحد ولكنه بنى الاستحسان على العرف وان الورد والحنا تسمى به العين دون الدهن والبنفسج والخيرى يسمى بهما مطلقا و الياسمين قياس الورد يسمى به العين فان الدهن يسمى به زينقا وان حلف لا يشتري بزرا فاشترى دهن بزر حنت وان اشترى الحب لم يحنت لآعتبر العرف الطاهر ولو حلف لا يشتري دهننا فهذا على الدهن الذي يدهن به الناس عادة حتى لو اشترى زينا أو بزرا لم يحنت ولو حلف لا يدهن فادهن بزيت حنت ولو ادهن بسمن أو بزر لم يحنت والزيت من حيث أنه يلقي فيه الارايح ويطبخ ثم يدهن به يكون دهننا ومن حيث أنه لا يدهن به كذلك لا يكون دهننا مطلقا فان كانت يمينه على الشراء لم يحنت وإذا كانت على الادهان يحنت به وأما السمن والبر لا يدهن بهما في العادة بحال ولو حلف لا يشتري بزرا فاشترى فروا أو مسحا لم يحنت وكذلك الطيآلسة والآ كيسة لان بآئع هذه الاشياء لا يسمى بزرا ولا يباع في سوق البرازين أيضا فلا يصير مشتريا البر بشرائها ولو حلف لا يشتري طعاما فاشترى تمرا أو فاكهة حنت في القياس لان الطعام اسم لما يطعمه الناس والفاكهة والتمر بهذه الصفة ألا ترى أنه لو عقد يمينه على الاكل حنت بهما فكذلك الشراء ولكنه استحسن فقال لا يحنت الا في الحنطة والخبز والدقيق لانه عقد يمينه على الشراء والشراء انما يتم به وبالبائع وما يسمى بآئعه بآئع الطعام أو يباع في سوق الطعام يصير هو بشرائه مشتريا للطعام وبآئع الفاكهة واللحم لا

[29]

يسمى بآئع الطعام فلا يصير هو بشرائها مشتريا للطعام أيضا بخلاف الاكل فانه يتم بالاكل وحده فيعتبر فيه حقيقة الاسم وان حلف لا يشتري سلاحا فاشترى حديدا غير معمول لم يحنت لان بآئعه لا يسمى بآئع السلاح وإنما يسمى حدادا وكذلك يباع في سوق الحدادين ولا يباع في سوق الاسلحة وان اشترى سكيننا لم يحنت أيضا لان بآئعه لا يسمى بآئع السلاح وإنما

يسمى سكانا واما إذا اشترى سيفاً أو درعاً أو قوساً يحنت لانه سلاح يباع في سوق السلاح وبائعه يسمى بائع السلاح فيصير هو مشترياً السلاح بشرائه (قال) وإذا سأل رجل رجلاً عن حديث فقال اكان كذا وكذا فقال نعم وسعه ان يقول حدثني فلان بكذا وان حلف على ذلك كان صادقاً لانه 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 ان يشهد بجميع ذلك عليه وان حلف لا يشتم طيباً فدهن به لحيته فوجد ريحه لم يحنت لانه عقد يمينه على فعل منه يسمى شتم الطيب ولم يوجد وانما وصلت رائحة الطيب إلى دماغه فهو كما لو مر على سوق العطارين فدخل رائحة الطيب في أنفه ألا ترى ان المحرم بهذا لا يلزمه شيء وأنه لو ادهن قبل احرامه ثم وجد ريحه بعد الاحرام لم يلزمه شيء وهو ممنوع من شتم الطيب في الاحرام وليس الدهن بطيب إذا لم يجعل فيه طيب انما الطيب ما يجعل فيه المسك والعنبر ونحوهما لان الطيب ماله رائحة مستلذة وليس للدهن ذلك إذا لم يكن فيه طيب وانما يستعمل الدهن لتليين الجلد ودفع البيوضة لا للطيب إذا لم يكن متطيباً وان حلف لا يشتم دهناً أولاً يدهن فالزيت فيه كغيره من الادهان وقد بينا الفرق بين هذا والشراء وان حلف لا يشتم ريحاناً فشم أساً أو ما أشبه ذلك من الرياحين حنت وان شتم الياسمين أو الورد لم يحنت لانهما من جملة الاشجار 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 ان ماله شجر فليس بريحان وان كان له رائحة مستلذة وكذلك في العرف لا يطلق اسم الريحان على الورد والياسمين وانما يطلق على ما ينبت من بزره مما لا شجر له وقيل الريحان ما يكون لعينه رائحة مستلذة وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة انما الرائحة للورد خاصة فلا يكون من جملة الرياحين (قال) ولو أن امرأة حلفت أن لا تلبس حلياً فلبست خاتم الفضة تحنت لان الرجل ممنوع من استعمال الحلى وله أن يلبس خاتم الفضة

[30]

فعرفنا أنه ليس بحلى وقيل هذا إذا كان مصوغاً على هيئة خاتم الرجال فأما إذا كان على هيئة خاتم النساء مما له فصوص فهو من الحلى لانه يستعمل استعمال الحلى للتزين به والسوار والخلخال والقلادة والقرط من الحلى لانها تستعمل استعمال الحلى للتزين بها حتى يختص بلبسها من يلبس الحلى والله تعالى وعد ذلك لاهل الجنة بقوله يحلون فيها من أساور من ذهب فأما اللؤلؤ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يكون حلياً الا أن يكون مرصعاً بالذهب والفضة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو حلى لقوله تعالى يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤاً ولقوله وتستخرجون منه حلية تلبسونها وكذلك من حيث العرف يستعمل ذلك استعمال الحلى فالمرأة قد تلبس عقد لؤلؤاً للنحلي بها ولكن أبو حنيفة رحمه الله تعالى شاهد العرف في عصره وانهم يتحلون باللؤلؤ مرصعاً 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 يحنت لانه حين كسره فقد زال الاسم الذي عقد به اليمين فلماذا لا يحنت وقد بينا نظيره في الدار إذا جعلها بستاناً ولو حلف لا يتزوج امرأة فتزوج امرأة بغير شهود حنت في القياس لانه منع نفسه عن أصل العقد والفساد والجواز صفة لا ينعدم أصل العقد بانعدامها كالبيع إلا

تري 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 لانكاح الا بشهود بخلاف البيع فالمقصود هناك وهو الملك يحصل بالعقد الفاسد إذا تأكد بالقبض وبخلاف ما لو تدبر الكلام في النكاح لانه في الخبر عن الماضي من النكاح ليس مقصوده الحل والعفة وانما يمينه في الماضي على مجرد الخبر والخبر يتحقق عن العقد الفاسد والجائر ولو حلف لا يشتري عبدا فاشتراه شراء فاسدا حنت عندنا وعند زفر رحمه الله تعالى لا يحنت 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 وبالايجاب والقبول ينعقد العقد فاسدا كان أو صحيحا والملك غير معتبر في تحقيق شرط الحنث ألا ترى أنه لو اشتراه بشرط الخيار أو اشتراه لغيره حنت وان لم يثبت الملك له قال

[31]

وهذا والنكاح سواء في القياس ولكني أستحسن في البيع وهذا الاستحسان يعود إلى القياس في النكاح وأشار إلى الفرق فقال ألا ترى أنه لو اعتقه 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 يحنت وفي الاستحسان لا يحنت 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 يحنت حتى يصلى ركعة وسجدة استحسانا وفي القياس يحنت لان شرط حنثه فعل يكون به مصليا وقد حصل ذلك بالتكبير لانه يسمى في العادة مصليا ويحرم عليه ما يحرم على المصلين ولكنه استحسان فقال الصلاة تشتمل على أركان منها القيام والقراءة والسجود والركوع لانها عبادة بجميع البدن وكل ركن من هذه الأركان لا يتناولها اسم الصلاة فلا يكون مصليا مطلقا ما لم يأت بأركان الصلاة وانما 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 حنت لان الصوم ركن واحد وهو الامساك وشرطه النية فلما أصبح ناويا للصوم فقد أتى بما هو ركن الصوم فيتم به شرط حنثه الا أن يكون قال يوما فحينئذ إذا أفطر قبل الليل لم يحنت لان شرط حنثه صوم يوم كامل ولا يحصل ذلك الا بامتداد الامساك إلى غروب الشمس وان حلف ليفطرن عند فلان ولانية له فأفطر على ماء وتعشى عند فلان حنت لانه 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 وان كان نوى حلف العشاء لم يحنت لان الفطر يذكر في العادة والمراد العشاء فان الرجل يقول أفطرت عند فلان وفلان يفطر عنده جماعة والمراد التعشى وان حلف لا يتوضأ بكوز فلان فصب فلان عليه الماء من كوزه فتوضأ حنت لان التوضى بالماء الذى في الكوز لا يغير الكوز وقد وجد ذلك وان كان الذى يصب عليه الماء من ذلك الكوز غيره وكوز

الصفير والادم وغير ذلك فيه سواء وهذا إذا كان ذلك يسمى كوزا عادة فأما إذا توضعاً باناء لفلان غير

[32]

الكوز لم يحنث ولو كان فلان هو الذى وضاه وغسل يديه ووجهه لم يحنث لانه عقد اليمين على فعل نفسه وهو التوضى ولم يوجد وكذلك لو حلف لا يشرب بقدر فلان والله سبحانه وتعالى أعلم (باب اليمين في العتق) (قال) رضى 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 أبى 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 منى 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 وهى منكوحه بعد فيقع الطلاق كما لو لم يكن الزوج وارثا له وبيان ذلك أن موت المولى سبب لزوال ملكه فانما 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 يقتدر 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 الذى 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

[33]

ثم مات المولى وهو وارثه على قول أبى 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 ان العتق لا يقع الا بعد الملك وقد علقهما الحالف بموت فلان الذى 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

لانه يقترب بوقوع الملك وأوان نفوذ العتق ما بعد الملك وأما زفر رحمه الله تعالى فانه 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 كانه قال إذا مات مولاك فورثتك ولا يدرج مثل هذا في الطلاق لانه يبطل الطلاق والا درج للتصحيح لا للإبطال 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 اياها وبيع فلان من الحالف سبب لزوال ملكه فأما وقوع الملك للحالف بشرائه لا ببيع فلان فهذا لا تعتق ألا ترى أنه لو قال إذا وهبك لى فلان فأنت حرة فباعها من فلان وسلمها ثم استودعها البائع ثم قال للبائع هبها لى فقال هي لك انها له وهذا قبول ولا تعتق لان العتق والهبة وقعا وهى في ملك غيره فانه انما يملكها بالهبة والشراء بعد خروجها من ملك البائع والواهب فكان العتق متصلا بزوال ملك البائع والواهب أو مقتربا بوقوع الملك للحالف ولا ينفذ العتق الا بعد تقدم الملك في المحل وان قال إذا وهبك فلان منى فأنت حرة فوهبها منه وهو قابض لها عتقت وكذلك قوله إذا باعك فلان منى فأنت حرة لانه صرح بما هو السبب الملك في حقه واضافة العتق إلى سبب الملك كاضافته إلى نفس الملك رجل قال لآخر يا فلان والله لا أكلمك عشرة أيام والله لا أكلمك تسعة أيام والله

[34]

لا أكلمك ثمانية أيام فقد حنت مرتين لانه باليمين الثانية صار مخاطبا له فيحنت في اليمين الاولى وباليمين الثالثة صار مخاطبا فيحنت في اليمين الثانية وعليه اليمين الثالثة حتى ان كلمه في الثمانية الايام حنت أيضا وان قال والله لا أكلمك ثمانية أيام والله لا أكلمك تسعة أيام والله لا أكلمك عشرة أيام فقد حنت مرتين وعليه اليمين الثالثة ان كلمه في العشرة الايام حنت أيضا رجل قال على المشى 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 المشى إلى بيت الله تعالى ولم يلزمه عتق ولا طلاق لان الثاني صرح بكلمة على وهى كلمة التزام فكانت عاملة فيما يصح التزامه في الذمة دون ما لا يصح التزامه في الذمة والمشى إلى بيت الله تعالى يصح التزامه في الذمة فيتعلق بدخوله الدار وعند الدخول يصير كالمنجز فأما الطلاق لا يصح التزامه في الذمة والعتق وان كان يصح التزامه في الذمة ولكن لا ينتجز في المحل بدون التنجيز فلماذا 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 أبى يوسف رحمه الله تعالى وطلقت عند زفر رحمه الله تعالى لانه ألزم نفسه عند دخول الدار في امرأته من الطلاق ما التزمه الاول والاوّل انما ألزم نفسه وقوع الطلاق عليها عند الدخول لا لزوم الطلاق دينيا في ذمته فيثبت ذلك في حق الثاني (قال) في الكتاب ألا ترى أنه لو قال الله على طلاق امرأتي لا يلزمه شئ وهذا يصير رواية في فصل وفيه اختلاف ان من قال لا امرأته طلاقك

على واجب أو طلاقك لى 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 لى لازم يقع والا صح ما ذكره محمد بن مقاتل رضى الله تعالى عنه عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لا يقع الطلاق فيهما جميعا لان الوجوب واللزوم يكون في الذمة والطلاق لا يلتزم في الذمة وليس للترامه في الذمة عمل في الوقوع وعلى قول محمد رحمه الله تعالى في قوله لى لازم يقع لان معناه حكم الطلاق لى لازم وجعل السبب كناية عن الحكم صحيح وعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى ينوى في ذلك لاحتمال ان يكون المراد لزوم الحكم اياه فإذا نوى الوقوع وقع فاما العتق فقد جعل الثاني بهذا اللفظ

[35]

عليه عتق مماليكه فيؤمر بالوفاء بالنذر من غير أن يجبر عليه في القضاء كما لو قال لله على أن أعتق عبدي هذا لم يعتق بهذا القول ولكن الافضل له ان بقي به معناه ان يؤمر بالوفاء فيما بينه وبين ربه كما هو موجب نذره ألا ترى ان رجلا لو قال عبده سالم حران دخل الدار فقال رجل آخر على مثل ما جعلت على نفسك ان دخلت الدار فدخلها أنه لاشي عليه وهذا ظاهر لان الثاني يلتزم بالدخول عتق مالا يملكه ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فان عنى به عتق عبد من عبده الذى يملكه فالاحسن له أن يقى به وهو أثم ان لم يف به لترك الوفاء بالمندور وبيانه في قوله تعالى ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله الآية وأما المشى إلى بيت الله تعالى والحج والعمرة والنذر والصيام وكل شئ يتقرب به العبد إلى ربه فإذا قال رجل آخر على مثل ما حلفت به ان فعلت ففعله الثاني فانه عليه وكذلك لو قال الاول على عتق نسمة ان فعلت كذا ففعل فعليه عتق نسمة لانه قرينة يصح التزامها في الذمة بالنذر والوفاء بالنذور يؤمر به الناذر بينه وبين ربه والله أعلم

[36]

بسم الله الرحمن الرحيم (كتاب الحدود) (قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله تعالى املاء الحد في اللغة هو المنع ومنه سمي البواب حدا لمنعه الناس من الدخول وسمى اللفظ الجامع المانع حدا لانه 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 لانه غير مقدر ولا يسمى به القصاص لانه حق العباد وهذا لان وجوب حق العباد في الاصل بطريق الجبران فأما ما يجب حقا لله تعالى فالمنع من ارتكاب سببه لان الله تعالى عن أن يلحقه نقصان ليحتاج في حقه إلى الجبران وهى 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 الاسباب لتيسير المعرفة على العباد لا ان تكون الاسباب هي الموجبة ثم الزنا نوعان رجم في حق المحصن وجلد غير المحصن وقد كان الحكم في الابتداء الحبس في البيوت

والتعبير والاذى باللسان كما قال الله تعالى فامسكوهن في البيوت وقال فأدوهما ثم انتسخ ذلك بحديث عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال خذوا عنى 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 عنى 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 فانهم ينكرون الرجم لانهم لا يقبلون الاخبار إذا لم تكن في حد التواتر والدليل على أن الرجم حد في حق المحصن

[37]

أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم ما عزا بعد ما سأل عن احصانه ورجم الغامدية وحديث العسيف حيث قال واغديا انيس إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها دليل على ذلك وقال عمر رضى 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 لكتبتها على حاشية المصحف والجمع بين الجلد والرجم في حق المحصن غير مشروع حدا عندنا وعند أصحاب الطواهر هما حد المحصن لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة ولحديث على رضى الله عنه فانه جلد شراحة الهمدانية ثم رجمها ثم قال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بالسنة (وحدثنا) حديث ما عزو الغامدية قد رجمها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يجلدهما وقال فان اعترفت فارجمها وقد بينا أن المقصود الزجر عن ارتكاب السب 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 مشروعاً 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 على رضى الله عنه تأويله ان جلدها لانه لم يعرف احصانها ثم علم احصانها فرجمها وهو القياس عندنا على ما بيناه في الجامع ثم سبب هذا الحد يثبت عند الامام بالشهادة تارة وبالاقرار 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 ان الله تعالى يحب الستر على عباده والى ذلك ندب ودم 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 أنت بأربعة يشهدون على صدق مقاتلك والا فحد في ظهرك واليه أشار عمر رضى الله عنه حين شهد عنده أبو بكر وشبل بن معبد ونافع بن الأزرق على المغيرة بن شعبه رضى الله عنه بالزنا فقال لزياد وهو الرابع بم تشهد فقال أنا رأيت أقداما بادية وأنفاسا عالية وأمرأ منكرا وفى رواية قال رأيتهما تحت

لحاف واحد ينخفضان ويرتفعان ويضطربان اضطراب الخيزران وفي رواية رأيت رجلاً ألقى وامرأة صرعى ورجلين مخضوبتين وانسانا يذهب ويحى 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 الاربعة لابقاء ستر العفة (قال) وإذا شهدت الاربعة بالزنا بين يدي القاضى ينبغي له أن يسألهم عن الزنا ما هو وكيف هو ومتى زنا وأين زنا لانهم 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 سمي الفعل فيما دون الفرج زنا قال العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشى والفرج يصدق ذلك كله أو يكذب والحد لا يجب الا بالجماع في الفرج ألا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم استفسر ما عزا حتى فسر كالميل في المكحلة والرثا في البئر وقال له مع ذلك لعلك قبلتها لعلك مسستها حتى إذا ذكر الكاف والنون قبل اقراره والزنا لغة مأخوذ من الزنا وهو الضيق ولا يكون ذلك الا بالجماع في الفرج فلماذا سألهم عن ماهية الزنا وكيفيه وأما السؤال عن الوقت لجواز أن يكون العهد متقادماً فان حد الزنا بحجة اليقينة 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 ما عزا عن ذلك بقوله الآن أقررت أربعة فيمن زنيته ولان من الجائز أن يكون له نكاح أو شبهة نكاح في المفعول بها وذلك غير معلوم للشهود فإذا فسروا تبين ذلك للقاضى والحاصل أن القاضى مندوب إلى الاحتيال لدرء الحد كما قال صلى الله عليه وسلم ادروا الحد بالشبهات ولقن المقر الرجوع بقوله اسرق ما أخاله سرق وقال عمر رضى الله عنه اطردها 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 تدراكه فيستقصى للتحرز عن ذلك فإذا بينوا ذلك والقاضى لا يعرف عدالة الشهود فانه يحبس حتى يسأل عن الشهود وهذا لانه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك ولاوجه 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 لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة

فيحبسه تعزيراً ولهذا لا يحبس في الديون قبل ظهور عدالة الشهود ولان الحبس اقصى العقوبة هناك فانه 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 فان كان محصناً رجمه وان كان غير محصن جلده والاحصان الذي يتعلق به الرجم له شرائط فالمتقدمون يقولون شرائطه سبعة العقل والبلوغ والحرية والنكاح الصحيح والدخول بالنكاح وان يكون كل واحد من الزوجين مثل الآخر في صفة الاحصان والاسلام والاصح ان نقول شرط الاحصان على الخصوص اثان الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هي مثله فأما العقل والبلوغ فهما شرط الاهلية للعقوبة لا شرط الاحصان على الخصوص لان غير المخاطب لا يكون أهلاً لا لتمام شئ

من العقوبات والحرية شرط تكميل العقوبة لا ان تكون شرط الاحصان على الخصوص فأما الدخول شرط ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب والثيوبة لا تكون الا بالدخول وشرطنا ان يكون ذلك بالنكاح الصحيح لان الثيوبة على ما عليه أصل حال الأدمي من الحرية لا يتصور بسبب مشروع سوى النكاح الصحيح وكان المقصود به تغليظ الجريمة لان الرجم أفحش العقوبات فيستدعى أغلظ الجنايات والجنایة في الاقدام على الزنا بعد اصابة 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 أبى يوسف رحمه الله انه ليس بشرط وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لحديث ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهما رجم يهوديين زنيا وزاد في بعض الروايات وقد أحصنا والمعنى فيه ان هذه عقوبة يعتقد الكافر حرمة سببها فيقام عليه كما يقام على المسلم كالجلد والقطع والقتل في القصاص بخلاف حد الشرب فانه لا يعتقد حرمة سببه وتأثيره ما بينا ان ما اشترط في الاحصان انما 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 أندر 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

[40]

للتخفيف والعصمة والكفر من دواعى التغليظ فإذا كان تقام هذه العقوبة على المسلم بارتكاب هذه الفاحشة فعلى الكافر أولى (وحتنا) 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 بالثيوبة فان الثيوبة بالنكاح الصحيح شرط لايجاب الرجم ومعلوم أن المقصود أنكسار شهوته باصابة الحلال وهذا المقصود يتم بالاصابة بملك اليمين كما يتم بالنكاح ثم شرط أن يكون بالنكاح فما كان ذلك الا لاعتبار معنى النعمة ويتبين بهذا أن ما يشترط لاقامة الرجم يشترط بطريق هو نعمة فكذلك اعتقاد الحرمة يشترط بطريق هو نعمة وذلك بالاسلام بل أولى لان أصل النعمة في الوطئ بملك اليمين موجود انما انعدم نهايتها وأصل النعمة منعدم هنا فيما يعتقده الكافر وتأثيره أن الجريمة كما تتغلظ باجتماع الموانع تتغلظ باجتماع النعم ولهذا هدد الله تعالى نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنهن بضعف ما هدد به غيرهن بقوله تعالى يضاعف لها العذاب ضعفين لزيادة النعمة عليهن وعوتب الانبياء عليهم الصلاة والسلام على الزلات بما لم يؤاخذ به غيرهم لزيادة النعمة عيهم والحر يقام الحد الكامل ولا يقام على العبد لزيادة نعمة الحرية في حق الحر فبدن العبد أكثر احتمالا للحد من بدن الحر فعرفنا أن بزيادة النعمة يزداد تغليظ الجريمة لما في ارتكاب الفاحشة من كفران النعمة فأما سائر الفضائل انما لا تشترط لان شرط الحد بالرأى لا يمكن اثباته ونحن قلنا ما يكون شرطا بالاتفاق لا ينبغي أن يشترط بطريق هو نعمة استدلالا بالثيوبة فأما ما لم يعرف شرطا لو اثبتناه لاثبتناه بالرأى ابتداء مع أنه انما 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 فإن أتين بفاحشة فأما العفة وان 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 لانه 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 فانها رجمها رسول الله صلى الله عليه وسلم بحكم التوراة ألا ترى أنه دعى بالتوراة

[41]

وبابن صوريا الا عور وناشده بالله حتى اعترف بأن حكم الزنا في كتابهم الرجم فرجمها وقال أنا أحق من أحيى سنة أماتوها وإحياء سنة أميتت إنما يكون بالعمل بها فدل انه إنما رجمها بحكم التوراة ولم يكن الاحصان شرطا في الرجم بحكم التوراة وقوله وقد احصنا 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 رجمها 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 فانها لا تكون محصنة بهذا الدخول عندنا وعلى قول أبي يوسف والشافعي رجمها الله تعالى يثبت الاحصان لان ما هو المقصود قد تم وهو انكسار الشهوة باصابة الحلال وأن يكون بطريق هو نهاية في النعمة ولكننا نستدل بما روى ان كعب بن مالك أراد أن يتزوج بيهودية فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم دعها فانها لاتحصنك وان حذيفة بن اليمان رضى الله عنه أراد أن يتزوج يهودية فقال له عمر رضى الله عنه دعها فانها لاتحصنك وقال صلى الله عليه وسلم لاتحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحرة العبد ولا الحر الامة 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 الثبوتية بعد كمال ملك الحل وإذا ثبت اشتراط الحرية يثبت اشتراط البلوغ والعقل فيها بطريق الاولى 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 لانه غير متهم فيما يقربه على نفسه ولكنه يستفسره الامام لان الاحصان لفظ مبهم وهو يطلق على اشياء 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 ان كان الشاهد بالاحصان رجلين ولا يشترط في الاحصان عدد الاربعة لانه 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 ينبى على ما بينا في النكاح أن النكاح في غير هذه الحالة عنده لا يثبت بشهادة الرجل مع النساء لانه ليس بمال ولا من حقوق ما هو مال وانما 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 لاصل العقوبة به فكما لا يثبت أصل العقوبة بشهادة النساء فكذلك تكميلها ألا ترى أن هذا الزانى لو كان عبدا مسلما لدمى فشهد ذميان ان مولاه كان أعتقه قبل الزنا وقد استجمع سائر شرائط الاحصان لاتقبل 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 ان الاحصان شرط والحكم يضاف إلى الشرط وجودا عنده كما يضاف إلى السبب ثبوتا به فكما لا يثبت سبب العقوبة بشهادة النساء فكذلك شرطها (وحتنا) فيه ان الاحصان ليس بسبب موجب للعقوبة فيثبت بشهادة الرجال مع النساء كسائر الحقوق وهذا لاشكال فيه فان الاحصان عبارة عن خصال حميدة بعضها مأمور به وبعضها مندوب إليه فيستحيل أن يكون سببا لايجاب العقوبة ولا هو شرط أيضا لان الشرط ما يتوقف الحكم على وجوده بعد السبب ولا يتوقف وجوب الرجم على وجود الاحصان بعد الزنا فانه وان صار محصنا وبعد الزنا لم يرحم ولكنه عبارة عن حال في الزانى يصير الزنا في تلك الحالة موجبا للرحم والحكم غير مضاف إلى الحال ثبوتا به ولا وجودا عنده فعرفنا ان الشهادة بالنكاح في هذه الحالة وفي غير هذه الحالة سواء واما شهادة أهل الذمة فنقول العتق هناك يثبت وانما لا يثبت سبق التاريخ لان هذا تاريخ ينكره المسلم وما ينكره المسلم لا يثبت بشهادة أهل الذمة ولان المسلم يتضرر بهذه الشهادة من حيث اقامة العقوبة الكاملة عليه ولايجوز ان يتضرر المسلم بشهادة الكفار وتحقيقه ان شهادة أهل الذمة دخلها الخصوص في المشهود عليه لافى 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 لافى المشهود عليه فانما يمتنع قبولها إذا كان المشهود به سبب العقوبة أو شرطا مؤثرا في العقوبة وقد بينا ان ذلك غير موجود في الاحصان فلماذا قبلت شهادة النساء مع الرجال هنا (قال) فان قال شهود الاحصان حين استفسرهم القاضى إنه تزوج امرأة فجامعها أو باضعها فذلك كاف لان مطلق الجماع يتناول الجماع في الفرج خاصة ولهذا ما تعلق بالجماع من الاحكام شرعا انما 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 الملاقة وكل لفظ مشترك أو مبهم يذكر الشهود فعلى القاضي أن يستفسرهم ليكون اقدامه على الامر عن بصيرة ألا ترى أنهم لو قالوا أنها أو قريبا لا يكتفي بذلك وأبو حنيفة رحمه الله قال انهم ذكروا الدخول مضافا إليها والدخول مضافا إلى النساء بحرف الباء يراد به الجماع قال الله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن وإذا قيل فلان دخل بامرأة لا يفهم منه الا الجماع والاسم مشترك بدون الصلة وأما مع هذه الصلة والاضافة فلا وهو كاسم الوطئ فقد يراد به الوطئ بالقدم ثم إذا قالوا وطئها كان ذلك كافيا لثبوت الاحصان فهذا مثله ولكن محمد رحمه الله تعالى يقول قد يقال دخل بها والمراد مربها أي خلى بها الا 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 لانا 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 محصنا بالخلوة الموجبة للمهر والعدة لان المقصود انكسار الشهوة باصابة الحلال لاستغنائه عن الحرام وذلك لا يحصل بالخلوة وانما تجعل الخلوة تسليما للمستحق بالعقد في حكم المهر والعدة ألا ترى أن سائر الاحكام المتعلقة بالوطئ لا يثبت شئ منها بالخلوة فكذلك الاحصان (قال) ولا يجمع بين الجلد والرجم ولا بين الجلد والنفي أما في حق

[44]

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 رضى الله عنه ضرب وغرب وعمر رضى 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 انما ينشأ من الصحة والمؤالفة 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 يقطع اليد والرجل لان تمكنه من هذا الفعل بالمشى والبطش فقطع الآلة الماشية والباطشة مانع له من ذلك ولا معنى لقولكم كيف تنفي مع المحرم أو بغير محرم لان 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 ان محدجا سقيما وجد على بطن أمة من اماء الحى يفجر بها فأتى 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 رضى الله عنه جلدا أبا بكره رضى الله عنه في داره على الزنا وأمر امراته ان تكتم فلو كان التغريب متمما للحد لما أمرها بالكتمان لان ذلك لا يتصور لما نفي شارب الخمر ارتد ولحق بالروم فقال والله لا أنفى أحدا بعد هذا أبدا فلو كان مشروعا حدا لما حلف أن لا يقيمه قال على رضى الله عنه كفي بالنفى فتنه والحد مشروع لتسكين الفتنة فما يكون فتنة لا يكون حدا وعن ابراهيم رحمه الله تعالى ان عليا وابن مسعود رضى الله عنهما اختلفا في أم ولد زنت بعد موت مولاها قال على رضى الله عنه تجلد ولا تنفي وقال ابن مسعود رضى الله عنه تنفي وأخذنا بقول على رضى الله عنه لانه أقرب إلى دفع الفتنة والفساد ومعني هذا ما ذكره في الكتاب قال رأيت شابة زنت أكنت

[45]

أنفيها أي في نفيها تعريض لها لمثل ما ابتليت به فانها عند أبويها تكون محفوظة ففي دار الغربة تكون خليعة العذار والنساء لحم على وضم الامادب عنهن وانما تبقى المرأة محفوظة بالحافظ والاستحياء وذلك ينعدم بالتغريب فيكون تعريضها للاقدام على هذه الفاحشة برفع المانع وهذا أولى مما قاله الخصم لان ما ينشأ عن الصحة والمؤانسة يكون مكتوما وما ينشأ عن الموافقة يكون ظاهرا فان في هذا قطع لسبب ما ينشأ عن المحادثة وهو مكتوم ففيه تعريض للزنا بطريق الوقاحة وهو أفحش ثم قال رأيت أمة زنت أكنت أنفيها فأحول بينها وبين مولاها وبين خدمتها وحق المولى في الخدمة مرعي وهو مقدم على الشرع وإذا ثبت أن الامة 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 اقامة الحد بطريق فيه ابطال ما هو مستحق شرعا فأما المهاجرة لا تقصد السفر بغير محرم وانما 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 الارض 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 المخنث من المدينة ونفي عمر رضى الله عنه نصرين حجاج من المدينة حين سمع قائلة تقول هل من سبيل إلى خمر فأشربها * أو هل سبيل إلى نصرين حجاج فنفاه والجمال لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك للمصلحة فانه قال وما ذنبي يا أمير المؤمنين قال لا ذنب لك وانما الذنب لى حيث لأطهر دار الهجرة منك وقول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى في النفي كقول الشافعي رحمه الله تعالى الا 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 لانه 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 الا أنه لا يجب به الحد لشبهة اختلاف العلماء ولكن لا يستفاد بهذا الفعل كمال الحال وكذلك ان تزوج المسلم مجوسية أو مسلمة بغير شهود فدخل بها لان هذا من أنواع النكاح الفاسد (قال) وإذا ثبت الزنا عند القاضى سال الزانى أمحصن أنت لانه لو أقر بالاحصان استغنى القاضى عن طلب احصانه بالحجة فان أنكر احصانه وشهد الشهود عليه قرجم ثم رجع شهود الاحصان لم يضمنوا شيئاً لانهم ما شهدوا بسبب العقوبة ولا بشرطها ولان سبب العقوبة ثابت بقاء 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 الزانى 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 كسبته نفر شهدوا على استحقاق القتل ولكن هذا بعيد فان الاسلام والنكاح يثبت بشهادتهما ولايجوز أن تضاف اليهما الجريمة ولا تغليظها ألا ترى أنه لو شهد رجلان بالزنا وآخران 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 اقامة الحد أو بعد اقامة 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 الاربعة على أداء الشهادة وتمام الحجة يمنع من ان يكون كلامهم قذفاً ثم الراجع فسخ معنى الشهادة من كلامه برجوعه فينقلب كلامه قذفاً ولكن له ولاية فسخ الشهادة على نفسه لا على غيره فيبقى كلام الباقيين

شهادة وصار في حقهم كانه 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 قذفاً شرعاً فلما لم تتم الحجة هناك بقى كلامهم قذفاً فيلزمهم الحد ولما تمت الحجة هنا لم يكن كلامهم قذفاً ثم حكم فسخ الشهادة برجوع الرابع مقصور عليه فلا يتعدى إلى الباقي (وحيثنا) فيه أن العارض بالشهود قبل القضاء كالمقترن بأصل الازاء بدليل عمى الشهود وردتهم وبدليل المال فان رجوع الشهود هناك قبل القضاء يمنع القاضى 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 (فلنا) هذا موقوف مراعى لان الشهادة لا تكون حجة موجبة

ما لم يتصل بها القضاء فإذا لم يتصل القضاء هنا بالشهادة حتى رجع أحدهم بقى كلامهم قذفا بالزنا الا ان يكون حجة الحد على المشهود عليه تامة ألا ترى ان كلام الراجع قذف بالزنا ومعلوم أنه لو شهد مع القاذف ثلاثة نفر بقاء 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 اقامة الحد الا بحجة كاملة ولم يتق بعد رجوع أحدهم ثم على قول أبى 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 الاول رحمه الله تعالى لان الاصل ان رجوع الشاهد بعد القضاء قبل الاستيفاء فيما يندرى بالشبهات كالرجوع قبل القضاء وفيما يثبت مع الشبهات كالرجوع بعد الاستيفاء بدليل المال فانهم إذا رجعوا بعد القضاء لا يمنع الاستيفاء على المقضي عليه إذا ثبت هذا فنقول اقامة الحد على المشهود عليه تندرئ 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

[48]

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 تنمة 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 ان أقيم بعض الحد ثم رجع أحدهم لان الحد لا ينجزى فاستيفاؤه لا يكون الا باتمامه فأما إذا رجع أحدهم بعد اقامة الحد فهذا على وجهين اما ان يكون الحد جلدا أو رجما فان كان جلدا فإنه يحد هذا الراجع بالاتفاق ولاحد على الباقيين لان الحجة تمت والحكم تأكد بالاستيفاء فرجوع أحدهم يبطل معنى الشهادة في حقه لاقراره 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 يثنى عليه خيرا فيقول كان عفيفا ولم يكن زانيا وانما 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 حتى بعد اقامة الحد عليه والدليل على الفرق أنه لو ظهر أن أحد الشهود كان عبدا فان كان الحد جلدا يحدون حد القذف وان كان رجم المشهود عليه فلا رجم عليهم بالاتفاق وهذا مثله (وحدثنا) فيه أنه بالرجوع أقر على نفسه بالتزام حد القذف واقراره 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 وانما 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 انما يصير كلامه في الحال قذفا والمقذوف في الحال ميت ومن قذف ميتا يلزمه الحد (فان قيل) هو في الحال مرجوم بحكم الحاكم لو

[49]

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 مقر بأنه كان عفيفا ولو قذفه انسان بالزنا ثم أكذب نفسه وقال انه كان عفيفا لايقام عليه الحد أيضا (قلنا) نعم القاذف وان أكذب نفسه فالحجة المسقطه للاحصان بقيت كاملة في حقه فأما إذا رجع واحد من الشهود لا تبقى الحجة المسقطه 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 لانه زعم أنه مقتول ظلما بشهادتهم وكل شاهد على الزنا متلف ربع النفس كما قال عمر رضى الله عنه حين شهد أحد الشهود على المغيرة رضى الله عنه أوه أودى ربع المغيرة ولانه قد بقى على الشهادة من يقوم بثلاثة أرباع الحق وانما 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 ابي ليلى والحسن رحمهما الله تعالى يقتلون لانهم قاتلون له فان ما يحصل بقضاء القاضى يكون مضافا إلى شهادة الشهود ونحن نسلم أنهم بمنزلة القاتلين له ولكن قضاء القاضى باباحة دمه شبهة مانعة من وجوب القصاص مع أن الرجم يكون بالحجارة ومباشرة القتل بالحجر لا يوجب القصاص عندنا والشهود متنسبون عندنا ولا قصاص على المتسبب على مال نيين 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 لاعلى غيره فلا يتبين بقوله ان كلامهم كان قذفا بخلاف ما إذا ظهر ان أحدهم كان كافرا أو عبدا فان هناك تبين أن كلامهم كان قذفا فان كان المقذوف حيا بأن كان الحد جلدا يحدون وان 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 الاداء فان الشرع أبطل شهادته ولهذا لا يلاعن امرأته والاعمى ليست له شهادة في الزنا لان الشهادة على الزنا لا تكون الا بعد الرؤية كالمروود في المكحلة وليس للاعمى ذلك ومعتق البعض كالمكاتب عند أبى حنيفة رحمه الله

[50]

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 لانه لا يمكن ايجاب الضمان على الامام لانه 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 ففى حقوق الله تعالى يكون على بيت المال وفى 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 الاداء عندنا ولكن يتوقف في شهادته لتمكن تهمة الكذب ولهذا يلاعن امرأته فلا يتبين بظهور فسقهم أن القاضى قضى بغير حجة فلهذا لا يجب الضمان بخلاف ما سبق وفي الكتاب قال ان هؤلاء قد تجوز شهادتهم إذا تابوا وهذا ضعيف بالكفار تجوز شهادتهم إذا أسلموا والعبيد إذا أعتقوا والاعتماد على ما قلنا (قال) فان وجد الرجل مجبوا بعد ما رجم فعلى الشهود الدية لانه ظهر كذبهم بيقين لان المجبوب ليس له آلة الزنا فكيف يزنى وظهور كذبهم هنا فوق ظهور كذبهم فيما إذا رجعوا بخلاف ما اذا 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 الزام ضمان المال ولا مقصود هنا سوى ايجاب ضمان المال على الشهود بخلاف الجب فذلك معاين يتيقن به لامن حجة قول النساء لكن ان نظر إليها النساء قبل اقامة 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 اقامة الحد أو قبل ان يقضى بشهادتهم لم يرحم اماما يبطل الشهادة كالعمرى والخرس والردة وحد القذف لان هذه العوارض لو افترن بالشهادة منعتها من أن تكون حجة فكذلك إذا اعترضت بعد الشهادة قبل القضاء أو بعد القضاء قبل الاستيفاء لان موجه مما يندرى

[51]

بالشبهات ولكن لاحد على الشهود لانهم جاؤا مجئ الشهود والعدد متكامل وكذلك ان أصاب ذلك أحد الشهود فهو ومالو أصابهم في الحكم سواء فاما في موت الشهود وغيبتهم فنقول ان ذلك لا يقدر في الحجة ألا ترى أن في حقوق الناس لا يمتنع على القاضى 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 اقامة الحد على القاضى فاما إذا كان الحد رجما فانه 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 اداء الشهادة واقامة الرجم ليس من اداء الشهادة في شئ فهم في ذلك كسائر الناس ألا ترى ان الحد لو كان جلدا لا يؤمر الشهود

بالضرب فكذا الرجم ولكننا نستدل بحديث على رضي الله عنه فانه لما أراد ان يرحم شراحة الهمدانية قال الرجم رحمان رجم سر ورحم علانية فرجم العلانية ان يشهد على المرأة مافى بطنها وتعترف بذلك فيبدأ فيه الامام ثم الناس ورحم 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 اداء الشهادة كاذبا ثم إذا آل الامر إلى مباشرة القتل يمتنع من ذلك وقد أمرنا في الحدود بالاحتياط للدرء بخلاف الجلد فكل أحد لا يحسن الضرب فلو أمرنا الشهود بذلك ربما يقتلونه بخرقهم من غير ان 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 لايقام الرجم فإذا ماتوا أو غابوا يقام الرجم هنا لانه قد تعذر بالبداية بهم بسبب لا يلحقهم فيه تهمة فلا يمتنع اقامة الرجم كما لو كانوا مقطوعي الايدي أو مرضى أو عاجزين عن الحضور بخلاف ما لو امتنعوا لانهم صاروا متهمين بذلك ولكننا نقول حين كانوا مقطوعي الايدي في الابتداء لم تستحق البداية بهم للتعذر فأما هنا فقد استحق البداية بهم لتيسر ذلك عند الحكم فإذا تعذر بالموت أو الغيبة لايقام الحد كما لو تعذر بامتناعهم (قال) ولا يحفر للمرجوم ولا يربط بشئ ولا يمسك ولكن ينصب قائما للناس فيرجم لان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ولم يحفر له ولا ربطه فانه روى لما مسه حر الحجارة

