

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة عمار ثليجي - الأغواط  
كلية العلوم الإنسانية والإسلامية والحضارة  
قسم العلوم الإسلامية



الموضوع

# أثر الأدلة التبعية في الفقه الجنائي دراسة تأصيلية تطبيقية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: فقه وأصول

إشراف الدكتور:

\* حفصي عباس

إعداد الطالبة :

➤ بلحاج سمية

لجنة المناقشة

الدكتور : بن السايح محمد ..... رئيسا

الدكتور : حفصي عباس ..... مشرفا

الدكتور : ورنقي محمد ..... مناقشا

السنة الجامعية : 1438- 1439 هـ / 2017-2018م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## شكر وعرفان

قال صلى الله عليه وسلم: "من لا يشكر الناس لا يشكر الله"

إلى خالقي ورازقي، إليك ربي وحدك لا شريك لك، حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه،

أسألك ربي أن يكون هذا العمل خالصا لوجهك الكريم.

إلى قدوتي وحيبي، إلى ناصح الأمة وكاشف الغمة، إلى الرسول الرحمة، صلى الله عليه وسلم.

إلى من علمني وأجهد نفسه في تلقيني علمي الدنيا والآخرة، إلى كل أساتذتي من أول

يوم كان لي في الحظ لألتحق بصفوف العلم.

إلى أساتذتي ومشرفي، كل الشكر والتقدير على إهتمامك بالبحث وبذلك كل ما أوتيت لتساهم في

إعداد هذا البحث.

إلى اللجنة المناقشة، شكرا يليق بكم لقبولكم مناقشة هذا البحث المتواضع.

إلى كل الطاقم الإداري لقسم العلوم الإسلامية.

وعلى رأسهم رئيس القسم الأستاذ ورنيتي الأب قبل الأستاذ.

# إهداء

إلى "زهراء" حياتي، إلى من سهرت على تربيتي وراحتي ولا يزال جهدا مستمرا معي  
إلى غاية اليوم، شكرا أيها القلب الناضح بالحب والعطاء، شكرا لم ولن يوفيك حقا "أمي" أدامك الله الجنة لنا.  
إلى "محي الدين" في قلبي ونهجي، إلى والدي الكريم تحية تقدير وإحترام، حفظك الله لنا و  
أدامك ذخرا لأيماننا.

إلى جدي العزيز: بلعباس.

إلى من قاسموني فرحة الأيام، وساندوا ضعفي وحفزوني، إخوتي الكرام: ريمة، حماني،  
أحمد، عبد القادر.

إلى بهجة الحياة: يسورة، إسحاق.

إلى الأخان اللتان رزقت بهما: مريومة، حبيبة.

إلى رفيقة دربي: إكرام حيمود.

إلى صديقاتي: مرام إخلاص جميلة نريمان "أم ديار".

إلى من كان صادقا في طلب العلم وتعليمه.

إلى أهل فلسطين، إلى الشعب المناضل، إلى بركة الأقصى.

## ملخص البحث

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله

عنوان المذكرة: أثر الأدلة التبعية في الفقه الجنائي دراسة تأصيلية تطبيقية.

اشتملت الدراسة على فصلين بعشرة مباحث

بحيث تطرقت في بحثي هذا إلى التمهيد لموضوع الأطروحة بذكر المفاهيم التي احتوتها المذكرة عند المذاهب الأربعة، أما الفصل الثاني فكان عبارة عن مسائل تطبيقية، يتجلى فيها الأثر الأصولي.

من أهم النتائج التي توصلت إليها هي أن المذاهب كلها أخذت بالأدلة التبعية بالرغم من عدم ذكرها مباشرة في الكتب الخاصة بالمذهب.

اختلاف الأئمة الأربعة، لا ينقص من مكانة الدين و إنما يبين أن الاختلاف رحمة. لكل مذهب أقواله و أدلته القطعية.

الفقه الجنائي من العلوم التي اعتمدت على الأدلة الأصولية التبعية و ظهر ذلك من خلال استنباط الأحكام لمسائلها.

## **Abstract :**

Praise be to God and prayer and peace be upon the Messenger of Allah

Title of the note: The Effect of the Dependent Evidence in Criminal Jurisprudence.

The study included two chapters with ten questions

In this research, I have dealt with the preface to the subject of the thesis by mentioning the concepts contained in the note in the four schools of thought. The second chapter was a practical issue that reflected the fundamentalist influence.

One of the most important findings is that all the doctrines are taken by the evidence, although not mentioned directly in the books on the doctrine.

The difference between the four Imams does not diminish the status of religion, but rather teaches that difference is mercy.

Each doctrine has its own doctrinal statements.

Criminal jurisprudence of science, which relied on the evidence of fundamentalism subordination, and this emerged through the development of judgments on their issues.

# مقدمه

## مقدمة.

الحمد لله العدل الصمد، الواحد الأحد، الذي لم يلد ولم يولد، و لم يكن له كفواً أحد، خالق الأكوان، منزل القرآن، والصلاة والسلام على الحبيب العدنان، إسوة العالمين، و على آله و صحبه أجمعين، و من اقتفى بأثره إلى يوم الدين.

قال تعالى: ﴿ وَلكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾ البقرة 179، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كل المسلم على المسلم حرام دمه و ماله و عرضه" رواه مسلم.

أما بعد:

إن من فضل الله تعالى على عباده أن أغدقنا بعدله، و من كرمه علينا أن جعل لنا دستوراً نصاحبه إلى الجادة الصواب، فكانت حياتنا مقيدة بأوامر و نواه، و ما هذه إلا حرية أمتنا بها، فكانت حياتنا مرهونة بقواعد سليمة و لا يكون ذلك إلا بالإعتماد في معرفة الحق من الباطل على الأدلة الأصولية، و من ذلك كان اختلاف الفقهاء في استنباط الأحكام رحمة يسرت حياتنا، و من هذه الأدلة هناك ما يسمى بالأدلة التبعية العقلية المختلف فيها.

و من هذا الباب كان لي الشرف أن يكون موضوع بحثي يدور حول الأدلة الأصولية العقلية المختلف فيها و مدى تأثيرها في الفقه الجنائي.

## أهمية الموضوع:

01\_ تكمن في قيمته العلمية و التي تبين لنا أن اختلاف الأئمة المؤيد دائماً بدليل شرعي.

02\_ تبين مدى أثر الأدلة الأصولية العقلية المختلف فيها في الفقه الجنائي وفق ما كان

في أقوال المذاهب الأربعة.

03\_ إظهار رحمة الله عز و جل بعباده بعدم التضييق عليهم برأي فقهي واحد.

## أسباب اختيار الموضوع:

- 01\_ إشارة الأستاذ للموضوع و مدى أهميته.
- 02\_ الرغبة الشخصية في التزود بعلم أصول الفقه، مع الاهتمام الشديد بفقه الجنايات.
- 03\_ إبراز تأثير الأدلة العقلية المختلف فيها في الفقه الجنائي على آراء الفقهاء.

## أهداف الموضوع:

- 01\_ معرفة الأدلة التبعية المختلف فيها و الاطلاع على أثرها أكثر.
- 02\_ المقارنة بين علماء المذاهب الأربعة في مدى اعتمادهم عليها.
- 03\_ الكشف عن بعض المسائل الجنائية التي اعتمد الفقهاء الأربعة فيها على الأدلة التبعية المختلف فيها.
- 04\_ الاطلاع على مدى تعلق علم الفقه الجنائي بأدلة أصول الفقه و ارتباطها ببعض.

## إشكالية الدراسة:

تظهر إشكالية الدراسة من خلال الإجابة عن التساؤل التالي: ما مدى تأثير الأدلة الأصولية التبعية المختلف فيها على فقه الجنايات؟  
و للإجابة على هذا الإشكال العام لابد من التطرق للإجابة على بعض الجزئيات الفرعية.  
ماهي الأدلة الأصولية التبعية العقلية المختلف فيها؟ و أي مذهب اعتمد عليها في استنباطه للأحكام؟ و ما هي أهم المسائل الجنائية التي تجلى الإستدلال بالأدلة العقلية المختلف فيها في استنباط الآراء الفقهية؟

### الدراسات السابقة:

تعددت الدراسات حول الموضوع المدروس، من بينها أثر الأدلة المختلف فيها لمصطفى ديب البغا، غير أن هذه الدراسة شملت في طياتها دراسة لكل الأدلة المختلف فيها مع تبيان أثرها على مختلف المسائل الفقهية ، وليس فقط الجنايات. بالإضافة إلى مجلة " دراسات" التي تصدر عن جامعة عمار ثلجي بالأغواط، في عددها 63 في شهر فيفري 2018 و التي تناول فيها الأستاذين مصطفى باجو و ياسين باهي هذا الموضوع. و قد اعتمدت في بحثي على نفس المنهج.

### المنهج المتبع:

كان للموضوع دور كبير في انتقاء منهج الدراسة، فاقتضت هذه الأخيرة أن أعتمد في بحثي على المنهجين:

أ\_ المنهج الاستقرائي: و ذلك بجمع المعلومات حول الموضوع تتبعا للجزئيات التي يبني عليها.

ب\_ المنهج المقارن: بجمع أقوال الفقهاء في المسألة و من ثم ذكر الأدلة المصاحبة لها.

### منهجية البحث:

\_ انبنى البحث على فصلين بمقدمة و خاتمة.

قسمت الفصل الأول إلى خمسة مباحث، المبحث يحتوي على أربعة مطالب، من خلاله كان التمهيد للموضوع ثم ذكر تعريف الدليل بدءا بالمذهب الحنفي، و بعده حجية الدليل فأنواعه أو شروطه و بعض الأدلة ذكر القواعد المسببة عليه، أو الفرق بينه و بين الدليل الآخر.

قسمت الفصل الثاني إلى خمسة مباحث، المبحث بمطلبين، فكان المطلب عبارة عن ذكر صورة المسألة ثم ذكر أقوال الفقهاء بدءاً بأقوال الموجبين، ثم أدلة الفقهاء على ذلك، ثم الراجح في المسألة، و كان عنوان كل مطلب حسب مضمون المسألة.

\_احتوى التهميش على:

أ\_ عزو الآيات بذكر السور و رقم الآيات.

ب\_ تخريج الأحاديث، اعتماداً على صحيح البخاري بالدرجة الأولى، ثم باقى كتب الحديث إن لم يوجد في الصحيح.

ج\_ ترجمة الأعلام. من كتب التراجم، فإن تعذر ذلك فمن مواقع النت.

د\_ إحالات المصادر: المُؤلف\_ المُؤلف\_ البلد\_ رقم الطبعة\_ سنة الطباعة\_ الجزء\_ الصفحة.

في حالة عدم وجود الطبعة أو التاريخ يكتب: دط\_ دت.

في حال تكون الطبعة جديدة أو خاصة، يكتب: ط\_ ج\_ أو ط\_ خ.

في حال تكرار المصدر يكتب: المُؤلف\_ مصدر سابق\_ الصفحة.

في حال تكرار المصدر في نفس الصفحة يُكتب: المصدر نفسه\_ الصفحة.

في حال وجود مُؤلفين لمؤلف واحد، عند تكرار أحدهما يكتب المُؤلف\_ المُؤلف\_ مصدر سابق.

أما خطة البحث فكانت كالتالي:

الفصل الأول: حقيقة الأدلة الأصولية التبعية المختلف فيها.

المبحث الأول: مفهوم الاستحسان.

المطلب الأول: تعريف الاستحسان.

المطلب الثاني: حجية الاستحسان

المطلب الثالث: أنواع الاستحسان.

المطلب الرابع: الفرق بين الاستحسان و القياس.

المبحث الثاني: مفهوم سد الذرائع.

المطلب الأول: تعريف سد الذرائع.

المطلب الثاني: حجية سد الذرائع.

المطلب الثالث: أقسام الذرائع.

المطلب الرابع: الفرق بين الذرائع و الحيل.

المبحث الثالث: مفهوم الاستصحاب.

المطلب الأول: تعريف الاستصحاب.

المطلب الثاني: حجية الاستصحاب.

المطلب الثالث: أنواع الاستصحاب.

المطلب الرابع: القواعد المسببة عنه.

المبحث الرابع: مفهوم المصلحة المرسله.

المطلب الأول: تعريف المصلحة المرسله.

المطلب الثاني: حجية المصلحة.

المطلب الثالث: أقسام المصلحة المرسله.

المطلب الرابع: الفرق بين المصلحة و الاستحسان.

المبحث الخامس: مفهوم العرف.

المطلب الأول: تعريف العرف.

المطلب الثاني: حجية العرف.

المطلب الثالث: شروط العرف.

المطلب الرابع: أقسام العرف.

الفصل الثاني: أثر الأدلة المختلف فيها في الجنايات.

المبحث الأول: أثر الاستحسان في الجنايات.

المطلب الأول: وجوب الكفارة مع الغرة في الجنين.

المطلب الثاني: السرقة المشتركة.

المبحث الثاني: أثر سد الذرائع في الجنايات.

المطلب الأول: القصاص على من قتل حال سكره.

المطلب الثاني: قتل الجماعة بالواحد.

المبحث الثالث: أثر الاستصحاب في الجنايات.

المطلب الأول: وجوب الدية في الشعور.

المطلب الثاني: وجوب دية الجنين.

المبحث الرابع: أثر المصلحة في الجنايات.

المطلب الأول: مشاركة من لا قصاص عليه في القتل.

المطلب الثاني: الغرم على السارق.

المبحث الخامس: أثر العرف في الجنايات.

المطلب الأول: السرقة بين الزوجين.

المطلب الثاني: سرقة الأمتعة في الأسواق.

خاتمة

# الفصل الأول

مفهوم الأدلة الأصولية التبعية المختلف فيها

لدع الأئمة الأربعة

**تمهيد :**

أتناول في هذا الفصل تمهيدا للموضوع، حيث أدرجت فيه مفاهيم الأدلة الأصولية العقلية المختلف فيها، وتبيان حجيتها، وأهم ما تبنى عليه من أنواع وأقسام وشروط وقواعد.

و يحتوي هذا الفصل على خمسة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الاستحسان.

المبحث الثاني: مفهوم سد الذرائع.

المبحث الثالث: مفهوم الاستصحاب.

المبحث الرابع: مفهوم المصلحة المرسلّة.

المبحث الخامس: مفهوم العرف.

## المبحث الأول: مفهوم الاستحسان.

يعتبر الاستحسان خامس الأدلة المختلف فيها. وأداة الاستتباط عند غياب النصوص.

المطلب الأول: تعريف الاستحسان.

الفرع الأول: لغة.

الفرع الثاني: اصطلاحاً.

المطلب الثاني: حجية الاستحسان.

المطلب الثالث: أنواع الاستحسان.

المطلب الرابع: الفرق بين الاستحسان و القياس.

### المطلب الأول: تعريف الاستحسان.

تعددت تعريف الاستحسان بين المذاهب الأربعة، و سأذكر فيما يلي بعض ما اشتهر منها:

#### الفرع الأول: لغة.

\_هو عد الشيء و اعتقاده حسنا.<sup>1</sup>

#### الفرع الثاني: اصطلاحا عند المذاهب الأربعة.

##### أولا\_ تعريف الحنفية<sup>2</sup>:

\_قال الكرخي:<sup>3</sup> الاستحسان هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في نظائرها إلى خلافه لوجه هو أقوى، ويدخل فيه العدول عن حكم العموم إلى مقابلة للدليل المخصص، والعدول عن حكم الدليل المنسوخ إلى مقابلة الدليل الناسخ و ليس باستنساخ عندهم<sup>4</sup>.

وهو استحسان خفيت علته بالنسبة إلى قياس ظاهر متبادر، يعني أن يكون في المحل علة ظاهرة توجب له حكما إلحاقا بأصل ووصف آخر خفي يقتضي بإلحاقه بأصل آخر.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>الجرجاني\_التعريفات\_مكتبة لبنان\_ط ج\_1985\_ص18.

<sup>2</sup>الحنفية: ينسب هذا المذهب إلى الامام أبي حنيفة النعمان، نشأ في أوائل القرن 02 للهجرة، سنة 120 للهجرة.ينظر وحدة البحث العلمي بإدارة الإفتاء\_المذاهب الفقهية الأربعة\_إدارة الإفتاء\_الكويت\_ط01\_2015\_ص138\_183.

<sup>3</sup>الكرخي:مفتي العراق\_شيخ الحنفية\_أبو الحسن عبد الله بن الحسين بن دلال،البغدادي الكرخي الفقيه،سمع إسماعيل بن إسحاق القاضي،و محمد بن عبد الله الحضرمي،و طائفة،حدث عنه:أبو عمر بن حُويوه،و أبو حفص بن شاهين و غيره،انتهت إليه رئاسة المذهب،توفي رحمه الله في سنة أربعين و ثلاث مئة.ينظر:شمس الدين الذهبي\_سير أعلام النبلاء\_حققه إبراهيم الزبيق\_مؤسسة الرسالة\_بيروت\_ط03\_1985\_ج 15 ص426

<sup>4</sup>الأمدي\_الاحكام في أصول الأحكام\_دار الصمعي\_السعودية\_ط01\_2003\_ج04\_ص193.

<sup>5</sup>محمد الخضري\_أصول الفقه\_المكتبة التجارية الكبرى\_مصر\_ص 334.

### ثانياً: تعريف المالكية:<sup>1</sup>

قال ابن العربي<sup>2</sup>: أستحسن كذا و إنما معناه: أوثر ترك ما يقتضيه الدليل على طريق الاستثناء و الترخص بمعارضته ما يعارضه في بعض مقتضياته.<sup>3</sup> و هو الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي<sup>4</sup> كما ذكر محمد خويز منداد<sup>5</sup> أن معنى الاستحسان الذي ذهب إليه أصحاب مالك رحمه الله تعالى القول بأقوى الدليلين<sup>6</sup>.

### ثالثاً: تعريف الشافعية:<sup>7</sup>

الشافعية أبطلوا الاستحسان، قال الشافعي<sup>8</sup> رحمه الله تعالى: و إنما الاستحسان تلذذ.<sup>9</sup>

<sup>1</sup>المالكية: ينسب هذا المذهب إلى الإمام مالك بن أنس. تأسس سنة 110 للهجرة. ينظر وحدة البحث\_ مصدر سابق\_ص55\_71.

<sup>2</sup>ابن العربي: القاضي أبو بكر، محمد بن عبد الله بن محمد بن عبد الله ابن العربي الأندلسي الاشبيلي المالكي، صاحب التصنيف، سمع من خاله الحسن بن عمر الهوزني، و طائفة بالأندلس، و تفقه بالإمام أبي حامد الغزالي، و الفقيه أبي بكر الشاشي و غيرهما، صنف كتب من بينها كتاب "المحصول" في الأصول. ينظر شمس الدين الذهبي \_ مصدر سابق \_ج02ص198.

<sup>3</sup> ابن العربي\_المحصول في أصول الفقه\_ دار البيارق\_ لبنان\_ ط01\_1999\_ ص 132.

<sup>4</sup> الشاطبي\_الموافقات\_ دار ابن عفان\_ السعودية\_ ط01\_1997\_ ج05\_ص194.

<sup>5</sup> محمد بن أحمد بن عبد الله، تفقه على الأبهري، و له كتاب كبير في الخلاف و كتاب في أصول الفقه و كتاب في أحكام القرآن، و عنده شواذ عن مالك، و له اختيارات. ينظر: ابن فرحون المالكي\_الديباج المذهب\_ دار التراث\_ القاهرة\_ الجزء الثاني\_ص229.

<sup>6</sup>الباجي\_أحكام الفصول في أحكام الأصول\_ دار الكتب الوطنية\_ بنغازي\_ ط01\_2005\_ ص 936.

<sup>7</sup>الشافعية: ينسب إلى الإمام الشافعي، نشأ سنة 195 للهجرة. ينظر: وحدة البحث\_ مصدر سابق\_ص119\_137.

<sup>8</sup> الشافعي: محمد بن ادريس الشافعي، توفي سنة 204 للهجرة إليه ينسب المذهب الشافعي. ينظر التاريخ الكبير\_ البخاري\_ ط\_ دت\_ ج01\_ص42.

<sup>9</sup> الشافعي\_ الرسالة\_ مطبعة مصطفى و أولاده\_ مصر\_ ط01\_ص507.

رابعاً: تعريف الحنابلة<sup>1</sup>:

قال أبو الخطاب:<sup>2</sup> ومعنى الاستحسان أن بعض الأمارات تكون أقوى من القياس فيعدل إليها من غير أن يفسد القياس، وهذا راجع إلى تخصيص العلة.<sup>3</sup>

المطلب الثاني: حجية الاستحسان.

