

جامعة دمشق

كلية الشريعة

قسم الفقه الإسلامي وأصوله

ضوابط الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي الإسلامي

(دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة)

رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله

إعداد

محمد دعدوش ابن زهير

إشراف

الأستاذ الدكتور أسامة الحموي

١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيد الأولين والآخرين؛ محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين:

حرصت الشريعة الإسلامية على حماية المجتمع وحماية الأفراد من التعرض للاعتداء، وذلك من خلال تشريع أحكام التجريم والعقاب، التي وجدت من أجل حماية الفضيلة والأخلاق في المجتمع؛ لكن ونظراً لخطورة الجريمة أولاً ثم الخوف من أن يصير التجريم والعقاب أداة بيد القضاة والحكام يصلون بها إلى ظلم الناس، والاعتداء به على الأبرياء؛ ومن ناحية أخرى وخوفاً من أن لا تكون العقوبة حاضرة عند لزومها،

لا تكون كافية للردع والزجر؛ فقد وضعت الشريعة قيوداً على عملية التجريم والعقاب؛ تندرج تحت أصول عامة وقواعد كلية، ومن هذه الأصول: (الاحتياط)؛ الذي سنتناوله هذه الرسالة بالبحث.

أهمية البحث

تتجلى أهمية البحث في النقاط التالية:

١- لما كان من معاني الاحتياط الأخذ بالأوثق من كل الجهات كان لهذا المفهوم أثر كبير في الفقه الإسلامي؛ حيث اعتمد عليه الفقهاء في تأصيلهم وفي تطبيقاتهم، وخاصة في الفقه الجنائي، دون أن يعملوا على ضبطه في نظرية متكاملة؛ مما يكسب البحث أهمية كبيرة؛ حيث إنه حاول أن يضبط الاحتياط في الفقه الجنائي وفق الطريقة العلمية، من خلال تقديم ضوابط ناظمة لعملية الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي.

٢- حاجة الفقه الجنائي إلى ضبط كثير من المفاهيم التي اعتمد عليها الفقهاء في نظريات تتناول دراسة التطبيقات التي بثوها في كتبهم، ومنها مفهوم الاحتياط.

٣- ومما يزيد أهمية ضبط هذا المفهوم وقوع الخلط بينه وبين مفاهيم أخرى كسد الذرائع والاستصحاب والأصل براءة الدمة؛ مما يدفع الباحث إلى خوض غمار هذا البحث المهم.

٤- ومما يكسب البحث أهمية أخرى أنه حاول ضبط بعض القواعد الأصولية والفقهية تحت مفهوم الاحتياط من خلال دراسة مفهوم الاحتياط في قواعد الفقه الجنائي.

مشكلة البحث

يحاول البحث أن يبين معنى الاحتياط وضوابطه في الفقه الجنائي؛ مراعيًا نقاطاً أساسية تتعلق بالاحتياط:

١- أصل تشريع العقوبة.

٢- تخفيف العقوبة أو تحويلها بعد ثبوتها.

٣- درء العقوبة.

٤- تشديد العقوبة.

٥- مقصد العقوبة.

حيث إن مفهوم الاحتياط كان أحد الأساسات التي قام عليها أصل تشريع الجنايات والعقوبات؛ حفاظاً على المصالح الشرعية وحماية المجتمع والفضيلة؛ فالاحتياط بهذا المعنى هو احتياط لصالح المجتمع في منع الجريمة وتقرير العقوبة المستحقة عليها، وكيفية تنفيذ العقوبة.

أهداف البحث

يحاول البحث أن يجيب عن بعض الأسئلة التي حامت حول مفهوم الاحتياط في الفقه الجنائي ومنها:

١- ما هي أسس الاحتياط وركائزه ودوافعه في الفقه الجنائي؟.

٢- هل الاحتياط حجة في الفقه الجنائي؟.

٣- ما هي مظاهر عمل الفقهاء بالاحتياط في الفقه الجنائي وما هي مسالكهم وأصولهم في تقرير هذا الأصل؟.

٤- هل العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي مقيّد بشروط؟، وما هي هذه الشروط؟.

٥- هل أثر الاحتياط يقتصر على الفروع؟، أو أن أثره ينسحب على أصول وقواعد الفقه الجنائي أيضاً؟.

وغيرها من الأسئلة التي ستظهر إجاباتها في ثنايا هذه الرسالة.

حدود البحث

سيتناول البحث دراسة ضوابط الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي؛ معتمداً على دراسة الفروع التي تناول فيها الفقهاء هذا المفهوم في مراجعهم.

ولن نكتفي بالجوانب التطبيقية؛ إنما سنرى أثر الاحتياط في الجانب الأصولي والتعديدي في الفقه الجنائي.

نشير إلى أن البحث سيعتني بمسائل الفقه الجنائي سواء كانت في الحدود أو القصاص أو التعزير.

صعوبات البحث

تعرض الباحث لبعض الصعوبات أثناء إعداد هذا البحث؛ حيث إن مصطلح الاحتياط لم يكن مضبوطاً بدقة لدى الفقهاء والأصوليين؛ فهم لم يُفردوه في دراسة مستقلة؛ مما أدى إلى توزّع حديثهم عنه

في كثير من أبواب الفقه والأصول؛ وهذا ما استدعى بذل مجهود كبير في استقراء عدد لا بأس به من الأبواب الفقهية والأصولية؛ هذا لجهة الاحتياط بصورة عامة.

أما لجهة الاحتياط في الفقه الجنائي خاصة فإن الناظر في أصول هذا الفقه وفروعه يجد ثروة كبيرة من الأحكام القائمة على الاحتياط؛ دون أن تكون مفردةً في أبواب ودراسات مستقلة؛ مما استدعى مجهوداً لا بأس به في استقراء الأصول والقواعد والفروع التابعة لهذا الفقه.

الدراسات السابقة

على الرغم من أهمية مفهوم الاحتياط واعتماد أغلب المدارس الفقهية عليه إلا أن الباحث لا يكاد يقع في تراث الفقهاء على من ضبط هذا المفهوم بصورة مستقلة في البحث والدرس -سواء كان ذلك في أبواب الفقه عموماً أو في الفقه الجنائي خصوصاً-؛ رغم اعتمادهم الكبير عليه في فروعهم.

ويمكن لنا أن نجد بعض المواضع التي ناقش فيها العلماء هذا المفهوم، ونذكر منها باختصار:

- ١- ابن حزم ت ٤٥٦ هـ في كتاب: (الإحكام في أصول الأحكام) حيث عقد باباً لإبطال الاحتياط.^(١)
- ٢- العز بن عبد السلام ت ٦٦٠ هـ في كتاب: (قواعد الأحكام في مصالح الأنام).^(٢)
- ٣- التاج السبكي ت ٧٧١ هـ في كتاب: (الأشباه والنظائر)؛ وتحت عنوان: قاعدة: (الاحتياط أن نجعل المعلوم كالموجود والموهم كالمحقق- وما يرى على بعض الوجوه لا يرى إلا على كلها)؛ حيث قام السبكي بدراسة الاحتياط ببيان شروط العمل به؛ مبيناً بعض القواعد المتفرعة عن هذه القاعدة واستثناءاتها.^(٣)

- ٤- الشاطبي ت ٧٩٠ هـ في كتاب: (الموافقات).^(٤)

وعلى صعيد الدراسات العلمية فإنني لم أجد خلال بحثي من درس ضوابط الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي بصورة خاصة.

وأما عن مفهوم الاحتياط بصورة عامة في الفقه الإسلامي فقد وقعتُ على ثلاث رسائل. قام أصحابها بدراسة هذا المفهوم بصورة عامة، وفيما يلي عرضٌ لأهم ما جاء في هذه الدراسات مع المناقشة.

(١) - انظر الإحكام في أصول الأحكام: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم أبو محمد الأندلسي القرطبي الظاهري، ٤٥٦ هـ، دار الأفاق الجديدة، بيروت، د.ط، د.ت، تحقيق: أحمد محمد شاكر، الباب الرابع والثلاثون من الكتاب، ٢/٦.

(٢) - انظر قواعد الأحكام في مصالح الأنام: عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، ٦٦٠ هـ، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، طبعة جديدة ومنقحة، ١٩٩١ م، تحقيق: طه سعد، فصلٌ في الاحتياط في جلب المصالح ودرء المفساد، فصل في الاحتياط في جلب المصالح ودرء المفساد، ١٧/٢.

(٣) - انظر الأشباه والنظائر: عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي تاج الدين السبكي، ٧٧١ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩١ م، ١/١١٠.

(٤) - انظر الموافقات: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، ٧٩٠ هـ، دار ابن عفان، الرياض، ط ١، ١٩٩٧ م، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، النوع الخامس في العزائم والرخص، ١/٥١٧.

الرسالة الأولى:

وهي بعنوان: (العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي)، وهي رسالة دكتوراه للباحث منيب بن محمود شاكر، قام بتقديمها إلى كلية الدراسات العليا، في جامعة الملك سعود، تحت إشراف الأستاذ الدكتور حسين مطاوع الترتوري، الرياض، ١٤١٤هـ.

حصلت على الرسالة مطبوعةً من قبل دار النفائس، الرياض، الطبعة الأولى، ١٩٩٨م.

جاءت هذه الرسالة في مقدمة وتمهيد وأبواب ثلاثة وخاتمة.

بين الباحث في المقدمة أهمية البحث ومشكلته... إلخ...

وفي التمهيد بين معنى التأصيل والتعديد، وتحدث عن خفاء الأدلة وتعارضها، ثم بين أهمية القواعد الفقهية، وتحدث عن الشبهات. ثم جاءت أبواب الرسالة على الشكل التالي: الباب الأول: تعريف الاحتياط وحجته، ثم قسم هذا الباب إلى فصلين. ثم الباب الثاني: بين أقسام الاحتياط وشروط العمل به، ثم قسم الباب إلى فصلين.

وفي الباب الثالث: تحدث عن أثر الاحتياط في القواعد الفقهية والفقه، ثم قسم الباب إلى فصلين.

ثم جاءت الخاتمة وفيها أهم نتائج البحث.

مميزات البحث: جمع البحث مادة علمية ضخمة ومفيدة، ويمكن اقتراح التوسع في دراسة بعض النقاط التالية:

١- بيان أسس العمل بالاحتياط، ومسالكه عند الفقهاء، وهذا ما حاولت أن أوضحه وأعتني به في رسالتي هذه.

٢- التوسع في دراسة مسائل الفقه الجنائي؛ بناء على استناد هذا الفقه إلى مفهوم الاحتياط بصورة كبيرة.

الرسالة الثانية:

وهي بعنوان: (نظرية الاحتياط الفقهي)، دراسة تأصيلية تطبيقية، وهي رسالة دكتوراه، من إعداد الباحث: محمد عمر سماعي، قام بتقديمها إلى كلية الدراسات العليا، في الجامعة الأردنية، تحت إشراف الأستاذ الدكتور محمود صالح جابر، أيار ٢٠٠٦م.

جاءت هذه الرسالة في مقدمة وفصول أربعة وخاتمة.

جاء الفصل الأول بعنوان: حقيقة الاحتياط ومظاهره ومقاصده، والفصل الثاني: مقومات الاحتياط وأسبابه ومسالكه، والفصل الثالث: حجية الاحتياط وشروطه وموجهاته، ثم الفصل الرابع: أثر الاحتياط في التعديد الأصولي والفقهي وواقع التشريع.

مميزات البحث: حاول الباحث في هذه الرسالة أن يتجاوز الملاحظات التي ذكرناها حول الرسالة السابقة، ونصّ على ذلك في مقدمته؛ فكان بناء بحثه متكاملًا؛ حيث استطاع أن يبيّن نظرية متماسكة

للاحتياط في الفقه الإسلامي عموماً. ويمكن اقتراح التوسع في مسائل الفقه الجنائي؛ نظراً لأهمية الاحتياط فيه.

الرسالة الثالثة :

وهي بعنوان: (الأخذ بالأحوط في الفقه الإسلامي) دراسة مقارنة، وهي رسالة دكتوراه في الفقه المقارن وأصوله، من إعداد: الدكتور تيسير محمد أبو خشریف، قام بتقديمها إلى قسم الشريعة الإسلامية، في كلية العلوم، جامعة القاهرة، تحت إشراف الأستاذ ابراهيم محمد عبد الرحيم، القاهرة، ٢٠٠٦م. جاءت هذه الرسالة في مقدمة وأربعة أبواب وخاتمة.

كان الباب الأول تحت عنوان: مدى صلة الأخذ بالأحوط بالأدلة المختلف بها والمصطلحات ذات الصلة، وقُسم هذا الباب إلى أربعة فصول؛ الأول: صلة الأخذ بالأحوط بالخروج من الخلاف، والثاني: في علاقة القول بأقل ما قيل مع الأخذ بالأحوط، والثالث: علاقة الأخذ بالأحوط مع الذرائع، والرابع: علاقة الأخذ بالأحوط بالورع والزهد والمباح والوسوسة.

وجاء الباب الثاني تحت عنوان: حجية الأخذ بالأحوط ومجاليه والضوابط العامة للعمل به، وتحت الباب أربعة فصول؛ الأول: في حجية الأخذ بالأحوط، والثاني: في مجال الأخذ به ضمن نطاق الأحكام التكليفية، والثالث: في مجال الأخذ به من خلال أحاديث الشبهات، والرابع: في الضوابط العامة للأخذ به.

ثم الباب الثالث تحت عنوان: الأخذ بالأحوط في مباحث الكتاب والسنة من علم أصول الفقه، وقُسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول؛ الأول: في الأخذ به في مباحث الدلالات، والثاني: في الأخذ به في التعارض والترجيح، والثالث: في الأخذ به في مباحث الاجتهاد والتقليد.

ثم الباب الرابع: في أهم قواعد الأخذ بالأحوط وتطبيقاتها الفقهية المقارنة، وتحتة فصلان؛ الأول: في أهم القواعد العامة للأخذ بالأحوط والتي لا تنحصر تطبيقاتها الفقهية في باب معين من أبواب الفقه، والثاني:

في أهم القواعد التي تنحصر تطبيقاتها الفقهية في باب معين من أبواب الفقه. ثم الخاتمة.

أما فيما يتعلق بتناول الرسالة لمسائل الفقه الجنائي، فقد درس الباحث مسألة تحت عنوان: السرقة من بيت المال أو الغنيمه؛ كمثال تطبيقي لقاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام"، ودرس أيضاً مسألة: قطع اليد اليسرى والرجل اليمنى في السرقة في الثالثة والرابعة؛ كمثال تطبيقي لقاعدة: "الثابت من وجه ملحق بالثابت من كل وجه في باب الحرمة".

ميزات البحث: كان البحث حافلاً بالمادة العلمية ودقيقاً في طرح المسائل الفقهية.

ويمكن اقتراح بعض النقاط التالية:

١ - التوسع في دراسة أسس العمل بالأحوط، ومسالكه وأركانه.

٢- التفريق بين مبدأ الأخذ بالأحوط وبين مفهوم الاحتياط من الناحية التطبيقية، وخاصة في الباب الرابع.

أضف إلى ذلك التوسع في مسائل فقه الجنائيات.

منهج البحث

ومن أجل تحقيق أهداف البحث وحلّ مشكلاته فقد سار البحث وفق المنهج الوصفي التحليلي المقارن.

حيث قمتُ بدراسة مسائل البحث؛ سواء كانت أصولية أو فقهية؛ عن طريق بيان أقوال العلماء وأدلتهم ومناقشتهم كلما استدعى البحث ذلك، وقمتُ باختيار الأقوال التي رأيت أن الأدلة تقويها. هذا عن المسائل التي تدخل في جوهر البحث؛ كما هو الحال في مسألة حجية الاحتياط مثلاً.

أما عن المسائل التي كانت تعرض من دون أن تكون ملازمة لجوهر البحث؛ فكنت أكتفي بذكر ما يخدم فكرة الفقرة فقط؛ خوفاً من الحشو والتطويل.

مراجع البحث: كانت مراجع البحث متنوعة؛ فقد رجعتُ في التعاريف اللغوية إلى المعاجم، وفي التعاريف الاصطلاحية إلى الكتب الفقهية إن أمكن أو إلى كتب التعريفات والمصطلحات، ورجعتُ إلى الكتب الفقهية المعتمدة في المذاهب الأربعة لأخذ أحكام المذاهب في الفروع التي درستها، وكذا الأدلة والمناقشات، وقد استعنتُ أحياناً ببعض الكتب الفقهية غير المعتمدة في المذاهب الأربعة في بعض المسائل؛ فأخذتُ منها ما يدعم الكلام في المراجع المعتمدة من جهة الأدلة والمناقشات والردود.

ورجعتُ إلى الكتب الأصولية في دراسة المسائل الأصولية؛ لبيان الأقوال والأدلة.

ورجعتُ إلى بعض الكتب الفقهية المعاصرة، وخاصة ما يتعلق بالفقه الجنائي لأبني عليها هيكل البحث.

واستفدتُ كثيراً من الرسائل العلمية التي ذكرتها في فقرة الدراسات السابقة؛ وذلك من خلال تكوين صورة واضحة لهيكل البحث؛ في النقاط التي تتقاطع بين هذه الرسائل وبين هذه الرسالة التي نحن بصدددها.

العزو: ما نقلته من عبارات المصنفين حرفياً وضعته بين قوسين، ثم عزوت للمرجع في الحاشية، أما ما لم أقم بنقله حرفياً فقد عزوته في الحاشية مُصدراً إياه بقول: (انظر).

وإن عزوت لأكثر من مرجع في الحاشية الواحدة فإني أصدر هذه المراجع بالكتاب الذي اعتمدتُ عليه بصورة مباشرة في أخذ المعلومة، وعلى هذا ترتيب باقي مراجع الحاشية؛ فكلما كانت العبارة قريبة من عبارة المرجع كلما كان له حق التقدم على سائر مراجع الحاشية نفسها.

وذكرتُ اسم الكتاب كاملاً في أول مرة يرد فيها في الدراسة مع بيان معلومات الطبعة، ثم اكتفيت في المرات التالية بذكر اسم الكتاب واسم المؤلف مع مكان الاقتباس فقط.

النصوص الشريفة: عزوتُ الآيات إلى سورها في متن البحث، أما نصوص الحديث والآثار فقد قمتُ بتخريجها في الحاشية، فإن كان الحديث موجوداً في الصحيحين أو في المستدرک فقد اكتفيتُ بوجوده فيها للحكم بصحته. أما إن كان موجوداً في سائر الكتب الستة أو الكتب التسعة، أو المصنفات الأخرى؛ فقد أعقبتُ هذا التخريج بنقل حكم علماء الحديث عليه.

الأعلام: قمتُ بترجمة العلم -الذي ورد اسمه في متن البحث- ترجمة مختصرة في حاشية مستقلة في أول مكان يرد اسمه فيه، وذكرت في الترجمة اسم العلم مع تاريخ وفاته وأهم ما برع فيه من العلوم مع أهم مصنفاته إن وصلتُ إليها.

الفهارس: وأتبعْتُ البحث بباقة من الفهارس العلمية، التي فهرستُ للآيات والأحاديث والآثار والتراجم والمراجع الواردة في البحث، ثم ختمتها بفهرس عام.

خطة البحث

لقد جاءت خطة البحث وفق ما يلي:

قسمتُ البحث إلى مقدمة ومبحث تمهيدي وستة فصول وخاتمة.

بينتُ في المقدمة أهمية البحث ومشكلته.. إلخ..

ثم المبحث التمهيدي؛ ضمّنته مدخلاً في مصطلحات الفقه الجنائي وأهم المصطلحات الواردة في البحث.

ثم جاءت الفصول الستة وفق ما يلي - سأكتفي هنا ببيان عناوين الفصول والمباحث فقط:-

الفصل الأول: معنى الاحتياط وحجته

المبحث الأول: تعريف الاحتياط لغة واصطلاحاً

المبحث الثاني: ألفاظ ذات صلة

المبحث الثالث: علاقة الاحتياط بمفهوم الأصل والدليل والقاعدة

المبحث الرابع: حجية الاحتياط

الفصل الثاني: أنواع الاحتياط وأركانه ومظاهره في الفقه الإسلامي

المبحث الأول: أنواع الاحتياط

المبحث الثاني: أركان الاحتياط

المبحث الثالث: مظاهر الاحتياط

الفصل الثالث: أسس الاحتياط وشروط العمل به ومقاصده في الفقه الجنائي

المبحث الأول: أسس العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي

المبحث الثاني: شروط العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي

المبحث الثالث: مقاصد العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي

الفصل الرابع: ضوابط الاحتياط في أصول الفقه الجنائي وقواعده

المبحث الأول: ضوابط الاحتياط في أصول الفقه الجنائي

المبحث الثاني: ضوابط الاحتياط في قواعد الفقه الجنائي

الفصل الخامس: ضوابط الاحتياط في التجريم والعقوبة

المبحث الأول: ضوابط الاحتياط في التجريم

المبحث الثاني: ضوابط الاحتياط في العقوبة

الفصل السادس: ضوابط الاحتياط في وسائل الإثبات في الفقه الجنائي

المبحث الأول: ضوابط الأخذ بالاحتياط في الإثبات بالإقرار

المبحث الثاني: ضوابط الأخذ بالاحتياط في الإثبات بالشهادة

المبحث الثالث: ضوابط الأخذ بالاحتياط في الإثبات بالقسامة

المبحث الرابع: ضوابط الأخذ بالاحتياط في الإثبات بالقرائن

المبحث الخامس: وسائل إثبات أخرى

ثم في النهاية تأتي الخاتمة وفيها أهم النتائج والتوصيات.

ثم الفهارس العلمية.

وأسأل الله تعالى القبول والتوفيق والسداد، إنه نعم المجيب..

المبحث التمهيدي- مفاهيم ومصطلحات أساسية في البحث

سنستعرض في هذا المبحث أهم المصطلحات الفقهية الجنائية التي سترد في هذه الرسالة، وذلك بصورة مختصرة.

المطلب الأول: معنى الفقه

للفقه في اللغة معانٍ عديدة منها: الفهم، والعلم بالشيء والفطنة فيه، أو هو المعلوم الذي يتيقنه الإنسان عن فكر.^(١) أما في الاصطلاح فهو: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية.^(٢)

المطلب الثاني: معنى الجناية

الجناية في اللغة مشتقة من الثلاثي: (جنى)، ويفيد هذا الثلاثي معانٍ منها: جمع ثمرة الشيء، ومنها أيضاً ارتكاب الذنب والجرم، وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب أو القصاص في الدنيا والآخرة.^(٣)

أما في الاصطلاح فيعرفها ابن نجيم^(٤) من الحنفية بقوله: (اسمٌ لفعلٍ محرّمٍ شرعاً سواءً حلّ بمالٍ أو نفس، إلا أن الفقهاء خصّوه بالجناية على الفعل في النفس والأطراف).^(٥) وهي عند المالكية: (إتلاف مكلف غير حربي نفس إنسان معصوم أو عضوه أو اتصالاً بجسمه أو معنى قائماً به أو جنينه عمدًا أو خطأ؛ بتحقيق أو تهمة).^(٦)

ويعرفها الإمام النووي^(٧) من الشافعية بقوله: (القتل والقطع والجرح الذي لا يُزق ولا يُبين).^(٨)

(١) - انظر لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، ٧١١هـ، دار صادر، بيروت، ط٣، ١٤١٤هـ، ٥٢٢/١٣، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: أحمد بن محمد بن علي أبو العباس الفيومي، ٧٧٠هـ، المكتبة العلمية، بيروت، د.ط، د.ت، ٤٧٩/٢، القاموس المحيط: محمد بن يعقوب مجد الدين الفيروز آبادي، ٨١٧هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، د.ط، د.ت، ص ١٢٥٠.

(٢) - انظر البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، ٩٧٠هـ، دار الكتاب الإسلامي، ط٢، د.ت، ٣/١، شرح مختصر خليل: محمد بن عبد الله أبو عبد الله الخرشى المالكي، ١١٠١هـ، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، ١٩/٧، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، ٩٧٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤م، ٩٣/١، وانظر التعريفات: الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، ٨١٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٨٣م، ص ١٦٨، معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ٩١١هـ، مكتبة الآداب، القاهرة، ط١، ٢٠٠٤م، تحقيق: محمد إبراهيم عبادة، ص ٤٧، الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، ٩٢٦هـ، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط١، ١٤١١هـ، تحقيق: مازن المبارك، ص ٦٧، الكليات: أيوب بن موسى أبو البقاء الحسيني الكوفي، ١٠٩٤هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، د.ط، ١٩٩٨م، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري، ص ٦٩٠.

(٣) - انظر مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر أبو عبد الله الرازي، ٦٦٦هـ، المكتبة العصرية، بيروت، ط٥، ١٩٩٩م، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ص ٦٢، لسان العرب: ابن منظور، ١٥٤/١٤، تاج العروس من جواهر القاموس: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، الملقب بمرتضى الربيدي ١٢٠٥هـ، دار الهداية، د.ط، د.ت، ٣٧٤/٣٧-٣٧٧.

(٤) - ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد الشهير بابن نجيم الحنفي، أخذ عن العلامة قاسم بن قطلوبغا والبرهان الكركي والأمين بن عبد العال، ألف العديد من الكتب في المذهب الحنفي، فشرح كنز الدقائق في كتاب سماه البحر الرائق، وعلق على الهداية ووضع كتاب الأشباه والنظائر، وله في الأصول شرح المنار ولب الأصول، توفي: ٩٧١هـ. انظر شذرات الذهب في أخبار من ذهب: عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري الحنبلي، ١٠٨٩هـ، دار ابن كثير، دمشق، ١٤٠٦هـ، ط١، تحقيق: عبد القادر ومحمود الأرناؤوط، ٣٥٨/٨، وانظر معجم المؤلفين: عمر رضا كحالة، مكتبة المثنى، ودار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ط، د.ت، ١٩٢/٤.

(٥) - البحر الرائق: ابن نجيم، ٢/٣، وانظر قريباً منه في المبسوط: السرخسي، ٨٤/٢٧.

(٦) - شرح مختصر خليل: الخرشى، ٣/٨.

(٧) - النووي: يحيى بن شرف بن مري محيي الدين أبو زكريا، ولد ٦٣١هـ بنوى، من تصانيفه شرح صحيح مسلم والروضة والمنهج ورياض الصالحين، توفي: ٦٧٦هـ. انظر طبقات الشافعية الكبرى: عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي تاج الدين السبكي، ٧٧١هـ، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٣هـ، ط٢، تحقيق: محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو، ٣٩٥/٨، وانظر البداية والنهاية: إسماعيل بن عمر بن كثير أبو الفداء القرشي، ٧٧٤هـ، دار إحياء التراث العربي، طبعة جديدة محققة ط١، ١٩٨٨م، تحقيق: علي شيري، ٣٢٦/١٣-٣٢٧.

ويعرفها ابن قدامة^(٢) من الحنابلة بقوله: (كل فعل عدوان على نفس أو مال؛ لكنها في العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدي على الأبدان، وسموا الجنايات على الأموال غصباً ونهباً وسرقة وخيانة وإتلافاً).^(٣)

فالجناية وإن كانت اسماً للأفعال المحرمة؛ سواء حلت بمال أو نفس؛ لكن عرف الفقهاء جرى على إطلاق الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه وهي القتل والجرح والضرب.^(٤) ويدخل في معنى الجناية أيضاً الاعتداء على حقوق الله تعالى أو حقوق المجتمع، والتي تتمثل في جنايات الحدود الخالصة لله تعالى كالزنا، وفي جنايات التعازير التي تقع على حقوق الله تعالى وحقوق المجتمع ومصالحه.^(٥)

فيكون معنى الجناية المختار هو: (الفعل المحرم شرعاً؛ سواء وقع على حق من حقوق الله تعالى أو حقوق المجتمع، أو وقع على نفس الإنسان أو أطرافه). وسيستعمل هذا البحث الجناية وفق هذا المعنى.

وقد اختلفت مناهج الفقهاء في الأبواب الفقهية التي يدرسون تحتها الكلام عن القتل والجرح والضرب، فأكثرهم يدرسونها تحت عنوان الجنايات.^(٦)

وبعضهم يدرسها تحت عنوان الجراح كالنووي من الشافعية والحنابلة.^(٧)

(١) - روضة الطالبين وعمدة المفتين: يحيى بن شرف أبو زكريا محيي الدين النووي، ٦٧٦هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٢، ١٤٠٥هـ، ١٢٢/٩.

(٢) - ابن قدامة: عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الدمشقي الصالحي الحنبلي، ولد ٥٤١هـ، من تصانيفه: البرهان في القرآن، والمغني والكافي والمقنع والعمدة، وتوفي سنة ٦٢٠هـ. انظر الوافي بالوفيات: صلاح الدين خليل بن أيبك الصفي، دار إحياء التراث، بيروت، ٢٠٠٠م، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركلي مصطفى، ٢٣/١٧، وانظر شذرات الذهب: ابن العماد، ٨٨/٥.

(٣) - المغني: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المعروف بابن قدامة المقدسي، ٦٢٠هـ، مكتبة القاهرة، القاهرة، د.ط، ١٩٦٨م، ٢٥٩/٨.

(٤) - انظر التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي: عبد القادر عودة، دار الكاتب العربي، بيروت، سلسلة الثقافة العامة، د.ط، د.ت، ٤/٢.

(٥) - انظر تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى، ٧٩٩هـ، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط ١، ١٩٨٦م، ٢١٠/٢.

(٦) - انظر المبسوط: السرخسي، ٨٤/٢٧، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، ٥٨٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢، ١٩٨٦م، ٢٣٣/٧، فتح القدير: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، ٦٨١هـ، دار الفكر، بيروت، ط ٢، د.ت، ٢٠٣/١٠، البحر الرائق: ابن نجيم، ٣٢٦/٨، حاشية رد المحتار على الدر المختار: (حاشية ابن عابدين)، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي، ١٢٥٢هـ، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٩٩٢م، ٥٢٧/٦، التلخيص في الفقه المالكي: عبد الوهاب بن علي أبو محمد الثعلبي، ٤٢٢هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٤م، تحقيق: أبو أويس التظواني، ١٨٢/٢، التاج والإكليل لمختصر خليل: محمد بن يوسف بن أبي القاسم أبو عبد الله العبدري ٨٩٧هـ، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٣٩٨هـ، ٣٦٥/٨، المهذب: إبراهيم بن علي بن يوسف أبو اسحاق الشيرازي، ٤٧٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت، ١٧٠/٣، روضة الطالبين: النووي، ١٢١/٩، العدة شرح العمدة: عبد الرحمن بن إبراهيم بهاء الدين المقدسي، ٦٢٤هـ، دار الحديث، القاهرة، د.ط، ٢٠٠٣م، ص ٥٢٥، الفروع: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج أبو عبد الله المرادوي الحنبلي، ٧٦٣هـ، عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط ١، ٢٠٠٣م، ٣٥١/٩، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: علي بن سليمان أبو الحسن المرادوي، ٨٨٥هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ١، ١٤١٩هـ، تحقيق: محمد حامد الفقي، ٤٣٣/٩.

(٧) - انظر نهاية المطلب في دراية المذهب: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف أبو المعالي الجويني، ٤٧٨هـ، دار المنهاج، ط ١، ٢٠٠٧م، تحقيق: عبد العظيم الديب، ٥/١٦، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه: يحيى بن شرف أبو زكريا محيي

وبعضهم يدرسها تحت عنوان الدماء كالمالكية.^(١)

وقد يُطلق مصطلح الجناية على كل فعل ثبتت حرمة بسبب الإحرام أو في الحرم، فالجناية وفق هذا الاستخدام هي: كل فعل ليس للمحرم أو الحاج أن يفعله، أو هي محرمات ومحظورات وممنوعات الإحرام والحرم.^(٢)

وقد يسمى الاعتداء على غير الإنسان جناية، وذلك كالاغتداء على الحيوان.^(٣) ولن نتناول دراسة الجناية في هذا البحث وفق المفهومين السابقين، وستقتصر الدراسة على الجنايات التي يكون محل الاعتداء فيها هو الإنسان أو المجتمع.

المطلب الثالث: معنى الجريمة

يتصل بمعنى الجناية مصطلح يعرف باسم (الجريمة)، فما المقصود بالجريمة؟. إنها وفق تعريف الماوردي^(٤):

(محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير).^(٥)

والمحظورات هي: إما إتيان فعل منهي عنه، أو ترك فعل مأمور به.

وقد وصفت المحظورات بأنها شرعية، إشارة إلى أنه يجب في الجريمة أن تحظرها الشريعة. وبناءً على هذا التعريف تكون الجريمة (كل فعل أو ترك نصت الشريعة على تحريمه والعقاب عليه). فيكون معنى الجريمة وفق هذه النتيجة أعم من معنى الجناية.

ومن جهة أخرى يمكن أن يقال وفق هذا التعريف: إن الفعل أو الترك لا يعتبر جريمة إلا إذا تقررت عليه عقوبة من الشارع. فيكون معنى الجريمة وفق هذه النتيجة أخص من معنى الجناية؛ إذ إنه ربط الجريمة بالعقوبة المنصوصة؛ في حين أغفل تعريف الجناية هذا الجانب.

الدين النووي، ٦٧٧ هـ، دار المنهاج، ط ١، ٢٠٠٥ م، عني به: محمد طاهر شعبان، ص ٢٦٩، مختصر الخرقى: عمر بن الحسين الخرقى، ٣٣٤ هـ، دار الصحابة للتراث، د. ط، ١٩٩٣ م، ص ١٢٣، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٥٩/٨.

(١) - انظر الرسالة: عبد الله بن أبي زيد أبو محمد القيرواني، ٣٨٦ هـ، دار الفكر، بيروت، د. ط، د. ت، ص ١٢١، مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة: خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين أبو المودة المالكي، ٧٦٧ هـ، دار الفكر، بيروت، د. ط، ١٤١٥ هـ، تحقيق: أحمد علي حركات، ص ٢٢٩، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ٤/٢-٥.

(٢) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٤/٣، حاشية ابن عابدين: ٥٢٧/٦، الشرح الكبير: سيدي أحمد بن محمد العدوي الدردير أبو البركات، ١٢٠١ هـ، دار إحياء التراث العربي، عيسى بابي الحلبي وشركاه، د. ط، د. ت، وبهامشه حاشية الدسوقي مع تقارير الشيخ محمد عليش، ٥٤/٢، منح الجليل على مختصر سيد خليل: محمد بن أحمد أبو عبد الله عليش، ١٢٩٩ هـ، دار الفكر، بيروت، د. ط، ١٩٨٩ م، ٣٠١/٢، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٩٢/٢، تحفة المحتاج في شرح المنهاج: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، ٩٧٤ هـ، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، د. ط، ١٩٨٣ م، ١٥٩/٤، العدة شرح العدة: بهاء الدين المقدسي، ص ١٨٨، الفروع: ابن المفلح، ٣٩٨/٥، الإنصاف: المرادوي، ٤٥٥/٣.

(٣) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٣٣/٧.

(٤) - الماوردي: علي بن محمد بن حبيب، صاحب الحاوي والإقناع في الفقه وأدب الدين والدنيا والتفسير ودلائل النبوة والأحكام السلطانية وقانون الوزارة وسياسة الملك، وكان إماماً جليلاً رفيع الشأن له اليد الباسطة في مذهب الشافعية، توفي ٤٥٠ هـ. طبقات الشافعية الكبرى: ابن السبكي، ٢٦٧/٥، وانظر وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: أحمد بن محمد بن أبي بكر أبو العباس شمس الدين ابن خلكان، ٦٨١ هـ، دار الثقافة، بيروت، تحقيق: إحسان عباس، ٢٨٤/٣.

(٥) - الأحكام السلطانية والولايات الدينية: علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن البصري البغدادي الماوردي، ٤٥٠ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ط، ١٩٨٥ م، ص ٣٢٢.

وبعد هذا يمكن أن يقال: لقد تداخل مفهوم الجريمة والجناية في الاستعمال الاصطلاحي عند العلماء؛ مما دفع بعض المعاصرين إلى اعتبارهما مصطلحين لمعنى واحد.^(١)

وهذا التداخل في المفهوم هو ما اختاره الباحث، وسار عليه في هذا البحث؛ فإذا غضضنا النظر عما تعارف عليه الفقهاء من إطلاق لفظ الجناية على بعض الجرائم دون البعض الآخر، أمكننا أن نقول: إن لفظ الجناية في الاصطلاح الفقهي مرادف لفظ الجريمة.^(٢)

المطلب الرابع: معنى العقوبة

العقوبة في اللغة تأتي بمعنى المجازاة على فعل السوء، والأخذ به.^(٣) وفي الاصطلاح هي: (الأم الذي يلحق الإنسان مستحقاً على الجناية).^(٤) أو هي: (الجزاء بالضرب أو القطع أو الرجم أو القتل).^(٥) أو هي: (الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة على عصيان أمر الشارع).^(٦) ويمكن أن نعرف العقوبة بالقول: (هي الجزاء المترتب على الفعل الممنوع شرعاً).

والعقوبة بشكل عام تنقسم إلى قسمين؛ فهي إما محددة أو غير محددة، فالعقوبات المحددة هي التي حُدِّتْ بنص شرعي من الكتاب أو السنة؛ كعقوبة الزنا والردة والقصاص؛ فالعقوبات المحددة إذاً إما حدود أو قصاص.

والعقوبات غير المحددة هي التي لم يرد نص من الشارع ببيان مقدارها، وتسمى بالعقوبات التعزيرية.^(٧)

وهناك تقسيمات أخرى للعقوبة لن نتوسع في بيانها هنا.^(٨)

المطلب الخامس: معنى الفقه الجنائي

بعد ما عرفنا معنى الفقه، ومعنى الجناية، نستطيع أن نقول: إن الفقه الجنائي هو: العلم بالأحكام الشرعية العملية المرتبطة بالاعتداء الواقع على حق من حقوق الله تعالى أو حقوق المجتمع، أو الواقع على نفس الإنسان أو أطرافه.^(٩) فيدخل تحت هذا المعنى كل حكم شرعي يرتبط بجنايات الحدود والقصاص والتعزير. لكن ما المقصود من كلٍّ من جنايات الحدود والقصاص والتعزير؟، هذا ما ستجيب عنه المطالب القادمة.

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٦/١-٦٧.

(٢) - انظر المرجع السابق.

(٣) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٦١١/١، المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ٤١٩/٢.

(٤) - انظر حاشية الطحطاوي على الدر المختار: أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي، ١٢٣١هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، د.ت، ٣٨٨/٢.

(٥) - حاشية ابن عابدين: ٣/٤.

(٦) - التشريع الجنائي: عودة، ٦٠٩/١.

(٧) - انظر العقوبة: محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، د.ط، د.ت، ص ٥٧-٥٨.

(٨) - انظر تفاصيل هذه التقسيمات في التشريع الجنائي: عودة، ٦٣٣/١-٦٣٤.

(٩) - لم أجد من عرف الفقه الجنائي.

المطلب السادس: معنى الحدود

الحد في اللغة المنع، ومنه سمي البوّاب حدّاداً؛ لأنه يمنع من الدخول.^(١)
وفي الاصطلاح: الحدود عند الحنفية وغيرهم كالحنبلة هي: (العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى).^(٢)
المقصود من: (العقوبة المقدرة) أنها محددة معينة من قبل المشرّع؛ من خلال النص دون أن يكون للقاضي سلطة في مقدارها.

والمقصود من: (حقاً لله تعالى) أنها لا تقبل الإسقاط لا من الأفراد ولا من الجماعة، فكل جريمة يرجع فسادها إلى العامة، وتعود منفعة عقوبتها عليهم، تعتبر العقوبة المقررة عليها حقاً لله تعالى؛ تأكيداً لتحصيل المنفعة، وتحقيقاً لدفع الفساد والمضرة.^(٣)

ويخرج بهذا التعريف جرائم القصاص والتعزير؛ لأن الأولى تتعلق بحقوق العباد، والثانية غير مقدرة. فجنايات أو جرائم الحدود إذاً هي: (الجنايات الملقب عليها بعقوبة مقدرة حقاً لله تعالى).
وقد أدخل بعض الفقهاء في معنى الحدود كلّ الجرائم مقدرة العقوبة؛ سواء كانت حقوقاً خالصة لله تعالى، أو حقوقاً خالصة للعباد، وهذا ما اختاره الكمال بن الهمام من الحنفية^(٤)، وابن رشد من المالكية.^(٥)

ملاحظة: سميت الحدود حدوداً لأنها تمنع من الوقوع في الذنب أو العودة إليه.^(٦)

عدد جنایات الحدود

اختلف العلماء في عدد جنایات الحدود؛ فقال جمهور العلماء من المصنّفين: الحدود ستة، وهي: الزنا، والقذف، والشرب، والسرقه، والردة، والحراة.^(٧)

(١) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ١٤٢/٣، مختار الصحاح: أبو عبد الله الرزائي، ص ٦٨.
(٢) - انظر تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق: عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدين الزيلعي، ٧٤٣هـ، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط ١، ١٣١٣هـ، ١٦٣/٣، حاشية ابن عابدين: ٣/٤، ووافقهم بعض الحنبلة انظر كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ١٠٥١هـ، دار الفكر، بيروت، د. ط، ١٤٠٢هـ، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، ٧٧/٦، التعريفات: الجرجاني، ص ٨٣.

(٣) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٧٩/١.
(٤) - الكمال بن الهمام: محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود الكمال بن همّام الدين السيوطي الأصل الحنفي الماضي الماضي أبوه ويعرف بابن الهمام ولد سنة تسعين وسبع مائة، من تصانيفه: شرح الهداية ولم يكمل بل انتهى فيه إلى الوكالة والتحرير في أصول الفقه والمسامرة في أصول الدين، توفي ٦٨١ هـ. الضوء اللامع: الضوء اللامع لأهل القرن التاسع: محمد بن عبد الرحمن شمس الدين السخاوي، ٩٠٢ هـ، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، د. ط، د. ت، ١٢٧/٨-١٣٠.

(٥) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢١٢/٥-٢١٣، وانظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد أبو الوليد القرطبي، ٥٩٥ هـ، دار المعرفة، بيروت، ط ٦، ١٩٨٢م، ١٧٧/٤، ابن رشد: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد أبو الوليد، وهو ابن رشد الحفيد؛ فقيه مالكي، وفيلسوف كبير، من كتبه (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) في الفقه المقارن، و(تهافت التهافت) في الفلسفة، توفي ٥٩٥ هـ. انظر شذرات الذهب: ابن العماد، ٣٢٠/٤.

(٦) - انظر كشاف القناع: البهوتي، ٧٧/٦.

(٧) - انظر تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١٦٣/٣، حاشية ابن عابدين: ٣/٤، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: أحمد بن غانم شهاب الدين النفراوي، ١١٢٦هـ، دار الفكر، بيروت، د. ط، ١٩٩٥م، ٢٠٠/٢، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: علي الصعيدي العدوي المالكي، ١١٨٩هـ، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، ٣٢١/٢، المجموع: يحيى بن شرف أبو زكريا محيي الدين النووي، ٦٧٧ هـ، دار الفكر، بيروت، د. ط، ١٩٩٧م، ٣/٢٠، حاشية الجبرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد): سليمان بن عمر بن محمد الجبرمي

وأضاف الحنفية لحدود الجمهور حدَّ السكر.^(١)

وأضاف المالكية حدَّ البغي.^(٢)

وأضاف الحنابلة حد قتل تارك الصلاة جحوداً.^(٣)

وأضاف ابن الهمام وابن رشد القصاص إلى الحدود.^(٤)

وسنعمد في دراسة هذا البحث على تقسيم الجمهور.

أنواع جنایات الحدود من حيث الحق الذي تتعلق به

من هذه الحدود ما هو حق لله تعالى، ومنه ما فيه حق للعبد. اتفق الفقهاء على أن سائر الحدود من حقوق الله، ثم اختلفوا في عقوبة القذف، هل هي من حقوق الله أو من حقوق العباد؟ مما أدى إلى اختلافهم في جواز العفو عنه؛ فالجمهور على اعتبار حد القذف من حقوق العباد، والحنفية على اعتبار أن الغالب فيه حق لله تعالى، ويترتب على هذا أنه يجوز العفو عن هذا الحد قبل الرفع إلى القضاء من قبل المقدوف عند الجمهور دون الحنفية.^(٥)

المطلب السابع: معنى القصاص

معنى القصاص في اللغة تتبع الأثر، والقود من القاتل.^(٦)

وفي الاصطلاح هو: (أن يُفعل بالفاعل مثل ما فعل).^(٧)

١٢٢١هـ، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، د.ط، د.ت، ١٦٧/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٤/٩، كشف القناع: البهوتي، ٧٧/٦.

(١) - انظر حاشية ابن عابدين: ٣/٤.

(٢) - انظر شرح مختصر خليل: الخرشي، ٦٠/٨، بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير): أحمد بن محمد أبو العباس الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، ١٢٤١هـ، دار المعارف، د.ط، د.ت، ٤٢٥/٤.

(٣) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٢٩/٢، شرح الزركشي على مختصر الخرقي: محمد بن عبد الله أبو عبد الله شمس الدين الزركشي المصري، ٧٧٢هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، ٢٠٠٢م، ٢٦٩/٢.

(٤) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢١٢/٥-٢١٣، وانظر بداية المجتهد: ابن رشد، ١٧٧/٤.

(٥) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٥٦-٥٥/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٢١٢/٥، البحر الرائق: ابن نجيم، ٢/٥، حاشية ابن عابدين: ٥٣/٤، الفواكه الدواني: شهاب الدين النفرواي، ٢١٦/٢، حاشية العدوي: ٣٣٦/٢، الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني: صالح عبد السميع الأبي الأزهر، ١٣٣٥هـ، مكتبة الثقافية، بيروت، د.ط، د.ت، ص ٦٠٢، المهذب: أبو إسحاق الشيرازي، ٣٤٩/٣، المجموع: النووي، ٦٢/٢٠-٦٤، الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٣٥، الفروع: ابن المفلح، ٢٢٢/١٠، كشف القناع: البهوتي، ١٠٥/٦، الأحكام السلطانية: أحمد بن علي بن المثنى أبو يعلى الموصلي، ٣٠٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢، ٢٠٠٠م، صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي، ص ٢٧٠.

(٦) - انظر مختار الصحاح: أبو عبد الله الرزائي، ص ٢٥٤، لسان العرب: ابن منظور، ٧٣/٧، المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ٥٠٥/٢.

(٧) - انظر التعريفات: الجرجاني، ص ١٧٦، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة: قاسم بن عبد الله بن أمير علي القانوني الرومي الحنفي، ٩٧٨هـ، دار الكتب العلمية، د.ط، ٢٠٠٤م، تحقيق: يحيى حسن مراد، ص ١٠٨، الشرح الممتع على زاد المستقنع: محمد بن صالح بن محمد العثيمين، ١٤٢١هـ، دار ابن الجوزي، الرياض، ط ١، ١٤٢٨هـ، ٣٤/١٤، وانظر قريباً منه في المبسوط: السرخسي، ٦٠/٢٦، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة: محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد القرطبي، ٥٢٠هـ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ٢، ١٩٨٨م، تحقيق: محمد حجي وآخرون، ٤٦١/١٥، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢١٢/٥.

وأصل مشروعيته ثابتٌ بقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ) [البقرة: ١٧٨].

إن القصاص هو عقوبة الاعتداء العمد على النفس أو على ما دون النفس.^(١)

فجنايات القصاص إذاً هي: (الجنايات التي يقع فيها الاعتداء على نفس الإنسان أو ما دون نفسه عمداً).

المطلب الثامن: معنى التعزير

التعزير في اللغة يأتي بمعنى الرد والمنع والتوقيف والتأديب، وإذا نصر غيره يقال: (عزّره)؛ لأنه بنصره له منع عنه عدوه، وتسمى العقوبة تعزيراً؛ لأنها تمنع الجاني عن العودة إلى الذنب، أو أنها تردّ من يفكر باقتراف الذنب. (٢) وهو في الاصطلاح: التأديب على ذنوب لم يُشرع فيها حدٌّ ولا كفارة.^(٣)

وبعبارة أخرى: هو عقوبة غير مقدرة شرعاً تجب حقاً لله أو لآدمي؛ في كل معصية ليس فيها حدٌّ ولا كفارة غالباً.^(٤)

وجاء قيد (غالباً) في نهاية التعريف؛ لأن التعزير قد يُجمع مع عقوبة الحد في بعض الأحيان، وعند بعض الفقهاء؛ كما هو الحال عند الحنفية الذين سمحوا بالجمع بين تغريب الزاني وجلده، على أن التغريب من باب التعزير، والجلد من باب الحد.^(٥)

فإذا ارتكب الإنسان معصيةً من المعاصي المنصوص على تحريمها؛ لكن لم يكن هناك نصٌّ في بيان مقدار العقوبة على هذه المعصية؛ فمن الممكن أن يعاقب الحاكم مرتكب هذه المعصية عقوبة تعزيرية تتناسب مع جرمته؛ مراعيّاً في ذلك زجر الجاني وإصلاحه وتهذيبه.^(٦)

فجنايات التعزير إذاً هي: (الجنايات التي لم يرد نصٌّ شرعيٌّ في بيان مقدار العقوبة عليها).

المطلب التاسع: معنى الدية

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١١٤/٢.

(٢) - انظر مختار الصحاح: أبو عبد الله الرزائي، ص ٢٠٧، لسان العرب: ابن منظور، ٥٦١/٤، المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ٤٠٧/٢.

(٣) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ٤٤/٥، حاشية ابن عابدين: ٥٩/٤.

(٤) - انظر الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٤٤، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٥٢/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٧٥/٩، الإنصاف: المرداوي، ٢٣٩/١٠.

(٥) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٣٨/٧، حاشية ابن عابدين: ١٤/٤.

(٦) - انظر الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٤٤، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٥٢/٥، البحر الرائق: ابن نجيم، ٤٤/٥، حاشية ابن عابدين: ٥٩/٤.

الدية في اللغة: مصدر الفعل ودى، وأصلها (ودية)، فهي محذوفة الفاء كعدة من الوعد، والهاء في الأصل بدلٌ من فاء الكلمة المحذوفة التي هي (الواو)؛ ويقال: ودى القاتلُ القتيلَ، يديه ديةٌ، إذا أعطى وليَّه المالَ الذي هو بدل النفس.^(١)

والدية في الاصطلاح: هي اسم للمال الذي يدفع في الدية، وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف هذا المال.

فعند الحنفية هي: (اسم للمال الذي هو بدل النفس).^(٢)

وعند المالكية هي: (مال يجب بقتل آدمي حرٍّ عوضاً عن دمه).^(٣)

أما عند الشافعية والحنابلة فالدية تشمل بدل النفس وما دون النفس؛ فعند الشافعية الدية هي: (المال الواجب بالجناية على الحرِّ في نفسٍ أو فيما دونها).^(٤)

وعند الحنابلة هي: (المال المؤدى إلى مجني عليه، أو وليه، أو وارثه بسبب جناية).^(٥)

وللدية أحكام وتفصيل تراجع في مظانها.^(٦)

المطلب العاشر: معنى الضابط

الضابط في اللغة يستعمل وفق معانٍ عديدة؛ منها حصر الشيء، وحبسه، ولزومه، وحفظه على وجه الإلتقان والإحكام.^(٧)

أما في الاصطلاح: فإن الضابط يستخدم وفق المعاني التالية:

المعنى الأول: الضابط بمعنى مرادف لمعنى القاعدة الفقهية

والقاعدة الفقهية هي: (حكم أكثرى لا كُليًّا؛ ينطبق على أكثر جزئياته لتُعرف أحكامها منه).^(٨)

فالقاعدة الفقهية تنظم تحتها فروعاً تنتمي إلى أبواب فقهية متعددة.

(١) - انظر مختار الصحاح: أبو عبد الله الرزائي، ص ٣٣٥، لسان العرب: ابن منظور، ٣٨٣/١٥، المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ٦٥٤/٢.

(٢) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٧١/١٠، البحر الرائق: ابن نجيم، ٣٧٣/٨، حاشية ابن عابدين: ٥٧٣/٦، أما الأرض فهو عند الحنفية اسمٌ للمال الواجب لما دون النفس. انظر المراجع السابقة.

(٣) - انظر حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني: ٢٩٨/٢، الثمر الداني: الأزهرى، ص ٥٧٥.

(٤) - انظر تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٦٠/٩، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: محمد بن أبي العباس شمس الدين الرملي، الشهير بالشافعي الصغير، ١٠٠٤ هـ، دار الفكر للطباعة، بيروت، د. ط، ١٩٨٤ م، ٣١٥/٧.

(٥) - انظر شرح الزركشي على مختصر الخرقي: ١١٦/٦، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ٩٦٨ هـ، دار المعرفة، بيروت، د. ط، د. ت، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، ١٩٩/٤.

(٦) - انظر المراجع الفقهية السابقة في التعريف الاصطلاحي للدية.

(٧) - انظر المحكم والمحيط الأعظم: علي بن إسماعيل بن سيده أبو الحسن المرسي، ٤٥٨ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٠ م، تحقيق: عبد الحميد هندواوي، ١٧٥/٨، مختار الصحاح: أبو عبد الله الرزائي، ص ١٨٢، المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ٣٥٧/٢، تاج العروس: الزبيدي، ٤٣٩/١٩.

(٨) - غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم: شهاب الدين أحمد بن محمد مكي أبو العباس الحسيني الحموي الحنفي ١٠٩٨ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٨٥ م، تحقيق: شرح السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي، ٥١/١.

وقد سار بعض العلماء على استعمال الضابط بمعنى القاعدة، ومنهم الكمال بن الهمام والتاج ابن السبكي وأبو تقي الدين.^(١)

المعنى الثاني: الضابط بمعنى القاعدة الفقهية الجامعة للفروع من باب واحد

اختار كثير من العلماء التفريق بين معنى القاعدة الفقهية والضابط الفقهي؛ فعندما يكون موضوع الحكم الأغلب مجموعة من المسائل التي تدخل تحت أبواب فقهية متعددة يُسمى عند العلماء بالقاعدة. أما إن كان موضوع الحكم الأغلب مجموعة من المسائل التي تنتظم تحت باب فقهي واحد فإنهم يسمونه بالضابط.^(٢)

مثال الضابط الفقهي: قولهم: (كل كفارة سببها معصية فهي على الفور).^(٣)

حيث تخصص هذه القاعدة بباب الكفارة، ويكون معنى الضابط هنا أخص من معنى القاعدة الفقهية.

المعنى الثالث: الضابط بمعنى المعيار الناظم للشيء

ويقصد بالمعيار الميزان والمبدأ الذي ينظم العمل بالشيء.^(٤)

فوفق هذا المعنى يدخل في مفهوم الضابط كل من المصطلحات التالية: (تعريف الشيء، وأسبابه، ودوافعه، ومظاهره، وأسس العمل به، وشروطه، ومقاصده، والقواعد النازمة لأصوله وفروعه).^(٥)

وإن الضابط وفق هذا المعنى هو المقصود في عنوان هذه الرسالة.

فإذا كان عنوان هذه الرسالة هو (ضوابط الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي الإسلامي)؛ فيكون المقصود من الضوابط في العنوان هو:

(المبادئ والمعايير النازمة للأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي الإسلامي).

وهذا ما دفع الباحث إلى بيان أسس الاحتياط في الفقه الجنائي وأسبابه ودوافعه ومظاهره وشروطه ومقاصده ضمن البحث.

المطلب الحادي عشر: معنى الشبهة

(١) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٩٩/١، ومنه: ٢٣٧/٥، الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٠/١، وانظر الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، علي بن عبد الكافي السبكي ٧٥٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٤هـ، ١٧٧/٣، وانظر القواعد الفقهية: علي أحمد الندوي، دار القلم، دمشق، ط٥، ١٤٢٠هـ، ص٥٠، السبكي: علي بن عبد الكافي بن علي السبكي، تقي الدين، قاضي الشام، والد تاج الدين السبكي، له: (الابتهاج شرح المنهاج) في فروع الشافعية. توفي: ٧٥٦هـ. انظر طبقات الشافعية: أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شعبة ٨٥١ هـ، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٧ هـ، ط١، تحقيق: الحافظ عبد العليم خان، ١٤٦/٦، ابن السبكي: عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي قاضي القضاة تاج الدين أبو نصر السبكي، أصولي شافعي، ومن تصانيفه شرح مختصر ابن الحاجب، وهو رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، وجمع الجوامع في أصول الفقه، والأشباه والنظائر، وطبقات الشافعية الكبرى، وغيرها كثير، توفي ٧٧١ هـ. انظر طبقات الشافعية: ابن قاضي شعبة، ١٠٤/٣، شذرات الذهب: ابن العماد، ٢٢١/٦.

(٢) - انظر التحرير شرح التحرير في أصول الفقه: علي بن سليمان أبو الحسن المرداوي، ٨٨٥ هـ، مكتبة الرشد، الرياض، الرياض، ط١، ٢٠٠٠م، تحقيق: عبد الرحمن الجبرين وعوض القرني وأحمد السراح، ١٢٦/١، وانظر الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١/١.

(٣) - الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١/١.

(٤) - انظر قريباً من هذا في البحر الرائق: ابن نجيم، ١٥/٦، حاشية ابن عابدين: ٥٧٥/٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي ١٢٣٠هـ، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، وبهامشها تقارير: محمد عيش، ٥٣/٣.

(٥) - انظر القواعد الفقهية: يعقوب عبد الوهاب البأحسنين، اللجنة الوطنية، بغداد، د.ط، د.ت، ص٦٣ وحتى ص٦٥.

الشبهة في اللغة مأخوذٌ معناها من الشبه، وهو التماثل، وتأتي الشبهة في اللغة بمعنى الالتباس، وأمور مشتبّهة ومشبّهة أي مُشكّلة يُشبه بعضها بعضاً.^(١)

والشبهة في الاصطلاح هي كما عرفها الحنفية: ما يشبه الثابت لا نفس الثابت.^(٢)
أو هي: ما لم يُتيقّن كونه حراماً أو حلالاً.^(٣)

ويستخدم العلماء الشبهة وفق اصطلاحات متعددة منها:
أولاً: ما تعارضت فيه الأدلة، ثانياً: ما اختلف فيه العلماء، ثالثاً: المكروه، رابعاً: المباح الذي تركه أولى من فعله باعتبار أمر خارج عن ذاته، ولهذه المعاني أصول وأدلة لن نتوسع في بيانها.^(٤)
ويكفي أن نشير هنا إلى أن الشبهة في مباحث الاحتياط تُستخدم وفق المعنى الأول والثاني والرابع، وهذا ما سنراه في ثنايا هذه الرسالة.

وفي نهاية هذا المبحث التمهيدي يُشار إلى أنه قد تمّ الاقتصار على أهم المصطلحات الأساسية في هذا البحث، أما بالنسبة للمصطلحات الأخرى رغم أهميتها وصلتها بالبحث إلا أنني تركتُ التعريف عنها إلى مكان ورودها؛ حفاظاً على ترابط الأفكار في مكان الورود، ومن هذه المصطلحات: (الأصل، الدليل، القاعدة الأصولية سدّ الذرائع وفتحها، الورع، الوسوسة). وغيرها من المصطلحات الأساسية في هذا البحث.

(١) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٥٠٤/١٣، القاموس المحيط: الفيروز آبادي، ص ١٢٤٧.

(٢) - الهداية شرح بداية المبتدي: علي بن أبي بكر أبو الحسن المرغيناني، ٥٩٣هـ، المكتبة الإسلامية، د. ط، د. ت، ٣٤٦/٢.

(٣) - التعريفات: الجرجاني، ص ١٢٤.

(٤) - انظر حاشية ابن عابدين: ١٨/٤، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٨/٨، الموسوعة الفقهية الكويتية: صادر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، اشتركت عدة دور في طباعة أجزائها على مدار عدة سنوات، ٣٣٩/٢٥.

الفصل الأول

معنى الاحتياط وحجته

ويتضمن أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الاحتياط لغة واصطلاحاً

المبحث الثاني: ألفاظ ذات صلة بالاحتياط

المبحث الثالث: علاقة الاحتياط بمفهوم الأصل والدليل والقاعدة

المبحث الرابع: حجية الاحتياط

المبحث الأول - تعريف الاحتياط لغة واصطلاحاً

المطلب الأول: تعريف الاحتياط لغة

الاحتياط مصدر للفعل الخماسي (احتاط)، وجذره الثلاثي (حَوَظَ)، وقد سار بعض اللغويين على أن جذر الاحتياط هو: (حَيْطَ)، ولكن الأغلب على أن (حَيْطَ) ليس أصلاً لأي كلمة أخرى، فقالوا: (الحاء والياء والطاء ليس أصلاً، وذلك أن أصله في الحياطة والحِيطَة والحائِطُ كُلُّه الواو).^(١) والثلاثي (حوط) يأتي في اللغة على معانٍ؛ الأول والثاني منها يُستعمل للإحاطة المعنوية، والثالث للإحاطة الحسية:

الأول: الحفظُ والتعهدُ والصيانةُ والرعاية، فيقال: (حاطَه يَحُوطُه حَوَظاً وَحِيطَةً وَحِياطَةً: حَفِظَه وتَعَهَّدَه).^(٢)

الثاني: معرفة الشيء والعلم به من كل جهاته من ذلك قوله تعالى: (فَقَالَ أَحَطْتُ بِمَا لَمْ تُحِطْ بِهِ وَجِئْتُكَ مِنْ سَبَإٍ بَنِيَّ يَقِينُ) [النمل: ٢٢]، بمعنى: عَلِمْتُه مِنْ جَمِيعِ جِهَاتِهِ.^(٣) فيقال لكل مَنْ أَحْرَزَ شَيْئاً كُلَّهُ وبلغَ علمه أَقْصَاهُ أنه قَدْ أَحاطَ بِهِ.^(٤)

الثالث: استدارة شيء حول شيء آخر، فيقال: أحاط القوم بالبلد إحاطةً استداروا بجوانبه.^(٥) وسمي الجدار حائطاً لأنه يحوط ما فيه، والحائط يأتي بمعنى البستان إذا كان حوله جدار.^(٦)

أما فعل الاحتياط: (احتاط)؛ فيأتي في اللغة على عدة معانٍ:

الأول: طلب الأحوط والأخذ بأوثق الوجوه.^(٧)

والثاني: وهو قريبٌ من الأول بمعنى الأخذ بالأحزم، جاء في لسان العرب: ابن منظور، (احتاط الرجلُ: أخذ في أموره بالأحزم. واحتاط الرجلُ لنفسه أي أخذ بالثقة. والحوطة والحِيطَةُ: الاحتياط).^(٨)

والثالث: طلب السلامة، والمحاذرة من الوقوع في الهلاك، ودفعه عن النفس.^(٩)

(١) - مقاييس اللغة: أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين القزويني الرازي، ٣٩٥هـ، دار الفكر، ١٩٧٩م، تحقيق: عبد السلام محمد هارون ١٢٥/٢.

(٢) - لسان العرب: ابن منظور، ٢٦٩/٧، وانظر النهاية في غريب الحديث والأثر: المبارك بن محمد بن محمد بن محمد مجد الدين أبو السعادات الجزري، ابن الأثير ٦٠٦هـ، المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود مجد الطناحي، ٤٦١/١، وانظر معنى الرعاية في المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ١٥٦/١.

(٣) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٢٨٠/٧، وانظر الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: إسماعيل بن حماد الجوهري أبو نصر الفارابي، ٣٩٣هـ، دار العلم للملايين، بيروت، ط٤، ١٩٨٧م، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، ١١٢١/٣.

(٤) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٢٨٠/٧.

(٥) - المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ١٥٦/١، وانظر لسان العرب: ابن منظور، ٢٨٠/٧.

(٦) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٢٨٠+٢٧٩/٧.

(٧) - انظر المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ١٥٦/١، وانظر الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: أبو نصر الفارابي، ١١٢١/٣.

(٨) - لسان العرب: ابن منظور، ٢٦٩/٧.

وبما أن الاحتياط في اللغة (افتعال) من (احتاط)، وفيه معنى طلب الأحوط، فيمكن الجمع بين المعاني السابقة للحصول على معنى جامع للاحتياط في اللغة، وهو: (طلب الأوثق والأحزم والأسلم من كل الوجوه).

المطلب الثاني: تعريف الاحتياط اصطلاحاً

يجدر في بداية هذا المطلب أن نبين أن الذين تصدوا لبيان معنى الاحتياط من الفقهاء لم يقوموا بتعريفه على أنه مصطلحٌ مستقلٌّ؛ حيث إنهم تكلموا في الأغلب عن الاحتياط أثناء مناقشتهم لبعض الفروع. (٢)

وفيما يلي ستذكر بعض هذه التعاريف، وسيظهر أن بعضها لم يخرج عن بيان المعنى اللغوي للاحتياط؛ مما يعزز فكرة كون الفقهاء لم يعاملوا الاحتياط على أنه مصطلح مستقل. ثم بعد تعاريف الفقهاء ستذكر تعاريفاً أوردتها معاصرون أثناء دراستهم لنظرية الاحتياط مع مناقشتها.

ولكن قبل البدء بتعاريف الاحتياط يجدر بنا بيان أن مصطلح الاحتياط عند الحنفية والمالكية يُعتبر أحياناً من المصطلحات التي تُستخدم في الإفتاء والترجيح. (٣)

أولاً: تعاريف الفقهاء

سار الفقهاء في بياحهم لحقيقة الاحتياط في طرق ثلاثة: طريق بين معنى الاحتياط معتمداً على الدافع للعمل بالاحتياط، وهو إزالة الشك والريب. وفي الطريق الثاني نجد من عرّف الاحتياط معتمداً على أثر الاحتياط وهو تحقيق التحفظ والتورع والتحوط.

ثم الطريق الثالث الذي حاول الجمع بين الطريقين.

الطريق الأول: اهتم أصحابه في تعريفاتهم بمعنى الدافع للاحتياط وهو (إزالة الشك والريب) الذي يظهر في الاحتياط، مع ملاحظة ما من شأنه أن يزيل الشك من خلال التعريف. ومن هذه التعاريف:

تعريف الفخر الرازي الشافعي^(٤) وهو: (إما الأخذ بأكثر ما قيل أو بأثقل ما قيل).^(١)

(١) - انظر تاج العروس من جواهر القاموس: ٢٢٠/١٩.
(٢) - انظر مثلاً لهذا: قواعد الأحكام في مصالح الأناس: عز الدين بن عبد السلام، ١٧/٢، الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٠/١، الموافقات: الشاطبي، ٥١٧/١.
(٣) - انظر الدر المختار: محمد بن علي علاء الدين الحصكفي ١٠٨٨هـ، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٩٩٢م، ٧٣/١، وانظر المذهب الحنفي: أحمد النقيب، مكتبة الرشد، الرياض، ط ١، ٢٠٠١م، ص ٣٦٨، ٣٧٢، وانظر في أصول المالكية: المحصول في أصول الفقه: محمد بن عبد الله أبو بكر ابن العربي، ٥٤٣ هـ، دار البيارق، عمان، ط ١، ١٩٩٩م، ص ١٥٠.
(٤) - الفخر الرازي: محمد بن عمر بن الحسين بن الحسن بن علي التيمي أبو عبد الله فخر الدين، سلطان المتكلمين في زمانه فقيه شافعي، له كتاب في التفسير، في أصول الفقه المحصول والمعالم وكتاب البيان والبرهان في الرد على أهل الزيغ

ويمكن مناقشة هذا التعريف بأنه غير جامع؛ من حيث إن معنى الاحتياط أوسع مما ذكر في هذا التعريف.

تعريف الأمدي^(٢) وهو: (إتباع المكلف ما أوجبه ظنه).^(٣)

يمكن مناقشة هذا التعريف بأنه غير جامع؛ فالاحتياط ليس فقط إتباع ما أوجبه ظن المكلف؛ فهذا الإتباع هو من عمل المكلف، وعمل المكلف ثمرة، وتعريف الشيء لا يكون بثمرته.

وكذا هو غير مانع فهو يُدخل في الاحتياط ما ليس منه؛ فليس كل ما يوجب الظن يدخل في الاحتياط، وذلك كإتباع الظن في الأمور العادية والعرفية وغيرها؛ مما لا يجب أن يدخل في تعريف الاحتياط في الاصطلاح الشرعي.

تعريف الفيومي^(٤): فقد عرّف الاحتياط بأنه: (فعل ما هو أجمع لأصول الأحكام، وأبعد عن شوائب التأويلات).^(٥)

ويمكن مناقشة هذا التعريف بأنه غير جامع من حيث إنه اقتصر على أصول الأحكام، دون أن يذكر الفروع التي لوحظ العمل بالاحتياط من خلالها.

وأيضاً هو غير مانع من حيث إمكان إدخاله غير الاحتياط في التعريف؛ ككل ما من شأنه أن يجمع أصول الأحكام كأدلة الشرع التي قامت عليها الفروع من كتاب وسنة.

تعريف العز بن عبد السلام^(٦): عرّف الاحتياط بقوله: (ترك ما يريب المكلف إلى ما لا يريبه).^(٧)

ويمكن مناقشة هذا التعريف أنه غير جامع؛ من حيث إن دفع الريب والشك هو أحد أسس العمل بالاحتياط وليس كلها.

تعريف الكمال بن الهمام: عرّفه بقوله: (العمل بأقوى الدليلين).^(٨)

ويناقش هذا التعريف بأنه غير جامع من حيث إنه اكتفى بإحدى صور الاحتياط وهي العمل بأقوى الدليلين عند تعارضهما.

والطغيان، وشرح الوجيز في الفقه للغزالي، توفي سنة ٦٠٦ هـ. انظر وفيات الأعيان: ابن خلكان، ٢٤٨/٤-٢٤٩، طبقات الشافعية: ابن قاضي شهاب، ٦٦/٢.

(١) - المحصول في علم الأصول: محمد بن عمر بن الحسين أبو عبد الله فخر الدين الرازي، ٦٠٦ هـ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط ١، ١٤٠٠ هـ، تحقيق: طه جابر فياض العلواني، ١٦٠/٦.

(٢) - الأمدي: علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الإمام أبو الحسن سيف الدين الأمدي الأصولي المتكلم، ولد ٥٥٠ هـ، كان حنبلياً ثم صار شافعيّاً، وصنف كتاب الأبقار في أصول الدين والإحكام في أصول الفقه والمنتهى ومناخق القرائح، توفي ٦٣١ هـ. انظر طبقات الشافعية الكبرى: ابن السبكي، ٣٠٦/٨ و ٣٠٧، طبقات الشافعية: ابن قاضي شهاب، ٨٠/٢.

(٣) - الإحكام في أصول الأحكام: علي بن أبي علي بن محمد أبو الحسن الأمدي، ٦٣١ هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، د. ط، دبت، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، ١٦٩/٢.

(٤) - الفيومي: أحمد بن محمد بن علي، أبو العباس، فقيه شافعي لغوي مصري، له: (المصباح المنير: أبو العباس الفيومي) في اللغة، توفي: ٧٧٢ هـ. انظر معجم المؤلفين: عمر رضا كحالة، ١٣٢/٢.

(٥) - المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ١٥٦/١.

(٦) - العز بن عبد السلام: عبد العزيز بن عبد السلام أبي القاسم، فقيه وأصولي شافعي، قاضي مصر، له: (قواعد الأحكام في مصالح الأنام)، و(الفتاوى)، و(التفسير الكبير)، توفي: ٦٦٠ هـ. انظر طبقات الشافعية الكبرى: ابن السبكي، ٨٠/٥.

(٧) - قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، العز بن عبد السلام، ٦١/٢.

(٨) - فتح القدير: ابن الهمام، ٣٤١/١، وانظر حاشية ابن عابدين: ٧٣/١.

وَيُنَاقَشُ أَيْضاً بِأَنَّهُ غَيْرُ مَطْرَدٍ؛ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْإِحْتِيَاظَ لَا يَكُونُ دَائِماً بِالْعَمَلِ بِأَقْوَى الدَّلِيلَيْنِ؛ فَأَحْيَاناً يَكُونُ الْإِحْتِيَاظُ بِالْعَمَلِ بِالْأَضْعَفِ، عِنْدَمَا يَكُونُ هَذَا الدَّلِيلُ الْأَضْعَفُ يَقْتَضِي التَّوَرُّعَ وَالتَّحَوُّطَ.

تعريف المناوي^(١): عَرَّفَهُ بِقَوْلِهِ: (فَعَلٌ مَا يَتِمُّكَ بِهِ مِنْ إِزَالَةِ الشَّكِّ).^(٢)

يُنَاقَشُ هَذَا التَّعْرِيفُ بِأَنَّهُ غَيْرُ مَانِعٍ إِذْ إِنَّهُ يُدْخِلُ فِي الْإِحْتِيَاظِ مَا لَيْسَ مِنْهُ؛ فَلَيْسَ كُلُّ مَا يُزِيلُ الشَّكَّ يَدْخُلُ فِي الْإِحْتِيَاظِ.

الطريق الثاني: اهتم من سار على هذا الطريق بأثر الاحتياط وهو تحقيق التحفظ والتحوط والتورع.

تعريف الجصاص الحنفي^(٣): فِي كِتَابِهِ الْفُصُولُ فِي الْأُصُولِ سَارَ عَلَى أَنَّ الْإِحْتِيَاظَ هُوَ: الْأَخْذُ بِالْحَزْمِ وَالثَّقَةِ.^(٤)

نَلَاظُ أَنَّ هَذَا الْمَعْنَى مَأْخُوذٌ مِنَ الْمَعْنَى اللَّغَوِيَّةِ لِلْإِحْتِيَاظِ، وَيُنَاقَشُ أَيْضاً بِمَا قُلْنَا مِنْهُ سَابِقاً فِي غَيْرِهِ مِنَ التَّعَارِيفِ كَوْنِهِ غَيْرُ جَامِعٍ وَكَوْنِهِ غَيْرُ مَانِعٍ.

تعريف ابن حزم^(٥): عَرَّفَ الْإِحْتِيَاظَ فَقَالَ:

(اجْتِنَابُ مَا يَتَّقِي الْمَرْءُ أَنْ يَكُونَ غَيْرَ جَائِزٍ، أَوْ اتِّقَاءُ مَا غَيْرُهُ خَيْرٌ مِنْهُ عِنْدَ ذَلِكَ الْخِتَابِ).^(٦)

وَيُنَاقَشُ التَّعْرِيفُ بِأَنَّهُ جَعَلَ الْإِحْتِيَاظَ مِنْ عَمَلِ الْخِتَابِ، وَهَذَا تَعْرِيفٌ لِلشَّيْءِ بِغَيْرِ حَقِيقَتِهِ، ثُمَّ إِنَّ التَّعْرِيفَ لَمْ يَكُنْ جَامِعاً؛ حَيْثُ إِنَّهُ اقْتَصَرَ عَلَى وَجْهِ وَاحِدٍ مِنْ وَجُوهِ الْإِحْتِيَاظِ، وَهُوَ حَالُ وَجُودِ أَمْرَيْنِ نَخْتَارُ الْأَحْوَالَ مِنْهُمَا، وَالْإِحْتِيَاظُ أَوْسَعُ مِنْ هَذَا.

(١) - المناوي: محمد عبد الرؤوف بن تاج العارفين، زين الدين، فقيه شافعي، له: (فيض القدير) و(شرح التحرير) في الفروع، توفي: ١٠٣١هـ. انظر البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ١٢٥٠هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٨م، ٣٥٧/١.

(٢) - التوقيف على مهمات التعريف: عبد الرؤوف المناوي، ١٠٣١هـ، عالم الكتب، القاهرة، ط١، ١٩٩٠م، ص٤٠، وانظر وانظر التعريف نفسه في الكليات: الكفوي، ص٥٦.

(٣) - الجصاص: أبو بكر أحمد بن علي الرازي صاحب أبي الحسن الكرخي ولد سنة خمس وثلاثمائة ومات سنة سبعين وثلاثمائة وإليه انتهت رئاسة العلم لأصحاب أبي حنيفة ببغداد وعنه أخذ فقهاؤها. شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني، شرح مختصر الطحاوي في فروع الفقه الحنفي، أحكام القرآن، وكتاب في أصول الفقه. انظر طبقات الفقهاء: إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق الشيرازي، ٤٧٦هـ، دار القلم، بيروت، ط١، دت، تحقيق: خليل الميس، ١٥٠/١، معجم المؤلفين: عمر رضا كحالة، ٧/٢.

(٤) - انظر الفصول في الأصول: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، ٣٧٠هـ، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ط٢، ١٩٩٤م، ١٠١/٢.

(٥) - ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ولد بقرطبة ٣٨٤هـ، وكان حافظاً عالماً بعلوم الحديث وفقهه مستنبطاً للأحكام من الكتاب والسنة بعد أن كان شافعي المذهب، ثم انتقل إلى مذهب أهل الظاهر، له مصنفات كثيرة منها الإيصال إلى فهم كتاب الخصال في فقه الحديث، الإحكام لأصول الأحكام، والفصل في الملل في الأهواء والنحل وكتاب في الإجماع ومسائله على أبواب الفقه وغيرها، وكتاب المحلى في شرح المجلى في الفقه، توفي ٤٥٦هـ. وفيات الأعيان: ابن خلكان، ٣٢٥/٣، تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ٧٤٨هـ، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١، ١٩٨٧م، تحقيق: عمر عبد السلام تدمري، ٤٠٦/٣٠.

(٦) - الإحكام في أصول الأحكام: ابن حزم، ٥١/١.

تعريف الجرجاني^(١): أوردته في كتابه التعريفات حيث قال: (حفظ النفس عن الوقوع في المآثم).^(٢) وهو تعريف غير جامع؛ إذ إنه خصّ الاحتياط بحفظ النفس عن الإثم، وهو فعل سلبي، والاحتياط أوسع من هذا؛ إذ إنه يكون فعلاً إيجابياً، كتشريع بعض الأحكام وتكليف الإنسان بها من باب الاحتياط.

تعريف الكفوي^(٣): (التحفظ والاحتراز من الوجوه؛ لئلا يقع في مكروه).^(٤) ويُناقش هذا التعريف بأنه غير واضح، فما المقصود بالمكروه في هذا التعريف؟، هل هو المكروه بالمعنى اللغوي؟، أو المكروه بالمعنى الاصطلاحي؟.

فإن كان بالمعنى اللغوي فعندها لن يقدم التعريف معنى دقيقاً للاحتياط اصطلاحاً. وإن كان بالمعنى الاصطلاحي فيكون التعريف غير جامع؛ حيث قصر الاحتياط على التحفظ من المكروه، في حين يكون الاحتياط بالاحتراز عن الحرام وعن المباح أيضاً. ونقل الكفوي تعريفاً آخر للاحتياط هو: (استعمال ما فيه الحياطة؛ أي الحفظ، وهو الأخذ بالأوثق من جميع الجهات).^(٥) ويُناقش هذا التعريف بأنه تعريف بالمعنى اللغوي للاحتياط، وهو أيضاً غير واضح، واضح، فما المقصود بالأوثق من جميع الجهات؟.

نلاحظ في التعاريف السابقة أنها غير مستوفية لشروط التعريف المنطقية العلمية؛ بدليل كون أغلبها غير جامع أو غير مانع، وهذا ما يقوي فكرة كون العلماء لم يعاملوا الاحتياط على أنه مصطلح مستقل، أضف إلى ذلك أنه قد غلب على بعض هذه التعاريف المعنى اللغوي للاحتياط كما في تعريف الجصاص والكفوي.

الطريق الثالث: حاول بعض العلماء الجمع بين الاتجاهين السابقين في التعريف، ومنهم محمد مهدي شمس الدين في كتابه الاجتهاد والتجديد في الفقه الإسلامي؛ حيث عرّف الاحتياط فقال: (الوظيفة الشرعية أو العقلية المؤمّنة من العقاب في حالة العجز عن معرفة حكم الشارع).^(٦) نلاحظ أنه حاول الجمع بين فكرة الدافع والأثر. فالدافع وهو إزالة الشك عند عدم معرفة حكم الشرع نجده في قوله: (في حالة العجز عن معرفة حكم الشارع). ثم نجد فكرة الأثر وهو تحقيق التحفظ والتورع في قوله: (المؤمّنة من العقاب).

(١) - الجرجاني: علي بن محمد بن علي المعروف بالسيد الشريف، الحنفي، له (التعريفات)، و(رسالة في فن أصول الحديث)، توفي: ٨١٦هـ. انظر الضوء اللامع: السخاوي، ٣٢٨/٥.

(٢) - التعريفات: الجرجاني، ص ١٢.

(٣) - الكفوي: أيوب بن السيد شريف موسى الحسيني، أبو البقاء، فقيه وقاضٍ حنفي، له: (الكليات) في اللغة والمصطلحات، توفي: ١٠٩٤هـ. انظر معجم المؤلفين: عمر رضا كحالة، ٣١/٣.

(٤) - الكليات: الكفوي، ص ٥٦.

(٥) - المرجع السابق.

(٦) - انظر الاجتهاد والتجديد: محمد مهدي شمس الدين، المؤسسة الدولية، بيروت، ط ١، ١٩٩٩م، ص ٦٢.

ويؤخذ على التعريف أنه غير جامع؛ حيث حصر هدف الاحتياط بالتأمين من العقاب، والاحتياط قد يكون لأهداف أخرى كحماية المصالح والضروريات ودرء الشبهات.

ثانياً: تعاريف بعض المعاصرين

لم تخلُ التعاريف السابقة من مناقشة، وهذا يرجع إلى أن الاحتياط لم ينل حظه في دراسات مستقلة، إلى أن قام بعض الباحثين بالاعتناء به في رسائل مستقلة؛ فقدموا له تعريفات منها:

التعريف الأول: تعريف منيب شاكر في بحثه (العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي): حيث عرفه بقوله: (الاحتراز من الوقوع في منهي أو ترك مأمورٍ عند الاشتباه).^(١) وقد حاول الباحث أن يتلافى المحاذير التي ذكرناها في التعاريف السابقة.

ويمكن أن يُناقش هذا التعريف بأنه غير جامع؛ إذ إنه قصر هدف العمل بالاحتياط في الاحتراز من الوقوع في المنهي أو الاحتراز من ترك مأمورٍ، في حين يمكن أن يدخل الاحتياط في الاحتراز في المباحات، وذلك حال عدم وجود النصّ الأمر أو الناهي أصلاً، أو في حال اختيار الأورع والأحوط؛ ففي هذه الحالة يكون المعمول به والمترك في مرتبة واحدة ولكن على درجات متفاوتة.