[52]

هرب فاستقبله رجل بلحى حمل فقتله ثم لما أخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هلا خليتكم سبيله وفي رواية أبطأ عليه الموت فهرب من أرض قليلة الحجارة إلى أرض كثيرة الحجارة ولو كان مربوطا أوفى حفيرة لم يتمكن من الهرب وأما المرأة فان حفر لها فحسن وان ترك لم يضر لما روى ان 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 لوتابها صاحب مكس لغفر له وان عليا رضى الله عنه حفر لشراحة الهمدانية إلى قريب من السرة ثم لغها في ثيابها وجعلها فيها ثم رماها وكان مصيب الرمية فأصاب أصل أذنها ولان مبنى حال المرأة على الستر والحفر أستر لها لانها 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 قائما عند الرجم ولا يشبه بالنساء في الحفر له وإذا شهد الشهود على رجل وامرأة بالزنا فادعت المرأة أنه أكرهها ولم يشهد الشهود بذلك ولكنهم شهدوا أنها طأوعته فعليهما الحد لان انكارها صفة الطواعية لا يكون فوق انكارها أصل الفعل ولا ينفعها ذلك بعد ما شهد الشهود به عليها ولكن ان قالت تزوجني وقال الرجل كذبت بل زينت بها فلاحد على واحد منهما لانها 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 لانه لو أقيم الحد انما يقام بالحلف والحدود لا تقام بالايمان بخلاف الاول فانها بدعوى الاكراه لا تدعى الصداق لان الزنا بالمكرهه 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 زان لا يعجز عن دعوى نكاح

صحيح أو فاسد فلو أسقطنا الحد بمجرد الدعوى لانسد باب اقامة الحد
ولكننا نقول كما أمرنا باقامة 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
اقامة

[53]

الحد في الاقرار فأما إذا زنى بمكرهه 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 السرقة ان شاء الله
تعالى والشافعي رحمه الله تعالى يقول هنا المستوفى بالوطئ متقوم ؟
لحقها بدليل أنه متقوم بالعقد والشبهة فلا يجوز اسقاط حقها عنه بغير
رضائها فإذا كانت مطاوعة فقد رضيت بسقوط حقها فيجب المهر لها ولكننا
نقول فعله بالمكرهه زنا والواجب بالزنا الحد فلا يجوز الزيادة على ذلك
بالرأى ثم لو كان بضعها يتقوم على الزانى لم يسقط ذلك برضاها ألا ترى
أنه لما كان يتقوم بشبهة العقد لم يسقط برضاها بأن طاوعته والدليل
عليه أنه لو زنى بأمة وهي مطاوعة لم يجب المهر وتقوم بضعها الحق
المولى فلا يسقط برضاها ولكن انما لم يجب لان البضع لا يتقوم بالمال
بالزنا المحض وانما 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 يطأ جارية امرأته وقال طننتها تحل لى أو يطأ جارية أبيه أو أمه
ويقول طننت انها تحل لى لاحد عليهما عندنا وقال زفر رحمه الله تعالى
عليهما الحد لان السبب وهو الزنا قد تقرر بدليل أنهما لو قالا علمنا
بالحرمة يلزمهما الحد ولو سقط انما يسقط بالظن والظن لا يغني من
الحق شيئا كمن وطئ جارية أخيه أو أخته وقال طننتها تحل لى ولكننا نقول
قد تمكنت بينهما شبهة اشتباه لانه اشتبه عليه ما يشتهه فان مال المرأة
من وجه كأنه للزوج قيل في تأويل قوله تعالى ووجدك عائلا فأغنى أي
بمال خديجة ولما جاء رجل إلى على رضي الله عنه فقال ان عبدى سرق
مرأة امرأتى فقال مالك سرق بعضه بعضا ولانها حلال له فربما يشتهه عليه
ان حال جاريتها كحالها وفي جارية الاب الام كذلك قد يشتهه ذلك باعتبار ان
الاملاك متصلة بين الآباء والاولاد والمنافع دائرة ولان الولد جزء من أبيه
فربما أشتهه عليه لما كانت حلالا للاصل تكون حلالا للجزء أيضا وشبهة
الاشتباه مؤثرة في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتهه عليه كالقوم
على مائدة فسقوا خمرا على علم منهم انه خمر يلزمه الحد وبين لم يعلم
لا يحد والاصل في هذا حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن رجلا
تصيف أهل بيت باليمن فأصبح يخبر الناس أنه زنى بربة البيت فكتب إلى
عمر رضي الله عنه فقال عمران كان يعلم ان

الله حرم الزنا فحدوه وان كان لا يعلم فعلموه فان عاد فحدوه فقد جعل ظن الحل في ذلك الوقت شبهة لعدم اشتهار الاحكام فلان 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 وهى 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 اكرهت 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 وجنائه إذا استكرهها أغلظ من جنائته إذا طأوعته 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 لايتكمن به شبهة في الفعل ولا يخرج فعل الرجل من أن يكون زنا محضا لان المرأة محل الفعل ولا تنعدم المحلية بكونها مكرهة وهو كما لو زنى بصبية أو مجنونة أو نائمة يقام عليه الحد وان لم يجب عليها (قال) ولو أن مجنونا اكره عاقلة حتى زنى بها لاحد على واحد منهما اما المرأة فلانها مكرهة غير ممكنة طوعا واما الرجل فلانه مجنون ليس من أهل التزام العقوبة فإذا دعت العاقلة البالغة مجنونا أو صبيا إلى نفسها فزنى بها لاحد عليها عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليها الحد وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لانها زانية فعلها الحد بالنص وبيانه وهو ان الزنا ليس الا وطئ متعر عن العقد والملك وشبههما وقد وجد ذلك الا أنه سقط الحد عن احدهما لانعدام الاهلية لمعني فلا يمتنع اقامته على الآخر كما لو زنى بصبية أو مجنونة هذا لان فعل كل واحد منهما كامل في نفسه وهى في التمكين زانية كالرجل في الايلاج ألا ترى ان الله تعالى سماها زانية وبدأ بذكرها وان من نسبها إلى الزنا يلزمه الحد ولو كان لا يتصور منها مباشرة الزنا لم يحد قاذفها به كالمحبوب ولانها بهذا التمكين تقضى شهوتها كالرجل بالايلاج فإذا ثبت كمال الفعل من كل جانب يراعى حال كل واحد منهما فيما يلزمه من العقوبة (وحجتنا) في ذلك انها مكنت نفسها من فاعل لم يأثم ولم يخرج فلا يلزمها الحد كما لو مكنت نفسها من زوجها وبيان الوصف ظاهر لان الاثم والحرع يبنى على الخطاب وهما لا يخاطبان وتحقيقه ان المباشر للفعل هو الرجل والمرأة تابعة بدليل

تصور الفعل فيها وهى نائمة لا تشعر بذلك وان لم يكن أصل الفعل زنا فهى لا تصير زانية لان ثبوت التبع بثبوت الاصل وفعل الصبى والمجنون زنا لغة ولكن ليس بزنا شرعا لان الزنا شرعا فعل وجب الكف عنه لخطاب الشرع فلا ينفك عن الاثم والحرع وفعل الصبى والمجنون لا يوصف بذلك وإذا انعدم الزنا شرعا في جانبه فكذلك في جانبها والحد حكم شرعى فيستدعى ثبوت سببه شرعا وانما سماها الله تعالى زانية على معني انها مزني بها كما قال تعالى في عيشة راضية أي مرضية وقال تعالى من ماء دافق أي مدفوق وانما يجب الحد على قاذفها لنسبتها إلى ما تتعبر وتستوجب به الحد وتقضى به شهوتها وهو التمكين من الزنا وان كانت

تابعة في ذلك وأما الرجل إذا زنى بصبية فهو المباشر لاصل 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 لانفس الآلة واستعمال الآلة لا يكون زنا شرعا الا إذا كان واجب الكف عند الخطاب وذا بصفة الاثم والحرع وذلك ينعدم بالصبا والجنون وهذا فقه دقيق وفرق حسن وفي الكتاب علل فقال ذكر الصبي كاصبعه معناه ما هو المقصود بالزنا معدوم في آلة الصبي فلا يكون فعله بهذه الآلة زنا والمعتوه بمنزلة الصبي في الحكم فأما المحصنة إذا زنى بها غير المحصن فعليها الرجم لان فعل غير المحصن زنا فتصير هي زانية بالتمكين من الزنا ثم المعتبر حالها فيما يقام من العقوبة بعد تقرير السبب وكل رجل يزني بامرأة لا يجب عليها الحد بتشبهه مثل الخرساء التي لا تنطق فلا حد عليه لان الشبهة تمكنت هنا والخرساء لو كانت تنطق ربما تدعي شبهة نكاح وقد لا تقدر على اظهار ما في نفسها بالاشارة وقد بينا انها لو ادعت النكاح سقط عنها الحد فكذلك إذا كانت خرساء والاصل 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 زنى بصبية أو مجنونة لان سقوط الحد عنها ليس للشبهة بل لانعدام الاهلية (قال) وإذا زنى الحربى المستأمن بالمسلمة أو الذمية فعليها الحد ولاحد عليه في قول أبى حنيفة وقال محمد رحمهما الله تعالى لاحد على واحد منهما وهو قول أبى يوسف رحمه الله الاول ثم رجع وقال يحدان جميعا أما المستأمن فعند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لانقام عليه الحدود التي هي لله تعالى خالصا كحد الزنا والسرقه وقطع الطريق وفي قول

[56]

أبى يوسف الآخر والشافعي رحمهما الله تعالى يقام الحد عليه كما يقام على الذمي لانه مادام 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 لان هذه الحدود تقام صيانة لدار الاسلام فلو قلنا لاتقام على المستأمن يرجع ذلك إلى الاستخفاف بالمسلمين وما أعطيناها الامان ليستخف بالمسلمين بخلاف حد شرب الخمر فانه لايقام على الذمي وهذا لانهما يعتقدان اباحة شرب الخمر وانما أعطيناهم الامان على أن نتركهم وما يدينون (وحدثنا) في ذلك قوله تعالى ثم أبلغه مأمنه فتبليغ المستأمن مأمنه واجب بهذا النص حقا لله تعالى وفي اقامه الحد عليه تفويت ذلك ولايجوز استيفاء حقوق الله تعالى على وجه يكون فيه تفويت ما هو حق الله والمعنى أن المستأمن ما التزام شيئا من حقوق الله تعالى وانما دخل تاجرا ليعاملنا ثم يرجع إلى داره ألا ترى أنه لايمنع من الرجوع إلى دار الحرب ولو كان ملتزما شيئا من حقوق الله تعالى يمنع من ذلك كالذمي وهذا الان منعه من أن يعود حربا للمسلمين بعد ما حصل في أيديهم حق الله تعالى بخلاف القصاص فانه حق العباد وهو قد التزم حقوق العباد في المعاملات وحد القذف فيه بعض حق العباد أيضا لان المقصود رفع العار عن المقذوف والاجبار على بيع العبد المسلم من حق العبد وهو من حقوق المسلمين أيضا لان 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 لاحد عليها أيضا لانها مكنت نفسها من فاعل لا يلزم الحد بفعله فهو كالتمكين 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 فانه لا يجب الحد عليها وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول فعل المستأمن زنا بدليل أنه لو قذفه قاذف به بعد الاسلام لايقام عليه الحد فصارت هي زانية بالتمكين 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 تنبئ على الاسلام فأما الحرمات ثابتة في حقهم وكان فعل المستأمن واجب الكف عنه بخطاب الشرع

[57]

فيكون زنا الا أنه لايقام 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 وفي 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 اقامة الحد عليها ليس للشبهة فلا يمنع اقامته على الرجل مسلما كان أو ذميا لان حد الزنا يقام على أهل الذمة عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى لايقام ولكنه يدفع إلى أهل دينه ليقموا عليه ما يعتقدون من العقوبة لما روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما 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 يعتقد 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 فانه ليس تحت يد الامام حكما حتى لا يمنعه من الرجوع إلى دار الحرب (قال) وإذا شهد اليهود على رجل أنه زنى بامرأة فقال ظننت أنها تحل لى 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 الاعمى عندنا وقال زفر رحمه الله يدرأ الحد عن الاعمى لانه عدم آلة التمييز وهو البصر فبنى على ظاهر الحال والظاهر ان لا يكون على فراشه الا زوجته أو أمته فيصير ذلك شبهة في حقه بخلاف البصير ومذهبننا مروى عن عمر رضى الله عنه والمعنى فيه ان 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 ادعى الاعمى امرأته إلى فراشه فأنته أجنبية فواقعها ان كانت قالت له أنا زوجتك فلا حد عليه وان أجابت أو أنته ساكتة

فكذلك الجواب عند أبي يوسف وعند محمد رحمهما الله تعالى يجب عليه الحد لانها إذا قالت أنا زوجتك فقد اعتمد خبر الواحد وذلك دليل شرعى 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 ان 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 فلاحد عليهما في قول أبي حنيفة وقال وأبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى عليهما الحد لتحقق فعل الزنا منهما فان الاستئجار ليس بطريق لاستباحة البضع شرعا فكان لغوا بمنزلة مالوا استأجرها للطبخ أو الخبز ثم زنى بها وهذا لان محل الاستئجار منفعة لها حكم المالية والمستوفى بالوطئ في حكم العتق وهو ليس بمال أصلا والعقد بدون محله لا ينعقد أصلا فإذا لم ينعقد به كان وهو والاذن سواء ولو زنى بها باذنها يلزمه الحد ولكن أبو حنيفة رحمه الله احتج بحديثين ذكرهما عن عمر رضى الله عنه أحدهما ماروى ان امرأة استسقت راعيا فأبى ان يسقيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ عمر رضى 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 انما درأ الحد عنها لانها كانت مضطرة تخاف الهلاك من العطش لان هذا المعنى لا يوجب سقوط الحد عنه وهو غير موجود فيما إذا كانت سائلة مالا كما ذكرنا في الحديث الثاني مع أنه علل فقال ان هذا مهر ومعنى هذا أن المهر ولاجر يتقاربان قال تعالى فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن سمي المهر أجرا ولو قال أمهرك كذا لازنى بك لم يجب الحد فكذلك إذا قال استأجرتك توضيحه أن هذا الفعل ليس بزنا وأهل اللغة لا يسمون الوطئ الذى يترتب على العقد زنا ولا يفصلون بين الزنا وغيره الا بالعقد فكذلك لا يفصلون بين الاستئجار والنكاح لان الفرق بينهما شرعى 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 وان 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 لافى 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 الطواعية بخلاف المرأة فان التمكين ؟ يتحقق منها مع الاكراه فلا يكون تمكينها دليل الطواعية ثم رجع فقال إذا كان المكره سلطانا فلاحد عليه لان الحد

مشروع للزجر وهو منزجر ؟ عن الزنا وانما كان قصده من الاقدام دفع الهلاك عن نفسه فلا يلزمه الحد كالمرأة وهذا لان انتشار الآلة لا يدل على أنه كان طائعا لان انتشار الآلة قد يكون طبعيا وقد يكون طوعا ألا ترى أن النائم قد تنتشر آتته من غير قصد وفعل منه وانما انتشار الآلة دليل الفجولية فأما إذا أكرهه غير السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يلزمه الحد إذا زنى وعندهما إذا جاء من إكراه غير السلطان ما يشبه إكراه السلطان فلا حد عليه وقيل هذا اختلاف عصر فان السلطان كان مطاعا في زمن أبي حنيفة ولم ير لغير السلطان من القوة ما يقوى به على الإكراه فقال لا يتحقق الإكراه الا من السلطان ثم في عصرهما قد ظهرت القوة لكل متغلب فقالا يتحقق الإكراه من غير السلطان وجه قولهما ان المتغلب خوف التلف على نفسه وذلك يتحقق إذا كان المكره قادرا على إيقاع ما هدد به سلطانا كان أو غيره بل خوف التلف هنا أظهر لان المتغلب يكون مستعجلا لما قصده لخوفه من العزل بقوة السلطان والسلطان ذو أناة بما يفعله فإذا تحقق الإكراه من السلطان بالتهديد فمن المتغلب أولى وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ما يكون مغيرا للحكم يختص بالسلطان كإقامة الجمعة ونحوها وتحقيقه أن الإكراه من غير السلطان نادر لانه 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 لانه ادعى سببا مبيحا فان الشراء في الأمة يفيد ملك المتعة وفي الحرة النكاح فانه ينعقد بلفظ الشراء فكان دعواه الشراء كدعوى النكاح وقد بينا أن مجرد دعوى النكاح يسقط الحد (قال) وإذا شهد الشهود على رجل بالزنا وزكاهم المزكون وزعموا أنهم أحرار مسلمون فرجمه الامام ثم تبين أنهم عبيد أو مجوس فان ثبت

[60]

المزكون على التزكية وزعموا أنهم أحرار فلا ضمان عليهم ولا على الشهود أما على الشهود فلانه لم يتبين كذبهم ولم تقبل شهادتهم إذ لا شهادة على المسلمين للعبيد والكفار وأما على المزكين فلانهم اعتمدوا ما سمعوا من اسلامهم وحريرتهم وانما زكاهم بقول الناس فلم يتبين كذبهم فيما أخبروا به القاضى من قول الناس انهم أحرار مسلمون فاما إذا رجعوا عن التزكية وقالوا تعمدنا فعلهم 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 وانما أثبتوا على الشهود خيرا فكانوا في المعنى كشهود الاحصان الا أن أولئك أثبتوا خصالا محمودة في الزانى لايقام الرجم عليه الا بها وهؤلاء أثبتوا خصالا في الشاهد لايقام 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 ان الشهادة لا توجب شيئا بدون التزكية وسبب الاتلاف الشهادة وانما كانت الشهادة موجبة بالتزكية فكانت التزكية علة العلة وهى بمنزلة العلة في اضافة 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 وان كان المزكون قالوا هم عدول فلاشئ عليهم بالاتفاق لانهم صادقون في ذلك والعبد قد يكون عدلا ويكون القاضى جهل حين اكتفى منهم بهذا القدر فلهذا لا يضمن المزكون (قال) وإذا زنى بجارية فقتلها ان قتلها بفعله فعليه الحد وضمان القيمة الحد للزنا والقيمة لاتلاف النفس وهو معنيان كل واحد منهما منفصل عن الآخر وكذلك لو فعل ذلك بحرة فعليه الحد والدية وروى بشر عن أبى يوسف رحمه الله تعالى في الامة يدرا عنه الحد للشبهة لان ضمان القيمة سبب لملك الامة بخلاف الحرة وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله تعالى أنه إذا زنى بأمة فأذهب بصرها فعليه قيمتها وسقط عنه الحد لان الجثة العمياء تملك بالضمان فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد فأما إذا قتلها فانما لزمه ضمان القيمة بالجناية وضمان القيمة بالجناية بدل النفس فلا يوجب الملك لان وجوبها بعد تقرر الجناية بالموت وهى ليست بمحل للملك

[61]

بعد الموت (قال) وإذا زنى بأمة هي رهن عنده فان قال ظننت أنها تحل لى درئ عنه الحد وان قال علمت أنها على حرام حد لان عقد الرهن يثبت ملك اليد حقا للمرتهن ويملك اليد تثبت شبهة الاشتباه كما في المعتدة من خلع أو من تطليقات إذا وطئها وقال ظننت أنها تحل لى لا يحد لبقاء ملك اليد له فيها بسبب العدة وذكر في كتاب الرهن أنه يحد على كل حال لان حق المرتهن انما يثبت في المالية وذلك ليس بسبب للحل بحال وهو نظير الغريم إذا وطئ جارية من التركة يلزمه الحد وان كانت المالية حقا له فانها تباع في دينه (قال) ولو استأجر أمة لتخدمه أو استعارها فزنى بها فعليه الحد في الوجهين جميعا لانعدام شبهة الاشتباه فان ملك المنفعة لا يتعدي 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 لاحد على الشهود عندنا وقال زفر رحمه الله عليهم حد القذف لان كل اثنين نسباه إلى زنا آخر فكانا قاذفين له وشروط 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 ولكنا 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 لايقام 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 لاحد 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 لانهم 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

[62]

أن ابتداء الفعل كان في مقدم البيت وانتهائه 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 للاقامة الحد فانما 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 لانهم 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 علي أحدهما وبصر الآخرين علي الآخر (قال) وإذا شهد أربعة علي رجل بالزنا واحدهم والده أو ولده فالشهادة جائزة لانه لاثمة في شهادة الولد علي والده ثم يرث الولد من والده وان رجم بشهادته الا أنه إذا أمره الامام بالبداية ينبغي أن لا يعتمد قتله لان الولادة مانع للولد من أن يتعرض لوالده بالقتل وان كان مباح الدم علي ماروي أن حنظلة بن أبي عامر رضى الله عنه استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل أبيه الشرك فلم يأذن له وقال يكفيك ذلك غيرك وكذلك ان كان الشاهد أبا أو جدا أو واحدا من ذى الرحم المحرم لانه اجتمع حرمتان الاسلام والقرابة 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 وهى القرابة فكان بمنزلة حرمة الاسلام فيما بين الاجانب (قال) فأما في حق الوالدين من الكفار الموجود حرمتان الولاد يعني به الجزئية والقرابة فلو أنه أصاب مقتله لم يحرم الميراث أيضا لانه قتل بحق وحرمان الميراث جزاء علي القتل المحطور عقوبة فلا يثبت ذلك في القتل بحق (قال) ولو امتنع أحد الشهود من البداية بالرجم فذلك شبهة في اسقاط الحد عن المشهود عليه ولكن لايقام الحد علي المشهود لانهم ثابتون علي الشهادة وانما امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعا عن الشهادة علي الزنا وقد يمتنع الانسان من مباشرة القتل بحق (قال) وإذا شهد الشهود علي رجل بالزنا وعدلوا فلم يقض القاضي بالرجم حتى قتله انسان بالسيف عمدا أو خطأ فعليه القصاص في العمد والدية علي العاقلة في الخطأ لان الشهادة لا توجب شيئا ما لم يتصل بها القضاء ألا ترى أنهم لو رجعوا بعد عدالتهم

[63]

لم يقض القاضي بشئ ولم يضمنوا للمشهود له شيئا ولو وجب حق المشهود له قبل القضاء بظهور عدالتهم لصاروا متلفين ذلك عليه بالرجوع فينبغي أن يضمنوا له ولما ثبت ان الشهادة لا توجب شيئا بدون القضاء فبقيت النفس معصومة علي ما كانت قبل الشهادة فيجب القصاص علي

من قتله عمدا ولان الشهادة قد بطلت بالقتل فان القاضى لا يقضى بها بعد ذلك لغوات المحل فهو كما لو بطلت الشهادة برجوعهم فان قضى القاضى برجمه ثم قتله انسان عمدا أو خطأ أو قطع يده أو فقا عينه لا شئ عليه لانه قد صار مباح الدم بقضاء القاضى 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 عبدا بعدما قتله الرجل عمدا ففى القياس عليه القصاص لانه تبين أنه كان محقون الدم حين ظهر أن عدد الشهود لم يتكامل فان العبد لا شهادة له ولان هذا في معنى قتله اياه قبل قضاء القاضى لانه قد تبين أن قضاء القاضى كان باطلا ولكنه استحسّن فأبطل عنه القصاص وجعل عليه الدية في ماله في ثلاث سنين لان القاضى قضى باباحة دمه وصورة قضاء القاضى تكفى لا يبرأ الشبهة فانه 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 لاتعقل العمد ولكن تجب الدية في ثلاث سنين لان وجوبها بنفس القتل فان كان هذا الرجل قتله رجما فلا شئ عليه لانه ممثّل أمر القاضى فيكون فعله كفعل القاضى فلا يضمن شيئا ولكن هذا خطأ من الامام فيما عمله لله تعالى فتجب الدية في بيت المال بخلاف الاول لان هناك ما امثّل أمر القاضى في قتله اياه بالسيف ولهذا يؤدبه القاضى هناك على ما صنع ولا يؤدبه هنا وان لم يكونوا أجهزوا عليه حتى ظهر أن أحد الشهود عبد فارش 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 أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما هو على بيت المال وعلى هذا لو رجع الشهود و قد جرحته

[64]

السياط فلا ضمان على الشهود في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يضمن الشهود أرش الجراحات والدية ان مات من ذلك (ووجبتنا) أن الجلادات 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 انما أوجبوا بشهادتهم ضربا مؤلما غير جرح ومتلف بدليل أنه لايقام هذا الحد الشديد على المريض كيلا يؤدي إلى الاتلاف وبدليل أنه يختار لاقامة الحد سوطا لاثمرة له كيلا يجرحه ويفرق على الاعضاء كيلا يؤدي إلى الجراحة ولانه لو ضربه فلم يجرحه يتم اقامة الحد حتى لا يعاد عليه فيثبت أنهم إذا أوجبوا بشهادتهم ضربا مؤلما غير جرح ولا متلف ولكن الجراحة والاتلاف افضت 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 القاضى انما يقتضى بما شهد به المشهود فلا يمكن ايجاب الضمان على القاضى ولا في بيت المال لانه انما يجب في بيت المال ما كان واجبا بقضاء القاضى إذا تبين فيه الخطأ ولا شئ على الجلاد أيضا لانه امثل امر القاضى وهو مجتهد فيما أقام من الحد فلهذا لا يضمن أحد شيئا بخلاف ما اذا باشر الضرب بالسوط فانما يحصل بضربه من موجبات فعله وهو متعدد 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 وعلى رضى الله عنهما وعلى قول الشافعي رحمه الله تجب الدية في بيت المال وهو قول على رضى الله عنه لان التعزير للتأديب لا للاتلاف فإذا أدى إلى الاتلاف كان خطأ من الامام فيجب الضمان في بيت المال لانه 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 لانه يستوفى ذلك

[65]

لمنفعة نفسه فما يتولد منه يكون مضافا إليه توضيحه ان اقامة 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 كالمشى في الطريق والرمى إلى الصيد (قال) وإذا حكم الامام على رجل بالزنا والرجم بشهادة الشهود وقال للناس ارجموه وسعهم أن يرحموه وان 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 والتلافى ومن يكون مجرد قوله ملزما الانبياء المعصومون عن الكذب فانهم لا يقرون على الكذب والقاضى لا تبلغ درجته درجة الانبياء 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 القاضى أولى من شهادة الشهود فلو عاينوا أداء الشهادة وسعهم أن يرحموه وان كان الشهود غير معصومين عن الكذب فكذلك إذا أخبرهم القاضى بقضائه وهذا لان العادة الطاهرة هي الاكتفاء في كل بلدة بقاض واحد فلو لم يكن مجرد حكمه حجة لكان يتخذ قاضيان في كل بلدة لحاجة الناس إلى ذلك وفى الاكتفاء بقاض واحد دليل على أن مجرد قوله حجة يطلق لهم الاقدام على اقامة الحد رجما كان أو قتلا حد قطاع الطريق أو قطعاً في السرقة (قال) وإذا شهد عليه ثلاثة بالزنا وقال الرابع لم أرما 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 لانهم قد فوه بالزنا حيث لم يتكامل عدد الشهود ولا يحد الرابع لانه ما نسبته إلى الزنا بقوله رأيتهما في لحاف واحد والاصل فيه ماروينا من حديث المغيرة فان عمر رضى الله تعالى عنه أقام الحد على الثلاثة حين امتنع زياد من الشهادة على صريح الزنا ولم يقم الحد على زياد وان كان الرابع قال أشهد انه زان ثم سئل عن صفته فلم يصف ذلك فعليه الحد بقوله انه زان لانه قد نسبته إلى الزنا بهذا وأكد ذلك بلفظ الشهادة ولو لم يؤكد ذلك بلفظ 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 الاربعة في مجلس وشهدوا عليه بالزنا وأبى بعضهم

[66]

أن يفسر ذلك فلا حد على ما فسر به بعد هذا لان الاربعة إذا شهدوا عليه بالزنا فسلوا عن كفيته وماهيته وقالوا لا نزيد لك على هذا لم تقبل شهادتهم لانهم لم يبينوا مبهم كلامهم ولكن لاحد عليهم لتكامل عددهم فان تكامل عدد الشهود مانع من وجوب الحد عليه كما لو شهد عليه أربعة من الفساق بالزنا وكذلك ان 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 لاتقبل شهادة واحد منهم ولا يقام الحد للشبهة التي دخلت عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يقام حد الزنا على الفريق الاول ولا شئ على المشهود عليه للاول لان الفريق الثاني عدول شهدوا على الفريق الاول بالزنا فوجب قبول شهادتهم وقد ثبت فسقهم لظهور زناهم بالحجة فتبطل شهادتهم على المشهود عليه الاول وبقيت الشبهة التي أشار إليها أبو حنيفة رحمه الله تعالى ان قصد الفريق الثاني بهذه الشهادة إبطال شهادة الفريق الاول لانهم حين لم يشهدوا إلى أن شهد الفريق الاول فاما ان يكونوا كاذبين قاصدين إلى ابطال شهادتهم أو كانوا صادقين ولكنهم اختاروا الستر فلما شهد الفريق الاول حملتهم الضغينة على الشهادة عليهم دون الحسبة ومثل هذه الشهادة لاتقبل كما لو شهدوا بالزنا بعد تقادم العهد ولان في لفظهم ما يدل على ان 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 على الفريق الثاني بمثل ذلك ومثل هذا لا يجوز اقامة 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 والخليفين من بعده ان لا شهادة للنساء في حد الزنا فكانوا جميعا قذفة (قال) وان شهد أربعة علي شهادة أربعة على رجل بالزنا لا تجوز شهادتهم لان الشهادة على الشهادة فيها ضرب شبهة من حيث ان الكلام إذا تداولته الا لسنة تمكن فيه زيادة ونقصان ولان الشهادة على الشهادة بدل والابدال منصوبة للحاجة ولا تقام الحدود بمثله لانها مبنية على الدرء ولاحد على الفروع لانهم ما نسبوا المشهود عليه إلى الزنا انما حكوا شهادة الاصول بذلك والحاكي للقذف عن غيره لا يكون قاذفا فان قدم الاصول فشهدوا على شهادة أنفسهم على هذا

[67]

الرجل بالزنا لاتقبل شهادتهم لوجهين أحدهما ان العهد قد تناول والثاني ان الحاكم حكم برد هذه الشهادة لان في الموضوع الذي تقبل الشهادة على الشهادة تقبل شهادة الاصول أيضا ففي الموضوع الذي ترد أيضا يتعدى رده

إلى شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة ولاحد على الشهود لتكامل عددهم ولانا انما لانقيم الحد على المشهود عليه بنوع شبهة والشبهة تصلح لدرء الحد بها لا لايجاب الحد (قال) وان قال الشهود للرجل والمرأة في غير مجلس القاضى نشهد انكما زانيان وقدموهما إلى القاضى وشهدوا عليهما وقالوا انهم قد قالوا لنا هذه المقالة قبل أن يرفعونا اليك ولنا بذلك بينة لم تقبل شهادتهما على ذلك ولم تسقط شهادتهم به وحد الرجل والمرأة لانهم عدول (فان قيل) صاروا قاذفين لهما بالنسبة إلى الزنا في غير مجلس القاضى فكانوا متهمين في الشهادة من حيث انهم قصدوا بها اسقاط الحد (قلنا) انما كان كذلك لان تكامل العدد كما يمنع من أن يكون كلامهم قذفا في مجلس القاضى فكذلك في غير مجلسه ولان المقصود من فعلهما الندم معناه ان مقصود الشهود من هذه المقالة في غير مجلس القاضى انكما زانيان ليظهرا الندم ليستروا عليهما أو الاصرار ليشهدوا عليهما والشاهد مندوب إلى ذلك ولان كلامهم الاول موقوف فإذا اتصل به شهادتهم في مجلس القاضى لم يكن قذفا والا فحينئذ يكون قذفا (قال) وإذا شهدوا عليهما بالزنا فقال اثنان طاوعته وقال آخران استكرهها درئ الحد عنهما في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يحد الرجل وحده لهما ان الحجة في جانب الرجل تمت موجبة للحد فانما 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 وانما يقام الحد على كل واحد منهما بفعله وقد اتفقوا على وجود الفعل الموجب للحد على الرجل ولابي حنيفة رحمه الله طريقان أحدهما ان كل اثنين شهدا بفعل آخر فما لم يتق الاربعة على الفعل الواحد لا يثبت الزنا كما لو اختلفوا في المكان والزمان وبيانه ان شاهدي الطواغية شهدا بفعل مشترك بينهما فانها إذا كانت طائعة كانت شريكة له في الفعل حتى تشاركه في اثم الفعل وشاهدا الاكراه شهدا بفعل تفرد به الرجل لانه لاشركة للمرأة في الفعل إذا كانت مكرهة حتى لا تشاركه في اثم الفعل والفعل المشترك غير الفعل الذى تفرد به الرجل وقولنا ان الزنا فعلان يعني من حيث الحكم فأما في الحقيقة

[68]

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 طاوعته صاروا قاذفين لها ملتزمين حد القذف لو لا شهادة الآخرين انه زنى بها وهي مكرهة فكانا خصمين ولا شهادة للخصم وانما لايقام حد القذف عليهما بشهادة آخرين بمنزلة من قذف امرأة ثم أقام شاهدين انها زنت وهي مكرهة سقط الحد عن القاذف ولان اعتبار عدد الاربعة في الشهادة على الزنا الموجب للحد وهذه شهادة على سقوط احصانها لان زنا المكرهة لا يوجب حد الزنا عليها بحال وسقوط الاحصان يثبت بشهادة شاهدين وبيان هذا الطريق فيما ذكره محمد في الكيسانيات قال لو شهد ثلاثة انها طاوعته وواحد انها مكرهة فعند أبى حنيفة رحمه الله لايقام الحد على الشهود وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يقام على الثلاثة حد القذف بخصومتها لانهم صاروا قاذفين لها والشاهد على سقوط احصانها واحدو بشهادة واحد لا يثبت الاحصان وهذا لان المكرهة لافعل لها فتكون هذه الشهادة في حقها بمنزلة ما لو امتنع الرابع من أداء الشهادة (قال) ولو شهد ثلاثة أنه استكرهها وواحد انها طاوعته فليس على هذا الواحد حد

القذف لها بشهادة الباقي بسقوط احصائها هذا كله بناء على ظاهر المذهب أن المكروهة على الزنا يسقط إحصائها وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يسقط احصائها بفعلها ووجه ظاهر الرواية أنها ممكنة من وطئ حرام فإن الاكراه لا يعدم لها الفعل خصوصا فيما لا يصلح أن تكون المكروهة آلة للمكروه ولانها مضطرة إلى ذلك وذلك لا يمنع سقوط احصائها (قال) وان شهد أربعة على رجل انه زنى بهذ؟ المرأة في موضع كذا في وقت كذا وشهد أربعة أنه زنى بهذه المرأة الاخرى في ذلك الوقت بعينه في مكان آخر والبيتان بينهما بعد لم يحد واحد منهم لان القاضى يتقن 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 لانه ثبت على الرجل فعلا وعلى كل امرأة فعل موجب للحد بحجة كاملة فيقيم القاضى الحد عليهم إذ الزنا بعد الزنا يتحقق في وقتين ومكانين مختلفين بامرأة وامرأتين (قال) وان شهد أربعة أنه زنى يوم النحر بمكة بفلانة

[69]

وشهد أربعة أنه قتل يوم النحر بالكوفة فلانا لم تقبل واحدة من الشهادتين لتيقن القاضى بكذب أحد الفريقين ولا حد على شهود الزنا لتكامل عددهم وعلى هذا سائر الاحكام من العناق والطلاق ولا يقال لا تنكر كرامة الاولياء فيجوز أن يكون في يوم واحد بمكة والكوفة لان مثل ذلك الولى لا يزني ولا يجحد ما فعله ولانا أمرنا ببناء الاحكام على ما هو الظاهر المعروف فان حضر أحد الفريقين وشهدوا فحكم الحاكم بشهادتهم ثم شهد الآخرون فشهادة الآخرين باطلة لان رجحان جانب الصدق ثبت في شهادة الاولين 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 فأخذه 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 محصن حق الله تعالى وعند الشافعي رحمه الله تعالى يقام واعتبره بسائر الحقوق من حيث ان تقادم العهد غير مسقط عنه ما لزمه فاعتبر البينة بالاقرار فان هذه الحدود تقام بالاقرار بعد تقادم العهد فكذلك بالبينة لانها احدى الحجتين (وحيثنا) في ذلك حديث عمر رضى الله عنه حيث قال ايما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فانما هم شهود ضغن قال الحسن رحمه الله تعالى في حديثه لا شهادة لهم والمعنى ان الشاهد على هذه الاسباب مخير في الابتداء بين ان يستر عليه أو يشهد فلما أصر الشهادة عرفنا أنه مال إلى الستر ثم حملته العداوة على أن يترك الستر ويشهد عليه فلا تكون هذه شهادة بطريق الحسبة فلهاذا لاتقبل بخلاف حد القذف فان الشهادة عليه لاتقبل الا بخصومة المقدوف وطلبه الحد فانما أخرجوا اداء الشهادة لعدم الخصومة من المقدوف ولان فيه بعض حق العباد وهو دفع العار عن المقدوف فمتى أقام الحجة عليه وجب الحكم به لدفع الضرر عنه ولا يدخل على هذا الكلام السرقة فان الشهادة عليها لاتقبل قبل الخصومة ولكن خصومة المسروق منه هناك في المال لافي الحد وبعد تقادم العهد الشهادة مقبولة فيما فيه الخصومة له ولان الحد هناك محصن حق الله

تعالى ولهذا صح الرجوع فيه عن الاقرار بخلاف حد القذف وحد الله تعالى
أقرب إلى الدرء لانه يتعالى عن ان يلحقه خسران أو ضرر وهذا بخلاف
الاقرار فان معنى الضغينة لا يتحقق في الاقرار بعد التقادم إذ الانسان لا
يعادي نفسه على وجه يحمله

[70]

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 وقتا وهذا لان ذلك يختلف باختلاف أحوال
الناس في البعد من القاضى والقرب وباختلاف عادة القاضى في الجلوس
والتوقيت لا يكون بالرأى بل بالنص فلما لم يجد فيه نصا أبى ان يوقته
بنسئ وجعله موكولا إلى رأى القاضى وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة
رحمهما الله تعالى انهم إذا شهدوا بعد سنة لاتقبل وأشار الطحاوي رحمه
الله تعالى إلى ستة أشهر وهو الحين والاصح ما نقل عن أبي يوسف
ومحمد رحمهما الله تعالى انهما قدرا ذلك بشهر فقللا ما دون الشهر قريب
عاجل والشهر وما فوقه أجل كما بينا في الايمان فإذا شهدوا به بعد شهر
لاتقبل ولكن هذا إذا لم يكن بينهم وبين القاضى مسيرة شهر فان كان ذلك
وعلم أنه تأخر الاداء لبعدهم من مجلسه لا يكون ذلك فدحا في شهادتهم
ولا يمتنع اقامة الحد به لحديث المغيرة رضي الله عنه فانه 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
يتمتع اقامة بقية الحد عليه لانه 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 انهم مالوا إلى اكتساب سبب درء الحد عنه ثم حملتهم العداوة
على الحد في طلبه فكان هذا والضغينة 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 وانما المسقط للشهادة
اقامة 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 احديها ما بينا وهو قولهما والثانية إذا أقيم
عليه أكثر الحد سقطت شهادته اقامة للاكثر مقام الكل والثالثة إذا ضرب
سوطا واحدا تسقط شهادته لان من ضرورة اقامة ذلك القدر من الحد
الحكم بكذبه وكذلك هذه الروايات

[71]

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 الاول بالسوط الذي بقي فلهذا يدخل احدهما في الآخر ولا يقام الا ذلك السوط توضيحه ان المقصود اظهار كذبه ليندفع به العار عن المقذوف وذلك يحصل في حقهما باقامة السوط لانه ؟ يصير محكوما بكذبه وتسقط شهادته (قال) وضرب التعزير اشد من ضرب الزنا وضرب الزانى اشد من ضرب شارب الخمر وحد القذف اخف من جميع ذلك أما ضرب التعزير اشد لان المقصود به الزجر وقد دخله التخفيف من حيث نقصان العدد فلو قلنا بتخفيف الضرب أيضا فإما ما هو المقصود لان الالم ما لم يخلص إليه لا ينزجر ولهذا قلنا يجرد في التعزير عن ثيابه ويعذر في ازار 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 والاصل 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 الاحرار 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 الاربعين 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 شئ 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 اشد من الضرب في الشرب لان حد الزنا يتلى في القرآن وقد سيماه ؟ ؟ الله تعالى عذابا بقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين وقال تعالى لاتأخذكم بهما رافة في دين الله وحد الشرب لايتلى في القرآن ولان المقصود هو الزجر ودعاء الطبع إلى الزنا عند

[72]