يرى مالك<sup>4</sup> و أبو حنيفة<sup>5</sup> أن الاستحسان معتبر في الأحكام،<sup>6</sup> و حكى عن أبي حنيفة أنه قال هو حجة<sup>7</sup>، و قال به أصحابه و كذا أحمد بن حنبل<sup>8</sup> و أنكره الباقر<sup>9</sup> و الأشهر عن الشافعي انكاره<sup>10</sup> مطلقاً<sup>11</sup>.

<sup>1</sup>الحنابلة: ينسب إلى المذهب الحنبلي، نشأ سنة 204 للهجرة. ينظر: وحدة البحث\_ مصدر سابق\_ص 138\_183.

<sup>2</sup> أبو الخطاب: شيخ الحنابلة\_ أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن حسن\_ بن حسن العراقي، الكلوزاني، ثم البغدادي، الأزجي، تلميذ القاضي أبي يعلى بن الفراء، مولده في سنة اثنتين و ثلاثين و أربع مئة، و سمع أبا محمد الجوهري و أبا علي محمد بن الحسين الجازري و غيره، روى عنه: ابن ناصر، و أبو المعمر الأنصاري و غيره، توفي في الثالث و العشرين من جمادى الآخرة سنة عشر و خمس مئة. ينظر: شمس الدين الذهبي\_ مصدر سابق\_ ج 19\_ ص 348.

<sup>3</sup>أئمة آل تيمية\_ المسودة في أصول الفقه\_ مطبعة المدني\_ السعودية\_ طبعة 1964\_ ص 453.

<sup>4</sup>مالك: مالك بن أنس، توفي سنة 179 للهجرة. إليه ينسب المذهب المالكي. ينظر: مالك حياته و آراؤه الفقهية\_ دار الفكر العربي\_ ط 02\_1952\_

<sup>5</sup>أبو حنيفة: بن ثابت الزوطي التيمي الكوفي\_ توفي سنة 150 هـ. ينظر: سير ج 06 ص 390\_403.

<sup>6</sup>الشاطبي\_ الاعتصام\_ مكتبة التوحيد\_ ج 03\_ ص 62.

<sup>7</sup>بن قدامة\_ روضة الناظر و جنة المناظر\_ دار المدني\_ جدة\_ ط 01\_1985\_ ص 85.

<sup>8</sup>أحمد بن حنبل: أحمد بن محمد بن طلال بن أسد بن ادريس، توفي سنة 241 للهجرة. ينظر: القاضي أبي يعلى\_ طبقات الحنابلة\_ مطبعة السنة المحمدية\_ القاهرة\_ ط 01\_ ص 4\_20.

<sup>9</sup>الآمدي الاحكام مصدر سابق ص 190\_191.

<sup>10</sup>ابن النجار\_ شرح الكوكب المنير\_ مكتبة العبيكان\_ الرياض\_ 1993\_ ج 04\_ ص 429.

<sup>11</sup>عبد القادر شيبية الحمد\_ إمتاع العقول\_ مكتبة الملك فهد\_ الرياض\_ ط 03\_2014\_ ص 71.

و احتج المثبتون له من القرآن الكريم :

\_ بقوله تعالى: ﴿ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ ﴾<sup>1</sup>

\_ و قوله تعالى: ﴿ وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ ﴾<sup>2</sup>

و من السنة النبوية الشريفة:

\_ روى عبد الله بن مسعود قال: "إن الله عز وجل نظر في قلوب العباد، فوجد قلب محمد صلى الله عليه و سلم خير قلوب العباد، فاصطفاه لنفسه، فابتعه برسالاته، ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد، فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد، فجعلهم وزراء نبيه، يقاثلون على دينه، فما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، و ما رأوا سيئاً، فهو عند الله سيء"<sup>3</sup>. و أنه على القول المختار ليس بتشريع من عند المجتهد بل هو متبع للدليل الخاص<sup>4</sup>.

### المطلب الثاني: أنواع الاستحسان.

أولاً\_ الاستحسان بالنص: أي ما كان مستنده النص، و هو أن يرد من الشارع نص خاص في جزئية يقتضي حكماً لها على خلاف الحكم الثابت لنظائرها بمقتضى القواعد العامة.<sup>5</sup>

ثانياً\_ الاستحسان بالقياس: فهو أن يعدل بالمسألة عن حكم القياس الظاهر المتبادر فيها إلى حكم مغاير بقياس آخر هو أدق و أخفى من الأول، و لكنه أقوى حجة، و أسد نظراً، و

<sup>1</sup> سورة الزمر\_ الآية 18.

<sup>2</sup> سورة الأعراف\_ الآية 55

<sup>3</sup> أخرجه الإمام أحمد\_ مسند الإمام أحمد\_ حققه: شعيب الأرنؤوط\_ مؤسسة الرسالة\_ ط\_ دت\_ ج\_ 06\_ ص\_ 84.

<sup>4</sup> عبد القادر شيبه الحمد\_ مصدر سابق\_ ص\_ 71.

<sup>5</sup> عبد الكريم زيدان\_ الوجيز في أصول الفقه\_ مؤسسة قرطبة\_ الرياض\_ ط\_ 06\_ 1976\_ ص\_ 233.

أصح استنتاجا منه. و هذا النوع من الاستحسان في الحقيقة إنما هو ترجيح لأحد الأقيسة عند تعدد وجوه القياس و تعارضها في المسألة الواحدة.<sup>1</sup>

**ثالثا\_ الاستحسان بالإجماع:** يتحقق هذا النوع من الاستحسان بإفتاء المجتهدين في حادثة ما، على خلاف القياس أو الأصل العام أو القاعدة المقررة في أمثالها، أو بسكوتهم و عدم إنكارهم ما يفعله الناس إذا كان فعلهم مخالفا للقياس أو الأصل المقرر.<sup>2</sup>

**رابعا\_ استحسان الضرورة<sup>3</sup>:** فهو ما خولف فيه حكم القياس نظرا إلى ضرورة موجبة أو مصلحة مقتضية، سدا للحاجة أو دفعا للرجح.<sup>4</sup>

**خامسا\_ الاستحسان بالعرف:** يتحقق هذا النوع في الجزئيات التي يتعارف الناس فيها تصرفا ما و يعتادونه مع مخالفته للأقيسة أو القواعد المقررة.<sup>5</sup>

**سادسا\_ الاستحسان بالمصلحة:** و يقصد أن الداعي إلى إخراج جزئية ما عن حكم القياس أو القاعدة هو المصلحة التي يتحقق بها رفع الحرج عن الناس و تيسير معاملاتهم. و لم يذكر علماء الأصول من الأحناف هذا النوع من الاستحسان، و إنما ورد في كتب المالكية، و لكن جزئيات فقهم تشهد لذلك بالاعتبار.<sup>6</sup>

**سابعا\_ الاستحسان بنزارة الشيء و تفاهته:** و الجزئيات في هذا النوع تخرج عن القياس بسبب كونها يسيرة و تافهة، فيكون إخضاعها لحكم القياس أو القاعدة جلبا للمشقة فإيثارا

<sup>1</sup> مصطفى الزرقا\_ المدخل الفقهي العام\_ دار القلم\_ دمشق\_ ط01\_ 1998\_ ج01\_ ص88.

<sup>2</sup> يعقوب الباحسين\_ رفع الحرج في الشريعة الإسلامية\_ مكتبة الرشد\_ الرياض\_ ط04\_ 2001\_ ص311.

<sup>3</sup> ابن الملك\_ شرح منار الأنوار في أصول الفقه\_ دار الكتب العلمية\_ بيروت\_ ص285.

<sup>4</sup> مصطفى الزرقا\_ مصدر سابق\_ ص90.

<sup>5</sup> يعقوب الباحسين\_ مصدر سابق\_ ص315.

<sup>6</sup> المصدر نفسه\_ ص317.

للتوسعة على الخلق و رفعا للخرج عنهم تساهلوا فيها. و قالوا أن مالكا بالغ فيه و أمعن، على أن الفقه الحنفي لا يخلو من استحسانات من هذا القبيل.<sup>1</sup>

ثامنا\_الاستحسان بمراعاة خلاف العلماء: و هو أصل في مذهب مالك يبني عليه مسائل كثيرة.<sup>2</sup>

و ذكر ابن العربي نوعين آخرين: ترك الدليل لإجماع أهل المدينة و ترك الدليل للتيسير لرفع المشقة.<sup>3</sup>

#### المطلب الثالث: الفرق بين الاستحسان والقياس.<sup>4</sup>

استنبط الفقهاء بعض الفروق بين كل من الاستحسان و القياس، من بينها:

أ. الاستحسان يقتضي أن يكون للمسألة التي يحكم بها نظائر، و لكنها تستثنى من حكم نظائرها و تختص بحكمها لدليل أقوى يوجب ذلك، و أما القياس فله نظير و هو الأصل الثابت حكمه بالنص أو الإجماع يقاس على طريق المساواة، لوجود معنى مشترك بين الفرع و الأصل.

ب. يشترط في العمل بالقياس أن لا يكون الحكم الذي ثبت به ثابتا بنص أو إجماع بخلاف الاستحسان.

ت. القياس إنما يتم عن طريق الإلحاق بخلاف الاستحسان فإنه يتم عن طريق الإخراج. المصلحة التي بني عليها الحكم في القياس و ثبت كونها علة له قام الدليل المعني على اعتبارها، فهي من المصالح المعتمدة عند الشارع بخلاف الاستحسان فإن المصلحة

<sup>1</sup> المصدر نفسه ص 318

<sup>2</sup> الشاطبي\_الاعتصام\_دار ابن الجوزي\_السعودية\_ط01\_2008\_ج03\_ص56.

<sup>3</sup> ابن العربي\_مصدر سابق\_ ص 131.

<sup>4</sup> فاديغا موسى\_أصول فقه الإمام مالك أدلته العقلية\_دار التدمرية\_الرياض\_ج01\_ص 344.

التي بني عليها الحكم قد تكون معتبرة، و قد تكون من المصالح التي لم يوجد دليل معين على اعتبارها و لا على إلغائها، و إنما شهد لحسنها شاهد فهي ملائمة لمقصود الشارع  
ث\_ الاستحسان قياس خفي في مواجهة قياس جلي. إذن الاستحسان بمثابة استثناء.

## المبحث الثاني: مفهوم سد الذرائع.

أحد أصول الفقه المختلف فيها، وقد تجلى العمل بها في جوانب عديدة من الفقه.

المطلب الأول: تعريف سد الذرائع.

الفرع الأول: لغة.

الفرع الثاني: اصطلاحاً عند المذاهب الأربعة.

المطلب الثاني: حجبية سد الذرائع

المطلب الثالث: أقسام الذرائع.

المطلب الرابع: الفرق بين الذرائع و الحيل.

المطلب الأول: تعريف سد الذرائع.

الفرع الأول: لغة.

\_السد: إغلاق الخلل.<sup>1</sup> الذريعة: الوسيلة، و هي السبب إلى الشيء.<sup>2</sup>

الفرع الثاني: تعريف سد الذرائع اصطلاحا عند المذاهب الأربعة.

أولا\_ تعريف الحنفية:

\_الذرائع في لغة الشرعيين ما يكون طريقا لمحرّم أو لمحلل، فإنه يأخذ حكمه، فالطريق إلى الحرام حرام، و الطريق إلى المباح مباح.<sup>3</sup> فالوسيلة إلى الشيء حكمها حكم ذلك الشيء<sup>4</sup>

ثانيا\_ تعريف المالكية:

\_هي منع المأذون فيها المفضية إلى الممنوع شرعا إفضاء ظنيا، ترجيحا لفساد المال على مصلحة الوسيلة في اقتضائها الأصلي.<sup>5</sup> فهي حسم مادة الفساد بقطع وسائله.<sup>6</sup>

ثالثا\_ تعريف الشافعية: لم تذكر كتبهم تعريفا لسد الذرائع.

<sup>1</sup> ابن منظور\_لسان العرب\_ دار صادر\_بيروت\_ دط\_ دت\_ ج\_03\_ص207.

<sup>2</sup> ابن منظور\_المصدر نفسه\_ ج\_08\_ص96.

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة\_أصول الفقه\_ دار الفكر العربي\_ دط\_ دت\_ ص288.

<sup>4</sup> الكاساني\_بدائع الصنائع\_الجزء السابع\_ دط\_ دت\_ ص106

<sup>5</sup> حاتم باي\_الأصول الاجتهادية التي يبني عليها المذهب المالكي\_إصدار الوعي

الإسلامي\_ ط\_01\_2011\_ص432\_433.

<sup>6</sup> ابن جزى\_تقريب الوصول إلى علم الأصول\_ المدينة المنورة\_ ط\_03\_2002\_ص415.

## رابعاً\_تعريف الحنابلة:

\_هي الطريقة التي تكون في ذاتها جائزة، ولكنها توصل إلى ممنوع، فليست هي المقصودة في نفسها إنما المقصود ما توصل إليه<sup>1</sup>، و هي ما ظاهرها مباح و يتوصل به إلى محرم<sup>2</sup>.

## المطلب الثاني: حجية سد الذرائع.

سد الذرائع من الأدلة التي قال بها المالكية و الحنابلة، ونقل عن الشافعية والحنفية، و قرر بعض العلماء أن الأخذ بسد الذرائع متفق عليه بين الأئمة، و من قرر ذلك القرافي، حيث قال مالك لم ينفرد بذلك، بل كل أحد يقول بها و لا خصوصية للمالكية بها إلا من حيث زيادتهم فيها<sup>3</sup>. فما يشمله هذا الباب مقر في الفقه الحنفي و الشافعي<sup>4</sup>، قال القرافي: "و ليس سد الذرائع من خواص مذهب مالك كما يتوهمه كثير من المالكية"<sup>5</sup> و قوله: "و يحكى عل المذهب المالكي اختصاصه بسد الذرائع و ليس كذلك".<sup>6</sup> فقاعدة سد الذرائع متفق عليها في الجملة.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> عبد الله التركي\_أصول مذهب الإمام أحمد\_مؤسسة الرسالة\_ط03\_1990\_ص

<sup>2</sup> ابن النجار\_مختصر التحرير في أصول الفقه\_دار الأرقم\_السعودية\_ط01\_2000\_ص238.

<sup>3</sup> محمد اليوبي\_مقاصد الشريعة الإسلامية\_دار الهجرة\_السعودية\_ط01\_1998\_ص575.

<sup>4</sup> أبو زهرة\_مصدر سابق\_ص287.

<sup>5</sup> القرافي\_الفروق\_عالم الكتب\_بيروت\_ط\_دت\_ج02\_ص32.

<sup>6</sup> المرجع نفسه ج3ص266.

<sup>7</sup> الشاطبي\_الموافقات\_ج05\_ص185

## المطلب الثالث: أقسام الذرائع.

يمكن تقسيم الذرائع بالمعنى العام إلى قسمين<sup>1</sup>:

أولا\_ الذرائع التي تقضي إلى المصلحة، و هذه على نوعين:

النوع الأول: أن تكون الذريعة و الوسيلة مصلحة\_أيضا\_ بحد ذاتها: و عندها تكون مطلوبة أو مباحة حسب قوة و حال ما تؤدي إليه: فإن كان مباحا فمباحة، و إن كان مندوبا فمندوبة، و إن كان واجبا فواجبة.

النوع الثاني: أن تكون الذريعة المفضية إلى المصلحة مفسدة في حد ذاتها، ففي هذه الحالة تكون الوسيلة ممنوعة، و إن كانت تؤدي إلى مصلحة، لأن الغاية لا تبرر الوسيلة في الإسلام، إلا إذا رافقتها ضرورة ملجئة، فتباح بقدر الضرورة، عملا بقاعدة:الضرورات تبيح المحضورات، و الضرورات تقدر بقدرها.

و هذا موضع اتفاق لدى العلماء، و هو الذي تؤيده الأدلة الشرعية الإجمالية و التفصيلية، و تشهد له نصوص الكتاب و السنة، و يؤيده العقل، و عليه إجماع المسلمين.

ثانيا\_ الذرائع المفضية إلى الفساد، و هذا القسم أيضا على نوعين:

النوع الأول: أن تكون الذريعة مفسدة في حد ذاتها، و تقضي إلى المفسدة بطبعها، و لا خلاف في أن هذا النوع محظور، على وجه الكراهة أو الحرمة، بحسب مقدار المفسدة فيه، و إلى هذا النوع أشار ابن القيم حيث قال: الفعل أ، القول المفضي المفسدة قسما: أحدهما، أن يكون وضعه للإفضاء إليها، فهذه أفعال و أقوال وضعت مفضية لهذه المفسد و ليس لها ظاهر غيرها.

<sup>1</sup> مصطفى البغا\_ أثر الأدلة المختلف فيها\_ دار الإمام البخاري\_ دمشق\_ دط\_ دت\_ ص568\_569.

ثم ذكر أن الشريعة جاءت بالمنع من هذا القسم من الوسائل كراهة أو تحريماً، بحسب درجاته فيما يؤدي إليه من المفسدة.

النوع الثاني: أن تكون الذريعة المؤدية إلى المفسدة مصلحة في حد ذاتها و مشروعاً، و هذا النوع من الذرائع على مراتب، حسب نسبة المفسدة التي قد تقضي إليها، و اعتبار قصد الفاعل للمفسدة و عدمه، و بالتالي: يختلف النظر الفقهي إليها سداً و فتحةً.

#### المطلب الرابع: الفرق بين الذرائع و الحيل:

بين الذرائع و الحيل تشابه كبير، ففي كل منهما تقديم عمل ظاهر الجواز إلا أن الذريعة تشتمل على قصد مرتكبها، و قد تحصل بدون قصد منه، إلا أن الحيلة لا بد فيها من قصد المكلف لإبطال الحكم الشرعي، و على ذلك تكون الذرائع أعم من الحيل.

بعض أنواع الحيل يطابق الذرائع. بمعناها العام فتكون جائزة.

و الخلاصة: أن الوسيلة المباحة إن قصد بها التوصل إلى المفسدة سميت "حيلة" و "ذريعة"، و إن لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة لكنها مفضية إليها غالباً أو كثيراً سميت ذريعة.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> فاديغا موسى\_مصدر سابق\_ص 596\_600.

## المبحث الثالث: مفهوم الاستصحاب.

ينبغي للمجتهد الإمام بالأدلة و الأحكام و مختلف العلوم ليتمكن من إعمال الاستصحاب في استنباط الأحكام.

المطلب الأول: تعريف الاستصحاب.

الفرع الأول: لغة.

الفرع الثاني: اصطلاحاً عند المذاهب الأربعة.

المطلب الثاني: حجية الاستصحاب.

المطلب الثالث: أنواع الاستصحاب.

المطلب الرابع: القواعد المسببة عنه.

## المطلب الأول: تعريف الاستصحاب

## الفرع الأول: لغة.

\_الاستصحاب مصدر سحب و الصاد و الحاء و الباء أصل واحد يدل على مقارنة شيء و مقارنته، و كل شيء لازم شيئاً فقد استصحبه<sup>1</sup>. و استصحبت الحال إذا تمسكت بما كان ثابتاً كأنك جعلت تلك الحالة مصاحبة غير مفارقة<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني: الاستصحاب اصطلاحاً عند المذاهب الأربعة.

## أولاً\_تعريف الحنفية:

\_هو الحكم بثبوت أمر في الزمان الأول أو هو التمسك بالحكم الثابت في حال البقاء لعدم الدليل المغير أو هو الحكم ببقاء أمر تحقق و لم يظن عدمه، فالاستصحاب دليل يتمسك به لإثبات حكم في الزمان الحاضر بناء على أنه كان ثابتاً في الزمان الماضي ما لم يوجد دليل يغير ما كان ثابتاً<sup>3</sup>.

## ثانياً\_تعريف المالكية:

\_معناه أن اعتقاد كون الشيء في الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوته في الحال أو الاستقبال<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> بن فارس بن زكرياء\_معجم مقاييس اللغة\_دار الفكر\_دط\_1972\_ج03\_ص335.

<sup>2</sup> أحمد الفيومي\_المصباح المنير\_دار المعارف\_ط02\_دت\_ص333.

<sup>3</sup> أحمد حوى\_المدخل إلى مذهب الإمام أبي حنيفة\_دار الأندلس

الخضراء\_جدة\_ط01\_2002\_ص223.