ويمكن أن يُناقش هذا التعريف أن القيد: (عند الاشتباه) غير واضح ويحتاج إلى شرح، وهذا ما دفع الباحث إلى شرح الاشتباه في تعريفه فقال: (الاشتباه في حرمة شيء أو كراهته أو وجوبه أو سنيته، ويدخل

في معناه العام: الشك والجهل والنسيان واختلاط الحرام بالحلال).^(٢)

ويمكن اقتراح أن يصير التعريف على الشكل التالي:

(الاحتراز من الوقوع في منهي أو ترك مأمورٍ أو اختيار فاضلٍ عند الاشتباه في حكم الشيء)؛ فنضيف عبارة (اختيار فاضلٍ)، وقيد: (في حكم الشيء).

التعريف الثاني: تعريف محمد عمر سماعي في بحثه (نظرية الاحتياط الفقهي): حيث عرفه بقوله: (وظيفة شرعية تحول دون مخالفة أمر الشارع عند العجز عن معرفة حكمه).^(٣)

يُناقش هذا التعريف بأن فيه بعض الكلمات غير الواضحة.

فقوله: (وظيفة شرعية) يحتاج إلى شرح، وهذا ما دفعه للشرح بقوله: (فالوظيفة جنس في التعريف يعمّ الوظائف العلمية والعملية؛ لأن الاحتياط قد يسلكه المجتهد في مقام الاستنباط؛ فيكون وظيفة علمية، وقد يسلكه المكلف في مقام امتثال تكاليف المشرع؛ فيكون وظيفة عملية).^(٤)

(١) - العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي: منيب شاكر، دار النفائس، الرياض، ط١، ١٩٩٨م، ص٤٨.

(٢) - المرجع السابق: ص٤٩.

(٣) - نظرية الاحتياط الفقهي: محمد عمر سماعي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٦م، ص١٩.

(٤) - المرجع السابق: ص٢٠.

ويمكن أن يُضاف للمناقشة أن قوله: (الشارع) يغنيه عن قيد: (شرعية)، في قوله: (وظيفة شرعية): مما يدفع التكرار في التعريف.

ويمكن أن يُناقش التعريف بأن: (أمر الشارع) غير واضح، فهل هو الأمر الذي يقتضي الوجوب؟، أو هو حكمة الشارع والمصالح التي يقوم عليها تشريع الأحكام؟. هذا ما دفع الباحث إلى شرح هذه العبارة بقوله: (فصلٌ في التعريف؛ قُصد به بيان الغاية من العمل بهذه الوظيفة، وهي تأمين المكلف من الوقوع في مخالفة أوامر الشارع بالفعل أو بالترك؛ سواء أكان ذلك على وجه الجزم، أم على وجه الندب).^(١)

ورغم هذا التوضيح نعود إلى إشكالٍ ذكرناه في التعريف السابق، وهو قصر هدف العمل بالاحتياط في الاحتراز من الوقوع في المنهي أو الاحتراز من ترك مأمورٍ، في حين يمكن أن يدخل الاحتياط في الاحتراز

في المباحات، وذلك حال عدم وجود النصّ الأمر أو الناهي أصلاً، أو في حال اختيار الأورع والأحوط، كما سبق بيانه.

ثالثاً: التعريف المختار

وبعد هذا يمكن اختيار التعريف التالي للاحتياط، وهو: (احتراز المجتهد أو المكلف بالفعل أو الترك أو التوقف عن مخالفة المصالح والمقاصد والحكم الشرعية عند الاشتباه في الأحكام).
شرح التعريف:

احتراز المجتهد أو المكلف: لأن الاحتياط قد يسلكه المجتهد في مقام الاستنباط؛ فيكون وظيفة علمية، وقد يسلكه المكلف في مقام امتثال تكاليف المشرّع؛ فيكون وظيفة عملية.
ثم إن هذا الاحتراز إما أن يكون بالفعل أو بالترك أو بالتوقف.

عن مخالفة المصالح والمقاصد والحكم الشرعية: تفيد الاحتراز عن كل ما يمكن أن يخالف مصلحة التشريع؛ سواء كان أمراً أو نهيّاً أو أمراً مباحاً، طالما كان يخالف المصلحة أو المقصد الشرعي المعتبر أو حكمة التشريع، فنقوم بالاحتراز عنه مراعاة للمصلحة المعتبرة؛ حيث إن المصلحة والحكمة والمقصد تمثل مجموعها قاعدة يقوم عليها الاحتياط، ويسعى إلى مراعاتها، على اختلاف معاني كل واحد من هذه المصطلحات، والمصالح تعدّ من الأسس الهامة التي يقوم عليها الأخذ بالاحتياط من حيث إنها:

١- سبب من أسباب الأخذ به.

٢- مظهرٌ من مظاهر العمل به عند الفقهاء.

٣- ومقصد عظيم من مقاصد الأخذ به.

(١) - المرجع السابق: ص ٢٠.

إن المقصود من معنى المقاصد هنا هو ما ذكره الغزالي^(١): (المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم؛ فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة).^(٢)

والمقصود من المصالح هو ما ذكره الغزالي من المقاصد إضافة إلى المعنى العام للمصلحة وهو ضد المفسدة؛ فكل ما اعتبره الشارع ضداً للمفسدة فيُراعى في الاحتياط، وهذا ما قادنا إلى تقييد التعريف بقيد: (الشرعية).

فقد وُضع هذا القيد من أجل أن نخرج عما ذكر من مناقشات للتعريفين السابقين في مسألة الأمر والنهي والإباحة والتورع والأخذ بالأحوط؛ فكل ما خالف المصلحة سواء كان أمراً أو نهيّاً أو أمراً مباحاً أو خياراً مفضولاً أو فاضلاً يمكن أن نختاط منه أو له مراعاة للمصلحة المعتبرة شرعاً؛ كي يبقى الأمر مضبوطاً بقيود الشريعة؛ فالختاط له هو المصلحة والمقاصد والحكم التي اعتبرها الشرع لا ما يقوم على الهوى.

والحكمة هي المعاني الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها؛ بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة.^(٣)

إدخال المصلحة الشرعية والمقاصد والحكم في تعريف الاحتياط مأخوذاً من كلام الفقهاء:

ومنهم العز بن عبد السلام عندما تحدث عن الاحتياط.^(٤)

وفي ذلك قوله: (إن الاحتياط لحيازة المصالح بالفعل واجتناب المفسد بالترك، وقليل من يفعل ذلك، وقد يعبر عن القليل بالمعدوم).^(٥) ومن كلام الإمام الأمدي حين قال: (الأقرب إلى الاحتياط يكون مقدماً؛ لكونه أقرب إلى تحصيل المصلحة ودفع المضرة).^(٦) ومن كلام الإمام السبكي؛ حيث قال: (واعلم أن مسائل الاحتياط كثيرة يطول استقصاؤها، يرجع حاصلها إلى أن الاحتياط قد يكون لتحصيل

(١) - الغزالي: محمد بن محمد بن أحمد الطوسي، حجة الإسلام، ولد بطوس ٤٥٠ هـ، توفي ٥٠٥ هـ، من أشهر كتبه: الوسيط والبسيط والوجيز في الفقه، والمستصفى في أصول الفقه، وإحياء علوم الدين، وتتلّمذ على إمام الحرمين، انظر طبقات الشافعية الكبرى: ابن السبكي، ١٩١/٦، العبر في خبر من غير: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ٧٤٨ هـ، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، ط ٢، ١٩٨٤ م، تحقيق: د. صلاح الدين المنجد، ١٠/٤.

(٢) - المستصفى في علم الأصول: محمد بن محمد أبو حامد الغزالي، ٥٠٥ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٣ هـ، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، ص ١٧٤.

(٣) - انظر الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٢٩/٣٨.

(٤) - انظر قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ١٨/٢.

(٥) - المرجع السابق: ٥٨-٥٧/١.

(٦) - انظر الإحكام في أصول الأحكام: الأمدي، ٢٦٧/٤، وانظر قريباً من هذا الكلام في التقرير والتحبير في علم أصول الفقه: موسى بن أمير حاج بن محمد التبريزي، ٧٣٦ هـ، دار الفكر، بيروت، د. ط، ١٩٩٦ م، ٢١/٣.

المنفعة، كإيجاب الصلاة على المتحيرة، وإن احتمل كونها حائضاً، وقد يكون لدفع المفسدة، كتحريم وطئها).^(١)

فيدخل درء المفسدة تحت معنى المصلحة في التعريف المختار.

وأيضاً فإن العلماء قد لاحظوا معنى المقصد الشرعي في الاحتياط ومن ذلك ما ذكره الزركشي^(٢) في البحر المحيط عندما قال: (والشافعي^(٣) يرى تقديم الأحوط؛ لأنه أقرب إلى مقصود الشارع).^(٤) فالأحوط مقدّم؛ لأنه أقرب إلى مقصود الشارع، وهذه العبارة مهمة جداً؛ حيث تكشف لنا عن المعنى الدقيق الذي نظر إليه الفقهاء أثناء اعتبارهم الاحتياط أصلاً معتبراً في الوصول إلى الأحكام. ونجد عبارة الرازي الذي اعتبر أن معنى الاحتياط يتضمن دفع الضرر عن النفس، ويقول في هذا: (الاحتياط يتضمن دفع ضرر الخوف عن النفس بالكلية، ودفع الضرر عن النفس واجب).^(٥)

ونجد أيضاً في عبارة إمام الحرمين الجويني^(٦) في نهاية المطلب ما يربط بين الاحتياط والوظائف الشرعية بمعنى المصالح المعتبرة والحكم الشرعية؛ ففي مسألة مدة حيض المبتدأة التي لم يسبق لها أن حاضت، يمكن أن تكون مدتها هي أكثر مدة الحيض، ويمكن أن تكون أقل مدة الحيض، فرجح إمام الحرمين من اختار أقل مدة الحيض وقال معللاً لمن قال بذلك: (ومن قال: إنها مردودة إلى أقل الحيض، راعى الاحتياط في إدامة وظائف الشريعة وإقامتها؛ إذ ليس معها متعلّق من اجتهاد أو عادة، والأصل اشتغال الذمة بفرائض الله تعالى).^(٧)

فالاحتياط هنا في اختيار أقل مدة الحيض للمبتدأة قائم على مبدأ إدامة وظيفة الصلاة، وهي من المصالح المعتبرة التي تعود إلى حفظ الدين وهي إحدى الضروريات الخمس.

وفي ارتباط الاحتياط بالحكمة الشرعية نجد عبارة البرهان لإمام الحرمين: (إذا تعارض ظاهران أو نصان، وأحدهما أقرب إلى الاحتياط؛ فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى أن الأحوط مرجح على الثاني، وزعموا

(١) - الأشباه والنظائر: ابن السبكي: ١١١/١.

(٢) - الزركشي: محمد بن بهادر بن عبد الله، أبو عبد الله بدر الدين الزركشي؛ فقيه أصولي شافعي كبير، له: (البحر المحيط) في أصول الفقه، و(المنثور) في القواعد الفقهية، توفي: ٧٩٤هـ. انظر الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة: أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر أبو الفضل العسقلاني، ٨٥٢هـ، مجلس دائرة المعارف العثمانية، الهند، ط٢، ١٩٧٢م، تحقيق: محمد عبد المعيد ضان، ٣٩٧/٣.

(٣) - الشافعي: محمد بن إدريس بن العباس، إمام المذهب الشافعي، جمع بين علوم الشريعة واللغة، وله: (الأم) في الفقه، و(الرسالة) في أصول الفقه، وهو أول من صنّف في هذا العلم، توفي: ٢٠٤هـ. انظر تذكرة الحفاظ: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ٧٤٨هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٨، ١٩٩٨م، ٣٢٩/١.

(٤) - انظر البحر المحيط في أصول الفقه: محمد بن عبد الله بن بهادر أبو عبد الله بدر الدين الزركشي، ٧٩٤هـ، دار الكتبي، ط١، ١٩٩٤م، ٢٠٤/٨.

(٥) - المحصول: فخر الدين الرازي، ٢٣٧/٣.

(٦) - الجويني: عبد الملك بن يوسف الجويني، إمام الحرمين، من كبار أصوليي وفقهاء الشافعية، له: (نهاية المطلب في دراية المذهب) في الفقه، و(البرهان) و(التبصرة) في أصول الفقه، توفي: ٤٧٨هـ. انظر طبقات الشافعية: ابن قاضي شهبه، ٢٠٨/٣-٢٠٩.

(٧) - نهاية المطلب في دراية المذهب: الجويني، ٣٤٠/١.

أن الذي يقتضيه الورع وإتباع السلامة هذا، واحتجوا بأن قالوا: اللائق بحكمة الشريعة ومحاسنها الاحتياط).^(١)

عند الاشتباه في الأحكام: قيد في التعريف قصد به بيان المكان والمحل الذي يُشرع العمل فيه بالاحتياط، وهذا المحل هو الاشتباه في حكم الشيء؛ أيًا كان سبب هذا الاشتباه؛ سواء كان راجعاً إلى دليل الحكم أو صورته أو أمرٍ خارجٍ عنه، ويلحق بالاشتباه ما يؤدي إليه من الشك وخلاف العلماء، وهي من أسباب الأخذ بالاحتياط ومواضع العمل به.

رابعاً: العلاقة بين المعنى اللغوي والتعريف الاصطلاحي

نلاحظ من خلال ما سبق بيانه أن العلاقة بين التعريف اللغوي والتعريف الاصطلاحي هي علاقة إطلاق وتقييد؛ فالمعنى اللغوي للاحتياط يقوم على التحرز والتحفظ والأخذ بالأوثق، وهذه المعاني مطلقة قامت التعريفات الاصطلاحية بتقييدها؛ بما يتناسب مع عمل الشارع والفقهاء في الفروع الفقهية.

المطلب الثالث: معنى الاحتياط في الفقه الجنائي

بعد تعريف الاحتياط بصورة عامة يمكن أن يقترح البحث تعريف الاحتياط في الفقه الجنائي، وذلك كما يلي؛ فهو:

(احتراز الشارع أو المجتهد بالفعل أو الترك أو التوقف عن مخالفة المصالح الشرعية في تشريع الجنايات والعقوبات، واحتراز الحاكم عن الشك أو الشبهة في تطبيق العقوبة).

شرح التعريف:

معنى الشارع: الشارع في الاصطلاح هو الذي يكلف بالأحكام.^(٢)

ومعناه هنا شارع العقوبة في النص؛ حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.^(٣)

وشارع العقوبة في النص هو الله سبحانه وتعالى في القرآن، والنبي صلى الله عليه وسلم في السنة الشريفة.

المجتهد: هو الذي يظهر تشريع العقوبة باجتهاده، وله شروط تُعرف في مظانها.

المصالح الشرعية: سبق في المطلب السابق بيان معنى المصالح الشرعية ومدى ارتباطه بالاحتياط، أضف إلى هذا أن أصل تشريع العقوبة يقوم على حماية المصالح الشرعية، كحفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال.^(٤)

ثم إن الغاية من العقوبة تنطلق من تحريم تفويت هذه المصالح، وهذا ما يراعيه الاحتياط.^(٥)

(١) - البرهان في أصول الفقه: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف أبو المعالي الجويني، ٤٧٨هـ، دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط٤، ١٤١٨هـ، تحقيق: د. عبد العظيم محمود الديب، ٢٠٣/٢.

(٢) - انظر المستصفي: الغزالي، ص٨.

(٣) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١١٦/١.

(٤) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص٣٤.

(٥) - انظر المستصفي: الغزالي، ص١٧٤.

والمصالح الشرعية المعتبرة التي تحميها العقوبة هي المصالح العامة المعتبرة في الشرع؛ من غير أن يكون للهوى الشخصي أثر فيها.^(١)

الحاكم: أو القاضي؛ حيث إن الحاكم في الاصطلاح الشرعي هو: إما الإمام أو القاضي.^(٢)
وذلك أن الحاكم والقاضي هما اللذان يتوليان تطبيق العقوبة، وإن كانت بعض العقوبات كالقصاص ينفذها وليّ الدم، إلا أن حق الله رغم هذا موجود فيه، ولا يكون إلا تحت إشراف الحاكم وعلمه.^(٣)
الشك والشبهة: لا يجوز أن يتعلّق شك أو شبهة بعقوبة؛ لأن هذا يؤدي إلى درء هذه العقوبة، وفق مبدأ (درء الحدود بالشبهات) الذي عملت به جماهير الفقهاء، ما عدا الظاهرية.^(٤)
إن الاحتياط بالتحرز عن الشك والشبهة يفيد تحصيل اليقين أو غلبة الظن على الأقل، وهذا ما يطلبه الشرع عند تنفيذ العقوبة.^(٥)

ويلحق بالشبهة ما يؤدي إليها كخلاف العلماء في حلّ فعل؛ فإنه يؤدي إلى حصول اشتباه يقود إلى الاحتياط، وهذا ما سيمرّ في الفصل الثالث من هذه الرسالة؛ وخاصة في المبحث الأول.
نلاحظ أن التعريف اشتمل على أفكار أساسية هي:

- ١ - إن أحكام الفقه الجنائي تقوم على فكريّ التحريم والعقوبة.
- ٢ - حماية المصالح الشرعية المعتبرة العامة أساس الاحتياط في تشريع العقوبة.
- ٣ - الاحتراز عن الشك والشبهة أساس الاحتياط في تطبيق العقوبة؛ لأن الحدود تُدرأ بالشبهات.

(١) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ٣٩.

(٢) - انظر حاشية ابن عابدين: ٣٥٣/٥، فتح الباري شرح صحيح البخاري: أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر أبو الفضل العسقلاني، ٨٥٢هـ، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، ١١٠/١٣.

(٣) - انظر تيسير التحرير: محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه، ٩٧٢هـ، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت، ١٧٥/٢.

(٤) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٧٢/١٨، شرح مختصر خليل: الخرشبي، ١٠١/٨، مختصر المزني: إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل أبو إبراهيم المزني، ٢٦٤هـ، دار المعرفة، بيروت، د.ط، ١٩٩٠م، ٢٣٧/٨، الكافي في فقه الإمام أحمد: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المعروف بابن قدامة المقدسي، ٦٢٠هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤م، ٧٤/٤، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ١٢٥٠هـ، دار ابن حزم، ط١، د.ت، ص ٨٥٢، وانظر مذهب الظاهرية: المحلى: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم أبو محمد الأندلسي القرطبي الظاهري، ٤٥٦هـ، دار الأفاق الجديدة، بيروت، د.ط، د.ت، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي، ٥٧/١٢.

(٥) - انظر كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري الحنفي، ٧٣٠هـ، دار الكتاب الإسلامي، د.ط، د.ت، ٢١/٣.

المبحث الثاني- ألفاظ ذات صلة بالاحتياط

تتشترك بعض المصطلحات مع الاحتياط في أجزاءٍ من معانيه، وقد تكون في بعض الأحيان جزءاً منه، أو تكون أعمّ منه، وسيبيّن هذا المبحث بعض هذه المصطلحات، ويفرّق بينها وبين الاحتياط؛ مما يساهم في زيادة وضوح معنى مصطلح الاحتياط.

المطلب الأول: الفرق بين الاحتياط والأحوط

أولاً: الفرق اللغوي بين الاحتياط والأحوط

ظهر أثناء بيان المعنى اللغوي للاحتياط أنه مصدر للفعل الخماسي: (احتاط)، في حين صيغة الأحوط هي على وزن (أفعل التفضيل)، التي تفيد الزيادة في المعنى على ما يفيد المصدر.^(١) وفائدة (أفعل التفضيل) هنا هي التأكيد على الابتعاد عن شوائب التأويلات.^(٢) وبعبارة أخرى: يظهر الفرق بين اللفظتين لغوياً من ناحيتين:

- ١- الصرف وأصل الاشتقاق: فالاحتياط مصدرٌ، والأحوط صيغة تفضيل.
 - ٢- المعنى المفيد: فالاحتياط يفيد الأخذ بالأوثق، والأحوط يفيد التأكيد على الأخذ بالأوثق.
- فائدة: صيغة (أحوط) على وزن أفعل التفضيل من الفعل الخماسي (احتاط) صيغةٌ شاذةٌ؛ وذلك أن صيغة التفضيل لا يجوز في أصل الاشتقاق أن تؤخذ من الفعل فوق الثلاثي^(٣)؛ حيث إن (احتاط) فعلٌ خماسيٌّ مزيدٌ.^(٤)

ثانياً: الفرق الاصطلاحي بين الاحتياط والأحوط

والأحوط في الاصطلاح هو فعل ما هو أجمع لأصول الأحكام وأبعد عن شوائب التأويلات.^(٥) وهذا التعريف قريبٌ مما عرّف به العلماء معنى الاحتياط؛ إلا أن فيه مزيد عناية بالتورّع والتحفظ عن شوائب التأويل. وقد استخدم الفقهاء مصطلح الأحوط عند الترجيح بين مسألتين؛ إحداهما تقتضي الاحتياط والأخرى تقتضي الأحوط؛ فنصّوا على اختيار الأحوط.^(٦) فتظهر الفروق بين الاحتياط والأحوط في النقاط التالية:

(١) - انظر شرح قطر الندى وبل الصدى: عبد الله بن يوسف ابن هشام، ٧٦١هـ، دار الكتب العلمية، ط ٢، ١٩٩٩م، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، ص ٢٨١.

(٢) - انظر المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ١٥٦/١.

(٣) - انظر شرح قطر الندى: ابن هشام، ص ٢٨١.

(٤) - انظر المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ١٥٦/١.

(٥) - انظر الكليات: الكفوي، ص ٥٦.

(٦) - انظر الدر المختار: الحصكفي، ٧٣/١، والمذهب الحنفي: أحمد النقيب، ص ٣٦٨، ٣٧٢.

١ - مفهوم الاحتياط أوسع من الأحوط؛ حيث إن الاحتياط مفهوم عامٌّ يمكن أن يدخل في التأصيل والتفريع والفتوى، في حين أن الأحوط يُستخدم في الفتوى والترجيح بين أمرين أحدهما يقتضي الاحتياط والآخر يقتضي الأحوط، فنختار الأحوط حينها.^(١)

٢ - الأحوط فيه مزيد تأكيد وعناية بالتورّع عن شوائب التأويل.

ملاحظة: لم يفرّق كثير من الفقهاء بين هذين المصطلحين من الناحية التطبيقية وعرض المسائل.^(٢) في حين لاحظ بعضهم التفريق بينهما من حيث الفتوى والترجيح؛ فقد اعتبر الحنفية لفظ الأحوط أكّد من لفظ الاحتياط؛ فيُقدّم ما قرُن بالأحوط على ما قرُن بلفظ الاحتياط.^(٣)

المطلب الثاني: الفرق بين الاحتياط والتوقف والتحرّز والتورّع

أولاً: الفرق بين الاحتياط والتوقف

التوقف في اللغة مصدرٌ لفعل (توقّف) من الثلاثي (وقف)، وهذا الجذر يأتي في اللغة على معانٍ منها: الحبس، والإمساك عن الشيء، والسكوت عنه.^(٤) أما المصدر (التوقّف) فيأتي في اللغة بمعنى التلبّث والتمكّث والامتناع والكفّ، وعدم إبداء جواب للكلام.^(٥)

وفي المعنى الفقهي الاصطلاحي يأتي التوقف على أحد المعاني التالية: توقف أثر العقد، وتوقف الخصم عن جواب الدعوى، أو عن حلف اليمين، وتوقف القاضي عن الحكم، وتوقف المفتي في الفتوى.^(٦) وما يهمنا هو توقّف القاضي، وتوقّف المفتي؛ لما لهذا من ارتباط بالاحتياط في الفقه الجنائي.^(٧) والتوقّف وفق هذا الاستخدام يُمكن أن يُعرّف بأنه: الامتناع عن ترجيح أحد القولين أو الأقوال لتعارض الأدلة.^(٨)

وقد أطلق الحنفية في قول اسم التوقف على الشك في الحكم بسبب تعارض الأدلة.^(٩)

(١) - انظر الدر المختار: الحصكفي، ٧٣/١.

(٢) - انظر مصداق ما نقول في: الميسوط: السرخسي، ١٣/٥، والاختيار لتعليل المختار: مجد الدين أبو الفضل، عبد الله بن محمود مجد الدين أبو الفضل، ٦٨٣هـ، مطبعة الحلبي، القاهرة، دط، ١٩٣٧م، ١٠٠/٣، واللمع في أصول الفقه: إبراهيم بن علي أبو إسحاق الشيرازي، ٤٧٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٨٥م، ص٨٦، والبرهان في أصول الفقه: الجويني، ٢٠٣/٢.

(٣) - انظر الدر المختار: الحصكفي، ٧٣/١.

(٤) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٣٥٩/٩، القاموس المحيط: الفيروز آبادي، ٨٦٠/١، المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ٦٦٩/٢.

(٥) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٣٥٩/٩، المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ٦٦٩/٢، تاج العروس: الزبيدي، ٤٧٤/٢٤، المعجم الوسيط: إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، دار الدعوة، مجمع اللغة العربية، ١٠٥١/٢.

(٦) - انظر الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٧٩-١٧٨/١٤.

(٧) - انظر حالات يتوقف فيها القاضي في مذهب المالكية، انظر التاج والإكليل: العبدري، ١٣٥/٨، وانظر الحالات في المذاهب الأخرى: انظر حاشية ابن عابدين: ٥٠٤/٥، حاشية القليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين: أحمد بن أحمد بن سلامة شهاب الدين القليوبي، ١٠٦٩ هـ، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٩٩٨م، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، ٣٣٣/٤، وكشاف القناع: البهوتي، ٤٤٢/٦.

(٨) - انظر الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة: زكريا الأنصاري، ص٧٥.

إن التعارض الذي يدفع المجتهد إلى التوقف هو التعارض الذي لا يمكن معه الجمع بين الأدلة ولا الترجيح بينها.^(٢)

ويُشار هنا إلى أن التعارض المقصود إنما هو التعارض الحاصل في نظر المجتهد، لا في حقيقة الأمر؛ إذ إن أدلة الشرع لا تتعارض في الحقيقة، إنما تتعارض في نظر المجتهد فقط.^(٣) وبعد هذا البيان يظهر الفرق بين الاحتياط والتوقف؛ وهو أن الاحتياط أعم من التوقف، فالتوقف هو صورة من صور الاحتياط التي بُيِّنَتْ في شرح التعريف الاصطلاحي للاحتياط، وهي: الفعل والترك والتوقف.

فالتوقف أحد صور الاحتياط، ولا يجوز أن نعتبر التوقف بمعنى الترك؛ فالتوقف هو الامتناع عن إعطاء الحكم، أما الترك فالمقصود به في مفهوم الاحتياط الحكم بترك الشيء.

ويوضح كلام ابن قدامة في معنى التوقف هذا التفريق؛ حيث قال: (أما التوقف عن الجواب، فليس بقول في المسألة، إنما هو تركٌ للقول فيها، وتوقفٌ عنها، لتعارض الأدلة فيها، وإشكال دليلها).^(٤)

ثانياً: الفرق بين الاحتياط والتحرّز أو (التحفّظ)

التحرّز في اللغة مصدرٌ لفعل: (تحرّزَ)، ويأتي بمعنى التوقّي.^(٥)

وفيد وزن (تفعل) المبالغة في التوقّي، ويأتي أيضاً بمعنى التحفّظ.^(٦)

وهذا قريبٌ من المعاني اللغوية للاحتياط.

والتحفّظ في اللغة قريبٌ من التحرّز؛ فهو (قلة الغفلة في الأمور والكلام، والتيقّظ من السقطة، كأنه على حذر من السقوط).^(٧)

أما في الاصطلاح فلم يقدم الفقهاء تعريفاً اصطلاحياً للتحرّز؛ وحافظوا على معناه اللغوي سالماً من التقيد، فبقي التحرّز وفق استخدامهم محتفظاً بشيوعه اللغوي.^(٨)

أما التحفّظ في الاستعمال الاصطلاحي فيأتي بمعنى التحرّز، جاء في المصباح المنير: (والتحفّظ (التحرّز).^(٩)

(١) - انظر العناية شرح الهداية: محمد بن محمد بن محمود أكمل الدين أبو عبد الله البابرني، ٧٨٦هـ، دار الفكر، بيروت، د.ب، د.ت، ١١٣/١، البحر الرائق: ابن نجيم، ١٤٠/١.

(٢) - انظر المستقصى: الغزالي، ص ٣٧٥.

(٣) - انظر المرجع السابق، المنحول: محمد بن محمد أبو حامد الغزالي، ٥٠٥هـ، دار الفكر، بيروت، ط ٣، ١٩٩٨م، تحقيق: محمد حسن هيتو، ص ٥٢١، الموافقات: الشاطبي، ٣٤١/٥.

(٤) - المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٧٩/٧.

(٥) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٣٣٣/٥، القاموس المحيط: الفيروز آبادي، ٥٠٨/١.

(٦) - انظر المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ١٢٩/١.

(٧) - المحكم والمحيط الأعظم: أبو الحسن المرسي، ٢٨٥/٣.

(٨) - انظر إطلاق استعمال الفقهاء للتحرّز في المراجع التالية: المبسوط: السرخسي، ١٦٨/٣٠، حاشية ابن عابدين: ٥٤٤/٦، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: محمد بن عبد الرحمن أبو عبد الله المغربي، ٩٥٤هـ، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٣٩٨هـ، ١٢٩/٤، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٨/٩، الشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد أبو الفرج المقدسي، ٦٨٢هـ، دار الكتاب العربي، د.ب، د.ت، ٣٨/١٢.

(٩) - المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ١٤٢/١.

ويظهر الفرق بين التحرز -وكذا التحفظ- وبين الاحتياط من ناحية كون التحرز أعم من الاحتياط؛ فالتحرز يشارك الاحتياط في معناه اللغوي، أما الاحتياط بمعناه الاصطلاحي؛ فتحوطه مجموعة من القيود التي فرضت على تعريفه؛ مما يجعله أكثر خصوصية من التحرز والتحفظ.

ثالثاً: الفرق بين الاحتياط والتورع

التورع في اللغة مصدرٌ للفعل: (تورّع)، وصيغة (تفعّل) تفيد المبالغة، والتورع يعني المبالغة في الورع. والورع في اللغة الكفّ والتحرّج والتوقي من المحرم. ^(١) ومن معاني التورع في اللغة: التحرج عن القيام بأمر. ^(٢) والورع في الاصطلاح هو: (اجتناب الشبهات خوفاً من الوقوع في المحرمات، وقيل: هي ملازمة الأعمال الجميلة). ^(٣) أو هو: (ترك ما لا بأس به حذراً مما به البأس). ^(٤)

أما من ناحية الاستخدام الفقهي للورع فهناك استخدامات عديدة، ترجع كلها إلى الحالة التي يشتهب فيها حكم الشيء بين حلٍّ وحرمةٍ، ومنها: ^(٥)

١ - خفاء الدليل الشرعي عند تعارض الأدلة وتكافئها.

٢ - الشك في وجود السبب المحرم أو المحلل.

٣ - الخروج عن الخلاف.

ويتمّ التعامل مع هذه الحالات وفق الورع بالترك، فالورع كما قالوا: الاجتناب. ^(٦)

وقد اعتبر العز بن عبد السلام الورع نوعاً من أنواع الاحتياط، وخصّ الورع بالاحتياط المندوب إليه؛ حيث قسم العزّ الاحتياط إلى ضربين؛ المندوب إليه، والواجب، وسمى الاحتياط المندوب إليه بالورع، فقال: (والاحتياط ضربان أحدهما ما يُندب إليه، ويُعبر عنه بالورع). ^(٧)

فعلى هذا تكون العلاقة بين الاحتياط والورع علاقة عموم وخصوص؛ فكل ورع احتياط وليس كل احتياط ورع.

(١) - انظر المحكم والمحيط الأعظم: أبو الحسن المرسى، ٣٤٩/٢، لسان العرب: ابن منظور، ٣٨٨/٨.

(٢) - انظر مختار الصحاح: أبو عبد الله الرزائي، ص ٣٣٦.

(٣) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٤٩/١، المجموع: النووي، ٢٨٠/٤، التعريفات: الجرجاني، ص ٢٥٢.

(٤) - الفروق أو (أنوار البروق في أنواء الفروق): شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس المالكي الشهير بالقرافي، ٦٨٤هـ، عالم الكتب، دبط، دبت، ٢١٠/٤.

(٥) - انظر الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٠٦/٤٣-١٠٧.

(٦) - انظر المنثور في القواعد الفقهية: محمد بن عبد الله بن بهادر أبو عبد الله بدر الدين الزركشي، ٧٩٤هـ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط ٢، ١٤٠٥هـ، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، ٢٢٨/٢.

(٧) - قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ١٨/٢.

ومن العلماء من استعمل التورّع في جانبي الترك والفعل، ومنهم القرافي حيث قال في الورع: (وهو مندوب إليه، ومنه الخروج عن خلاف العلماء بحسب الإمكان؛ فإن اختلف العلماء في فعل؛ هل هو مباح أو حرام؟، فالورع الترك، أو هو مباح أو واجب؟، فالورع الفعل).^(١)

وما نقله الكفوي في الكليات فقال: (الاجتناب عن الشبهات سواء كان تحصيلاً أو غير تحصيل؛ إذ قد يفعل المرء فعلاً تورعاً، وقد يتركه تورعاً أيضاً).^(٢)

المطلب الثالث: الفرق بين الاحتياط والدرء بالشبهة وسدّ الذرائع

أولاً: الفرق بين الاحتياط والدرء بالشبهة

الدرء في اللغة الدفع.^(٣) ورد في المبحث التمهيدي أن الشبهة في الاصطلاح كما عرّفها الحنفية: ما ما يشبه الثابت لا نفس الثابت^(٤)، أو هي: ما لم يتيقن كونه حراماً أو حلالاً.^(٥) فيكون معنى درء الشبهة في الاصطلاح: دفع ومنع ما لم نتيقن من حرمة أو حله. ويشترك الاحتياط والدرء بالشبهة في تشريع الترك والدفع، فكلاهما يتوفّر فيه هذا المعنى. ويظهر الفرق بينهما في أن الاحتياط يكون بتشريع الفعل، وتشريع الترك، وبالتوقف، أما الدرء بالشبهة فلا يكون إلا بتشريع الترك.

ثانياً: الفرق بين الاحتياط وسدّ الذرائع

السدّ في اللغة إغلاق الخلل، ويأتي بمعنى الحاجز.^(٦) والذريعة في اللغة الوسيلة والسبب إلى الشيء.^(٧) فيكون المعنى اللغوي لسدّ الذريعة: منع الوسيلة الموصلة إلى الشيء. وسدّ الذرائع في الاصطلاح: حسم مادة وسائل الفساد دفعاً لها، فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلةً للمفسدة مُنَع من ذلك الفعل.^(٨) فإذا تحوّل الفعل الذي يظهر خلوه عن الفساد إلى وسيلة للمفسدة فإننا نمنع هذا الفعل رعايةً للحرمة.

(١) - الفروق: القرافي، ٢/٢١٠.

(٢) - الكليات: الكفوي، ص ٩٩٤.

(٣) - انظر المحكم والمحيط الأعظم: أبو الحسن المرسى، ٣٧٢/٩، مختار الصحاح: أبو عبد الله الرزائي، ص ١٠٣.

(٤) - الهداية: المرغيناني، ٢/٣٤٦.

(٥) - التعريفات: الجرجاني، ص ١٢٤.

(٦) - انظر المحكم والمحيط الأعظم: أبو الحسن المرسى، ٤٠٢/٨، لسان العرب: ابن منظور، ٣/٢٠٧.

(٧) - انظر الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: أبو نصر الفارابي، ٣/١٢١١، المحكم والمحيط الأعظم: أبو الحسن المرسى، ٨٠/٢، لسان العرب: ابن منظور، ٨/٩٦.

(٨) - انظر الفروق: القرافي، ٢/٣٢.

مثال ذلك: منع حفر الآبار في طرق المسلمين؛ فإنه وسيلة إلى إهلاكهم، وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم، وسب الأصنام أمام من يُعلم من حاله أنه سيسب الله تعالى عند سبها. ^(١)

وهذا المبدأ مشهور عند المالكية، وإن كان قد عمل به أغلب الفقهاء في مسائل عديدة. ^(٢)

وفي المقارنة بين الاحتياط وسد الذرائع نجد أنهما يشتركان في نقطة تشريع الترك، وفي هذا كلام ابن السبكي: (من الاحتياط سد الباب وإلحاق الصورة النادرة التي قُطع بأنها توصل إلى الحرام؛ فالغالب منها الموصل إليه)، وهذا ما يُسمى بسد الذرائع. ^(٣)

ويشترك مفهوم سد الذرائع مع الاحتياط في أن تشريع الترك فيها يُبنى على الاحتياط للحرمة. والفرق بين الاحتياط وسد الذرائع، هو أن الاحتياط يكون بالفعل والترك والتوقف، أما سدّ الذرائع فيكون بتشريع الترك خوفاً من الوقوع في الحرام فقط.

ويظهر فرق آخر في أن سدّ الذرائع يكون واجباً لمنع طريق الحرمة، أما الاحتياط فتارة يكون واجباً وتارة يكون مندوباً.

تفريق بين الاحتياط والوسوسة:

وفي نهاية هذا المبحث نفرّق بين الاحتياط وبين مصطلح تحدّث عنه الفقهاء، وهو مصطلح الوسوسة أو الوسواس؛ فالوسوسة هي خلل في العقل أو نقص في الدين ^(٤) يؤدي إلى المبالغة في الورع والاحتياط؛ حتى يخرج الموسوس من حد الورع إلى ما ليس منه، وهو التشدد في الدين، والخروج عن سماحته ويسره، وعن مسلك السلف الصالحين، ويجب على المكلف تركه. ^(٥)

في حين يكون الاحتياط مضبوطاً بأسس وقواعد وشروط مستمدة من أصول الشرع. والفرق بين الوسوسة والاحتياط أن الوسوسة مذمومة في حين يكون الاحتياط ممدوحاً.

(١) - المرجع السابق.

(٢) - المرجع السابق.

(٣) - الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١/١٢٠، وانظر البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٨/٩٣.

(٤) - انظر حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد): سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي ١٢٢١هـ، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، دط، دت، ٧/٢.

(٥) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ١/٣٣، الشرح الكبير: الدردير، ١/١١٠، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي: علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن البصري البغدادي الماوردي، ٤٥٠هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٩ م، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ١٣/٩٦، حاشية الشربيني على الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، ٩٧٧هـ، مطبوع مع الغرر البهية لتركيا الأنصاري، المطبعة الميمنية، دط، دت، ١/٣٦٦، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١/١٠٣، الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٥١/٤٣.

المبحث الثالث - علاقة الاحتياط بمفهوم الأصل والدليل والقاعدة

بعد التعريف المختار للاحتياط والتفريق بينه وبين بعض المصطلحات الأخرى، سيجيب هذا المبحث عن السؤال التالي: ما موقع العمل بالاحتياط بين المصطلحات الأصولية والفقهية، هل هو أصل شرعي؟، أو دليل شرعي؟، أو قاعدة فقهية؟.

المطلب الأول: الاحتياط والأصل

أولاً: الأصل في اللغة

يأتي بمعنى أسفل الشيء، وأساسه؛ فيقال: (أصل الشيء أسفله، وأساس الحائط أصله).^(١) وترجع هذه المعاني إلى أن الأصل هو: (ما يُبنى عليه غيره)^(٢)؛ سواء كان ذلك في الحسيات؛ كبناء الجدار على الأساس، أو في المعنويات كبناء المسائل الجزئية على القواعد الكلية.^(٣)

ثانياً: الأصل في الاصطلاح

يطلق الأصل في الاصطلاح على معانٍ ترجع كلها إلى استناد فرع إلى أصله وابتناؤه عليه، (فالأصل يُطلق على ما يُبنى عليه غيره وعلى ما لا يفتقر إلى غيره، سواء كان فرعاً لشيء آخر أو لم يكن)^(٤)؛ ونذكر من هذه المعاني:

١ - **الدليل في مقابلة المدلول**: بمعنى الدليل الذي يؤخذ منه حكم شيء معين، كدليل وجوب الصلاة وتحريم الربا، والأصول وفق هذا المعنى هي الأدلة والحجج، وهي: الكتاب والسنة والإجماع، والقياس عند الجمهور.^(٥)

٢ - **القاعدة الكلية**: بمعنى الحكم الأكثرى الذي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه^(٦)، من مثل قولهم: (الأمور بمقاصدها، درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح)، وحينها تكون القاعدة أصلاً لفرعها، فالقاعدة بمعنى الأصل مصطلح خاص بفروعها.

٣ - **المستصحَب**: وهو الحالة الماضية، فالحالة الماضية بالنسبة للحالة الحاضرة تكون أصلاً، كما يُقال: طهارة الماء أصل، كقولهم: (الأصل في الأشياء الإباحة) : نستصحَب الإباحة الثابتة في الأشياء

(١) - انظر القاموس المحيط: الفيروز آبادي، ٩٦١/١، لسان العرب: ابن منظور، ١٦/١١، المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ١٦/١.

(٢) - انظر التعريفات: الجرجاني، ص ٢٨.

(٣) - انظر التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ١٦/١.

(٤) - انظر كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٣٠١/٣، وانظر قريباً منه شرح التلويح على التوضيح: سعد الدين مسعود بن عمر التفنازاني، ٧٩٣هـ، مطبعة صبيح، القاهرة، د. ط، د. ت، ٣٢/١.

(٥) - انظر أصول السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي، ٤٩٠هـ، دار المعرفة، بيروت، ط ١، ١٩٩٣م، ٢٧٩/١، كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ١٩/١، غمز عيون البصائر: شهاب الدين الحموي، ٢٣/١.

(٦) - انظر غمز عيون البصائر: شهاب الدين الحموي، ٥١/١.

يأتي

حتى

ما يحرم هذا الشيء، وكقولهم: (الأصل في الإنسان براءة الذمة) : أن الإنسان بريء حتى تثبت إدانته بدليل.^(١)

٤ - الراجح بالنسبة للمرجوح: كقولهم: الأصل في الكلام الحقيقة؛ أي الراجح في فهم المعنى والمقصود من الكلام هو الحقيقة لا المجاز؛ فالأصل وفق هذا المعنى هو الراجح، والرجحان هو الأصل.^(٢)

٥ - محل المقيس عليه: فالأصل أحد أركان القياس الأربعة، وهي: الأصل والفرع والعلة والحكم، والأصل هو محل المقيس عليه، فعندما نقيس النبيذ على الخمر في الحرمة بجامع الإسكار، يكون الأصل هو الخمر^(٣)، وغيرها من المعاني.^(٤)

ثالثاً: العلاقة بين الاحتياط والأصل

انقسم العلماء في أصل حجية الاحتياط إلى قسمين؛ بين محتج ومانع، وسنعرف تفصيل هذا في المبحث القادم. وبالتالي فإن الذين نفوا حجية الاحتياط لا يعتبرونه أصلاً؛ لأنه لا يبنى عليه غيره من الأحكام والفروع.

أما بالنسبة للذين احتجوا بالاحتياط فإن بعضهم أطلق عليه اسم الأصل؛ فهو عندهم أصل؛ لأنه قد بُني عليه غيره من الأحكام.

ومن الذين أطلقوا على الاحتياط تسمية الأصل: السرخسي^(٥) وابن العربي المالكي^(٦) والشاطبي^(٧). قال السرخسي: (والأخذ بالاحتياط أصل في الشرع).^(٨)

(١) - انظر المستصفى: الغزالي، ص ١٥٩، إرشاد الفحول: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ١٢٥٠هـ، دار الكتاب العربي، دمشق، ط ١، ١٩٩٩م، تحقيق: أحمد عزو عناية، ١٧/١.

(٢) - انظر شرح مختصر الروضة: سليمان بن عبد القوي الصرصري، ٧١٦هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١، ١٩٨٧م، تحقيق: عبد الله التركي، ١٢٦/١، وانظر قريباً مما ذكرنا شرح تنقيح الفصول: شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس المالكي الشهير بالقرافي، ٦٨٤هـ، شركة الطباعة الفنية، ط ١، ١٩٧٣م، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ص ١٢٠.

(٣) - انظر المستصفى: الغزالي، ص ٢٨٠، روضة الناظر وجنة المناظر: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المعروف بابن قدامة المقدسي، ٦٢٠هـ، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ط ٢، ١٣٩٩هـ، تحقيق: د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد، ٢٤٩/٢، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول: عبد الرحيم بن الحسن بن علي أبو محمد الإسني، ٧٧٢هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٩م، ٣٠٣/١.

(٤) - انظر للتوسع الموسوعة الفقهية الكويتية: ٥٦-٥٥/٥.

(٥) - السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي، كان متكلماً فقيهاً أصولياً مناظراً من تصانيفه المبسوط ألفه وهو في السجن، توفي: ٤٩٠هـ. انظر الجواهر المضية في طبقات الحنفية: عبد القادر بن أبي الوفاء أبو محمد القرشي ٧٧٥هـ، دار مير محمد كتب خانه، كراتشي، د. ط، د. ت، ٢٨/٢.

(٦) - ابن العربي المالكي: محمد بن عبد الله بن محمد أبو بكر، المعروف بابن العربي؛ حافظ فقيه، من كبار أئمة المالكية، أخذ عنه الإمام العزالي، من تصانيفه: عارضة الأحوذى شرح الترمذي؛ وأحكام القرآن؛ والمحصول في علم الأصول؛ ومشكل الكتاب والسنة، توفي: ٥٤٣هـ. انظر شجرة النور الزكية: محمد مخلوف، دار الكتاب العربي، بيروت، د. ط، د. ت، ص ١٣٦، الديباج المذهب في أعيان علماء المذهب: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، ٧٩٩هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٦م، تحقيق: مأمون بن محيي الدين الجتّان، ص ٢٨١.

(٧) - الشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد أبو اسحاق اللخمي الغرناطي المشهور بالشاطبي، توفي ٧٩٠هـ، فقيه مالكي، وأصولي محدث مفسر لغوي، من مصنفاته: الموافقات في أصول الفقه، والمجالس في شرح كتاب البيوع في صحيح البخاري، وأصول النحو، وشرح ألفية ابن مالك. انظر شجرة النور الزكية: محمد مخلوف، ص ٢٣١.

(٨) - أصول السرخسي: ٢١/٢.

وقال ابن العربي: (وهو باب مشهور في الأصول).^(١)

لا تفيد العبارة اعتبار الاحتياط حجة فقط؛ بل تفيد شهرة كون الاحتياط من الأصول.

وقال الشاطبي: (إذا كانت العلة غير منضبطة ولم يوجد لها مظنة منضبطة؛ فالحل محل اشتباه، وكثيراً ما يُرجع هنا إلى أصل الاحتياط؛ فإنه ثابت معتبر).^(٢)

وبعد هذا يُقال: لا يمكن إنكار أن يكون العمل بالاحتياط أصلاً بناءً على أنه لم يرد فيه نص شرعي صريح معين يعتبره كذلك؛ بل يكفي أن يكون ملائماً لتصرفات الشرع ومأخوذاً معناه من أدلته حتى يعتبر أصلاً، هذا إذا سلّمنا أنه لا يوجد أدلة شرعية معتبرة تثبت حجية الاحتياط.^(٣)

ومما يؤيد هذا الكلام الأخير ما نصّ عليه الشاطبي في الموافقات عند الحديث عن المصالح المرسلة، واعتبارها أصلاً شرعياً معتبراً بالنسبة لمالك^(٤) والشافعي، فقال في ذلك:

(كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائماً لتصرفات الشرع، ومأخوذاً معناه من أدلته؛ فهو صحيح يُبنى عليه، ويُرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به؛ لأن الأدلة لا يلزم أن تدلّ على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها كما تقدم؛ لأن ذلك كالمعتذر).^(٥)

ويمكن القول في نهاية هذا المطلب: يمكن اعتبار الاحتياط أصلاً في الفقه الجنائي؛ بدليل اعتماد الفقهاء على مفهومه في أصول الجنايات وفروعها وقواعدها.

المطلب الثاني: الاحتياط والدليل

أولاً: الدليل في اللغة

جاء في الصحاح: (الدليل: ما يُستدلُّ به، والدليل: الدالُّ، وقد دلَّه على الطريق يدُّهُ دَلَالَةً ودَلَالَةً ودُلُولَةً، والفتح أعلى).^(٦)

ثانياً: الدليل في الاصطلاح

بصورة عامة يُطلق الدليل على الدال: قال كثير من العلماء: إن الدالّ هو الدليل، وعليه أكثر المتأخرين، "فعل" بمعنى "فاعل" كعليم وعالم وسميع وسماع ونحوهما، فالدليل بمعنى الدالّ؛ فهما بمعنى واحد.^(٧)

(١) - وجدت هذه العبارة في فتح الباري شرح صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني، ٣٩٧/١، وقد نقلها ابن حجر عن ابن العربي.

(٢) - الموافقات: الشاطبي، ٥٣٠/١.

(٣) - انظر العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي: منيب شاکر، ص ٦١-٦٢.

(٤) - مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الأنصاري إمام دار الهجرة، إمام مذهب المالكية، له: (الموطأ) و(المدونة)، توفي: ١٧٩هـ. انظر الديباج المذهب: ابن فرحون، اعتباراً من: ص ١١-٢٨، تهذيب التهذيب: أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر أبو الفضل العسقلاني، ٨٥٢هـ، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، ط ١، ١٣٢٦هـ، اعتباراً من: ٥/١٠.

(٥) - الموافقات: الشاطبي، ٣٢/١.

(٦) - الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: أبو نصر الفارابي، ١٦٩٨/٤، وانظر لسان العرب: ابن منظور، ٢٤٨/١١.

(٧) - انظر التحبير شرح التحرير: المرداوي، ١٩٤/١، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٥٠/١.

كما يُطلق الدليل على العلامة التي ترشد إلى المطلوب.^(١)
ثم عرّف الأصوليون الدليل فقالوا: هو ما (يمكن أن يتوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري؛ سواء كان قطعياً أو ظنياً).^(٢)
وقد يُستخدم الدليل بحسب ما يُضاف إليه عدة استخدامات؛ منها: الدليل المثبت للأحكام، والدليل الإجمالي، والدليل التفصيلي، والدليل القطعي، والدليل الظني.^(٣)

ثالثاً: علاقة الاحتياط بالدليل

الدليل كما تبين في الاصطلاح هو ما يُتوصل بصحيح النظر فيه إلى المطلوب، وعلى هذا فإن الاحتياط عند من قال بحجته يصلح أن يكون دليلاً شرعياً وفق هذا المعنى؛ إذ يمكن من خلال النظر فيه التوصل إلى أحكام شرعية تكليفية؛ كالوجوب والتحريم والندب.
ومن الذين أطلقوا تسمية الدليل على الاحتياط تقي الدين السبكي الشافعي، وابن نجيم والحصكفي^(٤) الحنفیان، وابن تيمية.^(٥)

أما بالنسبة للمانعين من الاحتجاج بالاحتياط فإنه لا يكون دليلاً عندهم؛ لأنه لا يمكن بصحيح النظر فيه التوصل إلى مطلوب. وتجدر الإشارة هنا إلى أن اعتبار الاحتياط دليلاً داخل تحت ما يسميه الأصوليون استدلالاً. والاستدلال يفيد في اللغة طلب الدليل والمرشد إلى المطلوب؛ لأن الألف والسين والتاء تفيد طلب الشيء.^(٦)

(١) - انظر البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٥٠/١.
(٢) - الإحكام في أصول الأحكام: الأمدي، ٩/١، وانظر روضة الناظر: ابن قدامة المقدسي، ٥٢٨/١، التحرير شرح التحرير: المرادوي، ١٩٧/١.
(٣) - انظر تفصيل هذا الكلام في الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٣/٢١-٢٤-٢٥.
(٤) - الحصكفي: محمد بن علي بن محمد علاء الدين الحصكفي، فقيه وأصولي حنفي، له: (الدر المختار شرح تنوير الأبصار)، (الأبصار)، و(الدر المنتقى شرح ملتقى الأبحر)، و(إفاضة الأنوار شرح المنار)، توفي: ١٠٨٨ هـ. انظر خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر: محمد أمين بن فضل الله المحبي الحموي، ١١١١ هـ، دار صادر، بيروت، د. ط، د. ت، ٦٣/٤، معجم المؤلفين: عمر رضا كحالة، ٥٦/١١.
(٥) - انظر كلامهم في: الإبهاج شرح المنهاج: السبكي، ٦٦/٢، البحر الرائق: ابن نجيم، ٣٣٣/٢، الدر المختار: الحصكفي، الحصكفي، ٤٥٧/٢، مجموع الفتاوى: أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام تقي الدين أبو العباس الحارثي، المعروف بابن تيمية، ٧٢٨ هـ، دار الوفاء، ط ٣، ٢٠٠٥ م، تحقيق: أنور الباز وعامر الجزار، ٢٦٢/٢٠، ابن تيمية: أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي، تقي الدين الإمام شيخ الإسلام حنبلي ولد في حران وانتقل به أبوه إلى دمشق؛ سجن بمصر مرتين من أجل فتاواه، وتوفي بقلعة دمشق معتقلاً؛ كان مفسراً، وعمل بالعقائد والأصول، من تصانيفه السياسة الشرعية، ومنهاج السنة، وطبعت فتاواه في الرياض منذ فترة. انظر الدرر الكامنة: ابن حجر العسقلاني، ١٤٤/١، والبداية والنهاية: ابن كثير، ١٣٥/١٤.
(٦) - انظر الأصول في النحو: محمد بن السري بن سهل النحوي المعروف بابن السراج، ٣١٦ هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، تحقيق: عبد الحسين الفتلي، ١٢٧/٣، وانظر أيضاً الكليات: الكفوي، ص ١١٤.

أما في الاصطلاح فالاستدلال له إطلاقان؛ الأول: ذكرُ الدليل، سواء كان الدليل نصاً أو إجماعاً أو قياساً أو غيره، والثاني: عبارة عن دليل لا يكون نصاً ولا إجماعاً ولا قياساً.^(١)

والتعريف الثاني هو الذي اختاره المحققون للاستدلال، ومنهم الآمدي.^(٢)

وبالتالي فإن من اعتبر الاحتياط دليلاً فهو يقصد دخوله في مفهوم الاستدلال.

المطلب الثالث: الاحتياط والقاعدة

مصطلح القاعدة يدور بين استخدام الفقهاء واستخدام الأصوليين، وسيبين هذا المطلب كلا الاستخدامين مع التفريق بينهما، ثم بيان علاقة الاحتياط بهما.

أولاً: القاعدة الفقهية

القاعدة في اللغة تأتي بمعنى الأساس؛ فيقال قواعد البيت أساسه.^(٣) وأما في الاصطلاح فقد سار الفقهاء في تعريفها بناءً على اختلافهم في النظر إلى هذه القواعد هل هي قواعد كلية؟، أو قواعد أغلبية؟.

فمن الاتجاه الأول التعاريف التالية:

- ١ - حكم كليّ ينطبق على جميع جزئياته لتُعرف أحكامها منه.^(٤)
- ٢ - أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية؛ تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها.^(٥)

ومن الاتجاه الثاني التعريف التالي:

(حكم أكثرى لا كليّ؛ ينطبق على أكثر جزئياته لتُعرف أحكامها منه).^(٦) والتحقيق أن القاعدة الفقهية الفقهية هي حكم أغلي، والدليل على هذا أن أغلب القواعد لم تخلُ فروعها من الاستثناءات، وهذا دليل
كونها
لا كلية.^(٧)

وعلى الرغم من وجود الاستثناءات لفروع القواعد إلا أن بعض الفقهاء كما رأينا في الاتجاه الأول ساروا على تعريف القاعدة بأنها حكم كليّ؛ وذلك لعدة اعتبارات؛ منها: أن الشريعة عموماً مبنية على

(١) - انظر الإحكام في أصول الأحكام: الآمدي، ١١٨/٤، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير: محمد بن أحمد بن عبد العزيز، المعروف بابن النجار الحنبلي، ٩٧٢هـ، مكتبة العبيكان، ط٢، ١٩٩٧م، تحقيق: محمد الزحيلي، ٣٩٧/٤.

(٢) - انظر الإحكام في أصول الأحكام: الآمدي، ١١٨/٤، وانظر أيضاً بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب: محمود بن عبد

الرحمن أبو النشاء الأصفهاني، ٧٤٩هـ، دار المدني، الرياض، ط١، ١٩٨٦م، تحقيق: محمد مظهر بقاء، ٢٤٩/٣.

(٣) - انظر لسان العرب: ابن المنصور، ٣٦٢/٣، مادة (قعد).

(٤) - انظر غمز عيون البصائر: شهاب الدين الحموي، ٥١/١، شرح التلويح على التوضيح: التفنازي، المحبوبي الحنفي، ٣٥/١.

(٥) - انظر المدخل الفقهي العام: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط١، ١٩٩٨م، ٩٦٥/٢.

(٦) - غمز عيون البصائر: شهاب الدين الحموي، ٥١/١.

(٧) - انظر الفروق: القرافي، ٥٨/١، غمز عيون البصائر: شهاب الدين الحموي، ٥١/١.

الأكثرية

لا على الكلية؛ وفي هذا قالوا : الأمر الكلي إذا ثبت فتخلف بعض الجزئيات عن مقتضاه لا يخرجها عن كونه كلياً؛ فالغالب الأكثرية معتبر في الشريعة اعتبار القطعي.^(١)

نصل من هذا الكلام إلى أنه لا خلاف بين العلماء في أن القواعد في الحقيقة هي أغلبية لا كلية، وإن اختلفوا في التعبير عن معنى هذه القواعد؛ فبعضهم قال كلية وأراد به ما أراد الآخرون وهو أنها أغلبية، والله أعلم.

مثال القاعدة الفقهية: الأمور بمقاصدها، اليقين لا يزول بالشك، الضرر يُزال، وغيرها.

ثانياً: القاعدة الأصولية

القاعدة الأصولية هي: الأسس والخطط والمناهج التي يضعها المجتهد نصب عينيه عند البدء بالاستنباط؛ من أجل أن يشيد عليها مذهبه.^(٢)

مثال القاعدة الأصولية: الأمر للوجوب، ودليل الخطاب حجة، والنهي للتحريم والفور.^(٣)

ثالثاً: الفروق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية

بناءً على التمايز الواقع بين علم الفقه وعلم الأصول فإن مصطلح القاعدة في كل منهما يتمايز أيضاً، ويظهر التمايز بين العلمين في عدة نقاط منها **الموضوع**؛ فموضوع علم الفقه هو أفعال المكلفين؛ في حين موضوع علم الأصول هو الأدلة الشرعية التي بواسطتها نصل إلى أحكام أفعال المكلفين.^(٤)

وبناءً على ما سبق تكون الفروق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية قائمة على النقاط التالية:

- ١ - القواعد الأصولية في غالب الأمر ليست إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ؛ وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح، كالأمر للوجوب مثلاً، والنهي للتحريم، أما القاعدة الفقهية فهي حكم كلي يندرج تحته عددٌ من الفروع الفقهية التي تلامس أفعال المكلف.^(٥)
- ٢ - القواعد الأصولية محدودة أكثر من القواعد الفقهية التي تتناول في فروعها المختلفة مع استثناءاتها أفعال المكلفين التي تتجدد بتجدد الزمان.^(٦)
- ٣ - القواعد الأصولية وُضِعَتْ لتضبط طرق الاستنباط واستدلالة لدى المجتهد، أما القواعد الفقهية فإنما وُضِعَتْ لتربط المسائل المختلفة الأبواب برباطٍ متحدٍ وحكمٍ واحدٍ.^(٧)

(١) - انظر الموافقات: الشاطبي، ٥٣/٢.

(٢) - انظر أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء: مصطفى سعيد الخن، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٧، ١٩٩٨م، ص: ١١٧.

(٣) - انظر الفروق: القرافي، ٦/١، وانظر التعبير شرح التحرير: المرداوي، ١٢٦/١.

(٤) - انظر موسوعة القواعد الفقهية: محمد صدقي بن أحمد البورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ٢٠٠٣م، ٢٥/١.

(٥) - انظر الفروق: القرافي، ٦/١.

(٦) - انظر المرجع السابق.

(٧) - انظر موسوعة القواعد الفقهية: بورنو، ٢٦/١.

٤ - القواعد الأصولية إذا كان مُتفقاً على مضمونها بين الأصوليين فإنها تكون عندها قواعد كلية مطّردة، كما قواعد اللغة العربية، أما القواعد الفقهية فهي وإن اتفق الفقهاء على مضمون بعضها فإنه يُستثنى من كل منها مسائل تخالف حكم القاعدة العام لسبب من الأسباب.^(١)

رابعاً: الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي

عندما يكون موضوع الحكم الأغلب مجموعة من المسائل التي تدخل تحت أبواب فقهية متعددة يُسمى عند العلماء بالقاعدة.

أما إن كان موضوع الحكم الأغلب مجموعة من المسائل التي تنتظم تحت باب فقهي واحد فإنهم يسمونه بالضابط.^(٢)

مثال الضابط الفقهي: قولهم: (كل كفارة سبها معصية فهي على الفور)^(٣)؛ حيث تتخصص هذه القاعدة بباب الكفارة. وهذا هو الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط.

خامساً: علاقة الاحتياط بالقاعدة الفقهية

بعد التعرّف على معنيي القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية يمكن القول: إن الاحتياط لا يمكن أن يكون قاعدة أصولية؛ لأنه يرتبط بأحكام وفروع تنتظم تحته، وكذا لا يمكن أن يكون ضابطاً؛ لأن الاحتياط

في أبواب فقهية كثيرة.^(٤) فينحصر موضوع بحثنا في المقارنة بين الاحتياط والقاعدة الفقهية.

ثم يُقال: من نفى حجية الاحتياط فإنه لا يمكن أن يعتبر الاحتياط قاعدة فقهية.

أما من قال بحجية الاحتياط فيمكن أن يكون السؤال التالي مطروحاً عنده؟، هل يمكن أن نطلق على الاحتياط اسم القاعدة الفقهية؟.

وللإجابة على هذا نقول: لو بحثنا في أغلب كتب الفقه وقواعده فإننا لن نجد قاعدة بعنوان: (الاحتياط)، ولكننا سنجد من قام بدراسة الاحتياط ثم قام بوضع قواعد تحت هذا المبدأ.

ومثال ذلك قاعدة: (ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال)، التي ذكرها ابن السبكي.^(٥)

ثم إن القاعدة هي حكم أكثرني تنطبق تحته جزئيات تُعرف أحكامها منه، ووفق هذا التعريف يمكن لنا أن نعتبر الاحتياط قاعدة؛ لأنه يمكن أن تنطبق تحته مسائل فقهية في أبواب متعددة. ولو نظرنا إلى كلام العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام عند الحديث عن الاحتياط لعرفنا غزارة الأحكام والمسائل الفقهية التي يمكن أن تنضبط تحت هذا المبدأ.^(٦)

(١) - انظر المرجع السابق.

(٢) - انظر التعبير شرح التحرير: المرداوي، ١٢٦/١، وانظر الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١/١.

(٣) - الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١/١.

(٤) - انظر تنوّع مسائل الاحتياط في قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ١٨/٢-٢٥.

(٥) - انظر الأشباه والنظائر: ١١٧/١.

(٦) - انظر قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ١٨/٢ وحتى ٢٥.

ثم إن بعض العلماء أدخل لفظ الاحتياط في صياغة بعض القواعد الفقهية، ومنهم ابن السبكي؛ حيث ذكر القاعدة التالية: (الاحتياط أن نجعل المعدوم كالموجود، والموهوم كالحق، وما يرى على بعض الوجوه لا يرى إلا على كلها... وقد اتفق لي مرة الاستدلال على هذه القاعدة بقوله تعالى: (اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ) [الحجرات: ١٢]).^(١)

وقال أيضاً بعد ذلك: (ومن القواعد المتشعبات والأصول الملتقيات من هذه القاعدة-أي قاعدة الاحتياط- قول أئمتنا: ...).^(٢)

وأيضاً لو رجعنا إلى الدكتور محمد مصطفى الزحيلي؛ فسجد أنه نص في كتابه القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، وفي القاعدة: ١١٧ على القاعدة التالية: (الاحتياط في باب العبادات واجب)، ثم قال: (الألفاظ الأخرى: الأصل الاحتياط في العبادات، الاحتياط في العبادة ليؤديها بكمالها واجب، الأخذ بالاحتياط في قضاء العبادات واجب).^(٣) وبالتالي: فيمكن لنا أن نعتبر الاحتياط قاعدة تندرج تحتها قواعد أخرى ومسائل متفرقة.

وفي مائة هذا المبحث يُقال: لقد ظهر كيف أن العلماء أطلقوا على الاحتياط تسمية الأصل وكذا الدليل والقاعدة؛ فيمكن إذاً أن نسمي الاحتياط بأحد هذه الأسماء؛ فهو أصلٌ من جهة أنه يمكن أن تقوم عليه مسائل وفروع وأحكام، وهو قاعدةٌ فقهيةٌ بالمعنى الذي ذكرناه للقاعدة من حيث إنه حكمٌ كليٌ ينطبق على جزئيات، وهو أيضاً دليلٌ يمكن أن يستدل به المجتهد والفقيه والمفتي على وجوب أمر أو حظره في الاحتياط الواجب، وعلى استحبابه أو كراهته في الاحتياط المندوب.^(٤)

المبحث الرابع- حجية الاحتياط

بداية لابد من توضيح الفكرة التالية:

إن استعمال الفقهاء لمصطلح الاحتياط لم يكن وفق معنى واحد.

فمنهم من استعمله وقصد به الخروج من الحرام عند اشتباه المباح بالخطور.^(٥)

ومنهم من استعمله بمعنى إبراء الذمة.^(٦)

واستعملوه أيضاً بمعنى الخروج عن العهدة بيقين.^(٧)

ومنهم من استعمله للخروج من خلاف العلماء في المسألة.^(٨)

(١) - انظر الأشباه والنظائر: ابن السبكي: ١/١١٠، وانظر الإيهام في شرح المنهاج: السبكي، ٣/١٧٧.

(٢) - الأشباه والنظائر: ابن السبكي: ١/١١٧.

(٣) - القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط١، ٢٠٠٦م، ١/٥٥٩.

(٤) - انظر العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي: منيب شاكر، ص ١٥٩.

(٥) - انظر مسألة المينة بالمزكاة في كشاف القناع: البهوتي، ٦/١٩٧-١٩٨.

(٦) - انظر تفصيل هذا في كلام الأمدي في الإحكام في أصول الأحكام: ٤/٢٦٧، وانظر حاشية ابن عابدين: ١/٦٠٧.

(٧) - انظر حاشية ابن عابدين: ٢/١٤٥.

(٨) - انظر كلام الإمام النووي في الخروج من الخلاف: المجموع: النووي، ٩/٣٤٤.

وتارة يستعملونه على وجه الوجوب، وأخرى على وجه الندب.^(١)
وقد ذكرتُ في أثناء الحديث عن تعريف الاحتياط أن الفقهاء لم يستعملوا الاحتياط كمصطلح مستقل، وهذا ما أدى إلى عدم وجود تعريف دقيق للاحتياط عندهم.

ونظراً لعدم وضوح هذا المصطلح من ناحية استخداماته لدى الفقهاء، كان حرياً بنا أن نؤخر الحديث عن حجية الاحتياط إلى حين تكوين صورة واضحة ودقيقة عن الاحتياط وأنواعه وضوابطه وأساسه

إلا أنني قدّمتُ بيان حجته قبل المسائل الأخرى جرياً على منهج الأصوليين في الحديث عن الأصول الشرعية، وخاصةً بعد أن تقرر في المبحث السابق إمكانية اعتباره من الأصول الشرعية المعتبرة.^(٢)

خلاف الفقهاء في الاحتياط بين النظرية والتطبيق

كي نصل إلى تحرير محلّ النزاع ونقطة الخلاف، علينا أن نفرّق قبل أن نشرع في بيان أقوال العلماء في حجية الاحتياط بين جهتين.

الأولى: جهة اشتراكهم في العمل بالاحتياط في الفروع الفقهية.

الثانية: جهة اختلافهم في كون الاحتياط أصلاً شرعياً يعمل به أو ليس كذلك.

ونبدأ بالجهة الأولى: جهة اشتراكهم في العمل بالاحتياط في الفروع الفقهية. لقد سار الفقهاء بصورة عامة على العمل بالاحتياط في الفروع الفقهية؛ وإن تفاوتوا في الاعتماد عليه في بعض المسائل والصور. إن الاعتماد على الاحتياط في الفروع موجودٌ عند الفقهاء حتى عند من أنكر اعتبار الاحتياط أصلاً شرعياً يعمل به مثل ابن حزم الظاهري.

حيث إنه عمل بالاحتياط في بعض المسائل، منها مسألة اختلاط الحلال بالحرام مع عدم القدرة على التمييز بينهما؛ فإنه يحكم بالتوقف في مثل هذه الحالة، والتوقف صورة من صور الاحتياط، ونصّ عبارته: (كل أشياء أو شيئين أيقنّا أن فيهما حراماً لا نعلمه بعينه فحكمهما التوقف).^(٣)

ثم قال بعد ذلك: (حتى يتبين الحرام من الحلال؛ لأن هذا المكان فيه يقين حرام يلزم اجتنابه فرضاً).^(٤)
ثم تنتقل إلى الجهة الثانية: وهي جهة اختلافهم في كون الاحتياط أصلاً شرعياً يعمل به أو ليس كذلك. وهنا تكمن نقطة البحث ومحلّ النزاع؛ فقد سار جمهور العلماء على اعتبار الاحتياط أصلاً شرعياً معتبراً، وخالف ابن حزم الظاهري واختار أن يعقد في كتابه الإحكام في أصول الأحكام باباً لرد

(١) - انظر قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ١٧/٢.

(٢) - لو عدنا إلى الدراسات السابقة فنجد أن منيب شاكّر في بحثه العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي قد اختار منهج الأصوليين في بيان الحجية قبل الحديث عن المسائل الأخرى؛ معطلاً لفعله بما علّناه، انظر العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي: منيب شاكّر، ص ٧١.

(٣) - الإحكام في أصول الأحكام: ابن حزم، ١٥/٦.

(٤) - المرجع السابق.

الاحتياط وإبطاله وتحريم الحكم به، وهو الباب الرابع والثلاثون من الكتاب: في الاحتياط وقطع الذرائع والمشتبه.^(١)

إلا أننا لو دققنا في مذهب ابن حزم في أصل الاحتياط فإننا سنجد أنه قسم الاحتياط إلى قسمين؛ اعتبر أحدهما حجة والآخر ليس بحجة، والأول: هو الاحتياط بالامتنال أو التوقف، والثاني: الاحتياط بالترك.

وقد مر معنا في شرح تعريف الاحتياط أن الاحتياط يكون بالفعل والتوقف والترك. فقد اعتبر ابن حزم الاحتياط بالامتنال أو التوقف، بشرط أن لا يلزم به المفتي الناس ولا أن يقضي به القاضي.^(٢) بينما رفض الاحتياط بالترك رفضاً قاطعاً، وسنفصل هذا عند الحديث عن رأي ابن حزم إن شاء الله.^(٣) فهو يوافق الجمهور في الاحتياط بالامتنال والتوقف، ويخالفهم في الاحتياط بالترك وهذا هو موضع الخلاف في أصل اعتبار الاحتياط بين الجمهور وابن حزم، أردت أن أوضحه قبل الشروع في هذا المبحث.

خلاصة الكلام السابق: الأصل في الجانب التطبيقي أن الفقهاء بمجموعهم يعملون بالاحتياط، أما في اعتبار الاحتياط أصلاً معتبراً في جانب الترك؛ فقد اختلفوا؛ فالجمهور على اعتباره، وابن حزم على عدم اعتباره، وهذا يقودنا إلى القول بأن الخلاف بين الجمهور وابن حزم ليس واسعاً، وخاصة من الناحية العملية. وهذا ما سيظهر في هذا المبحث.

المطلب الأول: القائلون بحجية الاحتياط

تبين معنا أن الاختلاف بين الفقهاء محصور في كون الاحتياط أصلاً شرعياً معتبراً؛ وخاصة في حالة الاحتياط بالترك. أما في الفروع والتطبيقات فالأصل أن الفقهاء بمجموعهم يعملون به وإن اختلفوا في بعض التفاصيل والمسائل، وهذه عبارة الشاطبي تؤيد هذا الكلام؛ حيث قال: (إن أئمة المسلمين استمروا على هذا الأصل على الجملة وإن اختلفوا في التفاصيل).^(٤)

نعود إلى نقطة النزاع وهي اعتبار الاحتياط أصلاً معتبراً، فجمهور علماء الأمة على اعتباره كذلك، ومنهم علماء المذاهب الأربعة، والصحابة الكرام؛ فقد قال الإمام الشاطبي: (الصحابة عملوا على هذا الاحتياط في الدين لما فهموا هذا الأصل من الشريعة، وكانوا أئمة يقتدى بهم).^(٥)

وسنفصل الحديث عن الاحتياط عند الصحابة عند استعراض الأدلة؛ كون الفقهاء قد استدلوا بعمل الصحابة على حجية الاحتياط.

(١) - انظر المرجع السابق: ٢/٦.

(٢) - انظر المرجع السابق: ٧/٦ ثم: ١٥/٦.

(٣) - انظر المرجع السابق: ١٠/٦.

(٤) - الموافقات: الشاطبي، ١٠٥/٤.

(٥) - المرجع السابق: ١٠٢/٤.

أولاً: المذهب الحنفي

نقل السرخسي في المبسوط عن الإمام أبي حنيفة قوله: (الأخذ بالاحتياط في العبادات أصل).^(١) وقال في تبين الحقائق: (ثم أبو حنيفة^(٢) أخذ بالاحتياط)، ونقل موافقة الإمام محمد^(٣) للإمام أبي حنيفة بالأخذ في الاحتياط أثناء الحديث عن مسألة الشك في نوع السائل الذي يجده في فراشه بعد استيقاظه، هل هو مني أو ودي؟^(٤) ويُنقل أيضاً عن أبي يوسف^(٥) عمله بالاحتياط.^(٦) وفي كتاب الميزان للإمام الشعراني^(٧) عقد فصلاً كاملاً لتضعيف قول من قال: بأن مذهب أبي حنيفة حنيفة هو أقل المذاهب احتياطاً في الدين.^(٨)

وفي الطبقات السنية في تراجم الحنفية، وفي ترجمة الإمام أبي حنيفة ردّ المصنف على من زعم أن الإمام أبا حنيفة لم يعمل بالأحوط؛ فقال: (ومن جملة التشنيعات في حق الإمام، رضي الله تعالى عنه، أنهم زعموا أنه ترك من فروع الفقه طريق الاحتياط والتورع.... والجواب عن ذلك، أن هذا زعم ممنوع، وقول غير مسموع، لأن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه، كان من أزهّد الناس وأورعهم وأتقاهم لله تعالى... ولا بأس بذكر بعض المسائل، التي تدل على أنه أخذ فيها بالأحوط، وترك غيره؛ فنقول، وبالله التوفيق...)^(٩).

ثم ذكر جملة من المسائل التي تبين اعتماد أبي حنيفة على الاحتياط. وفي حاشية ابن عابدين^(١٠) وفي مسائل أم الولد نقل المصنف عن الإمام قوله بالاحتياط في أكثر مسائل هذا الباب، ثم قال المصنّف: (الإمام ناظر إلى الاحتياط في أكثر المسائل).^(١١)

(١) - انظر المبسوط: السرخسي، ٢٤٦/١.

(٢) - أبو حنيفة: النعمان بن ثابت بن كاوس بن هرمز، الإمام الأعظم إمام مذهب الحنفية، توفي: ١٥٠هـ. انظر الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ٢٦/١.

(٣) - محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني ولأء، أصله من حرستا من قرى دمشق، وقدم العراق، منها قدم أبوه العراق، فولد له محمد بواسط، ونشأ بالكوفة، إمام في الفقه والأصول، ثاني أصحاب أبي حنيفة بعد أبي يوسف، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة بتصانيفه الكثيرة، ولي القضاء لهارون الرشيد، من تصانيفه: الجامع الكبير، والجامع الصغير، والمبسوط، والزيادات، وهذه كتب ظاهر الرواية في المذهب الحنفي. انظر وفيات الأعيان: ابن خلكان، ١٨٤/٤، الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ٤٢/٢.

(٤) - انظر تبين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١٦/١.

(٥) - أبو يوسف: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، القاضي الإلم، أخذ الفقه عن أبي حنيفة رضي الله عنه، وهو صاحبه، وهو هو المقدم بينهم، ولي القضاء للهادي والمهدي والرشيد، وهو أول من سمي قاضي القضاة، وأول من اتخذ للعلماء زياً خاصاً، وثقه أحمد وابن معين وابن المديني، قيل: إنه أول من وضع الكتب في أصول الفقه، من تصانيفه: الخراج، وأدب القاضي. انظر الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ٢٢٠/٢، البداية والنهاية: ابن كثير، ١٨٠/١٠.

(٦) - انظر حاشية ابن عابدين: ٦٢٦/١.

(٧) - الشعراني: عبد الوهاب بن أحمد بن علي، الفقيه المحدث الأصولي الصوفي المصنف الكبير، من شيوخه الإمام السيوطي والشيخ زكريا الأنصاري، له: (الميزان) في الفقه، و(الأجوبة المرضية عن أئمة الفقهاء والصوفية)، وغيرها الكثير، توفي: ٩٧٣هـ. انظر شذرات الذهب: ابن العماد، ٣٧٢/٨، معجم المؤلفين: عمر رضا كحالة، ٢١٨/٦.

(٨) - انظر الميزان: عبد الوهاب بن أحمد الشعراني، ٩٧٣هـ، الدار العلمية، ممبائي، الهند، دط، دبت، ابتداءً من: ١٤١/١.

(٩) - انظر الطبقات السنية في تراجم الحنفية: تقي الدين بن عبد القادر الغزي، ١٠١٠هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، دط، دبت، ٤٢/١.

(١٠) - ابن عابدين: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي: فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية في عصره مولده ووفاته في دمشق، من مؤلفاته: في الفقه رد المحتار على الدر المختار، وفي الأصول نسمات الأسرار على شرح المنار،

حتى إن الحنفية قد ساروا على اعتبار ما اقترن بالاحتياط من الأحكام راجحاً على ما لم يقترن.^(٢)
ولو رجعنا إلى كتب الحنفية فسنجد أحكام المذهب تفيض بالعمل بالاحتياط في صورته المختلفة؛
الفعل والترك والتوقف وبراءة الذمة، والخروج عن العهدة بيقين، والاحتياط ببقاء ما كان على ما كان.^(٣)
ونصّوا في بعض أبواب الفقه على وجوب العمل بالاحتياط، ومن ذلك العبادات.^(٤)

في الجنايات

ونصّوا في بعض أبواب الفقه على أن الأصل فيها هو الاحتياط، ومن ذلك درء الحدود بالشبهات،
وهذا ما يتصل ببحثنا.^(٥) ونصّ بعضهم على وجوب الاحتياط في باب الحدود.^(٦)
بل نصّوا أيضاً على وجوب زيادة الاحتياط في باب الحدود.^(٧)
ويُنقل عن الإمام محمد أنه أقرب علماء المذهب إلى الاحتياط في الحدود.^(٨)
وفي الحدود أيضاً: نصّ الحنفية على عدم جواز قبول شهادة القاضي بعلمه في الحدود (لأن الحدود
يُحتاط في درئها، وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه).^(٩)
وقد لاحظ الحنفية الاحتياط في أصل تشريع بعض العقوبات، ونذكر على سبيل المثال عقوبة حبس
الجاني حتى يظهر صدق الدعوى عليه عن طريق الشهود؛ فقد اعتبروا هذا الحبس من باب الاحتياط
خشية هرب الجاني وعدم الظفر به.^(١٠)

ثانياً: المذهب المالكي

فاضت كتب المالكية بالمسائل التي اعتمدوا فيها على الاحتياط، ونلاحظ أنهم استخدموا الاحتياط
بمعنى الفعل والترك، وبمعنى الخروج من خلاف المذاهب.^(١١) والاحتياط عند المالكية مشروع لأسباب

ولد ١١٩٨ هـ وتوفي ١٢٥٣ هـ. انظر الأعلام: خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، بيروت، ط٥، ١٩٨٠م، ٤٢/٦، معجم المؤلفين: عمر رضا كحالة، ٧٧/٩.

(١) - انظر حاشية ابن عابدين: ٦٧٠/٣.

(٢) - انظر الدر المختار: الحصكفي، ٧٣/١، وانظر المذهب الحنفي: أحمد النقيب: ص ٣٦٨، ٣٧٢.

(٣) - انظر الاحتياط بالفعل حاشية ابن عابدين: ٣٠٣/١، وانظر في الترك: حاشية ابن عابدين: ٥٤٤/١ + الباب في شرح الكتاب: عبد الغني بن طالب الدمشقي الميداني، ١٢٩٨ هـ، المكتبة العلمية، بيروت، د. ط، د. ت، تحقيق: محمد عبد الحميد، ٤٤/١، وانظر التوقف: البحر الرائق: ابن نجيم، ١٤٠/١، وبراءة الذمة: حاشية ابن عابدين: ٦٠٧/١، والخروج عن العهدة: حاشية ابن عابدين: ١٤٥/٢، وانظر بقاء ما كان على ما كان في تبين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢١١/٢.

(٤) - انظر المبسوط السرخسي: ١٥٤/٣، بدائع الصنائع: الكاساني، ١٨٦/١، تبين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢٦٢/١.

(٥) - انظر الهداية: المرغيناني، ٣٤٤/٢، بدائع الصنائع: الكاساني، ٧/٧، حاشية ابن عابدين: ١٨/٤.

(٦) - انظر الهداية: المرغيناني، ٣٣٩/٢.

(٧) - انظر المرجع السابق: ٣٦٣/٢، تبين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢١٣/٣.

(٨) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٧٨/٧.

(٩) - المرجع السابق: ٧/٧.

(١٠) - انظر المبسوط: السرخسي، ٣٨/٩.

(١١) - انظر مثال الفعل: المدونة: المدونة الكبرى: عن الإمام مالك بن أنس برواية سحنون عن ابن القاسم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤م، ١٦٢/١، وانظر مثال الترك: المدونة: مالك بن أنس، ٣٦٩/٢، انظر الخروج من خلاف المذاهب في حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني: ٣٥١/١.