غلبة الشيق أكثر منه إلى الشرب ثم حد الشرب اشد من حد القذف لان جريمة الشارب متيقن بها بخلاف جريمة القاذف فالقذف خبر متمثل بين الصدق والكذب وقد يعجز عن اقامة أربعة من الشهداء مع صدقه فلهذا كان حد القذف اخف من حد الشرب حتى يضرب حد القذف وعليه ثيابه الا أنه ينزع عنه الحشو والفر ويخلص الالم إلى بدنه وسائر الحدود تقام على الرجل في ازار الا أنه روى ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى انه يقام عليه حد الشرب وعليه ثيابه أيضا لان حد الشرب حد القذف كما قال على رضى الله عنه إذا شرب هذى وإذا هذى افتري وحد المفترين في كتاب الله تعالى ثمانون جلدة ولان حد الشرب كان بالجريد والنعال في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أن انفقت الصحابة على الجلد في عهد عمر رضى الله عنه ولهذا قال على رضى الله عنه مامن أحد أقيم عليه حد فيموت فأحب أن أديه الا حد الشرب فانه بأرائنا ولضعفه قال لا يجرد عن ثيابه ولكن في ظاهر الرواية لتحقق جريمته يجرد كان في حد الزنا (قال) ولا يمد في شئ من الحدود والتعزير قيل مراده المد بين

العقابين وقيل مراده أن الجلاذ لا يفصل عضده عن ابطه ولا يمد يده فوق رأسه وقيل مراده أنه بعدما أوقع السوط على بدن المجلود لا يمدده لانه زيادة مبالغة لم يستحق عليه ذلك لانه ربما يؤدي إلى التلف والتحرز عن ذلك واجب شرعا في موضع لا يستحق الالتلاف شرعا ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بحسم السارق بعد القلع للتحرز عن الالتلاف ويعطى كل عضو حظه من الضرب لانه قد نال اللذة في كل عضو ولان جميع الجلدات في عضو واحد ربما يؤدي إلى الالتلاف والالتلاف غير مستحق فيفرق على الاعضاء كيلا يؤدي إلى الالتلاف 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 بجرم الغامدية أخذ حصة كالحمصه ورماها بها ثم قال للناس ارموها واتقوا الوجه فلما منع من ضرب الوجه في موضع كل الالتلاف ؟ مستحقا ففي موضع لم يستحق الالتلاف 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 الاول ثم رجع وقال يضرب الرأس أيضا ضربة واحدة وهو قول ابن أبي ليلى

[73]

لحديث أبي بكر رضى الله عنه فانه قال اضربوا الرأس فان الشيطان في الرأس (وجئنا) في ذلك حديث عمر رضى الله عنه فانه قال للجلاذ اياك أن تضرب الرأس والفرج ولان الرأس موضع الحواس ففي الضرب عليه تفويت بعض الحواس (قال) ولا تجرد المرأة لاقامة الحد والتعزير عليها لانها عورة مستورة وكشف العورة حرام الا أنه ينزع عنها الحشو والفرج وليخلص الالم إلى بدنها ولان ستر العورة يحصل بالملبوس عادة فلا حاجة إلى ابقاء الحشو الفرو عليها (قال) وتضرب وهي قاعدة كاستر ما يكون ويضرب الرجل قائما وكان ابن ابي ليلى رحمه الله يضرب المرأة الحدوهي قائمة كالرجل ولكننا نأخذ بقول عمر رضى الله عنه حيث قال يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة ولان مبنى حال الرجل على الانكشاف والظهور ومبنى حالها ؟ على الستر (قال) فان كان حدها الرجم فان حفر لها فحسن وان ترك لم يضرب وقد بيناه (قال) وان كانت حبلى حبست حتى تلد لحديث الغامدية فانهما أقرت ان بها حبلا من الزنا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذهبي حتى تضعي حملك ولحديث معاذ رضى الله عنه حين هم يرمم المغنية ان يكن لك عليها سبيل فلا لك على ما في بطنها وهو المعنى 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 بينة فيحبسها حتى تلد ثم ان كان حدها الرجم رجمها لان اتلافها مستحق وانما تؤخر لحق الولد وقد انفصل الولد عنها وان كان حدها الجلد تؤخر إلى ان تتعافى من نفاسها لان النفساء في حكم المريضة والحدود فيما دون النفس لاتقام في حالة المرض ولانه إذا انضم ألم الجلد إلى ألم الولادة ربما يؤدي إلى الالتلاف وهو غير مستحق في هذه الحالة فتؤخر إلى ان 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 القاضى يريها النساء لان هذا شئ يطلع عليه النساء وما بشكل على القاضى فانما يرجع

فيه إلى من له بصر في هذا الباب كما في قيم المتلفات والاصل فيه قوله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون فان قلن هي حبلى حبسها إلى سنتين فان لم تلد رحمها للتيقن بكذبهن فان الولد لا يبقى أكثر من سنتين وان ادعت أنها عذر له أو رتقاء فنظر إليها النساء فقلن هي كذلك درئ الحد عنها

[74]

لان شهادتهن حجة فيما لا يطلع عليه الرجال ولكن لايقام 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 اقامة الحد اظهار كذب القاذف ليندفع به العار عن المقذوف وكذبه ظاهر هنا وانما 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 القاضى فيه إلى قول النساء يكتفى بقول امرأة واحدة والمثنى أحوط وقد بينا هذا في الطلاق (قال) وإذا قال المسلم الزانى 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 فيجمل فيما يقام عليه وجود هذه الشهادة كعدمها بخلاف ما إذا شهد على ذلك رجل وامرأتان فان هذه الشهادة حجة على المسلم فيكون معترفاً في اقامة الحد الكامل عليه وهذا الفرق الذى قررناه في مسألة الاحصان (قال) وان شهد أربعة نصارى على نصراني بالزنا فقضى عليه بالحد ثم أسلم قال أدراً عنه الحد لان القاضى لا يتمكن من اقامة الحد الا بحجة وشهادة النصراني ليست بحجة على المسلم وقد بينا أن العارض من قبل اقامة الحد كالمقترن بالسبب وكذلك لو كان أقيم عليه بعضه وأسلم لايقام عليه ما بقى 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 وفى الاستحسان قال العقوبات تدرئ بالشبهات فيجعل المعترض قبل الاستيفاء شبهة مانعة كالمقترن بأصل السبب بخلاف الاموال فانها تثبت بالشبهات ثم المقصود في العقوبات الاستيفاء ولهذا لو رجع الشهود قبل الاستيفاء امتنع الاستيفاء بخلاف المال وقد بينا أن في الحدود التى 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 الاعلى ابن أبى 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 لانه بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة قبل اقامة الحد وهذه العدالة لم

[75]

تصر مجروحة بخلاف العبد يقام عليه حد القذف ثم يعتق لانه بالعتق لم يستفد عدالة لم تكن موجودة وقت اقامة 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 لانهم اكدبوا أنفسهم بالرجوع عن الشهادة فان 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 الاول ورجوعهم في حق الفريق الثاني كالمعدوم ويدراً عن الفريق الاول حد القذف لانه تبين بشهادة الفريق الثاني ان المشهود عليه زان وانهم صادقون في قذفه بالزنا ولانه تبين انه غير محصن وقذف غير المحصن لا يوجب الحدو أكثر ما في الباب ان الفريق الاول لم يعاينوا الزنا منه فحالهم كحال سائر الاجانب في قذفه والقاذف انما يستوجب الحد إذا لم يكن هناك أربعة يشهدون على المقدوف بالزنا (قال) وإذا ثبت الزنا والسرقه على الكافر بشهادة المسلمين ثم أسلم أقيم عليه الحد لانه لو كان مسلماً عند أداء الشهادة كانت هذه الشهادة حجة عليه فكذلك إذا اعترض اسلامه الا ان يكون العهد قد تقادم فحينئذ يدراً عند للشبهة كما لو كان مسلماً حين شهدوا عليه (قال) رجل زني بامرأة مستكرهه فأفضاها فعليه الحد للزنا فان كانت تستمسك البول فعليه ثلث الدية وان كانت لا تستمسك البول فعليه كمال الدية لانه 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 مستحقاً بالنكاح وان طاوعته فعليها الحد وليس عليه ضمان الجناية لوجود الرضي منها فان اذنها؟ فيما دون النفس معتبر في اسقاط الارش وكذلك ان كانت صبية يجامع مثلها الا أن رضاها هناك لا يعتبر في اسقاط الارش لانها 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 محلاً لهذا الفعل حين أفضاها بخلاف ما إذا زنى بها ولم يفضها لانه تبين انها كانت محلاً لذلك الفعل حين احتملت الجماع ولان الحد مشروع للزجر وانما يشرع الزجر فيما يميل الطبع إليه وطبع العقلاء لا يميل إلى وطئ الصغيرة التي لا تشتهي ولا تحمل الجماع فلهذا لاحد عليه ولكنه يعزر لارتكابه ما لا يحل

[76]

له شرعا ثم ان 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 لانه يثبت مع الشبهة والوطئ ليس الا ايلاح الفرج في الفرج وقد وجد ذلك منه ألا ترى أنه يجب المهر تارة بالعقد وتارة بالوطئ ثم العقد على الصغيرة يوجب المهر فكذلك ووطئها ان كانت لا تستمسك البول فعليه كمال الدية لافساد العضو الذي كان استمسك البول به فانه لا ثاني له في البدن ولامهر 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 مؤجلاً والمهر في مال الجاني حالا فكيف يدخل احدهما في الآخر وهما يقولان الفعل واحد فإذا وجب به كمال بدل النفس يدخل فيه ما دونه كما لو شج رجلاً فذهب عقله أو سقط جميع شعره حتى وجب عليه كمال الدية دخل فيه ارش الموضحة وهذا لان المستوفى

بالوطئ في حكم العتق وكذلك المتلف بالجنابة 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 مالو فقا احدى عيني أمة انسان يضمن نصف قيمتها ولا يملك شيئاً من الجنة بخلاف ما إذا فقا العينين وضمن كمال الدية فانه يملك الجنة (قال) وإذا جامع صبية فافضاها 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 ان الوطئ جعل حكما أنه يتعلق به الاغتسال بنفس الايلاج من غير انزال ويجب به المهر وباب الحل والحرمة مبنى على الاحتياط فللاحتياط استحسنت أبو يوسف رحمه الله تعالى وجه قولهما أن ثبوت حرمة المصاهرة بالوطئ ليس لعينه بل لانه حرث للولد ولهذا لا يثبت بوطئ الميتة وبالوطئ في الدبر وهذا الفعل ليس بحرث للولد لان 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 يشتهى 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

[77]

ثم يحل وطئ الصغيرة التي تشتهى بالنكاح ولا يحل وطئ الصغيرة التي لا تشتهى ومن قذف هذا الذي جامع هذه الصبية لاحد عليه لارتكابه ووطئا حراما فان الوطئ الحرام في غير الملك مسقط للاحصان والصورة في ايراث الشبهة بمنزلة الحقيقة في درء ما يندري بالشبهات (قال) رجل زنى بامرأة فكسر فخذها فعليه الحد والارش في ماله لانه 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 لانهم قصدوا بهذا النظر صحة تحمل الشهادة لاقضاء الشهوة فانه لا يحل لهم أداء الشهادة ما لم يروا كالمرود في المكحلة والنظر إلى العورة عند الحاجة لا يوجب الفسق وان تعمد ذلك ألا ترى ان القابلة تنظرو الختان والحافظة 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 لانها تدعى الجنابة الموجبة للارش 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 يرجمان 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 الاعلى والاسفل وتأويل ذلك عندنا في حق من استحل ذلك الفعل فانه يصير مرتدا فيقتل لذلك وهو تأويل الحديث الذي روي من أتى امرأته الحائض أو أتى امرأته في غير مآناها فقد كفر بما أنزل على محمد يعني إذا استحل ذلك (ووجنتهما) ان هذا الفعل زنا فيتعلق به حد الزنا بالنص فأما من حيث الاسم فلان الزنا فاحشة وهذا الفعل فاحشة بالنص قال الله

تعالى أنأتون الفاحشة ومن حيث المعنى ان الزنا فعل معنوي له غرض وهو ايلاج الفرج في الفرج على وجه محطور لاشبهة فيه لقصد سفح الماء وقد وجد ذلك كله فان القبل والدبر كل واحد منهما فرج يجب ستره شرعا وكل واحد منهما مشتهى طبعيا حتى ان من لايعرف الشرع لا يفصل بينهما والمحل انما يصير مشتهى طبعيا لمعنى الحرارة واللين وذلك لا يختلف بالقبل والدبر ولهذا وجب

[78]

الاغتسال بنفس الايلاج في الموضعين 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 ان يكون الفعل حرثا وان لم يقصد الزانى 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 رضى 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 زنى وكذلك أهل اللغة فصلوا بينهما قال القائل من كف ذات حرفي زي ذى ذكر لها محبان لوطى وزناء فقد غاير بينهما في الاسم ولا بد من اعتبار اسم الفعل الموجب للحد ولهذا لا يجب القطع على المختلس والمتهب والذى 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 ان الله تعالى سمي هذا الفعل فاحشة فقد سمي كل كبيرة فاحشة فقال ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ثم هذا الفعل دون الفعل في القبل في المعنى الذى لاجله وجب حد الزنا من وجهين احدهما 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 والثانى أن حد الزنا مشروع صيانة للفراش فان الفعل في القبل مفسد للفراش ويتخلق الولد من ذلك الماء لا والد له ليؤديه فيصير ذلك جرما يفسد بسببه عالم واليه أشار صلى الله عليه وسلم في قوله وولد الزنا شر الثلاثة وإذا آل الامر إلى الدبر ينعدم معنى فساد الفراش ولا يجوز أن يجبر هذا النقصان بزيادة الحرمة من الوجه الذى قال لان ذلك يكون مقايسة ولا مدخل لها في الحدود ثم اختلف الصحابة رضى الله عنهم في هذه المسألة فالمروى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه انهما يحرقان بالنار وبه

[79]

أمر في السبعة الذين وجدوا على اللواطه وكان على رضى الله عنه يقول يجلدان ان كانا غير محصنين ويرجمان ان كانا محصنين وكان ابن عباس

رضي الله عنهما يقول يعلى أعلى الاماكن من القرية ثم يلقي منكوسا فيتبع بالحجارة وهو قوله تعالى فجعلنا عاليها سافلها وأمطرنا عليهم حجارة الآية وكان ابن الزبير رضي الله عنه يقول يحسان في أنتن المواضع حتى يموتا تننا 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 لانهم عرفوا نص الزنا ومع هذا اختلفوا في موجب هذا الفعل ولا يظن بهم الاجتهاد في موضع النص فكان هذا اتفاقا 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 رأي الامام ان رأى شيئا من ذلك في حق فله أن يفعله شرعا (قال) والناس أحرار في كل شيء 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 جنابته وبالحدود إذا ادعى الزانى أنه عبد فما لم تقم البينة على حريته لا يقيم عليه حد الاحرار وبالقصاص إذا قطع يد حر أو عبد وزعم أنه عبد لا قصاص عليه فما لم تقم البينة على حريته لا يقتضى 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 حريين 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 فانها حجة لدفع الاستحقاق لا لاثباته حتى انه باعتبار اليد في الجارية لا يستحق أولادها على الغير بخلاف ما إذا ثبت الملك فيها بالبينة فان قامت البينة في هذه الفصول على انه كان ملكا لفلان أعتقه وقضى القاضى بذلك ثم حضر المولى الغائب فأبكر ذلك فلا حاجة إلى إعادة البينة عليه لان هذه بينة قامت على خصم وهو المنكر

[80]

لحريته فانه خصم عن الغائب لاتصال حقه بحق الغائب فالقضاء به عليه يكون قضاء على الغائب (قال) وإذا قضى القاضى بحد أو قصاص أو مال وأمضاه ثم قال قضيت بالجور وأنا أعلم ذلك ضمنه في ماله وعزر وعزل عن القضاء لانه فيما جار فيه ليس بقضاء بل هو اتلاف بغير حق انما 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 أمينا فيه وفى هذا اللفظ دليل أن الصحيح من مذهب علمائنا أن القاضى لا ينعزل بالجور ولكن يستحق عزله لان الفسق عندنا لا يمنع صحة تقليده ابتداء فلا يمنع البقاء بطريق الاولى بخلاف ما نقوله المعتزلة انه ينعزل 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 وهى معروفة من مذهبهم في القول بالمنزلة بين المنزلتين والشافعي رحمه الله يوافقهم في انه ينعزل بناء على أصله ان بالفسق ينتقص ايمانه وان التقليد ممن قلده كان

على ظن أداء الامانة الامانة فلا يبقى حكمه بعد الخيانة كما في الوديعة يقول بالخلاف من طريق الفعل يبطل العقد وهذا كله عندنا باطل فان الولاة من الخلفاء والسلاطين 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 وأى قول أفحش من هذا وان ظهر أنه قضى بالجور وقد فعله خطأ لم يكن عليه غرمه لانه 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 ان كان قضاؤه بحق العباد وان كان بحق الله تعالى فضمانه في بيت المال وعلى هذا قال علماؤنا رحمهم الله تعالى القاضى إذا أخبر عن قضائه بشئ وأمر الناس برجم أو قتل بناء على قضائه فان كان عالما ورعا وسعهم أن يأخذوا بقوله من غير أن يستفسروه وان كان عالما غير ورع لم يسعهم ذلك ما لم يستفسروا وكذلك لو كان ورعا غير عالم لان الورع الذى هو غير عالم يد يخطئ لجهله والعالم الذى ليس بورع قد يتعمد الجور ويميل إلى الرشوة وأما إذا كان عالما ورعا فانهم 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 التى هي محض حق الله

[81]

تعالى إذا عاين سببه من العبد أو أقر به بين يديه وإذا ثبت بحجة البينة فله فيه قولان وفى حد القذف والقصاص له فيه وجهان وهذا إذا كان المولى ممن يملك اقامة الحد بولاية الامامة ان كان اماما وان كان مكاتبا أو ذميا أو امرأة فليس له ولاية اقامة الحد كما لا يثبت له ولاية اقامة الحد بتقليد القضاء والامامة 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 فليجدها 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 اقامته بولاية الملك كالتعزير وتأثيره أنه اصلاح للملك لان ملكه يتعيب بارتكاب هذه الفواحش فما شرع للزجر عنها يكون اصلاحا لملكه بمنزلة التزويج وفى التطهير اصلاح ملكه أيضا ألا ترى أن ما كان مشروعا للتطهير كالختان وصدقه الفطر يملكه المولى بولاية الملك وهذا لانه 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 لانه 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 لانه إذا علم بزناه عززه ثم رفعه إلى الامام فيقيم عليه الحد ولا يجمع بينهما بسبب فعل واحد (وحدثنا) فيه قوله فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب واستيفاء ما على المحصنات للامام خاصة فكذلك ما على الاماء 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 الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفئ والمعنى فيه وهو أن هذا حق

الله تعالى يستوفيه الامام بولاية شرعية فلا يشاركه غيره في استيفائه كالجراخ والجزية 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 نائباً عن الشرع وهو كأجنبي آخر في استيفائه بخلاف التعزير

[82]

فانه من حقوق الملك والمقصود به التأديب ألا ترى أنه قد يعزر من لا يخاطب بحقوق الله كالصبيان وهو نظير التأديب في الدواب فانه من حقوق الملك وكذلك الختان فانه بمنزلة الخصى في الدواب لاصلاح الملك وكذلك صدقة الفطر فانها بمنزلة المؤن والنفقات فلما كان معنى حق الملك مرجحاً في هذه الاشياء ملك المولى اقامته ألا ترى أنه لو كان مكاتباً أو ذمياً أو امرأة كان له اقامة التعزير دون الحد يوضحه أن فيما يثبت للمولى الولاية بسبب الملك هو مقدم على السلطان كالتزويج وبالاتفاق للامام ولاية اقامة 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 الاسباب ولا يصح اقرار المولى عليه بشئ من هذه الاشياء 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 وانما يحث في اليمين بالضرب لاعتبار العرف وقوله أقيموا الحدود على ما ملكت أيماكم خطاب للائمة كقوله فاقطعوا خطاب للائمة وفائدة تخصيص الممالئك أن لاتحملهم الشفقة على ملكهم على الامتناع عن اقامة الحد عليهم أو المراد السبب والمرافعة إلى الامام وقد يضاف الشئ إلى المباشرة تارة وإلى المسبب أخرى وهذا تأويل الحديث الآخر ان المراد به التعزير لان الجلد وان ذكر عند الزنا وانما أضيف إلى من لم يتعين نائباً 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 مكاتباً 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 أمهلته ما بينه وبين أن يقوم القاضى من مجلسه من غير أن يخلى عنه لانه أخبر بخبر متمثل فيتأني في ذلك ولكن على وجه لا يكون فيه تضييع الحد الذي ظهر سببه عنده فانه منهي عن ذلك شرعاً مأموراً بالاقامة والاحتياط للدرء فلماذا لا يخلى عنه ولكن يمهل إلى آخر المجلس لانه يتمكن من احضار شهود بيانه في هذا المقدار فان جاء بالبينة والا أقام عليه الحد فان اقران

[83]

شهوده ليس بحضور في المصر وسأله أن يؤجله أياما لم يؤجله لان 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 الاول فليس هناك تأخير الحد لان المجلس الامام كحالة واحدة ولو لم يدع ذلك المشهود عليه كان للامام أن يؤخر الحد إلى آخر المجلس لانه يجلس في المسجد وهو ممنوع من اقامة الحد فيها لحدث ابن عباس رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لانقام الحدود في المساجد ولحدث حكيم بن حزام رضى الله عنه في حديث فيه طول فلا يقام فيها حدو لان تلويث المسجد حرام واليه أشار صلى الله عليه وسلم في قوله جنبوا مساجدكم صيانكم ومجانبتكم واقامة الحد في المسجد ربما يؤدي إلى التلويث فان اراد الامام ان يقام بين يديه فلا بد من أن يؤخره إلى ان يقوم من مجلسه ويخرج من المسجد ليقام بين يديه فهذا جوزنا له ذلك القدر من التأخير وان لم يدع المشهود عليه شيئا ولكن ان أقام رجل البينة على بعض الشهود أنه قذفه فانه يحبس ويُسأل عن شهود القذف فإذا زكوا وزكى شهود الزنا بدئ بحد القذف ودرئ عنه حد الزنا لانه اجتمع عليه حدان وفي البداية باحدهما اسقاط الآخر فيبدأ بذلك احتيالا للدرء وبيانه أنه إذا بدأ بحد القذف صار شاهد الزنا محدودا في القذف والمعرض في الشهود قبل اقامة الحد كالمقترن بالسبب وفيه درء حد الزنا من هذا الوجه وكذلك لو قذف رجل من شهود الزنا رجلا من المسلمين بين يدي القاضى فان حضر المقذوف وطالب بحدده أقيم عليه حد القذف وسقط عنه حد الزنا فان لم يأت المقذوف ليطلب بحدده يقام حد الزنا لان مجرد القذف عندنا لا يقدر في شهادته لانه خبر متمثل بين الصدق والكذب ألا ترى أنه يتمكن من اثباته بالبينة وانما الذي يبطل شهادته اقامة الحد عليه ولا يكون الا بطلب المقذوف فإذا أقيم حد الزنا ثم جاء المقذوف وطلب حده يحد له أيضا لانه 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 باقامة حد القذف فان أقاموا بطلت شهادته فلا يقضى بها فلو بدأ يقطع السارق أو بالقضاء بشهادته ثم أقام عليه حد القذف وسعه وذلك أيضا لانه اعتمد في قضائه الحجة (قال) وإذا ادعى الشهود عليه ان الشاهد أكل

[84]

ربا أو شارب خمر أو انه استؤجر على هذه الشهادة وجاء على ذلك ببينة لم تقبل بينته الاعلى قول ابن ابي ليلى رحمه الله تعالى فانه يقول هذا جرح في الشاهد فيمكن اثباته بالبينة كما لو ادعى أنه عبد أو محدود في قذف والدليل عليه ان المشهود له لو أقر بهذا أو الشاهد أقربه امتنع القضاء بشهادته فكذلك إذا أثبت الخصم بالبينة لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم ولكننا نقول المشهود عليه بهذه البينة ليس يثبت شيئا انما ينفي شهادته والشهادة على النفي لاتقبل كما لو قامت البينة على رجل بالعصب أو بالقتل في مكان في يوم فأقام البينة على انه 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 انه 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 القاضى يسألهم من حده وما لم يثبتوا أن قاضى بلدة كذا حده لم تقبل شهادتهم ومثل هذا لا يجده كل خصم وهذا مما يمكن أثباته 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 فانه تقبل بينته على ذلك لانه يدعى استرداد ذلك المال فتقبل بينته لذلك ثم يظهر به فسق الشاهد (قال) فان أقام البينة أن الشاهد محدود في قذف حده فلان قاضى بلد كذا وقال المشهود عليه أنا أتيتك بالبينة على اقرار ذلك القاضى أنه لم يحدثني أو على موته قبل ذلك الوقت الذي شهد هؤلاء أنه حدثني فيه لا يقبل ذلك منه لانه لا يثبت بهذا شيئا انما ينفي شهادة الذين شهدوا عليه وكذلك ان قال أنا أتيت بالبينة أتيت كنت غائبا ذلك اليوم في أرض كذا لم يقبل ذلك منه الا أن يجئ من ذلك بأمر مشهور فيقبل ذلك في الحدود والقصاص والاموال وغير ذلك لان الشهرة في النفي حجة كما في الاثبات وإذا كان ذلك أمرا مشهورا فالقاضي عالم بكذب الشهود وإذا لم يجر له القضاء بشهادتهم عند تمكن تهمة الكذب فعند العلم بكذبهم أولى (قال) أربعة شهدوا على رجل بالزنا فأراد الامام أن يحده 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 خير فنفسه لا يكون جريمة وربما يكون حسنة إذا علم اصراره وله أربعة من الشهود

[85]

وانما الجريمة في هتك ستر العفة واشاعة الفاحشة من غير فائدة فلا يظهر ذلك الا بعجزه عن اقامة أربعة من الشهداء وانما يتم ذلك باقامة 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 القاضى بعد سماع البينة قبل القضاء في سائر الحقوق فليس الذى ولى بعده أن يقضى بتلك البينة قال وانما هذا مثل قاض قضى على رجل بالرجم ثم انه أتى به قاض آخر فقامت عليه البينة عند ذلك القاضى أن فلانا قضى عليه بالرجم فان القاضى لا ينفذ ذلك وكذلك كتاب القاضى إلى القاضى 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 ولاحد على الشهود لتكامل عددهم ولانهم ما صرحوا بنسبته إلى الزنا (قال) وإذا زني الذمي فقال عندي هذا جلال لم يدرا عنه الحد لانا علمنا بكذبه فالزنا حرام في الاديان كلها ولانا 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 فشادتهم باطلة لانه لا شهادة للذمي على المسلمة فكانوا قاذفين لها فيحدون حدالقذف وتبطل شهادتهم على الرجل إما لاقامة 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 لاحد 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 التأبيد (وحجتهما) في ذلك أن فعله هذا زنا قال الله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم وكما في قوله تعالى انه كان فاحشة والفاحشة اسم الزنا وفي حديث البراء بن عازب مربي خالي أبو بردة بن نيار ومعه

[86]

لواء فقال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل نكح منكوحة أبيه وامرني أن أقتله والدليل عليه أن العقد لا يتصور انعقاده بدون المحل ومحل النكاح هو الحل لانه مشروع لملك الحل فالمحرمة على التأبيد لا تكون محلا للحل وإذا لم ينقذ العقد لا تحل له لانه لم يصادف محله فكان لغوا كما يلغوا إضافة النكاح إلى الذكور والبيع إلى الميتة والدم والدليل عليه أن العقد المنقذ لو ارتفع بالطلاق قبل الدخول لم يبق شبهة مسقطه للحد فالذي لم ينقذ أصلا أولى وجه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى قوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلما المهر بما استحل من فرجها فمع الحكم ببطلان النكاح أسقط الحد به فهو دليل على أن صورة العقد مسقط للحد وان كان باطلا شرعا واختلف عمر وعلى رضى الله عنهما في المعتدة إذا تزوجت بزوج آخر ودخل بها الزوج فقال على رضى الله عنه المهر لها وقال عمر رضى 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 لانه لو وجب انما يجب بالقياس ولا مدخل للقياس في الحد ثم هذا العقد مضاف إلى محله في الجملة لان المرأة بصفة الانوثة محل للنكاح ولكن امتنع ثبوت حكمه في حقه لما بين الحل والحرمة من المناقاة فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحد كما لو اشترى جارية بخمر فان الخمر 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 إسقاط الحد فعقد النكاح أولى وشبهة العقد انما تعتبر بعد العقد لابتعاد 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 وامرني ان أخمس ماله (قال) رجل تزوج امرأة فزفت إليه أخرى فوطئها لاحد عليه لانه وطئ بشبهة وفيه قضى على رضى الله عنه بسقوط الحد و وجوب المهر والعدة ولاحد على قاذفة أيضا لانه وطئ وطءا حراما غير مملوك له وذلك مسقط احصانه الا فى رواية عن أبى يوسف رحمه الله تعالى فانه يقول بنى الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطئ حلالا له في الظاهر فلا يسقط احصانه به ولكننا نقول لما تبين الامر بخلاف الظاهر فانما يبقى اعتبار الظاهر في إبراث الشبهة وبالشبهة يسقط الحد ولكن لايقام الحد (قال) ولو فجر بامرأة فقال حسبتها امرأتى فعليه الحد لان الحسبان والظن ليس بدليل شرعى له أن يعتمده في الاقدام على الوطئ بخلاف الزفاف وخبر المخبر أنها امرأته فانه دليل يجوز اعتماده في الاقدام على الوطئ فيكون مورثا بشبهة (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 لانه لو أقام على ذلك شاهدا أو استحلف مولى الامة فأبى أن يحلف يدرأ الحد عنه لان انعقاد السبب مورث شبهة وان امتنع ثبوت الحكم لمانع فكذلك إذا قال لابينة لى لانه متي ال الامر إلى الخصومة والاستحلاف سقط حد الزنا وكذلك لو شهد عليه الشهود بالزنا وشهدوا أنه أقر بذلك فقال لست أملك الجارية ثم ادعى عند القاضى هبة أو يباع درئ عنه الحد لما قلنا (قال) ومن وطئ جارية له شقص فيها لاحد عليه وان كان يعلم حرمتها عليه لان ملكه فيها كان مبيحا للوطئ فوجود جزء منها يكون مسقطا للحد ألا ترى أنه لو جاءت بولد فادعى نسيه 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 لانها بمنزلة المكاتبه وان كان المعتق موسرا فوقع عليها الآخر قبل أن يضمن شريكه فلاحد عليه لانه يملك نصفها ولو ضمن شريكه ثم وطئها المعتق فلاحد عليه لانه يستسعيها فيما ضمن فنكون كالمكاتبه له وان وطئها الشريك يعد ما ضمن شريكه فعليه الحد لانها مكاتبه غيره وزعم بعض المتأخرين أن هذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى وأما عندهما

يجب الحد على من وطئها المعتق والساكت فيه سواء بناء على أصلهما أن العتق لا يتجزى ولكن الاصح 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 لانه وطئ وطئ غير مملوك فان ثبوت ملك الواطئ باعتبار كمال ملك الرقبة وذلك غير موجود (قال) رجل طلق امرأته ثلاثا أو خالعها ثم وقع عليها في عدتها فان طئنت أنها تحل ؟ لى فلاحد عليه وان قال علمت أنها على حرام فعليه الحد وفي الاصل أو طلقها واحدة بائنة والمراد الخلع فاما ما يكون بلفظ البينونة قد ذكر بعد هذا انه لاحد عليه على كل حال والمعنى أن بعد الخلع والطلقات الثلاث هي معتدة وبسبب العدة له عليها ملك اليد وقد بينا أن ملك اليد

معتبر في الاشتباه فان اشتبه عليه سقط الحد والا 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 رأيت لو وطئها بعد انقضاء العدة أكننا نسقط الحد بقول من يقول إذا طلقها ثلاثا جملة لا يقع شيء وكذلك لو أعتق أم ولده ثم وطئها في العدة لانها معتدته عن فراش صحيح بعد زوال الملك كالمطلقة ثلاثا والمختلعة ولاحد على قاذفه في الوجهين لارتكابه وطءا حراما غير مملوك (قال) وإذا حرمت المرأة على زوجها برديتها أو مطاوعتها لابنه أو جماعه مع أمها ثم جامعها وهو يعلم انها عليه حرام ففي القياس أنه يلزمه الحد لان ارتفاع النكاح بهذه الاسباب أبلغ منه بالخلع ألا ترى انها صارت محرمة على التأيد ولكنه استحسنت 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 قضى به القاضي نفذ قضاؤه فيصير شبهة في درء الحد وكذلك ان أبانها بقوله انت خلية أو برة أو بائن أو بنة أو حرام وقال أردت بذلك ثلاث تطبيقات ثم جامعها ثم قال علمت انها على حرام فلاحد عليه لان بين الصحابة وأهل العلم رضى الله عنهم في هذا اختلاف ظاهر وكان عمر رضى 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 رضى الله عنهما قالا في

[89]

ذلك هي واحدة رجعية فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد عنهم والحاصل أن الشبهة الحكمية مسقطه في حق من يعلم بالحرمة أولا يعلم كالأب إذا وطئ جارية ابنه وشبهة الاشتباه تكون معتبرة في حق من اشتبه عليه دون من لم يشبهه عليه (قال) وان شهد الشهود عليه أنه زنى بامرأة لم يعرفوها فلاحد عليه لان شهادتهم عليها غير معتبرة إذا لم يعرفوها والزنا من الرجل بدون المحل لا يتحقق ولان من الجائر أن تلك المرأة التي رأوها يفعل بها زوجته أو أمته فانهم لا يفصلون بين زوجته وأمه الا بالمعرفة فإذا لم يعرفوها لا يمكن اقامة الحد بشهادتهم وان قال المشهود عليه التي رأوها معى ليست لى 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 لايقام بالاقرار مرة وان أقر؟ بالزنا بامرأة غير معروفة فعليه الحد إذا أقر أربع مرات لان الانسان يعرف زوجته وأمه ويعلم أن فعله بها لا يكون زنا فلما أقر بالزنا فهذا تصريح منه بفعل الزنا في محله وانه لاملك له في تلك المرأة فيقام الحد عليه لذلك (قال) أربعة غير عدول شهدوا على رجل بالزنا فلاحد عليه ولا عليهم أما عليه فلان ظهور الزنا لا يكون الا بعد قبول شهادتهم وشهادة الفساق غير مقبولة لانا 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 وان 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 الاصل والمحدود في القذف ليس له شهادة الاداء 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 للاعمى هذه الآلة فكان كلامهم قذفا من الاصل ولو كان الشهود أربعة أحدهم زوج المشهود عليها بالزنا فهذه الشهادة تقبل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله تعالى وقد بينا هذا في باب اللعان فإذا كانت الثلاثة كفارا؟ والزوج

[90]

مسلمة فلا شهادة للكفار على المسلمة فيحدون حد القذف ويلاعن الزوج امرأته لانه قذفها بالزنا وقذف الزوج موجب لللعان (قال) وان جاء شهود الزنا فيشهدوا 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 يندري بالشبهات وما لا يندري بالشبهات فيه سواء فكذلك الزنا وهذا لان الثابت بالنص عدد الاربعة في الشهود فاشتراط اتحاد المجلس يكون زيادة على النص (وحتنا) في ذلك ماروبنا أن الثلاثة لما شهدوا على المغيرة بن شعبة بالزنا بين يدي عمر رضى 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 ليدرأ به الحد عن الثلاثة وفي الكتاب ذكر عن الشعبي رحمه الله تعالى قال لو جاء مثل ربيعة ومضر فرادى حددتهم والمعنى فيه ان الشهادة على الزنا قذف في الحقيقة ولكن بتكامل العدد يتغير حكمها فيصير حجة للحد فيخرج من أن يكون قذفا به وفي مثل هذا المغير يعتبر وجوده في المجلس كالقبول مع الايجاب فان الايجاب ليس بعقد فإذا انضم إليه القبول يصير عقدا فيعتبر وجود القبول في المجلس ليصير الايجاب به عقدا وهذا لان كلامهم من حيث أنه قذف مفترق ومن حيث أنه حجة كشيء واحد والاتحاد المجلس تأثير في جمع ما تفرق من الكلام فإذا كان المجلس واحدا جعل كلامهم كشيء واحد بخلاف ما إذا تفرقت المجالس وان كانوا في مقعد واحد على باب القاضى فقام إلى القاضى واحد بعد واحد وشهدوا عليه بالزنا ففي القياس لا تقبل شهادتهم أيضا وهو رواية عن محمد رحمه الله تعالى لان اتحاد المجلس بهذا لا يحصل انما يحصل بان يجلسوا جميعا بين يدي القاضى فيشهدوا واحدا بعد واحد ولكنه استحس فقال تقبل الشهادة هنا لان الشهادات اجتمعت في مجلس واحد وهذا من القاضى 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 الاداء وان جلسوا جميعا بين يدي القاضى ولا يتصور ادأؤهم جملة لان القاضى 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 لاحد

على الشهود لاجتماع الاربعة على الشهادة بالزنا عليهما (قال) وإذا شهد أربعة نصارى على نصرانيين بالزنا فقضى القاضى 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 ابطلها 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 درئ الحد عن الذي أسلم وعن صاحبه ولا يدرأ عن الآخرين لانهم شهدوا على كل رجل وامرأة كأنهم تفردوا بالشهادة عليهما والله أعلم بالصواب (باب الاقرار بالزنا) (قال) رضى الله عنه حد الزنا لايقام 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 وان كان في مجلس واحد واحتج الشافعي بقوله صلى الله عليه وسلم أعديا أنيس إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها وان الغامدية لما جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان بى حبلأ من الزنا قال اذهبي حتى تضعي حملك ثم رجمها ولم يشترط الاقارير الاربعة واعتبر هذا الحق بسائر الحقوق فما يندري بالشبهات وما لا يندري 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 الموضوع العدالة تعتبر في الشهادة دون الاقرار وكذلك في هذا الموضوع 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 الاربعة في الشهادة دون الاقرار فكذلك في الحكم الآخر وابن أبى ليلي رحمه الله تعالى اعتبر الاقرار بالشهادة بعله انه أحد حجتى الزنا ثم في الشهادة المعتبر عدد الاربعة دون اختلاف المجالس فكذلك في الاقرار (وحجتنا) فيه

حديث ما عزم بن مالك رحمه الله تعالى فانه جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال زينب 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 أربعاً فبمن زينب وفي رواية الآن شهدت على نفسي أربعاً فبمن زينب قال بفلانة قال لعلك قبلتها أو لمستها بشهوة لعلك باشرتفا فابى الا أن يقر بصريح الزنا فقال ابك خيل أبك جنون وفي رواية بعث إلى أهله هل ينكرون من عقله شيئاً فقالوا لا فسأل عن احصائه فوجده محصنا فأمر برجمه فالنبي صلى الله عليه وسلم أعرض عنه في المرأة الاولى 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 يقيمة ألا ترى أنه في المرة الرابعة لما تمت الحجة كيف لم يعرض عنه ولكنه قال الآن أقررت أربعاً واشتغل بطلب ما

يدراً عنه الحد فحين لم يجد ذلك اشتغل بالاقامة ولا يقال انما أعرض عنه لانه أحس به الجنون على ماروي 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 لانه قال الآن أقررت أربعاً وفي هذا تنصيص أن الاعراض قبل هذا لعدم قيام الحجة وقد جاء نائبا مستسلما مؤثرا عقوبة الدنيا على الآخرة فكيف يكون هذا دليل جنونه وانما قال ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لطلب ما يدراً به عنه الحد كما لقن المقر الرجوع بقوله اسرقت ما أخاله سرق اسرقت قولي لا وانما كان أشعث أغبر لانه جاء من البادية وقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا علامة الابرار فقال رب أشعث أغبر ذى طعمرين لا يؤبه به لو أقسم على الله لآبره وابن أبى ليلى رحمه الله تعالى يستدل بهذا الحديث أيضا ويقول المذكور عدد الاقارير دون اختلاف المجالس ولكننا نقول قد وجد اختلاف مجالس المقر على ماروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طرده في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة ثم رجع وفي رواية قال اذهب ويك فاستغفر الله فذهب حتى غاب عن بصر رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم رجع فالمعتبر اختلاف مجالس المقر دون القاضى حتى إذا غاب عن بصر القاضى في كل مرة يكفي هذا الاختلاف المجالس والذي روى انه أقر خمس مرات فانما يحمل ذلك على اقرارين كانا منه في مجلس واحد فكانا

[93]

كاقرار واحد وروى ان أبا بكر رضى الله عنه قال له أقررت ثلاث مرات ان أقررت الرابعة رجمك رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي رواية قال اياك والرابعة فانها موجبة وعن بريدة الاسلمي 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 ان اشتراط عدد الاقارير 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 الاقارير منها كانت في أوقات مختلفة قبل الوضع وبعد الوضع وبعد ما ظهرت من نفاسها وبعد ما فطمت ولدها ولهذا لم تتفق الرواية على نقل الاقارير الاربعة في حديثها والذي روى انها قالت أتريد ان تردني كما رددت ما عزا لا يكاد يصح لان ترديد ما عزا كان حكما شرعيا فلا يظن بها انها جاءت لطلب التطهير ثم تعترض على رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما هو حكم شرعى واعتبار هذا الحق بسائر الحقوق باطل فقد ظهر فيها من التغليب ما لم يظهر في سائر الاشياء من ذلك ان النسبة إلى هذا الفعل موجب للحد بخلاف سائر الافعال وموجب للعان إذا حصل من الزوج في زوجته بخلاف سائر الافعال ويشترط في احدي الحجتين من العدد ما لا يشترط في سائرها وكل ذلك للتغليب 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 وانما يتحقق معنى التغليب باشتراط العدد في الاقرار الموجب للحد لافي الاقرار المسقط للحد عن القاذف الا ترى ان التصريح بلفظ الزنا يعتبر في الاقرار الموجب للحد دون المسقط وكذلك عدد الاربعة بالشهود حتى إذا قذف امرأة بالزنا فشهد عليها شاهدان أنها اكرهت علي الزنا سقط الحد عن القاذف إذا عرفنا هذا فنقول ينبغي للامام أن يرد المعترف بالزنا في المرة الاولى والثانية