<sup>4</sup> القرافي\_شرح تنقيح الفصول\_دار الفكر\_بيروت\_ط ج\_2004\_ص

## ثالثا\_تعريف الشافعية:

\_معنى الاستصحاب هو أن الحكم الفلاني قد كان و لم يظن عدمه،و كل ما كان كذلك فهو مظنون البقاء.<sup>1</sup>

## رابعا\_تعريف الحنابلة:

\_الحكم على شيء في الزمن الثاني بما قد حكم له به من قبل إلى أن يثبت الدليل على التغيير<sup>2</sup>أو كما قال ابن القيم استدامة إثبات ما كان ثابت أو نفي ما كان منفيًا أي بقاء الحكم نفيًا و إثباتًا حتى يقوم دليل مغير<sup>3</sup>.

## المطلب الثاني: حجة الاستصحاب.

\_الاستصحاب حجة<sup>4</sup> عند جمهور العلماء من المالكية و الحنابلة و الشافعية خلافا للحنفية<sup>5</sup> فذهب الجمهور إلى أنه حجة لأن ثبوت الحكم في الزمن الأول من غير ظهور مزيل يجعل ظن بقاءه راجحا و الظن الراجح يحتج به فيكون استصحاب الحكم حجة و ذهب الحنفية إلى أن استصحاب الحكم ليس بحجة لأن الحكم كما يحتاج إلى الدليل في الزمن الأول يقينا فلا يرتفع في الزمن الثاني إلا بيقين<sup>6</sup> و ذهب بعض الحنفية إلى تفصيل فقالوا الاستصحاب ليس بحجة إلا فيما دل الدليل على ثبوته و دوامه بشرط عدم المغير فهو في الحقيقة مردود إلى

<sup>1</sup> تاج الدين السبكي\_جمع الجوامع في أصول الفقه\_دار الكتب العلمية\_بيروت\_ط03\_2002\_ص223.

<sup>2</sup> عبد الله التركي\_مصدر سابق\_ص415.

<sup>3</sup> أبو زهرة\_مصدر سابق\_ص296.

<sup>4</sup> السبكيان\_الابهاج في شرح المنهاج\_دار الكتب العلمية\_بيروت\_ط01\_1984\_ج03\_ص168.

<sup>5</sup> أحمد الجاربردي\_السراج الوهاج في شرح المنهاج\_دار المعراج

الدولية\_الرياض\_ط03\_1998\_ج02\_ص

<sup>6</sup> عبد القادر شيبية الحمد\_مصدر سابق\_ص73.

ما به ثبت الأصل باستمراره و ليس راجعا إلى عدم العلم بالدليل، بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المغير أو مع ظن انتفاء المغير عند بذل الجهد في البحث و الطلب<sup>1</sup>

### المطلب الثالث: أنواع الاستصحاب.

01\_ استصحاب البراءة الأصلية<sup>2</sup>: يطلق و يراد بها حكم للعقل بأن الأشياء النافعة التي ليست بضرورية و لا يدرك للعقل فيها قبها،و لم يرد عن الشارع فيها حكم مباح،و قد يراد بها حكم الشرع بأن هذه الأشياء مباحة ما لم يرد نص حاضر أو موجب<sup>3</sup> و هو المراد عند إطلاق لفظ الاستصحاب<sup>4</sup> و استصحاب العدم الأصلي هو نفي ما نفاه العقل و لم يثبت به الشرع<sup>5</sup>.

02\_ استصحاب الحال<sup>6</sup>: يعبر عنه بأن الأصل في كل حادثة تقديره في أقرب زمن<sup>7</sup> و حقيقته التمسك بدليل عقلي أو شرعي لم يظهر عنه ناقل<sup>8</sup> فاستصحاب حكم شرعي<sup>9</sup> هو

<sup>1</sup> محمد الخصري\_ مصدر سابق\_ص 356.

<sup>2</sup> الغزالي\_ المستصفي\_ تحقيق حمزة حافظ\_ المدينة المنورة\_ الجزء 02\_ دط\_ دت\_ ص 405.

<sup>3</sup> محمد الخصري\_ مصدر سابق\_ ص 353.

<sup>4</sup> البغدادي\_ تيسير الوصول إلى علم الأصول\_ دار ابن الجوزي\_ السعودية\_ ط04\_ 1431 هـ\_ ص 309.

<sup>5</sup> تاج الدين السبكي\_ جمع الجوامع في أصول الفقه\_ مصدر سابق\_ ص 108.

<sup>6</sup> أبو المظفر المروزي\_ القواطع في أصول الفقه\_ دار الفاروق\_ عمان\_ ط01\_ 2011\_ المجلد

01\_ ص 673

<sup>7</sup> جمال الدين الإسنوي\_ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول\_ مؤسسة الرسالة\_ بيروت\_ ط

02\_ 1981\_ ص 492

<sup>8</sup> سليمان الطوفي\_ البلبل في أصول الفقه\_ مكتبة الإمام الشافعي\_ الرياض\_ ط02\_ 1410\_ ص 138

<sup>9</sup> الشريف التلمساني\_ مفتاح الوصول\_ مؤسسة الريان\_ بيروت\_ ط01\_ 1998\_ ص 647.

استصحاب الشرع على ثبوته و دوامه<sup>1</sup> لوجود سببه<sup>2</sup>، و استصحاب الحكم العقلي هو كل حكم عُرف وجوبه أو امتناعه و حسنه أو قبحه بمجرد العقل<sup>3</sup>

03\_ استصحاب حال الإجماع<sup>4</sup>: و هو أن تجتمع الأمة على حكم<sup>5</sup> في محل النزاع في حالة ثم تتغير صفة المجمع عليه.<sup>6</sup>

04\_ الاستصحاب المقلوب: هو الاستدلال بثبوت أمر في الزمن الحاضر على ثبوته في الزمن الماضي لعدم ما يصلح التغيير من الأول إلى الثاني<sup>7</sup>

05\_ استصحاب العموم: و هو أن يكون عندنا دليل عام فنستصحب أن الأصل هو العمل بعموم هذا النص حتى يردنا دليل دليل يخص ذلك الدليل العام<sup>8</sup> و أما النص فهو دليل عل دوام الحكم بشرط ألا يرد نسخ كما دل العقل على البراءة الأصلية بشرط ألا يرد سمع مغير، و هذا يجب العمل به إجماعاً<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> الباجي\_الإشارة\_ دار النشائر الإسلامية\_ دط\_ دت\_ ص322

<sup>2</sup> الفيروز آبادي\_ التبصرة في أصول الفقه\_ دار الفكر\_ دمشق\_ دط\_ دت\_ ص526.

<sup>3</sup> أحمد حوى\_ مصدر سابق\_ ص

<sup>4</sup> تاج الدين السبكي\_ تشنيف المسامع بجمع الجوامع\_ دار الكتب

العلمية\_ بيروت\_ ط01\_ 2000\_ ج02\_ ص145.

<sup>5</sup> الشثري\_ شرح رسالة العكبري\_ كنوز اشبيليا\_ الرياض\_ ط01\_ 2007\_ ص169.

<sup>6</sup> عبد الكريم النملة\_ إتحاف ذوي البصائر\_ دار العاصمة\_ السعودية\_ ط01\_ 1996\_ ج04\_ ص205.

<sup>7</sup> عبد الحميد الرفاعي\_ الشرح الوسيط على متن الورقات\_ دار الصمعي\_ السعودية\_ ط01\_ 2006\_

ص197\_198.

<sup>8</sup> صفي الدين القطيعي\_ شرح كتاب قواعد الأصول و معاهد الفصول\_ دط\_ 2006\_ ص341.

<sup>9</sup> أبي المعالي الجويني\_ التلخيص في أصول الفقه\_ تحقيق عبد الله النيبالي، شبير العمري\_ مكتبة دار

الباز\_ مكة\_ ط01\_ 1996\_ ج03\_ ص128

المطلب الرابع : القواعد المسببة عليه.

الفرع الأول: الأصل في الأشياء الإباحة.

فالأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم.<sup>1</sup>

الفرع الثاني: الأصل لإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته.

الأصل في الحوادث أن يحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر إذا لم يتضمن الحكم بحدوثها للحال نقض ما هو ثابت، لأن الحكم بحدوثها لأقرب ما ظهر ثابت باستصحاب الحال لا بدليل أوجب الحدوث للحال، و الثابت باستصحاب الحال لا يصلح لنقض ما هو ثابت.<sup>2</sup>

الفرع الثالث: الأصل إبقاء ما كان على ما كان.

الأصل إبقاء ما كان على ما كان، و هذه القاعدة جاءت بمعنى الاستصحاب نفسه، و لكنها عبرت عنه بصيغتها المذكورة.<sup>3</sup>

الفرع الرابع: اليقين لا يزول بالشك.

الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أنه متى عُرف ثبوت الشيء من طريق الإحاطة و التيقن لأي معنى كان فهو على ذلك ما لم يتيقن بخلاف.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> السيوطي\_الأشباه و النظائر\_ دار الكتب العلمية\_ لبنان\_ ط1\_01\_1983

<sup>2</sup> أحمد الزرقا\_ شرح القواعد الفقهية\_ دار القلم\_ دمشق\_ ط2\_02\_1989\_ ص126.

<sup>3</sup> يعقوب الباحسين\_ القواعد الفقهية\_ مكتبة الرشد\_ الرياض\_ ط1\_01\_1998\_ ص

<sup>4</sup> محمد البورنو\_ الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية\_ الرسالة\_ بيروت\_ ط4\_04\_1996\_ ص166.

## الفرع الخامس: الأصل براءة الذمة.

القاعدة المستمرة أن الله بريء الذمة من وجوب شيء أو لزومه و كونه مشغول الذمة خلاف الأصل لأن المرء يولد خالياً من كل دين أو التزام أو مسؤولية، و كل شغل لذمته بشيء من الحقوق إنما يطرأ بأسباب عارضة بعد الولادة و الأصل في الأمور العارضة العدم.<sup>1</sup>

## الفرع السادس: الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته.

أي الحادث يحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات و أوماً إليها الحصري: إن الحكم متى ثبت و قد ثبت سبق سببه يُحال إلى السبب السابق.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> صالح السدلان\_ القواعد الفقهية الكبرى\_ دار بلنسية\_ الرياض\_ ط1\_ 01\_ 1417\_ ص148.

<sup>2</sup> المرجع نفسه\_ ص148.

## المبحث الرابع: تعريف المصالح المرسلّة.

المصالح المرسلّة تبين أن الله سبحانه وتعالى لم يشرع حكماً إلا لمصلحة العباد.

المطلب الأول: تعريف المصالح المرسلّة.

الفرع الأول: لغة.

الفرع الثاني: تعريف المصالح المرسلّة اصطلاحاً عند الفقهاء الأربعة.

المطلب الثاني: حجية المصلحة المرسلّة.

المطلب الثالث: أقسام المصلحة.

المطلب الرابع: الفرق بين المصلحة والاستحسان.

المطلب الأول: تعريف المصالح المرسلّة.

الفرع الأول: لغة.

المصلحة: من الصلاح و المنفعة.<sup>1</sup> و المرسلّة: أي المطلقة.<sup>2</sup>

الفرع الثاني: تعريف المصلحة المرسلّة اصطلاحاً عند الفقهاء الأربعة.

أولاً تعريف الحنفية:

ما لم يشهد نص معين من الشرع باعتباره و لا بإلغائه و سمي هذا القسم المصلحة المرسلّة أو الاستصلاح، وإنما كانت مرسلّة لأنها أطلقت فلم يرد في نص الشرع اعتبارها و لا إلغائها<sup>3</sup>

ثانياً تعريف المالكية:

هي المصالح التي لا يشهد لها أصل بالاعتبار في الشرع و إن كانت على سنن المصالح و تلقنتها العقول بالقبول.<sup>4</sup> و لا بالإلغاء فهي مصالح مسكوت عنها، و المراد بالاعتبار في هذا التقسيم هو الاعتبار الخاص أي لم ترد شواهد خاصة باعتبار هذه المصلحة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> مجمع اللغة العربية\_معجم الوسيط\_مكتبة الشروق الدولية\_مصر\_ط04\_04\_2004.ص520

<sup>2</sup> محمد البركتي\_التعريفات الفقهية\_دار الكتب العلمية\_بيروت\_ط01\_01\_2003\_ص36.

<sup>3</sup> عبد القادر شيبية\_مصدر سابق\_ص

<sup>4</sup> الإيجي\_شرح العضد\_دار الكتب العلمية\_بيروت\_ط01\_01\_2000\_ص373.

<sup>5</sup> حاتم باي\_مصدر سابق\_ص

## ثالثا\_تعريف الشافعية:

\_هي حكم لم يشهد له أصل من الشرع<sup>1</sup> بالاعتبار و لا بالإلغاء،<sup>2</sup> بأن لا يرد عن الشارع أمر بجلبها و لا نهى عنها بل سكت عنها.<sup>3</sup> و سمي استصلاحا و مصلحة لما فيه من المصلحة التي اشتمل عليها الوصف المناسب و سمي مرسلا لإرساله أي لإهماله عن دليل الاعتبار و دليل الإلغاء.<sup>4</sup> فالاستصلاح هو إتباع المصلحة المرسله من جلب المصلحة منفعة أو دفع مضرة من غير أن يشهد لها أصل شرعي.<sup>5</sup>

## رابعا\_تعريف الحنابلة:

\_هي التي لم يشهد لها الشارع بالاعتبار و لا بالإبطال و تكون في الوقائع المسكوت عنها و ليس لها نظير منصوص على حكمه حتى نقيسها عليه وفيها وصف مناسب لتشريع حكم معين من شأنه أن يحقق منفعة أو يدفع مفسدة.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> شمس الدين الأصفهاني\_بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب\_ج03\_ص287.

<sup>2</sup> الأصفهاني\_شرح المنهاج للبيضاوي\_مكتبة الرشد\_الرياض\_ط01\_1999\_ج01\_ص763.

<sup>3</sup> الأرموي\_الحاصل من المحصول\_جامعة قار يونس\_بنغازي\_دط\_1994\_ص

<sup>4</sup> محمد الشنقيطي\_نثر البنود\_دار ابن حزم\_بيروت\_ط03\_2002\_ص505.

<sup>5</sup> صفي الدين القطيعي\_مصدر سابق\_ص

<sup>6</sup> أبي الحسن البعلي\_شرح المختصر في أصول الفقه\_كنوز اشبيليا

\_السعودية\_ط01\_2007\_ص705.

المطلب الثاني: حجة المصلحة المرسلّة.<sup>1</sup>

المذهب الأول: ليس بحجة مطلقاً، عزاه بعض الشافعية<sup>2</sup> للأكثرين، و هو مذهب القاضي أبي بكر بن الباقلاني المالكي<sup>3</sup>، و حكاه ابن برهان<sup>4</sup> عن الشافعي.

المذهب الثاني: حجة مطلقاً حكاه بعض الشافعية عن مالك و حكاه بعض الشافعية قولاً قديماً عن الشافعي.

المذهب الثالث: إن كانت المصلحة ملائمة لأصل كلي من أصول الشرع قُبلت و إلا فلا نسبة ابن الجويني<sup>5</sup> إلى الشافعي و معظم الحنفية و هذا هو مذهب مالك و الشافعي.

المذهب الرابع: قبول المصلحة المرسلّة إن كانت في رتبة الضرورة أو الحاجة لا إن وقعت في رتبة التحسين و التزيين، و هذا ما ذهب إليه الغزالي في كتاب شفاء العليل غير أن المذهب المعتمد عنده ما سبق.

<sup>1</sup> حاتم باي\_مصدر سابق\_ص 100.

<sup>2</sup> كالزركشي و التاج السبكي.

<sup>3</sup> أبي البكر بن الباقلاني: محمد بن الطيب بن محمد بن جعفر بن قاسم، حدث عنه: الحافظ أبو ذر الهَرَوِي وغيره، توفي سنة 403هـ. ينظر: شمس الدين الذهبي\_مصدر سابق\_ج 17\_ص 190\_193.

<sup>4</sup> ابن برهان: أبو القاسم عبد الواحد بنلي بن برهان العُكبري، سمع من أبي عبد الله بن بطة، توفي سنة 456هـ. ينظر: شمس الدين الذهبي\_مصدر سابق\_ج 18\_ص 124\_125.

<sup>5</sup> الجويني: أبو المعالي الجويني، عبد الله بن حيويه، الجويني النيسابوري، ضياء الدين الشافعي، ولد سنة 419هـ، سمع من أبيه و غيره، روى عنه: أبو عبد الله الغُرَاوِي و غيره، توفي 478هـ. ينظر شمس الدين الذهبي\_مصدر سابق\_ج 18\_ص 468\_476.

المذهب الخامس: التفريق بين العبادات و المعاملات، فنُقِبل المصلحة المرسله في المعاملات دون العبادات و هذا مذهب و الشاطبي<sup>1</sup> و نسبه إلى المالكي.

المذهب السادس: قالوا إن كانت تلك المصلحة ضرورية قطعية كلية كانت معتبرة، فإن فات أحد هذه الثلاثة لم تعتبر و اختار هذا الغزالي<sup>2</sup> في المستصفي و البيضاوي<sup>3</sup> و غيرهما.<sup>4</sup>

### المطلب الثالث: أقسام المصالح.

01\_ مصلحة درء المفساد: أو المعروفة بالضرورة.<sup>5</sup> و هي الأعمال و التصرفات التي لا بد منها في قيام مصالح الدين و الدنيا، و صيانة مقاصد الشريعة، بحيث إذا فقدت أو فقد بعضها لم تجر المصالح على استقامة، بل تنهار الحياة الإنسانية، أو تختل و تفسد<sup>6</sup>

02\_ ما وقع في محل الحاجة: يسمى حاجيا و مصلحيا، و ضابطه أنه مفتقر إليه من حيث التوسعة، و رفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج و المشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا

<sup>1</sup> الشاطبي: أبو محمد و أبو القاسم، بن فيرة، بن خلف، بن أحمد الرعيني الأندلسي الشاطبي، ولد سنة 538هـ، حدث عنه أبو الحسن بن خيرة و غيره توفي 530هـ. ينظر: شمس الدين الذهبي\_مصدر سابق\_ج 21\_ص 263.

<sup>2</sup> الغزالي: زين الدين أبو حامد محمد بن محمد بن أحمد الطوفي الشافعي الغزالي 450هـ. ينظر: شمس الدين الذهبي\_مصدر سابق\_ ج 19\_ص 322\_327.

<sup>3</sup> البيضاوي: أبو الفتح عبد الله بن محمد بن محمد بن البيضاوي الفارسي ثم البغدادي الحنفي، سمع أبا جعفر بن المسلمة و غيره، و عنه السمعاني و غيره. ينظر: شمس الدين الذهبي\_مصدر سابق\_ ج 20\_ص 182.

<sup>4</sup> الشوكاني\_إرشاد الفحول\_دار الفضيلة\_الرياض\_ط 01\_2000\_ج 01\_ص 991

<sup>5</sup> الغزالي\_مصدر سابق\_ ج 02\_ص 263.

<sup>6</sup> مصطفى ديب البغا\_مصدر سابق\_ص 29.

لم تراع دخل على المكلفين على الجملة الحرج و المشقة و لكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة.<sup>1</sup>

03\_ ما وقع في مرتبة التحسينات: التحسين ضابطه الأخذ بما يليق من المحاسن و بأنه أصحاب العقول الراجحة و يجتمع ذلك في مكارم الأخلاق.<sup>2</sup>

المطلب الرابع: الفرق بين المصلحة و الاستحسان.<sup>3</sup>

المصلحة تجري في واقعة ليس لها نظير في الشرع تقاس عليه، و إنما يثبت الحكم فيها ابتداءً، و الاستحسان استثناء جزئية معينة بدليل من حكم نظرائها، و قد يكون له أصل يقاس عليه، يقول القرافي<sup>4</sup>: الاستحسان أخص لأننا نشترط فيه أن يكون له معارض مرجوح و يرجح الاستحسان عليه.

\_المرسلة تجري فيما يعقل معناه بخلاف الاستحسان فإنه يدخل في جميع الأحكام سواء كان الحكم معقول المعنى أو غير معقول.

<sup>1</sup>أبي القاسم بن جزي\_تقريب الوصول إلى علم الأصول\_تحقيق:محمد الشنقيطي\_المدينة المنورة\_ط02\_2002\_ص 411.

<sup>2</sup>المصدر نفسه\_ص411.

<sup>3</sup>فاديغا موسى\_مصدر سابق\_ص 345

<sup>4</sup>القرافي:

## المبحث الخامس: مفهوم العرف.

العرف هو الدليل الذي يتمشى و اختلاف الأمكنة، كما يراعي التباين فلا يتكلف العبد فوق طاقته، وإنما يُرغب في الخضوع لتعاليم الدين الإسلامية.

