



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية



مخبر الجنوب الجزائري للبحث
في التاريخ والحضارة الإسلامية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية
قسم العلوم الإنسانية
شعبة العلوم الإسلامية

القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للفقهِ الجنائي عند المالكية - دراسة تأصيلية تطبيقية -

أطروحة دكتوراه الطور الثالث في العلوم الإسلامية - تخصص: الفقه والأصول

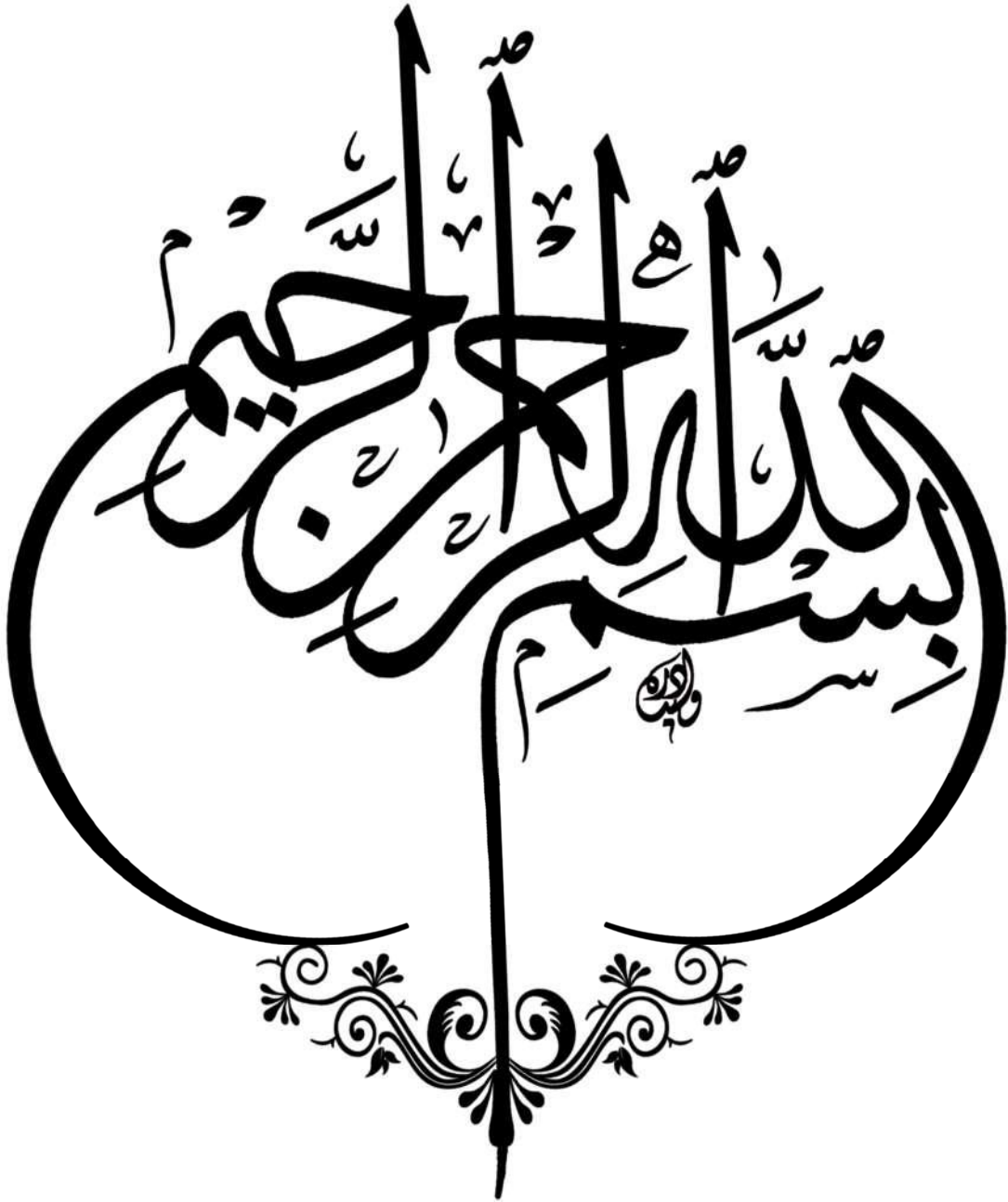
إعداد الطالب:

ياسين باهي

لجنة المناقشة:

الرقم	الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
01	عمر مونة	أستاذ	جامعة غرداية	رئيسا
02	مصطفى باجو	أستاذ	جامعة غرداية	مشرفا ومقررا
03	إبراهيم رحمانى	أستاذ	جامعة الوادي	عضوا
04	حاتم باي	أستاذ	جامعة الأمير - قسنطينة	عضوا
05	عبد الرحمن بشيري	أستاذ محاضر أ	جامعة الجلفة	عضوا
06	لخضر بن قومار	أستاذ محاضر أ	جامعة غرداية	عضوا

السنة الجامعية: 1439-1440 هـ / 2018-2019م



الإهداء

إلى نور عيني وتاج رأسي: والدتي الغالية

إلى غارس التحدي في نفسي: والدي الكريم

إلى شريكة حياتي: زوجتي الحبيبة

إلى فلذات كبدي: رهن وأسامة وأيمن وأويس

إلى سنديّ في الحياة: أخويّ العزيزين

إلى أقاربي وأصدقائي وأحبائي وتلاميذي

أهدي هذا العمل المتواضع

الشكر

أول مشكور ومحمود هو الربّ سبحانه على ما أنعم وتفضّل،
ثم أثني بالشكر على جامعة غرداية ممثلة في شعبة العلوم
الإسلامية على ما أتاحت لي من فرصة مواصلة البحث العلمي،
ثمّ الشكر موصول إلى كلّ أساتذتي الذين غمروني بكريم
أخلاقهم، ووافر علمهم، وعلى رأسهم سيدي وأستاذي المشرف
على هذا العمل: "مصطفى باجو"، فعلى الرغم من ازدحام
مشاغله إلا أنه أولى متابعة بحثي عناية خاصّة،
ثم الشكر العميم الوافر الجزيل للجنة المناقشة الموقرة التي
تكبدت العناء في تتبع كلمات الأطروحة تصحيحا وتدقيقا،
ومنهم من تكبد العناء ممتطيا ظهور العيس الحديثة من ولايات
أخرى في وطننا المفدى.
ولا أنسى من وضع اللبنة المالكية الأولى في إعدادي شيخي
الزيتوني مبروك عواج حفظه الله.
وأخيرا أشكر كلّ من أعانني في هذا البحث من قريب أو من
بعيد، وأخصّ بالذكر من اقتطع من بيته جزءا اتخذته معتكفا
علميا: سليم بعطوط وآل بيته الطيبين.

الحمدُ لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، أمّا بعدُ: لقد جاءت شريعة الإسلام للحفاظ على كليات ضرورية: الدين والنفس والعقل والمال والعرض. كلياتٌ لا تستقيم الحياة الدنيوية ولا الآخروية مع فقدها؛ فشرع العقوبات مؤيِّدات لمنهجه في الأرض، وحمايةً لأفراد المجتمع المسلم من سفك دمائهم، وغياب عقولهم، وضياع أموالهم، وهتك أعضائهم؛ فأسهمت هذه المؤيِّدات في ترابط المجتمع، وانتشار الأمن والطمأنينة والخير والعفاف بينهم، بل في هذه المؤيِّدات مصلحة للفرد خاصة؛ لأن سلامته مرهونة بسلامة الناس عامة، وأمنه مرده إلى تفشّي الأمن بين الناس جميعاً.

ولقد أثبت الواقع عبر مئات السنين سمّو منهج الإسلام في التشريع الجنائي؛ فقد أوجد مجتمعات تقلّ فيها الجريمة، بل حتى فرص تنفيذها؛ ذلك أنه جعل الجزاء رادعاً لكل من تسوّل له نفسه اقتراف جريمة أو جنائية، وزجر المؤمنين عن التهاون في تنفيذ العقوبات على مستحقيها، هذا المنهج الفريد الذي انتهجه الإسلام في الفقه الجنائي، يظهر جلياً في الموروث الفقهي الإسلامي.

هذا، ولقد أسهم أئمة الإسلام في مختلف العصور ومن عامة المذاهب الفقهية في تقرير أحكام الفقه الجنائي؛ فجاءت كتبهم طافحةً بالأحكام والأدلة الشرعية، والقواعد والضوابط الفقهية، مُقنّين بما هذا الجانب المهمّ من الفقه الإسلامي الذي به حياة المجتمع. هذه القواعد والضوابط والكليات تنظّم تحتها الفروع والجزئيات؛ قواعدٌ نفيسةٌ، وكليات منيفة، "كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه... بقدر الإحاطة بما يعظّم قدرُ الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويُعرف، وتتضح مناهج الفتوى وتُكشف"¹.

وإسهاماً مني في خدمة البحث العلمي، ارتأيت جمع عدد من تلك القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للفقه الجنائي، مقتصرًا في ذلك على اجتهادات أئمة المذهب المالكي؛ قصد معرفة طريقة تعاملهم مع هذا الركن العظيم من الدين؛ فعنونتُ هذا البحث كالاتي: "القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للفقه الجنائي عند المالكية - دراسة تأصيلية تطبيقية-".

وقبل الدخول في تفاصيل الموضوع أعرف به إجمالاً، وأوضح ظروف إنجازهِ، وأبيّن طريقة كتابته من خلال النقاط الآتية:

¹ القرائي، الفروق، 71/1.

أولاً - أهمية الموضوع:

لهذا الموضوع أهمية بالغة في تقديري، أذكر من أوجهها ما يأتي:

- 1- البحث محاولة للوقوف على العلاقة بين القواعد والضوابط الفقهية وفروعها التي ترتبط بها ارتباطا وثيقا في الفقه الجنائي عند المالكية.
- 2- البحث يعرض عددا من مسائل وفروع الفقه الجنائي في ثوب جديد من خلال جمع القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للفقه الجنائي، وشرحها وتأصيلها، ثم التفريع عليها.
- 3- البحث يعرض القواعد مرتبة في صياغتها بحسب الترتيب الزمني لورودها في كتب فقهاءنا؛ مما يعطي ملمحا على تطور صياغة هذه القواعد.
- 4- البحث يوجه الأنظار إلى قواعد وضوابط فقهية جنائية في كتب الفقهاء المالكية لم تُجمع في دراسة سابقة جمعا شاملا وافيا.
- 5- هذا البحث يجمع القواعد والضوابط الفقهية التي نظمت وأثرت في أحكام الفقه الجنائي؛ مما يوفر على الباحثين في هذا المجال الوقت والجهد.
- 6- ربط الفروع بالقواعد الفقهية ينمي الملكة الفقهية عند الباحث في الفقه وقواعده، وتجعله قادرا على ربط الجزئيات بالكليات.
- 7- كثيرا ما يغيب الفقه الجنائي عن العناية به دراسة وتدريسا باستثناء قسم الشريعة والقانون؛ فأهمية البحث فيه وضبطه وتقريبه من قبيل الحفاظ على مكونات وفروع الفقه الإسلامي كلها.

ثانياً - إشكالية الموضوع:

يقتصر عدد من الدارسين للفقه الإسلامي على أبواب دون أخرى، فيكثر التركيز على باب العبادات، ومن بعده في المعاملات ما تعلق بفقه الأسرة والمعاملات المالية، في حين أن هناك أبوابا لا تقل أهمية عن تلك المذكورة آنفا، منها ما تعلق بالفقه الجنائي من حدود وتعازير وقصاص وديات وغير ذلك، هذا الفقه عُني به فقناؤنا قديما وحديثا، تأصيلا وتقييدا وتبيينا، وإنّ ما أسهم به أئمة المالكية في هذا المضمار له شأن كبير، إنّ على مستوى الكتب الفقهية العامة، أو على مستوى

الكتب المتخصصة كشروح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لابن عاصم الغرناطي، وفي ثنايا كتبهم أوردوا عددا من القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة لأبواب الفقه الجنائي؛ **فإلى أي مدى استطاع أئمة المالكية أن يشكلوا قواعد وضوابط فقهية تحكم الفقه الجنائي؟**

ويمكن أن يصاغ هذا الإشكال الرئيس في الأسئلة الجزئية الآتية:

- 1- هل كان للمالكية إسهام في التععيد الفقهي عموما؟
- 2- ما مدى تطرّق أئمة المالكية إلى قواعد وضوابط الفقه الجنائي في كتبهم أثناء تعرضهم إلى أحكام الفقه الجنائي؟
- 3- أكانت قواعد وضوابط الفقه الجنائي مبنوثة في عامة الأبواب الفقهية الجنائية، أم كانت محصورة في أبواب دون أخرى؟
- 4- هل يمكن القول إنّ أئمة المالكية استطاعوا الربط بين القواعد والضوابط الفقهية وفروع الفقه الجنائي؟
- 5- هل يمكن الخروج بكليات في القواعد والضوابط الفقهية تبين منطق المالكية في الاجتهاد والفتوى في هذه الأبواب؟

هذه الأسئلة وغيرها سيتكفل البحث -بإذن الله- بإعطاء أجوبة عليها.

ثالثا- أسباب اختيار الموضوع:

هناك أسباب ذاتية دفعني إلى اختيار الموضوع، وأخرى موضوعية:

- أما الأسباب الذاتية فتعود إلى ما يأتي:

- 1- رغبتني في دراسة موضوع يتعلّق بالقواعد والضوابط الفقهية؛ قصد مواصلة البحث في هذا النطاق بعد مذكرة الماجستير التي كانت عن قاعدة اليسير المعفو عنه عند المالكية -دراسة تأصيلية تطبيقية-، والتي نوقشت في جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي عام 2015، وقد يسّر الله طبعها في دار الكتب العلمية ببلنان.
- 2- توجيه أحد الأساتذة الأفاضل لي بالبحث في القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بالفقه الجنائي؛ فنالت الفكرة استحسانا مني.
- 3- رغبتني في خدمة الفقه وفق المذهب المالكي؛ لأنه المذهب السائد في بلادنا، والذي نشئت عليه.

أما الأسباب الموضوعية فتتمثل أساسا فيما يأتي:

- 1- أهمية الموضوع محلّ الدراسة - أعني الفقه الجنائي - وقيمته العلمية مدعاة للبحث فيه.
- 2- أهمية دراسة القواعد والضوابط الفقهية بالنسبة لطلبة العلم؛ إذ تنمي لديهم الملكة الفقهية في الاستنباط وتنزيل الأحكام الفقهية.
- 3- لم أجد - بحسب اطلاعي - أحدا من الباحثين قد تناول القواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بالفقه الجنائي عند المالكية بالدراسة.
- 4- يشير كثير من الباحثين إلى أهمية التقنين الفقهي في عصرنا؛ مما دفعني إلى الإسهام ولو باليسير في هذا المجال وفق المذهب المالكي.

رابعا- أهداف البحث:

من خلال هذا البحث أريد تحقيقَ جملةٍ من الأهداف، يُمكن لي أن أحدّد أهمّها فيما يأتي:

- 1- التعريف بالتقعيد الفقهي عند المالكية، وبيان مدى إسهامهم فيه.
- 2- التحقيق في القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة لأبواب الفقه الجنائي التي تضارب فيها القول عند المالكية بناءً على مقررات المذهب.
- 3- عرض القواعد والضوابط الفقهية على أصول المذهب والتدليل لها.
- 4- إظهار مدى الترابط بين فروع الفقه الجنائي والقواعد والضوابط الفقهية الحاكمة له.
- 5- إثراء الملكة الفقهية لدى الباحث من خلال تخريج الفروع على القواعد والضوابط.

خامسا- الدراسات السابقة:

بعد البحث والاستقصاء في موقع البوابة الوطنية للإشعار عن الأطروحات، وفي مواقع وقواعد البيانات للجامعات العربية والإسلامية، بل في الشبكة العنكبوتية عامة باستعمال كلمات مفتاحية لها دلالات على موضوعي عثرت على عدد من الدراسات تتعلق بالقواعد الفقهية في أبواب من الفقه الجنائي، فاستبعدتُ الرسائل التي درست القواعد الفقهية عند علم معين ولو كان مالكيًا، أو كانت الدراسة من خلال كتاب معيّن لأحد الأئمة، بل اكتفيت بالقواعد والضوابط الفقهية المتعلقة بالفقه الجنائي خصوصا، ولعلّ من أهم هاته الدراسات:

- 1- أسماء ضياء الدين أحمد السعيد، أثر القواعد الفقهية في الفقه الجنائي، دار الكلمة، مصر، ط1، 1437هـ/2016م. (أصله رسالة علمية)
 - 2- إبراهيم الودعان، قواعد وضوابط عقوبات الحدود والتعازير -دراسة تأصيلية تطبيقية-، رسالة دكتوراه غير مطبوعة، إشراف: صالح بن عثمان الهليل، قسم العدالة الجنائية بكلية الدراسات العليا بجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1428هـ/2007م.
 - 3- ملفي بن ساير العنزى، الضوابط الفقهية في أبواب الجنايات والعقوبات، رسالة دكتوراه غير مطبوعة، إشراف: سعيد بن درويش الزهراني، قسم الدراسات العليا الشرعية بجامعة أم القرى، دون ذكر تاريخ المناقشة.
 - 4- منصور بن محمد المدخلي، قاعدة الأمور بمقاصدها وأثرها في الجنايات (دراسة تطبيقية)، رسالة ماجستير غير مطبوعة، إشراف: عبد الله بن عبد المحسن التركي، قسم العدالة الجنائية بكلية الدراسات العليا بأكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1423هـ/2002م.
 - 5- محمد سمير محمد حسين، القواعد الفقهية في القصاص، رسالة ماجستير غير مطبوعة، إشراف: جمال أحمد زيد الكيلاني، كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2014م.
- هذا، وإنّ لتلك الكتب والرسائل ميزات وأهميتها، ولها فضل سبق في هذا الميدان، إلّا أنّ عملي يتميّز عنها بكونه خاصاً بما قرره أئمة المالكية في هذه الأبواب، كما أنه أكثر شمولاً من حيث القواعد والضوابط، فلا يرتبط بعلم واحد، أو بفرع واحد من فروع الفقه الجنائي، أو تتبع فروع قاعدة واحدة فقط، أو نظرية دون غيرها من النظريات في هذا الباب.
- كما أشير وأنا أتحدّث عن الدراسات السابقة أنني أفدت من دراسة الباحثة أسماء ضياء الدين أحمد السعيد، وإن لم تظهر في أطروحتي إحالات عليها إلا في مواضع قليلة؛ ذلك أنّي استفدت من الطريقة التي سارت عليها في دراسة المسائل، مع تعديلات تتوافق مع طبيعة أطروحتي، كما أتاحت لي الاطلاع على المسائل المدروسة لتوسيع الأفق في التعامل مع القواعد والفروع الفقهية ودراستها بطريقة علمية؛ فلها جزيل الشكر.

سادساً- منهج البحث:

تبين لي أنّ الطريقة الناجحة في تقديري للإحاطة بجوانب هذا الموضوع تكون من خلال

استخدام المناهج الآتية:

1- المنهج الاستقرائي: وهذا عند تتبع وتقصي القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة لأبواب الجنايات الواردة في كتب المذهب المالكي، وكذا أهم المسائل التي وقع فيها تطبيق هذه القواعد والضوابط.

2- المنهج الوصفي: وهذا عند تصوير القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للفقه الجنائي عند المالكية، وكذا الفروع الفقهية التي كانت تطبيقاً لها.

3- المنهج التحليلي: وذلك بإتباع تلك القواعد التحليل والدراسة، ووضع كل منها موضعه المناسب في البحث.

سابعا- منهجية البحث:

الترمت في كتابة بحثي منهجية معينة، أذكر فيما يأتي أهم عناصرها:

1- عزو الآيات يكون في المتن بالطريقة الآتية: [اسم السورة: رقم الآية]، وجعلتها فيما بين القوسين الآتين: ﴿﴾، مع كتابتها بالرسم العثماني.

2- جعلت الأحاديث النبوية في المتن بين مزدوجين بالشكل الآتي: « » مثخنة الخط إذا كانت من قبيل الأقوال؛ تميزاً لكلام المعصوم ﷺ عن كلام سائر الناس، على أن يكون عزوها في الحاشية بالطريقة الآتية: ذكر صاحب المصنّف الحديثي وعنوانه، الكتاب والباب إن وُجدا، رقم الحديث إن وُجد، رقم الجزء - إن وُجد - والصفحة.

3- إذا كان الحديث في صحيح البخاري أو مسلم أو موطأ مالك، فإنني أكتفي بالعزو إليهم، أما إذا لم أجده فيهم، فإنني أعزوه إلى المصنّف الحديثي، مع إيراد درجة الحديث من عند واحد من أهل الصناعة الحديثية من المتقدمين أو المتأخرين.

4- شرح الغريب الوارد في المتن، وجعله في الحاشية محالاً على مصدره.

5- توثيق الاقتباسات الواردة في المتن بالهامش يكون كالاتي: المؤلف، المؤلف، رقم الجزء إن وُجد، رقم الصفحة. على أن أذكر سائر معلومات الكتاب في فهرس المصادر والمراجع وفق الترتيب الآتي: المؤلف، المؤلف، التحقيق، دار النشر، مكان النشر، رقم الطبعة، تاريخ النشر، وما فقد من معلومات لا أذكره ولا أشير إليه.

6- كثيرا ما أذكر اسم الكتاب مختصرا في الحواشي السفلية لشهرة الاسم المختصر، ولكن أذكر العنوان كاملا في قائمة المصادر والمراجع.

7- عند استعمال الكتاب في موضعين متتاليين لا يفصل بينهما استعمال كتاب آخر، فإنني أورد العبارة الآتية: المصدر أو المرجع نفسه، ثم أردفه برقم الجزء والصفحة. هذا إذا كان الاستعمالان في الصفحة نفسها، أما إذا كان الأول في صفحة، والثاني في أخرى، فإنني أقول: المصدر أو المرجع السابق.

8- إذا كان المرجع رسالة علمية أكاديمية، فإنّ التوثيق في قائمة المصادر والمراجع يكون كالاتي: الباحث، عنوان الرسالة، نوع الدرجة العلمية، الإشارة إلى الاعتماد على النسخة الأصلية المرقونة غير المنشورة، المشرف، الجامعة، مكانها، سنة المناقشة.

9- إذا كان المرجع عبارة عن مقال في مجلة، فإن التوثيق يكون كالاتي: صاحب المقال، عنوان المقال (الإشارة بين قوسين إلى أنه مقال)، رقم الصفحة. على أن أذكر سائر معلومات المقال في فهرس المصادر والمراجع وفق الترتيب الآتي: صاحب المقال، عنوان المقال، اسم المجلة، رقم العدد، سنة الصدور، جهة الإصدار - إن وُجدت - ومكانها.

10- عند أخذ معلومة من الشبكة العنكبوتية، فإنني أذكر اسم الكاتب، ثم أردفه بعنوان الموضوع إن وجد، ثم أثبت اليوم والساعة التي أخذت فيهما المعلومة، ورابط الصفحة إن لم يكن طويلا.

11- التوثيق بالنسبة للمعاجم والقواميس اللغوية أذكر فيه إضافة إلى المعلومات السابقة: "مادة" كذا" قبل رقمي الجزء والصفحة.

12- إذا كان مؤلفو الكتاب أكثر من اثنين، أكتفي بذكر اسم الأول، وأردفه بكلمة: "آخرون".

13- أترجم لأهم الأعلام الواردة أسماؤهم في المتن عند أول ذكر لهم؛ خشية إثقال الهوامش بالتراجم، ولكثرة ورودها معي في البحث.

14- عندما أحذف كلاما من النصوص المقتطفة حرفيا أضع العلامة: ... (ثلاث نقاط متعاقبة).

15- إذا نقلتُ الكلام عن قائله بالمعنى، أو تصرّفتُ فيه، فإنني أصدرُ العزو في الهامش بكلمة: "يُنظر"، أما إذا كان النقل حرفيا، فإنني أجعله بين المزدوجين الآتين: " "، والعزو حينئذ يكون خاليا من كلمة: "يُنظر".

- 16- عند اختلاف أئمة المالكية، فإنني لا أذكر إلا قول الفريق المعمل للقاعدة أو الضابط.
- 17- لقد اعتمدت ترتيب خليل في كتابه التوضيح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب أثناء الترتيب بين الفروع الفقهية، وما خالفت شرطي في موضع إلا لمصلحة أراها أرجح.
- 18- التزمت رموزا معينة لإفادة المعاني الآتية: الطبع: ط، التحقيق: ت، الصفحة: ص، التاريخ الهجري: هـ، التاريخ الميلادي: م، وهذا من باب الاختصار؛ لتكررها معي في البحث مرارا.
- 19- إذا وجدت بالمصدر أو المرجع التاريخين الهجري والميلادي أثبتهما معا بالطريقة الآتية: التاريخ الهجري/التاريخ الميلادي، وإذا وجدت أحدهما فقط، أثبت الموجود وحده.

ثامنا- خطة البحث:

بعد اختيار الموضوع رسمت خطة لأسير في كتابته وفقها، وهي في شكل مقدمة وأربعة فصول وخاتمة وفهارس فنية، وفيما يأتي عرض موجز لها:

المقدمة: وفيها بيّنت أهمية الموضوع، وطرحت إشكاليته، وذكرت أسباب اختياره، والأهداف المرجوة منه، والدراسات السابقة له، والمنهج المتبع في معالجة مسأله، والمنهجية المسلوكة في تحريره، وضبط حدوده، وعرضا مختصرا لخبطته، ووصفا عاما لأهم مصادره ومراجعته، وإشارة لأهم الصعوبات التي حاولت إعاقتها، وتوضيح مركز لکيفيّة تجاوزها.

الفصل الأول فكان في التعريف بحدود البحث، وقد جعلته في أربعة مباحث: الأول في التعريف بالقاعدة الفقهية، وبيان أهميتها وخصائصها وحجيتها، والثاني في التقعيد الفقهي عند الإمام مالك وتلامذته، والثالث في التقعيد الفقهي عند أئمة المذهب المالكي، والرابع في التعريف بالفقه الجنائي الإسلامي وبيان أقسامه.

الفصل الثاني جاء في القواعد الفقهية الكبرى الحاكمة للفقه الجنائي عند المالكية، وقد قسمته إلى خمسة مباحث: الأول في قواعد النيات والمقاصد، والثاني في قواعد اليقين والشك، والثالث في قواعد المشقة والتيسير، والرابع في قواعد الضرر، والخامس في قواعد العادة والعرف.

الفصل الثالث جعلته في القواعد الفقهية المتوسطة الحاكمة للفقه الجنائي عند المالكية، وقد كان في سبعة مباحث: الأول في قواعد عوارض الأهلية، والثاني في قواعد الوسائل والمقاصد، والثالث في

قواعد التقديرات الشرعية، والرابع في قواعد التابع والمتبوع، والخامس في قواعد الأصل والبدل، والسادس في قواعد الضمان، وأخيرا في قواعد عامة.

الفصل الرابع خصصته للضوابط الفقهية الحاكمة للفقه الجنائي عند المالكية، وانتظم سلوكه في أربعة مباحث: الأول في ضوابط عامة في الفقه الجنائي، والثاني في ضوابط الجنائيات، والثالث في ضوابط الحدود، والرابع في ضوابط التعازير.

الخاتمة: وفيها حصرت النتائج المتوصل إليها، وحاولت إعطاء مجموعة من التوصيات التي تزيد في خدمة الموضوع.

الفهارس: دُيِّلَ البحث بفهارسَ فنيّةٍ ل: الآيات، والأحاديث، والآثار، والأعلام، والغريب المشروح والأماكن، والمصادر والمراجع، والمحتويات؛ تسهيلا لآلية التعامل مع سائر مضموناته وأجزائه.

تاسعا - صعوبات البحث:

عند ولوجي غمار هذا البحث العلمي لم أجد صعوبة في الحصول على المراجع والمصادر التي تخدمني فيه من حيث فروع الفقه، وإنما الصعوبة كانت في العثور على الأدلة الدقيقة للقواعد والضوابط التي تناولتها بالدراسة، خاصةً أنّ جلّ علمائنا المالكية لم يُعِنُوا بالأدلة في تعييدهم، هذا ما جعل البحث يتطلب متابعةً دقيقةً للتقعيد في كتب المذهب المالكي الفقهية والأصولية والحديثية والتفسيرية، وكذلك كتب المذاهب الأخرى والكتب المعاصرة، والإفادة منها وفق أصول وقواعد المذهب المالكي. وعلى الرغم من هذا، فإنني أرجو أن أكون قد وُفِّقْتُ إلى حدّ ما في تناول الموضوع وصياغته وعرضه في قالب علميٍّ ممنهجٍ مقبول، والفضل في ذلك كلّهُ لله وَعَلَيْكَ الَّذِي أَمَدَّنِي بالفتح والوسع والطاقة والصبر والمصابرة، ثمّ إلى أستاذي الفاضل "أ.د/ مصطفى باجو" الذي أسدى إليّ جميلا كبيرا عندما احتضن مشروعِي هذا، ولم يبخل عليّ بنصائحه وإرشاداته وتحفيزاته التي أفدت منها كثيرا؛ فله من الله جزيل الأجر والثواب، وله مني عظيم التقدير والاحترام.

في الوقت الذي لا أنكر فيه تقصيري في بعض الأمور، وربما غفلي عن بعض المسائل، فذاك هو شأن الجهد البشري؛ لذا أطلب من سادتي المناقشين أن يرشدوني إلى ما قد وقعت فيه من الخطأ والتقصير، إن على مستوى شكل الموضوع، أو على مستوى مضمونه؛ حتى أستفيد من ملاحظاتهم عند إخراج البحث في حلّته النهائية التي ستوضع في متناول القراء خاصّة، وفي مستقبل حياتي العلمية عامّة.

مقدمة

وختاماً، فإنّ أمني أن يكون هذا العمل إضافةً طيّبةً في حقل البحث العلمي والدعوة والثقافة الإسلامية، وأسأل الله العليّ القدير أن يتقبّله منّي، وأن يجعله في ميزان حسناتي يوم القيامة؛ إنّه وليّ ذلك والقادر عليه، وصلّى اللهمّ وسلّم على حبيبنا محمد، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الفصل الأول

التعريف بحدود البحث

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بالقاعدة الفقهية، وبيان أهميتها
وخصائصها وحجيتها

المبحث الثاني: التقعيد الفقهي عند الإمام مالك وتلامذته

المبحث الثالث: التقعيد الفقهي عند أئمة المذهب المالكي

المبحث الرابع: التعريف بالفقه الجنائي الإسلامي وبيان أقسامه

المبحث الأول

التعريف بالقاعدة الفقهية وبيان أهميتها

وخصائصها وحجيتها

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالقاعدة الفقهية

المطلب الثاني: التعريف بالضابط الفقهي

المطلب الثالث: أهمية القواعد الفقهية وخصائصها

المطلب الرابع: الفرق بين القاعدة الفقهية والمصطلحات

المتعلقة بها

المطلب الخامس: مدى حجية القاعدة الفقهية

المطلب السادس: مميزات التقييد الفقهي عند المالكية

المطلب الأول: التعريف بالقاعدة الفقهية

القاعدة الفقهية مصطلح مركب تركيباً وصفيًا من كلمتي: "القاعدة"، و"الفقهية"، وتعريف القاعدة الفقهية يبني على تعريف كلٍّ من جزأَي المركب على حده.

الفرع الأول: تعريف القاعدة لغة واصطلاحاً

أولاً- تعريف القاعدة لغة: أصلُ القاعدة ومادّتها اللغويّة (ق ع د)، يقال: قعد الرجل يقعد يعوداً، ومن معاني هذه المادة ما يأتي⁽¹⁾:

أ- خلافتُ القيام بمعنى الجلوس، والعرب تدعو على الرجل فتقول: حلبتُ قاعدًا، ومعناه:

ذهبتُ إبلُك؛ فصرتُ تحلبُ الغنمَ؛ لأنَّ حالب الغنم لا يكون إلا قاعداً.

ب- حَبَسَ، يقال: ما قعدني عن ذلك الأمر إلا شغل، أي ما حبسني.

ج- طَفِقَ وجعل، يقال: قعد فلان يشتمني بمعنى طفق وجعل.

د- صار، يقال حدد شفرته حتى قعدت كأنها حرية، أي صارت.

هـ- يأتي القعيد بمعنى مصاحب وحفيظ. قال تعالى: ﴿إِذْ يُلَاقَى الْمُتَلَقِينَ عَنِ الْيَمِينِ وَعَنِ الشِّمَالِ قَعِيدٌ﴾ [ق:17].

و- القاعدةُ الأساسُ، وكلُّ أساسٍ لشيءٍ فهو قاعدة له. قال الله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ

الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا إِنَّكَ أَنْتَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ [البقرة:127]، أي أسسه.

ز- قواعد الهودج خشبات أربع معترضة في أسفله تُرْكَبُ عيدان الهودج فيها.

ي- قواعد السحاب أصولها المعترضة في آفاق السماء شبهت بقواعد البناء.

هذا، وإن أقرب هذه المعاني إلى المراد كون القاعدة تعني الأساس؛ نظراً لابتناء الأحكام عليها، كابتناء الجدران على الأساس.

ثانياً- تعريف القاعدة اصطلاحاً:

سأورد أولاً جملة من التعريفات التي ذكرها العلماء المالكية مع مراعاة التنوع من غير

⁽¹⁾ ينظر: الأزهرى، تهذيب اللغة، باب (العين والقاف مع الدال)، 1/136-140؛ وابن منظور، لسان العرب، مادة (ق ع د)، 3/357-359.

استقصاء، إذ الغرض فهم المراد، ثم أشيرُ إلى بعض ما يُلاحظ عليها.

أ- القاعدة "صورة كلية تتبين لها جميع جزئياتها"¹.

ب- القاعدة "أمر كلي منطبق على جزئياته لتعرف أحكامها منه"².

ت- القاعدة "قضية كلية يتعرف منها أحكام جزئيات موضوعها"³.

والذي يُلاحظ في هذه التعريفات التنوع في التعبير عن القاعدة، حيث عُبر عنها بالصورة،

والأمر، والقضية. والتعبير بالقضية أولى؛ لتناولها جميع أركان المعرف على وجه الحقيقة.

ومما يُلاحظ من التعريفات السابقة كذلك أنّ القاعدة تُوصف بالكلية، ويُقصد بذلك أنّها

محكوم فيها على كافة أفرادها، ويُؤكّد ذلك كثيرٌ من العلماء بقولهم: "منطبق على جزئياته

لتُعرف أحكامها منه"، وهذه الزيادة من ثمرات القاعدة، وهي عملية التخريج التي يقوم بها

المجتهد، وثمره الشيء ليست جزءاً من حقيقته؛ إلا أنّ في ذكرها زيادة البيان والإيضاح⁽⁴⁾.

وهذه التعريفات متقاربة في المعنى وإن اختلفت عباراتها حيث تفيد جميعها أنّ القاعدة

قضية كلية يفهم منها أحكام الجزئيات المدرجة تحت موضوعها. وهذه التعريفات عامة في

جميع العلوم، فإن لكل علم قواعد، فهناك قواعد أصولية ونحوية وقانونية وغيرها، فالقاعدة عند

الجميع هي أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته، كقول النحاة: "الفاعل مرفوع"، وقول

الأصوليين: "الأمر للوجوب"⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: تعريف الفقه لغة واصطلاحاً

أولاً- تعريف الفقه لغة:

يردُّ الفقه في اللغة بمعانٍ مختلفة، منها:

أ- الفهم، يقال: أوتي فلان فقها في الدين؛ أي فهما فيه. قال الله عز وجل: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ

¹ الحسين بن علي الرجاعي، رفع النقاب عن تنقيح الشهاب، 623/2.

² المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 100/1.

³ الصاوي، حاشية على الشرح الصغير، 72/1.

⁽⁴⁾ ينظر: يعقوب الباحثين، القواعد الفقهية، ص33.

⁽⁵⁾ ينظر: المرجع نفسه، ص33-37.

فَرَقَةَ مِنْهُمْ طَائِفَةً لَيْسَ فَعَهُمْ ﴿التوبة: 122﴾.

ب- العلم، يقال فقيه العرب، أي عالم العرب.

ج- الفطنة، يقال: شهدت عليك بالفقه، أي الفطنة.

وغلب إطلاق الفقه على علم الدين؛ لسيادته وشرفه وفضله على سائر أنواع العلم⁽¹⁾.

ثانيا- تعريف الفقه اصطلاحا:

الفقه اصطلاحا "هو العلم بالأحكام الشرعية العملية بالاستدلال"⁽²⁾، وشرح التعريف

كالآتي:

- الأحكام: احتراز من الذوات كالأجسام والصفات، نحو الأعراض والمعاني كلها.
- الشرعية: احتراز عن العقلية والحسية كأحكام الحساب والهندسة والموسيقى وغيرها.
- العمليّة: احتراز عن الأحكام الشرعية العلمية كالأحكام في أصول الفقه وأصول الدين.
- الاستدلال: احتراز عن المقلد، واحتراز عن شعائر الإسلام كوجوب الصلاة والصيام والزكاة وغير ذلك مما هو معلوم بالضرورة من غير استدلال، فالعلم بها لا يسمى فقها اصطلاحا لحصوله للعوام والنساء والبله⁽³⁾.

الفرع الثالث: تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها علما ولقبا

عُني المعاصرون بتقصي تعاريف القاعدة الفقهية عند القدامى، وبينوا ما يرد عليها، وكل

واحد اقترح تعريفا يراه مناسبا⁽⁴⁾، ولكني في هذا المقام سأكتفي بتعريفين فقط، هما كالآتي:

(1) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة (ف ق هـ)، 522/13-523.

(2) القرافي: شرح تنقيح الفصول، ص 17.

(3) ينظر: المصدر نفسه، ص 17.

(4) ينظر: علي الندوي، القواعد الفقهية، ص 41-45؛ ومحمد الروكي، نظرية التععيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص 39-51؛ ويعقوب الباحثين، القواعد الفقهية، ص 40-54؛ وعثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ص 16-19؛ والدوسري، المتمتع في القواعد الفقهية، ص 14-17.

أولاً- تعريف أبي عبد الله المقرئ⁽¹⁾: "كلُّ كَلْبٍ أَحْصَى مِنَ الْأَصُولِ، وَسَائِرِ الْمَعَانِي الْعَقْلِيَّةِ الْعَامَّةِ، وَأَعَمَّ مِنَ الْعُقُودِ، وَجَمَلَةُ الضَّوَابِطِ الْفَقْهِيَّةِ الْخَاصَّةِ"⁽²⁾.

وهذا التعريف حدّد مجال القاعدة وذلك بتمييزه عن مجالي أصول الفقه والضوابط الفقهية، فقد كان تمييزه دقيقاً للقاعدة الفقهية عن شبيهاها، لكن يُلاحظ عليه عدم اعتباره الضوابط الفقهية من القواعد الفقهية، وهو ما لم يستطع الالتزام به، فقد أورد في كتابه "القواعد" جملة من الضوابط الفقهية⁽³⁾.

ثانياً- تعريف الأستاذ محمد الروكي: "حكم كلي مستند إلى دليل شرعي، مصوغ صياغة تجريدية محكمة، منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية"⁽⁴⁾.

وشرح هذا التعريف كالآتي:

حكم كلي: أفاد أن القاعدة لا ترتبط بجزئية واحدة، بل بعدة جزئيات. **مستند إلى دليل شرعي:** أفاد أن القاعدة الفقهية هي حكم شرعي يستنبطه الفقيه من الأدلة الشرعية المعروفة، فمن قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة:275] يُستنبط حكم شرعي هو حرمة الربا، ويُستنبط من قوله تعالى: ﴿وَلَا نَزْرُ وَازِرَةً وَزَرَ أُخْرَى﴾ [الإسراء:15] حكم شرعي هو أن الحرام لا يتعلق بدمتين، إلا أن الحكم في الآية الأولى يتعلق بجزئية واحدة، فهو حكم جزئي، وفي الآية الثانية يتعلق بجملة من الجزئيات، فهو حكم كلي. فالقاعدة الفقهية لا بد لها من سند شرعي تستقي منه حجيتها وشرعيتها، فالتقعيد الفقهي ضرب من الاستنباط للكليات لا للجزئيات.

مصوغ صياغة تجريدية: قيد أخرج القواعد المرتبطة بأعيان الجزئيات.

(1) هو محمد بن محمد بن أحمد المقرئ، التلمساني، أبو عبد الله، الصوفي القاضي، الفقيه المالكي، من أعلام محققي المذهب. ولد بتلمسان ونشأ بها، وسكن فاس، ودخل غرناطة، من مصنفاته: الحقائق والرقائق، رحلة المتبتل، كتاب القواعد، التحف والطرف. توفي بمدينة فاس سنة 756هـ. ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 232/1.

(2) المقرئ، القواعد بتحقيق الدردابي، ص77.

(3) ينظر: محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص41-42، ص49؛ ورشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص36.

(4) محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص48.

منطبق على جزئياته: فيه تحديد لعنصر مهم من عناصر القاعدة، وهو الاستيعاب والاشتمال، فإذا لم يكن حكمها مستوعبا للجزئيات كان جزئيا لا كليا.

على سبيل الاطراد أو الأغلبية: أفاد أن القاعدة قد تبقى على أصلها وهو الاطراد، وقد يشذ عنها بعض فروعها فيكون انطباقها على الجزئيات غالبا، وهذا لا ينقص من حقيقتها العلمية؛ لأنّ الأغلبية كالاتراد عملا بقاعدة "ما قارب من الشيء يعطى حكمه"، وقاعدة "الغالب كالحق" (1).

هذا، وإنه يجدر التنبيه في هذا المقام إلى أنه يُعبر عن القواعد الفقهية أحيانا بالأصول، ويُقصد هاهنا بالأصول "القواعد الكلية التي تُستفاد من جملة نصوص الشرع عن طريق الاستقراء والتتبع، أو تُعلم من الدين بالضرورة، وذلك كحليّة الطيبات وحرمة الخبائث، ورفع الحرج في الدين، ومراعاة مقاصد المكلفين"، والذي يذهب إليه محمد الروكي أنّ القواعد الفقهية الكلية هي قواعد شرعية وأصول، وتسميتها بالقواعد الفقهية تجوز في الاصطلاح، فالأصول الشرعية تستند إلى جملة نصوص الشرع وهي على درجة عالية من الشمول والاستيعاب، أما القواعد الفقهية فهي تستند إلى آحاد النصوص، أو ما يتقرر بها من الأدلة العقلية كالقياس والاستصحاب (2).

المطلب الثاني: التعريف بالضابط الفقهي

الضابط الفقهي مصطلح مركب تركيبيا وصفيا كذلك من كلمتي: "الضابط"، و"الفقهي"، وتعريف الضابط الفقهي ينبنى على تعريف كلٍّ من جزأي المركب على حده، ولأني عرّفت -قريبا- بالفقه لغة واصطلاحا، فسأكتفي بتعريف الضابط فيما يأتي:

الفرع الأول: تعريف الضابط لغة واصطلاحا

أولا- تعريف الضابط لغة: الضابط من ضبط يضبط ضبطا وضباطة، أي: الحفظ بالحزم، وهو ضابط، أي: حازم، ويقال: ضبط الرجل الشيء يضبطه ضبطا، إذا أخذه أخذا شديدا، وضبط

(1) ينظر: المرجع السابق، ص48.

(2) ينظر: المرجع نفسه، ص49-51.

الشيء: لزومه لا يفارقه، يقال ذلك في كل شيء⁽¹⁾.

ثانياً- تعريف الضابط اصطلاحاً:

للعلماء في تعريف الضابط اصطلاحاً اتجاهان، فمن العلماء من لم يفرّق بين القاعدة والضابط، وعليه درج بعض اللغويين⁽²⁾، أما الضابط في اصطلاح علماء القواعد، وهو الذي عليه جمهور المتأخرين أنه: قضية كليةٌ فقهيةٌ منطبقةٌ على جزئيات متعددةٍ من باب واحد⁽³⁾.

الفرع الثاني: تعريف الضابط الفقهي باعتباره علماً ولقباً

الضوابط الفقهية بمعناها في الاصطلاح الخاص هي أخصّ من القواعد الفقهية، ودونها في استيعاب الفروع. قال ابن نجيم: "القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمعها من باب واحد"⁽⁴⁾. وبهذا يظهر أنّ الضوابط الفقهية أضيق نطاقاً من القواعد الفقهية، فهي أخصّ منها، هذا إذا اعتبرنا المعنى الاصطلاحى الخاص للضابط، أمّا إذا لم نعتبر ذلك وانصرفنا إلى المعنى الاصطلاحى العام، فلا يكون حينئذ فرق بين القواعد والضوابط، وهكذا يتبيّن أنّ العبرة بمدلول المصطلح، لا مجرد التسمية، وهذا ما جعل المقرري في تعريفه السابق يصف الضوابط الفقهية بأنها خاصة؛ حتى يصرفها من معناها العام الذي قد يرادف القاعدة إلى معناها الخاص الذي هو دون القاعدة وأخصّ منها وأقلّ استيعاباً للفروع الفقهية منها⁽⁵⁾.

(1) ينظر: الزبيدي، تاج العروس، 439/19.

(2) ينظر: الفيومي، المصباح المنير، 510/2.

(3) ينظر: علي الندوي، القواعد الفقهية، ص46-52؛ ويعقوب الباسين، القواعد الفقهية، ص58-67؛ وعثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ص19-20.

(4) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص137.

(5) ينظر: محمد الروكي، نظرية التقييد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص51-52.

المطلب الثالث: أهمية القواعد الفقهية وخصائصها

الفرع الأول: أهمية القواعد الفقهية

تَبَّه العلماء على أهمية القواعد الفقهية وحاجة الفقيه إليها، ومن ذلك ما يأتي:

1- جاء في مقدمة كتاب أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك في كلام متين يبين قيمة العناية بالقواعد الفقهية والشرعية عموماً: "وأخْلِقْ بِنِ جَعْلِ عَرَضَهُ الَّذِي يَرْمِي إِلَيْهِ وَمِثَالَهُ الَّذِي يُجْتَذَى عَلَيْهِ حِفْظَ الْمَعَانِي الْمَفْهُومَةِ وَالْأَصُولِ الصَّحِيحَةِ، وَمَا يُتَرْتَّبُ بِهِ الْقِرْنُ⁽¹⁾ الْمُنَاطِرُ، وَيُنْقَادُ لَهُ الْخِصْمُ الْمَكَابِرُ مِنَ الرِّوَايَاتِ الثَّابِتَةِ فِي الْأَمْهَاتِ الْمَبْسُوطَةِ أَنْ يَكُونَ رِضِيَّ الْبَالِ فِي سَاعَاتِ الْمَضَايِقَةِ، حَاضِرَ الْجَوَابِ عِنْدَ يَدَيْهِ بِالسَّأَلَةِ، لَا يَعْتَاصُ⁽²⁾ عَلَيْهِ الصَّوَابُ فِي مَقَامَاتِ الْإِمْتِحَانِ، وَلَا يَعْجِزُهُ إِصْدَارُ مَا وَرَدَ عَلَيْهِ مِنَ الْمَقَالِ"⁽³⁾.

2- قال القرافي⁽⁴⁾: "وهذه القواعد مهمّة في الفقه، عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويُعرف، وتتضح مناهج الفتاوى وتُكشف، فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء، وبرز القارح على الجَدْعِ، وحاز قصب السبق من فيها برع. ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية، تناقضت عليه الفروع، واختلفت وتزلزلت خواتمه فيها واضطربت، وضاعت نفسه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مُناها، ومن ضبط الفقه بقواعده،

(1) القِرْنُ بالكسر: الكُفء والنظير في الشجاعة والحرب، ويُجمع على أقران. ينظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، 4/55.

(2) اعتاص من العوص، والعوص ضد الإمكان واليسر، واعتاص عليه الأمر أي: صعب والتوى. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، 7/58-59.

(3) الحشني، أصول الفتيا، ص 45.

(4) هو أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الصنهاجيّ الأصل، البهنسي، المشهور بالقرافي، الملقب بشهاب الدين، فقيه، أصولي، مفسر، من تأليفه: "الذخيرة" في الفقه، و"شرح التهذيب"، و"شرح الحصول" فخر الدين الرازي، و"التنقيح" في أصول الفقه، و"أنوار البروق في أنواع الفروع"، توفي ودفن بالقرافة سنة 684هـ. ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 1/236؛ ومحمد مخلوف، وشجرة النور الزكية، 1/270.

استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات، واتَّحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب⁽¹⁾.

3- وقال في المقدمة الثانية من الذخيرة: "فيما يتعيَّن أن يكون على خاطر الفقيه من أصول الفقه وقواعد الشرع واصطلاحات العلماء حتى تُخرَّج الفروع على القواعد والأصول، فإنَّ كلَّ فقه لم يخرج على القواعد فليس بشيء"⁽²⁾.

وعليه فيمكن إجمال عدد من النقاط التي تُبرز أهمية دراسة القواعد الفقهية فيما يأتي:

- 1- هي أحد قسَمي أصول الشريعة الإسلامية.
- 2- تشتمل على أسرار الشرع وحكمه ومقاصده.
- 3- درجة الإحاطة بها مقياس لتقدير الفقهاء.
- 4- توضح مناهج الفتوى وتكشفها.
- 5- تعين على فهم الفقه، وحقائقه ودقائقه، ومداركه وما أخذه.
- 6- تغني عن حفظ الجزئيات، وأحكام الفروع والمسائل.
- 7- تنظم منشور المسائل، وتجمع الشتات، وتفيد الشوارد.
- 8- تعين على معرفة الأحكام، وتخرِج المسائل وإلحاقها بأصولها.
- 9- تضبط للفقيه أصول مذهبه.
- 10- ضبط الجزئيات المتشابهة، وذلك قصد توفير الجهد على المتعامل مع القواعد الفقهية، وتسهيل حفظها واستحضارها، وإدراك الروابط والمعالم بينها لقلّة لفظها وإحكام صياغتها.
- 11- ضبط مستثنيات القاعدة التي تتجاوزها قواعد أخرى أرجح منها، يجعل المتعامل مع القواعد الفقهية مستحضراً فروع القاعدة وما لا يندرج تحتها.
- 12- الرقيّ بطالب العلم من الاهتمام بالجزئيات إلى الاهتمام بالكليات.
- 13- تحقّق لطالب العلم سرعة التحصيل العلمي.

(1) القراني، الفروق، 71/1.

(2) القراني، الذخيرة، 55/1.

- 14- تكوين الملكة الفقهية بسبب التعامل مع أسرار التشريع، والبحث عن الروابط بين الفروع الفقهية، والقياس عليها، والبحث عن المستثنيات وسبب الاستثناء.
- 15- إدراك مقاصد الشريعة من خلال الوقوف على الروابط بين الفروع الفقهية.
- 16- تخرج الفروع الفقهية واستنباط الحلول الشرعية للمسائل المستجدة.
- 17- تقليل نسبة الخطأ لدى المجتهدين⁽¹⁾.

الفرع الثاني: خصائص ومميزات القواعد الفقهية

تتميز القاعدة الفقهية بميزات، وتقوم على مقومات أساسية هي⁽²⁾:

- أولاً- إيجاز العبارة وإحكام الصياغة وسهولة الأسلوب: تمتاز القواعد الفقهية عموماً بإيجاز العبارة، والصياغة المحكمة، والتركيب السهل لجمالها وعبارتها⁽³⁾.
- ثانياً- الشمول والاستيعاب: حيث إن تعقيد القواعد لا يعتبر إلا بقدر استيعابها وشمولها لمضمونها ودخول الفروع الكثيرة واندراجها تحتها⁽⁴⁾.
- ثالثاً- الأغلبية والأكثرية: أشار إلى هذا بعض فقهاءنا بقوله: "ومعلوم أنّ أكثر قواعد الفقه أغلبية"⁽⁵⁾، وورود الاستثناءات على القاعدة لا ينف عن صفة الكليّة. هذا، وإنّ محمد الروكي جمع في تعريفه بين الخاصيتين "الاطراد والأغلبية" إذ قال: "حكم كلي... منطبق على جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية"⁽⁶⁾.

(1) ينظر: رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص42؛ وحاتم بن محمد بوسمة، نظرية التقعيد الفقهية، ص46-51.

(2) هذا الفرع وإن كانت مادته العلمية الأصلية مستفادة من عند الأستاذ محمد الروكي، إلا أنّ الصياغة مستفادة من عند الأستاذ رشيد مدور.

(3) ينظر: محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص67؛ ورشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص38.

(4) ينظر: محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص60؛ ورشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص38.

(5) محمد الأمير، ضوء الشموع شرح المجموع، 473/2.

(6) ينظر: محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص62؛ ورشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص39.

رابعاً- التجريد: وهذه الميزة اختصَّ بالنصِّ عليها محمد الروكي، حيث وصف صياغة القاعدة الفقهية بكونها تجريدية، وفي تحديده لمعنى التجريد قال: "التجريد في القاعدة أن تكون مشتملة على حكم مجرد عن الارتباط بجزئية بعينها"، لكن هذه الميزة خاصة في معناها الاصطلاحي الخاص، أمّا العام الذي يشمل الضوابط والكليات الفقهية فلا تشملها، وذلك لأنّ هذه الأخيرة من خصوصيتها الارتباط في الغالب بجزئية واحدة أو جزئيات محدودة⁽¹⁾.

المطلب الرابع: الفرق بين القاعدة الفقهية والمصطلحات المتعلقة بها

درج الباحثون في القواعد الفقهية على التمييز والتفريق بين الصاعدة الفقهية وعدد من المصطلحات المتعلقة بها، وسأقف على أهمها فيما يأتي بإيجاز:

الفرع الأول: الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية

القاعدة الأصولية هي ما يُتوصل به إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية، فالقاعدة الأصولية هي تلك المبادئ والمباحث اللغوية التي تكون منهاجا يعتمد عليه الفقيه في تفسير النصوص الشرعية واستنباط الأحكام منها، هذا هو عملها الأساسي، وتبحث كذلك القواعد الأصولية في مجالي الأدلة والأحكام الشرعية؛ فكلٌّ من القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية متعلقة بالأحكام الشرعية⁽²⁾، فالفقه يرتبط بالأصول ارتباطاً وثيقاً؛ فلا يستغني الأصولي عن الفقه، ولا الفقيه عن الأصول، ومع ذلك فهما علمان مختلفان من حيث الموضوع والاستمداد والثمرة والغاية من دراسته، وكذلك تختلف قواعد هذين العلمين، ولعلّ أول من فرّق بينهما الإمام القراني في مقدمة كتابه "الفروق" حيث ذكر أنّ الشريعة اشتملت على أصول وفروع، وقسم الأصول إلى قسمين:

⁽¹⁾ ينظر: محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص63؛ ورشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص39-40.

⁽²⁾ ينظر: شمس الدين الأصفهاني، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، 13/1؛ ومحمد الروكي، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، ص112.

1- أصول الفقه: وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ، وما خرج عن هذا النمط إلا كون القياس حجةً، وخبر الواحد وصفاتُ المجتهدين.

2- قواعد كلية فقهية: وهي جليلة، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يُحصى، ولم يذكر منها شيء في أصول الفقه، وإن اتفقت الإشارة إليه هنالك على سبيل الإجمال فبقي تفصيله لم يتحصّل⁽¹⁾. هذا، وإنه يمكن إجمال أبرز ما يميز بين النوعين فيما يأتي⁽²⁾:

- 1- موضوع القاعدة الفقهية فعل المكلف، وأما القاعدة الأصولية فموضوعها الأدلة الشرعية، وهذا أهم ما يفرق بين القاعدة الفقهية والأصولية، وبقيت الفروق متفرعة عنه في الجملة.
- 2- يمكن أن نأخذ أسرار الشرع وحكمه من القواعد الفقهية، بينما القواعد الأصولية فلا.
- 3- تستمد القاعدة الفقهية من الأحكام الشرعية والمسائل الفقهية المتشابهة، وتتعلق بالأحكام ذاتها؛ فهي قواعد استقرائية، بينما تستمد القاعدة الأصولية -في الغالب- من الألفاظ العربية، ولها علاقة بدلالات الألفاظ.
- 4- القاعدة الأصولية سابقة في الوجود الذهني على القاعدة الفقهية؛ لأن موضوع القاعدة الأصولية -وهو دليل من حيث استنباط الحكم منه- مُقدّم في الوجود على أحكام الفروع الفقهية التي تجمعها القاعدة الفقهية.
- 5- القاعدة الأصولية تُستعمل ليتعرف بها المجتهد على الأحكام الفقهية، بينما القاعدة الفقهية تضبط تلك الأحكام التي توصل إليها المجتهد باستعمال القاعدة الأصولية.
- 6- تُستخرج أحكام الجزئيات الفقهية من القواعد الفقهية مباشرة، بينما القواعد الأصولية تُستخرج منها أحكام الفروع بواسطة الدليل الشرعي، فمثلاً: قاعدة الأمر يقتضي الوجوب لا تدلّ على وجوب الصلاة مباشرة، وإنما بواسطة الدليل الشرعي، كقول الله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا

(1) ينظر: القرافي، الفروق، 3-2/1.

(2) ينظر: محمد الروكي، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، ص 119-120؛ ويعقوب الباحسين، القواعد الفقهية، ص 135-142.

الصَّلَاةُ ﴿البقرة:43﴾. وبناءً عليه، فالقاعدة الفقهية يمكن للمقلد أن يُعملها، أما القاعدة الأصولية فلا حظ للمقلد في إعمالها، بل هي من اختصاص المجتهد.

7- القواعد الفقهية محددة مرتبطة بجزئياتها ارتباطاً مباشراً، وهي متفاوتة تفاوتاً شديداً من حيث عمومها وخصوصها، أما القواعد الأصولية فهي قواعد إجمالية عامة تجريدية.

هذا، وإن الأستاذ محمد الروكي أرجع هذا التفريق إلى اعتبار المعنى الاصطلاحي الخاص لكل منهما، أما إذا راعينا المعنى العام فلا مانع من اعتبار القواعد الأصولية قواعد فقهية ما دام العلماء إنما توصلوا إلى تعييدها عن طريق الفقه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي

كما مرّ في التعريف بالضوابط الفقهية بينت أنّ الضوابط الفقهية أخصّ من القواعد الفقهية وأقلّ استيعاباً منها بحسب ما اصطلح عليه المتأخرون من الفقهاء، كما أن القاعدة الفقهية قابلة للاستثناء لشمولها وعمومها، بينما الضابط لا يُتسامح في وجود ما يخرمه وإلا لم يعد ضابطاً، كذلك يغلب في الضابط الفقهي تجرده عن المدارك، بينما القاعدة لا⁽²⁾.

هذا، وإن كان الفقهاء لا يتحرّزون كثيراً من تداخل الاصطلاحين، واستعمال أحدهما مكان الآخر⁽³⁾.

ومما له علاقة بالقواعد والضوابط الفقهية: "الكليات الفقهية"، فالكلية الفقهية هي "قواعد فقهية خاصة مسلمة لا اختلاف فيها، ولا في فروعها - غالباً - وتندرج تحتها أحكام متشابهة من باب واحد غالباً"⁽⁴⁾، وعُرِّفت كذلك بكونها "حكم كليّ فقهي، مُصدَّر بكلمة (كلّ)، ينطبق على فروع كثيرة مباشرة"⁽⁵⁾، ومن خلال التعريفين السابقين يُستشف أنّ الكلية الفقهية هي قاعدة فقهية متعلقة بباب واحد ومصدرة بكلمة (كلّ)، ومُسلمة لا اختلاف فيها، فهي

(1) ينظر: محمد الروكي، نظرية التقييد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص 59.

(2) ينظر: عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته، القواعد والضوابط الفقهية القرافية، 267/1؛ 281/1.

(3) ينظر: محمد الروكي، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، ص 112-113؛ ونظرية التقييد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص 51-52.

(4) الونشريسي، إيضاح المسالك، (مقدمة المحقق أحمد بوطاهر الخطابي)، ص 113.

(5) ناصر بن عبد الله الميمان، الكليات الفقهية دراسة نظرية تأصيلية (مقال)، ص 28.

بالمعنى الاصطلاحي الخاص تدرج ضمن الضوابط الفقهية غالبا، ويمكن أن تُحدّد العلاقة بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي والكلية الفقهية في النقطتين الآتيتين:

1- إذا اتسع مجال أعمال الكلية لتشمل أكثر من باب فقهي كانت قاعدة فقهية، أما إذا اختصت بباب واحد كانت ضابطا فقهيا.

2- كل كلية فقهية إما قاعدة أو ضابط، أما العكس فلا⁽¹⁾.

الفرع الثالث: الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية

إن مصطلح النظرية الفقهية لم يُعرف في كتب فقهاءنا قديما، وإن كان معناها ومضمونها موجودا، بل هو مصطلح حادث بسبب التأثير بالدراسات القانونية، فسعى من عدد من الفقهاء المعاصرين إلى تجديد الفقه ليكون له السلطان في تنظيم شؤون الحياة بدلا من القانون الوضعي، وُضعت هذه النظريات⁽²⁾، وأُلّفت فيها المؤلفات⁽³⁾، وقبل بيان الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية⁽⁴⁾، فإنه يجدر التعريف بها، فالمقصود بالنظريات الفقهية الأساسية "تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى، التي يؤلف كل منها على حدة نظاما حقوقيا موضوعيا منبثا في الفقه الإسلامي، كانبثاق الجملة العصبية في نواحي الجسم الإنساني، وتحمك عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام، وذلك كفكرة الملكية وأسبابها، وفكرة العقد وقواعده ونتائجه، وفكرة الأهلية وأنواعها، ومراحلها وعوارضها، وفكرة النيابة وأقسامها، وفكرة البطلان والفساد والتوقف، وفكرة التعليق والتقييد والإضافة في التصرف القولي، وفكرة

(1) ناصر بن عبد الله الميمان، الكليات الفقهية دراسة نظرية تأصيلية (مقال)، ص30؛ ورشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص153-154.

(2) ينظر: عبد الله علي شعبان، القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها من خلال كتاب التوضيح، ص54.

(3) المؤلفات كثيرة جدا تتحدث عن النظريات الفقهية إما تأليفا مستقلا أو ضمن كتاب عام، ومن بين هاته الدراسات ما يأتي: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام؛ وفتحي الدريني، النظريات الفقهية؛ ومحمد الزحيلي، النظريات الفقهية؛ وياسين بن ناصر الخطيب، النظريات الفقهية (نظرية الضمان)؛ وعبد الحق حميش، مفهوم النظرية الفقهية وتاريخها؛ وسعد الشري، النظريات الفقهية.

(4) هذا، وإنه ذهب بعض المعاصرين إلى التسوية بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية، ومن هؤلاء الأستاذ محمد أبو زهرة. ينظر: أصول الفقه، ص10.

الضمان وأسبابه وأنواعه، وفكرة العرف وسلطانه على تحديد الالتزامات، إلى غير ذلك من النظريات الكبرى، التي يقوم على أساسها صرح الفقه بكامله، ويصادف أثر سلطانهما في حلول جميع المسائل والحوادث الفقهيّة"⁽¹⁾. ولعلّ من أهمّ الفروق بينهما ما يأتي⁽²⁾:

1- القاعدة الفقهيّة هي حكم شرعيّ مستنبط من أحد المصادر الشرعية بطرق الاستنباط المعروفة في علم أصول الفقه، إلا أنّه كلّيّ لا جزئيّ، أمّا النظريّة الفقهيّة فليست حكما مستنبطا، وإنما هي دراسة ينتهي فيها الفقيه إلى الجمع بين جملة من الموضوعات والأحكام والبحوث الفقهيّة التي تكون بمجموعها فكرة وحدة متكاملة الأجزاء.

2- أنّ النظريّة الفقهيّة أكثر شمولية من القاعدة، وأوسع نطاقا منها، ويؤكد ذلك احتواء النظريّة الفقهيّة عددا كبيرا من القواعد الفقهيّة، والقواعد الفقهيّة صارت بمثابة الحدود والضوابط الأساسية لها، فالقواعد مؤطّرة وجامعة لحدود النظريّة ومبرزة لمعالمها.

3- القاعدة الفقهيّة تحمل في عناصرها معنى التقييد والتأصيل، أمّا النظريّة الفقهيّة فهي تتكون بواسطة تجريد أبواب الفقه وفصوله وموضوعاته، ثمّ تصنيف ذلك كله تصنيفا تنتظم به كل مجموعة أو مجموعات من القضايا المتجانسة والمتشابهة في إطار كبير واحد يجمعها.

4- النظريّة الفقهيّة تتناول موضوعا واحدا، بينما القاعدة الفقهيّة لا تتقيّد بموضوع واحد ولا بباب واحد.

المطلب الخامس: مدى حجية القاعدة الفقهيّة

الذي يطّلع في كتب الفقه المالكي يلاحظ أنّ الفقهاء أوّلوا القاعدة أهمية كبرى؛ فأعملوها بين مُقلّ ومستكثر⁽³⁾، ولكن لم يصلنا صراحة القول فيها بالحجّية في الاستدلال بها من عدمه إلا ما جاء عن القراني إذ إنه يذهب إلى نقض حكم القاضي إذا خالف قاعدة من القواعد

(1) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، 329/1.

(2) ينظر: محمد الروكي، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، ص115-116؛ ونظريّة التقييد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص54؛ وعبد الله علي شعبان، القواعد والضوابط الفقهيّة وتطبيقاتها من خلال كتاب التوضيح، ص56.

(3) تناول قضية التعليل بالقواعد الفقهيّة الأستاذ الطاهر خديري في أطروحته: "التعليل بالقواعد وأثره في الفقه عند المالكية -دراسة نظريّة تطبيقية-"، تحت إشراف عارف خليل أبو عيد، التي نوقشت بالجامعة الأردنيّة عام 2004م.

السالمة عن المعارض⁽¹⁾، وهذا يشير إلى أن القاعدة الفقهية في درجة الحجج القوية التي يُنقض بها حكم القاضي إذا حكم بخلافها، وهي النص والإجماع والقياس الجلي. كذلك ما ورد عن ابن عرفة⁽²⁾ من أنه يقول بجواز نسبة القول إلى المذهب استنباطاً من القاعدة الفقهية⁽³⁾، مما يدلّ على أنّه يرى صحة الحكم استناداً على القاعدة الفقهية، فإنه إذا جاز نسبة القول إلى المذهب؛ بناءً على القاعدة جاز الحكم بها⁽⁴⁾.

ومما ينبغي أن يقال في هذا المقام:

1- القول بحجية القواعد الفقهية يقتضي ضمها إلى أصول الفقه لتتسع دائرة الاستدلال وطرقه، كذلك تصبح لها القدرة على إثبات الأحكام الشرعية، وهذا يفضي إلى توسيع دائرة الأحكام الشرعية المستنبطة، كما أنّ القول بحجيتها يوسع دائرة الاجتهاد، ويدفع عجلة الاهتمام بتطوير هذا العلم في جانبيه النظري والتطبيقي.

2- إذا كانت القاعدة مستندة إلى نص شرعي معتبر، أو دليل إجمالي، أو بُنيت على استقراء تام، فهي حجة اتفاقاً، أما التي بُنيت على استقراء ناقص فهي محلّ النظر⁽⁵⁾.

3- يظهر لي أن حجّة القاعدة تختلف بحسب مشمولاتها ودرجة الاستثناء منها، فالكلية أقوى حجة من المتوسطة، وهذه الأخيرة أقوى حجة من الضابط.

المطلب السادس: مميزات التقييد الفقهي عند المالكية

لقد امتاز التقييد الفقهي عند المالكية بعدد من المزايا أوجز أهمّها فيما يأتي⁽⁶⁾:

(1) ينظر: القراني، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ص82؛ ص88؛ ص91.

(2) ابن عرفة: هو أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة، الورغمي التونسي، من حفاظ المذهب الضابطين لقواعده، صنف المختصر في الفقه، وكتاب الحدود، وله تأليف في الأصول، أخذ عن ابن عبد السلام، وابن الحاجب، وابن الحباب، والزيدي، وغيرهم، وأخذ عنه جلة من العلماء منهم ابن فرحون، والبرزلي، وابن ناجي، وأخذ عنه المصريون والمدنيون. توفي سنة 803هـ. ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 331/2؛ ومحمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 326/1.

(3) ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 38/1-39.

(4) ينظر: المقرئ، القواعد، (مقدمة المحقق ابن حميد)، 118/1.

(5) ينظر: حاتم بن محمد بوسمة، نظرية التقييد الفقهي، ص78-79.

(6) هذا المطلب استفيد في صياغته من عند الأستاذ رشيد بن محمد المدور، إلا أن بعضاً من مادته العلمية يشاركه فيها غيره. ينظر: محمد الروكي، التقييد الفقهي عند المالكية وأثره في استيعاب الواقع (مقال)، ص51-53؛ ورشيد بن محمد

- 1- مشاركة المالكية الحنفية في السبق التاريخي في مجال التأليف في القواعد الفقهية، وذلك من خلال كتاب "أصول الفتيا" للإمام الحشني⁽¹⁾.
- 2- المالكية هم الأكثر ضبطا في تحديد معنى القاعدة الفقهية، حيث جاء تعريف الإمام المقري منضبطا متميزا جامعا لماهية القاعدة الفقهية، فاصلا لها عن غيرها من القواعد الأصولية والمنطقية، كذلك سبقهم إلى إجلاء الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية، حيث نجد الإمام القرافي في كتابه الفروق بين ذلك بكل وضوح، كما أنهم هم الأكثر تدقيقا في التفريق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي.
- 3- انتباههم إلى كون القواعد الفقهية ترد عليها الاستثناءات.
- 4- تقسيم القواعد الفقهية إلى قواعد أصول لا اختلاف فيها، وأخرى جرى فيها الخلاف سواء داخل المذهب، أو بين المذاهب الفقهية الأخرى.
- 5- صياغتهم لعدد من القواعد الفقهية صياغة استفهامية للدلالة على الخلاف فيها خلافا متساوي الطرفين في النزاع.
- 6- الاهتمام ببيان الفروق بين القواعد الفقهية، ويظهر ذلك جليا من خلال كتاب الفروق للقرافي.
- 7- كثرة القواعد الفقهية وتنوعها، فنجد مثلا الإمام المقري يضمن كتابه أكثر من ألف ومائتي وخمسين قاعدة وضابطا فقهيا، ونجد الونشريسي⁽²⁾ يضمن كتابه عدة البروق ألفا ومائة وخمسا

المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص305-321.

⁽¹⁾ هو محمد بن حارث بن اسماعيل الحشني، أبو عبد الله، تفقه على أحمد بن نصر، وابن اللباد، وقاسم بن أصبغ. كان حافظا للفقه، متقدما فيه، متقنا عالما بالفتيا، حسن القياس في المسائل، عالما بالأخبار وأسماء الرجال. من تأليفه: "الاتفاق والاختلاف في مذهب مالك"، و"التحاضر والمغالاة"، و"كتاب الفتيا". توفي بقرطبة لثلاث عشرة ليلة خلت من صفر، سنة 361هـ، وقيل 364هـ. ينظر: القاضي عياض، ترتيب المدارك، 6/266-268.

⁽²⁾ هو أحمد بن يحيى بن محمد الونشريسي، العالم العلامة حامل لواء المذهب على رأس المائة التاسعة، أخذ عن شيوخ بلده تلمسان كأبي عبد الله الجلاب وابن مرزوق الكفيف والمزي. من تأليفه: "المعيار المغرب عن فتاوى علماء إفريقيا والأندلس والمغرب"، و"تعليق على ابن الحاجب الفرعي"، و"غنية المعاصر". توفي سنة 914هـ. ينظر: أحمد بابا التنبكتي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، ص135-136.

وخمسين فرقا.

8- سبقهم في إفراد الكلّيات الفقهية بالتأليف من خلال كليات ابن غازي المكناسي¹، وإن كان قد سبقه المقرئ في جمع عدد كبير من الكليات في كتابه "عمل من طب لمن حب"، طبع بعد ذلك في كتاب مستقلّ، وسبقهما القراني في الذخيرة.

9- النزوع إلى تبويب فقهي جديد غير معهود، كأحكام المرأة، وأحكام البنيان، وممن نهج هذا النهج الإمام الخشني في كتابه "أصول الفتيا".

10- النزوع إلى التطبيق العملي للقواعد، كما فعل الونشريسي في إيضاحه.

11- التأليف بالنظم الشعري، وهذا تسهيلا للحفظ والاستحضار، وتُعتبر منظومة المنهج المنتخب أبرز ما أُلّف في هذا المجال.

12- ظاهرة الاختصارات، حيث نجد معظم الكتب القواعدية تمّ اختصارها، إمّا من قبل مؤلفيها أو من قبل غيرهم.

13- ظاهرة الشروح تُعدّ سمة بارزة في إسهامات المالكية في التأليف القواعدية، ومثال ذلك نظم "المنهج المنتخب" شُرح بأكثر من عشرين شرحا.

14- التأليف للمبتدئين والمتعلمين، كصنيع المقرئ في كتابه "عمل من طب لمن حب".

15- كثرة المؤلفات المالكية في علم القواعد الفقهية، سواء نظما أو نثرا، شرحا أو اختصارا أو تهديبا.

16- التأليف في الفرق بين مسألتين منفردتين، لتوضيح الفروق الدقيقة بينها، ومثال ذلك تأليف القراني كتابه "الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام"، وكذلك "الأمنية في أحكام النية"، وغيرها.

17- الاهتمام بإقراء كتب القواعد الفقهية في المساجد والمؤسسات العلمية².

¹ هو محمد بن أحمد بن غازي العثماني المكناسي ثم الفاسي، شيخ الجماعة بها، كان إمامًا متقنا متفنا، أخذ العلم عن مشايخ حلة مثل النيجي والفقيه القوري، من تأليفه: "شفاء الغليل في حل مقفل خليل"، و "تكميل التقييد وتحليل التعقيد على المدونة" كمل به تقييد أبي الحسن الزرويلي، و "حل مشكل كلام ابن عرفة في مختصره". توفي سنة 919هـ ودفن في عدوة فاس الأندلس. ينظر: أحمد بابا التنبكتي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، ص581-582.

² ممن فعل ذلك الحجوي. ينظر: الحجوي، الفكر السامي، 280/2.

- 18- الأسبق في التأليف في الأشباه والنظائر¹.
- 19- الأكثر دقة في صياغة عناوين مدوناتهم، إذ نجد كثيرا من الكتب تحمل عناوين عامة كالأشباه والنظائر للدلالة على الجمع بين القواعد والفروع، بينما المالكية خصوا النظائر الفقهية بالتأليف، وخصوا القواعد الفقهية، وخصوا الكليات بالتأليف، وخصوا الفروق بالتأليف، ولا يمنع هذا ورود بعض الفروع في كتب القواعد أو العكس بحسب السياق، أما إذا وصل إلى درجة التوازن بين القواعد والفروع بيّنوا ذلك في العنوان مثل: "اليواقيت الثمينة في ما انتمى لعالم المدينة في القواعد والنظائر والفوائد الفقهية".
- 20- اهتمامهم بقواعد غيرهم من المذاهب الأخرى نظما واختصارا وشرحا وتحشية ونقدا، فقد أختصر كتاب "الأشباه والنظائر"²، ونظمت قواعده، وحُشّي الكتاب، كما نُقد كتاب "قواعد الأحكام في مصالح الأنام"³، ونظمت كذلك قواعد الحنفية⁴؛ وهذا يدلّ على انفتاح المالكية على المذاهب الأخرى.
- 21- احتفاؤهم بكتب علمائهم في القواعد الفقهية، فمنظومة المنهج المنتخب لاقت من الاهتمام الكثير، مما يجعل المالكية في مصافّ الحنفية في خدمة كتب القواعد، بل قد يتفوقون عليهم⁽⁵⁾.

¹ إذ نجد أبا عمران وابن عبدون والعبدي وابن بشير جاءت تأليفهم في نهاية القرن الخامس وبداية القرن السادس. ينظر:

رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص318.

² المقصود كتاب الإمام السيوطي الشافعي. ينظر: رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص320.

³ لسليمان العلماء العز بن عبد السلام. ينظر: رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص320.

⁴ ممن فعل ذلك الشيخ ماء العينين. ينظر: رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص320.

⁽⁵⁾ ينظر: المرجع نفسه، ص314-321.

المبحث الثاني

القواعد والضوابط الفقهية عند أئمة

المذهب المالكي

وفيه ثمانية مطالب:

- المطلب الأول: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام مالك وتلاميذه
- المطلب الثاني: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام الخشني
- المطلب الثالث: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام القرافي
- المطلب الرابع: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام المقري
- المطلب الخامس: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام الزقاق
- المطلب السادس: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام الونشريسي
- المطلب السابع: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام ابن غازي المكناسي
- المطلب الثامن: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام علي بن عبد الواحد السجلماسي

المطلب الأول: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام مالك وتلاميذه

الفرع الأول: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام مالك

نجد عند الإمام مالك قواعد وكميات فقهية ينبّه عليها أثناء تناوله للمسائل الفقهية، والذي ينظر في "المدونة الكبرى" سيجد عددا من الأصول الجامعة التي تصلح للتقعيد الفقهي، وهذه مجموعة من القواعد والكميات التي استنبطها الإمام مالك، وهي معبرة عن عميق فقهه المتميز، وتنهض شاهدة ودليلا على ظاهرة ضبط المسائل بالأصول الفقهية لدى أئمة الاجتهاد الأولين:

- 1- "إنما يُنظر في البيوع إلى الفعل ولا يُنظر إلى القول، فإن قبح القول وحسن الفعل، فلا بأس به، وإن قبح الفعل وحسن القول، لم يصلح"⁽¹⁾.
- 2- "إذا استقام الفعل فلا يضره القول، وإن لم يستقم الفعل فلا ينفعه القول"⁽²⁾.
- 3- "كل بيع حرام لا يُقرُّ على حال"⁽³⁾.
- 4- "إذا بطل بعض الصفقة، بطلت كلها"⁽⁴⁾.
- 5- "كل صفقة وقعت بحلال وحرام، بطلت الصفقة كلها"⁽⁵⁾.
- 6- "كل شيء أعطيته إلى أجل، فَرُدَّ إليك مثله وزيادة، فهو ربا"⁽⁶⁾.
- 7- "الحرام البيّن من الربا وغيره يردُّ إلى أهله أبدا"⁽⁷⁾.
- 8- "كلُّ شيء جاز بيعه، فلا بأس أن يُستأجر به"⁽⁸⁾.

هذه أمثلة قليلة من القواعد والضوابط الفقهية الكثيرة المتناثرة في "المدونة"، وتجدر الإشارة

(1) سحنون، المدونة، 169/3.

(2) المصدر نفسه، 266/3.

(3) المصدر نفسه، 338/3.

(4) المصدر نفسه، 88/3.

(5) المصدر نفسه، 553/3.

(6) المصدر نفسه، 75/3.

(7) المصدر نفسه، 188/3.

(8) المصدر نفسه، 418/3.

إلى أن "الموطأ" كذلك قد تضمن ضوابط جيدة في أبواب متفرقة، منها ما يأتي:

9- "شرط الضمان في القراض باطل"⁽¹⁾.

10- "كل مقارض أو مُساقٍ، فلا ينبغي له أن يستثنى من المال ولا من النخل شيئاً دون صاحبه"⁽²⁾.

11- "لا يكون الجزاف في شيء مما يُعدُّ عدّاً"⁽³⁾.

12- "لا يباع شيء من الطعام والأدم، إذا كان من صنف واحد: اثنان بواحد"⁽⁴⁾.

13- "إنما الشفعة فيما يصلح أنه ينقسم وتقع فيه الحدود من الأرض"⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: القواعد والضوابط الفقهية عند تلاميذ الإمام مالك

لقد أخذ تلاميذ الإمام مالك منهج التقعيد الفقهي أثناء عرض المسائل الفقهية تبعا لإمامهم، ومن أمثلة ما جاء عنهم ما ورد عن ابن القاسم⁽⁶⁾ من كلام يتضمن التقعيد الفقهي مثل:

1- "كل شيء قضى به القاضي ثم رجعا (أي: الشاهدين) عن شهادتهما فيه، فالقضاء نافذ ولا يُرَدُّ"⁽⁷⁾.

2- "كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه، فالخلع فيه مردود، ويردّ عليها ما أخذ منها"⁽⁸⁾.

(1) الإمام مالك، الموطأ، 691/2.

(2) المصدر نفسه، 703/2.

(3) المصدر نفسه، 685/2.

(4) المصدر نفسه، 646/2.

(5) المصدر نفسه، 717/2.

(6) هو عبد الرحمن بن القاسم بن خالد العتقي المصري، أبو عبد الله، شيخ، حافظ، حجة، فقيه، صحب مالكا، وتفقه به، لم يرو أحد الموطأ عن مالك أثبت منه، وروى عن مالك "المدونة"، وهي من أجل كتب المالكية، توفي بالقاهرة سنة 191هـ. يُنظر: القاضي عياض، ترتيب المدارك، 244/3-261؛ وابن فرحون، الديباج المذهب، 427/1-430.

(7) سحنون، المدونة، 12/4.

(8) المصدر نفسه، 170/2.

- وكذلك الإمام أشهب⁽¹⁾ صاغ عددا من الضوابط الفقهية الجامعة، مثل:
- 1- "كلُّ ما لم يذكر الله سبحانه فيه التتابع، فإن فَرَّقَهُ أجزاءه، وبئس ما صنع"⁽²⁾.
 - 2- "كلُّ شهادة رَدَّها مثلها فهي باطل"⁽³⁾.
 - 3- "كلُّ ما يصلح من هذا أن يُباع منه اثنان بواحد إلى أجل، فلا يُضم مع الصنف الآخر في القسم؛ لأنهما صنفان، وكل ما لا يُباع بالآخر اثنان بواحد إلى أجل، فهو كصنف واحد ويُجمع في القسم"⁽⁴⁾.
 - 4- "كلُّ جان فماله في جنايته إلا الحر"⁽⁵⁾.
 - 5- "كلُّ ما لو نقب منه وصل إلى الدماغ، فهو من الرأس"⁽⁶⁾.
 - 6- "كلُّ جرح عمد - وإن برئ - فلا بد من القود منه"⁽⁷⁾.
 - 7- "ما برئ من جراح في الخطأ، فلا شيء فيه، إلا في الجراح الأربعة"⁽⁸⁾.
 - 8- "ما لا يستقاد منها، فالعمد فيه والخطأ سواء"⁽⁹⁾.
 - 9- "كلُّ جرح فيه قصاص فإنه يقتص فيه بشاهد ويمين الطالب؛ لأن الجراح لا قسامة فيها"⁽¹⁾.

(1) هو أشهب بن عبد العزيز بن داود، القيسي المعافري الجعدي، أبو عمرو، فقيه الديار المصرية في عهده، كان من أصحاب مالك، قيل: اسمه مسكين، وأشهب لقب له. انتهت إليه الرئاسة بمصر بعد ابن القاسم، وأثنى عليه الشافعي. من آثاره: مُدَوْنَةٌ في الفقه، وكتاب في القسامة. توفي سنة 204هـ. يُنظر: القاضي عياض، ترتيب المدارك، 262/3-271؛ وابن فرحون، الديباج المذهب، 307/1-308.

(2) ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 57/2.

(3) المصدر نفسه، 71/9.

(4) المصدر نفسه، 229/11.

(5) المصدر نفسه، 298/13.

(6) المصدر نفسه، 419/13.

(7) المصدر نفسه، 444/13.

(8) المصدر نفسه، 444/13.

(9) المصدر نفسه، 444/13.

(1) ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 439/17.

ومن أقوال الإمام ابن الماجشون⁽¹⁾ في التقييد الفقهي ما يأتي:

- 1- "كل من مات أو قتل أو ضلّ أو فلّ، فقد وجب له السهم بالإدرا⁽²⁾"⁽³⁾.
- 2- "كل ما عضّ إذا ما أخذ، فلا يُؤكل"⁽⁴⁾.
- 3- "كل مطلقة لا يملك زوجها رجعتها إلا بقول وفعل، فلا نفقة لها عليه حتى ترجع"⁽⁵⁾.
- 4- "كل فرض معين لا يشترط تبييته"⁽⁶⁾.
- 5- "كل ما يتدئ القاضي السؤال عنه أو الكشف عن الأمور، فله أن يقبل قول الواحد وما لن يتدئ به هو، وإنما يتدأ به إليه في ظاهر أو باطن، فلا بد من شاهدين فيه"⁽⁷⁾.

المطلب الثاني: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام الخشني

إن كتاب أصول الفتيا للإمام الخشني ليس تأليفا متخصصا في القواعد الفقهية، ولكنه حوى عددا كبيرا من الكليات الفقهية، بالإضافة إلى عدد من القواعد والضوابط الفقهية، مما جعل الباحثين يذكرونه في كتب القواعد⁸. هذا، وإنّ الكتاب له مزبّة السبق التاريخي في التصنيف في القواعد الفقهية عند المالكية، مما جعل المالكية يشاركون الحنفية في هذا الفضل⁽¹⁾. والمصنّف في كتابه هذا أراد جمع أصول المذهب المساعدة على استنباط أحكام الفروع،

⁽¹⁾ هو عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله الماجشون التيمي بالولاء، أصله من فارس، والماجشون لقب جده، كان عبد الملك فقيها مالكيا فصيحاً، دارت عليه الفتيا في أيامه بالمدينة، وكان ابن حبيب يرفعه على أكثر أصحاب مالك، توفي سنة 212هـ. يُنظر: القاضي عياض، ترتيب المدارك، 3/136-144؛ وابن فرحون، الديباج المذهب، 2/6-7.

⁽²⁾ الإدرا⁽³⁾ مصدر أدرب، يقال: أدرب القوم، إذا دخلوا أرض العدو من بلاد الروم، وكل مدخل إلى الروم درب. ينظر:

الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، 1/125؛ وابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، 2/111.

⁽³⁾ ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 3/193.

⁽⁴⁾ المصدر نفسه، 4/392.

⁽⁵⁾ المصدر نفسه، 5/52.

⁽⁶⁾ ابن عرفة، المختصر الفقهي، 2/68.

⁽⁷⁾ ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 15/733.

⁸ ينظر: عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ص50؛ والمقري، القواعد، (مقدمة المحقق

ابن حميد)، 1/128؛ ومحمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 1/37.

⁽¹⁾ ينظر: رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص165.

وقد أباؤها في مقدمته عند تعريفه بكتابه وبيان فضله فقال: "قيدت فيه المعاني المكررة، والمسائل المفتية بالألفاظ الموجزة، والإشارات المفهمة، ولم أدع أصلا يتفرع منه جياذ المعاني، ولا عقدة يُستنبط منها حسان المسائل بلغ إليها علمي، ووجدتها حاضرة في حفظي، إلا أودعتها كتابي وضمنتها برسمي... إنما قصدت إلى ما يطرد أصله ولا يتناقض حكمه، وإلى ما يؤمن اضطرابه، ولا يُجشى اختلافه، وإلى كل جملة كافية، ودلالة صادقة، وإلى كل مقدمة صحيحة، وإشارة مبينة، وإلى كل قليل يدل على كثير، وقريب يدني من بعيد"⁽¹⁾.

ومما ميّز كتابه جمعُ المتناثر من الأحكام في موضع واحد، كأحكام المرأة في عبادتها ومعاملاتها، وشهادتها، والإسهام لها في الحرب وغير ذلك مما يخصها، ومثل المرأة الصبيان والذميين وغيرهم، وقد كان الخشني يفتح أغلب الأبواب الفقهية بأصل من أصول المالكية⁽²⁾. ومن أمثلة القواعد في الكتاب:

- 1- "كل صفقة انعقدت على ظاهر الصحة والسلامة، ثم تبين فيها وجه لو يعاملا عليه لم يجز البيع، فلا يجوز أن يتراضيا بتنفيذ ذلك الوجه الذي لا يحل التعامل فيه"³.
- 2- "كل صفقة جمعت حلالا وحراما فهي كلها حرام"⁴.
- 3- "كل موضع يجوز فيه القضاء باليمين مع الشاهد، فشهادة النساء فيه جائزة"⁵.
- 4- "كل ما حكم به القاضي العدل من مذهب من رآه صوابا مما اختلف الناس فيه فهو نافذ"¹.
- 5- "القضاء يجري على الغائب كما يجري على الحاضر"².

هذا، وقد كان الكتاب محل دراسات أكاديمية تُعنى بالقواعد والضوابط الفقهية، ومن بين

(1) الخشني، أصول الفتيا، ص44.

(2) ينظر: المصدر نفسه، (مقدمة المحققين محمد أبي الأحفان وصاحبيه)، ص31.

³ المصدر نفسه، ص114.

⁴ المصدر نفسه، ص117.

⁵ المصدر نفسه، ص319.

¹ المصدر نفسه، ص324.

² المصدر نفسه، ص353.

هاته الدراسات: "القواعد والضوابط الفقهية المستخلصة من كتاب أصول الفتيا للخشني" أعدتها الباحثة: عزيزة عكوش، وقد قامت باستخراج ستّ وثمانين قاعدة وضابطا فقهيا⁽¹⁾.

المطلب الثالث: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام القرافي

إن إسهام الإمام القرافي في التقعيد الفقهي المالكي كان نوعيا، وسأوجز الحديث عن كتابين اثنين له يخدمان الموضوع في الفرعين الآتين:

الفرع الأول: كتاب "الأمنية في إدراك النية"

كتاب "الأمنية في إدراك النية" هو كتاب صغير الحجم، بيّن الإمام القرافي أسباب تأليفه للكتاب، ومنها: "إن الباعث لي على هذا الكتاب مباحث وقعت للفضلاء تشوفت النفوس إلى الكشف عنها، وتمتّت الصواب فيها منها: قول بعض الفضلاء لم قال ﷺ: «الأعمال بالنيات»⁽²⁾، ولم يقل الأعمال بالإرادات؟ وما الفرق بين نوى وبين أراد واختار وعزم وعنى وشاء واشتهى وقضى وقدر؟ وهل هي مترادفة أو متباينة؟ ولم لم يقل ﷺ الأفعال بالنيات بل قال الأعمال بالنيات؟ وما الفرق بين عمل وفعل وصنع وأثر وبرأ وخلق وأوجد واخترع وابتدع وأنشأ وهل هي مترادفة أو متباينة؟"⁽³⁾.

وهو بهذا يبيّن أنّه كتاب في التقعيد الفقهي، وهذا العمل هو نفسه الذي بنى عليه الإمام القرافي كتابه الفروق.

