

الهداية

باب الوطاء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه .

قال : الوطاء الموجب للحد هو الزنا وأنه في عرف الشرع واللسان : وطاء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك ولأنه فعل محظور والحرمة على الإطلاق عند التعري عن الملك وشبته ويؤيد ذلك قوله E : [ادرءوا الحدود بالشبهات] .

ثم الشبهة نوعان : شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمة .

فالأولى : تتحقق في حق من اشتبه عليه لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن لتحقيق الاشتباه .

والثانية : تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية إذا ادعى الولد لو يثبت في الأرض وإن ادعاه لأن الفعل تمحض زنا في الأولى وإنما يسقط الحد لأمر راجع إليه وهو اشتباه الأمر عليه ولم يتمحض في الثاني فشبه الفعل في ثمانية مواضع حارية أبيه وأمه وزوجته والمطلقة ثلاثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة وأم ولد أعتقها مولاهما وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود في هذه المواضع لا حد عليه إذ قال طننت أنها تحل لي ولو قال : علمت أنها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في قبل التسليم والممهوره في حق الزوج قبل القبض والمشاركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهين ففي هذه المواضع لا يجب الحد وإن قال علمت أنها علي حرام ثم الشبهة عند أبي حنيفة C تثبت بالعقد وإن كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقيين لا تثبت إذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم علي ما يأتيك إن شاء الله تعالى إذا عرفنا هذا .

ومن طلق امرأته ثلاثا وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الإجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لأنه خلاف لا اختلاف ولو قال : طننت أنها تحل لي لا يحد لأن الظن في موضعه لأن أثور الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في إسقاط الحد وأم الولد إذا أعتقها مولاهما والمختلفة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع وقيام بعض الآثار في العدة .

ولو قال لها : أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال

علمت أنها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة Bهم فيه فمن مذهب عمر Bه أنها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الحكايات وكذا إذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك .
ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وإن قال علمت أنها علي حرام لأن الشبهة حكيمة لأنها نشأت عن دليل وهو قوله E : [أنت ومالك لأبيك] والأبوة قائمة في حق الجد .
قال : ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه .

وإذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال : طننت أنها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وإن قال : علمت أنها علي حرام حد وكذا العبد إذا وطئ جارية مولاه لأن بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع محتمل فكان شبهة اشتباه إلا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا إذا قالت الجارية : طننت أنه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لأن الفعل واحد وإن وطئ جارية أخيه أو عمه وقال : طننت أنها تحل لي حد لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا .

ومن زفت إليه غير امرأته وقالت النساء : إنها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي Bه وبالعدة لأنه اعتمد دليلا وهو الإخبار في موضع الاشتباه إذ الإنسان لا يميز بين أماته وبين غيرها في أول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف C لأن الملك منعدم حقيقة .

ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا إلى دليل وهذا لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا إذا كان أعمى لأنه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره إلا إن كان دعاها فأجابته أدنية وقالت أنا زوجتك فواقعها لأن الإخبار دليل .

ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة C ولكن يوجب عقوبة إذا كان علم بذلك وقال أبو يوسف و محمد و الشافعي رحمهم الله : عليه الحد إذا كان عالما بذلك لأنه عقد لم يصادف محله فيلغو كما إذا أضيف إلى الذكور وهذا لأن محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولأبي حنيفة أن العقد صادف محله لأن محل التصرف ما يقبل مقصوده إلا أنه تفاعد عن إفادة حقيقة الحل قيورث الشبهة لأن الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت إلا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر .

ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج يعزر لأنه من كر ليس فيه شيء مقدر ومن أتى امرأة في الموضع المكروه أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة C وعزر وزاد في الجامع الصغير : ويودع في السجن وقالوا : هو كالزنا فيحد وهو أحد قولي الشافعي C وقال في قول : يقتلان بكل حال لقوله E : [اقتلوا الفاعل والمفعول به] ويروى [فارجموا الأعلى والأسفل] ولهما أنه في معنى الزنا لأنه قضاء الشهوة في محل مشتهى علي سبيل الكمال على وجه تمحض

حراما لقصد سفح الماء وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في مجبه من الإحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الأحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب وكذا هو أندر وقوعا لانعدام الدعي من أحد الجانبين والداعي إلى الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة أو على المستحل إلا أنه يعزر عنده لما بيناه .

ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لأنه ليس في معنى الزنا في كونه حناية وفي وجود الداعي لأن الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره إلا أنه يعزر لما بينا والذي يروى أنه تذبح البهيمة تحرق فذلك لقطعه التحدث به وليس بواجب . ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي C يحد لأنه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه ولنا قوله E : [لا تقام الحدود في دار الحرب] ولأن لمقصود هو الانزجار وولاية الإمام منقطعة فيهما فيعزى الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعدما خرج لأنها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لأنه تحت يده بخلاف أمير العسكر والسرية لأنه لم تفوض إليهما الإقامة .

وإذا دخل حربي دارنا بأمان فزنى بدمية أو زنى ذمي بحرية يحد الذمي والذمية عند أبي حنيفة C ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد C في الذمي يعني إذا زنى بحرية فأما إذا زنى الحبري بدمية لا يحدان عند محمد C وهو قول أبي يوسف C أولا وقال أبو يوسف C يحدون كلهم وهو قوله الآخر لأبي يوسف C : أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لأنه يعتقد إباحته ولهما أنه ما دهل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به وإنما التزم من الحكم ما يرجع إلى تحصيل مقصوده وهو حقوق العابد لأنه لما طمع في الإنصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم أما حد الزنا فمحض حق الشرع .

و لمحمد C وهو الفرق أن الأصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما ذكره إن شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التابع أما الامتناع في حق التابع لا يوجب الامتناع في حق الأصل .

ونظيره إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون و لأبي حنيفة يكن لم وإن الصحيح هو ما على بالحرمان مخاطب لأنه زنا المستأمن الحربي فعل أن فيه C مخاطبا بالشرائع على أصلنا ولتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لأنهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند

قال : وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوخته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر و الشافعي رحمهما [] : يجب الحد عليها وهو رواية عن أبي سفيان C قال زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة بجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالإجماع لهما أن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لأن كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه وإنما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها إلا أنها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية أو لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد .

قال : ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبو حنيفة C يقول أولا : يحد وهو قول زفر C لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انشاز الألة وذلك دليل الطواعية ثم رجع عنه فقال : لا حد عليه لأن سببه الملجئ قائم ظاهرا والانتشار دليل متردد لأنه قد يكون من غير قصد لأن الانتشار قد يكون طوعا كما في النائم فأورث شبهة وإن أكرهه غير السلطان لأن المؤثر خوف الهلاك وأنه يتحقق من غيره وللاه أن الإكراه من غيره لا يدوم إلا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لأنه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا .

ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل : تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يوقل بالطرفين فأورث شبهة وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع .

ومن زنى بجارية فقتلها فإنه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لأنه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منما حكمة وعن أبي يوسف C أنه لا يحد لأن تقرر ضمان القيمة سبب لملك الأمة فصار كما إذا اشتراها بعدما زنى بها وهو على هاذ الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه كما إذا ملك المسروق قبل القطع ولهما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك لأنه ضمان دم ولو كان يوجبه فإنهما يوجب في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لأنها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونا معدومة وهذا بخلاف ما إذا زنى بها فأذهب عينها حيث تجب عليه قيمتها ويسقط الحد لأن الملك هنالك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فأورث شبهة .

قال : وكل شيء صنعه الإمام الذي ليس فوقه إمام فلا حد عليه إلا القصاص فإنه يؤخذ به وبالأموال لأن الحدود حق [] تعالى وإقامتها إليه لا إلى غيره ولا يمكنه أن يقيم على نفسه

لأنه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لأنه يستوفيه ولي الحق إما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والأموال منها وأما حد القذف قالوا المقلب فيه حق الشرع فحكمه كحكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى والله أعلم بالصواب