المطلب الأول: تعريف العرف.

الفرع الأول: لغة.

الفرع الثاني: اصطلاحاً عند المذاهب الأربعة.

المطلب الثاني: حجية العرف.

المطلب الرابع: شروط العرف.

المطلب الخامس: أقسام العرف.

المطلب الأول: تعريف العرف.

الفرع الأول: لغة.

العين و الراء و الفاء أصلان صحيحان يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا ببعضه البعض، و الآخر على السكون و الطمأنينة<sup>1</sup> و هو كل ما تعرفه النفس من الخير و تطمئن إليه<sup>2</sup>

الفرع الثاني: اصطلاحا عند المذاهب الأربعة.

أولا\_ عند الحنفية:

عرفه النسفي<sup>3</sup>: "العادة و العرف ما استقر في النفوس و تلقته الطباع السليمة بالقبول"<sup>4</sup>

وعرفه الأستاذ الزرقا: "هو عادة جمهور قوم أو عمل"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> بن فارس\_مصدر سابق\_ص

<sup>2</sup> ابن منظور\_مصدر سابق\_ج\_09\_ص239.

<sup>3</sup>النسفي: أبو علي الحسن بن عبد الملك بن علي بن موسى بن لإسرافيل النسفي، ولد سنة 404هـ سمع

الكثير من الحافظ جعفر المستغفري، حدث عنه: المحدث عثمان بن علي البيكندي و غيره، توفي سنة

487، ينظر: شمس الدين الذهبي\_مصدر سابق\_ج19\_ص143\_144.

<sup>4</sup> عبد الله التركي\_مصدر سابق\_ص 582.

<sup>5</sup> مصطفى الزرقا\_مصدر سابق\_ص141.

## ثانياً\_ عند المالكية:

\_ هو ما اعتاده فريق من الناس في أقوالهم و أفعالهم و مجاري حياتهم<sup>1</sup> و هو ما استقر في النفوس من جهة العقول و تلقته الطباع السليمة<sup>2</sup>

## ثالثاً\_ عند الشافعية:

\_ هو ما تعارف الناس و ساروا عليه، من قول أو فعل أو ترك.<sup>3</sup>

## رابعاً\_ عند الحنابلة:

\_ هو ما استقرت عليه نفوس الناس، و تلقته طباعهم السليمة بالقبول، و صار عندهم شائعاً، في جميع البلاد أو بعضها، قولاً كان أو فعلاً.<sup>4</sup>

المطلب الثاني: حجية العرف<sup>5</sup>.

اعتبر العلماء العرف أصلاً من أصول الاستنباط تبنى عليه الأحكام حيث يرى كثير من الحنفية و المالكية أن العرف أصل من الأصول التي يستند إليها في الأحكام إذا لم يكن هنا كنص فالعرف من الأدلة المعتبرة في الجملة عند جميع المذاهب وان حصل خلاف في التفاصيل وهذا إن لم يخالف نصاً قطعياً و استدلوا من القرآن الكريم:

<sup>1</sup> محمد الباجقني\_ الوجيز الميسر\_ ط03\_2005\_ ص141.

<sup>2</sup> محمد اليوبي\_ مقاصد الشريعة و علاقتها بالأدلة الأصولية\_ دار

الهجرة\_ السعودية\_ ط01\_1998\_ ص604.

<sup>3</sup> عبد الوهاب خلاف\_ علم أصول الفقه\_ مكتبة الدعوة الاسلامية\_ مصر\_ ط\_ دت\_ ص 89.

<sup>4</sup> عبد الله التركي\_ مصدر سابق\_ ص 582.

<sup>5</sup> محمد الباجقني\_ مصدر سابق\_ ص141.

\_ بقوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ ﴾<sup>1</sup>

من السنة النبوية:

\_ قوله صلى الله عليه وسلم: { خذي ما بكفيك وولديك بالمعروف }<sup>2</sup>.

**المطلب الثالث: شروط العرف<sup>3</sup>.**

\_ أن يكون العرف مطردا أو غالبا.

\_ أن يكون عاما.

\_ ألا يخالف نصا شرعيا.

\_ أن يكون العرف المراد تحكيمه قائما

\_ ألا يعارضه نص بخلاف.

**المطلب الرابع: أقسام العرف<sup>4</sup>.**

أولا: ينقسم إلى عرف قولي و عملي.

أ\_ العرف القولي: هو أن يتعارف قوم على إطلاق لفظ عل معنى غير المعن الذي وضع له

أصلا، بحيث يتبادر ذلك المعنى المتعارف عليه عند سماعه.

ب\_ العرف العملي: هو ما تعارف عليه الناس في أفعالهم دون أقوالهم.

<sup>1</sup> سورة الأعراف \_ الآية 199

<sup>2</sup> رواه البخاري\_ صحيح البخاري\_ كتاب النفقات\_ باب ما لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف. \_ ج\_03\_ ص\_427\_ رقم الحديث 5364.

<sup>3</sup> محمد اليبوي\_ مصدر سابق\_ ص\_611.

<sup>4</sup> عبد الله التركي\_ مصدر سابق\_ ص 585\_586.

ثانياً ينقسم إلى عرف عام و عرف خاص.

أ\_ العرف العام: ما تعارف عليه ما تعارف عليه الناس في مختلف العصور, و قالوا ان الحنفية في هذا يتركون القياس للعرف, و يخصصون به العام و الواقع أن مثل هذا ليس مستنده العرف وحده بل إقرار الصحابة.

ب\_ العرف الخاص: هو ما ساد في بلد من البلدان, أو لدى طائفة من الناس. و هذا القسم ليس له قوة النوع الأول و لكنه مما تختلف به الفتاوى و الأحكام في المجال التطبيقي, وهذا فيما لا نص فيه وهو الذي يعبر عنه بقولهم: لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان.

ثالثاً: ينقسم إلى عرف صحيح و عرف فاسد.

أ\_ العرف الصحيح: ما لم يعارض نصوص الشارع, وما شهد له الشرع بالاعتبار في الجملة.

ب\_ الفاسد: هو ما يتعارفه الناس مما يخالف الشرع و يصادم قواعده.

# الفصل الثاني

أثر الأدلة العقلية المختلفة فيها على الجنائيات

تمهيد:

اختلفت الجنايات و تباينت، فمنها من صدر حكم قرآني أو سُني يبين عقوبتها، و يبسر على الحاكم القضاء فيها، فأغلبها استند إلى دليل أصلي، و تبقى بعض المسائل اختلفت عن سابقتها، فالأصل فيها جنائية منصوص عليها، و لكن اختلفت بعض جزئياتها، فكان على الأئمة الأفاضل تبيان الصواب في الحد منها بعقوبة زاجرة، و اعتمدوا في حكمهم على الأدلة الأصولية التبعية استنادا إلى الأصلية.

فهذا الفصل سيكون عبارة عن مسائل كان للأدلة التبعية الحظ في إصدار العقوبة الملائمة لها.

و شمل هذا الأخير خمسة مباحث بعشرة مطالب.

المبحث الأول: أثر الاستحسان في الجنايات.

المطلب الأول: وجوب الكفارة مع الغرة في الجنين.

المطلب الثاني: السرقة المشتركة.

المبحث الثاني: أثر سد الذرائع في الجنايات.

المطلب الأول: القصاص على السكران.

المطلب الثاني: قتل الجماعة بالواحد.

المبحث الثالث: أثر الاستصحاب في الجنايات.

المطلب الأول: وجوب دية الشعور.

المطلب الثاني: وجوب دية الجنين.

المبحث الثالث: أثر الاستصلاح في الجنايات.

المطلب الأول: مشاركة من لا قصاص عليه في القتل.

المطلب الثاني: الغرم على السارق.

## المبحث الأول: أثر الاستحسان في الجنايات.

الاحتكام بالاستحسان يتجلى في العدول في مسألة عن مثل ما حكم في نظائرها. و هذا المبحث يظهر كيف كان لاستدلال به أثر في المسائل الجنائية.

المطلب الأول: وجوب الكفارة مع الغرة في الجنين.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء في المسألة.

الفرع الثالث: أدلة الفقهاء.

المطلب الثاني: السرقة المشتركة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء في المسألة.

الفرع الثالث: أدلة الفقهاء.

المطلب الأول: وجوب الكفارة مع الغرة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

اتفق الفقهاء على أن دية الجنين هي غرة<sup>1</sup> و اختلفوا في وجوب الكفارة<sup>2</sup> مع الغرة.

الفرع الثاني: أقوال الفريقين.

الفريق الأول: قالوا بوجوب الكفارة و هم الحنابلة و الشافعية، قال الحنابلة و على كل من ضرب عتق رقبة مؤمنة سواء كان الجنين حيا أو ميتا، و هذا قول الشافعي.<sup>3</sup>

قال بن حجر الهيتمي: ذهب الشافعي إلى وجوب الكفارة لأنها حق الله تعالى.<sup>4</sup>

قال بن قدامة: وجبت الكفارة بقتله<sup>5</sup>، أي الجنين.

الفريق الثاني: ندب المالكية الكفارة للحر المسلم في قتل جنين و رقيق<sup>6</sup>، فتندب الكفارة في إسقاط الجنين الذي وجبت فيه الغرة<sup>7</sup> و قال أبو حنيفة لا تجب الكفارة<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> الغرة: من كل شيء أوله، ينظر القاموس المحيط ص 678. و هي الأمة أو العبد الصغير الذي لا يعيبه شيء عند البيع. و هي عشر دية الأم.

<sup>2</sup> الكفارة: ما يُستغر به الآثم. ينظر: مجمع اللغة العربية\_مصدر سابق\_ص 822.

<sup>3</sup> بن قدامة\_المغني\_دار عالم الكتب\_الرياض\_ط 03\_1997\_ج 12\_ص 79\_80.

<sup>4</sup> شهاب الدين ابن حجر الهيتمي\_حواشي تحفة المختار بشرح المنهاج\_مطبعة مصطفى محمد\_مصر\_د ط\_د ت\_ج 09\_ص 46.

<sup>5</sup> بن قدامة\_مصدر سابق\_ج 12\_ص 67.

<sup>6</sup> شمس الدين الدسوقي\_حاشية الدسوقي\_دار احياء الكتب\_د ط\_د ت\_ج 4\_ص 287.

<sup>7</sup> الصادق الغرياني\_مدونة الفقه المالكي\_مؤسسة الريان\_بيروت\_ط 01\_2002\_ج 4\_ص 556.

<sup>8</sup> بن قدامة\_مصدر سابق\_ص 80.

قال بن عابدين: و لا كفارة في الجنين عندنا وجوبا بل ندبا.<sup>1</sup>

الفرع الثالث: أدلة الفريقين.

أولا: أدلة الفريق الأول.

أ\_ من القرآن الكريم:

\_ قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾<sup>2</sup>

و قوله: ﴿وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ

رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾<sup>3</sup>

فهذا الجنين إن كان من قوم مؤمنين أو أحد أبويه مؤمن فهو محكوم بإيمانه تبعاً، يرثه وورثته المؤمنون و لا يرث الكافر منه شيئاً، وإن كان من أهل الذمة فهو من قوم بيننا و بينهم ميثاق.

\_ و لأنه نفس مضمون بالدية فوجب فيه الرقبة كالكبير.<sup>4</sup>

من السنة النبوية الشريفة: ترك ذكر الكفارة لا يمنع وجوبها، كقوله عليه الصلاة و السلام: "ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط و العصا مائة من الإبل"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> بن عابدين رد المحتار\_ دط\_ دت\_ ج\_ 10\_ ص 254.

<sup>2</sup> سورة النساء، الآية 92.

<sup>3</sup> سورة النساء\_ الآية 92

<sup>4</sup> بن قدامة\_ مصدر سابق\_ ص 80.

<sup>5</sup> رواه الترمذي\_ السنن الكبرى\_ كتاب الديات\_ دار الفكر\_ بيروت\_ دط\_ 2005\_ ج\_ 02\_ ص 120

و لأن النبي صلى الله عليه و سلم قضى بدية المقتولة على عاقلة<sup>1</sup> القاتلة، حيث ذكر الدية في مواضع و لم يذكر الكفارة، و هي واجبة كذا ها هنا. و إنما كان كذل لأن الآية أغنت عن ذكر الكفارة في موضع آخر فاكتفى بها.

\_ الشافعي أوجبها لأن الكفارة عنده واجبة في العمد و الخطأ.

\_ أدلة القول الثاني:

أبو حنيفة غلب عليه حكم العمد، و الكفارة لا تجب عنده في العمد، أما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده في العمد و تجب في الخطأ و كان مترددا بين العمد و الخطأ استحسن فيه الكفارة و لم يوجبها.<sup>2</sup>

قال مالك الذي جاء في كتاب الله في الكفارة، إنما ذلك في الرجل الحر إذا قتلته خطأ ففيه الكفارة و قال أنا أستحسن أن يكون في الجنين الكفارة، أي إن ضرب بطن الحامل فألقتة جنينا ميتاً<sup>3</sup>.

المطلب الثاني: السرقة المشتركة.

الفرع الأول: صورة المسألة.

اتفق الفقهاء على وجوب إقامة الحد على السارق، و اختلفوا في وجوب الحد على الجماعة إذا اشتركوا في السرقة.

<sup>1</sup> العاقلة: عصابة القاتل الذين يدفعون الدية.

<sup>2</sup> بن رشد\_ بداية المجتهد و نهاية المقتصد\_ دار المعرفة\_ بيروت\_ ط06\_ 1982\_ ج02\_ ص416.

<sup>3</sup> مالك بن أنس\_ المدونة الكبرى\_ دار الكتب العلمية\_ بيروت\_ ط01\_ 1994\_ ج04\_ ص631.

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء.

القول الأول: اشترطوا أن يكون حظ كل منهم يساوي النصاب<sup>1</sup>.

\_ قال المرغيناني: إذا دخل الحرز<sup>2</sup> جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا هذا و إن كان الحامل من أهل القطع، و لو كان صبيا أو مجنونا لا قطع عليهم بالإجماع، و إن كان الحامل بالغاً، و لكن فيهم صبي أو مجنون فلا قطع على واحد منهم عند أبي حنيفة و محمد لتمكن الشبهة و عند أبي يوسف: يقطع الحامل و غير الصبي و المجنون<sup>3</sup>. فمن دخل عليه جماعة فولى رجل منهم أخذ متاعه و حمله قطعوا جميعاً<sup>4</sup>. فقال أبو حنيفة: لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد منهم نصاباً<sup>5</sup>.

\_ قال بن قدامة: إن دخلا جميعاً، فأخرج أحدهما المتاع<sup>6</sup> وحده، قال أبو حنيفة و أصحابه: القطع عليهما إذا أخرجا نصابين<sup>7</sup>.

\_ قال الشافعي: لو دخل جماعة البيت و نقبوه معاً، ثم أخرج بعضهم قطع الذي أخرجها دون الذي لم يخرجها، و كذلك لو كانوا جماعة فوقف بعضهم على الباب أو في موضع يجمعهم، فمن أخذ المتاع منهم قطع الذي أخرج المتاع من جوف البيت من لم يخرج من

<sup>1</sup> النصاب: الذي يُقطع فيه السارق فقد قال الحنفية أنه دينار أو عشرة دراهم، أو قيمة إحداهما و قال المالكية النصاب ثلاثة دراهم مضروبة خالصة أو ما يبلغ ثمنها فما فوق، و قال الحنابلة النصاب ربع دينار كالشافعية، أو ثلاثة دراهم كالمالكية. ينظر: الماوردي\_ الإقناع ص 172.

<sup>2</sup> الحرز: المكان المنيع. ينظر المعجم الوسيط ص 196.

<sup>3</sup> المرغيناني\_ مصدر سابق\_ ج 04 ص 180\_ 181

<sup>4</sup> أبو جعفر بن سلامة\_ مختصر الطحاوي\_ دت\_ ص 18.

<sup>5</sup> بن رشد\_ مصدر سابق\_ ج 02\_ ص 448.

<sup>6</sup> المتاع: كل ما ينتفع به. ينظر: مجمع اللغة العربية\_ مصدر سابق\_ ص 852.

<sup>7</sup> بن قدامة\_ مصدر سابق\_ ج 12\_ ص 469.

جوف البيت، و قال\_ الشافعي رضي الله عنه\_ أن نفرا<sup>1</sup> حملوا متاعا من بيت، و المتاع الذي حملوه معا، فإن كانوا ثلاثة فبلغ ثلاثة أرباع دينار قطعوا، و إن لم يبلغ ذلك لم يقطعوا و لو حملوه متفرقا، فمن أخرج منه شيئا يُسوى ربع دينار قطع و من أخرج ما لا يُسوى ربع دينار لم يقطع. و لم يقطع<sup>2</sup>، و إذا اشترك الجماعة في سرقة لم يقطعوا حتى تبلغ حصة كل واحد ربع دينار فصاعدا.<sup>3</sup>

\_ فإذا سرقوا جميعا ما قيمته نصاب واحد دون أن يكون حظ كل منهم نصاب قال الشافعية و الحنفية: لا قطع عليهم بحال.<sup>4</sup>

\_ قال مالك في القوم يأتون البيت فيسرقون منه جميعا، فيخرجون بالعدل<sup>5</sup> يحملونه جميعا: إنهم إذا أخرجوا ذلك من حرزه و هم يحملونه جميعا، فبلغ ثمن ما خرجوا به من ذلك ما يجب فيه القطع، و ذلك ثلاثة دراهم فصاعدا، فعليهم القطع جميعا. و قال: و إن خرج كل واحد منهم بمتاع على حدته، فمن خرج منهم بما تبلغ قيمته ثلاثة دراهم فصاعدا، فعليه القطع، و من لم يخرج منهم بما تبلغ قيمته ثلاثة دراهم فصاعدا فلا قطع عليه.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> نفر: المجمع من الناس. ينظر: مجمع اللغة العربية\_ مصدر سابق\_ ص970.

<sup>2</sup> محمد بن ادريس الشافعي\_ الأم\_ دار الوفاء المنصورة\_ ط01\_ 2001\_ ج07 ص379.

<sup>3</sup> أبي الحسن الماوردي\_ الإقناع في الفقه الشافعي\_ كتاب لحدود\_ دار

إحسان\_ طهران\_ ط\_ 1420\_ ص172.

<sup>4</sup> عبد الرحمان الجزيري\_ الفقه على المذاهب الأربعة\_ دار الكتب

العلمية\_ بيروت\_ ط\_ 02\_ 2003\_ ج05\_ ص171.

<sup>5</sup> العدل:

<sup>6</sup> مالك بن أنس\_ الموطأ\_ حققه بشار معروف\_ دار الغرب

الإسلامي\_ بيروت\_ ط\_ 02\_ 1997\_ ج02\_ ص401.

القول الثاني: قالوا بوجوب القطع في كل الأحوال.

\_ قال الحنابلة: يجب عليهم القطع جميعا سواء أكان المسروق من الأشياء الثقيلة التي تحتاج إلى معاونة أو لا؟ و سواء اجتمعوا على إخراجهم من الحرز أو انفرد كل واحد بإخراج شيء إذا صار المال المسروق بمجموعة نصاب.<sup>1</sup>

الفرع الثالث: أدلة الفقهاء على المسألة.

أ\_ أدلة القول الأول:

من القرآن الكريم:

\_ قوله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾<sup>2</sup>

وجه الاستدلال: مراعاة عظمة عضو الأدمي و تحقير الدنيا و متاعها فلا قطع.

من السنة النبوية الشريفة:

\_ قوله عليه الصلاة و السلام: "اقطعوا في ربع دينار لا تقطعوا في ما هو أدنى من ذلك"<sup>3</sup>

و قوله: "القطع في ربع دينار فصاعدا"<sup>4</sup>

وجه الدلالة: ودون النصاب يُخل بشروط القطع في السرقة، و القطع إنما عُلق بالنصاب لا بما دونه لمكان حرمة اليد، فلا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب فيه الشرع قطع يد واحدة.

<sup>1</sup> عبد الرحمان الجزيري\_ مصدر سابق\_ ص 171.

<sup>2</sup> سورة الزمر\_ الآية 07.

<sup>3</sup> رواه البيهقي ( دار الكتب العلمية\_ بيروت\_ ط 03\_ 1424 ) السنن الكبرى \_ كتاب السرقة\_ باب ما يجب فيه القطع \_ ج 08\_ ص 445\_ رقم الحديث 17163.