والمصنّف على صغر حجمه إلا أنّه حوى عددا من القواعد والضوابط الفقهية منها:

- 1- "القربات التي لا لبس فيها لا تحتاج إلى نيّة"⁽¹⁾.
- 2- "الألفاظ إذا كانت نصوصا في شيء غير مترددة لم تحتج إلى نية لانصرافها بصراحتها لمدلولها وإن كانت كناية أو مشتركة مترددة افتقرت إلى نية"⁽²⁾.

(1) تقدمت بها إلى كلية العلوم الإسلامية، بجامعة الجزائر، وقد نوقشت عام: 2001م.

(2) سيأتي تخرجه ص 63.

(3) القرافي، الأمنية في إدراك النية، ص 3-4.

(1) المصدر نفسه، ص 21.

(2) المصدر نفسه، ص 22.

- 3- "المقاصد من الأعيان في العقود إذا كانت متعينة استغنت عما يعينها"⁽¹⁾.
- 4- "النقود إذا كان بعضها غالبا لم يحتج إلى تعيينها في العقد، وإن لم يكن احتاج إلى التعيين"⁽²⁾.
- 5- "الحقوق إذا تعينت لمستحقها كالدين المنفرد فانه يتعين لربه بغير نية"⁽³⁾.
- 6- "التصرفات إذا كانت دائرة بين جهات شتى لا تنصرف لأحدها إلا بنية"⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: كتاب الفروق

تميز إسهام فقهاء المالكية في علم القواعد والفروق والكليات والضوابط الفقهية تأصيلا وتقعيدا وتأليفا بالسبق التاريخي في مجال التصنيف في هذا اللون من العلوم، ويأتي في مقدمة ما ألف في هذا كتاب «أنوار البروق في أنواع الفروق» للإمام القرافي، الذي أبان فيه هذا عن ملكة التمكن في الفقه وأصوله، ونفوذ البصيرة فيهما، خصوصا وهو يتناول فيه جانب التأصيل لعلم الفروق من خلال الاستناد إلى دعامتين متكاملتين هما: القواعد الكلية، والمقاصد الشرعية.

وفي معرض حديثه عن السبب الباعث له على تأليف هذا الكتاب، قال في نهاية الفرق الثامن والسبعين: "إن القواعد ليست مستوعبة في كتب أصول الفقه، بل للشريعة قواعد كثيرة جداً عند أئمة الفتوى الفقهاء لا توجد في كتب أصول الفقه أصلا، وذلك هو الباعث لي على وضع هذا الكتاب لأضبط تلك القواعد بحسب طاقتي"⁽¹⁾.

ولأجل هذه الغاية فقد ضمّن القرافي مؤلفه هذا كل القواعد والضوابط الفقهية المتناثرة في كتابه «الذخيرة»، بل وزاد عليها قواعد كثيرة خصوصا المعتمدة منها في المذهب⁽²⁾، حيث بلغ عددها ثمانين وأربعين وخمسمائة قاعدة⁽³⁾.

(1) المصدر السابق، ص22.

(2) المصدر نفسه، ص22.

(3) المصدر نفسه، ص22.

(4) المصدر نفسه، ص22.

(1) القرافي، الفروق، 110/2.

(2) ينظر: المصدر نفسه، 3/1.

(3) ينظر: رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص217.

ومن دقة منهجه أنه يستهدف بيان الفرق بين قاعدتين، مع تفسير كل واحدة منها بالشرح والإيضاح، وبما يناسبها من الفروع، كما أنه لا يكتفي فقط بذكر القواعد الفقهية والأصولية، بل يعتمد إلى التطبيق العملي لهذه القواعد عن طريق تناول بعض النوازل التي وقعت في عصره، وذكر ما يتعلق بها من أحكام فقهية وقواعد أصولية، وفي بعض المواطن يتعرض لذكر الفرق الواقع بين مسألتين من المسائل، وأهم ما يميز هذه القواعد كونها لا تختص بباب أو أبواب من الفقه بل تشمل الفقه كله، ومن معالم منهجه أيضاً توظيفه للأسلوب الحجاجي في عرض الفروق، وقد نظم القراني مادة كتابه بأسلوب علمي رصين محكم، يقوم على انتقاء أجود العبارات، واستعمال اصطلاحات دقيقة ومختصرة⁽¹⁾.

وحظي هذا الكتاب باهتمام الفقهاء عموماً والمغاربة منهم بصفة خاصة حتى اشتهرت فيه قولتهم: "عليك بفروق القراني ولا تقبل منها إلا ما سلمه ابن الشَّاط⁽²⁾..."⁽³⁾، ومن تجليات هذا الاهتمام أيضاً حرص ثلة من العلماء على النقل عنه واعتماده في تأليفهم، أذكر من بينهم: ابن جزري⁽¹⁾ في القوانين الفقهية، وابن فرحون⁽²⁾ في تبصرة الحكام، والوَنَشْرِيسي في

(1) استفتدُ مادة هذا الفرع من مقال نشره مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، بتاريخ: 2017/08/29، على

الساعة: 19:00، وهذا رابطته: <http://www.almarkaz.ma/Article.aspx?C=5360>

(2) هو قاسم بن عبد الله بن محمد بن الشاط الأنصاري، نزيل سبتة، يكنى أبا القاسم، كان نسيجا وحده في أصالة النظر، ونفوذ الفكر، وجودة القريحة، وتسديد الفهم. أقرأ عمره بمدينة سبتة وكان مقدماً فيها موصوفاً بالإمامة. من تأليفه: "أنوار البروق في تعقب مسائل القواعد والفروق"، و"غنية الرائض في علم الفرائض"، و"تحرير الجواب في توفير الثواب". توفي بسبتة سنة 723هـ. ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 152/2-153.

(3) ينظر: القراني، الذخيرة، (مقدمة المحققين محمد حجي وصاحبيه)، 14/1.

(1) هو محمد بن أحمد بن جزري الكلبي، أبو القاسم، من أهل غرناطة بالأندلس، فقيه أصولي مالكي، ومشارك في بعض العلوم. من تأليفه: "القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية"، و"تقريب الوصول إلى علم الأصول". توفي سنة 741هـ. يُنظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 274/2-276؛ والداودي، طبقات المفسرين، 85/2-87.

(2) هو إبراهيم بن علي بن فرحون، برهان الدين اليعمرى، عالم جامع للفضائل، فريد وقته، من بيت علم، ولد ونشأ وترى في المدينة، وهو مغربي الأصل، رحل إلى مصر، والقدس، والشام، وتولى القضاء بالمدينة، وهو من شيوخ المالكية، توفي سنة 799هـ، وله مصنفات منها: "تبصرة الحكام"، و"الديباج المذهب"، و"تسهيل المهمات في شرح جامع الأمهات". يُنظر: أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، ص33-35.

المعيار، والحطاب الرُّعَيْنِي⁽¹⁾ في مواهب الجليل، والتُّسُولِي⁽²⁾ في البهجة في شرح التحفة وغيرهم، وكل ذلك يدلّ على ذبوع الكتاب وانتشاره.

ومن تجليات أهمية هذا الكتاب أيضا اهتمام العلماء المالكية وعنايتهم به ترتيبا، وتعقيبا، وتهديبا واختصارا، ومن هذه الأعمال الكثيرة حوله⁽³⁾ أذكر منها ما يأتي:

أولا- ترتيب فروق القرافي واختصارها للشيخ محمد بن إبراهيم البقوري⁽⁴⁾:

وقد أبان المصنف عن بواعث تأليفه فقال: "فرايت أن أخصه، وأن أرتبه، وأن أنبه على ما يظهر خلال ذلك في كتابه، وأن ألحق به ما يناسبه مما لم يذكر رحمه الله، فيكون هذا كالعون على فهم الفروق المذكورة وتحصيلها"⁽¹⁾.

أما عمله في الكتاب فأهمّه أنه رتب الكتاب الأصلي ترتيبا جديدا مقسّما القواعد إلى قواعد كلية في ثلاث عشرة قاعدة، وقواعد نحوية في خمس عشرة قاعدة، وقواعد أصولية في ثلاث وخمسين قاعدة، وأخيرا القواعد الفقهية في ثمان وخمسين ومائة قاعدة.

⁽¹⁾ هو محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسن الرعييني المغربي الأصل المكي المولد، شهر بالحطاب، الإمام العلامة المحقق البارح الحافظ الحجّة الجامع الثقة النظار الورع الصالح الأبرع الجليل، كان من سادات العلماء له الإمامة المطلقة جامعًا لسائر الفنون. من تأليفه: "شرح على مختصر خليل"، و"شرح قرة العين في الأصول لإمام الحرمين"، و"تحرير الكلام في مسائل الإلزام"، و"هداية السالك المحتاج لبيان فعل المعتمر والحاج"، و"تحرير المقالة في شرح نظائر الرسالة". توفي سنة 954هـ. ينظر: أحمد بابا التنبكتي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، ص592-594.

⁽²⁾ هو علي بن عبد السلام بن علي التسولي، يُعرف بمديدش. الفقيه النوازي، الحامل لواء المذهب، المطلع على أسراره، المحقق العلامة المتفنن المؤلف المتقن، مع صلاح ودين متين، وزهد وورع ويقين. من تأليفه: "شرح على التحفة"، و"حاشية على الشيخ التاودي على لامية الرقاق"، و"النوازل" في سفرين. توفي سنة 1258هـ. ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 567/1-568؛ وابن سوادة، إتخاف المطالع بوفيات أعلام القرن الثالث عشر والرابع، 172/1.

⁽³⁾ عدّد منها الأستاذ رشيد بن محمد المدور اثنين وعشرين عملا بين قديم ومعاصر. ينظر: معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص219-220.

⁽⁴⁾ هو أبو عبد الله محمد بن إبراهيم البقوري، نسبة لبقورة بلاد بالأندلس، الإمام الهمام العلامة القدوة العمدة الفهامة، سمع من القاضي الشريف أبي عبد الله محمد الأندلسي، وأخذ عن الإمام القرافي وغيره، ومن تأليفه: "اختصار فروق القرافي"، و"إكمال الإكمال على صحيح مسلم". توفي بمراكش سنة 707هـ. ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 316/2؛ ومحمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 303/1.

⁽¹⁾ محمد بن إبراهيم البقوري، ترتيب فروق القرافي واختصارها، 19/1.

ثانيا- مختصر الفروق لمحمد بن أبي القاسم بن عبد السلام الربيعي التونسي⁽¹⁾:

قام المصنّف في هذا الكتاب بالاختصار على أهمّ ما في الكتاب الأصلي، فحذف الفضول والمكرّر، ولم يَقم بإعادة ترتيبه كما فعل البقوري، ولم يَقم بالاعتراض على القراني كما فعل ابن الشاط، بل اختصره اختصارا مجردا، لدرجة أنه لم يكتب له مقدمة. جاء الكتاب واضح العبارة لا عناء في فهمه⁽²⁾.

ثالثا- إدرار الشروق على أنواع الفروق للإمام الفقيه أبي القاسم ابن الشاط.

قام المصنّف بتتبّع الفروق ناقدا مصحّحا، وقد بيّن هذا في مقدمة كتابه إذ قال: "وضعتُ كتابي هذا لما اشتمل عليه (يقصد الفروق) من الصواب مصححا، ولما عدل به عن صوبه منقحا، وأضربت عما سوى ذلك"⁽³⁾.

هذا، وإنّ حاشية ابن الشاط لها ما لها من المزايا والفضائل، مما جعل عبارة تقال: "عليك بفروق القراني ولا تقبل منها إلا ما سلمه ابن الشاط..."⁽¹⁾، وسُقت هذه العبارة لبيان فضل الحاشية على الرغم مما فيها من مبالغة تصل إلى درجة التحجير على أفكار القراني وآرائه، وقد تعقب ابن الشاط عددًا من العلماء في مصنفات خاصة منها: منّة الوهاب في نصره الشهاب لعمر بن عبد الله الفاسي⁽²⁾، وكتاب تعقبات على تعقيبات ابن الشاط على الفروق للحجوي

(1) هو محمد بن أبي القاسم بن عبد السلام، أبو عبد الله الربيعي التونسي المالكي، العلامة القاضي الأوحد المتفنن، الملقب بشمس الدين. سمع الحديث من جماعة بها وبالقاهرة، تولى قضاء الإسكندرية، ثم عزل، ورجع إلى القاهرة فأقام يشتغل بها في العلوم وكان إماما مفتيا فقيها مفسرا بارعا في فنونه أصوليا عالما ذا سكون وعفة وديانة سريع الدمعة. من تأليفه: "مختصر التفرّيع". توفي في شهر صفر بالقاهرة سنة 715هـ ودفن بالقرافة. ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 2/317.

(2) ينظر: رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص222.

(3) ابن الشاط، إدرار الشروق على أنواع الفروق، 2/1.

(1) ينظر: القراني، الذخيرة، (مقدمة المحققين محمد حجي وصاحبيه)، 1/14.

(2) هو أبو حفص عمر بن عبد الله بن يوسف الفاسي، الشيخ الإمام خاتمة المحققين الأعلام، حامل لواء العلوم معقولها ومنقولها ومفهومها ومنظومها. من تأليفه: "غاية الأحكام في شرح تحفة الحكام"، و"تحفة الحذاق شرح لامية الرقاق"، و"نهاية التحقيق في مسألة تعليق التعليق في الطلاق"، و"منّة الوهاب في نصره الشهاب". توفي في رجب سنة 1188هـ، وهو ابن ثلاث وستين سنة. ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 1/512-513.

الثعالبي، ويبقى للكتاب مزيته ومكانته⁽¹⁾.

رابعاً- تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية لمحمد علي بن الشيخ حسين المكي المالكي:

لخص المصنّف فروق القراني وهذّبها ورتبها ووضحها، وأجاب عن الإشكالات التي تركها ابن الشاط، وأضاف ما يتم المعنى إذا احتيج إلى ذلك. يقول في مقدمة كتابه مبينا الباعث له على تأليفه الكتاب: "عنّ لي أن ألخصه (أي كتاب الفروق) مع التهذيب والترتيب والتوضيح مراعيًا ما حرره ذلك المفضل من التصحيح والتنقيح (أي: ابن الشاط)، مع ما يفتح الله به على ما تتمّ به الإفادة، من جواب إشكال ترك جوابه أو زيادة..."²، ثم إن المصنّف قد يشرح الفرق بأسلوبه الخاص، ويبين مواطن الاتفاق والاختلاف بين القراني وابن الشاط، وربما أبدى رأيه مؤيِّداً لأحدهما⁽³⁾.

المطلب الرابع: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام المقرئ

لقد قدّم الإمام المقرئ خدمة كبيرة للتعميد الفقهي عند المالكية، ويتجلى هذا في الكتب الآتية:

الفرع الأول: كتاب قواعد الفقه

ذكر الإمام المقرئ في مقدمة كتابه: "قصدتُ إلى تمهيد ألف قاعدة ومئتي قاعدة"⁽¹⁾، هي الأصول القريبة لأمّهات مسائل الخلاف المبتذلة، والغريبة، رجوت أن يقتصر عليها من سمّت به الهمة إلى طلب المباني، وقصرت به أسباب الأصول عن الوصول إلى مكامن الفصوص من النصوص والمعاني، فلذلك شفعت كلّ قاعدة منها بما يشاكلها من المسائل، وصفححت في جمهورها عما يحصلها من الدلائل"⁽²⁾.

(1) ينظر: رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص 232-233.

(2) محمد بن علي بن حسين. تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، 3/1.

(3) ينظر: رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص 223.

(1) زادت القواعد عن العدد الذي ذكره المصنّف في المقدمة بحمسين قاعدة، وقد برّر المصنّف صنيعه في الخاتمة إذ قال:

"قد أتيتُ على ما قصدتُ، زائداً على ما شرطتُ، تكميلاً لما أردتُ". ينظر: المقرئ، القواعد بتحقيق الدردي، ص 551.

(2) المقرئ، القواعد بتحقيق الدردي، ص 77.

حوى هذا الكتاب 1250 قاعدة، وهذه القواعد ليست خاصة بأبواب معينة، بل هي شاملة للفقهاء كلاً، كما أنّ هذه القواعد منها المتفق عليه، ومنها المختلف فيه خلافاً مذهبياً نازلاً أو خلافاً عالياً بين المذاهب الأربعة، ومما يميز منهج المصنّف في كتابه أنّه يورد القاعدة ثم يُبعضها بفروع فقهية موضّحة لها باختصار شديد، كما أنّه يستدلّ كثيراً للقواعد بالآيات والأحاديث، وقد جعل القواعد مرتبة على الأبواب الفقهية، وما كان مجرد جامع وناقل للقواعد أو الفروع الفقهية دون أن يكون له رأي أو ترجيح، بل كان يسطّر ما يترجّح عنده ولو خالف المذهب المالكي، ممّا يعاب على الكتاب أنّه يعسر فهم بعض المسائل فيه⁽¹⁾، وهذا بسبب التركيز والاختصار، وكتاب المقرئ هذا مع كتاب الفروق للقرائني من أقوم ما ألف في التقييد الفقهي عند المالكية، ولعله أوسع كتب القواعد الفقهية في المذهب، وإفادة من بعده دليل على فضله⁽²⁾.

الفرع الثاني: كتاب عمل من طب لمن حبّ

يُعدّ كتاب «عمل من طب لمن حبّ» ، من الكتب التي تمتاز بتنوع موضوعاتها، وغنى محتوياتها، فإنه ضمّ أحاديث الأحكام، واشتمل على كثير من كليات الفقه وقواعده، واستبطن عدداً من الألفاظ والاصطلاحات المستعملة لدى الأئمة العلماء، وقد نصّ المصنّف على أهمية كتابه هذا في مقدمته فقال: "هذا كتاب (عمل من طب لمن حبّ) ضمّنته من أحاديث الأحكام أصحّها، ومن كلياتها أصلحها، ومن قواعدها أوضحها، ومن حكمها أملكها"⁽¹⁾. قال صاحب نفع الطيب فيه: "رأيت هذا الكتاب بحضرة فاس عند بعض أولاد ملوك تلمسان وهو فوق ما يوصف"⁽²⁾. وقال أيضاً: "هو بديع في بابهِ"⁽³⁾، أما عن سبب وضع المصنّف للكتاب فقد بيّنه إذ قال: "وكان الذي أثار عزمي إليه، وحمل همي عليه أني رأيت محل ولدي

⁽¹⁾ قال العلامة الونشريسي: "إنه كتاب غزير العلم، كثير الفوائد، لم يُسبق إلى مثله، بيد أنه يفتقر إلى عالم فتّاح". ينظر:

أحمد بن محمد المقرئ، نفع الطيب، 284/5.

⁽²⁾ ينظر: رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص 49-51.

⁽¹⁾ المقرئ، عمل من طب لمن حبّ، ص 35.

⁽²⁾ أحمد بن محمد المقرئ، نفع الطيب، 285/5.

⁽³⁾ المصدر نفسه، 285/5.

بل خلاصتي، وبقية من يعز على كبدي من قرابتي، الصغير سنًا، الكبير إن شاء الله سنًا... علي ابن خالي... أبي عبد الله محمد بن عمر المقرئ ولع بكتاب الشهاب، وشرع يتكلم ببعض ألفاظه بين صبيان الكتاب، فخشيت أن لا يرجع عليه العناء بكبير فائدة... " (1)، ويبدو أن المؤلف عمد إلى اقتباس عنوان كتابه من المثل العربي السائر "صنعة من طب لمن حب" (2).

والكتاب في أربعة أقسام، خصّ القسم الثاني منه للكليات الفقهية على جملة أبواب الفقه، واشتملت على ما يزيد عن خمسمائة قاعدة كلية فقهية، وهي في غاية الإفادة والإجادة، وقد طبعت في كتاب مستقل. وأما القسم الثالث فبسط فيه كثيرا من القواعد الحكمية، الفقهية منها والأصولية، وقد حاول ضمّ القواعد التي بينها رابط، فجاءت في أكثر من مائتي قاعدة، بل حتى القسم الرابع والأخير من الكتاب لم يخل من بعض القواعد الفقهية (3)، والإمام المقرئ لم يقصد تقصي كل القواعد الفقهية، بل جاء بأكثرها شهرة وتداولًا، وقد بيّن ذلك وصرّح به إذ قال: "فهذه هي القواعد التي يتكرر ذكرها كثيرا في المسائل، وأما استقصاؤها فخارج عن شرطنا" (1).

هذا، وإن كتابي المقرئ لقي عناية من العلماء قديما وحديثا، ومن الباحثين الأكاديميين في دراسات متعددة (2).

(1) المقرئ، عمل من طب لمن حب، ص 35.

(2) الميداني، مجمع الأمثال، 397/1.

(3) ينظر: رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص 52-53.

(1) المقرئ، عمل من طب لمن حب، ص 157.

(2) منها: "أبو عبد الله المقرئ وقواعده الفقهية" من إعداد: محمد أكتاو، رسالة ماجستير بجامعة محمد الخامس بالرباط، عام 1995م، و"القواعد الفقهية المالية في مذهب السادة المالكية- كتاب البيوع من قواعد المقرئ أنموذجا"، من إعداد: كمال محمد القصير، دبلوم الدراسات العليا المعمقة بدار الحديث الحسنية، عام 2000م.

المطلب الخامس: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام الزقاق⁽¹⁾

الفرع الأول: المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب

وهو نظم في 443 بيت، منها تسعة عشر بيتا في المقدمة وتسعة في الخاتمة، والباقي في القواعد الفقهية والفروع المخرجة عليها، فجاء عدد القواعد 182 قاعدة، ومراد الناظم بالقواعد هو الأمر الكلي الذي ينقسم إلى قسمين:

الأول: ما هو أصول أمهات مسائل الخلاف.

الثاني: ما هو أصول المسائل، فيقصد ذكر النظائر فقط من غير إشارة إلى الخلاف.

والناظر في المنهج المنتخب وإيضاح المسالك يجد تشابها كبيرا بينهما، حتى ليظن أن المنهج المنتخب هو نظم لإيضاح المسالك، والقواعد في جملتها استفهامية، مما ينبئ عن وجود خلاف متساوي الطرفين في القاعدة بين علماء المذهب، وقد خُدمت المنظومة خدمة بالغة شرحا واختصارا وتكميلا، فالناظم نفسه وضع مختصرا لنظمه أسماه: "المختصر من ملقط الدرر"، وقد شرحه المنجور⁽²⁾، كما أنّ الناظم شرح نظمه، إلا أنه توفي ولم يكمله⁽³⁾، ومن أهم الأعمال حولها ما يأتي:

1- شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب للمنجور⁽⁴⁾: وقد تناول القواعد بالشرح قاعدة قاعدة، رابطا هذه القواعد بما قاله المقرري قدر الإمكان، ويعدّ هذا الشرح أحسن شروح المنظومة وأكثرها استيعابا لها، مما جعله محلّ اهتمام العلماء، بل إنّ الشروح التي تلتها عالية عليه،

(1) هو أبو الحسن علي بن قاسم بن محمد التّجيجي، المشهور بالزقاق، من أهل فاس، كان عارفا بالفقه، متقنا لمختصر الشيخ خليل، كثير الاعتناء به، والتقييد والبحث عن مشكلاته، مشاركا في فنون من النحو والأصول والتفسير والحديث والتصوف. أخذ عن أبي عبد الله القوري والمواق وغيرهما. توفي عن سن عالية سنة 912هـ. ينظر: أحمد بابا التنبكتي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، ص343.

(2) ينظر: رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص67-70.

(3) ينظر: المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 102/1.

(4) هو أحمد بن علي بن عبد الله المنجور، من أبرز فقهاء المغرب ومشاركيهم في الفنون فقها وأصولا وبيانا وقراءة وعربية وفرائض وحسابا ومنطقا وعروضا، إلى مطالعة التواريخ والحديث، من تأليفه: "مراقي المجد في آيات السعد"، وحاشيتان وشرح على القواعد الصغرى للزقاق، وشرح على منظومة الونشريسي لقواعد أبيه، و"فهرست شيوخه". توفي سنة 995هـ. ينظر: أحمد بابا التنبكتي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، ص143-144.

بل إنّه هو نفسه خُدم في أعمال علمية لاحقة⁽¹⁾.

2- شفاء الغليل على المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب لمحمد بن علي الهلالي اليعقوبي⁽²⁾، وهو شرح وسط بين الطول والإيجاز، وقد شرح وبسط وأعرّب النظم. بيّن المصنّف سبب تأليفه للكتاب أنّه لم يرَ إلا شرح المنجور، ووجده كثير التصحيف، غير شافٍ للغليل؛ فكان هذا دافعا له لأنّ يضع هذا الشرح على النظم، ومما يميّزه: كثرة التطبيقات من مختصر خليل على القاعدة الواحدة، وبساطة الأسلوب ووضوح العبارة في الشرح⁽³⁾.

3- المنهج إلى المنهج إلى أصول المذهب المبرج لمحمد الأمين بن أحمد زيدان الحكني⁽⁴⁾، وهو شرح مختصر، اكتفى الشارح بفكّ ألفاظه وتوضيح إشارات الناظم، وقد يبدي رأيه، أو يأتي بفائدة، ويبرزها عن الشرح بقوله: "تنبيه" أو "فائدة" إلى غير ذلك، وقد قام المدرّس بالمسجد الحرام الشيخ أحمد بن أحمد المختار الحكني بإعداد وترتيب هذا الشرح، وقام بإخراجه في عنوان آخر هو: "إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي"⁽⁵⁾.

4- خواتم الذهب على المنهج المنتخب لعبد الواحد الأمزّوري الهلالي⁽¹⁾، وقد بيّن الشارح

(1) ينظر: رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص72-76.

(2) هو محمد بن علي بن سعيد الهلالي اليعقوبي، من أسرة عرفت بالعلم والفضل، من مشاهير علماء سوس، امتاز بالتحريز في الأصول، وإتقان الفنون، من تأليفه: "شرح المنهج المنتخب"، و"شرح بانة سعاد"، و"تاج الكوثر" جعله في إخماد البدع. توفي سنة 1296هـ. ينظر: محمد المختار السوسي، المعسول، 17/218-225.

(3) ينظر: رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص80-82.

(4) هو محمد الأمين بن أحمد زيدان بن محمد الحكني، يعرف بالمرابط؛ لشدة مرابطته على العلم تعلمًا وتعليمًا، انتهت إليه رئاسة العلم ببلده في وقته. من تأليفه التي زادت على العشرين: "النصيحة في الفقه" وهو شرح على مختصر خليل، و"مراقي الصعود إلى مراقي السعود"، و"شرح على المنهج المنتخب". توفي سنة 1325هـ وقيل 1326هـ. ينظر: أحمد بن أحمد المختار الحكني، إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي، ص11-16؛ ومحمد الأمين بن أحمد زيدان الحكني المرابط، مراقي الصعود إلى مراقي السعود، (مقدمة المحقق محمد المختار بن محمد الأمين الشنقيطي)، ص16-25.

(5) ينظر: رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص82-84.

(1) هو عبد الواحد بن محمد بن إبراهيم الأمزّوري العبلاوي الهلالي السوسي، تفقه على والده، إلا أنّ معلومات ترجمته شحيحة جدا، على الرغم من علوّ قدره في العلم، بل حتى تاريخ وفاته غير معلوم، وهذا الكلام قاله المترجم له ولوالده. ينظر: محمد المختار السوسي، المعسول، 6/55-56.

سبب وضعه للكتاب أنه قرأ المنهج المنتخب على والده فكان يفكّ إشارات الناظم، مما دفعه إلى شرحه، ومما أشار به والده عليه أن ينقل عن المنجور، فلم يكن ينقل بالمعنى، مما جعل شرحه كالإختصار على شرح المنجور، وإن كان يزيد أحيانا شيئا يسيرا عليه، وشرحه هذا سهل العبارة، بعيد عن التعقيد، لا يملّه القارئ الفقيه، ولا يستعصي فهمه على الطالب النبيه، وقد عرضه على عدد من معاصريه فأعجلوا به، وأوصوا به⁽¹⁾.

5- بستان فكر المتهج في تكميل المنهج لميارة⁽²⁾، وهو نظم مُكَمَّل للمنهج المنتخب، ويُعرف عند العلماء بالتكميل، وقد قام ميارة بإضافة بعض القواعد والمسائل التطبيقية، معتمدا على توضيح خليل وعلى شرح المنجور، وعدد أبيات هذه الأرجوزة 671 بيت، وقد اتبع الزقاق في منهجه في تقسيم القواعد إلى ما هو أصول أمهات مسائل الخلاف، وما هو أصول المسائل، فيذكر النظائر من غير إشارة إلى الخلاف. هذا، وإن النظم شرحه الناظم نفسه في كتاب أسماه: "الروض المبهج في شرح بستان فكر المتهج في تكميل المنهج"، وهو أول شرح للنظم إيفاء من الناظم بوعده بشرح النظم، وقد شرح 166 قاعدة وضابط فقهي شرحا وافيا مرتبا على أبواب الفقه، وهذا الشرح أختصر وشرح وكَمَّل من عدد من العلماء في مصنفات مختلفة، تجاوز عددها الخمسة عشر كتابا⁽³⁾.

المطلب السادس: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام الونشريسي

وضع الإمام الونشريسي كتابا في القواعد الفقهية أسماه: "إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك"، يشتمل هذا الكتاب على مائة وأربع وعشرين قاعدة، وليضم ما يزيد عن ألف مسألة فقهية، مطبقة على تلك القواعد، وبعد أن ينتهي المصنّف من ذكر القاعدة

(1) ينظر: عبد الواحد الأمّزوري الهلالي، خواتم الذهب على المنهج المنتخب، (مقدمة المحقّق)، ص 8-11.

(2) هو أبو عبد الله محمّد بن أحمد بن محمّد، المعروف بميارة، الفاسي، العالم النحرير، العمدة المحقق الشهير، له تحقيق في العلوم العقلية، ودراية تامة في العلوم النقلية. أخذ عن ابن القاضي، وابن أبي النعيم، وابن عاشر، وأبي العباس المقرئ. من تأليفه: "الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام"، و"الدر الثمين في شرح منظومة المرشد المعين"، و"تكميل المنهج للزقاق". توفي سنة 1072هـ. ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 448/1؛ وميارة، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، (مقدمة المحقّق رشيد البكاري)، ص 41-76.

(3) ينظر: رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص 88-99.

وتطبيقاتها كثيرا ما يذيلها بذكر تنبيه يحمل اعتراضا، أو مناقشة لبعض أقوال العلماء التي مرّت في القاعدة، وربما ذكر المؤلف بعض الحكايات المفيدة، ذات الصلة بالموضوع، والتي جرت في المذاكرة بين العلماء⁽¹⁾.

أما عن سبب تأليفه فهو أنّ سائلا طلب منه أن يجمع له ملخصا في الفقه، يربط الفروع بأصولها، ويكون سهل المأخذ، محكم البناء، وعلى الرغم من أنّ المؤلف استصعب الإيفاء بمثل هذا الطلب في البداية⁽²⁾، إلا أنّه قال في خاتمة الكتاب: "جمعتها لك هاهنا من أماكنها، وأبرزتها من مكانها على وفق ما سألت، بل فوق ما أمّلت"⁽³⁾.

وقد تناول الونشريسي في كتابه موضوعات شتى من الأبواب الفقهية، ولكنّها غير مرتّبة، فهو يذكر القاعدة ويفرّع عليها عددا من الفروع من أبواب فقهية مختلفة؛ ممّا يجعل البحث فيه صعبا، سواء عن القاعدة أو عن الفروع الفقهية في باب واحد والقواعد الحاكمة لها، والقواعد الفقهية الموجودة في الكتاب على ثلاثة أنواع:

1- قواعد عامة متفق عليها بين العلماء، ولا تختصّ باب معين من الأبواب الفقهية، وعددها عشرون قاعدة.

2- قواعد عامة غير متفق عليها بين العلماء، ولذلك جعلها بصيغة الاستفهام، والقواعد في هذا القسم هي حوالي نصف الكتاب.

3- قواعد خاصة بباب فقهيّ واحد (ضوابط فقهية) مختلف فيها بين الفقهاء كذلك، وقد أوردها كذلك بصيغة الاستفهام، وعدد القواعد في هذا القسم اثنتان وأربعون قاعدة⁽¹⁾.

والكتاب على أهمّيته إلا أنّه عيب عليه بعض الأشياء -والكمال عزيز-، ومما يُذكر ها هنا: تكراره لبعض القواعد في موضعين، وكذلك طول صياغة عدد من القواعد، والتي يجب فيها أن تكون قليلة الألفاظ⁽²⁾.

(1) ينظر: الونشريسي، إيضاح المسالك (مقدمة المحقق الصادق الغرياني)، ص 39.

(2) ينظر: المصدر نفسه، ص 55.

(3) ينظر: المصدر نفسه، ص 182.

(1) ينظر: المصدر نفسه (مقدمة المحقق الصادق الغرياني)، ص 40.

(2) ينظر: المصدر نفسه، ص 43-44.

ولأنّ الكتاب ذو أهميّة بالغة، فإنّه قد تولّى عدد من العلماء خدمته، ومن بين ما صنّف حوله:

1- النور المقتبس من قواعد مالك: منظومة للونشريسي الابن⁽¹⁾ على غرار "المنهج المنتخب" للزقاق، وقد كان الغرض منه هو العمل على إفهام القواعد الفقهية وإيضاحها وإيراد الفروع الفقهية المتعلقة بتلك القواعد، كما قام بتحلية المعقّد من كلام والده، ومما يميّز النظم أنه جمع ما كان متفرّقاً من الفروع الفقهية فلخصه وهذّبه وزاد عليه ما يناسبه، وقد شرح المنظومة العلامة المنجور⁽²⁾.

2- نظم قواعد الإمام مالك في المذهب: لمحمد المسيحني المكناسي، وهو كذلك على غرار "المنهج المنتخب"، وقد جاء في 83 بيتاً، مرتبة قواعده بحسب ورودها في الكتاب الأصلي⁽³⁾.

3- تطبيقات قواعد الفقه المالكي من خلال إيضاح المسالك والمنهج المنتخب: للصادق الغرياني، وقد بيّن المصنّف الدافع للتأليف فقال: "أحسن الطلبة وأهل العلم بالحاجة الماسة - أكثر من ذي قبل - إلى فكّ رموزهما، وحلّ ألفاظهما، فالكتابان من الصعوبة بمكان، يقومان على الاختصار الشديد، والإشارة العابرة بالكلمة الواحدة إلى مسألة تحتاج إلى تأمل ونظر لو ذكرت مفصّلة، فكيف وقد أحتزلت اختزالاً"⁽¹⁾، أما عن منهجه في التعامل مع القواعد الفقهية، فقد قام بتوضيح القاعدة الفقهية وذكر الألفاظ المشابهة لها، والاستدلال عليها، ثم تصوير المسائل المندرجة تحتها بتوضيحها، وعزوها إلى مصدر أو أكثر⁽²⁾.

(1) هو أبو محمد عبد الواحد بن أحمد بن يحيى بن عليّ الونشريسي، الفقيه المحقق المفتي الموثق النحوي الأديب الخطيب الفصيح الناظم النائر، كان متقدماً في الوثائق والمكاتبات بأبداع كلام بلا تكلف، تولّى القضاء ثمانية عشر عاماً. له نظم كثير في مسائل عدّة كشهادة السماع ومواضع الإقالة في البيع، جمعها أبو زيد الكلاي، و"نظم إيضاح المسالك"، و"شرح مختصر ابن الحاجب الفرعي". توفي مقتولاً في ذي الحجة سنة 955هـ عن نحو سبعين سنة. ينظر: المنجور، فهرس أحمد المنجور، ص 50-55؛ وأحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، ص 289.

(2) رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص 60-62.

(3) المرجع نفسه، ص 62.

(1) الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه المالكي من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص 8.

(2) ينظر: المرجع نفسه، ص 8.

المطلب السابع: القواعد والضوابط الفقهية عند ابن غازي المكناسي

كتاب "كليات المسائل الجارية عليها الأحكام" أو "كليات فقهية على مذهب المالكية" أو "الكليات الفقهية" أو "كليات ابن غازي"، وكلها أسماء لمسمى واحد. جمع ابن غازي قواعد فقهية كلية تندرج تحتها جزئيات كثيرة، وبني هذه الكليات على المشهور من المذهب⁽¹⁾، وقد تناول ابن غازي حوالي 330 كلية فقهية، موزعة على واحد وعشرين كابا فقهيا، يمكن تقسيمها على ثلاث مجموعات كبرى، القسم الأول في النكاح وتوابعه، والقسم الثاني في المعاملات المالية، والأخير في الأقضية والشهادة والوصايا والعقود والحدود، ولم يضمنه شيئا في العبادات⁽²⁾.

المطلب الثامن: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام علي بن عبد الواحد

السجلماسي

نظم العلامة علي بن عبد الواحد الأنصاري السجلماسي⁽³⁾ "اليواقيت الثمينة فيما انتمى لعالم المدينة في القواعد والنظائر والفوائد الفقهية" على غرار المنهج المنتخب، فجاءت في 3258 بيت، وقد قسمها الناظم بحسب الأبواب الفقهية، وضمّنها عددا كبيرا من القواعد الفقهية بلغت 145 قاعدة فقهية، وقد شرح المنظومة العلامة محمد بن أبي القاسم السجلماسي⁽⁴⁾، ومنهجه في الشرح أن يورد النقول عن الفقهاء الشاهدة للنظم، ولم يُعْرَ بتتبع

(1) ينظر: ابن غازي، الكليات الفقهية، ص 167.

(2) ينظر: رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص 179-180.

(3) هو أبو الحسن علي بن عبد الواحد بن محمد السجلماسي الجزائري الأنصاري، الإمام الحافظ المتفنن المحدث الإخباري المؤلف المتقن، أخذ عن أئمة منهم: أبو بكر الدلائي والشهاب المقرئ. له مؤلفات كثيرة منها: "نظم قواعد الإسلام"، و"اليواقيت الثمينة في العقائد والأشباه والنظائر في فقه عالم المدينة"، و"مسالك الوصول في مدارك الأصول"، و"نظم أصول الشريف التلمساني". توفي بالجزائر سنة 1057هـ. ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 446-445/1.

(4) هو أبو عبد الله محمد بن أبي القاسم بن محمد السجلماسي ثم الرباطي، كان فقيها محررا نقادا، وكتبه تدل على باعه وواسع اطلاعه. من تأليفه: "معتمد الحكام من اختلاف علماء الأحكام" وهو ألفية في القضاء، وقد قام بشرحها بعد ذلك، و"شرح العمل الفاسي"، و"شرح اليواقيت الثمينة". توفي بالبوايا سنة 1214هـ. ينظر: الحجوي الثعالبي، الفكر السامي، 351-350/2؛ ومحمد بن أبي القاسم السجلماسي، شرح اليواقيت الثمينة، (مقدمة المحقق عبد الباقي بدوي)، 110-108/1.

ألفاظ النظم بالشرح والتحليل، كما قام بنظم مسائل ترك الناظم ذكرها في منظومته، وأورد بعض الاستشكالات على المتن المشروح من نحو مخالفة الناظم لما هو منقول في كتب المذهب، أو التنبيه على ما يراه خطأً في ألفاظ النظم ونحو ذلك⁽¹⁾.

⁽¹⁾ ينظر: رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ص 271-274.

المبحث الثالث

أقسام الفقه الجنائي الإسلامي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: جرائم القصاص والدية

المطلب الثاني: جرائم الحدود

المطلب الثالث: جرائم التعازير

تمهيد: تعريف الفقه الجنائي

الجنائية هي ما يحدثه الرجل على نفسه أو غيره مما يضر حالاً أو مآلاً، ثم هي منحصرة في الاصطلاح في هذه السبعة: البغي، والردة، والزنى، والقذف، والسرقه، والحراية، والشرب⁽¹⁾. وقد عرفها الرصاع⁽²⁾ بقوله: "فعل هو بحيث يوجب عقوبة فاعله بحد أو قتل أو قطع أو نفي"⁽³⁾. فلفظ الجنائية عند المالكية يُطلق على جرائم الحدود والقصاص على حدٍّ سواء⁽⁴⁾، وإذا ما غضضنا الطرف عما تعارف عليه الفقهاء من إطلاق لفظ الجنائية على بعض الجرائم دون بعض، أمكننا أن نقول: إن لفظ الجنائية في الاصطلاح الفقهي مرادف للفظ الجريمة. هذا، وإن مصطلح الفقه الجنائي لم يكن موجوداً عند المتقدمين من العلماء، بل هو مما استحدث من المصطلحات، وإن كان موضوعه أصيلاً في كتب الفقه، وممن بيّن مفهومه أحمد فتحي بهنسي إذ قال: "يُقصد بذلك فرع الفقه الذي يبحث في الجنايات والعقوبات"⁽⁵⁾، كذلك محمود نجيب حسني بقوله: "هو مجموعة الدراسات التي تتناول التنظيم الشرعي الإسلامي للجريمة كظاهرة اجتماعية يحددها الشارع ابتغاء مكافحتها، والتنظيم الشرعي الإسلامي للعقوبة وما يساندها من تدابير باعتبارها وسائل المجتمع لمكافحة الجريمة كضرب وخطر اجتماعي"⁽⁶⁾.

(1) ينظر: خليل، التوضيح، 211/8.

(2) محمد بن قاسم أبو عبد الله الأنصاري التونسي، الشهير بالرصاع، قاضي الجماعة بها، أخذ عن جماعة من أصحاب ابن عرفة وغيرهم كالبرزلي وأبي القاسم العبدوسي وابن عقاب والمحقق عمر القلشاني. من تأليفه: "تذكرة المحبين في أسماء سيد المرسلين ﷺ"، و"شرح حدود ابن عرفة"، وتأليف في الكلام على الآيات الواقعة في شواهد المغني لابن هشام، و"شرح البخاري". اقتصر على إمامة جامع الزيتونة وخطابتها متصدراً للإفتاء وإقرار الفقه وأصول الدين والعربية والمنطق وغيرها، توفي سنة: 894هـ. ينظر: أحمد بابا التنبكي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، ص560-561.

(3) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص489.

(4) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 227/2.

(5) أحمد فتحي بهنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، ص18.

(6) محمود نجيب حسني، التشريع الجنائي الإسلامي، ص3.

المطلب الأول: جرائم القصاص والدية

جرائم القصاص والدية هي الجرائم التي يعاقب عليها بقصاص أو دية، وكل من القصاص والدية عقوبة مقدرة حقا للأفراد، ومعنى أنها مقدرة أنها ذات حدّ واحد، فليس لها حدّ أعلى وحدّ أدنى تتراوح بينهما، ومعنى أنها حق للأفراد أن للمجني عليه أن يعفو عنها إذا شاء، فإذا عفا، أسقط العفو العقوبة المعفو عنها⁽¹⁾، والمقصود من القصاص إنما هو إيلاء الجاني بمثل ما ألم به المجني عليه⁽²⁾.

الفرع الأول: أهم أحكام القصاص الفقهية

أولاً- شروط القصاص في الجناية على النفس: القصاص واجب في القتل بثلاثة شروط:

1- أن يكون دم المقتول غير ناقص عن دم القاتل بأن يكون مكافئاً له أو زائداً عليه، فالحرّ لا يُقتل بعبد، ولا بمن بعضه رقّ، ولا بمن فيه عقد من عقود العتق من مكاتب أو مدبرّ أو أم ولد أو معتق بعضه إلى أجل، ويُقتل كلُّ هؤلاء بالحرّ، ولا يُقتل مسلم بكافر قصاصاً ذمياً كان أو معاهداً أو مستأمناً كتابياً أو غير كتابي، ويُقتل كل هؤلاء بالمسلم.

2- أن يكون القتل عمداً محضاً لا شبهة فيه، والقتل العمد المرعى في وجوب القصاص هو ما خالف الخطأ، ويجمعه وصفان هما: قصد إتلاف النفس، وأن يكون بألة تقتل غالباً من محدّد أو مثقل، أو بإصابة المقاتل كعصر الأنثيين وشدة الضغط والخنق، ويلحق بذلك الممسك لغيره على من يريد قتله عمداً عالماً بذلك فيلزمه القود كالذابح، فإن حصل أحدهما مع عدم الآخر مثل أن يقصد الضرب دون القتل؛ فيحصل عنده القتل، أو أن يقصد الإتلاف بما لا يقتل مثله غالباً فيتلف عنده النفس، فذلك عند من لا يراعي شبه العمد هو عمدٌ محضٌ.

3- أن يكون القتل طارئاً على من حياته معلومة متيقّنة؛ لأن من ضرب امرأة على بطنها فقتل جينها، فلا قصاص فيه⁽¹⁾.

(1) ينظر: عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقوانين الوضعية، 79/1.

(2) ابن ناجي التنوخي، شرح الرسالة، 302/2.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 182/2-185؛ وابن الحاجب، جامع الأمهات، ص 488-492.

ثانياً- مفهوم الجناية على ما دون النفس وأنواعها: الجناية على ما دون النفس تكون بالقطع أو بالجرح، فالقطع بإزالة عضو أو بعضه. والجراح نوعان: ما فيه القصاص، وما لا قصاص فيه، وجملتها ما يأتي⁽¹⁾:

- 1- الدامية: وهي التي تُدمي الجلد.
- 2- الخارصة: وهي التي تُشق الجلد.
- 3- السّمحاق: وهي التي تكشف الجلد.
- 4- الباضعة: وهي التي تبضع اللحم.
- 5- المتلاحمة: وهي التي تقطع اللحم في عدة مواضع.
- 6- المِلطأة: وهي التي يبقى بينها وبين انكشاف العظم ستر رقيق.
- 7- الموضحة: وهي التي توضح عن العظم.
- 8- الهاشمة: وهي التي تهشم العظم.
- 9- المنقّلة: وهي التي يطير فراش العظم منها مع الدواء.
- 10- المأمومة: وهي التي تحرق إلى أم الدماغ ويقال لها أيضاً الأمة.
- 11- الجائفة: وهي التي تصل إلى الجوف.

ثالثاً- شروط القصاص في الجناية على ما دون النفس: يراعى في وجوب القود في الجراح فيما دون النفس أربعة شروط:

- 1- تكافؤ الدماء، ويكون من الطرفين كالحر يجرح الحرّ، فهذا لا خلاف في وجوب القصاص فيه، وقد يكون دم المجروح غير مكافئ لدم الجراح، فهذا لا قصاص فيه، كالمسلم يقطع يد كافر. وعكسه أن يكون دم الجراح غير مكافئ لدم المجروح كالكافر يقطع يد مسلم، فليل لا قصاص فيه؛ لأن المُرَاعَى التكافؤ من الطرفين، وقيل يجب القصاص كالقتل وهذا أقيس، والأول أظهر من المذهب.

⁽¹⁾ ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 185/2-186؛ وابن عبد البر، الاستذكار، 98/8-99.

2- ألا يعظم الخطر في الجرح، وألا يغلب الخوف منه على النفس كالموضحة فما قبلها، فإن كان مما يغلب خوفه ويعظم خطره فلا قصاص فيه، بل فيه الدية حالة في مال الجاني، وذلك كالمأمومة والجائفة، والمنقلة على خلاف فيها خاصة.

3- أن يكون مما تأتي فيه المماثلة، فإن تعذرت لم يجب القود، كأن يعود إلى فقد المحل كالأعمى يقلع عين بصير، والأقطع يقطع يد الصحيح، وكأن يعود إلى عارض يمنعها مع إمكانها قبل حصولها، وذلك كعفو بعض الأولياء، وكأن يعود إلى الفعل كالشلل وما يضطرب من الكسر، وكذهاب بعض البصر والسمع، وقطع ما يمنع بعض الكلام من اللسان⁽¹⁾.

4- ألا يتعقب الجرح قتل المجروح أو غيره، فيجب حينئذ القود في النفس، وسقط حكم الجرح، إلا أن يكون قصد التمثيل بالمقتول فيُجرح ثم يقتل⁽²⁾.

رابعاً- أهم أحكام السرية:

لا يُقاد من قطع أو جرح إلا بعد اندماله⁽³⁾، فإن اندمل على قدر الجناية دون زيادة، فالقصاص واجب، وإن ترامى إلى زيادة عليه، فإن بلغ دون النفس، أقتص من عينه دون سرايته، فإن كان اندمال القصاص بقدر الجناية وسرايتها، فقد استوفى المقتص حقه، وإن كان أقل منها، فللمجروح ما بينهما، أما إذا كان زائداً عليها، فالزائد هدراً، سواء كانت النفس أو دونها⁽⁴⁾.

وإن سرت الجناية العمد إلى النفس في الحال وجب القصاص في النفس، وسقط حكم الجرح، وإن كان بعد أيام وجب القتل بقسامة⁽¹⁾.

فأما إن كان أصل الجناية خطأً، فلا قود فيها ولا في سرايتها، وفيها الدية، ومقدار ما

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 2/186-187؛ وابن الحاجب، جامع الأمهات، ص 493-497.

(2) ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 2/186-187؛ وابن الحاجب، جامع الأمهات، ص 493-497.

(3) اندمل الجرح أي: أخذ في البرء. ينظر: أحمد الزيات وآخرون، المعجم الوسيط، 1/297.

(4) ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 2/187، والمعونة، 3/1314؛ وابن عسकर البغدادي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك، ص 109-110.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 2/187؛ وابن عسकर البغدادي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك، ص 109.

يجب منها معتبر بالجرح، فإن اندمل الجرح على موضع الجناية ففيه دية تلك الجناية أو الحكومة⁽¹⁾ إن لم يكن فيها شيء مسمى، وإما أن يزيد إلى النفس في الحال ففيه الدية بغير قسامة، وإن كان بعد أيام ففيه الدية بقسامة، وإن كانت السراية إلى ما دون النفس إلى ما يتفرع عن الجناية كالموضحة تصير منقلة ففيها دية منقلة، أو كانت السراية إلى أجنبي منها كالموضحة تقضي إلى ذهاب البصر أو السمع، ففيها ديتان: دية الجناية ودية السراية⁽²⁾.

خامسا- مواضع اعتبار المماثلة في القصاص:

المماثلة في القصاص معتبرة في ثلاثة أشياء:

- 1- في صفة الفعل كالجراح أو القطع.
- 2- في المحل كاليمنى واليسرى والرأس.
- 3- فيما يستوفى به القصاص، وهو الآلة كالمحدد والمثقل والنار والتغريق وما أشبه ذلك إلا أن يكون بمعدية كاللواط، أو أن يكون بآلة معدّبة كالعصى التي تحتاج إلى الإكثار من الضرب بها، أو السكين الكالّة، فإنّه يُقتصر في القصاص على السيف. ولا يراعى في ذلك الزمان، ولا الحال، إلا أن يعرض ما يوجب مراعاته كأن يُخاف على المقتص منه التلف بالقطع في شدة البرد أو ما أشبه ذلك، أو أن يكون مريضا يُخاف تلفه، فيؤخر إلى بُرئه، أو أن تكون حاملا فتؤخر إلى وضعها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أهم أحكام الدية الفقهية

الواجب بالقتل وما دونه من الجراح ثلاثة أشياء: القصاص والدية والحكومة، فالقصاص في العمد المحض على الشروط التي ذكرت سابقا، والدية في أربعة مواضع يأتي بيانها.

(1) الحكومة هي أن يقوم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به، ثم يقوم والجناية به قد برئت، فما نقصته الجناية فله مثله من الدية، كأن تكون قيمته وهو عبد صحيح عشرة، وقيّمته وهو عبد به الجناية تسعة، فيكون فيه عشر دية. ينظر: ابن الجلاب، التفریح، 201/2؛ وسعدي أبو جيب، القاموس الفقهي، ص 97.

(2) ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 187/2-188؛ وابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 1102/3، 1180/3؛ وابن عرفة، المختصر الفقهي، 41/10.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 188/2؛ وابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 1102/3-1105؛ وابن الحاجب، جامع الأمهات، ص 494-495.

أولاً- مواضع وجوب الدية:

تجب الدية في أربعة مواضع:

1- الخطأ المحض.

2- العمد المحض إذا تعدّر القود.

3- في فعل الأب بابنه مما لا قصاص فيه.

4- فيما لا قود فيه من جراح العمد، ومثله من الجناية على النفس المضمونة بالدية، وذلك كالمسلم يقتل الكافر، وجرح المنقلة والمأمومة والجائفة، ومثله كذلك في عفو بعض الأولياء في العمد الذي فيه القصاص⁽¹⁾.

ثانياً- مقدار الدية في الجناية على النفس:

الدية ثلاثة أنواع: إبل وذهب وفضة، يُؤخذ كل نوع منها من أهله، فمن كان غالب مالهم الإبل أخذت منهم الإبل، وهكذا الصنفان الآخران، ولا يُؤخذ سوى هذه الأصناف من عروض ولا حيوان ولا غير ذلك⁽²⁾.

دية الخطأ في النفس مائة من الإبل مقسمة على خمسة أنواع: عشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، ومثلها بنو لبون، ومثلها حِقاق، ومثلها جذاع³، وهي من الذهب: ألف دينار، ومن الورق: اثنا عشر ألف درهم.

ودية العمد المحض مائة من الإبل مقسمة على أربعة، ينقص منها عن الخطأ بنو اللبون، أما الذهب والورق فهذه مثل الأخرى متساويتان.

⁽¹⁾ ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 189/2.

⁽²⁾ ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 189/2، والمعونة، 1319/3.

³ بنت مخاض هي ما أوفت سنة ودخلت في الثانية، وبنت اللبون هي ما أوفت سنتين ودخلت في الثالثة، والحقة هي ما أكملت ثلاث سنين ودخلت في الرابعة، والجذعة هي ما أكملت أربعة ودخلت في الخامسة. ينظر: علي بن خلف المنوفي، كفاية الطالب الرباني، 500/1.

أما دية شبه العمدة أو مثل فعل المدلجى بابنه⁽¹⁾، فإنها مغلظة، وهي في الإبل ثلاثة أنواع: ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفه، وهي الحوامل، أما تغليظها على غير أهل الإبل، فقيل لا تُغَلِّظ عليهم، وقيل تغلِّظ بأن تُؤخذ قيمة الإبل المغلظة بلغت ما بلغت، إلا أن تنقص عن دية الذهب أو الورق. وقيل تغلِّظ بأن يُنظر قدر ما بين دية الخطأ والتغليظ فيجعل جزءاً زائداً على دية الذهب والورق⁽²⁾.

ودية المرأة نصف دية الرجل، وهما يتساويان فيما دون الثلث من الدية مثل دية الموضحة، ويختلفان في المأمومة والجوائف وما فوق ذلك، ودية الكتابي نصف دية المسلم، ودية المجوسي ثمانمائة درهم، وديات نسائهم نصف ديات رجالهم⁽³⁾.

دية الخطأ على العاقلة⁽⁴⁾ ودية العمدة على القاتل في ماله. ولا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً، ولا اعترافاً ولا من قتل نفسه خطأً ولا عمداً.

وتحمل العاقلة ثلث الدية فما فوقها ولا تحمل ما دونه. وتُنَجَّم الدية على العاقلة في ثلاث سنين، الثلاثين في سنتين والثلث في سنة. وفي النصف والثلاثة أرباع روايتان: إحداهما: أنه في سنتين. والأخرى: أنه يُرَدُّ إلى اجتهاد الحاكم، فينجمه على ما يؤديه اجتهاده. والاعتبار بثلاث دية المجروح، أما ما دون الدية الكاملة فمختلف فيه، قيل حالة، وقيل

(1) روى مالك عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن رجلاً من بني مدلج يقال له قتادة، حذف ابنه بالسيف، فأصاب ساقه، فنزى في جرحه فمات، فقدم سراقه بن جعشم على عمر بن الخطاب، فذكر ذلك له، فقال له عمر: اعد على ماء قديد عشرين ومائة بغير حتى أقدم عليك، فلما قدم إليه عمر بن الخطاب، أخذ من تلك الإبل ثلاثين حقة، وثلاثين جذعة، وأربعين خلفه، ثم قال: «أين أخو المقتول؟» قال: هأنذا، قال: خذها فإن رسول الله ﷺ قال: «ليس لقاتل شيء». أخرجه مالك في موطئه، كتاب العقول، باب ما جاء في ميراث العقل والتغليظ فيه، حديث رقم: 10، 867/2.

(2) ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 189/2؛ وابن عسكرو البغدادي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك، ص 110-111.

(3) ينظر: ابن الجلاب، التفرع، 203/2.

(4) العاقلة: هي العصابة قربوا أم بعدوا. ولا يحمل النساء ولا الصبيان شيئاً من العقل، ويدخل فيها الأب والابن، ومن بُعدت عنه قبيلته أُخذ من أقرب القبائل إليها، وإن عجزت ضم إليها الأقرب فالأقرب، ومن لا عاقلة له ففي بيت المال. ينظر: ابن الجلاب، التفرع، 196/2؛ والقاضي عبد الوهاب، التلقين، 190/2.

منحّمة، واختلف في جراح العمد الذي لا قود فيه، أو في مثل فعل الأب بابنه، فقيل في مال الجاني حالة، وقيل على العاقلة حالة⁽¹⁾.

ثالثاً- مقدار الدية في الجناية على ما دون النفس:

الدية في أربع من الجراح هي كالاتي، وما سوى ذلك من الجراح ففيه حكومة: الموضحة فيها خمسة من الإبل، والمنقلة فيها خمسة عشر من الإبل، والمأمومة والجائفة في كل واحدة منهما ثلث دية⁽²⁾.

ومجمل ما في الأعضاء من الدية أو الحكومة كالاتي⁽³⁾:

1- تجب الدية الكاملة في كل زوج من أعضاء البدن، ونصف الدية في الفرد منهما، وذلك العينان، والشفتان، واليدان، والرجلان، وثديا المرأة، وأليتها.

2- تجب الدية في العينين بذهاب البصر، وفي ذهابه من أحدهما نصف الدية، إلا من الأعور ففي عينه الدية كاملة، وفي ذهاب بعض البصر بحسابه، وإذا عرف قدر النقص كان فيه بحسابه.

3- تجب الدية في الشم إذا ذهب بقطع الأنف أو بعضه، وفي قطع الأنف مستوعبا من أصل المارن ومن العظم دية كاملة ذهب الشم أو بقي، وفي ذهاب أحدهما بعد الآخر دية كاملة، وفي ذهابهما في ضربة واحدة دية واحدة، وفي قطع بعض الأنف بحسابه من المارن.

4- تجب الدية في ذهاب السمع، وفيه من أحد الجهتين نصف الدية، وفي نقصه ومن إحداها أو كليتهما بحسابه، فإذا عُرف قدر النقص كان فيه بحسابه، وفي أشرف الأذنين⁽⁴⁾ خلاف. قيل: الدية، وقيل: الحكومة.

5- تجب الدية في اللسان، فأما قطع بعضه فممنع جملة الكلام فيه الدية، وفي منع بعضه بحسابه.

(1) ينظر: ابن الجلاب، التفرع، 196/2؛ والقاضي عبد الوهاب، التلقين، 189/2-190.

(2) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 396/13.

(3) ينظر: ابن الجلاب، التفرع، 198/2-190؛ وابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 396/13-397؛ والقاضي عبد الوهاب، التلقين، 190/2-191.

(4) أشرف الأذنين هما ظاهر الأذنين وصماخهما باطنهما. ينظر: زروق، شرح الرسالة، 167/1.

6- تجب في كل واحد من الأسنان والأضراس خمس من الإبل، وتتم دية السنّ بأسودادها، ثم في قطعها بعد اسودادها دية أيضا.

7- تجب الدية في العقل.

8- تجب الدية في الذكر، وكذلك في الأنثيين، وذلك إذا قطع معا في ضربة واحدة، وفي قطع أحدهما بعد اندمال الآخر حكومة، فإذا كانا في قطع واحد فروايتان، وأقل ما تجب فيه الدية قطع الحشفة، وفي بعضها بحسابه، ثم باقي الذكر حكومة.

9- تجب الدية في كسر الصلب.

10- تجب الدية في اليدين من أيّ موضع قُطعت: من المنكب، أو من المرفق، أو من الكوع، أو من الأصابع، وكذلك الرجلان قطعهما من الفخذين كقطع أصابعهما ثم قطع بعد ذلك فيه حكومة، وفي كل أصبع من أصابع اليد أو الرجل عشر من الإبل، وفي كل أتملة ثلاثة أباعر وثلاث، إلا في الإبهام ففي كل أتملة خمسة أباعر؛ لأنهما أتملتان، وفي قطع بعض الأصابع بحساب الأتملة.

11- تجب الدية في ثدي المرأة بإبطال مخرج اللبن، ثم بعد ذلك حكومة.

12- يجب في لسان الأخرس، وذكّر الخصي، واليد الشلاء حكومة.

13- كل ما فيه جمال منفرد عن منفعة أصله فيه حكومة كالحاجبين، وذهاب شعر اللحية، وشعر الرأس، وثدي الرجل، وأليته.

الفرع الثالث: أهم أحكام القسامة الفقهية

القسامة هي حلف أولياء الدم على مدعى عليه خمسين يمينا بكونه قتل حرا مسلما محقق الحياة، ولا يُمكنّ منها أولياء المقتول إلا بوجود اللوث¹، والحكم بالقسامة واجب، وتكون في العمد وفي الخطأ، وإذا ثبتت الدعوى، ففي العمد القود، وفي الخطأ الدية، وللحكم بها شروط⁽¹⁾:

¹ ينظر: عثمان بن المكي التوزري، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، 4/136.

⁽¹⁾ ينظر: ابن الجلاب، التفريع، 2/191؛ والقاضي عبد الوهاب، التلقين، 2/193؛ والنفراوي، الفواكه الدواني، 2/178.

- 1- أن يكون في قتل لا في جرح.
 - 2- أن يدعى الدم على من لا يعرف قاتله ببينة ولا بإقرار من يدعى عليه.
 - 3- أن يكون المقتول حرًا مسلمًا.
 - 4- أن يكون للأولياء لوث يقوي دعواهم⁽¹⁾.
 - 5- أن يتفق الأولياء على ثبوت القتل في العمد، أما في القتل الخطأ إذا ادعاه بعضهم ولم يدعه الباقون، فالمدعون يُقسَمون، ويأخذون حقوقهم من الدية.
 - 6- أن يكون الأولياء في العمد رجالًا عقلاء بالغين.
 - 7- أن يكون ولاية الدم اثنين فصاعداً في العمد، فإن كان واحداً، لم يُقسَم إلا أن يعينه من عصبته من يحلف معه، وإن لم تكن له ولاية كالابن يستعين بعمومته، وأما في الخطأ فيقسم الواحد.
 - 8- لا يقتل بالقسامة إلا رجلًا واحد.
- هذا، وإنّ الأيمان في القسامة مغلظة بخلافها في سائر الحقوق، ويحلف الحالف في المسجد الأعظم بعد صلاة العصر عند اجتماع الناس، أمّا عن طريقة القسامة عند حصول اللوث، فإنها تمرّ وفق المراحل الآتية⁽²⁾:
- 1- يُبدأ بأولياء الدم فيحلفون خمسين يمينا، تُردّد الأيمان عليهم. وهذا إذا كان عددهم بين خمسين رجلاً إلى رجلين، ولا يُقسَم في العمد رجل واحد، ولا تُقسَم فيه امرأة ولا جماعة من النساء.
 - 2- إن زاد أولياء الدم عن الخمسين، فقبل يكفي منهم خمسون، وقيل يحلف كل واحد منهم يمينا واحدة.

⁽¹⁾ اللوث هو أمانة يغلب معها على الظن صدق مدعي القتل كشهادة العدل الواحد على رؤية القتل. وفي شهادة من لا تعرف عدالته، أو العدل يرى المقتول يتشخّط في دمه والمتهم نحوه أو قربه وعليه آثار القتل، خلاف. ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 1131/3.

⁽²⁾ ينظر: ابن الجلاب، التفرّيع، 186/2-191؛ والقاضي عبد الوهاب، التلقين، 194/2، والمعونة، 1343/3؛ الخرشبي، شرح مختصر خليل، 56/8.

- 3- يُجبر كسر اليمين بإكمالها على مَنْ عليه أكثرها، ولو كان أقلهم نصيباً⁽¹⁾.
- 4- نكول المستعان بهم غير مؤثر إذا بقي من ولاة الدم اثنان فصاعداً.
- 5- إن نكل بعض ولاة الدم، فللباقين أن يخلفوا، ويأخذوا حقوقهم من الدية، وقيل: ترد الأيمان على المدعى عليه.
- 6- إن نكل المدعى عليه لزمته الدية في ماله، وقيل: يُجس إلى أن يخلف.
- 7- لا يقتل بالقسامة إلا واحد، ولكن يُجلد الباقيون كلُّ واحد منهم مائة جلدة، ويجس عاماً، وتقسم الدية بين الورثة كسائر التركة على أي أنواع القتل وجبت.

المطلب الثاني: جرائم الحدود

جرائم الحدود هي الجرائم المعاقب عليها بحدٍّ، والحدّ عقوبة محضة مقدرة واجبة حقا لله تعالى، وكلمة (المقدرة) يقصد بها أنّ الشارع حدّد كمّها وكيفها سلفاً بخلاف التعزير، بحيث لا يجوز للقاضي أن يتصرف فيها بوجه ما، وليس له أن يغير من جنسها أو مقدارها زيادة وتشديداً، أو عفواً وتخفيفاً وإيقاف تنفيذ، فالحدّ عقوبة تنتفي بالنسبة لها (السلطة التقديرية للقاضي)، ومعنى (حقاً لله) أنّها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة، فالحدّ قد يكون حقاً لله على الخلوص أو يكون للعبد فيه حقّ، ومن هذا العنصر اشتقّ لفظ الحدّ؛ ذلك أنّ حدود الله هي محارمه وحماته الذي لا يجوز لعبد أن يفتات عليه⁽¹⁾.

وجرائم الحدود هي: البغي والردة والزنى والقذف والسرقة والحراة والشرب⁽²⁾.

الفرع الأول: جريمة البغي

هي الخروج عن طاعة الإمام ابتغاء خلعه، أو امتناعاً من الدخول في طاعته، أو منع حقّ

⁽¹⁾ يمثل لها باين و بنت، فعلى الابن ثلاثة وثلاثون يمينا وثلث وعلى البنت ستة عشر وثلثان، فيجبر كسر اليمين على البنت؛ لأن كسر يمينا أكثر من كسر يمين الابن - وإن كانت البنت أقل نصيباً - فتحلف سبعة عشر يمينا. فلو تساوى الكسر، كثلاثة بنين على كل ستة عشر وثلثان، فتكمل على كلِّ، فيحلف كل منهم سبعة عشر يمينا. ينظر: الخرشبي، شرح مختصر خليل، 56/8.

⁽¹⁾ ينظر: عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقوانين الوضعية، 79/1؛ وأحمد فتحي بھنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، ص 21-22؛ ومحمود نجيب حسني، التشريع الجنائي الإسلامي، ص 24-25.

⁽²⁾ ينظر: خليل، التوضيح، 211/8.

وجب عليه بتأويل. والبغاة قسمان: أهل تأويل وأهل عناد، وكلاهما يقاتلان، وللإمام العدل في قتالهم خاصة جميع ما له في الكفار - وإن كان فيهم النساء والذرية - بعد أن يدعوهم إلى الحق، ولا يُقتل أسيرهم، وإذا ظهر عليهم وأمنوا فلا يذفف على جريحهم¹ ولا منهزمهم⁽²⁾.

الفرع الثاني: جريمة الردة

هي الكفر بعد الإسلام، وتكون بصريح، وبلفظ يقتضيه، وبفعل يتضمنه، الكفر الصريح كالكفر بالله ورسوله، واللفظ الذي يقتضيه كجحد الصلاة والصوم وما علم من الدين ضرورة، أو ادعى أن للنجوم تأثيراً، والفعل المضمّن كإلقاء المصحف في القاذورات، وتلطّيح الكعبة بها، وشد الزنار ببلاد الإسلام، والسجود للصنم⁽³⁾.

الفرع الثالث: جريمة الزنى

هي أن يطأ الرجل فرج آدمي لا ملك له فيه باتفاق متعمداً، والوطء في الفرج شرط، فلو كان الوطء في الفخذين فلا يعتبر زناً يستوجب الحدّ، وكون الموطوء آدمياً لا بهيمة مثلاً، ويُشترط ألا يكون للواطئ ملك في هذا الفرج، والملك هو التسليط الشرعي أو شبهه. هذا، وإن الفرج يتناول اللواط وإتيان الأجنبية في دبرها، وإتيان المرأة الميتة، والصغيرة التي يوطأ مثلها، ولا يتناول المساحقة، ويجدر التنبيه أنه يُشترط اتفاق العلماء من المذاهب على كون هذا الفرج لا يحلّ، كما أنه لا يُحدّ المعذور بجهل العين مطلقاً، كمن ظن أن الموطوءة زوجته أو أمته، أو يجهل الحكم في مثل ما ذكر، ووجوب الحدّ إنما ذلك إذا كان عالماً بالتحريم، وأما إذا جهل التحريم فلا حدّ، ويقبل قول الواطئ بشرط أن يُظن به ذلك الجهل⁽¹⁾.

الفرع الرابع: جريمة القذف

هو ما يدل على الزنى واللواط، والنفي عن الأب أو الجد، لغير مجهول النسب، أما إذا نفاه عن الأم فليس قذفاً؛ لأنّ الأمومة غير منتفية فيعلم كذب القاذف في نفيه عنها، فلا غضاضة

¹ ذفف على جريحهم أي أجهز عليه. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، 110/9.

⁽²⁾ ينظر: ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص512؛ وخليل، التوضيح، 211/8-212.

⁽³⁾ ينظر: ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص512-513؛ وخليل، التوضيح، 215/8.

⁽¹⁾ ينظر: ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص514-516؛ وخليل، التوضيح، 231/8-240.

على المقذوف في ذلك، والأبوة ثابتة بالحكم وغلبة الظن، فلا يُعلم كذبه في نفيه فتلحق المقذوفَ بذلك معرّوً. هذا، وإن القذف يكون باللفظ وما يقوم مقامه كالإشارة في حق الأخرس، ويشمل التعريض إن كان دالا⁽¹⁾.

الفرع الخامس: جريمة السرقة

هي أخذ المال خفية من غير أن يؤتمن عليه، والمسروق يكون مالا وغيره، وشرط المال أن يكون نصابا بعد خروجه مملوكا لغير السارق ملكا محترما تماما لا شبهة له فيه محرزا مخرجا منه إلى ما ليس بحرز له استسارارا، فللمال شروط تسع هي:

1- بلوغ نصاب السرقة وهو ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو قيمة ثلاثة دراهم من غيرهما.

2- أن يكون نصابا بعد خروجه لا في حرزه، إذ قد يتلف منه شيء قبل خروجه.

3- أن يكون مملوكا لغير السارق.

4- أن يكون محترما، إذ بعض المال لا حرمة له كالخمر والخنزير.

5- أن يكون ملكا تماما، احترازا به من سرقة ما له فيه شرك.

6- ألا يكون له في المسروق شبهة كسرقة الأب مال ابنه، وسرقة الغريم المماثل جنس حقه.

7- أن يكون محرزا.

8- أن يخرج من حرزه إلى ما ليس بحرزه، .

9- أن يكون استسارارا لا اختلاسا أو مكابرة أو غصبا⁽¹⁾.

وشرط السارق: التكليف فيقطع الحر، والعبد، والذمي، والمعاهد وإن كان المسروق لمثلهم

وإن لم يترافعوا إلينا⁽²⁾

الفرع السادس: جريمة الحرابة

هي كل فعل يقصد به أخذ المال على وجه تتعذر الإغاثة معه عادة من رجل أو امرأة أو

حر أو عبد أو مسلم أو ذمي أو مستأمن، ولفظة (كل) فيها تعرض للأفراد، والكلية يلزم

⁽¹⁾ ينظر: ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص517؛ وخليل، التوضيح، 257/8-258.

⁽¹⁾ ينظر: ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص519-521؛ وخليل، التوضيح، 279/8-280.

⁽²⁾ ينظر: ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص522؛ وخليل، التوضيح، 309/8.

اطرادها، فتدخل الغيلة تحت هذه الكلية؛ لأن حقيقتها أن يخدع غيره ليدخله موضعاً ويأخذ ما معه، ويدخل مُخيف الطريق سواء قتل أو لم يقتل، وسواء أخذ المال أو لم يأخذ، وكذلك مُشهر السلاح وإن كان منفرداً في مدينة⁽¹⁾.

الفرع السابع: جريمة الشرب

هو شرب المسلم المكلف ما يسكر جنسه مختاراً من غير ضرورة ولا عذر، واحترز بالمسلم من الكافر، وبالمكلف من الصبي والمجنون، وأُسند السكر للجنس؛ ليدخل القليل؛ لأنه وإن لم يُسكر فجنسه سيُسكر، واحترز بالمختار من المكره، ولغير ضرورة من المضطر إلى إسائة، وبلا عذر ممن يشرب خمراً يسقى ماء ونحو ذلك⁽²⁾.

المطلب الثالث: جرائم التعازير

جرائم التعازير هي الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعزير⁽³⁾، وقد جرت الشريعة على عدم تحديد عقوبة كل جريمة تعزيرية، واكتفت بتقرير مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم تبدأ بأخف العقوبات وتنتهي بأشدّها، وتركت للقاضي أن يختار العقوبة أو العقوبات في كل جريمة بما يلائم ظروف الجريمة وظروف المجرم، فالعقوبات في الجرائم التعزيرية غير مقدرة، فهي تفتقر إلى نظر واجتهاد في تقدير التعزير بقدر الجنائية والجاني والمجني عليه، إذن فالتجريم من قبل أولي الأمر يكون بحسب ما تقتضيه حال الجماعة، وتنظيمها، والدفاع عن مصالحها ونظامها العام، ولا يكون مخالفاً لنصوص الشريعة ومبادئها العامة⁽⁴⁾، وسأتناول أهم أحكام التعازير الفقهية في الفروع الآتية:

الفرع الأول: صور التعزير

التعزير يختلف بحسب الجاني والجنائية، وبحسب الزمان والمكان، فمنهم من يُضرب، ومنهم

(1) ينظر: ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص 523؛ وخليل، التوضيح، 317/8-320.

(2) ينظر: ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص 524؛ وخليل، التوضيح، 330/8.

(3) أصل التعزير هو التأديب ولهذا سمي الضرب دون الحد تعزيراً فإنما هو أدب. ينظر: القاسم بن سلام، غريب الحديث، 22/4.

(4) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 131/1؛ وعبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقوانين الوضعية، 80/1؛ وعبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، ص 63؛ ص 67.

من يُجس، ومنهم من يُقام واقفا على قدميه في المحافل، ومنهم من تُنزع عمامته في المنطقة التي يكون فيها نزع العمامة مشينا، ومنهم من يُحَلّ إزاره، ومنهم من يضرب على قفاه، وهكذا⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الزيادة عن الحدّ في التعزير

في صحة الزيادة عن الحدّ باجتهاد الإمام لعِظم جُرم الجاني ومنعها قولان، فالإمام مالك وابن القاسم على جواز العقوبات فوق الحدود، وهذا هو المشهور من المذهب، بل قال عدد من فقهاءنا أنه ليس له حدّ ولو بلغ القتل، وقد أمر الإمام مالك بضرب رجل وُجد مجرّدا مع طفل أربعمئة سوط فانتفخ بسببها ومات؛ فلم يستعظم ذلك الإمام مالك⁽²⁾.

الفرع الثالث: اجتماع التعزير مع القصاص

قد يُجمع على الجاني بين القصاص والتعزير إذا ارتأى الإمام ذلك من أجل الصالح العام، فقد جاء في تبصرة الحكام عن ابن الماجشون أنّه قال في القصاص في النفس: "لا بد للمسجون في الدم من الحديد حتى يرى ما يكون، فإن سقط عنه الدم لعفو وقسامة على غيره، أطلقه الإمام من الحديد وضربه مائة وسجنه عاما مستقبلا من غير حديد"⁽¹⁾، ومثله يقال في القصاص فيما دون النفس⁽²⁾.

الفرع الرابع: اجتماع التعزير مع الحدّ

يجوز اجتماع التعزير مع الحدّ، ويظهر ذلك في تغليظ عقوبة السكران إذا تسبب بسكره في تخويف الناس وأذيتهم، حتى وإن لم يعتدّ على أحد بالضرب أو غيره، وإنما أخافهم فقط. جاء

⁽¹⁾ ينظر: القرافي، الفروق، 183/4؛ وابن عرفة، المختصر الفقهي، 289/10.

⁽²⁾ ينظر: ابن عرفة، المختصر الفقهي، 290-289/10؛ والمواق، التاج والإكليل، 438-437/8؛ وعليش، منح الجليل، 361-358/9.

⁽¹⁾ ابن فرحون، تبصرة الحكام، 231/2.

⁽²⁾ ينظر: المصدر نفسه، 290/2.

في تبصرة الحكام: "قال مطرف⁽¹⁾: وكان مالك يرى إذا أخذ السكران في الأسواق والجماعات قد سكر، وتسَلَّط بسكره، وأذى الناس، أو رَوَّعهم بسيف شَهْره، أو حجارة رماها - وإن لم يضرب أحدا- أن تُعْظَم عقوبته: يُضرب حدّ السكر، ثم يُضرب الخمسين وأكثر منها على قدر جُرمه"⁽²⁾.

كما أنّ المدمن على شرب الخمر المشهور بالفسق يمكن أن يطاف به ويُفضح؛ لأن في ذلك ردعا له وإذلالا له فيما هو فيه، وإعلاما للناس بحاله، فلا يغتَرّ به أحد من أهل الفضل والتصاون في نكاح ولا غيره، واستحب مالك لمدمن الخمر المشهور بالفسق أن يُلزم السجن؛ لأن في إلزامه السجن منعا له مما لم ينته عنه بالحدّ، وكفّا لأذاه عن الناس؛ لأن في إعلانه بالمعاصي أذى للناس وأهل الدين والفضل، فالسجن لا يجب على المحدود بفعله، وإنما يجب عليه بإدمان أو غيره من الإعلان بالفسق⁽³⁾.

الفرع الخامس: التعزير بالمال

لقد كانت مسألة التعزير بالمال محلّ نظر عند فقهاءنا، واحتدم النقاش فيها خاصة بين المتأخرين، فمنعها عدد من الفقهاء، وأجازها آخرون ابتداءً أو استثناء⁽⁴⁾، ويجب هاهنا أن يُفَرَّق بين التعزير في المال الذي هو "أن يُعاقب الحاكم الجاني بأخذ المال الذي ارتكب به المعصية أو كان سببا فيها، ويصرفه في وجوه المصلحة التي يراها باجتهاده"⁽⁵⁾، فهذا أجازته

(1) هو مطرف بن عبد الله بن مطرف، الفقيه صاحب مالك، وهو ابن أخته، وكان مطرف أصمّ. روى عن مالك وعن أبي الزناد وعبد الرحمن بن أبي المولى وعبد الله بن عمر العمري، وروى عنه أبو زرعة وأبو حاتم وإبراهيم بن المقدر والذهلي ويعقوب بن شيبه والبخاري، وخرج عنه في صحيحه. تفقه بمالك، وعبد العزيز ابن الماجشون وابن أبي حازم وابن دينار وابن كنانة والمغيرة. مات سنة 220هـ بالمدينة، وسنّه بضع وثمانون سنة. ينظر: القاضي عياض، ترتيب المدارك، 133/3-135؛ وابن فرحون، الديباج المذهب، 340/2.

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 182/2-183.

(3) ينظر: الباجي، المنتقى، 145/3.

(4) ينظر: ابن عرفة، المختصر الفقهي، 210/9؛ وعبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 271/6؛ ومحمد الأمير، ضوء الشموع شرح المجموع، 289/4.

(5) ينظر: أحمد الشماع الهنتاني، مطالع التمام ونصائح الأنام ومنجاة الخواص والعوام في ردّ القول بإباحة إغرام ذوي الجنايات والإجرام، (مقدمة المحقق عبد الخالق أحمدون)، ص11.

جمهور علمائنا، والتعزير بالمال الذي هو "أن يأخذ الحاكم من الجاني قدرا من المال على وجه التعزيم تعزيرا وأدبا له على معصيته"⁽¹⁾، وهذا هو محلّ النظر والنقاش، والذي حقّقه ميارة أنه إذا كان هناك إمام يقيم الحدود فلا تجوز العقوبة بالمال؛ لأنه حكم بغير ما أنزل الله، وإلا جاز؛ لأنه أولى من الإهمال، وعدم الزجر، وترك القوي يأكل الضعيف، وليس المراد أنّ الحدّ يسقط بذلك، بل هو غاية ما تصل إليه الاستطاعة في الوقت دفعا للمفسدة ما أمكن، فإن أمكن بعد ذلك إقامة الحدّ، أقيم إن اقتضت الشريعة إقامته، والظالم أحقّ بالحمل عليه⁽²⁾.

الفرع السادس: الضمان في التعزير

اختلف فقهاؤنا في ثبوت الضمان على القاضي إذا عزرّ أحدا فحصلت سراية في التعزير، وقد استظهر خليل⁽³⁾ في التوضيح جواز التأديب ولو مع عدم ظنّ السلامة، معللا ذلك بأشياء منها كون الحاكم وغيره إذا جازت له العقوبة ينبغي أن لا يكون عليه ضمان؛ لأن تضمينهم مع أمرهم به كتكليفٍ بما لا يطاق⁽⁴⁾.

الفرع السابع: التعزير بالقتل

اختلف فقهاؤنا في التعزير بالقتل، فقال بعضهم يجوز للإمام التعزير بالقتل في حالات معينة، فأجازوا قتل الجاسوس المسلم لصالح العدو، والساعي في الإفساد، ومن شقّ عصا المسلمين وغيرها، بينما ذهب آخرون إلى عدم جواز التعزير بالقتل؛ لأنه ليس من التعزير المأذون فيه شرعا، وأن فاعل المعصية التي لا توجب الحدّ لا يحّد فضلا عن قتله، بل من الحدود ما يسقط بخوف القتل كحدّ السرقة والشرب والفرية وزنا البكر⁽¹⁾.

(1) ينظر: المرجع السابق، ص13.

(2) ينظر: ميارة، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الرقاق، ص434؛ ومحمد الأمير، ضوء الشموع شرح المجموع، 289/4.

(3) هو خليل بن إسحاق بن موسى الجندي، كان يلبس زي الجندي. تعلم في القاهرة، وولي الإفتاء على مذهب مالك. أخذ عن الأمام المنوفي. من تأليفه: "المختصر"، و"التوضيح"، و"المنسك". توفي بالطاعون سنة 776هـ وقيل غير ذلك. ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 357/1؛ وأحمد بابا التنبكتي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، ص168-173.

(4) ينظر: خليل، التوضيح، 338/8؛ وعليش، منح الجليل، 359/9.

(1) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 297/2؛ وعليش، منح الجليل، 361/9.

الفصل الثاني

القواعد الفقهية الكبرى الحاكمة للفقهاء

الجنائي عند المالكية

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: قواعد النيات والمقاصد

المبحث الثاني: قواعد اليقين والشك

المبحث الثالث: قواعد المشقة والتيسير

المبحث الرابع: قواعد الضرر

المبحث الخامس: قواعد العادة والعرف

المبحث الأول قواعد النيات والمقاصد

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة "الأمور بمقاصدها"

المطلب الثاني: قاعدة "من الأصول المعاملة بنقيض

المقصود الفاسد"

المطلب الثالث: قاعدة "مقاصد الألفاظ أصل يُرجع إليه"

المطلب الأول: قاعدة "الأمر بمقاصدها"¹

الفرع الأول: التعريف بالقاعدة

هذه القاعدة من قواعد الإسلام الكبرى، إذ بها تتعلق جميع أفعال المكلفين وعليها مدار الثواب والعقاب، ذلك أنّ المكلف لن يصح له عمل مما يتغى به وجه الله تعالى إلا إذا صحح نيته وأخلصها لله جل وعلا، فالنية هي الأصل في الأعمال وعليها تقع المجازاة⁽²⁾، فما المجازاة إلا على النيات والأعمال⁽³⁾، "والنية أصل الشريعة، وعماد الأعمال، وعيار التكليف"⁽⁴⁾.

ومعنى هذه القاعدة: إنّ أعمال المكلف وتصرفاته قولية أو فعلية تختلف أحكامها ونتائجها باختلاف مقصود الشخص منها وغايته وهدفه، وأنّ اعتبارها من إهمالها، وصلاحتها وفسادها بحسب النية فيها⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: من أدلة القاعدة

إنّ أدلة القاعدة كثيرة جدا، وذلك أنّ كل دليل يدل على استحضار النية في الأعمال وإيجابها في جميع التصرفات التي يُبتغى الأجر من ورائها، وأنّ المرء مؤاخذ بما قصد قلبه يصلح أن يكون دليلا عليها، ولكن سأكتفي بالأدلة الآتية:

أولا- من الكتاب:

الآيات الدالة على الاعتداد بالنيات والمقاصد والإخلاص، كقوله تعالى: ﴿ وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ ﴾ [البينة: 5].

ووجه الدلالة من الآية: " أمر الله عباده بعبادته، وهي أداء الطاعة له بصفة القربة، وذلك بإخلاص النية بتجريد العمل عن كل شيء إلا لوجهه، وذلك هو الإخلاص... إذا ثبت هذا

¹ المنحور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 448/1.

⁽²⁾ ينظر: ابن عبد البر، التمهيد، 194/11.

⁽³⁾ ينظر: المصدر نفسه، 80/6.

⁽⁴⁾ ابن العربي، أحكام القرآن، 71/4.

⁽⁵⁾ ينظر: عبد الكريم زيدان، الوجيز في القواعد الفقهية، ص12؛ بلقاسم قراري، القواعد الفقهية من خلال كتاب المعونة على مذهب عالم المدينة، ص169.

فالنية واجبة في التوحيد؛ لأنها عبادة؛ فدخلت تحت هذا العموم دخول الصلاة⁽¹⁾.

الآيات الدالة على ذلك بلفظ الإرادة، ومنه قوله تعالى: ﴿مَنْ كَانَ يُرِيدُ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا نُوَفِّ إِلَيْهِمْ أَعْمَالَهُمْ فِيهَا وَهُمْ فِيهَا لَا يُبْخَسُونَ﴾ [هود:15].
ووجه الدلالة من الآية: "بيان لما قال النبي ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»، وذلك؛ لأن العبد لا يُعطى إلا على وجه قصده، وبحكم ما ينعقد ضميره عليه، وهذا أمر متفق عليه في الأمم من أهل كل ملة"⁽²⁾.

الآيات الدالة على المقاصد بلفظ الابتغاء وما تصرف منه، كقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ [النساء:114].

ووجه الدلالة من الآية: "وعد بالثواب على فعل المذكورات إذا كان لا ابتغاء مرضاة الله؛ فدلّ على أنّ كونها خيرا وصفٌ ثابتٌ لها؛ لما فيها من المنافع، ولأنها مأمور بها في الشرع، إلا أن الثواب لا يحصل إلا عن فعلها ابتغاء مرضاة الله كما في حديث: «إنما الأعمال بالنيات»"⁽³⁾.

ثانيا- من السنة:

1- لفظ الحديث الدال عليها، وهو العمدة في تأصيل هذه القاعدة وهو سيد الأدلة - من السنة - الدال عليها، حديث عمر رضي الله عنه أنّ النبي ﷺ قال: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها، أو إلى امرأة ينكحها، فهجرته إلى ما هاجر إليه»⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنّه كثرت النقول عن أئمة الإسلام في إعلاء شأن هذا

(1) ابن العربي، أحكام القرآن، 437/4.

(2) المصدر نفسه، 14/3.

(3) ابن عاشور، التحرير والتنوير، 200/5.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ، حديث رقم: 1، 6/1.

الحديث وتعظيمه وكونه مأخذا عظيما من مأخذ الأحكام، ومن ذلك ما رواه ابن عبد البر⁽¹⁾ عن أبي داود صاحب السنن قوله: "أصول السنن في كل فن أربعة أحاديث، أحدها حديث عمر بن الخطاب عن النبي ﷺ أنه قال: «إنما الأعمال بالنيات»...»، وذكر بقية الأحاديث⁽²⁾، كما أنّ ابن عبد البر أخذ من الحديث أنّ الأعمال لا تصح دون نية فقال عند شرحه له: "وهذا يقتضي أن يكون كل عمل بغير نية لا يجزئ"⁽³⁾.

2- قوله ﷺ: «الخيال لثلاثة: لرجل أجْرٌ، ولرجل سِتْرٌ، وعلى رجل وِزْرٌ، فأما الذي له أجْرٌ فرجل ربطها في سبيل الله فأطال في مَرْجٍ أو رَوْضَةٍ⁽⁴⁾، فما أصابت في طِيلِهَا⁽⁵⁾ ذلك من المَرْجِ أو الروضة كانت له حسنات، ولو أنها قطعت طِيلِهَا فاستتت شرفاً⁽⁶⁾ أو شرفين كانت أرواثها وآثارها حسنات له، ولو أنها مرّت بنهر، فشربت منه ولم يُرد أن يسقيها كان ذلك حسنات له، ورجل ربطها فخرا ورتاء، ونواء⁽⁷⁾ لأهل الإسلام فهي وزر على ذلك»⁽⁸⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: "إن المرء لا يؤجر في اكتسابها (أي: الخيل) لأعيانها، وإنما

(1) هو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر التَّمَرِيّ، القرطبيّ، الأندلسيّ، المالكيّ، الحافظ، شيخ علماء الأندلس، وكبير محدّثيها في وقته. من تأليفه: "التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد"، و"الاستدكار لمذاهب علماء الأمصار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار"، و"الكافي في فقه أهل المدينة". توفي سنة: 463هـ. ينظر: القاضي عياض، ترتيب المدارك، 127/8-130.

(2) ابن عبد البر، التمهيد، 201/9.

(3) ابن عبد البر، الاستدكار، 264/1.

(4) المَرْجِ موضع الكأ، وأكثر ما يذكر في الموضع المطمئن، أما الروضة فأكثر ما تُطلق في الموضع المرتفع. ينظر: ابن عبد البر، التمهيد، 207/4.

(5) الطِيل: الحبل يطول للدابة، وهو مكسور الأول، ويقال فيه طَوَّلَ وطِيلَ. ينظر: ابن عبد البر، الاستدكار، 8/5.

(6) الاستن أن يلجّ الفرس في عدوه في إقباله وإدباره، والشرف والشرفان الكدية والكديتان والحبل الصغير المعتدل والجبلان. ينظر: المصدر نفسه، 9/5.

(7) النواء مصدر ناوأْتُ العدو مناوأة ونواء، أو هي المناوأة، وأصله من ناءٍ إليك ونوّت إليه، أي: نحض إليك ونحضت إليه. ينظر: المصدر نفسه، 8/5.

(8) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، باب الخيل لثلاثة، حديث رقم: 2860، 29/4.