والثالثة لحدِيث عمر رضى الله عنه قال اطرردوا المعترفين بالزنا فإذا عاد الرابعة فافر عنده سألته عن الزنا ما هو وكيف هو وبمن زنى وأين زنى لما بينا في الشهادة إلا ان في الاقرار لا يسأله متى زنا لان حد الزنا يقام بالاقرار بعد التقادم وانما لا يقام بالبينة فلهذا يسأل الشهود متى زنى ولا يسأل المقر عن ذلك فإذا وصفه وأثبتته قال له فلعلك تزوجتها أو وطنتها

[94]

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 لانظر في عقله وسأل أهله عن ذلك كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في ما عز وهذا لان الاقرار من المجنون والمعنوه هدر والعقل ليس بمعاین فالابد للامام من ان يتأمل في ذلك فإذا علم انه صحيح العقل يسأل عن الاحصان لان ما يلزمه من العقوبة يختلف باحصانه وعدم احصانه وسأله عن ذلك فعسى يقربه ولا يطول الامر على القاضى 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 لانه مقتول بحق فيصنع به ما يصنع بالموتى وقد سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن غسل ما عز وتكفينه والصلاة عليه فقال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم زاد في رواية ولقد تاب توبة لو قسمت توبته على أهل الحجاز لو سعتهم وفى رواية على أهل الارض وقد رأيتته ينغمس 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 أحيكما أعظم من ذلك (قال) فان أمر برجمه فرجع عن قوله درئ الحد عنه عندنا وقال ابن أبى ليلى رحمه الله تعالى لا يدرا 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 (وحدثنا) فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم لقن المقر بالسرقه الرجوع فلو لم يصح رجوعه لما لقنه ذلك فقد رويانا أن ما عزا رضى الله عنه لما هرب انطلق المسلمون في أثره فرجموه فقال النبي صلى الله عليه وسلم هلا خلتيم سبيله ولان الرجوع بعد الاقرار انما لا يصح في حقوق العباد لوجود خصم يصدقه في الاقرار ويكذبه في الرجوع وذلك غير موجود فيما هو خالص حق الله تعالى فيتعارض كلاماه 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 يرحم لان الثابت بالبينة أقوى من الثابت بالاقرار ولا يجعل انكاره للاحصان رجوعا منه عن

[95]

الاقرار بالزنا لانه مصر على الاقرار بالزنا والتزام العقوبة مع انكار الاحصان وانما أنكر الاحصان وقد ثبت بالبينة ولو أقر بالاحصان بعد انكاره

كان يرحم فكذلك إذا ثبت بالبينة (قال) فان كانت المرأة التي أقر أنه زنى بها غائبة فالقياس أن لا يحد الرجل لأنها لو حضرت ربما ادعت شبهة نكاح مسقط للحد عنها فلا يقام الحد في موضع الشبهة وقيل هذا قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى على قياس مسألة السرقة إذا قال سرق أنا وفلان مال فلان وفي الاستحسان يقام عليه الحد لحديث ما عزر رضى الله تعالى عنه فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يحضر المرأة التي أقر أنه 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 مامن 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 القاضى 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 فلاحد عليه لعدم الحجة فان الحجة الاقارير الاربعة أو شهادة أربعة عدول ولا يقال اقراره مرة واحدة تعديل منه للشهود وتصديق لهم فينبغي ان يلتحقوا بالعدول في هذه الحادثة لان القاضى 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 وان كان الشهود عدولا لم يذكر في الاصل وذكر في غير رواية الاصول انه لا يحد عند أبي يوسف رحمه الله تعالى لان الشهادة قد بطلت باقراره لكونه حجة على المنكر لا على المقر وعند محمد رحمه الله تعالى يحد لان الشهود عدول فاستغني عن اقراره فيبطل الاقرار ولا يوجد ذلك في شهادة الفاسق (فان قيل) فبالاقرار الواحد إذا لم يثبت الحد يثبت الوطئ الموجب للمهر فينبغي أن لا يعتبر ذلك وان كرر الاقرار لانه قصد بذلك اسقاط المهر عن نفسه فيكون متهما وهو نظير ما قلتم في الاستدلال على قول أبي يوسف في السرقة

[96]

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 الاربعة تبين أنه لم يكن موجبا للمهر وان لم يتم كان موجبا للمهر كما أنه بعد تمام الاقرار ان رجح تبين أن الواجب لم يكن عليه الحد بخلاف السرقة فان نفس الاخذ موجب للضمان وانما 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 لانيك 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 لانه لا شبهة هنا في المحل وانما الشبهة من حيث الاشتباه فلا يكون معتبرا إذا لم يشتهه فأما إذا قال الواطئ ظننت أنها تحل لى أو قالت الجارية ظننت أنه يحل لى لاحد 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 أبى ليلى

انه أقر عنده رجل أنه وطئ جارية أمه فقال له أو طأتها؟ 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 القاضى 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 طئنت أنها تحل لى فعليه الحد لان هذا ليس بموضع الاشتباه وان كل واحد منهما في حكم الملك كالأجنبي (قال) في الاصل ولم يجعل هذا كالسرقة يعنى إذا سرق مال أخيه أو أخته لا يقطع ثم أجاب وقال ألا ترى أنه لو زنى بأخته وعمته حدته ولو سرق من واحدة منهما لم أقطعه وانما أشار بهذا إلى أن في حد السرقة لا بد من هتك الحرز والاحراز لا يتم في حق ذي الرحم المحرم لان بعضهم يدخل بيت بعض من غير استئذان وحشمة بخلاف حد الزنا (قال) وان وطئ جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فان كان الاب حيا لم تثبت دعوة الجد إذا كذبه ولد الولد لان صحة الاستيلاء تنبى على ولاية نقل الجارية إلى نفسه وليس للجد ولاية ذلك في حياة لاب ولكن

[97]

ان أقربيه ولد الوالد عتق باقراره لانه زعم أنه ثابت النسب من الجد وانه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولا شئ على الجد من قيمة الامة لانه لم يملكها وعليه العقر لان الوطئ قد ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهو البتة فيجب العقر وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة أشهر لانا علمنا ان العلوق كان في حياة الاب وانه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها إلى نفسه وان كانت ولدته بعد موته لستة أشهر فهو مصدق في الدعوة صدقه ابن الاب أو كذبه لان العلوق به انما حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب بمنزلة الاب 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 والاهلية للشهادة 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 بحجة البينة فان الشهود كما ندبوا إلى الستر فالمرتكب للفاحشة أيضا مندوب الي الستر على نفسه قال صلى الله عليه وسلم من أصاب من هذه القادورات شيئا فليستتر بستر الله ولكننا نستدل بأخر الحديث حيث قال ومن أبدي لنا صفحته أقمنا عليه حد الله وهذا قد أبدي صفحته باقراره وان كان تقادم العهد والمعنى فيه أن التهمة تنتفي عن اقراره وان كان بعد تقادم العهد فان الانسان لا يعادي نفسه على وجه يحمله ذلك على هتك ستره بل انما يحمله على ذلك الندم وايتار عقوبة الدنيا على الآخرة بخلاف الشهادة فبتقادم العهد هناك تتمكن التهمة من حيث أن العداوة حملتهم على أداء الشهادة بعدما اختاروا الستر عليه وهنا كان اصراره يمنع 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 كاققرار المسلم فأما العبد فاققراره بالزنا يصح عندنا موجبا للحد عليه ماذونا كان أو محجورا وعند زفر رحمه الله تعالى لا يصح لان نفسه مملوكة للمولى وبهذا الاقرار يتضرر المولى من حيث أنه تنتقص ماليته باقامة الحد عليه ولهذا لا يصح اقراره على نفسه بالمال إذا كان محجورا فكذلك بالحد ولكننا نقول ما لا

يملكه المولى على عبده فالعبد فيه ينزل منزلة الحر كطلاق زوجته بخلاف الاقرار بالمال فان المولى يملكه عليه ثم وجوب الحد على العبد باعتبار أنه نفس مخاطبة وفيما يرجع إلى ذلك هو كالحرق ولانه غير متهم بالاقرار على

[98]

نفسه بالاسباب الموجبة للعقوبة ولان ما يلحقه من الضرر في ذلك فوق ما يلحق المولى فلا تتفاء التهمة حكما بصحة اقراره بخلاف الاقرار بالمال (قال) ولا يؤخذ الاخرس بحد الزنا ولا بشئ من الحدود وان أقربيه بأشارة أو كتابة أو شهدت به عليه شهود وعند الشافعي رحمه الله تعالى يؤخذ بذلك لانه نفس مخاطبة فهو كالأعمى أو أقطع اليدين أو الرجلين ولكننا نقول إذا أقربيه بالأشارة فالأشارة بدل عن العبارة والحد لا يقيم بالبدل ولانه لا بد من التصريح بلفظة الزنا في الاقرار وذلك لا يوجد في اشارة الاخرس انما الذي يفهم من اشارته الوطئ فلو أقر الناطق بهذه العبارة لا يلزمه الحد فكذلك الاخرس وكذلك ان كتب به لان الكتابة تتردد والكتابة قائمة مقام العبارة والحد لا يقيم بمثله وكذلك ان شهدت الشهود عليه بذلك لانه لو كان ناطقا ربما يدعى شبهة تدرأ الحد وليس كل ما يكون في نفسه يقدر على اظهاره بالأشارة فلو اقمنا عليه كان اقامة الحد مع تمكن الشبهة ولا يوجد مثله في الأعمى والاقطع لتمكنه من اظهار دعوى الشبهة والذي يحن ويفيق في حال افاقته كغيره من الاصحاء يلزمه الحد بالزنا في هذه الحالة سواء أقربيه أو شهد عليه الشهود وان قال زني في حال جنوني لم يحد لانه أضاف الاقرار إلى حالة معهودة وهو ليس بأهل لالتزام 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 لانه أضاف الاقرار إلى حالة تنافى التزام العقوبة بالزنا في تلك الحالة فانه لم يكن تحت ولاية الامام ولا كان ملتزما حكم الاسلام (قال) وان أقر المجبوب بالزنا لا يحد لانا نتيقن بكذبه فالمجبوب ليس له آلة الزنا فالتيقن بكذبه أكثر تأثيرا من رجوعه عن الاقرار (قال) وان أقر الخصى بالزنا أو شهدت به عليه الشهود حد لان للخصى آلة الزنا وانما ينعدم بالخصى الانزال وذلك غير معتبر في اتمام فعل الزنا فيلزمه من الحد ما يلزم الفحل وان قال العبد بعد عتقه زني وأنا عبد لزمه حد العبيد لانه مصدق في اضافة الاقرار إلى حالة الرق لكونها حالة معهودة فيه ثم الثابت باقراره كالثابت بالمعينة ولو عايناه زني في حالة رقه ثم عتق كان عليه حد العبيد فهذا مثله (قال) وإذا أقر الرجل أربع مرات أنه زني بفلانة وقالت كذب ما زني 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

[99]

فعلان من الزانيين ؟ وفعل كل واحد منهما يظهر باقراره موجبا للحد عليه فانكارها لا يؤثر في اقراره وأكثر ما فيه أنه يمتنع بانكارها ظهور الزنا في حقها وذلك لا يمنع وجوب الحد على الرجل كما لو كانت حاضرة ساكتة أو غائبة وكما لو قالت زنا بي مستكرهة يجب الحد عليه وان لم يجب عليها

وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول فعل الزنا من الرجل لا يتصور بدون المحل وبانكارها قد انتفى في جانبها فينتفى في جانبه أيضا ألا ترى أنه لو انتفى صفة الزنا في جانبها بدعوى النكاح سقط الحد عنهما فإذا انتفى 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 لانه لم يقر بذلك وبدون القضاء بالزنا لا يتمكن من اقامة الحد وفي الغائبة قياس استحسان والفصل المستحسن لا يدخل على طريقة القياس ثم بغيبتها واستكراهاها لا ينتفى الفعل في جانبها وبانكارها ينتفى الأتري أن من أقر لانسان بشئ وكذبه بطل اقراره حتى لو صدقه بعد ذلك لم يصح ولو كان غائبا أو حاضرا ساكتا لم يبطل به الاقرار حتى إذا صدقه عمل بتصديقه وهذا بخلاف ما إذا قالت زنى بى مستكرهه 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 اياها بالزنا لا باقراره بالزنا على نفسه وعلى هذا لو أقرت امرأة أنه زنى بها فلان أربع مرات وأنكر الرجل فهو على الخلاف الذى بينا في اقامة 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 حدث المرأة ولم يحد الرجل لانه بالتصديق صار مقرا بالزنا مرة واحدة وقد بينا ان بالاقرار الواحد لايقام الحد (قال) الحربى المستأمن في دارنا إذا أقر بالزنا أربع مرات لايقام عليه الحد وقد بينا الخلاف في هذا في البينة فكذلك في الاقرار وعلل في الاصل 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 ماكان ومن احكام الاسلام وجوب الحد على الزان ولكننا نستدل بقوله صلى الله عليه وسلم لاتقام الحدود

[100]

في دار الحرب والمعنى فيه ان الوجوب لايراد لعينه بل للاستيفاء وقد انعدم المستوفى لانه لا يملك اقامة 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 انما فوض إليه تدبير الحرب وما فوض إليه اقامة الحدود وأما إذا كان الخليفة غزا بنفسه أو كان أمير مصر يقيم الحدود على أهله فإذا غزا بجنده فانه 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 وان

كان خروجه من دار الحرب أو من عسكر أهل البغى 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 وان 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 للحد بنفسه والبينة لا توجب الا بالقضاء وقد قررناه في الأبق (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 رضى الله عنه باقامة حد على أمة فرأى بها أثر الدم فرجع ولم يقم عليها ولم ينكر ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يحمل هذا على أن أثر الدم بها كان نفاسا لاحتياض لان الحائض بمنزلة الصحيحة في اقامة الحد عليها والنفساء بمنزلة المريضة ولانه لو أقام الحد على المريض ربما ينضم الم الجلد

[101]

إلى ألم المرض فيؤدى إلى الاتلاف والحد انما يقام على وجه يكون زاجرا لا متلغا 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 عين رجل فانه يبدأ بالقصاص في الفقه لانه محض حق العباد وحق العبد مقدم في الاستيفاء لما يلحقه من الضرر بالتأخير لانه يخاف القوت والله تعالى يتعالى عن ذلك ثم إذا برئ من ذلك أخرجه وأقام عليه حد القذف لانه مشوب بحق العباد فيقدم في الاستيفاء على ما هو محض حق الله تعالى وهذا لان المقصود من اقامة 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 لانه أضعف من حيث أنه لا يتلى في القرآن وقد بينا ذلك وكلما أقام عليه حدا حبسه حتى يبرأ ثم أقام الآخر لانه ان والى اقامة هذه الحدود ربما يؤدي إلى الاتلاف وقد بينا أنه مأمور باقامة الحد علي وجه يكون زاجرا لامتلفا ولكنه يحبس لانه لو خلى سبيله ربما يهرب فلا يتمكن من اقامة الحد الآخر عليه ويصير مضيعا للحد والامام منهى عن تضييع الحد بعد ظهوره عنده وان كان محصنا اقتص منه في العين وضربه حد القذف لما فيهما من حق العباد ثم رجمه لان حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى ومنى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها نفس قتل وترك ما سوى ذلك هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم والمعنى فيه ان 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 الا أنه يضمنه السرقة لان الضمان قد وجب عليه بالاخذ وانما 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 ولان المجلود قد يرفع صوته

وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رفع الصوت في المسجد بقوله صلى الله عليه وسلم جنبوا مساجدكم صيانتكم ومجانينكم ورفع

[102]

أصواتكم ولكن القاضى يخرج من المسجد إذا أراد إقامة الحد بين يديه كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث الغامدية أو بيعت أمينا ليقيم بحضرته كما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم في ما عزر (قال) وإذا زنى الرجل مرات أو قذف مرات أو سرق مرات أو شرب مرات لا يقيم عليه الا حد واحد لان مبنى الحدود على التداخل لما أن المقصود بها الزجر وذلك يحصل بحد واحد ولان المقصود اظهار كذب القاذف لدفع العار عن المقذوف وذلك يحصل باقامة حد واحد ولان المقلب 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 انزال ولان الحد مشروع للزجر ولا يميل طبع العقلاء إلى اتيان البهيمة فانها ليست بمشتهاه في حق بني آدم وقضاء الشهوة يكون من غلبة الشبق أو فرط السفه كما يحصل قضاء الشهوة بالكف والالية ولكنه يعذر لارتكابه ما لا يحل (قال) في الاصل بلغنا عن على بن أبى 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 انما 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 الا أن يفصح معناه إذا قال يا لوطى لاحد عليه بالاتفاق لانه نسبه إلى نبي من أنبياء الله تعالى فلا يكون هذا اللفظ صريحا في القذف فأما إذا أفصح بنسبته إلى ذلك الفعل فعند أبى حنيفة رحمه الله تعالى يعزر ولا يحد لانه نسبه إلى فعل لا يلزمه الحد بذلك الفعل عنده وعندهما يلزمه حد القذف لانه نسبه إلى فعل يستوجب بمباشرته الحد عندهما (قال) ومن وطئ امرأة في نكاح فاسد ثم قذفه رجل لا حد عليه لانه ارتكب وطءا حراما غير مملوك فيسقط به احصانه (قال) ولا ينبغي للقاضى أن يلغن الشهود ما تتم به شهادتهم في الحدود

[103]

لانه مأمور بالاكتيال لدرء الحد لا لاقامته وفى هذا احتيال لاقامة الحد فلا يكون للقاضى أن يشتغل به (قال) وينبغي للقاضى إذا أشكل عليه شئ 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 وانما شفاء العى السؤال ولانه 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 يقضى بما هو الصواب عنده إذا كان يبصر وجوه الكلام لانه مأمور شرعا بالاجتهاد إذا كان مستحما شرائطه ولا يحل للمجتهد أن يدع رأيه برأى غيره وان كان أفقه منه فقد يسبق وجه الصواب في حادثة لانسان وينتبه على غيره وان كان أفقه منه وان ترك رأيه وعمل بقول ذلك الفقيه كان موسعا عليه أيضا لان هذا نوع اجتهاد منه فان عند تعارض الاقويل 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 بأمرأة على حدة فرجمه القاضي ثم رجع أربعة منهم عن الشهادة لم يضمنوا ولم يحدوا لانه قد بقى على الشهادة أربعة منهم ولان ما يثبت عليه شهادة الأربعة والمعتبر في مسائل الرجوع بقاء من بقى على الشهادة فان بقى على الشهادة من تتم به الحجة لم يضمن الراجعون شيئاً ولا يحدون أيضا لانه غير محصن في حق أحد ما بقيت حجة تامة على زناه فان رجع واحد من الآخرين أيضا فعلى الراجعين ربع الدية لانه قد بقى على الشهادة من يستحق بشهادته ثلاثة أرباع النفس وانما انعدمت الحجة في الربع فعلى الراجعين ذلك القدر وليس بعضهم بالوجوب عليه بأولى من البعض لانه قبل شهادتهم جميعا ويحدون حد القذف في قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وفى قول محمد رحمه الله تعالى لا يحدون وكذلك ان رجع

[104]

الفريقان جميعا فعليهم ضمان الدية ويحدون عندهما ولاحد عليهم عند محمد لان كل أربعة اثبتوا بشهادتهم زنا آخر فالزنا بزنيب غير الزنا بعمرة ففي حق كل فريق يجعل كان الفريق الاول 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 لانه 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 اقامة الحد ولا يقام عليه الاحد 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 شيئاً 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 لانهم إذا رجعوا جميعا فقد حكمنا في حقهم بأنه محصن مقتول ظلما حتى غرناهم 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 لانه لم يبق على الشهادة من تتم به الحجة وقد انفسخت

الشهادة في حقهما بالرجوع فعليهما الحد (فان قيل) الاول منهما حين رجع لم يجب عليه حد ولاضمان فلو لزمه ذلك انما يلزمه برجوع الثاني ورجوع غيره لا يكون ملزما اياه الحد (قلنا) لم يجب لانعدام السبب بل لمانع وهو بقاء حجة تامة فإذا زال برجوع الثاني وجب الحد على الاول بالسبب المنقصر في حقه لا بزوال المانع فلو اعتبرنا هذا المعنى لوجب القول بأنهم لو رجعوا معا لم يحد واحد منهم لان في حق كل واحد منهم لا يلزمه شئ 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 والاموال فانه يؤخذ بها لان استيفاء الحد إلى الامام وهو الامام فلا يملك اقامة الحد على

[105]

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 ان يقيم فانعدم المستوفى وفائدة الوجوب الاستيفاء فإذا انعدم المستوفى قلنا انه لا يجب والشافعي رحمه الله تعالى يقول يلزمه الحد ويجتمع الصلحاء من المسلمين على رجل ليقم عليه ذلك الحد وأهل الزيج يعللون في هذه المسألة ويقولون انه بالزنا قد انعزل 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 انه بالفسق لا ينعزل فأما القصاص والاموال محض حق العبد واستيفاءؤه إلى صاحب الحق فيستوفيه منه ان تمكن من ذلك (قال) وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى السكر الذي يجب به الحد على صاحبه ان لا يعرف الرجل من المرأة وانما أراد به ان من شرب ما سوى الخمر من الاشربة فلا حد عليه ما لم يسكر وحد سكره عندهما أن يختلط كلامه فلا يتميز حده من هزله لانه إذا بلغ هذا الحد يسمى في الناس سكرانا واليه أشار الله عزوجل في قوله يا أيها الذين آمنوا لا تقرّبوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون وأبو حنيفة رحمه الله تعالى قال ما لم يبلغ نهاية السكر لا يلزمه الحد لان في الاسباب الموجبة للحد يعتبر أقصى النهاية احتيالا لدرء الحد وذلك في أن لا يعرف الارض من السماء والغرو من القباء والذكر من الانثى إلى هذا أشار في الاشربة 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 شئ من الحدود لان المقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول والنكول انما يكون بدلا والبدل لا يعمل في الحدود أو يكون قائما مقام الاقرار والحد لا يقيم بما هو قائم مقام غيره الا 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 ولان في سائر الحدود رجوعه بعد الاقرار صحيح فلا يكون استحلافه مفيدا وفي حد القذف رجوعه عن الاقرار باطل فالاستحلاف فيه يكون مفيدا كالاموال ولكننا نقول هذا حد يدرأ

[106]

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 لاجل المال فإن أبى أن يحلف ضمن المال ولم يقطع لان المال حق العبد وهو يثبت مع الشبهات وحقيقة المعنى فيه أن في السرقة أخذ المال فانما 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 سنلا عن ماهيته وكيفيته لانهم شهدوا بلفظ مبهم فالقذف قد يكون بالزنا وقد يكون بغير الزنا فان 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 لانهم 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 الاربعة 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 أنت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد في ظهرك (قال) وان لم يعرف القاضي شهود القذف بالعدالة حبسه حتى يسأل عنهم لانه 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 وأبى يوسف رحمهما الله تعالى الاول ذكره في كتابه الكفالة وفي قول أبى 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 ايغائهما والمقصود من الكفالة اقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الايفاء وهذا لا يتحقق في شئ من الحدود فلا تصح الكفالة بها فأما أخذ الكفيل بنفس المدعى عليه فعند أبى حنيفة رحمه الله إذا زعم المقذوف أن له بينة حاضرة في المصير فان القاضي لا يأخذ من المدعى عليه كفيلا بنفسه ولكن يحبس إلى آخر المجلس فان أحضر بينته والاخلى سبيله ومراده بهذا الحبس الملازمة أنه

[107]

بأمره بملازمته إلى آخر المجلس لاحقيقة الحبس لانه عقوبة وبمجرد الدعوى لاتقام العقوبة على أحد وعند أبى 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 باقامة البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعى عليه فيأخذ القاضي كفيلا بنفس المدعى عليه كما في الاموال وهذا لان تسليم النفس مستحق على المدعى عليه حقا للمدعى ولهذا يستوفى منه عند طلبه وهو مما جرى 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 أبى 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 اقام المدعى شاهدا واحدا فان كان القاضى لايعرف هذا الشاهد بالعدالة فهو وما لم يقم الشاهد سواء لا يحبسه الا بطريق الملازمة إلى آخر المجلس وان 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 حتي لا يجوز القضاء به بحال ولكنه استحسنان 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 ان يأتي بشاهد آخر وبمهله في ذلك يومين أو ثلاثة فيحبسه هذا المقدار استحسانا وهذا كله عند أبي حنيفة لانه لا يرى الكفالة بالنفس في الحد فاما عندهما يأخذ كفيلا بنفسه ولا يحبسه والمقصود يحصل بذلك (قال) وإذا تزوج المجوسى 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 رضى الله عنهم أنه مات حرا أو عبداو قد 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

[108]

وعليه حد العبيد فالقول قوله فما لم يقم المقدوف البينة على حريته لايقام عليه حد الاحرار فان عرف القاضى حريته اكتفى بمعرفته لان علم القاضى أقوى من الشهادة ولا يقال كيف يقضى القاضى بالحد بعلمه لان في حد القذف له ان يقضى بعلمه ولانه انما 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 قولا محصنا كالبيوع والاقارير ونحوها فاختلاف الشهود في المكان أو الزمان لا يمنع قبول الشهادة لانه مما يعاد ويكرر ويكون الثاني هو الاول 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 وان كان بالتسليم ولكن تحمل الشهادة على قول المقرض أقرضتك وذلك قول فالحقه بالاقرار لهذا فأما الجناية والغصب وما أشبههما من الافعال اختلف 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 القاضى من القضاء به والنكاح من هذا النوع أيضا لانه وان كان قولا فلا يصح الا بمحضر من شاهدين وحضور الشهود فعل فالحق بالافعال لهذا وفي القول الذى لا يتم الا بالفعل كالهبة والصدقة والرهن اختلف معروف نذكره في الهبة والرهن فأما القذف فأبو يوسف ومحمد رحهما الله تعالى قالوا اختلف الشهود فيه في المكان والزمان يمنع قبول الشهادة لانه إنشاء سبب موجب للحد وما لم يتفق الشاهدان على سبب واحد لا يتمكن القاضى من القضاء ألا ترى أنهما لو اختلفا في الاقرار والانشاء لم تقبل شهادتهما وألحق ذلك بالافعال فكذلك لو اختلفا في الوقت والمكان وهذا لان وجوب الحد بالتناول من عرض المقدوف فالشهادة عليه بمنزلة الشهادة على

التناول من نفسه بالجناية وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول القذف قول قد تكرر فيكون حكم الثاني حكم الاول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان كالطلاق والعناق بخلاف الاقرار والافعال وهذا هو القياس إذا اختلفا في الانشاء والاقرار قال الا أنى أستحسن هناك لان حكم الاقرار بالقذف مخالف لحكم الانشاء بالقذف ألا ترى أن من تزوج امرأة ثم أقر أنه كان قذفها قبل أن يتزوجها فعليه الحد وان قذفها في الحال لا عنها

[109]

وكذلك لو أبان امرأته ثم أقر أنه كان قذفها قبل الابانة 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 القاضى بحد القذف على القاذف ثم عفى المقذوف عنه بعوض أو بغير عوض لم يسقط الحد بعفوه عندنا وذكر ابن عمر ان عن بشر بن الوليد عن ابي الوليد عن ابي يوسف رحمهم الله تعالى انه يسقط وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وأصل المسألة ان المذهب في حد القذف عندنا حق الله تعالى وما فيه من حق العبد فهو في حكم التبع وعند الشافعي رحمه الله تعالى المذهب حق العبد وحقه لا يثبت هذا الاصل ان سبب الوجوب تناول عن عرضه وعرضه حقه بدليل قوله صلى الله عليه وسلم أيعجز أحدكم ان يكون مثل ابي ضمضم إذا أصبح قال اللهم انى تصدقت بعرضي على عبادك وانما 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 بخصوصته وانما يستوفى بخصوصته ما هو حقه بخلاف السرقة فخصوصته هناك بالمال دون الحد ويقام هذا الحد على المستأمن بالاتفاق وانما يواخذ المستأمن بما هو من حقوق العباد الا 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 فانه معلوم بحدده 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 فأما ما يكون حقا للعبد فهو في الاصل جائز فما أوجب من العقوبات حقا للعبد وجب باسم القصاص الذي ينبئ عن المساواة ليكون اشارة إلى معنى الجبر وما أوجب باسم الحد فهو حق الله تعالى وفي هذا الاسم اشارة 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 لاصورة ولا معنى والدليل عليه وهو أن الحد مشروع

[110]

لتعفية أثر الزنا وحرمة اشاعة 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 الادلة على أنه محض حق الله تعالى وبعض الادلة على اجتماع الحقين فيه قلنا بأن المذهب حق الله تعالى مع اعتبار حق العبد فيه أيضا ليكون عملا بالادلة كلها والدليل عليه أن الاستيفاء إلى الامام والامام انما يتعين نائباً في استيفاء حق الله تعالى واما ما كان حقا للعبد فاستيفاءه إليه ولا معتبر بتوهم التفاوت فان للزوج أن يعزر زوجته وان كان ذلك يوهم التفاوت لكن التعزير لما كان للزوج حقا له لا ينظر إلى توهم التفاوت من هذا الوجه وهذا لان 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 وانما يتنصف بالرق لانعدام نعمة الحرية في حق العبد لا لان بدنه دون بدن الحر في احتمال الضرب فاحتمال بدن العبد للمهانة والضرب أكثر وانما يتكامل بتكامل النعم ما كان حقا لله تعالى لان شكر النعمة والتحرز عن كفران النعمة حق للمنع والدليل عليه ان ما كان متمما لهذا الحد وهو سقوط الشهادة كان حقا لله تعالى فكذلك أصل الحد ولكن قد بينا ان فيه معني حق العبد أيضا فلماذا 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 اداء الشهادة قبل طلب المدعى فلا يصيرون متهمين بالضعينة ولهذا يقام على المستامن لانه لما كان للعبد حق الخصومة والطلب به والمستامن ملتزم لحقوق العباد فيقام عليه إذا ثبت هذا الاصل فنقول بعقوه لا يسقط عندنا ولانه انما يملك اسقاط ما يتمحض حقا له فأما حق الله تعالى لا يملك اسقاطه وان كان للعبد فيه حق كالعدة فانها لا تسقط باسقاط الزوج لما فيها من حق الله تعالى وقد روى مثل مذهبنا عن علي رضي الله عنه ولكن الحد وان لم يسقط بعقوه فإذا ذهب العاقب لا يكون للامام ان يستوفى لما بينا ان الاستيفاء عند طلبه وقد ترك

[111]

الطلب الا أنه إذا عاد فطلب فحينئذ يقيم الحد لان عقوه كان لغوا فكأنه لم يخاصم إلى الآن ولو صدقه فيما قال أو قال شهودي شهدوا بالباطل فليس له ان يخاصم في شيء لانه 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 لانه يسقط فاما بعقوه لا ينعدم السبب وما أسقطه حق الشرع فكان اسقاطه لغوا لهذا (قال) ويستحسن للامام ان يقول للطالب قبل اقامة 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 ان تثبت السرقة بالبينة (قال) ولو قذف جماعة في كلمة واحدة أو في كلمات متفرقة لا يقام عليه الاحد واحد عندنا وعند الشافعي ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم

لانه حق المقذوف عنده فلا يجرى فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا
المغلب فيه حق الله تعالى وهو مشروع للزجر فيجرى فيه التداخل كسائر
الحدود وكذلك ان حضر بعضهم للخصومة ولم يحضر البعض فاقيم الحد
بخصومة من حضر فعلى مذهبه إذا حضر الغائب وخاصم يقام عليه الحد
لاجله أيضا وعندنا لايقام إذا علم أنه قذفه بالزنا قبل اقامة 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 القاضى إلى القاضى ولا الشهادة على الشهادة ولا شهادة النساء مع
الرجال لان موجه حد يندرى بالشبهات وتجاوز 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 الجلادات
والمعطوف لا يسبق المعطوف عليه (قال) رجل قال لامرأته زني
مستكرهه أو قال جامعك فلان جماعا حراما أو زنيته ؟ وانت ؟ صغيرة لاحد
عليه لانه نسبها إلى فعل غير موجب للحد عليها وقد بينا ان وجوب الحد
على القاذف بنسبة المقذوف إلى فعل موجب للحد عليه ثم المستكرهه
لافعل لها وقوله جامعك جماعا حراما ليس بصريح بالقذف بالزنا وقوله
زنيته وأنت صغيرة محال شرعا لان فعل الصغيرة لا يكون زنا شرعا الا ترى
انها لا تأثم به فهو كقوله زنيته قبل ان تولدي وذلك غير موجب للحد لان
الشيئين بهذا الكلام يلحق القاذف دون

[112]

المقذوف وإقامة الحد لدفع العار عن المقذوف وان قال زنيته وأنت كافرة
وقد أسلمت أو قال زنيته وأنت أمة وقد أعتقت فعليه الحد لدفع العار عن
المقذوف لانه نسبها إلى فعل موجب للحد عليها فان فعل الذمية والامة
زنا ويحدان على ذلك ولو قال قذفتك بالزنا وأنت كناية أو أمة فلا حد عليه
لانه 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 مقرابه
ويضرب في حد القذف ضربا ليس بشديد مبرح وهكذا في سائر الحدود لان
المستحق فعل مؤلم لامتلف 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 ولانه
يلحقهم الشين بذلك وحق الخصومة لدفع العار فمن يلحقه الشين به كان
له أن يخاصم باقامة الحد عليه (قال) وليس لآخيه أن يخاصم في ذلك عندنا
وعند ابن أبى ليلى له ذلك لان لآخ علقه 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
وانما الخصومة لدفع الشين عن نفسه والآخ لا يلحقه الشين بزنا أخيه لانه
لا ينسب أحد الاخوان إلى صاحبه وانما نسبة زنا الغير باعتبار نسبته إليه
بخلاف الآباء والاولاد (قال) ولولد الولد أن يأخذ بذلك كما للولد ذلك قال
وفى كتاب الحدود الاختلاف فيمن يرث ويورث ولا معتبر بهذه الزيادة لان
المطالبة بالحد ليس بطريق الوراثة الا أن محمدا رحمه الله تعالى روى عنه
أنه ليس لولد الابنة حق الخصومة في هذا الحد لانه منسوب إلى أبيه لا إلى
أمه فلا يلحقه الشين بزنا أبى أمه وفي ظاهر الرواية النسب يثبت من
الطرفين وبصير 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 فانه لا خصومة فيه للابعد مع بقاء الاقرب ولكننا نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته إليه وذلك موجود في حق ولد الولد كموجوده في حق الولد فايهما خاصم يقام ؟

[113]

الحد بخصومته بخلاف المقذوف 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 وانما تنعدم الخلافة ارثا 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 تقرير سببه (قال) وان كان المقذوف حيا غائبا ليس لاحد من هؤلاء ان يأخذ بحده عندنا وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى الغائب كالميت لان خصومة تتعذر لغيبته كما هو متعذر بعد موته ولكننا نقول ينوب أو يبعث وكيفا ليخاصم والخصومة باعتبار تناول العرض أصل فما لم يقع اليأس عنه لا يعتبر بالخصومة باعتبار الشين وفي الميت الخصومة باعتبار تناول العرض ما يوس 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 المقلب عنده حق العبد فيصير موروثا عن المقذوف بعد موته لورثته وعندنا المقلب حق الله تعالى فلا يورث عملا بقوله صلى الله عليه وسلم لا يجرى الارث فيما هو من حق الله تعالى ولان الارث خلافة الوارث المورث بعد موته في حقه والله تعالى يتعالى عن ذلك (فان قيل) فحق لله تعالى لا يسقط أيضا بموت المقذوف (قلنا) لانقول سقط بموته ولكنه يتعذر استيفاؤه 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 لانا لانقول 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

[114]

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 الاول 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 لانها 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 كالاموال بخلاف الاستيفاء فانه 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 فانه لا يقام عليه ما بقي اعتبارا للبعث بالكل وكذلك ان 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 بأى لسان كان بالفارسية أو العربية أو النبطية يوجب الحد بعد أن يكون بصريح الزنا لان المقصود دفع الشين وذلك لا يختلف باختلاف اللسان 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 زانية فعليه الحد بالاتفاق لوجهين أحدهما أن الإيجاز والترخيم معروف في لسان العرب قال القائل * أصاح تري برقاً أريك وميضه * 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 الاصل في الكلام التذكير وإلحاق هاء التأنيث للفصل والفصل هنا حاصل بالاشارة حاصل بالاشارة فلا يخرج باسقاط حرف التأنيث من أن يكون قذفا لها واستدل في الاصل 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 بأخر الكلام للمبالغة في الوصف فانهم يقولون نسابة وعلامة ورواية للشعر وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله

[115]

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 المحبوب وذلك غير موجب للحد بخلاف ما إذا قال لامرأته يا زانية لانه 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 القاضى 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 اقامة أربعة من الشهداء والعجز لا يتحقق لا بالامهال ألا ترى أن المدعى عليه إذا ادعى دفعا أو طعنا في الشهود يهمل إلى المجلس الثاني ليأنى به فهذا مثله

وجه ظاهر الرواية ان سبب وجوب الحد ظهر عند القاضي فلا يكون له أن يؤخر الإقامة لما فيه من الضرر على المقذوف 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 ابعت 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 نائباً والقاضي مأمور بالنظر من كل جانب ولكن لم يعتبر هذا في ظاهر الرواية لانه إذا لم يحضر الشهود بقى ستر العفة على المقذوف 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 استحساناً والقياس ان الشهادة على الزنا بعد التقادم لا تكون مقبولة فوجودها كعدمها الا أنه استحسن فقال انما لاتقبل الشهادة على الزنا بعد التقادم لتوهم الضغينة وذلك معتبر في منع وجوب الحد على المشهود عليه لافى 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 لانه خصم ملتزم للحد فلا يكون شاهداً وبالثلثة لا تتم الحجة فكانوا قذفة يحدون جميعاً (قال) وان شهد رجلان أو رجل وامرأتان على اقرار المقذوف بالزنا يدرأ

[116]

الحد عن القاذف وعن الثلاثة لان الثابت من اقراره بالبينة كالثابت بالمعينة وليس المقصود من اثبات الاقرار هنا إقامة الحد على المقر لان الاقرار لا يثبت بحجة البينة موجبا للحد وان كثر الشهود فانه في الحال منكر ولو سمعنا اقراره ثم رجع عنه لم يقم 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 الزانى إذا تم عدد الشهود فلهذا لا يكون للمثنى شهادة في ذلك (قال) ومن قذف الزانى بالزنا فلاحد عليه عندنا سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو مبهما وحكى عن ابراهيم وابن ابي ليلى رحمهما الله تعالى أنه ان قذفه بغير ذلك الزنا أو بالزنا مبهما فعليه الحد لان الرمي موجب للحد الا ان يكون الرامى صادقاً وانما يكون صادقاً إذا نسبته إلى ذلك الزنا بعينه ففي ما سوى ذلك فهو كاذب ملحق بالشين به ولكننا نقول رمى المحصن موجب للحد بالنص قال تعالى والذين يرمون المحصنات والمحصن لا يكون زانيا فقاذف الزانى بالزنا قاذف غير المحصن وهو صادق في نسبته إلى أصل فعل الزنا فلا يكون ملتزماً للحد (قال) وإذا وطئ الرجل امرأة وطءاً حراماً فهو على وجهين اما ان يكون وطؤه هذا في الملك اوفى غير الملك اما في الملك فان كانت الحرمة بعارض على شرف الزوال لم يسقط به احصانه كوطئ امرأته الحائض والمجوسية أو التي ظاهر منها أو المحرمة أو أمته التي زوجها أوهى في عدة من غيره لان ملك الحل قائم ببقاء سببه والمحرم هو الاستمتاع وهو نظيره وطئ امرأته المريضة إذا كانت تستنصر بالوطئ وهذا لان مع قيام الملك بالمحل لا يكون الفعل زنا ولا فى معناه فاما إذا كانت محرمة عليه على التأيد كأتمته التي هي اخته من الرضاع فانه يسقط بوطئها احصانه في ظاهر المذهب وذكر الكرخي رحمه الله تعالى انه لا يسقط به الاحصان لان حرمة الفعل مع قيام الملك الذى 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 قابلاً 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 وطءاً بدليل أنه يلزمه العقر بوطنها والوطئ في غير الملك يسقط الاحصان ولان المكاتبه مملوكة

[117]