<sup>4</sup> رواه البيهقي\_ السنن الصغير ( دار الوفاء\_ المنصورة\_ ط 01\_ 1989 ) كتاب الحدود\_ باب ما يجب فيه القطع \_ السفر 03\_ ص 306\_ رقم الحديث 3258.

\_القياس أن يقطع الحامل فقط، لأن الإخراج وجد منه فتمت السرقة به.<sup>1</sup>

ب\_ أدلة القول الثاني:

\_الاشتراك في الجناية لا يسقط عقوبتها كالاشتراك في القتل، قال ابن العربي: و ما أقرب ما بينهما فإنما إنما قتلنا الجماعة بالواحد صيانة للدماء لئلا يتعاون على سفكها الأعداء فكذاك في الأموال.<sup>2</sup>

\_تعظيماً لحرمة الأموال و تشديداً في المحافظة على حقوق العباد. و سداً للباب أمام عصابات الإجرام التي تجتمع على نهب أموال الناس.<sup>3</sup>

\_عموم الظواهر و الخبر، و لأن القطع شرع لصيانة الأموال لئلا تهتك و يجترأ عليها كالقصاص المشروع لحفظ النفوس ثم كان الاشتراك في القتل لا يمنع القود، لأن في منعه إبطال الغرض الذي وضع له كذلك الاشتراك، و لأن الجناية التي تستحق بها تناول الأعضاء، يجب على الجماعة إذا اشتركوا فيها ما يجب على المنفرد.<sup>4</sup>

\_القياس على السرقة الكبرى أي قطع الطريق إذا باشر أحدهم و أخذ المال يجب حد قطع الطريق على جميعهم، هذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع، و ينتشر الباقيون لدفع من يتعرض لهم من صاحب البيت أو غيره، فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> المرغيناني\_مصدر سابق\_ ص 180\_181.

<sup>2</sup> محمد القطبي\_الجامع لأحكام القرآن\_مؤسسة الرسالة\_بيروت\_ط01\_2006\_ج07\_ص455.

<sup>3</sup> عبد الله الجزيري\_مصدر سابق\_ص171.

<sup>4</sup> عبد الوهاب البغدادي\_المعونة\_المكتبة التجارية\_مكة المكرمة\_دط\_دت\_ص1418.

<sup>5</sup> المرغيناني\_مصدر سابق\_ص181.

الاستحسان: قال المرغيناني إذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا و هذا استحسان،<sup>1</sup> لأن الأصل الحد يكون على الحامل و على البقية التعزير.

قال السرخسي: وجه الاستحسان أنهم اشتركوا في هتك الحرز و صار المال مخرجا بمعاونتهم فيلزمهم القطع كما لو أخرجوه على ظهر دابة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> المرغيناني\_مصدر سابق\_ص 181.

<sup>2</sup> السرخسي\_المبسوط\_دار المعرفة\_بيروت\_دط\_دت\_ج\_09\_ص 149.

## المبحث الثاني أثر سد الذرائع في الجنايات.

سد الذرائع أو سد الوسيلة المؤدية للفساد، و قد كان لهذا الدليل الحظ الأكبر من حيث تأثيره في المسائل الفقهية.

المطلب الأول: القصاص على من قتل حال سكره.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء.

الفرع الثالث: أدلة الفقهاء.

المطلب الثاني: قتل الجماعة بالواحد.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء.

الفرع الثالث: أدلة الفقهاء.

المطلب الأول: القصاص على من قتل حال سكره.

الفرع الأول: صورة المسألة.

اتفق الفقهاء على وجوب إقامة القصاص على كل من اعتدى متعمدا على روح و أزهقها، و اختلفوا في المتعمد السكران على مذاهب:

الفرع الثاني: " أقوال الفقهاء.

أ\_ القول الأول: اتفق الفقهاء على وجوب إقامة القصاص على من قتل متعمدا حال سكره.

قال الشافعي\_رحمه الله\_: لا قصاص على من لم تجب عليه الحدود، و ذلك من لم يحتلم من الرجال أو تحض من النساء، أو يستكمل خمس عشرة سنة، و كل مغلوب على عقله بأي وجه ما كانت الغلبة إلا بالسكر فإن القصاص و الحدود على السكران نهى على الصحيح، و كل من قلنا عليه القصاص فهو بالغ غير مغلوب على عقله، و المغلوب على عقله من السكر دون غيره.<sup>1</sup>

و المذهب وجوبه أي القصاص على السكران المتعدى بسكره.<sup>2</sup>

\_ و يجب القصاص على السكران حال سكره، ذكره القاضي، و ذكره أبو الخطاب.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> الشافعي\_الأم\_مصدر سابق\_ج7ص12.

<sup>2</sup> شمس الدين الشربيني\_مغني المحتاج\_ دار الكتب العلمية\_بيروت\_دط\_2000\_ج4ص23

<sup>3</sup> بن قدامة\_مصدر سابق\_ج11ص482

\_ و جاء في المذهب المالكي: و يجب القصاص على السكران،<sup>1</sup> و يقتص منه بحرام إذا جنى، و إن كان فاقد العقل.<sup>2</sup>

القول الثاني: لا يجب القصاص على السكران حال سكره.

الفرع الثالث: أدلة الفقهاء.

أ\_ أدلة القول الأول:

\_ الصحابة رضوان الله عليهم أقاموا سكره مقام قذفه فأوجبوا عليه حد القاذف، فلولا أن قذفه موجب للحد عليه لما وجب الحد بمظنته، و إذا وجب الحد فالقصاص المتمحض حق آدمي أولى .

\_ فارق القتل طلاقه، لأن الطلاق قول يمكن إلغاؤه بخلاف القتل، فوجب القصاص.<sup>3</sup>

\_ حكم لو لم يجب عليه القصاص و الحد لأفضى إلى من أراد أن يعصي الله تعالى، شرب ما يُسكره ثم يقتل و يزني و يسرق و لا يلزمه عقوبة و لا مأثم و يصير عصيانه بابا لسقوط عقوبة الدنيا و الآخرة.

\_ لأنه مكلف، و لأنه فعل ذلك باختياره.<sup>4</sup>

\_ لأن من رام القتل لا يعجز أن يسكر حتى لا يقتص منه.

<sup>1</sup> الخرخشي\_ حاشية الخرخشي على مختصر خليل\_ باب ذكر فيه أحكام الدماء و ما يتعلق بها\_ دار الكتب

العلمية\_ بيروت\_ ط1997\_01\_ ج 08 ص135.

<sup>2</sup> الغرياني\_ مصدر سابق\_ ج04 ص468

<sup>3</sup> بن قدامة\_ المغني\_ مصدر سابق\_ ج11 ص483.

<sup>4</sup> الغرياني\_ مدر سابق\_ ص468.

\_ كان ربط الأحكام بالأسباب فكان هذا كالمستثنى من شرط العقل.<sup>1</sup>

\_ هو حق آدمي، و قياس على إيجاب حد الشرب عليه، و سدا للذريعة أمام المفسدين  
الجنة،<sup>2</sup>

ب\_ أدلة القول الثاني:

لا يجب القصاص عليه لأنه زائل العقل، أشبه المجنون، و لأنه غير مكلف أشبه الصبي و  
المجنون.<sup>3</sup>

المطلب الثاني: قتل الجماعة بالواحد.

الفرع الأول: صورة المسألة.

اتفق الفقهاء على الاقتصاص من الجاني القاتل و إقامة القصاص عليه، و اختلفوا في إقامة  
عقوبة القصاص على الجماعة التي قتلت واحدا؟  
الفرع الثاني: أقوال الفقهاء.

القول الأول: وجب القصاص على الجماعة، و به قال جمهور فقهاء الأمصار مالك و أبو  
حنيفة و الشافعي و أحمد.<sup>4</sup>

قال الحنفية: و لو وجد العمد من الجماعة في حق الواحد، فإنهم يقتلون به.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> الشرييني\_ المهذب\_ تحقيق: محمد الزحيلي\_ دار القلم\_ دمشق\_ ط01\_ 1996\_ ص23.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي\_ الفقه الاسلامي و أدلته\_ الفكر\_ دمشق\_ ط02\_ 1985\_ ج06\_ ص

<sup>3</sup> بن قدامة\_ مصدر سابق\_ ج11\_ ص482.

<sup>4</sup> محمد بن رشد\_ مصدر سابق\_ ج02\_ ص399.

<sup>5</sup> علاء الدين السمرقندي\_ تحفة الفقهاء\_ دار الكتب العلمية\_ بيروت\_ ط01\_ 1984\_ ج03\_ ص100.

فال المالكية: إذا اشتركوا في قتله و لم يتبين من حصل الموت من فعله فيجوز قتلهم جميعاً<sup>1</sup> هذا و إن تمالؤوا<sup>2</sup> على قتل شخص و إن لم يضربوه بآلة تقتل كاليد و السوط بل و لو لم يل القتل إلا واحد بحيث لو استعين بهم أعانوا كما أن المتسبب يقتل مع المباشر<sup>3</sup> و محل قتل الجماعة بالواحد إذا ثبت تمالؤهم على قتله ببينة<sup>4</sup> أو إقرار<sup>5</sup>، لا إن ثبت القتل بقسامة<sup>6</sup> فلا يقتل به إلا واحد<sup>7</sup>.

قال الشافعية: و يُقتل الجمع بواحد و إن تفاضلت الجراحات في العدد و الفحش و الأرش حيث كان لها في الزهوق<sup>8</sup> سواء أقتلوه بمحدد أم بمتقل كان، ألقوه من شاهق أو في بحر أما من ليس لجرحه أو ضربه دخل في الزهوق بقول أهل الخبرة فلا يعتبر<sup>9</sup>.

قال الحنابلة: و تقتل الجماعة أي الاثنان بالشخص الواحد<sup>10</sup> إن صلح فعل كل واحد منهم للقتل به بأن كان فعل كل منهم لو انفرد لوجب به القصاص<sup>11</sup> و الفرق بين القتل و الدية أن الدم لا يتبعض<sup>12</sup> بخلاف الدية و إلا و إن لم يصلح فعل كل واحد من الجماعة للقتل كما لو ضربه كل واحد منهم بحجر صغير فمات فلا قصاص عليهم لأنه لم يحصر من أحد

<sup>1</sup> محمد الباجقني\_مصدر سابق\_ص140.

<sup>2</sup> التمالؤ: التعاون.

<sup>3</sup> الخرشي ج08ص148

<sup>4</sup> البينة: الحجة الواضحة. ينظر المعجم الوسيط\_ص110.

<sup>5</sup> الإقرار: الإقرار.

<sup>6</sup> القسامة: الجماعة يقسمون على حقهم و يأخذونه. ينظر: مجمع اللغة\_ص735.

<sup>7</sup> الغرياني\_مصدر سابق\_ج04ص488.

<sup>8</sup> الزهوق: خروج النفس بصعوبة. ينظر: معجم اللغة\_ص404.

<sup>9</sup> شمس الدين الرملي\_مصدر سابق\_ص274.

<sup>10</sup> منصور البهوتي\_الروض المرعب\_دط\_دت\_ص633.

<sup>11</sup> بن قدامة\_المقنع و الشرح الكبير و الانصاف\_كتاب الجنائيات\_هجر\_ط01\_1996\_ج25\_ص

<sup>12</sup> يتبعض: يتجزأ.

منهم ما يوجب القود ما لم يتواطؤوا<sup>1</sup> و هو مذهب الثوري، و الأوزاعي، و إسحاق و أبي ثور.<sup>2</sup>

ب\_ القول الثاني: يقتل واحد منهم و يؤخذ من الباقيين حصصهم من الدية. و هذه رواية أخرى لأحمد بن حنبل\_ رحمه الله\_ و قول ابن الزبير و الزهري و ابن سيرين و حبيب بن أبي ثابت. و عبد الملك و ربيعة و داود و ابن المنذر و حكاة ابن أبي موسى عن ابن عباس، و روي عن معاذ بن جبل و ابن الزبير.<sup>3</sup>

### الفرع الثالث: أدلة الفقهاء.

أ\_ أدلة القول الأول:

\_ من القرآن الكريم:

\_ قوله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾<sup>4</sup>

من السنة النبوية الشريفة:

\_ روي عن سعيد من المسيب: "أن عمرا قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا"، و عن علي و ابن عباس معناه.

<sup>1</sup> منصور البهوتي\_ كشف القناع\_ كتاب الجنائيات\_ عالم الكتب\_ بيروت\_ ط1983\_ ج05 ص514

<sup>2</sup> بن قدامة\_ المغني\_ مصدر سابق\_ ج11 ص490.

<sup>3</sup> المصدر نفسه\_ ص490.

<sup>4</sup> سورة البقرة ، الآية 179.

## من الإجماع:

\_ عن عبيد الله عن نافع: "عن ابن عمر رضي الله عنهما، أنّ غلاما قُتل غيلة، فقال عمر: لو اشترك فيها أهل صنعاء لقتلتهم"<sup>1</sup>، و لم ينكر عليه ذلك مع شهرته<sup>2</sup> فهو واجب بالإجماع<sup>3</sup> و لم يعرف لهم مخالف.

## من القياس:

قاسوا عقوبة القصاص على عقوبة القذف، فلأنهما عقوبتين فتجبان للواحد كما تجبان للجماعة.<sup>4</sup>

\_ سدا لذريعة سفك الدماء، لأنه شرع لحقن الدماء فلو لم تجب عند الاشتراك، لاتخذ ذريعة لسفكها.<sup>5</sup> فلو سقط القصاص للاشتراك لأدى إلى التسارع إلى القتل به، فيؤدي إلى إسقاط حكمة الردع و الزجر<sup>6</sup> و لأنه إذا علم أنه متى قُتل به أتلف به فلو لم يشرع القصاص في الجماعة بالواحد لبطلت الحكمة في مشروعية القصاص.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> رواه البخاري(المكتبة السلفية\_ القاهرة\_ ط01\_1400 هـ) الجامع الصحيح\_ كتاب الدياب\_ باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أم يقتص منهم كلهم\_ ج04\_ ص272\_ رقم الحديث 6896.

<sup>2</sup> شمس الدين الرملي\_ نهاية المحتاج\_ دار الكتب العلمية\_ بيروت\_ ط03\_ دت\_ ج07\_ ص274.

<sup>3</sup> علاء الدين السمرقندي\_ مصدر سابق\_ ص100

<sup>4</sup> منصور البهوتي\_ كشف القناع\_ مصدر سابق\_ ص514

<sup>5</sup> شمس الدين الرملي\_ مصدر سابق\_ ص274.

<sup>6</sup> بن قدامة\_ المغني\_ مصدر سابق\_ ص491.

<sup>7</sup> منصور البهوتي\_ كشف القناع\_ مصدر سابق\_ ص514

ب\_ أدلة القول الثاني:

\_من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ﴾<sup>1</sup>

و قوله تعالى: ﴿وَكَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾<sup>2</sup>

فمقتضى الآيتين أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة،و لأن التفاوت في الأوصاف يمنع،بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد،و التفاوت في العدد أولى.<sup>3</sup>

من القياس:

\_قياسا على الديات فلا تجب ديات لمقتول واحد.<sup>4</sup>

من المعقول:

\_قالوا بعدم وجوب القصاص على الجماعة و إنما يقتل واحد و تجب على البقية الدية، لأن كل واحد منهم مكافئ له، فلا تستوفي أبدال بمبدل واحد.

<sup>1</sup>سورة البقرة\_ الآية 178

<sup>2</sup>سورة المائدة\_ الآية 45

<sup>3</sup>بن قدامة\_المغني\_مصدر سابق\_ج11\_ص44.

<sup>4</sup>المصدر نفسه\_ص44.

## المبحث الثالث: أثر الاستصحاب في الجنايات.

لاستصحاب حكم من الزمن الماضي إلى الزمن الحاضر لا بد من التيقن من أنه لم يطرأ عليه تغيير يمس بمضمونه.

المطلب الأول: وجوب دية الشعور.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء.

الفرع: أدلة الفقهاء.

المطلب الثاني: وجوب دية الجنين

الفرع الأول: صورة المسألة.

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء.

الفرع: أدلة الفقهاء.

المطلب الأول: وجوب دية الشعور.

الفرع الأول: صورة المسألة.

اتفق الأئمة على أنه لا قصاص على من أزال شيئاً من شعور غيره كشعر الرأس و اللحية والحاجبين و الأهداب و غيرها، كما أنهم اتفقوا على أنه لا دية فيها إذا لم يفسد منبتها، واختلفوا فيما لو أزيلت و فسد منبتها، هل فيها الدية أو الحكومة<sup>1</sup>؟

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء.

أ\_ القول الأول:

ذهب الحنفية و الحنابلة إلى وجوب الدية في الشعور إذا أزيلت و فسد منبتها.

\_ قال بن عابدين: في اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية و في شعر الرأس الدية، و ذكر الإمام التمرتاشي قالوا: لو حلق رأس إنسان و لم ينبت، تجب الدية، الرجل و المرأة، و الصغير و الكبير فيه سواء.<sup>2</sup> و لحية خلقت لم تنبت و يؤجل سنة، فإن مات فيها بريء، و في نصفها نصف الدية.<sup>3</sup>

\_ قال بن قدامة: و قرع الرأس إذا لم ينبت الشعر الدية و في شعر اللحية الدية و في شعر اللحية الدية، إذا لم ينبت و في الحاجبين الدية إذا لم تنبت، هذه الشعور الثلاثة في كل واحد

<sup>1</sup> حكومة عدل: الأرش المقدر من الحاكم.

<sup>2</sup> المرغيناني\_ مصدر سابق\_ ص76

<sup>3</sup> بن عابدين\_ مصدر سابق\_ ج10 ص235

منها دية و معها أهداب العينين ، و هذا قول أبي حنيفة و الثوري.<sup>1</sup> فيجب في كل من الشعور الأربعة الدية روي ذلك عن علي و زيد بن ثابت.<sup>2</sup>

ب\_ القول الثاني: ذهب المالكية و الشافعية إلى أن الشعور إذا أزيلت و فسد منبتها فلا دية فيها بل فيها حكومة.

\_ قال الدردير: و لحية و حاجب كالخطأ في الأدب<sup>3</sup>

\_ قال مالك تجب فيها حكومة عدل.<sup>4</sup>

\_ قال أبو عمر: مذهب مالك رحمه الله أن في الحاجبين حكومة كذلك في الأشفار حكومة و في شعر الرأس و اللحية إذا حلقا و لم ينبت حكومة.

\_ قال ابن القاسم: لا قصاص في حلق الرأس، و لا اللحية، و فيهما الأدب.

\_ قال الشافعي: في شعر الرأس و اللحية و الحاجبين و أهداب العينين حكومة.<sup>5</sup>

\_ قال الخرشي في الحاشية: و شفر عين و حاجب و لحية، يعني أن شفر العين أي شعر الهدب من فوق و من أسفل و شعر الحاجب و شعر اللحية لا قصاص فيه و فيه الحكومة إذا لم ينبت.<sup>6</sup>

\_ قال الشافعي رضي الله عنه: و إذا نتف حاجب الرجل عمدا فلا قود فيهما، و هكذا اللحية و الشاربان و الرأس ينتف، لا قود في النتف و قد قيل فيه حكومة إذا نبت و إن لم ينبت ففيه

<sup>1</sup> بن قدامة\_المغني\_مصدر سابق\_ ج2ص117\_118.

<sup>2</sup> منصور البهوتي\_الروض المرعب\_مصدر سابق\_ص654.

<sup>3</sup> أحمد الدردير\_أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك\_مكتبة أيوب\_نيجيريا\_ط 1420هـ\_ص135.

<sup>4</sup> المرغيناني\_مصدر سابق\_ص76

<sup>5</sup> ابن عبد البر\_الاستنكار\_دار قتيبة\_دمشق\_ط01\_1993\_ج25\_ص102.

<sup>6</sup> الخرشي\_مصدر سابق\_ص161

حكومة أكثر منها، أخبرنا مسلم، عن ابن جريج، قال: قلت لعطاء: حلق الرأس له نذر<sup>1</sup>؟ قال: لم أعلم. و قال: لا نذر في الشعر معلوم، و فيه إذا لم ينبت أو نبت معيبا حكومة بقدر الألم، أو الألم و الشين.<sup>2</sup>

الفرع الثالث: أدلة الفقهاء:

أ\_ أدلة القول الأول:

من السنة النبوية:

\_ ما روي عن علي و زيد بن ثابت \_ رضي الله عنهما: "و في الشعر الدية"<sup>3</sup>

وجه الاستدلال: أوجبا الدية في الشعور.