يؤجر بالنية الخالصة في استعمال ما ورد الشرع بالفضل في عمله؛ لأنها خيلٌ كلها، وقد اختلف أحوال مكتسبها لاختلاف النيات فيها⁽¹⁾.

3- قوله ﷺ: «من قام رمضان إيماناً واحتساباً غُفر له ما تقدم من ذنبه»⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: أنه "يريد بقوله: (إيماناً) أنّ فرضه من عند الله، وأنّ عبادته فيه إنما هي لله تعالى؛ إذ الأعمال كلها تحتمل أن تكون لله ولغيره، ولا عبرة بها إلا أن تكون لله على نية امتثال أمره والتقرّب إليه، كمن توضأ تبرُّداً لا يعتد به عبادة، وكذلك من صام إجماماً لمعدته لا يعدّ عبادة"⁽³⁾.

4- قوله ﷺ لسعد بن أبي وقاص ﷺ: «إنّك لن تنفق نفقةً تبتغي بها وجه الله إلا أُجرتَ عليها، حتى ما تجعل في فم امرأتك»⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: أنه "يقضي أن النفقة إذا أُريد بها وجه الله، والتعفف والتستر، وأداء الحق والإحسان إلى الأهل، وعونهم بذلك على الخير من أعمال البر التي يؤجر بها المنفق، وإن كان ما يطعمه امرأته، وإن كان غالب الحال أنّ إنفاق الإنسان على أهله لا يهمله ولا يضيّعه ولا يسعى إلاّ له، مع كون الكثير منه واجبا عليه، وما ينفقه الإنسان على نفسه أيضا يؤجر فيه إذا قصد بذلك التقوي على الطاعة والعبادة"⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة

1- لو تترّس كافر بمسلم، فإنه لا يجوز أن يُقصد الترس، حتى ولو خفنا على أنفسنا، فإنّ دم المسلم لا يباح بالخوف. أما إن تترّس جيش الكفار بالمسلمين في الصف، ولو تركناهم لانهمز

(1) ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 62/5.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب تطوع قيام رمضان من الإيمان، حديث رقم: 37، 16/1.

(3) ابن العربي، القبس، 277/1.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب ما جاء إن الأعمال بالنية والحسبة، ولكل امرئ ما نوى، حديث رقم: 56، 21/1.

(5) الباجي: المنتقى، 159-158/6.

المسلمون وعظم الشر، وخيف استتصال قاعدة الإسلام أو جمهور المسلمين وأهل القوة منهم، فإنه هاهنا يجب الدفع، وتسقط مراعاة الترس⁽¹⁾.

2- إذا قُصد قتل شخص فوق القتل على ثانٍ، فإنه لا يقتصر من القاتل، بل تجب الدية؛ لأنه قتلٌ خطأ⁽²⁾.

3- إذا قتل النائم إنسانا فعلى عاقلته الدية إذا بلغت الثلث، وعليه الكفارة؛ لأن النائم ليس من أهل القصد أصلا، أما وجوب الكفارة، فلأنه وقع مع الخطأ التفريط، فلو تحرّز واحتاط القاتل، لتَرَكَ الفعل الذي تسبب عنه القتل من أصله⁽³⁾.

4- المرأة تنام على صبيها فتقتله، فإن على العاقلة الدية، وعلى المرأة أن تكفّر⁽⁴⁾.

5- الطبيب إذا عالج شخصا فمات بسبب دواء أعطاه إيّاه، أو كواه فمات من كيّه، أو قطع منه شيئا فمات من قطعه، ومثله الحجام أو الجراح أو المختص إذا ختن الصبي فمات من ذلك، أو قلع ضرس الرجل فمات من ذلك، فلا ضمان على واحد منهم في ماله ولا على عاقلته إذا لم يخطئ في فعله⁽⁵⁾؛ لأنهم لم يقصدوا الضرر.

6- يُقتل الوالد بولده متى ما انتفت الشبهة في أنه أراد تأديبه لا قتله، فإذا ثبت ثبوتا قاطعا أنه أراد قتله، كأن أضجعه فذبجه أو شقّ بطنه أو قطع أعضائه، فقد تحقّق قصده وعزمه على القتل، وانتفت شبهة إرادة التأديب فقط. أما إذا ضربه مؤدّبا أو حانقا ولو بسيف، أو حَدَفَه بحديدة، أو ما أشبهه، فقتله فلا يُقتصّر منه؛ لأن شفقة الوالد على ولده، وطبيعة حبه له تدعو دائما إلى الشكّ في قصد قتل الوالد ابنه، وهذا الشكّ يكفي لدرء الحدّ عنه، فلا يقتصّر منه⁽¹⁾.

(1) ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 318/1.

(2) ينظر: ابن بزينة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، 1231/2.

(3) ينظر: سحنون، المدونة، 641/4؛ والقراي، الذخيرة، 275/12؛ والبناني، حاشية على شرح الزرقاني على مختصر خليل، 82/8.

(4) ينظر: سحنون، المدونة، 641/4.

(5) البناني، حاشية على شرح الزرقاني على مختصر خليل، 203/8.

(1) ينظر: سحنون، المدونة 558/4؛ والقاضي عبد الوهاب، المعونة، 1301/3؛ وابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 1097/3.

- 7- إذا جاء رجلٌ إلى فراشه ووجد عليه امرأة؛ فوطئها ظاناً أنها زوجته، ثم تبين أنها أجنبية، فلا حدّ عليه⁽¹⁾؛ لعدم وجود القصد السيء.
- 8- لا يُشترط في قطع السرقة الانتفاع بالفعل، بل مجرد القصد الجنائي، وإخراج الشيء المسروق من الحرز كاف، كما لا يُشترط في حدّ الشرب السكر بالفعل، بل تعاطيه كافٍ وإن لم يسكر⁽²⁾.
- 9- من سرق نصاباً على دفعات في ليلة أو ليلٍ، فإنه لا يقطع؛ لأن من شرط القطع إخراج المسروق دفعة واحدة، ومع ذلك فقد قيّد بعض الفقهاء عدم القطع بعدم وجود القصد ابتداءً، أما إن قصد ابتداءً إخراج النصاب دفعة واحدة فأخرجه على دفعات متقاربة، فإنه يُقطع. وهذا القصد لا يُعلم إلا منه⁽³⁾.
- 10- السكران يؤخذ بجنائته بخلاف المجنون مع أنهما فاقدان للعقل؛ لأن السكران يتأتى منه القصد بخلاف المجنون، كذلك يؤخذ السكران بجنائته سداً للذريعة، فقد يتساكر الناس ويقتلون الأنفس ويسرقون الأموال، ثم يدعون السكر وفقد العقل⁽⁴⁾.
- 11- القصد هو المؤثر في الحدّ؛ فإذا كان الشرب على قصد السكر، فإنّ القليل والكثير سواء، ويجب فيه الحدّ، أما إذا كان الشرب قصد دفع غصّة أو للضرورة، فلا حدّ على الشارب⁽⁵⁾.
- 12- لو قام إنسان بفعل شيء مباح له فعله، ولكنه فعله معتقداً عدم حلّه له، كمن زنا بامرأة معتقداً أنها أجنبية، فإذا هي حليلته، أو قتل معصوماً، فتبين أنه يستحقّ دمه، فهذا لا يقام عليه الحدّ⁽¹⁾، لعدم توفر الشروط، ولكن يمكن إيقاع عقوبة تعزيرية عليه للقصد المحرم⁽²⁾.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 857/2.

(2) ينظر: محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الموطأ، 255/4.

(3) ينظر: الحرشي، شرح مختصر خليل، 95/8؛ والصاوي، حاشية على الشرح الصغير، 471/4.

(4) ينظر: محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الموطأ، 321-320/4.

(5) ينظر: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 71/6، وابن عرفة، المختصر الفقهي، 279/10.

(1) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 51/8؛ ومحمد بن علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار

الفقهية، 135/1

(2) ينظر: البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 143/1/1.

13- إن حفر الرجل في داره بئرا لسارق يرصده ليقع فيه، أو وضع له فخًا، أو شيئًا يُتلف به السارق، فدخل السارق فعطب، فإن المتسبب في عطب السارق ضامن⁽¹⁾، أما إن حفر الحفيرة في حائطه للسباع؛ فعطب به إنسان، فلا ضمان عليه؛ لأنه فعل ما يجوز له فعله، ولا غنى به عنه، ولم يقصد بالحفر تلف إنسان فيكون متعديا⁽²⁾.

الفرع الرابع: من مستثنيات القاعدة

إذا ضرب الجاني المجني عليه بما لا يقتل مثله غالبًا، دون قصد قتله، فقد روي عن الإمام مالك روايتان في اعتباره من قبيل القتل العمد أو في اعتباره من قبيل القتل شبه العمد، لكن المشهور عنه المعروف من قوله أن ذلك عمدٌ وفيه القصاص، إلا في الأب والأم فهو من القتل شبه العمد، وسبب عدم اعتبار القتل شبه العمد منزلة بين المنزلتين هو ورود الخطأ والعمد المحضين فقط في القرآن الكريم، ولأن العمد معنى معقول وهو قصد الفاعل إلى الفعل، وهو موجود إذ قصد الجاني الضرب⁽³⁾.

المطلب الثاني: قاعدة "من أصول المالكية المعاملة بنقيض المقصود الفاسد"⁴.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

- 1- "من الأصول المعاملة بنقيض المقصود الفاسد"⁽¹⁾.
- 2- "أصل المذهب المعاملة بنقيض القصد الفاسد"⁽²⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة ودليها

من أصول المالكية المعاملة بنقيض المقصود الفاسد، وأنه من استعجل شيئًا قبل أوانه متعديا ظالما عوقب بحرمانه منه؛ فمقصود المكلف لا يجوز أن يناقض مقصود الشارع، لقوله

(1) ينظر: سحنون، المدونة، 665/4.

(2) ينظر: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 497/6-498.

(3) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1306/3؛ وخليل، التوضيح، 52/8.

(4) المقرئ، القواعد بتحقيق الدردابي، ص332.

(1) الونشريسي، إيضاح المسالك، ص132.

(2) النفراوي، الفواكه الدواني، 313/1.

تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ تَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا﴾ [الأحزاب: 36]، ومن عُرف من تصرفه الهروب من حكم الشرع عومل بنقيض مقصوده الفاسد، وأجبر على الحكم الذي فر منه، كما قال ﷺ في الممتنع من دفع الزكاة: «فإننا آخذوها وشطر ماله»⁽¹⁾، وكقول عمر بن الخطاب للمطلق في مرض وفاته فرارا من الميراث: "وأيم الله، لتراجعن نساءك، ولتراجعن في مالك، أو لأورثهن منك، ولأمرن بقبرك فيرجم كما رجم قبر أبي رغال"⁽²⁾، وكذلك قوله ﷺ: «القاتل لا يرث»⁽³⁾، ووجه الدلالة من الحديث أن قاتل العمد يُتهم في استعجال الميراث، فمُنع منه معاملة له بنقيض غرضه، ولأنه أراد أن يستعجل الميراث بقتل موروثه فمُنعه⁽⁴⁾. إذن، فأصل ثبوت هذه القاعدة في الشريعة صحيح تقره النصوص المتضاربة، ولكن قد يضعف المدرك في بعض الفروع المأخوذة من هذه القاعدة عند المالكية لدليل معارض أقوى منه، فينبغي المصير إليه⁽¹⁾.

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة

1- يُحرم القاتل من ميراث المقتول إن كان وارثا له، معاملة له بنقيض مقصوده⁽²⁾.

(1) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الزكاة، باب في زكاة السائمة، حديث رقم: 1575، 26/3. قال محققاه شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي: "حسن".

(2) أخرجه أحمد في مسنده، مسند عبد الله بن عمر بن الخطاب، حديث رقم: 4631، 337/4. قال أحمد شاكر عقبه: "صحيح".

(3) أخرجه الترمذي في سننه، أبواب الفرائض، باب ما جاء في إبطال ميراث القاتل، حديث رقم: 2109، 496/3. قال الترمذي معقبا: "هذا حديث لا يصح، لا يُعرف إلا من هذا الوجه، وإسحاق بن عبد الله بن أبي فروة قد تركه بعض أهل العلم منهم أحمد بن حنبل، والعمل على هذا عند أهل العلم أن القاتل لا يرث، كان القتل عمدا أو خطأ، وقال بعضهم: إذا كان القتل خطأ، فإنه يرث وهو قول مالك".

(4) ينظر: الباجي، المنتقى، 50/7؛ وابن بزيّة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، 1453/2.

(1) ينظر: الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة، ص 397؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص 272.

(2) ينظر: ابن العربي، المسالك، 501/5.

2- من وجبت عليه الدية ضمن العاقلة، فارتحل عنها إلى مكان آخر فرارا من الدية، أخذت منه حيثما كان، معاملة له بنقيض مقصوده⁽¹⁾.

3- من لم تقدر على الخلاص من زوجها فارتدت عن الإسلام قاصدة فسخ النكاح، فإنها تُعامل بنقيض المقصود، فتضرب ضربا موجعا، وتردّ إليه أحب أم كرهت، وبثبت نكاحها، وإنما تفارقه وتملك نفسها إذا ارتدت كراهية في الإسلام، وحرصا على الدين الذي دخلت فيه⁽²⁾.

4- من ارتدّ في مرضه، وعُلم أنه قصد بذلك حرمان الورثة بسبب ما عُرف عنه من بغضه إياهم، فإنه يعامل بنقيض مقصوده، ويبقى ماله لورثته، وليس هناك أخسر منه⁽³⁾.

5- إذا زنت البكر، فإنه لا يرتفع عنها إيجاب وليها لها في النكاح على مشهور المذهب، ولا تعامل معاملة الثيب التي قال عنها النبي ﷺ: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر»⁽⁴⁾؛ لأن الحديث محمول على الثيوبة الحاصلة بوجه مشروع، ويوجد قول خلاف المشهور يقضي برفع الإيجاب مع الزنا مطلقا، بينما ذهب الإمام أشهب إلى إبقاء الإيجاب عليها إذا كانت قاصدة بالثيوبة ارتفاع إيجاب وليها عنها في النكاح، معاملة لها بنقيض مقصودها⁽¹⁾.

(1) ينظر: ابن رشد الجدل، البيان والتحصيل، 09/16؛ والمنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 483/2؛

والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص275.

(2) ينظر: النفاوي، الفواكه الدواني، 25/2؛ ومحمد بن أبي القاسم السجلماسي، شرح البيواقيت الثمينة، 803؛

والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص276.

(3) ينظر: النفاوي، الفواكه الدواني، 25/2؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي

إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص277.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، حديث رقم:

5136، 17/7؛ وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت،

حديث رقم: 1419، 1036/2.

(1) ينظر: ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 27/9-28؛ وخليل، التوضيح، 516/3-517؛ والمنجور، شرح المنهج

المنتخب إلى قواعد المذهب، 483/2.

6- لا قطع على من سرق نصاباً من حرز مثله على دفعات في ليلة، أو في ليال، أو في يوم، أو أيام؛ لأن شرط القطع أن يخرج النصاب دفعة واحدة، ولكن الإمام سحنون⁽¹⁾ ذهب إلى أنه من سرق قدر النصاب على مرات متقاربة (في فور واحد)، وهو يقدر على إخراجه دفعة واحدة حتى لا يقطع، عومل بنقيض مقصوده وأقيم عليه الحد⁽²⁾.

المطلب الثالث: قاعدة "مقاصد الألفاظ أصلٌ يُرجع إليه"⁽³⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

- 1- "إنما تحمل الألفاظ على المقاصد"⁽⁴⁾.
- 2- الألفاظ والعقود إنما ترتبط بالمقاصد والنيات⁽⁵⁾.
- 3- "الأحكام إنما تدور على المقاصد ولو خالفت الألفاظ"⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة وأدلتها

لا تتعلق الأحكام بالألفاظ، إلا أن ترد على موضوعاتها الأصلية في مقاصدها المطلوبة، فإن ظهرت في غير مقصدها لم تُعَلَّقَ عليها مقاصدها⁽¹⁾، والقاعدة يُستدلُّ لها بأدلة قاعدة "الأمور بمقاصدها".

(1) سحنون: هو أبو سعيد عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي، قاضي القيروان، لُقِّبَ بسحنون تشبيهاً له بطائر لحدته في المسائل وذكائه، لم يلاق مالكا وإنما أخذ عن أصحابه فسمع من ابن القاسم وأشهب وغيرهما، وساد أهل المغرب في تحرير مذهب مالك. جمع المدونة، وأراد تحريرها في أواخر عمره، لكن اختتمته المنية. توفي سنة 240هـ. يُنظر: القاضي عياض، ترتيب المدارك، 4/45-88؛ وابن فرحون، الديباج المذهب، 2/30-40.

(2) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 2/248؛ والخرشي، شرح مختصر خليل، 8/95؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص276.

(3) ابن العربي، أحكام القرآن، 1/438.

(4) المصدر نفسه، 2/128.

(5) أوردها ابن العربي بقوله: "الألفاظ عنده (أي: مالك رحمته الله)، والعقود إنما ترتبط بالمقاصد والنيات". ينظر: القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، 3/1142.

(6) التسولي، البهجة في شرح التحفة، 2/25.

(1) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 14/95؛ وابن العربي، أحكام القرآن، 3/533.

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة

- 1- اختلفوا فيمن قال أثناء الخصومة وقد صَلَّى على النبي ﷺ: "لا صلى الله على من صلى عليه" هل هو كمن شتم النبي ﷺ أو الملائكة الذين يصلون عليه؟ فأجاب سحنون بأنه لا يقتل إذا كان على وجه الغضب، وقيل: لا يقتل؛ لأنه شتم الناس⁽¹⁾، والعبارة بقصده لا بلفظه.
- 2- لو ناديت أحدا فأجابك بقوله: "ليبك اللهم لبيك" جاهلا، فلا شيء عليه⁽²⁾، إذ العبارة بقصده لا بلفظه.
- 3- لو أكره شخصٌ على انتقاص النبي ﷺ فانتقصه، فلا إثم عليه إذا لم يعقد قلبه على ذلك⁽³⁾، فالعبارة بقصده لا بلفظه.
- 4- لو قال أحدهم: "لعن الله العرب، ولعن بني إسرائيل، ولعن الله بني آدم"، وقال: "إنما أردت الظالمين منهم"، يؤدب باجتهاد السلطان، ولا يقتل⁽⁴⁾؛ لأن العبارة بقصده لا بلفظه الكفري.
- 5- لو قال أحدهم لآخر: "يا ابن ألف خنزير"، مع أنه يدخل في هذا العدد جماعة من آبائه، فيزجر عنه، وإن علم قصده الأنبياء قتل⁽⁵⁾.

(1) ينظر: القرافي، الذخيرة، 21/12.

(2) ينظر: المصدر نفسه، 21/12.

(3) ينظر: المصدر نفسه، 23/12.

(4) ينظر: المصدر نفسه، 23/12.

(5) ينظر: المصدر نفسه، 23/12.

المبحث الثاني

قواعد اليقين والشك

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة "اليقين لا يسقط بالشك"

المطلب الثاني: قاعدة "الأصل براءة الذمة"

المطلب الثالث: قاعدة "الأصل بقاء ما كان على ما كان"

المطلب الرابع: قاعدة "الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن"

المطلب الخامس: قاعدة "لا عبرة بالظن البين خطؤه"

المطلب الأول: قاعدة "اليقين لا يسقط بالشك"⁽¹⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

- 1- "اليقين لا يزيله الشك"⁽²⁾.
- 2- لا يُنتقل عن اليقين بالشك³.
- 3- "لا يزول حكم الاعتقاد بطرو الشك"⁴.
- 4- اليقين الأصلي لا يزول بالشك⁵.
- 5- "اليقين لا يزول بالشك"⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: معنى بالقاعدة

الشك تردد الأمر بين الوقوع وعدمه من غير ترجيح، والظن دلالة الطرف الراجح، وغالب الظن هو إدراك الطرف الراجح مع طرح مقابله، وهو الوهم، وغالب الظن بمنزلة اليقين، واليقين هو العلم بالشيء دون تحيل خلافه⁽⁷⁾.

اضطرت أقوال العلماء في فروع هذه القواعد المبنية على إلغاء الشك، والعمل باليقين أو الظن الغالب، والقدر المشترك الذي اتفق فقهاء المالكية على استنباطه من مجموع هذه القواعد أن كل مشكوك فيه مطروح لا يلتفت إليه، والعمل باليقين والظن الغالب متعين، وأن الذمة إذا عمرت بيقين فلا تبرأ من التكليف إلا بيقين. والدليل على ذلك قوله ﷺ: «إذا شك أحدكم في صلاته، فلم يدرككم صلى ثلاثاً أم أربعاً، فليطرح الشكَّ وليئن على ما استيقن...»⁽¹⁾.

⁽¹⁾ القاضي عبد الوهاب، شرح الرسالة، 172/1.

⁽²⁾ ابن عبد البر، الاستدكار، 514/1.

³ ينظر: القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، 207/2.

⁴ الخطاب، مواهب الجليل، 19/2.

⁵ ينظر: محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الموطأ، 136/1.

⁽⁶⁾ الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص 90.

⁽⁷⁾ المرجع نفسه، ص 90.

⁽¹⁾ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له، حديث رقم:

400/1، 571.

قال القرافي: " كل مشكوك فيه ملغي في الشريعة، فإذا شككنا في السبب لم نرتب عليه حكماً، أو في الشرط لم نرتب الحكم أيضاً، أو في المانع رتبنا الحكم... فهذه قاعدة مجمع عليها وهي أن كل مشكوك فيه يُجعل كالمعدوم الذي يُجزم بعدمه"⁽¹⁾.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

لهذه القاعدة العظيمة أدلة كثيرة منها:

أولاً- من القرآن:

1- قوله تعالى: ﴿ وَإِن تَطَّعَ أَكْثَرُ مَنْ فِي الْأَرْضِ يُضِلُّوكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنْ هُمْ إِلَّا يَخْرُصُونَ ﴾ [الأنعام: 116]

2- قوله تعالى: ﴿ وَمَا يَتَّبِعُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ بِمَا يَفْعَلُونَ ﴾ [يونس: 36]

ووجه الدلالة من الآيتين: "إن الشك لا يغني من اليقين شيئاً، ولا يقوم في شيء مقامه، ولا يُنتفع به حيث يُحتاج إلى اليقين"⁽²⁾، وإنّ "ما يدركه العلم لا ينفع فيه الظن، وإنما يدرك بالعلم واليقين"⁽³⁾، و"العلم المشوب بشك لا يغني شيئاً في إثبات الحق المطلوب، وذلك ما يطلب فيه الجزم واليقين من العلوم الحاصلة بالدليل العقلي؛ لأن الجزم فيها ممكن لمن أعمل رأيه إعمالاً صائباً، إذ الأدلة العقلية يحصل منها اليقين، فأما ما طريق تحصيله الأدلة الظاهرة التي لا يتأتى اليقين بها في جميع الأحوال، فذلك يُكتفى فيه بالظن الراجح بعد إعمال النظر، وهو ما يُسمى بالاجتهاد"⁽¹⁾.

ومما ينبغي التنبيه إليه أنّ الظنّ الوارد في الآيات الكريمة "ليس هو الظن الذي اصطلح عليه فقهاؤنا في الأمور التشريعية، فإنهم أرادوا به العلم الراجح في النظر، مع احتمال

(1) القرافي، الفروق، 111/1.

(2) الطبري، جامع البيان، 89/15.

(3) أبو حيان الأندلسي، البحر المحيط، 19/10.

(1) ابن عاشور، التحرير والتنوير، 166/11.

الخطأ احتمالاً مرجوحاً، لتعسر اليقين في الأدلة التكليفية"⁽¹⁾.

ثانياً- من السنة:

1- حديث عباد بن تميم عن عمه أنه شكاً إلى رسول الله ﷺ الرجل الذي يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال: «ثم لا يفتل -أو لا ينصرف- حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً»⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: ما ترجم به البخاري لهذا الحديث حين قال: "باب لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن". والمستفاد من الحديث أنه "حين أمره أن لا ينصرف من صلاته حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً، فقد أمره بالحكم لليقين وإلغاء الشك"⁽³⁾.

2- قوله ﷺ: «إذا شك أحدكم في صلاته، فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً، فليطرح الشك وليبن على ما استيقن، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم، فإن كان صلى خمسا شفعن له صلاته، وإن كان صلى إتماماً لأربع كانتا ترغيماً للشيطان»⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: أنّ فيه حجة بكون الشك غير مؤثر في اليقين، وأن البناء على اليقين، ولا تأثير للشك فيه⁽⁵⁾.

ثالثاً- الإجماع:

أجمع العلماء على أصل العمل بهذه القاعدة. فقد نقل الإجماع الإمام القراني فقال: "هذه قاعدة مجمع عليها، وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه"⁽¹⁾.

⁽¹⁾ المصدر السابق، 26/8.

⁽²⁾ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوضوء، باب من لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن، حديث رقم: 137، 39/1.

⁽³⁾ ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 225/1.

⁽⁴⁾ سبق تخريجه ص 74.

⁽⁵⁾ ينظر: القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، 506/2.

⁽¹⁾ القراني، الفروق، 111/1.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

- 1- إذا قتل الأب ابنه لا يُقتص منه؛ لأن شرط القصاص القتل العمد العدوان، والعدوان مشكوك فيه؛ بسبب ما عندنا من اليقين بما جُبل عليه الأب من الرأفة والشفقة، فحصل الشك في الشرط، فلا يترتب المشروط⁽¹⁾.
- 2- إذا وُجد رجل يحمل سكيناً تقطر دماً، وكان بجانبه قتيل غارق في دمه، فإننا نحكم بأنه هو القاتل⁽²⁾؛ لأنه هو اليقين واحتمال كون القاتل غيره شكّ مردود.
- 3- لو أن رجلاً قطع يدي رجل آخر ورجليه وأنثييه، فإن مات مكانه، سقطت الجراح، وكانت نفساً، فإن كانت الجناية خطأً، فدية النفس على العاقلة، وإن كانت عمداً، اقتُص منه بالقتل فقط، أما إذا مات بعد أيام، فإنه ليس لورثته إلا دية واحدة، ولا يأخذون ما فوقها بالشك على قول ابن القاسم، بينما خالفه عدد من أئمة المذهب³ وأوجبوا ثلاث ديات باعتبار الجنايات الثلاث، وأن الموت لم يكن بسببها⁴.
- 4- العاقلة تحمل دية القتل الخطأ دون القتل العمد، وإذا وقع الشك في القتل أكان خطأً أم عمداً، فإن العاقلة لا تحمل الدية بالشك⁵.
- 5- إذا اعتدي على جنين في بطن أمه؛ فلما وضعته أمه تحرك دون أن يستهل بصراخ مثلاً، فإنه يمكن أن يكون قد تقدم خروج روحه في البطن، وبقيت هذه الحركة كحركة المذبح، فلا يُحكم بحياته بالشك، ولذلك ففيه الغرة فقط لا الدية⁶.

(1) ينظر: سحنون، المدونة، 4/558؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص94.

(2) ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 3/1131؛ وخليل، التوضيح، 8/196؛ والنفراوي، الفواكه الدواني، 2/179.

³ كأصبع وسحنون، وقيدها ابن المواز باشتراك القسامة. ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 13/436.

⁴ ينظر: المصدر نفسه، 13/436.

⁵ ينظر: اللحمي، التبصرة، 13/6368.

⁶ ينظر: المصدر نفسه، 13/6433.

المطلب الثاني: قاعدة "الأصل براءة الذمة"⁽¹⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

- 1- "الذمة بريئة إلا بيقين"⁽²⁾.
- 2- "الذمة على البراءة"⁽³⁾.
- 3- "الذمة بريئة لا يثبت فيها شيء إلا بما لا مدفع فيه"⁽⁴⁾.
- 4- "الذمة بريئة فلا يثبت فيها شيء إلا بيقين"⁽⁵⁾.
- 5- "الذمة بريئة إلا بيقين أو حجة"⁽⁶⁾.
- 6- "الذمة إذا عُمرت بيقين فلا تبرأ إلا بيقين"⁽⁷⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

"الأصل أن يولد الإنسان بريء الذمة من وجوب شيء عليه، وكونه مشغول الذمة بحق خلاف الأصل، حتى يثبت ذلك بدليل مقبول؛ لأن الذم خلقت بريئة غير مشغولة بحق من حقوق الغير، ويرجح قول من يتمسك ببراءة ذمته، لأنه يشهد له الأصل، وهو عدم شغلها، حتى يقوم دليل على خلافه، فالقاعدة المستقرة في الذم عدم اشتغالها بشيء حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك"⁽⁸⁾، وعرفها القرافي بقوله: "وهي استصحاب حكم العقل في عدم الأحكام... وثبوت عدم الحكم في الماضي يوجب ظنَّ عدمه في الحال، فيجب الاعتماد على هذا الظن بعد الفحص عن رافعه"⁽¹⁾.

(1) المازري، المُعلم بفوائد مسلم، 114/2؛ والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 307/6.

(2) ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 425/4؛ وابن عبد البر، الاستذكار، 241/4.

(3) ابن عبد البر، التمهيد، 178/3.

(4) المصدر نفسه، 86/11.

(5) ابن عبد البر، الاستذكار، 315/3.

(6) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 327/5.

(7) الونشريسي، إيضاح المسالك، ص 80.

(8) محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 142/1.

(1) القرافي، الذخيرة، 151/1.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

تستند القاعدة على أدلة كثيرة أهمها:

أولاً- من السنة:

1- قال ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»⁽¹⁾.

2- عن ابن أبي مليكة، أن امرأتين، كانتا تحزان في بيت أو في الحجرة، فخرجت إحداهما وقد أنفذ بإسفى في كفها، فادعت على الأخرى، فرفع إلى ابن عباس رضي الله عنه، فقال ابن عباس رضي الله عنه: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لو يعطى الناس بدعواهم لذهب دماء قوم وأموالهم»، ذكروها بالله واقروا عليها: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْبَيْعَةِ وَلَا يَزُكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [آل عمران: 77]، فذكروها فاعترفت، فقال ابن عباس رضي الله عنه: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «اليمين على المدعى عليه»⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديثين: أنه "أصل من أصول الأحكام، وأعظم مرجع عند التنازع والخصام، يقتضي ألا يُحكم لأحد بدعواه - وإن كان فاضلاً شريعاً - بحق من الحقوق - وإن كان محتقراً يسيراً - حتى يستند المدعى إلى ما يقوي دعواه، وإلا فالدعاوي متكافئة، والأصل: براءة الذمم من الحقوق، فلا بدّ مما يدلّ على تعلّق الحق بالذمّة، وترجّح به الدعوى"⁽³⁾.

(1) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، حديث رقم: 1711، 1336/3.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب التفسير، باب إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم، حديث رقم: 4552، 35/6.

(3) ابن المزيّن القرطبي، المفهم لما أشكل من تلخيص مسلم، 148/5.

ثانياً- من الإجماع:

نقل الإمام القراني الإجماع على الأخذ بهذه القاعدة⁽¹⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة:

- 1- "الاختلاف موجود بين السلف والخلف من العلماء في مبلغ دية الذمي، وأصل الديات التوقيف، ولا توقيف في ذلك إلا ما أجمعوا عليه، وقد أجمعوا على أن أقل ما قيل فيه واجب، واختلفوا فيما زاد، والأصل براءة الذمة"⁽²⁾.
- 2- اختار القرطبي⁽³⁾ في تفسيره أنه لو أَلقت امرأة نطفة بسبب جنابة عليها، فلا غرة على الجاني؛ لأن هذا السقط ليس ولداً، والأصل براءة الذمة⁽⁴⁾، بينما لو أَلقت امرأة علقة أو مضغة أو ما بعدها بسبب جنابة عليها، فعلى الجاني غرة؛ لأن هذا السقط ولد باعتبار ما سيكون⁽⁵⁾.
- 3- لا يثبت حدّ بشبهة؛ لأن الأصل براءة الذمة⁽⁶⁾.
- 4- القصاص يجب في القتل العمد، فإذا كان القتل مشكلاً هل هو عمد أو خطأ، لم يُقتل بشك⁽⁷⁾.
- 5- لو ادّعى شخص على طبيب العمد فيما زاد على المأذون فيه، فدّعى الطبيب الخطأ، فإنّ القول قول الطبيب؛ لأن الأصل براءة الذمة⁽¹⁾.

(1) ينظر: القراني، نفائس الأصول، 329/1.

(2) ابن عبد البر، الاستذكار، 120/8-121.

(3) القرطبي: هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فزح، الأنصاري الأندلسي القرطبي، العالم الإمام الجليل الفاضل الفقيه المفسر المحصل المحدث المتفنن. من تأليفه: "جامع أحكام القرآن والمبين لما تضمن من السنة وآي القرآن"، وله "الكتاب الأسنى في أسماء الله الحسنى"، و"التذكار في أفضل الأذكار"، و"التذكرة بأمور الآخرة". توفي سنة 671هـ.

ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 308/2-309؛ ومحمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 282/1.

(4) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 8/12.

(5) المصدر نفسه، 8/12.

(6) ينظر: ابن العربي، القبس، 894/3.

(7) ينظر: اللخمي، التبصرة، 6358/13.

(1) ينظر: خليل، التوضيح، 386/8.

6- إذا ضرب ثديي صغيرة ينظر في ذلك، فإن كان قد استيقن أنه قد أبطل ثدييها ولا يكون لها ثدي أبداً عليه الدية، وإن شك في ذلك يوضع لها العقل، ويستأنى بها مثل سنّ الصبي، فإن نبتت فلا عقل لها، وإن لم تنبت ففيهما الدية، وإن انتظرت فبيست ففيهما الدية أيضاً، وإن ماتت قبل أن يعلم ذلك كانت فيهما لها الدية⁽¹⁾.

7- إذا جرح إنساناً شخصاً آخر مريضاً، فلا قصاص اتفاقاً؛ لأنّ الغالب أن الموت من المرض والجرح هيجه إلا إذا أنفذ الجرح مقتله، والأصل براءة الذمة⁽²⁾.

8- إن شكّ أهل المعرفة فيما نقص من العقل بالجنانية عليه أنقص الربع، أو الثلث، حُمل في العمد على الأكثر؛ لأن الظالم أحق بالحمل عليه، وفي الخطأ على الأقل؛ لأن الأصل براءة الذمة، فلا نكلف بمشكوك فيه³.

9- لو غصب إنسان شيئاً وهلك في يده، ثم اختلف المالك والغاصب في قيمة المغصوب، فالقول للغاصب، وعلى المالك إثبات الزيادة، وكذلك لو جاء الغاصب ليردّ عين المغصوب، فاختلف هو والمالك في مقداره، فالقول للغاصب⁽⁴⁾.

10- إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في جنس المغصوب أو صفته أو قدره، ولم يكن لأحدهما بيّنة، فالقول قول الغاصب مع يمينه⁽⁵⁾.

الفرع الخامس: ما يستثنى من القاعدة

1- لا تُطبق القاعدة في باب القسامة، إذ قُبِلَ فيها قول القاتل لترجيحه باللوث، وخرجنا عن براءة الذمة الأصلية للقاتل⁽⁶⁾

(1) ينظر: سحنون، المدونة، 566/4.

(2) ينظر: عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 19/8.

(3) ينظر: الدردير، الشرح الكبير، 274/4.

(4) ينظر: عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 273/6؛ والتسولي، البهجة في شرح التحفة، 573/2.

(5) ابن جزوي، القوانين الفقهية، ص 217-218.

(6) ينظر: التسولي، البهجة في شرح التحفة، 49/1.

المطلب الثالث: قاعدة "الأصل بقاء ما كان على ما كان" (1).

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

- 1- "كل شيء على أصله حتى يتبين فيه غير ذلك" (2).
- 2- "الأصل في كل أصل تحقق بقاءه على ما كان" (3).
- 3- "الأصل بقاء الشيء لمن هو في يده إلا بدليل" (4).
- 4- "الأصل بقاء ما كان على حاله" (5).
- 5- "الأصل بقاء الأشياء على ما كانت عليه حتى يدل دليل على خلافه" (6).

الفرع الثاني: معنى القاعدة

ما كان محكوما له بحكم فيما مضى، يبقى على ذلك الحكم ما لم يرد دليل شرعي آخر يفيد تغيير الحكم، فما كان حلالا يبقى حلالا إلى أن يرد دليل على الحرمة، وما كان واجبا يبقى واجبا إلى أن يرد دليل ينقله من الوجوب إلى الندب، وما كان طاهرا يبقى طاهرا إلى أن يرد دليل يفيد النجاسة، وما كان حيا يبقى حيا إلى أن يرد الدليل على الوفاة وهكذا في جميع الأشياء ينسحب الأمر عليه (7).

قال الونشريسي: "الأصل بقاء ما كان على ما كان، وهو المسمى في العرف الأصولي باستصحاب الحال، وهو أصل من أصول الشريعة تدور عليه مسائل وفروع" (8).

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

تستند هذه القاعدة إلى أدلة القاعدة الكلية "اليقين لا يزول بالشك"، ويستدل لها كذلك

(1) الخرشبي، شرح مختصر خليل، 199/5.

(2) ابن عبد البر، الكافي، 171/1.

(3) القرافي، نفائس الأصول، 4099/9.

(4) المقري، القواعد بتحقيق الدردي، ص 465.

(5) الصاوي، حاشية على الشرح الصغير، 146/1.

(6) التسولي، البهجة في شرح التحفة، 432/2.

(7) ينظر: عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ص 145.

(8) الونشريسي، المعيار المعرب، 481/4.

بما رواه الإمام مالك عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه "طلق امرأته البتة وهو مريض، فوزَّتها عثمان بن عفان رضي الله عنه منه بعد انقضاء عدَّتْها"⁽¹⁾.

ووجه الدلالة من الأثر: أنه في قضاء سيدنا عثمان رضي الله عنه إعمالاً لقاعدة إبقاء ما كان على ما كان حين حكم ببقاء الزوجية واستحقاق الإرث⁽²⁾.

الفرع الثالث: من فروع القاعدة

1- الأصل في دماء المسلمين الحرمة لقوله ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه»³، فلا يجوز لمسلم أن يقتل أخاه المسلم ولو أذن له المقتول؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان في عدم جواز القتل وإن أذن له في ذلك، لعدم ورود دليل مغير للحكم، وهذا الإذن غير مسقط للقصاص⁽⁴⁾.

2- إذا قام الجاني بقطع رجل ملفوف في الثياب نصفين، فتنازع الجاني والولي في كونه كان حيًا حالة الجنائية، فهاهنا تعارضت قاعدتان، الأولى: الأصل بقاء الحياة، والثانية: الأصل عدم وجوب القصاص وبراءة الذمة. والمرجح التفرقة بين أن يكون ملفوفًا في ثياب الأموات أو الأحياء⁽⁵⁾.

3- مجهول النسب الذي يلتقط في دار الإسلام يُحكم بإسلامه لا بكفره؛ لأن الأصل الإسلام⁽⁶⁾.

4- إذ قذف شخص آخر ثبت عليه الزنى، وحسنت حالته بعد ذلك، لا يُجَدُّ القاذف؛ لأن الحصانة لا تعود بالعدالة، فمن ثبت فسقه بالزنى، ذهبت حصانته، ويبقى الأصل معه بعد ذلك ذهاب الإحصان⁽¹⁾.

(1) أخرجه مالك في موطنه، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، حديث رقم: 40، 571/2.

(2) ينظر: بلقاسم قراري، القواعد الفقهية من خلال كتاب المعونة على مذهب عالم المدينة، ص 192-193.

(3) سيأتي تحريجه ص 257.

(4) ينظر: اللخمي، التبصرة، 4974/10؛ والخرشي، شرح مختصر خليل، 5/8.

(5) ينظر: القرافي، الذخيرة، 157/1.

(6) ينظر: الباجي، المنتقى، 3/6.

(1) ينظر: القرافي، الفروق، 120/3.

5- من قذف امرأة أسلمت، وقال قصدي زناها قبل إسلامها، فإنه يُحدّ؛ لأنّ الأصل عدم الزنا⁽¹⁾.

المطلب الرابع: قاعدة "الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن"⁽²⁾.

الفرع الأول: معنى القاعدة:

الأصل في الصفات العارضة العدم، فإذا وقع اختلاف في زمن حدوث أمر فإنه ينسب إلى أقرب الأوقات حتى يثبت الأبعد، فإن ثبتت نسبته إلى الزمن البعيد يحكم بذلك؛ لأن الوقت الأقرب قد اتفق الطرفان على وجود الحادث فيه، وانفرد أحدهما بزعم وجوده قبل ذلك، فوجود الأقرب متيقن وفي الأبعد مشكوك، واليقين لا يزول بالشك.

هذا إذا كان الحدوث متفقا عليه، وإنما وقع الاختلاف في تاريخ حدوثه، أما إذا كان الحدوث غير متفق عليه، بأن كان الاختلاف في أصل حدوث الشيء وقدمه، واعتبار هذه القاعدة مقيّد بالألّا يؤدي إلى نقض ما هو ثابت مقرر؛ لأن الحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر ثابت باستصحاب الحال، لا بدليل أوجب الحدوث للحال، والثابت باستصحاب الحال لا يصلح لنقض ما هو ثابت⁽³⁾، وبناءً على ذلك فإن هذه القاعدة إذا تعارضت مع قاعدة "الأصل براءة الذمة"، أو قاعدة: "الأصل بقاء ما كان على ما كان"، فإنها تترك، ويعمل بهاتين القاعدتين دونها؛ لأنهما أقوى⁽¹⁾.

ومما ينبغي التنبيه إليه أنّ هذه القاعدة لم أجد لها بلفظها عند المالكية، غير أن فروعها موجودة عندهم؛ لأنها فرع من قاعدة "اليقين لا يزول بالشك".

⁽¹⁾ واختلفوا هل يُطالب بالبيّنة لدرء الحدّ عنه، أم يحدّ مطلقاً، وهو المعتمد في المذهب. ينظر: اللحمي، التبصرة، 6239/13؛ والحطاب، مواهب الجليل، 300/6.

⁽²⁾ الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص141.

⁽³⁾ محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الفقهية، 147/1؛ والروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ص141.

⁽¹⁾ ينظر: أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص129-130.

الفرع الثاني: من أدلة القاعدة

تستند القاعدة إلى الأدلة نفسها التي تستند إليها قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، ولها أدلة جزئية منها:

1- عن ميمونة رضي الله عنها: أن فأرة وقعت في سمن فماتت، فسئل النبي ﷺ عنها فقال: «أَلْقُوها وما حولها واكلوه»⁽¹⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: "أنّ النجاسة إذا لم يعلم وقت وقوعها يحكم بوقوعها بالنسبة إلى الوقت الحادث إلى أقرب الأوقات، كأنها وقعت في هذا الوقت؛ فإن الفأرة لم يعلم بأنها متى وقعت في السمن، وهل كان السمن وقت وقوعها سائلاً، أو جامداً، أو كان بين بين؟ فاعتبر رسول الله ﷺ وقوعها في الحال"⁽²⁾.

2- عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب ﷺ صلى الصبح، ثم ركب إلى الجرف، ثم بعد ما طلعت الشمس رأى في ثوبه احتلاماً، فقال: «لقد احتلمت، وما شعرت، ولقد سُلط علي الاحتلام منذ وليت أمر الناس، ثم غسل ما رأى في ثوبه، ونضّحّه، ثم اغتسل، ثم قام فصلى الصبح بعد ما طلعت الشمس»⁽³⁾.

ووجه الدلالة من الأثر: قال مالك في رجل وجد في ثوبه أثر احتلام، ولا يدري متى كان؟ ولا يذكر شيئاً رأى في منامه، قال: "ليغتسل من أحدث نوم نامه. فإن كان صلى بعد ذلك النوم، فليعد ما كان صلى بعد ذلك النوم. من أجل أن الرجل ربما احتلم، ولا يرى شيئاً، ويرى ولا يحتلم، فإذا وجد في ثوبه ماء، فعليه الغسل. وذلك أن عمر أعاد ما كان صلى، لآخر نوم نامه، ولم يعد ما كان قبله"⁽¹⁾.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الذبائح والصيد، باب إذا وقعت الفأرة في السمن الجامد أو الذائب، حديث رقم: 5538، 97/7.

(2) اللكنوي، التعليق الممجد على موطأ محمد، حاشية التحقيق لتقي الدين الندوي، 516/3.

(3) أخرجه مالك في موطئه (رواية محمد بن الحسن الشيباني)، أبواب الصلاة، باب الرجل يصلي بالقوم وهو جنب، أو على غير وضوء، حديث رقم: 284، ص101.

(1) الإمام مالك، الموطأ، 50/1.

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة

- 1- "إذا جنى أحدٌ على الأم، وانفصل الجنين عنها حيًّا حياة مستقرة بأن استهلَّ صارخاً أو رضع أو تنفس تنفساً محققاً، ثم مات، فالواجب فيه الدية في الخطأ على العاقلة، إن أقسم الأولياء أنه مات من فعل الجاني، فإن لم يقسموا فلا دية لاحتمال أنه مات بسبب آخر"⁽¹⁾.
- 2- لو فقأ رجلٌ العينَ اليمنى لرجلٍ آخر، وكانت عين الفاقئ اليمنى قد ذهبت، فاختلفا في وقت ذهاب العين أكان قبل الجناية أم بعدها، فإنه يحكم بذهاب العين بعد الجناية؛ لأنَّ الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن، ويُحكم على الفاقئ بضمان أرش العين، وكذلك الجراحات وغيرها على قول سحنون⁽²⁾.
- 3- لو قطع سيّد يد عبده المُعتق، ثم اختلفا في وقت القطع أكان قبل العتق أم بعده، فإنه يحكم على الجاني بدية حرٍّ؛ لأنَّ الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن⁽³⁾.
- 4- من حُدَّ في قذف؛ فأقيم عليه بقذفٍ آخر، فقال القاذ كان ذلك قبل أن أُحَدَّ، وقال المقذوف بل كان القذف منه بعد الحدِّ، فإنَّ القول قولُ المقذوف؛ لأنَّ الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن⁽⁴⁾.
- 5- إن أقرَّ رجل وهو مسلم -وقد كان مشركاً محارباً- أنه أخذ من شخص مالا، ثم اختلفا أكان قبل الإسلام حال كونه محارباً، أم بعد إسلامه، فإنه يُحكم أنَّ الأخذ كان بعد الإسلام، وعلى المسلم (الحربي سابقاً) المقرُّ الضمانُ ولا يصدّق، إذ الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن، ولأنه أقر بالتعدّي وادعى ما يزيل عنه الضمان، وهذا بناءً على قول سحنون وقول أهل العراق⁽¹⁾.

(1) الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، 546/4. وينظر: عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 56/8؛

والخرشي، شرح مختصر خليل، 33/8.

(2) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 345/9.

(3) ينظر: المصدر نفسه، 347/9.

(4) ينظر: المصدر نفسه، 352/9.

(1) ينظر: المصدر نفسه، 345/9.

6- لو أن رجلا غصب من رجل ثوبا، فادعى الغاصب أنه غصبه منه خَلِقا، وقال المغصوب منه: غصبتنيه جديدا، فالقول قول الغاصب مع يمينه، إذ الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن⁽¹⁾.

المطلب الخامس: قاعدة "لا عبرة بالظن البين خطؤه"⁽²⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

1- "العلم ينقض الظن، لأنه الأصل، وإنما جاز الظن عند تعذره؛ فإذا وُجِدَ على خلافه بطل"⁽³⁾.

2- "كل حكم خالف النص أو الإجماع أو كان من غير دليل، أو أخطأ المذهب المقصود، وقيل: أو القواعد أو القياس الجلي؛ فإنه يفسخ، وإلا فلا، إلا أنه ينقض ما ظهر خطؤه من أحكام نفسه"⁽⁴⁾.

3- "ما ظاهره حق فعلم عكسه، وهو بطلان الباطن، هل يغلب الظاهر أو الباطن؟"⁽⁵⁾

4- "لا عبرة بالظن المتبين خطؤه"⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة:

"لا عبرة أي: لا أكثرات ولا مبالاة بالظن البين خطؤه بل يلغى، ويجعل كأن لم يكن، سواء أكان الخطأ ظاهرا ومبينا للحال، أم كان خفيا ثم ظهر بعد، فإذا بني حكم أو استحقاق عن ظن، ثم تبين خطؤه، كان باطلا، ويجب الرجوع إلى حكم الشرع؛ لأن الظن المجوز للعمل إذا بان خلافه باليقين بطل ذلك العمل، وصار غير معتد به غالبا؛ لأنه صار باطلا، وكل ما

(1) ينظر: سحنون، المدونة، 185/4.

(2) الخرشبي، شرح مختصر خليل، 214/1؛ 97/2؛ والعدوي، حاشية على كفاية الطالب الرباني، 244/1.

(3) المقري، القواعد بتحقيق الدردابي، ص140.

(4) المقري، الكليات الفقهية، ص184.

(5) المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 124/1.

(6) عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 255/1؛ 126/2.

بني على باطل فهو باطل، بخلاف ما إذا أخلف الظن إلى أكثر منه فلا يبطل ذلك العمل"⁽¹⁾.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

توافرت الأدلة على أن الظن الذي تبين خطؤه ملغى ولا ينبغي أن تترتب عليه الأحكام، ومن ذلك ما يأتي:

1- النبي ﷺ يجتهد، والاجتهاد ظنّ، وقد دلّ على ذلك الوقوع، وأنّ النبي ﷺ قد يخطئ في اجتهاده، ولكن يصوّبه الوحي في الأحكام فيؤول إلى القطع، ومن أمثلة ما ورد من ذلك:

أ- قوله تعالى: ﴿عَفَا اللَّهُ عَنْكَ لِمَ أَذِنْتَ لَهُمْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَتَعْلَمَ الْكَذِبِينَ﴾ [التوبة:43].

ووجه الدلالة من الآية: أنها تدلّ على خطئه في الإذن، وهو بالاجتهاد؛ لأنه لو كان بالوحي، لما عاتبه الله عليه⁽²⁾.

ب- قوله تعالى في أسارى بدر: ﴿مَا كَانَتْ لِنَبِيِّ أَنْ يُكُونَ لَهُمْ سَبْرًا حَتَّى يُثَخِّنَ فِي الْأَرْضِ﴾ [الأنفال:67].

ووجه الدلالة من الآية: أنها تدلّ على خطئه ﷺ في أخذ الفداء، ولم يأخذ برأي عمر ابن الخطاب الذي أشار بقتلهم⁽³⁾.

ت- قوله ﷺ: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، وأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذ، فإنما أقطع له قطعة من النار»⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: أنه قضى بما لا يكون مطابقاً في نفس الأمر، فيكون خطأ⁽²⁾.

(1) محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 1/178.

(2) ينظر: أبو الثناء الأصفهاني، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، 3/341.

(3) ينظر: المصدر نفسه، 3/341.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحيل، باب إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت، فقضي بقيمة الجارية الميتة، ثم وجدها صاحبها فهي له، ويرد القيمة ولا تكون القيمة ثمناً، حديث رقم: 6967، 9/25.

(2) ينظر: أبو الثناء الأصفهاني، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، 3/344.

وقوله: «ألحن بحجته»، أي: أفطن لها.

2- اشتهر عن الصحابة رضي الله عنهم الرجوع عن آرائهم التي رأوها إلى أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم إذا سمعوها ووعوها، ومن أمثلة ذلك:

أ- الأثر المشهور عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، والمعروف بكتابه لأبي موسى الأشعري في القضاء؛ وجاء فيه: "لا يمنعنك قضاء قضيته، ثم راجعت فيه نفسك، فهديت لرشدك أن تقضيه، فإن الحق قديم لا ينقضه شيء، والرجوع إلى الحق خير من التماسي في الباطل"⁽¹⁾.

ب- قصة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه حينما أفتى رجلاً بجلا بجلّ أم امرأته التي فارقتها قبل الدخول، ثم سافر إلى المدينة وتبين له خلاف هذا القول، فرجع إلى الكوفة، وطلب ذلك الرجل، وفرق بينه وبين أهله⁽²⁾.

ج- أن عبد الرحمن بن أبي هريرة، سأل عبد الله بن عمر، عمّا لفظ البحر، فنهاه عن أكله، قال نافع: ثم انقلب عبد الله، فدعا بالمصحف فقرأ: ﴿إِحْلَ لَكُمْ صَيْدَ الْبَحْرِ وَطَعَامَهُ مَتَّعًا لَكُمْ وَلِلسَّيَارَةِ وَمَحْرَمَ عَلَيْكُمْ صَيْدَ الْبَرِّ مَا دُمَّتْ حُرْمًا وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي إِلَيْهِ تُحْشَرُونَ﴾. قال نافع: " فأرسلني عبد الله بن عمر إلى عبد الرحمن بن أبي هريرة أنه لا بأس بأكله"⁽³⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

1- إذا عفا المجرع عن الجراحات، فمات منها، فلا وليائه أن يُقسموا في العمد ويقتلوا الجاني، وفي الخطأ يأخذون الدية من العاقلة؛ لأن المقتول عفا عن الجراح ولم يعف عن النفس، وما عفا إلا ظن السلامة، ولا عبرة بالظن البين خطؤه، ولكن إذا قال المجرع عفوت عن الجراحات وعمّا تؤول إليه، فإن العفو مقبول؛ لأنه بمثابة العفو عن النفس⁽¹⁾.

2- إذا غصب الغاصب طعاماً فأطعمه مالكة - وهو لا يدري أنه طعامه -، أو غصب ثوباً فألبسه مالكة - وهو لا يدري أنه ثوبه - يكون ذلك أداءً لحقه، والظن الخاطيء من المغصوب

(1) البغوي، شرح السنة، 114/10.

(2) أخرجها مالك في موطنه، كتاب النكاح، باب ما لا يجوز من نكاح الرجل أم امرأته، حديث رقم: 23، 533/2.

(3) أخرجها مالك في موطنه، كتاب الصيد، باب ما جاء في صيد البحر، حديث رقم: 9، 494/2.

(1) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 89/14؛ وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 186/4.

منه بأن هذا هبة أو هدية غير معتبر⁽¹⁾.

3- من سرق دنانير وظنها فلوسا لم تبلغ نصابا، فُطع، وكذلك من سرق ثوبا وشبهه لا يساوي ثلاثة دراهم، وكان مما يضع الناس في مثله المال، وصادف أن كان فيه دنانير أو دراهم مصرورة والسارق لا يشعر، فإنه يقطع، وأما ما لا يوضع في مثله النقود كالحشبة والعصى والحجر، فلا يقطع إلا في قيمة الشيء المسروق دون احتساب ما وُضع فيه من مال⁽²⁾.

4- لو قام إنسان بفعل شيء مباح له معتقدا عدم حلّه له، كمن زنا بامرأة معتقدا أنها أجنبية، فإذا هي حليلته، أو قتل معصوما فبان أنه يستحقّ دمه، فهذا لا يقام عليه الحد⁽³⁾، ولكن يمكن إيقاع عقوبة تعزيرية عليه للقصد المحرم⁽⁴⁾.

الفرع الخامس: ما يستثنى من القاعدة

1- إذا وطئ الرجل امرأة أجنبية يظنها زوجته لا يحد⁽⁵⁾؛ لأنّ الظن معتبر في مثل هذا الأمر.
2- إذا وطئ الرجل ابنته في الليل يظنها زوجته، فإن زوجته لا تحرم عليه على قول سحنون⁽¹⁾، وظنه الخاطئ معتبر.

3- من شرب خمرا يظنها خلا، فإنه يعذر⁽²⁾، وظنه الخاطئ معتبر.
4- لو باع الغاصب الشيء المغصوب سليما بعد زوال العيب منه عند غصبه، فأجاز البيع صاحب الشيء المغصوب لظنه بقاء العيب فيه، فإن البيع ماضٍ على الأرجح، وظنه الخاطئ معتبر؛ لأن العلة تفريطه إذ لو شاء لتثبت³.

(1) ينظر: الشاشي، أصول الشاشي، ص 147.

(2) ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 1159/3.

(3) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 51/8؛ ومحمد بن علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، 135/1.

(4) ينظر: البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 143/1/1.

(5) ينظر: ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 748/7.

(1) ينظر: الباجي، المنتقى، 307/3.

(2) ينظر: القرافي، الذخيرة، 343/3.

(3) ينظر: الدردير، الشرح الكبير، 446/3.

المبحث الثالث

قواعد المشقة والتيسير

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة "المشقة تجلب التيسير"

المطلب الثاني: قاعدة "الإكراه مسقط لاعتبار الأسباب"

المطلب الثالث: قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"

المطلب الرابع: قاعدة "التيسير معفو عنه"

المطلب الأول: قاعدة "المشقة تجلب التيسير"¹

الفرع الأول: من أفاظ القاعدة

- 1- "المشقة سبب الترخص"².
- 2- المشقة توجب الترخص³.
- 3- "المشقة مظنة الرخصة"⁴.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

الصعوبة تصير سببا للتسهيل، ويلزم التوسع في وقت الضيق، فإذا صار المكلف أو وجد نفسه في حالة يتحمل فيها عنتا وصعوبة وعناء غير معتاد إذا قام بما هو مكلف به شرعا، فإن تلك الحالة تصير سببا شرعيا لتسهيل التكليف عليه على نحو لا يجد في القيام به العناء والصعوبة⁽⁵⁾؛ فالله تعالى أراد أن تكون شريعة الإسلام شريعة عامة ودائمة، فاقضى ذلك أن يكون تنفيذها بين الأمة سهلا. ولا يكون ذلك إلا إذا انتفى عنها الإعنت. فكانت بسماحتها أشد ملاءمة للنفوس؛ لأن فيها إراحة النفوس في حالي خويصتها ومجتمعا⁽⁶⁾، وقد بيّن الشاطبي المشقة المقصودة فيقول: "إن كان العمل يؤدي الدوام عليه إلى الانقطاع عنه، أو عن بعضه، أو إلى وقوع خلل في صاحبه، في نفسه أو ماله، أو حال من أحواله، فالمشقة هنا خارجة عن المعتاد، وإن لم يكن فيها شيء من ذلك في الغالب، فلا يُعدُّ في الغالب مشقة، وإن سُميت كلفة"⁽⁷⁾.

¹ المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 448/1.

² القراني، الذخيرة، 360/2.

³ ينظر: الخطاب، مواهي الجليل، 337/1.

⁴ ابن عاشور، التحرير والتنوير، 135/13.

⁽⁵⁾ ينظر: عبد الكريم زيدان، الوجيز في القواعد الفقهية، ص53.

⁽⁶⁾ ينظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة، 192/3-193.

⁽⁷⁾ الشاطبي، الموافقات، 214/2.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

"إنّ الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع"¹، ومن ذلك:

أولاً- من القرآن:

قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: 185]

قوله تعالى: ﴿وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ﴾ [الأعراف: 157]

قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: 78].

ووجه الدلالة في تلك الآيات: أنه كان من قواعد الفقه العامة «المشقة تجلب التيسير»،

وكانت المشقة مظنة الرخصة، ومن المعلوم أن كل واجب عجز عنه المكلف، يسقط عنه⁽²⁾.

ثانياً- من السنة:

1- عقد البخاري بابا في صحيحه بعنوان: الدين يسر، وقول النبي ﷺ: «أحب الدين إلى الله

الحنيفية السمحة»، وما جاء فيه قوله ﷺ: «إنّ الدين يسر، ولن يشادّ الدين أحدٌ إلا

غلبه، فسددوا وقاربوا، وأبشروا، واستعينوا بالغدوة والروحة وشيءٍ من الدلجة⁽³⁾»⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: أنه "سُمِّي الدين يسرا مبالغة بالنسبة إلى الأديان قبله؛ لأن الله

وضع عن هذه الأمة الإصر الذي كان على من قبلهم، ومن أوضح الأمثلة له: أن توبتهم

كانت بقتل أنفسهم، وتوبة هذه الأمة بالإقلاع والعزم والندم"⁽⁵⁾.

2- قول النبي ﷺ: «أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة»⁽⁴⁾.

¹ الشاطبي، الموافقات، 520/1.

⁽²⁾ ينظر: ابن عاشور، التحرير والتنوير، 135/3؛ ومحمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، 203/5.

⁽³⁾ يشادّ الدين: يكلف نفسه من العبادة فوق طاقته والمشادة المغالبة. إلا غلبه: ردّه إلى اليسر والاعتدال. فسددوا: الزموا السداد، وهو التوسّط في الأعمال. قاربوا: اقتربوا من فعل الأكمل إن لم تستطيعوه. واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدلجة: استعينوا على مداومة العبادة بإيقاعها في الأوقات المنشطة، كأول النهار وبعد الزوال وآخر الليل. ذكره محقق الصحيح محمد زهير بن ناصر الناصر.

⁽⁴⁾ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب الدين يسر، حديث رقم: 39، 16/1.

⁽⁵⁾ ابن حجر، فتح الباري، 93/1.

⁽¹⁾ أخرجه البخاري في صحيحه تعليقا، كتاب الإيمان، باب الدين يسر، 16/1، وقد وصله في الأدب المفرد، ص 108.

ووجه الدلالة من الحديث أنه "قد سمي هذا الدين (الحنيفية السمحة)؛ لما فيها من التسهيل والتيسير"⁽¹⁾.

3- عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت: "كان رسول الله ﷺ إذا أمرهم، أمرهم من الأعمال بما يطيقون"⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنه "كان إذا أمرهم بعمل من الأعمال أمرهم بما يطيقون الدوام عليه، والمعنى كان إذا أمرهم بما يسهل عليهم دون ما يشق، خشية أن يعجزوا عن الدوام عليه، وعمل هو بنظير ما أمرهم به من التخفيف"⁽³⁾.

ثالثاً- الإجماع:

الإجماع على عدم وقوع المشقة في التكليف، وهو يدلّ على عدم قصد الشارع إليه، ولو كان واقعا لحصل في الشريعة التناقض⁽⁴⁾.

فدلّ ما سبق أنّ التيسير ركن من أركان الدين، وقاعدة أساسية تلازم كافة الأحكام الشرعية، فمتى وجدت المشقة وجد معها التيسير، غير أنّ المشقة يجب أن تكون حقيقية لا توهيية، مشقة مقبولة شرعا، لا مشقة دلال واستهتار وركون إلى الدعة⁽⁵⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

الفروع الفقهية التي تُخرّج على القاعدة كثيرة جدا، وما سيأتي من تطبيقات في المطالب الآتية يصلح أن يكون تطبيقا لهذه القاعدة الكلية، وسأكتفي هاهنا بمثالين فقط هما كالاتي:

1- تأخير إقامة الحد على المريض الذي يرجى برؤه إلى أن يبرأ، أما إذا كان لا يرجى برؤه، فيقام عليه بما لا يقتل، أي بسوط أَلْمُه أخفّ من العادي، ليتحقق إقامة الحد ولعدم تلف

قال الألباني: "حسن لغيره". ينظر: صحيح الأدب المفرد، ص122.

(1) الشاطبي، الموافقات، 521/1.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ: «أنا أعلمكم بالله». وأن المعرفة فعل القلب لقول الله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبْتُمْ قُلُوبَكُمْ وَاللَّهُ عَفُورٌ حَلِيمٌ﴾، حديث رقم: 20، 13/1.

(3) محمد الخضر الشنقيطي، كوثر المعاني الدراري في كشف خبايا صحيح البخاري، 22/2.

(4) الشاطبي، الموافقات، 212/2.

(5) ينظر: المصدر نفسه، 514/1-515.

النفس⁽¹⁾.

2- لم يكن على المرأة الزانية نفيًا إذا أقيم عليها الحدّ، من أجل أنها لا تسافر إلا مع ذي محرم منها، فيكلف وليها في سفره معها مشقة عظيمة⁽²⁾.

المطلب الثاني: قاعدة "الإكراه مسقط لاعتبار الأسباب"⁽³⁾.

الفرع الأول: معنى القاعدة

ما صدر عن الإنسان من أقوال أو أفعال حال كونه مُكْرَهًا (أي مدفوعًا من قبل غيره بتهديد قتل أو نحوه)، فإنّه لا يترتب على تلك التصرفات أثرها لو صدرت عن غير مختار، ولكن الإكراه ليس على إطلاقه، بل يجب أن يكون مُلْجِئًا، وهو التهديد ممن هو قادر على الإيقاع بضرب مبرح أو بإتلاف نفس أو عضو أو بحبس أو قيدٍ مديدين مطلقًا، أو بما هو دون ذلك لذي جاه، ويكون المكره مسلوب الإرادة كليّة، أما الإكراه غير الملجئ فهو إكراه بغير إتلاف النفس، أو عضو من الأعضاء، بل يكون بالضرب الشديد أو نحوه بما يوجب غمًا يعدم الرضا⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: من أدلة القاعدة

أولاً- من القرآن:

1- قوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ

وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [النحل: 106]

ووجه الدلالة من الآية أن الله تعالى "ذكر استثناء من تكلم بالكفر بلسانه عن إكراه، ولم يعتقد على ذلك قلبه، فإنه خارج عن هذا الحكم، معذور في الدنيا، مغفور له في الآخرة. والمكره: هو الذي لم يخلّ وتصريف إرادته في متعلقاتها المحتملة لها، فهو مختار بمعنى أنه بقي له

⁽¹⁾ عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 41/8.

⁽²⁾ ينظر: القنازعي، تفسير الموطأ، 712/2.

⁽³⁾ القراني، الذخيرة، 14/12.

⁽⁴⁾ ينظر: أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص158؛ وعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، 183/1.

في مجال إرادته ما يتعلق به على البدل، وهو مكره بمعنى أنه حذف له من متعلقات الإرادة ما كان تصرفها يجري عليه قبل الإكراه، وسبب حذفها قول أو فعل؛ فالقول هو التهديد، والفعل هو أخذ المال، أو الضرب، أو السجن⁽¹⁾.

2- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرَهُوا فَيَلْتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِنَبَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [النور: 33]

ووجه الدلالة من الآية: أنه "وقع في مطلق هذه الآية النهي عن الإكراه على الزنا إن أرادت المكرهة الإحصان، ولا يجوز الإكراه بحال... وإنما ذكر الله إرادة التحصن من المرأة؛ لأن ذلك هو الذي يصور الإكراه، فأما إذا كانت رغبة في الزنا لم يُصوّر إكراه"⁽²⁾.

3- قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: 29]

ووجه الدلالة من الآية: أن "هذا نصّ على إبطال بيع المكره لفوات الرضا فيه، وتنبهه على إبطال أفعاله كلها حملا عليه"⁽³⁾.

ثانيا- من السنة:

1- قوله ﷺ: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»⁽¹⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنه "لما سمح الله تعالى في الكفر به، وهو أصل الشريعة، عند الإكراه، ولم يؤاخذ به، حمل العلماء عليه فروع الشريعة، فإذا وقع الإكراه عليها لم يؤاخذ به، ولا يترتب حكم عليه"⁽²⁾.

(1) ابن العربي، أحكام القرآن، 3/160.

(2) المصدر نفسه، 3/402.

(3) المصدر نفسه، 1/524.

(1) أخرجه ابن ماجه في سننه، أبواب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، حديث رقم: 2045، 3/201. قال محققوه: "حديث صحيح".

(2) ابن العربي، أحكام القرآن، 3/163.

2- قوله ﷺ: « لا طلاق، ولا عتاق في إغلاق»⁽¹⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنّ الإغلاق يعني الإكراه، "سُمِّيَ به؛ لأنّ المكره كأنه يُغلق عليه الباب، ويضيق عليه حتى يطلّق، فلا يقع طلاقه، وزعم أنّ المراد بالإغلاق الغضب، ضعف بأنّ طلاق الناس غالباً إنما هو في حال الغضب، فلو جاز عدم وقوع طلاق الغضبان، لكان لكلّ أحد أن يقول: كنت غضباناً، فلا يقع عليّ طلاق، وهو باطل"⁽²⁾.

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة

1- من أكرهه لص غالب على قطع يد نفسه، فإنّه يسعه أن يقطعها، واختلفوا في القصاص من المكره له، فالمشهور أنّه لا قصاص على اللص؛ لأنه لم يلِ الفعل، ولكن عليه دية اليد في ماله، بينما ذهب سحنون إلى أن مجنيّ عليه أن يقطع يد الذي أكرهه، وهو القياس⁽³⁾.

2- لو أكره متغلب شخصاً على أن يقتل عبد نفسه بسيف، أو يقطع يده، فإنه لا يسعه أن يفعل ذلك، فإن فعل المكره أثم، ولكن يضمن المكره لمن أكرهه ما نقص من قيمة العبد بسبب القطع، ويضمن قيمته كاملة إن قتله⁽⁴⁾.

3- من أكره على الردة، فإنه لا تجزي عليه أحكام المرتد⁽¹⁾.

4- ينتفي الإثم والحدّ عن الزانية المكرهة⁽²⁾.

⁽¹⁾ أخرجه ابن ماجه في سننه، أبواب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي، حديث رقم: 2046، 201/3. قال محققوه:

"إسناده ضعيف"، وقال الألباني: "حسن". ينظر: إرواء الغليل، 113/7.

⁽²⁾ محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الموطأ، 329/3-330.

⁽³⁾ ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 273/10.

⁽⁴⁾ ينظر: المصدر نفسه، 274/10.

⁽¹⁾ ينظر: عليش، منح الجليل، 220/9.

⁽²⁾ ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 1148/3.

- 5- الزاني المكره إذا لم ينتشر ذكره فلا حدّ عليه⁽¹⁾، أما إذا انتشر فقد اختلف المذهب في إقامة الحدّ عليه، والمشهور الحدّ، بينما اختار اللخمي عدم حدّه⁽²⁾، وهذا يتناسب مع قاعدتنا.
- 6- من أكره على شرب الخمر فشرها، فلا إثم عليه ولا حدّ⁽³⁾.

ثالثاً- من مستثنيات القاعدة:

- 1- من أكره على القتل لا يجوز له الإقدام عليه؛ لأن نفسه ليست أولى بالحياة من النفس الأخرى⁽⁴⁾.
- 2- لو قيل له لنقتلنك بالسيّاط أو بالعذاب أو بأمر هو أشدّ عليه من السيف أو اقتلن نفسك بهذا السيف، لم يسعه أن يفعل ذلك بنفسه، فإذا فعل ذلك الفعل الذي أكره عليه فتلفت نفسه، لم يقتل الذي أكرهه، وكانت عليه الدية في ماله، وقد قيل: إنه يقتل⁽⁵⁾.
- 3- لو أكره الرجل على قتل مورثه، لا يسعه ذلك، ولكن لو فعل يُجرّم من الميراث⁽⁶⁾.
- 4- من أتلف مال غيره مكرهاً، فإنه لا يعذر بهذا الإكراه، ويجب عليه الغرم⁽⁷⁾.
- المطلب الثالث: قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"⁽⁸⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

- 1- "الضرورات تنقل المحذور إلى حال المباح"⁽⁹⁾.

(1) ينظر: المصدر السابق، 1148/3.

(2) ينظر: عليش، منح الجليل، 255/9؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال إيضاح المسالك والمنهج المنتخب، ص 378.

(3) ينظر: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 308/8.

(4) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 249/10.

(5) ينظر: المصدر نفسه، 273/10.

(6) ينظر: عليش، منح الجليل، 690/9.

(7) ينظر: ابن رشد الجدل، البيان والتحصيل، 87/3.

(8) القراني، الفروق، 146/4.

(9) ابن عبد البر، التمهيد، 319/17.

2- "الضرورة ترفع التحريم"⁽¹⁾.

3- "عند الضرورات تباح المحظورات"⁽²⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

الضرورة هي بلوغ الحدّ الذي إذا لم يُتناول معه الممنوع حصل الهلاك للمضطر أو قريب منه، كفقد عضو أو حاسة من الحواس، وذلك كالمضطر للأكل أو الشرب أو اللبس أو الدواء، فهذه هي الضرورة الشرعية التي تبيح المحرّم، وهي تختلف عن الحاجة التي معناها أنّ المحتاج إذا لم يصل إلى حاجته لا يهلك، ولا يفقد عضوا من أعضائه، ولكنه يكون بسبب فقدها في جهد ومشقة شديدة، كالجائع الذي يجد ما يسدّ الرمق، فلا يقع بسبب جوعه في الهلاك، ولكنه لا يجد ما يشبع جوعته، فهو في مشقة وجهد، والحاجة الخاصة لا تبيح المحرّم كما تبيحه الضرورة⁽³⁾، وهي قاعدة أصولية فقهية⁽⁴⁾. هذا، وإنّ من العلماء من أدرج هذه القاعدة ضمن قاعدة "الضرر يزال"⁽⁵⁾، إلا أنّي وجدتها ألصق بقواعد التيسير ورفع الحرج فأثبتتها هنا⁽⁶⁾.

(1) ابن العربي، أحكام القرآن، 83/1.

(2) الصاوي، حاشية على الشرح الصغير، 72/1.

(3) ينظر: الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص320.

(4) ينظر: الونشريسي، إيضاح المسالك (حاشية المحقق أحمد بوطاهر الخطابي)، ص365.

(5) ينظر: السبكي، الأشباه والنظائر، ص45؛ والسيوطي، الأشباه والنظائر، ص84؛ وابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص73.

(6) ومن ذهب إلى إدراجها هنا البورنو. ينظر: موسوعة القواعد الفقهية، 33/1/1.

الفرع الثاني: من أدلة القاعدة

تستند هذه القاعدة إلى عدد من الأدلة العامة التي تدل على يسر الشريعة أصلاً، وعلى التخفيف عند وجود العذر الطارئ، كما لها أدلة خاصة أذكر منها:

- 1- قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: 173]
 - 2- قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمِهِ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: 3]
 - 3- قوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ إِذَا تَاكَلْتُمْ أَمْثًا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: 119]
 - 4- قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلًا لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [الأنعام: 145]
- ووجه الدلالة من الآيات:

جاء في أضواء البيان: "فكل مسلم أُلجأته الضرورة إلى شيء إلهاءً صحيحاً حقيقياً، فهو في سعة من أمره فيه، وقد استثنى الله -جل وعلا- حالة الاضطرار في خمس آيات من كتابه، ذكر فيها المحرمات الأربع التي هي من أغلظ المحرمات تحريماً وهي الميتة والدم ولحم الخنزير وما أُهْلٌ لغير الله به، فإن الله تعالى كلما ذكر تحريمها استثنى منها حالة الضرورة، فأخرجها من حكم التحريم"⁽¹⁾.

ثانياً- من السنة:

- 1- عن جابر بن سمرّة رضي الله عنه، أن رجلاً نزل الحرّة ومعه أهله وولده، فقال رجل: إن ناقة لي ضلّت، فإن وجدتها، فأمسكها، فوجدها، فلم يجِدْ صاحبها، فمرضت، فقالت امرأته: انحرها،

⁽¹⁾ محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، 356/7.

فأبي، فنَفَقَتْ⁽¹⁾ فقالت امرأته: اسْلَخْهَا حتى نُقَدِّدَ شَحْمَهَا ولِحْمَهَا ونَأْكَلَهُ⁽²⁾، فقال: حتى أسأل رسولَ الله ﷺ، فأتاه، فسأله، فقال: «هل عندك غِنَى يُغْنِيكَ؟» قال: لا، قال: «فَكُلُوها»، قال: فجاءَ صاحبُها، فأخبره الخبر، فقال: هَلَّا كُنْتَ نَحْرَمَهَا، قال: اسْتَحْيَيْتُ مِنْكَ⁽³⁾.

وجه الدلالة من الحديث: أن المضطر يأكل من الميتة وإن لم يخف التلف؛ لأنَّه سأله عن الغنى، ولم يسأله عن خوفه على نفسه⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة

1- اتفقوا على إباحة أكل الميتة للمضطر⁽⁵⁾، وإن كان قد اختلفوا في بعض التفاصيل كحدِّ الأكل، فمنهم من قال بأنه إذا اضطرَّ المرء، فإنه لا يقتصر على ما يسدُّ رمقه بل يشبع ويتزوَّد؛ لأنها مباحة له كما يفعل في الطعام المباح. وقال ابن حبيب⁶، إنما يأكل ما يقيم رمقه، ثم لا يأكل منها حتى يصير من الضرورة إلى الحالة الأولى؛ لأن الإباحة إنما تثبت له فيما يرد به نفسه، وذلك يوجد فيما دون الشبع، فما زاد فلا يتناول لحفظ النفس فكان ممنوعاً منه⁽⁷⁾.

2- يجوز دفع الصائل ولو أدى إلى قتله، ولا ضمان على الدافع؛ لأنه مأمور بالدفع عن نفسه،

(1) نفقت أي: ماتت. ينظر: الأمير الصنعاني، التحبير لإيضاح معاني التيسير، 592/7.

(2) نقدده أي: نتخذة قديدا ننتفع به، والقديد هو اللحم الجفف في الشمس بعد تملیحه. ينظر: ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر؛ والأمير الصنعاني، التحبير لإيضاح معاني التيسير، 592/7.

(3) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأطعمة، باب في المضطر إلى الميتة، حديث رقم: 3816، 633/5-634. قال محققاه شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي: "إسناده حسن".

(4) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 230/2.

(5) ينظر: المصدر نفسه، 230/2.

⁶ هو عبد الملك بن حبيب بن سليمان الأندلسي، روى عن صعصعة بن سلام والغازي بن قيس وزیاد بن عبد الرحمن، ثم رحل عن الأندلس فسمع من ابن الماحشون ومطرفا وعبد الله بن عبد الحكم وأصبغ بن الفرج وجماعة سواهم. نقله الأمير عبد الرحمن بن الحكم إلى قرطبة، ورتبه في طبقة المفتين فيها، فأقام مع يحيى بن يحيى في المشاورة والمناظرة، ولما مات يحيى انفرد ابن حبيب بالرياسة. توفي سنة 238 هـ وقيل: 239 هـ. ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 8/2-15.

(7) ينظر: ابن العربي، المسالك، 318/6.

- وهو في مقام ضرورة، ومن فعل ما أمر به لم يكن متعديا⁽¹⁾.
- 3- جواز رمي كفار تترسوا بالأسرى من المسلمين أو نسائهم أو صبيانهم؛ لدفع ضرر زحفهم عن العموم⁽²⁾، وهذا الجواز بسبب الضرورة.
- 4- إباحة النطق بكلمة الكفر عند الاضطرار⁽³⁾.
- 5- يرخص في الزنا للمرأة التي لا تجد ما يسدّ رمقها، وخافت على نفسها الهلاك، إذا لم تجد سبيلا غيره⁽⁴⁾.
- 6- يباح للمضطر أكل مال الغير، ولكنه يضمن بعد ذلك؛ لأن الأكل لطعام غيره ابتداءً من قبل نفسه، ولا جناية من رب الطعام ولا من الطعام عليه؛ فهذا ضمن⁽⁵⁾.
- 7- جواز شرب الخمر للغصة⁽⁶⁾.
- 8- التخدير في الجراحة الطبية، يمكن أن يصل إلى حدّ الضرورة: وهي الحالة التي يتعذر فيها إجراء الجراحة الطبية بدون تخدير كما في جراحة القلب المفتوح ونحوها من أنواع الجراحة الخطيرة والتي إذا لم يخدر فيها المريض فإنه سيموت أثناء الجراحة أو بعدها بقليل. أو يصل إلى حدّ الحاجة: وهي الحالة التي لا يتعذر فيها إجراء الجراحة الطبية بدون تخدير، ولكن المريض يلقي فيها مشقة فادحة لا تصل به إلى درجة الموت والهلاك، وهي الحالة المتوسطة، ومن أمثلتها جراحة بتر الأعضاء، وما كان منها بالغاً مبلغ الحاجة يعتبر جوازه مخرجاً على قاعدة "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة"⁽⁷⁾.
- 9- جواز شقّ بطن المرأة الميتة لإخراج ولدها إذا كانت تُرجى حياته على مذهب سحنون⁽¹⁾.

(1) ينظر: القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، 2/379.

(2) ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 1/318؛ وابن بزيّة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، 1/597.

(3) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 10/182.

(4) ينظر: عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 4/155؛ والتسولي، البهجة في شرح التحفة، 1/376.

(5) ينظر: القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، 5/471.

(6) ينظر: المقرئ، القواعد بتحقيق الدرداي، ص422.

(7) ينظر: محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ص284-285.

(1) ينظر: ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 3/1054.

المطلب الرابع: قاعدة "اليسير مغفوّ عنه"⁽¹⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

1- "ما لا يمكن الاحتراز منه فمغفوّ عنه"⁽²⁾.

2- "اليسير مُغتَفَرٌ"⁽³⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

إذا كان الشيء يسيرا حقيرا مما يتغابن الناس بمثله، ولا يَسْلَمون منه غالبا؛ فإنه مغفور ومغفوّ عنه، ولا يُلتفت إليه، كما أنّه يُتجاوز عنه ويتسامح فيه، ولا يُعامل معاملة الكثير، والعبرة بالأغلب، واليسيرُ في حكم المعدوم، وهذا المعنى ذكره الفقهاء في كتبهم، جاء في شرح فتح القدير في السّلم: "والتفاوت بعد ذلك يسير، وهو مُغتَفَرٌ بالإجماع، وإلا لم يصحّ سلّم أصلا، فإن الغائب لو بلغ في تعريفه النهاية لا بد من تفاوت بينه وبين المرئي، فإنّ بين جيّد وجيّد من الحنطة تفاوتا لا يخفى، وإن صدق اسم الجودة على كلّ منهما، وكذا بين ثوب ديباج أحمر وثوب ديباج أحمر، فعلم أنّ التفاوت اليسيرَ مغتفرٌ شرعا"⁽⁴⁾.

هذا، وإنّ ضابط معرفة كون الشيء يسيرا معضلة لا ضابط لها على وجه التعيين والتحديد؛ فالفقهاء يضربون الأمثلة المختلفة على اليسير المغفوّ عنه، دون أن يتأتّى لهم وضع حدّ معين، أو نسبة عددية معينة لما يُغتفر ويُعفى عنه ويُتجاوز عنه من النقص اليسير والحلل القليل، بل نجدهم أحيانا يصرحون أن هذا الأمر لا ضابط له؛ ومن ذلك ما ذكره صاحب كتاب الاعتصام في بيان أنواع من الغرر المغتفر في المعاملات؛ لكونه يسيرا قليلا، إذ قال: "لكن الفرق بين القليل والكثير غير منصوص عليه في جميع الأمور"⁽⁵⁾، وإذا كان الضبط المحدّد المطرّد لليسير المغتفر عسيرا أو متعدرا، فإن ما لا يُدرك كلّهُ لا يترك جُلُّه، ولتمام فهم القاعدة

(1) الباجي، المنتقى، 2/180.

(2) المصدر نفسه، 1/62.

(3) القرافي، الذخيرة، 8/24.

(4) ابن الهمام، شرح فتح القدير، 7/72.

(5) الشاطبي، الاعتصام، 3/55.

ومعرفة اليسير الذي يُعفى عنه لا بدّ من إشارة إلى مواضع إعمال القاعدة؛ لأنّ هناك أدلة تدلّ على اعتبار اليسير وعدم التسامح فيه، كقول رسول الله ﷺ في حديث جابر رضي الله عنه: «ما أسكر كثيره فقليله حرام»⁽¹⁾، فلا يجوز لأحد أن يعمد إلى شيء يسير من الخمر ليشربه من غير الضرورة، ولا يقال هذا يسير مُعفو عنه؛ فأفاد ذلك أن اليسير لا يُعفى عنه على الإطلاق؛ وإنما يعفى عنه في حالات معينة، وفيما يأتي بيان لتلك الحالات⁽²⁾:

أولاً: اليسير الذي يشق التحرز منه، كالعفو عن يسير النجاسة بعد الاستجمار، ويسير الغرر، ويسير الغبن ونحوه.

ثانياً: ما لا أثر له لكونه مُستهلكاً في غيره؛ كإنفحة⁽³⁾ الميتة التي يُصنع بها الجبن.

ثالثاً: ما دلّت النصوص على إباحته للحاجة، ومثاله حديث عرفجة بن أسعد رضي الله عنه قال: "أصيب أنفي يوم الكلاب في الجاهلية، فاتخذت أنفاً من ورق، فأنتن علي فأمرني رسول الله ﷺ أن أتخذ أنفاً من ذهب"⁽⁴⁾، فهو يدل على إباحة استعمال اليسير من الذهب للرجال عند الضرورة⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

هي جملة من الأدلة التي يُفهم منها التجاوز عن الشيء اليسير وإن كان من جنس ما يحرم كثيره، ومن ذلك ما يأتي:

1- قول الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبِيرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ إِلَّا اللَّمَمَ﴾ [النجم: 32]. واللمم هي

(1) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الأشربة، باب ما جاء ما أسكر كثيره فقليله حرام، حديث رقم: 1865، 442/3. قال الترمذي: "هذا حديث حسن غريب".

(2) ينظر: الريسوني، نظرية التقريب والتغليب، ص 219-220.

(3) الإنفحة هي: مادة بيضاء صفراوية في وعاء جلدي، يستخرج من بطن الجدي أو الحمل الرضيع، يوضع منها قليل في اللبن الحليب فينقد ويتكاثف ويصير جبناً، يسميها الناس في بعض البلدان مجبنة. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة (ن ف ح)، 624/2، والموسوعة الفقهية الكويتية، 155/5.

(4) أخرجه الترمذي في سننه، أبواب اللباس، باب ما جاء في شد الأسنان بالذهب، حديث رقم: 1770، 292/3-293. قال الترمذي عقبه: "حديث حسن".

(5) ينظر: الخطابي، معالم السنن، 215/4.

الصغائر التي لا يسلم من الوقوع فيها إلا من عصمه الله وحفظه⁽¹⁾، وقد وعد الله بالتجاوز عنها حيث قال: ﴿إِنَّ رَبَّكَ وَسِعَ الْمَغْفِرَةَ﴾ [النجم:32]؛ لأنها قليلة يسيرة بالنسبة إلى الكبائر؛ فكانت مغتفرة لمن يجتنب الكبائر⁽²⁾.

2- قول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا﴾ [النساء:43]، ووجه الدلالة من الآية في قول عند المفسرين أنّ المراد بالصلاة التي نهى الله الجنب عن قربانها هي مواضع الصلاة؛ فحذف المضاف وسمى مواضع الصلاة صلاةً، وهذا يقتضي جواز العبور للجنب في المسجد لا الصلاة فيه⁽³⁾؛ فأبيح للجنب أن يمرّ بالمسجد مع النهي عن المكث فيه، فهذا قد يفيد اغتفار الشيء اليسير.

3- خطب عمر بن الخطاب رضي الله عنه بالجابية⁽⁴⁾ فقال: "نهى نبي الله صلى الله عليه وسلم عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين أو ثلاثٍ أو أربع"⁽⁵⁾. وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: "إنما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الثوب المصمت⁽⁶⁾ من الحرير؛ فأما العلم من الحرير، وسدى الثوب⁽⁷⁾، فلا بأس

(1) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 106/17.

(2) ينظر: المحلي والسيوطي، تفسير الجلالين، ص528، وابن عجيبة، البحر المديد، 511/5.

(3) وقيل في تفسير عابر سبيل: مسافر كذلك. ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 333/6.

(4) الجابية بكسر الباء وياء مخففة هي قرية من أعمال دمشق، ثم من عمل الجيدور من ناحية الجولان. ينظر: ياقوت الحموي، معجم البلدان، 91/2.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب اللباس، باب لبس الحرير وافتراشه للرجال وقدر ما يجوز، حديث رقم: 5828، 149/7، ومسلم في صحيحه، كتاب اللباس والزينة، باب تحريم استعمال إناء الذهب والفضة على الرجال، حديث رقم: 2069، ص860.

(6) الثوب المصمت هو الذي جميعه حرير لا يخالطه قطن ولا غيره. ينظر: العظيم آبادي، عون المعبود، 103/11.

(7) سدى الثوب وستاه: الخيوط التي تمد طولاً في النسج، واللحمة الخيوط التي تدخل فيها عرضاً. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة (س د ا) 375/14، والفيومي، المصباح المنير، ص103.

به⁽¹⁾، ووجه الدلالة أنّ لبس الحرير حرام على الذكور؛ ولكن يُتسامح في شيء يسير منه، كقدر أربعة أصابع، أو العلم، أو السدى، كما أفاد الحديثان⁽²⁾.

4- عن أبي هريرة رضي الله عنه أنّ حولة بنت يسار -رضي الله عنها- أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: «يَا رَسُولَ اللَّهِ: إِنَّهُ لَيْسَ لِي إِلَّا ثَوْبٌ وَاحِدٌ، وَأَنَا أَحِيضُ فِيهِ. فَكَيْفَ أَصْنَعُ؟» قَالَ: «إِذَا طَهَّرْتِ فَأَغْسِلِيهِ، ثُمَّ صَلِّي فِيهِ»، فَقَالَتْ: «فَإِنْ لَمْ يَخْرُجِ الدَّمُ؟»، قَالَ: «يَكْفِيكَ غَسْلُ الدَّمِ، وَلَا يَضُرُّكَ أَثَرُهُ»⁽³⁾، ووجه الدلالة من الحديث أنّ المراد بالأثر ما تعرّس إزالته من الدم⁽⁴⁾، وهو من قبيل اليسير المعفو عنه.

الفرع الخامس: من تطبيقات القاعدة

- 1- العاقلة تحمل الدية إذا كانت أكثر من الثلث، ولا تحمل ما دون ثلث الدية⁽⁵⁾. ويُستثنى من هذا عمرة الجنين إذا مات مع أمه أو بعدها بجنابة واحدة، فإنّ العاقلة تحمل الغرة مع دية الأم؛ لكون ديتهما جميعا تزيد على الثلث. وأيضا: فالغرة دية آدمي كاملة⁽⁶⁾.
- 2- إذا قام شخص بسرقة مال يسير لا يبلغ نصابا، وهذا اليسير ممّا تتسامح فيه النفوس، فإنه لا يُقطع⁽⁷⁾.
- 3- الذي يتناول ما يغيب العقل، إذا غابت معه الحواس كالبصر والسمع واللمس والشم والذوق فهو المرقّد، وإن لم تغب معه الحواس ولكن تحدث معه نشوة وسرور وقوة نفس عند غالب المتناول له فهو المسكر، وإما أن لا يحدث معه ذلك فهو المفسد، ويسمى بالمخدر، ولا

(1) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب اللباس، باب الرخصة في العلم وخيط الحرير، حديث رقم: 4055، 164/6. قال محققاه شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي: "حديث صحيح".

(2) ينظر: ابن عبد البر، الاستذكار، 210/26.

