بسم الله الرحمن الرحيم

وزارة التعليـــــــــــــم العالى

جـامعـــــــــــــة أم القرى

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

نموذج رقم (٨)

إجازة أطروحة علمية فى صيغتها النهائية بعد إجراء التعديلات

الاسم(رباعى):-.....حسين محمد الأمين.....كلية الشريعةوالدراسات الإسلامية،قسم:.....الفقه وأصوله.....

الأطروحة مقدمة لنيل درجة:- الدكتوراه.....فى تخصص :-.....فقه.....

عنوان الأطروحة :"...مقدمات المذهب المالكي في الجنايات والحدود والتعازير

دراسة تحليلية.....

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:-

فبناء على توصية اللجنة المكونة لمناقشة الأطروحة المذكورة أعلاه -والتى تمت مناقشتها بتاريخ:- ١٩ / ٨ / ١٤٢٧هـ بقبولها بعد إجراء التعديلات المطلوبة ، وحيث قد تم عمل اللازم ،فإن اللجنة توصى بإجازتها فى صيغتها النهائية المرفقة للدرجة العلمية المذكورة أعلاه .....

والله الموفق....

أعضاء اللجنة

المشرف	المناقش	المناقش
الاسم:د/.سعد بن مرعي بن عبد الرحمن	الاسم:د/..عبد الله بن سليمان	الاسم:د/..إدريس محمد عبد
التوقيع:.....	التوقيع:.....	التوقيع:.....

رئيس قسم الدراسات العليا الشرعية

الاسم:د/أحمد بن عبدالله بن حميد

التوقيع:.....

.يوضع هذا النموذج أمام الصفحة المقابلة لصفحة عنوان الأطروحة فى كل نسخة من الرسالة .

جامعة أم القرى - مكة المكرمة
عمادة شؤون المكتبات
المكتبة المركزية - قسم المخطوطات
UMM AL-QURA UNIVERSITY MAKKAH
٣٠١٠٢٠٠٠٠٠٣٢٢٨
٢٢٦
١٠٠٩٦/

المملكة العربية السعودية
جامعة أم القرى
كلية الشريعة
قسم الفقه والأصول

مفردات المذهب المالكي في الجنايات والحدود والتعزير
دراسة مقارنة

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه

إعداد
الطالب / حسن محمد الأمين

إشراف فضيلة الدكتور
رمضان حافظ عبدالرحمن

عام
١٤١٥هـ - ١٤١٦هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

امتثالاً لقول الله تعالى:(رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت عليّ وعلى والديّ و أن أعمل صالحاً ترضاه و ادخلني برحمتك في عبادك الصالحين(١) و بقوله تعالى:(لئن شكرتم لأزيدنكم و لئن كفرتم إن عذابي لشديد (٢) و بقول الرسول صلى الله عليه وسلم :(لا يشكر الله من لا يشكر الناس (٣) .

أحمدك اللهم و أشكرك فأنت أهل الفضل و مستحقه لا إله غيرك ولا رب سواك ، أنت رب كل نعمه و ميسر كل مهمه .

أحمده على أن شرفني بأن جعلني أحد طلبة العلم الشرعي بهذا البلد الأمين وأدعوه سبحانه أن يأخذ بيدي لأكون أهلاً لهذا التشريف .

فإني مدين لهذه الجامعة و للقائمين عليها و أخص بالشكر مدير الجامعة وعميد كلية الشريعة و قسم الدراسات العليا الشرعية .

و اعترف بأني لا أستطيع أن أفي بحق كل من له يد عليّ ، و لكن أرجو من الله سبحانه أن يجزى كل محسن و يكافئ كل صانع معروف إليّ .

و أنوه بالشكر إلى شخص كان له دور كبير في تحصيلي العلمي و بناء هذه الرسالة أستاذي الكريم و شيخي الجليل فضيلة الأستاذ الدكتور رمضان حافظ عبدالرحمن الشهير بالسيوطي الذي كان لحسن إشرافه و دقة متابعته و عميق مناقشته وكثرة تكرار قراءته للرسالة أكبر أثر في إخراج هذه الرسالة فهو حفظه الله واسع الصدر غزير العلم ، يفتح قلبه و بيته و لا يتقيد بالأوقات الرسمية ، فله مني خالص الشكر و التقدير و أدعو له الله أن يحفظه و يسبغ عليه من نعمه و أفضاله ويمتعه بالصحة و العافية ، و أن ينفع بعلمه و يجعل له ذكراً في الدنيا و ذخراً في الآخرة ، ولكل من أفادني من أساتذة و زملاء وإخوة كرام . إنه نعم المولى ونعم النصير .

---

(١) الآية ١٩ من سورة النمل .

(٢) الآية ٧ من سورة ابراهيم .

(٣) مسند أحمد ٢٤٦/١٣ ، وابوداود ٢٥٥/٢ ، الفتح الكبير في ضم الزيادات إلى الجامع الصغير لجلال الدين السيوطي ، ط دار الكتاب العربي ، بيروت ٣١٤/٣ .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعد:

فهذا ملخص رسالة مفردات المذهب المالكي في الجنايات والحدود والتعازير دراسة مقارنة والمفردات هي المسائل التي خالف المذهب المالكي في الراجح المعتمد فيه أقوال المذاهب الثلاثة الأخرى في الراجح المعتمد فيها .

وقد جاء البحث في مقدمة و تمهيد وبابين وخاتمة . تناولت في المقدمة أسباب اختياري للموضوع والصعوبات التي واجهتني أثناء البحث ومنهج البحث وخطط البحث .

وبينت في التمهيد نبذة مختصرة عن حياة الإمام مالك الأسرية والعلمية ومصنفاته الشخصية، ثم تناولت نشأة المذهب المالكي وانتشاره وتطوره وأشهر مصطلحاته وبيان الكتب المعتمدة ومصنفات المذهب وأصوله و تعريف المفردات لغة واصطلاحاً .

وجاء الباب الأول في مفردات المذهب المالكي في الجنايات في فصلين:

الفصل الأول مفردات المذهب المالكي في الجناية على النفس وفيه ثلاثة عشر مبحثاً .

والفصل الثاني: مفردات المذهب المالكي في الجناية على مادون النفس (من جراح وديات وعقوبات تبعية) ويشتمل على أحد عشر مبحثاً .

والباب الثاني خصصته لمفردات المذهب المالكي في الحدود والتعازير وقد جاء في تمهيد وثمانية فصول وفي كل فصل عدة مباحث .

وفي خاتمة البحث بينت أهم النتائج والتوصيات وأوضحت فيه تميز المذهب المالكي بمنهجه في الاستنباط وتشربه بفقه عمر بن الخطاب وتقديم المذهب لعمل أهل المدينة على خبر الآحاد .

وقد حصرت مفردات المذهب وبيّنت الأدلة التي اعتمد عليها في الجنايات.

ونظراً لابتعاد العالم الإسلامي عن الفقه عامةً والفقه الجنائي بصفه خاصه واللجوء الى النظم الوضعية التي جرّت على العالم الدمار في القيم والأخلاق والإجرام علماً بأن النظام الجنائي الإسلامي جاء لحفظ الكليات الخمس بلا حيف ولاظلم.

وان الشريعة فضلاً عن أنها واجبة التحكيم والتطبيق فهي أصلح وأوفى بحاجات البشر من القوانين الوضعية سيما والعالم الإسلامي قد بدأ بصحوه اسلامية.

الطالب	المشرف	عميد كلية الشريعة
حسن محمد الأمين	د: رمضان حافظ عبدالرحمن	د: أحمد بن عبدا لله بن حميد

المُقَدِّمَة

المقدمة

وهى تتضمن

١- اهمية البحث وسبب اختياره .

٢- خطة البحث .

٣- منهج البحث .

٤- صعوبات البحث .

المقدمـــة

الحمد لله الواحد الأحد الفرد الصمد الذي لم يلد ولم يولد ولم يكن له شريك في الملك خلق كل شئ فقدره تقديرا .

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لاشريك له ، و أشهد أن محمداً عبده ورسوله بلغ الرسالة ، و أدى الأمانة ، ونصح الأمة ، وكشف الغمة ، صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله وصحبه والتابعين ، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد: فالشريعة الإسلامية متصفة بالكمال والبقاء وشاملة لكل خير ومصلحة ، وفي العمل بها تحقيق للسعادة ، فهي خاتمة الشرائع فواجب على المسلمين أن يحكموها في كل أمر من أمورهم .

وقد بينت الشريعة كل الأنظمة وخاصة النظام الجنائي الإسلامي لحفظ الضروريات الخمس ، بلاحيف ولا ظلم (ومن أحسن من الله حكماً لقومٍ يوقنون)(١) وإن فقهاء الإسلام الأوائل قد بذلوا قصارى جهدهم في إبراز جوانب الشريعة ، وكان لهم في ذلك منهجهم الخاص وطرقهم في الكتابة والتنظيم والشمول والسعة ، والعلماء اليوم مطالبون بإعادة صياغة الفقه الإسلامي لتتفق ومقتضيات العصر الحاضر ، نظراً لابتعاد العالم الإسلامي عن الفقه عامة والفقه الجنائي بصفة خاصة ، و اللجوء إلي النظم الوضعية ، التي جرّت عليهم الدمار في القيم و الأخلاق و الإجرام و عدم الإستقرار والتفتت و الشتات .

وبالرجوع إلى الدين و الصحوة الإسلامية في كل بقاع العالم بالدعوة إلى الله و بحكم شرعه القويم الذي به تتحقق السعادة في الدارين الأولى و الآخرة .

---

(١) الأية (١٥٠) من سورة المائدة .

والأنظمة الوضعية قاصرة و عاجزة عن تحقيق المصالح ودرء المفاسد ، لأنها من وضع المخلوق، والاسلام يحقق الخير و الصلاح ، ودرء الشر و الفساد فإن المساهمة في بيان النظام الجنائي الإسلامي وتبليغه وبيانه للناس أصبح أمراً مهماً ، لذا اخترت أن يكون الموضوع مفردات المذهب المالكي في الجنايات والحدود و التعازير .

ولقد شجعني على ذلك أن زميلي الأخ الدكتور عبدالمجيد الصالحين قد تناول مفردات المذهب المالكي في العبادات . والأخ شمس الدين محمد حامد التكينة تناول مفردات المذهب المالكي في المعاملات المالية ، فأردت أن أواصل حتى نتم ما بدأ ، وسبب الاختيار الآتي :

١/ انهيار العالم الاسلامي في الأخلاق و الأمن و شيوع الجريمة و الفتن فيه وابتعاد ه عن الاسلام وأوضاعه القانونية .

٢/ صحوة العالم الاسلامي من كبوته و بحثه عن الشريعة .

٣ / فشل النظم الوضعية في مكافحة الجريمة بل أحيانا يحميها القانون .

٤ / الدعوة إلى الأخذ بالنظام الجنائي الاسلامي في العالم أجمع ، والعالم الاسلامي على وجه الخصوص و الدال على الخير كفاعله

٥ / لم يحظ موضوع المفردات بالعناية الكافية و اللازمة لما له من أهمية و أمل من وراء ذلك تسهيل الرجوع إلى مفردات المذهب المالكي في المسائل الجنائية ، و أعرف أني لن أوفي المفردات حقها ولكن ما لم يدرك كله لا يترك جله .

٦ / لم أقف حسب علمي على كتب في مفردات المذهب المالكي في الجنايات .

٧ / وان من أهم مقاصد الشريعة المحافظة على الكليات الخمس التي يمكن للمفردات أن توضحها في أحكام الجنايات و الحدود و التعازير .

٨ / وكثير من النظم الغربية وخاصة النظام الفرنسي كانت تقوم على آراء مالك الفقهية في القوانين الوضعية المدنية

٩ / تنديد كثير من العلمانين و الكفرة الملحدين بالعقوبات الاسلامية في أنها وحشية وضد حقوق الانسان صدا عن دين الله و شرعه .

١٠ / توضيحا للعالم أجمع ان الاسلام دين عدالة و مساواة و محافظة على حقوق الانسان المبتذلة في الشرق و الغرب .

خطة البحـث :

الحمد لله رب العالمين و الصلاة والسلام على أفضل المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ، وبعـــــد .

فهذه هــي خطة البحث .

مفردات المذهب المالكي في الجنايات و الحـدود و التعـازير وفيـه تمهيـد وبابان : أما التمهيد فيشتمل على مباحث و المباحث تتكون من مطالب غالبا.

و المباحث هي:

المبحث الاول : حياة الامام مالك الأسرية و العلمية و مصنفاته .

المبحث الثاني : نشأة المذهب المالكي و انتشاره و تطـــــوره.

المبحث الثالث : أشهر المصطلحات في الفقه المالكي .

المبحث الرابع : بيان الكتب المعتمدة عند المالكية و أهم المصنفات .

المبحث الخامس: أصول المذهب المالكي .

المبحث السادس: تعريف المفردات لغة و اصطلاحا و أسباب الانفراد .

والباب الاول : مفردات المذهب المالكي في الجنايات .

ويشتمل على فصلين وتحتهما مباحث .

الفصل الاول : مفردات المذهب المالكي في الجناية على النفس .

الفصل الثاني : مفردات المذهب المالكي في الجناية على مادون النفس .

(من جراح وديات و عقوبات تبعية) .

الباب الثاني : مفردات المذهب المالكي في الحدود و التعـازير . وقد جـاء في ثمانية فصول وفي كل فصل مباحث .

الفصل الأول: مفردات المذهب المالكي في حد الزنى .

الفصل الثاني: مفردات المذهب المالكي في حد القذف .

الفصل الثالث: مفردات المذهب المالكي في حد السرقة .

الفصل الرابع: مفردات المذهب المالكي في حد الحرابـــــة .

الفصل الخامس: مفردات المذهب المالكي في حد شرب الخمر.

الفصل السادس: مفردات المذهب المالكي في حـــــد الردة .

الفصل السابع : مفردات المذهب المالكي في حد البـــــغي .

الفصل الثامن : مفردات المذهب المالكي فـــــي التعازير .

و الخاتمـــــة : وفيها أهـــم نتائج البحث و توصـــــياتـه .

منهجي في التحقيق

أولاً: آتي بالمفردة في المذهب المالكي مع نصها ثم آتي بنصوص المذاهب الأخرى عند الأئمة الأربعة كي يتبين بوضوح أن هذه المسألة قد إنفرد بحكمها المذهب المالكي و الذي دعاني إلى هذا التحقيق والتثبيت أن كثيراً من الكتب تذكر مفردات للمذهب المالكي و لكن عند الرجوع لكتب المذهب المعتمدة نجدها ليست مفرده .

ثانيا: اعتمد إن شاءالله تعالى على أخذ مفردات المذهب المالكي من الكتب المعتمدة في المذهب و كذلك نصوص المذاهب الأخرى . المختصر

ثالثاً: إن مرادي بالمفردة في المذهب المالكي هو ما عليه المذهب و إن كانت هناك أقوال أخرى منها لا تعنيني ، لأنها أقوال ضعيفة أومرجوحة أو غيرمشهورة فما عليه المذهب هو المعني به و المعمول به وكذلك أقوال المذاهب الأخرى ، و اعتمد على الأقوال الصحيحة أو ما عليه الفتوى أو الراجح ، أما الأقوال الأخرى فلا أعول عليها ، حتى وإن وافقت المالكية فلا تقدح في كون هذه المسألة عن المالكية مفردة .

رابعاً: الموازنة و المقارنة بين المفردة في المذهب المالكي و المذاهب الأخرى مع بيان الأدلة و القول الراجح بما يقويه الدليل وما يحقق مقاصد الشريعة الإسلامية .

خامساً: ترقيم الآيات القرآنية و بيان سورها .

سادساً: تخريج الأحاديث من مظانها الأصلية مع بيان درجتها .

سابعاً: الآثار أذكر أسانيدها إن وجدت و أحياناً أكتفي بذكر السند والمرجع .

ثامناً: بيان معاني الألفاظ الغريبة في المعاجم اللغوية .

تاسعاً: التعريف بالأعلام المهمة .

الصعوبات التي واجهتني في البحث

بعد الإستخارة و الإستشارة من شيخي و أستاذي الدكتور رمضان حافظ ، آثرت أن أكتب في المفردات ، ولقد كنت أشعر بالرغبة و الرهبة و عظم المسئولية و صعوبتها ، و أهم الصعوبات الفقهاء الأربعة رحمهم الله يشربون من منبع واحد و هو الكتاب والسنة.

لذلك قد لا أجد من المفردات مايفي بالرسالة لأن ما قال منهم قول إلا وافقه أحدهم إما بقول راجح أو مرجوح .

لذا يصعب تميز المفردة من غيرها ، مما جعلني آخذ بالمذهب والراجح في المسألة .

٢/ جمع المادة من المصادر الأصلية للفقه الإسلامي ليس هيناً فإن أصول الكتابة و فنية التصنيف لم تكن بالشكل الذي هي عليه في عصرنا الحاضر ، و عليه يصعب على غير المتمرس في البحث في كتب الفقه بصفة عامة و كتب الفقه المالكي بصفة خاصة أن يجد ضالته بيسر وسهولة .

٣/ إن مسائل الإنفراد متناثرة في أغلب أبواب الفقه ، و متشابهة ، وحتى تعرف أن هذه مفردة أم لا ، لابد من كد الذهن و التفكير العميق، لأن مناط المسائل دقيق و مدركها عزيز و حصدها شبه مستحيل على شخص مثلي ، لذا ألتمس عذراً لما يجده القارئ من هفوات فالمؤمن يقيل العثرات .

٤/ عدم إتفاق المذاهب الأربعة في ترتيب الأبواب .

٥/ صعوبة الإستدلال في الفقه المالكي، لأن المذهب المالكي لا يميل للجدل والمناظرات إذا قورن بغيره من المذاهب. و إن كتب المالكية لم تخرّج الإخراج الذي يعين الباحث على إستخراج المسائل منها .

٦/ نجد في كتب الخلاف أقوالاً لمالك تخالف المذاهب الأخرى ثم يتضح بعد البحث المضني و الشاق أنها ليست مفردة .

الباب التمهيدي

الإمام مالك حياته ونشأة مذهبه وأشهر مصطلحات المذهب والكتب المعتمده وتعريف الإنفراد وأسبابة.

البـــاب التمهـــــــيدي

وفيه ستة مباحث :

المبحـــث الأول : حياة الإمام مالك الأسرية والعلمية ومصنفاته .

المبحـث الثانـي : نشأة المذهب المالكي وانتشاره وتطـــــوره .

المبحث الثالـث : أشهر المصطلحات في الفقه المالكـــــــــي .

المبحث الرابـع : بيان الكتب المعتمدة عند المالكيـــــــــة .

المبحث الخامس : أصول المذهب المالكـــــــــــــــي .

المبحث السادس : تعريف المفردات لغةً واصطـــــــــلاحاً .

المبحـــــــــث الأول

حياة الإمام مالك الأسرية و العلمية و مصنفاته .

وفيه المطالب الآتيــه :

١/ المطلب الأول : حياة الإمام مالك الأسرية .

٢/ المطلب الثاني :حياته العلمية و شيوخه .

٣/ المطلب الثالث : أصحابه وتلاميذ الإمام مالك.

٤/ المطلب الرابع : مصنفات الإمـــام مالـــك .

المبحـــــث الأول

المطالـــــب الأول

حيـاة الإمـــــام مالك الأسرية .

لقد كتبت عن الإمام مالك رحمه الله مصنفات كثيرة قديما وحديثا (١) لذا سوف أوجز بإعطاء القارئ نبذة يسيرة عن حياة الإمام مالك مما يتناسب مع طبيعة التمهيد فأقول هو : —

إمام دار الهجرة أبو عبدالله مالك بن أنس بن عامر بن عمرو بن الحارث بن غيمان ابن خثيل بن عمرو بن الحارث الأصبحي (٢) أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة ، و إليه نسبة المالكية عامة، وأبو عامر جد الإمام صحابي جليل شهد المغازي مع الرسول صلى الله عليه وسلم وجده مالك من كبار التابعين .(٣) أما ولادته فكانت على الأصح سنة ثلاثة وتسعين هجرية في ذي المروة شمال المدينة المنورة ، في ظل الدولة الأموية في عهد الوليد بن عبدالملك بالمدينة المنورة .ونشأ فيها في أيام التابعين فهومن تابعي التابعين وقيل تابعي رأي بعض الصحابة

---

(١) ترتيب الممالك بمناقب الإمام مالك للسيوطي جلال الدين (ت ٩١١) ومالك بن أنس إمام دار الهجرة لعبدالغني الأثر ومالك بن أنس لعبدالحليم بن لأمين الخولي . و مالك حياته وعصره وآراؤه الفقهية لمحمد ابي زهرة .

(٢) ترتيب المدارك وتغريب المسالك لأعلام مذهب مالك للقاضي أبي الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبيتي(ت ٥٤٤ هـ) تحقيق أحمد شاكر محمود ط مكتبة الحياة بيروت ١٩٦٧/١٣٨٧ م/١/٠١٠٢

(٣) الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب ، لإبن فرحون . ابراهيم بن علي (ت ٧٩٩) ط السعادة القاهرة .وشجرة النور الزكية في طبقات المالكية للشيخ محمد مخلوف . ط دار الفكر ص ٥٢ .

وتوفى رحمه الله سنة تسع وسبعين ومائة(١)(١٧٩هـ) . في عهد الرشيد العباسي ، تعود جذور أسرته إلى اليمن فقد قدم أبوعامر جد الإمام من اليمن متظلما من بعض ولاتها ، فعقد حلفا مع بني تميم (٢) . ووالدته الغالية بنت شريك الأذرية) (٣) وأبناؤه يحي ، ومحمد ، حمام أم البنين، ولعل هذه هي المسماة بفاطمة(٤) فهو اذاً عربي الأصل أباً و أماً ، يمني الأصل حجازي المنشأ عمل ببيع البز ، وطلب العلم وحفظ القرآن حدثا. أدرك سبعة من خلفاء بني أمية ، وخمسة من خلفاء بني العباس وثلاثين واليا على المدينة .

---

(١) ترتيب المدارك ١/١٠٠ وتزيين الممالك ص ٧ .

(٢) وذهب إ بن إسحاق إلى أن آباء مالك كانوا م موالي بني تميم محتجا بأن الزهري نسبهم لبني تميم وقد رد ذلك القاضي عياض بأن من معاني الموالي الحليف و المناصر وقد نفى عم مالك أن يكون لأحد عليهم ولاء ترتيب المدارك ١/١٠٥ فتح الباري ٨/٤٠٠ . فهو مولى حلف لا مولى عتاق، وزعمه بأصل كما قال ابن عبدالبر .

(٣) وقيل إنها طلحه مولاة عبدالله بن معمر . الد يباج المذهب ١٧ .

(٤) الديباج المذهب ١٨

المطلـــــب الثانـــي

حياته العلمية وشيوخـــه .

أخذ الإمام مالك علوماً متنوعه عن أشهر علماء المدينة آنذاك ، وبلغ عددهم نحو تسعمائة شيخ ،(١) وقد عد المزي خمسة وثمانين من شيوخه (٢) ، ودفعه أهله إلى طلب العلم في سن مبكرة بعد أن حفظ القران ، فجد في طلب العلم في صغره فأخذ العلم عن كثيرين نذكر منهم :

أبا عبدالرحمن فروخ التيمي ، المعروف بربيعة الرأي (٣) الفقيه الثقة المتوفي سنة ست وثلاثين ومائة ، وتعلم الإستنباط و التفريع . ويقول إذا جاء مالك : فقد جاء العقل (٤) .

ثم أخذ علم الإعتقاد و الرد على أهل الأهواء سبع سنوات عن عبدالرحمن بن هرمز الأعرج ، وهو تابعي مدني .

روى عن ابي هريرة ، و إبن عباس ، وغيرهما وكان ثقة ، كثير الحديث عالماً بالأنساب العربية توفى سنة سبع عشرة ومائة (٥) وقال عن مالك: (إنه أعلم الناس)(٦). وأخذ الحديث والآثار الفقهية عن أبي بكر ، محمد بن مسلم

---

(١) شجرة النور الزكية ص ٥٤

(٢) تهذيب الكمال في أسماء الرجال علي عبد الغني عبدالواحد لحافظ جمال الدين إلى الحجاج المزي ط بيروت ١٢٩٦/٩ .

(٣) تهذيب التهذيب لإبن حجر العسقلاني ٢٥٨/٣ ط . حيدر أباد تقريب التهذيب لإبن حجر تحقيق عبدالوهاب عبد الحفيظ طبعة المدينة المنورة تاريخ بغداد ٤٤١/٨ .

(٤) ترتيب المدارك ١١٦/١ .

(٥) تهذيب التهذيب ٢١٠/٦ .

(٦) ترتيب المدارك ١٢٩/١ .

وروى عن غير واحد من الصحابة . توفى سنة أربع وعشرين ومائة (١) حتى قال فيه (أنت من أوعية العلم ، إنك لنعم مستودع العلم)(٢)، وأخذ العلم عن أبي عبدالله نافع مولى بن عمر وروى عنه . وتسمى رواية مالك عن نافع عن ابن عمر ، بالسلسلة الذهبية . توفى سنة عشرة ومائة .(٣) تلقى العلم أيضا عن هشام بن عروة بن الزبير بن العوام الأسدي وهو ثقة وفقيه توفى سنة أربع وعشرين ومائة (٤) .

ومن الشيوخ الذين أخذ عنهم مالك وتأثر بهم في سلوكه الإمام جعفر محمد بن علي بن الحسين المعروف بجعفر الصادق ، وكان رأس أهل البيت في المدينة . غزير العلم ورعاً وافر الحكمة . كامل الأدب زاهداً بعيداً عن الغلو و التطرف فأمه أم فروة بنت القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق وجدته من ناحية أمه هي أسماء بنت عبدالرحمن بن أبي بكر الصديق ، ولذلك يقول ولدني أبوبكر مرتين ، روى عنه مالك أحاديث في الموطأ بلغ عددها تسعة . وتوفى سنة ثمان و أربعين ومائة .

---

(١) تذكرة الحفاظ للذهبي ، محمد بن أحمد (ت (٧٤٨) ط بيروت دار إحياء التراث العربي ١٠٨/٧ البداية والنهاية ، محمد عبدالله ، فقه الهجرة للإمام الحافظ إ بن كثير في القاهرة ٣٨٣/٩ .

(٢) ترتيب المدارك ١٢٩/١ .

(٣) تهذ يب التهذ يب ٤١٢/١ .

(٤) تذكرة الحفاظ ١٠٨/١ البداية و النهاية ٣٨٣ .

ومن شيوخه يحي بن سعيد الأنصاري قاضي المدينة الذي توفى سنة ثلاثة و أربعين ومائة ورحل إلى العراق . ومنهم عبدالله بن ذكوان المشهور بأبي الزناد المكنى بأبي عبدالرحمن وأصله من الموالي ولاه عمر بن عبدالعزيز خراج العراق . تلقى العلم عن الفقهاء السبعة و هو آخر أساتذة مالك توفى أبو الزناد في سنة ثلاثين ومائة (١) .

ومن شيوخه زيد بن أسلم العدوي له تفسير يرويه عنه إبنه عبدالرحمن ، توفى سنة ست وثلاثين ومائة (٢). ومنهم إسحاق بن عبدالله بن أبي طلحة زيد بن سهل الأنصاري المدني الثقة الحجة و أخذ عن أنس بن مالك وهو عمه ، أخو أبيه لأمه مات سنة اثنين وثلاثين ومائة (٣) . وبرز مالك في العلم حتى قيل لايفتى ومالك في المدينة. ويرى كثير من العلماء أنه عالم المدينة الذي ورد فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم .(يوشك الناس أن يضربوا أكباد الإبل في طلب العلم فلا يجدون عالما أعلم من عالم المدينة (٤) .

فهو بلا شك إمام دار الهجرة النبوية ، العالم الذي إنتشر علمه في الأمصار واشتهر فضله في الأقطار ضُربت له أكباد الإبل وارتحل إليه الناس من كل فج عميق ، و إلى جانب ذلك كان يتجه إلى الخلفاء والولاة بالنصح و التوجيه ويقول في ذلك : حق على كل مسلم أو رجل جعل الله في صدره شيئا من العلم و الفقه أن يدخل إلى ذي سلطان يأمره بالخير وينهاه عن الشر: (٥) .

---

(١) ترتيب المدارك ٦/١ . مالك بن أنس لأمين الخولي ٢٧/ ٢٨ .

(٢) تهذ يب التهذ يب ٣/ ٣٩٥ .

(٣) شجرة الدر ص ٤٦ .

(٤) مسند أحمد ٢٩٩/٢ و أخرجه الترمذي في الجامع وقال حديث حسن ٥/ ٤٦ وفي مقدمة الموطأ شرح الزرقاني ص ٤ .

(٥) ترتيب المدارك ٢٥٤/١ والديباج المذهب ٨٣/١

حتى إن الخليفة هارون عندما طلب حضوره لتعليم إبنيه الأمين و المأمون قال له: (العلم يؤتى) (١) و أمر ولاته بإستشارته ونال منه أمير المدينة جعفر بن سليمان بن علي بن عبدالله بن عباس المتوفي سنة خمس وسبعين ومائة . حيث أمر بجلده بالسوط في طلاق المكره (٢) وقيل في نكاح المتعة وقيل كان يفضل عثمان على علي رضي الله عنهما . وضُرب ما بين ثلاثين سوطاً ومائة حتى إنحلت كتفاه وبقي بعد ذلك مطبق اليدين لايستطيع أن يرفعها ولا أن يسوي رداءه وكان ذلك سنة ست و أربعين ومائة .

وقال حين ضُرب:اللهم أغفر لهم فإنهم لا يعلمون وقال: ما أغبط أحداً لم يصبه في هذا الأمر أذى (٣) .

---

(١) ترتيب المدارك ٢٥٤/١ .

(٢) ترتيب المدارك ٢٢٨/١ الديباج المذهب ١٣١/١
والسخاوي في التحفة السنيـــــة ٤٠٥/١

(٣) الديباج المذهـــــب ١٣٠/١ ــ ١٣١

المطلـــــــــــــب الثالث

أصحاب وتلاميذ الإمام مالك

وثناء العلماء عليه

انتصب الإمام مالك لتدريس العلم وهو إبن سبع عشرة سنة ، بعد أن وثقه العلماء . وكان يحث تلاميذه على احتمال المشاق في طلب العلم ، فيقول لايبلغ أحد مايريد من هذا العلم حتى يضربه الفقر ويؤثره على كل حال (١) لذا أُخذ عنه رحمه الله ـ العلم خلق كثير منهم من ظل على مذهبه ، ومنهم من خرج عن المذهب ـ منهم الخلفاء كالمهدي والهادي أبناء الخليفة أبي جعفر المنصور ومنهم الأئمة كالإمام الشافعي محمد بن إدريس القرشي الذي ولد بغزة بفلسطين سنة خمسين ومائة ، ثم رحل إلى مكة ثم تتلمذ على الإمام مالك في المدينة ثم ذهب إلى العراق وبعدها لمصر وتوفى بها سنة أربع ومائتين (٢). وأبو عبدالله عبدالرحمن بن القاسم بن خالد العتقي المصري ولد سنة اثنتين وثلاثين ومائة وهو أشهر أصحاب مالك من المصريين .(روى عن مالك والليث وروى عنه أصبغ وسحنون وغيرهما) توفى سنة إحدى وتسعين ومائة (٣) . وأبوعمر ، أشهب بن عبدالعزيزبن داود القيس . كانت له الرئاسة بمصر بعد ابن القاسم وكان فقيهاً ورعاً . وزاهداً توفى سنة أربع ومائتين (٤) . والمغيرة بن عبدالرحمن المخزومي

---

(١) ترتيب المدارك ٢٢٨/١ وتزيين الممالك بمناقب سيدنا مالك للسيوطي جلال الدين عبدالرحمن ط المصرية الخيرية ١٣٢٥ هـ ص ١٥ .

(٢) شجرة النور الزكية ص ٥٨ .

(٣) الديباج المذهب ص ١٤٦ تقريب التهذيب ٤٩٥/١ شجرة النور ازكية ٥٨

(٤) تهذ يب التهذ يب ٣٥٩/١ . ترتيب المدارك ٢/ ٤٤٧ الديباج ٩٨ الشجرة ٥٩٥ .

سمع من أبيه وعبدالله بن سعيد ومالك ويروى عنه أبناؤه عبدالرحمن وعباس وإبن مهدي توفى سنة ثمان وثمانين ومائة (١) وأبو محمد ، عبدالله بن عبدالحكم بن أعين بن الليث كان رجلاً صالحاً ثقة .

من مؤلفاته المختصر الكبير والأوسط الصغير و الأهوال وغيرهما توفى سنة واحد وتسعين ومائة (٢) .

وأبومروان ، عبدالملك بن عبدالعزيزبن عبدالله بن المدني ، روى عن الزهري وطبقته، تفقه بأبيه ومالك و غيرهما، توفى سنة اثنتي عشرة ومائتين (٣) .

وأبو عمران يحي بن كثير بن درهم الليثي وهو مدني كان من كبار أصحاب مالك المتقدمين (٤). وغير هؤلاء كثير وقد توفى مالك رحمه الله على الأصح في ربيع الأول سنة تسع وسبعين ومائة من الهجرة بعد أن ترك علماً غزيراً مازال الناس ينتفعون به ، وبعد أن خلق في الناس أثراً حميداً بسيرته الطيبة التي ينبغي أن يقفُو الناس أثرها في كل زمان ومكان علماً وأدباً وتقوى .(٥) وقد أثنى عليه ووثقه العلماء وقال عنه الإمام الشافعي (إذا جاءك الأثرعن مالك فشد به يدك) .

---

(١) ترتيب المدارك ١٨٢/١

(٢) ترتيب المدارك ٥٢٣/٢

(٣) البداية و النهاية ١٠/ ١٤٧ شذرات الذهب ٢٥٩/١

(٤) ترتيب المدارك ٢٩٩/١

(٥) أنظر مصادر ترجمة مالك منها الإنتقاد ٦٣/٩ سير أعلام النبلاء ٨/ ٢٣ وفيات الأعيان ١٣٥/٤ الكامل لإبن الأثير ٦/ ١٤٧ التاريخ الكبير ٧/ ٣١٠ وهنالك كتب مستقلة عن سيرة الإمام مالك : تزيين الممالك والإمام مالك للسيوطى ومالك بن أنس لأمين الخولي .

وقال: (إذا ذكر العلماء فمالك النجم ولم يبلغ أحد من العلم مبلغ مالك لحفظه و إتقانه وصيانته ، ومن أراد الحديث الصحيح فعليه بمالك (١) .

ومن معاصريه قال عنه أبوسعيد عبدالرحمن بن مهدي بن حسن العنبري المتوفي سنة ثمان وتسعين ومائة : (ما رأت عيناي أحداً أهيب من هيبة ملك و لا أتم عقلاً ولا أشد تقوى ولا أوفر دماغاً من مالك)(٢) . وقال : جعلت مالكاً حجة فيما بيني و بين الله .

وقال عنه عبدالله بن وهب بن مسلم القرشي المتوفي سنة سبع و تسعين ومائة : (ما أقدم على مالك أحداً في صحة الحديث)(٣)، وقال :(الذي تعلمنا من أدب مالك أكثر من تعلمنا من علمه)(٤) .

وقال عنه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني : المتوفي سنة إحدى و أربعين ومائتين(اذا رأيت الرجل يبغض مالكا فأعلم أنه مبتدع)(٥) .

إلتزم السنة و الآثار ، وتجنب المراء و الجدال و البدع وكان عاقلاً عابداً وقوراً كريماً حسن الصحبة مهاباً لطلابه و أهله (٦) .

وقال : إنما أنا بشر أخطئ و أصيب فانظروا في رأي فكلما وافق الكتاب و السنة فخذوا به و ما لم يوافق الكتاب و السنة فاتركوه .

---

(١) ترتيب المدارك ١١٧/١

(٢) ترتيب المدارك ١٩٩/١

(٣) ترتيب المدارك ١١٧/١

(٤) المرجع السابق ١١٧/١

(٥) المناقب لإبن الجوزي ١٦ ـ ١٩ طبقات الحنابلة ١٤٤/١ .

(٦) الموطآت للإمام مالك ـ لنزير حمدان ط دار القلم دمشق ص ١٢
الديباج المذهب لابن فرحون ص ١٨/١/ ، ٨٣/١ .

المطلـــــب الرابع

مصنفات الإمـــام مالك

بالرغم من إشتغاله بالتدريس في حلقاته بالمسـجد النبـوي الشـريف فإنـه قـد وضـع عدة تصانيف منها :

(أ) الموطأ: أول و أشهر مؤلفاته في الحديث و الفقه وقد بدأ بتأليفه بإشـارة من الخليفة العباسي أبي جعفر المنصور سنة ثمـان و أربعيـن ومائـة فقـد روى أن المنصور قال له :(يا أبا عبدالله دون كتابا وجنب فيه شدائد إبـن عمـر و رخـص إبن عباس و شواذ إبن مسعود و أقصـد و أوسـط الأمـور ومـا إجتمـع عليـه أئمـة الصحابـة)(١) ، لـذا توخـى فيـه القـوي مـن حديـث أهـل الحجـاز ومزجـه بـأقوال الصحابة و فتاوى التابعين من بعدهم(٢)، وأخرج الموطأ للناس في عهد المهدي بـن أبي جعفر المنصور سنة تسع و خمسين ومائة وضـع فيـه نحـواً مـن عشـرة آلاف حديث ، وظل ينقحه عاماً بعد عام حتى وفاته ، وجملة ما في الموطأ من الأحاديث عن الرسول صلى الله عليه وسلـم و الآثار عـن الصحابة و التـابعين عشـرون و سبعمائة و ألف حديثا ، الموقوف فيها ثلاثة عشرو ستمائة ومن التـابعين خمسـة وثلاثون ومائتان .

روى الموطأ عن نحو خمسة وثمانين صحابياً وثلاث وعشـرين صحابيـة و ثمانية وأربعين تابعياً وشيخاً ، فيه رواية منتقاه ، موثقـة ، وفقـه عملـي ميسـر ، وعقيدة سلفية واضحة ، وأدب فردي و إجتماعي يغلب عليه فقه عمر بن الخطـاب و العلم المدنـي . ورأى للإمـام واضـح وقـال:(وقـد تكلمـت بـرأي علـى الإجتهـاد وعلى ما أدركت عليه أهل العلم ببلدنا ولم أخرج عن جملتهم إلى غيره)(٣)، وأثنى العلماء على الموطأ وتناولـوه على مـر العصور بالشـرح والتدريس والتصنيـف أهمها :

---

(١) ترتيب المدارك ١/١٩٣ و الديباج المذهب ١/١١٠

تزيين الممالك بمناقب سيدنا مالك : السيوطي جلال الدين عبدالرحمن ط المصرية ١٣٢٥ ص ٦ . ص ٤١

(٢) مقدمة فتح الباري ص ٦ .

(٣) ترتيب المدارك ١/ ١٩٣ ومحاضرات في تاريخ الفقه المالكي ص ١٥٥ -- ١٥٦

تنوير الحوالك للسيوطي .

١/ التمهيد لما في الموطأ من أسانيد لإبن عبدالبر أبـي عمـر : يوسـف عبدالله إبن محمد بن عبد البر النمـري (ت ٤٦٣ هـ) .

٢/ الإستذكار بمذاهب علماء الأمصار فيما تضمنه الموطأ مـن معـاني الـرأي و الآثار لإبن عبد البر أيضا .

٣/ المنتقى شرح المـوطأ للـقاضي أبي الوليـد سليمان بـن خلـف الباجـي ت (٧٠٤ هـ) (١٠٨١) .

٤/ تنوير الحوالك شرح موطأ مالك لجلال الدين السيوطي (١) .

٥/ شرح الموطأ لمحمد بن عبدالباقي الزرقاني .

(ب) رسالة إلى هارون الرشيد في المواعظ و الآداب و الحكـم وبعـض المسـائل الفقهية .

(ج) رسالة إلى إبن وهب تحدث فيها عن القدر ورد فيها على القدرية .

(د) كتاب تفسير غريب القرآن .

(هـ) رسالة إلى الليث بن سعد (٢) بن عبدالرحمن المصري المتوفي سنة خمس وسبعين ومائة وفيها بيان لعمل أهل المدينة .

(و) رسالة في القضاء وجمعها إلى بعض القضاة في عشرة أجزاء .

(ز) كتابه في النجوم وحساب مدار الزمان ومنازل العمر (٣) .

---

(١) ترتيب المدارك ٢/ ٨٠٨ ، طبقات الحفاظ ص ١٠١

(٢) قال عنه الشافعي هو أفقه من مالك ولكن أصحابه لم يقوموا به . طبقات الحفاظ ص ١٠١

(٣) مسائل لا يعذر فيها بالجهل على مذهب الإمام مالك ص ١٧ .

المبحـــــث الثانـــــــي

نشأة المذهب المالكي و إنتشاره وتطوره

لم تظهر المـــذاهـب في القرن الأول الهـجري ، أعنـي عهد الصحـــابة و التابعين لأن الفقهاء كانوا يفتون في الحوادث ببيان ما ينبغي من فعل أو ترك ، ولم يعبروا عن التقديرات الذهنية التـي يعتمـدون عليهـا فـي أنفسـهم للتوصـل إلـى معرفة الحكم . ولم يتخذ الفقه صورة المذاهب إلا في بداية القرن الثاني ، لمـا بـدأ الفقهاء يعبرون عن استـدلالاتهم وإستنباط الأحكام من أدلتها ، وتقـديراتـهـــــم و إجتهاداتهم ، وتعبيراتهم عن صور الأقضية الحادثة بالألفاظ العرفية الفقهية غـير الواردة في لسان الوحي . ويناقش بعضهم بعضاً ، كما حدث فـي المراسـلات بيـن الإمام مالك بن أنس و الليث بن سعد فـي حجيـة عمـل أهـل المدينـة ، وبينـه وبيـن الإمام الشافعي في بحث حجية الإستحسان و حجية عمل أهل المدينـة و غـير ذلـك مما يتولد منه علم أصول الفقه . والأئمـة كل منهم في مصـــر و بيـــئة مختـلفه و النـاس يستفتون ويختلـف التعبير عـن الموضـوع وصـوره بيـن فقيـه و آخـر لإختلاف الأقاليم و الأعراف و الألفاظ ، وعلى ذلك جرى وضع المصطلح الفقهـي في المذهب المالكي على يد الإمام مالك وهو حجازي جمع بيـن الأثـر و النظـر ، ولكنه كان بالأثر أعلم وكان قد ظهرت بالمدينة نزعـة الـرأي و الفقـه التـي عدلـت عن الأخذ بالحديث و الأثر وذلك بظهور مدرسـة الـرأي التـي أسسـها ربيعـة الـرأي شيخ الإمام مالك(١) والذي أثر في تكوين الإمام مالك الفقهي وكان مـالك قـد تتلمـذ علـى تلاميذ كبار التابعين والفقهاء السبعة المشاهير (٢) فقهاً وروايةً كـــما وضـحنا ذلك

---

(١) ومضات فكـر . محمد الفاضل بن عاشور الدار العربية للكتاب ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي د/ حسين حامد حسان ط المتنبئ ص ٢٥ .

(٢) ترتيب المدارك ١٤٩/١ أنظر ص ٤٩ انظر ص ٧٧

فلما جاء الإمام مالك وإنتهت إليه إمامة دار الهجرة و الفتوى و التدريس في المسجد النبوي الشريف بالمدينة المنورة لفقهه وعلومه قصده ثلاثة أصناف من طلاب العلم بأعداد كثيرة ومن بلاد مختلفة متباعدة ، ولا نستطيع أن نحصي عددهم ولكن نشير إشارات إلى بعضهم وهـــم:

١/ طالبوا الرواية الذين شدوا الرحال إلى المدينة ليرووا عن إمامها الأحاديث الصحيحة المنتقاه التي عرف الإمام مالك بتمام التحري في روايتها وضبطها فمنهم من بلغ درجة الإجتهاد المطلق (١)، ومنهم من بلغ الإجتهاد المقيد(٢) .

٢/ طالبوا الفقه . مثل إبن الماجشون وعبدالله بن نافع من المدينة وغيرهما من الأمصار المختلفة ، قصدوه ليلازموه حتى يتخرجوا فقهاء على طريقته كإبن القاسم وقد حمل هؤلاء المذهب ونشروه شرقاً وغرباً وأكثر تلامذته تمذهبوا بمذهبه .

٣/ طالبوا الفتوى : هم المستفتون من عامة الناس ، الذين جاءوا لمعرفة الحكم الشرعي في مسألة معينة ، أو ما يشكل عليهم ، أو هم زوار جاءوا في موسم الحج الذي هيأ لهم اللقاء بالإمام مالك في المدينة المنورة ليستفتوه في أمور دينهم .

---

(١) كالإمام الشافعي و الادلة الدليله وهو من عنده القدره على استنباط الحكم الشرعي من دليله

(٢) كإبن القاسم . التفصيل

(٣) و المجتهد و هو لا يخرج عن انه يلتزم قصد الامام المجتهد المطلق و كذلك المجتهد المقيد مجتهداً في المذهب و هو من عنده الالمام بقواعد المذهب و اصوله و تجده يرجح بعض الاراء لامامه بمقتضى قواعد المذهب كابن القاسم المالكي و النووي و الرافعي الشافعي اما مجتهد الفتوى و هو من عنده الالمام بقواعد و اصله لكنه يفتقد ما لم تكنه من وجوده في عصر امامه بحكم تتفق مع قواعد المذهب و اصوله

وهؤلاء الأصناف الثلاثة من طلاب العلم بإستثناء المستفتين من عامة المسلمين قد ساعدوا في التبسيط و التفصيل و أثروا في قيام فتاوى مخالفة . ولم يقتصر الإمام مالك على الإفتاء و التدريس بل لجأ إلى التأليف و التدوين فدون الموطأ كما سبق أن بينا وهو أول مصنف له ، فكان العمدة في وضع ونشر المصطلح الخاص بالفقه المالكي المخالف في الكثير من تفاصيله للمصطلح المأخوذ به في المذاهب الأخرى .

وقد إعتنى تلاميذه بتدوين مسائله وضبط صور تعبيره فإبن وهب (١) مثلاً ألف سماعا عن مالك ثلاثين كتابا (١) ، وما تكلم مالك في شئ إلا كتبه عنه ودون عنه .كذلك أشهب (٢) وإبن القاسم ، وأسد بن الفرات (٣) وعلي بن زياد الذي كتب سماعا عن مالك في ثلاثة كتب (٤) فتكونت مادة ضخمه للفقه المالكي عن طريق نشر الكتب التي كتبها مالك كالموطأ أورويت عنه كالمدونة وما كتبه تلاميذه من بعـــــده .

ثم إنتشر المذهب عن طريق أصحابه وتلاميذه في آفاق الأرض ومشارقها ومغاربها بعد أن آثر بعضهم البقاء في المدينة المنورة حتى أصبح كثيرٌ من أهل الحجاز على مذهبه بعد وفاة الإمام كمحمد بن إبراهيم بن دينار و عبدالملك بن عبدالعزيز بن الماجشون (ت ٢١٢ هـ) .

وكان يغلب المذهب في الحجاز تارةً ثم يخمد فذكروا أنه خمد حتى جاء إبن فرحون وتولى القضاء بالحجاز سنة (٥) . وحتى الآن يشترك مع المذهب الحنبلي في أرض الحجاز.

---

(١) إبن وهب : عبدالله بن وهب بن مسلم الفهري من أصحاب مالك (ت ١٩٧ هـ) .

(٢) أشهب : أبو عمر أشهب بن عبدالعزيز بن داود القيسي العامري (١) أبو عبدالله المصري (ت ٢٠٤) .

(٣) أسد بن الفرات بن سنان مدل بن سليم (ت ٢١٣) .

(٤) ترتيب المدارك ٥٣/١ --٥٤ الأعلام للزر كلي ١٤٤/٤ شجرة النور الزكية ٥٨ .

(٥) تاريخ المذاهب الإسلامية في السياسة و العقائد وتاريخ المذاهب الفقهية محمد أبوزهرة ط دار الفكر العربي ١٩٨٩ م .

وانتشر في اليمن على يد أبي قرة القا ضي (١) ومحمد بن صدقة الفدكي (٢) وفي العراق على يد أبي عبدالرحمن العتبي (٣)وإبن مهدي (٤) ومن تبعهم كالأبهري (٥) والقاضي عبدالوهاب (٦) إلى أن دخل المذهب الشافعي وتشارك المذهبان .

والذين شرقوا عبدالله بن مسلمة القصبي (٧) و أبوزكريا يحي التميمي النيسابوري (٨) (ت ٢٨٩) و أما الذين غربوا فقد إستقروا في الأندلس و إنتشر بها عن طريق زياد إبن عبدالرحمن (٩) المعروف بشبطون وهو الذي أدخل الموطأ الأندلس (ت ١٩٣ هـ) و أبو محمد يحي بن يحي (١٠) الذي نقل الموطأ إلى الآفاق (ت ٢٣٤ هـ) . وفرعون بن العباس (١١) و الغازي بن قبيس (١٢) وساعد على نشر المذهب الأمير هشام بن إ بن عبدالرحمن الفاتح (١٣) .

---

(١) أبوقرة القاضي . موسى بن طارق اليماني السكسكي سمع من مالك وإ بن عينة وإ بن جريج وله كتاب المبسوط ومن تلاميذ علي بن زياد أنظر ترتيب المدارك ٣٩٦/١ .

(٢) الفدكي : أبوعبدالله محمد بن صدفة كان يسكن المدينة سمع مالك / ترتيب المدارك ٥١٢/٢ .

(٣) العتبي : أبوعبدالله محمد بن أحمد بن عبدالعزيز عتبة بن عتبة الأندلسي (ت ٢٢٥) .

(٤) إبن مهدي: أبوسعيد عبدالرحمن بن مهدي بن حسان البصري (ت١٩٨)

(٥) الأزهري : أبوبكر محمد بن محمد صالح الأبهري (ت ٣٧٥ وهناك أبوجعفر محمد بن عبدالله الأبهري الصغير (ت ٣٦٥) .

(٦) القاضي عبدالوهاب أبو محمد عبدالوهاب بن علي بن نصر بن أحمد بن الحسين البغدادي (ت ٤٤٢) .

(٧) هو أبوعبد الرحمن عبدالله بن مسلمة بن قصب التميمي المعروف بالعتبي كان كثير العبادة روى عن مالك الموطأ (ت ٢٢١) شجرة النور الزكية ص ٥٧) .

(٨) أبوزكريا يحي التميمي النيسابورى ت (٢٨٩) .

(٩) شيطون زياد بن عبدالرحمن روى الموطأ عن مالك و أول من أدخله الأندلس له سماع عن مالك يقال له سماع زياد (ت١٩٣) ترتيبالمدارك ٢/ ٣٤٩ .

(١٠) أبومحمد يحي بن يحي نقل الموطأ الى الآفا ق (ت ٢٣٤) .

(١١) أبو الفضل فرعون بن العباس بن فرعون بن حميد رحل الى الشرق وسمع مالكا والنوري و إ بن جريح وغيرهم (ت ٢٢) ترتيب المدارك (٢/ ٤٩٢) .

(١٢) هو أبو محمد غازي بن قيس قرطبي سمع عن مالك و الأوزاعي و غيرهما وسمع منه أصبغ وإ بن حبيب و غيرهما روى عن مالك الموطأ . وقيل هو من أوائل من أدخله الأندلس (ت ٢٣٠ هـ) ترتيب المدارك ٣٤٧/١ .

(١٣) الأمير هشام بن عبدالرحمن بن معاوية بن حسام بن عبدالملك بن مروان عام (١٧٠ هـ) في حياة الإمام مالك ترتيب المدارك ١/ ٥٣٠ ومقدمة بن خلدون ص ٤٤٩ . محاضرات في تاريخ المذهب المالكي مكتبة الغرب الإسلامي للدكتور عمر الجبيري

وحمل الناس عليه .وفي قرطبة إنتشر عن طريق أبي مصعب مطرق بن عبدالله و أسد بن الفرات (١) ودخل بلاد المغرب على يد علي بن زياد التونسي (٢) وعبدالله بن غانم الأفريقي والبهلول(٣) إبن راشد ثم أسد بن الفرات وسحنون .

ومازال المذهب مهيمنا على المغرب العربي بشكل عام و شماله بشكل خاص وذلك بعد عودة تلاميذ مالك من المصريين الذين استقروا بها مثل عبدالرحمن بن القاسم و عبدالله بن وهب و أشهب بن عبد العزيز فنشروا المذهب في مصر و غيرها .

فاتسعت مادة المسائل و لغة التعبير و تلاقت الأسماء المتعددة و الأساليب المختلفة في ضبط الحقائق الفقهية و التعبير عن مذاهبها و بدأت كتب المسائل تتردد بين الأقطار و تقرب بينها في التعبير إذ نقل عيسى بن دينار و يحي بن يحي و هما أندلسيان و أسد بن الفرات و سحنون و هم من القيروان عن إبن القاسم سماعة و هومصري . ورجع سحنون بسماعه من علي بن زياد بتونس يعرضه على إبن القاسم بمصر (٤) .

وروى أبوبكر الأبهري و هو عراقي سماع إبن عبدالحكم و هو مصري . فكان ذلك زيادة في التحقيق و الضبط بعبارات مالك و إشاعتها .

---

(١) هو أبو عبدالله أسد بن الفرات مولى سليم بن قيس سمع من مالك و إبن القاسم و أبي يوسف و كتابه ٥٨٥/٢ الأسد ية هو أصل المدونة و أخذ عنه سحنون و التنوخي و كثيرون (ت ٢٤٠) ترتيب المدارك .

(٢) أبو الحسن علي بن زياد التونسي العبسي ولد بطرابلس ثم رحل الى تونس و سكنها وسمع مالك و إبن عيينة وغيرهما له رواية للموطأ (ت ١٨٣) ترتيب المدارك ١/ ٣٢٦ .

(٣) أبو عمر البهلول بن راشد من أهل القيروان إشتهر بالورع وكثرة العبادة (ت ١٨٣) . ترتيب المدارك ٣٣٠/١ .

(٤) محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي الدكتور عمر الجيدي منشورات عكاظ ص ٢٩ -- ٣٧ .

وصدرت بهذا الموسوعات الأولى للفقه المالكي في القرن الثالث وهي(المدونة) لسحنون القيرواني (والواضحة) لعبدالملك بن حبيب القرطبي (ت ٢٣٨) (والمستخرجة) لأبي الوليد العتبي القرطبي و هي المشهورة بالعتبة ، فجاءت متضمنة عشرات الألوف من المسائل . اذ في المدونة أربعون ألف مسألة فانتشر المذهب في مصر وبلاد أفريقية و القيروان و تونس حتى وصل حدود الأندلس و لم يزل علماء المذهب يتعهدون الأمهات بالشرح والإيضاح الجمع قال القاضي عياض : غلب مذهب مالك على الحجاز و البصرة و مصر وماوالاها من بلاد أفريقية و الأندلس و صقلية و المغرب الأقصى إلى بلاد من أسلم من السودان الى وقتنا هذا (١) .

وتعددت الإصطلاحات و تداخلت في المدونة التي جمعت بين فقه الإمام مالك و تلاميذه من بعده .

وفي القرن الرابع الهجري تولى إمامة المذهب بالقيروان أبو محمد عبدالله بن أبي زيد القيرواني و الذي يعود اليه الفضل في جمع المذهب و شرح أقواله وضبط مصطلحاته الفقهية الضبط الدقيق المستمد ، فألف كتابه الشهير بالرسالة وكتاب النوادر و الزيادات على المدونة ، وانتشرت كتبه في الآفاق ، حتى شرح الرسالة معاصره بالعراق القاضي عبدالوهاب و أعاد إبن أبي زيد الى الفقه لغة الموطأ ، وجعلها الأصل و فتح الباب للمختصرات فأختصر أبو سعيد : خلف بن أبي القاسم البرادعي (الواضحة و هذب المدونة) .

وفي العراق ألف القاضي عبدالوهاب مختصرا أسماه التلقين (٢) ومعاصر لهما أبو عبدالله محمد بن أبي زمنين الألبيري الأندلسي ،اختصرالمدونة و سماه المغرّب . ومدونات المذهب رائجة و معتمدة و توالت حتى القرن التاسع

---

(١) المدارك ٦٧ .

(٢) المدارك ص ٧ ومالك لأبي زهرة ، ص ٣٨٢ الأعلام م ٤/ ١٥٧ .

(٣) التلقين تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني رسالة ماجستير بجامعة أم القرى بمكة المكرمة . طبع المكتبة التجارية بمكة المكرمة .

من كتـــب اللخـمي و المازري و القاضـــي عياض في القرن الخـامس و السـادس و إبن الحاجب و القرافي في السابع و إبن عرفـــة ، وخليل و إبـن عـاصم فـي الثامـــن، و إبن ناجي في التاسع و إلى جانب هذه الطريقة التي تأصلت ظهـر فـي القرن الرابع إبن أبي زمنين في الأندلس في كتابه (المنتخب) بطريقة التأليف فـي الأحكام و إجراءات النوازل و تحقيق النكت المتعلقة بالوثائق و العقود ، من أصـل الفقه المالكي . ثم أبو الفتوح في القرن الخامـــس ألف (الوثـائق المجموعـة) ، و المنـبطي في القـــرن الســادس ألـف (النهاية و التمام في مسـائل الأحكـام) ، و الجزيري في السادس أيضا (ألف المقصد المحمود في أحكام الوثائق و العقود) إختصر فيه وثائق إبن فتوح و إبن هشام في أواخر السادس و أوائل السـابع فـألف كتاب (مفيد الأحكام) وإبن عات في أوائل السابع (١) وفي القرن الثامن ألـف إبـن رشد القفصي كتاب (الفـائق فـي الأحكـام و الوثـائق) أربـع مجـــلدات ، و إبـن هـارون وإبـن سلمون و إبـن فرحـون مؤلـف (تبصـرة الحكـام) الـذي أصبحـت إصطلاحاته جارية على الألسن و الأقلام و أصبح الفقـه منـذ القـرن السـابع يسـير على منهجين :

الأول : منهـج التلخيـص و التحريـر و التهذيـب لابـن شـاش ثـم إبـن الحـاجب ثـم القرافي ثم خليل .

الثاني : منهج التفاصيل فـي الصـور العلميـة لمسـائل الأحكـام و التوثيـق لتحقيـق المصالح الشرعية المنوطة بها حسـب الأحـوال فظهـرت كتـب الأحكـام و التوثيـق مثل كتاب (جامـــــع مسائل الأحكام) للبرزلي الـتونسي فـي القـرن التاسـع (و المعيار (٣) للونشريسي فقيه الجزائر.

---

(١) كلهم أندلسيون و كتبهم مخطوطة بتونس .

(٢) ومضات فكـــــر .

(٣) طبع بفاس ١٢ مجلد .

وقد نشأت من هذا الإتجاه القضائي التوثيقي في الفقه المالكي أبواب واسعة للإجتهاد ، فاهتم المعتنون بفقه القضاء بجمع تلك الأقضية ونظموا فيها أراجيز عرفت بإسم (كتب العمليات) ثم أضيف إليه ضبط المعاني الفقهية الفرعية بذاتها ، بوضع حدود الأبواب ، العبادات و ضروب المعاملات و العقود بطريقة التجديد المنطقي الجامع المانع وذلك ما قام به إبن عرفة التونسي في المختصر الذي ألفه سماه(تقريب ماهيات الحقائق الفقهية الكلية) وإلتزم دارسو الفقه حدود إبن عرفة بذلك يمكن أن نقول إن المذهب إنتشر بالآتي :

أولا : كتب مالك وما رويت عنه و أصحها نسبةً و أقواها سنداً الموطأ .

ثانيا : كثرة تلاميذ مالك و إنتشارهم في الأقطار و تعهدهم للأمهات بالشرح والإيضاح والنشر والتدريس و تناقلها عنهم تلاميذهم من بعدهم .

ثالثا : إقامة مالك و إستمرار المذهب في الحجاز مقصد المسلمين من كل بقاع العالم .

رابعا: تبني الحكام في الأندلس للمذهب و إلزام الناس به في القضاء .

خامسا:قوة رجال المذهب من الفقهاء .

سادسا:ذكر الدكتور الجيدي من أسباب إنتشاره في المغرب العربي تقارب البيئة بين الحجاز والمغرب و الزهد و الورع و الصرامة في التمسك بالكتاب والسنة .ورد فعل لمحاربة فقهاء الحنفية للمذهب المالكي ، ونفور أهل المغرب العربي من علم الكلام وميلهم للبساطة والوضوح وغير ذلك (١)

---

(١) محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي الدكتور / عمر الجيدي منشورات عكاظ ٢٩ /٣٨ .

المبحـــــــث الثالـــــــــث

أشهر المصطلحات في الفقه المالكـي

نتناول بعض الألفاظ و المصطلحات المستعملة العامة و الخاصة لفقهاء المذهب المالكـــــي :

(أ) المصطلحات الخاصـــة :

نجد للإمام مصطلحات خاصة ، أسبغ عليها صفة التعميم مثل (كره) فإنه إستعملها في الحرام و المكروه ، وكذلك إستعماله ،أحب ، ولاأحب و لابأس وربما إنفرد مالك بمصطلحات لم تعـــرف عند الإئمة الآخريـن و هـي:(الأمر عنـــدنا) (و المجتمع عليه) (وبعض أهل العلم) (لاإختـــلاف عندنا) (وليس بواجب) (ولا أرى ذلك واجبا)(١) (فإنه لايحل أكله)(٢) (ومالايجوز)(٣) .

(ب) أما أشهر المصطلحات العامة:

١/ فالراجح : لغة: الميل ،مأخوذ من رجح الميزان رجوحاً ورجحانـاً أي مال(٤) والأصل في الرأي الراجح ماقوي دليله . و المرجوح عكس الراجح أي ما ضعف دليله . ومرادفه الأصح كما ذكر ذلك الشيخ العليش .

٢/ و المشهور: فيه ثلاثة أقوال :

أ/ ما قوي دليله فيكون بمعنى الراجح .

ب/ ماكثر قائلوه بأن زاد على ثلاثة و هو المعتمد (ويقابله الشاذ).

ج/ وقيل رواية إبن القاسم عن الإمام مالك في المدونة والمشهور غالباً يكون راجحا ويقابله الغريب (٥) .

---

(١) الموطأ ١٦٢/١

(٢) حاشية الدسوقي ٢٠/١

(٣) فتح العلي المالكي ٦٠/١

(٤) القاموس المحيط ٢٢١/١

(٥) حاشية الدسوقي ٢٠/١ وحاشية حجازي على مجموع الأمير ١٦/١ وفتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك للشيخ عليش ٦٢/١ حاشية العدوي على الرسالة ٤٣٨/١ معلمة الفقه المالكي عبدالعزيز بن عبدالله ط دار المغرب ٢٧٤ .

٣/ ماجرى به العمل : وهو العدول عن القول المشهور إلى قول آخر ضعيف أو شاذ لجلب مصلحة أو درء مفسدة ، أو أصبح أكثر مناسبة لأحوال الناس وهو ما يقضي به القضاة في المحاكم.

٤/ والصحيح : خلاف السقيم ، والصحيح ماسلم من النقص (١) وهو مقابل والأصح يشعر بصحة مقابله لأنه إسم تفضيل كالأظهر .

ولفظ الصحة إصطلاحاً بإعتبارين :

الأول: ترتيب آثار العمل عليه في الدنيا ومبرئةً للذمة و مجزئةً ومسقطةً للقضاء فيما فيه قضاء .

ثانيا: أن يراد به ترتيب آثار العمل عليه في الآخرة كترتيب الثواب الذي يرجى به في الآخرة لامتثاله أمر الشارع وقصد به مقتضى الأمر والنهي (٢)

٥/ الأظهر: بأن مقابله فيه ظهور أيضا لأنه إسم تفضيل يقتضي المشاركة وزيادة .

والمعتمد : هو القوي سواء كانت قوته لشهرته أو لرجاحته (٣)

والمذهب: هو في الأصل ماذهب إليه الإمام وعند المتأخرين هوما به الفتوى من باب إطلاق الشئ على جزئه الأهم . كما يطلق عند ما يقابل بالمخالف من المذاهب بالأخرى . (٤)

---

(١) لسان العرب ٤/ ٣٤٠ المراجعه ص >>

(٢) الموافقات للشاطبي ٢٩١/١

(٣) بلغة السالك للصاوي ١٧/١ ، ٩/١٠ .

(٤) حاشية العدوي على الرسالة ٤٣٨/١ وحاشية حجازي على مجموع الأمير ١٢/١ .

الفتـــــــوى : تكـون بـالقول المشـهور أوالراجـح مـن المذهـب أمـا القـول الشـاذ والضعيف فلا يفتى بهما ولايحكم بهما ولايجـوز العمل بـــها في خاصة النفس , ماجرى به العمل: وهو العدول عن القول المشهور إلى قول آخر شـاذ أو ضعيـف لجلب مصلحة أو درء مفسدة أوأصبح أكثر مناسبةً لأحوال الناس ،وهو ما يفتى به القضاء و الحكام .[1]

وشروط تقديمه على المشهور هي :

١/ معرفة محلية جريانه عاما أو خاصا بناحية من البلدان -

٢/ ثبوت جريان العمل به .

٣/ معرفة كون من أجرى ذلك العمل من الإئمة المقتدى بهم .

٤/ معرفة زمانه .

٥/ معرفة السبب الذي من أجله عدل عن المشهور إلى مقابله .

٦/ ألا يكون العمل خاصاً فالعمل العام هو الذي يرجح القول الضعيف .

ونجد أن المدونة هي : أصل المذهب و عمدته ،(٢) وإذا أطلق الكتاب فهـي المدونة كالقرآن عند الأمة المسلمة، وكتاب سيبويه عنـد النحويين ، والروايـات و الأقوال هي الراجحة في المذهب أو المشهور كما هـو الشـائع عنـد المالكيـة ، كمـا ذكر الشيخ عليش إن (المراد بالتشهير الترجيح)( ) وإذا أطلق الروايات فهي أقوال مالك، وإذا أطلق الأقوال فالمراد أقوال أصحاب مالك وغيرهم مـن المتـأخرين (٣) فإن مصطلح الرواية يقصدبه ماروي عن الإمام مالك لاعن غيره ، وأمـا الأقـوال فقد تكون عنه أو عن غيـــره .

---

(١) الدسوقي ٢٠/١ فتح العلي المالك ٦٢/١ العدوي ٤٣٨/١ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ط البابي الحلبي ص ١/ ٢٤

(٣) كشف النقاب الحاجب من مصطلح إبن الحاجب تحقيق حمزة أبـي فـارس و د/ عبدالسـلام الشـريف ط دار المغرب الإسلامي بيروت سنة ١٩٩٠م ص ١٢٩ و الخرشي ٤٨/١ .

فرأي الإمام يقدم على غيره لأنه مؤسس المذهب ثم يقدم قول إ بن القاسم في المدونة لمصاحبته مالك أكثر من عشرين سنة . ويقدم قول غيره في المدونة على قول إ بن القاسم في غير المدونة لصحة المدونة (١) وهذا الترتيب عليه جمهور المالكية وهناك ترتيب آخر ذكره إ بن فرحون (٢) في التبصرة :

١/ يفتى بقول مالك في الموطأ . فإن لم يجد فبقوله في المدونة فإن لم يكن لمالك قول فبقول إبن القاسم في المدونة وإن لم يكن لإبن القاسم قول في المدونة فبقوله في غيرها فان لم يكن له قول فبقول غيره في المدونة فإن لم يكن فأقاويل أهل المذهب .(٣)

المدنيون : أتباع مالك في المدينة كإبن الماجشون وإبن نافع و إبن مسلمة ونظائرهم .

المصريون : كإبن القاسم و أشهب و إبن وهب و أصبغ بن الفرج و إبن عبدالحكم وغيرهم .

العراقيون

ويقصد بهم إبن الجلاب و القاضي إسماعيل بن إسحاق و القاضي عبدالوهاب والقاضي الحسين بن القصار و القاضي أبي الفرج و أبوبكر الأبهري و نظائرهم (٤)

---

(١) تبصرة الحكام مع فتح العلي المالك ١/ ٦٠

(٢) فتح العلي المالكي ١/٦٠

(٣) البحث الفقهي ـــ خصائصه ـــ أصوله ـــ مصادره مع المصطلحات الفقهية في المذاهب الأربعة ط مكتبة الزهراء القاهرة سنة ١٤١٢ هـ دكتور اسماعيل سالم عبدالعال ١٩١ .

(٤) المدونه ١/٦٤ تبصره الحكام ١/٦٠ وحاشيه الشيخ العدوي ١/٩٢

المغاربة (١)

ويقصد بهم ابن أبي زيد و ابن اللباد ، و الباجي ، و اللخمي ، وابن القابس و ابن عبد البر ، وابن محرز ، و ابن رشد ، و ابن العربي ، و القاضي سند و المخزومي و ابن شيلون و ابن شعبان ، فإذا اختلف المصريون و المدنيون قدم المصريون غالباً و إن اختلف المغاربة و العراقيون قدم المغاربة .

جدول يوضح بعض المصطلحات في المذهب (٢)

القرينان	الأخوان	القاضيان	المحمدون	المحمدان	محمد	الشيخان	الشيخ	الإمام	الصقليان
أشهب و ابن نافع	مطرف وابن الماجشون	عبدالوهاب وابن القصار	ابن سحنون و ابن الحكم و ابن المواز و ابن يونس	سحنون و ابن المواز	ابن المواز	أبو الحسن علي القابس و ابن أبي زيد	إبن أبي زيد	المازري في الفقه	ابن يونس و عبدالحق

الجمهور : أئمة المذاهب الأربعة .

الإتفاق : إتفاق أهل المذهب .

الإجماع : إجماع العلماء .

الكتاب : إذا أطلق الكتاب يراد به المدونة علماً بالغلبة عليها كالقرآن عند هذه الأمة و أصول الفقه وكتاب سيبويه عند النحويين .

---

(١) المدونة ٦٤/١ و حاشية عليش ٩٢/١ .

(٢) مسائل لا يعذر فيها بالجهل على مذهب الإمام مالك شرح العلامة الأمير على منظومة بهرام تحقيق الشيخ ابراهيم المختار احمد عمر الجبرتي الزيلعي ط دار الغرب ص ١٢ .

الأمهات : الأمهات أربـــــع :

١/ المدونة لسحنون : وهي من أجل كتب المذهب وعمدته ومسائلها ثلاثون ألفاً ومائتان .

٢/ المستخرجـــة : لمحمد بن أحمد العتبي و تعرف بالعتبية .

٣/ الموازيـــــة : لمحمد بن إبراهيم الإسكندري المعروف بإبن المواز

٤/ الواضحـــــة : لعبدالملك بن حبيب السلمي .

والدووابن : سبعة الأربعة السابقة وزيادة عليها :

٥/ المختلطـــــة : لإبن القاسم وهي المدونة نفسها .

٦/ و المبـــسوط : للقاضـــي إسماعيل .

٧/ و المجموعـــة : لإبن عبـدوس .

الفقهاء السبعـــة :

المقصود بهـم :

١/ سعيد بن المسيب

٢/ عروة بن الزبير

٣/ و القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق .

٤/ وخارجة بن زيد بن ثابت .

٥/ وعبدالله بن عبدالله بن عتبة بن مسعود .

٦/ سليمان بن يسار .

٧/ أُختلف فيه ، قيل أبوبكر بن عبدالرحمـن وقيل سالم بـن عبدالله وقيل أبوسلمة بن عبدالرحمن بن عوف . والثاني هو الأرجـح .

---

(١) أنظر حاشية الدسوقي ١/٢٠ ــ الخرشي ١/٣٦

معلمة الفقه المالكي عبدالعزيز بن عبدالله ط دار المغرب ص ٢٧٤/ ٢٧٥ ونور البصر ص ١٢٠ .

العبادلـــــــــة :

العبادلة أربعة هـــــم :

١/ عبدالله بن الزبير .

٢/ عبدالله بن عمر بن الخطاب .

٣/ عبدالله بن عباس

٤/ عبدالله بن عمرو بن العاص . (١)

---

(١) مسائل لايعذر فيها بالجهل على مذهب الإمام مالك . شرح العلامة الأمير على منظومة بهرام ص ٦ ـ ٨

المبحث الرابـــــــــــع :

بيان الكتب المعتمدة عن المالكية وفيه مطلبان :

المطلب الأول : الكتـــــب المعتمـــدة .

المطلب الثاني: أشهر المصنفات في المتون والمختصرات في المذهب .

المبحـــــث الرابـــــع

بيان الكتب المعتمدة عند المالكية

من الصعب حصر جميع الكتب المعتمدة عند المالكية لأن بعض الكتب مطبوع وبعضها مخطوط ووجود مؤلفات في الشرق و المغرب العربي لم تصل إلينا بعد لذا سوف نتناول أهـــم المصادر و الدواوين المعتمدة وبعـــض المتون و المختصرات و الشروح و الحواشي لما لمسته من عدم تفريق الكثيرين من الطلاب بين الشرح الكبير و الشرح الصغير للدردير . في حين أن أحدهما على مختصره المسمى أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك و الثاني شرحه على مختصر خليل ويعد الموطأ أول مصنف لمالك و إنتشر بروايات عديدة كما سبق أن تناولناه ويجدر بنا أن نتناول أهم المصادر من بعده .

المطلب الأول

الكتب المعتمدة عند المالكية

يعتبر المالكية الأمهات أربع و هـــــــي :

١/ المدونة

٢/ العتبية

٣/ الواضحة

٤/ الموازية

وهي أهم مصادر الفقه المالكي .

ومن المناسب أن نتعرف على هذه المصادر بشئ من التفصيل .

أولا : المدونة :

تعد من أجل المصادروصنفها عبدالسلام بن سعيد بن سحنون التنوخي(١) (ت٢٤٠) عن إبن القاسم عن مالك ومسائلها ثلاثون ألفاً ومائتان فأصلها كتابة

---

(١) فقيه عابد ورع زاهد (ت ٢٤٠ هـ) ترتيب المدارك ٩٥/٥ .

الأســـدية لأسد بن الفرات تفقه على أصحاب أبي حنيفة وذهـب بأسئلتهم الـى إبـن القاسم بمصر يسأله عن قول مالك فـي المسـائل فجمـع مـا سـمعه عـن إبـن القاسـم وسماه الأسدية وذهب إلى المغرب يدرسها ثم إنتسخها منه سحنون ورحل بها إلـى إبن القاسم فعرضها عليه و أضاف إليها بعض إجتهاداته و آرائه وعمـل سـحنون على ترتيبها و تبويبها و تهذيبها و أضاف إليها أقوال بعض أصحاب مالك وبقيـت بعض الأبواب غير مرتبة لذلك سـميت بالمختلطـة فـأقبل العلمـاء أوبعـض العلمـاء على مدونة سحنون بالشرح و التعليق و الإختصار و أفاد أيضاً من الجامع لعبدالله بن وهب المصري (ت ١٩٧ هـ) وكتب أشهب بن عبـــدالعزيز (ت ٢٠٤) (١) .

ثانيا : المستخرجة أو العتبيـــة :

لمحمد بن أحمد بن عبدالعزيـز العتبـي القرطبـي (ت ٢٥٥ هـ) وهـي غـير مرتبة علميا كما هو واضح في نسختها المطبوعة مع البيان و التحصيـل (٢) الـذي بعد أحسن شروحها و يعتمد عليها إبن رشد الجد وصحح ما فيها من شـواذ و قـال إبن خلدون (٣) كانت لها شـهرة فـي الأندلس وتتضمـن مسـائل مـن مشكلات الفقه المالكي .

ثالثا : الواضحـــة :

في السـنن و الفقـه لعبدالملـك بـن حبيـب بـن سـليمان بـن هـارون السـلامي القرطبـــي (ت ١٧٤ هـ) (٤) قيـل لـم يؤلـف علـى طريقـة المدنييـن مثلهـا و لـه إختيارات تخالف المذهـــب وقد عنيت بإستخراج المعاني و القواعـد التـي قـامت عليها الفروع وربما أكتفي بالروايات بدلا من معاني الأحكام .

---

(١) ترتيب المدارك ٤٧٣/٤٦٦/٢ . مقدمة المدونة ٦٤/١ مقدمة بن خلدون ص ٤٥ وفيات الأعيان وأبناء الزمان لإبن خلكان أحمد بن محمد بن أبي بكي ص ١٤٥/ ٢٩١ .

(٢) البيان والتحصيل طبع الآن في ٢٠ مجلد .

(٣) مقدمة إبن خلدون ص ٤٥٠ وترتيب المدارك ١٤٤/٣ .

(٤) مخطوط القيروان بفاس رقـــم ٨٠٩ .

رابعـا : الموازية :

لإبن المواز محمد بن إبراهيم بن زيـاد الأسكندراني (ت ٢٦٩هـ) وإنتهت اليه رئاسة المذهب قال القاضي عياض هو أجل كتاب ألفه قدماء المالكية وأصحها مسائل و أبسطها كلاماً حيث ضمت كل المسائل العويصة في الفقه المالكي فضلا عن الإهتمام بفروع المالكية و ذكره أبو الحسن القابسي ورجحه على سائر الأمهات وقال: لأن صاحبه قصد إلى بناء فروع أصحاب المذهب على أصولهم في تصفيتهم (١) .

٥/- أ - النوادروالزيادات :

كتاب النوادر والزيادات على مافي المدونة من غيرها من الأمهات لأبي محمد عبدالله إبن زيد بن عبدالرحمن القيرواني (ت ٣١٠هـ) وهذا الكتاب من المخطوطات بتركيا و القاهرة يعد بمثابة تلخيص الكتب الفقهية الهامة للمذهب المالكي بالرغم من ذلك فإن الكتاب لم يحظ بإهتمام إلا قليلاً لايليق بأهميته البالغة لمصادر الفقه المالكي (٢) .

ـ ب ـ تهذيب المدونة : لأبي سعيد خلف بن أبي القاسم المعروف بالبرادعي (ت ٤٠٠هـ) مخطوط بدار الكتب المصرية .

---

(١) ترتيب المدارك ٧٣/٣ شجرة النور الزكية ص ٦٨ نور البصر ١٨٤ دراسات في مصادر الفقه المالكي ص ١٥١ .

(٢) دراسات في مصادر الفقه المالكي مؤلفه ميكلوش ماورائي مترجم من الألمانية طبعة دار الغرب الإسلامي ص ١٠١ .

المطلـــب الثانـــــــــــي

أشهر المصنفات في المتون و المختصرات في المذهب

نتناول بإيجاز أشهر المصنفات التي لها تأثير في المذهب المالكي .

أولا : مختصر الرسالة :

مختصر جمع فيه واجبات أمور الديانة و سننها وشيئاً مـن الآداب و بعضاً من أصول الفقه و فنونه على المذهب (١)، تعد من أهم كتب المذهـب بعد الأمهات التي سبق ذكرها وقد إنتشرت إنتشاراً واسعاً في المغرب و المشرق ، وتناول فيها إبن أبي زيد مسائل فقهية كثيرة وقد تناولها عدد من الفقهاء بالشرح والتعليق و التحليل وقد ذكر الجيدي أن الرسالة قد حظيت بأكثر من مائة شرح ذكر منها تسعة و خمسين شرحاً (٢) ومن أمثلة الأعمال العلـــمية للرسالـــــة :

١/ إيضاح المسالك على المشهور من مذهب مالك للشيخ داؤد بن عمر إبراهيم الشاذلـــي(٣) .

٢/ التحرير و التخير لتاج الدين الفاكهاني .

٣/ الثمر الداني شرح رسالة بن أبي زيد القيرواني .

٤/ شرح لجمال الدين ، عبدالله بن مقداد الأفقهي المالك .

٥/ شرح لأبي الجودة داؤد بن سليمان الظاهـــــري .

---

(١) حاشية العدوي على شرح أبي الحسن ٥/١ و ٢٣ وما بعدها .

(٢) الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب لإبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون البصري ط دار الكتب العلمية بيروت ص ١٣٦ ذيل كشف الظنون لاسماعيل باشا بن محمد أمين ٥٥٧/١ ترتيب المدارك ٤٩٢/٣ .

(٣) محاضرات في تاريخ الفقه المالكـــي ص ٢٠ .

ج : كتاب المقدمات الممهدات لأبي الوليد بن رشد الجد مطبوع مع المدونة .

د : الجامع لإبن يونس (ت ٤٥٠هـ) جمع فيه مسائل المدونة و أضاف إليها أمهات كتب المذهب وخلاف الأئمة الآخرين و الأدلة للمالكية (١)

هـ : شرح يسمى الطراز لسند بن عنان يعد من أحسن شروح المدونة .

و : التنبيهات المستنبطة في شرح مشكلات المدونة و المختلطة للقاضي عياض وقد عد الجنيدي تسعة وسبعين عملا تناول المدونة بمالها من أهمية .

٦/ المجموعة: جمعها إبن عبدوس ، محمد بن ابراهيم بن عبدوس بن بشير (ت ٢٦٠هـ) (٢) وتعد من أمهات الكتب في المذهب إلا أن المؤلف وافته المنية قبل إتمامها والذي كمل منها بلغ الخمسين كتاباً .

٧/ المبسوط أو المبسوطة : للقاضي إسماعيل بن إسحق البغدادي (ت٢٨٢هـ) تعد من أفضل الكتب الفقهية و أعظمها شأناً وهي أحد الدواوين المشهورة في المذهب ومنها تعرف طريقة البغداديين في الفقه و التأليف .

٨/ حاشية العدوي : علي بن أحمد الصعيدي (ت١١٨٩هـ) .

---

(١) وزع المخطوط على طلاب الدراسات العليا بمكة المكرمة للتحقيق .

٩/ كفاية الطالب الرباني شرح رسالة إبن أبي زيد القيرواني لإبن أبـي الحسن علي بن محمد ثلاثي بن خلف بن جبريل (ت٦٣٩هـ) .

ثانيـا : **مختصر إبن الحاجب** : عثمان بن عمر بن أبي بكر (ت ٦٤٦هـ) (١) لخص فيه إبن الحاجب طرق المذهب وعدد فيه الأقوال في كل مسألة حتى إن إبن خلدون قال فيه (٢) : كالبرنامج للمذهب . وفيه سته وستون ألف مسألة و إشتهر في المشرق و المغرب و أقبل عليه العلماء بالشرح وأهمها :

١/ شرح لشرف الدين ،أبي الروح ،عيسى بن مسعودالزواوي في ٨ أجزاء (٣)

٢/ شرح محمد بن عبدالسلام وهوسابق حلية شراح مختصر إبن الحاجب (٤)

٣/ شرح خليل بن إسحاق الجنيدي (٥) (ت٧٧٦هـ) يسمى التوضيح في سته أجزاء إعتمد فيه خليل على اختيارات إبن عبدالسلام و زاد عليه القول في كثير من الفروع كما قال الحطاب (٦) .

---

(١) له مختصر في الأصول ومختصر في الفروع و الشافية في الصرف و الكافية في النحو (ت ٦٤٦هـ) وفيات الأعيان ٣٩٥/١١ .

(٢) مقدمة إبن خلدون ص ٤٥٠

(٣) حفظ مختصر إبن الحاجب في ثلاثة أشهر ونصف ثم حفظ الموطأ ــ إنتهت إليه رئاسة ا لفتوى بمصر وتولى القضاء بنابلس ثم دمشق له شرح صحيح مسلم في إثني عشر مجلد ، واختصر جامع إبن يونس (ت ٧٤٣هـ) شجرة النور الزكية ص ٢١٩ .

(٤) هو أبو عبدالله محمد بن عبدالسلام بن يوسف الهواري التونسي ــ قاضي الجماعة تخرج على يديه خلق كثير منهم إبن عرفة تولى التدريس و الفتوى و القضاء توفى بالطاعون سنة (٧٤٩هـ) شجرة النور الزكية ص ٢١٠ .

(٥) هوخليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب الجندي كان عالماً بالعربية صدراً في علماء القاهرة نبيلاً عفيفاً ورعاً ١ــ مدرس المالكية بالشيخونية مدرسة كبيرة بمصر ٢ــ (ت سنة ٧٧٦هـ) الديباج المذهب ص ١١٥ شجرة النور الزكية ص ٢١٠

(٦) مقدمة التاج الإكليل .

ثالثا: مختصر خليل أبي محمد ضياء الدين بن إسحاق (ت ٧٧٦هـ)

حوى أربعمائة ألف مسألة إستمر فيه أكثر من عشرين سنة من أشهر مصنفات متأخري المالكية على الإطلاق و إستقر عليه المذهب وبه الفتوى وقد قال الخطاب (١) في أهمية مختصر خليل : (وكان من أجل المختصرات على مذهب مالك مختصر الشيخ العلامة ولي الله تعالى خليل بن إسحاق الذي أوضح به المسالك إذ هو كتاب صغر حجمه وكثر علمه و جمع فأوعى وفاق أضرابه جنساً ونوعاً و اختص بتبيين مابه الفتوى وما هو الأرجح والأقوى لم تسمح قريحة بمثابة ولم ينسج ناسج على منواله) (٢). وبين المؤلف سبب تأليفه حيث قال:(فقد سألني جماعة أبان الله لي ولهم معالم التحقيق وسلك بنا وبهم أنفع طريق مختصراً على مذهب الإمام مالك بن أنس مبيناً لمابه الفتوى فأجبت سؤالهم بعد الإستخارة (٣).

ولقد حظي مختصر خليل بالشروح و الحواش و التقيدات بأعمال كثيرة تزيد على مائة شرح وسنذكر بعضها على سبيل المثال لا الحصر .

١/ بهرام بن عبدالله الدميري (٤) له ثلاثة شروح على مختصر خليل .

---

(١) الخطاب هو أبو عبدالله محمد بن محمد الرعيني ، أحد المحققين الأعلام أخذ عن والده له تصانيف حسنة نافعة منها شرحه المعروف على مختصر خليل وشرح قرة العين في الأصول و غيرها(ت ٩٥٤هـ) شجرة النور الزكية .

(٢) الخطاب ٢/١ .

(٣) مختصر خليل في فقه الإمام مالك لخليل بن إسحاق الجندي ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ص٢

(٤) هو أبو البقاء ، بهرام بن عبدالله بن عبدالعزيز الدميري ولد سنة ٧٢٤هـ شرح ألفية بن مالك و الإرشاد في سته مجلدات (ت ٨٠٥) شجرة النورالزكية ص ٢٣٩ .

٢/ شفاء العليل في شرح مختصر خليل لمحمد بن أحمد البساطي (١) لم يكمـــــله .

٣/ فتح الجليل في شرح مختصر خليل للشيخ شمس الدين محمد بن ابراهيم الثنائي (٢) .

٤/ وشرح ديباجته ، الشيخ ناصر الدين اللقاني (٣) .

٥/ وشرح الشيخ سالم بن محمد السنهوري (٤) .

٦/ سته مجلدات وعلى هامشه التاج الإكليل للمواق (ت ٨٩٧ هـ) أجزاء (٥)

٧/ مواهب الجليل في تحرير ما حواه مختصر خليل شرح علي بن محمد الأجهوري (٦) .

٨/ التاج الإكليل لمختصرخليل لمحمد بن يوســـــف الغرناطي المعروف بالمواق (٧) مطبوع مع شرح الحطاب .

٩/ فتح الجليل وعلى هامشه التاج الإكليل للمواق (ت ٨٩٧هـ) ١٦ جزاء .

١٠/ جواهر الإكليل شرح مختصر خليل للشيخ صالح عبدالسميع الآبي الأزهري .

---

(١) هو أبوعبدالله ، محمد بن أحمد البساطي الطافي ، من تصانيفه المغني في الفقه (ت ٨٤٢ هـ) شجرة النور الزكية ص ٢٤١ .

(٢) هو أبو عبدالله ، محمد بن ابراهيم الثنائي تخلى عن القضاء وتصدر التأليف و الإقراء (ت ٩٤٢هـ) شجرة النور الزكية ٢٧٢ .

(٣) أبو عبدالله ، محمد بن حسن اللقاني الشهير بناصر الدين ولد سنة (٨٧٣ هـ) أقرأ العلم نحو ستين سنة إليه إنتهت رئاسة العلم بمصر ، وله طرق على التوضيح وحاشية على شرح السعد للعقائد (ت ٩٥٨هـ) شجـرة النور ص ٢٧١ .

(٤) هو أبو النجا سالم بن محمد السنهوري مفتي المالكية بمصر و عالمها أخذ عن الناصر اللقاني (ت ١٠١٥) شجرة النور ص ٢٨٩ .

(٥) سبق ذكره .

(٦) هو أبو الإرشاد علي بن محمد بن زين العابدين الأجهوري ، شيخ المالكية في عصره له ثلاثة شروح على مختصر خليل وحاشية على شرح الثنائي على الرسالة (ت ١٠٦٦هـ) شجرة النور ٣٠٣ .

(٧) هو محمد بن يوسف العبيدي الغرناطي المشهور بالمواق ، له كتاب سنن المهتد يـــن فـــي مقامـــات الدين (ت سنة ٨٩٧ هـ) شجرة النور ٢٦٢ .

١١/ حاشية الزرقاني (١) شرحه بإيجاز مما جعل الشيخ البناني (٢) يجعل منه حاشيته المسماه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني وحاشيةالرهوني (٣) المسماة أوضح المسالك و أسهل المراقي إلى سبك إبريز الشيخ عبدالباقي

١٢/ شرح الخرشي (٤) محمد بن عبدالله محمد (١١٠١هـ) مطبوع في أربعة مجلدات مع حاشية الشيخ علي العدوي (ت ١١٨٩هـ) (٥) .

١٣/ شرح الدردير (٦) أبي البركات محمد بن أحمد (ت ١١٢٠هـ) أشهرها شرحه الكبير وعليه حاشية الدسوقي (٧) عبدالله محمد عرفة الدسوقي (١٢٣٠هـ) أربعة مجلدات مع تقريرات الشيخ عليش .

---

(١) هو أبو محمد عبدالباقي بن يوسف الزرقاني له مؤلفات مفيدة : شرحه على المختصر ورسالة في الكلام على (اذا) وأجوبة على أسئلة رفعت إليه (ت ١٠٩٩هـ) النور الزكية ص ٣٠٤ .

(٢) أبوعبدالله محمد بن الحسن البناني له حاشية أيضاً على مختصر السنوسي في المنطق (ت ١١٩٤هـ) .

(٣) أبو عبدالله محمد بن أحمد الرهوني له تصانيف مفيدة منها حاشية على شرح مبارة الكبير و أرجوزة في الحيض و النفاس (ت ١٢٣٠هـ) شجرة النور الزكية ص ٣٧٨ .

(٤) هومحمد بن عبدالله الخرشي المالكي أول من تولى مشيخة الأزهر نسبته الى قرية يقال لها أبوخراشي بمصر كان فقيهاً ورعاً زاهداً له تصا نيف منها شرحان على المختصر (ت ١١٠١هـ) .

(٥) هوأبو الحسن أبوعلي بن أحمد الصعيدي العدوي له حاشيتان على شرح عبدالسلام اللقاني على الجوهرة (ت١١٨٩هـ) شجرة النور الزكية ٣٤١ .

(٦) هوأبو البركات محمد بن أحمد الدردير له أقرب المسالك ورسالة في متشابهات القرآن (ت١٢٠١هـ) .

(٧) هو أبو عبدالله محمد بن أحمد الدسوقي الأزهري ولد بدسوق له تصانيف منها أيضاً حاشية على مختصر السعد وحاشية على شرح الجلال المحلى للبردة (ت ١٢٣٠هـ) شجرة النور الزكية ص ٣٦١ .

١٤/ مقدمة العشماوية للشيخ عبدالباري العشماوي (ت ٥٧٠هـ) تبدأ بالوضوء وتنتهي بالصوم فقط . وشرحها الشيخ أحمد بن تركي المنشيلي (ت ٩٧٩ هـ) سماه الجواهر الزكية في حل ألفاظ العشماوية . وحاشية الصفتي :يوسف بن إسماعيل (ت١١٩٣هـ) وقد أكمل الشارح بقية أبواب العبادات

١٥/ إرشاد السالك إلى أشرف المسالك على مذهب الإمام مالك عبدالرحمن بن عساكر البغدادي (ت ٧٣٢هـ) وشرحه: أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك . للشيخ أبي بكر بن حسن الكشناوي .

١٦/ مقدمة العزية للجماعة الأزهرية : للشيخ علي بن محمد (ثلاثي) بن خلف إبن جبريل المنوف المصري (ت ٩٣٩هـ) وهي متن في الفقه لخصها من كتابه عمدة السالك على مذهب الإمام مالك في العبادات و غير ذلك.

١٧/ أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك للشيخ الدردير (ت ١٢٠١هـ) وشرحه في شرح يسمى الشرح الصغير وبلغة السالك لأقرب المسالك للشيخ أحمد الصاوي على الشرح الصغير للدردير .

١٨/ الذخيرة للقرافي:(١) شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس (ت ٦٨٤هـ) جمع فيه القرافي الكتب الخمسة التي عكف عليها المالكية غرباً وشرقاً كما قال في المقدمة للمدونة ، و الجواهر الثمينة و التلقين و التفريع لإبن الجلاب و الرسالة لإبن أبي زيد القيرواني وتعد الذخيرة مقارناً بالمذاهب الفقهية الأخرى فهي فقه مقارن كبداية المجتهد لإبن رشد الحفيد .

---

(١) طبع في القاهرة سنة ١٣٨٢هـ بكلية الشريعة ووزارة الأوقاف بالكويت سنة ١٤٠٢هـ حقق منه أجزاء في الجامعة الإسلامية وجزء بجامعة أم القرى ومازال بعضها قيد التحقيق .

(٢) التلقين للقاضي عبدالوهاب حقق بجامعةأم القرى بمكه المكرمة رسالة دكتوراه حققها محمد ثالث سعيد .

المبحـــث الخـــامس

أصـــول المذهـب المالكي

لم يدون الإمام مالك أصول المذهب و قواعده التي بنـى عليها مذهبه في الإستنبـاط و مناهجه في الإجتهاد ، ولكنه أشار إليها إشارات وصرح فيما كتبه كما في الموطأ وما دونه عنه تلاميذه في المدونة ولقد صرح بأخذه بعمل أهل المدينة في مراسلاته مع الليث بن سعد ، والقياس كما في الموطأ ونجد أصول المذهب منتشرة في علم الأصول الذي كتبه المالكية من بعده وقال المقري : إنها ألف ومائتان . وذهب القرافي إلى خمسمائة و ثمانيـة و أربعيـن و السبكي في الطبقات تزيد على الخمسمائة وبلغت عند الهسكوري ألفا وعشرين (١) وهذه قواعد ، ولكن يمكن أن نذكر أهم هذه الأصـول مجملة ثم نفصل تفصيلاً موجزاً فهي : ١- الكتاب ٢- السنة ٣- عمل أهل المدينة ٤- الإجماع ٥- قول الصحابي ٦- القياس ٧- الإستحسان ٨- المصالح المرسلة ٩- العرف و العادات (٢)(١٠) الاستصحاب (١١) سد الذرائع .

وهذه الأدلة منها ما هو متفق عليه بين علماء المذهب (٢) ومنها ما هو مختلف فيه لذا سوف نعرف بإيجاز هذه الأصول كمدخل للدراسة لأنها تحتاج إلى كتب مستقلة .

---

(١) الفكر السامي ٢/٣٨٥ - ٣٨٧ و الموطآت للإمام مالك ٢٥٢ .ترتيب المدارك ٧٨ و الديباج المذهب ١٦ وأبوزهرة ٢١٧٥ . نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب ، المقري أحمد بن محمد التلمساني تحقيق إحسان عباس ط دار صادر ص ٦٧ الفروق للقرافي شهاب الدين أبي العباس الصنهاني ط دار المعرفة بيروت .

(٢) أصول الفقه المالكي ص ٥٦ .

أولا : الكتـــاب :

هو كلام الله تبارك وتعالى الذي نزل بـه جبريل عليـه السـلام علـى سيدنا رسول الله محمد بن عبدالله لسعادة الناس في الأولى و الآخرة المـدون بيـن دفتـي المصحـف الشـريف المبـدوء بالفاتحـة و المختـوم بسـورة النـاس . المنقـول إلينـا بالتواتر كتابة و مشـافهة مـن غـير تبديـل ولا تغيـير (١) المتعبـد بتلاوتـه المتحـدث بأقصر سورة منه ، فهو من الأدلة التي لاخـلاف بيـن الفقهـاء فيهـا . لأن الكتـاب هو أصل الأصول ويقال إنه لاأحد أنزع إلى كتاب الله من الإمام مالك في إستنباط الأحكام منه فهو أصـل أحكـام الشـريعة ومرجعهـا الأول (٢). ودلالـة آياتـه قطعيـة الثبوت لاريب فيها أما دلالة ألفاظه فإما قطعية أو ظنية الدلالة على ما تتضمنه من أحكام ، فهو حجة على الناس كافة ، واجب الإتباع وكل ما به مـن أحكـام عبـادات ومعاملات على مستوى الفرد و الجماعة و الدولة و الدول . ويأخذ المالكية بالنص صريحه و ظاهره ومفهوم الموافقة و المخالفـة . خاصـه و عامـه ومطلقـه ومقيـده وكل ما يفهم من الكتاب نصاً أو إشارة أو مفهوم أو تنبيه (٣) ولكن يقدم المالكية في الإستدلال النص ثم الظاهر ثم مفهوم الموافقة ثـم المخالفـة . فبعـض آيـات القـرآن لاتحتاج إلى بيان وبعضها يكون مجملاً فيحتاج إلـى تفصيـل أو فيـه بعـض الآيـات تحتاج إلى تفسير أوتأويل أو يكون مطلقاً فيقيده وقد إتفق الفقهاء أن السنة هي التي تبينه وتخصص العموم وتبين المجمـل منـه وتفيـد المطلـق لـذا نتنـاول السنـــة وهي الأصل الثاني من أصول المذهـــب (٤) .

---

(١) المستصفي من علم الأصول لمحمد بن محمد الغزالي ط دار صادر ١٠١/١ ، أصول الفقه المالكي .

(٢) المدارك ١١٦/١ أصول الفقه المالكي ٥٦ ــ ٦١ الجنايات لرشدي ٤٠ .

(٣) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ١٨ المستصفي للغزالي ١٨٣/١ الموافقات للشاطبي ٢٩٢/٣ المذاهب الفقهية الإسلامية دراسة دينية تاريخية سياسية إجتماعية تتضمن نشاط المذهب وناهج فقـه رجالاتهـا ومصادرهم ودورهم ط دار الإتحاد العربي ١٤١٢ ص ٣٥ .

(٤) مالك حياته و عصره و آراؤه وفقهه محمد أبوزهرة ط دار الفكر ص ٢٣٩ .

ثانيـاً : السنـة :

لغة الطريـق .

وشرعاً ما أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير (١) وهي من حيث الرواية كان مالك يأخذ بالمتواتر(٢) منها و المشهور منها في عصر التابعين كما كان يأخذ بخبر الآحاد (٣) إلا أنه يقدم عليه عمل أهل المدينة . والسنة مصدر تشريعي واجب الإتباع قطعية الورود كالمتواتر أو ظنية كالمشهور وخبر الآحاد ومن ناحية الدلالة قطعية إن لم تحتمل تأويلاً ، وظنية إن كانت تحتمل التأويل (٤) و أجمع المسلمون على حجيتها بعد القرآن الكريم مؤكدةً له أو مبينةً أو منشئةً حكماً جديداً . وكان الإمام مالك يقبل المرسل من الأحاديث و البلاغات إذا كانت من رجل يثق به ويطمئن إليه ، لأنهم كانوا يرسلون إسم الصحابي إذا كان رواة الحديث عدداً من الصحابة . فالعبرة ليس بالإرسال و إنما بالشخص المرسل لأن الإرسال كان كثيراً قبل ظهور الكذب على الرسول صلى الله عليه وسلم فلما كثر الكذب إضطر العلماء إلى الإسناد ليعرف الراوي فتعرف نحلته (٥) .

---

(١) المتواتر مارواه جمع غفير يمتنع عادةً أن يتواطأ أفراده على الكذب ورواه عن هذا الجمع جمع مثله وهكذا

(٢) المشهور: مارواه أثنان أو جمع لم يصل الى حد التواتر ثم نقله عنهم مثلهم .

(٣) الآحاد : مارواه واحد [illegible] .

(٤) البرهان في علوم القرآن ١٥٠/٣ أصول المذهب المالكي ٦١ – ٧٠ التلويح على التوضيح ١٥/٢ الكوكب المنير ١٥٩/٢ نهاية السول شرح منهاج الوصول لجمال الدين عبدالرحيم الأسنوي ط أحمد على صبح بمصر ١١٣/١ .

(٥) مالك حياته و عصره وآراءه و فقهه لأبي زهرة ص ٢٥٠/٢٥١

وقال القاضي عياض كان مالك كثيراً ما يتمثل بقول الشاعـــــــر (١)

وخير أمور الدين ما كان سنة ..... وشر الأمور المحدثات البدائع (٢) .