منها حصول الشك والاختلاف.^(١) وقد نصّ المالكية كما الحنفية على وجوب الاحتياط في باب العبادات.^(٢)

وقد استخدم المالكية الاحتياط في الترجيح والفتوى.^(٣)

وأثناء النظر في الأدلة التي ذكرها ابن حزم لرد الاحتياط نجد أنه خصص أحد أدلته العقلية للرد على المالكية الذين قالوا بالاحتياط في مسألة ما لو شك في تطبيق زوجته ثلاثاً أو أقل فإنه يقع ثلاثاً عندهم من باب الاحتياط.^(٤) وفي أصل مشروعية الاحتياط في المذهب يقول الشاطبي: (إذا كانت العلة غير منضبطة ولم يوجد لها مظنة منضبطة؛ فالحل محل اشتباه، وكثيراً ما يُرجع هنا إلى أصل الاحتياط؛ فإنه ثابت معتبر).^(٥)

وقال في موضع آخر: (والشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم، والتحرز مما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة).^(٦)

وفي مسائل الجنايات نجد أن المالكية قد أخذوا بالاحتياط بإدخال صورة إيلاج الذكر في دبر الخنثى المشكل في معنى الزنا احتياطاً، واعتباره كدبر الأنثى الأجنبية.^(٧)

أضف إلى ذلك إعمالهم لمبدأ درء الحدود بالشبهات كما جمهور العلماء.^(٨)

ثالثاً: المذهب الشافعي

عمل الشافعية بالاحتياط، وفي الأم نجد عبارة الإمام الشافعي في الترجيح: (وكان هذا أحب إلينا، وأقرب من الاحتياط).^(٩)

وتنقل كتب أصول الفقه عن الإمام الشافعي عمله بالاحتياط، وتقديره له على ما سواه عند التعارض؛ لما في الاحتياط من نظرٍ إلى مقصود الشرع والمصلحة المعتبرة، جاء في البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي: (والشافعي يرى تقديم الأحوط، لأنه أقرب إلى مقصود الشارع).^(١٠)

إن العمل بالاحتياط أصلٌ مهمٌ جداً في المذهب الشافعي، بنوا عليه كثيراً من الأحكام^(١١)؛ لدرجة أن الإمام السيوطي الشافعي^(١٢) لما اختار ترجيح المذهب الشافعي على ما سواه من المذاهب في رسالته: (جزيل المواهب في اختلاف المذاهب)؛ فإنه اختار هذا بناءً على اعتناء الشافعي بالاحتياط.

(١) - انظر مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٣٦٧/١، وانظر حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٣٨٦/٤.

(٢) - انظر الفواكه الدواني: شهاب الدين النفرواي، ١١٦/١.

(٣) - انظر المحصول لابن العربي: ص ١٥٠.

(٤) - انظر كلام ابن حزم في الأحكام في أصول الأحكام: ٩/٦.

(٥) - الموافقات: الشاطبي، ٥٣٠/١.

(٦) - المرجع السابق: ٨٥/٣.

(٧) - انظر الفواكه الدواني: شهاب الدين النفرواي، ٢٠٥/٢.

(٨) - انظر التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٣/٨، حاشية الصاوي: ٤٧٤/٤.

(٩) - الأم: محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، ٢٠٥ هـ، دار المعرفة، بيروت، ط ٢، ١٣٩٣ هـ، ١٠٨/٢.

(١٠) - انظر البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٢٠٤/٨، وانظر ما كتبه العز بن عبد السلام عن أصول الشافعية في مسألة الاحتياط في مسألة صوم يوم الشك. انظر قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ١٨/٢.

(١١) - انظر المهذب: أبو إسحاق الشيرازي، ٤٣٦/٢، ٤١٢/٣.

وقال في ذلك: (ومنها-أي من أسباب ترجيحه المذهب الشافعي على غيره- كثرة الاحتياط في مذهبه -أي الإمام الشافعي- وقلته في مذهب غيره، فمن ذلك الاحتياط في العبادات).^(١) وقد استخدم الشافعية الاحتياط بمعنى الفعل وترك الخروج من الخلاف.^(٢) وفي أصل مشروعية الاحتياط في المذهب يقول ابن السبكي: (عموم الاحتياط والاستبراء للدين، وهو مطلوب شرعاً مطلقاً).^(٣) وعده الرازي الاحتياط من المسالك التي يتمسك بها المجتهد عند عدم النص؛ فيكون الاحتياط سبيلاً للحكم بالصواب، وفق تعبيره.^(٤)

وفي مسائل الجنايات عمل الشافعية بالاحتياط فقد أسقطوا الحدود بالشبهات كما جمهور العلماء.^(٥) واحتاطوا أيضاً بحد واطئ الصغيرة كما الكبيرة كي لا تفتح أبواب المفاسد في حال ترك حد واطئ الصغيرة كون وطئها لا ينفر منه الطبع.^(٦)

رابعاً: المذهب الحنبلي

تنقل كتب الفقه الحنبلي كثيراً من المسائل الفقهية التي اعتمد فيها الإمام أحمد^(٨) على الاحتياط.^(٩) وفي قدر القلتين الذي لا ينحس معه الماء نجد عبارة ابن قدامة، عندما ذكر الرواية التي تنص على أن القلتين تساويان خمسمئة رطل تحديداً لا تقريباً؛ وسبب اختياره التحديد لا التقريب في مقدار القلتين في هذه الرواية مبني على الاحتياط للمقدار الوارد في النص فقال: (لأننا جعلنا ذلك احتياطاً، وما وجب الاحتياط به صار فرضاً، كغسل جزء من الرأس مع الوجه).^(١٠) فالاحتياط في تحديد المقدار كان للتحرز عن النجاسة فلا يجوز أن يكون مقدار القلتين قد جاء بمعنى التقدير.^(١١) وقد استعمل الحنابلة الاحتياط بمعنى الفعل وترك والتوقف كما باقي المذاهب.^(١٢) وعندما يرد نص عن الإمام أحمد بالعمل بالاحتياط فإن علماء المذهب على وجوب العمل بهذا الاحتياط، وقيل بنذب العمل به إلا إن كان الوجوب فيه

(١) - السيوطي: عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن أبي بكر جلال الدين السيوطي الشافعي، الحافظ المحدث المفسر المصنف، وله عدد كبير من التصانيف منها الأشباه والنظائر والحاوي للفتاوى والإتقان في علوم القرآن، والدر المنثور في التفسير بالماثور، توفي ٩١١ هـ. انظر الضوء اللامع: السخاوي، ٦٥/٤، طبقات المفسرين: أحمد بن محمد الداودي، ١١٣٦ هـ، مكتبة العلوم والحكم، السعودية، ط١، ١٩٩٧ م، تحقيق: سليمان بن صالح الخزي، ٣٦٥/١.

(٢) - جزيل المواهب في اختلاف المذاهب: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ٩١١ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٦ م، تحقيق: حسن اسماعيل، ص٢٦.

(٣) - انظر معنى الفعل: تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٧٩/١، وانظر معنى الترك: في نهاية المحتاج: الرملي، ٣٧/٣، والخروج من الخلاف في تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٤٣١/٢.

(٤) - الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٢/١.

(٥) - انظر المحصول: فخر الدين الرازي، ٤٣/٥.

(٦) - انظر المجموع: النووي، ٣٢/١.

(٧) - انظر تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٠٢/٩.

(٨) - أحمد بن حنبل: أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني، إمام مذهب الحنابلة، الفقيه المحدث، من تصانيفه: (المسند) في الحديث، و(فضائل الصحابة)، توفي: ٢٤١ هـ. انظر طبقات الحنابلة: محمد بن محمد أبو الحسين ابن أبي يعلى، ٥٢٦ هـ، دار المعرفة، بيروت، دط، دبت، تحقيق: محمد حامد الفقي، ص٣-١١، البداية والنهاية: ابن كثير، ٣٢٥/١٠-٣٤٣.

(٩) - انظر هذه المسائل في المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٣٧/١، و ٢٥٢/١، مسألة المبتدأ بها الدم تحتاط ومسألة إذا ظهرت النفساء لدون الأربعين اغتسلت، مسائل الإمام أحمد برواية ابنه صالح: أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، ٢٤١ هـ، الدار العلمية، الهند، دط، دبت، ٩٩/٣، ومسائل المبتدأ في الحيض في مختصر الخرق: ص١٨.

(١٠) - الكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة المقدسي، ٣٢/١.

(١١) - وانظر أيضاً ما قاله في المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٢/١.

(١٢) - انظر الفعل: المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٥٢/١، والترك: نفسه، ٢٣٩/١، التوقف: نفسه، ٢٥٠/٦.

أحوط فيُصار إليه، والعبارة في صفة الفتوى: (وإن قال يفعل السائل كذا وكذا احتياطاً؛ فهو واجب في أحد الوجهين... والثاني أنه مندوب، والأولى النظر في الحكم؛ فإن كان الوجوب فيه أحوط أو اقتضاه دليل أو قرينة تعين، وإلا فلا).^(١)

وفي مسائل الجنايات عمل الحنابلة كما الجمهور بمبدأ درء الحدود بالشبهات، الذي نُقل عن الإمام أحمد العمل به.^(٢) وأيضاً احتاطوا بعدم قبول شهادة المرأتين في الحدود، وأنهما لا تقومان مقام الرجل في الحدود، وعللوا ذلك فقالوا: (إن المرأتين تقومان مقام الرجل إلا في الحدود؛ من أجل الاحتياط لها).^(٣)

خامساً: نصوص بعض العلماء في العمل بالاحتياط

يُنقل العمل بالاحتياط عن مجموعة من الفقهاء والمحدثين، وفيما يلي بعض النصوص عنهم: ينقل ابن عبد البر^(٤) عن الليث بن سعد^(٥)، وهو من المجتهدين، قوله: (إذا جاء الاختلاف أخذنا فيه بالأحوط).^(٦) وفي عبارة البخاري^(٧) في صحيحه نجد أنه يرجح الحكم الوارد في الحديث لأنه يفيد الأحوط، ويُخرج المكلف من خلاف العلماء. ففي مسألة هل الفخذ عورة؟، يروي البخاري حديثين؛ الأول عن جرهد^(٨) يفيد كون الفخذ عورة، والثاني عن أنس بن مالك^(٩) لا يفيد هذا الحكم، ويقول بعد ذلك:

(حديث أنس أسند، وحديث جرهد أحوط حتى يخرج من اختلافهم).^(١٠)

(١) - انظر صفة الفتوى والمفتي والمستفتي: أحمد بن حمدان بن النميري الحراني، ٦٩٥ هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٣، ١٣٩٧ هـ، تحقيق: الألباني، ص ١٠٢، والفروع: ابن المفلح، ٤٥/١.

(٢) - انظر الفروع: ابن المفلح، ١٣٦/١٠، المبدع في شرح المقنع: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح المقدسي، ٨٨٤ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٧ م، ٤٣٥/٧، الإنصاف في معرفة الخلاف: ٢٦٦/١٠.

(٣) - الشرح الممتع على زاد المستقنع: ابن العثيمين، ٤٥٣/١٥.

(٤) - ابن عبد البر: يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، أبو عمر النمري القرطبي العلم الحافظ، محدث قرطبة، ومن كتبه كُتبه التمهيد، والاستذكار في فقه الحديث، وله الكافي في الفقه المالكي، والاستيعاب في معرفة الأصحاب، وغيرها كثير، توفي: ٤٦٣ هـ. تاريخ الإسلام: الذهبي، ١٣٦/٣١، وفيات الأعيان: ابن خلكان، ٦٦/٧.

(٥) - الليث بن سعد: الليث بن سعد بن عبد الرحمن، إمام مصر في الفقه والحديث، توفي: ١٧٥ هـ. انظر وفيات الأعيان: ابن خلكان، ٤٣٨/١.

(٦) - جامع بيان العلم وفضله: يوسف بن عبد الله بن عبد البر أبو عمر النمري القرطبي، ٤٦٣ هـ، دار ابن الجوزي، الرياض، ط ١، ١٩٩٤ م، تحقيق: أبو الأشبال الزهيري، ٩٠٦/٢.

(٧) - البخاري: محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، أبو عبد الله، البخاري، سيد أكابر المحدثين؛ صاحب (الجامع الصحيح) أوثق وأصح كتاب في الحديث، وله (التاريخ)، و(الضعفاء)، توفي: ٢٥٦ هـ. انظر تذكرة الحفاظ: الذهبي، ١٢٢/٢، تهذيب التهذيب: ابن حجر العسقلاني، ٤٧/٩.

(٨) - جرهد: جرهد بن خويلد بن بجرة، صاحب رسول الله ﷺ، وكان من أهل الصفة، توفي: ٦١ هـ. انظر الإصابة في تمييز الصحابة: أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر أبو الفضل العسقلاني، ٨٥٢ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٥ هـ، ٢٣١/١، وأسد الغاية في معرفة الصحابة: المبارك بن محمد بن محمد بن محمد مجد الدين أبو السعادات الجزري، ابن الأثير ٦٠٦ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٤ م، ٢٣١/١.

(٩) - أنس بن مالك: أنس بن مالك بن النضر، الأنصاري الخزرجي، صاحب رسول الله ﷺ، وخادمه، ومن المكثرين في الرواية عنه، توفي في البصرة ٩٣ هـ. انظر الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، اعتباراً من ٢٧٥/١، أسد الغاية في معرفة الصحابة: أبو السعادات الجزري، اعتباراً من ٢٩٤/١.

(١٠) - الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه: (صحيح البخاري)، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، ٢٥٦ هـ، دار طوق النجاة، ط ١، ١٤٢٢ هـ، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ٨٣/١، وانظر ترجيحات أخرى للبخاري اعتماداً على الاحتياط في صحيحه: ٦٦/١.

ويعلل ابن حجر العسقلاني^(١) اختيار البخاري بأنه أحوط للدين؛ لما فيه من الورع والخروج من الخلاف.^(٢) ويختار ابن حبان^(٣) في صحيحة أن لا يبلغ مقدار بيع العرايا خمسة أوسق؛ احتياطاً للأحاديث الواردة في هذا الباب، ويورد الأحاديث تحت عنوان: (ذكر الاستحباب للمرء أن يكون يبعه العرايا فيما دون خمسة أوسق، ولا يجاوز به إلى أن يبلغ خمسة أوسق احتياطاً).^(٤)

أما السيوطي فقد اعتبر العمل بالاحتياط أساساً من أساسات قوة المذهب الفقهي، فقال في ذلك: (فأكثر ما يقع الترجيح في المذاهب بالنظر إلى الأفضل من حيث قوة الأدلة، والقرب من الاحتياط والورع، ونحو ذلك في مفردات المسائل، لا من حيث مجموع المذاهب).^(٥) ثم تكلم عن أخذ الصوفية بالأحوط والأورع فقال: (ومن هذا كانت طريقة الصوفية أن لا يلتزم مذهب معين؛ بل يؤخذ من كل مذهب بالأشد والأحوط والأورع، فإذا كان في مذهب الشافعي - مثلاً - الجواز في مسألة، والتحريم في أخرى، ومذهب غيره بالعكس، يأخذون بالتحريم احتياطاً، وإذا كان مذهبه الوجوب في مسألة، والاستحباب في أخرى، ومذهب غيره بالعكس، يأخذون بالوجوب في المسألتين احتياطاً؛ فيقولون بنقض الوضوء بلمس النساء، ومس الفرج، وبالقبيء، والدم السائل، ويقولون بوجوب النية في الوضوء، ومسح كل الرأس، ووجوب الوتر، إلى غير ذلك).^(٦) ثم استشهد بما يحكيه النووي عن ابن سريج^(٧) في الروضة؛ حيث يقول النووي: (كان يغسل أذنيه مع وجهه، ويمسحهما مع رأسه ومنفردتين احتياطاً في العمل بمذاهب العلماء فيهما، وفعله هذا حسن، وقد غلط من غلطه فيه؛ زاعماً أن الجمع بينهما لم يقل به أحد، ودليل ابن سريج نص الشافعي والأصحاب على استحباب غسل النزعتين مع الوجه، مع أنهما يمسحان في الرأس).^(٨)

(١) - ابن حجر العسقلاني: أحمد بن علي بن محمد شهاب الدين أبو الفضل الكفائي العسقلاني؛ من كبار فقهاء الشافعية، وكان محدثاً مؤرخاً، سيّد من تكلم في رجال الحديث وعلمه، كان أكثر من التصنيف؛ ومن كتبه: (فتح الباري شرح صحيح البخاري)، و (تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير)، وغيرها الكثير، توفي: ٨٥٢هـ، انظر الضوء اللامع: السخاوي، ٣٦/٢، شذرات الذهب: ابن العماد، ٢٧٠/٧.

(٢) - انظر فتح الباري شرح صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني، ٤٧٩/١.

(٣) - ابن حبان: محمد بن حبان بن أحمد بن حبان، أبو حاتم البستي، من سجنستان، وهو محدث ومؤرخ، من مصنفاته: (المسند (المسند الصحيح على التقاسيم والأنواع) المعروف بصحيح ابن حبان، و (الثقات) في الرجال، توفي ٣٥٤هـ. انظر طبقات الشافعية: ابن قاضي شهاب، ١٤١/٢، تذكرة الحفاظ: الذهبي، ١٢٥/٣.

(٤) - صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان: محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، ٣٥٤هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢، ١٩٩٣م، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، ٣٨١/١١.

(٥) - جزيل المواهب في اختلاف المذاهب: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ٩١١هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١، ١٩٩٦م، تحقيق: حسن اسماعيل، ص ٧٦.

(٦) - المرجع السابق.

(٧) - ابن سريج: أحمد بن عمر سريج، من كبار فقهاء الشافعية، قاضي شيراز، من كتبه: (الانتصار) في الفقه، توفي: ٣٠٦هـ. انظر طبقات الشافعية: ابن قاضي شهاب، ٨٧/٢، البداية والنهاية: ابن كثير، ١٢٩/١١.

(٨) - روضة الطالبين: النووي، ٦١/١.

نجد أن الإمام النووي قال في فعل ابن سريج: (وفعله هذا حسن)، واستدل له بعد ذلك بما نصّ عليه علماء الشافعية. وقد عمل المعتزلة بمبدأ الاحتياط أيضاً، ومن ذلك قولهم بالاحتياط في الأخبار كما فعل جمهور العلماء، فقد جاء في المعتمد: (وأجمعوا على الاحتياط في الأخبار).^(١)

المطلب الثاني: القائلون بعدم حجية الاحتياط

بعد أن عُرف رأي الجمهور في حجية الاحتياط تنتقل إلى الطرف الآخر لنجد ابن حزم الظاهري يحكم بعدم حجية الاحتياط؛ بل ويعقد في كتابه الإحكام في أصول الأحكام باباً لرد الاحتياط وإبطاله وتحريم الحكم به، وهو الباب الرابع والثلاثون: في الاحتياط وقطع الذرائع والمشتبه.^(٢) وإذا عرفنا أن ابن حزم قد أنكر كون القياس حجة في الشرع؛ لأنه من عمل العقل والرأي فلن نجد غرابة في أن ينكر مسلك الاحتياط لأنه من عمل العقل أيضاً.^(٣) والرأي الممنوع في مذهب ابن حزم هو ما كان حكماً في الدين بغير أمر من الله عز وجل أو من رسوله عليه الصلاة والسلام، أو إجماع متيقن مقطوع به، منقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.^(٤)

والاحتياط لا شك داخل وفق هذا الكلام في الرأي الممنوع عنده. وفيما يلي بعض نصوص ابن حزم في إنكار حجية الاحتياط:

النص الأول: (ولا يحل لأحد أن يحتاط في الدين فيحرم ما لم يحرم الله تعالى؛ لأنه يكون حينئذ مفترياً في الدين، والله تعالى أحوط علينا من بعضنا على بعض؛ فالفرض علينا ألا نحرّم إلا ما حرم الله تعالى، ونصّ على اسمه وصفته بتحريمه، وفرض علينا أن نبيح ما وراء ذلك بنصه تعالى على إباحة ما في الأرض لنا، إلا ما نصّ على تحريمه، وألا نزيد في الدين شيئاً لم يأذن به الله تعالى؛ فمن فعل غير هذا فقد عصى الله عز وجل ورسوله صلى الله عليه وسلم وأتى بأعظم الكبائر).^(٥) إذاً ووفق هذا الكلام لا يجوز لأحد أن يحتاط فيحرم ما لم يرد نص بتحريمه، لأن ما لم يُحرّم بنص الشرع يدخل تحت أصل الإباحة.

نلاحظ أن الاحتياط الممنوع عند ابن حزم إنما هو الاحتياط في التحريم والترك؛ الذي يعتبره من أعظم الكبائر؛ لأنه مبنيٌّ على تحكيم الرأي في تحريم ما أحلّ الله أصله.

(١) - المعتمد في أصول الفقه: محمد بن علي بن الطيب أبو الحسين البصري، ٤٣٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٣هـ، تحقيق: خليل الميس، ١٧٩/٢.

(٢) - انظر الأحكام في أصول الأحكام: ابن حزم، ٢/٦.

(٣) - انظر إنكار ابن حزم للقياس في الشرع في الإحكام لابن حزم: ٣٧٠/٧، وقال في ذلك: (وذهب أصحاب الظاهر إلى إبطال القول بالقياس في الدين جملة، وقالوا لا يجوز الحكم البتة في شيء من الأشياء كلها إلا بنص كلام الله تعالى أو نص كلام النبي ﷺ أو بما صح عنه ﷺ من فعل أو إقرار أو إجماع... أو بدليل من النص أو من الإجماع المذكور الذي لا يحتمل إلا وجهاً واحداً... وهذا هو قولنا الذي ندين الله به، ونسأله عز وجل أن يثبتنا فيه ويميتنا عليه بمنه ورحمته).

(٤) - انظر الإحكام في أصول الأحكام: ابن حزم، ١٤٤/١.

(٥) - المرجع السابق: ١٠/٦.

النص الثاني: يقول: (فكل من حكم بتهمة أو باحتياط لم يستيقن أمره أو بشيء خوف ذريعة إلى ما لم يكن بعد؛ فقد حكم بالظن، وإذا حكم بالظن فقد حكم بالكذب والباطل، وهذا لا يحل، وهو حكم بالهوى، وتجنب للحق، نعوذ بالله من كل مذهب أدى إلى هذا).^(١) إذاً الاحتياط ممنوع لأنه حكم بالظن، والظن كذبٌ وممنوع الحكم به.

النص الثالث: يقول في حق مذهب من يحتج بالاحتياط: (هذا المذهب في ذاته متخاذلٌ متفاسدٌ متناقضٌ؛ لأنه ليس أحد أولى بالتهمة من أحد، وإذا حرم شيئاً حلالاً خوف تدرج إلى حرام؛ فليخص الرجال خوف أن يزناوا، وليقتل الناس خوف أن يكفروا، وليقطع الأغناب خوف أن يعمل منها الخمر).^(٢) ولما كان فعل هذه الأشياء ممنوعاً في الشرع وصل ابن حزم إلى النتيجة التالية:

(وبالجملة فهذا المذهب أفسد مذهب في الأرض؛ لأنه يؤدي إلى إبطال الحقائق كلها).^(٣) هذا قول ابن حزم في عدم اعتبار الاحتياط حجة شرعية. بقي أن نشير في نهاية هذا المطلب إلى ما ذكرناه سابقاً من أن ابن حزم عمل بالاحتياط في بعض المسائل والفروع؛ منها مسألة اختلاط الحلال بالحرام مع عدم القدرة على التمييز بينهما، فإنه يحكم بالتوقف في مثل هذه الحالة، ونقل نص عبارته:

(كل أشياء أو شيئين أيقنا أن فيهما حراماً لا نعلمه بعينه فحكمهما التوقف).^(٤) ثم قال بعد ذلك: (حتى يتبين الحرام من الحلال لأن هذا المكان فيه يقين حرام يلزم اجتنابه فرضاً).^(٥) وكذا فإنه عمل بالاحتياط في حال الامتثال ولكن بشرط ألا يقضي به القاضي ولا أن يفتي به المفتي ولا يلزم به أحداً.

وعبارته في ذلك: (فنحن نحض الناس على الورع كما حضهم النبي صلى الله عليه وسلم ونندبهم إليه ونشير عليه... ولا نقضي بذلك على أحد، ولا نفتيه به فتياً إلزاماً؛ كما لم يقض بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم على أحد).^(٦) فيكون حكم الاحتياط أو الورع عند ابن حزم في هذه الحالة هو الندب بناءً على هذا النص. ونختتم كلام ابن حزم بهذا النص عنه:

(وكل احتياط أدى إلى الزيادة في الدين ما لم يأذن به الله تعالى أو إلى النقص منه أو إلى تبديل شيء منه فليس احتياطاً، ولا هو خيراً؛ بل هو هلكة وضلالٌ وشرعٌ لم يأذن به الله تعالى، والاحتياط كله لزوم القرآن والسنة).^(٧)

المطلب الثالث: الأدلة والمناقشة والترجيح

(١) - المرجع السابق: ١٣/٦.

(٢) - المرجع السابق.

(٣) - المرجع السابق.

(٤) - المرجع السابق: ١٥/٦.

(٥) - المرجع السابق.

(٦) - المرجع السابق: ٧/٦.

(٧) - المرجع السابق: ٦/٥.

أولاً: أدلة القائلين بحجية الاحتياط ومناقشتها

تبين في المطلب السابق أن القائلين بحجية الاحتياط هم الكثرة الكاثرة من علماء الأمة، وفيما يلي أبرز أدلتهم في المسألة. إن الأدلة التي ستأتي تشكل مجموعها قوة تدعم كون الاحتياط أصلاً أو قاعدةً شرعيةً معتبرةً. يقول الشاطبي: (امتازت الأصول من الفروع؛ إذ كانت الفروع مستندة إلى آحاد الأدلة وإلى مأخذ معينة، فبقيت على أصلها من الاستناد إلى الظن، بخلاف الأصول؛ فإنها مأخوذة من استقراء مقتضيات الأدلة بإطلاق، لا من آحادها على الخصوص)^(١)، وبالتالي: (كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين، وكان ملائماً لتصرفات الشرع، ومأخوذاً معناه من أدلته؛ فهو صحيح يُبنى عليه، ويُرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به؛ لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها كما تقدم؛ لأن ذلك كالمعتذر).^(٢) فهل يقف وراء الاحتياط مجموعة من الأدلة ترفعه إلى مرتبة كونه أصلاً شرعياً؟. ستجيب الأدلة التالية عن هذا:

وسيكون بيان الأدلة قائماً على التقسيم التالي: الأدلة النقلية ثم الأدلة العقلية، ونبدأ مع الأدلة النقلية.

أ. الأدلة النقلية

وهذه الأدلة يمكن أن تُقسم إلى أدلة إجمالية كلية؛ تتناول التدليل على فكرة الاحتياط بصورة عامة، وأدلة جزئية تفصيلية تتناول التدليل على فكرة الاحتياط من خلال نصوص منقولة تعمل بالاحتياط فعلاً في بعض المسائل الجزئية. وسنعرض للأدلة وننقل عن المخالفين ما ذكره من مناقشتها إن وُجد.

الفرع الأول: الأدلة النقلية الإجمالية

فيما يلي أبرز الأدلة وأصحها في هذا المجال:

١ - والبداية مع القرآن الكريم: فأبرز ما استدلل به المحتجون بالاحتياط قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ). [الحجرات: ١٢].

أبرز من استدلل بهذه الآية على الاحتياط: ابن السبكي.^(٣)

وجه الاستدلال بالآية: يقوم الاستشهاد بالآية الكريمة على الاحتياط على الفكرة التالية:

إن الله تعالى قد نھانا عن بعض ما ليس بإثم، وهو بعض الظن؛ خشيةً من الوقوع فيما هو إثم، وهو القبائح التي ذكرها الله تعالى قبل هذه الآية وبعدها في سورة الحجرات، كالغيبة والسخرية وغيرها؛ فالظن هو السبب فيما تقدم، وعليه تُبنى هذه القبائح.^(٤)

(١) - الموافقات: الشاطبي، ٣٢/١.

(٢) - المرجع السابق.

(٣) - انظر الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٠/١.

(٤) - انظر مفاتيح الغيب: محمد بن عمر بن الحسين أبو عبد الله فخر الدين الرازي، ٦٠٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٠م، ١١٠/٢٨، وانظر الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٠/١.

وعبارة ابن السبكي هي: (وقد اتفق لي مرة الاستدلال على هذه القاعدة-أي قاعدة الاحتياط- بقوله تعالى: (اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ) فلا يخفى أنه أمر باجتناب بعض ما ليس بإثم خشية من الوقوع فيما هو إثم؛ وذلك هو الاحتياط، وهو استنباط جيد).^(١)

فالآية عند ذلك تفيد (أن نجعل المعدوم كالموجود، والموهوم كالحق).^(٢)

أي أن نجعل نتيجة الظن المتوقعة والمعدومة والموهومة عند الشروع بالظن موجودة ومتحققة كالظن؛ مما يقودنا إلى منع كليهما. وقد (أبهم الكثير-أي في قوله (كثيراً من الظن)- إشارة إلى أنه ينبغي الاحتياط والتأمل في كل منهيه عنه).^(٣) وبالتالي ينسحب المستفاد من هذه الآية على الاحتياط والتأمل في كل منهيه عنه.^(٤)

ولم أجد رداً لابن حزم على هذه الآية والاستدلال بها؛ فيما قرأت في كتابيه الإحكام والمحلى.

٢- قوله تعالى: (وَمِنَ النَّاسِ مَن يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيُشْهَدُ اللَّهُ عَلَى مَا فِي قَلْبِهِ وَهُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ) [البقرة: ٢٠٤]. من الذين استدلووا بهذه الآية على الاحتياط إلكيا الهراسي^(٥) والقرطبي.^(٦)

وجه الاستدلال: على الإنسان ألا يستسلم لظاهر الناس وأن يتحقق من أحوالهم وخاصة فيما يتعلق بأمور الشهادة والقضاء؛ فالله عز وجل في هذه الآية يبين لنا أن من الناس من يكون ظاهره جميلاً وباطنه قبيحاً، وهذا ما يدعونا إلى الاحتياط والتثبت من أحوال الناس.^(٧) فلا يجوز الاغترار بظاهر حال الإنسان والركون إلى قوله مما يدعيه لنفسه من الصلاح والأمانة.^(٨)

والخطاب في الآية عام لكل الناس القاضي والحاكم وغيره، وهذا ما اختاره ابن العربي حيث قال: (وأنا أقول: إنه يخاطب بذلك كل أحد من حاكم وغيره، وإن المراد بالآية ألا يقبل أحد على ظاهر قول أحد حتى يتحقق بالتجربة، ويختبر بالمخالطة أمره)^(٩)، وهذا هو الاحتياط.

(١) - الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٠/١.

(٢) - المرجع السابق.

(٣) - الفوائد الجنية: محمد ياسين بن عيسى الفاداني، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط ٢، ١٩٩٦م، ١٧١/٢.

(٤) - الظن الممنوع المقصود في هذه الآية هو ظن السوء بأهل الخير والعدالة أو بالله تعالى، أما الظن الذي يستند العلم به إلى دليل يقيني؛ فالعمل به واجب، كالشهادات وقبولها وقيم المتلفات والأقيسة، وقد يكون الظن مندوباً أو مباحاً. انظر تفصيل هذه المسألة في: أحكام القرآن: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، ٣٧٠هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ط، ١٤٠٥هـ، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، ٥٣٩/٣، وأحكام القرآن: علي بن محمد بن علي الملقب بعماد الدين والمعروف بإلكيا الهراسي، ٥٠٤هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢، ١٤٠٥هـ، تحقيق: موسى محمد علي، ٣٨٤/٤.

(٥) - إلكيا الهراسي: علي بن محمد بن علي، أبو الحسن، فقيه وأصولي شافعي، ومتكلم، تلميذ إمام الحرمين، له: (أحكام القرآن) (والتعليق في أصول الفقه)، توفي: ٥٠٤هـ. انظر طبقات الشافعية: ابن قاضي شهاب، ٢٤١/٤، شذرات الذهب: ابن العماد، ٨/٤.

(٦) - انظر أحكام القرآن: إلكيا الهراسي، ١٢٢/١، الجامع لأحكام القرآن: (تفسير القرطبي): محمد بن أحمد أبو عبد الله الأنصاري القرطبي، ٦٧١هـ، دار الفكر، بيروت، ط ١، ١٩٩٩م، ضبط مراجعه: صدقي العطار، خرّج أحاديثه: عرفان العشا، ١٥/٣، القرطبي: محمد بن أحمد بن أبي بكر، المالكي، من كبار المفسرين، له: (الجامع لأحكام القرآن)، توفي: ٦٧١هـ. انظر الديباج المذهب: ابن فرحون، ص ٣١٧.

(٧) - انظر أحكام القرآن: إلكيا الهراسي، ١٢٢/١، وتفسير القرطبي: ١٥/٣.

(٨) - انظر أحكام القرآن: الجصاص، ٦١٥/١.

(٩) - انظر أحكام القرآن: محمد بن عبد الله أبو بكر ابن العربي، ٥٤٣هـ، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، د. ط، د. ت، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ٢٠١/١.

ويقول إلكيا الهراسي في الآية: (تنبيه على الاحتياط، فيما يتعلق بأمور الدين والدنيا، واستبراء أحوال القضاة والشهود).^(١) وعبارة القرطبي: (قال علمائنا: وفي هذه الآية دليل وتنبيه على الاحتياط فيما يتعلق بأمور الدين والدنيا، واستبراء أحوال الشهود والقضاة، وأن الحاكم لا يعمل على ظاهر أحوال الناس وما يبدو من إيمانهم وصلاتهم حتى يبحث عن باطنهم؛ لأن الله تعالى بين أحوال الناس منهم من يظهر قولاً جميلاً وهو ينوي قبيحاً).^(٢)

٣- ومن السنة النبوية الشريفة، وفي الحديث الصحيح عن النعمان بن بشير^(٣) رضي الله عنه: قال: سمعت رسول الله ﷺ: (الحلال بين، والحرام بين، وبينهما مشبهات لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى المشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في الشبهات كراعٍ يرعى حول الحمى، يوشك أن يواقعه، ألا وإن لكل ملك حمى، ألا إن حمى الله في أرضه محارمه، ألا وإن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله، وإذا فسدت فسد الجسد كله، ألا وهي القلب).^(٤)

وفي رواية أخرى للحديث في صحيح البخاري عن أبي فروة^(٥)، عن الشعبي^(٦)، عن النعمان بن بشير بشير نجد لفظاً آخر سيفيدنا في وجه الاستدلال وهو: (الحلال بين، والحرام بين، وبينهما أمور مشبهة، فمن ترك ما شبه عليه من الإثم، كان لما استبان أترك، ومن اجتراً على ما يشك فيه من الإثم، أوشك أن يواقع ما استبان، والمعاصي حمى الله، من يرتع حول الحمى يوشك أن يواقعه).^(٧) ومن الذين استدلو بهذا الحديث على حجية الاحتياط الجصاص الحنفي والآمدي والخطابي^(٨) وابن دقيق العيد^(٩) والبغوي^(١٠) والصنعاني^(١١).

(١) - أحكام القرآن: إلكيا الهراسي: ١٢٢/١.

(٢) - تفسير القرطبي: ١٥/٣.

(٣) - النعمان بن بشير: النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة، الأنصاري الخزرجي، صاحب رسول الله ﷺ، توفي: ٦٥. انظر الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، ٥٥٩/٣، أسد الغابة في معرفة الصحابة: أبو السعادات الجزري، ٢٢/٥. (٤) - صحيح البخاري: كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه، ٢٠/١، صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، ٢٦١هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ب، د.ت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الطلاق، باب أخذ الحلال وترك الشبهات، ١٢١٩/٣.

(٥) - أبو فروة: عروة بن الحارث من أهل الكوفة يروى عن الشعبي، وهو من الرواة الثقات. انظر الثقات: محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، ٣٥٤هـ، دائرة المعارف العثمانية، الهند، ط١، ١٩٧٣م، ٢٨٧/٧.

(٦) - الشعبي: هو عامر بن شراحيل الشعبي، كان إماماً حافظاً ذا فنون وقد أدرك خلقاً من الصحابة، وتولى القضاء في الكوفة، قال: أدركت خمسمائة من أصحاب رسول الله ﷺ أو أكثر، توفي: ١٠٤هـ. انظر تاريخ الإسلام: الذهبي، ١٢٥/٧، البداية والنهاية: ابن كثير، ٢٣٠/٩.

(٧) - صحيح البخاري: ٥٣/٣.

(٨) - الخطابي: حمد بن محمد بن إبراهيم البستي، فقيه محدث، له: (معالم السنن) شرح سنن أبي داود، و(شرح البخاري)، توفي: ٣٨٨هـ. انظر طبقات الشافعية: ابن قاضي شعبة، ٢١٨/٢.

(٩) - ابن دقيق العيد: محمد بن علي بن وهب بن مطيع، القاضي تقي الدين القشيري، معروف كأيبيه وجده بلقب ابن دقيق العيد. العيد. أصولي ومحدث كبير، من كتبه: (إحكام الأحكام في شرح عمدة الأحكام) في علوم الحديث، (أصول الدين)، توفي ٢٠٧هـ. انظر الدرر الكامنة: ابن حجر العسقلاني، ٩١/٤، وشذرات الذهب: ابن العماد، ٥/٦.

(١٠) - البغوي: الحسين بن مسعود بن محمد العلامة محيي السنة أبو محمد البغوي، توفي سنة ٥١٦هـ، ومن تصانيفه: وكتاب شرح السنة ومعالم التنزيل في التفسير والمصاحب والجمع بين الصحيحين. طبقات الشافعية: ابن قاضي شعبة، ٢٨١/١، وفيات الأعيان: ابن خلكان، ١٣٦/٢.

(١١) - انظر الفصول في الأصول: الجصاص، ١٠٠/٢، الإحكام في أصول الأحكام: الآمدي، ٢/٦، معالم السنن، شرح سنن أبي داود: حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، ٣٨٨هـ، المطبعة العلمية، حلب، ط١، ١٩٣٢م.

وجه الاستدلال بالحديث:

في الحديث أولاً: تحذير من الوقوع في الشبهة وفيما يغاير الاحتياط في قوله: (من وقع في الشبهات وقع في الحرام)؛ فقد اعتبر أن من وقع في الشبهة وقع في الحرام؛ على الرغم من أن الشبهة في أصلها غير محرمة، إذ هي كما قال أحمد بن حنبل: (الشيء الذي لا يُقال إنه حلال ولا يُقال إنه حرام)، أو هي (الشيء بين الحلال والحرام).^(١) ولكن يجب الابتعاد عنها وفق الحديث باعتبارها وسائل إلى الوقوع في الحرام؛ لأنه ربما أدى تعاطي الشبهات إلى الوقوع في الحرام، وهو المعصية.^(٢)

ثم في الحديث ثانياً: دعوة إلى التزام الاحتياط وحض على الورع في قوله: (فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه)؛ فالاستبراء للدين والعرض وفق هذه العبارة يكون باتقاء الشبهة، وهذا هو الاحتياط، ومنه ما يكون واجباً ومنه ما يكون مندوباً، ويكون الاحتياط هنا بالاستبراء والاحتراز؛ كما عبر عن ذلك البغوي في قوله: (قوله: "استبرأ لعرضه" □ : احتاط لنفسه).^(٣)

واستعمل ابن السبكي الاحتياط بمعنى الاستبراء للدين واعتبره مطلوباً شرعاً؛ حيث قال: (الاحتياط والاستبراء للدين... مطلوب شرعاً مطلقاً).^(٤) ثم في الرواية الثانية التي ذكرناها للحديث في البخاري تخويف من الشك ودعوة إلى اجتناب موارد في قوله: (ومن اجتراً على ما يشك فيه من الإثم، أو شك أن يواقع ما استبان)، وهذا هو الاحتياط؛ حيث إن من لم يجتنب الشك واجترأ عليه وفق تعبير الحديث واستمر عليه واعتاده فإن هذا سيجره إلى الوقوع في الحرام.^(٥) إن المتجسّ على الأخف بالإخلال به معرض للتجرؤ على ما سواه.^(٦) هذا الحديث بمجموع رواياته يفيد التدليل على اعتناء الشرع بفكرة الاحتياط لجانب الترك؛ التي تفيد منع مداخل الحرام والمعصية بمنع الوقوع في الشبهة التي هي أخف من المعصية. هذا في جانب الاحتياط بالامتناع أما في جانب الاحتياط بالفعل فيمكن أن يفيد الحديث أن مكمل الشيء يأخذ حكمه، فمن أخل بمكملات ما طلبه الشرع فإنه سيخل بهذا المطلوب.^(٧) إن الاحتياط يكون فيما أصله محرّم بالامتناع عنه وعن مقدماته، ويكون الاحتياط فيما أصله مطلوب بفعل هذا المطلوب وفعل مقدماته، وهذا ما أفاده كلام الجصاص عن الاحتياط في هذا الحديث.^(٨)

٥٦/٣، إحكام الأحكام: ٢٧٨/٢، شرح السنة: الحسين بن مسعود البغوي، ٥١٦هـ، المكتب الإسلامي، دمشق، ط٢، ١٩٨٣م، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ١٣/٨، سبل السلام: محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، ١١٨٢هـ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ط٤، ١٩٦٠م، ٦٤٣/٢، الصنعاني: محمد بن إسماعيل بن صلاح، برع في جميع العلوم، له (سبل السلام، شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام)، توفي: ١١٨٢هـ. انظر البدر الطالع: الشوكاني، ١٣٣/٢، الأعلام: الزركلي، ٢٦٣/٦. (١) - انظر الورع برواية المروزي: أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، ٢٤١هـ، دار الصميعي، الرياض، تحقيق: سمير الزهيري، ص٥٥.

(٢) - انظر الإحكام في أصول الأحكام: الأمدي، ٢٧٨/٢، سبل السلام: الصنعاني، ٦٤٣/٢.

(٣) - شرح السنة: البغوي، ١٣/٨، وانظر الإحكام في أصول الأحكام: الأمدي، ٣/٦.

(٤) - الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٢/١.

(٥) - انظر شرح السنة: البغوي، ١٣/٨.

(٦) - انظر الموافقات: الشاطبي، ٣٩/٢.

(٧) - انظر ما قاله الشاطبي في الموافقات: ٣٨/٢.

(٨) - انظر الفصول في الأصول: الجصاص، ٣٠٠/٢.

مناقشة الحديث: اعترض ابن حزم على الاستدلال بهذا الحديث على وجوب الاحتياط بعدة اعتراضات، نذكرها ثم نناقشها.

الاعتراض الأول: الحديث ينصّ على أن الحمى شيءٌ، وما حول الحمى شيءٌ آخر، وهذا يعني أن ما حول الحمى ليس هو الحمى؛ وبالتالي لا يجوز أن نعطي حكم الحمى لما حول الحمى، أو على الأقل لا يجوز أن نقول: إن المشتبهات محرمةٌ يقيناً؛ بل إنها تبقى على حكم الحلّ؛ لأنه الحكم الأصلي للأشياء التي لم يفصل حكمها الشارعُ وفق ابن حزم.^(١)

ويمكن أن يُردّ هذا الاعتراض بأننا لو اعتبرنا أن ما حول الحمى ليس هو الحمى فإن هذا لا ينتج بالضرورة اختلاف حكميهما، ولا يعني إباحة ما حول الحمى، إن تسمية ما حول الحمى بالمشتبهات راجعٌ إلى أنّها كذلك بالنسبة لكثيرٍ من الناس، أما بالنسبة للعلماء فإنهم يعرفون حكمهما، وهو المنع، وهذا ما صرح به الإمام النووي.^(٢)

ثم إن قوله: (لا يجوز أن نقول: إن المشتبهات محرمةٌ يقيناً)، يُردّ عليه: ولا يجوز أن نقول: إنها مباحةٌ يقيناً؛ وإلا لم يكن لتسميتها بالمشتبهات فائدة.^(٣)

الاعتراض الثاني: رواية أبي فروة عن الشعبي التي ذكرناها سابقاً بلفظ (أوشك)، لا تفيد وجوب الاحتياط بترك الشبهة؛ بل تفيد استحباب الاحتياط وترك الشبهة؛ وبالتالي يكون الاستدلال بالحديث على وجوب الاحتياط غير ممكن.^(٤)

ويمكن أن يُردّ هذا الاعتراض: سيظهر معنا أن الجمهور القائلين بالاحتياط يقسمونه إلى واجبٍ ومندوبٍ، فلا يفيد كلام ابن حزم هدم قول الجمهور بالكليّة.

ثم إن اختيار معنى النذب لِيُخلع على الاستدلال بالحديث يُعتبر تحكماً من جهة القائل به. إن عبارة (أوشك) الواردة في رواية أبي فروة حتى لو أفادت النذب فقط يُقابلها رواياتٌ أخرى تنص على أن من (وقع في الشبهات وقع في الحرام) التي تفيد الوجوب؛ فكيف يمكن التوفيق بين هذه الروايات؟.

الإجابة على هذا: التوفيق أن نقول: إن الروايات تفيد العمل بالاحتياط بقسميه الواجب والمندوب بمجموعها؛ وسبب ذلك أننا لا نستطيع أن نقول: إن هذه الروايات متعارضة؛ لأنها ليست كذلك فعلاً؛ إذ إننا نستطيع أن نجتمع بينها بما قلناه: بأن الروايات تفيد العمل بالاحتياط الواجب والمندوب بمجموعها.

(١) - انظر الإحكام في أصول الأحكام: ابن حزم، ٣/٦.

(٢) - انظر شرح صحيح مسلم: ٢٨-٢٧/١١.

(٣) - انظر المرجع السابق.

(٤) - انظر الإحكام: ٣/٦.

إن ابن حزم نفسه نصّ على أن الروايات والنصوص عموماً لا يمكن أن تتعارض أصلاً، ويمكن الجمع فيما بينها، وفي مسألتنا لا يمكن أن يُجمع بينها إلا بما ذكرناه من إفادتها المزدوجة للاحتياط الواجب والمندوب بمجموعها.^(١)

٤- الحديث الشريف عن رسول الله ﷺ: (دع ما يريبك إلى ما لا يريبك، فإن الصدق طمأنينة، وإن الكذب ريبة).^(٢) من الذين استدلووا بهذا الحديث على الاحتياط: الجصاص الحنفي، وابن رجب الحنبلي.^(٣)

وجه الاستدلال بالحديث: ما ذكره الجصاص حين قال: (فأمر ﷺ بالاحتياط والأخذ بالثقة فيما يحتمل وجهين)^(٤)؛ فكل ما احتمل وجهين أحدهما آمناً قطعاً والآخر مخوفٌ كان ترجيح الآمن على المخوف من موجبات العقول.^(٥)

فعلينا أن نختاط لأنفسنا في أقرب الأقوال إلى رضا الله وأحوطها وأبعدها من الاشتباه.^(٦) ويكون الاحتياط بالتورّع عن الشبهة واتقائها واجباً هنا؛ فإن الحلال المحض لا يحصل لمؤمن في قلبه منه ريب، وأما المشتبهات فيحصل بها للقلوب القلق والاضطراب الموجب للشك.^(٧)

هذا الحديث أصلٌ في الورع، قال حسان بن أبي سنان^(٨): (ما رأيت شيئاً أهون من الورع؛ دع ما يريبك إلى ما لا يريبك).^(٩) وفي تعليق الدكتور مصطفى البغا على هذا الكلام: "(الورع) الأخذ بالأحوط بالأحوط في شأن الدين والحلال والحرام، (دع .) اترك ما شككت فيه، وخذ ما وضع لك واستبان، وليس في نفسك شك من أمره".^(١٠) وفي عبارة العز بن عبد السلام: (والورع ترك ما يريب المكلف إلى ما لا يريبه وهو المعبر عنه بالاحتياط).^(١١) ويُستدل أيضاً بهذا الحديث على مبدأ سدّ الذرائع.^(١٢)

مناقشة الحديث: اعترض ابن حزم على الاستدلال بهذا الحديث:

(١) - انظر الإحكام: ٣٨/٢.

(٢) - سنن الترمذي: محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي، ٢٧٩هـ، دار الجيل ودار العرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٩٨م، تحقيق: د.بشار معروف، أبواب صفة القيامة والرقائق والورع، ٦٦٨/٤، وصححه، السنن الصغرى: أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، ٣٠٣هـ، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، ط٢، ١٩٨٦م، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، كتاب الأشرية، الحث على ترك الشبهات، ٣٢٧/٨.

(٣) - انظر الفصول في الأصول: الجصاص، ١٠٠/٢، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم: زين الدين عبد الرحمن السلمي، البغداد، ٧٩٥هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٧، ٢٠٠١م، تحقيق: شعيب الأنطوط، ٢٨٠/١، ابن رجب: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي ثم الدمشقي الحنبلي الحافظ، من مصنفاته: شرح البخاري والترمذي، وذيّل على كتاب طبقات الحنابلة، توفي: ٧٩٥هـ. انظر البدر الطالع: الشوكاني، ٢٢٨/١، الدرر الكامنة: ابن حجر العسقلاني، ١٠٨/٣.

(٤) - الفصول في الأصول: الجصاص، ١٠٠/٢.

(٥) - انظر المحصول: فخر الدين الرازي، ٩٢/٢.

(٦) - انظر معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة: محمد بن حسين بن حسن الجيزاني، دار ابن الجوزي، الرياض، ط٥، ١٤٢٧هـ، ص٤٩٣.

(٧) - انظر جامع العلوم والحكم: زين الدين السلمي، ٢٨٠/١.

(٨) - حسان بن أبي سنان: حسان بن أبي سنان الأنصاري، اختلف في صحبته. انظر الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، ١٧٨/٢، أسد الغابة في معرفة الصحابة: أبو السعادات الجزري، ١٠/٢.

(٩) - صحيح البخاري: ٥٣/٣.

(١٠) - انظر تعليق الشيخ البغا على المرجع السابق.

(١١) - قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ٦١/٢.

(١٢) - انظر البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٨٩/٨-٩٠، إرشاد الفحول: الشوكاني، ١٩٣/٢.

بأنه لا يتجاوز كونه خبر آحاد، وخبر الآحاد لا يقوى على بناء أصل من أصول الشريعة^(١)؛ كالاحتياط.

ويمكن الرد على هذا الاعتراض بأننا لم نأخذ حجية الاحتياط من هذا الحديث فقط؛ بل هي مأخوذة من مجموع الأدلة الواردة فيه، التي تشكل مجموعها مستنداً قوياً للأخذ بالاحتياط.

ويمكن لنا أن نتذكر كلام الإمام الشاطبي في الحديث عن الأصل الذي تقوم به مجموعة من الأدلة؛ حيث قال: (ويُرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به؛ لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها كما تقدم؛ لأن ذلك كالمعتذر).^(٢)

٥- في الحديث الشريف عن السيدة عائشة^(٣) رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة).^(٤)

وإن كان هذا الحديث خاصاً في الاحتياط في الحدود وإن كان ضعيفاً أيضاً إلا أنه يعدّ أصلاً للقاعدة التي عمل بها كل الفقهاء، وهي: (ادروا الحدود بالشبهات)^(٥)؛ لذا أدرج مع الأدلة هنا. قال الكمال ابن الهمام في الحديث: (إجماع فقهاء الأمصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات كفاية، ولذا قال بعض الفقهاء: هذا الحديث متفق عليه، وأيضاً تلقته الأمة بالقبول).^(٦) وفي بيان معنى الدرء هنا عبارة القرافي: (حيث أجمعنا على إقامة الحد إن كان سالماً عن الشبهة، وما قصر عن محل الإجماع لا يلحق به عملاً بالأصل؛ حتى يدل دليل على إقامة الحد في صور الشبهات).^(٧) وهذا النص قريب من التمسك بالبراءة الأصلية وبراءة الذمة، وهي من المعاني التي تُستخدم في الاحتياط.^(٨)

وجه الاستدلال: إذا تعارض دليل يقتضي دفع الحد ودرءه عن من أوجب عليه، وآخر يقتضي إيجاب الحد؛ فإنه يُرجح الدافع للحد؛ لأن التعارض شبهة يُدفع بها الحد؛ فلا يُحدّ أحدٌ إلا بأمر متيقن لا يتطرق إليه التأويل؛ لأن الشبهة كافية لحقن الدم.^(٩) وهذا الاحتياط والأخذ بالأحوط في درء العقوبة لحكمة

(١) - انظر الأحكام: ١١٧/١.

(٢) - الموافقات: الشاطبي، ٣٢/١.

(٣) - عائشة: عائشة الصديقة بنت أبي بكر الصديق، زوج رسول الله ﷺ، أفقه نساء الأمة على الإطلاق، وكانت مرجعاً علمياً لكبار الصحابة، توفيت: ٥٨ هـ. انظر الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، ٣٥٩/٤.

(٤) - سنن الترمذي: أبواب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود، ٣٣/٤، الحاكم في المستدرک على الصحيحين: محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، ٤٠٥ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٠ م، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، كتاب الحدود، ٤٢٦/٤.

(٥) - انظر الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، ٩٧٠ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، ١٩٨٠ م، ص ١٠٨، والأشباه والنظائر في قواعد فروع الشافعية: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ٩١١ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، ١٤٠٣ هـ، ص ١٢٢، وقال علاء الدين البخاري بعد أن ذكر: (ادروا الحدود بالشبهات): (وقد تلقته العلماء بالقبول). كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٤٥١/١.

(٦) - فتح القدير: ابن الهمام، ٢٤٩/٥.

(٧) - الفروق: القرافي، ١٧٤/٤.

(٨) - انظر الأمدي في الأحكام في أصول الأحكام: ٢٦٧/٤، وانظر حاشية ابن عابدين: ٦٠٧/١.

(٩) - انظر فيض القدير شرح الجامع الصغير: عبد الرؤوف المناوي، ١٠٣١ هـ، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط١، ١٣٥٦ هـ، ٢٢٦/١، انظر إجابة السائل شرح بغية الأمل: محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، ١١٨٢ هـ، مؤسسة الرسالة،

ذكرها الحديث وهي: (فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة).^(١) فالخطأ في العفو أخف من الخطأ في العقوبة في نظر الشرع الذي يراعي المقاصد والمصالح الشرعية؛ لأن الخطأ في العقوبة يغاير الاحتياط والتحري في الحدود؛ لما يستلزمه ذلك الخطأ من الإضرار بالأبدان؛ (لأن العقوبات البدنية خطيرة فيجب الاحتياط فيها بقدر الإمكان).^(٢) ثم إن الاحتياط واجب في مسألة الحدود لكونها أغلظ من حيث تأثيرها على المجتمع، ولما فيها من دفع مفسد لا تنتهي ولا تتدارك.^(٣) ثم إن وجود الشبهة في الحدود يؤدي إلى الشك، والشك لا مكان له في الحدود التي احتاط لها الشارع كثيراً.^(٤)

الفرع الثاني: الأدلة النقلية الجزئية التفصيلية

في هذه الفقرة أبرز الأدلة النقلية الجزئية التي عملت بالاحتياط فعلاً في مسائل خاصة.

١- ونبدأ بالنص القرآني في قوله تعالى: (وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدَوًّا بَغِيًّا عِلْمٍ). [الأنعام: ١٠٨].

وجه الاستدلال: قال الإمام الرازي: (لا يبعد أن بعض المسلمين إذا سمعوا ذلك الكلام من الكفار غضبوا وشتّموا آلهتهم على سبيل المعارضة، فنهى الله تعالى عن هذا العمل؛ لأنك متى شتّم آلهتهم غضبوا فربما ذكروا الله تعالى بما لا ينبغي من القول؛ فلأجل الاحتراز عن هذا المحذور وجب الاحتراز عن ذلك المقال).^(٥)

والاحتراز الواجب وفق المفهوم الذي ذكره الإمام الرازي هو الاحتياط الذي نحن بصددده.

ونعود لنلاحظ معنى المصالح المعتبرة شرعاً في مفهوم الاحتياط، وهي مصلحة الدين، وذلك في كلام الإمام القرطبي؛ حيث قال: (فيها- أي الآية- دليل على أن المحق قد يكف عن حق له إذا أدى إلى ضرر في الدين).^(٦) فالاحتياط لمصلحة الدين المعتبرة هو الذي يدفع المؤمن إلى السكوت عن شتم آلهة الكفار.

ونجد للاحتياط في الآية معنى آخر وهو منع الطرف الآخر عن الانبعاث إلى المعصية.^(٧)

بيروت، ط ١، ١٩٨٦م، تحقيق: القاضي حسين بن أحمد السياغي والدكتور حسن محمد مقبولي الأهدل، ٤٢٨/١، انظر كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٥٤/٢.

(١) - سبق تخريجه ص ٩٢.

(٢) - انظر التشرية الجنائي: عودة، ٣١٧/٢، وانظر السيل الجرار: الشوكاني، ص ٧٧٠.

(٣) - انظر تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٠٢/٩.

(٤) - انظر تبين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢١٣/٣، وانظر درر الحكام شرح غرر الأحكام: محمد بن فرامرز بن علي الشهير بـ (ملا خسرو)، ٨٨٥هـ، دار إحياء الكتب العربية، دط، دت، ٧٨/٢.

(٥) - مفاتيح الغيب: فخر الدين الرازي، ١٠٩/١٣.

(٦) - تفسير القرطبي: ٦١/٧.

(٧) - انظر المرجع السابق.

فيقول ابن العربي: (منع الله تعالى في كتابه أحداً أن يفعل فعلاً جائزاً يؤدي إلى محذور؛ ولأجل هذا تعلق علماءنا بهذه الآية في سد الذرائع، وهو كل عقد جائز في الظاهر يؤول أو يمكن أن يتوصل به إلى محذور).^(١)

وسدّ الذرائع صورة من صور الاحتياط الشرعي المعتبر.

٢- قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَرْفَعُوا أَصْوَاتَكُمْ فَوْقَ صَوْتِ النَّبِيِّ وَلَا تَجْهَرُوا لَهُ بِالْقَوْلِ كَجَهْرِ بَعْضِكُمْ لِبَعْضٍ أَنْ تَحْبَطَ أَعْمَالُكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تَشْعُرُونَ) [الحجرات: ٢].

وجه الاستدلال: نهي الله عز وجل المؤمنين عن رفع الصوت في حضرة النبي ﷺ، خوفاً إياهم من أن هذا الرفع قد يؤدي إلى إحباط أعمالهم؛ حيث إن رفع الصوت في حضرة النبي فيه شبهة قلة الاحترام والتقدير لجنابه، ومن هنا يأتي حبوط العمل المتوقع، وكأنه يقول لهم: (إن رفعتم أصواتكم ... تتمكن منكم هذه الرذائل وتؤدي إلى الاستحقار).^(٢) وهذا هو الاحتياط والاحتراز المطلوب في جانب التعامل مع النبي ﷺ.

وعبارة القرطبي: (ليس الغرض برفع الصوت ولا الجهر به ما يُقصد به الاستخفاف والاستهانة؛ لأن ذلك كفر، والمخاطبون مؤمنون).^(٣)

إذاً أصل النهي في الآية هو من أجل الاحتراز عن المعصية المخوفة، وهذا هو الاحتياط، طالما كان الخطاب موجهاً لمؤمن لا يستخفّ أصلاً بحضرة رسول الله ﷺ.

ثم (إن عدم الانتهاء عن سوء الأدب مع الرسول ﷺ يعود النفس بالاسترسال فيه؛ فلا تزال تزداد منه، وينقص توقير الرسول ﷺ من النفس، وتتولى من سيء إلى أشد منه؛ حتى يؤول إلى عدم الاكتراث بالتأدب معه، وذلك كفر).^(٤) من أجل هذا جاء النهي مُحْتَمّاً بقوله تعالى: (أَنْ تَحْبَطَ أَعْمَالُكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تَشْعُرُونَ).

إن المقصود من النهي هو الحذر (مما يتوقع في ذلك من إيذاء النبي صَلَّى الله عليه وسلّم؛ حيث إن إيذاءه عليه الصلاة والسلام يبلغ مبلغ الكفر المحبط للعمل باتفاق؛ فورد النهي عما هو مظنة لأذى النبي صَلَّى الله عليه وسلّم؛ سواء وجد هذا المعنى أو لا؛ حمايةً للذريعة وحسماً للمادة).^(٥)

إن رفع الصوت في حضرة النبي إما أن يكون مبنياً على الاستخفاف بحضرته وهذا كفر، وإما أن يكون دون قصد الاستخفاف به، ولا دليل يميّز أحد الجانبين؛ لذا جاء المنع من رفع الصوت عموماً؛ نظراً لوجود هذا الاشتباه، فكان المنع لأجل الاحتياط في مقام رسول الله ﷺ بسبب هذا الاشتباه.^(١)

(١) - أحكام القرآن: ابن العربي، ٢/٢٦٥.

(٢) - مفاتيح الغيب: فخر الدين الرازي، ٩٤/٢٨.

(٣) - تفسير القرطبي: ٣٠٧/١٦.

(٤) - التحرير والتنوير: ٢٢١/٢٦.

(٥) - روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني: شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألويسي، ١٢٧٠هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٥هـ، تحقيق: علي عطية، ٢٨٨/١٣.

ملاحظة: في الآية جاء الاحتياط بصيغة النهي عن رفع الصوت؛ تلك الصيغة التي تفيد أيضاً الأمر بخفض الصوت؛ فيكون الاحتياط وفق هذا المعنى احتياطاً في جانب الأمر بالفعل، وهو خفض الصوت احتياطاً لوجود المعاني السابقة.^(٢)

٣- قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ) [الحجرات: ٦].

وجه الاستدلال: (مقتضى الآية إيجاب التثبت في خبر الفاسق، والنهي عن الإقدام على قبوله، والعمل به إلا بعد التبين والعلم بصحة مخبره).^(٣) إن النتيجة التي رتبها الله عز وجل على ترك التثبت حيال الأخبار التي ترد الإنسان هي الندم والحسرة، هذا يقود السامع للبيان الإلهي إلى أن الاحتراز عن التسرع في قبول الأخبار واجب على الإنسان.^(٤)

فتكون هذه الآية أصلاً عظيماً في وجوب الاحتياط؛ إذ إنها تعلّم المسلم قانوناً هاماً في التعامل مع الأخبار التي تصل إليه، هذا القانون هو قانون الشك ثم التثبت، وهذا هو الاحتياط الذي يقوم على الأخذ بالأحوط.

٤- ومن السنة الشريفة، نجد بعض الأحاديث الشريفة التي تتناول مسائل جزئية فيها أحكام يمكن أن يفهم منها اعتماد المشرع على الاحتياط؛ فعن أبي هريرة^(٥) رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: (إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده قبل أن يدخلها في وضوئه، فإن أحدكم لا يدري أين باتت يده).^(٦)

من الذين استدلووا بهذا الحديث على الاحتياط الخطابي.^(٧)

وجه الاستدلال: كان أهل الحجاز يستنجون بالحجارة وبلادهم حارة، فإذا نام أحدهم عرق، فلا يأمن من النائم أن تطوف يده على ذلك الموضع النجس؛ فنظراً لاحتمال النجاسة طلب الشارع غسل اليد احتياطاً.^(٨)

إن الحديث يعلل سبب أمره بغسل اليد بقوله ﷺ: (فإن أحدكم لا يدري أين باتت يده)، قال البيضاوي^(٩): فيه إيماء إلى أن الباعث على الأمر بذلك احتمال النجاسة؛ لأن الشارع إذا ذكر حكماً

(١) - انظر المرجع السابق.

(٢) - انظر نظرية المقاصد عند الشاطبي: أحمد الريسوني، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط٢، ١٩٩٢م، ص ٢٨٠.

(٣) - أحكام القرآن: ابن العربي، ٥٣٠/٣.

(٤) - انظر مفاتيح الغيب: فخر الدين الرازي، ١٠٠/٢٨.

(٥) - أبو هريرة: عبد الرحمن بن صخر الدوسي، من أصحاب رسول الله ﷺ، وأكثرهم رواية عن النبي، توفي: ٥٩هـ. انظر الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، ٣٤٨/٧.

(٦) - جزء من حديث في البخاري: كتاب الوضوء، باب الوضوء ثلاثاً ثلاثاً، ٤٣/١، ومسلم: كتاب الطهارة، باب كراهة غمس المتوضئ وغيره يده المشكوك في نجاستها في الإناء قبل غسلها ثلاثاً، ٢٣٣/١.

(٧) - انظر معالم السنن: الخطابي، ٤٨/١.

(٨) - انظر عمد القاري شرح صحيح البخاري: ١٨/٣، وانظر فتح الباري شرح صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني، ٢٦٤/١.

وعقبه بعله دل على أن ثبوت الحكم لأجلها.^(٢) وهذا هو الاحتياط الذي يدعو المكلف إلى الحذر حال وجود الاحتمال.

من أجل ذلك ندب الجمهور أن يغسل المستيقظ يده، وأوجب ذلك الحنابلة.^(٣)

فسبب الأخذ بالاحتياط هو الشبهة والشك بوجود النجاسة المحتملة أو (المتوهمة).^(٤)

إذا كان الاحتياط مطلوباً بصورة عامة من المكلف في أموره كلها فلا أن يكون مطلوباً منه في باب العبادات من باب أولى؛ ولأن يكون مطلوباً منه في مسائل الطهارة التي تشكّل الباب الذي يدخل به المكلف إلى الصلاة من باب أولى.^(٥)

ويمكن أن يناقش هذا الحديث وكذا كل الأحاديث التالية والآثار الواردة في باب الاحتياط: بأنها أخبار آحاد لا تقوم بها أصول الدين، وقد بينا أن هذا مردودٌ بكون حجية الاحتياط قائمة على مجموع الأدلة؛ لا على دليل واحد فقط، وقد مرّت عبارة الإمام الشاطبي في الردّ على هذه الدعوى.

٥- وفي الحديث الشريف عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: (مر النبي صلى الله عليه وسلم بتمرّة في الطريق، قال: "لولا أيّ أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها").^(٦)

من الذين استدلوا على الاحتياط بهذا الحديث: الخطابي وابن حجر والنووي والشاطبي.^(٧)

وجه الاستدلال: إن أكل الصدقة لا يحلّ للنبي ﷺ، وكان حاله أنه يؤتى بتمر الصدقة، يقسمه على من تحل له الصدقة، وأنه أيضاً يدخل بيته تمر يقتات منه أهله، فكان في بيته النوعان؛ فلما وجد تلك التمرة لم يدر عليه الصلاة والسلام من أي النوعين هي؟، فامتنع عن أكلها خشية أن تكون من الصدقة؛ احتياطاً.^(٨)

وبسبب وجود النوعين في بيته تأتى الشبهة؛ فيأتي بعدها احتياط النبي ﷺ ومبالغته في الورع.^(٩)

(١) - البيضاوي: عبد الله بن عمر بن محمد بن علي ناصر الدين البيضاوي، صاحب الطوالع والمصباح في أصول الدين والغاية القصوى في الفقه والمنهاج في أصول الفقه ومختصر الكشاف في التفسير وشرح المصابيح في الحديث ولي قضاء القضاة بشيراز، توفي ٦٨٥ هـ، طبقات الشافعية الكبرى: ابن السبكي، ١٥٧/٨.

(٢) - وجدت عبارة البيضاوي في: فتح الباري شرح صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني، ٢٦٤/١، وعمدة القاري شرح صحيح البخاري: محمود بن أحمد بدر الدين العيني، ٨٥٥ هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ب.، ١٨/٣، وحاشية السيوطي على سنن النسائي: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ٩١١ هـ، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، ط٢، ١٩٨٦م، ٨/١.

(٣) - انظر فتح الباري شرح صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني، ٢٦٣/١، وانظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤١/١.

(٤) - انظر المراجع السابقة.

(٥) - انظر معالم السنن: الخطابي، ٤٨/١.

(٦) - صحيح البخاري: كتاب في اللقطة، باب إذا وجد تمرّة في الطريق، ١٢٥/٣، وصحيح مسلم: كتاب الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ وعلى آله وهم بنو هاشم وبنو المطلب دون غيرهم، ٧٥٢/٢.

(٧) - انظر معالم السنن: الخطابي، ٧٢/٢، فتح الباري شرح صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني، ٢٩٤/٤، شرح صحيح مسلم: النووي، ١٧٧/٧، الاعتصام: ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، ٧٩٠ هـ، دار ابن عفان، الرياض، ط١، ١٩٩٢م، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، ص ٦٦٣.

(٨) - إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ٧٥١ هـ، مكتبة المعارف، الرياض، د.ب.، تحقيق: محمد حامد الفقي، ١٦٤/١.

(٩) - انظر فتح الباري شرح صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني، ٢٩٤/٤.

إن هذه التمرة ليست محرمة على النبي ﷺ لمجرد احتمال أن تكون من تمر الصدقة؛ لكنه تركها احتياطاً وورعاً وتحزناً، وهذا ما أفاده الإمام النووي.^(١) هذا ما دفع الخطابي لقوله: (وهذا-أي الحديث- أصل في الورع، وفي أن كل ما لا يستبينه الإنسان من شيء مطلقاً لنفسه فإنه يجتنبه ويتركه).^(٢) وهذا هو الاحتياط.

إن ترك الإقدام أولى من الإقدام مع الجهل بالحال؛ لذا ترك النبي ﷺ أكلها حذراً من أن تكون من الصدقة.^(٣)

٦- وفي الحديث الشريف: عن عدي بن حاتم قال: (قلت: أرسل كلبني؛ فأجد معه كلباً آخر؟، قال: "فلا تأكل، فإنما سميت على كلبك ولم تُسم على كلبٍ آخر".^(٤) وفي رواية أخرى لأبي داود^(٥): "وإذا اختلط بكلا بك كلبٌ من غيرها فلا تأكل؛ لا تدري لعله قتله الذي ليس منها".^(٦) من الذين استدلوا بهذا الحديث على الاحتياط: ابن دقيق العيد والعيني.^(٧)

وجه الاستدلال: عند اختلاط كلب المرسل مع كلب غيره الذي يحتمل أن صاحبه لم يذكر اسم الله عند إرساله، ولم يظهر للمرسل الأول حقيقة انفراد كلبه بالصيد؛ عندها تحصل الشبهة (من حيث إنه لا يدري حله أو حرمة، ويحتملان؛ فلما كان له شبهة بكل واحد منهما كان الأحسن التنزه، كما فعل الشارع في التمرة الساقطة).^(٨)

لقد كانت فتوى النبي ﷺ خوفاً من أن يكون الكلب الذي قتله غير مسمى عليه؛ وهذا لا يجوز أكل صيده؛ فيفيد هذا الحديث أن اشتباه الأسباب يدفع إلى الاحتياط في الحوادث والنوازل المحتملة للتحليل والتحريم.^(٩)

٧- في الحديث الشريف عن عائشة رضي الله عنها: عن عائشة رضي الله عنها، قالت: كان عتبة بن أبي وقاص^(١)، عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص^(٢) أن ابن وليدة زمعة مني فاقبضه، قالت: فلما

(١) - انظر شرح صحيح مسلم: النووي، ١٧٧/٧.

(٢) - معالم السنن: الخطابي، ٧٢/٢.

(٣) - الاعتصام: الشاطبي، ص ٦٦٣.

(٤) - جزء من حديث في البخاري: كتاب الوضوء، باب الماء الذي يغسل به شعر الإنسان، ٤٦/١، وصحيح مسلم: كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، باب الصيد بالكلاب المعلمة، ١٥٣١/٣.

(٥) - أبو داود: سليمان بن الأشعث بن بشير، من كبار أئمة الحديث، ومن علماء الحنابلة، له كتاب (السنن) و(المراسيل) في الحديث، توفي: ٢٧٥هـ. انظر طبقات الحنابلة: ابن أبي يعلى، ص ١١٨.

(٦) - سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، ٢٧٥هـ، دار الفكر، ط، طبت، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، كتاب الصيد، باب في الصيد، ١٠٩/٣، وإسناده حسن. انظر نصب الرأية لأحاديث الهداية: المرغيناني، عبد الله بن يوسف أبو محمد الزيلعي، ٧٦٢هـ، دار الحديث، القاهرة، ١٣٥٧هـ، تحقيق: محمد يوسف البنوري، ٣١٢/٤.

(٧) - انظر شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية: محمد بن علي بن وهب بن مطيع تقي الدين أبو الفتح القشيري، المعروف بابن دقيق العيد، ٧٠٢هـ، مؤسسة الريان، الرياض، ط٦، ٢٠٠٣م، ص ٥٧، عمدة القاري: العيني، ١٧١/١١، العيني: محمود بن أحمد بن موسى، قاضي القضاة، فقيه حنفي ومن كبار المحدثين ومؤرخ، له: (عمدة القارئ في شرح البخاري) في شرح الحديث، و(البنية في شرح الهداية) في الفقه، توفي: ٨٥٥هـ. انظر الجواهر المضوية في طبقات الحنفية: ١٦٥/٢.

(٨) - عمدة القاري: العيني، ١٧١/١١.

(٩) - انظر شرح الأربعين النووية: ابن دقيق العيد، ص ٥٧.

كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال: ابن أخي قد عهد إلي فيه؛ فقام عبد بن زمعة^(٣): فقال: أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فتساقوا إلى النبي ﷺ، فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي كان قد عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فقال رسول الله ﷺ: "هو لك يا عبد بن زمعة"، ثم قال النبي ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، ثم قال لسودة بنت زمعة^(٤) - زوج النبي ﷺ -: "احتجي منه" لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله. ^(٥) من الذين استدلو بهذا الحديث على الاحتياط: النووي، وزين الدين العراقي. ^(٦)

وجه الاستدلال: عبد بن زمعة بحكم الفراش أخٌ للسيدة سودة زوج النبي ﷺ من أبيها، وقد أوثق شبه عبد بعتبة بن أبي الوقاص الشك في نسبة عبد إلى زمعة، هذا الشك دفع النبي ﷺ إلى أمر السيدة سودة بالاحتجاب من عبد احتياطاً لوجود هذا الشك.

يقول الإمام النووي في هذا: (قوله ﷺ: "واحتجي منه يا سودة"؛ فأمرها به ندباً واحتياطاً؛ لأنه في ظاهر الشرع أخوها؛ لأنه ألحق بأبيها؛ لكن لما رأى الشبه بين بعتبة بن أبي وقاص خشي أن يكون من مائه؛ فيكون أجنبياً منها؛ فأمرها بالاحتجاب منه احتياطاً). ^(٧)

إن الأمر بالاحتجاب في هذا الحديث من باب الاحتياط الذي اقتضاه الشك؛ هذا ما دفع النووي إلى اعتباره مندوباً لا واجباً؛ وهذا ما عليه جماهير العلماء؛ لقينة وجود الفراش الذي يمنع الوجوب. ^(٨) وقد تحدّث الإمام النووي عن طائفة اعتبرت الأمر للوجوب؛ حيث استدلو برواية فيها زيادة: "احتجي منه فإنه ليس بأخ لك"، لكن الإمام النووي عقّب عليها قائلاً: (وقوله ليس بأخ لك لا يُعرف في هذا الحديث؛ بل هي زيادة باطلة مردودة). ^(٩)

(١) - عتبة بن أبي وقاص: عتبة بن أبي وقاص بن أهيب بن زهرة، أخو سعد، واختلف في كونه من الصحابة، انظر الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، ١٩٧/٥، أسد الغابة في معرفة الصحابة: أبو السعادات الجزري، ٥٦٥/٣.

(٢) - سعد بن أبي وقاص: سعد بن مالك بن عبد مناف بن زهرة أبو إسحاق من كبار صحابة رسول الله ﷺ، أول من رمى سهماً في سبيل الله، توفي: ٥٥ هـ. انظر الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، ٧٤/٣.

(٣) - عبد بن زمعة: عبد بن زمعة بن الأسود أخو سودة بنت زمعة لأبيها، زوج رسول الله ﷺ، وكان سيداً من سادات الصحابة. انظر الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، ٣٢٢/٤، أسد الغابة في معرفة الصحابة: أبو السعادات الجزري، ٥١٠/٣.

(٤) - سودة بنت زمعة: سودة بنت زمعة بنت قيس، العامرية، زوج رسول الله ﷺ بعد السيدة خديجة، توفيت: ٥٤ هـ. انظر الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، ١٩٦/٨.

(٥) - صحيح البخاري: كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، ٥٤/٣، وصحيح مسلم: كتاب الحج، باب الولد للفراش، وتوفي الشبهات، ١٠٨٠/٢.

(٦) - انظر شرح صحيح مسلم: النووي، ٣٩/١٠، طرح التثريب في شرح التقرير: زين الدين عبد الرحيم بن الحسين أبو زرعة العراقي، ٨٠٦ هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ط، د. ت، ١٢٨/٧، زين الدين العراقي: عبد الرحيم بن حسين بن عبد الرحمن، محدث، وفقيه أصولي شافعي، له: (الألفية في علوم الحديث)، توفي: ٨٠٦ هـ. انظر الضوء اللامع: السخاوي، ١٧/٤.

(٧) - شرح صحيح مسلم: النووي، ٣٩/١٠.

(٨) - انظر فتح الباري شرح صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني، ٢٩٣/٤.

(٩) - شرح صحيح مسلم: النووي، ٣٩/١٠.

٨- في الحديث الشريف عن عبد الله بن عباس: أن رسول الله ﷺ قال لأبي بكر في مناجاة (غُلِبَتِ الرُّومُ) [الروم: ٢]: "ألا احتطت يا أبا بكر، فإن البضع ما بين الثلاث إلى تسع".^(١) فقد دعا النبي ﷺ أبا بكر الصديق^(٢) رضي الله عنه كي يعمل بالاحتياط في تقدير المدة التي سينتصر فيها الروم على الفرس؛ إذ نصّ الآية: (في بضع سنين)، والبضع كما قال النبي ﷺ بين الثلاث إلى التسع، فراهن الصديق على الخمس، فقال له النبي ﷺ: (ألا احتطت يا أبا بكر)، أي هلاًّ أطلت مدة رهانك.

ويمكن مناقشة هذا الأثر وما بعده بأنه خبرٌ آحاد ضعيفٌ.

والردّ على هذا بأننا لو سلّمنا بضعف هذا الحديث وما بعده من الآثار فإننا لا نستدلّ على الاحتياط بهذه الآثار على وجه الانفراد، إنما نستدلّ على الاحتياط بمجموع هذه الأدلة الضعيفة مضافاً إليها ما سبق من أدلة قوية في الباب، ومجموع هذه الأدلة يقوم الاحتياط، وقد سبق أن بينّا هذا في أكثر من مكان.

٩- فيما يلي بعض المسائل التي حكم فيها الصحابة الكرام بالاحتياط، ويقول الشاطبي في ذلك: (الصحابة عملوا على هذا الاحتياط في الدين؛ لما فهموا هذا الأصل من الشريعة، وكانوا أئمة يُقتدى بهم؛ فتركوا أشياء وأظهروا ذلك؛ ليبينوا أن تركها غير قادح وإن كانت مطلوبة)^(٣)، ثم ذكر بعض المسائل والأخبار التي تدلّ على كلامه، تظهر هذه الأخبار ملاحظة الصحابة لهذا المفهوم خلال اجتهاداتهم، ومن ذلك عن عبد الله بن عمر^(٤) رضي الله عنهما في مسألة البول يصيب الثوب فلا يدري موضع البول فماذا يفعل؟: عن نافع، عن ابن عمر، قال: "يغسل الثوب كله".^(٥) كله".^(٥) ومما يروى في سيرة عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أنه (شديد الاحتياط، والتوقي لدينه في الفتوى، وكل ما تأخذ به نفسه).^(٦)

(١) - سنن الترمذي: أبواب تفسير القرآن، باب: ومن سورة الروم، ٣٤٢/٥، وقال فيه الترمذي غريب، وفي شرح الترمذي (المناجاة): هي المراهنة، انظر تحفة الأحوذى: ٣٨/٩، وانظر لسان العرب: ابن منظور، ٧٥١/١. وأصل الحديث هو القصة التالية: عن ابن عباس، في قول الله تعالى: (غلبت الروم في أدنى الأرض) [الروم: ٢] قال: غلبت وغلبت، كان المشركون يحبون أن يظهر أهل فارس على الروم لأنهم وإياهم أهل أوثان، وكان المسلمون يحبون أن يظهر الروم على فارس لأنهم أهل كتاب، فذكروه لأبي بكر فنكره أبو بكر لرسول الله ﷺ قال: «أما إنهم سيغلبون»، فذكره أبو بكر لهم، فقالوا: اجعل بيننا وبينك أجلاً، فإن ظهرنا كان لنا كذا وكذا، وإن ظهرتم كان لكم كذا وكذا، فجعل أجلاً خمس سنين، فلم يظهروا، فذكر ذلك للنبي ﷺ، قال: «ألا جعلته إلى دون». سنن الترمذي: ٣٤٣/٥.

(٢) - الصديق: عبد الله بن أبي قحافة عثمان، صاحب رسول الله ﷺ، أول من آمن برسول الله من الرجال، أول الخلفاء الراشدين، رفيق الغار، توفي: ١٣هـ. انظر الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، اعتباراً من ١٤٤/٤، أسد الغاية في معرفة الصحابة: أبو السعادات الجزري، اعتباراً من ٣١٠/٣.

(٣) - الموافقات: الشاطبي، ١٠٢/٤.

(٤) - عبد الله بن عمر: عبد الله بن عمر بن الخطاب، صاحب رسول الله ﷺ، من المكثرين من رواية الحديث، آخر من توفي توفي من الصحابة في مكة، توفي: ٧٣هـ. انظر الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، اعتباراً من ١٥٥/٤، أسد الغاية في معرفة الصحابة: أبو السعادات الجزري، اعتباراً من ٣٠٠/٣.

(٥) - مصنف ابن أبي شيبة: عبد الله بن محمد بن أبي شيبة أبو بكر الكوفي، ٢٣٥هـ، مكتب الرشد، الرياض، ط١، ١٤٠٩هـ، تحقيق: كمال يوسف الحوت، كتاب الطهارة، الرجل يمس اللحم النيء، ١١٢/١.

(٦) - أسد الغاية في معرفة الصحابة: أبو السعادات الجزري، ٣٣٦/٣.