له رقالات يدا فهي بمنزلة الامة المشتركة ووطئ المشتركة مسقط للاحصان ولكننا نقول ملكه في المكاتبه قائم والحرمة بعارض على شرف الزوال فهو نظير الامة المزوجة وبأن يلزمه العقر لا يدل على أنه يسقط به الاحصان كالزوجة (قال) فان وطئ أمته التي هي محرمة عليه بوطن أبيه اياها أو بوطنه أمها يسقط احصانه لان في المصاهرة حرمة مؤبدة 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 لانها محرمة عليه على التأيد فان اللمس والتقويل يثبت حرمة المصاهرة فلا معنى لاعتبار اختلاف العلماء فيه كالزنا فان أباه لو زنى بأمة ثم اشترىها هو فوطئها يسقط احصانه وثبوت حرمة المصاهرة بالزنا مختلف فيه بين العلماء وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول كثير من الفقهاء لا يرون اللمس والتقويل موجبا للحرمة وليس في اثبات الحرمة نص ظاهر بل نوع احتياط أخذنا به من حيث اقامة 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 آبؤكم 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 الاب يطلا جارية ابنه (قال) وإذا تزوج امرأة بغير شهود أو في عدة من زوج أو تزوجها وهي مجوسية ووطئها سقط به احصانه لان 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 عالماً عند الوطئ بأنها غير مملوكة سقط احصانه وان لم يكن معلوماً له لا يسقط احصانه وهو رواية عن محمد لان في الظاهر هذا الوطئ حلال بدليل أنه لا يآثم به وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى أنه معذور لجهله من حيث الظاهر فأما الوطئ بغير مملوك له في الحقيقة بل هو في معنى الزنا فيكون مسقطاً لاحتصانه (قال) وان ملك أختين فوطئهما حد قاذفه لان هذا وطئ في الملك والحرمة بعارض على شرف الزوال ألا ترى أنه لو أخرج احدهما عن ملكه حل له وطئ الاخرى وبمثل هذا الوطئ لا يسقط

[118]

الاحصان فان وطئ المعتدة من طلاق بائن أو ثلاث لم يحد قاذفه لان هذا
وطئ في غير الملك وان وطئ امرأة مستكرهه لم يحد قاذفه ولا قاذفها
لان هذا وطئ غير مملوك وعند الاكراه وان كان يسقط الاثم عنها فلا يخرج
من ان يكون الفعل زنا فلهذا سقط احصانها وان وطئ جارية ابنته أو أحد
أبويه أو أخته ثم ادعى ان مولاها باعها منه ولم يكن له بينة فلا حد على
قاذفه وكذلك ان 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 كان لايقام به
الحد عليه فيكون قاذفه صادقا في مقالته 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 معنى الزنا (قال) مجنون زنى بامرأة مطاوعة أو مستكرهه ثم
قذف المجنون أو المرأة قاذف فلا حد على قاذفه اما المرأة فلوجود
الوطئ منها في غير الملك واما المجنون فان قذفه بعد الافاقة لم يحد لان
الوطئ الذى هو غير مملوك قد تحقق من المجنون وهو مسقط للاحصان
وان قذفه في حال جنونه فقاذف الصبى 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 الصبى 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 وان 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 الاحرار ثمانون جلدة والذى يجن ويفيق
في حال افاقته محصن ولا يحد قاذف الاخرس لانه لو كان ينطق ربما يقر
بما يكون فيه من تصديق القاذف ولا يقام الحدمع الشبهة ولا حد على قاذف
المجبوب والرتقاء لانه لا يلحقه 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

[119]

منهم لم يحدوا حد منهم لانه ارتكب السبب وهو ليس تحت ولاية الامام وقد
بيننا ان ولاية الاستيفاء انما تثبت ؟ للامام إذا ارتكب السبب وهو تحت ولايته
وبدون المستوفى لا يجب الحد (قال) ولو دخل حربى دارنا بأمان فقذف
مسلمنا لم يحد في قول أبي حنيفة رحمه الله الاول لان المقلب في هذا
الحد حق الله تعالى ولانه ليس للامام عليه ولاية الاستيفاء حين لم يلتزم
شيئا من أحكام الاسلام بدخوله دارنا بأمان ويحد في قوله الآخر وهو
قولهما فان في هذا الحد معنى حق العبد وهو ملتزم حقوق العباد ولانه
بقذف المسلم يستحق به وما أعطى الامان على ان يستخف بالمسلمين
ولهذا يجبر على بيع العبد المسلم فكذلك يحد بقذف المسلم (قال) وكل
شئ أو جينا فيه الحد على الأجنبي فانه 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 زنىت قبل أن أتزوجك لاعنها

لانه قاذف لها في الحال بخلاف ما لو قال كنت قذفتك بالزنا قبل أن أتزوجك فانه يحد لانه ما صار قاذفا لها بكلامه بعد النكاح وانما ظهر بكلامه قذف كان قبل النكاح فكأنه ظهر ذلك بالبينة فعليه الحد (قال) وان قال لاجنبية يا زانية فقالت زينت بك لاحد على الرجل لها وتحد المرأة للرجل لانها صدقته بقولها زينت فصارت قاذفة للرجل بقولها زينت بك فعليها الحد له (قال) ولو قال ذلك لامرأته فقالت زينت بك فلا لعان ولا حد لانها صدقته فسقط اللعان بتصديقها ولم تصر قاذفة له لان فعل المرأة بزوجه لا يكون زنا (قال) ولو قالت المرأة لزوجها مبتدئة زينت بك ثم قذفها الزوج بعد ذلك لم يكن عليه حد ولا لعان لوجود الاقرار منها بقوله زينت (قال) رجل قال لآخر يا فاسق يا خبيث أو يا فاجر أو يابن الفاجر أو يابن القحبة فلا حد عليه لانه ما نسبه ولا أمه إلى صريح الزنا فالعجور قد يكون بالزنا وغير الزنا والقحبة من يكون منها ذلك الفعل فلا يكون هذا قذفا بصريح الزنا فلو أوجبتا به الحد انما يوجب بالقياس ولا مدخل للقياس في الحد ولو قال يا أكل الربا أو يا خائن أو يا شارب الخمر لاحد عليه في شيء من ذلك ولكنه عليه التعزير لانه ارتكب حراما وليس فيه حد مقدر ولانه ألحقه نوع شيين 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 الالفاظ بمعنى البلادة أو الحرص ولا يريدون به الشتيمة ألا ترى أنهم يسمون به فيقال عياض بن حمار وسفيان الثوري ولان

[120]

المقذوف لا يلحقه شيين بهذا الكلام وانما يلحق القاذف فكل أحد يعلم أنه آدمى وليس بحمار وان القاذف كاذب وكذلك لو قال يا كلب وحكي عن الهندوانى أنه قال يعزر في عرف ديارنا لان هذا اللفظ فينا يذكر للشتيمة والاصح انه لا يعزر لان من عادة العرب اطلاق هذا الاسم لمعني المبالغة في الطلب وقلة الاستحياء فقد يسمون به كالكلمي ونحوه ثم كل أحد يعلم أنه كاذب فالشين يلحقه دون المقذوف (قال) وإذا قال له فجرت بغلانة وجامعتها أو فعلت بها فسمى الفحش لم يكن عليه في ذلك حد لانه ما صرح بالقذف بالزنا وفي الاسباب الموجبة للحد يعتبر عين النص فما لم يقذفه بصريح الزنا لا يتقرر السبب (قال) وإذا عرض بالزنا فقال أما أنا فليست بزنا فلاحد عليه عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى يحد والاختلاف بين الصحابة رضوان الله عليهم فعمرو رضي الله عنه كان لا يوجب الحد في مثل هذا ويقول في حال المخاصمة مع الغير مقصوده بهذا اللفظ نسبة صاحبه إلى الشين وتركيبته لنفسه لا أن يكون قذفا للغير أخذنا بقوله لانه ان تصور معنى القذف بهذا اللفظ فهو بطريق المفهوم والمفهوم ليس بحجة (قال) فان قال قد اخبرت أنك زان فلاحد عليه لانه ما نسبه إلى الزنا انما 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 لانه أمر الغير ان يقذفه وبالامر لا يصير قاذفا كما انه بالامر بالقتل لا يكون قاتلا فان ذهب الرسول وحكي كلام المرسل على وجه تبليغ الرسالة لاحد عليه لانه حاك كلام الغير وان قال الرسول أنت زان فعليه الحد لانه قاذف له بالزنا وكذلك لو قال أشهدني رجل على شهادته بأنك زان فهو انما ذكر شهادة الغير اياه فيكون قاذفا (قال) وإذا قال للعبد يا زانى فقال لا بل أنت حد العبد لان قوله لا بل أنت معناه بل أنت الزانى 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 بقذف 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 لانه ما صرح
بنسبته إلى الزنا وتصديقه اباه لفظ محتمل يجوز أن يكون المراد به في
الزنا وفي غيره وان كان باعتبار الظاهر انما يفهم منه التصديق في الزنا
ولكن هذا الظاهر لا يكفي لايجاب الحد الا أن يكون

[121]

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 الا 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
مستكرهه لم يسقط الحد عنه بخلاف ما لو وصله بكلامه فقال زني وأنت
مستكرهه لان هذا بيان مغير حكم أول الكلام ومثله يصح موصولا لا مفصولا
كالاستثناء (قال) وان قال الرجل لآخر زني أنت وفلان معك فهو قاذف
للتاني لانه عطف الثاني على الاول والعطف للاشراك في الخبر وقد أكد
ذلك بقوله معك ألا ترى أنه لو قال لعبد أنت حر وفلان معك عتقا جميعا
فان قال عني أن فلانا معك شاهد لم يصدق الا أن يصرح بذلك لانه أضمر
خبرا آخر للتاني وموجب العطف الاشتراك في الخبر الاول فلا يصدق في
اضمار خبر آخر للتاني فلا يسقط به الحد عنه (قال) وان قال لرجل يا ولد
الزنا أو يابن الزنا فعليه الحد لانه قذف أمه بهذا اللفظ فان ولد الزنا من
تكون أمه زانية وقد بينا أن قذف الميتة بوجوب الحد ولولدها أن يطالب بحد
الا أنه يشترط اثبات احصان الام وموتها لانها إذا كانت غير محصنة فلاحد
على قاذفها وإذا كانت حية فلا خصومة للولد مع قاذفها (قال) وكذلك ان
قال ليست لابيك فعليه الحد لانه 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 لانه يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ؟ من غير أن تكون الام
زانية بأن كانت موطوءة بشبهة ولدت في عدة الوطئ ولكنا تركنا هذا
القياس لحديث ابن مسعود رضى الله عنه حيث قال لاحد الا في قذف
محصنة أو نفي رجل عن أبيه ولانها إذا وطئت بالشبهة فولدها يكون ثابت
النسب من انسان وانما لا يكون الولد ثابت النسب من الاب إذا كانت هي
زانية فعرفنا أنه بهذا اللفظ قاذف لأمه (قال) وان قال انك ابن فلان لغير
أبيه فعليه الحد إذا كانت هذه اللفظة في حالة المساباة ؟ لان مقصوده نفي
نسبه من أبيه ونسبة أمه إلى الزنا إذا لم يعرف بين أمه وبين فلان الذي
نسبه

[122]

إليه سبب ذلك ولكن في حالة الرضا لا يجب الحد عليه لان مراده من هذا اللفظ في حالة الرضا ان أخلاقك تشبه أخلاق فلان فكانك ابنه فهذا لا يكون قذفا (قال) وان قال لست بابن فلان يعنى جده لا يحد لانه صادق في مقالته فانه ابن ابنه الادنى حقيقة ونسبته إلى الجد بطريق المجاز ألا ترى أنه يستقيم نفي اسم الابوة عن جده فيقال انه 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 وادم جدهم الاعلى عليه السلام وكذلك لو نسبه إلى عمه أو خاله فان العم بمنزلة الاب قال تعالى قالوا نعبد الهك واله أبائك ابراهيم واسماعيل واسحاق 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 نسبه إلى زوج أمه قال تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم وفي العادة زوج الام يقول لولد امرأته هو ولدى باعتبار أنى أربيه والناس يسمونه ابنا له أيضا وان كان ذلك مجازا ولكنه متى كان صادقا في كلامه مجازا أو حقيقة لم يكن قاذفا له وان قال لست لابيك وأمك حرة وأبوه عبد وقد ماتت فانه قاذف لأمه وهي محصنة فعليه الحد وكذلك ان قال لكافر قد مات أبواه مسلمين أو لعبد وقد مات أبواه حرين لما بينا أن المقذوف بهذا اللفظ الام والمعتبر احصان المقذوف لاحصان من يطالب بالحد فان قال المولى ذلك لعبيده لم يكن له أن يأخذه بحده وان عتق لان العبد مملوك له فلا يجوز ان 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 الابن كان سبب ايجاده فيستحيل ان يكون الولد مستوجبا عليه العقوبة بهذه الاسباب (قال) وان قال لرجل لست من بني فلان لقبيلته لا يحد لانه صادق فان بنى فلان حقيقة أولاده لصلبيه وهو ليس منهم ولانه لو كان هذا قذفا فانما يكون قذفا لامرأة من تنسب إليه القبيلة وهي كانت كافرة غير محصنة وهو نظير مالو قال له جدك زان أو جدتك زانية فانه لا يكون قاذفا بهذا لان في أجداده وجداته من هو كافر فإذا لم يعين مسلما لا يكون قاذف محصن بخلاف مالو قال أنت ابن ابن الزانية لانه بهذا اللفظ قاذف لأمه الادنى وهي كانت محصنة فعليه الحد (قال) وان قال له يابن مزيقيا أو يابن ماء السماء

[123]

أو يابن جلا فليس عليه في شئ من هذا حد لانه 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 الجلادة فقد كانوا معروفين بذلك فيهم فلذلك لا يكون قاذفا ملتزما للحد وإذا نسب رجل رجلا إلى غير أبيه في غير غضب فلا حد عليه وان كان على سبيل الغضب والسب فعليه الحد استحسانا وفي القياس لاحد عليه في الوجهين لانه تكلم بكلام مبهم محتمل وجوها الا 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 ماروي ان أبا بكر رضى الله عنه كان يأخذ الحسن ويقول يا شبيها بعلمه وفي حالة الغضب يعلم ان مقصوده الحاق الشين به في ذكر نسبة أمه إلى الزنا فإذا كان يعتبر في الحال في كنايات الطلاق فكذلك في لفظ القذف ألا ترى ان المصلى إذا

قال يا حي خذ الكتاب بقوة واراد القراءة لم يضره وان اراد خطاب انسان فسدت صلانه (قال) وان قال لعربي يا نبطى او قال لعربي لسب بعربي فلا حد عليه وقال ابن ابي ليلى اذا قال لعربي يا نبطى او قال لست من بنى فلان لقبيلته التى هو منها فعليه الحد لانه نسبه الى غير ابيه ولكننا نقول لا يراد بهذا اللفظ القذف الا ترى ان الرجل يقول للآخر انت رستاقى او خراسانى او كوفى ولا يريد بنشى من ذلك القذف ومذهبنا مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يا نبطى فقال لاحد عليه (قال) واذا قذف الوالد ولده لاحد عليه لانه منسوب اليه 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 المقدوف محصن ولو قتله القاذف قتل به فيحد بالحاق الشين بقذفه (قال) رجل قال لابنه يابن الزانية وأمه ميتة ولها ابن من غيره فجاء يطلب الحد يضرب القاذف الحد لانه قذف الام وهى محصنة ولكل واحد من الولدين حق الخصومة في الحد بنسبته إليها أن احدهما ابن القاذف والابن لا يخاصم أباه في اقامة العقوبة عليه فيكون كالمقدوف يبقى الآخر فله المطالبة بالحد وكذلك ان كان للميت المقدوف 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 كانه ليس معه غيره فتصديق أحدهما لا يكون عاملا في

[124]

حق الآخر وهذا بخلاف ما اذا 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 الابوة ويتعذر على الآخر الاستيفاء لانه لا يحتمل التجزى فأما حد القذف حق الله تعالى ولم يصر ميراثا للابنين بل المعتبر الخصومة من كل واحد منهما وحق الخصومة ثابت لكل واحد منهما يكمله توضيحه أن المقدوف هنا منكر وجوب الحد لامسقط له فإذا أثبت الآخر وجوب الحد بالحجة استوفاه الامام بخلاف العقوف في القصاص وان لم يكن للمقدوف الابن واحد فصدق في القذف ثم اراد أن يأخذه بالحد ليس له ذلك لانه مناقض في كلامه ومع التناقض لا تصح الدعوى فلا يقام الحد الا بخصومة معتبرة ولو كان للمقدوف 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 وان لم يشهد به غيره لان العلم الذى يقع له بمعاينة السبب فوق العلم الذى يثبت له بشهادة الشاهدين وفى حد القذف معنى حق العبد فهو كالقصاص وسائر حقوق العباد فالقاضي يقضى في ذلك بعلمه وان علمه قبل أن يستقضى ثم استقضى فليس له أن يقيم الحد بعلمه حتى يشهد الشاهد عنده في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى له أن يقضى بعلمه لان علمه بمعاينة 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 اذا علم وهو قاض لانه حين عاين السبب استفاد علم القضاء توضيحه أن معاينة 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 التى 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 انه قال لعبد الرحمن بن عوف رضي الله
عنه أرايت لو لقيت رجلا على الزنا ماكنت أصنع به فقال شهادتك عليه
كشهادة واحد من المسلمين فقال صدقت وروى

[125]

نحو هذا عن أبى 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 كالمعاين بخلاف حد القذف والقصاص وروى ابن سماعة أن
محمدا رحمه الله تعالى رجع عن هذا فقال لا يقضى بعلم نفسه في شئ
من الحدود لانه 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 لانه ملكها بالقبض مع
فساد السبب وملك الرقبة مبيح للوطئ والحرمة بعده بعارض ؟ على شرف
الزوال وذلك لا يسقط احصائه 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 يابن
الزانيين فعليه حد واحد لانه قذف أباه وأمه ولو كانا حين فخاصماه لم يكن
عليه الاحد واحد فكذلك إذا كانا ميتين فخاصمه الابن (قال) وان قال لست
لفلان و لا لفلانة لاحد عليه لانه نفي ولاة الام اياه فان ثبوت النسب من
الام بالولادة فنفي ولادتها لا يكون قذفا لها انما يكون قذفا لها إذا ذكر أنها
ولدت من زنا فانما يندرج ذلك في قوله لست لابيك ولا لامك لا يندرج قذف
الام يوضحه ان ولادتها اياه معاين فكل أحد يعلم بكذب القاذف في نفس ما
هو معاين ولا يلحق الولد شين بهذا القذف بخلاف قوله لست لابيك فانه
يلحقه الشين بنفي نسبه عن أبيه وإذا قال لم يلدك فلان لايه لاحد عليه
لانه صادق في مقالته وانما ولدت أمه لا أبوه (قال) رجل قال لامرأة زنيته
ببغير أو بثور أو بحمار لاحد عليه لانه نسبها إلى التمكين من بهيمة وذلك
غير موجب للحد عليها وقد بينا ان نسبه إلى فعل لا يوجب الحد على فاعله
لا يكون قذفا موجبا للحد ولو قال زنيته بناقة أو ببقرة أو بثوب أو بدرهم
فعليه الحد لان معنى كلامه زنيته بدرهم بدل لك وهذا افحش ما يكون من
الزنا ان تكتسب المرأة بفرجها (فان قيل) بل معنى كلامه زنيته بدرهم
استؤجرت عليه فينبغي أن لا يحد في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى
وهذا لان حرف الباء يصحب الا عواض (قلنا) هذا محتمل والبديل أيضا محتمل
فتقابل المحتملان يبقى قوله زنيته فكأنه لم يزد على هذا حتى لو قال
استؤجرت على الزنا بدرهم فلاحد على القاذف عند أبى حنيفة رحمه الله
تعالى

[126]

فالحاصل أنه متى كان في آخر كلامه ما يحقق تمكينها منه جعل كلامه بمعنى التمكين وإذا لم يكن فيه احتمال ذلك جعل بمعنى البذل (قال) وان قال لرجل زينت بعبير أو بناقة أو ما أشبه ذلك لاحد عليه لانه نسبه إلى اتيان البهيمة فان قال بأمة فعلية الحد فان قال لرجل يابن الاقطع أو يابن المقعد أو يابن الحجام وأبوه ليس كذلك ليس عليه حد لانه لا يراد بمثل هذه اللفظة نفيه عن أبيه وانما يراد به وصف الاب بهذه الاوصاف كمن يقول لبصير يا أعمى أو يشبهه به في الحرفة وكذلك لو قال يابن الازرق يابن الاصفر أو الاسود وأبوه ليس كذلك ألا ترى أنه لو قال يابن السندي أو يابن الحبشى لا يكون قاذفاً له بهذا فالمقصود تحقيره لا قذفه بهذا اللفظ ولو قال لعربى يا عبد أو يا مولى لاحد عليه لانه صادق في مقالته فانه عبد الله وليس بقاذف له بقوله يا مولى قال تعالى واني خفت الموالي من ورائي والمراد الورثة وبنو الاعمام وكذلك لو قال لعربى 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 يابن اليهودي لاحد عليه لان القذف بالكفر ليس في معني القذف فانه لا يشين المقدوف إذا كان اسلامه معلوما ولكنه يعزر لان نسبة المسلم إلى الكفر حرام وبارتكاب المحرم يستوجب التعزير (قال) وان قال يازاني وأدخل فيه الهمزة وقال عنيت أنه يصعد على الجبل أو على شئ فعليه الحد ونيته باطلة لان أصل الكلمة لغة بالهمزة فذكر الهمزة بقرره ولا يخرج من أن يكون قذفاً (قال) وان قال زنا في الجبل وقال عنيت الصعود فيه عليه الحد في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ولاحد 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 والعامه

[127]

لا يفهمون من هذا اللفظ الا الزنا فبهذا الطريق يلحق المقدوف الشين فيقام الحد على القاذف لدفع الشين عنه ألا ترى أنه لو لم يذكر الجبل كان قاذفاً ملتزماً للحد بأن قال زنا في الجبل فلا يتغير بذكر الجبل كما لو قال زينت لا يفصل بين قوله زينت في الجبل وبين قوله بدون ذكر الجبل وكذلك لو قال زنا في الجبل يلزمه الحد فكذلك إذا قال زنا في الجبل الا أن محمداً 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 لغويًا 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 المقدوف قبل أن يقام الحد على القاذف أو وطئ وطءاً حراماً غير مملوك فقد سقط الحد عن القاذف لان احصان المقدوف شرط فلا بد من وجوده عند اقامة الحد وقد زال احصانه بهذا الوطئ وكذلك إذا ارتد

المقذوف وان أسلم بعد ذلك فلا حد على القاذف لانه قد سقط الحد لزوال احصانه بالردة وكذلك ان 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 الخرّس حتى إذا زال الخرّس وطالب بالحد فله ذلك بمنزلة المريض يبرأ (قال) ومن قذف ولد ملاءنة أو ولد زنا في نفسه فعليه الحد لانه محصن عفيف وانما الذنب لابويه وفعلهما لا يسقط احصانه وان قذف أمه فلا حد عليه أما ولد الزنا فلان قاذف أمه صادق لانها زانية وأما ولد الملاءنة فان أمه ليست بمحصنة لانه كان في حجرها ولد لايعرف 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 يابن الزانية والآخر انه قال لست لايك فقد اختلفا في اللفظ المشهود به وكذلك لو تزوج مجوسي أمه ودخل بها ثم أسلما فقذفه انسان فعليه الحد في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ولاحد عليه عندهما إذا كان الدخول بحكم نكاح يتركان عليه بعد الاسلام وان كان بحيث لا يتركان عليه بعد الاسلام كالنكاح بغير شهود فعلى قاذفهم الحد وهو بناء ؟ على أن عند

[128]

أبي حنيفة رحمه الله لانكحتهم حكم الصحة ما لم يسلموا وعندهما كل نكاح لا يتركان عليه بعد الاسلام فليس له حكم الصحة ولكن لا يتعرض لهم في ذلك لا اعتقادهم 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 لانهم أقروا عند الرجوع أنهم أتلفوا ماليته بشهادتهم عليه بالعتق وبالزنا بغير حق ويضربون الحد لاقرارهم انه كان عقيفا 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 الآخران عن الزنا فعلى شاهدي العتق جميع القيمة للمولى لان تلف المالية كان بشهادتهما عليه بالعتق وعلى الآخرين نصف الدية للورثة لانه بقي على الشهادة بالزنا من يستحق بشهادته نصف النفس فانما 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 يضمنا من دية المرجوم شيئا لانه 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 ان أحد الشهود عبد لا ضمان على الشهود ولا يمكن ايجاب ضمان النفس عليهما من أجل شهادتهما بعتقه لانه ما رجم لعتقه وانما رجم لزنائه وقيل على قياس قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ينبغي أن يجب الضمان عليهما لانه يقول المزكى للشهود إذا رجع ضمن وهما بشهادتهما بحرية الشاهد صارا مزكبين له وقد رجعا عن التزكية فينبغي أن يجب عليهما الضمان ولكن الاصح 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 القاضى بالعتق لا يبطل برجوعهما فتبقى الحجة على الزنا تامة فلهذا لم يضمنا من دية المرجوم

شيئا ولاحد عليهما (قال) ولو أن صبيا زنى بصبية مطاوعة لاحد عليهما لانعدام الاهلية للعقوبة فيهما وعلى الصبي المهر في ماله لانه ضمان الفعل والصبي أسوة البالغ في المؤاخذة بضمان الفعل بحق العباد انما لا يؤخذ بضمان القول ولهذا لو كان أقر بالوطئ لا يلزمه شيء (قال) ولو زنى الصبي بامرأة فأذهب عذرتها وشهد عليه الشهود بذلك فعليه المهر إذا استكرهها وان كانت دعته

[129]

إلى نفسها فلا مهر عليه لانها رضيت بسقوط حقها ورضاها معتبر لكونها بالغة ولانها صارت مستعملة للصبي ومن استعمل صبيا في شيء لحقه فيه ضمان ثبت لوليه حق الرجوع على المستعمل فلا فائدة في ايجاب المهر لها إذا طاوعته والمجنون في ذلك بمنزلة الصبي ولو كانت صبية أو مجنونة دعته إلى نفسها فالمهر واجب لانها ليست من أهل الرضي بسقوط حقها ولان اشتغالها بالامر غير مثبت حق الرجوع عليها لاهدان قولها (قال) رجل قال لرجل أنت أزنى من فلان فلا حد عليه لان افعل يذكر بمعني 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 لانه 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 الاخرس لو كان ناطقا ربما يدعي شبهة يسقط به الحد عن نفسه وعن صاحبه والخرس يمنع من اظهار تلك الشبهة ولايجوز اقامة الحد مع تمكن الشبهة بخلاف ما اذا 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 بمستكرهه (قال) ولو سرق رجلان سرقة واحدة وأحدهما أخرس أو مجنون لاقطع على واحد منهما لان الفعل هنا واحد فإذا لم يكن موجبا للقطع على احدهما 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 بعدم التمكين فلا يتمكن فيه نقصان فيكون فعل الرجل في الايلاج مخصوصا بكمال الزنا فلهذا لزمه الحد (قال) وإذا شهد الشاهدان على رجل بالزنا وأخران على اقراره بالزنا لاحد عليه لان الشهادة على الاقرار لغو في ايجاب حكم الحد فان المشهود عليه جاحد ومن ضرورة جحوده الرجوع عن اقراره ولانهم اختلفوا في المشهود به فشهد اثنان بالفعل والأخران بالقول ولاحد عليه لان الذين شهدوا على الاقرار ما نسباه إلى الزنا والأخران وان نسباه إلى الزنا فشهادة الشاهدين على الاقرار يسقط الحد عنهما لانهما شهدا على تصديق المقذوف والتصديق يثبت بشهادة شاهدين (قال) وان شهد ثلاثة بالزنا وواحد بالاقرار به فعلى الثلاثة الحد لانهم قذفوه بالزنا وليس على التصديق الا شاهد

[130]

واحد وشهادة الواحد لا تثبت التصديق (قال) وإذا ضرب العبد حد القذف أربعين سوطاً ثم أعتق لم تجز شهادته أبداً 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 نعمة الحد فيتوقف ذلك على صيرورته من أهل الشهادة وبالعق صار من أهل الشهادة الآن فيصير مردود الشهادة تميماً لحدّه وكذلك إذا ارتد المحدود في قذف ثم أسلم لم تقبل شهادته لأن الكفر لم يزدّه الاشراً وإذا صار مردود الشهادة على التأييد فبالردة لا يصير مقبول الشهادة فإن ضرب الكافر حد القذف ثم أسلم جازت شهادته لأن 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 استغاد شهادة حادثة لم تكن موجودة عند إقامة الحد عليه فلماذا قبلت شهادته (قال) أربعة كفار شهدوا على كافر أنه زنى بامرأتين كافرتين فلما قضى بالحد عليهما أسلم الرجل والمرأتان بطل الحد عنهما جميعاً لأن الحجة لم تبقى عليهما بعد الاسلام فشهادة الكفار لا تكون حجة على المسلمين ولا يمكن إقامة الحد بغير حجة وإن أسلمت إحدى المرأتين سقطت عنها الحد وبقي الحد على الأخرى لبقاء الحجة في حقها وكذلك على الرجل لأن الحجة في الزنا بالتي هي باقية على الكفر باق وذلك كاف في إقامة الحد عليه وكذلك أن شهدوا على كافرين بالزنا بامرأة واحدة فإن أسلمت المرأة درئ الحد عنها وعن الرجلين كما لو كانت مسلمة عند الشهادة وإن أسلم أحد الرجلين درئ الحد عنه خاصة ويقام الحد على الرجل الآخر والمرأة لبقاء الحجة الكاملة عليه في زناه بها (قال) وإذا جنت الأمة جنابة عمداً فيها القصاص فوطئها الولي ولم يدع شبهة فليس عليه الحد لوجهين أحدهما أن من العلماء من يقول أن لولى الجنابة حق التملك إن شاء وهذا قول معتبر فإنه لا فرق في حق المولى بين أن يتلف ماليته باستيفاء القصاص وبين أن يتلف بتمليك الولي أياها عليه وفيه منفعة للولى 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 الوطئ أتلاف جزء منها لأن المستوفى بالوطئ في حكم الجزء من العين فإذا صار

[131]

أتلاف الكل حقا له شرعا يصير ذلك شبهة في أتلافه جزءا منها والحد يسقط بالشبهة ثم يلزمه العقر لسببها لأنه وطئ في غير الملك فلا يخلو عن حد أو عقر وقد سقط الحد بشبهة فعليه العقر ويكون للسيد بمنزلة كسبها لأن حق من له القصاص في استيفاء القصاص فلا يثبت في المال والعقر والكسب مال فيكون لمولاهما بملكه رقبتها وإن كانت الجنابة 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 إن اختار المولى الفداء فكذلك الجواب وإن اختار الدفع فلا حد عليه استحساناً لأن بالجنابة الخطأ لم يثبت للولى حق التملك فيها وهذا لأن موجب جنابة الخطأ يكون على أقرب الناس من الجاني ألا ترى أن في الحر موجب جنابته على العاقلة وفي المملوك موجب جنابته على المولى لأنه أقرب الناس إليه ولهذا خير بين الدفع والفداء فإن اختار الفداء فقد وصل إلى ولى الجنابة 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 انما لحقني بجنابتها على ان أدفعها لاخلص نفسي من هذا الشغل فكان هذا ملكا حادثا للمولى فيها بعد تقرر فعل الزنا فلا يسقط به الحد وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يسقط الحد استحسانا لان حق ولي الجناية في رقيتها وان كان المولى متمكنا من تحويل الحق عن الرقبة باختيار الفداء بدليل انها لو هلكت يسقط حق ولي الجناية وانما سقط لغوات محل حقه فإذا تقرر حقه في محله باختيار المولى الدفع فانما 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 لانه 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 اشترها في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحد ولاحد عليه في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فان كان جواب هذا الفصل هكذا فلا حاجة إلى التكلف الذي قلنا في مسألة الدفع بالجناية لان الملك الحادث بعد وجوب الحد

[132]

قبل الاستيفاء عند أبي يوسف رحمه الله تعالى مسقط للحد وقد ثبت ذلك للمولى 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 زنى بامرأة ثم تزوجها أو بأمة ثم اشترها 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 اشترها فلا حد عليه وان زنى بحره 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 لانه لو أقام الحد عليه انما أقام بوطنه امرأة هي زوجته في الحال وذلك لا يجوز وجه الرواية التي قال يقام 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 وانما يثبت له ملك الاستيفاء ولهذا لو وطئت بالشبهة كان المهر لها فلا يورث ذلك شبهة فيما تقدم استيفاؤه منها فلماذا لا يسقط الحد عنه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصدق والصواب واليه المرجع والمآب

بسم الله الرحمن الرحيم (كتاب السرقة) (قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد الاستاذ شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسى رحمه الله تعالى السرقة لغة أخذ مال الغير على وجه الخفية سمي به لانه يسارق عين حافظه ويطلب غرته ليأخذه أو يسارق عين أعوانه على الحفظ بأن يسامر له ليلا لان الغوث بالليل قل ما يلحقه وهي نوعان صغرى وكبرى فالكبرى هي قطع الطريق لانه 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 الغلط 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 انما جزاء الذي يحاربون الله ورسوله الآية وكل واحد من الحدين عقوبة فان الله عزوجل سمي أحدهما نكالا والآخر خزيا بقوله تعالى ذلك لهم خزي في الدنيا وكل واحد منهما جميع موجب الفعل فقد سمي كل واحد منهما جزاء وفيه اشارة إلى الكمال يقال خزي أي قضى وجزأ بالهمزة أي كفى فعرفنا انه جميع موجب الفعل وان كان كل واحد منهما مستحقا حقا لله تعالى لان الجزاء على الافعال المحرمة من العباد يكون حقا لله تعالى وفيه اشارة 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 الامصار رضي الله عنهم المستحق قطع اليد اليمنى من الرسغ وقال الخوارج إلى المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع إلى الأباط وقال بعض الناس المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع 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 فانه أمر بقطع يد السارق من الرسغ ولان هذا القدر متيقن به وفي العقوبات إنما يؤخذ بالمتيقن فاما قوله جل وعلا انما 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 كانه يحارب الله تعالى لان المسافر في المفاوز في امان الله تعالى وحفظه فالمتعرض له كانه يحارب الله تعالى وهو نظير قوله سبحانه وتعالى من يشاقق الله ورسوله فان أحد الايشاقق الله حقيقة ولكن راد أمر الله تعالى كانه يشاقق الله تعالى وزعم بعض العلماء رحمهم الله تعالى ان نزول الآية في المرتدين واستدلوا عليه بحديث أنس رضي الله عنه ان العربيين لما ارتدوا وقتلوا الرعاة وساقوا ابل الصدقة بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم في أنرهم وجئ بهم فامر بقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم فنزلت الآية ولكن الاصح 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 وانما 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 رضى الله عنهم أجمعين (قال) وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة هلال بن عويمر الاسلامي 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 ماكان في الشرك فقوله وادع يحتمل المؤقتة وهي الامان 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 الموادة المؤبدة وهي عقد الذمة لانه قد ثبت بالنص وجوب تبليغ المستأمنين مأماتهم 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 ان يصير محاربا بقطع الطريق والمستأمن محارب وان لم يقطع الطريق لانه متمكن من الرجوع إلى دار الحرب

[135]

والمحارب بقطع الطريق يكون من أهل دارنا وقوله فجاء أناس يريدون الاسلام قيل معناه قد أسلموا فجاؤا يريدون الهجرة لتعلم أحكام الشرع وقيل بل جاؤا 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 رضى الله عنه أنه على التخيير بظاهر حرف أو وهذا لان الجناية تختلف منه بمباشرة القتل أو أخذ المال أو اخافة الناس والعقوبة بحسب الجناية فيستحيل أن يقال عند غلط الجناية يعاقب بأخف الانواع وعند خفتها بأغلظ الانواع فعرفنا أنها مرتبة كما ذكر في الحديث فظاهر قوله من قتل وأخذ المال صلب دليل لابي 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 مبين في الحديث ألا ترى أنه لم يذكر القتل في هذه الحالة لانه مبين 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 ان له ذلك لتحقيق معنى الخزي في حقه ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله تعالى يتركه على خشبته أبدا إلى ان يسقط لتحقيق معنى الخزي وليعتبر به غيره فأما قوله عزوجل أو بنفوا من الارض فهو غير مذكور في هذا الحديث والمراد عندنا الحبس في حق من خوف الناس ولم يأخذ مالا ولم يقتل لانه اما أن يكون المراد نفيه من جميع الارض وذلك لا يتحقق مادام حيا أو المراد نفيه من بلده إلى بلدة أخرى وبه لا يحصل المقصود وهو دفع أذنبه

عن الناس أو يكون المراد نفيه عن دار الاسلام إلى دار الحرب وفيه تعريض له على الردة فعرفنا أن المراد نفيه من جميع الارض إلى موضع حبسه فان المحبوس يسمى خارجا من الدنيا قال القائل خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها * فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى

[136]

إذا جاءنا السبحان يوما لحاجة * عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا والشافعي رحمه الله تعالى يقول المراد اتباعه حتى لا يتمكن من القرار في موضع فذلك نفيه من الارض فأما قوله من جاء مسلما هدم الاسلام ما كان في الشرك فهو معنى قوله جل وعلا الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم وفيه كلام نبينه في بابه ثم الاسلام 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 الاسلام يجب ما قبله والتوبة قبل قدرة الامام عليه مسقطه لهذه العقوبة بالنص على ما نبينه ان 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 يؤمئذ يساوي عشرة دراهم وفيه دليل على أن النصاب في المسروق معتبر لايجاب القطع على السارق وهو قول فقهاء الامصار وأصحاب الطواهر يقولون لا يعتبر النصاب فيه وقد نقل ذلك عن الحسن البصري رحمه الله تعالى واستدلوا بالآية فان الله عزوجل 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 اصطياذا أو احتطابا لاسرقة 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 فاشتراط النصاب يكون زيادة على النص وذلك يعدل النسخ وفي الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده والبيضة قد لا تساوي أكثر من فلس ولايجوز ان يقال المراد بيضة الحديد وحبال السفن واللؤلؤ لان المقصود بيان حقايرة السارق وفي حمله على ما قلتم تفويت هذا المقصود ولكننا نقول لما كان في اسم السرقة ما ينبئ عن صفة الاحراز صار كون المال محرزا شرطا بالنص وبشرائط العقوبة يراعى وجودها بصفة الكمال لما في النقصان من شبهة العدم والاحراز انما يتم في المال الخطير دون الحقير فالقليل لا يقصد الانسان احرازه عادة واليه اشارت عائشة رضی الله عنها في قولها كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشئ التافه فصار ما يتم به الاحراز وهو كون المال خطيرا ثابتا بالنص والمراد من الحديث بيضة

[137]

الحديد الا أن صاحب الشرع وان ذكره لاطهار حقايرة السارق فقد أضمّر في كلامه هذا المعنى ليحصل المقصود ويكون كلامه حقا على ما روى أنه كان يمازح ولا يقول الا حقا وقيل ان هذا كان في الابتداء لزيادة التعليل

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 رضى الله تعالى عنهما أربعون درهما واستدل الشافعي رحمه الله تعالى بحديث الزهري عن عروة عن عائشة رضى 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 بالاقل كما إذا اختلف المقومون في قيمة المسروق يؤخذ بالاقل 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 رضى الله عنه لا تقطع الخمس الا بخمسة يعني اليد التي عليها خمسة أصابع لا تقطع الا بخمسة دراهم ومن اعتبر بأربعين استدل بحديث عائشة رضى الله عنها كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشئ التافه فكانت تقطع في ثمن المجن وهو كان يومئذ ذا ثمن وهذا منها اشارة إلى أنه كان مالا خطيرا والخطير ما يكون مقدارا يعتبر لايجاب الزكاة فيه وأدنى ذلك الاربعون في نصاب الشياه وعلماؤنا 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 رضى الله عنه موقوفا ومرفوعا لا تقطع اليد الا في دينار أو في عشرة دراهم وهكذا عن علي رضى الله عنه وفي الحديث المعروف لامهر أقل من عشرة ولا قطع في أقل من عشرة دراهم وعن أيمن بن أيمن وابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم أن المجن الذي قطعت اليد فيه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يساوي عشرة دراهم والرجوع إلى قولهم أولى لأنهم من جلة الغزاة فكانوا أعرف بقيمة السلاح من غيرهم وليس هذا من جملة ما قال ان

[138]

الاحذ بالاقل أولى لان في قيمة المسروق انما يؤخذ بالاقل لدرء الحد ذلك يوجب أن يؤخذ بالاكتر ههنا لان معنى 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 لاتساوى عشرة دراهم مضروبة فلاقطع 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 والاول أصح لما بينا أن شرط العقوبة يراعى وجوده بصفة الكمال فإذا كانت الدراهم معشوشة 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 فانه هو المعتبر في وزن الدراهم في غالب البلدان وقد بينا تفسير ذلك فيما أمليناه من شرح الافرار وعن ابن مسعود وابن عباس وابراهيم رضوان الله عليهم أجمعين قالوا إذا أصاب من الحدود فيها القتل قتل وألعي ما سوى ذلك معناه ما سوى ذلك من الحدود التي حق لله تعالى فأما ما فيه حق العباد كحد القذف والقصاص في الطرف فلايد من استيفائه مقدما لمراعاة من له الحق وفي حقوق الله تعالى القتل أهم وفي معنى الزجر أتم فيبدأ به ثم لا فائدة في الجلد

[139]