وقد إستدل مالك بالسنة المرفوعة المتمثلة في الأحاديث الصحيحة سواء كانت متواترة أم خبر آحاد . وبالسنة الأثرية من عمل أهل المدينة ، و أقوال الصحابة وفتاويهم ، ونتناول كل منهما بشئ من التفصيل .

أ: **عمل أهل المدينة :**

يعد المالكية عمل أهل المدينة حجة في معظم الأحكام الفقهية . وفي مقدمة الأدلة ويقدمه الإمام مالك على خبر الآحاد و القياس عنده بمثابة السنة المتواترة فكثيراً مايقـــــــول (الأمر المجتمع عليه عندنا)(والذي أدركت عليه أهل العلم ببلدنا وما أشبه ذلك) .

وكان مصدر نزاع بين مالك وبعض الأئمة كالليث بن سعد . ويتفق بعض العلماء على قبوله خاصة إذا كان عملاً نقلياً لا إجتهادياً كتعيين موقع منبرالرسول صلى الله عليه وسلم ومحل وقوفه للصلاة وقبره ومقدار المد والصاع و الآذان (٣) ويتمسك به المالكية دون الأئمة في المسائل المتنازع عليها خاصة ، قال مالك : مارواه الناس مثل ماروينا فنحن وهم سواء وما خالفناهم فيه فنحن أعلم به منهم) وكان رجال من التابعين تبلغهم من غيرهم أحاديث فيقولون مانجهل هذا ولكن مضى العمل على غيره فالإلتزام بعمل أهل المدينة و إجماع علمائها منهج للعلماء و الولاة في كثير من الأحيان ، فقد روى أن أبابكر بن حزم قاضي المدينة ووالياها قال: إذا وجدت أهل المدينة مجتمعين على أمر فلا تسأل إنه الحق (٤) .

---

(١) أصول الفقه المالكي د/ محمد المختار ولد أباه ط الدار العربية للكتب ص ٦١

(٢) المدارك ١٤/٢ .

(٣) الفكر السامي ٣٨٨/١ الموطآت للإمام مالك ، نذير حمدان ٢٧١ .

(٤) الفكر السامي في تاريخ الفكر الإسلامي (للثعالبي) محمد بن الحسن ط الرباط دار المعارف ٣٩٠/١ .

فهو دليل فقهي و أصل من أصول المذهب المالكي يصدر به أحكاماً كثيرة مؤيداً بنص أو غير مؤيد به (١). وعند الإمام مالك الناس تبع لأهل المدينة التي نزل بها القرآن (٢) المشتمل على الشرائع و أهلها ناصروا الرسول صلى الله عليه وسلم ، وجاهدوا ونشروا الإسلام ، و المدينة تنفي خبثها(٣) و الخطأ خبث فالخطأ لا يجتمع عليه أهل المدينة (٤).

ب قول الصحابي :

يرى الإمام مالك أن السنة تشمل الآثار المروية عن الصحابة و التابعين (٥) وقد بنى عليها الإمام مالك إستنباطاته وإعتبرها مصدراً من المصادرالفقهية وأنها حجة لأنها شعبة من شعب السنة لا على أنها تقليد مجرد إتباع لأنه يكون فهماً تلقاه عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، فهو نقل صادق إذا لم يشك في ناقله . وهو لم يأخذ إلا عن قول الصحابة الذين لازموا الرسول أمداً طويلاً من السابقين من المهاجرين و الأنصار فهم أعلم بالدين و الأخذ بأقوالهم أخذ بالسنة . وكان الموطأ مشتملاً على فتاوى الصحابة بجانب السنة (٦) .

---

(١) الموطآت لمالك ٢٧٠ .

(٢) المدارك ٣٧ وشرح التنقيح للقرافي ١٤٥٠ .

(٣) مالك لأبي زهرة ٢٨١ أعلام الموقعين لإبن القيم ٣٠٥/٢ .

(٤) الموطآت ٢٦٠

(٥) تاريخ المذاهب الإسلامية لأبي زهرة ص ٢٥٩ ـ ٢٧٠ .

(٦) مالك لأبي زهـرة ص ٢٨١ انظر على التوضيح ١٥/٢

الإجماع العـــام

الإجماع هو إتفاق مجتهدي عصـر مـن العصـور مـن هـذه الأمـة بعـد وفـاة الرسول صلى الله عليه وسلم علىأمر ديني (١) .

وعند المالكية هو إتفاق أهل الحل و العقد في هذه الأمة على أمر من الأمور وفـي الأحكام الشرعية . فإذا تحقق هذا فهو حكم شرعي واجب الإتباع ولايجوز مخالفته إذا كان سنده الكتاب أو السنة واختلفوا فيما إذا كان سنده القيـاس والأصـح جـوازه (٢) ويتحقق بعرض الواقعة علـى جميـع المجتهديـن فـي زمـن وقوعهـا ويدلـي كـل المجتهدين بآرائهم منفردين أو مجتمعين فهو إنشاء حكم شرعي . لذا لابد أن يستند إلى القرآن أو السنة ولا ينشئون حكماً على الهوى .

وقد أجمع الصحابة بعد وفـاة الرسـول صلـى اللـه عليـه وسـلم علـى بعـض الوقائع كجمع القرآن ومنع الجمع بين المحارم فـي عصمـة رجـل واحـد . والإمـام أكثر من ذكر الإجماع في الموطأ كميراث الإخوة للأب إذا لم يكن معهم أحد من الإخوة لأم و الإخوة مع الأم لايرثـون مـع الولـد ولا ولـد الإبـن ولا مـع الأب أو الجد أبي الأب شيئاً ويرثون فيما سوى ذلـك السدس ذكـراً كـان أم أنثـى وتوريـث الجدتين .

---

(١) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق في الأصول محمد علي الشـوكاني ط السـعادة مصـر ٧١ إبـن اللحـام ٧٤ الأحكام للآمـدي ٣٤٩/١ .، الأحكام في أصول الإحكام لسيف الدين الآمدي ط دار الكتب بيروت ٢٨/١

(٢) الموطأ ٥١٤ مالك إبن أنس ، أمين الخولي ط دار الكتب الحديثة بمصر ١٤٨ / الموطأ.

القيـــــــاس :

القياس لغة مصدر قاس يقال قاس الثوب بالذراع إذا قدره به و التقـــــدير يستلـزم المساواة (١) . والقياس شرعاً : إختلفت عبارات الأصوليين في تعريفه وكلها في جوهرها متفقة ، نختار منها تعريف البيضاوي و هو قوله (القياس حمل معلوم على معلوم لمساواته له في علة حكمه عند المثبت (٢) وتعريف الآمدي الذي قال : (إنه عبارة عن الإستواء بين الفرع و الأصل في العلة المستنبطة من حكم الأصل)(٣) . وللقياس أربعة أركان :

الأول : الأصل : كقياس تحريم النبيذ على الخمر .

الثاني : الفرع : فمن قال :إن الأصل هو محل الوفاق كالخمر قال: إن الفرع هو محل الخلاف و هو : النبيذ المقيس على الخمر مثلاً .

الركن الثالث : حكم الأصل ، وهو ماورد به النص في واقعته كالتحريم في الخمـــر .

الركن الرابع : الوصف الجامع : ويسمى بالعلة وهي التي بنى عليها الشارع حكمه في واقعة النص و الأصل الذي قام عليه القياس كعلة تحريم الخمر الإسكار و يعرفها العلماء بأنها الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم . وقد إتفق الأئمة الأربعة على التعبد شرعاً وعقلاً (٤) و أجمع الفقهاء على إستعماله في جميع الأحكام في أمر دينهم (٥) .

---

(١) إرشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام الشوكاني ١٧٩/٢ .

(٢) المنهاج للبيضاوي ٢/ ٧٣ وا لأسنوي ص ٧٤ .

(٣) الأحكام في أصول الإحكام لأبي الحسن الآمدي ٦/٣ .

(٤) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام الشوكاني ١٧٩/٢ و الأحكام في أصول الأحكام للآمدي ٧/٣ .

(٥) أعلام الموقعين لإبن القيم ١/ ٢٠٥ و أصول الفقه لأبي زهرة ص ٢٢٠ .

الإستحســـــان :

الإستحسان في اللغة ، مـن الحسن ضد الاستقباح أي إستحسن القول أي عده حسناً ويقال : هذا ما استحسنه المسلمون أي ماعدوه حسناً (١) أو معنـاه طلب الأحسن للإتباع الذي هو مأمور (٢) و الإستحسان فـي إصطـلاح العلمـاء ، اختلف العلماء في عبارتهم نورد بعض تعريفاتهم :

عرفه البزدوي : الإستحسان هو العدول عن موجب قياس إلى قيـاس أقـوى منه أو هو تخصيص قياس بدليل أقوى منه (٣) .

وقال الكرخي : من الحنفية أيضاً : (الإستحسان هو العدول في مسألة عـن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه هو أقوى)(٤) .

ومن المالكية :

عرفه إبن العربي : الإستحسان هو آثار ترك مقتضى الدلـيل على طريق الإستثنـاء و الترخـص لمعارضـة ما يعـارض به في بعـض مقتضياته (٥)

وعرفه بن رشد : الإستحسان هو طرح القياس الذي يؤدي إلـى غلـو فـي الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر في موضع يقتضي أن يستثنى من ذلك القياس (٦).

---

(١) القاموس المحيط للفيروزبادي مادة حسن ٥

(٢) أصول الفقه للسرخسـي ٢/ ٢٠٠ . الأحكام للآمـدي ١٥٧/٤ .

(٣) أصول الفقه لأبي الحسن على بن الحسن البزدوي (ت ٤٨٢ هـ) ص

(٤) الأحكام للآمـدي ٤/ ١٥٨ وكشف الأسرار للبخاري ٣/٤ .

(٥) الموافقات للشاطبي ٤/ ٢٠٧ .

(٦) الموافقات ٢٠٨/٤ ــ ٢٠٩ ومصادر التشريع لخلاف ٧٠ .

وقال عنه الشاطبي : الإستحسان عندنا و عند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين فالعموم إذا إستمر و القياس إذا إطرد فإن مالكاً و أبا حنيفة يريان تخصيص العموم بأي دليل كان الإستثناء من القياس باي دليل كان (١) .

وعرفه من الحنابلة الطوفي حيث قال: الإستحسان : إنه العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص (٢) .

وعرفه إبن قدامة وقال: الإستحسان له ثلاثة معاني :

أولا: العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة .

ثانيا: ما يستحسنه المجتهد بعقله .

ثالثا: دليل ينقدح في نفس المجتهد لايقدر على التعبير عنه (٣) .

وبالنظر إلى التعريفات نستنتج أمريـــــن :

الأول : أن الأصوليين من المالكية و الحنفية و الحنابلة مع إختلاف عباراتهم في تعريف الإستحسان إلا أنهم متفقون في معناه الجوهري ، وهو أنه عدول عن حكم إلى حكم في بعض الوقائع . أو تخصيص بعض أفراد العام بحكم خاص أو إيثار على حكم أو طرح حكم أو استثناء جزئية من حكم كلي (٤) وقد إتفق العلماء على أن هذا العدول أو التخصيص أوالإستثناء أو الترك أو الإيثار لابد أن يستند الى دليل شرعي من النصوص أو معقولها ، أو العرف أو المصلحة ، وهذا الدليل هو الذي يسمى في إصطلاح الأصوليين وجه الإستحســـان وســـند الإستحسان (٥)

---

(١) الموافقات ٤/٢٠٥ ـــ ٢٠٦

(٢) مختصر الطوفي

(٣) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه ط السلفية .

(٤) مصادر التشريع لخلاف ص ٧٠

(٥) مصادر التشريع فيما لانص فيه عبدالوهاب خلاف ص ٧١ أدلة التشريع المختلف فـي الاحتجاج بهـــــا د/ عبدالعزيز بن عبدالرحمن بن علي الربيعة مؤسسة الرسالة ص ١٦١ .

الثانـــــــي : إن العدول قد يكون عن حكم دل عليه عموم النص وقد يكون عن حكم دل عليه القياس . وقد يكون عن حكم اقتضاه تطبيق قاعدة شرعية كلية .

حجية الإستحســـان:

مذهب جمهور الفقهاء من المالكية و الحنفية و الحنابلة أنه دليل شرعي تثبت به الأحكام في مقابلة مايوجبه القياس أو عموم النص وذهب الشافعية إلى أنه ليس بدليل شرعي وإنما تذوق وتلذذ وجرأة على التشريع بالهوى و الرأي في مقابلة مايوجبـــــه الدليـــــل الشرعي (١) .

---

(١) الأحكام للآمـــــدي ٢/ ١٦٠ / مصادر التشريع لخلاف ١٦١ .

المصلحـــة المرسلـة

المصلحة لغةً مصدر بمعنى الصلاح (١) فكل ماكان فيه نفع ســـواء كان بالجلـــب و التحصيل ، كإ ستحصال الفوائد و اللذائذ أو بالدفع و الإتقاء ، كإستبعاد المضار و الآلام فهو جدير بأن يسمى مصلحة (٢) و المصلحة في الشرع هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعبادة من حفظ دينهم ونفـــوسهم و عقولهم ونسلهم ومالهم ودفع مايفوت هـــذه الأصـــول أو يخـــل بها (٣)

وإن جمهور فقهاء المسلمين متفقون على أن الشرع ماشرع الأحكام لوقائع المكلفين وما أرشد إلى طرق توصل إلى التشريع فيما لانص فيه إلا لتحقيق مصالح الناس ومصالح الناس ترجع إلى حفظ ما هو ضرورى لهم وما هو حاجي ، وما هو تحسيني ، فكل حكم شرعه الشارع الحكيم فالمقصود به من هذه المصالح (٤) .

أقسـام المصلحـــة :

تنقسم المصلحة إلى ثلاثة أقسام من حيث إعتبارها أو إلغائها أوالسكوت عنها :

أولا: ماشهد الشارع بإعتبارها فهي حجة كحفظ الضروريات الخمس .

ثانيا: ماشهد الشارع بإلغائها فليس بحجة . كما قال بعض العلماء لبعض الملوك لما جامع في نهار رمضان و هو صائم بأنه يجب عليه صوم شهرين متتابعين ولم يأمره بإعتاق رقبة فكانت المصلحة في رأيه إيجاب الصوم مبالغةً في زجره فهذا قول باطل ومخالف لنص الكتاب بالمصلحة (٥) .

---

(١) لسان العرب لإبن منظور ٣٤٨/٣ مادة صلح .

(٢) ضوابط المصلحة للسيوطي ص ٢٣ و المستصفي للغزالي ١/ ١٣٩ .

(٣) أدلة التشريع المختلف في الإحتجاج بها ص ١٩٠ و الروضة ٣٨٤/٣

(٤) مصادر التشريع الإسلامي فيما لانص فيه عبدالوهاب خلاف ص ٨٦ . الموافقات للشاطبي ٦/٤ -

(٥) المستصفي للغزالي ١٩٩/١ / الأحكام للآمدي ٣/ ٢٨٤ /روضة الناظر ٩٩ / الإعتصام للشاطبي ١١٣/٢ .

ثالثاً : هي المصلحة المرسلة التي لم يشهد الشارع بإعتبارها أو إلغائها كجمع القرآن في مصحف واحد(١) وجواز التعذيب بالتهم وجواز قتل الجماعة بالواحد (٢) .

حكم المصلحة المرسلة:

إتفق الفقهاء على أنه لامجال لها في العبادات و الحدود و الكفارات وفروض الإرث وكل ما هو مقدر و محدد. أما غيرها من أحكام المعاملات ، والتعزيرات ، وطرق الإثبات وأحكام الإجراءات وسائر أنواع الأحكام فقد اختلف الفقهاء في العمل بالمصالح المرسلة فيها إلى مذهبين :

المذهب الأول : ذهب الإمام مالك و أحمد (٣) ومن وافقهم إلى أن المصلحة المرسلة طريق شرعي لإستنباط الحكم فيما لانص فيه و لإجماع .

المذهب الثاني: ذهب الإمام الشافعي وبعض الحنفية و متأخرو الحنابلة (٤) إلى عدم بناء الأحكام على المصالح المرسلة وهو كالإستحسان متابعة للهوى (٥)

---

(١) الإعتصام للشاطبي ١١٥/٣ .

(٢) الإعتصام ١٢٥/١٢٠/٢ وضوابط المصلحة للسيوطي ص ١٩١ و المصلحة في التشريع الإسلامي ص ٣٢ .

(٣) الإعتصام للشاطبي ١١١/٢ الأحكام للآمدي ٤/ ١٦٠ / روضة الناظر لإبن قدامة ص ٨٧ .

(٤) الأحكام للآمدي ٤/ ١٦٠ /وتفسير التحرير لإبن الهمام ١٧١/٤ وروضة الناظر ٨٧ .

(٥) روضة الناظر ص ٨٧ .

العرف و العادة

العرف ما يتعارفه الناس و يسيرون عليه من قول أو فعل .

و العرف و العادة في لسان العلماء مترادفان معناهما واحد . ولذا يقولون العرف و العادة شريعة محكمة .

ومثال العرف في القول : تعارف الناس على إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى ومثاله في الفعل : تعارف الناس على البيع بالتعاطي من غير صيغة لفظية بالإيجاب و القبول . و العرف هو توافق أغلب الناس على قول أو فعل بما يفهم العامة و الخاصة و العالم و الجاهل .

و العرف نوعان : عرف صحيح ليست فيه مخالفة شرعية بنص و لا تفويت مصلحة ولاجلب مفسدة و عرف فاسد وهو ما يخالف الشرع و يفوت مصلحة أو يجلب مفسدة و الشارع الحكيم راعى عرف العرب في بعض أحكامه لوضع الدية على العاقلة وبيع السلم و العرايا (١) مع أن كلاً منهما بحسب الأحكام الشرعية عقود غير صحيحة ، لأن السلم بيع مبيع غير موجود وقت البيع بثمن حال وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن (بيع ماليس موجوداً) (٢) ولكن ضرورات الناس و عرفهم جرى العمل به فرخص فيه .

وقد قال به بعض الفقهاء وقد عده المالكية و الحنفية من أنواع الاستحسان الذي سنده العرف ومثلوا له بعدم حنث من أكل سمكاً إذا حلف ألاَ يأكل لحماً . و قال القرافي (إذا جاءك رجل من غير إقليمك لاتجره على عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح ، و الجحود على المنقولات أياً كانت لإضلال في الدين وجهل بمقاصد المسلمين و السلف الماضي).(٣)

---

(١) الموافقات ٤/ ٢٠٧ . / مصادر التشريع الإسلامي فيما لانص فيه عبدالوهاب خلاف ص ١٤٧ .

(٢) مجمع الزوائد ٥/٨٥ / قال الزيلعي في نصب الراية ٤/ ١٩ وثقه بن حبان و ضعفه موسى بن إسماعيل .

(٣) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٦٧

الاستصـــحاب

الإستصحاب لغة هو : طلب المصاحبة أو الصحبة ، يقال استصحب الحال إذا تمسك بها كان ثابت و كأن جعل الحال مصاحبة غير مفارقة (١) .

و الاستصحاب شرعاً : هو الحكم بثبوت الشئ في الزمان الثاني بناء على ثبوته في الزمان الأول (٢) مثال ذلك : إذا شرع شخص في الصلاة بالتيمم، ثم جاء الماء في أثناء صلاته لا ينتقض تيممه ، لأن الإجماع إنعقد على صحة صلاته عند الشروع في الصلاة ، فيستصحب هذا الحكم حتى آخر صلاته .

و قد جاء في الموطأ (و سئل مالك في رجل تيمم حين لم يجد ماء فقام و كبر و دخل في الصلاة فطلع عليه إنسان معه ماء ، قال : لا يقطع صلاته بل يتمها بالتيمم و ليتوضأ كما يستقبل من الصلوات (٣) .

و الإستصحاب حجة عند الإمام مالك لأن ما ثبت و تحقق و لم يثبت له معارض إستلزم بقاؤه (٤) .

---

(١) المصباح المنير ٣٣٣/١

(٢) بيان المختصر شرح مختصر بن الحاجب ٢٦٢/٣ شرح تنقيح الفصول ص ٤٤٧ .

(٣) الموطأ مع تنوير الحوالك للسيوطي ٧٥/١ .

(٤) بيان المختصر شرح مختصر بن الحاجب ٢٦٢/٣ تقريب الوصول إلى علم الأصول ص ١٤٦ .

سـد الـــذرائع

الذرائع لغة جمع ذريعة و هي الوسيلة التي يتوصل بها إلى الشئ (١) .

و شرعاً : هي المسألة التي ظاهرها الإباحة و يتوصل بها إلى فعل المحظور (٢) و قال القرافي (سد الذرائع معناه حسم مادة وسائل الفساد دفعاً له ، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة للمفسدة منعنا من ذلك الفعل (٣) . و قال الشاطبي قاعدة الذرائع حكّمها مالك في أكثر أبواب الفقه لأن حقيقتها التوصل إلى ماهو مصلحة (٤) .

و سد الذرائع أصل من أصول الفقه المالكي و هو حجة و قال إبن العربي (منع الله تعالى في كتابه أحداً أن يفعل فعلاً جائزاً يؤدي إلى محظور (٥) و الدليل على ذلك قوله تعالى(و لا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم (٦) .

و الذريعة كما يجب سدها كذلك يجب فتحها و يكره و يندب و يباح لأن الذريعة هي الوسيلة و لما كانت وسيلة المحرم محرمه كذلك و سيلة الواجب واجبة كالسعي للجمعة (٧) .

---

(١) المصباح المنير ٢٠١/١

(٢) أحكام الفصول إلى أحكام الوصول للباجي ص ٥٦٧ .

(٣) شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٤٤٨

(٤) الموافقات للشاطبي ١٣٠/٤

(٥) أحكام القرآن ٢٦٥/٢

(٦) الأية ١٠٨ من سورة الأنعام

(٧) الفروق لقرافي ٣٣/٢

أقسام الذرائع :

تنقسم الذرائع إلى ثلاثة أقسام هي (١) .

١/ قسم أجمعت الأمة على إيقائه و عدم منعه لأنه ذريعة لا تسد ، ووسيلة لا تحسم كالمنع من زراعة العنب خشية أن يتخذ خمراً فإنه لم يقل بمنعه أحد.

٢/ قسم أجمعت الأمة على سده كإلقاء السم في الطعام فإنه وسيلة لهلاك من يتناوله .

٣/ قسم إختلف الفقهاء فيه هل يسد أم لا ؟ و قد قال المالكية بسده و حسمه خلافاً لغيره من الفقهاء سلف جر منفعة ، و كبيوع الآجال فانها ذريعة إلى الربا مثال ذلك كمن باع سلعة بألف ريال إلى سنة ثم إشتراها بتسعمائة ريال قبل السنة فهو سلف جر منفعة حقيقية .

---

(١) الجواهر الثمينة في أدلة عالم المدينة ص ٢٢٥

المبـحـــــث الســـــادس

تعريف المفردات لغةً و إصطلاحاً وأسباب الإنفراد

أولاً : **تعريف المفردات لغةً و إصطلاحاً** :

وردت كلمة فرد بمعنى نصف الزوج ، وبمعنى الوتر الذي لا نظـير لـه ، و الجمع أفراد ويقال جاء القوم فرادى : أي واحداً بعد واحـد . و أفـردت الأنثـى فهي مفرد موحـــد(١) .

ثانياً : **والمفردات إصطلاحـاً:**

هي المسألة الفقهية التي قال فيها أحد أئمة المذاهب الأربعة قولاً مشهوراً لم يوافقه أحد من الأئمة الثلاثة في المشهور في مذهبهم (٢) ويظهـر أن المعـول علـى الإنفراد هو المشهور من الراجـح و المعتمـد فـي المذهـب إذ ينـدر ألا يوافـق أحـد الأئمة إما ما آخر في رواية أو وجه مرجوح في مذهبه .

ثالثاً : أسبـاب الانفـــــــــراد .

عندما يخالف الإمام الأئمة الباقين فان لـه مـايبرر هـذا الخـلاف وقـد يكـون خطأ أو صواباً فليس كل ما قاله الجمهور صواباً و لا كل ما إنفرد به إمـام كـان مخطئاً فيه .بل هناك أسباب كثيرة تـؤدي إلـى الخـلاف بيـن الفقهـاء نوجزهـا فـي الآتـــــــــي :

١/ وجـود بعـض النصـوص المحتملـة لأكـثر مـن معنـى واحـد بـاصل الوضـع اللغوي للشاهد في النص كالإشتراك اللغـوي كقولـه تعـالى(أو لامستـــم النسـاء) (ثلاثة قروء). و لفظ معنيا ن كا طلاقم الاب على الجر حصص اوجاري .

---

(١) لسان العرب ــ جمال الدين ، محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ط دار الفكر ٣٣١/٣٠ ـــ٣٣٢

(٢) المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد لمنصور البهوتي ــ تحقيق د/ عبدالله بن عبدالرحمن المطلق ، ط دار إحياء التراث الإسلامي قطر ١٥/١

(٢) ورود بعض النصوص المجملة .

(٣) تعارض ظاهر الكتاب مع صريح السنة فمنهم من يقدم ظاهر الأية كالمالكية ومنهم من يقدم صريح السنة .

(٤) عدم بلوغ الحديث أحد الأئمة .

(٥) الإختلاف في تصحيح الحديث أو تضعيفه .

(٦) اشتراط بعض المذاهب بعض الشروط في الأصول التي يحتج بها كتقديم المالكية عمل أهل المدينة على خبر الآحاد (١) وقبول الحنفية خبر الآحاد على القياس بالشـــــهرة و الإستفاضة فيما تعم به البلوى . و ألاَ يخالف عمل الرواي الحديث الذي رواه .

(٧) أو لدليل رواه الفقيه راجحاً على غيره من الأدلة .

(٨) تعارض الآثار و القياس . .

---

(١) مختصر بن الحاجب مع شرح العضد ، عثمان بن عمر بن أبي بكر المعروف بإبن الحاجب ٢٠/ ٥٣٥ البيان و التحصيل ١٧/ ٣٣١ .

(٢) الأحكام للآمدي ٢١٤/١ / راجع مفردات المذهب المالكي في العبادات رسالة دكتوراه جامعة أم القرى عبدالمجيد محمود الصالحين ٤٥/١ .

الباب الأول
مفردات المذهب المالكي
في الجنايات

الفصل الأول

مفردات المذهب المالكى فى الجناية على النفس

تمهيـــــــــــد

تعريـــــف الجناية و الجريمـــــة

نقصد بهذا التمهيد بيان المعاني اللغوية و الشرعية لعبارات تخص البحث وهـــي:

(١) الجناية و الجريمة لغةً و إصطلاحـاً . فيقال جنى الرجل جنايةً : إذا جرَ جريرة على نفسه أو على قومـه (١) و الجاني : الكاسب (٢) والجريمة الجرم الذنـب و التعدي (٣) وجرم إليهم وعليهم جريمة و أجرم : جنـى جناية (٤) والجـارم الجاني (٥) فالجناية : الذنب و الجرم ما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا و الآخرة (٦) .

أما الجناية إصطآحـاً :

فقد احتلف الفقهاء كثيراً في معنى الجناية[ما]بين معمم ومخصص فعرفها الحنفية بأنها (هي التعدي على الأبدان بما يوجب قصاصاً أو مالاً) (٧) .

---

(١) القاموس المحيط للشيخ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي الشيرازي (ت ٨١٧) ٣١٣/٤ .

(٢) لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري (٧١١) ١٥٤/١٤

(٢) تهذيب اللغة لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري (ت ٣٧هـ) ١٩٦/١١ .

(٣) لسان العرب ١٢/ ٩١ .

(٤) لسان العرب ١٢٠/ ٩١ .

(٥) لسان العرب ١٢٠/ ٩١ .

(٦) لسان العرب ١٤/ ١٥٤ .

(٧) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي بهامشة حاشية شلبي ط دار المعارف .

ـ شرح الخرشي على مختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن عبدالله الخرشي المالكي (ت ١١٠١هـ) ط دار صادر بيروت ٨/ ٣٠٢ روضة الطالبين لزكريا بن شرف النووي الدمشقي (ت ٦٧٦هـ) ط المكتب الإسلامي دمشق بيروت ٨/ ١٢٢ الإقناع لموسى بن أحمد الحجاوي (ت ٩٦٨ هـ) ط المكتبة التجارية مصر ١٦٢/٤ .

وعرفها الحنابلة بأنها هي كل فعل عدواني سواء كان في مال أو نفس (١) وقال المالكيـــة هي :(كل فعل عدواني على نفس أو دين أو عقل أو عرض أو نسب أو مال) (٢) وعرفها الدسوقي تعريفا خاصاً فقال: (هي فعل الجاني الموجب للقصاص)(٣) لكن جمهور الفقهاء خصوا التعريف الأول بهذا المصطلح فعقدوا له عنواناً باسم الجنايات وبعضهم يسميه الدماء (٤) وبعضهم يسميه الجراح (٥) ويقصدون به القتل و القطع و الجرح ونحو ذلك .وقال القرافي : هي سبع . البغي ، والردة ، و الزنى ، و القـــذف ، و السرقـــة و الحرابـــة والشرب(٦) و أما مايتعلق بالإعتداء على الأنفس بما يوجب قصاصاً فقد عقد له عنـــواناً باسم الجراح (٦) واصطلح جمهور الفقهاء على إسم الجناية على الجريمة (٧) فلفظ الجناية مرادف للفظ الجريمة .

---

(١) المغني و يليه الشرح الكبير لموفق الدين أبي محمد عبدالله بن محمد بن محمود بن قدامة ط الكتاب العربي بيروت ٢٥٩/٨ .

(٢) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لمحمد بن أحمد جزئي القرناطي المالكي ط دار العلم بيروت ٣٧٣ ومعين الحكام فيما تردد بين الخصمين لعلي بن خليل الطرابلسي ط البابي الحلبي بمصر ١٨٠ .

(٣) حاشية الدسوقي ٢٤٢/٤ .

(٤) الوجيز ١٢١/٢ .

(٥) منهاج الطالبين ١٢٢ .

(٦) الذخيرة ١٨/٦ مخطوط فقه مالكي بمركز البحث العلمي جامعة أم القرى رقم

(٦) الذخيرة ٩٦/٦ .

(٧) تبين الحقائق ٢٦٧/٦ والمغني ٢٥٩/١٠ .

ويتبين لنا من هذا أن الفقهاء لم يتفقوا على مصطلح واحد لمعنى الجناية ، فمنهم من توسع فأدرج في تعريفه كل أنواع الجنايات سواء أوجبت قصاصا أو مالاً أو كفارة أو حداً أو تعزيراً وكنا نود تناولها بهذا المفهوم ولكن قصدنا تعريف الجنايات هنا بمفهومه الضيق وهي الجناية على الأنفس من قتل وعلى ما دونها من جراح وهو ما ينطبق على تعريف الدسوقي حيث قال(فعل الجاني الموجب للقصاص).

أقسام الجرائم :

تنقسم الجرائم من حيث العقوبة إلى ثلاثة أقسام هي:جرائم القصاص ،وجرائم الحدود ، وجرائم التعازير ونتناول :

أولاً : جرائم القصاص :(١)

وهي جرائم الاعتداء على الأبدان بالقتل أو قطع الطرق أوالجرح ولاشك أن القتل العمد العدوان من أكبر الكبائر ، وهو محرم بالكتاب و السنة و الإجماع ، فالكتاب قوله تعالى (ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزآؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه و لعنه وأعد له عذاباً عظيماً)(٢) وقال تعالى(من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أوفسادٍ في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً)(٣)

ومن السنة قال الرسول صلى الله عليه وسلم :(إجتنبوا السبع الموبقات قالوا يارسول الله وماهن ؟ قال: الشرك بالله و السحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ..) (٤) وقال صلى الله عليه وسلم (لن يزال المؤمن في فسحة من دينه مالم يصب دماً حراماً)(٥) وقال صلى الله عليه وسلم(لزوال الدنيا أهون على أن من قتل مؤمن بغير حق)(٦).

---

(١) أن يفعل بالجاني مثل جناية المجنى عليه . لسان العرب ١٢/١٥٤

(٢) آية ٩٣ من سورة النساء .

(٣) آية ٣٢ من سورة المائدة .

(٤) صحيح البخاري ١٢/٤ صحيح مسلم ٩٢/١ و ابي داوود ١١٥/٩ .

(٥) صحيح البخاري ٢/٩ .

(٦) سنن الترمذي ١٦/٤ وقال هذا الحديث روي مرفوعاً وموقوفاً وذكر أن الموقف أصح .

واجمع المسلمون على تحريم القتل العمد العدواني (١) لذا سوف اتناول في هذا الباب مفردات المذهب في الجنايات بهذا المفهوم في فصلين :

الفصل الأول : مفردات المذهب المالكي في الجناية على النفس . من قتلٍ وقصاص .

الفصل الثاني : مفردات المذهب في الجناية على مادون النفس و الديات والعقوبات التبعية .

---

(١) الإجماع لإبن هبيرة ٤٣/٢ / والمغني ٩/ ٢٥٩ .

الفـــصـــــــل الأول

مفردات المذهب في الجناية على النفس

وفيه ثلاثة عشـــــر مبحثـــــــــاً

المبحـــــث الأول : تعريف القتل .

المبحـــــث الثاني : أنواع القتـــل .

المبحـــــث الثالث : سن المسئولية الجنائية .

المبحـــــث الرابع : إذا قصد إنسان قتل إنسان معصوم فأخطأه و أصـــاب شـخصاً آخر معصوم الدم فهل يكون قتلاً عمـــــــداً .

المبحـــث الخامس: قتل المعين على القتـــــل.

المبحـــث السادس : قتل الأصـــل بالفـــــــرع.

المبحـث السابـــع : قتل المسلـــــم بالكافـــــر .

المبحـــث الثامـــن : في القصاص بين الآمر و المأمور إن كان سلطاناً أوسيداً .

المبحـــث التاســـع : من يتولى إستيفاء القصاص .

المبحـــث العاشـــر: إذا كان صاحب القصاص غير أهلاً للإستيفاء .

المبحث الحادي عشر: العفو في قتل الغيلة .

المبحث الثاني عشر : من له حق العفو من الأولياء في القتل .

المبحث الثالث عشر : عفو الزوج أو الزوجـــة لايسقط القصاص .

المبحـــــــث الأول

تعريــف القتل العمـــــد

هو قصد الجاني قتل المجنى عليه ، و القصد هو نية القتل وهو شئ باطني لايمكن معرفته لذلك إختلف الفقهاء في تعريفهم للقتل العمد إلى ثلاثة مذاهـــب :

المذهب الأول : وهو ما انفرد به المالكية وهـــو أن العبرة بالقصد الجنائي العمد العدوان و كل قتل حدث نتيجة إعتداء فهو عمد بغض النظر عن الآلة حتى ولو لكزه باليد فكل قتل حدث نتيجة عدوان عمد فيما عدا .

١/ موطن التأديب ممن له حقه مالم تقم قرينة على أن المؤدب قصد قتل المؤدب .

٢/ موطن اللعب بين الأقران : مالم تقم قرينة على أن اللاعب قصد قتل المجنى عليه .

٣/ إذا كان القاتل أصلاً للمجنى عليه لكمال الشفقة على الفروع ما لم تقم قرينة على أن الأصل من أب أو جد أراد قتل ولده وذلك بأن يضجعه ويذبحه (١) كما سنوضحه لذا يعرف القتل العمد بأنه(كل ماتعمد به الرجل من ضربة أو وكزةٍ أو لطمةٍ أوبندقيـــة (٢) أو ضرب بقضيب أو غير ذلك)(٣).

المذهب الثاني : للشافعية و الحنابلة :

وهو أن القتل يعد عمداً إذا استعمل الجاني آلة أو وسيلة مما يقتل غالباً بالنسبة للمجنى عليه فضرب طفل بالأرض من شاب قوي تعتبر قاتلة غالباً بالنسبة له وليست قاتلة غالباً لشاب قوي صحيح ، وضرب شاب قوي لطفل أو شيخ بلكمة شديدة تعتبر قاتلة غالباً وليست قاتلةً لشاب قوي .

---

(١) مواهب الجليل وبها مشه التاج الإكليل ط السعادة بمصر ٢٤٤/٦ .

(٢) بندقية : ما يعمل من الطين ويرمى به . المصباح المنير ٤٤/١ .

(٣) المنتقى ١٠/٧

فالقاعدة عندهم أن تكون الآلة و الوسيلة قاتلة غالباً بذاتها أو قاتلة بالنسبة لحال المجنى عليه وأثر الفعل فيه (١) فعرف الشافعية القتل العمد بأنه (قصد الفعل و الشخص بما يقتل غالباً جارحا أو مثقلاً)(٢) . وعرفه الحنابلة :(بأن يقتله بما يغلب على الظن موته به عالماً بكونه آدمياً معصوماً (٣) .

ثالثاً : ذهب الأحناف إلى أنه يشترط لعمدية القتل أن تكون الآلة أو الوسيلة التي أستعملت مما يقتل غالباً وقد أعدت للقتل ، وقد أختلف أبو حنيفة وصاحباه فيما إذا تم القتل بالمثقل كالعصا الغليظة و الحجر الكبير فقال أبو حنيفة ذلك شبه عمد لأن هذه الآلات تقتل غالباً إلا أنها لم تعد للقتل وعرف الزيلعي القتل العمد (بأنه تعمد ضربه بسلاح ونحوه في تفريق الأجزاء من الوسائل المعدة للقتل .(٤)

---

(١) مغني المحتاج للشربيني ط مصطفى الحلبي بمصر ٣/٤ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) المقنع ٣٣٠/٣٠ .

(٤) دور الحكام في شرح غرر الأحكام ٢/ ٨٨ بدائع الصنائع ٩٨/٦ .تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٩٧/٨

أدلـــة المذهـــب الأول

استدل المالكية على القتل الذي فيه القصاص وهو ما كان عمداً عدواناً بالكتاب و السنة و المعقول .

أولا : الكتاب بقوله تعالى:

(ولاتقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ..) (١) وقوله تعالى (ومن يقتل مؤمناً متعمداً) (٢) وقوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى)(٣) وقوله (ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب)(٤) .

ووجه الدلالة أن الآيات أطلقت القتل و لم تقيده بمحدد، أو متقل أو ممايقتل غالباً أو غيره و الأصل في العام أن يحمل على عمومه ما لم يرد مايخصصه من دليل صحيح على التقييد .

ثانياً : السنـــة :

١/ ماروي عن أنس رضي الله عنه أن يهودياً رض رأس جارية بين حجرين فقيل لها من فعل بك هذا ؟ فلان أو فلان حتى سمى اليهودي . فأمر النبي صلى الله عليه وسلـــــم فرض رأســـه بحجرين (٦).

ووجه الدلالة أن الحجر غير معد للقتل ولاحد له فعده صلى الله عليه وسلم عمـــداً .

٢/ وفي قوله صلى الله عليه وسلم في القتل العمـــد : (العمد قود إلا أن يعفـــو ولي المقتول (٧) .

ووجه الدلالة أن الحديث مطلق ولم يقيد بمحدد أو متقل أو غيره .

---

(١) الآية ٣٣ من سورة الإســـراء .

(٢) الآية ٩٣ من سورة النســـــاء .

(٣) الآية ١٧٨ من سورة البقـــــرة .

(٤) الآية ١٧٩ من سورة البقـــــرة .

(٥) نهاية الســـول ٥٧/٣

(٦) متفق عليه صحيح البخاري بهامش فتح الباري ١٩٩/١٢ و صحيح مسلم ١٠٤

(٧) أخرجه الدارقطني في السنن ٩٤/٣ و إبن ماجة ٨٨٠/٢ و مجمع الزوائد ٢٨٦/٦ وقيل ضعيف نصب الراية٣٢٨/٤ .

الثالـــث : إجمـــاع أهـل المدينـــة:

قال مالك : و الأمر المجمع عليه الـذي لا خـلاف فيـه عندنـا أن الرجـل إذا ضرب الرجل بعصا أو رماه بحجـر أو ضربه عمداً فمات من ذلك فـإن ذلـك هـو العمد وفيه القصاص قتل العمد عندنا أن يعمـد الرجـل إلـى الرجـل فيضربـه حتـى تفيض نفسه ومن العمد أيضا أن يضرب الرجل الرجل في الثائرة تكون بينهما ثـم ينصرف عنه وهو حي فينزي من ضربه فيمـــوت فتكون في ذلك القسامـــة (١)

رابعـــاً : المعقول

إن العبرة بالقصد لا بالآلة فإذا ضرب الجاني المجنى عليه بمحـدد أو منقـل أو بغيرهما ، بقضيب أو سوط أو نحوهما سواء كان مما يقتل غالباً أم لا لعداوة أو في حالة غضب فترتب على ذلك الموت فهو قتل عمـد . ويجـب علـى ذلـك القـود لأن الموت قد وقع بفعل القصد ، ولاعبرة بالآلة . وإنما العـبرة بالنتيجـة . و أمـا إذا كان الضرب في غير عداوة أو غضب بل للتأديب أو اللعب فمـات المضـروب وكان الضرب لا بنحو سيف أو مايقتل غالباً فليس بقتل عمـد . إنما هو خطأ تجب فيه الدية (٢) فنرى المالكية لا ينظرون إلى الآلة إلا في حالـة لاغضـب ولا عـداوة فمن تعمد الفعل الذي قد ينشأ عنه الموت قـاتلاً عمـداً ولوكـانت الآلـة لا تفضـي إليه غالباً ولكنها قتلت لضعف في المضروب أو لشدة الحر فالعبرة في القصـد إلى الفعل من غيرإتجاه إلى إرادة النتائج في ذاتها سواء أرادها أم لـم يردها (٣)

---

(١) الزرقاني على الموطأ ٤/ ٢٠٣

(٢) الإشـــراف ٢/ ١٨٨

(٣) الإشـــراف ١٨٨/٢ بداية المجتهد ٤٠١/٢

أدلة القـــول الثاني

من الشافعية و الحنابلة : الذين يرون ثبوت قصد القتل العمد بما يقتل غالباً

أولاً : من السنة : وهو حديث أنس السابق في قتل اليهودي للجارية بالحجر وهو متقل ووجه الدلالة أن الحجر يقتل غالباً (١) ونوقش بأن القتل بالحجر لايعد عمداً يوجب القصاص بل شبه عمد فيه الدية مغلظة ونوقش أيضاً بأنه يحتمل أن عليه الصلاة و السلام علم أن اليهودي كان قاطع طريق فإن قاطع الطريق إذا قتل بعصا أو سوط أو غيره يقتل حداً . أو لكونه ساعياً في الأرض بالفساد فقتله كما يقتل قاطع الطريق فإن ذلك جائز أن يلحق به (٢) ويمكن أن يجاب عن هذه المناقشة بأن هذه الإحتمالات بعيدة غير ثابته بالدليل فلا يلتفت إليها .

ثانياً : **استدلوا بالمعقول** : أ/ إذ قالوا إن المقصود من القصاص صيانة الدماء من الإهدار و القتل بالمتقل كالقتل بالمحدد في إتلاف النفوس فلو لم يجب به القصاص لكان ذريعة إلى إزهاق الأرواح ، لأن من تحدثه نفسه بالقضاء على عدوه يمكنه أن يقتله بما ليس بمحدد ويأمن على نفسه من القصاص فيكون ذلك مدعاة لإبطال حكمة القصاص .

---

(١) شرح معاني الآثار ١٠٢/٢ المغني ٤٠٢/٩ .

(٢) شرح معاني الآثار ١٠٢/٢ .

ب/ واستدلوا بأن القصد الجنائي أو النية أمر خفي باطني ، لايمكن الإطلاع عليه ، فأنيط الحكم بوصف ظاهري يمكن معرفته وهو إستعمال الآلة المناسبة لتنفيذ قصده الإجرامي والآلةهي الدليل المادي الذي لايكذب في الغالب .(١)

ونوقش بأن القتل يمكن أن يحدث بآلة صغيرة و الذي لايكذب هو قصد العدوان و الترصد .

أدلة أبي حنيفة على اعتبار الآلة في المحدد ما يأتي :

١/ ماروي عن عقبة بن أوس السدوسي عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أنه خطب يوم فتح مكة فقال في خطبته :(ألا إن قتيل خطأ العمد بالسوط و العصا و الحجر فيه دية مغلظة مائة من الإبل منها أربعون خلفه في بطونها أولادها) (٢) .

وجه الدلالة: قال الكمال بن الهمام إن (ال) في قوله السوط والعصا والحجر للاستغراق فتعم الصغيرة و الكبيرة منها فالتخصيص بالصغيرة منها إبطال للعموم بلا دليل وهو لايجوز ، ولأن العصا الكبيرة و الصغيرة تتساويان في كونيهما غير موضوعتين للقتل و لا مستعملتين له إذ لا يمكن استعمالهما على غرة من المقصود قتله ، و بالاستعمال على غرة يحصل القتل غالباً إذا تساويا والعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة (٣) .

---

(١) الفقه الإسلامي و أدلته د/ وهبة الزحيلي ط دار الفكر ٦/ ٢٥٩ .

(٢) السنن الكبرى ٤٥/٨ ، مسند أحمد ١١/٢ و أبوداود و قال حديث مسدد أتم و صححه ابن حبان و قال ابن القطان هو صحيح لا يضر الإختلاف فيه . و النسائي ٤٢/٩ و ابن ماجه ٨٧٨/٢ ، و الطبراني و ذكر فيه ضعف أحد رواته ، نيل الأوطار ٢٥/٧ .

(٣) العناية للباروثي مع تكملة فتح القدير ط البابي الحلبي ١٠/ ٢١١ .

ونوقش هذا الدليل بأنه محمول على العصا و السوط و الحجر الذي يقتل مثله لأنه ذكر السوط و العصا وقرن بين الحجر فدل على أنه أراد ما يشبهها ولأن المراد الآلات المعروفة المستعملة وهي التي لاتؤدي إلى القتل غالباً ولاتسمى الخشبة الكبيرة عصا بل جذعاً و أسطوانة وعملها فوق عمل العصا فلا يلحقان بها (١) ولأن الحمل على ذلك لايضاد وحديث أنس رضي الله عنه في إيجاب القود على اليهودي الذي رض رأس الجارية بحجر وما حمل عليه يضاد ذلك وينفيه . ولأن يحمل الحديث على ما يوافق بعضه بعضاً أولى من أن يحمل على مايضاد بعضه بعضاً (٢) .

ثانيا : استدلوا بما روى عن النعمان بن بشير أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (كل شئ خطأ إلا السيف ولكل خطأ أرش)(٣) و المراد بالسيف ما يفرق الأجزاء ونوقش هذا الحديث بأن فيه على بن جابر بن يزيد الجعفي وقيس بن ربيع وهما ضعيفان(٤) فلا يصلح للإحتجاج .

ثالثاً : استدلوا بالدليل العقلي . قالوا بأن العصا غير معدة للقتل عادة فلا تصلح دليلاً على قصد القتل لأنها غير موضوعة له ولا مستعملة فيه إذ لايمكن القتل بها على غفلة منه ، ولاتستعمل غالباً في القتل العمد فقصد العمدية فيه يؤدي إلى وجوب الشبهة في القصد و القصاص نهاية في العقوبة فلا يجب مع الشبهة (٥)

ويمكن أن يناقش بأن هذا لا يناهض حديث أنس رضي الله عنه الذي أمر فيه النبي صلى الله عليه وسلم برض اليهودي بحجرين ولامعقول مع النص .

---

(١) حاشية سعدي ٢١١/١٠ .

(٢) شرح معاني الآثار للطحاوي ١٠٣/٢

(٣) نيل الأوطار ٢٣/٧

(٤) الجوهر النقي لإبن التركمان مع السنن الكبرى ٣٨/٨ ميزان الإعتدال ٨٣٠/١ نصب الراية للزيلعي طبع المكتبة الإسلامية ٣٣٢/٤ .

(٥) تبيين الحقائق ١٠٠/٦ .

الترجيـــــــــــح

الراجح قول المالكيـــة للآتـــــــــــي:

أولاً : لصحة أدلته وقوتها .

ثانياً : أدلة الجمهور لا تقوى أمامه و لا تخلو من المناقشة وخاصة حديث أنس المتفق عليه واقتص فيه الرسول صلى الله عليه وسلم لمن قتل بالحجر .

ثالثاً : إن الأمور بالمقاصد و الأعمال بالنيات فمن قصد القتل فهو قاتل عمداً سواء كانت الآلة محددة أو مثقلة قاتلة غالباً أم لا معدة للقتل أم لا فالعبرة بالفعل المفضي إلى الموت وذلك لحماية الدماء وصيانة الأنفس .

رابعاً: إن الإنسان قد يموت من الوكزة باليد و اللكمة سيما وأن أضرب القتل قد تعددت فيدعى أن اليد ليس قاتلة غالباً ولا معدة للقتل فينجو من القصاص ويكون دم المقتول هدراً بهذه الوسيلة .

والشريعة الإسلامية من مقصادها المحافظة على النفس (ولاتقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل إنه كان منصـــوراً(١).

---

(١) الآية ٣٣ من سورة الإســـــــــــراء .

العقوبات الشرعية كلها ليست مطلوبة لكونها مقاصد بل لكون المصلحة هي المقصودة من شرعها وذلك بدفع المفاسد ودفعها مصلحة (١) .

وقال الشيخ أبوزهرة و النظر إلى الآلة من غير النظر إلى النتيجة وتحقيق معنى العدوان يفتح باب الفساد ويجعل المجرمين بدل أن يقتلوا بآلة معدة للقتل أو قاتلة غالباً يقتلون بالضرب المتوالي المبرح حتى يموت ويكون ذلك أشد قوةً أكثر وايذاءاً و تعذيباً . فسداً لذريعة الإفساد يوجب الشرع عدمالإلتفات للآلة والإكتفاء بنتيجة الإعتداء (٢) .

---

(١) قواعد الأحكام من مصالح الأنام : عز الدين بن عبدالعزيزبن عبدالسلام ط المكتبة الحسنية ١٢/٣ .

(٢) العقوبة في الفقه الإسلامي لأبي زهرة ص ٥٨٩ / الفقه الإسلامي و أدلته ٢٠٧/٦ وهبه الزحيلي

المبحـــــث الثانـــــي

أنواع القتـــــــــــل

القتل لغةً : الموت نقول قتله إذا أماته (١)

وشرعـــاً : هو إزهاق لروح آدمي به حيـاة مستقرة بغير حق (٢) وقد إختلف الفقهاء في أنواع القتل إلى ثلاثة مذاهـــب :

أولاً : ذهب المالكية إلى أن القتل نوعان . عمد وخطأ . كل قتل نتيجـة عدوان عمد ، لو وكزه باليد عدا التأديب و اللعب بين الأقران جاء في المدونـة : (القتل نوعان عمد وخطأ)(٣) وهو ما إنفرد به المالكية .

ثانياً : ذهب فقهاء الشافعية و الحنابلة إلى أن القتل ثلاثة أنواع عمد وشبه عمد وخطأ (فالقاعدة عندهم أن تكون الآلة أو الوسيلة قاتلة غالباً بالنسبة للمجنى عليه) قال الشافعي : (جماع القتل ثلاثة وجوه عمد فيه قصاص و عمد بما ليس فيه قصاص وخطأ)(٤).

---

(١) لسان العرب لإبن منظـور ط دار صادر بيروت ٨/١١ .

(٢) التعريفات لعلي بن محمد الشريف الجرجاني ط مكتبة لبنان ١٩٦٩ م ونتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد المعروف بقاضي زاوة ط مصطفى البابي الحلبي ٢٠٣/١٠ .

(٣) الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبدالوهاب بن علي بن سعد البغدادي ١٨٧/٢ المدونة للإمام مالك رواية سحنون عن إبن القاسم معها مقدمات إبن رشد ط دار الفكر العربي بيروت ١٠٦/٦ .

(٤) الأم : محمد بن إدريس الشافعي ط دار المعرفة بيروت ٤/٦ .

وجاء في كشاف القناع :(القتل ثلاثة أضرب عمد يقتضي القصاص به وشبه عمد وخطـــــأ (١) .

ثالثاً : ذهب الحنفية إلى أن القتل خمسة أنواع عمد وشبه عمد و خطأ وما جرى مجرى الخطأ و القتل بسبب (فالقاعدة عندهم في العمدية أن تكون الآلة أو الوسيلة مما تقتل غالبـــــاً وأعدت للقتل) .

قال صاحب الهداية : (القتل خمسة أنواع عمد وشبه عمد و خطأ وما جرى مجرى الخطأ و القتل بالتسبب)(٢) .

---

(١) كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس البهوتي ط الرياض ٥٠٤/٥ ، المغني و الشرح الكبير ط دار الكتاب العربي بيروت ٣٢١/٩ .

(٢) حاشية بن عابدين : حاشية رد المختار ط مصطفى البابي الحلبي مصر ٥٣١/٦ . تبيين الحقائق لفخرالدين عثمان علي الزيلعي (ت ٧٤٢هـ) ط الأميرية لبولاق مصر . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ط دار الكتاب العربي ٩٧/٦ . ٢٣٣/٧ وذكر القتل أربعة أنواع .
نتائج الأفكار في كشف الرموز و الأسرار لشمس الدين أحمد المعروف قاضي زاوة مصطفى البابي الحلبي سنة ٨٩/ ٩٧٠ ٢٠٣/١ .
دور الحكام في شرح غرر الأحكام لملا خسرو ط أستانة ٨٨/٢ .

أدلـــــة المالكيـــــــــــــة

إستدل المالكية بالكتاب و المعقول

أما الكتاب فقد ذكر الله سبحانه و تعالى الخطأ فقال:(وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأً و من قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبةِ مؤمنةٍ وديةٌ مسلمة إلى أهله)(١) .

وذكر العمد فقال جل من قائل :(ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيهـــا وغضب الله عليه و لعنه و أعد له عذاباً عظيما)(٢) .

فتدل هاتان الآيتان على أن القتل إما أن يكون عمداً محضاً أو خطأ محضاً ولوكان هناك نوع ثالث لذكره الله في كتابه العزيز .

أما المعقول : فإن العقل يؤيد ذلك إذ أن العمد معقول و هو ماكان يقصد به الفاعل العدوان . و الخطأ ماخلا من هذا القصد (٣) .

وقال مالك في الموطأ وذكره القاضي عبدالوهاب في الإشراف (ولايصح أن يكون بينهما قسم ثالث و لايصح وجود القصد وعدمه لكونهما ضدين)(٤) .

لذا قال سحنون : قلت لإبن القاسم : هل كان مالك يعرف شبه العمد في الجراحـــات أو في قتل النفس قال : قال مالك : شبه العمد باطل وإنما هو عمد وخطأ ولاأعرف شبه العمد (٥)لذلك فكل عدوان أدى لموت المجنى عليه فهو عمد مالم يكن على سبيل التأديب أو اللعب ، وكل فعل خلا من العدوان أوكان يقصد اللعب و التأديب ممن كان له حق التأديب فهو خطأ .

---

(١) الآية ٩٢ من سورة النساء .

(٢) الآية ٩٣ من سورة النساء .

(٣) الإشراف ١٨٧/٢ أحكام القران لإبن العربي ٤٧٩/١ .

(٤) الإشراف ١٨٧/٢ و المنتقى شرح موطأ الإمام مالك لسليمان بن خلف الباجي ط السعادة بيروت ١٠٠/٧

(٥) المدونة الكبرى للإمام مالك ط السعادة بمصـــر سنة ١٣٣٤هـ ١٠٦/٦ .

أدلة أصحـــاب القول الثانـــــي

إ ستدل القائلون بأن شبه العمد قسم من أقسام القتل بالسنة والآثار والمعقـــــول .

(أ) أما السنة: فقد جاء في حديث طويل لأبي داود فيه (ألا إن قتيل الخطأ شبه العمد قتيل السوط و العصا فيه مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها)(١)

وجه الدلالة أن الحديث أثبت شبه العمد و بين أن الواجب فيه دية مغلظة ، و أن القود لايجب به فكان لشبه العمد موجب مغاير لموجب القتل الخطأ و العمد .

وقال الخطابي : وفي الحديث من الفقه إثبات القتل شبه العمد (٢)

ونوقش بأن في إسناده علي بن زيد بن جدعان وهو ضعيف وغير ثابت (٣)

(ب) و استدلوا أيضاً بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :(عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد ولايقتل صاحبه وذلك أن ينزوالشيطان بين الناس فتكون دماء في غيرضغينة ولا حمل سلاح (٤).

وجه الدلالة ظاهر كسابقه في إثبات شبه العمد . ونوقش بأن الحديث قد تكلم في أحد رواته .

---

(١) عون المعبود شرح سنن أبي داود ٢٩٢/١٢ /٢٩٧ وقال أبوداود حديث مسدد أتم ، وأخرجه النسائي – السجستان ١٠٥/٣٨/٣٦/٨ وساق إختلاف الرواة فيه و صححه إبن حيان وقال إبن القطان هو صحيح لايضره الإختلاف فيه ، نيل الأوطار ٢٥/٧ سنن الدارقطني على بن عبدالعزيز تحقيق عبدالله هاشم اليماني .

(٢) معالم السنن ٢٦/٤ ـ تعليق أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم أبادي ط دار المحاسن بالقاهـرة ٩٢/٣٥ ـ٢ـ معالم السنن ٢٦/٤ .

(٣) المنتقى ١٠٠/٧ ميزان الإعتدال للذهبي دار إحياء الكتب العربية القاهرة ٤١٢٧/٣٥ .

(٤) أبوداود ١٠٦/٣ ومسند أحمد وقال الشوكاني في إسناده محمد بن راشد الدمشقي المكحولي وقد تكلم فيه غير واحد ووثقه غير واحد نيل الأوطار ٢١/٧ .

قال الشوكاني فيه محمد بن راشد تكلم فيه ولكن لا يخفى أن أحاديث الباب صالحة للإحتجاج بها على إثبات قسم ثالث و هو شبه العمد و إيجاب دية مغلظة على فاعله (١) .

ومن الآثار : فقد روى عبدالرزاق و البيهقي القتل شبه العمد عن عمر بن الخطاب و عثمان و علي و ابن مسعود وزيد بن ثابت و آخرين من الصحابة رضي الله عنهم و لايعرف لهؤلاء مخالف من الصحابة فيكون اجماعاً سكوتياً متكرراً (٢) .

ورد هذا الإجماع بأن الإجماع السكوتي مختلف في الاحتجاج به ، ولوثبت اجماعاً لما خالف فيه مالك وهو عائش في المدينة مهبط الوحي .

أما المعقول : فإن صورة القتل شبه العمد تخالف صورة العمد و الخطأ لأن القاتل شبه العمد قصد الفعل ولم يقصد القتل فكيف يجعل شبه العمد جزءاً من العمد و الشارع أمر بالحيطة في أمور الدماء فلابد من إثبات وبيان الأحكام التي تخص شبه العمد دون غيره .

فاستخدام العصا الصغيرة دليل على عدم إرادة القتل من الضارب و لايصح أن يقال إنه خطأ لأنه قصد إيراد الضرب موجود ومناسب أن يسمى شبه العمد و كذلك بالتقسيم العقلي لفعل الجاني و هو أن الجاني إما أن يقصد بفعله الإعتداء و القتل و ذلك هو العمد و إما أن يقصد الإعتداء فقط و لايقصد القتل ويؤدي فعله إلى القتل وذلك شبه العمد .

---

(١) نيل الأوطار ٢٥/٧ .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ط دار المعارف العثمانية بحيدر أباد بالهند ٦٩/٨ .
مصنف عبدالرزاق ٢٨٣/٩ و البيهقي ٦٩/٨ و الدارية ٢٧١/٢ .

وإما ألا يقصـــــد الإعتداء و لا القتل و يصدر عنه فعل يؤدي إلى موت المجنـى عليه و ذلك هو الخطأ (١) لأن القتل لا يخلو من أن يكون بسلاح قاتل عادة و قصد به القتل العمد ، و إما بغير سلاح قـاتل ولـم يقصـد بـه القتـل فهـو الخطـأ أو بغـير سلاح كأن كان بالسوط و العصا الصغيرة وقصد به التأديب فهو شبه العمـــد (٢) .

دليـــل أصحـــاب القول الثالث

إستدل الحنفية القائلون بأن أنواع القتل خمســـة بما يلـــي :

أما الأدلة على العمد و الخطأ وشبه العمد فهي ماسبق . و أما الدليل علـى الزيـادة فالمعقول فقد قالوا إن لم يقصد التأديب فهو الجـاري مجـرى الخطـأ و إذا لـم يكـن مما ذكر فهو القتل بسبب لأن الجاري مجرى الخطأ ليس فيـه قصـد لا الفعـل و لا للشخص كالنائم .

و أن القتل بسبب له أحكام شخصية عند الحنفية فلاقصاص فيه و لا كفـارة لذلك جعلوه قسماً خامساً مستقلاً كحافر البئر ووضع الحجر في غير ملكه .(٣)

---

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٩٧ .

(٢) الجلال المحلى قليوبي و عمـيره ١٣٠/٤ تفسير القرطبي ٣٢٢/٥

(٣) معين الحكام ١٨١ تبيين الحقائق ٦٨/ ٩٧ البحر الرائق ٨/ ٣٢٧ نتائج الأفكار ٢٠٣/١٠ .

الترجـــيح و المناقشـــة

القول الراجح أن القتل نوعان عمـد و خطأ للآتـــي:

أولاً : لصحة أدلتهم و قوتها و عدم معارض صحيح لها .

ثانيا : لم يصح في السنة حديث في ذلك و الأحاديث التي وردت نوقشت بضعفها ، فالحديث الأول ضعف إسناده إبن حزم و الذهبي بإختلاف الرواة فيه و الحديث الثاني فيه محمد بن راشد تكلم فيه فلم يثبت في شبه العمد حديث صحيح .

ثالثاً : أما المعقول فقد رده صاحب الإشراف بأنه يؤدي إلى التناقض إذ الضدان لا يجتمعان .

رابعا: قواعد الشريعة العامة و أدلتها الكلية تقضي بالمحافظة على الأرواح و هذا ما اجتمعت عليه كل الشرائع و القول بشبه العمد يؤدي إلى ضياع الأنفس و قد يتزرع كثير من الناس بقتل غيره بمثقل حتى لا يقتص منه و هذا فساد كبير (و الله لا يحب الفساد) (١) فقول المالكية فيه محافظة على الأرواح و منع لسوءالقصد و التحايل على قتل الأنفس و سد للذرائع لا سيما في هذا الزمان الذي كثر فيه الفساد ، وقل فيه الوازع الديني ، و العبرة في الأحكام بما ظهر لابما خفي وبطن ، ولوفتح هذا الباب لكثر الهرج ، وتذرع كثير من الناس بتلك الحيل ، فالأخذ بمذهب المالكية أحوط وأصون للدماء و المحافظة على أرواح الناس ، وهذا مايتفق مع قواعد الشريعة لوجود السلامة والحياة للآخرين : قال تعالى:(و لكم في القصاص حياة يا أولي الألباب:)(٢) وقال تعالى:(من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغيرنفسٍ أوفسادٍ في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا)(٣) فمن اِعتدى على النفس فقد اِعتدى على الجميع ومن أحياها (أي بالقصاص)(٤) فكأنما أحيا الناس جميعاً (٥).

---

(١) الآية ٢٠٥ من سورة البقـــرة

(٢) الآية ١٧٩ من سورة البقـــرة

(٣) الآية ٣٢ من سورة المائـــدة

(٤) روح المعانـــــي ٢/ ٣

(٥) ظلال القرآن لسيد قطب ٢٢٤/١

المبحـــث الثالـــــــث

سن المسؤليـــة الجنائيـــة

لا تثبت المسئولية الجنائية على الصغير و هذا محل إتفاق بين الفقهاء (١) فلا قصاص عليه إذا قتل ، و لا حد عليه إذا ارتكب جريمة حدية ، وينتفي عنه التعزير كعقوبة جنائية حتى يبلغ فالبلوغ حد فاصل بين الصغير و الكبير ، و لما كان من الصعب تحديد وقت البلوغ وضع الشارع علامات و أمارات يعرف بها ويحكم بها ببلوغه و لو لم تحصل تلك العلامات رجعوا إلى تحـــديد البلوغ بالسن و إذا تقرر ذلك فإن الفقهاء اختلفوا في تحديد السن إلى عدة أقوال .

أولا: انفرد المالكية في المشهور(٢) عندهم إلى أن السن المعتبرة في بلوغ الصغير ذكراً كان أم أنثى ثماني عشرة سنة . جاء في الخرشي (قوله بثماني عشرة سنة) أي بتمام ثماني عشرة سنة على المشهور .

ثانياً: ذهب جمهور الفقهاء (٣) من الشافعية و الحنابلة وقول عند الحنفية وبعض المالكية إلى أن السن المعتبرة في البلوغ خمس عشرة سنة قال الشافعي (ولاقصاص على من لم يحتلم أو يستكمل خمس عشرة سنة) قال البهوتي أو بلوغ خمس عشرة سنـــة) (٤) .

---

(١) تبيين الحقائق ١٧٢/٣ المدونة ٢٩٢/٦ ، المنتقى ٧٤/٧ المهذب ١٧٣/٢ كشاف القناع ٥٢٠/٥

(٢) بلغة السالك لأقرب المسالك لأحمد بن محمد الصاوي المالكي ط البابي الحلبي بمصـــــر . مختصر خليل ٢٢٩ ، الشرح الكبير للدردير ٢٩٣/٣ و الخرش ٢٩١/٥ .

(٣) منهاج الطالبين لأبي زكريا يحي بن شرف النووي ط البابي الحلبي مصر ٥٩ ، الأم ٤/٦ الأشبـــــــاه و النظائر للسيوطي ٢٤٤ كشاف القناع ٤٤٣/٣ المذهب لأحمد في مذهب الإمام أحمد ، لمحي الدين يوسف بن الجوزي ط الهند ٦٥ قال به أبو يوسف و محمد و هو رواية عن أبي حنيفة المبسوط ١٨٤/٩ حاشية إبن عابدين ١٥٣/٦ .

(٤) كشاف القناع ٤٤٣/٣

ثالثاً : ذهب أبو حنيفة إلى أن السن المعتبرة في بلوغ الصغير الذكر تسع عشرة سنة ، و الأنثى سبع عشرة سنة (١) (جاء في المبسوط وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى التقدير في الجارية بسبع عشرة سنة وفي الغلام في الرواية الأخرى بتسع عشرة سنة وهو الأصح (٢) .

الأدلة

أدلة المالكية

استدل المالكية : بالقرآن و الآثار و المعقول :

أولا: بالقرآن:قوله تعالى (و لاتقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده)(٣) قالوا: (أشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قال ابن عباس) (٤) و هذا أقل ماقيل فيه فيبنى الحكم عليه .

ونوقش هذا الدليل بأنه غير مسلم به فإن النسبة لابن عباس تحتاج إلى إثبات فقد إستغرب الزيلعي (٥) هذه النسبة على أنه لو صح ذلك عن إبن عباس فقد قيل فيه أقوال كثيرة .

---

(١) المبسوط ١٨٤/٩ جامع الفصوليين لمحمود بن إسرائيل الشهير بإبن قاض سماوة ط الأميرية بمصر ١٥٠/٢ تبيين الحقائق ٢٠٣/٥

(٣) آية ١٥٢ من سورة الأنعام . و الآية ٣٤ من سورة الإسراء .

(٤) هو عبدالله بن عباس بن عبدالمطلب بن هاشم إبن عم الرسول صلى الله عليه وسلم حبر الأمة و ترجمان القرآن روى كثيراً من الأحاديث توفى بالطائف سنة ٦٨ هـ الإصابة في تمييز الصحابة للحافظ شهاب الدين أبي الفضل بن حجر العسقلاني ط السعادة بمصر ٣٣٠/٢ .

(٥) نصب الراية لأحاديث الهداية لجمال الدين أبي محمد عبدالله بن يوسف الحنفي الزيلعي (ت ٧٦٢هـ) ط المكتبة الإسلامية الثانية ١٦٦/٤ .

فلا يثبت لهم ذلك ولو سلم هذا القول لكان من الممكن أن يأتي من يقول بأن الإحتلام إذا تأخر لم يحكم بالبلوغ حتى يبلغ أربعين سنة فلاّدليل لهم (١) .

ثانيا: بالمعقول : إن الشرع لما علق الحكم و الخطاب بالإحتلام في الآية السابقة (و أبتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح)(٢) الآية وفي حديث الرسول صلى الله عليه وسلم (رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم)(٣) فيجب بناء الحكم عليه و لا يرتفع الحكم عنه مالم يتيقن بعدمه و يقع اليأس عن وجود ه، و إنما يقع اليأس بهذه المدة لأن الإحتلام إلى هذه المدة مقصور في الجملة . فلا يجوز إزالة الحكم الثابت بالإحتلام عنه مع الإحتمال و الرجاء لوجوده بخلاف ما بعد هذه المدة فإنه لايحتمل وجوده بعدمها).

ونوقش بأنه كلام غير مسلم فيه اثبات للبلوغ بالاحتلام لكن لو تأخر الإحتلام حتى بلغ الصغير خمس عشرة سنة فقد بلغ على أن الإحتلام يحتمل أن يتأخر عن سن الثامنة عشرة إلى مابعد ها فلا حجة (٤) .

أدلة المذهب الثاني :الذين قالوا بأن سن البلوغ خمس عشرة سنة استدلوا بحديث عبدالله بن عمر (٥) رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عرضه يوم أحد و هو ابن أربع عشرة سنة فقال: فلم يجزني قال : ثم عرضني يوم الخندق و أنا ابن خمس عشرة فأجازني (٦) .

---

(١) نصب الراية ١٦٦/٤ المبسوط ٥٤/٦ الهداية ٣٢٣/٧

(٢) الآية ٦ من سورة النساء

(٣) الحديث مسند أحمد ١١٦/١ وسنن أبي داود ١٣٩/٤ و الترمذي ٣٢/٤ و صعفه إبن حجر في تلخيص الحبير ٥٦/٤ و النسائي ١٥٦/٦ و إبن ماجة ٦٥٨/١.

(٤) بدائع الصنائع ١٧٢/٧

(٥) إبن عمر عبدالله بن عمر بن الخطاب من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كثير رواية للحديث (ت ٧٤ هـ) الإصابة ٣٤٧/٢ ، صحيح البخاري ٢١٧/٣ سنن أبي داود ٤٥٣/٢ وقال حديث حسن صحيح

(٦) صحيح البخاري ٣/ ٢١٩ و سنن أبي داود ٤٥٣/٢ وقال حديث حسن صحيح .

قال نافع (١) فقدمت على عمر بن عبدالعزيز وهو خليفة فحدثته هذا الحديث فقال : إن هذا الحد بين الصغير و الكبير وكتب إلى عماله أن يفرضوا لمن بلغ خمس عشرة سنة الجزية (٢) وقال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى في ذلك (وبهذا تقام الحدود على من إستكمل خمس عشرة و إن لم يحتلم لأنه فصل بين المقاتله و بين الذرية و ذلك أنه إنما يجب القتال على من تجب عليه الفرائض ومن وجبت عليه الفرائض وجبت عليه الحدود و لم أعلم في هذا مخالفة ، و قد أجاز رسول الله صلى الله عليه و سلم في القتال إبن خمس عشرة (٣) .

وقال الترمذي (٤) بعد روايته لهذا الحديث :(و العمل على هذا عند أهل العلم (٥)

ونوقش هذا الحديث بأنه ليس نصاًفي محل النزاع فإن النبي صلى الله عليه وسلم نظر إلى اطاقته للقتال وليس بالنظر إلىالبلوغ فإنه أمرمحتمل جداً وقد يحتمل ايضاً أنه علم بلوغه بالإحتلام فأجازه فالإحتمال موجود فلا استدلال (٦)

---

(١) مولى إبن عمر ثقه ثبت فقيه مشهور (ت ١١٧هـ) تقريب التهذيب ٢٩٦/٢

(٢) صحيح البخاري هو الجامع الصحيح لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري (ت ١٩٤ ـ٢٥٦هـ) ط دار التراث العربي ٢١٩/٣ ، صحيح مسلم لأبي الحسين بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت٢٠٦ ـ٢٦١) تحقيق محمدفؤاد عبدالباقي ط دار إحياء الكتب العربية عيسى الحلبي و شركاه ١٤٩٥/٣

(٣) الأم ١١٨/٦

(٤) هو محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحال السلمي الترمذي أحد الإئمة ثقة حافظ (ت ٢٧٧هـ) تقريب التهذيب ١٩٨/٢

(٥) سنن الترمذي الجامع الصحيح تحقيق أحمد محمد شاكر و غيره ط المكتبة الإسلامية ٦٣٣/٣ ج ص

(٦) بدائع الصنائع ١٧٢/٧

ثانياً : استدلوا بحديث إذا إستكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله و ماعليه و أقيمت عليه الحدود (١) .

وجه الدلالة في هذا الحديث واضح في الحكم ببلوغ من إستكمل خمس عشرة سنة وناقش صاحب التلخيص الحبير بأن الحديث ضعيف لاتقوم به حجة .

ثالثاً: استدلوا بأن الشخص في العادة لا يتأخر عنه البلوغ عن سن الخامسة عشرة و العادة شريعه محكمة فيما لا نص فيه (٢) .

ونوقش بأنه قد يتأخر عنه فإحتمال التأخير وارد و لاحجة مع الاحتمال .

أدلة الحنفية القائلين بأن سن المسئولية الجنائية تسع عشرة سنة فقد إستدل السرخسي(٣) لقول أبي حنيفة :(بأن صفة الصغرمعلومة بيقين فلا يحكم بزوالها إلا بيقين مثله ، ولايقين في موضع الإختلاف ثم أدنى المدة لبلوغ الغلام أثنتا عشر ة سنة وقد وجب زيادة المدة على ذلك فإنما يزاد سبع سنين إعتباراً بأول أمره كما أشار اليه صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم (٤)(مروهم بالصلاة لسبع (٥) وكذلك من فرق بين الذكر و الأنثى بأن الإناث نشؤهن وإدراكهن أسرع في العادة فنقص في حقهن سنة لإشتمالها على الفصول الأربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة (٦) أقول لا أصل و لادليل عليه .

---

(١) السنن الكبرى لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البهقي (ت ٤٥٨هـ) ط دار المعارف الهند ٥٧/٦ وقال فيه :اسناده ضعيف لايصح التلخيص الخبير ٤٢/٣

(٢) الهداية شرح بداية المبتدئ لبرهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني (ت ٥٩٣هـ) وهي شرح بداية المبتدئ ط دار صادر ٣٢٣/٧ تبيين الحقائق لفخر الدين عثما ن بن على الزيلعي (ت ٧٤٣هـ) و هو شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية ط دار المعرفة بيروت ٢٠٣/٥

(٣) هو محمد بن أحمد بن سهل أبوبكر شمس الأئمة السرخسي كان إماماً علامة حجة متكلماً مناظراً توفى في حدود (٤٩٠ ـ ٥٠٠ هـ) الفوائد البهية في تراجم الحنفية لأبي الحسنات محمد عبدالحي اللكنوي الهندي ط دار المعرفة بيروت ط ١٥٨

(٤) المبسوط ٥٤/٦٠

(٥) متفق عليه صحيح البخاري ٢١٩/٣ ومسلم ١١٨/٣

(٦) المبسوط ١٤/٦ جامع الفصولين ١٥٠/٢.

الترجـــــيح

من خلال الأدلـة السـابقة و المناقشـة يظهـر أن الراجـح قـول مـن قـال بـأن البلوغ ثماني عشرة سنة ذكراً كان أم أنثى لصحـة أدلتهم و أن حديـث إبـن عمـر ليس في محل النزاع و إنما نظر إلى إطاقته للقتال .

وعليه فإن سن الثامنة عشرة أحوط لإقامة القصاص و الحدود عليه وتحمله المسئولية الجنائية بعد ذلك لأننا لو نظـرنا إلى هذه الأقـــوال لم نجد لهـا سنـــداً و الحدود تدرأ بالشبهات و حتى لانظلم أحداً وقد جـرى أن الغالب ثمـاني عشـرة و الأحكام تبنى على الغالب لا على النـادر ولأن هـذا القـول فيـه دفـع شـبهة إقامـة الحدود .

وحديث عبدالله بن عمر في غير محل النزاع و الثاني فيه مقال ولكن لابـد من التحديد و إلا لضاعت المصالح و تحققت المفاسد هذا و إن التحديـد بالثمـاني عشـرة أولـى بالإعتبـار لمـا فيـه مـن مصلحـة الجـاني وهوعـدم إقامـة الحـد عليـه بالتخمين . لأن في الحد شبهة و الحـدود تـدرأ بالشـبهات و أن هـذه السـن الثامنـة عشرة أقصى مايصل إليه بلوغ الانسان غالباً . فإن حصل بأكثر من ذلك فهو نادر و الأحكام إنما تبنى على الكثير الغالب لا على القليل النادر

المبحث الرابـــــــع

إذا قصد انسان قتل إنسان معصوم فأخطأ و أصاب آخـر معصوم الدم فهل يكون قتـلاً عمـــــــداً

إتفق جمهور الفقهاء (١) على أن الخطأ نوعان :

خطأ في الفعل :

كمن أطلق رصاصه ليقتل صيداً أو شيئاً معيناً و أصاب شخصاً آخر .

خطأ في القصد:

كمن قصد قتل شخص معين فأصاب غيره أو كمن رمى شخصاً يظن أنه مرتد أو حربي فإذا هو معصوم الدم فقد أخطأ في قصده .

و أما إذا قصد قتل شخص معصوم الدم فأخطأ و أصاب آخر معصوم الدم أيضاً فقد اختلف الفقهاء على مذهبين :

المذهب الأول :

أن القتل عمد يوجب القصاص : جاء في الخرشي:(إن قصد أن يضرب شخصاً عدواناً فأصاب غيره فإنه يقتل به)(٢) و هو ما إنفرد به المالكية .

المذهب الثاني:

يرى الأحناف و الشافعية و مشهور الحنابلة : أن الجاني مخطئ غير عامد سواء كان المقصود معصوم الدم أم مباحاً (٣) .أما الحنفية فقد [illegible] جاء في مغني المحتاج : (فلو قصد إصابة أحد رجلين فأصاب واحداً منهما لم يجب عليه القصاص) ، وقال صاحب زاد المستقنع :(و الخطأ أن يرمي صيداً أو غرضاً أو شخصاً فيصيب آدمياً لم يقصده).

---

(١) تبيين الحقائق ١٠١/٦ ، مواهب الجليل ٢٤٠/٦ ، تحفة المحتاج ٣٨٧/٨ ، كشاف القناع ٥١٣/٥ .

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل لأبي عبدالله محمد الخرشي ، ط بولاق بمصر ٧/٨

(٣) حاشية بن عابدين ٥٣٠/٦ ، مغني المحتاج ٤/٤ ، كشاف القناع ٥١٣/٥ .

أدلـــــــة المالكيـــة

إستدل المالكية بأن الجاني قصد الفعل المحرم و قتل من هو معصوم الدم ولا يجوز لأحد إيقاع القتل إلا بالحق لقوله تعالى (و لا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق)(١) .

وجه الدلالة إن من يقصد قتل إنسان بدون حق فإنه يقصد ازهاق روح شخص معصوم الدم ظلماً و يتعمد سلب الحياة منه عدواناً و لافرق بين أن يصيب من يقصده بالذات أو غيره مادام أصل الفعل محرماًفالعبرة بإنتفاء الحياة مطلق . و قصد القضاء عليها لا بإنتفاء حياة شخص معين ولأنه قتل مكافأً له ظلماً عمداً .(٢)

و إستدل جمهور الفقهاء :بأن عدم القصد يؤدي إلى قصور الجريمة و هو إنما يؤآخذ بفعله لو تم قصده الأول و قتل معصوم الدم ، لكن حينما أخطأ وأصاب آخر لم يقصده فلا تتوفر الجريمة و لا تكون كاملة حتى تكون مناسبة لمنتهى العقوبة و هي القود و القود كالحدود يدرأ بالشبهات و لا شك أن عدم قصده المقتول يعتبر شبهة يسقط بها القصاص (٣) .

الراجـــــح

أولاً : القول الأول للآتـــي: إنه قصد وتربص بشخص معصوم الدم و أصاب بريئاً و لا شبهة هنا لأنه أراد معصوماً و قتل معصوماً آخر .

ثانياً : صحة ما استدلوا به ، ولأن أركان الجريمة قد تحققت و هو العمد العدوان و أما اشتراط إصابة العين المراد قتلها فشرط لم يقم عليه دليل لأن مناط الحكم هو العمد العدوان سواء كان المقتول هو أم غيره فهو معصوم الدم .

ثالثاً : إن عدم القود إذا ادعى أنه لم يقصد عينة يخالف القواعد الكلية إذ العبرة بالأحكام بالظواهر لا بالبواطن .

رابعاً: إن قول المالكية فيه حقن للدماء و صيانة للأرواح و هو يتفق مع قواعد الشريعة وأصولها الكلية .

---

(١) الآية ١٥١ من سورة الأنعام .

(٢) جناية القتل العمد في الشريعة الآسلامية و القانون الوضعي نظام الدين عبدالحميد ط اليرموك بغداد ١٩٧٥ ص ٧٧ المغني ٣٩٨/٩ .

(٣) تبيين الحقائق مغني المحتاج ٤/٤ المغني لإبن قدامة ٣٩٨/٩

المبحـــــــث الخامس

قتل المعين على القتـــــل

اختلف الفقهاء في وجوب القصاص على المعين على القتل إلى رأيين إلا أنهم لم يتناولوا من صور الإعانة على القتل غير صورة واحـــدة و هي: الإمساك للقتل .

المذهب الأول : و هو ما إنفرد به المالكية (١) و هو وجوب قتل الممسك و المباشر معاً [illegible]

[illegible] . قال مالك : (في الرجل يمسك الرجل للرجل فيضربه فيموت مكانه: إن أمسكه و هو يرى أنه يريد قتله قتـــلا به جميعاً)(٢) .

المذهب الثاني : ذهب جمهور الحنفية و الشافعية و الحنابلة (٣) إلى أن القصاص على المباشر دون الممسك و إنما يعاقب الممسك بالحبس مع خلاف بينهم في مدة الحبس . قال بن عابدين (الممسك لايحل قتله (٤) وقال الشافعية في المهـــذب :(و إن أمســـكه فقتله وجب القـــود على القاتل دون الممسك)(٥) . وقال البهوتي:(ومن أمسك إنساناً لآخر حتى قتله أو حتى قطع طرفه فمات قتل قاتل وحبس ممسك حتى يموت)(٦).

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٣٤٤/٩ شرح الزرقاني على مختصر خليل ط دار الفكر بيروت ٩/٨ المنتقى للباجي ١٢١/٧ .

(٢) الموطأ مع الزرقاني ٥٠/٢

(٣) بدائع الصنائع ٢٣٥/٧ المهذب ٢/ ١٧٧ دور الحكام ٩١/٢ المغني ٣٤٤/٩

(٤) حاشية بن عابدين ٥٤١/٥

(٥) المهذب للشيرازي ١٧٧/٢

(٦) شرح منتهى الإرادات ٣٩٨/٢

أدلة المالكيـــــــة

استدل المالكية بالكتاب و السنة و المعقـــــــول .

أولاً : الكتاب : إستدلوا بقوله تعالى (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلايسرف في القتل)(١) الآية:

وجه الدلالة أن الماسك قد شارك قتل الممسوك و هـو مظلـــوم فجاز قتله لمسكه إياه .

ثانياً : ما أثر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: (لوتمالأ أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً)(٢) فهذا الأثر واضح الدلالة في قتل الممسك لأنه شارك في القتل و إن لم يباشره بنفســه .ورد عليهم بأن هذا لا حجة لهم فيه . وواضح أن ليس فيه ذكر للممسك أصلاً و لاحجة والممسك لم يجئ به قرآن ولاسنة ولاقياس (٣) فبطل هذا القول لتعريه من الحجـج و أن النبي صلى الله عليه وسلم قد نص على أنه لا يحل دم إمرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث (٤) رجل ترك دينه ، أو زانٍ بعد إحصان ، أو قتل نفسٍ و الممسك لا يسمى في اللغة ولاالشريعة قاتلاً (٥).

ثالثاً : و استدلوا بالمعقول [illegible] ابن الحـاجب مشارك

مشاركة فعلية فلـولاه لما تمكن القاتل من قتل المجنى عليه ففعله مكمل لفعل الجاني(٦) إذ لولا الإمساك لما حصل القتل [illegible]

---

(١) الآية٣٣ من سورة الإسراء

(٢) صحيح البخاري ١٢/٢١٧ والموطأ ٨٧١ والسنن الكبرى ٨/٣٤ مصنف عبد الرزاق ٩/٤٧٥

(٣) المحلى ١٠/٥١٢

(٤) الحديث متفق عليه البخاري ١٢/٢١٦ ومسلم ٥/٩٦

(٥) الإشراف ٢/١٨٣ بداية المجتهد ٢/ ٤٠٧ المنتقى ٧/١٢١

(٦) نيل الأوطار ٧/٢٦

[illegible] ٢/١٨٧ [illegible]

أدلـــة الجمهـــــور

من الكتاب و السنة و المقول

أولا : القرآن الكريم: إستدل الجمهور بقوله تعالى :(فمن إعتـدى عليكم فـاعتدوا عليه بمثل ما أعتدى عليكم)(١) فدلت الآية على أن العقوبة مماثلـة للجريمـة و بمـا أن الممسك حبس المجنى عليه حتى قتل فيعاقب بالحبس حتى يموت ليكون الجـزاء من جنس العمـــــل .

و يمكن أن يناقش بأن لا دلالة في الآية على عدم وجوب القصاص علـى الممسك بل دلالته على وجوب قتل الممســـك .

ثانياً : إستدلوا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم قال:(إذا أمسك الرجل الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ، و يحبس الذي أمسك)(٢) .

وجه الدلالة لو كان القصاص واجباً على الممسك لما اقتصر الرسول صلى الله عليه وسلم بحبسه و ناقشه الشافعية بأنه غير محفوظ مرسل فلا تقوم بـه حجة و أجيب بأنـه تسبب مـع مباشـر و الحق العمل بـالحديث المذكـور لأن إعلالـه بالإرسـال غير قـادح فيـه و المرسل عند المالكيـة و الحنفيـة يحتـج بـه كالمســند

---

(١) الآية ١٩٤ من سورة البقـرة .

(٢) رواه البيهقي في السنن الكبرى ٨/٥٥٠ و الدارقطني ٣/١٣٩

(٣) المحلـى ١٠/٥١٤

(٤) الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن الشيبا ني ص ٤٠٣

ثالثاً: واستدلوا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم (ليقتل القاتل ويصبر الصابر)(١) يعني احبسوا الذي حبسه (٢) ٠

وجه الدلالة أن الممسك لايعتبر قاتلاً ٠

رابعاً: استدلوا بما أُثر عن عليّ رضي الله عنه أنه قضى على أن يقتل القاتل ويحبس الحابس للموت(٣) وذلك في رجلٍ قتل رجلاً متعمداً وأمسكه آخر ٠

وجه الدلالة لو كان القصاص واجباً على الممسك لما فرق علي رضي الله عنه بين القاتل والممسك ولحكم بالقصاص بينهما جميعاً ٠

خامساً: استدلوا بالمعقول بأن الامساك سببٌ غير ملجئ فاذا انضمت معه المباشرة كان الضمان واجباً على المباشر دون غيره وهذا بيّن حكم القاتل والحابس بياناً جلي (٤)٠ وقال ابن حزم كيف يقتل الممسك ولم يقتل؟ وهو يرى أنه لايريد قتله فكيف يحكم بالظن فان الظن لايغني عن الحق شيئاً والظن يخطئ ويصيب أرأيتم رجلاً دل على رجل فقتله والذي دل يرى أنه سيقتله إن قدر عليه أيقتل الدال والقاتل جميعاً وقد دل عليه في موضع لايقدر على ان يتخلص منه لايقتلان عندكم ويلزم من قولكم المذكور أنهم يقتلان والحال ان بفعلهما يكونان شريكين فيه فيجب عليهما القصاص كذلك لوحبس رجلٌ امرأة لرجل حتى زنى بها أيحدان جميعاً أم يحد الذي فعل الفعل ؟ والحال انه لايحد الا الزاني لانه الفاعل وكذلك اذا سقى رجلٌ رجلاً خمراً أيحدان جميعاً أم يحد الشارب خاصةً فلا دليل لهم على قتل الممسك (٥)٠

ويرد على هذا بانه معارض لقول عمر لوتمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم به جميعاً(٦) ولأن الممسك قاتل اذ هو مشارك والقتل ينسب لجميع المشاركين فيه لأن كلاً منهما باشر القتل لا متسبب فيه فوجب أن يكون جزاءهما واحد٠

---

(١) سنن البيهقي ٢٦/٨ ، مسند احمد ١٨٧/٢ ، مصنف عبدالرزاق ٤٢٨/٩

(٢) سنن البيهقي ٥١/٨

(٣) مصنف عبدالرزاق ٤٢٨/٩

(٤) المغني ١٠/ ٤٧٨ ، المحلى ٥١٤/١٠

(٥) الحجة لمحمد بن الحسن الشيباني ص٤٠٣ ، والمحلى ٥١٤/١٠

(٦) سبق تخريج الحديث ص ٨٨ .

الترجيـــــــــح

نرجح إيجاب القصاص على الممسك والمباشر للآتـــــي:

أولا : إن أثر عمر يعد مرفوعاً لأنه ليس مـن قبيـل الـرأي و لا سـيما فـي أحـوال الدماء .

ثانياً : إستدل الجمهور بالحديث المرسل الذي قال عنه البيهقي غير محفوظ فلا تقوم به حجة فضلاً عن هذا فإنه يعارض حديث عمر حيث تبين أنه مرفوع حكماً

ثالثاً : إن عدم قتل الممسك يخـالف المقـاصد الكليـة للشـريعة و ذلـك أنـه لوتـرك الممسك الذي لولاه لم يتحقق القتل لتذرع كثير مـن النـاس فـتزهق الأرواح بهـذه الحجة و لأن دور الممسك لا يقل أهمية عن دور القاتل لمنعـه المجنـى عليـه مـن المقاومـــة و لأن الممسك يعد مبـاشـــراً و مشاركاً في القتل فيثبت القتل لجميـع المشاركين فيجب القصاص عليهم جميعاً .

رابعاً :و القول بقتلهما جميـعاً فيه حقـــن للدماء و صيانة للأرواح و سد للذرائـع و منع للإفلات من القصاص الذي به أمرت الشريعة بالمحافظة على النفس .

المبحـــــــث السادس

قتل الأصـــل بالفـــرع

الأصل هو الأب و الأم و الأجداد و الجدات من قبل الأب و الأم ، أي كل من أدلى بولادة على المجنى عليه من الذكـور و الإنـاث ، فـإن كـان القـاتل أصـلاً للمقتول اختلف الفقهاء على مذهبيـــــــن :

المذهب الأول: وهو ما إنفرد به المالكية :

و هـو أن الأصـل يقتـل بفرعـه إن دلـت القرائـن علـى أنـه قصـد قتلـه بـأن يضجعه و يذبحه أو يغرس سكيناً أو سيفاً في قلبـه (١) قـال القـاضـي عبدالوهـاب : (إذا تعمد الأب قتل إبنه قتـل بـــه)(٢).

المذهب الثاني : قال به جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة :

و هو أنه لا يقتص من الأصل و إن سفل و عليه الـدية مغلظة .قال الهمـام (و لايقتل الرجل بابنه)(٣) و قال الشافعي :(لا يقتل الوالد بالولد)(٤) و قـال إبـن قدامة (و لايقتل والد بولده و إن سفل)(٥) .

الأدلـــــة

إستدل المالكية بالكتاب و السنة و القياس

أما الكتاب : فبعموم آيات القصاص منها قوله تعـالى:(وكتبنـا عليهم فيهـا أن النفس بـالنفس)(٦) و الآيـة و هـي و إن كـانت شـرع مـن قبلنـا فهـي شـرع لنـا حيـث لـم يـرد ناســـــــخ .

---

(١) بداية المجتهد ٢/٤٠٠

(٢) الإشـــراف ٢/ ١٨١

(٣) شرح فتح القدير ١/٢٢٠

(٤) الأم ٦/٣٤ و المهذب ٢/ ١٧٥

(٥) المغني ٥/٣٥٩

(٦) الآية ٤٥ من سورة المائدة .

وقوله تعالى (ولكم في القصاص حياة)(١) و قوله تعالى (كتب عليكم القصاص في القتلى)(٢) .

و جه الدلالة في هذه الآيات أنها تتضمن إيجاب القصاص على كل قاتل من غير تفريق بين أب و غيره بل هي عامة و لا مخصص صحيح لها .

وأما السنة فقد إستدلوا بقول الرسول صلى الله عليه و سلم (المؤمنون تتكافأ دماؤهم)(٣).

وجه الدلالة أن الإبن مكافئ لدم أبيه فكل شخصين تتكافأ دماؤهما فالقصاص جارٍ بينهما كالأجانب و لا نعلم خبراً ثابتاً يجب به إستثناء الأب .

لقد ناقش الجمهور ما أحتج به المالكية من الآيات و الأحاديث الدالة على وجوب القصاص على القاتل بأنها نصوص عامة خصصتها الأحاديث الناهية عن قتل الوالد بالولد و الخاص مقدم على العام، و هي أحاديث و إن كان في إسناد بعضها مقال إلا أن بعضها يسند بعضاً و تلقتها الأمة بالقبول كما سيأتي ذكرها .(٤)

٣ - و إستدلوا بالقياس على أنهما شخصان متساويان في الحرية و الدين فكان القصاص جارياً بينهما كالأجنبي و لأنه بالغ عاقل تعمد قتل حر مسلم غير مستحل الدم ظلماً فكان القصاص مستحقاً عليه كالأجنبي و لأن القصاص حق من الحقوق فجاز أن يثبت للابن على الأب كسائر الحقوق (٥).

---

(١) الآية ١٧٩ من سورة البقرة .

(٢) الآية ١٧٨ من سورة البقرة .

(٣) الحديث أخرجه أبو داود ٤٥٣٠ و النسائي ٢٤/٨ وإبن ماجة و أحمد في المسند ١٢/١٦ نيل الأوطار ١٠/٧ سنده صحيح و حسنه الحافظ في الفتح ٢٣١/١٢ مصنف عبدالرزاق ١٤٧/١٠ .

(٤) شرح فتح القدير ٢٢/١٠ .

(٥) الإشراف ١٨١/٢ .

أدلة الجمهـــــــور :

استدل الجمهور بالسنـــــة

أولا: بما روى عن عمر بن الخطاب و ابن عباس رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول:(لا يقاد الوالد بولده)(١) ففي هذا الحديث دليل ظاهر على عدم وجوب القصاص على الوالد إذا قتل إبنه و لوكان مشروعاً لما نهى عنه الرسول صلى الله عليه وسلم .

ونوقش بأن الحديث مضطرب و ضعيف كما قال الترمذي . وقال الشافعي طرقه كلها منقطعة . و رد بأنه صححه ابن الجارود و البيهقي (٢) و قال إبن عبد البر (هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز و الفرات مستفيض عندهم يستغنى بشهرته و قبوله و العمل به عن الإسناد حتى يكون الإسناد في مثله مع شهرته تكلفاً) (٣) .

ثانياً : إستدلوا بماروى الدارقطني والترمذي عن سراقة بن مالك قال حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقيد الأب من إبنه ولايقيد الإبن من أبيه (٤) .

وجه الدلالة أن الأب لايقاد بإبنـــــه .

و نوقش هذا الحديث بضعفه لآنه معلول قال عبدالحق (٥) : الأحاديث كلها معلولة لا يصح فيها شـــئ .

ثالثاً : إستدلوا بقول الرسول صلى الله عليه و سلم :(أنت و مالك لأبيك)(٦) .

وجه الدلالة : أن الإضافة تقتضي تملكه إياه فإذا لم تثبت حقيقة الملكية بقيت شبهة في درء القصاص إذ هو مما يدرء بالشبهات (٧) .

---

(١) سنن الترمذي ٢/ ٤٥٨ و إبن ماجة ٨٨٨/٢ و مسند أحمد ٤٠٠/٣

(٢) المهذب ١٤١/٢ سنن الترمذي ١٩/٤ التمهيد لإبن عبد البر .

(٣) جامع الترمذي ١٩/٤ سبل السلام ٣٣٣/٣ رواه البيهقي ص ٣٨ السنن الكبرى ٨٣/٨ و مسند أحمد ٢٠٤/٢

(٤) تلخيص الحبير ١٨٩/٣

(٥) الحديث رواه إبن ماجة وقال الدارقطني غريب مرسل و فيه معاذ بن يحي ضعيف

(٦) تلخيص الجبير ١٨٩/٣ إبن ماجة ٨٦٩/٢ و البيهقي ٣٨ قيل مرسل و قيل مرفوع .

(٧) المغني ٦١٦/٩

ويمكن أن يرد هذا بأنها شبهة ضعيفة لا تخول هدر الدماء ولأن الحديث في غير محل النزاع إذ كلامنا في القصاص و هذا في الأموال و يحتاط في الدماء ما لايحتاط في الأموال .

رابعاً : إستدلوا بالأثر الموقوف على عمر :

قال الشافعي أخبرنا مالك عن يحي بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن رجلاً من بني مدلج يقال له قتادة حذف إبنه بالسيف و أصاب ساقه فنزى في جرحه فمات فقدم به سراقة بن جعشم على عمر بن الخطاب رضي الله عنه فذكر ذلك له فقال : أعدا على ماء قدير عشرين و مائة بعير حتى أقدم عليك و لما قدم عمر و أخذ من تلك الإبل ثلاثين حقة و ثلاثين جذعة و أربعين خلفة ثم قال :أين أخو المقتلول فقال هأنذا قال: خذها إن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: (ليس لقاتل شئ) (١).

وجه الدلالة أنه لو كان القصاص واجباً على الأب لماعدل عنه عمر إلى الدية . ورد عليه بأن هذا القتل ليس بعمد لأنه حذفه حذفاً .

خامساً: إستدلوا بالمعقول بأن الأب سبب لوجود الولد فلا يكون سبباً لقتله . والحكمة من القصاص هي الزجر والردع والحاجة غير داعية إلى زجر الأب على قتل ولده إذ شفقة الأبوة تمنعه من الإقدام على القتل و إن كانت هذه الشفقة موجودة في الإبن نحو الأب إلا أن وجودها في الأب أشد إذ الأب يحب ولده لذاته لا لنفعٍ يعود عليه منه خلاف الإبن و لأن بقاء الإبن بعد وفاة الأب يحقق مصلحة التخليد لذكراه و عدم نسيان الناس له فلا يتصور إقدامه على قتله من غير وجود سبب موجب لذلك)(٢) .

و نوقش [illegible] كون الولد سبباً في وجود الابن بأن هذا يبطل بما إذا زنى بابنته فإنه يرجم و كان سبب وجودها و تكون هي سبب عدمه .

---

(١) الأم للشافعي ٢٦/٦ الموطأ ٢/ ١٩٠ البيهقي ٣٨/٨ .

(٢) المغني ٦١٦/٩

ثم أي فقه تحت هـذا ولم لا يكون سبب عدمه إذا عصى الله في ذلك . و قد أثر عن رسـول الله صلى اللـه عليـه و سلم أنـه قـال : لا يقـاد الوالـد بولـده و هـو حديث باطل و متعلقهم أنَ عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضـى بالديـة مغلظـة في قاتل إبنه و لم ينكر أحد من الصحابة عليه فأخذ سائر الفقهاء رضي الله عنهم المسألة مسجلة (١) وقالوا لا يقتل الوالد بولده وأخذها مالك محكمة مفصلة فقال أنه لو حذفه بالسيف و هذه حالة محتملة لقصد القتل و عدمـه ، و شـفقة الأبـوة شـبه منتصبة شاهدةً بعدم القصد للقتل تسقط القـود ، فـإذا أضجعـه كشـف الغطـاء عـن قصده فالتحـق بأصلـه (٢) .

الترجيـــــــــح :

يرجـح قول المالكية للآتـــــي :

أولا: لصحة أدلتهم و قوتها و عدم وجود حديث صحيح مخالف لدعواهـم لأن الأحاديث التي إحتج بها الجمهور لم يثبت عن رسول اللـه صلـى اللـه عليـه وسلم فلا تقوى لتخصيص عموم (٣) الكتاب و السنة الدالة على وجـوب القصـاص على القاتل من غير فرق بين والدوغيره .فحديث عمر الأول في إسناده عمـر بـن عيسى الأسدي القـرشي وهو ضعيف لا تقوم بروايته حجة . قال عنه إبـن حيـان يروى الموضوعان عـن الإثبـات وقـال العقيلـي : لعلـه عمرالحميـدي حديثـه غـير محفوظ و قال عنـه الذهبـي عمربـن عيسـى منكـر الحديـث) (٤) .وحـــديث عمـر الثاني في روايته حجاج بن أرطأة وقد ضعفه بعض رجال الحديث قال عنـه يحـي بن معين ليس بالقوي وهـو صـدوق مـدلس فقال يحي بن يعلى المحـاربي أمـرنا

---

(١) مسجلة : مرسلة مطلقة

(٢) أحكام القرآن للقرطبي ٢/٢٥١

(٣) تفسير القرطبي ٢/٢٥٠

(٤) ميزان الإعتدال ١/٤٥٨ نصب الراية ٤/٣٣٥

زايد أن نترك حديث الحجاج و قال عبدالله بن أحمد حدثنا أي سمعت يحي يذكر أن حجاجاً لم يرالزهري و كان سئ الرأي ما رأيت أسوأ رأياً منه حجاج و قال النسائي ليس بالقوي و قال الدارقطني لا يحتج به .