وجه الاستدلال: عندما لا نعلم المكان الذي أصابته النجاسة من الثوب فإننا نقوم وفق قول عبد الله بن عمر رضي الله عنهما بغسل الثوب كله، وهذا الغسل هو من باب الاحتياط في العبادات الذي هو أصل معروف لدى الفقهاء، وقد بينا هذا.^(١) إن القول بوجوب غسل الثوب كله مع أن النجاسة لم تُصب إلا جزءاً من الثوب جرى مجرى الاحتياط اللازم عند اختلاط الطاهر بالنجس، أو الحلال بالحرام، وفي هذا قاعدة: (ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال)، التي ذكرها ابن السبكي.^(٢)

إن هذا الاختلاط يورث الشك؛ ولأجل دفع هذا الشك كان الاحتياط.^(٣)

فإذا حصل هذا الاختلاط وانعدمت إمكانية التمييز بين الطاهر والنجس فإن الحكم يكون بلزوم تحصيل البراءة من عهدة التكليف، ويكون ذلك في مسألتنا بغسل الثوب كله.^(٤)

١٠ - صوم ابن عمر رضي الله عنهما ليوم الشك احتياطاً لرمضان، فعن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الشهر تسع وعشرون، فلا تصوموا حتى تروه، ولا تفطروا حتى تروه، فإن غمّ عليكم فاقدروا له ثلاثين"، قال: فكان ابن عمر، إذا كان شعبان تسعاً وعشرين نظر له، فإن رئي فذاك، وإن لم ير، ولم يحل دون منظره سحاب، ولا قترّة أصبح مفطراً، فإن حال دون منظره سحاب، أو قترّة أصبح صائماً.^(٥)

وجه الاستدلال: إن وجود الغيم يمنع من رؤية هلال رمضان، في الوقت الذي يمكن أن يكون الهلال قد وُلد حقيقةً، ولكننا لم نستطع رؤيته بسبب الغيم؛ من أجل هذا الاحتمال الذي أورثه وجود الغيم فإن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما كان يصوم يوم الشك احتياطاً لرمضان، أي كان احتياطه خوفاً أن يُفطر يوماً من رمضان.^(٦) ويروى عن الإمام أحمد أنه كان يفعل كما يفعل ابن عمر اقتداءً به.^(٧)

أما في حالة الصحو فلا توجد مدعاة للاحتياط؛ لأننا رغم صحو السماء لم نر الهلال الذي يعلّق برؤيته دخول الشهر، وعبارة الفقهاء: (إذا كانت السماء مصحية؛ فهم متفقون على كراهة صومه احتياطاً؛ إذ لا وجه للاحتياط في الصحو).^(٨)

١١ - قضاء الخلفاء الراشدين بوجوب المهر والعدة على من أرخى الستور، وفي ذلك في السنن الكبرى للبيهقي^(٩): عن زرارة بن أوفى^(١) قال: (قضاء الخلفاء الراشدين المهديين أنه من أغلق باباً وأرخى

(١) - انظر تفاصيل مذاهب السلف في المسألة في المغني: ابن قدامة المقدسي، ٦٩/٢.

(٢) - انظر الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٧/١.

(٣) - انظر الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٤٨.

(٤) - انظر نظرية الاحتياط الفقهي: محمد عمر سماعي، ص ٢٠٣.

(٥) - سنن أبي داود: كتاب الصوم، باب الشهر يكون تسعاً وعشرين، ٢٩٧/٢، مسند أحمد بن حنبل: أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، ٢٤١هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٢، ١٩٩٩م، تحقيق: شعيب أرنؤوط، مسند عبد الله بن عمر، ٧١/٨، والحديث صحيح بطريقه. انظر نصب الرأية: أبو محمد الزيلعي، ٤٣٧/٢.

(٦) - انظر التمهيد في تخريج الفروع على الأصول: عبد الرحيم بن الحسن بن علي أبو محمد الإسنوي، ٧٧٢هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١، ١٤٠٠هـ، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، ٣٥٠/١٤، طرح التثريب: أبو زرعة العراقي، ١١٠/٤.

(٧) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٠٨/٣، معالم السنن: الخطابي، ٩٤/٢.

(٨) - الفروق: القرافي، ١٨٩/٢.

(٩) - البيهقي: أحمد بن الحسين بن علي بن عبد الله أبو بكر البيهقي، حافظ وأصولي كبير، فقيه شافعي، من كتبه: (السنن الكبير)، و(السنن الصغير)، توفي: ٤٥٨هـ. انظر طبقات الشافعية: ابن قاضي شهبه، ٣/٣، وفيات الأعيان: ابن خلكان، ٧٥/١.

وأرخی سترًا فقد وجب الصداق والعدة). ثم قال البيهقي: هذا مرسل - زرارة لم يدركهم، وقد رويناه عن عمر^(٢) وعلي^(٣) رضي الله عنهما موصولاً.^(٤) ورواية الوصل عن عمر رضي الله عنه نجدها في البيهقي الكبرى وفي موطأ مالك: أن عمر بن الخطاب: (قضى في المرأة إذا تزوجها الرجل أنه إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق).^(٥)

ذهب جمهور العلماء إلى أن الخلوة مظنة الدخول؛ فأقاموها مقامه احتياطاً لحق المرأة في المهر خشية ضياعه، وأقام العلماء مذهبهم في المسألة بناءً على هذه النصوص، وحكى الطحاوي^(٦) إجماع الصحابة بناءً على قضاء الخلفاء الراشدين دون مخالف، وخالف الشافعية الجمهور في عدم اعتبار الخلوة مظنة للدخول؛ فلا يترتب لها أثر عندهم.^(٧)

فوجه الاستدلال بعمل الراشدين: هو أنهم أقاموا الخلوة مقام الدخول احتياطاً لحق المرأة.^(٨)

وقال الكاساني^(٩): (الشبهة تُقام مقام الحقيقة في موضع الاحتياط، وإيجاب العدة من باب الاحتياط).^(١٠)

(١) - زرارة بن أوفى: زرارة بن أوفى، أبو حاجب، قاضي البصرة، من التابعين الثقات، روى عن أبي هريرة والسيدة عائشة، توفي: ٩٣هـ. انظر سير أعلام النبلاء: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ٧٤٨هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٩٦، ١٤١٣هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ومحمد نعيم العرقسوسي، ٥١٦/٤، تهذيب الكمال: يوسف بن الزكي أبو الحجاج المزي، ٧٤٢هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ٩٨٠م، تحقيق: بشار عواد معروف، ٣٣٩/٩.

(٢) - عمر بن الخطاب: عمر بن الخطاب بن نفيل، الفاروق، ثاني الخلفاء الراشدين، أحد الذين أعز الله الإسلام بإسلامهم، وله مناقب عظيمة، توفي: ٢٣هـ. انظر الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، اعتباراً من ٨٧/٧، أسد الغابة في معرفة الصحابة: أبو السعادات الجزري، اعتباراً من ١٣٧/٤.

(٣) - علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم، ابن عم رسول الله ﷺ، وصهره، رابع الخلفاء الراشدين، توفي: ٤٠هـ. انظر الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، اعتباراً من ٤٦٤/٤، أسد الغابة في معرفة الصحابة: أبو السعادات الجزري، اعتباراً من ٨٧/٤.

(٤) - السنن الكبرى: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر الخراساني البيهقي، ٤٥٨هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٣، ٢٠٠٣م، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، كتاب الصداق، باب من قال من أغلق باباً أو أرخى سترًا فقد وجب الصداق وما روي في معناه، ٤١٧/٧، في الحديث انقطاع. انظر التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير: أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر أبو الفضل العسقلاني، ٨٥٢هـ، مؤسسة قرطبة، القاهرة، ط١، ١٩٩٥م، تحقيق: حسن بن عباس بن قطب، ٤٠٧/٣.

(٥) - موطأ مالك برواية الليثي: مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي ١٧٩هـ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٩٧م، تحقيق: بشار عواد معروف، ٥٢٨/٢، السنن الكبرى: البيهقي، ٤١٦/٧.

(٦) - الطحاوي: أحمد بن سلامة الأزدي، المصري، الفقيه الحنفي المجتهد، له (شرح مشكل الآثار)، و(الاختلاف بين الفقهاء)، و(العقيدة)، الذي عُرف فيما بعد بالعقيدة الطحاوية، توفي: ٣٢١هـ. انظر الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ١٠٢/١، البداية والنهاية: ابن كثير، ١٧٤/١١.

(٧) - انظر حاشية ابن عابدين: ١٠٤/٣، المدونة: مالك بن أنس، ٢٢٩/٢، الشرح الكبير: الدردير، ٢١٧/٢، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٤٩/٧، وانظر مذهب الشافعية: في مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٧٤/٤، وانظر حكاية الطحاوي الإجماع في بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٩٢/٢.

(٨) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٣٣٥/٢.

(٩) - الكاساني: أبو بكر بن مسعود بن أحمد، علاء الدين، من كبار أئمة الحنفية، له: (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع)، شرح فيه تحفة الفقهاء لشيخه علاء الدين السمرقندي، توفي في حلب: ٥٨٧هـ. انظر الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ٢٤٤/٢.

(١٠) - بدائع الصنائع: الكاساني، ١٩٢/٣.

فما هي الشبهة هنا؟، إنها إرخاء الستور أي الخلوة التي تورث شبهة الدخول. وبالنسبة للعدة فإنها تثبت أيضاً احتياطاً (الحاقاً للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط، وتحزراً عن اشتباه النسب).^(١) فالاحتياط في العدة سببه التحرز عن اشتباه الأنساب.

١٢ - تضمين عمر رضي الله عنه الصنّاع؛ فيروى (أن عمر بن الخطاب كان يضمّن الصنّاع ما أفسدوا من متاع الناس أو ضاع على أيديهم).^(٢)

وجه الاستدلال إن يد الصانع أو الحياط أو الصبا يد أمانة، وليست يد ضمان، ولكن ربما دفع هذا الصانع إلى الاستهتار بأموال الناس وعدم العناية بها كما يجب؛ فمن أجل ذلك ضمّنه سيدنا عليّ وسيدنا عمر احتياطاً لأموال الناس؛ كي لا تضيع وتتلف بحجة كون الصانع غير مسؤول عن ضمانها لأن يده يد أمانة.^(٣)

ب. الأدلة العقلية

إن العقل السليم يقود الإنسان إلى العمل بالاحتياط وذلك عبر طرق نذكر منها:
الطريق الأول: ما ذكره الجصاص الحنفي: (واعتبار الاحتياط والأخذ بالثقة أصل كبير من أصول الفقه، قد استعمله الفقهاء كلهم، وهو في العقل كذلك أيضاً، لأن من قيل له إن في طريقك سبعا أو لصوصاً كان الواجب عليه الأخذ بالحزم وترك الإقدام على سلوكها حتى يتبين أمرها).^(٤)
فالعقل السليم يدفع الإنسان إلى الأخذ بالأحوط وترك سلوك طريق فيها احتمال الضرر، ودفع الضرر عن النفس واجب.^(٥)

ويناقش هذا الاستدلال بما قرره ابن حزم من استبعاد دور العقل أصلاً في أصول الشريعة وأدلتها.^(٦)
والرد على هذا بأن الشرع قد أعطى للعقل دوراً في التشريع فيما لم يرد فيه نص، وأكبر مثال على هذا اعتبار القياس أصلاً من أصول الشرع، ولكن لا يصلح هذا الكلام للرد على ابن حزم لأنه ينكر القياس أصلاً، وبالتالي فيردّ على ابن حزم بأدلة الجمهور العقلية على جواز العمل بالعقل والقياس فيما لم يرد فيه نص،

ولا يتسع المجال هنا لذكر هذه الأدلة، فنحيل إلى المرجع في الحاشية.^(٧)

(١) - الهداية: المرغيناني، ٢٠٥/١.

(٢) - انظر خبر تضمين الصنّاع في: السنن الكبرى: البيهقي، كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء، ٢٠٢/٦، والذي قال فيه البيهقي: لم يثبت، وانظر الاستدلال به في تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١٣٤/٥.

(٣) - انظر تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١٣٤/٥.

(٤) - الفصول في الأصول: الجصاص، ١٠١/٢.

(٥) - انظر المحصول: فخر الدين الرازي، ٢٣٧/٣.

(٦) - انظر الإحكام: ٥٢/١ وحتى ٦٥.

(٧) - انظر البحر المحيط في أصول الفقه: ٢٣/٤.

الطريق الثاني: إن محل الاحتياط وهو حكم الفعل المشكوك فيه إما يكون دائراً بين الحرمة وغيرها؛ فإن كان حراماً كان في ارتكابه ضرراً، وإن كان مباحاً فلا ضرر ولا ضير في تركه؛ ويترب على هذا أن يكون تركه احتياطاً جائزاً، ولا ضرر فيه، وفيه المصلحة.^(١)

وإما أن يكون حكم الفعل المشكوك فيه دائراً بين الوحوب وغيره؛ ففي حالة الواجب يكون في تركه ضرراً، وإن كان مباحاً فلا ضرر في فعله؛ فيترتب على هذا أن يكون فعله احتياطاً، وفيه المصلحة.^(٢)

ويناقش هذا الاستدلال بأن هذا الاستدلال فيه تحكّم بالشرع وافترأ عليه، عن طريق التحليل والتحريم بناءً على المصلحة.^(٣)

ويردّ على هذا بما سيأتي من الردّ على الدليل الثالث من أدلة ابن حزم.

الطريق الثالث: في جانب الاحتياط بالتحريم يقول القرافي: (يحتاط الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة؛ لأن التحريم يعتمد المفسد؛ فيتعين الاحتياط له؛ فلا يقدم على محل فيه المفسدة إلا بسبب قوي يدل على زوال تلك المفسدة، أو يعارضها، ويمنع الإباحة ما فيه مفسدة بأيسر الأسباب دفعاً للمفسدة بحسب الإمكان).^(٤)

إن الاحتياط لدفع المفسدة والضرر معنى ملحوظ في الشرع والعقل، وهو أساس من أساسات الاحتياط.

ويناقش هذا الاستدلال: بأن القول باحتياط الشارع للخروج من الحرمة أكثر من احتياطه للخروج من الإباحة لا دليل عليه، ولم تؤيده نصوص الشرع.^(٥)

ويمكن الرد على هذا الاستدلال: بالأدلة التي ذكرناها من اعتناء الشارع بترك المحرمات، وتنبيهه إلى الاعتناء بترك الشبهات.

ثانياً: أدلة القائلين بعدم حجية الاحتياط ومناقشتها

تبين أن الذي قال بعدم الاحتجاج بالاحتياط هو ابن حزم الظاهري، وأنه قد عقد باباً كاملاً في كتابه الإحكام للرد على من احتج بالاحتياط.^(٦)

وفيما يلي أبرز ما استدل به ابن حزم مع المناقشة:

الدليل الأول: اعتبر ابن حزم الاحتياط من الظن المنهي عنه، وساق في سبيل المنع منه الأدلة التي تنهى عن الظن، وذكر منها قوله تعالى: (بَلْ ظَنَنْتُمْ أَنْ لَنْ يَنْقَلِبَ الرَّسُولُ وَالْمُؤْمِنُونَ إِلَى أَهْلِيهِمْ أَبَدًا وَزِينَ ذَلِكَ فِي قُلُوبِكُمْ وَظَنَنْتُمْ ظَنَّهُ السَّوْءَ وَكُنْتُمْ قَوْمًا بُورًا) [الفتح: ١٢]، وبقوله تعالى: (وَمَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا) [النجم: ٢٨]، وبقوله تعالى: (وَإِذَا قِيلَ إِنَّ وَعْدَ اللَّهِ

(١) - انظر التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ٢١/٣.

(٢) - انظر المرجع السابق.

(٣) - انظر الإحكام في أصول الأحكام: ابن حزم، ١٢/٦.

(٤) - الفروق: القرافي، ١٤٥/٣.

(٥) - انظر الإحكام في أصول الأحكام: ابن حزم، ١٠/٦.

(٦) - انظر المرجع السابق: ٢/٦.

حَقُّ وَالسَّاعَةِ لَا رَبَّ فِيهَا قُلْتُمْ مَا نَدْرِي مَا السَّاعَةُ إِنْ تَظُنُّ إِلَّا ظَنًّا وَمَا نَحْنُ بِمُستَيْقِنِينَ [الجن: ٣٢]
 ويقول تعالى: (إِنْ هِيَ إِلَّا أَسْمَاءٌ سَمَّيْتُمُوهَا أَنْتُمْ وَأَبَاؤُكُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِهَا مِنْ سُلْطَانٍ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ
 وَمَا تَهْوَى الْأَنْفُسُ وَلَقَدْ جَاءَهُمْ مِنْ رَبِّهِمْ الْهُدَى) [النجم: ٢٣]، واستدل أيضاً بحديث النبي ﷺ عن أبي
 هريرة رضي الله عنه قال: يؤثر عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال: "إياكم والظن، فإن الظن أكذب
 الحديث...".^(١)

ويناقد استدلال ابن حزم هنا بما يلي:

أولاً: إن مجموع الأدلة التي ذكرها الجمهور ترفع الاحتياط عن مرتبة الظن، ليفيد على الأقل غلبة الظن،
 وهذا كاف في باب الاحتياط بالتحريم أو الترك، وهذا ما أفاد به الجصاص الحنفي.^(٢)
 ثانياً: الرد على مجموع الاستدلال بالآيات السابقة بعدم التسليم بأن الظن ممنوع على الإطلاق؛ فالظن
 نوعان؛ الأول ظن مبني على عدم الدليل وهو ما يسمى بالوهم، والثاني ظن مبني على الدليل، وكل
 ما ذكره ابن حزم من أدلة يدخل في النوع الأول، وهو الظن الذي لا يستند إلى دليل، وهو غير
 معتبر عند جماهير العلماء.^(٣) ومحل هذا الظن الممنوع كل موضع يشترط فيه العلم الجازم؛ كالمسائل
 التي تشترط لها القطعية كأصول مسائل الاعتقاد.^(٤) وفي هذا النوع يدخل الظن القائم على الهوى
 أيضاً، فهو ظن لا يقوم على دليل، وكذا الظن الذي يعمل به حال وجود الدليل، مع ترك
 الدليل.^(٥) أما النوع الثاني من الظن، وهو الظن الذي يقوم على دليل أو أمانة فهو الذي ينضوي
 تحته الاحتياط الذي تضافرت مجموعة كبيرة من الأدلة على الاحتجاج به؛ فهذا النوع من الظن قد
 عمل به جماهير العلماء.^(٦)

الدليل الثاني: استدلال ابن حزم بنصوص من السنة الشريفة تدل على أن الاحتمال لا يلتفت إليه في
 تشريع الأحكام، إذا كان هذا الاحتمال مبنياً على الوهم.

(١) - صحيح البخاري: كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، ١٩/٧، صحيح مسلم: كتاب البر
 والصلة والأداب، باب تحريم الظن، والتجسس، والتناجس، والتناجش ونحوها، ١٩٨٥/٤، وانظر استدلال ابن حزم بهذه
 النصوص في الأحكام في أصول الأحكام: ابن حزم، ١٣/٦.

(٢) - انظر الفصول في الأصول: الجصاص، ٣٢٠/٢، وانظر كفاية غلبة الظن في أحكام الفقه أصول الشاشي: أحمد بن محمد
 بن إسحاق أبو علي الشاشي، ٣٤٤هـ، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ط، ١٤٠٢هـ، ص ٣٣٨، حاشية العطار على شرح
 جمع الجوامع: حسن بن محمد العطار ١٢٥٠هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط، ١٩٩٩م، ٥٦/١.

(٣) - انظر شرح صحيح مسلم: يحيى بن شرف أبو زكريا محيي الدين النووي، ٦٧٦هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت،
 ط، ١٣٩٢هـ، ١١٩/١٦.

(٤) - انظر التلخيص في أصول الفقه: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف أبو المعالي الجويني، ٤٧٨هـ، دار البشائر
 الإسلامية، بيروت، د.ط، د.ت، تحقيق: عبد الله النبال وبشير العمري، ١٣٢/١، التحرير: شرح التحرير: المرادوي،
 ٣٣٥٦/٧، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ١٣٤/٦.

(٥) - انظر الفصول في الأصول: الجصاص، ٣٢٦/٤، المحصول: فخر الدين الرازي، ١٢٨/٣، أصول السرخسي:
 ٢٩٤/١.

(٦) - انظر المستصفي: الغزالي، ص ١٦٠، قواطع الأدلة في الأصول: منصور بن محمد بن عبد الجبار أبو المظفر السمعاني،
 ٤٨٩هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، ١٩٩٧م، تحقيق: محمد حسن وإسماعيل الشافعي، ٨٥/١.

ونذكر من هذه النصوص: حديث شُكي إلى النبي صلى الله عليه وسلم: الرجل، يُخَيَّل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، قال: "لا ينصرف حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً".^(١)

وجه الاستدلال بهذا الحديث ما قاله ابن حزم: (إن رسول الله ﷺ أمر من توهم أنه أحدث ألا يلتفت إلى ذلك، وأن يتمادى في صلاته وعلى حكم طهارته، هذا في الصلاة التي هي أوكد الشرائع حتى يسمع صوتاً أو يشم رائحة؛ فلو كان الحكم بالاحتياط حقاً لكانت الصلاة أولى ما احتيط لها).^(٢) فالمتوهم لا يلتفت الشارع إليه؛ لأن الله تعالى لم يجعل لغير اليقين حكماً، وفق تعبير ابن حزم.^(٣)

ويناقش هذا الاستدلال في ثلاث نقاط:

أولاً: ما ذكره ابن حزم من أن الاحتمال لا يلتفت إليه إذا كان مبنياً على الوهم صحيح، وهذا متفق عليه بين جماهير الفقهاء.^(٤) ولكن الاحتياط الذي يقول به الجمهور هو ما كان مبنياً على دليل، لا على الوهم.

ثانياً: إن الاستدلال بحديث الصلاة لا يصلح هنا؛ فالمصلي في الحديث كان قد دخل إلى صلاته وهو متيقن للطهارة؛ فلا يجوز أن يزول هذا اليقين بمجرد توهم وجود الحدث، وهذا يدخل في باب الاستصحاب، ووفق قاعدة اليقين لا يزول بالشك؛ (لأن الشك لا يعارض اليقين، وما تيقن به لا يرتفع بالشك).^(٥)

حيث إن النبي ﷺ في هذا الحديث قد اعتبر اليقين ولم يلتفت للشك، وهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء.^(٦)

إن الشك الذي نراعيه في الاحتياط هو الشك القائم على دليل، لا مجرد الشك الذي يقوم على الوهم، والحقيقة أن الحديث الذي استشهد به ابن حزم يصلح دليلاً للجمهور لا دليلاً له؛ وذلك أن النبي ﷺ ربط وجود الحدث بسماع الصوت أو وجود الرائحة؛ حيث قام هذا الأمران مقام الدليل الذي يقوي الشك الحاصل بوجود الحدث فيقويه ويرفعه؛ فكان الاحتياط لهما بترك الصلاة عند وجودهما.

ثالثاً: قوله: (لم يجعل الله تعالى لغير اليقين حكماً) غير دقيق، فاليقين مطلوب في بعض مسائل الشرع كأصول العقائد، أما في أغلب مسائل الفقه فتكفي غلبة الظن.^(٧)

(١) - صحيح مسلم: كتاب الحيض، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة، ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته تلك، ٢٧٦/١، وأخرجه البخاري بلفظ آخر: "لا يفتل". صحيح البخاري: كتاب الوضوء، باب من لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن، ٣٩/١، وانظر استدلال ابن حزم في الأحكام: ١٢/٦.

(٢) - الأحكام في أصول الأحكام: ابن حزم، ١٢/٦.

(٣) - انظر المرجع السابق.

(٤) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ١٢٦/٣، التاج والإكليل: العبدري، ٤٣٧/١، مختصر المزني: ٢٩٩/٨، مطبوع مع كتاب الأم، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ١٥٣/١، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٩٢/٧.

(٥) - المبسوط: السرخسي، ٨٦/١.

(٦) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ١٢٦/٣، التاج والإكليل: العبدري، ٤٣٧/١، مختصر المزني: ٢٩٩/٨، مطبوع مع كتاب الأم، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ١٥٣/١، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٩٢/٧.

(٧) - انظر التلخيص في أصول الفقه: الجويني، ١٣٢/١، التحرير شرح التحرير: المرداوي، ٣٣٥٦/٧، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ١٣٤/٦.

الدليل الثالث: إن من حلال وحرم بحجة الاحتياط فإنه حقيقةً يفترى على الله بغير دليل، وهذا ممنوع في الشرع، فقد قال تعالى: (وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ) [النحل: ١١٦]، وقال تعالى: (قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا قُلْ اللَّهُ أَدْنَىٰ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ) [يونس: ٥٩].^(١)

ووجه الاستدلال بهاتين الآيتين ما قاله ابن حزم: (صحَّ بهاتين الآيتين أن كل من حلال أو حرم ما لم يأت بإذن من الله تعالى في تحريمه أو تحليله فقد افترى على الله كذباً، ونحن على يقين من أن الله تعالى قد أحل لنا كل ما خلق في الأرض؛ إلا ما فصل لنا تحريمه بالنص لقوله تعالى: (وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بَغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ) [الأنعام: ١١٩]؛ فبطل بهذين النصين الجليين أن يحرم أحد شيئاً باحتياط أو خوف تذرع).^(٢)

ثم إن من حرم المشتبه وأفتى بذلك وحكم به على الناس فقد زاد في الدين ما لم يأذن به الله تعالى، وخالف النبي ﷺ، واستدرك على ربه تعالى بعقله أشياء من الشريعة، وذلك حسب تعبير ابن حزم.^(٣)

ويناقش هذا الاستدلال في موضعين:

الأول: لا نسلم أن العمل بالاحتياط افتراءً وكذبٌ على الله بغير دليل؛ حيث رأينا الأدلة التي تضافرت بمجموعها على الأخذ بالاحتياط.

الثاني: لا نسلم أن تحريم المشتبه هو من الزيادة في الدين، فقد رأينا النصوص التي يمكن أن يُستدل بها على تحريم المتشابهات، من مثل قوله ﷺ: (ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام).

الدليل الرابع: إن المسكوت عنه في نظر الشارع حلالٌ، فلا يجوز أن نحرم مسكوتاً بحجة الاحتياط، واستدل ابن حزم على أن المسكوت عنه حلال بأدلة منها: قوله تعالى: (هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ثُمَّ اسْتَوَىٰ إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ) [البقرة: ٢٩]، وبحديث النبي ﷺ: عن سعد بن أبي وقاص: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن أعظم المسلمين جرماً، من سأل عن شيء لم يحرم، فحرم من أجل مسألته".^(٤)

وبجاء الاستدلال هذه الأدلة: تفيد هذه النصوص أن الأصل في المسكوت عنه هو الإباحة؛ حيث إن الحرم مفصلٌ من قبل الشرع وذلك قوله تعالى: (وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ

(١) - انظر استدلال ابن حزم: الإحكام: ١٢/٦.

(٢) - المرجع السابق.

(٣) - المرجع السابق: ٧/٦.

(٤) - صحيح البخاري: كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يكره من كثرة السؤال وتكلف ما لا يعنيه، ٩٥/٩، صحيح مسلم: كتاب الفضائل، باب توقيره ﷺ، وترك إكثار سؤاله عما لا ضرورة إليه، أو لا يتعلق به تكليف وما لا يقع، ونحو ذلك، ١٨٣١/٤، الإحكام: ٣/٦.

مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ [الأنعام: ١١٩].^(١)

وَيُنَاقِشُ هَذَا الاستدلال:

بأنه استدلال في غير محلّ النزاع، فمحلّ النزاع هو الاحتياط حال الاشتباه، لا حال السكوت عن الحكم؛ الذي سمّاه الأصوليون (العفو)؛ مستدلين على إباحته بقوله ﷺ: "وعفا عن أشياء رحمة بكم لا عن نسيان فلا تبحثوا عنها".^(٢)

الدليل الخامس: استدللّ بأحاديث تدلّ على أن المشتبه به لا يلتفت إليه، ومن ذلك الحديث الشريف: عن عائشة رضي الله عنها أنهم قالوا: يا رسول الله إن قوماً حديثو عهد بالجاهلية يأتون بلحمان لا ندري أذكروا اسم الله عليها أم لم يذكروا، أفأكل منها؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "سموا الله وكلوا".^(٣) وبحديث أبي هريرة: قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا دخل أحدكم على أخيه المسلم، فأطعمه طعاماً، فليأكل من طعامه، ولا يسأله عنه، وإن سقاه شرباً من شرابه، فليشرب من شرابه، ولا يسأله عنه".^(٤)

وجه الاستدلال: إن هذه الأحاديث تفيد أن الإنسان لا يجب عليه أن يسأل عن مصدر ما يأكله، وله أن يفترض حله؛ لأن أصل المسكوت عنه الإباحة، وفي سياق هذا الاستدلال يقول ابن حزم: (إجماع الأمة كلها؛ نقلاً عن عصرٍ عن عصر أن من كان في عصره صلى الله عليه وسلم وبحضرته في المدينة إذا أراد شراء شيء مما يؤكل أو ما يلبس أو يوطأ أو يركب أو يُستخدم أو يُتَمَلَك؛ أي شيء كان؛ أنه كان يدخل سوق المسلمين، أو يلتقى مسلماً يبيع شيئاً ويتاعه منه؛ فله ابتاعه ما لم يعلمه حراماً بعينه، أو ما لم يغلب الحرام عليه غلبةً يخفي معها الحلال، ولا شك أن في السوق مغصوباً ومسروقاً ومأخوذاً بغير حق، وكل ذلك قد كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم إلى هلمّ جرّاً؛ فما منع النبي صلى الله عليه وسلم من شيء من ذلك).^(٥)

وَيُنَاقِشُ هَذَا الاستدلال في ثلاث نقاط:

(١) - انظر الإحكام: ٣/٦.
(٢) - المعجم الأوسط: سليمان بن أحمد أبو القاسم الطبراني، ٣٦٠هـ، دار الحرمين، القاهرة، دط، دبت، تحقيق: طارق بن عوض، باب الميم، من اسمه محمد، ٢٦٥/٧، ولم أجد من حكم على الحديث، إضافة إلى ما ذكره ابن حزم من النصوص في هذا المعنى. انظر الفروق: القرافي، ١٨٣/١.
(٣) - سنن أبي دود: كتاب الضحايا، باب ما جاء في أكل اللحم لا يدرى أذكر اسم الله عليه أم لا، ١٠٤/٣، والحديث مرسل. انظر نصب الراية: أبو محمد الزيلعي، ٣٧٧/٤.
(٤) - مسند أحمد: مسند أبي هريرة، ٩٩/١٥، والحديث وثقه يحيى بن معين، وقال أحمد لا بأس به، انظر بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام: علي بن محمد بن عبد الملك أبو الحسن الفاسي، المعروف بابن القطان، ٦٢٨هـ، دار طيبة، الرياض، ط١، ١٩٩٧م، تحقيق: الحسين آيت سعيد، ٦٤٢/٥. وانظر الاستدلال في الإحكام: ٧/٦.
(٥) - الإحكام: ٧/٦.

الأولى: إن الاستدلال بحديث السيدة عائشة يدخل تحت أصلٍ آخر غير الاحتياط، وهو أن الأصل في ذبيحة المسلم الحلّ، حتى ولو كان حديث عهد بإسلام، فلا يصلح هذا الحديث للاستدلال على نقض الاحتياط.^(١)

الثانية: إن الاستدلال بحديث أبي هريرة يدخل ضمن ما ذكرناه سابقاً تحت قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك)؛ فالشك هنا لا يقوم على دليل أو شبهة قوية؛ فلا يلتفتُ إليه؛ إذ إن الأصل في طعام المسلم وشرابه الحلّ.^(٢)

الثالثة: إن الاستدلال بالإجماع على التعامل في سوق المدينة مع احتمال وجود المغصوب والمسروق مردودٌ بأن هذا الاحتمال لا يقوم على دليل أو على شبهة قوية؛ خلافاً للاحتياط الذي لا بدّ أن يقوم على وجود شبهة قوية؛ كما سيأتي في شروط الأخذ بالاحتياط.

إن خروج بعض المسائل التي توهم في ظاهرها الاحتياط عن الدخول تحته لا يعني نقض هذا الأصل الذي قام على مجموعة من الأدلة، وقامت عليه مجموعة من الفروع الفقهية.

الدليل السادس: ومن المعقول ذكر الشاطبي في الموافقات بعض ما يستدل به مانعو الاحتياط؛ ومن ذلك مثلاً: أننا لو سلّمنا بأن الاحتياط بالخروج من الخلاف مشروعٌ لأدى ذلك إلى أن يصير هذا الخروج منها من أشد الحرج؛ إذ لا تخلو لأحد في الغالب عبادة، ولا معاملة، ولا أمر من أمور التكليف، من خلاف يُطلب الخروج عنه، وفي هذا ما فيه.^(٣)

ثم إن أغلب المسائل الفقهية قد وقع فيها الخلاف بين العلماء، وهذا يعني أن أغلب مسائل الفقه تصير من المتشابهات التي يجب الاحتراز عنها.^(٤)

ويناقد هذا الكلام في نقطتين:

الأولى: إن الاحتياط بالخروج من الخلاف ليس باباً مفتوحاً على مصراعيه كي يؤدي إلى الوقوع في الحرج؛ فهو مضبوطٌ ومربوطٌ بقوة الدليل الذي نحتاج بالخروج من الخلاف لأجله، وهذا يرفع الحرج الذي ذكره الشاطبي.^(٥)

الثانية: إن وقوع الخلاف بين العلماء في أغلب مسائل الفقه لا يقودنا إلى أن نصير أغلب مسائل الفقه من المتشابهات؛ فهذا غير دقيق؛ إذ ليس كل خلافٍ يقود إلى التشابه؛ فإن لم تكن الشبهة قوية قائمة على دليل فلا تكون الشبهة.^(٦)

(١) - انظر الأصل في حلّ ذبيحة المسلم: انظر المجموع: النووي، ٤١٢/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٨٨/٩.

(٢) - انظر الفروع: ابن المفلح، ٣٩٠/٤.

(٣) - انظر الموافقات: الشاطبي، ١٦٢/١.

(٤) - انظر المرجع السابق.

(٥) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٠٩/٥، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٩٥/٨، الشرح الكبير: الدردير، ٣٣٦/٤.

(٦) - انظر الفروق: القرافي، ٢١٢/٤، المنثور في القواعد الفقهية: بدر الدين الزركشي، ١٢٩/٢، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٣١١/٨.

ثالثاً: الترجيح

بناءً على ما سبق من سرد الأدلة ومناقشتها يمكن لنا أن نرجح مذهب الجمهور، وذلك لقوة الأدلة بمجموعها، وسلامتها عن الطعن، ولضعف أدلة ابن حزم وعدم سلامتها عن الطعن. وتكون النتيجة: أن الاحتياط حجة في الفقه عموماً وفي الفقه الجنائي خصوصاً؛ لأن الفقه الجنائي باب من أبواب الفقه؛ بل هو باب يُطلب فيه الاحتياط أشد ما يطلب، وستكون هذه الرسالة كفيلاً بإظهار هذا المعنى بإذن الله تعالى.

المطلب الرابع: حكم الاحتياط عند القائلين به

مرّ أن جماهير العلماء قد احتجوا بالاحتياط وعملوا به في الفروع الفقهية، ولكن ما هو الحكم التكليفي للاحتياط عندهم؟، هذا ما سنعرفه في هذا المطلب. ذكر بعض العلماء أن حكم الاحتياط هو الندب والاستحباب، ومنهم الإمام النووي؛ حيث قال: (استحباب الاحتياط في العبادات وغيرها بحيث لا ينتهي إلى الوسوسة).^(١) ونصّوا أحياناً على وجوب الاحتياط في بعض المسائل ومن ذلك ما يُنقل عن الإمام محمد بأنه أوجب الاحتياط في خير الفاسق^(٢)، ومن هذا إيجاب الشارع الغسل لمجرد الإيلاج، وفي هذا يقول ابن الهمام: (نصّ على إيجاب الغسل بمجرد الإيلاج؛ فظهر من الشرع فيه غاية الاحتياط).^(٣) هذا يقود إلى أن حكم الاحتياط لا يكون واحداً في كل الأحوال؛ لذا يمكن القول: إن حكم الاحتياط عند الفقهاء يدور بين أمرين؛ إما أن يكون واجباً وإما أن يكون مندوباً. ويقول ابن عبد السلام: (والاحتياط ضربان أحدهما ما يندب إليه، ويعبر عنه بالورع.... الضرب الثاني ما يجب من الاحتياط).^(٤)

وهذا التقسيم هو ما ذهب إلى المحققون فيما بعد ومنهم الزركشي.^(٥)

فيكون الاحتياط واجباً إذا كان وسيلة إلى فعل واجب أو ترك محرم، كإيجاب الطهارة للصلاة؛ لأنها وسيلة للواجب احتياطاً، وكتحريم النظر إلى الأجنبية بشهوة لأنه وسيلة إلى الحرام احتياطاً.^(٦) ويكون الاحتياط مندوباً إذا كان العمل به وسيلة لفعل المندوب أو ترك المكروه، كاجتناب شبهة معينة احتياطاً للتورّع عن الشبهات بصورة عامة؛ فهو وسيلة إلى المندوب عند الجمهور.^(٧) ثم قد يكون حكم الاحتياط الكراهة إذا كان يؤدي إلى مكروه، ومثاله أن يصوم يوم الشك احتياطاً على أنه من رمضان،

(١) - المجموع: النووي، ٣٥١/١.

(٢) - انظر كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٢٣/٣.

(٣) - فتح القدير: ابن الهمام، ٣٩/٥.

(٤) - قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ١٩/٢.

(٥) - انظر المنثور في القواعد الفقهية: بدر الدين الزركشي، ٢٢٨/٢.

(٦) - انظر قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ١٩/٢، الموافقات: الشاطبي، ٢٩٣/١.

(٧) - انظر المرجعين السابقين، وانظر الاحتياط في الفقه الإسلامي: ص ١٦١.

فإن الاحتياط في صومه وفق مذهب الحنفية وفي قول عند الشافعية مكروه، وهو ما عليه أكثر التابعين.^(١)

وقد يكون حكم الاحتياط الحرمه إذا كان يؤدي إلى حرام، كتحریم الإمساك عن الطعام في يوم الشك احتياطاً لكونه من رمضان عند الشافعية؛ لأن هذا الإمساك يكون وسيلة إلى صوم يوم الشك الذي قال بحرمته أكثر الشافعية^(٢)؛ فطالما أن صوم الشك محرم؛ فلا يجوز اتخاذ الإمساك وسيلة للاحتياط لهذا الصيام؛ لأنه محرم في الأصل.^(٣)

وأيضاً تحريم أخذ القاضي الهدية؛ لأنها تكون وسيلة إلى الرشوة؛ والرشوة محرمة، فيحرم عليه أخذ الهدية احتياطاً.^(٤)

فحكم الاحتياط يدور على أربعة أحكام تكليفية، وهي الوجوب والندب والكراهة والحرمه، أما حكم الإباحة فإنه لا يتناسب مع معنى الاحتياط؛ وسبب هذا أن الاحتياط يقتضي العمل بأولى الاحتمالين، والعمل بأولى الاحتمالين يدخل على الأقل في الندب؛ بناءً على مجموع الأدلة التي قامت بالاحتياط، والتي تقتضي ندب العمل بالأحوط على أقل تقدير، وإذا افترضنا أن مجموع أدلة الاحتياط لا يؤيد ما ذكرناه هنا، فلا أقل من أن يكون اختيار أحد المباحين داخلاً تحت مبدأ براءة الذمة، وبراءة الذمة مبدأ معتبر شرعاً والاحتياط في تحصيله مندوب.^(٥)

(١) - انظر البناية شرح الهداية: المرغيناني، محمود بن أحمد بدر الدين العيني، ٨٥٥هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ٢٠٠٠م، ٢١/٤، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، ٩٢٦هـ، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، د. ط، د. ت، ٤١٨/١.

(٢) - انظر كلام الإمام النووي في المجموع: النووي، ٤٠٩/٦، والبجيرمي في حاشيته على الخطيب: ٣٨٦/٢.

(٣) - انظر المجموع: النووي، ٤٠٩/٦.

(٤) - انظر المبسوط: السرخسي، ٨٢/١٦، حاشية ابن عابدين: ٣٧٢/٥، منح الجليل: أبو عبد الله عيش، ٤٠٤/٥، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ٣٠٠/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٦٨/١٠.

(٥) - انظر البرهان في أصول الفقه: الجويني، ١٧٣/٢، المحصول: فخر الدين الرازي، ١٥٧/٦، الإحكام في أصول الأحكام: الأمدي، ٦٨/٢، الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ٢١٨/١، الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٥٠، الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ص ٥٣.

الفصل الثاني

أنواع الاحتياط وأركانه ومظاهره في الفقه الإسلامي

وفي هذا الفصل المباحث التالية:

المبحث الأول: أنواع الاحتياط

المبحث الثاني: أركان الاحتياط

المبحث الثالث: مظاهر الاحتياط

المبحث الأول- أنواع الاحتياط

المطلب الأول: أنواع الاحتياط من حيث من يحكم به

ينقسم الاحتياط من حيث الحاكم به إلى احتياط عقلي، واحتياط عرفي، واحتياط شرعي.

أولاً: الاحتياط العقلي:

إن العقل السليم يدعو الإنسان إلى الاحتياط والورع والاحتراز عن المهالك والأشياء المخوفة، ونجد في ذلك كلام ابن تيمية الذي صنّف الاحتياط أو الورع على أنه من الأشياء التي يحسنّها العقل بمعنى اتفاق العقلاء على مدحها، لا بمعنى التحسين العقلي الممنوع في الشرع، فيقول في ذلك: (الورع المشترك مثل الكف عن قتل النفس مطلقاً، وعن الزنا مطلقاً، وعن ظلم الخلق، وكذلك الزهد المشترك مثل الإمساك عن فضول الطعام واللباس، وهذا القسم إنما عبر أهل العقل باعتقاد حسنه ووجوبه؛ لأن مصلحة دنياهم لا تتم إلا به، وكذلك مصلحة دينهم سواء كان ديناً صالحاً أو فاسداً).^(١)

فالاحتياط بصورة عامة يمدحه العقلاء باتفاقهم، وتقتضيه بدهة العقول وتدعو إليه، ويقول الجصاص: (واعتبار الاحتياط والأخذ بالثقة أصل كبير من أصول الفقه، قد استعمله الفقهاء كلهم وهو في العقل كذلك أيضاً؛ لأن من قيل له إن في طريقك سبعاً أو لصوصاً كان الواجب عليه الأخذ بالحزم، وترك الإقدام على سلوكها حتى يتبين أمرها).^(٢)

(١) - مجموع الفتاوى: ابن تيمية، ٦٨/٢٠.

(٢) - الفصول في الأصول: الجصاص، ١٠١/٢.

إن الفكرة الأساسية التي يقوم عليها الاحتياط العقلي هي السعي في دفع المضار المخوفة، وهذا معلوم في فطر العقلاء.^(١)

ونصل الآن إلى معنى الاحتياط العقلي؛ فهو (احتراز العقلاء عن المضار المخوفة المتوقعة؛ سواء كان هذا الاحتراز بترك هذه المضرة، أو بفعل وإثبات أمرٍ يجنب العاقل هذه المضرة).^(٢) ويمكن لقائل أن يقول: إن العلماء على أن العقل لا مدخل له في إثبات الأحكام فكيف يجوز أن يكون الاحتياط العقلي بالفعل والإثبات كما سبق؟.

وللإجابة على هذا يُقال: إن العقل لا دور له في إثبات الحكم الشرعي، أما من حيث إثبات الحكم العقلي فإن العقل هو الأصل في إثبات هذا النوع من الأحكام.^(٣) حكم الاحتياط العقلي: الوجوب.^(٤)

ثانياً: الاحتياط العرفي

العرف هو: هو ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول.^(٥) كما أن العقول السليمة تحكم بضرورة الاحتراز عن الأشياء الضارة احتياطاً فكذا الأعراف السليمة تحتز عن الأشياء التي لا تتلقاها الطباع بالقبول، وكما أن العقول السليمة تحكم بضرورة طلب الأشياء النافعة احتياطاً فكذا الأعراف السليمة تحكم بطلب فعل الأشياء التي تتلقاها الطباع بالقبول. فالاحتياط العرفي هو (احتراز الطباع السليمة عما فيه ضرر). ولما كان العرف مستنداً لكثير من الأحكام الشرعية فقد بُنيت أحكامٌ شرعيةٌ على الاحتياط العرفي.^(٦) ونذكر على سبيل المثال مسألة حُكِّم فيها الاحتياط للعرف، وهي مسألة يقول فيها الزوج لزوجته: (أنت عليّ حرام). فهذا اللفظ إما أن يقع طلاقاً، وإما أن يقع ظهاراً، وإما أن يقع يميناً.^(٧)

(١) - انظر إثبات الحق على الخلق في رد الخلافات إلى المذهب الحق من أصول التوحيد: محمد بن إبراهيم بن علي الحسني القاسمي، ٨٤٠هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٩٨٧م، ص ٢٢.

(٢) - انظر تيسير التحرير: أمير بادشاه، ٨٦/٣.

(٣) - المستصفي: الغزالي، ص ١٥٩.

(٤) - انظر تيسير التحرير: أمير بادشاه، ٨٦/٣.

(٥) - الكليات: الكفوي، ص ٦١٧.

(٦) - انظر بعض تفاصيل هذه الأحكام: انظر الأشياء والنظائر: ابن نجيم، ص ٧٩، الأشياء والنظائر: السيوطي، ص ٩٠، المنشور في القواعد الفقهية: بدر الدين الزركشي، ٣٥٦/٢، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٣٣/٣، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٦/٤.

(٧) - اختار الحنفية أنه يُسأل عن نيته، فيُقضَى عليه حسبها، إما طلاق أو ظهار أو يمين، والسؤال عن النية هو المعتمد عند الشافعية، وفي رواية عند الحنابلة. انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٠٧/٤، روضة الطالبين: النووي، ٢٨/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٩/٨.

ثم إن من قال بأنه يقع طلاقاً انقسموا إلى قسمين؛ الأول أوقعه طلاقاً واحدة، والآخر قال بوقوع الطلاق بهذا اللفظ ثلاثاً؛ احتياطاً لبعض الأعراف التي تعتبر هذا اللفظ طلاقاً ثلاثاً، وهو قول عند المالكية.^(١)

ثالثاً: الاحتياط الشرعي

الاحتياط من الناحية الشرعية هو ما ندرسه، وقد سبق بيان تعريفه وبعض أمثله في الفصل السابق؛ فلا داعي للإعادة هنا. وطالما أننا نتحدث عن الاحتياط من حيث من يحكم به فإننا يمكن أن نقسم الاحتياط الشرعي من حيث من يحكم به إلى: احتياط صادر عن الشارع، واحتياط صادر عن المجتهد.

الاحتياط الصادر عن الشارع: (أو الاحتياط التوقيفي)^(٢)، أي الاحتياط الصادر عن النصوص الشرعية في مسائل معينة أفادت عناية الشارع بالاحتياط والورع، ومثال هذا ما ذكرناه من الأدلة النقلية الخاصة في مبحث حجية الاحتياط من الفصل الأول في هذا البحث.

الاحتياط الصادر عن المجتهد: هو الاحتياط الصادر عن العلماء في مسائل معينة أفادت عنايتهم بالاحتياط، ونذكر على سبيل المثال احتياط الفقهاء في مسائل الحدود لجهة درئها بالشبهة احتياطاً لحماية البراءة الأصلية؛ وهو ما عمل به جماهير الفقهاء؛ عدا الظاهرية.^(٣)

المطلب الثاني: أنواع الاحتياط من حيث الفعل وعدمه

وهو ينقسم إلى احتياط بالفعل واحتياط بالترك واحتياط بالتوقف.

أولاً: الاحتياط بالفعل

يقول العز بن عبد السلام: (والشرع يحتاط لدرء مفسد الكراهة والتحريم، كما يحتاط لجلب مصالح الندب والإيجاب).^(٤) والاحتياط بالفعل يدخل في الشطر الثاني من عبارة العز: (كما يحتاط لجلب مصالح الندب والإيجاب)، وتفصيلها ما يلي:

إذا كان الاحتياط لأمرٍ يتطلب القيام بفعل معين؛ فنسمي هذا الفعل احتياطاً بالفعل، وهذا يكون في حال تردّد حكم محلّ الاحتياط بين حكّمين يقتضي كل واحد منهما طلب الفعل؛ ولهذا ثلاث حالات: الأولى: أن يكون أحدهما يقتضيه على وجه الوجوب والآخر على وجه الندب؛ فيكون الاحتياط بفعله على وجه الوجوب، يقول ابن عبد السلام: (إذا دارت المصلحة بين الإيجاب والندب، والاحتياط

(١) - انظر مختصر خليل: ص ١١٦، وانظر تفاصيل الاحتياط في المسألة في الفروق: القرافي، ١٩٣/٣، وفي المحصول: فخر الدين الرازي، ٩١/٥.

(٢) - انظر نظرية الاحتياط الفقهي: محمد عمر سماعي، ص ٢٨.

(٣) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٧٢/١٨، شرح مختصر خليل: الخرشي، ١٠١/٨، مختصر المزني: ٢٣٧/٨، الكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة المقدسي، ٧٤/٤، السيل الجرار: الشوكاني، ص ٨٥٢، وانظر مذهب الظاهرية: المحلى: ابن حزم، ٥٧/١٢.

(٤) - قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ١٨/٢.

حملها على الإيجاب؛ لما في ذلك من تحقق براءة الذمة؛ فإن كانت عند الله واجبة فقد حصل مصلحتها، وإن كانت مندوبة فقد حصل على مصلحة الندب، وعلى ثواب نية الوجوب.^(١)

الثانية: أن يكون أحدهما يقتضيه على وجه الندب والآخر على وجه الإباحة؛ فيكون الاحتياط بفعله على وجه الندب.

الثالثة: أن يكون أحدهما يقتضيه على وجه الوجوب والآخر على وجه الإباحة؛ فنحتاط بفعله على وجه الوجوب.^(٢)

الدافع للاحتياط بالفعل

ويكون الدافع لاختيار الوجوب في الحالة الأولى والثالثة، والندب في الحالة الثانية مراعاة المصلحة؛ فيكون الاحتياط في اختيار ما يكون أبلغ وأقوى وأحوط في مراعاة المصلحة، وهو الوجوب في الأولى والثالثة، والندب في الثانية.^(٣) هذه المصلحة هي ما لوحظ في تعريف الاحتياط في الفقه الجنائي، في عبارة: (احتراز الشارع أو المجتهد عن مخالفة المصالح الشرعية في تشريع العقوبة....). فقد لاحظنا في جانب تشريع العقوبة معنى الاحتياط بالفعل؛ حيث إن المصلحة الشرعية المعتبرة هي التي تراعى في أصل تشريع العقوبة.

ضابط: إن المصلحة الدافعة للاحتياط هي المصلحة الغالبة، وهذا ما أفاده الرازي؛ حين وضع ضابطاً للمصلحة الراجحة؛ وهو قوله: (المصلحة الغالبة على المفسدة معتبرة قطعاً عند الشرع).^(٤) فلا نلتفت في الاحتياط في الفعل إلى احتمال وجود المفسدة الضعيفة؛ لأن المفسدة الضعيفة لا يُحتاط لها حال وجود المصلحة الغالبة.

مثال للاحتياط بالفعل: تشريع أصل العقاب-وهو فعل- في مقابلة ارتكاب المكلف للجنايات؛ وهو من النوع الثالث الذي يغلب فيه جانب الوجوب على جانب الإباحة؛ فإن ارتكب المكلف تصرفاً فيه اعتداءً على حق المجتمع أو حق الفرد؛ فيتردد الحكم بمعاقبته بين الإباحة والوجوب؛ فيترجح جانب وجوب معاقبته احتياطاً لصالح الفضيلة والمجتمع والمصلحة الشرعية ولحماية الأفراد وحقوقهم.

ثانياً: الاحتياط بالترك

(والشرع يحتاط لدرء مفسد الكراهة والتحريم).^(٥) عندما يدخل التحريم أو الكراهة في أحد احتمالات الفعل محل الاحتياط فيكون الاحتياط بترك هذا الفعل، وهو ما يُسمى بالورع، ويكون ذلك في حالات ثلاث:

(١) - المرجع السابق: ١٩/٢.
(٢) - انظر المرجع السابق: ١٩/٢، وانظر شجرة المعارف والأحوال: عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، ٦٦٠هـ، بيت الأفكار، الرياض، دبط، دت، تحقيق: حسان عبد المنان، ص ٣٧٦.
(٣) - انظر قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ١٨/٢.
(٤) - انظر المحصول: فخر الدين الرازي، ١٦٦/٦.
(٥) - قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ١٨/٢.

الأولى: أن يكون أحد الحكمين يقتضي الحرمة والآخر يقتضي الكراهة؛ فيكون الاحتياط بتحريم هذا الفعل، يقول العز بن عبد السلام: (إذا دارت المفسدة بين الكراهة والتحريم؛ فالاحتياط حملها على التحريم، فإن كانت مفسدة التحريم محققة؛ فقد فاز باجتنابها، وإن كانت منفية؛ فقد اندفعت المفسدة المكروهة، وأُثِيب على قصد اجتناب المحرم، فإن اجتناب المحرم أفضل من اجتناب المكروه).^(١)

الثانية: أن يكون أحد الحكمين يقتضي الحرمة والآخر يقتضي الإباحة؛ فيكون الاحتياط بتحريم هذا الفعل.

الثالثة: أن يكون أحد الحكمين يقتضي الكراهة والآخر يقتضي الإباحة؛ فيكون الاحتياط بالحكم بكراهة هذا الفعل.^(٢)

الدافع للاحتياط بالترك

إن الدافع لاختيار الحرمة في الحالتين الأولى والثانية، واختيار الكراهة في الحالة الثالثة هو عناية الشارع بدرء المفاسد.^(٣) وذلك أن الشرع دعا إلى الاهتمام بترك المنهيات أكثر من دعوته إلى الاهتمام بفعل المأمورات؛ لما يترتب على فعل المناهي من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي.^(٤) ودليل هذا قوله ﷺ: "ما نهيتكم عنه فاجتنبوه، وما أمرتكم به فافعلوا منه ما استطعتم؛ فإنما أهلك الذين من قبلكم كثرة مسائلهم واختلافهم على أنبيائهم".^(٥) فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة، أو مضرة ومنفعة؛ فرفع المفسدة يقدم في الغالب على جلب المصلحة؛ إلا أن تكون المفسدة مغلوبة، وذلك وفق قاعدة: (درء المفاسد أولى من جلب المصالح).^(٦)

مثال للاحتياط بالترك:

منع قضاء القاضي بعلمه في مسائل الحدود:

إن قضاء القاضي بعلمه مباح بصورة عامة عند بعض الفقهاء، ومنهم الحنفية والشافعية.^(٧) ولكن ما هو حكم قضائه بعلمه في مسائل الحدود الخالصة لله تعالى كالزنا وشرب الخمر؟. محل هذا المسألة يتنازع حكمان؛ الأول الإباحة لأن قضاء القاضي بعلمه مباح عامة، والثاني المنع لأن الحدود تُدرأ بالشبهات؛ حيث إن قضاء القاضي بعلمه في مسألة من مسائل الحدود يؤدي إلى الشبهة، لأن الحجة الأصلية في المسألة هي شهادة الشهود، وبقضاء القاضي بعلمه وحده دون الشهود تفوت البيئة؛

(١) - المرجع السابق: ١٩/٢.

(٢) - هذه الحالات مأخوذة من العز بن عبد السلام: شجرة المعارف والأحوال: العز بن عبد السلام، ص ٣٧٦.

(٣) - انظر قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ١٨/٢.

(٤) - انظر الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٩٠، الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ٨٧، شرح القواعد الفقهية: أحمد الزرقاء، ١٣٦٧هـ، دار القلم، دمشق، ط ٢، ١٩٨٩م، تعليق: مصطفى أحمد الزرقاء، ص ٢٠٥.

(٥) - انظر صحيح مسلم: ١٨٣٠/٤، باب توقيره ﷺ وترك إكثار سؤاله عما لا ضرورة إليه.

(٦) - انظر الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٩٠، الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ٨٧، شرح القواعد الفقهية: أحمد الزرقاء، ص ٢٠٥.

(٧) - انظر حاشية ابن عابدين: ٤٣٨/٥، نهاية المحتاج: الرملي، ٢٥٩/٨.

فتحصل الشبهة لهذا الفوات، وفي هذا يقول الكاساني: (لا يقضي به-أي علم القاضي- في الحدود الخالصة؛ لأن الحدود يحتاط في درئها، وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه؛ ولأن الحجة في وضع الشيء، هي البيئة التي تتكلم بها، ومعنى البيئة وإن وجد فقد فاتت صورتها، وفوات الصورة يورث شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات).^(١)

وحكم منع قضاء القاضي بعلمه في مسائل الحدود المنع باتفاق المذاهب الأربعة.^(٢) إن مبدأ درء الحدود بالشبهات قد عملت به جماهير الفقهاء، ما عدا الظاهرية.^(٣) من أجل هذا يُترك خيار إباحة قضاء القاضي بعلمه ويُختار منعه لوجود مصلحة في ذلك، وهي المحافظة على مبدأ شرعيّ عملت به جماهير الفقهاء وهو: (درء الحدود بالشبهات)؛ لدفع مفسدة إثبات الحد مع وجود الشبهة.

ثالثاً: الاحتياط بالتوقف

سبق وأن مرّ في الفصل الأول الفرق بين الاحتياط والتوقف؛ وأن الاحتياط أعم من التوقف، وأن التوقف هو نوع من أنواع الاحتياط. والتوقف وفق استخدام العلماء يُمكن أن يُعرّف بأنه: الامتناع عن ترجيح أحد القولين أو الأقوال لتعارض الأدلة.^(٤) فيذكر المجتهد الأدلة والجواب عنها، ثم يحار في ترجيح أحدها على الآخر.^(٥) إذاً في التوقف نكون أمام مسألة تتجاوزها مجموعة من الأدلة التي يظهر للمجتهد للمجتهد أنها متعارضة لا يمكن التوفيق والجمع بينها؛ فلا يجد مندوحة عن التوقف عن إبداء الحكم فيها؛ ويدفعه إلى هذا التصرف الاحتياط للدين. فيكون الاحتياط بالتوقف احترازاً عن إبداء حكم في مسألة تتنازعها أدلة توحى في ظاهرها بالتعارض؛ بأن يكون أحد هذه الأدلة يشير إلى وجود مصلحة في محل الحكم، والآخر يشير إلى وجود مفسدة؛ فيحتاط المجتهد فيتوقف عن إبداء الحكم.

الدافع للاحتياط بالتوقف

والدافع له في هذا التوقف كما سبق الاحتياط للدين؛ أي لدين المجتهد وورعه؛ بمعنى حماية المجتهد نفسه من أن يحكم بغير علم في مسائل الدين والشرع؛ فقد استوت عنده الأدلة والردّ عليها ولم يقدر على الترجيح، وهذا يعني أن أسباب علمه بالحكم قد انتفت؛ وبالتالي إن حكم في هذه الحالة فيكون حاكماً في مسائل الدين بغير علم، وهذا لا يجوز. وهناك دافع آخر للاحتياط بالتوقف وهو ما يشتمل

(١) - بدائع الصنائع: الكاساني، ٧/٧.

(٢) - انظر حاشية ابن عابدين: ٤٣٨/٥، تبصرة الحكام: ابن فرحون، ١٩٦/١، نهاية المحتاج: الرملي، ٢٥٩/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٨/١٠.

(٣) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٧٢/١٨، حاشية ابن عابدين: ١٨/٤، شرح مختصر خليل: الخرشي، ١٠١/٨، مختصر المزني: ٢٣٧/٨، الكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة المقدسي، ٧٤/٤، السيل الجرار: الشوكاني، ص ٨٥٢، وانظر مذهب الظاهرية: المحلى: ابن حزم، ٥٧/١٢.

(٤) - انظر الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة: زكريا الأنصاري، ص ٧٥.

(٥) - انظر نهاية السؤل: الإسنوي، ٣٩٧/١.

عليه المحل الذي حكمنا فيه بالتوقف من الشك الحاصل بسبب تعارض الأدلة؛ فقد أطلق الحنفية في قول اسم التوقف على الشك في الحكم بسبب تعارض الأدلة، ولا حكم للشك.^(١)

مثال للاحتياط بالتوقف: اعتبر بعض الحنفية كابن الهمام أن سقوط الحد في حالة اختلاف العلماء في حلّ فعلٍ أو حرمة إنمّا يكون راجعاً إلى التوقف بسبب وجود القول المخالف؛ فيحتاط من يقول بوجوب الحد في هذه الحالة بالتوقف لجهة وجود قول الدائر المورث للشبهة؛ كالنكاح بلا ولي، فالحنفية يجيزونه؛ والجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة يجيزونه؛ فيحتاط الجمهور لقول الحنفية بالتوقف؛ لأن الاختلاف في إباحة الوطء فيه شبهة تدعو إلى الاحتياط الذي يحصل كما أفاد ابن الهمام بالتوقف، وبالتالي يسقط الحد في هذه الحالة.^(٢)

المطلب الثالث: أنواع الاحتياط باعتبار مشروعيتها

سبق وأن مرّ في الفصل السابق وفي المبحث الرابع وفي مطلب تحت عنوان حكم الاحتياط عند القائلين به تفاصيل حول الاحتياط الواجب والمندوب والمكروه والمحرم؛ لذا لن نتوسع كثيراً في الحديث هنا.

أولاً: الاحتياط المشروع

هو الاحتياط الواجب والمندوب، وقد سبق بيانه، وخلاصته:

الاحتياط الواجب: هو الاحتياط بفعلٍ واجبٍ أو تركٍ محرم.

مثاله: (درء الحدود بالشبهات)، وهو مثال للشق الثاني في وجوب ترك المحرم؛ فإثبات العقاب مع وجود الشبهة أمرٌ محرم؛ لأنه قد يؤدي إلى محذور وهو معاقبة البريء.

الاحتياط المندوب: هو الاحتياط بفعل المندوب أو ترك المكروه.

مثاله: الاحتياط في استتابة المرتد عند الحنفية، وذلك أنهم ندبوا الاستتابة للمرتد لأنه كان محترماً بالإسلام؛ فرمّا عرضت له شبهة؛ فيُسعى في إزالتها؛ لأن الغالب أن الردة تكون عن شبهة عرضت؛ فاحتياطاً لوجود هذه الشبهة يُستتاب.^(٣)

ملاحظة: وقد سبق وأن مرّ في المبحث الرابع من الفصل الأول أن الاحتياط لا يكون مباحاً مع التعليل.

ثانياً: الاحتياط غير المشروع

هو الاحتياط المحرم والمكروه.

والاحتياط المحرم: هو الاحتياط بوسيلة إلى فعلٍ أمرٍ محرم. **مثاله:** الاحتياط بمعاقبة غير الجاني؛ لأنه مؤاخذه للمكلف بغير ذنب، وهو أمرٌ محرم.

(١) - انظر العناية شرح الهداية: البابرني، ١١٣/١، البحر الرائق: ابن نجيم، ١٤٠/١.

(٢) - انظر فتح القدير ١٤٣ / ٤ - ١٤٤، والبدائع ٣٥ / ٧، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣١٣ / ٤، ومواهب الجليل والتاج والإكليل ٢٩١ / ٦، ٢٩٣، وحاشية قليوبي ١٨٠ / ٤، ونهاية المحتاج ٤٠٥ / ٧، والمغني ١٨٤ / ٨.

(٣) - انظر المبسوط: السرخسي، ٩٨/١٠، حاشية ابن عابدين: ٢٤٥/٤.

والاحتياط المكروه: هو الاحتياط بوسيلة إلى فعل مكروه.

مثاله: احتياط المقاتل من أهل الحق في قتل أبيه الباغي؛ وذلك أن المالكية والشافعية كرهوا أن يُقتل الأب الباغي؛ فيكون كل ما من شأنه أن يحقق هذا القتل مكروهاً عندهم.^(١)

(١) - انظر حاشية الدسوقي: ٣٠٠/٤، نهاية المحتاج: الرملي، ٣٨٧/٧.

المبحث الثاني- أركان الاحتياط

كي تكتمل صورة الاحتياط في الذهن لا بدّ من توضيح أركان عملية الاحتياط، وهذه الأركان هي: (المحتاط، والمحتاط فيه، والمحتاط به، والمحتاط من أجله).

المطلب الأول: المحتاط

الركن الأول للاحتياط هو المحتاط، ونقصد به من يباشر عملية الاحتياط، وهذا المباشر يختلف باختلاف محل الاحتياط، فهو إما يكون الشرع (الشارع)، أو الحاكم (القاضي) أو المجتهد، أو المكلف.

أولاً: المحتاط بمعنى الشرع (الشارع)

الشارع في الاصطلاح هو الذي يكلف بالأحكام، وهو الله تعالى من خلال القرآن الكريم، والنبى صلى الله عليه وسلم من خلال السنة الشريفة.^(١) يأتي المحتاط بمعنى الشارع إذا كان محل الاحتياط هو النصوص التي نستقي منها الاحتياط؛ فيكون الاحتياط حينها صادراً عن الشارع من خلال محل كلامه، وهو النص. ويصلح للتمثيل على هذا مجموع الأدلة النقلية التي احتج بها جمهور العلماء للاحتياط.

ثانياً: المحتاط بمعنى الحاكم (القاضي) والمجتهد

الحاكم: في الاصطلاح الشرعي هو: إما الإمام أو القاضي أو المحكّم.^(٢) ويأتي المحتاط بمعنى الحاكم أو المجتهد في حال كان محل الاحتياط مسألة عملية اجتهادية بحاجة إلى من يصدر حكماً فيها ولم يكن فيها نصّ يقطع بأحد الاحتمالين، أو كان فيها نصّ ولكن الخلاف وقع في مدى انطباق هذا النص على الواقعة المعروضة.

ومثال هذا: إذا كان محل الاحتياط تطبيق العقوبة المختلف على انطباق النصّ على فاعلها؛ لوجود شبهة مثلاً؛ فيكون المحتاط في هذه الحالة هو الحاكم أو القاضي.

ثالثاً: المحتاط بمعنى المكلف

يأتي المحتاط بمعنى المكلف إذا كان محل الاحتياط تطبيقاً عملياً؛ لا حاجة فيه إلى اجتهاد حاكم أو مجتهد؛ فيحتاط المكلف حينها أثناء تطبيق مسألة معينة بالاعتماد على نصّ الشارع أو حكم الحاكم أو اجتهاد المجتهد.

مثال هذا: احتياط المكلف في أمور عبادته وصلاته؛ كمن فر من عبادة، ثم شك في شيء من أركانها، أو شرائطها بعد زمن طويل، فالاحتياط أن يعيدها.^(٣)

رابعاً: المحتاط في الاحتياط الجنائي

(١) - انظر المستصفي: الغزالي، ص ٨.

(٢) - انظر حاشية ابن عابدين: ٣٥٣/٥، فتح الباري شرح صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني، ١١٠/١٣.

(٣) - انظر قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ١٨/٢.

حسب تعريف الاحتياط في الفقه الجنائي: (احتراز الشارع أو المجتهد عن مخالفة المصالح الشرعية في تشريع العقوبة، واحتراز الحاكم عن الشك أو الشبهة في تطبيق العقوبة). حسب هذا التعريف يختلف المحتاط في الفقه الجنائي تبعاً لمحل الاحتياط فيه، فهو إما الشارع أو المجتهد، وإما القاضي. فيكون المحتاط في تشريع العقوبة هو الشارع في العقوبة المقدرة كالحد، أو المجتهد في العقوبة غير المقدرة كالتعزير، ويكون دور المجتهد في هذه الحالة دور إظهار للعقوبة من خلال اجتهاده تحت مظلة النص. ويكون المحتاط في تطبيق العقوبة هو الحاكم أو القاضي؛ لأن تطبيقها من عمله.

المطلب الثاني: المحتاط فيه

المحتاط فيه هو محل الاحتياط، وهو المسألة التي نحتاج فيها بسبب الشك أو اختلاط المباح بالمحظور أو الخلاف بين الفقهاء أو الشبهة.

المحتاط فيه في الفقه الجنائي

محل الاحتياط في الفقه الجنائي يكون في المسائل التي تتناول تشريع العقوبة، أو تطبيقها، أو سقوطها، أو تخفيفها، أو تشديدها.

المطلب الثالث: المحتاط به

وهو كيفية الاحتياط، أو الطريقة التي يسلكها المحتاط أثناء الأخذ بالاحتياط، وعرفنا أن الاحتياط إما أن يكون بالفعل أو الترك أو التوقف.

المحتاط به في الفقه الجنائي

ترجع كيفية الاحتياط في الفقه الجنائي إلى صور منها:

١ - الاحتياط عن طريق تشريع العقوبة؛ بما يتناسب مع المصالح الشرعية المعبرة التي تقتضي تشريع هذه العقوبة.

٢ - الاحتياط عن طريق درء العقوبة أو إسقاطها؛ في حال وجود شبهة تحول دون تنفيذ هذه العقوبة.

٣ - الاحتياط عن طريق تخفيف العقوبة؛ حال وجود شبهة تحول دون تنفيذ العقوبة بصورة تامة.

٤ - الاحتياط عن طريق تشديد العقوبة.

٥ - الاحتياط في طريقة تنفيذ العقوبة؛ من خلال ضوابط خاصة تضبط عملية التنفيذ.

المطلب الرابع: المحتاط من أجله، أو المحتاط له

المحتاط من أجله هو ما شرع الاحتياط لأجله؛ وهو حسب تعريف الاحتياط: (احتراز المجتهد أو المكلف عن مخالفة المصالح والمقاصد الشرعية عند الاشتباه في الأحكام).

فيكون المحتاط لأجله هو المصالح والمقاصد الشرعية المعبرة؛ ويدخل تحت المصالح هنا أمران؛ أولهما تحصيل المصلحة، وثانيهما درء المفسدة. وفي ذلك نجد عبارة السبكي: (واعلم أن مسائل الاحتياط كثيرة

يطول استقصاؤها؛ يرجع حاصلها إلى أن الاحتياط قد يكون لتحصيل المنفعة...، وقد يكون لدفع المفسدة).^(١)

وقسم العز بن عبد السلام المصلحة التي يحتاط الشرع لأجلها إلى قسمين؛ الأول مصلحة الواجب، والثاني مصلحة المندوب.^(٢)

وقسم المفسدة التي يحتاط الشارع لدرئها إلى قسمين؛ الأول مفسدة المحرم، والثاني مفسدة المكروه.^(٣) إن تفاوت مراتب المحتاط لأجله يؤدي إلى تفاوت مرتبة الاحتياط علواً ونزولاً وشرفاً، وهذه عبارة ابن عبد السلام: (يشرف الاحتياط بشرف المحتاط له؛ فالاحتياط للدماء أفضل من الاحتياط للأموال، والاحتياط للأرواح أفضل من الاحتياط للأعضاء، والاحتياط لنفائس الأموال أفضل من الاحتياط لخسيسها).^(٤)

المحتاط من أجله في الفقه الجنائي

من خلال تعريف الاحتياط في الفقه الجنائي فإن المحتاط من أجله هو المصلحة الشرعية المعتبرة؛ سواء كان ذلك في جانب تحصيل المصلحة أو درء المفسدة، وسواء كان ذلك في تشريع العقوبة أو في جانب درئها وتخفيفها.

(١) - الأشباه والنظائر: ابن السبكي: ١١١/١.

(٢) - انظر قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ١٩/٢ و ٢٤/٢ وانظر الأمثلة التي قدمها لهذين القسمين.

(٣) - انظر المرجع السابق.

(٤) - شجرة المعارف والأحوال: العز بن عبد السلام، ص ٢٢٩.

المبحث الثالث - مظاهر الاحتياط

ويقصد بالمظاهر المواضع والحالات التي ظهر فيها عمل المشرّع أو المجتهد بالاحتياط، وهي كثيرة في الفقه الإسلامي، ومنها:

المطلب الأول: العمل بمبدأ سدّ الذرائع

أولاً: معنى سدّ الذرائع

السدّ في اللغة إغلاق الخلل، ويأتي بمعنى الحاجز.^(١) والذريعة في اللغة الوسيلة والسبب إلى الشيء.^(٢) فيكون المعنى اللغوي لسدّ الذريعة: (منع الوسيلة الموصلة إلى الشيء). وسدّ الذرائع في الاصطلاح: حسم مادة وسائل الفساد دفعاً لها؛ فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلةً للمفسدة منع من ذلك الفعل.^(٣)

فإذا تحوّل الفعل الذي يظهر خلوه عن الفساد إلى وسيلة للمفسدة؛ فإننا نمنع هذا الفعل رعاية للحرمة.

مثال ذلك: تشريع أصل العقاب سداً لذريعة التمادي في الجريمة، منع حفر الآبار في طرق المسلمين؛ فإنه وسيلة إلى إهلاكهم، وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم، وسب الأصنام عند من يُعلم من حاله أنه يسبّ الله تعالى عند سبّها.^(٤)

وهذا المبدأ مشهور عند المالكية والحنابلة، وإن كان قد عمل به أغلب الفقهاء في مسائل عديدة.^(٥) إن سدّ الذرائع مظهر من مظاهر الاحتياط؛ بل لقد أقام المالكية احتجاجهم لسدّ الذرائع على الاحتياط؛ فقالوا: (الشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم، والتحرز مما عسى أن يكون طريقاً إلى مفسدة، فإذا كان هذا معلوماً على الجملة والتفصيل؛ فليس العمل عليه -أي سدّ الذرائع- ببدع في الشريعة، بل هو أصل من أصولها).^(٦) ويشترك الاحتياط وسدّ الذرائع في نقطة تشريع الترك، وفي هذا كلام السبكي: (من الاحتياط سدّ الباب، وإلحاق الصورة النادرة التي قُطع بأنها توصل إلى الحرام؛ فالغالب منها الموصل إليه)، وهذا ما يُسمى بسدّ الذرائع.^(٧) ويشترك مفهوم سدّ الذرائع مع الاحتياط أيضاً في أن تشريع الترك فيها يُبنى على الاحتياط للحرمة. والفرق بين الاحتياط وسدّ الذرائع، هو أن

(١) - انظر المحكم والمحيط الأعظم: أبو الحسن المرسى، ٤٠٢/٨، لسان العرب: ابن منظور، ٢٠٧/٣.

(٢) - انظر الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: أبو نصر الفارابي، ١٢١١/٣، المحكم والمحيط الأعظم: أبو الحسن المرسى، ٨٠/٢، لسان العرب: ابن منظور، ٩٦/٨.

(٣) - انظر الفروق: القرافي، ٣٢/٢.

(٤) - المرجع السابق.

(٥) - انظر الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٩/١، الفروق: القرافي، ٣٢/٢.

(٦) - الموافقات: الشاطبي، ٨٥/٣.

(٧) - انظر الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١٢٠/١، وانظر البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٩٣/٨.

الاحتياط يكون بالفعل والترك والتوقف، أما سدّ الذرائع فيكون بتشريع الترك فقط خوفاً من الوقوع في الحرام. ويظهر فرق آخر في أن سدّ الذرائع يكون واجباً لمنع طريق الحرمة، أما الاحتياط فتارة يكون واجباً وتارة يكون مندوباً، كما مرّ في حكم الاحتياط عند من احتج به.

ثانياً: أنواع سدّ الذرائع

قسم القرافي الذرائع أي الوسائل إلى ثلاثة أقسام:

الأول: قسمٌ أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه؛ كحفر الآبار في طرق المسلمين؛ فإنه وسيلة إلى إهلاكهم، وكذلك إلقاء السم في أطعمتهم، وسبّ الأصنام عند من يُعلم من حاله أنه يسبّ الله تعالى عند سبّها.

الثاني: قسمٌ أجمعت الأمة على عدم منعه، وأنه ذريعة لا تُسدّ ووسيلةٌ لا تُحسم؛ كالمنع من زراعة العنب؛ خشية اتخاذه خمراً؛ فإنه لم يقل به أحد، كالمنع من المجاورة في البيوت؛ خشية الزنا.

الثالث: وقسمٌ اختلف فيه العلماء هل يُسدّ أو لا؟، ومثاله صورة من بيع الأجل وهي: لو باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر، فمالكٌ يقول: إنه أخرج من يده خمسة الآن، وأخذ عشرة آخر الشهر؛ فهذه وسيلة لسلف خمسة بعشرة إلى أجل؛ توسلاً بإظهار صورة البيع لذلك، أما الشافعي فينظر إلى صورة البيع ويحمل الأمر على ظاهره؛ فيجوز ذلك.^(١)

فعمل المجتهد للاحتياط لسدّ الذريعة يختص بالقسم الأول والثالث من تقسيم القرافي.

ثالثاً: تطبيقات

وسنعرض في هذا المطلب بعض الأمثلة والتطبيقات التي راعى فيها الشرع أو الفقهاء مبدأ سدّ الذرائع.

المثال الأول: الأدلة التي أقامها المالكية على الاحتجاج لسدّ الذرائع، والتي تدلّ بمجموعها على اعتبار الشرع سدّ الذرائع في الجملة، وعمله به؛ من خلال بعض القضايا التي أعمل فيها الشارع نفسه مبدأ سدّ الذرائع، ومنها قوله تعالى: (ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم) [الأنعام: ١٠٨]، وقوله تعالى: (ولقد علمتم الذين اعتدوا منكم في السبت) [البقرة: ٦٥]؛ فذمهم لكونهم تذرعوا للصيد يوم السبت المحرم عليهم بحبس الصيد يوم الجمعة، ومنها أيضاً قوله ﷺ: "لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها".^(٢)

(١) - انظر الفروق: القرافي، ٣٢/٢.

(٢) - صحيح البخاري بلفظ قاتل الله اليهود، كتاب البيوع، باب: لا يذاب شحم الميتة ولا يباع ودكه، ٨٢/٣، مسند أحمد: مسند عبد الله بن عباس، ٩٥/٤.

فقد لعن الله اليهود لأنهم تذرّعوا إلى الحرام بالتحايل على نهي الله لهم عن أكل شحوم الحيوانات، وأيضاً بقوله ﷺ: (لا يقبل الله شهادة خصم ولا ظنين)، والظنين هو: المتهم في دينه^(١)؛ خشية الشهادة بالباطل، ومنها أيضاً منع شهادة الآباء للأبناء والعكس^(٢).

فقد ظهر في هذه الأدلة احتياط الشارع لدرء المفساد، وذلك بمنع وسائلها المفضية إليها، وهذا هو معنى مبدأ سدّ الذرائع.

المثال الثاني: ما فعله عمر رضي الله عنه؛ حيث قام بجلد الثلاثة الذين شهدوا بالزنا عندما لم تكمل عدتهم الأربعة، وعلل الفقهاء حدّه لهم بأنه سدّ لذريعة أن يتخذ الناس الشهادة بالزنا وسيلة لقذف أعراض الآخرين، ولإشاعة الفاحشة بين المؤمنين؛ ظناً منهم أنهم لن يُحدوا حدّ القذف^(٣). وقد حكم بهذا سيدنا عمر بمحضر من الصحابة من غير نكير فصار إجماعاً؛ وفق عبارة الزيلعي الحنفي وابن قدامة المقدسي الحنبلي^(٤).

فقد احتاط سيدنا عمر لأعراض الناس؛ فحدّ الشهود الذين لم يبلغ عددهم نصاب شهود الزنا؛ منعاً لمفسدة إشاعة الفاحشة بين الناس بحجة الشهادة بالزنا^(٥).

المثال الثالث: قتل الجماعة بالواحد، لقد اتفق الفقهاء على وجوب القصاص من الجماعة إن قتلوا واحداً، وإن اختلفوا في بعض تفاصيل المسألة^(٦). وعللوا ذلك فقالوا: الغرض الأظهر من القصاص الزجر ومنع القتل، ولو لم تقتل الجماعة بالواحد لقام الجناة بالتعاون على الجناية، ويصير عدم تجريمهم ذريعة عامة مفضية إلى القتل^(٧).

إن عدم أخذ القصاص من الجماعة إن اجتمعوا على قتل واحد قد يؤدي إلى مفسدة، وهي كثرة القتل التي ستنشأ عن اجتماع الناس على قتل الواحد؛ لعدم تخوفهم من القصاص في هذه الحالة؛ لأن

(١) - مصنف عبد الرزاق: كتاب الشهادات، باب: لا يقبل متهم، ولا جار إلى نفسه، ولا ظنين، ٣٢٠/٨، والحديث مرسل وفيه ضعف. انظر التلخيص الحبير: ابن حجر العسقلاني، ٤٩٠/٤، ولفظه عن أبي هريرة قال: (بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم منادياً في السوق: "أنه لا تجوز شهادة خصم، ولا ظنين"، قيل: وما الظنين؟ قال: "المتهم في دينه").

(٢) - انظر الفروق: القرافي، ٢٦٦/٣.

(٣) - انظر الحاوي الكبير: الماوردي، ٢٣٢/١٣، وانظر نهاية المحتاج: الرملي، ٤٣٧/٧، المبسوط: السرخسي، ٣٧/٩، الذخيرة: القرافي، ٥٥/١٢، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٧٢/٩.

(٤) - انظر تبيين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١٩٢/٣، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٧٢/٩.

(٥) - والحادثة هي: كان المغيرة بن شعبة أميراً على البصرة من قبل عمر، وكان منكاحاً فخلا بامرأة في دار كان ينزلها وينزل معه فيها أبو بكر، ونافع وشبل بن معبد ونفيع وزباد بن أمية، وكان جميعهم من ثقيف فهبت ريح فتحت الباب عن المغيرة فرأوه على بطن المرأة يفعل بها ما يفعل الزوج بزوجته، فلما أصبحوا تقدم المغيرة في المسجد ليصلي؛ فقال له أبو بكر: تتج عن مصلانا، وانتشرت القصة، فبلغت عمر؛ فكتبوا وكتب أن يرفعوا جميعاً إليه؛ فلما قدموا عليه حضروا مجلسه بدأ أبو بكر فشهد بالزنا ووصفه؛ فقال علي للمغيرة: ذهب ربعك، ثم شهد بعده نافع؛ فقال علي للمغيرة: ذهب نصفك، ثم شهد بعده شبل بن معبد؛ فقال علي للمغيرة: ذهب ثلاثة أرباعك، وقال عمر: أودّ الأربعة، وأقبل زياد ليشهد؛ فقال له عمر: إياها يا سرح العقاب.. قل ما عندك، وأرجو أن لا يفضح الله على يدك أحداً من أصحاب رسول الله ﷺ؛ فقتبه زياد فقال: رأيت أرجلاً مختلفة، وأنفاً عالية، ورأيت على بطنها، وأن رجليها على كتفيه كأنهما أذنا حمار، ولا أعلم ما وراء ذلك، فقال عمر: الله أكبر يا أخي، قم فاجلد هؤلاء الثلاثة، فجلدوا جلد القذف. انظر مستدرک الحاكم: ٥٠٧/٣.