من الإجماع:

\_ شبها (أشفار العينين) بما أجمعوا عليه من الأعضاء المثناة.

من القياس:

\_ قاسوا على المارن مع القصبة ففيها الدية كاملة.<sup>4</sup>

من المعقول:

\_ الشعر في وقته جمال، فمن عدمه خلقتة يتكلف في ستره.

<sup>1</sup> نذر: قدر.

<sup>2</sup> الشافعي\_ الأم\_ مصدر سابق\_ ج07 ص303\_304.

<sup>3</sup> رواه البخاري\_ الجامع الصحيح\_ كتاب الأنبياء\_ باب أبرص و أعمى و أقرع في بني اسرائيل\_ مصدر

سابق\_ ج02\_ ص494\_495\_ رقم الحديث 3464.

<sup>4</sup> المرغيناني\_ مصدر سابق\_ ص76.

\_الحاجب يرد العرق على العين و يفرقه، و هذب العين يرد عنها و يصونها ففيه الدية  
كاملة<sup>1</sup>

\_لأنه أذهب الجمال على الكمال.<sup>2</sup>

ب\_ أدلة القول الثاني:

من القرآن الكريم:

﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾<sup>3</sup>

وجه الاستدلال من الآية: عقوبة القصاص لا تثبت قياسا وإنما يثبت نصا و دلالة و النص  
إنما ورد في الجراحات، و هذا ليس في معناها لأنه لا يحتاج في حلقهما إلى إيلام و لا يتوهم  
في السراية كما في الجراحات<sup>4</sup> و هي ليست جراحات<sup>5</sup>

من القياس:

\_قاسوها على اليد الشلاء، لأن نفعها هو الجمال.<sup>6</sup>

\_قال بن رشد: الحواجب ليست أعضاء لها منفعة و لا فعل بين، أعني ضروريا في الخلقة.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> بن قدامة\_المغني\_مصدر سابق\_ص118.

<sup>2</sup> منصور البهوتي\_الروض المربع\_مصدر سابق\_ص654.

<sup>3</sup> سورة المائدة\_ الآية 45

<sup>4</sup> الهداية

<sup>5</sup> حاشية الخرشي

<sup>6</sup> الروض

<sup>7</sup> بداية

\_ قال الماوردي: الدية تجب فيما يكون له مع الجمال منفعة، وهذا مسلوب المنفعة فلم تجب فيه الدية، و الدية تجب فيما يؤلم قطعه و يخاف سرايته، و قد عدم في الشعر الألم و السراية، فلم تجب فيه الدية.<sup>1</sup>

من الاستصحاب:

\_ قال بن رشد: و عمدة مالك أنه فيه دية، فالأصل أن فيه حكومة،<sup>2</sup> و قال: الزنجاني: لا تكمل الدية في الشعور الخمس بل حكومة عدل، لأن الأصل أن لا يجب كمال الدية بإتلاف البعض، غير أن الشرع علق كل الدية بإتلاف الطرف، لأنه تفويت منفعة الجنس فيصير الشخص كالهلاك في حق ملك المنفعة، و الشعور ليس من هذا القبيل، فبقي على الأصل و هو امتناع كمال الدية،<sup>3</sup> و هذا استصحاب

\_ عمد هذه الأشياء و خطؤها سواء إلا من جهة الأدب.<sup>4</sup>

\_ قال بن رشد: لا مجال للقياس مع الأعضاء المثناة، و إنما طريقه التوقيف، فما لم يثبت من قبل السماع فلا دية فالأصل أن فيه حكومة.<sup>5</sup>

من المعقول:

قال مالك و هو قول الشافعي: تجب فيهما حكومة عدل لأن ذلك زيادة في الآدمي.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> أبو الحسن الماوردي\_ الحاوي الكبير\_ كتاب الديات \_ دار الكتب العلمية\_ بيروت\_ ط 01\_1994\_ ج12\_ ص129.

<sup>2</sup> بن رشد\_ مصدر سابق\_ ص422.

<sup>3</sup> الزنجاني\_ تخريج الفروع على الأصول \_ مؤسسة الرسالة\_ بيروت\_ ط04\_1982\_ ص177.

<sup>4</sup> الخرشي\_ مصدر سابق\_ 161.

<sup>5</sup> بداية المجتهد\_ مصدر سابق\_ ص422.

<sup>6</sup> المرغيناني\_ مصدر سابق\_ ص76.

المطلب الثاني: وجوب الدية في الجنين يولد حيا ثم يموت.

الفرع الأول: صورة المسألة.

اتفق العلماء على أن دية الجنين هي الغرة سواء كان الجنين ذكرا أم أنثى و اختلفوا في اشتراط ثبوت القسامة لاستحقاق الدية؟

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء.

أ\_ القول الأول: ذهب الشافعية و الحنفية و الحنابلة إلى أنه يستحق الدية دون اشتراط القسامة.

\_ قال المرغيناني: إن أُلقت الجنين حيا ثم مات، ففيه دية كاملة، لأنه أتلف حيا بالضرب السابق<sup>1</sup> أي على الأم.

\_ قال الشافعي\_ رضي الله عنه\_ :و إذا أُلقت الجنين حيا ثم مات مكانه، ففيه دية حر كاملة إن كان ذكرا فمات مائة من الإبل، و إن كان أنثى فخمسون من الإبل، و لا تعرف حياة الجنين إلا برضاع أو استهلال، أو نفس أو حركة حي<sup>2</sup>.

\_ قال بن قدامة: أنه إنما يضمن بالدية إذا وضعته حيا، و متى عُلمت حياته ثبت له هذا لا حكم سواء ثبتت باستهلاله أو ارتضاعه، أو بنفسه أو عطاسه أو غيره من الأمارات التي تعلم بها حياته، هذا ظاهر قول الخرقى و هو مذهب الشافعي، و روي عن أحمد، أنه لا يثبت له حكم الحياة إلا بالاستهلال.<sup>3</sup>

ب\_ القول الثاني: اشترط الإمام مالك\_ رضي الله عنه\_ القسامة لاستحقاق الدية.

<sup>1</sup> المرغيناني ج08ص106

<sup>2</sup> الشافعي\_ الأم\_ مصدر سابق\_ ج\_07\_ ص 266.

<sup>3</sup> بن قدامة\_ المغني\_ مصدر سابق\_ ج\_12\_ ص 74.

قال الغرياني: يحكم للجنين أنه حي بالصياح و البكاء المسموح، و هو الاستهلال، لا بمجرد حركة قليلة أو عطاس، فإذا جن أحد على الأم و انفصل الجنين عنها حيا حياة مستقرة بأن استهل صارخا أو رضع، أو تنفس نفسا محققا ثم مات، فالواجب فيه الدية في الخطأ على العاقلة، إن أقسم الأولياء أنه مات من فعل الجاني، فإن لم يقسموا فلا دية و لا غرة لاحتمال أنه مات من فعل الجاني، فإن لم يقسموا فلا دية و لا غرة لاحتمال أنه مات بسبب آخر، و لا تدل مجرد الحركة على الحياة إذا لم يقارنا طول إقامة<sup>1</sup>.

قال الخرشي: فإذا استهل صارخا فهم الغرة هذا خلافا للمعتمد و المعتمد أن لا غرة لهم بقسامة فلو امتنعوا من القسامة و هو إذا استهل فإنه لا شيء لهم لا دية و لا غرة لأنهم أعرضوا عما وصلهم بترك القسامة<sup>2</sup>

### الفرع الثالث: أدلة الفقهاء

#### أ\_ أدلة القول الأول:

\_ من السنة النبوية الشريفة:

\_ عن أبي هريرة قال: قضى رسول الله صلى الله عليه و سلم في جنين امرأة من بني لحيان سقط ميتا بغرة عبد أو أمة ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة توفيت فقضى رسول الله صلى الله عليه و سلم بأن ميراثها لبنيتها و زوجها و أن العقل على عصبتها<sup>3</sup>

<sup>1</sup> الغرياني\_ مصدر سابق\_ ج04 ص 546.

<sup>2</sup> الخرشي\_ مصدر سابق\_ ج08 ص 33.

<sup>3</sup> رواه مسلم (دط\_ دت) الجامع الصحيح\_ كتاب القسامة و المحاربين و القصاص و الديات\_ باب دية الجنين \_ ج05 ص 100.

و في رواية: "اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها و ما في بطنها فاختموا إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقضى أن دية جنينها غرة عبد أو وليدة و قضى بدية المرأة على عاقلتها"<sup>1</sup>.

وعن المغيرة بن شعبة عن عمر: "أنه استشارهم في املاص المرأة فقال المغيرة: قضى النبي صلى الله عليه و سلم و آله و سلم فيه بالغرة عبد أو أمة فتشهد بن مسلمة أنه شهد النبي صلى الله عليه و سلم قضى بها"<sup>2</sup>.

و عن المغيرة أن امرأة قتلت ضررتها بعمود فسوط فقتلتها، فأتى فيه رسول الله صلى الله عليه و سلم، فقضى على عاقلتها بالدية و كانت حاملا بغرة فقال بعض عصبته، أندى من لا طعم و لا شرب و لا صاح فاستهل و مثل ذلك يُطل ، قال: فقال: سجع كسجع الأعراب"<sup>3</sup> من الاستصحاب:

\_استصحابوا أثر الجناية على الأم في الحكم بدية الجنين، و هذا ظاهر في قول المرغيناني أن الجنين أئلف حيا بالضرب السابق أي على الأم.

<sup>1</sup> رواه مسلم\_ مصدر سابق\_ ص 110.

<sup>2</sup> رواه البخاري\_ كتاب الديات\_ باب جنين المرأة\_ مصدر سابق\_ ج04\_ ص 275\_ رقم الحديث 6905\_6906.

<sup>3</sup> رواه مسلم\_ كتاب القسامة و المحاربيين و القصاص و الديات\_ باب دية الجنين ووجوب الدية في قتل الخطأ و شبه العمدة على عاقلة الجاني\_ مصدر سابق\_ ص111.

## ب\_ أدلة القول الثاني:

من السنة النبوية الشريفة:

\_ عن ابن عباس في قصة حمل بن مالك قال: "فأسقطت غلاما قد نبت شعره ميتا و ماتت المرأة فقضى على العاقلة بالدية فقال عمها: إنها قد أسقطت يا نبي الله غلاما قد نبت شعره فقال أبو القاتلة: إنه كاذب إنه و الله ما استهل و لا شرب فمثله يطل فقال النبي صلى الله عليه و سلم: أسجع الجاهلية و كهانتها أد في الصبي غرة".

## المبحث الرابع: أثر الاستصلاح في الجنايات.

الاستصلاح لا يكون في أحكام الجنايات، إلا إذا كان يشمل المصلحة العامة.

المطلب الأول: مشاركة من لا قصاص عليه في القتل.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الفرع الثاني: أقوال الفريقين.

الفرع: أدلة الفقهاء.

المطلب الثاني: الغرم على السارق

الفرع الأول: صورة المسألة.

الفرع الثاني: أقوال الفريقين.

الفرع: أدلة الفريقين

المطلب الأول: مشاركة من لا قصاص عليه.

الفرع الأول: صورة المسألة.

اتفق الفقهاء على وجوب إقامة عقوبة القصاص إذا اشتركوا في السرقة، و ذلك إن كانوا ممن يجب عليه القصاص، و اختلفوا في الجماعة إذا اشتركت و كان من بينهم من لا يجب عليه القصاص، أيقْتَص منهم جميعا أم لا؟

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء:

أ\_ القول الأول: ذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى أن من يجب عليه القصاص يقام عليه و على البقية الدية.

\_ قال بن قدامة: إذا قتل الأب و غيره عمدا، قُتِل من سوى الأب، و بهذا قال مالك و الشافعي.<sup>1</sup>

\_ قال الشافعي\_ رحمه الله\_ : لو أن رجلا قتل رجلا و قتلته معه صبي أو مجنون أ، حربي أو من لا قود عليه بحال، فمات من ضربهما معا بما يكون فيه القود قُتِل البالغ و كانت على الصبي نصف ادية في ماله، و كذلك المجنون. و قال: و لو قتل رجل ابنه و قتلته معه أجنبي، قُتِل الأجنبي و لم يُقْتَل الأب، و أُخذت نصف الدية من ماله حالة<sup>2</sup>

\_ و قال: إذا شارك في القتل من لا قصاص عليه لمعنى في فعله، كالصبي و المجنون فالصحيح في المذهب لا قصاص عليه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> بن قدامة\_ المغني\_ مرجع سابق\_ ص 496.

<sup>2</sup> الشافعي\_ الأم\_ مصدر سابق\_ ج 07 ص 102

<sup>3</sup> بن قدامة\_ المغني\_ مصدر سابق\_ ص 498

\_قال ابن العربي: و إذا اشترك العامد و المخطئ و الكبير و الصغير في القتل، فعلى العامد و البالغ القود.<sup>1</sup>

\_قال مالك\_ رضي الله عنه\_: الأمر المجتمع عليه عندنا أنه لا قود بين الصبيان و أن عمدهم خطأ<sup>2</sup>.

\_قال مالك: في الكبير و الصغير إذا قتلا رجلا جميعا عمدا، أن على الكبير أن يُقتل و على الصغير نصف الدية، و قال: و كذلك الحر و العبد فيقتل العبد و يكون على الحر نصف قيمته.<sup>3</sup>

\_و قال أشهب في المجموعة لو أن قوما في قتال العدو قتلوا مسلما منهم من ظنه من العدو، و منهم من تعمد لهداوة..، قُتل المتعمد و على الآخرين نصيبهم من الدية.<sup>4</sup>

ب\_القول الثاني: و هو قول الحنفية و رواية أخرى للحنابلة و أحد قولي الإمام الشافعي، ذهب الحنفية و الحنابلة إلى أن القصاص يسقط على الجميع. فلا قصاص على من تجب عليه العقوبة و لا على من لا تجب عليه.

\_قال بن عابدين: و في الملتقى<sup>5</sup> : و لا قصاص على شريك الأب أو المولى أو المخطئ أو الصبي أو المجنون، و كل من لا يجب القصاص بقتله فلا يقتل العامد عندنا خلافا

<sup>1</sup> ابن العربي\_ المسالك في شرح موطأ مالك\_ دار الغرب الإسلامي\_ ط01\_2007\_ ج07\_ ص 78.

<sup>2</sup> ابن عبد البر\_ الاستذكار\_ كتاب العقول\_ دار الوعي\_ القاهرة\_ ط01\_1993\_ ج25\_ ص 43.

<sup>3</sup> مالك بن أنس\_ الموطأ\_ مصدر سابق\_ ص851.

<sup>4</sup> بن العربي\_ المسالك\_ مصدر سابق\_ ص78.

<sup>5</sup> الملتقى: يقصد به كتاب ملتقى الأبحر لإبراهيم بن محمد الحنفي.

للشافعي، قال في الجوهر<sup>1</sup>: و لو اشترك رجلان في قتل إنسان أحدهما يجب عليه القصاص لو انفرد و الآخر لا يجب عليه القصاص كأجنبي و الأب و الخاطيء و العامد.<sup>2</sup>

قال بن قدامة إذا شارك في القتل من لا قصاص عليه لمعنى في فعله، كالصبي و المجنون فالصحيح في المذهب أنه لا قصاص عليه، و بهذا قال أبو حنيفة و هو أحد قولي الشافعي، أي إذا اشترك في القتل صبي و مجنون و بالغ، لم يُقتل واحد منهم، و على العاقل الدية في ماله، و على عاقلة كل واحد من الصبي و المجنون ثلث الدية و عتق رقبتين في أموالهما، لأن عمدتهما خطأ<sup>3</sup>

قال ابن العربي: و أما إذا اشترك العامد و المخطيء، فقد قال ابن القاسم: لا يُقتل العامد إذا شاركه المخطيء، لأنه لا يُدرى من قتله<sup>4</sup>

ج\_ القول الثالث: قال البغدادي: و إذا تعدد الأب قتل ابنه خلافا لأبي حنيفة و الشافعي<sup>5</sup>، و يُقتل الأجنبي بمثل هذا.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> الجوهر: يقصد به الجوهر المنير في شرح التتوير لحسين بن اسكندر الرومي.

<sup>2</sup> ابن عابدين\_مصدر سابق\_175

<sup>3</sup> بن قدامة \_المغني\_ مصدر سابق\_ص498.

<sup>4</sup> بن العربي \_المسالك\_ مصدر سابق\_ص78

<sup>5</sup> عبد الوهاب البغدادي\_الإشراف على نكت مسائل الخلاف\_دار بن

عفان\_مصر\_ط01\_2008\_ج04\_ص86.

<sup>6</sup> ابن العربي\_المسالك\_مصدر سابق\_ص31.

الفرع الثالث: أدلة الفقهاء:

أ\_ أدلة القول الأول:

\_ من المصلحة:

عمدتهم النظر إلى المصلحة التي تقتضي التغليظ لحوطة الدماء، فكأن كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه و فيه ضعف في القياس و أما صفة التي يجب به القصاص فاتفقوا على أنه العمد<sup>1</sup>

أ\_ أدلة القول الثاني:

من السنة النبوية الشريفة:

\_ قوله صلى الله عليه و سلم: "الدروؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم"<sup>2</sup>

\_ وهذه شبهة فإن القتل لا يتبعض، و ممن أن تكون إفاته نفسه من فعل الذي لا قصاص عليه كما كان ذلك ممن عليه القصاص، و إذا لم يكن الدم و جب بدله الدية.

ج\_ أدلة القول الثالث:

من السنة النبوية الشريفة:

\_ قوله صلى الله عليه و سلم: "المؤمنون تتكافأ دماؤهم"<sup>3</sup> و كذلك إذا تبين قصده.

<sup>1</sup> بن رشد\_ مصدر سابق\_ ص 296.

<sup>2</sup> رواه الترمذي ( دار الغرب الاسلامي\_ بيروت\_ ط01\_1996) الجامع الكبير\_ أبواب الحدود\_ باب ما جاء في درء الحدود\_ ج03\_ ص94\_95\_ رقم الحديث 1424.

<sup>3</sup> رواه أبو داود سليمان( دار الرسالة\_ بيروت\_ ط\_ خ\_2009) سنن أبي داود\_ باب أيقاد المسلم بالكافر\_ ج06\_ ص587\_ رقم الحديث 4530.

المطلب الثاني: الغرم على السارق.

الفرع الأول: صورة المسألة.

اتفق الفقهاء على وجوب إقامة حد السرقة، و رد المسروق إن كان باقيا غير مستهلك، و اختلفوا في حكم الغرم<sup>1</sup> على السارق إذا قُطعت يد السارق ووجدت عين المسروق تالفة أو ناقصة، هل يغرم السارق و يضمها أم لا؟

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء.

أ\_ القول الأول: و إليه ذهب الشافعي و أحمد إلى أنه يجب القطع و الغرم على السارق.

\_ قال الشافعي: و إذا وجدت السرقة في يد السارق قبل، يقطع ردت إلى صاحبها و قطع و إن كان أحدث في السرقة شيئا ينقصها ردت إليه و ما نقصها ضامن عليه يتبع به و إن أتلّف السلعة قطع أيضا و كانت عليه قيمتها يوم سرقها و يضمن قيمتها إذا فانت، و كذلك قاطع الطريق و كل من أتلّف لإنسان شيئا مما يقطع فيه أو لا يقطع فلا فرق بين ذلك و يضمه من أتلّف و القطع لله لا يسقط غرمه ما أتلّفه للناس<sup>2</sup>

\_ قال بن قدامة : فإن كانت السرقة باقية، رُدت إلى مالكها، و إن كانت تالفة فعليه رد قيمتها أو مثلها، قطع أو لم يقطع، موسرا كان أو معسرا، و هذا قول الشافعي<sup>3</sup>.

\_ قال بن رشد: أن الغرم و القطع يجتمعان و به قال الشافعي و أحمد.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> الغرم: مال لازم واجب الأداء. ينظر المعجم الوسيط ص 651.

<sup>2</sup> الشافعي\_ الأم\_ مصدر سابق\_ ج 06 ص 151.

<sup>3</sup> بن قدامة\_ المغني\_ مصدر سابق\_ ص 453.

<sup>4</sup> بن رشد\_ مصدر سابق\_ ج 02 ص 452.

ب\_ القول الثاني: و إليه ذهب أبو حنيفة، فقال بعدم اجتماع الغرم و القطع في حد السرقة، إذا لم تكن عين السرقة قائمة عنده، و هو قول الثوري و ابن أبي ليلى<sup>1</sup> و عطاء<sup>2</sup> و مكحول<sup>3</sup> و ابن شبرمة<sup>4</sup> و ابن سيرين<sup>5</sup>.