و أما حديث إبن عباس فقد قال عنه الترمذي حديث لا نعرفه بهذا الاسناد إلا من حديث اسماعيل بن مسلم و قد تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه وأعله ابن القطان بإسماعيل بن مسلم فقال :إنه ضعيف (١) .

و أما حديث سراقة بن مالك ففيه راويان ضعيفان أحدهما إسماعيل بن عياش وقد ضعفه المحدثون(٢) قال عنه النسائي هو ضعيف و قال : ابن حبان هو كثير الخطأ و قال عنه الإمام أحمد لا يساوي حديثه شيئاً و قال ابن عدي الضعف على حديثه بين(٣) و أما قضاء عمر بالدية على قاتل إبنه و عدم إنكار ذلك من الصحابة فإن المالكية لا يقولون بشبهة (٤) العمد إلا في هذا الموضع و أما قولهم إن الوالد سبب في وجوده فقد أجاب عنه القرطبي (٥) كما سبق .

ثانياً : أن القصاص إنما شرع منعاً للناس من الإقدام على قتل الناس بعضهم بعضاً فالقصاص من الأب الذي قتل إبنه بالصورة المذكورة تتفق مع روح التشريع القاضي بالمساواة.

ثالثاً: في قتل الأب للإبن بالشروط السابقة فيها سد الذرائع وللمفاسد بقتل الآباء للأبناء .

رابعاً: إن عدم قتل الوالد بالولد قائم على وجود شبه انتفاء قصد القتل فإذا انتفت أقتص من الأصل و لأن عمده حقيقة لا يحتمل غيره (٦) فجاز قتله به .

---

(١) نصب الراية ٣٤٠/٤

(٢) ميزان الإعتدال ٣ /٢٤١ نصب الراية ٣٤٠/٤

(٣) ميزان الإعتدال ٤٣٥/٣ نصب الراية ٣٤٠/٤

(٤) المنتقى ١٠١/٧

(٥) القرطبي ٢٥٠/٢

(٦) سبل السلام طبعة دار الفكر ٤٤٣/٣

المبحـــث السابـــع

قتل المسلـــم بالكافـــــر

الكافر إما أن يكون حربياً أو غير حربي ذمياً أو معاهداً فإن كان حربياً فلا خـلاف في أنه لا يقتل به المسلم ، و إن لم يكن حربياً و كان ذمياً فقد اختلـف الفقهـاء فـي قتل المسلم به على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

و هو ما انفرد به المالكية و هو: أن المسلم لا يقتل بالكافر مـالم يكـن القتـل غيلة (١) قال مالك (الأمر عندنا ألا يقتل مسلم بكافر إلا أن يقتلـه مسـلم قتـل غيلـة فيقتل به) (٢) .

القول الثاني للشافعية و الحنابلة :(٣)

و هو أنه لايقتل المسلم بالكـافر مطلقـاً ذميـاً كـان أو مسـتأمناً . سـواء كـان القتل غيلة أو على غير هذا الوجه . قال الشافعي:(لا يقتل مؤمن عبد و لا حـر و لا امرأة بكافر في حـــال أبداً (٤) و جاء في المغني :(لايقـــتل مسلم بكافر)(٥)

---

(١) الغيلة أن يذبحه رغبة في الإستيلاء على ماله لسان العرب ٢٢٤/٢

(٢) المدونة ٦/ ٢٣٠ بداية المجتهد ٣٣٤/٢ / مختصر خليل ٢٣٠ المنتقى للباجي شرح الموطأ ٩٧/٧ قوانين الأحكام الشرعية لإبن جزئ ٢٦٢ التلقيني في الفقه المالكي للقاضي عبدالوهاب دكتوراه تحقيق محمد ثالث ٤٧٥/٢ . تحفة الأحكام لأبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي ط الإستقامة القاهرة ص ٢٨٠ .

(٣) المجموع شرح المهذب ١٢٥/٢ الوجيز ١٢٥/٢ رحمة الأمة ١٠٧/٢ / الروض المربع ٣٣٤/٢ .

(٤) الأم للشافعي ٢٨/٦

(٥) المغني لإبن قدامـــــة ٣٤٠/٩

القول الثالث للحنفيـــة :

و هو (أنه يقتل المسلم بالذمي مطلقاً)(١). جاء في المبسوط (دية اليهـــودي و النصراني و المجوسي مثل دية الحر المسلم و على من قتله من المسلمين القـــود (٢) .

أدلة المالكيـــــة :

استدل المالكية على قتل المسلم بالكافر . إذا قتله قتل غيلة بالسنة (٣) والآثار الآتية :

أولاً : السنة وهو ما رواه البيهقي عن ابن البيلماني أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قتل يوم خيبر مسلماً بمعاهد و قال أنا أكرم من وفى بذمته(٤) .

وجه الدلالة في هذا الحديث جواز قتل المسلم بالذمي في قتل الغيلة .

وناقش الشوكاني الحديث بأنه مرسل و لاتقوم بمثله حجة و ابن البيلماني ضعيف إذا وصل الحديث فكيف إذا أرسله كما قال الدارقطني ، وقال أبو عبيد القاسم بن سلام هذا حديث ليس بمسند و لا يجعل مثله إماماً تسفك به دماء المسلمين (٥) .

ثانياً: استدلوا بالآثار او لا ـماروي عن عمر رضي الله عنه أنه كتب في مسلم قتل نصرانياً (إن كان القاتل قتالاً فأقتلوه و إن كان غير قتال فذروه و لا تقتلوه)(٦) .

---

(١) الهداية شرح بداية المبتدئ ، لبرهان الدين أبي الحسن على بن أبي بكر بن عبدالجليل المرغاني (ت ٥٩٣) ط البابي الحلبي ١٣٤/٣ ــ ١٦٠

(٢) المبسوط ١٣٢/٢٦ و الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن الشيباني (ت ١٨٩ هـ) ٤٤٣/٤ .

(٣) بداية المجتهد و نهاية المقتصد ٣٩٩/٢ / و مواهب الجليل ٢٣٣/٦ .

(٤) سنن البيهقي ص ١٠٨ / و شرح معاني الآثار ٣/ ١٩٥ /نيل الأوطار ١٣/٧.

(٥) نيل الأوطار ١٣/٧ /المحلى ١٠/ ١٥ .

(٦) مصنف عبدالرزاق ١٠/ ٩٣ / و كنز العمال ٢٩٨/٧ / البيهقي ٣٣/٨ /المحلى ٢٠/١٠

وجه الدلالة : أن الأثر يدل دلالة و اضحة على قتل المسلم إن كان قتالاً أو لصاً وناقش الشوكاني الأثر بأنه .

أولاً : قول صحابي لاحجة فيه و الروايات جاءت مختلفة السياق . وقال الشافعي : القصص المروية عن عمر لا يعمل بحرف منها لأن جميعها منقطعة أو ضعاف أوتجمع بين القطع والضعف (١) .

ثانياً : بأنه لا دلالة فيه على محل النزاع لأنه رتب على أن القاتل لصاً عادياً، و يمكن أن يرد عليه :

(أ) بأنه قول صحابي حجة سيما أن عمر بن الخطاب ثاني الخلفاء الراشدين

(ب) الحديث في محل النزاع لأننا نقول بقتل المسلم في حالة قتله قتل غيلة (٢)

ثالثاً: إستدلوا بما روى عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أن رجلاً من المسلمين عدا على دهقان و قتله على ماله فأمر بقتله به (٣) .

وجه الدلالة أن عثمان رضي الله عنه أمر بقتل المسلم عندما قتل الكافر قتل غيلة .

رابعاً : إستدل المالكية أيضاً بما روى إبن شيبة بسند صحيح أن رجلاً من النبط عدا على رجل من أهل المدينة فقتله قتل غيلة فأتى به أبان بن عثمان و هو إذ ذاك على المدينة فأمر بالمسلم الذي قتل الذمي أن يقتل و أبان معدود من فقهاء المدينة (٤) . قال عمرو بن شعيب ما رأيت أحداً أعلم بحديث و لا فقه منه .

---

(١) نيل الأوطار ١٤/٧

(٢) المحلى ٣٤٩/١٠ و الجوهر النقي ٣/٨

(٣) المحلى ٣٤٩/١٠ و نيل الأوطار ١٤/٧

(٤) المحلى ٣٤٩/١٠ / نيل الأوطار ١٤/٧

وجه الدلالة واضح في جواز قتل المسلم بالذمي (١) إذا قتله قتل غيله .

و نوقش بأن ما جاء عن أبان بن عثمان ونحوه فكان ذلك من رواية عبدالملك بن حبيب الأندلسي و في بعضها إبن أبي الزناد و هو ضعيف وبعضها مرسل و لا يصح منه شئ (٢) .

خامساً : إجماع المدينة لذا قال مالك الأمر عندنا أي عند أهل المدينة . أن لا يقتل مسلم بكافر إلا أن يقتله مسلم قتل غيلة فيقتل به (٣) .

أدلة القائلين بعدم قتل المسلم بالذمي

استدل القائلون بعدم قتل المسلم بالذمي سواء كان القتل غيلة أو لم يكن بالكتاب و السنة و المعقول .

أولاً : بالكتاب :

(أ) إستدلوا بقوله تعالى (و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا)(٤). ووجه الدلالة أن الله سبحانه و تعالى منع من أن يجعل للكفرين على المؤمنين سبيلاً فيجب بهذا المنع أن لايكون لهم عليهم سبيل فئ شئ اصلاً فلو كان للكافر قصاص على المسلم لكان فيه أعظم سبيل و هذا ممنوع بنص الآية (٥)

و يمكن أن يناقش هذا بأن الآية في غير محل النزاع لأن الآية واردة في تولي الكافر أمر المسلم و ليست واردة في منع حق الكافر إذا قتل بدليل أن الكافر لو له حق مالي على المسلم أو إعتداء بضربه أخذه منه لا يقال بهذا أن الآية تمنع ، فكما أن من حق المسلم أن لا يتولى أمره كافر فكذلك من حق ورثة المقتول غيلة أخذ حقه بالقصاص و لا يتعارض حق مع حق ،وبقوله تعالى :(أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستوون)(٦) و قال تعالى(أفنجعل المسلمين كالمجرمين مالكم كيف تحكمون)(٧) .

---

(١) المحلى لإبن حزم ٣٤٩/١٠ (٢) المحلى ٣٤٩/١٠

(٣) المدونة ٢٣٠/١٦

(٤) الآية ١٤١ من سورة النساء .

(٥) المحلى ٣٥٢/١٠

(٦) الآية ١٨ من سورة السجدة

(٧) الآية ٣٥ ـ٣٦ من سورة القلم

فهذه الآيات تدل على عدم قتل المسلم بالكافر و لأن من شروط القصاص المساواة بين الجاني و المجنى عليه و لا مساواة بين المسلم و الكافر فلا قصاص .

و نوقشت هذه الآيات بأن نفي المساواة و نفى السبيل إنما يكون في أحكام الآخرة يؤيد ذلك ما روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، أنه جاء رجل فقال كيف نقرأ هذه الآية (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا)(٢) وهم يقتلون المسلم قال: فالله يحكم بينكم يوم القيامة و كذلك يقال في الآيات الأخرى فالمراد بها في أحكام الآخـــــرة.(١)

ثانياً : إستدلوا بالسنـــــة :

أولا: عن أبي جحيفة قال : قلت لعلي : هل عندكم شئ مما ليس في القرآن و في رواية (ما ليس عند الناس)فقال: و الذي فلق الحبة و برأ النسمة ما عندنا إلا مافي القرآن إلا فهما يعطى رجل في كتابه و ما في الصحيفة قلت : وما في الصحيفة قال: العقل و فكاك الأسير و ألا يقتل مسلم بكافر (٣) .

وجه الدلالة واضح في منع قـــتل المسلم بالكافر و الكافـــر يشمل الذمي و المستأمن (٤) و النكرة في سياق النفي تعم جميع الكفار .

و يمكن أن يناقش الحديث بأنه عام مخصوص خص منه قتل المسلم بالذمي قتل غيلة و المخصوص له فعل عمر و عثمان(٥) رضـــي اللـه عنهما و إن كان الحديثان موقوفين إلا أنهما في حكم المرفوع إذ ليس هذا من قبيل الرأي والاجتهاد بل هي دماء يحتاط لها .(١)

---

(٢) الآية ١٤١ من سورة النساء

(٣) نيل الأوطار ١٤/٧ و المحلى ١٠ /٩٥

(٤) البخاري ٣٣/٢ و مسلم ٤٢/١٢

(٥) نيل الأوطار ١٣/٧

(١) الإسلام العقيدة والشريعة لجريمة القتل ص ٩٠

ثانياً: إستدلوا بقول الرسول صلى الله عليه و سلم (المؤمنون تتكافأ دماؤهم و هم يدعلى من سواهم و يسعى بذمتهم أدناهم ، ألا يقتل مؤمن بكافر و لا ذو عهد في عهده)(١) .

وجه الدلالة في الحديث أن دماء المسلمين متساوية ولايساويها دم الكافر بحال لذا لايقتل المسلم بالكافر . فكل شخصين تكافأت دماؤهما و تساوت حرمتهما جرى القصاص بينهما و إلا فلا قصاص بينهما .

و نوقش **أولاً** : بأنه لا يدل على عدم مساواة دماء أهل الذمة لدماء المسلمين لأن تخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفي ماعداه فلا يكون هذا بيان أن دماء غير المسلمين لا تكافئ دماء المسلمين (٢) .

ثانياً : بأن حديث(لا يقتل مسلم بكافر) لا يثبت ماذهبوا اليه لان المراد من الكافر في الحديث هو الحربي بدليل قوله عليه الصلاة و السلام في سياق الحديث (و لا ذو عهد في عهده) وهذا معطوف على (مسلم) و تقديره ذو عهد بكافر ومما لا خلاف فيه أن ذا العهد وهو الذمي إنما لايقتل بالحربي دون الذمي فإن جريان القصاص بين الذميين مجمع عليه (٣) والحديث لم يكن مفرداً و لوكان مفرداً لاحتمل ما قالوا و لكن موصولاً بغيره و هو قوله(ولاذوعهد في عهده) وذو العهد معطوف على (المسلم) لأن المعطوف يقتضي المغايرة و نظير ذلك في القرآن (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر و اللائي لم يحضن)(٤) .

---

(١) أخرجه الحاكم و صححه مسند أحمد ١٣/١٦ و أبن ماجة ٨٨٨/٢ و سنن أبوداود ١٨٠/٤ .

(٢) المبسوط ١٣٤/٢٦ أحكام القرآن للجصاص ١٧٧/١

(٣) شرح معاني الآثار ١٩٤/٣ العناية ٢١٨/١٠ تكملة فتح القدير ٢١٩/١٠

(٤) الآية ٤ من سورة الطلاق.

فإن تقديره و اللائي يئسن من المحيض و اللائي لم يحضن و قوله تعالى:(آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه و المؤمنون)(١) و بهذا نرى أنه لا دلالة في الحديث على عدم قتل المسلم بالذمي و لوكانت هناك دلالة لكان وجه الكلام أن يقول ولاذي عهد في عهده و إلا لكان لحناً و النبي صلى الله عليه وسلم لا يلحن فلما لم يكن كذلك علمنا أن ذا العهد هو المعني بالقصاص فصار التقدير لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد بكافر(٢) و رد هذا الكاساني قائلاً: إن المراد بالكافر في الحديث المستأمن فكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر و لا ذوعهد به وقال: نحن نقول به أو نحمله على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها من التناقض (٣)

ورد الجمهور من الشافعية و الحنابلة بأن الحديث الصحيح هو ما اختصر على الجملةالأولى فقط و هو قوله صلى الله عليه و سلم (لايقتل مسلم بكافر) فهو عام فلا تخصيص للكافر بالحربي دون دليل و لو سلمت الزيادة لكان قوله صلى الله عليه وسلم و لا ذو عهد في عهده كلاماً تاماً فلا يحتاج إضماراً لأن الإضمار خلاف الأصل و لا يصار إليه إلا للضرورة و لاضرورة هنا . قال الشافعي لو كان ثابتاً فكان يشبه أن يكون أعلمهم لا قود بينهم و بين الكافر و أن دماء أهل العهد محرمة عليهم فقال لا يقتل مؤمن بكافر غير حربي و لا يقتل ذوعهد في عهده (٤) .

فقوله و لا ذو عهد في عهده كلام مستقل كما قلنا و لو سلم أنه للعطف فالمشاركة في أصل النفي لا من كل وجه وهو هنا لنهي عن القتل مطلقاً من غير نظر إلى كونه قصاصاً أو غيره فلا يستلزم كون إحدى الجملتين في القصاص وهي الجملة الأولى خاصة بالمؤمنين.

---

(١) الآية ٢٨٥ من سورة البقرة

(٢) فتح الباري ٢٨٦/١٥ شرح معاني الآثار ٢٩٢/٣

(٣) بدائع الصنائع ٤٦٢٦/١٠ الكافئ شرح الوافي ١٣٣/٤

(٤) مختصر المزني ٥٦٥ فتح الباري ٢٨٦/١٥ .

لأن الله تعالى يخاطبهم بابتداء الآية و قوله تعالى :(فمن عفي له من أخيه شئ) (١) لأنه جعل الأخوة بين المؤمنين فقال تعالى:(إنما المؤمنون إخوة)(٢) وقطع ذلك بين الكافرين إذ لا أخوة بين المؤمنين و الكافرين ، وقد دلت السنة على مثل ظاهر الآيات .(٣)

و يجيب بأن الآية نصت على إيجاب القصاص على المؤمنين إذا قتلوا لمن قتلوا من سائر المقتولين لعموم لفظ القتلى ، و الخصوص إنما هو في القاتلين ، لأنه لا يكون القصاص مكتوباً عليهم إلا وهم قاتلون سواء كان المقتول مسلماً أو ذمياً و ليس توجيه الخطاب للمؤمنين و إيجاب القصاص عليهم من القتلى بموجب أن يكون القتلى مؤمنين لأن علينا إتباع عموم اللفظ ما لم تقم دلالة الخصوص . و ليس في الآية ما يوجب خصوص الحكم من بعض القتلى دون بعض و أما قوله تعالى :(فمن عفي له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف) فلا يوجب تخصيص عموم اللفظ في (القتلى) نحو قوله تعالى:(و المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء)(٤) و هو عام في المطلقة ثلاثة و ما دونها ثم عطف عليه قوله تعالى:(فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف)(٥) و قوله تعالى :(و بعولتهن أحق بردهن في ذلك)(٦) و هذا الحكم خاص في المطلقة لما دون الثلاث و لم يوجب ذلك تخصيص عموم اللفظ في إيجاب ثلاثة قروء في العدة علىجميعهن . ووجه آخر أن المقصود من الأخوة في الآية إنما هو الأخوة من طريق النسب لا من جهة الدين)(٧) و إيراده بعنوان الأخوة الثانية بينهن بحكم كونها من بني آدم عليه السلام ـ لتحريك سلسلة الرحمة و العطف عليه (٨) .

---

(١) الآية ١٧٨ من سورة البقرة

(٢) الآية ١٠ من سورة الحجرات .

(٣) أحكام القرآن للشافعي ٢٧٣/١ ، الأم ٣٧/٦ المحلى ٣٥٣/١
تفسير البيضاوي ٩٩/١ /الجلالين ٩٩/١

(٤) الآية ٢٢٨ من سورة البقرة

(٥) اللآية ٢ من سورة الطلاق

(٦) الآية ٢٢٨ من سورة البقرة

(٧) أحكام الجصاص ١٦٤/١ ــ١٦٥

(٨) تفسير بن السعود ٣٠٩/١

و يمكن أن يثبت ذلك تقدير المدعي إذ يكون معنى الحديث لا يقتل مؤمن بكافر قصاصاً ولامن له عهد مادام عهده باقياً (١) و يؤيد ذلك أن السبب في خطبته صلى الله عليه وسلم يوم الفتح ما ذكره الشافعي أنها كانت بسبب القتيل الذي قتلته خزاعة و كان له عهد فخطب النبي صلى الله عليه وسلم فقال:(لو قتلت مسلماً بكافر لقتلته به) و قال الحديث السابق و أشار بقوله لا يقتل مسلم بكافر إلى تركه القصاص في الخزاعي بالمعاهد الذي قتله بقوله ولا(ذو عهد) إلى النهي عن الإقدام على مافعله القاتل المذكور (٢) .

رابعاً : و إستدلوا بالمعقول :

قالوا إن كفر الذمي يحط من قدره و يقلل قيمته فلا يقتل به المسلم كالمستأمن(٣) .

أدلة أصحاب المذهب الثالث
القائلين بقتل المسلم بالذمي

إستدلوا بالقرآن و السنة و الآثار و الإجماع :

أولاً : بالقرآن الكريم بعموم آيات القصاص منها :

(أ) : قوله تعالى: (يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى)(٤) .

وجه الدلالة في هذه الآية أن الله سبحانه و تعالى أوجب القصاص على المؤمنين إذا قتلوا لمن قتلوا دون تفريق بين قتيلٍ و قتيل سواء كان مسلماً أو ذمياً (٥)

---

(١) فتح الباري ٢٨٦/١٥ سبل السلام ٢٣٥/٣ نيل الآوطار ١٢/٧ عون المعبود ٣٠٤/٤ ، ٣٠٤/٤ المجموع ١٩٨/١٧ .

(٢) نيل الأوطار ١٢/٧

(٣) المغني ٦٥٣/٩

(٤) الآية ١٧٨ من سورة البقرة

(٥) بدائع الصنائع ٤٦٥٥/١٠

ناقش الجمهور هذه الآية بأنها على فرض إنها عامة فإن عمومها قد خص بحديث (لايقتل مسلم بكافر) (١) .

(ب) و استدلوا كذلك بقوله تعالى:(ولكم في القصاص حياة)(٢) .

ووجه الدلالة تحقيق معنى الحياة في قتل المسلم بالذمي أبلغ منه في قتل المسلم بالمسلم لآن العداوة الدينية تحمل على الإنتقام خصوصاً عند الغضب . فكانت الحاجة إلى الزاجر أمس فكان في شرع القصاص في تحقيق معنى الحياة أبلغ (٣) .

(ج) وقوله تعالى:(ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل إنه كان منصورا)(٤) .

ووجه الدلالة في هذه الآية تشمل جميع المقتولين ظلماً ، و الله تعالى أوجب لأوليائهم القود لأن السلطان المذكور في الآية هو القود ، و لا فرق بين مظلوم و مظلوم و قتيل و قتيل وعليه يثبت القصاص على المسلم بقتل الذمي ، وإن كان كافراً فإنه إن قتل بغير حق فهو مظلوم بلا شك .[١٥١]

(د) وقال تعالى:(وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس)(٥)(من قتل نفساً بغير نفسٍ أو فسادٍ في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا)(٦) وقال : (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به)(٧) فهذه الآيات تقتضي وجوب القصاص على القاتل سواء كان مسلماً أو ذمياً وقال تعالى:(فمن إعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما أعتدى عليكم) (٨) ومن قتل وليه معتدى عليه وهذا عام في سائر المقتولين (٩).

ناقش الجمهور بأن: (أن النفس بالنفس) خاص بأهل التوراة و تلزمنا شرائع من قبلنا ، ثم لو صح أننا ملزمون بذلك لكانت الآية أيضاً خاصة بالمؤمنين ، لأن الله تعالى قال في آخرها(فمن تصدق به فهو كفارة له)(١٠) ولاخلاف أن صدقة الكافر على ولي الكافر الذمي المقتول عمداً لا تكون كفارة له فبطل تعلقهم بهذه الآية (١١) .

---

(١) نيل الأوطار ١٣/٧ (٢) الآية ١٧٩ من سورة البقرة

(٣) البدائع ٤٦٢٥/١٠ (٤) الآية ٣٣ من سورة الإسراء

(٥) الآية ٤٥ من سورة المائدة الجصاص ١٦٤/١ (٦) الآية ٣٢ من سورة المائدة

(٧) الآية ١٢٦ من سورة النحل (٨) الآية ١٩٤ من سورة البقرة

(٩) أحكام الجصاص ١٦٤/١ (١٠) الآية ٤٥ من سورة المائدة

(١١) المحلى ٣٥١/١٠

و أجيب على هذا بأن شريعة من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ من كتاب أو سنة ولم نجد ناسخاً فوجب أن يكون الحكم ثابتاً علينا على حسب ما اقتضاه ظاهر لفظه من إيجاب القصاص في سائر الأنفس (١) أما تعليق آخر الآية بأولها فيجاب عنه كما أجيب في الآية الأولى بأن المقصود بالآية القاتلون و ليس المقتولين واعترض الجمهور أيضاً على هذه الآية و غيرها من آيات العموم بأنها مخصصة بالأحاديث الدالة على عدم قتل المسلم بالذمي (٢) .

ثانياً: السنـــة :

(أ) إستدلوا بعموم أحاديث القصاص منها مارواه عبدالله بن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:(لا يحل دم إمرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله و أني رسول الله إلا بإحدى ثلاث : النفس بالنفس و الثيب الزاني ـ و المارق من الدين التارك للجماعة (٣) فقوله عليه الصلاة و السلام (النفس بالنفس) عام في جميع النفوس فتقتل النفس التي قتلت بغير حق بمقابلة النفس المقتولة (٤)

و يمكن أن يقال بالنسبة لأحاديث العموم فإنها مخصصة أيضاً بقوله صلى الله عليه وسلم :(لا يقتل مسلم بكافر(٥) .

---

(١) الجصاص ١٦٦/١ ، روح المعاني للآلوســـي ٣٦٣/١

(٢) نيل الأوطار ١٣/٧

(٣) متفق عليه البخاري ١٠١٦/٢ و مسلم ٥٩/٢ و الترمذي ١٨٠/١ أبو داود ٢٤٢/٢ النسائي ٢٣/٢ و إبن ماجـة ص ١٨٥ .

(٤) عمدة القارئ ٤١/٢٤ ، جامع العلوم و الحكم ١٠٧ ، اللؤلؤ و المرجان ٢/ ١٨١

(٥) سبق تخريجه البخاري ٢١/١ ، أبوداود ٢٦٧/٢٥ ، النسائي ٢٤٠/٢ ، إبن ماجة ص ١٩٥

(ب) و استدلوا كذلك بحديث إبن البيلماني الذي أستدل به المالكية عند قتل رجل من المسلمين معاهداً فأخذ به فضرب عنقه قال: (أنا أولى من وفى بذمته)(١) وهذا دليل على وجوب القود على المسلم بقتل الذمي و إستيفاء القود منه (٢) و في دلالته على المطلوب جلاء لا يماري (٣) فيه أحد ، ثم أمر به فقتل (٤) .

ثالثاً : بالآثار : واستدلوا كذلك بالآثار : ـ

أولاً: الآثار الواردة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه :

روى الطحاوي عن عبدالملك بن ميسرة عن النزال بن سيرة قال: قتل رجل من المسلمين رجلاً من العباد فذهب أخوه إلى عمر . فكتب عمر أن يقتل فجعلوا يقولون (أقتل جبير فيقول حتى يحي الغيظ) قال: فكتب عمر كتاباً آخر أن يؤدى و لا يقتل قال الطحاوي ، فهذا عمر رضي الله عنه . قد رأى أيضاً أن يقتل المسلم بالكافر و كتب به إلى عامله بحضره أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكره عليه منهم منكر(٥) ورجع عمر كما سبق من القول بقتله إلى لقول بعقله و قد صححه إبن حزم (٦) و دفع الرجل إلى ولي المقتول رجل يقال له حنين من أهل الحيرة فقتله . فكتب عمر بعد ذلك : إن كان الرجل لم يقتل فلا تقتلوه ، فرأوا أن عمر رضي الله عنه أراد أن يرضيهم من الدية (٧) قال الشافعي الذي رجع اليه أولى به ، و لعله أراد أن يخيفه بالقتل و لايقتله .

---

(١) شرح معاني الآثار ١٩٥/٣٠ الدارقطني ٣٤٥ و قال لم يسنده غير ابراهيم بن يحي و هو متروك .

(٢) المبسوط ١٣٢/٢٦

(٣) العناية ٢١٧/١٠

(٤) السنن الكبرى ٣٠/٨ ـ ٣١

(٥) شرح معاني الآثار ١٩٦/٣ و مصنف عبدالرزاق ١٠٢/١٠

(٦) المحلى ٣٤٨/١٠

(٧) سنن البيهقي ٣٣/٨ ـ المحلى ٧/١٢

وقال صاحب المبسوط أن عمر أمر بقتل رجل مسلم برجل من أهل الحيرة ذمي ثم بلغه أنه فارس من فرسان العرب فكتب فيه أن لا يقتل يعني أن يسترضي الأولياء فيصالحوا على الدية و قال الطحاوي : (لايقتل) فيحتمل أن يكون ذلك كان منه على أنه كره أن يبيحه دمه لما كان من وقوفه عن قتله وجعل ذلك شبهة منعه بها في القتل و جعل له ما يجعل في القتل العمد الذي تدخله شبهة و هو الدية (١)

ثانياً : استدلوا بما روى أن رجلاً مسلماً قتل رجلاً من أهل الذمة بالشام فرفع إلى أبي عبيدة بن الجراح فكتب فيه إلى عمررضي الله عنه فكتب عمر : إن كان ذاك منه خلقاً فقدمه وأضرب عنقه ،و إن كان طيرة طارها فأغرمه أربعة ألاف (٢)

وجه الدلالة : عدم قتله إن لم يكن عادته القتل .

و نوقش بأنه ضعيف مرسل كما قال ابن حزم (٣) و [illegible] بحديث من آثار ضعيفة (٤) .

ثانياً : ما أثر عن عثمان رضي الله عنه :

(أ) ما فعله عبيدالله بن عمر عند مقتل أبيه : وهو أن عبيدالله بن عمر ابن الخطاب لما قتل أبوه رضي الله عنه قتل الهرمزان و عندما علاه بالسيف وجد الهرمزان مس السيف فقال: (لا إله إلا الله) ثم قتل جفيفة وكان نصرانياً من نصارى الحيرة و إنطلق و قتل ابنة أبي لؤلؤة صغيرة تدعي الإسلام ، فلما استخلف عثمان دعا المهاجرين و الأنصار فقال : اشيروا على في قتل هذا الرجل الذي فتق في الدين ما فتق فاجتمع المهاجرون على كلمة واحدة يأمرونه بالتشدد عليه ، و يحثون عثمان على قتله و كان فوج الناس الأعظم مع عبيد الله يقولون الجفيفة و الهرمزان .(أبعدهما الله) فكان في ذلك الإختلاف ثم قال عمرو ابن العاص : يا أمير المؤمنين إن هذا الأمر قد آعفاك الله من أن يكون

---

(١) شرح معاني الآثار ١٩٦/٣ ــ١١١/٢ المبسوط ١٣٢/٢٦ .

(٢) المحلى ٣٤٨/١٠ . الجوهر النقي ٣٢/٨

(٣) نيل الأوطار ٢٨/٧ ، المحلى ٣٤٨/١٠

(٤) [illegible]

بعدما قد بويعت و إنما كان ذلك قبل أن يكون لك على الناس سلطان ، فأعرض عن عبيدالله وتفرق الناس عن خطبة عمرو بن العاص وودى الرجلين و الجارية (١) .

ففي هذا الأثر أن عبيدالله قتل جفيفة و هو مشرك و الهرمزان و هو كافر ثم كان إسلامه بعد ذلك فأشار المهاجرون رضوان الله عليهم بقتل عبيدالله و على فيهم وهذا إتفاق منهما على وجوب القصاص (٢) .

و نوقش هذا الأثر بأن ليس فيه نص و لا دليل على أن أحداً قال بقتل جفيفة و إنما طولب بدم الهرمزان فقط و كان مسلماً و لا خلاف في القود للمسلم من المسلم فلا يجوز أن يقحم في الخبر ماليس فيه بغير نص و لا اجماع (٣)

---

(١) شرح معاني الآثار ١١١/٢ و المبسوط ١٣٣/٢٦ نصب الراية ٣٣٨/٤
نيل الأوطار ١٣/٧ .

(٢) المحلى ٣٥٦/١٠

(٣) شرح معاني الآثار ١٩٤/٣ المبسوط ١٣٣/٢٦

(ب) روى البيهقي عن يزيد عن الزهـري :(أن شـاس الجذافـي قتـل رجـلاً مـن أنباط الشام فرفع إلى عثمان رضي الله عنه فأمر بقتلـه فكلمـه الزبـير رضـي اللـه عنه و ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فنبهوه عن قتله ، قـال : نجعل ديته ألف دينار (١) وفي هذا الآثر قال الشافعي رحمه الله هذا من حديث مـن يجهل فإن كان غير ثابت فدع الإحتجاج به فإن كان ثابتاً فقد زعمت أنـه أراد قتلـه فمنعه أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، فرجع لهم فهـذا عثمـان رضي الله عنه و أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مجمعون أن لا يقتل مسلم بكافر فكيف أخالفهم (٢) .

ويجاب علىالشافعي في قوله هذا حديث من يجهل ، قال في الجوهـر ،ابـن يزيد هو الكلاعي الواسطي وثقه إبن معين و أبوداود ، وقال إبن حنبل : كـان ثبتـاً في الحديث فلا أدري من الذي يجهل في هؤلاء و كـان الوجـه أن يـرده الشـافعي بالإنقطاع بين الزهري و عثمان و ما جاء عن عثمان في هذا الأثر يدل علـى قتـل المسلم بالكافر (٣) قلت وما رجع إليه عثمـان بنـاء علـى مـا قالـه بعـض أصحـاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لعله كان للسعي بين القاتل وأولياء الـدم كمـا مـر فيما أثر عن عمر رضي الله عنه .

ثالثاً :(أ) استدلوا بما أثر عـن على رضي الله عنـه أنه قتـل مسلماً بذمـي و قال :(أنا أحق من وفى بذمة محمد صلى الله عليه وسلم) (٤) .

و نوقش هذا الأثر بأنه قـد يكون المسلم قتل الذمي على وجـه المحـاربة و الفساد في الأرض فوقع القتل حداً و لم يقع قصاصاً(٥) .

---

(١) سنن البيهقي ٣٣/٨

(٢) سنن البيهقي ٣٣/٨

(٣) الجوهر النقي ٣٣/٨

(٤) مسند الإمام زيد ص ٣٤٦

(٥) المحلـى ٣٣٤/١٠

(ب) و بما أخرجه البيهقي عن طريق الشافعي :(أتى علي بن أبي طالب برجل من المسلمين قتل رجلاً من أهل الذمة قال: فقامت عليه البينة ، فأمر بقتله فجاء أخوه فقال : إني عفوت قال فلعلهم هددوك و فرقوك و فزعوك قال: لا ولكن قتله لايرد علي أخي و عوضوني فرضيت ، قال: أنت أعلم من كان له ذمتنا فدمه كدمنا و ديته كديتنا) و قال البيهقي حسن (١) فيدل على أن دم الذمي مضمون بالقصاص (٢).

و نوقش هذا الأثر بأن في إسناده أبا الجندي الأسدي وهو ضعيف كما قال الدارقطني (٣) وقال الشافعي في القديم و في حديث أبو جحيفة عن علي رضي الله عنه ـ مادلكم أن علياً لا يروي عن النبي صلى الله عليه وسلم شيئاً و يقول بخلافه (٤) و يجاب عليه : أن ما قاله رضي الله عنه لا يخالف ما رواه عن النبي صلى الله عليه و سلم و ما قاله يدل على قتل المسلم قصاصا لا حداً .

أما حديث الأصل ، وهو ماقاله على رضي الله عنه مع شواهد، فالظاهر ثبوته عن علي و لا ينافي مافي الصحيفة لإمكان الجمع بأن المراد فيها بالكافر الحربي ، و بما في الأصل هو الذمي ، ولذا لم يرد إلا مقيداً بلفظ الذمي أواليهودي أو النصراني و هذا مذهب علي عليه السلام و قد جنح إليه المحقق الجلال : ثم قال : و لكنه لا يلزم المجتهد إلا إتباع ما قوي في نظره من الأدلة (٥) و روى عن علي بن أبي طالب أيضاً و إبن مسعود رضي الله عنهما قالا: من قتل يهودياً أو نصرانياً قتل به (٦) و نوقش هذا الأثر بأنه مرسل (٧) .

---

(١) سنن البيهقي ٣٢/٨ ـ نصب الراية ٤/ ٣٣٧ / و الرد في التعبير ٢٧٤/٤ / نيل الأوطار ١٣/٧

(٢) المبسوط ١٣٣/٢٦

(٣) سنن البيهقي ٣٤/٨ نيل الأوطار ١٣/٧

(٤) سنن البيهقي ٣٤/٨

(٥) الروض النضير ٢٧٦/٤

(٦) أحكام الجصاص ١٧٥/١

(٧) المحلى ٣٤٨/١٠

رابعاً : و صح عن عمر بن عبدالعزيز من طريق عبدالرزاق عن معمر عن عمرو بن ميمون قال شهدت كتاب عمر بن عبدالعزيز إلى بعض أمرائه في مسلم قتل ذمياً فأمره أن يدفعه إلى وليه ، فإن شاء قتله و إن شاء عفا عنه ، قال : عمرو: فدفع إليه فضرب عنقه و أنا أنظر (١) فدل هذا الأثر دلالة و اضحة على قتل عمر بن عبدالعزيز المسلم بالذمـــي .

خامساً : استدلوا بالقياس على أن المسلم يقطع بسرقة مال ذمي فوجب أن يقتص منه لأن حرمة دمه أعظم من حرمة ماله (٢) .

و أعترض على هذا بالآتـــــي :

(١) قال بن بطال : إنه قياس حسن لولا النص .

(٢) وقال غيره : إن القطع حق لله تعالى بخلاف القصاص فإنه حق العبد

(٣) لو أعيدت السرقة بعينها لم يسقط الحد و لوعفا ، و القصاص بخلافه .

(٤) القصاص يشعر بالمساواة ، و لا مساواة بين المسلم و الكافر و القطع لا يشترط فيه مساواة فاختلفا .

و استدلوا بالمعقول فقالوا(٣) إن القصاص مبني على المساواة في العصمة . و العصمة موجودة في الذمي نظراً إلى الدار والتكليف بالتزام الأحكام فهو لا يتمكن من إقامة ما كلفه به إلابدفع أسباب الهلاك عنه لذا ثبتت له حرمة الدم (٤) لان تحقيق معنى الحياة في قتل المسلم بالذمي أبلغ منه في قتل المسلم فكانت الحاجة إلى الزجر أمس (٥) .

---

(١) الجوهر النقي ٣٤/٨ مصنف بن أبي شيبة ١٠١/١٠

(٢) أحكام الجصاص ١٧٨/١ المحلى ٣٥٦/١٠

(٣) تبيين الحقائق ١٤/٦

(٤) بدائع الصنائع ٤٦٢٥/١٠

(٥) فتح الباري ٢٨٧/١٥

الترجيـــــح :

من خلال الأدلة السابقة يترجح لنا صحة قول الحنفية في قتل المسلم بالذمي للآتـــي:

(١) صحة و قوة الأدلة التي احتجوا بها .

(٢) إن قتل المسلم بالذمي يحقق الحكمة التي من أجلها شرع القصاص كما قال تعالى(ولكم في القصاص حياة)(١) ففي القصاص حياة المسلم و الذمي على حد سواء .

(٣) لو لم يقتل المسلم بالذمي لأدى ذلك إلى مخالفة القاعدة المقررة (لهم مالنا و عليهم ما علينا) .

(٤) و لقالوا الإسلام لا يقتص للذميين من المسلمين و في هـــذا ظلم قال تعالى(وما ربك بظلام للعبيد) (٢) .

(٥) حق الشريعة تسوى بين الناس في الحقوق . وتقرر أنه لا إكراه في الدين بأي شكل من أشكال الإكـــراه .

(٦) و لأن عدالة الإسلام قد تجعلهم يدخلون في الإسلام لسماحته و عدالته التي تقرب للتقوى ، قال تعالى:(و تعاونوا على البر و التقوى)(٣) و دعى للوفاء بالعهد فقال تعالى :(و أوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤلا)(٤) فالوفاء بالعهد لهم مالنا و عليهم ماعلينا .فقتل المسلم بالذمي أولى بالإعتبار و أجدر بالأخذ به نظاماً في الدنيا و تقرباً لله في الآخـــرة (٥) حتى تبرأ ذمة المسلم منهم .

---

(١) الآية ١٧٩ من سورة البقـــرة

(٢) الآية ٤٦ من سورة فصلت .

(٣) الآية ٢ من سورة المـــائدة

(٤) الآية ٣٤ من سورة الإســراء .

(٥) الأركان المادية و الشرعية لجريمة القتل العمد وأجزيتها المقررة القصاص و الديات و العصيان المسلح في الفقه الإسلامي أحمد الحصري ط الأزهر ، في الفقه الإسلامي (يوسف علي محمود حسن) دار الفكر و النشر ص ٢٩٥ و التوزيع عمان ـ الأردن .

المبحـــــث الثامـــن

في القصاص من الآمـر و المأمور إن كان سلطاناً أو سيداً

اختلف الفقهاء في القصاص من الآمر والمأمور إن كان سلطاناً أو سيداً إلى ثلاثـــة مذاهـب :

المذهب الأول : و هو ما انفرد به المالكية (١) و هـو أنـه يقتلان بـه جميعـاً . قال ابن جـزئ (يقتص من الآمر و المأمور) .

المذهب الثاني: للحنفية و الشافعية : يقتل الآمر دون المأمور و يعـاقب المـأمور عقوبـة تعزيريـة (٢) قـال بـن عـابدين مـن الحنفيـة :(لـو قـال افطـع يـده فعليـه القصاص)(٣) ، جاء فـي المجموع : (إن أمر الإمام بقتل رجل بغـير حـق وكـان المأمور لا يعلم أن قتله بغير حـق وجـب ضمـان القتـل مـن الكفـارة و القصـاص والدية على الإمام (٤).

المذهب الثالث : للحنابلة : و هو أن القصاص على الآمر ، قال البهوتـي :(و إن أمر بالقتل مكلفاً يجهل تحريمه أو صغير أو مجنوناً أو أمـر بـه سـلطاناً ظلمـاً مـن جهل ظلمه فيه لزم الآمر و إن علم المكلف تحريمه لزمه و أدب آمره)(٥).

---

(١) الشرح الكبير ٢١٠/٤ ، مواهب الجليل ٢٤٢/٦ ، بداية المجتهد ٣٣٢/٢ ، قوانين الأحكام ٧/١٢

(٢) البحر الرائق ٧٥/٤ ، نهاية المحتاج ٢٢٤/٧ ، المغني ٣٢٥/٥ ، المجموع ٢٣١/١٧

(٣) حاشية بن عابدين ٦ /٥٤٧

(٤) المجموع : ٢٣١/١٧

(٥) شرح منتهى الإرادات ٣٩٨/٢ ، الإنصاف ٤٥٣/٩ .

الأدلـــــــــة

دليل المالكيـــــــة :

استدل المالكية بالسنة و المعقول :

دليل المالكية على أن المأمور عليه القود من السنة لقوله صلى الله عليه وسلم:(لا يحل دم إمرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث .. فذكر أو قتل نفس)(١) أوسائر الأخبار و قال القاضي عبدالوهاب و لأنه قتله ظلماً لإستبقاء نفسه فلم يسقط عنه القود أصله إذا خاف التلف بالجوع فقتله ليأكله و لأنه قتل شخصاً مكافئاً له ظلماً بغير حق فأشبه المبتدئ بالقتل و لأن التلف بضرورة الجوع متحقق وبالإكراه مظنون ثم في أشد الضرورتين يجب القود ففي أضعفهما أولى ودليلنا على أن على الآمر القود انها مباشرة مع سبب ملجئ فوجب أن يتعلق الحكم بالسبب كما لو شهد شاهدان على رجل بالقتل فقتله الحاكم فإن الحكم يتعلق بهما(٢) .

و بالمعقول استدلوا بأن الحاكم الآمر بالقتل و بالرجم و بالحد , يسمى راجماً لغة وهو لم يحضر الرجم و تولى الرجم غيره فإذاً من أمر بالقتل ومن تولى تنفيذ القتل يسمى قاتلاً:(لغةً و شرعاً) فإذا كان ذلك كذلك فعليهما جميعاً القتل ، لأن المأمور لولا الآمر ما فعله (٣) و المأمور غير معذور و لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق . كما قال الرسول صلى الله عليه و سلم (إنما الطاعة في الطاعة فإذا أمر أحدكم بمعصية فلا سمع و لا طاعة)(٤) فإن المأمور لم يعذر بالجهل و بالإكراه و لا الأمر بعدم المباشرة (٥) .

---

(١) الحديث متفق عليه و سبق تخريجه ص

(٢) الإشراف في مسائل الخلاف ١٨٣/٢

(٣) المحلى ٥١١/١٠ ، المغني ٤٧٩/٩

(٤) الحديث رواه الترمذي و قال حسن صحيح .

(٥) بداية المجتهد ٣٣٢/٣

دليل القول الثانـــي:

إستدل من قال : يقتل الآمر وحده بما أثر عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: إذا أمر الرجل عبده أن يقتل رجلاً فقتله فهو كسيفه و سوطه ، أما السيد فيقتل و أما العبد فيستودع في السجن(١) و قال عبدالرزاق عن ابن جريح قال : قلت لعطاء رجل أمر عبده فقتل رجلاً فقال على الامر سمعت أبا هريرة يقول يقتل الحر الآمر و لا يقتل العبد (٢) لأنه مغلوب على أمره لأن المأمور معذور بموجب طاعة الإمام مما ليس بمعصية و الظاهر أنه لا يأمر إلا بالحق .

دليل القول الثالـــث :

و استدل من رأى بقتل المأمور إن علم تحريمه بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق ، و هـــو غير معذور في قتله و لا تأثير للإكراه في إسقاط كثير من الواجبات و لأنه قتل من لايحل له قتله(٣)

و نوقشت هذه الآثار بأنها لا حجة لهم في شئ منها و قال: ابن حزم بل هي أقوال متخـــاذلة فإن المأمـور هـو آلة فقـــط كســوط للآمـــر و عليه طاعته (٤)

الراجـــح مذهـــب المالكية :

القائل بقتلهما معاً لما يلي :

أولاً: إن قتل الآمر و المأمور فيه مصلحة راجحة و هي واجب إعتبارها شرعاً لأنهما إذا قتلا معاً لأدى هذا لمنع القتل أو تقليله ، و لكن لو قلنا إن القتل على الآمر فقط فإن هذا يؤدي إلى كثرته ومبنى الشريعة على حقن الدماء و صيانة الأرواح .

ثانياً: أن الآمر قد يكون عاجزاً و المأمور يكون قادراً على القتل فمن العدالة أن يقتلا معاً حيث اتحدت نيتهما و اتفق هواهما و يؤيد هذا قول عمر لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا(٥) ومن المعلوم لنا أن المتمـالئين لن يتحقق القتل منهم جميعاً و لكن إذا إتحدت النية كان حكمهم في القصاص سواء .

---

(١) المحلى ٥٠٨/١٠ ، و المغني ٤٧٩/٩

(٢) المحلى ٥٠٩/١٠ ، و المغني ٤٧٩٨/٩

(٣) المغني ٤٧٨/٩

(٤) المحلى ٥٠٩/١٠

(٥) الموطأ ٨٧١ فتح الباري ٢٣٧/١٢ ، السنن الكبرى ٤٩/٨ ، مصنف عبدالرزاق ٤٧٥/٩ .

المبحـــث التاســـــع :

من يتولى إستيفاء القصاص

إذا ثبت حكم الحاكم على الجاني بالقصاص فمن يتولى استيفاءه هل ولي الأمر أم ولي الدم ، اختلف الفقهاء على قولين :

القول الأول و هو ما انفرد به المالكيـــة : إلـى أن القصـاص مـن شـؤون الحـاكم يتولاه بنفسه،ومع هذا يجوز له أن يدفع الجاني إلى أولياء الدم لتنفيذ القصاص عليـه بشرط أن ينهاهم عن التمثيل به (١) ونقل عن أشـهب:(أنـه ليس للسلطان ردالقتل للولي)(٢) و لهذا لايجوز للحاكم أن يسلم الجاني إلى أولياء الدم لاستيفاء القصاص منه .

القول الثاني : ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية و الشـافعية و الحنابلـة (٣) إلـى أن الذي يتولى القصاص ولـي المقتول بنفسه بشرط أن يحسنه و أن يستوفيه بآلـة صالحة ، فإذا لم يحسـنه وكل من يحسنه . جاء في بدائع الصنائع :(المستحق للقصاص هو الوارث)(٤) و جاء فـي مغـني المحتاج :(وليتفقوا على مستوفٍ) (٥) و قال صاحب المقنع:(وينظر في الـــولي إن كـان يحسن الإستـيفاء و يقدر عليه أمكنة منه و إلا أمر بالتوكيل)(٦) .

---

(١) الشرح الكبير ٢٣٠/٤ الخرشي ٢٤/٨

(٢) حاشية العدوي بهامش الخرشي ٢٤/٨

(٣) بدائع الصنائع ٢٤٢/٧ ، المهذب ١٨٦/٢ ، المغني ٦٩١/٧

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ٢٤٢

(٥) مغني المحتاج ٤٠/٤

(٦) المقنع في مذهب الإمام أحمد لموفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي ط السلفية ٣٥٧/٣

أدلة أصحـــاب المذهب الأول :

إستدل المالكية بالكتاب و المعقول :

(١) **من الكتاب إستدلوا بقوله** تعالى:(كتـب عليـكم القصـاص في القتلى)(١)

ووجه الإستدلال أن الله سبحانه و تعالى : خاطب المؤمنين بالقصـاص ثم لما كان المؤمنون لم يتهيأوا جميعـاً لأن يجتمعوا علـى القصـاص أقـاموا السلطان مقام أنفسهم في إقامة القصاص كالحدود(٢) .

و نوقش هذا الإستدلال بالآية الكريمة بأنه ضعيف لأن ظاهرها يدل علـى وجوب المماثلـة فـي القصـاص و لا يدل علـى وجـوب قيـام ولـى الأمـر باسـتيفاء القصاص .

(٢) **و استدلوا بالمعقول** : و ذلك بأن تمكين استيفاء القصاص للولي غير ممكن ، و ذلك لمكان العداوة بينه و بين القاتل فيغلب على الظن وقوع الجور منه حين إستيفاء القصـاص(٣) و لأن هذا من المصـالح العامـة (٤) فممثـل الدولـة يحسـن القصاص للخبرة و لضمان حسن إستعمال الآلة .

و نوقش بأنه غير مسلم لأن ذلك أمر موهوم ، و قد زال فيما إذا كان ولـي الدم محسناً في إستيفاء القصاص و كانت آلته صالحة للاستعمال .

و يجاب عن هذه المناقشة بأنه لا شك أن ماعليـه أوليـاء الـدم مـن الغضـب يحملهم على التعدي في إستيفاء القصـاص و لا يمنعهـم مـن ذلـك كونهـم يحسـنون استيفاء القتل.

---

(١) الآية ١٧٨ من سورة البقرة

(٢) أحكام القرآن للقرطبي ٢/٢٤٥

(٣) بداية المجتهد ٢/٤٠٥

(٤) المغني ٩/٣٩٥

أدلة أصحـــاب القول الثـــانـــي

استدل أصحاب القول الثاني بالكتاب و السنة و المعقـول

(١) **من الكتاب إستدلوا بقوله تعالى:**(و من قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سـلطاناً فلا يسرف في القتل إنه كان منصوراً (١) .

وجه الإستدلال : أن الله تعالى جعل لأولياء الدم السـلطان فـــي اســتيفاء القصاص و أمرهم بعدم الإسراف في القتل حين استيفائه و إضافة القتل إليهم دليل على أن ولي الدم هو الذي يتولى القصاص بنفسه (٢)

و يمكـن أن نـنـاقش هـذه الآيـة بأنهـا لا تـدل علـى أن لولـي المقتـول الإستقلال باستيفاء القصاص بنفسه بدون موافقـة و لـي الأمـر أو الحـاكم . و إنمـا تدل على أن لولي الدم سلطاناً على القاتل . و يتحقق له هذا السلطان سواء اقتـص هو بنفسه من القاتل أم تولى الحاكم هذا القصاص . أو من أذن له . و قد قال بـن جرير الطبري هذا الاستدلال بالآية بأن ولي الأمـر هوالـذي يسـتوفي القصـاص بنفسه لأن الخطاب فيها لرسول الله صلى الله عليه و سـلم و الأئـمة من بعده (٣)

---

(١) الآية ٣٣ من سورة الإســـراء

(٢) المغني ٦٩١/٩ ، البدائع ٢٤٢/٧

(٣) جامع البيان في تفسير القرآن للطبري ط الكبرى الأميرية بولاق مصر ط أول ١٣٨٢هـ ٥٩/١٥

(٢) ومن السنـــــة:

استدلوا بما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:(من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يفدي و إما أن يقتل)(١) .

وجه الإستدلال أن الرسول صلى الله عليه و سلم ساوى بين الفداء والقتل كما أنه لا يجوز الفداء إلا من ولي الدم فكذلك لا يجوز استيفاء القصاص من الجاني إلا أن يكون منه فإضافة القتل إلى ولي الدم دليل أيضاً على أنه هو الذي يتولى استيفاء القصاص و ليس الحاكم .

و يمكن مناقشة هذا الحديث بأنه لا يدل على جواز استقلال ولي الدم في إستيفاء القصاص بنفسه و إنما غاية هذا الحديث أنه يدل على أنه مخير بين المطالبة بالدية و المطالبة بالقصاص. و لايلزم من إعطائه حق المطالبة بالقصاص حق إستيفاء القصاص بنفـــسه (٢) .

(٣) **و استدلوا كذلك بالمعقول:** فقالوا بأن القصاص حق متميز لولي المقتول فكان له إستيفاؤه بنفسه إذا أمكنه كسائر الحقوق و لأن القصد من القصاص التشفي و درك الثأر و لايحصل ذلك بفعل ولي الأمر أو الحاكم خاصة إن كان للولي المعرفة بالإستيفاء(٣).

و يمكن أن يناقش القول بأن القصاص شرع للتشفي و لا يحصل ذلك من ولي الأمر أو الحاكم غير مقبول لأن التشفي كما يتحقق بإستيفاء ولي الدم القصاص بنفسه كذلك يتحقق بمباشرة الحاكم لأن النتيجة واحدة وهي إذهاب حياة الجاني جزاء إعتدائه على المجنى عليه فتهدأ بذلك ثائرة أولياء الدم و ترتاح نفوسهم .

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٥٣/٨ ، صحيح البخاري مع فتح الباري ٤٥٣/٨ ، الترمذي ٢٦٤/١ ومسلم ص ١٠٤/ مسند أحمد ٨٨٥/٦

(٢) جناية القتل العمد ٣٠١ لمصرغرم ا

(٣) بدائع الصنائع ٢٤٢/٧ ، المغني ٣٩٤/٩

(٤) تكملة المجموع ٢٩٠/١٧ ، المغني ٣٩٤/٩

الترجـــيـــح

أرجح القول بأن استيفاء القصاص من حق ولي الأمر أو الحاكم للآتـــــي:

أولا : أن أدلة القائلين بقيام ولي الدم بالاستيفاء دون الرجوع للحاكم لم تسلم من المناقشة و قد سبق بيان ردها .

ثانياً : لو ترك الإستيفاء لأولياء الدم لحصل الهرج و الفساد و قد يمثلون بالقاتل مما يؤدي إلى وقوع قتل آخر أو نزاع بين أولياء القاتل و المقتول و هذا فساد (و الله لا يحب الفساد)(١) و مبنى قواعد الشريعة على درء المفاسد و منع الخصومات و سد أبواب الشر .

ثالثاً: إن إستقلال أولياء المقتول بالإستيفاء فيه إهدار لحق الحاكم الذي نصب لإقامة الحق و دفع الظلم لكن لو تنازل الحاكم عن حقه فلم يكن فيه إفتيات عليه و فيه ضمان لعدم المثلى إذ يكون القصاص تحت إشرافه .

رابعاً: قد لا يتورع كثير من أولياء المقتول الذين يتولون القصاص بأنفسهم للفوضى من عدم الإنضباط في قتل الجاني فقد يقتلونه و يتركونه جانباً .

خامساً: قد قل من يحسن استعمال السيف و الوسائل المستعملة اليوم أسرع كما هو ثابت بالتجربة و هي في حيازة الدولة و تدرب لها أيضاً أفراداً لإحسان إستعمالها .

---

(١) الآية ٢٠٥ من سورة البقـــرة .

المبحـــث العاشـــر

إذا كان صاحب القصاص غير أهل للإستيفاء :

اختلف الفقهاء في أستيفاء القصاص فيما إذا كان مستحق القصاص لم تتوفر فيه أهلية إستيفائه و له و لي أو وصي إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: و هو ما إنفرد به المالكية بجواز الإستيفاء لكل عصبة و لكل ولي أو وصي مطلقاً (قال مالك لرجل قتل وله إبـــن صغير و عصبة و القتل خطأ أو عمد إن للعصبة أن يقتلوا إن أحبوا أو يأخذوا الدية و يعفو و لا يجوز لهم أن يعفوا بغير دية (١) .

القول الثاني: وذهب الشافعية و الحنابلة إلى وجوب إنتظار بلوغ الصبي أو إفاقة المجنون سواء أكان له ولي أو وصي أولم يكن له واحد منهما و في ذلك قال الشيرازي: (وإن كان الوارث صغيراً أو مجنوناً لم يستوف له الولي) لأن القصد من القصاص التشفي و درك الغيظ وذلك لا يحصل بإستيفاء الولي و يحبس القاتل إلى أن يبلغ الصغير أو يعقل المجنون (٢) .

وجاء في المغني:(و إن كان بعضهم صغيراً أو مجنوناً فظاهر المذهب أنه ليس لغيرهما الإستيفاء حتى يبلغ الصغير أو يفيق المجنون)(٣) .

القول الثالث: جواز الإستيفاء للصبي أو المجنون إذا كان المتوفي أباً أو جداً فقط ولا يجوز للوصي و الولي و غيرهم قال الزيلعي: (و لوكان الكبير ولياً للصغير ممن له حق التصرف في ماله كالأب أو الجد يستوفيه الكبير قبل أن يبلغ الصغير بإجماع أصحابنا فإن كان الكبير أجنبياً عن الصغير لايملك الكبير الاستيفاء بالإجماع (٤) .

---

(١) الشرح الكبير ٢٢٩/٤ ، المدونة ٤٣٨/٦ ، جواهر الإكليل ٢٥٥/٢

(٢) المهذب ١٨٤/٢ ، الأم ٥٣/٦ ، كشاف القناع ٥٥٣/٥

(٣) المغني ٧٣٩/٩

(٤) الهداية ١/ ٢٢٧ ، تبيين الحقائق ١٠٩/٦

الأدلـــــــــــة

أدلة المذهب الأول و هم المالكيـــــــة:

أولا: إستدلوا بالسنة بحديث : "من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين أن أحبوا قتلوا و إن أحبوا أخذوا الدية (١) .

وجه الدلالة : أن الحديث أثبت أن "أهله" يشمل العصبة و لذا نجد القصاص للولي في قوله ,, أهله ,, حق الإستيفاء أو العفو عن الدية .

و أيضاً أن الحديث أطلق في استيفاء القصاص و لم يقيد بالانتظار و لأن إستيفاء الولي أو الوصي القصاص يحقق المصلحة و إن في عدم إستيفاء القصاص حتى يكبر الصبي أو يفيق المجنون تضييع لحقهما (٢)

و نوقش هذا المذهب على الولي أو الوصي بالنسبة للصغير أو المجنون إذا كان أجنبياً لا تهمه مصلحتهما ، فلا يصدر تصرفه عن كمال النظر أوالمصلحة في حقهما و ذلك الآتـــــي:

١/ لقصور في الشفقة الباعثة عليه ، بخلاف الأب أو الجد ، وأنه لوفور شفقتهما يصدر تصرفه من كمال النظر و المصلحة و لذا يجوز الإستيفاء للأب والجد و لا يجـــوز لغيرهما (٣) و رد المالكية هذا فقالوا : إن الذي يستوفي القصاص العصبة و ذلك لحق الصبي و المجنون . و لكن لما كان فاقد الأهلية إنتقل إلى العصبة لحكمة مشروعية القصاص فلا ينتظر بلوغ الصبي أو إفاقة المجنون و قد لا يفيق ولأن في إفاقة المجنون إضـــاعة القصاص ، أمـــا بالنسبة

---

(١) سبق تخريجه ص ١٢٣

(٢) المدونة ٤٣٨/٦ ، الشرح الكبير ٢٢٩/٤

(٣) بدائع الصنائع ٤١٤/٧ ، المغني ٧٣٩/٩

للصغير فإن إنتظاره حتى يبلغ قد يهرب .الجاني أو يموت فحكمة مشروعية القصاص المبادرة لا التأخير حتى تهدأ النفوس و تذهب الضغائن من القلوب وان الوصي يشترط فيه العدالة وفعله محمول على المصلحة وهو أما القصاص و إما الدية (١) و هذا ما جاء في الحديث (من قتل له قتيل فهو بخيرالنظريـــن) و يصح الإعتراض لو قلنا إن الوصي يعفو مجاناً و قد إنحصر الأمر في القصاص أوالدية فلا يقال : إن فعل الوصي ليس ناشئاً عن المصلحة بل قد يكون العفو على الدية أنفع للصغير أو المجنون إذا كان محتاجاً للمال و لكن المالكية قيدوا هذا دفعاً لما قد يتوهم أو يظن ذلك (٢) .

ورد الشافعية و الحنابلة :

أولا: إن القصد من القود التشفي و الثأرولا يحصل ذلك باستيفاء الولي أوالوصي (٣) .

و نوقش هذا بأن القصد من القصاص التشفي هذه حكمة و ليست علة أما العلة فهي الحياة و إلا لو كانت العلة في القصاص والتشفي لما سقط فمن شأن العلة أن تكون مطردة و المعروف إن الحكم يدور مع العلة وجوداً و عدماً فقولكم العلة التشفي في القصد غير سليمة لأنه كما كان للأب ولاية نظر و مصلحة على ابنه الصغير أو المجنون فكان تصرفه الذي من جملته استيفاء القصاص الواجب لهما يصدر من كمال نظر و مصلحة في حقهما بل ربما كان تأخيرالإستيفاء إلى زمن طويل يؤدي إلى تضييع حمكة مشروعية القصاص وهي الردع و الزجر هذا من ناحية ومن ناحية أخرى أن الصبي أو المجنون ليس كل منهما

---

(١) الشرح الكبير ٢٢٩/٤ و المدونة ٤٣٨/٦

(٢) الإشراف ١٨٤/٢

(٣) المهذب ١٨٤/٢ المغني ٧٣٩/٩

أهلاً للاستيفاء و القود حق واجب لهما بيقين فأخذه واجب على كل حال يأخذه الولي أو الوصي وذلك لأن تأخيرالقصاص ربما دعا إلى تفويت حقهما فيما بعد .

ثانياً: قالوا بأنه لا يجوز للولي أو الوصي إيقاع الطلاق على زوجة الصبي أوالمجنون ، وكذلك لا يجوز استيفاء القصاص عنهما (١) و نوقش هذا بأن قياس الإستيفاء على الطلاق غير مسلم به لأن منع الولي من الطلاق جاء بنص الحديث (ألا إنما يملك الطلاق من يأخذ بالساق)(٢) و كذلك إثبات القصاص للولي جاء به الحديث (و أهله بين خيرتين) و الأب والجد من الأهل .

أدلة الحنفية:

استدل الحنفية القائلون بأن الولاية للأب و الجد فقط :

أولاً: بما روى عن أبي شريح الكعبي رضي الله عنه أنه قال :قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :(فمن قتل بعد مقالتي فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا و إن أحبوا أخذوا الدية (٣) فجعل الخيرة للأهل فلو جعلنا للوصي استيفاء القصاص لفوت على الولي ما خير فيه .(٤)

و نوقش بأن التخصيص على ذكر الولي لإستيفاء القصاص لا ينفي ثبوته للوصي ، كما يقول علماء الأصول ، (إن التخصيص على الحكم لأمر لاينفي الحكم عما عداه (٥) و ليس في الحديث قصر القصاص على الأهل و إنما ذكر الأهل لكونهم الغالب و هو قيد للتوضيح أو لبيان الكثير الغالب لا للتخصيص كما جاء في قوله صلى الله عليه وسلم (لايبيع أحدكم على بيع أخيه)(٦) ونظائر ذلك كثيرة .(٧)

---

(١) المهذب ١٨٤/٢

(٢) الحديث رواه إبن ماجة ٦٧٢/٢ قال في الزوائد في إسناده إبن ربيعة و هو ضعيف .

(٣) سبق تخريجه ص ١٠٣ (٤) البدائع ٤١٤/٧

(٥) نهاية السول ١١٧/٢

(٦) الحديث رواه البخاري ٢٨٩/١ و مسلم ٣/٢

(٧) المهذب ١٨٤/٢

ثانياً: استدلوا بأن ولاية الإستيفاء ولاية نظر و مصلحة ، كولاية النكـاح ، فتثبت لمن كان مختصاً بكامل النظـر و المصلحـة (١) و هـو الأب و الجـد ولأن شـفقتهما على أولادهم كاملة فضررهم عنده كالضرر الواقع على نفسه و ما يحصل له مـن التشفي كالتشفي الحاصل لأولاده .

و نوقش بأن التفريق بين الولي من أب و جد و بين الوصي غير مسلم ،إذ لكـل و احـد منهمـا علـى الصغير أو المجنـون ولايـة نظـر و مصلحـة ، فكيـف يجوز استيفاء القصاص للأب أو الجد و لا يجوز لغيرهما (٢) .

و أجيـب عـن هـذه المناقشـة لـو سـلمنا أن لكـل واحـد منهمـا ولايـة نظـر ومصلحة ، ولكن لما كان الوصي بالنسبة للصغير أو المجنون أجنبياً كانت ولايتـه عليه قاصرة و تصرفه لا يصدر عـن كمـال النظـر و مراعـاة مصلحتهمـا علـى الوجه الكامل لقصور شفقته ، ومن ناحية أخرى فإن تصرف الوصـي ينحصر فـي الأموال و القصـاص فـي النفس ليس بمـال حقيقـة و لا حكمـاً لأن القصـاص فـي النفس عقوبة تندرئ بالشبهات و المستحق به محل مصون عـن الابتـذال مـن كـل وجه و في ولايته شبهة القصور فلا يتمكن بها من اِ ستيفاء ما يندرئ بالشبهات (٣)

---

(١) بدائع الصناع ٤١٤/٧

(٢) المغني ٧٣٩/٩

(٣) البدائع ٤١٤/٧ تبيين الحقائق ١٠٩/٦

الترجـــــيح

الراجح ما ذهب إليه المالكيـــة للآتـــــــي:

أولا: أن الحديث صريح و مطلق في إثبات حق القصاص للولـــي و لما كان الصـــــبي و المجنون لا يقتصان فيكون الحق للولي بنص الحديث (فأهله) فيقاس الوصي على الولي .

ثانياً: إن القول بعدم أحقية الولي أو الوصي القصاص حتى يكبر الصغير أويفيق المجنون فيه تضييع لحكمة مشروعية القصاص التي جعل الله فيها الحياة و لربما يمـوت الصبي أو المجنون أو القاتل فيضيع القصاص .

ثالثاً: القول بأن القصاص قاصر على الأب و الجد يعارضه نص الحديث إذ لفظ الأهل في اللغة و الشرع عام قال تعالى ,, و امر أهلك بالصلاة،،(١) و قال تعالى ,, إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت (٢) ومنهم علي و الحسن والحسين وهم ليسوا بأب أو جـــد .

رابعاً: أن قول المالكية يتمشى مع القواعد الشرعية القاضية بتعجيل العقوبات في القصاص لما فيها من الردع و الزجر و إن تأخيرها فيه ضيـــاع لتلك الحكمة .

---

(١) الآية ١٣٢ من سورة طـه

(٢) الآية ٣٣ من سورة الأحزاب

المبحـــث الحادي عشـــــر

العفـــو فـــي قتـــــل الغيلـــة

عفو الولي في قتل الغيـــلة:

قتل الغيلة هو أن يخدع انسان انساناً آخر فيذهب به بعيداً عن أعين الناس و يقتله لمالـــه (١) و قد اختلف الفقهاء في العفو عنه إلى رأيين :

الرأي الأول: عدم جواز العفو عن قتل الغيلة و هو ما انفرد به المالكية: قال مالك(الأمر عندنا أن يقتل به و ليس لولي الدم أن يعفو عنه)(٢) .

الرأي الثاني: أن لولي الدم العفو عن القاتل في هذه الصور و هذا قول الجمهور من الحنفية و الشافعية و الحنابلة (٣) قال الكاساني :(أن يكون العفو من صاحب الحق لأنه إسقاط الحق(٤) و في مغني المحتاج (للولي عفو (٥) على الدية بغير رضا الجاني). وجاء في المغني (إن قتل الغيلة و غيـــره سواء في القصاص و العفو (٦) .

أدلة القول الأول :

١/ استدلوا بما روي عن أنس بن مالك رضي اللـه عنه قال: إن جارية وجد رأسها مرضوخاً بين حجرين ، فقيل من فعل هذا بك ؟ فلان بن فلان حتى ذكروا يهودياً فأومأت برأسها ، فأخذ اليهودي فأعترف فأمر النبي صلى اللـه عليه وسلم أن يرض رأسه بين حجرين.(٧)

---

(١) تبيين الحقائق ١١٢/٤

(٢) مواهب الجليل ٢٣٣/٦ المنتقى ١٢٣/٧ المقنع ٣٦٢/٣ زاد المعاد ٤٢١/٣

(٣) المغني ٩/ ٣٣٥ المقنـع ١٤٧ بدائع الصنائع ٢٤٦/٧

(٤) بدائع الصنائع ٢٤٦/٧

(٥) مغني المحتاج ٤٨/٤

(٦) المغني ٣٣٥/٩

(٧) متفق عليه صحيح البخاري بهامش فتح الباري ١٩٨/١٢ ــ صحيح مسلم ١٠٤/٥

وجه الدلالة أن الرسول صلى اللـه عليـه وسلم أمـر بـرض رأس اليهـودي دون إنتظار مطالبة أولياء الدم ، فلو كان عفوهم عن القتل معتبراً في هذه الصورة لما أمر عليه السلام بقتل اليهودي قبل أخذ رأيهم في ذلك و لـو طلـب أوليـاء الـدم بالقصاص لنقل إلينا لذلك فعدم نقله دليل على عدم وقوعـــه (١) .

المناقشـــــة:

نوقش هذا الحديث بأنه لا يمكن اعتباره حجـــة على عدم العفو عـن القـاتل غيلة إذ لم يرد فيه أن الرسول صلى الله عليه و سلم لم يخير أولياء الجارية و لـو خيرهم لنقل إلينا ، وعدم ورود ذلك لا يقتضي عدم وقوعـه . لأن الأصـل تخيير أولياء المقتول كما في قوله صلى الله عليه و سلم(فمن قتـل لـه قتيل فهـو بخـير النظرين) و قال ابن حزم عند مناقشته لهذا الحديث :(و ليس سكوت الـرواة عـن أن رسول الله صلى الله عليه و سلم خير و ليهـا بمسقط ما أوجبه الرسول صلى الله عليه و سلم في القتل من تخيير و ليه بلا شك في أنه عليه الصلاة و السلام لم يخالف ما أمر به و لا يخلو هذا مما ذكرنـا مـن قبـول الزيـادة المرويـة فـي سـائر النصوص أصلاً ؟ و لو كان هذا الفعل تخصـــيصاً أو نسخاً لنبيه عليـه الصـــلاة و السلام فبطل تعلقهم به و بالله التوفيق) (٢) .

٢/ استدلوا أيضاً بما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنـه قـال :(قـدم نـاس من عكل أو عرينة فاجتروا المدينة فأمـر لهم النبي صلى الله عليه و سلم بلقـاح و أمرهم أن يشربوا من أبوالها و ألبانها فـانطلقوا فلمـا صحـوا قتلـوا راعـي النبـي صلى الله عليه و سلم و استاقوا النعـــــم فجـاء الخـبر فـي أول النهـار فبعـث فـي آثارهم فلما ارتفع النهار جئ بهم فأمر بهم فقطعت أيديهـــم و أرجلهم مـن خـلاف و سمرت أعينهم و تركوا في الحرة يستقون فلا يسقون حتى ماتـــوا (٣) .

---

(١) المحلى ٥١٨/١٠ . لم أعثر في كتبهم على دليل و قد ذكر لهم هذا إبن حجر و إبن حزم

(٢) المحلى ٥١٨/١٠

(٣) صحيح البخاري فتح الباري ٩٨/١٢ و صحيح مسلـــم ١٠٢/٥

وجه الدلالة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قتلهم دون أن يأخذ رأي أولياء الدم في ذلك فلو كان العفو معتبراً لأخذ رأي أولياء الدم لإحتمال عفوهم .

و نوقش حديث العرنيين بمثل حديث اليهودي على أن قتلهم لم يكن لقتلهم الراعي فقط بل لكونهم ارتدوا عن الإسلام و قد لا يكون للراعي المقتول أولياء يطالبون بدمه فاقتص له الرسول صلى الله عليه و سلم على اعتباره ولياً لمن لاولي له .

أولا: و قولهم انهم إرتدوا غير صحيح لأن حد المرتد القتل بالسيف بعد الإستتابة و أن القطع من خلاف دليل على أنهم ليسوا مرتدين .

ثانياً: و قولهم أن الرسول صلى الله عليه و سلم إقتص له لكونه لا ولى له لادلالة له ، هذا إحتمال و الأحكام لا تثبت بالإحتمال (١) .

٣/ استدلوا بقول عمر رضي الله عنه في قتل الغلام غيلة لوتمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم به (٢) و هذا القول :(دليل على عدم العفو و لو كان العفو مطلوباً في قتل الغيلة لما قال بقتلهم به و هذا دليل يحتم القتل عليهم .

٤/ و كذلك بما أثر عن مسلم بن حبيب الهذلي :(أن عبدالله بن عامر كتب إلى عثمان بن عفان أن رجلاً من المسلمين عدا على دهقان (٣) فقتله على ماله فكتب إليه عثمان أن أقتله فإن هذا قتل غيلة على الحرابة (٤) فدل هذا على أن عثمان رضي الله عنه لم يأخذ رأي أولياء الدم في قتل الغيلة مما يدل على أن القتل في هذه الحالة محتم و لا عفو فيه .

---

(١) المحلى ٥٢٠/١٠

(٢) الموطأ بهامش المنتقى ١١٥/٧

(٣) الدهقان بكسر الدال و ضمها رتي الغربة و هو لفظ عجمي معرب النهاية في غريب الحديث ص ٧.

(٤) المحلى ٥١٨/١٢

ناقش الجمهور هذا الأثر المروي عن عثمان بأنه ضعيف لأنه من رواية عبدالملك بن حبيب الأندلسي و قد ضعفه ابن حزم و قال عنه الذهبي : هو كثير الوهم صحفي و قال عنه الحافظ أبو بكر ابن سيد الناس هو صحفي لا يدري الحديث ، ضعفه غير واحد و اتهمه بعضهم بالكذب(١) ثم إن هذا الأثر من رواية مسلم بن جندب عن عثمان و هو لم يدركه فلم تقبل روايته عنه .

رابعاً: و استدلوا بعمل أهل المدينة في قول مالك الأمر عندنا أن يقتل به .

أدلة القول الثاني : استدل الجمهور بالقرآن و السنة :

فالقرآن : إستدلوا بقوله تعالى :(ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل إنه كان منصورا)(٢) فقد جعل الله سبحانه السلطة في يد ولي المقتول و ذلك عام في جميع أنواع القتل دون تفرقة بين قتل الغيلة و غيره ، وقوله تعالى(يأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر و العبد بالعبد و الأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف و أداء إليه بإحسان)(٣) .

ووجه الدلالة في هذه الآية أن الله سبحانه وتعالى قد شرع العفو في القتل من غير تفرقة بين القتل الغيلة أو غيره (٤) .

و أما السنة فأستدلوا بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:في خطبة يوم فتح مكه و حينما قتلت خزاعة رجلاً من هذيل فمن قتل له قتيل بعد مقالتي هذه فأهله بخير النظرين إما أن يقتصوا و إما أن يأخذوا الدية (٥) .

---

(١) المحلى ٣١٥/١٢ ، ميزان الإعتدال ٦٥٢/٢ ، فقه عثمان مصنف بن أبي شيبة

(٢) الآية ٣٣ من سورة الإسراء

(٣) الآية ١٧٨ من سورة البقرة

(٤) المحلى٥٢٠/١٠

(٥) فتح الباري ١٢/ ١٩٧ ، أبوداود ٤٨١/٧ ، الرمذي ٢١/٢ ، إبن ماجة ٨٧٧/٢ سبقة تخريجه ص ١٢٢

وهنا لم يفرق عليه السلام بين قتل الغيلة و غيره ، و لأنه قتل في غير المحاربة فكان العفو عنه حقاً لأولياء الدم كما هو في سائر أنواع القتل و قد أجيب على هذه الآيات و الأحاديث بأنها عامة خصتها الأحاديث و الآثار التي إحتج بها الفريق الأول ، و أما قياس قتيل الغيلة على أنواع القتل الأخرى كالقتل العمد مثلاً فنوع يتعذر الإفلات منه بخلاف سائر أنواع القتل فإن التحرز منها ممكن (١) .

الراجح ما ذهب إليه المالكية: و هو أن قتل الغيلة لا عفو فيه و ذلك لما يلي :

أولا: أن الآيات و الأحاديث التي استدلوا بها عامة و قد خصها أثر عمر و إن كان موقوفاً فإنه مرفوع حكماً

ثانياً: لعمل أهل المدينة .

ثالثاً: لأن قتل الغيلة هو أن يخدع إنسان آخر فيذهب به بعيداً عن أعين الناس فيقتله و يأخذ ماله فهوأقرب إلى الحرابة فلا يصح العفو فيه لتعذر الإفلات منه .

---

(١) بدائع الصنائع ٢٤٦/٧ ، المغني ٣٣٥/٩ ، المحلي ٣١٤/١٢

المبحـــث الثانـي عشـــر

من له حق العفـو من الأولياء فـــي القتل

وقع الخلاف في المراد بالأولياء هل هـم العصبـة أم المـراد بهـم كـل مـن يرث من تركته؟ و هل النساء يدخلن في الأوليـاء أم لا ؟ لـذا اختلـف الفقهـاء إلـى الآتـــي :

أولاً : ما إنفرد به المالكية :(أن الحق للعصبة من الذكور قال ما لك: ليس للبنـات و لا الأخوات قول مع البنين و الإخوة في القصاص)(١) و للنساء بشـــروط ثلاثة هـــي:

١/ أن يكـــن وارثات

٢/ ألا يساويهن عاصب في الدرجة بأن لم يوجد عاصـــب أو وجـــد عـاصب و لكنه أنزل منهن في الدرجـة فـإن وجـد هـذا العـاصب الأدنـى كـالعم مـع البنـات أومع الأخوات فليس له في القصاص حق و إنما لهـن الحـق دونـه ، هـذا إذا ثبـت الدم بالبينة أو الإعتراف و أما إن إحتاج الثبوت إلى القسامة فـلا يقسـم فـي العمـد إلا الرجال العصبة ثم يكون الحـق بعـد القسـامة بيـن العصبـة مـن الرجـال و بيـن النساء فمن طلب القصاص منهم أجيب و أما العفو فلابد من إتفاقهم عليه أو إتفـاق البعض من العصبة مع بعض النساء (٢) .

٣/ أن يكون عصبة لو فرض ذكوراً و هو المشهور عن الإمام مالك . قال فـي الفواكه الدواني :(فنخلص أن أولياء الدم إما رجال فقط أو نساء ، و قـال :الإنـاث اللآتي لهن مدخل في الدم على المشهور البنات دون بناتهن و بنات الأبناء الذكـور و إن سفلوا دون بناتهـن والأخوات الأشقاء أو الأب و الأم عند إبـن القاســم إلـى أن قال :

---

(١) بداية المجتهد ٤٠٣/٢

(٢) الفواكـه الدوانـي ــ ٢٥٦/٢٠ ، الشرح الصغير ٣٩١/٢ التـاج الإكليـل ٢٥٣/٦ ، مواهـب الجليـل ٢٥٠/٦ــ ٢٥١ ، بداية المجتهد ٤٠٣/٢

وإن عفت إحدى المتساويات بعد ثبوت الدم بالبينة أو الاعتراف فالنظر للإمام العادل في العفو أو القتل و إن لم يوجد إمام عادل فجماعة المسلمين (١)

القول الثاني للجمهور : إن ولاية الدم لكل من حاز نصيباً من الميراث بفرض أو تعصيب ذكراً كان أم أنثى و سواء أكان يصل إلى الميت بنسب أو بسبب فلكل وارث من الورثة حق المطالبة بالدم و العفو عنه بمقدار نصيبه من التركة . وقال أصحاب هذا القول إن القصاص يسقط بعفو أحد المستحقين و لو قل نصيبه في الميراث أما طلب القصاص فلا بد من إجماع المستحقين عليه و هذا مذهب الجمهور من الحنفية و الحنابلة و المنصوص عن الشافعي (٢)

قال في فتح القدير :(و أنه حق لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ و هو القرابة(٣) وجاء في مغني المحتاج (الصحيح ثبوته لكل وارث)(٤) و قال البهوتي :(وكل من ورث المال ورث القصاص على قدر ميراثه من المال حتى الزوجين وذوي الارحام)(٥) .

---

(١) الفواكه الدواني ٢/٢٥٦

(٢) تبيين الحقائق ٦/ ١١٤ ، المبسوط ١٥٧/٢٦ و الأصل لمحمد بن الحسن ٥١٢/٤ ، المغني ٣٥٣/٨ مختصر الطحاوي ص ٢٣٩ و الأم ١٠/٦ ، تحفة المحتاج ٤٣٣/٨ ، المجموع ٢٣/ ١٥٧ و المقنع ص ٢٧٧ .

(٣) فتح القدير ٢٩٥/٨

(٤) مغني المحتاج ٣٩/٤

(٥) كشاف القناع ٥٣٥/٥

الأدلـــــــــة

أدلة المالكـــــية:

استدلوا أولاً بالقرآن :

قال تعالى:(و لا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل إنه كان منصورا)(١) .

وجه الدلالة أنه تعالى أفرد الولي بلفظ التذكير وهذا يدل على أنه يجب أن يكون ذكراً (٢) .

و ناقش الجمهور هذا الدليل بأن المراد الجنس و يشمل الوارث رجلاً كان أو أنثى و قد قال تعالى:(والمؤمنون و المؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر و يقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة و يطيعون الله ورسوله.(٣) و قال تعالى:(و الذين آمنوا من بعد و هاجروا و جاهدوا معكم فأولئك منكم و أولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله إن الله بكل شئ عليم.)(٤) .

الدليل الثاني : المعقول:

و هو أن ولاية الدم مستحقة بالنصرة و هؤلاء عصبة القتيل من ينصر بعضهم بعضاً ويشد بعضهم إزر بعض وفي هذا يقول ابن العربي (إن طلب القصاص مبناه على النصرة و الحماية و ليست المرأة من أهلها و إليه وقعت الإشارة (٥) بقوله تعالى إنه كان منصورا)(٦) .

---

(١) الآية ٣٣ من سورة الإسراء

(٢) تفسير القرطبي ٤٥٤/١٠

(٣) الآية ٧١ من سورة التوبة

(٤) الآية ٧٥ من سورة الأنفال

(٥) إبن العربي ٢٥٥/١ القصاص في النفس ص ٦٣ ، الإسراف ١٨٤/٢

(٦) الآية ٣٣ من سورة الإسراء ، انظر أحكام القرآن لإبن العربي ١١٩٥/٣

ورد عليهم الجمهور فقالوا إن صحة الاستدلال تستلزم إثبات أن ولاية الدم تكتسب بالنصرة فإذا ثبت هذا صح أن المرأة ليس لها حق لأنها عاجزة عن النصرة و معلوم أنه لم يرد في الشرع مايثبت هذا بل يمكن أن يقال : إن النصرة لا مكان لها في اكتساب ولاية الدم لأنه حق القصاص جعل للأولياء بقوة الشرع و سلطانه لابشوكة العصبات و سلاحهم فكان على الإمام أن يمكن ولي الدم مهما كان ضعيفاًمن إستيفاء حقه فالقصاص تنفيذ لأمرالله وإقامة لحدوده (١)

الدليل الثالث:

استدلوا بأن عاقلة الانسان الذين يعقلون عنه و يحملون موجب جنايته في أموالهم إنما هم عصبته الذكور دون ٠غيرهم من الورثة فكان لهم وحدهم ولاية دمه إذا قتل .(٢)

المناقشة : إن هذا منقوض :

فإن هذا ينقضه أن الصغير لا يعقل ومع هذا فله حق في الدم ثم إنه ثبت في الشرع التفريق بين مستحقي الدية و بين من يحمل العقل و المرأة تستحق نصيبها من دية المقتول فأولى أن تقاس ولاية الدم على ارث الدية دون العقل لأن الدية كالقصاص بدل النفس أو بدل القصاص (٣) .

الدليل الرابع :

أن القتل العمد العدواني يلحق العار بنسب المقتول وفي القصاص دفع لهذا العار فكان حق القيام به عصبة المقتول كولاية النكاح عند الجمهور ودفع العار عنهم

---

(١) المبسوط ١٥٧/٢٦ ، المغني ٣٥٣/٩

(٢) المعيار المعرب و الجامع المعرب عن فتاوي علماء أفريقية و الأندلس و المغرب لأحمد بن يحي الونشريس (ت ٩١٤هـ) ط دار المغرب بيروت ٣٠٥/٢

(٣) نيل الأوطار ٩/٧

و أما دليلهم على حالة الإستثناء و هو إرث النساء بالشروط الثلاثة السابقة حتى لايضيع دم المقتول .

أدلة القول الثاني : للجمهور القائل بأن العفو لكل وارث مطلقاً سواء كان ذكراً أو أنثى بسبب أو نسب استدلوا بالسنة و الآثار و المعقول فمن السنة:

١/ ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قضى أن عقل المرأة بين عصبتها من كانوا لايرثون منها شيئاً إلا مافضل عن ورثتها و إن قتلت فعقلها بين ورثتها و هم يقتلون قاتلهم)(١) و في رواية قاتلها

وجه الدلالة في هذا الحديث التصريح بالفرق بين العقل و بين ولاية الدم فالعصبة عليهم العقل سواء منهم الوارث و غير الوارث أما ولاية الدم فهي لمن حاز الميراث .

٢/ و عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:(على المقتتلين أن ينحجزوا الأول فالأول إن كانت إمرأة)(٢) (قال أبوداود يعني أن عفو البنات في الدم جائز و إن كانت إمرأة)(٣) و نوقش بأنه لا يدل على المراد من الدعوى(٤) .

---

(١) من حديث طويل رواه أبوداود رقم ٥٤٠٦٤ عون العبود ٣٠٣/١٢ و النسائي ٤٢/٨

(٢) أبوداود ٤٥/٥ عون المعبود ٢٧٩/١٢ و النسائي ٤٢/٨ و الشوكاني نيل الأوطار ٣٢/٧ جامع الأصول ٢٧٦/١٠

(٣) المعيار المعرب ٣٢٠/٢

(٤) المهذب ١٨٩/٢

و نوقش هذا الحديث من حيث السند ووجه الدلالة بأن الأول في اسناده حصن بن عبدالرحمن و يقال إنه محصن الدمشقي ، قال عنه أبو هاشم الرازي لاأعلم من روى عنه غير الأوزاعي و في حاشية جامع الأصول قال لم يوثقه غير ابن حبان و باقي رجال السند ثقات [1].

و قال الجمهور إن معنى الحديث أن على أولياء الدم أن يمتنعوا عن القود إذا عفا أحد ورثة القتيل و إن كان العافي إمرأة و يدل على ذلك أنه قد روى هذا الحديث بلفظ (الأولى فالأولى بفتح الهمزة أي الأقرب فالأقرب (٢) يقول إبن القيم في شرح الحديث و أصل الحجز المنع و منه الحاجزين لشيئين (و ينحجز) مطاوع حجزته فانحجز فهو يدل على أنه حاجز بينهم و هو عفو من له الدم فإنه إذا عفا وجب عليهم أن يتحجزوا لأن صاحب الدم قد عفا و هذا العفو حق يستحق الأولى فالأولى من المقتول . و إن كان إمرأة ، فإذا عفت و هي أولى بالمقتول فقد حجز عفوها بينهم ، و لا يجوز للرجال الأباعد بعد ذلك الطلب بدمه و قد عفا عنه الأولى منهم (٣) .

المناقشة : و قال ابن حزم في شرح هذا الحديث إن لفظ الحديث لا يدل على جواز عفو النساء و لاعدم جوازه بل سخر ممن يفهم في الحديث شيئاً من هذا و المختار عنده واجب على المقتتلين أن ينحجز بعضهم عن بعض فلا يقتتلوا وأن يبدأ بالإنحجاز الأول فالأول (٤) .

١/ ومن الآثار قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه بسقوط القصاص بالعفو من زوجة القتيل كما روى ذلك زيد بن وهب أن عمر بن الخطاب أتى

---

(١) نيل الأوطار ٣٢/٧

(٣) سنن أبي داود ٢٤٣/٦ ، جامع الأصول ٢٧٦/١٠ ، نيل الأوطار ٣٢/٧

(٣) عون المعبود ٢٧٩/١٢

(٤) المحلى ٤٧٧/١٠

برجل قتل قتيلاً فجاء ورثـــة المقتول ليقتلوه فقالت إمرأة المقتول و هي أخت القاتل ، قد عفوت عن حقي ، فقال عمر . الله أكبر عتق القتيل (١) .

٢/ و عن قتادة أن عمر رضي الله عنه رفع إليه رجل قتل رجلاً فجاء أولياء المقتول و قد عفا أحدهم فقال عمر لابن مسعود و هو إلى جنبه . ماتقول ؟ فقال ابن مسعود : أقول إنه قد أحرز من القتل قال فضرب على كتفه فقال كنيف (٢) ملئ علماً (٣) .

الترجـــيـــح

و الذي ارجحه ما ذهب إليه الجمهـــــور .

أولاً: لصحة أدلتهم و قوة حجتهم و موافقة قولهم لآثار الصحابة و فتواهم و أدلة المالكية لا تنهض لإثبات صحة أقوالهم و لأن فيه حقناً للدماء و العفو خير .

ثانياً: أن المرأة أكثر مطالبة بالحقوق سيما إن كان القتيل قريباً منها، و العفو افضل من القود و النبي صلى الله عليه وسلم يندب إلى الأفضل فالعفـــو مستحب و مرغـــب فيه .

---

(١) المصنف لعبدالرزاق ١٣/١٠

(٢) الكنيـــف: و هو مايستر ما بداخله ، و كنف الرأي بكسر الكاف و عادة الذي يجعل فيه أكنه . المصباح المنير ٢٥٧/٢

(٣) المصنف لعبدالرزاق ١٣/١٠ ، المهذب ١٨٩/٢ .

المبـــحث الثالـــث عشـــــر

عفو الزوج أو الزوجـــة لا يسقط القصاص

اختلف الفقهاء في عـــــفو الـــزوج أو الزوجة عـــن القاتل إلى مذهبيـــن :

المذهب الأول : مـا انفرد بـه المالكيـة و هـو أن عفـو الـزوج أو الزوجـة لايسقط القصاص عن القاتل . قال ابن رشد :(ليس للبنات و لا الأخوات قـول فـي القصاص و كذلك الأمر في الزوج و الزوجـــة) (١) .

المذهب الثاني: لجمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة : بأن عفـو الـزوج أو الزوجـــة مسقط للقصـاص عـن القـاتل قـال شـلبي(القصـاص و الديـة ميراث لكل عنـــدنا بالسبب و النسب الـذكر و الأنـــثى في ذلك ســـواء و الـزوج و الزوجة إذا ثبت القصاص لجميع الورثة لكل واحـــد منهم أن يعفو عـن نصيبـه و يبطل بذلك القصاص) (٢) و جـــاء فـي مغنـي المحتـــــــاج (الصحيـح ثبـوت القصاص لكل وارث) (٣) و قال البهوتي :(كل من ورث المـال ورث القصـاص حتى الزوجين) (٤) .

دليل المالكـــــية :

إستدل المالكية بالمعـقول فقالوا : إرث الـــدم للعصبة لـدفع العـارعنهم (٥) و ليس لكل وارث فإن ورثـة الـدم خلافـه و هـي لا تكـون إلا بالنسـب و لا تكـون بالسبب لإنقطاعه بالموت إذ الزوجية تزول بالموت ثم إن عفوهما فيه شبه و هـي تهمتهما بالميل و الشفقة على القاتل لا سيمـا إذا كان قريـــباً لهما كأن يكون أخاً

---

(١) الخرشي ١٢١/٨ ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٤٠٣/٢

(٢) فتح القدير ٢٩٥/٨ ، حاشية شهاب الدين أحمد الشلبي بهامش تبيين الحقائق ١٠١٤/١٦

(٣) مغني المحتاج ٣٩/٤

(٤) كشاف القناع ٥٣٥/٥

(٥) بداية المجتهد ٤٠٣/٢

أوابناً أو نحو ذلك ثم إن الزوجة خاصة لا شأن لها في القصاص لأن النساء ليس لهن شأن فيه كما أنه لا شأن لهن في ولاية النكاح و أيضاً لا تلحقهما معرة ، فإن الزوج و الزوجة من العصبة و لا يعقلان مع العاقلة ، وذلك يقضي بأن لاشأن لهما في استيفاء القصاص ولأن القصاص شرع للتشفي و الزوجية ترتفع بالموت فلا تشفي (١) .

ونوقش بأنه شرع لحفظ الدماء (٢) .

أدلة القول الثاني : استدل الجمهور بأن عفو الزوج أو الزوجة يسقط القصاص و احتجوا بعموم آيات القصاص و بعموم الأحاديث كقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن شاءوا قتلوا و إن شاءوا عفوا(٣)

وجه الدلالة أن الحديث أشار إلى أن العفو للأهل و لا شك أن الزوجة والزوج داخلان في مسمى الأهل لغة و شرعاً ، فإن العرب تقول خرجت من عند أهلي و دخلت على أهلي و هم يقصدون أزواجهم ، و شرعاً يقول الرسول صلى الله عليه و سلم في عبدالله بن أبي سلول المنافق الذي إتهم عائشة زوجة الرسول صلى الله عليه و سلم بالإفك، من يعذرني من رجل بلغني أذاه في أهلي و يقصد زوجه عائشة و ما علمت على أهلي إلا خيرا، وما كان يدخل على أهلي إلا معي ، يريد عائشة وقال له أسامة أهلك و لا نعلم إلا خيراً (٤) فالزوجة سميت أهلاً لغة وشرعاً فالزوج من باب أولى ، فيكون لكل واحد منهما حق العفو عن القاتل فإذا عفا أحدهما عن القاتل سقط القصاص كما يسقط بعفو واحد من العصبة(٥)

لكن يمكن أن نناقش هذا الدليل بأن لفظ الأهل كما يطلق على الزوجة يطلق على الأمة و على الأهل و القرابة كما في قوله تعالى :(وأمر أهلك) (٦)

---

(١) الإشراف ١٨٤/٢ ، المغني ٤٦٤/٩ ، نيل الأوطار ٩/٧

(٢) المغني ٤٦٤/٩

(٣) صحيح البخاري مع فتح الباري ٤٥٣/٨ ، الترمذي ٢٦٤/١ ، مسند أحمد ٨٨٥/٦

(٤) صحيح البخاري و هو قطعة من حديث الإفك الطويل أخرجه البخاري ١٤٦/٢ ، مسلم ١١٣/٨

(٥) المغني ٤٦٤/٩

(٦) الآية ١٣٢ من سورة طه

أي قومك و كما جاءعلى القرابة كما في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم أنه ضم الحسن و الحسين وقال: (هؤلاء أهل بيتي) و ليس فيهم زوجة فهو لفظ مشترك و إذا كان مشتركاً يكون محتملاً و بالإحتمال يسقط الإستدلال .

كما إستدلوا بما أثر عن عمر رضي الله عنه:(أتى برجل قتل قتيلاً فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت إمرأة المقتول و هي أخت القاتل قد عفوت عن حقي فقال عمر الله أكبر عتق القتيل) (١) .

وجه الدلالة بأن عمر قد عفا عن القتيل بعفو أخته .

و استدلوا كذلك بأن الزوج والزوجة ممن يحق لهم ميراث دية القتيل فإذا كان ذلك كذلك وجب لهما الحق في إستيفاء القصاص فإذا عفا أحدهما سقط القصاص .

المناقشة :يحتمل أن عفو الزوجة عن أخيها لأنه كان إبن عمها(٢) .

الترجيح

أرجح القائل بقبول عفو الزوج أو الزوجة:

أولاً: لقوة أدلته وصحتها لأن حديث (فالأهل بين خيرتين)(٣) صحيح قال الترمذي حسن صحيح و الأهل لغة وشرعاً يشمل الزوجة و غيرها و أثر عمر يدل على ذلك .

ثانياً: أن العار يلحق بالمرأة كما يلحق بالرجل بل هي أكثر ضرراً وإن لها شأناً في الزوج ثم إن الشبهة في عفوها لا ترقى لأن تمنعها من المطالبة بالعفو عن حقها في القصاص و لا معقول مع النص .

---

(١) سبق تخريجه

(٢) المغني لإبن قدامة ٦٦/٩ و الهداية ١٦٧/٤ ، نيل الأوطار ٣٣/٧

(٣) سبق تخريجه .

الفصل الثانى

مفردات المذهب المالكى فى الجناية على مادون النفس والجراح والديات والعقوبات التبعيه

الفصـــــل الثانـــي

الجناية على مادون النفس و الجراح
و الديات و العقوبات التبعية

نقصد في تناولنا هذا الفصل مفردات المذهب المالكي في الجناية على مادون النفس ، من جراح لم تؤد إلى القتل و الديات و العقوبات التبعيـــة كالحرمـــان من المـــيراث و الوصـــية و الكفارة . و فيه أحـــد عشر مبحـــثاً:

المبحـــث الأول: القطع من غير مفصل

المبحـــث الثاني: معنى الحياة التي بموجبها يستحق الجنين دية كاملة .

المبحـــث الثالث: إذا عفا الولي من المشتركين في القتل هل تجب دية واحـد أم ديات متعدة بحسب أعداد المشتركين في القتل .

المبحـث الرابع: إذا قلع الأعـــور عين صحيـــح

المبحث الخامس: دية السن السوداء التي لا تقع فيها إذا سقطت

المبحث السادس : دية كسر جزء من الســن

المبحث السابع : دية ذكـر الإنســـــان

المبحث الثامـن: إفضاء المـــــرأة

المبحث التاسـع: حرمان القاتل من الميـراث

المبحث العاشر: تجب الكفارة بقتل الكافر الذمي أو المستأمـــن

المبحث الحادي عشـــــــــر : حكـــم الكفارة في قتـــل الجنيـــن .

المبحـــــــث الأول

القطـــع من غير مفصـــل

من مـــوانع القصاص الخاصـــة بما دون النفس عدم التماثل في الفعل :(أو عدم إمكان الإستيفاء بلا حيف و لا زيادة) يشترط لجواز استيفاء القصاص الأمـــن من الجـور و الظلم و لا يؤمن من الحيف إلا إذا كان القطع في الأطراف من المفاصل أو كان له حد ينتهي إليه كمارن الأنف) (و هو مالان منـه فإن كان القطع من غير مفصل أو لم يكن له حد ينتهـي إليـه فقد اختلف الفقهاء فيه إلى ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : و هو ما إنفرد به المالكية بأنه يجب القصاص إذا أمكن و لم يحدث خطراً أو خوفاً إلا الفخذ و الصلب ، قال بن رشد: (القصاص فيما وجد منه محل للقصاص و لم يخش منه تلف النفس)(١) .

المذهب الثاني: مذهب الحنفية و الراجح عند الحنابلة: إلى عدم القصاص ووجوب الدية(٢) جاء في المغني: من شروط القصاص إمكان الإستيفاء من غير حيف) وجاء في البدائـــــع (لا قصاص إلا فيما يقطع من المفاصل).