(٦) - انظر المبسوط: السرخسي، ٧٣/٢٤، البحر الرائق: ابن نجيم، ٣٢٧/٨، التاج والإكليل: العبدري، ٣٠٧/٨، نهاية المحتاج: الرملي، ٢٧٥/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٩٠/٨، الإنصاف: المرادوي، ٤٤٨/٩.

(٧) - انظر نهاية المطلب في دراية المذهب: الجويني، ٣٣/١٦.

القصاص لو سقط بالاشتراك؛ لأدى إلى التسارع إلى القتل به، فيؤدي إلى إسقاط حكمة الردع والزجر التي شرع القصاص لأجل تحصيلها.^(١)

هذا ما دفع سيدنا عمر إلى قتل الجماعة بالواحد، وقوله بعد ذلك: (لو اشترك فيها أهل صنعاء لقتلتهم).^(٢)

إن عدم أخذ القصاص من الجماعة يؤدي إلى مفسدة عظيمة وهي إسقاط القصاص بالكلية؛ فكلما أراد أحد قتل أحد استعان بغيره ليسقط القصاص عن نفسه، وهذه مفسدة عظيمة جداً، وهنا تأتي أهمية الاحتياط.^(٣)

المطلب الثاني: العناية بالمقاصد الشرعية من خلال تشريع وسائلها

هذا المبدأ هو عكس مبدأ سدّ الذرائع حيث يمنع الشرع أو المجتهد الوسيلة إذا أدت إلى مفسدة، أما في تشريع الوسائل فيحتاج الشرع أو المجتهد في تشريع الوسيلة رعاية للمقاصد والمصالح التي يريها الشارع.

هذا هو المعنى العام لتشريع الوسائل عناية بالمقاصد، أو ما يُعرف عند الفقهاء باسم فتح الذرائع؛ فإذا كان سدّ الذرائع يشكل جانب تشريع الترك في الاحتياط؛ فإن فتح الذرائع يشكل جانب تشريع الفعل في الاحتياط، وهذا الكلام يعتمد على المبدأ القائل: (الوسائل لها حكم المقاصد)؛ فإذا كان المقصد ممنوعاً أخذت وسيلته حكمه فمُنعت، وإن كان المقصد مشروعاً أخذت وسيلته حكمه فشُرعت.^(٤) وبيان هذا فيما يلي:

أولاً: معنى المقاصد والوسائل وفتح الذرائع

المقاصد مفردتها مقصد، وهو في اللغة المكان المطلوب أو الوجهة المطلوبة، أو مكان القصد.^(٥) أما في الاصطلاح فتستعمل هذه الكلمة وفق معنيين؛ الأول وهو أن المقاصد هي: المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها؛ بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة.^(٦) لكن هذا المعنى غير مراد هنا في هذا المطلب، والمراد هو ما استخدمه الفقهاء في بيان معنى كلمة المقاصد وهي: (الأشياء المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها).^(٧) فهي إذاً الأحكام

(١) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٩٠/٨، وانظر منه: ٢٦٩/٨.

(٢) - صحيح البخاري: كتاب الديات، باب إذا أصاب قوم من رجل، هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم، ٨/٩.

(٣) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٦٩/٨.

(٤) - انظر الفوائد في اختصار المقاصد: عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، ٦٦٠هـ، دار الفكر، دمشق، ١، ١٤١٦هـ، تحقيق: إياد الطباع، ص ٤٣، شرح مختصر الروضة: الصرصري، ٨٩/٣، الفروق: القرافي، ٣٣/٢، فتح العزيز بشرح الوجيز: عبد الكريم بن محمد أبو القاسم الرافعي، ٦٢٣هـ، دار الفكر، دط، دبت، ٧١/٧، حاشية البجيرمي على الخطيب: ٤٠٧/٣، كشاف القناع: البهوتي، ٢٨٣/١.

(٥) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٣٥٣/٣، المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ٥٠٤/٢.

(٦) - انظر الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٢٩/٣٨.

(٧) - تهذيب الفروق: محمد علي بن حسين بن ابراهيم المالكي، ١٨٧٠هـ، مطبوع مع الفروق، عالم الكتب، دط، دبت، ٤٢/٢.

الأحكام التي شرعها الشارع أو حظرها؛ بسبب اشتغالها على المصالح أو المفاصد في أنفسها دون حاجة إلى وسيلة أخرى.

والوسائل في اللغة هي جمع وسيلة، والوسيلة هي: ما يُتوصَّل به إلى الشيء ويُتقَرَّب به.^(١) أما المقصود بالوسائل هنا فهو: ما يتوصَّل بها إلى المقاصد التي تشتمل على المصالح والمفاصد في أنفسها؛ حيث إن الفقهاء استعملوا الوسائل هنا بمعناها اللغوي بأنها ما يُتوصَّل به إلى المقاصد. أو هي كما جاء في تهذيب الفروق: (الطرق المفضية إلى المقاصد).^(٢) أو هي كما عرفها الشاطبي: (وسائل غير مقصودة لأنفسها، وإنما هي تبع للمقاصد بحيث لو سقطت المقاصد سقطت الوسائل).^(٣) أو هي: الأعمال غير المقصودة لعينها وإنما مقصودة للعمل بما يوصل إلى المقاصد.^(٤)

مثال: حفظ المال من المقاصد، وتشريع العقاب على سرقة المال من الوسائل لحماية مقصد حفظ المال؛ فإن كان حفظ المال من الواجبات فإن حمايته بتشريع العقاب على تفويت هذه المصلحة تكون واجبة؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.^(٥)

فتح الذرائع

إن المصلحة الشرعية التي حفظها الشرع لا بدَّ لها من وسيلة تسهِّل الوصول إلى تلك المصلحة؛ ومن أجل رعاية تلك المصلحة تأخذ الوسيلة إليها حكمها؛ لذا قالوا: (الوسائل لها أحكام المقاصد). إن تشريع الوسائل حمايةً للمقاصد يقوم في الحقيقة على الاحتياط لهذه الوسائل وحمايتها. فيكون معنى فتح الذرائع هو: تشريع وسائل المقاصد وإعطاؤها أحكامها رعايةً لها.

يقول القرافي: (اعلم أن الذريعة كما يجب سدّها يجب فتحها، وتكره وتندب وتباح؛ فإن الذريعة هي الوسيلة، فكما أن وسيلة المحرم محرمة فوسيلة الواجب واجبة).^(٦) إن فتح الذرائع يقوم على قاعدة: (ما لا لا يتم الواجب إلا به فهو واجب).^(٧) قال القرافي: (وجوب الوسائل تبعٌ لوجوب المقاصد، ولأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب).^(٨) وعلى هذا تكون: (الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى

(١) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٧٢٥/١١، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية: أبو نصر الفارابي، ١٨٤١/٥.

(٢) - تهذيب الفروق: محمد علي بن حسين، ٤٢/٢.

(٣) - الموافقات: الشاطبي، ٣٥٣/٢.

(٤) - انظر قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ١٩٨/١.

(٥) - انظر الفروق: القرافي، ١١١/١.

(٦) - المرجع السابق: ٣٣/٢.

(٧) - انظر العدة في أصول الفقه: محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، ٤٥٨ هـ، الناشر المحقق: أحمد بن علي المبارك، ط ٢، ١٩٩٠ م، ٤١٩/٢، المستصفى: الغزالي، ص ٥٧، الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ٨٨/٢، المنثور في القواعد: ٢١٩/١.

(٨) - الفروق: القرافي، ١٦٦/١.

وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما يتوسط متوسطة).^(١) وقال المالكية: (يجب فتح الذريعة إلى الواجب، ويندب فتحها إلى المندوب).^(٢)

هذا يعني أن حكمها يدور مع حكم المقاصد. يدخل مبدأ فتح الذرائع تحت جانب الفعل في الاحتياط، ويشكل ركناً هاماً في تشريع كثير من الوسائل التي تحمي المقاصد احتياطاً.

ثانياً: تطبيقات

تشريع القصاص: إن من المقاصد المهمة التي سعى الشارع إلى حفظها وحمايتها حفظ النفس، ومن أجل تحقيق هذا المقصد شرع مجموعة من الوسائل، ومن هذه الوسائل القصاص؛ الذي يتحقق به حفظ النفوس، عن طريق ردع من يفكر في القتل، عندما يعلم أن عقوبة الإعدام على القتل هي القصاص.^(٣)

تشريع الحدود والتعازير: وذلك أن تشريع عقوبات الحدود والتعازير يقوم على رعاية المصالح الشرعية المعتبرة؛ فحياة الناس تقوم على المصالح؛ وهي حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، ولا يمكن أن تتوافر معاني الحياة الإنسانية الكريمة إلا بتوافر هذه المصالح.

هذه المصالح هي المقاصد العظمى التي سعت الشريعة إلى حمايتها؛ فمنعت أي اعتداء يمتد إليها؛ بتقرير العقاب الصارم على من يقع منه هذا الاعتداء؛ فكان هذا العقاب وسيلة لحماية هذه المصالح.^(٤)

المصالح.^(٤)

فحمت الشريعة مقصد حفظ الدين بتشريع عقوبة الردة، وحمت مقصد حفظ النفس بتشريع القصاص، وحمت مقصد حفظ العقل بتشريع عقوبة حد الشرب، وحمت مقصد حفظ النسل بتشريع عقوبة حد الزنا، وحمت مقصد حفظ المال عندما شرعت عقوبة حد السرقة.^(٥) وكذا كان تشريع العقوبات التعزيرية لتكميل حماية تلك الوسائل من الاعتداء عليها فيما لم يرد فيه نص لبيان عقوبة معينة.^(٦)

كل هذا يدخل تحت مبدأ فتح الذرائع؛ فلما كان الحفاظ على هذه المقاصد واجباً كانت الوسيلة المؤدية للمحافظة عليها واجبة كذلك؛ ومن هذه الوسائل تشريع الحدود الحامية لها من عبث العابثين.

المطلب الثالث: الدرء بالشبهة

يعد مبدأ الدرء بالشبهة من أهم مظاهر عمل الشرع والفقهاء بمبدأ الاحتياط، وهذا المبدأ مأخوذ من الأصل الذي تلقته الأمة بالقبول وهو: (تدراً الحدود بالشبهات).^(٧)

(١) - تهذيب الفروق: محمد علي بن حسين، ٤٤/٢.

(٢) - الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع: حسن بن عمر بن عبد الله السيناوي المالكي، ١٣٤٧هـ، مطبعة النهضة، تونس، ط١، ١٩٢٨م، ٦٢/٣.

(٣) - انظر البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ١٥٨/٧-١٥٩.

(٤) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ٣٤.

(٥) - انظر نهاية السؤل: الإسنوي، ص ٣٢٦، العقوبة: أبو زهرة، ص ٣٣-٣٤.

(٦) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ٧٥+٦٩.

(٧) - سبق بيان القول في هذا المبدأ وأن الأمة قد تلقتة بالقبول: ص...

ويعدّ هذا المظهر خاصاً بمسائل الفقه الجنائي؛ سواء كان ذلك في أصول هذا الفقه أو قواعده أو فروعه، وهذا ما ستكشفه لنا هذه الرسالة.

الأسس التي يقوم عليها مبدأ الدرء بالشبهة

إن الدرء بالشبهة يقوم على مبدأ إزالة الضرر، وهذه الإزالة مطلوبة شرعاً؛ فالعقوبة مع وجود الشبهة التي تُحدث الشك قد توقع في الخطأ بعقاب من لا يستحق العقاب، وهذا ضرر يجب إزالته، وطريق إزالته هو درء أصل العقوبة بالشبهة، وفي ذلك يقول الشوكاني^(١): (لا شك أن إقامة الحد إضرار بمن لا يجوز الإضرار به، وهو قبيح عقلاً وشرعاً؛ فلا يجوز منه إلا ما أجازته الشارع كالحُدود والقصاص وما أشبه ذلك بعد حصول اليقين؛ لأن مجرد الحُدس والتهمة والشك مظنة للخطأ والغلط، وما كان كذلك فلا يستباح به تأليم المسلم وإضراره بلا خلاف).^(٢)

ثم إن العقاب في أصله محظورٌ إلا بوجود ما يبرره من نص أو مصلحة عامة تامة؛ فإذا قامت الشبهة على درئه فهذا يعني أنها موافقة للأصل في المنع والحظر فيُعمل بها ويُدرأ الحد، وهذا ما أفاده العز بن عبد السلام في قوله: (وإنما غلب درء الحدود مع تحقق الشبهة؛ لأن المصلحة العظمى في استيفاء الإنسان لعبادة الديان، والحدود أسباب محظورة؛ فلا تثبت إلا عند كمال المفسدة وتمحّضها).^(٣)

لكن هل احتج كل العلماء بهذا المبدأ، وكيف يكون الاحتجاج به عند من قال به؟، هذا ما ستوضحه الفقرات التالية:

أولاً: أقوال العلماء في الاحتجاج بالدرء بالشبهة

ذهب جماهير الفقهاء إلى الاحتجاج بهذا المبدأ، ومنهم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وإن اختلفوا في بعض المسائل إلا أنهم متفقون على أصل الاحتجاج بهذا المبدأ بصورة عامة، في حين رفض الظاهرية الاحتجاج به.^(٤)

ونبدأ بمذهب الجمهور؛ فقد حكى بعض علمائهم الإجماع في المسألة ومنهم ابن الهمام؛ فقال: (إجماع فقهاء الأمصار على أن "الحدود تدرأ بالشبهات" كفايةً).^(٥)

وكذا ابن المنذر النيسابوري^(١)؛ حيث نقل عنه ابن قدامة قوله: (أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تُدرأ بالشبه).^(٢)

(١) - الشوكاني: محمد بن علي بن محمد، من كبار علماء اليمن، ومن المكثرين في التصنيف، له (إرشاد الفحول) في علم أصول الفقه، و(نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار) في الحديث، و(السييل الجرار) في شرح الأزهار في علم الفقه، توفي: ١٢٥٠هـ. انظر البدر الطالع: الشوكاني، ٢/٢١٤.

(٢) - نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار شرح منتقى الأخبار: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ١٢٥٠هـ، دار الجيل، بيروت، د. ط، ١٩٧٣م، ٧/١٢٤.

(٣) - انظر قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ١٦١/٢.

(٤) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٧٢/١٨، شرح مختصر خليل: الخرشي، ١٠١/٨، مختصر المزني: ٢٣٧/٨، الكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة المقدسي، ٧٤/٤، السيل الجرار: الشوكاني، ص ٨٥٢، وانظر مذهب الظاهرية: المحلى: ابن حزم، ٥٧/١٢.

(٥) - فتح القدير: ابن الهمام، ٢٤٩/٥.

وأبرز ما استدلل به الجمهور لهذا المبدأ ما يلي:

- ١ - حديث: (تدراً بالحدود بالشبهات) وبالروايات الأخرى التي تفيد معناه.^(٣)
 - ٢ - ببعض الآثار الواردة عن بعض الصحابة، ومنها: ما يروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: (لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات).^(٤) وعن عبد الله بن مسعود^(٥): (ادروا الحدود ما استطعتم، فإنكم إن تخطئوا في العفو خير من أن تخطئوا في العقوبة، وإذا وجدتم لمسلم مخرجاً فادروا عنه الحد).^(٦) هذه الآثار وإن كانت ضعيفة لكنها تدلّ بمجموعها على هذا المبدأ.
 - ٣ - بفعل النبي ﷺ؛ حيث إنهم لاحظوا درء الحدود بالشبهات من خلال مجموعة من الوقائع، ومنها واقعة مراجعة النبي ﷺ لماعز^(٧)؛ بل وتلقيه الرجوع عن إقراره عندما أتاها يعترف بالزنا؛ حيث دلّت مراجعته له وتبته منه على أن النبي ﷺ كان يتثبت بصورة عالية الاحتياط؛ عسى أن يدرأ الحد بشبهة تحصل في كلام ماعز.^(٨)
 - ٤ - وبالإجماع الذي حكاه ابن المنذر فيما نقله لنا ابن قدامة، وبما حكاه ابن الهمام، والإجماع المقصود هنا هو ما أجمع عليه علماء الأمة عدا الظاهرية.
 - ٥ - واستدلوا أيضاً بمجموع الآيات التي تحضّ الحاكم على الحكم بالعدل والتثبت في الأخبار.^(٩)
- أما مذهب الظاهرية؛ فقد قالوا: بعدم حجية هذا المبدأ، ويقول ابن حزم: (ذهب أصحابنا إلى أن الحدود لا يحل أن تُدراً بشبهة).^(١٠)
- واستدلّوا لهذا الكلام بمجموعة من الأدلة منها:

(١) - ابن المنذر النيسابوري: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، وصنف في اختلاف العلماء كتباً كثيرة منها كتاب الأشراف، وكتاب المبسوط، وكتاب الإجماع، توفي: ٣١٠ هـ. سير أعلام النبلاء: الذهبي، ٤٩١/١٤، وفيات الأعيان: ابن خلكان، ٢٠٧/٤.

(٢) - المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٧/٩.

(٣) - وقد سبق وبيننا تخريجه ص ٩٢، وانظر كلام الشوكاني في الاستدلال بهذا الحديث في نيل الأوطار: الشوكاني، ١٢٤/٧.

(٤) - انظر استدلال الجمهور في البناية شرح الهداية: المرغيناني، العيني، ٢٥٩/٦، مصنف ابن أبي شيبة: كتاب الحدود، في درء الحدود بالشبهات، ٥١١/٥، والحديث ضعيف. انظر نصب الراية: أبو محمد الزيلعي، ٣٣٣/٣.

(٥) - عبد الله بن مسعود: عبد الله بن مسعود بن غافل الهذلي، صاحب رسول الله ﷺ، من المكثرين من الرواية، وكان أقرب الناس هدياً وسمناً من رسول الله، توفي: ٣٢ هـ. انظر الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، ٣٦٨/٢.

(٦) - انظر الاستدلال في المبسوط: السرخسي، ٥٥/٩، السنن الكبرى: البيهقي، ٤١٤/٨، ويروى قريب منه عن عمر بن عبد العزيز في حلية الأولياء وطبقات الأصفياء: أحمد بن عبد الله بن أحمد أبو نعيم الأصبهاني، ٤٣٠ هـ، دار السعادة، القاهرة، د. ط، ١٩٧٤م، ٣١١/٥.

(٧) - ماعز: ماعز بن مالك الأسلمي، صاحب رسول الله ﷺ. انظر أسد الغابة في معرفة الصحابة: أبو السعادات الجزري، ٦/٥، الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، ٥٢١/٥.

(٨) - انظر الاستدلال في: فتح القدير: ابن الهمام، ٢٤٩/٥، حاشية ابن عابدين: ١٨/٤، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٨/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٧٠/٩، وانظر واقعة ماعز في: صحيح البخاري: كتاب الحدود، باب: هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمرت، ١٦٧/٨، سنن أبي داود: كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك، ١٤٨/٤.

(٩) - انظر الاستدلال في: تفسير القرطبي: ٣٣١/١٦.

(١٠) - المحلى: ابن حزم، ٥٧/١٢.

١ - قوله تعالى: (تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا) [البقرة: ٢٢٩]؛ فالحدود من الأمور التي وضعها الله عز وجل؛ فلا يجوز للإنسان أن يعمل عقله في إسقاطها، ولا يجوز له أن يدرأ شيئاً منها بعد ثبوته بأي وسيلة كانت؛ لأنها من فرائض الله تعالى.^(١) والرد على هذا الكلام بأن فعل النبي ﷺ ودره الحد بالشبهات يخصص عموم هذه الآية؛ ثم إن الدر بالشبهة لا يقوم على الهوى؛ بل على مجموعة من الأدلة التي ذكرناها سابقاً.

٢ - إن النصوص التي تدعو إلى درء الحدود بالشبهات لا تحدد ما هي هذه الشبهات؛ ولا سبيل إلى الوصول إلى الأفعال التي يمكن أن يطلق عليها اسم الشبهة، وبالتالي فلا تُدرأ الحدود بالشبهات.^(٢) بالشبهات.^(٣) ويمكن الرد على هذا الكلام بأنه تعطيل للنص؛ إذ كيف ينص الشارع على درء الحدود بالشبهات ثم لا يكون هناك سبيل إلى معرفة الفعل المكوّن للشبهة؟!.

٣ - إن إعمال النصوص التي تدعو إلى الدرء قد يؤدي إلى إبطال الحدود وإيقافها.^(٤) ويمكن الرد على على هذا الكلام بأنه غير دقيق وغير واقعي؛ فلم يؤدّ الدرء في يوم من الأيام إلى إبطال الحدود وإيقافها.

وقد ردّ ابن حزم أحاديث الجمهور بتضعيفها.^(٥)

والردّ على هذا: أن هذه الروايات وإن كانت ضعيفة إلا أنها بمجموعها تشكّل قوة لا بأس بها، ثم إن عمل جمهور الأمة بهذا الأصل يدفع ما ذكره ابن حزم؛ فقد تلقت الأمة هذا المبدأ بالقبول.^(٦) وبعض عرض الأقوال والأدلة ومناقشتها يمكن القول: إن مذهب الجمهور هو الراجح في المسألة لقوة الأدلة الواردة فيها، ولعمل النبي ﷺ، ولأن السواد الأعظم من الأمة على قبول هذا المبدأ وعملهم به. ثانياً: تطبيقات^(٧)

ستعرض التطبيقات في هذه الفقرة بناءً على تقسيم علماء المذاهب الأربعة للشبهة، ويقول ابن الهمام في هذا السياق: (الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت، وللفقهاء في تقسيمها وتسميتها اصطلاحات).^(٨)

ثم راح يبيّن هذه التقسيمات، وستعرض هذه التقسيمات بصورة مختصرة عن طريق بيان معنى كل قسم، ثم ذكر بعض الفروع في لمحة موجزة؛ ليظهر المسلك الاحتياطي للفقهاء في هذه الفروع.

(١) - انظر المحلى: ابن حزم، ٥٨-٥٧/١٢.

(٢) - انظر المرجع السابق: ٦٠/١٢.

(٣) - انظر المرجع السابق.

(٤) - انظر المرجع السابق: ١٠٣/٧-١٠٤ وانظر أيضاً: ٥٨-٥٧/١٢.

(٥) - انظر المناقشة في فتح القدير: ابن الهمام، ٢٤٩/٥، كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٤٥١/١، الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ١٠٨.

(٦) - استعنث في تقسيمات هذه الفقرة وتطبيقاتها برسالة الشبهة وأثرها في الحدود والقصاص: إلهام محمد علي طوير، أطروحة ماجستير، مقدّمة لجامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠٠٨م، من ص ٦١، وحتى ص ٦٩.

(٧) - فتح القدير: ابن الهمام، ٢٤٩/٥.

الفرع الأول: أقسام الشبهة الدائرة للحد عند الحنفية

وهي عندهم على ثلاثة أقسام: شبهة في الفعل، وشبهة في المحل، وشبهة في العقد.

القسم الأول: شبهة في الفعل: وهي ما سَمَّاه الحنفية شبهة اشتباه، ومعناها: الشبهة الحاصلة في حق من اشتبه عليه الفعل من حيث حلّه وحرّمته؛ فأقدم على الفعل من غير أن يستند إلى دليل شرعي معتبر؛ فظنّ غير الدليل دليلاً؛ ثم وقع في المحذور بناءً على هذا الظن. ^(١) وقد أفاد الحنفية أنه لا بد أن يكون هناك ظنّ من المكلف بالحلّ، كي تقوى الشبهة على درء الحد. ^(٢) مثال هذه الشبهة: وطء معتدته التي طلقها ثلاثاً ظناً منه أنها تحلّ له. ^(٣) إن المطلقة ثلاثاً يحرم وطؤها في العدة على مطلقها. ^(٤) لكنه في مسألتنا ظنّ أنها تحلّ له، وربما قام هذا الظن على استمرار بقاء بعض أحكام الزوجية بينه وبينها، كما عبّر ابن عابدين عن هذا بقوله: (فكان مظنة حل الوطء... بقاء أثر الفراش في المعتدة؛ من وجوب النفقة وحرمة تزوج أختها مظنة لتوهم حل وطئها). ^(٥)

وبالتالي تدخل الشبهة إلى هذا الوطء فيمتنع تطبيق الحدّ على الواطئ احتياطاً لوجود شبهة في الفعل.

إن وطء معتدة الثلاث بظن الحلّ يورث شبهة تدرأ الحدّ إذا كان قائماً على دليل الحل، ولو كان ضعيفاً، أما إن لم يقيم على دليل أصلاً فلا قيمة لهذا الظن، وذلك كمن وطئ أجنبية على فراشه ظناً منه أنها زوجته، فهو ظنّ لا يقوم على دليل؛ فكان لغواً كما عبّر عن هذا السرخسي. ^(٦) وذلك أن طول الصحبة للزوجة يمنع عنه هذا الاشتباه؛ فلم يكن الظن مستنداً في هذه الحالة إلى دليل، وهذا لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها. ^(٧)

القسم الثاني: شبهة المحل: أو الشبهة الحكمية، وهي الشبهة الحاصلة بسبب وجود دليل رافع للحرمة، فيباشر المكلف الفعل بناءً على هذا الدليل؛ فيسقط عنه الحد. ^(٨) وتسمى هذه الشبهة أحياناً بشبهة الملك. ^(٩) وسميت شبهة محلّ لتعلق الشبهة بحكم الشرع بحلّ المحل. ^(١٠) والفرق بين هذه الشبهة والتي سبقتها أن الأولى يرجع الاشتباه فيها إلى ظن المشتبه، في حين يرجع الاشتباه هنا إلى الدليل المتعلق

(١) - انظر المبسوط: السرخسي، ٥٣/٩، الهداية: المرغيناني، ٣٤٤/٢، تبين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١٧٥/٣، حاشية ابن عابدين: ٥/٤.

(٢) - انظر حاشية ابن عابدين: ٥/٤.

(٣) - حاشية ابن عابدين: ٥/٤.

(٤) - انظر المبسوط: السرخسي، ٢/٦، حاشية ابن عابدين: ٢٨٥/٣، شرح مختصر خليل الخرشي: ٢١٥/٣، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢١٩/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٠٥/٧.

(٥) - حاشية ابن عابدين: ٢١/٤.

(٦) - انظر المبسوط: السرخسي، ٥٧/٩.

(٧) - الهداية: المرغيناني، ٣٤٦/٢.

(٨) - انظر المرجع السابق: ٣٤٤/٢، حاشية ابن عابدين: ١٨-١٩.

(٩) - انظر تبين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١٧٦/٣.

(١٠) - انظر حاشية ابن عابدين: ١٩/٤.

بمحل الشبهة؛ لذا كانت شبهة المحل أقوى من شبهة الفعل في إسقاط الحد؛ لأنها تقوم بركن الجريمة الشرعي وهو الدليل.

مثال هذه الشبهة: سرقة مال الولد:

إن النصوص العامة تفيد معاقبة كل من يصدق عليه اسم السارق، ومنها قوله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) [المائدة: ٣٨].

لكن هناك أحاديث تفيد إباحة مال الولد لوالده، ومنها قوله ﷺ عن جابر بن عبد الله، أن رجلاً قال: يا رسول الله إن لي مالاً وولداً، وإن أبي يريد أن يجتاح مالي، فقال: "أنت ومالك لأبيك".^(١)

إذاً نحن أمام دليل يفيد أن مال الولد لأبيه، وهذا يؤدي إلى حصول شبهة في الملك؛ خاصة أن الحديث الشريف قد اعتبر مال الولد مباحاً للأب؛ واللام هنا تفيد التمليك مما يجعل الشبهة قوية.^(٢)

ويقول في ذلك الكاساني: (ظاهر إضافة مال الابن إلى الأب بحرف اللام يقتضي حقيقة الملك، فلئن تقاعد عن إفادة الحقيقة؛ فلا يتقاعد على إيراث الشبهة أو حق الملك).^(٣)

من أجل هذا الاشتباه لجأ جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية ومالك والشافعية والحنابلة إلى إسقاط الحد في هذه الحالة عن الوالد إذا سرق مال ولده؛ احتياطاً لشبهة الملك التي أفادها الحديث الشريف.^(٤)

القسم الثالث: شبهة العقل وقال أبو حنيفة

تقوم هذه الشبهة عند أبي حنيفة على أن صورة العقد عندما تكون حاضرة وإن كانت ناقصة يمكن أن تترتب آثارها عليها؛ فإن هذه الصورة تكفي لتكوين شبهة تدرأ الحد عن المكلف.^(٥)

وبالمثال يتضح الكلام: لو عقد على إحدى محارمه ثم وطئها، فهل تعتبر صورة العقد شبهة تدرأ الحد؟ ذهب أبو حنيفة إلى اعتبار وجود صورة العقد وإن لم تترتب عليه آثاره شبهة تدرأ الحد عن المكلف؛ سواء علم بجرمتها عليه أو لم يعلم.^(٦)

وقد نص ابن عابدين على أن حكم شبهة العقد عند أبي حنيفة هو حكم شبهة المحل في إسقاط الحد.^(٧)

(١) - سنن ابن ماجه: كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، ٧٦٩/٢، والحديث ضعيف. انظر التلخيص الحبير: ابن حجر العسقلاني، ٤٠١/٣.

(٢) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٧٠/٧.

(٣) - المرجع السابق: ٣٥/٧.

(٤) - انظر العناية شرح الهداية: البابرتي، ٢٢١/١٠، شرح مختصر خليل: الخرشى، ٩٦/٨، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٥٦/٤، كشاف القناع على متن الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ١٤١/٦.

(٥) - انظر الاختيار لتعليل المختار: مجد الدين أبو الفضل، ٩٠/٤، البناية شرح الهداية: المرغيناني، العيني، ٢٩٨/٦، درر الحكام شرح غرر الأحكام: ملا خسرو، ٦٥/٢.

(٦) - انظر تحفة الفقهاء: ١٣٩/٣، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٥٩/٥، تبيين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١١٥/٢.

(٧) - انظر حاشية ابن عابدين: ٢٥/٤.

ثم قال أبو حنيفة: إذا كان عالماً بتحريمها عليه؛ فيجب عليه في هذه الحالة المهر ويعاقب عقوبة هي أشد ما يكون من التعزير سياسة لا حداً مقدراً شرعاً، وإذا لم يكن عالماً فلا حد عليه ولا عقوبة تعزيرية.^(١)

في حين ذهب **الصاحبان** إلى وجوب الحد إذا علم بالحرمة، وإن لم يعلم بالحرمة فلا حد عليه وإنما التعزير.^(٢) وقالوا: وجود التزويج في الصورة السابقة لا يوجب شبهة.^(٣)

هذا يعني أنه في حالة العلم لا يعود لصورة العقد أهمية عند الصاحبين؛ خلافاً لحالة الجهل عندهما. أضف إلى هذه المسألة ما يلي: إذا عقد على إحدى النساء التاليات ثم وطئها: المطلقة الثلاث، ومنكوحة الغير، ومعتدة الغير، ونكاح الخامسة، وأخت المرأة في عدتها؛ فالحكم كما سبق عند أبي حنيفة لا حد عليه سواء كان عالماً بالحرمة أو لا، ويجب الحد عند الصاحبين إن كان عالماً، وإلا فالتعزير.^(٤) فالاحتياط عند أبي حنيفة ظهر في درئه الحد لوجود شبهة العقد في هذه الصور، أما الصاحبان فلم يعتبرها هذه الصورة كافية لداء الحد حالة العلم.

الفرع الثاني: تقسيمات المالكية

الشبهة الدائرة للحد عند المالكية ثلاثة أقسام:

الشبهة الأولى: الشبهة في الواطئ

وهي الشبهة التي تحصل بسبب جهل الواطئ غير المطابق للواقع.^(٥)

مثالها: وطئ أجنبية وهو يعتقد أنها زوجته.^(٦)

أثرها: تحصل الشبهة هنا بسبب التعارض الحاصل بين اعتقاده الحل وبين عدم مطابقة هذا الاعتقاد للحقيقة والواقع؛ فيحصل التعارض بين إيجاب الحد عليه وعدم إيجابه، وبسبب هذا التعارض تحصل الشبهة فيسقط الحد عند المالكية.^(٧)

ومعنى هذه الشبهة قريب من شبهة الفعل عند الحنفية.

الشبهة الثانية: الشبهة في الموطوءة

وهي الشبهة الحاصلة بسبب الاشتراك في الموطوءة.^(٨)

مثالها: الأمة المشتركة إذا وطئها أحد الشريكين.^(٩)

(١) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٥٩/٥.

(٢) - انظر تحفة الفقهاء: ١٣٩/٣، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٥٩/٥، حاشية ابن عابدين: ٢٥/٤.

(٣) - انظر تحفة الفقهاء: ١٣٩/٣، وانظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٦٠/٥.

(٤) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٦٠/٥.

(٥) - انظر تهذيب الفروق: محمد علي بن حسين، ٢٠٢/٤.

(٦) - انظر شرح مختصر خليل: الخرشي، ٢٧٨/٣، تهذيب الفروق: محمد علي بن حسين، ٢٠٢/٤.

(٧) - انظر تهذيب الفروق: محمد علي بن حسين، ٢٠٢/٤.

(٨) - انظر المرجع السابق: ٢٠٢/٤.

(٩) - انظر شرح مختصر خليل: الخرشي، ٧٨/٨، تهذيب الفروق: محمد علي بن حسين، ٢٠٢/٤.

أثرها: تحصل الشبهة هنا بسبب التعارض الحاصل بين كون أحد الشريكين له في الأمة نصيب وهذا يقتضي رفع الحد عنه، وبين ما فيها من ملك غيره وهذا يقتضي الحد؛ فحصل الاشتباه، وسقط الحد.^(١)

وبعد أن يسقط الحد يؤدب الواطئ أي يُعزّر.^(٢)

الشبهة الثالثة: الشبهة في الطريق

وهي الشبهة الحاصلة بسبب اختلاف العلماء في حلّ الفعل.^(٣)

مثالها: الوطء بعد نكاح المتعة المختلف في إباحته.

أثرها: تحصل الشبهة بسبب الاختلاف بين العلماء في الإباحة؛ فعلى قول المبيح لا حد، وعلى قول المانع يُقام الحد، فتحصل الشبهة لذلك ويسقط الحد عند المالكية.^(٤)

الفرع الثالث: تقسيمات مذهبي الشافعية والحنابلة

قسم الشافعية في كتبهم الشبهة الدائرة للحد إلى أقسام ثلاثة؛ ووافقهم الحنابلة في التطبيقات.^(٥)

الشبهة الأولى: الشبهة في المحل، أو شبهة الملك، وهي الشبهة الحاصلة في حلّ المحل.^(٦) مثالها: وطئ مملوكته وإن كانت محرمة عليه برضاع أو نسب أو شركة في ملك، أو أنه عقد على متزوجة الغير أو معتدته ثم وطئها.^(٧)

أثرها: يسقط الحد لوجود الشبهة.^(٨)

الشبهة الثانية: الشبهة في الفاعل، وهي الشبهة الحاصلة بسبب ظن المكلف الحل.^(٩)

مثالها: زُفت إليه غير زوجته؛ فظنها زوجته، أو صادف امرأة على فراشه ظنها زوجته القديمة، أو عقد عقداً ظنه صحيحاً وليس بصحيح.^(١٠)

أثرها: يسقط الحد لوجود الشبهة.^(١) بشرط أن يدعي أنه ظن ذلك، فإنه يصدّق بيمينه.^(٢)

(١) - انظر تهذيب الفروق: محمد علي بن حسين، ٢٠٢/٤.

(٢) - انظر شرح مختصر خليل: الخرشي، ٧٨/٨.

(٣) - انظر تهذيب الفروق: محمد علي بن حسين، ٢٠٢/٤.

(٤) - انظر شرح مختصر خليل: الخرشي، ٧٦/٨، تهذيب الفروق: محمد علي بن حسين، ٢٠٢/٤.

(٥) - انظر مراجع الحنابلة في: المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٧/٩، الفروع: ابن المفلح، ٥٨/١٠، شرح منتهى الإرادات (المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى): منصور بن يونس بن إدريس اليهودي، ١٠٥١هـ، عالم الكتب، بيروت، ط٢، ١٩٩٦م، ٣٤٧/٣، الإنصاف: المرادوي، ١٨٢/١٠، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي، ١٣٩٢هـ، طباعة المؤلف، ط١، ١٣٩٧هـ، ٣٢١/٧.

(٦) - انظر الوسيط في المذهب: الغزالي، ٤٤٤/٦، روضة الطالبين: النووي، ٩٣/١٠، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٠٤/٧.

(٧) - انظر الوسيط في المذهب: الغزالي، ٤٤٤/٦.

(٨) - انظر المرجع السابق، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٠٤/٧.

(٩) - انظر الوسيط في المذهب: الغزالي، ٤٤٤/٦، روضة الطالبين: النووي، ٩٣/١٠، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٠٤/٧.

(١٠) - انظر الوسيط في المذهب: الغزالي، ٤٤٤/٦.

الشبهة الثالثة: الشبهة في الطرق أو في الطريق، أو شبهة الجهة، وهي الشبهة الحاصلة بسبب اختلاف العلماء في حلّ الفعل.^(٣) ف (المراد بالطريق المذهب).^(٤) أي أن يكون هناك مذهبٌ يقول بحلّ هذا الفعل.

ويقول الشافعية: (كل جهة صححها بعض العلماء، وأباح الوطء بها، لا حدّ فيها على المذهب، وإن كان الواطئ يعتقد التحريم).^(٥)

مثالها: الوطء في نكاح المتعة^(٦)، والوطء في النكاح بلا ولي.^(٧)

أثرها: يسقط الحد لوجود الشبهة الحاصلة بسبب وجود القول المبيح لهذا الوطء، وهو قول الحنفية الذين لا يشترطون الولي في النكاح.^(٨) ولوجود من قال بحلّ نكاح المتعة كابن عباس^(٩) رضي الله عنه، وفق قول الغزالي.^(١٠)

المطلب الرابع: تشديد الشروط في بعض الأحكام لأهميتها وشرفها

نتابع مع مظاهر الاحتياط في الفقه الإسلامي؛ فقد لاحظ الفقهاء عناية الشارع ببعض الأحكام من خلال إحاطتها بمجموعة من الشروط التي يمكن القول إنه تشدد بها لصالح هذه الأحكام وصيانتها؛ وذلك يرجع إلى إعطاء الشارع هذه الأحكام أهمية عالية؛ نظراً لتعلقها بالمصالح العامة، وسنعرف أمثلة هذه الأحكام في فقرة التطبيقات بعد قليل. إن الفقهاء قد لاحظوا عناية الشارع ببعض الأحكام من خلال التشديد في الشروط، وهذا ما قادهم إلى القول بأن شرف الشيء يقتضي كثرة الشروط المحيطة به.^(١١)

يقول القرافي: (الشرف يقتضي كثرة الشروط وتمييزه عن الخسيس؛ كتميز النكاح عن ملك اليمين بالشروط؛ كالولي والشهود والصدّاق والإعلان).^(١٢)

ويقول أيضاً: (الملوك لا تكثر الحرّاس إلا على الخزائن النفيسة؛ فكلمة عظم شرف الشيء عظم خطره عقلاً وشرعاً وعادة).^(١٣) لقد شبّه القرافي الشروط بالحرّاس، وشبّه الأحكام بالخزائن النفيسة، وشبّه

(١) - انظر المرجع السابق.

(٢) - انظر روضة الطالبين: النووي، ٩٣/١٠، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٠٤/٧.

(٣) - انظر الوسيط في المذهب: الغزالي، ٤٤٤/٦، روضة الطالبين: النووي، ٩٣/١٠، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٠٤/٧.

(٤) - حاشية البجيرمي: ١٦٩/٤.

(٥) - روضة الطالبين: النووي، ٩٣/١٠.

(٦) - انظر الوسيط في المذهب: الغزالي، ٤٤٤/٦.

(٧) - المرجع السابق.

(٨) - انظر روضة الطالبين: النووي، ٩٣/١٠.

(٩) - ابن عباس: عبد الله بن عباس بن عبد المطلب، ابن عم رسول الله ﷺ، حبر الأمة وترجمان القرآن، توفي: ٦٨ هـ. انظر أسد الغاية في معرفة الصحابة: أبو السعادات الجزري، ١٨٦/٣، الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، ٣٣٠/٣، وفيات الأعيان: ابن خلكان، ٦٢/٣.

(١٠) - انظر الوسيط في المذهب: الغزالي، ٦٦٦/٤، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٠٤/٧.

(١١) - انظر الفروق: القرافي، ٢٦٢/٣.

(١٢) - المرجع السابق.

(١٣) - المرجع السابق.

الشارع بالملك، فكلما كانت نفاسة الخزائن أعظم كلما كثر عدد الحرس الذين يضعهم الملك لحراسة هذه الخزائن، وهذا هو حال تكثير الشروط للعناية بالأحكام التي تحيط بها.

يقول الإمام الرازي في تفسيره مفاتيح الغيب وهو يفسر قوله تعالى: (إِنَّ هِيَ إِلَّا أَسْمَاءُ سَمَّيْتُمُوهَا أَنْتُمْ وَأَبَاؤُكُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِهَا مِنْ سُلْطَانٍ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَمَا تَهْوَى الْأَنْفُسُ وَلَقَدْ جَاءَهُمْ مِنْ رَبِّهِمْ الْهُدَى) [النجم: ٢٣] (يتبعون الظن في الاعتقاد... لأن الاعتقاد ينبغي أن يكون مبناه على اليقين، وكيف يجوز اتباع الظن في الأمر العظيم؟، وكلما كان الأمر أشرف وأخطر كان الاحتياط فيه أوجب وأحذر).^(١)

فقد لاحظ الرازي مزيد عناية الشارع بأمور الاعتقاد من خلال إحاطته بضرورة اليقين؛ لأنه أمرٌ عظيم، لا يُقبل فيه الظن، وهذا هو الاحتياط.

تطبيقات:

تشديد الشروط في وسائل الإثبات في الحدود بشكل عام

ومنها عدم قبول شهادة المرأة في الحدود والقصاص، ومنها أيضاً اشتراط شهادة أربعة شهود لإقامة حد الزنا وغيرها، وذلك يرجع لعظم شأن الحدود. وفي تشديد شروط الشهادة في الزنا يقول الدردير^(٢): (لما كانت الفضيحة فيها أشنع من سائر المعاصي شدد الشارع فيها طلباً للستر يشهدون عند الحاكم... في وقت واحد... واتحاد الرؤية بأن يروا جميعاً في وقت واحد؛ فلا بد من اتحاد وقت الأداء، واتحاد وقت التحمل، ومن اتحاد الرؤية، واتحاد كیفيتها من اضطجاع أو قيام).^(٣)

إن الاحتياط للحدود بتشديد الشروط فيها يأتي من أهميتها وخطورها الذي نأخذه من الحديث الشريف: (إن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة).^(٤) فالخطأ في العفو أخف من الخطأ في العقوبة في نظر الشرع الذي يراعي المقاصد والمصالح الشرعية؛ لأن الخطأ في العقوبة يغير الاحتياط والتحري في الحدود؛ لما يستلزمه ذاك الخطأ من الإضرار بالأبدان؛ (لأن العقوبات البدنية خطيرة فيجب الاحتياط فيها بقدر الإمكان).^(٥) ثم إن الاحتياط روعي في مسألة الحدود لكونها أغلظ من حيث تأثيرها على المجتمع، ولما فيها من دفع مفسد لا تنتهي ولا تتدارك.^(٦) هذا التشديد سماه الفقهاء (زيادة الاحتياط في الحدود).^(٧)

(١) - مفاتيح الغيب: فخر الدين الرازي، ٢٥٢/٢٨.

(٢) - الدردير: أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، أبو البركات، من كبار فقهاء المالكية، شرح مختصر خليل في الفقه بكتابه المعروف (الشرح الكبير)، وله أيضاً: (أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك)، توفي: ١٢٠١ هـ. انظر شجرة النور الزكية: محمد مخلوف، ص ٣٥٩، الأعلام: الزركلي، ٢٣٢/٣.

(٣) - الشرح الكبير: الدردير، ١٨٥/٤.

(٤) - سبق تخريجه ص ٩٢.

(٥) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣١٧/٢، وانظر السيل الجرار: الشوكاني، ص ٧٧٠.

(٦) - انظر تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٠٢/٩.

(٧) - انظر الهداية: المرغيناني، ٣٦٣/٢، تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢١٣/٣، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٧٠/٩، العدة شرح العمدة: بهاء الدين المقدسي، ٥٩٨/١.

وقد نصّ الحنفية والحنابلة على وجوب زيادة الاحتياط في باب الحدود، وخاصة في وسائل الإثبات.^(١)

المطلب الخامس: إقامة مَظَنَّة الشيء مقام حقيقته

معنى المَظَنَّة

المَظَنَّة بكسر الظاء مأخوذة من الظن؛ والظن هو اسم لما يحصل عن أماره، ومتى قويت أدت إلى العلم.^(٢)

والمَظَنَّة في اللغة فهي كما قالوا: (المَظَنَّةُ بكسر الظاء لِلْمَعْلَمِ، وهو حيث يُعْلَمُ الشَّيْءُ).^(٣) فالمَظَنَّة في اللغة هي الموضع الذي يُتَوَقَّع علم الشيء من خلاله؛ لذا قال أهل اللغة: (مَظَنَّةُ الشَّيْءِ مَوْضِعُهُ وَمَأْلَفُهُ).^(٤) أما المَظَنَّة في الاصطلاح فهي كما قال القرافي: (التي يوجد عندها الظن).^(٥) أي هي الموضع الموضع الذي يوجد عنده الظن بوجود الحكم.

فإذا كنا أمام واقعة يمكن أن تكون مظنة لوجود الحكم؛ فإننا نقيم هذه الواقعة مقام اليقين بوجوده، وسبب هذه الإقامة هو الاحتياط لصالح ذاك الحكم؛ لأسباب منها:

- ١ - نظراً لأهمية وشرف وخطر ما يتعلّق به هذا الحكم.
- ٢ - أو لعسر الوصول إلى معرفته على وجه اليقين بسبب عدم اطراده؛ كإقامة الآلة المستخدمة في الاعتداء على النفس مقام الاطلاع على القصد؛ في اعتبار وجوده، والحكم بعمدية جناية من استخدم آلة تقتل غالباً.

لقد عرف الفقهاء هذه المبدأ، وأخذوه من عمل الشارع حيث قالوا: (الشرع يقيم مظنة الشيء مقام نفس الشيء كما أقام النوم مقام الحدث، وأقام الوطء مقام شغل الرحم، والبلو مقام نفس العقل؛ لأن هذه الأسباب مظان هذه المعاني).^(٦)

قيود

إقامة المَظَنَّة مقام المَظَنَّة وعلاقتها بالمصلحة الشرعية

يقول الإسنوي^(١): (المَظَنَّة قد أقيمت مقام المَظَنَّة؛ لأن الاستقراء دل على أن الله سبحانه شرع أحكامه لمصالح العباد تفضلاً وإحساناً؛ فحيث ثبت حكم وهناك وصف ولم يوجد غيره ظن كونه علة).^(٢)

(١) - انظر المراجع السابقة.

(٢) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٢٧٢/١٣، وكشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٢٥٥/١.

(٣) - المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ٣٨٦/٢.

(٤) - انظر المرجع السابق.

(٥) - الذخيرة: القرافي، ٢٢١/١.

(٦) - المستصفى: الغزالي، ص ١٧٨، وانظر روضة الناظر: ابن قدامة المقدسي، ١٦١/٢، التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ١٦٥/٣، إرشاد الفحول: الشوكاني، ١٤٥/٢.

إذاً إن احتياط الشارع لمصالح العباد هو الذي يبرر لفكرة إقامة مظنة الأشياء مقام حقيقتها؛ من حيث الاحتياط لجلب المصالح للعباد ودفع المفاسد عنهم.

تطبيقات:

تشريع القصاص

إن القتل العمد العدوان مظنة انتشار العدوان في المجتمع في حال عدم مشروعية القصاص؛ لذا يجب القصاص دفعاً لانتشار القتل بغير حق بين الناس.^(٣) من أجل ذلك شرع الله القصاص عند وجود العمد العدوان؛ لأنه مظنة انتشاره؛ فأقام السبب مقام المسبب؛ فصار القصاص مظنة لحفظ النفوس.^(٤) ومن وجهة أخرى فإن القصاص مظنة الانزجار الذي هو الحكمة من مشروعية القصاص؛ فأقيمت مظنة القصاص من أجل تحصيل الانزجار؛ لأنه المقصود من شرع القصاص ويحصل منه ظناً.^(٥) إن الاحتياط لمنع انتشار العدوان ولحفظ النفوس ولتحصيل حكمة الانزجار كل هذا كان وراء أصل مشروعية القصاص. وقد أقام الشارع استعمال الآلة الجارحة مقام العمد في إيجاب القصاص، وذلك أن العمد أمر نفسي لا يدرك فاعتبرت المظنة وهو استعمال الجراح في القتل؛ فإنه مظنة العمد لأنه معرفٌ للعمدية والعدوان.^(٦)

شرب الخمر مظنة القذف

في الأثر عن ابن عباس أن قدامة بن مظعون^(٧) شرب الخمر بالبحرين فشهد عليه، ثم سئل فأقر أنه شربه فقال له عمر بن الخطاب: ما حملك على ذلك؟... ثم سأل من عنده عن الحد فيها فقال علي بن أبي طالب: "إنه إذا شرب هذى، وإذا هذى افتري؛ فاجلدوه ثمانين".^(٨) يقول الإمام الغزالي في هذا السياق: (هو قياس للشرب على القذف؛ لأنه مظنة القذف، التفاتاً إلى أن الشرع قد ينزل مظنة الشيء منزله، كما أنزل النوم منزلة الحدث).^(٩)

(١) - الإسنوي: عبد الرحيم بن الحسن بن علي، فقيه شافعي، وأصولي كبير، ومفسر، شرح منهاج الوصول في الأصول، وسمى الشرح (نهاية السؤل)، توفي: ٧٧٢هـ. انظر شذرات الذهب: ابن العماد، ٢٢٣/٦، والبدر الطالع: الشوكاني، ٣٥٢/١.

(٢) - نهاية السؤل: الإسنوي، ص ٣٢٦.

(٣) - انظر التقرير والتحرير: ابن أمير الحاج، ١٤٢/٣.

(٤) - انظر شرح مختصر الروضة: الصرصري، ٥١١/٣، حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: ٣٢٠/٢.

(٥) - انظر غاية الوصول في شرح لب الأصول: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، ٩٢٦هـ، دار الكتب العربية الكبرى، مصر، د. ط، د. ت، ص ١٢٩.

(٦) - انظر إجابة السائل شرح بغية الأمل: الصنعاني ص ٢٠٠، إرشاد الفحول: الشوكاني، ١٤٤/٢.

(٧) - قدامة بن مظعون: قدامة بن مظعون بن حبيب، صاحب رسول الله، ومن السابقين إلى الإسلام، توفي: ٣٦هـ. انظر أسد الغاية في معرفة الصحابة: أبو السعادات الجزري، ٣٧٥/٤، الإصاية في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، ٣٢٢/٥.

(٨) - السنن الكبرى: أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، ٣٠٣هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩١م، تحقيق: سيد كسروي حسن، كتاب حد الخمر، إقامة الحد على من شرب الخمر على التأويل، ٢٥٣/٣، السنن الكبرى: البيهقي، كتاب الأشربة والحد فيها، باب ما جاء في عدد حد الخمر، ٣٢٠/٨، سنن الدارقطني: علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني، ٣٥٨هـ، دار المعرفة، بيروت، د. ط، ١٩٦٦م، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، كتاب الحدود والديات وغيره، ٥٧/٣، والحديث صحيح بطرقه. انظر التلخيص الحبير: ابن حجر العسقلاني، ٢٠٨/٤.

(٩) - المستصفى: الغزالي، ٢٨٧، وانظر الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، ٦٠/٣.

ويقول المرداوي^(١): (وافقه الصحابة عليه، فأوجبوا حد القذف على الشارب، لا لكونه شرب؛ بل لكون الشرب مظنة القذف، فأقاموه مقام القذف قياساً على إقامة الخلوة بالأجنبية مقام الوطء في التحريم؛ لكون الخلوة مظنة له).^(٢) إذاً إن الشرب مظنة القذف؛ لأن من سكر هذى، ومن هذى قد يفترى؛ لذا حدّ الصحابة الشارب ثمانين جلدة.^(٣)

إن قول الإمام الغزالي بقياس مقدار حد الشرب على مقدار حد القذف يخرج على قول من اعتبر أن الحدود يمكن أن تثبت بالقياس، وهم الجمهور، وخالفهم الحنفية، وسندرس هذه المسألة في الفصل الرابع.

أما الحنفية فإنهم يقولون إن ثبوت مقدار حدّ القذف كان بالإجماع لا بالقياس^(٤)، مع أنهم وافقوا الشافعية في أن الشارع قد يقيم الشرب كمظنة للقذف.^(٥) إن الاحتياط للحفاظ على أعراض الناس هو الذي يقف وراء فكرة إقامة الشرب مقام القذف؛ حيث إن شارب الخمر قد يقذف الناس؛ فاحتياطاً لحفظ أعراضهم أخذ الشرب مقدار حد القذف.

المطلب السادس: مظاهر الاحتياط في الفقه الجنائي

لقد برز الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي بصورة واضحة في كثير من المسائل، ولم يقتصر ظهوره على الفروع فقط؛ بل ظهر العمل به أيضاً في أصول الفقه الجنائي وقواعده. وستكون هذه المظاهر مع ضوابط الأخذ بالاحتياط فيها موضوعاً للفصول القادمة، لذا لن ندرس هنا. وقد لاحظنا لدى دراسة المظاهر السابقة أنها لم تخل من تطبيقات في الفقه الجنائي، وأن أحد المظاهر وهو الدرء بالشبهة كان خاصاً بالفقه الجنائي، وسيُضاف إلى هذه المظاهر مسائل أخرى من خلال الفصول القادمة، ومن ذلك الشبهات المتعلقة بوسائل الإثبات وغيرها.

(١) - المرداوي: علي بن سليمان بن أحمد بن محمد، من كبار فقهاء وأصوليي الحنابلة، له (الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف) في الفقه، و(تحرير المنقول في تهذيب علم الأصول) في الأصول، توفي: ٨٨٥هـ. انظر الضوء اللامع ٢٢٥/٥.

(٢) - التحبير شرح التحرير: المرداوي، ٣٤٠٣/٧.

(٣) - انظر المستصفي: الغزالي، ص ١٧٨، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير: ابن النجار، ١٧٦/٤، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٧٢/٩، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٢٧٤/٧، إرشاد الفحول: الشوكاني، ١٣٣/٢.

(٤) - انظر التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ٣٢٠/٣.

(٥) - انظر المرجع السابق: ١٥٥/٣.

الفصل الثالث

أسس الاحتياط وشروط العمل به ومقاصده في الفقه الجنائي

وفي هذا الفصل المباحث التالية:

المبحث الأول: أسس العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي

المبحث الثاني: شروط العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي

المبحث الثالث: مقاصد العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي

تشكل أسس الاحتياط وشروط العمل به ومقاصده أهم الضوابط التي تقوم عليها فكرة الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي، وسيُعرض لهذا خلال هذا الفصل.

المبحث الأول - أسس العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي

تشكل أسس العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي القاعدة التي تقوم عليها نظرية الاحتياط في هذا الباب من الفقه، في الوقت الذي تشكل فيه جزءاً من الضوابط التي تقوم عليها هذه النظرية؛ حيث لا يمكن أن نأخذ بأي احتياط دون أن يكون قائماً على أسسٍ متينةٍ تدفع المحتاط إلى الأخذ به، وتتلخص هذه الأسس في النقاط التالية:

أسباب العمل بالاحتياط ودوافعه في الفقه الجنائي، ومسالكه عند الفقهاء؛ وبهذه الأسس يمكن أن يقوم بناء الاحتياط في الفقه الجنائي.

المطلب الأول: أسباب العمل بالاحتياط ودوافعه في الفقه الجنائي

في هذا المطلب سنستعرض أسباب ودوافع الأخذ بالاحتياط التي تستدعي الأخذ به، وهي تتلخص بالشك، والشبهة أو الاشتباه، وخلاف العلماء، وجلب المصالح ودرء المفاسد.

السبب الأول: الاحتياط في حالات الشك

إن الشك المقصود ليس ما كان على وجه الحقيقة؛ إذ ليس في أحكام الشرع مشكوكاً به على الحقيقة.^(١) إنما يُقصد بالشك ما كان راجعاً إلى المكلف أو المجتهد، ثم إن هذا الشك أمرٌ نسبيٌّ؛ إذ إنه يختلف من شخص إلى آخر؛ فقد يكون مشكوكاً به بالنسبة لمكلفٍ، ومظنوناً بالنسبة لغيره، ومقطوعاً به بالنسبة لآخر.^(٢)

أولاً: تعريف الشك

الشك في اللغة يُستعمل في عدة معانٍ؛ منها الارتياب، ومنها أيضاً خلاف اليقين ونقيضه، ومنها التردد بين شيئين، ومنها اضطراب القلب والنفس، ويُستعمل أحياناً بمعنى الظن.^(٣) أما الشك في الاصطلاح فله استخدامان أحدهما عند الأصوليين، والآخر عند الفقهاء. فهو عند الأصوليين: (تردد الذهن بين أمرين أو أمور متعددة على حد السواء، مع عدم إمكان الترجيح بالنسبة للشاك؛ فإن ترجح عنده أحد الاحتمالين سميّ الراجح ظناً والمرجوح وهماً).^(٤) وعند الفقهاء: (التردد بين وجود الشيء وعدمه؛ سواء استوى الاحتمالان أو ترجح أحدهما).^(٥) فيظهر الفرق بين المعنى الأصولي والفقهية في نقطة الترجيح وعدمه؛ فالشك عند الأصوليين ما لا يمكن ترجيح أحد طرفيه، أما عند الفقهاء فهو

(١) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ١/١٤٠.

(٢) - انظر بدائع الفوائد: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ٧٥١هـ، دار الكتاب العربي، بيروت، دط، دت، ٢٧١/٣.

(٣) - انظر المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ٣٢٠/١، وانظر لسان العرب: ابن منظور، ٤٥٢/١٠.

(٤) - انظر تهذيب الأسماء واللغات: يحيى بن شرف أبو زكريا محيي الدين النووي، ٦٧٦هـ، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٩٩٦م، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، ١٦٦/٣، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ١٠٧/١، حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: ٥٧/١، التعريفات: الجرجاني، ص١٢٨.

(٥) - تحرير ألفاظ التنبيه: يحيى بن شرف أبو زكريا محيي الدين النووي، ٦٧٦هـ، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤٠٨هـ، تحقيق: عبد الغني الدقر، ص٣٦، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٨٧/٢، اللباب في شرح الكتاب: الميداني، ٩٨/١.

التردد بين الوجود والعدم؛ سواء رجع أحد الاحتمالين أو لم يرجح. ويظهر من خلال تعريف الشك أنه يختلف عن الظن في الاصطلاح الأصولي؛ حيث إن الشك هو استواء الاحتمالين؛ أما الظن فهو الاحتمال الراجح. ويختلف الشك أيضاً عن الوهم في أن الوهم هو الاحتمال المرجوح؛ بينما الشك هو مجرد الاستواء بين الاحتمالين.^(١)

إن الشك كما عبّر عنه الغزالي هو عبارة عن اعتقادين متقابلين نشأ عن سببين، أو عبارة عن اعتقادين متقابلين لهما سببان متقابلان؛ (فما لا سبب له لا يثبت عقده في النفس؛ حتى يساوي العقد المقابل له؛ فيصير شكاً).^(٢)

إن تردد الذهن بين أمرين بناءً على وجود أسباب متقابلة كما ذكر الغزالي يدفع المكلف إلى أن يكون حذراً في اختيار أحد هذين الأمرين، وهنا يأتي دور الاحتياط في اختيار الأقرب لمصلحة التشريع.

ثانياً: أنواع الشك

لما كان الشك هو تردد الذهن بين أمرين على حدٍّ سواء؛ كان له أنواع تختلف باختلاف ما يتعلق به هذا الشك وفق ما يلي:

- ١- الشك المتعلق بدليل المسألة؛ وينقسم إلى قسمين؛ فإما أن يكون الشك لعدم الدليل على الاحتمالين، وإما أن يكون بسبب وجود دليلين متساويين عليهما.^(٣)
- ٢- الشك المتعلق في أصل وجود المشكوك به؛ فيكون أحد الدليلين يقتضي وجود الشيء، والآخر يقتضي عدم وجوده، ومثاله كما ذكر الزركشي: شك هل طلق أو لا؟.^(٤)
- ٣- الشك المتعلق في جنس الشيء المتحقق الوجود؛ فيكون أحد الدليلين يقتضي كونه من جنس، والدليل الآخر يقتضي كونه من جنس آخر.^(٥)
- ٤- الشك المتعلق في صفة الشيء المتحقق الوجود؛ فيكون أحد الدليلين يقتضي وجود صفة معينة في الشيء، والدليل الآخر يقتضي عدم وجودها.^(٦)

كيف يعبر المجتهد عن الشك؟

يعبر المجتهد عن الشك بطريقتين؛ الأولى: أن يعلن تردده في ثبوت الشيء ونفيه تردداً على السواء، والثاني: أن لا يتردد بل يحكم بأحدهما مع تجويز نقيضه تجويز استواء.^(٧)

(١) - انظر البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ١/١١١.

(٢) - انظر إحياء علوم الدين: محمد بن محمد أبو حامد الغزالي ٥٠٥ هـ، دار المعرفة، بيروت، دط، دبت، ٢/٩٩ و ٢/١١٨.

(٣) - انظر البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ١/١٠٨.

(٤) - انظر المرجع السابق: ١/١٠٥.

(٥) - المفردات في غريب القرآن: الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، ٥٠٢ هـ، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤١٢ هـ، تحقيق: صفوان الداودي، ص ٤٦١.

(٦) - انظر البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ١/١٠٥، المفردات في غريب القرآن: الراغب الأصفهاني، ص ٤٦١، ص ٤٦١، مثال هذا: بعد أن طلق شك هل طلق ثلاثاً أو لا.

(٧) - انظر البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ١/١٠٨.

فإما أنه لا يعطي حكماً في المسألة بسبب التردد في الثبوت وعدمه على السواء، وهذا هو التوقف، والتوقف نوعٌ من أنواع الاحتياط كما سبق أن بينا، وهنا تظهر علاقة الاحتياط بالشك، وإما أن يعطي حكماً مع تصريحه بجواز الحكم بنقيض حكمه.

ثالثاً: أسباب الشك^(١)

إن سبب الشك إما أن يكون راجعاً إلى الدليل، أو راجعاً إلى المكلف أو المجتهد، وعلى هذا يُقال:

الفرع الأول: الشك الراجع إلى الدليل:

ونقصد بالشك الراجع إلى الدليل أن الأدلة الواردة في مسألة معينة تتعارض في الظاهر وفي نظر المجتهد؛ وذلك بصورة لا يمكن معها الجمع ولا الترجيح؛ فينشأ عن هذا التعارض الظاهر الشك. ونشير هنا إلى أن التعارض المقصود إنما هو التعارض الحاصل في نظر المجتهد، لا في حقيقة الأمر؛ إذ إن أدلة الشرع لا تتعارض في الحقيقة؛ إنما تتعارض في نظر المجتهد فقط.^(٢)

مثال الشك الراجع إلى الدليل في الفقه الجنائي:

الشك الحاصل بسبب اختلاف الدليل في حلّ الفعل المعاقب عليه؛ فيذهب بعضٌ إلى حله بناءً على أدلة، ويذهب بعضٌ إلى حرمة هذا الفعل بناءً على أدلة؛ مما يؤدي إلى أنه لا عقاب عند من قال بالحلّ، في الوقت الذي يجب فيه العقاب عند من قال بالحرمة.

وذلك كاختلافهم في حل وطءٍ معيّن؛ مما يؤدي إلى أن يقام الحد عند من يعتبر الوطء حراماً، وعدم إقامته عند من يعتبر الوطء حلالاً، ومثال ذلك مسألة: هل يحد الواطئ بعد العقد الحاصل بلا ولي؟، وستمرّ الإجابة مع تفاصيل المسألة في فقرة كيفية الاحتياط للشك. وكمسألة سرقة الوالد من والده؛ فقد حصل تعارض ظاهر بين الأدلة في هذه المسألة، وستمر بعد قليل.

الفرع الثاني: الشك الراجع إلى المكلف:

هو الشك الذي يقع بسبب اشتباه أسباب الحكم على المكلف أو القاضي وخفائها، وذلك إما أن يرجع إلى نسيانه، أو غفلته، أو عدم معرفته بما يقطع الشك عنه.^(٣) ومثاله: بعد أن تيقّن القاضي من وقوع الجناية شكّ في توفر قصد الجاني فيها من عدمه؛ أو شكّ في كون الجاني مكرهاً أولاً، أو شكّ في كون الجاني جاهلاً بالتحريم أو لا، ولم يكن هناك وسيلة إلى معرفة الحقيقة. نلاحظ أن سبب الشك في هذه المسألة راجعٌ إلى أمر نفسيّ في المكلف.

(١) - اعتمدت في تقسيم هذه الفقرة على العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي: منيب شاكر، ص ٢١٠ حتى ٢١٤، وذلك لدقة تقسيمه لأسباب الشك.

(٢) - انظر المستصفي: الغزالي، ص ٢٥٠، المنحول: الغزالي، ص ٥٢١، الموافقات: الشاطبي، ٣٤١/٥.

(٣) - انظر العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي: منيب شاكر، ص ٢١٠.

ثم يُقال: إن الشك الراجع للمكلف إما أن يكون في مسألة لها أصل؛ سواء كان بالإباحة أو الحرمة، وإما أن لا يكون لها أصل، ويختلف الاحتياط بالشك في كل حالة، وستمرّ هذه الكيفيات في الفقرة الخامسة من هذا المطلب.

رابعاً: الشك الدافع للاحتياط

إن مجرد وجود الشك لا يعني أن نعمل بالاحتياط مباشرة بالتوقف لمجرد وجوده؛ فلا بدّ أن يورث الشك شبهةً قويةً تدفع المحتاط إلى الأخذ بالاحتياط.

إذاً الشك الذي يدفع إلى الاحتياط هو الشك الذي يورث شبهةً قويةً. إن الربط بين الشك والشبهة ملحوظٌ عند الفقهاء في مسائل الاحتياط؛ فنجد في هذا إطلاقهم لفظ الشك على الشبهة في مسائل القصاص، وفي هذا عبارة الحنفية: (لا يجب الحد مع الشك).^(١)

ويمكن أن يُبنى هذا الشرط أيضاً على أن الأحكام الشرعية لا تُبنى على الشك، وهذا مبدأ قرره الفقهاء، وحكى فيه القراني الإجماع^(٢)، فإن حام الشك حول حكم فهذا يؤدي إلى وجود شبهة في الحكم تؤدي إلى التوقف فيه لوجود التعارض الظاهر بين الأدلة؛ مع عدم إمكان الجمع.

مثال الشك الدافع للاحتياط لوجود الشبهة القوية

مثاله الشك الحاصل بسبب تعارض الأدلة؛ فإن هذا التعارض يورث شبهةً قويةً لا تسمح ببناء حكم شرعي عليها؛ فتقع الشبهة التي تؤدي إلى الشك.

مثال الشك الذي لا يوجب الاحتياط

إن مجرد وجود الشك لا يعني أن نعمل بالاحتياط مباشرةً، وهذا يعني أن هناك مسائل يقع فيها الشك ولا نحتاج فيها. إن الشك الذي لا نحتاج لأجله هو الشك الذي لا يورث شبهةً، وهو الشك الذي لا يُبنى على سببٍ أو دليلٍ قوي؛ إنه الشك الأقرب إلى الوهم.

ومثاله في الفقه الجنائي: اعتبر المالكية وفي رواية عند أحمد أن الاشتراك في الملك بين الأب وابنه لا

يعتبر شبهةً قويةً في حق الولد تدرأ عنه الحد إن سرق مال أبيه.^(٣)

وكان تعليل المالكية لقطع الولد بسرقة مال أبيه هو ضعف الشبهة، أما عندما لا يُقطع الأب لسرقة مال ابنه فهذا راجع لقوة الشبهة القائمة على بعض النصوص كقوله صلى الله عليه وسلم: "أنت ومالك لأبيك".^(٤)

(١) - المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: برهان الدين محمود بن أحمد بن مازة البخاري، ٦١٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٤م، تحقيق: عبد الكريم الجندي، ٤٥٧/٣. ثم راح يحكي عن الشبه التي تمنع من إقامة حدّ اللعان. وانظر كلام ابن قدامة في الكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة المقدسي، ٨٧/٤.

(٢) - انظر الذخيرة: القرافي، ١٧/١٣.

(٣) - انظر شرح مختصر خليل: الخرشي، ٩٦/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٣٤/٩-١٣٥.

(٤) - انظر شرح مختصر خليل: الخرشي، ٩٦/٨، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني: ٣٣٢/٢، والحديث في سنن ابن ماجه: كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، ٧٦٩/٢، والحديث ضعيف. انظر التلخيص الحبير: ابن حجر العسقلاني، ٤٠١/٣.

خامساً: كيفية الاحتياط للشك

تختلف كيفية الاحتياط للشك حسب السبب الذي أدى إلى وقوعه؛ فالشك إما أن يرجع إلى الدليل أو أن يرجع إلى المكلف.

الفرع الأول: كيفية الاحتياط للشك الحاصل بسبب تعارض الأدلة:

يكون الاحتياط للشك الحاصل بسبب تعارض الأدلة عن طريق التوقف.

لقد عبر الفقهاء عن هذا الربط بين الاحتياط والتوقف بأن الأخذ بالأحوط والأوثق في أمور الدين يكون بالتوقف عن إبداء رأي في محلّ وقع الشك في ثبوته.^(١) إن وجود الأدلة المتعارضة في الظاهر يمنع من الحكم بالفعل أو الحكم بالترك؛ مما يدفعنا إلى الحكم بالتوقف، وسبب ذلك راجع إلى أن الأدلة عندما

ولا يمكن الجمع ولا الترجيح بينها فإنها تتساقط أو تنهاتر؛ كما عبر عن ذلك الكمال بن الهمام.^(٢) ثم إن الشك في هذه الحالة لا يقوى على بناء الأحكام بسبب تعارض الأدلة التي تُبنى الأحكام عليها في الأصل؛ وبالتالي لا يُبنى عليه في هذه الحالة حكم بالفعل أو بالترك، وهذا ما يقود إلى التوقف. ولو رجعنا إلى مثال تعارض الأدلة المورث للشك في مسألة الوطء بعد نكاح حصل دون ولي؛ فيكون الاحتياط لهذا الشك بالتوقف، وهذا التوقف يورث شبهة مما يقودنا إلى إسقاط الحد، وهذا حكم متفق عليه بين علماء المذاهب الأربعة.^(٣)

وقد ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الولي لا بدّ من وجوده في عقد النكاح؛ وهو ركن عند المالكية والشافعية، وشرط عند الحنابلة، ويترتب على عدم وجوده عند علماء هذه المذاهب الثلاثة بطلان عقد النكاح.^(٤)

أما الحنفية فالولي ليس بركن ولا بشرط عندهم في عقد النكاح، وتباح مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها بنفسها.^(٥) وقد استدلل كل من الجمهور والحنفية بمجموعة من الأدلة تراجع في المراجع التي ذكرت في الحواشي السابقة. وبالتالي حصل الشك بسبب التعارض في الأدلة بين المذاهب فيسقط الحد. وهناك طريق آخر للاحتياط في هذه الحالة وهو أن الاحتياط في حالة تعارض الأدلة المورث للشك المؤدي إلى تساقط الأدلة بالاستصحاب أو العودة إلى الأصل.^(٦)

(١) - انظر البناية شرح الهداية: المرغيناني، العيني، ٥٣١/١٣.

(٢) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٧٥/٢، وانظر البحر الرائق: ابن نجيم، ١٥٣/٤.

(٣) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٦٤/٢، المبسوط: السرخسي، ١٠٢/٩، شرح مختصر خليل: الخريشي، ٧٦/٨، تهذيب الفروق: محمد علي بن حسين، ٢٠٢/٤، روضة الطالبين: النووي، ٩٣/١٠، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٠٤/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٧/٩، الفروع: ابن المفلح، ٥٨/١٠.

(٤) - انظر مختصر خليل: ص ٩٦، حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٣٣٥/٢، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٠٦، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٦/٧، الإنصاف: المرادوي، ٦٦/٨.

(٥) - انظر الهداية: المرغيناني، ١٩١/١، حاشية ابن عابدين: ٥٤/٣، وانظر تفاصيل قول الحنفية في فتح القدير: ابن الهمام، ٢٥٥/٣-٢٥٦.

ففي مسألتنا السابقة التي تعارضت فيها الأدلة في حلّ الوطء بعد العقد دون ولي، نرجع إلى أصل المسألة، وأصلها أن الحدود مأمور بالاحتياط لدرئها لا لإقامتها، والأصل فيها أنها تُدرأ بالشبهة؛ لأن الأصل في العقوبة الحظر إلا إن جاء بها النص؛ فنعمل بهذا الأصل ونستصحبه فنمنع الحد.^(٢) وضرب ابن الهمام للعودة إلى الأصل مثلاً وهو: إذا تعارض دليلان ظنيان في بقاء الليل وعدمه؛ فيتهاثران ويتساقطان ونعود إلى الأصل وهو بقاء الليل.^(٣)

خلاصة: الاحتياط للشك الحاصل بسبب الدليل يكون إما بالتوقف، أو بالاستصحاب والعودة إلى حكم الأصل، وهو يؤدي في النهاية إلى سقوط الحد عن الجاني.

الفرع الثاني: كيفية الاحتياط للشك الحاصل بسبب المكلف:

مرّ في فقرة أسباب الشك أن الشك الحاصل بسبب المكلف إما أن يكون الحكم فيه راجعاً إلى مسألة لها أصل؛ سواء كان بالحل أو الحرمة، أو أن لا يكون لها أصل ترجع إليه، هذا يعني أننا أمام ثلاث حالات للاحتياط في هذه المسألة، وهي: ما كان أصله الإباحة، وما كان أصله التحريم، وما لم يكن له أصل.

إن حالات الشك في التجريم والعقوبة تعود إلى ما كان أصله التحريم؛ لذا سنقوم بدراسة هذه الحالة مع كيفية الاحتياط لها، ثم سندرس حالتي: ما كان أصله الإباحة، وما لم يكن له أصل، وسنضرب لها أمثلة من مسائل الفقه الإسلامي بصورة عامة.

ما كان أصله الحرمة^(٤)

إذا وقع المكلف في الشك بين حكمين؛ وكان شكّه حاصلاً في مسألة الأصل الشرعيّ فيها هو الحرمة؛ فإن الاحتياط في هذه الحالة يكون بالرجوع إلى هذا الأصل؛ فيكون الاحتياط هنا بالحكم بالحرمة؛ حيث إن الحكم الأصلي حكم باليقين، ولا يمكن لليقين أن يزول بالشك، واليقين هنا هو الحرمة؛ فنحكم بالحرمة احتياطاً.

إن حالات الشك في التجريم والعقوبة التي تؤدي إلى درء العقوبة تعود إلى هذه الحالة التي تستند إلى القواعد التالية:

١ - تدرأ الحدود بالشبهات.^(١)

(١) - الاستصحاب في اللغة هو الملازمة والمصاحبة والتمسك بالحالة السابقة. انظر القاموس المحيط: الفيروز آبادي، ص ١٠٤، المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ٣٣٣/١، أما في الاصطلاح فهو: الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء على ثبوته في الزمان الأول. نهاية السؤل: الإسنوي، ص ٣٦١، ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بحجيته في النفي والإثبات، وذهب الحنفية وأكثر المتكلمين إلى عدم حجيته مطلقاً، وذهب متأخرو الحنفية إلى أنه حجة في النفي دون الإثبات. انظر إرشاد الفحول: الشوكاني، ١٧٤/٢.

(٢) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٦٤/٢، المبسوط: السرخسي، ١٠٢/٩.

(٣) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٧٥/٢.

(٤) - انظر كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ١٢١/١، نهاية السؤل: الإسنوي، ص ٦٢، التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ٣٠٨/١.

٢- الأصل في الدماء الحرمه.^(٢)

يقول الماوردي: (الدماء محقونة فلا تباح بالشك).^(٣)

مثاله: بعد أن يتيقن القاضي من وقوع الجناية، ثم يحصل منه الشك في توفر قصد الجاني فيها من عدمه؛ أو شك في كون الجاني مكرهاً أولاً، أو شك في كون الجاني جاهلاً بالتحريم أو لا، ولم يكن هناك وسيلة إلى معرفة الحقيقة، وكانت الشبهة قوية؛ فكيف يكون الاحتياط في هذه الحالة؟.

الإجابة: في المسائل السابقة إن كان القاضي أو الحاكم أمام احتمالين يقتضي أحدهما سقوط الحد والآخر يقتضي ثبوته؛ فيحكم بالاحتمال المسقط للحد، لوجود الشك الحاصل بسبب وجود الشبهة القوية مع عدم إمكان الوصول إلى الحقيقة بأي وسيلة؛ وكما قال الماوردي: (الدماء محقونة فلا تباح بالشك)، وحينها يكون الشك الحاصل بين الاحتمالين شبهة دائرة للحد.^(٤)

إن من مسالك الاحتياط في الفقه الجنائي البناء على اليقين وسيأتي قريباً؛ حيث يشترط لإقامة الحد أن يكون ثابتاً بيقين أو بغلبة الظن على الأقل، وحال وجود الشك لا يتحقق هذا الأصل المهم. إن البناء على اليقين مطلوب في الحدود لحرمه الدماء؛ ولأن العقوبات البدنية خطيرة فيجب الاحتياط فيها بقدر الإمكان؛ خوفاً من إيذاء الأبرياء المحرم شرعاً.^(٥)

ما كان أصله الإباحة^(٦)

إذا وقع المكلف في الشك بين حكمين؛ وكان شكه حاصلًا في مسألة الأصل الشرعي فيها هو الإباحة؛ فإن الاحتياط في هذه الحالة يكون بالرجوع إلى هذا الأصل، أو ما يسميه الفقهاء استصحاب الحال؛ فيكون الاحتياط هنا بالحكم بالإباحة، وسبب هذا هو أن الحكم الأصلي حكم باليقين، ولا يمكن لليقين أن يزول بالشك وفق ما اتفق عليه الفقهاء؛ فيكون الاحتياط بالحكم باليقين السابق الذي يبقى مستداماً في حالة الشك.^(٧) إن تأثير الشك في هذه الحالة يقتصر على إعادة الحكم إلى الأصل اليقيني، ويكون الشك كالمعدوم في هذه الحالة؛ لعدم إمكان الحكم مع وجود هذا الشك فنحتاط له بإعدامه والعودة إلى الأصل، وفي ذلك القاعدة: (كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يجزم بعدمه).^(٨)

(١) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٧٢/١٨، شرح مختصر خليل: الخرشي، ١٠١/٨، مختصر المزني: ٢٣٧/٨، الكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة المقدسي، ٧٤/٤، السيل الجرار: الشوكاني، ص ٨٥٢، وانظر مذهب الظاهرية: المحلى: ابن حزم، ٥٧/١٢.

(٢) - انظر كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٥٤/٢، الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ٣٠١/٢، الاختيار في تعليل المختار: ٢٨/٥، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٢٢٧/١.

(٣) - الحاوي الكبير: الماوردي، ٢٢٣/٩.

(٤) - انظر نهاية السؤل: الإسنوي، ٣٨٦/١.

(٥) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣١٧/٢، وانظر السيل الجرار: الشوكاني، ص ٧٧٠.

(٦) - انظر الفصول في الأصول: الجصاص، ٢٢٩/٢، نهاية السؤل: الإسنوي، ص ٦٢، المنتور في القواعد الفقهية: بدر الدين الزركشي، ٣٢٠/١.

(٧) - انظر العدة في أصول الفقه: ابن الفراء، ١٢٦٧/٤.

(٨) - انظر الفروق: القرافي، ٦٦٠/٢.

ومثال هذا: مسألة تيقن الطهارة ثم شك في الحدث؛ فنحكم بالأصل عند وقوع الشك في الطهارة، والأصل هو إباحة مباشرة العبادة؛ لأن الطهارة متيقنة ولم تزل.^(١)

ومثال هذا أيضاً: ذبيحة المسلم إذا طرأ في حلها شك؛ فنعود إلى الأصل في حكم ذبيحة المسلم؛ فنجد أن الأصل في ذبيحته الحل^(٢)؛ فيكون الاحتياط في هذه الحالة بالحكم بحل ذبيحته وعدم الالتفات الالتفات إلى الشك.

ما لا يرجع إلى أصل:

إذا شك المكلف في حكم مسألة لا تنضوي تحت أصل معين في الحظر أو الإباحة؛ فإن الاحتياط يكون بأولوية ترك هذه المسألة احتياطاً، ويدخل هذا الكلام تحت باب الورع.^(٣)

ومثال هذا: كراهة الحنفية للكلام الزائد على صيغة التشهد الواردة في الأحاديث عن النبي ﷺ، فقالوا: (الأولى ترك الزائد عن الروايات في كل صلاة؛ نظراً إلى المحافظة على المروي من غير زيادة عليه في خصوص هذا المحل).^(٤) إن الزيادة على الصيغ الواردة في النصوص يدور بين الحظر والإباحة، وليس له أصل ينضوي تحته؛ فاحتاط الحنفية بالحكم بأولوية تركه من باب التورع للمحافظة على المروي في النصوص من غير زيادة عليه.

خلاصة الحالات: إن الشك الراجع إلى المكلف إن كان له أصل فيكون الاحتياط بالرجوع إلى هذا الأصل؛ لعدم إمكان الحكم مع وجود الشك في هذه الحالة. أما إن لم يكن له أصل يرجع إليه فيكون الاحتياط بالحكم بأولوية تركه.