ج\_ القول الثالث: و إليه ذهب الإمام مالك\_ رضي الله عنه\_ فقد فرق بين الموسر و المعسر، فأخذ بقول أبي حنيفة في المعسر فلم يضمنه بعد القطع، ووافق قول الشافعي و أحمد في إجتماع الضمان مع القطع في الموسر.

\_ قال بن رشد: فرق مالك و أصحابه بين المعسر و الموسر، فقال: إن كان موسراً أتبع السارق بقيمة المسروق و إن كان معسراً لم يتبع به و اشترط مالك دوام اليسر إلى يوم القطع فيما حكى عنه ابن القاسم.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> ابن أبي ليلى: هو محمد بن عبد الرحمان، ولد سنة نيف و سبعين، أخذ عن الشعبي، و غيره حدث عنه شعبة و غيره. ينظر سير أعلام النبلاء\_ ج\_06\_ ص\_310\_311.

<sup>2</sup> عطاء: أبو محمد القرشي، حدث عن عائشة و أبي هريرة و غيرهما، و حدث عنه مجاهد بن جبر و غيره. توفي سنة 114 هـ. ينظر سير أعلام النبلاء\_ ج\_05\_ ص\_88.

<sup>3</sup> مكحول: هو أبو عبد الله، روى عن طائفة من قدماء التابعين، حدث عنه الزهري و غيره، قيل توفي سنة 112 هـ. ينظر: شمس الدين الذهبي\_ مصدر سابق\_ ج\_05\_ ص\_185.

<sup>4</sup> ابن شبرمة: هو عبد الله بن شبرمة، حدث عن أنس بن مالك و غيره، و حدث عنه الثوري و غيره، توفي سنة 144 هـ. ينظر: شمس الدين الذهبي\_ ج\_06\_ ص\_347\_348.

<sup>5</sup> ابن سيرين: أبو بكر الأنصاري سمع أبا هريرة و غيره، و روى عنه قتادة و غيره، توفي و هو ابن ثمان و سبعين سنة. ينظر: شمس الدين الذهبي\_ مصدر سابق\_ ج\_4\_ ص\_606.

<sup>6</sup> بن رشد\_ مصدر سابق\_ ص\_452.

الفرع الثالث: أدلة الفقهاء:

أ\_ أدلة القول الأول:

من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾<sup>1</sup>

و قوله: ﴿ فَمَنْ إِعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إِعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾<sup>2</sup>

\_ من السنة النبوية الشريفة:

\_ قوله صلى الله عليه و سلم: "على اليد ما أخذت حتى تؤدي"<sup>3</sup>

\_ قوله صلى الله عليه و سلم: "لا يحل مال امرئ إلا عن طيب نفس"<sup>4</sup>

قوله صلى الله عليه و سلم: "إن دماءكم و أموالكم و أعراضكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> سورة البقرة ، الآية 188.

<sup>2</sup> سورة البقرة ، الآية 194.

<sup>3</sup> رواه الترمذي\_ مصدر سابق\_ص 389.

<sup>4</sup> رواه الدرقي\_ سنن الدارقطني\_ دار ابن حزم\_ بيروت\_ ط 2011\_ ص 620

<sup>5</sup> متفق عليه.

من القياس:

في السرقة اجتمع حقان: حق لله تعالى و حق للأدمي فاقترضى كل حق موجب و أيضا فإنهم لما أجمعوا على أخذه منه إذا وجد بعينه عنده أن يكون في ضمانه قياسا على سائر الأموال الواجبة<sup>1</sup>

ب\_ أدلة القول الثاني:

من القرآن الكريم: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ ﴾<sup>2</sup>

حكم عدم الضمان ثابت بقوله تعالى.

من السنة النبوية:

قوله صلى الله عليه و سلم: "لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد"<sup>3</sup>

فاجتماع حقين في حق واحد مخالف للأصول. و القطع هو بدل الغرم.

ج\_ أدلة القول الثالث:

احتج بأدلة الفريقين، كل حسب القول، و أما تفرقة الإمام مالك رضي الله عنه فاستحسان

على غير قياس<sup>4</sup>

<sup>1</sup> المصدر نفسه ص 452.

<sup>2</sup> - سورة المائدة الذبية ، 38.

<sup>3</sup> أخرجه النسائي\_ سنن النسائي\_ دار المعرفة لبنان\_ ج08 ص468.

<sup>4</sup> بداية ص452.

## المبحث الخامس: أثر العرف في الجنايات.

العرف له شروط و ضوابط تحكمه، و من يستدل به لابد أن يتمكن من علمه قبل الشروع في الاستنباط حتى لا يوقع الناس في حرج.

المطلب الأول: السرقة بين الزوجين.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء.

الفرع: أدلة الفقهاء.

الفرع الرابع: القول الراجح.

المطلب الثاني: سرقة الأمتعة في الأسواق.

الفرع الأول: صورة المسألة.

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء.

الفرع: أدلة الفقهاء.

المطلب الأول: السرقة بين الأزواج.

الفرع الأول: صورة المسألة.

اتفق الفقهاء على عدم وجوب القطع على الزوجين إن سرقا من غير المحرز، و اختلفوا في إقامة الحد إذا سرق أحد الزوجين من حرز الآخر؟

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء.

أ\_ القول الأول: لا قطع على الزوجين، و إليه ذهب أبو حنيفة.

\_ جاء في الفتاوى الهندية: إذا سرق أحد الزوجين من الآخر لم يقطع و كذلك إذا سرق أحد الزوجين من حرز خاص للآخر لا يسكنان فيه.<sup>1</sup>

ب\_ القول الثاني: قالوا بالقطع عليهما، و إليه ذهب مالك وأحمد و أبو ثور و إسحاق.

\_ قال الإمام مالك\_ رضي الله عنه\_ في الرجل يسرق من متاع امرأته أو المرأة تسرق من متاع زوجها ما يجب فيه القطع: إن كان الذي يسرق كل واحد منهما من متاع في بيت سوى البيت الذي يغلقان عليهما، و كان في حرز سوى البيت الذي هما فيه فإن من سرق منهما من متاع صاحبه ما يجب فيه القطع فعليهِ القطع فيه<sup>2</sup> و كذا إذا سرق كل ما حجر عليه الآخر و لو في بيت واحد<sup>3</sup>

<sup>1</sup> الشيخ نظام\_ الفتاوى الهندية\_ دار الكتب العلمية\_ بيروت\_ ط1\_ 01\_ 2000\_ ج02\_ ص 201.

<sup>2</sup> مالك بن أنس\_ الموطأ\_ مصدر سابق\_ ج02\_ ص402.

<sup>3</sup> الزرقاني\_ شرح الزرقاني عل الموطأ\_ المطبعة الخيرية\_ ج04\_ ص 22.

\_ قال سحنون: في سؤاله لمالك قلت: رأيت إذا سرقت من مال زوجها هل تقطع قال نعم، إذا سرقت من مال زوجها من غير بيتها التي تسكن فيه<sup>1</sup> و قال مالك رضي الله عنه: إذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه<sup>2</sup>

\_ قال الشافعي رحمه الله تعالى: قال صاحبنا<sup>3</sup>: إذا سرق الرجل من امرأته أو المرأة من زوجها من البيت الذي هما فيه لم يقطع واحد منهما، وإن سرق غلامه من امرأته أو غلامها منه و هو يخدمها، لم يقطع واحد منهما، وإن سرق غلامه من امرأته أو غلامها منه و هو يخدمها، لم يقطع، لأن هذه خيانة، فإذا سرق من امرأته أو هي منه من بيت محرز لا يسكنانه معاً، أو سرق عبدهما منه، أو عبده منها، و ليس بالذي يلي خدمتهما، قطع.<sup>4</sup>

\_ قال بن قدامة: إن سرق أحد الزوجين من مال الآخر فإن كان مما ليس محرزاً عنه، فلا قطع فيه، و إن سرق مما أحرزه عنه، ففيه روايتان<sup>5</sup>

ج\_ القول الثالث: و ينسب إلى الشافعي، بالإضافة إلى أنه كان لو روايتين حس القولين السابقين.

فللشافعي ثلاثة أقوال، القطع و عدمه، و القول الثالث و هو القطع على الرجل دون المرأة.

<sup>1</sup> الغرياني\_ مصدر سابق\_ ج 16 ص 76

<sup>2</sup> بن رشد\_ مصدر سابق\_ ج 02 ص 451.

<sup>3</sup> يقصد به الامام مالك رضي الله عنه.

<sup>4</sup> الشافعي\_ الأم\_ مصدر سابق\_ ج 07 ص 383.

<sup>5</sup> بن قدامة\_ المغني\_ مصدر سابق\_ ج 12 ص 461.

\_ذكر الشيرازي المذاهب الثلاثة للإمام الشافعي، فقال: و إن سرق أحد الزوجين من الآخر، ما هو محرز عنه، ففيه ثلاثة أقوال: أحدهما: أنه يقطع، و الثاني: عدم القطع، و الثالث: أنه يقطع الزوج بسرقة مال الزوجة، و لا تقطع الزوجة بسرقة مال الزوج.<sup>1</sup>

\_و ذكر الزنجاني وجوب القطع في القول الثالث فقال: يجب القطع على الزوج بسرقة زوجته.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث: أدلة الفقهاء.

أ\_ أدلة القول الأول:

من السنة النبوية:

\_عن ابن عمر، عن النبي صلى الله عليه و سلم، أنه قال: "و الرجل راع على أهل بيته، و هو مسؤول عنهم. و المرأة راعية على بيت بعلمها وولده، و هي مسؤولة عنهم"<sup>3</sup>

وجه الاستدلال من الحديث: في الحديث حجة على أنه لا قطع على المرأة في مال زوجها، إلا ما حجبته عنه، و لم يجعل لها فيه تصرفاً<sup>4</sup>

\_قول عمر رضي الله عنه لعبد الله بن عمرو بن الحضرمي، حين قال له: إن غلامي سرق مرآة امرأتي: أرسله، لا قطع عليه، خادمكم أخذ متاعكم، و إذا لم يقطع عبده بسرقة مالها، فهو أولى<sup>5</sup>

<sup>1</sup> الشيرازي\_مصدر سابق\_ ص 439.

<sup>2</sup> الزنجاني\_مصدر\_ص 348.

<sup>3</sup> أخرجه البخاري\_كتاب العتق\_باب العبد راع في مال سيده\_مصدر سابق\_ج 02\_ص 222

<sup>4</sup> أبي الحافظ اليحصبي\_إكمال المعلم بفوائد مسلم\_تحقيق: يحيى إسماعيل\_دار

الوفاء\_المنصورة\_ط 01\_1998\_ج 06\_ص 230.

<sup>5</sup> بن قدامة\_المغني\_مصدر سابق\_ج 12\_ص 461.

من القياس:

\_ الزوجية القائمة عند السرقة إنما تمنع وجوب القطع باعتبار الشبهة و هي شبهة عدم الحرز، أو شبهة الملك.<sup>1</sup>

\_ شبهة الاختلاط و شبهة المال فلا قطع عليهما<sup>2</sup>

\_ لا يقطع لأن الزوجة تستحق النفقة على الزوج، و الزوج يملك أن يحجر عليها، و يمنعها من التصرف على قول الفقهاء<sup>3</sup>

من العرف:

\_ احتجوا بالعرف في الحرز.

قال بن قدامة: فالحرز ما عد حرزا في العرف<sup>4</sup>

ب\_ أدلة القول الثاني:

من القرآن الكريم عموم آية السرقة.

من القياس:

\_ النكاح عقد على المنفعة، فلا يسقط القطع في السرقة كالإجارة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> الكاساني\_ بدائع الصنائع\_ ط\_ دت\_ ج\_ 07\_ ص76.

<sup>2</sup> بن رشد\_ مصدر سابق\_ ج\_ 02 ص 451.

<sup>3</sup> الشيرازي\_ مصدر سابق\_ ص 439.

<sup>4</sup> بن قدامة\_ المغني\_ مصدر سابق\_ ص427.

<sup>5</sup> المرجع نفسه ص427.

يقطع لأنه سرق مالا محرزا عنه، لا شبهة له فيه، أشبه الأجنبي.<sup>1</sup>

ج\_ أدلة القول الثالث:

من القياس:

\_يقطع الرجل لأنه لا حق له في المال، و لا تقطع المرأة لأن لها النفقة فيه.<sup>2</sup>

المطلب الثاني: سرقة الأمتعة في الأسواق.

الفرع الأول: صورة المسألة.

اتفق الفقهاء على أن لا يجب القطع على سارق الأمتعة من الأسواق في حالة عدم الحرز و اختلفوا في حد السارق إذا كانت الأسواق محرزة.

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء.

أ\_ القول الأول: و إليه ذهب الحنفية، فقالوا بقطع يد السارق إذا سرق ليلا، لأنها بنيت لإحراز الأموال.

\_قال المرغيناني: و لا قطع على من سرق مالا من حمام، أو من بيت أذن الناس في دخوله فيه، لوجود الإذن عادة أو حقيقة في الدخول ، و يدخل في ذلك حوانيت التجار إلا إذا سرق منها ليلا، لأنها بنيت لإحراز الأموال، و إنما الإذن يختص بالنهار.<sup>3</sup>

ب\_ القول الثاني: و إليه ذهب المالكية و الشافعية، فقالوا بقطع سارق المتاع من الأسواق، إذا كانت أمتعة الناس محرزة.

<sup>1</sup> بن قدامة\_المغني\_مصدر سابق\_ج12 ص 461.

<sup>2</sup> المصدر نفسه\_ص461.

<sup>3</sup> المرغيناني\_مصدر سابق\_ص178.

قال يحيى: و سمعت مالكا يقول: الأمر عندنا في الذي يسرق أمتعة الناس التي تكون موضوعة بالأسواق محرزة، قد أحرزها أهلها في أوعيتهم، و ضموا بعضها إلى بعض، إنه من سرق من ذلك من حرزه، فبلغ قيمته ما يجب في القطع، فإن عليه القطع، كان صاحب المتاع عند متاعه أو لم يكن، ليلا ذلك أو نهارا.<sup>1</sup>

قال الشافعي رضي الله عنه: و انظر إلى متاع السوق، فإذا ضم بعضها إلى بعض في موضع بياعاته و ربط بحبل، أو جعل الطعام في حبس و خيط عليه، فسرق أي هذا أحرز به فأقطع فيه، لأن الناس مع شحهم على أموالهم هكذا يحرزونه.<sup>2</sup>

ج\_ القول الثالث: و إليه ذهب الحنابلة، فقالوا بقطع سارق المتاع إذا كان في السوق حارس.

قال بن قدامة: أن يسرق من حرز و يخرج منه، و هذا قول مالك و الشافعي و أصحاب الرأي عليه القطع، و إن كان الثوب بين يديه أو غيره من المتاع كبز<sup>3</sup> البزازين و خبز الخبازين بحيث يشاهده و ينظر إليه فهو محرز و إن كان غائبا عن موضع مشاهدته فليس بحرز و إن جعل المتاع في الغرائر و علم عليها، و معها حافظ يشاهدها فهي محرزة و إلا فلا، و حرز البقل و قدور الباقلاء و نحوها بالشرائح من القصب أو الخشب، إذا كان في السوق حارس، و حرز الخشب و الحطب و القصب في الحضائر، و تعبئة بعضه على بعض و تقبيده بقيد، بحيث يعسر أخذ شيء منه، على ما جرت به العادة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> مالك بن أنس\_الموطأ\_مصدر سابق\_ج\_02 ص400.

<sup>2</sup> الشافعي\_الأم\_ج\_07\_ص378.

<sup>3</sup> بز: نوع من الثياب و السلاح. ينظر: معج اللغة العربية\_مصدر سابق\_ص84

<sup>4</sup> بن قدامة\_المغني\_مصدر سابق\_ص 426\_428.

## الفرع الثالث: أدلة الفقهاء.

أ\_ أدلة القول الأول:

من القياس:

\_ الحانوت حرز فلو سرق منها ليلا استوجب القطع، وإذا فتح التاجر باب الحانوت بالنهار و  
أذن للناس بالدخول فيه و المعاملة معه فكل من دخل كان داخلا باذن صاحبه، و ذلك شبيهة  
مانعة من وجوب القطع لأن كل داخل بحكم الإذن بمنزلة صاحب الحانوت فيندم هناك  
الحرز من هذا و يستوي إن كان صاحب الحانوت هناك هناك يحفظ متاعه أولا يكون لأن  
الحافظ غير معتبر فيما هو محرز بالمكان<sup>1</sup>

ب\_ أدلة القول الثاني:

من العرف:

\_ يقطع سارق المتاع من حوانيت التجار أو الأسواق إذا كانت الأمتعة قد ضمها أصحابها  
إلى بعضها أو أحرزت في أوعيتها التي تحرز بها عادة، عملا بالعرف الجاري في إحرازها.<sup>2</sup>

ج\_ أدلة القول الثالث:

\_ وجب القطع في حال وجود الحارس لأنه يكون بذلك محرزا، و إن نام أو كان غائبا عن  
موضع مشاهدته فليس بمحرز فلا يقطع السارق آنذاك.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> شمس الدين السرخسي\_ مصدر سابق\_ ص 150.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي\_ مصدر سابق\_ ص 114.

<sup>3</sup> بن قدامة\_ المغني\_ مصدر سابق\_ ص 427.

# خاتمة

## الخاتمة

في نهاية البحث استخلصت بعض النتائج:

- 01\_ الاختلاف بين الأئمة اختلاف اصطلاحي لا غير.
  - 02\_ اشتمال أغلب كتب الفقه في المذاهب الأربعة على الأدلة التبعية المختلف فيها و إن لم يكن ذلك واضحا جليا، و هذا رغم إنكار بعض الأئمة .
  - 03\_ الأخذ بدليل تبعي غالبا ما يعضده دليل أصلي أو دليل تبعي آخر.
  - 04\_ اختلاف الأئمة في الأحكام ما هو إلا اختلاف رحمة، يحفز العبد أكثر لمجاهدة نفسه لإتباع الصواب.
  - 05\_ تفريق العلماء بين الأدلة و ذكر الفروق بينها أزال شبهة انعدامها، فغالبا ما تكون متشابهة المضمون صعبة التفريق.
  - 06\_ اعتماد الفقهاء على دليل أصلي في الاستنباط خالف ذلك حكم المستدلين بالأدلة العقلية.
  - 07\_ التدقيق في أحكام المسائل يفضي إلى أن حكمة الله عز و جل اقتضت التيسير مع الشمول، و مراعاة الزمان و المكان و التغيرات الطارئة.
  - 08\_ اتفاق العلماء على أحكام المسائل بالرغم من تباين الأدلة المعتمد عليها.
  - 09\_ الأدلة الأصولية ما هي إلا أدلة مكملة للأدلة الأصولية الأصلية.
  - 10\_ أغلب المسائل تحتوي على قولين، و لكل فريق أدلة قاطع سواء أصلية أو تبعية.
- أما التوصيات:

إفراد البحث بدراسة خاصة شاملة لكل المسائل الجنائية حتى يسهل الإطلاع عليها.