المذهب الثالث :مذهب الشافعية : إلى أنه يقتص من أقرب مفصل ، إلـــى محل الجناية دونه و يعطى المجنى عليه حكومه:(تعويض)الباقي لتعذر القصاص فيه . قال النووي :(وله قطع أقـــرب مفصل إلى موضع الكسر و حكومـــة الباقي) (٣)

أدلة المالكيـــة:

أولا: الكتاب: إستدلوا بالكتاب و السنه والمعقول بقوله تعالى (و الجروح قصاص)(٤) .

وجه الدلالة أنه تعالى أمـــر في الجروح بالقصاص و لا يجوز تركها في أي مـــكان وجـد منه محل القصـــاص و لم يخـش منـه تلـف النفـــس (٥)

---

(١) الشرح الكبير ٤/٢٥١ ، بداية المجتهد ٢/٤٠٧ ، المنتقى ٧/٨٩

(٢) بدائع الصنائع ٧/٢٩٨ ، كشاف القناع ٥/٦٣٩ ، المغني ٩/٤١٠

(٣) مغني المحتاج ٤/٢٩ ، المهذب ٢/١٨٠

(٤) الآية ٤٥ من سورة المائدة

(٥) بداية المجتهد ٢/٤٠٧ ، المحلى ١٢/٢١٢ ، المغني ٩/٤١٦

ثانياً : من السنة : استدلوا بحديث أنس : أن الربيع أخت أنس بن النضر كسرت ثنية جارية فأتوا النبي صلى الله عليه و سلم فأمرهم بالقصاص ، فقال أنس بن النضر و الذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها ، فقال يا أنس : كتاب الله القصاص : فرضي القوم و عفو(١) .

وجه الدلالة في الحديث أن الرسول صلى الله عليه و سلم أوجب القصاص فى السن ، وهي عظم ، فكذلك سائر العظام و منها عظم الساعد و العضد و غيره إلا عظماً أجمعوا على منع القصاص فيه لخوف ذهاب النفس ، ومن قال لا قصاص في عظم أو مفصل فهو مخالف للحديث و لا إجتهاد مع النص (٢)

ثالثاً : إجماع أهل المدينة : قال مالك :(الأمر المجمع عليه عندنا ، أن من كسر يدأحد رجلاً عمد أنه يقاد منه و لا يعقل)(٣) .

رابعاً: المعقول: و العقل الصحيح يقتضي وجوب القود في عظام اليد والرجل ،لأن المماثلة فيها ممكنه ، و ليست مما يغلب منها تلف النفس و هلاكها ، وإنما يمنع القود في كل ما يتعذر فيه إعتبار المماثلة، أو يقضى إلى تلف النفس غالباً، كعظم الرأس و ما في معناه فإن الغالب عليها الإفضاء إلى الموت (٤) .

أدلة أصحاب القول الثاني القائلين بمنع القصاص مالم يكن القطع من مفصل:

إستدلوا بالقرآن و السنة و الآثار و المعقول :

أولا: القرآن : بقوله تعالى:(و إن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به (٥) و قوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)(٦).

وجه الدلالة من الآيات السابقة توضح وجوب إمكانية الإستيفاء بمثل ما عوقب به فإن تعذرت المماثلة فلا قطع .

---

(١) صحيح البخاري ٢٤٣/٣ (٢) الجامع للأحكام للقرطبي ٢٠٢/٦

(٣) الموطأ ص ٦٣١ (٤) المنتقى ١٢٨/٧ ، بداية المجتهد ٤٧/٢

(٥) الآية ١٢٦ من سورة النحل (٦) الآية ١٩٤ من سورة البقرة .

ثانياً: السنـة: بما روي أن رجلاً ضرب رجلاً على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل فاستعدى عليه النبي صلى الله عليه وسلم ، فأمر لـه بالدية، فقال يارسول الله إني أريد القصاص ، قال خذ الدية بارك الله لك فيها و لم يقض له بالقصاص (١) .

وجه الدلالة من هذا الحديث يفيد أنه لا قصاص في كسر عظام الساعد وما شابهها ، كالعضد والساق ، فأوجب له الدية (٢) .

ثالثاً: الآثار : بما روي عن عمرو بن عباس رضي الله عنهم أنه لا قصاص في عظم و روي نحوه عن ابن عمر و ابن مسعود (٣) .

رابعاً:بالمعقول: قالوا إن دم الجاني معصوم إلا في قدر جنايته فما زاد عليها يبقى على العصمة فيحرم استيفاؤه بعد الجناية كتحريمه قبلها وفي ضرورة المنع من الزيادة المنع من القصاص ، لأنها من لوازمه فلا يمكن المنع منها إلا بالمنع منه و هذا لاخلاف فيه (٤) .

و لما منع القصاص في عظم الرأس فسائرالعظام مثله ليس بينها افتراق (٥) ولأنه يمكن استيفاء المثل من المفاصل و لا يمكن من غيرها(٦).

أدلة الشافعيه:

استدل الشافعية بالمعقول فقالوا بعدم الوثوق بالمماثلة لأن الكسر لا يدخل تحت الضبط و احتمال الزيادة و النقصان وارد ، لذا يقطع من أقرب مفصل إلى موضع الكسر و حكومة عدل في الباقي لتعذر القصاص (٧) .

---

(١) إبن ماجة ٢/ ١٠٢ قال البوصيري في إسناده وحثم بن قران اليماني صعفه الجماعة ، و أخرجه البيهقي ٦٥/٨ ، قال الزيلعي في نصب الراية هو غريب ٣٥٠/٤

(٢) مصنف بن أبي شيبة ٢٥٧/٩ ، والسنن الكبري للبيهقي ٦٤/٨ ، و قال في نصب الراية الرواية في ذلك عن عمرو إبن عباس ضعيفة .

(٣) نصب الراية ٣٥٠/٤ و قال هذا غريب .

(٤) المغني ٤١٠/٩

(٥) الحجة على أهل المدينة ٤١٦/٤ ، القرطبي ٢٠٢/٦

(٦) البدائع ٢٩٨/٧ ، بداية المجتهد ١٠٨/٢ ، فتح القدير ٢٧٣/٨

(٧) مغني المحتاج ٢٩/٤ .

الترجيـــــــح

الراجـــح أن يرجع إلـى الأطبـاء ، فـإن قـرروا إمكـان الإسـتيفاء مـن غـير المفصل بلا خوف أو تلف نفذ القصاص ، و إلا أخذ بالرأي القائل بتخـير المجنـى عليهم بين الإستيفاء من أول مفصل داخـل فـي محـل الجنايـة و حكومـة عـدل فـي الباقي أو أخذ الدية .

مثال ذلك : فمن قطع ذراعه من نصف السـاعد فلـه الخيـار بيـن القصـاص من الرسغ و حكومة في الباقي، أو أخذ الدية .

المبحـــــث الثانـــــي

معنى الحياة التي بموجبها يستحق الجنين

ديــة كاملـــــة

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى مذهبــين :

المذهب الأول :

و هو ما انفرد به المالكية ، بأنه لا تثبت الحياة إلا بالاستهلال فقط ، جاء في الشرح الصغير (و إن استهل صارخاً فالدية إن اقسموا بأنه مات من فعل الجاني (١) .

المذهب الثاني:

و ذهب الشافعية و الحنابلة إلى أن الحياة إما بالاستهلال أو ارتضاعة أوتنفسه أو عطاسه أو غيرها من الأمارات التي تدل على حياته في العادة ، قال في مغني المحتـــــاج : (وإن مات المولود حين خرج بعد انفصاله و تحرك تحركاً شديداً كقبض يده وبسطها)(٣) وقال في المغني :(و إنما يضمن الدية إذا وضعته حياً سواء إن ثبت باستهلاله أو إرتضاعه أو تنفسه أو عطاسه)(٤) .

أدلة المالكيــة :

استدلوا بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وســـلم قال:(إذا إستهل المولود ورث ووُرث)(٥).

وجه الدلالة : أنه إذا لم يستهل لم يرث و لا يورث و الارث حكم مـــن أحكام الحياة و الاستهلال معناه الصياح (٥) و استأنسوا بحديث آخر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : مامن مولود يولد إلا و يمسه الشيطان عند خروجه فيستهل صارخاً إلا مريم و إبنها) (٦) فلا يجوز غير ما قاله الرسول صلى الله عليه وسلم

---

(١) الشرح الصغير ٣٧٩/٤ ، المنتقى ٨٢/٧

(٢) مغني المحتاج ١٠٤/٤ ، الأم ١٠٨/٦ ، و لم يبين الحنفية معنى الحياة ، البدائع ٣٢٦/٧

(٣) المغني ٥٥١/٩ (٤) أبوداود ١٢٨/١

(٥) المنتقى ٨٢/٧ (٦) مسلم ٢٠٤٩/٤

المناقشـــــــة:

وقد ناقش أصحاب المذهب الثاني المذهب الأول بأن الحديث ذكر نوعاً من أنواع الحياة و هو الإستهلال وهذا لا ينفي ما عداه لأن شربة اللبن أدل على حياته من الإستهلال(١) .

الترجيـــــــح:

الراجـــــح القول الثانـــــــي :

أولا: أن القول الأول حصر الحياة في الإستهلال فقط لكن من الملاحظ أن بعض المواليد قد يولدون و لا يصرخون أثناء خروجهم .

ثانياً: أن القول الثاني فيه سد للذرائـع حتى لا يتجرأ أحد بالإعتداء على الأجنـــــة .

---

(١) المغني ٩/ ٥٥١

المبحـــــث الثالـــث

إذا عفا الولي من المشتركين في القتل هل تجب دية واحـدة أم ديات متعددة بحسب أعـــــداد المشتركـــين فـــي القتـــــل

اختلف أهل العلم إلى قولين :

الرأي الأول: أن الواجب عليهم ديات بعدد المشتركين وبهذا انفرد المالكية جاء في منح الجليل (وجب على كل واحد منهم دية كاملة).[1]

الرأي الثاني: أن الواجب عليهم دية واحدة توزع عليهم جميعاً و بهذا يقول الحنفيـــة (٢) والشافعية (٣) و أصح الروايتين عند الحنابلة .(٤) جاء في الأم (فليس عليهم معاً إلا دية واحدة على كل واحد منهم حصته)وجاء في الإنصاف (إذا عفوا عن القود إن أحب فله الدية كاملة). و جاء في تبيين الحقائق :(و لا تثبت إلا دية واحدة) (٥)

أدلة الرأي الأول :

قالوا إن فعل كل واحد من المتمالئين كأنه جناية مستقلة فوجب أن يكون على كل واحد منهم القصاص في مقابل قتله ، و لما سقط عنه القصاص لعفو الولي إلى الدية وجب على كل واحد منهم دية كاملة مقابل فعله ، كما لو كان كل فرد منهم قتل شخصاً مستقلاً فإن ذلك يوجب عليه القصاص فإن عفا الولي عن

---

(١) شرح منح الجليل ٣٧٥/٤

(٢) المبسوط ٩٦/٢٦ ، تبيين الحقائق ١١٨/٦

(٣) الأم ٢٣/٦

(٤) مطالب أولي النهى ١٨/٦ ، المغني ٣٦٣/٨ ، الكافي ٥٨/٣

(٥) الإنصاف ٤٠٧/١٠ ، زاد المستنقع ص٧٦ ، تبيين الحقائق ١١٨/٦ الام ٢٣/٦

القود كان على الجاني دفع الدية كاملة و لأن الدية بـدل القصاص و القصاص هنا متعدد لاستحقاق الولي قتل جميع المشتركين في القتل ، فتكون الديـة متعـددة علـى كل واحد منهم كاملة ، لأن الأعور إذا قلع عين صحيح تجب عليه دية كاملـة فـداء لعينه الصحيحة لأن في القصاص من الأعور إذهـاب لكـل البصـر بخـلاف مـا لـو كان صحيحاً فيكون الصحيح قد استحق الدية كاملة فـي مقـابل العفـو عـن الأعـور فيقاس عليه فإن الجماعة يعفو الولي عن قتلهم يستوجب عليهم ديات بعدد رؤوسهم ، لأن العفو كان عن الجميع والدية بدل الفعل و لما كان الولي يستحق قتل الجميـع فقد إستحق أخذ بدل الجميع، فيكون الجامع بين الأصل و الفرع في هذا القياس هو إستحقاق صاحب الحق في كل منهما أخذ جميع البدل أي أنه لما استحق الولي أخذ بدل البصر كاملاً في الأعور فإنه هنا يستحق أخذ البدل كاملاً عن كـل واحـد مـن المشتركين لكون الدية بـدل القصـاص و القـود جـزاء الفعـل والفعـل متعـدد فالديـة متعـــددة (١) .

أدلة الجمهـــــــور :

قالوا لما كان المحل المتلف واحداً و الدية بدل المحل وجب أن يكون البـدل واحداً(٢) لأن البدل يكون مساوياً للمبدل منه . فإن قيل لـم لا يكـون البـدل متعـدداً كما هو الحال في القـود منهـم فإنـه متعـدد بتعـدد رؤوس القـاتلين . فـالجواب : إن القود إنما هو بدل الفعل(٣) و الفعل متعدداإذ قد اشترك جميعهم في قتله فقـد صدر

---

(١) منح الجليل ٣٦٧/٤ و المغني ٣٦٣/٩

(٢) المبسوط ٢٩٦/٢٦ تبيين الحقائق ١١٨/٦ مطالب أولي النهى ١١٨/٦ الكافي ٥٨/٣ المغني ٣٦٣/٩

(٣) المغني ٣٦٣/٩

من كل واحد فعل أدى إلى قتل المجنى عليه ولما كان الفعل متعدداً كان القصاص متعدداً تبعاً لذلك فوجب على كل واحد منهم القصاص كما لو كان كل منهم قتل شخصاً مستقلاً أما الدية بدل المحل المتلف لابدل القتل ، بدليل أن عبداً قيمته ألف دينار لو قتل رجلاً حراً و عفا الولي عن العبد إلى الدية فإنه لا يستحق عليه أكثر من دية الحر المقتول و هي ألف دينار (١) إلا أن يتصالح مع القاتل على شئ فله أن يأخذ منه أكثر أو أقل من الدية (٢) لكنه في حال عدم المصالحة لا يستحق أكثر من ألف دينار و هي دية الحر المقتول فدل هذا على أن الدية بدل المحل .

الترجيح :

و الراجح القول بوجوب دية واحدة على الجميع لما ذكروه من أدلة : و أيضاً لأننا لما حكمنا بأن الجريمة التي تمالأ على إحداثها أكثر من شخص بأنها كالجريمة الواحدة لكنها اتخذت أدواراً متعددة ، فإن ذلك يقتضي أن تكون الدية واحدة ، لأن الجناة هنا في حكم الجاني الواحد بسبب تمالؤهم على قتل المجنى عليه .

---

(١) (٢) المغني ٣٦٣/٩

المبـــحث الرابـــــــع

إذا قلع الأعـــور عين صحيح

إتفق الفقهاء على أنه إذا فقأ الأعور عين الصحيح عمداً له القود و أما إذا عفا فقد اختلف الفقهاء إلى ثلاثة مذاهـــــــب :

المذهب الاول : أن المجنى عليه يخير بين أخذ دية كاملة من الجاني و بين القصاص منه و هو ما انفرد به المالكية . قال إبن رشد:(الصحيح يخير بين أن تفقأ عين الأعور أو يأخذ الدية كاملة).[1]

المذهب الثاني: ذهب الأحناف و الشافعية (٢) أنه يقتص من الجاني فيصير أعمى و إن عفا فلاشئ له سوى نصف الدية جاء في المهذب (ويجب في عين الأعور نصف الدية) وجاء في البدائع (قطع كل أثنين من البدن لهما كمال الدية في أحدهما نصف الدية من إحدى العينين)(٣) .

المذهب الثالث: ذهب الحنابلة أنه لا قصاص و يجب على الجاني دية كاملة للمجنى عليه لأن المجنى عليه ترك له بصره ، جاء في المغني:(لا قود و عليه دية كاملة)(٤) و عين الأعور بمنزلة عينين فمن فقأها في واحدة فكأنه إقتص من أثنين في واحدة ،(ومنها لواعتدى سليم العينين على أعور فأتلف عينه المبصرة).

يظهر أن المالكية دليلهم الإستحسان و هو العمل بأقوى الدليلين كما في قطع أنملة الإبهام فإن فيها نصف العشر و القياس ثلث العشر لكن جعل المالكية نصف العشر لأن المنفعة التي فيها تعدل نصف الأصبع فكذلك العين فيها نصف الدية كانت منفعة عين الأعور كالعينين فترك القياس لدليل آخـــر .

---

(١) بداية المجتهد ٢/٤٠٨ ، والإشـــراف ٢/١٩٠

(٢) مغني المحتاج ٤/٢٧ ، المهذب ٢/٢٠٠

(٣) بدائع الصنائع ٧/٣١٤

(٤) المغني ٩/٤٣٠

و إستدلو بإجماع الصحابة ، ويقول عمر بن عمر و قضى به عمر بن عبدالعزيز و لا مخالف لهم و لأن الدية تجب بذهاب المنفعة أو بذهاب العضو ووجدنا منفعة البصر تكمل لذي العين الواحدة أو تقارب الكمال له لأنه يدرك بها ما يدرك بها ذو العينين أو قريباً منه فإذا أتلفت عليه فقد أتلف جميع منفعة البصر فكان كذهاب العينين (١) و لأن عين الأعور بمنزلة العينين فمن فقأها في واحدة فكأنه إقتص من أثنين في واحدة (٢) .

و استدل الجمهور : القائلين بأن له نصف الدية بقوله تعالى(و العين بالعين)(٣) و جعل النبي صلى الله عليه وسلم في العينين الدية و بظاهر النص بأن في عين الأعور نصف الدية ، كما في عين الصحيح ، و إستدلوا كذلك بحديث عمرو بن حزم في قوله:(وفي العين نصف الدية)(٤) و سبب الخلاف معارضة العموم للقياس و معارضة القياس للقياس ، ولأن كل الدية عند قطع العضوين يقسم عليهما فيكون في احدهما النصف (٥) .

و استدل الحنابلة بقول عمرو عثمان رضي الله عنهما، ولم يكن لهما مخالف في عصرهما و لأنه لم يذهب بجميع بصره فلم يجز له الإقتصاص منه بجميع بصره كما لو كان ذا عينين . و أما إذا قطع يد الأقطع فلنا فيه منع و مع التسليم لفرق بينهما أن يد الاقطع لا تقوم مقام اليدين في النفع الحاصل بهما بخلاف عين الأعور فالنفع الحاصل بالعين حاصل بها (٦) .

الترجـــــح :

و الراجح في هذه المسألة أن المجنى عليه مخير بين القصاص و الدية كاملة من الجاني، لأنه من الأفضل له ترك عينه لأن منفعتها تعدل منفعة عين و دفع الدية أفيد و أفضل للجاني و المجنى عليه ففيها مصلحة للطرفين .

---

(١) الإشراف ١٩١/٢ ، المغني ٤٣١/٩

(٢) بداية المجتهد ٤٢٣/٢.

(٣) الآية ٤٥ من سورة المائدة

(٤) نيل الاوطار ٦٧/٧ و المحلى ٢٧٨/١٠

(٥) بدائع الصنائع ٣١٤/٧ ، المغني ٤٣١/٩

(٦) المغني ٤٣١/٩

المبحـــث الخامـــــس

دية السن السوداء التي لا نفع فيها

إذا أسقطـــت

لا خلاف بين جمهور الفقهـاء أن ديـة السـن أو الضـرس خمسـة مـن الإبـل أوخمسون ديناراً أو ما يعادل ذلك و لا يختلف باختلاف أنواع الأسنان (١) إلا أنهم إختلفوا في دية السن السوداء أو المريضـة إذا أسقطت من أثر الجناية إلـى أربعـة مذاهـــب :

المذهب الأول: و هو ما انفرد به المالكية :

بأن السن السوداء خلقة أو جناية إذا اسقطت وجب فيها خمـس مـن الإبـل ، جاء في الخرشي:(و في كل سن خمس و إن سوداء)(٢).

المذهب الثاني:للحنفية

الذين قالوا إن كل عضو لا نفع فيه إذا أتلـف لا يخلـو حالـه مـن أحد أمرين إما أن يكون فيه جمال أو لا يكون فيه جمال ، فإن كان فيه جمال وجب فيه الأرش الكامل و إن لم يكن فيه جمال ففيه حكومة عدل ، وعليه فالسن السوداء إذا أسقطت من مقدم الفم وجب فيها الأرش(٣) كاملاً خمسة من الإبل لأن اتلافهـا إتـلاف لجمالها و إن كانت في مؤخرة الفم وجب فيها حكومة عدل لأنه ليس فيهـا جمـال . قال بن عابدين :(و تجب حكومة عدل بإتلاف عضو ذهـب إن لم يكن فيـه جمـال كاليد الشلاء أو أرشه إن كان فيه جمـــال كالآذان الشاخصة) .

---

(١) الهداية ١٨١/٤ حاشية الدسوقـي ٢٤٧/٢ ، المهذب ١٠٥/٢ ، شرح منتهى الإرادات ٣١٥/٣

(٢) الكافي ١١١٦/٢ ، الخرشي ٤٢/٨ ، المنتقى للباجي ٩٣/٧

(٣) الأرش: دية الجراحات : واخذ قيمة ارش النفس مقدرا او غير مقدر

والسن السوداء شبيهة بالآذان الشاخصة فيكون الواجب فيها الأرش كامـــــــلاً إن كانت في مقدمـــــة الفـم (١) .

المذهب الثالث للشافعيـــة:

فصلوا و قالوا : إذا ثبتت السن سوداء أو ثغـرت كذلـك وكـانت ثابتـة لاتعض و كان صاحبها يعض بها ، و يمضغ بلا ألم و جنى عليها ففـيها أرش تام و كذلك إذا أسودت من غير مرض ، و إن كانت إسودت من مرض فجنـى عليهـا ففيها حكومة عدل (٢) قال النـــــووي (وحركة السن إن قلت فكالصحيحـة و إن بطلت المنفعة فحكومـة)(٣) .

المذهب الرابع: للحنابلة :

و فيه روايتان : الراجح أن الواجب فيها ثلث الدية في إسقاط السن السوداء جاء في المغني:(٤) و قال : (عن أحمد رحمه الله في السن السوداء ثلث ديتها)(٥).

أدلـــة المالكيـــة :

استدل المالكية بالسنة و الآثار :أما السنة أولا: بقول النبي صلى اللـه عليـه وسلم (وفي السن خمس من الإبل)(٦) .

---

(١) الدر المختار ٥٧٩/٦

(٢) الأم ١١٢/٦ و مغني المحتاج ٦٤/٤

(٣) مغني المحتاج ٦٤/٤

(٤) شرح منتهى الإرادات ٣١٧/٣ غاية المنتهى ٢٩٦/٣

(٥) المغني ٦٣٧/٩

(٦) نيل الأوطار ٦٦/٧ ، سبل السلام ٢٤٥/٣ في سنن بن حيان ، الإشراف ١٩٠/٢
و أخرجه أبوداود في المراسيل و صححه أحمد و الحاكم و إبن حيان و البيهقي و صححه احمد و الحاكم نيل الأوطار ٧/ ٦٥

ثانياً: مـــارواه إبـن أبـي الجـارود (الأصـابع سـواء و الأسـنان سـواء الثنـــية والضرس سواء هذه وهذه سواء) (١) .

وجه الدلالة في هذين الحديثين أن الرسول صلى الله عليه و سلم أوجب خمساً مـن الإبـل مـن غير تفصيـل بيـن سـن و سـن و لا نـوع مـن أنواعهـا فهـي نصوص في وجوب الدية و هو خمس من الإبل في أي نوع مـــن أنـواع الأسـنان و الاسم يعم الجميع (٢) .

ثالثاً: بالآثـار : فقد روى البيهقـي أن عمـر بـن الخطـاب رضـي اللـه عنـه أمـــر بالعقول و في السن إذا اسودت عقلها كاملاً و إذا طرحـت بعـد ذلـك ففـــي عقلهـا مرة أخرى)(٣) .

وجه الدلالة يفهم منه أن الدية تجب في السن إذا قلعت بعد الاسوداد يجـب فيها خمسة من الإبل كما لو كانت سليمة .

و ناقش هذا الأثر إبن حزم بأنه منقطع و يخالف الآثار التـي تـدل علـى أن دية السن السوداء ثلث دية السن السليمة فالأثر مخصوص بما صح عن عمر مـن آثار . و العقل يؤيد ذلك فإن كل دية وجبت في جملةكان مقسوماً علـى العـدد دون المنافع ثم إنها في المنافع سواء فلا يعتبر التفاوت فيهـا كمـا لا يعتـبر التفـاوت فـي الأصابع و الايدي و نحو ذلك (٤) .

---

(١) الدارية ٢٧٨/٢ نيل الأوطار ٦٥/٧ المحلى ٤١١/١٠ وصححه إبن الجارود و إبن خزيمه و أبوداود ص ٤٥ و إبن ماجة ٢٦٥٠ و قال رجال كلهم ثقات و صححعلى شرط البخاري .

(٢) بدائع الصنائع ٤٨١/٧ ، الإشـراف ١٩٠/٢

(٣) سنن البيهقي ٩١/٨ المحلى ٤١٧/١٠ ، الإشـراف ١٩٠/٢

(٤) المغني ٤٣٤/٩ ، المحلى ٤١٧/١٠

دليل القول الثانـــي:

و استدل الحنفية الذين قالوا إذا كان إتلافها لجمالها فيجب أرش فيهـا خمـس من الإبل إن كانت في مقدمة الفم بالقيـاس علـى الأذن إذا أتلفت بجـامع أن اتـلاف كل واحدة منها اتلاف للجمال الموجود فيها بخلاف مـا إذا كـانت فـي مؤخـرة الفم فيجب فيها حكومة عدل لأنها لا جمال فيـــها (١) .

دليل القول الثالث:

استدل الشافعية الذين فرقوا بين السن السـوداء المريضة التي لا نفـع فيـها و السن السوداء الصحيحة التي فيهـا نفـع بالقيـاس إذ أن السـن المريضـة لايصـح قياسها على السن السليمة التي قضى فيها النبي صلى الله عليه و سلم بخمـس مـن الإبل فلا يجب أن تكون ديتها تامة كدية السن الصحيحـــة (٢) .

دليل القول الرابـع:

إستدل الحنابلة الذين قالوا في دية السن السوداء ثلـث ديـة السـليمة بمـا أثـر عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في اليد الشلاء و العين القائمة العوراء و السن السوداء في كل واحدة منهن ثلث ديتها (٣) و روى عبدالرزاق عن ابن جريج عـن عبدالله بن عمر بن الخطاب أنـه قضـى فـي السـن السـوداء إذا إنكسـرت بثلـث ديتهـا (٤) و روى عبدالـرزاق أيضـاً عـن أبـي شـهاب عمـن أخـبره عـن عمـر بـن الخطاب في السن السوداء تطرح ثلث ديتها)(٥).

وجه الدلالة أن الآثار دلـت علـى أن الواجـب فـي السـن السـوداء ثلـث ديـة السن السليمة ، و قال إبن حزم و هذا هو الثابت عن عمـر لإتصـال سنده وجـودة روايته (٦) .

---

(١) بدائع الصنائع ٤٨١/٧

(٢) الأم ١١٢/٦

(٣) مصنف عبدالرزاق ٣٣٤/٩

(٤) مصنف عبدالرزاق ٣٥١/٩

(٥) المصدر السابق

(٦) المحلى ٤١٧/١٠ و المغني ٤٣٤/٩

الترجيـــــــح

و الراجح ما ذهب إليه الإمام أحمـد أن فـي السـن السـوداء ثلـث ديـة السـن السليمة للأثر الصحيح عن عمر رضي اللـه عنـه و قضائـه فيهـا بثلـث ديـة السـن السليمة و لم يفرق بين سن ينتفع بها صاحبها و سـن لا ينتفـع بهـا و لابيـن جميلـة وغير جميلة و لأن الحديث الذي استدل به المالكية على أن الواجب فيها دية كاملـة مخصص بما أثر عن عمر لأنه يستبعد أن يكون معناه العموم و يخالفـه عمـر مـن غير دليل.

المبحـــث الســـادس

دية كسر جزء من السن

قال الفقهاء إن السن الصحيحة إذا كسرت فيها خمس من الإبـل بـلا خـلاف أما إذا كسر جزء منها فقد إختلف الفقهاء إلى قو لين :

القول الأول : هو ما انفرد به المالكية : كسر جزء من السن يوجـب الديـة كاملـة أي خمسة من الإبل ، جاء في المنتقى (إن السن إذا كسرت من أصل السنحة (٢) أي الظاهر منه وجب في الكسور دية السن كاملاً أي خمسة من الإبل (٣).

القول الثاني: و هـو قـول جمهـور الفقهـاء (٤) مـن الشـافعية و الحنابلـة ، إلـى أن الواجب في المكسور حسابه من دية السن فإن كان خمس السن وجـب واحـد مـن الإبل . قال الشيرازي:(وإن كسر بعض السن طولاً أو عرضاً وجب عليه من ديـة السن بقدر ماكسر منها(٥) . و قال إبن قدامـة :(و إن كسر بعض الظاهر ففيه من دية السن بقدره ، فإن كـان ذهـب النصـف وجـب نصـف الأرش و إن كـان ذهـب الثلث وجب الثلث و إن جاء آخر فكسر بقيتها فعليه بقية الأرش(٦) .

دليل القول الآول

احتج المالكية بأن ما يجب في الكل يجـب فـي الجـزء إذا كـان ذلـك الجـزء يفوت بكسره ما يفوت بقلعه كالحشفة يجب في قطعها ما يجب في إستئصاله (٧).

---

(١) المنتقي ٩٤/٧ ، الإشـــراف ١٩٠/٢

(٢) السنحـــة: مثبت السن ، المصباح المنير ٣١١/١

(٣) المنتقى للباجي ٩٤/٧

(٤) المهذب ٢٠٥/٢ ، نهاية المحتاج ٣٢٨/٧ المغني ٦١٦/٩ لم أجد للحنفية رأي فيها .

(٥) المهذب ٢٠٦/٢

(٦) المغني ٦١٧/٩

(٧) الإشراف ١٩٠/٢

دليل القول الثاني :

اِستدل الجمهور أولاً بما أثر عن عمرفقد روى عن عمر أنه قال :(فإن كسر منها أي السن - إذ لم تسود فالحساب أو بحساب ذلك)(١). فالأثر يدل على أن كسر شئ من السن موجب لقسطه من دية السن ، فإذا كسر خمس السن أخذ واحد من الإبل وكل بحسابه .

ثانياً: استدلوا بالعقل بأنه إذا كسر جزؤها ليست كمن قلعت من أصلها فإن في كسرها من أصلها يحصل تفويت منفعتها و يزداد ألمها أكثر من ألم جزء منها فيجب أن يختلفا في الحكم فلا يعطى من كسرت سنه كاملة بقدرما يعطى لمن كسر جزء منها (٢) .

الراجـــــح

و الراجح قول الجمهور من الشافعية والحنابلة باعطاء الدية بقدر الجزء المكسور لقضاء عمر رضي الله عنه بذلك و العقل يؤيد ذلك .

أما قول المالكية فهو معارض بما أثر عن عمر حيث مضى الحكم بكسر جزء من السن يعطى من الدية بحسابه .

---

(١) مصنف عبدالرزاق ٣٤٨/٩ ـ ٣٥٠ و المحلى ٤١٦/١٠

(٢) المغني ٦١٧/٩ / فقه عمر ١٧٠/٢

المبحـــث السابـــع

دية ذكر الإنســـان

الذكر الفرج و هو آلة النكاح في الرجل (١) و يعد من الأعضاء المفردة في الإنسان فقد اختلف الفقهاء في الموضع الذي تجب بقطعه الدية إلى مذهبين :

المذهب الأول : و هو ما انفرد به المالكية (٢) بأن الدية تجب بإستئصال الحشفة فقط و ما زاد على ذلك ففيه حكومة عدل . جاء في المنتقى:(في قطع حشفة الذكر فإنه يجب بقطعها ما يجب باستئصاله).

المذهب الثاني: لجمهور الفقهاء(٣) من الحنفية و الشافعية و الحنابلة: إلى أن الدية الكاملة تجب باستئصال الذكر ، أو بقطع الحشفة منه جاء في فتح القدير:(وفي الذكر الدية)(٤) قال النووي (وحشفة كذكر)(٥) قال المرداوي:(فلو قطع الأنثيين و الذكر معاً أو الذكر ثم الأنثيين لزمه ديتان و لو قطع الأنثيين ثم قطع الذكر وجبت دية الأنثيين في الذكر روايتان)(٦) .

أدلة القول الأول :

استدل المالكية بالقياس بوجوب الدية كاملة في قطع الحشفة إذ أن قطع الذكر بأكمله يفوت منفعة اصلية و هي الدفق و التلذذ و الإيلاج .

---

(١) المصباح المنير ٢٢٤/١

(٢) الخرشي ٣٧/٨ ، بداية المجتهد ٤٢٣/٢ ، المنتقى ٩٤/٧

(٣) الهداية ١٧٩/٤ ، بدائع الصنائع ٤٨٢٢/١٠ ، منتهى الإرادات ٣١٤/٣ ، مغني المحتاج ٦٧/٤ تكملة فتح القدير ٢٧٩/١٠

(٤) فتح القدير ٢٧٩/١٠

(٥) مغني المحتاج ٦٧/٤

(٦) الإنصاف ٨٩/١٠ ـ ٩٠ و المغني ٦٣٩/٩

فإذا ما قطعت الحشفة عنه ذهبت كل تلك المنافع ، فكان قطع الحشفة من الذكر كإستئصاله تماماً (١) وفي إذهاب تلك المنافع تذهب منفعة الذكر ، فتجب الدية كاملة كما لو ذهب سمع الإنسان أو عقله بدون ذهاب الآلة .

أدلة القول الثاني:

استدل الجمهور القائلون بوجوب الدية باستئصال الذكر كاملاً بالآتي:

أولاً: بما روى أبوداود أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قضى:(في الذكر الدية)(٢).

ثانياً: و بما أثر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال:(وفي الذكر الدية)(٣)

وجه الدلالة أن الحديث و الأثر دلا على أن الواجب في إستئصال الذكر الدية الكاملة و مفهوم ذلك يدل على أنه لو قطع منه جزء كالحشفة وجب فيه بحسابه أي بعض الدية لأن لفظ الذكر يدل على العضو بأكمله .

و أجاب المالكية على الاستدلال بالحديث المرسل بأننا نقول بموجبه و لكن الحديث دل على وجوب الدية في الذكر إذا كانت فيه الحشفة و لكن إذا لم تكن فيه الحشفة بأن كان قضيباً فقط فلا يدل الحديث على وجوب الدية فيه قياساً على من أذهب بصر إنسان دون قلع العينين فإن فيه الدية ومن قلع عيني أعمى ففيه حكومة عدل (٤) لأن منفعة الإبصار ذهبت و لما كانت منفعة الذكر في الحشفة كانت الدية في قطعها لافي القضيب إذا كان مجرد اً عنها .

---

(١) بدائع الصنائع ٤٨٢٢/١٠ ، بداية المجتهد ٤٢٧/٢

(٢) تلخيص الخبير ٢٩/٤ و ابي داود مرسل .

(٣) مصنف إبن أبي شيبه ١٠٩/٢ ، المحلى ٤٤٩/١٠ ، الموطأ شرح الزرقاني ١٨٥/٤ وقال مرسل.

(٤) المحلى ٤٤٩/١٠

الترجيـــــح

مـن خلال الأدلـــة السابقـــة يترجح لي قـــول جمهور الفقهاء للآتـــــي :

أولاً: لقوة أدلتهم من الحديث المرسل و المرسل يحتـج بـه عنـد المالكيـة و لقـول عمر رضي الله عنه السابق .

ثانياً: لا قياس مع النص قياس المالكية يعارضه النص و هو أثر عمر .

ثالثاً: مفهوم الذكر يشمل العضو بأكمله و لا داعي إلى حملـه علـى الحشـفة فقـط أو حمله عليها مجاز يحتاج إلى دليل و لا دليل .

المبحـــث الثامـــن

إفضـــاء المـــرأة

إفضاء المرأة لغة جعل مسلكيها بالافتضاض مسلكاً واحداً(١) و قيل جعل سبيل الحيض و الغائط واحداً . و يسمى المرأ رفضى البكارة .

وكذلك قال الفقهاء بأن إفضاء المرأة رفع مابين مدخل ذكر الإنسان و الدبر بحيث يصير سبيل الغائط و الجماع واحداً إلا أن إبن قدامة استبعد أن يكون هو فرق مابين مدخل الذكر و الدبر و إنما المراد فرق ما بين مسلك بول و منـــي (٢).

وقد اختلف الفقهاء في الواجب من الدية في إفضاء المرأة إلى ثلاثة مذاهـــــب :

المذهب الأول : و هو ما انفرد به المالكية : جاء في بلغة السالك:(الواجب في الافضاء حكومة عـــــدل)(٣) .

المذهب الثاني للحنفية و الحنابلة: ايجاب الضمان بثلث الدية إن كانت تستطيع إمساك البول وإلا يضمن الدية كاملة (غير الزوج عند الأحناف و الزوج و غيره عند الحنابلة جاء في منتهى الإرادات (والدية إن لم يستمسك بول و إلا ثلثها) و جاء في البدائع و المرأة إذا أفضاها إنسان فصارت لا تستمسك البول أو الغائط فعليه دية كاملة)(٤).

المذهب الثالث للشافعية : أنه عليه الدية كاملة سواء استطاعت أن تمسك البول أم لا بآلة النكاح أم بغيرها . قال الشافعي (لو إفتضها إمراة أو رجل بعود بلا جماع كانت عليها ديتها)

---

(١) المصباح المنير ١٣١/٢

(٢) المغني ٦٥٣/٩

(٣) بلغة السالك ٣٧٣/٢ ، الإشـــراف ٢٢٢/٢

(٤) بدائع الصنائع ٣١١/٧ ، المغني ٤٧١/٨ ، منتهى الإرادات ٤٤٧/٢

(٥) الأم ٦٩/٦ كتاب الديات من الحاوي الكبير للإمام الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي (ت ٤٥٠هـ) رسالة دكتوراه تحقيق عبدالحليم صباح أحمـــد ص ٢٣٥ .

الأدلـــــــة

أدلة القول الأول :

إستدل المالكية الذين أوجبوا حكومة عدل بأنه لم يثبت عندهم حديث أو أثـر صحيح في ذلك يوجب أرشاً معلوماً ،فهو كسائر الجراحات فيه حكومة عدل (١)

دليل القول الثانـــي:

و استدل القائلون بثلث الدية بالآتـــــــي:

(١) بما أثر عن عمررضي الله عنـــــه أنه قضى في المرأة غلبت على نفسها فافتضت وذهبت عذرتها بثلث الدية)(٢) وفي رواية أخرى أن رجلاً إستكره إمرأة فأفضاها فضربه عمر بن الخطاب الحد و أغرمه ثلث الدية) (٣) وفي بعض الروايات أنه جعلها جائفة(٤) ، وجه الدلالة أن عمر رضي الله عنه قضىفيها بثلث الدية . و يظهر أنه أجنبي لأنه جاء في الرواية الثانية أنه ضربه الحد واعتبرها جائفة ، و الجائفة جراحة يجب فيها ثلث الدية حصلت من الزوج أو من غيره بآلة النكاح أو بغيرها لما يترتب عليها من ضرر. و قال إبن قدامة عندما ذكر الأثر عن عمر و لم يعرف له من الصحابة مخالفاً ، و لأن الإفضاء جراحة تخرق بين مسلكي الجماع و الغائط أو البول و المني فكان موجب ثلث الدية كالجائفة . و الأثر في التي تستمسك البول فلو لم تستمسك لأوجب الدية كاملة لذهاب جنس المنفعة كما لو ذهب من إنسان عقله أو جماعه فالواجب الدية لذهاب جنس المنفعة .(٥) و إحتجوا على أنه لا يجب على الزوج شئ من الإفضاء لأن الزوج مأذون له .

---

(١) الإشـــراف ٢٢٢/٢

(٢) مصنف عبدالرزاق ٣٧٧/٩ تلخيص الحبير ٣٦/٤ المحلى ٤٥٥/١٠

(٣) مصنف عبدالرزاق ٣٧٨/٩ فقه عمر ٢١٥/٣

(٤) فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه موازنة بفقه أشهر المجتهدين في الجنايات و الحدود و ملابساتها للدكتور رويعي بن راجح الرحيلي ط دار الغرب الإسلامي ، بيروت ٢١٥/٣ .

(٥) المغني ٦٥٢/٩

و نوقش هذا بأن وطء شرعاً فما تولد عن ذلك لا يكون مضموناً كالبكارة (١) و بأن البكارة مأذون في إزالتها شرعاً و عرفاً أما الإفضاء فليس بمأذون فيه لا شرعاً و لا عرفاً فهو قياس مع الفارق . فالزوج مأذون له بالوطء لا بالإفضاء فإذا أفضى فهو متعدٍ يضمن (٢) .

دليل القول الثالث :

استدل الشافعية في وجوب الدية الكاملة في الإفضاء بما ورد عن عمر بن عبدالعزيز الذي أوجب الدية الكاملة (٣) و عمر من أعدل الحكام فينبغي متابعته في ذلك و لأن الإفضاء جناية أتلفت المنفعة فيجب بها الدية الكاملة كما تجب بقطع إسكتيها ، و لأن الإفضاء يمنع من اللذة و لا تستمسك الودي و لا البول إلى الخلاء و مصيبتها أعظم من الشفرين فيجب فيها الدية كاملة ، فالإفضاء من باب أولى ، لأن الأعضاء الباطنة في الجسد أخوف على النفوس من الأعضاء الظاهرة فكانت بكمال الدية أحق و في الإفضاء يقطع التناسل لأن النطفة لا تستقر في محل العلوق لإمتزاجها بالبول فجرى مجرى الذكر و الأنثيين وفي ذلك كمال الدية (٤) .

أما الإستشهاد بالجائفة فغير صحيح لأن دية الجائفة الثلث لإندمالها و لو لم تندمل لأفضت إلى النفس فكمل فيها الدية و الإفضاء غير مندمل فكملت فيه الدية و لو إندمل لما كملت فيه الدية ما لو وجب فيه حكومة فافترقا (٥) .

الترجيح

أرجح قول القائلين بوجوب ثلث الدية على الإفضاء و ذلك لقضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه و قول الصحابى يقدم على قول التابعي و تابعي التابعين و لاسيما قول عمر.

---

(١) البكارة عذراء المرأة المصباح المنير ٦٦/١ ، المغني ٦٥٣/٩

(٢) المغني ٦٥٣/٩

(٣) المهذب ٦٥٣/٩

(٤) المغني ٦٥٣/٩

(٥) المهذب ٢٠٩/٢

المبحـــث التاســـــع

حرمان القاتل من الميـــراث

الحرمـان مـن المـيراث عقوبـة تبعيـة تصيـب القـاتل تبعـاً للحكـم عليـه ، ولاخلاف بين جمهور الفقهاء في أن القاتل عمداً لا يرث مطلقاً (١) و إنما الخلاف فـي إرث القاتل خطأ وفيه ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول: و هو مـا إنفـرد بـه المالكيـة بـأن القـاتل خطـأ يـرث مـن المـال ولايرث من الدية شيئاً ، قال الدردير:(فقتله المورث فإنه يرث من المال و لا مـن الدية)(٢) .

المذهب الثـاني: ذهـب الحنفيـة و الشـافعية و الحنابلـة : المنـع مطلقـاً فـي إرث المال أو الدية قال في المهذب :(حرمان القاتل من ميراث مقتوله مطلقاً).وقال إبن قـدامة :(لأنه قاتـل فبطلت كالميراث). و قـال الكاسـاني :(أمـا وجـوب الكفـارة وحرمان الميراث و الوصية فلوجود القتـل مباشـرةً)(٣) .

دليل المذهب الأول : استدل المالكية بالسنة :

أولاً من السنـــــة : أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال يوم فتح مكة فقال: فـي حديث طويل (وإن قتل صاحبه خطأ ورث من ماله و لم يرث من ديته)(٤).

وجه الدلالة أن الحديث نص على أنه يرث من المال و لا يرث مـن الديـة .و نوقش هذا الحديث بأنه ضعيف ورد بأنه عقد بإتفاق أهل المدينة (٥) .

---

(١) الإجماع لإبن المنذر ص ٨٥ ، و المغني ١٧١/٧

(٢) الشرح الصغير ٧١٣/٤ ، و الكبير ٤٨٦/٤ ، الدسوقي ١٨٦/٤ ، بلغة السالك ٥١٣/٢

(٣) المهذب ٢٢٤/٢ ، مغني المحتاج ٢٥/٣ ، المقنع ص ٧٠ ، تبيين الحقائق ١٨٣/٦ بدائع الصنائع ٢٧١/٧ ، البداية ٢٣٢/٤

(٤) سنن البيهقي ٢٢٩/٦ ، الموطأ شرح الزرقاني ١٦٧/٥ رواه الدارقطني ٦٥/٤

(٥) الزرقاني ١٦٧/٥

ثانياً: بما روي عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال:(لايرث قاتل من دية من قتل)(١) دل هذا الحديث نصاً على أنه لا يرث من الدية و دل بمفهومه على أنه يرث من المال و لعدم إتهامه مع ثبوت الخطأ دون الدية لأنها بسببه(٢) ونوقش بأنه مرسل وردت المناقشة بأن المرسل يحتج به لاسيما مراسيل سعيد بن المسيب و يقول الرسول صلى الله عليه وسلم (رفع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما أستكرهوا عليه)(٣) . فالحديث يرفع الحرج و العقوبة عن الخطأ و المنع من الميراث في قتل الخطأ عقوبة فينبغي أن لا تقع عليه بنص الحديث .

دليل القول الثاني :

استدل جمهور الفقهاء القائلين بحرمان القاتل من الميراث مطلقاً بالقرآن و السنة .

أما القرآن فاستدلوا بقوله تعالى:(وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة و دية مسلمة إلى أهله)(٤) .

وجه الدلالة واضح أن على القاتل خطأ أن يسلم الدية إلى أهل المقتول و لو كان يرثها لم يطالب بتسليمها و الآية عامة و لا مخصص لها.

ومن السنة : فقد قال إبن عباس رضي الله عنه:(لا يرث القاتل شيئاً)(٥) و قتل رجل أخاه فسئل عن ذلك إبن عباس فلم يورثه و قال:(لا يرث القاتل شيئاً)(٦) هكذا بصفة العموم لأن لفظة (قاتل) نكرة وردت في سياق النفي فتعم كل قاتل سواء كان والد أم ولد أم أخاً .

---

(١) أخرجه أبوداود ٦٥٩/١ في المراسيل .

(٢) المنتقى ١٠٨/٧ ، الفواكه الدواني ٢٧١/٢

(٣) سنن إبن ماجة ٦٥٩/١ ووجه الحديث

(٤) الآية ٩٢ من سورة النساء .

(٥) مصنف عبدالرزاق ٤٠٤/٩ و إبن أبي سعيد ٢٨٦/٢ و سنن الدارمي ٣٨٥/٢ رواه الدارقطني ٦٥/٤ و قال ضعيف تلخيص الحبير ٨٥/٣

(٦) إبن أبي سعيد ٢٨٦/٢

و سـواء أكان له وارث غيره أم لم يكن ، قال إبن عباس رضي الله عنه من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه و إن لم يكن له وارث غيره و إن كان والده أو ولده، قضى رسول الله صلى الله عليه و سلم (أنه ليس لقاتل ميراث)(١) .

وجه الدلالة أن القاتل لا يرث شيئاً سواء كان القتل عمداً أو خطأ من دية أو مال .

و نوقش بأن الحديث أعله النسائي و أجيب بأنه قواه إبن عبدالبر .واستدلوا كذلك بقضاء عمر رضي الله عنه في قصة المدلجي و ألزم الأب الدية و لم يعطه منها شيئاً و قال:(ليس لقاتل شئ)(٢) ونوقش بأنه لا يرث الدية ولكن يرث المال .

و عن القاسم بن سليمان قال: سألت أبا عبدالله عن رجل قتل أمه أيرثها ؟ قال :سمعت أبي يقول أيما رجل ذي رحم قتل قريبه لم يرثه ، و عن أبي عبدالله قال: لا يرث الرجل أباه إذا قتله و إن كان خطأ و روى عنه أن القاتل لا يرث ولم يفرق بين عمد وخطأ(٣) .

ومن المعقول :

أن الوارث لو ورث من مقتوله لم يؤمن أن يستعجل الارث بالقتل ومن يستعجل الشئ قبل أوانه عوقب بحرمانه فاقتضت المصلحة حرمانه (٤) .

---

(١) كنز العمال ٧٥/١١ ، النسائي ، و إبن ماجة و البيهقي و قال مرفوعاً في قصته و هو متقطع ، تلخيص الحبير ٨٤/٣

(٢) الدارقطني ٩٦/٤ ، قال الزيلعي ضعفه إبن القطان و عند البخاري ضعفه في الموطأ ٦٢٥ ، أقضية رسول الله صلى الله عليه وسلمللقرطبي ص ١١٤.

(٣) الفروع من الكافي ١٤٠/٧ ، تلخيص الحبير ٨٤/٣

(٤) مغني المحتاج ٢٥/٣ ، حاشية الشرقاوي على التحرير ١٨٠/٢ ، مفتاح الكرامة ٤١/٨

الترجـــــيح

أولا: الراجح قول المالكية بأن يرث القاتل من الميراث المال دون الدية ،لأن حديث الجمهور عام و أحاديث المالكية خاصة فيجب حمـــل العام على الخاص .

فحديث المالكية ثابت و لـم يذكر سبب لضعفه و الحديث الثاني المرسل يحتج به حتى عند الشافعية و لا سيما مراسيل سعيد بن المسيب .

ثانياً: أما اتهامه باستعجال موته فالتهمة غير محققة في القاتل خطأ و القاتل الخطأ لا يتصـور منه إستعجال الميراث فكيف يعاقب بحرمانه.

ثالثاً: أن رأي المالكية جمع بين الأدلة و هو أولى من العمل ببعضها و ترك البعض و قد قال العلماء إذا أمكن الجمع وجب المصير إليه .

المبـــحـــث العاشـــــر

تجب الكفارة بقتل الكافر الذمي
أو المستأمـــــن

إختلف الفقهاء في وجوب الكفارة بقتل الكافر الذمي أو المستأمن إلى قولـين :

الأول: قالوا لاكفارة في غير المؤمن ، قال المالكية لا تجب الكفارة في قتل الذمي و هو ما انفرد به المالكية (١).

الثاني: لجمهور الفقهاء : تجب عليه الكفارة بقتل الكافر المضمون ، قال الشافعي :(وهكذا كل من قتله و هو يعلمه مسلماً منهم أو أسيراً مستأمناً ، فعليه في العمد القود و في الخطأ الكفارة و على عامله الدية) جاء في زاد المستقنع:(من قتل نفساً محرمة خطأ مباشرة أو تسبباً فعليه الكفارة) و جاء في البدائع (و أما كونه مسلماً فليس شرطاً فيجب سواء كان مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً) (٢).

أدلة المالكيـــــة:

استدل المالكية بقوله تعالى:(و من قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبةٍ مؤمنة)(٣) فمفهومه أن لا كفارة في غير المؤمن و لامساواة بين الطرفين مطلقاً لأنه مهدرالدم في الجملة بسبب كفره (٤)

أدلة الجمهـور :

و استدل الجمهور بقوله تعالى:(وإن كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله و تحرير رقبة مؤمنة)(٥) .

و جه الدلالة قال صاحب المغني الذمي له ميثاق و هذا منطوق يقدم على دليل الخطاب . ولأنه آدمي مقتول ظلماً فوجبت الكفارة بقتله(٦) كالمسلم .

الترجيـــح:

و الراجح قول الجمهور لأن المسلمين ملتزمون بالمواثيق و العهود سواء كان عهد ذمة أو أمان و الشريعة تدعو للمحافظة على النفس البشرية .

---

(١) الشرح الصغير ٤٠٥/٤ الإشراف ٢٠٢/٢

(٢) الأم ٣٥/٦ البدائع ٢٥٥/٧ ، الدر المختار ٢٧٧/٥ ، المغني ٣٨/١٠ زاد المستقنع ص ٨٠

(٣) الآية ٩٢ من سورة النساء

(٤) الإشراف ٢٠٢/٢ (٥) الآية ٩٢ من سورة النساء

(٦) المغني ٥٥٨/٩

المبحـــث الحادي عشـــر

حكم الكفارة في قتـــل الجنين

اختلف الفقهاء في وجوب الكفارة في الجناية على الجنين إلـــى ثلاثـة مذاهـــــب :

أولا: انفرد المالكية بعدم وجوب الكفارة على الجاني و إنما يندب له أن يكفـر قال ابن رشد :(إستحسن فيه الكفارة و لم يوجبها) ، وقال القاضي:(لاكفارة في الجنين إذا سقط ميتاً) .(١)

ثانياً: ذهب الحنفية إلى وجوب الكفارة على الجاني إذا إنفصل الجنين حياً ثم مات بسبب الجناية و عدم وجوبها إذا إنفصل ميتـاً، قال إبن عابدين :(تجـــب الكـــفارة) (٢) .

ثالثاً: ذهب الشافعية و الحنابلة إلى وجوب الكفارة علىالجاني ، إذا أدت جنايته إلى سقوط الجنين (٣) حياً أو ميتاً جاء في مغني المحتاج :(تجب بالقتل) و جاء في المغني :(فعليه الكفارة) (٤) .

الأدلـــــة

دليل المذهب الأول :

أما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده في العمد و تجب في الخطأ ، وكان متردداً عنده بين العمد والخطأ لذلك إستحسن الكفارة و لم يوجبها ، و قال القاضي عبدالوهاب :لأنا لا نعلم أنه كان حياً بدليل أنه لا يحكم له بحكم الحي مادام حملاً و لو علمنا أنه كان حياً لأوجبنا فيه الدية كاملة كما يوضحها إذا إستهل صـــارخاً بعـــد طرحه ثم مات ، و لأن الإرث الواجب فيه مقدر تقدير أرش الاحياء فلم تجب الكفارة فيه كالعضو .(٤)

---

(١) بداية المجتهد ٤١٦/٢ ، الإشـراف ١٩٨/٢

(٢) حاشية بن عابدين ٥٨١/٥

(٣) أسنى الطالب ٩١/٤ ، نهاية المحتاج ٢٦٣/٧ ، الإقناع ٢٩٠/٤

(٤) المغني ٥٥٧/٩ (٥) بداية المجتهد ٤١٧/٢ ، الإشراف ١٩٨/٢

دليل المذهـــب الثاني :

استدل من أوجب الكفارة بقوله تعالى:(ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبـــة مؤمنة) و قوله تعالى:(فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة)(١) فهي نفس مضمونة بالـــدية و ترك ذكر الكفارة لا يمنع وجوبها و لأنه أتلف آدمياً و الكفارة واجبة في العمد و الخطأ (٢) .

الراجـــــح :

و الراجـــح وجوب الكفارة لقوة أدلة القائلين بها و تجب لمحو الذنب .

---

(١) الآية ٩٢ من سورة النساء

(٢) المغني ٥٥٧/٩

الباب الثاني
مفردات المذهب المالكي
في الحدود والتعازير

تمهيـــــــد

بعد أن انتهينا من الباب الأول ، نشرع في الباب الثاني و هو مفردات المذهب المالكي في الحدود و التعازير .

بعد أن نبين معنى الحد لغة و اصطلاحاً ، ثم نبين المسائل التي انفرد بها الفقه المالكي في الحدود و التعازير .

تعريف الحـــد:

الحد لغة المنع ، والحاجز بين الشيئين و سمي السجان حداداً لأنه يمنع المسجونين من الخروج ، وسميت العقوبات حدوداً لأنها تمنع ارتكاب الجرائم .

وشرعاً : عقوبة مقدره شرعاً حقاً لله تعالى و لا خلاف بين الفقهاء في أن العقوبات المقدورة سميت حدوداً لعلة المنع[1]

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢١٩

لسان العرب ١١٥/٤ ، المصباح المنير ١٩٤/١ ، القاموس المحيط ٢٨٦/١ ، الصحاح للجوهري ٤٥١/١٧ ، تاج العروس شرح القاموس للزبيدي ٣١/٣

فتح الباري شرح صحيح البخاري لإبن حجر ٥٨/١٢ ، والمطلع على أبواب المقنع لأبي الفتح البعلي الحنبلي ص ٣٧٠ ط المكتب الإسلامي بدمشـــق .

ولقد ورد لفظ الحد في القرآن و السنة .

القرآن ورد في قوله تعالى:(تلك حدود الله فلا تقربوها)(١) وفي قوله تعالى:(تلك حدود الله فلا تعتدوها)(٢) و قال تعالى أيضاً:(و من يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه) (٣) .

و لقد ورد ت في السنة في أحاديث كثيرة منها: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم(إقامة حد من حدود الله خير من مطر أربعين ليلة في بلاد الله عزوجل)(٤) وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:(تعافوا الحدود بينكم فما بلغني من حد فقد وجب) (٥) وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأسامة بن زيد في شأن المخزومية التي سرقت:(أتشفع في حد من حدود الله) (٦) .

ولقد أكد الشرع على أهمية الحدود المقررة شرعاً ، فلا يجوز فيها الإسقاط و لا العفو و لا الزيادة و لا النقصان بعد الشروط التي أقرها الإسلام في كل حد من هذه لحدود التي لم يتركها الشرع للحاكم لتقديرها لحماية المصلحة العامة دفعاً للفساد و تحقيقاً لمصالح العباد، و استتباباً للأمن و الإستقرار في البلاد .

ويرى الفقهاء أن الحدود هي :(الزنا ـ القذف ـ السرقة ـ الحرابة ـ شرب المسكرات ـ البغي ـ الردة) (٧) تارة يراد بها جنس العقوبة و إن لم تكن مقدرة كالتعازير . كقوله صلى الله عليه وسلم :(لايضرب فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله)(٨) .

---

(١) الآية ١٨٧ من سورة البقرة

(٢) الآية ٢٢٩ من سورة البقرة

(٣) الآية ١ من سورة الطلاق

(٤) سنن بن ماجة ٨٤٨/٢ والنسائي والطبراني مرفوعاً وخرجه الزوزني باسناده جرير صنفاً منكر الدنيا بيد الاوطار ١٤٠/٧

(٥) سنن أبي داود ١٣٣/٤ ، و النسائي ٧٠/٨ ، وا لمستدرك ٣٨٣/٤ و صححه الحاكم ووافقه الذهبي في تلخيص الحبير ١١٧/٣

(٦) صحيح البخاري ١٩٩/٨ ، و صحيح مسلم ١٣٣٥/٣

(٧) بدائع الصنائع ٣٣/٧ ، الذخيرة مخطوط من كتاب الجنايات للقرافي بمكتب مركز البحث العلمي بمكة المكرمة ١٨/٦ ، الأحكام السلطانية ٢٤٤/٤ / الإقناع ٢٤٤/٤

(٨) صحيح البخاري مع شرح فتح الباري ١٧٥/١٢

لذلك نتناول في هذا الباب مفردات المذهب المالكي في الحدود و التعازير تحت ثمانية فصول .

الفصل الأول: حـــد الـــزنا

الفصل الثاني: حـــد القـذف

الفصل الثالث: حـــد الســرقة

الفصل الرابع: حـــد الحـرابة

الفصل الخامس: حـــد شرب المسكرات

الفصل السادس: حـــد البـغي

الفصل السابع: حـــد الردة

الفصل الثامن: التعـــازير

الفصل الأول

مفردات المذهب المالكى
فى جريمة الزنا

تعريف الزنـــا

الزنا لغة : الضيق و الفجـــور و المرأة تزانـي أي تبـاغي(١) فهـــو وطء المـــــرأة من غير عقد (٢).

و الزنا شرعاً: تغيب حشفة آدمي في فرج آدمي آخر بـلا شـبهة (٣) ولقد حرم الإسلام الزنا بالقرآن و السنة و إجماع العلماء حيث قال تعالى (و لاتقربوا الزنا إنه كان فاحشـــةً و ساء سبيلا)(٤) و قال الرسول صلى الله عليه وسلم فيمـا رواه عبدالله بن مسعود رضي الله عنه قال:(سألت الرسول صلى الله عليه وسلم أي الذنب أعظم ؟ قال:أن تجعل لله نـــداً و هو خلقك قـال: قلـت ثـم أي ؟ قـال: أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك ، قال : قلت ثـــم أي ؟ قال: أن تزنـي بحليلـة جارك (٥) و لقد أجمعت الأمة على تحريم الزنا (٦) .

و نتناول مفردات المذهب المالكي في حد الزنا في ستة مباحـث .

المبحث الأول : إقامـــــة حد الزنا بالحمل

المبحث الثاني: إعتبار المرأة زانية إن مكنت مجنوناً دون الصغير

المبحث الثالث: حد الذمي إذا زنى بذميـــة

المبحث الرابع: الحد على الواطي المحرمة نسباً بعد العقد عليها إن علم .

المبحث الخامس: قتل من وجد يزني بإمرأته .

المبحث السادس: عقوبة التغريب للأنثـــــى

---

(١) لسان العرب ٣٦٠/١٤

(٢) تهذيب الصحاح ٩٨٥ ، ومفردات غريب القرآن للراغب الأصفهاني ص ٢١٥

(٣) بدائع الصنائع ٣٣/٧ ، الخرشي ٧٥/٨ ، المهذب ٥٨٣/٢

(٤) الآيـة ٣٢ من سـورة الإسـراء

(٥) صحيح البخاري ٢٠٤/٨ ، وصحيح مسلم ٩٠/١

(٦) الإجمـاع ص ١١٢ ، المغني ١٠/١٩١

المبحث الأول

إقامة حد الزنى بالحمل

إن ظهور الحمل في امرأة غير متزوجة و لا معتدة أو متزوجة ممن لايتصور منه الإحبال كالصغير أو متزوجة ولدت قبل مرور سته أشهر من الزواج و لم تثبت أنها وطئت بشبهة أو إكراه .قد إختلف الفقهاء في وجوب الحد على قولين .

القول الأول: وهو ما انفرد به المالكية بأن الحمل قرينة على الزنا يوجب الحد (١) قال خليل : في الحد بالبينة والإقرار و بحمل في غير متزوجة .

القول الثاني: للجمهور أنه لا يعد قرينة على الزنا و لا حد عليها ، و هذا مذهب الحنفية و الشافعية و المعتمد عند الحنابلة : قال السرخسي :(حد الزنا لا يجب إلا ببينة أو إقرار) و قال الشربيني :(ولا تحد خلية حبلى لم تقر بالزنا أوولدت و لم تقر به) وجاء في المقنع:(و إن حبلت إمرأة لا زوج لها و لها سيد لم تحد بذلك)(٢) .

أدلة المالكية :

إستدل المالكية أولا بالسنة و هو حديث بصرة رضي الله عنه (٣) قال:(تزوجت إمرأة بكراً في سترها فدخلت عليها فإذا هي حبلى فقال النبي صلى الله عليه وسلم لها الصداق بما استحللت من فرجها و الولد عبد لك ، فإذا ولدت فأجلدها أو قال (فحدوها) (٤) وجه الإستدلال أنه صلى الله عليه وسلم أمره بجلدها بمجرد الحمل من غير اعتبار بينة و لا إقرار(٥).

و نوقش هذا الحديث بأنه إنفرد به أبو داود عن بقية كتب السنة .

---

(١) جواهر الإكليل ٢٨٥/٢ ، بداية المجتهد ٤٣١/٢ ، الموطأ ١٧٠/٢

(٢) المغني ١٩٢/١٠ ، المقنع ٤٦٧/٣٠ ، مغني المحتاج ١٩٢/٤ و المبسوط ٤٤/٩

(٣) بصرة بن أكثم الأنصاري (الإستيعاب ١٧٦/١ ، الإصابة في تمييز الصحابة ٥٥/١ تهذيب التهذيب ٤٧٢/٩.

(٤) تهذيب السن مع المنذري ٦٠/٣ ، زاد المعاد ٤/٤٠ أبوداود ٦٢/٣ رواه أبوداود موصولاً و رواه مرسلاً وهو صحيح.

(٥) الطرق الحكمية ص ٤

ورواه موصولاً عن حديث سعيد بن المسيب عن بصرة رضي الله عنه ورواه مرسلاً عن إبن المسيب وبصرة مختلف في صحبته واسمه و الأكثر أنه صحابي ثانية رواه إبن جريج (١) عن صفوان بن سليم (٢) عن سعيد بن المسيب عن رجل من الأنصار و أن جريجاً لم يسمعه من صفوان و إنما رواه عن إبراهيم بن محمد بن يحي الأسلمي (٣) و إبن معين و إبن المبارك (٤) و أبو حاتم (٥) و أبوزرعة و غيرهم و سئل عنه مالك : أكان ثقة فقال: لا ولا في دينه فالحديث مرسل و رواه مدلس و إبن أبي يحي متروك و قيل منسوخ (٦) .

(أ) الآثار إستدلوا بما أثر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال:(الرجم واجب على كل من زنا من الرجال و النساء إذا كان محصناً إذا قامت بينة أو كان الحبل أو الإعتراف)(٧) .

(ب) و أثر أيضاً عن علي رضي الله عنه أنه قال :(أيها الناس إن الزنا زنيان زنا السر و زنا العلانية فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهودأول من يرمي وزنا العلانية أن يظهر الحمل أو يكون الإعتراف) (٨) .

وجه الدلالة في هذه الآثار الحكم بالحد للحبل الظاهر كالبينة والإعتراف .

ثالثاً: الإجماع: وقد حكم رضي الله عنهما و الصحابة برجم المحصنة التي ظهر بها حمل(٩) فلم يظهر لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعاً (١٠) .عمر وعلي رضي الله عنهما

---

(١) هو عبدالملك بن عبدالعزيز بن جريج الأموي مولاهم ثقة فقيه لكنه مدلس مات سنة ٢٥٠هـ التقريب ٥٢٠/١

(٢) صفوان بن سليم المدني الزهري مولاهم ثقة عابد مات سنة ٢٣٢هـ التقريب ٣٦٨/١

(٣) إبراهيم بن محمد بن أبي يحي الأسلمي شيخ الشافعي حسن الرأي لكنه متروك التقريب ٤٢/١

(٤) إبن معين يحي بن معين القطفا ني مولاهم مات سنة ٢٣٢ هـ بالمدينة (التقريب ٣٥٨/٢)

(٥) الإمام الزاهد الفقيه العابد عبدالله بن المبارك الحنطل مولاهم (ت ١٨١هـ) التقريب ٤٤٥/١

(٦) معالم السنن للخطابي مع تهذ يب السنن لإبن القيم ٦٢/٣

(٧) بلوغ المرام ص ٣٠٥ ، تهذ يب السنن ٦٢/٣ البخاري و مسلم في خطبة لعمر رضي الله عنه و المغني ١٩٢/١٠

(٨) فتح الباري ١٢٤/١٢ مسلم النووي ١٢٠/١١

(٩) الطرق الحكمية ٤ ، المغني ١٩٢/١٠

(١٠) المغني ١٩٣/١٠

رابعاً: القياس الأولى يقول إبن القيم رحمه الله :(و لأن وجود الحمل أمارة ظاهرة على الزنى أظهر من دلالة البينة وما يتطرق إلى دلالة الحمل يتطرق مثله إلى دلالة البينة و أكثر) أي يكون الحمل بالحبل أولى من الحكم بالبينة و هو قياس مستوفي لأركانه و شرائطه من مقيس عليه و علة و حكم) (١) .

دليل القول الثاني:

إستدل الجمهور القائلون بأن حد الزنا لا يجب إلا ببينة أو إقرار فقط بالآتي:

أولاً: بالآثار:

(أ) لقول ابن مسعود إدرؤا الحدود بالشبهات) لأنه يحتمل وطء إكراه و لا حد عليها أو في نومها و هي ثقيلة النوم ، أو أدخلت ماء الرجل في فرجها ، إمابفعلها أو بفعل غيرها ، و لما كانت الحدود تدرأ بالشبهات و الشبهة هنا واردة فلزم الدرء .(٢)

(ب) و بما روى عبدالرزاق أن علياً أتى بإمرأة من همدان و هي حبلى يقال لها شراحة قد زنت فقال لها علي رضي الله عنه:لعل الرجل إستكرهك : قالت:لا قال:فلعل الرجل قد وقع عليك و أنت راقدة ؟ قالت لا : قال فلعل لك زوجاً من عدونا هؤلاء و أنت تكتميه ، قالت لا فحبسها حتى إذا وضعت جلدها يوم الخميس مائة جلدة و رجمها يوم الجمعة فأمر فحفر لها حفرة بالسوق فدار الناس أو قال بها: فضربهم بالدرة ، ثم قال ليس هكذا الرجم إنكم إن تفعلوا هذا يقتل بعضكم بعضاً و لكن صفوا كصفوفكم للصلاة ثم قال: يأيها الناس إن أول الناس يرجم الزاني الإمام إذا كان الإعتراف و إذا شهد أربعة شهود على الزنى .(٣)

---

(١) تهذيب سنن أبي داود ٦٣/٣ ، الطرق الحكمية ٤ (٢) المغني ١٩٤/١٠

(٣) مصنف عبدالرزاق ٣٢٦/٧ والحدث رواه البيهقي في السنن ٢٢٠/٨ و أحمد و أصله مختصر تلخيص الحبير ٥٣/٤ و الحاكم في المستدرك ٣٦٤/٤ و النسائي و صحيح البخاري في الفتح ١١٧/١٢ و الحديث طويل صحيح الاسناد كما قرره الحافظ بن حجر فتح الباري ١١٩/١٢ وتلخيص الحبير ٥٣/٤

إن أول الناس يرجم الشهود بشهادتهم عليه ثم الإمـام ثـم النـاس ثـم رماهـا بحجـر وكبر ثم أمر الصف الأول فقال ثم قال:إنصرفوا وكذلك صفاً صفاً حتى قتلوها)(١)

و نوقش هذا الأثـر فـي غير محـل الـنزاع : قـال شراحـة إعـترفت بالزنـا وهي حبلى و نفت عنها موارد الشبهة فرجمها علي رضي الله عنه بـالإعتراف ا لا بالحبل (٢) .

(ج) وقصة المرأة المتعبدة: روى عبدالرزاق :(أنه بلغ عمر رضي الله عنه أن إمرأة متعبدة حملت فقال عمر: أراها قامت من الليل تصلي فخشعت فسجدت فأتاها غاوٍ من الغواة فتجشمها فأتته فحدثته بذلك سواء فخلى سبيلها (٣) .

وجه الدلالة في الأثرين الحبل شبه يدرأ الحـــد.

(د) و روي أيضاً :(أن أبا موسى كتب إلـــى عمر رضي الله عنه في إمـرأة أتاها رجل و هي نائمة فقالت إن رجل أتاني و أنا نائمـة فـو اللـه مـا علمـت حتـى قذف في مثل شهاب النار . فكتب عمر تهامية تنومت : قد يكون مثل هـذا و أمـر أن يدرأ عنها الحدلأنها شبهة تدرأ الحد كالنوم و لا خلاف في درء الحد بالشـبهات و إقامــة الحد في حالة عدم وجود الشبهة .

ثانياً: بالمعقول : و قالوا إن المرأة تحمل من غير وطء بأن يدخل ماء الرجل فـي فرجهـا إمـا بفعلهـا أو فعـل غيرهـا و لهـذا تصـور حمـل البكـر فقـد وجـد ذلـك (٤)

ونوقش هذا بأنه إن كان بفعل فاعل أن تأتي مستغيثة أو صارخـة أو تظهـر علامات الإكراه و إلا فهي راضية تعتبر زانية تحد حد الزنا (٥)

---

(١) سبق في الصفحة الماضية ص١٨٣

(٢) المغني ١٩٢/١٠

(٣) مصنف عبدالرزاق ١١٧/١٠

(٤) المحلى ١٤٢/١٠

(٥) المغني ١٩٣/١٠ ، أعلام الموقعين ٣١٧/٣ ، إغاثة اللهفان ٣٣٨/١٠

و الراجح في نظري مذهب الإ مام مالك لما يلـــــي:

أولاً: أن الحمل دليل علـى دخول مـاء رجل إلـى رحـــم المـرأة و لا يتم ذلك إلابالوطء في الفرج .

ثانياً: و يمكن الجمع بينهما بوجود الشبهة الدارئة فإن وجدت درأت الحد وإلا أقيم عليها لأن الحبل دلالة ظاهرة أقوى من البينة إذا سلمت مـن إستكراه و نحـوه مـن الشبهة و يكون أقوى مع الإعتراف أو البينة .

ثالثاً: لأن في إثبات الزنا بالحمل سداً للذرائع و قفلاً لأبواب المفاســـد.

المبحـــث الثانـــــي

إعتبار المرأة زانية إن مكنت مجنوناً دون الصبي

إختلف الفقهاء في المرأة البالغة العاقلة إذا مكنت مجنوناً أو صبياً من الوطء هل تحد أم لا؟ في هذه المسألة ثلاثة مذاهب :

المذهـــب الأول :

و هو الذي إنفرد به المالكيـة وهـو التفريق بيـن تمكيـن المجنـون و تمكيـن الصغير فتعتبر زانية وتحد إن مكنـت مجنونـاً بالغـاً و تعـزر و لا تعتبـر زانيـة إن مكنت صغيراً . قـال خليل (كأن يطأها مجنون خلاف الصبي) (١) .

المذهـب الثانـي:

و هو للحنفية إنها لا تعتبر زانية مطلقاً و تعزر و لا توصف بأنهـا زانيـة . قال السرخسي (فإذا دعـت العاقلـة البالغـة مجنونـاً أو صبيـاً إلـى نفسـها فزنـى بهـا لاحد عليها عندنا) جاء في البدائع :(فعل الصبي و المجنـون ليس بزنـا فـلا تكـون هي مزنياً بها فلا يجب عليها الحـد (٢) .

المذهـــب الثالث:

و هـو للشـافعية و الحنابلـة إلـى إعتبارهـا زانيـة و تحـد إن مكنـت مجنونـاً أوصبياً مراهقاً مـن نفسـها (٣) .

---

(١) جواهر الإكليل ٢٨٣/٢ ، الذخيرة ٢٩/٦

(٢) فتح القدير ١٥٦/٤ ، بدائع الصنائع ٣٤/٧

(٣) مغني المحتاج ١٤٧/٤ ، المقنـــع ص ٢٧

جاء في مغني المحتاج :(فيرجم من كان كاملاً في الحالين و إن تخللها نقص كجنون) (ولو مكنت مجنوناً أو مراهقاً أو أستدخلت ذكر نائم حدت)(١) و جاء في المغني لأنه متى أمكن وطؤها و أمكنت المراة من أمكنه الوطء فوطئها فإن الحد يجب على المكلف منهما فلا يجوز تحديد ذلك بتسع عشر)(٢) .

الأدلـــــــة:

أدلة المذهب الأول :

استدل المالكية بأن فعل الصغير ليس وطئاً على وجه الكمال و لا تنال المرأة منه لذة الوطء فهو كمقدمات الجماع لا إنزال فيه، أما إن مكنت مجنوناً بالغاً فإنها تعد زانية و تحد لأنها نالت من اللذة كما لو كان الواطئ عاقلاً و يترتب عليه مضار الزنا (٣) .

أدلةالمذهب الثاني:

و إستدل الحنفية بأنه لا يلزمها حد و إنما تعزر لأنها مزني بها و لم تباشر الفعل فالذكر زان و الأنثى تبعاً له ، و تسمىزانية مجازاً في القرآن الكريم لأنها لاتأتي فعل الزنى و إنما يؤتى بها فعل الزنا و بما أن فعل المجنون و الصغير زنا لغةً ، وليس شرعاً فلا تكون مزني بها فلا حد عليها لأن الزنا شرعاً فعل وجب الكف عنه لخطاب الشرع فلا ينفك عن الإثم والحرج وفعل الصبي والمجنون لا يوصف بذلك و إذا إنعدم الزنا شرعاً في جانبه فكذلك في جانبها والحد حكم شرعي فيستدعي ثبوت سببه شرعاً و إنما سماها الله تعالى زانية على أنها مزني بها (٤) كما قال تعالى(في عيشة راضية)(٥) أي مرضية و قال تعالى(من ماء دافق)(٦) أي مدفوق . و لهذا سمي هو زان وهي مزني بها

---

(١) مغني المحتاج ١٤٧/٤

(٢) المقنع ص ٨٠ و المغني ١٠/١٥٤

(٣) الإشراف ٢/٢١٠

(٤) فتح القدير ١٥٦/٤ ، و البحر الرائق ٣٦٢/٨ ، المبسوط ٥٥/٩

(٥) الاية ٧ من سورة القارعة

(٦) الآية ٦ من سورة الطارق

و إذا إنعـــدم الزنا في جانبه . إنعدم من جانبها ، و الحد حكم شرعي فيستدعي ثبوته سبباً شرعياً و ذكر الصبي كأصبعه معناه أن ما هو المقصود بالزنى معدوم في آلة الصبي فلا يكون فعله بهذه الآلة زنى والمعتوه بمنزلة الصبي في الحكم (١) و الأصل في حديث عمر:(إدرؤوا الحدود ما استطعتم فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة فإذا وجدتم للمسلم مخرجاً فأدرؤوا عنه) (٢)

دليل المذهـــب الثالـــث :

و استدل الشافعية والحنابلة القائلون بوجوب الحد على البالغة لأنها نالت لذتها وقضت شهوتها بلا شبهة فكان زنا و عليها الحد بالنص كالعاقل و الكبير .

(١) فإذا ثبت الفعل من الذكر و الأنثى يراعى حال كل منهما فتحد المرأة و يؤدب الصغير و بالتمكين تسمى زانية كما وصفها الله تعالى:(بالزانية) فيقام عليها الحد (٣) .

القول الراجـــح:

ما ذهب إليه المالكية حيث فرقوا بين فعل المجنون و الصغير ففعل المجنون زنى يترتب عليه كل مضار الزنى كالحمل و اختلاط الأنساب و فساد الفراش ، وإنما عدم المسئولية عليه هو لعدم الأهلية ، أما هي فمزني بها و تعاقب بالحد ويؤدب الصغير أما فعل الصغير فلا تحصل به كمال اللذة و لا يترتب عليه مضار الزنى لعدم البلوغ و يرد على الأحناف بأن المرأة تبعاً للزاني غير مسلم به إذ كل منهما أصل و لذا أفرد الله سبحانه و تعالى كل واحد منهما في قوله:(الزانية و الزاني)(٤) و إنما بدأ بالأنثى لأنها أسباب الفتنة و الإغراء وفتنتها أكثر .

---

(١) شرح فتح القدير ٥٦/٤

(٢) الحديث بسنن ابن ماجه ٢/ ١١٨ والنسائي ٢/ ٦٧ جامع الأصول ٢/ ٣٦ رواه موقوفاً على عمر وعال الخافظ اسناده صحيح

(٣) المغني ١٥٢/١٠

(٤) الآية ٢ من سورة النور .

المبحـــث الثالـــث

حد الذمـــي إذا زنى بذميـــة

إختلف الفقهاء في حد الذمي إذا زنى بذمية إلى ثلاثة أقـــــوال.

القول الأول : عدم إقامـــة الحد عليهما و هو ما إنفرد به المالكية : قـال الدسـوقي (فلا يحد صبي و لا مجنون و لا كافر إذ وطؤهم لا يسمى زنا) (١) .

القول الثانـــي: وجوب إقامة الحـد عليهمـا و هـو مذهـب الحنفيـة و الراجـح عنـد الشافعية (٢) قال ابن عابدين:(وحد ذمي زنى) و جـاء فـي مغنـي المحتـاج :(عقد الذمة شرط لإقامة الحد على الذمي لا لكونه محصناً)(٣) .

القول الثالـث : وجوب الحكم بالحد إن ترافعا إلينا و الحاكم مخير بين احضارهم و الحكـم عليهما و تركهـم وإن لـم يترافعـا إلينـا فـلا حـد إلا إذا تظـاهروا بـــالمنكر فيعزروا و هو مذهب الحنابلة . جاء في الإنصاف (الحـد إن ترافـــعا إلينا وإلا فلا حـــد) (٤)

الأدلـــــــــة

استدل المالكية على عدم وجوب الحـــد على الذمي إذا زنى بذميـــة بالكتـاب و الآثار و المعقـــول .

أما الكتاب فقوله تعالى:(و اللآتي يأتين الفاحشة من نسائكم)(٥) .

وجه الدلالة أنه أراد بالنساء المؤمنات المسلمات على مايفيده ضمير الخطاب في قولـه (من نسائكم) ومفهـوم المخالفـة يقتضـي أن النسـاء الكـافرات لا عقوبـة عليهـن و كـذا الرجـال الكافرون لتساويهم في الحكم وأهل الذمة كافرون).(٦)

و نوقشت الآية بأن إضافة النساء إلى ضمير المسلمين خرج مخرج الغالب كما في الخطاب الخاص بالمؤمنين و المسلمين مع أن كثيرا منهـا يسـتوي فيهـا الكـافر والمسلم بالإجماع.(٧)

---

(١) حاشية الدسوقي ٣١٣/٤

(٢) إبن عابدين ٢٥/٤ ،

(٣) مغني المحتاج ١٤٧/٤

(٤) الإنصاف ٣٥/١٠

(٥) الآيـة١٥ من سـورة النساء

(٦) حاشية الدسوقي ٣١٣/٤ ، نيل الأوطار ١٠٥/٧ ، الإشـراف ٢٢٠/٢

(٧) نيل الاوطار ١٠٥/٧

و يرد على أن الآية خرجت مخرج الغالب غير مسلم به لأن الأصل في الخطاب عدم التغليب إلا بدليل و لا دليل صحيح .وقولهم لو سلمنا أن الآية تدل على أن النساء الكافرات خارجات فإن هذا المفهوم يعارضه حديث ابن عمر السابق :(رجم النبي صلى الله عليه و سلم لليهودي)(١) وأجيب عن ذلك رجم النبي صلى الله عليه و سلم لليهودي بأنه حكم بينهم في التوراة لعدم دخولهم إذ ذاك تحت الذمة)(٢) .

و إستدلوا بالآثار :

أولاً: بما أثر عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال:(لاحد على أهل الذمة في الزنى)(٣).

ثانياً: بما روى عن إبن عباس:(أنه كان لا يرى على عبد و لا على أهل الذمة حد) و كذلك عن ربيعة أنه قال:في اليهودي و النصراني لا أرى عليهما في الزنا حد (٤) .

و نوقشت الآثار التي عن علي بن أبي طالب و إبن عباس بأنها موقوفان على الصحابة و لا تنهضان دليلاً أمام الأحاديث المرفوعة لاحتمال كون ذلك إجتهاداً منهما و الإجتهاد لا يقاوم النص في حديث اليهوديين و الموقوف لايعارض المرفوع (٥) .

و استدلوا ثالثاً بالمعقول:

قال المالكية إن وطء الذمي لا يسمى زنى شرعاً و أن رجم النبي صلى الله عليه وسلم لليهوديين بأنه حكم بينهم في التوراة لعدم دخولهم إذ ذاك تحت الذمة(٦) .

---

(١) البخاري ٨/١١٤ ومسلم ٥/١٠٧ (٢) نيل الأوطار ٧/٩٩ ، الشرح الكبير للدردير ٤/٤١٣

(٣) موسوعة فقه على ص ٣١٧ ، المحلى ٨/١٩١ ، كشف الغمة ٢/١٢٩

(٤) موسوعة بن عباس ٢/٢٥ ، المحلى ٨/١٩١

(٥) المحلى ٨/١١٩ (٦) الشرح الكبير ٢/٤١٣

و نوقش بأنه(لا يجوز أن يقال أنه حكم بينهم بشرعهم مع مخالفته لشرعه لأن الحكم منه عليهم بما هو منسوخ عنده لا يجوز على مثله و إنما أراد بقوله(فأنا أحكم بينكم بالتوراة كما وقع في رواية في حديث أبي هريرة (ألزمهم الحجة) و يقول الشوكاني عن قولهم(لعدم دخولهم إذ ذاك تحت الذمة) (ومن غرائب التعصبات ما روى عن مالك أنه قال:إنما رجم النبي صلى الله عليه و سلم اليهوديين لأن اليهود يومئذٍ لم يكن لهم ذمة فتحاكموا إليه(١) .

و إستدل أصحاب القول الثاني القائلون بوجوب الحد بالكتاب و السنة :

(١) فالكتاب قوله تعالى:(و أن احكم بينهم بما أنزل الله)(٢) و إقامة الحد عليهم حكم بينهم بما أنزل الله و حكم الله (الزانية و الزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة)(٣).

و من السنة :

(١) بما روى جابر بن عبدالله قال:(رجم النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً من أسلم و رجلاً من اليهود و إمرأة) (٤) .

(٢) و إستدلوا أيضاً بما روى بن عمر(٥) أن اليهود أتوا النبي صلى الله عليه وسلم برجل و إمرأة منهم قد زنيا فقال ماتجدون في كتابكم : فقالوا نسخم(٦) وجوههما و يخزيان(٧) قال: كذبتم إن فيها الرجم فأتوا بالتوراة و جاؤوا بقارئ لهم فقرأ حتى إنتهى إلى موضع منها وضع يده عليها فقيل له إرفع يدك فرفع يده فإذا هي تلوح فقال:أو قالوا يامحمد فيهاالرجم و لكنا كنا نتكاتمه بيننا ، فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه و سلم فرجما ، قال فلقد رأيته يجنأ(٨) عليها يقيها الحجارة بنفسه) .

---

(١) نيل الأوطار ٩٩/٧ ، المحلى ١٩١/٨

(٢) الآية ٤٩ من سورة المائدة

(٣) الآية ٢ من سورة النور ، حاشية بن عابدين ٢٥/٤

(٤) صحيح مسلم ١٢٢/٥ و مسند أحمد ٥/٢

(٥) متفق عليه البخاري ٢١٤/٨ و مسلم ١٢٢/٥

(٦) السخم السواد وتسخم تسود

(٧) يخزى يفضح

(٨) يجنأ يحنى

و نوقش بأنه رجم اليهوديين بحكم التوراة لعدم دخولهم إذ ذاك تحت الذمة.

(٣) قال فدعا رجل من علمائهم فقال أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى أهكذا تجدون حد الزنى في كتابكم :قال لا و لو لا أنك نشدتني بهذا لم أخبرك بحد الرجم و لكن كثر في أشرافنا و كنا إذا أخذنا الشريف تركناه و إذا أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد فقلنا تعالوا فلنجتمع على شئ نقيمه على الشريف والوضيع فجعلنا التحميم و الجلد مكان الرجم . فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم إني أول من أحيا أمرك إذا ما أتوك فأمر به فرجم[1] فأنزل الله عزوجل :(يأأيها الرسول لا يحزنك الذين يسارعون في الكفر من الذين قالوا آمنا بأفواههم و لم تؤمن قلوبهم و من الذين هادوا سماعون للكذب سماعون لقومٍ آخرين لم يأتوك يحرفون الكلم من بعد مواضعه يقولون إن أوتيتم هذا فخذوه و إن لم تؤتوه فاحذروا و من يرد الله فتنته فلن تملك له من الله شيئاً أولئك الذين لم يرد الله أن يطهر قلوبهم لهم في الدنيا خزي و لهم في الآخرة عذاب عظيم)(٢) يقولون إئتوا محمداً فإن أمركم بالتحميم و الجلد فخذوه و إن أفتاكم بالرجم فاحذرواه فأنزل الله تعالى(و من لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم (الكافرون)(٣) (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون)(٤) (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون)(٥) قال هي في الكفارة كلها (٦) .

---

(١) الشرح الكبير ٤١٣/٤ / نيل الأوطار ٩٩/٧ / المحلى ١٩١/٨

(٢) الآية ٤١ من سورة المائدة

(٣) الآية ٤٤ من سورة المائدة

(٤) الآية ٤٥ من سورة المائدة

(٥) الآية ٤٧ من سورة المائدة

(٦) مسلم ١٢٢/٥ ، أبوداود ٤٦٤/٢

(٧) نيل الاوطار ١٠٤/٧

فهذه الأحاديث تدل على أن النبي صلى الله عليه و سلم حكم عليهما بالرجم مع كونهما يهوديين لكونهما ذميين و الذمي من أهل دارنا ملتزم بأحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات .

وهو يعتقد حرمة الزنا كما يعتقده المسلم فيقام عليه الحد ، كما يقام على المسلم لأن المقصود من الحكم و الحدود تطهير دار الإسلام من ارتكاب الفواحش

وقد حكم فيهم النبي صلى الله عليه و سلم بحكم الشريعة الإسلامية أما سؤاله عن حكم التوراة فانما قصد بذلك تنبيههم أن ذلك ثابت في شرعهم كثبوته في الإسلام و لإلزامهم بالحجة ، لأنهم حينما أتوه كانوا يبغون الحكم بما تهواه أنفسهم و يرغبونه لا بما أنزل الله عليه و الذي هو موافق لما في كتابهم فلا مناص عن ذلك إلى الهوى و الإفتراء (١) .

أدلة المذهب الثالث

إستدل أصحاب المذهب الثالث بالآتي :

الدليل الأول : بقوله تعالى:(فإن جاءوك فاحكم بينهم أوأعرض عنهم)(٢) ففي هذه الآية خيرة بين الأمرين و لا خلاف في أن هذه نزلت فيمن وادعه رسول الله صلى الله عليه وسلم من يهود المدينة. وهذه الآية غير معارضة للآية التي استدل بها أصحاب المذهب الثاني لأنها (محمولة على من اختار الحكم بينهم لقوله تعالى(وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط)(٣)جمعا بين الآيتين فإنه لا يصار إلى النسخ مع إمكان الجمع. فإذا ثبت هذا فإنه إذا حكم بينهم لم يجز له الحكم إلا بحكم الإسلام للآيتين و لأنه لا يجوز له الحكم إلا بالقسط كما في حق المسلمين ومتى حكم بينهما ألزمهما حكمه، ومتى إمتنع منهما أجبره على قبول حكمه و أخذه به لأنه إنما دخل في العهد بشرط إلتزام أحكام الإسلام.(٤)

---

(١) نيل الأوطار ٧/١٣٥

(٢) الآية ٤٢ من سورة المائدة

(٣) الاية ٤٢ من سورة المائدة

(٤) نيل الاوطار ٧/١٠٥

الدليل الثانـــي: إن حديث عمر السابق يشير إلى أن اليهود أتوا النبي صلى الله عليه و سلم و إتيانهم يدل على أنهم ترافعوا إليه و الحديث متفـــق عليه .

الدليل الثالـث: ثم إنهما كافران و لايجـب الحكم بينهـــما كالمـــعاهدين (١) .

و نوقشت الآية علينا الحكم بينهم إذا لم يكونوا أهل ذمة بل يجـــوز لنا الحكم إن أردنا (٢) و إن قلنا إنها شاملة لأهل الذمة فنقول إنها منسوخة بقوله تعالى (و أن احكم بينهم بمآ أنزل الله)(٣) لأن الثانية نزلت بعد الأولى (٤) أما حديث ابن عمر قد يكون لا لأجل القضاء بل للسؤال و الإستفسار أما قياسهما على المعاهد فقياس مـــع الفارق لأن المعاهـــد حكمه حكم الحربي لاحكم الذمي.

الراجـــــح

هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثالث من وجوب إقامة الحد عليهما إن ترفعاً الينا أم لم يترافعا للآتـــــي:

(١) قوة الأدلة الدالة على ذلك في إقامة الحد على اليهوديـــــن.

(٢) إنهما ما داموا إلتزموا بأحكامنا فإن لهم مالنا و عليهم ما علينا.

(٣) وفي تركهم إفساح لهم لاشاعة الفاحشة و الفساد في المجتمـــع.

(٤) و إقامة الحدود و العقوبات ليست مـن خطـاب التكليف فيما تكـــون خاصة بالمسلمين بل من خطـاب الوضع و غير خـاص بالمسلم بل يشمل حتى الكافر .

---

(١) نيل الأوطار ١٠٤/٧ المغني ١٧٥/١٠

(٢) تفسير القرطبي ١٨٤/٦ ـــ١٨٦

(٣) الآية ٤٩ من سورة المائدة .

(٤) القرطبي ١٨٤/٦ ـ١٨٦

المبحـــــث الرابـــع

الحد على الواطئ المحرمة نسباً

بعد العقد عليها إن علـــم

إذا وطئ شخص محرمة بالنسب بعد العقـــد عليها كالأم و البنت و الأخت و الخالة و العمة فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب .

المذهب الأول :

وجوب الحد على الواطئ إن علم بحرمة الوطء و عدم الحد إن جهل الحرمة و هو ما انفرد به المالكية . قال بن جزئ:(و إن كان فاسداً بإتفاق ـ كنكاح ذوات المحارم من النسب أو الرضاع فيحد إلا أن يدعي الجهل بعدم تحريم ذلك)(١) .

المذهب الثانـــي:

عدم وجوب الحد و يعزران إن علم الحرمة و لا يعزران إن جهل الحرمة و هو مذهب الحنفية . جاء في البدائع:و كذلك إذا نكح محارمه أو الخالـة أو أخت إمرأته فوطءها لا حد عليه عند أبي حنيفة و إن علم بالحرمة)(٢) .

---

(١) قوانين الأحكام الشرعية ووسائل الفروع الفقهية لإبن جزئ ص ٣٨٣ ، التاج الإكليل ٣٩٣/٦ .

(٢) فتح القدير ١٤٧/٤ ، بدائع الصنائع ٣٤/٧ .

المذهب الثالث:

وجوب الحد مطلقاً علم بتحريم العقد أو لو لم يعلم وهذا مذهب الشافعية والحنابلة. جاء في المغني:(و يحد في وطئ محرم بنسب أورضاع أو مصاهرة ولو إدعى الجهل بتحريم الوطء لم يصدق لبعد الجهل بذلك ، و في مغني المحتاج: (ويحد في مستأجرة و مبيحة و محرم) (١) و الفرق بينهم و رأي المالكية أن الحد إذا عقد على المحرم يسقط إن إعتقد الزاني حل الوطء بعد أن كان حراماً .

أدلة المذهب الأول :

إستدل المالكية بأنه نكاح أضيف إلى غير محله فيلغى ، والدليل عدم محليته أن محل النكاح هي المرأة المحللة لقوله تعالى:(و أحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين)(٢) وجه الدلالة يعتبر نكاح المحارم سفاح يحد فاعله إذا علم حرمته و إلا فلا و المحارم محرمات على التأبيد لقوله تعالى:(حرمت عليكم أمهاتكم و بناتكم و أخواتكم و عماتكم و خالاتكم وبنات الأخ و بنات الأخت و أمهاتكم اللآئي أرضعنكم و أخواتكم من الرضاعة و أمهات نسائكم و ربائبكم اللآتي في حجوركم)(٤) إلا أنه إذا إدعى الجهل و الاشتباه وقال ظننت أنها تحل لي سقط الحد لأنه ظن أن صيغة لفظ النكاح من الأصل دليل على الحل فأعتبر هذا الظن في حقه. و إن لم يكن معتبراً حقيقة إسقاط لما يدرأ بالشبهات و إذا لم يدع خلا الوطء عن الشبهة فيجب الحد)(٥) .

---

(١) مغني المحتاج ١٤٧/٤ ، المغني ١٩٣/١٠

(٢) المغني ١٩٣/١ ، الإشراف ٢٢٠/٢

(٣) الآية ٢٤ من سورة النساء .

(٤) الآية ٢٣ من سورة النساء

(٥) بدائع الصنائع ٣٥/٧ ، المغني ١٥٤/١٠ و الإشراف ٢٢٠/٢.

و نوقش بأن الظن يعتبر مقبولاً في محل يحتمل قيام الظن فيه ، أما نكاح المحارم فإنه مما علم حرمته من الدين بالضرورة فإدعاء الجهل فيه غير مقبول لأن الظن لا يقاوم العلم الضروري و لا سيما و إن النظرة الإنسانية تأبى ذلك فظنه الحل بعد العقد باطل لا يعتد به) (١) .

دليل المذهب الثاني :استدلوا بأن لفظ النكاح صدر من أهله مضافاً إلى محله فيمنع وجوب الحد كالنكاح بغير شهود - ونكاح المتعة و نحو ذلك و لا شك في وجود لفظ النكاح من أهله و نوقش بأننا نسلم أن لفظ النكاح قد صدر من أهله و لكن لانسلم أنه أضيف إلى محله لأن محل النكاح ليس المرأة مطلقاً بل المرأة التي يحل نكاحها كما وضحت الآيات السابقة و الدليل على المحلية أن محل النكاح هو الأنثى [illegible] في القرآن و المعقول. القرآن قال تعالى:(فانكحوا ما طاب لكم من النساء) (٢) و قال تعالى:(و أنه خلق الزوجين الذكر و الأنثى) (٣) و قوله:(و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها(٤) فجعل الله تعالى النساء على العموم و الإطلاق محل النكاح والزوجية (٥)

أما المعقول: فلأن الأنثى من بنات آدم محل صالح لمقاصد النكاح من السكن و الولد و التحصن و غيرها ، فكانت محلاً لحكم النكاح لأن حكم التصرف وسيلة لى ماهو المقصود في التصرف فلو لم يجعل محل المقصود محل الوسيلة لم يثبت معنى التوسل إلا أن الشرع أخرجها من أن تكون محلاً للنكاح شرعاً مع قيام المحلية حقيقةً فقيام صورة العقد و المحلية يورث شبهة إذ الشبهة إسم لما يشبه الشئ الثابت و ليس بثابت أونقول وجد ركن النكاح و الأهلية و المحلية على مابينا ألا أنه فات شرط الصحة فكان نكاحاً فاسداً و الوطء في النكاح الفاسد ليس بزنى بالإجماع وعلى هذا ينبغي أن يعلل فيقال هذا الوطء ليس بزنى فلا يجب الحدقياساً علىالنكاح بغير شهود و سائرالأنكحة الفاسدة (٦)

---

(١) المغني ١٠/١٩٣

(٢) الآية ٣ من سورة النساء .

(٣) الآية ٤٥ من سورة النجم

(٤) الآية ٢١ من سورة الروم

(٥) بدائع الصنائع ٧/٣٥

(٦) بدائع الصنائع ٧/٣٦

و نوقش المعقول :بأن قياس نكاح المحارم على النكاح بغير شهود و على نكاح المتعة قياس مع الفارق لأن النكاحين الأخيرين وقعا على محل النكاح حيث أن المقصود من المحللات المشمولات بقوله تعالى:(و أحل لكم ما وراء ذلكم) (١) و أما كونها محل لقاصد النكاح من السكنى و الولد والتحصين و إن كان صحيحاً في الجملة إلا أن ذلك لا يلزم أن تكون محلاً لنكاح محارمه. بل لتكون محلاً للنكاح في الجملة و هذا لا يجوز لأن وجود العام لايستلزم وجود الخاص ـ أو بناء الحكم مفصل على حكم مجمل فهي محل و غير محل بالنسبة له و بالتالي تبين بطلان النكاح لفقدان المحلية بالنسبة للمحرم (٢)

أدلة المذهب الثالث.

و استدل الشافعية و الحنابلة :ـ

(١) بقوله صلى الله عليه و سلم (من وقع على ذات محرم فاقتلوه)(٣)و لم يبين الوقوع بنكاح أو دونه .

(٢) و أنه وطئ في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك و لا شبهة والواطئ من أهل الحد عالم بالتحريم يلزمه الحد كما لو لم يوجد العقد . وصورة المبيح إنما تكون شبهة إذا كانت صحيحه و العقد هنا باطل محرم و فعله جناية تقتضي العقوبة إن ضمت إلى الزنى . لم تكن شبهة كما لو أكرهها و عاقبها ثم زنى بها ثم يبطل بالاستيلاء عليها فإن الاستيلاء بسبب الملك في المباحات ليس بشبهة (٤) .

---

(١) الآية ٢٤ من سورة النساء

(٢) المغني ١٥٢/١٠

(٣) الحديث رواه أبوداود و إبن ماجة و الترمذي و قال فيه مقال.

(٤) المغني ١٥٢/١

و نوقش **أولاً** : بأن الحديث يحمل القتل على المستحل فإنه يقتل حداً لاستحلاله لا للزنى.

و **الثانى**: على أن قياس مالوأكرهها و عاقبها ثم زنى بها ثم استولى عليها قياس مع الفارق لأن عدم سقوط الحد في المقيس عليه لكون سبب الملك حصل بعد الفعل و الشبهة لاتسقط الحد إلا بتحققها وقت الفعل (١) .

الراجح مذهب المالكية : لما يلي :

أولاً: أن قول الأحناف النكاح صادف محلاً غير مسلم به و لأن محل النكاح ليس المرأة مطلقاً .

ثانياً: و قولهم إن الآيات عامة و هي قوله تعالى:(فانكحوا ما طاب لكم من النساء(٢) (و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً)(٣) يرد بأنها عامة مخصوصة بقوله تعالى:(حرمت عليكم أمهاتكم)(٤) (ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء)(٥).

