يجب الحد ويعاقب عقوبة هي أشد ما يكون من التعزير سياسة لا حدا مقدرا شرعا إذا كان عالما بذلك .

وإن لم يكن عالما لا حد ولا عقوبة تعزير اه .

وقد يجاب بأن قوله ولا عقوبة تعزير المراد به نفي أشد ما يكون فلا ينافي أن يعزر بما يليق بحاله حيث جهل أمرا لا يخفى عادة .

تأمل .

قوله (خلافا لهما) أي في ذات المحرم فقط كما مر .

قوله (فظهر أن تقسيمها الخ) إن أراد التقسيم من حيث الحكم فهي اثنان عند الكل غايته أن حكم شبهة العقد عند الإمام حكم شبهة المحل .

وعندهما حكم شبهة الفعل وإن أراد التقسيم من حيث المفهوم فهي اثنان أيضا لأن شبهة العقد منها ما هو شبهة الفعل كمعتدة الثلاث كما صرح به في النهر في باب ثبوت النسب ومنها ما هو شبهة المحل كمسألة المتن اه ح .

قوله (وحد بوطء أمة أخيه الخ) أي وإن قال ظننت أنها تحل لي لأنه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الآخر فدعوى ظنه الحل غير معتبرة .

ومعنى هذا أنه علم أن الزنا حرام لكنه ظن أن وطأه هذه ليس زنا محرما فلا يعارض ما مر عن المحيط من أن شرط وجوب الحد أن يعلم أن الزنا حرام .

فتح .

قوله (سوى الولاد) بالكسر مصدر ولدت المرأة ولادا وولادة أي سوى قرابة الولادة أي قرابة الأصول أو الفروع فلا حد فيها لكن لا يحد في قرابة الأصول إذا ظن الحل كما مر .

قوله (وجدت على فراشه) يعني في ليلة مظلمة كما في الخانية .

شرنبلالية .

فيعلم حكم النهار بالأولى .

قوله (إلا إذا دعاها) يعني الأعمى بخلاف البصير كما في الخانية وهو ظاهر عبارة الزيلعي والفتح أيضا .

ثم اعلم أن ما ذكره المصنف والشارح هو المذكور في المتون والشروح وعزاه في التتارخانية إلى المنتقى والأصل لكنه قال بعد ذلك وفي الظهيرية رجل وجد في بيته امرأة في ليلة ظلماء فغشيها وقال ظننت أنها امرأتي لا حد عليه ولو كان نهارا يحد .

وفي الحاوي وعن زفر عن أبي حنيفة فيمن وجد في حجلته أو في بيته امرأة فقال ظننت أنها امرأتي إن كان نهارا يحد وإن كان ليلا لا يحد .

وعن يعقوب عن أبي حنيفة أن عليه الحد ليلا كان أو نهارا قال أبو الليث وبرواية زفر يؤخذ اه .

قلت ومقتضاه أنه لا حد على الأعمى ليلا كان أو نهارا .

قوله (وجاز) أي العطف على ضمير الرفع المتصل .

قوله (لا يحد الحربي الخ) أي خلافا لأبي يوسف فعنده يحد الحربي المستأمن أيضا .

وقال محمد لا يحد واحد منهما غير أنه قال في العكس وهو ما لو زنى ذمي بمستأمنة كقول الإمام من أن الذمي يحد .

والحاصل أن الزانيين إما مسلمان أو ذميان أو مستأمنان أو الرجل مسلم والمرأة ذمية أو مستأمنة أو بالعكس أو الرجل ذمي والمرأة مستأمنة أو بالعكس فهي تسع صور .

والحد واجب عند الإمام في الكل إلا في ثلاث إذا كانا مستأمنين أو أحدهما .

أفاده في البحر .