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 لافي حد واحد وحد قاطع الطريق واحد ولا تداخل في أجزاء حد واحد فللامام إن يقطع يده ورجله ثم يقتله لتحقيق معنى التغليب وعن عمر رضي الله عنه انه قال أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا بحضرته فانما 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 يبنى على خصومة في الحد كالزنا والسرقة 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 لاحد عليه وبه نأخذ فان سبب وجوب الحد ما لم يتم لا يجب الحد وتمام السرقة باخراج المال من الحرز وهذا لان الحد يتعلق بما هو المقصود من كل نوع ولهذا لم يجب حد الزنا الا بالابلاج في الفرج والمقصود في السرقة 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 لاقطع في ثمر ولافي كثر وبه نقول فالثمر اسم الرطب المعلق على الاشجار وهو مما يتسارع إليه الفساد ولاقطع عندنا في سرقة ما يتسارع إليه الفساد (فان قيل) المراد ثمار المدينة فانها على رؤس الاشجار 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 قلتم تعطيل هذا السبب واحالة الحكم إلى سبب آخر فأما الكثر فقد قيل المراد به الجمار هكذا قال يحيى ابن سعيد وقال غيره هو الودي وهو النخل الصغار وقد حكى أن غلاما سرق وديا فغرسه في أرض مولاة فأتي به مروان فأمر بقطعه فجاء مولاة إلى رافع بن خديج رضي الله عنه فأخبره بذلك فقال لاقطع عليه فسأله أن يأتي معه مروان فقال إليه وقد روى الحديث أن النبي صلى الله عليه

وسلم قال لاقطع في ثمر ولافي كثر فدرأ الحد مروان وعن الحسن رحمه الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاقطع في الطعام المهيا للاكل 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

[140]

الجبل فقال هي ومثلها والنكال وإذا جمعها المراح ففيها القطع وفي رواية ففيها غرم مثله وجلدات نكال وفي رواية فإذا أواها الجرين وبلغ ثمن المجن ففيها القطع وقيل المراد لاقطع في عام السنة وهي زمان القحط لان الضرورة تبيح تناول من مال الغير بقدر الحاجة فيمنع ذلك وجوب القطع لما روى عن مكحول رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لاقطع في مجاعة مضطر وذكر عن الحسن عن رجل قال رأيت رجلين مكتوفين ولحما فذهبت معهم إلى عمر رضى الله عنه فقال صاحب اللحم كانت لنا ناقة عشراء ننتظرها كما ينتظر الربيع فوجدت هذين قد اجترأها فقال عمر رضى الله عنه هل يرضيك من ناقتك ناقتان عشراوان مربعتان فانا لانقطع في العذق ولافي 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 والاشهر العذق وهو الكباشة ومعناه لاقطع في عام السنة للضرورة والمخمصة وقد كان عمر رضى الله عنه في عام السنة يضم إلى أهل كل بيت أهل بيت آخر ويقول لن يهلك الناس على انصاف بطونهم فكيف نأمر بالقطع في ذلك وعن علي رضى الله في الخلسة قال تلك الدعارة المغالبة لاقطع فيها وفي رواية الغالبة فهذا منه منه اشارة إلى ان القطع انما يتعلق بفعل السرقة والخلسة لا تكون سرقة فان المختلس يستدير صاحب المتاع ولا يسارق عينه وعن ابراهيم قال لاقطع على سارق الحر الصغير وان سرق مملوكا قطع وبه نأخذ والحر ليس بمال بخلاف المملوك وفي الصغير يتحقق فعل السرقة ؟ وفيه اختلاف لابي يوسف رحمه الله تعالى نبينه وعن علي رضى الله عنه في السارق تقطع يده اليمنى فان عاد قطعت رجله اليسرى فان عاد استودعته السجن انى لاستحى من الله تعالى ان لأدع له يدا يأكل بها ورجلا يمشى عليها وذكر في الاصل أنه عرض السجن فاتي برجل قد قطعت يده ورجله وقد سرق فقال ما ترون فيه قال بعضهم تقطع يده اليسرى فقال ليس ذلك عليه فبأى شئ يستنجي ويرفع لقمته وقال بعضهم تقطع رجله اليمنى فقال ما ذاك عليه فبأى شئ يمشى إلى حاجته قال ابراهيم رحمه الله تعالى وقد اختلف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فممنهم من قال أقطعه حتى أتى على قوائمه كلها يريد به قول أبى بكر وعمر رضى الله عنهما ومنهم من قال أقطع يده ورجله ثم أحبسها يريد به قول على وابن مسعود رضى الله عنهما قال

[141]

هذا أحب إلى وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله تعالى لان القطع شرع زاجرا لامتلغا وفى تفويت منفعة الجنس اتلاف حكمي على ما أشار إليه على رضى الله عنه وسيأتى بيان هذا الفصل وذكر عن ابن عمر رضى الله عنهما قال أضاف أبو بكر الصديق رضى الله عنه أقطع اليد والرجل فكان يصلى بالليل فقال له أبو بكر رضى الله عنه من قطعك فقال يعلى بن أمية باليمن قال أبو بكر رضى الله عنه ماليلك بليل سارق ثم اغار على حلي لاسماء فسرقه ثم أصبح يدعو مع القوم على من سرق أهل البيت الصالح وفى رواية كان يقول اللهم أظهر فلم يغم القوم حتى أتى بصائع بالمدينة عنده الحلوى فقال أتانى به هذا الاقطع واعترف فقال أبو بكر رضى الله عنه لعزته بالله أعز على من سرقته وفى رواية ما أجهلك بالله فقال عمر رضى الله عنه والله لا أبرح حتى يقطع فقطعت يده اليسرى وقد ذكرنا فى كتاب الاكراه أنه كان أقطع اليد فقطع أبو بكر رضى الله عنه رجله اليسرى وليس لحكاية الحال عموم فعند اختلاف الرواية فيه يضعف الاستدلال به والاشكال فى الحديث انه كان ضيفا عند أبي بكر رضى الله عنه والضيف إذا سرق من بيت المضيف لا يقطع لانه مأذون بالدخول فى الحرز ولكن تأويله ان بيت الضيف لابي بكر رضى الله عنه كان منفصلا عن بيت العيال فلم يكن الضيف مأذونا فى بيت العيال فلهذا قطعته وفيه دليل على انه لا يعتمد على ظاهر حال الرجل فى دعائه وصلاته وقد كان يصلى بالليل ثم كان مقصوده السرقة لا الصلاة وتمام فوائد الحديث نبينه فى الاكراه ان شاء الله تعالى وذكر عن يزيد بن خصيف رضى الله عنه قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم بسارق فقال أسرقت ما أخاله 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 وتلقيح المقر الرجوع ويدل عليه ما رواه عن أبي الدرداء أنه أتى بسارق أو بسارقه فقال أسرقت قولى لاوعن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أنه أتى بسوداء يقال لها سلامة فقال أسرقت قولى لا قالوا أتلقنها قال جئتموني بأعجمية لا تدري ما يراد بها حين تفسر فاقطعها وفيه دليل على أن المقر بالسرقة إذا رجع درئ عنه الحد وان الرجل والمرأة فى ذلك سواء وان للامام أن ينيب غيره منابه ليستوفى الحد لا بحضرتة فانه عليه الصلاة والسلام قال اذهبوا به فاقطعوه وفيه دليل على أن القطع للزجر لا للاتلاف لانه أمر بالحسم بعد القطع

[142]

وهو دواء واصلاح يتحرز به عن الاتلاف وفيه دليل على ان التطهير لا يحصل بالحد إذا كان مصرا على ذلك ولانه خزي ونكال وانما التطهير والتكفير به فى حق التائب فانه دعاه إلى التوبة بقوله صلى الله عليه وسلم تب إلى الله وفيه دليل على ان التوبة لا تتم بقوله تب فانه صلى الله عليه وسلم قال اللهم تب عليه وتمام التوبة بالندم على ما كان منه والعزم على ان 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 الامير ومن لا يعتدل فى الركوع والسجود يسمى سارقا قال صلى الله عليه وسلم ان أسوأ الناس سرقة من يسرق من صلته 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 لانه صار متهما بارتكاب الحرام فيحبس ولا يمكن التوثق بالكفيل لانه لا كفالة في حقوق الله تعالى ولا يتمكن من القضاء قبل ظهور عدالتهم 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 الدعوي 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 الاداء وعند القطع لان ظهور فعل السرقة لا يكون الا به فلا بد من أن يكون المسروق مملوكا لغير السارق فإذا قطع قبل حضوره

[143]

كان استيفاء الحد مع الشبهة لجواز أن يرد اقراره فيبقى المال مملوكا لمن في يده أو كان أقر له بالملك 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 الاول رحمه الله تعالى وفي 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 الاول رحمه الله تعالى وانما 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 الاداء 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 لانه 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 يساوي عشرة من رجلين قطع لان المسروق نصاب كامل فلا يختلف مقصود السارق بتعدد المسروق منه أو اتحاده (قال) وان سرق رجلان ثوبا يساوي عشرة من رجل لم يقطع لان سرقة كل واحد منهما نصف النصاب فان عند تعدد السارق لا يصيب كل واحد منهم الا شيء يسير قل ما يرغب فيه ولا تقطع اليد في الشيء التافه بخلاف الاول 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 فانه يقطع كل واحد منهما لان التعاون مما يزيد رغبة السارق في الاجترار على فعل السرقة فالحاجة إلى شرع الزاجر في هذه الحالة أظهر وهو نظير الصداق فانه لو تزوج امرأتين على ثوب يساوي نصيب كل واحدة منهما عشرة دراهم كانت التسمية صحيحة في حقهما ولو كانت قيمة الثوب عشرة فلكل واحدة نصف الثوب وخمسة لان البضع لا يتملك

[144]

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 ان هؤلاء 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 لانه استوفى مع تمكن الشبهة فان المالك إذا حضر ربما يقر بالملك له أو انه كان مأدونا 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 الاب أو الوصي فقد قيل على قول زفر رحمه الله لا يستوفى القطع بخصومتها أيضا لاعتبار معنى النيابة وقيل انه يستوفى لانه ليس فيه تمكن الشبهة في الحال فان اقرار الصغير بالملك للسارق لغو ولهذا ملك الاب استيفاء القصاص في الطرف والنفس جميعا وملك الوصي استيفاء القصاص في الطرف في احدي 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 (وحجتنا) فيه أن السرقة تمت موجبة للقطع فيستوفى القطع بخصومة المسروق منه كالمالك والاب والوصي ان سلم وبيانه أن المالك لو حضر وخاصم يستوفى القطع بالاتفاق وتأثيره ان بعد تمام الفعل موجبا للقطع الشرط ظهوره عند الامام بلاشبهة وقد ظهر بخصومة هؤلاء لان أيديهم صحيحة وصاحب اليد الصحيحة إذا أزيلت يده كان له حق الخصومة في الاعادة لان اليد مقصود كالمالك ألا ترى أن الغاصب يضمن بتفويت اليد ولان صاحب اليد وان كان أمينا فلا يتمكن من أداء الامانة الا بيده وان كان ضامنا فلا يتمكن من اسقاط الضمان عن نفسه الا بيده فكانت اليد مقصودة له ولاشك في حق المرتهن أن اليد مقصودة لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء حقا للمرتهن وكل من كان خصما في اثبات ازالة يده يكون خصما في اثبات سبب الازالة كمن ادعى عينا في يد انسان أنه له اشتراه

[145]

من فلان الغائب وأقام البينة على ذلك قبلت بينته حتى إذا حضر الغائب وأنكر البيع لم يلتفت إلى ذلك لانه لما كان خصما في اثبات الملك لنفسه كان خصما في اثبات سببه وسبب الازالة ههنا السرقة فيظهر بخصومته عند الامام بلاشبهة لانه أصل في هذه الخصومة وانما يخاصم باعتبار حقه لا باعتبار ملك الغير ألا ترى أنه يستغنى عن اضافة الخصومة إلى غيره فانه يقول سرق مني وأزال يدي بخلاف الوكيل وإذا ظهرت السرقة بلاشبهة 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 وان 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 وان كان يتوهم اعتراض الرجوع من المقر وصاحب اليد بهذه الخصومة انما 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 امانة في الحقيقة ولكن فيه حياة بطريق الزجر فاما القصاص انما 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 فانه يكون في المال باعتبار معنى المالية فيكون المودع أصلا بنفسه ولان الحرز الذي هو المودع لأثر له في القصاص بخلاف القطع فانه لا يجب الا بهتك الحرز وأخذ المال وكل واحد منهما جناية تصلح سببا للعقوبة فكان المودع باعتبار هذا المعنى كالمودع لانه صاحب أحد وصفي السبب فكما أن المالك أصل في الخصومة المظهرة للسرقة بلاشبهة فكذلك المودع وأما إذا سرق من السارق فان كان الاول لم تقطع يده فهو بمنزلة الغاصب يقطع الثاني بخصومة الاول وان كان الاول قد قطعت يده فالسرقة بعد لم تتم موجبة للقطع لانه لا معتبر بيد السارق الاول بعدما قطعت يده فانه ليس بيد امانة ولايد ضمان ولايد ملك ولهذا لا يكون له حق الخصومة في الاسترداد ولو حضر المالك

[146]

لم يكن له أن يستوفى القطع من الثاني بخلاف ما نحن فيه على ما بينا (قال) وإذا اشهد كافرين على مسلم وكافر بسرقة ثوب فشهادتهما باطلة في جميع ذلك الا أنه يقضى على الكافر بنصف الثوب للمدعى لانهما شهدا بسرقة واحدة ولم تظهر شهادتهما في حق المسلم لانها ليست بحجة عليه فلا تظهر في حق الكافر أيضا لان شهادتهما حجة في فعل يختص به الكافر لافي فعل بشاركه 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 فان كان المشهود عليهما كافرين فأسلم أحدهما قبل القضاء فكذلك الجواب وان أسلم أحدهما بعد القضاء فكذلك الجواب في حق القطع فاما 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 ادروا الحدود ما

استطعتم وهذا خطاب لكل من تمكن من ذلك ولانه بالامتناع من أداء الشهادة يقصد ابقاء السر عليه وانه مندوب إليه ولكن هذا إذا رد السارق المتاع فان أبى ذلك وقال صاحب المتاع إذا يذهب متاعى وسعهما أن يشهدا أنه متاع هذا أخذه هذا من غير أن يذكر السرقة لانهما ندبا إلى السر عليه ونهيا عن كتمان الشهادة التى تتضمن ابطال حق المسلم بالطريق الذى يعتدل فيه النظر من الجانبين هذا وهو أن يشهدا بلفظ الاخذ دون السرقة ليكون الاخذ مجبرا على رد العين حال قيامها وعلى رد القيمة عند هلاكها فيتوصل صاحب المتاع إلى حقه ولا ينهتك ستر الاخذ وهما صادقان في هذه الشهادة فالسارق أخذ المتاع لا محالة وكل من كان في يده شئ أو في بيته فأخذه إنسان وسع الشاهدان أن يشهدا أنه لفلان الذى كان في يديه لانه لا طريق لمعرفة الملك الا اليد لانه وان عاين الشراء فالمشترى لا يملك الا باعتبار ملك البائع ولا يعرف ملكه الا باعتبار يده وكذلك الاحتطاب والاحتشاش وسائر الاسباب انما يوجب الملك باعتبار اليد وهذا لان إحراز الشئ يكون باليدو بالاحراز يثبت الملك وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى لا يسعه أن يشهد له بالملك ولو راه في يده الا أن يراه يتصرف فيه ولا يمنعه أحد منه لان الايدى قد تتنوع قد تكون يد ملك وقد تكون يد أمانة وقد تكون يد غضب ولكننا نقول لا معتبر بهذه الزيادة فاليد مع التصرف تتنوع أيضا ألا ترى أن الوكيل

[147]

والمضارب متصرف وفي الكتاب قال الشاهد يبنى 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 وان 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 البراءة (قال) ومن نقب البيت فأدخل يده وأخذ المتاع وذهب به لم يقطع وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في الاملاء انه يقطع لانه أخذ ما لا محرزا على وجه السرقة وهو كما لو دخل البيت وأخرج المتاع وهذا لان المقصود أخذ المال لادخول 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 ماروى عن علي رضى الله عنه اللص إذا كان طريفا لا يقطع قيل وكيف ذلك قال ان ينقب البيت فيدخل يده ويخرج المتاع من غير أن يدخله ولان هتك الحرز معتبر لايجب القطع وشرط الحد وسببه يراعى 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 وكما أخذ المال مقصود فدخول الحرز كذلك ألا ترى أن من الجهال من يقصد ذلك اظهارا للجلادة من نفسه والاستخفاف بصاحب الحرز وان لم يكن به قصد الي 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 وقيل 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 الابلاخ وان أخذ على ذلك قبل أن ينزع نفسه ولكننا نقول هناك يحصل مقصوده في الابلاخ 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 حكما إذ المال في يد الآخذ منه فلا يقطع واحد منهما وعن أبي
يوسف رحمه الله تعالى قال ان كان الخارج أدخل يده حتى تناول المتاع
فالقطع عليهما وان كان الداخل أخرج يده مع المتاع حتى أخذ الخارج منه

[148]

فالقطة على الداخل دون الخارج لان الداخل قد تم منه هتك الحرز فصار
المال مخرجا بفعله ومعاونته فعليه القطع على كل حال فأما الخارج فان
أدخل يده فقد وجد منه اخراج المال من الحرز وذلك يوجب القطع عليه
عنده وان لم يدخل يده ولكن أخرج الآخر يده إليه فانما أخذ متاعا هو غير
محرز فلا يقطع (قال) فان رمى بالثياب إلى الطريق ثم خرج وأخذها من
الطريق قطع عندنا وعند زفر رحمه الله لا يقطع لانه خرج ؟ من الحرز
ولامال في يده فهو كما لو ناول صاحبا له من خارج فانما فارق هذا الاول
في الاخذ من السكة وذلك غير موجب للقطع عليه ولكننا نقول خرج والمال
في يده حكما فتتم سرقة كما لو كان في يده حقيقة بيانه ان يده تثبت
عليه بالاخذ ثم بالرمي إلى الطريق لم تنزل 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 لانه في ذلك الموضع في يد صاحبه حكما فرده
إلى ذلك الموضع بمنزلة رده على صاحبه وإذا ثبت بقاؤه حكما وقد تقرر
ذلك بالاخذ من الثاني فكان مستوجبا للقطع فهذه مبالغة في الحيلة من
السارق ليكون مستعدا لدفع صاحب البيت في بيته ان يدرکه فلا يشغل يده
بالمتاع وقد يحول ذلك بينه وبين الدفع واكتسابه زيادة حيلة لا يكون
مسقطا للقطع عنه فأما إذا ناول غيره فقد زالت يده حقيقة وحكما
باعتراض يد أخرى قبل خروجه من الحرز فلهذا لم يلزمه القطع (قال) ولو
رمى به إلى السكة ثم لما خرج لم يجده بان كان أخذه غيره وذهب به لم
يقطع لان فعله هذا كان تضييعا للمال لا تميميا لفعل السرقة وكما تثبت يد
الغير عليه بالاخذ زالت يده حكما فقد خرج ولامال 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 يقطع عليه لانه ما أخرج المتاع
وانما خرج به الماء بخلاف الاول فهناك هو الذي أخرجه بالرمي به إلى خارج
والاصح 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 ترى أن ما وطئت دابته فزمانه على سائق
الدابة فتتم سرقة باخراج المال على ظهر الدابة (قال) وان دخل جماعة
الدار فجمعوا المتاع وحملوه على ظهر رجل

[149]

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 شيء 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 ولانه لايد للدابة على المتاع فيبقى في يد الاخذين حكما إلى ان أخرجه على ظهر الدابة وجه الاستحسان انهم اشتركوا في هتك الحرز وصار المال مخرجا بمعاونتهم فيلزمهم القطع كما لو أخرجه على ظهر الدابة وهذا لان هذه زيادة حيلة معروفة بين السارق أن يباشر حمل المتاع واحد منهم وأصحابه يكونون مستعدين لدفع صاحب البيت عنه وعن أنفسهم فلا يجوز ان 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 الا أن زفر رحمه الله تعالى قد يفرق بينهما فيقول حد قطاع الطريق بسبب المحاربة والردء مباشر للمحاربة لان المحاربة في العادة هكذا تكون فانهم لو اشتغلوا جميعا بالقتال فإذا وقعت الهزيمة عليهم لاتستقر قدمهم وإذا كان بعضهم رداء فإذا وقعت الهزيمة على المباشرين للحرب التحوا إلى الردء فلهذا كانت العقوبة عليهم بخلاف السرقة فالحد ههنا إنما يجب بمباشرة فعل السرقة وذلك في اخراج المال من الحرز فإذا كان المخرج 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 وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم لان فعل السرقة انما 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 فحدثني أو اشتريته منه أو قال هو أمرني به درئ عنه القطع في جميع ذلك لان المسروق منه قد صار خصما له فانه ادعى عليه مالو أقربه لزمه ويتمكن من اثباته عليه بالبينة وان طلب

[150]

يمينه كان له أن يستحلفه عليه وبعدما آل الامر إلى الخصومة لا يستوفى الحد الواجب لله تعالى وقد بينا هذا في حد الزنا وهذا لانه إذا امتنع عن اليمين يقضى عليه بالنكول ولو حلف لو قلنا بأنه يقطع كان استيفاء الحد باليمين ولايجوز 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 لانه ظاهر غير محرز ولاقطع في سرقة مال غير محرز ولان بالباب يصير ما في البيت محرزا فسارق الباب يكون سارقا للحرز دون المحرز فهو كسرقة الحارس وكذلك لو سرق ثوبا قد سقط على حائط إلى السكة فانه غير محرز فان الحائط غير محرز بل به يحرز ما في داخل البيت فما على ظاهر الحائط لا يكون محرزا أيضا وكذلك ان سرق خشبة أو ساجة في السكة وكذلك لو

سرق ثوبا من حمام أوبيت انسان أذن له في دخوله أو حانوت تاجر في السوق قد أذن للناس في دخوله والاصل في جنس هذه المسائل ان المال يكون محرزا بالمكان تارة وبالحائط أخرى وكل مكان هو معد لحفظ الامتعة فيه فهو حرز وما لم يكن معدا مبنيا لذلك لا يكون حرزا والاحراز بالحافظ انما يعتبر فيما ليس بمحرز بالمكان فأما فيما كان محرزا بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ لانه بدونه محرز فانما يتحقق الاحراز فيما ليس محرزا إذا عرفنا هذا فنقول الحانوت حرز حتى لو سرق منه ليلا استوجب القطع وإذا فتح التاجر باب الحانوت بالنهار وأذن للناس بالدخول فيه والمعاملة معه فكل من دخل كان داخلا باذن صاحبه وذلك تشبهة مانعة من وجوب القطع لان كل داخل بحكم الاذن بمنزلة صاحب الدار والحانوت فينعدم هتك الحرز من هذا الوجه وبستوى ان 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 وبستوى 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 الاخرى لان كل واحدة منهما

[151]

حرز على حدة الأتري 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 أو لم يكن وكذلك الحمام فانه 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 وانما يصير المال محرزا فيه بالحافظ فإذا كان هناك حافظ يجب القطع على السارق والا فلا قطع عليه وكذلك المسجد فانه ما بنى للاحراز وحفظ الامتعة به فانما يكون المناع 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 رضى الله عنه فانه كان نائما في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم متوسدا بردائه فجاء سارق فسرقة فاتبه 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 فعليه من الناس بخلاف ما إذا كابره في المصر نهارا حتى أخذ منه مالا فانه 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 واحدهما أب المسروق منه لم يقطع واحد منهما أما الأب فلتأول له في مال ولده بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك ولانه 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 والاجنبي إذا اشتركا في قتل الولد لم يجب القصاص على واحد منهما (قال) ومن سرق من ذى رحم محرر منه لم يقطع عند علمائنا

وقال الشافعي رحمه الله في الوالدين والمولودين كذلك وفي غيرهم
يجب القطع لانه ليس بينهما ولاد ولا جزئية فلا تتمكن الشبهة لاحدهما في
مال صاحبه كبنى الاعمام والدليل عليه قبول شهادة كل واحد منهما
لصاحبه وجواز وضع الزكاة فيه ولان الثابت بهذه القرابة بينهما

[152]

حرمة النكاح وذلك لا يمنع وجوب القطع كما لو سرق من أخيه من الرضاعة
وهذا على أصله مستقيم فانه يقول لا يتعلق بهذه القرابة استحقاق النفقة
بحال ولا استحقاق العتق عليه عند دخوله في ملكه (وحجتنا) فيه قوله
تعالى ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم الآية فالله تعالى رفع الجناح
على الداخل في بيت الاخوة والاعمام والاكل منه فظاهر هذا يقتضى
الاباحة والظاهر وان ترك لقيام الدليل يبقى شبهة ألا ترى أنه عطف بيوت
الاخوة والاعمام على بيوت الآباء والاولاد 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 الشبهة 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 لانه 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 وان كان أحد السارقين ذا رحم محرم من
المسروق منه أو شريكا له يدرأ الحد عنه بالشبهة ويذرا عن الآخر للشبهة
لشركة لما بينا أنها سرقة واحدة فلا يكون بعضها موجبا للعقوبة وبعضها
غير موجب كالخاطئ مع العامد إذا اشتركا في القتل (قال) ولا قطع على
سارق المصحف عند علمائنا رحمهم الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله
تعالى عليه القطع لانه سرق مالا متقوما من حرز لاشبهة فيه فان الجلد
والبياض مال متقوم قبل أن يكتب فيه القرآن يجب القطع بسرقة فذلك
بعدهما كتب فيه ألا ترى أنه يجوز بيعه وشراؤه وانه لو كان المكتوب فيه
شيئا آخر لم تنتقص مالته فإذا كتب فيه القرآن أولى وفي الكتاب علل
وقال لان فيه القرآن فلا قطع فيه وفي هذا التعليل اشارة إلى أن في
المصاحف قرأنا كما هو مذهب أهل السنة وتأثيره أن لكل واحد تأويلا في
أخذ المصحف للقراءة فيه والنظر لازالة اشكال وقع في كلمة فالقطع لا
يجب مع تمكن الشبهة توضيحه أن المقصود مافى المصحف لاعين الجلد
والبياض ولا يمكن ايجاب القطع عليه باعتبار هذا المقصود لان ذلك ليس
بمال فيصير ذلك شبهة كمن سرق أنية من خمر لا يلزمه القطع وان كانت
الأنية تساوي نصابا لان المقصود ما فيه وهو ليس بمال وكذلك

[153]

ان كان المصحف مفضضا وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يقطع في
هذه الحالة لان ما عليه من الفضة ليس من المصحف في شئ فهو
كالمنفصل يتعلق القطع بسرقة ووجه ظاهر الرواية أن المقصود مافى

المصحف دون ما على جلده من الفضة وإذا لم يكن ايجاب 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 لان ما هو المقصود ليس بنصاب فلا يلزمه القطع باعتبار غيره (قال) ولاقطع 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 لانه سرق مالا متقوما من حرز لاشبهة فيه ودليل المالية والتقوم جواز البيع والشراء فيها ووجوب ضمان القيمة على غاصبها ومنلفها ودليل الحرزية أنه لو سرق مالا آخر من هذا الموضع يقطع وكل مكان هو حرز معتاد لمال فانه يتم احرازه بذلك المكان على وجه لا يبقى فيه شبهة (وحجتنا) ظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم لاقطع في ثمر ولافي كثرو بالاجماع المراد بالثمار الرطبة لانه يتسارع إليها الفساد ولان في مالية هذه الاشياء نقصانا لان المالية بالتمول وذلك بالصيانة والادخار لوقت الحاجة ولا يتأني ذلك فيما يتسارع إليه الفساد فيتمكّن النقصان في ماليتها وفي النقصان شبهة العدم ولانه تافه جنسا ولان الناس يتساهلون به فيما بينهم فيلتحق بالتافه قدرا وهو ما دون النصاب والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها كانت لا تقطع الايدي في الشئ التافه (قال) وكذلك لاقطع في الحرص والجص والنورة والزرنيخ عندنا لان هذه الاشياء توجد مباح الاصل في دار الاسلام 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 لانه سرق مالا متقوما من حرز لاشبهة فيه وقررنا هذا في المسألة الاولى وبأن كان يوجد جنسه مباحا لا يتمكّن فيه شبهة بعد الاحراز كالذهب والفضة واللؤلؤ والفيروزج يتعلق القطع بسرقتها وان كان يوجد جنسه مباحا ولانه 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 (وحجتنا) فيه ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الناس

[154]

شركاء في ثلاثة في الكلا والماء والنار وقد اثبت بين الناس شركة عامة في هذه الاشياء وذلك شبهة في المنع من وجوب القطع بها وان انقطعت الشركة باحرازها وإذا علم الحكم في هذه الاشياء وهي توجد مباح الاصل بصورتها غير مرغوب فيها فكذلك كل ما يوجد مباح الاصل في دار الاسلام غير مرغوب فيه والمعني فيه أنه تافه جنسا ألا ترى أن الانسان قد يتمكّن 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 الاموال 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 لانه ليس بتافه جنسا فان كل من يتمكّن من أخذه لا يتركه عادة وكذلك احرازه يتم عادة فأما المصنوع من الخشب فهو لا يوجد بصورته مباحا فلم يكن تافه جنسا ولا يبعد أن لا يتعلق القطع بعين الشئ ثم يتعلق بالمصنوع منه كما قال هو في التراب لا يقطع بسرقة ثم يتعلق

بسرقه المصنوع منه من الطوابق والكيزان ونحوهما (قال) ولا يقطع بسرقه النيذ واللبن لان ذلك مما يتسارع إليه الفساد وكذلك في سرقه الخمر والخنزير والسكر أما فيما بين المسلمين هذا حرام ولكل واحد تأول أخذه للاراقة وأما في حق أهل الذمة وان كان مالا متقوما ولكنه مما يتسارع إليه الفساد وانعدام المالية والتقوم فيه في حق المسلم يصير شبهة والقطع يندري بالشبهات (قال) ولاقطع في الدف وما أشبهه من الملاهي أما عندهما فلانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن متلفه وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وان كان يجب الضمان على المتلف باعتبار معنى آخر فيه سوى اللهو والمقصود التلهي به ولا يمكن اعتبار القطع باعتبار المقصود ولان للأخذ تأويلا في أخذه لانه يقصد به النهي عن المنكر وهو استعماله للتلهي فيصير ذلك شبهة (قال) ولاقطع في البازي والصقر وسائر الطيور ولافي الوحوش من الصيود لحديث عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه قال لاقطع في الطير ولان هذا يوجد مباح الاصل بصورته غير مرغوب فيه ولا يتم احرازه في الناس عادة ولان فعله اصطلياد من وجه والاصطلياد مباح وظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الصيد لمن أخذه يورث شبهة والقطع يندري بالشبهة وكذلك الفهد والكلب فان الفهد من جنس

[155]

الصيود والكلب صياد فلما لم يجب القطع بسرقه الصيد فكذلك بسرقه الصياد وبين العلماء رحمهم الله تعالى اختلاف ظاهر في مالية الكلب وجواز بيعه وظاهر نهى 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 فلاقطع عليه لقوله صلى الله عليه وسلم لاقطع في ثمر ولاكثر ولان الثمار مادامت في رؤس الاشجار فانه يتسارع إليها الفساد ألا ترى أنها لو تركت كذلك فسدت ولا يتم معنى الاحراز فيها ولا في الحنطة في سنبها فانها 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 بسرقته وكذلك ان كان سرق النخلة بأصولها لقوله صلى الله عليه وسلم ولاكثر والمراد صغار النخل فإذا لم يجب القطع في الصغار من الاشجار فكذلك في الكبار وهذا لانه 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 فانه انما جمعه صاحبه في هذا الموضع ليكون محرزاً محفوظاً وكذلك ان كانت في الصحراء وصاحبها يحفظها لان الصحراء ليس يحرز بنفسه فيتم الاحراز بالحافظ ويستوى ان كان الحافظ منتبهاً أو نائماً عندهما لان حفظ المال في الصحراء كذلك يكون عادة والآخذ يسارق عين الحافظ وكذلك المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه ويبني عليه فيسرق منه قطع ومن أصحابنا رحمهم الله تعالى من قال في هذا اللفظ اشارة إلى أنه انما يكون محرزاً به في حال نومه إذا كان موضوعاً بين يديه والا لا يكون محرزاً به في حال نومه لان النائم كالغائب لا يتأتى منه الحرز والاصح 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 حافظاً له ألا ترى أن المودع والمستعير لا يضمن بمثله وهما يضمنان بالتضييع وما لا يكون محرزاً يكون مضيعاً (قال) وكذلك ان كان في فسطاط قد جمع متاعه فيه لان نصب الفسطاط في الصحارى كبناء البيوت في

الامصار ويكون مافى الفسطاط محرزا بالفسطاط وبالحافظ عنده (قال)
وان سرق الفسطاط بعينه لم أقطعه لانه ظاهر ولم يحرزه صاحبه انما
احرز صاحبه الامتعة به ووجوب القطع بسرقة المحرز لا بسرقة الحرز وهذا
لو كان الفسطاط منصوبا فان

[156]

كان ملفوفا بين يديه يجب القطع بسرقة لانه متاع محرز بالحافظ كسائر
الامتعة وكذلك ان سرق الجوالق من ظهر الدابة مع ما في الجوالق لم
يقطع لانه ظاهر غير محرز فان صاحب الجوالق يحرز بالجوالق ما فيه ولا
يقصد احراز الجوالق فان شق الجوالق وسرق ما فيه قطع لانه سرق مالا
محرزا وقد بينا ان 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 ازالة 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 واحد عين ماله ومن وجد عين ماله فهو أحق به فان لم يقد وعليها
فلا ضمان على السارق عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى هو ضامن
لقيمته وقال مالك ان كان السارق صاحب مال يؤمر بأداء الضمان في
الحال وان لم يكن له شيء 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 المعنى في المسألة فانه أخذ مال
الغير بغير حق فيكون ضامنا له كالعاصب ولاشك أنه بالآخذ ضامن حتى إذا
سقط الحد بشبهة كان ضامنا للمال فلو سقط الضمان انما يسقط
باستيفاء القطع والقطع حد واجب لله تعالى فاستيفاؤه 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 ولانهما 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
فانه يوجب الحد حقا لله تعالى

[157]

والضمان للذمي (ووجبتنا) فيه قوله تبارك وتعالى جزاء بما كسبنا فقد نص
على أن القطع جميع موجب فعله لما بينا أن في لفظ الجزاء اشارة إلى

الكمال فلو أجبنا الضمان معه لم يكن القمط جميع موجب الفعل فكان نسخا لما هو ثابت بالنص وعن عبد الرحمن بن عوف رضى 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 والمعنى فيه أن القمط عقوبة تندري 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 يندري بالشبهات فلا يبقى شئ منه ليعتبر في حكم الضمان وبدون الفعل لا يجب الضمان ولا معنى لما قال الموجود منه فعلا لا يأخذ والاخراج لان الاخراج تتميم لما هو المقصود بالاخذ فلا يأخذ حكم فعل آخر والاخراج بدون الاخذ لا يتحقق والخلاف ثابت فيما إذا سرق الثوب من تحت رأس نائم والاخذ والاخراج هنا حصل بفعل واحد ثم الفعل وان تعدد صورة فالوجوب باعتبار حرمة المحل وهو بالسرقه ما هتك الا حرمة واحدة هي من خالص حق الله تعالى وبيان ذلك ان القمط لا يجب الا بسرقه مال متقوم محرز والقمط خالص حق الله تعالى فلا يجب الا باعتبار جعل ما يجب به القمط لله تعالى لان ما يجب باعتبار ما هو حق العبد يكون للعبد عقوبة كانت أو غرامة كالقصاص ولما وجب القمط 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 القمط لان ما يجب الله تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الاخذ مراعي ان استوفى به القمط تبين ان حرمة المحل في ذلك الفعل كان لله تعالى فلا يجب الضمان للعبد وان تعذر استيفاء القمط تبين ان حرمة المالية والتقوم كان للعبد فيجب الضمان له توضيحه ان العقوبة التي تندري بالشبهات لا تجب الا بفعل حرام لعينه وانما يكون فعل السارق حراما لعينه إذا لم يبق المحل محترما لحق العبد فأما إذا كانت حرمة المالية والتقوم لحق العبد فأخذه حرام لغيره وهو حق المالك ومثل هذا الفعل لا يوجب العقوبة كشراب عصير الغير انما الموجب للعقوبة فعل هو حرام لعينه كشراب الخمر ولا يتحقق ذلك الا بجعل المالية والتقوم في هذا المحل لله تعالى خالصا وإذا صار لله تعالى لم يبق للعبد كالعصير إذا تخمر لم يبق فيه المالية والتقوم لحق

[158]

العبد ولا يدخل عليه الدية مع الكفارة لان الكفارة ليست بعقوبة تندري بالشبهات ولانها جزاء الفعل من غير اعتبار وصف المحل فيبقى المحل محترما لحق العبد ووجوب الكفارة لا يستدعى فعلا هو حرام العين ألا ترى أنها تجب في الخطأ وكذلك الجزاء مع القيمة في الصيد المملوك فانه 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 بقائه الفعل محرم العين بما حدث من صفة الخمر في المحل ولا يدخل على هذا الملك فانه يبقى للمسروق منه حتى يرد عليه لان وجوب القمط 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 ماتت بقى ملك صاحبها في جلدها وان لم تبق المالية والتقوم وإذا ثبت أن

المالية والتقوم صار حقا لله تعالى خالصا فلو وجب الضمان انما يجب لله تعالى وقد وجب القطع لله تعالى ولايجمع 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 انما كان في فعل السرقة لافيما 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 لان العين باق على ملك صاحبه بعد القطع فاما ان 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 فانه ليس باتماما للمقصود بالسرقة بل هو تصرف آخر ابتداء وروى هشام عن محمد رحمهما الله تعالى أن السارق لا يضمن في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يفتى بأداء الضمان لان المسروق منه قد لحقه النقصان والخسران من جهته بسبب هو متعد فيه ولكن تعذر على القاضى القضاء بالضمان لما اعتبر المالية والتقوم في

[159]

حق استيفاء القطع فلا يقضى بالضمان ولكنه يفتى برفع النقصان والخسران الذى الحق به فيما بينه وبين الله تعالى (قال) ولاقطع على النباش في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله يقطع والاختلاف بين الصحابة رضى الله عنهم فعمرو وعائشة وابن مسعود وابن الزبير رضوان عليهم أجمعين قالوا بوجوب القطع وابن عباس رضى الله عنه كان يقول لاقطع عليه وعليه اتفق من بقى في عهد مروان من الصحابة على ما روى ان نباشا أتى به مروان فسأل الصحابة رضى الله عنهم عن ذلك فلم يبينوا له فيه شيئا فعززه اسواطيا 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 رضى الله عنهم مع النص وما اتفقوا على خلاف النص فأما من اوجب القطع استدلال بقوله صلى الله عليه وسلم من نبش قطعناه والمعنى فيه انه سرق مالا كامل المقدار من حرز لاشبهة فيه فيقطع كما لو سرق لباس الحى وهذا لان الأدمى محترم حيا وميتا وبيان هذه الاوصاف فاما السرقة فهو أخذ المال على وجه الخفية وذلك يتحقق من النباش وهذا الثوب كان مالا قبل ان يلبسه الميت فلا تخلل صفة المالية فيه بلبس الميت فاما الحرز فلان الناس تعارفوا منذ ولدوا احراز الاكفان بالقبور ولا يحرزونه بأحصن من ذلك الموضع فكان حرزا متعينا له باتفاق جميع الناس ولا يبقى في احرازه شبهة لما كان لا يحرز بأحصن منه عادة والدليل عليه انه ليس بمضيق حتى لا يضمن الاب والوصي إذا كفنا الصبي من مال الصبي وما لا يكون محرزا يكون مضيعا (وحتبا) فيه قوله صلى الله عليه وسلم لاقطع على المختفي وهو النباش بلغة أهل المدينة كما جاء في حديث آخر من اختفي 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 جدد أنفه جددناه ولئن صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع نباشا أو أحدا من الصحابة رضى الله

عنهم أجمعين فانه يحمل على أنه كان ذلك بطريق السياسة وللإمام رأى في ذلك والمعنى فيه أن وجوب القطع بسرقة مال محرز مملوك وجميع هذه الاوصاف اختلف في الكفن فأما السرقة فهو اسم أخذ المال على وجه يسارق عين صاحبه ولا تتصور مسارقة عين الميت وانما يختفى النباش باعتبار أنه يرتكب الكبيرة كالزاني وشارب الخمر والدليل عليه أنه ينفي هذا الاسم عنه باثبات غيره فيقال نبش وما سرق فأما المالية فانها عبارة عن

[160]