ثالثاً: و أما قياسهم نكاح المحرم على نكاح بغير شهود و نكاح المتعة بأنه قياس مع الفارق .

رابعاً: أما ما استدل به الشافعية و الحنابلة من الحديث (من أتى محرماً فاقتلوه) فهو وارد في غير محله ،وعلى فرض ثبوته ففيه مقال .و في قولهم إنه عالم يجب الحد هذا مسلم أما إذا كان غير عالم فهي شبهة و الحدود تدرأ بالشبهات و إلا فما الفرق بين العالم والجاهل ولأن دعواهم هي وجوب الحد مطلقاً علم أو لم يعلم و دليلهم أخص إذا هو وارد في العالم و شرط الدليل أن يكون مساوياً للدعوى لا أعم و لا أخص . ولأن قياسهم قياس مع الفارق لأن عدم سقوط الحد في المقيس عليه يكون سبب الملك حصل بعد الفعل و الشبهة لا تسقط إلا بعد تحققها وقت الفعل (٦) .

---

(١) الدسوقي ٣١١/٤ ، الإشراف ٢٠٢/٢

(٢) الآية ٣ من سورة النساء .

(٣) الآية ٢١ من سورة الروم

(٤) الآية ٢٢ من سورة النساء

(٥) الآية ٢٢ من سورة النساء

(٦) فقه عمر ١٣٥/١

المبحـــث الخامـــس:

في قتل من وجده يزني بإمرأته

اختلف الفقهاء في إهدار دم من وجد مع إمرأته رجلاً متلبساً بجريمة الزنا إلى مذهبين:

المذهب الأول: و هو ما انفرد به المالكية بعدم جواز قتله قال القاضي عبدالوهاب:(لو إدعى أنه زنى بإمرأته و كان الرجل محصناً فإن القود يلزمه) (١)

المذهب الثاني : لجمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة : إلى جواز قتل الزوج رجلاً شاهده مع زوجته متلبساً بجريمة الزنا مطاوعة أم مكرهة ودم الزاني هدر .

و جاء في مغني المحتاج:(إذا رأى من يزني بزوجته و هو محصن فقتله في تلك الحالة فلا تعزير عليه) و جاء في المغني:(و إذا وجد رجلاً يزني بإمرأته فقتله فلا قصاص و لا دية(٢) .

أدلة المالكيـــة:

(أ) إستدل المالكية بقول الرسول صلى الله عليه و سلم :(لا يحل دم إمرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إسلام ، أو زنى بعد إحصان ، أو قتل نفسٍ بغير نفس)(٣) .

وجه الدلالة أن الحديث لا يهدر فيه دم من وجد مع إمرأته إذا لم يشهد عليه أربعة شهود فهو محرم الدم، ورد بأن الحديث يهدردمه في قوله أوزنا بعد إحصان .

(ب) بقول الرسول صلى الله عليه وسلم لسعد بن عبادة عند ما قال له أرأيت لو أني وجدت مع إمرأتي رجلاً أأمهله حتى آتي بأربعة شهداء فقال النبي صلى الله عليه وسلم نعم (٤) .

---

(١) حاشية الدسوقي ٢١٢/٤ ، المنتقى للباجي ٢/٦ ، شرح الزرقاني ١٨/٤

(٢) حاشية إبن عابدين ١٧٩/٣ ، مغني المحتاج ١٩١/٤ ، كشاف القناع ١٥٦/٦

(٣) سبق تخريجه

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ١٣١/١٠ ، فتح الباري ١٧٤/١٢ ، سنن أبوداود ٤٥٦/٢ ، المنتقى ١٣٨/٧

وجه الدلالة أن الرسول صلى الله عليه و سلم نهى عن قتل من وجده عند إمرأته متلبساً بجريمة الزنى .

ثانياً: و استدلوا بما أثر عن علي في القاتل عمن وجد مع إمرأته رجلاً فقتله فقال: إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته ، .

وجه الدلالة أن علياً لم يبح قتل الرجل إلا باحضار الشهود و أمرأن يعطي القاتل برمته لأولياء المقتول (١) و لوصدق الرجل الناس بهذا أدخل الرجل الرجل منزله فقتله ثم قال وجدته يزني بإمرأتي (٢) .

المذهب الثاني : استدل الجمهور :

أولاً: بما روي عن عمر بن الخطاب أنه كان يوماً يتغذى إذ جاء ه رجل يعدو و في يده سيف ملطخ بالدم ، ووراءه قوم يعدون خلفه فجاء حتى جلس مع عمر ،فجاء الآخرون فقالوا: يا أميرالمؤمنين إن هذا قتل صاحبنا فقال عمر له: ما يقولون؟ فقال يا أميرالمؤمنين : إني ضربت بين فخذي إمرأتي فإن كان بينها أحد فقد قتلته ، قال عمر: ما يقول؟ قالوا يا أميرالمؤمنين إنه ضرب بالسيف فوقع وسط الرجل و فخذي المرأة فأخذ عمرسيفه فهزه ثم دفعه إليه ،وقال: إن عادوا فعد) (٣) .

وجه الدلالة أن عمر رضي الله عنه أجاز للزوج قتل من وجده يزني بزوجته و أهدر دمه .

ثانياً: ماروى إبن أبي شيبة :(أن رجلاً وجد مع إمرأته رجلاً فقتلهما فكتب فيه إلى عمر رضي الله عنه ، فكتب فيه كتابين ، كتاباً في العلانية يقتل به ، و كتاباً في السر تؤخذ منه الدية)(٤).

وجه الدلالة هنا أن عمر أسقط عنه القصاص و أوجب عليه الدية لأنه كما يظهر لم يشاهده متلبساً بالجريمة كالأثر الأول (٥) .

---

(١) المغني ٣٣٦/٩ ، الأم ٣٠/٦

(٢) الأم ١٢١/٤ ، [illegible]

(٣) مصنف إبن أبي شيبة ١٩٢/١٠ ، سنن البيهقي ٣٣/٨ ، المغني ٣٣٩/٩

(٤) مصنف إبن أبي شيبة ١٢٠/١/٢ ، المغني ١٦٥/٩ ، فتح الباري ١٧٤/١٢ و قال سنده صحيح .

(٥) فقه عمر ٣٣٥/١

وردابن المنذر رحمه الله : أن الأخبار عن عمر في إهدار دم القتيل مختلفة وعامة أسانيدها متقطعة (١) و قال الزرقاني أيضاً لم يصح عن عمر في إهدار دم القتيل شئ و إنما أهدر دم الذي اغتصب الجارية (٢) .

و أجاب الجمهور بأن اختلاف الآثار لا يوجب التعارض و إنه إختلاف موجب لإختلاف الحكم كماً وكيفاً و الإنقطاع غير قادح عند كثير من الفقهاء إذ يعدون الإنقطاع إرسالاً فهومقبول من الثقة ، و لعل الزرقاني قصد بقوله لم يصح على طريقة المحدثين الذين لا يقبلون الإرسال ، أو قصد من وجد عند إمرأة ولم يشاهد متلبساً بالجريمة فإنه لم يثبت عن عمر شئ في إهدار دمه وإنما أهدردم الذي اغتصب الجارية (٣) .

[illegible] (٤)

الترجيـــــح:

و الراجح هو قول جمهور الفقهاء القائل بقتل الرجل الزاني الذي يجده على زوجته للآتـــــي :

أولا: إنه بالقتل يرتدع الزناة من فعل الفاحشة بنساء الغير .

ثانياً: المحافظة على الأنساب من الاختلاط .

ثالثاً: المصلحة تقتضي المحافظة على أعراض الآخرين و هي من أصول الشريعة الإسلامية .

---

(١) فتح الباري ١٢/١٧١

(٢) شرح الزرقاني ٤/١٨

(٣) فقه عمر في الحدود و ملابساتها لرويعي ١/٣٣٦ ، شرح الزرقاني ٤/١٨

(٤) [illegible]

المبحـــث الســـادس

عقوبة التغريـــب للأنثـــى

اتفق الفقهاء على أن عقوبة الزاني البكر مائة جلدة و اختلفوا في التغريب بعد جلده إلى ثلاثة مـذاهـــب :

المذهب الأول:

و هو ما انفرد به المالكية و هو تغريب الرجل دون الأنثى قـــال خليل: (و غرب الحر الذكر فقط عاماً (١) .

الثاني:

مذهب الحنفية و هو عدم التغريب مطلقاً : قال السرخسي:(و أما في حق البكر فلا يجمع بين الجلد و النفي)(٢) .

المذهب الثالث:

و هو مذهب الشافعية و الحنابلة و هو التغريب مطلقاً ذكراً كان أو أنثى(٣) (جاء في مغني المحتاج:(و لاتغرب إمرأة وحدها في الأصح بل مع زوج أو محرم) و جـاء في المقنع:(إن المرأة تنفى إلى دون مسافة القصر و يخرج معها محرمها ، فإن أراد أجرة بذلت من مالها فإن تعذر فمن بيت المال فإن أبى الخـروج معـها إستأجرت إمـرأة ثقـة فإن تعذر نُفيت بغـير محرم (٤)

الأدلـــــة

أدلة المذهب الأول و هم المالكيـــة:

أولاً: استدلوا بما أثر عن علي بن أبي طالب [illegible] في أم ولد زنت بعد موت مولاها ، قال :علي رضي الله عنه تجلد ولا تنفى و قال ابن مسعود تنفى و أخذنا بقول علي رضـي اللـه عنـه لأنـه أقرب إلى دفع الفتنة و الفساد (٥) .

---

(١) مختصر خليل ٣٢٦ ، المنتقى ١٣٧/٧

(٢) المبسوط ٤٤/٩ ، بدائع الصنائع ٣٤/٧

(٣) مغني المحتاج ١٩٢/٤

(٤) المقنع ٤٥٤/٣ _ ٤٥٥

(٥) تحفة الأحوزي ١٠١٢/٤٠ ، المغني ١٢٥/١٠ ،بدائع الصنائع ٧ /٣٩ ، المنتقى ١٣٧/٧

ثانياً: إن تغـريب الأنثـى فيـه زيـادة فـي الفتـنة لأن الأنثـــى تحتـاج إلـى الحفـظ والصيانة و لأن تغريبها لايخلو أن يكون بمحرم أو بغـير محـرم و لا يجـوز بغـير محرم لقول النبي صلى الله عليه وسلم :(لا يحل لإمرأة تؤمن بالله و اليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم و ليلة إلا مع ذي محرم)(١) فيخصـص هـذا الحديـث المـرأة من عموم حديث التغريب و لأن تغريبها بغير محرم إغراء لها بـالفجور و تضييـع لها و إن غربت بمحرم أفضى إلى تغريب من ليس بزا نٍ و نفي من لا ذنب لـه . إن كلفت أجرته ففي ذلك زيادة على عقوبتها بما لم يردالشرع به كما لـو زاد ذلـك على الرجل . و الخبر الخاص في التغريب إنما هو في حق الرجـل و كذلـك فعـل الصحابة رضي الله عنهم و العام يجوز تخصيصه (٢) .

ثالثاً: و الحكمة في التغريب لا تتحقق في المرأة لأن التغريـب وجـب زجـراً عـن الزنـى وتغريب المرأة فيه إغراء و هي عورة و فـي تغريبهـا يـزول السـتر عنهـا

ونوقش بأن هذه الأقوال تخالف الخبر و القياس لأن ما كان حداً في الرجـل يكـون حـداً فـي المـرأة . ورد بأنـه يجـوز التخصيـص بـالمعقول . وهـــذا مـذهب الشافعية (٣) .

دليل المذهب الثانـي: و استدل الأحناف :

أولاً: بالقرآن الكريم : قال تعالى :(الزانية و الزاني فاجلدوا كل واحدً منهما مائـة جلدة)(٤) فالله أمر بجلد الزانية و الزاني و لم يذكر التغريب فمن أوجبه زاد علـى كتاب الله و الزيادة عليه نسخ و لا يجوز نسخ النـص بخـبر الواحـد . و ثـم جعـل الله الجلد جزاء و الجزاء اسم لما تقع به الكفاية و هو الاكتفاء فلو أوجبنا التغريـب لا تقع الكفاية بالجلد وهذا خلاف النـص (٥) .

---

(١) و البخاري ٢٥١/١ و مسلم ٤٣٣/١

(٢) الإشـــراف ٢٠٩/٢

(٣) المغني ١٣٥/١٠ تحفة الأحـوزي٧١٣/٤٧ ، بدائع الصنائع ٣٩/٧ ، نيل الأوطار ١٠١/٧

(٤) الآيـة ٢ مـن سـورة النور .

(٥) بدائع الصنائع ٣٩/٧

و نوقش إقتصار الآية على الجلد أنه لا ينافي ثبوت التغريب بالسنة المشهورة على الحق.غاية الأمر أن الجلد ثبت بالقرآن و التغريب بالسنة المطهرة و لا محظور ، لأن السنة مكملة للقرآن ، ودعوى النسخ ممنوعة . فإن زيادة الحديث على القرآن غير منافية و لكنها متممة و مفسرة.جاء في تحفة الأحوزي:(و قد عمل الأحناف بما ورد في السنة زائداً على القرآن فيما هو أقل اشتهاراً من هذا الحديث في التغريب كحديث نقض الوضوء بالقهقهة في الصلاة وحديث جواز الوضوء بالنبيز(١) .

ثانياً: الأثر و هو ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه نفى رجلاً فلحق بالروم فقال :لا أنفي بعدها أبداً) .

و نوقش قول عمر رضي الله عنه بأنه يحتمل أنه أراد تغريبه في الخمر الذي أصابت الفتنة ربيعة فيه لأن نص الأثر يدل على ذلك فعن إبن المسيب أن عمر رضي الله عنه غرب ربيعة بن أمية بن خلف في الخمر إلى خيبر فلحق بهرقل و تنصر فقال عمر:(لا أغرب مسلماً بعد هذا أبداً)(٢) .

ثالثاً: المعقول: بأن الله سبحانه و تعالى جعل الجلد جزاء ، والجزاء اسم لما تقع به الكفاية مأخوذه من الإجتزاء و هو الاكتفاء (٣) فلو أوجبنا التغريب لا تقع الكفاية بالجلد و هذا خلاف النص . ورد بأن كلمة الجزاء مطلقة لأنها نكرة و هذا لا يمنع أن يكون التغريب من الجزاء فذكر الجزاء في الآية لا يمنع ثبوته في السنة (٤) .

---

(١) تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي ٧١٤/٤ ، نيل الأوطار ١٠٠/٧

(٢) فتح القدير ١٣٤/٤

(٣) تحفة الأحوزي ٧١٣/٤المبسوط ٤٥/٩ ، المغني ١٣٥/١

(٤) المبسوط ٤٥/٩ / المغني ١٣٥/١

٣/ و روي أن أحداً جاء سقيماً ووجد على بطن أمه من إمائهم يفجر بها(١) فأتى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال:أضربوه مائة فقالوا بدنه لا يحتمل الضرب خذوا عكالاً عليه مائة شمراخ فاضربوه بها و لم يأمر بالتغريب و لو كان ذلك حداً لتكلف له كما تكلف للحد .

ووجـــه الدلالة أنه صريح و مسنده ثابت فلا يعـــدل عنه إلا بمثـــله (٢)

دليل المذهب الثالـــث:

استدل الشافعية و الحنابلة بوجوب تغريب المرأة بالآتـــي:

أولاً: بقول النبي صلى الله عليه و سلم:(البكر بالبكر جلد مائة و تغريب عـام)(٣) و هذا الحديث صريح في موضوع النزاع و هـــو المبـــين لكتاب الله تعالى (٤).

ثانياً: في حديث أبـ هريرة و هو أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال أحدهما :إن إبني كان عسيفاً على هذا فزنى بإمرأته فقال الرسول صلى الله عليه وسلم :(إنما على ابنك جلد مائة و تغريب عام و الرجم على إمرأة هذا)(٥) فقال: والذي نفسي بيـــده لأقضين بينكما بكتـــــاب الله عزوجـــل على ابنـــك جلد مائة وتغريب عام)(٦) نجد أن رسول الله صلى الله عليه و سلم أقسم أن يحكم بينهما بكتاب الله فالتغريب إذن من عند الله بل هو مـــن أمـــر الله .

---

(١) أحمـــد ٣١٣/٥ و أبوداود ١٢٥/١٠ ، نيل الأوطار ١٢٩/٧

(٢) مسلم ١٨٨/١١ و أحمـــد ٥ /٣١٣ أبوداود ١٢٥/١٠ ، نيل الأوطار ١٢٩/٧ و قال صاحبه أخرجه الشافعي و قال الحافظ في بلوغ المرام إسناده صحيح و البيهقي و قال : مرسل

(٣) مسلم ١٨٨/١١

(٤) المســـوط ٤٤/٩

(٥) نيل الأوطار ١٠٠/٧

(٦) متفق عليه . فتح الباري ١٢٦/١٢ ، الموطأ ٨٢٢/٢ ، مسلم ١٨٨/١١

و نوقشت الأدلة بأن الأحاديث صحيحة و قوية لا شك فيها و لكنها عامة تشمل الرجال و النساء وحديث نهي المرأة عن السفر بغير محرم مخصص لهذه الأحاديث العامة . والمصلحة تقتضي أن لا تغرب المرأة درءاً للمفاسد ، ومنعاً للفجور و أن الأحاديث لم يرد فيها أن الرسول و الصحابة غربوا إمرأة (١)

ثالثاً: الإجماع فقد أجمع الصحابة على عقوبة الجلد و التغريب للزاني البكر و قد فعله الخلفاء الراشدون ، و لا نعرف لهم من الصحابة مخالفاً فكان إجماعاً ونوقش الإجماع بأن هناك آثار من الصحابة و الخلفاء تدل على عدم التغريب وقال عمر و الله لا أنفي كما سبق أن وضحنا (٢) .

---

(١) المغني ١٣٥/١٠ ، مغني المحتاج ١٩٢/٤

(٢) المغني ١٣٥/١٠

و الراجـح مذهب المالكية للآتـــي :

(١) إن الآية عامة:(الزانيةو الزانﷺ) و السنة خصصت عدم التغريـب بحديث عدم سفر المرأة بغير محرم

(٢) أما ما ورد عن علي ، فهو خاص بتغريب المرأة للفتنة و إلا فأي فتنـة فـي تغريب الذكر .

(٣) و أما إستدلالهم بحديث عمر ففي غير محل النزاع .

(٤) أما حديث البكر بالبكر فهو عام مخصوص بحديث النهي عـن سفرالمـــرأة و بالمعقول و الشافعية يجوزون التخصيص بالمعقول . كما قالوا في حديث(لا يبيع حاضـــر لباد) .

قالوا ما لم يكن عارفاً بالسعر هذا تخصيص للنص بالمعقول و أما حديـــث العسيف فلا يـدل ، فـإن المـــرأة كـانت محصنـة و المحصنـة لا تغـرب وحـــدها وعليها الرجـــم .

ثالثاً: لم يثبت عن الرسول صلى الله عليه و سلم و لا الصحابة أنهم غربوا إمرأة قال السرخسي:(أرأيت شابة زنت أكنت أنفيها أي نفيهـا تعريـض لهـا لمثـل مـا إبتليت به فإنها عند أبويها تكون محفوظة ففي دار الغربة تكون خليعة و النساء هن على وهم إلا مادب منهـن و إنمـا تبقـى المـرأة محفـــوظة بالحـافظ و الإسـتحياء وذلك ينعدم بالتغريب فيكون تعريضاً لها للإقـدام على هذه الفاحشـة برفـع المـانع وهذا أولى مما قاله البعض لأن ما ينشأ عـــن الصحبة و المؤانســة يكـون مكتومـاً و ما ينشأ عن المواقحة يكون ظاهراً فإن هذا قطـع لسبب مـا ينشـأ عـن المحادثـة وهو مكتوم ففيه تعريض للزنا بطريق الوقاحـة و هو أفحـــش)(١) .

---

(١) المبســـــوط ٤٥/٩

رابعاً: ثم لا يجوز أن تنفى مع المحـرم لأن المحرم لم يزن فكيف يقام عليها الحد و بدون المحرم هي ممنوعـة عن السفر فلا يجوز إقامـة الحد بطرق فيه أبطال ما هو مستحق شرعاً. فأما المهاجـرة لا تقصد السفر بغير محرم و إنها تقصـد التخلص مـن المشركيـن حتى و لو وصلت إلى جيش لهم منعه فـي دار الإسـلام و أمنت لا يمكن ، أن تسافر بغير محرم بعـد ذلك .

خامساً: قال صاحب المغني : ويقول مالك أصحها و أعدلها . و بالفعل هو مناسب لمقتضيات الزمن و عوامل الطبيعة ومحقق أغراض الشريعة ومقاصد ها هي المحافظة عليها و الابتعاد بها عن الرزيلة (١) .

---

(١) المغني ١٠/١٣٥ ، تحفة الأحوذي ٤/٧١٣

الفصل الثانى

مفردات المذهب المالكى فى جريمةالقذف

تعريـــف القـــذف

القذف لغة : الرمـــي و السب ، وقـذف المحصنة أي سبها (١)و شرعـاً : هو الرمـــي بالزنى عند الجمهـــور (٢) .

وحكم القذف : حرام شرعاً و هو من الكبائر ، قال تعالى:(و الذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة و لا تقبلوا لهم شـهادةً أبـدا، و أولئك هـم الفاسقون.(٣) و قـال تعـالى :(إن الذيـن يرمـون المحصنـات الغافـــلات المـــؤمنات لعنـوا في الدنيا و الآخـرة و لهم عـذاب عظيم)(٤)

وفـي السنة : حـرم الرسـول صلـى اللـه عليـه و سلم القـدف فـي قولـه : (إجتنبوا السبع الموبقات قالوا يا رسول الله و ما هن ؟ قال: الشرك بالله و قـذف المحصنات المؤمنات الغافلات)(٥) و قـد أجمـع الفقـهاء على تحريم القـــذف (٦)

---

(١) لسان العرب ٢٧٦/٩

(٢) فتح القدير ٣١٦/٥ ، الخرشي ٨٦/٨ ، حاشية غليوبي و عمـيرة ٢٧/٤ ، المغني ٢٠٣/١٠

(٣) الآية ٤ مـــن سورة النور .

(٤) الآية ٢٣ من ســورة النور .

(٥) صحيح مســلم ١٦٩/١١

(٦) الإجماع لإبن المنـــذر ١١٣ ، المغني ٢٠٣/١٠

يشتمل هذا الفصل على أربعـــة مباحـــث

المبحـث الأول : قذف الوالد لولده

المبحـث الثاني : القذف بالتعريض و الكناية

المبحث الثالث : عفو المقـذوف عن القاذف

المبحـث الرابع: تكـــرار القذف بعد الحـد

المبحـــــث الأول

قذف الوالد لولـــده

إذا رمى الوالد ولده بالزنى أو نفي النسب عنه بأن قال لـه:يـا إبـن الزانيـة فقد احتلف الفقهاء إلى مذهبيـــن:

المذهب الأول :

و هو ما انفرد به المالكية و هو إقامـة الحد علـى الوالـد إذا قـذف ولـده إن طلب الإبن قال ابن جزئ:(يحد الوالد إذا قذف ولده)(١) .

المذهـب الثاني:

و هو قول أبي حنيفة و الشافعي و أحمد:بأنه لا يحد الوالد وإن علا جاء في البدائـــع :(أن لايكـون القـاذف أبـاً للمقـذوف و لا جـــده و إن عـلا و لا أمـه ولاجدته و إن علت)و قال النووي :(و إن قذف الوالد أو قذف الجـد ولد ولده لـم يجب عليه الحد) و قال إبن قدامة (و إذا قذف ولده و إن نزل لم يجب الحد عليه(٢)

دليل المذهـب الأول:

أولاً: استدل المالكية بقول الله تعالى:(و الذيـن يرمـون المحصنـات ثـم لـم يـأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلده)(٣) .

وجه الدلالة العقوبة حد والحـد حـق للـه تعـالى فـلا يمنـع مـن إقامتـه قرابـة والآية عامة لم تفرق بين كون القاذف أباً أو أماً أو غيرهما. فقد أوجـب اللـه الحـد على كل من رمى محصنة سواء كان الرامي والد أو غيره.

ثانياً: القياس : فقد قاسوا حد القذف على حد الزنا فكما أن حد الزنا لا يمنع من إقامته قرابة فكذلك حد القذف و لا فرق (٤) .

---

(١) الزرقاني ٨٧/٨ ، إبن جزئ القوانين الفقهية ٤٢/١ ، مواهب الجليل ٣٠٤/٦ ، حاشية العدوي ٣٠٠/٢

(٢) المغنـي ٢٠٩/١٠ ، بدائـع الصنـائع ٤٢/٧ ، المبسوط ١٢٣/٩ ، مغني المحتـاج ١٥٦/٤ ، الإقنـــاع ٢٥٩/٤ ، الكافي ٢٢٧/٣

(٣) الآيـة ٤ مـن سـورة النور

(٤) مواهب الجليل ٣٠٤/٦ ، المحلى ٢٩٥/١١ ، المغني ٢٠٩/١٠ ، أضواء البيان ١٢٦/٦

و نوقش بأن الآية مخصصة بالأدلة الدالة على منع إيذاء الوالدين و أما القياس فهو قياس مع الفارق ، لأن حد الزنى حد خالص لله تعالى ، أما القذف فهو حق مشترك و يمكن أن نقيس هذا بحد السرقة فإن الأب لا يقطع بسرقة مال ابنه فمن باب أولى ألا يحد بقذفه (١) .

أدلة المذهب الثاني : استدلوا بالقرآن و القياس و المعقول :

أولاً: القرآن بقوله تعالى:(وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أفٍ و لا تنهرهما و قل لهما قولاً كريماً) (٢) .

وجه الدلالة من الآية النهي عن التأفيف للوالدين و هذا النهي يقتضي التحريم فمن باب أولى إيذاء الوالدين بالضرب و لا شك أن إقامة حد القذف عليهما فيه إيذاء فلا يقام عليهما(٣) و في قوله تعالى:(وبالوالدين إحسانا) والمطالبة بحد القذف ليس من الإحسان في شئ فكان منفياً بالنص و لأن توقيرهما و إحترامهما واجب شرعاً .

ثانياً: القياس: و إذا كان من المسلم به أن الإبن لا يقتص من الأب و لا تقطع يد الأب إذا سرق مال إبنه فمن باب أولى أن لا يحد الأب إذا ما قذف ولده .(٤)

ثالثاً: بالمعقول: بأن عقوبة القذف و إن كانت حداً إلا أنها متعلقة بحقوق الأفراد و لأن القذف حق لا تستوفى عقوبته إلا بالمطالبة فهو أشبه بالقصاص و لأن الحد يدرأ بالشبهات فلا يجب للإبن على أبيه القصاص (٥) .

الترجيح :

الراجح هو مذهب الجمهور القائل بعدم إقامة حد القذف على الأب و إن علا وكذلك الأم لقوة أدلته ، و لأن إحترام الوالدين مطلوب شرعاً و عقلاً والمطالبة بإقامة الحد عليهما تتنافى مع توفير إحترامهما الذي هو واجب شرعي .

---

(١) المغني ٢٠٨/١٠

(٢) الآية ٢٣ من سورة الإسراء

(٣) المغني ٢١٥/١٠ ، بدائع الصنائع ٤٢/٧

(٤) المغني ٢١٥/١٠ ، المهذب ٧٧٢/٢

(٥) الراجح إن شاء الله

المبحـــث الثانـــــي

القذف بالتعريض (١) و الكنايـــة

لايشترط في القذف لغة معينة فيصح أن يكون باللغـة العربيـة أو بأيـة لغـة أخرى و لكن إتفقوا على أن القذف الصريح يوجب الحد أما إذا كان القذف غير صريح بأن كان قائمـــاً على التعريض و الكنايـــة فقد اختـــلف الفقهاء في عقوبته إلى قولين :

القول الأول :

و هو ما انفرد به المالكية بوجوب الحد في القذف بـالتعريض و الكنايـة إذا فهم منه القذف أو دلت القرائن على أن القاذف قصد القذف و لكنه يستثنى من ذلك الأب قال إبن جزئ:(يحد بالتعـريض) و مثال ذلك التعريض والكناية كمن قـال لإمـرأة : لقد فضـحت زوجـك وجعلت له قـــروناً إذ أفسدت فـــراشه و نكست رأســـه) (٢)

القول الثانـــــي :

للجمهور من الحنفية و الشافعية و الحنابلة أنه لا يجب الحـــد علـى القـذف بـالتعريض و الكنايـة و إنمـا يجـب التعزيـر . قـال الكاسـاني :(أن يكـون القـذف بصريح الزنا ومـا يجـري مجـرى الصريـح و هـو نفـي النسـب فـإن كـان بالكنايـة لايجـب الحـد) و جـاء فـي المهـذب (و لا يجـب الحـد إلا بصريـح القـذف) و قـال البهوتي :(لا حد في كناية و التعريض).(٣)

---

(١) التعريض لغة خلاف التصريح و الفرق بينهما و بين الكناية . الكناية أن تذكر الشئ بغير لفظه الموضـوع له و التعريض أن تذكر شيئاً تدل به على شئ آخر لم تذكره . أنظر المصباح المنير ٤٠٣/٢ و أسنى المطالب ٢٧٢/٣ .

(٢) فتـح الجليـل ٥٧/٤ بدايـة المجتهـد ٤٤١/٢ المدونـة ٢٢٤/٧ ، القوانيـن إبـن جـزئ ١٠٧/٢ ، العـدوي ٣٠١/٢ ، الإشـــراف ٢٢٤/٢

(٣) المبسوط ١٢٠/٩ ، بدائع الصنائع ٤٢/٧ ، مغني المحتاج ٣٦٩/٣ ، المهـذب ٢٧٣/٢ كشـاف القنـاع ١١/٦ .

الأدلـــــة:

دليل القول الأول : استدل المالكية بالقرآن و الآثار و المعقــول :

أولاً: بالقرآن : قوله تعالى حاكياً قول بني إسـرائيل لمريم:(يـاأخت هـارون مـا كان أبوك إمرأ سوء و ما كانت أمك بغيا) (١) .

وجه الدلالة أن قولهم هذا تعريض لها بالزنـــى .

المناقشة إن هذه الآية خارجـه عـن محـل النـزاع لأن كلامنـا بالتـــعريض الموجب للحد و ليس في الآية ما يدل على وجوب الحد بالتعريض .

ثانياً: الآثـار: مـا رواه عبدالـرزاق فـي مصنفـه أن رجـلاً فـي زمـن عمـر بـــن الخطاب قال:ما أمي بزانية و لا أبي بزان قال عمر ماذا ترون قـالوا: رجـل مـدح نفسه قال: بل انظروا فإن كان بالآخر بأس . فقد مدح نفسه و إن لم يكن به بـأس فلم قالهـا فـو اللـه لأحـــدنه فحـده)(٢) و روي عنـه أيضـاً أنـه جلـد فـي التعريـض وقال:إن حمى الله لا ترعى حواشيه (٣) وما روي عن على ابن أبي طالب رضي الله عنه قال : من عرض عرضنا له بالسوط(٤).

وجه الدلالة أن من عرض بالقذف يعرض له بالسوط كما هو واضـح فـي إقامــة الحد عليه و نوقش بأنه غير مسلم بها لأن هناك آثاراً تعارضها.

ثالثاً: ومن المعقول هو أن التعريض و إن كان يحتمل معنى ظاهراً و معن باطنـاً إلا أنه مع القرينة الصارفة إلى أحد هذين الاحتمالين يؤدي معنى واحداً فإن كـانت القرينة صارفة له عن الزنى لا يحد المعرض و إلا حد كالصريح الـذي لا يحتمـل إلا معنى واحـــداً ولذا وقع الطـلاق بالكناية كما أن المراد من الحد بالقذف هـو إزالة المعرة التي ألحقها القاذف بالمقذوف فإذا حصلت المعرة بالتعريض وجب أن يكون قذفاً كالصريح و المعول على الفهم مـــن ذلك (٥) .

---

(١) الآية ٢٨ من سورة مريم

(٢) مصنف عبدالرزاق ٤٢٥/٧ ، تنوير الحوالك ٤٦/٣ ، الزرقاني ١٥٢/٤

(٣) المحلى ٢٧٦/١١ ٢١٣

(٤) المحلى لإبن حزم ١١ ، المغني ٢١٣/١٠

(٥) المحلى ٢٧٦/١١ ، الإشـــراف ٢٢٤/٢

و نوقش المعقول بأن التصـــريح لا يعني إلا معنى واحداً أما التعـــريض فيحتمل معاني كثيرة منها القـــذف و هذا الإحتمال يؤدي إلى الشبهة التي يدرأ بها الحـــــد (١) و قال إبن القيم إن هذا الحكم من عمر رضي الله عنه صح من عدة وجوه و هو يريد تقوية الإتفاق(٢) و روي عن عمر أيضاً أنه كان يحد في التعـــريض بالفاحشة (٣) و روي عن عثمان أنه كان يحد في التعريض (٤) و كان عمر بن عبدالعزيزيرى الحد في التعريض أيضا(٥) . فنجد أن هذا الرأي قال به الخلفاء عمر و عثمان و علي رضي الله عنهما و الإمام العادل عمر بن عبدالعزيز ومؤيد بالقياس [illegible] حكمـــا يقع الطلاق و العتق و الوقـــف والظهار بالصريح و الكناية) يقع حد القذف بالتـــعريض لأنه قيـــــاس مستـــوفٍ لأركانـــه و شرائطه (٦) و يعد هذه الآثار و القياس في إيقاع حد القذف بالتعريض(٧) [illegible]

---

(١) المحلى ٢٧٦/١١

(٢) إعـــلام الموقعين ١٤١/٣ نجد أن الإمام بن القيم كثير ما يوافق مذهب المالكية .

(٣) مصنف عبدالرزاق ٤٢١/٧ ، المحلى لإبن حزم ٣٣٤/١١

(٤) إعلام الموقعين ٤١/٣ ، إبن أبي شيبة المصنـــف

(٥) مصنف عبدالرزاق ٤٢٤/٧

(٦) إعلام الموقعين ١٥/٣

(٧) إعلام الموقعين ١٣٣/٣

دليل القـــول الثانـــي

استدل الجمهور بالقرآن و السنة و الآثار :

أولاً القرآن الكريم: قال تعالى :(و لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن و لكن لا تواعدوهن سرا)(١).

وجه الدلالة أن الآية فرقت بين التصريح في خطبة المعتدة للوفاه والتعريض حيث حرم الله تعالى التصريح و أباح التعريض . فإذا كان قد فرق بينهما في الحكم في غير الحد فالتفريق في الحد الذي يدرأ بالشبهات من باب أولى و على هذا يجب أن يحد في التصريح بالقذف دون التعريض و هوقياس جلي. (٢)

و نوقش هذا القياس على التعريض في خطبة النساء بأنه قياس مع الفارق لأنه أباح التعريض للمتوفى عنها زوجها في عدتها و حرم التصريح لعدم صبر الخاطب فكذلك في القذف كما أشار الله تعالى إلى ذلك بقوله:(علم الله أنكم ستذكرونهن) فلذا أبيح لهم التعريض و أما القاذف فليس فيه علة تبيح التعريض له لأن النيل في أعراض الناس محرم شرعاً و الشارع يحرض على صيانة الاعراض لذا قلنا بوجوب الحد إذ فهم منه الرمي بالزنا(٣) .

ثانياً: عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (جاء إعرابي إلى النبي صلى الله عليه و سلم فقال يارسول الله إن إمرأتي ولدت غلاماً أسود فقال هل لك من إبل قال نعم ، قال مالونها قال: حمر، قال فيها من أورق (٤)قال نعم ، قال: فإن كان ذلك قال فلعل إبنك هذا نزعة عرق) (٥) .

---

(١) الآية ٢٣٥ من سورة البقرة .

(٢) فتح الباري ٤٤٣/٩

(٣) المغني ٢١٣/١٠

(٤) أورق : هو الذي فيه سواد غير مالك بل يميل الى القبرة : فتح الباري ٤٤٣/٩

(٥) صحيح البخاري مع فتح الباري ١٧٥/١٢ ، ٤٤٢/٩ ، و مسلم مع النووي ١٣٣/١٠

وجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحده و أن الرجل يريد القذف فدل على أنه لا حد في التعريض بالقذف ، ووجه التعريض أنه قال :(غلاماً أسود) أي و أنا أبيض فكيف يكون مني)(١) .

و نوقش بأن قول الاعرابي (إن إمرأتي ولدت غلاماً أسود) ليس فيه مايدل على القذف لا صريحاً و لا كناية و إنما أخبره بالواقع مستفتياً على حكم هذا الولد أيستلحقه مع مخالفة لونه للونه أم يبقيه ؟ فأفتاه النبي صلى الله عليه وسلم وقرب له الحكم بالتشبه الذي ذكره ليكون أذعن لقبوله و انشراح صدره له. ولايقبله على إغماض فأين في هذا مايبطل القذف) (٢) .

(ب) بما روي عن إبن عباس أن رجلاً جاء إلى الرسول صلى الله عليه و سلم فقال:إن عندي إمرأة هي من أحب الناس إلي و هي لا ترد يد لامس فقال صلى الله عليه و سلم ، طلقها قال : لا أصبر عنها قال: إستمتع بها)(٣).

وجه الدلالة في الحديث قول الرجل لا ترد يد لامس تعريض لزوجته بفعل الزنا و أنها لا تمنع من جاءها و مع ذلك فالنبي صلى الله عليه و سلم لم يقم عليه الحد، فدل على أنه لا يقام الحد بالتعريض ، و أجيب عن هذا الحديث بأنه لا حجة فيه لأن الرجل جاء سائلاً مستفتياً و لم يرد قذفاً ، كما أن إقامة حد القذف تتوقف على دعوى من المقذوف و ليس في هذه الأدلة ما يدل على أن هنالك دعوى أو ملاعنة وقعت (٤) .

---

(١) فتح الباري ٤٤٣/٩

(٢) إعلام الموقعين ١٤١/٣

(٣) رواه أبوداود ٣٤/٢و النسائي ٦٧/٦ نصب الراية ٣٥٣/٣

(٤) إعلام الموقعين ١٤١/٣ ، المحلى ٢٨٧/١١

(ج) ماروي عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال :لا حد إلا من أثنين أن يقذف محصنة أو ينفي رجلاً عن أبيه . و جه الدلالة أن يكون القذف صريحاً أي لاحد إلا في قذف صريح لا في سبب أو شتم نوع من . و يناقش بأن الأثر ليس فيه حد إلا في قذف صريح دون التعريض و إنما فيه أنواع القذف (١) .

الترجيـــح :

نرجح القول بوجوب الحد بالتعريض في القذف إذا قامت القرائن على تحديد القصد في ذلك و فهم من التعريض فهماً واضحاً لا لبس فيه و لا غموض و هذا يتمشى مع القاعدة الشرعية:(أن العبرة في الشريعة بالمقاصد و النيات) ولئلا يتذرع بعض الناس لقذف بعضهم بألفاظ التعريض التي يفهم منها القذف بالزنا ، وأحياناً يكون القذف بالتعريض ما هو أوجـــع و أنكى من التصريح وأبلغ في الأذى في نفس المقذوف و إذا لم يمنع لأدى ذلك إلى تفشي ظاهرة القذف و الشك في أنساب الناس مما يؤدي إلى الفساد و الله لا يحـــب الفساد(٢)

---

(١) المحلى ٢٨٧/١١ ، فتح الباري ١٧٢/١٢ ، إعلام الموقعين ١٢١/٣

(٢) الأشباه و النظائر للسيوطـــي ١٣

المبحـــث الـــثالـــث

عفو المقذوف عن القاذف

اختلف الفقهاء في سقوط حد القذف عن القاذف إذا عفا المقذوف إلى ثلاثة مذاهـــب .

المـــذهب الأول:

و هو ما انفرد به المالكية بأن الحد يسقط بعفو المقذوف إذا لم يبلغ الأمر إلى الإمـــام و أما إذا بلغ الإمام فلا يسقط إلا أن يريد الستر على نفسه أو كان القاذف أماً أو أباً ، جاء في الخرشي:(يجوز للمقذوف أن يعفو عمن قذفه قبل أن يصل الأمر إلى الإمام أو صاحب الشرطة و الحرس فإذا بلغ المقذوف واحداً منهم فليس فيه عفو)(١) .

المـــذهب الثاني:

ذهب الحنفية إلى أن عفو المقذوف لا يسقط الحد عن القاذف حيث جاء في المبســـوط:(فنقول بعفوه لا يسقط عندنا) (٢) .

المـــذهب الثالث:

وذهب الشافعية (٣) و الحنابلة إلى أنه يسقط الحد عن القاذف إذا عفا سواء بلغ الإمام أم لم يبلغه قال البهوتي:(و يسقط بعفـــوه) و جـــاء في مغني المحتاج:(و يسقط حد القذف بعفوه و باللعان). و سبب الخلاف : إختلاف العلماء في حد القذف هل هو حق لله أم حق للعبـــد؟ أم حق لله إذا وصلت المطالبة للإمام و حق للعبد قبل وصولها للإمـــام فعلى هـــذا التقسيم إختلف الفقـهاء (٤).

---

(١) الخرشي ٩٠/٨ ، بداية المجتهد ٤٤٢/٢ ، الشرح الكبير ٣٣١/٤

(٢) المبسوط ١١٠/٩ ، بدائع الصنائع ٤٢٠/٧١ ، تبيين الحقائق ٢٠٣/٣ ، فتح القدير ٩٢١/٥ ، البحر الرائق ٣٩/٥

(٣) مغني المحتاج ١٥٦/٤ ، نهاية المحتاج ١١٠/٧ ، المهذب ٢٧٥/٢ ، روضة الطالبين٣٢٥/٨ ، فتح الوهاب ١٥٩/٢ .

(٤) منتهى الإرادات ٣٥١/٣ ، كشاف القناع ١٠٥/٦ ، الإقناع ٣٥٩/٤ ، ا لفتاوي ٣٨/٢٨

الأدلـــــة

دليل المذهــب الأول:

استدل المالكية بأنه بعدوصول الأمر للإمام صار حقاً لله ليس لصاحبه أن يعفو إلا أن يريد الستر على نفسه(١) و يدل على هذا قول الرسول صلى الله عليه و سلم في الحديث المشهور في السرقة عندما شفع أسامة بن زيد في المخزومية بقول:(أتشفع في حد من حدود الله و أيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها) (٢) .

دليل المذهــب الثانـي:

و استدل أصحاب المذهب الثاني القائلون بعدم سقوط الحق بالعفو بالآتـــــي:

(١) أن الرسول صلى الله عليه و سلم أقام حد القذف على من رمى عائشة رضي الله عنها و لم يشاورها هل تعفو أم لا ؟ فدل على أنه حق لله تعالى فلو كان لها حق لما عطله و هو أرحم الناس و أحضهم على العفو (٣) .

(٢) أن الحدود زواجر مشروعة حقاً لله تعالى فشرع حد القذف للزجر على الوقوع في اعراض الناس فترجع المصلحة بذلك للجماعة و في حد القاذف عبرة للغير لتجنب الوقوع في اعراض الناس .

(٣) إن حد القذف يعتبر فيه الاحصان فيكون حقاً لله.

(٤) أن حقوق العباد تكون فيها المماثلة كالقصاص أما حقوق الله فلا عبرة للمماثلة فيها بل إنها حدود مشروعة لا زيادة فيها و لا نقص ، فالحد حق من حقوق الله و ليس من حقوق العبد فلا يملك العبد العفو في غير حقه ومع ذلك فلا يقام عليه الحد إلا إذا طالبه المقذوف بذلك عند الإمام (٤) .

---

(١) الإشـــراف ٢/٢٢٥

(٢) متفق عليه البخاري و مسلـــم.

(٣) المحلى ١١/٢٨٩

(٤) المحلى ١١/٢٨٩ و المبسوط ٣/١١٠

دليل أصحاب المذهب الثالث :

القائلون بسقوط الحد مطلقاً إذا عفا و استدلوا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم قال:(أيعجز أحدكم أن يكون كأبي ضمضم كان إذا خرج يقول تصدقت بعرضي)(١) .

وجه الدلالة : يدل الحديث على أن العرض ملك للشخص فيجوز له أن يعفو عن القذف و له أن يأخذ حقه فيه .

(٢) و لا يستوفى حد القذف إلا بالمطالبة و بذلك فهو حق للشخص كسائر الحدود والقصاص (٢) .

(٣) إن حد القذف شرع لدفع العار عن المقذوف فهو الذي يتضرر بذلك على الخصوص(٣) .

الترجيـــح:

عفو القذف متوقف على أن حد القذف هل هو حق لله أو حق للعبد ؟ والراجـح فيه أنه حق مشترك و حق العبد غالب .

فإذا كان حق العبد هو الغالب فيجوز للمقذوف العفو لكن بشرط أن لا يصل إلى الإمام فإذا وصل الإمام فلا عفو . لأن حق الله في الحدود لا يسقط و الدليل على هذا حديث السرقة:(ألا كان قبل أن يبلغني) فإن قيل وارد في السرقة قلنا لافرق و أما حـديث (يعجز أحدكم) فهو حديث يجاب بما يلي أن فيه مقالاً. وعلى فرض صحته فهو يحتمل أن المراد بالتصدق العفو في الآخـرة مالم يرد الستر على نفسه ، و لو وصلت للإمام . لأن محافظة الإنسان على عرضه وشرفـه واجـب شرعاً.

---

(١) أبوداود ١٤/٣ و قال فيه مقال .

(٢) المغني ٢٨٠/١٠ ، المهذب ٢٧٤/٢

(٣) فتح القدير ٣٢/٥ ، كشاف القناع ١٠٥/٦

المبحـــث الرابـــع

تكرار القذف بعد الحـــد

إذا وقع القذف على شخص و عوقب ثم أعاد قذفه مرة ثانية فقد اختلف الفقهاء إلى مذهبيـــن:

المذهب الأول و هو ما انفرد به المالكية:

حيث قالوا بأن توقع عليه العقوبة مرة ثانيـة إذا كرر قذفه بعد تنفيذ الحد الأول ، قال الدردير :(و إن كرر بعد الحد فيعاد عليه)(١) .

المذهـــب الثاني لجمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة:

بأن لا يوقع عليه الحد مرة ثانية و إنما يعاقب بعقوبة تعزيرية ،قال إبن عابدين :(و أما إذا حد للقذف إلا سوطاً ثم قذف آخر في المجلس فإنه يتم الأول ولا شئ للثاني للتداخل)(٢) وقال الشافعية :(و إن قذف أجنبياً بالزنا فحد ثم قذفه ثانياً بذلك الزنا عزر للأذى و لم يحد)(٣) وجاء في كشاف القناع :(ومن حد للقذف ثم أعاده ، أي القذف لم يعد عليه الحد)(٤).

الأدلـــة

دليل المذهب الأول : إستدل المالكية بأن القذف الثاني قذف مستأنف ة لأنه لم ينزجر بالحد الأول فلزم إقامة الحد عليه ثانية فإن قذف وهو يحد ألغي الأول وأعيد عليه الحدمن جديد إلا إن كان الباقي قليلاً يكمل و يجلد ثانية(٥).

دليل المذهب الثاني: وأستدل الجمهور بالأثر و هو : (أن أبا بكرة شهد على المغيرة بالزنا فجلده عمر رضي الله عنه ثم أعاد القدف و قال: زنا المغيرة فأراد أن يجلده ثانية فقال له علي إن كنت تريد أن تجلده فارجم صاحبك فترك عمر رضي الله عنه جلده ، فلم يجلده في قذفه مرتين(٦) و معنى عبارة إنك إن أردت

---

(١) الزرقاني ٨٨/٨ ، الدسوقي ٢٩١/٤ ، الشرح الكبير ٣٢٧/٤ ، فتح الجليل ٥٠٨/٤

(٢) إبن عابدين /٥٨ ، شرح فتح القدير ٢٠٩/٤ ، إبن عابدين ٥٨/٤

(٣) المهذب ٢٧٥/٢ ، المغني ٧٤/٩ ، فتح القدير ٢٠٩/٤

(٤) كشاف القناع ١١٤/٦ ، الإقناع ١٦٥/٤ ، المغني ٧٤/٩

(٥) المغني ٧٤/٩

(٦) مصنف إبن أبي شيبة ١٢٧/٩ ، المغني٧٤/٩ ، المحلى ٢٥٩/١١ مصنف أبي شيبة ١٢٧/١٠ ، إبن عابدين ٥٨/٤.

أن تجـلده ثانية فقـد جعلـت بشهادتـه شهادتيـن و إذا كانـت شـهادته شـهادتين فقد كمل عدد شهود الزنا على المغيرة فوجب عليه الرجم ، لأن أبابكرة و من معه وقعت عليهم عقوبة حد القذف لنقص عدد الشهود واحداً .

وجه الدلالة أن عمر رضي الله عنه لم يجلده مرة ثانية بعد أن كرر القـذف بعد الحد فلم ير عمر إعادة القذف من القاذف بعد إقامة الحد و كـان هـذا بحضـرة الصحابة من غير أن ينكر أحد فكان ذلك إجماعاً على عدم اعـادة القـذف فـي مثـل هذه الحالة (١) .

الراجـــح:

١/ قول الجمهور لأن قول المالكية خالف فعل عمر رضي اللـه عنـه و خـالف إجماع الصحابة .

٢/ فإنه ربما كرر القذف غضباً منه أو لتبرير موقفه بأنه صادق في قذفه .

---

(١) المغني ٧٤/٩ ، فتح القدير ٢٠٩/٤

الفصل الثالث

مفردات المذهب المالكى فى جريمة السرقة

تعريف السـرقة

السرقة لغة : هي أخذ الشئ من الغير في خفاء أو حيلة (١) و شـرعاً : هي أخذ المال المحترم البالغ نصاباً و إخراجه من حرز مثله على وجه الاختفاء مع انتفاء الشبهة للأخذ فيه (٢) و السرقة محرمة بالكتاب و السنة قال تعالى:(و السارق و السارقة فاقطعوا أيديهما جزاءً بما كسبا نكالاً من الله و الله عزيز حكيم) (٣) و قال تعالى:(إرجعوا إلى أبيكم فقولوا يا أبانا إن ابنك سرق) (٤) و قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :(لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده و يسرق الحبل فتقطع يده)(٥) و قال رسول الله صلى الله عليه و سلم :(تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً)(٦) و لا خلاف بين جمهور الفقهاء في حرمة السرقة ووجوب قطع يد السارق إذا توفرت فيه شروط القطع(٧) و لكن نتناول في هذا الفصل مفردات المذهب المالكي في جريمة السرقة و تشمل سبعة عشر مبحثاً.

---

(١) لسان العرب ١٥٦/١٠

(٢) بدائع الصنائع ٦٥/٧ ، مواهب الجليل ٣٠٥/٦ ، مطالب أولي النهى ٢٢٧/٦ ، الإقناع ٢٧٤/٤

(٣) الآية ٣٨ من سورة المائدة

(٤) الآية ٨١ من سورة يوسف

(٥) صحيح البخاري ١٩٨/٨ ، ومسلم بشرح النووي ١٨٥/١١

(٦) صحيح البخاري ١٩٨/٨ ، و مسلم ١٨٢/١١

(٧) البدائع ٦٧٠/٧ ، الخرشي ١٠١/٨ ، نهاية المحتاج ٤٣٩/٧ ، المغني ٢٧٣/١٠

المبحـــث الأول : قيمة النصاب الذي يجب فيه القطع على السارق .
المبحـــث الثاني : الحكم إذا تملك السارق المسروق بعد الخروج به من الحرز .
المبحـــث الثالث : سـرقة الفروع من الأصـــول .
المبحـث الرابـع : سرقة الدائن من مال المدين أكثر من حقه .
المبحـث الخامس : ســـرقة الكفـــــن .
المبحـث السادس : السرقـة من الســوق .
المبحـث السابـع : سرقة آلات اللهو و كسـرها.
المبحـث الثامـن: سرقة أدوات المسجـد .
المبحث التاســع: سرقة الطفل الحر غير المميز .
المبحث العاشـر: السرقة من المال المشترك
الحادي عشـــر: السرقة من المال العـــام .
الثاني عشـــــر: ضمان السارق للمسروق بعد قطعه .
الثالث عشـــــر: حكم السرقة من البيت مـــع الإذن .
الرابع عشـــــر: السرقة من الســارق .
الخامس عشـــر: أثر الدعوى في إقامة حد الســرقة.
السادس عشـــر: تداخل حـد السرقة مـع القصاص .
السابع عشـــــر: إذا كان السارق غير صحيح اليد اليمنـــى.

المبحـــــــث الأول

قيمة النصاب الذي يجب فيه القطع على السارق

إتفق الفقهاء على أنه لا قطع علىالسارق إلا إذا بلغ المسروق نصاباً لكنهم احتلفوا في مقدار النصاب الذي يجب فيه القطع على السارق إلى أقوال كثيرة وسنختصر منها على مذاهب الجمهور «ربيعة

المذهـــب الأول :

و هو ما انفرد به المالكية بأن النصاب الذي يقطع فيه السارق ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الفضة هذا إذا كان المسروق ذهباً أو فضة وإن كان المسروق من غير الذهب و الفضة فإن كان عرضاً (١) فيقوم بالدراهم فمتى بلغت قيمته ثلاثة دراهم قطع به ، و إلا فلا قطع و لو كان نصف دينار . فجعل المالكية الذهب و الفضة كل واحـــد منهم أصلاً بنفسه و أما إذا كان المسروق من غيرهما من العروض و الحيوان فلا يقوم إلا بالدراهم قال مالك:(أحب ما يجب فيه القطع إلى ثلاثة دراهم و إن إرتفع الصـــرف أواتضع)(٢). قال الباجي : (النصاب من الورق ثلاثة دراهم و من الذهب ربع دينار) قال خليل (أو ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما يساويها) أي الثلاثة دراهم.

المذهـب الثانـي :

ذهب الحنفية إن النصاب عشرة دراهم أو ما بلغ قيمتها من الذهب أوغيره، قال الحنفية :(فلا قطع في أقل من عشرة دراهم و لا بدينار قيمته دون العشرة) (٣) .

---

(١) العرض : هو المتاع قالوا و الدراهم عين و ما سواهما عرض / المصباح المنير ٥٢/٢

(٢) الدسوقي ٣٤٣/٤ ، المدونة ٢٦٦/٦ ،المنتقى ١٥٧/٧ ، الموطأ ١٠٦/٥ ، الزرقاني مع خليل ٩٤/٤ .

(٣) فتح القدير ٣٥٦/٥ ، والخراج ١٨١ ، البدائع ٧٧/٧ ، حاشية بن عابدين ٨٤/٤

المذهـــب الثالـث:

قـال الشـافعية إن النصـاب ربـع دينـار أو مـا قيمتـه ربـع دينـار مـن فضـة أوعرض فالأصل في تقويـم الأشـياء عنـد الشـافعية الذهـب فـلا يقطـع السـارق إذا سرق ثلاثة دراهم من الفضة إلا إذا بلغت قيمتها ربع دينار من الذهب لأن الأصـل عندهم في تقويم الأشياء بالدنانير . قال النووي :(قطع السرقة يشترط لوجوبـه فـي المسروق أمـــور كونه ربع دينار خالصـــاً أو قيمته)(١).

المذهب الرابـع:

ذهـب الحنابلـة فـي المشـهور و المعتمـد عندهـم أن النصـاب ربـع دينـار أوثلاثـة دراهـم أوعرض قيمته كإحداهما (٢) .

أدلـــة المذهـــب الأول

استدل المالكية الذين قالوا إن النصاب ربع دينـار أو ثلاثـة دراهـم و مـاعدا ذلك يقوم بالدراهم فقط بالسنة و الآثار و المعقول .

(١) **فالسنة** : حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليـه و سلم قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم (٣) فيدل على أن العروض تقوم بالدراهم حيث قوم المجن بثلاثة درهـــم.

(٢) **و أمـ الأثر** فإن سارقاً في عهد عثمان رضي الله عنه سـرق أترجـه فـأمر بها عثمان أن تقوم فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثني عشر درهماً بدينار فقطـع عثمان يده(٤) فيدل هذا الأثر أيضاً أن العروض تقوم بـالدراهم حيـث قومـت الأتـــرجـة(٥) بثلاثة دراهـــم فالأصل إذن في تقويم العروض يكون بالدراهـم .

---

(١) المجموع ٣١٥/١٨ ، نهاية المحتاج ٤٤/٧ ، روضة الطالبين ١١٠/١٠ ، مغني المحتاج ١٥٨/٤ .

(٢) كشاف القناع ١٣١/٦ ، المغني ٢٤٢/١٨ ، غايـة المنتهـى ٣٣٧/٣ ، الـروض المربـع ٢٥٠/٢ ، زاد المستنقع في إختصار المقنـع ٨٢ .

(٣) البخاري مع فتح الباري ٩٧/١٢ و مسلم و النووي ٢٦١/٤ ، عون المعبود٥١/١٢ ، الـترمذي مـع تحفة الأحوزي ٤/٥ و النسائي ٧٦/٨

(٤) الموطأ الزرقاني ١٠٨/٥ ، الأم ١١٥/٦

(٥) الأترجة : ثمرٌ كالليمون الكبار ذهبي اللون زكي الرائحة حامض قشره يحتوى على زيت طيار و هو هـاضم طارد للرياح فتح الباري ٦٥/٩ .

قال مالك : وذلك أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم و أن عثمان بن عفان قطع في أترجة قومت بثلاثة دراهم (١)

و يرد بأن النصوص تفيد خاصة حديث عائشة أنه لا قطع إلا في ربع دينار فصاعداً على أن الأصل في الأشياء هو الذهب فيقدر به [illegible] . ورد عليهم بأن النصاب يقدر بالذهب و الفضة دون تمييز . فالنصوص تفيد أن الذهب و الفضة كل واحد منهما جنس يتعامل به الناس فتارةً يقوم العرض بالذهب و تارةً بالفضة على حسب التعامل الجاري بين الناس و النصوص عامة فلا حجة لمن جعل أحدهما الأصل في التقويم (٢) .

أدلة المذهب الثاني:

إستدل الحنفية الذين رأوا أن النصاب عشرة دراهم أو ما بلغ قيمتها من ذهب أو عروض بالسنة و الآثار و المعقول .

(أ) **بالسنة:** عن إبن عباس رضي الله عنهما قال : قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم يد رجل في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم .(٣) و نوقش بأن في إسناده محمد بن إسحاق و هو مدلس فلا يصلح لمعارضة الأحاديث الصحيحة .

وجه الدلالة أن القطع لا يكون إلا بما قيمته دينار أو عشرة دراهم فقط. وهذا يعارض بالحديث الصحيح الذي رواه البخاري عن إبن عمر أنه قطع يد سارق في مجن قيمته ثلاثة دراهم و ليس في الحديث ما يدل على أن المجن أو المسروق إذا كان عروضاً و كان أقل من عشرة دراهم لا تقطع يد السارق به(٤)

---

(١) الموطأ مع الزرقاني ١٠٨/٥ ، الباجي ١٥٧/٧

(٢) المغني ٢٨٧/١٠

(٣) أبن داود مع عون المعبود ٥٣/١٢ ، والبيهقي ٨٣/١ ، والنسائي ٨٤/٣ مرسلاً .

(٤) نيل الأوطار ١٤٢/٧

(ب) و عن أيمن قال: لم يقطع النبي صلى الله عليه وسلم إلا في ثمن المجن وثمن المجن يومئذٍ دينار و في لفظ : لاقطع إلا في دينار أو عشرة دراهم .

و نوقش الحديث بما قاله النسائي في أيمن : ما أحسب أن له صحبة فهو مرسل و ليس بحجة عند الجمهور و معارض بالحديث الصحيح و لا يعارض المرسل المرفوع. قال الترمذي هو حديث مرسل رواه القاسم بن عبدالرحمن عن إبن مسعود و القاسم لم يسمع من إبن مسعود (١) و قال الهيثمي: رواه الطبراني و هو موقوف ورواه مرفوعاً في الأوسط و في إسناده سليمان بن داود و هو ضعيف (٢) فهذه الأدلة ضعيفة و على فرض صحتها فإنها مخالفة لما هو أصح منها و مخالفة الحديث الصحيح لما هو أصح منه يعتبر شاذاً أو مرجوحاً في إصطلاح المحدثين فيقدم الأصح على الصحيح . وعلى فرض أنها ليست مخالفة فإن الجمع بين الروايات المختلفة ممكن فالروايات المختلفة في ثمن المجن محمولة على إختلاف الثمن و القيمة أو تعدد المجان التي قطع فيها السارق (٣) و إن إختلاف التقويم و إن كان ممكناً لكنه مخالف في العادة أن يتفاوت هذا التفاوت بحيث يكون قيمته عند قوم أربعة أضعاف قيمته عند آخرين و إن تفاوته بزيادة مكيله أو بعض قليل لا يبلغ المثل غالباً (٤)

(ج) ما روى عن إبن مسعود أنه قال: لا قطع إلا في دينار أوعشرة دراهم (٥) فهذه الأحاديث و الآثار بالجملة تدل على أن لا يقطع السارق إلا فيما قيمته دينار أو عشرة دراهم .

---

(١) الترمذي ٦/٥ ، نيل الأوطار ١٤٢/٧ ، النسائي ٨٤/٣

(٢) مجمع الزوائد ٢٢٤/٦

(٣) فتح الباري ١٠٥/١٢

(٤) فتح الباري ١٠٢/١٢

(٥) نيل الأوطار ١٤١/٧

و بالمعقـــــول:

أما المعقول أن الأخـذ بـالأكثر فـي هـذه الجريمـة أولـى إختيـاراً للـدرء لأن الشارع أوجب الدرء ما أمكن في الحدود(١) و رد بأن درء الحدود لا يكون بإلغائها و بهذا تكون قـد صادرنـا النـص الصحيح و إنمـا تـدرأ الحـدود بالشـبهات و هـذه لاشبهـة فيها(٢) .

إن اليد محترمةبالإجماع فلا تستباح إلا بما أجمع عليه و العشرة متفق علـى القطع بها فيتمسك بها مالم يقع الإتفاق على مادون ذلك (٣) رد بأن الآثار لم تجتمع على عشرة دراهـم بـل ورد فيهـا القطـع فيمـا دون ذلـك فيعـود الأمـر إلـى تحقيـق المظان و تمحيص الروايات والأخذ بأصحها . و لاشك أن الأصح القطع في ربـع دينار أوثلاثة دراهم أو ما قيمته ذلك و هـذا مـا اتفقت عليـه كتـب السـنة المعتمـدة البخاري و مسلم و غيرهما (٤) .

أدلة المذهـب الثالـث :

استدل الشافعية الذين قـالوا إن النصـاب ربـع دينـا أو ماقيمتـهربـع دينـارمن فضة أو عرض بـ السنة

(١) بحديث عائشة لا تقطع اليد إلا في ربع دينار فصاعداً .

(٢) و حديث ابن عمر السابق كان ثمنه ثلاثة دراهم (٥) ووجـه الدلالـة منهمـا: أنهما متفقان على أن الثلاثة دراهـم فـي زمـن النبـي صلـى اللـه عليـه وسلـــــم كانت تقدر بربع دينار و ذلك أن الصرف كان علـى عهد النبـي صلـى اللـه عليـه وسلـم أثـنا عشرة درهـماً بدينار و كان كذلك بعده (٦) و فرضعمر بـن الخطـاب رضي الله عنه الدية اثني عشرألف درهم على أهل الـورق و علىأهـل الذهـب ألف دينار .

---

(١) فتح القدير ٣٥٨/٥

(٢) فتح الباري ١٠٥/١٢ ، عون المعبود ٥٣/١٢

(٣) بدائع الصنائع ٧٧/٧

(٤) فتح الباري ١٠٥/١٢ ، المغني ٢٤٥/١٠

(٥) سبق تخريجـــه .

(٦) الأم ١١٥/٦ ، نيل الأوطار ١٤١/٧ .

(٣) وحديث سمرة السابق أن عثمان رضي الله عنه أمر بتقويم الأترجة فقومت بثلاثة دراهم في صرف اثني عشرة درهم بدينار (١) و يرد عليهم كما رد على المالكية بأن النقدين أصل و جنس يتعامل الناس بهما على حسب التعامل الجاري .

أدلة المذهب الرابع:

استدل الحنابلة الذين قالوا : إن النصاب ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو عرض قيمته كأحدهما بالحديثين السابقين :

(١) كحديث عائشة:(لا تقطع اليد إلافي ربع دينار فصاعداً) وحديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه و سلم قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم(٢) فالحديثان يدلان على أن النصاب ربع دينار أو ثلاثة دراهم و أن كل واحد منهما أصل يقوم به غيره و عملة متداولة يتعامل بها الناس (٣) .

---

(١) الأم ١١٥/٦

(٢) الأحاديث سبقت ص٢٢٨ ، ٢٢٩

(٣) كشاف القناع ١٣١/٦ .

الترجـــيح

و نرجح ما ذهب إليه الحنابلة في المشـهور ، أن النصـاب الـذي يجـب فيـه القطع على السارق ثلاثـة دراهـم أو ربـع دينـار أو عـرض قيمتـه كأحدهمـا. لأن النقدين كل واحد منهما جنس مستقل و أصل مـن أصول المـعاملة يتعـامل النـاس بـه و أصل التقويم بها على حد سواء و قد أوضحت الأحـاديث أن القطـع يجـب بربـع دينار أو ثلاثة دراهم أو بعرض كمجن أو ترس أو نحو ذلك من سـائر العـروض قيمة ذلك ربع دينار أو ثلاثة دراهم كما جاء في حديث سمرة : أن الأترجه قومـت بثلاثة دراهم من صـرف أثنـي عشـر درهمـاً بدينـار و كـان الصـرف علـى عهـد الرسول صلى الله عليه و سلم أثني عشر درهماً بدينار ، وهـذا يـدل علـى أن كـل واحد من النقدين أصل يقوم به غيره من العروض لأن حديث سمرة و إن أفاد بأن التقويم بالذهب لقوله:اثني عشر درهماً بدينـار لكـن حديـث إبـن عمـر رضـي اللـه عنهما و هو أن قطع النبي صلى الله عليه و سلم يد السارق في مجن قيمتـه ثلاثـة دراهم يفيد اعتبار التقويم في عهد الرسول صلى اللـه عليـه و سلـم بالفضـة فقـط وبهذا يظهر لنا أن كل واحد من النقدين أصل بنفســه .

المبحـــث الثانـــي

الحكم إذا تملك االسارق المسروق بعد الخروج به من الحرز.

إتفق الفقهاء على أن السارق إذا ملك المسروق بعد القضاء و الإمضاء فإن القطـــع لا يسقط عنه و اختلفوا فيما إذا ملك المسروق بهبة أو شراء أو إرث بعد تمام السرقة و قبل القضاء عليه بالقطع أو بعده و قبل الإمضاء على النحو التالي:

المذهب الأول : و هو ما انفرد به المالكية بأنه يجب القطع سواء ملكه بعد الرفع إلى الحاكم و المطالبة به عنده أو قبل ذلك . بمجرد خروجه من الحرز و لو ملكه بعد ذلك بهبة أو إرث أو ميراث . جاء في جواهر الإكليل (إن ملكه بعد خروجه من حرزه فإنه يقطـــع) (١) .

المذهب الثانـي: ذهب الحنفية إلى أنه لا قطع عليه مطلقاً إذا تملكه بعد الخروج به من الحرز أي سواء كان إمتلاكه له قبل أو بعد رفعه إلى الإمام . جاء في بدائع الصنائع :(فإن وهبه قبل القضاء يسقط القطع بلا خلاف و إن وهب له بعد القضاء قبل الإمضاء يسقط عندهما)(٢) .

المذهب الثالـث: ذهب الحنابلة و الشافعية في الصحيح إلى أن السارق يقطع إذا تملك المسروق بعد الرفع إلى الإمام أما إذا تملكه قبله فلا قطع عليه . جاء في مغني المحتاج :(لو طرأ الملك بعده و قبل الرفع إلى الحاكم لم يقطع)(٤) جاء في المغني:(فإن ملكها قبله لم يجب القطـــع وإن ملكها بعده لم يسقط القطـــــع (٥)

---

(١) منح الجليل ٥٢٤/٤ ، جواهر الإكليل ٢٩٠/٢ ، الدسوقي ٣٣٦/٤ ، و حاشية الفيروزي ٢٦٥/٢ المدونة ٦٦/١٦ ، شرح الزرقاني ٩٧/٨ ، شرح الدردير ٣٩٤/٤ ، الإشـراف ٢٧٠/٢ .

(٢) شرح فتح القدير ٤٠٦/٥ ، بدائع الصنائع ٨٩/٨٨/٧ و تبيين الحقائق ٢٢٩/٣

(٣) المغنـي ٢٧٧/١٠ ، مغنـي المحتـاج ١٦١/٤ ، و الـروض المربـع ٣٥٠/٢ المجمـوع ٣٣١/١٨ ، الأم ١٣٥/٦ ، روضة الطالبين ١٤٤/١٠ .

(٤) مغني المحتاج ١٦١/٤

(٥) المغني ٢٧٧/١٠

الأدلـــــــــة

أدلة المذهب الأول :

استدل المالكية بالقرآن و المعقـــــول .

أولاً: بالقرآن: قال تعالى:(و السارق و السارقة فاقطعوا أيديهـــما)(١).

وجه الدلالة أن الله تعالى أمر بقطع يد السارق سواء ملكه المسروق بعـد رفعه إلى الإمام أو قبله فالآية عامة في وجوب القطـــع .

ثانياً: بالمعقول: إن الإعتبار في العقوبة هو وقت الجناية ، ولما كـان السـارق وقتها غير مالك للمسروق فإنه يجب قطعه لقوة التهمة بالتحـايل و لأنـه لا يسـاوي النصاب لا شبه له فيه (٢) .

أدلة المذهب الثاني:

استدل الأحناف بأن المسروق صار ملكاً للسـارق فـلا يقطـع فـي عيـن هـي ملكه لو ملكها قبل المطالبة بها و لأن المطالبـة شـرط فـي القطـع و الشـرط يعتـبر دوامة و إستمراره و لم يبـق لهـذه العين مطالب فينتـــفي القطع(٣)

أدلة المذهب الثالث:

إستدل الشافعية و الحنابلة بالسنة و المعقول:

أولاً: بالسنة : بما رواه الزهري عن صفوان بن أمية : قال بينما أنا راقدٌ إذ جاء السارق فأخذ ثوبي من تحت رأسي فأدركته فأتيـــت به النبي صلى الله عليه وسلم

---

(١) الآية ٣٨ من سـورة المائدة .

(٢) المغني ٢٧٧/١٠ ، وشرح الزرقاني ٩٦/٨ ، الإشـــراف ٢٧٠/٢

(٣) بدائع الصنائع ٨٨/٧ ، شرح فتح القدير ١٤٦/٥

فقلت : إن هذا سرق ثوبي فأمر به النبي صلى الله عليه و سلم أن يقطع قال: قلت يارسول الله ليس هذا أردت هو عليه صدقه قال:(فهلا قبل أن تأتيني به) و عن صفوان عن طريق سليمان بن حزم عن سماك قال: كنت نائماً في المسجد على قميصة (١) لي فسرقت فأخذنا السارق فرفعناه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأمر بقطعه فقلت: يارسول الله أفي قميصة ثمنها ثلاثون درهماً ؟ أنا أهبها له أو أبيعها له قال(فهلا قبل أن تأتيني)(٢).

وجه الدلالة : أن الرداء إذا صار ملكاً للسارق قبل الرفع للحاكم فإنه يدرأ عنه الحد و بعده لا يدرأ عنه الحد.

ثانيا: بالمعقول: إن استيفاء القطع يتوقف على الدعوى بالمسروق و المطالبة به و السارق قد تملك المسروق قبل الإدعاء به و المطالبة فمن ثم لا يكون للادعاء والمطالبة بعد التملك أثر في القطع (٣) .

الترجيـــــح

(١) أرجح ما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة لقوة أدلتهم .

(٢) و لأن في درء القطع بعد الرفع إلى الإمام فتحاً لباب التحايل على الفرار من العقوبة و ذلك تعطيل لحد السرقة فلا يتحقق المقصود من مشروعية القطع في حد السرقة .

---

(١) جمعية ـ كساء أسود مربع له علمان .

(٢) الفتح الرباني ٦٣/١٦ ، نصب الراية ٣٦٨/٣ صححه الحاكم و إبن الجارود و رواه بلفظ آخر أبوداود والنسائي و إبن ماجه ١٨٠/٢

(٣) المغني ٢٧٧/١٠

المبحث الثالث

سرقة الفروع من الأصول

اختلف الفقهاء فيما إذا سرق الأبناء من الآباء أو العكس إلى مذهبين:

المذهب الأول:

إيجاب قطع الفروع بسرقة مال الأصول و هو ما انفرد به المالكية .يرى مالك بأن القطع على الأبناء إذا سرقوا من مال الوالدين أوالأجداد أو الجدات . جاء في أسهل المدارك (و الأقارب كالأجانب يعني أن حكم السرقة بين الأقارب في وجوب الحد كحكمه بين الأجانب سواء إلا الوالدين في مال الولد بخلاف عكسه)(١) .

المذهب الثاني:

قال به الجمهور و هو عدم الحد فلا قطع للفروع بسرقة مال الأصول : جاء في فتح القدير :(من سرق من أبويه أو ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع)(٢) و جاء في الروضة للشربيني :(لا يقطع بمال فرعه و إن سفل و أصله وإن علا لما بينهما من الإتحاد.)(٣) و قال إبن قدامة :(لا قطع على الأصول ولاعلى الفروع و لا على شريك.)(٤) .

---

(١) أسهل المدارك ١٨١/٣ ، بلغة السالك ٣٧٨/٢ ، بداية المجتهد ٤٥١/٢ ، المدونة ٢٥٦/٦ ، الكافي في فقه أهل المدينة لإبن عبد البر ١٠٣٣/٢

(٢) شرح فتح القدير ٣٨٠/٥ ، عقوبة السارق بين القطع و ضمان المسروق في الفقه الإسلامي محمد توفيق الأحول . مكتبة الهدى للنشر و التوزيع ص ١٣٥

(٣) مغني المحتاج ١٦٢/٤

(٤) المغني ٢٨٤/١٠ ، الروض المربع ٣٢٨/٣ ، الإقناع ٢٨٢/٤

الأدلـــــة

أدلة المالكيـــة:

استدل المالكية على قطع الفروع بسرقة مال الأصـــول (١) بعمـــوم قولـــه تعالـــى :(و السارق و السارقة فاقطعوا أيديهما)(٢) .

وجه الدلالة أن الله تعالى أوجب القطع على السارق بشكل عام دون تمييز بين قريب و بعيد و أصل و فرع .

و نوقش من وجهين .

الأول: أن الآية مخصصة بالحديث (أنت و مالك لأبيك)(٣) .

الثاني: أن للولد شبهة في مال أبيه ،

ورد المالكية بضعف الشبهة لأن الابن يحـد إذا وطـئ جاريـة أبيـه أو أمـه بخـلاف الأب إذا وطئ جارية إبنه لا يحد لقوة الشبهة فيقطع الإبن لسرقة مال أبيه كالأجنبي(٤)

و رد الحنفية هذا بأن الزنا بجارية أبيه يجب به الحد لأنه لا شـبهة لـه فيهـا بخلاف المال فإن له فيه شـبهة و هـو أنـه إذا إفتقـر أو صـار ذا حاجـة فـإن نفقتـه تجب على والده . و يـروا هـذا بـأن الحديـث صريـح فـدرأ حـد الشـبهات فيمـا إذا وجدت شبهة ، أما الشبهة الضعيفة فلا يدرأ بها الحد (٥) و لأن النفقة في مال الأب لإبنه حفظاً له و الله يقول:(ليس على الأعمى حـــرجٌ و لا علـى الأعـرج حـرجٌ و لا على المريض حرجٌ و لا على أنفسكم أن تأكلوا مـن بيوتكـم أو بيـوت آبـائكم أوبيوت أمهاتكـم (٦) نجـد فـي الآيـة الكريمـة أن إطـلاق الأكـل مطلقـاً يمنـع قطـع القريـب ورد لأن الله سبحانه و تعالى قال أو (صديقـكم) أو بيـوت (أخـــوالكم) و الحال أنه يقطع بالسرقة من صديقه و خاله . و يناقش هذا أن كلامنا في سرقة.

---

(١) الإشـــراف ١٦٥/٢

(٢) الآيـة ٣٨ من سـورة المائدة.

(٣) رواه الطبري و إبن ماجة مختصر الجامع الصغير ١٨٦/١ و قال إنه ضعيف .

(٤) حاشية الدسوقي ٣٩٦/٤ ، بداية المجتهد ٤٥١/٢ ، المغني ٢٧٦/١٠

(٥) شرح فتح القدير ٢٨٥/٢

(٦) الآية ٦١ من سورة النور

مال غير مأذون و محرز وليس فيما إذن فيه (١) و ينص الحديث : ليس على مختلس و لا خائن و لا منتهب حد(٢) و الذي يجب فيه القطع هو المال الذي لم يأذن أب فيه لإبنه سواء كان إذن عام أو خاص أما المال المحرز فلا يقال إذا سرقه الإبن فلا يقال إن هذا مأذون فيه . إذ لو كان مأذوناً فيه ما احتاط الأب في المحافظة عليه. ومبنى الشريعة إقامة الحدود و عدم الجري وراء العواطف و إلا إمتنع الحاكم على إقامة الحد على ا بنه و فروعه إذا سرقوا لأن فيه قطع رحم وعندما يقام حد السرقة على الفرع لا يقال فيه قطع رحم و إنما تنفيذ لأمر الله لأنه يقاد بقتله عمداً و يحد بالزنا بجاريته فيقطع بسرقته ماله كالأجنبي(٣)

أدلة الجمهور : استدل الجمهور :

أولاً: بالسنة مما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (إدفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً)(٤) .

و جه الدلالة إن الفروع يمكن أن تدفع عنهم الحد لوجود القرابة . وإستدلوا بما روي عن عائشة رضي الله عنها . أن النبي صلى الله عليه و سلم قال:(إدرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خيرٌ من أن يخطئ في العقوبة) (٥) .

وجه الدلالة إن القرابة مخرج له لإخلاء سبيله و إستدلوا بما روى عن إبن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه و سلم قال:(إدرؤا الحدود بالشبهات)(٦) .

---

(١) المغني ٢٧٦/١٠ ١٨٤/٧ ٦٧/٢ ١٧/٧

(٢) رواه أحمد ، سنن إبن ماجه ، النسائي ، أبوداود ، الترمذي و قال إبن حجر ضعيف تلخيص الجبير ٦٥/٤

(٣) المغني ٢٧٦/١٠

(٤) سنن إبن ماجة ٢١٠/ ١٨٢ ، نيل الأوطار ١١٧/٧ و قال في إسناده ضعيف .

(٥) أبوداود ١١٨/٢ ، النسائي ٦٧/٣ ، جامع الأصول ٣٦/٣ وفي إسناده ضعف نيل الأوطار ١١٨/٧ وقال البيهقي رفعه خطأ والصواب أنه موقوف كما رواه وكيع

(٦) إبن ماجة ١٨٢/٢ ، و إبن عدي في الكامل و قال الشوكاني في إسناده ضعيف و قيل موقوف

وجه الدلالة: أنها تفيد درء الحد بالشبهات و لما كان القطع حداً فلا يجب مع وجودها و نوقشت هذه الأدلة بأن قوة العلاقة و القرابة لا تمنع إقامة الحد . قال تعالى:(ياأيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط)(١) والرسول صلى الله عليه و سلم قال:(لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها) (٢) و لم يخصص أحد من أحد.

ثانياً: استدلوا بالمعقول بأن بينهما قرابة و إتحاد تمنع قبول شهادة أحدهما لصاحبه فلم يقطع بسرقة ماله كالأب . ولأن النفقة تجب في مال الأب لابنه حفظاً له فلا يجوز إتلافه حفظاً للمال. و كذلك فإن مال كل منهما مرصود لحاجة الآخر قال الأحناف بأن الرحم المحرم قرابة تمنع النكاح و تبيح النظر و توجب النفقة فهي أشبه بقرابة الولادة (٣).

و يمكن أن يناقش قولهم إن النفقة تجب لكل منهما للآخر ،و إن هذا واجب ثبت بالدليل والسرقة حكم الله ثبت بالدليل فوجب العمل بكل دليل فيما يخصه . ولأن هذا منقوض بقتل الإبن فيما إذا قتل أباه فإنه يقتص منه بالإجماع ، و لايقال إن وجوب النفقة تمنع وجوب القصاص كما يمنع وجوب قطع اليد بأن السرقة حق لله . وحقوق الله لاتسقط إلا بدليل و هذه أقيسة ليس هي العلة في مناط الحكم و لكن قياس يعارضه النص و هو عموم الآيات و الأحاديث الدالة على قطع يد السارق . وأن السرقة يجوز فيها العفو و الشفاعة قبل وصولها للحاكم ، فإذا وصلت الحاكم فلا عفو ، لأنها حق لله لا يسقطه عفو العبد (٤) بدليل قول الرسول صلى الله عليه و سلم :(هلا ذلك قبل أن تأتيني)(٥) .

---

(١) الآية ٨ من سورة المائدة .

(٢) سبق تخريجه متفق عليه ص ١٧٨

(٣) منهاج الطالبين ١٨٨/٤ و الإقناع ٢٨٥/٤ ، شرح القدير ٣٨١/٥

(٤) مغني المحتاج ١٦٢/٤ ، المغني ٢٧٦/٣٠ ، البدائع ٧٥/٧

(٥) الحديث سبق تخريجه ص ٢٦

و إن قول المالكية ليس ملزماً في إقامة الحد قبل الرفع إلى الحاكم و ليس معقولاً للأب بدافع الأبوة أن يرفع الحكم للحاكم لقطع إينه فإذا رفعه فلا مناص من إقامة الحد (١) لقوله تعالى:(كونوا قوامين بالقسط شهداء لله و لو على أنفسكم أو الوالدين و الأقربين)(٢).

الترجـــيح:

أرجح ما ذهب إليه الجمهور من عدم قطع الأولاد ، لوجود الشبهة وللقرابة و الرحم و قوة أدلتهم. ولأن الإطلاق في الآية الكريمة قد قيد بالسنة التي أثبتت وجود الشبهة و أمرت بدرء الحدود بالشبهات و لأن القطع عقوبة شديدة فيجب درؤها حتى يكون السبب تامـــاً.

فالفروع و الأصول هما عمودا النسب و من ثم كان أقوى جهات القرابة إذ بينهما من التلاحم ما يجعلهما كياناً واحداً و لذلك كانت الشبهة قوية في إسقاط الحد عنهما فلا يقطع فرع لسرقة مال الأصل و الأبناء هم فلذات الأكباد و ما يجمعه الآباء من مال هو من أجل أولاد هم ومرصود لحاجتهم .

---

(١) شرح فتح القدير ٣٨١/٥ ، مغني المحتاج ١٦٢/٤ ، منهاج الطالبين ١٨٨/٤ ، الإقناع ٢٨٥/٤٤

(٢) الآية ١٣٥ من سورة النساء .

المبحـــث الرابـع

سرقة الدائن من مال المدين أكثر من حقه

إختلف الفقهاء في قطع الدائن في السرقة من مال المدين سواء كان المدين مماطـــلاً أو غير مماطل إلى ثلاثة أقوال .

المذهـــب الأول : و هو ما إنفرد به المالكية و هو القطع سواء كان الدين من جنس مال الدائن أو من غير جنسه ، قال الباجي:(رجل كان له على رجل دين فجحده فقطع)(١).

المذهـــب الثـــاني : للحنفية : لا قطع إلا إذا سرق من غير جنس حقه . قال الزيلعي (أما إذا كان مؤجلاً فإن الدائن يقطع قياساً لأنه لا يباح له أخذه قبل الأجل فيكون كما لو سرق من خلاف جنس دينه لكنهم يرون أنه لا يقطع إستحساناً) (٢)

المذهـب الثالـث: للشافعية و الحنابلة و هو عدم القطع مطلقاً سواء كان الدين من جنسه أو لا بلغ نصاباً أولا. أخذ حقه أوأكثر ، جاء في مغني المحتاج:(فأما إذا كان مخلوطاً بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر فلا قطع) (٣) و جاء في المغني : (و إن سرق نصاباً أو غصبه فأحـــرزه فجاء المالك فهتك الحرز وأخذ ماله فلا قطع).

الأدلـــــــة

استدل المالكية أنه يعد معتدياً بلا حق و لا شبهة إذا أخذ أكثر من حقه ما دام يستطيع تحصيل حقه بالطريقة المشروعة ، و الآيات و الأحاديث الدالة على عقوبة السرقة عامة لم تخصص دائن أو مدين)(٤) .

دليل الحنفيـة

إستدل الحنفية بأن الدائن في هذه الحالة يستوفي حقه و لا يعد سارقاً لأن للدائن أن يأخذ حقه من المدين إذا ظفر من غير رضا المدين، وكذا الحكم

---

(١) بلغة السالك ٣٧٦/٢ ، حاشية الدسوقي ٣٣٧/٤ ، الزرقاني ٩٨/٢

(٢) شرح فتح القدير ٣٧٧/٥ ، بدائع الصنائع ٧١/٧

(٣) مغني المحتاج ١٧١/٤ ، المغني ٢٥٨/١٠

(٤) حاشية الدسوقي ٣٣٧/٤ ، الزرقاني ٩٨/٢

لو أخذ أكثر مـن حقـه .لأن المال المأخوذ له فيـه حق علـى الشيوع ، إذ أن لـه بعض المأخوذ و لا قطع في أخذه هذا البعض ومن ثم لا يقطـع فـي غيره كالمـال المشترك ، أي أنه يعتبر في معنى الشريك فـي المسـروق بقـدر حقـه . فـلا يقطـع استحسـاناً لأنـه استيفاء لحقـه ووجـه الإستحسـان أن الأخـذ و إن لـم يكـن مسـتحقاً لوجود الأجل إلا أن للدائن شبهة الأخذ تـدرأ عنـه الحـد . فحـق الأخـذ ليس سـببه حلول الأجل فإنما بسبب ثبوته هو قيام الدين في ذمة المسروق منه ووجود الأجـل لا أثر له على قيام الدين و إنما أثره في تأخر المطالبة بالدين . أمـا إذا سـرق مـن غير جنس حقه قطع لأنه ليس له حق أخذها إذ أنه لا يملك المأخوذ به نفس الأخذ بل بالاستبدا ل و البيع و ذلك لا يتم إلا بالتراضي فيكون كمـن سـرق مـال غـيره . إلا إذا كان قد أخذ هذا الشئ عن تأويل لا يقطع (١) .

دليل الشافعية و الحنابلة :

و استدل الشافعية و الحنابلة أن الدائن إذا تمكن من الدخول في الحرز فأخذ قدر حقه منه لم يكن المال الذي يوجد في الحرز محرزاً عنه فحكمه حكـم السـارق من غير الحرز. فإذا أخذ ما يزيد على حقه فليس عليه القطع لاتفاق الجمهور على أنه يشترط إيجاب الحد على السارق أن يكون المال مسـروقاً مـن حـرز و الشـبهة دارئة للحد لثبوت حق للسارق و على هذا أتيح له هتك الحـرز (٢) .

---

(١) درر الحكام في شرح غرر الأحكام ٨٤/٧

(٢) المغني ٢٥٨/١٠

الراجـــح مذهب المالكية للآتـــي:

أولاً: لأن فيه عدالة و هو مراعاة حق السارق و مراعاة حق المسروق منـه فـإذا أخذ حقه بالشروط المتقدمة فلاقطـع أمـا إذا زاد فقد تعـدى و المتعـدي أولـى بالحمل عليه فيعتبر سارقاً و السارق تقطع يده .

ثانياً: أنه لا شبهة له في الزيادة حتى يسقط القطع .

ثالثاً: القول بعدم القطـع كمـا يقـول الشـافعية فيـه فتـح لبـاب الذريعـة فـإن النـاس يأخذون أكثر من حقهم بدعوى ذريعة الشبهة فمن له ألف دينار فسرق عشر آلاف دينار فإنه لا تقطع يده فإنه فساد كبير نعم وإن قالوا تؤخـذ منـه الزيـادة و لكـن قـد يبدد هذه الزيادة فتضيع للناس حقوقهم .

رابعاً: القول بأنه في جنسه أومن غير جنسه تفريق بغير دليل . و القول بـأن هـذا إستبدال يحتاج إلى رضى هذا مسلم بالبيع و لكن نحن نتكلم عن أخذ حق لا يفسر أخذه إلا بهذه الطريقة و إلا ضاع على صاحب الحق حقـه فيعتبر الرضـى غـير معتبر في هذه الحالة مراعـاة لصـاحب الحـق كمـا فـي حـق الشـفعة فـإن رضـى المشتري يسقط مراعاة لحق الشفيع .

المبحـــث الخامـس

سرقـة الكفـــن

الكفن ما يلف به الميــت و في سرقة الكفن ثلاثة أقوال :

القول الأول: القطع مطلقاً سواء كان شرعياً أو غير شرعي وهوما انفرد به المالكية .

القول الثاني: عدم القطع مطلقاً و هو قول الحنفيـة .

القول الثالث: القطع إن كان شرعياً و هو قول الشافعية و الحنابلة.

١/ و قد صرح المالكية بإيجاب القطع في الكفن مطلقاً سواء كان شرعياً أم غير شـرعي و ذهبوا إلى أن البحر حرز للكفن إن ألقي الميت فيه مكفناً . فقد جاء في الفواكه الدواني والبحر بالنسبة للميت المطروح فيه مكفناً كالقبر فهو حرز لكفن الميت قال مـالك:(الأمر عندنا فيمن ينبش القبور أنه إذا بلغ ما أخرج من القبور ما يجب فيه القطع فعليه فيه القطع)(١) .

٢/ و ذهب الشافعية و الحنابلة إلى أن الكفن الذي يقطع بسرقته هو الكفن الشرعي و هو عبارة عن ثلاثة لفائف للذكر و خمس لفائف للأنثى . فإن كانت اللفائف أكثر مما تقدم لا يقطع بسرقة الزائد (٢) و جاء في المغني :(أو تركه في تابوت فسرق التابوت أو ترك معه طيباً مجموعاً أو ذهباً لم يقطع بأخذ شئ من ذلك (٣) قال النووي: (وكفن في قبر محرز و كذا بمقبرة يطرق العمارة في الأصح لا بمضيعة) (٤) .

٣/ و ذهب الحنفية إلى القول بتعزيره أدباً و لا شئ عليه سوى ذلك (٥) جاء في البدائع :(لا قطع على نباش و لا منتهب و لا خائن)(٦) .

---

(١) حاشية الدسوقي ٣٤٠/٤ ، الفواكه الدواني ٢٩٤/٢ ، الباجي ١٨١/٨ ، الإشراف ٢٧٣/٢ ، كلام المصنف أن القبر حرز للكفن و لو كان في الصخر.

(٢) المجموع ٣٧٨/١٨ كشاف القناع ١٣٨/٦ ، البحر على الخطيب ١٦٦/٤ ، المغني ٢٨١/١٠

(٣) المغني ٢٨٣/١٠

(٤) المجموع للنووي ٧٨/١

(٥) المبسوط ١٥٩/٩

(٦) البدائع ٦٩/٧ و حاشية إبن عابدين ٩٤/٤

الأدلـــــة

أستدل أصحاب المذهب الأول بالقرآن و السنة و الآثار :

فبالقرآن الكريم قوله تعالى:(السارق و السارقة فاقطعوا أيديهما)(١).

وجه الدلالة الآية أوجبت قطع يد السارق و هي تتناول بعمومها سارق الكفن و غيره و لا يخرجه عن هذا العموم إنفراده بإسم خاص به فإنما كان ذلك لتخصصه في نوع معين من السرقة و هي سرقة أكفان الموتى)(٢).

و من السنة إستدلوا بما رواه البراء بن عازب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم قال:(من حرق حرقناه و من غرّق غرّقناه و من نبش قطعناه)(٣).

ووجه الدلالة في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر بقطع النباش و لم يرد ما يفيد نفي هذه الآثار بالنسخ أو بغيره فمن ثم وجب قطع يد سارق الأكفان إذا توافرت الشرائط الأخرى للقطع .

المناقشـــــة:

ناقش الأحناف هذا الحديث بأنه منكر لا يصلح للاحتجاج به ففي سنده من يجهل حاله كبشر بن حازم و غيره و قد صرح البيهقي بضعفه(٤).

و من الآثار : ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت:(سارق أمواتنا كسارق أحيائنا)(٥) .

وجه الدلالة لا فرق بين سارق الأحياء و سارق الأموات ، و روي عن عائشة أيضاً رضي الله عنها قالت(لعن الله المختفي و المختفية) فقالوا إن اللعن لايكـــون إلا على محرم و ما دام هذا العمل محرماً فيجب معاقبة مرتكبيه بالعقوبة التي حددها الشارع و هي القطع إذا توافرت شرائطه . قال الحافظ هذا صحيح وسنـــــده جيد(٦) .

---

(١) الآيـة ٣٨ من سـورة المائدة

(٢) أحكام القرآن لإبن العربي ص ٦٠٨/١

(٣) المجموع ٣٢١/١٨ ، نصب الراية ٣٦٦/٣ ، البيهقي ٧٧/٢ و ضعفه .

(٤) شرح العناية على الهداية ٣٧٤/٥

(٥) بدائع المنن في جمع و ترتيب مسند الشافعي ٣٠١/٢ قال الحافظ حديث صحيح .

(٦) القول الحسن شرح بدائع السنن ٣٠١/٢

دليل الحنفيـــــة:

و استدل الحنفية بالآثار والمعقول:

١/ فالآثار بما روي عن إبن عباس (ليس على النباش قطع)(١) لا يعقل أن تكون هذه الرواية صحيـــحة و يجهلها جمهـور الصحابـة والفقهـاء و أن يعلموهـا ويعملوا بنقيضها مما يؤكد ضعف الرواية و عـدم صحتها فلا يجوز الإحتجـاج بها .

٢/ وروى إبن أبي شيبة أن نباشاً أخـذ فـي زمـن معاويـة و كـان مـروان علـى المدينة فسأل من يحضره مـــن الصحابة و الفقهـاء فأجمـــعوا علـى أنـه يضـرب ويطاف به (٢).

٣/ و روي أن مـروان أتـى بقـوم ينـــبشون القبـــور فنفاهـــــم و ضربهـــم والصحـــابة متواجدون (٣).

ووجه الدلالة من هذه الآثار أنها أفادت بعـدم قطـع سـارق الأكفـان ذلـك أن الصحابة الذين وقع في عهدهم النبش لم يقطعوا يد النباش ولم يأمروا به و لم ينكر عليهم أحد من الصحابة الآخرين ذلك رغم توافرهم فيكون ذلك إجماعاً .

و أجاب الجمهور بضعف الرواية لأن جمهور الصحابة كانوا يرون إيجـاب القطع فلماذا يغيروا رأيهم في عهد معاوية و إن جاز في أي مجتمع فلا يجوز فـي مجتمع الصحابة بوجه خاص (٤) .

٤/قالوا السرقة مشتقة من المسارقة ومن ثـم فـلا يكـون الفعـل سـرقة إلا بمسـارقة عين المسروق و هذا لا يتحقـق فـي سـرقة الكفن حيـث لا يتصـور مسـارقة عيـن الميت و عليه لا يجوز قطع من نبش قبراً و أخذ كفناً أو غيره لإمتنـاع وصفـه بالسرقة(٥).

---

(١) نصب الراية ٣٦٧/٣ و قال هذا الحديث غريـــب .

(٢) المرجع السابق .

(٣) فتح القدير ٣٧٥/٥.

(٤) أحكام القرآن لإبن العربي ص ٦٠٨ ، تفسير القرطبي ص ٢١٦١.

(٥) البدائع ٧/ ٧٥.

و أجاب الجمهور على أن الفعل لا يوصف بالسرقة بأنه(تذرع بالليل لباساً و اتقى الأعين و قصد وقتاً لا ناظر فيه و لا مار عليه فكان بمنزلة ما لو سرق في وقت بروز الناس للعيد و خلو البلد من جميعهم)(١) .

٥/ قالوا إن الكفن مال تافه والكفن ينفر منه أصحاب الطباع السليمة و الحد شرع للإنزجار و في ماليته قصور لأنه لا ينتفع به مثل لباس الحي و القصور فوق الشبهة و الشبهة تدرأ الحد فالقصور أولى (٢) .

و سبب قصور مالية الكفن أنه يوضع في القبر مع الميت ليبلى و هذا ينافي حقيقة المالية لأن المالية عبارة عن التمول و الإدخار لوقت الحاجة (٣) .

٦/ و قالوا من شروط القطع أن يكون المسروق مملوكاً للغير و الكفن غير مملوك لأحد فمن ثم لا قطع على سارقه و إن قبل تمليكه للوارث له فهناك شبه في ملكيته بما سبق قوله و الشبهة دارئة للحد (٤) و قالوا أيضاً الكفن لا يعتبر محرزاً في القبر - فلا يجوز بسرقته القطع لأن القبر ليس حرزاً بنفسه أصلاً إذ لا تحفظ الأموال فيه عادة و لوكان حرزاً بنفسه لوجب قطع من يسرق منه أي مال غير الكفن و لكن لا يقطع السارق منه بإتفاق الفقهاء القائلين بإشتراط الحرز للقطع في السرقة و ذلك لأن القبر ليس حرزاً و إذا كان الكفن غير محرز بالغير فإنه في الوقت نفسه غير محرز بالحافظ أيضاً (لأن الميت لا يحرز نفسه فكيف يحرزه غيره)(٥) و إذا ثبت هذا فلا يكون الكفن محرزاً بالمكان و لا بالحافظ و من ثم فلا يجوز قطع سارقه لاختلال شرط الحرز . و قالوا كذلك إن من شروط القطع في السرقة رفع الدعوى من المسروق منه و لا يتصور ذلك من الميت وإذا إمتنعت الدعوى من الميت امتنع القطع .

---

(١) أحكام القرآن ٦٠٨/١.

(٢) البدائع ٧٥/٧.

(٣) المبسوط ١٥٩/٩ ، بدائع الصنائع ٧٥/٧.

(٤) بدائع الصنائع ٧٥/٧ .

(٥) المبسوط ١٦٠/٩ .

و يجاب على هذا إن إقامة الدعوى و إن كانت مستحيلة من الميت فهي غير مستحيلة من ورثته إذ يجوز لهم أن يتولوا رفعها شأنهم شأن الولي و الوصي مع الصبي و المجنون ومن في حكمهما فإن لم يكن للميت ورثة جاز للحاكم أن يقوم برفعها بل يجوز للأجنبي الذي كفن الميت من ماله أن يرفعها و مع ذلك فلا بأس بالرأي القائل : إن قطع النباش لا يحتاج إلى رفع دعوى من أحد ، ولأن رفع الدعوى قد شرع في السرقة من الأحياء فقط و ذلك لئلا يكون المسروق مملوكاً للسارق و قد يئس من ذلك هنا (١) .

أدلة الشافعية و الحنابلة

استدلوا بأدلة المالكية الدالة على القطع وبالآثار و المعقول :

أولاً: استدلوا بالآثار و هي :

١/ روى عبدالرزاق أن عبدالله بن عامر بن ربيعة وجد قوماً يختفون (٢) القبور باليمن على عهد عمر بن الخطاب فكتب فيهم إلى عمر رضي الله عنه أن أقطع أيديهم (٣) .

وجه الدلالة أنهم سرّاق وجب قطعهم و القبور حرز للأكفان (٤)

٢/ وروي عن الزبير أنه قطع نباشاً (٥) .

و أجاب الأحناف بأن هذه الآثار لا تصلح حجة لأنها ضعيفة كما أنها معارضة بالآثارالصحيحة التي تدل على عدم قطع يد سارق الكفن و التي لم ينكرها أحد من الصحابة (٦) .

---

(١) المغني ١٠/٣٧٤. السرقه المرجعه للتقطع فالفقه الاسلامي عبدالقادر الوالصين ص ٢٠

(٢) المختفي : هو الذي يستخرج الكفن من القبر .

(٣) مصنف عبدالرزاق ١٠/٢١٥.

(٤) الأحكام السلطانية ص ٢٢٧.

(٥) نصب الراية ٣/٣٦٧. ، فتح القدير ٤/٢٣٤.، المبسوط ٩/١٥٨. المحلى ١١/٣٠٣.

(٦) المبسوط ٩/١٥٨.

الأدلة بالمعقول :

١/ إن الكفن مال متقوم لأنه يباع و يشترى و كل ما كان كذلك فيجب القطع في سرقته إذا توافرت الشروط الموجبة للقطع . أجاب الأحناف أنه تافه و الطباع تنفر منه .

