(الجانبين)
في المعنى الداعي الى شرعية الحد فيه فامتنع الالحاق وهذا لان غلبة وجود الزنا باعتبار ميل الطبع من الجانبين
دعت الى شرعية الحد اعداما للزنا او تقليلا له ولم يوجد هذا المعنى في اللواطة لعدم الطبع من الفاعل دون
المفعول به لاعدام هذه المفسدة عند سلامة الطبع وباعتبار آخر وهو ان الزنا افساد للنسل وتضييع
وافساد فرش الناس فكان يحمل العقوبة لاعدام هذه المفسدة او تقليلها والنسل في اللواطة شيء من هذه
المعاني فامتنع الالحاق ووجب التوسل الى الاعدام بالتعزير والحبس وقد اختلف الصحابة في ذلك فعن ابي بكر الصديق
انه يحرق بالنار وعن علي رضي الله عنه يحد حد الزنا وعن بعضهم يحبس في انتن موضع حتى يموت وعن بعضهم
يهدم عليه جدار وعن ابن عباس ينكس من مكان مرتفع وفوض ابو حنيفة رضي الله عنه التعزير الى راي الامام العالم
العادل وما رواه محمول على السياسة او على الاستحلال المسئلة الرابعة اذا اتى امراة في الموضع المكروه فحكمه حكم اللواط
والاختلاف واحد والتعليل من الجانبين قد مر وان استمنى او وطئ اجنبية فيما دون الفرج او اتى بهيمة عزر
اما الاول فلانه امر منكر وليس فيه حد مقدر فيجب ان يعزر واما الثاني فلانه ليس في معنى الزنا لنفور الطبع
السليم عنه فلا يكون جناية كاملة فان الحامل عليه اما شدة الشبق او فرط السفه فلم يجب الحد لكنه يعزر لما بينا
وما روي من ان البهيمة تذبح وتحرق فليس بواجب وانما يؤمر به لينقطع الحديث به قال او صغيرة مشتهاة بشبهة
او كبيرة مستكرهة فافضاها فوجبت الدية اوجب العقر ايضا قال ابو حنيفة وابو يوسف رضي الله عنهما اذا وطئ
صغيرة تشتهى بشبهة او كبيرة غير مطاوعة بشبهة فافضاها اي جعلها مفضاة لا تستمسك البول وجبت
لذلك الدية لتفويت هذه المنفعة فانه لا يجب العقر وقال محمد رحمه الله يجب واحترزنا بالاكراه في الكبيرة عما اذا
طاوعته فانه لا يجب شيء ولو طاوعت الصغيرة يضمن كل الدية بالافضاء ان لم يستمسك البول وثلثها
ان استمسكت لان رضاها غير معتبر واحترزنا بالمشتهاة في الصغيرة عما اذا كانت صغيرة لا تشتهى
فان الحكم فيها بدون دعوى شبهة كالحكم في الصغيرة المشتهاة بدعوى الشبهة وهذه القيود زوايد
لان الحد يجب عند عدم الشبهة وكذا الدية بالافضاء ووجوب احدهما لا يمنع من وجوب الاخر لاختلاف
السببين فاسقط الحد بالشبهة ووجب العقر بالوطء لان الوطء الحرام موجب للعقوبة او الغرامة وقد
انتفت العقوبة للشبهة فوجبت الغرامة ووجوب الدية بالافضاء لا يمنع العقر لاختلاف السببين فان
سبب وجوب العقر الوطء والمستوفى به هو المملوك بعقد النكاح وسبب الدية الافضاء
وهو لا يستوفى بعقد النكاح فلا يكون ايجابهما في مقابلة شيء واحد ولهذا يجب العقر
كاملا مع وجوب الدية بالافضاء مع استمساك البول ولا يدخل احدهما في الاخر لكنا اهدرنا

ولهما ان العقد بدل المستوفى بالوطء والمستوفى به بمنزلة الجزء وقد وجب كل بدل العضو وهو الدية
تفويت منفعة مخصوصة ويدخل فيه بدل جزئه كما لو شج رجلا موضحة فذهب عقله فانه يدخل ارش الموضحة
في الدية بخلاف ما اذا لم يستمسك البول لان الواجب في مقابلة الافضاء ضمان الجايفة لان ضمان العضو
فلم يتكرر الموجب عن عضو واحد وههنا لما وجب ضمان العضو كاملا فلو وجب العقر لزم تكرار الموجب
عن شيء واحد قال ولا يجمع العقر والحد في المستكرهة رجل استكره امراة على الزنا فزنى بها
فوجب عليه الحد دونها لا يجب عليه العقر لها وقال الشافعي يجب العقر لانه عوض عن المستوفى
بالوطء بغير رضاها وهو بمنزلة جزء العين والحد في مقابلة الفعل فلم يمتنع احدهما بالاخر كاتلاف
صيد مملوك في الحرم بخلاف المطاوعة لان الاستيفاء برضاها ولنا ان الوطء اتلاف لمنافع بضعها
حقيقة وهي غير مضمونة عندنا وانما اوجبنا ضمان المنافع بايجاب العقر عند سقوط الحد
اظهارا لشرف المحل وخطر الابضاع لئلا يكون التعرض بها خاليا عن غرامة مالية وعقوبة
بدنية وههنا لما وجب الحد فقد وجد احدهما قال ويسقط الحد عمن زنى بجارية فقتلها به في
قيمتها او اشتراها او نكحها او كانت جنت عليه قبل فدفعت اليه بعده هذه مسايل والخلاف
فيها واحد وقد افرد صاحب المنظومة ما اذا زنا بها فقتلها بفعل الزنا في باب ابي حنيفة خلافا لابي يوسف
ولا قول لمحمد رضي الله عنهم وصاحب الهداية طرد الخلاف فاثبته على ما فيها رجل زنى بجارية غيره
فقتلها بفعل الزنا وجبت عليه القيمة اجماعا وهل يجب الحد قال ابو يوسف رحمه الله لا يجب وقالا يجب
وعلى هذا الخلاف لو زنى بها ثم اشتراها او زنى بها ثم نكحها او زنا بجارية كانت قد جنت عليه
قبل الزنا ثم دفعت اليه بالجناية بعد الزنا له ان وجوب ضمان القيمة سبب لملك الامة
وكذلك صدور الجناية منها سبب لدفعها اليه فيثبت ملكه فيها مستندا الى وقت الجناية
منها ومنه اذ المضمونات تملك عند اداء الضمان مستندا الى وقت سبب الوجوب وكذلك
شراؤها ونكاحها فانهما سببان للملك واعتراضه قبل اقامة الحد موجب لسقوطه كما في هبة
المسروق قبل القطع وصار كما لو زنى بها فاذهب عينها فانه يجب القيمة ويسقط الحد ولهما
ان هذا الضمان ضمان دم فلا يوجب الملك ولو اوجبه فانما يوجبه في العين وما استوفاه من منافع البضع
معدوم فلا يظهر الاسناد في حقه واما الجناية منها عليه فليست بسبب للملك اذ لو كانت سببا لاورثت الشبهة
مطلقا والاجماع منعقد على انه يحد اذا لم تدفع اليه فدل على انتفاء السببية فقبل الدفع لا يثبت السبب

Copyright © King Saud University

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com)