(3) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطهارة، باب المرأة تغسل ثوبها الذي تلبسه في حيضها، حديث رقم: 365، 272/1. قال محققاه شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي: "إسناده حسن".

(4) ينظر: العظيم آبادي، عون المعبود، 22/2.

(5) ينظر: الباجي، المنتقى، 21/9.

(6) ينظر: الخرشبي، شرح مختصر خليل، 33/8.

(7) ينظر: القرافي، الذخيرة، 143/12.

الفصل الثاني القواعد الفقهية الكبرى الحاكمة للفقه الجنائي عند المالكية

حد في المرقدات والمفسدات، وتناول اليسير الذي لا يؤثر في العقل أو الحواس لا يحرم، أما تناول ما يؤثر في العقل أو الحواس فهو حرام⁽¹⁾، ويجوز لولي الأمر أن يسلط عقوبة تعزيرية على متناول هذا المخدر. هذا، وإن بعض العقاقير المخدرة تكون مستعملة للتداوي، وهي مباحة للضرورة أو الحاجة الملحة.

⁽¹⁾ ينظر: القرافي، الفروق، 215/1.

المبحث الرابع

قواعد الضرر

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"

المطلب الثاني: قاعدة "لا يزال ضرر بضرر"

المطلب الثالث: قاعدة "إذا تقابل مكروهان أو محظوران أو

ضرران ولم يمكن الخروج عنهما وجب ارتكاب أخفهما"

المطلب الرابع: قاعدة "درء المفسد مقدم على جلب

المصالح"

المطلب الأول: قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"⁽¹⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

- 1- "دفع الضرر واجب"⁽²⁾.
- 2- "دفع الضرر عن النفس واجب"⁽³⁾.
- 3- "رفع الضرر واجب"⁽⁴⁾.
- 4- "الضرر يزال"⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

الضرر لغة اسم من الضَّر: وهو "النقصان يدخل في الشيء، تقول: دخل عليه ضرر في ماله"⁽⁶⁾.

وفرق بعضهم بين الضَّر (بفتح الضاد) والضُّر (بضمها) فقال: "ما كان سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو ضُّر (بالضم)، وما كان ضد النفع فهو بفتحها"⁽⁷⁾.

والضرر في القاعدة جامع لكل هذه المعاني مع أن العلماء اختلفوا في الفرق بين مدلولي لفظي الضرر والضرار فيها على أقوال ذكر منها الإمام ابن عبد البر أربعة هي⁽⁸⁾:

- 1- أنهما بمعنى واحد على معنى التأكيد.
- 2- أنهما بمعنى القتل والقِتال كأنه قال: لا يضرُّ أحدٌ أحداً ابتداءً، ولا يضرُّه إن ضرَّه، وليصبر، وإن انتصر فلا يعتدي.
- 3- أن الضررَ عند أهل العربية الاسمُ والضَّرارُ الفعلُ (أي المصدر)، والمعنى لا يدخل على أحد

(1) الشاطبي، الموافقات، 61/3.

(2) ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 16/7.

(3) القرافي، نفائس الأصول، 2310/5.

(4) زروق، شرح الرسالة، 924/2.

(5) المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 448/1.

(6) الفراهيدي، العين، 7/7.

(7) الفيومي، المصباح المنير، 360/2.

(8) ينظر: ابن عبد البر، الاستذكار، 191/7، وقد عزا القول الثالث لابن حبيب، والرابع للخشني واستحسنه.

ضرراً لم يدخله على نفسه، ومعنى لا ضرار: لا يضارَّ أحد بأحد.
4- أن الضرر الذي لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة، والضرار ما ليس لك فيه منفعة
وعلى جارك فيه مضرة.

ونصُّ هذه القاعدة حديث نبوي شريف⁽¹⁾ يعدُّ واحداً من الأحاديث الخمسة التي يدور
عليها الفقه⁽²⁾، وفيها حذف تقديره: "لا لحوق أو إلحاق، أو لا فعل" ضرر أو ضرار بأحد في
ديننا، أي: لا يجوز شرعاً إلا لموجب خاص، وهي دالة على تحريم الضرر؛ لأنه إذا نفى ذاته،
دلَّ على النهي عنه، فنفي الضرر والضرار فيها يعني حرمة إلحاقه مطلقاً من أي أحد بأي أحد،
والحرمة شاملة كافة أنواع الضرر؛ لأن النكرة في سياق النفي تعم⁽³⁾. وينبغي التنبيه إلى أن بعض
علماء التقييد لم يعتبروا لفظ الحديث قاعدة مستقلة بل جاءوا به بعد ذكر قاعدة: "الضرر
يزال" مسوقاً للاستدلال لها⁽⁴⁾، ولكن الصحيح أن لفظ الحديث النبوي أعم وأشمل، حيث
يشمل النهي عن إيقاع الضرر ابتداءً، وعن مقابلة الضرر بالضرر، أما قاعدة "الضرر يزال"
فغاية ما تفيده وجوب إزالة الضرر بعد وقوعه⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: أدلة القاعدة

القاعدة يشهد لها الكثير من الأدلة منها ما يأتي:

(1) الحديث صحيح لغيره لكثرة شواهدده. ينظر كلام محقق سنن أبي داود: شعيب الأرنؤوط، سنن أبي داود، 478/5؛
وكلامه في سنن ابن ماجه، 430/3؛ وكلام الألباني في إرواء الغليل، 408/3-414. وقال الشاطبي: "إنه داخل تحت
أصل قطعي في هذا المعنى، فإن الضرر والضرار مبثوث منعه في الشريعة كلها، في وقائع جزئيات، وقواعد كلييات". ينظر:
الشاطبي، الموافقات، 185/3.

(2) ينظر: محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الموطأ، 67/4.

(3) ينظر: المصدر نفسه، 67/4.

(4) ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 83.

(5) ينظر: بدي أحمد سالم، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 472/7.

أولاً - من الكتاب:

1- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَعَنَّ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتِدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ [البقرة: 231]

ووجه الدلالة من الآية أنها تدلّ الآية صراحة على النهي عن إيقاع الضرر على المطلقات، وجعله من قبيل الظلم والعدوان والإفساد في الأرض، فالزوج إذا لم يطق الإنفاق بالمعروف، أطاق الإحسان بالطلاق، وإلا فالإمساك مع عدم الإنفاق ضرار⁽¹⁾، كما أن "الرجعة بقصد الإضرار حرام إجماعاً، كما دلّ عليه مفهوم الشرط المصرح به في قوله: "ولا تمسكوهن ضراراً"، وصحة رجعته حينئذ باعتبار ظاهر الأمر، فلو صرّح للحاكم بأنه ارتجعها بقصد الضرر، لأبطل رجعته"⁽²⁾.

2- قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضْعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ [البقرة: 233].

ووجه الدلالة من الآية أنّها تحثّ على الحنان والرأفة بالوليد، ونفي المضارة بين الزوجين، فلا تأبى الأم أن ترضع الولد إضراراً بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها، ولا يحلّ للأب أن يمنع الأم من ذلك مع رغبتها في الإرضاع، هذا قول جمهور المفسرين⁽³⁾.

3- قوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ [البقرة: 282]

ووجه الدلالة من الآية: أن فيها نهيًا عن المضارة، وهي تحتمل أن يكون الكاتب والشهيد مصدرًا للإضرار، أو أن يكون المكتوب له والمشهود له مصدرًا للإضرار؛ لأنّ "يضارّ" يحتمل البناء للمعلوم وللمجهول، فأفادت المادة احتمال الحكمين، فيحمل على كلا معنياه لعدم

(1) ينظر: ابن العربي، أحكام القرآن، 270/1.

(2) محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، 103/1.

(3) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 167/3.

تتألف من، والمضارة: إدخال الضرر بأن يوقع المتعاقدان الشاهدين والكتّاب في الحرج والخسارة، أو ما يجر إلى العقوبة، وأن يوقع الشاهدان أحد المتعاقدين في إضاعة حق أو تعب في الإجابة إلى الشهادة⁽¹⁾.

4- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [النساء: 5].

ووجه الدلالة من الآية: أنه "وجب الاحتياط للأموال وقطع مادة الضرر عنها، بأن يمنع من التصرف فيها من ليس بأهل التصرف فيها، ويحجر عليه فيها، ويحال بينه وبينها، خشية الإضاعة لها، امتثالاً لأمر الله تعالى فيها"⁽²⁾، فإنّ "النهي عن دفعها إلى من لا يحسن تدبيرها، كالنساء والصبيان، ومن هو ضعيف الإدراك لا يهتدي إلى وجوه النفع التي تصلح المال، ولا يتجنب وجوه الضرر التي تملكه وتذهب به"⁽³⁾.

5- قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ﴾ [النساء: 12].
ووجه الدلالة من الآية: أنّ الله عزّ وجلّ استثنى الإضرار، فإذا أقرّ في مرضه بدين لوارث، أو أوصى بأكثر من الثلث قاصدا حرمان الوارث أو نقصه بعض حقه بإبداء هذا المانع من تمام حقه، كان مضاراً، والإضرار ممنوع باتفاق⁽⁴⁾.

6- قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِضَيِّقَاتِ عَلَيْنَّ﴾ [الطلاق: 6].
ووجه الدلالة من الآية: الله عزّ وجلّ "أَتَبَعَ الأَمْرَ بِإِسْكَانِ المَطْلُوقَاتِ بِنَهْيٍ عَنِ الإِضْرَارِ بَهْنٍ فِي شَيْءٍ مَدَّةَ العِدَّةِ مِنْ ضَيْقِ مَحَلٍّ، أَوْ تَقْتِيرٍ فِي الإِنْفَاقِ، أَوْ مَرَاجَعَةٍ يَعْقِبُهَا تَطْلِيقٌ؛ لِتَطْوِيلِ العِدَّةِ عَلَيْنَّ قَصْدًا لِلنَّكَايَةِ وَالتَّشْقِي، أَوْ لِلإِجْلَاءِ إِلَى إِفْتِدَائِهَا مِنْ مَرَاجَعَتِهِ بِخَلْعٍ. وَالضَّارَّةُ¹:

(1) ينظر: ابن عاشور، التحرير والتنوير، 117/3.

(2) ابن رشد الجدد، مسائل أبي الوليد ابن رشد، 288/1.

(3) الشوكاني، فتح القدير، 489/1.

(4) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 81/5؛ والشاطبي، الموافقات، 449/1.

¹ كذا في الأصل، ولعله تصحيف صوابه: المضارة.

الإضرار القوي، فكأنّ المبالغة راجعة إلى النهي لا إلى المنهي عنه، أي: هو نهي شديد. والمراد بالتضييق: التضييق المجازي وهو الحرج والأذى⁽¹⁾.

7- ثانياً - من السنة:

1- قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»⁽²⁾، وهذا الحديث الشريف نص في نفي الضرر وتحريمه، وهو متضمن مستلزم لرفع الضرر، وإزالته بعد وقوعه، لأن المقصد واحد، والغاية متحدة، كما ذكرت قبل قليل.

2- الأحاديث الدالة منع على إيقاع الضرر مثل:

أ- قوله ﷺ: «إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية فتجب لهما النار»⁽³⁾.

ب- ما رواه جابر بن عبد الله ﷺ أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال: إن فلان في حائطي عذقا⁴، وإنه قد آذاني وشقّ علي مكان عذقه، فأرسل إليه النبي ﷺ فقال: «بعني عذقك الذي في حائط فلان». قال: لا، قال: «فهيه لي». قال: لا، قال: «فبعنيه بعذق في الجنة». قال: لا، فقال النبي ﷺ: «ما رأيت الذي هو أبخل منك إلا الذي يبخل بالسلام»⁽⁵⁾.

(1) ابن عاشور، التحرير والتنوير، 327/28.

(2) أخرجه مالك في موطئه، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم: 31، 745/2؛ وابن ماجه في سننه، أبواب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم: 2340، 430/3. قال محققوه: "صحيح لغيره"، وكذلك الألباني في الإرواء والغليل، 414-408/3.

(3) أخرجه الترمذي في سننه، أبواب الوصايا، باب ما جاء في الضرر في الوصية، حديث رقم: 2117، 431/4. قال الترمذي: "هذا حديث حسن غريب".

⁴ العذق بفتح العين هي النخلة بحملها، والعذق بكسر العين العنقود على النخلة. ينظر: الفراهيدي، العين، 148/1

(5) أخرجه أحمد في مسنده، مسند جابر بن عبد الله، حديث رقم: 14517، 393/22. قال محققه أحمد شاكر: "حسن لغيره".

ج- ما رواه أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يمنعن أحدكم جاره أن يغرز خشبه على جداره»⁽¹⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

للقاعدة فروع كثيرة جدا، وهذه بعضها:

- 1- "النهي عن التعدي على النفوس والأموال والأعراض، وعن الغصب والظلم، وكل ما هو في المعنى إضرار أو ضرار، ويدخل تحته الجناية على النفس أو العقل أو النسل أو المال"⁽²⁾.
- 2- ينهى عن التدخين لما فيه من ضرر أثبتته العلم الحديث، ولكونه مهلكا للنفس والمال⁽³⁾.
- 3- النهي عن الرياضات التي تسبب الضرر باللاعب مثل لعبة الملاكمة، وما في معناها من رياضات قتالية، وفنون الصراع، وألعاب السيارات والدراجات، وتسلق القمم العالية؛ فالنشاط الرياضي مباح إلا إذا ألحق الضرر بحياة اللاعبين أو أجسامهم فإنه يجرم⁽⁴⁾.
- 4- كسر السدود والخزانات لتخليص البلاد من الغرق، وإن أدى ذلك إلى غرق بعض العمال⁽⁵⁾.
- 5- جواز قتل البغاة لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ بَغَتِ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَتِلُوا الَّتِي تَبَغَى حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ﴾ [الحجرات:9]، وقتالهم دفع لضررهم على المسلمين⁽⁶⁾.
- 6- لا يجوز تعلم السحر؛ لأن الله أخبر بأنه يضر ولا ينفع في قوله: ﴿وَيَعْلَمُونَ مَا يَضُرُّهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ﴾ [البقرة:102]⁽¹⁾؛

(1) أخرجه أحمد في مسنده، مسند العشرة المبشرين بالجنة، حديث رقم: 7688، 417/7. قال محققه أحمد شاكر: "إسناده صحيح".

(2) الشاطبي، الموافقات، 3/185-186.

(3) ينظر: أسماء السعيد، أثر القواعد الفقهية في الفقه الجنائي، ص369.

(4) ينظر: عبد القادر مهاوات، أحكام الرياضات البدنية في الفقه الإسلامي، ص194.

(5) ينظر: عبد الغفور البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، 1/138.

(6) ينظر: ابن عطية، المحرر الوجيز، 5/148؛ وابن عجيبة، البحر المديد، 5/423.

(1) ينظر: محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، 4/55.

- 7- الساحر يقتل لما يسببه من ضرر للناس، ولو كان ذمياً⁽¹⁾.
- 8- الأصل في حدّ القذف أن يقوم به المقذوف أو أحد ورثته عنه عند فقدته؛ لأنه من يلحقه الضرر بذلك ولا يلحق غيره، وإزالة الضرر واجب⁽²⁾.
- 9- يمنع تصنيع الخمر في البلاد الإسلامية؛ لأن فيها ضرراً محضاً بالعقل والمال⁽³⁾.
- 10- يجوز دفع الصائل -سواء أكان مكلفاً أو صبياً أو مجنوناً أو بهيمة- على النفس أو المال أو الحرم بعد الإنذار ندباً بوعظه وزجره وإنشاد الله عليه لعله ينكفّ، فإن أبا الصول، دفعه بالقتل عمّا قصده من قتل أو هتك حرمة لزناء، بل وإن عن مال، ويجوز قصد قتله ابتداءً إن علم المصول عليه أنه لا يندفع إلا به، وثبت ذلك بيّنة، لا بمجرد قول المصول عليه، إلا أن لا يحضره أحد فيقبل قوله بيمينه، والمراد بالجواز الإذن؛ لأنّ الدفع قد يجب لخوفه على نفسه أو عضوه أو على أهله أو قرابته⁽⁴⁾؟
- 11- إيقاع العقوبة على من يزور قصد الغشّ؛ لأنّ صنيعه فيه ضرر بالمصالح العامة أو بمصلحة شخص، فالضرر عنصر جوهري في جريمة التزوير؛ فإذا ثبت الضرر عوقب المزور دفعا لضرره⁽⁵⁾.
- 12- يعزر المخالف لقوانين السير لإزالة الضرر، كمن يقود سيارته عكس اتجاه السير؛ فيسبب حادثاً يتضرر به غيره⁽⁶⁾.

(1) ينظر: ابن العربي، المسالك، 84/7.

(2) ينظر: القرافي، الذخيرة، 111/12.

(3) ينظر: أسماء السعيد، أثر القواعد الفقهية في الفقه الجنائي، ص 369.

(4) ينظر: عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 206-205/8.

(5) وقد رتب قانون العقوبات الجزائري جملة من العقوبات على المزورين على اختلاف أصنافهم. يراجع ق ع ج المواد من

197-253.

(6) ينظر: عبد الغفور البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، 137/1.

13- روى مطرف عن الإمام مالك أنّ الذين عُرفوا بالفساد والجرم أن يجسهم السلطان في السجون، ويتقلهم بالحديد، ولا يخرجهم منه أبداً، فذلك خير له ولأهلهم وللمسلمين، حتى تظهر توبة أحدهم، وتثبت عند السلطان، فمن صلح وظهرت توبته، أطلقه⁽¹⁾.

14- من خرج إلى شَكِيَّةٍ بغير حق، فإنه يُؤدب؛ ليندفع بذلك أهل الباطل عن فعلهم هذا⁽²⁾.

15- يجوز ضرب التعزير بما لا يُحدث ضرراً بالمعزَّر، كضربه بعضاً وسوط مكسورة الثمرة، أما غير مكسورة الثمرة، فلا يعزَّر بها⁽³⁾.

16- يجوز للحاكم استدامة حبس من تكررت منه الجرائم، ولم ينزجر بالحدود إذا أضر بالناس بجرائمه حتى يموت⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: من مستثنيات القاعدة

1- إقامة القصاص والحدود والتعزيرات كلها جائزة مع ما فيها من ضرر بالمعاقب⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: قاعدة "لا يزال الضرر بضرر"⁽⁶⁾.

الفرع الأول: ألفاظ القاعدة

1- "لا يرفع ضرر بضرر"⁽⁷⁾.

2- "لا يُضَرَّ بأحد لينتفع غيره"⁽⁸⁾.

(1) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 165/2.

(2) ينظر: أبو الأصبغ الغرناطي، ديوان الأحكام الكبرى، ص 575.

(3) ينظر: الونشريسي، المعيار المعرب، 418/2.

(4) ينظر: القرافي، الذخيرة، 41/10.

(5) ينظر: عبد الله الهلالي، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، 167/1.

(6) المازري، شرح التلقين، 359/1/3.

(7) التسولي، البهجة في شرح التحفة، 228 / 2.

(8) المصدر نفسه، 228 / 2.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

هذه القاعدة مقيّدة لقاعدة (الضرر يزال)، وعلل السبكي ذلك بأنه لو أزيل الضرر بالضرر لما صدق (الضرر يزال)⁽¹⁾.

ومعنى القاعدة "أن الضرر يزال في الشرع إلا إذا كانت إزالته لا تيسر إلا بإدخال ضرر مثله على الغير، فحينئذ لا يرفع ولا يزال بضرر مثله، ولا بما هو فوقه بالأولى، فلا يزال ضرر امرئ بارتكاب ضرر امرئ آخر، لأن الخلق كلهم عيال الله، فساوى بينهم في الاحترام. وفي هذه الحالة يجبر الضرر بقدر الإمكان، فإن لم يمكن جبره فإنه يترك على حاله، فيجب إزالة الضرر شرعاً من غير أن يلحق بإزالته ضرر آخر"⁽²⁾، فهي تدعو إلى ضبط الأضرار وحسابها قبل الإقدام على إزالتها⁽³⁾.

الفرع الثالث: دليل القاعدة

1- أحاديث السمع والطاعة لولادة الأمر والتي منها حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: دعانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فبايعناه، فكان فيما أخذ علينا أن بايعنا على السمع والطاعة في منشطنا ومكرهنا، وعسرنا ويسرنا، وأثرة علينا، وأن لا ننازع الأمر أهله، قال: «إلا أن تروا كفراً بواحاً عندكم من الله فيه برهان»⁴.

ووجه الدلالة من الحديث أن الإمام إذا فسق وجار، وكان فسقه كفراً وجب خلعه، وإن كان ما سواه من المعاصي فمذهب أهل السنة أنه لا يُخلع، واحتجوا بظاهر الأحاديث وهي كثيرة، ولأنه قد يؤدي خلعه إلى إراقة الدماء وكشف الحرم؛ فيكون الضرر بذلك أشد من الضرر به⁽¹⁾.

(1) ينظر: السبكي، الأشباه والنظائر، 41/1.

(2) محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 215/1.

(3) ينظر: عبد الله الهلالي، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، 262/1.

⁴ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية وتحريمها في المعصية، حديث رقم: 1470/3، 1709.

(1) ينظر: المازري، المعلم بفوائد مسلم، 53-52/3.

2- عدم تعرّض النبي ﷺ لعبد الله بن أبي ابن سلول وأمثاله من أئمة النفاق والفجور لما لهم من أعوان؛ فيإزالة ضررهم تستلزم ضرراً مثله أو فوقه من غضب قومهم وحميتهم ونفور الناس إذا سمعوا أن رسول الله ﷺ يقتل أصحابه⁽¹⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

1- لا يُعزّب العبدُ ذكراً كان أو أنثى؛ لما يلحق سيّده من الضرر، وكذلك الحرّة لا تغريب عليها؛ لما يخشى عليها من الزنا بسبب ذلك⁽²⁾.

2- لا يجوز لمن أكره بالقتل على قتل نفس مؤمنة بريئة أن يقتلها بغير وجه حقّ؛ لأن الضرر لا يزال بمثله⁽³⁾.

3- لا يجوز للمرغم على تعذيب أخيه أن يفعل ذلك، إلا إذا تسبب امتناعه عن التعذيب بموته هو، أما إن كان التعذيب يؤدي للقتل فإنه يمنع منه أبداً؛ لأنه لا يزال الضرر بمثله أو بأشدّ منه⁽⁴⁾.

4- إن كانت المفاسد التي تترتب على الجراحة أكبر من المفاسد الموجودة في المرض، حرم عليهم الإقدام على فعل الجراحة؛ لأن الشريعة لا تجيز للإنسان أن يزال الضرر بمثله أو بما هو أشدّ⁽⁵⁾.

5- قطع العضو من شخص للتبرع به لآخر فيه إضرار محقق بالشخص المقطوع منه، والمنع من إزالة الضرر بمثله، حيث يزال الضرر عن الشخص المنقول إليه بضرر آخر يلحق الشخص المتبرع⁽¹⁾.

(1) ينظر: الشاطبي، الموافقات، 505/2؛ ومحمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الموطأ، 595/1.

(2) ينظر: الخرشبي، شرح مختصر خليل، 83/8.

(3) ينظر: الصاوي، حاشية على الشرح الصغير، 549/2.

(4) ينظر: عبد الله الهلالي، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، 265/1.

(5) محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، ص124.

(1) ينظر: عزّت عبيد الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، ص32.

6- "لا يجوز من التعزيرات إلا ما أمنت عاقبته غالباً وإلا لم يجوز، وينبغي أن يقتصر على القدر الذي يظن انزجار الجاني به ولا يزيد عليه"⁽¹⁾.

المطلب الثالث: قاعدة "إذا تقابل مكروهان أو محظوران أو ضرران ولم يمكن الخروج عنهما وجب ارتكاب أخفهما"⁽²⁾.

الفرع الأول: ألفاظ القاعدة

1- "أعظم المكروهين أو أَوْلَاهُما بالترك"⁽³⁾.

2- "إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر"⁽⁴⁾.

3- "أصل الشريعة القضاء للعامة على الخاصة"⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

إن الشريعة جاءت لمنع المفساد، فإذا وقعت المفساد فيجب دفعها ما أمكن، وإذا تعذر درء الجميع لزم دفع الأكثر فساداً فالأكثر، لأن القصد تعطيل المفساد وتقليلها بحسب الإمكان، فإذا اضطر إنسان لارتكاب أحد الفعلين الضارين، دون تعيين أحدهما، مع تفاوتهما في الضرر أو المفسدة، لزمه أن يختار أخفهما ضرراً ومفسدة؛ لأن مباشرة المحذور لا تجوز إلا للضرورة، ولا ضرورة في حق الزيادة، والضرورة تقدر بقدرها، ومراعاة أعظم الضررين بإزالته، لأن المفساد تراعى نفيًا، والمصالح تراعى إثباتاً⁽¹⁾.

(1) الونشريسي، المعيار المعرب، 481/1.

(2) الونشريسي، إيضاح المسالك، ص95.

(3) ابن عبد البر، التمهيد، 279/23.

(4) الونشريسي، إيضاح المسالك، ص158.

(5) المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 505/2.

(1) الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة، ص193؛ ومحمد

الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 226/1.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

- 1- قال ﷺ: «من احتكر فهو خاطئ»⁽¹⁾.
- 2- قال ﷺ: «لا تلقوا الركبان للبيع، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا يبيع حاضر لباد، ولا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين، بعد أن يحلبها، إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعا من تمر»⁽²⁾.
- 3- قال ﷺ: «من أكل من هذه الشجرة، فلا يقرب مساجدنا، يؤذينا بريح الثوم»⁽³⁾.
- 4- كان في وفد ثقيف رجل مجذوم، فأرسل إليه النبي ﷺ: «إنا قد بايعناك فارجع»⁽⁴⁾.
- 5- قال ﷺ: «لا عدوى ولا طيرة، ولا هامة ولا صفر، وفرّ من المجذوم كما تفرّ من الأسد»⁽⁵⁾.
- 6- قال ﷺ: «لا يوردن ممرض على مصح»⁽⁶⁾.

ووجه الدلالة من الأحاديث السابقة أنّ نهي النبي ﷺ عن الاحتكار، وتلقي الركبان، وبيع الحاضر للبادي، وعن النجش، ومنع أكل الثوم من المسجد، والنهي عن مخالطة المجذوم، كلّ ذلك دفعا لأعظم الضررين، وأكبر المفسدتين بارتكاب أحقهما، والأخذ بأهونهما⁽⁷⁾.

(1) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار في الأقوات، حديث رقم: 1605، 1227/3.

(2) أخرجه مالك في موطنه، كتاب البيوع، باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة، حديث رقم: 96، 683/2.

(3) أخرجه مالك في موطنه، كتاب وقوت الصلاة، باب النهي عن دخول المسجد بريح الثوم وتغطية الفم، حديث رقم: 17/1، 30.

(4) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب السلام، باب اجتناب المجذوم ونحوه، حديث رقم: 2231، 1752/4.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب الجذام، حديث رقم: 5707، 126/7.

(6) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الطب، باب لا هامة، حديث رقم: 5770، 138/7؛ وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب السلام، باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر ولا نوء ولا غول ولا يورد ممرض على مصح، حديث رقم: 2221، 1743/4.

(7) ينظر: الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص153.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

- 1- العراف، والضارب على الخط، والساحر الذي لم تتوفر في حقه من البيئة ما يقام به عليه الحدّ يؤدّبون ويعاقبون بالحبس، أو النفي إلى مكان لا يقدرّون فيه على خداع الناس، حماية للعمامة من أذاهم⁽¹⁾.
- 2- إذا خيّر بين القتل والزنا، أو القتل وشرب الخمر، أو الموت وأكل مال الغير، ولا يمكنه الفكّك من أحدهما، فالمخلص حينئذ ارتكاب أحفهما قليلا للفساد ما أمكن⁽²⁾.
- 3- إذا كان بالبلد دواب اشتهرت بالعدو في زرع الناس وإفسادها، فإنها تباع على أصحابها بموضع لا زرع يخاف عليه منها، لنفي الضرر الأكبر بالضرر الأصغر؛ فإن تعذر طلب من أصحابها أن يتولوا حفظها، وإلا ضمنوا ما أفسدته⁽³⁾.
- 4- ينبغي للإمام أن يمنع من عرف بإصابة العين من مخالطة الناس، وأن يلزمه بيته، ويكف أذاه عنهم، وإن كان فقيرا أجرى عليه ما يكفيه، لأن ضرره أشد من ضرر أكل الثوم الذي منع من المسجد، ومن ضرر الدواب العادية في الزرع التي أمر بتغريبها وبيعها⁽⁴⁾.
- 5- يرخص في الزنا للمرأة التي لا تجد ما يسدّ رمقها، وخافت على نفسها الهلاك، إذا لم تجد سبيلا غيره⁽⁵⁾.

(1) الونشريسي، المعيار المغرب، 1/473؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص163.

(2) خليل، التوضيح، 8/331؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة، ص193.

(3) التسولي، البهجة في شرح التحفة، 2/559؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص162.

(4) الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص163.

(5) ينظر: عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 4/155؛ والتسولي، البهجة في شرح التحفة، 1/376.

- 6- وجوب قتل قاطع الطريق إذا قتل بأي كيفية كانت، ولا يقبل عفو أولياء الدم؛ دفعا للضرر العام⁽¹⁾.
- 7- جواز رمي كفار تترسوا بالأسرى من المسلمين أو نسائهم أو صبيانهم؛ لدفع ضرر زحفهم عن العموم⁽²⁾.
- 8- قتل الساحر المضّرّ والزنديق المضلّ؛ لأن الأول يفتن الناس، والثاني يدعوهم إلى الكفر ويهدم دينهم؛ فيتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام⁽³⁾.
- 9- جواز شقّ بطن المرأة الميتة لإخراج ولدها إذا كانت تُرجى حياته على مذهب سحنون⁽⁴⁾.
- 10- إذا أمكن الهرب من الصائل من غير مضرة تحصل، لم يجز للمصول عليه قتل الصائل ولا جرحه؛ ارتكابا لأحفّ الضررين⁽⁵⁾.
- 11- أجاز مالك أكل الميتة للمضطر مع وجود طعام للغير إذا خاف من اتهام الناس له بالسرقة، وعدم تصديقهم له، أما إذا أمن من التهمة أكل من الطعام ما يردّ جوعه ولا يحمل منه شيئاً⁽⁶⁾.
- 12- من لدغته أفعى في يده مثلاً، وكان يرجو الحياة بقطع هاتيه اليد قبل سريان السمّ فيه، فإنه يجب عليه قطعها⁽⁷⁾.
- 13- جواز شقّ بطن المرأة الميتة لإخراج ولدها إذا كانت تُرجى حياته بناءً على مذهب سحنون⁽⁸⁾.

(1) ينظر: عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 193/8؛ والدردير، الشرح الكبير، 350/4.

(2) ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 318/1؛ وابن بزيرة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، 597/1.

(3) ينظر: الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، 161-158/3.

(4) ينظر: ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 1054/3.

(5) ينظر: القرافي، الفروق، 210/4؛ وعليش، منح الخليل، 369/9.

(6) ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 229/2.

(7) ينظر: عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 49/3.

(8) ينظر: ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 1054/3.

المطلب الرابع: قاعدة "درء المفسد مقدم على جلب المصالح"⁽¹⁾.

الفرع الأول: ألفاظ القاعدة

- 1- "الاهتمام بدفع المفسدة أشد من الاهتمام بحصول المصالح"⁽²⁾.
- 2- "دفع المفسد أهم من تحصيل المصالح"⁽³⁾.
- 3- "دفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة"⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

اعتناء الشرع بدرء المفسد أشد من اعتنائه بجلب المصالح، ولذلك شدد في المنهيات؛ فأمر باجتنابها وحسم بابها، دون أن يعطي فيها عذرا أو رخصة، فلم يكلها إلى استطاعة المكلف، وكلف في المأمورات بالاستطاعة، ورخص فيها لأصحاب الأعذار. فإذا تقابل الواجب والمحرم، أو المكروه والمندوب، ولم يترجح الواجب أو المندوب فقدم درء المفسدة، فعُلب المحرم والمكروه، لكن التقديم مشروط بالألا يؤدي درء المفسدة إلى مفسدة⁽⁵⁾. قال القرافي: "إذا تعارض المحرم وغيره من الأحكام الأربعة فقدم المحرم لوجهين: أحدهما أن المحرم لا يكون إلا لمفسدة، وعناية الشرع والعقلاء بدرء المفسد أشد من عنايتهم بتحصيل المصالح، ولأن تقديم المحرم يفضي إلى موافقة الأصل وهو الترك"⁽⁶⁾.

الفرع الثالث: دليل القاعدة

- 1- قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعَةٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ [البقرة: 219]

(1) الونشريسي، إيضاح المسالك، ص 89.

(2) شمس الدين الأصفهاني، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، 3/383.

(3) المصدر نفسه، 3/392.

(4) محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الموطأ، 1/553.

(5) ينظر: الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص 132.

(6) القرافي، الذخيرة، 1/288.

ووجه الدلالة من الآية أن الله تعالى حرّم ما إثمه أكبر من نفعه، وضرره راجح، وصلاحه مرجوح⁽¹⁾، والوجه في ذكر منافع الخمر والميسر مع أن سياق التحريم والتمهيد إليه يقتضي تناسي المنافع هو بيان حكمة التشريع؛ ليعتاد المسلمون مراعاة علل الأشياء، فإن الخمر قد اشتهر بين أهل الزمان الأول نفعها، والميسر قد اتخذوه ذريعة لنفع الفقراء، فوجب بيان ما فيهما من المفاسد إنباءً بحكمة التحريم⁽²⁾.

قال العز بن عبد السلام: "حرمهما؛ لأن مفسدتهما أكبر من منفعتهما. أما منفعة الخمر فبالتجارة ونحوها، وأما منفعة الميسر فيما يأخذه القامر من المقمور، وأما مفسدة الخمر فبإزالتها العقول، وما تحدّثه من العداوة والبغضاء والصدّ عن ذكر الله وعن الصلاة، وأما مفسدة القمار فبإيقاع العداوة والبغضاء والصدّ عن ذكر الله وعن الصلاة. وهذه مفاسد عظيمة لا نسبة للمنافع المذكورة إليها"⁽³⁾.

2- عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «دعوني ما تركتكم، إنما هلك من كان قبلكم بسؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: أنّ ظاهر الحديث يرشد إلى تشدد الشارع في المنهيات أكثر من تشدده في المأمورات، حيث أمر الرسول صلى الله عليه وسلم باجتنب المنهيات بإطلاق، أما المأمورات فقد جعلها منوطة بالاستطاعة، ولما كانت المفاسد داخلية في المنهيات، والمصالح داخلية في المأمورات اقتضى هذا تقديم دفع المفاسد على جلب المصالح، لأن المنهيات أكد في اعتبار الشارع من

(1) ينظر: الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص153.

(2) ينظر: ابن عاشور، التحرير والتنوير، 350/2.

(3) عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، 98/1.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم، حديث رقم: 7288، 94/9.

المأمورات⁽¹⁾.

3- عن عائشة رضي الله عنها قالت: "سألت النبي ﷺ عن الجدر أمن البيت هو؟ قال: «نعم». قلت: فما لهم لم يدخلوه في البيت؟ قال: «إن قومك قصرت بهم النفقة». قلت: فما شأن بابه مرتفعاً؟ قال: «فعل ذلك قومك، ليدخلوا من شاءوا ويمنعوا من شاءوا، ولولا أن قومك حديث عهدهم بالجاهلية، فأخاف أن تنكر قلوبهم، أن أدخل الجدر في البيت، وأن ألصق بابه بالأرض»⁽²⁾.

ووجه الدلالة في هذا الحديث: أن الرسول ﷺ قد ترك المصلحة، وهو إعادة البيت على قواعد سيدنا إبراهيم عليه السلام، التفاتاً منه إلى ما يحيط به من المفسدة، وهي نفور العرب وإحاش قلوبهم، وفي هذا تقديم لدرء المفسدة على جلب المصلحة. قال الزرقاني³: "فيه ترك ما هو صوابٌ خوف وقوع مفسدة أشد، واستئلاف الناس إلى الإيمان، واجتناب ولي الأمر ما يتسارع الناس إلى إنكاره، وما يخشى منه تولد الضرر عليهم في دين أو دنيا، وتألف قلوبهم بما لا يترك فيه أمر واجب، كمساعدتهم على ترك الزكاة وشبه ذلك، وفيه تقديم الأهم فالأهم من دفع المفسدة، وجلب المصلحة، وأتھما إذا تعارضا بدئ برفع المفسدة"⁽⁴⁾.

4- عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: "إياكم والجلوس على الطرقات"، فقالوا: ما لنا بدّ، إنما هي مجالسنا نتحدث فيها، قال: "فإذا أبيتم إلا المجالس، فأعطوا

⁽¹⁾ ينظر: القنازعي، تفسير الموطأ، 244/1؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص132.

⁽²⁾ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحج، باب فضل مكة وبنائها، حديث رقم: 1584، 146/2.

³ هو أبو عبد الله محمد بن عبد الباقي الزرقاني، محدث الديار المصرية، أخذ العلم عن والده وعلي الأجهوري والخرشي. من تأليفه: "شرح على المواهب اللدنية"، و"شرح الموطأ"، و"شرح البيقونية". توفي بمصر سنة 1122هـ. ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 460/1؛ وعبد الحي الكتاني، فهرس الفهارس، 456/1-457.

⁽⁴⁾ محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الموطأ، 448/2.

الطريق حقها"، قالوا: وما حق الطريق؟ قال: "غض البصر، وكف الأذى، ورد السلام، وأمر بالمعروف، ونهي عن المنكر"⁽¹⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: "أن دفع المفسدة أولى من جلب المصلحة لندبه أولاً إلى ترك الجلوس مع ما فيه من الأجر لمن عمل بحق الطريق وذلك أن الاحتياط لطلب السلامة أكد من الطمع في الزيادة"⁽²⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

1- قتل الرجل بالمرأة، فإبقاء الرجال فيه مصلحة في القيام بأمور لا يستطيعها النساء كالجهاد مثلاً، ولكن عدم القصاص يجعل الرجال يتساهلون في قتل النساء، فكان الاقتصاص من الرجال إعمالاً للقاعدة⁽³⁾.

2- لا يُقتص من المرأة الحامل حتى تضع حملها؛ لأن حملها له حق وحرمة، وإن عجل قتلها مات بموتها، بغير ذنب اقترفه. وإن كان الاقتصاص منها عاجلاً فيه مصلحة إقامة هذه الشعيرة، ولكن عارضته مفسدة تضرر الحمل؛ فقدم درء المفسدة عن جلب المصلحة⁽⁴⁾.

3- تأخير القصاص من المرضع حتى يستغني عنها وليدها بوجود مرضع غيرها أو بالفطام إن لم توجد مرضع غيرها، وقد أُخّر القصاص عنها على الرغم من ما في إقامة القصاص من مصلحة إقامة هاته الشعيرة عاجلاً، ولكنها معارضة بمفسدة هلاك الرضيع⁽⁵⁾.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المظالم، باب أفنية الدور والجلوس فيها والجلوس على الصعدات، حديث رقم: 2465، 132/3؛ وأخرجه كذلك في كتاب الاستئذان، باب (هكذا دون عنوان)، حديث رقم: 6229، 51/8.

(2) ابن حجر، فتح الباري، 113/5.

(3) ينظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 182/4-183؛ وسليمان بن محمد الفيقي، التطبيقات الفقهية لقاعدة درء المفسد مقدم على جلب المصالح في كتاب الجنائيات، ص56.

(4) ينظر: الباجي، المنتقى، 82/7؛ وسليمان بن محمد الفيقي، التطبيقات الفقهية لقاعدة درء المفسد مقدم على جلب المصالح في كتاب الجنائيات، ص60.

(5) عليش، منح الجليل، 74/9؛ وسليمان بن محمد الفيقي، التطبيقات الفقهية لقاعدة درء المفسد مقدم على جلب المصالح في كتاب الجنائيات، ص60.

- 4- قيام وليّ الدم باستيفاء حقّه من الجاني دون حضور السلطان أو نائبه يحوي مصلحة أخذ الحقّ من الجاني، ولكنه معارض بمفاسد منها: الافتيات على السلطان، وقد يُقتصّر ممن لا يجب في حقّه القصاص، فكان درء المفسدة مقدما على جلب المصلحة⁽¹⁾.
- 5- "قال مالك: ولا يقاد من أحد حتى تبرأ جراح صاحبه؛ فيقاد منه، فإن جاء جرح المستقاد منه مثل جرح الأول حين يصحّ، فهو القود. وإن زاد جرح المستقاد منه أو مات، فليس على المجرّح الأول المستقيد شيءٌ. وإن برأ جرح المستقاد منه وشلّ المجرّح الأول أو برأت جراحه وبها عيب أو نقص أو عثل²، فإن المستقاد منه لا يكسر الثانية، ولا يقاد بجرحه. قال: ولكنه يعقل له بقدر ما نقص من يد الأول أو فسد منها والجراح في الجسد على مثل ذلك"⁽³⁾، وقد قُدّم درء مفسدة السراية على مصلحة تعجيل استيفاء القصاص⁽⁴⁾.
- 6- إذا وجب الحد على ضعيف الجسم، وخيف عليه الموت، فإنّ الحد يسقط عنه، ولكن يعاقب ويسجن، وإن كان وجب في حقّه القطع عن قصاص، فإنه يُرجع للدية⁽⁵⁾.
- 7- إذا كان الخروج على الإمام الجائر سببًا في مفاسد تزيد على مصلحته بأن يؤدي إلى زيادة الظلم، ووقوع الفتن، وإراقة الدماء، والإمعان في البغي والتسلط، فدفع هذه المفاسد مقدم في الاعتبار إذا كانت المصلحة المرجوة بالخروج بعيدة المنال وصعبة التحقق. جاء في التمهيد: "الصبر على طاعة الجائرين من الأئمة أولى من الخروج عليه؛ لأن في منازعته والخروج عليه استبدال الأمن بالخوف، ولأن ذلك يحمل على هراق الدماء وشنّ الغارات والفساد في الأرض،

(1) ينظر: البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، 609/4؛ والخرشي، شرح مختصر خليل، 5/8؛ وسليمان بن محمد الفيغي، التطبيقات الفقهية لقاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المصالح في كتاب الجنائيات، ص 67.

(2) العثل هو الذي جبر من كسر وفيه عقدة. ينظر: الفراهيدي، العين، 258/2.

(3) ابن عبد البر، الاستذكار، 186/8.

(4) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 437/13؛ والباجي، المنتقى، 130/7.

(5) ينظر: اللخمي، التبصرة، 6124/13، 6216/13؛ والمواق، التاج والإكليل، 325/8.

وذلك أعظم من الصبر على جوره وفسقه. والأصول تشهد والعقل والدين أن أعظم المكروهين أولاهما بالترك"⁽¹⁾.

8- تجلد المرأة وهي جالسة مشدودا عليها ثيابها، ويُقدّم درء مفسدة تكشفها أثناء إقامة الحدّ على مصلحة إيقاع الألم⁽²⁾.

9- لا تُعزّب المرأة البكر إذا زنت؛ لأنّ تغريبها وإن كان فيه مصلحة إيقاع العقوبة عليها بتمامها مثلها مثل الرجل، إلا أنّه احتفّ بالمصلحة مفاصد أخرى؛ ففي تغريبها تعريض للهلك الذي هو ضدّ الصيانة، ومواقعة مثل ما عُزّبت من أجله، وذلك إغراء لا ردع وزجر، فامتنع لهذا التناقض إيجاب التغريب على المرأة، ومفسدة معاقبة محرّمها المصاحب لها دون ذنب اقترفه، فُقدّم درء المفسدة على جلب المصلحة⁽³⁾.

10- من سرق في شدة البرد أو الحرّ؛ فخيّف عليه الموت إن قطعت يده، فليؤخره الإمام إلى بعد ذلك⁽⁴⁾.

11- لا يُقام حدّ السرقة عام الجماعة؛ لأنّ في إقامته مفاصد منها: خوف الهلاك بسبب الجوع، وكون الناس يكثر فيهم السراق من أجل الأكل⁽⁵⁾.

12- إن كان المفتي من أهل الاجتهاد والنظر لم يلزمه ضمان ما ذهب بسبب فتياه، إذ لو ضُمّن لامتنع عن الإفتاء، وهذه مفسدة كبرى يجب درؤها، أما إن كان ليس من أهل الاجتهاد، فإنه يضمن ما تلف بسبب فتياه، ويجب على الحاكم التخليص عليه إذا قامت البيئة بذلك عنده، وتضمنين ومعاقبة المفتي غير المجتهد من باب درء مفسدة التقوّل على الله بغير علم⁽¹⁾.

(1) ابن عبد البر، التمهيد، 279/23.

(2) ينظر: ابن العربي، عارضة الأحوذى، 213/6.

(3) ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 855/2؛ وابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 328/22.

(4) ينظر: سحنون، المدونة، 548/4؛ وابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 243/22.

(5) ينظر: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 7/7.

(1) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 303/2.

13- لا يضمن من أقام الحدّ على الوجه المشروع، ولو تسبب في تلف الم حدود؛ لأن تضمين مقيم الحدّ يترتب عليه تعطيل الحدود، وهذه مفسدة يجب درؤها⁽¹⁾.

⁽¹⁾ ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، ص1370؛ وابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 1180/3.

المبحث الخامس

قواعد العادة والعرف

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: قاعدة "العادة محكمة"

المطلب الثاني: قاعدة "العادة كالشاهد الواحد أو الشاهدين"

المطلب الأول: قاعدة "العادة محكمة"⁽¹⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

- 1- "الأحكام تجري على العادة"⁽²⁾.
- 2- "العرف سنة محكوم بها"⁽³⁾.
- 3- "الأحكام تدور مع الأعراف ومقاصد الناس"⁽⁴⁾.
- 4- "مسائل الفقه يجري الحكم فيها على مقصود أهل العرف"⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

العادة من الفعل "عاد" إذا رجع، وتعود الشيء وعاده وعاوده معاودة وعودا، واعتاده واستعاده وأعادته: أي صار عادةً له، ويدل معنى العود على الاستمرار والتّماذي في شيء حتى يصير له سجية؛ وقد سُميت بذلك؛ لأن صاحبها يعاودها، أي: يرجع إليها مرة بعد أخرى⁽⁶⁾، وقد عرفها القرافي بأنها: "غلبة معنى من المعاني على الناس"⁽⁷⁾.

ومحكمة "اسم مفعول من التحكيم، ومعنى التحكيم القضاء والفصل بين الناس"⁽⁸⁾، ومعنى القاعدة "أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكما لإثبات حكم شرعي لم ينص على خلافه بخصوصه، فلو لم يرد نص يخالفها أصلا، أو ورد ولكن عاما، فإن العادة تعتبر"⁽¹⁾، وبعبارة أخرى: "أن العادة في الاعتبار الشرعي حاكمة تخضع لها أحكام التصرفات، فتثبت

(1) الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير للدردير، 2/4؛ وعليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، 159/2.

(2) ابن العربي، عارضة الأهودي، 31/6.

(3) التسولي، البهجة في شرح التحفة، 433/1.

(4) المصدر نفسه، 101/2.

(5) الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى، 346/4.

(6) ينظر: ابن فارس، مقاييس اللغة، 184-181/4؛ وابن منظور، لسان العرب، 315/3-324.

(7) القرافي، الذخيرة، 151/1.

(8) البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ص 273.

(1) أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 219.

تلك الأحكام على وفق ما تقتضي به العادة أو العرف إذا لم يكن هناك نص شرعي مخالف لتلك العادة⁽¹⁾.

وقريب من العادة مصطلح العرف و"هو ما سار عليه أكثر الناس، واستمروا عليه في جميع البلدان أو في بعضها، سواء أكان ذلك في جميع العصور أم في عصر معيّن"⁽²⁾.

هذا، وإن جمهور المالكية لم يفرقوا بين العرف والعادة⁽³⁾، وهما من أصول مالك⁽⁴⁾.

وعرف ابن عطية العرف بأنه: "ما عرفته النفوس مما لا تردده الشريعة"⁽⁵⁾.

ومما له علاقة بالعادة والعرف مصطلح "ما جرى به العمل" والمقصود بالعمل "هو العدول عن القول الراجح والمشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها رعيًا لمصلحة الأمة، وما تقتضيه حالتها الاجتماعية، أو هو اختيار قول ضعيف والحكم والإفتاء به، وتماثل الحكام والمفتين بعد اختياره على العمل به لسبب اقتضى ذلك"⁽⁶⁾.

والفرق بينهما أن ما جرى به العمل هو حكم الأئمة بقول ضعيف أو شاذّ، واستمرار حكمهم به، والعرف عمل العامة من غير استناد لحكم من قول أو فعل⁽⁷⁾.

الفرع الثالث: أدلة القاعدة

تستند هذه القاعدة الفقهية إلى نصوص كثيرة أهمها:

أولاً- من القرآن الكريم:

1- قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۝﴾ [البقرة: 233]

(1) بلقاسم قراري، القواعد الفقهية من خلال كتاب المعونة على مذهب عالم المدينة، ص 278.

(2) فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك- أدلته العقلية، 488/2.

(3) ينظر: ابن العربي، القبس، 788/2؛ والقراي، شرح تنقيح الفصول، ص 211؛ والولائي، نيل السؤل على مرتقى الوصول، ص 198.

(4) قال ابن العربي: "إن العادة إذا جرت أكسبت علما، ورفعت جهلا، وهؤنت صعبًا، وهي أصل من أصول مالك، وأباها سائر العلماء لفظًا، ويرجعون إليها على القياس معنى". القبس، 819/2.

(5) ابن عطية، المحرر الوجيز، 491/2.

(6) عمر الجليدي، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، ص 181.

(7) ينظر: كمال الدين جعيط، العرف (مقال)، 3016/4/5.

ووجه الدلالة من الآية: "أي بالمتعارف في عرف الشرع من غير تفريط ولا إفراط"⁽¹⁾.

2- قوله تعالى: ﴿وَلَمَّا طَلَقَتْ مَتَعُ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 241]

ووجه الدلالة من الآية: "قدر المتعة لا تحديد فيه شرعا لقوله تعالى: على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، فإن توافقا على قدر معين فالأمر واضح، وإن اختلفا فالحاكم يجتهد في تحقيق المناط"⁽²⁾، وجاء في التفسير الوسيط: "أي يكون حسب العرف بين الناس، وبحيث

يكون على نحو ما قال الله: ﴿وَمَتَّعُوهُمْ عَلَىٰ أَلْوَسِيعِ قَدَرِهِمْ وَعَلَىٰ الْاَمْتَقَرِّ قَدَرِهِمْ﴾ [البقرة: 236]"⁽³⁾.

3- قوله تعالى: ﴿فَكَفَّرْنَاهُ بِإِطْعَامِ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كَسَوْتُهُمْ

أَوْ تَحْرِيرِ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة: 89]

ووجه الدلالة من الآية: أن "الإنفاق... ليس له تقدير شرعي، وإنما أحاله الله سبحانه على العادة، وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام؛ وقد أحاله الله على العادة فيه في الكفارة"⁽⁴⁾.

4- قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [الأعراف: 199]

قال القراني في وجه الدلالة من الآية: "فكل ما شهدت به العادة قضي به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بينة"⁽⁵⁾، وقال القرطبي: "والعرف والمعروف والعارفة: كل خصلة حسنة ترضيها العقول، وتطمئن إليها النفوس"⁽⁶⁾.

ثانيا- من السنة النبوية:

1- قوله ﷺ لهند بنت عتبة: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁽¹⁾.

(1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 3/163.

(2) محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، 1/152.

(3) مجموعة من العلماء، التفسير الوسيط، 1/410.

(4) ابن العربي، أحكام القرآن، 4/289.

(5) القراني، الفروق، 3/149.

(6) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 7/346.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب القضاء على الغائب، حديث رقم: 7180، 71/9.

ووجه الدلالة من الحديث أنه "مما يدل على أن العرف سنة جارية قوله ﷺ لهند: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"؛ فأطلق لها أن تأخذ من متاع زوجها ما تعلم أن نفسه تطيب لها بمثله"⁽¹⁾.

2- قوله ﷺ: "الوزنُ وزنُ أهلِ مكة، والمكيالُ مكيالُ أهلِ المدينة"⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنه "للأقطار والأمصار عرف في المكيالات والموزونات والمعدودات تختلف باختلاف العادات"⁽³⁾، و"أهل المدينة لما كانوا أهل نخيل وزرع اعتبر عادتهم في مقدار الكيل، وأهل مكة كانوا أهل متاجر فاعتبرت عادتهم في الوزن، والمراد بذلك فيما يتقدر شرعا، كنصب الزكوات، ومقدار الديات، زكاة الفطر، والكفارات، ونحو ذلك"⁽⁴⁾.

3- حديث محيصة ﷺ أنّ "ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدت فيه؛ ففضى رسول الله ﷺ: «أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها»"⁽⁵⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنه "يريد -والله أعلم- أحد معنيين، إما أن ذلك واجب عليهم بالشرع لما نهي عنه من إفساد الأموال وتضييعها، فلما وجب لذلك حفظ الزروع التي هي معظم الأقوات، وسبب المعاش، كان حفظها بالنهار يلزم أرباب الزروع، ولا يلزمهم ذلك بالليل؛ لأنه وقت راحتهم ونومهم وسكونهم، وليس بوقت رعي للماشية في غالب الحال، والوجه الثاني: أن أهل الزرع إن أرادوا حفظ زروعهم ودفع الضرر عنها، فإن عليهم ذلك بالنهار؛ لما جرت العادة به من رعي المواشي بالنهار، ولا بد مع ذلك من الأعمال، وليس كل أحد له من يرعى ناقته ودابته، فإن منعها الرعي أضر بها، وإن أراد الحفظ لها لم يمكنه ذلك؛

(1) ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 334/6.

(2) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في قول النبي ﷺ: "المكيال مكيال أهل المدينة"، حديث رقم: 3340، 227/5. قال محققاه شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي: "إسناده صحيح".

(3) ابن العربي، القبس، 824/2.

(4) العلاتي، المجموع المذهب، 404/2.

(5) أخرجه مالك في موطنه، كتاب الأفضية، باب القضاء في الضواري والحريسة، حديث رقم: 37، 747/2.

لعدم من يحفظ له⁽¹⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

1- يُرجع إلى العرف في الآلات المستعملة في القتل، إذ من شرط القتل العمد أن يكون بألة تقتل غالباً من محدد أو مثقل⁽²⁾.

2- لا تقتل المرأة في الحراسة إذا جرى منها الإنذار بالصّياح أو شيء مثله؛ لأنّ الحراسة على الأمن، وليست من باب المدافعة، وهو ممّا يمكن النّساء والصّبيان فعله، كالنّظر والمراعاة، ولا يستباح قتل هذين الصّنفين بما جرت العادة لهم بفعله، وأنّما يستباح قتلهم بالقتال والمدافعة اللّتين ينفرد بهما الرّجال غالباً⁽³⁾.

3- يُرجع إلى معرفة ما هو حرز وما ليس بحرز في السرقة إلى العرف⁽⁴⁾.

4- يُعتبر في ألفاظ الكنايات في حدّ القذف العرف، ويختلف ذلك بحسب الأعصار والأمصار، وبهذا يظهر أن ذات الراية ومُنزلة الركبان لا يوجب حداً، وأنه إن اشتهر لفظ أحدهما لا يوجب حداً، إلا في القذف أوجب الحدّ⁽⁵⁾. جاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد: "قال مالك وأصحابه: في التعريض الحدّ... وعمدة مالك أن الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح، وإن كان اللفظ فيها مستعملاً في غير موضعه، أعني: مقولاً بالاستعارة"⁽⁶⁾.

5- الدار إذا كانت مشتركة، وأخرج السارق المتاع من البيت إلى صحن الدار يقطع، وكذلك إذا سرق من يسكن أحد هذه البيوت من بيت آخر في الدار نفسها يُقَطَّع؛ لأنّ البيت في الدار المشتركة حرز⁽¹⁾.

(1) الباجي، المنتقى، 62/6.

(2) ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 184/2؛ وأسماء السعيد، أثر القواعد الفقهية في الفقه الجنائي، ص 419.

(3) ينظر: ابن العربي، المسالك، 31/5.

(4) ينظر: الإمام مالك، الموطأ، 836/2؛ وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 233/4.

(5) القرافي، الذخيرة، 96/12-97؛ والدردير، الشرح الكبير، 329/4.

(6) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 224/4.

(1) ينظر: ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 134-128/22؛ وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،

- 6- إذا سرق أحد الزوجين من الآخر مالا، وكان المسروق في الحرز الذي يسكنان فيه، ولا يختص به أحدهما دون الآخر، ولم يحزره عنه، أنه لا يقطع في هذا، أما إذا سرق أحدهما من حرز يختص به الآخر، أو شيئا أحزره عنه، فإنه يجب القطع⁽¹⁾.
- 7- يمكن أن يقال بأن إيقاف السيارة أمام المنزل أو في موقف مناسب لمثلها مقفلة الأبواب يعدّ حرزا لها، بشرط عدم التفريط والإهمال، وعلى هذا جرت عادة الناس في هذه الأيام، ويترب على ذلك أن سرقتها من هذه الأماكن هي سرقة لها من حرزها تستوجب القطع⁽²⁾.
- 8- إذا ظنّ السارق أنّ الثوب المسروق -الذي لا يساوي نصابا- فارغا، فإذا فيه نصاب القطع، فُطع إن كان مثل هذا الثوب يوضع فيه المال عادة، أما إذا سرق خشبة أو حجرا -مثلا- يظنه فارغا، فإذا فيه نصاب القطع مخبئا، فلا يقطع؛ لأن مثل هذه الأشياء من خشبة أو حجر لا يجعل فيه المال عادة، إلا أن تكون قيمة تلك الخشبة أو الحجر في حدّ ذاته تساوي نصابا، فيقطع في قيمتها لا على ما فيها من مال⁽³⁾.
- 9- يمكن أن يقال إن سرقة التيار الكهربائي موجبة للقطع إذا بلغ المسروق قيمة نصاب السرقة ربع دينار ذهبي؛ لأن العرف العام أن الكهرباء مالا متقوما⁽⁴⁾.

.233/4

(1) ينظر: القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، 230/6؛ وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،

.234/4

(2) ينظر: حسين الشهراني، أحكام السرقة المتعلقة بالسيارات (مقال)، ص 88-89؛ وخالد الجريد، حرز السيارات صورته وأحكامه (مقال)، ص 58-59.

(3) ينظر: عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 165/8-166.

(4) ينظر: أحمد بن رفاع المطيري، العرف في التشريع الجنائي، ص 73.

- 10- الاسم التجاري والعنوان التجاري والعلامة التجارية وحق التأليف والاختراع أو الابتكار هي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يُعتدُّ بها شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها⁽¹⁾.
- 11- للعرف أثر في بيان حجم ونوع التعازير، وذلك لأنها عقوبات تقديرية تختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص وفق الأعراف السائدة في كل البلد⁽²⁾.
- 12- لا تُسمع الدعوى التي يقضي العرف بكذبها، كمن ادعى على صالح أنه غصبه، وكامرأة ادّعت على صالح أنه زنى بها⁽³⁾.
- 13- إن حفر شخص حفرةً في موضع جرت العادة الحفر في مثله، فإنه لا يضمن ما وقع فيها، أما إن تعدّى في الحفر ضمن⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: قاعدة "العادة كالشاهد الواحد أو كالشاهدين؟"⁽⁵⁾

الفرع الأول: من أَلْفَاظِ الْقَاعِدَةِ

- 1- العرف يقوم مقام الشاهد⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة ودليلها

هناك مسائل يعدّ العرف والعادة فيها كالشاهد الواحد، بحيث أن من شهد له العرف يحكم له مع يمينه، ويدلّ لهذا الأصل حديث: «قضى أن اليمين على المدعى عليه»⁽¹⁾،

⁽¹⁾ ينظر: قرار رقم: 05 لجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته الخامسة بالكويت من 1-6/05/1409 هـ إلى 10-15/12/1988 م. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 2579/3/5.

⁽²⁾ يقول القرافي: "فربّ تعزير في عصر يكون إكراماً في عصر آخر وربّ تعزير في بلاد يكون إكراماً في بلد آخر كقلع الطيلسان بمصر تعزير وفي الشام إكرام وككشف الرأس عند الأندلس ليس هواناً وبالعراق ومصر هوان". ينظر: الفروق، 209/4.

⁽³⁾ ينظر: ابن جزّي، القوانين الفقهية، ص 198.

⁽⁴⁾ ينظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 200/4.

⁽⁵⁾ التسولي، البهجة في شرح التحفة، 606/1. وصاغها الونشريسي بالاستفهام مؤدناً بتساوي الطرفين في الخلاف في المذهب فيها. ينظر: إيضاح المسالك، ص 168.

⁽⁶⁾ ينظر: التسولي، البهجة في شرح التحفة، 576/2.

⁽¹⁾ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الرهن، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، فالبينة على المدعي، واليمين على

فالمدعى عليه عند خلوّ الدعوى عن البيّنة، يحكم له بالبراءة من الدعوى بيمينه؛ لأنّ العادة والعرف إلى جانبه، حيث إن الأصل براءة، فأقيم العرف في حقّه مقام الشاهد الواحد، والشاهد الواحد يُحكم به مع اليمين.

وهناك مسائل أخرى يُعدّ العرف فيها كالشاهدين ولا يُلزم باليمين، والدليل على ذلك حديث اللقطة⁽¹⁾، فقد حكم النبي ﷺ بها لمن ذكر العفص والوكاء من غير يمين؛ لأنّ العرف يشهد بصدق من ذكر العفص والوكاء، ولم يجوه إلى يمين، فكان العرف في حقّه كالشاهدين⁽²⁾.

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة

1- الشخص المشهور بين الناس بالسرقة والظلم يُحكم عليه بالغرم بعد أن يحلف المدعي على أنه قد ضاع له ما ادّعاه على السارق من متاع، وأنه يتهمه به، ولا يحتاج إلى بيّنة؛ لأنّ اشتهاره بالسرقة شاهد عرفي أقوى من البيّنة الناطقة⁽³⁾.

2- البكر إذا وجدت تبكي متعلقة برجل وهي تدمي، فإنه يتقرر لها منه الصداق، قيل بيمين بناءً على أن العادة كالشاهد، وقيل بغير يمين بناءً على أنها كالشاهدين، فإن العادة تحكم أن المرأة لا تفضح نفسها بتعلقها برجل تدعي أنه نال منها لو لم تكن صادقة، وثبت الصداق ولم يثبت الحد؛ لأنّ الشرع جعل لإثبات الحقوق المالية طرقاً غير إثبات الزنا⁽⁴⁾.

المدعى عليه، حديث رقم: 2514، 143/3.

⁽¹⁾ ولفظ الحديث كالاتي: «اعرف وكاءها، أو قال وعاءها، وعفاصها، ثم عزفها سنة». أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب العلم، باب الغضب في الموعظة والتعليم إذا رأى ما يكره، حديث رقم: 91، 30/1.

⁽²⁾ ينظر: الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة، ص24.

⁽³⁾ ينظر: التسولي، البهجة في شرح التحفة، 575/2؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة، ص30.

⁽⁴⁾ ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 260/14؛ واللخمي، التبصرة، 2495/6؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص359.

الفصل الثالث

القواعد الفقهية المتوسطة الحاكمة للفقهاء

الجنائي عند المالكية

وفيه سبعة مباحث:

المبحث الأول: قواعد عوارض الأهلية

المبحث الثاني: قواعد الوسائل والمقاصد

المبحث الثالث: قواعد التقديرات الشرعية

المبحث الرابع: قواعد التابع والمتبوع

المبحث الخامس: قواعد الأصل والغالب والبدل

المبحث السادس: قواعد الضمان

المبحث السابع: قواعد عامة

المبحث الأول

قواعد عوارض الأهلية

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة "الصبِيُّ ناقصٌ عن بلوغ التكليف"

المطلب الثاني: قاعدة "الجنون يُسقط التكليف"

المطلب الثالث: قاعدة "لا يَسْقُطُ الوجوبُ بالنسيانِ إلا إذا

ضعُفُ مُدْرَكه"

المطلب الرابع: قاعدة "الجهل هل ينتهض عذرا أو لا؟"

المطلب الأول: قاعدة "الصبي ناقص عن بلوغ التكليف"⁽¹⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

- 1- "من شرط التكليف البلوغ"⁽²⁾.
- 2- "البلوغ شرط في صحة التكليف"⁽³⁾.
- 3- "عمد الصبي خطأ"⁽⁴⁾.
- 4- "الصبي حال عن شرط التكليف"⁽⁵⁾.
- 5- "الصبي ليس أهلاً للتكليف بالتحريم والإلزام"⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

البلوغ هو قوّة تحدث في الصبي يخرج بها عن حالة الطفوليّة إلى حالة الرجوليّة، وتلك القوّة لا يكاد يعرفها أحد، فجعل الشارع لها علامات يُستدلُّ بها على حصولها⁽⁷⁾، فعند مالك في الذكور الاحتلام وهو خروج المنى، ويثبت الاحتلام بقوله إن كان ممكناً إلا أن تعارضه ربيّة، أو إنبات شعر الوسط الحشن لا الزغب، وإن بلغ من السنّ ما يُعلم أنّ مثله قد بلغ في العادة، وليس في ذلك حدّ مقدّر، غير أن أصحابه قالوا: سبع عشرة أو ثمان عشرة سنة، وهذه الأوصاف هي علاماته في النساء، ويزدن على الذكور بالحيض والحمل، وزاد بعضهم في العلامات رائحة الإبطين، أو فرق الأرنبة من الأنف، وكذلك غلظ الصوت وذُكر غير ذلك، ولا إشكال في العلامات المذكورة بالنسبة إلى الشخص الذي تمخضت ذكورته أو أنوثته، وأما

(1) القاضي عبد الوهاب، المعونة، 304/1.

(2) المصدر نفسه، 1414/3.

(3) القاضي عبد الوهاب، شرح الرسالة، 226/1.

(4) القرابي، الفروق، 164/4.

(5) ابن الشاط، إدرار الشروق على أنواع الفروق، 66/2.

(6) محمد بن علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، 185/1.

(7) نقلاً عن المازري. ينظر: ميارة، الدر الثمين والمورد المعين، ص32.

الخنثى فإن غلبت ذكورته فله حكم الذكر، أو غلبت أنوثته فله حكم الأنثى، وإن كان مشكلا فله حكم الاحتياط فتجري فيه العلامات الخمس⁽¹⁾.

ومذهب مالك وأصحابه تكليف الصبيّ بالمكروه والمندوب فقط، دون الواجب والحرام، فالصبيّ تُكتب له الحسنات، ولا تُكتب عليه السيئات؛ للإجماع على أنه لا إثم عليه بترك واجب ولا بارتكاب حرام؛ لرفع القلم عنه، وأما المكروه والمندوب، فاستدلوا لتكليفه بهما بحديث المرأة التي رفعت إلى النبي ﷺ صبيّا كان معها، وقالت: يا رسول الله، ألهذا حج؟ قال: «نعم، ولك أجر»⁽²⁾. أمّا لزوم قيم المتلفات وأروش الجنائيات للصبيّ الصغير فهو من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف⁽³⁾.

هذا، وإنه حُكم للمراهق في بعض الصور بحكم البالغ من باب "ما قارب الشيء يعطى حكمه"⁽⁴⁾، إلا أنّ الرجراجي⁽⁵⁾ رفض هذا الإلحاق فقال: "أما المراهق⁶ الذي لم ينبت الشعر فالذي تقتضيه "المدونة"، وظواهرها، ونصوص المذهب أنّ المراهق لا يحكم عليه ولا له بحكم البالغ... وقد مارست المجالس وأفنيت عمري في المدارس، وطالعت الأمهات الكبار في الفقه والآثار... وطالعت كثيرا من كتب الحديث وشرحها، وتفاسير القرآن... فما سمعت ولا رأيت فيما رأيت من يقول إنّ المراهق له حكم البالغ"⁽⁷⁾.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، شرح الرسالة، 226/1؛ وميارة، الدر الثمين والمورد المعين، ص32.

(2) أخرجه مالك في موطنه، كتاب الحج، باب جامع الحج، حديث رقم: 244، 422/1؛ ومسلم في صحيحه، كتاب الحج، باب صحة حج الصبي وأجر من حج به، حديث رقم: 1336، 974/2.

(3) ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 413-414؛ ومحمد الأمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، ص36.

(4) تراجع القاعدة صفحة 175 من هذا البحث.

(5) هو علي بن سعيد أبو الحسن الرجراجي، كان ماهراً في العربية والأصلين، لقي بالمشرق جماعة من أهل العلم منهم الفرموسي الجزولي، لقيه على ظهر البحر، وتكلم معه في مسائل العربية، وأخذ عنه كثير من أهل المشرق، من تأليفه: "مناهج التحصيل"، لخص فيه ما وقع للأئمة من التأويلات. ينظر: أحمد بابا التنبكتي، نيل الابتهاج، ص316.

(6) المراهق هو من قارب البلوغ، ولما يبلغ بعد. ينظر: الفراهيدي، العين، 367/3.

(7) ينظر: علي بن سعيد الرجراجي، مناهج التحصيل، 332/3.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

1- قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق»⁽¹⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنّ رفع القلم عبارة عن نفي تعلّق الأحكام بفعل الصبيّ، ولأنّه معنى ينافي التكليف لا يغلب وقوعه، فنخرج من وجد به عن أن يكون من أهل النية⁽²⁾.

2- الإجماع على أن تكليف ما لا يطاق غير واقع في الشريعة⁽³⁾، وتكليف من لا قصد له تكليف ما لا يطاق⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

1- لو أكره غلامٌ لم يبلغ على القتل فلا شيء عليه، وله الميراث، وكذلك لو قتله من غير إكراه؛ لأنّ قتل الصبيّ خطأً، وقاتل الخطأ يرث من المال دون الدية، والقود على الذي أكرهه⁽⁵⁾.

2- قال مالك: "الأمر المجتمع عليه عندنا أنّه لا قود بين الصبيان، وأنّ عمدهم خطأً ما لم تجب عليهم الحدود، ويبلغوا الحلم، وإنّ قتل الصبيّ لا يكون إلا خطأً، وذلك لو أن صبياً وكبيراً قتلوا رجلاً حراً خطأً كان على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية"⁽⁶⁾.

3- لا قسامة على صبي؛ لأنه ليس أهلاً للنصرة⁽¹⁾.

(1) أخرجه النسائي في سننه الكبرى، كتاب الطلاق، من لا يقع طلاقه من الأزواج، حديث رقم: 5596، 265/5.

قال الألباني: "صحيح". ينظر: إرواء الغليل، 4/2.

(2) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، 470/1.

(3) أما جواز تكليف ما لا يطاق في الأحكام التي هي في الدنيا فقد اختلف الناس فيها. ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 430/3.

(4) حكى الإجماع غير واحد. ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 430/3؛ والشاطبي، الموافقات، 237/1؛ ومحمد ابن علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، 77/2.

(5) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 272/10.

(6) الإمام مالك، الموطأ، 851/2.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1312/3.

- 4- لا يصحّ عفو الصبي⁽¹⁾.
- 5- ما كان دون الثلث من جراحات الصبيّ، يُتبع به في ماله⁽²⁾.
- 6- لو ارتد الصبيّ الذمّيّ الذي أسلم عن الإسلام قبل أن يحتلم، لا يُقتل بارتداده ذلك⁽³⁾.
- 7- إن ارتد ولد المسلم المولود على الفطرة وعقل الإسلام ولم يحتلم، فإنه يُجبر على الإسلام بالضرب والعذاب، فإن احتلم على ذلك ولم يرجع، فإنه يُقتل⁽⁴⁾.
- 8- قال مالك: "لا يقام على الصبية تزني، أو الصبي يزني الحدّ حتى يحتلم، أو تحيض الجارية، أو ينبتا الشعر، أو يبلغا من الكبر ما يعلم الناس أن أحدا لا يجاوز تلك السنين إلا احتلم"⁽⁵⁾.
- 9- لا يُحدّ الصبي إذا قذف، ولا يُحدّ قاذفه كذلك، والحكم في الصبية إذا قذفت حكم الصبيّ، ولكن إذا قذفت وهي في سنّ من لا يجامع لم يُحدّ قاذفها؛ لأنه مما يُقطع بكذبه، فلم يلحق بقوله ذلك معرة لها، وإذا كانت في سنّ من بُجامع، فإن قاذفها يُحدّ لها⁽⁶⁾.
- 10- الصبية المطيقة للوطء تُحصن البالغ، ولا يُحصنها، والصبي لا يُحصن ولا يُحصن، والفرق بين الصبيّ المطيق للوطء وبين الصبية المطيقة للوطء أنّ وطء الصبي ناقص غير تامّ، بدليل أنّه لا يجب به حدّ، ولا يُجلّها للزوج الأول، ولا يكتمل لها به لذة كوطء البالغ، وليس كذلك بالنسبة للصبية المطيقة للوطء؛ لأنّ كلّ هذه الأحكام الحاصلة بوطء البالغة تحصل للكبير بوطء المراهقة، وإذا كان كذلك أحصنت، ولم يُحصن الصبيّ من وطئها⁽¹⁾.
- 11- الصبي يسرق الشيء فيستهلكه، يُتبع به في ماله⁽²⁾.

(1) ينظر: المصدر السابق، 1312/3.

(2) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 507/13.

(3) ينظر: سحنون، المدونة، 215/2.

(4) ينظر: القرافي، الذخيرة، 15/12.

(5) سحنون، المدونة، 491/4.

(6) ينظر: اللخمي، التبصرة، 6236-6237/13.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1378/3.

(2) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 507/13.

- 12- لا يقطع الصبي إذا سرق⁽¹⁾.
 - 13- لا يصحّ إقرار الصبي في الحدود⁽²⁾.
 - 14- الصبي إن حارب ولم يحتلم ولم ينبت، فإنه يعاقب، ولا يقام عليه حدّ الحرابة⁽³⁾.
 - 15- الغضب يُتصور من غير البالغ كالبالغ، ويُؤخذ بحقّ المغصوب منه من ماله ولا خلاف في ذلك؛ لأنّ إتلاف المال من باب خطاب الوضع لا يُشترط فيه التكليف، بل لو أقرّ على نفسه بالغضب وهو صبيّ تلزمه؛ لأنّ الصبيّ في ندم الضمان كالبالغ⁽⁴⁾.
- المطلب الثاني: قاعدة "الجنون يُسقط التكليف"⁽⁵⁾.**

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

- 1- "فعل الجنون ليس بفعل"⁽⁶⁾.
- 2- "الجنون والإغماء يمنع التكليف"⁽⁷⁾.
- 3- "الجنون عذر"⁽⁸⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

الجنون هو "زوال العقل أو اختلاله بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرا"⁽⁹⁾، أو "هو الخلل العقلي الذي يصيب الإنسان"⁽¹⁰⁾، وقد جعله الشرع سببا من أسباب سقوط التكليف عن المكلفين، فلا يُكلّف بأمر ولا نهي، ولا تترتب على أفعاله وتصرفاته آثارها

(1) البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، 4/435.

(2) ينظر: القرافي، الفروق، 4/98؛ وابن جزري، القوانين الفقهية، ص 207.

(3) ينظر: ابن عرفة، المختصر الفقهي، 10/274.

(4) ينظر: القرافي، الذخيرة، 8/273؛ وخليل، التوضيح، 6/502.

(5) ابن العربي، أحكام القرآن، 4/44.

(6) سحنون، المدونة، 2/436.

(7) القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ص 193.

(8) الدسوقي، حاشية الشرح الكبير للدردير، 1/514.

(9) عبد النبي نكري، جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، 1/282.

(10) ابن عاشور، التحرير والتنوير، 18/89.

التي رتبها الشرع على مثلها من سائر المكلفين، من نحو ثواب وعقاب، أو صحة وفساد، فلا يوصف فعله بالجناية، إذ القلم عنه مرفوع والمؤاخذة عنه موضوعة؛ وذلك لأن المصاب بأفة الجنون لا يتعلق بأقواله وأفعاله حكم⁽¹⁾.

ويلاحظ أن الجنون ينافي أهلية الأداء، وهي صلاحية الإنسان لأن تصدر منه أقوال وأفعال يُعتدّ بها شرعاً؛ لأن مناطها التمييز، أما أهلية الوجوب بمعنى صلاحية الإنسان لأن تثبت الحقوق المشروعة له وعليه، فهي تثبت للإنسان بالحياة ولا تفارقه إلا بالموت؛ لأن مناطها الذمة، وعليه يكون المجنون أهلاً لأن تثبت الحقوق المشروعة له وعليه كالعاقل، فيؤاخذ بضمان الأفعال في الأموال على الكمال، فليس في سقوط القلم عن المجنون سقوط حقوق الأموال⁽²⁾.

وحكم الجنون مُقرر فيمن كان زوال عقله بالجنون مُطبّقاً، أمّا بالنسبة لمن كان جنونه غير مطبق، فإنه يكون بمنزلة الصحيح في فترات الإفاقة، وفيما يتعلق بالموضوعات التي يدرك معناها، وعلى ذلك تلزمه أحكام الجنايات كغيره من الأصحاء إن أتت منه حال إفاقته، وأمّا في زمن العجز عن استعمال العقل، وانعدام قدرته على فهم الخطاب وعن أداء ما تناوله الخطاب، بسبب الجنون الطارئ فلا يثبت وجوب الأداء في حقه⁽³⁾.

وليعلم أنّه فُرّق بين الجنون والسكران مع اجتماع كونهما غير عاقلين؛ فتعلق خطاب التكليف بالسكران إمّا لأنّه لمّا أدخل السكر على نفسه كان كالقاصد لرفع الأحكام التكليفية فعمل بنقيض المقصود، ولم يكن محجوراً عليه كما حجر على الصبي والمجنون إلا في خصوص عقوده وبيوعه، وإمّا لأنّ الشرب سبب لمفاسد كثيرة فصار استعماله تسبباً في تلك المفاسد فيؤاخذ الشرع بها وإن لم يقصدها⁽⁴⁾. من أجل ذلك، فأحكام التكليف المتعلقة بالتغليظ جارية على السكران، كالقود إذا قتل، والحدّ إذا زنى أو قذف⁽¹⁾.

(1) ينظر: مبروك عبد العظيم أحمد، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 381/12-382.

(2) ينظر: المرجع نفسه، 382/12-383.

(3) ينظر: المرجع نفسه، 383/12-384.

(4) ينظر: محمد بن علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، 78/2.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، 840/2.

كما ينبغي التنبيه إلى أنّ النائم له حكم الصبي والمجنون، فما أصابه في نومه؛ من جرح بلغ الثلث فعلى عاقلته، ودون الثلث في ماله⁽¹⁾.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

1- قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق»⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنّ رفع القلم عبارة عن نفي تعلّق الأحكام بفعل المجنون، ولأنّ معنى ينافي التكليف لا يغلب وقوعه، فخرج من وجد به عن أن يكون من أهل النية⁽³⁾.

2- عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: أتى رجل رسول الله ﷺ وهو في المسجد، فناداه فقال: يا رسول الله، إني زني، فأعرض عنه حتى ردّد عليه أربع مرات، فلما شهد على نفسه أربع شهادات، دعاه النبي ﷺ فقال: «أبك جنون؟». قال: لا، قال: «فهل أحصنت؟» قال: نعم، فقال النبي ﷺ: «أذهبوا به فارجموه»⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أن المجنون قد رفع عنه القلم لغلبة العلم أنه فاسد المقاصد، وأن أفعاله وأقواله مخالفة لرتبة العقل، ومعنى قوله ﷺ: «أبك جنون؟» يعني في بعض أوقاتك، ولو أراد: أبك جنون الدهر كلّ ما وثق بقوله أنّ به جنونا، وإنما معناه أبك جنون في غير هذا الوقت؟ فيكون قولك: إنك قد زني في وقت ذلك الجنون، وإنما طلب شبهة يدرأ عنه الحد بها؛ لأنّ المجنون إنما يُحمل أمره على فقد العقل وفساد المقاصد في وقت جنونه⁽⁵⁾.

3- نقل ابن عبد البرّ إجماع العلماء في "أن ما جناه المجنون في حال جنونه هدر، وأنه لا قود عليه في ما يجني، فإن كان يفيق أحيانا ويغيب أحيانا فما جناه في حال إفاقته فعليه فيه ما على

(1) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 508/13.

(2) سبق تخريجه ص 143.

(3) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، 470/1.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب لا يُرجم المجنون والمجنونة، حديث رقم: 6815، 165/8.

(5) ينظر: ابن بطال: شرح صحيح البخاري، 415/7.

غيره من البالغين غير المجانين"⁽¹⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

- 1- إن قتل مجنوناً حال جنونه شخصاً مكافئاً له أو أدنى، فالدية على عاقلته؛ لأنّ عمده كخطئه، ويلحق به كلّ من زال عقله بغير تعمد استعمال المزيل⁽²⁾.
- 2- إذا شكّ هل قتل المجنون في حال صحوه أو في جنونه؟ فجزم بعض القرويين بسقوط القصاص، وأما الدية فلازمة من قبل لعاقلته، وقيل لازمة له، ولا سبيل لإسقاطها⁽³⁾.
- 3- ما جنى المجنون في إفاقة فحكمه فيه كالصحيح، وإن رُفِع للقود وقد أخذه الجنون، فإنه يُؤخَّر حتى يفيق؛ لأنها حالة لا تناسب العقوبة قياساً على الحدود، ولأنّه غير مكلف، فيكون كالمخطئ في القصاص أو الدية⁽⁴⁾.
- 4- إن يُمس من إفاقة المجنون الذي أُخِّر حتى يفيق، فالدية كالقصاص المتعذر على قول، ويسلّم لولي المقتول، فيُخَيَّر في القصاص أو العفو مع الدية من ماله دون العاقلة على قول آخر⁽⁵⁾.
- 5- إن ارتدّ ثمّ جُنّ لم يقتل حتى يصحّ؛ لأنّه حقّ لله تعالى يدرأ بالشبهة، والقتل حقّ العباد⁽⁶⁾.
- 6- الصائل إذا كان مجنوناً، فإنه يعاجل بالدفع لعدم فائدة الإنذار، وجاز قصد قتله ابتداءً إن علم أنّه لا يندفع إلا به، ويثبت ذلك بيّنة لا بمجرد قول المصول عليه، إلا إذا لم يحضره أحد فيقبل قوله بيمينته⁽¹⁾.
- 7- لو زنا مجنون بعاقلة، أو عاقل بمجنونة حدّ العاقل منهما⁽²⁾.

(1) ابن عبد البر، الاستذكار، 50/8.

(2) ينظر: النفراوي، الفواكه الدواني، 193/2.

(3) ينظر: المصدر نفسه، 193/2.

(4) ينظر: القرافي، الذخيرة، 274/12.

(5) ينظر: المصدر نفسه، 274/12.

(6) ينظر: المصدر نفسه، 274/12.

(1) ينظر: الدردير، الشرح الكبير، 357/4.

(2) ينظر: ابن بزينة، روضة المستبين، 1275/2.

- 8- إن كانت المرأة بُحْنٌ وادّعت بأن الرجل أصابها حالة جنونها، فإنها تُصدّق⁽¹⁾.
- 9- إن قُذِفَ المجنون بزنا واقعه قبل جنونه، فإنّ قاذفه يُجلد؛ لأن المعرفة تدخل بذلك⁽²⁾.
- 10- الذي يجن ويفيق إن سرق في حال إفاقته فإنه يقطع، وإن سرق في حال جنونه فلا يقطع، وإن سرق في حال إفاقته ورفعوه إلى السلطان في حال جنونه، لا يقطع حتى يفيق⁽³⁾.
- 11- المجنون يكسر شيئاً في السوق، أو يفسده يُتبع به في ماله مثل جرحه⁽⁴⁾.
- المطلب الثالث: قاعدة "لا يسقط الوجوب بالنسيان إلا إذا ضعف مُدركُه"⁽⁵⁾.**

الفرع الأول: من أفاظ القاعدة

- 1- "الأصل أن الواجب لا يسقط مع النسيان"⁽⁶⁾.
- 2- "الأصل ألا يسقط الوجوب بالنسيان"⁽⁷⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

من نسي شيئاً من المأمورات فلم يفعله، فإنّ نسيانه لا يعفيه منه، بل يجب عليه تداركه متى ذكره، إما بالإتيان به بعينه إذا أمكن تداركه أو الإتيان ببدله إذا لم يمكن تداركه. فمن نسي صلاة أو صوماً أو زكاةً أو نذراً وجب تداركه بالقضاء، وكذلك من نسي شرطاً أو ركناً في عبادة وجب عليه تداركه، ولا تصحّ عبادته إلا به، وذلك لأنّ "الغرض من المأمورات تحصيل مصلحتها وهي ممكنة التدارك بعد الذكر"⁽¹⁾، فعُذر الناسي في فعلها، وهذا هو معنى قول

(1) ينظر: القرافي، الذخيرة، 59/12.

(2) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1403/3.

(3) ينظر: سحنون، المدونة، 534/4.

(4) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 507/13.

(5) المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 512/2. ونحن من هذا أوردها القرافي، ينظر: القرافي، الذخيرة، 192/1، وكذلك أوردها الزقاق بقوله: "لا يسقط الوجوب بالنسيان... وفي ضعيف مدرك قولان". ينظر: المنجور، شرح

المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 510/2.

(6) القرافي، الذخيرة، 192/1.

(7) المقرئ، القواعد بتحقيق الدردي، ص120.

(1) عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، 4/2.

المقري: "النسيان لا يجعل المتروك من المأمور به مفعولا"⁽¹⁾.

وعدم سقوط المأمورات بالنسيان محل اتفاق بين الفقهاء، ووقوع الخلاف في بعض الصور راجع إلى الاختلاف في تحقيق المناط فيها، فهناك بعض الواجبات تسقط بالنسيان، وهي الواجبات التي ضعف مُدرك الوجوب فيها² بسبب تعارض المآخذ⁽³⁾، كما جاء في قاعدة: "ضعف مدرك الوجوب يوجب سقوطه بالنسيان"⁽⁴⁾.

هذا، وإنّ الناسي أعذر من الجاهل؛ لأنّ "النسيان يهجم على العبد قهراً، بحيث لا تكون له حيلة في دفعه عنه، بخلاف الجهل فإن له حيلة في دفعه بالتعلم"⁽⁵⁾.
ومجال القاعدة يشمل كل ما يتعلق بحقوق الله تعالى من الأوامر والنواهي، أما ما يتعلق بحقوق العباد فلا يجعل النسيان عذراً فيها، إذ لو أتلف شخص مال إنسان ناسياً يجب عليه ضمانه⁽⁶⁾.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

1- قوله ﷺ: «من نسي صلاة، أو نام عنها، فكفارتها أن يصلّيها إذا ذكرها»⁽¹⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: "أنه لا كفارة لها غير فعلها وقت ذكرها، ولا يلزمه شيء آخر مع فعلها؛ من عتق أو صيام أو صدقة، كغيرها مما تدخله الكفارة مع وجوب قضائه، ويحتمل أن مراده أنه لا بدل لقضائها كما يقع الإبدال في بعض الكفارات، أو أنه لا يكفي

⁽¹⁾ المقري، القواعد بتحقيق الدردي، ص 127.

² ضعف المُدرك بأن يضعف دليله لكونه مخالفاً لنص، أو قياس جلي، أو إجماع. ينظر: الدردير، الشرح الصغير، 226/4.

⁽³⁾ ينظر: القراني، الذخيرة، 192/1.

⁽⁴⁾ المقري، القواعد بتحقيق الدردي، ص 120.

⁽⁵⁾ القراني، الذخيرة، 149/2.

⁽⁶⁾ ينظر: ابن العربي، القبس، 1056/3.

⁽¹⁾ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب قضاء الصلاة الفائتة، واستحباب تعجيل قضائها، حديث رقم: 684، 477/1.

بمجرد التوبة والاستغفار، بل لا بدّ من الإتيان بها⁽¹⁾. قال الشاطبي في هذا المعنى: "الخطأ والنسيان؛ فإنه متفق على عدم المؤاخذة به، فكل فعل صدر عن غافل، أو ناس، أو مخطئ؛ فهو مما عفي عنه، وسواء علينا أفرضنا تلك الأفعال مأمورا بها أو منهيها عنها أم لا؛ لأنها إن لم تكن منهيها عنها ولا مأمورا بها ولا مخيرا فيها؛ فقد رجعت إلى قسم ما لا حكم له في الشرع، وهو معنى العفو، وإن تعلق بها الأمر والنهي؛ فمن شرط المؤاخذة به ذكر الأمر والنهي، والقدرة على الامتثال، وذلك في المخطئ والناسي والغافل محال، ومثل ذلك النائم والمجنون والحائض، وأشبه ذلك"⁽²⁾.

2- عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إحدى صلاتي العشي، إما الظهر، وإما العصر، فسلم في ركعتين، ثم أتى جذعا في قبلة المسجد، فاستند إليها مغضبا، وفي القوم أبو بكر وعمر، فهابا أن يتكلما، وخرج سرعان الناس، "قصرت الصلاة"، فقام ذو اليمين، فقال: "يا رسول الله أقصرت الصلاة أم نسيت؟" فنظر النبي صلى الله عليه وسلم يمينا وشمالا، فقال: «ما يقول ذو اليمين؟» قالوا: "صدق، لم تصل إلا ركعتين"، «فصلى ركعتين وسلم، ثم كبر، ثم سجد، ثم كبر فرفع، ثم كبر وسجد، ثم كبر ورفع»⁽³⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أن المأمور لا يسقط بالنسيان، حيث أتم النبي صلى الله عليه وسلم ما نسيه من صلاته، ولم يعتبر النسيان عذرا في سقوطه⁽¹⁾.

(1) ابن العطار، العدة في شرح العمدة، 573/1.

(2) الشاطبي، الموافقات، 259/1.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب السهو في الصلاة والسجود له، حديث رقم: 403/1، 573.

(1) ينظر: محمد عمر شفيق الندوي، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 426/12.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

- 1- إقامة الحدّ على الزاني والسارق والقاذف والاقتصاص من الجاني في القتل العمد، وإيجاب الدية في القتل الخطأ، كلها واجبات ثبت وجوبها في الكتاب والسنة، وليس للنسيان أثر فيها؛ لأن الوجوب لا يسقطه النسيان⁽¹⁾.
- 2- التابع في كفارة القتل فرض، فلا يُعذر أحدٌ في تفريقهما بالنسيان على المشهور في المذهب⁽²⁾، بينما ذهب بعض فقهاء المذهب إلى كون انقطاع التابع بسبب النسيان عذراً؛ لأنه أمر غالب كالمرض⁽³⁾، ومبنى قولهم هذا على أن الوجوب قد ضعف مدركه.
- 3- لا يخفى أن وقوع الزنا نسياناً نادر، وعلى فرض الوقوع فلا حدّ عليه⁽⁴⁾، ومبنى هذا على أن الوجوب قد ضعف مدركه.
- 4- إذا شرب المرء الخمر ناسياً عُذر بذلك، ولا يُقام عليه الحدّ؛ لأنّ المحرمات لا يَأثم الإنسان بملاستها مع عدم القصد⁽⁵⁾، ومبنى هذا على أن الوجوب قد ضعف مدركه.