ورد الجمهور : **أولاً** : أنه لو كان تافهاً و تنفر منه الطباع لما ذهب النباش و أخرجه من القبر ، فكل ما ينطبق على السارق ينطبق عليه بل هو يزيد على السارق بنزعة إجرامية أقوى فهو أقرب إلى الحيوان الشرس منه إلى الإنسان فلابد من قطعه ، لأنه سرقة للإستفادة منه باللبس أوالبيع فلا حاجة لعدم المالية(١)

٢/ إن القبر حرز للميت و ثيابه تبع له فيكون حرزاً لها أيضاً ذلك أن القبور حرز لما فيها في عرف الناس و إن لم تكن حرزاً لغير الأكفان من الأموال ويقاس القبر على البيت في الحرزية لأنه يكون بيتاً لما فيه (٢) و أجاب الأحناف بأن القبر حفرة في الصحراء الكل يمر بها ليلاً و نهاراً و تسمية القبرعلى سبيل المجاز (٣) .

و رد الجمهور أن حرز كل شئ معتبر بحرز مثله فمثلاً لو سرق شخص حيواناً من زريبة يقطع و لكن إن سرق من نفس الزريبة مالاً أو أي شئ مما لم تجر العادة بوضعه فيها فلا يقطع (٤) .

---

(١) نهاية المحتاج ١٥٢/٢ ، المغني ٣٧٤/١٠

(٢) مغني المحتاج ٦٠٩/٤

(٣) فتح القدير ٣٧٤/٥

(٤) مغني المحتاج ١٠٩/٤ ، المغني ٣٧٤/١٠

الرأي الراجـــح

١/ نرجح القول بقطع سارق الكفن مطلقاً سواء كان في الصحراء أو في المـاء لأن الله سبـــحانه و تعالى قـد كرم بنـي آدم فـي البر و البحـر و جعل حرمتـه ميتاً وحياً. بشرط أن يبلغ ثمنه نصاب السرقة .

٢/ إن الكفن مال متقوم محرز بحرز مثله مملوك لغيره دون أن تكون للسارق شبهة فكل ما ينطبق على السارق ينطبق عليه . ويزيد عليه بالنزعة الإجرامية فيـه و الحيـــوانية.

٣/ و القول بالقطع يمنـع ضعـاف النفـوس من سـرقة أكفـان الموتـى و إنتهـاك حرمات القبور فيجب الأخـذ عليهم بشـــدة .

٤/ و بالقطع ينظف المجتمع من أمثال هؤلاء المجرميـن و ينزجـــر و يرتـد ع غيرهم لأنهم لا يرون حرمة القبور و لا أخلاق لهم (١) .

---

(١) عقوبة السارق بين القطع و ضمان المسروق د/ أحمد توفيق الأحـــول ٢٠٣ ، السرقة الموجبـة للقطـع فـي الفقه الإسلامي دراســة مقارنة عبدالفتاح محمد أبو العينين ص ٢٤ .

المبحث السادس

السرقة من الحانوت

اتفق الفقهاء على القطع إذا سرق السارق من الحوانيت و غيرها من المحلات التجارية إذا كانت مغلقة و كان البلد آمناً .

و احتلفوا فيما إذا فتح صاحب الحانوت دكانه للبيع فسرق منه سارق هل يجب عليه القطع أم لا؟ إلى ثلاثة مذاهب:

١/ **المذهب الأول** : و هو ما انفرد به المالكية وهو وجوب القطع على من سرق من الحانوت مطلقاً سواء كان ليلاً أو نهاراً . جاء في المنتقى: (قال مالك:ما وضع في السوق من متاع و إن كان على قارعة الطريق من غير حانوت ولاتحصين فانه يقطع)(١) .

٢/ **و ذهب الحنابلة** و المشهور عند الشافعية : إلى أن الحانوت إن كان مفتوحاً ليس بحرز و لا قطع إلا إذا وجد فيه حافظ فيكون محرزاً بالحافظ ليلاً أو نهاراً جاء في مغني المحتاج:(و إن دخل يسرق أو المشترى من الدكان المطروق للناس ماليس محرزاً عنه لم يقطع(٢) و قال إبن قدامة: (فإن سرق من غير حرز فلا قطع عليه لفوات سرقة مثل أن يجد مهتوكاً أو باباً مفتوحاً (٣) .

٣/ **وذهب الحنفية** : إلى التفضيل بين سرقة الليل و سرقة النهار فلا قطع على من سرق نهاراً و القطع على من سرق ليلاً ، و الباب مفتوح جاء في حاشية إبن عابدين :(الحرز بنفسه و لو سرق من حمام أو خان أو رباط أو حوانيت التجار وبابها مغلق يقطع)(٤) .

---

(١) المنتقى للباجي ١٧٥/٧

(٢) مغني المحتاج ١٧٤/٤

(٣) زاد المستقنع ص ٨٢ ، المغني ٢٥٩/١٠

(٤) بدائع الصنائع ٧٣/٧ ، حاشية بن عابدين ٩٨/٤٠

الأدلـــــــة

دليل المالكـــية:

قال المالكية لأنه سرق من حرز لا شبهة فيه و كذلك يقطع من سرق من فناء الحانوت لأن الفناء حرز لما يوضع فيه عادة (١) .

دليل الشافعيـــةوالحنابلة .

إن يوجد الحافظ يكون المكان محرزاً ليلاً أو نهاراً لأنه سرق من حرز لاشبهة له فيه و هو المكان المحرز بالحافظ وإن وجد الباب مفتوحاً فقـــد انتفى شرط الحـــرز (٢).

دليل الحنفيـــة:

إن التجار يفتحون حوانيتهم في السوق و يأذنون للناس بالدخول فيها ليشتروا منها فإذا سرق واحد منها لم يقطع لأن الحرز اختل بالنهار للإذن و أما إذا سرق ليلاً فإن الإذن منتفٍ بالليل فيكون السارق سرق من حرز لأن الدكاكين بنيت حرزاً للأمـــوال فيجب القطع (٣) .

سبب الخلاف في هذه المسألة اختلافهم في اعتبار الحرز و كيفـــية الإحـــراز.

الراجـــح:

قول المالكية بأن المحل يعتبر حرزاً بنفسه فيه محافظة على أموال الناس و إن عرف السارق أن المحلات المفتوحة ليست حرزاً لتسلط و استمرأ السرقة و مبنى الشريعة المحافظة على أموال الناس . و لأن الإنسان قد تحوجه الضرورة إلى ترك محله لقضاء حاجة أو مرض أو صلاة ففي عدم القطع حرج و مشقة ومبنى الشريعة على إزالة الحرج و دفع الضرر.

---

(١) الدسوقي ٣٣٩/٤ ، المدونة ٢٧٤/٦ ، منح الجليل ٥٢٩/٤

(٢) مغني المحتاج ١٦٤/٤ ، إبن قدامة ٢٥٩/١٠

(٣) فتح القدير ٣٨٥/٥

المبحـــث الســابـــــع

سرقة آلات اللهو و كسـرهـا

لا بد في قطع السارق من أن يكون المال المسروق محترمـاً أي مالـه قيمـة بصفة مطلقة لا نسبية ، بخلاف الخمر و آلات اللهو و الخنزير فإنها ليست مـالاً و لا قيمة لها بالنسبة للمسلم و كل ما نهى الشارع عن الإنتفاع به شرعاً لأن غير المحترم ليس معصوماً شرعـاً و غير المعصوم لا تتحقـق الجنايـة المحضـة بالإعتداء عليه فلا تناسبه العقوبة المحضـة فأختلف الفقهاء في ما سلط على كسره كآلات اللهو إذا بلغت بعد كسرها نصاباً إلى قولـــين :

القــول الأول :

و هو ما انفرد به المالكية و هو إن آلة اللهو و أشباهها ممـا يسلط الشـارع على كسرها إذا بلغت قيمتها بعد كسرها نصاباً يقطـع سـارقها . و إلا فـلا قـال خليل:(و طنبور إلا أن يساوي بعد كسره نصاباً)(١) .

القـول الثانـي:

للحنفية و الحنابلة و الشافعية: أن آلة اللهو كالطنبور والمزمار لا قطع فيهـا و إن بلغت قيمتهـا بعد كسرها نصاباً و القطـع عند الشـافعية بأجزائهـا إذا قصـد السارق السرقة (٢) جاء في البدائـع :(و لا قطـع فـي سـرقة كلـب و لا فـي سـرقة الملاهي مـن الطبـل و الـدف و نحوهـا) و قـال إبـن عـابدين:(لا خـلاف فـي كسـر المعـازف أي آلات اللهـو كـالطنبور)(٣) و قـال النـووي (لا قطـع فـي طنبـور) ونحوه)(٤) و قال إبن قدامة (فلا قطع بسرقة آلـة اللهو و لا محـرم كالخمـر)(٥)

---

(١) فتح الجليل ٥٢٤/٤ ، المنتقى ١٥٧/٧ ، جواهر الإكليل ٢٩١/٢ ، الدسوقي ٣٣٦/٤ و قال في الحاشية بأنه يكفي في إعتبار قيمته تقديراً سواء كسر أو لم يكسر بالفعل لأنه قد تفقد عينه.

(٢) المبسوط ١٥٤/٩ فتح القدير ٣٣٨/٥ ، تبيين الحقائق ٢١٧/٣ ، مغني المحتاج ١٦٠/٤ و كشاف القناع ١٣٠/٦ .

(٣) إبن عابدين ٥٧٥/٢)

(٤) مغني المحتاج ١٦٠/٤

(٥) زاد المستقنع ص٨١.

الأدلـــــــــة

أدلة القول الأول :

إن سرق ما قيمته نصاباً لا شبهة فيه من حرز مثله و هـو مـن أهـل القطـع وجب قطعه لأن أجزاء آلة اللهو مال له قيمة فيجب فيه القطع إن بلغ نصاباً كسائر الأموال لأنه يجوز بيع أجزائها إذا صارت منفصلة (١) .

أدلة القـول الثاني:

استدل الجمهور : إن هذه الأشياء و أمثالها مـن وسائل المعصيـة بالإجمـاع و هي في ذلك كسرقة الخمر فلا قطع في سرقتها و لأن للسـارق حقـاً فـي أخذهـا لكسرها تطبيقاً لأمر الشارع (٢) فصار دخول السارق الحـرز و إخـراج آلـة اللهـو منه شبهة مانعة من إقامة الحد عليه و هـي ثبوت حق الدخول له لازالة المعصيـة و إنكار المنكر و هي مما لا يتمول أو في ماليتها قصور ألا تراه أنه لا ضمان في كسر الملاهي . و لأن آلة اللهو و أشباهها مما سلط الشارع على كسرها إذا بلغت قيمتها بعد كسرها نصاباً لا يقطع سارقها لأن الفقهاء إتفقوا علـى أنهـا مـن أدوات المعصية و لا قيمة لها.

و مـــن المتفق عليـه أيضـاً أن آلـة اللهـو غيـــرمحترمه لأنهـا محرمـة فـي الشرع (٣) فقد ثبت في الصحيح عن عبدالرحمن بـن غنـم قـال:حدثنـي أبـو عـامر أوأبو مالك الأشعري أنه سمع النبي صلى الله عليه و سلـم يقول: ليكونـن مـــــن أمتي قـــوم يستحلون الحـــر و الحرير (٤) و الخمـــر و المعازف (٥) .

---

(١) الدسوقي ٣٩٢/٤ ، المنتقى ١٥٧/٧

(٢) البدائع ٦٩/٧

(٣) مغني المحتاج ١٦٠/٤ ، المغني ٢٨٢/١٠

(٤) الحر بكسر الحاء و تخفيف الراء : هو الفرج : القاموس المحيط ٣٦٦/١

(٥) المعازف : هي آلة الملاهي كالعود و الطنبور : القاموس المحيط ٣٤٧/١

و في قول بشر بن أناس من أمتي الخمر يسمونها بغير اسمها .يعزف على رؤوسهم بالمعازف و المغنيات يخسف الله بهم الأرض و يجعل منهم القردة و الخنازير (١) . ينص هذا الحديث على أن المعازف التي هي آلة الملاهي محرمة بدليل قول يستحلون أي يجعلون الحرام حلالاً و قرنها بالزنا و الخمر المحرمين بإجماع المسلمين . وقال صلى الله عليه وسلم إن بعثتي رحمة و هدى للعالمين وأمرني أن أمحق المزامير والكبارات يعني البرابط(٢) و المعازف و الأوثان التي كانت تعبد في الجاهلية(٣).

الراجح ما ذهب إليه المالكية:

و هو قطع يد السارق بعد كسرها إن بلغت نصاباً و ذلك لما يلي :

١/ إن القول بأن آلة اللهو منهي عن الإنتفاع بها فهذا مسلم و لكن بعد كسرها فقد ذهبت علة المنع من انتفاعها فأصبحت لا ينتفع بها في الغناء ولكن ينتفع بها في غيره فهي مال منتفع به .

٢/ و إذا كانت مالاً ينتفع به شرعاً بعد كسرها جاز بيعها .

٣/ و في الحديث أنه صلى الله عليه و سلم نهى عن القيل و القال و إضاعة المال و آلة اللهو بعد كسرها و ضياع منفعتها المحرمة أصبحت مالاً و ينتفع به

٤/ إن الحكم يدور مع العلة و علة منع بيعها عدم كونها مالاً غير محترم هو وجود منفعة الغناء فإذا ذهبت تلك العلة و هي منفعة الغناء جاز الإنتفاع بها و جاز بيعها عملاً بحديث النهي عن إضاعة المال .

٥/ القياس على الخمر إذا أصبحت خلاً فيجوز بيعها فعلة النهي عن الخمر الإسكار فإذا ذهب إسكارها و أصبحت خلاً جاز بيع الخل .

٦/ فإذا وجدنا آلة لهو و كانت هذه الآلة مصنوعة من الذهب ثم كسرت وأصبحت ذهباً فهل يقال لا يجوز بيعه ، لا قائل بذلك .

---

(١) البخاري فتح الباري ٥١/١٠

(٢) سنن إبن ماجة ١٣٣٣/٣ ، البرابط : جمع بربط و هو العود : القاموس المحيط .

(٣) مسند أحمد ٢٥٧/٥

المبحث الثامن

سرقة أدوات المسجد

اختلف الفقهاء في السرقة التي تقع على أدوات المسجد إلى ثلاثة مذاهب

المذهب الأول :

و هو ما انفرد به المالكية و هو القطع في سرقة كل شئ من أدوات المسجد المعدة للاستعمال والتي فيه من أبواب أو سقف أو قناديل أو بسط و غيرها مطلقاً سواء كان ليلاً أونهاراً وسواء المسجد مغلقاً أو مفتوحاً على الراجح عندهم/: جاء في جواهر الإكليل:(أو أزال باب المسجد أو سقفه أو أخرج قناديله و حصره أو بسطه فتقطع إن تركت به ليلاً أو نهاراً)(١).

المذهب الثاني:

ذهب الحنفية و بعض الحنابلة أنه لا قطع في سرقة باب المسجد و نوافذه و كذا محتوياته من حصر و قنادل و أدوات كهربائية إلى غير ذلك إذا لم يكن حافظ . جاء في فتح القدير :(و لا قطع في أبواب المسجد) و جاء في البدائع (السارق من المسجد إذا كان ثمة حافظ يقطع) و جاء في المغني :(كحصير المسجد و قناديله فإنه لا يقطع بسرقة ذلك و جهاً واحداً) (٢) .

المذهب الثالث:

ذهب الشافعية و بعض الحنابلة إلى قطع الذمي و قطع المسلم فيما لوكان المسروق جعل لعمارة المسجد و لتحصينه و لزينته . أما الحصر المعدة للإستعمال و سائر ما يفرش و القنادل التي تسرج فلا قطع على أخذها و هو الصحيح و ما يعد للاستعمال فلا قطع . قال النووي :(والمذهب قطعه بباب) (٣)

---

(١) جواهر الإكليل ٢٩٢/٢ ، الدسوقي ٣٤١/٤ ، الشرح الكبير ٤٠١/٤ ، الزرقاني ١٠٢/٨ بلغة السالك ٣٧٩/٢ .

(٢) بدائع الصنائع ٧٤/٧ ، إبن عابدين ٢٧٦/٣ ، العناية ٣٦٩/٥ ، المغني ٢٥٥/١٠

(٣) مغني المحتاج ١٦٣/٤ ، منهاج الطالبين ١٨٩/٤ ، الإقناع ٢٣٦/٢

الأدلـــــــة

أدلة المالكيـــــة:

استدل المالكية بالسنة و المعقول :

فبالسنة : بحديث صفوان رضي الله عنه كان نائماً في المسجد متوسداً بردائه فسرق سارق من تحت رأسه فقطعه رسول الله صلى الله عليه و سلم (١).

و المعقول : أن المسجد حرز لما يكون ثابتاً فيه بإستمرار و لأنه سرق نصاباً محرزاً بحرز مثله لا شبهة له فيه فلزمه القطع كباب بيت الآدمي (٢)

أدلـة الحنفيـــــة:

إن ما يوجد في المسجد ليس بحرز أو في حرزه شبهة لأنه باد للغادي والرائح و معه ينتفي الحد . فأدوات المسجد حرز بالغير و هو الحافظ و يدخل فيها بلا إذن فهو مكان غير معد للإحراز و لأنه لا مالك له من المخلوقين (٣) .

أدلـــة الشافعيـة: و هي عدم الشبهة في القناديل و نحوها و لأن ذلك لمصلحة المسلمين فله فيه حق (٤) مسلم يقطع به كالسرقة في بيت المال. أما الأبواب محرزة عنه فيقطع بسرقتها .

الراجـــــح:

١/ القطع في سرقة الأشياء التي في المسجد سواء كانت أدوات زينة أو بسطاً أو فرشاً لأن في ترك الحد في سرقتها تضييعاً للمال العام و تبديداً لأموال الدولة أو المحسنين الذين يقومون بإنشاء و فرش و تركيب أدوات المساجد سواء كان السارق مسلماً أو كافراً أو ذمياً أو مستأمناً .

---

(١) الحديث متفق عليه و سبق تخريجه ص ٣٦

(٢) المغني ٢٥٦/١٠ ، بدايةالمجتهد ٤٥٠/٢

(٣) فتح القدير ٣٦٩/٥ ، المغني ٢٥٣/٨ ، بدائع الصنائع ٧٣/٧

(٤) مغني المحتاج ١٦٣/٤ ، و حاشية البيجوري ٢٥/٢

المبحـــث التاســـــع

سرقة الطفل الحر غير المميز

قد اتفق الفقهاء على أن سارق الحر الكبير العاقل لا قطع عليه أمـا إذا كـان الحر صغيراً فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القـــول الأول :

و هـو مـا انفـرد بـه المالكيـة و هـو أن الصغـير المميـز الحـر يكـون محـلاً للسرقة و يقطع سارقه لأنه في حكم المال قال الخرشي :(إن مـن سـرق طفـلاً حراً أو عبداً كان لا يعقل لصغر أو بله فهم)(١)

القول الثانـــي:

يرى الحنفية و الشـافعية و الحنابلـة (٢) أن الطفـل غـير المميـز و المجنـون لايصح أن يكونا محلاً للسـرقة لأنهمـا ليس بمـال و علـى ذلـك لا يقطـع سـارقهما لكونهما يشبهان الكبير النائم إذ لا قطع في أخـذه . قال الكاساني :(إذا سرق صبيـاً حراً لا يقطع)(٣) وجاء في المهذب :(و إن سرق حراً صغيراً لم يقطع)(٤) و قـال البهوتي (و لا سرقة حر ولد صغير لأنه ليس بمال (٥) .

---

(١) المدونة ٢٨٦/٦ تسهيل الأحكام ١٧٨/٣ ، بداية المجتهد ٤٥١/٢ ، بلغة السالك ٣٧٦/٢ ، حاشية الدسوقي ٣٩١/٤ ، الخرشـــي ٩٤/٨

(٢) شرح فتح القدير ٣٦٩/٥ ، نهاية المحتاج ٤٦٠/٧ ، المغني ٢٤٥/١٠

(٣) بدائع الصنائع ٤٢٢٩/٩

(٤) المهذب ٢٨١/٢

(٥) كشاف القناع ١٣٠/٦ ، منتهى الإرادات ٣٦٤/٣

الأدلـــــــــــة

أدلة أصحاب القول الأول :

استدل أصحاب القول الأول القائلون بقطع سارق الحـــــر الصغـــير والمجنون بالسنـــة و الآثاروالقياس و المعقول .

أولا: بالسنة : عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه و سلم قال (أتى برجل يسرق الصبيان بالمدينة ثم يخرج بهم فيبيعهم في أرض أخرى فأمر به فقطعت يده)(١) .

وجه الدلالة أن لفظ الصبيان يشمل الأحـرار و الأرقـاء و ليس هنـاك مـا يخصصه بالأرقاء فسارق الأطفال يقطع سواء كان ما سرق منهم أحراراً أو عبيـداً بعموم الحديث .

و ناقش الجمهور الحديث بأنه ضعيف لا يصلح الإحتجاج به و على فـرض أنه صحيح فمحمول على العبيد (٢) .

ثانياً: الآثار : ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قطع رجلاً في غلام سرقه

ثالثاً: القياس و هو أن الحر غير المميز كالمال بجامع تعلق النفوس بكل منهمـا فكما أنه يقطع سارق المال كذلك يقطع سارق الصغير (٣) بشرط أن يؤخذ مـن حرز و حرز الصبي الحر هو دار أهله أو خارج أهله بشرط وجود حافظ معه (٤) .

و أجيب عن ذلك بأنه قياس مع الفارق فإن المـال تتعلق به نفـوس أصحابـه و نفوس سارقيه بالإنتفاع به بخلاف الحر غير المميز فإن نفوس السراق لا تتعلق به غالبـاً ورد بأن تعلق النفـوس بالصبي أكثـر من المال (٥).

---

(١) سنن الدارقطني ١٦/٢ ، الإشـراف ٢٧١/٢

(٢) مغني المحتاج ٦٧٣/٤ ، المحلى ٢٧٠/١٠

(٣) الجامع لأحكام القرآن ٢١٦/٤ ، أحكام القرآن لإبن عربي ٦٠٥/٢

(٤) شرح الزرقاني ٩٥/٤

(٥) السرقة في التشريع الإسلامي للمرحوم الشيخ البهاوي ص ٣٠ و السرقة في التشريع الإسلامي محمـد فهمـي السرحاني ص ٣٤ ، شرح الزرقاني ٩٥/٤

رابعاً: المعقول: قال القاضي عبدالوهاب (ولانه سرق نفساً مضمونه فجاز أن يقطع فيها اِعتباراً بالبهيمة و لأنه حيوان غير مميز سرق من حرز مثله يجب منه البدل عند الاتلاف كالبهيمة)(١) .

أدلـــة القـول الثانـــي

استدل أصحاب القول الثاني الذين قالوا بعدم القطع و لكنه يعزر بأن القطع شرع لينزجر السارق عن التعدي على الأموال لتعلق النفوس بها لأنها من ضروريات الحياة و غير المال و هو الصغير غيرالمميز لا تعلق للنفس به فلا ضـــرورة لشرع القطع فيه،و الصغير و المجنون يشبه النائم الكبير إذ لا قطع على أخذه إذا كان مميزاً أو غير مميز بالاتفاق.(٢) و نوقش بأن الصغير الحر تتعلق به النفوس أكثر من المال،(٣) .

ورد بأنه معلوم أنه يشترط في المسروق أن يكون مالاً حتى يقام الحد على سارقه فإذا أقمنا الحد يكون الشرط قد تخلف،و بالتالي يتخلف الحكم فلا يقام الحد فهو ليس بمال كالكبير النائم.(٤) .

و الراجـــح ما ذهب إليه المالكية و هو قطع سارق الصغير :

١/ لأن هذا النـوع مـن السرقة انتشر و أصبح يهدد أمن كثير من الأسر و الدول .

٢/ و بالقطع يمكن أن تدرأ هذه المفاسد .

٣/ و الولد أغلى من المال على الإنسان أما حملهم الحديث على العبد فإن الأصل فـــي العام أن يبقى على عمومه إلا إذا ورد ما يخصصه ولا مخصص عندهم بلفظ عام في الحر والعبد

---

(١) الإشـراف ٢/٢٧١

(٢) شرح العناية على الهداية بشرح فتح القدير ٥/٣٦٩

(٣) الزرقاني ٥/٩٥

(٤) المغني ١٠/٢٤٥

المبـــحث العاشـــــر

السرقة من المال المشترك

اختلف الفقهاء في السرقة من مال الشركة إلى مذهبـــــين :

المذهـــب الأول : و هوما انفرد به المالكية و هو إيجاب القطع بشروط :

(أ) أن يكون السارق محجوباً مـــن مال الشركة أو ممنوعاً من التصـرف فيـه و ذلك كأن يكون قد أودعاه تحت يد غيرهما أو كـان المسـروق بيـد غـير السـارق منهما على وجه الحفظ و الاحراز، و إلا فلا يجوز قطعه ، وذلك في شركة العنـان و أن يكون مثلياً فوق حقه .

(ب) أن يسرق فوق حقه نصاباً فإن كان المسـروق أقـل مـن حقـه أو فوقـه لكـن دون ربع دينار أو دون ثلاثة دراهم فإنه لا يقطع . جاء في الخرشي :(يقطع من سرق من مال شركة بينه و بين الآخر بشرطين (١) الـــ ـبعض)(١)

المذهب الثانـــــي:

ذهب الجمهور من الحنفية و الشافعية في الأصح و الحنابلة إلى القول بعـدم قطع الشريك إذا سرق من مال الشركة مطلقاً سواء قـدر نصيبـه أو أكـثر و سـواء كان المال مثلـــياً أو قيمياً . جاء في فتح القدير :(لا من مال للسارق فيه شـركة) و جـــــاء في مغني المحتاج:(وإن سرق مـن حرز شريكه مشتركاً فـلا قطـع) و قال البهوتي :(لا يقطع بالسرقة من مال له فيه شريك)(٢)

---

(١) حاشية الدسوقي ٣٣٧/٤ ، الخرشي ١٢٢/٨

(٢) البدائع ٤٢٣٥/٩ ، كشاف القناع ١٤٢/٦ ، شرح منتهى الإرادات ٣٧١/٣ ، الإقنـاع ٢٨٢/٤٤ ، الـروض المربع ٣٢٨/٣ ، شرح فتح القدير ٣٧٦/٥ ، قليوبي وعميره ١٨٨/٤ ، نهاية المحتاج ٤٤/٧ ، المغني ٢٨٧/١٠ .

الأدلـــــــــة

أدلة المذهـب الأول :

أستدل المالكية بالقرآن و السنة و المعقـــول :

أولاً: القرآن الكريـــــم:

قوله تعالى :(و السارق و السارقة فاقطعوا أيديهما)(١) .

وجه الدلالة:انها عامة في حد الســارق سواء كـان شـريكاً أم لا حيث كـان الشريك محجوباً عن المال .

أما السنـــــة:

فبعموم أحاديث السرقة كقوله (لو أن فاطـمة بنت محـمد سـرقت لقطعـت يدها)(٢).

وجه الدلالة من الأحاديث عامة لم تفضل و تفرق بين شريك و غيره .

ومن المعقول:

فإنه أخذ مالاً لغيره على سبيل االخفية و لا شبهة له فيه و قيدوا قولهم بمـا إذا حجب السارق عن مال الشركة ، أي لـم يكـن لـه فيـه تصـرف فـإن كـان مثلياً فالمعتبر فيه :أن يسرق فوق حقه نصاباً من جميع مال الشركة كأن يكون ماله فـي الشركة أثني عشر درهماً فسرق منها تسعة عشر درهم فإنه يقطع و إن كـان مالـه متقوماً فالمعتبر فيه: أن يسرق فوق حقه نصاباً في المســروق فقط إذا كـان مـال الشركة يساوي مثلاً أثني عشر درهماً فسـرق منـه ثوبـاً معينـاً يسـاوي قيمتـه سـتة دراهم فإنه يقطع لأن حقه في نصفه فقط لأنـه ليس لـه أخـذ حظـه منـه إلابرضـا صاحبه فكان ما سرقه بعـض حظـه و بعضـه حظ صاحبـه(٣) و الشـبهة مـن مـال الشريك شبهة ضعيفه .

---

(١) الآية ٣٨ من سـورة المائدة .

(٢) متفق عليه . فتح الباري ١٢/٨٦ صـحـ ٥ /٥٥٣ . ابو داود ٤/١٢٤ مصنف ابن ابي شيبة ٩/٤٦٥

(٣) الدسوقي ٣٣٧/٤ ، فتح الجليل ٥٢٥/٤ ، حاشية العدوي ٢/ ٢٦٥

دليل المذهب الثانـــي :

و استدل الجمهور بأن له حقاً شائعاً في المال المشترك و ذلك شبهة كما لـو إشتركا في جارية فوطئها أحدهما فلا يجب الحد عليه ،لأن بعض لمأخوذ ملكه يجعل له حقاً فيه و تلك شبهة تسقط الحد ولأنه معلوم أن الحدود تدرأ بالشبهات(١)

الترجيـــح

و نرجح ما ذهب إليه المالكية بقطع الشريك إذا سرق من مال الشركة :-

(١) و ذلك لأن الشريك يعلم أنه أخذ مالاً خالصاً لغيره .

(٢) و الشريعة الإسلامية تدعو للمحافظة علـى الأموال و فـي إقامـة الحد منـع للشركاء من أخذ أموال الشريك بالباطل .

(٣) و تطهير المجتمع من الجرائم و المجرمين أمر مهم لحفظ حقوق الشركاء .

---

(١) البدائع ٧٠/٧ البحر الرائق ٦٠/٥ ، إبن عابدين ٩٤/٤ ، نهاية المحتاج ٤٤/٧ ، حاشية الشرقاوي ٤٣٥/٢ ، الإقناع ١٩٢/٢ ، مغني المحتاج ١٦٢/٤٤ ، كشاف القناع ١٤١/٦

المبحث الحادي عشـــر

السرقـــة من المال العـــام

احتلف الفقهاء في السرقة من المال العام على قولين :-

القـــول الأول : و هو ما انفرد به المالكية و هو أنه قطع السارق من المال العام جاء في الخرشي :(إذا سرق من بيت المال فإنه يقطع) و قال إبن جزئ:(يقطع من سرق من بيت المال)(١) .

القول الثانـي: لجمهور الفقهاء أنـه لا يقطـع مـن أخـذ مـن الجهـات التـي تعتـبر أموالها أموالاً عامة كالأخذ من بيت المال . فقال ابن الهمام:(لا يقطع السارق من بيت المال) و جـاء في مغني المحتاج:(لا يقطع بسرقة مـال بيـت المـال) و قـال البهوتي:(لا قطع لسرقة من بيت المال)(٢) .

الأدلـــة

أدلة القول الأول : استدل المالكية على قطع يد السارق مـن المال العـام بالكتـاب و السنة والقياس :

فالكتاب : قال تعالى:(و السـارق و السـارقة فـاقطعوا أيديهمـا)(٣) فإنهـا أوجبـت القطع على كل سارق من بيت مال المسلمين و غيره (٤) فالآية عامـــة .

أما السنة: فعموم أحاديث قطع السارق كقوله صلى الله عليه وسلم:(تقطـع اليـد في ربع دينار فصاعداً (٥) .

وأمـا القيـاس : أن المـال العـام مـال محـرز ولاحـق للسـارق منـه مثـل السـارق أمـــوال الغنـــائم و لوكان له فيها نصيب لأن حصة السارق فـي هـذا المغنـم الـذي أخذ منه المال غيـــر معروفة (٦) فيجب القطع على سارقه (٧) و كـون السـارق لـه فيـه نصيب ليس بحجة في إسقاط الحد لأنه لم يأت بذلك قرآن ولا سنة و لا إجماع (٨).

---

(١) بلغة السالك ٣٧٨/٢ ، حاشية الدسوقي ٢٩٩/٤ ، الخرشي ٩٢/٨ ، قوانين الأحكام ٧٧/٢

(٢) فتح القدير ٢٧٩/٥ ــ ٢٣٥/٤ ، المغني ٢٨٧/١٠ ، مغني المحتاج ١٦٣/٤ ، كشاف القناع ٨٤/٤

(٣) الآية ٣٨ من سورة المائدة . (٤) المحلى ١١/ ٣٢٨

(٥) الحديث متفق عليه و سبق تخريجه (٦) بلغة السالك ٣٧٨/٢ ، المدونة ٢٩٥/٦ ، حاشية الدسوقي ٣٣٧/٤ ، الخرشي ٩٢١/٨

(٧) حاشية الدسوقي ٣٩٩/٤ . (٨) المحلى ٣٢٨/١١

أدلة الجمهـور :

استدل الجمهورعلى عدم القطع على السارق من المال العام بالآثار والقياس :

أولاً : بالآثار :

(أ) ما روى إبن إبي شيبة و غيره عن القاسم بن عبدالرحمن أن رجلاً سرق من بيت المال فكتب فيه سعد بن أبي وقاص إلى عمـر بـن الخطـاب فكتـب عمـر إليـه أن لاقطـع لأن لـه فيـه نصيب (١) فقد دل الأثر أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا يرى قطع من سرق مـن بيـت مال المسلمين و العلة في ذلـك أن المسلم لـه نصيب فيـه و هـذه شـبهة يجـب درء الحـد بهـا. المناقشة : قال إبن حجر في التلخيص لم أجده عنه (٢) .

ثانياً: ما روى علي و إبن مسعود فقد سئل فيمن سرق من بيت المال : فقال لا قطع عليه فما من أحد إلا و له فيه حق (٣) و هذه أقوال صحابة لم يعلم لهم مخالف (٤) .

ثالثاً: القياس: و هو قياس السارق مـن بيت المال كسرقة الشريك من شريكه لا يقطع .

الترجيـــح

نرجح ما ذهب إليه المالكية من وجوب قطع السارق من بيت المال و ذلك للآتـــي:

(١) النص عام يشمل السارق من بيت المال و غيره .

(٢) سرقة المال العام لا تقل خطورة عن سرقة المال الخاص .

(٣) وفي القطع حفاظ على حق الجماعة .

(٤) و القـول بـأن لـه شـبهة فإنهـا شـبهة ضعيفـة و تتعـارض مـع تملـك الدولـة للأموال و الدولة و ما يتبع لها تعتبر شخصاً إعتبارياً له التملك نيابة عن الجماعـة و له حق المحافظة على الممتلكات .

(٥) و إذا فتح هذا الباب فإن السـرقة مـن المـال العـام تكـثر و تفسـد مرافـق الدولة لا سيما و نحن نرى و نقرأ في الجرائد و المجلات إنتشار السرقة من المال العام و الاستيلاء عليه نهباً أو غصباً أو إختلاساً .

(٦) و القطـع يتفق و مبـدأ الشـريعة فـي المحافظـة علـى المـال باعتبـاره مـن الضروريات الخمس.

---

(١) مصنف إبن أبي شيبة ١١٢/١٠ ، المحلى ٣٣٧/١١ ، تلخيص الحبير ٦٩/٤

(٢) تلخيص الحبير ٦٦/٤ (٣) المغني ٢٨٧/١٠ (٤) المغني ٢٨٨

المبحث الثاني عشر

ضمان السارق للمسروق بعد قطعه

اتفق الفقهاء على أن المسروق إذا وجد عند السارق فإنه يرد لصاحبه و لكنهم اختلفوا فيما إذا تلف المسروق بعد قطع السارق هل يضمن أو لا :في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

القول الأول :

الضمان بشرط أن يكون السارق موسراً من وقت سرقته إلى وقت القطع و إلا فلا,و هو ما إنفرد به المالكية : جاء في بداية المجتهد:(إن كان موسراً إتبع السارق بقيمة المسروق و إن كان معسراً لم يتبع)(١) .

القول الثاني :

يرى الحنفية أنه لا يجب على السارق الضمان إذا قطع السارق و هلك المسروق . قال إبن الهمام :(و القطع يستحق بدون المال)(٢) .

القول الثالث :

يرى الشافعية و الحنابلة أن على السارق ضمان المسروق سواء قطع أو لم يقطع و سواء كان موسراً أو معسراً . جاء في نهاية المحتاج:(المال ضمن و قطع) و جاء في كشاف القناع:(فإذا فات منه شئ وجب قدره من القيمة)(٣)

---

(١) بداية المجتهد ٤٥٤/٢ ، الشرح الكبير ٣٩/٤ ، السرقة في التشريع الإسلامي الشيخ/ ابراهيم الشهاوي الخرشي ١٢٤/٨ ، الفواكه الدواني ٢٩٦/٢ ، فتح الجليل ٣١٣/٤

(٢) شرح فتح القدير ٤١٣/٥ /٤١٤ ، البدائع ٧٢/٧ ، البحر الرائق ٧٠/٥

(٣) نهاية المحتاج ٤٦٥/٧ ، المغني ٢٧٩/١٠ ، كشاف القناع ٨٩/٤ ـ ١٤٩/٦ ، الإقناع ٢٨٧/٤ ، الأم ١٥١/٩ ، مختصر المزني ص ٢٦٤ ، المجموع ٣٣٤/١٨ ، شرح منتهى الإرادات ٣٧٤/٣

الأدلـــــة:

دليل المالكية: و هو القول بأن وجوب الضمان على السارق المعسر يؤدي إلى إجتماع عقوبتين على محل و احد و ذلك لأن القول بأن عليه الضمان في حالة إعساره يؤدي إلى ثبوت الضمان في ذمته و القطع يكون عليه في البدن و ذلك في محل واحد و لا يجوز إجتماع عقوبتين في محل واحد أما ضمانه في حالة اليسار فلا يؤدي إلى عقوبتين لأن القطع في البدن . والغرم واجب في المال فصار حقان مختلفين (١) و بأن إعتبار اليسار المستمر قائم مقام بقاء العين المسروقة في يد السارق غير صحيح ، لأن العين إما أن تكون باقية بذاتها أولاً و لكلٍ حكمه فلا صلة له باليسار أو الاعسار و قال إبن القيم :وهذا استحسان حسن جداً و ما أقربه من محاسن الشرع و أولاه بالقبول (٢) .

دليل الحنفيـــة: استدل الحنفية بالآتـــي :

١/ **القرآن** : بقوله تعالى:(والسارق و السارقة فاقطعـــوا أيديهما جزاءاً بما كسبا نكالاً من الله (٣).

ووجه الاستدلال أن الجزاء إسم لما يقابل الفعل و قد جعل الله تعالى جميع ما يستحق بالفعل هو القطع فدل ذلك على أنه الجزاء الكافي فالقول بوجوب الضمان بعد ذلك لا يجوز إلا بمثل ما يجوز به النسخ ومن المعلوم أن نسخ القرآن لا يجوز إلابقرآن مثله أوخبر متواتر و لم يرد ذلك في الضمان ممايدل على أن القطع هو الجزاء الكافي و الجزاء يبنى على الكفاية فلو ضم إليه الضمان لم يكن القطع كافياً فلم يكن جزاء (٤).

و قد رد عليهم الإستشهاد بالآية بأن الزيادة على النص ليست نسخاً . وقد قال تعالى:(و أعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسه و للرسول و لذي القربى)(٥) ومع ذلك قال بعض الفقهاء : لا يعطى لذوي القربى إلا أن يكونوا فقراء فزادوا على النص من غير نص مثله أو خبر متواتر (٦) .

---

(١) أحكام القرآن لإبن العربي ٦١٠/٢ ، بداية المجتهد ٤٥٢/٢

(٢) مدارج السالكين ٣٦٧/١ (٣) الآية ٣٨ من سورة المائدة .

(٤) البدائع ٧/ ٧٢ ، أحكام القرآن للجصاص ٤/ ٨٣ ــ ٨٤

(٥) الآية ٤١ من سورة الأنفال .

(٦) أحكام القرآن للجصاص ٦١٠/٢ مدارج السالكين ٣٦٧/١ .

ثانيـــا: بالسنـــة :

استدلوا بحديث عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:(لا يغرم السارق إذا أقيم عليه الحد.)(١) فهذا الحديث ينص على أن السارق لا يجب عليه الضمان إذا قطعت يده .

و قد أجيب عن هذا الحديث كما سبق بأنه مرسل و ليس بالقـــوي فلا تقوم به الحجة (٢) ورد بان المرسل صحيح يحتج به .

ثالثاً:بالمعقول:

(أ) قالوا وجوب الضمان ينافي القطع لأن السارق يملك المسروق بعد أداء الضمان مستنداً إلى وقت الأخذ فتبين أنه أخذ ملكه و لا قطع عليه في ملكه لكن القطـــع ثابت بالنص و الإجماع.فدل ذلك على أن مايؤدي إلى انتفاعه هو المنتفى و الذي يؤدي إلى انتفائه هو الضمان فلا ضمان إذاً .(٣)

(ب) القطع حق خالص لله تعالى فلا يجب إلا بجناية واقعة على حقه تعالى . و ذلك بأن يكون المال المسروق معصوماً لله تعالى ليس للعبد فيه حق و حينئذٍ يكون القطع و لا ضمان معه.

و قد أجاب الشافعية والحنابلة على ذلك بأن إختلاف محل العقوبتين بين لأن محل القطع اليد ومحل الضمان الذمة وهذا يؤيد أنهما حقان مختلفان كذلك .(٤)

---

(١) سبق تخريج الحديث رواه النسائي ٢٧/٢ و قال إنه مرسل و قال البيهقي ضعيف ، سبل السلام ٢٤/٤ .

(٢) بداية المجتهد ٤٥٢/٢

(٣) فتح القدير ٤١٤/٥ ، المبسوط ١٥٧/٩ ، مدارج السالكين ٣٦٧/١

(٤) أحكام الجصاص ٨٤/٢ ، الحدود و التعازير لإبن القيـــم ص ٢٦٤ .

(ج) لو كان للعبد حق في المال المسروق لكان المال مباحاً لذاته حراماً لغيره و هو لحق مالكه فكان حراماً من وجه دون وجه و تلك شبهة تسقط الحد بالقطع لكن القطع لم يسقط فدل ذلك على أن المال المسروق حق لله و لاحق للعبد فيه وحينئذٍ فلا ضمان على السارق إذا قطع سواء هلك المسروق قبل القطع أوبعده(١) .

(د) وقال إبن القيم المستقر في فطر الناس و عملية عملهم أنهم يقطعون السراق و لا يغرمونهم ما أتلفوه من أموال الناس و ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن(٢).

أدلة أصحاب المذهب الثالث استدلوا:

أولاً: بالقرآن : قال تعالى:(و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)(٣) ووجه الإستدلال أن الله سبحانه وتعالى حرم أكل أموال الغير بالباطل و مما لا شك فيه أن السارق يأخذ مال أخيه و يكون آكلاً لماله بالباطل فيحرم عليه ذلك و يجب عليه رده إن كان موجوداً و إن هلك عليه ضمانه .

ثانياً: بالسنة :

(أ) روي عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال:(على اليد ما أخذت حتى تؤديه)(٤) .

ووجه الإستدلال أن النبي صلى الله عليه و سلم أوجب على الآخذ ضمان ما أخذ حتى يرد عينه و هذا دليل على أن عليه ضمان القيمة لو هلك المسروق.

(ب) بقول النبي صلى الله عليه و سلم:(لا يحل مال إمرئ مسلم إلا بطيب من نفسه.)(٥) و أفاد الحديث أن أخذ السارق مال السرقة حرام لأنه ليس بطيب نفس منه و لذا يجب رده بعينه لو كان باقياً أو رد قيمته لو هلك أو إستهلك .

---

(١) رد المحتار على الدر المختار ٢٩٠/٣ ، أحكام الجصاص ٨٤/٢

(٢) الحدود و التعازير لإبن القيم ٢٦٠

(٣) الآية ١٨٨ من سورة البقرة . (٤) احكام الجصاص ٢ /٨٤

(٤) سنن أبي داود ٢٦٥/٢ ، الترمذي ٥٦٤/٣ ، و إبن ماجة ٨٠٢/٢ و فيه مقال .

(٥) سبل السلام ٢٤/٤ .

ثالثاً : المعقـــول:

(١) القطع و الضمان حقان إختلفا محلاً و مستحقاً و سبباً لأن محل القطع اليد ومستحقه هو الله سبحانه و تعالى و سببه الجناية على حقه تعالى و هو الإنتهاء عما نهى عنه ، و محل الضمان الذمة و مستحقه المسروق منه وسببه إثبات اليد على مال الغير على وجه العدوان ، و حينئذٍ فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدية مع الكفارة في القتل الخطأ . و كالقيمة مع الجزاء في قتل صيد مملوك في الحرم و كايجاب القيمة مع الحد في شرب خمر الذمي (١)

(٢) المسروق عين يجب ضمانها بالرد لو كانت موجودة بالإتفاق فيجب ضمانها ايضاً إذا كانت تالفة كما لو لم يقطع (٢)

(٣) قياس المال المسروق على المال المغصوب حيث أن كلاً منهما مال تعلق به حق الغير فكما وجب ضمان رد عين المغصوب لوكان قائماً و ضمانه إذا تلف كذا يجب رد عين المسروق لو كان قائماً و ضمانه إذا تلف هو الآخر .

(٤) السارق قد فعل فعلاً موجباً للقطع و هو السرقة و فعل فعلاً موجباً للضمان و هو أخذ المال في حد ذاته فيكون عليه عقوبتان هما القطع و الضمان و لا مانع من اجتماعهما (٣) .

---

(١) المغني ٢٧٩/١٠

(٢) كشاف القناع ٨٩/٤٠

(٣) المغني ٢٧٩/١٠ .

الترجيـــــح

الراجح ما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة للآتـــــــي :

(١) قوة أدلتهم و سلامتها .

(٢) أن القطع حق لله تعالى وأما المسروق فهو حق للمخلوق فهما حقان فإذا كان السارق موسراً وجب عليه الرد لقوله صلى الله عليه وسلم(على اليد ما أخذت حتى تؤديه)(١).و إن كان معسراً تعلق الضمان بذمته بحيث إذا أيسر وجب عليه الرد و في هذا سد لجريمة السرقة فإن السارق إذا علم أنه ضامن مطلقاً حالة اليسر والعسر يكون ذلك زاجراً له عن إقتراف تلك الجريمة وفي هذا سد للذرائع و لأن مقاصد الشريعة العامة تقضي المحافظة على الأموال و في تغريمه تتحقق المحافظة الواردة في حديث الرسول صلى الله عليه و سلم:(إن الله ينهاكم عن القيل و القال و إضاعة المال (٢) و ترك السارق دون تعلق الضمان بذمته في حالة العسر فيه ضياع للمال وقياس على المدين إذا أفلس فإنه يضمن و يتعلق حق المغصوب بذمته و لو عذره الحاكم بالضرب أوالسجن فإنها عقوبة و مع ذلك لم يسقط التعزير بالدين عن الغاصب حالة عسره بل يتعلق الدين بذمته .

---

(١) أبو داود ٣/ ٨٢٢ ، الترمـــذي ٣/٥٦٤ ، إبن ماجـــة ٢/٨٠٢ قال الترمذي حسن صحيح

(٢) متفـــق عليه .

المبحث الثالث عشـــر

حكم السرقة من البيت مع الإذن

اختلف الفقهاء في السرقة من البيت و ذلك لإختلافهم في البيت هل يعتبر حرزاً أم لا مع الإذن ؟ إلى ثلاث مذاهـــب .

المذهـــب الأول :

و هو ما انفرد به المالكية (١) فقد قال المالكية يقطع إن كـان بـه حـافظ و لا قطع إذا لم يكن في البيت حافظ ، قال مالك :(فمن سرق من بيوت تلك الدار شيئاً يجب فيه القطع فخرج به من حرزه إلى غير حرزه) .

المذهب الثانـــي:

ذهب الحنفية : لا قطع إن كان هناك حافظ،و إذا أذن له بالدخول إلى بيت إذناً عاما أو خاصاً جاء في البدائع:(الحرز لنفسه فهو كل بقعة معدة للإحـراز ممنوعة الدخول فيها إلا بالإذن كالدار)(٣) .

المذهـــب الثالـث:

فرق الشافعية والحنابلة بين مـا إذا كـانت الـدار متصلـة بـالعمران أو بعيـدة عنه فإذا كانت الدار متصلة بالعمران ، فأما أن يكون البـاب مغلقاً أو مفتوحـاً فـإذا كان الباب مغلقاً و كـان يوجـد حـافظ فهـي حـرز مطلقاً سـواء كـان الحـافظ قويـاً أوضعيفاً نائماً أم مستيقظاً ، أما إذا كانت منفصلة و كان لهـا حـافظ قـوي يقظـان فتكون حرزاً مطلقاً ليلاً أو نهاراً ، أما إذا لـــم يكن بها حارس،أو حـارس ضعيـف و بعيد عن القوى أو قوى نائم و الباب مفتوح لا تكـون حـرزاً ، أمـا إذا كـانت الدار المتصلة مفتوحة و نهاراً فإن لم يكن حافظ فلا تكون حـرزاً و إن كان نائماً (٤)

---

(١) حاشية الدسوقي ٤٠٢/٤ ، بلغة السالك ٣٧٩/٢ ، الباجي ١٧٨/٧ .

(٢) شرح فتح القدير ٣٨٤/٥ ، فتح العناية على البداية ٣٨٤/٥ و هو المذهب خلاف لأبي حنيفـة بدائع الصنائع ٧٣/٧

(٣) حاشية قليوبي و عميرة ١٩١/٤ ، المغني ٢٥٥/١٠ ، مغني المحتاج ١٦٦/٤

(٤) بدائع الصنائع ٧٣/٧

الأدلـــــــة

أدلة المالكيـــة:

الإذن مخرج الدار من أن تكـون حـرزاً بنفسـها فيكـون الآخـذ كـأهل البيـت خائناً لا سارقاً أما إذا كان هناك حافظ فيجب القطع سواء كان الحافظ نائمـاً أم لا، لأن الإذن و إن أخـرج الـدار من أن تكـون حـرزاً بنفسـها إلا أنهـا تكـون حـرزاً بالحافظ و لو كان الحافظ نائماً لأن الحفظ يقتضـي التميز و الشعور و لـو حكمـاً كالنائم لسرعة انتباهه و يستثني المالكية من القطع بحضرة الحافظ من أخذ مواشئ بحضرة صاحبها من راعيها . و الغرض عند المالكيـة فيهمـا تقدم أنـه لـم يخطـر على المأذون له بالدخول إلـى حجـرة معينـة فـإذا كـان قـد أذن لـه بالدخـــول فـي بعض الحجرات و حظر عليه البعض الآخر ، فسرق من المحظـور عليـه دخولهـا ففرق المالكية في هذه الحالة بين ما إذا كان الإذن عاماً أو خاصاً فإذا كـان خاصـاً فذهب البعض إلى عدم القطع إلا إذا كان حافظاً بالنسبة للحجـرات المحظورعليهـا لأن الإذن يخرج الدار بما فيهـا مـن أن تكـون حـرزاً و ذهـب البعـض إلـى القطـع مطلقـاً . و لـو لـم يكـن حـافظ لأن الإذن عندهم يخـرج الحجـرات المصـرح فيهـا بالدخول من أن تكون حرزاً بينما لا يخرج مـا هـو مغلـق مـن حرزيتـه فـالإذن إذاً أبطل بعض الحرز فلا يبطـل البعـض الآخـر . أمـا إذا كـان الإذن بـالدخول عامـاً كبيت الحاكم ، ثم سرق من حجرة خاصة في هذا البيت و محجور عليها فلا قطـع عليه إلا إذا أخـرج المسروق مـــن باب الحجـــرة بأن ألقـاه في عرضـــة الدار (١)

أدلة الحنفيـــة:

إن المكان محرز بدون الحافـظ لأن المكـــان في نفسـه صالـح للإحـــراز وهو المنع من وصول يـد غـير صاحبه إلى مـــافيه و يكون المال مع ذلك مختفياً

---

(١) حاشية الدسوقي ٤٠٢/٤ ، شرح الزرقانـــــي ٩٩/٨

و ليس هذا مع الحافظ فهو فرع و لا إعتبار للفرع مع وجود الأصل فلا يعتبر وجوده معه ومن ثم فلا تكون الدار حرزاً بالحافظ و قد خرجت من أن تكون حرزاً بالمكان بالإذن للسارق بدخولها ومن ثم يكون الأخذ من غير حرز و يكون كأهل الدار فعله خيانة لا سرقة (١) هذا و لا فرق عند الحنفية بين أن يكون السارق قد أذن له بالدخول في جميع حجرات البيت أم حظر عليه بعضها لأن الدار مع جميع المنزل حرزاً واحد عندهم.

أدلة الشافعية و الحنابلة :

إن السارق على خطر من إطلاع الحافظ عليه و تنبهه بحركاته و إستغاثته بالجيران أما إذا كان لا يوجد حافظ فلا تكون حرزاً إلا إذا توافرت عند الشافعية شروط ثلاثة :

١/ أن يكون الوقت نهاراً .

٢/ أن يكون الباب مغلقاً .

٣/ أن يكون زمن خوف .

فإن فقد شرط من هذه الشروط فلا تكون الدار حرزاً و يستثنى ما لو أغلق صاحبها الباب نهاراً ووضع المفتاح في شق بالقرب من الدار تفريط فيكون شبهة دارئة للحد (٢) قال الشافعي (والبيوت المغلقة حرز لما فيها فإن سرق من بيت مغلق فتح الباب أو نقب البيت أو قلع فأخرج المفتاح من حرزه قطع و إن كان البيت مفتوحاً فدخل فسرق منه لم يقطع)(٣) .

---

(١) حاشية إبن عابدين ٣/٢٧٦

(٢) مغني المحتاج ٤/ ١٦٦

(٣) الأم ٦/١٤٧

أما عند الحنابلة عدم وجود الحافظ ينفي عن الدار صفة الحرزية (١) أما إذا كان الحافظ موجود أياً كان ضعيفاً أو قوياً صغيراً أو كبيراً فهو حرز (٢) .

مماتقدم نجد أن فقهاء المالكية والحنفية عدلوا في أحكامهم على الإذن في دخول البيت و عدمه و لا يفرقوا بين ما إذا كان البيت متصلاً بالعمران أومنفصلاً لأن البيت عندهم حرز بنفسه و إنما يبطل عند الحنفية الإذن بالدخول ولو كان به حافظ و المالكية يرون أنه إذا بطل الحرز بالإذن فيكون حرزاً بالحافظ كلما وجد .

أما الشافعية و الحنابلة فلم يعولوا على الإذن و إن كانوا لم يغفلوا وجوده وإعتباره وعندهم أن الإذن يبطل الحرز إذا كان لا يوجد حافظ . و لكنهم إعتمدوا فيما إذا كان البيت متصلاً أو منفصلاً عن العمران ووضعوا لكل حالة أحكاماً كما سبق (٣)

الترجيح

نرجح ما ذهب إليه المالكية لأنه يتفق و سياسة الشريعة الإسلامية في المحافظة على أموال الناس لأن وجود الحافظ من شأنه أن يجعل الشئ محل الحفظ بعيداً عن الكافة مصوناً به عليهم و ذلك خاصة الحرز و هي الإخفاء والإستتار هذا إلى جانب أن الحرز هو ما لا يعد الواضع فيه مضيعاً عرفياً و حرز كل شئ بحبسه و لا ريب أن العرف في زماننا قد إستقر على أن وجود حافظ على الشئ معناه منعه عن الكافة و حفظه عن الأخذ . ومن ثم يتعين قطع من يجرؤ نفسه على أخذ ما عليه حافظ إذا توافرت شرائط القطع الأخرى .

---

(١) كشاف القناع ٨١/٤ ، الشرح الكبير ٢٧٠/١٠

(٢) المغني ٢٥٥/١٠

(٣) بحقوبة السارق بين القطع وضمان المسروق . د. توفيق الاصول ص ٤٤

المبحث الرابع عشـــــر

السرقـــة مـــن الســـارق

اختـــلف الفقـــهاء في حكم الســـرقة مـــن الســـــارق إلى قولـــــين :

القول الأول : و هـو مـا إنفرد بـه المالكيـة إلـى إيجـاب القطـــع فقد جـاء فـي المدونة:(أرأيت إن سرق رجل متاعاً فسرق منه سـارق آخـر ثـم سـرق مـن ذلـك السارق سارق آخر أتقطعـهم جميعاً فـــي قول مالك؟ قال : نعم ولو كانوا سـبعين كلهم كـذلك فـي قول مالك)(١)

القول الثاني : ذهب جمهور الحنفية و الشافعية في الأصح و الحنابلـة إلـى منـع القطع . لأن السارق هنا لم يسرق المال من مالكه و لا ممن يقوم مقامه فأشبه مالو وجده ضائعاً فأخذه)(٢) و قال الحنفيةلأن يده ليست يد ملك و لا يد أمانـه و لا يـد ضمان فلا تكون صحيحه ومن ثم لا يجوز القطع بالســرقة منها (٣) فقـد جـاء فـي البدائع :(و لا يجب القطع على السارق مـــن السارق لأن يـد السارق ليسـت بيد صحيحة) (٤) وجاء في مغني المحتاج(و لوغصب مالاً و أحرزه بحرزه فسرق المالك منه مال الغاصب أو جنس المغصوب فلا قطع في الأصح.)(٥) و قال إبـن قدامة :(و إن غصب عينـاً و أحرزها أو سرقها و أحـــرزها فسرقها سارق فلا قطع عليـــه .)(٦) .

الأدلـــــــة:

أدلـة المذهـب الأول : قال المالكية إنه سرق مالاً ليس له فيه شبهة فيجب عليـه القطع لعموم الأدلة الدالة على إيجاب القطـــع و لأنه لما سـرق مـال السـارق علـم أنـه قصد غير ماله.مـال السـارق وســرق نصاباً مـــن حرز مثله لا شبهة لـه فيـه يـلزم فيـه القطـــع(٧) .

---

(١) المدونة ٢٦٩/٦ (٢) المغني ٢٥٧/١٠

(٣) البدائع ٧٢/٧ ، كشاف القناع ١٤٠/٦ ، المغني ٢٥٧/١٠ ، مختصر المزني ص ٢٦٢

(٤) مغني المحتاج ١٧١/٤ ، إغاثة الطالبين ١٦٠/٤ ، فتح القدير ٤٠٤/٥ ، تبيين الحقائق ٢٢٩/٣

(٥) مغني المحتاج ١٧١/٤

(٦) المغني ٢٥٧/١٠

(٧) الإشراف ٢٧٤/٢ ، المغني ٢٥٨/١٠

و إستدل الجمهور من الحنفية والشافعية و الحنابلة بأن السارق لم يسرق المال من مالكه و لا ممن يقوم مقامه فأشبه ما لو وجده ضائعاً فأخذه ولأن المسروق ليس بمعصوم في حق المسروق منه ولا متقوم في حقه لسقوط عصمته و تقومه في حقه بالقطع(١)

الترجيـــح:

ونرجح القول القائل بقطع يد السارق من السارق للآتـــي:

(١) لعموم الأدلة الدالة على قطع السارق من القرآن و السنـــة .

(٢) و لأنه سرق من مال أخرجه من حرزه .

(٣) أن السارق و إن سرق فلا يجوز أن يسرقه غيره منه .

(٤) و بقطع السارق من السارق فيه محافظة على أموال الناس .

(٥) و قولهم يد السارق ليست يد ملك منقوض بالأمانة فإن الأمين لا يملك الأمانة فلو سرقها إنسان قطعت يده فليست الملكية هي العلة إنـما العـلة الأخـذ مـــن الحرز .

---

(١) البدائع ٧٢/٧ ، المغني ٢٥٧/١٠

المبحث الخامس عشر

أثر الدعوى في إقامة حد السرقة

اختلف الفقهاء في إقامة حد السرقة هل يتوقف على إقامة الدعوى أم لا؟ ، في هذه المسألة قولان :

القول الأول :

و هو ما انفرد به المالكية.و هو عدم توقعها على إقامة الدعوى فإن الحد يقام إذا ثبتت السرقة سواء طالب المسروق منه بماله أم لا . و سواء حضر أو لم يحضر فقد جاء في المدونة :(قلت أرأيت إن غاب المسروق منه و شهد الشهود على السرقة أيقطعه و المسروق منه غائب ؟ قال أرى أن تقطع يده لا يلتفت إلى غيبة المسروق منه (١) .

القول الثاني:

ذهب جمهور الفقهاء إلى إشتراط إقامة الدعوى حتى يقام الحد . فقالوا إن مالك المال المسروق منه إذا لم يطالب به فإن الحد يسقط و لا قطع على السارق فالخصومة شرط لظهور السرقة و هو مذهب أبي حنيفة و الشافعي و المذهب عند أحمد (٢) جاء في مغني المحتاج :(و لو أقر بلا دعوى أنه سرق مال زيد الغائب لم يقطع)(٣) و قال إبن قدامة:(و أن يطالب المسروق منه بماله)(٤).

---

(١) المنتقى ١٦٤/٧ ، الإشراف ٢٧٥/٢ ، المدونة ٢٩٦/٦/٢٩/٦ ، الخرشي ١٥٩/٣٣٤/٥ رواية عن أحمد الإنصاف ٢٤٨/١٠ .

(٢) فتح القدير ٤٠٠/٥ ، نهاية المحتاج ٤٦٣/٧ /٤٢٢ ، المغني ٢٩٩/١٠ ، الإقناع ٢٨٥ ، الإنصاف ٢٤٨/١٠ ، البحر الرائق ٦٨/٥ ، الفتاوي الهندية ٢٨٣/٢ ، المبسوط ١٤٤/٩ .

(٣) مغني المحتاج ٤/ ١٧٦

(٤) زاد المستقنع ٨٢ ، كشاف القناع ٣٤٦/٥

الأدلـــــــة

و قد استدل المالكية بالقرآن و القياس و المعقول :ـ

أولاً: القــرآن :

قال تعالى:(و السارق و السارقة فاقطعوا أيديهما)(١).

ووجه الاستدلال أن الآية أطلقت الحكم من غير قيـد و هـذا دليـل علـى أن مطالبـة المـالك ليسـت بشـرط لإقامـة الحـد و ليـس فيهـا اشـتراط مطالبـة المســروق منه بماله المسروق أم لا(٢) .

ورد الجمهور بأن الآية و إن كانت عامـة إلا أنـه قـد ورد عليهـا كثير مـن المخصصـات و مـن بيـن هـذه المخصصـات قولـه عليـه السـلام:(إدرؤا الحـدود بالشبهات)(٣) ومن ثـم فـلا يصلـح الاحتجـاج بـالعموم هنـا . و رد الجمهـور كذلـك بحكم النبي صلى الله عليه و سلم في السرقة بقطع سـارق رداء صفـوان بـن أميـة (فيه أن المطالبة في المسروق شرط في القطع و لو وهبه إياه أو باعـه قبـل رفعـه إلى الإمام سقط عنه القطع كما صـرح به النبي صلى الله عليه و سلم و قال هـلا كان قبل أن تأتيني به)(٤) .

ثانياً: القيـاس:

و استدلوا بالقياس على حد الزنا فكما أن إقامة حد الزنا لا يحتاج في إقامتـه لمطالبة أحد و إنما يقام بمجـرد ثبوت الزنا فكذلك القطع يقـام بمجرد السـرقة (٥) و رد الجمهور بأن الزنا لا يباح بالإباحـة بخـلاف المـال فإنـه يبـاح بالإباحـة ، ولأن القطع أوسع في الإسقاط كما أنه شرع لصيانة مال الآدميين فلـه بذلـك تعلـق فلم يستوف من غير حضور مطالب به و الزنا حق لله تعالى محض فلم يفتقر إلى طلب (٦) .

---

(١) الآيـة ٣٨ من سـورة المائدة

(٢) المنتقى للباجي ١٦/٤/٧

(٣) سبق تخريجـه ص٢٦٥

(٤) زاد المعاد ٢١٢/٣ رجحـه إبن عبد البر و قال البيهقي ليس بصحيح و إبن ماجه و الدارقطني ضعفه .

(٥) الإشـــراف ٢٧٥/٢ ، المغني ٣٠٠/١٠

(٦) المغني ٣٠٠/١٠

ثالثـاً: المعقـول :

و هو إقامـة حد السرقة حق لله تعالى فإقامته حسبة يثاب عليها أي مسلم ولا حاجة لمطالبة مالك المال بذلك(١) وتعقب حديث صفوان عليه الصلاة و السلام وهـذا من باب التخصيص للآية كـما خصصت بشروط أخـرى منـها النصـاب والحرز (٢)

أدلـة الجمهـور :

استدل الجمهور بالسنة و المعقـول :

أولا: السنـة : استدلوا بما روى عن سمرة رضي الله عنه قال للنبي صلى الله عليه و سلم إني سرقت لآل فلان,فأنفذ إليهم رسول الله صلى الله عليه و سلم فسألهم إنا فقدنا بعيراً لنا في ليلة كذا فقطعه(٣) فلو لا أن المطالبة شرط لظهور السرقة بالإقرار لم يكن ليسألهم بل يقطع السارق دون سؤال .

ثانياً: بالمعقول:

١- إن حد السرقة إنما شرع صيانة لحق مالك المال في ماله فيكون للمالك تعلق بإقامة الحد على السارق و لا يقطع و لا يقع من غير أن يطالب به

٢- من المتفق عليه أن المال يباح بالبذل و الإباحة و أن المالك إذا لم يطالب بإقامة الحد فيكون هناك شبهة في أنه أباحه لأخذه أو أوقفه على طائفة أهل الأخذ أو أذن له في الدخول حيث المال . أو أوقفه على المسلمين عامة . و ما دامت الحدود تدرأ بالشبهات فلا حد إذا لم يطالب المالك للمال بإقامته . و قد قالوا إنه لو شهد رجلان على شخص بالسرقة في مال إنسان غائب لا تقبل شهادتهما إلا بحضور المسروق منه و مخاصمته و قالوا لا يقبل الإقرار بالسرقة من مال الغائب إلا بحضور هذا الغائب أيضاً و مخاصمته و لا يجوز القطع في السرقة من شخص مجهول (٥) .

---

(١) المغني ٣٠٠/١٠ ، الإشراف ٣٧٥

(٢) شرح فتح القدير ٤٠٠/٥ ، المبسوط ١٤٤/٩ ، شرح منتهى الإرادات ٣٧٣/٣ ، نهاية المحتاج ٤٢٢/٧

(٣) إبن ماجة ٨٨/٢

(٤) شرح فتح القدير ٣٩٨/٥

(٥) المبسوط ١٤٤/٩

الترجـــيح

و الذي يترجح لي في هذه المسألة ما ذهب إليه المالكية بما يلـــــي :

أولاً: عموم النصوص من القرآن و السنة و القول بأن إدرءوا الحدود بالشبهات مخصص يخالف مذهب الحنفية القائلين بعدم جواز تخصص القرآن بالسنة ما لم تكن مشهورة ودعوى الشبهة غير مسلمة لأنها شبهة ضعيفة لا ترفع الحد.

ثانياً: أن الحد شرع صيانة للمال فهذا مسلم و لكن لا يلزم منه سقوط الحد لعدم معرفة صاحبه فالمحافظة على المال واجبة سواء عرف صاحبه أم لا .

ثالثاً: ان الحد هو حق لله فلا يسقط بعدم إقامة الدعوى و هذا لا يمنع من المحافظة فالمحافظة شئ و حق الله شئ آخر و هما حقان لا يسقط أحدهما الآخر .

رابعاً: قولهم إن المال يباح بالبذل و الإباحة لا يرفع بها الحد لأنه حق لله و لذا منع الرسول صلى الله عليه و سلم الشفاعة في حديث صفوان السابق بعد أن وصلت للحاكم فقال للشافع : هلا قبل أن تصلا إلينا و هذا يقتضي عموم القطع سواء عرف صاحب المال أو لا .

خامساً: قولهم لو شهد رجلان على شخص في مال إنسان غائب هذا يعتبر مصادرة إذ أن هذا يحتاج إلى دليل و ليس هذا حكم مسلم به عند المالكية .

سادساً: وعلى فرض صحة حديث سمرة فليس فيه دعوى و إنما فيه إقرار بأن المسروق لهم ولم يكن السؤال (لأهل فلان) لتوقف إقامة الحد فليس في الحديث ما يدل على إقامة الدعوى على مطالبتهم إنما كان لأجل أن يرد المسروق لأهله .

المبحث السادس عشـــر

تداخل حـد السرقـة مع القصـاص

قد يعتدي شخص على شـخص آخـر فيقطـع يمينـه ثـم يسـرق فهـل يتداخـل القصاص مع حد السرقة أم لا .

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولـــين :

القـول الأول : و هو ما انفرد به المالكية و هو أنه يقطـع للسـرقة و لاشـئ عليـه في القصاص . فقد جاء في المدونة:(قلت أرأيت إن قطع يمين رجـل و سـرق لـم تقطع يمينه؟ قال مالك: للسرقة) (١) .

القول الثانـــي:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يقطع قصاصاً و لا شـئ عليـه فـي السـرقة . جاء في المبسوط :(إذا إجتمع في يد قطع في السرقة و القصاص بدئ بالقصـاص و ضمن السرقة . فقد إجتمع في اليد حقان أحدهما لله تعالى و الآخـــر للعبد فيقدم حق العبد لحاجته إلى ذلك(٢) القاعدة عند الشافعية (حق الآدمي مقدم مطلقاً على حـق اللـه إلا أن ذلك مقيد بما إذا لم يفـت حق الآدمي)(٣) و جاء في المغنـي :(قـدم القصـاص لتأكد حق الآدمـي)(٤) فنجـد أن مبنى الخلاف هـل يقطع للســرقة أم للقصاص .

سبب الخلاف بين المالكية و الجمهور هـو اختلافهـم فيمـا إذا اجتمـع حقـان حق لله وحق للعبد فمن قال يقدم حق اللـه بـدأ بحـد السـرقة و هـو قـول المالكيـة وحجتهم أن حقه أولى لإمكان العفو من العبد و من قال بتقديم حق العبد على حـق الله و هم الجمهور يبدأ بالقصاص قبل حد السرقة و حجتهـم أن حـق العبـد مبنـي على المشاحنة و أما حق الله فمبني على المسامحة .

---

(١) المدونة ٢٩٢/٦ ، الخرشي ٣٤٥/٥ ، بلغة السالك ٣٨٢/٢ ، القرطبي ١٦٦/٦

(٢) المبسوط ١٨٥/٩ ـ ١٨٦ ، شرح فتح القدير ٣٧٨/٥

(٣) المهذب ٣٠٥/٢ ، مغني المحتاج ١٨٥/٤ ، شرح قليوبي و عميرة ٢٠١/٤

(٤) المغني ٣٢٢/١٠

(٥) الاشراف ٣٧٦ وبداية المجتهد ١٨٤/٢

أدلـــة المذهـــب الأول :

استدل المالكية بأن حق الله مقدم على حق العبد في الاستيفاء إذ العبد يملك أن يعفو عن حقه و لا يملك أحد أن يعفو عن حق الله . و يلزم من تقديم الحد على القصاص أن يسقط القصاص لأن العضو الذي تعلق به القصاص قد ذهب في الحد فيذهب القصاص بذهابه و لا شئ عليه (١) .

أدلـــة المذهـــب الثاني :

و قال جمهور الفقهاء بتقديم القصاص على الحد لأن حق العبد مقدم على حق الله،إذ الأول مبني على المشاحنة،و الثاني مبني على المسامحة،و عليه فإنه إذا استوفيت اليد في القصاص سقط الحد . و لا ينتقل إلى الرجل اليسرى لأن الحد متعلق باليد اليمنى قبل ذهابها و ذهاب العضو بعد تعلق الحد به يسقط ذلك الحد و إن عفى عنه في القصاص قطعت يده في السرقة لأن القطع في السرقة مستحق لله تعالى و لا يسقط (٢) .

الراجـــــح :

و الذي يترجح لي هو قول من قال : إن حق الله يقدم على حق العبد لأن حق الله ليس له مطالب بخلاف حق العبد ، و لأن تقديم حق العبد على حق الله فيه اسقاط لحد من حدوده و الحدود لا تسقط و لأن تقديم حق الله فيه احترام للحدود و عدم التهاون في حقوقه تعالى . وعليه العمل بكلام الخضر .

---

(١) القرطبي ١٦٦/٦

(٢) المغني ٣٢٢/١٠

المبحـــث السابع عشـــر

إذا كان السارق غيرصحيح اليد اليمنى

فرقطع يداسارق

اختلف الفقهاء فيما إذا كانت اليد اليمنى غير صحيـــحة كأن كانت ناقصـــة الأصابع أو مشلولة إلى مذهبيـــــن :

المذهب الأول :

و هو ما انفرد به المالكية و هو أنه إن كانت اليد اليمنى شلاء أو مقطوعة تعلق القطع بالرجل اليسرى ، و يرى مالك أنه إذا قطـع من اليد معظم أصابعها كثلاثة أو أربعة أصابع اعتبرت في حكم المشلولة و كذلك الرجـل (١) قال خليل (تقطع اليمنى و تحسم بالنار إلالشلل أو نقص أكثرالأصابع فرجله اليسرى) (٢).

المذهب الثانـي:

ذهب الحنفية و الشافعية و الحنابلة إلى أن القطـع يتعلـق بـاليد اليمنـى ولوكانت شلاء أو مقطوعة الابهام أو الأصابع ، جاء في البدائع :(عند أصحابنا طرفان فقط هما اليد اليمنى في السرقة الأولى و تقطع الرجل اليسرى في السرقة الثانية و جاء في الأم :(عزر و لم يقطع فلا يقدر على أن يمشي) قال ابن قدامة:(الأولى قطعها لأن نفعها لم يذهب بالكلية)(٣) .

الآدلـــــة :

أدلة المالكيـة:

احتج المالكية بأن القطع شرع لإزالة المنفعة التي يستعين بها السارق على السرقـــة و اليد الشلاء أو التي ذهبت معظم أصابعها ليس فيها منفعة و لا فائدة في قطعها لأن المنفعة التي يراد ابطالها باطلة من غير قطع (٤) .

---

(١) جواهر الإكليل ٢٨٩/٢

(٢) حاشية الدسوقي ٣٩٠/٤ ــ ٣٣٢ ، الزرقاني ٩٢/٨ ، الخرشي ١١٢/٨ ، المنتقى ١٦٧/٨

(٣) بدائع الصنائع ٨٦/٧ ، إبن عابدين ٢٨٥/٣ ، أسنى المطالب ١٥٢/٤ ، المغني ٢٦٥/١٠ ، كشاف القناع ٨٨/٤ ، مغني المحتاج ١٧٨/٤ ، نهاية المحتاج ٤٦٦/٤ قليوبي و غيره ١٩٨/٤ ، البحيرمي ١٧٤/٤ الأم ١٢٣/٦

(٤) الدسوقي ٣٩٠/٤ ، المنتقى ١٦٧/٨

أدلـــة الجمهـــور :

و اســـتدل الجمهور بقوله تعالى:(و السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما)(١) فقالوا :إن الآية لم تفرق بين صحيحة و غيرها و أن اليد السليمة محل للقطع فتكون غير الصحيحة من باب أولى(٢) و إذا قطعت يده و رجله ثم سرق حبس و عزر ولم يقطع فلا يقدر أن يمشي فيذهب بطشه و مشيه فكان مستهلكاً فيدرأ عن الحد لعلة الإستهلاك (٣) .

الراجـــح :

مذهب المالكية و هو أن لا تقطع اليد اليمنى إذا كان بها عيب تحقيقاً لحكمة مشروعية القطع . و هو ازالة العضو الذي يستعين به السارق على السرقة و إن اليد اليمنى و الرجل اليسرى محل للقطع بالنص .

---

(١) الآيـة ٣٨ من سـورة المائدة .

(٢) إبن عابدين ٢٨٥/٣ ، البدائع ٨٦/٧ ، فتح القدير ٣٩٨/٥

(٣) الأم ١٣٢/٦

الفصل الرابع

مفردات المذهب المالكى فى جريمة الحرابة

تعريف الحرابة و حكمها :

الحرابة لغة : الحرب : نقيض السلم (١) و يقال أنا حـرب لمن حاربني أي عدو وحرب فلان أي محاربه (٢) .

الحرابة شرعاً :

أتناول التعريف لكل مذهب لاختلاف وجهات النظر في بعض الأمور في الحرابة ليظهر لنا مايراه كل مذهب فعرفها المالكية : بأنه هو قطع الطريق لمنع سلوك أو أخذ مال مسلم أوغيره على وجه يتعذر معه الغوث و إن إنفرد بمدينة(٣)

و عرفها الحنفية بأنها: الخروج على المارة لأخذ المال على سبيل المغالبة على وجه يمتنع المارة عن المرور و ينقطع الطريق (٤) .

و عرفها الشافعية بأنها: البروز لأخذ مال أو لقتل أو إرعاب مكابرة إعتماداً على الشوكة مع البعد عن الغوث (٥) .

و عرفها الحنابلة المحاربون و هم : المكلفون الملتزمون و لو أنثى ، الذين يعرضون للناس بسلاح و لو بعصا و حجارة في صحراء أو بنيان أو بحر فيغصبونهم مالاً محترماً قهراً مجاهرة (٦) .

---

(١) تهذيب اللغة لأبي منصور بن أحمد الأزهري ٢١/٥ ، لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد مكرم بن منظور ٢٩٣/١ المحكم المحيط الأعظم في اللغة لعلي بن إسماعيل بن سيد هـ ، ٢٣٤/٣

(٢) لسان العرب ٢٩٤/١

(٣) مختصر خليل ٣٣١

(٤) بدائع الصنائع٩/ ٤٢٨٣

(٥) مغني المحتاج ١٨٠/٤

(٦) كشاف القناع ١٤٩/٦

حكم الحرابـــة

الحرابة حرام بالكتاب و السنة و الإجمـاع :

بالكتاب : لقوله تعالى :(إنما جزاء الذين يحاربون اللـه و رسوله و يسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم و أرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم . إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم)(١) .

و بالسنة : ما قيل أن قوماً من عكل و عرينة اتوا النبي صلى اللـه عليه وسلم فقالوا: يارسول الله إنا أهل ضرع و لم نكن أهل ريف و إنا استوخمنا المدينة فأمر لهم النبـــي صلى اللـه عليه و سلم بزود و راعٍ ، وامرهم أن يخرجوا فيشربوا مـــن ألبانها و ابوالها فقتلوا راعي رسول اللـه صلى اللـه عليه وسلم واستاقوا الذود و كفروا بعد إسلامهم فأتى بهم النبي صلى اللـه عليه وسلم فقطع أيديهم و ارجلهم و سمل أعينهم و تركهم في الحر حتى ماتـوا (٢) .

و الإجمـــاع:

فقد أجمـع المسلمون على حرمتها (٣) .

ونشمل احد عشر مبحثاً .

---

(١) الآية ٣٣ ــ٣٤ من سورة المائـدة .

(٢) صحيح البخاري ٢٠١/٧ ، مسلم ١٠١/٥ ، مسند أحمد ١٦٣/٣ ، أبي داود ١٨٥/٤ ، النسائي ٩٤/٧ البيهقي ٢٩٢/٨ ، الترمذي ٧٩/١ ، إبن ماجـة ٨٩١/٢ ، تفسير القرطبي ٢٤٥/١٠٧ اللفظ له .

(٣) الإجماع لإبن المنذر ٤٧/٢٠ ، المغني ١٠٦/٩

الفصـــل الرابـــــع

مفردات المذهب المالكي في جريمة الحرابة

نتناول فيـــه:

المقدمـــــــة: و هي تعريف الحرابة و حكمها . و يتكون الفصل من أحد عشر مبحثـاً .

المبحث الأول: عقوبة المحارب بين الترتيب و التخيير .

المبحث الثاني: النصاب في حـــد الحرابة .

المبحث الثالث: هل العلم شرط في إقامة حد الحرابة .

المبحث الرابع: حكم رد المال المأخوذ في الحرابـــة.

المبحث الخامس: المراد من نفي المحارب .

المبحث السادس: حكم المحارب إذا إنفرد

المبحث السابع: حكم نفي المرأة إذا حصلت الحرابة منها .

المبحث الثامن: حرابة المستأمـــن .

المبحث التاسع: حكم المحارب معدوم اليد أوالرجل أو مقطوع اليد اليمنى أو الرجل اليســرى .

المبحث العاشر: توبة المحارب .

الحادي عشر: الأصالة في الشهادة على الحرابـــة .

المبحـــث الأول

عقوبة المحارب بين الترتيب و التخيير

لقد اختلف الفقهاء بسبب حمل بعضهم حرف أو الواردة في الآية على التخيير بمعنى أن الإمام مخير في ايقاع أحد العقوبات الأربعة على المحارب دون النظر إلى طبيعة فعله في اقتراف جريمة قطع الطريق و حمله البعض الآخر على الترتيب و بناء على هذا القول فلا يحق للإمام أن يوقع العقوبة التي يرتئيها من العقوبات الأربع بل يحكم بعقوبة القتل على القاتل و يحكم بعقوبة القتل و الصلب على من قتل و أخذ المال و يحكم بعقوبة القطع على من أخذ المال و يحكم بالنفي على من أخاف السبيل كما في قوله تعالى:(إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله و يسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أوتقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا و لهم في الآخرة عذاب عظيم)(١) .

اختلف الفقهاء في عقوبة التخيير أو الترتيب للمحارب إلى مذهبين : -

المذهـــب الأول :

قال بالتخيير في عقوبة المحارب ما لم يقتل ، و هوما انفرد به المالكية جاء في الخرشي:(وهذه الأربعة يخير الإمام فيها باعتبار المصلحة في حق الرجال) (٢) .

المذهـــب الثانـــي :

ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية و الحنابلة على أن عقوبة المحارب تجب ترتيباً . ذكر السرخسي:(أن عقوبة المحاربين تجب على الترتيب و لا يحق للإمام الحكم بها تخييراً)(٣) لأن الله تعالى ذكر الجزاء مختلفاً و الحكمة في هذا الاختلاف أن يكون الجزاء مماثلاً للجريمة فقسمها الحنفية إلى الآتـــي :

---

(١) الآيـــة ٣٣ من سـورة المائدة

(٢) الخرشي ٧٨/٨

(٣) المبسوط ١٩٥/٩ ، تبين الحقائق ٢٣٥/٣ ، أحكام الجصاص ٤٠٨/٢ ، و الهداية ١٣٣/٢ و حاشية الدرلأبي سعيد الخادمي ٢٧٩ ، الكافي ١٧١/٤

(١) من أخذ المال و لم يقتل قطعت يده و رجله مـن خلاف .

(٢) من قتل و لـم يأخـــذ المال قتل .

(٣) من أخذ المال و قتل إن شاء الإمام قطع يده و رجله ثم قتله أو صلبـه و إن شاء لم يقطعه بل يقتله أو يصلبه .

(٤) و من أخاف السبيل و لم يأخذ مالاً و لـم يقـتل نفساً يحكم عليـه بـالنفي (١) و جاء في مغني المحتاج: (مجمل كلمـة أو علـى التنويـع لا التخيـير)(٢) و قسـم الحنابلة العقاب على المحارب ترتيباً قال ابن قدامة :(فمن قتل منهم و أخـذ المـال قتل و صلب حتى يشتهر أمره و دفع إلى أهله ومن قتل منهم و لم يأخذ المال قتـل و لم يصلب و إن أخذ المـــال و لـم يقتل قطعت يده اليمنى و رجله اليسـرى فـي مقـــام و احـــد ثم حسمتا و خلي)(٣).

---

(١) بدائع الصنائع ٧/٧٩/٤٢٨٩ ، ودور الحكام ٢/١٠٨

(٢) مغني المحتاج ٤/١٨٢

(٣) المغني ٩/١٢٤

أدلة المالكيـــة

استدلوا بالقرآن و الآثار و المعقـــول :

الدليل الأول : بالقرآن :

قال تعالى:(إنما جزاء الذين يحاربون الله و رسـوله و يسـعون فـي الأرض فســـاداً أن يقـــتلوا أو يصلـــــبوا أو تقطع أيديهـــم و ارجلهم من خلاف٠)(١)

وجه الدلالة أن أو في الآية لتخيير الإمـــــام في عقوبـة المحـــارب لفساده في الأرض,و ناقش الجصاص هـذا الدليل بـأن المـراد بالفسـاد فـي الأرض الـذي يكون معه قتل وأخذ المال ومن لم يقترف قتلاً فلا يكون مشمولاً بالآية التـي احتـج بها المالكية و يكون المالكية على صواب إذا استدلوا بها في هدر دم المحارب فـي حالـــة الدفاع عـــن النفـــس،لأن المحارب يقاتـــل و يفسد فوجب أن يهدر دمه .

و أما استدلال المالكية بهذا على قتل آخـذ المـال أو مخيـف السـبيل إذا قـدر الإمام عليه فهذا غير مسلم به.لأن الآية لا تشمله وقد بين سبحانه و تعـالى حكمـة بآية الحرابة و كان الجزاء على قدر الجريمة (٢) .

ورد المالكية بأن جريمة قطع الطريق وصف الله مقترفها بالخزي في الدنيا و العذاب الأليم في الآخرة،لأنها تسد أبواب الكسب و المتاجرة على الناس و تشـيع المفاسد و الفوضى في الطرق العامـة كمـا ذكـر القرطبـي (٣).و إن كـان القرطبـي يـــرى في مخيف السبيل الأخـــذ بايســـر العـــذاب و العقاب استحساناً .

---

(١) الآيـة ٣٢ مـن سـورة المائدة

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٤١١/٢

(٣) الجامع لأحكام القـرآن ٦٥/ ١٥١ ـــ١٥٨

و لكن قال الصاوي:(يندب للإمام أن ينظر ما هو الأصلح و اللائق بحال ذلك المحارب فإن ظهر له ما هو اللائق ندب له فعله فإن خالف و فعل غير ما ظهر له أصلحيته أجزأ مع الكراهية)(١) .

الدليل الثاني: الآثار:

قال الطبري:(حدثني يعقوب بن إبراهيم قال حدثنا هيثم عن عبيدة عن إبراهيم أن الإمام مخير في المحارب أي ذلك شاء فعل إن شاء قتل و إن شاء قطع و إن شاء نفى و إن شاء صلب.) و مثل هذا عن الحسن و عطاء و سعيد بن المسيب و عن ابن عباس في إحدى الروايات ما كان في القرآن (أو) فصاحبه بالخيار و قال الطبري أيضا:(و احتج قائلوا هذه المقالة بأن قالوا وجدنا المعطوفات التي بأو في القرآن بمعنى التخيير في كل ما أوجب الله به فرضاً منها، و ذلك لقوله تعالى في كفارة اليمين:(لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم و لكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة)(٣).و كقوله تعالى:(فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك)(٤).و كقوله تعالى:(يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد و أنتم حرم و من قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدلٍ منكم هدياً بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أوعدل ذلك صياما ليذوق و بال أمره (٥) . قالوا فإذا كانت العطوف التي جاءت

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغي للدردير ٤/٤٩٤ ، كفاية الطالب الرباني في شرح رسالة إبن أبي زيد القيرواني ٢/٢٧٨

(٢) الطبري جامع البيان في تفسير القرآن ٦/١٣٩

(٣) الآية ٨٩ من سورة المائدة .

(٤) الآية ١٩٦ من سورة البقرة

(٥) الآية ٩٥ من سورة المائدة .

في القرآن الكريم في كل ما أوجب الله تعالى به فرضاً منها في سائر القرآن بمعنى التخيير فكذلك في آية المحاربين.(١) و لم يسلم الطبري بهذه الحج، لأنه قال :(أما ما احتج به القائلون أن الإمام فيه بالخيار من أن أو في العطف تأتي بمعنى التخيير في الغرض فنقول لا معنى له لأن أو في كلام العرب قد تأتي بضروب من المعاني (٢) فأما أو في هذا الموضع فإن معناه التعقيب فكذلك معنى المعطوف بأو في قوله تعالى:(إنما جزاء الذين يحاربون الله و رسوله...الآية) إنما هو التعقيب فتاويله أن الذي يحارب الله و رسوله و يسعى في الأرض فساداً يستحق الجزاء باحدى هذه العقوبات الأربع التي ذكرها الله تعالى .

ثالثاً: المعقول :

أن الإمام مخير في عقوبة الحرابة. و قالوا إن الله تعالى جعل عقوبة القاتل في جريمة القتل العمد كعقوبة الكافر المرتد بسبب افساده مع أنهما جريمتان كل منهما أفحش من الأخرى . وكذلك أخذ المال مفسد جريمته كجريمة القاتل فاستويا في العقوبة كما استوى القاتل المسلم في جريمة القتل العمد مع الكافر في العقوبة إذ أن المسلم يقتل بسبب جريمته و الكافر يقتل بسبب كفره لأن كلاً منهما مفسد في الأرض (٣) .

ورد الجمهور هذا بأن العقوبة لو وجبت على التخيير لوجب أن يستوفي حد القتل أو القطع من المحارب الذي اخاف السبيل و لم يقتل نفساً و لم يأخذ مالاً و هذا لا يتفق مع عدالةالإسلام .

---

(١) جامع البيان في تفسير القرآن ١٣٩/٦

(٢) الطبري ١٣٩/٦

(٣) أحكام القرآن لإبن العربي ٥٩٤/٢

لأن الجزاء يقدر حسب طبيعة الجاني و الجانـــي الذي لم يقتل نفساً و لم يأخذ مالاً لايمكن قتله لأنه لم يفعل ما يوجب القتل أو القطع(١) و قال الكاساني (٢): لا يمكن إجراء الآية على ظاهر التخيير في مطلق المحـــارب لأن الجـــزاء علـى قـــدر الجناية يزاد بزيادة الجنايـــة و ينقص بنقصانها هـــذا هو مقتضى العقل والسمع أيضاً قال تعالى:(وجزاءُ سيئةٍ سيئةٌ مثلها)(٣) وقال الشافعية التخـــيير يبيـــح قتل وصلب من أخاف السبيل و لـم يقـــتل نفســـاً و لم يأخـذ مالاً و هـذا غير جائز .

ناقش هذا ابن العربي فقال لم يوجبوا القتل على من أخاف السبيل أو مـــن أخذ المال و لم يقتل بالآتـــي:

(أ) إن الله تعالى جعل عقوبـة القـاتل فـي جريمـة القتـل العمـد كعقوبـة الكـافر المرتد بسبب إفساده مع أنهما جريمتان كل منهم أفحش مـن الأخـرى و كذلـك أخـذ المال مفسد جريمته كجريمة القاتل فاستويا في العقوبة كمـا استوى القـاتل المسلم في جريمة القتل العمد مـع الكـافر فـي العقوبـة إذ أن المسلم يقتـل بسـبب جريمتـه والكافر يقتل بسبب كفره لأن كلاً منهما مفسد في الأرض .

(ب) و قد أخطأ الجمهور في رأي إبن العربي حينمـا جعلـوا القطـع مقـابل لأخـذ المال و القتل مقابل القتل ووجه الخطأ هو أن الجمهور قاسوا الحرابة على السـرقة و القتل العمد و الحرابة لا يمكن قياسها في القتل على القصـاص لأن الحرابـة حـد لإخلالهـا بالأمـــن العـام و لأن أساســـها المغالبـــة علـــى النفـــوس و الأمـــوال والأعـراض و لا يمكن قياسها على السرقة لأن السرقة أيسر منهـا أمـراً إذ هـي أخـذ المال خفية و المحارب علناً يغالب في أخذ المال و قتل النفوس فإذا إختلفـت جريمـة قطـع الطريـق عـن الجرائـم الأخـرى فـلا مجـال لقياسـها علـى غيرهـا. أوموضعها التخيير أو الشك و الله تعالى لا يشك فلم يبـق إلا التخيير فقـط (٤)

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ٤٠٩/٢ ، وأحكام البغاة و المحاربين فـي الشـريعة الإسـلامية و القـانون للدكتـور خالد رشيد الحميلي دار الطباعة بغداد ٩٤/٢

(٢) المحلى لإبن حزم ٣١٩/١٠ ، البدائع ٧٩/٧

(٣) الآيـة ٤٠ من سـورة الشورى

(٤) أحكام القرآن لإبن العربي ٥٩٥/٢

استدل الجمهور بالقرآن و السنة و الآثار و الإجماع و القياس و المعقول:

أولاً: القرآن الكريـــــــم:

بقوله تعالى (إنما جزاء الذين يحاربون الله و رسوله و يسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا) (١) .

و جه الدلالة أن الله تعالى ذكر الجزاء في الآية و لم يذكـــر الجناية لأنها معلومـــة و الذي يدل على ذلك طبيعة الجزاء المختلف الوارد في النص القرآني و هو أن يقتل المحارب إذا قتل و أن يقتل و يصلب أو يقتل و يقطع من خلاف إذا قتل و أخذ المال و ينفى إذا أخـــاف السبيل وهـــذا ما تقـــتضيه حكمة الجـــــزاء المختلف .(٢)

و يمكن أن تناقش بأن الآية مطلقة بالتخيير و ليس فيها ما يدل على التنويع في العقوبة و ترك الإستفصال في مقام البيان يدل على العموم في الأحوال إذ يبقى المطلق على اطـــلاقه و لم يرد في السنة ما يدل على هذه القيـــود .

إن الآية بدأت بـــالأغلظ و عـرف القـرآن فيمـا أريـد بـه التخيـير البـداءة (٣) بالأخـف ككفارة اليمين و ما أريد به الترتيب بدأ بالأغلظ ككفارة الظهار .

ثانياً: مـن السنـة :

لا يجـــوز قتل النفس إلا بالحـــق كما قال الرسول صلـى اللـه عليـه وسلم (لا يحل دم مسلم إلا بإحدى ثلاث كفر بعد إيمان أو زنا بعد إحصان أو قتل نفس بغير نفس) (٤) فمن أخذ المـال فـي قطـع الطريـق لا يكـون مشـمولاً بهـذا الحديـث فانتفى قتل من لم يقتل من قطاع الطريق لهذا فإن القول بالعقوبة على الترتيب هـو الصحيـــــــح (٥) .

---

(١) الآيـــة ٣٢ مـــن سـورة المائدة

(٢) تبيين الحقائق ٣/٢٣٥

(٣) المغني ٩/١٥ ، البدائع ٩/٢٩٠ ، تبيين الحقائق ٣/٢٣٥ ، نهاية المحتاج ١/١٦٤

(٤) متفق عليه البخاري في الديات و مسلم في الحدود و أبوداود في الحد ود و الترمذي في الديات

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٢/٤٠٩ ، المغني ٩/١٢٥

ثالثاً الآثـــار :

إن الآية عبرت بأو وهـي في هذه الآيـة دالة على الترتيب كما ذهب إلى ذلك ابن عباس لأن أو تدل على الترتيب عنده و قول ابن عباس قد يكون توقيفاً أولغة و أيهما كان فهو حجة يدل على صحتها فهو ترجمان القرآن وحبر الأمة (١) وقال الجصاص :(ثبت أن في الآية مضمراً و هو أن يقتلوا إن قتلوا ويصلبوا إن قتلوا و أخذوا المـــال أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف إن أخذوا المال و لم يقتلوا أو ينفوا من الأرض إن خرجوا و لم يفعلوا شيئاً من ذلك حتى ظفر بهم و لم يذكر الجصاص دليل هذا الثبوت (٢) .

وبناقش هذا بأن أو للتخييرو مجيئها للترتيب مخالف الأصل وهو يحتاج لدليل و لا دليل أما ماورد عن ابن عباس فقد رويت عنه روايتان متعارضتان فتساقطتا

رابعـــاً:

احتج الحنفية بإجماع الفقهاء لأن المحارب إذا قتل النفوس و أخذ الأموال لايعاقب بالنفي كما أجمعت الأمـة و لو وجبت العقوبة على التخيير حسب ظاهر الآيـــة الكريمة لجاز مجازاة القاتل بعقوبة النفي و حدها و لم يقل بهذا أحد من الفقهاء كما ذكر الجصـــــاص (٣).

خامساً: القياس :

و استدل الجمهور بالقياس الجلي كما نص الرازي يدل على الترتيب في هذا منقوض بقتل صاحب البدعة وفساده مع أنـه يجب قتله و لو لم يقتل أحداً وكذلك وجوب قتل من تجسس على المسلمين و لو كان مسلماً فيجب قتله و لو لم يقتل أحداً كما يجب قتل بائع المخـــدرات التي تفسد العقول فهو مـــن الفساد ولو

---

(١) المغني ١٥/٩ ، تبيين الحقائق ٢٣٥/٢

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٤١٠/٢

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٤١٠/٩٢

لم يقتل أحـــداً إلى غير ذلك مـن الأمور التي تفسد على النـاس دينهم أوأجسادهم و هذا مما يتفق مع قواعد الشريعة وعدالتها التي تمنع الفساد في الأرض وقتل كل مفسد يساوي فساد جريمة القتل أو أشد . و لا يقول عاقل أن المسلم الذي يبيع سلاحاً للحربيين أنه لا يقتل فهو نوع من الفساد ، فالفساد الذي يأتي به المحارب فساد شديد خطره ، كبير جرمه وليس فساداً هيناً، يؤيد هذا قوله تعالى:(من قتل نفساً بغير نفسٍ أوفسادٍ في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا)(١) عطف الفساد على القتل والعطف يقتضي المغايرة فقد ساوت جريمة الفساد جريمة القتل .

الترجيـــــح:

و الراجح في هذا قول الجمهور على أن العقوبة على المحارب تكون بالترتيب لا التخيير للآتـــي:

١/ الأدلة لم يرد عليها ما ينقضها .

٢/ قول ابن عباس بذلك و هـو حبر الأمـة وترجمان القرآن لفهمه للتفسير و السنة (٢) وثبت بالحديث أن المسلم لا يقتل إل ابالثلاث المذكورة فوجب أن نرجح رأي الجمهور .

٣/ إن سياسة الشريعة في العقوبات مبنية على طبيعة الجريمة التي اقترفها الجاني و على سبيل المثال يعاقب الجانـي القاتل شبه عمد بالدية المغلظة والقصاص في القتل العمد لأن شبهة العمد أخف لإنتفاء القصد و كذلك بين الزاني المحصن و غير المحصن فينبغي أن تستوفى العقوبة ترتيباً حسب الجريمة .

٤/ القول بالتخيير يعني اباحة معاقبة الجاني بمجرد النفي و إن قتل و أخذ المال و لم يقل بهذا أحد لأن جريمة قطع الطريق غلظها الله تعالى لا سيما إذا سفكت الدماء و قد أضاف الله تعالى إجرام المحاربين له بياناً لخطورة هذه الجريمة إذ قال:(إنما جزاء الذين يحاربون الله و رسوله (٣) و قد رجح هذا الألوسي فقال و يظهر لي أن رواية ابن عباس المتقدمة أثر لا طعن في صحته في ترجيح الرأي الذي أوجب العقوبة ترتيباً (٤) .

---

(١) الآيـة ٣٢ من سورة المائدة

(٢) مسند الشافعي ، نيل الأوطار ١٧٢/٧

(٣) الآيـة ٣٣ من سورة المائدة

(٤) روح المعاني للألوســي ٢٩٣/٢

المبحـــث الثانـــي

النصاب في حد الحرابـــة

اختلف الفقهاء في اشتراط النصاب في المال المأخوذ حرابة إلى مذهبيـن :

المذهـب الأول :

و هو ما انفرد به المالكية و هو عدم اشتراط النصاب في جريمة قطع الطريق . جاء في المدونة :(قلت أرأيت إن أخذ المحاربون من المال أقل مما تقطع فيه اليد أقل مـن ثلاثة دراهم قال: ليس حد المحاربيـن مثل حد السارق والمحارب إذا أخذ المال قليلاً كان أو كثيراً فهو سواء و السارق لا يقطع إلافي ربع دينار (١).

المذهـب الثانـي:

للجمهور من الحنفيـة (٢) و الشافعية (٣) و الحنابلة (٤) على اشتراط النصاب في جريمة المحارب الموجبة لاستيفاء الحد منهم و عليه فإن المحارب إذا أخذ أقل من النصاب بقطعه الطريق فلا حد عليه . قال ابن عابدين :(و لو كان المسروق مالاً لا نقداً فإن الشرط فيه بلوغ قيمته النصاب المحدد في السرقة (٥) وقال الشافعي في الأم:(لا يقطع من قطاع الطريق إلا من أخذ قيمة ربع دينار فصاعداً قياساً على السنة في السارق)(٦).

---

(١) المدونة الكـبرى ٣٠/١٥

(٢) رد المختار ١١٤/٤ ، در الحكام ٩٩/٢ ، المبسوط ٢٠٠/٩ ، الهداية ١٣٢/٢ ، العناية على الهداية ٢٦٩/٤ .

(٣) الأم ١٤٠/٦

(٤) كشاف القناع ٩١/٤

(٥) رد المختار ١١٤/٤

(٦) الأم ١٤٠/٦

و قال المرداوي:(و لا يقطع مـــن المحـــاربين إلا مـن يـأخذ مـايقطع السـارق فـي مثله (١) و قالوا بعدم استيفاء الحد من المحاربين إذا لم يبلغ نصاب كل منهم ربـع دينار أو ثلاثة دراهم بشرط كون المـال المـأخوذ خاليـاً مـن الشـبهة الدارئـة للحـد قياساً على السارق الذي يسرق من المال المشترك (٢) .

الأدلـــــة :

أدلة المالكيـــة:

أولاً : استدل المالكية بآية الحرابة قال تعالى:(إنما جـزاؤاْ الذين يحـــاربون اللـه و رســوله و يسـعون فـي الأرض فسـاداً أن يقتلـوا أو يصلبــوا أو تقطـع أيديهـم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض (٣) .