السبب الثاني: الاحتياط في حالات وجود الاشتباه

أولاً: تعريف الاشتباه

يأتي الاشتباه في اللغة بعدة معانٍ؛ منها تشابه بين شيئين، ومنها الإشكال، أضف إلى ذلك أنه يأتي بمعنى الالتباس.^(٥) وقد استعمله الفقهاء في الاصطلاح بمعنى محل الشبهة؛ فالاشتباه عندهم هو الموضوع الذي تظهر فيه الشبهة. والشبهة هي: ما يشبه الثابت وليس بثابت؛ فحيث تكون الشبهة يحصل الاشتباه.^(٦)

وهي أيضاً: ما لم يتيقن كونه حراماً أو حلالاً.^(٧) ومن الناحية اللغوية يدخل مبدأ الالتباس تحت الاشتباه، وقد استخدمت الكلمتان لمعنى واحد^(٨)، إلا أن المحققين فرقوا بين الالتباس والاشتباه، فقالوا:

(١) - انظر فتح العزيز بشرح الوجيز: الرافعي، ٢٨٠/١.

(٢) - انظر المجموع: النووي، ٤١٢/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٨٨/٩.

(٣) - انظر العمل بالاحتياط: ص ٢١٣.

(٤) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ٣٢٨/١، درر الحكام شرح غرر الأحكام: ملا خسرو، ٦٨/١.

(٥) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٥٠٣/١٣-٥٠٤، المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ٣٠٣/١.

(٦) - فتح القدير: ابن الهمام، ٢٦٢/٥.

(٧) - التعريفات: الجرجاني، ص ١٢٤.

(٨) - انظر الشرح الكبير: الدردير، ٨٢/١.

(الاشتباه معه دليل، والالتباس لا دليل معه).^(١) ويقصدون بأن الاشتباه معه دليل يرجح أحد الاحتمالين.

ثانياً: أسباب الاشتباه

يرجع الاشتباه في الفقه الجنائي إلى عدة أسباب نذكر منها:

- ١- تعارض الأدلة من حيث الظاهر وظن المجتهد.^(٢)
- ٢- الملك أو تأويل الملك.
- ٣- الحق أو الاستحقاق.
- ٤- صورة العقد.
- ٥- جهل المكلف بتحريم الفعل المكوّن للجريمة.
- ٦- عدم القطعية في وسائل الإثبات.

هذه الأسباب وغيرها تورث الاشتباه الذي يدفعنا إلى الأخذ بالاحتياط، وسنعرف معنى كل واحد منها مع كيفية الاحتياط له في الفقرة التالية.

ثالثاً: كيفية الاحتياط في التعامل مع الاشتباه

بدايةً وبصورة عامة فقد نصّ الفقهاء على أن الأخذ بالاحتياط في حال الاشتباه واجب، وفي هذا عبارة الكاساني: (الأخذ بالاحتياط عند الاشتباه واجب).^(٣)

ثم نقول: تختلف طريقة الاحتياط في التعامل مع الاشتباه بناءً على اختلاف سببه؛ وفيما يلي تفصيل هذا:

الفرع الأول: حال تعارض الأدلة (شبهة الدليل)

عندما تعرض مسألة فيها شبهة حاصلة بسبب تعارض الأدلة المبيحة والحظرة؛ فكيف يكون الاحتياط في هذه الحالة؟. الجواب: يكون الاحتياط بالترك، وهو الحكم العام للتعامل مع الشبهات، وهذا ما عليه الفقهاء وفق قاعدة: (ما اجتمع الحلال والحرام إلا وغلب الحرام الحلال)، التي ذكرها ابن السبكي.^(٤)

ويقول في ذلك ابن نجيم: (من فروعها-أي هذه القاعدة- ما إذا تعارض دليلان أحدهما يقتضي التحريم، والآخر الإباحة قدم التحريم).^(٥)

وسبب الاحتياط للمحرم على حساب المبيح هو أن في المحرم زيادة حكم، وهو نيل الثواب بالانتهاء عنه، واستحقاق العقاب بالإقدام عليه، وهذا غير موجود في المبيح.^(٦)

(١) - حاشية السوق: ٨٢/١.

(٢) - انظر بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب: أبو الثناء الأصفهاني، ٤٦٤/١.

(٣) - بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٧/١.

(٤) - انظر الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٧/١، الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٩٣.

(٥) - الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٩٣.

(٦) - انظر التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ١٠/٣.

وقد قرر الفقهاء في المسألة القاعدة التالية: (كل فعل يختلف فيه الفقهاء حلاً وتحريماً، فإن الاختلاف يكون شبهة تمنع من إقامة الحد).^(١)

تنبيه: إن الخلاف الذي يكون شبهة هو الخلاف في أصل حل الفعل وتحريمه، أما الخلاف في أن هذا الفعل شبهة أو ليس بشبهة فإنه لا يمنع من إقامة الحد عند من يقرر انتفاء هذه الشبهة، ولو ألزمناه بإسقاط الحد لكان ذلك إلزاماً للمخالف برأي مخالفه، وهذا لا يجوز.^(٢)

مثال هذا التعارض: مسألة سرقة الولد من مال أبيه.^(٣)

إن النصوص العامة تفيد معاقبة كل من يصدق عليه اسم السارق، ومنها قوله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) [المائدة: ٣٨].

لكن هناك أحاديث تفيد إباحة مال الولد لوالده، ومنها قوله ﷺ عن جابر بن عبد الله، أن رجلاً قال:

يا رسول الله إن لي مالاً وولداً، وإن أبي يريد أن يجتاح مالي، فقال: "أنت ومالك لأبيك".^(٤)

إذاً نحن أمام أدلة تتعارض في ظاهرها في حالة سرقة الولد من والده؛ هذا يؤدي إلى حصول شبهة؛ خاصة أن الحديث الشريف قد اعتبر مال الولد مباحاً للأب؛ واللام هنا تفيد التمليك مما يجعل الشبهة قوية، وهي

ما يسميها الفقهاء شبهة الملك.^(٥)

ويقول في ذلك الكاساني: (ظاهر إضافة مال الابن إلى الأب بحرف اللام يقتضي حقيقة الملك، فلئن تقاعد عن إفادة الحقيقة فلا يتقاعد على إيراث الشبهة أو حق الملك).^(٦) من أجل الاشتباه هذا لجأ جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية ومالك والشافعية والحنابلة إلى إسقاط الحد في هذه الحالة عن الوالد إذا سرق مال ولده؛ احتياطاً لشبهة الملك التي أفادها الحديث الشريف.^(٧)

أثر هذه الشبهة في التجريم والعقاب

تعتبر شبهة الدليل شبهة قوية تؤثر في التجريم والعقوبة، فهي تمحو وصف الجريمة عن المكلّف، وبالتالي لا يُعاقب؛ فلا يُحد ولا يُعزّر، وذلك لأن الشبهة هنا تدخل في ركن من أركان الجريمة وهو الركن

(١) - المرجع السابق، وانظر معنى هذا في روضة الطالبين: النووي، ٩٣/١٠، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٧٦/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٧/٩.

(٢) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ١٨١.

(٣) - انظر المرجع السابق.

(٤) - سنن ابن ماجه: كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، ٧٦٩/٢، والحديث ضعيف. انظر التلخيص الحبير: ابن حجر العسقلاني، ٤٠١/٣.

(٥) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٧٠/٧.

(٦) - بدائع الصنائع: الكاساني، ٣٥/٧.

(٧) - انظر العناية شرح الهداية: البابرتي، ٢٢١/١٠، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٩٦/٨، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٥٦/٤، كشاف القناع على متن الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ١٤١/٦.

الشرعي، وإذا أضيف إليه إقدام المكلف على الفعل المختلف فيه دون قصد الجريمة لأنه يعتقد الحل؛ فينعدم الركن المعنوي أيضاً في هذه الحالة؛ فيسقط عنه وصف الجريمة.^(١)

الفرع الثاني: شبهة الملك

معنى شبهة الملك: هي الشبهة في المحل أو الشبهة الحكمية، ويقصد بشبهة الملك هنا، أن يكون للجاني نوعٌ من أنواع الملك في المحل الذي وقعت عليه الجناية؛ حتى لو كان هذا الملك حاصلٌ تأويلاً، كما هو حال ملك الوالد مال ولده؛ لوجود تأويل الملك القائم بسبب الأدلة الواردة في ملكية الأب لابنه وماله؛ في قوله ﷺ: "أنت ومالك لأبيك"، ونلاحظ أن هذه المسألة تشترك مع شبهة الدليل أيضاً.^(٢)

فإن وجدت شبهة الملك درأت الحد عن الجاني، وكفي يتضح الكلام لا بد من تطبيق.

تطبيق: سرقة المال المشترك؛ فمن سرق مالاً يشترك فيه مع آخر يدرأ عنه الحد؛ لأن السرقة هي أخذ مال الغير خفية؛ ولأنه لم يأخذ مالاً خالصاً للغير وإنما أخذه ملتبساً بماله.^(٣) ولكن هذا الحكم ليس عاماً عند كل الفقهاء.

فقد ذهب الجمهور ومنهم الحنفية والشافعية في الأظهر عندهم والحنابلة إلى عدم إقامة الحد.^(٤) واستدلوا لعدم القطع بوجود شبهة الملك ولأن له في كل جزء حقاً شائعاً، وذلك شبهة، وهذا يمنع من إقامة الحد.^(٥) وكذا المالكية الذين ذهبوا إلى إيجاب القطع في حال كان المال في حرز غير مشترك، أما إن كان في حرز مشترك بينهما ولم يكن محجوباً عن أحدهما فلا قطع عندهم، وفي قول عند الشافعية يُقطع دون قيد الملكية^(٦)، ويمكن ترجيح مذهب الجمهور لأن ملك الشريك جزءٌ شائعٌ مما يورث شبهة قوية تمنع من إقامة الحد.

وهناك تطبيقات أخرى لشبهة الملك؛ منها سرقة المحارب من مال الغنيمة، والسرقة من مال المدين، وسرقة الأب من مال ولده، تأخذ في الغالب حكم مسائلتنا المعروضة.^(٧)

أثر هذه الشبهة في التجريم والعقاب

إن شبهة الملك تعتبر شبهة قوية تسقط معها العقوبة الأصلية؛ فلا يحد المكلف؛ لكنه يُعزّر.^(٨)

(١) - انظر مراجع المذاهب السابقة، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ٢١٤/١، العقوبة: أبو زهرة، ص ٢١٥.

(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٢١٣/١، ٣٦١/٢، العقوبة: أبو زهرة، ص ١٨٢، قواعد الفقه: محمد عليم الإحسان المجددي البركتي، دار الصدف، كراتشي، ط ١، ١٩٨٦م، ص ٣٣٣، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً: سعدي أبو حبيب، دار الفكر، دمشق، ط ٢، ١٩٨٨م، ص ١٩٠، معجم لغة الفقهاء: محمد رواس قلنجي وحامد صادق قنيبي، دار النفائس، الرياض، ط ٢، ١٩٨٨م، ص ٢٥٧، وانظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٧٦/٢، وانظر الحديث في سنن ابن ماجه: كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، ٧٦٩/٢، والحديث ضعيف. انظر التلخيص الحبير: ابن حجر العسقلاني، ٤٠١/٣.

(٣) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٢٠٩/١.

(٤) - انظر حاشية ابن عابدين: ٩٤/٤، تبين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢١٨/٣، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٢٩/٩، كشف القناع: البهوتي، ١٤١/٦.

(٥) - انظر المراجع السابقة وخاصة تبين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢١٨/٣، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٧٠/٥.

(٦) - انظر شرح مختصر خليل: الخرشي، ٩٦/٨، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٤٤/٧، حاشية القليوبي: ١٨٩/٤.

(٧) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٢٠٩/١ وحتى ٢١١، الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٠٢/٢٤-٣٠٤، العقوبة: أبو زهرة، ص ١٨٢-١٨٣.

الفرع الثالث: شبهة الحق: أو شبهة الاستحقاق

معنى شبهة الحق: هي الشبهة التي يكون للمرتكب فيها شبهة استحقاق في محل الجناية؛ فهو لا يملك وليس له شبهة ملك؛ إنما له شبهة حق تساهم في درء الحد عنه.^(٢)

تطبيق: السرقة من بيت المال، فإن لكل مسلم في بيت المال نوع حق؛ وإن كان لا يثبت الملكية كما هو الحال في مال الشراكة، ولكنه على الأقل يثبت الشبهة التي تسقط الحد.^(٣)

ولكن هذا الحكم ليس عاماً عند كل العلماء، فقد ذهب الحنفية والحنابلة إلى عدم إقامة الحد على من سرق من بيت المال، إذا كان السارق مسلماً، غنياً كان أو فقيراً.^(٤)

واستدلوا لهذا الحكم بأن عبد الله بن مسعود كتب إلى عمر بن الخطاب يسأله عمن سرق من بيت المال، فقال: "أرسله، فما من أحد إلا وله في هذا المال حق".^(٥)

فقالوا: لكل مسلم حق في بيت المال؛ فيكون هذا الحق شبهة تدرأ الحد عنه، كما لو سرق من مال له فيه شركة.^(٦) ووافق الشافعية مذهب الحنفية والحنابلة في عدم القطع إذا كان المسروق من بيت المال مأخوذاً من مال محرز لطائفة السارق منها، أو أحد أصوله أو فروعه، أو كان غير محرز لطائفة معينة وكان للسارق فيه حق بأن كان فقيراً أو غارماً؛ فلا قطع لوجود الشبهة، أما إذا كان المال محرزاً لطائفة ليس هو ولا أحد أصوله أو فروعه منها، وجب قطعه لعدم الشبهة الدائرة للحد، أو كان غير محرز ولم يكن له فيه شبهة حق فيقطع، والخلاصة أن الشافعية احتاطوا للشبهة؛ فحيثما وجدت وفق اجتهادهم سقط القطع.^(٧)

وذهب المالكية وفي المرجوح عند الشافعية إلى وجوب القطع على من سرق من بيت المال.^(٨) واستدلوا بعموم نص آية السرقة، وضعف الشبهة؛ لأنه سرق مالاً من حرز لا شبهة له فيه في عينه، ولا حق له فيه قبل حاجته إليه.^(٩)

(١) - انظر مراجع المذاهب السابقة، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ٢١٥/١.
(٢) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ١٨٤، الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٠٢/٢٤.
(٣) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ١٨٥، التشريع الجنائي: عودة، ٥٩٣/٢.
(٤) - انظر حاشية ابن عابدين: ٩٤/٤، الهداية: المرغيناني، ٣٦٥/٢، الكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة المقدسي، ٧٤/٤، كشف القناع: البهوتي، ١٤١/٦.
(٥) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٣٦/٩، ولم أجده بهذا اللفظ، إنما وجدته بلفظ: فقال عمر: "أرسله، فليس عليه قطع، خادمكم سرق متاعكم". انظر شرح السنة: البغوي، ٣٢٤/١٠، ولم أجد الحكم على هذا الأثر.
(٦) - انظر حاشية ابن عابدين: ٩٤/٤، الهداية: المرغيناني، ٣٦٥/٢، الكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة المقدسي، ٧٤/٤، كشف القناع: البهوتي، ١٤١/٦.
(٧) - انظر تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٣١/٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٧٢/٥، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٤٥/٧.
(٨) - انظر مختصر خليل: ص ٢٤٣، الشرح الكبير: الدردير، ٣٣٧/٤.
(٩) - انظر المراجع السابقة وحاشية الدسوقي: ٣٣٧/٤.

نلاحظ أن المالكية هم من أكثر الفقهاء تشدداً في قبول الشبهة الدائرة للحد، فإذا لم تكن الشبهة قوية جداً عندهم فلا يسقط الحد، في حين نجد أن الحنفية من أكثر المذاهب أخذاً بالاحتياط في درء الحد لوجود الشبهات. ويمكن ترجيح مذهب الحنفية لأنه أحوط لدراء العقوبة وهو الأصل. ومن تطبيقات هذا النوع من الشبهة أيضاً: سرقة الولد من أبيه، ودخول الزوج بالمرأة المطلقة ثلاثاً، يسقط الحد فيه عند الحنفية لوجود شبهة الحل.^(١)

أثر هذه الشبهة في التجريم والعقاب:

إن شبهة الحق لا تمحو وصف الجريمة، ولكنها تسقط الحد؛ ويُعزّر المرتكب.^(٢)

الفرع الرابع: شبهة صورة العقد: وهذه الشبهة قال بها أبو حنيفة.^(٣)

ومعنى شبهة صورة العقد عند أبي حنيفة: ما وجد فيه العقد صورة لا حقيقة^(٤)، أو هي كون عقد غير صحيح على صورة عقد صحيح ومشابهاً به.^(٥) وجود صورة العقد يورث شبهة تمنع من إقامة الحد على من باشر تصرفاً معتمداً على صورة هذا العقد عند الإمام أبي حنيفة؛ سواء علم بحرماتها عليه أو لم يعلم.^(٦) ووافق الإمام الثوري^(٧) أبا حنيفة في هذا النوع من الشبهة.^(٨)

تطبيق: عقد على إحدى محارمه ثم وطئها، فهل تعتبر صورة العقد شبهة تدرأ الحد؟.

ذهب أبو حنيفة وزفر^(٩) إلى اعتبار وجود صورة العقد وإن لم تترتب عليه آثاره شبهة تدرأ الحد عن المكلف؛ سواء علم بحرماتها عليه أو لم يعلم.^(١٠)

وبيان الشبهة في هذه الحالة عند أبي حنيفة أنه قد وجدت صورة المبيع وهو عقد النكاح الذي هو سبب للإباحة، فإذا لم يثبت حكمه وهو الإباحة بقيت صورته شبهة دائرة للحد الذي يُدرأ بالشبهات.^(١١)

(١) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ١٨٤.

(٢) - انظر مراجع المذاهب السابقة، وانظر العقوبة: أبو زهرة، ص ٢١٥، التشريع الجنائي: عودة، ٢١٥/١.

(٣) - انظر الاختيار لتعليل المختار: مجد الدين أبو الفضل، ٩٠/٤، البنائية شرح الهداية: المرعيتاني، العيني، ٢٩٨/٦، درر الحكام شرح غرر الأحكام: ملا خسرو، ٦٥/٢، التشريع الجنائي: عودة، ٢١٤/١.

(٤) - انظر معجم لغة الفقهاء: محمد رواس قلنجي وحامد صادق قنبي، ص ٢٥٧.

(٥) - انظر جامع العلوم في اصطلاحات الفنون: القاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ٢٠٠٠م، عزب عباراته الفارسية: حسن فحص، ١٤٣/٢.

(٦) - انظر تحفة الفقهاء: ١٣٩/٣، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٥٩/٥، تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١١٥/٢.

(٧) - الثوري: سفيان بن سعيد بن مسروق، الثوري؛ محدث فقيه، له (الجامع الكبير)، و(الجامع الصغير) في الحديث، توفي: ١٦١هـ. انظر الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ٢٥٠/١، تاريخ بغداد: أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي، ٤٦٣هـ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ١، ٢٠٠٢م، تحقيق: بشار عواد معروف، ١٥١/٩.

(٨) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٥/٩.

(٩) - زفر: زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري صاحب الإمام أبي حنيفة، وكان يفضلته ويقول هو أقيس أصحابي، كان كان فقيهاً حافظاً، توفي ١٥٨هـ. انظر الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ٢٤٣/١، وفيات الأعيان: ابن خلكان، ٣١٧/٢.

(١٠) - انظر حاشية ابن عابدين: ٢٥/٤، تحفة الفقهاء: ١٣٩/٣، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٥٩/٥، تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١١٥/٢.

(١١) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٦١/٥، المبسوط: السرخسي، ٨٦/٩، التشريع الجنائي: عودة، ٣٦٣/٢.

ثم قال أبو حنيفة: إذا كان عالماً بتحريمها عليه؛ فيجب عليه في هذه الحالة المهر ويعاقب عقوبة هي أشد ما يكون من التعزير سياسة لا حداً مقدراً شرعاً، وإذا لم يكن عالماً فلا حد ولا تعزير.^(١)

وقيد الصحبان وأئمة المذاهب الثلاثة سقوط الحد في هذه الحالة في حالة عدم العلم بالتحريم، وبعد سقوط الحد يُعزّر، وقالوا بوجوب الحد حال علمه بالتحريم.^(٢) وقد ردّوا على أبي حنيفة فقالوا: بأن الوطء حدث في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك، والواطئ من أهل الحد عالم بالتحريم؛ فلا عذر له ويلزمه الحد؛ لأنه قد ارتكب جناية، أما العقد فهو باطل ولا أثر له مطلقاً؛ فهو كأن لم يوجد، وصورة المبيح إنما تكون شبهة إذا كانت صحيحة.^(٣)

ومن تطبيقات هذا النوع من الشبهة أيضاً: الوطء بعد نكاح بغير شهود.^(٤)

أثر هذه الشبهة في التجريم والعقاب

عند أبي حنيفة يكون أثر هذه الشبهة مسقطاً للحد، ولكنه لا يسقط العقوبة عموماً؛ وبالتالي فإن المكلف يُعزّر في حالة العلم، دون حالة الجهل التي يسقط فيها الحد والتعزير.^(٥) وعند جمهور العلماء والصاحبين فإن أثر هذه الشبهة ينحصر في حالة عدم العلم؛ فيسقط الحد، ولكن لا تسقط العقوبة عموماً؛ فيُعزّر.^(٦)

الفرع الخامس: جهل المكلف بتحريم الفعل المكوّن للجريمة.

القاعدة العامة في الجهل هي:

الجهل بالأحكام الشرعية يكون عذراً إذا تعدّر على المكلف الاطلاع على الدليل، وكل من كان في إمكانه الاطلاع على الدليل وقصّر في تحصيله لا يكون معذوراً.^(٧)

ومعنى كون الجهل عذراً لا يعني إباحة الفعل وفق الاصطلاح التكليفي؛ إنما يعني رفع الإثم عموماً، وإسقاط الحد في الجنايات خصوصاً.^(٨) والجهل الدائر للحد هو الجهل الذي يتعذر على المكلف الاطلاع على دليل التجريم معه. وعلى هذا فنحن أمام نوعين للجهل في مسألة درء الحد؛ إما جهل دائر للحد، أو جهل غير دائر للحد، وندرس تطبيقاً لكل نوع.

(١) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٥٩/٥.

(٢) - انظر تحفة الفقهاء: ١٣٩/٣، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٥٩/٥، حاشية ابن عابدين: ٢٥/٤، وانظر باقي المذاهب: مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٩١/٦، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ١٢٧/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٥/٩.

(٣) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٦١/٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٥/٩.

(٤) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٦٠/٥.

(٥) - انظر حاشية ابن عابدين: ٢٥/٤، تحفة الفقهاء: ١٣٩/٣، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٥٩/٥، تبين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١١٥/٢، العقوبة: أبو زهرة، ص ٢١٥.

(٦) - انظر تحفة الفقهاء: ١٣٩/٣، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٥٩/٥، حاشية ابن عابدين: ٢٥/٤، وانظر باقي المذاهب: مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٩١/٦، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ١٢٧/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٥/٩.

(٧) - انظر تيسير التحرير: أمير بادشاه، ٢٢٣/٤، الفروق: القرافي، ١٤٩/٢-١٥٠، التشريع الجنائي: عودة، ٤٣٠/١.

(٨) - انظر المراجع السابقة.

الجهل الدارئ للحد

إن الجاني لا يؤاخذ على الفعل المحرم إلا إذا كان عالماً علماً تاماً بتحريمه؛ فإذا جهل التحريم ارتفعت عنه المسؤولية الجنائية، ويكفي في العلم بالتحريم إمكان العلم؛ فمتى بلغ الإنسان عقلاً وكان ميسراً له أن يعلم ما حُرِّم عليه: إما برجوعه للنصوص الموجبة للتحريم، وإما بسؤال أهل الذكر، اعتُبر عالماً بالأفعال المحرمة، ولم يكن له أن يعتذر بالجهل أو يحتج بعدم العلم، وعليه يُعتبر النص المحرّم معلوماً للكافة في دار الإسلام، ولو أن أغلبهم لم يطلع عليه أو يعلم عنه شيئاً، ما دام العلم به ممكناً لهم. ولم يشترط العلماء تحقق العلم فعلاً؛ لأن ذلك يؤدي إلى الحرج، ويفتح باب الادعاء بالجهل على مصراعيه، ويعطل تنفيذ النصوص.^(١)

ومن هنا جاءت القاعدة المشهورة عند الفقهاء: (لا عذر لجهل الأحكام في دار الإسلام).^(٢) ويكون الجهل الدارئ للحد على نوعين: الأول: الجهل بالوقائع، والثاني: الجهل بالتحريم في غير الديار الإسلامية.

الأول: الجهل بالوقائع

ويسميه المالكية جهل العين.^(٣)

وهو الجهل بموضوع الجناية لا بحكمها، وذلك كالجهل بمحل الجناية.^(٤) ومثال هذا: وطئ امرأة وهو يجهل أنها محرمة عليه، مع علمه بأن الزنا حرام، ومن شرب خمرًا وهو يجهل أنها خمر، مع علمه أن الخمر حرام.^(٥) هذا الجهل يعتبر شبهة تدرأ الحد عن فاعلها، وقال ابن قدامة في مسألة من وطئ امرأة وهو يجهل أنها محرمة عليه: (لا حدّ عليه؛ لا نعلم فيه خلافاً).^(٦)

الثاني: الجهل بالتحريم في غير الديار الإسلامية أو لحديث العهد بالإسلام

الجهل بالشرائع في دار الحرب يكون عذراً من مسلم أسلم فيها ولم يهاجر، فيصير جهله بالخطاب عذراً؛ بخلاف الذمي إذا أسلم في دار الإسلام لشيوخ الأحكام والتمكن من السؤال.^(٧) ويقول السيوطي: (كل من جهل تحريم شيء مما يشترك فيه غالب الناس لم يُقبل، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام، أو نشأ ببادية بعيدة يخفى فيها مثل ذلك: كتحرّم الزنا، والقتل، والسرقة،

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٤٣٠/١.

(٢) - انظر قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر السمعاني، ٣٨٥/٢، غمز عيون البصائر: شهاب الدين الحموي، ٣٠٠/٣.

(٣) - انظر التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٢/٨.

(٤) - انظر المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم: عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٩٩٣م، ٦٧/٥.

(٥) - انظر المرجع السابق، الشبهة وأثرها في الحدود والقصاص: إلهام طوير، ص٢٠٤.

(٦) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٧/٩، وانظر حاشية ابن عابدين: ١٠/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٢/٨، مغني مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٤/٥.

(٧) - انظر الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص٢٦١، وشرحه غمز عيون البصائر: شهاب الدين الحموي، ٣٠٠/٣، كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٣٤٦/٤.

والخمر).^(١) وبالتالي إذا باشر من توفّر فيه الصفات التي ذكرها السيوطي جنايةً فإن الحد يسقط عنه لوجود شبهة الجهل.

أثر هذه الشبهة في التجريم والعقاب

تعتبر هذه الشبهة من الشُّبُه القوية التي تمحو وصف الجريمة، وتسقط معها العقوبة.^(٢) ولكن تجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من الشُّبُه إذا أدى إلى الاعتداء على حقوق الناس؛ فيجب التعويض عليه؛ لأن محو وصف الجريمة لا يسقط حق الغير في التعويض عن الضرر النازل به.^(٣)

الجهل غير الدارئ للحد

هو ادعاء الجهل بالتجريم والعقوبة في دار الإسلام؛ لأن احتمال الصدق في هذا الادعاء ضعيف، وذلك أن النشأة والإقامة في دار الإسلام تحول دون تقوية صدق هذا الادعاء.^(٤) قال ابن قدامة: (المسلم الناشئ بين المسلمين، وأهل العلم، لم يُقبل -أي ادعاؤه الجهل-؛ لأن تحريم الزنا

لا يخفى على من هو كذلك، فقد علم كذبُه).^(٥) ويشمل هذا الكلام من ادعى الجهل بالتجريم في دار الإسلام فلا يصدّق، ويشمل أيضاً من ادعى الجهل بالعقاب فقط؛ مع إقراره بالعلم بالتجريم فلا يصدّق أيضاً.^(٦)

والسبب في عدم اعتبار هذا الجهل دارئاً للحد هو أن إمكانية العلم بالأحكام الشرعية المتعلقة بالتجريم والعقاب متوفرة في دار الإسلام للجميع؛ فالعالم يتوصل إليها بالنظر في الأدلة والاجتهاد، وعامة المكلفين يصلون إليها بسؤال أهل الذكر.^(٧)

الفرع السادس: شبهات وسائل الإثبات: هي في موضوع الفصل السادس من هذه الرسالة.

السبب الثالث: الاحتياط في المسائل التي وقع فيها خلاف بين الفقهاء

من أسباب الأخذ بالاحتياط ودوافعه وجود الخلاف بين العلماء، وهذا الخلاف منتشر في أبواب الفقه، يقول الإمام الشاطبي: (إن جمهور مسائل الفقه مختلفٌ فيها اختلافاً يعتدّ به).^(٨) ويقول أيضاً: (الخلاف من زمان الصحابة إلى الآن واقع في المسائل الاجتهادية، وأول ما وقع الخلاف في زمان الخلفاء الراشدين المهديين، ثم في سائر الصحابة، ثم التابعين ولم يعب أحدٌ ذلك منهم، وبالصحابة اقتدى من بعدهم في توسيع الخلاف).^(٩)

(١) - الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ٢٠٠.

(٢) - انظر مراجع المذاهب السابقة، وانظر العقوبة: أبو زهرة، ص ١٩٤-١٩٥.

(٣) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ١٩٥.

(٤) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٨/٩.

(٥) - المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٨/٩.

(٦) - انظر المفصل: عبد الكريم زيدان، ٦٦/٥.

(٧) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٤٣٠/١، والشبهة وأثرها في الحدود والقصاص: إلهام طوير، ص ٢٠٣.

(٨) - الموافقات: الشاطبي، ١٦٢/١.

إن الخلاف في الفروع الفقهية موجودٌ في الواقع، ومشروعٌ؛ لما ذكره الشاطبي من خلاف الصحابة في المسائل الاجتهادية، ومثال هذا الخلاف الذي أقرّه النبي ﷺ في حادثة بني قريظة في صحيح البخاري: (عن ابن عمر، قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم لنا لما رجع من الأحزاب: "لا يصلين أحد العصر إلا في بني قريظة"؛ فأدرك بعضهم العصر في الطريق، فقال بعضهم: لا نصلي حتى نأتيها، وقال بعضهم: بل نصلي، لم يُرد منا ذلك، فذكر للنبي صلى الله عليه وسلم، فلم يعنف واحداً منهم).^(٢) ليس كل فرع فقهي صالحاً ليكون موضع خلاف بين العلماء؛ فالفرع الذي يجوز الخلاف فيه هو ما خفي دليله، أو تعارضت فيه الأدلة، أو اختلفت في ثبوتها، أما ما ورد فيه نصٌ صريحٌ صحيحٌ فلا مجال للخلاف فيه كمسائل أصول الدين والعقيدة.^(٣)

وبعد يمكن السؤال: كيف يكون الاحتياط لوجود الخلاف؟.

والإجابة: يكون الاحتياط بالخروج من الخلاف، أو مراعاة الخلاف في المسائل التي وقع فيها الخلاف بين العلماء، وفيما يلي توضيح لهذا المعنى.

أولاً: تعريف الخروج من الخلاف

للخلاف في اللغة عدة معانٍ؛ منها المضادة.^(٤) والخلاف في الاصطلاح: هو: (منازعة تجري بين المتعارضين لتحقيق حق أو إبطال باطل، وهو أعم من المضادة).^(٥)

أو هو: الجمع بين القولين حذراً من أن يكون الصواب مع الطرف الآخر.^(٦) فإن كان المكلف يعتقد جواز شيء بناءً على اجتهاد مجتهد؛ ثم وجد من المجتهدين من يقول بحرمته؛ فإنه يترك هذا الشيء احتياطاً للخروج من هذا الخلاف.

مثاله: هو شافعي يقول بجرمة النكاح بلا ولي؛ وبالتالي يجب الحد على الواطئ بعد هذا النكاح عنده؛ لكنه يترك إقامة الحد لمذهب الحنفية الذي أباح هذا النكاح ولم يعتبر الوطء بعده زناً يوجب الحد؛ بناءً على مجموعة من الأدلة أتى بها لمذهبه؛ فخرجواً من مخالفة هذا القول الذي يقوم على أدلة؛ يتمتع الشافعي عن إقامة الحد في هذه المسألة.^(٧)

إن الخروج من الخلاف يكون أيضاً بالجمع بين أدلة المختلفين، والعمل بمقتضى كل دليل؛ فلا يبقى في النفوس توهمٌ أنه قد أهمل دليلاً؛ لعل مقتضاه هو الصحيح؛ فبالجمع ينتفي ذلك.^(٨)

(١) - الاعتصام: الشاطبي، ص ٧٠٠.

(٢) - صحيح البخاري: كتاب الجمعة، باب الصلاة عند مناهضة الحصون ولقاء العدو، ١٥/٢.

(٣) - انظر إحياء علوم الدين: الغزالي، ٤١/١-٤٢، الموافقات: الشاطبي، ٦٢/٥-٦٣.

(٤) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٩٠/٩.

(٥) - قواعد الفقه: محمد المجددي البركتي، ص ٢٨٠.

(٦) - انظر قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ٢٥٤/١.

(٧) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٦٤/٢، المبسوط: السرخسي، ١٠٢/٩، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٧٦/٨، تهذيب الفروق: محمد علي بن حسين، ٢٠٢/٤، روضة الطالبين: النووي، ٩٣/١٠، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٠٤/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٧/٩، الفروع: ابن المفلح، ٥٨/١٠.

(٨) - الفروق: القرافي، ٢١٩/٤.

أما طريقة هذا الجمع لتحصيل الاحتياط فسنعرفها في فقرة كيفية الاحتياط بالخروج من الخلاف. **تنبيه:** إن الخلاف الذي يكون شبهة هو الخلاف في أصل حل وتحريم التصرف، أما الخلاف في أن هذه شبهة أو ليست بشبهة فلا يمنع من إقامة الحد عند من يقرر انتفاء هذه الشبهة، ولو ألزماه بإسقاط الحد لكان ذلك إلزاماً للمخالف برأي مخالفه، وهذا لا يجوز.^(١)

ثانياً: حكم الخروج من الخلاف وشروط العمل به

الحكم العام للخروج عن الخلاف هو الاستحباب، وقد نصّ على هذا عددٌ من الفقهاء، وقد أفرّد السيوطي في الأشباه والنظائر قاعدة للخروج من الخلاف وهي: (القاعدة الثانية عشرة: الخروج من الخلاف مستحب).^(٢) وممن نصّ على استحباب الخروج من الخلاف النووي والكمال بن الهمام.^(٣) لكن عندما يتعلّق الأمر بالدماء والحدود فيكون حكم الاحتياط بالخروج عن الخلاف هو الوجوب؛ وذلك لأن الاحتياط للدماء واجب؛ لأن الأصل في الدماء الحرمة.^(٤)

شروط العمل به:

ليس كل خلاف يقع بين العلماء يحتاط له المكلف؛ إنما هناك شروط لا بدّ أن تتوفر؛ سواء في الذي يخرج من الخلاف، أو في الخلاف نفسه، أو في دليله، ويمكن أن نرجع هذه الشروط إلى ثلاثة بنود، وهي:

الشرط الأول: أن لا يكون مباشر الخروج من الخلاف مجتهداً، وهذا شرط عام نأخذه من شروط الاجتهاد؛ حيث قرر الأصوليون أن المجتهد لا يجوز له أن يأخذ بقول غيره من المجتهدين إذا كان قادراً على الاجتهاد، وهذا الشرط حكى فيه بعض العلماء الاتفاق، ومنهم ابن قدامة في روضة الناظر.^(٥)

الشرط الثاني: أن لا يترتب على الخروج من الخلاف مكروهٌ ومحذورٌ شرعيٌّ، وهو كما قال النووي: (إخلال بسنة، أو وقوع في خلاف آخر).^(٦)

أو كما قال ابن السبكي: (ترك سنة ثابتة أو اقتحام أمر مكروه).^(٧)

أو كما قال الزركشي: (أن لا تؤدي مراعاته إلى خرق الإجماع).^(٨)

وخصص الحنفية المكروه المحذور منه أن يكون مكروهاً في مذهب من يريد الخروج عن قوله إلى قول آخر؛ فقالوا: يندب الخروج من الخلاف، لكن بشرط عدم لزوم ارتكاب مكروه مذهب. ^(٩) إن استحباب الخروج الخروج من الخلاف هو في الحقيقة من أجل تحصيل مصلحة الاحتياط والورع للدين؛ فلو أدى هذا

(١) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ١٨١.

(٢) - الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ١٣٦.

(٣) - انظر المجموع: النووي، ١٩٦/٣، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٢٧/١.

(٤) - انظر كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٥٤/٢، الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ٣٠١/٢، الاختيار في تعليل المختار: ٢٨/٥، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٢٢٧/١.

(٥) - انظر روضة الناظر: ابن قدامة المقدسي، ٣٧٣/٢، وانظر الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، ٣٠٣/٢، التقرير والتحرير: ابن أمير الحاج، ٢٧٣/٢.

(٦) - شرح صحيح مسلم: النووي، ٢٣/٢.

(٧) - الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٢/١.

(٨) - المنثور في القواعد: ١٣١/٢، وانظر دفاع النووي عن ابن سريج في روضة الطالبين: النووي، ٦١/١.

(٩) - الدر المختار: الحصكفي، ١٤٧/١.

الخروج إلى ما يخلّ بالسنة أو يوقع في مشكلة أخرى تتنافى مع المصلحة فإنه في هذه الحالة لا يكون محققاً للحكمة من استحبابه، وبالتالي يكون هذا الشرط ضرورياً في هذا المقام.

ثم إن الخروج من الخلاف موجودٌ من أجل التخلص من الخلاف؛ فكيف يصلح أن يكون الخروج منه سبيلاً إلى الوقوع في خلاف آخر؟ ومن هذه النقطة انطلق النووي في عبارته السابقة.

الشرط الثالث: أن يكون الدليل الذي نحتاج لأجله قوياً؛ يصلح لوقوف الذهن عنده، وهذا الشرط مأخوذٌ من كلام القرافي: (وهذا مع تقارب الأدلة، أما إذا كان أحد المذهبين ضعيف الدليل جداً؛ بحيث لو حكم به حاكم لنقضناه لم يحسن الورع في مثله، وإنما يحسن إذا كان مما يمكن تقريره شريعةً).^(١)

فالذي يصلح لمراعاة خلافه هو ما كان مأخذه قوياً^(٢)، أو على الأقل أن تكون أدلة الخصمين متقاربة؛ بحيث

لا يبعد قول المخالف كل البعد.^(٣)

والقوة المرجوة في الدليل ليست قوة النهوض بحجة صاحبه؛ إنما هي قوة يصلح معها وقوف الذهن عنده؛ فلو جاءنا دليل يصلح لنهوض حجة صاحبه، وظهر لنا هذا النهوض فلا يجوز أن نخالفه أصلاً، وهذا الكلام مأخوذٌ من ابن السبكي؛ إنما يكفي في قوة الدليل أن يصلح معها لوقوف الذهن عنده فقط.^(٤)

الشرط الرابع: أن يكون الجمع بين المذهبين ممكناً؛ فإن لم يكن كذلك؛ فلا يُترك الراجح عند معتقده لمراعاة المرجوح؛ لأن ذلك عدولٌ عما وجب عليه من اتباع ما غلب على ظنه وهو لا يجوز.^(٥) ومثال هذا الشرط ما ذكره الزركشي: (الرواية عن أبي حنيفة في اشتراط المصر الجامع في انعقاد الجمعة، لا يمكن مراعاته عند من يقول إن أهل القرى إذا بلغت العدد الذي ينعقد به الجمعة لزمهم، ولا يجزيهم الظهر فلا يمكن الجمع بين القولين).^(٦)

فكيف يمكن الجمع بين قول الحنفية المشتراط للمصر الجامع مع القول الثاني الذي يكتفي بالعدد؟.

ثالثاً: كيفية الاحتياط بالخروج من الخلاف

ربط الفقهاء بين الاحتياط والخروج من الخلاف واعتبروا الخروج من الخلاف نوعاً من أنواع الاحتياط، ومنهم النووي وابن السبكي وابن قدامة المقدسي والسيوطي والزركشي.^(٧)

وعبارة ابن السبكي: (أفضليته-أي الخروج من الخلاف- ليست لثبوت سنة خاصة فيه؛ بل لعموم الاحتياط والاستبراء للدين، وهو مطلوب شرعاً مطلقاً؛ فكان القول بأن الخروج أفضل ثابت من حيث

(١) - الفروق: القرافي، ٢١٢/٤.

(٢) - انظر المنتور في القواعد الفقهية: بدر الدين الزركشي، ١٢٩/٢، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٣١١/٨.

(٣) - انظر قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ٢٥٤/١.

(٤) - انظر الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٢/١.

(٥) - انظر المنتور في القواعد الفقهية: بدر الدين الزركشي، ١٣١/٢-١٣٢.

(٦) - المنتور في القواعد: ١٣٢/٢.

(٧) - انظر المجموع: النووي، ٣٤٤/٩، الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٢/١، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٦٥/١، الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ١٣٧، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٣١١/٨.

العموم، واعتماده من الورع المطلوب شرعاً^(١). فابن السبكي يبرّر للخروج من الخلاف كونه يفيد الاحتياط والاستبراء للدين، وهذا كلامٌ غايةٌ في الأهمية في الربط بين الخروج من الخلاف والاحتياط؛ فالاحتياط دافعٌ إلى الخروج من الخلاف، والخروج من الخلاف سببٌ للاحتياط؛ فتحصل غاية التداخل بينهما.

إذاً الخروج من الخلاف يعتمد في مشروعيته على مشروعية الاحتياط والورع؛ فيمكن لنا أن نعتبره نوعاً من أنواع الاحتياط^(٢).

ولو دققنا في الاحتياط في حال الخلاف فسنجد أنه يرجع إلى وجود الشبهة الحاصلة بسبب هذا الخلاف، هذه الشبهة التي ترجع في الأصل إلى مأخذ الحكم ودليله بالنسبة للطرفين المختلفين، وهنا نخلص إلى نتيجة؛ وهي أن مردّ الأخذ بالاحتياط حال الخلاف هو وجود الشبهة الحاصلة بسبب أدلة المختلفين ومأخذهما^(٣).

ثم إن كيفية الاحتياط بالخروج من الخلاف في الفقه الجنائي تنحصر في حالة الخلاف في إباحة الفعل المكوّن للجريمة؛ فبعض العلماء يقول بحرمة فيثبت العقاب عنده، والبعض الآخر يقول بحله فلا يثبت العقاب عنده؛ فيكون الاحتياط بإسقاط العقاب عن الجاني. وأصدق مثال على هذا ما ذكرناه في موضوع الشبهة في الطريق أو الطرق.

السبب الرابع: جلب المصالح ودرء المفاسد

أولاً: معنى المصالح والمفاسد

المصلحة في اللغة ضد المفسدة^(٤).

وهي في الاصطلاح: (المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم)^(٥).

أو هي: (المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق)^(٦).

المصالح إذاً هي المحافظة على مقصود الشرع؛ فما هو مقصود الشرع هنا وفق بيان الفقهاء؟.

المقاصد هنا تُقسم إلى ضروريات وحاجيات وتحسينيات، والضروريات: هي الأمور التي لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا؛ بحيث إذا فُقدت لم تجرِ مصالح الدنيا على استقامة، وهي تتجلى في الحفاظ على خمسة مقاصد: (حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل).

(١) - الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٢/١.

(٢) - انظر الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ١٣٧.

(٣) - انظر البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٣١١/٨.

(٤) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٥١٦/٢.

(٥) - المستصفى: الغزالي، ص ١٧٤.

(٦) - البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٣٧٧/٤.

ثم الحاجيات وهي الأمور التي يُفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، وإذا لم تراعى وقع الناس في حرج ومشقة لا تبلغ درجة المشقة التي تترتب على فوات الضروريات، ومنها الرخص وإباحة التمتع بالطيبات.

ثم التحسينيات وهي: الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المندّسات؛ التي تأنفها العقول والفطر السليمة، ومثالها ستر العورات والطهارات وترك النجاسات.^(١)

أما **المفسدة** في اللغة فجذرهما فسد، والفساد نقيض الصلاح، والمفسدة خلاف المصلحة، والاستفساد خلاف الاستصلاح، وقالوا هذا الأمر مفسدة لكذا أي فيه فساد.^(٢)

وهي في المعنى الاصطلاحي كذلك، فقد استخدم الفقهاء المفسدة بمعنى خلاف المصلحة أثناء دراستهم لمبدأ المصالح المرسلّة، ومبدأ سد الذرائع.^(٣)

أما معنى **الجلب** فهو: سَوَق الشيء من موضع إلى آخر.^(٤) وهذا المعنى خاصٌ بالماديات، وقريبٌ منه معنى الجلب في المعنويات؛ حيث يكون معنى الجلب فيها نقل الفكرة من حيزٍ العدم إلى حيزٍ الوجود.

وأما **الدرء**: فيُطلق في اللغة على معانٍ منها: الدفع والاتقاء، فدرءُ الشيء يعني دفعه واتقاؤه.^(٥) ودخول الاتقاء في معنى الدرء يعطيه معنى دفع الشيء قبل حصوله؛ لأن الاتقاء أصله وقى، والوقاية هي الصيانة عن الأذى والحماية، وتجنب المكروه والحذر منه قبل وقوعه.^(٦) وهو في المعنى الاصطلاحي كذلك.^(٧)

ثانياً: مراعاة الشريعة لجلب المصالح ودفع المفاسد

إن المقصود من الشرائع رعاية المصالح، كما أفاد الرازي.^(٨) وقد قامت بهذا كثيرٌ من النصوص، وقد وقد عمل بمقتضى المصلحة السلف الصالح من الصحابة ومن بعدهم، فهي من الأصول الفقهية الثابتة عند أهل الأصول، وإن كان فيها خلاف بينهم في قسم المصالح المرسلّة التي لم يشهد أصلٌ شرعيٌ باعتبارها أو إلغائها، ولكن رغم وجود هذا الخلاف في قسم المصالح المرسلّة فإنه لا ينفي مراعاة الشارع العامة للمصالح.^(٩)

(١) - انظر المستصفى: الغزالي، ص ١٧٤-١٧٥، الموافقات: الشاطبي، ١٠/٨-٩-١٠، وانظر البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٢٦٦/٧ وحتى ٢٧٤.

(٢) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٣٣٥/٣.

(٣) - انظر الفروق: القرافي، ٣٢/٢، الموافقات: الشاطبي، ١٨٢/٥.

(٤) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٢٦٨/١.

(٥) - انظر المرجع السابق: ٧١/١.

(٦) - انظر المعجم الوسيط في المذهب: الغزالي، ابراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، دار الدعوة، الدعوة، مجمع اللغة العربية، ١٠٥٢/٢.

(٧) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٧٢/١٨، شرح مختصر خليل: الخرشبي، ١٠١/٨، مختصر المزني: ٢٣٧/٨، الكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة المقدسي، ٧٤/٤.

(٨) - انظر المحصول: فخر الدين الرازي، ١٦٥/٦.

(٩) - انظر الاعتصام: الشاطبي، ص ٢٣٧.

ومن هذه النصوص: قوله تعالى: (وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ) [الأنبياء: ١٠٧]، وقوله: (هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا) [البقرة: ٢٩]، وقوله: (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ) [البقرة: ١٨٥]، وقوله: (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُم فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) [الحج: ٧٨].^(١)

قال الرازي هذه النصوص: (دالة على أنه تعالى ما شرع الأحكام إلا لمصلحة العباد).^(٢)

وقد قامت الأدلة أيضاً على مراعاة الشارع لمبدأ درء المفساد، ومن هذه الأدلة: حديث النبي ﷺ عن عبادة بن الصامت^(٣) وابن عباس رضي الله عنهما: "أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى أَنْ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ".^(٤) ضرار".^(٥)

إن درء المفساد داخل (تحت أصل قطعي في هذا المعنى، فإن الضرر والضرار مبثوث منه في الشريعة كلها في وقائع جزئيات وقواعد كلييات).^(٥)

ثالثاً: المصلحة التي يُحتاط لجليها والمفسدة التي يُحتاط لدرئها

المصلحة التي يُحتاط لها هي المصلحة العامة المعتبرة شرعاً، التي لا تختص بشخص أو ب فئة دون أخرى، أو بباب دون باب، ولا بمحل دون محل، ولا بمحل وفاق دون محل خلاف؛ وذلك أن الأحكام مشروعة لمصالح العباد، ولو اختصت لم تكن موضوعة للمصالح على الإطلاق؛ لكن لما قام الدليل على مراعاة الشارع لمصالح العباد دلّ هذا على أن المصالح فيها غير مختصة.^(٦) إن المصلحة المعتبرة التي يُحتاط لها هي المصلحة التي يعتبرها الشرع مصلحة في نظره، لا ما كان ملائماً لطبع الإنسان وهواه.^(٧) وبناءً على ما سبق تكون المفسدة التي يُحتاط في درئها هي المفسدة العامة التي ألغاهها الشرع؛ واعتبرها مفسدة، لا ما كان منافراً للطبع والهوى.^(٨)

ويدخل تحت هذه المصلحة العامة المعتبرة مبدأ المصلحة المرسلّة عند أكثر من توسع بها وهم المالكية الذين يعتبرون المصالح المرسلّة أصلاً شرعياً معتبراً تُبنى عليه الأحكام.^(٩)

والمصلحة المرسلّة عندهم هي: الوصف الذي لم يُعلم من الشرع إلغاؤه أو اعتباره^(١٠)، أو هي: (حكم

(١) - انظر المحصول: فخر الدين الرازي، ١٧٤/٥-١٧٥.

(٢) - المرجع السابق: ١٧٥/٥.

(٣) - عبادة بن الصامت: عبادة بن الصامت بن قيس، الأنصاري الخزرجي، صاحب رسول الله ﷺ، كان أحد نقباء العقبة، توفي: ٣٤هـ. انظر الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، ٢٦٨/٢.

(٤) - سنن ابن ماجه: كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر جاره، ٧٨٤/٢، وموطأ مالك: كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، ٧٤٥/٢، والحديث صحيح بطرقه وشواهد. انظر نصب الراية: أبو محمد الزيلعي، ٣٨٥/٤.

(٥) - انظر الموافقات: الشاطبي، ١٧/٣.

(٦) - انظر المرجع السابق: ٣٥٥/١.

(٧) - انظر المرجع السابق: ٣٣٨/١.

(٨) - انظر المرجع السابق.

(٩) - انظر كلام الشاطبي في الموافقات: الشاطبي، ٥٢٣/٢ و ٤١/٣، و ٢٨٥/٣، انظر باقي المذاهب في المنحول: الغزالي، الغزالي، ص ٤٥٤-٤٥٥-٤٥٦، وانظر تفاصيل الأقوال في كلام الشوكاني في إرشاد الفحول: الشوكاني، ١٨٤/٢.

(١٠) - انظر نهاية السؤل: الإسنوي، ٣٢٨/١، شرح التلويح على التوضيح: التفتازاني، ١٤٢/٢.

لا يشهد له أصل من الشرع اعتباراً أو إلغاءً).^(١) كما عرّفها الشاطبي بقوله: (اعتبار المناسب الذي لا يشهد له أصل معين؛ فليس له على هذا شاهد شرعي على الخصوص، ولا كونه قياساً؛ بحيث إذا عرض على العقول تلقته بالقبول).^(٢)

الربط بين المصلحة والاحتياط:

مرّ تعريف الاحتياط وهو: (احتراز المجتهد أو المكلف عن مخالفة المصالح والمقاصد والحكم الشرعية عند الاشتباه في الأحكام). إذاً الدافع لهذا الاحتراز (الاحتياط) هو المحافظة على المصالح والمقاصد الشرعية، والتي تعني بدورها التورّع عن المفسد؛ لأن التورّع عن المفسدة يقود إلى المصلحة. وفي تعريف الاحتياط في الفقه الجنائي: (احتراز الشارع أو المجتهد عن مخالفة المصالح الشرعية في تشريع العقوبة، واحتراز الحاكم عن الشك أو الشبهة في تطبيق العقوبة). الدافع لاحتراز الشارع أو المجتهد في تشريع العقوبة هو جلب المصلحة الشرعية العامة المعتمدة. ولقد رأينا في تعريف الاحتياط كيف تمّ الربط بين المصالح والاحتياط من قبل الفقهاء.

ومن ذلك كلام العز بن عبد السلام؛ حيث قال: (إن الاحتياط لحيازة المصالح بالفعل ولاجتناب المفسد بالترك، وقليل من يفعل ذلك).^(٣)

وقال: (والشرع يحتاط لدور مفسد الكراهة والتحريم، كما يحتاط لجلب مصالح النذب والإيجاب).^(٤)

ثم قسم العز بن عبد السلام المصلحة التي يحتاط الشرع لأجلها إلى قسمين؛ الأول مصلحة الواجب، والثاني مصلحة المندوب.^(٥) وقسم المفسدة التي يحتاط الشارع لدورها إلى قسمين؛ الأول مفسدة المحرم، والثاني مفسدة المكروه.^(٦) ومن ذلك كلام الإمام السبكي؛ حيث قال: (واعلم أن مسائل مسائل الاحتياط كثيرة يطول استقصاؤها؛ يرجع حاصلها إلى أن الاحتياط قد يكون لتحصيل المنفعة... وقد يكون لدفع المفسدة).^(٧)

فيدخل درء المفسدة تحت معنى المصلحة في تعريف الاحتياط.

وأيضاً فإن العلماء قد لاحظوا معنى المقصد الشرعي في الاحتياط، ومن ذلك ما ذكره الزركشي في البحر المحيط عندما قال: (والشافعي يرى تقدّم الأحوط؛ لأنه أقرب إلى مقصود الشارع).^(٨)

(١) - بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب: أبو الثناء الأصفهاني، ٢٨٦/٣.

(٢) - الاعتصام: الشاطبي، ص ٦٠٧.

(٣) - قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ٥٨-٥٧/١.

(٤) - المرجع السابق: ١٨/٢.

(٥) - انظر المرجع السابق: ١٩/٢ و ٢٤/٢ وانظر الأمثلة التي قدمها لهذين القسمين.

(٦) - انظر المرجع السابق: ٢٢/٢ و ٢٤/٢، وانظر الأمثلة التي قدمها لهذين القسمين.

(٧) - الأشباه والنظائر: ابن السبكي: ١١١/١.

(٨) - انظر البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٢٠٤/٨.

فالأحوط مقدّم؛ لأنه أقرب إلى مقصود الشارع، وهذه العبارة مهمة جداً؛ حيث تكشف لنا عن المعنى الدقيق الذي نظر إليه الفقهاء أثناء اعتبارهم الاحتياط أصلاً معتبراً في الوصول إلى الأحكام. ونجد عبارة الرازي الذي اعتبر أن معنى الاحتياط يتضمّن دفع الضرر عن النفس، وهو من المقاصد الشرعية؛ فيقول في هذا: (الاحتياط يتضمن دفع ضرر الخوف عن النفس بالكلية، ودفع الضرر عن النفس واجب).^(١) وفي البرهان لإمام الحرمين نجد العبارة التالية: (إذا تعارض ظاهران أو نصان وأحدهما أقرب إلى احتياط؛ فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى أن الأحوط مرجح على الثاني، وزعموا أن الذي يقتضيه الورع واتباع السلامة هذا، واحتجوا بأن قالوا: اللائق بحكمة الشريعة ومحاسنها الاحتياط).^(٢) إذاً الاحتياط يقوم على فكرة جلب المصالح ودرء المفاسد، التي تعتبر من أهم الدوافع التي تدفع المحتاط إلى الأخذ بالاحتياط؛ بل سيرد معنا في شروط الاحتياط: أن يترتب على العمل به مصلحة أو مقصود شرعي معتبر.

رابعاً: كيفية الاحتياط لجلب المصالح ودرء المفاسد

هناك حالتان للاحتياط لجلب المصالح ودرء المفاسد؛ الحالة الأولى: عند عدم وجود تعارض بين مصلحتين أو مفسدتين؛ والحالة الثانية عند وجود التعارض بين مصلحتين أو مفسدتين أو تعارض بين مصلحة ومفسدة.

ولكل حالة أمثلتها سيأتي بيانها في السطور القادمة.

الحالة الأولى: كيفية الاحتياط حال عدم التعارض

في جانب المصلحة: نقصد بعدم التعارض أن تكون هناك مصلحة معينة نسعى لتحصيلها من خلال الاحتياط، وتكون هذه المصلحة هي المنظور الأهم في التشريع، ولا بدّ في هذه الحالة من أن تحمل المصلحة المطلوبة في داخلها درءاً لمفسدة مقابلة لها مرفوضة من منظور الشرع، ويكون درء هذه المفسدة مكماً لجلب تلك المصلحة الأصلية، وغير منظورٍ إليها مقارنةً بالمصلحة الغالبة.^(٣)

وتكون المصلحة في هذه الحالة هي الدافع الأقوى للاحتياط؛ طالما أننا نتحدث عن الدوافع والأسباب.^(٤)

ومثال هذه الحالة:

الأصل في تشريع القصاص الذي قال الله تعالى فيه: (وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ) [البقرة: ١٧٩].

(١) - المحصول: فخر الدين الرازي، ٢٣٧/٣.

(٢) - البرهان في أصول الفقه: الجويني، ٢٠٣/٢.

(٣) - انظر معنى دفع المفسدة يحوي في داخله مصلحة دفع المفسدة في المستصفي: الغزالي، ص ١٧٤، انظر الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١٠٥/١.

(٤) - انظر الموافقات: الشاطبي، ٣١٨/١.

يقول الإمام الرازي في هذا المعنى: (ليس المراد من هذه الآية أن نفس القصاص حياة؛ لأن القصاص إزالة للحياة، وإزالة الشيء يمتنع أن تكون نفس ذلك الشيء؛ بل المراد أن شرع القصاص يفضي إلى الحياة في حق من يريد أن يكون قاتلاً، وفي حق من يراد جعله مقتولاً، وفي حق غيرهما أيضاً، أما في حق من يريد أن يكون قاتلاً فلأنه إذا علم أنه لو قُتل قُتل ترك القتل؛ فلا يُقتل فيبقى حياً، وأما في حق من يراد جعله مقتولاً فلأن من أراد قتله إذا خاف من القصاص ترك قتله؛ فيبقى غير مقتول).^(١) فالمصلحة المرجوة هي **مصلحة الحياة والبقاء وهي مصلحة حفظ النفس**؛ تلك التي تشكل واحدة من الضروريات الخمس.^(٢)

وإن كان في تشريع القصاص درءاً لمفسدة القتل، لكن هذه المفسدة المدفوعة قد تحولت وفق البيان الإلهي إلى مصلحة خالصة محلوبة هي مصلحة الحياة؛ فكان التعبير الإلهي غاية في الكمال: (ولكم في القصاص حياة).

ويقول الزركشي: (حفظ النفس: بشرعية القصاص، فإنه لولا ذلك لتهاجر الخلق واختل نظام المصالح).^(٣) وفي جانب المفسدة: نقصد بعدم التعارض أن تكون هناك مفسدة نسعى لدربها من خلال الاحتياط، وإن كان في باطن درء هذه المفسدة مصلحة يسعى الشارع لجلبها. مثال هذه الحالة: حدّ الشهود تحت الأربعة حدّ القذف احتياطاً؛ لدفع المفسدة عن أعراض الناس؛ لئلا يتخذ بعض الناس الشهادة ذريعة للوقوع في أعراض بعضهم.^(٤)

الحالة الثانية: كيفية الاحتياط عند التعارض

إما أن يكون التعارض بين مصلحتين، أو بين مفسدتين، أو بين مفسدة ومصلحة. حالة التعارض بين مصلحتين: ونقصد بالتعارض في هذه الحالة أن تكون المصلحة مقتضية حكماً احتياطاً لجلبها، وأن تكون مصلحة أخرى مقتضية حكماً مغايراً للأول احتياطاً لجلبها؛ فكيف يكون الاحتياط في هذه الحالة؟.

الإجابة على هذا: إن المصالح ليست على مرتبة واحدة؛ فقد رأينا أن مراتب المصالح تنقسم إلى ضروريات وحاجيات وتحسينيات. والقاعدة في الاحتياط هنا تقول: يُقدّم ما يقتضيه الضروري على ما يقتضيه الحاجي، ويقدم ما يقتضيه الحاجي على ما يقتضيه التحسيني.^(٥)

(١) - مفاتيح الغيب: فخر الدين الرازي، ٢٢٩/٥.

(٢) - انظر الفروق: القرافي، ٢٦٠/٣.

(٣) - البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٢٦٦/٧.

(٤) - انظر نهاية المحتاج: الرملي، ٤٣٧/٧.

(٥) - انظر شرح تنقيح الفصول: القرافي، ص ٣٩٣، الموافقات: الشاطبي، اعتباراً من: ٣١/٢، التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ٢٣١/٣.

ثم إن كان التعارض حاصلًا في مصلحتين من مرتبة الضروري فيكون ترتيب الاحتياط لمراعاة المصالح وفق ما يلي: أولاً: حفظ الدين، ثانياً: حفظ النفس، ثالثاً: حفظ النسب، رابعاً: حفظ العقل، خامساً: حفظ المال.^(١)

وللاحتياط في هذه الحالة أمثلة كثيرة؛ ونأخذ لهذا مثلاً يوضح الصورة وهو: مشروعية الجهاد؛ فقد شرع الجهاد حفظاً للدين وهو من الضروريات، لكنه قد يؤدي إلى تلف النفس؛ والحفاظ على النفس أيضاً من الضروريات؛ فإذا تعارضت مصلحة حفظ الدين مع مصلحة حفظ النفس، فلمن يكون الاحتياط؟.

الإجابة: يكون الاحتياط لصالح مصلحة حفظ الدين وفق ما ذكرناه في الترتيب السابق؛ لذا يُشرع الجهاد في سبيل الله رغم ما فيه من مظنة تفويت مصلحة حفظ النفس بإتلافها في المعركة، فيُحتاط لحفظ الدين؛ لأنه المقصود الأعظم قال تعالى: (وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون) [الذاريات: ٥٦]، وغيره مقصود من أجله، ولأن ثمرته أكمل الثمرات، وهي نيل السعادة الأبدية في جوار رب العالمين.^(٢)

فمصلحة حفظ الدين توجب الجهاد، ومصلحة حفظ النفس توجب حمايتها من الأذى، وبهذا تكون المصالح قد تعارضت في حالة بذل الإنسان نفسه في سبيل الله؛ فيكون الاحتياط بمراعاة مصلحة الدين وفق القاعدة التي ذكرناها.

حالة التعارض بين مفسدتين: ونقصد بالتعارض في هذه الحالة أن تكون المفسدة مقتضية حكماً احتياطاً لدرئها، وأن تكون مفسدة أخرى مقتضية حكماً مغايراً للأول احتياطاً لدرئها؛ فكيف يكون الاحتياط في هذه الحالة؟. الاحتياط في هذه الحالة يكون وفق القاعدة الفقهية التالية: (إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أحفهما).^(٣) وأيضاً: قاعدة: (يُختار أهون الشرين).^(٤)

وبيان معنى هذا بأن مراعاة أعظم المفسدتين تكون بإزالتها، لأن المفساد تراعى نفيًا، كما أن المصالح تراعى إثباتاً؛ لأن مقصود الشريعة تعطيل المفساد وتقليلها بحسب الإمكان، واختيار المفسدة الأخف ضرراً يساهم في تجنب الأشد ضرراً في حال ضرورة الاختيار بينهما.^(٥) إذن الاحتياط وفق هذه القاعدة يكون للمفسدة الأعظم بتركها. ويقول العز بن عبد السلام: (مفسدة فوات الأعضاء والأرواح

(١) - انظر الإحكام في أصول الأحكام: الأمدى، ٢٧٥/٤، التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ٢٣١/٣، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير: ابن النجار، ١٥٩/٤.

(٢) - انظر التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ٢٣١/٣، تيسير التحرير: أمير بادشاه، ٩٠/٤.

(٣) - انظر الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ٨٧، الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٧٦.

(٤) - ومثلها القواعد التالية: (إذا تقابل مكروهان أو محظوران أو ضرران، ولم يمكن الخروج عنهما، وجب ارتكاب أحفهما)، (تحتل أخف المفسدتين لدفع أعظمهما)، (ارتكاب إحدى المفسدتين لدفع أعلاهما)، (دفع أعلى المفساد بأدناها). انظر القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد الزحيلي، ٢٣١/١.

(٥) - انظر شرح القواعد الفقهية: أحمد الزرقا، ص ٢٠١، و القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد الزحيلي، ٢٣٢/١.

أعظم من مفسدة فوات الأبخاع، ومفسدة فوات الأبخاع أعظم من مفسدة فوات الأموال، ومفسدة فوات الأموال النفيسة أعظم من مفسدة فوات الأموال الخسيسة، ومفسدة هلاك الإنسان أعظم من مفسدة هلاك الحيوان^(١).

ومثال هذا: نحتاج للمفسدة العامة على حساب المفسدة الخاصة، فترتكب المفسدة الخاصة احتياطاً للمفسدة العامة؛ فمن يرتكب جريمة يُعاقب ولو أدى ذلك إلى مفسدة خاصة؛ وذلك مراعاة للمفسدة العامة التي يمكن أن تقع في المجتمع إن تركنا المجرم دون عقاب^(٢).

ومثال هذه الحالة: لو تترس الكفار بمسلمين من الأسارى أو غيرهم، ولم يكن وسيلة لضرب العدو إلا برمي المسلمين؛ فيجوز وفق المذاهب الأربعة رمي المسلمين في هذه الحالة^(٣).

وسبب هذا أنه قد تعارض هنا مفسدتان؛ الأولى هي مفسدة الإعراض عن الجهاد والتتكيل بالعدو في حال ترك رميهم، والثانية مفسدة الإقدام على قتال العدو مع رمي المسلمين؛ فكيف يكون الاحتياط وأي المفسدتين نراعي؟. وفق القاعدة نراعي المفسدة الأعظم بارتكاب الأخف، وهنا مفسدة الإعراض أعظم من مفسدة الإقدام، مع وجود احتمال قتل طائفة من المسلمين؛ لكن هذا يُشرع للدفع عن بيضة الإسلام^(٤).

حالة التعارض بين مصلحة ومفسدة

نقصد بالتعارض هنا: أن تكون المصلحة مقتضية حكماً احتياطاً لجلبها، وأن تكون المفسدة مقتضية حكماً مغايراً للأول احتياطاً لدرئها، فكيف يكون الاحتياط في هذه الحالة؟.

الإجابة هي: أننا نطبق القاعدة التي تقول: (درء المفسد أولى من جلب المصالح) مع قيودها^(٥). هذا يعني أن الاحتياط في هذه الحالة يكون بالترك؛ أي بترك المفسدة؛ وسبب هذا أن الشرع دعا إلى الاهتمام بترك المنهيات أكثر من دعوته إلى الاهتمام بفعل المأمورات؛ لما يترتب على فعل المناهي من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي^(٦).

ودليل هذا الكلام: قوله ﷺ: "ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فافعلوا منه ما استطعتم فإتّما أهلك الذين من قبلكم كثرة مسائلهم واختلافهم على أنبيائهم"^(١).

(١) - انظر قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ٧٤/١.

(٢) - انظر الفوائد في اختصار المقاصد: العز بن عبد السلام، ص ٥٤، وانظر شرح مختصر الروضة: الصرصري، ٢١٥/٣، الموافقات: الشاطبي، ٣٠٢/٢.

(٣) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٤٤٨/٥، حاشية ابن عابدين: ١٢٩/٤، الشرح الكبير: الدردير، ١٧٨/٢، روضة الطالبين: النووي، ٢٤٦/١٠، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٨٨/٩.

(٤) - انظر روضة الطالبين: النووي، ٢٤٦/١٠، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ١٩١/٤، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، ٩٢٦ هـ، المطبعة الميمنية، دبط، دبت، ١٢٤/٥، فتح الوهاب: النووي، ٢١١/٢، حاشية الجمل على شرح المنهج: سليمان بن عمر أبو داود العجلي المصري المعروف بالجمل، ١٢٠٤ هـ، دار الفكر، بيروت، دبط، دبت، ١٩٥/٥.

(٥) - انظر الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٩٠، الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ٨٧، شرح القواعد الفقهية: أحمد الزرقا، ص ٢٠٥.

(٦) - انظر المراجع السابقة.

والاحتياط لدرة المفسدة في الفقه الجنائي يكون بتحريمها.

مثال تحريم المفسدة: تحريم الزنا والسرقه والحراة وشرب الخمر مع أن فيها منافع لأهلها، ولكن المضار الناتجة عنها أشد وأعظم.^(٢)

في الزنا والسرقه تتعارض مصلحة أهلها مع المفسدات العظيمة التي تترتب على هذين الفعلين؛ فيكون الاحتياط بدرة المفسدات الأعظم وذلك عن طريق تحريمها.

قيد لقاعدة درة المفسدات أولى من جلب المصالح: وهو أن درة المفسدة مقيّد بأن لا تكون المفسدة مغلوقة.

وهذا قيد مهم للقاعدة؛ فلو كانت المصلحة تربو على المفسدة؛ فإننا نقدم المصلحة على المفسدة، ولكن يجب أن ننتبه إلى أمر مهم وهو أن هذا التقديم للمصلحة فيما لو كانت المفسدة عائدة على الفاعل نفسه، أما لو كانت المفسدة متعدية إلى الغير، فإنه يُمنع منها بمجرد وجود الضرر للغير، وإن كانت المنفعة تربو على المفسدة، ومثال ذلك: ليس لكل من صاحب السفن والعلو التصرف تصرفاً مضرّاً بالآخر، وإن كان يتصرف في خالص ملكه وله منفعة في هذا التصرف، حتى وإن كانت تربو هذه المنفعة على المفسدة المتعدية للغير.^(٣)

وهذا قيد مهم جداً في مسائل تقديم دفع المفسدة على درة المصلحة؛ فبمجرد أن تقع مفسدة على الغير فإننا لا ننظر إلى مقدار المنفعة التي يمكن أن نجنيها مع ارتكاب هذه المفسدة، ويصير منع المفسدة من قبيل إزالة الضرر الواجبة التي تضافرت عليها الأدلة الشرعية.

المطلب الثاني: مسالك العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي عند الفقهاء

المسلك في اللغة هو الطريق الذي يسلكه الإنسان في فعلٍ سواء كان محموداً أو مذموماً.^(٤)

فيكون معنى المسالك هنا هو الطرق التي عمل بها الفقهاء للوصول إلى الاحتياط؛ سواء كانت هذه الطرق نصوصاً أو قواعد فقهية أو أصولاً شرعية. تشكل المسالك الفقهية للعمل بالاحتياط في الفقه الجنائي ركيزة أساسية من ركائز ضوابط الأخذ بالاحتياط؛ حيث يظهر من خلالها سلامة أصل طريق الأخذ بالاحتياط؛ من حيث قيامه على ركائز متينة نائمة للأخذ به، وهذا في غاية الأهمية بالنسبة لهذه الرسالة. وتشكل المسالك مع الأسباب أهم الأسس التي يقوم عليها الاحتياط في الفقه الجنائي.

وقبل الشروع في بيان مسالك الاحتياط في الفقه الجنائي يمكن القول: إن بعض الفقهاء قد سموا الاحتياط مسلكاً، وعرفوا هذه التسمية، كون الاحتياط عندهم طريقاً اعتمدته الشارع في تشريع الأحكام أو درئها، أو مسلكاً ينقل عن كبار فقهاء المذاهب الالتزام به في أحكامهم، ومصادق ما ذكرناه ما ينقل

(١) - صحيح مسلم: كتاب الفضائل، باب توقيره ﷺ وترك إكثار سؤاله عما لا ضرورة إليه، ١٨٣٠/٤.

(٢) - انظر موسوعة القواعد الفقهية: بورنو، القسم الرابع: ص ٣١٦.

(٣) - انظر شرح القواعد الفقهية: أحمد الزرقا، ص ٢٠٥-٢٠٦.

(٤) - انظر تاج العروس: الزبيدي، ٧٢/٢٦.

عن الإمام محمد صاحب الإمام أبي حنيفة من أنه كان يعمل بمسلك الاحتياط عند تعارض الأدلة.^(١) وما يُنقل عن أصبغ^(٢) كبير فقهاء مالكية مصر في عصره من أنه اعتمد مسلك الاحتياط في مسائل منع الميراث في النكاح الذي تولى العبد عقده.^(٣) وما ينقل عن البويطي^(٤) صاحب الإمام الشافعي من عمله بهذا المسلك في مسائل أقل الحيض.^(٥) فما هي أهم مسالك الاحتياط في الفقه الجنائي؟

أولاً: النصوص الشرعية التي بنى عليها الفقهاء العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي

وتشمل هذه النصوص مجموع النصوص الواردة في حجية الاحتياط بصورة عامة، وقد مرّ معنا هذا في المبحث الرابع من الفصل الأول. ثم النصوص التي قامت بقاعدة: (تدراً الحدود بالشبهات)، وقد مرّ معنا في المطلب الثالث من المبحث الرابع من الفصل الثاني، ونكتفي بالإحالة إلى تلك المواضع.

ثانياً: بناء الأحكام على اليقين^(٦)

من أهم الطرق التي سار عليها الفقهاء للوصول إلى الاحتياط هو مبدأ بناء الأحكام على اليقين. واليقين في الاصطلاح هو: الاعتقاد الجازم المطابق للواقع الثابت.^(٧) لكن المتتبع للفروع يجد أن الفقهاء عندما قالوا بالبناء على اليقين لم يقصدوا الاعتقاد الجازم المطابق للواقع فقط؛ بل ربما دخل في اليقين هنا غلبة الظن.^(٨)

وفي ذلك نجد عبارة الزيلعي الحنفي: (اليقين لا يزول بالشك، والله أعلم نعم إذا علم من طريق غلبة الظن).^(٩) وقوله أيضاً: (غلبة الظن تعمل عمل اليقين في حق وجوب العمل).^(١٠)

إن البناء على اليقين يرجع إلى وجود الشك الذي هو دافع من دوافع العمل بالاحتياط؛ فعندما نكون مترددين بين أمرين نلجأ إلى البناء على اليقين؛ لذا قالوا في حال تردده بين أمرين يقوم: (بالغاء الشك والبناء على اليقين).^(١١) ويقول العز بن عبد السلام: يلزم (البناء على اليقين احتياطاً لتحصيل مصلحة الواجب).^(١٢)

(١) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٦٧/١.

(٢) - أصبغ: أصبغ بن الفرج سعد بن نافع، من كبار فقهاء المالكية في مصر، من كتبه: (تفسير غريب الموطأ)، توفي: ٢٢٥هـ.

انظر الديباج المذهب: ابن فرحون، ص ٩٧.

(٣) - انظر منح الجليل: أبو عبد الله عيش، ٣٠٦/٣.

(٤) - البويطي: يوسف بن يحيى أبو يعقوب القرشي البويطي المصري، صاحب الإمام الشافعي، توفي: ٢٣١هـ. انظر طبقات الشافعية الكبرى: ابن السبكي، ٢٧٥/١.

(٥) - انظر نهاية المطلب في دراية المذهب: الجويني، ١٥٢/١٥.

(٦) - انظر نظرية الاحتياط الفقهي: محمد عمر سماعي، ص ١٣٦.

(٧) - انظر الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، ٣٨/١، نهاية السؤل: الإسني، ص ١٣.

(٨) - انظر الفصول في الأصول: الجصاص، ٣٢٠/٢، وانظر كفاية غلبة الظن في أحكام الفقه أصول الشاشي: ص ٣٣٨، حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: ٥٦/١، بدائع الصنائع: الكاساني، ٣٠٤/١.

(٩) - تبين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٨/١.

(١٠) - المرجع السابق: ٤٤/١.

(١١) - انظر الفصول في الأصول: الجصاص، ٣٥٧/٣، الإحكام في أصول الأحكام: الأمدى، ١٥/١، فتح القدير: ابن الهمام، ١٩١/١، الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١٥/١.

(١٢) - قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ٢٠/٢.

إن البناء على اليقين من باب الاحتياط مبدأ عمل به الفقهاء في كثير من المسائل وفي شتى فروع الفقه؛ وخاصة في العبادات.^(١)

أما البناء على اليقين في الفقه الجنائي فيتم بالكيفيات التالية:

يكون البناء على اليقين: إما بالبناء على الأقل بالبناء على الأصل بالحرمة بالبناء على الوجوب.

وفيما يلي تطبيق مختصر لكل كيفية:

الكيفية الأولى: البناء على الأقل: ومثالها مسألة أعلى مقدار التعزير بالجلد؛ فقد ذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز أن يتجاوز الحاكم مقدار الحد في عدد الجلدات إذا أراد أن يعزّر^(٢)، وذلك بناء على الحديث الشريف: "من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين".^(٣) واختلفوا في هذا المقدار؛ فقال أبو حنيفة ومحمد ووافقه الإمام الشافعي وفي رواية عن الإمام أحمد: لا يتجاوز تسعاً وثلاثين ضربة، وقال أبو يوسف: لا يتجاوز تسعاً وسبعين ضربة.^(٤)

فقد رأى أبو يوسف أن أقل حدود الأحرار ثمانون جلدة؛ فلا يتجاوزها، وذلك أن الحرية هي الأصل.^(٥)

أما أبو حنيفة فقال: إن الحديث ذكر كلمة (حداً) منكرًا، وأربعون جلدة حدٌ كاملٌ في الأرقاء عند الحنفية في القذف والشرب؛ فينصرف أعلى مقدار التعزير إلى الأقل من حدّي الرقيق والحر، والأقل هو حدّ الرقيق.^(٦) فنجد أن أبا حنيفة لما أراد أن يحدد أقصى عدد جلدات التعزير تردد بين أصليين؛ الأول أقل حدّ الحر وهو ثمانون، والثاني أقل حدّ الرقيق وهو الأربعون؛ فاختار البناء على الأقل؛ احتياطاً لتكثير كلمة (حدّ) الواردة في حديث المسألة.

ويقول الكاساني في كلام أبي حنيفة: (أبو حنيفة صرفه إلى حد المماليك وهو أربعون؛ لأنه ذكر حداً منكرًا فيتناول حداً ما، وأربعون حدٌ كاملٌ في المماليك فينصرف إليه؛ ولأن في الحمل على هذا الحد أخذًا بالثقة والاحتياط؛ لأن اسم الحد يقع على النوعين، فلو حملناه على ما قاله أبو حنيفة يقع الأمن عن وعيد التبليغ-الوارد في الحديث-؛ لأنه لا يبلغ، ولو حملناه على ما قاله أبو يوسف- لا يقع الأمن

(١) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ٣٢/١، حاشية ابن عابدين: ٢١٩/١.

(٢) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٤٨/٥، حاشية ابن عابدين: ٦٠/٤.

(٣) - السنن الكبرى: البيهقي، كتاب الأشربة والحد فيها، باب ما جاء في التعزير وأنه لا يبلغ به أربعين، ٥٦٧/٨، والحديث مرسل. انظر نصب الراية: أبو محمد الزيلعي، ٣٥٤/٣.

(٤) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٤٨/٥، حاشية ابن عابدين: ٦٠/٤، نهاية المحتاج: الرملي، ٢٢/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٧٧/٩.

(٥) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٤٨/٥، حاشية ابن عابدين: ٦٠/٤.

(٦) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٦٤/٧.

عنه؛ لاحتمال أنه أراد به حد المماليك فيصير مُبلغاً غيرَ الحدِّ - الحدُّ؛ فيلحقه الوعيد؛ فكان الاحتياط فيما قاله أبو حنيفة^(١).

فكان الأخذ بأقل ما قيل هو اليقين الذي يرتاح له الحاكم؛ لأنه أقرب إلى الاحتياط.

وفي ذلك نجد القاعدة التي ذكرها القرافي: (متى حصل الشك وجب القصر على أدنى الرتب).^(٢)

الكيفية الثانية: البناء على الأصل بالحرمة: في المسائل التي يكون الأصل فيها الحرمة؛ كالأبضاع ومنع الاعتداء على الأبدان، عندما يحصل الشك بين أمرين؛ نلجأ إلى اليقين فيها، وهذا اليقين يكون بالرجوع إلى الأصل في المسألة؛ والأصل فيها هو التحريم؛ فنحكم بالحرمة احتياطاً.

ومنشأ هذا أنه عندما يكون الأصل في الأشياء التحريم فإن هذا يعني أن يبقى الحكم بالحرمة (لأنه اليقين) حتى يقوم دليلٌ يرفع هذا الوصف، ولا بدّ أن يفيد هذا الرفع غلبة الظن على الأقل، وعند عدم وجود هذا الرفع نبقي على الأصل في الحرمة.

ومثال هذا في الفقه الجنائي: عندما يثبت حدٌّ أو قصاص على إنسان مع وجود شبهة معينة في هذا الحدِّ، فما العمل؟. نعود إلى الأصل في المسألة وهو أن الاعتداء على الأبدان دون حق أمرٌ محرّم؛ فإذا ثبت الحدُّ أو القصاص مع الشبهة؛ فإن هذا الثبوت في هذه الحالة لا يرقى إلى درجة تغيير حكم الأصل بالتحريم لوجود الشبهة؛ التي يدخل معها الاحتمال على تجريم الإنسان، وبالتالي يكون الاحتياط بالعمل بالأصل وهو الحرمة؛ لأنه اليقين في مسألتنا هذه. إن العقوبات البدنية خطيرة فيجب الاحتياط فيها بقدر الإمكان.^(٣)

وقد ورد الحديث: "فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة".^(٤) فيجب الاحتياط فيها بقدر الإمكان.^(٥) ويمكن أن ترجع هذه الكيفية في هذه المسألة أيضاً إلى قاعدة معروفة وهي: (الأصل براء الذمة).^(٦) فالأصل في ذمة المكلّف البراءة عن الحدود والقصاص؛ فلا يجوز أن تنشغل بعقوبة إلا بيقين؛ فلا ينفع أن تنشغل ذمته بعقوبة فيها شبهة تمنع تحصيل اليقين.^(٧) ومن أجل تحصيل اليقين في إثبات الحدود شدّد الشارع أحياناً في وسائل إثبات بعض الحدود.^(٨)

(١) - المرجع السابق: ٦٤/٧.

(٢) - الفروق: القرافي، ١٨٨/١.

(٣) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣١٧/٢، وانظر السيل الجرار: الشوكاني، ص ٧٧٠.

(٤) - سبق تخريجه ص ٩٢.