المطلب الرابع: قاعدة "الجهل هل ينتهض عذراً أو لا؟"⁽⁶⁾

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

- 1- "الأصل أن الجهل لا يجدي خيراً ولا يكون عذراً"⁽⁷⁾.
- 2- "هل الجهل يعذر به صاحبه أو لا يعذر به؟"⁽⁸⁾.

(1) قياساً على تقادم الحدود. ينظر في التقادم: سحنون، المدونة، 542/4.

(2) ينظر: ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، 193/5.

(3) ينظر: الباجي، المنتقى، 61/2. وابن رشد الجد، البيان والتحصيل، 194/5.

(4) ينظر: الخرشبي، شرح مختصر خليل، 75/8.

(5) ينظر: القرافي، الفروق، 195/3؛ وعليش، منح الجليل، 348/9.

(6) المقرئ، القواعد بتحقيق الدردي، ص383.

(7) القرافي، الذخيرة، 29/6.

(8) أحمد بن أحمد المختار الحكيني، إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي، ص78.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

ابتداءً أقول: العالم بالتحريم لا يكون معذورا من المسؤولية الجنائية، فإذا جهل الحكم ارتفعت عنه تلك المسؤولية، إلا أن الجهل لا ينتهز عذرا في نفي الضمان، بعد ذلك اختلف في الجهل الذي يعذر به المرء، والتحقيق فيها النقول الآتية:

قال القرافي: "ضابط ما يعفى عنه من الجهالات ما يتعذر الاحتراز عادة منه أو يشق أما ما لا يتعذر ولا يشق فلا يعفى عنه"⁽¹⁾.

وقال المقرئ: "والحق إن وجب العلم ولم يشق مشقة فادحة لم يعذر وإلا عذر، لأن الله عز وجل أمر من يعلم بأن لا يكتفم ومن لا يعلم بأن يسأل"⁽²⁾.

وقال ابن رشد الجدل⁽³⁾: "الأصل في هذا أنه ما كان يتعلق به حق لغيره فلا يعذر الجاهل فيه بجهله، وما لا يتعلق به حق لغيره فإن كان مما يسعه ترك تعلمه عُذر فيه بجهله، وإن كان مما لا يسعه ترك تعلمه لم يعذر فيه بجهله، فهذه جملة كافية، يرد إليها ما شذ عنها"⁽⁴⁾.

وعليه، لا يعذر أحد بترك العلم بأحكام دينه في دار الإسلام دار العلم وشيوع الأحكام، بخلاف الجهل بها في دار الحرب، فيعتبر عذرا، لأن دار الحرب دار جهل، فيكون الجاهل عاجزا عن الائتمار بالشرائع قبل العلم بوجوبها، أما إذا كانت هذه الأحكام غير محتاج إليها فالجهل بأحكامها الشرعية في دار الإسلام يكون عذرا، وهي الأحكام التي فيها خفاء وهو ليس في حاجة للعمل بها، كجهل الفقير أحكام الزكاة والحج⁽¹⁾.

(1) القرافي، الفروق، 2/150.

(2) المقرئ، القواعد بتحقيق الدردي، ص383. ونقلها الونشريسي بلفظها، الونشريسي، إيضاح المسالك، ص91.

(3) ابن رشد الجدل: هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، القاضي أبو الوليد القرطبي، يُعرف بابن رشد الجدل تمييزا له عن ابن رشد الحفيد، كان من أوعية العلم، أعترف له بصحة النظر، ودقة الفقه، توفي سنة 520هـ، من تصانيفه: "البيان والتحصيل"، و"المقدمات الممهديات". يُنظر: ابن فرحون، الديباج المذهب، 2/248-250؛ والنباهي، تاريخ قضاة الأندلس، ص98-99.

(4) ابن رشد الجدل، البيان والتحصيل، 5/275-276.

(1) نحا بعض العلماء إلى تحديد المسائل التي لا يعذر الجاهل فيها بجهله كالإمام بهرام.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

1- قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ فَأَيْنَمَا تُولَؤُوا فَثَمَّ وَجْهَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة:115]

ووجه الدلالة من الآية أنها "نزلت في النجاشي، وذلك أنه لما مات دعا النبي ﷺ المسلمين إلى الصلاة عليه خارج المدينة، فقالوا: كيف نصلي على رجل مات وهو يصلي لغير قبلتنا؟ وكان النجاشي... ملك الحبشة يصلي إلى بيت المقدس حتى مات، وقد صرفت القبلة إلى الكعبة فنزلت الآية، ونزل فيه: ﴿وَإِنَّ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ لَمَنْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ...﴾ [آل عمران:199]، فكان هذا عذرا للنجاشي" (1).

2- ما رواه معاوية بن الحكم السلمي قال: "بينما أنا أصلي مع رسول ﷺ إذ عطس رجل من القوم، فقلت: يرحمك الله، فرماني القوم بأبصارهم، فقلت: وَانْكُلْ أُمِّيَاهُ، ما شأنكم تنظرون إلي؟ فجعلوا يضربون بأيديهم على أفخاذهم، فلما رأيتهم يُصَمِّتُونِي، لکني سكت، فلما صلى رسول الله ﷺ، فبأبي هو وأمي، ما رأيت معلما قبله ولا بعده أحسن تعليما منه، فوالله، ما كَهَرَنِي (2) وَلَا شَتَمَنِي وَلَا ضَرَبَنِي. قال: «إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس، إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن». قلت: "يا رسول الله، إني حديث عهد بجاهلية" (3).

ووجه الدلالة من الحديث أنه "لم يُذكر في الحديث أمره بإعادة الصلاة لما وقع منه ذلك على جهة الجهل" (1)، ثم إن الكلام جهلا يجري على القولين في الجاهل: هل حكمه حكم العامد أو حكم الناسي؟ وقد تعلق من أنكر بطلان الصلاة بالكلام جهلا بحديث معاوية بن الحكم ﷺ، وقد أجاب بعض المخالفين عن هذا بأن الجهل حينئذٍ معفو عنه؛ لأنّ الشرائع لم

(1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 79/2.

(2) الكهتر هو الانتهار. ينظر: المازري، المعلم بفوائد مسلم، 411/1.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب تحريم الكلام في الصلاة، ونسخ ما كان من إباحته، حديث رقم: 537، 381/1.

(1) القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، 463/2.

تكن بُلِّغَتْ كُلُّهَا وَإِنَّمَا بَلَّغَهَا ﷺ شَيْئًا فَشَيْئًا، وَعَلَّمَهَا النَّاسَ حِينَئِذٍ فَحِينَئِذٍ، وَالمَتَكَلَّمُ حِينَئِذٍ يَعْذِرُ بِالْجَهَالَةِ بِخِلَافِ الْحَالِ الَّذِي بَعْدَهُ لِكَمَالِ مَا بَلَغَ مِنَ الشَّرَائِعِ فِيهِ⁽¹⁾.

3- حديثُ عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عما يُعَصَّرُ مِنَ الْعَنْبِ؟ فقال: إِنَّ رَجُلًا أَهْدَى لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ رَاوِيَةَ خَمْرٍ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هَلْ عَلِمْتَ أَنَّ اللَّهَ قَدْ حَرَمَهَا؟» قال: لا، فسارَّ إنسانا، فقال له رسول الله ﷺ: «بِمَ سَارَرْتَهُ؟»؛ فقال: أمرته ببيعها فقال: «إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شَرِبَهَا حَرَّمَ بَيْعَهَا، فَفَتَحِ الْمَزَادَةَ حَتَّى ذَهَبَ مَا فِيهَا»⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: "أَنَّ الْجَاهِلَ قَبْلَ هَذَا لَا إِثْمَ عَلَيْهِ بِالتَّحْرِيمِ، مَا لَمْ يَفْرُطْ فِي التَّعْلِيمِ بَعْدَ إِمْكَانِهِ"⁽³⁾. وَأَنَّ "الإِثْمَ مَرْفُوعَ عَمَّنْ لَمْ يَعْلَمْ، قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإِسْرَاءُ: 15]"⁽⁴⁾،

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

1- من أقر بالذات وأنكر الصفات أو بعضها، فإذا كان عارفاً بأكثر الصفات، جاهلاً بصفة واحدة، فإنه بدعي وليس بكافر، ومن العلماء من كفره بذلك⁽⁵⁾.

2- من قال كلمة توحى بالسبِّ لله أو رسوله ﷺ، ولكنَّه لا يقصد بها السبِّ، إنما قالها جاهلاً، فإنه لا يكفر⁽¹⁾.

3- إن كان النكاح فاسداً باتفاق كالجمع بين الأختين، ونكاح خامسة، ونكاح ذوات المحارم من النسب أو الرضاع، أو تزوج في العدة، أو ارتجاع من ثلاث دون أن تتزوج غيره أو شبه ذلك، فيحدِّ في ذلك كلَّه، إلا أن يدعي الجهل بتحريم ذلك كله ففيه قولان⁽²⁾، بحسب قبول الجهل عذراً في حقه أم لا.

(1) ينظر: المازري، شرح التلقين، 658/1.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر، حديث رقم: 1579، 1206/3.

(3) القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، 251/5.

(4) ابن عبد البر، التمهيد، 145/4.

(5) ينظر: ابن العربي، المسالك، 606/3.

(1) ينظر: الخرشي، شرح مختصر خليل، 73/8.

(2) ينظر: ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 232.

- 4- "ولا يحدّ من وطئ أمته المتزوجة، أو المشتركة بينه وبين غيره، أو أمة أحلت له، أو أمة ولده، أو أمة عبده؛ للشبهة وإن كان ذلك كله حراماً"⁽¹⁾.
- 5- اختلف في المسلم يظهر عليه أنه جاسوس على المسلمين على خمسة أقاويل: المشهور قتله، وقد فصل عبد الملك بن الماجشون بين إن ظنّ به الجهل وعُرفَ بالغفلة، وأنّ مثله لا عذر عنده، وكان منه المُرّة، وليس من أهل الطعن على الإسلام، فليُنكَل، وبين إن كان معتاداً، قُتِل⁽²⁾.
- 6- الذي دخل في الإسلام ولم يعلم تحريم الخمر، فلا عذر له في ذلك، ويقام عليه الحدّ، واحتج مالك لذلك بأن الإسلام قد فشا، ولا أحد يجهل شيئاً من الحدود⁽³⁾، وذهب ابن وهب⁽⁴⁾ أنه إذا كان البدوي الذي لم يقرأ الكتاب ولم يعلمه ويجهل مثل هذا، فإنه لا يحدّ، ويعذر⁽⁵⁾.

(1) المصدر السابق، ص232.

(2) ينظر: اللخمي، التبصرة، 1364/3.

(3) ينظر: الباجي، المنتقى، 146/3.

(4) هو عبد الله بن وهب بن مسلم، أبو محمد الفهري بالولاء، المصري، من تلاميذ مالك والليث بن سعد، جمع بين الفقه والحديث والعبادة، كان حافظاً مجتهداً، توفي بمصر سنة 197هـ، من تصانيفه: سماعه على مالك، و"تفسير الموطأ" و"الأهوال". يُنظر: القاضي عياض، ترتيب المدارك، 228/3-242؛ وابن فرحون، الديباج المذهب، 413/1-417.

(5) ينظر: الباجي، المنتقى، 146/3.

المبحث الثاني

قواعد الوسائل والمقاصد

وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: قاعدة "لوسائل حكم المقاصد"
- المطلب الثاني: قاعدة "كلّ تصرّف لا يترتب عليه مقصوده لا يُشرع"
- المطلب الثالث: "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد"

المطلب الأول: قاعدة "للسائل حكم المقاصد"⁽¹⁾.

الفرع الأول: من أَلْفَاظِ الْقَاعِدَةِ

- 1- "السائل تتبع المقاصد في أحكامها"⁽²⁾.
- 2- "وجوبُ الوسائل تبعٌ لوجوب المقاصد"⁽³⁾.
- 3- "الوسيلة تُعطى حكم مقصدها"⁽⁴⁾.
- 4- "ما أدى إلى الواجب واجب، وما أدى إلى الحرام حرام"⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

الوسائل هي الطَّرُق الموصلة إلى المقصود، والمقاصد هي الغاية والمطلب من الفعل، وهذه المقاصد التي يقصدها ويتبناها المكلفون منها حلال ومنها حرام، والوسائل مثلها؛ لأنه لما كانت الوسائل هي الموصلة لمقاصدها أخذت أحكام تلك المقاصد، فوسيلة الحلال يجب أن تكون حلالاً، ووسيلة الحرام محرمة كحرمة الحرام الموصلة إليه، ويختلف أجر وسائل الطاعات باختلاف فضائل المقاصد ومصالحها، فالوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل من سائر الوسائل، وكذلك يختلف وزر وإثم وسائل المعاصي باختلاف المقاصد ومفاسدها، فالوسيلة إلى أرذل المقاصد أرذل من سائر الوسائل، ويُشترط في الوسائل أن تكون مقدورة للمكلفين⁽⁶⁾.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

- 1- قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [الجمعة:9]

(1) محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الموطأ، 1/161.

(2) القراني، الذخيرة، 4/260.

(3) القراني، الفروق، 1/166.

(4) عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 1/201.

(5) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 3/116.

(6) ينظر: القراني، الفروق، 2/33؛ والبورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 8/775.

ووجه الدلالة من الآية أنّ صلاة الجمعة واجبة، وهي مقصد، وكل ما يخدم تحقيق هذا المقصد من وسائل فسيأخذ حكمه؛ لذلك أمر الله بالسعي إلى صلاة الجمعة، وأمر بترك البيع وممارسة التجارة خدمة لهذا المقصد، وهذه الأوامر للوجوب؛ لأنه لم يرد صارف لها عن الوجوب⁽¹⁾.

2- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [الإسراء:32]

ووجه الدلالة من الآية أنّ الله عز وجلّ نهي عن الزنى وهو المقصد بالنهي عن وسائله فقال: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا﴾ فكان النهي أبلغ وأكد من "ولا تزنوا"؛ إذ أفاد هذا تحريم الزنى، وتحريم وسائله، من مقدمات كالقبلة والملامسة، والنفس تدعو إلى هذه المقدمات من الجانبين⁽²⁾.

3- قال ﷺ: «من جلس مجلسا ينتظر الصلاة، فهو في صلاة حتى يصلي»³.

ووجه الدلالة من الحديث أنّ النبي ﷺ جعل للجلوس من أجل أداء الصلاة -وهو وسيلة- حكم الصلاة نفسها -وهي مقصد-⁴.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

لهذه القاعدة تطبيقات عدة منها:

- 1- بيع السلاح لمن يغلب على الظن أنه سيقتل به مسلما معصوم الدم حرام⁽⁵⁾.
- 2- ما أفضى إلى الزنى أو السرقة أو شرب الخمر، كالاختلاط بين الرجال والنساء دون حاجة أو ضرورة، ومثله سفور المرأة وتبرجها، ومثله النظر إلى الأجنبية دون حاجة كلّ ذلك محرّم⁽⁶⁾.

(1) ينظر: محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، 173/8.

(2) ينظر: ابن عرفة، تفسير ابن عرفة، 64/3؛ وابن باديس، تفسير ابن باديس في مجالس التذكير، ص91.

(3) أخرجه مالك في موطنه، كتاب الجمعة، باب ما جاء في الساعة التي في يوم الجمعة، حديث رقم: 16، 109/1.

(4) ينظر: ابن عبد البر، التمهيد، 203/4.

(5) ينظر: ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، 614/18.

(6) ينظر: ابن بطلال، شرح صحيح البخاري، 473/2؛ والقراي، الذخيرة، 129/2؛ 192/4؛ والحسين بن علي

الرجراجي، رفع النقاب عن تنقيح الشهاب، 208-206/6.

- 3- بيع الأسلحة للحريين ليستعينوا به على قتال المسلمين محرم⁽¹⁾.
 - 4- يجب اجتناب الحيوانات والحشرات المؤذية لحفظ النفس الذي هو واجب على الإنسان، كما يجب عليه دفع الصائل، وقتل كل مؤذ إن قدر عليه لدفع أذيته⁽²⁾.
 - 5- بيع العنب لمن يعلم أو يغلب على الظن أنه سيعتصره خمرًا محرم⁽³⁾.
- المطلب الثاني: قاعدة: "كلّ تصرّف لا يترتب عليه مقصوده لا يُشرع"⁽⁴⁾.**

الفرع الأول: من أَلْفَاظِ الْقَاعِدَةِ

- 1- كلّ تصرّف كان من العقود كالبيع أو غير العقود كالتعزيرات، وهو لا يحصل مقصوده، فإنّه لا يشرع ويبطل إن وقع⁽⁵⁾.
- 2- "كل سبب لا يحصل مقصوده لا يشرع"⁽⁶⁾.
- 3- "الوسيلة إذا لم يحصل مقصدها سقط اعتبارها"⁽⁷⁾.
- 4- "الوسيلة إذا لم تفض إلى مقصودها سقط اعتبارها"⁽⁸⁾.
- 5- "مهما تبين عدم إفضاء الوسيلة إلى المقصد بطل اعتبارها"⁽⁹⁾.
- 6- "كل تصرف قاصر عن تحصيل مقصوده لا يشرع، ويبطل إن وقع"⁽¹⁰⁾.
- 7- إذا تبين عدم إفضاء الوسيلة إلى المقصود بطل اعتبارها⁽¹⁾.

(1) ينظر: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 231/6؛ وابن رشد الجد، البيان والتحصيل، 614/18.

(2) ينظر: الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، 260/2.

(3) ينظر: المصدر نفسه، 614/18.

(4) القرافي، الفروق، 135/3.

(5) ينظر: المصدر نفسه، 238/3.

(6) المصدر نفسه، 171/3.

(7) المصدر نفسه، 171/2.

(8) المصدر نفسه، 171/2.

(9) القرافي، الذخيرة، 129/2.

(10) المقرئ، القواعد بتحقيق الدردي، ص 247.

(1) ينظر: المصدر نفسه، ص 90.

8- "ما لا يترتب عليه مقصوده لا يشرع"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

هذه القاعدة تتناول حكم التصرفات المشروعة التي جعلها الشارع سببا ووسيلة لبلوغ مقاصدها وتحصيل مسبباتها، ولكن طرأ عليها ما يجعلها غير محققة لشيء مما شرعت له، أو طرأ عليها ما يجعلها محققة لشيء مما شرعت له، فإنها تفقد حينئذ مشروعيتها ويتغير الحكم الشرعي الذي كان لها، من وجوب أو ندم أو إباحة أو صحة⁽²⁾، وهو ما قرره كل من القرافي والمقري⁽³⁾.

وعدم ترتب المقصود على التصرف قد يكون لفوات شرط أو وجود مانع يحول دون ذلك، كما أنه لا بد في سبيل إعمال القاعدة وتطبيقها أن يكون للوسيلة مقصد واضح محدد، بحيث يمكن التحقق من حصوله أو عدم حصوله، فيكون تحصيل المقصد هو المعيار الذي يتحدد به مدى مشروعية التصرف والاعتداد به، وبطلان التصرف بفوات مقصوده إنما يكون إذا لم يكن لهذا التصرف مقصود آخر؛ أما إذا كان له أكثر من مقصد فإنه إنما يبطل بفوات جميعها دون بعضها⁽⁴⁾، وهذا ما ألمح إليه الإمام المقري بقوله في القاعدة: "هذا ما لم تكن (الوسيلة) مقصدا باعتبار آخر؛ كالجهد وسيلة لحو الكفر، مقصد لإعزاز الدين، فلا يسقط بتعذر الأول"⁽⁵⁾.

هذا، وإن الأحكام والتصرفات تمضي على أصلها، حتى مع احتمال تخلف حكمتها في بعض الأحوال، ككون بعض الجناة لا يتأثرون بالعقوبة إذ هذه الدعوى لا ضابط لها، ولذلك لا يعول عليها⁽¹⁾.

(1) عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 160/4.

(2) ينظر: عبد الرحمن الكيلاني، معلمة القواعد الفقهية والأصولية، 330/4؛ ومحمد عمر محمد شفيق الندوي، معلمة القواعد الفقهية والأصولية، 489/9.

(3) ينظر: القرافي، الذخيرة، 341/4؛ والفروق، 135/3؛ والمقري، القواعد بتحقيق الدردابي، ص90.

(4) ينظر: عبد الرحمن الكيلاني، معلمة القواعد الفقهية والأصولية، 332/4؛ ومحمد عمر محمد شفيق الندوي، معلمة القواعد الفقهية والأصولية، 489/9.

(5) المقري، القواعد بتحقيق الدردابي، ص91.

(1) ينظر: عبد الرحمن الكيلاني، معلمة القواعد الفقهية والأصولية، 332/4.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

1- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: 280]

ووجه الدلالة من الآية أنه "من كان عليه دين، ولم يكن له مال يؤدّيه منه، فهو في نظرة الله تعالى إلى أن يوسر، ولا يُجس ولا يُؤاجر ولا يُستخدم ولا يُستعمل؛ لأن الدين إنما تعلق بدمته، فلا يصحّ أن يؤاجر فيه"⁽¹⁾، فالمقصود منه جبرُ المدين على الوفاء بدينه، وأداء الحقوق إلى أصحابها، فإذا كان المدين معسرا غير قادر على قضاء الدين، فحبسه لا يكون محصلا لمقصوده.

2- قوله ﷺ: «من نذر أن يعصي الله فلا يعصه»⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنه لما كان المقصود من النذر التقرب إلى الله بالمنذور، ولا يمكن ذلك بالمعصية، نهي النبي ﷺ عن الوفاء به، وأبطله من أصله⁽³⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

1- إذا جنى إنسان جنائية من قتل أو غيره، وقبل إقامة الحدّ عليه جُنّ، فلا يقام عليه حدّ؛ لأن مقصود الحد الزجر هو بما يشاهده المكلف من المؤلّات والمذلات والمهانات في نفسه ولا يحصل ذلك إلا بمرآة العقل⁽¹⁾.

2- إذا زنى زانٍ أو سرق سارق وهو سكران، فإنّما يُحدُّ إذا صحا؛ لأنّ الحدود إنّما شرّعت زجرا، والسكران لا يعقل معنى الزّجر⁽²⁾.

(1) ابن رشد الجدد، المقدمات الممهّدات، 305/2.

(2) أخرجه مالك في موطنه، كتاب النذور والأيمان، باب ما لا يجوز من النذور في معصية الله، حديث رقم: 8، 476/2.

(3) ينظر: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 164/6-165؛ ومحمد عمر محمد شفيق الندوي، معلّمة القواعد الفقهية والأصولية، 490/9.

(1) ينظر: القرافي، الفروق، 135/3؛ 169/3.

(2) ينظر: المصدر نفسه، 135/3؛ 169/3.

3- إذا حملت امرأة الخصي والمجبوب، وأنكر الزوج الحمل، وكان لا يُنزل، فإنَّ الولد ولدُ زنى، ولا لعان بينهما لنفي النَّسب، إلا أن يدعي الزوج رؤية الزنى، فإنه يلتعن لمكان القذف⁽¹⁾.

4- من سرق وله يمين شلاء، أو كانت معيبة ناقصة أكثر الأصابع، فإن حكم القطع ينتقل إلى يده اليسرى أو إلى رجله اليسرى على خلاف في المذهب⁽²⁾.

المطلب الثالث: قاعدة "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد"⁽³⁾.

الفرع الأول: معنى القاعدة

الوسائل: كما سبق بيانه جمع وسيلة، ومعناها: الطرق التي تؤدي إلى المقصود، كالسعي إلى الجمعة فهو وسيلة تؤدي إلى الصلاة، والمقاصد: جمع مقصد، وهو الهدف والغاية المطلوب أدائها.

فالأحكام الشرعية بعضها مقاصد، أي مقصودة لذاتها، وبعضها وسائل لغيرها، فلما كانت الوسائل أخفض رتبة من المقاصد فيتسامح ويتساهل في إيجادها ما لا يتسامح أو يتساهل في المقاصد⁽¹⁾، كما أن باب الوسائل أوسع من باب المقاصد، وقد يشترط في الأفعال التي هي مقاصد ما لا يشترط في الأفعال التي هي وسائل⁽²⁾.

قال الإمام القرافي: "قاعدة الشرع أن الشيء إذا عظم قدره شدد فيه وكثرت شروطه وبالغ إبعاده إلا لسبب قوي تعظيماً لشأنه ورفعاً لقدره، وهو شأن الملوك في العوائد؛ ولذلك إن المرأة النفيسة في مالها وجمالها ودينها ونسبها لا يوصل إليها إلا بالمهر الكثير والتوسل العظيم، وكذلك المناصب الجليلة والرتب العلية في العادة..."⁽³⁾.

(1) ينظر: اللخمي، التبصرة، 2438/5؛ والقرافي، الفروق، 135/3؛ 169/3.

(2) ينظر: المواق، التاج والإكليل، 414/8.

(3) لم أعر على القاعدة بهذا اللفظ عند المالكية، إلا أنهم أعملوها في الفروع الفقهية، وقد أخذت القاعدة من عند السيوطي. ينظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، ص 158.

(1) محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 687/2.

(2) ينظر: مصطفى كرامة مخدوم، قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية، ص 287.

(3) القرافي، الفروق، 144/3.

الفرع الثاني: من أدلة القاعدة

هذه القاعدة من القواعد التي يُستدلّ على صحتها بالاستقراء⁽¹⁾، وسأوجز أهم الأدلة فيما يأتي:

أولاً- النصوص الدالة على إباحة ترك استقبال القبلة والقيام في النوافل، مثل:

قوله تعالى: ﴿لَيْسَ الْبِرُّ أَنْ تُولُوا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ -أَمَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ
الْآخِرِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالْكِتَابِ وَالنَّبِيِّينَ وَعَاقَى أَلْمَالَ عَلَى حُبِّهِ- ذَوَى الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسْكِينِ
وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ وَأَقَامَ الصَّلَاةَ وَعَاقَى الزَّكَاةَ وَالْمُؤْتُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا
وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ﴾
[البقرة:177]

ووجه الدلالة من الآية أنّ الله نفى البر عن استقبال الجهات مع أن منها ما هو مشروع كاستقبال الكعبة؛ لأنه من الوسائل لا من المقاصد، فلا ينبغي أن يكون الاشتغال به قصارى همّة المؤمنين، ولذلك أسقطه الله عن الناس في حال العجز والنسيان وصلوات النوافل على الدابة في السفر، ويؤيد هذا قوله: ﴿وَلَكِنَّ الْبِرَّ مَنْ -أَمَنَ بِاللَّهِ...﴾ فإن ذلك كله من أهم مقاصد الشريعة، وفيه جماع صلاح النفس والجماعة¹.

ثانياً- أحاديث الترخيص في الكذب في حالات خاصة، مثل:

- 1- قوله ﷺ: «ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس، فينمي خيرا، أو يقول خيرا»².
- 2- قوله ﷺ: «لا يحل الكذب إلا في ثلاث: يحدث الرجل امرأته ليرضيها، والكذب

(1) ينظر: مصطفى كرامة مخدوم، قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية، ص288.

¹ ينظر: ابن عاشور، التحرير والتنوير، 128/2.

² أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الصلح، باب ليس الكاذب الذي يصلح بين الناس، حديث رقم: 2692، 183/3.

في الحرب، والكذب ليصلح بين الناس»¹.

ووجه الدلالة من الحديثين أن الكلام وسيلة إلى المقاصد، فكل مقصود محمود يمكن التوصل إليه بالصدق والكذب جميعاً، فالكذب فيه حرام إعمالاً للأحاديث الناهية عن الكذب، وإن أمكن التوصل إليه بالكذب دون الصدق، فالكذب فيه بحسب القصد، فيكون مباحاً إن كان تحصيل ذلك القصد مباحاً، وواجب إن كان المقصود واجباً، كما أن عصمة دم المسلم واجبة فإذا كان في الصدق سفك دم امرئ مسلم قد اختفى من ظالم، فالكذب فيه واجب، ومهما كان لا يتم مقصود الحرب أو إصلاح ذات البين أو استمالة قلب المجني عليه إلا بكذب فالكذب فيه واجب².

ثالثاً- أحاديث النظر إلى المخطوبة وإباحة الغيبة في بعض المواطن، مثل:

عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم، فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أنظرت إليها؟»، قال: لا، قال: «فاذهب فانظر إليها، فإن في أعين الأنصار شيئاً»³.

ووجه الدلالة من الحديث أن النظر للمخطوبة أبيض للحاجة إليه إباحة وسائل من أجل تحقيق مقصد حسن، وكذلك ذكر ما يكرهه الإنسان في غيابه أبيض إذا كان في مقام النصيحة والتعريف⁴.

¹ أخرجه الترمذي في سننه، أبواب البر والصلة، باب ما جاء في إصلاح ذات البين، حديث رقم: 1939، 3/395. قال الترمذي: "هذا حديث حسن غريب".

² ينظر: الغزالي، إحياء علوم الدين، 3/137؛ والقاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، 8/77؛ وأسامة عدنان الغنيمين، قاعدة: يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد: مفهومها، تأصيلها، تطبيقاتها، شروطها، والفرق بينها وبين نظرية الغاية تبرر الوسيلة (مقال)، ص571.

³ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، باب ندب النظر إلى وجه المرأة وكفيها لمن يريد تزوجها، حديث رقم: 1424، 2/1040.

⁴ ينظر: القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، 4/576.

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة

- 1- الاطلاع على العورات من أجل الأخذ بالقصاص مغتفر⁽¹⁾.
- 2- الاطلاع على العورة عمدا بالنسبة لشهود الزنا واللواط مغتفر من أجل الإدلاء بالشهادة⁽²⁾.
- 3- تفتيش دار مدّعي عدم مغتفر عند طائفة على الرغم من كونه انتهاكا لحرمة⁽³⁾.
- 4- جواز تعزيز المتّهم بما يراه القاضي؛ للتوصُّل إلى معرفة الحق⁽⁴⁾، والأصل منع التعدي والأذى إلا بعد ثبوت الإدانة.

(1) ينظر: الباجي، المنتقى، 89/7.

(2) ينظر: بھرام، الشامل في فقه الإمام مالك، 859/2.

(3) ينظر: المواق، التاج والإكليل، 615/6.

(4) الخطاب، مواهب الجليل، 275/5.

المبحث الثالث

قواعد التقديرات الشرعية

وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: قاعدة "المعدوم شرعا كالمعدوم حسا"
- المطلب الثاني: قاعدة "إعطاء الموجود حكم المعدوم،
والمعدوم حكم الموجود"
- المطلب الثالث: قاعدة "الموجود شرعا كالموجود حقيقة"

المطلب الأول: قاعدة "المعدوم شرعا كالمعدوم حسا"⁽¹⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

- 1- "المعدوم شرعا كالمعدوم حقيقة"⁽²⁾.
- 2- "النهي هل يصير المنهي عنه مضمحلا كالعدم أو لا؟"⁽³⁾.
- 3- "النهي هل يدل على فساد المنهي عنه أم لا؟"⁽⁴⁾.
- 4- "المحذور شرعا كالمعدوم حسا"⁽⁵⁾.
- 5- "المعدوم شرعا هل هو كالمعدوم حسا أم لا؟"⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

معنى القاعدة أنه ما كان في حكم الشرع غير معتبر الوجود؛ لفساد شيء في صورته وهيئته، أو لاختلال في حقيقته وماهيته، فإنه من حيث الحكم عليه يعتبر كالمعدم حقيقة، فوجود الشيء متوقف على اعتبار الشارع له وإن كان له وجود حسي⁽⁷⁾، وهذا هو المشهور من مذهب الإمام مالك⁽⁸⁾.

(1) القرافي، الفروق، 164/1.

(2) صاغها المقرئ بقوله: "المشهور من مذهب الإمام مالك أن المعدوم شرعا كالمعدوم حقيقة". ينظر: القواعد بتحقيق الدرداي، ص 129.

(3) المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 149/1.

(4) المازري، شرح التلقين، 380/2.

(5) عبد الله علي شعبان، القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها من خلال كتاب التوضيح، ص 328.

(6) الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص 17؛ والونشريسي، إيضاح المسالك، ص 56.

(7) ينظر: الروكي، نظرية التقعيد الفقهي، ص 455؛ وعبد الله علي شعبان، القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها من خلال كتاب التوضيح، ص 329.

(8) ينظر: المقرئ، القواعد بتحقيق الدرداي، ص 129.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

1- قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا التَّوْبَةُ عَلَى اللَّهِ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السُّوءَ بِجَهَالَةٍ ثُمَّ يَتُوبُونَ مِنْ قَرِيبٍ

فَأُولَئِكَ يَتُوبُ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ [النساء: 17]

ووجه الدلالة من الآية: وصفهم المولى عز وجل بالجهالة؛ لأنهم لم ينتفعوا بعلمهم، إذ قلما يوجد في العصاة من لم يتقدم له علم بخطير المعصية التي يواقع، فكل من اقترف معصية فهو جهالة منه سواء أكان عمدا أو جهلا⁽¹⁾، وهذا من باب تنزيل المعدوم شرعا منزلة المعدوم حقيقة.

2- قوله ﷺ للمسيء صلاته: «ارجع فصل، فإنك لم تصل»⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: أنه ﷺ "نفى عنه أنه صلى مع إيقاعه الصلاة أمامه؛ وذلك لعدم الحفاظ عليها بتوفيتها حقها"⁽³⁾، وهذا من باب تنزيل المعدوم شرعا منزلة المعدوم حقيقة.

3- القياس: إذ ألحق الفقهاء المعدوم باعتبار الشرع على المعدوم حقيقة في عدم ترتب آثاره عليه، بجامع الانعدام في كل منهما، وأن كلا منهما لا يتم وجوده، هذا بمانع الشرع، وهذا بمانع الواقع والحقيقة⁴.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

1- سارق الخمر والخنزير من أهل الذمة أو من غير أهل الذمة لا يقطع، ويغرم ثمنه لهم إذا كان سرقه من ذمي أو معاهد؛ لأن ملك الخمر والخنزير معدوم شرعا، فكأنها لم تملك من طرف من سُرقت منه⁽¹⁾.

(1) ينظر: ابن عطية، المحرر الوجيز، 24/2؛ 430/3.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأذان، باب وجوب القراءة للإمام والمأموم في الصلوات كلها، في الحضر والسفر، وما يجهر فيها وما يخافت، حديث رقم: 757، 152/1.

(3) محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، 269/8.

(4) ينظر: محمد الروكي، نظرية التععيد الفقهي، ص 455.

(1) ينظر: سحنون، المدونة، 536/4.

- 2- إن زنى الرجل بأمرأة أو ابنتها، فمذهب مالك في المدونة أنه يفارقها ولا يقيم عليها، وهذا خلاف مذهبه في موطنه، وأصحابه على ما في الموطأ ليس بينهم فيه اختلاف⁽¹⁾، فهاهنا مذهب مالك في الموطأ ومذهب أصحابه أنّ المعدوم شرعا بمنزلة المعدوم حقيقة.
- 3- لا يحل وطء الحائض، ولو فعل الرجل فإنه لا يحسن، ولا يُعتدّ به في حدّ الزنا⁽²⁾.
- 4- الوطء في الدبر لا يحسن⁽³⁾.

المطلب الثاني: قاعدة "إعطاء الموجود حكم المعدوم،

والمعدوم حكم الموجود"⁽⁴⁾.

الفرع الأول: من أفاظ القاعدة

- 1- "إعطاء المتقدم حكم المتأخر والمتأخر حكم المتقدم"⁽⁵⁾.
- 2- "إعطاء المعدوم حكم الموجود"⁽⁶⁾. (الشرط الثاني من القاعدة)
- 3- يعطى الموجود حكم المعدوم للضرورة، والمعدوم حكم الموجود⁽⁷⁾.
- 4- المعدوم ينزل منزلة الموجود⁽¹⁾. (الشرط الثاني من القاعدة)

الفرع الثاني: معنى القاعدة

هذه من قواعد التقديرات الشرعية، وهي أصل من أصول المالكية، وقاعدة من قواعدهم، وتقتضي تقدير المعدوم موجودا، والموجود معدوما؛ لأنّ المصلحة تفوت بغير ذلك التقدير، وهي يحتاج إليها إذا دلّ دليل على ثبوت حكم مع عدم سببه أو شرطه أو قيام مانعه، أما إذا لم

(1) المصدر السابق، 196/2.

(2) ينظر: المقرئ، القواعد بتحقيق الدرداي، ص130.

(3) ينظر: ابن رشد الجدد، البيان والتحصيل، 446/4.

(4) القرأني، الفروق، 71/1؛ والقرأني، شرح تنقيح الفصول، ص80؛ والونشريسي، إيضاح المسالك، ص100.

(5) القرأني، الأمنية في إدراك النية، ص56.

(6) المقرئ، القواعد بتحقيق الدرداي، ص525.

(7) ينظر: المصدر نفسه، ص336.

(1) أوردها الخرشني بلفظ: "نزلنا ذلك المعدوم منزلة الموجود". ينظر: شرح مختصر خليل، 38/6.

تدع الضرورة إليها فلا يجوز التقدير حينئذ؛ لأنه خلاف الأصل، وقد بسط القول فيها الإمام القرابي في الأمنية في إدراك النية⁽¹⁾.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

الاستقراء: إذ هو العمدة في هذه القاعدة، فقد ثبت باستقراء الفروع الفقهية وتتبعها أن الموجود قد يقدر معدوماً، وكذلك العكس. قال القرابي: "ولا يكاد باب من أبواب الفقه ينفك عن التقدير"²، بل قد انعقد الإجماع على جواز الإحارة، وهي في الحقيقة تمليك الأجر بالمنافع المعدومة حقيقة وقت العقد الموجودة حكماً، ولو لم تكن موجودة حكماً لما جاز العقد، فالتقدير فيها واضح، وكذلك الإجماع على جعل الشرع للصبيان حكم آباءهم في الدنيا مع عدم وجود إيمان أو كفر عندهم، تقديراً منه وجودهما³.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

1- من تقدير الموجود في حكم المعدم أن من قُتل خطأً يقدر ملكه للدية قبل زهوق روحه، فإن الميت بعد زهوق الروح غير قابل للملك، فلا تكون الدية موروثاً عنه، ولا يمكن ملكه لها قبل زهوق الروح؛ لأنه لا يزال مالكا لنفسه، فلا يجمع له بين العوض والمعوض، فيكون ملكه للدية تقديراً قبل زهوق الروح بالزمن الفرد الذي هو غاية في القلة واللطف، ليصحح الملك والتوريث⁽¹⁾.

⁽¹⁾ ينظر: القرابي، الأمنية في إدراك النية، ص55-62؛ والمنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 468/2؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص184؛ والبورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 1/ج188/1.

² القرابي، الفروق، 161/1.

³ ينظر: القرابي، الذخيرة، 307/5؛ والأمنية في إدراك النية، ص55؛ والفروق، 161/1؛ وإبراهيم طنطاوي، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 267/11.

⁽¹⁾ اعترض ابن الشاط على هذا القول الذي أصّله القرابي قائلاً: الصحيح أن المقتول يملك الدية بإنفاذ المقاتل لا بالزهوق، ولكن لا يجب أدائها إلا بالزهوق قياساً على ثمن المبيع إذا كان الثمن إلى أجل، فإنه يدخل في ملك البائع بالعقد، ولا يستحقه إلا عند الأجل. ينظر: القرابي، الفروق، 72/1؛ والقرابي، الأمنية في إدراك النية، ص56؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص185.

2- الجماعة إذا قتلوا واحدا وتمألؤوا عليه بجرابة أو غيرها، يقدر كل واحد منهم كأنه باشر قتله، ويقتصّ منهم جميعا، وهو من إعطاء المعدوم حكم الموجود، حتى لا يكون تمالؤهم على القتل ذريعة للهروب من الحدّ أو القصاص⁽¹⁾.

3- تقدير الكفر المعدوم عند قتل المسلم لظنه كافرا في حكم الموجود فيسقط القصاص⁽²⁾.

4- إذا قطع جماعة يد رجل عمدا أو جرحوه عمدا، فله صلح أحدهم، وكذلك الأولياء في النفس؛ لأن كل واحد يجب عليه قصاص يخصه⁽³⁾.

5- من رمى سهما أو حجرا ثم مات، فأصاب بعد موته شيئا فأفسده، فإنه يلزمه ضمانه، ويقدر الفساد وقع متقدما في حياته، وكذلك لو حفر بئرا فوق وقع فيها شيء فهلك بعد موته⁽⁴⁾.

المطلب الثالث: قاعدة "الموجود شرعا كالموجود حقيقة"⁽⁵⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

1- "اختلفت المالكية في الموجود حكما هل هو كالموجود حقيقة أم لا؟"⁽¹⁾.

2- "الموجود شرعا هل هو كالموجود حقيقة أم لا؟"⁽²⁾.

3- "هل الموجود شرعا كالموجود حقيقة وحسا أم لا؟"⁽³⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

هذه القاعدة في مقابلة قاعدة "المعدوم شرعا كالمعدوم حسا"، ومعناها أنّ ما حكم الشرع

(1) ينظر: القرافي، الذخيرة، 340/5؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص186.

(2) ينظر: القرافي، الفروق، 181/1.

(3) ينظر: القرافي، الذخيرة، 340/5.

(4) ينظر: القرافي، الأمنية في إدراك النية، ص56.

(5) المقرري القواعد بتحقيق الدردي، ص181.

(1) المصدر نفسه، ص419.

(2) الونشريسي، إيضاح المسالك، ص58.

(3) المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 110/1.

بوجوده فإنّ له من القوّة ما ينتهض به موجودا في الواقع⁽¹⁾.

الفرع الثالث: من أدلّة القاعدة

1- قوله ﷺ: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر»⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: أنّ الشارع جعل العبرة في إثبات النسب بالفراش الذي هو السبب الشرعي، ولم يربطه بالماء الذي هو السبب الحقيقي؛ ولهذا لو كان الولد من ماء الرجل ليس له فراش، فإن النسب لا يثبت⁽³⁾.

2- قياس الموجود شرعا على الموجود حقيقة بجامع حصول ترتب آثار الوجود على كلّ منهما⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

1- من رمى سهما أو حجرا¹، ثم مات؛ فأصاب بعد موته شخصا فأفسده، فإنه يلزمه الضمان، ويقدر الفساد وقع متقدما في حياته⁽²⁾.

2- من حفر بئرا في محلّ عدوانا؛ فوقع فيه إنسان بعد موت الحافر، فعليه ضمان المجني عليه، فإن كانت للجاني حافر البئر تركة، فإنها تصرف في الضمان، وإن حصل وأن فاتت التركة، لزم الورثة ضمائمها⁽³⁾.

(1) ينظر: الروكي، نظرية التععيد الفقهي، ص457؛ الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص21.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش، حرة كانت أو أمة، حديث رقم: 6749، 153/8.

(3) ينظر: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 48/7؛ وابن عبد البر، الاستذكار، 168/7.

(4) ينظر: محمد أكتاوا، أبو عبد الله المقري وقواعده الفقهية، ص195. نقلا عن بدي أحمد سالم، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 285/11.

¹ يلحق به ما هو موجود في زماننا من إطلاق صاروخ أو رمي قذيفة، وكذلك يمكن إلحاق من أرسل سما أو شيئا مثله، ثم مات الجاني قبل موت المجني عليه.

(2) ينظر: المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 472/2.

(3) ينظر: المصدر نفسه، 472/2.

المبحث الرابع قواعد التابع والمتبوع

وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: قاعدة "ما قارب الشيء له حكمه"
- المطلب الثاني: قاعدة "الأصغر يدخل تحت الأكبر"
- المطلب الثالث: قاعدة "التابع يعطى حكم متبوعه"

المطلب الأول: قاعدة "ما قارب الشيء له حكمه" (1).

الفرع الأول: من أَلْفَاظِ الْقَاعِدَةِ

- 1- "ما قارب من الشيء هل له حكمه أم لا؟" (2).
- 2- "ما قارب الشيء مثله" (3).
- 3- "ما قارب الشيء هل يعطى حكمه أم لا؟" (4).
- 4- "المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟" (5).

الفرع الثاني: معنى القاعدة

هذه القاعدة يذكرها الفقهاء كثيرا، ومعناها أنّ الأصل أن كل شيء يعطى حكم نفسه لا حكم غيره، لقوله تعالى: ﴿قُلْ أَغْيَرَ اللَّهُ بَنِي رَبِّا وَهُوَ رَبُّ كُلِّ شَيْءٍ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا نُزِرُ وَأَنْزِرُ وَوَزَّرَ أَخْرَجِي ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ﴾ [الأنعام: 164]، أما إعطاؤه حكم ما قاربه فهو محل خلاف، والسبب في الخلاف انبناء القاعدة على القياس، فمن اعتبر التقارب كالعلة الواحدة أعملها (6).

وللمقارنة أوجه متعددة منها ما يأتي:

- 1- المقاربة الزمانية: وهي إما أن تتعلق بوقوع الشيء أو بزواله، فالمتعلقة بوقوعه هي المقصودة بالشطر الأول من قاعدة: "المتوقع هل يجعل كالواقع؟"، وأما اقتراب زوال الشيء فهو المراد بالشطر الأول من قاعدة: "المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟".

(1) القرافي، الذخيرة، 366/5.

(2) الونشريسي، إيضاح المسالك، ص70.

(3) الخطاب، مواهب الجليل، 474/2.

(4) المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 162/1.

(5) عبد الله علي شعبان، القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها من خلال كتاب التوضيح، ص326.

(6) ينظر: الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص61؛ والروكي، نظرية التععيد الفقهي، ص443.

2- المقاربة المكانية: وأعم دلالة عليها هو التعبير عنها بالحریم في قاعدة: "الحریم له حکم ما هو حریم له" وما تفرع عنها، وأوضح دلالة على هذا المعنى هو قاعدة: "ما قرب فله حکم الاتصال".

3- التحصيل أو الانتهاء عن معظم الفعل أو الشيء أو العدد أو الصفة المطلوب فعلها أو اجتنابها شرعاً على هيئة أو قدر معين، بحيث يجيء بها المكلف على نحو قريب من الأصل والوجه المطلوب، فيعتبر هذا التقريب كافياً ومجزئاً⁽¹⁾.

والقاعدة التي بين أيدينا باعتبار وجهها المتعلق بالمقاربة الزمانية مستثناة من أصل شرعي قوي هو المعبر عنه بقاعدة: "لا يثبت حکم الشيء قبل وجوده"، إلا أنها مع ذلك مبنية على مبدأ شرعي راسخ ذي تأثير بالغ في القواعد والأحكام الفقهية هو قياس مقارب الشيء به لشدة الشبه بينهما مع ما يترتب على اعتبارها من مقاصد شرعية كرفع الحرج والتوسعة على المسلمين. وقد تبوأ هذا الأصل مكانة في الشريعة جعلته المنطلق والفكرة الأساسية لنظرية كبرى متكاملة هي نظرية "التقريب والتغليب"⁽²⁾.

وحيث إن قاعدتنا يتجاوزها هذان الأصلان القويان⁽³⁾، فإنه قد وقع فيها الخلاف، غير أن الذي يدل عليه كثرة دوراتها في كتب الفقه هو اعتمادها، والاستناد إليها فيما لا يحصى من الفروع الفقهية، وهذا ما دعا بعض الباحثين في مجال التقعيد الفقهي إلى اعتبارها من كبريات القواعد الفقهية⁽¹⁾، وقاعدة جليلة قد تتخرج عليها مسائل مهمة في أبواب الفقه، وأصلاً ثابتاً مستقراً ولو تُنزع في بعض تطبيقاته وشروطه⁽²⁾.

(1) ينظر: بدي أحمد سالم، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 429/8-430. وللاستزادة ينظر: الريسوني، نظرية التقريب والتغليب، ص 82-91.

(2) ينظر: بدي أحمد سالم، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 431/8. وللاستزادة ينظر: الريسوني، نظرية التقريب والتغليب، ص 88.

(3) هما: "أن الشيء لا يثبت حكمه قبل وجوده" و "قياس مقارب الشيء به".

(1) ينظر: الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في الخلاف الفقهي، ص 442.

(2) ينظر: الريسوني، نظرية التقريب والتغليب، ص 87.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة:

يمكن الاستدلال للقاعدة بعدد من الأدلة التي يفهم منها أن الشريعة- وإن كان الأصل فيها إعطاء الشيء حكم نفسه- إلا أنّها في بعض الحالات قد تعطي الشيء حكم ما كان قريبا منه، وبهذا يظهر أن الأدلة التي سأذكرها ليست نصا في الموضوع، وإنما هي دالة عليه من باب الإشارة.

أولا- من القرآن:

1- قوله تعالى: ﴿ أَيُّ أَمْرٍ أَلَمَّا لَمْ تَنْتَهِ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الَّذِينَ كَفَرُوا فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ ﴾ [النحل:1] ووجه الدلالة من الآية: أي: دنا وقرب أمر الله بعذابكم أيها المشركون فلا تستعجلون، وجيء بالماضي المراد به المستقبل المحقق الوقوع بقريظة تفريع فلا تستعجلوه، لأن النهي عن استعجال حلول ذلك اليوم يقتضي أنه لما مجلّ بعد⁽¹⁾.

2- قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا بَلَغَنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ﴾ [الطلاق:2].

3- قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴾ [النحل:98] ووجه الدلالة من الآية: ظاهره أن الإمساك بمعروف إذا بلغن أجلهن، مع أنهن إذا بلغن إلى ذلك الحد خرجن من العدة وانتهى وجه المراجعة، ولكن المراد هنا إذا قاربن أجلهن ولم يتجاوزنه أو يصلن إليه بالفعل، والقاعدة أن ما قارب الشيء يعطى حكمه، كما في قوله تعالى: ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ ﴾ [النحل:98]، ومثل الآية الحديث في قوله ﷺ: «إذا أتى أحدكم الخلاء فليقل: اللهم إني أعوذ بك من الخبث والخبائث»⁽¹⁾، مع أنه عند الإتيان أو أثناءه لا يحق له أن يقول ذلك، وإنما يقوله إذا قارب

(1) ينظر: ابن عاشور، التحرير والتنوير، 96/14؛ وأبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، 98/3.

(1) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطهارة، باب ما يقول الرجل إذا دخل الخلاء، حديث رقم: 6، 6/1. قال محققاه شعيب الأرناؤوط ومحمد كامل قره بللي: "إسناده صحيح".

دخوله، فكذلك هنا⁽¹⁾.

ثانياً- من السنة:

1- قول النبي ﷺ: «مولى القوم من أنفسهم»⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ حكم للمولى بحكم القوم أنفسهم، لمقارنته للدخول في جنسهم بطريق الولاء، فيكون حكمه حكمهم⁽³⁾.

2- قوله ﷺ: «سدّدوا وقاربوا، وأبشروا، فإنه لن يُدخل الجنة أحداً عمله». قالوا: ولا أنت، يا رسول الله؟ قال: «ولا أنا، إلا أن يتغمدني الله منه برحمة، واعلموا أن أحبّ العمل إلى الله أدومه وإن قلّ»⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: أي "اقصدوا السداد واطلبوه، واعملوا به في الأمور. والسداد: القصد فوق التفريط ودون الغلو وهو من نحو معنى: "قاربوا"، أي اقربوا من السداد والصواب ولا تغلوا"⁽⁵⁾؛ "فإنكم لن تطيقوا الإحاطة في أعمال البر كلّها، ولا بد للمخلوقين من ملال وتقصير في الأعمال، فإن قاربتهم ورفقتهم بأنفسكم كنتم أجدر أن تبلغوا ما يراد منكم"⁽¹⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة:

1- لا قسامة مع قول الصبي دمي عند فلان، إلا أن يكون هذا الصبي قد راهق وأبصر وعرف، فيقسم مع قوله، باعتبار ما قارب الشيء يعطى حكمه².

(1) محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، 212/8.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، باب مولى القوم من أنفسهم وابن الأخت منهم، حديث رقم: 6761، 155/8.

(3) ينظر: ابن القصار، عيون الأدلة، 549/2؛ وخليل، التوضيح، 136/1.

(4) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب صفة القيامة والجنة والنار، باب لن يدخل أحد الجنة بعمله بل برحمة الله تعالى، حديث رقم: 2818، 2171/4.

(5) القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، 354/8.

(1) ابن عبد البر، الاستذكار، 209/1.

² ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 428/8.

2- لا ينتظر كبر الصغير في العفو عن القتل، إلا أن يكون هذا الصبي قد راهق، وإلا فللكبير القتل¹.

3- من كان مراهقاً ناهز البلوغ ففعل ما يستوجب الحدّ أو القصاص، فإنه يُحدّ ويُقتصّ منه، باعتبار ما قارب الشيء يعطى حكمه، وإلا فلا يحدّ ولا يقتصّ منه، وهذا الأخير هو المشهور⁽²⁾.

4- من سرق مرارا كل مرة أقل من النصاب، والمجموع نصاب هل يقطع أم لا إذا قرب ما بين المرات؟ فإن جعلنا ما قارب الشيء يعطى حكمه، فإن القطع يجب، وإلا فلا⁽³⁾.

ومما له صلة بقاعدتنا قاعدة "الحياة المستعارة كالعدم على الأصح"⁽⁴⁾، إذ إن مقارنة الموت أخذت حكمه، ومما يتفرّع عنها ما يأتي:

5- من أنفذ مقاتله في المعترك، ثم مات بعد المعركة، لا يصلّى عليه، مثبته مثل من مات في المعركة؛ بناءً على أن الحياة المستعارة كالعدم، وأما إذا أعتدّ بالحياة، فإنه يصلّى عليه، وهذا الأخير هو الصحيح عند المالكية، إلا المغمور الذي بقي به رمق، وبقي في غمرة الموت لم يفق منها حتى مات، فإنه لا يصلّى عليه كالميت في المعركة⁽¹⁾.

6- من أنفذ مقاتل رجل بضربه متعمداً، ثم أجهز عليه آخر، فعلى أن الحياة المستعارة كالعدم، يُقتصّ من الأول، ويعاقب الثاني تعزيراً، وعلى أن الحياة المستعارة معتدّ بها، فسيكون القصاص

¹ ينظر: القراني، الذخيرة، 343/12.

⁽²⁾ ينظر: خليل، التوضيح، 246/8؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص63.

⁽³⁾ ينظر: خليل، التوضيح، 238/8؛ والدردير، الشرح الكبير، 335/4؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص68.

⁽⁴⁾ المقرئ، القواعد بتحقيق الدردابي، ص195.

⁽¹⁾ الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير للدردير، 426/1؛ والمقرئ، القواعد بتحقيق الدردابي، ص195؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص164

من الذي أجهز عليه أخيراً، وهما قولان لابن القاسم⁽¹⁾.

7- من مات دماغه وما زالت به مظاهر للحياة المستعارة كالتنفس أو بعض الحركة بمساعدة أجهزة الإنعاش أو غيرها، هل يعامل معاملة من مات بالفعل، فيقتص من أوصله إلى تلك الحالة، أو يعامل معاملة الحي، فيقتص من أجهز عليه أخيراً⁽²⁾؟

المطلب الثاني: قاعدة "الأصغر يدخل تحت الأكبر"⁽³⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

1- "الأصغر هل يندرج في الأكبر أم لا؟"⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

الأصل في الأحكام عدم التداخل؛ لما في التداخل من التشريك والجمع لأكثر من النية في عمل واحد، وهذا التشريك والجمع للنيات مفسد للعمل، كما أنّ كلّ سبب يترتب عليه مسببه هو لا غيره من المسببات، وكذلك عدم التداخل يؤدي إلى تكثير العبادة، وعلى الرغم مما ذكر إلا أنّ الأمة أجمعت على التداخل في الجملة رفقا بالعباد، وتكثيراً لأجور أعمالهم، وقاعدتنا تخدم هذا التداخل حيث يُجعل حكم الأصغر مندرجا تحت حكم الأكبر إذا كان من جنسه وهو يشمل⁽⁵⁾.

(1) الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير للدردير، 243/4؛ والمقري، القواعد بتحقيق الدردابي، ص195؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص164.

(2) الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص164.

(3) خليل، التوضيح، 179/1.

(4) الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص56؛ والونشريسي، إيضاح المسالك، ص72.

(5) ينظر: الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص56؛ وبلقاسم قراري، القواعد الفقهية من خلال كتاب المعونة على مذهب عالم المدينة، ص212.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

1- قوله ﷺ: «دخلت العمرة في الحج»⁽¹⁾.

وفي لفظ: «وقد دخلت العمرة في الحج إلى يوم القيامة»⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: "أن العمرة دخلت في زمان الحج إلى يوم القيامة ردًا على العرب الذين كانوا يرون العمرة في الحج من أفجر الفجور، فحكم الله بدخولها معه في زمانه، كما تدخل معه في مكانه، كما تدخل معه في قرانه، وهذا بديع"⁽³⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة:

1- من لزمه قصاص في الأطراف مثل اليد أو الرجل، ثم لزمه قصاص في النفس، فإن الأطراف تدرج في النفس، ولا يُقتص من الجاني في الأطراف⁽⁴⁾.

2- لو ضرب رجل امرأة خطأ فماتت، ثم خرج الجنين بعد موتها ميتا، فلا غرة فيه، وإنما على عاقلته الدية، لأنه مات بموت أمه، وعليه كفارة واحدة⁽⁵⁾.

3- يجوز أن يصلح أولياء دم العمد على أكثر من الدية، والدية تدرج فيما صالحوا عليه⁽⁶⁾.

4- في الحدود المتماثلة من نوعين كالقذف والشرب، فإذا أقيم على مقترفهما حد واحد منهما سقط الآخر؛ لأن موجبهما -وهو الحدّ واحد- ثمانون جلدة، ولو لم يقصد إلا الأول، أو لم يحصل ثبوت الآخر إلا بعد الفراغ من الأول⁽⁷⁾.

(1) أخرجه مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، حديث رقم: 1218، 886/2.

(2) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب المناسك، باب في أفراد الحج، حديث رقم: 1790، 199/3. قال محققاه شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي: "إسناده صحيح".

(3) ابن العربي، عارضة الأحوذى، 163/4.

(4) ينظر: سحنون، المدونة، 651/4.

(5) ينظر: البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، 575/4.

(6) ينظر: سحنون، المدونة، 651/4.

(7) ينظر: الدردير، الشرح الكبير، 347/4.

- 5- الحد الواحد إذا تكرر، كمن سرق مرارا، أو قذف جماعة فإنه يجد حدا واحدا، ما لم يُعد بعد الحد، فإن عاد بعده عِيد عليه⁽¹⁾.
- 6- من لزمه حدود كالخمر والسرقه، ثم لزمه ما يأتي على النفس كالزنا مع الإحصان، فإن ما دون النفس من اندراج الأصغر في الأكبر، إلا القذف فإنه يُجَدُّ ثم يقتل⁽²⁾.
- 7- ليس على المرجوم في الزنا جلد؛ لأتّهما حدّان محلّ واحد بسبب واحد، فانطوى الأصغر في الأكبر، فمن زنى وهو بكر، ولم يُجَدِّ حتى أُحصن، ثمّ زنى وهو ثيب اندرج الجلد تحت الرجم⁽³⁾.

المطلب الثالث: قاعدة "التابع يعطى حكم متبوعه"⁽⁴⁾.

الفرع الأول: من أفاظ القاعدة

- 1- "اختلفوا في كون الأتباع مقصودة أو لا؟"⁽⁵⁾
- 2- "الأتباع هل يعطى لها حكم متبوعاتها أو حكم أنفسها؟"⁽⁶⁾
- 3- "الأقل يتبع الأكثر"⁽⁷⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

"هذه القاعدة تشترك في بعض فروعها مع القاعدة: "ما قرب من الشيء يعطى حكمه"، فإذا كان للأمر جانبان جانب يشمل معظمه وأكثره، له حكم يخصه، وله جانب آخر لا يشمل إلا جزءا قليلا منه، وله حكم آخر يخصه لو استقل بنفسه، فهل بانضمام القليل إلى

(1) ينظر: المصدر السابق، 347/4.

(2) ينظر: المصدر نفسه، 347/4.

(3) ينظر: البراذعي، التهذيب في اختصار المدوّنة، 475/4؛ وعبد الوهاب بن محمد جامع إيليشن، القواعد والضوابط الفقهية من خلال كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 1480/3.

(4) التسولي، البهجة في شرح التحفة، 273/2.

(5) المقرئ، القواعد بتحقيق الدردي، ص438؛ والمنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 360/1.

(6) الونشريسي، إيضاح المسالك، ص101.

(7) الونشريسي، المعيار المعرب، 408/1؛ والمنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 360/1.

الأكثر يفقد الأقل اعتباره، ويسري عليه حكم الأغلب؟ وهو المشهور، أو يبقى للأقل حكمه الخاص به، ولا ينظر إليه إلا في نفسه دون اعتبار لغيره"⁽¹⁾.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

عن أبي سعيد رضي الله عنه، قال: سألتنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجنين، فقال: «كُلوه إن شئتم، فإنَّ ذكاة الجنين ذكاة أمه»⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: "الجنين إذا خرج وقد كمل خلقه ميتا بعد ذكاة أمه أكل؛ لأنه صلى الله عليه وسلم حصر ذكاة الجنين في ذكاة أمه، فيكون داخلا فيها ومندرجا، فيؤكل بذكاة أمه التي فيها ذكاته، ولا يفتقر إلى ذكاة أخرى"⁽³⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

1- الدية على العاقلة من أهل البادية مئة من الإبل، وعلى أهل المدن ألف دينار ذهباً، فإذا كان بعض العاقلة بالبادية وبعضها بالحاضرة أُعطي للأقل حكم الأكثر على القاعدة، ولا تلفق الدية، وهو قول أشهب وعبد الملك، إذ لا يكون في دية واحدة إبل ودنانير، والقول الآخر أنه ينظر في الدية إلى محل الجنائية، وقيل تجب من نوع من كان الجاني مقيماً بينهم⁽⁴⁾.

2- من كان له أصبع مقطوع من يده، وقطع يداً صحيحة، فإن المجني عليه يخيّر إما أن يقتص بغير دية الأصبع، وإما أن يأخذ عقل يده أربعة أخماس دية اليد. فمذهب ابن القاسم القصاص، سواء كان الأصبع الناقص هو الإبهام أو غيره، والأتملتان كالأصبع في الثلاثة⁽¹⁾.

(1) الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص187.

(2) أخرجه ابن ماجه في سننه، أبواب الذبائح، باب ذكاة الجنين ذكاة أمه، حديث رقم: 3199، 360/4. قال محققوه: "حديث صحيح بطرقه وشواهده".

(3) القراني، شرح تنقيح الفصول، ص59.

(4) ينظر: الباجي، المنتقى، 98/7؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص190.

(1) ينظر: خليل، التوضيح، 97/8.

3- "إذا ترامى الجرح إلى إتلاف شيء آخر، فإن كان من جنسه تداخل وكان فيه أرش ما ترامى إليه، مثل الموضحة تصير منقلة، فيكون على الجارح أرش منقلة فقط، وإن تلف به ما ليس منه، مثل أن يقطع يده فيذهب عقله أو عيناه، فله دية اليد ودية العقل"⁽¹⁾.

4- "إذا قطع اللسان من أصله، ففيه الدية كاملة، وكذلك إن قطع منه ما منع الكلام، وإن لم يمنع من الكلام شيئاً، ففيه الاجتهاد بقدر شئنه إن شأنه، وإنما الدية في الكلام لا في اللسان، بمنزلة الأذنين، إنما الدية في السمع لا في الأذنين، وإن قطع من لسانه ما ينقص من حروفه، فعليه بقدر ذلك"⁽²⁾.

5- الولد لا يكون مسلماً إلا بإسلام أبيه؛ لأنه تبع له في الحرية والانتساب والولاء وحمل العقل، فوجب أن يكون تبعاً له في الدين"⁽³⁾.

⁽¹⁾ القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 827/2.

⁽²⁾ البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، 552/4.

⁽³⁾ ينظر: ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 650/21.

المبحث الخامس

قواعد الأصل والغالب والبدل

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة "إذا تعارض الأصل والغالب قُدم الغالب"

المطلب الثاني: قاعدة "إذا دار الشيء بين الغالب والنادر فإنه يلحق بالغالب"

المطلب الثالث: قاعدة "الأصل لا يجتمع مع البديل"

المطلب الرابع: قاعدة "لا يثبت الفرع والأصل باطل"

المطلب الخامس: قاعدة "البديل إنما يكون للعجز عن المبدل"

المطلب الأول: قاعدة "إذا تعارض الأصل والغالب قُدّم الغالب"⁽¹⁾

الفرع الأول: من أَلْفَاظ القاعدة

1- "إذا تعارض الأصل والغالب، فالعمل على الغالب"².

2- "استصحاب الأصل ما لم يعارضه غالب"⁽³⁾.

3- "إذا تعارض الأصل والغالب، فالحكم للغالب"⁴.

الفرع الثاني: معنى القاعدة ودليها

الأصل معناه البراءة الأصلية قبل تعمير الذمة بشيء، والغالب هو رجحان الظن بثبوت أمر أو نفيه، فإذا تعارض الأصل مع الغالب المخالف له، فللفقهاء في هذا التعارض ثلاث حالات:

الحالة الأولى: يقدم الأصل على الغالب إجماعاً، كما في دعوى الدين، فمن ادّعى أنه يطلب من فلان ديناً دعوى مجردة، لا تُقبل دعواه، ولو كان أصلح الناس؛ لأن الأصل براءة ذمة المدين، فلا يُنقل عن البراءة الأصلية إلا بدليل، ويدلّ على ذلك قول النبي ﷺ للرجل الذي خاصم صاحبه: «ألك بينة؟» قال: لا، قال: «فلك يمينه»، قال: يا رسول الله، إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، فقال: «ليس لك منه إلا ذلك»⁽⁵⁾.

الحالة الثانية: يُقدّم الغالب على الأصل بإجماع، كما في العمل بالبينة إذا شهدت، فإن

(1) الدردير، الشرح الكبير، 71/1.

(2) الونشريسي، المعيار المعرب، 308/7.

(3) الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير للدردير، 145/4.

(4) التسولي، البهجة في شرح التحفة، 658/1.

(5) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم يمين فاجرة بالنار، حديث رقم: 139،

.123/1

الغالب صدقها، والأصل براءة ذمة المشهود عليه؛ لقوله ﷺ: «بَيْنَتِكَ أَوْ يَمِينِهِ»⁽¹⁾، فإنه يدل على أنه لو كان له بينة لحكم له على خلاف البراءة الأصلية.

الحالة الثالثة: يكون التعارض بين الأصل والغالب محلّ اجتهاد، فيُغلب الأصل تارة؛ لترجّحه بالظواهر وقرائن الأحوال، وتارة يُقدّم الغالب لقواعد أخرى في الشريعة تؤيّده، كقاعدة "العادة هل هي كالشاهد أو كالشاهدين؟"، فإن جُعِلت كالشاهدين قدّم الغالب على الأصل، وكذلك قاعدة "هل الغالب كالمحقق؟"، فإن جعل كالمحقق قدّم على الأصل⁽²⁾.

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة

- 1- قُبِل قول القتل: "دمي عند فلان" في القسامة على خلاف الأصل؛ لأنّ الغالب صدقه، لترجيحه باللوث⁽³⁾.
- 2- العمل بالبينة إذا شهدت، فإن الغالب صدقها، والأصل براءة ذمة المشهود عليه⁽⁴⁾.
- 3- قُبِل قول الزوج في اللعان على نفي الولد، وهو على خلاف الأصل؛ لأن العادة أن ينفي الزوج عن زوجه الفواحش فلما رماها بما مع أيمانه، قدمه الشرع⁽⁵⁾.
- 4- قُبِل قول الغاصب في دعوى التلف؛ لثلا يخلد في السجن⁽⁶⁾.
- 5- المشهور بالتعدّي والفساد والظلم، إذا دخل على أحدٍ في داره، وادّعى عليه صاحب الدار بأخذ مال، صدق فيما يشبه أنه يملكه؛ لغلبة التهمة والفساد عليه، والحمل على الغالب واجب⁽⁷⁾.

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب تفسير القرآن، باب ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ﴾: لا خير، حديث رقم: 4549، 34/6.

(2) ينظر: الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص73-74.

(3) ينظر: التسولي، البهجة في شرح التحفة، 49/1.

(4) الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص74.

(5) ينظر: التسولي، البهجة في شرح التحفة، 49/1.

(6) ينظر: المصدر نفسه، 49/1.

(7) ينظر: التسولي، البهجة في شرح التحفة، 575/2؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة، ص95.

المطلب الثاني: قاعدة "إذا دار الشيء بين الغالب والنادر

فإنه يلحق بالغالب" (1).

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

- 1- الغالب يجري مجرى اليقين (2).
- 2- "الحكم للغالب" (3).
- 3- "النادر ملحق بالغالب في الشرع" (4).
- 4- "الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر" (5).
- 5- "الغالب مساو للمحقق في الحكم" (6).
- 6- "الغالب كالمحقق" (7).
- 7- الظن الغالب ينزل منزلة التحقيق (8).
- 8- "الحمل على الغالب واجب" (9).

الفرع الثاني: معنى القاعدة

الغالب هو رجحان الظن بثبوت أمر أو نفيه، والنادر خلافه، والمحقق هو ما كان حصوله ثابت الوقوع بلا احتمال، واحتمال تخلفه نادرًا جدًا، فإذا دار الشيء بين الغالب والنادر، فإن القاعدة اعتبار الغالب وتقديمه على النادر، والشيء الذي يغلب وجوده حكمه الشرعي مثل:

(1) القراني، الفروق، 111/4.

(2) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، 154/1. وصياغته للقاعدة كالاتي: "أجرى غالبة مجرى يقينه".

(3) الباجي، المنتقى، 123/3.

(4) القراني، الذخيرة، 126/4.

(5) المصدر نفسه، 104/4.

(6) المقرئ، القواعد بتحقيق الدرداي، ص90.

(7) ابن عرفة، المختصر الفقهي، 207/4؛ والحطاب، مواهب الجليل، 138/1. وصاغها الونشريسي بالاستفهام. ينظر:

إيضاح المسالك، ص56.

(8) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 148/1. وصياغته الأصلية للقاعدة كالاتي: "ينزل منزلة التحقيق الظن الغالب".

(9) التسولي، البهجة في شرح التحفة، 229/1.

حكم المحقق الوجود، وهو شأن الشريعة، حيث إن الأحكام الشرعية إنما تنبني على الغالب الأكثرى دون القليل النادر، فإن النادر الشاذ في الشرع لا حكم له، بجانب الكثير الغالب، والأصل في الشرع حمل الأمور والأحكام على ما يكثر وقوعه لا على ما يقل ويندر⁽¹⁾.

فغلبة الظن ملحقة باليقين عند عدم وجود نص قاطع، والمكلف مطالب في تعبه بما يظن أنه مطلوب منه مع احتمال نقيضه؛ لأنه أقرب إلى اليقين، ووجوب العمل به محل اتفاق بين الفقهاء، ومن تركه عطل أغلب أحكام الشريعة؛ لأن أغلب دلالات النصوص ظنية.

وهذه القاعدة الفقهية تدخل في جميع أبواب الفقه، فهي قاعدة أغلبية، ولها مستثنيات كثيرة، فأحيانا يكون الغالب هو المعتبر ويلحق بالمحقق، وأحيانا يلغى ويعتبر النادر، رحمة بالعباد، وقد يلغى كل من الغالب والنادر معا، فلا يكون الحكم لأحد منهما بل لمن حجته قاطعة⁽²⁾.

فالحاصل أن الغالب يحمل على المحقق ويُعطى حكمه؛ لأن وقوع الغالب لا يختلف عن وقوع المحقق إلا بقدر يسير، وإذا دار الأمر بين الغالب والنادر فإنه يلحق بالغالب، ولكن ينتبه إلى إن الأمر هذا ليس على إطلاقه بل هو مقيد بثلاثة قيود:

- 1- أن يطرد الغالب.
- 2- أن تكثر أسبابه.
- 3- ألا يكون مع النادر ما يعتضد به، وإلا قدم على الغالب عملا بالراجح لتعيّنه⁽¹⁾.

(1) ينظر: الروكي، نظرية التعيد الفقهي، ص451؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص382؛ والبورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 212/3؛ وأحسن زفور، القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى، 1/289-290؛ بلقاسم قراري، القواعد الفقهية من خلال كتاب المعونة على مذهب عالم المدينة، ص210.

(2) ينظر: القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، ص295؛ وعبد الله علي شعبان، القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها من خلال كتاب التوضيح، ص214. ويراجع: القرافي، الفروق، 104/4.

(1) ينظر: محمد بن علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، 171/4؛ ومحمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، ص298؛ وعبد الله علي شعبان، القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها من خلال كتاب التوضيح، ص215.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْتَفِعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَفَكَّرُونَ﴾ [البقرة: 219]

ووجه الدلالة من الآية: حرم الله الخمر والميسر بعد أن أخبر أن إثمهما أكبر من نفعهما؛ فحكم بالغالب فيهما من ضرر وصد عن الذكر، وألغى النادر⁽¹⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة:

- 1- يحكم بالبلوغ بإحدى علامات البلوغ وإلا فبالعمر الشائع لبلوغ الفتيان في ذاك البلد، ولا عبرة بالنادر؛ وبناءً عليه يتحمل الجنائي التبعات الجنائية الصادرة عنه بعد الحكم ببلوغه⁽²⁾.
- 2- الأم تشرب دواء مما يُعلم أنه لا يسقط به الجنين، فتسبب الدواء في سقوط الجنين، فلا غرة عليها، ومثلها الطيب إذا سقاها الدواء⁽³⁾.
- 3- فعل الطبيب المعتاد إذا ترتب عنه تلف أو أذى لا يضمن؛ لأنّ العبرة بالغالب لا الخطأ النادر⁽⁴⁾.
- 4- إن ضرب المعلم والمؤدّب صبيًا بما يُعلم الأمن فيه لأدبه فمات، فلا يضمن⁽⁵⁾.
- 5- لا يوجد من الأمراض ما يجعل هلاك الأم محققًا إذا استمرت في الحمل إلا حالة واحدة هي تسمم الحمل... ونتيجة للتقدم الطبي الهائل فإن قتل الجنين لإنقاذ الأم يصبح لغوا لا حاجة له في أغلب الحالات المرضية⁽¹⁾.

(1) ينظر: الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة، ص 317.

(2) ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 592/2.

(3) ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 258/6.

(4) ينظر: المواق، التاج والإكليل، 439/8.

(5) ينظر: عليش، منح الجليل، 361/9.

(1) ينظر: محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ص 439.

6- الغالب في أفعال المكلفين الاختيار، فمن تنصر وهو في الأسر حمل على الاختيار حتى يثبت إكراهه، إلا أن يشتهر عن جهة من جهات الكفار أنهم يكرهون الأسير على الدخول في دينهم، أو يكثرون الإساءة إليه، فإذا تنصّر خففوا عليه، فينبغي أن يتوقف في إجراء حكم الردة عليه في ماله، وزوجته حتى يثبت ذلك، بل يحمل على الإكراه؛ لأنه الغالب من حال المسلم⁽¹⁾.

7- إذا شهد على رجل مقيم أنه وطئ امرأة، وقال الواطئ: هي امرأتي، ولا يُعلم ذلك إلا من قوله، فإنه يُحدّ، إلا أن يأتي بالبينة على أنها امرأته؛ لأنّ الغالب كذبه، وإذا كان قدم بها من بلد آخر، فلا يُحدّ، إذا قال: هي امرأتي، وأقرت له بذلك، ولم تقم البينة بخلاف قولهما؛ لاحتمال الصدق ولوجود الشبهة، فإثبات الحد في المقيمين، وعدم حملهم على التصديق؛ لأن النكاح والملك لا يخفى غالبا، وإذا لم تصدّقه المرأة على الزوجية، حدّا معا؛ لأن الغالب صدقها وكذبه، ولا تُتّهم أن يكون ذلك حلالا وتدعي إنه زنى، فتكشف نفسها وتلحق بأهلها المعرة وتجلد أو ترحم إذا اعترفت أنها ثيب، أما إذا ادّعت هي بأنه زوجها وكذبها هو، وادّعي الزنى بها، فإنهما يحدان جميعا إعمالا للغالب في كذبها من أجل ستر نفسها وأهلها⁽²⁾.

8- عدم حدّ الزوج حدّ القذف؛ وقد سقط الجلد عليه بالتلاعن بينهما؛ لأن الغالب صدقه⁽³⁾.

الفرع الخامس: من مستثنيات القاعدة:

1- الغالب على من وُجد متجردا مع امرأة في لحاف واحد أنه قد أوج، والنادر عدمه، وألغى الغالب، فلا يثبت الزنا بمجرد ذلك، بل لا بد من رؤية الإيلاج حفاظا على الأعراض⁽⁴⁾.

2- غالب الولد أن يوضع لتسعة أشهر، فإذا جاء بعد خمس سنين من امرأة طلقها زوجها، دار بين أن يكون زنى وهو الغالب، وبين أن يكون تأخر في بطن أمه وهو نادر بالنسبة إلى

(1) ينظر: خليل، التوضيح، 216/8.

(2) ينظر: اللخمي، التبصرة، 6270/13.

(3) ينظر: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 62/8؛ وعليش، منح الجليل، 274/4.

(4) ينظر: القرافي، الفروق، 110/4.

وقوع الزنا في الوجود، فألغى الشارع الغالب، وأثبت حكم النادر، وهو تأخر الحمل رحمة بالعباد لحصول الستر عليهم، وصون أعراضهم عن الهتك⁽¹⁾.

3- إذا تزوجت فجاءت بولد لسته أشهر، جاز أن يكون من وطء قبل العقد وهو الغالب، أو من وطء بعده وهو النادر، فإن غالب الأجنة لا توضع إلا لتسعة أشهر، وإنما يوضع في الستة سقطا في الغالب، فألغى الشارع حكم الغالب، وأثبت حكم النادر، وجعله من الوطاء بعد العقد لظفا بالعباد لحصول الستر عليهم وصون أعراضهم⁽²⁾.

4- شهادة ثلاثة عدول في الزنا الغالب صدقهم، ولم يحكم الشارع به ستر على المدعى عليه، ولم يحكم بكذبهم بل أقام الحد عليهم من حيث إنهم قذفوه لا من حيث إنهم شهدوا زور⁽³⁾.

5- المتهمون ممن اشتهروا بالسرقة والإجرام لا يجوز أخذهم بالتهمة دون بينة أو إقرار، مع أن الغالب صواب اتهامهم، والنادر عدمه، فألغى الغالب صونا للأعراض والدماء⁽⁴⁾، ولكن يمكن معاقبتهم تعزيرا إذا ارتأى الإمام ذلك⁵.

المطلب الثالث: قاعدة "الأصل لا يجتمع مع البديل"⁽⁶⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

1- "لا يجتمع الأصل والبديل في فعل واحد"⁽¹⁾.

2- "البديل والمبدل منه لا يجتمعان"⁽²⁾.

3- "لا يجتمع الأصل والبديل إلا بدليل"⁽³⁾.

(1) ينظر: المصدر السابق، 104/4.

(2) ينظر: المصدر نفسه، 110/4.

(3) ينظر: المصدر نفسه، 110/4.

(4) ينظر: المصدر نفسه، 110/4.

(5) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 165/2.

(6) المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 490/2.

(1) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 21/1.

(2) القراني، الذخيرة، 343/1.

(3) المقرئ، القواعد بتحقيق الدردي، ص88.

4- "الأصل لا يجتمع مع البدل"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

الأصل هو الواجب أدائه، فإذا تعدّر إيفاءؤه يُصار إلى البدل، وإنّ البدل والمبدل منه لا يصحّ ولا يمكن اجتماعهما شرعا في محلّ واحد، وإنّ الأصل لا يُكَمَّل بالبدل، فالأصل يجب الإتيان به كاملا عند القدرة عليه، لكن إن وجد بعض الأصل وتعدّر كاملا، كان وجود بعضه كالعدم، فينتقل المكلف من الأصل الناقص غير الكافي، إلى البدل الذي نصبه الشارع، ولا يجمع بين البدل وبعض المبدل، كما أنه لا يجوز أن يكمل أحدهما بالآخر، وهذه القاعدة من القواعد المعتمدة عند عامة الفقهاء - في الجملة - وإن كانوا قد اختلفوا في تطبيقها على بعض الفروع، لأسباب معينة⁽²⁾.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

هذه القاعدة مبناها على المعقول، وذلك أن البدل إنما شرع ليسدّ مسدّ المبدل ويقوم مقامه عند تعدّر الأصل المبدل منه، فوجود البدل يتنافى مع وجود الأصل، فامتنع الجمع بينهما⁽¹⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

ما ذكر من الأمثلة في القاعدة الأولى تصلح أن تكون تطبيقا لهذه القاعدة، وتطبق القاعدة الثانية كتقييد للأولى، فمثلا:

1- لا يُجمع بين الدية والقصاص في القتل⁽²⁾.

⁽¹⁾ المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 490/2.

⁽²⁾ ينظر: محمد خالد عبد الهادي هدايت، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 158/12-159؛ وعبد الوهاب بن محمد جامع إيليشن، القواعد والضوابط الفقهية من خلال كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 307/1-308.

⁽¹⁾ ينظر: القرافي، الذخيرة، 324/1؛ ومحمد خالد عبد الهادي هدايت، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 159/12.

⁽²⁾ ينظر: الدردير، الشرح الكبير، 254/4.

- 2- لا يُجمع بين الغرة دية الجنين وبين نصف عشر دية الأصل⁽¹⁾.
- 3- إذا وجد الجارية صاحبها فهو مخير: إن شاء أخذها وردَّ القيمة، وإن شاء تمسك بالقيمة وتركها، فإن وجدها ربها عند مشتريها من الغاصب لم تتغير، فهو مخير بين أخذها، أو قيمتها يوم الغصب، أو الثمن الذي باعها به الغاصب، وإن وجدها عند الغاصب لم تتغير، بل أحسن مما كانت يوم الغصب، ولم يكن جحدها الغاصب، ولا حكم عليه بقيمتها، فليس له إلا أخذها، ولا يأخذ قيمتها⁽²⁾.

المطلب الرابع: قاعدة "البدل إنما يكون للعجز عن المبدل"⁽³⁾.

الفرع الأول: من أفاظ القاعدة

- 1- العدل إلى البدل عن الأصل لا يصح إلا عند العجز عن كمال الأصل⁽⁴⁾.
- 2- "القدرة على الأصل تمنع تمام البدل"⁽⁵⁾.
- 3- "الأخذ بالبدل لا يجوز إلا مع عدم القدرة على المبدل"⁽⁶⁾.
- 4- "البدل لا يفيد العمل مع وجود الأصل"⁽⁷⁾.
- 5- "البدل لا يفعل إلا عند تعذر المبدل"⁽⁸⁾.
- 6- "البدل لا يؤتى به إلا عند العجز عن المبدل"⁽⁹⁾.

(1) ينظر: ابن العربي، عارضة الأحوذى، 264/8.

(2) ينظر: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 321/8.

(3) القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 294/1.

(4) ينظر: ابن القصار، عيون الأدلة، 1201/3.

(5) القاضي عبد الوهاب، شرح الرسالة، 308/2.

(6) ابن العربي، المسالك، 30/6.

(7) ابن العربي، عارضة الأحوذى، 135/13.

(8) القراني، الذخيرة، 329/2.

(9) المصدر نفسه، 371/2.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

هذه القاعدة مسوقة لبيان الحكم فيما شرعه الله من التكاليف، وشرع له بدلا يُصار إليه عند تعذر الأصل بسبب عدمه أو لحوق المشقة به، وهو أن هذا البدل يقوم مقام أصله الذي أُبدل منه، وتبرأ الذمة بالإتيان بالبدل، فإذا بطل الأصل بأن صار متعذرا، فإنه يصار إلى البدل؛ لأنه يجب أداء الأصل ما دام ممكنا، ولا يصار إلى البدل، فإذا تعذر إيفاء الأصل بالفوات، أو التفويت فإنه يصار إلى البدل⁽¹⁾، ومما ينبغي لفت الانتباه إليه أنّ هذه القاعدة لها قواعد أخرى تخدمها في بابها مثل: "لا يجتمع الأصل والبدل في فعل واحد"⁽²⁾.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

أولا- من القرآن الكريم: يُستدل للقاعدة بآيات كثيرة من القرآن الكريم، منها:

1- قوله تعالى: ﴿فَإِذَا أَمِنْتُمْ فَمَنْ تَمَنَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحُجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحُجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلَهُ حَاضِرًا الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ [البقرة: 196]

ووجه الدلالة من الآية: أن الله جل ثناؤه شرع الصيام بدل الهدى للمتمتع الذي لم يجد الهدى⁽³⁾.

2- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ مَرَضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ يَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا فَامْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾ [المائدة: 6]

ووجه الدلالة من الآية: أنّ "هذا بدل مأمور به عند العجز عن مبدله، فلا يجزئ فعله إلا

⁽¹⁾ ينظر: محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 518/1؛ وعبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف،

القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، 630/2.

⁽²⁾ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 21/1.

⁽³⁾ ينظر: المصدر نفسه، 142/5.

مع تيقن عدم مبدله⁽¹⁾.

ثانيا- من السنة المطهرة: يستدل للقاعدة بأحاديث كثيرة، منها:

1- عن عمران بن حصين رضي الله عنه، قال: كانت بي بواسير، فسألت النبي صلى الله عليه وسلم عن الصلاة، فقال: «صل قائما، فإن لم تستطع فقاعدا، فإن لم تستطع فعلى جنب»⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: أنه علّق جواز القعود بالعجز عن القيام، فدلّ أنه لا يجوز مع القدرة عليه، ولأنه ركن من أركان الصلاة، فلم يجز تركه للعجز عنه، ولأنّ البديل إنما يكون للعجز عن المبدل لا مع العجز عن غيره⁽³⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

1- القصاص إذا كان الجرح لا يعظم الخطر فيه ولا يغلب الخوف منه على النفس كالموضحة فما قبلها، فإن كان مما يغلب خوفه ويعظم خطره فلا قصاص فيه، وفيه الدية حالة في مال الجاني، وذلك كالمأمومة والجائفة والمنقلة على خلاف فيها خاصة⁽⁴⁾.

2- القود يكون مما تأتي فيه المماثلة، فإن تعذرت لم يجب القود، وذلك يكون بثلاثة شروط: أحدها: يعود إلى الفعل كالشلل وما يضطرب من الكسر وكذهاب بعض البصر والسمع وقطع ما يمنع بعض الكلام من اللسان وما أشبه ذلك.

والثاني: يعود إلى فقد المحل كالأعمى يقلع عين بصير والأقطع يقطع يد الصحيح.

والثالث: يعود إلى عارض يمنعها مع إمكانها قبل حصولها وذلك كعفو بعض الأولياء فيتعذر القود بتعذر تمييز حقه⁽⁵⁾.

(1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 229/5.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، أبواب تقصير الصلاة، باب إذا لم يطق قاعدا صلى على جنب، حديث رقم: 1117، 48/2.

(3) ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 294/1.

(4) ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 186/2.

(5) ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 187/2؛ والمعونة، 1318/3؛ والباجي، المنتقى، 129/7.

- 3- تجب الدية في العمد المحض إذا تعذر القود⁽¹⁾.
- 4- جُعِلت الدية بدلا من القتل حال العفو، وليس للولي أن يلزم الدية للجاني جبرا، وإنما له أن يعفو بجانا، أو يقتص، وجزاز العفو على الدية أو أكثر أو أقل منها برضا الجاني⁽²⁾.
- 5- دية الجنين غرة، فإن وجدت فهي الأصل، وإن عدمت فنصف عشر دية الأصل؛ لأنه أقل ما قُدِّر في أرش الجناية⁽³⁾.
- 6- إذا عُدمت البيّنة أو الإقرار بالقتل، فالقسامة من طرق إثبات القتل، ولكن يشترط معها وجود اللوث⁽⁴⁾.
- 7- من لهم العفو بالجملة هم الذين لهم القيام بالدم، وهم العصابة... وذلك أنهم أجمعوا على أن المقتول عمدا إذا كان له بنون بالغون، فعفا أحدهم أن القصاص قد بطل، ووجب الدية⁽⁵⁾.
- 8- إن جنّ القاتل قبل استيفاء القصاص منه، استؤني به، فإن أفاق قتل، وإن أيس منه؛ فالدية في ماله⁽⁶⁾.
- 9- من ورث قصاصا على نفسه أو قسطا منه، سقط القود، كأربعة إخوة قتل أحدهم أباه، ثم مات أحد الباقيين، فيسقط القصاص، ولبقية الإخوة حظهم من الدية، أو يقتل الثاني الكبير ثم يقتل الثالث الصغير فيسقط القصاص عن الثاني ويثبت له على الثالث، فإن عفا قاصه بنصف الدية⁽⁷⁾.
- 10- من لم يجد رقبة يعتقها في القتل، ينتقل إلى صيام شهرين متتابعين⁽¹⁾.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 189/2.

(2) ينظر: القاضي عبد الوهاب، شرح الرسالة، 320/2؛ والدردير، الشرح الكبير، 239/4.

(3) ينظر: ابن العربي، عارضة الأحوذى، 264/8.

(4) ينظر: ابن الجلاب، التفرغ، 185/2؛ وابن عسكر البغدادي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك، 112/1.

(5) ينظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 185/4.

(6) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 494/13.

(7) ينظر: ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص 499.

(1) ينظر: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 514/8.