وجه الدلالة أن الآية عامة إذ أنهـا ذكـرت الجـــزاء و لـــــم تعلقـه علـى نصاب معين و الأصل في المطلق أن يحمل على اطلاقـه مـا لـم يـرد دليـل يقيـده ولا دليـل و آيـة السـرقة عامـة إلا أن الحديـث الصحيـح و ضـح حكمهـا و حـدد النصاب و أما هنا فلا مقـيد و لـم يذكـر الرسـول صلـى اللـه عليـه و سـلم نصابـاً محدداً كالسرقة (٤) بقوله :(القطع في السرقة في ربـــع دينار) (٥)

ثانياً: إن المحارب لا يقاس على السارق في اشتراط النصاب لأنه قيـاس الأعلـى بالأدنـــى و السارق يقطع منه عضو واحد و المحارب يقطع منه عضـوان بسـبب جرأته على قطع الطريـق .

---

(١) الإنصـــاف ٢٩٧/١٠

(٢) كشاف القناع ٩١/٤٠ ، منتهى الإرادات ٤٩١/١ ، الروض الندي ٤٧٥

(٣) الآيـة ٣٣ من سـورة المائدة

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ٥٩٨/٢

(٥) صحيح مسلـم ٢٠٠/٧ و البخاري ١٩٩/٨

و لأن السارق يأخذ المال خفية ثم يلوز بالفرار أما المحارب فهو يشهر السلاح و يخيف المارة و يكابرهم على أعراضهم و أموالهم علناً لذا فلا يقاس على السارق و لا يشترط النصاب في جريمته لإقامة الحد عليه (١) .

و استدل الجمهور بما روى عن الرسول صلى الله عليه و سلم قال: لاتقطع يد السارق إلا في ربع دينار (٢) و بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه و سلم قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم (٣) و أخرج البيهقي أن ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم و ذكر الإمام مالك هذا الحديث في الموطأ ووصفه ابن عبدالبر (٤) بالصحة.

و نوقش بأن هذه الأحاديث في غير محل النزاع فهي واردة في السرقة وكلامنا في الحرابة فهما حدان مختلفان .

الترجيح: الراجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول للآتي:

١/ لصحة أدلتهم و صراحتها .

٢/ إن علة الحد في الحرابة هي قطع الطريق و اخافة السبيل .

٣/ إن الحرابة جريمة كبيرة و فسادها عظيم الذي يتناسب معها هو هذا الحد المخير فيه الإمام بصرف النظر عن كونه سرق نصاباً أو أقل .

٤/ لوكان حد المحارب الذي لم يسرق نصاباً عدم قطعه أو قتله لكان ذلك ذريعة إلى أن قاطع الطريق يعدد المرات و لا يأخذ في كل مرة نصاباً هروباً من حد القطع وفي هذا ضياع لأموال الناس و عدم المحافظة عليها .

٥/ إن قياس الجمهور الحرابة على اللسرقة مردود من وجه ، لأنه قياس مع الفارق فالحرابة جريمة كبرى و السرقة جريمة صغرى و الحرابة إجتمع فيها التخويف وقطع السبيل و هذا كافٍ في إيجاب القطع عليه بخلاف سرقة المال .

---

(١) أحكام القرآن لإبن العربي ٥٩٨/٢ ، التاج الإكليل شرح خليل ٤٤٨ ، الجامع لأحكام القرآن ١٥٤/٦

(٢) متفق عليه البخاري ١٩٩/٨ / مسلم بشرح النووي ٢٠٠/٧ و، سبل السلام ١٨/٤

(٣) متفق عليه البخاري ٢٠٠/٨ / مسلم ٢٠١/٧ / نيل الأوطار ١٤٠/٧ ، سنن إبن ماجة ٨٦٢/٢ ،

(٤) متفق عليه .

المبحـــث الثالـــــث

هل العلم شرط في إقامة حد الحرابة

اتفق الفقهاء على أن من كان عالماً بجريمة الحرابة و اكتملت شروطها أنـه يحد إذا حارب و إن حارب و ادعى الجهل بالتحريم فإن كـان ذلك بعيداً لا تؤيده القرائن بأن كان نشأ في بلاد المسلمين و خالطهم فهذا لا يعذر بالجهل و يقام عليـه الحد أما إذا كان الجهل منه ممكناً كحديث عهد بالإســلام ففي ذلك خـلاف بين الفقهاء إلى قولــين :

القــول الأول: و هو ما انفرد به المالكية و هـو أنـه يقـام عليـه الحـد و لا يعـذر حيث ورد في المدونة ، قال مالك:(أرى أن يقام الحد ولا يعذر العجم بالجهالة)(١)

القول الثانــي: للجمهور من الحنفية و الشافعية و الحنابلة : لا يقام عليه الحد قـال ابن عابدين :(ينبغي الفـرق بيـن العـالم و الجـاهل) وجـاء فـي تحفـة المحتـاج:(فـي الشروط يقطع إن علم التحريم) و قال البهوتي :(لا حد إلا على من علمه)(٢) .

الأدلـــــة:

أدلة المالكيــة:

استدل المالكية بأن الإسـلام ظهر و انتشر فلا يعذر جاهل به في الحدود (٣)

أدلة الجمهـور :استدل الجمهور بالآثار و المعقول :

بالآثـــار :

(أ) بماروي عن عمر وعثمان و علي رضي الله عنهم أنهم قـالوا:(لا حـد إلا على من علمه (٤) .

---

(١) المدونة ٢٤٢/٦ ، أسهل المدارك ١٧٧/٢ ، العدوي ١٠٧/٨ ، الخرشي ٧٨/٨ تبصرة الحكام٢٥٠/٢ .

(٢) فواتح الرحموت ١٦١/١ ، حاشية إبن عابدين ١٠٣/٤

(٢) أصول البزدوي ٣٤٦/٤ ، كشف الأسراء ٣٤٦/٤ ، الأشباه و النظائر للسيوطي ٢٢٠ ، مغني المحتاج ١٦٤/٤ ، تحفة المحتاج ١٥٠/٩ ، أسنى المطالب ١٤٩/٤ ، التوضيح ٤٠٤ ، كشاف القناع ٧٨/٦٤ شرح منتهى الإرادات ٣٣٦/٣ ، منار السبيل ٤٤٢/٣ ، القواعد الأصولية ٦١ ، الفروق ١٦٢/١

(٣) الخرشي ١٨٧/٨

(٤) كنز العمال ٨٧/١٥ ، و البيهقي ٢٣٨/٨ ، و المحلى ١٨٤/١١

(ب) ماروى سعيد بن المسيب قال ذكر الزنى بالشام فقال رجل : زنيت البارحة قالوا: ما تقول ؟ قال : ما علمت أن الله حرمه فكتب بها إلى عمر فكتب إن كان يعلم أن الله حرمه فحدوه و إن لم يكن يعلم فاعلموه فإن عاد فحدوه (١) .

أما المعقول : فإن ادعى الجهل و هو ممكن في حقه صار شبهة قوية دارئة عنه الحد والحدود تدرأ بالشبهات . سيما إذا كان مدعي الجهل قريب عهد بالإسلام (٢)

الترجيـــح

و الراجح في نظري ما ذهب إليه المالكية للآتـــــي:

أولاً: أن هذا التفريق بإمكان العلم و عدمه كان قديماً أما الآن و قد انتشرت وسائل الإعـــلام و كثرت و جعلت الكرة الأرضية متصلة ببعضها بواسطة التلفزيون و الإذاعةوالأقمار الصناعية والهواتف بحيث صارت هذه الأحكام معلومة وليس من الناس الآن من يقال في حقهم أنهم يعيشن في شواهق الجبال بل أصبحت الجبال كالعمران [illegible]

ثانياً: لو فتحنا هذا الباب لإدعى كثير من الناس الجهل بالحكم فيـــؤدي هذا إلى سفك الدماء و تعطيل حدود الله .

---

(١) كنز العمال ٨٧/٣ ، المحلى ١٨٨/١١ ، تلخيص الجبير ٦١/٤٠ ، الأوسط لإبن المنذر ٧٨ .

(٢) فتح القدير ١٢٧/٤ ، المجمـــوع ٢٥٩/١٨ ، المغني ٢٧٠/١٠

[illegible]

المبحـــث الرابـــــع

حكم رد المال المأخوذ في الحرابة

لا خلاف بين الفقهاء في أن المـال المـأخوذ بالحرابـة إن كـان موجـوداً بيد المحارب فإنه يرد لصاحبه و إنما وقع الخلاف بينهم في المـــال إذا ضـاع و قد أقيم الحد على المحـارب أو سقط عنه بالتوبة هـل يضمـن المـال أم لا ؟ فـي هـذه المسألة ثلاثة أقـــوال .

القول الأول: إنه يضمن إن كان موســراً وإلا فلا .

و هو ما انفرد بـه المالكيـة . جـاء فـي المدونـة:(أرأيـت محـاربين أخـذو ا أمـوالاً وا خـافوا و لـم يقتلـوا فـرأي الإمـام أن تقطـع أيديهـم و أرجلهـم و لا يقتلهـم فقطع أيديهم و أرجلهم و لم يقتلهم أيضمنهم المال الذي أخذوه و قد اسـتهلكوه فـي أموالهم أم لا قال: بلغني عن مالك أنه قال: هو مثل السـرقة و أنهـم يضمنـون إن كان لهم مال يومئذٍ و لا يتبعون به ديناً إذا لم يكن لهم مال)(١) .

القول الثانـي:

ذهـب الحنفيـة إلـى أنـه يسقط الضمـان إن إستوفى الحد و إلا فـلا ، قـــال الزيلعي :(ولم يضمن المحارب مـا أخذ بعد أن أقيم عليـه الحد كمـا فـي السـرقة الصغرى (٢) .

القول الثالـث:

للشافعية و الحنابلة بوجوب الضمان مطلقاً على المحارب و إن أقيم عليـه الحد و إن كان موسراً أو معسراً ، جاء في الأم:(و إن أتلف قاطع الطريق السلعة قطع أيضاً و كانت عليه قيمتها يوم سرقتها)(٣) .

---

(١) المدونة ٣٠٤/١٥ و هنالك قول مرجوح بالضمان مطلقا الخرشي ١٠٧/٨

(٢) [illegible] ، تبيين الحقائق ٢٤٧/٢ ، ابن عابدين ١١٥/٤ ، المبسوط ١٣٣/٢٤

(٣) الأم ١٣٩/٦

و قال إبن قدامة :(و لنا إنها عين يجب ضمانها بالرد لو كانت باقية فيجب ضمانها إذا كانت تالفة كما لو لم يقطع و لأن القطع و الغرم حقان يجبان لمستحقين فجاز اجتماعهما كالجزاء والقيمة في الصيد الحرم من المملوك:(وإذا أحدث المحارب نقصاً في المال الذي إغتصبه أقيم عليه الحد و اتبع بما أحدثه من نقص في المال بسبب تعديه على صاحبه و يرد المحارب المال المسروق و إن أحدث تغييراً فيه)(١) .

الأدلـــــة :

دليل المالكيـة: استدل المالكية بأنهم أوجبوا الضمان على المحارب إذا وجد المال المأخوذ بعينه و في حالة اتلافه لا يعد المحارب مديناً للمجنى عليه بل يغرم المال المتلف إن كان موسراً و فيه إستيفاء الحد فإن كان معسراً وقت استيفاء الحد فلا يجب عليه الضمان و إن أيسر بعد ذلك(٢) و لا تجتمع عليه عقوبتان حد و اتباع ذمـــة (٣) بضمان المال وهو معسر .

أدلة المذهب الثاني: إستدل الحنفية على سقوط الضمان في حالة إستيفاء الحد بالقرآن و السنة و القياس .

أولاً: القرآن: قال تعالى :(إنما جزاؤاْ الذين يحاربون الله و رسوله و يسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم و أرجلهم من خلاف أوينفوا من الأرض (٤) فقد بين الله تعالى الجزاء و هو عقوبة مقدرة في هذه الآية القرآنية الكريمة ومن أوجب الضمان فقد زاد في الجزاء و هذا غير سائغ لأن جزاء المحارب عقوبة قدرها الشرع لا يجوز القول بزيادتها أو بنقصانها و لم يذكر الضمان فيدل على عدم وجوبه إذ لو وجب لجعله الله تعالى من ضمن الجزاء المذكور في آية الحرابة أو السرقة (٥) .

---

(١) المغني ١٠٧/٩ ـ ١٠٨

(٢) المهذب ٢٨٤/٢ ، الأحكام السلطا نية ٢٢٧

(٣) الشرح الكبير ٣٥٠/٤ ، بداية المجتهد ٢٤٧/٢ ، والخرشي ٣٤٥/٥ ، حاشية الصاوي ٤٩٦/٤

(٤) الآيـة ٣٣ من سورة المائدة .

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٤٣١/٢ ، بدائع الصنائع ٦٩/٧

ورد على هذا بأنه مبني على اعتبار الضمان جزاء و ليس في الحقيقة بجزاء وإنما هو تعويض (١) .

ثانياً: السنة : و هو حديث عبدالرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:(إذا أقمتم على السارق الحد فلا غرم عليه)(٢)،نوقش الحديث بضعفه فقد روى النسائي الحديث و بين أنه منقطع و قال أبو حاتم وهو منكر و أخرجه البيهقي و الحديث معلل - و بذلك يسقط الاستدلال به (٣) لما فيه من الجهالة في الإسناد و الإنقطاع .

ثالثاً: القياس : لا يجب الضمان على المحارب إذا استوفى منه الحد قياساً على الزاني إذلا يجب عليه المهر بعد إقامة حد الزنا (٤) .

و نوقش بأنه قياس مع الفارق بين الأصل و الفرع إذ أن وجوب المال في الأصل ليس عوضاً عن مال تالف كما هو الحال في الفرع . و ذكر الكاساني :(أن المضمونات عند الحنفية تملك عند أداء الضمان أو إختياره من وقت الأخذ فلو ضمن السارق فيه المسروق أو مثله لملك المسروق من وقت الأخذ و تبين أنه قطع في ملك نفسه و ذلك لا يجوز)(٥)،و رد هذا بأنه غيرمسلم به تفصيلاً.و ذلك لأن الملكية لا تتم إلا بأداء الضمان أو اختياره و ذلك عن تعذر الرد أما قبل تعذر الرد فالمال قائم أو موجود و هو عندئذٍ على مالكه و بذلك لا يتبين أنه قد قطع في أخذ ماله بل قطع في أخذ مال الغير . (٦) وردّه الكاساني رحمه الله: إن المضمون حالة السرقة خرج من أن يكون مالاً معصوماً حقاً للمالك بدلاً له وجوب القطع فتمكن فيه شبهة الاباحة و ينتفي الضمان ضرورة

---

(١) المغني ٣٢١/١٠

(٢) النسائي ٢٧٧/٨ و البيهقي ٢٧٦/٨ ، نصب الراية ٣٧٥/٣

(٣) البدائع ٦٨/٧ ، سبل السلام ٢٤٠/٤

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٤٣١/٢

(٥) بدائع الصنائع ٦٩/٧ ، روضة القضاة و طرق النجاة ١٣١٤/٣

(٦) المغني ٣٢١/١٠ ، أحكام القرآن للجصاص ٤٣١/٢

إلا أنـــه وجب رد المسروق حالة قيامه لأن وجوب الرد يقف على الملك لا على العصمـــة (١) ورد بأن المال المسروق لا شبهة في عصمته لأن هذه الشبهة إن سلمنا بوجودها فإن السبب فيها هـــو السارق و المتسبب ضامـــن عند الفقهاء (٢)

دليل المذهـــب الثالـــث :

و إستدل الشافعية و الحنابلة بأن حق الله لا يسقط ما وجب للآدميين من الغرم الذي يثبت لهم بسبب تعدي المحارب عليهم . وهؤلاء لا يقولون بالتداخل بين حق الله و حق العبد لأن القطع يجب حقاً لله بسبب ا خافة المحارب الطريق العام و تهديده لمصلحة الأمـــة و الضمان حق يجب للآدمـــي بسبب اعتـــداء المحارب على ماله و هذه المسألة مشبهة بالـــدية و الكفارة لأن موجب القتل الخطأ الدية لولي المجني عليه و الكفارة تجب حقا لله تعالى و لا تداخل بين الدية و الكفـــارة بإجماع الأمـــة و القطع لا يسقط غرم مما أتلف للناس لأن القطع والغرم حقان يجبان للمستحقين فجاز اجتماعهما كالجـــزاء و القيـــمة في الصيد الحرمي المملوك (٣) و في الحديث :(على اليد ما أخذت حتى تؤدي)(٤) .

الرأي الراجـــــح :

وهو ما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة لأن حق العبد لا يسقط حق الله تعالى وفي تضمينه إن كان موسراً أو معسراً إلزام المحارب بالمال إن كان موسراً وتشغيل ذمته به إن كان معسراً و لم يبرأ منه إلا بالأداء أو الإبراء و إعساره إنما يستوجب امهاله إلى وقت ايساره لقوله تعالى:(و إن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسره)(٥).و ذلك مالا يؤدي إلى سقوط الضمان عند الإعسار .

---

(١) البدائع ٤٢٦٩/٩

(٢) المغني ٣٢٧/١٠ ، المهذب ٢٨٤/٢

(٣) المغني ٣٢١/١٠

(٤) أبوداود ١٤٥/٢ ، إبن ماجة ١٧٥ ، الترمـــذي ١٦٤/١ و قال حديث حسن صحيح ، نصب الراية ١٦٧/٤ .

(٥) الآيـــة ٢٨٠ من سورة البقرة .

ثانياً: إن إلزامه الضمان و لو كان معسراً فيه مصلحة للمحارب و ذلك لابراء ذمته في الدنيا و عدم التبعة في الآخرة كما جاء في االحديث (أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه و لم يقض البائع من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به)(١) و في حديث آخر (لا يحل لأحد أن يأخذ مال أخيه لاعباً و لاجاداً فإن أخذه فليرده عليه)(٢) فدل هذان الحديثان على أن حقوق العباد لا تسقط في الآخرة فإن كانت لا تسقط في الآخرة ففي الدنيا أولى و لأن يغرمها الإنسان في دنياه خير من أن يعذب عليها في الآخرة .

ثالثاً: ولأن المحارب ظالم و هو أولى بالحمل عليه .

---

(١) أبوداود في الأدب ص ٣٢٧ و الترمذي ٤١/٢ و قال حديث حسن غريب .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ ٧ و أبوداود و قال المرسل أصح و قال الرافعي حديث مرسل ٣٩/٣

المبحـث الخامـــس

المراد من نفـي المحـارب

اختلف الفقهاء في المراد من النفي الذي أمر الله تعالى بتطبيقه على المحارب إلى أربعة مذاهـــب :

المذهــب الأول :

و هو ما انفرد به المالكية بأنه ينفى عن بلده إلى غيرها و يسجن هناك جاء في الخرشي:(أن ينفى الحر البالغ العاقل كما ينفى في الزنا إلى مثل فدك و خيبر و يحبس بها إلى أن تظهر توبته أو يموت)(١) .

المذهـب الثانـي :

ذهب الحنفية إلى أن النفي هو الحبس قال السرخسي :(و المراد من قوله تعالى أو ينفوا من الأرض يعني يحبسون)(٢) .

المذهب الثالـث:

ذهب الشافعية إلى أن النفي هو طلبهم إذا لم يقعوا في يد الإمام إلى أن يؤخذ وا فيقام عليهم الحـــد . قال الشيرازي:(نفيهم أن يطلبوا حيث كانوا فيوجدوا)(٣) .

المذهب الرابع :

ذهب الحنابلة إلى أن النفي هو تشريدهم عن الأمصار و البلدان فلا يتركون يأوون إلى بـــلد . جاء في الإنصاف :(ومن لم يقتل و لا أخذ المـــال نفي وشـــرد ، فلا يترك يأتي إلـــى بلد)(٤) .

---

(١) الخرشي ١٠٥/٨ ، المنتقى ١٧٣/٧ ، بداية المجتهد ٢٤٤/٢ ، القرطبي ١٥٢/٦ ، جواهر الإكليل ٢٥٤/٢

(٢) المبسوط ١٣٥/٩ ،الهندية ١٨٦/٢ ، الدر المختار ١٩٤/٤ ، شلبي ١٣٦/٣

(٣) المهذب ٢٨٥/٢ ، الحاوي ١٣٩/١٨ ، الأحكام السلطانية للماوردي ٧٣

(٤) الكشاف ١٥٣/٦ ، الإنصاف ٢٩٨/١٠ ، الكافي ١٦٨/٣ ، المغني ١٥١/٩

الأدلـــــــة:

دليل المذهـــب الأول :

استدل المالكية بقوله تعالى :(أو ينفوا من الأرض . الآية)(١) فالمراد بالأرض أرض النازلة فينفى منها.و لا تخصص أرض النازلة بذلك بل تشملها وتشمل غيرها و الله تعالى قد أمرنا بنفيه فإذا نفذنا أمر الله تعالى بنفيه إلى بلدة أخرى فإننا لم ننفه من جميع الأرض،بل و إذا نفيناه من أرض دون أرض والله سبحانه و تعالى قد أمرنا بنفيه من الأرض فلا سبيل إلى ذلك إلا بحبسه في بقعة منها عن سائرها فيكون منفياً حينئذٍ عن جميعها إلا مما لا سبيل إلى نفيه منه . و كذلك إذا نفيناه عن بلدةٍ نسجنه هناك كالزاني و ذلك عقوبة له و كف لشره عن الناس و كذلك نفيه كما هو منصوص الآية له نظيره في الزاني البكر فإنه يغرب سنة (٢).وله نظير في الحديث الذي ذكر فيه الرجل الذي قتل المائة و أنه أمر بالخروج إلى بلدة كذا و أنه ناء بصدره إلى الأرض المقدسة .

و نوقش هذا بأنه ليس فيه دليل واضح الدلالة على ما قالوا به و الآية فيها تعميم النفي من الأرض.و هم قصروا النفي على البلدة التي حصل بها الفعل فقط و ألزموه بالقرار فيها.و الآية تأمر بنفيه فخالفوا ظاهر الآية و ما دام المآل إلى الحبس فالحبس يستوي في البلد الذي أصاب فيه الفعل و في غير ذلك البلد (٣) . ولما كان المقصود بالحبس لزجره و كف أذاه عن الناس فيحصل ذلك بحبسه في بلده، و رد عليهم بأن حبسه في بلده ينافي الآية فالآية تأمر بالنفي لا بالاستقرار في أرضه فلا بد من نفيه عن بلده(٤) .

و نوقش أيضاً بأن النفي إلى بلد آخر فيه ايذاء أهلها فلم يبق إلا الحبس والمحبوس منفي من الأرض (٥) .

---

(١) الآية ٣٣ من سورة المائدة

(٢) أحكام القرآن للقرطبي ١٥٢/١ ، المغني ٣١٤/١٠

(٣) المبسوط ١٣٥/٩ (٤) تفسير القرآن للطبري ٥٩٧/٥

(٥) حاشية إبن عابدين ١١٤/٤

دليل المذهب الثاني: و إستدل الحنفية بالآية أيضاً(أو ينفوا من الأرض) و المراد بالنفي هو الحبس و لأنه نفي عن وجه الأرض بدفع شرهم عن أهلها . و لأن ظاهر النفي لا يعمل به و هو النفي من الأرض أو من وجه الأرض لأنه لا يتحقق إلا بالقتل. ومعلوم أنه لم يرد بالنفي القتل لأنه قد ذكر في الآية القتل مع النفي و أن حمل على بعضها و هي بلدته لا يحصل به المقصود و هو دفع أذاه عن الناس لأنه كان إذا منعه بقطع الطريق فيما يصير إليه من البلدة الأخرى و إن حمل على نفيه من دار الإسلام فإن ذلك ممتنع أيضاً لأنه لا يجوز نفي المسلم إلى دار الحرب لما فيه من تعريضه للردة و مصيره إلى أن يكون حربياً فقلنا بحبسه فإنه قد يطلق عليه أنه خارج من الدنيا . و روى عن عمر أنه قال أحبسه حتى أعلم منه التوبة و لا أنفيه من بلد إلى بلد فيؤذيهم ، و لأن العقوبة بالحبس مشروعة و الأخذ بما يوجد له نظير في الشرع أولى من الأخذ بما لا نظير له . و المحبوس يسمى منفياً إلا أنه لا ينتفع بطيبات الدنيا و لذاتها .(١) ونوقش هذا الرأي بأن الحبس معناه الطرد و الإبعاد و السجن معناه الامساك فيها متنافيان فكيف يفسر النفي بالسجن ؟ أم كيف يفسر الطرد والإبعاد بالامساك ؟ قال ابن حجر : وعن أبي حنيفة بل يحبس في بلده بأن الاستمرار في البلد و لوكان مع الحبس إقامة فهو ضد النفي فإن حقيقة النفي الإخراج من البلد وقد قرنت مقارنة الوطء بالقتل قال تعالى(٢): (و لو أنا كتبنا عليهم أن اقتلوا انفسكم أو اخرجوا من دياركم)(٣) فبطل الإستدلال .

دليل المذهب الثالث : استدل الشافعية أيضاً بقوله تعالى (أو ينفوا من الأرض). فقد إقتضى الظاهر أن يكون النفي راجعاً إلى جميعهم و لا يكون ذلك إلا على قولنا أن يطلبوا لإقامة الحدود عليهم فيهربوا. و يدل على ذلك قول ابن عباس رضي الله عنهما و نفيهم إذا هربوا أن يطلبوا حتى يوجدوا فتقام عليهم الحدود .(٤) و قولهم مع عدم المخالفة حجة .

---

(١) حاشية إبن عابدين ١١٤/٤

(٢) الآية ٦٦ من سورة النساء .

(٣) فتح الباري ١١٠/١٢

(٤) الأم ١٤٦/٦

و نوقش هذا الإستدلال بما قاله ابن العربي فيه و أما قول من قال :يطلب أبداً و هو يهرب من الحد فليس بشئ فإن هذا ليس بجزاء و إنما هو محاولة طلب الجزاء و أيضاً فإن النفي في الآية الكريمة قسم الأجزية المتقدمة قبله من القتل و الصلب و القطع فلذلك لا يستقيم تفسير النفي بهذا التفسير و لو كان أراد الطلب لعبر ب (في) بدلاً من من (١) .

و الشافعية الذين قالوا به يرد عليهم بما رواه الشافعي عن ابن عباس رضي الله عنهما و صدر به حد قطع الطريق و هو : عن ابن عباس في قطاع الطرق إذا قتلوا و أخذوا المال قتلوا و صلبوا و إذا قتلوا و لم يأخذوا المال لم يصلبوا و إذا أخذوا المال و لم يقتلوا قطعت أيديهم و أرجلهم من خلاف و إذا هربوا طلبوا حتى يوجدوا فتقام عليهم الحدود ، و إذا أخافوا السبيل و لم يأخذوا مالاً نفوا من الأرض . قال الشافعي : و بهذا أقول و هو موافق معنى كتاب الله تبارك و تعالى .ففي هذا الأثر لم يحصل طلب الهاربين نفياً و لم يجعله حداً وإنما جعل النص لمن أخاف و لم يقتل و لم يأخذ و أيضاً في النفي في الآية حد والحد إنما يقام على من قدر عليه و أمسك فأما الهارب فلا يحد إلا بعد القدرة عليه (٢) قال ابن جرير :(كان معلوماً أن الله تعالى جعل ثناؤه جعل جزاء المحارب القتل أو الصلب أو قطع اليد و الرجل من خلاف بعد القدرة عليه لا قبلها و لو كان هربه من المطلب نفياً له من الأرض كما قطع يده و رجله من خلاف في حال امتناعه و حربه على وجه القتال بمعنى إقامة الحد عليه بعد القدرة عليه و في إجماع الجميع أن ذلك لا يقوم مقام نفيه الذي جعله الله عزوجل حداً له بعد القدرة عليه فبطل أن يكون نفيه من الأرض هربه من المطلب،)(٣) فبذلك بطل أن يكون الهارب من المحاربين لإقامة الحد عليه نفياً يفسر بمعنى النفي المذكور في الآية الكريمة و إن كان طلب الإمام للهارب منهم لازماً و مأموراً به .

---

(١) أحكام القرآن ٢/٥٩٨

(٢) الأم ٦/١٤٦

(٣) الطبري ١٠/٢٧٤

دليل الحنابلـة :

استدل الحنابلة أيضاً بقوله تعالى:(أو ينفوا من الأرض،) و قالوا الآيـة أمرت بالنفي و هو الطرد و الابعاد فلو تركوا يأوون إلى بلد أو يحبسون فيه فإنه لم يحصل الطرد و الابعاد لهم الذي هو معنى النفي ، و إنما حصل لهم الإمساك و هما يتنافيان فالآية أمرت بالنفي لجميعهم (١) و ناقش الحنفية هذا القول بأن النفي من جميع الأرض محال (٢).

الترجيـــح:

أولا: نرجح القول بأن معنى النفي اخراجه من بلدته و نفيه إلى بلدة أخرى يسجن فيها لأنه أقرب إلى مدلول الآية الكريمة .

ثانياً: و لما فيه من ذل الغربة من أهله ووطنه و أبلغ في الزجـــر و فيه ابعاد لهم عن مسرح الأحـــداث وموافقته لفعل عمر بن عبدالعزيز فإنه أمر بنفي المحاربين إلى شعب مصر.(٣) وكان أهل المدينة ينفون إلى خيبر و فدك ويحبسون .

ثالثاً: و حتى لا يخالفوا نص الآيـــــة .

رابعاً: و انتقاله من مكان إلى مكان لا يحقق حكمة الحبس و ليس زاجراً و إنما نفيه مع حبسه يعتبر أكثر زجراً .

---

(١) المغني ٣١٣/١٠

(٢) حاشيةابن عابدين ١١٤/٤

(٣) الطبري ٢٧٠/١٠

المبحـــث السادس

حكم المحارب إذا إنفـرد

اختلف الفقهاء في ذلك إلى مذهبيـن :

المذهـب الأول :

الواحد يعد محارباً سواء كانت له منعة أو شوكة أم لا . و هو ما انفـرد بـه المالكية . قال خليل :(المحارب قاطع الطريق على وجه يتعذر مع الغوث و إن إنفرد)(١) .

المذهـب الثانـي:

فصل الجمهور إن كان للواحد منعة و قوة ، ففعله حرابة و عليه الحد و إلا فلا . وهـذا مـذهب الحنفية والشـافعية والحنابلة جاء في حاشية إبن عابـديـن :(فيشمل ما إذا كان واحداً له منعه بقوته و نجدته.)(٢) و قال الشربيني في الحرابة :(فالواحد و لو أنثى يعد محارباً إذا كان له فضل قوة يغلب بها الجماعة.)(٣) و قال البهوتي :(و إن خرج الواحد و الأثنان على آخر قافلة فاستلبوا منهـا شيئاً فليسوا بمحاربين لأنهم لم يرجعوا إلى منعة و قوة)(٤) .

الأدلـــــة:

دليل المذهب الأول :

إستدل المالكية بعموم الأدلة الواردة في الحرابة من غير تخصيص فمتى حصلت منه اخافة السبيل بأي فعل من الأفعال كان محارباً و عليه الحد رجلاً أوأمرأة ، حراً أو عبداً مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً يقصد أخذ المال على وجه يتعذر معه الاستغاثة عادة (٥) .

---

(١) جواهر الإكليل ٢٩٤/٢ ، الحدود لإبن عرفة شرح الصاوي ص ٩٠

(٢) [illegible] ، إبن عابدين ١١٣/٤ ، درر الحكام ٨٥/٢ ، الإختيار ١١٤/٤ ، أسنى المطالب ١٥٤/٤

(٣) [illegible] ، مغني المحتاج ١٨٥/٤ ، المغني ٣٠٤/١٠ ، كشاف القناع ١٥٠/٦ فتح القدير ٦٨/٤

(٥) حدود إبن عرفـة ص ٥١٠

دليل المذهـب الثانـي:

لابد من الإعتبار بالقوة فمتى توفرت سواء كانت مـن واحد أم مـن جماعـة فهي حرابة تجب بهـا الحـد فـإن لـم يكـن للواحـد قـوة و لا منعـة فليس فعلـه حـرابة و لا حـد عليه (١) .

الراجـــح

١/ القول بإعتبار الواحـد محارباً و لا يمنـع مـن ذلـك شـئ و يؤيـد ذلـك مـا حصل من حارثة بن بدر من الحرابة في خلافة علي رضي الله عنه ثـم تـاب قبل أن يقدر عليه فسقط عنه الحد بتوبته و كتب له علي رضي الله عنه كتاباً بذلك

٢/ و النصوص وردت عامة لم تخصص بالواحد أو المنعة .

٣/ و التناسب بين القوانـين لا يكون منضبطاً و ما هـوالمعيار لتقـدير المنعـة و عدمها و هـذا فساد في الأرض ينبغي ردعـه حتى لا ينتشـر بين المسلمين .

---

(١) حاشية إبن عابدين ١١٣/٤ ، المغني ٣٠٤/١٠

المبحـــث السابـــع

حكم نفي المرأة إذا حصلت الحرابة منها

اختلف الفقهاء في نفي المرأة إذا حصلت الحرابة منها إلى قولين :

القـــول الأول : عدم نفيها و هو ما انفرد به المالكية . جاء في الخرشي:(أما المرأة فلا تصلب و لا تنفى)(١).

القـــول الثانـــي: نفيها كغيرها و هذا مذهب الحنفية و الشافعية و الحنابلة . جاء في المبسوط :(فإن كان فيهم امـرأة فـالحكم فيه كـالحكم فـي الرجـال الأحـــرار) وقال الشربيني :(فإنه لا يقتضي التخصيص على الأصـــح و لو عبداً أو إمرأة) و جاء في الإنصاف:(نفي و شرد : فلا يترك يـأتي إلـى بلـده و هـذا يشـترك فيـه الحر و العبد و المرأة)(٢) .

الأدلـــــــة

دليل المالكيـــة : أمـا المـرأة فإنهـــا عـورة و نفيهـا يعرضهاالإرتكـاب الزنـا والإعتداء عليها و قد نهى الرسول صلى الله عليه و سلم عن سـفرها يومـاً و ليلـة بلا محرم و في اخراج محـــرمها معها نفـي لمـــن لا نفـي عليـه و قـال تعـالى (٣) (ولا تزر وازرة وزر أخـــرى)(٤) .

و نوقش بـأن نفـي المـرأة يعرضهـا للفاحشـة و الإعتـداء فـإن ذلـك يندفـع بالمحرم و الحديث يمنع سفر المرأة و حدها و لا نقول به بل يسافر معها محرمهـا و أما كون خروجه يعتبر نفياً و عقوبة فغير مسلم و إن سلم فله نظير فـي الشـرع و هو تحمل العاقلة الدية فـي قتـل الخطـأ و شبه العمـد و الإمـام مكلـــف بتنظيم سفرها و نفيها و مراقبة ذلك كله .

---

(١) الخرشي ١٠٥/٨ ، أقرب المسالك ٤٣٧/٢ ، المنتقى ١٧٣/٧ ، قوانين الأحكام لإبن جزئ ٣٩٢

(٢) المبسوط ١٩٧/٩ ، الهندية ١٨٧/٢ ، تنوير الأبصار ١١٧/٤ ، شلبي ٢٣٩/٣ ، نهاية المحتاج ٤/٨ مغنـي المحتـاج ١٨٠/٤ ، تحفـة المحتـاج ١٥٧/٩ ، فتـح الجـواد ٣١٤/٢ ، الإقنـاع ٢٨٩/٤ ، الإنصاف ٢٩٨/١٠

(٣) الآيـة ١٦٤ من سورة الأنعام .

(٤) الإشـراف ٢٠٩/٢

و أما أجرة المحرم و نفقته فكـما فـي أجـرة الجـلاد و السـجان و نحوهمـا و إن تعذر في ذلك وجود المحرم يحبسها الإمام في بلدها . إذا كان السجن مأمونـاً و إلا اجتهد الإمام . و رد هذا بأن المحرم قد يكـون صـاحب أسـرة ينفـق عليهـا فيـؤدي خروجه إلى مفسدة تربو على مفسدة ترك نفيها و لأن في خـروجـه تعـذيباً لـه . و أما القياس على العاقلة فإنه قياس مع الفارق لأن الدية من باب المواسـاة و ليس هذا من باب المواسـاة و لأن الديـة قـد يتحصـل للدافـع عـوض إذا وقـع منـه نفس الخطأ (١) .

دليل الجمهـور:

استدل الجمهور بشمول النفي في الآية للجميع في قوله تعالى:(أو ينفوا مـن الأرض.) فالآية مطلقة في كل محارب فيشمل الذكر و المرأة و لا مقيد لهـا يخرجهما من هذا فهي مخاطبة بالحكم (٢) .

الترجيـــح:

قـول المالكيـة بعـدم نفـي المـرأة لأنهـا عـورة و نفيهـا مدعـاة للفسـاد و اللـه لايحـب الفساد و الرسول صلى الله عليه و سلم قد نهى عن سفرها منعاً للفاحشـة فكيف بسجنـها و نفيهـا .

---

(١) المغني ٣١٤/١٠ ، الأم ١٣٤/٦

(٢) المرجع السابق ٣١٩/١٠

المبحث الثامـــن

حرابـــة المســـتأمـن

المستأمن هو الذي يقدم بلاد المسلمين من غير استيطان لهـا و هـو مسئول عن حقوق العباد من قتل و قذف و سرقة.و لكن هل يسأل عـن حقـوق اللـه تعـالى كحد الحرابة، فقد اختلف الفقهاء إلى قولـين :

القــول الأول :

أنـه محـارب يقـام عليـه الحـد.و هـو مـا انفـرد بـه المالكيـة ، قـال القـاضي عبدالوهاب :(يقتل المسلم بالذمـي) (١)

القــول الثاني:

أنه غير محارب و لا يقام عليه الحد و هـوقول الجمهور(٢) مـن الحنفيـة و الشافعيـة و الحنابلة ، قال ابن عابدين:(لو على المستأمن فلا حد) (٣) و جاء في مغني المحتاج :(قاطع الطريق هو مسلم مكلف)(٤) و جـاء فـي كشـاف القنـاع: (لا يجب على ملتزم أحكام المسلمين فيخرج الحربي و المستأمن)(٥) .

الأدلـــــة

دليل القول الأول :

استدل المالكية بأنه في دارنـا ملـتزم لأحكامنـا كـالذمي ، ألا تـرى أنـه يقـام القصاص و حد القذف و يجبر على بيع العبد المسلم و المصحـف إذا اشتراه كمـا يجبر عليه الذمي.و هذا لأن هذه الحدود تقام صيانة لدار الإسلام فلو قلنـا لا تقـام على المستأمن.فيرجع ذلك إلى الإستخفاف بالمسلمين و ما أعطي الأمان ليحصـل منه ذلك.و لأنه قتل و جد منه في الحرابة (٦) .

---

(١) بداية المجتهد لإبن رشد ٤٥٥/٢ ، الإشـراف ٢٠٨/٢
مواهب الجليل ٣١٤/٦ ، تبصرة الحكام ٢٥١/٢

(٣) المبسوط ١٩٥/٩ ، حاشية بن عابدين ١١٣/٤ ، درر الحكام ٨٥/٢ ، نهاية المحتاج ١٦٧/٤
مغني المحتاج ٤/ ٣٨٠ ، قليوبي و عميره ١١٩/٤ ، تحفة المحتاج ١٥٧/٩ ، كشاف القناع ٨٧/٦
شرح البهجة ١٠١/٥ ، مطالب أولي النهى ١٥٩/٦

(٢) (٤) (٥) (٦)

دليل القول الثانـــي:

و احتج الجمهور المانعون لإقامــة الحد بقـوله تعالى:(ثم أبلغـه مأمنـه)(١) فتبليغ المستأمن مأمنه واجب بهذه الآية حقاً لله تعالى و في إقامة الحد عليه تفويـت ما هو حق لله تعالى.و لا يجوز ترك إستيفاء حقوق الله تعالى على وجه يكون فيه تفويت ما هـو حـــق لله ، و المعنى أن المستأمن مـا الـتزم شيئاً مـن حقـوق اللـه تعالى،و إنما دخل لحاجته ثم يرجع إلى داره ألا ترى أنه لا يمنع من الرجوع إلـى دار الحرب،و لو كان ملتزماً شيئاً من حقوق اللـه تعـالى لمنـع ذلـك كـالذمي وأمـا القصاص فإنه حق العباد ، و قد التزم حقوق العباد و كذلك حد القـذف فيـه بعـض حق للعباد أيضاً لأن من أعظم المقصود رفع العار عن المقـذوف،و الاجبـار علـى بيع العبد المسلم من حق العبد و هو من حقـوق المسـلمين أيضـاً لأن فـي اسـتخدام العبد المسلم نوع إذلال بالمسلمين.(٢) و لأن المسلمين لم يعطوه الأمان ليلحـق بهـم فإذا فعل فقد انتقض عهده فإن إنتقض عهدهم حلت دماؤهم وأموالهم بكل حال. (٣)

الراجـــــح :

و الراجح في حكم المستأمن المحارب أن عهده ينتقص بحرابته و أن الحـد يقام عليه و لكن لما دخل علينا بالأمان كان عقـد هـذا الأمـان يقتضـي منـه احـترام المسلمين فـــي سبيلـــهم و في دمائهم و في اعراضهـم و في أموالهم أمـــا وقـــد ترك الإلتـــزام بذلك،و اخاف السبيل و حارب الله و رسوله،فإن عقـد الأمـان قـد إنتهى بفعله ذلك،و عقد الأمان يقتضي الكف عن الاضـرار،وفـي الحرابـة اضـرار فيجب أن ينتقض عهـد الأمـان بذلـك فـإذا إنتقض أمانـه أصبـح حربيـاً لا ذمـة لـه ولاعهد و لا أمـان . و يحـد صيانـة لـدار المسلمين وعـدم اسـتخفافه بالمسـلمين والشريعة تدعو للمحافظة على ضروريات المسلمين و هـذه الحرابة تمـس النفس و المال و هي من الضروريات الخمس .

---

(١) الآيـة ٦ من سورة التوبة .

(٢) المبسوط ١٥٦/٩

(٣) المغني ٣١٩/١٠

المبحـــث التاســـع

حكم المحارب إن كان المحارب معدوم اليد أو الرجل أو مقطـــوع اليد اليمنـــى أو رجلـــه اليســـــــرى

اختلف الفقهاء فيما إذا كان المحارب معدوم اليد أو الرجـل أو مقطـوع اليـد اليمنى أو الرجل اليســـرى إلى قولـــين :

القـــول الأول :

تقطـع يـده اليسـرى و رجلـه اليمنـى و هو مـا انفـرد بـه المالكيـة قـال ابـن القاسم:(تقطع يده اليسرى و رجله اليمنى)(١) .

القـول الثاني:

يكتفى بقطع السليم فيهما الرجل اليسرى أو اليد اليمنى و هذا مذهب الحنفية و الشافعية و الحنابلة . جاء في حاشية ابن عابدين :(قطع يده و رجله من خـلاف إن كان صحيح الأطراف) وجاء في مغني المحتـاج :(فـإن فقـدت احداهمـا اكتفـى بقطع الآخـرى) و قال البهوتي :(و إن كانت يده اليمنى أو رجله اليسرى معدومة أو كانت مستحقة في قصاص أو كانت شلاء قطع الموجود منها فقط).(٢)

الأدلـــــــة :

دليل المالكيـــة :

استدل المالكية بأن الخـلاف فـي القطـع بين اليـد و الرجـل مشـروع بنـص القرآن كما في قوله تعالى:(أو تقطع أيديهم و أرجلهم من خلاف) فـإذا تعـذر ذلـك بعـدم أوقطـع اليـد اليمنـى فلـم يمكـن قطـع اليـد اليمنـى و الرجـل اليسـرى و نحـن مأمورون بقطع يده و رجله و تنفيذ أمر الله تعالى ممكن لنا فـي هـذه الحـال فنقـل القطع إلى اليد اليسرى و الرجل اليمنى (٣).

---

(١) المنتقى ١٧٣/٧ ، بداية المجتهد ٣٤٢/٢ ، أقرب المسالك ٤٣٧/٢ ، الدسوقي ٣٥٠/٤ ، الزرقاني ١٩٦/٨

(٢) حاشية إبن عابدين ١١٤/٤ / شلبي ٢٣٦/٣ ، المهذب ٢٨٤/٢ ، قليوبي و عميرة ١٩٩/٤ ، الأم ١٣٢/٦ مغني المحتاج ١٨٢/٤ ، الإقناع ٢٨٨/٤ ، الكشاف ١٥٢/٦ ، المقنع ٥٠٤/٣

(٣) المنتقى ١٧٣/٧

دليل الجمهـــور:

استدل الجمهور بقول الرسول صلى الله عليه و سلم:(إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم)(١)،و لأنه وجد في محل الحد ما يستوفى فأكتفى باستيفائه ولأن قطع الأعضاء حد،و الحد لا يقام إلا بيقين،و هو يدرأ بالشبهة و قطع الأعضاء الأخرى أقل ما فيها وجود الشبهة فلذلك يكتفى بقطع الرجل اليسرى أواليد اليمنى أو ما بقي منهما أو من إحداهما (٢) .

الراجـــح:

قول الجمهور وهو الاكتفاء بقطع العضو الموجود سواء كان اليد اليمنى أو الرجل اليسرى و ذلك لتعذر القطع في الأخرى و لأن القطع من خلاف إذا تيسر فإذا تعذر يسقط .

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في الصحيح ١٢٣٧ والنسائي ٥/١١٠/١١

(٢) المغني ٣١٢/١٠ ، الأم ١٣٢/٦

المبحث العاشر

توبة المحارب

المعروف أن كمال التوبة هي الاقلاع عن الذنب و الندم على ما فات و العزم على ألا يعود ورد المظالم إلى أهلها . و إذا تقرر هذا فهل هذه الصفة كافية في توبة المحارب و يسقط عنه الحد أم لابد من أن يأتي الإمام و يعلن التوبة أمامه . اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين

القول الأول:

وهو ما انفرد به المالكية بأنه لا بد أن يأتي الإمام ، قال الباجي:ووجه قول مالك:(إن اتيانه السلطان على وجه التوبة و الاستسلام والانقياد للحق هو نفس التوبة)(١) .

القول الثاني:

و ذهب الجمهور من الحنفية و الشافعية و الحنابلة بأنه لا يشترط اتيانه الإمام قال الكاساني:(أي رجعوا عما فعلوا فندموا على ذلك) قال في مغني المحتاج:(وتسقط عقوبات تخص القاطع بتوبته قبل القدرة عليه.) جاء في الإنصاف:(ومن تاب منهم قبل القدرة عليه سقطت عنه حدود الله)(٢) .

الأدلة:

دليل المالكية:

إستدل المالكية أنه لو كان الأمر كذلك لإدعى المحارب التوبة قبل القدرة عليه فتعطل الحدود و الحرابة علانية فلا بد أن تكون التوبة كذلك معلنة عند الحاكم و إلا فلا يسقط الحد عن المحارب (٣) .

---

(١) المنتقى ١٧٤/٧ ، بداية المجتهد ٣٢٢/٢ ، إبن جزئ ٢٩٣

(٢) البدائع ٤٢٩٥/٩ ، المبسوط ١٩٨/٩ ، الحاوي ١٥٢/١٨ ، أسنى المطالب ١٥٥/٤ ، مغني المحتاج ١٨٣/٤ ، كشاف القناع ١٥٣/٦ ، مطالب أولي النهى ٢٥٥/٦ ، المغني ١٥١/٩ ، الإنصاف ٢٩٩/١٠

(٣) المنتقى ١٧٤/٧

دليـل الجمهـور :

و استدل الجمهور بالقرآن : قال تعالى :(إلا الذين تابوا من قبل أن تقـدروا عليهم)(١) بأن الآية الكريمة ذكرت التوبة مطلقة و لم تقيد ذلك باتيان الإمام فتكون باقية على إطلاقها بحيث إن تاب قبل القدرة عليه سقط عنه الحد و أما بعـد القـدرة عليه لم يسقط عنه شئ من الحدود للآستثناء في الآيـــة (٢) .

الراجـــــح:

و الراجح أن المحـارب إذا تـاب و ظهـرت توبتـه عنـد معارفـه و ظهـرت توبته فإن حد الحرابة يسقط عنه لدخولها تحت قوله تعالى:(إلا الذين تابوا من قبل أن تقـدروا عليهم)(٣).و لكن الأولـى . . إتيانه أمـــام الإمـــام إذا تيســـر ذلك .

---

(١) الآيـة ٣٤ من سـورة المائدة

(٢) المغنـي ٣١٥/١٠

(٣) الآيـة ٣٤ من سـورة المائدة .

المبحـــث الحادي عشـــــر

الأصالة في الشهادة على الحرابة

هل يشترط في الشهادة أن يكون الشاهد عاين الجريمة بعينه حتى يجب حد الحرابة أم أنها تثبت بالشهادة على الشهادة فيما إذا كان الشاهد الأول ميتاً أو غائباً في هذا قولان :

القـــول الأول :

تقبل الشهادة على الشهادة في إثبات الحرابة فيجب بذلك الحد و هذا ما انفرد به المالكية جاء في الخرشي:(شرط جواز النقل أن يتعذر حضور شاهد الأصـــل) (١).

القـــول الثاني:

لا تقبل الشهادة على الشهادة و لا يصح قياسها على شهادة الأصل و هذا مذهب الحنفية و الحنابلة و الأظهر عند الشافعية (٢) جاء في البدائع:(فلا تقبل شهادة النساء و لا الشهادة على الشهادة) و جاء في مغني المحتاج :(تقبل الشهادة على الشهادة في غير عقوبة وفي عقوبة الآدمـــي.) و جاء في الكشاف:(و ترد الشهادة على الشهادة فيما يرد كتاب القاضي إلى القاضي من حدود الله تعالى).

الأدلـــــة :

دليل المالكيـــة:

إستدل المالكيـة بأن الحد يجب بشهادة الأصل فيجب بالشهادة على الشهادة

---

(١) الشرح الكبير ٢٠٥/٤ ، الخرشـي ٢١٨/٧ ،

(٢) البدائع ٩/ ٧٩ ، غرر الحكام ٣٨٩/٢ ، ، مغني المحتاج ٤٥٣/٤
نهاية المحتاج٣٢٤/٨ ، المهذب ٣٢٧/٢ ، فتح الجواد ٤١١/٢ ،أسنى المطالب ٣٧٧/٤ ،شرح الجلال المحلى ٣٣١/٤ ، المغني ١٨٧/١٠ ، كشاف القناع ٤٣٨/٦

كالمـال و لعموم قوله تعالى :(و أشـهدوا ذوي عـدل منكـم)(١) و إدعـاء الحاجـة إليها و قالوا تخصيص الحد لا يجوز إلابنص و لا نص في ذلك لأن الأصـل قد يتعذر و لأن الشهادة حق لازم فيشهد عليها كسائر الحقوق . لأنها طريقـة لإظهـار الحق كالإقـرار (٢).

دليـل الجمهـور :

و استدل الجمهور بـأن الحـدود مبنيـة علـى الستروالـدرء بالشـبهات والاسقاط بالرجـوع على الإقـرار و الشهادة على الشهادة فيها شبهة فإنها يتطرق إليها إحتمـال الغلط و السهو و الكذب في شهود الفرع مع احتمال ذلك في شـهود الأصل)و هذا إحتمـال زائـد لا يوجـد فـي شـهادة الأصـل فوجـب أن لا تقبـل فيمـا يندرئ بالشبهات . و لأنها إنما تقبل في الحاجة و لا حاجة إليها في الحد لأن سـتر صاحبـه أولـى مـن الشـهادة عليـه و لأنـه لا نـص فيهـا)و لا يصـح قياسـها علـى الأمـوال لما بينها من الفرق في الحاجة و التساهل فيهـا . و لايصـح قياسـها علـى شهادة الأصل لما ذكرنا من الفرق فبطل إثباتها (٣) .

الراجـــــح :

إن الشهادة على الشهادة لا يجب بها حد الحرابة كغيره من الحـدود و لكن يجب بها الغرم على المشهود عليه بالحرابة في المـــال .

---

(١) الآيـة ٢ مـن سورة الطلاق

(٢) الإشـراف ٢٩٤/٢

(٣) كشاف القناع ٤٣٩/٦

الفصل الخامس

مفردات المذهب المالكى فى شرب الخمر

تعـــريف الخمـــــر

الخمر لغة : هي ما أسكر من عصير العنب و مِـنْ كل مسكر خامر العقل من الحبوب ، و سميت خمراً لأنها تخـامر العقل أي تخالطـه و تغطيـه و تستولي عليه (١) و شرعاً كل ما غلى و اشتد وقذف بالـزبد مـــن عصير العنب خاصـة و هذا مجمع على تحريمه (٢) و قال جمهور الفقهاء كل مسكر قليل أم كثير يوجب الحد (٣) و عند أبو حنيفة : القدر المسكر من غير عصير العنب الذي يوجب الحد (٤) و لقد حرمت الخمر بالتدرج إلى أن أنزل الله سبحانه و تعالى :(يا أيها الذين آمنـوا إنمـا الخمـر و الميسـر و الأنصـاب و الأزلام رجـس مـن عمـل الشـيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحـون ... إلـى قولـه : فهـل أنتم منتهـون)(٥) ثـم جـاءت السنة المطهرة مبينة ما يندرج تحت مسمى الخمر و ما في حكمها و علتـه فقـال رسـول الله صلى الله عليه وسلم:(كل مسكر خمر و كـل خمـر حـرام)(٦) و قـد أجمعت الأمـــة على تحريمها .(٧) و لقد جاء إنفـراد المذهـب المـالكي فـي جريمـة شـرب الخمر في أربعـــة مباحـــث هـــــي:

(١) المبحـــث الأول : الجهل بحرمـــــة الخمـــــر .

(٢) المبحـــث الثانـــي: إقامة حد الخمـر بالقرينة الظاهرة كالرائحة.

(٣) المبحث الثالـث : مواضـــــع الجلـد في الحـــــد .

(٤) المبحـث الرابـع : الهيئة التي يكون عليها المحـــــدود.

---

(١) لسان العرب ٢٥٥/٤ ، القاموس المحيط ٢٣/٢

(٢) بدائع الصنائع ٣٦/٧ ، المدونة ٢٦١/٦ ، روضة الطالبين ١٦٨/١٠ ، الإقناع ٢٦٧/٤

(٣) المراجع السابقـة

(٤) تبيين الحقائق ٤٥/٦

(٥) الآية ٩٠ ـ ٩١ من سـورة المائـدة .

(٦) صحيح البخاري ٦٦٣/٤ ، صحيح مسلـم ١٥٨٧/٣

(٧) المبسوط ٣/٢٤ ، تفسير القرطبي ٢٩٥/٦ ، تحفة المحتاج ١٦٦/٩ ، المغني ٣٢٥/١٠

المبحـــث الأول

الجهل بحرمة الخمـــر

اختلف الفقهاء في حكم الجاهل بحرمة الخمر إلى قولـين :

القـول الأول :

و هو ما انفرد به المالكية بأن الجهل بالحرمة لا يعد عذراً مسقطاً للحد قـال الدسوقـــي :(الحـــد على شارب المسكر وإن قـل أو جهـل و جوب الحد)(١) .

القول الثـاني:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة إلى أن شارب الخمر لا يحد إلا إذا علم حرمتها . جاء في فتح القدير :(لا يحد السكران حتـى يعلـم أنـه سكر في النبيذ و شربه طوعاً) و قال النووي :(ولا يحد من جهل كونهـا خمـراً) و قال المرداوي(ومن شربه مختاراً عالماً بسكرقليلاً كان أو كثيراً فعليه الحد) (٢)

الأدلـــــة :

أدلـة المالكية:

استدل المالكية بأن الإسلام قد فشـا و انتشـر و لا أحـد يجهـل شـيئاً مـــن الحـــدود (٣) .

أدلة الجمهور :

استدلوا بقول عمر و عثمان رضي الله عنهما :(لا حد إلا على من علمـه) و عليه فإن الشارب إذا إدعى جهل التحريم ينظر في أمره فإن كان ممن نشأ بيـن المسلمين لا تقبل دعواه لأن أمر التحريم بين و إن كـان حديـث عهـد بالإسـلام أو كان ناشئاً ببادية بعيدة فإن دعواه تقبل و يكون جهله بالحـــــرمة سـبباً فـي اسـقاط الحد عليه لاحتمال صـــدقه و الحـــدود تدرأ بالشبهـات عنـد الجمهـــور (٤).

---

(١) المنتقى ١٤٦/٣ ، الدسوقي ٣١٣/٤ ، شرح فتح الجليل ٥٥٢/٤

(٢) إبن عابدين ٣٩/٤ ، تحفة المحتاج ١٦٨/٩ ، الإنصـاف ٢٢٩/١ ، فتح القدير ١٨٤/٤ ، مغني المحتـاج ١٨٦/٤ الإنصـاف ٢٢٩/١٠

(٣) مسائل لا يعذر فيها بالجهل على مذهب الإمام مالك ص ٢٩ ، الدسوقي ٣١٣/٤

(٤) المغني ٣٣١/٨

الراجـــح مذهب المالكية لما يلـــي :

أولا: إن الإسلام قد انتشر و عـم الآفاق و لا يجهـــل أحـد حـــرمـة الخمـر .

ثانياً: إن وسائل الإعلام من صحف و مجلات و إذاعات و تلفـاز نشرت الثقافة الإسلامية و بينت حرمة الخمر حتى أصبحت حرمتها لا تخفى على أحـد .

ثالثاً: القول بأن الجهل بالحد يسقطه هذا كان في الماضي حينما كان الإسـلام فـي مناطق محدودة و لم تكـن هنـاك وسـائل للإعـــلام . و لا شـك أن الأحكـام تتغير بتغير الزمان فيما لانص فيه . و كقصة تحريم الخمر فإن بعـض الصحابـة كـانوا في سفر فشربوا بعد التحريم لعدم علمهم لتحريمها فنزل قـول اللـه تعـالى:(ليس على الذين آمنوا و عملوا الصالحات جنـاح فيمـا طعمـوا)(١) فثبـت بمـا ذكرنـا أن حكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب قبل علمه .إذ ليس في وسعه الائتمار قبـل العلم . فذلك عذر و أما إذا انتشر الخطاب فـي العـالم فقد تـم التبليـغ مـن صـاحب الشـرع . و التبليـــغ يتـم باشـتهار الخطـاب وإستفاضته فمـــن جـــهل بعـد ذلـــك فتقصير منـــه لأن الخـــطاب صـــار منتشـــراً(٢) .

---

(١) الآيـة ٩٣ من سورة المائدة .

(٢) مسائل لا يعذر فيها بالجهل على مذهب الإمام مالك شرح العلامة الأمير على منظومة بهرام تحقيق إبراهيم المختار احمد عمر الجبرتي الزيلعي ط دار الغرب بيروت ص ٢٩

المبحـــث الثانـــي

إقامــة حد الخمر بالقرينة الظاهرة كالرائحــة

اختلف الفقهاء في اعتبار الرائحة دليلاً على الشرب يستوجب الحد و لو لـم يشهد أحد برؤية الشارب و هو يشرب إلى مذهبيـــن :

القـول الأول : و هو ما انفرد به المالكية بأن الرائحة و القئ تعتبر دليلاً على شرب الخمر ، بأن شهد شخصان بقيام الرائحة في فم الشارب أو شهد أحدهما برؤيته يشرب ويشهد الثاني بأنه شم من فيه رائحة الخمر ، فعلى الجاني الحد . جاء في جواهر الإكليل (وشهد على (شم) لرائحة لمسكر من المسلمين المكلف غير المعذور فيحد)(١) .

القـول الثانـي : و ذهب فقهاء الحنفية و الشافعية و الراجح عند الحنابلة بأن الرائحة لاتعد وحدها دليلاً على الشرب فقال الكاساني :(لاحد على من توجد منه رائحة الخمر). وجاء في مغني المحتاج:(و يحد .. .. لا بريح خمر و مسكر غيره) و قال البهوتي (يعذر من و جد منه رائحة الخمر)(٢) .

الأدلـــــة : استدل المالكية بالآتـــي :

أولاً: بما روى مالك و غيره عن عمر أنه قال : إنـي و جدت من فلان ريح شراب فزعم أنه شرب الطلاء فقال عمر و أنا سائل عما شرب فإن كان يسكر جلدته فجلده عمر الحد تماماً(٣) ووجه الدلالة من هذا الأثر ظاهرة من أن عمر لم ير ابنه عبيد الله كما صرح عند إقامة الحد بالرائحة و هي قرينة قوية لشرب الخمر . ونوقش الإستدلال بحكم عمر رضي الله عنه من الآثار إنها وقع فيها لبس و اشتباه بسبب إختصار بعض الرواة لها فهي و إن تعددت مخارجها و ألفاظها قصة واحـــده مدارها كلها عـــن السائب بن يـزيد عـن عمـر رضي الله عنه و كلها قصة و احدة و إن تعددت مخارجها ، و اللبس إنما حصل في إختصار بعض الرواة لها كما قال إبن حجر (فلا حجة لمن يجوز إقامة الحد بوجود الريح) .

---

(١) المدونة ٢٦١ الخرشي ١٠٨/٨ ، جواهر الإكليل ٢٩٦/٢ ، الموطأ

(٢) البدائع ١٧٨/٧ ، فتح الباري ٦٥/١٠ ، مغني المحتاج ٢٢٤/٤ ، كشاف القناع ٩٥/٦

(٣) فتح الباري ٦٥/١٠ ، تنوير الحوالك ١٧٨/٢ ، فقه عمر ٢٢٤/١

و في هذا الأثر عن عمر لما وجد من الرجل و هو ابنه عبيدالله ريح شرب أقر ابنه عبيدالله أنه شرب (الطلاء).فرجع عمر رضي الله عنه بالحكم إلى علته و هي (الاسكار) فلما علم أن (الطلاء) يسكر أقام الحد على ابنه فلم يكن الحكم بمجرد وجود الرائحة فلا حجة فيه لإقامة الحد بالرائحة (١) لأن الحد ثبت بالإقرار .

ثانياً: حكم ابن مسعود بالرائحة فقال علقمة (٢) و كان بحمص فقرأ ابن مسعود رضي الله عنه سورة يوسف : فقال رجل و الله ما هكذا أنزلها الله عز وجل فقال:قرأتها على رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال: أحسنت و أنت تقول إلى ما تقول : قال: فبينما أنا أكلمه وجدت منه ريح الخمر فقال: تكذب بكتاب الله عز وجل و تشرب الخمر أما و الله لا ترجع إلى أهلك حتى اجلدك الحد (٣).

وجه الدلالة أن ابن مسعود حد الرجل بالرائحة . ونوقش حكم ابن مسعود رضي الله عنه بأن دلالته على وجوب الحكم بمجرد الرائحة غير مسلم بها لأن الرجل (٤) إعترف بشرب الخمر بلا عذر و أن هذا مجرد رأي ابن مسعود رضي الله عنه و قد خالفه على ين أبي طالب .) (٥) و الرأي قد يخطئ و يصيب و قد خطأه الخليفة علي رضي الله عنه.و رد بأن الحديث في الصحيحين فيهما أجل سنداً و صحةً و دليلهما على الراجح و ما أثر عن عمر بأنه واضح صريح وواضح في دلالته على الرائحة و هذا احتمال (٦) .

---

(١) فتح الباري ٤٧/٦ ، نيل الأوطار ١٦٨/٧

(٢) هو علقمة بن وقاص الليني المدني من ثقات التابعين مات في خلافة عبدالملك (التغريب ١١١/٢) المغني ٣٣٢/١٠

(٣) صحيح البخاري شرح فتح الباري ٤٧/٩ ، السنن الكبرى ٣١٥/٨ و مسلم بشرح النووي ٨٧/٦ نصب الراية ٣٤٧/٢ ، نيل الأوطار ١٦٨/٧

(٤) فتح الباري ٥٠/٩ ، مسلم النووي ٨٨/٦

(٥) فتح الباري ٥٠/٩

(٦) التعزير ٣٣٦ ، المغني ٣٣٢/١٠ التعزير في الشريعة الإسلامية د/ عبد العزيز عامر

ثالثاً: حكم عثمان رضي الله عنه بالحد بالقئ:

روى حصين بن المنذر أبوساسان (١) قال :(شهدت عثمان رضي الله عنه و أتى بالوليد بن عقبة صلى الصبح ركعتين ثم قال : أزيدكم . فشهد عليه رجلان أحدهما حمران (٢) أنه شرب الخمر و شهد آخر أنه رآه يتقيأ فقال عثمان إنه لم يتقيأها حتى شربها فقال : يا علي قم فأجلده فقال علي قم يا حسن (٣) فأجلده ،. فقال الحسن : ول حارها في تولى قارها ، فكأنه وجد عليه فقال يا عبدالله بن جعفرقم فأجلده فجلده)و علي يعد حتى بلغ أربعين فقال أمسك ثم قال: جلد النبي صلى الله عليه و سلم أربعين و جلد أبوبكر أربعين و عمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب إلي.(٤) و في البخاري (ثم دعا علياً فأمره أن يجلده ثمانين (٥) .

وجه الدلالة منه أن من تقيأ الخمر يحد حد الشرب .

ونوقش حكم عثمان رضي الله عنه بأنه لم يحد الوليد بن عقبة رضي الله عنه بمجرد القئ و الشاهد بل اضافة إلى أن الوليد قد شرب و شرب كما ذكره الحافظ (٦).و رد النقاش بأنه لا نسلم لكم بذلك فإن عثمان حد بمجرد القئ وشاهد و قال : (لم يتقيأها حتى شربها) فالدليل على أن الرائحة و القئ دليل واضح على شرب الخمر .

---

(١) هو إبن المنذر الرقائي مات سنة ١٠٠ هـ (وليس في الصحيحين حصيني)

(٢) هو إبن أبان مولى عثمان رضي الله عنه مات سنة ١٧٥ هـ ، التقريب ٨٩٨/١

(٣) هو إبن علي بن، أبي طالب توفى سنة ٥٠هـ ، التقريب ١٦٨/١

(٤) مسلم بن النووي ٣٦/١ ، و أبي داود ٦٢٢/٤

(٥) صحيح البخاري ١٨/٥٠

(٦) الإصابة ٦٠١/٣

و نوقش بأن الرائحة من جهة اشتباه الروائح و القئ لا يكون قرينة ظاهرة سالمة يقام الحد كما قد يشرب عصير و نبيذ فنسي و يشربه لإباحته دون الثلاثة أيام أصلاً و التخمر وارد و النسيان أو الجهل عذر مسقط الحد (١) .

رابعاً: و قال ابن القيم (و كان أهل المدينة من زمن الصحابة رضي الله عنهم و التابعين و تابعيهم يحدون بالرائحة و القئ)(٢) و لم نجد مخالفاً .

خامساً: استدل المالكية بالمعقول من جهة المعنى لقولهم:(و دليلنا من جهة المعنى أن هذا معنى نعلم به صفة ماشربه المكلف و جنسه فوجب أن يكون طريقاً إلى إثبات الحد و الرائحة أقوى في الدلالة على الشرب من الرواية لا يعلم بها الشراب أمسكر هو أم لا و إنما يعلم ذلك رائحته)(٣) .

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور بأن الرائحة فيها إحتمال و يحتمل أن صاحبها تمضمض أو حسبها ماء فلما صارت في فيه مجه أو ظنها لا تسكرأوكان مستكرهاً أو شرب التفاح فإنه يكون في رائحته كرائحة الخمر و إذا إحتمل ذلك لم يحد الحد الذي يدرأ بالشبهات و الرائحة ليست قرينة قاطعة على الشرب . أما حديث عمر فهو حجة عليهم فإنه رضي الله عنه لم يحد لوجود الرائحة و لو وجب ذلك لبادر إليه عمر و إنما سأل ابنه حين شم منه الرائحة فأعترف بشرب الطلاء فحده باعترافه.(٤) كما رد قول المالكية بقوله تعالى:(و لا تقفُ ما ليس لك به علم إن السمع و البصر و الفؤاد كل أولئك كان عنه مسئولا)(٥)،و ليس بالرائحة علم محقق للإشتباه أمرها فلم يجز أن يحكم بالرائحة و قال ابن حجر :(لأن الروائح قد تتفق و الحد لا يقام مع الشبهة)(٦).

---

(١) مسلم ٨٨/٦ ، المغني ٣٣٢/١٠ ، فتح الباري ٦٥/١٠

(٢) إعلام الموقعين ١٩٧/٣

(٣) المنتقى ٤١٢/٣

(٤) كشاف القناع ٩٥/٦ ، المغني ٣٣٢/٨

(٥) الآية ٣٦ م، سورة الإسراء

(٦) فتح الباري ٦٥/١٠ المغني ٣٣٢/١٠

الترجيـــــح :

يتبين مـــن الأدلـة السابقة أنه يجب الحـد بالقرينـة الظاهـــرة كالرائحـة و القـئ الذي يراه يأتي فاعله شرب خمراً دون عذر و لا شبهة مقبولة سيما إذا كان الشخص مشهوراً بالشراب أو وجد مع ممن يتعاطى الخمـــر . و الأخـــذ بمذهب المالكية أولى كما يرى بعض العلماء (١) و المعاصرين ما دام يحصل التحقق من كونها رائحة خمـر إلا أن قامت البينـة أو الاضطرار قال النـووي و دليل مالك هنا قـوي لأن الصحابة اتفقوا على جلد الوليد بن عقبة في حديث مسلم (٢) و يمكن تفادي الشبهة بأن يكون الشاهدان من أهل المعرفة بالخمر و عدم انكاره أنه شربها مكرهاً أو لضـرورة أو غير عالـــماً بها أو ناسياً .

---

(١) الحدود لمحمد أبو شهبـــة ص ١٩٧

(٢) مسلم بشرح النووي ٢١٩/١١

المبحث الثالث

في بيان موضع الجلد في الحد

إتفق الفقهاء على استثناء الوجه و المذاكير و المقاتل و لكنهم اختلفوا في بقية الجسم إلى مذهبين :

المذهب الأول : و هو ما انفرد به المالكية بأن مواضع الجلد في الحدهو الظهر و الكتفان بخلاف التعزير فإن موضع الجلد فيه مفوض إلى رأي الحاكم . ولايجزئ على الأليتين أو رجلي الشارب بل يعاد ثانية و إن تعذر لمرض في الظهر و الكتفين أُجل لعذرٍ و إن تعذر سقط قال الدسوقي:(و يكون الضرب بظهره وكتفيه فلو جلد على إليتيه أو على رجليه لم يكف والحد باق)[1].

المذهب الثاني : و ذهب الجمهور من الحنفية و الشافعية و الحنابلة إلى أن الضرب في الحد يفرق على أجزاء الجسم ، و لا يكون في موضع واحد حتى يأخذ كل عضو حقه و حتى لا يؤدي إلى تلف العضو المضروب ، و يكثر الضرب على مواضع اللحم كالاليتين و الفخذين . قال الزيلعي :(و فرق على بدنه كحد الزنا) و قال النووي :(و يفرقه على الأعضاء) جاء في المغني (لكل موضع في الجسد حظ)[2].

الأدلة :

أدلة المالكية :

استدلوا بأن المقصود من إقامة الحد هو الإيلام الأكمل و لا شك أن الضرب على الظهر والكتفين أكثر ايلاماً من باقي الجسد . إذ بالضرب على الكتفين تتحقق به حكمة الشرع من إقامة الحد .

---

(١) المدونة ٢٤٣/٦ ، الدسوقي ٣١٤/٤ ، شرح فتح الجليل ٥٠٣/٤ ، التاج الإكليل ٥٥٣/٤

(٢) فتح القدير ٣٠٠/٤ ، مغني المحتاج ١٩٠/٤٠ ، المغني ٣٣٦/١٠ ، تبيين الحقائق ١٩٨/٣ مغني المحتاج ١٨٨/٤

و هـو إيلام يرتدع به الجاني و هذا يحقق الغرض و الحكمـة أمـا بـاقي الجسد و إن كان فيه إيلام لا يؤثر و لا يردع الجاني . و مناط الحكم هـو الإيـلام المؤثـر الذي يحصل به مقصود الشرع في هذين الموضوعين بخلاف غيرهما و إلا كـان إقامـة الحد عبثاً و ليس الغرض بـالجلد افسـاد الأعضـاء و لا اتـلاف النفـس ولاموضع يوفي هذا فيه إلا الظهر (١).

أدلـة القول الثانـي : استدل الجمهور بالآتـي :

١/ بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى اللـه عليـه و سلم قال:(إذا ضرب أحدكم فليتق الوجـه)(٢) .

وجـه الدلالة أن الضرب عام فيما عـدا الوجـه و المذاكير .

٢/ و بما أثر عن علي رضي الله عنه أنه قال للجلاد :(أعط كـل عضـو حقـه واتق الوجه و المذاكير (٣) . أما استثناء المقاتل كـالقلب و الفـرج فلأنهـا مواضـع يسرع القتل إلى صاحبها بالضرب عليها و القصد من الضـرب الـردع و الزجـر لا القتل .(٤) فإن الضرب يفرق على جميع جسده ليأخذ كل عضو حصتـه و يكثر منه في مواضع اللحم كالأليتين و الفخذين و يتقي المقاتل الرأس والوجه و الفرج وماعداها ليس بمقاتل فاشبهت الظهر(٥) .

و الراجح رأي الجمهـور لما يلي:

أولاً: أدلة الجمهور أقوى .

ثانياً: لأن المقصود من الحد الردع و الزجر يحصل بالضرب في أي موضع من الجسم ماعدا مايؤدي إلى القتل . و أما الوجه فهو مستثنى بنص الحديث فإن اللـه خلق آدم على صورته (٦).

---

(١) الإشـراف ٢/٢١٨

(٢) أبو داود ٢/٤٧٦ ، و عقب الكمال إبن الهمام فقال: و لا شك أن هذا ليس مرادا علـى الإطـلاق لأنـا نقطـع أنه في حالة قيام الحرب مع الكفار .

(٣) عون المعبون ١٢/٢٠٠ ، فتح القدير ٥/٣١١

(٤) فتح القدير ٥/٣١١ ، روضة الطالبين ١٠/١٧٢

(٥) المغني ١٠/٣٣٧

(٦) الحديث متفق عليه .

المبحث الرابع

الهيئة التي يكون عليها المحدود أثناء إقامة الحد :

اختلف الفقهاء في الهيئة التي يكون عليها المحدود إلى مذهبين :

المذهب الأول :

و هو ما انفرد به المالكية أن يكون الإنسان جالساً ذكراً أو أنثى ، قال ابن رشد:(و يضرب قاعداً)(١) .

المذهب الثاني :

لجمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة أن الرجل يضرب قائماً و المرأة جالسة . جاء في حاشية ابن عابدين :(يجلد الرجل قائماً و المرأة جالسة) (٢) و جاء في مغني المحتاج :(يجلد الرجل قائماً و المرأة جالسة)(٣) و جاء في المغني (لأن قيامه و سيلة إلى إعطاء كل عضو حظه من الضرب)(٤)

الأدلة :

أدلة المذهب الأول : استدل المالكية بأن الله تعالى لم يأمر بالقيام ولاالكيفية التي يكون عليها المحدود و لأنه مجلود في حد فأشبه المرأة (٥) فرد الجمهور أن الله لم يأمر بالقيام فكذلك لم يأمر بالجلوس (٦) .

أدلة القول الثاني: استدل الجمهور بما روى عن الإمام علي رضي الله عنه أنه قال:(يضرب الرجل قائماً و المرأة قاعدة في الحدود)(٧) فالأثر واضح في حد الرجل قائماً و المرأة جالسة .

---

(١) المدونة ٢١٥/٦ ، شرح منح الجليل ٥٢٣/٢ ، الدسوقي ٣١٤/٤ ، بداية المجتهد ٤٣٨/٢ .

(٢) إبن عابدين ١٣/٤ ، المهذب ٢٨٧/٢ ، مغني المحتاج ١٩١/٤ ، المغني ٣٣٦/١٠

(٣) مغني المحتاج ١٩٠/٤

(٤) المغني ٣٣٦/١٠

(٥) المدونة ٢١٥/٦ ، شرح منح الجليل ٥٢٣/٤ ، الدسوقي ٣١٤/٤

(٦) المغني ٣٣٦/١٠

(٧) المغني ٣٣٦/١٠

و لا يصح قياس الرجل على المرأة في هـذا لأن المـرأة يقصد بجلوسـها سترها و يخشى تكشفها و لأن الحد مبني على التشهير زجراً للعامة و هـو يتحقق بالقيـام أكثر و لأن القيام وسيلة لإعطاء كل عضو حظه في الجسد فإن الله تعالى لم يأمر بالقيام و لم يأمر بالجلوس و لم يذكر الكيفية (١) .

الراجـــح :

نرجح رأي الجمهور بأن يكون الضرب قائماً للرجل لما أثر عن علي رضي الله عنه و لأن القيام يمكن من إعطاء كل عضو حظه من الجلد و يكون أكثر و أوجع و يحقق مقصود الشرع من العقاب و في جلوس المرأة حفظ لها من التكشف فيكون أفضل .

---

(١) المغني ٣٣٧/١٠

الفصل السادس

مفردات المذهب المالكى فى جريمة الردة

الفصـــــل الســـــادس

تعريـــــف الـــــردة

الردة لغة : الرجعــة و التحـــــول (١) .

و المرتد شرعاً هو الذي يكفر بعد إسلآمـــه (٢) و قـد ورد حكم الـــردة فـــي القـــرآن و السنـــــة والإجماع قال تعالى:(ومـــن يرتدد منكم عن دينـه فيمت و هو كافر فأولئك حبطت أعمالهـم فـي الدنيا و الآخرة و أولئـك أصحـاب النـار هم فيها خالدون .)(٣) فالردة كفر مخرج من الملة موجب للخلود في النار إلا من أكره ، قـال تعـالى:(من كفر باللـه من بعد إيمانـه إلا من أكره و قلبـه مطمئن بالإيمان و لكن من شرح بـالكفر صـــدراً فعليهم غضبٌ من اللـه ولهم عذاب عظيم)(٤) .

و من السنة : قال الرسول صلى الله عليه و سلم :(مـــن بـدل دينـه فـاقتلوه)(٥) وقد أجمع العلماء (٦) على أنه يجب قتل المرتد بعد الاستتابة و لكن تبين مـا انفرد به المالكية فـي جريمـة الـردة هـو مبحـث واحد و هـو قبـول توبـة الزنديق ومـن تكررت ردته .

---

(١) لسان العرب ١٧٢/٣

(٢) فتح القدير ٣٨٥/٤ ، مختصر خليل ٣٢٢ ، المغني ٧٤/١٠

(٣) الآية ٢١٧ من سورة البقرة

(٤) الآية ١٠٦ من سورة النحل

(٥) صحيح البخاري ١٨/٩ ، سنن الترمذي ٥٩/٤

(٦) الإجماع لابن المنذر ص ١٢٢ ، المغنـي ٩١/١٠

المبحـــــث الأول

قبول توبة الزنـديق

اختلف الفقهاء في قبول توبة الزنديق ومن تكررت ردته إلى قولـين :

القــول الأول :

عدم قبول توبته إذا إطلع على زندقته ، لكن إن جاءنـا تائباً قبـل الإطـلاع على زندقته قبـلت و هو ما انفرد به المالكية . قـال خليـل :(و قتـل المستتيب بـلا استتابة)(١) .

القول الثانـي :

لجمهور الفقهـاء مـن الحنفيـة (٢) و الشـافعية و الحنابلـة و هـو قبـول توبتـه مطلقاً سواء جاءنا تائباً قبل الإطلاع على زندقته أو بعد الإطلاع عليـه ، و يخلـى سبيله . جاء في فتح القديـر :(إن المرتد يستتاب أبداً)(٣) وجـاء فـي البدائـع :(إن تـاب فـي المـرة الثانيـة قبلـت توبتـه و كـذا فـي المـرة الثالثـة و الرابعـة) و قـال الشافعي:(إذا أستتيب فأمتنع ثلاثة أو ستة أو أكثر ثم أظهر الإيمان حقن ذلك دمه و حكم له حكم الإسـلام)(٤). وجاء في المغني:(إنه إذا تاب قبلت توبته و حقن دمه)(٥).

الأدلـــــة :

دليل المالكيـة:

إستدل المالكية بقوله تعالى:(إلا الذين تابوا و أصلحوا و بينوا فأولئك أتوب عليهم و أنا التواب الرحيم)(٦) إن الزنديق و من تكررت توبته لا تظهر منه

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٢٧٢/٤ ، جواهر الإكليل ٢٧٩/٢ ، الخرشي ٧١/٨ ، مواهب الجليل ٢٨٧/٦

(٢) المبسوط ١٠٠/١٠ ، مغني المحتاج ١٤١/٤ ، المغني ١٢١/٨

(٣) فتح القدير ٣٨٧/٤ ، البدائع ١٣٥/٧ ، البحر الرائق ١٣٤/٥

(٤) الأم للشافعي ٥٨/٦ ، مغني المحتاج ١٣٤/٤ ، أسنى المطالب ١١٧/٤

(٥) المغني ٧٨/١٠ ، كشاف القناع ١٦٩/٦ ، مطالب أولي النهى ٢٨٠/٦

(٦) الآية ١٦٠ من سورة البقـــرة .

علامـــة تبين رجوعـــه و توبته لأنه كان مظهر الإســـلام مضمراً للكفر . فإذا وقف على ذلك و أظهر التوبة لم يزد على ما كان منه قبلها و هو اظهـار الإسلام و هؤلاء لم يبينوا وقد قال تعالى أيضاً في تكرار الردة:(إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم و لا ليهديهم سبيلا)(١) دلت الآيات بعدم قبول توبتهم و عدم رضاء الله عنهم . ونوقشت هذه الآية بأنها محمولة على المصرين على الكفر بعد الكفر بعد الإيمان و لا يتحـــولون عنه بقرينة بل بالاصـــرار و العناد عليه فلا تدل على دعواهم . و استدلوا بما أثر أن رجلاً من بني سعد مر على مسجد بني حنيفة فإذا هم يقرءون برجز مسيلمة . فرجع إلى ابن مسعود فذكر له ذلك فبعث إليهم فأتى بهم فاستتابهم فتابوا فخلى سبيلهـــم إلا رجـــلاً منهم يقال له ابن النواحـــة قـــال:(فزعمت أنك قد تبت وأراك قد عدت فقتله)(٣) فدل بأن من تكررت ردته يقتل و لا تقبل توبته ورد ابن قدامـــة أثر ابن مسعود قال:(أما قتله ابن النواحة فيحتمل أنه قتله لظهور كذبه في توبته لأنه أظهرها و تبين أنه مازال على ما كان عليه من كفره . و يحتمل لقول النبي صلى الله عليه و سلم حين جاء رسول لمسيلمة :(لولا أن الرسل لا تقتل لقتلتك) فقتله تحقيقاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم و قد جاءت بعض الروايات مصرحة بأنه قتله لذلك(٣) .

أدلة الجمهور: و استدل الجمهور بقوله تعالى:(فإن تابوا و أقاموا الصلاة و آتوا الزكاة فخلوا سبيلهم (٤) .

وجه الدلالة أنه أسلم فيجب قبول ذلك و استدلوا أيضاً بقوله (ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمنا)(٥) وبقوله تعالى:(قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف (٦) .

---

(١) الآية ١٣٧ من سورة النساء

(٢) فقه ابن مسعود

(٣) المغني ١٠/١٥٨

(٤) الآية ٥ من سورة التوبة

(٥) الآية ٩٤ من سورة النساء

(٦) الآية ٣٨ من سورة الأنفال

فهذه الآيات بعمومها تدل على قبول توبة من تاب تكررت منه الردة أو لم تتكرر ردته .

٢/ وروى أن أسامة بن زيد رضي الله عنه حمل على رجل من المشركين فقال : لا إله إلا الله فقتله فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال:(أقتلت رجلاً قال لا إله إلا الله ؟ من لك بلا إله إلا الله يوم القيامة . فقال: إنما قالها تعوذاً فقال: هلا شققت عن قلبه فقال لوفعلت ذلك ما كان تبين لي فقال صلى الله عليه و سلم إنما يعبر عن قلبه و لسانه)(٢).

وجه الدلالة أن الكافر إذا نطق الشهادة و جب الكف عنه سواء تكررت ردته أم لا .

٣/ و روى أن رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما سارة به حتى جهر رسول الله صلى الله عليه وسلم فإذا هو يستأذنه في قتل رجل من المسلمين فقال الرسول صلى الله عليه وسلم أليس يشهد أن لا إله إلا الله ؟ قال: بلى ، و لا شهادة له فقال أليس يصلي ؟ قال بلى: و لا صلاة له , فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم أولئك الذين نهاني الله عن قتلهم (٣) وقد قال الله تعالى:(إن المنافقين في الدرك الأسفل من النار و لن تجد لهم نصيرا ، إلا الذين تابوا و أصلحوا)(٤) .

٤/ وروي أن محسن بن حمير كان من النفر الذين أنزل الله فيهم:(و لئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض و نلعب)(٥) فأتى النبي صلى الله عليه و سلم و تاب إلى الله فقبل توبته وهي الطائفة التي عناها الله تعالى بقوله:(إن نعف عن طائفة منكم نعذب طائفة)(٦) فهذا الذي عفا الله عنه و سأل الله تعالى أن يقتل في سبيله ولا يعلم مكانه فقتل في سبيل الله .(٧)

---

(١) الآية ٣٨ من سورة الأنفال .

(٢) حديث البخاري ٣٩٨/٧ و مسلم ٦٩/٧ ، شرح السنة للبغوي ١٥١/١٠

(٣) البخاري ١٠/ ٨٠

(٤) الآية ١٤٥ و ١٤٦ من سورة النساء .

(٥) الآية ٦٥ من سورة التوبة .

(٦) الآية ٦٦ من سورة التوبة .

(٧) المغني ١٠/ ٨٠

و النبي صلى الله عليه وسلم كف عن المنافقين بما أظهروا من الشهادة مع إخبار الله تعالى له بباطنهم بقوله:(و يحلفون بالله إنهم لمنكم و ما هم منكم و لكنهم قوم يفرقون)(١) لوجود الإيمان ظاهراً في كل كرة ، لوجود ركنه و هواقرار العاقل

الترجيـــــح :

مذهب الجمهور أولى بالقبول لقوة أدلته من أدلة القـــول الأول و قد قال الحافظ و كلهم أجمعوا على أن أحكام الدنيا على الظاهر و الله يتولى السرائر (٢) ولقد ثبت عن الرسول صلى الله عليه و سلم قال:(لله أشد فرحاً بتوبة عبده حين يتوب لله من أحدكم كان على راحلته بأرض خلاه فانفلتت منه و عليها طعامه وشرابه فيئس منها فأتى شجرة فاضجع في ظلها قد يئس من راحلته ، فبينما هو كذلك إذا هو بها قائمة عنده فأخذ بخطامها . ثم قال من شدة الفرح اللهم أنت عبدي و أنا ربك أخطأ من شدة الفرح (٣) .

---

(١) الآيـــة ٥٦ من سورة التوبـــة .

(٢) نيل الأوطـــار ٢٥٠/٧

(٣) صحيح مسلـــــم ٢٢٤/٤

الفصل السابع

مفردات المذهب المالكى فى جريمة البغى

تعريـــــف البغـــــي

البغـــي لغة : التعدي و الفساد و الظلـــــم (١) .

و شرعـــــاً : الخروج على الإمام الحق بغير حـــق (٢) و البغي حرام قال تعالى:(و إن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ، فإن بغت احداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفئ إلى أمر الله فإن فاءت فأصلحوا بينهما بالعدل)(٣).

و من السنة قال الرسول صلى الله عليه و سلم :(من رأى من أميره شيئاً فليصبر عليه ، فإن ليس أحداً من الناس خرج على السلطان شبراً فمات عليه إلا مات ميتة جاهلية)(٤) و قال : من حمل علينا السلاح فليس منا (٥) و قال :(من اعطى إمامـــاً صنعـــة يده و ثمرة فؤاده فليطعه ما أستطاع فإن جاء آخر ينازعه فأضربوا عنق الآخر)(٦) و قد انفرد المالكية في جريمة البغي بمبحث واحد و هو الجريمة الفردية جريمة بغي إذا توفر التأويل و الخروج .

---

(١) لسان العرب ٧٨/١٤ ، القاموس المحيط ٣٠٤/٤

(٢) حاشية إبن عابدين ٤٢٦/٣ ، الشرح الكبير ١٢٣/٤ ، منهاج الطالبين ١٣١ ، شرح منتهى الإرادات٢ /٤٩٤ .

(٣) الآية ٩ من سورة الحجرات .

(٤) صحيح مسلم ١٤٧٨/٣

(٥) صحيح البخاري ٥/٩ ، سنن الترمذي ٥٩/٤

(٦) مسند أحمد ١٦١/٢ ، صحيح مسلم ١٤٧٣/٣

المبحـــث الأول

الجريمة الفردية جريمة بغي إذا توفر عنصر التأويل و الخروج :

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين :

القـــول الأول : ما انفرد به المالكية و هو اعتبار أن الفرد الواحد المتـأول تعد جريمته من جرائم البغي جاء في الخرشي:(و قد يكون الباغي واحداً)(١).

القول الثانـــي: للحنفية و الشـافعية و الحنابلـة هـو أنـه لا بـد مـــن أن يجتمـع افراد لهم منعة و إلا فهم لصوص . قال السرخسي:(إذا لم يكن لأهل البغي منعـة و إنما خرج رجل أو رجلان من أهل مصر على تأويل يقاتلان ثم يستأمنان أخـذوا بجميـع الأحكـــام لأنهمـا بمنزلـة اللصـوص)(٢) و نـص ابـن الهمـام أيضـاً علـى وصف الثائرين المتأولين باللصوص إذا انتفى شرط المنعة منهم دفعـاً لضررهـم . وقال أبو السعـود:(لا يثـــت حكم البغي ما لـم يتغلـبوا و يجتمـعوا و يصـير لهـم منعة و المراد بـالتغلب الإستيلاء)(٣) و كذلك اشترط الشـافعية القـوة وقال الشيرازي(بانتفاء جريمة البغي إذا انتفت المنعـة و التـأويل). ونـص الرملـي أيضاً على الشوكة تتمه بتنظيم االدولة المتوفر فيها عنصر الأرض و الحكم (٤) .

و الحنابلة لا بد من الإمام أو الرئيس و القائد الذي يوجه ثورة البغاه . جـاء في الإنصـاف :(لا تتم شوكتهم إلا و فيهم واحـد مطـــاع)(٥) .

فالمالكية يعتبرون الجريمة الفردية جريمـــة بغي إذا توفر عنصرالخـروج و التأويـل . وقـال الجمهـور بشـرط كـثرتهم أو قـوة ، و لـو بحصـن يمكـن معهـا مقاومـــة الإمام فيحـــتاج في ردهم إلى الطاعة لكلفة من بذل و تحصـيل رجـال و بشرط تأويل (٦) .

---

(١) الخرشي ٦٠/٨

(٢) المبسوط ١٣٤/١٠ ، فتح القدير ٤٠٨/٤

(٣) حاشية أبو السعود ٤٦٩/٢ ط جمعية المعارف .

(٤) مغني المحتاج ١٢٦/٤ ، المهذب ٢٢١/٢ ، و حاشية الجمل ١١٤/٥

(٥) الإنصاف ٣١٢/١٠

(٦) مغني المحتاج ١٢٣/٤

الترجيـــــــح

و الذي نرجحــه عدم إقامــة حد البغي علــى الفرد المخـرب الخـارج عـن السلطان العدل حتى لا تنتشر الفوضى لكثرة المتمردين على الدولـة الإسلاميـــة . و لأن الشـريعة الإسـلامية تتيـح الحريـة فـي منــاظرة الإمــام و لاعتبــار جريمــة عبدالرحمن بن ملجم جريمة عادية حينما قتل على بن أبي طالب رضي اللـه عنـه و إنما قتل قصاصاً و قدر البعض المنعة المادية بالعشرة و لكن الذي نـراه بـالقوة و مقاومة السلطة حسب الظروف التي يحدث بها الخروج .

الفصل الثامن

مفردات المذهب المالكى فى التعازير

تعريـــف التعـزير

التعزير لغة : هو التـأديب ، و الـردع و المنـع . و الإهانـة و المعاقبـة بمـا دون الحد المقدر (١) .

وشرعـاً : هو تأديب إستصلاح وزجرعن معصية لا حدفيها ولا كفـارةغالباً(٢)

مشروعيـــة التعزير

قال تعالى:(واللآتـي تخـافون نشوزهـــن فعظوهـن و اهجـروهن فـــي المضـــاجع و اضربوهن (٣) فأبـاح اللـه سبحانه وتعـالى الوعـظ و الهجـر و الضـرب عند مخالفـة الزوجة و قال تعالى :(يأأيها الذين آمنوا قو أنفسكم و أهليكم ناراً وقودها الناس و الحجـارة)(٤) ففـي هذه الآيـة أمـر اللـه سبحانه و تعـالى الأوليـاء برعايـة الأهـل فيعلمهم الحلال و الحرام و يجنبهـم المعـاصي و الآثـام . (٥) و قـال الرسـول صلـى اللـه عليـه وسلم (مروا أولادكم بالصـلاة لسبع و أضربوهم عليهـا لعشـر و فرقـوا بينهم فـي المضاجع)(٦) .

و قد ذكر ابن الهمام عن أن هذا الحديـث مـن أقـوى الأدلـة علـى مشـروعية التعزيـر بعـد حديث :(لا يجلد فوق عشر جلدات إلا في حد من حدود الله) (٧) .و قال ابن الهمام إن التعزير مشـروع .

فهذه الأدلة تدل على جواز التأديب حسب ما يراه ولى الأمر أوالحاكم وفقاً لمبدأ السياسة الشرعية . و في التعازير إنفرد المذهب المالكي بثلاثة مباحث .

المبحـــث الأول : حق الدولة إذ أعفي عن القاتل عمداً .

المبحـــث الثانـي: الحد الأعلى للجلد في التعـــــزير .

المبحـــث الثالث قتـــل الجاسـوس المســـلـــم .

---

(١) لسـان العـرب ٥٦/٤ ، بصـائر ذوي التمـيز فـي لطـائف الكتـاب العزيـز لارللفـيروز بـادي ٦٣/٤ ، المعجـم الوسيط د/ ابراهيم أنيس ، عبدالحليم منصورعقبـة الصوالـي ، محمـد خلـف اللـه حمـد / مجمـع اللغـة العربيـة المصري ٥٩٨/٢ .

(٢) بدائع الصنائع ٦٣/٧ ، مختصر خليل ٣٣٢ ، المهذب ٢٨٨/٢ / منتهى الإرادات ٣٦٠/٣ ، إعلام الموقعين ٩٩/٢

(٣) الآية ٣٤ من سورة النساء .

(٤) الآية ٦ من سورة التحريم .

(٥) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٩٦/١٨ ، وزاد المسير ٣١٢/١

(٦) سبق اخراجه ١٢٦/١ . وابوداود ١٤٧/٤ وحسنه ٥٦/٦ والترمذي ٢٥/٤ وابن ماجه ١ / ٦٥٨ والبيهقي ٨ / ٦٤

(٧) البخاري مع فتح الباري ١٧٦/١٢ ومسلم ١٣٣٢/٣. الحاكم ٤/٣٨٦ وقال صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي

المبحث الأول

حق الدولة إذا عفي عن القاتل عمداً

اختلف الفقهاء فيما يجب للدولة على الجاني إذا عفا أولياء الدم عن القصاص في القاتل عمداً إلى مذهبين :

المذهب الأول :

و هو ما انفرد به المالكية بأنه يجلد مائة و ينفى عاماً سواء كان العفو عن القصاص إلى الدية أو كان العفو غير مقابل . جاء في الشرح الكير:(على القاتل عمداً البالغ إذا لم يُقتل لعفو أو لزيادة حرية أو إسلام . جلد مائة و حبس سنة)(١)

المذهب الثاني:

ذهب جمهور الفقهاء (٢) إلى عدم مشروعية معاقبة الجاني إذا عفى عنه يجلد أو غيره جاء في البدائع:(يجب بالعمد القود .) جاء في مغني المحتاج:(موجب العمد القود و الدية بدلاً عند سقوطه) و قال ابن قدامة :(يجب بالعمد القود أو الدية فيخير لولي بينهما و عفو مجاناً أفضل).

الأدلة :

أدلة المالكية:

استدلوا بالقرآن و السنة و المعقول :

١/ فالقرآن قوله تعالى:(و الذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر و لا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق و لا يزنون ، ومن يفعل ذلك يلق أثاماً يضاعف له العذاب يوم القيامة و يخلد فيه مهانا) (٣)

---

(١) مواهب الجليل ٢٦٨/٦ ، بداية المجتهد ٤٠٤/٢ ، الشرح الكبير ٢٨٧/٤ ، الرهوني ٨٥

(٢) بدائع الصنائع ٢٧/٧ ، مغني المحتاج ٤٨/٤ ، الأم ١٦/٦ ، زاد المستنقع في إختصار المقنع ص٧٧

(٣) الآية ٦٨ /٦٩ من سورة الفرقان .

٢/ و استدلوا بالسنة بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: أتى النبي صلى الله عليه و سلم برجل قتل عبده متعمداً فجلده مائة و نفاه سنة ، ومحا سهمه من المسلمين و لم يقد منه (١) .

هذا بأنه لا تقوم به حجة لأن في إسناده روايتين ضعيفتين ،

أحدهما اسماعيل بن عياش ، وقد ضعفه بعض رجال الحديث . قال عنه ابن الحاجب هو كثير الخطأ في حديثه فخرج عن حد الاحتياج به و قال عنه النسائي إنه ضعيف و قال أبو صالح الفراء : قلت لأبي إسحاق الفزاري: إني أريد مكة و أريد أن أمر بحمص فأسمع من إسماعيل بن عياش قال ذلك رجل لايدري ما يخرج من رأسه (٢) .

و ثانيهما : إسحاق بن عبدالله بن أبي فروة عنه قال البخاري : متروك وقال الجوزجاني : سمعت أحمد ابن حنبل يقول: لاتحل الرواية عندي عن إسحاق بن أبي فروة و قال يحي بن معين : لا يكتب حديثه(٣) .

٣/ **من الآثار إستدلوا** : بما روى ابن حزم (٤) ، عن عبدالله بن عمر بن الخطاب قال: في الذي يقتل عبداً أنه لا يقع القصاص عليه ، يجلد مائة قلت كيف ؟ قال في الحر يقتل عبداً أو في أشباه ذلك . و كذلك بما روى عمر بن شعيب أن عمر جلد حراً قتل عبداً مائة و نفاه عام(٥).

و رد هذان الأثران بأنهما لا يصح الاحتجاج بهما لأنهما من رواية العباس بن عبدالله و عمرو بن شعيب ، وكلاهما لم يولد إلا بعد مقتل عمر بمدة طويلة .(٦) ومما يزيدهما ضعفاً أنه قد روى عن ابن عباس خلاف ذلك (٧) و قول الصحابي لا يحتج به إذا خالفه غيره .

---

(١) إبن ماجة في السنن ٨٨٨/٢ ، سنن الدارقطني ٢٤٢/٢ ، السنن الكبرى للبيهقي ٢٦/٨

(٢) ميزان الإعتدال ٢٤١/١ ، المحلى ٤٦٢/١٠

(٣) ميزان الإعتدال ١٩٣/١ ، المحلى ٤٦٢/١٠

(٤) المحلى ٢١٣/١٢

(٥) نفس المصدر و البيهقي ٣٦/٨ ، نيل الأوطار ١٦/٧ ، المصنف ٤٩١/١ ، السنن الكبرى

(٦) المحلى ٤٦٢/١٠

(٧) المحلى ٤٦٣/١٠ ، السنن الكبرى ٣٧/٨

٤/ ومن المعقول أن القتل العمد موجب للقصاص على الجاني زجراً للآخرين عن ارتكاب مثل فعله فلما أسقط القصاص عنه وجب تأديبه جزاء له على جريمته . قال ابن الماجشون : إنه لما عفا عنه من له العفو وبقيت لله عقوبة جعلناها كعقوبة زنا البكر جلد مائة و حبس عام (١) .

أدلة أصحاب المذهب الثاني :

القائلين بعدم مشروعية معاقبة الجاني إذا عفي عنه بجلد أو غيره بالكتاب و السنة .

أما الكتاب : فبقول الله تعالى:(فمن عفي له من أخيه شئٌ فاتباع بالمعروف و أداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمةٌ فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم)(٢) ففي هذه الآية أوجب الله تعالى على ولي الدم إتباع المعفو عنه بالمعروف فجلد الجاني و نفيه يتنافى مع ما دلت عليه هذه الآية ، و لأن كلا منهما ليس من الاتباع للمعروف(٣).

ورد على هذا بأن الآية ليس فيها ما يقتضي عدم معاقبة القاتل بعد العفو عنه من قبل ولي الأمر إنما ذلك لولي الدم حيث أمر بحسن الإقتضاء (٤) .