(٥) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣١٧/٢، وانظر السيل الجرار: الشوكاني، ص ٧٧٠.

(٦) - الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ٢١٨/١، الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٥٠، الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ٥٣.

(٧) - انظر شرح تنقيح الفصول: القرافي، ص ٤٥٣.

(٨) - انظر المبحث الرابع الفصل الثاني، تشديد الشروط في بعض الأحكام لأهميتها وشرورها.

الكيفية الثالثة: البناء على الوجوب: فإذا ثبت اليقين في مسألة معينة؛ فيجب العمل وفق هذا اليقين؛ احتياطاً لأصل مهمّ قرره الفقهاء، وهو: (الذمة إذا اشتغلت بواجب للشرع، أو لآدمي، لم تبرأ منه إلا بالامتنال).^(١)

ومثال هذا من الفقه الجنائي: إذا ثبت الحدّ ولم يكن هناك شبهة تؤثر عليه أو مانع يمنع تنفيذه؛ فيجب تطبيقه؛ لأن الأصل في تطبيق العقوبة بعد ثبوتها الوجوب، بناء على اليقين الذي أثبت العقوبة؛ فلا ينفع المكلف حينها إلا تخليص ذمته من العقوبة بيقين؛ وهذا التخليص يكون بالخضوع للعقاب.^(٢)

إن ذمة الإنسان تكون بريئة في الأصل من العقوبة؛ لكن لما اشتغلت بالعقوبة بعد أن كانت بريئة منها، وجب أن يكون طريق الخروج عن عهده وعودها بريئة كما كانت هو تطبيق العقاب؛ بناءً على أن ما ثبت لعله يزول بزوالها.^(٣)

ويظهر أثر هذا المبدأ أيضاً في قاعدة: (اليقين لا يزول بالشك)، وتطبيقاتها، وقد عرضنا لها في أكثر من موضع في هذا البحث فلا حاجة للتكرار.

ثالثاً: سدّ الذرائع

لقد مرّ هذا المسلك في المبحث الأول من هذا الفصل، رأينا كيف عمل الفقهاء بمبدأ سدّ الذرائع احتياطاً، وقد عرض المبحث الأول لبعض تطبيقات هذا المسلك في الفقه الجنائي؛ فلا حاجة للتكرار هنا.

رابعاً: فتح الذرائع

وكما هو حال سدّ الذرائع، فقد تمّت دراسة فتح الذرائع في المبحث الرابع من الفصل الثاني في مظاهر الاحتياط في الفقه الإسلامي؛ حيث عُرض لبعض التطبيقات في الفقه الجنائي؛ فلا حاجة للتكرار هنا.

خامساً: الخروج من الخلاف

سبق الكلام عنه في المبحث الثالث من الفصل الثاني. وخلاصة ما ورد أن فكرة الخروج من الخلاف تقوم في الأصل على أساس الاحتياط والاستبراء للدين والورع، وهذا ما ذكره ابن السبكي: (أفضليته ليست لثبوت سنة خاصة فيه بل لعموم الاحتياط والاستبراء للدين، وهو مطلوب شرعاً مطلقاً؛ فكان القول بأن الخروج أفضل ثابت من حيث العموم، واعتماده من الورع المطلوب شرعاً؛ فمن ترك لعب الشطرنج معتقداً حله خشية من غائلة التحريم فقد أحسن وتورع).^(٤) وفيما يلي بعض التطبيقات في الفقه الجنائي.

(١) - شرح مختصر الروضة: الصرصري، ٣٩٦/٢.

(٢) - انظر تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١٩٩/١.

(٣) - انظر شرح مختصر الروضة: الصرصري، ٤٠٠/٢.

(٤) - الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٢/١.

تطبيقات: مرّ في المبحث الرابع من الفصل الثاني، وعند دراسة مظاهر الاحتياط أن الشبهة الدائرة للحد عند علماء المذاهب الأربعة تنقسم إلى أنواع، ورأينا أن المالكية والشافعية قد ذكروا في أقسام الشبهة الشبهة في الطريق أو الطرق، وهي الشبهة الحاصلة بسبب اختلاف العلماء في حلّ الفعل، ويترتب عليها عندهم سقوط الحدّ خروجاً من الخلاف. إن الخروج من الخلاف في الحدود يكون بإسقاط الحدّ؛ لوجود الشبهة التي تمنع إقامة الحد. والسبب في هذا يعود إلى أن المجوز للفعل مبيح، والمحرم حاطر فيحصل الاشتباه.^(١)

فيكون الخروج من الخلاف بإعمال الشبهة وعدم تطبيق الحدّ احتياطاً خشية إيذاء الأبدان والاعتداء عليها بغير حق. يقول ابن قدامة: (ولا يجب الحد بالوطء في نكاح مختلف فيه... وهذا قول أكثر أهل العلم؛ لأن الاختلاف في إباحة الوطء فيه شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات).^(٢)

ومثال هذا: كل وطء وقع في حلّه خلاف بين العلماء يصير هذا الخلاف شبهة تدرأ الحدّ عن الواطئ، وفي ذلك يقول الجويني الشافعي: (القاعدة المعتمدة في المذهب أن كل جهة صار إلى تصحيحها والحكم بإفضائها إلى الإباحة صائر من أئمة الشريعة؛ فإذا حصل الوطء بها؛ فالمذهب انتفاء الحد، وإن كان المقدم عليها لا يرى استحلال الوطء بتلك الجهة).^(٣)

إن الشبهة الحاصلة بسبب خلاف العلماء تسقط الحد عند الشافعية في صحيح المذهب حتى ولو كان الواطئ معتقداً بتحريم فعله.^(٤)

وفي قول عند الشافعية إذا أقدم الفاعل على فعله وهو يعتقد حرمة فإنه يحدّ، أما إن أقدم وهو لا يعتقد حرمة فلا يحدّ.^(٥) وفي قول ثالث عند الشافعية: يجب على معتقد الإباحة أيضاً؛ كما يُحدّ الحنفي على شرب النبيذ.^(٦)

إن الشافعية وإن قالوا بأن الخلاف يسقط الحدّ إلا أنهم قيّدوا هذا بأن يكون دليل القائل بالحلّ يقوى على إنهاض الشبهة؛ فليس أي خلاف يبرر إسقاط الحدّ عند الشافعية.^(٧)

ومثال الخلاف الذي لا يُعتبر شبهة تدرأ الحدّ: لو وطئ أمة غيره بإذنه؛ حدّ عند الشافعية، وإن حكي عن عطاء حلّ ذلك؛ وذلك لضعف دليله حسب قول الشافعية.^(٨) وسندرس الآن تطبيقاً يكون يكون فيه الخلاف معتبراً في إسقاط الحدّ: وهو مسألة الوطء بعد عقد نكاح دون ولي.

(١) - انظر الذخيرة: القرافي، ٦١/٩.

(٢) - المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٧/٩.

(٣) - نهاية المطلب في دراية المذهب: الجويني، ٢٠٧/١٧، وانظر أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ١٢٦/٤.

(٤) - انظر مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٤/٥.

(٥) - انظر تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٠٤/٧.

(٦) - انظر مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٤/٥.

(٧) - انظر المرجع السابق: ٤٤٥/٥.

(٨) - انظر المرجع السابق.

هل يُجَدِّدُ واطئُ البالغة العاقلة بعد نكاح حصل دون وليٍّ؟.

اختلف العلماء في حكم نكاح البالغة العاقلة دون وليٍّ؛ فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الولي لا بدَّ من وجوده في عقد النكاح؛ ويكون وجوده ركناً عند المالكية والشافعية، وشرطاً عند الحنابلة، ويترتب على عدم وجوده عند علماء المذاهب الثلاثة بطلان النكاح.^(١)

أما الحنفية فذهبوا إلى أن الولي ليس بركن ولا شرط في عقد النكاح، وتجاوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقاً.^(٢) وقد استدلل كلُّ من الجمهور والحنفية بمجموعة من الأدلة تراجع في المراجع التي ذُكرت في الحواشي السابقة. وبالتالي يكون الوطء بعد هذا النكاح عند الحنفية حلالاً؛ لعدم الإخلال بركن أو شرط في النكاح؛ ولأنه عقد صادر من أهله في محله، ويكون حراماً عند الجمهور من علماء المذاهب الثلاثة.

لكن هل يجب حدُّ الواطئ في هذه المسألة عند من قال بحرمة هذا الوطء؟. والإجابة على هذا هي: عند الجمهور يسقط الحد عند جميعهم؛ في حال اعتقاد الواطئ الحلَّ؛ لأن الوطء في هذه الحالة تدخله الشبهة بسبب وجود طريق (مذهب) يحكم بحل الوطء في المسألة؛ وهو مذهب الحنفية؛ فيحتاط الجمهور لهذا المذهب بإسقاط الحد واعتبار القول مع دليله شبهة تؤثر في تنفيذ العقوبة.^(٣) أما في حال اعتقاده الحرمة؛ فلا يسقط الحد عند الحنابلة وفي قول عند الشافعية.^(٤)

المبحث الثاني - شروط العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي

لا بدَّ من توفر شروط معينة في الوقائع تخوّلنا العمل بالاحتياط، تشكّل هذه الشروط ركيزة أساسية من ركائز ضوابط الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي؛ إذ لا بدَّ من توفر شروط ستة في المسألة حتى نعمل بالاحتياط فيها.

المطلب الأول: الشرط الأول: وجود الشبهة القوية

إن وجود الشبهة هو أحد الدوافع التي تقود إلى الأخذ بالاحتياط؛ لكن لا بدَّ أن تكون هذه الشبهة قوية كي تبرر لنا العمل بالاحتياط؛ وإلا كانت مجرد وهم لا فائدة لها، ولا يلتفت إليها. إن الشبهة الضعيفة هي الشبهة التي لا ترتفع عن مرتبة الشك، والشك لا يُحكم به في الشرع، ويعتبر كالمهمل الموهوم.^(٥) والشبهة الضعيفة هي الشبهة التي تستدعي الاحتمال البعيد، واستدعاء هذا

(١) - انظر مختصر خليل: ص ٩٦، حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٣٣٥/٢، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٠٦، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٦/٧، الإنصاف: المرادوي، ٦٦/٨.

(٢) - انظر الهداية: المرغيناني، ١٩١/١، حاشية ابن عابدين: ٥٤/٣، وانظر تفاصيل قول الحنفية في فتح القدير: ابن الهمام، الهمام، ٢٥٦-٢٥٥/٣.

(٣) - انظر شرح مختصر خليل: الخرشي، ٧٦/٨، تهذيب الفروق: محمد علي بن حسين، ٢٠٢/٤، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٤/٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٧/٩.

(٤) - انظر مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٥/٥، الفروع: ابن المفلح، ٥٨/١٠.

(٥) - انظر البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ١١٠/١، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب: عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي تاج الدين السبكي، ٧٧١هـ، عالم الكتب، بيروت، ط ١، ١٩٩٩م، تحقيق: علي معوض، ٢٧٨/١، كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٣٢٧/٤.

الاحتمال لا يستقيم أن يكون شبهة تدرأ الحد؛ لأن الاحتياط لها حينها يكون ضرباً من الوسواس كما عبّر عن ذلك العلماء.^(١)

في حين تعمل الشبهة القوية مقام الحقيقة واليقين في وارد الاحتياط.^(٢) إن الشبهة الضعيفة هي الشبهة التي لا يحسن الورع والاحتياط لمثلها وذلك لضعف مدرَكها ودليلها.^(٣) أما الشبهة القوية الدائرة للحد فهي (تلك الحال التي يكون عليها المرتكب أو موضوع ارتكابه؛ بحيث يكون معها المرتكب معذوراً في الارتكاب، أو أنه يكون معذوراً عذراً يسقط معه الحد).^(٤) لذا كان لا بد أن تقوم على أساس قوي يدفعنا إلى الاحتياط من أجلها. إن المقصود بالشبهة القوية هنا هو الشبهة المعتبرة، الشبهة التي تقوى على محو وصف الجريمة وإسقاط العقوبة والحكم ببراءة المتهم، إنها الشبهة التي يكون دليلها ومدرَكها قوياً وتفيد غلبة الظن.^(٥)

إذا عرفنا هذا فما هو معيار الشبهة القوية المعتبرة التي تبرر لنا الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي؟

معيار الشبهة القوية المعتبرة في الاحتياط أو ضابطها

كيف تُميز الشبهة القوية المعتبرة عن الشبهة الضعيفة الملغاة؟

الجواب على هذا: نأخذه من كلام القرافي في الفروق؛ حيث قال:

(الفرق في ذلك المقام لا يتيسر على المبتدئين، ولا على ضعفة الفقهاء، وكذلك ينبغي أن يُعلم أن الأصل اعتبار الغالب... وإذا وقع لك غالب ولا تدري هل هو من قبيل ما ألغي أو من قبيل ما اعتبر بالطريق في ذلك أن تستقري موارد النصوص والفتاوى استقراء حسناً؛ مع أنك تكون حينئذ واسع الحفظ جيد الفهم؛ فإذا لم يتحقق لك إلغاؤه فاعتقد أنه معتبر، وهذا الفرق لا يحصل إلا لمتسع في الفقهيات والموارد الشرعية).^(٦)

إذاً المعيار هو الطريق الذي وردت به الشبهة؛ بمعنى دليل الشبهة وموردها؛ وقد أيد الشريبي هذه الفكرة فقال: (والضابط في الشبهة قوة المدرك).^(٧) وعلى هذا إن كان دليل الشبهة وموردها قوياً ولم يثبت إلغاؤها فهي شبهة قوية مقبولة تدفع إلى الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي. هذا يعني أن المعيار

(١) - انظر إحياء علوم الدين: الغزالي، ١١١/٢، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٩/٢، الفتاوى الفقهية الكبرى: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، ٩٧٤هـ، المكتبة الإسلامية، بيروت، د. ط، د. ت، ٢٢٠/١، الفتاوى الكبرى: أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام تقي الدين أبو العباس الحراني، المعروف بابن تيمية، ٧٢٨هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٨٧م، ٣٠١/١.

(٢) - أصول السرخسي: ١٩٥/٢.

(٣) - انظر الفروق: القرافي، ٢١٢/٤.

(٤) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ١٧٩.

(٥) - انظر المنثور في القواعد الفقهية: بدر الدين الزركشي، ١٢٩/٢، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٣١١/٨.

(٦) - الفروق: القرافي، ١١١/٤.

(٧) - مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٥/٥، وانظر المنثور في القواعد الفقهية: بدر الدين الزركشي، ١٢٩/٢، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٣١١/٨.

في التحديد اجتهادي؛ والدليل على هذا أن هناك شبهاً اعتبرها فقهاء قوية فدرؤوا بها الحد؛ في الوقت الذي حكم آخرون عليها نفسها بأنها شبهة ضعيفة.

تطبيق:

مسألة سرقة الولد من مال أبيه: فقد اعتبر المالكية وفي رواية عند أحمد أن الاشتراك في الملك بين الأب وابنه لا يعتبر شبهة قوية في حق الولد تدرأ عنه الحد إن سرق مال أبيه.^(١) في حين ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى اعتبار هذا الاشتراك شبهة قوية تدرأ الحد عن الولد.^(٢)

وكان تعليل المالكية لقطع الولد بسرقة مال أبيه هو ضعف الشبهة، أما عندما لا يقطع الأب لسرقة مال ابنه فهذا راجع لقوة الشبهة.^(٣)

خلاصة: المعيار هو الدليل الذي يراه المجتهد ناهضاً بالشبهة، ولكن ما هو عمل الشبهة القوية الذي يبرر الاحتياط لأجلها؟.

عمل الشبهة القوية

إن عمل الشبهة القوية الذي يبرر الاحتياط لأجلها يتلخص في أنها تقدر في قوة الأدلة، وتنزلها من مرتبة القطع إلى الظن، ومن الظن إلى الشك، فلا يستقيم الحكم بهذا الدليل عند من قامت الشبهة عنده لضعف الدليل الحاصل بسبب طرؤ الشبهة القوية.^(٤)

وتزيد أهمية هذا الشرط عند الأخذ بالاحتياط في مسائل الفقه الجنائي الذي طلب الشارع منا أن نحاط فيه عن طريق درء الحد بالشبهة؛ فانتفاء الشبهة القوية شرط مهم من شروط التجريم والعقوبة.^(٥) وهذا الكلام مأخوذ من تطبيقات الفقهاء التي درست الشبهة وفرقت بين الشبهة القوية والشبهة الضعيفة.^(٦)

حالات الشبهة القوية التي تدفع إلى الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي

هي كل حالة اتفق الفقهاء على اعتبارها شبهة تدرأ الحد، وقد رأينا عندما درسنا في المبحث الرابع من الفصل الثاني أقسام الشبهات عند العلماء.

ونخلص من ذاك الكلام إلى حالات الشبهة القوية المتفق عليها بين الفقهاء، وهي:

١ - شبهة في الفعل، وهي الشبهة العائدة إلى ظن المكلف.

(١) - انظر شرح مختصر خليل: الخرشي، ٩٦/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٣٤-١٣٥.

(٢) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٨٠/٥-٣٨١، منهاج الطالبين: النووي، ٢٩٩/١، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٣٤/٩-١٣٥.

(٣) - انظر شرح مختصر خليل: الخرشي، ٩٦/٨، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني: ٣٣٢/٢.

(٤) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢١٥/٢.

(٥) - انظر المرجع السابق: ٣٠٩/٥.

(٦) - انظر المرجع السابق، وانظر شرح مختصر خليل: الخرشي، ٩٥/٨، الشرح الكبير: الدردير، ٣٣٦/٤. وقد رأينا كيف كيف اختلفت المالكية مع الجمهور في مسألة سرقة الولد من أبيه.

- ٢- شبهة في المحل، وهي الشبهة العائدة إلى محلّ الشبهة.
- ٣- الشبهة الحاصلة في ركن من أركان الجريمة كالركن الشرعي كأن يكون في الدليل شبهة، والركن المادي بحيث تدخل الشبهة في الفعل المكوّن للجريمة فترفع عنه صفة كونه جريمة؛ كمن أخذ مالاّ خفية وهو يعتقد أنه مال غيره فظهر أنه ماله، أو تكون الشبهة في الركن المعنوي؛ فتدخل الشبهة إلى قصد المكلف كمن زفت إليه غير زوجته، فأتاها على اعتقاد أنها زوجته.
- ٤- أضف إلى ذلك أن تكون الشبهة قائمة في مدى انطباق النص المجرّم على الفعل المنسوب للمتهم، كما هو حال المسائل التي اختلف العلماء في حلّها.
- ٥- أن تكون الشبهة قائمة في ثبوت الجريمة، فإذا شهد شخصان على آخر بأنه شرب خمرًا، ثم عدلا عن شهادتهما ولم يكن هناك دليل آخر، درى الحد لشبهة صدق الشاهدين في عدولهما، وبرئ المتهم مما نسب إليه.^(١) كل هذه الحالات تكون شبهة قوية تدفع إلى الاحتياط في درء الحدود مراعاة لهذه الشبهات.

المطلب الثاني: الشرط الثاني: ألا يُبنى العمل بالاحتياط على أصل غير صحيح

ونقصد بالأصل غير الصحيح: الأصل غير المعتبر في المسألة التي نريد الاحتياط فيها، ومن ذلك أن يكون الاحتياط مبنياً على الوهم أو الشك أو الوسوسة؛ فهي أصول غير صالحة لبناء الاحتياط عليها. حتى يكون الاحتياط معتبراً لا بدّ من توفّر شرط هام فيه، وهو أن يُبنى على أصل صحيح معتبر في الشرع؛ سواء كان نصاً أو إجماعاً أو اجتهاداً يستند إلى قواعد الشرع المعتبرة.

ومن الذين نصّوا على هذا الشرط القرآني؛ حيث اعتبر الاحتياط مفيداً في حال كان مبيناً على أصل معتبر.^(٢) هذا يعني أن الاحتياط إذا قام على أصل غير صحيح فإنه لا يعتبر.

تطبيق: القياس في الحدود

إن أصل تشريع الحدود فيه احتياط لصالح المجتمع والفضيلة؛ بحماية المصالح العامة المعتبرة ودفع المفاسد؛ لذا كان لا بدّ أن يقوم هذا الاحتياط وفق هذا الشرط على أصل صحيح يرر الأخذ به. ولو نظرنا إلى القياس، فهل يصلح ليكون أصلاً يُبنى عليه الاحتياط في تشريع أصل الحدود؟

الإجابة: لقد ذهب الحنفية إلى أن القياس لا يصلح أصلاً يُبنى عليه أصل تشريع الحدود؛ التي هي في أصلها مشروعة للاحتياط للمصالح.^(٣) وذلك أن الحدود من الأمور التي لا يُدرك معناها، أو أنها غير

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٢١٤/١-٢١٥.

(٢) - انظر الفروق: القرافي، ١٠٦/٤.

(٣) - انظر كنز الوصول إلى معرفة الأصول: (أصول البزدوي): علي بن محمد البزدوي الحنفي، ٣٨٢هـ، دار جاويد برس، كراتشي، دط، دت، ص ١٢٠، التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ١٤٤/١، وانظر رأي الكرخي من الحنفية في البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٤٩/٤.

مُعَلَّلَةٌ؛ لذا لا يجوز إجراء القياس فيها؛ لأن طريقه العقل، والعقل لا يؤمن فيه من الوقوع في الخطأ؛ مما يؤدي إلى حصول الشبهة.^(١)

وبالتالي إذا جَوَّزْنَا أن تُبنى أمورٌ كالحُدود على القياس لأدى ذلك إلى الوقوع في محذور إعمال العقل في الشرع، وهذا لا يجوز، ويعتبر العمل به عملاً بأصل غير صحيح؛ في مقام تُطلب فيه صحة الأصل. من هذا واحتياطاً للحدود فقد منع الحنفية إثبات أصول الحدود بالقياس. في حين ذهب الجمهور إلى جواز إثبات أصل الحدود بالقياس.^(٢)

جاء في روضة الناظر: (ويجري القياس في الكفارات والحدود.... لأنه حكم من أحكام الشرع عُقِلت علته فجرى فيه القياس ... ولأننا إنما نقيس إذا علمنا الأصل، وبُيِّنَ ذلك عندنا بالقياس فيصير كالتوقيف).^(٣)

فقد اعتبر الجمهور القياس أصلاً صالحاً لبناء الحدود؛ حيث لم يفرقوا بين الحدود وغيرها. ويمكن اختيار مذهب الحنفية وهو أن القياس أصلٌ غير صالحٍ لقيام الاحتياط في تشريع الحدود عليه، وذلك للأسباب التالية:

١- إن أهم سبب لهذا هو أن القياس في أصول الحدود يورث الشبهة، ولا يجوز أن يُبنى حد على الشبهة؛ وفق المبدأ الذي قرره جماهير العلماء.

٢- وهناك سبب آخر وهو أن القياس في مسائل يطلب فيها التوقيف كالحُدود يورث الشك، وفيه إعمال للعقل وللرأي في موضع لا يجوز أن يعمل فيه.^(٤)

من أجل هذه الأسباب كان القياس أصلاً غير صحيحٍ في بناء الاحتياط لصالح تشريع أصل الحدود. ولهذا الخلاف الذي ذكرناه بين الحنفية والجمهور أمثلة تطبيقية كثيرة، سيُدرس بعضها في الفصل الرابع، وتراجع في مظانها.

المطلب الثالث: الشرط الثالث: ألا يخالف العمل بالاحتياط قطعياً

لا يجوز أن يخالف الاحتياط دليلاً قطعياً؛ وذلك لوجوه:

الأول: إذا قام النص القطعي خصوصاً على خلاف الاحتياط فيكون هذا دليلاً على عدم اعتبار الشرع للاحتياط؛ والاحتياط يستمد اعتباره كما كل الأدلة الشرعية من الشرع؛ وحينها يكون هذا الاحتياط غير معتبر؛ لأنه ناقض أصوله.

(١) - انظر المراجع السابقة.

(٢) - انظر قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر السمعاني، ١٠٧/٢، المستصفى: الغزالي، ص ٣٣١، المحصول: فخر الدين الرازي، ٤٧١/٥، الإحكام: الأمدي، ٦٤/٤، الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، ٣٠/٣، إعلام الموقعين: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ٧٥١هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩١م، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، ٢٦٩/١، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٤٧/٤، إجابة السائل شرح بغية الأمل: الصنعاني، ص ١٧٦.

(٣) - روضة الناظر: ابن قدامة المقدسي، ص ٣٣٨.

(٤) - انظر أصول البزدوي: ص ١٢٠.

والثاني: إن الاحتياط يفيد الظن في غالب الأحوال؛ لأنه يقوم على الاجتهاد؛ فلا يقوى على معارضة القطعي.^(١)

ونقصد بالقطعي هنا قطعي الثبوت والدلالة.

تطبيقات في الفقه الجنائي:

أولاً: القصاص من القاتل خطأ

لا يجوز القصاص من القاتل خطأ بحجة الاحتياط للمحافظة على مصلحة النفس خشية أن يتذرع الناس بالقتل الخطأ للهروب من القصاص، وسبب منع هذا هو أن عقوبة القاتل الخطأ قد ثبتت في النص القطعي، في قوله تعالى: (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا) [النساء: ٩٢].^(٢)

وليس في الآية ما ينص على عقوبة القصاص؛ فلا يجوز فرض عقوبة تتعارض مع النص القطعي؛ بحجة الاحتياط؛ فلو كان القصاص مطلوباً لوضحه النص.

ومنع القصاص في حالة القتل الخطأ يرجع إلى قاعدة (لا عقوبة إلا بنص).^(٣)

حيث لا تكون العقوبة إلا بالنص؛ فلا يجوز تجاوز النص ومناقضته بأي شكل من الأشكال بحجة الاحتياط لأي مصلحة كانت؛ فتقتصر العقوبات على النصوص الواردة في شأنها، ولا يجوز تجاوزها.^(٤)

ثانياً: رجم الزاني غير المحصن

لا تجوز معاقبة الزاني غير المحصن بالرجم؛ بحجة الاحتياط للمحافظة على مصلحة الأعراض خشية أن يستخف الزاني غير المحصن بالزنا، وسبب هذا المنع هو أن عقوبة الزاني قد ثبتت بالنص القطعي، في قوله تعالى: (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ) [النور: ٢].^(٥)

وليس في الآية ما ينص على عقوبة الرجم للزاني غير المحصن؛ فلا يجوز فرض عقوبة تتعارض مع النص القطعي؛ بحجة الاحتياط، وهذا أيضاً يرجع إلى القاعدة التي ذكرناها: (لا عقوبة إلا بنص).

ثالثاً: تجاوز العدد المقدّر شرعاً للحدود والعفو عنها

(١) - انظر المستصفي: الغزالي، ص ٣٤٥.

(٢) - انظر حاشية ابن عابدين: ٥٣٠/٦، مختصر خليل: ص ٢٣٤، وشرحه للخرشي: ٤٩/٨، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢١٢/٥، كشف القناع: البهوتي، ٥١٣/٥.

(٣) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ٨٧، التشريع الجنائي: عودة، ١١٦/١، الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط ٤، دت، ٢٧٤/٧.

(٤) - انظر المراجع السابقة.

(٥) - انظر المبسوط: السرخسي، ٣٦/٩، حاشية ابن عابدين: ١٤/٤، الشرح الكبير: الدردير، ٣٢١/٤، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٨/٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٥/٩.

لا يجوز تجاوز العدد المقدر شرعاً للحدود التي ثبتت حقاً لله تعالى، ولا يجوز للقاضي أو الحاكم أن يعفو عن مرتكبها؛ بحجة الاحتياط للتشديد بزيادة العدد أو الرأفة في العفو.^(١)

وذلك أن النصوص المقدرة للحدود في القرآن والسنة وفيما أجمع عليه الصحابة الكرام والفقهاء من بعدهم قد حددت المقادير العددية للحدود، وليس للقاضي مخالفة النصوص في هذا النوع من الجرائم التي قدر لها الشرع مقداراً محدداً من العقوبات، ولم يُجزِ الشرع في العقوبات المقدرة -عدا القصاص- العفو، ولا الشفاعة فيها، ولا الصلح والتنازل عنها، ولا إسقاطها والإبراء عنها، ولا المعاوضة عنها؛ بعد رفع الأمر فيها إلى القاضي؛ صوناً لحق الجماعة العام فيها وفي تطبيقها، والتزاماً بالنصوص القطعية الواردة فيها.^(٢)

المطلب الرابع: الشرط الرابع: أن يترتب على العمل بالاحتياط مقصود شرعي معتبر*

معنى المقصود الشرعي المعتبر هنا هو: المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها؛ بحيث لا تختص ملاحظتها في نوع خاص من أحكام الشريعة.^(٣) فحتى يحقق الاحتياط الحكمة من وجوده كان لا بدّ له أن يحقق مقصداً شرعياً معتبراً.

معيّار تحقيق المقصد الشرعي المعتبر

هو أن يغلب على ظن المحتاط أن يحقق الاحتياط في المسألة قصداً شرعياً معتبراً، وهذا هو الحكم العام للعمل بالمقاصد.^(٤)

كيف يحقق الاحتياط المقصد الشرعي المعتبر؟

يحقق ذلك عن طريق تشريع الأمر مع مكملاته التي تقوي أصل المصلحة والمقصد منه، ومكمل الشيء من ذلك الشيء.^(٥)

تطبيق:

تشريع الحدود والتعازير: وذلك أن تشريع العقوبات والتعازير يقوم على رعاية المصالح الشرعية المعتبرة؛ إذ إن حياة الناس تقوم على المصالح الشرعية المعتبرة، وهي حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، ولا يمكن أن تتوافر معاني الحياة الإنسانية الكريمة إلا بتوافر هذه المصالح.

هذه المصالح هي المقاصد العظمى التي سعت الشريعة إلى حمايتها فمنعت أي اعتداء يمتد إليها؛ بتقرير العقاب الصارم بمن يقع منه هذا الاعتداء؛ فكان هذا العقاب وسيلة لحماية هذه المصالح.^(٦)

(١) - انظر المبسوط: السرخسي، ٧٢/٩، بدائع الصنائع: الكاساني، ٥٩/٧، مختصر خليل: ص ٢٤٦، وشرحه منح الجليل: أبو عبد الله عيش، ٢٦٢/٩، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٦٩، وشرحه تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١١٨/٩، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٦٥/٩.

(٢) - انظر الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، ٢٧٧/٧، التشريع الجنائي: عودة، ١١٦/١.

(٣) - انظر الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٢٩/٣٨.

(٤) - انظر الفصول في الأصول: الجصاص، ٣٢٠/٢، وانظر كفاية غلبة الظن في أحكام الفقه أصول الشاشي: ص ٣٣٨، حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: ٥٦/١.

(٥) - انظر الموافقات: الشاطبي، ٢٩١/١، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير: ابن النجار، ٢٣٠/٤.

(٦) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ٣٤.

فحمتُ الشريعة مقصد حفظ الدين بتشريع عقوبة الردة، وحمّت مقصد حفظ النفس بتشريع القصاص، وحمّت مقصد حفظ العقل بتشريع عقوبة حد الشرب، وحمّت مقصد حفظ النسل بتشريع عقوبة حدّ الزنا، وحمّت مقصد حفظ المال عندما شرعت عقوبة حدّ السرقة.^(١)

وكذا كان تشريع العقوبات التعزيرية لتكميل حماية تلك الوسائل من الاعتداء عليها فيما لم يرد فيه نصٌ لبيان عقوبة معينة.^(٢)

ويدخل في معنى هذا الشرط أن يحقق الاحتياط درءاً للمفاسد أيضاً؛ إذ إن درء المفاسد من أعظم المصالح التي جاء بها الشرع.^(٣)

وفي الحدود يقول ابن الهمام: (والمقصود من شرع الزواجر كلها إخلاء العالم عن الفساد).^(٤)

ومثال هذا: إن حد الزنا شرع لدرء بعض المفاسد التي تضر بالمجتمع ومنها: شيوع الفاحشة، وعدم إقبال الناس على الزواج مكتفين بالعلاقات غير المشروعة، وانحلال الأسرة، وضياع النسل بسبب المواليد غير الشرعيين. وحدّ السرقة شرع لدرء بعض المفاسد ومنها: زعزعة الأمن في المجتمع بسبب انتشار الخوف والقلق بين أفراد المجتمع على أموالهم، وزيادة جرائم القتل عندما يقتل السارق من يسرق منه كي يغطي على جريمته، وفي السرقة تضييع الأموال أيضاً. وفي حدّ قطع الطريق تدرأ بعض المفاسد ومنها: التمرد على الولاية العامة، والاتفاق الجنائي، والمجاهرة بالحرام، وترويع الآمنين والاعتداء على الأموال والأعراض والأنفس.

وفي حدّ القذف يحمي الشرع المجتمع من المفاسد التالية: شيوع الفاحشة فيه، وخدش الحياء العام، ورمي الأبرياء بالباطل.

وفي حدّ الشرب يدفع الشرع المفاسد التي تؤثر على العقل وتدفع إلى ارتكاب سائر الجرائم.

وفي حدّ الردة يدفع الشرع مفسدة التلاعب بالأديان وفتنة الناس في دينهم.^(٥)

مكملات تشريع الحدود:

قلنا: إن الاحتياط للمقاصد المعتبرة يقتضي تشريع الفعل مع مكملاته، وهذا المعنى موجود في الفقه الجنائي. ونأخذ عليه مثلاً، وهو مسألة اشتراط الإحصان لإيقاع عقوبة الرجم بالزاني، فقد نصّ الشاطبي على كون هذا الشرط مكماً لتشريع الحد^(٦)؛ في أثناء حديثه عن الخطاب الوضعي وفي مبحث الشروط

(١) - انظر نهاية السؤل: الإسنوي، ص ٣٢٦، العقوبة: أبو زهرة، ص ٣٣-٣٤.

(٢) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ٧٥+٦٩.

(٣) - انظر البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٣٧٧/٤.

(٤) - فتح القدير: ابن الهمام، ٣٢٦/٥.

(٥) - انظر العقوبة: أبو زهرة، أبو زهرة، من ص ٧٧-٨٤.

(٦) - انظر الموافقات: الشاطبي، ٤٠٩/١.

الشروط المكلمة التي تكون وصفاً مكماً للمشروط؛ فيما يقتضيه ذلك المشروط^(١)؛ فيذكر بعد ذلك مثلاً للشروط المكلمة فيقول: (والإحصان مكماً لوصف الزنا في اقتضائه للرجم).^(٢)

شرح المثال

معنى الإحصان في اللغة مأخوذاً من المنع.^(٣) وقال الزجاج: (الإحصان إحصان الفرج وهو إعفاهه).^(٤)

وفي الشرع: هو مجموعة من الشروط إذا توفرت في الزاني كان عقابه الرجم؛ فالإحصان هيئة يكونها اجتماع الشروط التي هي أجزاؤه، وكل جزء منها علة؛ فكل واحد من تلك الأجزاء شرط وجوب الرجم.^(٥)

تجدر الإشارة إلى أن الإحصان قد يستعمله الفقهاء في باب الزنا، وفي باب القذف، والحديث هنا عن الإحصان في باب الزنا.^(٦)

اشتراط العلماء له

اتفق الفقهاء على اشتراط الإحصان بصورة عامة لرجم الزاني، ثم اتفقوا أيضاً في بعض شروط الإحصان في جريمة الزنا، وهي العقل والبلو والحرية والوطء في نكاح صحيح، واختلفوا في بعض الشروط الأخرى ومنها الإسلام.^(٧)

ربط الإحصان بشرط تكميل المقصد

حتى تتحقق المفسدة التي تستحق المعاقبة بالرجم، كان لا بد أن يكون الزاني محصناً، وذلك لما في الإحصان باجتماع شروطه التي ذكرناها من كفران النعمة؛ فالنكاح الصحيح ممكّن من الوطء الحلال، والدخول به شيع من الحلال.^(٨)

ثم إن الإحصان يصرف الشخص عادة عن التفكير في الزنا، فإن فكر فيه بعد ذلك فإنما يدل تفكيره فيه على قوة اشتهاؤه للذة المحرمة وشدة اندفاعه للاستمتاع بما يصحبها من نشوة؛ فوجب أن توضع له عقوبة فيها من قوة الألم وشدة العذاب ما فيها؛ بحيث إذا فكر في هذه اللذة المحرمة وذكر معها

(١) - انظر المرجع السابق: ٤٠٦/١.

(٢) - المرجع السابق: ٤٠٩/١.

(٣) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ١٢٠/١٣، تاج العروس: الزبيدي، ٤٣٥/٣٤.

(٤) - تاج العروس: الزبيدي، ٤٣٦/٣٤.

(٥) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٩٠/٢، وانظر تفاصيل أجزاء الإحصان في الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٢٣/٢.

(٦) - انظر المراجع السابقة.

(٧) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٣٦/٥، البحر الرائق: ابن نجيم، ١١/٥، حاشية ابن عابدين: ١٦/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٠، الشرح الكبير: الدردير، ٣٢٠/٤، المجموع: النووي، ١٣/٢٠، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: الخطيب الشربيني، ٥٢٢/٢، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٨/٩.

(٨) - انظر العناية شرح الهداية: البابرتي، ٢٣٨/٥، الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٢٣/٢.

العقوبة المقررة تغلب التفكير في الألم الذي يصيبه من العقوبة على التفكير في اللذة التي يصيبها من الجريمة.^(١)

خلاصة: إن توفر الإحصان مزجرة عن الزنا، والجناية بعد توفر الزواجر أغلظ.^(٢)

المطلب الخامس - الشرط الخامس: ألا يؤدي العمل بالاحتياط إلى محذور أو خلل بالمصلحة العامة
من أجل أن تسلم عملية الأخذ بالاحتياط لا بد أن تكون خالية عن المحظورات أو الإخلال بالمقصود من الاحتياط، وإلا عاد الاحتياط على نفسه بالنقض، وهذا باطل.

والمحظورات التي يجب أن يتنزه عنها الاحتياط في الفقه الجنائي هي: الضرر، والإخلال بالمصلحة العامة والنظام العام، والخرج.

أولاً: الضرر

يقول الرازي: (الاحتياط إنما يُصار إليه إذا خلا عن الضرر قطعاً).^(٣)

ويقول الأمدي: (إن الاحتياط إنما يمكن أن يُقال به إذا خلا عن احتمال الضرر قطعاً).^(٤)

وتعليل هذا الشرط عند الرازي هو أن الاحتياط يتضمن دفع الضرر؛ بمعنى أن من حَكَمَ الأخذ به دفع الضرر؛ فكيف يستقيم أن يكون هذا الاحتياط وسيلة إلى الضرر؟!^(٥) عندما يُقال: إن الاحتياط يتضمن دفع الضرر؛ فيُقصد بذلك الضرر المظنون وقوعه في حال عدم الاحتياط له.^(٦)

إن العقوبة في أصلها ضرر ينزل بالجاني، فلا تخلو العقوبة عن الضرر، إلا أن المقصود من الضرر الممنوع وقوعه في الاحتياط هنا الضرر الزائد عن المقدار الذي وضعه الشارع لزجر وإيلاء الجاني؛ فعندما نقول: من شروط الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي ألا يؤدي العمل به إلى ضرر؛ فنحن نقصد الضرر الزائد لجهة الجاني، أما لجهة غيره فلا يجوز على الإطلاق أن يتعدى الضرر الحاصل بالعقاب إلى غير الجاني؛ إلا في حالة واحدة وهي فرض الدية على عاقلة الجاني، وستأتي في الفصل الخامس من هذه الرسالة، وتحت عنوان ضوابط الأخذ بالاحتياط في الركن الأدبي للحرمة، وفي ضابط شخصية التجريم خصوصاً.

وتطبيقاً لما ذكرناه ندرس المسألتين التاليتين:

المسألة الأولى: الإسراف في العقوبة:

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٤١/١.

(٢) - انظر الهداية: المرغيناني، ٣٤٣/٢.

(٣) - المحصول: فخر الدين الرازي، ٢٤٤/٣.

(٤) - الإحكام في أصول الأحكام: الأمدي، ١٨٤/١.

(٥) - انظر المحصول: فخر الدين الرازي، ٢٣٧/٣.

(٦) - انظر شرح مختصر الروضة: الصرصري، ١١٢/٢.

عرفنا أن العقوبة قد شرعت من أجل تحصيل الاحتياط لمصالح المجتمع، ولكن لا يجوز من أجل تحصيل الاحتياط لهذه الحدود إيقاع الضرر الزائد بالمعاقب؛ لأن هذا يؤدي إلى الإخلال بالحكمة التي شرعت من أجلها الحدود.

لقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز الإسراف والزيادة في القصاص ولا في الحد ولا في التعزير؛ بمعنى أنه

لا يجوز الإسراف في العقوبة بصورة عامة؛ سواء كان ذلك في الأعداد المحددة من قبل الشارع أو في كيفية التنفيذ؛ مما يساهم في إيقاع الضرر الزائد بالمعاقب.^(١)

وقد وضعوا لهذا التنفيذ شروطاً تساهم في تجنب المعاقب الضرر الزائد؛ منها أن تكون شدة الضرب في الجلد معتدلة، وأن يتجنب الضارب الجلد في الأماكن التي تؤدي إلى الهلاك؛ كالرأس والوجه والفرج، ولا يُجلد في حرّ أو برد مفرطين؛ وذلك أن الحد شرع زاجراً لا مُهلكاً، وغيرها من الشروط التي تحتاط لمنع إيقاع الضرر الزائد بالجاني.^(٢)

وقالوا في التعزير: ألا يكون مبرحاً، ولا يكون على الوجه، ولا على المواضع المخوفة، وأن يكون مما يعتبر مثله تأديباً؛ فإن المقصود منه الصلاح لا غير.^(٣) إن العقوبات تقصد إلى حفظ الدماء والأرواح والأموال والعقول والأعراض؛ فلا يجوز فيها التعدي والإسراف.^(٤) أما بالنسبة لمنع الضرر عن غير الجاني: الجاني: فتمثل له بمسألة: إقامة حدّ الزنا بالرجم على الحامل؛ حيث اتفق الفقهاء على أنه لا يقام الرجم على الزانية الحامل؛ خوفاً من أن تؤدي إقامة الحد إلى إيقاع الضرر بالجنيين وإهلاكه؛ إذ إن الرجم حدّ مهلك للأُم وجنينها، وهذا لا يجوز؛ فالعقوبة موجهة لها لا للجنيين، وحكى ابن قدامة الإجماع على منع الرجم للحامل، ودليل ذلك حديث الغامدية التي أرجأ النبي ﷺ رجمها حتى وضعت حملها وفطمت صغيرها.^(٥)

يقول الكاساني في ذلك: (ويقام الرجم في هذا كله إلا على الحامل؛ لأن ترك الإقامة في هذه الأحوال للاحتراز عن الهلاك، والرجم حدّ مهلك؛ فلا معنى للاحتراز عن الهلاك فيه إلا أنه لا يقام على

(١) - انظر تفاصيل هذا الكلام في: المبسوط: السرخسي، ٧٢/٩، بدائع الصنائع: الكاساني، ٥٩/٧، مختصر خليل: ص ٢٤٦، وشرحه: منح الجليل شرح مختصر خليل: ٢٦٢/٩، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٦٩، وشرحه تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١١٨/٩، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٦٥/٩.

(٢) - انظر المراجع السابقة.

(٣) - انظر المبسوط: السرخسي، ٤٩/٢٤، حاشية ابن عابدين: ٦٢/٤، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ١٥/٤، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٢٧/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٧٩/٩.

(٤) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٥٥٠/١.

(٥) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٥٩/٧، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٩٦/٦، نهاية المطلب في دراية المذهب: الجويني، ١٥٧/١٦، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٦/٩، وحديث الغامدية نصّه: عن بريدة رضي الله عنه قال: (فجاءت الغامدية، فقالت: يا رسول الله، إني قد زنيت فطهرني، وإنه ردها، فلما كان الغد، قالت: يا رسول الله، لم تردني؟ لعلك أن تردني كما رددت ماعزاً، فوالله إني لحبلى، قال: «إما لا فأذهبي حتى تلدي»، فلما ولدت أتته بالصبي في خرقه، قالت: هذا قد ولدته، قال: «أذهبي فأرضعيه حتى تفتطميه»، فلما فطمته أتته بالصبي في يده كسرة خبز، فقالت: هذا يا نبي الله قد فطمته، وقد أكل الطعام، فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين، ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها، وأمر الناس فرجموها). صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ١٣٢٣/٣.

الحامل؛ لأن فيه إهلاك الولد بغير حق^(١). فقد لاحظ الكاساني أن الاحتياط لا يكون إلا بترك إقامة الحد على الحامل؛ وسبب هذا هو الاحتياط لحياة الجنين.

المسألة الثانية: ترجيح الخبر الدارئ للحد على الخبر المثبت له

يرجح الخبر المقتضي لرفع الحد على الخبر المقتضي لإثباته؛ لما في خبر رفع الحد من دفع للضرر، وهو مقتضى الاحتياط؛ كما أفاد هذا الغزالي والإسنوي^(٢). ويقول الإسنوي: (يرجح الخبر النافي للحد على الخبر الموجب له... والدليل عليه... أن الحد ضرر والضرر منفي في الإسلام لقوله عليه الصلاة والسلام: "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام")^(٣).

فتعليل ترجيح الخبر النافي للحد على الخبر الموجب له هو أن الخبر النافي للحد يرفع الضرر الذي ينزل بالجاني، في حين يوقع الخبر الموجب للحد الضرر بالجاني، ورفع الضرر مقدم على إيقاعه. ويقول الإمام الرازي: (إن الحد ضرر فتكون شرعيته على خلاف الأصل، والنافي له على وفق الأصل؛ فيكون النافي له راجحاً)^(٤).

ثانياً: الإخلال بالمصلحة العامة والنظام العام

يُقصد بالمصلحة العامة مصالح المجتمع؛ وهي المصالح التي لا تختص بواحد معين، أو جماعة معينة، وإنما تعم المجتمع^(٥).

فإذا كان الاحتياط من غاياته تحقيق المصالح العامة فلا يجوز له أن يعود بإبطال هذه المصلحة. وقد رأينا كيف ربط الفقهاء بين المصلحة والاحتياط في شرح التعريف المختار للاحتياط في الفصل الأول. ورأينا أيضاً في المطلب السابق كيف أن من شروط الاحتياط في الفقه الجنائي أن يترتب عليه مقصد شرعي معتبر من المصالح العامة، وعرفنا كيف روعيت هذه المصالح في كل حد من الحدود. ويُقصد بالنظام العام مراعاة حق الله وحق المجتمع؛ الذي لا يُقصد به فرد معين؛ إنما يقصد به المجتمع كله أو أغلبه، وهو قريب من معنى المصلحة العامة^(٦).

وقد عبّر بعض المعاصرين عن فكرة النظام العام بقوله: هو ما (يُطالب به الله سبحانه وتعالى البشر جميعاً ألا يخرجوا منه)، ومنه المحافظة على المقاصد الخمسة^(٧).

(١) - بدائع الصنائع: الكاساني، ٥٩/٧.

(٢) - انظر المحصول: فخر الدين الرازي، ٤٤١/٥، نهاية السؤل: الإسنوي، ٣٨٧/١، الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، ٢٣٦/٣.

(٣) - نهاية السؤل: الإسنوي، ٣٨٧/١، وسبق تخريج الحديث.

(٤) - المحصول: فخر الدين الرازي، ٤٤١/٥.

(٥) - انظر علم المقاصد الشرعية: نور الدين بن مختار الخادمي، مكتبة العبيكان، ط ١، ٢٠٠١م، ص ٢٨.

(٦) - انظر علم أصول الفقه: عبد الوهاب خلاف، ١٣٧٥هـ، مكتبة الدعوة شباب الأزهر عن الطبعة الثامنة لدار القلم، ص ٢١١، التشريع الجنائي: عودة، ٢٠٤/١.

(٧) - انظر المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية: علي جمعة محمد عبد الوهاب، دار السلام، القاهرة، ط ٢، ٢٠٠١م، ص ٣٠٦.

وبناء على هذا المعنى لا يجوز لأي تشريع أن يُجَلِّ القتل، أو الخمر، أو الزنا، أو الربا، أو السرقة، أو العدوان، أو شهادة الزور، أو الكذب، أو الظلم، أو انتهاك حقوق الإنسان بالتعذيب وغيره، أو الاعتداء على أعراض الناس، وأموالهم، وممتلكاتهم.^(١)

إن المقصد الكلي الجامع لكل تلك لمقاصد، هو تحقيق استقرار النظام واستمراره، واستدامة صلاحه بصلاح المهيمن عليه وهو نوع الإنسان.^(٢)

وهذا ما يجب على الاحتياط أن يراعيه طالما كان من أهم مقاصده مراعاة المقاصد الشرعية المعتبرة والنظام العام؛ فلا يجوز له أن يعود على نفسه بالنقض؛ خاصة إذا عرفنا أن الإخلال بالنظام العام أصلاً يعتبر جريمة يعاقب عليها في الفقه الإسلامي، ويقول عبد القادر عودة: (الوصف الذي جعل علة للعقاب هو الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام، فإذا توفر هذا الوصف في فعل أو حالة استحق الجاني العقاب).^(٣)

تطبيق:

مسألة التفتيش والتجسس عن جرائم الحدود

إن إقامة الحدود احتياطاً للمصالح العامة لا يبرر البحث عن الجريمة والتجسس وكشف الأستار من أجل إقامة حدود الله فيها؛ بحجة الاحتياط لجهة تنفيذ الحدود والقضاء على الجريمة.

وسبب هذا يرجع إلى ما يحتويه التجسس وكشف الأستار من الإخلال بالمصالح العامة للناس، والاطلاع على عوراتهم وأسرارهم؛ مما يؤدي إلى مشقة كبيرة تنزل بهم وبمصلحتهم. فلو كان التفتيش عن الجرائم والبحث عنها جائزاً لما أُنِمن الناس في خلواتهم من أحد يتجسس عليهم؛ ولأدى هذا إلى مشقة كبيرة تقع بهم.

من أجل هذا منع الفقهاء البحث عن الجرائم التي لا يمكن إثباتها إلا بعد التجسس وكشف الأستار؛ كالبحث عن جريمة الزنا مثلاً.^(٤)

والتجسس هو تتبع الأخبار وتفحص بواطن الأمور.^(٥) وهو ممنوع بقوله تعالى: (وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُم بَعْضًا) [الحجرات: ١٢]، وبحديث النبي ﷺ الصحيح عن أبي هريرة رضي الله عنه: "إياكم والظن، فإن الظن أكذب الحديث، ولا تجسسوا، ولا تحسسوا، ولا تباغضوا، وكونوا إخواناً".^(٦)

(١) - انظر المرجع السابق: ص ٣٠٧.

(٢) - انظر علم المقاصد الشرعية: الخادمي، ص ١٨٦.

(٣) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١/١٥٠.

(٤) - انظر الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٦٦، إحياء علوم الدين: الغزالي، ٣٢٥/٢، العقوبة: أبو زهرة، ص ٤٨-٤٩، التشريع الجنائي: عودة، ١/٥٠٣.

(٥) - انظر المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ١/١٠١، لسان العرب: ابن منظور، ٦/٣٨.

(٦) - صحيح البخاري: كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، ١٩/٧، صحيح مسلم: كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظن، والتجسس، والتنافس، والتناجش ونحوها، ٤/١٩٨٥.

إن التحسس الممنوع في الفقه الجنائي هو تعرّف الجريمة والبحث عنها هل وقعت أو لم تقع؟؛ فإن ذلك هو الإثم.^(١) فإذا كانت نتيجة الاحتياط للحدود التحسس والتفتيش لم يجز؛ لأن للبيوت حرمة وللأشخاص حرمة لا يجوز انتهاكها قبل أن تظهر المعصية.^(٢)

ثم إن حرمة البيوت ومنع تتبع العورات ثابتة بالنصوص؛ منها قوله ﷺ: "يا معشر من أسلم بلسانه ولم يدخل الإيمان قلبه، لا تؤذوا المؤمنين، ولا تتبعوا عوراتهم؛ فإنه من يتبع عورة أخيه يتبع الله عورته، ومن يتبع الله عورته يفضحه، ولو في جوف بيته".^(٣)

فيقرر الإمام الغزالي بناء على هذا أنه لا يجوز أن يسترق السمع على دار غيره لسمع صوت الغناء والأوتار، ولا أن يستنشق ليدرك رائحة الخمر، وليس لإنسان أن يتحسس ملابس شخص ليعرف ما يخفيه تحتها، ولا ليدخل بيته ليعرف أي شيء يخفيه فيه؛ بل ليس له أن يستخبر من جيرانه ليخبروه بما يجري في داره.^(٤)

أما إذا وقعت الجريمة وعرف القضاء بها؛ فلا بأس أن يُبحث عن الجاني ولا يعد هذا تحسساً؛ لما فيه من المحافظة على المصلحة العامة لصالح حفظ الأنفس والأموال والأعراض؛ بل ويكون البحث في هذه الحالة من التحري المطلوب.^(٥)

يقول الإمام الغزالي: (معنى التحسس طلب الأمارات المعرفة؛ فالأمانة المعرفة إن حصلت وأورثت المعرفة جاز العمل بمقتضاها؛ فأما طلب الأمانة المعرفة فلا رخصة فيه أصلاً).^(٦)

فطلب الأمانة ممنوع، أما بعد حصولها فلا مانع من التحري عن الجريمة. إن من الحكم والغايات التي تقوم عليها العقوبة في الشريعة الإسلامية المحافظة على النظام العام وصيانته؛ فلا يجوز لهذه العقوبة أن تعود على هذا النظام بالإخلال احتجاجاً بالاحتياط لتنفيذها؛ لذا كان التفتيش عن الجرائم ممنوعاً.^(٧) إذ كيف يُباح الاحتياط بالتفتيش وهو في الأصل ممنوع في الفقه الجنائي؛ لأنه يخلّ بالمصلحة العامة والنظام العام؟؛ فإذا وقع الإتيان أو الترك ماساً بمصلحة عامة أو بالنظام العام عوقب على الإتيان والترك.^(٨)

(١) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ٤٩.

(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٥٠٣/١.

(٣) - صحيح ابن حبان: تابع لكتاب الحظر والإباحة، باب الغيبة، ٧٥/١٣.

(٤) - انظر إحياء علوم الدين: الغزالي، ٣٢٥/٢.

(٥) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ٤٩.

(٦) - إحياء علوم الدين: الغزالي، ٣٢٥/٢.

(٧) - انظر الفقه على المذاهب الأربعة: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، ١٣٦٠هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢، ٢٠٠٣م، ٩/٥، ٢٠٠/٥، التشريع الجنائي: عودة، ١٥٢/١.

(٨) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١٥٦/١.

إن حفظ النظام العام يحمل في داخله دفع الضرر العام^(١)، ومن هنا جاء منع التفتيش عن الجرائم لما فيه من الضرر العام والمفاسد التي ذكرناها قبل قليل.

ثالثاً: الحرج

من المحاذير التي يُشترط أن يتنزه عنها الاحتياط الحرج، وبيان هذا: إن من المقاصد التي يقوم عليها الاحتياط المحافظة على الحاجيات التي هي من المقاصد الشرعية، وهي الأمور التي يُفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، وإذا لم تراعى وقع الناس في حرج ومشقة لا تبلغ درجة المشقة التي تترتب على فوات الضروريات.^(٢)

فإذا أدى الاحتياط إلى الإخلال بهذا المبدأ وهو رفع الحرج؛ فإنه سيعود على نفسه بالنقض، وحتى تتضح الفكرة لا بد من مثال تطبيقي.

مسألة إيقاف الحد عام المجاعة

يروى بإسناد ضعيف عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه: قال: "لا يُقطع في عذق ولا عام السنة".^(٣)

فعندما وقعت المجاعة وجد سيدنا عمر رضي الله عنه أن شروط النص المحرم للسرقة لم تعد منطبقة في ذاك العام؛ إذ وجدت شبهة قوية حالت دون تطبيق الحد^(٤)، وهي إيقاع الحرج بالناس؛ إذ إنهم كانوا يعيشون في ضيق ومشقة شديدة، وربما سرق أحدُهم ليدفع عن نفسه الجوع الشديد؛ وهو لا يجد ما يشتريه، أو لا يجد ما يشتري به؛ فلو أقام عمر الحد على الناس؛ لأدى ذلك إلى مشقة وكلفة عظيمة تؤدي إلى الحرج الشديد.^(٥)

يقول ابن قدامة: (قال أحمد: لا قطع في المجاعة؛ يعني أن المحتاج إذا سرق ما يأكله؛ فلا قطع عليه؛ لأنه كالمضطر... [وعن أحمد في سرقة المحتاج]: إي لعمرى، لا أقطعه إذا حملته الحاجة، والناس في شدة ومجاعة).^(٦)

الربط بين الحاجة ورفع الحرج هو الذي دفع الإمام أحمد إلى رفع الحد على من سرق في المجاعة.

(١) - انظر بدائع السلك في طبائع الملك: محمد بن علي بن محمد الأندلسي ابن الأزرق، ٨٩٦هـ، وزارة الإعلام، العراق، ط١، دبت، تحقيق: علي سامي النشار، ص ٢٥٠.

(٢) - انظر الموافقات: الشاطبي، ٢١/٢.

(٣) - مصنف عبد الرزاق: كتاب اللقطة، باب القطع في عام سنة، ٢٤٢/١٠، مصنف ابن أبي شيبة: كتاب الحدود، في الرجل يسرق التمر والطعام، ٥٢١/٥، وفي السند انقطاع. انظر المرجعين السابقين.

(٤) - انظر المصلحة المرسلّة محاولة لبسطها: علي محمد جريشة، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ١٩٧٧م، ص ٤٨.

(٥) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٣٦/٩، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٢٨٥/١٠.

(٦) - المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٣٦/٩.

إن الحاجة هنا كانت شبهة دائرة للحد؛ وقد اتفق الفقهاء على أنه لا قطع بالسرقة في عام الجماعة في عصر سيدنا عمر وفي كل عصر.^(١) إن (استعمال ولي الأمر لحقه في العقوبة أو العفو مقيد بصالح الجماعة ونظامها العام، الذي يقتضي العفو عن العقوبة تارة، ويقتضي تنفيذ العقوبة تارات، وليس لولي الأمر أن لا يستجيب لمقتضيات المصلحة العامة أو النظام العام بمنح حق العفو عن العقوبة أو إيقاعها؛ إلا ليكون قادراً على تحقيق مصلحة الجماعة وتثبيت نظامها، ولم يولّ أمر الجماعة إلا لحماية مصالحها وحفظ نظامها).^(٢)

خلاصة: إذا تصرف سيدنا عمر في منع الحد عام الجماعة كان منوطاً بالمصلحة العامة واستجابة لنظام الجماعة، وحماية لها ورفعاً للحرج، وفي هذا من الاحتياط للمصلحة العامة ما فيه.

المطلب السادس: الشرط السادس: فقد دليل النص على قول من منع توارد الأدلة

يستقيم اشتراط هذا الشرط في الأخذ بالاحتياط عند من منع توارد الأدلة من العلماء؛ ومنهم: العضد الإيجي.^(٣) وعندها يكون سبب اشتراط فقد دليل النص هو: أنه في حال كان الاحتياط موافقاً للدليل الآخر فيكون الحكم قد ثبت بذاك الدليل، ولا تكون للاحتياط فائدة، ويكون لغواً، وأما إن كان الاحتياط مخالفاً لذاك الدليل؛ فلا يعمل به ويعمل بالنص.^(٤)

أما من قال بجواز توارد الأدلة أو جواز اجتماع مجموعة من الأدلة على مدلول واحد وهم جمهور العلماء فلم يشترطوا هذا الشرط.^(٥) ومعنى توارد الأدلة هو أن يجتمع دليلاً أو أكثر على حكم مسألة واحدة، فلا بأس عند الجمهور أن يثبت الحكم بالقرآن والسنة وبالإجماع وبالاحتياط مثلاً.^(٦) وتجدر الإشارة إلى أن المقصود من اجتماع الأدلة على مدلول واحد عند الجمهور لا أن كلاً من الأدلة يفيد العلم بالمدلول؛ بل ربما كان بعض الأدلة يفيد الإيضاح والاستظهار والتقوية للحكم فقط.^(٧) إذاً لا مانع من أن نأخذ بالاحتياط مع وجود غيره من الأدلة؛ وذلك أن عمله مع غيره من الأدلة يكون حينها من باب التقوية والإيضاح والتأكيد، وهذا لا بأس به.

(١) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٤٠/٩، البحر الرائق: ابن نجيم، ٥٨/٥، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٢٩١/٩، المهذب: أبو إسحاق الشيرازي، ٣٦٢/٣، روضة الطالبين: النووي، ١٣٣/١٠، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٣٦/٩.

(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٢٥٩/١-٢٦٠.

(٣) - انظر التحرير شرح التحرير: المرداوي، ٣٣٠/٥/٧، العضد الإيجي: عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار، عضد الدين الإيجي، فقيه أصولي شافعي، ومن علماء الكلام، له: (شرح مختصر ابن الحاجب) في الأصول، و(المواقف) في علم الكلام، توفي: ٧٥٦هـ. انظر شذرات الذهب: ابن العماد، ١٧٤/٦، الدرر الكامنة: ابن حجر العسقلاني، ٣٢٣/٢.

(٤) - انظر حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: ٢٧٠/٢.

(٥) - انظر نهاية السؤل: الإسنوي، ٣٥٦/١، الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، ٣٩٠/٢، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ١٤٠/٧، بيان المختصر شرح ابن الحاجب: أبو الثناء الأصفهاني، ٦٠/٣، حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: ٢٨٨/٢.

(٦) - انظر التقرير والتحرير: ابن أمير الحاج، ١٨٤/٣.

(٧) - انظر التحرير شرح التحرير: المرداوي، ٣٣٠/٥/٧، حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: ٢٧٠/٢.

المبحث الثالث- مقاصد العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي

عرفنا في المبحث السابق أن من شروط الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي أن يترتب على العمل به مقصود شرعي معتبر؛ لكن ما هي هذه المقاصد التي تضبط عملية الأخذ بالاحتياط؟. إن هذه المقاصد تشكل جزءاً مهماً من الضوابط التي يقوم عليها الاحتياط في الفقه الجنائي؛ حيث تُظهر الغاية والحكمة من وراء الأخذ به، مما يساهم في ضبط هذه العملية بصورة دقيقة، ويساعد الحاكم أو القاضي في عمله؛ فما حقق هذه المقاصد يُعمل به ويُؤخذ بالاحتياط من أجله، وما لم يحقق هذه المقاصد فلا يُعمل به. وسيعرض في هذا المبحث لأهم هذه المقاصد بصورة مختصرة؛ وذلك أنها مرت معنا في المبحث السابق.

المطلب الأول: مراعاة المصالح الشرعية المعتبرة

لقد تكلمنا عن هذا المقصد بصورة تفصيلية في المواقع التالية:

فترجع في فقرة التعريف المختار للاحتياط، وفي تعريف الاحتياط في الفقه الجنائي، والاحتياط بالفعل، المحتاط لأجله، جلب المصالح ودرء المفاسد في مظاهر الاحتياط، وفي الشروط يراجع الشرطان: ألا يؤدي العمل به إلى محذور أو خلل بالمصلحة العامة، وأن يترتب على العمل به مقصود شرعي معتبر. ثم يُقال: إن الاحتياط في الفقه الجنائي إما أن يكون بالفعل؛ كتشريع العقوبات احتياطاً للمصالح العامة، أو أنه يكون بالتترك عن طريق درء الحدود، أو تخفيفها مراعاة لبعض المصالح التي ستأتي، وعلى هذا سيُدرس فيما يلي جانبان: الأول: المصالح الشرعية المعتبرة في تشريع العقوبات، والثاني: المصالح الشرعية المعتبرة في درء العقوبة.

أولاً: المصالح الشرعية المعتبرة في تشريع العقوبات

إن الأفعال التي تُعتبر من الجرائم تُفرض العقوبة عليها؛ لأن في إتيانها ضرراً بنظام الجماعة أو عقائدها، أو بحياة أفرادها، أو بأموالهم، أو بأعراضهم، أو بمشاعرهم، أو بغير ذلك من شتى الاعتبارات التي تستوجب حال الجماعة صيانتها وعدم التفريط فيها.^(١)

شُرِعَ العقاب على الجريمة لمنع الناس عموماً من اقترافها؛ لأن النهي عن الفعل أو الأمر بإتيانه لا يكفي وحده لحمل الناس على إتيان الفعل أو الانتفاء عنه، ولولا النص على العقاب لكانت الأوامر والنواهي أموراً ضائعة وضرباً من العبث؛ فالعقاب هو الذي يجعل للأمر والنهي نتيجةً مرجوةً، وهو الذي يزجر الناس عن الجرائم، ويمنع الفساد في الأرض، ويحمل الناس على الابتعاد عما يضرهم، أو فعل ما فيه خيرهم وصلاحهم.^(٢)

إن المصالح الشرعية المعتبرة في تشريع العقوبات بشكل عام تعود إلى محاور أربعة.

الأول: مراعاة المصلحة الشرعية العامة والحقيقية وحفظ الأمن والنظام العام.^(٣)

(١) - التشريع الجنائي: عودة، ٦٨/١.

(٢) - انظر المرجع السابق.

(٣) - انظر المرجع السابق: ٥٥٠/١.

والثاني: زجر الناس عن الجرائم وإبعادهم عما يضرهم، وهذه مصلحة عليا بالغة الأهمية، وذلك أن من الناس من لا يمتنعون عن الجرائم إلا خوفاً من العقوبة وخوفاً من النكال.^(١)

والثالث: إحاطة الأوامر الشرعية بسياج يحميها من الضياع والعبث؛ من خلال تشريع العقاب على تركها.^(٢)

والرابع: حماية الأخلاق الفاضلة أولى الدعائم التي يقوم عليها المجتمع، ولهذا فهي تحرص على حماية الأخلاق وتتشدد في هذه الحماية؛ بحيث تكاد تعاقب على كل الأفعال التي تمس الأخلاق؛ سواء كان ذلك بالحدود أو التعزيرات.^(٣)

هذه المحاور تشكّل أهم مقاصد الاحتياط في الفقه الجنائي مع المقاصد الأخرى التي ستأتي لاحقاً. وفيما يلي تفاصيل هذه المحاور من خلال ما يلي:

المصالح الشرعية المعتمدة في تشريع القصاص

حفظ النفس

قرر الفقهاء أن حفظ النفوس أكد الضروريات التي تجب مراعاتها بعد حفظ الدين.^(٤) يقول الخرشي^(٥) عن حفظ النفس (أؤكد الضروريات التي يجب مراعاتها في جميع الملل بعد حفظ الدين.. حفظ النفوس).^(٦)

فمن أهم المقاصد التي سعى الشارع إلى حفظها وحمايتها في القصاص حفظ النفس؛ وهذا يتحقق بـ:

- ١ - ردع من يفكر في القتل، عندما يعلم أن عقوبة الإقدام على القتل هي القصاص.^(٧)
 - ٢ - مراعاة المصلحة العامة والنظام العام عن طريق حماية الأرواح من الاعتداء عليها، وإشاعة الأمن في نفوس الناس؛ عندما يعلمون أن القاتل سيقتل مما يساهم في ردع الجريمة.^(٨)
- أضف إلى ذلك ما تحويه عقوبة القصاص من الحفاظ على مصلحة أولياء الدم وشفاء غيظهم في الجناية على النفس، وتحقيق مصلحة الإنسان المجروح في القصاص على ما دون النفس بالاقتصاص له ممن اعتدى على بدنه وشفاء غيظه منه.^(٩)

ومصلحة المجني عليه أو أولياء دمه وإن كانت مصلحة خاصة إلا أنها ترجع إلى مصلحة عامة، وهي مصلحة تؤدي إلى منع الثأر عن طريق شفاء غيظ المجني عليه؛ مما يساهم في حماية الأمن العام، وهذه

(١) - انظر المرجع السابق: ٦٩/١.

(٢) - انظر المرجع السابق: ٧٠/١.

(٣) - انظر المرجع السابق.

(٤) - انظر شرح مختصر خليل: الخرشي، ٢/٨.

(٥) - الخرشي: محمد بن عبد الله الخراشي المالكي، أول مشايخ الأزهر، له: (الشرح الكبير على متن خليل)، توفي: ١١٠١ هـ. انظر الأعلام: الزركلي، ١١٨/٧.

(٦) - شرح مختصر خليل: الخرشي، ٢/٨.

(٧) - انظر البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ١٥٨/٧-١٥٩.

(٨) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٩/١.

(٩) - انظر القصاص في الفقه الإسلامي: الدكتور أحمد في بهنسي، دار الشروق، ط٥، ١٩٨٩م، ص ١٢.

مصلحة عامة كبرى تحمي المجتمع من مفسدات عظيمة؛ تترتب على الثأر والانتقام اللذين يعتبران من طباع البشر.^(١)

وتظهر المصالح العامة من تشريع القصاص احتياطاً لدفع الثأر خصوصاً في النقاط التالية:

١ - حماية غير الجاني من القتل؛ إذ إن الثأر قد لا يفرّق بين الجاني وغيره؛ فيحمي القصاص الأبرياء من القتل دون وجه حق، ويسهم في حقن الدماء ومنع هدرها، ومنع الإسراف في العقاب، وهذه من أهم المصالح العامة التي جاءت الشريعة لحمايتها.^(٢)

٢ - حماية النظام العام من الاختراق؛ حيث إن الثأر والانتقام لا يخضع لقانون وتشريعات محددة؛ في حين يخضع القصاص لقوانين محددة ومعروفة من خلال نصوص التشريع، ويسري بحكم القاضي على جميع الناس؛ بما فيهم الراعي والرعية؛ فإن شيوع الثأر يؤدي إلى اختلال ميزان النظام العام.^(٣)

٣ - حماية المجتمع من الإرهاب الذي ينشأ عن الثأر والانتقام؛ فلو كان الثأر هو الحلّ المواجه للقتل لأدى ذلك إلى إخلال الأمن العام في المجتمعات وإشاعة حالة من الإرهاب والفوضى فيها.^(٤)

المصالح الشرعية المعتبرة في تشريع الحدود

من المعلوم أن أهم المقاصد الشرعية التي حمتها الشريعة الضروريات الخمس، وهي حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ النسل، وحفظ المال، وحفظ العقل؛ هذه المصالح هي المقاصد العظمى التي سعت الشريعة إلى حمايتها فمنعت أي اعتداء يمتد إليها؛ بتقرير العقاب الصارم بمن يقع منه هذا الاعتداء؛ فكان هذا العقاب وسيلة لحماية هذه المصالح.^(٥) وكل من خالف ذلك استحق العقوبة، حتى يسير المجتمع آمناً مطمئناً محققاً أهدافه، وكل من عكّر صفو هذا الاطمئنان استحق عقوبة تردعه وتزجره على مثل هذا العمل.^(٦)

ولأن هذه المصالح الضرورية على درجة عالية من الأهمية للمجتمع فقد جعل الشارع حكم تحقيقها واجباً، وحث عليها بالزواجر والعقوبات؛ صوناً لتلك المصالح عن الضياع.^(٧)

فكان تشريع عقوبات الحدود احتياطاً للمحافظة على هذه المصالح؛ حيث حمت مقصد حفظ الدين بتشريع حد الردة، وحمت مقصد حفظ العقل بتشريع عقوبة حد الشرب، وحمت مقصد حفظ النسل بتشريع عقوبة حد الزنا، وحمت مقصد حفظ المال عندما شرعت عقوبة حد السرقة.^(٨)

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٥٤٩/١، ٦٢٢/١.

(٢) - انظر المرجع السابق: ٥٥٠/١.

(٣) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ٤٣.

(٤) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٣٢/١.

(٥) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ٣٤.

(٦) - الجنائيات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون: حسن علي الشاذلي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ط ٢، دت، ص ٢١.

(٧) - انظر تهذيب الفروق: محمد علي بن حسين، ١١٣/٣.

درء المفاسد من أعلى المصالح^(٢)

ويدخل ضمن حفظ المصالح الشرعية بتشريع الحدود احتياطاً درءُ المفاسد التي تترتب على الجرائم التي تستوجب هذه الحدود. ويعتبر درء المفاسد من أعلى المصالح التي جاءت بها الشريعة الإسلامية.

يقول ابن الهمام: (والمقصود من شرع الزواجر كلها إخلاء العالم عن الفساد).^(٣)

ومثال هذا: حد الزنا شرع لدرء بعض المفاسد التي تضر بالمجتمع ومنها: شيوع الفاحشة في المجتمع، وعدم إقبال الناس على الزواج مكتفين بالعلاقات غير المشروعة، وانحلال الأسرة، وضياع النسل بسبب المواليد غير الشرعيين.

وحدّ السرقة شرع لدرء بعض المفاسد ومنها: زعزعة الأمن في المجتمع بسبب انتشار الخوف والقلق بين أفراد المجتمع على أموالهم، وزيادة جرائم القتل بسبب السارق لمن يسرق منه كي يغطي على جريمته، وفي السرقة تضییع الأموال.

وفي حدّ قطع الطريق تُدرأ بعض المفاسد ومنها: التمرد على الولاية العامة، والاتفاق الجنائي، والمجاهرة بالحرام، وترويع الآمنين والاعتداء على الأموال والأعراض والأنفس.

وفي حدّ القذف يحمي الشرع المجتمع من المفاسد التالية: شيوع الفاحشة فيه، وخدش الحياء العام، ورمي الأبرياء بالباطل.

وفي حدّ الشرب يدفع الشرع المفاسد التي تؤثر على العقل وتدفع إلى ارتكاب سائر الجرائم.

وفي حدّ الردة يدفع الشرع مفسدة التلاعب بالأديان وفتنة الناس في دينهم.^(٤)

المصالح الشرعية المعبرة في تشريع التعزير

التعزير هو التأديب على ذنوب لم يشرع فيها حد ولا كفارة.^(٥)

وهو يهدف كما الحد إلى تحقيق مصلحة الجماعة العامة وحمايتها من المفاسد العامة، وقد شرعت

لتكميل حماية تلك المصالح من الاعتداء عليها؛ فيما لم يرد فيه نصٌ لبيان عقوبة معينة مقدرة.^(٦)

إن التعزير لتحقيق المصلحة العامة معروفٌ عند الفقهاء، وقد استدلووا له بفعل النبي ﷺ وبفعل الصحابة.

فقد روي عن النبي ﷺ أنه "حبس رجلاً اتهم بسرقة بعير"، ولما ظهر فيما بعد أنه لم يسرقه أحلى

سبيله.^(١)

(١) - انظر نهاية السؤل: الإسئوي، ص ٣٢٦، العقوبة: أبو زهرة، ص ٣٣-٣٤.

(٢) - انظر المستصفى: الغزالي، ص ١٧٤، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٣٧٧/٤.

(٣) - فتح القدير: ابن الهمام، ٣٢٦/٥.

(٤) - انظر العقوبة: أبو زهرة، أبو زهرة، من ص ٧٧-٨٤.

(٥) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ٤٤/٥، حاشية ابن عابدين: ٥٩/٤.

(٦) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ٦٩+٧٥.

وفي بيان وجه الاستدلال بهذا الفعل النبوي يقول العودة: (الحبس عقوبة تعزيرية، والعقوبة لا تكون إلا عن جريمة، وبعد ثبوتها، فإذا كان الرسول قد حبس الرجل لمجرد الاتهام فمعنى ذلك أنه عاقبه على التهمة، وأنه أباح عقاب كل من يوجد نفسه أو تجده الظروف في حالة اتهام، ولو لم يأت فعلاً محرماً، وهذا العقاب الذي فرضه الرسول بعمله تبرره المصلحة العامة ويبرره الحرص على النظام العام؛ لأن ترك المتهم مطلق السراح قبل تحقيق ما نسب إليه يؤدي إلى هربه، وقد يؤدي إلى صدور حكم غير صحيح عليه، أو يؤدي إلى عدم تنفيذ العقوبة عليه بعد الحكم، فأساس العقاب هو حماية المصلحة العامة وصيانة النظام العام).^(٢)

فالتعزير من النبي بالحبس كان للتهمة التي أوجد فيها الشخص نفسه، أو أوجدته فيها ظروف الواقعة.

ويستدلون أيضاً بفعل سيدنا عمر عندما نفى شاباً حسن الوجه من المدينة إلى البصرة خشية أن تفتتن النساء بجماله، مع أنه لم ينسب إليه أنه ارتكب فعلاً محرماً، وهذا الشاب هو نصر بن الحجاج.^(٣) يقول السرخسي في وجه الاستدلال: (فنفاه، والجمال لا يوجب النفي، ولكن فعل ذلك للمصلحة).^(٤)

فالنفي عقوبة تعزيرية أوقعها عمر رضي الله عنه على نصر بن حجاج؛ لأنه رأى أن وجوده في المدينة ضاراً بصالح الجماعة؛ مع أن جماله هو الذي أوجده في هذه الحالة، ومع أنه لم يقصد الإضرار بالمصلحة العامة أو النظام العام.^(٥)

وعلى هذا نخلص إلى الشروط التي يجب توافرها في الجاني كي يُعزّر احتياطاً للمصلحة العامة، وهي شرطان:

- ١ - أن يرتكب فعلاً يمس بالمصلحة العامة أو النظام العام.
 - ٢ - أن يصبح في حالة تؤذي المصلحة العامة أو النظام العام.^(٦)
- إن المصلحة الاجتماعية هي المسوّ الوحيد لإقرار الشريعة عقوبة التعزير لحماية نظام الجماعة وصالحها العام؛ بما يشتمل عليه التعزير من مرونة تلائم كل وقت وآن، وكل ظرف وحالة.^(٧)

(١) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٥٠/٥، الاختيار لتعليل المختار: مجد الدين أبو الفضل، ١٥١/٢، التشريع الجنائي: عودة، ١٥٠/١، وانظر حبس النبي لرجل في تهمة في سنن أبي دؤاد: كتاب الأقضية، باب في الحبس في الدين وغيره، ٣١٤/٣، والحديث صحيح. انظر نصب الراية: أبو محمد الزيلعي، ٣١٠/٣.

(٢) - التشريع الجنائي: عودة، ١٥١/١، وانظر العناية في شرح الهداية: البابرتي، ٢١٧/٥.

(٣) - انظر المبسوط: السرخسي، ٤٥/٩، العناية في شرح الهداية: البابرتي، ٢٤٥/٥، التشريع الجنائي: عودة، ١٥٠/١، وانظر خبر نفي نصر بن الحجاج في حلية الأولياء: أبو نعيم الأصبهاني، ٣٢٢/٤، ولم أجد من حكم على الحديث، نصر بن الحجاج: نصر بن حجاج بن علاط السلميّ، كان والده صحابياً. انظر الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، ٣٨٣/٦.

(٤) - المبسوط: السرخسي، ٤٥/٩، وانظر العناية في شرح الهداية: البابرتي، ٢٤٥/٥.

(٥) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١٥١/١.

(٦) - انظر المرجع السابق.

(٧) - انظر المرجع السابق: ١٥٤/١.

هذه المرونة تساهم في ظهور الاحتياط للمصلحة العامة في التعزير على أعلى المستويات.

ثانياً: المصالح الشرعية المعتبرة في درء العقوبة أو تخفيفها

لا يكون الاحتياط فقط في تشريع العقاب؛ بل قد يكون في درء العقوبة أيضاً، وذلك في حالة وجود الشبهة؛ تطبيقاً لمبدأ درء الحدود بالشبهات، وحالات أخرى أيضاً، ولكن ما هي المقاصد العامة لدراء العقوبة؟.

هناك مقاصد متعددة لهذا الدراء؛ نذكر منها: حفظ الأبدان وحمايتها من العقوبة خوفاً من احتمال البراءة لوجود الشبهة، ودراء الضرر الزائد، ودراء الضرورة والخرج.

الفرع الأول: مصلحة حفظ الأبدان وحمايتها من العقوبة خوفاً من احتمال البراءة لوجود الشبهة؛ حيث تنطلق هذه المصلحة من الحديث الشريف: عن السيدة عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: "ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة".^(١)

فالعلة التي ذكرها الحديث وهي: "فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة" تشير إلى أن الخطأ في العفو أخف من الخطأ في العقوبة في نظر الشرع الذي يراعي المقاصد والمصالح الشرعية؛ لأن الخطأ في العقوبة يغير الاحتياط والتحري في الحدود؛ لما يستلزمه ذاك الخطأ من الإضرار بالأبدان؛ (لأن العقوبات البدنية خطيرة؛ فيجب الاحتياط فيها بقدر الإمكان).^(٢)

فحماية الأبدان من الضرر الذي يحصل مع العقوبة التي ثبتت مع الشبهة يمنع من تطبيق العقوبة مع وجود هذه الشبهة؛ لما لهذه الحماية من أهمية في نظر الشارع. وذلك أن براءة المجرم في حال الشك خير للجماعة، وأدعى إلى تحقيق العدالة من عقاب البريء مع الشك.^(٣) إن ما يعترض الحد من المبطلات في نظر الفقهاء أكثر مما يعترضه من الموجبات وسبب هذا هو أن المبطّل للحد أقرب إلى مقصود الشارع في حماية الجماعة من عقاب البريء.^(٤) إن القاعدة الأساسية في الشريعة هي حيطة الدماء وصيانتها وعدم إهدارها.^(٥) فكل ما من شأنه أن يحتاط لهذا الأصل لا بد أن يؤخذ بعين الاعتبار في درء العقوبة.

الفرع الثاني: مصلحة درء الضرر الزائد، التي يلاحظها الشرع في إلزام الحاكم والقاضي بمقادير معينة في الحدود، وفي تخفيف العقوبة عن الجاني إذا كان ضعيفاً؛ فإذا كان العقاب يؤدي إلى ضرر زائد ينزل بالجاني فتخفف العقوبة.

(١) - سبق تخريجه ص ٩٢.

(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣١٧/٢، وانظر السيل الجرار: الشوكاني، ص ٧٧٠.

(٣) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٢١٧/١.

(٤) - انظر الأحكام في أصول الأحكام: الأمدي، ٢٦٣/٤.

(٥) - التشريع الجنائي: عودة، ٦٧٦/١.

وقد درسنا تطبيقات هذا الكلام في المطلب الخامس من المبحث السابق، وعند دراستنا للشرط: ألا يؤدي العمل به إلى محذور أو خلل بالمصلحة العامة؛ لذا لن نعيد هنا ولن نتوسع كما فعلنا هناك.