# فهارس عامة

فهرس الآيات

| الصفحة | رقمها | رأس الآية  | السورة  |
|--------|-------|--|---------|
| أ      | 179   | ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾   | البقرة  |
| 13     | 18    | ﴿ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ ﴾  | الرم    |
| 13     | 55    | ﴿ وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ ﴾  | الأعراف |
| 38     | 199   | ﴿ خُذِ الْعَفْوَ ﴾   | الأعراف |
| 44     | 92    | ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَرِيةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ ﴾                               | النساء  |
| 44     | 92    | ﴿ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ<br>وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ | النساء  |
| 48     | 07    | ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾   | الرم    |
| 56     | 179   | ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾   | البقرة  |
| 58     | 178   | ﴿ اتُّخِرَ بِالْحُرِّ ﴾  | البقرة  |
| 58     | 45    | ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾  | المائدة |
| 63     | 45    | ﴿ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾   | المائدة |
| 76     | 188   | ﴿ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ﴾   | البقرة  |
| 76     | 199   | ﴿ فَمَنْ إعتدى عَلَيْكُمْ فَأَعْتِدْوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا إعتدى عَلَيْكُمْ ﴾  | البقرة  |
| 77     | 194   | ﴿ وَالسَّارِقِ وَالسَّارِقَةِ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا تَكْلَامًا مِنَ اللَّهِ ﴾                              | المائدة |

فهرس الأحاديث

| الرقم | طرف الحديث   | تخرجه     | الصفحة |
|-------|--|-----------|--------|
| 01    | "خذي ما يكفيك..."                                    | البخاري   | 41     |
| 02    | "ألا أن دية الخطأ..."                                | الترمذي   | 44     |
| 03    | "أقطعوا في ربع دينار..."                             | البيهقي   | 48     |
| 04    | "القطع في ربع..."                                    | البيهقي   | 48     |
| 05    | "لو اشترك فيها أهل..."                               | البخاري   | 57     |
| 06    | "و في الشعر الدية..."                                | البخاري   | 62     |
| 07    | "قضى رسول الله صلى الله عليه و سلم في جنين امرأة..." | مسلم      | 66     |
| 08    | "اقتتلت امرأتان من هذيل..."                          | مسلم      | 67     |
| 09    | " ادرووا الحدود..."                                  | الترمذي   | 73     |
| 10    | " المؤمنون تتكافأ..."                                | أبو داود  | 73     |
| 11    | " على اليد ما أخذت..."                               | الترمذي   | 76     |
| 12    | " لا يحل مال امرئ..."                                | الدارقطني | 76     |
| 13    | " لا يغرم صاحب سرقة..."                              | النسائي   | 77     |
| 14    | " و الرجل راع على أهل بيته..."                       | البخاري   | 81     |

فهرس الأعلام

| الصفحة | الأعلام                | الرقم |
|--------|------------------------|-------|
| 10     | الكرخي                 | 01    |
| 11     | ابن العربي             | 02    |
| 11     | محمد بن خويز منداد     | 03    |
| 11     | الشافعي_ رضي الله عنه_ | 04    |
| 12     | أبو الخطاب             | 05    |
| 12     | مالك بن أنس            | 06    |
| 12     | أحمد بن حنبل           | 07    |
| 32     | ابن بكر الباقلائي      | 08    |
| 32     | ابن برهان              | 09    |
| 32     | الجويني                | 10    |
| 33     | الشاطبي                | 11    |
| 33     | البيضاوي               | 12    |
| 36     | النسفي                 | 13    |
| 56     | الأوزاعي               | 14    |
| 79     | أبو ثور                | 15    |
| 56     | ابن الزبير             | 16    |
| 75     | الزهري                 | 17    |
| 56     | حبيب بن أبي ثابت       | 18    |
| 56     | عبد الملك              | 19    |
| 56     | ربيعة                  | 20    |
| 56     | ابن أبي موسى           | 21    |

|    |             |    |
|----|-------------|----|
| 56 | ابن عباس    | 22 |
| 56 | معاذ بن جبل | 23 |
| 62 | بن جريج     | 24 |
| 65 | الخرقي      | 25 |
| 75 | ابن القاسم  | 26 |
| 75 | عطاء        | 27 |
| 75 | مكحول       | 28 |
| 75 | ابن شبرمة   | 29 |
| 75 | ابن سيرين   | 30 |



قائمة

المصادر والمراجع

- القرآن الكريم (برواية ومرش عن نافع)

قائمة المصادر والمراجع:

كتب تفسير القرآن:

01\_ محمد القرطبي\_ الجامع لأحكام القرآن\_ مؤسسة الرسالة\_ بيروت\_ ط\_ 01\_2006.

المعاجم:

1. ابن منظور\_ لسان العرب\_ دار صادر\_ بيروت\_ ط\_01\_2007
2. أبو الحسين بن فارس بن زكريا\_ معجم مقاييس اللغة\_ دار الفكر\_ ط\_1972.
3. محمد البركتي\_ التعريفات الفقهية\_ دار الكتب العلمية\_ بيروت\_ ط\_01\_2003.
4. الجرجاني\_ التعريفات\_ مكتبة لبنان\_ ط\_ج\_1985.
5. أحمد الفيومي\_ المصباح المنير\_ دار المعارف\_ ط\_02\_دت
6. مجمع اللغة العربية\_ المعجم الوسيط\_ مكتبة الشروق الدولية\_ مصر\_ ط\_04\_2004.

كتب الحديث و شروحه:

1. أبو داود\_ سنن أبو داود\_ دار الرسالة\_ بيروت\_ ط\_خ\_2009.
2. البخاري\_ الجامع الصحيح\_ المكتبة السلفية\_ القاهرة\_ ط\_01\_1400.
3. البيهقي\_ السنن الكبرى\_ دار الكتب العلمية\_ بيروت\_ ط\_03\_1424.
4. البيهقي\_ السنن الصغير\_ دار الوفاء المنصورة\_ ط\_01\_1989
5. الترمذي\_ سنن الترمذي\_ دار الفكر\_ بيروت\_ ط\_د\_2005.
6. الترمذي\_ الجامع الكبير\_ دار الغرب الاسلامي\_ ط\_د\_دت.
7. الدارقطني\_ سنن الدارقطني\_ دار ابن حزم\_ بيروت\_ ط\_01\_2011.
8. . مسلم\_ الجامع الصحيح\_ ط\_د\_دت.

9. النسائي\_سنن النسائي\_دار المعرفة\_لبنان\_ط\_دت.
10. أبو الحافظ اليحصبي\_كمال المعلم بفوائد المسلم\_دار الوفاء\_المنصورة\_ط\_01\_1998.

#### كتب التراجم:

1. القاضي أبي يعلى\_طبقات الحنابلة\_مطبعة السنة المحمدية\_القاهرة\_ط\_دت.
2. محمد أبو زهرة\_مالك حياته\_دار الثقافة العربية\_ط\_دت.
3. شمس الدين الذهبي\_سير أعلام النبلاء\_مؤسسة الرسالة\_ط\_دت.

#### كتب الفقه:

1. ابن العربي\_المسالك في شرح موطأ مالك\_دار الغرب الاسلامي\_ط\_01\_2007.
2. مالك بن أنس\_الموطأ\_دار الغرب الاسلامي\_بيروت\_ط\_02\_1997.
3. بن رشد\_بداية المجتهد و نهاية المقتصد\_دار المعرفة\_بيروت\_ط\_06\_1982.
4. ابن عبد البر\_الاستذكار\_دار قتيبة\_دمشق\_ط\_01\_1993.
5. ابن عبد البر\_الاستذكار\_دار الوعي\_القاهرة\_ط\_01\_1993.
6. عبد الوهاب البغدادي\_الإشراف على نكت مسائل الخلاف\_دار ابن عفان\_مصر\_ط\_01\_2008.
7. عبد الوهاب البغدادي\_المعونة\_المكتبة التجارية\_مكة\_ط\_دت.
8. بن قدامة\_المقنع و الشرح الكبير و الانصاف\_هجر\_ط\_01\_1996.
9. بن قدامة\_المغني\_تحقيق: عبد الله التركي، عبد الفتاح الحلو\_دار الكتب العلمية\_الرياض\_ط\_03\_1997.
10. منصور البهوتي\_الروض المربع\_ط\_دت.
11. منصور البهوتي\_كشاف القناع\_عالم الكتب\_بيروت\_1983

12. عبد الرحمان الجزيري\_الفرقه على المذاهب الأربعة\_دار الكتب العلمفة\_ببروت\_ط02\_2003.
13. أحمد حوى\_المدخل إلى مذهب الإمام أبو حنيفة\_دار الأندلس الخضراء\_جدة\_ط01\_2002.
14. الخرشي\_حاشفة الخرشي على مختصر خليل\_دار الكتب العلمفة\_ببروت\_ط01\_1997.
15. أحمد الدردفر\_أقرب المسالك\_لمذهل الإمام مالك\_مكتبة أيوب\_نيجفرفا\_ط1420.
16. شمس الدين الدسوقف\_حاشفة الدسوقف\_دار أفااء الكتب\_ط\_دت.
17. شمس الدين الرملى\_مغنى المحتاج\_دار الكتب العلمفة\_ببروت\_ط2000.
18. شمس الدين الرملى\_نهافة المحتاج\_دار الكتب العلمفة\_ببروت\_ط03\_دت.
19. وهبة الزحفلف\_الفرقه و أدلته\_دار الفكر\_دمشق\_ط02\_1985.
20. الزرقانف\_شرح الزرقانف على الموطأ\_المطبعة الخفرفة\_ط\_دت.
21. السرخسف\_المبسوط\_دار المعرفة\_ببروت\_ط\_دت.
22. علاء الدين السمرقندف\_تحفة الفقهاء\_دار الكتب العلمفة\_ببروت\_ط01\_1984.
23. السبوطف\_الأشباه و النظائر\_دار الكتب العلمفة\_لبنان\_ط01\_1983.
24. محمد بن ادرفس الشافعف\_الأم\_تحقق:رفعت عبد المطلب\_دار الوفاء المنصورة\_ط\_دت.
25. الشفرزاف\_المهذب\_تحقق: محمد الزحفلف\_دار القلم\_دمشق\_ط01\_1996.
26. الصادق الغرفانف\_مدونة الفرقه المالكف\_مؤسسة الرfan\_ببروت\_ط01\_2002.
27. الكاسانف\_بدائع الصنائع\_ط\_دت.
28. أبو الحسن الماوردف\_الإقناع فى الفرقه الشافعف\_حققه:خضر محمد خضر\_دار إحسن\_طهران\_ط1420.

29. أبو الحسن الماوردي\_الحاوي الكبير\_ دار الكتب العلمية\_ط01\_1994.
30. الشيخ نظام\_الفتاوى الهندية\_ دار الكتب العلمية\_بيروت\_ط01\_2000.
31. شهاب الدين ابن حجر الهيتمي\_حواشي تحفة المنهاج\_مطبعة مصطفى محمد\_مصر\_ط\_دت.

### كتب أصول الفقه:

1. ابن العربي\_المحصل في أصول الفقه\_ دار البيارق\_لبنان\_ط01\_1999.
2. ابن النجار\_مختصر التحرير في أصول الفقه\_ دار الأرقم\_السعودية\_ط01\_2000.
3. ابن النجار\_شرح الكوكب المنير\_مكتبة العبيكان\_الرياض\_ط\_1993.
4. ابن جزى\_تقريب الوصول إلى علم الأصول\_المدينة المنورة\_ط02\_2002.
5. ابن ملك\_شرح منار الأنوار في أصول الفقه\_ دار الكتب العلمية\_بيروت\_ط\_دت.
6. الأرموي\_الحاصل من المحصول\_جامعة قار يونس\_بنغازي\_1994.
7. جمال الدين الإسنوي\_التمهيد في تخريج الفروع على الأصول\_مؤسسة الرسالة\_بيروت ط 02\_1981.
8. الأصفهاني\_شرح المنهاج للبيضاوي\_مكتبة الرشد\_الرياض\_ط01\_1999.
9. شمس الدين الأصفهاني\_بيان المختصر\_شرح مختصر ابن الحاجب\_ط\_دت.
10. أئمة آل تيمية\_المسودة في أصول الفقه\_مطبعة المدني\_السعودية\_ط\_1964.
11. الآمدي\_الإحكام في أصول الأحكام\_دار الصمعي\_السعودية\_ط01\_2003.
12. أبو الحسن البعلي\_شرح المختصر في أصول الفقه\_كنوز اشبيليا\_السعودية\_ط01\_2007.
13. أبو جعفر بن سلامة\_مختصر الطحاوي\_حققه:أبو الوفاء الأفغاني\_ط\_دت.
14. محمد أبو زهرة\_أصول الفقه\_دار الفكر العربي\_ط\_دت.

15. أبو القاسم بن جزي\_تقريب الوصول إلى علم الأصول\_المدينة المنورة\_ط2\_02\_2002.
16. الإيجي\_شرح العضد\_دا الكتب العلمية\_بيروت\_ط1\_01\_2000.
17. محمد الباجقني\_الوجيز الميسر\_ط3\_03\_2005.
18. الباجي\_الإشارة\_دار النشائر\_دط\_دت.
19. تاج الدين السبكي\_جمع الجوامع في أصول الفقه\_دار الكتب العلمية\_بيروت\_ط2\_02\_2002.
20. يعقوب الباحسين\_رفع الحرج في الشريعة الإسلامية\_مكتبة الرشد\_الرياض\_ط4\_04\_2001.
21. حاتم باي\_الأصول الاجتهادية التي يبني عليها المذهب المالكي\_إصدار الوحي الإسلامي\_ط1\_01\_2011.
22. مصطفى ديب البغا\_أثر الأدلة المختلف فيها\_دار الامام البخاري\_دمشق\_دط\_دت.
23. البغدادي\_تيسير الوصول إلى علم الأصول\_دار ابن الجوزي\_السعودية\_ط4\_04\_1431.أبو المظفر المروزي\_القواطع في أصول الفقه\_دار الفروق\_عمان\_ط1\_01\_2011.
24. بن عابدين\_رد المحتار\_دط\_دت.
25. بن قدامة\_روضة الناظر و جنة المناظر\_دار المدني\_جدة\_ط1\_01\_1985.
26. عبد الله التركي\_أصول مذهب الإمام أحمد\_مؤسسة الرسالة\_ط3\_03\_1990.
27. الشريف التلمساني\_مفتاح الوصول\_مؤسسة الريان\_بيروت\_ط2\_02\_1410.
28. أحمد الجاربردي\_السراج الوهاج\_في شرح المنهاج\_دار المعراج الدولية\_الرياض\_ط2\_02\_1998.

29. أبو المعالي الجويني\_التلخيص في أصول الفقه\_مكتبة دار  
الباز\_مكة\_ط01\_1996.
30. محمد الخضري\_أصول الفقه\_المكتبة التجارية الكبرى\_مصر\_
31. عبد الوهاب خلاف\_علم أصول الفقه\_مكتبة الدعوة الإسلامية\_مصر\_ط\_دت.
32. عبد الحميد الرفاعي\_الشرح الوسيط على متن الورقات\_دار  
الصمعي\_السعودية\_ط01\_2006.
33. مصطفى الزرقا\_المدخل الفقهي العام\_دار القلم\_دمشق\_ط01\_1998.
34. الزنجاني\_تخريج الفروع على الأصول\_حققه محمد صالح\_مؤسسة  
الرسالة\_بيروت\_ط04\_1982.
35. عبد الكريم زيدان\_الوجيز في أصول الفقه\_مؤسسة قرطبة\_الرياض\_ط06\_1976.
36. تاج الدين السبكي\_تشنيف المسامع بجمع الجوامع\_دار الكتب  
العلمية\_بيروت\_ط01\_2000.
37. تاج الدين السبكي\_جمع الجوامع في أصول الفقه\_دار الكتب  
العلمية\_بيروت\_ط02\_2002.
38. السبكيان\_الابهاج في شرح المنهاج\_دار الكتب العلمية\_بيروت\_ط01\_1984.
39. الشاطبي\_الإعتصام\_دار ابن الجوزي\_السعودية\_ط01\_2008.
40. الشثري\_شرح رسالة العكبري\_كنوز اشبيليا\_الرياض\_ط01\_2007.
41. محمد الشنقيطي\_نثر البنود\_دار ابن حزم\_بيروت\_ط03\_2002.
42. الشوكاني\_إرشاد الفحول إلى علم الأصول\_دار الفضيلة\_الرياض\_ط01\_2000.
43. عبد القادر شيببة الحمد\_امتاع العقول بروضة المعقول\_مكتبة الملك  
فهد\_الرياض\_ط03\_2014.
44. الغزالي\_المستصفى\_المدينة المنورة\_ط\_دت.

45. فاديغا موسى\_أصول الفقه\_دار صادر\_بيروت\_01\_2007.
46. القرافي\_شرح تنقيح الفصول\_دار الفكر\_بيروت\_ط ج\_2004.
47. صفي الدين القطيعي\_شرح كتاب قواعد الأصول و مقاعد الفصول\_دط\_2006.
48. سليمان الطوفي\_البلبل في أصول الفقه\_مكتبة الإمام الشافعي\_الرياض\_دط\_دت.
49. أبو المظفر المروزي\_القواطع ط01\_01\_2001.في أصول الفقه\_دار الفروق\_عمان\_
50. عبد الكريم النملة\_إتحاف ذوي البصائر\_دار العاصمة\_السعودية\_ط1\_1996.

#### كتب القواعد الفقهية:

1. يعقوب الباحسين\_القواعد الفقهية\_مكتبة الرشد\_الرياض\_ط01\_1998.
2. محمد البورنو\_الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية\_الرسالة\_بيروت\_ط04\_1996.
3. أحمد الزرقا\_شرح القواعد الفقهية\_دار القلم\_دمشق\_ط02\_1989.
4. القرافي\_الفروق\_عالم الكتب\_بيروت\_دط\_دت.
5. صالح السدلان\_القواعد الفقهية الكبرى\_دار بلنسية\_الرياض\_ط01\_1417.

#### كتب المقاصد:

1. محمد اليوبي\_مقاصد الشريعة الإسلامية و علاقتها بالأدلة الأصولية\_دار الهجرة\_السعودية\_ط01\_1998.

# فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

| المحتوى         | الصفحة |
|-----------------|--------|
| البسمة          |        |
| كلمة شكر وعرفان |        |
| الإهداء         |        |
| المخلص          |        |
| مقدمة.....      | أ      |
| تمهيد :.....    | 8      |

الفصل الأول: حقيقة الأدلة الأصولية التبعية لمختلف فيها.

|   |    |
|---|----|
| المبحث الأول: مفهوم الاستحسان.                  |    |
| المطلب الأول: تعريف الاستحسان.....              | 10 |
| المطلب الثاني: أنواع الاستحسان.....             | 13 |
| المطلب الثالث: الفرق بين الاستحسان والقياس..... | 15 |
| المبحث الثاني: مفهوم سد الذرائع.                |    |
| المطلب الأول: تعريف سد الذرائع.....             | 18 |
| المطلب الثاني: حجية سد الذرائع.....             | 19 |
| المطلب الثالث: أقسام الذرائع.....               | 20 |
| المطلب الرابع: الفرق بين الذرائع و الحيل:.....  | 21 |
| المبحث الثالث:                                  |    |

|    |  |
|----|--|
| 23 | المطلب الأول: تعريف الاستصحاب.....                 |
| 24 | المطلب الثاني: حجية الاستصحاب.....                 |
| 25 | المطلب الثالث: أنواع الاستصحاب.....                |
| 27 | المطلب الرابع : القواعد المسببة عليه.....          |
|    | المبحث الرابع: تعريف المصالح المرسله               |
| 30 | المطلب الأول: تعريف المصالح المرسله.....           |
| 32 | المطلب الثاني:حجية المصلحة المرسله.....            |
| 33 | المطلب الثالث:أقسام المصالح.....                   |
| 34 | المطلب الرابع: الفرق بين المصلحة و الاستحسان ..... |
|    | المبحث الخامس: مفهوم العرف                         |
| 36 | المطلب الأول: تعريف العرف.....                     |
| 37 | المطلب الثاني: حجية العرف.....                     |
| 38 | المطلب الثالث:شروط العرف.....                      |
| 38 | المطلب الرابع:أقسام العرف .....                    |

## الفصل الثاني: أثر الأدلة المختلف فيها في الجنايات.

|    |  |
|----|--|
| 41 | تمهيد:.....                              |
|    | المبحث الأول: أثر الاستحسان في الجنايات  |
| 43 | المطلب الأول: وجوب الكفارة مع الغرة..... |
| 45 | المطلب الثاني:السرقه المشتركة.....       |

|   |     |
|---|-----|
| المبحث الثاني أثر سد الذرائع في الجنايات.             |     |
| المطلب الأول: القصاص على من قتل حال سكره.             | 52  |
| المطلب الثاني: قتل الجماعة بالواحد.                   | 54  |
| المبحث الثالث: أثر الاستصحاب في الجنايات.             |     |
| المطلب الأول: وجوب دية الشعور.                        | 60  |
| المطلب الثاني: وجوب الدية في الجنين يولد حيا ثم يموت. | 65  |
| المبحث الرابع: أثر الاستصلاح في الجنايات              |     |
| المطلب الأول: مشاركة من لا قصاص عليه.                 | 70  |
| المطلب الثاني: الغرم على السارق.                      | 73  |
| المبحث الخامس: أثر العرف في الجنايات.                 |     |
| المطلب الأول: السرقة بين الأزواج.                     | 79  |
| المطلب الثاني: سرقة الأمتعة في الأسواق.               | 83  |
| الخاتمة.  | 87  |
| فهرس الآيات.  | 89  |
| فهرس الأحاديث.  | 90  |
| فهرس الأعلام.   | 91  |
| قائمة المصادر والمراجع.                               | 94  |
| فهرس المحتويات.                                       | 102 |