- 11- إذا ارتد ثمّ تاب ثمّ ارتد ثمّ تاب، لم يعزّر في المرة الأولى، ويجوز أن يعزّر في غير الأولى، إذا رجع إلى الإسلام، ولا أعرفه منصوصاً، ولكنه يجوز عندي، والفرق بين الأولى وما بعدها: أنّه يمكن أن يكون دخلت عليه في الأولى شبهة، فإذا زالت وعاد للردة ثمّ تاب عزّر؛ لأنّه لم يبق له شبهة، فلا يزداد على التعزير، ولا يجبس ولا يقتل⁽¹⁾.
- 12- إذا عُدمت البيّنة أو الإقرار بالزنا من أحد الزوجين، فبدل منها اللعان⁽²⁾.
- 13- "يجب ردّ عين المغصوب، فإن فات ضَمِن المثلِيّ بالمثل، والمقوّم بقيمته يوم الغصب"⁽³⁾.
- 14- الواجب على الغاصب إن كان المال قائماً عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه، وهذا لا اختلاف فيه، فإذا ذهب عين الشيء المغصوب، فأثّم اتفقوا على أنه إذا كان مكيلاً أو موزوناً أن على الغاصب المثل (أي: مثل ما استهلك صفة ووزناً)، ولا يقضى في العروض من الحيوان وغيره إلا بالقيمة يوم استهلك⁽⁴⁾.
- 15- "ما أفسدت المواشي والدواب من الزرع والحوائط بالليل، فضمن ذلك على أهلها، وما كان بالنهار فلا شيء على أصحاب الدواب"⁽⁵⁾.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، عيون المسائل، ص 479.

(2) ينظر: الباجي، المنتقى، 71/4.

(3) ابن عسکر البغدادي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك، ص 102.

(4) ينظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 101/4.

(5) ابن عبد البر، الاستذكار، 206/7.

المبحث السادس قواعد الضمان

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة "إذا اجتمع التسبب والمباشرة غلبت المباشرة"

المطلب الثاني: قاعدة "المفرط ضامن لما ذهب بتفريطه"

المطلب الثالث: قاعدة "العمد والخطأ في ضمان المتلفات سواء"

المطلب الرابع: قاعدة "من فعل ما له فعله، فلا ضمان عليه"

المطلب الخامس: قاعدة "الترك فعل"

المطلب الأول: قاعدة "إذا اجتمع التسبب والمباشرة غلبت المباشرة"⁽¹⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

- 1- "إذا اجتمع السبب والمباشرة اعتبرت المباشرة دونه"⁽²⁾.
- 2- "إذا اجتمع التسبب والمباشرة اعتبرت المباشرة دونه"⁽³⁾.
- 3- "المباشر مقدم على المتسبب إذا ضعف السبب"⁽⁴⁾.
- 4- "المباشر مقدم على المتسبب إذا ضعف السبب، وأما إذا قوي السبب، فإن الضمان عليهما"⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

المباشرة: ما يحصل الهلاك بها من غير واسطة، والسبب: ما يحصل الهلاك عنده لعلّة أخرى، إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة⁽⁶⁾.
ومعنى القاعدة: "أنه إذا اجتمع على إتلاف الشيء المباشر للفعل، أي الفاعل له بالذات، والمتسبب له، أي المفضي والموصّل على وقوعه، فإن الحكم يضاف إلى المباشر دون المتسبب فيه، والقاعدة وإن كان لفظها عاما إلا أن استعمال الفقهاء لها يدل على أن مجالها خاص بضمان المتلفات، وأنها أهم قاعدة من زمرة القواعد الفقهية التي تنظم أحكام ما يلحقه الإنسان بغيره من الضرر في ماله أو في نفسه"⁽⁷⁾.

(1) القراني، الذخيرة، 317/3.

(2) المصدر نفسه، 261/8.

(3) القراني، الفروق، 204/2.

(4) عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 266/6.

(5) الحرشي، شرح مختصر خليل، 140/6.

(6) ينظر: الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص398.

(7) محمد خالد عبد الهادي، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 278-277/14.

هذا، وإنّ أسباب الضمان في الشريعة ثلاث: الإتلاف، أو التسبب للإتلاف، أو وضع اليد التي ليست مؤتمنة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

أولاً- من السنة:

1- عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أمسك الرجل الرجل، وقتله الآخر، يقتل الذي قتل ويحبس الذي أمسك»⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنّه من أمسك رجلاً لآخر ليضربه فضربه فمات إن أمسكه، وهو يرى مثله؛ يريد قتله قُتلاً معاً، وإن كان يرى أنه لا يقتله قُتل القاتل فقط، وعوقب الممسك أشد العقوبة ويسجن سنة⁽³⁾.

ثانياً- من المعقول:

هذه القاعدة من القواعد المستندة إلى الترجيح بين القوي والضعيف في نظر الشرع؛ لأنّ شأن الشريعة تقديم الراجح عند التعارض، فالمباشرة أقوى وأرجح من التسبب؛ إذ إنّ المباشرة هي فعل الفاعل والعلّة المؤثرة، وأما التسبب فهو المفضي والموصل إلى حدوث الفعل، والأصل في الأحكام أن تضاف إلى عللها المؤثرة، لا إلى أسبابها الموصلة⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

تقديم المباشرة على التسبب هو الأصل المتفق عليه بين الفقهاء؛ لقوة المباشرة وكونها ألصق بفعل الإتلاف، لكن قد يغلب السبب المباشرة في قوة التأثير، وقد يتساويان، ومن هنا اختلف الفقهاء في بعض فروع القاعدة، بناءً على اختلافهم في تقدير التسبب والمباشرة، وتعارض

(1) ينظر: القرافي، الذخيرة، 317/3.

(2) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره، حديث رقم: 3270، 165/4. والحديث مختلف في اتصاله من إرساله، وقد حكم عليه ابن الملتن بالصحة. ينظر: ابن القطان، بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، 416/5.

(3) ينظر: ابن عرفة، المختصر الفقهي، 533/9.

(4) ينظر: القرافي، الفروق، 208/2؛ ومحمد خالد عبد الهادي، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 282/14.

المباشرة والسبب، فمنهم من يرجح المباشرة فيها، ومنهم من يغلب جانب السبب، ومنهم من يرى جمعهما في الأثر المترتب على فعلهما، ومنهم من أسقط الضمان عنهما، ورآهما من قبيل الأدلة المتعارضة⁽¹⁾، وفيما يأتي تفصيل حالات اجتماع المباشرة والتسبب:

أولاً- أن يُغلب السبب على المباشرة: وذلك ظاهر إذا لم تكن المباشرة عدواناً، كمن حفر بئراً على طريق رجل أعمى، وليس فيها غيره ولا طريق أخرى له، فوقع فيها فمات، أو طرح رجلاً مع سبع في مكان ضيق، أو أمسكه على ثعبان مهلك، أو قدّم الطعام المسموم، أو تغطية رأس البئر فلا ينتبه له الماشي فيقع فيه، وشهود القصاص إذا رجعوا بعد الاستيفاء إذا كان الولي غير عالم بتزوير البيّنة، وقال مالك فيمن حفر بئراً للص ليهلك فيها فهلك فيها، أو حفرها في طريق المسلمين، أو وضع فيها سقاً أو سكيناً أو شيئاً يطلب به هلاكهم فهلك فيها أحدهم: فإنه يقتل به، وكذلك من طرح قشور البطيخ في طريق المسلمين قصداً لإهلاكهم فهلك بها بعضهم، فإنه يقتل به، وكذلك فيمن حدد قصباً أو عيداناً فجعلها في باب الجنان والثغرة لتدخل في رجل الداخل إلى حائطه، من سارق أو غيره، إنه يضمن ما أصاب فيه، ففيه الدية دون القود؛ لأنه فعله في ملكه، وكذلك لو اتخذ فيه كلباً عقوراً لكان ضامناً لما أصاب، وكذلك من احتفر بئراً في داره أو أرضه ليسقط فيها إما سارق أو طارق، أو عدو، فإنه يضمن من أصيب فيه من هؤلاء وغيرهم، وكذلك من جعل على حائطه شركاً، أو تحت عتبه مسامير ليصيب فيها من دخل، فهو ضامن لما أصاب بذلك، وقال ابن القاسم فيمن طلب رجلاً بالسيف ليضربه، فما زال يجري حتى سقط فمات، فليقسم أولياؤه أنه مات خوفاً منه ويقتلونه، قال ابن القاسم: ولو أشار عليه بالسيف فقط فمات وبينهما عداوة فهذا من الخطأ⁽²⁾.

(1) ينظر: الروكي، نظرية التعبد الفقهي، 568-577؛ ومحمد خالد عبد الهادي، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 278/14.

(2) ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 1091/3-1093.

ثانياً- أن يصير السبب مغلوباً بالمباشرة: كمن حفر بئراً في داره لمنفعة نفسه لا يهلك فيها أحد، فوقف عليها رجل فرداه فيها غير الحافر، فالقود على المردي ولا شيء على الحافر تغليباً للمباشرة⁽¹⁾.

ثم إنه ينبغي التنبيه إلى مسألة طريان المباشرة على المباشرة، فإنه يُحكم بتقديم الأقوى، ومن أمثلة ذلك:

- 1- لو باشر الجرح الأول، وحزّ الثاني الرقبة، فالقود على الثاني.
- 2- لو أنفذ الأول المقاتل ثم أجهز عليه آخر، فالقصاص على الأول خاصة بغير قسامة، ويبالغ في عقوبة الثاني، وقيل العكس فيهما.
- 3- لو اجتمع جماعة على رجل يضربونه، فقطع رجل يده، وفقاً لآخر عينه، وجدع آخر أنفه، وقتله آخر، وقد اجتمعوا على قتله فمات مكانه، قتلوا به كلهم، وإن كان جرح بعضهم أنكأ من جرح بعض، وإن لم يريدوا قتله أقتص من كل واحد بجرحه، وقتل قاتله.
- 4- ومن قتل مريضاً مشرفاً على الموت² وجب عليه القود⁽³⁾.

ثالثاً- أن يعتدل السبب والمباشرة: فيجب القصاص على المسبب والمباشر جميعاً، كالإكراه على القتل، فإذا قتل المكره المستضعف قُتل هو ومن أكرهه، ويُلحق بالإكراه أمر من لا تنهياً مخالفته من الأمرين مثل السيد يأمر عبده، والسلطان يأمر أحداً من الناس، أو من لا يقدر المأمور على مخالفته ويخاف من شره، فأما أمر الأب ولده، أو المعلم بعض صبيانه، أو الصانع بعض متعلميه، فإن كان المأمور محتليماً قُتل وحده دون أمره، وإن كان لم يحتلم فالقتل على الأمر، وعلى عاقلة الصبي نصف الدية، فأما أمر من لا خوف على المأمور في مخالفته، فإنه لا يُلحق بالإكراه، فيقتل المأمور دون الأمر، ويُضرب الأمر ويُجس، وكالإمسك للقتل، فإذا أمسك على القاتل للقتل فالقصاص عليهما للاعتدال، ومنهم من اشترط أن يعلم أنه لولا

(1) ينظر: المصدر السابق، 3/1093.

(2) ولو كان القتل بدافع الرحمة كما يطلق عليه اليوم "القتل الرحيم".

(3) ينظر: المصدر نفسه، 3/1094-1095.

الممسك لم يقدر على ذلك، وكذلك الحافر عدواناً مع المردى، كمن حفر بئراً ليقع فيها رجل فيهلك، فجاء ذلك الرجل فوقف على شفير البئر فردّاه غير الحافر فيها، قيل: يقتلان جميعاً للاعتدال، وقيل: يُقتل المردى دون الحافر تغليبا للمباشرة، فعدها من المرتبة الثانية. وكشهود القصاص إذا رجعوا بعد الاستيفاء إذا كان الولي عالماً بتزوير البيّنة فهو شريك معهم⁽¹⁾.

المطلب الثاني: قاعدة "المفّرط ضامن لما ذهب بتفريطه"⁽²⁾.

الفرع الأول: من أَلْفَظ القاعدة

1- من فرّط ضمن⁽³⁾.

2- "الأمين يضمن إذا فرّط"⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

هذه القاعدة تعبر عن حالة من الحالات التي يجب فيها الضمان، ومجالها الأساس حقوق العباد، فالإنسان يتحمّل تبعه تفريطه وإهماله لما يجب عليه حفظه من أموال وحقوق الآخرين، بأن يلحقه الغرم والضمان جبراً لما تسبب فيه من الضرر لغيره، فالقاعدة تتعلق بما يكون تحت يد الإنسان من الأمانات لا المضمونات، مثل الوديع، والشريك، والوصي، سواء أخذها بغير إذن صاحبها مثل الغصب والسرقة، أو أخذها بإذن من صاحبها، مثل القرض؛ لأن المضمونات تُضمن مطلقاً، سواء فرّط من كانت بيده أو لم يفرّط؛ بناءً على أنه "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"⁽⁵⁾، لكن استثنى الشارع من عدم وجوب الضمان الأمانات، فإنها لا

(1) ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 1093/3-1094.

(2) قال سحنون: "إن فرط ضمن، كالمفّرط في الزكاة وغيرها أنه ضامن لما ذهب بتفريطه". ينظر: ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 326/6.

(3) أوردها ابن أبي زيد القيرواني بلفظ: "إن فرّط ضمن". ينظر: النوادر والزيادات، 193/2.

(4) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 9/2.

(5) لفظ القاعدة الفقهية أصله حديث أخرجه ابن ماجه في سننه، أبواب الصدقات، باب الوديعة، حديث رقم: 2400، 479/3. قال محققوه: "حسن بما قبله"، أي: حسن لغيره.

تضمن؛ لقوله ﷺ: «لا ضمان على مؤتمن»⁽¹⁾، لكن بشرط عدم التعدي وعدم التفريط من الأمين، فالقاعدة أفادت بمنطوقها أن المفطر والمقصر ضامن، ودلت بمفهومها على أن غير المفطر من الأمانة لا يضمنون، ولا يخفى أن المرجع في تحديد ما يكون تفريطا موجبا للضمان أو لا يكون، هو العرف والعادة؛ لأن "ما لا حد له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف"⁽²⁾»⁽³⁾.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

1- حديث حرام بن سعد بن محيصة، أنّ ناقة للبراء بن عازب ﷺ دخلت حائط رجل فأفسدت فيه. ف قضى رسول الله ﷺ: «أنّ على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأنّ ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها»⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه "لمّا كان لأرباب الماشية تسريحها بالنهار، وكان على أرباب الثمار حفظها بالنهار، فإذا فرطوا في الحفظ لم يتعلّق لهم على أرباب المواشي ضمان، ولمّا كان على أرباب المواشي حفظ مواشيهم بالليل، فإنّ أصحاب الأموال ليس عليهم حفظ زروعهم بالليل، وفرط أهل المواشي في ترك الحفظ لزمهم الضمان، وعلى هذا جرت العادة ورتبه النبي ﷺ"⁽⁵⁾.

2- عن أنس بن مالك ﷺ أن عمر بن الخطاب ﷺ "غرمه بضاعة كانت معه فسرقت، أو ضاعت، فغرمها إياه عمر بن الخطاب ﷺ"⁽¹⁾.

⁽¹⁾ أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الوديعة، باب لا ضمان على مؤتمن، حديث رقم: 12700، 473/6. قال الألباني: "حسن". ينظر: إرواء الغليل، 386/5.

⁽²⁾ القراني، الفروق، 190/1.

⁽³⁾ ينظر: محمد خالد عبد الهادي، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 317/14-318.

⁽⁴⁾ أخرجه مالك في موطنه، كتاب الأفضية، باب القضاء في الضواري والحريسة، حديث رقم: 37، 747/2.

⁽⁵⁾ ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 563/8.

⁽¹⁾ أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الوديعة، باب لا ضمان على مؤتمن، حديث رقم: 12703، 473/6. قال الألباني: "إسناده جيد". ينظر: إرواء الغليل، 387/5.

ووجه الدلالة من الأثر ذكره البيهقي تعليقا على الأثر أنه "يحتمل أنه كان فرط فيها، فضمنها إياه بالتفريط"⁽¹⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

- 1- إن سقط متاع مربوط على دابة بسبب تقصير فقتل شخصا، ففيه الضمان⁽²⁾.
- 2- الطبيب يستقي المريض فيموت من سقيه، أو يكويه فيموت من كيّه، أو الحجام يقلع الضرس فيموت صاحبها، فكل أولئك يضمنون إن كان بسبب التفريط⁽³⁾.
- 3- الختان يخنن الصبي، فيموت من ختانه، إن كان وقع منه تفريط وتقصير ضمن، وإلا فلا ضمان عليه⁽⁴⁾.
- 4- الطبيب لو قصر في إعطاء العلاج للمريض، فإنه يضمن ما ذهب بسبب تقصيره⁽⁵⁾.
- 5- الدابة يطرحها البيطري ليعالجها فتتكسر، فإن كان البيطري مقصرا، ضمنها، وإلا فلا ضمان⁽⁶⁾.
- 6- إذا أوقد رجل نارا في يوم ريح عاصف فأحرقت لغيره شيئا، ضمنه لتفريطه، ولو عصفت الريح بغتة بعد إيقاده النار، فلا ضمان عليه لعدم التفريط⁽⁷⁾.
- 7- إن كان جدار أحدهم مائلا؛ لأنه بناه على تلك الصورة، فهو ضامن، وكذلك لو مأل بعد ذلك ولم يتداركه مع الإمكان والإنذار والإشهاد، فإنه يجب عليه الضمان⁽¹⁾.

(1) البيهقي، السنن الكبرى، 473/6.

(2) ينظر: الباجي، المنتقى، 110/7.

(3) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 74/7.

(4) ينظر: المصدر نفسه، 74/7.

(5) ينظر: عبد الرحمن البرقوقي، شرح أسهل المسالك في مذهب الإمام مالك، ص 259.

(6) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 74/7.

(7) ينظر: القرافي، الذخيرة، 258/12.

(1) ينظر: المصدر نفسه، 258/12.

المطلب الثالث: قاعدة "العمد والخطأ في ضمان المتلفات سواء"⁽¹⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

- 1- "الأموال تضمن بالعمد والخطأ"⁽²⁾.
- 2- الخطأ في الإتلاف كالعمد⁽³⁾.
- 3- الأموال الخطأ فيها مساو للعمد في ترتب الغرم في إتلافها⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

هذه قاعدة مهمة من القواعد المتعلقة بأحكام الضمان في الفقه الإسلامي، وقد تعرض لها الفقهاء في مواطن ومناسبات شتى، وعبروا عنها بألفاظ كثيرة تدل بمجموعها على أن حق العبد لا يسقط بحال، بل هو مضمون مطلقاً، سواء أكان موجب الضمان عن عمد أو غير عمد⁽⁵⁾.

ومعناها أنّ حق العبد لا يتوقف وجوب أدائه ورده بعينه إن أمكن، ووجوب ضمانه عند فواته على عمد المكلف في فعل الجريمة بإتلاف حق الآدمي أو الاستيلاء عليه، بل ذلك واجب على كل حال، ويدخل في هذه القاعدة جميع الأعذار التي سببها عدم وجود القصد التام، وعلى رأسها الخطأ والسهو والنسيان والجهل، فهذه الأمور من جملة الأعذار الشرعية التي يترتب على وجودها رفع الإثم والمؤاخذة الأخروية، والعقوبة البدنية في الدنيا، رحمة من الله تعالى بعباده، ولكنها ليست بأعذار وأسباب في سقوط حقوق العباد، وعدم وجوب الغرم والضمان، رفعا للحرَج والضرر عن أرباب الحقوق والأموال⁽¹⁾.

(1) القرافي، الذخيرة، 323/3.

(2) ابن عبد البر، الاستذكار، 300/7.

(3) ينظر: القرافي، الذخيرة، 149/7.

(4) ينظر: الشاطبي، الموافقات، 51/3.

(5) ينظر: ابن عبد البر، الاستذكار، 380/4؛ والشاطبي، الموافقات، 51/3؛ والقرافي، الذخيرة، 149/7؛ والخرشي،

شرح مختصر خليل، 179/6؛ والتسولي، البهجة في شرح التحفة، 471/2.

(1) ينظر: محمد خالد عبد الهادي، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 268-267/14.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

1- قوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ [النساء:92]

ووجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى أوجب في القتل الخطأ الدية، "وهي بمنزلة تعويض المتلفات، جعلت عوضاً لحياة الذي تسبب القاتل في قتله"⁽¹⁾، ويقاس على القتل خطأ الجهل والنسيان، بجامع عدم وجود قصد الجنائية في الجميع⁽²⁾.

2- عن سالم، عن أبيه، قال: بعث النبي ﷺ خالد بن الوليد رضي الله عنه إلى بني جذيمة، فدعاهم إلى الإسلام، فلم يحسنوا أن يقولوا: أسلمنا، فقالوا: صبأنا صبأنا، فجعل خالد يقتل ويأسر، ودفع إلى كل رجل منّا أسيره، فأمر كل رجل منّا أن يقتل أسيره، فقلت: والله لا أقتل أسيري، ولا يقتل رجل من أصحابي أسيره، فذكرنا ذلك للنبي ﷺ فقال: «اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد ابن الوليد» مرتين⁽³⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنه "لم يختلف العلماء أن القاضي إذا قضى بجور أو بخلاف أهل العلم فهو مردود، فإن كان على وجه الاجتهاد والتأويل كما صنع خالد، فإن الإثم ساقط عنه، والضمان لازم في ذلك عند عامة أهل العلم"⁽¹⁾، "وحجة الذين أوجبوا الضمان والدية الإجماع على أن الأموال مضمونة بالخطأ كما هو بالعمد، ولا تسقط الدية في ذلك من أجل

(1) ابن عاشور، التحرير والتنوير، 161/5.

(2) سيأتي بيانه - إن شاء الله - في مبحث قواعد عوارض الأهلية.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، باب إذا قضى الحاكم بجور أو خلاف أهل العلم فهو ردّ، حديث رقم: 7189، 73/9.

(1) ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 260/8.

أنها لم يُذكر في الحديث وجوبها، كما لم تسقط في دية الناقتين عن حمزة حين حبّ أسنمتها وبقر خواصرهما، وإن كان لم يُذكر ذلك في الحديث⁽¹⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

- 1- إذا أخطأ الطبيب في القصاص فزاد عن المطلوب، فهو على عاقلة الطبيب⁽²⁾.
- 2- إذا أخطأ الطبيب فسقى المريض مما لا يوافق مرضه، أو زلّت يدُ الخاتن والقاطع فتجاوز في القطع، أو الكاوي فتجاوز في الكيّ، أو يد الحاجم فقلع غير الضرس التي أمر بها فهي جناية خطأ تكون على العاقلة، إلا أن تكون أقلّ من الثلث، فيكون ذلك في ماله، وذلك إن كان من أهل المعرفة، ولم يغرّر من نفسه⁽³⁾.
- 3- من أفقى رجلا فأتلف بفتواه مالا، ضمن المفتي ما ذهب بسبب فتياه، إن كان من غير أهل الاجتهاد والنظر، ويجب على الحاكم التخليط بأدبه، إلا أن يكون تقدم له طلب في العلم فيسقط عنه الأدب، ويُنهى عن الفتوى إذا لم يكن لذلك أهلا⁽⁴⁾.
- 4- إن أخذ الصانع اللؤلؤة والجوهرة من غير مأخذها فأتلفها، ضمن⁽⁵⁾.
- 5- من قطع وثيقة فضاع ما فيها من الحقوق، فهو ضامن لما استهلكه أو أتلفه أو تسبب في إتلافه. سواء فعل ذلك كله عمداً أو خطأ⁽¹⁾.
- 6- لو رمى شخصٌ صيدا فأخطأه وأصاب شاة فعطبت، لضمن⁽²⁾.
- 7- لو طُلب من أحدهم أن يصبّ الزيت في خابية إن كانت صحيحة، فصبّ فيها ناسيا أو مخطئا وهي مكسورة لضمن؛ لأن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء⁽³⁾.

(1) المصدر السابق، 261/8.

(2) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 43/14.

(3) ينظر: ابن رشد الجدّ، البيان والتحصيل، 253/4.

(4) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 303/2.

(5) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 74/7.

(1) ينظر: ابن جزّي، القوانين الفقهية، ص218.

(2) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 53/7.

(3) ينظر: ابن يونس، الجامع لمسائل المدوّنة، 224/18.

المطلب الرابع: قاعدة "من فعل ما له فعله، فلا ضمان عليه"⁽¹⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

1- "إن فعل الجائر فتولد عنه هلاك أو فساد فلا ضمان"⁽²⁾.

2- "كل من فعل ما يجوز له فعله فتولد منه تلف لم يضمن"⁽³⁾.

3- "إذن المأذون له شرعا أن يأذن مسقطاً للضمان"⁽⁴⁾.

4- "لا ضمان على من فعل ما يجوز له"⁽⁵⁾.

5- "من فعل ما أبيض له فليس بمسيء"⁽⁶⁾.

6- "ما تولد عن المأذون فيه فلا شيء فيه"⁽⁷⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

إذا فعل الإنسان ما يجوز له أن يفعله شرعا، فترتب على فعله ضرر أو خسائر، فإنه لا يضمن للمنافاة بين الجواز الشرعي والضمان، وإن الجواز الشرعي يفيد كون الأمر مباحا بما تعرف به الإباحة في الشرع، سواء أكان فعلا أو تركا، فلا ضمان بسبب التلف الحاصل بذلك الأمر؛ ولكن يشترط ألا يكون ذلك الأمر الجائر مقيدا بشرط السلامة؛ وألا يكون عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه ولو كان مضطرا؛ لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير، ولما كان الضمان يستدعي سبق التعدي، والجواز الشرعي يأبى وجوده تنافيا، فالجواز الشرعي إذا كان مطلقا، فإنه ينافي الضمان، وإلا فلا مانع من الضمان⁽¹⁾.

(1) ينظر: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 559/8.

(2) القرافي، الذخيرة، 257/12.

(3) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 221.

(4) المقرئ، القواعد بتحقيق الدردابي، ص 506.

(5) الونشريسي، المعيار المعرب، 292/1.

(6) الونشريسي، المعيار المعرب، 7/1.

(7) النغراوي، الفواكه الدواني، 32/1.

(1) ينظر: أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص 213؛ ومحمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة،

539/1.

- ولتطبيق هذه القاعدة في الشريعة الإسلامية يجب توفر عدد من الشروط، أذكر منها الآتي:
- 1- أن يكون الضرر ناشئاً عن عمل مأذون فيه شرعاً، وسواء أكان الإذن من الشارع مثل: إقامة الحدود والقصاص من قبل ولي الأمر، أو كان بحكم عقد مشروع مثل: عمل الطبيب.
 - 2- أن يكون الإذن في الفعل صادراً من ولي الأمر، فيما تجوز طاعته فيه.
 - 3- أن يكون الإذن في الإتيان أو التصرف صادراً من صاحب الحق نفسه.
 - 4- أن يكون الضرر ناتجاً عن استعمال وممارسة الحق بدون تعسف.
- ففي هذه الحالات الأربع لا يكون الفعل مستوجبا للضمان، بل إن الضرر المترتب عليه يكون هدرًا⁽¹⁾.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

- 1- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجلٌ إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله، أرأيت إن جاء رجلٌ يُريدُ أخذ مالي؟ قال: «فلا تُعطه مالك». قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: «قاتله». قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: «فأنت شهيدٌ». قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: «هُوَ فِي النَّارِ»⁽²⁾.
- ووجه الدلالة من الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهدر ضمان المعتدي، ولم يوجب على من كان يدافع عن نفسه أو ماله شيئاً، وما ذاك إلا لأن الاعتداء يجوز دفعه شرعاً، فأهدر ما ترتب عليه⁽¹⁾.**

- 2- عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: وكنتي رسول الله صلى الله عليه وسلم بحفظ زكاة رمضان، فأتاني آت فجعل يحثو من الطعام فأخذته، وقلت: والله لأرفعنك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: إني محتاج، وعليّ عيال، ولي حاجة شديدة، قال: فحلّيت عنه... فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «أما إنه قد صدقك وهو

(1) ينظر: محمد خالد عبد الهادي هدايت، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 394/14.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حق، كان القاصد مهدر الدم في حقه، وإن قتل كان في النار، وأن من قتل دون ماله فهو شهيد، حديث رقم: 140، 124/1.

(1) ينظر: القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، 444/1.

كذوب، تعلم من تخاطب منذ ثلاث ليال يا أبا هريرة؟»، قال: لا، قال: «ذاك شيطان»⁽¹⁾.

ووجه الدلالة من الحديث: أنّ من وُكِّل على حفظ شيء، أو أوْتُمِن على مال فأعطى منه شيئاً لأحد أنّه لا يجوز، وإن كان بالمعروف، لأنه إنما جاز فعل أبي هريرة لإجازة النبي ﷺ له؛ لأنه ﷺ لم يوكل أبا هريرة على عطاء، ولا أباح له إمضاء ما انْتَهَب منه، وإنما وُكِّله بحفظه خاصة، والدليل على صحة هذا التأويل أنه ليس لمن أوْتُمِن على شيء أن يتلف منه شيئاً، وأنه إذا أتلفه ضمنه إلا أن يجيزه رب المال، وفي تعلق جواز ذلك بإجازة رب المال دليل على صحة الضمان لو لم يجزه⁽²⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

- 1- الطبيب إذا عالج شخصاً فمات بسبب دواء أعطاه إيّاه، أو كواه فمات من كيّه، أو قطع منه شيئاً فمات من قطعه، ومثله الحجام أو الجراح أو المختص إذا ختن الصبي فمات من ذلك، أو قلع ضرس الرجل فمات من ذلك، فلا ضمان على واحد منهم في ماله ولا على عاقلته إذا لم يخطئ في فعله⁽¹⁾؛ لأنهم لم يقصدوا الضرر.
- 2- لو حفر إنسان بئراً أو سرباً للماء في أرضه أو داره، مما يعمل مثله للماء؛ فعطب به إنسان فمات، فلا يضمن؛ لأنه فعله في ملكه⁽²⁾.
- 3- لو طرح قشور البطيخ في طريق المسلمين حيث يجوز له فعله، أو لم يقصد بذلك أذية أحد، لم يجب عليه قصاص⁽³⁾.
- 4- لو سقط جدار على نفس أو مال فأتلفته وكان الجدار ميلانه غير ظاهر بعد بنائه فلا

⁽¹⁾ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوكالة، باب إذا وكل رجلاً، فترك الوكيل شيئاً فأجازته الموكل فهو جائز، وإن أقرضه إلى أجل مسمى جاز، حديث رقم: 2311، 101/3.

⁽²⁾ ينظر: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 448/6.

⁽¹⁾ ينظر: البناني، حاشية على شرح الزرقاني على مختصر خليل، 203/8.

⁽²⁾ ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 1092/3.

⁽³⁾ ينظر: المصدر نفسه، 1091/3.

ضمان⁽¹⁾.

5- إذا عضَّ شخصٌ أصبعَ آخر فجبذ أصبعه، فانقلعت أسنان العاضِّ، فإن المعضوض لا يضمنها؛ لأنَّه إتلاف أدى إليه دفعٌ جائزٌ كدفع الفحل الصائل، والعلَّة فيهما واحدة، وهذا على خلاف المشهور في المذهب⁽²⁾.

6- من عنده ميزاب أو ظلَّة أو نحوها فسقطت على رأس إنسان، فلا يضمنه⁽³⁾.

7- "معلم الكتاب والصنعة إن ضرب صبيا ما يُعلم الأمن فيه لأدبِه؛ فمات، فلا يضمن"⁽⁴⁾.

8- من أوقد نارا في ريح عاصف فوصلت أرضَ جاره فأحرقت شيئا، فإن كانت أرض جاره بعيدة يؤمن أن يصل ذلك إليها فتحاملت النار بريح أو غيره فأحرقت فلا شيء عليه⁽⁵⁾.

9- جاز دفع آدمي مكلف أو صبي أو مجنون أو غيره صائل مقبل على شخص لقتله أو أخذ حريمه أو ماله بعد الإنذار بأنه إن لم يندفع عنه يقاتله، ويدفعه بغير قتله ولا يقصد قتله، فإن أدى دفعه إلى قتله فلا شيء على الدافع، وجاز للدافع قصد قتله الصائل أولا إن علم الدافع أن الصائل لا يندفع عنه إلا بقتله⁽¹⁾.

10- لو انكسرت رجل المار بسبب شيء في الطريق يعثر عليها لم يضمن واضعها إذا كانت بموضع يجوز له وضعه فيها⁽²⁾.

⁽¹⁾ ينظر: عليش، منح الجليل، 363/9.

⁽²⁾ ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 837/2.

⁽³⁾ ينظر: عليش، منح الجليل، 364/9.

⁽⁴⁾ عليش، منح الجليل، 361/9.

⁽⁵⁾ ينظر: المصدر نفسه، 362/9.

⁽¹⁾ ينظر: المصدر نفسه، 368-367/9.

⁽²⁾ ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 75/7.

المطلب الخامس: قاعدة "الترك فعل" (1).

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

- 1- "الترك هل هو كالفعل أم لا؟" (2).
- 2- "الشارع جعل الترك سببا في الضمان" (3).
- 3- "هل التَّرك فعلٌ يوجب الضَّمانَ أو لا؟" (4)

الفرع الثاني: معنى القاعدة

هذه القاعدة من قواعد الأخلاق والمروءة والديانة التي تعدّ التسيّب والإهمال واللامبالاة من جرائم التعدي، وهي تلقي المسؤولية كاملة على من يمتنع عن فعل ما يجب عليه، بما لا يقلّ عن مسؤولية من يباشر فعلا من أفعال التعدي الموجبة للعقوبة والضمان واستحقاق الإثم، فمن ترك فعلا من شأنه إنقاذ نفس المسلم من الضياع، أو إنقاذ ماله من الهلاك، ولكنه لم يفعل وترتب على ذلك ضرر، فإنه يضمنه، فالترك في القاعدة صورة من صور التسبب السلبية التي تؤدي إلى الإتلاف، وهو ما يعرف عند المعاصرين بالجريمة السلبية، فالقاعدة من أرفع ما عرفته البشرية في باب التشريع وتقعيد قواعد الأخلاق لتحقيق مصلحة الأمة ودرء المفساد عنها، وهي من القواعد في الشريعة الإسلامية القديمة بقدمها، على حين خلّو القوانين البشرية منها إلى عهد قريب، ويدل على هذه القاعدة حديث النبي ﷺ: «ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة، ولا ينظر إليهم... ورجل منع فضل ماء فيقول الله: اليوم أمنعك فضلي كما منعت فضل ما لم تعمل يداك» (5)؛ لأنه يعرضه للتلف. إذن "الترك فعل يوجب الضمان" من القواعد الخادمة لنظرية الضمان في الفقه الإسلامي؛ فإنها تنص على وجوب الضمان عند التخلي عن التبعة

(1) القراني، فرائس الأصول، 6/2355.

(2) الونشريسي، إيضاح المسالك، ص82.

(3) الصاوي، حاشية على الشرح الصغير، 2/168.

(4) عليش، منح الجليل، 2/443.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب المساقاة، باب من رأى أن صاحب الحوض والقربة أحق بمائه، حديث رقم:

الملقاة على الإنسان شرعا في صيانة الأموال والأنفس، كما أنها تشير إلى وجوب الضمان بمجرد الإهمال أو الترك مع القدرة على الحفظ إذا أدى ذلك إلى التلف أو الضرر⁽¹⁾.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

1- قوله تعالى: ﴿لَوْلَا يَنْهَاهُمُ الرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ عَنْ قَوْلِهِمُ الْإِثْمَ وَأَكْلِهِمُ السَّحْتَ لَإِيسَ مَا كَانُوا يَصْنَعُونَ﴾ [المائدة: 63]

ووجه الدلالة من الآية أن "ترك الربانيين والأحبار نهيهم عن قول الإثم وأكل السحت سماه الله جل وعلا في هذه الآية الكريمة صنعا في قوله: ﴿لَإِيسَ مَا كَانُوا يَصْنَعُونَ﴾، أي: وهو تركهم النهي المذكور، والصنع أحص من مطلق الفعل، فصراحة دلالة هذه الآية الكريمة على أن الترك فعل في غاية الوضوح"⁽²⁾.

2- قوله تعالى: ﴿كَانُوا لَا يَتَنَاهَوْنَ عَنْ مُنْكَرٍ فَعَلُوهُ لَإِيسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ﴾ [المائدة: 79]

ووجه الدلالة من الآية أنه جلّ وعلا سمّى في هذه الآية الكريمة تركهم التناهي عن المنكر فعلا، وجاء بكلمة بئس التي هي فعل جامد لإنشاء الذم في قوله: ﴿لَإِيسَ مَا كَانُوا يَفْعَلُونَ﴾، أي: وهو تركهم التناهي، عن كل منكر فعلوه، وصراحة دلالة هذه الآية أيضا على ما ذكر واضحه⁽³⁾.

3- قوله ﷺ: «المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده»⁽¹⁾.

(1) ينظر: الوئشريسى، إيضاح المسالك، ص82؛ والصادق الغريانى، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص113؛ وفتحى السروية، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 14/324-328.

(2) محمد الأمين الشنقيطى، أضواء البيان، 6/48-49.

(3) ينظر: المرجع نفسه، 6/49.

(1) أخرجه البخارى في صحيحه، كتاب الإيمان، باب المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده، حديث رقم: 10، 11/1.

ووجه الدلالة من الحديث أنه سَمِيَ ﷺ في هذا الحديث ترك أذى المسلمين إسلاماً⁽¹⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

- 1- من رأى سبعا هاجم إنسانا وإمكانه أن ينقذه، ولكنه لم يخلصه حتى مات، فإنه يضمن دينه⁽²⁾.
- 2- من كانت عنده شهادة تثبت حقا لرجل آخر، فلم يشهد حتى تلف حق هذا الرجل، أو عنده وثيقة فلم يردّها له متعديا عليه، وحبسها حتى افتقر الرجل أو مات لأنه لا شيء عنده يكفيه، فإن الممتنع عن الفعل يضمن الضرر؛ لأن الترك في ذلك كالفعل⁽³⁾.
- 3- من وجبت عليه مواساة غيره بطعام أو شراب أو دواء، أو خيط لخياطة جرح، حيث لا يوجد ما ذكر عند غيره، ولكنه امتنع من المواساة حتى مات صاحب الحاجة، فإن الممتنع يضمن دية الهالك، وتكون الدية على عاقلته إن كان متأولا، أما إن كان متعمدا إهلاكا حين امتنع من المواساة، فإنه يُقتل به⁽⁴⁾.
- 4- من رأى مال رجل يهلك بحرق مثلا أو غرق أو بفعل سارق أو غير ذلك، وأمكنه تخليصه وإنقاذه، ولكنه لم يفعل، فإنه يضمن ما تلف⁽⁵⁾.
- 5- من رأى بهيمة تتلف، وأمكنه تخليصها، ولكنه لم يفعل، فإنه يضمنها⁽¹⁾.

(1) محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، 49/6.

(2) ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 224/3؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص114.

(3) ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 224/3؛ وعليش، منح الجليل، 443/2؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص114.

(4) ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 224/3؛ وعليش، منح الجليل، 444/2؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص115.

(5) ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 224/3؛ وعليش، منح الجليل، 441/2؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص114.

(1) ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 224/3؛ وعليش، منح الجليل، 441/2؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص114.

6- من وجب عليه سقي زرع لغيره بفضل مائه، فترك السقي حتى تلف الزرع، فإنه يضمن التلف⁽¹⁾.

7- لو مال حائطٌ، وكان عند أحد الجيران حجر أو عمود يمكن دعم الجدار به، ولكن الجار لم يمكن المحتاج منه حتى سقط الحائط، فإنه يضمن الضرر الناتج عن تركه. هذا، وإنه من بذل شيئاً مما ذكر من طعام أو دواء أو ماء أو خشبة له الثمن إن كان للمحتاج إليها مال، أما إن لم يكن للمحتاج إليها مالٌ، وجب البذل مجاناً⁽²⁾.

8- لو أن شخصاً مرّ بصيد مجروحاً غير منفوذ المقتل، وأمكنته ذكاته، لكنه لم يفعل حتى مات الصيد قبل أن يدركه رؤته، فإنه يضمن قيمته⁽³⁾.

9- لو أنّ مسافرين مروا بماء فمنعهم أهله الشرب منه، فإن للمسافرين قتال أهل الماء. فإن لم يقدر المسافرون على دفعهم حتى ماتوا عطشا، فدياتهم على عواقل المانعين، والكفارة على كل نفس تلفت واجبة على كل رجل من أهل الماء، مع تعزيرهم على صنيعهم السيء⁽⁴⁾.

(1) ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 224/3؛ وعليش، منح الجليل، 444/2؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص115.

(2) ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 224/3؛ وعليش، منح الجليل، 445/2؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص115.

(3) ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 224/3؛ وعليش، منح الجليل، 440/2؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص114.

(4) ينظر: خليل، التوضيح، 208/3.

المبحث السابع

قواعد عامة

وفيه ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: قاعدة "إسقاط الشيء قبل ثبوته لا يسقطه"
- المطلب الثاني: قاعدة "من خيّر بين شيئين فاختر أحدهما
هل يعدّ كالمنتقل أو لا؟"
- المطلب الثالث: قاعدة "الدوام على الشيء هل هو كالاتداء
أم لا؟"

المطلب الأول: قاعدة "إسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح"¹.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

1- "إسقاط الحق قبل وجوبه أصل مختلف فيه"⁽²⁾.

2- "إسقاط الشيء قبل ثبوته لا يسقطه"⁽³⁾.

3- إسقاط الشيء قبل وجوبه لا يصح⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة ودليلها

من أسقط حقًا لم يثبت له بالفعل، ولا وُجد سبب وجوبه، فإن هذا الإسقاط لا يترتب عليه أي أثر شرعي، وهو لاغٍ وباطل؛ لأن الحق الذي يقبل الإسقاط يجب أن يكون قائماً وثابتاً وقت الإسقاط، فإسقاط ما لم يجب، ولا جرى سبب وجوبه لا يعتبر إسقاطاً، وإنما هو مجرد وعد بعدم المطالبة بالحق في المستقبل، ولا يلزم منه وقوع الإسقاط مستقبلاً، كإسقاط الشفعة قبل البيع، وإسقاط الحاضنة حقّها في الحضانة قبل وجوبها، فكل هذا لا يعتبر إسقاطاً، بل إنه يجوز الرجوع في الوعد بإسقاط الحق، والعود إلى المطالبة به بعد وجوبه⁵.

هذا، وإن الحكم إذا كان له سبب وشرط، فله ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى: أن يتقدم الحكم على سببه وشرطه، فلا يعتبر إجماعاً.

الحالة الثانية: أن يتأخر إيقاع الحكم عن سببه وشرطه، فيعتبر إجماعاً.

الحالة الثالثة: أن يتوسط الحكم بين السبب والشرط، فهو محلّ خلاف بين العلماء في كثير من صورته، والذي رجحه القراني أنّ تقديم الحكم على شرطه إذا تقدم سببه جائز⁶.

ومردّ هذا الخلاف هو اختلاف الرواية في الحديث النبوي: «من حلف على يمين، فرأى

¹ ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 7/726.

⁽²⁾ ابن رشد الجدي، البيان والتحصيل، 8/281.

⁽³⁾ الونشريسي، إيضاح المسالك، ص91.

⁽⁴⁾ ينظر: التسولي، البهجة في شرح التحفة، 1/437.

⁵ ينظر: محمد خالد عبد الهادي هدايت، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 13/237.

⁶ ينظر: القراني، الفروق، 1/197؛ والذخيرة، 3/137.

غيرها خيرا منها، فليأتها، وليكفر عن يمينه»⁽¹⁾، بتقديم الشرط وهو الحنث على الحكم، وروي الحديث بلفظ ثانٍ عند مسلم كذلك: «من حلف على يمين، فرأى غيرها خيرا منها، فليكفر عن يمينه، وليفعل»⁽²⁾، بتقديم الكفارة التي هي الحكم على الحنث الذي هو الشرط⁽³⁾.

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة

1- القصاص له سبب وهو زهوق الروح، فلو قال المقتول لقاتله قبل أن يضربه: إن قتلتني أبرأتك، أو قال له ذلك بعد ضربه ولم تنفذ مقاتله لم ينفعه، ولا يفيد العفو على المشهور؛ لأنه من إثبات الحكم قبل سببه، ومن إسقاط الحق قبل ثبوته، وهو لا يصح. وقال سحنون يفيد العفو، ولا يقتص منه، ولو قال المقتول للقاتل ذلك بعد إنفاذ مقاتله وقبل زهوق روحه صح العفو؛ لأن سبب الحكم هو زهوق الروح، وإنفاذ المقاتل سبب الزهوق فهو سبب المسبب، فصح العفو بين السبب وسببه، لتعذره بهما⁽⁴⁾.

2- إذا قال المحنّي عليه للجاني له اقطع يدي ولا شيء عليك، ففعل الجاني، فليس عليه إلا الأدب إن استمر المحنّي عليه على البراءة، فإن رجع فينبغي قبوله؛ لأنه أسقط حقه قبل وجوبه،

⁽¹⁾ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأيمان، باب ندب من حلف يمينا فرأى غيرها خيرا منها، أن يأتي الذي هو خير، ويكفر عن يمينه، حديث رقم: 1650، 1271/3.

⁽²⁾ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الأيمان، باب ندب من حلف يمينا فرأى غيرها خيرا منها، أن يأتي الذي هو خير، ويكفر عن يمينه، حديث رقم: 1650، 1272/3.

⁽³⁾ ينظر: الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص 139.

⁽⁴⁾ ينظر: الباجي، المنتقى، 75/7؛ وعليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، 327/1-328.

فَيُقَطَّعُ الْقَاطِعُ، أَمَّا إِذَا تَرَامَى بِالْمَجْنُونِ عَلَيْهِ الْقَطْعُ حَتَّى مَاتَ مِنْهُ، فَلَوْلِيَّهِ الْقِسَامَةُ وَالْقَتْلُ أَوْ أَخَذَ الدِّيَةَ⁽¹⁾.

3- العفو على الدية قبل وجوب الدم لا يصح⁽²⁾.

4- الصلح قبل وجوب الدم لا يصح⁽³⁾.

5- لا يجوز الإبراء في القذف قبل وقوعه⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: قاعدة "من خيّر بين شيئين فاختر أحدهما

هل يعدّ كالمنتقل أم لا؟"⁽⁵⁾.

الفرع الأول: من أفاض القاعدة

1- "من خيّر بين شيئين، هل يقدر أنّه مالك لما قدر أن يختاره أم لا؟"⁽⁶⁾.

2- "من خيّر بين شيئين، فلا يقدر اختياره لأحدهما رجوعاً إليه بعد أن اختار الآخر"⁽⁷⁾.

3- "من خيّر بين شيئين، عدوله عن أحدهما إلى الآخر لا يجوز"⁽⁸⁾.

4- "من خير بين شيئين هل يعد منتقلاً أو أخذاً ما وجب له؟"⁽⁹⁾.

5- "المخير بين شيئين، هل يعد مختاراً لما ترك أم لا؟"⁽¹⁰⁾.

6- "من خيّر بين شيئين لا يُعدّ منتقلاً"⁽¹⁾.

(1) ينظر: عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 8/8.

(2) ينظر: ابن رشد الجدد، مسائل أبي الوليد ابن رشد، 2/803.

(3) ينظر: المصدر نفسه، 2/805.

(4) ينظر: المواق، التاج والإكليل، 7/240.

(5) القرافي، الذخيرة، 3/99.

(6) المازري، شرح التلقين، 2/1065.

(7) المصدر نفسه، 3/99.

(8) المصدر نفسه، 3/399.

(9) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 2/641.

(10) علي بن سعيد الرجراجي، مناهج التحصيل، 3/355.

(1) خليل، التوضيح، 5/261.

7- "من خيّر بين شيئين يُعدّ منتقلاً"⁽¹⁾.

8- "من خيّر بين شيئين؛ عدّ منتقلاً، وإلا أبطل اختياره"⁽²⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة ودليلها

المكلف إذا اختار أحد الشيئين المخيّر بينهما، وتعين ما اختاره، فإن تصرفه يمكن أن يحمل على اعتبارين:

- 1- أن يقدر أنه اختار الشيء المرغوب عنه أولاً، ثم انتقل منه إلى الأمر المختار حقيقة، وهذا معنى شطر القاعدة الأول القاضي بأن من خيّر بين شيئين فاختار أحدهما يُعدّ كالمنتقل.
- 2- أن يعتبر أنه ما اختار قطّ إلا ذلك الشيء. وهذا هو معنى الشطر الثاني للقاعدة القاضي بأن من خيّر بين شيئين فاختار أحدهما لا يُعدّ كالمنتقل.

فمفهوم الانتقال في القاعدة في معنى مراعاة بقاء شيء من أثر الخيار الذي كان قائماً وممكنًا قبل تعيّن الشيء المختار باختيار المكلف له من باب الأخذ بالأحوط، وأما نفي الانتقال، فهو في معنى تأكيد تعيّن الشيء المختار والإلغاء الباتّ لما كان قائماً من الخيار، وجعله كأن لم يكن، فالقاعدة قائمة على ثلاثة عناصر:

- 1- تخيير الشارع المكلف بين أمرين أو أكثر.
- 2- اختيار المكلف واحداً من متعدّد.
- 3- وقوع تصرف يتأثر حكمه الشرعي بأحد التقديرين³.

ويدلّ على تقدير التنقل قوله تعالى: ﴿أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرُوا الضَّلَالَةَ بِالْهُدَىٰ فَمَا رَبِحَتْ بِجَارَتِهِمْ وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ﴾ [البقرة: 16]، فإنهم ما باعوا ولا اشتروا، ولكن لما تركوا الهدى وهو معرّض لهم واختاروا الضلالة عليه شبّهوا بمن اشترى، فكأنهم ملكوا الهدى واختاروه، ثم

⁽¹⁾ المصدر السابق، 126/8.

⁽²⁾ ابن عرفة، المختصر الفقهي، 330/3.

⁽³⁾ ينظر: بدي أحمد سالم، معلمة زائد للقواعد الفقهية والأصولية، 574-572/10.

انتقلوا عنه ودفعوه ثمنا في الضلالة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: تطبيقات القاعدة

1- من غصب جارية فقد ترتبت قيمتها في ذمته بالغصب، فلو أراد الغاصب شراءها وهي غائبة عنه قبل أن يفوتها على مالكتها بالوطء، والحال أن ربها مخير بين أخذها، أو أخذ قيمتها فلا يشتريها الغاصب إلا بما قومت به، لا بأزيد؛ بناءً على أن المخير متنقل؛ لأنه يصير كأن قيمتها التي ترتبت في ذمته دينا بالغصب قضاهما بأزيد منها، أما على أنه غير متنقل فيجوز له أن يشتريها ولو بأزيد من قيمتها؛ لأن حق المالك تعين في قيمة المغصوب أيا كانت قيمته، ولا تعلق له بعينه، أما إذا فات المغصوب كأن وُطئت الجارية فتلزم قيمتها الغاصب يوم الغصب، ولا خيار للمالك⁽²⁾.

2- من سرق شاة فذبحها، فقد وجبت قيمتها على السارق، ولا يجوز لربها أن يأخذ شاة حية بدلا عن هذه القيمة؛ لأنه كان قادرا على أخذ عين اللحم، فلما تركه إلى أخذ شاة، صار كمن باع اللحم بالحيوان من جنسه، وهو ممنوع للمزابنة، وهذا القول مبني على أن المخير متنقل، وأما على القول بعدم التنقل، وفرض كون حقه سقط في العين، وإنما وجبت له القيمة، وكأنه ما اختار قط غير الشاة المدفوعة تعويضا، فإنه يجوز له أخذ شاة حية بدلا عن شاته المذبوحة، ومثله كذلك إذا فات اللحم بأن تعذر على المالك أخذه⁽³⁾.

3- من غصب حليا من ذهب؛ ففات عنده بأن تكسر وتعيب، فربّه مخير بين أخذ قيمته بالدراهم، وحينئذ لا يجوز له أن يصارف الغاصب عليها، ويأخذ عنها ذهبا بناءً على أنه

(1) ينظر: ابن عطية، المحرر الوجيز، 98/1؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص313.

(2) ينظر: سحنون، المدونة، 174/4؛ والمنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 334/1؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص314.

(3) ينظر: ابن الجلاب، التفریع، 301/2؛ والمواق، التاج والإكليل، 312/7؛ والمنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 332/1؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص313.

متنقل؛ لأنه لما كان قادرا عن أن يأخذ الذهب ابتداءً، صار كأنه استبدل ذهباً بذهب لم تتحقق مماثلتهما؛ لأن الذهب الذي يأخذه عن صرف الدراهم ليس بالضرورة أن يكون مماثلاً للذهب المصوب، والقول الثاني أن يأخذ الذهب المكسر بعينه ويأخذ قيمة الصياغة، وهذا على أنه غير متنقل، وأن حقه تعين في القيمة بالدراهم ابتداءً، فيجوز له صرفها بالذهب، والقول الثاني هو المشهور⁽¹⁾.

المطلب الثالث: قاعدة "الدوام على الشيء هل هو كالاتداء أم لا؟"⁽²⁾.

الفرع الأول: من أفاظ القاعدة

1- "التمادي على الفعل هل يجعل كابتدائه؟"⁽³⁾

2- "التمادي على الشيء هل يكون كابتدائه في الحكم أم لا؟"⁽⁴⁾

3- "هل الدوام كالاتداء؟"⁽⁵⁾

4- "الدوام على الشيء هل هو كابتدائه أم لا؟"⁽⁶⁾

الفرع الثاني: معنى القاعدة

اختلفت المالكية في الاستمرار والبقاء على الأمر الذي يستمر ويدوم هل يعتبر كالاتداء به وإنشائه؛ فيأخذ بهذا الدوام عليه والاستمرار حكم ابتدائه أم لا؟ بمعنى: لو استمر المكلف على فعل معين، فهل يعتبر الدوام بمنزلة إنشائه وابتدائه من جديد أم لا؟ فإذا كان ابتداء الفعل مثلاً ممنوعاً أو مفسداً للعمل، كابتداء الصلاة بالنجاسة، فهل يكون الدوام عليها أيضاً ممنوعاً

(1) ينظر: ابن عبد البر، الكافي، 2/845؛ واللخمي، التبصرة، 12/5814؛ والصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص314-315.

(2) الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص50؛ والونشريسي، إيضاح المسالك، ص70.

(3) القراني، الذخيرة، 4/53.

(4) المقرئ، القواعد بتحقيق الدردي، ص105.

(5) الشاطبي، الموافقات، 3/429.

(6) الونشريسي، المعيار المعرب، 1/200.

ومفسدا للعمل، كظروء النجاسة على المصلي أثناء الصلاة. وإذا كان الابتداء مسببا للكفارة أو الحنث هل يكون الدوام كذلك مسببا لهما⁽¹⁾؟

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

أولا- الشق الأول من القاعدة:

يُستدلّ للقول بأنّ الدوام على الشيء كابتدائه بالقياس، فالاستمرار والتمادي على فعل الشيء كفعله ابتداء من باب قياسه عليه لاشتراكهما في إيجاد الفعل⁽²⁾.

ثانيا- الشق الثاني من القاعدة:

يُستدلّ للقول بأنّ الدوام على الشيء ليس كابتدائه بإقرار الشرع أنكحة الكفار بعد إسلامهم، وإن لم يكن قد عُقد على وجه مشروع ابتداء، ما لم يكن سبب التحريم فيها قائما بعد الإسلام، بحيث لو ابتداء النكاح في الإسلام على ذلك الوجه لم يصح، فيجوز النكاح في الاستمرار ما لم يجز في الابتداء. فالنبي ﷺ أقر من أسلم على أنكحتهم التي عقدوها في الجاهلية، ولم يستفصل منهم هل عقدوها في عدة أو في غير عدة؟ بولي أو بغير ولي؟ بشهود أو بغير شهود؟ ولم يأمر أحدا بتجديد نكاح، ولا بفراق امرأته إلا أن يكون السبب المحرّم موجودا وقائما حين الإسلام⁽³⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

1- لم يختلف أئمة المالكية فيمن رأى مصحفا في قدر ولم يرفعه أنه ردة، فالدوام في حقه كالابتداء بالاتفاق⁽¹⁾.

(1) ينظر: الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك وشرح المنهج المنتخب، ص50؛ وعبد الله علي شعبان، القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها من خلال كتاب التوضيح، ص333.

(2) ينظر: الروكي، نظرية التقعيد الفقهي، ص118.

(3) ينظر: ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 366/9.

(1) ينظر: الدردير، الشرح الكبير، 301/4.

- 2- يمنع أهل الذمة من ابتداء إحداث كنيسة في دار الإسلام، ولا يمنعون من استدامتها إذا دخل ذلك في عهدهم؛ لأن الدوام في هذا ليس كالاتداء⁽¹⁾.
- 3- أجمع العلماء على أن الإمامة لا تنعقد لكافر، وعلى أنه لو طرأ عليه الكفر انعزل، فدوام الكفر كابتدائه في عدم الجواز. وكذلك لا تنعقد الإمامة لفاسق ابتداء، أما لو طرأ عليه الفسق فلا ينعزل لصعوبة الرفع، ودوام الفسق في هذا ليس كالاتداء⁽²⁾.
- 4- ضمان المغصوب، قيل يضمن بأعلى قيمة يقوم بها، بناءً على أنّ الدوام كالاتداء؛ لأنه في كل حين كالمبتدئ للغصب، وهو قول ابن وهب وأشهب وابن الماجشون، والمشهور أنه يضمن بقيمته يوم الغصب، بناءً على أنّ الدوام ليس كالاتداء⁽³⁾.
- 5- جائز عند مالك للمضطر أن يشبع من الميتة، ويتزود منها؛ لحاجة إليها، حتى يجد الذكي، أو غيره من الطعام الحلال، فيحرم عليه ما بيده منها، وغيره لا يجيز له منها إلا ما يجبس رمقه، ويردّ نفسه؛ لأنه من كان في حاله تلك لم تحلّ له أولاً⁽⁴⁾.

(1) ينظر: ابن عبد البر، الكافي، 1/483؛ والمواق، التاج والإكليل، 4/599.

(2) ينظر: القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، 6/246.

(3) الشاطبي، الموافقات، 3/429؛ والمنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، 1/218.

(4) ابن عبد البر، الكافي، 1/439.

الفصل الرابع

الضوابط الفقهية الحاكمة للفقہ الجنائي

عند المالكية

وفيه أربعة مباحث:

- المبحث الأول: ضوابط عامة في الفقه الجنائي
- المبحث الثاني: ضوابط الجنایات
- المبحث الثالث: ضوابط الحدود
- المبحث الرابع: ضوابط التعازير

المبحث الأول

ضوابط عامة في الفقه الجنائي

وفيه أربعة مطالب:

- المطلب الأول: ضابط: "تقدير العقوبات بقدر الجنايات"
- المطلب الثاني: ضابط "حق الله يلزم بالثبوت على الإقرار به، ويسقط بالرجوع عنه، وحق الآدمي لا يسقط بالرجوع عنه"
- المطلب الثالث: ضابط "للتهمة تأثير في الأحكام"
- المطلب الرابع: ضابط "الدعوى هل تتبعض أو لا؟"

المطلب الأول: ضابط: "تقدير العقوبات بقدر الجنايات"⁽¹⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ الضابط

1- "عظم العقوبة يتبع عظم الجناية"⁽²⁾.

2- "العقوبة تكون بقدر الجناية"⁽³⁾.

الفرع الثاني: معنى الضابط

العقوبة ومجازاة الجاني تكون بقدر جنائته، وبحسب ما ارتكبه من إفساد وإضرار وإتلاف، فلا هي تزيد على قدر الجناية، ولا هي تنقص عنها، بل تساويها وتمثلها، وهذا من عدل الشريعة، الذي تستقيم به المعاملات، وتنصلح به العلاقات وتستقر به الحياة؛ فعقوبة القتل هي القتل، إلا أن يرضى وليُّ الدم بالدية أو يعفو بالمرّة، وعقوبة بتر العضو بتر مثله، إلا أن يرضى الجاني عليه بالدية أو يعفو، وعقوبة إتلاف المال ضمانه، وهكذا دواليك، وكلّما تعدّدت الجناية تعدّدت عقوبتها، فمن جنى جناية واحدة عوقب بقدرها، ومن جنى جنائتين عوقب عليهما معاً⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: من أدلة الضابط

1- قوله تعالى: ﴿الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ فَمَنِ إِعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ

بِمِثْلِ مَا إِعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: 194]

2- قوله تعالى: ﴿وَإِنِ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ

لِلصَّابِرِينَ﴾ [النحل: 126]

3- قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا فَمَنْ عَفَا وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ﴾

[الشورى: 40]

(1) القرابي، الفروق، 80/4.

(2) القرابي، الذخيرة، 127/12.

(3) ابن الشاط، إدرار الشروق على أنواع الفروق، 17/4.

(4) ينظر: محمد الروكي، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 22-21/18.

ووجه الدلالة من الآيات أنّ من بُغي عليه وظلم، فجائز له أن ينتصر من ظالمه - إذا تمكّن منه - بمثل ظلامته، لا يتعدّها إلى غيرها، فيقتصّر - مثلاً - إذا أمكن الاستيفاء من غير حيف، ولا زيادة، فإن لم يمكن استيفاؤه من غير زيادة سقط القصاص، ووجبت بدله⁽¹⁾.

4- عن أنس بن مالك رضي الله عنه: «أنّ جارية وُجد رأسها قد رُضّ بين حجرين، فسألوها من صنع هذا بك؟ فلان؟ فلان؟ حتى ذكروا يهوديًا، فأومت برأسها، فأخذ اليهودي فأقرّ، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وآله أن يُرضّ رأسه بالحجارة»⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنّه صلى الله عليه وآله اعتمد المماثلة وحكم بها، فالقصاص في القتل يجب بمثل القتلة الأولى⁽³⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات الضابط

- 1- يقتل الجاني بمثل ما قتل به، فمن قتل رجلاً بحجر قُتل بحجر، وإن خنقه فقتله، قُتل خنقاً، وإن أغرقه أغرق الجاني، وإن قتله بعصا قُتل بعصا، وليس في مثل هذا عدد، فإن ضربه عصاوين فمات منهما، فإن القاتل يضرب بالعصا أبداً حتى يموت، وهكذا، فيصنع بالجاني كما صنع بالجاني عليه⁽⁴⁾.
- 2- من جرح رجلاً ثمّ قتله، فإن كان ممثلاً به في تلك الجراح، فيقتص من تلك الجراح ثمّ يُقتل، وإن لم يكن من المثلة والتعذيب قُتل فقط؛ لأنّ القتل يأتي على ما دونه⁽⁵⁾.
- 3- الدية تتعدد بتعدد الجناية، فإذا قطع جانٍ يدي شخص فزال عقله مثلاً، فإنه يلزمه ديتان: دية لليدين ودية لذهاب العقل⁽⁶⁾.
- 4- إذا مثّل العدو بجثث المسلمين جاز التمثيل بجثثهم، لكن دون زيادة⁽¹⁾.

(1) ينظر: ابن عطية، المحرر الوجيز، 432/3؛ 39/5-40؛ ومحمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، 391/1.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره من المحدثات، والمتقلات، وقتل الرجل بالمرأة، حديث رقم: 1672، 1300/3.

(3) ينظر: اللخمي، التبصرة، 6474/13؛ وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 187/4.

(4) ينظر: البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، 597/4.

(5) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 31/14.

(6) ينظر: الحرشي، شرح مختصر خليل، 43/8.

(1) ينظر: الباجي، المنتقى، 168/3.

5- الحدود ما كانت من جنس واحد وكان سببها واحدا تداخلت وأجزأ واحدها عن سائرهما، وذلك مثل أن يزني مرارا أو يشرب مرارا أو يسرق مرارا أو يقذف مرارا، فأما إن كانت من جنس واحد وأسبابها مختلفة كالزنا والشرب والقذف، فإنها لا تتداخل ويُستوفى جميعها، إلا أن يكون أحدها فرعا للآخر فيتداخلان، وذلك كحدّ القذف والشرب؛ لأنّ الشرب مأخوذ من القذف، وإذا كانت الحدود من أجناس كالجلد والقطع أُستوفيت ولم تتداخل، إلا أن يكون فيها قتل، فإن ما دونه يدخل فيه إذا كان جهة استحقاقه واحدة، فأما إذا كان الغرض مختلفا، فإنّ القتل لا يجزي منه كحدّ القذف، يُجلد القاذف، ثمّ يقتل؛ لأنّ الغرض من حدّ القذف دفع المعوّة عن المقدوف، ولا يكون ذلك إلا بحدّ قاذفه⁽¹⁾.

6- الواجب في هدم البناء قيمته أو مثله، ويُخيّر ربّ البناء في أخذ قيمة الجدار قائما على بقاء النقص للهادم، أو أخذ قيمة التلفيق، وهو قيمة ما أتلف على بقاء النقص لربّ البناء⁽²⁾.

7- إذا غصب مال غيره وتلف المغصوب، وجب عليه ردّ مثله إن كان مثليا، وقيّمته إن كان قيميا⁽³⁾.

8- يخلد في الحبس من امتنع من دفع درهم يقدر على دفعه؛ لأنه في كل ساعة يمتنع من أداء الحق فتُقابل كلُّ ساعة من ساعات الامتناع بساعة من ساعات الحبس فهي جنایات وعقوبات متكررة متقابلة، ثمّ إنّ مظلّ الغني ظلم، والإصرار على الظلم والتمادي عليه جنایة عظيمة فاستُحق العقوبة على ذلك، والظالم أحقّ أن يُحمل عليه⁽⁴⁾.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، 3/1398-1399.

(2) ينظر: ابن عرفة، المختصر الفقهي، 7/269.

(3) ينظر: القرافي، الذخيرة، 4/387؛ وعليش، منح الجليل، 7/92.

(4) ينظر: القرافي، الفروق، 4/80؛ وابن فرحون، تبصرة الحكام، 2/313.

المطلب الثاني: ضابط "حق الله يلزم بالثبوت على الإقرار به، ويسقط بالرجوع عنه، وحق الآدمي لا يسقط بالرجوع عنه"⁽¹⁾.

الفرع الأول: من أَلْفَاظ الضابط

"كل حد يثبت بالإقرار، ويسقط بالرجوع عنه، فالنسب ثابت منه، وكل حد لازم بالرجوع عنه فالنسب معه غير ثابت"⁽²⁾.

الفرع الثاني: معنى الضابط

الحدود تجب حقاً لله تعالى، فلا تسقط بعفو المجني عليه، أو توبة الجاني بعد الرفع إلى القضاء، وهي سبع: الزنا، والقذف، والسكر، والسرقه، والبغي، والرّدّة، والحراة، فمن أقرّ بشيء من هذه الحدود ثم رجع عن إقراره سقط عنه حقّ الله تعالى وهو الحدّ؛ لأنّ رجوعه شبهة والحدود تُدرأ بالشبهات⁽³⁾.

الفرع الثالث: من أدلة الضابط

1- حديث ما عرّف رسول الله ﷺ لما جاء معترفاً مقرّاً على نفسه بالزنا، قال له ﷺ: «لعلك قبّلت، أو غمزت، أو نظرت»⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنّ النبي ﷺ جعل يسأله لعله يرجع عن إقراره، فيسقط عنه الحدّ⁽⁵⁾.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، 3/1428.

(2) الخطاب، مواهب الجليل، 12/348.

(3) ينظر: عبد الله علي شعبان، القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها من خلال كتاب التوضيح، ص 427.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب هل يقول الإمام للمقرّر لعلك لمست أو غمزت، حديث رقم: 6824، 8/167.

(5) ينظر: القنازعي، تفسير الموطأ، 2/708.

2- عن أبي أمية المخزومي: أن النبي ﷺ أتى بلبصّ قد اعترف اعترافاً، ولم يوجد معه متاع، فقال رسول الله ﷺ: «ما إخالك سرقت». قال: بلى، فأعاد عليه مرتين أو ثلاثاً، فأمر به فُقطع⁽¹⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنّ "ظاهره أنّه لو رجع لقبّل رجوعه، وكلّ حدّ الله تعالى يُقبل فيه الرجوع، إلّا أن يأتي بما يشبه البيّنة من تعيين السرقة أو غيرها، وهو من أهل التّهم"⁽²⁾.

3- روي عن أبي بكر وعمر ﷺ أنّهم قالوا للسارق: «أسرقت؟». قال: «لا»⁽³⁾، وعن أبي الدرداء ﷺ: "أنه أتى بجارية سوداء سرقت، فقال لها: «سرقت؟ قولي: لا»، فقالت: «لا»، فحلّى سبيلها"⁽⁴⁾، وعن علي ﷺ أنّه قال لحبلى: «لعلك استكرهت»⁽⁵⁾، كلّ هذا يدلّ على أنّ الرجوع عن الإقرار يدرأ الحدّ⁽⁶⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات الضابط

1- لو أقرّ الجاني بقتل المجني عليه بالسحر قُتل بإقراره؛ لأنّه لا يُقتصّ بالسحر، ولا يفيد رجوعه لتعلّق حقّ الآدمي به، بخلاف ما لو أقرّ بالسحر فقط، فإنّه يُقبل منه رجوعه إذا تاب، كما لو أقرّ شخص بالزندقة، وأعى التوبة على أصحاب القولين⁽⁷⁾.

(1) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب في التلقين في الحد، حديث رقم: 4380، 433/6. قال محققاه شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي: "صحيح لغيره".

(2) القرافي، الذخيرة، 179/12.

(3) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، باب في الرجل يؤتى به فيقال: أسرقت؟ قل: لا، حديث رقم: 28579، 520/5. قال الألباني: "صحيح". ينظر: إرواء الغليل، 79/8.

(4) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب السرقة، باب ما جاء في الإقرار بالسرقة والرجوع عنه قال عطاء: إذا اعترف مرة قطع، حديث رقم: 17278، 479/8. قال الألباني: "إسناده جيد". ينظر: إرواء الغليل، 80/8.

(5) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم: 1185، 96/2. قال محققه أحمد شاکر: "إسناده صحيح".

(6) ينظر: القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، 513/5.

(7) ينظر: خليل، التوضيح، 220/8-221؛ وعبد الله علي شعبان، القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها من خلال كتاب التوضيح، ص428.

2- إذا أقر شخص بالجريمة ثم رجع عن إقراره بما يوجب الحدّ، فإنه يحتمل أن يكون صادقا في رجوعه عن الإقرار، فيسقط عنه الحدّ بهذه الشبهة⁽¹⁾.

3- يقبل الرجوع في جميع حقوق الله تعالى من السرقة وشرب الخمر والحراة إذا أتى بعذر يُعرف، وإن لم يأت به يختلف فيه، فإن اجتمع حقّ الله تعالى وحقّ آدمي في الإقرار، كإقراره بسرقة سلعة من فلان أو اغتصب فلانة أو حارب فلانا وأخذ ماله، ثم رجع لزمه حقّ الآدمي، وإن أتى في حقّ الله تعالى بعذر قُبل، وإلا حُدّ، وقيل في السرقة: إن لم يعينها قُبل رجوعه، وإلا فلا⁽²⁾.

4- أن يشهد الشهود على شخص بجريمة تستوجب الحدّ، ثم يرجعوا عن شهادتهم، أو يرجع بعضهم بحيث ينقص نصاب الشهادة، فإن رجوعهم يعتبر شبهة تستوجب إسقاط الحدّ عن المتهم، لاحتمال أن يكونوا صادقين في رجوعهم⁽³⁾.

5- إن رجع المقرّ بالزنى إلى ما يعذر به كما لو قال: أصبت امرأتي أو جاريتي حائضا فظننت ذلك زنى، فإنه يُقبل قوله. قال ابن المواز: ولم يختلف فيه أصحاب مالك⁽⁴⁾.

6- إن كذب المقرّ بالزنى نفسه، ولم يُبدِ عذرا، فقال ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم لا يُحدّ، ورأوا أن ذلك شبهة لاحتمال صدقه ثانيا، وقال أشهب: لا يعذر إلا بما يُعذر به، وروي عن مالك وبه قال عبد الملك⁽⁵⁾.

7- اختلف قول مالك في المقرّ بالزنى وشرب الخمر يُقام عليه بعض الحدّ فيرجع تحت الجلد قبل التمام، فقال مرة، إن أُقيم عليه أكثر الحدّ أتمّ عليه؛ لأنّ رجوعه ندم، ومرة قال: لا يُقتل

(1) ينظر: الروكي، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، ص268.

(2) ينظر: القرافي، الذخيرة، 59/12.

(3) ينظر: الروكي، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، ص268.

(4) ينظر: خليل، التوضيح، 242/8؛ وعبد الله علي شعبان، القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها من خلال كتاب التوضيح، ص428.

(5) ينظر: خليل، التوضيح، 242/8؛ وعبد الله علي شعبان، القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها من خلال كتاب التوضيح، ص428.

ولا يُضرب بعد رجوعه، وهو قول ابن القاسم، وهو قول جماعة العلماء، وقد هرب ماعز رضي الله عنه لما رُجم فأتبعوه، فقال لهم رسول الله ﷺ: «هَلَّا تَرَكَتُمُوهُ لَعَلَّه يَتُوبُ فَيَتُوبُ اللَّهُ عَلَيْهِ»⁽¹⁾»⁽²⁾.
8- لو ادّعى رجل السرقة وثبت على إقراره قُطع، وإن رجع عن إقراره قبل القطع درء عنه القطع، وقيل: لا يُقبل رجوعه، إلا أن يقول إنما أقررت لوجه كذا وكذا، بخلاف المال فلا يسقط عنه برجوعه⁽³⁾.

المطلب الثالث: ضابط "للتهمة تأثير في الأحكام"⁽⁴⁾.

الفرع الأول: من أَلْفَاظِ الضَّابِطِ

- 1- "مراعاة التهمة أصل بيني الشرع عليه"⁽⁵⁾.
- 2- "حيث ظهرت التهمة بطلت الحجة"⁽⁶⁾.
- 3- "للتهمة تأثير في الشرع"⁽⁷⁾.
- 4- "التهمة قاذحة في التصرفات على الغير إجماعاً"⁽⁸⁾.
- 5- "التهمة تقدح في التصرفات إجماعاً من حيث الجملة"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: معنى الضابط

التهمة هي الاقتراف والريبة والظنة التي لا سبب لها، كمن يتهم رجلاً بالفاحشة من غير

(1) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك، حديث رقم: 4419، 471/6. قال محققاه شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي: "صحيح لغيره".

(2) ينظر: خليل، التوضيح، 242/8؛ وعبد الله علي شعبان، القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها من خلال كتاب التوضيح، ص428.

(3) ينظر، ابن رشد الجدل، البيان والتحصيل، 251/16؛ والنفراوي، الفواكه الدواني، 215/2.

(4) ينظر: ابن العربي، المسالك، 299/6.

(5) ابن رشد الجدل، المقدمات الممهدة، 42/2.

(6) ابن العربي، عارضة الأهودي، 178/9.

(7) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 254/4.

(8) القراني، الذخيرة، 109/10.

(1) القراني، الفروق، 43/4.

أن يظهر عليه ما يقتضيها، والتهمة يجب تركها والابتعاد عنها، ولا يجوز حمل الناس على التهم، والتهمة عدّها الشرع مؤثّرة، ورتب عليها أحكاما إيجابا أو نفيا وإسقاطا، أما الإيجاب فحيث عدّها الشرع سببا لحكم لولاها لما كان، كما في حدّ القذف، حيث اتهم القاذف المقذوف بتهمة الزنى ليس له عليها برهان كاف، فإنّ هذه التهمة توجب حدّ القذف إذا توفّرت الشروط وانتفت الموانع، أما النفي والإسقاط فحيث عدّها الشرع سببا لإسقاط حقّ ونفيه لولاها لكان، مثال ذلك: إجماع أهل العلم على أنّ القاتل لا يرث المقتول⁽¹⁾.

وتنقسم إلى ثلاثة أقسام:

- 1- معتبرة في الإلغاء إجماعا، كشهادة الإنسان لنفسه، وحكمه لنفسه.
- 2- غير معتبرة إجماعا، كالقضاء والشهادة لرجل من جيرانه أو قبيلته.
- 3- مختلف فيه هل يلحق بالأول أو بالثاني لوجود الشبهين فيه كالقضاء لأخيه وامرأته⁽²⁾.

الفرع الثالث: من أدلة الضابط

1- عن علي بن الحسين أنّ النبي ﷺ كان في المسجد وعنده أزواجه فرُخن، فقال لصفية بنت حيي: «لا تعجلي حتى أنصرف معك»، وكان بيتها في دار أسامة، فخرج النبي ﷺ معها، فلقية رجلان من الأنصار فنظرا إلى النبي ﷺ، ثم أجازا، وقال لهما النبي ﷺ: «تعاليا إنها صفية بنت حيي»، قالوا: سبحان الله يا رسول الله، قال: «إن الشيطان يجري من الإنسان مجرى الدم، وإنني خشيت أن يلقي في أنفسكما شيئا»⁽³⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنّه "لا ينبغي للحاكم أن يمضي قضاءً بعلمه دون علم غيره، مع أنّ علمه أكثر من شهادة غيره، ولكن فيه تعرّضا لتهمة نفسه عند المسلمين، وإيقاعا لهم في الظنون، وقد كره النبي ﷺ الظنّ فقال: إنما هذه صفية⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ ينظر: عبد الوهاب بن محمد جامع إيليشن، القواعد والضوابط الفقهية من خلال كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 1824/4-1826.

⁽²⁾ ينظر: القرافي، الذخيرة، 109/10.

⁽³⁾ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاعتكاف، باب زيارة المرأة زوجها في اعتكافه، حديث رقم: 2038، 50/3.

⁽⁴⁾ ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 244/8.

2- قوله ﷺ: «لا تجوز شهادة حائن، ولا خائنة، ولا ذي غمير⁽¹⁾ على أخيه، ولا تجوز شهادة القانع⁽²⁾ لأهل البيت، وتجاوز شهادته لغيرهم»⁽³⁾.

3- عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين⁽⁴⁾»⁽⁵⁾.
ووجه الدلالة من الحديث والأثر أنه ﷺ ردّ شهادة الظنين والخصم⁽⁶⁾، وشهادة ذي الحنة، وهي العداوة، وكذلك شهادة ذي الغمير على أخيه، وهذه أبنية التهم والظنة اللاحقة في الأغلب من أحوال الناس، وليس لأنه ظنين في دينه، وقد قرن معه الخصم، والمعنى فيه مكشوف، إنما هو للظنة به في الأغلب من شهادته على خصمه، في غير ما خامسه فيه، ولا في شهادة العدو على من عاداه، وهما مقبولان على الأجنبيين، وقد اجتمع علماء الأمصار على العلة من ذلك في الخصم والعدو، لا وجه لذلك غير التهمة والظنة، فكانت الظنة لها الحكم فيمن قامت فيه⁽⁷⁾.

4- حديث: «أنّ النبي ﷺ حبس رجلا في تهمة ثم حلّى عنه»⁽¹⁾.
ووجه الدلالة من الحديث أنّه "جعل ادعاءه السرقة ها هنا مثل ما لو ادعى أنه جرحه أو قتل له وليا وحبسه ابتداء"⁽²⁾.

(1) الغمرة: الشحنة والعداوة. ينظر: ابن العربي، المسالك، 281/6.
(2) القانع: الذي يُنفق عليه أهل البيت. ينظر: الإمام أحمد، المسند، 384/6.
(3) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم: 6899، 384/6. قال محققه أحمد شاكر: "إسناده صحيح".
(4) الظنين: المتهم. ينظر: الزرقاني شرح الموطأ، 490/3.
(5) أخرجه مالك في موطئه، كتاب الأقضية، باب ما جاء في الشهادات، حديث رقم: 5، 720/2. والحديث من بلاغات الإمام مالك، وقد صحح إسناده ابن عبد البر. ينظر: ابن عبد البر، الاستذكار، 102/7.
(6) وقد روي الحديث مرفوعا إلى النبي ﷺ، ولكن ليس له إسناده صحيح، إلا أنّ له طرقا يقوي بعضها بعضا. ينظر: ابن حجر، التلخيص الحبير، 374/4.
(7) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذهب الإمام مالك، 393/1-394.
(1) أخرجه الترمذي في سننه، أبواب الديات عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الحبس في التهمة، حديث رقم: 1417، 28/4. قال الترمذي: "حديث حسن".
(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 162/2.

الفرع الرابع: من تطبيقات الضابط

- 1- لو رأى العدو المتهم يجرد المقتول ويُعريه - وإن لم يروه حين قتله - فإنّ هذا لوثٌ تجبُ معه القسامة⁽¹⁾.
- 2- إذا وجد رجلٌ مقتولٌ، وبقره آخرٌ معه آلة القتل وعليه آثار القتل، فذلك لوثٌ يوجب القسامة لولاته⁽²⁾.
- 3- المرأة تدعي أن رجلاً ممن يُشار إليه بالخير استكرهها أنّها تحدّ، وإن كان يشار إليه بذلك نظر الإمام فيه، فالتهمة توجب ما توجب الخلطة من اليمين، ووجه القول الثاني أنّ حكم العدل والفاجر في الأيمان التي تحقق فيها الدعاوى سواء، وإنما يختلف في يمين التهمة⁽³⁾.
- 4- إن ادّعي على رجل بالسرقة لم يحلف إلا من هو مُتهم، فإنه يحلف ويُهدّد ويسجن لظهور الريبة، وإن كان من أهل الفضل أدب المدعي عليه⁽⁴⁾.
- 5- المتهم بالسرقة ثلاثة أصناف: مبرز بالعدالة يُترك ولا يعاقب، وصنف آخر معروف بالسرقة يُهدّد ويحلف، وصنف ثالث متوسط بينهما يحلف فقط⁽⁵⁾.
- 6- إن اتهم مجهول الحال بالسرقة، سُجن حتى يُكشف حاله من غير طول، وإن كان معروفاً بالسرقة سُجن مدّة أطول، وإن وُجد عنده بعض السرقة لم يُؤخذ منه غير ما في يديه، وسُجن بقدر ما يُتهم عليه، وعلى قدر حاله، وربما ضُرب بالسوط مجرّداً⁽¹⁾.
- 7- قال ابن شهاب في المتهم بالحرابة ولم يثبت عليه بيّنة: أرى أن يُنفى إلى بلد آخر ويُسجن، ولا يُطلق من يُخاف منه على دماء المسلمين وأموالهم⁽²⁾.

(1) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 392/1.

(2) ينظر: المصدر نفسه، 392/1.

(3) الباجي، المنتقى، 255/5.

(4) ينظر: القرافي، الذخيرة، 180/12.

(5) ينظر: المصدر نفسه، 180/12.

(1) ينظر: المصدر نفسه، 180/12.

(2) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 477/14.

8- يختبر الإمام السكران بالرائحة وغيرها، إن ظهرت أمارات السكر عليه، وإلا لم يُتجسس عليه⁽¹⁾.

9- يعاقب من حضر المشارب، وإن قال أنا صائم⁽²⁾.

10- من وُجدت منه رائحة الخمر وأشكلت الرائحة على الإمام، وكان المتهم حسن الحال تركه، وإن كان سيء الحال استقرأه ما لا يغلط في مثله مما يصلح به من المفصل، فإن اعتدلت قراءته تركه، وإلا حدّه، وإن شكّ في ذلك -وهو من أهل التّهم- حدّ فيه للتهمة⁽³⁾.

المطلب الرابع: ضابط "الدعوى هل تتبعض أم لا؟"⁽⁴⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

1- "هل تتبعض الدعوى؟"⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

معنى تبعيض الدعوى أنّ الدعوى إذا كانت مشتملة على شقّين: شقّ صحيح ثابت استوفى الشروط التي تترتب عليها آثار الدعوى، وشقّ غير صحيح لا تتوفر فيه الشروط المصحّحة للدعوى، فالجزء الصحيح يُقبل ويُعمل به، ولا يُردّ لردّ الجزء الآخر الذي لم يستوفِ الشروط؛ لأنّ كلّ جزء مستقلّ بنفسه، والجزءان المستقلّان لا يؤثّر عدم صحّة أحدهما في صحّة الآخر، أمّا عدم تبعيض الدعوى فمعناه أنّ الكلام إنما هو بآخره، وأنّ الدعوى كلها كالشيء الواحد لا تتجزأ، فإذا بطل بعضها بطلت كلّها⁽¹⁾.

هذا، وإنّ مذهب ابن القاسم تبعّض الدعوى خلافاً لأشهب⁽²⁾.

(1) ينظر: القرافي، الذخيرة، 203/12.

(2) ينظر: المصدر نفسه، 203/12.

(3) ينظر: المصدر نفسه، 203/12.

(4) الونشريسي، إيضاح المسالك، ص 157.

(5) خليل، التوضيح، 305/4.

(1) ينظر: الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة، ص 54.

(2) ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 198/4.

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة:

- 1- من أقرّ بقتل رجل، فإنه يؤخذ بإقراره في القتل خاصة، على الصواب في هذه المسألة، أما ما يترتب على الموت من التزويج والتوريث فلا يثبت بإقراره، وهو من تبعيض الدعوى؛ لأن الإقرار حجة قاصرة، لا يلزم على الغير⁽¹⁾.
- 2- لو شهد رجل وامرأتان على عبد أنه قتل عبداً آخر عمداً ثبت المال وهو العبد القاتل، فإما أن يسلمه سيده أو يفديه بدفع الأرش دون القصاص، إذ لا يقتل عبد بمثله إلا بشهادة عدلين، وكذا يثبت بيمين سيد المقتول مع شاهد واحد، أو امرأتين⁽²⁾.
- 3- الرجل والمرأة إذا وُجداً مختليين في بيت، فادّعى الزوجية، وهما من أهل البلد معروفين أنهما غير زوجين فلا يصدّقان، ويحدّان إن أقرّا بالوطء، وهذا على أن الدعوى تتبع؛ لأنّ دعوى الزوجية لم تثبت، فيؤخذان بالإقرار بالوطء، فإن كانا طارئين غير معروفين فلا يحدّان؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات⁽³⁾.
- 4- لو شهد على مكلف بالسرقة رجل وامرأتان، أو شهد عليها رجل مع يمين الطالب، فإنه يثبت على السارق المال دون القطع، ويضمنه ضمان الغاصب، أي: سواء كان مليّاً أو معدماً⁽¹⁾.

(1) ينظر: الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة، ص55؛ والتسولي، البهجة في شرح التحفة، 86/1.

(2) ينظر: خليل، التوضيح، 525/7.

(3) ينظر: علي بن سعيد الجرجاني، مناهج التحصيل، 97/10؛ والدردير، الشرح الكبير، 324/4؛ وعليش، منح الجليل، 268/9.

(1) ينظر: سحنون، المدونة، 29 / 4؛ وابن الحاجب، جامع الأمهات، ص475؛ وخليل، التوضيح، 525/7.

المبحث الثاني

ضوابط الجنائيات

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: ضابط "الاعتبار في وجوب القصاص تكافؤ الدماء"

المطلب الثاني: ضابط "إن تعذرت المماثلة لم يجب القود"

المطلب الثالث: ضابط "كل عضو فيه جنس منفعة كاملة وجمال ظاهر، فإنّ الدية تجب بإتلافه، ومنافع هذه الأعضاء الظاهرة مقصودةٌ كاملة"

المطلب الرابع: ضابط "سراية الجناية مضمونة"

المطلب الخامس: ضابط "لا يباح بالإباحة الدماء والأبضاع"

المطلب السادس: ضابط "كلُّ جانٍ جنائتُه عليه، إلا ما قام بخلافه الدليل الذي لا معارض له"

المطلب الأول: ضابط "الاعتبار في وجوب القصاص تكافؤ الدماء"⁽¹⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ الضابط

- 1- "تكافؤ الدماء معتبر في القصاص"⁽²⁾.
- 2- "القصاص مبني على تكافؤ الدماء وتساويها في الحرمة"⁽³⁾.

الفرع الثاني: معنى الضابط

القصاص واجب في القتل وما دونه من الجراح في الجملة، ولوجوبه في القتل شروط منها التكافؤ، وهو أن يكون دم المقتول غير ناقص عن دم القاتل بأن يكون مكافئاً له أو زائداً عليه، وتكافؤ الدماء يعتبر بأمرين، أحدهما: مساواة المقتول للقاتل في الحرمة أو زيادته عليه، ونريد بالحرمة ما يرجع إلى الحرية والرق وأحكامهما، والآخر: مساواته له في الدين أو زيادته عليه، ولا يراعى في القاتل أن يكون دمه مكافئاً لدم المقتول أو ناقصاً عنه، وإنما يراعى ألا يزيد عليه⁽⁴⁾، وهذا التكافؤ مقيد بكونه حال فعل الجناية، ولقد عبّر عن هذا بقولهم: "العبرة بالتكافؤ حالة القتل"⁽⁵⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن سقوط التكافؤ المشروط في هذا الضابط لا ينتهي إلى سقوط العقوبة بالكلية؛ بل إنه مخصوص بسقوط القصاص عند عدم التكافؤ، وهذا لا يعني بالضرورة سقوط الدية والكفارة؛ لأنه من المقرر عند الفقهاء أنه "إذا تعذر القصاص وجب المصير إلى الدية"⁽⁶⁾، ثم إنَّ غير المسلمين دماؤهم فيما بينهم متكافئة⁽⁷⁾.

(1) القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1300/3.

(2) المصدر نفسه، 1301/3.

(3) علي بن سعيد الرجرجاني، مناهج التحصيل، 196/10.

(4) ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 182/2.

(5) ميارة، الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، 510/2.

(6) خليل، التوضيح، 91/8.

(7) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1300/3.

الفرع الثالث: من أدلة الضابط

1- قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ فِي الْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَابْتِاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ إِعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة:178]

2- قوله ﷺ: «المسلمون تكافأ دماؤهم: يسعى بدمتهم أديانهم، ويجير عليهم أقصاهم، وهم يدٌ على من سواهم، يردُّ مُشَدِّهَم على مُضعفهم، ومُتسرِّبهم على قاعدتهم، لا يُقتل مؤمناً بكافر، ولا ذو عهد في عهده»⁽¹⁾.

ووجه الدلالة من النصوص أنّ جمهور العلماء وجماعة أئمة الفتيا بالأمصار متفقون على أنّ الرجل يُقتل بالمرأة، كما تُقتل المرأة به لقول الله ﷻ: ﴿وَكُنْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة:45]، ولقول رسول الله ﷺ: «المسلمون تكافأ دماؤهم»، ولم يخص الله ﷻ ولا رسوله ﷺ بما ذكرنا ذكرًا من أنثى، وليس شيء من هذا مخالفة لكتاب الله ﷻ؛ لأنّ المسلمين لا يجتمعون على تحريف التأويل لكتاب الله ﷻ، بل الكتاب والسنة بيّنا مراد قول الله ﷻ من قوله ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأَنْثَى﴾، وإنما كان يكون ذلك خلافاً لكتاب الله ﷻ لو قال أحد إنّه لا يُقتل حرٌّ بحرّ، ولا تُقتل أنثى بأنثى، وهذا لا يقوله أحد؛ لأنّه خلاف ظاهر الآية وردّها، وعلماء المسلمين مجتمعون أنّ من كان أشلّ أو أعور، قتل رجلاً سالم الأعضاء، أنّه ليس لوليّه أن يقتل الأعور ويأخذ منه نصف الدية من أجل أنه قتل ذا عينين وهو أعور، أو قتل ذا يدين وهو أشلّ، وهذا يدلّ على أنّ النفس مكافئة للنفس، كما أنّ الطفل يكافئ الكبير⁽¹⁾.