التمول والادخار لوقت الحاجة وهذا المقصود يفوت في الكفن فان الكفن مع الميت يوضع في القبر للبلى ولهذا يوضع في أقرب الاماكن من البلاء واليه أشار الصديق رضي الله تعالى عنه فقال اغسلوا ثوبي هذين فكفونني فيهما فانهما للمهل والصديد والحي من الميت أحوج إلى الجديد فأما انعدام صفة المملوكية فلان المملوك لا يكون الا لملك والكفن ليس بملك لاحد لانه 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 للملكية 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 احراز الكفن في القبر فليس كذلك بل انما يدفنون الميت للمواراة عن أعين الناس وما يخاف عليه من السباع لا للاحراز ألا ترى أن الدفن يكون في ملا من الناس ومن دفن مالا على قصد الاحراز فانه يخفيه عن الناس وإذا فعله في ملا منهم على قصد الاحراز ينسب إلى الجنون ولا نقول انه مضيع ولكنه مصروف إلى حاجته وصرف الشيء إلى الحاجة لا يكون تضييعا ولا احرازا كتناول الطعام والقاء البذر في الارض لا يكون تضييعا ولا احرازا واختلف مشايخنا رحمهم الله فيما إذا كان القبر في بيت مقفل قال رحمه الله والاصح 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 شيئا آخر فمنهم من قال يقام عليه الحد لانه محرز بالقافلة قال رحمه الله تعالى والاصح عندي انه لا يجب القطع لاختلاف صفة المالكية والمملوكية في الكفن من الوجه الذي قررنا (وقال) ولاقطع على المخلص ؟ لانعدام فعل السرقة لانه مجاهر بفعله ولا يسارق عين صاحبه واما الطرار فهو على وجهين فاما ان تكون الدارهم مصرورة في داخل الكم اوفى ظاهر الكم

[161]

فان كانت مصرورة في داخله فان طر الصرة يقطع لانه بعد القطع يبقى المال في الكم حتى يخرج وان حل الرباط لم يقطع لانه إذا حل الرباط يبقى المال خارجا من الكم فلم يوجد اخراج المال من الكم والحرز وان 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 فيخرجه وتمام السرقة باخراج المال من الحرز وعن أبي يوسف رحمه الله انه قال استحس أن أقطعه في الاحوال 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 والطارر يسارق عين المنتبه في حال اقباله على الحفظ فهو زيادة حدق 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 لانه ليس بمال ووجوب القطع يختص بسرقة مال متقوم وكذلك لو كان عليه حلى كثير وقال أبو يوسف رحمه الله يقطع لان قيمة الحلبي نصاب كامل لو سرقه وحده يلزمه القطع فكذا مع الصبي ولان المقصود الحلبي دون الصبي وجه ظاهر الرواية أن الحلبي تبع للصبي والاصل يقطع بسرقة فالتبع مثله ولا أن له تأويلا في أخذه فانه يقول كان يبكي فأخذته لاسكنه 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 وان كان يعلم بها فعليه القطع وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أن عليه القطع في الاحوال كلها لان سرقة قد تمت في نصاب كامل ولكننا نقول السارق انما قصد اخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم به وإذا كان قصده أخذ الثوب نظر إلى قيمة الثوب وهو ليس بنصاب كامل وإذا كان عالما بالدراهم فقصدته أخذ الدراهم (قال) ولو سرق جرابا فيه مال أوجوا لقا فيه مال أو كيسا فيه مال قطع لانه وعاء يوضع فيه المال فمقصود السارق المال دون الوعاء فأما القميص ونحوه من الثياب ليس بوعاء للمال فكان قصده سرقة الثوب الا أن يكون عالما بالمال المصنوع فيه فحينئذ يعلم أن قصده المال دون الثوب لما اختاره من بين سائر الثياب مع العلم (قال) وان سرق عبدا فان كان بالغا أو

[162]

صبيا يعقل ويتكلم لا يقطع لان هذا خداع لاسرقة 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 استحس ان لا أقطعه لان المملوك من جنس الحر فان الجنسية لا تتبدل بالرق وإذا كان لا يقطع بسرقة جنسه من الاحرار 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 الاصل في دار الاسلام غير مرغوب وذلك لا يوجد في المماليك خصوصا في الصغار منهم (قال) فان سرق شاة من مرعاها لم يقطع لانها غير محرزة والمقصود من تركها

من المرعى الرعى دون الاحراز وان سرقتها من دار قطع لانها محرزة بالدار كسائر الاموال وكذلك الابل والبقر والفرس والحمار والبغل فان كانت تأولي بالليل إلى حائط قد بنى لها عليه باب يعلق عليها ومعها من يحفظها أو ليس 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 ولانها بالليل تجمع في المراح للاحراز والحفظ ثم المذهب عندنا أن المكان الذي هو حرز لمال يكون حرزا لما آخر حتى لو سرق ثياب الراعى من هذا الموضع يقطع وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى المراح حرز للدواب دون غيرها من الاموال لان المعنى في احراز كل مال ما هو المعتاد ومعتاد احراز الدواب بالمراح دون سائر الاموال الا ترى انه 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 احدهما بيضاء وقال الآخر سوداء فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى تقبل هذه الشهادة وعندهما لاتقبل قال الكرخي رحمه الله في لونين متشابهين كالحمرة والصفرة تقبل عنده فأما فيما لا يتشابه كالسواد والبياض لاتقبل الشهادة بالاتفاق والاصح ان الكل على الخلاف فهما يقولان اختلفا في المشهود به على وجه لا يمكن التوفيق فلا تقبل الشهادة كما لو شهد احدهما انه سرق ثورا والآخر انه سرق انثى أو شهد احدهما انه سرق بقرة والآخر انه سرق بعيرا والدليل عليه ان في الغصب لو اختلف الشهود

[163]

في لون البقرة لم تقبل مع ان الثابت به مما لا يندري بالشبهات وهو الضمان ففي السرقة التي يتعلق بها ما يندري بالشبهات أولى ولا معنى لقول من يقول لعله كان أحد شقى البقرة أبيض والآخر اسود لان تلك بقاء لا سوداء ولا بيضاء وابو 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 سكنا عن بيان لون البقرة لم يكلفهما القاضى بيان ذلك ولهذا تبين انه ليس من صلب الشهادة والاختلاف فيما ليس من صلب الشهادة إذا كان على وجه يمكن التوفيق لا يمنع قبول الشهادة وههنا التوفيق ممكن بأن كان أحد جانبيها ابيض والآخر اسود وقوله هذه تسمى بقاء نعم ولكن في حق من يعرف اللونين اما في حق من لا يعرف الا احدهما فهو على ذلك اللون وشهود السرقة يتحملون الشهادة من بعيد في ظلمة الليل فلا يتمكنون من ان 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 والانثى فانه لا يوقف على هذه الصفة الا بعد القرب منها وعند ذلك لا يشتهى ولا حاجة إلى التوفيق (قال) ولو شهدا أنه سرق ثوبا فقال احدهما هروى وقال الآخر مروى فقد ذكر هذه المسألة في نسخ ابي سليمان على الخلاف أيضا وفي نسخ ابي حفص قال لاتقبل هذه الشهادة عندهم جميعا ووجه الفرق لابي 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 فان كان لا يساوي عشرة دراهم بعدما شقه لم يقطع بالاتفاق لان المعتبر كمال النصاب عند تمام السرقة وتمامه بالاخراج من الحرز فإذا لم تكن قيمته نصابا عند الاخراج لم يلزمه القطع بخلاف مالو شقه بعد الاخراج فانتقصت قيمته من النصاب وذلك لان سرفته تمت في نصاب كامل ثم التعيب تقويت جزء من الثوب ولو استهلك الكل بعدما أخرجه من الحرز لم يسقط القطع فكذلك إذا فوت جزءا منه بخلاف ما قبل الاخراج

[164]

فانه 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 بقوات شيء منه بعد الاخراج وانما 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 ان النصاب يشترط لايجاب القطع فيشترط بقاؤه إلى وقت الاستيفاء كالثبات على الاقرار والشهادة وقد انعدم ذلك لان نقصان السعر فتور رغائب الناس فيه وذلك لا يكون مضمونا على أحد فانما يقطع باعتبار هذا العين فقط وقيمته دون النصاب خلاف ما اذا كان النقصان في العين لانه يتقرر الضمان عليه بقدر ما فات من العين فانما يقطع باعتبار هذا العين فيما صار ديننا في ذمته وهو نصاب كامل فاما إذا شق الثوب في الحرز ثم أخرجه وهو يساوي عشرة فان 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 فاما إذا كان النقصان فاحشا فان اختار أخذ الثوب وتضمن 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 سماعه رحمه الله تعالى هذا الخلاف على قلب هذا ولكن ما ذكر في الاصل 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 ان البائع بالخيار ثم سرفته منه وبيان ذلك أنه ثبت للمالك خيار تضمين القيمة اياه والمضمونات تملك بالضمان فعرفنا ان سبب الملك انعقد له قبل الاخراج وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يقولان تمت سرفته في نصاب كامل فعليه القطع كما لو كان النقصان يسيرا وبيان ذلك ان شق الثوب من السارق عدوان محض فلا يصلح سببا للملك انما يكون سبب الملك ما هو مشروع وهو يقرر الضمان عليه وهذا الملك يثبت شرطا لتقرر الضمان كيلا يجتمع البديل والمبدل في ملك رجل واحد فاما ان يكون العدوان سبب المملك فلا إذا ثبت هذا فإذا اختار المالك تضمينه قبل ان يقطع فقد صار

مملكا للثوب منه وذلك مسقط 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 وأتمام فعل السرقة فيما يتسارع إليه الفساد غير موجب للقطع وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى لهذه العلة ولثبوت 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 سرقه مرة أخرى لم يقطع عندنا استحسانا وعن أبي يوسف انه يقطع وهو القياس وهو قول الشافعي لانه سرق مالا كامل المقدار من حرز لاشبهة فيه وبهذه الاوصاف قد لزمه القطع في المرة الاولى فكذلك في المرة الثانية وهذا لانه 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 عزلا فقطعت يده ثم نسجه المالك ثم سرقه 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 فخرّب ثم أعيد ذلك الحرز فسرق منه مرة أخرى قطع فكذلك المال ولان هذا حد لله تعالى خالصا فيتكرر بتكر الفعل في محل واحد كحد الزنا فان من زنى بامرأة فحد ثم زنى بها مرة أخرى لزمه الحد بخلاف حد القذف فانه حق المقدوف عندي وخصومته في الحد غير مسموعة في المرة الثانية لان المقصود اظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقدوف وقد حصل ذلك بالمرة الاولى (ووجدنا) 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 يبقى ما سبق مورثا شبهة والقطع بندري بالشبهات وهو نظير ما يوجد مباح الاصل في دار الاسلام إذا أحرزه انسان صار مالا متقوما له ومع ذلك لم يقطع السارق فيه باعتبار الاصل 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 الاعيان ألا ترى 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 يردّه على البائع الاول فدل أن تبدل سبب الملك كتبدل العين فأما الغزل إذا نسجه فهو في حكم عين آخر فلهذا لو فعله الغاصب كان الثوب مملوكا له فانما سرق في المرة الثانية عينا أخرى وعلى هذا الحرز فانه إذا أعيد الحرز كان هذا حرزا متجددا غير الاول لان الحرز ليس بعبرة عن عين الجدار بل هو عبارة عن التحفظ والتحصن وكذلك حد الزنا فانه يجب باعتبار المستوفى

فالمستوفي مثلاً شيئاً والمستوفي في المرة الثانية غير المستوفي في المرة الأولى فهذا 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 ولأن هذا حد لا يستوفى إلا 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 استوفي بخصومته مرة ما هو جزاء سرقة هذا العين فيمكن شبهة في خصومته في المرة الثانية وذلك مانع من القطع الذي يندرج بالشبهات غير مانع من الضمان الذي يثبت مع الشبهات بخلاف حد الزنا فإنه لا تعتبر الخصومة فيه (قال) والسارق تقطع في المرة الأولى يده اليمنى فإن سرق ثانياً قطعت رجله اليسرى فإن سرق بعد ذلك لم يقطع عندنا استحساناً ولكن يعزر ويحبس حتى تظهر توبته وعند الشافعي رحمه الله تعالى في المرة الثالثة تقطع يده اليسرى وفي المرة الرابعة تقطع رجله اليمنى ثم يحبس بعد ذلك وعند أصحاب الطواهر في المرة الخامسة يقتل وحثه قوله تبارك وتعالى فاقطعوا أيديهما واسم اليد يتناول اليسرى كما يتناول اليمنى بدليل آية الطهارة ولا معنى لاستدلالكم بقراءة ابن مسعود رضى الله عنه وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما لأن بهذه القراءة ينبغي أن تقطع رجله اليمنى ثم عندكم إذا سرق وهو مقطوع اليد اليسرى أو مقطوع الإبهام من اليد اليسرى لم تقطع يده اليمنى وبالقراءتين وبالاجماع صار قطع اليمنى مستحقاً من السارق فلا يجوز تركه بالرأى وفي حديث أبي هريرة رضى الله عنه أن

[167]

النبى صلى الله عليه وسلم قال إذا سرق السارق فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه إلى أن قال في الخامسة فإن عاد فاقتلوه وفي رواية مفسراً في المرة الأولى ذكر اليد اليمنى وفي الثانية الرجل اليسرى وفي الثالثة اليد اليسرى وفي الرابعة الرجل اليمنى وروى المعلى أنه قطع من السارق هكذا وقد بينا حديث أبى بكر وعمر رضى الله عنهما والمعنى فيه أن اليد اليسرى يد باطشة فتقطع في السرقة كاليمينى وهذا لأن سرقة بالبطش والمشى يتأنى فقطعت هذه الاعضاء للزجر لتفويت ما به تتأنى 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 كالعصا والدليل عليه أنه إذا أخطأ الحداد فقطع اليسرى مكان اليمنى لم يضمن وكان مستوفياً للحد حتى لا يضمن السارق المسروق واستيفاء الحد من غير محله لا يتحقق فتبين أن اليسرى محل إلا أنه لا يصار إليها في المرة الثانية مراعاة للترتيب المشروع وكان المعنى في شرع هذا الترتيب أن يكون الحد زاجراً له بالتنقيص له من بطشه ومشيه فإن لم يحصل الانزجار به فالزجر بالتفويت يتحقق به الانزجار (وحدثنا) فيه قراءة ابن مسعود رضى الله عنه فاقطعوا أيماهما قال إبراهيم النخعي أن من قرأنا والسارقون والسارقات فاقطعوا أيماهما وهذه القراءة من القراءة المشهورة بمنزلة المقيد من المطلق فيصير كأنه قال فاقطعوا أيماهما من الأيدي فلا يتناول الرجل أصلاً ولا يتناول اليسرى والدليل عليه أنه في المرة الثانية لا تقطع يده اليسرى ومع بقاء المنصوص لا يجوز العدول إلى غيره فلو كان النص متناولاً لليد اليسرى لم يحز قطع الرجل مع بقاء اليد والأيدي وإن ذكرت

بلفظ الجمع فالاصل ان ما يوجد من خلق الانسان تذكر تشنيته بعبارة الجمع قال الله سبحانه وتعالى فقد صفت قلوبكما يقال ملات 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 الايدي والارجل من العرنيين وسمل أعينهم ثم انتسخ ذلك باستقرار الحدود وقيل كان ذلك الرجل مرتدا على ما قال جابر رضى الله عنه في حديثه أتى رسول الله صلى

[168]

الله عليه وسلم بسارق فقال اقتلوه ف قيل انما سرق يارسول 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 طان أن موجب السرقة القتل أمر بقطعه حتى تبين لهم ذلك في المرة الخامسة فأمر بقتله فلما كان مستوحبا للقتل يباح قطع الاعضاء منه وقد بينا أن الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا في هذه المسألة اختلافا ظاهرا واختلافهم يورث شبهة ثم أخذنا بقول علي رضى الله عنه لانه حاجهم بالمعنى حيث قال انى لا استحى من الله أن لأدع له يدا يبطش بها ورجلا يمشى عليها وفي هذا بيان أن القطع انما شرع زاجرا لامتلافا وفي استيفاء الاعضاء الاربعة اتلاف حكما أو شبهة الاتلاف والشبهة تعمل عمل اتلاف فيما يندرى بالشبهات وبيان الوصف أن الامام مأمور بالتحرز عن الاتلاف عند اقامة الحد بحسب الامكان الأتري 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 ترى أن في باب الطهارة لا يتحول إلى الرجل الا بعد الفراغ من اليدين وانما شرع الترتيب هكذا للتحرز عن الاتلاف الحكمى فدل أنه شرع زاجرا لا متلغا وفي قطع الاعضاء الاربعة اتلاف للشخص حكما فان فيه تفويت منفعة الجنس على الكمال وبقاء الشخص حكما ببقاء منافعه فلهذا 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 ترى ان الاتلاف الحقيقي يستحق به إذا كان المساواة فيه بخلاف ما نحن فيه فاما الحداد انما لا يضمن إذا قطع اليسرى لانه عوضه من جنس ما فوت عليه ما هو خير له منه والاتلاف بعوض لا يكون سببا لوجوب الضمان وانما اسقطنا 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 مريضاً لا تقطع يده اليمنى مع وجود المحل لانعدام الشرط فربما ينضم ألم القطع إلى ألم المرض فيؤدى إلى الالتلاف وكذلك في الحر الشديد والبرد الشديد فهذا مثله (قال) وان شهد شاهدان على رجل بالسرقة فقطعت يده ثم أتيا بانسان آخر وقالا هذا السارق الذى شهدنا عليه ولكننا أخطأنا بذلك لم تجز شهادتهما على هذا وضمنا دية يد الاول هكذا روى عن علي رضى الله عنه أنه أتى برجل شهد عليه رجلان بالسرقة فقطع يده ثم أتيا بآخر فقالا وهما يا أمير المؤمنين انما 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 انما ذكر هذا اللفظ على سبيل التهديد ولم يكن كذبا منه لانه عقله بشرط لا سبيل إلى معرفته وقد صح عن علي رضى 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 الاول فكانا ضامنين لما استوفى بشهادتهما وان لم يرجعا ولكنهما وجدا عبيدين 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 يبطل 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 وان 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 فانما شهد هذين على رجوع باطل (قال) وإذا شهد رجلان وامرأتان على رجل بسرقة مال لم يقطع وأخذ بالمال وكذلك الشهادة على الشهادة لان في شهادة النساء ضرب شبهة من حيث ان الغالب عليهن الضلال والنسيان واليه أشار الله تعالى تبارك وتعالى في قوله ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى فلا يثبت بشهادتهما ما كان يندري 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 ان الكلام إذا تداولته اللسان يتمكن فيه زيادة ونقصان (قال) وإذا شهد شاهدان على رجلين انهما سرقا من هذا الرجل ألف درهم واحد الرجلين غائب قطع الحاضر وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الآخر وهو قولهما وفي قوله الاول لا يقطع ذكر القولين بعد هذا في الاقرار إذا أقر أنه سرق مع فلان الغائب لم يقطع في قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى الاول وهو قول زفر رحمه الله تعالى ويقطع المقر في قوله الآخر وهو قولهما وقد بينا نظيره في الحدود إذا أقر أنه زنى بغائبة وجه قوله الاول ان الغائب لو حضر ربما يدعي شبهة يدرا 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 الاولى 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 لانه ليس من ضرورة ثبوت السرقة على الحاضر ثبوتها على الغائب فلهذا يشترط اعادة البينة على الغائب ليقطع (قال) وان كان القاضى يعرف شهود الحدود والقصاص انهم أحرار مسلمون غير أنه لايعرف عدالتهم ولا يطعن فيهم السارق حبسه حتى يسأل عنهم لانه صار متهما بارتكاب الكبيرة فيحبس ولا تقطع يده قبل السؤال عن الشهود لان هذا شئ لو وقع فيه الغلط لا يمكن تداركه وتلافيه فعلى الحاكم أن يسأل عن الشهود صيانة لقضاء نفسه طعن الخصم فيه أو لم يطعن وهذا لان الشبهة متمكنة في شهادتهم قبل التزكية ومع تمكن الشبهة لا يقدم على استيفاء مايندرئ بالشبهات فأما في غير الحدود والقصاص مما لا يندرئ بالشبهات فالقاضي يقضى عند أبي حنيفة رحمه الله قبل أن يسأل عنهم إلا أن يطعن الخصم فيهم أو

[171]

يستريب فيهم وعندهما لا يقضى ما لم يسأل عنهم على كل حال لانه مأمور بالقضاء بالشهادة العادلة فما لم تظهر العدالة عنده لا يجوز له أن يقضى شرعا كما في الحدود وهذا لانه مأمور بالتوقف في خبر الفاسق منهي عن العمل به فانما ينتفى 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 الاشعري رضي الله عنه فقد عدل رسول الله صلى الله عليه وسلم كل مسلم باسلامه فتعديل صاحب الشرع اياه لا يختلف عن تعديل المزكى فيتمكن 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 منزجرا عن ارتكاب مايمتقد 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 فانما يشتغل به عند طلبه فاما قبل الطلب لو اشتغل القاضي به كان ذلك منه انشاء لخصومة وهو مأمور بفصل الخصومة لا بانشائها فكان ذلك اعانة منه لاحد الخصمين وهو منهي 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 لايقام 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 انك شربت مدامة * فقلت لهم لابل أكلت السفرجلا فكان هذا شاهد زور ألا ترى أنه لايقام الحد لوجود الرائحة ما لم يشهد الشهود عليه بالشرب

[172]

أو يقر به وهما احتجا بحديث ابن مسعود رضى الله عنه أنه أتى ؟ بشارب الخمر قال مزموه وترتروه واستنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فحدوه فقد شرط لاقامة الحد وجود الرائحة والمعنى فيه ان حد الخمر ضعيف من الوجه الذى بينا أنه لانص فيه فلا يقام الا على الوجه الذى ورد الاثر به وانما ورد الاثر باقامة الحد على من كان الخمر في بطنه ولوجود الخمر في بطنه علامة وهو وجود الرائحة منه فلا يقضى الا بظهور تلك العلامة كالمرأة إذا ادعت الولادة ما لم تشهد القابلة بذلك لا يقضى الغاضى به ثم زوال رائحة الخمر بعد الشرب لا يكون الا بمضى زمان وقد بينا أنه لانص في حق التقادم فغيما 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 فجاؤا به بعد زوال الرائحة لبعد المسافة فالصحيح انه لا يمتنع استيفاء الحد بشهادتهم لانه لم يوجد منهم تفريط وما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا الأتري أن الامام إذا علم أن الشارب تكلف لازالة الرائحة لا يمتنع من اقامة الحد عليه فهذا مثله (قال) وإذا قطعت يد السارق وقد قطع الثوب قميصا ولم يخطه أو صبغه اسودا وباعه من رجل أو وهبه منه وهو بعينه في يده فانه يرد على المسروق منه لان القطع نقصان وكذلك السواد في الثوب نقص والبيع والهبة من السارق باطل لانه 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 فان كان خا ط الثوب فلا سبيل للمسروق منه عليه لما اتصل بالثوب من وصف متقوم هو حق السارق الأتري أن الغاصب لو قطع الثوب وخاطه لم يتمكن المغصوب منه من أخذ الثوب منه بعد ذلك فهذا مثله الا أن هناك يكون الغاصب ضامنا للثوب بمنزلة مالو أتلفه أو أتلف في يده وههنا لا يكون ضامنا لانه 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 الا 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 لأن عند تسليم الثوب له يجعله في حكم المستهلك ولو استهلك المغصوب حقيقة كان ضامنا له ولو استهلك المسروق حقيقة لم يكن ضامنا فباعتبار هذا المعنى يقع الفرق بينهما في هذا الجانب فأما عند اختيار الأخذ فلا فرق بين الغاصب والسارق ومن حيث أن كل واحد منها جان وإن 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 لأن هذا حق ضعيف له مقصور على العين ألا ترى 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 فإن 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 وافتران الشركة بالسرقة يمنع وجوب القطع فاعتراضها بعد السرقة يمنع الاستيفاء وبالاجماع يستوفى القطع من السارق فعرفنا أنه لم يبق حق المسروق منه في الثوب (فإن قيل) هذا فاسد فإنه إذا جعل السارق متملكا للثوب يمنع استيفاء القطع منه أيضا (قلنا) نعم ولكن يجعل الثوب في حكم المستهلك فانما يقطع بسرقة ما قد صار مستهلكا لا باعتبار ما هو مملوك له في الحال كما إذا خاط الثوب فأما مع بقاء حق الأخذ 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 معنى 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 إلا بعد ثبوت الشركة بينهما في المبيع وعلى هذا الخلاف لو كان المغصوب سويقا قلته بسمن لأن السمن زيادة في السويق من غير أن يكون مبدلا 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 لأن 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 لابي يوسف رحمه الله تعالى فيقول هناك لو اعتبرنا حق الغاصب في الصنعة لم يبطل 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 وإن كانت لاتتقوم منفردة عن الأصل فكان

إبقاء حق المسروق منه في العين أولى فإن كانت السرقة صفرا فجعلها قمقمة أو حديدا فجعله درعا لم يأخذه لان للصنعة قيمة في هذه الاعيان ولهذا يخرج بالصنعة من أن يكون مال الربا فلا بد من اعتبارها حقا للشارق ثم هذه الصنعة لو وجدت من الغاصب انقطع بها حق المعصوب منه عن استرداد العين فكذلك إذا وجدت من السارق وكذلك كل شيء من العروض وغيرها إذا كان قد غيره عن حاله فإن كان التغيير بالنقصان فللمسروق منه أن يأخذ كما للمعصوب منه الا ان المعصوب منه يضمن الغاصب النقصان والمسروق منه لا يضمنه النقصان اعتبارا بالاتلاف الجزاء باتلاف الكل وان كان التغيير زيادة فيه فإن كان على وجه لو حصل من الغاصب لا يتمكن المعصوب منه من أخذ العين بعد ذلك فكذلك المسروق منه لا يتمكن من أخذه وان كان على وجه لا يتعذر على المعصوب 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 المعصوب منه يتمكن من الاسترداد بعد الولادة وان حق الواهب لا ينقطع في الرجوع بالولادة وهذا بخلاف السمن والصيغ فالزيادة هناك في ملك السارق يثبت باعتبارها معنى الشركة وههنا الزيادة في ملك المسروق منه فلا يثبت باعتبارها للشارق شركة (قال) وإذا قطع في صوف أو كتان أو قطن فرده على صاحبه فصنع منه ثوبا ثم سرقه فعليه القطع لان العين تتبدل بالصنعة والثوب في حكم الحادث بالنسج ألا ترى أنه لو وجد هذا من الغاصب كان الثوب مملوكا له فسرقته لذلك بعد

[175]

صنعته بمنزلة سرقته مالا آخر (قال) فان 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 ان 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 المشى فان اليد اليسرى إذا كانت شلاء فقطعت رجله اليسرى لا يمكنه المشى بعضى 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 بعله 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 المشى فإنه لا يمكنه المشى بعده بعضى فان كانت رجله اليسرى شلاء قطعت يده اليمنى لانه ليس فيه تفويت فإنه يتمكن من المشى بعضى 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 لغوات المحل وهو ضامن قيمة المسروق لان سقوط ذلك لضرورة استيفاء القطع حقا لله تعالى ولم يوجد ذلك وكذلك إذا كان قطع يده اليسرى لانه 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 لانه سقطت قيمة يده بقضاء الامام عليه بالقطع فالقاطع استوفى
يدا لاقيمة لها فلم يكن ضامنا ولكن الامام يؤديه على ذلك لانه اساء الادب
حين قطعه قبل ان يأمر الامام به وان أمر القاضى الحداد بقطع يده اليمنى
فأخطأ و قطع يده اليسرى فهو ضامن في القياس لان بالقضاء بالقطع في
اليد اليمنى لم تخرج اليد اليسرى من أن تكون محترمة متقومة فقطعها
خطأ قبل القضاء وبعده سواء وفي الاستحسان لا شئ عليه لان فعله حصل
في موضع الاجتهاد فان المنصوص عليه قطع اليد من السارق وقد قطع
اليد واجتهد وان أخطأ فلا

[176]

ضمان عليه إذا كان فعله في موضع الاجتهاد يوضحه انه وان فوت عليه
اليسرى فقد عوض اليمنى لانه 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 تعمد ذلك فان كان
السارق أخرج يده اليسرى فقال اقطعها فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه
قطعها باذن صاحب اليد الأتري أن من قطع يد الغير باذنه من غير أن يكون
قطعه مستحقا بالسرقه لم يكن ضامنا شيئاً فهذا أولي وان لم يكن أمره
فأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أخذاً بالقياس ههنا وقالوا يضمن
الحداد لانه جان فيما صنع متعد 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 ولانه 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 أنلف عليه شيئاً لان القطع في اليد لا يسقط عنه بذلك وان
قطع رجله اليسرى فلم يعوضه شيئاً لان القطع لا يسقط عنه بهذا وان
قطع رجله اليمنى فلم يعوضه من جنس ما فوت عليه لان منفعة البطش
ليست من جنس منفعة المشى (قال) وإذا حكم عليه بالقطع بشهود في
السرقه ثم انفلت ولم يكن حكم عليه حتى انفلت فأخذ بعد زمان لم يقطع
لما بينا أن حد السرقه لا يقام ؟ بحجة البينة بعد تقادم العهد والعارض في
الحدود بعد القضاء قبل الاستيفاء كالعارض قبل القضاء وان اتبعه الشرط
وأخذه من ساعته قطعت يده لان مجرد الهرب ليس بمسقط للحد عنه
ولانه 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 بالتوبة قبل قدرة الامام عليه ففي الصغرى أولى
ولان الامام لا يتمكن من اقامة الحد عليه الا بعد ظهور السرقه عنده ولا
تظهر إذا رد المال قبل أن يرفع إليه لان السرقه لا تظهر عنده الا
بالخصومة في المال ولا خصومة بعد استرداد المال ولانا قد بينا أن
الخصومة شرط وانعدام الشرط قبل القضاء يمنع القاضى من القضاء
بالقطع وإذا كانت اصبعان من اليسرى مقطوعة لم تقطع يده اليمنى في
السرقه لان قطع الاصبعين ينقص من البطش باليد اليسرى أو يفوت
بمنزلة

الشلل فقطع اليد اليمنى بعد ذلك يكون تفويتا لمنفعة الجنس وكذلك ان كانت الابهام وحدها مقطوعة لان منفعة البطش منها تفوت بقطعها كما تفوت بالشلل وإذا كانت أصبع واحدة سواها مقطوعة قطعت اليد اليمنى لان قطع الاصبع الواحدة سوي الابهام لا يفوت منفعة البطش من اليسرى فقطع اليد اليمنى في هذه الحالة لا يفوت عليه منفعة البطش وان كانت رجله اليمنى مقطوعة الاصابع فان كان لا يستطيع القيام والمشي عليها قطعت يده وان كان لا يستطيع أن يمشى عليها لم تقطع وكذلك ان كان المقطوع من رجله اليسرى أصبعين لان فيه تفويت منفعة المشى 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 بخصوصتهم ولم يضمن شيئا من السرقات المستهلكة لان في حق كل واحد منهم قد استوفى الحد بخصوصته بعدما ظهرت السرقة فكأنه ليس معه غيره وان حضر أحدهم قطعت يده بخصوصته 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 نواتره هذا الخلاف على عكس هذا وما ذكره في الاصل أصح وجه قولهما ان الاخذ الموجب للضمان متقرر في حق كل واحد منهم حتى لو سقط الحد بشبهة كان ضامنا لكل واحد منهم ماله فانما سقط الضمان لضرورة استيفاء القطع حقا لله تعالى وانما 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 الباقيين لان الحاضر ليس بخصم عنهم ولانه ما خاصم الا في سرقة فيجعل في حقهم كأنه تعذر اقامة الحد للشبهة فبقي الضمان واجبا لهم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول في حق السارق حضور أحدهم كحضورهم فانه لا يقطع به الايد واحدة في الاحوال كلها وكما لا يضمن شيئا لو حضروا فكذلك إذا حضر بعضهم وهذا لان الحد هو المستحق عليه بكل شئ 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 نقيب بيت هذا وأخرج منه كارة لا يدرين

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 فالمخرج من بيته قد يكون ماله وقد يكون مال لمخرج وان قالوا نشهد أنه سرق منه هذا المتاع فإذا هو ثياب مختلفة تساوي مالا عظيما قطع لانهم شهدوا بفعل السرقة في معلوم فان الاعلام بالاشارة إلى العين أبلغ من الاعلام بالتسمية ولان الشاهد لا يتمكن عند تحمل الشهادة من أن يقتص ما سرقة ليتأمل كل ثوب منه ولا يكلف أداء الشهادة بما ليس في وسعه (قال) وان كان للسارق 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 يبدل وبغير بدل وإنما تعلق الدين
 بالمال من حيث أن قضاء الدين يكون به فأما قبل القضاء فلا حق لصاحب
 الدين في مال المديون الا 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 انما أردت أن أخذه رهنا بحقي أو قضاء
 لحقي درئ عنه الحد لشبهة اختلاف العلماء رحمهم الله تعالى فان ابن أبي
 ليلى رحمه الله كان 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 وان كان هو مخطئا في ذلك التأويل عندنا (قال) وان سرق
 الحربى المستأمن في دار الاسلام لم يقطع وهو ضامن الا على قول أبى
 يوسف وابن أبي ليلى رحمه الله تعالى فانهما 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 بينا حديث عمر حين قضى بالقطع
 على السارق فقال عثمان رضى الله عنه سرقته لا تساوي الا ثمانية دراهم
 فدرأ القطع عنه (قال) وان كان أراها واحدا منهم فقال هي تساوي عشرة

[179]

دراهم لم يقطعها حتى يريها لآخر منهم لان الحجة الحكمية لا تتم بقول
 واحد وشرط القطع يعتبر ثبوته بالحجة الحكمية فلهذا لا يكتفى 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 الا أن يقول آخر لا يساوي ذلك فحينئذ للمعارضة
 تتمكن الشبهة كما لو أقر بالسرقة ثم رجع (قال) فان سرق ديناراً أو مثقال
 ذهب لا يساوي عشرة دراهم لم يقطع لقيام الدليل على ان نصاب السرقة
 يتقدر بعشرة دراهم وغير المنصوص يقام مقام المنصوص عليه باعتبار
 القيمة فإذا لم تبلغ قيمته نصاباً لم يتم شرط القطع ولا يقال الدينار كان
 مقوماً بعشرة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لان ذلك شئ
 يختلف باختلاف الاوقات والامكنة في قلة الوجود وكثرة الوجود وليس هذا
 الحكم شرعياً 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 لانهم عرفوه بالاشارة إليه فهو أبلغ من
 ذكر الاسم والنسبة ولانه 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 لى في دخولي أو قال كنت ضيفاً عنه درئ عنه
 القطع لانه لو ثبت ما ادعاه لم يكن فعله موجبا للقطع فيمجرد دعواه
 تتمكن الشبهة كما لو ادعى ملك العين لنفسه وهذا لانه إذا آل الامر الى
 الخصومة والاستحلاف فلا يستحسن اقامة القطع معه (قال) وان كان
 القوم في دار واحدة كل رجل في مقصورة وباب عليه مغلقة دون مقصورة
 صاحبه فنقب رجل منهم على صاحبه فسرق منه قال لا يقطع الا أن تكون

دارا عظيمة فيقطع وقد بينا ان الدار العظيمة كالمحلة فكل مقصورة منها
حرز على حدة ومن يسكن بعض المقاصير يتم منه فعل السرقة في
مقصورة صاحبه فاما إذا كانت دارا صغيرة فيبوت هذه الدار كلها حرز واحد
وان كان يعلق على كل بيت منها باب فمن يسكن بعض هذه البيوت فهو
متمكن من الدخول في الحرز شرعا قيصير ذلك شبهة في درء العقوبة عنه
ولهذا قلنا في الدار الصغيرة لو أخذ مع المتاع في صحن الدار لا يقطع ما
لم يخرج إلى السكة بخلاف الدار العظيمة فان السارق إذا أخذ من
مقصورة منها إذا أخذ في صحن الدار يقطع (قال) وإذا أجر الرجل منزله
من رجل وهو في منزل آخر فسرق المؤاجر من المستاجر متاعه من ذلك
الموضع قطع في قول أبي حنيفة رحمه الله

[180]

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 المستاجر 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 المستاجر 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 بعارة عن عين
الجدار ولكنه عبارة عن التحفظ بها وذلك صار للمستاجر خالصا لاحق للأجر
فيه في مدة الاجازة 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 المستاجر إذا سرق متاع الأجر من منزله ففي بعض النوادر ذكر أنه على
الخلاص أيضا والاصح أنه إذ كان المنزل المؤاجر حرزا على حدة والمنزل
الذي يسكنه المؤاجر حرزا على حدة فانه يلزمه القطع عندهم لانه لا تأويل
للمستاجر في منزل المؤاجر ولا شبهة وقد ذكر الخلاف في بعض نسخ
الاصول وتأويل ذلك فيما إذا كانت صغيرة أجر منزلا 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 منزلا
منها من انسان فهذا فصل مشتبه ولكن الجواب الصحيح فيه ما بينا ثم ذكر
في الاصل ما يقطع فيه وما لا يقطع من الاعيان وذكر في الجملة أنه يقطع
في الحناء والوسمة وقد ذكر قبل هذا أنه لا يقطع فيهما فتأويل ما ذكر
قبل هذا في الرطب منه قبل أن يحرزه صاحبه احرارا تاما وتأويل ما ذكر
هنا 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 لان 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 فانه يقول هذا من الاحجار ولا قطع
في الحجر ولكننا نقول انما لا يقطع في الحجر لمعنى التفاهة وما يكون من
أعز الاموال يرغب فيه من يتمكن منه لا يكون نافها (قال) ولا يقطع في
الزجاج أما جوهر الزجاج فلانه يوجد مباح الاصل 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 والاصل فيه أنه لا يجب لان هذا مما يتسارع إليه الكسر فهو في معنى ما يتسارع إليه الفساد ولان الصنعة فيه لاتغلب على الاصل عادة وعلى هذا الاصل قال لا يقطع في البواري والقصب لان القصب يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ثم الصنعة لاتغلب على الاصل من حيث أنه لا يتضاعف قيمته بالصنعة ويكون نافعا بعد الصنعة في الاستعمال والبسط في المواضع المحرزة وغير المحرزة بخلاف المعمول من الخشب فالصنعة هناك تغلب على الاصل ألا ترى أن القيمة تزداد بالصنعة أضعافا وذكر أن في العلاج يجب القطع وكذلك في الابنوس لان هذا مما لا يوجد مباح الاصل في دار الاسلام ولانه لا يكون نافعا فان من يتمكن من أخذه لا يتركه عادة وعلى هذا يجب القطع في الصندل والعنبر وما أشبهه لانه لا يوجد مباح الاصل في دار الاسلام غير مرغوب فيه وانما يوجد ذلك في دار الحرب وذلك لا يمكن شبهة في الاموال لان الاموال كلها في دار الحرب على الاباحة (قال) وإذا شهد شاهدان أنه سرق من هذا العبد كذا وكذا يقطع وكذلك السارق من أهل الذمة ومن مال اليتيم لانه 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 الحربى المستامن عندنا استحسانا وفى القياس يقطع وهو قول زفر رحمه الله لان ماله محرز بدارنا فانه معصوم كمال الذمي وجه الاستحسان أن العصمة بالاحراز بالدار واحراز المستامن 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 ولانه بقي حربيا حكما حتى يبقى النكاح بينه وبين زوجته في دار الحرب ومال الحربى مباح الاخذ الا أنه يتأخر اباحة الاخذ بسبب الامان إلى أن يرجع إلى دار الحرب فيصير ذلك شبهة في اسقاط القطع عن السارق بخلاف الذمي فانه يتم احراز نفسه بعقد الذمة ويخرج به من أن يكون حربيا من كل وجه (قال) رجل من أهل العدل أغار في عسكر أهل البغى ليلا فسرق من رجل منهم مالا فجاء به إلى الامام العدل قال لا يقطعه لان لاهل العدل أن يأخذوا أموال أهل البغى على أي وجه يقدرين على ذلك ويمسكوه إلى أن يتوبوا أو يموتوا فيرد على ورثتهم فتتمكن الشبهة في أخذه بهذا الطريق وكذلك لو أغار رجل من أهل البغى في عسكر أهل

العدل لم يقطع أيضا لان أهل البغى يستحلون أموال أهل العدل وتأويلهم وان كان فاسدا فإذا انضم إليه المنعة كان بمنزلة التأويل الصحيح ألا ترى أنه لا يضمن الباعى 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 لانه تحت حكم أهل العدل فيتمكن امام أهل العدل من استيفاء القطع منه بخلاف الذى هو في عسكر أهل البغى فان يد امام أهل العدل لا تصل إليه فلهذا افترقا (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 وحجتها ما روى عن علي رضي الله عنه ان رجلا أقر بالسرقة عنده مرتين فقطع يده وهذا لانه 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 استدلوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أتى بسارق فقال أسرفت ما أخاله سرق فقال سرقته 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 علة فقال لو لم أقطعه في المرة الاولى لم أقطعه في المرة الثانية لان المال صار دينا عليه بالاقرار الاول فهو بالاقرار الثاني يريد اسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون متهما في ذلك وان كان المال قائما بعينه رددته بعد الاقرار الاول 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 ان يقطع درئ القطع لانه ليس ههنا من يرد جوده إذ القطع من حق الله تعالى فيتحقق التعارض بين الخبرين فأما في حق المال لا يصح رجوعه لان المسروق منه يكذب 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 اياه حتى يتمكن من الرجوع عنه فلا يمكن اثباته بالبينة وسكوته كانكاره فان البينة لا تقبل الاعلى المنكر وانكاره بمنزلة

[183]