أما السنة : فقوله عليه الصلاة و السلام :(إن دماءكم و أموالكم و أعراضكم و أبشاركم عليكم حرام) (٥) ففي هذا الحديث نص صريح في تحريم بشرة المسلم فلا يجوز التعرض له بضرب أو غيره إلا بنص من كتاب أو سنة و لم يرد فيها ما يدل على مشروعية جلد القاتل أو نفيه إذا عفى عنه (٦).

ورد بأن تحريم بشرة المسلم على أخيه إذا كان بغير حق ، وهذا أمر مسلم به عند عامة الفقهاء و أكثر ما فيه تحريم ذلك على ولي الدم ، لا على السلطان الذي يعاقب تحقيقاً للمصلحة العامة و منعاً للجاني عن معاودة القتل .

---

(١) بداية المجتهد ٤٠٤/٢ ، المنتقى ١٢٤/٧

(٢) الآية ١٧٨ من سورة البقرة

(٣) المحلى ٤٦٤/١٠

(٤) تفسير القرطبي ٢٥٥/٢ ، تفسير الطبري ٣٧٠/٣

(٥) البخاري بهامش فتح الباري ٩٠/٩ ، ط الخيرية ، صحيح مسلم ١٠٨/٥

(٦) المحلى ٤٦٤/١٠ ، و المصنف ٤٦٢/١٠

و من السنة أيضاً ماروى عن وائل بن حجر (١) قال:(إني لقاعد مع رسول الله صلى الله عليه و سلم : إذ جاء رجل يقود رجل بنسعته فقال: يارسول الله ، هذا قتل أخي ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : (أقتلته ؟) فقال: إن هو لم يعترف أقمت عليه البينة قال :نعم قتلته) قال كنت أنا و هو نحتطب (٢) من شجرة ، فسبني و اغضبني فضربته بالفأس على قرنه (٣) فقتلته فقال له رسول الله صلى الله عليه و سلم:(هل لك من شئ تؤديه عن نفسك) قال: مالي إلا كسائي و فاسي. قال : (أترى قومك يشترونك) قال أنا أهون على قومي من ذلك ، فرمى إليه رسول الله صلى الله عليه و سلم بنسعته و قال: دونك صاحبك ،فأنطلق به الرجل فلما ولى قال رسول الله صلى الله عليه و سلم :(إن قتلته فهو مثله) ، فرجع إليه فقال : بلغني أنك قلت : إن قتلته فهو مثله ، و ما أخذته إلا بأمرك فقال رسول الله :(أما تريد أن يبوء باثمك و إثم صاحبه قال: بلى يا نبي الله فإن ذاك كذاك قال: فرمى بنسعته و خلى سبيله .

فنجده أنه لم يرد في هذه القصة أن النبي صلى الله عليه و سلم عاقب القاتل بجلد أو نفي و لوكان ذلك مشروعاً لما تركه . و من غير المتصور أن يكون ذلك قد صدر من النبي صلى الله عليه و سلم و لم ينقل إلينا خاصة و أن رواة هذه القصة قد نقلوا لنا من تفاصيلها مالا يترتب على ذكره حكم شرعي . فكيف يعقل اغفالهم للجلد أو النفي و هو أهم ما اشتملت عليه هذه القصة فيما لو كان ذلك قد وقع بالفعل و لأنه لم يجب عليه بالقتل إلا حق واحد . وقد عفا عنه مستحقه فلم يجب عليه شئ آخر قياساً على القاتل خطأ إذا عفا عن الدية .(٤)

---

(١) صحيح مسلم و اللفظ له ١٠٩/٥ ، سنن أبي داود ٤٧٨/٢ ، سنن البيهقي ٥٣/٨

(٢) الإحتطاب : ضرب الشجرة بالعصا لتتساقط أوراقها النهاية في غريب الحديث ٧/٢

(٣) القرن : الرأس : أساس البلاغة ٢٤٨/٢

(٤) شرح المغني الكبير ٣٩٢/٩

ورد هذا الحديث بأنه ليس فيه دلالة على عدم مشروعية معاقبة الجاني إذا رأى الحاكم ذلك إذ قد يكون تركه عليه السلام لمعاقبته راجعاً إلى وجود بعض العذر للجاني و هو احتمال أنه لم يتعمد قتله كما في بعض الروايات .(١)

و القياس : هو قياس القتل العمد على الخطأ فإذا عفى عنه فلاشئ عليه بجامع أن الكل قتل (٢) .

الترجيح

و القول الراجح مذهب المالكية لما يلي :

أولاً: لأن ماروي عن عمر حديث رواه ثقة و له شواهد تؤيده و استدلالهم بالآية قد رده الطبري بقوله ، ليس فيها ما يقتضي عدم معاقبة القاتل بعد العفو من قبل ولي الأمر . و إنما ذلك بالنسبة لولي الدم حيث أمر بحسن الاقتضاء .

ثانياً: استدلالهم بالسنة إن دماءكم و أموالكم ..) إن هذا وارد في غير محل النزاع و هو انتهاك عرض المسلم بالحبس و الضرب بغير حق و كلاً منهما فيما هو بحق .

ثالثاً: الحديث الثاني ليس فيه دلالة في مشروعيته إلى عدم معاقبة الجاني إذا عفى عنه .

رابعاً: إن فيه مصلحة و هي درء المفاسد إذ أن الجاني الذي عفي عنه لو ترك بدون عقوبة لأدى ذلك إلى التهاون في شأن الدماء . فإذا سقط القصاص فلا أقل من أن يلقى الجاني عقوبة تكون زاجراً له و لغيره و هذا ما يتفق مع مقاصد الشريعة التي تقضي بتحقيق المصالح و درء المفاسد .

---

(١) سنن أبي داود ٤٧٨/٢

(٢) المغني ٢٥٥/٩ ، بداية المجتهد ٤٠٤/٢

المبحـــث الثانـــــي

الحد الأعلى للجلد في التعزير

اختلف الفقهاء في الحد الأعلى للجلد في التعزير إلى مذهبين :

المذهب الأول :

وهو ما انفرد به المالكية بأن للإمام أن يزيد فـي التعزيـر دون وقـوف عنـد عقوبة الحد مع مراعاة المصلحة غير المشوبة بالهوى .جـــاء في جواهـر الإكليـل :(و إن ضرب بســوط أو غيره و إن زاد علـى الحـد) و قـال ابـن يونـس (أمـا التعزير فيجب بأكثر من هــذا) (١) .

المذهـب الثاني :

يرى الحنفية و الشافعية و الحنابلة أن التعزير لا يبلغ الحد : جاء في البدائع :(لا يبلغ التعزير الحد) و جاء في مغني المحتاج :(وجب أن ينقص عـن أربعيـن) و المذهـب عنـد الحنابلـة :(لا يزيـد علـى عشـر جلـــــدات و لا يـزاد فـي التعـــزير على عشـر جلدات)(٢) .

الأدلـــــة :

أدلة المالكيـة:

إستدل المالكية بفعل عمر رضي الله عنه أن معز بن زياد عندما زور كتاباً و ذهب به إلى صاحب بيت المال فأخذ منه مالاً فجلده عمر مائـة فشفع فيـه قـوم فضربه مائة أخرى ثم جلده مائة ثالثة و لم يخالفه أحد من الصحابة فكان إجماعاً و تجاوز مقدار الحـد . فيدل على أنه عمل مشروع و ضرب جاريـة حـاطب لمـا حملت و ذكرت أنها لم تعلم بالتحـــريم مائة)(٣) .

---

(١) الجامع لمسائل المدونة إبن يونس محمد بن عبدالله بن يونس الصقلي التميمي مخطوط رقم ٢٦١ معهد البحوث العلمية و إحياء التراث الإسـلامي . ، جواهر الإكليل ٢٩٦/٢ ، الوجـه المقدم عنـد الشافعـي و أبويوسف من الحنفية و إبن تيمية في الحنابلة و حاشية الدسوقي ٣١٥/٤

(٢) البدائع ١٠٧/٧ الهداية ٨٦/٢ ، مغني المحتاج ١٩٣/٤ ، المغني ١٥٩/٩ ، الإنصاف ٢٤٤/١٠

(٣) تبصرة الحكام ٢٠٤/٢ ، المغني ٣٤٨/١٠ ، شرح فتح القدير ١٠٥/٥ ، الإشراف ٢٦٠/٢

كما ضـــرب صبيح بن عسل أكثـــر مـــن الحد . وكذلك أتي بشارب خمـر في (١) رمضان فجلده ثمانين الحد و عشرين لهتك الحرمـة فـي رمضـان و أن أبـا الأسود قاضي البصرة أتى بسارق كـان قد جمع المتـاع فـي البيت و لـم يخرجـه فضربه خمسة و عشرين سـوطاً و خلى سبيله (٢) و نجد أن هـذه الأدلـة و اضحـة من أن التعزير لا يحدد بقدر معين بل حسب ما يراه ولي الأمـر لتحقيق المصلحـة و نفي المفسـدة (٣) و الإجماع منعقـد على أنـــه لا تحـــديد من حيث التشديـــد و التخفيف فكذلك عدد الجلد في التعزير (٤) .

أدلة المذهب الثانـي: واستدل من قال بأن التعزير لا يبلـغ الحد بحديث :(مـن بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين).

وجه الدلالة يعتبر المنع من الزيادة على الحد المقدر فـــلا يبلـغ إذاً حـد مقـدراً (٥) و نوقش بأن هذا الحديث المحفوظ إرساله فلا يثبت كما نص على ذلـك البيهـقي بعد روايتـه لـه(٦) وقـــرر المحـــدثون ضعفه فـلا يتم الاستدلال بـه لضعفه (٧) و استدلوا بأن المعاصي المنصوص عليها أعظم من غيرها فـلا يجـوز أن يبلغ في أهون الأمـرين عقوبة الأعظـــم (٨) .

أدلـــة المذهـب الثالـث : واستدل الحنابلة بحديث الرسول صلى الله عليه و سلم قال:(لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله تعالى)(٩)

---

(١) الأحكام لإصول الأحكام ١٨/٢ ، سنن البيهقي ٣٢١/٨ ، غريب الحديث ٣٩٥/٣

(٢) الحدود و التعزيرات عند إبن القيم بكر زيد ٤٦٨

(٣) فتح الباري ١٧٧/١٢

(٤) الطرق الحكمية ٢٦٦ و المغني ٣٤٨/١٠ ، الإشـــراف ٢٦٠/٢

(٥) البدائع ٦٤/٧ ، مغني المحتاج ١٩٣/٤ ، قال رواه البيهقي و قال المحفوظ إرساله و عزاه المناوي لإبن نعيم في فيض القدير ٩٥/٦

(٦) السنن الكبرى ٣٥٧/٨

(٧) الجامع الصغير مع شرحه فيض القدير ٩٥/٦

(٨) المغني ٣٤٨/١٠

(٩) البخاري مع فتح الباري ١٧٦/١٢ و مسلم ١٣٣٢/٣

ووجه الدلالة أن الحديث ورد بصيغة الحصـــرنفي و استثناء فهو نص فـي محل النزاع فلا يجوز في التعزير التجاوز عن عشر جلدات (١) .

ونوقش الحديث بأنه منسوخ (٢) لإجماع الصحابة على خلافه . و رد بأن الإجمـاع لا ينسخ السنة و قال الحافظ إبن حجر معقباً لدعوى نسخه بالإجمـاع (٣) (نعم لـو ثبت الإجماع لدل على أن هناك ناسخاً و قال البعض قصر الحديـث علـى التعزيـر بالجلد أما الضرب بالعصا فلا يحوز بها الزيادة .

ونوقش بأنه ورد لا عقوبة فوق عشر ضربات(٤) ورد بأن التأديب الصادر من غير الولاة (٥) و قالوا بأن المراد بها الجنايات ذات العقوبات المقدرة

الترجيـــــح :

الراجح قول المالكيـة لقـوة أدلتهم وسـلامتها ومراعاتهـا بحكم الشريعـــة ومقاصـدها و الإجماع منعقد على جواز العقوبة بما هو أشد مـن حيـث الضـرب لامن حيث العدد فكذلك يجوز التشديد مـن حيث العـدد (٦) فـالتعزير مفـوض إلـى ولي الأمر فله الزيادة و النقصان حسب المصلحة و الجريمـة و المجـرم بمـا يـراه ولي الأمـــر مناسباً .

---

(١) المغني ٢٤٨/١٠

(٢) شرح فتح القدير ١١٦/٥ ، فتح الباري ١٧٨/١٢ ، تلخيص الخبير ٧٩/٤ ، نيل الأوطار ١٥٢/٧ مسلم ٢٢٢/١١

(٣) تلخيص الحبير ٧٩/٤

(٤) صحيح البخاري مع فتح الباري ١٧٦/١٢

(٥) نيل الأوطار ١٥٩/٧

(٦) حاشية إبن عابدين ١٧٩/٣ ، الطرق الحكمية ٢٦٦

المبحـــث الثالـــث

قتل الجاسـوس المسلـــم

لـم يفـرد الفقهـاء للتجسس ببحـث مستقل و إنمـا ذكـروه فـي بـاب التعزيـر وجواز التعزير بالقتل ، و فيه خلاف بين الفقهاء . و قد ورد التجسس فـي القـرآن الكريم و السنة النبويـة منهيـاً عنـه صراحـةً فـي قولـه تعـالى:(يـاأيهـا الذيـن آمنـوا اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظـن إثـمٌ و لا تجسسـوا و لا يغتـب بعضكـم بعضاً أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتاً فكرهتمـوه و اتقـوا اللـه إن اللـه تـواب رحـيم) (١) و قول الرسول صلى الله عليه وسلم :(و لا تجسسـوا و لا تناجشـوا و لا تحاسدوا)(٢) و إن كان هذا النوع من التجسس خاصاً بآحـاد النـاس فإنـه مـن القياس الأولى يتناول التجسس باعتباره جريمة يعاقب عليها الشرع و المحافظة على أمن الدولة المسلمة ، لما يعرض الدولة لمخاطر سياسية و اجتماعية و اقتصاديـة

و إن كـان لا خـلاف بيـن الفقهـاء فـي أن عقوبةالتجسـس عقوبـة تعزيريـة ولكنهم اختلفوا في جواز التعزير بقتل الجاسوس المسلم إلى قولين :

القـول الأول : و هو ما انفرد به المالكية : أنه يجـوز قتـل الجاسـوس المسلـم إذا اقتضت المصلحة ذلك ، قال ابن فرحون :(يجوز قتـل الجاسـوس المسـلم إذا كان يتجسس بالعدووإليه)(٣) .

القول الثانـي :

عدم قتل الجاسوس المسلم و هذا قول الحنفية و الشافعية و الحنابلة . جاء في فتـح القدير :(عدم قتله)(٤) ، وقال الشيرازي :(و إن تجسس رجل من المسلمين للكفار لم يقتل) وجاء في كشاف القناع(٥)(و إن تجسس لم يقتل)(٦) .

---

(١) الآيـة ١٢ من سورة الحجـرات .

(٢) متفق عليه .

(٣) تبصـرة الحكام ٣٠٢/٢

(٤) شرح فتح القدير ٢١٦/٤ ، المهذب ٢٤٣/٢

(٥) [illegible] المبدع ٩٢/٧

(٦) كشاف القناع ٧٦/٤

الأدلـــــــة:

أدلـــة المالكية · استدل المالكية على قتل الجاسوس :

أولاً: بحـــديث سلمة بن الأكوع (١) قال : أتـــى النبـي صلـى اللـه عليـه و سلم عين (٢) و هو في سفر ، فجلس عند بعض أصحابه يتحدث ثم إنسل ، فقـال النبـي صلى الله عليه و سلم : أطلبوه فأقتلوه فسبقتهم إليه فقتلته فنفلني (٣) سلبه (٤).

وجه الدلالة جواز قتل الجاسوس . و نوقش بأنه حربـي و لا خـلاف فـي قتل الجاسوس الحربي الكافر (٥) .

ثانياً: إستدلوا بحديث عن فرات بن حيان : أن النبي صلـى اللـه عليـه وسلم أمـر بقتله و كان ذمياً و كان عيناً لأبي سفيان و حليفاً لرجل مـن الأنصـار ،فمـر بحلقـة من الأنصار فقال إلي مسلم ، فقال رجل" من الأنصار : يارسول الله إنه يقول أنه مسلم ، فقال رسول اله صلى الله عليه و سلم: إن منكم رجالاً نكلهم إلى إيمـانهم ، منهم فرات بن حيان (٦) .

وجه الدلالة أمـــرالرسول صلى الله عليه و سلم بقتله ، قيل وهو ذمـي . و نوقش بأن في اسناده أبا همام الدلال محمد بن مجيب و لا يحتج بحديثـــه (٧) .

---

(١) هو سلمة بن عمرو بن الأكوع الأسلمي ، شهد بيعة الرضوان ، مات سنة ٧٤ هـ ، تقريب التهذيب ٣١٨/٢

(٢) عين : سمي الجاسوس عين لأن عمله بعينه أو لشدة إهتمامه بالرؤية .

(٣) نفلني: فنفله بالإلتفات و الغيبة .

(٤) فتح الباري ، شرح البخاري ١٦٨/٦ ، مسند أحمد ٤٥/٢ ، وأبوداود ١١٢/٣

(٥) نيل الأوطار ٩/٨

(٦) مسند أحمد ١٤٥/٢ ، ابوداود ١١٤/٣

(٧) نيل الأوطار ٩/٨

ثالثاً: يبين إبن القيم رحمه الله تعالى:أن دليل الخلاف هو قصة حاطب إبن أبي بلتعه لما جس على النبي صلى الله عليه و سلم لقريش بكتاب أرسله مع امرأة يخبرهم بمسير رسول الله صلى الله عليه و سلم إليهم وفيه: فا ستأذن عمر رضي الله عنه النبي صلى الله عليه و سلم في قتل حاطب فقال صلى الله عليه و سلم : وما يدريك لعل الله أطلع على أهل بدر ، فقال: اعملوا ماشئتم فقد غفرت لكم (١) .

وجه الدلالة من الحديث لكل القولين فمن يرى قتله قالوا لأن النبي صلى الله عليه و سلم علله بعلة مانعة من القتل منتفية في غيره و لو كان الإسلام مانعاً من قتله لم يعلله صلى الله عليه وسلم بأخص منه لأن الحكم إذا علل كان الأخص عديم التأثير و هذا أقوى (٢) .

رابعاً: إذا رأى الإمام أن في قتله مصلحة للمسلمين بضوابطها الشرعية (٣) .

---

(١) الحديث سبق تخريجه متفق عليه . البخاري ٦/١٦٦ ومسلم ٣/١١٦

(٢) زاد المعاد ٢/١٦٢ ، و الحدود و التعزيرات عند إبن القيم ص ٤٨٩

(٣) زاد المعاد ٢/١٧٠ ، تبصرة الحكام ٢/٣٠٢ ، الطرق الحكمية ص ١٠٧

أدلـــة أصحـــاب المذهب الثانـــــي

استدل الذين قالوا بعدم قتل الجاسوس تعزيراً بالسنة و المعقول :

أولاً: السنة ما روى (١) عن علي كرم الله وجهه قال: بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا و الزبير و المقداد و قال: إنطلقوا حتى تأتوا روضة خاخ فإن فيها ظعينة معها كتاب فخذوه منها ، فانطلقا حتى أتيا الروضة فإذا بالظعينة فقلنا اخرجي الكتاب فأخرجته من عقاصها فأتينا به رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال يا حاطب ما هذا ، قال يارسول الله لا تعجل على انما كنت أمرأ ملصقاً فأحببت أن اتخذ عندهم يداً يحمون بها قرابتي ولم أفعل ذلك إرتداداًعن ديني و لا أرضى الكفر بعد الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أنه صدق ، فقال عمر: دعني يا رسول الله أضرب عنق هذا المنافق فقال إنه قد شهد بدراً (١) فقال سفيان بن عيينه فأنزل الله :(يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا عدوي و عدوكم أولياء) و قرأ سفيان (٢) إلى قوله (فقد ضل سواء السبيل)(٣) .

وجه الدلالة من الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يقتل حاطباً .

ثانياً: بقول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا يحل دم إمرئ مسلم إلا بإحدى ثلاثة النفس بالنفس و الثيب الزاني ، والتارك لدينه المفارق للجماعة .)(٤).

وجه الدلالة حصر الحديث القتل في هذه الثلاثة ، فدل على أنه لا يجوز القتل في غيرها و رد بأن الحصر في الحديث على القتل حداً لا يمنع من جواز القتل تعزيراً ، و هناك آيات و أحاديث تدل على أنه يحل دم المسلم بغير الأمور

---

(١) المهذب ٢٤٢/٢

(٢) الحديث سبق تخريجه ، متفق عليه ، نيل الأوطار ٩/٨

(٣) الآيـة ١ من سـورة الممتحنـة .

(٤) فتح الباري شرح البخاري ٢٠١/١٢ ، مسلم ١٠٦/٥

الثلاثة المذكـورة في الحديث ،.كقوله تعالى في آية الحرابة : (إنما جزاء الذين يحاربون الله و رسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا)(١) و قوله تعالى :(فقاتلوا التي تبغي)(٢) وفي حديث من أتى بهيمة فاقتلوه)أليس القتل (خلاف) الأحوال الثلاثة السابقة التي ورد ذكرها في الحديث (٣) .

ثالثاً: استدلوا بما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : (من بلغ حداً في غير فهو من المعتدين)(٤).

وجه الدلالة عدم بلوغ الحد في التعزير فدل على عدم جواز القتل تعزيراً ومن فعله يعد من المعتدين . و رد هذا الحديث بأنه محمول على التأديب الصادر من غير السلطة الشرعية كالوالد و المعلم في تأديب الصغير فلا دلالة فيه إلى عدم وجوب القتل تعزيراً (٥) .

رابعاً: إن العقوبة على قدر الإجرام و الجرائم المنصوص عليها في الحدود أعظم من غيرها فلا يجوز أن يبلغ القتل في جرائم أقل منها ، ورد بأن هذه الجرائم المنصوص عليها لاتتغير بتغير الزمان و المكان و لكن غيرها تتغير والتجسس أمر خطير يصيب الأمة بأسرها (و لا تقف السياسة على ما نطق به الشرع (٦) شرط اللزوم لما لم يلزم الشرع

الترجيح :

و الذي نراه راجحاً القول بقتل الجاسوس المسلم تعزيراً وفق إجتهاد الحاكم المسلم سياسة و مراعاة لمصلحة البلد و أمنها لأن الجاسوس المسلم أخطر على البلاد و العباد لذا لابد من قتله إتقاء شره و عبرة لغيره .

---

(١) الآية ٣٣ من سورة المائدة

(٢) الآية ٩ من سورة الحجرات

(٣) أحكام القرآن للقرطبي ١٤١/٦

(٤) سنن البيهقي ٢٥٧/٨ ، فيض القدير ٩٥/٦ ، وقال البيهقي مرسل ، و قال النحدثون : ضعيف ، نيل الأوطار ١٠/٨

(٥) نيل الأوطار

(٦) جرائم أمن الدولة ليوسف الشال ص ١١٩

الخاتمة

الخاتمـــــــة :

الحمد لله رب العالمين نحمده حمدالشاكرين الذي تم بعون الله تعالى وتوفيقه هذا البحث و ندعو الله غير قانطين أن يرجع المسلمين إلى تحكيم شرع الله المتين الذي يقوم على القرآن الكريم و سنة خاتم الأنبياء والمرسلين . و قد أثبتت الدراسة أن الفقه الإسلامي وفقهاء المسلمين يشربون من منبع واحد و هو القرآن و السنة . و أن هذه الشريعة صالحة لكل زمان و مكان ، و أن الذي أصاب الأمة الإسلامية اليوم هو البعد عن منهج الله وتحكيم شرعه . و أن النظام الجنائي الإسلامي و فقهاء المسلمين في الجملة جعلوا النظام الجنائي يتكون من جرائم القصاص و جرائم الحدود و التعازير.ووضعت لكل نوع عقوبة تتناسب و الجريمة و أثرها على المجتمع فوضعت القصاص على القاتل عمداً والدية على القاتل خطأ، و الرجم على الزاني المحصن ، والقتل على المرتد والباغي ، والقطع من خلاف على المحارب . و الجلد على الزاني غير المحصن و القاذف و شارب الخمر ، و جعلت جرائم التعازير لولي الأمر . فهي تحافظ على الكليات الخمس و مقاصدها حفظاً للمصالح الضرورية و توفير الحاجية التحسينية .

و في دراستنا لمفردات المذهب المالكي في الجنايات و الحدود و التعازير نجد أن المذهبب المالكي تشرب بفقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأن الإمام مالك من تلاميذ كبار الصحابة في المدينة ، فقد كان الزهري ونافع من أساتذة مالك و قد أخذا عن سعيد بن المسيب و هذا أخذ عن عمر رضي الله فيعتبر وارث عمر في عهده في المدينة و لا غرابة أن تكون المدينة مقر مدرسة الحديث و أن يكون المذهب المالكي مثالاً صحيحاً لهذه المدرسة التي تأخذ بتحقيق المصالح و دفع المفاسد وقد شهد لمذهب الإمام مالك شيخ الإسلام ابن تيميه عندما سئل عن صحة أصول مذهب أهل المدينة قال رحمه الله :(من تدبر أصول الإسلام و قواعد الشريعة وجد أصول مالك و أهل المدينة أصح الأصول و القواعد و قد ذكر ذلك الإمام الشافعي و غيرهما (١) ، وقد وافقهم الإمام ابن تيميه من الحنابلة و السيوطي من الشافعية و أهل السنة في كثير من المسائل .

---

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيميه ٢٠/٢٩٤ ـ ٣٢٨ .

و قد بلغ عدد المفردات في الجنايات و الحدود و التعازير إحدى وسبعون مسألة بعد التحقيق .

أي انفراد في مسألة من المسائل لأي فقيه من الفقهاء المعتبرين أن يكون للمخالف من أسباب ، و لقد سبق أن بينا الأسباب وأهم سبب ، انفراد المذهب المالكي اختلافه مع الفقهاء في تقديم عمل أهل المدينة على خبر الآحاد .

وانتشار المذهب المالكي في المغرب الإسلامي جعل فقهاءه يميلون إلى الورع و الزهد والصلابة في الحق وعدم الميل إلى الجدل والمناظرات كما هو الحال في العراق ووجود المذهب الحنفي و الظاهري .

الفقه المالكي ملئ بالكنوز الفقهية وبحاجة ماسة إلى استخراجها . و كتب المفردات قليلة إن وجدت لا تميل إلى المقارنة و الاستدلال بل تميل إلى أسلوب العد في المذهب نفسه و أكثرها في المذهب الحنبلي .

ندعوا الأمة الإسلامية أن ترجع إلى تحكيم الشريعة الإسلامية في كل شئ و لن يعود مجدها إلا بعودتها إلى تحكيم الشريعة و نبذ القوانين الوضعية .

كما ندعو أهل العلم إلى مضاعفة الجهد وبذل الوسع لإخراج كنوز هذه الشريعة الغراء إلى العالم لأنها فضلاً عن أنها واجبة التحكيم و التطبيق فإنها أصلح و أوفى بحاجات البشرية سيماو العالم الإسلامي قد بدأ بصحوة إسلامية

ختاماً أرجو أن أكون قد وفقت في بحثي هذا فإن أصبت واجب هداني الله إلى انجازه و إن أخطأت فإنسان لم يعصمه ذو الكمال من النقص و التقصير ، لأن الله أبى أن يكون كتاباً صحيحاً غير كتابه كما قال الشافعي .و قد أحسن القول العماد الأصفهاني حيث قال : (إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد كذا لكان يستحسن و لو قدم هذا لكان أفضل ، و لو ترك هذا لكان أجمل و هذا من أعظم العبر . و هو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر . و لي ثقة بحسن الظن و سعة الصدر ما يطمعني بطلب العفو إن بان مني تقصير أو ظهر في بحثي قصور .

و حسبي أني بذلت قصارى جهدي في إعداده حتى وصل إلى الحال التي هو عليها الآن . فإن كنت قد أحسنت فله الحمد و المنه من قبل و من بعد و إن كنت قد أخطأت فأسأل الله عفوه و غفرانه ..

(و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين)

المصادر والمراجع

القـــرآن و علومـــــه

القـرآن الكـــريـم :

١/ أحكـام القرآن لأبـي بكـر محمـد بـن عبـــدالله المعـروف بابـــن العربـــي (ت٥٤٣هـ) تحقـــيق علي البخـــاري ، ط البابي الحلبي بمصر ، سـنة (١٣٨٧ هـ ــ ١٩٦٧ م) .

٢/ أحكام القرآن : لأحمـد بن علي الرازي الجصاص (ت ٣٧٠ هـ) . ط دار الكتاب بيروت ، مصور عن الطبعة الأولى ، سنة ٣٢٥ م ـ ١٩٠٧ م .

٣/ أحكام القرآن : لمحمد بن درويش الشافعي (ت ٢٠٤هـ) جمعـه البيهقـي (ت ٤٥٨هـ)

ط دار الكتاب العلمية ، بيروت ،سنة ١٤٠٠ هـ ــ ١٩٨٩٠ م .

٤/ أحكام القرآن : للإمام عماد الدين بن محمد الطبري المعروف ط دار الكتب الحديثة القاهـــرة .

٥/ أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن : لمحمد الأمين بن محمـد المختـار الشنقيطي ، ط المدينة ، سنة ١٤٠٠ هـ ـــ ١٩٧٩ م .

٦/ بصـائر ذوي التمـيز فـي لطـائف الكتـاب العزيـز: لمحمـد بـن يعقـوب الفيـــروزبادي (ت٨١٧هـ) تحقيـق محمـد علـي النجـار و عبـد العليـم الطحـــاوي ، ط المجلـــس الأعلـــى للشئـون الديـــنية بالقاهـــرة سـنة ١٣٥٣ هـ ــ ١٩٧٣ م .

٧/ تفسير سورة النور : لأحمد بن عبدالحليم بـن تيميـة (ت ٧٢٨ هـ) تحقيـق محمـد ابراهيـم زايـد و عـــبد المعطـي قلعجـي ، ط الـــوعي بحلـب سـنة ١٣٩٧ هـ ــ ١٩٧٧ م .

٨/ تفسير القرآن العظيم : لأبي الفداء إسـماعيل بـن كثـير القرشـــي الدمشـقي (ت ٧٧٤هـ) ، ط دار الفكر العربي بدون تاريخ .

٩/ التفسير القيم : لشمس الدين محمد بن أبيبكر المعروف بإبن قيم الجوزية (ت ٧٥١هـ) حققه محمد حامد التقفي ، ط المركز الدولي للتراث العربي بيروت بـــــدون تاريخ .

١٠/ التفسير الكبير : لأبي عبدالله محمد الفخر الرازي (ت ٩٠٦هـ) ط ثالثة ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، بدون تاريخ .

١١/ جامع البيان عن تأويل القرآن : لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري (ت ٣١٠هـ) ط البابي الحلبي بمصر ، سنة ١٣٧٣ هـ ــ ١٩٥٤ م .

١٢/ الجامع لأحكام القرآن : لأبي عبدالله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي (ت ٦٧١هـ) ط إحياء التراث الإسلامي بيروت ، بدون تاريخ .

١٣/ روح المعاني تفسير القرآن العظيم و السبع المثاني: لأبي الفضل شهاب الدين محمود الألوسي (ت ١٢٧٠ هـ) ط دار إحياء التراث العربي ، بيروت بدون تاريخ .

١٤/ زاد المسير في علم التفسير : لأبي الفرج جمال الدين عبدالرحمن محمد بن علي بن أحمد الجوزي القرشي البغدادي (ت ٥٩٧هـ) . ط المكتب الإسلامي بيروت سنة ١٣٨٤هـ ــ ١٩٦٤ م .

١٥/ فتح القدير : لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ) ط البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٨٣هـ ــ١٩٦٤ م .

١٦/ في ظـــلال القرآن : سيد قطـــب . ط دار الشروق بيـــروت سنة ١٣٩٨هـ ــ ١٩٧٨ م.

١٧/ المعجم المفهرس لألفاظ القرآن : لمحمد فؤاد عبدالباقي . ط دار إحياء التراث العربي بيروت بدون تاريخ .
١٨/ المفردات في غريب القرآن: لأبي الحسن بن محمد الراغب الأصفهاني (ت ٥٠٠هـ) ط البابي الحلبي بمصر ، سنة ١٣٨١هـ ـ ١٩٦١م .
١٩/ المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم ـ لمحمد فؤاد عبدالباقي ، ط إستانبول ـ المكتبة الإسلامية .
٢٠/ النكت و العيون : لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الكمال الماوردي المصري (ت ٤٥٠هـ) ط دار الأوقاف بالكويت بدون تاريخ .

كتب الحـــديث و علومه:

١/ احكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، للعلامة تقـــي الدين أبي الفتـح الشهير بابـن دقيق العيد ط بيروت دار الكتب العلمية.

٢/ إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل : لمحمد ناصر الدين الألبـاني ط المكتب الإسلامي بيروت / دمشق سنة ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩م .

٣/ بلـوغ المـرام فـي أدلـة الأحكـام للحـافظ ابـن حجـر العسـقلاني ط المكتبـة التجارية بمصر

٤/ تحفة الأحوذي بشرح جـامع الـترمذي : للإمـام الحـافظ أبـي العلـي محمـد عبدالرحمن بن عبدالرحيم المباركفوري ، ط دار الفكر .

٥/ الترغيب و الـترهيب مـن الحديـث : عبدالعظيـم بـن عبدالقـوي بـن عبدالله المنـذري (ت٦٥٦هـ) ط دار إحيـاء التـــراث العربـي ، بـيروت سـنة ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٨م .

٦/ تلخيص الحبير تخريج أحاديث الرافعي الكبير: لشهاب الدين أحمد إبن على بـن محمـد بـن حجـر العسـقلاني (ت ٨٥٢هـ). ط المـدينة المنـورة.

٧/ جامع البيان العلم و فضله وما ينبغي فـي روايتـه و حملـه :يوسـف عبدالله ابن عبـد البر المدينة المنورة ، المكتبة العلمية بدون تاريخ .

٨/ جامع الأصول في أحاديث الرسول: لمجد الدين أبي السعادات المبارك إبـن محمد بن الأثير الجرزي (ت٦٠٦هـ) تحقيـق عبدالقـادر الأرنـاؤوط ط دار البيان ، دمشق سنة ١٣٨٩هـ ـ ١٩٦٩ م.

٩/ الجرح و التعديل : للإمام الـــرازي أبي محمد عبدالرحمن أبي حاتم محمد إبن إدريس
إبن المنذر التميمي الحنفي (ت ٣٢٧هـ) . ط دار الكتب العلمية بيروت بدون تاريخ .
١٠/ سبل السلام شرح بلوغ المرام : لمحمد بن إسماعيل الصنعاني (ت ١١٨٢هـ)ط البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٥٩هـ ـ ١٩٦٠م .
١١/ سنن إبن ماجة : لأبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٣هـ) تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ، ط البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٧٢هـ ـ ١٩٥ م.
١٢/ سنن أبي داود : سليمان بن الأشعث السجتياني الأزدي (ت ٣٧٥هـ) معه كتاب معالم السنن للخطابي (ت ٣٨٨هـ) ط دار الحديث سوريا ، سنة ١٣٨٨ هـ ـ ١٩٦٩م.
١٣/ سنن الترمذي : محمد بن عيسى (ت ٢٧٩هـ) تحقيق أحمد شاكر ط البابي الحلبي بمصر سنة ١٩٥٦م ـ ١٩٣٧م. ط دار الفكر سنة ١٣٩٢ هـ ـ ١٩٧٤ م .
١٤/ سنن الدارقطني : علي بن عمر (ت ٣٨٥ هـ) تحقيق عبدالله هاشم يماني ط المدينة المنورة ١٣٨٦هـ ـ ١٩٦٦م .
١٥/ سنن الدارمي : عبدالله بن عبدالرحمن (ت ٢٥٥) ط دار إحياء السنة النبوية بمصر بدون تاريخ.
١٦/ السنن الكبرى للبيهقي : أحمد بن علي بن الحسين (ت ٤٣٩هـ) ط حيدر أباد الدكن ، دار المعارف العثمانية ١٣٤٤هـ ـ ١٩٥٢م.

١٧/ سنن النسائي : أحمد بن علي (ت ٣٠٣هـ) . ط المكتبة التجارية بالقاهرة سنة ١٣٤٨هـ ـ ١٩٣٠م .

١٨/ شرح السنة : لأبي محمد الحسيني بن مسعود الفراء البغوي (ت ٥١٦هـ) تحقيق شعيب الأرناؤوط ومحمد زهير شاويش ط المكتب الإسلامي بيروت ١٣٩٠هـ ـ ١٩٧٠م .

١٩/ شرح معاني الآثار : أحمد بن محمد الطحاوي حققه و علق عليه محمد زهري البخاري (ت ٣٢١هـ) ط دار الكتب العلمية بيروت سنة ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩ م .

٢٠/ شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ـ لمحمد الزرقاني ـ فهرسة محمد إبراهيم زيد ط القاهرة .

٢١/ صحيح البخاري : أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي (ت ٢٥٦هـ) تحقيق د/مصطفى ديب البغا ، ط دار القلم دمشق /بيروت سنة ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م .

٢٢/ صحيح الجامع الصغير : لناصر الدين الألباني ، و أصله الجامع الصغير لجلال الدين بن عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي . (ت٩١١هـ) ط المكتب الإسلامي بيروت ، ١٣٨٨ هـ ـ ١٩٦٩ م .

٢٣/ صحيح مسلم : الجامع الصحيح : مسلم بن الحجاج النيسابوري (ت ٢٦١ هـ) تحقيق عبدالله أحمد أبوزينة ، ط دار الشعب القاهرة ، بدون تاريخ

٢٤/ صحيح مسلم بشرح النووي : أبوزكريا محي الدين يحي إبن شرف (٦٧٦هـ) ط دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، سنة ١٣٩٢هـ ـ ١٩٧٢م .

٢٥/ عون المعبود شرح سنن أبي داود للعلامة أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم أبادي مع شرح الحافظ إبن القيم الجوزيه . تحقيق عبدالرحمن محمدعثمان ، ط المكتبة السلفية ١٣٨٨هـ .

٢٦/ فتح الباري بشرح صحيح البخاري : لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ط المكتبة السلفية بدون تاريخ .
٢٧/ الفتح الكبير في ضم الزيادات إلى الجامع الصغير لجلال الدين السيوطي ط دار الكتاب العربي بيروت .
٢٨/ الفردوي بمأثور الخطاب : لأبي شجاع شهروبة بن شهردار بن شهروبة الديلمي (ت٥٠٩هـ) تحقيق السعيد بن بسيوني زغلول . ط دار الباز بمكة المكرمة ، ودارالكتب العلمية بيروت سنة ١٤٠٦هـ ـ١٩٨٦ م.
٢٨/ فيض القدير شرح الجامع الصغير : لمحمد بن عبدالرؤوف بن علي المناوي (ت ١٠٢٣) ط دارالفكر العربي ، بيروت سنة ١٣٩١هـ ـ١٩٧٢ م
٢٩/ كشف الخفاء و مزيل الألباس : لإسماعيل بن محمد العلجوني (١١٦٢هـ))ط دار التراث العربي، بيروت ، ١٣٥١هـ ـ ١٩٣٢م .
٣٠/ مجمع الزوائد و منبع الفوائد : لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (ت٨٠٧هـ) ط دار الكتاب ، بيروت ١٩٦٧م ـ ١٣٨٧هـ .
٣١/ المستدرك على الصحيحين ـ لأبي عبدالله الحاكم النيسابوري ط حلب المكتبة الإسلامية .
٣٢/ المعجم المفهرس لآلفاظ الحديث النبوي رتبه و نظمه و نشره لفيف من المستشرقين ط إستانبول دار الدعوة .
٣٣/ المستدرك على الصحيحين : للحاكم محمد بن عبدالله الشابوري (ت ٤٠٥هـ) ط مكتب النصر الحديث بالرياض ، وفي ذيله تلخيص المستدرك للذهبي بدون تاريخ .
٣٤/ مسند الإمام أحمد بن حنبل : بهامشه منتخب كنز العمال في السنن والأقوال ، ط المكتب الإسلامي بيروت سنة ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م.

٣٥/ مشكاة المصابيح : محمد بن عبدالله الخطيب التبريزي (ت ٧٣٧هـ). تحقيق محمد ناصر الدين الألباني ، ط المكتب الإسلامي بدمشق (١٣٨٠هـ - ١٩٦١) .

٣٦/ المصنف في الأحاديث و الآثار: لابن شيبة عبدالله بن محمد أبي شيبة إ براهيم بن عثمان بن أبي بكر بن أبي شيبة الكوفي العبسي (ت ٢٣٥هـ) تحقيق مختار أحمد البذاوي . ط الدارالسلفية بالسند ١٤٠١هـ - ١٩٨١ م.

٣٧/ مصنف عبدالرزاق : لأبي بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني (ت ٢١١هـ) تحقيق بخيت الرحمن الأعظمي ، ط أولى بيروت ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

٣٨/ المنتقى شرح موطأ الإمام مالك االباجي: سليمان بن سعد بن أيوب الباجي الأندلسي . (ت ٤٩٤هـ) ط دار الكتاب العربي ، بيروت مصدر سنة ١٣٢٣هـ ١٩١٣م.

٣٩/ منار السبيل في شرح الدليل - لإبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان - تحقيق زهير شاويش ط المكتب الإسلامي .

٤٠/ الموطأ للإمام مالك بن أنس (ت ١٨٥ هـ) . تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ، ط البابي الحلبي بمصر بدون تاريخ .

٤١/ نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية : جمال الدين بن محمد عبدالله بن يوسف الحنفي الزيلعي (ت ٧٦٢هـ) . ط المكتب الإسلامي ، ١٣٩٣ هـ ـ١٩٧٣م .

٤٢/ نيل الأوطار شرح منتقى الأخيار : محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ) ط دار الفكر بيروت ، سنة ١٣٨٣هـ ـ١٩٧٣م.

كتب الأصول و القواعد الفقهية :

١/ الأحكام في أصول الأحكام : لأبي الحسن علي بن أبي علي محمد الآمدي (ت ٦٣١هـ) ط محمد علي صبيح بمصر سنة ١٣٨٧ــ١٩٦٧ م.

٢/ أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها ـ الدكتور عبدالعزيز عبدالرحمن بن علي الربيعة ط مؤسسة الرسالة .

٣/ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق في علم الأصول : محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ) ط أولى ، البابي الحلبي بمصر ، سنة ١٣٥٦هـ ـ ١٩٣٧ م.

٤/ الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان: لزين العابدين ابن إبراهيم بن النجيم (ت ٦٤٤هـ) .تحقيق عبدالعزيز محمد الوكيل ، ط البابي الحلبي بمصر ، سنة ١٣٨٧هـ ـ ١٩٦٧ م .

٥/ الأشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية : لجلال الدين عبدالرحمن السيوطي (ت ٩١١هـ) . ط البابي الحلبي ، مصر ، سنة (١٣٧٨هـ ـ ١٩٥٨م .)

٦/ أصول الفقه : لمحمد أبو زهرة ط دار الفكر العربي بمصر بدون تاريخ

٧/ أصول السرخسي : أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت٤٩٠هـ) .

حققه أبو الوفاء الأفغاني ، ط دارالفكر العربي ، بيروت ، ١٣٩٣هـ ـ ١٩٧٣م .

٨/ أصول الفقه لأبي الحسن علي بن الحسن البزدوي (ت ٤٨٢هـ) .

٩/ أصول الفقه : محمد أبو النور زهير .ط دار الطباعة المحمدية بالأزهر بدون تاريخ .

١٠/ أصول مذهب الإمام أحمد بن حنبل : د/ عبدالمحسن التركي ط أولى جامعة عين شمس بمصر سنة ١٣٦٤هـ ــ ١٩٤٤م .

١١/ التحرير في أصول الفقه : الجامع بين إصطلاحي الحنفية و الشافعية لكمال الدين محمد عبدالواحد بن عبدالحميد بن مسعود السواس الشهير بإبن همام الدين الأسكندري الحنفي (ت ٨٦١هـ) . ط البابي الحلبي بمصر ٣٥١ هـ ــ ١٩٣٢ م

١٢/ تقريب الوصول إلى علم الأصول . لأبي القاسم محمد بن أحمد بن جزئ القرناطي المالكي (ت٧٤١هـ) تحقيق محمد علي فركوس ط مكة المكرمة ١٤١٠ هـ .

١٣/ التلويح على التوضيح: لسعد الدين التفتازاني (ت ٧٤٧هـ) ط محمد علي صبيح بالأزهر بدون تاريخ .

١٤/ تفسير التحرير : لمحمد أمين المعروف بأمير بادر شا ، الحسيني الحنفي الخرساني البخاري على كتاب التحرير، لكمال الدين محمد بن الهمام (ت ٨٦١هـ) ط مصطفى البابي الحلبي بمصر ، ١٣٥٠هـ ـ ١٩٣١م .

١٥/ حاشية البناني على شرح المحلى على جميع الجوامع لتاج الدين عبدالوهاب بن علي السبكي (ت٧٧١ هـ ـ) ط الأزهرية بمصر ١٣٠٩هـ ـ ١٨٩١م .

١٦/ روضة الناظر وجنة المناظر : عبدالله بن أحمد بن قدامة (ت ٦٢٠هـ) ط السلفية القاهرة سنة ١٣٤٢هـ ـ ١٩٢٣م .

١٧/ فتح الغفار شرح المنار المعروف بمشكاة المصابيح ، وأصول المنار للشيخ زين الدين بن إبراهيم السعيد المعروف بإبن النجيم الحنفي (ت ٦٤٤هـ) ط مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٥٥ هـ ـ ١٩٣٦ م .

١٨/ الفروق : شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المشهور بالقراف (ت٦٨٤ هـ) وفيها شبه تهذيب الفروق و القواعد السنية في الأسرار الفقهية ، ط دار المعرفة بيروت بدون تاريخ .

١٩/ القواعد في الفقه الإسلامي : لأبي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥ هـ) تحقيق طه عبدالرحمن عبدالرؤوف سعد .ط أولى بالمكتبة الأزهرية بمصر سنة ١٣٦٢هـ ـ

٢٠/ قواعد الأحكام في مصالح الأنام ـ عزالدين بن عبدالعزيزبن عبدالسلام ط المكتبة الحنفية

٢١/ كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام : البزدوي ، علاء الدين عبدالعزيز أحمد البخاري (ت ٧٣٠هـ) .ط دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٣٩٤هـ ـ ١٩٧٤م .

٢٢/ المستصفي في علم الأصول لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي و يليه فواتح الرحموات بشرح مسلم النبوات . ط دار جادر بولاق ، بمصر سنة ١٣١٢هـ ـ ١٩٠٤م .

٢٣/ مصادر التشريع فيما لا نص فيه ـ عبدالوهاب خلاف .

٢٤/ مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول للشريف أبي عبدالله محمد بن أحمد المالكي التلمساني (ت ٧٧١هـ) تحقيق عبدالوهاب عبداللطيف ط بيروت دار الكتب العلمية ١٤٠٣هـ .

٢٥/ نهاية السول شرح منهاج الوصول لجمال الدين عبدالرحيم الأسنوي ط محمد علي صبيح مصر .

٢٦/ الموافقات في أصول الأحكام لأبي إسحق بن إبراهيم بن موسى اللخمي القرناطي المعروف بالشاطبي (ت ٧٩٠هـ) ط محمد علي صبيح بالأزهر سنة ١٣٨٩هـ .

٢٧/ شرح تنقيح الفصول في إختصار المحصول في الأصول للإمام شهاب الدين أبوالعباس أحمد بن إدريس القرافي ت ٧٨٤هـ حققه طه عبدالرؤوف سعد ط مصر

٢٨/ بيان المختصر : شرح مختصر بن الحاجب لشمس الدين أبو الفداء محمود بن عبدالرحمن بن أحمد الأصفهاني ت ٧٤٩هـ تحقيق د/ محمد مظفر سقاط ط مركز البحث العلمي بمكة المكرمة .

كتب التاريخ و الطبقـات

١/ الإستيعاب :تأليف يوسف بن عبدالله بن عبد البر تحقيق علي البيجاوي ، ط النهضة بمصر .

٢/ الإعـلام قاموس تراجم لأشهر الرجال و النساء من العرب و المستعربين و المستشرقين :تأليف خير الدين الزركلي ، ط ثالثة بيروت .

٣/ البداية و النهاية : تأليف إسماعيل بن عمر بن كثير(ت٧٧٤) ، مكتبة المعارف ، بيـــــروت .

٤/ تاريخ الإسلام : تأليف محمد بن أحمد بن عثمـــان الذهبـــــي ، ط القاهـــــرة .

٥/ تاريخ الأمم و الملوك: لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري ، ط بيـــروت .

٦/ تاريخ الأمة الإسلامية : لمحمد بن خفيف الخضر ، (ت ١٣٤٥هـ) ط الإستقامة بالقاهرة سنة ١٣٦١هـ .

٧/ تاريخ بغداد : تأليف أحمد بن علي الخطيب الغدادي . ط دار السعادة ، مصـــر .

٨/ تاريخ المذاهب الإسلامية في السياسة و العقائد و تاريخ المذاهب الفقهية لمحمد أبوزهرة ط دار الفكر العربي .

٩/ التاريخ الكبير :لابن عساكر علي بن الحسن المعروف بإبن عساكر . ط المدينة المنورة .

١٠/ التاريخ الكبير : لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم الجعفي البخاري (ت٢٥٦هـ) مصور عن الطبعة الهندية ،بدون تاريخ .

× ١١/ تاريخ المذاهب الإسلامية في السياسة و العقائد و تاريخ المذاهب الفقهية ، للإمام محمد أبوزهرة ، ط دار الفكر العربي سنة ١٩٨٩م .

١٢/ تذكرة الحفاظ : تأليف ـ شمس الدين بن عثمان الذهبي(ت٧٤٨هـ) ط دار إحياء التراث العربي بيروت .

١٣/ ترتيب المدارك و تغريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك ، للقاضي أبي الفضل عياض اليحصيمي السبيتي (٥٤٤هـ) . تحقيق أحمد شاكر محمد مكتبة الحياة بيروت ١٣٨٧ هـ .

١٤/ تزيين الممالك بمناقب الإمام مالك ، للسيوطي جلال الدين (ت ٩١١هـ) .

١٥/ تهذيب الكمال في أسماء الرجال ـ علي عبدالغني عبدالواحد للحافظ جمال الدين لأبي الحجاج المزي بيروت ط دار المامون .

١٦/ تهذيب التهذيب : للإمام شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ط حيدر أباد .

١٧/ توشيح الديباج : تأليف بدر الدين القرافي ، تحقيق أحمد الشتيوي ط دار الغـــــرب .

١٨/ حجة الله البالغة : تأليف أحمد بن عبدالرحيم الدهلوي ط دار التراث ، القاهرة سنة١٣٥٥هـ .

١٩/ حلية الأولياء و طبقات الأصفياء : للحافظ أبي نعيم أحمد عبدالله الأصفهاني ، ط ثالثة بيروت .

٢٠/ الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: تأليف إبراهيم بن علي بن فرحون(ت٧٦٩هـ) . تحقيق محمدالأحمد أبو النور ، ط دار التراث بالقاهرة .

٢١/ سير أعلام النبلاء : تأليف محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي .

٢٢/ شجرة النور الزكية : تأليف محمد بن محمد بن مخلوف . ط الثانية ، القاهرة ١٣٤٩هـ

٢٣/ شذرات الذهب في أخبار من ذهب : تأليف عبدالله بن العماد الحنبلي(ت٨٩هـ) . ط المكتبة التجـــــارية بيروت .

٢٤/ طبقات الفقهاء : لأبي إسحـق الشيـرازي (ت ٤٧٦هـ) ط بغداد ١٣٥٦هـ .
٢٥/ الطبقات الكبرى (طبقات بن سعد) : تأليف محمد بن سعد بن منيع إبن سعد ط ، صادر بيروت .
٢٦/ طبقات الحنابلة ـ للقاضي أبي الحسن محمد بـن أبـي يعلـى الفـراء الحنبلـي (ت٥٢٦هـ) ط السنة المحمدية ١٣٧١هـ .
٢٧/ طبقات الشافعية ـ لجمـال الديـن عبدالرحيـم الأسنوي (ت٧٧٢هـ) تحقيـق عبدالله الجبوري ط دار العلوم ١٤٠١هـ .
٢٨/ الفكـر السـامي فـي تـاريخ التشـريع الإسـلامي ، تـأليف محمـد بـن الحسـن الحجوي الثعالبي ط فارس سنة ١٣٤٥هـ .
٢٩/ الفوائد البهية في تراجم الحنفية لأبي الحسنات محمـد بـن عبدالحـي الكنـوي الهندي .
٣٠/ الكامـل :لإبن كثـــــير .
٣١/ مالك بن أنس إمام دار الهجرة ، لعبد الغني الأثـير .
٣٢/ مالك بن أنس :أمين الخولي ط مصر دار الكتب الحديثة .
٣٣/ مالك ، حياته و عصره ، آراؤه و فقهه ـ للشيخ محمد أبي زهـرة ط دار الفكر العربي ١٩٥٢م .
٣٤/ محـاضرات فـي تـاريخ المذهـب المـالكي : مكتبـة دار الغـرب الإسـلامي للدكتورعمر الجيدي .
٣٥/ مقدمة ابن خلدون : تأليف عبدالرحمن بن خلدون المغربي ط القاهرة .
٣٦/ الموطأ للإمام مالك : تأليف نذير حمـدان ، ط دار القلم دمشـــــق .
٣٧/ وفيات الأعيان و أنباء الزمـان : تـأليف أحمـد بـن محمـد بـن أبـي بكـر بـن خلـــــكان .

المخطوطات و الموسوعات و التراجـــــــم:

١/ أدب القاضي : لأبي سعد السمعاني عبدالكريم بن محمـــد بن منصـــور التميمي (ت٥٦٢هـ) نسخة مخطوطة و مصورة بمركز البحث العلمي بجامعة أم القرى بمكة المكرمة رقم ١٥٠ فقه حنفي مصورة من النسخة الموجودة بمكتبة الأزهـــر رقم ٢٣٧١٢/٢٧١١ .

٢/ الإصابة في تمييز أسماء الصحابة : أحمـد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) ط المصرية ١٣٢٨هـ ـ ١٩١٠م .

٣/ الذخيـــرة : شهاب الدين إبن إدريس القرافي ، (ت٦٨٤ هـ) مخطوط ومصدر بمركز البحث العلمي بجامعة أم القرى بمكة المكرمة تحت رقم ٥٩١ فقه مالكي .

٤/ معجم فقه السلف عشرة : صحابة ، تابعين : محمد المنتصر الكناني . ط الصفا ، بمكة ١٤٠٦هـ ـــ ١٩٨٥ م .

٥/ موسوعة إبراهيم النخعي : إعداد محمد رويس قلعجي . ط الهيئة المصرية العامة ، مركز البحث العلمي بمكة . ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩ م.

٦/ موسوعة عبدالله بن مسعود : محمد رويس قلعجي . ط مكتب الخانجي للطباعة و النشر ، ط المدني بمصر . مطبوعات مركز إحياء التراث العلمي ، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤ م .

٧/ موسوعة عثمان بن عفان : محمد رويس قلعجي . ط المدن بمصر ، مكتب الخانجي للطباعة و النشر ، مطبوعات مركز إحياء التراث العلمي ، سنة ١٤٠٤ هـ ـ ١٩٨٣م.

٨/ الموسوعة الفقهية الكويتية . ط وزارة الأوقاف و الشئون الإسلامية الكويت ط أولى ١٤٠٦ هـ ـ ١٩٨٥ م .

كتـــب الفقـــــــــه :

(أ) الفقـه الحنفـــي:

١/ الأصـــل : محمد بن الحسن الشيباني (ت ١٨٩هـ) ط دار المعارف بـالهند سنـــة ١٣٩٣هـ ـ ١٩٧٣م .

٢/ البحر الرائق شرح كنز الدقائق . لزين الدين بن نجيم الحنفي

٣/ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفـــي (ت ٥٧٨هـــ) . ط ثانـــــية دار الكتـاب العربـــي ، بـيروت ١٩٧٤ م .

٤/ البناية في شرح الهداية ، لأبي محمد محمـود بـن أحمـد العينـي ، تصحيح محمد عمر الشهير بناصرالإسلام الرافهوري ط دار الفكر .

٥/ تبين الحقـائق شـرح كـنز الدقـائق : لفخـر الديـن عثمـان بـن علـي الزيلعـي الحنفي (ت٧٤٣هـ) و بهامشه حاشية شلبي ط دار المعـارف بـيروت ، ط ثانية و أولى ، سنـــة ١٣١٣هـ ـ ١٨٩٥م.

٦/ التعريفات : لأبي الحسن علي بن محمد بن علي الجرمان المعروف بالسيد الشريف (ت٨١٦هـ) ط الدار التونسية (١٣٩١هـ ـ ١٩٧١م.)

٧/ جـامع أحكـام الصغـار : لمحمـد بـن محمـود الأسـروبيش (ت ٦٣٢ هـــ) . تحقيـــقعبدالحميد عبدالخالـق البيزولي ، ط أولـى دار المعـارف بغـــداد . ١٤٠٤ هـ ـ ١٩٨٣م .

٨/ جامع الفصوليين ـ لمحمـد بـن إسـرائيل الشـهير بـإبن سـماوه ط الأميريـة بمصـــر .

٩/ الحجة على أهل المدينة : للإمام أبي عبدالله محمد بـن الحسـن الشـيباني ط عالم الكتب .

١٠/ حاشية بن عابدين : رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة لمحمد أمين الشهير بإبن عابدين على الد ر المختار شرح تنوير الأبصار . ط ثالثة دار الفكر العربي ، بيروت ١٣٩٩ هـ ـ ١٩٧٩م .

١١/ حاشية الطحاوي على الدر المختار : لأحمد الطحاوي ط دار المعرفة بيروت .

١٢/ حاشية الطحاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح : حسن بن عمار الشربتلي (ت١٠٦٩ هـ) مع مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح بهامش متن نور الإيضاح مع تقريرات سنية في حاشية الطحاوي .ط البابي الحلبي بمصر ، (١٣٦٦هـ ـ ١٩٤٦م)

١٣/ الدر المختار شرح تنوير الأبصار (مطبوعة مع حاشية رد المختار) لمحمد علاء الدين الحصفكي ط مصر .

١٤/ الخراج : لإبن يوسف يعقوب بن إبراهيم (ت ١٨٢هـ) ط السلفية بمصر سنة ١٣٨٢هـ ـ ١٩٦٢م .

١٥/ الفتاوى الهندية : جمع جماعة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام خولي سنة (١٠٧٠هـ) بهامشها فتاوي ضاضيخان والفتاوى البزداوية . ط دار المعرفة بيروت ١٣٩٣هـ ـ١٩٧٣م .

١٦/ شرح فتح القدير : لكمال الدين محمد بن عبدالواحد السواس المعروف بإبن الهمام (ت٦٨١هـ) مع تكملة نتائج الأفكار في كشف الرموز و الأسرار لقاضي زاده (ت٦٨٨هـ) على الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني في (ت٥٩٣هـ) بهامشه شرح العناية على الهداية لكمال الدين محمد إبن محمد اليابري (ت ٧٨٩هـ) ط دار صادر بيروت ١٣١٥هـ ـ ١٨٧٩ م .

١٧/ المبسوط : لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت ٤٩٠هـ) ط ثالثة ، دار المعارف بيروت ، بدون تاريخ .

١٨/ مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ،عبدالرحمن بن محمد المعروف بداماء أفندي ط دار السعادة .

١٩/ محاسن الإسلام و شرائع الإسلام : لأبي عبدالله محمد بن عبدالرحمن البخاري (ت ٤٥٦هـ) ط دار الكتب العلمية بيروت ، بدون تاريخ .

٢٠/ معين الحكام فيما تردد بين الخصمين : لعلي بن خليل الطرابلسي (٨٤٤هـ) ويليه لسان الحكام في معرفة الأحكام ، إبراهيم بن أبي اليمن محمد بن أبي الفضل المعروف بإبن الشحنة الحنفي . ط ثانية مصطفى البابي الحلبي بمصر .١٣٩٣هـ ـ ١٩٧٣م .

٢١/ [illegible]

(ب) كتب الفقـه المالكـي :

١/ الإستذكار لمذهب فقهاء الأمصار و علماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي و الآثار : تأليف أبي عمر يوسف بن عبد البر .تحقيق الأستاذ علي النجدي ناصفي .

٢/ أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك : لأبي بكر إبن الحسن الكشناوي ، ط البابي الحلبي مصـــر .

٣/ الإشراف على مسائل الخلاف : للقاضي عبدالوهاب علي بن نصر البغدادي المالكي (ت ٤٢٢هـ) .

٤/ أوجز المسالك إلى موطأ مالك: تأليف العلامة محمد زكريا الكاندهلوي ط دار السعادة

٥/ أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك ـ لأحمد بن محمد بن أحمد الدردير (ت١٢٠١هـ) ط مصر البابي الحلبي ١٣٧٤هـ .

٦/ إيضاح السالك إلى قواعد الإمام مالك .

٧/ بداية المجتهد و نهاية المقتصد : لمحمد بن أحمد بن محمد بن أحمد إبن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بإبن رشد الحفيد (ت ٥٩٥هـ) . ط دار الكتب الحديثة القاهرة ، بدون تاريخ.

٨/ بلغة السالك لأقرب المسالك : للشيخ أحمد بن محمد الصاوي القناوي على الشرح الصغير لسيد احمد الدردير ، ط مصطفى البابي الحلبي بمصر . سنة. ١٣٧٢ هـ ـ ١٩٥٢م

٩/ البيان و التحصيل و الشرح و التوجيه و التعليل في مسائل المستخرجة لأبي الوليد محمد بن رشد القرطبي و ضمنه المستخرجة من اللاسمعة المعروفة بالعتبية ، تحقيق محمد حجر بعناية الشيخ عبدالله إبن ابراهيم الأنصاري ، ط دار إحياء التراث الإسلامي ، قطر ،ط دار الغرب ، بيروت .

١٠/ التفريع ، لأبي القاسم عبيدالله بن الحسين بن الجلاب البصري (ت٣٧٨هـ) تحقيق الدكتور حسين بن سالم الدهماني ط بيروت دار الغرب .

١١/ تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام : لبرهان الدين بن علي إبن فرحون المالكي (ت ٧٩٩هـ) بهامش فتح العلي المالكي لأبي عبدالله الشيخ محمد أحمد عيسى (ت ١٢٩٩هـ) ط ، مصطفى البابي الحلبي (١٣٧٨هـ ـ ١٩٥٨م .)

١٢/ التمهيد لما في الموطأ في المعاني و الأسانيد : تأليف الإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبدالله بن عبدالبر النحري . تحقيق عبدالله بن الصديق

١٣/ الجامع لمسائل المدونة لإبن يونس محمد بن عبدالله بن يونس الصقلي التميمي مخطوط برقم ٢٦١ معهد البحوث و إحياء التراث بمكة المكرمة.

١٤/ الجامع من المقدمات : لأبي الوليد محمد بن رشد القرطبي .تحقيق الدكتور مختار بن الطاهر القليلي ، ط دار الفرقان الأردن .

١٥/ جواهرالإكليل شرح مختصر خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل لصالح عبدالسميع الآبي الأزهري ـــ لمختصر خليل : لخليل إبن إسحق .(ت ٧٧٦هـ) . ط دار إحياء الكتب العربية ، البابي الحلبي ، بدون تاريخ .

١٦/ حاشية الدسوقي : لشمس الدين محمد بن عرفة المالكي (ت١٢٣هـ) على الشرح الكبير للدردير المسمى (فتح القدير) على مختصر خليل .ط دار إحياء الكتب العربية بمصر ، بدون تاريخ .

/١٧ حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير .
/١٨ شرح الخرشي على مختصر خليل : لأبي عبدالله محمد بن عبدالله الخرشي المالكي (ت ١١٠١هـ) ط دار صادر بيروت بدون تاريخ .
/١٩ شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك : للإمام محمد الزرقاني . ط دار الفكر سنة ١٤١٠ هـ .
/٢٠ الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك : تأليف العلامة أبي البركات أحمد بن محمد أحمد الدردير و بالهامش العلامة أحمد بن محمد الصاويالمالكي ، أخرج أحاديث مصطفى كمال وصفي . ط دار المعارف بمصر .
/٢١ شرح بن ناجي على متن الرسالة . للعلامة قاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي الفروي (ت ٨٣٧هـ) ط دار ىالفكر .
/٢٢ شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ــ للعالم الإمام عبدالباقي الزرقاني ط بيروت دار الفكر .
/٢٣ شرح منح الجليل على مختصر خليل ــ للشيخ محمد عليش ط ليبيا مكتبة النجاح .
/٢٤ شرح زروق على متن الرسالة أحمد بن محمد البرنسي الفاسي المعروف بزروق (ت٨٩٩هـ) ط دار الفكر .
/٢٥ الشرح الكبير للدردير أحمد بن محمد (ت ١٢٠١ هـ) على مختصر خليل ، ط دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي بمصر .بدون تاريخ .
/٢٦ عمل أهل المدينة بين مصطلحات مالك و آراء الأصوليين . تأليف الدكتور أحمد محمد نور سيف ، ط دول دار الإعتصام .
/٢٧ فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك للشيخ العليش مع تبصرة الحكام .

٢٨/ الفروق و شهاب الدين أبي العباس القرافي ، ط دار المعرفة بيروت .
٢٩/ الفواكه الدواني : للنفراوي على رسالة إبن أبي زيد القيرواني عبدالله إبن عبدالرحمن (ت ٣٨٦هـ) لأحمد بن غنيم بن سالم النفراوي . ط البابي الحلبي بمصر ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.
٣٠/ قوانين الأحكام الشرعية و مسائل الفروع الفقهية لمحمد بن أحمد جزئ القرناطي المالكي (ت ٧٤١هـ) . ط دار العلم بيروت ١٣٩٤ هـ ـ ١٩٧٤ م .
٣١/ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي : تأليف أبي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر النحري القرطبي ، تحقيق الدكتور محمد محمد أحيد ولد مادريك الموريتاني . ط الرياض سنة ١٣٩٨هـ .
٣٢/ كفاية الطالب الرباني في شرح رسالة إبن أبي زيد القيرواني .
٣٣/ مختصر خليل : لخليل بن إسحق المالكي . (ت ٧٦٧هـ) .ط دار احياء الكتب العربية بمصر ، بدون تاريخ .
٣٤/ المدونة الكبرى : للإمام مالك (ت ١٧٩هـ) رواية سحنون بن سعيد التنوخي (ت ٢٤٠هـ) عن عبدالرحمن بن القاسم المنقي (ت١٩١هـ) . ط أولى تصوير دار صادر بيروت ١٣٥٣هـ ـ ١٩٣٢ م .
٣٥/ مسالك الدلالة على مسائل متن الرسالة لأحمد بن محمد الصديق ط القاهرة
٣٦/ المسالك التي بناها الإمام مالك على عمل أهل المدينة ـ رسالة دكتوراه من جامعة الإمام محمد بن سعود . مكة ، الشريعة ، قسم الفقه ، اعداد الطالب محمد بن المدني بوساق سنة ١٤١٢هـ .
٣٧/ معلمة الفقه المالكي ـ عبدالعزيز بن عبدالله ط دار المغرب
٣٨/ مسائل لا يعذر فيها بالجهل على مذهب الإمام مالك شرح العلامة الأمير على منظومة بهرام . تحقيق الشيخ إبراهيم المختار ـ أحمد عمر الجبرتي الزيلعي . ط دار الغرب الإسلامي سنة ١٤٠٦هـ .

٣٩/ المعونة على مذهب عالم المدينة : تأليف القاضي عبدالوهاب إبن علي بن نصر البغدادي ، مخطوط في مكتبة مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى رقم ٢٣ فقه مالكي وقد حققه الأخ حميش عبدالحق .

٤٠/ المعيار المعرب و الجامع المغرب عن فتاوى علماء أفريقية و الأندلس والمغرب لأحمد بن يحي الونشريس (ت ٩١٤هـ) خرجه جماعة من الفقهاء بإشراف الدكتور محمد حجي ط بيروت دار الغرب الإسلامي (١٤٠١هـ)

٤١/ المقدمات الممهدات بيان ما لإقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات و ا لتحصيلات المحكمات الشرعيات لأمهات مسائلها المشكلات .تأليف أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد (ت ٥٢٠هـ) ط دار السعادة بمصر

٤٢/ مواهب الجليل : لشرح مختصر خليل ، لأبي عبدالرحمن محمد إبن محمد عبدالرحمن المعروف بالحطاب (ت ٢٥٤هـ) بهامشه التاج الإكليل لمختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبيدي الشهير بالمواق (ت ٨٩٧هـ) ط دار الفكر العربي بيروت سنة ١٣٩٨٨هـ

٤٣/ مواهب الجليل من أدلة خليل لأحمد بن أحمد المختار الحلى الشنقيطي ط قطر إحياء التراث الإسلامي .

٤٤/ الموطأ للإمام مالك بن أنس الأصبحي برواية يحي بن يحي الليثي . إعداد أحمد راتب عمروش ط دار النفائس .

٤٥/ الهاوية الكافية الشافية لبيان حقائق ابن عرفة الواقية ، وهو شرح حدود إبن عرفة (ت٨٠٣هـ) تأليف أبو عبدالله محمد الأنصاري الرصاع ، مصور .

٤٦/ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي : لأبي عمر يوسف بن عبدالله بن عبدالرحمن النمري القرطبي تحقيق الدكتور حمد محمد أحيمد ول مالديك الموريتاني ط الرياض الحديثة .
٤٧/ الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة تأليف حسين بن محمد المشاط (١٣٩٩هـ) تحقيق د/ عبدالوهاب إبراهيم أبوسليمان ط بيروت .
٤٨/ كشف النقاب الحاجب عن مصطلح إبن الحاجب : تحقيق : حمزه الفارس والدكتور عبدالسلام الشريف ط دار الغرب الإسلامي .

(ج) الفقه الشافعـــي:

١/ أسنى المطـالب فـي شـرح روض الطـالب : لزكريـا بـن محمـد الأنصـاري الشافعي . (ت٩٣٦هـ) هـو شـرح علـى روض الطـالب لإبـن أبـي زكريـا الفري اليمني . ط المكتبة الإسلامية بالقاهرة , دون تاريخ .

٢/ الأم : لأبـي عبدالله محمـد بـن إدريـس الشـافعي (ت ٢٠٤هـ)ط دار المعرفة بيروت ١٣٩٣هـ ـ ١٩٧٣م .

٣/ الأنوار لأعمال الأبـرار : ليوسف إبراهيم الأردبيلـي (ت ٧٩٩هـ) ط مؤسسـة الحلبي و شركاه بالقاهرة ، ١٣٨٩هـ ـ ١٩٦٩م .

٤/ تحفة المحتاج بشرح المنهـاج : أحمد بن حجر الهيثمـي ، بهـامش حـواش الشـرواني و إبن العيادي . ط صادر ، بيروت ، بدون تاريخ .

٥/ التنبيه في الفقـه الشافعي لأبي إسحـاق إبراهيم بـن علـي الفيروزبـادي الشيـرازي (ت ٤٧٦هـ) ط بيروت .

٦/ حاشـيتا قليوبـي و عميرة علـى شـرح الجـلال المحلـى شـهاب الديـن أحمـد البرس الملقب بعميرة (ت ٩٥٧هـ) و حاشـية قليوبـي لشـهاب الديـن أحمـد ابن أحمد بن سـلامة الملقـب بقليوبـي(ت١٠٦٩هـ) . ط مصطفـى البـابي الحلبي مصر , بدون تاريخ .

٧/ رحمـة الأمـة فـي إختـلاف الأئمـة ، لأبـي عبدالله محمـد بـن عبدالرحمـن الدمشقي الشافعي ط قطر ١٤٠١هـ .

٨/ روضة الطالبين : لزكريا يحي بن شـرف النـووي الدمشـقي (ت ٦٧٦هـ) المكتب الأسلامي دمشق بيروت بدون تاريخ .

٩/ المجموع شـرح المهـذب لأبـي زكريـا شمس الديـن بـن شـرف النـووي (ت ٦٧٦هـ و يليه فتح العزيـز شـرح الوجيز لأبـي القاسم عبدالكريـم بـن الرافعي (ت ٦٢٣هـ) التلخيـص الجيد فـي تخريـج الرافعـي الكبـير لأبـي الفضل أحمـد بـن علـي إبـن حجـر العسـقلاني (ت ٨٥٢ هـ) دار الفكـر ، بيروت بدون تاريخ .

١٠/ مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج لأبي زكريا يخي بن شرف النووي ط المكتبة الإسلامية ، بيروت ، بدون تاريخ .
١١/ المهذب لأبي إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي الشيرازي (ت ٤٧٦هـ) ط مصطفى البابي الحلبي ، بمصر ، بدون تاريخ .
١٢/ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : شمس الدين محمد بن العباس الرملي (ت ١٠٤هـ) ومعه شرح المنهاج لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي ، ط البابي الحلبي بمصر سنة ١٣٨٦هـ ـ ١٩٦٧م .
١٣/ [illegible]

(د) الفقـــه الحنبلـــي :

١/ الإختبارات : لشيخ الإسـلام أحمد بن تيميـة (ت ٧٢٨هـ) إختارهـا الشيخ علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد عباس البعلي الدمشقي (ت٨٠٣هـ) ط السنة المحمدية بالقاهرة ١٣٦٩هـ ـــ ١٩٥٠م.

٢/ الإفصاح عن معاني الصحاح للوزير يحي بـن محمـــد بـن هبيرة الحنبلـي (ت ٥٦٠هـ) ط الدجوي بالقاهرة ، ١٣٨٩هـ ـــ ١٩٧٨ م.

٣/ الإقنـاع : لموسـى بـن أحمـد الحجـاوي (ت٩٦٨ هـ) .ط المكتبـة التجاريـة بمصر ١٣٥١هـ ـ ١٩٣٢ م .

٤/ إعلام الموقعين عن رب العالمين : لمحمد بن أبي بكـر إبـن القيـم الجوزيـة (ت ٧٥١هـ) راجعه عبدالرؤوف سعد ، ط الكليات الأزهرية بمصـر .

٥/ الإنصاف في معرفة الراجح من الخـلاف : لعـلاء الديـن علـي بـن سليمان المرداوي (ت٨٨٥هـ) حققه محمد حامد الفقي . ط أولى علـى نفقـة الملـك سعود بن عبدالعزيز ، ١٣٧٤هـ ـــ ١٩٥٥م .

٦/ تحفة المورود في أحكام المولود : لشمس الدين أبي عبدالله محمد إبن القيـم الجوزية (ت٧٥١هـ) تحقيق عبدالقادر الأرناؤوطي . دار البيـان ، دمشـق ١٣٦١هـ ـ ١٩٧١م ٧/الـروض المربـع ، شـرح زاد المستقنع بمختصـر

(٧) المقنع : لموسى بن أحمد الحجاوي (ت ٩٦٠هـ) شـرح و تعليـق منصـور بن يونس البهوتي .ط السلفية بالقاهرة ١٣٨٠هـــ ١٩٦٠م .

٨/ الروض الندي شرح كافي المبتدي في فقه الإمام أحمد : لأحمد بـن عبدالله أحمد البعلي (١١٨٩هـ) ط السلفية السعودية بدون تاريخ .

٩/ زاد المستقنع في إختصار المقنع في فقـه الإمـام أحمـد بـن حنبـل و الأصـل لإبن قدامة ، إختصره الشيخ شرف الدين أبو النجا (ت ٩٦٠هـــ) .ط دار القلم بيروت .

١٠/ شرح منتهى الإرادات : لمنصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٥١هـ)
ط المكتبة السلفية ، المدينة المنورة ، بدون تاريخ .
١١/ الطرق الحكمية في السياسة الشرعية :لإبن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر(ت٧٥١هـ) تحقيق محمد جميل غازي ط المدن بمصر ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م .
١٢/ الفروع : لمحمد بن مفلح (ت ٧٦٣هـ) ط المنار بمصر ١٣٣٩هـ -١٩٢٠م .
١٣/ كشاف القناع عن متن الإقناع : لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت١٠٥١هـ) مكتبة النصر الحديثة بالرياض ،بدون تاريخ .
١٤/ مجلة الأحكام الشرعية : أحمد بن عبدالله الغازي (ت ١٣٥٩هـ) تحقيق د/ عبدالوهاب أبو إسماعيل و د/ محمد ابراهيم احمد على ط تهامة ، جدة . ١٤٠١هـ -١٩٨١م .
١٥/ مجموع فتاوي شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ، جمع عبدالرحمن بن محمد إبن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي و إبنه محمد . ط أولى بالرياض ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٧م .
١٦/ المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل : تأليف مجد الدين أبي البركات و معه النكت و الفوائد السنية على مشكل المحرر ، تأليف شمس الدين بن مفلح الحنبلي ، ط سنة ١٣٦٩م .
١٧/ مسائل الإمام أحمد : لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحق بن بشير إبن شداد السجتياني . ط ثانية بيروت ، سعد السيد محمد رشيد رضا ، بدون تاريخ .
١٨/ الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل : تأليف شيخ الإسلام أبي محمد موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي ، ط المكتب الإسلامي

١٩/ مطالب أولي النهى و شرح غاية المنتهى : لمصطفى السيوطي الرحيباني دمشق بهامش تجريد رواية الغاية و الشرح لحسن لشطبي . ط المكتب الإسلامي دمشق ١٣٨٠ هـ ـ ١٩٦١م .

٢٠/ المغني و يليه الشرح الكبير لموفق الدين أبي محمد عبدالله بن محمد إبن محمود بن قدامة (ت ٦٣٠هـ) . ط الكتاب العربي ، بيروت ، ١٣٩٢ هـ ـ ١٩٧٢ م .

٢١/ المقنع لموفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقديسي (٦٢١هـ) المطبعة السلفية .

٢٢ ـ مدارج السالكين

(هـ) الفقه الظاهري :

١/ المحلى : لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزمالأندلسي الظاهري (ت ٤٠٦هـ) ط الإمام المكتب التجاري للنشر و التوزيع ، بيروت بدون تاريخ .

٢/ مراتب الإجماع في العبادات و المعاملات و الإعتقادات لأبي محمد علي إبن أحمد بن حزم ، و تقديم مراتب الإجماع لإبن تيمية . ط دار الكتب العلمية ، بيروت ، بدون تاريخ .

كتب اللغة :

١/ الإفصاح في فقه اللغة : لعبدالفتاح الصعيدي و حسين يوسف موسى ط ثانية دار الفكر العربي بمصر ، ١٣٥٢هـ ـ ١٩٦٤ م .

٢/ تاج اللغة و صمام العربية : لإسماعيل بن حماد الجوهري (ت ٣٩٣هـ) تحقيق أحمد عبدالغفار ، ط دار الملايين ، بيروت ، على نفقة الشربتلي ١٤٠٢ هـ ـ ١٩٨٢م .

٣/ تهذيب اللغة : لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري (ت ٣٧٠هـ). تحقيق عبدالسلام محمد هارون ، محمد علي النجار .ط الدار المصرية ١٣٨٤ هـ ـ ١٨٦٤م .ذ

٤/ القاموس المحيط : لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزبادي (ت ٨١٧هـ) ط الدار العربية ، بيروت ، بدون تاريخ .

٥/ لسان العرب : لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري (ت ٦٦١هـ) ط دار صادر ، بيروت ، ١٣٧٤هـ ـ ١٩٥٥م .

٦/ مختار الصحاح : محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي (ت ٦٦٦هـ) ط دار البابي ،بدون تاريخ .

٧/ المخصص : لأبي الحسن علي بن إسماعيل النحوي اللغوي الأندلسي المعروف بإبن سيدة (ت ٤٥٨هـ) . ط أولى بولاق ، مصر ١٣١٦هـ ـ ١٨٩٦ م .

٨/ المصباح المنير : أحمد بن محمد بن علي المقري الصيوفي (ت ٧٧٠هـ) ط مصطفى البابي الحلبي ، بمصر ، بدون تاريخ .

٩/ المعجم الوسيط : مجمع اللغة العربية ، إبراهيم مصطفى أحمد حسن الزيات ، حامد عبدالقادر ، محمد علي النجار ، أشرف عليه عبدالسلام هارون ، ط دار التراث بقطر بدون تاريخ .

الكتـــب الحديثـــــة:

١/ أحكام البغاة و المحاربين في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي .

٢/ أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام للدكتور عبدالكريم زيدان . ط مكتبة القدس بيروت .

٣/ أحكام السرقة في التشريع الإسلامي : بحث مقارن د/ محمد فهمي السرجاني ط المكتبة التوفيقية بمصر . ١٤٠١هـ .

٤/ أدب القاضي : لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي .تحقيق محمد هلال السرحان ط الرشاد بغداد ، سنة ١٣٩١هـ .

٥/ الإشتراك في جريمة القتل : زكريا عبدالرزاق المصري ، رسالة ماجستير ، كلية الشريعة بجامعة الملك عبدالعزيز ، مكة المكرمة سنة ١٣٦٩ هـ .

٦/ أقضية الرسول صلى الله عليه و سلم : للشيخ عبدالله محمد بن فرج المالكي القرطبي (ت٦٧١هـ)ط دار إحياء الكتب العربية القاهرة ١٣٤٦هـ

٧/ الأوسط كتاب الحدود : لإبن المنذر (ت٣١٨هـ) تحقيق أبي حماد منير أحمد محمد ضيف ، رسالة ماجستير ، كلية الشريعة بجامعة المدينة المنورة ١٣٧٥هـ .

٨/ البحث الفقهي ـ خصائصه ـ أصوله ـ مصادره مع المصطلحات الفقهية في المذاهب الأربعة للدكتور إسماعيل سالم عبدالعال ط القاهرة .

٩/ تحديد المسؤولية الجنائية في الشريعة الإسلامية : محمد سلام مدكور . أبحاث الندوة العالمية لدراسة تطبيق الشريعة و مكافحةالجريمة بالرياض سنة ١٣٩١هـ .

١٠/ التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي للمرحوم عبدالقادر عودة .

١١/ التعزير في الشريعة الإسلامية : للدكتور عبدالعزيز عامر . ط دار الفكر العربي ١٣٩٠هـ .
١٢/ التلقين للقاضي عبدالوهاب : رسالة دكتوراه ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة حققه محمد ثالث سعيد الغاني .
١٣/ جرائم أمن الدولة و عقوبتها في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة د/ يوسف عبدالهادي الشال ط المختار الإسلامي ، القاهرة ١٣٩٦هـ .
١٤/ جرائم القدف و السب العلني و شرب الخمر بين الشريعة و القانون لعبدالخالق الندوي ط المكتبة المصرية ، بيروت ١٣٩٣هـ .
١٥/ جرائم هتك العروض و الإغتصاب ـ الفعل الفاضح ـ الزنا ـ معلقاً عليه بأحكام أحمد محمود خليل ، جامعة الإسكندرية .
١٦/ الجريمة و العقوبة في الفقه الإسلامي ، للشيخ أبوزهرة .
١٧/ الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة ـ لحسن بن محمد المشاط (ت١٣٩٩هـ) تحقيق الدكتور عبدالوهاب ابراهيم أبوسليمان ط بيروت دار الغرب .
١٨/ الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية لمحي الدين أبي محمد عبدالقادر بن محمد سالم القرشي الحنفي(ت ٧٧٥هـ) تحقيق د/ عبدالفتاح محمد الحلو .
١٩/ جناية القتل العمد في الشريعة الإسلامية ، القانون الوضعي .
٢٠/ الجناية بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، مسفر غرم الله الدسيتي ط دار طيبة الرياض .
٢١/ الخمر في ضوء الكتاب و السنة للدكتور محمد عمر حدية الشنقيطي .
٢٢/ دراسات في مصادر الفقه المالكي : تأليف سيكدش موراني ،جامعة بون ، نقله إلى العربية مجموعة من الأساتذة . ط دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ١٤٠٩هـ .
٢٣/ دليل السالك للمصطلحات و الأسماء في فقه الإمام مالك .د/ حمدي عبدالمنعم شلبي .

٢٤/ رسالة الحدود و التعازير عند إبن القيم : دراسة موازنة :بكر عبدالله أبوزيد ط أولى المكتب الإسلامي ، بيروت ،سنة ١٤٠٩هـ .
٢٥/ روضة القضاة و طرق النجاة لأبي القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي السمناني (ت ٤٩٩هـ) تحقيق د/ صلاح الدين الناهي ط بيروت مؤسسة الرسالة .
٢٦/ زاد المعاد في هدي خير العباد : لشمس الدين أبي عبدالله محمد إبن القيم الحوزية (ت٧٥١هـ) ط السنة المحمدية ، بالقاهرة ، سنة ١٣٠٧هـ .
٢٧/ السرقة الموجبة للقطع في الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة ، عبدالفتاح محمد أبو العينين .
٢٨/ السرقة في التشريع الإسلامي ، للشيخ البهاوي .
٢٩/ السياسة الشرعية في إصلاح الراعي و الرعية : لأبي العباس محمد بن تيمية (ت ٧٢٨هـ) . تحقيق محمد إبراهيم البنا ، محمد أحمد عاشور .ط الشعب بالقاهرة بدون تاريخ .
٣٠/ السياسة الشرعية و نظام الدولة الإسلامية في الشئون الدستورية والخارجية و المالية عبدالوهاب خلاف /ط السلفية بالقاهرة .
٣١/ الشريعة الإسلامية إزاء جريمة الزنا : تأليف د/ أحمد محمود الشافعي ، الناشر . مؤسسة التعاقد الجامعية .
٣٢/ صيانة الإسلام للعرف و النسب : لشرف بن علي الشريف ، رسالة ماجستير كلية الشريعة ، جامعة الملك عبدالعزيز مكة المكرمة . ١٣٩٤هـ
٣٣/ ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية : محمد سعيد البوطي . ط بيروت سنة ١٣٩٧هـ .
٣٤/ العفو عن العقوبة في الفقه الإسلامي : تأليف الدكتور زيد بن عبدالكريم إبن علي بن زيد ط العاصمة ،الرياض .
٣٥/ العقوبة التنفيذية و أهدافها في قول الكتاب و السنة : مطيع الله دخيل سليمان اللهيبي ، ط أولى جدة . ١٤٠٤هـ .

٣٦/ العقوبة في الفقه الإسلامي : لأبي زهـــــــرة .
٣٧/ عقوبة السارق بين القطع وضمان المسروق للغشامي ، أحمد توفيق الأحول ط دار الهدى بالرياض ، ١٤٠٤ هـ .
٣٨/ الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد : المدخل الفقهي العام ، مصطفى أحمد الزرقاء ، ط دار الفكر بيروت ، ١٣٨٨هـ .
٣٩/ الفقه الإسلامي و أدلته : وهبة الزحيلي ، ط دار الفكر بدمشق ١٣٩٥ هـ
٤٠/ فقه عمر بن الخطاب رضي الله عنه : موازنة بفقه أشهر المجتهدين في الجنـــــايات و الحدود و ملابساتها و دياتها : د/ رويعي بن راجح الرحيلي ط / أولى دار الغرب الإسلامي ، بيروت ١٣٦٧هـ .
٤١/ القصاص و الديات و العصيان المسلح في الفقه الإسلامي : أحمد الحصري ط /مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٦٧هـ .
٤٢/ كتاب الأشربة : تأليف إمام أهل السنة و الجماعة أبو عبدالله أحمد بن حنبل حققه عبدالله بن حجاج ، ط مكتبة التقدم ، القاهرة .
٤٣/ كتاب الجنايات من الحاوي الكبير : لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي (ت ٤٥٠هـ) حققه يحي بن أحمد مطاعن الجرد ، رسالة دكتوراه بجامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، سنة١٤٠٤هـ .
٤٤/ كتاب الديات : تأليف الإمام الحافظ أحمد بن عمر بن أبي عاصم الضحاك
٤٥/ كشف المغطى من المعاني و الألفاظ الواقعة في الموطأ ـ لمحمد طاهر بن عاشور ـ ط تونس .
٤٦/ مدخل لدراسة الفقه الإسلامي : د/ حسين حامد حسان ط / المتنبئ
٤٧/ المسائل الفقهية التي إنفرد بها الإمام الشافعي : من دون إخوانه من الإئمة ، تأليف الإمام الحافظ إبن كثير (ت٧٧٤هـ) . تحقيق د/ إبراهيم علي صندقجي ، ط دار المدني ١٤٠٦هـ .

٤٨/ المسئولية الجنائية : عبدالله بن سعد الرشيد ، رسالة دكتوراه بجامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، سنة ١٤٠١هـ .
٤٩/ المسكرات و آثارها و علاجها في الشريعة الإسلامية ، د/ أحمد علي طه ريان ط دار الإعتصام .
٥٠/ مفاتيح الفقه الحنبلي د/ سالم علي الثقفي ط ١٣٩٨هـ .
٥١/ المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد لمنصور البهوتي .
٥٢/ موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي للمستشار سعدي أبو حبيب ، طبيروت الدار العربية .مفردات المذهب المالكي في العبادات ، رسالة دكتوراه بجامعة أم القرى ـ عبدالمجيد محمود الصالحين .
٥٣/ نظرية الخطأ في الفقه الإسلامي : رسالة دكتوراه لمحمد عبدالله محمد أحمد ، كلية الشريعة ، بمكة المكرمة ١٤٠٥هـ .
٥٤/ نفح الطيب في غصن الأندلس الرطيب ـ لأحمد بن محمد المغربي التلمساني تحقيق الدكتور إحسان عباس ط بيروت دار صادر .
٥٥/ ومضات فكر : أحمد الفاضل بن عاشور ، ط / الدار العربية للكتب .
٥٦/ الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي لمحمد بن الحسين الحجوي الثعالبي الفاسي ت ١٣٧٦هـ ، خرج أحاديث عبدالعزيز عبدالفتاح القاري ط المدينة المنورة .

فهرس الموضـوعات

الموضـــوع	الصفحـــة
المقدمة	أ ـ ج
خطة البحث	د ـ هـ
منهجي في التحقيق	و
صعوبات البحـث	ز
الباب التمهيدي: تعريف المذهب المالكي و المفردات و يشتمل على ستة مباحث	
المبحث الأول و فيه أربعة مطالب:	١ـ٢
المطلب الأول : حياة الإمام مالك الأسرية	٣ـ٤
المطلب الثاني : حياة الإمام العلمية و شيوخه	٥ـ٨
المطلب الثالث: أصحاب الإمام مالك و تلاميذه و ثناء العلماء عليه	٩ـ١١
المطلب الرابع: مصنفات الإمام مالك	١٢ـ١٣
المبحث الثاني: نشأة المذهب المالكي و إنتشاره و تطوره	١٤ـ٢١
المبحث الثالث: أشهر المصطلحات في الفقه المالكي	٢٢ـ٢٨
المبحث الرابع: بيان الكتب المعتمدة عند المالكية وفيه مطلبان	
المطلب الأول: بيان الكتب المعتمدة	٢٩ـ٣٢
المطلب الثاني: أشهر المصنفات و المتون و المختصرات في المذهب	٣٣ـ٣٩
المبحث الخامس: أصول المذهب المالكي	٤٠ـ٥٥
المبحث السادس: تعريف المفردات و أسباب الإنفراد	٥٦ـ٥٧

الباب الأول

الموضـــوع **الصفحـــة**

الجنايات : و فيه فصلان :

الفصل الأول :

الجناية على النفس وفيه تمهيد و ثلاثة عشر مبحثاً

التمهيد : تعريف الجناية و الجريمة ٥٨ـ٦١

المبحث الأول : تعريف القتل ٦٢ـ٧١

المبحث الثاني : أنواع القتل ٧٢ـ٧٨

المبحث الثالث: سن المسئولية الجنائية ٧٩ـ٨٤

المبحث الرابع: إذا قصد قتل إنسان معصوم و أخطأ و أصاب آخر معصوم ٨٥ـ٨٦

المبحث الخامس: قتل المعين على القتل ٨٧ـ٩١

المبحث السادس: قتل الأصل بالفرع ٩٢ـ٩٧

المبحث السابع : قتل المسلم بالكافر ٩٨ـ١١٥

المبحث الثامن : القصاص من الآمر و المآمور كان سلطاناً أوسيداً ١١٦ـ١١٨

المبحث التاسع: من يتولى استيفاء القصاص ١١٩ـ١٢٣

المبحث العاشر: إذا كان صاحب القصاص غير أهل للاستيفاء ١٢٤ـ١٢٩

المبحث الحادي عشر: العفو في قتل الغيلة ١٣٠ـ١٣٤

المبحث الثاني عشر : من له حق العفو من الأولياء في القتل ١٣٥ـ١٤١

المبحث الثالث عشر : عفو الزوج أو الزوجة لا يسقط القصاص ١٤٢ـ١٤٤

الفصل الثانـــــي

الموضـــــوع **الصفحـــة**

الجناية على مادون النفس والجراح و الديات و العقوبات التبعية وفيه احدى عشر مبحثاً

المبحث الأول : القطع من غير المفصل ١٤٥ـ١٤٩

المبحث الثاني : معنى الحياة التي بموجبها يستحق الجنين فيها دية كاملة ١٥٠ـ١٥١

المبحث الثالث: إذا عفى الولي من المشتركين في القتل هل تجب دية واحده أم ديات متعددة بحسب أعداد المشتركين في القتل . ١٥٢ـ١٥٤

المبحث الرابع: إذا قلع الأعور عين صحيح ١٥٥ـ١٥٦

المبحث الخامس: دية السن السوداء التي لانفع فيها إذا اسقطت ١٥٧ـ١٦١

المبحث السادس: دية كسر جزء من السن ١٦٢ـ١٦٣

المبحث السابع : دية ذكر الإنسان ١٦٤ـ١٦٦

المبحث الثامن : دية إفضاء المرأة ١٦٧ـ١٦٩

المبحث التاسع: حرمان القاتل من الميراث ١٧٠ـ١٧٣

المبحث العاشر: تجب الكفارة بقتل الكافر الذمي أو المستأمن ١٧٤ .

المبحث الحادي عشر: حكم الكفارة في قتل الجنين ١٧٥ـ١٧٦

الباب الثانـــي

الموضـــوع **الصفحـــة**

مفردات المذهب المالكي في الحدود و التعازير و فيه تمهيد و ثمانية فصول :

التمهيد ١٧٧ ـ ١٧٩

الفصل الأول :

مفردات المذهب المالكي في جريمة الزنا وفيه تعريف الزنا وستة مباحث

تعريف الزنا ١٨٠

المبحث الأول: إقامة حد الزنا بالحمل ١٨١ـ١٨٥

المبحث الثاني: إعتبار المرأة إن مكنت مجنون دون الصبي ١٨٦ـ١٨٨

المبحث الثالث: حد الذمي إذا زنى بذمية ١٨٩ـ١٩٤

المبحث الرابع: الحد على الواطئ المحرمة نسباً بعد العقد عليها إن علم ١٩٥ـ١٩٩

المبحث الخامس: في قتل من وجد يزني بامرأته ٢٠٠ـ٢٠٢

المبحث السادس: عقوبة التغريب للأنثى ٢٠٣ـ٢٠٩

الفصل الثانـــي

مفردات المذهب المالكي في جريمة القذف وفيه تعريف و أربعة مباحث

تعريف القـــذف ٢١٠

المبحث الأول : قذف الوالد لولده ٢١١ ـ ٢١٣

المبحث الثاني : القذف بالتعريض و الكناية ٢١٤ـ٢١٩

المبحث الثالث : عفو المقذوف عن القاذف ٢٢٠ـــ٢٢٢

المبحث الرابع: تكرار القذف بعد الحد ٢٢٣ـ٢٢٤

الفصل الثالـــث

الموضـــــوع	الصفحـــة
مفردات المذهب المالكي في جريمة السرقة و فيه تعريف و سبعة عشر مبحثاً	
تعريف السرقة	٢٢٥ـ٢٢٦
المبحث الأول : قيمة النصاب الذي يجب فيه القطع على السارق	٢٢٧ـ٢٣٣
المبحث الثاني : **الحكم إذا تملك السارق المسروق بعد الخروج به من الحرز**	٢٣٤ـ٢٣٦
المبحث الثالث : سرقة الفروع من الأصول	٢٣٧ـ٢٤١
المبحث الرابع : سرقة الدائن من مال المـدين أكثر من حقه	٢٤٢ـ٢٤٤
المبحث الخامس: سرقة الكفن	٢٤٥ـ٢٥١
المبحث السادس: السرقة من الحانوت	٢٥٢ـ٢٥٣
المبحث السابع : سرقة آلات اللهو و كسرها	٢٥٤ـ٢٥٦
المبحث الثامن : سرقة أدوات المسجـد	٢٥٧ـ٢٥٨
المبحث التاسع : سرقة الطفل الحر غير المميز	٢٥٩ـ٢٦١
المبحث العاشر: السرقة من المال المشترك	٢٦٢ـ٢٦٤
المبحث الحادي عشر: السرقة من المال العام	٢٦٥ـ٢٦٦
المبحث الثاني عشر : ضمان السارق للمسروق بعد قطعه	٢٦٧ـ٢٧٢
المبحث الثالث عشر : حكم السرقة من البيت مع الإذن	٢٧٣ـ٢٧٦
المبحث الرابع عشر : السرقة من السارق	٢٧٧ـ٢٧٨
المبحث الخامس عشر: أثر الدعوى في إقامة حد السرقة	٢٧٩ـ٢٨٢
المبحث السادس عشر: تداخل حد السرقة مع القصاص	٢٨٣ـ٢٨٤
المبحث السابع عشر : إذا كان السارق غير صحيح اليد اليمنى	٢٨٥ـ٢٨٦

الفصـل الرابـع

الموضـــوع	الصفحـــة
مفردات المذهب المالكي في جريمة الحرابة و فيه تعريف وإحدى عشر مبحثاً.	
تعريف الحرابة	٢٨٨_٢٨٩
المبحث الأول : عقوبة المحارب بين الترتيب و التخيير	٢٩٠_٢٩٨
المبحث الثاني : النصاب في حد الحرابة	٢٩٩_٣٠١
المبحث الثالث : هل العلم شرط في إقامة حد الحرابة	٣٠٢_٣٠٣
المبحث الرابع: حكم رد المال المأخوذ في الحرابة	٣٠٤_٣٠٨
المبحث الخامس: المراد من نفي المحارب	٣٠٩_٣١٣
المبحث السادس: حكم المحارب إذا انفرد	٣١٤_٣١٥
المبحث السابع : حكم نفي المرأة إذا حصلت الحرابة منها	٣١٦_٣١٧
المبحث الثامن : حرابة المستأمن	٣١٨ _٣١٩
المبحث التاسع : حكم المحارب إذا كان معدوم اليد و الرجل أو مقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى	٣٢٠_٣٢١
المبحث العاشر: توبة المحارب	٣٢٢_٣٢٣
المبحث الحادي عشر: الأصالة في الشهادة على الحرابة	٣٢٤_٣٢٥

الفصل الخامس

مفردات في جريمة شرب الخمر أو المسكر و فيه تعريف و أربعة مباحث المذهب:	
تعريف الخمـر	٣٢٦
المبحث الأول : الجهل بحرمة الخمر	٣٢٧_٣٢٨
المبحث الثاني: إقامة حد الخمر بالقرينة الظاهرة كالرائحة	٣٢٩_٣٣٣
المبحث الثالث: بيان موضع الجلد في الحد	٣٣٤_٣٣٥
المبحث الرابع: الهيئة التي يكون عليها المحدود أثناء قيام الحد	٣٣٦_٣٣٧

الفصل السادس

الموضـــوع **الصفحـــة**

مفردات المذهب المالكي في جريمة الردة و فيه تعريف و مبحث واحد.

تعريف الردة ٣٣٨

المبحث الأول: قبول توبة الزنديق ٣٣٩ـ٣٤٢

الفصل السابع

مفردات المذهب المالكي في جريمة البغي وفيه تعريف و مبحث:

تعريف البغي ٣٤٣

المبحث الأول : **الجريمة الفردية جريمة بغي إذا توفر عنصر التأويل و الخروج** ٣٤٤ـ٣٤٥

الفصل الثامـــن

مفردات المذهب المالكي في التعزير وفيه تعريف و ثلاثة مباحث :

تعريف التعزير ٣٤٦

المبحث الأول : حق الدولة إذا عفي عن القاتل عمداً ٣٤٧ـ٣٥١

المبحث الثاني: الحد الأعلى في الجلد في التعزير ٣٥٢ـ٣٥٤

المبحث الثالث: قتل الجاسوس المسلم ٣٥٥ـ٣٥٩

الخاتمـــــــة: ٣٦٠ـ ٣٦١

قائمة المصادر والمراجع: ٣٦٢ـ٣٩٦

فهرست الموضـــوعات : ٣٩٧ـ٤٠٣