⁽¹⁾ أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الجهاد، باب في السرية ترد على أهل العسكر، حديث رقم: 2751، 379/4. قال محققاه شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي: "صحيح لغيره، وهذا إسناد حسن".
⁽¹⁾ ينظر: ابن عبد البر، الاستدكار، 167/8-168.

3- انعقد الإجماع على منع قتل المسلم بالمعاهد والمستأمن⁽¹⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات الضابط

1- الحر لا يقتل بعبد ولا بمن بعضه رق ولا بمن فيه عقد من عقود العتق من مكاتب أو مدير أو أم ولد أو معتق بعضه إلى أجل، ويقتل كل هؤلاء بالحر⁽²⁾.

2- لا يقتل مسلم بكافر قصاصا ذميا كان أو معاهدا أو مستأمنا كتابيا أو غير كتابي ويقتل كل هؤلاء بالمسلم⁽³⁾.

3- "يجب القصاص بين الرجال والنساء إذا لم تكن مرتبة المقتول ناقصة عن مرتبة القاتل؛ لعدم حرية أو إسلام"⁽⁴⁾.

4- القصاص جار بين الرجل والمرأة في الأطراف من الطرفين؛ لأن كل شخصين جرى القصاص بينهما في النفس، فكذلك فيما دونها كالرجلين والمرأتين، ولأنه نوع من القصاص كالنفس، ولأن حرمة النفس أكد⁽⁵⁾.

5- "لا يقاد كافر من مسلم؛ في نفس، ولا جرح، وإذا قتل كافر مسلما عمدا، قتل به، وإن جرحه، فلا قود بينهما"⁽⁶⁾.

6- إذا تعمّد الأب قتل ابنه قُتل به، لعموم الظاهر في إيجاب القصاص، ولأنهما شخصان متساويان في الحرمة والدين فكان القصاص جاريا بينهما كالأجنيين، ولأنه بالغ عاقل تعمّد قتل حر مسلم غير مستحق الدم ظلما، فكان القود مستحقا عليه كالأجنبي، ولأنه مكافئ

(1) القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1301/3.

(2) ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 182/2.

(3) ينظر: المصدر نفسه، 182/2.

(4) ميارة، الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، 276/2.

(5) ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 814/2.

(6) ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 543/13.

لدمه؛ فإذا ثبت ذلك فكل شخصين تكافأت دماؤهما فالقصاص جار بينهما كالأجانب، ولأن القصاص حق من حقوق الآدميين فجاز أن يثبت للابن على الأب⁽¹⁾.

7- ليس من شرط تكافؤ الدماء انتفاء القرابة، ولا العصبية، ولا تساوي القاتل والمقتول في أعداد النفوس، ولا في صفة الخلقة، أو نوعها، أو صحتها، أو السن، وبيان ذلك أن القصاص واجب بين الأقارب كوجوبه بين الأجانب، يُقتص للأعلى من الأدنى والأدنى من الأعلى، وللمتساويين فيها، فيقتل الأخ بأخيه، والعمّ بابن أخيه، والعكس، والخال بابن أخته، والعكس، وأحد الزوجين بالآخر، إلا أنه يُراعى في قتل الأب بابنه أن يكون القتل عمدا محضا لا شبهة فيه ولا احتمال، كإضجاعه وذبحه، وما أشبه ذلك، والأمّ في ذلك كالأب، وقيل يراعى في الجدّ مثل ذلك⁽²⁾.

8- "إذا صادف القتل تكافؤ الدماء من القاتل والمقتول لم يسقط القصاص بزواله بعد، كالكافرين يقتل أحدهما الآخر ثمّ يسلم، فلا يسقط القصاص بذلك، وكالعبدَيْن يعتق أحدهما بعد أن يقتل الآخر"⁽³⁾.

الفرع الخامس: من مستثنيات الضابط

1- "يقتل المسلم بالكافر إذا قتله قتل غيلة، وإنما قُتل به على سبيل الارتداع ونقض العهد الذي عُقد له"⁽⁴⁾.

2- "لا يراعى في القتل بالحراة إذا قتل تكافؤ الدماء، فيقتل المسلم بالذمي، والحر بالعبد"⁽¹⁾.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 814/2.

(2) ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 183/2.

(3) ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 1096/3.

(4) القنازعي، تفسير الموطأ، 681/2.

(1) القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 853/2.

المطلب الثاني: ضابط "إن تعذرت المماثلة لم يجب القود"⁽¹⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ الضابط

- 1- "المماثلة في القصاص معتبرة"⁽²⁾.
- 2- ما يعظم الخطر فيه على النفس ويخاف التلف بالقصاص منه، فلا قصاص فيه⁽³⁾.
- 3- "القصاص في الجراح مبني على أن المماثلة"⁽⁴⁾.
- 4- "إن لم تتحقق المماثلة في القصاص لا يُقتص"⁽⁵⁾.
- 5- "المماثلة في القصاص مرعية"⁽⁶⁾.

الفرع الثاني: معنى الضابط

الجراح على ضربين: ضرب تتأتى المماثلة فيه، وضرب لا تتأتى فيه، فما تتأتى فيه نوعان: منه ما لا يعظم الخطر والخوف منه على النفس غالباً، فالقصاص فيه واجب، ومنه ما يعظم الخطر فيه على النفس ويخاف التلف بالقصاص منه فهذا لا قصاص فيه؛ لأن القصاص لو ثبت فيه لكان كالأخذ للنفس في مقابلة الجرح وذلك غير جائز، وتعذر المماثلة يكون بثلاثة أوجه: أحدها بمعنى يعود إلى العقل كما في الشلل وذهاب بعض ضوء العين والسمع وقطع ما يمنع بعض الكلام من اللسان، فهذا مما تتعذر المماثلة فيه في الظاهر، والثاني أن تتعذر المماثلة لفقد المحلّ مثل أن يقلع أعمى عين بصير أو يضرب أصم أذن سميع فيذهب سمعه وما أشبه ذلك، والثالث: تمنع لعارض المماثلة مع إمكانها قبل حصوله وهو أن يعفو بعض أولياء الجناية فيتعذر القود؛ لأنه لا يمكن استيفاء حقه على الانفراد⁽¹⁾.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 187/2.

(2) المصدر نفسه، 188/2.

(3) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1316/3.

(4) الباجي، المنتقى، 129/7.

(5) عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 29/8.

(6) عليش، منح الجليل، 87/9.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1316-1318/3.

والمماثلة في القصاص معتبرة في ثلاثة أشياء: في صفة الفعل كالجراح أو القطع، وفي المحل كاليمنى واليسرى والرأس وغيره، وفيما يُستوفى به القصاص وهو الآلة كالمحْدَد والمنقل، والنار، والتغريق، وما أشبه ذلك؛ فالمماثلة واجبة، إلا أن تدخل في حدّ التعذيب فإنّها تترك إلى السيف⁽¹⁾.

الفرع الثالث: من أدلة الضابط

1- قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَعَثَ عَلَىٰ عَيْبِكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا بَعَثَ عَلَىٰ عَيْبِكُمْ﴾ [البقرة:194] ووجه الدلالة من الآية يقوله القرطبي: "لا خلاف بين العلماء أن هذه الآية أصل في المماثلة في القصاص، فمن قتل بشيء قتل بمثل ما قتل به، وهو قول الجمهور"⁽²⁾.

2- عن أنس بن مالك رضي الله عنه: «أَنَّ جارية وُجِدَ رَأْسُهَا قَدْ رُضَّ بَيْنَ حَجْرَيْنِ، فَسَأَلُوهَا مِنْ صَنْعِ هَذَا بَكَ؟ فَلَان؟ فَلَان؟ حَتَّى ذَكَرُوا يَهُودِيًّا، فَأَوْمَتْ بِرَأْسِهَا، فَأَخَذَ الْيَهُودِيُّ فَأَقْرَ، فَأَمَرَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم أَنْ يُرَضَّ رَأْسُهُ بِالْحِجَارَةِ»⁽³⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنه صلى الله عليه وسلم اعتمد المماثلة وحكم بها، فالقصاص في القتل يجب بمثل القتلة الأولى⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات الضابط

1- لا يجب أخذ القصاص من جرح إلا بعد الاندمال؛ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم نهي أن يستقاد من جرح حتى يندمل، ولأنه قد يؤول إلى النفس فيعيد القود ثانية، وذلك خروج عن المماثلة، ولأن المقتصّ له قد يموت قبل الجاني وربما تلف وبرئ الجاني فيكون ذلك سلفاً في القصاص، وذلك غير جائز⁽¹⁾.

2- يراعى في وجوب القود أن يكون الجرح لا يعظم الخطر فيه، ولا يغلب الخوف منه على

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 188/2؛ وابن العربي، أحكام القرآن، 163/1.

(2) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 358/2.

(3) سبق تخريجه ص 230.

(4) ينظر: اللخمي، التبصرة، 6474/13؛ وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 187/4.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 820/2.

- النفس كالموضحة فما قبلها، فإن كان مما يغلب خوفه ويعظم خطره، فلا قصاص فيه، وفيه الدية حالة في مال الجاني، وذلك كالمأمومة والجائفة والمنقلة على خلافٍ فيها خاصة.
- 3- كسر الفخذ لا قود فيه من المتالف، فأما غير الفخذ ففيه روايتان، وكل ذلك مبني على إمكان المماثلة، فإن فاتت فيه ولم يعظم الخوف على النفس يجب القصاص، وإن اشتد الخوف فلم يجب.
- 4- يجب القود في اللسان إن كان يستطاع القود منه، ولا يخاف وإن كان متلفاً فلا قود فيه، وذلك مبني على إمكان المماثلة، فإن تأتت فيه ولم يعظم الخوف على النفس، وجب القصاص، وإن عظم الخوف لم يجب القصاص⁽¹⁾.
- 5- لا قود في العين، إلا أن تصاب كلها، فإن أصيب بعضها قلّ أو كثر، فلا قود فيه؛ لأنه لا يوقف له على حدّ، وليس فيها إلا العقل⁽²⁾.
- 6- عظم الصدر لا قصاص فيه؛ لأنه متلف، وقال ابن القاسم: يُسأل عنه أهل المعرفة، فإن كان غير مخوف، أُقتص منه⁽³⁾.
- 7- في الأنثيين لو قطعهما أو أخرجهما القود، ولا قود في رضّهما؛ لأنه متلف، وإن قطعتهما فعلت به غير فاعل⁽⁴⁾.
- 8- قال مالك: "الأمر المجتمع عليه عندنا أنه من كسر يدا أو رجلا عمداً، أنه يقاد منه، ولا يعقل"⁽¹⁾.
- 9- إن ضرب الجاني رجلاً فشلت يده أو رجله، فعليه القود يُضرب كما ضرب، فإن شلت يده، وإلا فالعقل في ماله⁽²⁾.

(1) ينظر: الباجي، المنتقى، 88/7.

(2) ينظر: المصدر نفسه، 88/7.

(3) ينظر: المصدر نفسه، 89/7.

(4) ينظر: المصدر نفسه، 89/7.

(1) الإمام مالك، الموطأ، 875/2.

(2) ينظر: القرافي، الذخيرة، 325/12.

10- في الأنف، والترقوة، والضلع، وفي إحدى قسبتي الأنف، واليد، القصاص إن قُدر عليه، وإلا فلا⁽¹⁾.

11- لا قود في نتف اللحية أو الشارب أو الرأس أو بعض ذلك، بل العقوبة والسجن؛ لاختلاف العظام في مسكها الشعر وإنباتها⁽²⁾.

الفرع الخامس: من مستثنيات الضابط

1- إذا كانت الجناية بمعصية كاللواط أو الخمر، فيقتصر على السيف في القصاص⁽³⁾.
2- إذا كانت الجناية بآلة معدّبة كالعصى التي تحتاج إلى الإكثار من الضرب بها، أو السكين الكالة فيعدل إلى ما هو أسرع⁽⁴⁾.

3- لو كانت الجناية بالسّم أو النار، فإن القصاص لا بهما، بل يُقتصّر بالسيف⁽⁵⁾.

المطلب الثالث: ضابط "كل عضو فيه جنس منفعة كاملة وجمال ظاهر، فإنّ الدية تجب بإتلافه، ومنافع هذه الأعضاء الظاهرة مقصودة كاملة"⁽⁶⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ الضابط

1- ذهاب المنفعة المقصودة من العين كذهاب العين جملة¹.
2- "الدية إنما وجبت على الجاني في الأعضاء السالمة لكونه أتلّف منافعها المقصودة منها"².

الفرع الثاني: معنى الضابط

كل عضو تجب الدية في قطعه، فإن الدية تجب كذلك في الجناية على منفعته بما يفوتها،

⁽¹⁾ ينظر: المصدر السابق، 325/12.

⁽²⁾ ينظر: المصدر نفسه، 326/12.

⁽³⁾ ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 188/2؛ وابن العربي، أحكام القرآن، 161/1.

⁽⁴⁾ ينظر: القاضي عبد الوهاب، التلقين، 188/2.

⁽⁵⁾ ينظر: ابن العربي، أحكام القرآن، 162/1.

⁽⁶⁾ القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1328/3.

¹ ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 875/3.

² علي بن سعيد الرجراجي، مناهج التحصيل، 230/10.

ولو بقي العضو موجودا من غير قطع، فسواءً في الدية قطع العضو، أو إتلاف منفعته؛ إذ المقصود من الأعضاء والحكمة من خلقها هو تحقيق منافعها، وعلى هذا مدار أحكام القصاص والديات.

هذا، وإنه يُشترط في وجوب الدية كاملةً بفوات منفعة العضو أن تكون منفعة العضو كاملة فيه قبل وقوع الجناية عليه، فلو أنّ الجناية ذهبت ببعض المنفعة، فيجب من الدية بمقدار ما فات بالجناية؛ كالبصر إذا فات بالجناية، ففيه الدية كاملة إجماعاً، وفي ذهاب بصر إحدى العينين نصف الدية⁽¹⁾.

الفرع الثالث: من أدلة الضابط

1- ورد أثر أنه: «رُمي رجلٌ بحجر في رأسه فذهب سمعه، ولسانه، وعقله، ودكَّره فلم يقرب النساء، فقضى فيه عمر رضي الله عنه بأربع ديات»⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الأثر أنّ الجاني "أذهب منافع في كل واحدة منها دية، فوجب عليه دياتها كما لو أذهبها بجنايات مختلفة"⁽¹⁾، كما أنّ في هذا الاجتهاد الحجية من جهتين: أولاهما: أنّه اجتهاد أحد الخلفاء الراشدين، ونحن مأمورون بسنة الخلفاء الراشدين. والأخرى: أنّ اجتهاده لا يُعرف له مخالف من الصحابة، وقد كانوا متوافرين حوله، فدلّ على إجماعهم على هذا الحكم⁽²⁾.

2- أن المقصد من الأعضاء منافعها، ولو كانت لمجرد الزينة؛ فإن الزينة بعض منافع البدن، ففي إتلاف منفعة العضو إزالة له في المعنى؛ لما فيها من إزالة ما خلق العضو من أجله، فيصير العضو بعد زوال منفعته عبئاً على صاحبه، بل إن إزالة منفعة بعض الأعضاء، قد يكون أشد

⁽¹⁾ ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 445/13؛ والقاضي عبد الوهاب، المعونة، 1330/3؛ ومصطفى حسنين عبد الهادي، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 232/26.

⁽²⁾ أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الديات، باب ذهاب العقل من الجناية، حديث رقم: 16228، 151/8. قال الألباني: "حسن". ينظر: إرواء الغليل، 322/7.

⁽¹⁾ مجموعة من العلماء، الموسوعة الفقهية الكويتية، 86/21.

⁽²⁾ مصطفى حسنين عبد الهادي، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 233/26.

ضررا من قطع العضو؛ فإن العضو الأشل أشد مشقة على صاحبه من العضو المقطوع⁽¹⁾؛ ولذلك قال الإمام مالك: "إنما الدية في الكلام، ليس في اللسان؛ بمنزلة الأذنين؛ إنما الدية في السمع، وليس في الأذنين"⁽²⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات الضابط

1- اليدين بهما البطش والتصرف والتمكن من الصناعات، والرجلان مشاركتان لليدين في النفع وإن انفردتا بنوع يخصهما من المشي والعدو والسفر ونفعهما لا خفاء به، والعينان منفعتهما أيضا كاملة، وجمالهما ظاهر، ولهما في النفع منزلة على سائر الأعضاء؛ لأن بمنفعة البصر يتمكن من جميع ما ذكرناه من الثقلب في المعاش والتصرف والاحتيايل، وفي الشفتين الدية؛ لأن نفعهما كامل وجمالهما ظاهر⁽³⁾.

2- في تديي المرأة الدية؛ لأن منفعتهما مقصودة وهي الإرضاع وجمالهما ظاهر؛ لأنهما من المحاسن المطلوبة، والدية في ذهابهما أو بعضهما معتبرة بإبطال مخرج اللبن، وفي تديي الرجل الاجتهاد؛ لأنه ليس فيهما نفع ظاهر ولا جمال بين⁽⁴⁾.

3- في الحاجبين حكومة؛ لأنهما زينة فقط بلا منفعة، وكذلك في سائر الشعر كأهداب العين واللحية؛ لأن الدية لا تتعلق بالجمال المنفرد عن المنفعة⁽²⁾.

4- في العقل الدية؛ لأنه أشرف المنافع، وأعلاها، وما عداه من المنافع متعلق به؛ لأنّ به يتمكن من التصرف في المعاش والمصالح، فكان أولى بوجود الدية⁽³⁾.

5- في الأنف الدية إذا قُطع مارئته؛ لما روي في الحديث: «وفي الأنف إذا أوعي جدعا مائة

(1) المرجع السابق، 234/26.

(2) سحنون، المدونة، 561/4.

(3) القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1328/3.

(1) ينظر: سحنون، المدونة، 566/4؛ والقاضي عبد الوهاب، المعونة، 1328/3.

(2) ينظر: ابن الجلاب، التفریع، 198/2؛ والقاضي عبد الوهاب، المعونة، 1329/3.

(3) ينظر: ابن الجلاب، التفریع، 198/2؛ والقاضي عبد الوهاب، المعونة، 1329/3.

من الإبل»⁽¹⁾، ولأنه عضو فيه نفع كامل وجمال ظاهر كالبصر، وإن قطع بعضه ففيه من الدية بحسابه، وإن أذهب الشم وحده ففيه الدية؛ لأنها منفعة مقصودة كالسمع والبصر، وكذلك إن قطع الأنف وبقي الشم ففيه الدية، وإن ذهب معا في ضربة ففيهما دية واحدة؛ لأن أحدهما من الآخر⁽²⁾.

6- في السمع والبصر إذا ذهب الدية؛ لعظم منفعتهما، فإن ذهب البصر في إحدى العينين ففيه نصف الدية، والسمع مثل ذلك. وإن ضربه فأذهب سمعه وبقيت أذناه، ففي ذهاب السمع الدية، وإن قطع أذنيه وبقي السمع ففيها الدية، وإن ذهب في ضربة واحدة ففيهما الدية⁽¹⁾.

7- في الصلب إذا كُسر الدية؛ لأنه يذهب به منفعة جليلة مقصودة، يتمكن معها من التقلب في الصنائع والتصرف في المعاش، وذلك إذا آل إلى القعد، أما إن قدر على القيام والمشى بصعوبة، ففيه الاجتهاد بحسابه من الدية إن عُرف قدر النقص⁽²⁾.

8- إذا قُطع من اللسان ما منع الكلام، ففيه الدية. وإن ذهب بعضه، ففيه الدية بحسابه؛ لأن فيه منفعة كاملة مقصودة، وجمالا ظاهرا، ولأن ضده الحرس الذي يتعذر معه التصرف في المعاش وغيره، إلا على كُلفة ومشقة⁽³⁾.

9- في الذَّكَر الدية، وكذلك الأنثيين، فإن قُطعا معا ففيهما ديتان، وإن قُطع أحدهما بعد الآخر في ضربة واحدة ففيها روايتان: إحداهما أنَّ فيهما ديتين، والأخرى أنَّ في الأولى دية وفي الثاني حكومة، وإنما قلنا إنَّ فيهما ديتين للجمال بهما والمنفعة الكاملة المقصودة، ووجه القول

(1) أخرجه مالك في موطنه، كتاب العقول، باب ذكر العقول، حديث رقم: 1، 849/2. قال ابن عبد البر: "لا خلاف عن مالك في إرسال هذا الحديث بهذا الإسناد، وقد روي مسندا من وجه صالح، وهو كتاب مشهور عند أهل السير، معروف ما فيه عند أهل العلم معرفة تستغني بشهرتها عن الإسناد؛ لأنه أشبه التواتر في مجيئه لتلقي الناس له بالقبول والمعرفة". ينظر: التمهيد، 338/17-339.

(2) ينظر: ابن الجلاب، التفرع، 198/2؛ والقاضي عبد الوهاب، المعونة، 1329/3-1330.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1330/3؛ وابن عبد البر، الكافي، 1111/2.

(2) ينظر: سحنون، المدونة، 563/4؛ والقاضي عبد الوهاب، المعونة، 1330/3-1331.

(3) ينظر: سحنون، المدونة، 561/4؛ والقاضي عبد الوهاب، المعونة، 1331/3.

بأن فيهما ديتين، وإن قطع أحدهما بعد الآخر في فور واحد؛ لأن الفور الواحد يجري مجرى القطع الواحد، وأنه لم يسبق أحدهما الآخر، ووجه القول إن في الثانية حكومة أن المتأخر منهما لا منفعة فيه بعد ذهاب الأول فأشبهه أن يقطع بعد اندمال الأول، وأقل ما يتعلّق به الدية من قطع الذكر ذهاب الحشفة؛ لأن المنفعة المقصودة بها تتعلق من اللذة وغيرها. وفي قطع بعضها بحسابها، وما قُطع بعد ذلك فبحسابه⁽¹⁾.

10- في عين الأعور الدية كاملة؛ لأن الدية تجب بذهاب المنفعة أو بذهاب العضو، ومنفعة البصر تكمل لذي العين الواحدة أو تقارب الكمال له؛ لأنه يُدرك بها ما يُدرك بها ذو العينين أو قريبا منه، فإذا تلفت عليه فقد أُلّفت جميع منفعة البصر، فكان كذهاب العينين⁽²⁾.

11- إذا ضربت السنّ فاسودّت ففيها العقل لذهاب منفعتها، ثم إذا طرحت بعد ذلك ففيها عقلها أيضا لذهاب الجمال بها⁽¹⁾.

المطلب الرابع: ضابط "سراية الجناية مضمونة"⁽²⁾.

الفرع الأول: معنى الضابط

الفعل الجنائي إذا كان يستحق القصاص، فسرى الجرح إلى العضو كلّ، أو إلى الجسد كلّ، ففيه القصاص، فالمعتبر في الجنائيات من حيث أحكامها، وما يترتب عليها من عقوبات هو مآلها أي مصيرها وعاقبتها لا حال حدوثها، فكم من جناية بدأت صغيرة ثم آلت إلى هلاك⁽³⁾، ثم إنه يجب التفريق بين ضابطنا وضابط "السراية عن القصاص غير مضمونة"؛ فالثانية سراية عن قطع مباح غير مجتهد فيه، فلم تكن مضمونة، ولأنه قطعٌ أُستحق عليه بسبب كان منه، فلم يضمن سرايته، ولأنّ كل فعل كان مضمونا في الابتداء كان ما سرى إليه

(1) ينظر: سحنون، المدونة، 565/4؛ والقاضي عبد الوهاب، المعونة، 1331/3-1332.

(2) ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 829-828/2.

(1) القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1333-1332/3.

(2) ينظر: محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، 393/1.

(3) ينظر: البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 34/5؛ 731/10.

مضمونا⁽¹⁾.

الفرع الثاني: من أدلة الضابط

1- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: "قضى رسول الله ﷺ في رجل طعن رجلا بقرن في رجله، فقال: يا رسول الله: "أقديني"، فقال له رسول الله ﷺ: «لا تعجل، حتى يبرأ جرحك»، قال: فأبى الرجل إلا أن يستقيد، فأقاده رسول الله ﷺ منه، قال: فعرج المستقيد، وبرأ المستقاد منه، فأتى المستقيد إلى رسول الله ﷺ فقال له يا رسول الله: "عرجتُ وبرأ صاحبي"، فقال له رسول الله ﷺ: «ألم آمرك أن لا تستقيد حتى يبرأ جرحك فعصيتني! فأبعدك الله وبطل جرحك». ثم أمر رسول الله ﷺ بعد الرجل الذي عرج: «من كان به جرح أن لا يستقيد حتى تبرأ جراحته، فإذا برئت جراحته استقاد»⁽¹⁾.

2- قوله ﷺ: «لا يُستقاد من الجرح حتى يبرأ»⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديثين أنه لا يجب أخذ القصاص من جرح إلا بعد الاندمال، ولأنه قد يؤول إلى النفس فيعاد القود ثانية، وذلك خروج عن المماثلة، ولأن المقتص له قد يموت قبل الجاني وربما تلف وبرئ الجاني فيكون ذلك سلفا في القصاص، وذلك غير جائز⁽³⁾.

الفرع الثالث: من تطبيقات الضابط

1- السمع والبصر يجب القصاص فيهما بالسراية عند إيضاح الرأس، بأن يُقتص منه في الموضحة، فإن ذهب سمعه وبصره فقد استوفى منه، وإلا فعليه دية ما لم يذهب من ذلك في ماله، وكذلك لو سرت إلى ذهاب يدٍ أو رجل⁽⁴⁾.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 819/2؛ ومحمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، 393/1.

(1) أخرجه أحمد في مسنده، حديث رقم: 7035، 461/6. قال محققه أحمد شاکر: "إسناده صحيح".

(2) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار، كتاب الجنائيات، باب الرجل يقتل رجلا كيف يقتل؟ حديث رقم: 5028، 184/3. قال الألباني: "هذا إسناد حسن". ينظر: إرواء الغليل، 299/7.

(3) ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 820/2.

(4) ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 1102/3.

- 2- "الموضحة تفضي إلى ذهاب البصر أو السمع ففيها ديتان دية الجناية ودية السراية"⁽¹⁾.
- 3- لو كان ذهاب عينه مثلاً من لطفة أو غيرها مما لا قصاص فيه، كالضربة بعصا من غير أن تدمي، فإن انحسفت عينه أقيد له من عينه فقط، وإن لم تنحسف فليس فيها إلا عقلها⁽²⁾.
- 4- "لا يقتص من الجرح حتى يندمل المجروح، ويثبت أمره على ما ينتهي إليه؛ لئلا ينتهي إلى النفس، فيحصل القود بالجرح دون النفس"⁽³⁾.
- 5- "إذا جرح فترامى الجرح إلى زيادة عليه، ثم اندمل، فإن كان عمداً، اقتص منه لجرحه الأول، ثم ينظر به، فإن بلغ إلى حيث بلغ جرح الجني عليه، فقد استوفى حقه، وإن زاد عليه يضمن الزيادة، فإن نقص، لم يقتص منه ثانية، ولكن يعقل له ما بينهما، وإنما قلنا لا يقتص منه فيما ترامى إليه؛ لأن ذلك غير متعمد، والقصاص لا يكون إلا في العمد، وإنما قلنا إن الزيادة هدر لما قدمناه من أنها زيادة على قود مستحق عليه، وإنما قلنا إن قصر عن جرح الجني عليه لم يقد منه ثانية؛ لأنه لا يستحق عليه قود فيما زاد على الجرح المباشر، وإنما قلنا يعقل له ما بينهما؛ لأنه نقص عن جناية لا قود فيه، فكان فيه الدية كالخطأ"⁽⁴⁾.
- 6- إذا ترامى الجرح إلى إتلاف شيء آخر، فإن كان من جنسه تداخل وكان فيه أرش ما ترامى إليه، مثل الموضحة تصير منقولة، فيكون على الجراح أرش منقولة فقط، وإن تلف به ما ليس منه، مثل أن يقطع يده فيذهب عقله أو عيناه، فله دية اليد ودية العقل، وذلك أنه أتلف عضواً فيه منفعة كاملة، وذهب بإتلافه منفعة يجب فيها الدية، أو تلف به ما يجب فيه دية منفصل منه، فوجب أن يجتمع له العقلان كما لو قطع ذكره فذهبت عيناه أو شلت يده⁽⁵⁾.

(1) القاضي عبد الوهاب، التلقين، 188/2.

(2) ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 1102/3.

(3) القاضي عبد الوهاب، عيون المسائل، ص 434.

(4) القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1314/3-1315.

(5) ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 827/2.

المطلب الخامس: ضابط "لا يباح بالإباحة الدماء والأبضاع"⁽¹⁾.

الفرع الأول: معنى الضابط

الأصل أنه لا يجوز الاعتداء على آدمي بغير وجه حق، بقتله، أو جرحه، أو بالجنابة على عضو من أعضائه بالإتلاف، أو الاعتداء على بضعه، ويستوي في هذا جنابة الجاني على نفسه، وجنابته على غيره، وكذلك لا يجوز إذن المجني عليه للجاني بالاعتداء عليه؛ لأن المجني عليه لا يملك ما أباحه، فلا عبرة بإذنه، ولأن إذنه يصادم أمر الشارع بحفظ النفوس والأبضاع وتحريم الاعتداء عليها؛ كما أنّ الإنسان مأذون له في التصرف في جسده على مقتضى مقصد الشارع، وفي حدود إذنه له في أوجه التصرف المشروعة، وقد حصر الشارع أوجه استباحة دم المسلم في إحدى ثلاث خصال، بينها قوله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم، يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله، إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيب الزاني، والمارق من الدين التارك للجماعة»⁽²⁾، واستباحة البضع لا يكون إلا بالزواج أو ملك اليمين لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ ۗ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ ۖ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ [المومنون: 5-6]، ومن الجدير بالتنبيه عليه أنّ الإذن في الجنابة لا يسقط القصاص والحد والضمان⁽³⁾.

الفرع الثاني: من أدلة الضابط

1- قوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ وَلَا تُخْرِجُونَ أَنْفُسَكُمْ مِّن دِيَارِكُمْ ثُمَّ أَقْرَرْتُمْ وَأَنْتُمْ تَشْهَدُونَ ۗ﴾⁽⁸⁴⁾ ثُمَّ أَنْتُمْ هَؤُلَاءِ تَقْتُلُونَ أَنْفُسَكُمْ وَتُخْرِجُونَ فَرِيقًا مِّنكُمْ مِّن دِيَارِهِمْ تَظَاهَرُونَ عَلَيْهِم بِالْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ۗ﴾ [البقرة: 84 - 85].

(1) ينظر: القرافي، الذخيرة، 76/11.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الديات، باب قول الله تعالى: ﴿وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأَذْنَ بِالْأَذْنِ وَالْيَسْنَ بِالْيَسَنِ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُم الظَّالِمُونَ ۗ﴾، حديث رقم: 6878، 5/9.

(3) ينظر: مصطفى حسنين عبد الهادي، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، 91-90/26.

ووجه الدلالة من الآيتين أنه "لما كانت ملتهم واحدة، وأمرهم واحداً، وكانوا في الأمم كالشخص الواحد، جعل قتل بعضهم لبعض ونفي بعضهم بعضاً قتلاً لأنفسهم ونفياً لها، وكذلك حكم كل جماعة تُخاطب بهذا اللفظ في القول، وقيل لا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ أَي: لا يقتل أحدٌ فيقتل قصاصاً، فكأنه سفك دم نفسه؛ لما سبب ذلك، ولا يفسد في الأرض فينفي فيكون قد أخرج نفسه من دياره"⁽¹⁾.

2- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [البقرة: 195].

ووجه الدلالة من الآية أنّ "صون النفوس والأجسام والمنافع والأعضاء والأموال والأعراض عن الأسباب المفسدة واجب"⁽²⁾.

3- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: 29].

ووجه الدلالة من الآية "أنّ المقصد بهذه الآية النهي عن أن يقتل بعض الناس بعضها، ثم لفظها يتناول أن يقتل الرجل نفسه بقصد منه للقتل، أو بأن يحملها على غرر ربما مات منه، فهذا كله يتناوله النهي"⁽³⁾.

4- قوله ﷺ: «بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم، كل المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه»⁽⁴⁾.

5- قوله ﷺ: «فإنّ دماءكم، وأموالكم، وأعراضكم، بينكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا»⁽⁵⁾.

(1) ابن عطية، المحرر الوجيز، 1/173.

(2) القرافي، الفروق، 4/258.

(3) ابن عطية، المحرر الوجيز، 2/42.

(4) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، حديث رقم: 2564، 4/1986.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب العلم، باب قول النبي ﷺ: «رب مبلغ أوعى من سامع»، حديث رقم: 67، 1/24؛ وأخرجه مسلم في صحيحه، كتاب القسامة والمحاربن والقصاص والديات، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، حديث رقم: 1679، 3/1306. واللفظ للبخاري.

ووجه الدلالة من الحديثين أنّ "القاتل إذا قتل ولم يُقتصّر منه استبيحت الدماء، وأفنى الناس بعضهم بعضاً بالقتل ظلماً، وإذا عَلِمَ القاتل أنه يقتل إذا قَتَلَ مع ما رَكَّبَ الله سبحانه في الطباع والغرائز من الخوف على النفس، كَفَّ عن القتل لئلا يقتل، فكأنّ القصاص هو الذي أوجب صيانة نفسه... فذكر نفسه وعطف عليها المال والعرض، تنبيهاً منه ﷺ على أنه لو لم يَزَجِر عن ذلك ويُشَرِّع فيه ما شرع، لَتَلَفَّتْ الأنفس والأموال والأعراض" (1).

6- من المعقول: تحريمه تعالى القتل والجرح صوناً لمهجة الإنسان وأعضائه ومنافعها عليه، ولو رضي العبد بإسقاط حقّه من ذلك، لم يُعتبر رضاه، ولم يُنقذ إسقاطه، فهذه كلّها وما يلحق بها من نظائرها مما هو مشتمل على مصالح العباد حقّ الله تعالى؛ لأنّها لا تسقط بالإسقاط، وهي مشتملة على حقوق العباد؛ لما فيها من مصالحهم، ودرء مفاسدهم، وأكثر الشريعة من هذا النوع... فحجر الرب تعالى على العبد في هذه المواطن لطفاً به ورحمة له سبحانه وتعالى (2).

الفرع الثالث: من تطبيقات الضابط

1- لو قال المقتول لقاتله: "إن قتلني أبرأتك"، فقتله، وكذا إن قال له بعد جرحه قبل إنفاذ مقتله: "أبرأتك من دمي"، فلا يبرأ القاتل بذلك، بل للولي القود؛ لأنّه أسقط حقّاً قبل وجوبه، ولذا لو أبرأه بعد إنفاذ مقتله، أو قال له: "إن متّ فقد أبرأتك"، برئ؛ لأنّه أسقط شيئاً بعد وجوبه (3).

2- إن قال المجنّي عليه للجاني: "اقطع يدي ولا شيء عليك"، فله القصاص إن لم يستمر على البراءة بعد القطع، ما لم يترام به القطع حتى مات منه، فلوليّه القسامة والقصاص، أو الدية (4).

3- لا يحلّ لأحد قتل نفسه، ولا قطع طرفه (1).

4- من تحتمّ قتله بذنب من الذنوب، لم يجوز له أن يقتل نفسه، وسترّه على نفسه مع التوبة

(1) المازري، شرح التلقين، 54/1/3.

(2) ينظر: القرافي، الفروق، 141/1.

(3) ينظر: الدردير، الشرح الكبير، 240/4.

(4) ينظر: المصدر نفسه، 240/4.

(1) ينظر: ابن عطية، المحرر الوجيز، 42/2.

أولى به، وإن أراد به تطهير نفسه بالقتل، فليُقتل بذلك عند وليّ القتل؛ ليقته على الوجه الشرعيّ، فإذا قتل نفسه، لم يجز له ذلك؛ لإفتياته على الإمام⁽¹⁾.

5- من قطع يد رجل، ويبد القاطع عيباً أو نقصاً أو شللاً أو عتلاً وفيها استمتاع، فللمجني عليه القود بها، وإن لم يكن فيها استمتاع، فليس للمجني ذلك عليه القود، وإن رضي به الجاني⁽²⁾.

6- من قُطعت يده من المرفق، فأراد أن يقتص من الكفّ أو من الأصابع أو يقطع منها أصبعا واحدة من تلك اليد أو من الأخرى، أو يجذع أنفه، فليس ذلك له، وإن رضي المقتص منه، ولو جاز هذا، جاز أن يقول له ولده اقتص مني، أو بعض من يتطوع له بذلك من أوليائه، وهم بذلك كلهم راضون، ولا يجوز ذلك⁽³⁾.

7- حرمة بعض الألعاب الرياضية الخطيرة التي يستباح فيها الاعتداء على أبدان اللاعبين؛ كالملاكمة والمصارعة الحرة، ونحوهما؛ لما فيها من وحشية واعتداء على الأبدان؛ مما قد يتسبب في إزهاق نفس أو إتلاف عضو، وقد نصّ قرار المجمع الفقهي على تحريمها⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: من مستثنيات الضابط

1- لو احتيج إلى بتر عضو من الأعضاء في الجسم؛ من أجل الحفاظ على حياة الإنسان، فإنه يُبتر إعمالاً لقاعدة ارتكاب أخف الضررين⁽¹⁾.

(1) ينظر: الخطاب، مواهب الجليل، 3/358.

(2) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 10/14.

(3) ينظر: المصدر نفسه، 14/47.

(4) ينظر: القرار الثالث لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من يوم السبت 24 صفر 1408هـ، الموافق 17 أكتوبر 1987م إلى يوم الأربعاء 28 صفر 1408هـ الموافق 21 أكتوبر 1987م. وممن حضر المجلس من المالكية، ووقع على الفتوى: محمد الشاذلي النيفر، ومحمد الحبيب بن الخوجة، ومحمد سالم بن عبد الودود.

(1) ينظر: عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 3/211.

المطلب السادس: ضابط "كلُّ جانٍ جنائته عليه، إلا ما قام بخلافه الدليل الذي لا معارض له"⁽¹⁾.

الفرع الأول: من أَلْفَاظِ الضَّابِطِ

- 1- "لا يُؤخذ أحدٌ بجناية غيره"⁽²⁾.
- 2- "الأصل ألا يحمل أحد جنایة غيره"⁽³⁾.
- 3- "لا يلزم الجاني إلا جنائته، لا جنایة غيره"⁽⁴⁾.
- 4- "الأصل كان ألا يحمل أحد جنایة أحد وأن تكون جنایته عليه في ماله عمدا كانت أو خطأ"⁽⁵⁾.
- 5- "الأصل كان ألا يحمل أحد جنایة غيره من دم ولا مال"⁽⁶⁾.
- 6- "لا يُؤخذ أحد بجرم أحد"⁽⁷⁾.

الفرع الثاني: معنى الضابط

الضابط يقرّر أصلاً كلياً في الشريعة، وهو أنّ كل من فعل فعلاً محرّماً يستحقّ به صاحبه أن يؤخذ به، فإنّه يتحمّل تبعاته من تغريمٍ وتعويضٍ أو إقامة حدٍّ أو نحو ذلك، إلا ما دلّ دليل الشرع على استثنائه من أنّ غيره يتحمّله عنه، فالضابط دالٌّ على أصلٍ واستثناءٍ، فالأصل أنّ كل شخص يتحمل تبعات جنائته، وهذا هو مقتضى العدل الذي وردت به الشريعة، ولكن خرجت مسائل عن هذا الأصل؛ لدليل وحكمة رأها صاحب الشرع اقتضت جواز تحمّل الغير

(1) ابن عبد البر، التمهيد، 484/6.

(2) ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 39/7.

(3) ابن عبد البر، الاستذكار، 127/8.

(4) المصدر نفسه، 89/8.

(5) ابن رشد الجد، البيان والتحصيل، 55/16.

(6) ابن رشد الجد، المقدمات الممهّدات، 326/3.

(7) ابن العربي، أحكام القرآن، 300/2.

تبعات الجنائية رحمةً بالعباد وتخفيفاً عنهم⁽¹⁾.

وقد قرّر ابن عبد البر هذا الأصل وأكد عليه، وذكر مثالا لما يستثنى بقوله: "لا خلاف علمته أنّ ما جنت يد الإنسان خطأً أنه يضمنه في ماله، فإن كان دمًا، فعلى عاقلته تسليمًا للسنة المجتمع عليها"⁽²⁾.

وأما وجه الاستثناء فيظهر في المسألة التي ذكرها ابن عبد البر، وهي أنّ الجاني جنائية خطأ تتحمل عنه العاقلة الدية، مع أنّ الأصل أنه فاعل الجنائية، وهذا الاستثناء في الحقيقة ليس مناقضاً للأصل المقرّر، بل هو استثناء موافق لحكمة ومقاصد الشرع ووجه ذلك: أنّ دية المقتول مألٌ كثيرٌ، والعاقلة إنما تحمل الخطأ، والخطأ يعذر فيه الإنسان، فإيجاب الدية في ماله ضرر عظيم عليه من غير ذنب تعمّده، وإهدار دم المقتول من غير ضمان بالكلية فيه إضرار بأولاده وورثته، فلا بد من إيجاب بدله فكان من محاسن الشريعة وقيامها بمصالح العباد أن أوجب بدله على من عليهم موالاة القاتل ونصرته، ثم إنّ حمل العاقلة للدية هنا إنما هو مواساةً للقاتل وإعانة له، فناسب ذلك أن يعينه أولياؤه⁽³⁾.

الفرع الثالث: من أدلة الضابط

1- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا نُزِرُ وَأَنْزَرُ وَلَا نَزْرُورٌ وَلَا نَزْرُورٌ﴾ [الأنعام: 164].

2- قوله تعالى: ﴿الْأَنْزِرُ وَالْأَنْزَرُ وَالْأَنْزِرُ وَالْأَنْزَرُ﴾ [النجم: 38].

ووجه الدلالة من الآيتين أنّهما أصلٌ في أنّ الإنسان إنما يؤاخذ بفعله وجنائته، ولا يتحملها عنه غيره⁽⁴⁾، وقد أخبرنا ربنا أنّه لا يؤاخذ أحداً بذنب أحد، وإنما تتعلق كل عقوبة

(1) ينظر: ابن العربي، عارضة الأحوذى، 4/9؛ والشاطبي، الموافقات، 2/380؛ وخليل اليامن، القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام ابن عبد البر من خلال كتابه التمهيد، ص 539-540.

(2) ابن عبد البر، التمهيد، 22/7.

(3) ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 2/833؛ والقراي، الذخيرة، 12/391؛ وخليل اليامن، القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام ابن عبد البر من خلال كتابه التمهيد، ص 540-541.

(4) ينظر: ابن عبد البر، الاستذكار، 8/127؛ وابن رشد الجد، البيان والتحصيل، 16/55؛ والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 5/322.

بصاحب الذنب⁽¹⁾.

3- عن أبي رمثة، قال: انطلقت مع أبي نحو النبي ﷺ، ثم إن رسول الله ﷺ قال لأبي: «ابنك هذا؟». قال: إي ورب الكعبة، قال: «حقاً؟». قال: أشهد به، قال: فتبسم رسول الله ﷺ ضاحكا من ثبت شبهي في أبي، ومن حلف أبي علي، ثم قال: «أما إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه»، وقرأ رسول الله ﷺ: ﴿وَلَا نَزْرُ وَأَزْرَةٌ وَدِرْأُخْرَى﴾⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنه كالأيتين قبله، وهو أنه لا تحمل نفس مذنبه عقوبة الأخرى؛ وإنما تؤخذ كل نفس منهم بجريرتها التي اكتسبتها، وإنما بيّنه لهم ردّا على اعتقادهم في الجاهلية من مؤاخذه الرجل بابنه وبأبيه وبجريرة حليفه⁽³⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات الضابط

- 1- إذا قتل شخص آخر عمداً، فالقصاص من القاتل، ولا يقتص من غيره⁽⁴⁾.
- 2- دية العمد على القاتل في ماله، ولا تعقل العاقلة قتلا عمداً ولا عبداً، ولا اعترافاً، ولا من قتل نفسه خطأً ولا عمداً⁽⁵⁾.
- 3- ما جنت يد الإنسان خطأً يضمنه الجاني في ماله، فإن كان دماً فعلى عاقلته تسليماً للسنة المجتمع عليها، وقد رُوي عن جماعة من الصحابة والتابعين ضمان السائق والراكب والقائد على الأصل الذي تقدم⁽⁶⁾.
- 4- لا تحمل العاقلة ما دون ثلث الدية⁽¹⁾.

(1) ينظر: ابن العربي، أحكام القرآن، 391/2.

(2) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الديات، باب الأمام يأمر بالعفو في الدم، حديث رقم: 4495، 546/6. قال محققاه شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي: "إسناده صحيح".

(3) ينظر: ابن العربي، أحكام القرآن، 300/2.

(4) ينظر: علي بن سعيد الجراحي، مناهج التحصيل، 345/8.

(5) ينظر: ابن الجلاب، التفریع، 196/2.

(6) ينظر: ابن عبد البر، التمهيد، 22/7.

(1) ينظر: ابن الجلاب، التفریع، 196/2.

- 5- العاقلة لا تحمل جنایات الأموال، بل هي من مال الجنائي⁽¹⁾.
- 6- من زنا فإثمًا يقام عليه الحدّ، ولا ينوب عنه غيره فيه⁽²⁾.
- 7- من سرق فإثمًا تقطع يده، لا يدّ غيره⁽³⁾.
- 8- إن نفحت الدابة رجلا فأعطبته، لم يضمن القائد ذلك، إلا أن يكون ذلك من شيء فعله بها، والقائد والسائق ضامن لما وطئت الدابة بيديها أو برجليها⁽⁴⁾.
- 9- وإن اجتمع قائد وسائق وراكب، فما أوطئت الدابة فعلى القائد والسائق، إلا أن يكون فعلها بسبب الراكب، فذلك على الراكب، خاصة إذا لم يكن فيه عون من القائد أو السائق⁽⁵⁾.
- 10- ما صنعه الإنسان في طريق المسلمين مما لا يجوز له من حفر بئر أو رباط دابة ونحوه، فهو ضامن لما أصيب بذلك⁽⁶⁾.

(1) ينظر: ابن عبد البر، الاستذكار، 8/125.

(2) ينظر: علي بن سعيد الجرجاني، مناهج التحصيل، 8/345.

(3) ينظر: المصدر نفسه، 8/345.

(4) ينظر: البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، 4/613.

(5) ينظر: المصدر نفسه، 4/613.

(6) ينظر: المصدر نفسه، 4/614.

المبحث الثالث

ضوابط الحدود

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: ضابط "الحدود تدرأ بالشبهات"

المطلب الثاني: ضابط "الاعتبار بالحدود حال وجوبها لا حال استيفائها"

المطلب الثالث: ضابط "الحد الأصغر ينطوي في الحد الأكبر"

المطلب الرابع: ضابط "القطع في كل متمول يجوز بيعه وأخذ العوض فيه"

المطلب الأول: ضابط "الحدود تدرأ بالشبهات"⁽¹⁾.

الفرع الأول: من ألفاظ القاعدة

- 1- "الحدود في الأصل مدروءة بالشبهات"⁽²⁾.
- 2- "الحدود لا تقام بالشبهات بل تدرأ بها"⁽³⁾.
- 3- "الشبهات تسقط الحدود"⁽⁴⁾.
- 4- "الطارئ من الشبهات في الحدود بمنزلة ما هو موجود في الحال"⁽⁵⁾.
- 5- "إذا حصلت الشبهة، سقطت الحدود"⁽⁶⁾.
- 6- "تسقط الحدود بالشبهات"⁽⁷⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

هذه القاعدة مشهورة عند العلماء، وقد كثر ذكرهم لها عند كلامهم على شروط إقامة الحدود على من استحقها، إلا أنهم قد يختلفون فيما يعدّ شبهة يُعذر بها صاحبها⁽⁸⁾. والشبهة اصطلاحاً: "ما التبس أمره، فلا يُدرى أحلالٌ هو أم حرام، وحقٌّ هو أم باطل"⁽⁹⁾. ومعنى القاعدة: أننا متى وجدنا مخرجاً لإسقاط العقوبة عن المتهم بالجرمة فلنسقطها عنه، إما لوجود مانع كاعتقاده حلّ ما أقدم عليه وهو محرّم، أو لفقد شرط كأن يكون ناقص التكليف ونحو ذلك، فالأمر حينذاك ملتبسٌ ويُدفع عنه الحدُّ بسبب ذلك، وسقوط الحدود والحالة هذه إنما هو في حقوق الله عز وجل لا حقوق العباد، وهكذا كلما حَفَّ الجرمُ بشبهات

⁽¹⁾ القراني، الذخيرة، 265/9.

⁽²⁾ ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذهب الإمام مالك، 637/2.

⁽³⁾ ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 444/8.

⁽⁴⁾ ابن عبد البر، الاستذكار، 526/7.

⁽⁵⁾ المصدر نفسه، 544/7.

⁽⁶⁾ القراني، فرائس الأصول، 3728/8.

⁽⁷⁾ ابن عسكر البغدادي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك، 117/1.

⁽⁸⁾ ينظر: الخشني، أصول الفتيا، ص348؛ والقراني، الفروق، 270/4؛ والونشريسي، المعيار المعرب، 499/4.

⁽⁹⁾ سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي، 189/1.

وقرائن تجعلنا نشك في استحقاق المجرم العقوبة أو عدم استحقاقها فإننا نسقط الحدَّ⁽¹⁾.
وموارد الشبهة كثيرة أهمها: جهة الجهل بالحكم، وجهة الفاعل، وجهة المحلّ، وجهة الملك،
وجهة الفعل، وجهة الإكراه، وجهة الضرورة⁽²⁾.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

وردت أحاديث عن النبي ﷺ فيها الأمر بدرء الحدود بالشبهات، لكنها ضعيفة من جهة السند،
منها:

1- ما روي عنه ﷺ أنه قال: «ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له
مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة»⁽³⁾.
وإنما صح موقوفا عن بعض الصحابة رضي الله عنهم فمن ذلك:

2- قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «لئن أعطلّ الحدود بالشبهات أحبُّ إليّ من أن أقيّمها
بالشبهات»⁽⁴⁾.

3- قول ابن مسعود رضي الله عنه: "ادرؤوا الجلد والقتل عن المسلمين ما استطعتم"⁽⁵⁾.
وقد يُشكل أنّ الأحاديث التي يستدلُّ بها الفقهاء لم تصحّ، ما يكون معتمدا في هذه

⁽¹⁾ ينظر: الروكي، القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشراف للقاضي عبد الوهاب، ص268؛ وخليل يامن، القواعد والضوابط
الفقهية عند الإمام ابن عبد البر من خلال كتابه التمهيد، ص555.

⁽²⁾ ينظر: عبد الوهاب بن محمد جامع إيليشن، القواعد والضوابط الفقهية من خلال كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد،
1456/3.

⁽³⁾ أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، حديث رقم: 1424، 33/4؛ والبيهقي في
السنن الكبرى، جماع أبواب السير، باب الرجل من المسلمين قد شهد الحرب يقع على الجارية من السبي قبل القسم،
حديث رقم: 18294، 207/9. في الحديث عدة علل ينظر: ابن حجر، التلخيص الحبير، 161/4؛ والألباني، إرواء
الغليل، 25/8.

⁽⁴⁾ أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، في درء الحدود بالشبهات، حديث برقم: 28493، 511/15. ذكر
ابن حجر أنه رواه ابن حزم في الإيصال بسند صحيح. ينظر: التلخيص الحبير، 162/4.

⁽⁵⁾ أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود، في درء الحدود بالشبهات، حديث برقم: 28498، 511/15؛
والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، حديث رقم: 17064، 238/8،
وقال: هذا موصول. واللفظ للبيهقي، وقد حسن إسناده الألباني. ينظر: إرواء الغليل، 26/8.

الأحكام؟ وجوابه: "يكفي أن نقول: حيث أجمعنا على إقامة الحدّ كان سالماً عن الشبهة، وما قصّر عن محلّ الإجماع لا يلحق به عملاً بالأصل حتى يدلّ دليل على إقامة الحدّ في صور الشبهات"⁽¹⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

- 1- لو ارتد مجنون ثم خنق لا يُقتل حتى يصح؛ لدرء الحد بالشبهة⁽²⁾.
- 2- الشبهات في الزنا ثلاثة: شبهة في الوطاء وشبهة في الموطوءة وشبهة في الطريق، فالشبهة الأولى تعمّ الحدود والكفارات، ومثالها اعتقاد أنّ هذه الأجنبية امرأته أو مملوكته أو نحو ذلك، ومثال شبهة الموطوءة الأمة المشتركة إذا وطئها أحد الشريكين، فما فيها من نصيبه يقتضي عدم الحدّ، وما فيها من ملك غيره يقتضي الحدّ فيحصل الاشتباه، وهي عين الشبهة، كما أنّ اعتقاد الأولى الذي هو جهل مركب وغير مطابق يقتضي عدم الحدّ من حيث إنّهُ معتقد الإباحة، وعدم المطابقة في اعتقاده يقتضي الحدّ فحصلت الشبهة من الشبّهين، ومثال الثالثة اختلاف العلماء في إباحة الموطوءة كنيكاح المتعة ونحوه، فإنّ قول المحرّم يقتضي الحدّ، وقول المبيح يقتضي عدم الحدّ فحصلت الشبهة من الشبّهتين، فهذه الثلاثة هي ضابط الشبهة المعتبرة غير أنّ لها شرطاً وهو اعتقاد مقارنة السبب المبيح⁽³⁾.
- 3- من ادّعى الجهل بتحريم الزنى، وهو ممن يُظنّ به ذلك هل يُحدّ أو يدرأ عنه الحدّ؟ الخلاف على قولين لابن القاسم وأصبغ، وهذا بخلاف مدعي جهل الحدّ فعليه الحدّ⁽⁴⁾.
- 4- إذا قذف محصناً في الظاهر ففسق المقدوف، سقط الحدّ عن القاذف، فالحكم بالعفة من طريق الظاهر، والفسق أمر مستبطن، فإذا بان الفسق منه قدح ذلك في ظاهر عفته، فصار شبهة يسقط الحدّ عن قاذفه بذلك الزنا⁽¹⁾.

(1) القرافي الفروق، 174/4.

(2) ينظر: ابن عرفة المختصر الفقهي، 24/10.

(3) ينظر: القرافي الفروق، 172/4.

(4) ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 1147/3؛ وابن الحاجب، جامع الأمهات، ص524.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 869/2.

- 5- إذا سرق المجاهد مقدار نصيبه فأقلّ من الغنيمة فرأى أنّه لا يقطع للشبهة، والمشهور من المذهب أنّه يقطع مطلقا إذا سرق بعد إحراز الغنائم، وكذلك إذا زنى بالمرأة من المغنم، فعليه الحدّ، وقال عبد الملك: لا حدّ عليه، ومبنى الخلاف على تحقيق الشبهة⁽¹⁾.
- 6- إذا سرق أحد الزوجين من الآخر مالا، وكان المسروق في الحرز الذي يسكنان فيه، ولا يختصّ به أحدهما دون الآخر، ولم يحزره عنه، أنه لا يقطع في هذا؛ لشبهة الملك، واستحقاق النفقة على الزوج، أما إذا سرق أحدهما من حرز يختص به الآخر، أو شيئا أحرزه عنه، فإنه يجب القطع⁽²⁾.
- 7- لا يقطع أحد الأبوين من مال ولديهما؛ لشبهة الملك⁽³⁾.
- 8- سرقة الراهن والمؤجر ملكه من المستأجر والمرتهن لا يوجب القطع وإن تعلّق به حقّ غيره، وأمّا عكسه وهو سرقة المرتهن الرهن من الراهن قبل قبضه منه، والمستأجر من المؤجّر قبل قبضه، فإنه يوجب القطع⁽⁴⁾.
- 9- لا حدّ على مكره على شرب الخمر، ولا على مضطر إلى الإساغة بها - وإن قلنا: إنه حرام-⁽⁵⁾.
- 10- الصحيح أنّه لا حدّ على المجتهد يرى حلّ النبيذ، ومثله مقلّده⁽¹⁾.
- 11- من ظنّ مسكرا شرابا آخر فلا حدّ عليه⁽²⁾.

(1) ينظر: ابن بزيّة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، 604/1.

(2) ينظر: القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، 230/6؛ وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 234/4.

(3) ينظر: القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، 498/5.

(4) ينظر: الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير للدردير، 336/4؛ وعليش، منح الجليل، 304/9.

(5) ينظر: ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص524.

(1) ينظر: المصدر نفسه، ص524.

(2) ينظر: المصدر نفسه، ص524.

المطلب الثاني: ضابط "الاعتبار بالحدود حال وجوبها لا حال استيفائها"⁽¹⁾.

الفرع الأول: من أَلْفَاظ الضابط

1- "اعتبار الحدود بحال وجوبها دون حال استيفائها"⁽²⁾.

الفرع الثاني: معنى الضابط

إنَّ الحدَّ عقوبة على جريمة وقعت على مال أو نفس أو عِرْض، ويُشترط لوجوب الحدِّ وحكم القاضي به شروطٌ كثيرة، ويجب أن تتوفر هذه الشروط عند وقوع الجريمة، وليس عند قضاء القاضي، وليس عند استيفاء الحدِّ وتنفيذه؛ لأنَّ الحدَّ وجب وقت الجريمة، كما أنَّ الحدود تجب على من أصابها في الوقت الذي أصاب فيه الحدُّ؛ لأنَّه يمكن إذا أُخِّر إلى وقت الاستيفاء أن يسقط عنه الحقُّ، كأن يسلم الكافر أو يعتق العبد⁽³⁾.

الفرع الثالث: من أدلة الضابط

هذه القاعدة يُستدلُّ لها بأدلة عقلية منها:

1- عدم إقامة سيدنا عمر رضي الله عنه حدَّ السرقة عام الرمادة⁽⁴⁾، ولم يُنقل عنه إقامته بعده⁽⁵⁾.

2- بما أنَّ موجب الحدِّ سابق عن وقت أدائه فكان الاعتبار بوقت الوجوب دون غيره⁽¹⁾.

(1) المصدر السابق، 813/2.

(2) المصدر نفسه، 945/2.

(3) ينظر: محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، 661/1؛ وبلقاسم قراري، القواعد الفقهية من خلال كتاب المعونة على مذهب عالم المدينة، ص436.

(4) من الآثار المروية في المسألة قول عمر رضي الله عنه: «لا يُقطع في عِدق، ولا عام السنَّة». أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب اللقطة، باب القطع في عام سنة، حديث رقم: 18990، 242/10. قال الألباني: "ضعيف". ينظر: إرواء الغليل، 80/8.

ولكن كتب السير والفقهاء تنقل هذا عن عمر رضي الله عنه، ولعلَّ شهرة القضية تغني عن سندها.

(5) هذا بناءً على منع إقامة الحدِّ من سيدنا عمر رضي الله عنه من أجل مقصد ارتآه، ولكن قد يردُّ عليه إشكالٌ مُفاده أنه رضي الله عنه لم يُعطلَّ الحدَّ، بل منع إقامته لعدم توفّر شروط القطع؛ لأنَّ الناس كانوا في حالة اضطراب، فدرى الحدَّ من أجل هذا. ينظر:

ابن رشد الجدل، البيان والتحصيل، 324/16؛ والريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص333.

(1) قياساً على الكفارة. ينظر: عبد الله بن يوسف الجويني، الجمع والفرق، 592/3.

3- "تعلقُ الوجوب بالجنائية تعليقُ الحكم بوصفٍ مناسبٍ مؤثرٍ، فيُحال عليه"⁽¹⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات الضابط

1- إذا قتل كافر كافرا ثم أسلم القاتل لم يسقط القود عنه؛ لأنّه حقّ لآدميّ طريقه الحدّ، فلم يسقط عنه كسائر الحقوق⁽²⁾.

2- العبد إذا قتل عبداً ثم أُعتق القاتل، لا يسقط عنه القود؛ لأنّه حقّ لآدميّ طريقه الحدّ كسائر الحقوق⁽³⁾.

3- إذا وجب على جانّ القصاص في الحلّ ولجأ إلى الحرم، أُقتُص منه في الحرم في النفس والطرف، وكذلك جميع الحدود؛ رجماً أو جلداً ولم يؤخر إلى الحلّ⁽⁴⁾.

4- المُعتَبَر في الدية من حال من تُضرب عليه من العاقلة -من بلوغ وعقل وإسلام وحرية وحضور وغنى وعدم غرم- حاله وقت الضرب، لا حاله وقت الجنائية، ولا وقت الأداء، فمن كان مستكماً للشروط وقت الضرب ضُربت عليه، ومن كان وقت الضرب ناقصاً شرطاً منها، فلا تضرب عليه ولو استكملها بعده⁽⁵⁾.

5- "إن قطع مسلمٌ يدَ مسلمٍ ثم ارتدّ المقطوع ومات مُرتداً أو قتل، أُقتُص من الجاني في اليد"⁽⁶⁾.

6- الاعتبار بقيمة السَّرقة حال إخراجها من الحرز لا حال القطع؛ لأن النقص الحادث بعد انفصال المسروق من الحرز لا يؤثر في سقوط القطع، ولأنه سارق لنصاب من حرز مثله لا شبهة له فيه، كما لو اتصلت قيمته إلى وقت القطع⁽¹⁾.

⁽¹⁾ الكاساني، بدائع الصنائع، 98/5.

⁽²⁾ ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 813/2.

⁽³⁾ ينظر: القاضي عبد الوهاب، المعونة، 1303/3.

⁽⁴⁾ ينظر: ابن الجلاب، التفریع، 206/2؛ والقاضي عبد الوهاب، عيون المسائل، ص 438.

⁽⁵⁾ ينظر: عليش، منح الجليل، 147/9.

⁽⁶⁾ القراني، الذخيرة، 333/12.

⁽¹⁾ ينظر: القاضي عبد الوهاب، الإشراف، 944/2.

7- من أتلف مالا لغيره ظلماً، لزمه بدّل ما أتلف، والإبدال ضربان: المثل يُراعى في المكيل والموزون، والقيمة تراعى فيما عدا ذلك من سائر العروض والحيوان، والاعتبار في القيمة حال الجناية⁽¹⁾. جاء في شرح مختصر خليل للخرشي⁽²⁾: "يعتبر في الضمان وقت الإصابة"⁽³⁾.

الفرع الخامس: من مستثنيات الضابط

1- إن رمى مرتدُّ سهمه فأصاب رجلاً خطأً، وقبل أن يصيب السهم المرمي به أسلم الرامي، فالدية على العاقلة، وإن كان ليس من أهل العاقلة وقت الرمي، إذ لا عاقلة للمرتدِّ، وإنما النظر إلى الدية وقت فرضها، ولم يُحكم فيها ها هنا حتى أسلم فله عاقلة⁽⁴⁾.

المطلب الثالث: ضابط "الحد الأصغر ينطوي في الحد الأكبر"⁽⁵⁾.

الفرع الأول: من أفاظ القاعدة

- 1- "يتداخل الحد قبل إقامته لا بعده"⁽⁶⁾.
- 2- "الحدود تتداخل بل تندرج في الأقوى منها"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: معنى القاعدة

إذا اجتمعت الحدود فلا يخلو إمّا أن تكون متّحدة الجنس والسبب والجهة والمحلّ، أو مختلفة، فمثال اتّحادها الرجم والجلد في حدّ الزاني المحصن، فإنّهما حقّان جهتهما واحدة وهي أنّها حقّ لله، وسببهما واحد وهو الزنا، ومحلّهما واحد وهو الزاني، فما كان هذا شأنه من

(1) ينظر: المازري، شرح التلقين، 51/1/3.

(2) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي، فقيه مجتهد، انتهت إليه الرئاسة في مصر، وأول من تولّى مشيخة الأزهر، أخذ عن والده، والبرهان اللقاني، والنور الأجهوري وغيرهم. من تأليفه: "الشرح الكبير على متن خليل" المعروف بشرح الخرشي، و"الشرح الصغير على متن خليل". توفي بالقاهرة سنة 1101هـ. ينظر: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، 459/1.

(3) الخرشي، شرح مختصر خليل، 13/8.

(4) ينظر: القرافي، الذخيرة، 333/12.

(5) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 218/4.

(6) ابن عسकर البغدادي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك، 114/1.

(1) زروق، شرح الرسالة، 886/2.

الحدود فأصغرها ينطوي تحت أكبرها على مقتضى القاعدة.

أما إن كانت مختلفة السبب والجنس، فإنها تستوفي جميعاً، بأن يجتمع حقان مختلفا الجهة والسبب، كما لو اجتمع حدّ الزنا بالرجم مع الجلد في حدّ القذف، فإنهما حقان مختلفا الجهة، فالرجم حقّ الله وحدّ القذف بالجلد حقّ العباد على الصحيح؛ لأنّه لا يقام إلا بطلب من المقدوف.

وجامع القول فيها أنّ الحدود التي تمحصت حقاً لله ﷻ وكان فيها قتل، فإنّ القتل يُسقطها، وإذا كانت الحدود من جنس واحد كمن زنى مرارا أو سرق مرارا فإنه يحدّ مرّة، أما إذا كانت الحدود متمحصّة حقاً لله ﷻ واختلفت أجناسها، فإنها تُستوفي جميعاً، ويبدأ بالأخفّ فالأخفّ، وإن كانت الحدود من حقوق الآدميين، فإنها تُستوفي جميعاً، سواء كان فيها قتل أم لا، ويبدأ بغير القتل إن وُجد مع الحدود⁽¹⁾.

الفرع الثالث: من أدلة القاعدة

1- قوله ﷺ: «واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها»⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنّه لم يقل اجلدها ثم ارجمها⁽³⁾.

2- أورد ابن رشد الحفيد استدلال الجمهور على القاعدة بكون رسول الله ﷺ رجم ماعزاً⁽¹⁾، ورجم امرأة من جهينة⁽²⁾، ورجم يهوديين⁽³⁾، وامرأة من غامد من الأزدي⁽⁴⁾، ولم يرووا

⁽¹⁾ ينظر: عبد الوهاب بن محمد جامع إيليشن، القواعد والضوابط الفقهية من خلال كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 1475/3-1477.

⁽²⁾ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب الاعتراف بالزنا، حديث رقم: 6827، 167/8.

⁽³⁾ ينظر: ابن عبد البر، الاستذكار، 478/7.

⁽¹⁾ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، حديث رقم: 1695، 1321/3.

⁽²⁾ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، حديث رقم: 1696، 1324/3.

⁽³⁾ أخرجه ابن ماجه في سننه، أبواب الحدود، باب رجم اليهودي واليهودية، حديث رقم: 2556، 591/3. قال محققوه: "إسناده صحيح".

⁽⁴⁾ أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، حديث رقم: 1695، 1321/3.

أنه جلد واحدا منهم. ومن جهة المعنى أن الحد الأصغر ينطوي في الحد الأكبر، وذلك أن الحد إنما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم⁽¹⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات القاعدة

1- من زنى وهو بكر، ثم زنى وهو ثيب، اندرج الجلد تحت الرجم⁽²⁾.
2- إذا اجتمع الجلد للشرب والزنى وقطع السرقة وكان محصنا، قُتل رجما، والقتل يأتي على ما قبله⁽³⁾.

3- إذا اجتمع الجلد للقذف والقطع للسرقة والقتل للزنى من إحصان، جُلد للقذف، ثم قُتل رجما للزنى، ودخل القطع في القتل⁽⁴⁾.

4- لو اجتمع حد القذف وحد الشرب، تداخلا، وأجزأ عنهما جلد ثمانين أو أربعين⁽⁵⁾.

المطلب الرابع: ضابط "القطع في كل متمول يجوز بيعه وأخذ العوض فيه"⁽⁶⁾.

الفرع الأول: معنى القاعدة

هذا الضابط يتعلق بالمال الذي يجب فيه قطع يد السارق، وهو كل مال مملوك يجوز بيعه وأخذ العوض عنه، فالمسروق يجب أن يكون مما يتمول ويتقوم وتمتد إليه أطماع الناس، ويصلح عادة وشرعا للانتفاع به بلا حاجة أو ضرورة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: من أدلة القاعدة

1- قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ

(1) ينظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 218/4.

(2) ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 1175/3.

(3) ينظر: المصدر نفسه، 1175/3.

(4) ينظر: المصدر نفسه، 1175/3.

(5) ينظر: المصدر نفسه، 1175/3.

(6) ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 233/4.

(1) ينظر: عبد الوهاب بن محمد جامع إيليشن، القواعد والضوابط الفقهية من خلال كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 1488-1486/3.

حَكِيمٌ ﴿ [المائدة:38].

- 2- قوله ﷺ: «لا تُقَطَّع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعدا»⁽¹⁾.
- 3- عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن رسول الله ﷺ قطع سارقا في مجنّ قيمته ثلاثة دراهم»⁽²⁾.
- 4- عن عمرة بنت عبد الرحمن «أن سارقا سرق في زمان عثمان رضي الله عنه أترجة⁽³⁾ فأمر بها عثمان بن عفان أن تُقَوِّم. فقَوِّمَت بثلاثة دراهم - من صرف اثني عشر درهما بدينار - فقطع عثمان يده»⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة والأحاديث والآثار أنها عامّة في اشتراط النصاب، ولم تفرق بين ما كان تافها وغيره⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: من تطبيقات القاعدة

- 1- متعلّق المسروق هو كل مال تمتدّ إليه الأطماع، فإن منع منه الشرع، لم ينفع تعلق الطماعيّة فيه، ولا يُتصور الانتفاع منه، كالخمر والخنزير مثلا⁽¹⁾.
- 2- "سرقته التافه لغو، وسرقته الكثير قدرا أو صفة محسوب، والعقل لا يهتدي إلى الفصل فيه بحدّ تقف المعرفة عنده، فتولى الشرع تحديده بربع دينار"⁽²⁾.
- 3- الحشرات مما لا يُنتفع به لا يقطع سارقها⁽³⁾.

(1) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصاها، حديث رقم: 1684، 1312/3.

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب حد السرقة ونصاها، حديث رقم: 1686، 1313/3.

(3) الأترجة أو الأترجة أو ترنجة ثلاث لغات، وهي ثمر يؤكل كما قال الإمام مالك. ينظر: سحنون، المدونة، 4/536؛ والقاضي عياض، التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، 3/2116.

(4) أخرجه مالك في موطنه، كتاب الحدود، باب ما يجب فيه القطع، حديث رقم: 23، 832/2.

(5) ينظر: المازري، المعلم بفوائد مسلم، 2/387؛ وابن العربي، المسالك، 7/140؛ وابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 4/233.

(1) ينظر: ابن العربي، أحكام القرآن، 2/107.

(2) ينظر: المصدر نفسه، 2/107.

(3) ينظر: ابن جزري، القوانين الفقهية، ص 163؛ والعدوي، حاشية على كفاية الطالب الرباني، 2/332. هذا، وإن الأمر قد اختلف في زماننا، فصارت كثير من الحشرات متمولة؛ وعليه، فسارقها قد يُقَطَّع في حالات معينة.

4- لا يقطع من سرق نخلة صغيرة أو كبيرة، ولا قطع في الجمار؛ لأنه لم يضعه عندك من يقصد إحرازه، ومعنى ذلك أن الثمر في الشجر ليس بموضع على وجه الإحراز، وكذلك النخلة والودي لو وضعا في منبتهما للإحراز، وإنما وُضعت للنماء فلم يكن حرزا يؤثر في إثبات القطع⁽¹⁾.

5- يقطع في جميع المنقولات التي يجوز بيعها وأخذ العوض عليها، سواءً أكان أصلها مباحا كالماء والصيد والتراب والحشيش، أو كان محظورا كالثياب والعقار؛ لأنه نوع مال يُتموّل معتادا كالثياب والعبيد⁽²⁾.

6- يقطع من سرق المصحف⁽³⁾.

7- من سرق زيتا وقعت فيه فأرة فماتت، يقطع إذا كان يساوي لو بيع على هذه الحال ثلاثة دراهم، قاله أشهب⁽⁴⁾.

8- من سرق جلد ميتة غير مدبوغ لم يقطع، وأما المدبوغ فيقطع، وقيل إذا كان قيمة ما فيه من الصنعة ثلاثة دراهم قطع، وإلا لم يقطع، وقال مالك: لا قطع في الميتة⁽¹⁾.

9- من سرق صليبا من خشبة، أو تمثالا من كنيسة أو غيرها، فإن كانت قيمته على أنه غير صليب ثلاثة دراهم قطع سارقه، سواءً مسلم من ذمي، أو ذمي من مسلم⁽²⁾.

10- ومن سرق صبيا حرًا، أو أعجميا كبيرا أو صغيرا، فُطع إذا كان من حرز؛ وذلك أن الصبي الحرّ لم يبلغ أن يعقل نفسه، والأعجمي لا يعقل مثله ما يردّ به، فهذان يُقطع سارقهما، كانا حرّين أو عبيدين، فإن كان الصبيّ يعقل والعبد فصيحًا، فلا قطع فيهما، وإنما يُنتقل إلى

(1) ينظر: الباجي، المنتقى، 182/7.

(2) ينظر: المصدر نفسه، 156/7.

(3) ينظر: المصدر نفسه، 156/7.

(4) ينظر: المصدر نفسه، 156/7.

(1) ينظر: المصدر نفسه، 156/7-157.

(2) ينظر: المصدر نفسه، 157/7.

حدّ الحرابة أو التعزير⁽¹⁾.

11- من سرق كلباً نُهي عن اتخاذه لم يُقطع، واختلف فيه إذا كان كلب صيد أو ماشية فقد قال أشهب: يُقطع، وإن كنت أنهى عن بيعه، وقال ابن القاسم: لا قطع في كلبٍ لصيدٍ ولا لغيره⁽²⁾.

12- من سرق لحم أضحية أو جلدها، فقد قال أشهب: يُقطع إذا كانت قيمته ثلاثة دراهم، وروى ابن حبيب عن أصبغ إن سرقها قبل الذبح قُطع وإن سرقها بعد الذبح لم يُقطع؛ لأنها لا تباع في فلس ولا تورث مالا، إنما تورث لتؤكل، وإن سرقها ممن تُصدق بها عليه قُطع؛ لأنّ المعطي قد ملكها، ووجه قول أشهب أنّ ما لا يجوز بيعه فلا قطع على من سرقه⁽³⁾.

13- من سرق مزماراً أو عوداً أو دُفّاً أو غير ذلك من الملاهي ففي العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم إن كانت قيمته بعد الكسر ربع دينار، وكان فيها فضة زنة ثلاثة دراهم قال ابن حبيب علم بها السارق أو لم يعلم قطع سرقه من مسلم أو ذمي؛ لأن على الإمام كسرها عليهم إذا أظهروها، وأما الدفّ فإنه يراعى قيمتهما صحيحين؛ لأنه أرخص في اللعب بهما⁽⁴⁾.

14- يقطع في كل شيء حتى الماء إذا أحرز لوضوء أو شرب أو غيره، وكذلك الحطب والعلف والتبن والورد والياسمين والرمان والرماد إذا كانت قيمته ثلاثة دراهم وسرق من حرزه⁽²⁾.

⁽¹⁾ ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 397/14؛ واللخمي، التبصرة، 6097/13.

⁽²⁾ ينظر: الباجي، المنتقى، 157/7.

⁽³⁾ ينظر: المصدر نفسه، 157/7.

⁽¹⁾ ينظر: المصدر نفسه، 157/7.

⁽²⁾ ينظر: المصدر نفسه، 157/7.

المبحث الرابع ضوابط التعازير

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ضابط "ما ليس فيه حدّ من المعاصي ففيه التعزير
بالاجتهاد"

المطلب الثاني: ضابط "التعزير قد يسقط"

المطلب الثالث: ضابط "العقوبات تتغلّظ بتغلّظ الجرائم"

المطلب الأول: ضابط "ما ليس فيه حدّ من المعاصي ففيه التعزير الاجتهاد"⁽¹⁾.

الفرع الأول: معنى الضابط

المعاصي التي يرتكبها المكلف تنقسم إلى قسمين: معاص اعتبرها الشارع من الكبائر ورّتب عليها عقوبات محدّدة، لا يجوز الإخلال بها نقصا أو زيادة، كحدّ الزّنا والسّكر والسّرقة والقتل، وهناك معاص اعتبرها الشرع أقلّ ممّا سبق، ولم يرتّب عليها عقوبات محدّدة مع نهيها عنها نهيا جازما، وترك تحديد عقوبة كلّ فعل منها لاجتهاد الحاكم المسلم المطبّق لشرع الله يوقعها على مرتكبها بحسب ما يراه رادعا وزاجرا، وسمّي هذا تعزيرا⁽²⁾.

هذا، وإنّه يجوز في المذهب التعزير بمثل الحدود وأقلّ وأكثر على حسب الاجتهاد.

التعزير يكون بحسب الجاني والمجني عليه والجناية، ويكون بالحبس⁽³⁾ أو اللوم أو بالإقامة أو بالضرب بالسوط، أو غيره، وإن زاد على الحد أو أتى على النفس⁽⁴⁾. قال ابن عرفة: ومما جرى به عمل القضاة من أنواع التعزير ضرب القفا مجردا عن ساتر بالأكف⁽⁵⁾.

(1) ابن عسّكر البغدادي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك، 117/1.

(2) ينظر: البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، 904/10.

(3) قال القرّائي: "المشروع من الحبس ثمانية أقسام: الأول: يحبس الجاني لغيبة المجني عليه حفظا لمحل القصاص. الثاني: حبس الآبق سنة حفظا للمالية رجاء أن يُعرف ربه. الثالث: يحبس الممتنع عن دفع الحقّ إلجاءً إليه. الرابع: يحبس من أشكل أمره في العسر واليسر اختبارا لحاله، فإذا ظهر حاله حُكِمَ بموجبه عُسرا أو يُسرا. الخامس: الحبس للجاني تعزيرا وردعا عن معاصي الله تعالى. السادس: يحبس من امتنع من التصرف الواجب الذي لا تدخله النيابة كحبس من أسلم على أختين أو عشر نسوة أو امرأة وابنتها، وامتنع من التعيين. السابع: من أقر بمجهول عين أو في الذمة، وامتنع من تعيينه، فيحبس حتى يعينهما فيقول العين هو هذا الثوب أو هذه الدابة ونحوهما، أو الشيء الذي أقررت به هو دينار في ذمتي. الثامن: يحبس الممتنع في حق الله تعالى الذي لا تدخله النيابة، عند الشافعية كالصوم، وعندنا يقتل كالصلاة". ينظر: القرّائي، الفروق، 79/4-80.

(4) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 299/2؛ وابن غازي المكناسي، شفاء الغليل في حل مقفل خليل، 1127/2.

(5) ينظر: الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ص512.

الفرع الثاني: من أدلة الضابط

1- عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده: «أنّ النبي ﷺ حبس رجلا في تهمته ثم خلّى عنه»⁽¹⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنّه يجوز أن يُحبس المتهم احتياطا حتى يُبتّ في أمره⁽²⁾.

2- قوله ﷺ: «إن أثقل صلاة على المنافقين صلاة العشاء، وصلاة الفجر، ولو يعلمون ما فيهما لأتوهما ولو حبوأ، ولقد هممت أن أمر بالصلاة، فتقام، ثم أمر رجلا فيصلي بالناس، ثم أنطلق معي برجال معهم حزم من حطب إلى قوم لا يشهدون الصلاة، فأحرق عليهم بيوتهم بالنار»⁽³⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنّ فائدة قوله: «لقد هممت» تقديم الوعيد كالتهديد على العقوبة⁽⁴⁾.

3- انعقد الإجماع على جواز التعزير، واختلفوا في أعلاه⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: من تطبيقات الضابط

1- إذا سقط القصاص عن قاتل العمد بعفو عنه، أو بعدم مكافأة دمه لدم المقتول، كالخو يقتل العبد والمسلم يقتل الكافر، فعليه التعزير⁽⁶⁾.

2- إذا أكره النصراني مسلمة كان عليه صداق مثلها، فإن أسلم وإلا قُتل؛ لأنه نقض العهد، وإن طاوَعته حُدّت حدّ الزنا، وأدّب هو أدبا موجعا، وإن رأى الحاكم أن يبلغ به الحدّ بلغ⁽¹⁾.

(1) سبق تخريجه ص 237.

(2) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 162/2.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب فضل صلاة الجماعة وبيان التشديد في التخلف عنها، حديث رقم: 651، 451/1.

(4) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 143/2.

(5) ينظر: ابن حزم، مراتب الإجماع، ص 136؛ وابن القطان الفاسي، الإقناع في مسائل الإجماع، 266/2.

(6) ينظر: ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 227.

(1) ينظر: ابن عبد البر، الكافي، 1073/2.

- 3- امرأة تعلقت برجل وزعمت أنه زوجها، وزعمت أن نبطية زوجتها إياه، فادّعت بشهود فجدد الشهود ما ادّعت، فإن أقرّ بالدخول، يؤدّبان ويُفَرَّق بينهما، دخل أو لم يدخل؛ لأنه لو ثبتت لهما بينة، لم يثبتا على النكاح؛ لأن أصل النكاح حرام لا يُقرّان عليه، وعليهما الأدب دون الحدّ لإظهارهما الأمر قبل أن يُعثر عليهما فيه، ولو وجدا يزنيان أو أخذتا في بيت فأقرّا بالوطء وادّعيّا أنّهما زوجان لحدّ، إن لم يأتيا بالبينة على النكاح، ولو لم يُقرّا بالوطء ولا شُهد عليهما به لأدّبوا ولم يُحدّا⁽¹⁾.
- 4- من نكح امرأة في عدّتها، أو دخل بها في العدة، أو نكحها على عمّتها أو خالتها، فوطئها، فلا يُحدّ، وإن كان عالما بتحريم ذلك أدّب⁽²⁾.
- 5- لو شهد أربعة بزنى شخص فرجم، ثم ألفي محبوبا لم يجد الشهود؛ لأنهم إنما قذفوا محبوبا، وعليهم الدية في أموالهم مع وجيع الأدب وطول السجن⁽³⁾.
- 6- لو كان الشهود ستة مثلا، ثم رجع اثنان بعد الرجم، فلا عُرم عليهما ولا حدّ، ولا على الباقيين؛ لأنه ممن عليه الرجم ثابتٌ بشهادة من ثبت، ولكن على من رجع الأدب فقط؛ لإقراره بتعمد الزور⁽⁴⁾.
- 7- يُرجم من عمّل قوم لوط (الفاعل والمفعول به) أحصنا أو لم يُحصنا، فإن كان المفعول به صبيّا سقط الحدّ عن الصبيّ، وعُوقب المفعول به بالأدب الوجيع له ولا ينقص من مائة جلدة شيئا⁽⁵⁾.
- 8- إذا ثبت على امرأتين السّحاق، فعليهما الأدب الموجه والتشريد⁽¹⁾.

(1) ينظر: ابن رشد الجدد، البيان والتحصيل، 4/476.

(2) ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 3/1147.

(3) ينظر: المصدر نفسه، 3/1149.

(4) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 8/530.

(5) ينظر: ابن عبد البر، الكافي، 2/1073.

(1) ينظر: المصدر نفسه، 2/1073.

- 9- لو قال رجل أنه رأى امرأته في لحاف واحد مع رجل، فإنه يُؤدّب، وأمّا الرجل يقول عن امرأته أنه رأى على بطنها رجلا، فإنه يشبه أن يكون ذلك من التعريض الذي يجب فيه الحد، ولذلك لا يؤدّب إلا بعد أن يحلف أنه ما أراد بذلك رميها بالزنى، وإن نكل عن اليمين أدّب أدبا شديدا لا يبلغ به الحد⁽¹⁾.
- 10- القطع محلّه اليد اليمنى من الكوع، ويكوى موضع القطع، فإن عاد قطعت رجله اليسرى، فإن عاد قطعت يده اليسرى، فإن عاد قطعت رجله اليمنى، فإن عاد عُزّر وحُبس⁽²⁾.
- 11- يسقط القطع إن سقط العضو الذي يجب قطعه بسماويّ بعد السرقة، أو بقطع في قصاص، أو بجناية أجنبيّ عليه بعد السرقة، وليس على الجاني إلا الأدب إن تعمّد؛ لإفتياته على الإمام⁽³⁾.
- 12- لو قال رجل لرجل: "يا سارق"، ضُرب خمسة وعشرين سوطا أو نحوها. قال ابن رشد: والتحديد في هذا ليس له أصل في الكتاب ولا في السنة، وإنما هو الاجتهاد بحسب القائل والمقول له⁽⁴⁾.
- 13- يُعزّر من سرق شيئا لا قطع فيه، ويُعزّر من احتلى بأجنبية، وكذلك من أتى بهيمة⁽⁵⁾.
- 14- لا يحل لمسلم أن يملك خمرا ولا شرابا مسكرا، ويُراق عليه، وتكسر ظروفها عنده أدبا له، ويعاقب، إلا أن يشربها فيضرب الحدّ تامّا ثمانين جلدة⁽⁶⁾.
- 15- من شرب الأنبذة، فعليه الأدب الوجيع إذا نُهي عنه، وعُرف ذلك، فارتكب المعصية تعمّدا⁽¹⁾.

(1) ينظر: ابن رشد الحد، البيان والتحصيل، 355/16.

(2) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 250/2.

(3) ينظر: عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 187/8؛ والدردير، الشرح الكبير، 347/4.

(4) ينظر: الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، 191/3.

(5) ينظر: المصدر نفسه، 191/3.

(6) ينظر: ابن عبد البر، الكافي، 444/1.

(1) ينظر: ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، 501/22.

16- من قال لرجل: يا شارب الخمر أو يا خائن أو يا يهودي أو يا نصراني أو يا مجوسي فإنه يُعزر، كأن يُضرب عشرين سوطاً⁽¹⁾.

17- من سلّ سكيناً في جماعة على وجه المزاح ضرب عشرة أسواط، ومن سلّ سيفاً على وجه القتال ضرب أربعين سوطاً، وكان السيف فيئاً، وقيل: يقتل إذا سلّه على وجه الحراة⁽²⁾.

18- من قبّل أجنبية طائعة، ضرباً خمسين خمسين⁽³⁾.

المطلب الثاني: ضابط "التعزير قد يسقط"⁽⁴⁾.

الفرع الأول: معنى الضابط

التعزير يختلف عن الحدّ، وذلك أنّه قد يسقط لأسباب كالتوبة، وقد عُبر عنه بضابط: "التعزير يسقط بالتوبة بخلاف الحدود إلا الحراة"⁽⁵⁾، كما أنّه قد يسقط لعدم تحقيقه للمقصود منه، فجاء على ألسنة الفقهاء: "التعزير يسقط لعدم تأثيره"⁽⁶⁾، وقولهم: "التعزير اليسير يسقط لعدم تأثيره، والكثير يسقط لعدم موجهه"⁽⁷⁾، ويوضّح هذا القراني نقلاً عن شيخه إمام الحرمين أنّه إذا كان الجاني من الصبيان أو المكلفين قد جنى جناية حقيرة والعقوبة الصالحة لها لا تُؤثّر فيه ردعاً، والعزيمة التي تؤثّر فيه لا تصلح لهذه الجناية، سقط تأديبه مطلقاً، أما العزيمة فلعدم موجهها، وأما الحقيرة فلعدم تأثيرها، ثمّ عبّ عليه بقوله: هو بحث حسن ما ينبغي أن يخالف

(1) ينظر: الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، 191/3.

(2) ينظر: المصدر نفسه، 191/3.

(3) ينظر: المصدر نفسه، 191/3.

(4) القراني، الفروق، 181/4.

(5) المواق، التاج والإكليل، 436/8.

(6) عبد الباقي الزرقاني، شرح مختصر خليل، 200/8.

(7) ينظر: المواق، التاج والإكليل، 436/8.

فيه⁽¹⁾، ثم إنَّ التعزير قد يسقط بسبب عفو الإمام، بل يجوز فيه الشفاعة⁽²⁾، ولكن هذا كله في حقوق الله، أما حقوق العباد فيجتهد فيها الإمام بما يحقق المصلحة والمقصد من العقوبة، وبما لا يهضم المتأدّي حقّه، ومما يُذكر ضابطاً لهذا قولهم: "يجوز العفو عن التعزير والشفاعة فيه إذا كان لحقّ الله"⁽³⁾.

الفرع الثاني: من أدلة الضابط

1- كان رسول الله ﷺ إذا جاءه السائل أو طلبت إليه حاجة قال: «اشفعوا تؤجروا، ويقضي الله على لسان نبيه ﷺ ما شاء»⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنّ هذا يدلّ أنّ الساعي في ذلك مأجور، وإن لم تنقض الحاجة، ولا حرج على إمام المسلمين وحاكمهم إذا اختصم إليه خصمان في حقّ، وثبت الحقّ على أحدهما، إذا سأله الذي ثبت الحقّ عليه أن يسأل من ثبت ذلك له تأخير حقّه أو وضعه عنه، وأن يشفع له في ذلك إليه⁽⁵⁾.

جاء في مواهب الجليل: "معونة المسلم في كل حال لفعل أو قول فيها أجر وفي عمومته الشفاعة للمذنبين وهي جائزة فيما لا حد فيه عند السلطان وغيره وله قبول الشفاعة فيه والعفو إذا رأى ذلك كما له العفو عنه ابتداءً وهذا فيمن كانت منه الفتنة والزلة وفي أهل الستر والعفاف أو من طمع بوقوعه عند السلطان والعفو عنه من العقوبة أن تكون له توبة وأما المصرون على فسادهم المشتهرون في باطلهم فلا تجوز الشفاعة لأمثالهم ولا ترك السلطان عقوبتهم لينزجروا عن ذلك وليتردع غيرهم بما يفعل بهم"⁽¹⁾.

(1) ينظر: القرافي: الفروق، 181/4.

(2) ينظر: البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، 479/4.

(3) ابن فرحون، تبصرة الحكام، 298/2.

(4) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب التحريض على الصدقة والشفاعة فيها، حديث رقم: 1432، 113/2.

(5) ينظر: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 431/7.

(1) الخطاب، مواهب الجليل، 320/6.

2- قوله ﷺ: «أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود»⁽¹⁾.