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 ان يكون مأذونا له أو محجورا عليه وكل وجه على وجهين اما ان يكون المال مستهلكا أو قائما بعينه في يده فان كان العبد مأذونا أقر بسرقة مال مستهلك فعليه القطع في قول علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله تعالى لا قطع عليه ولكن يضمن المال وان 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 يلقى حقه فانه يلقى كسبه أو ذمته وهو منفك الحجر عنه في ذلك فأما في حق القطع يلقى نفسه والفك بحكم الاذن لم يتناول له ألا ترى انه لو أقر بقرينته لانسان كان اقراره باطلا فكذلك اقراره بما يوجب استحقاق نفسه أو جزء منه يكون باطلا وجه قول علمائنا رحمهم الله تعالى ان وجوب الحد باعتبار انه آدمى مخاطب لا باعتبار انه 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 انه لانه في اقراره لان ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحق المولى والاقرار حجة عند انتفاء التهمة عنه (قال) فان كان العبد محجورا عليه فأقر بسرقة مستهلك قطعت يده الاعلى 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
كانه في يد المولى ألا ترى أنه لو أقر فيه بالغصب لا يصح فكذلك بالسرقة
وإذا لم يصح اقراره في حق المال بقى المال على ملك مولاه ولا يمكن أن
يقطع في هذا المال لانه ملك لمولاه ولا في مال آخر لانه لم يقر بالسرقة
فيه والمال أصل ألا ترى أن المسروق منه لو قال أبغى المال تسمع
خصومته ولو قال أبغى القلع ولا أبغى المال لا تسمع خصومته وكذلك قد
يثبت المال ولا يثبت القلع ولا يتصور أن يثبت القلع قبل أن يثبت المال
فإذا لم يصح اقراره فيما هو الاصل لم يصح فيما ينبنى عليه أيضا وأبو
يوسف رحمه الله تعالى يقول أقر بشئين بالقطع والمال للمسروق منه

[184]

واققراره حجة في حق القلع دون المال ماكان اقراره فيه حجة لان أحد
الحكمين ينفصل عن الآخر ألا ترى أنه قد يثبت المال دون القلع وهو ما إذا
شهد به رجل وامرأتان فكذلك يجوز أن يثبت القلع دون المال كما إذا أقر
بسرقة مال مستهلك وهذا لانا لا نقبل اقراره في تعيين هذا المال فيبقى
المسروق مستهلكا ويجوز أن تقطع يده وان لم يقبل اقراره في تعيين
المال كالحرق إذا قال الثوب الذي في يد زيد أنا سرقت من عمرو فقال زيد
هو ثوبي فانه تقطع يد المقر وان لم يقبل اقراره في ملك ذلك العين
للمسروق منه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول لا بد من قبول اقراره في
حق القلع لما بينا أنه في ذلك مبغى على أصل الحرية ولان القلع هو
الاصل ألا ترى أن القاضى يقضى بالقطع إذا ثبت السرقة عنده بالبينة ثم
من ضرورة وجوب القلع عليه كون المال مملوكا لغير مولاه لاستحالة أن
يقطع العبد في مال هو مملوك لمولاه وبثبوت الشئ يثبت ماكان من
ضرورته كما لو باع أحد ولدى التوأم فأعتقه المشتري ثم ادعى البائع نسب
الذى عنده يثبت نسب الآخر منه ويبطل عتق المشتري فيه للضرورة فهذا
مثله بخلاف الحر فان المال هناك لغير السارق وهو ذو اليد ولا يستحيل أن
يقطع في مال الغير فأما ههنا يستحيل أن يقطع العبد في مال هو مملوك
لمولاه فوزان هذا من ذاك أنه لو أقر بسرقة مال من انسان فقال المقر له
هو مالك لاحق لى فيه أو قال المقر له هذا المال لمولاك لاحق لى فيه ولو
قال ذلك لا تقطع يده بالاتفاق ولا بد من القضاء عليه بالقطع لما قلنا
فيقضى برد المال على المقر له بالسرقة (قال) واقرار الصبي بالسرقة
باطل ثم ؟ بلوغه قد يكون بالعلامة وقد يكون بالسن فأما البلوغ بالعلامة
فالغلام بالاحتلام أو بالاحبال وأقل المدة في ذلك اثنى عشرة سنة وفى
الجارية بالحيض أو بالحبل أو الاحتلام وأدنى المدة في ذلك تسع سنين
وعند عدم ذلك فعلى قول أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى
يحكم ببلوغهما إذا بلغا خمس عشرة سنة وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى
التقدير في الجارية بسبع عشرة سنة وفى الغلام في احدى الروايتين
بثمان عشرة سنة وفى الرواية الاخرى بتسع عشرة سنة وهو الاصح باعتبار
أنه زاد على أدنى المدة سبع سنين وأدنى المدة التى 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 فاقراره 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 كره والوعيد والضرب كره وهذا لان الاقرار انما 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 افتوا بصحة اقرار السارق بالسرقة مع الاكراه لان الظاهر ان 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 الامير فوجده قد ضرب السارق وأقر بالمال وجاء به فقال ما رأيت جوراً أشبه بالحق من هذا وان أقر طائعا ثم قال المتاع متاعى أو قال استود عينه أو قال أخذته رهنا بدين لى 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 ان كان دينه حالا أو مؤجلا وكذلك إذا أخذ جنس حقه والدين مؤجل وهذا استحسان وكان ينبغي في القياس ان يقطع لانه لاحق له في أخذ المال قبل حلول الاجل ولكنه استحسن فقال التأجيل لا ينبغي وجوب أصل المال انما يؤخر حق الاستيفاء فيكون وجوب الدين عليه شبهة (قال) ويستحب للامام ان يلحق السارق حتى لا يقر بالسرقة لما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقال أسرفت ما أخاله 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 زاجرا لامتلافا وإذا كان لا يتخوف عليه الموت ان قطع لم يؤخر لقوله صلى الله عليه وسلم لا ينبغي لوال ثبت عنده الحد ان لا يقيمه وان حبس إلى فتور الحر والبرد فمات في السجن فضمن المسروق دين في تركته لانه تعذر استيفاء القطع (قال) وإذا اجتمع في يده قطع في السرقة والقصاص بدئ بالقصاص وضمن السرقة لانه ان كان القصاص في النفس فقد بينا أنه إذا اجتمع في النفس وما دونه يقتل ويترك ما سوى ذلك وان كان القصاص في اليد اليمنى فقد اجتمع في اليد حقان أحدهما لله تعالى والآخر للعبد فيقدم حق العبد لحاجته إلى ذلك وكذلك ان كان القصاص في اليد اليسرى أوفى الرجل اليمنى أوفى الرجل اليسرى يبدأ

باستيفاء القصاص وإذا استوفى تعذر استيفاء القطع فيضمن المسروق فان قضى بالقصاص فعفى عنه صاحبه أو صالحه قطعت يده في السرقة لان القطع في السرقة كان مستحقا وقد سقط ما كان مقدا عليه وهو القصاص وان لم يصلح حتى مضى زمان وهما يتراضيان فيه على الصلح ثم صالحه درأت القطع في السرقة لتقادم العهد فان ذلك مانع من استيفاء القطع بحجة البينة وان كان القصاص في الرجل اليسرى بدئ بالقصاص ثم يحبس حتى يبرأ ثم تقطع يده في السرقة وكذلك ان كان القصاص في شجة في رأسه لان الامام لو والى في الاستيفاء بالضرب ربما يموت لتضاعف الآلام عليه فليتحرز عن ذلك بجهده ولهذا قلنا بأنه يحبس حتى يبرأ ثم يقام عليه الحد (قال) وإذا حكم على السارق بالقطع

بينة أو باقرار ثم قال المسروق منه هذا متاعه أو قال لم يسرقه مني انما 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 متقررًا في نفسه فكانت خصومته قائمة باعتبار قيام يده في المال وان قال قد عفوت لم يبطل القطع لان العفو اسقاط فانما يصح من صاحب الحق والقطع حق لله تعالى لاحق للمسروق منه فيه والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تحافوا العقوبة بينكم فإذا انتهى بها إلى الامام فلا عفي الله عنه ان عفي عنه فأما إذا وهب المسروق منه المال من السارق أو باعه منه فان كان قبل قضاء القاضى بالقطع سقط القطع عنه لانقطاع خصومته وان 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 وحجتهم حديث صفوان رضي الله عنه فانه 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 أنقطعه؟ بسبب ردائي وهبتها له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هلا قيل أن تأتيني فهذا يدل على أن الهبة بعد القضاء لا تسقط القطع ولان 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

[187]

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 (وحجتنا) فيه أن انتفاء ملك السارق عن المسروق شرط لوجوب القطع عليه وما يكون شرطا لوجوب القطع عليه براعى قيامه إلى وقت الاستيفاء لان المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء كالمقترن بأصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود والدليل عليه أن انتفاء الابوة لما كان شرطا لوجوب القصاص يشترط بقاءه إلى وقت الاستيفاء حتى أن المعترض من الابوة بعد القضاء قبل الاستيفاء مانع من الاستيفاء كالمقترن بأصل السبب وهذا لان وجوب القطع باعتبار العين والملك وان 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 لانه 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 شئ وههنا وجوب القطع باعتبار العين وملكه حدث في ذلك العين وبخلاف الحرز فانه عبارة عن التحرز والتحصن وقد فات ذلك فانما 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 لانه ماكان يخاصم ليهب منه وما يفوت المقصود بالنشئ لا يكون منهيأ له فأما حديث صفوان رضى الله عنه فقد ذكر في بعض الروايات عفوت عنه والحديث حكاية حال لاعموم له ثم معنى قوله صلى الله عليه وسلم هلا قبل أن تأتيني به كيلا ينهتك ستره ألا ترى أن ماروى أن وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم تغير فقال صفوان رضى الله عنه كانه شق عليك ذلك يا رسول الله قال وكيف لا يشق على وكأنكم أعوان الشياطين على أخيكم المسلم فعرفنا أنه كره هنك الستر عليه ولم يرو مشهورا انه قطع

[188]

يده بعد هبته وإن روى ذلك فيحتمل أن السارق لم يقبل الهبة ولما انتهك ستره استحب أن يطهره رسول الله صلى الله عليه وسلم باقامة الحد عليه فلم يقبل الهبة لذلك وعندنا إذا لم يقبل الهبة السارق لا يسقط القطع (قال) فان أقر بالسرقه والمسروق منه غائب ففي القياس يقطع وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لانه أقر بوجوب الحد عليه حقا لله تعالى فيستوفيه الامام منه وفي الاستحسان لا بقطع 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 فانه إذا احتاج يثبت له الحق فيه بقدر حاجته وفى الكتاب روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه أتى برجل قد سرق من المغنم فدرا عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا ولانه ليس لهذا المال مالك متعين ووجوب القطع على السارق لصيانة الملك على المالك ولهذا لا يقطع بسرقة مال لامالك 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 أبى حنيفة رحمه الله تعالى استحسانا وفى قولهما يقطع وهو القياس وهو الخلاف فى الاختان والاصهار كلهم سواء على ما ذكرنا هما يقولان لاشبهة للبعض فى ملك البعض ولا تأويل ولا فى حرزه فكانوا بمنزلة الاجانب الا أن بينهما محرمية ثابتة بالمصاهرة ولا تأثير للمحرمية فى المنع من وجوب القطع كالمحرمية الثابتة بالرضاع وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول بين الاختان والاصهار مباسطة فى دخول بعضهم فى منزل البعض من غير استئذان فتمكن شبهة فى الحرزية وأدنى الشبهة تكفى فى المنع من وجوب القطع كما لو سرق من منزل أبيه مال امرأته يوضحه أن اقامة المضاف مقام المضاف إليه أصل فى الشرع وامرأة الابن مضاف إليه ولو سرق الاب من المضاف إليه لا يقطع فكذلك إذا سرق من المضاف باعتبار اقامة 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 ان 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 وتباسط كل واحد منهما في مال صاحبه كتباسط 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 بصبية لان فعله هناك ليس من جنس فعلها لتحقق الشركة في الفعل بل هو الفاعل وهي محل الفعل وعن أبي يوسف رحمه الله قال ان كان الصبي هو الذي حمل المتاع فلا قطع على واحد منهما لانه مقصود بالفعل وان كان الحامل للمناع هو البالغ فعليه القطع ولا معتبر بفعل الصبي فاني أستقيح أن أدرا القطع لهذا فيتطرق السارق به إلى اسقاط القطع لان كل سارق لا يعجز عن أن يستصحب صبا أو معتوها مع نفسه وكذلك ان كان مع أخرس لا قطع على واحد منهما أما الأخرس فلتمكن الشبهة في حقه لانه لو كان ناطقا ربما يدعى شبهة يدرأ بها الحد عن نفسه وأما الناطق فلاجل الشركة (قال) ولو سرق خمرا في طرف وقيمة الطرف نصاب لا قطع عليه لان المقصود الخمر وهي حرام الا أن يشرب الخمر في الحرز ثم يخرج الطرف وهو مما يقطع في جنسه فحينئذ يلزمه القطع وهذه المسألة ذكرها في الاصل لايضاح الفصل الاول 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 يستوفى بخصومة الغائب والمودع والمستعير وان 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 الاصل في هذه الخصومة لان بها يحيى ملكه وحقه فلا معتبر بغيبة غيره مع حضوره وجه رواية النوادر ان المسروق منه غيره والشرط حضور المسروق منه ألا ترى أنه لا يستوفى بخصومة وكيله لانه 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 لانه مالك للمكسوب وهو ملك معصوم وان كان حراما وقد بينا الكلام في السارق من السارق فان كان السارق من المودع ذا رحم محرم منه لم يقطع بخصومته ولا بخصومة المالك كما لو سرق مال المودع وهذا لان المسقط للحد عن ذى الرحم المحرم الشبهة في الحرز من حيث ان 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 لان العدة حق من حقوق النكاح فتعمل عمل حقيقة النكاح

في ايراث الشبهة ولانه قد يدخل عليها إذا أتاها بالنفقة والسكنى عليها فمن هذا الوجه تصير السكنى كالمضاف إليه وان سرق بعد انقضاء العدة قطع لانه لم يبق بينهما حق ولا علاقة فصارت في حقه كما قيل أن يتزوجها وكما يقطع بعد انقضاء العدة إذا سرق منها فكذلك من أوبها 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 وان 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 لانه 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 بالتقيل من شهوة لا تؤثر في اسقاط القطع وعن أبي يوسف رحمه الله قال اذا سرق من أمه من الرضاعة فلا قطع عليه لانه يدخل عليها من غير استئذان عادة بخلاف أخته من الرضاعة وغيرها وهذا بعيد فان الامية من الرضاعة لو كانت مؤثرة في اسقاط

[191]

القطع لكانت الاختية مؤثرة فيه كما لو كانت بالنسب (قال) وان أقر الرجل بالسرقة ثم هرب لم يطلب وان كان في فوره ذلك لان هربه دليل رجوعه ولو رجع عن الاقرار لم يقطع فكذلك إذا هرب والاصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لما عز حين أخبر بالهرب فقال هلا خليت سبيله ولكنه إذا أتى به بعد ذلك كان ضامنا للمال كما لو رجع عن اقراره فانه يسقط القطع به دون الضمان (قال) وإذا أقر أنه سرق من هذا مائة ثم قال وهمت انما سرقت من هذا الآخر لم يقطع لانه رجع عن اقراره بالسرقة من الاول 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 للاول لم يقض عليه بقطع ولامال لانهم رجعوا عن شهادتهم بالسرقة من الاول وتناقض كلامهم بالسرقة من الثاني حين شهدوا أولا بسرقة هذه المائة بعينها من الاول والرجوع عن الشهادة قبل القضاء والتناقض فيها مانع من القضاء بالمال والحد جميعا (قال) وان كانت الشهود أربعة فثبت اثنان على الشهادة للاول 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 الاول فيمنع وجوب القطع عليه بشهادة الثابتين للمعارضة وبشهادة الراجعين للتناقض ويقضى بالمال للاول لبقاء حجة كاملة على الشهادة في حق المال وتأثير المعارضة في ايراث الشبهة

ولكن المال يثبت مع الشبهات ولا يقضى 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 فانه يقطع الاول بخصومته لانه صدقه في اقراره بالسرقة منه فأما اقرار الثاني فقد بطل بتكذيب المسروق منه اياه فصار كالمعدوم فان قال المسروق منه لم يسرقها الاول فقد علمت وذكرت أن هذا الآخر هو الذي سرقه لم يقطع الآخر ولا الاول لان دعواه على الاول براءة منه للآخر

[192]

ودعواه على الآخر براءة منه للاول ولانه قد تناقض كلامه والخصومة من المناقض غير مسموعة وبشرط القطع بالخصومة فلهذا لا يقطع واحد منهما ولا يضمن الاول السرقة أيضا لانه 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 تری أنه لو أقر بأنه سرق منه فقال المقر له كذبت ثم قال له صدقت أنت سرقتها لم يكن له أن يضمنه شيئا وان لم يقل كذبت ولكنه قال صدقت ثم قال آخر أنا سرقتها فقال له صدقت لم يقطع واحد منهما لمعنى التناقض ويضمن الآخر دون الاول لانه بتصديق الآخر صار مكذبا للاول مبرئا له عما أقر به (فان قيل) فكذلك هو بتصديق الاول صار مكذبا للآخر قلنا نعم لكن وجد من الآخر الاقرار له بعد ذلك التكذيب فيصح تصديقه في ذلك كمن أقر لانسان بمال ثم فكذبه أقر له ثانيا به فصدقه كان له أن يأخذ المال وان كان ذلك في شهادة لم يضمن واحد منهما شيئا لان الشهادة لا توجب شيئا بدون القضاء ولا يقضى القاضى بها الا إذا ترتبت على خصومة صحيحة وقد سقط اعتبار خصومته للتناقض ولانه 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 منى ولكنك غصبتك غصبا وانما أردت بذكر السرقة أن تبرأ من الضمان ففي القياس لا شئ عليه لانه كذبه ثم ادعى عليه غصبا مبتدا فبطل اقراره بالتكذيب ولم يثبت ما ادعاه بغير حجة ولكنه استحسن فقال له أن يضمنه 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 ماندب إليه في الشرع من ابقاء الستر على المسلم والاحتياي لدرء العقوبة عنه فلا يكون ذلك مسقطا حقه في المال وان قال سرقت منك كذا فقال الطالب غصبتك غصبا فهو مستهلك فعليه ضمانه لانه كما صدقه في الاقرار بملك أصل المال له فقد صدقه في ايجاب الضمان في ذمته لان الغصب والسرقة كل واحد منهما سبب للضمان والاسباب مطلوبة لاحكامها لا لاعيانها فمع التصديق في الحكم لا يعتبر التكذيب في السبب وان قال غصبتك كذا فقال سرقتك منى فله أن يضمنه لانه 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

[193]

من فلان وفلان ثوبا واحدهما غائب لم يكن للحاضران يقطعه ولكن يقضى له بنصف الثوب ان كان قائما وينصف قيمته ان 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 مالو قال زينب بفلانة وفلانة فكذبت احدهما وصدقته الاخرى يقام عليه الحد لان فعله بكل واحدة منهما متميز عن فعله بالاخرى وهنا انما 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 ان كان قائما ونصف قيمته ان كان مستهلكا فان كانا حاضرين فقال احدهما كذبت لم تسرقه ولكنك غصبته أو استودعنا كه أو أعرناكه أو قال هو ثوبك لاحق لنا فيه لم يقطع في شئ من ذلك اما للشركة له في الثوب باقرار احدهما له بالملك أو الانتفاء فعل السرقة عن نصيب احدهما بتكذيبه لانه لا يتحقق فعل السرقة في نصيب الآخر من الثوب منفردا ولكن يقضى بنصف الآخر أو بنصف قيمته ان كان مستهلكا لما بينا أن في حق الثاني ينبنى القضاء على ما أقر له وان كان ذلك بينة واحدهما غائب فقضى للحاضر بنصف الثوب أو بنصف قيمته ثم جاء الغائب وادعى السرقة يقضى له بمثل ذلك لان أحد الشريكين في اثبات الملك قائم مقام صاحبه ولكن لا يقطع السارق لان القاضى حين قضى بنصف الثوب للاول أو بنصف قيمته فقد درأ القطع عنه في نصيبه إذا؟ القاضى لا يشتغل بالضمان الا بعد درء الحدولانه بالضمان ملك ذلك النصف واعتراض الملك في البعض كاعتراضه في الجميع في اسقاط الحد عنه وان كان الآخر حاضرا وقت الخصومة فقال الثوب ودبعة أو عارية لنا عندك لم يقض له بشئ لانه أكذب شهوده فانهم شهدوا بالسرقة واكذاب المدعى شاهده يبطل الشهادة في حقه وليس للآخر أن يشاركه في تلك الخصومة لانه أبطل حق نفسه باكذابه شهوده وصار كما لو أبراه عن نصيبه من الضمان وبعد الابراء لا يبقى له حق مشاركة الآخر فيما يقبض (قال) رجلان أقرانهما سرقا هذا الثوب من هذا الرجل والرجل يدعى ذلك فلما أمر الحاكم بقطعهما قال احدهما الثوب ثوبنا لم نسرقه قال يدرأ القطع عنهما لان المعترض

[194]

من دعوى الملك من احدهما كالمقترن بالسبب الاتري انها؟ لو ادعى جميعا الملك بعد القضاء كان شبهة في درء الحد بمنزلة المقترن بالسبب فكذلك إذا ادعى ذلك احدهما وهذا لان الحد وجب عليهما في شئ واحد وقد آل الامر إلى الخصومة والاستحلاف في ذلك الشئ ولو كان احدهما قال سرقتنا 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 احدهما سرقتنا 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 موجه كما لو قال قتلنا فلانا وقال الآخر أنا ما قتلنا فالقصاص واجب على المقر وكذلك لو قال زني فلانة وكذب الآخر كان على المقر الحد بخلاف ما لو ادعى الآخر الملك فان أصل الفعل ثبت هناك مشتركا لاتفاقهما ثم امتنع وجوب القصاص على احدهما للشبهة فيمتنع وجوبه على الآخر للشركة كما في المقرين بالقتل إذا زعم احدهما أنه كان مخطئا وقد ذكر في الحدود أنه إذا أقر أنه زنى بامرأة وكذبت أنه 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 ايلاج وفعلها تمكين وهي في الحقيقة محل الفعل والمباشر هو الرجل فانتماؤه في جانبها بتكذيبها؟ لا يمكن شبهة في الرجل وههنا الفعل من السارقين واحد والمشاركة بينهما تتحقق فانتماؤه عن احدهما بانكاره يمكن شبهة في حق الآخر كما في القتل إذا اشترك الخاطئ مع العاقد 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

[195]

بدون المحل وقد انعدم المحل بتكذيبها فأما فعل السرقة من المقر يتحقق بدون الآخر فانتماؤه الفعل في حق الآخر بانكاره لا يمنع تقرير 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 وانما شرطنا ان 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 ان يكونوا من المسلمين أو من أهل الذمة ليكونوا من أهل دارنا على التأييد فانهم إذا كانوا من أهل الحرب مستأمنين في دارنا ففي اقامة الحد عليهم خلاف وقد بيناه وشرط ان يقطعوا الطريق على قوم من المسلمين أو من أهل الذمة لتكون العصمة المؤبدة ثابتة في مالهم فانهم 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 وابراهيم رضي الله عنهما وعند مالك رحمه الله تعالى هو على التخير وهو قول سعيد بن المسيب رحمه الله تعالى ولم يأخذ بذلك لان الذي أخاف السبيل ولم يقتل ولم يأخذ مالا قدهم بالمعصية والقتل والقطع اغلظ العقوبات فلا يجوز اقامته على من هم بالمعصية ولم يباشروا والقطع جزاء أخذ المال كما في السرقة الصغرى الا ان ذاك دخله نوع تخفيف من حيث أنه يخفي فعله وهذا يغلط 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 رضى الله عنهما ولانه اجتمع عليه

[196]

العقوبة في النفس وما دونه حقا لله تعالى فيكون الحكم فيه ان 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 ولابي حنيفة رحمه الله تعالى حرفان احدهما ان مبنى هذا الحد على التغليب لغلط جريمتهم والقطع ثم القتل أقرب إلى التغليب فكان للامام ان يختار ذلك لكونه أقرب إلى ما لاجله شرع هذا الحد والثاني ان السبب الموجب للقطع هو أخذ المال وقد وجد منهم والسبب الموجب للقتل وهو قتل النفس قد وجد منهم وانما يثبت الحكم بثبوت السبب والكل حد واحد ولا تداخل في الحد الواحد كالجلدات في الزنا انما التداخل في الحدود (فان قيل) هذا فاسد لان للامام ان يقتلهم ويدع القطع (قلنا) لا بطريق التداخل بل لانه ليس عليه مراعاة الترتيب في أجزاء حد واحد فكان له ان يبدأ بالقتل لذلك ثم إذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده فلا يشتغل كالزاني إذا ضرب خمسين جلدة فمات فانه يترك ما بقى لانه لا فائدة في اقامته ثم في ظاهر الرواية هو مخير في الصلب ان شاء فعله وان شاء لم يفعله واكتفى بالقتل وعن أبي يوسف رحمه الله قال ليس للامام ان يدع الصلب لان المقصود به الاشهار ليعتبر غيره فينزر فلا يتركه وجه ظاهر الرواية ان معنى الزجر يتم بالقتل ولم ينقل في شئ من الآثار ان النبي صلى الله عليه وسلم صلب أحدا ألا ترى أنه لم يفعله بالعربيين مع المبالغة والاستقصاء في عقوبتهم حتى سمل أعينهم (قال) وإذا أراد ان يصلب ففي ظاهر الرواية يصلبهم أحياء ثم يطعن تحت ثناؤتهم ؟ الايسر ليموتوا فان المقصود الزجر وذلك انما يحصل إذا صلبهم أحياء لانه مثلة 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 لانه 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 الارش والقصاص بها لانهم استوجبوا أتم ما يكون من الحد فيسقط اعتبار ما دون ذلك من الجراحات وعفو الاولياء في ذلك باطل لان هذا حد يقام لحق الله تعالى واسقاط الاولياء انما يعمل فيما هو حقهم

[197]

ويكون استيفاءه إليهم أو يستوفي بطلبهم فاما ما يستوفيه الامام لله تعالى فلا عفو فيه للاولياء ولا للامام أيضا لانه ليس بصاحب الحق بل هو نائب في الاستيفاء فهو في العفو كغيره والاصل فيه ماروبنا لا ينبغي

لوالى حد ثبت عنده حق الله تعالى الا اقامه 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 الا أنه تأكد بانضمام حق الشرع إليه فلا يعمل فيه الاسقاط كالعدة ولكننا نقول القمع والقتل المستحق بالقتل في قطع الطريق كله حد واحد ثم القمع 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 جزيا بقوله تعالى ذلك لهم خزي في الدنيا فعرفنا أنه حد واحد لله تعالى (قال) فان كان فيهم عبد أو امرأة فالحكم فيه كالحكم في الرجال الاحرار أما العبد فلانه مخاطب محارب وهو في السرقة الصغرى يستوى بالحر فكذلك في الكبرى والمرأة كذلك في ظاهر الرواية وهو اختيار الطحاوي رحمه الله فانه قال في كتابه الرجال والنساء في حق قطاع الطريق سواء كما يستويان في سائر الحدود وهذا لان الواجب قتل وقمع 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 فانه لا يساوي الحر في استحقاق السهم ثم يساويه في حق هذا الحد وفي الصبيان والمجانين لانعدام الاهلية 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 فانه يقام الحد عليهم ولا يقام عليها وقال محمد رحمه الله تعالى يقام عليها ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يدرأ

[198]

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 وانما يقام عليها جزاء المباشرة ولا يقام على الرجال وأبو يوسف رحمه الله يقول انما ينأتى هذا الفعل منها بقوتهم فان بنيتها لا تصلح للمحاربة بدون الرجال فكأنهم فعلوا ذلك فيقام الحد عليهم لا عليها لان المانع من الاقامة عليها معنى فيها لافى 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 لانه جزاء الفعل فلا يجب الاعلى من باشر الفعل كحد الزنا ألا ترى أنهم لو لم يقتلوا ولم يأخذوا مالا لم يقم الحد على واحد منهم ففي حق الذين لم يأخذوا يجعل كأنهم جميعا لم يأخذوا (ووجتتا) فيه ان 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 لانهم لو اشتغلوا جميعا بالقتال خفي عليهم طريق الاصابة لكثرة الزحمة ولا يستقرون ان زلت قدمهم فانهزموا فإذا كان البعض رداء لهم التجؤا إليهم وتنكسر شوكة الخصوم برؤيتهم وكذلك في العادة انما يتولى أخذ المال الا صاغر منهم والاكابر 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 لانهم باشروا أخذ المال فيقام عليهم جزاؤه وقد بينا ان القتل شرط لوجوب القطع عليهم والحكم بعد وجود السبب لا يثبت قبل وجود الشرط (قال) فان لم يوجدوا ؟ طلبوا إلى ان يوجدوا أو ينقطع إذا هم ويأمن المسافرون منهم في طرقهم وذلك نفيهم من الارض 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 الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم وقد بينا ان تمام توبته في رد المال لينقطع به خصومة صاحب المال

[199]

فان الامام لا يقيم الحد الا بخصومة صاحب المال في ماله وقد انقطعت خصومته بوصول المال إليه قبل ظهور الجريمة عند الامام فيسقط الحد ولكنه يدفعهم إلى أولياء القتلى فيقتلونهم أو يصالحونهم وهذا لان في التوبة انما يسقط ما كان حقا لله تعالى فأما ما كان حقا للعبد فلاولياؤه واليه أشار الله تعالى في قوله ان الله غفور رحيم وقد كان السبب الموجب للقتل متقدرا ممن باشر القتل منهم وهو تعمده قتل نفس بغير حق الا أن استحقاق القتل عليهم حدا كان مانعا من ظهور القود فإذا سقط ذلك زال المانع فظهر حكم القود والقود انما 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 أتعفو فقال لا فقال أتأخذ الدية فقال لا فقال أتقتل فقال نعم فعرفنا أنه يتخير بين هذه الاشياء ومن باشر منهم الجراحات ففيما يمكن اعتبار المساواة فيها يجب القصاص وفيما لا يمكن يجب الارش كما لو كانت الجراحات منهم من غير قطع الطريق وهذا لان سقوط اعتبار حكم الجراحات بوجود اقامة الحد فإذا زال ذلك ظهر حكم الجراحات كما إذا استهلك السارق المال سقط حكم التضمين لوجود اقامة 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 فكانه كره اطلاق لفظ التعزير على ما يقام عليهم قبل التوبة لما في التعزير من معنى التطهير وهو المراد من قوله تعالى أو ينغوا من الارض 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 الأخذ بما لا نظير له وفي هذا الموضع يطالبون بموجب الجراحات التي كانت منهم من قصاص أو أرش لانه لايقام عليهم الحد وسقوط اعتبار حكم

الجراحات لوجود اقامة الحد فإذا انعدم ذلك وجب اعتبار الجراحات في حق العبد فان تابوا وفيهم عبد قد قطع يدحر دفعه مولاه أو فداه كما لو فعله في غير قطع الطريق وهذا لانه لاقصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فيبقى ؟ حكم الدفع أو الفداء فان كانت فيهم امرأة فعلت ذلك فعليها دية اليد في مالها لانه لاقصاص بين الرجال

[200]

والنساء في الاطراف فعليها الدية والفعل منها عمدا لا تعقله العاقلة فكان في مالها (قال) وإذا أخذهم الامام قبل أن يتوبوا وقد أصابوا المال فان 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 السرقة الا باعتبار عشرين درهما ولكننا نقول هذا حد هو جزاء على أخذ المال فيستدعي مالا خطيرا وقد بينا أن العشرة مال خطير فيستحق به اقامة الحد كما يستحق به القطع بالسرقة ثم تغلظ الحد ههنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ ففي النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء وان كان لا يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم درئ الحد عنهم الا على قول مالك رحمه الله وهكذا مذهبه في الصغرى فانه يعتبر أن يكون المأخوذ في نفسه نصابا كاملا سواء أخذه الواحد أو الجماعة ولكننا نقول اقامة 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 لايقام عليهم الحد كما لو كان المأخوذ في نفسه نافها ثم يضمنون المال إذا درئ الحد عنهم والامر في القصاص في النفس وغيرها إلى الاولياء ان شاؤا استوفوا وان شاؤا عفوا وقد طعن عيسى رحمه الله تعالى في هذه المسألة فقال يقتلهم الامام حدا لانهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيئا من المال قتلهم الامام حدا لاقصاصا والردء والمباشر فيه سواء فكذلك إذا أخذوا مع القتل ما لا يبلغ نصيب كل واحد منهم نصابا اما لان ما دون النصاب لما لم يتعلق به حكم فوجوده كعدمه أو لانه 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 وانما يقدمون على القتل ليتمكنوا من أخذ المال فإذا لم يأخذوا المال عرفنا أن مقصودهم لم يكن المال وانما كان القتل فأوجبنا عليهم الحد قتلا بالقتل الموجود منهم وان أخذوا المال عرفنا أن مقصودهم كان أخذ المال وان اقدامهم 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

[201]

(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 لأن السبب قد تقرر وهو أخذ المال والقتل على وجه المحاربة والمجاهرة وجريمتهم مباشرة ذلك في المصر أغلظ من جريمتهم مباشرة ذلك في المغارة لأن 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 المغارة فهذا مثله (وحدثنا) فيه أن سبب وجوب الحد ما يضاف إليه وهو قطع الطريق وإنما ينقطع بفعلهم ذلك في المغارة لافي جوف المصر ولا فيما بين القرى فالناس لا يمتنعون من التطرق في ذلك الموضع بعد فعلهم وبدون السبب لا يثبت الحكم ولأن السبب محاربة الله ورسوله وذلك إنما يتحقق في المغارة لأن المسافر في المغارة 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 ينبت 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 الامصار فيتحقق قطع الطريق في الامصار وفيما بين القرى موجبا للحد وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى قال ان قصده في جوف المصر أو بين القرى بالسلاح يقام عليه حد قطاع الطريق وان قصده بالحجر والخشب فان كان ذلك بالنهار لا يقام عليه حد قطاع الطريق وان كان بالليل يقام عليه ذلك لأن السلاح لا يلبث والظاهر أنه يأتي عليه قبل ان يلحقه الغوث فاما الخشب والحجر لا يكون مثل السلاح في

[202]

ذلك والظاهر أن الغوث يلحقه بالنهار في المصر قبل ان يأتي عليه ذلك فأما في الليل الغوث يبطئ فإلى أن ينتبه الناس ويخرجوا قد أتى عليه فلماذا 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 لأن السبب قد تحقق منهم وهو المحاربة وقطع الطريق إذ لا فرق في ذلك بين ان يفعلوا في مشيهم أو في حال نزولهم لانهم في حفظ الله تعالى في الحالين فانما يتمكن هؤلاء منهم لمنعتهم وشوكتهم في الحالين فان نزل المسافرون منزلا في قرية ففعلوا ذلك بهم لم يلزمهم حد قطاع الطريق لأن الذين نزلوا القرية بمنزله أهل القرية في ان بعضهم يغيب البعض فلا يتحقق قطع الطريق بما فعل بهم وكذلك ان 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 فاعلق 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 يبني على المحاربة فيكون بمنزلة استحقاق 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 المعنى في السرقة للتحرز عن الاستهلاك الحكمي أو شبهة الاستهلاك ولا معنى لذلك ههنا فان اتلافه حقيقة قد صار مستحقا لانه 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 متلغا له حكما ألا تری أنه لم يشرع قطع عضوين منه من شق واحد للتحرز عن الاتلاف الحكمي وانما يشرع قطع اليد والرجل من خلاف لكيلا يؤدي إلى الاتلاف حكما وهذا لانه 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 وان كان أشل اليمنى قطعها مع الرجل اليسرى وقد بينا نظيره في السرقة فكذلك

[203]

في قطع الطريق (قال) وان كان في المقطوع عليهم الطريق ذو رحم محرم من القطاع أو شريك له مفاوض لم يلزمهم حكم القطع لانه 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 لذی الرحم المحرم شركة للجميع وللشريك المفاوض لان مال ذي الرحم المحرم في حكم العقوبة كما له فشركته بمنزلة شركة أحد قطاع الطريق في المال المأخوذ فأما إذا أخذوا مع ذلك مالا كثيرا لاشركة فيه لذی الرحم المحرم منه يلزمهم القطاع 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 والاصح أن الجواب في الكل واحد لان مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشئ واحد فانهم 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 بمعينة 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 يجر شهادتهما لانهما يشهدان لانفسهما وشهادة

المرء لنفسه دعوى وكذلك ان شهدا انه قطع الطريق على والدهما أو ولدهما لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لبيهما وهذا لان الحد وان كان استيفاءه إلى الامام فلا بد من خصومة صاحب المال وفيما كان الخصم أب الشاهد أو ابن الشاهد لا شهادة له ولان شهادته لابيهِ كشهادته لنفسه وان شهدوا أنه قطع الطريق على رجل من عرض الناس له ولى يعرف أو ليس له ولى يعرف لم يقيم الامام عليهم الحد الا بمحض 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

[204]

مستأمنين أو في دار الاسلام في موضع قد غلب عليه عسكر أهل البغى ثم أتى بهم إلى الامام لم يرض عليهم الحد لانهم باشروا السبب 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 القاضى فرأى تضمينهم المال وسلمهم إلى أولياء القود فصالحوهم علي الديات ثم رفعوا بعد زمان إلى قاض اخر لم يقيم عليهم الحد اما لتقادم العهد أو لانعدام الخصم وقد سقطت خصومتهم بما وصل إليهم أو لقضاء الاول فيهم بما قضى فان ذلك نافذ لحصوله في موضع الاجتهاد ومن العلماء من يقول يتقرر الضمان عليهم ووجوب القود بالقتل وان كان متحتما وقضاء القاضى في المجتهديات نافذ (قال) وإذا قضى القاضى على قطاع الطريق بقطع الايدي والارجل والقتل وحبسوا لذلك فذهب رجل بغير اذن الامام فقتل منهم رجلا لم يكن عليه شئ لان الامام أحل دمهم حين قضى عليهم بالقتل ومن قتل خلال الدم لا شئ عليه كمن قتل مرتدا أو مقضيا عليه بالرجم وكذلك لو قطع يده لانه لما سقطت حرمة نفسه اقتضى ذلك سقوط حرمة أطرافه ضرورة ويتم بقية الحد لان ما فعله ذلك الرجل من اقامة الحد وان افتات فيه على رأى الامام ففعله في ذلك كفعل الامام لانه 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 فانه يقتله بعد القطع فلا عصمة في طرفه ولانه مجتهد فيما صنع وقد بينا نظيره في الحداد (قال) وإذا أقر القاطع بقطع الطريق مرة واحدة أخذ بالحد الاعلى قول أبى يوسف رحمه الله تعالى كما في السرقة وان أنكره بعد ذلك درئ 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 يقيم الامام عليه الحد استحسانا وفي القياس يقام عليه لان الحد لزمه بارتكاب سببه ولكن استحسانا لتوبته وتحوله عن تلك الحالة قبل أن يقدر عليه والاصل فيه ماروى أن الحارث بن زيد قطع الطريق ثم ترك ذلك وتاب فكتب على بن أبى 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

[205]

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 الا 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 ذى الرحم في حقه في حكم الحد كماله فيمكن ذلك شبهة في فعلهم فأما مال المستأمنين ليس كماله وانما لم يكن أخذ مال المستأمنين موجبا للعقوبة عليه لبقاء شبهة الاباحة في ماله وذلك غير موجود في حق المسلمين وأهل الذمة فيقام عليهم الحد باعتبار نفوس المسلمين ومالههم ويجعل كأنهم لم يتعرضوا للمستأمنين بشئ (قال) وإذا حرم قاطع الطريق حين يأتي به الامام لم يدرأ عنه الحد بذلك لان احرامه لو افترن 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 اقامة سائر الحدود 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 الا 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 ذى الرحم في حقه في حكم الحد كماله فيمكن ذلك شبهة في فعلهم فأما مال المستأمنين ليس كماله وانما لم يكن أخذ مال المستأمنين موجبا للعقوبة عليه لبقاء شبهة الاباحة في ماله وذلك غير موجود في حق المسلمين وأهل الذمة فيقام عليهم الحد باعتبار نفوس المسلمين ومالههم ويجعل كأنهم لم يتعرضوا للمستأمنين بشئ (قال) وإذا حرم قاطع الطريق حين يأتي به الامام لم يدرأ عنه الحد بذلك لان احرامه لو افترن 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 اقامة سائر الحدود فكذلك هذا الحد (قال) وإذا قتله رجل في حبس الامام قبل أن يثبت عليه شئ ثم قامت البينة بما صنع فعلى قاتله القود لان العصمة والتقوم لا يرتفع بمجرد التهمة ما لم يقض القاضي بحل دمه فانما قتل نفسا محقونة فعليه القود ثم القاضي لا يقضي عليه بحل دمه بعد ما قتل لفوات المحل فوجود هذه البينة كعدمها الا ان يكون القاتل هو ولي المقتول الذي قتله هذا في قطع الطريق فحينئذ لا يلزمه شئ لانه استوفى حق نفسه على ما بينا ان السبب الموجب للقود قد تقرر وانما يمتنع ظهوره إذا ظهر استحقاق نفسه حدا ولم يظهر ذلك قبل اقامة البينة عليه فكان الولي مستوفيا حقه فلا يلزمه شئ والله أعلم * * * تم الجزء التاسع