ووجه الدلالة من الحديث أنه من قام بذنب يستحق التأديب عليه، فإنه يُؤدّب، فإن كان رفيع القدر، فإنه يُخفف أدبه ويُتجافى عنه، وكذلك من صدر منه ذلك على وجه الفلته ويُظن به أن لا يعود إلى مثلها؛ لأنّ القصد بالتعزير الزجر عن العودة، والمراد بالرفيع من كان من أهل القرآن والعلم والآداب الإسلامية، لا المال والجاه، والمعتبر في الدين الجاهل والجفاء والحماقة، فمن كان من أهل الشر، تُثقل عليه بالأدب لينزجر ويُنجر به⁽²⁾.

3- الإجماع: نقل القرافي الإجماع على أنّ التعزير يسقط بالتوبة⁽³⁾.

الفرع الثالث: من تطبيقات الضابط

1- يُقتل الزنديق وجوباً حدّاً لا كفراً، ولا تُقبل توبته إن ظهر عليه، وتُقبل إن جاء تائباً قبل أن يُظهر عليه⁽⁴⁾.

2- يُقتل الساحر الذي يباشر السحر بنفسه، ولا تقبل توبته بعد أن يُظهر عليه، أما إن جاء تائباً قبل أن يُظهر عليه فتقبل توبته، وتسقط عنه العقوبة⁽⁵⁾.

3- إذا زنى مجنون بعاقلة أو عاقل بمجنونة، فإنه يُحدّ العاقل منهما، ويُعاقب المجنون إذا لم يكن مطبقاً، وكان هذا المجنون في حالة يرده الزجر والأدب⁽⁶⁾.

4- من يجب عليه التعزير أو النكال، وانتهى إلى الإمام، إن كان من أهل العفاف والمروءة وإنما هي زلة منه، تجافى السلطان عن عقوبته، وأما إن عُرف بالأذى، ضربه ونكّل به⁽¹⁾.

(1) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الحدود، باب في الحد يشفع فيه، حديث رقم: 4375، 428/6. قال محققاه شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي: "حديث جيد بطرقه وشواهده".

(2) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 299/2-300.

(3) ينظر: القرافي، الفروق، 181/4.

(4) ينظر: علي بن خلف المنوفي، كفاية الطالب الرباني، 314/2.

(5) ينظر: المصدر نفسه، 314/2.

(6) ينظر: اللخمي، التبصرة، 6166/13.

(1) ينظر: البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، 479/4.

5- إذا شتم رجلٌ غيره، فالعقوبة تختلف بحسب القائل والمقول له، أمن ذوي الفضل والهيئة والشرف في الإسلام أو هو ديني، فإن كان القائل من ذوي الهيئة عوقب عقوبة خفيفة يهان بها ولا يبلغ به السجن، وإن كان من غير ذوي الهيئة عوقب بعقوبة أشد من عقوبة الأول، وقد يبلغ به فيها السجن⁽¹⁾.

6- من أصاب ذنبا دون الحدِّ، ثم جاء تائباً، فتوبته تسقط عنه العقوبة، وليس للسلطان الاعتراض عليه، فالنبي ﷺ لما فهم من المواقع أهله في رمضان الندم على فعله من صورة فزعه وقوله: "احتزقت"، لم يُعاقبه ولم يؤثِّبه، بل أعطاه ما يُكفِّر به⁽²⁾.

7- يؤدب الغال من الغنيمة؛ لأنه فعل معصية، وارتكب كبيرة، واستحق العقوبة، ولا يحرق رحله، ولا يحرم سهمه، وحكمه إن تاب أن يأتي بما غلَّ إلى الوالي فيضعه في المقاسم، وتسقط عنه العقوبة حين أتى به تائباً، فإن جاء به الإمام بعد تفريق الجيش اجتهد الإمام فيه، فإن لم يجد الوالي تصدق به⁽³⁾.

المطلب الثالث: ضابط "العقوبات تتغلظ بتغلظ الجرائم"⁽⁴⁾.

الفرع الأول: من أَلْفَاظ الضابط

- 1- "التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار"⁽⁵⁾.
- 2- "الأدب يتغلظ بالزمان والمكان"⁽¹⁾.
- 3- "تكرّر الجناية يوجب التعليل"⁽²⁾.

(1) ينظر: عليش، منح الجليل، 356/9-357.

(2) ينظر: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 442/8.

(3) ينظر: ابن بزيّة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، 603/1.

(4) هذا اللفظ يجمع عدداً من الضوابط، ولكني لم أجده عند المالكية بهذا اللفظ. ينظر: ابن عقيل، الواضح في أصول الفقه، 186/2.

(5) القراني، الفروق، 183/4.

(1) الخطاب، مواهب الجليل، 320/6.

(2) ابن عاشور، التحرير والتنوير، 144/2.

4- "تغليظ العقوبة بمقدار قوة الخيانة وضعف المذرة"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: معنى الضابط

يجب على الإمام أن يراعي حال الجاني والجاني عليه والجنائية والزمان والمكان؛ لأنّ هاتاه العوامل قد تغيّر في إيقاع العقوبة، فمن عصى الله في الكعبة أخصّ ممن عصاه في الحرم، ومن عصاه في الحرم أخصّ ممن عصاه في مكة، ومن عصاه في مكة أخصّ ممن عصاه خارجها، ورب تعزير في بلاد يكون إكراما في بلد آخر، فحسر الرأس عند قوم ليس هوانا، وعند آخرين هوان، فهذا يحقّق مقاصد الشارع من العقوبة، فإذا نظر القاضي إلى أنّ جريمة لا يُردع فيها إلا بعقوبة غليظة، فعل⁽²⁾.

الفرع الثالث: من أدلة الضابط

1- قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ يُرِدْ فِيهِ بِالْحَكَامِ يُظْلَمِ نُذُقَهُ مِنْ عَذَابِ أَلِيمٍ﴾ [الحج: 25]

ووجه الدلالة من الآية أنّه وَعَجَّلَ رَبُّ أَلِيمِ الْعَذَابِ لمن أُلْحِدَ في الحرم زائدا على عذابه لو أُلْحِدَ في غير الحرم، وقيل: كل ظالم فيه ملحد، والظلم يكون بالذنوب المطلقة بين العبد ونفسه، وبالذنوب المتعدية إلى الخلق، وهو أعظم. وبَيِّنَ أنّ الجنائيات تعظم على قدر عظم الزمان، كالأشهر الحرم، وعلى قدر عظم المكان، كالبلد الحرام، فتكون المعصية معصيتين: إحداها بنفس المخالفة، والثانية بإسقاط حرمة الشهر الحرام، أو البلد الحرام⁽³⁾.

الفرع الرابع: من تطبيقات الضابط

1- لا يُقتل الحرُّ بالمملوك، ولا المسلم بالكافر إذا قتله عمدا، ولا قصاص بينهما في جرح ولا نفس، إلا إذا كان القتل قتل غيلة أو حرابة، فإنّه يُقتل به. وإن قطع يديه ورجليه غيلة، حكم عليه بحكم المحارب⁽¹⁾.

⁽¹⁾ المرجع السابق، 17/5.

⁽²⁾ القرافي، الفروق، 183/4؛ والخطاب، مواهب الجليل، 320/6؛ وابن عاشور، التحرير والتنوير، 144/2؛ 17/5.

⁽³⁾ ينظر: ابن بطال، شرح صحيح البخاري، 510/8؛ وابن العربي، أحكام القرآن، 277/3.

⁽¹⁾ ينظر: البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، 598/4؛ والقنازعي، تفسير الموطأ، 581/2.

- 2- تغلظ الدية في قتل الوالد ولده، وإن علا الوالد⁽¹⁾.
- 3- من جاء معافي في بدنه من الجراح يدعي على رجل ضربا مؤلما، فإن ثبت تعدي المدعي عليه، فيُعزَّر، وإن رأى القاضي حبسه فذلك له على ما يظهر من شناعة ما يثبت عليه⁽²⁾.
- 4- إن درئ القتل عمن قال كلاما كفرتيا، فعليه الأدب والسجن وقوة تعزيره بحسب شناعة مقالته، ومقتضى قبح ما نطق به، ومألوف عاداته لمثله، أو ندوره، وقرينة كلامه أو ندمه على ما
- 5- يُستتاب الداعية إلى البدعة المفرق لجماعة المسلمين، فإن تاب، وإلا قُتل⁽³⁾.
سبق منه⁽⁴⁾.
- 6- من تيقن زندقة رجل فقتله غيلة، فلا حرج عليه ديانة، ولكنه لا يسلم من السلطان إلا بالبينّة على زندقة المقتول؛ وإذا أتى ببينة يزجره ويعزّره الإمام؛ لأنه عاجل به دونه⁽⁵⁾.
- 7- إن عاد السارق للسرقة مرة أخرى بعد قطع يده اليمنى، قُطعت رجله اليسرى، فإن عاد فيده اليسرى، فإن عاد فرجله اليمنى، فإن عاد عُزِّر وحُبس، وعلى خلاف المشهور في المذهب قال أبو مصعب: يُقتل⁽⁶⁾.
- 8- من أخذ من المحاربين وقد قُتل، فإنه يُقتل، ومن أخذ منهم قبل أن يقتل وقد قطع الطريق ولم تطل إخافته وعيائته، فإنه تُقطع يده ورجله من خلاف، ومن أخذ منهم قبل أن يقتل، أو يقطع طريقا، ضُرب ضربا وجيعا، ونُفي إلى بلدة يُسجن فيها حتى تظهر توبته⁽⁷⁾.
- 9- قال بعض العلماء: إذا اشتهر بالشرب يُطاف به ويُشهر أمره، ليرتدع بذلك⁽⁸⁾.

(1) ينظر: سحنون، المدونة، 4/558.

(2) ينظر: التسولي، البهجة في شرح التحفة، 2/617.

(3) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 2/297.

(4) ينظر: القاضي عياض، الشفا بتعريف حقوق المصطفى، 2/525.

(5) ينظر: ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، 14/520.

(6) ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة، 3/1170.

(7) ينظر: القنازعي، تفسير الموطأ، 2/721-722.

(8) ينظر: النفراوي، الفواكه الدواني، 2/213.

- 10- تارك الصلاة غير جاحد لها، بل تكاسلا أو غير ذلك، قال له: صلّ ما دام الوقت باقيا من وقت ظهر عليه، فإن فعل ترك، وإن أبي وامتنع حتى خرج الوقت قُتل⁽¹⁾.
- 11- يُعزّر القاضي من شهد بزور، ويجهتد فيما يعزّره به ممّا يراه زاجرا له عن عوده لمثل شهادة الزور، ومثله عن ارتكابها، ويكون التعزير بحضرة ملاء من الناس مع النداء بأنه شهد بزور وطوّف به في الأسواق والجماعات⁽²⁾.
- 12- يجوز تجريد المعزّر من ثيابه إلا ما يستر عورته وإشهاره في الناس، والنداء عليه بذنبه عند تكرره منه عنه وعدم إقلاعه عنه، ويجوز حلق شعره إلا لحيته، ويجوز تسويد وجهه⁽³⁾.
- 13- لا يُزاد عن الحدّ لأيّ سبب كان، فلا تغلظ الدية في الشهر الحرام، ولا على من قتل خطأ في الحرم، ولكن ما كان من باب التعزير فيُزاد فيه مراعاة لحرمة الزمان والمكان والمقام⁽⁴⁾.
- 14- يجوز للحاكم أن يجاوز الحدود في التعزير، ويجوز أن يبلغ بالتعزير القتل على قول، فيقتل الجاسوس المسلم إذا كان يتجسس بالعدو⁽⁵⁾.

(1) ينظر: القاضي عبد الوهاب، عيون المسائل، ص 161.

(2) ينظر: عليش، منح الجليل، 302/8.

(3) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 299/2.

(4) ينظر: ابن ناجي التنوخي، شرح الرسالة، 289/1.

(5) ينظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، 297/2.

الخاتمة

بعد هذا العمل المضني الممتع الذي يتعلق بالقواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للفقه الجنائي عند المالكية، أصلُ إلى نهاية البحث مسجلاً أهمّ النتائج التي توصلتُ إليها من خلاله، مرفقاً إياها ببعض الاقتراحات والتوصيات التي أرى أنها تزيد في خدمة موضوعه:

أولاً- أهم النتائج:

1- لم يفرّق الفقهاء القدامى بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي في الاستعمال الاصطلاحي، بل التفریق كان من صنيع المتأخرين.

2- من القواعد الفقهية ما هو محلّ اتفاق بين الفقهاء، ومنه ما هو مختلف فيه، وغالبا ما تُصاغ القاعدة المُختلف فيها بصياغة استفهامية، ربما يصحّ تسميتها ب: "الهلّيات الفقهية" قياساً على "الكليّات الفقهية".

3- لقد كان إسهام المالكية في مجال التقييد الفقهي نوعياً، فقد كان لهم شرف السبق التاريخي مع الحنفية في التأليف في هذا العلم، وكانوا الأضبط في تعريف القاعدة وتمييزها عن غيرها، وكانوا الأغزر من حيث عدد القواعد، والتفريع والتطبيق للقواعد في كتب التقييد، وكثرة المؤلفات في القواعد الفقهية.

4- استقرت القواعد الفقهية ورسخت فكرتها عند الأقدمين في غضون المراحل الأولى، قبل أن تُعرف تلك العبارات على أنّها قواعد فقهية، وفق المصطلح المتعارف عليه في الفترات اللاحقة.

5- لقد جرى على ألسنة المتقدمين من القواعد ما يقرب من القواعد المتداولة في القرون المتأخرة، ولا سيما بعض ما ذكرته عن الإمام مالك وتلاميذه؛ فهي تقريبا القواعد المعهودة لدينا في أساليبها وصيغها.

6- القواعد والضوابط الفقهية الواردة في البحث مستندة إلى الأدلة الشرعية النقلية أو العقلية المعتمدة عند المالكية، وإن كانت تتباين هذه القواعد في غزارة الأدلة وتنوعها.

7- سادتنا من العلماء المالكية قد أعملوا وطبقوا القواعد الفقهية في شتى أبواب الفقه الجنائي دون استثناء.

8- يمكن القول إنّ أئمة المالكية استطاعوا الربط بين القواعد والضوابط الفقهية وفروع الفقه الجنائي ربطاً جيداً محكماً.

9- مصطلح "الفقه الجنائي" لم يكن معهوداً عند القدامى، بل هو حادث بسبب تأثر الفقهاء المتأخرين بالدراسات القانونية.

ثانياً- أهم التوصيات:

1- البحث في تطبيقات القواعد والضوابط الفقهية عند المالكية بصفة تخصصية في أبواب الفقه الأخرى؛ حتى يتسنى تععيد الفقه المالكي كلّهُ.

2- ضرورة اعتماد المتصدّرين للتدريس منهج التععيد الفقهي قدر الإمكان، قصد تربية الملكة الفقهية عند المتعلمين.

3- ربط الأحكام الشرعية للمستجدات الفقهية عموماً وللمستجدات الجنائية خصوصاً بقواعد الفقه وضوابطه.

4- إعداد موسوعة قواعدية مقارنة بين المذهبين المالكي والإباضي، مع التفريع والتطبيق من كتب المذهبين؛ لأنهما يشكّلان النسيج الفقهي للمجتمع الجزائري.

5- الرجوع إلى تطبيق الفقه الجنائي الإسلامي، إذ هو الذي يكفل تحقيق الحماية الأكثر فعالية للمجتمع مما يحققه التنظيم الوضعي الجنائي.

وأخيراً، هذا ما وُفِّقت إلى كتابته، وهُديت إلى تحريره؛ فما كان فيه من صواب وجودة فمن الله وحده، ثمّ من إعانات وتوجيهات الأفاضل خاصة سيدي المشرف أ.د/ مصطفى باجو، وما كان فيه من خطأ أو نقص فمن نفسي ومن الشيطان.

هذا، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين، والحمد لله ربّ العالمين.

الفهارس

1- فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	رقم الآية	اسم السورة	الآية
226	16	البقرة	أُولَئِكَ الَّذِينَ اشْتَرُوا الضَّلَالَةَ بِالْهُدَىٰ
14	43		وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ
260	85-84		وَإِذْ أَخَذْنَا مِيثَاقَكُمْ لَا تَسْفِكُونَ دِمَاءَكُمْ
118	102		وَيَنْعَمُونَ مَا يَصُرُّهُمْ وَلَا يَنْفَعُهُمْ
158	115		وَاللَّهُ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ فَأَيْنَمَا تُولَّوْا فَشَمَّ وَجْهُ اللَّهِ
3	127		وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ
104	173		فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ
168	177		لَيْسَ الْبِرُّ أَنْ تُولَّوْا وُجُوهَكُمْ قِبَلَ الْمَشْرِقِ وَالْمَغْرِبِ
247	178		يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ
97	185		يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ
247	194		الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَتُ قِصَاصٌ
233			
251	194		فَمَنْ إِعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ
261	195		وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ
199	196		فَإِذَا أَمِنْتُمْ مِنْ تَمَنَعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ
127			
194	219		يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ
115	231		وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيُنَّ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ
115	233		وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ

136	233		وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۝
137	236		وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْوَسْعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرَهُ.
137	241		وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۝ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ۝
6	275		وَحَرَّمَ الرِّبَا
166	280		وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ
115	282		وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ
82	77	آل عمران	إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا
158	199		وَإِنَّ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ لَمَنْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ
116	5		وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا
116	12		مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ غَيْرِ مُضَارٍّ
173	17		إِنَّمَا التَّوْبَةُ لِلَّذِينَ يَعْمَلُونَ السُّوءَ بِجَهَالَةٍ
99	29	النساء	يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَاكُلُوا أَمْوَالَكُمْ
260	29		وَلَا تُقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ اللَّهُ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا
108	43		يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَىٰ
221	92		وَمَا كَانَتْ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَا
65	114		وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ آيْتًا مَرَّضَاتٍ لِّلَّهِ
103	3	المائدة	فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرِ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ
198	6		وَإِنْ كُنْتُمْ مَرَضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ
277	38		وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا
246	45		وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ
218	63		لَوْلَا يَنْبَهُهُمْ الرَّاكِبُونَ وَالْأَحْبَارُ عَنْ قَوْلِهِمُ الْإِثْمَ

218	79		يَتَنَاهَوْنَ عَنْ مُنْكَرِ فَعْلُوهُ
94	89		لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ
136	89		فَكَفَّرْتَهُمْ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ
89	96		أَحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَلِلسَّيْرَةِ
77	116	الأنعام	وَإِنْ تَطَعِ أَكْثَرُ مَنْ فِي الْأَرْضِ يُضِلُّوكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ
102	119		وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ
102	145		قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ
177			قُلْ أَغْيَرَ اللَّهُ بَنِي رَبِّا وَهُوَ رَبُّ كُلِّ شَيْءٍ
263	164		
95	157		وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ
135	199	الأعراف	خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ
90	67	الأنفال	مَا كَانَتْ لِنَبِيِّ أَنْ يُكُونَ لَهُ أُسْرَى حَتَّى يُثَخِّنَ فِي الْأَرْضِ
90	43		عَفَا لِمَ أذْنَتَ لَهُمْ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكَ الَّذِينَ صَدَقُوا
5	122	التوبة	فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا
77	36	يونس	وَمَا يَنْبَغُ أَكْثَرُهُمْ إِلَّا ظَنًّا إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا
65	15	هود	مَنْ كَانَ يُرِيدُ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا
179	1		أَتَى أَمْرُ اللَّهِ فَلَا تَسْتَعْجِلُوهُ
179	98		فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ
97	106	النحل	مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ
231	126		وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ
6			
157	15	الإسراء	وَلَا تُزِرُّ وَازِرَةً وَزَرَ أُخْرَى

161	32		وَلَا تَقْرَبُوا الرِّبِّيَّ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا
288	25	الحج	وَمَنْ يُرِدْ فِيهِ بِالْحَكَامِ يُظْلَمِ نُدْقَهُ مِنْ عَذَابِ الْيَمِّ
95	78		وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ
258	6-5	المؤمنون	وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ
98	33	النور	وَلَا تُكْرَهُوا فَنِيَّتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ
71	36	الأحزاب	وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ
231	40	الشورى	وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا
116	9	الحجرات	فَإِنْ بَعَثَ إِحْدَهُمَا عَلَى الْأُخْرَى
3	17	ق	إِذْ يَنْفَقَى الَّتَلْفِيقِينَ عَنِ الْيَمِينِ وَعَنِ الشِّمَالِ قَعِيدٌ
106	32	النجم	الَّذِينَ يَحْتَسِبُونَ كَثِيرَ الْأَثَرِ وَالْفَوَاحِشَ إِلَّا اللَّئِمَّ
107	32		إِنَّ رَبَّكَ وَسِعَ الْمَغْفِرَةَ
263	38		أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى
160	9	الجمعة	يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ
179	2	الطلاق	فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ
114	6		أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ
64	5	البينة	وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ

2- فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	طرف الحديث
149	أبك جنون... فهل أحصنت... اذهبوا به فارجموه
264	ابنك هذا؟ قال: إي ورب الكعبة، قال: حقا؟
96	أحب الدين إلى الله الحنيفية السمحة
268	ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم
179	إذا أتى أحدكم الخلاء فليقل: اللهم إني أعوذ بك من الخبث والخبائث
203	إذا أمسك الرجل الرجل، وقتله الآخر، يقتل الذي قتل ويجبس الذي أمسك
76-74	إذا شك أحدكم في صلاته فلا يدري كم صلى
106	إِذَا طَهَّرْتَ فَأَغْسِلِيهِ، ثُمَّ صَلِّي فِيهِ
169	ارجع فصل، فإنك لم تصل
283	اشفَعُوا تَوْجَرُوا، ويقضي الله على لسان نبيه ﷺ ما شاء
138	اعرف وكاءها، أو قال وعاءها، وعفاصها، ثم عرفها سنة
284	أفيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود
117	إلا أن تروا كفرا بواحا عندكم من الله فيه برهان
85	ألقوها وما حولها وكلوه
186	ألك بينة... فلك يمينه
211	أما إنه قد صدقك وهو كذوب، تعلم من تخاطب منذ ثلاث ليال يا أبا هريرة؟
247-230	أمر به رسول الله ﷺ أن يُرَضَّ رأسه بالحجارة
279	إن أثقل صلاة على المنافقين صلاة العشاء، وصلاة الفجر
93	إنّ الدين يسر، ولن يشادّ الدين أحد إلا غلبه
155	إن الذي حرّم شرّها حرّم بيعها
113	إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة

الفهارس

96	إن الله وضع عن أمّتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه
205-134	أنّ على أهل الحوائط حفظها بالنهار، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن
125	إن قومك قصرت بهم النفقة
154	إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس
120	إنا قد بايعناك فارجع
165	أنظرت إليها؟... فاذهب فانظر إليها، فإن في أعين الأنصار شيئاً
65	إنّك لن تنفق نفقةً تبغي بها وجه الله إلا أُجرتَ عليها
63-27	إنما الأعمال بالنيات
88	إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي
125	إياكم والجلوس على الطرقات
257	بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم
113	بعني عذقك الذي في حائط فلان
187	بيّنتك أو يمينه
214	ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة، ولا ينظر إليهم... ورجل منع فضل ماء
76	ثم لا ينفتل -أو لا ينصرف- حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً
279-237	حبس رجلاً في تهمّة ثم حلّى عنه
133	خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف
64	الخيل لثلاثة: لرجل أجّر، ولرجل ستر، وعلى رجل وزرّ
181	دخلت العمرة في الحج
124	دعوني ما تركتكم، إنما هلك من كان قبلكم بسؤالهم
147-143	رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ
178	سدّدوا وقاربوا، وأبشروا، فإنه لن يدخل الجنة أحداً عملهُ
196	صلّ قائماً، فإن لم تستطع فقاعداً، فإن لم تستطع فعلى جنب
204	على اليد ما أخذت حتى تؤديه

257	فإنّ دماءكم، وأموالكم، وأعراضكم، بينكم حرام، كحرمة يومكم هذا
69	فإنّا أخذوها وشطر ماله
211	فلا تُعطه مالك
138	قضى أن اليمين على المدعى عليه
183	كُلوه إن شئتم، فإنّ ذكاه الجنين ذكاه أمه
237	لا تجوز شهادة خائنٍ، ولا خائنة، ولا ذي غميرٍ على أخيه
254	لا تعجل، حتى يبرأ جرحك
236	لا تعجلي حتى أنصرف معك
274	لا تُقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعدا
120	لا تلقوا الركبان للبيع، ولا يبع بعضكم على بيع بعض
70	لا تنكح الأيم حتى تستأمر
113	لا ضرر ولا ضرار
205	لا ضمان على مؤتمن
97	لا طلاق، ولا عتاق في إغلاق
120	لا عدوى ولا طيرة، ولا هامة ولا صفر
256	لا يحلّ دم امرئ مسلم، يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله
164	لا يحل الكذب إلا في ثلاث: يحدث الرجل امرأته ليرضيها
254	لا يُستقاد من الجرح حتى يبرأ
120	لا يوردنّ ممرض على مصحّ
232	لعلك قبّلت، أو غمزت، أو نظرت
208	اللهم إني أبرأ إليك مما صنع خالد بن الوليد
79	لو يعطى الناس بدعواهم لذهب دماء قوم وأموالهم
79	لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم،
49	ليس لقاتل شيء

الفهارس

164	ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس، فينمي خيرا، أو يقول خيرا
233	ما إخالك سرقت
104	ما أسكر كثيره فقليله حرام
151	ما يقول ذو اليمين؟
215	المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده
243	المسلمون تتكافأ دماؤهم: يسعى بدمتهم أذناهم، ويجير عليهم أقصاهم
120	من احتكر فهو خاطئ
120	من أكل من هذه الشجرة، فلا يقرب مساجدنا
159	من جلس مجلسا ينتظر الصلاة، فهو في صلاة حتى يصلي
220	من حلف على يمين، فرأى غيرها خيرا منها، فليأتها، وليكفر عن يمينه
220	من حلف على يمين، فرأى غيرها خيرا منها، فليكفر عن يمينه، وليفعل
65	من قام رمضان إيمانا واحتسابا غُفر له ما تقدم من ذنبه
162	من نذر أن يعصي الله فلا يعصه
150	من نسي صلاة، أو نام عنها، فكفارتها أن يصليها إذا ذكرها
178	مولى القوم من أنفسهم
142	نعم، ولك أجر
101	هل عندك غنى يُغنيك؟
235	هَلَّا تَرَكْتُمُوهُ لَعَلَّه يَتُوبُ فَيَتُوبَ اللَّهُ عَلَيْهِ
272	واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها
134	الوزنُ وزنُ أهلِ مكة، والمكيالُ مكيالُ أهلِ المدينة
251	وفي الأنف إذا أوعي جدعا مائة من الإبل
181	وقد دخلت العمرة في الحجّ إلى يوم القيامة
173	الولد للفراس، وللعاهر الحجر

3- فهرس آثار الصحابة ﷺ

الصفحة	صاحبه	الأثر
233	أبو الدرداء	أُتِي بِجارية سوداء سرقت، فقال لها: «سرقت؟»
266	عبد الله بن مسعود	ادروا الجلد والقتل عن المسلمين ما استطعتم
89	عبد الله بن مسعود	أفتى رجلا بجلّ أمّ امرأته التي فارقتها قبل الدخول
104	عرفجة بن أسعد	أصيب أنفي يوم الكلاب في الجاهلية
49	عمرو بن شعيب	أنّ رجلا من بني مدلج يقال له قتادة، حذف ابنه بالسيف
274	عبد الله بن عمر	أن رسول الله ﷺ قطع سارقا في مجنّ قيمته ثلاثة دراهم
274	عمرة بنت عبد الرحمن	أنّ سارقا سرق في زمان عثمان ؓ أُتْرِجَّة فَأمر بها عثمان
105	عبد الله بن عباس	إنّما نهي رسول الله ﷺ عن الثوب المصمّت من الحرير
250	عوف	رُمي رجلٌ بحجر في رأسه فذهب سمعه، ولسانه، وعقله
89	عبد الرحمن بن أبي هريرة	سأل عبد الله بن عمر، عمّا لفظ البحر
83	أبو سلمة بن عبد الرحمن ابن عوف	طلّق امرأته البتّة وهو مريض، فورثها عثمان بن عفان ؓ منه بعد انقضاء عدّتها
205	أنس بن مالك	غرمه بضاعة كانت معه فسرقت، أو ضاعت
233	أبو بكر الصديق وعمر ابن الخطاب	قالوا للسارق: «أسرقت؟». قال: «لا»
94	عائشة أم المؤمنين	كان رسول الله ﷺ إذا أمرهم، أمرهم من الأعمال بما
237	عمر بن الخطاب	لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين
269	عمر بن الخطاب	لا يُقطع في عِدق، ولا عام السنّة
114	أبو هريرة	لا يمنعن أحدكم جاره أن يغرز خشبه على جداره
89	عمر بن الخطاب	لا يمنعنك قضاء قضيتته، ثم راجعت فيه نفسك،

الفهارس

233	علي بن أبي طالب	لعلك استكرهت
85	عمر بن الخطاب	لقد احتلمت، وما شعرت، ولقد سلط عليّ الاحتلام
266	عمر بن الخطاب	لئن أعطلّ الحدود بالشبهات أحبُّ إليّ من أن
105	عمر بن الخطاب	نهي نبيُّ الله ﷺ عن لبس الحرير إلا موضع إصبعين
69	عمر بن الخطاب	وأيّم الله، لتراجعنّ نساءك، ولتراجعنّ في مالك

4- فهرس القواعد والضوابط الفقهية

الصفحة	القاعدة أو الضابط
182	الأتباع هل يعطى لها حكم متبوعاتها أو حكم أنفسها؟
71	الأحكام إنما تدور على المقاصد ولو خالفت الألفاظ
131	الأحكام تجري على العادة
131	الأحكام تدور مع الأعراف ومقاصد الناس
172	اختلف المالكية في الموجود حكما هل هو كالموجود حقيقة أو لا؟
182	اختلفوا في كون الأتباع مقصودة أو لا؟
194	الأخذ بالبدل لا يجوز إلا مع عدم القدرة على المبدل
285	الأدب يتغلظ بالزمان والمكان
200	إذا اجتمع التسبب والمباشرة اعتبرت المباشرة دونه
200	إذا اجتمع التسبب والمباشرة غلبت المباشرة
200	إذا اجتمع السبب والمباشرة اعتبرت المباشرة دونه
119	إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر
22	إذا استقام الفعل فلا يضره القول، وإن لم يستقم الفعل فلا ينفعه القول
22	إذا بطل بعض الصفقة، بطلت كلها
160	إذا تبين عدم إفضاء الوسيلة إلى المقصود بطل اعتبارها
186	إذا تعارض الأصل والغالب قُدّم الغالب
186	إذا تعارض الأصل والغالب، فالحكم للغالب
186	إذا تعارض الأصل والغالب، فالعمل على الغالب
119	إذا تقابل مكروهان أو محظوران أو ضرران ولم يمكن الخروج عنهما وجب ارتكاب أخفهما
265	إذا حصلت الشبهة، سقطت الحدود
265	إذا حصلت الشبهة، سقطت الحدود

188	إذا دار الشيء بين الغالب والنادر فإنه يلحق بالغالب
210	إذن المأذون له شرعا أن يأذن مسقط للضمان
186	استصحاب الأصل ما لم يعارضه غالب
219	إسقاط الحق قبل وجوبه أصل مختلف فيه
219	إسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح
219	إسقاط الشيء قبل ثبوته لا يسقطه
219	إسقاط الشيء قبل وجوبه لا يصح
180	الأصغر هل يندرج في الأكبر أم لا؟
180	الأصغر يدخل تحت الأكبر
188	الأصل اعتبار الغالب وتقديمه على النادر
260	الأصل ألا يحمل أحد جناية غيره
149	الأصل ألا يسقط الوجوب بالنسيان
119	أصل الشريعة القضاء للعامة على الخاصة
68	أصل المذهب المعاملة بنقيض القصد الفاسد
152	الأصل أن الجهل لا يجدي خيرا ولا يكون عذرا
149	الأصل أن الواجب لا يسقط مع النسيان
78	الأصل براءة الذمة
82	الأصل بقاء الأشياء على ما كانت عليه حتى يدل دليل على خلافه
82	الأصل بقاء الشيء لمن هو في يده إلا بدليل
82	الأصل بقاء ما كان على حاله
82	الأصل بقاء ما كان على ما كان
82	الأصل في كل أصل تحقق بقائه على ما كان
84	الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن
260	الأصل كان ألا يحمل أحد جناية أحد وأن تكون جنائته عليه في ماله عمدا

الفهارس

	كانت أو خطأ
260	الأصل كان ألا يحمل أحد جناية غيره من دم ولا مال
192	الأصل لا يجتمع مع البدل
193	الأصل لا يجتمع مع البدل
269	اعتبار الحدود بحال وجوبها دون حال استيفائها
269	الاعتبار بالحدود حال وجوبها لا حال استيفائها
242	الاعتبار في وجوب القصاص تكافؤ الدماء
170	إعطاء المتقدم حكم المتأخر والمتأخر حكم المتقدم
170	إعطاء المعدوم حكم الموجود
170	إعطاء الموجود حكم المعدوم، والمعدوم حكم الموجود
119	أعظم المكروهين أولاهما بالترك
182	الأقل يتبع الأكثر
95	الإكراه مسقط لاعتبار الأسباب
27	الألفاظ إذا كانت نصوصاً في شيء غير مترددة لم تحتج إلى نية لانصرافها بصراحتهامدلولها وإن كانت كناية أو مشتركة مترددة افتقرت إلى نية
71	الألفاظ والعقود إنما ترتبط بالمقاصد والنيات
207	الأموال الخطأ فيها مساو للعمد في ترتب الغرم في إتلافها
207	الأموال تضمن بالعمد والخطأ
62	الأموال بمقاصدها
204	الأمين يضمن إذا فرط
176	أن الشيء لا يثبت حكمه قبل وجوده
246	إن تعذرت المماثلة لم يجب القود
210	إن فعل الجائز فتولد عنه هلاك أو فساد فلا ضمان
246	إن لم تتحقق المماثلة في القصاص لا يُقتصر

الفهارس

23	إنما الشفعة فيما يصلح أنه ينقسم وتقع فيه الحدود من الأرض
71	إنما تحمل الألفاظ على المقاصد
22	إنما يُنظر في البيوع إلى الفعل ولا يُنظر إلى القول، فإن قبح القول وحسن الفعل، فلا بأس به، وإن قبح الفعل وحسن القول، لم يصلح.
123	الاهتمام بدفع المفسدة أشد من الاهتمام بحصول المصالح
194	البدل إنما يكون للعجز عن المبدل
194	البدل لا يفعل إلا عند تعذر المبدل
194	البدل لا يفيد العمل مع وجود الأصل
194	البدل لا يؤتى به إلا عند العجز عن المبدل
192	البدل والمبدل منه لا يجتمعان
141	البلوغ شرط في صحة التكليف
182	التابع يعطى حكم متبوعه
214	الترك فعل
214	الترك هل هو كالفعل أم لا
265	تسقط الحدود بالشبهات
28	التصرفات إذا كانت دائرة بين جهات شتى لا تنصرف لأحدها إلا بنية
282	التعزير اليسير يسقط لعدم تأثيره، والكثير يسقط لعدم موجهه
282	التعزير قد يسقط
285	التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار
282	التعزير يسقط بالتوبة بخلاف الحدود إلا الحرابة
282	التعزير يسقط لعدم تأثيره
285	تغليظ العقوبة بمقدار قوة الخيانة وضعف المعذرة
229	تقدير العقوبات بقدر الجنایات
242	تكافؤ الدماء معتبر في القصاص

285	تكزّر الجناية يوجب التغليظ
224	التمادي على الشيء هل يكون كابتدائه في الحكم أم لا؟
224	التمادي على الفعل هل يجعل كابتدائه؟
235	التهمة تقدر في التصرفات إجماعاً من حيث الجملة
235	التهمة قاذحة في التصرفات على الغير إجماعاً
145	الجنون عذر
145	الجنون والإغماء يمنع التكليف
145	الجنون يُسقط التكليف
152	الجهل هل ينتهض عذراً أو لا؟
271	الحد الأصغر ينطوي في الحد الأكبر
271	الحدود تتداخل بل تندرج في الأقوى منها
265	الحدود تدرأ بالشبهات
265	الحدود في الأصل مدروءة بالشبهات
265	الحدود لا تقام بالشبهات بل تدرأ بها
22	الحرام البيّن من الربا وغيره يردُّ إلى أهله أبداً
176	الحريم له حكم ما هو حريم له
232	حق الله يلزم بالثبوت على الإقرار به، ويسقط بالرجوع عنه، وحق الآدمي لا يسقط بالرجوع عنه
28	الحقوق إذا تعينت لمستحقها كالدين المنفرد فانه يتعين لربه بغير نية
188	الحكم للغالب
188	الحمل على الغالب واجب
179	الحياة المستعارة كالعدم على الأصح
235	حيث ظهرت التهمة بطلت الحجة
207	الخطأ في الإلتلاف كالعمد

123	درء المفاسد مقدم على جلب المصالح
239	الدعوى هل تتبعض أو لا؟
109	دفع الضرر عن النفس واجب
109	دفع الضرر واجب
123	دفع المفاسد أهم من تحصيل المصالح
123	دفع المفسدة مقدم على جلب المصلحة
224	الدوام على الشيء هل هو كابتدائه أم لا؟
224	الدوام على الشيء هل هو كالاتداء أم لا؟
249	الدية إنما وجبت على الجاني في الأعضاء السالمة لكونه أتلف منافعها المقصودة منها
78	الذمة إذا عُمرت بيقين فلا تبرأ إلا بيقين
78	الذمة بريئة إلا بيقين
78	الذمة بريئة إلا بيقين أو حجة
78	الذمة بريئة فلا يثبت فيها شيء إلا بيقين
78	الذمة بريئة لا يثبت فيها شيء إلا بما لا مدفع فيه
78	الذمة على البراءة
249	ذهاب المنفعة المقصودة من العين كذهاب العين جملة
109	رفع الضرر واجب
253	سراية الجناية مضمونة
214	الشارع جعل الترك سببا في الضمان
265	الشبهات تسقط الحدود
23	شرط الضمان في القراض باطل
141	الصبي خالٍ عن شرط التكليف
145	الصبي في ندم الضمان كالبالغ

141	الصبيُّ ليس أهلاً للتكليف بالتحريم والإلزام
141	الصبيُّ ناقصٌ عن بلوغ التكليف
109	الضرر يزال
98	الضرورات تبيح المحظورات
98	الضرورات تنقل المحذور إلى حال المباح
99	الضرورة ترفع التحريم
188	الظن الغالب ينزل منزلة التحقيق
137	العادة كالشاهد الواحد أو كالشاهدين؟
131	العادة محكمة
194	العدل إلى البدل عن الأصل لا يصح إلا عند العجز عن كمال الأصل
131	العرف سنة محكوم بها
137	العرف يقوم مقام الشاهد
229	عظم العقوبة يتبع عظم الجناية
285	العقوبات تتغلّظ بتغلّظ الجرائم
229	العقوبة تكون بقدر الجناية
87	العلم ينقضُ الظنَّ، لأنه الأصل، وإنما جاز الظن عند تعذره؛ فإذا وُجدَ على خلافه بطل
204	على اليد ما أخذت حتى تؤديه
141	عمد الصبي خطأ
207	العمد والخطأ في ضمان المتلفات سواء
99	عند الضرورات تباح المحظورات
7	الغالب كالمحقق
188	الغالب كالمحقق
188	الغالب مساو للمحقق في الحكم

188	الغالب يجري مجرى اليقين
145	فعل المجنون ليس بفعل
194	القدرة على الأصل تمنع تمام البدل
27	القربات التي لا لبس فيها لا تحتاج إلى نيّة
246	القصاص في الجراح مبني على أن المماثلة
242	القصاص مبني على تكافؤ الدماء وتساويها في الحرمة
26	القضاء يجري على الغائب كما يجري على الحاضر
273	القطع في كل متموّل يجوز بيعه وأخذ العوض فيه
176	قياس مقارب الشيء به
22	كل بيع حرام لا يُقرُّ على حال
160	كل تصرف قاصر عن تحصيل مقصوده لا يشرع، ويطل إن وقع
160	كلّ تصرف كان من العقود كالبيع أو غير العقود كالتعزيرات، وهو لا يحصل مقصوده فإنّه لا يشرع ويطل إن وقع
160	كلّ تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يُشرع
260	كلُّ جانٍ جنائيته عليه، إلا ما قام بخلافه الدليل الذي لا معارض له
24	كلُّ جانٍ فماله في جنائيته إلا الحر
24	كلُّ جرح عمد - وإن برئ - فلا بد من القود منه
24	كلُّ جرح فيه قصاص فإنه يقتض فيه بشاهد وبمين الطالب؛ لأن الجراح لا قسامة فيها
232	كل حد يثبت بالإقرار، ويسقط بالرجوع عنه، فالنسب ثابت منه، وكل حد لازم بالرجوع عنه فالنسب معه غير ثابت
87	كل حكم خالف النص أو الإجماع أو كان من غير دليل، أو أخطأ المذهب المقصود، وقيل: أو القواعد أو القياس الجلي؛ فإنه يفسخ، وإلا فلا، إلا أنّه ينقض ما ظهر خطؤه من أحكام نفسه

160	كل سبب لا يحصل مقصوده لا يشرع
24	كلُّ شهادة رَدَّها مثلُها فهي باطل
22	كل شيء أعطيته إلى أجل، فَرُدَّ إليك مثله وزيادةً، فهو ربا
22	كلُّ شيء جاز بيعه، فلا بأس أن يُستأجر به
82	كل شيء على أصله حتى يتبيّن فيه غير ذلك
23	كل شيء قضى به القاضي ثم رجعا (أي: الشاهدين) عن شهادتهما فيه، فالقضاء نافذ ولا يُرَدُّ
26	كل صفقة انعقدت على ظاهر الصحة والسلامة، ثم تبين فيها وجه لو يعاملا عليه لم يجز البيع، فلا يجوز أن يتراضيا بتنفيذ ذلك الوجه الذي لا يحل التعامل فيه
26	كل صفقة جمعت حلالا وحراما فهي كلها حرام
22	كل صفقة وقعت بحلال وحرام، بطلت الصفقة كلها
249	كل عضو فيه جنس منفعة كاملة وجمال ظاهر، فإنّ الدية تجب بإتلافه، ومنافع هذه الأعضاء الظاهرة مقصودة كاملة
25	كل فرض معين لا يشترط تبييته
26	كل ما حكم به القاضي العدل من مذهب من رآه صوابا مما اختلف الناس فيه فهو نافذ
25	كل ما عضّ إذا ما أخذ، فلا يُؤكل
24	كلُّ ما لم يذكر الله سبحانه فيه التتابع، فإنّ فرقته أجزاءه، وبئس ما صنع
24	كلُّ ما لو نقب منه وصل إلى الدماغ، فهو من الرأس
25	كل ما يتدئ القاضي السؤال عنه أو الكشف عن الأمور، فله أن يقبل قول الواحد وما لن يتدئ به هو، وإنما يتدأ به إليه في ظاهر أو باطن، فلا بد من شاهدين فيه
24	كلُّ ما يصلح من هذا أن يُباع منه اثنان بواحد إلى أجل، فلا يُضم مع

الفهارس

	الصف الآخر في القسم؛ لأنهما صنفان، وكل ما لا يُباع بالآخر اثنان بواحد إلى أجل، فهو كصنف واحد ويُجمع في القسم
25	كل مطلقة لا يملك زوجها رجعتها إلا بقول وفعل، فلا نفقة لها عليه حتى ترجع
23	كل مقارض أو مُساقٍ، فلا ينبغي له أن يستثنى من المال ولا من النخل شيئاً دون صاحبه
210	كل من فعل ما يجوز له فعله فتولد منه تلف لم يضمن
25	كل من مات أو قتل أو ضلّ أو فلّ، فقد وجب له السهم بالإدراج
26	كل موضع يجوز فيه القضاء باليمين مع الشاهد، فشهادة النساء فيه جائزة
23	كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه، فالخلع فيه مردود، ويردّ عليها ما أخذ منها
109	لا ضرر ولا ضرار
210	لا ضمان على من فعل ما يجوز له
87	لا عبرة بالظن البين خطؤه
87	لا عبرة بالظن المتبين خطؤه
256	لا يباح بالإباحة الدماء والأبضاع
23	لا يباع شيء من الطعام والأدم، إذا كان من صنف واحد: اثنان بواحد
176	لا يثبت حكم الشيء قبل وجوده
192	لا يجتمع الأصل والبدل إلا بدليل
195-192	لا يجتمع الأصل والبدل في فعل واحد
116	لا يرفع ضرر بضرر
116	لا يزال الضرر بضرر
74	لا يزول حكم الاعتقاد بطرو الشك
149	لا يسقط الوجوب بالنسيان إلا إذا ضعُف مُدرُّكُه

116	لا يُضَرَّ بأحد لينتفع غيره
23	لا يكون الجزاف في شيء مما يُعدُّ عدًّا
260	لا يلزم الجاني إلا جنائته، لا جنائته غيره
74	لا يُنتقل عن اليقين بالشك
260	لا يؤخذ أحد بجرم أحد
260	لا يؤخذ أحد بجنائة غيره
235	للتهمة تأثير في الأحكام
235	للتهمة تأثير في الشرع
158	للسائل حكم المقاصد
158	ما أدى إلى الواجب واجب، وما أدى إلى الحرام حرام
24	ما برئ من جراح في الخطأ، فلا شيء فيه، إلا في الجراح الأربعة
210	ما تولد عن المأذون فيه فلا شيء فيه
87	ما ظاهره حق فعلم عكسه، وهو بطلان الباطن، هل يغلب الظاهر أو الباطن
175	ما قارب الشيء له حكمه
175	ما قارب الشيء مثله
175	ما قارب الشيء هل يعطى حكمه أم لا؟
7	ما قارب من الشيء يعطى حكمه
176	ما قرب فله حكم الاتصال
175	ما قرب من الشيء هل له حكمه أم لا؟
161	ما لا يترتب عليه مقصوده لا يشرع
24	ما لا يستفاد منها، فالعمد فيه والخطأ سواء
103	ما لا يمكن الاحتراز منه فمعموٌّ عنه
278	ما ليس فيه حدّ من المعاصي ففيه التعزير الاجتهاد
246	ما يعظم الخطر فيه على النفس ويخاف التلف بالقصاص منه، فلا قصاص فيه

الفهارس

200	المباشر مقدم على المتسبب إذا ضعف السبب
200	المباشر مقدم على المتسبب إذا ضعف السبب، وأما إذا قوي السبب، فإن الضمان عليهما
175	المتوقع هل يجعل كالواقع؟
168	المحظور شرعا كالمعدوم حسا
221	المخير بين شيئين، هل يعد مختارا لما ترك أم لا؟
235	مراعاة التهمة أصل يبني الشرع عليه
131	مسائل الفقه يجري الحكم فيها على مقصود أهل العرف
175	المشرف على الزوال هل يعطى حكم الزائل؟
92	المشقة تجلب التيسير
92	المشقة توجب الترخص
92	المشقة سبب الترخص
92	المشقة مظنة الرخصة
168	المعدوم شرعا كالمعدوم حسا
168	المعدوم شرعا كالمعدوم حقيقة
168	المعدوم شرعا هل هو كالمعدوم حسا أم لا؟
170	المعدوم ينزل منزلة الموجود
204	المقرّط ضامن لما ذهب بتفريطه
71	مقاصد الألفاظ أصلٌ يُرجع إليه
29	المقاصد من الأعيان في العقود إذا كانت متعينة استغنت عما يعينها
246	المماثلة في القصاص مرعية
246	المماثلة في القصاص معتبرة
68	من أصول المالكية المعاملة بنقيض المقصود الفاسد
68	من الأصول المعاملة بنقيض المقصود الفاسد

الفهارس

221	من خَيْرَ بين شيئين فاختار أحدهما هل يعدّ كالمنتقل أم لا؟
221	من خَيْرَ بين شيئين لا يُعدّ منتقلا
221	من خير بين شيئين هل يعد منتقلا أو أخذما ما وجب له؟
222	من خَيْرَ بين شيئين يُعدّ منتقلا
221	من خَيْرَ بين شيئين، عدولُهُ عن أحدهما إلى الآخر لا يجوز
221	من خَيْرَ بين شيئين، فلا يقدر اختيارُهُ لأحدهما رجوعا إليه بعد أن اختار الآخر
221	من خَيْرَ بين شيئين، هل يقدر أنّه مالك لما قدر أن يختاره أم لا؟
222	من خَيْرَ بين شيئين؛ عُدّ منتقلا، وإلا أبطل اختياره
141	من شرط التكليف البلوغ
204	من فرط ضمن
210	من فعل ما أبيع له فليس بمسيء
210	من فعل ما له فعله، فلا ضمان عليه
160	مهما تبين عدم إفضاء الوسيلة إلى المقصد بطل اعتبارها
172	الموجود شرعا كالموجود حقيقة
172	الموجود شرعا هل هو كالموجود حقيقة أم لا؟
188	النادر ملحق بالغالب في الشرع
28	النقود إذا كان بعضها غالبا لم يحتج إلى تعيينها في العقد، وإن لم يكن احتياج إلى التعيين
168	النهي هل يدل على فساد المنهي عنه أم لا؟
168	النهي هل يصير المنهي عنه مضمحلا كالعدم أو لا؟
214	هل التّرك فعلٌ يوجب الضّمانَ أو لا؟
152	هل الجهل يعذر به صاحبه أو لا يعذر به؟
224	هل الدوام كالاتداء؟

الفهارس

172	هل الموجود شرعا كالموجود حقيقة وحسا أم لا؟
239	هل تتبع الدعوى؟
158	وجوب الوسائل تبع لوجوب المقاصد
158	الوسائل تتبع المقاصد في أحكامها
160	الوسيلة إذا لم تفض إلى مقصودها سقط اعتبارها
160	الوسيلة إذا لم يحصل مقصودها سقط اعتبارها
158	الوسيلة تُعطى حكم مقصودها
271	يتداخل الحد قبل إقامته لا بعده
103	اليسير معفو عنه
103	اليسير مُغتفر
170	يعطى الموجود حكم المعدوم للضرورة، والمعدوم حكم الموجود
163	يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد
74	اليقين الأصلي لا يزول بالشك
74	اليقين لا يزول بالشك
74	اليقين لا يزيله الشك
74	اليقين لا يسقط بالشك
188	ينزل منزلة التحقيق الظن الغالب

5- فهرس الأعلام المترجم لهم

الصفحة	العَلَم
24	أشهب
30	البَقُورِي
31	ابن عبد السلام
30	التسولي
29	ابن جزري
101	ابن حبيب
30	الخطاب
271	الخرشي
18	الحشني
59	خليل بن إسحاق
142	الرجراجي
43	الرصاع
35	الرفاق
125	الزرقاني (محمد بن عبد الباقي)
71	سحنون
29	ابن الشاط
64	ابن عبد البر
36	عبد الواحد بن محمد الأَمْرَؤُورِي
17	ابن عرفة
40	علي بن عبد الواحد السجلماسي
31	عمر بن عبد الله الفاسي

الفهارس

19	ابن غازي
29	ابن فرحون
23	ابن القاسم
9	القرافي
80	القرطبي
25	ابن الماجشون
36	محمد الأمين بن أحمد زيدان الحكني
40	محمد بن أبي القاسم السجلماني
36	محمد بن علي بن سعيد الهلالي
58	مطرف
6	المقري
35	المنجور
37	ميارة
19	الونشريسي (أحمد بن يحيى)
39	الونشريسي (عبد الواحد بن أحمد)
156	ابن وهب

6- فهرس الغريب المشروح والأماكن المعرّف بها

الصفحة	الكلمة
48	ابن لبون
274	الأترجة
25	الإدراب
64	الاستنان
50	أشراف الأذنين
9	اعتاص
46	اندمل
104	الإنفحة
48	بنت مخاض
56	التعزير
105	الثوب المصمت
105	الجابية
48	جذعة
48	حقة
47	الحكومة
54	ذفف
93	الروحة
93	سددوا
105	سدى الثوب
64	الطيل
237	الظنين

الفهارس

105	عابر سبيل
49	العاقلة
127	عثل
113	العذق
93	الغدوة
237	الغمرة
93	قاربوا
237	القانع
9	القِرْن
154	الكهْر
52	اللوث
64	المرج
101	نفقت
101	نقَدّ
64	النواء
93	يشادّ الدين

7- فهرس المصادر والمراجع

أ- القرآن الكريم وعلومه:
- القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.
1- ابن باديس، مجالس التذكير، علّق عليه وخرج آياته وأحاديثه أحمد شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ/1995م.
2- أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط5، 1424هـ/2003م.
3- أبو حيان الأندلسي، البحر المحيط، ت: صدقي محمد جميل، دار الفكر، بيروت، 1420هـ.
4- الشوكاني، فتح القدير، دار ابن كثير/دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، ط1، 1414هـ.
5- الطبري، جامع البيان، ت: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420هـ/2000م.
6- ابن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984م.
7- ابن عجيبة، البحر المديد، ت: أحمد عبد الله القرشي رسلان، القاهرة، 1419هـ.
8- ابن العربي، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ/2003م.
9- ابن عرفة، تفسير ابن عرفة، ت: جلال الأسيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2008م.
10- ابن عطية، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ت: عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1422هـ.
11- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت: أحمد البردوني/إبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، ط2، 1384هـ/1964م.
12- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ت: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط2، 1420هـ/1999م.
13- مجموعة من العلماء، التفسير الوسيط، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، ط1، 1393هـ/1973م-1414هـ/1993م.

14- المحلي والسيوطي، تفسير الجلالين، دار ابن كثير.
15- محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1415هـ/1995م.
ب- السنة النبوية وعلومها:
16- ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ت: طاهر أحمد الزاوي/محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 1399هـ/1979م.
17- الألباني، إرواء الغليل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط2، 1405هـ/1985م.
18- الألباني، صحيح الأدب المفرد، دار الصديق، ط4، 1418هـ/1997م.
19- الإمام أحمد، المسند، ت: أحمد محمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، ط1، 1416هـ/1995م.
20- الإمام مالك، الموطأ برواية محمد بن الحسن الشيباني، تعليق وتحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، المكتبة العلمية، ط2.
21- الإمام مالك، الموطأ برواية يحيى بن يحيى الليثي، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1406هـ/1985م.
22- الأمير الصنعاني، التحرير لإيضاح معاني التيسير، ت: محمد صبحي بن حسن حلاق، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، الرياض، ط1، 1433هـ/2012م.
23- الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ت: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ/1999م.
24- البخاري، الأدب المفرد، ت: سمير بن أمين الزهيري، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1419هـ/1998م.
25- البخاري، الجامع الصحيح، ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي)، ط1، 1422هـ.
26- ابن بطال، شرح صحيح البخاري، ت: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط2، 1423هـ/2003م.
27- البغوي، شرح السنة، ت: شعيب الأرناؤوط/محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق،

بيروت، ط2، 1403هـ/1983م.
28- البيهقي، السنن الكبرى، ت: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 1424هـ/2003م.
29- الترمذي، الجامع الكبير (السنن)، ت: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1996م.
30- ابن حجر، التلخيص الحبير، ت: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، مؤسسة قرطبة، مصر، ط1، 1416هـ/1995م.
31- ابن حجر، فتح الباري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.
32- الخطابي، معالم السنن، المطبعة العلمية، حلب، ط1، 1351هـ/1932.
33- الدارقطني، السنن، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ/2004م.
34- أبو داود، السنن، ت: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط1، 1430هـ/2009م.
35- الزرقاني، شرح الموطأ، ت: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط1، 1424هـ/2003م.
36- ابن أبي شيبة، المصنف، ت: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ.
37- الطحاوي، شرح معاني الآثار، ت: محمد زهري النجار/محمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، ط1، 1414هـ/1994م.
38- ابن عبد البر، الاستذكار، ت: سالم محمد عطا/محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1421هـ/2000م.
39- ابن عبد البر، التمهيد، ت: مصطفى بن أحمد العلوي/محمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387هـ.
40- عبد الرزاق، المصنف، ت: حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، الهند، المكتب الإسلامي،

بيروت، ط2، 1403هـ.
41- ابن العربي، عارضة الأحوذى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
42- ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، ت: محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1992م.
43- ابن العربي، المسالك في شرح موطأ مالك، اعتناء: محمد بن الحسين السُّليمانى/عائشة بنت الحسين السُّليمانى، قدّم له: يوسف القرضاوى، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1428هـ/2007م.
44- ابن العطار، العدة في شرح العمدة، ت: نظام محمد صالح يعقوبي، دار البشائر الإسلامية، ط1، 1427هـ/2006م.
45- العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1415هـ.
46- القاسم بن سلام، غريب الحديث، ت: محمد عبد المعيد خان، مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الدكن، ط1، 1384هـ/1964م.
47- القاضي عياض، إكمال المعلم بفوائد مسلم، ت: يحيى إسماعيل، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط1، 1419هـ/1998م.
48- ابن القطان، بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، ت: الحسين آيت السعيد، دار طيبة، الرياض، ط1، 1418هـ/1997م.
49- القنازعي، تفسير الموطأ، ت: عامر حسن صبري، دار النوادر، بتمويل وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1429هـ/2008م.
50- اللكنوي، التعليق المجد على موطأ محمد، تحقيق وتعليق: تقي الدين الندوي، دار القلم، دمشق، ط4، 1426هـ/2005م.
51- ابن ماجه، السنن، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، دار الرسالة العالمية، ط1، 1430هـ/2009م.
52- المازري، المعلم بفوائد مسلم، ت: محمد الشاذلي النيفر، الدار التونسية للنشر/المؤسسة الوطنية للكتاب بالجزائر/المؤسسة الوطنية للترجمة والتحقيق والدراسات بيت الحكمة، ط2، 1988م، والجزء

الثالث صدر بتاريخ 1991م.
53- محمد الخضر الشنقيطي، كوثر المعاني الدراري في كشف خبايا صحيح البخاري، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1415هـ/1995م.
54- ابن المزيّن القرطبي، المفهم لما أشكل من تلخيص مسلم، ت: محيي الدين ديب ميستو وآخرون، دار ابن كثير/دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، ط1، 1430هـ/2009م.
55- مسلم، الصحيح، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
56- النسائي، السنن، ت: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط2، 1406هـ/1986م.
ج- الفقه المالكي:
57- أحمد الشمامهنتاني، مطالع التمام ونصائح الأنام ومنجاة الخواص والعوام في ردّ القول بإباحة إغرام ذوي الجنايات والإجرام، ت: عبد الخالق أحمدون، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1424هـ/2003م.
58- أبو الأصبع الغرناطي، ديوان الأحكام الكبرى، ت: يحيى مراد، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1428هـ/2007م.
59- البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، ت: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 1423هـ/2002م.
60- ابن بزينة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، ت: عبد اللطيف زكاغ، دار ابن حزم، ط1، 1431هـ/2010م.
61- البناي، حاشية على شرح الزرقاني على مختصر خليل (الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني)، ت: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1422هـ/2002م.
62- بهرام، الشامل في فقه الإمام مالك، ت: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1، 1429هـ/2008م.
63- التسولي، البهجة في شرح التحفة، ت: محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط1، 1418هـ/1998م.

64- أبو الثناء الأصبهاني، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، ت: محمد مظهر بقا، دار المدني، السعودية، ط1، 1406هـ/1986م.
65- ابن جزري، القوانين الفقهية.
66- ابن الجلاب، التفریح في فقه الإمام مالك بن أنس، ت: سيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ/2007م.
67- ابن الحاجب، جامع الأمهات، ت: أبي عبد الرحمن الأخضر الأخضر، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1421هـ/2000م.
68- الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ت: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ/1995م.
69- الخرشبي، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت.
70- خليل، التوضیح في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب، ت: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1، 1429هـ/2008م.
71- الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، ضبطه وصححه: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط12، 1415هـ/1995م.
72- الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل (مع حاشية الدسوقي عليه)، دار الفكر.
73- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر.
74- الرجراجي، مناهج التحصيل، ت: أبو الفضل الدميّاطي/أحمد بن عليّ، دار ابن حزم، لبنان، ط1، 1428هـ/2007م.
75- ابن رشد الجدد، البيان والتحصيل، ت: محمد حجّي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1408هـ/1988م.
76- ابن رشد الجدد، مسائل أبي الوليد ابن رشد، ت: محمد الحبيب التجكاني، دار الجليل، بيروت/دار الآفاق الجديدة، المغرب، ط2، 1414هـ/1993م.
77- ابن رشد الجدد، المقدمات الممهّدة، ت: محمد حجّي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1408هـ/1988م.

78- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ/2004م.
79- زروق، شرح متن الرسالة، ت: أحمد فريد الزبيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1427هـ/2006م.
80- ابن أبي زيد القيرواني، الذب عن مذهب الإمام مالك، ت: محمد العلمي، الرابطة المحمدية للعلماء/مركز الدراسات والأبحاث وإحياء التراث، المملكة المغربية، ط1، 1432هـ/2011م.
81- ابن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ت: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1999م.
82- سحنون، المدونة، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ/1994م.
83- ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ت: حميد بن محمد لحر، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1423هـ/2003م.
84- الشاطبي، الاعتصام، ت: الشقير وآخرون، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1429هـ/2008م.
85- الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك - المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير - (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، ضبطه وصححه: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط12، 1415هـ/1995م.
86- عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر خليل، ت: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1422هـ/2002م.
87- ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ت: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1400هـ/1980م.
88- عبد الرحمن البرقوقي، شرح أسهل المسالك في مذهب الإمام مالك، الأندلس الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 1430هـ/2009م.
89- عثمان بن المكي التوزري، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، المطبعة التونسية، ط1، 1339هـ.
90- العدوي، حاشية على شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة، بيروت.

91- ابن عرفة، المختصر الفقهي، ت: حافظ عبد الرحمن محمد خير، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، ط1، 1435هـ/2014م.
92- ابن عسكر البغدادي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط3.
93- علي بن خلف المنوفي، كفاية الطالب الرباني (مع حاشية العدوي عليه)، ت: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، 1414هـ/1994م.
94- عlish، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة.
95- عlish، منح الجليل على مختصر العلامة خليل، مع تعليقات من تسهيل منح الجليل للمؤلف، دار الفكر، بيروت، ط1، 1404هـ/1984م.
96- عمر الجيدي، مباحث في المذهب المالكي بالمغرب، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، ط1، 1993م.
97- ابن غازي المكناسي، شفاء الغليل في حل مقفل خليل، ت: أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، مصر، ط1، 1429هـ/2008م.
98- الصادق الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، بيروت، ط1، 1423هـ/2002م.
99- ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، 1406هـ/1986م.
100- القاضي عبد الوهاب، الإشراف على مسائل الخلاف، ت: الحبيب ابن طاهر، دار ابن حزم، ط1، 1420هـ/1999م.
101- القاضي عبد الوهاب، التلقين في الفقه المالكي، ت: أبي أويس محمد بو خبزة الحسيني التطواني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1425هـ/2004م.
102- القاضي عبد الوهاب، شرح الرسالة، ت: أبي الفضل الدمياطي أحمد بن علي، دار ابن حزم، ط1، 1428هـ/2007م.
103- القاضي عبد الوهاب، عيون المسائل، ت: علي محمد إبراهيم بورويبة، دار ابن حزم، بيروت،

لبنان، ط1، 1430هـ/2009م.
104- القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، ت: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة.
105- القاضي عياض، التنبهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة، ت: حمد الوثيق/عبد النعيم حميتي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1432هـ/2011م.
106- القرافي، الذخيرة، ت: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.
107- ابن القصار، عيون الأدلة في مسائل الخلاف، ت: عبد الحميد بن سعد بن ناصر السعودي، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1426هـ/2006م.
108- الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2.
109- اللخمي، التبصرة، ت: أحمد عبد الكريم نجيب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1432هـ/2011م.
110- المازري، شرح التلقين، ت: محمد المختار السلامي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1997م.
111- محمد الأمير، ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي، معه حاشية: حجازي العدوي المالكي، ت: محمد محمود ولد محمد الأمين الموسوي، دار يوسف بن تاشفين، مكتبة الإمام مالك، موريتانيا، نواكشوط، ط1، 1426هـ/2005م.
112- المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1، 1416هـ/1994م.
113- ميارة، الإتيقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، ت: محمد عبد السلام محمد سالم، دار الحديث، القاهرة، 1432هـ/2011م.
114- ميارة، الدر الثمين والمورد المعين، ت: عبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، 1429هـ/2008م.
115- ميارة، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، ت: رشيد البكاري، دار الرشاد الحديثة، المغرب، الدار البيضاء، ط1، 1429هـ/2008م.

116- ابن ناجي التنوخي، شرح الرسالة، اعتنى به: أحمد فريد المزدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ/2007م.
117- النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، 1415هـ/1995م.
118- الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى، ت: عمر بن عباد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، ط1، 1417هـ/1996م.
119- الونشريسي، المعيار المغرب، ت: محمد حجي وآخرون.
120- ابن يونس، الجامع لمسائل المدونة، ت: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1434هـ/2013م.
د- كتب فقهية أخرى:
121- أحمد فتحي بهنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، دار الشروق، القاهرة/بيروت، ط4، 1409هـ/1989م.
122- المحجوي الثعالبي، الفكر السامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ/1995م.
123- ابن حزم، مراتب الإجماع، دار الكتب العلمية، بيروت.
124- عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط4، 1428هـ/2007م.
125- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقوانين الوضعية، دار الكاتب العربي، بيروت.
126- ابن القطان الفاسي، الإقناع في مسائل الإجماع، ت: حسن فوزي الصعيدي، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، ط1، 1424هـ/2004م.
127- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1406هـ/1986م.
128- مجموعة من العلماء، الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت،

1404-1427هـ.
الأجزاء 1-23: ط2، دار السلاسل، الكويت.
الأجزاء 24-38: ط1، مطابع دار الصفوة، مصر.
الأجزاء 39-45: ط2، طبع وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت.
129- محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة، ط2، 1415هـ/1994م.
130- محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية، السعودية، ط4، 1403هـ/1983م.
131- محمود نجيب حسني، التشريع الجنائي الإسلامي، دار النهضة العربية.
132- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1418هـ/1998م.
هـ- أصول الفقه ومقاصد الشريعة:
133- أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط2، 1412هـ/1992م.
134- بدر الدين الزركشي، البحر المحيط، دار الكتيبي، ط1، 1414هـ/1994م.
135- ابن جزوي، تقريب الوصول إلى علم الأصول، ت: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ/2003م.
136- الرجراجي، رفع النقاب عن تنقيح الشهاب، ت: أحمد بن محمد السراح/عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1425هـ/2004م.
137- الشاشي، أصول الشاشي، دار الكتاب العربي، بيروت.
138- الشاطبي، الموافقات، ت: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، ط1، 1417هـ/1997.
139- ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ت: محمد الحبيب ابن الخوجة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 1425هـ/2004م.
140- عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد

الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1414هـ/1991م.
141- ابن عقيل، الواضح في أصول الفقه، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1420هـ/1999م.
142- العلائي، المجموع المذهب، ت: محمد بن عبد الغفار بن عبد الرحمن، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، 1414هـ/1994م.
143- فاديجا موسى، أصول فقه الإمام مالك، أدلته العقلية، دار التدمرية، السعودية، ط1، 1428هـ/2007م.
144- القراني، شرح تنقيح الفصول، ت: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، ط1، 1393هـ/1973م.
145- القراني، نفائس الأصول، ت: عادل أحمد عبد الموجود/علي محمد معوض، مكتبة نزار مصطفى الباز، ط1، 1416هـ/1995م.
146- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي.
147- محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط5، 2001م.
148- محمد الأمين بن أحمد زيدان الحكني المرابط، مراقي السعود إلى مراقي السعود، ت: محمد المختار بن محمد الأمين الشنقيطي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، ط1، 1413هـ/1993م.
149- ابن الهمام، شرح فتح القدير، دار الفكر.
150- الولاقي، نيل السؤل على مرتقى الوصول، تحقيق: بابا محمد عبد الله الولاقي، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1412هـ/1992م.
و- قواعد الفقه:
151- أحسن زقور، القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى، دار التراث ناشرون، الجزائر/دار ابن حزم، لبنان، ط1، 1432هـ/2011م.
152- أحمد بن أحمد المختار الحكني، إعداد المهج للاستفادة من المنهج في قواعد الفقه المالكي، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، 1403هـ/1983م.

153- أحمد الريسوني، نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم الإسلامية، دار الكلمة، مصر، ط1، 1418هـ/1997م.
154- أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط2، 1409هـ/1989م.
155- أسماء السعيد، أثر القواعد الفقهية في الفقه الجنائي، دار الكلمة، القاهرة، مصر، ط1، 1437هـ/2016م.
156- بلقاسم قراري، القواعد الفقهية من خلال كتاب المعونة، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1434هـ/2013م.
157- البورنو، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، ط1، 1424هـ/2003م.
158- البورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، ط4، 1416هـ/1996م.
159- حاتم بن محمد بوسمة، نظرية التععيد الفقهي، عالم الكتب الحديث، إربد، الأردن، ط1، 1431هـ/2010م.
160- الخشني، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، ت: محمد أبي الأجنان وآخرون، الدار العربية للكتاب/المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985م.
161- الدوسري، الممتع في القواعد الفقهية، دار زدني للطباعة والنشر، الرياض، ط1، 1428هـ/2007م.
162- رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، دار الفتح، عمان، الأردن، ط1، 1432هـ/2011م.
163- السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1411هـ/1991م.
164- السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، إعداد: مركز الدراسات والبحوث بمكتبة الباز، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة والرياض، ط2، 1418هـ/1997م.
165- ابن الشاط، إدرار الشروق على أنواء الفروق، مطبوع بحاشية كتاب الفروق للقرافي، عالم الكتب.

166- عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته، القواعد والضوابط الفقهية القرافية-زمرة التمليكات المالية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط1، 1425هـ/2004م.
167- عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1423هـ/2003م.
168- عبد الغفور البياتي، القواعد الفقهية في القضاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2015م.
169- عبد الكريم زيدان، الوجيز في القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1422هـ/2001م.
170- عبد الله الهلالي، قاعدة لا ضرر ولا ضرار-مقاصدها وتطبيقاتها الفقهية، مكتبة العلوم والحكم، مصر، ط1، 1435هـ/2014م.
171- عبد الله بن يوسف الجويني، الجمع والفرق، ت: عبد الرحمن بن سلامة بن عبد الله المزيني، دار الجيل، ط1، 1424هـ/2004م.
172- عبد الله علي شعبان، القواعد والضوابط الفقهية وتطبيقاتها من خلال كتاب التوضيح، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1435هـ/2014م.
173- عبد الواحد الأمزوري الهلالي، خواتم الذهب على المنهج المنتخب، اعتناء: أحمد عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط1، 2012م.
174- عبد الوهاب بن محمد جامع إيليشن، القواعد والضوابط الفقهية من خلال كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1430هـ/2009م.
175- عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، الأردن، ط2، 1428هـ/2007م.
176- عزّت عبید الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، دار الترمذي، دمشق، ط3، 1409هـ/1989م.

- 177- ابن غازي، الكليات الفقهية، مطبوع مع كتاب عمل من طبّ لمن حبّ للمقري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ/2003م.
- 178- الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتاب البهجة في شرح التحفة، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط1، 1423هـ/2002م.
- 179- الصادق الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتخب للمنجور، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1430هـ/2010م.
- 180- القراني، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط2، 1416هـ/1995م.
- 181- القراني، الأمنية في إدراك النية، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 182- القراني، الفروق، عالم الكتب، بيروت.
- 183- مجموعة من العلماء، معلمة زايد للقواعد الفقهية والأصولية، برنامج إلكتروني موافق للمطبوع، المجموعة الطباعية للنشر والتوزيع، لبنان.
- 184- محمد بن إبراهيم البقوري، ترتيب فروق القراني واختصارها، ت: عمر ابن عباد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، 1414هـ/1994م.
- 185- محمد بن أبي القاسم السجلماسي، شرح اليواقيت الثمينة فيما انتمى لعالم المدينة، ت: عبد الباقي بدوي، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط1، 1425هـ/2004م.
- 186- محمد بن علي بن حسين، تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، مطبوع بحاشية كتاب الفروق للقراني، عالم الكتب، بيروت.
- 187- محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، دار المنار.
- 188- محمد الروكي، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، دار القلم، دمشق/مجمع الفقه الإسلامي، جدة، ط1، 1419هـ/1998م.
- 189- محمد الروكي، نظرية التععيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1414هـ/1994م.

190- محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق، ط1، 1427هـ/2006م.
191- مصطفى بن كرامة الله مخدوم، قواعد الوسائل في الشريعة الإسلامية، دار إشبيلية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1420هـ/1999م.
192- المقري، عمل من طب لمن حب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ/2003م.
193- المقري، القواعد، ت: أحمد بن عبد الله بن حميد، مركز إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية.
194- المقري، قواعد الفقه، ت: محمد الدردابي، دار الأمان، الرباط، ط1، 2012م.
195- المقري، الكليات الفقهية، ت: محمد بن الهادي أبي الأجنان، الدار العربية للكتاب، 1997م.
196- المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، ت: محمد الشيخ محمد الأمين، دار عبد الله الشنقيطي.
197- ابن نجيم، الأشباه والنظائر، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ/1999م.
198- الندوي، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط2، 1412هـ/1991م.
199- الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، ت: أحمد بوطاهر الخطابي، اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي، المملكة المغربية/الإمارات العربية المتحدة، الرباط، 1400هـ/1980م.
200- الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، ت: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1427هـ/2006م.
201- الونشريسي، عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق، ت: حمزه أبي فارس، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1410هـ/1990م.
202- يعقوب الباحسين، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1418هـ/1998م.

ز- التاريخ والتراجم والأماكن:
203- أحمد بابا التنبكتي، نيل الابتهاج بتطريز الديباج، عناية وتقديم: عبد الحميد عبد الله الهرامة، دار الكاتب، طرابلس، ليبيا، ط2، 2000م.
204- أحمد بن محمد المقرئ، نفع الطيب من غصن الأندلس الرطيب، ت: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، لبنان، 1900-1997م.
205- ابن خلكان، وفيات الأعيان، ت: إحسان عباس، دار صادر، بيروت، 1900-1974م.
206- الداودي، طبقات المفسرين، راجع النسخة وضبط أعلامها: لجنة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت.
207- ابن سودة، إتحاف المطالع بوفيات أعلام القرن الثالث عشر والرابع، ت: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1417هـ/1997م.
208- ابن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، ت: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق، بيروت، ط1، 1406هـ/1986م.
209- ابن فرحون، الديباج المذهب، ت: محمد الأحمد أبو النور، دار التراث، القاهرة.
210- القاضي عياض، ترتيب المدارك، ضبطه وصححه: محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ/1998م.
211- القاضي عياض، الشفا بتعريف حقوق المصطفى، دار الفيحاء، عمان، ط2، 1407هـ.
212- محمد عبد الحي الكتاني، فهرس الفهارس، ت: إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط2، 1982م.
213- محمد المختار السوسي، المعسول، المغرب.
214- محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، دار الفكر.
215- المنجور، فهرس أحمد المنجور، ت: محمد حجي، دار المغرب، الرباط، المغرب، 1395هـ/1976م.
216- النباهي، تاريخ قضاة الأندلس (المراقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا)، ت: لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، ط5، 1403هـ/1983م.

217- ياقوت الحموي، معجم البلدان، دار صادر، بيروت، 1397هـ/1977م.

ح- المعاجم والقواميس والفهارس:

218- أحمد الزيات وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة.

219- الأزهري، تهذيب اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والأنباء والنشر، مصر.

220- الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ت: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط4، 1407هـ/1987م.

221- الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، المكتبة العلمية، ط1، 1350هـ.

222- الزبيدي، تاج العروس، دار الهداية، الكويت.

223- سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، سورية، ط2، 1408هـ/1988م، نسخة مصورة عام 1993م.

224- عبد النبي نكري، جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، عرب عباراته الفارسية: حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط1، 1421هـ/2000م.

225- ابن فارس، مقاييس اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1399هـ/1979م.

226- الفراهيدي، العين، ت: مهدي المخزومي/إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.

227- الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، 1987م.

228- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ.

229- الميداني، مجمع الأمثال، ت: محمد محي الدين عبد الحميد، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

ط- الرسائل العلمية والمقالات:

230- أحمد بن رفاع المطيري، العرف في التشريع الجنائي، رسالة ماجستير غير منشورة، إشراف: أ.د/ محمد جبر الألفي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1431هـ/2010م.

231- أسامة عدنان الغنيمين، قاعدة: يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد: مفهومها، تأصيلها، تطبيقاتها، شروطها، والفرق بينها وبين نظرية الغاية تبرر الوسيلة، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 38، العدد 2، 2011م.

232- حسين بن معلوي بن حسين الشهراني، أحكام السرقة المتعلقة بالسيارات، مجلة البحوث والدراسات الشرعية، العدد العاشر، رجب 1434هـ.

233- خالد بن عبد العزيز بن إبراهيم الجريد، حرز السيارات صوره وأحكامه، مجلة العدل، العدد الثاني والثلاثين، شوال 1427هـ.

234- خليل يامن، القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام ابن عبد البر من خلال كتابه التمهيد ومنهجه في ذلك، رسالة ماجستير غير منشورة، إشراف: أ.د/ ترحيب بن ريعان الدوسري، الجامعة الإسلامية بالمدينة النبوية، كلية الشريعة، قسم أصول الفقه، 1427/1428هـ.

235- سليمان بن محمد الفيبي، التطبيقات الفقهية لقاعدة درء المفسد مقدم على جلب المصالح في كتاب الجنایات، رسالة ماجستير غير منشورة، إشراف: د/ عقيل بن عبد الرحمن العقيل، المملكة العربية السعودية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، قسم الفقه المقارن، 1424/1425هـ.

236- عبد القادر مهاوات، أحكام الرياضات البدنية في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة بالقوانين المنظمة للألعاب الرياضية، رسالة دكتوراه غير منشورة، إشراف: د/ سمير فرقاني، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية الشريعة والاقتصاد، الجزائر، 1436-1437هـ/2015-2016م.

237- كمال الدين جعيط، العرف، مجلة مجّع الفقه الإسلامي التابعة لمؤتمر مجّع الفقه الإسلامي بجدة، العدد الخامس، الجزء الرابع، 1409هـ/1988م.

238- محمد الروكي، التقعيد الفقهي عند المالكية وأثره في استيعاب الواقع، مجلة دعوة الحق، العدد: 321، غشت/شتنبر 1996م، المغرب.

239- ناصر بن عبد الله الميمان، الكليات الفقهية دراسة نظرية تأصيلية، مجلة العدل، العدد الثلاثين، ربيع الآخر 1427هـ.

ي- قرارات المجامع الفقهية:

240- القرار الثالث لمجلس الجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته العاشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من يوم السبت 24 صفر 1408هـ، الموافق 17 أكتوبر 1987م إلى يوم الأربعاء 28 صفر 1408هـ الموافق 21 أكتوبر 1987م.

241- قرار رقم: 05 لجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته الخامسة بالكويت من 1-
1409/05/6هـ إلى 10-15/12/1988م. مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 5/3/2579.

ك- القوانين والمواقع الإلكترونية:

242- قانون العقوبات الجزائري، سنة 2015م.

243- <http://www.almarkaz>

7- فهرس المحتويات

الصفحة	المحتوى
أ	مقدمة
الفصل الأول: التعريف بحدود البحث	
2	المبحث الأول: التعريف بالقاعدة الفقهية، وبيان أهميتها وخصائصها وحجيتها
3	المطلب الأول: التعريف بالقاعدة الفقهية
7	المطلب الثاني: التعريف بالضابط الفقهي
9	المطلب الثالث: أهمية القواعد الفقهية وخصائصها
12	المطلب الرابع: الفرق بين القاعدة الفقهية والمصطلحات المتعلقة بها
16	المطلب الخامس: مدى حجية القاعدة الفقهية
18	المطلب السادس: مميزات التقعيد الفقهي عند المالكية
21	المبحث الثاني: القواعد والضوابط الفقهية عند أئمة المذهب المالكي
22	المطلب الأول: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام مالك وتلاميذه
25	المطلب الثاني: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام الحشني
27	المطلب الثالث: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام القرافي
32	المطلب الرابع: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام المقري
35	المطلب الخامس: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام الزقاق
37	المطلب السادس: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام الونشريسي
40	المطلب السابع: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام ابن غازي المكناسي
40	المطلب الثامن: القواعد والضوابط الفقهية عند الإمام علي بن عبد الواحد السجلماسي
42	المبحث الرابع: أقسام بالفقه الجنائي الإسلامي
43	تمهيد: تعريف الفقه الجنائي

44	المطلب الأول: جرائم القصاص والدية
53	المطلب الثاني: جرائم الحدود
56	المطلب الثالث: جرائم التعازير
الفصل الثاني: القواعد الفقهية الكبرى الحاكمة للفقهاء الجناي عند المالكية	
61	المبحث الأول: قواعد النيات والمقاصد
62	المطلب الأول: قاعدة "الأمر بمقاصدها"
68	المطلب الثاني: قاعدة "من أصول المالكية المعاملة بنقيض المقصود الفاسد"
71	المطلب الثالث: قاعدة "مقاصد الألفاظ أصل يرجع إليه"
73	المبحث الثاني: قواعد اليقين والشك
74	المطلب الأول: قاعدة "اليقين لا يسقط بالشك"
78	المطلب الثاني: قاعدة "الأصل براءة الذمة"
82	المطلب الثالث: قاعدة "الأصل بقاء ما كان على ما كان"
84	المطلب الرابع: قاعدة "الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن"
87	المطلب الخامس: قاعدة "لا عبرة بالظن البين خطؤه"
91	المبحث الثالث: قواعد المشقة والتيسير
92	المطلب الأول: قاعدة "المشقة تجلب التيسير"
95	المطلب الثاني: قاعدة "الإكراه مسقط لاعتبار الأسباب"
98	المطلب الثالث: قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"
103	المطلب الرابع: قاعدة "اليسير معفو عنه"
108	المبحث الرابع: قواعد الضرر
109	المطلب الأول: قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"
116	المطلب الثاني: قاعدة "لا يزال الضرر بضرر"
119	المطلب الثالث: قاعدة "إذا تقابل مكروهان أو محظوران أو ضرران ولم يمكن الخروج عنهما وجب ارتكاب أخفهما"

123	المطلب الرابع: قاعدة "درء المفسد مقدم على جلب المصالح"
130	المبحث الخامس: قواعد العادة والعرف
131	المطلب الأول: قاعدة "العادة محكمة"
137	المطلب الثاني: قاعدة "العادة كالشاهد الواحد أو كالشاهدين"
الفصل الثالث: القواعد الفقهية المتوسطة الحاكمة للفقهاء الجنائي عند المالكية	
140	المبحث الأول: قواعد عوارض الأهلية
141	المطلب الأول: قاعدة "الصبي ناقصٌ عن بلوغ التكليف"
145	المطلب الثاني: قاعدة "الجنون يُسقط التكليف"
149	المطلب الثالث: قاعدة "لا يسقط الوجوب بالنسيان إلا إذا ضعف مُدركه"
152	المطلب الرابع: قاعدة "الجهل هل ينتهض عذرا أو لا؟"
157	المبحث الثاني: قواعد الوسائل والمقاصد
158	المطلب الأول: قاعدة "للسائل حكم المقاصد"
160	المطلب الثاني: قاعدة: "كلّ تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يُشرع"
163	المطلب الثالث: "يغتفر في الوسائل ما لا يغتفر في المقاصد"
167	المبحث الثالث: قواعد التقديرات الشرعية
168	المطلب الأول: قاعدة "المعدوم شرعا كالمعدوم حسا"
170	المطلب الثاني: قاعدة "إعطاء الموجود حكم المعدوم، والمعدوم حكم الموجود"
172	المطلب الثالث: قاعدة "الموجود شرعا كالموجود حقيقة"
174	المبحث الرابع: قواعد التابع والمتبوع
175	المطلب الأول: قاعدة "ما قارب الشيء له حكمه"
180	المطلب الثاني: قاعدة "الأصغر يدخل تحت الأكبر"
182	المطلب الثالث: قاعدة "التابع يعطى حكم متبوعه"
185	المبحث الخامس: قواعد الأصل والغالب والبدل
186	المطلب الأول: قاعدة "إذا تعارض الأصل والغالب قُدّم الغالب"

188	المطلب الثاني: قاعدة "إذا دار الشيء بين الغالب والنادر فإنه يلحق بالغالب"
192	المطلب الثالث: قاعدة "الأصل لا يجتمع مع البديل"
194	المطلب الرابع: قاعدة "البديل إنما يكون للعجز عن المبدل"
199	المبحث السادس: قواعد الضمان
200	المطلب الأول: قاعدة "إذا اجتمع التسبب والمباشرة غلبت المباشرة"
204	المطلب الثاني: قاعدة "المفروض ضامن لما ذهب بتفريطه"
207	المطلب الثالث: قاعدة "العمد والخطأ في ضمان المتلفات سواء"
210	المطلب الرابع: قاعدة "من فعل ما له فعله، فلا ضمان عليه"
214	المطلب الخامس: قاعدة "الترك فعل"
218	المبحث السابع: قواعد عامة
219	المطلب الأول: قاعدة "إسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح"
221	المطلب الثاني: قاعدة "من خيّر بين شيئين فاختار أحدهما هل يعدّ كالمنتقل أو لا؟"
224	المطلب الثالث: قاعدة "الدوام على الشيء هل هو كالاتداء أم لا؟"
الفصل الرابع: الضوابط الفقهية الحاكمة للفقهاء الجنائي عند المالكية	
228	المبحث الأول: ضوابط عامة في الفقه الجنائي
229	المطلب الأول: ضابط: "تقدير العقوبات بقدر الجنایات"
232	المطلب الثاني: ضابط "حق الله يلزم بالثبوت على الإقرار به، ويسقط بالرجوع عنه، وحق الأدمي لا يسقط بالرجوع عنه"
235	المطلب الثالث: ضابط "للتهمة تأثير في الأحكام"
239	المطلب الرابع: ضابط "الدعوى هل تتبعض أو لا؟"
241	المبحث الثاني: ضوابط الجنایات
242	المطلب الأول: ضابط "الاعتبار في وجوب القصاص تكافؤ الدماء"
246	المطلب الثاني: ضابط "إن تعذرت المماثلة لم يجب القود"
249	المطلب الثالث: ضابط "كل عضو فيه جنس منفعة كاملة وجمال ظاهر، فإنّ الدية تجب"

	بإتلافه، ومنافع هذه الأعضاء الظاهرة مقصودةً كاملةً"
253	المطلب الرابع: ضابط "سراية الجناية مضمونة"
256	المطلب الخامس: ضابط "لا يباح بالإباحة الدماء والأبضاع"
260	المطلب السادس: ضابط "كلُّ جانٍ جنائته عليه، إلا ما قام بخلافه الدليل الذي لا معارض له"
264	المبحث الثالث: ضوابط الحدود
265	المطلب الأول: ضابط "الحدود تدرأ بالشبهات"
269	المطلب الثاني: ضابط "الاعتبار بالحدود حال وجوبها لا حال استيفائها"
271	المطلب الثالث: ضابط "الحد الأصغر ينطوي في الحد الأكبر"
273	المطلب الرابع: ضابط "القطع في كل متموّل يجوز بيعه وأخذ العوض فيه"
277	المبحث الرابع: ضوابط التعازير
278	المطلب الأول: ضابط "ما ليس فيه حدّ من المعاصي ففيه التعزير بالاجتهاد"
282	المطلب الثاني: ضابط "التعزير قد يسقط"
285	المطلب الثالث: ضابط "العقوبات تتغلّظ بتغلّظ الجرائم"
289	الخاتمة
292	الفهارس
293	1- فهرس الآيات القرآنية
297	2- فهرس الأحاديث النبوية
301	3- فهرس آثار الصحابة <small>رضي الله عنهم</small>
303	4- فهرس القواعد والضوابط الفقهية
317	5- فهرس الأعلام المترجم لهم
319	6- فهرس الغريب المشروح والأماكن المعرّف بما
321	7- فهرس المصادر والمراجع

341	8- فهرس المحتويات
-----	-------------------

الملخص:

موضوع الأطروحة موسوم بـ: "القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للفقهاء الجنائي عند المالكية -دراسة تأصيلية تطبيقية-"، وإشكاليته الرئيسة التي حاولت الإجابة عنها كانت كالتالي: إلى أي مدى استطاع أئمة المالكية أن يُحكّموا القواعد والضوابط الفقهية في مجال الفقه الجنائي؟

وقد جاءت مقسمة إلى أربعة فصول: خصّص الأول للتعريف بحدود البحث، والثاني في القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، والثالث تناول القواعد الفقهية المتوسطة وما تفرع عنها، أما الرابع فكان في الضوابط الفقهية الحاكمة للفقهاء الجنائي.

ومن النتائج الأساسية التي توصلت إليها أنّ سادتنا المالكية كان لهم إسهام كبير في التقعيد الفقهي، وقد ظهر أثر التقعيد الفقهي في فروع الفقه الجنائي بمختلف كتبه وأبوابه.

ومن التوصيات التي أثبتت خدمة للموضوع مواصلة البحث في أثر القواعد والضوابط الفقهية في باقي المجالات الفقهية حتى يتسنى تقعيد الفقه المالكي كلّهُ، وإجراء دراسات مقارنة بين المذهبين المالكي والإباضي في التقعيد الفقهي وبيان أثر ذلك في الفروع الفقهية.

Abstract:

The subject of the thesis is entitled "The rules and jurisprudential rules governing the jurisprudence of the Malikya – a study of applied originality". The main question that he tried to answer was as follows: To what extent did the Maalikis' imams manage the jurisprudential rules and disciplines in the field of criminal jurisprudence?

It was divided into four chapters: the first was devoted to the definition of the boundaries of research, the second in the great jurisprudence rules and the branches, and the third dealt with the rules of jurisprudence and the intermediate branch, and the fourth was in the jurisprudential disciplines governing the criminal jurisprudence.

One of the main findings was that our Maalikian masters had a great contribution to the jurisprudence, and the effect of jurisprudence in the branches of criminal jurisprudence has appeared in various books and sections.

One of the recommendations that proved to serve the subject is to continue the research on the impact of the rules and jurisprudential controls in the other fields of jurisprudence so that the jurisprudence of al-Maliki can be stepped up, and the conduct of comparative studies between the Maliki and Ibadi doctrines in the jurisprudence and the impact of this in the branches of jurisprudence.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