ولكن يمكن القول هنا: إن الضرر الذي يجب إزالته عن الجاني هو الضرر الزائد عن العقوبة؛ حيث إن العقوبة في حد ذاتها ضرر ينزل بالجاني، لكن الضرر الزائد غير مطلوب؛ فإذا أدى تنفيذ الحد إلى ضرر زائد فإننا حينها نرجع إلى القاعدة العامة في الضرر، وهي لا ضرر ولا ضرار، فيمنع القدر الزائد مراعاة لهذا المبدأ.

كيف يكون درء الضرر الزائد مصلحة عامة؟.

إن دفع الضرر الزائد في الحد يعتبر مصلحة من حيث إنه يحمي المجتمع من تجاوز الحاكم أو القاضي للحدود الشرعية في العقوبة، وبهذا تتحقق مصلحة عامة للمجتمع كله؛ فلو جاز للحاكم أو القاضي أن يتجاوز المقادير الشرعية في الحدود أو أن يصل إلى الإتلاف في عقوبة لا يقصد منها الشارع الإتلاف كما هو الحال في المبالغة في الجلد الذي يؤدي إلى الإتلاف، لو ترك للقاضي هذه الحرية لربما أضرت هذه الحرية بالمجتمع كله وأوقعت فيه الجور والظلم.

إن اعتبار دفع الضرر مصلحة مقصودة مأخوذ من كلام الأصوليين؛ فقد اعتبر الإمامان الغزالي وابن السبكي دفع الضرر مصلحة مقصودة شرعاً؛ فقال الغزالي بعد أن عرض بعد المسائل التي فيها دفع للضرر: (وكل ذلك مصلحة ودفع ضرر، ونحن نعلم أن دفع الضرر مقصود شرعاً).^(١) وقال الآمدي: (المقصود من شرع الحكم إما جلب مصلحة، أو دفع مضرة).^(٢) هذا يعني أن دفع الضرر من أعلى المصالح الشرعية المعتمدة.

الفرع الثالث: مصلحة درء الضرورة والخرج، إن درء الضرورة والخرج من أعظم المقاصد التي يحتاط لها الشارع، وقد قامت على هذا مجموعة من الأدلة.

منها: قوله تعالى: (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) [الحج: ٧٨]، وقوله تعالى: (فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ) [البقرة: ١٧٣] [المائدة: ٣] [الأنعام: ١٤٥] [النحل: ١١٥].

وقد أباح الشارع للمكلف في حالة الضرورة والخرج المؤدي إلى المشقة مجموعة من الرخص، كأكل الميتة، والقصر، والجمع، وغيرها، وقد وضع لهذا شروطاً، تراجع في مظانها.^(٣)

فإذا أدى تنفيذ العقوبة إلى الوقوع في الضرورة أو الخرج فإن الشارع يدرأ هذه العقوبة عن المكلف مراعاة لمصلحة رفع الضرورة والخرج عن المكلفين، وقد مرّ هذا الكلام مع تطبيقاته بتوسع في المطلب

(١) - المستصفي: الغزالي، ص ١٧٨، وانظر الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، ١٨٣/٣.

(٢) - الإحكام في أصول الأحكام: الآمدي، ٢٧١/٣.

(٣) - انظر الموسوعة الفقهية، التشريع الجنائي: عودة، ٥٧٧/١.

الخامس من المبحث السابق. ومّر كيف أن سيدنا عمر أوقف عقوبة القطع في السرقة في عام الرمادة، وعلل الفقهاء إيقافه للحد دفعاً للضرورة أو الحاجة.^(١)

إن حماية الضروريات من أعظم مقاصد الشرع التي يترتب على فقدانها اختلال النظام والأمن وشيوع الفوضى وإيقاع الناس في الضرورة، ثم تأتي حماية الحاجيات التي يترتب على فقدانها وقوع الأفراد والجماعة في الحرج والعسر وتحميلهم المشاق.^(٢)

فإذا أدى الحد إلى الإخلال بمراعاة المصالح الضرورية والحاجية كما هو الحال في إقامة حد السرقة في حال الجماعة فإنه يمكن أن يوقف تنفيذ الحد كما فعل سيدنا عمر رضي الله عنه.

المطلب الثاني: مراعاة الرحمة في تشريع العقاب

من المقاصد العامة للاحتياط بتشريع العقاب تحقيق مبدأ الرحمة بالمجتمع أولاً، وبالفرد ثانياً؛ سواء كان جانياً أو مجنياً عليه أو ولياً للدم.

إن الرحمة هي أساس التشريع الإسلامي وأساس بعثة النبي ﷺ؛ فقد قال تعالى: (وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ) [الأنبياء: ١٠٧]، وقال تعالى: (قُلْ لِّمَن مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ قُلْ لِّلَّهِ كَتَبَ عَلَى نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ) [الأنعام: ١٢]، وقال تعالى: (وَرَحْمَتِي وَسِعَتْ كُلَّ شَيْءٍ) [الأعراف: ١٥٦].

والرحمة هي من أهم مقاصد الاحتياط في الفقه الجنائي وذلك بتشريع العقاب؛ لاستنقاذ الناس من الجهالة وإرشادهم من الضلالة، ولكفهم عن المعاصي، وبعثهم على الطاعة.^(٣)

ويقول ابن تيمية: (العقوبات الشرعية إنما شرعت رحمة من الله تعالى بعباده فهي صادرة عن رحمة الخلق وإرادة الإحسان إليهم، ولهذا ينبغي لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم والرحمة لهم؛ كما يقصد الوالد تأديب ولده وكما يقصد الطبيب معالجة المريض).^(٤)

إن الرحمة تكون بالمجتمع وبالفرد؛ أما الرحمة بالمجتمع فتظهر من خلال رعاية المصالح العامة التي ذكرت وفُصِّلَتْ في المطلب الأول من هذا المبحث؛ ففي تحقيق كل تلك المصالح تتحقق الرحمة التي هي أساس العقوبة.

إن الرحمة المقصودة هنا هي الرحمة العامة؛ وليس من الرحمة الرفق بالجاني؛ بل الرحمة بالمجتمع والتي تكمن في تطبيق العقوبة لحماية الأخلاق والفضيلة في المجتمع.^(٥)

(١) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٣٦/٩.

(٢) - التشريع الجنائي: عودة، ٢٠٣/١.

(٣) - التشريع الجنائي: عودة، ٧٠-٦٩/١.

(٤) - الاختيارات الفقهية: أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام تقي الدين أبو العباس الحراني، المعروف بابن تيمية، ٧٢٨هـ، دار المعرفة، بيروت، دط، ١٩٧٨م، ص ٥٩٣.

(٥) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ١٤-١٥.

وفي الوقت نفسه لا تعني الرحمة العامة إهمال الرحمة بالجاني على الإطلاق؛ فالاحتياط بتشريع العقوبة لا يقصد إلى الرحمة العامة فقط؛ بل يقصد أيضاً **الرحمة الخاصة بالجاني**؛ فصحيح أن العقوبة أذى ينزل بالجاني إلا أنها لا تخلو من الرحمة به، ومظاهر هذه الرحمة هي:

١- مجرد تشريع العقاب فيه ردع لمن يفكر بارتكاب الجناية؛ كي لا يصيبه المكروه والأذى الذي يحصل بالعقوبة؛ مما يؤدي إلى امتناعه عن ارتكاب الجناية وهذا بحد ذاته رحمة بمن يفكر بالجناية.

٢- في العقوبات غير المهلكة تكون معاقبة المجرم وما فيها من أذى ينزل به مانعاً له من العودة إلى الجناية؛ لئلا يصيبه ما أصابه أول مرة من العقوبة، وهذا الامتناع عن معاودة الجناية رحمة عظيمة بالجاني، وفي هذه البند وسابقه يقول ابن الهمام في العقوبات: (إنها موانع قبل الفعل، زواجر بعده؛ أي العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل، وإيقاعها بعده يمنع من العود إليه).^(١)

٣- بعد أن يعاقب الجاني ربما دفعه هذا إلى الشعور بالذنب والتقصير في جنب الله؛ مما قد يدفعه إلى التوبة عن معصيته؛ وفي هذا من الرحمة به ما لا يخفى.^(٢)

إن تأديب المجرم ليس معناه الانتقام منه، وإنما استصلاحه، والعقوبات على اختلاف أنواعها تتفق كما يقول الفقهاء في أنها "تأديب واستصلاح وزجر".^(٣)

وأما مقصد الرحمة بالجاني عليه أو أولياء الدم في جرائم الدماء فيظهر في النقاط التالية:

١- الاقتصاص له وأخذ حقه من الجاني، مما يساهم في شفاء غيظه وإزالة الحقد من صدره، وتحقيق العدالة له من حيث إن الجاني يذوق بالقصاص من الكأس نفسه الذي أذاقه لغيره، ويتجرع المرارة التي أجرعها لغيره.^(٤)

٢- التعويض للمجني عليه عن الضرر الذي يصيبه في حال لم تكن العقوبة قصاصاً، وفي التعويض رحمة بالجاني عليه، وجبر لما أصابه من ضرر.

٣- شفاء غيظ أولياء الدم وحمائهم من الانسياق وراء الثأر والانتقام، وإزالة الأحقاد من صدورهم وتخليصهم منها بعقوبة غريمهم؛ وفي هذا رحمة بهم عظيمة.^(٥)

وفي هذا يظهر الربط بين جانب العدالة، مع جانب الرحمة والرأفة، مع جانب تنمية العلاقات الإنسانية والروابط الاجتماعية بين الناس جميعاً في آن واحد من خلال العقاب في الفقه الجنائي.^(٦) وهذا ما يقودنا إلى المقصد التالي.

المطلب الثالث: مراعاة العدالة والمساواة بين الجريمة والعقاب

(١) - فتح القدير: ابن الهمام، ٢١٢/٥.

(٢) - انظر المفصل: عبد الكريم زيدان، ١٦/٥.

(٣) - انظر الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٤٤، التشريع الجنائي: عودة، ٦١٠/١.

(٤) - انظر الجنايات في الفقه الإسلامي: حسن علي الشاذلي، ص ٣٤٨، وانظر العقوبة: أبو زهرة، ص ٤٤.

(٥) - الجنايات في الفقه الإسلامي: حسن علي الشاذلي، ص ٣٤٨.

(٦) - المرجع السابق.

من أهم مقاصد الاحتياط في تشريع العقاب في الفقه الجنائي تحقيق العدالة في المجتمع من خلال إرساء مبدأ المساواة بين الجريمة والعقوبة.

إن الرسالات الإلهية جاءت لإقامة العدل بين الناس؛ وذلك قوله تعالى: (لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ) [الحديد: ٢٥].^(١) تقوم فكرة العدالة على تحقيق قانون المساواة الذي يوجب أن تتساوى العقوبة مع الجريمة، وأن يتساوى الأذى الذي نزل بالجني عليه مع الأذى الذي ينزل بالجاني عقوبة له على ما اقتضت؛ هذا في جرائم القصاص والتي يغلب فيها حق العبد.^(٢)

أما في عقوبات الجرائم التي توضع لحماية للمجتمع فإن العدل يكون بتحقيق التوازن بين فعل الجاني وبين مقدار ما انتهكه المجرم لحرمت الله تعالى التي تحمي الفضيلة وتدفع الرذيلة؛ مثال هذا: إن بلغ المسروق نصاب السرقة فيكون العقاب على السرقة القليلة بمقدار العقوبة على سرقة المال الكبير، ومن شرب قليلاً من الخمر تكون عقوبته كمن شرب قدراً كبيراً، والسبب في هذا هو النظر إلى مقدار ما يترتب على فعل الجاني من انتهاك لحرمت الله في المجتمع، وبهذا تتحقق العدالة في هذا النوع من الجرائم؛ لأن المعتدى عليه هنا ليس المجني عليه فقط؛ بل حق الله وحق المجتمع ككل.^(٣) وسيوضح هذا الكلام أكثر في السطور القادمة.

الفرع الأول: المساواة بين الجريمة والعقوبة في جرائم القصاص

يظهر أثر المساواة بين الجريمة والعقوبة في عقوبات القصاص في جرائم القتل العمد، والجروح العمدية التي يمكن القصاص فيها؛ حيث إن معنى القصاص في الأصل هو المساواة.^(٤)

الفرع الثاني: المساواة بين الجريمة والعقوبة في جرائم الحدود

إن المساواة المقصودة في الجرائم التي يكون فيها الاعتداء على حق الله تعالى بتحقيق التوازن بين العقوبة واعتداء الجاني على حق المجتمع.

هذه المساواة قد لا تكون ظاهرة كما هو الحال في جرائم القصاص؛ إذ تتضح المساواة المادية بين العقوبة وفعل الجاني في جرائم القصاص، أما في المساواة في جرائم الحدود فهي المساواة المدركة عقلاً؛ لأنها تقوم على أساس مساواة ما في الجريمة من معاني الإجرام ومقدار ضررها بالغير وبالمجتمع وبين العقوبة المقررة لها؛ ومن أجل تحقيق هذه المساواة على الوجه المطلوب لم يترك الله تعالى لنا تحقيق هذه المساواة؛ بل حدد هو سبحانه مقادير العقوبة في هذا النوع من الجرائم تحقيقاً للمساواة المطلوبة.^(٥)

(١) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ١٢-١٣.

(٢) - انظر المرجع السابق: ص ٤٥.

(٣) - انظر المرجع السابق: ص ١٠.

(٤) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١٠٧/١، المفصل: عبد الكريم زيدان، ١٨/٥.

(٥) - انظر المفصل: عبد الكريم زيدان، ١٨/٥.

ومثال هذا: في حد الزنا عدالة، فإن الزنا إهدار النطفة وهدم لبنيان الأسرة، وإخلال بالأنساب، وتقويض للروابط الاجتماعية والحقوقية، وكل ذلك هدم للنظام الاجتماعي والتشريعي، فكان الزنا قتلاً معني؛ فناسب ذلك أن تكون عقوبته للمحصن الرجم؛ لأنه لما كملت نعمته كملت عقوبته، ولغير المحصن الجلد؛ لأنه لما قصرت نعمته قصرت عقوبته، وتلك عدالة تامة.

وفي حد السرقة عدالة؛ لأن المال هو بمثابة اليد العاملة في حياتنا، وبه قوام الحياة والقدرة على النهوض بأعبائها؛ فأخذُه ظلماً هو اجتثاث لهذه اليد وتلك القدرة، فكان جزاؤه من جنس العمل، وهو قطع يده، واجتثاث قدرته، وبخاصة أن السرقة قد تمت غالباً بواسطتها.

وحد الحراية فيه عدالة؛ لأن تنوع عقوبة المحاربة يوحي بأن لكل جنائية ما يقابلها من العقاب، وعلى ذلك سائر الحدود.^(١)

الفرع الثالث: المساواة بين الجريمة والعقوبة في جرائم التعازير

يظهر أثر المساواة والعدالة في عقوبات التعزير في أن العقوبة فيه تختلف باختلاف الجريمة؛ لكنها ليست مساواة تامة كما هو الشأن في عقوبة القصاص والحدود؛ التي قدرها الشارع وحددها بنصه.^(٢)

إن بعض الأشخاص يزجرهم التوبيخ، وبعضهم لا يزجرهم إلا الضرب أو الحبس؛ إذ إن المساواة التامة بين الجريمة والعقوبة لا يمكن أن تتحقق في غير جرائم الحدود والقصاص؛ لأن العقوبة فيها معينة ومقدرة، فكل شخص ارتكب الجريمة عوقب بها وتساوى مع غيره في نوع العقوبة وقدرها، أما إذا كانت العقوبة التعزير فالمساواة التامة في نوع العقوبة غير مطلوبة، ولو اشترطت المساواة على هذا الوجه لأصبحت عقوبة التعزير حداً، وإنما المطلوب هو المساواة في أثر العقوبة على الجاني؛ بأن يكون التأثير زاجراً مؤدباً له وإن اختلفت طريقة هذا الزجر.^(٣)

الفرع الرابع: المساواة في تطبيق العقوبات

كل الناس سواسية أمام الشريعة؛ فلا ينجو أحدٌ من العقوبة إلا إن قرر الشرع له ذلك، ودليل هذه المساواة نجدتها في السنة الشريفة، وفي خبر المخزومية^(٤): عن عائشة رضي الله عنها، أن قريشاً أهمهم شأن المرأة المخزومية التي سرقت، فقالوا: ومن يكلم فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ فقالوا: ومن يجترئ عليه إلا أسامة بن زيد^(٥)، حب رسول الله صلى الله عليه وسلم فكلّمه أسامة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أتشفع في حد من حدود الله؟"، ثم قام فاختطب، ثم قال: "إنما أهلك الذين

(١) - انظر الجنايات في الفقه الإسلامي: حسن علي الشاذلي، ص ٣٣.

(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ص ٦٩٠، المفصل: عبد الكريم زيدان، ١٨/٥.

(٣) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ص ٦٣١.

(٤) - المخزومية: عاتكة بنت الوليد بن المغيرة المخزومية، لها صحبة. انظر الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، ٢٣١/٨.

(٥) - أسامة بن زيد: أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحيل، صاحب رسول الله ﷺ، كان يحبه رسول الله كثيراً، توفي: ٥٤ هـ. انظر الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني، ٣١/١، أسد الغابة في معرفة الصحابة: أبو السعادات الجزري، ٦٤/١.

قبلكم، أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وإيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها".^(١)

فلا يفلت من العقاب أحدٌ أبداً في الشريعة الإسلامية وفي هذا احتياطٌ عظيمٌ لصالح العدالة. **ملاحظة:** قامت مقاصد العقاب في الشريعة الإسلامية على الجمع بين مبدأي العدالة ومصلحة الجماعة؛ في الوقت الذي اكتفت النظريات الوضعية بأحد المبدأين.^(٢)

المطلب الرابع: مراعاة كفاية العقاب للردع والزجر

من مقاصد الاحتياط في تشريع العقاب في الفقه الإسلامي أن تكون العقوبة كافية لردع الجاني عن معاودة الجريمة. ومعنى هذا أن يكون في العقوبة من الألم الذي تحدثه فيمن تطبق عليه ما يكفي لردع الجاني وزجره عن الارتكاب مرة أخرى، وتكون العقوبة زاجرة إذا كان فيها من الألم ما يكفي لإخافة المجرم ومنعه من معاودة الإجرام، وتكون رادعة إذا كان فيها من الألم المخوف حصوله لمن يفكر بارتكاب الجريمة؛ فيمتنع عن الجريمة خوفاً من هذا الألم.^(٣)

ويظهر هذا المقصد أيضاً في جرائم التعزير فيرجع حينها الردع والزجر إلى حماية الجماعة من الجريمة؛ فإذا اقتضت حماية الجماعة من شر المجرم استئصاله من الجماعة أو حبس شره عنها جاز أن تكون العقوبة هي قتل المجرم أو حبسه عن الجماعة حتى يموت، ما لم يتب وينصلح حاله.^(٤)

على هذه المقاصد تقوم فكرة الاحتياط في الفقه الجنائي، وهي ضوابط مهمة للأخذ به؛ فعندما يكون الحاكم أو القاضي على بينة من هذه المقاصد تنضبط في ذهنه فكرة الأخذ بالاحتياط في المسائل والحالات التي تعترضه في الواقع، فما حقق هذه المقاصد يعمل به ويؤخذ بالاحتياط من أجله.

المطلب الخامس: مراعاة الأسس التي قام عليها الأخذ بالاحتياط

إن الأسس والمبادئ والقواعد التي يقوم عليها الاحتياط تشكل مقصداً هاماً من مقاصده؛ حيث إنه لا بد أن يحافظ عليها، ويعتني بها، ويقصد إلى حفظها وحمايتها؛ لأنها تشكل الأساس الذي يقوم عليه. وقد سبق وأن درُست هذه المبادئ في المبحث الأول من هذا الفصل، والتي تتمثل في أسباب العمل بالاحتياط ومسالكة عن الفقهاء. ويمكن هنا ذكر بعض هذه المقاصد بصورة مختصرة مع الإحالة إلى المبحث الأول لمعرفة التفاصيل.

أولاً: مراعاة مبدأ البناء على اليقين ونفي الشك؛ لما في هذا المبدأ من محافظة على البراءة الأصلية وبناءاً للجريمة والعقوبة على أساس اليقين؛ مما يحمي المجتمع من الظلم والمفاسد.

(١) - صحيح البخاري: كتاب حديث الأنبياء، باب حديث الغار، ١٧٥/٤، مسلم: كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره، والنهي عن الشفاعة في الحدود، ١٣١٥/٣، وانظر الجنايات في الفقه الإسلامي: حسن علي الشاذلي، ص ٣٣.

(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٢٧/١، وانظر العقوبة: أبو زهرة، ص ٣٩-٤٠.

(٣) - انظر المفصل: عبد الكريم زيدان، ١٨/٥.

(٤) - التشريع الجنائي: عودة، ٦١٠/١.

ثانياً: مراعاة النصوص الشرعية التي بنى عليها الفقهاء العمل بالاحتياط بصورة عامة، ونجدها في المبحث الرابع من الفصل الأول تحت عنوان؛ حجية الاحتياط.

ثالثاً: مراعاة مبدأ درء الحدود بالشبهات؛ لما له من دور هام في رعاية العقوبة من دخول الشك إليها؛ وحماية المجتمع من الاعتداء على الأبرياء في حال وجود الشبهة في العقوبة.

رابعاً: مراعاة مبدأ سدّ الذرائع؛ لما لهذا المبدأ من دور هام في حماية المجتمع بصورة عامة من الجريمة؛ لما يترتب عليها من مفسد عظيمة؛ وحماية الفرد من الإقدام على الجريمة لما يعرفه من المفسد المترتبة عليها، ولما يجده في معرفته العقوبة عليها من ردع.

خامساً: مراعاة مبدأ الخروج من الخلاف؛ حتى تكون العقوبة سالمة عن الشبهة؛ مما يسهم في حماية الأبرياء ويرفع الشك عن العقوبة.

الفصل الرابع

ضوابط الاحتياط في أصول الفقه الجنائي وقواعده

وفي هذا الفصل المبحثان التاليان:

المبحث الأول: ضوابط الاحتياط في أصول الفقه الجنائي

المبحث الثاني: ضوابط الاحتياط في قواعد الفقه الجنائي

تشكل الضوابط التي سندرسها في هذا الفصل والفصلين القادمين مع الضوابط التي درسناها في الفصل الماضي أهم ضوابط الاحتياط التي أخذ بها التشريع أو الفقهاء في الفقه الجنائي.

المبحث الأول - ضوابط الاحتياط في أصول الفقه الجنائي

نقصد بأصول الفقه الجنائي مصادر وأدلة تشريع الأحكام في الفقه الجنائي.^(١) وسيحاول هذا المبحث دراسة الأخذ بالاحتياط في مصادر التشريع الجنائي وضوابطه. بداية يمكن القول: تُقسم الأحكام المنضوية تحت الفقه الجنائي إلى قسمين:

القسم الأول: أحكام أصل تشريع التجريم وأصل تشريع العقاب، والقسم الثاني: سائر الأحكام الأخرى؛ كطريقة استيفاء العقوبات، وأحكام سقوطها، والعفو عنها، وغير ذلك من الأحكام. والمصادر الشرعية المعتبرة في القسم الثاني هي المصادر نفسها التي اعتبرها الفقهاء في أحكام الفقه بصورة عامة؛ فلا تخرج عنها، ومن المتفق عليه بين جمهور الفقهاء أن مصادر التشريع الإسلامي أربعة: القرآن، والسنة، والإجماع، والقياس.

ويعبر الفقهاء عن المصادر التشريعية بأنها الأدلة التي تستمد منها الأحكام. ويرتب الفقهاء الأدلة والاستدلال بها طبقاً للترتيب الذي ذكرناه، فالمصدر الأول للشرعية هو القرآن، والمصدر الثاني هو السنة، والمصدر الثالث هو الإجماع، والمصدر الرابع هو القياس.

وهناك مصادر أخرى للشرعية مختلف عليها، فيراها البعض مصادر تشريعية ذات أحكام ملزمة، ولا يراها البعض الآخر كذلك، والمصادر المختلف عليها هي: الاستحسان، والاستصحاب، والمصلحة المرسلة، والعرف، وشرع من قبلنا، ومذهب الصحابي، وسدّ الدرائع، والخروج من الخلاف، والأخذ بأقل ما قيل، وغيرها.^(٢)

أما بالنسبة للقسم الأول من الأحكام الجنائية، وهو أصل تشريع التجريم والعقاب فإن مصادره أربعة: اتفق الفقهاء على ثلاثة منها، واختلفوا في الرابع. فاتفقوا على الاحتجاج بالقرآن والسنة والإجماع، واختلفوا

في القياس، وسندرس هذه المسألة بالتفصيل في هذا المبحث.^(٣)

المطلب الأول: ضابط النقل

معنى الضابط: يُقصد بهذا الضابط: أن أصل تشريع التجريم والعقاب لا بدّ أن يكون ثابتاً بدليل نقلي، ويدخل في الدليل النقلي هنا القرآن والسنة وإجماع الصحابة.

يقول عبد القادر عودة: (ومجال الاجتهاد واسع فيما لا نص فيه؛ فالجتهاد يبحث الواقعة التي لا نص فيها ليصل لمعرفة حكمها عن طريق القياس، أو الاستحسان، أو الاستصحاب، أو العرف، أو

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١٦٤/١.

(٢) - انظر أصول الفقه الإسلامي: الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط١، ١٩٨٦م، ص٤١٧، ٤١٨، التشريع الجنائي: عودة، ١٦٤/١.

(٣) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١٦٥/١.

المصالح المرسله، وهذا ممكن في المسائل المدنية والشخصية، وفي الإجراءات الجنائية، ولكنه غير ممكن في تقرير الجرائم والعقوبات؛ لأن الجرائم والعقوبات لا بد فيها من النص الصريح، ولا يؤخذ فيها بالقياس أو غيره^(١). وتفصيل معنى هذا الضابط على الشكل التالي:

أما بالنسبة للقرآن والسنة فإنهما المصدران الأساسيان للتجريم وتشريع العقاب، وذلك أن التجريم والعقاب جزء من أحكام الشرع التي ثبتت بالقرآن والسنة^(٢).

وأما بالنسبة للإجماع فإنه مقبول في إثبات الحدود والقصاص، يقول أبو المظفر السمعاني^(٣): (اعلم أن الإجماع حجة في جميع الأحكام الشرعية كالعبادات والمعاملات وأحكام الدماء والفروج، وغير ذلك من الحلال والحرام، وكل ما هو من الأحكام الشرعية)^(٤).

فالإجماع حجة في كل الأحكام الشرعية، ومنها أصول تشريع التجريم والعقاب؛ فإذا ثبت الإجماع؛ فإنه يفيد قطعية الحكم الذي ورد فيه^(٥). ثم إن الإجماع من الأصول المتفق عليها، وهو دليل مقطوع به^(٦).

واختار الأمدي والسبكي أن ثبوت حد الشرب كان بإجماع الصحابة؛ فعن ابن عباس أن قدامة بن مظعون شرب الخمر بالبحرين فشهد عليه ثم سئل فأقر أنه شربه فقال له عمر بن الخطاب ما حملك على ذلك؟... ثم سأل من عنده عن الحد فيها؛ فقال علي بن أبي طالب: "إنه إذا شرب هذى، وإذا هذى افتري، فاجلدوه ثمانين"^(٧). ولم ينقل عن أحد من الصحابة في ذلك نكير فكان إجماعاً ثبت به مقدار حد من الحدود الشرعية^(٨).

نطاق الضابط: أصل تشريع الحدود.

مسألة: إثبات مقادير الحدود بالقياس

اتفق الفقهاء على ضابط النقل في مقادير الحدود، فقالوا: إن مقادير الحدود توقيفية تعبدية؛ لا مجال لإدخال الرأي والقياس فيها؛ لأنها غير معقولة المعنى أو العلة^(٩).

(١) - المرجع السابق: ٢٠٧/١.

(٢) - انظر المرجع السابق: ١٦٥/١.

(٣) - أبو المظفر السمعاني: منصور بن محمد عبد الجبار أبو المظفر المعروف بابن السمعاني، كان فقيهاً شافعيّاً أصولياً مفسراً محدثاً متكلماً، ومن كتبه: (القواطع في أصول الفقه)، توفي: ٤٨٩ هـ. انظر طبقات الشافعية: ابن قاضي شهبه، ٢١/٤.

(٤) - قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر السمعاني، ٤٨٦/١.

(٥) - انظر العدة في أصول الفقه: ابن الفراء، ١٢٩/١، أصول السرخسي: ١٣٨/٢، كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٢٩/٣.

(٦) - انظر الإحكام في أصول الأحكام: الأمدي، ٢٦٥/١.

(٧) - انظر الإحكام: الأمدي: ٦٤/٤، الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، ٣٠/٣، التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ١١١/٣، السنن الكبرى: النسائي، ٢٥٣/٣، كتاب حد الخمر، إقامة الحد على من شرب الخمر على التأويل، السنن الكبرى: البيهقي، ٣٢٠/٨، كتاب الأشربة والحد فيها، باب ما جاء في عدد حد الخمر، سنن الدارقطني: ١٥٧/٣، كتاب الحدود والديات وغيره، والحديث ضعيف. انظر التلخيص الحبير: ٢٠٩/٤.

(٨) - دعوى الإجماع في هذه المسألة وعدم وجود المخالف موجودة عند الأمدي والسبكي، انظر الإحكام: الأمدي: ٦٥/٤، الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، ٣٩٢/٢.

(٩) - انظر أصول السرخسي: ١١١/٢، الفصول في الأصول: الجصاص، ١٠٦/٤، المستصفى: الغزالي، ص ٣٢٦، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٤٨/٤، كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٤٠٣/٣، إرشاد الفحول: الشوكاني، ص ٣٥١.

بل إن العلماء عدوا مقادير الحدود من الأمور التي تخرج عن القياس، فلا يُقاس عليها غيرها، وفي ذلك يقول الغزالي: (القاعدة المستقلة المستفتحة التي لا يعقل معناها؛ فلا يقاس عليها غيرها لعدم العلة فيسمى خارجاً عن القياس تجوّزاً، إذ معناه أنه ليس منقاساً... ومثاله.... مقادير الحدود والكفارات، وجميع التحكّكات المبتدأة التي لا ينقدح فيها معنى، فلا يقاس عليها غيرها؛ لأنها لا تعقل علتها).^(١)

ويقول الجصاص الحنفي: (مقادير عقاب الإجرام، لا يعلم إلا من طريق التوقيف، وذلك أن العقوبات إنما تستحق على الإجرام بحسب ما يحصل بها من كفران النعمة، ومعلوم أن مقادير نعم الله تعالى على عبده

لا يحصيها أحدٌ غيره، فلا سبيل إذن إلى علم مقدار ما يستحق من العقاب بالإجرام إلا من طريق التوقيف؛ فلذلك لم يجز إثباتها قياساً).^(٢)

ف (الحدود شرعت عقوبةً وجزاءً على الجنايات التي هي أسبابها، وفيها معنى الطهارة أيضاً بشهادة صاحب الشرع، ولا مدخل للرأي في معرفة مقادير الأجرام وآثامها، ومعرفة ما يحصل به إزالة آثامها، ومعرفة ما يصلح جزاء لها، وزاجراً عنها، ومقادير ذلك؛ فلا يمكن إثباتها بالقياس الذي مبناه على الرأي).^(٣)

ولأجل هذا المعنى الخطير في الحدود فقد فصل الله في كتابه مقادير الحدود أدق تفصيل؛ حماية لمصالح الناس.^(٤)

مسألة: إثبات أصل الحدود بالقياس

مرّ أنه قد اتفق الفقهاء على أن القياس لا يجري في مقادير الحدود، ثم اختلفوا في جواز إجراء القياس

في إثبات أصل حد من الحدود.^(٥) بمعنى هل يمكن أن تثبت جريمة وعقوبة حدية بالقياس؟.

ذهب الحنفية إلى منع إجراء القياس في أصل تشريع الحدود، وقالوا: لا يُقبل في إثبات الحدود إلا الدليل النقلية الذي يرجع إلى النص؛ فيكون بهذا مضافاً إلى الشرع ومنسوباً له؛ بخلاف القياس.^(٦) وذهب الجمهور إلى جواز إجراء القياس في أصل تشريع الحدود.^(٧)

(١) - المستصفي: الغزالي، ٣٢٦.

(٢) - الفصول في الأصول: الجصاص، ١٠٦/٤، وانظر قريباً منه العدة في أصول الفقه: ابن الفراء، ١٤١٢/٤.

(٣) - كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٢٢١/٢.

(٤) - انظر قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر السمعاني، ١٠٩/٢.

(٥) - انظر قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر السمعاني، ١٠٧/٢-١٠٩، المستصفي: الغزالي، ص ٣٣١، المحصول: فخر الدين الرازي، ٤٧١/٥، الإحكام للآمدي: ٦٤/٤، الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، ٣٠/٣، إعلام الموقعين: ابن قيم الجوزية، ٢٦٩/١، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٤٧/٤، إجابة السائل شرح بغية الأمل: الصنعاني ص ١٧٦.

(٦) - انظر كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٢٢١/٢، أصول البزدوي: ص ١٢٠، التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ١٤٤/١، وانظر رأي الكرخي من الحنفية في البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٤٩/٤.

(٧) - انظر قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر السمعاني، ١٠٧/٢، المستصفي: الغزالي، ص ٣٣١، المحصول: فخر الدين الرازي، ٤٧١/٥، الإحكام للآمدي: ٦٤/٤، الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، ٣٠/٣، إعلام الموقعين: ابن قيم الجوزية، ٢٦٩/١، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٤٧/٤، إجابة السائل شرح بغية الأمل: الصنعاني ص ١٧٦.

وفيما يلي تفصيل المذاهب:

أولاً: مذهب الحنفية

لقد احتاط الحنفية لأصل تشريع الحدود؛ فمنعوا إثبات الحدود بالقياس لمزيد الاعتناء والحيطة للحدود. وبيان هذا عندهم: أن الحدود إما أن تكون مشتملة على تقديرات لا تُعقل كالعدد في الجلد؛ وإما أن تكون مشتملة على ما يُعقل كالقطع ليد السارق بسبب جنايته بها، وبسبب زيادة الاختصاص في الأخذ بها بالنسبة لباقي الأعضاء .

والمنع عند الحنفية في إجراء القياس في العقوبات يشمل ما يُعقل منها وما لا يُعقل.

فكيف جاء تكييفهم للمنع في الحالتين؟. الجواب على هذا هو: أن العقل في ما لا يُعقل: (لا يُدرك الحكمة في اعتبار خصوص هذا العدد، والقياس فرع تعقل المعنى في حكم الأصل).^(١) وأما ما يُعقل معناه من الحدود وقد مثلنا له سابقاً فالمنع فيه للشبهة؛ أي فلا يثبت بالقياس لمكان الشبهة في القياس؛ لاحتماله الخطأ، والحدود تُدرأ بالشبهات.^(٢) وهذا الأساس هو الذي قام عليه مذهب الحنفية في المسألة.

إن ما لا يُعقل معناه في العقوبات لا يجوز أن يكون دليلاً إلا نقلياً؛ إذا لا دخل للعقل فيه؛ لأنه غير معلل، أو أنه على الأقل من الأمور التي لا يُدرك معناها، وما كان هذا شأنه لا بد أن يثبت بالنقل.^(٣)

وأما ما يُعقل معناه فإن الدليل العقلي فيه يورث شبهة، والحدود تُدرأ بالشبهات؛ لذا كان لزاماً عند الحنفية أن يثبت أصل العقاب بالنقل في كلا حالتيه.

وأبرز ما استدلل به الحنفية للمسألة:

بمبدأ (درء الحدود بالشبهات)^(٤)؛ فالحدود تسقط بالشبهات؛ فلا يجوز إيجابها بدليل لا يخلو عن الشبهة.^(٥) إن الشبهة الحاصلة بإثبات الحدود بالقياس تؤدي إلى حصول اختلال في معنى الحدود والغاية

(١) - انظر تيسير التحرير: أمير بادشاه، ١٠٣/٤.

(٢) - انظر المرجع السابق.

(٣) - انظر أصول البزدوي: ص ١٢٠، التقرير والتحرير: ابن أمير الحاج، ١٤٤/١.

(٤) - انظر شرح التلويح على التوضيح لمثنى التنقيح في أصول الفقه للمحبوبي الحنفي: ٢٥٦/١، التقرير والتحرير: ابن أمير أمير الحاج، ٣٢٠/٣.

(٥) - انظر قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر السمعاني، ١٠٩/٢.

والغاية من تشريعها؛ كي تكون مادة حاسمة للشرع عن طريق عقاب مقدّر بعدد معيّن لا يمكن أن يقدر على تحديده أحد سوى الشرع.^(١)

الحنفية قد يثبتون الحدود بدلالة النص أو الاستدلال

يقول ابن أمير الحاج^(٢): (ما عليه مشايخنا من أنه لا يصح إثبات الحدود والكفارات بالقياس، ويصح بدلالة النص).^(٣)

استعمل الحنفية الاستدلال بمعنى دلالة النص في هذا الموضع، ودلالة النص عند الحنفية هي: ما علم علة للحكم المنصوص عليه لغة؛ لا اجتهداً ولا استنباطاً.^(٤) فإن وُجد في فروع الحنفية ما يوحي بأنهم قاسوا في إثبات الحدود فإنه يرجع عندهم في الحقيقة إلى الاعتماد على الاستدلال أو دلالة النص أو لغة النص، كما صرحوا بذلك.^(٥)

وقد وجه إليهم الإمام الشافعي انتقاداً بأنهم قاسوا في بعض مسائل الحدود فخالفوا أصلهم؛ فردوا هذا الكلام بأنهم لم يقيسوا؛ بل اعتمدوا على دلالة النص والاستدلال في بناء الأحكام في هذه المسائل.^(٦) هذا يعني أن الحنفية لم يخرجوا عن ضابط النقل في المسائل التي يوحي ظاهرها بالاعتماد على على القياس؛ وذلك أنهم اعتمدوا على دلالة النص، ودلالة النص عندهم ترجع إلى النص لغة لا إلى الرأي؛ فيكون الحكم الصادر عنها مضافاً إلى النص.^(٧)

ثانياً: مذهب الجمهور

أما جمهور العلماء فلم يشترطوا هذا الضابط وقالوا: كما يجري القياس في الأحكام الشرعية فإنه يجري في الحدود، ويقول الإمام الغزالي: (والضابط أن كل ما انقذ فيه معنى محيل مناسب مطرد لا يصدمه أصل من أصول الشرع فهو معلل).^(٨)

إن القسم معقول المعنى من الحدود يمكن أن يجري القياس فيه؛ لأنه معلل، ومنه تشريع أصل الحد، وما كان هذا شأنه فلا مانع من إجراء القياس فيه.

وأبرز ما استدلل به الجمهور للمسألة:

(١) - انظر كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٢٢١/٢.
(٢) - ابن أمير الحاج: محمد بن محمد بن حسن بن علي المعروف بابن أمير حاج؛ فقيه من علماء الحنفية من علماء حلب، أخذ عن علاء الدين البخاري وابن الهمام، من تصانيفه: التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن الهمام في علم أصول الفقه، توفي: ٨٧٩هـ. انظر الضوء اللامع: السخاوي، ٢١٠/٩.
(٣) - التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ١٤٤/١، وانظر أصول البزدوي: ص ١٢٠.
(٤) - أصول الشاشي: ص ١٠٤.
(٥) - انظر التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ١٤٤/١، أصول البزدوي: ص ١٢٠.
(٦) - تراجع هذه المسائل في المنحول: الغزالي، ص ٣٨٦، المحصول: فخر الدين الرازي، ٤٧٢/٥، الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، ٣١/٣، البرهان في أصول الفقه: الجويني، ٥٨٤/٢، وانظر الرد عليها في: انظر أصول السرخسي: ٢٠١/٢، كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٢٢١/٢.
(٧) - انظر كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٢٢١/٢.
(٨) - المنحول: الغزالي، ص ٣٨٥.

عموم الأدلة الواردة في حجية القياس، ثم قالوا: أدلة القياس دالة على جريانه في الأحكام الشرعية مطلقاً؛ من غير فصل بين باب وباب، والحدود باب من أبواب الشرع؛ فيجري فيه القياس.^(١) وردّ الجمهور على دليل الحنفية في أن القياس يورث شبهة في الحدود فقالوا: لا نسلم أن ذلك يكون شبهة مع ظهور الظن الغالب؛ بدليل جواز إثبات الحدود بخبر الواحد مع احتمال الخطأ فيه لما كان الظن فيه غالباً؛ فالقياس يفيد الظن الغالب ولا بأس بالاعتماد عليه قياساً على الاعتماد على خبر الآحاد.^(٢) إن الظن الغالب كافٍ في إثبات الحدود والكفارات عند الجمهور؛ بدليل صحة إثباته في خبر الآحاد، وغلبة الظن موجودة في القياس كما في خبر الواحد؛ لذا كان القياس في الحدود جائزاً عندهم، وسيأتي الحديث عن خبر الواحد بعد قليل.

واستدلّ الجمهور أيضاً لمذهبهم أن دليل إثبات الحدود لا يشترط فيه القطعية؛ بل يكفي فيه غلبة الظن، وهذا يحققه القياس.^(٣) وقد ناقش الحنفية المقارنة بين خبر الآحاد والقياس بقولهم: إن خبر الواحد الواحد من كلام صاحب الشرع، وإليه إثبات كل حكم فيجب قبوله؛ باعتبار أن العقوبة إنما تجب مقدرة مكيفة؛ بحسب كل جنائية، ولا مدخل للرأي في معرفة ذلك، وخبر الآحاد ليس من الرأي؛ إنما هو كلام صاحب الشرع، وقد ثبتت حجية خبر الآحاد بالنص والإجماع في سائر أحكام التشريع.^(٤)

ويمكن اختيار مذهب الحنفية لأنه أحوط لجهة سلامة دليل التجريم عن الشبهة؛ لأن الأصل العام في أن العقوبة تُدرأ بالشبهة.

أمثلة قاس فيها العلماء فعلاً على آخر في إيجاب الحد:

قياس الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة النبش وهو سارق الأكفان على السارق في إيجاب حد السرقة، ومنع ذلك الحنفية.^(٥) قياس الجمهور ومنهم صاحباً أبي حنيفة اللواط على الزنا في إيجاب حد الزنا؛ في حين اعتبر أبو حنيفة اللواط جنائية تستحق التعزير.^(٦)

دخول هذا الضابط في القصاص

(١) - انظر الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، ٣/٣٠، إرشاد الفحول: الشوكاني، ص ٣٧٧.
(٢) - انظر الإحكام للأمدى: ٦٦/٤، وانظر قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر السمعاني، ١٠٩/٢.
(٣) - انظر التبصرة في أصول الفقه: ابراهيم بن علي بن يوسف أبو اسحاق الشيرازي، ٤٧٦هـ، دار الفكر، دمشق، ط ١، ١٤٠٣هـ، تحقيق: د. محمد حسن هيتو، ص ٤٤١، المحصول: فخر الدين الرازي، ٤٧١/٥.
(٤) - انظر كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٢٩/٣.
(٥) - انظر المراجع الأصولية: أصول السرخسي: ١٥٧/٢، المستصفي: الغزالي، ص ٣٣١، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول: الإسنوي، الإسنوي: ص ٤٦٧، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٤٩/٤، التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ١٠٢/١، حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: ٢٤٤/٢، وانظر المراجع الفقهية: البحر الرائق: ابن نجيم، ٦٠/٥، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: يوسف بن عبد الله بن عبد البر أبو عمر النمري القرطبي، ٤٦٣ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢٠٠٠م، تحقيق: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، ٥٦١/٧، الأم: الشافعي، ١٤٩/٦، الحاوي الكبير: الماوردي، ٣١٣/١٣، الكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة المقدسي، ١٨٦/٤.
(٦) - انظر منهاج الطالبين: النووي، ص ١٣٢، كشف القناع: البهوتي، ٩٤/٦، البحر الرائق: ابن نجيم، ١٨/٥، حاشية ابن عابدين: ٢٧/٤، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرياني: ١٨٤/١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣١٣/٤.

إن تشريع القصاص بحد ذاته قد ثبت بالنقل؛ وذلك بالنص القرآني والسنة الشريفة، ولكن هل يجوز أن نقيس فعلاً مرتكباً على آخر في إيجاب القصاص؟. الإجابة على هذا: إن الحكم هنا كما هو في مسألة الحدود؛ حيث لم يفرّق الجمهور وكذا الحنفية بين القصاص والحدود؛ فالجمهور على جواز إجراء القياس، والحنفية على المنع، وقد حاول الجمهور أن يناقشوا مذهب الحنفية فقالوا: كيف يمنع الحنفية إجراء القياس في الحدود وهم يجيزون إجراء القياس في القصاص؟. ^(١) فأجاب الحنفية بما أجابوا به على مسائل الشافعية، من أن ما يوهم ظاهره عندهم قياس قصاص على آخر إنما هو من باب الاستدلال أو دلالة النص؛ فيكون الحكم حينها عائداً للنص لا للقياس. ^(٢) وقد صرح الحنفية أن القصاص والحدود لا فرق بينهما من حيث المطلوب في الدليل الذي يثبتهما؛ من كون الدليل لا يجوز أن يكون فيه شبهة، والقياس فيه شبهة. ^(٣) وإن استعمل الحنفية أحياناً مصطلح القياس في باب القصاص كقولهم في مسألة: المسلم إذا قتل مستأمنًا عمدًا، هل يجب عليه القصاص؟، فقالوا: في القياس يلزمه. ^(٤)

فالحقيقة أنهم يقصدون به دلالة النص كما صرحوا بذلك في مسألة القياس في آلات القتل على السيف، بعد ذكر حديث: "لا قود إلا بالسيف". ^(٥) فقالوا: (القصاص يجب إذا حصل القتل بالرمح أو أو النشابة؛ لأن لعبارة النص معنى معلوماً في اللغة، وذلك المعنى كامل في القتل بالرمح والنشابة، وقد عرفنا أن المراد بذكر السيف القتل به.. وإنما السيف آلة يحصل به القتل؛ فإذا حصل بآلة أخرى مثل ذلك القتل تعلق حكم القصاص به **بدلالة النص**). ^(٦) فعموم نصوص القصاص يُستفاد منها لغةً وجوب وجوب القصاص في كل مسألة تحتاج إلى القصاص عند الحنفية.

مثال استعمل فيه العلماء القياس في إيجاب القصاص:

قياس الآلة المحددة التي تقتل غالباً على السيف في وجوب القصاص؛ فهي عند الجمهور تقوم على دليل القياس، وعند الحنفية تقوم على دلالة النص. ^(٧)

دخول هذا الضابط في التعزير

لا يدخل هذا الضابط في التعزير، والسبب في ذلك هو أن التعزير في الأصل عقوبة اجتهادية غير مقدرة فلا مانع من إجراء القياس فيه. ^(٨)

(١) - انظر البرهان في أصول الفقه: الجويني، ٦٩/٢، قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر السمعاني، ٣٧٥/١.

(٢) - انظر أصول السرخسي: ٢٤٣/١، كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٢٣٤/٢.

(٣) - انظر كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٢٩/٣، وانظر التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ١٣٣/٣.

(٤) - انظر كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٢٣٤/٢.

(٥) - انظر تخريجه في: سنن الترمذي: أبواب الديات، باب ما جاء فيمن رضى رأسه بصخرة، ١٥/٤، سنن ابن ماجه: كتاب كتاب الديات، باب يقتاد من القاتل كما قتل، ٨٨٩/٢، وإسناد الحديث ضعيف وفق ابن حجر. انظر التلخيص الحبير: ابن حجر العسقلاني، ٦١/٤.

(٦) - أصول السرخسي: ٢٤٣/١، التحبير شرح التحرير: المرداوي، ٣٤٦٠/٧.

(٧) - انظر المراجع الأصولية: الإحكام في أصول الأحكام: الأمدي، ٣٠٣/٣، المستصفى: الغزالي، ص ٢٨٢، أصول السرخسي: ٢٤٣/١. وانظر المراجع الفقهية: بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٣٤/٧، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٨٨/٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢١٥/٥، كشاف القناع: البهوتي، ٥٠٤/٥.

(٨) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٢٠٧/١.

فالتعزير هو التأديب، وقد جرت الشريعة على عدم تحديد عقوبة كل جريمة تعزيرية، واكتفت بتقرير مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم تبدأ بأخف العقوبات وتنتهي بأشدّها، وتركزت للقاضي أن يختار العقوبة أو العقوبات في كل جريمة بما يلائم ظروف الجريمة وظروف المجرم؛ فالعقوبات في جرائم التعزير غير مقدرة.^(١)

فالتعزير إذاً موكول إلى اجتهاد الإمام أصلاً؛ فلا مجال لاشتراط ضابط النقل فيه، وهذا التفويض لرأي الإمام أو الحاكم أو اجتهاده متفق عليه بين علماء المذاهب الأربعة.^(٢)

دخول هذا الضابط في جانب الاحتياط بدرء العقوبة

إن ضابط النقل يختص بالقسم الأول من الاحتياط وهو تشريع العقاب، أما في جانب الدرع فلا يشترط أن يكون الدليل الدائر نقلياً؛ فربما كان مبنياً على اجتهاد الحاكم، كما هو حال الشبهات التي يرجع إلى تقدير الحاكم اعتبارها في الدرع. وقد علمنا أثناء دراسة شرط وجود الشبهة القوية أن معيارها اجتهادي؛ والدليل على هذا أن هناك شبهة اعتبرها فقهاء قوية فدرؤوا بها الحد؛ في الوقت الذي حكم آخرون عليها نفسها بأنها شبهة ضعيفة لا تدرأ الحد؛ هذا يفيدنا أن الاجتهاد له دور في الدليل الدائر. **ملاحظة:** طالما أننا اشترطنا في دليل التجريم والعقاب النقل؛ هذا يستلزم أنه لا يجوز للقاضي أن يخالف النص الصريح مهما كانت الظروف والاعتبارات.^(٣)

المطلب الثاني: ضابط غلبة الظن

نطاق الضابط: كل مسائل الحدود والقصاص والتعزير.

أولاً: معنى الضابط: لا يكفي مجرد الظن من أجل إثبات أصل التجريم أو العقاب، ويقول في ذلك الجويني: (لا ينبغي أن نهجم على إثباتها - أي الحدود - بمظنون).^(٤)

فلا بد في الدليل المجرّم أو المعاقب أن يفيد غلبة الظن، ويرجع هذا الضابط إلى المعنى الغالب المطلوب في الأدلة الشرعية وهو غلبة الظن؛ إلا أنه يطلب هنا لمزيد الاحتياط؛ لما يشتمل عليه التجريم والعقاب من خطر عظيم في نظر الشارع؛ لأنها تتعلق بإحقاق المقاصد العظيمة التي بينها في المبحث الأخير من الفصل السابق.

هذا الضابط يشمل جانبي الاحتياط في الفقه الجنائي؛ جانب الاحتياط بتشريع العقاب، وجانب الاحتياط في تطبيقه ودرئه؛ وقد مرّ في المبحث الثاني من الفصل السابق في أثناء الحديث عن شروط

(١) - المرجع السابق.

(٢) - انظر تبيين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢٠٨/٣، حاشية ابن عابدين: ٦٠/٤، الفواكه الدواني: شهاب الدين النفرواي، النفرواي، ١٧٨/٢، المهذب: أبو إسحاق الشيرازي، ٣٧٣/٣، الإقناع في فقه الإمام أحمد: ٢٧٠/٤.

(٣) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٢٠٧/١.

(٤) - البرهان في أصول الفقه: الجويني، ٦٩/٢.

الاحتياط أن تكون الشبهة قوية، والشبهة القوية هي الشبهة التي تفيد غلبة الظن. ثم إن الحدود من المسائل التي لا يُطلب فيها القطع، ويكفي فيها غلبة الظن، وقد صرح بهذا الجصاص الحنفي والآمدي.^(١)

إن دليل التجريم والعقاب لا يجوز أن يفيد الظن فقط، ولا يطلب فيه القطع أيضاً؛ إنما يكفي فيه غلبة الظن. وفيما يلي بعض نصوص العلماء التي تظهر أن الظن الغالب كافٍ في إثبات الجريمة والعقوبة. يقول الآمدي: (فجاز إثباته-أي الحد- بخبر الواحد كسائر الأحكام الظنية، والمسألة ظنية فكان الظن كافياً فيها).^(٢) والمقصود بالظن هنا غلبته، كما هو معروف عند الأصوليين والفقهاء أثناء إطلاقهم استعمال مصطلح الظن.^(٣)

ويقول الآمدي أيضاً وهو يردّ على الحنفية منعهم الاستدلال بالقياس في الحدود؛ لأنه يؤدي إلى الشبهة، فيقول: (لا نسلم أن ذلك يكون شبهة مع ظهور الظن الغالب بدليل جواز إثبات الحدود والكفارات بخبر الواحد مع احتمال الخطأ فيه؛ لما كان الظن فيه غالباً).^(٤) فيقرر الآمدي أنه يجوز إثبات الحدود بالقياس لأنه يجوز إثباتها بخبر الواحد؛ ومبرر هذا هو أنها تفيد غلبة الظن الكافي في إثبات الحدود، وقد سبقه إلى تقرير هذا أبو المظفر السمعاني الحنفي.^(٥)

إن إثبات التجريم والعقاب لا يشترط له الدليل القاطع ويكفي فيه غلبة الظن كما هي سائر أحكام الشرع؛ لذا يقول الشيرازي^(٦) في معرض الرد على الحنفية في مسألة القياس في الحدود: (حكم ليس فيه دليل قاطع فجاز إثباته بالقياس).^(٧) ثم يقول مقررراً كفاية غلبة الظن في دليل الحدود: (القياس في معنى خبر الواحد ألا ترى أن كل واحد منهما يقتضي الحكم من طريق الظن، ويجوز السهو والخطأ في كل واحد منهما).^(٨)

ثانياً: مسألة إثبات التجريم والعقاب بخبر الآحاد الصحيح

هي مسألة مشهورة في كتب أصول الفقه، والخلاف الوارد فيها محصور بخبر الآحاد الصحيح، أما خبر الآحاد الضعيف فلا يصلح أن يكون حجة في مسائل الحدود؛ فقد قرر علماء الحديث أن لا يُعمل بالحديث الضعيف في مسائل الأحكام؛ ومنها مسائل التجريم والعقاب؛ وذلك أن الحديث الضعيف لا

(١) - انظر الفصول في الأصول: الجصاص، ٣٢٠/٢، الإحكام: ١١٧/٢.

(٢) - الإحكام: ١١٧/٢.

(٣) - انظر الفصول في الأصول: الجصاص، ٣٢٠/٢، أصول الشاشي: ص ٣٣٨، حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: ٥٦/١.

(٤) - الإحكام: ٦٦/٤، وانظر قواطع الأدلة في الأصول: ١٠٩/٢.

(٥) - انظر قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر السمعاني، ١٠٩/٢.

(٦) - الشيرازي: إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق، فقيه وأصولي شافعي، له: (المهذب) في الفقه، و(التبصرة) في أصول الفقه، توفي: ٤٦٧ هـ. انظر طبقات الشافعية الكبرى: ابن السبكي، ٨٨/٣، شذرات الذهب: ابن العماد، ٣٤٩/٣.

(٧) - التبصرة في أصول الفقه: أبو إسحاق الشيرازي، ص ٤٤١.

(٨) - المرجع السابق، وانظر قريباً منه في المحصول: فخر الدين الرازي، ٣٥٣/٥.

يفيد غلبة الظن.^(١) إذاً حديثنا كله سيدور حول خبر الآحاد الصحيح، وقد نصّ على هذا أمير بادشاه الحنفي عندما بيّن معنى خبر الآحاد الذي يُحتج به في الحدود فقال: (خبر الواحد المشروط فيه العقل والضبط والإسلام والعدالة من غير اشتراط عدد في الراوي).^(٢) وهذه الشروط تفيد طلب الصحة في خبر خبر الآحاد. وخبر الآحاد هو: ما لم يجمع شروط التواتر.^(٣)

والتواتر هو: خبر أقوام بلغوا في الكثرة إلى حيث حصل العلم بقولهم، وقيل في تعريفه: هو خبر جماعة يفيد بنفسه العلم بصدقه، وقيل: خبر جمع عن محسوسٍ يمتنع تواطؤهم على الكذب؛ من حيث كثرهم.^(٤)

حكم خبر الآحاد أو فائدته: يفيد الظن؛ لا اليقين، ويوجب العمل في الأحكام دون العلم؛ أي اليقين.^(٥)

لقد اختلف العلماء في الاحتجاج بخبر الواحد في إثبات الحدود؛ فذهب جمهور العلماء إلى جواز إثبات الحدود بخبر الواحد، وكذا أكثر الحنفية وخالفهم أبو الحسن الكرخي.^(٦) وقد علمنا في المطلب السابق كيف فرق الحنفية بين القياس وخبر الواحد في الاستدلال في الحدود.

ملاحظة: على هذا الخلاف يجري أيضاً الخلاف في مسألة ثبوت القصاص بخبر الواحد؛ ودليل هذا ما نصّ عليه الآمدي في قوله: (وأكثر الناس على قبول خبر الواحد فيما يوجب الحد، وفي كل ما يسقط بالشبهة).^(٧)

فقوله: (وفي كل ما يسقط بالشبهة) يدخل فيه القصاص؛ لأنه كذلك. وهذا يعني أنه مقبول عند العلماء في التعزير من باب أولى. واستدل الجمهور لقبول خبر الآحاد في الحدود بأن مسائل الحدود ظنية؛ لأنها ليست من الأصول التي يُطلب فيها القطع؛ فلا مانع من العمل بخبر الآحاد في هذا النوع

(١) - انظر معرفة أنواع علوم الحديث (مقدمة ابن الصلاح): عثمان بن عبد الرحمن أبو عمرو المعروف بابن الصلاح، ٦٤٣هـ، دار الفكر، دمشق، د. ط، ١٩٨٦م، تحقيق: نور الدين عتر، ص ١٠٣، وشرحه: التقييد والإيضاح شرح مقدمة ابن الصلاح: زين الدين عبد الرحيم أبو الفضل العراقي، ٨٠٦هـ، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، ط ١، ١٩٦٠م، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، ص ١٣٥، تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ٩١١هـ، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، د. ط، د. ت، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف، ٣٥١/١.

(٢) - تيسير التحرير: أمير بادشاه، ٨٨/٣.

(٣) - انظر نزاهة النظر في توضيح نخبة الفكر في مصطلح أهل الأثر: أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر أبو الفضل العسقلاني، ٨٥٢هـ، مطبعة الصباح، دمشق، ط ٣، ٢٠٠٠م، تحقيق: نور الدين عتر، ص ٥٥، الأنجم الزاهرات في حل ألفاظ الورقات: شمس الدين محمد بن عثمان بن علي المارديني الشافعي، ٨٧١هـ، مكتبة الرشد، الرياض، ط ٣، ١٩٩٩م، تحقيق: عبد الكريم النملة، ص ٢١٤، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير: ابن النجار، ٣٤٥/٢.

(٤) - انظر إرشاد الفحول: الشوكاني، ١٢٨/١.

(٥) - انظر شرح الورقات في أصول الفقه: جلال الدين محمد بن أحمد المحلي، ٨٦٤هـ، مكتبة العبيكان، ط ١، ٢٠٠١م، تحقيق: حسام الدين عفانة، ص ٢١٠، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير: ابن النجار، ٣٥٠/٢.

(٦) - انظر الإحكام: الآمدي، ١١٧/٢، روضة الناظر: ابن قدامة المقدسي، ص ١٢٩، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٤٨/٤، كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٤٢/٣، ٢٢١/٢، أبو الحسن الكرخي: **عبيد الله بن الحسين بن دلال** بن دلهم أبو الحسن الكرخي، ولد ٢٦٠هـ، توفي ٣٤٠هـ، انتهت غلبته رئاسة المذهب الحنفي في عصره. انظر الجواهر المضية في طبقات الحنفية: ٣٣٧/١، تاريخ الإسلام: الذهبي، ١٩٩/٢٥.

(٧) - الإحكام: ١١٧/٢.

من المسائل.^(١) واستدل الجمهور أيضاً لقبول خبر الآحاد بأنه (يوجب غلبة الظن، كما أن شهادة الشاهدين توجب غلبة الظن، وقد ثبت أن الحد يجب بشهادتهم، فالخبر كذلك).^(٢) وقريباً منهم استدلال أكثر الحنفية على خبر الآحاد بأنه رواية: (عدل ضابط جازم في حكم عملي مبني على الظن؛ فيقبل كغيره؛ أي كما في غير الحد من العمليات).^(٣)

وقد احتج المانعون ومنهم الكرخي بأن الحدود في الأصل تسقطها الشبهة، وخبر الواحد لا يوجب العلم، وإنما يوجب غلبة الظن؛ فيصير ذلك بمنزلة حصول شبهة، فيمتنع من ثبوته.^(٤) فردّ الجمهور الجمهور هذا بأن خبر الآحاد (يوجب غلبة الظن، كما أن شهادة الشاهدين توجب غلبة الظن، ثم ثبت أن الحد يجب بشهادتهم، فالخبر كذلك).^(٥)

ثالثاً: تطبيقات

لقد أثبت علماء المذاهب الأربعة بعض العقوبات بناءً على خبر الآحاد. ومنها

١- ما ذكره أبو يعلى الفراء^(٦) في العدة: من اجتماع الجلد والرجم على الزاني المحصن في رواية عند أحمد.^(٧)

والخبر في المسألة هو: "الثيب بالثيب جلد مئة والرجم".^(٨) وفعل سيدنا علي بأنه جلد زانية ثم رجمها، ثم قال: "جلدتها بكتاب الله، ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ".^(٩) وقد ذهب الجمهور وهم الحنفية والمالكية والشافعية وفي رواية عن أحمد إلى الاكتفاء بعقوبة الرجم دون الجمع مع الجلد.^(١٠) وردّوا هذا الحديث بأنه منسوخ بأحاديث الغامدية وماعرز.^(١١)

٢- مسألة إضافة عقوبة التغريب إلى عقوبة الجلد على الزاني غير المحصن عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة.^(١٢) واستدل الجمهور بحديث: "البكر بالبكر جلد مئة ونفي سنة".^(١٣) وخالف

(١) - انظر الفصول في الأصول: الجصاص، ٣٢٠/٢، الإحكام: ١١٧/٢.

(٢) - العدة في أصول الفقه: ابن الفراء، ٨٨٨/٣، وانظر قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر السمعاني، ١٠٩/٢.

(٣) - تيسير التحرير: أمير بادشاه، ٨٨/٣.

(٤) - انظر المرجع السابق، والعدة في أصول الفقه: ابن الفراء، ٨٨٨/٣، الإحكام: ١١٧/٢.

(٥) - انظر العدة في أصول الفقه: ابن الفراء، ٨٨٨/٣، وانظر قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر السمعاني، ١٠٩/٢.

(٦) - أبو يعلى الفراء: محمد بن الحسين بن محمد بن الفراء، إمام الحنابلة في وقته، فقيه أصولي؛ وله: (العدة)، و(الكفاية) في الأصول، و(الأحكام السلطانية) في السياسة الشرعية، توفي: ٤٥٨ هـ. انظر طبقات الحنابلة: ابن أبي يعلى، ١٩٣/٢، شذرات الذهب: ابن العماد، ٣٠٦/٣.

(٧) - انظر العدة في أصول الفقه: ابن الفراء، ٨٨٦/٣، وانظر حكم المسألة في المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٧/٩، المبدع في شرح المقنع: ابن مفلح المقدسي، ٣٨١/٧.

(٨) - صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره، والنهي عن الشفاعة في الحدود، ١٣١٦/٣.

(٩) - والخبر موجود في مسند أحمد: مسند علي بن أبي طالب، ٢٥٥-٢٥٦، وفي الحديث كلام من جهة أن سيدنا علي لم يبلغه نسخ الجمع بين الجلد والرجم. انظر نصب الراية: أبو محمد الزيلعي، ٣٣٠/٣.

(١٠) - انظر حاشية ابن عابدين: ١٤/٤، شرح مختصر خليل: الخرشى، ٨١/٨، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٢٦/٧، كشف القناع: البهوتي، ٩٠/٦.

(١١) - انظر تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١٧٣/٣، وانظر المراجع السابقة. وانظر خبر ماعز في صحيح البخاري: كتاب الحدود، باب: هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمزت، ١٦٧/٨، سنن أبي داود: كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك، ١٤٨/٤، وانظر خبر الغامدية في صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ١٣٢٣/٣.

(١٢) - انظر الشرح الكبير: الدردير، ٣١٩/٤، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٥٩، كشف القناع: البهوتي، ٩٢/٦.

الحنفية فقالوا: إن التغريب ليس من الحد، ولكن يجوز للإمام أن يجمع بين الجلد والتغريب، إن رأى في ذلك مصلحة، ويصير التغريب في هذه الحالة عقوبة تعزيرية.^(١) وردّ الحنفية استدلال الجمهور بحديث التغريب وقالوا: لا يؤخذ به؛ لأنه لو أخذ به لكان ناسخاً للآية؛ لأن فيه زيادة على نص الآية، وهي قوله تعالى: (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ) [النور: ٢]، والحديث السابق لا يقوى على نسخ الآية؛ لأنه خبر آحاد.^(٢)

رابعاً: هل يجوز إثبات العقوبة بسدّ الذرائع والمصلحة المرسلّة والاستحسان؟

بناءً على ما سبق من أن الدليل الذي يثبت به التجريم والعقاب يكفي فيه غلبة الظن، ولا يشترط فيه الجمهور خلافاً للحنفية أن يكون نقلياً؛ فهل يجوز أن نثبت عقوبة بناءً على سدّ الذريعة أو المصالح المرسلّة، على اعتبار أن هذه الأدلة غير نقليّة، مع إفادتها غلبة الظن؟.

قبل الإجابة يُقال: إن السؤال مطروح في باب الحدود والقصاص، أما في باب التعزير فإنها عقوبات غير مقدرة متروكة لاجتهاد الإمام؛ فإن رأى الإمام أن من المصلحة أو من الاستحسان أو من سدّ الذريعة أن يعزّر بعقوبة يراها؛ فلا مانع من هذا؛ لأن الأمر متروك له في الغالب.

ثم يقال: إن سدّ الذرائع والمصالح المرسلّة والاستحسان في الأصل أدلة غير متفق عليها بين العلماء، وبالتالي تكون مناقشة كونها حجة في التجريم والعقاب عند القائلين بها فقط، وفيما يلي لمحة سريعة عن حجية كل واحد من الأصول التي ذكرناها.

سدّ الذرائع: هذا المبدأ مشهور عند المالكية والحنابلة، وإن كان قد عمل به أغلب الفقهاء في مسائل عديدة، رغم اختلافهم في بعض الفروع؛ إلا أنهم متفقون على العمل به من حيث الأصل، وإن صرح الحنفية والشافعية بأنه ليس دليلاً شرعياً؛ لكنهم اعتمدوا عليه في فروعهم.^(٣) وقد ثارت مناقشات حول استعمال الشافعي لسدّ الذرائع؛ إلا أننا لسنا في موضع مناقشة هذه المسائل هنا.^(٤)

وينقل عن المالكية أن: (سدّ الذرائع ذهب إليه مالك وأصحابه وخالفه أكثر الناس تأصيلاً، وعملوا عليه في أكثر فروعهم تفصيلاً).^(٥) ويقول القرافي: (ليس سدّ الذرائع خاصاً بمالك رحمه الله؛ بل قال بما هو أكثر من غيره، وأصل سدّها مجمع عليه).^(٦) وقد مرّ أن سدّ الذرائع يشكّل أحد أقوى الأسباب والدوافع إلى الاحتياط في الفقه الجنائي وذلك في المبحث الأول من الفصل الثالث، ومرّ أنه يشكل أحد

(١) - صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره، والنهي عن الشفاعة في الحدود، ١٣١٦/٣.

(٢) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٣٨/٧، حاشية ابن عابدين: ١٤/٤.

(٣) - انظر المرجعين السابقين.

(٤) - انظر الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٩/١، الفروق: القرافي، ٣٢/٢، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٨٩/٨، اللباب في شرح الكتاب: الميداني، ٣٢٠/١، الفروع: ابن المفلح، ٢٧٢/٧.

(٥) - انظر تفاصيلها في حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: ٣٩٩/٢.

(٦) - البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٩٠/٨، وإرشاد الفحول: الشوكاني، ١٩٤/٢، ولم أجد عبارته في تفسيره.

(٧) - الفروق: القرافي، ٣٣/٢.

مسالك الفقهاء التي قام عليها الأخذ بالاحتياط، وأنه أحد أهم المقاصد التي سعت إليها الشريعة لحفظ المجتمع وحمايته، في المبحث الثالث من الفصل الثالث.

المصلحة المرسلّة: والمصلحة المرسلّة هي: الوصف الذي لم يُعلم من الشرع إلغاؤه أو اعتباره.^(١)

ذهب المالكية وفي رواية عند الحنابلة إلى أنها حجة ودليل شرعي، وقال الحنفية والشافعية وجمهور العلماء بأنها ليست بحجة.^(٢) ويقول الدكتور وهبة الزحيلي: (لكن الحنفية يأخذون بالمصالح المرسلّة من طريق الاستحسان الذي برع فيه الإمام أبو حنيفة؛ لأن أكثر ما يعتمد عليه الاستحسان هو المصلحة المرسلّة... وبهذا يظهر أن الجمهور هم القائلون بالمصلحة المرسلّة، على عكس ما قاله الإسنوي والشوكاني عند عرض مذاهب العلماء في هذا الشأن، وقد توصلتُ إلى هذه النتيجة خلال تتبع استنباطات الفقهاء في فروعهم المذهبية، وإن كانوا في الظاهر ينفون القول بالمصالح المرسلّة).^(٣) وهذا كلامٌ محققٌ في المسألة.

وقد علمنا أن المصالح من أهم الأسباب والدوافع للأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي وذلك في المبحث الأول من الفصل الثالث.

الاستحسان: في تعريف الاستحسان هو: (العدول عن موجب قياس؛ إلى قياس أقوى منه)، وقيل هو: (تخصيص قياس؛ بدليل أقوى منه).^(٤) ولا تخرج التعاريف الأخرى الواردة في الاستحسان عن التعريفين السابقين.^(٥)

والفقهاء متفقون على أن الاستحسان الذي يقوم على الرأي والهوى لا يُقبل على الإطلاق؛ لأنه لا أصل له. أما قولهم في الاستحسان بالمعنى الذي عرفناه به؛ فقد ذهب جمهور الأصوليين ومنهم الشافعية إلى عدم اعتباره حجة، في حين قال الحنفية بحجته.^(٦) والتحقيق أن الخلاف لفظي؛ لأن الاستحسان إن كان هو القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهي من غير دليل فهو باطل، ولا يقول به أحد، وإن كان هو العدول عن دليل إلى دليل أقوى منه؛ فهذا مما لا ينكره أحد، وهذا ما أفاده الإمام الغزالي في المستصفى.^(٧)

(١) - انظر نهاية السؤل: الإسنوي، ٣٢٨/١، شرح التلوّيح على التوضيح: التفّازاني، ١٤٢/٢.

(٢) - انظر كلام الشاطبي في الموافقات: الشاطبي، ٥٢٣/٢ و ٤١/٣، و ٢٨٥/٣، انظر باقي المذاهب في المنخول: الغزالي، ص ٤٥٤-٤٥٥-٤٥٦، وانظر تفاصيل الأقوال في كلام الشوكاني في إرشاد الفحول: الشوكاني، ١٨٤/٢.

(٣) - انظر أصول الفقه الإسلامي: وهبة الزحيلي، ص ٧٦٠. وانظر كلام الإسنوي في نهاية السؤل: الإسنوي، ص ٣٦٤، وانظر كلام الشوكاني في إرشاد الفحول: الشوكاني، ١٨٤/٢.

(٤) - انظر كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٣/٤.

(٥) - انظر الإحكام: ١٥٨/٤، الفروق: القرافي، ١٤٦/٤، كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٣/٤، نهاية السؤل: الإسنوي، ص ٣٦٧.

(٦) - انظر المستصفى: الغزالي، ص ١٧١، إرشاد الفحول: الشوكاني، ١٨٣/٢، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٩٧/٨، التحرير في التحرير: ٣٨٢٢/٨.

(٧) - انظر المراجع السابقة، ثم انظر الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢١٨/٣.

ونجيب الآن على سؤال الفقرة: هل يجوز إثبات العقوبة بسدّ الذرائع والمصلحة المرسلة والاستحسان؟.

فيقال: لا مانع من حيث المبدأ من اعتبار هذه الأدلة حجة في إثبات التجريم والعقاب عند من قال بها؛ لأنهم لم يفرقوا في الإثبات بها بين حكم وآخر في الغالب؛ ولأن جمهور العلماء لم يشترطوا النقل في إثبات العقوبة، واكتفوا بغلبة الظن في دليل الإثبات، وهذه الأدلة تحقق غلبة الظن المطلوبة عند القائلين بها على الأقل؛ ولأن هذه الأدلة ترجع إلى النصوص وتأخذ شرعيتها منها حتى عند من اشترط ضابط النقل في الاحتياط في الفقه الجنائي.

والسؤال الآن: هل وقع فعلاً إثبات أصل حدٍّ أو قصاصٍ بسدّ الذرائع أو المصلحة المرسلة أو الاستحسان؟.

الإجابة: وقع إثبات العقوبة بسدّ الذرائع والمصلحة المرسلة والاستحسان، بناءً على أحد أمرين:

- ١ - اجتماع دليلين على مدلول واحد: فدورها هنا يكون في تقوية وتأكيّد العقوبة الثابتة بدليل آخر.^(١)
- ٢ - تفسير النصوص التي يرد فيها أصل التجريم والعقاب؛ وذلك كبيان مدى انطباق العقوبة على بعض أفرادها.^(٢)

ولم يحصل أن استقل واحد من هذه الأدلة في إثبات أصل عقوبة لم يرد نصٌّ؛ إنما اقتصر دورها على تقوية وتأكيّد العقوبة، أو على انطباق العقوبة الثابتة بالنص على بعض أفرادها، وفيما يلي بعض هذه التطبيقات.^(٣)

تطبيقات

مثال اجتماع دليلين على مدلول واحد

مشروعية القصاص: إن مشروعية القصاص ثابتة بالقرآن الكريم وذلك في قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبُ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى) [البقرة: ١٨٧]، وفي قوله تعالى: (وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ) [البقرة: ١٧٩]، وفي قوله تعالى: (وَكُتِبَ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) [المائدة: ٤٥].

وجاءت السنة مؤكدة لما جاء به القرآن؛ فيقول النبي ﷺ: "كتاب الله القصاص".^(٤)

وقال ﷺ: "من اعتبط مؤمناً قتلاً عن بينة؛ فإنه قود إلا أن يرضى أولياء المقتول".^(٥)

(١) - سبق دراسة مسألة اجتماع دليلين على مدلول واحد في مبحث شروط الاحتياط في الفقه الجنائي من الفصل الثالث.

(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٢٠٧/١.

(٣) - انظر المرجع السابق.

(٤) - صحيح البخاري: كتاب الصلح، باب الصلح في الدية، ١٨٦/٣.

(٥) - السنن الصغرى: النسائي، كتاب القسامة، ٥٧/٨، المستدرک على الصحيحين: الحاكم، كتاب الزكاة، ٥٥٢/١.

وغيرها من النصوص الثابتة في السنة الشريفة. ثم جاء مبدأ **سد الذرائع** ليؤكد مشروعية هذا القصاص؛ فالقتل العمد العدوان مظنة انتشار العدوان في المجتمع في حال عدم مشروعية القصاص؛ لذا يجب القصاص دفعاً لانتشار القتل بغير حق بين الناس.^(١) من أجل ذلك شرع الله القصاص عند وجود العمد العدوان لأنه مظنة انتشار الفساد الحاصل بالعدوان؛ فأقام السبب مقام المسبب؛ فمنع القتل العمد العدوان وشرع القصاص عليه.

ثم في تشريع القصاص تحقيق مجموعة من المصالح؛ نذكر منها مصلحة شفاء صدور أولياء الدم، وحماية المجتمع مما كان عليه أهل الجاهلية من إفناء قبيلة بواحد ثأراً، وفي القصاص تحصيل لحكمة الردع والزجر؛ التي تؤدي إلى مصلحة عامة تعود بالخير على المجتمع؛ فيرتدع الناس عن الظلم والبغي والعدوان، وهذه كلها من **المصالح**.^(٢) وقس على القصاص سائر الحدود التي شرعت في مقابل الجنایات، وقد سبق بيان هذا في مبحث مقاصد الاحتياط في الفقه الجنائي من الفصل السابق.

مثال انطباق العقوبة الثابتة بالنص على بعض أفرادها بناء على أحد هذه الأدلة الاجتهادية

تعمل هذه الأدلة في هذا الاتجاه دور المفسر للنصوص المجرمة والمثبتة للعقاب. قد يقوم الاستحسان أحياناً عند الحنفية في ترجيح إيقاع عقوبة الحد أو القصاص في فرع معين على عدم الإيقاع، وهو ما يعبر عنه الحنفية بقولهم: فيجب القصاص استحساناً، فيكون دور الاستحسان في هذا الفرع قائماً على إيقاع العقوبة ومدى انطباقها على هذا الفرع فقط؛ فأصل عقوبة القصاص ثابت بالنص كما بينا في الفقرة السابقة.

ومثال هذا: مسألة إذا أقر أربع مرات أنه زنى بامرأة لا يعرفها يُحد، وكذا إذا أقر أنه زنى بفلانة وهي غائبة يُحد استحساناً؛ لحديث العسيف أنه حدّه، ثم أرسل إلى المرأة فقال: "فإن اعترفت فارجمها".^(٣) يقول ابن الهمام: (إن انتظار حضورها إنما هو لاحتمال أن تذكر مسقطاً عنه وعنها، ولا يجوز التأخير لهذا الاحتمال).^(٤) ويقول السرخسي: (فدل أن حضور المرأة ليس بشرط، وهذا لأن ما من شبهة تدعيها إذا حضرت؛ فالرجل متمكّن من أن يدعي ذلك، وتوهم أن تحضر فتدعي الشبهة كتوهم أن يرجع المقر عن إقراره).^(٥) نلاحظ أن الاستحسان هنا كان باختيار إيقاع العقوبة على الزاني بناءً على

(١) - انظر التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ١٤٢/٣.

(٢) - انظر القصاص في الفقه الإسلامي: بهنسي، ص ١٢، رعاية المصلحة والحكمة في تشريع نبي الرحمة: محمد طاهر حكيم، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، العدد ١١٦، السنة ٣٤، ٢٠٠٢م، ص ٢٢٠.

(٣) - انظر المبسوط: السرخسي، ٩٥/٩، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٢٣/٥، وحاشية الشلبي على تبیین الحقائق: شهاب الدين أحمد بن محمد الشلبي، ١٠٢١ هـ، مطبوع مع تبیین الحقائق للزيلعي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط ١، ١٣١٣ هـ، ١٦٧/٣، البحر الرائق: ابن نجيم، ٨/٥، وانظر حديث العسيف في صحيح البخاري: كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود، ١٠٢/٣، صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ١٣٢٤/٣.

(٤) - فتح القدير: ابن الهمام، ٢٢٣/٥.

(٥) - المبسوط: السرخسي، ٩٥/٩.

على النص؛ إذ إن من أنواع الاستحسان الاستحسان بالنص؛ وكان اختيار هذا الحكم احتياطاً للنص العام في إيجاب الحد على من أقرّ على نفسه.^(١)

وقد يكون استعمال الاستحسان لدرء العقوبة عن الجاني، ومثال هذا مسألة ما لو أكره القاضي إنساناً ليقرب سرقة، أو يقتل رجل بعمد؛ فأقر بذلك فقتل قصاصاً، فهل يقتص من القاضي في هذه الحالة؟. الإجابة على هذا هي: إن كان المقر موصوفاً بالصلاح اقتص من القاضي، وإن كان المقر متهماً بالسرقة معروفاً بها وبالقتل لا يقتص من القاضي؛ استحساناً؛ لوجود الشبهة.^(٢) فالاستحسان في حالة كون المقر من المعروفين بالسرقة والفساد في الأرض بُني على وجود الشبهة في المقر؛ مما أدى إلى سقوط عقوبة القصاص عن القاضي استحساناً؛ فأصل العقوبة ثابت؛ لأنه أكرهه على الاعتراف وترتب على الاعتراف أذى المقر، ولكن وجود الشبهة دفع العقوبة استحساناً.

إن المصادر الشرعية غير القرآن والسنة والإجماع لم تقرر جريمة أو عقوبة بشكل مستقل؛ إنما كانت تابعة للنص التشريعي الذي يجرم ويعاقب، ونذكر كلمات عبد القادر عودة: (ومجال الاجتهاد واسع فيما لا نص فيه؛ فالجتهاد يبحث الواقعة التي لا نص فيها ليصل لمعرفة حكمها عن طريق القياس، أو الاستحسان، أو الاستصحاب، أو العرف، أو المصالح المرسلّة، وهذا ممكن في المسائل المدنية والشخصية، وفي الإجراءات الجنائية، ولكنه غير ممكن في تقرير الجرائم والعقوبات؛ لأن الجرائم والعقوبات لابد فيها من النص الصريح، ولا يؤخذ فيها بالقياس أو غيره).^(٣)

ويقول أيضاً: (القاضي الجنائي مقيد بأن يحصر اجتهاده في تفسير النص وتطبيقه على الواقعة المعروضة عليه؛ فليس له أن يخلق جريمة أو عقوبة من طريق القياس أو العرف أو الاستحسان، ولو كانت الواقعة المعروضة عليه مما ينفر منها الخلق الفاضل).^(٤)

المطلب الثالث: الاحتياط في التعارض والترجيح في الفقه الجنائي

إن مبحث التعارض والترجيح من المباحث المهمة في علم أصول الفقه، وسيعرض هذا المطلب لدور الاحتياط في الترجيح عند وجود التعارض بين أحكام النصوص في الفقه الجنائي. إن عمل الاحتياط في الترجيح يعتبر من الضوابط المهمة للأخذ بالاحتياط في أصول الفقه الجنائي؛ لما لهذا الترجيح من أثر في دفع الشبهات عن دليل التجريم والعقاب.

أولاً: معنى التعارض والترجيح

(١) - راجع أنواع الاستحسان في أصول السرخسي: ٢٠٣/٢، وانظر أصول الفقه الإسلامي: الزحيلي، ص ٧٤٣ وحتى ص ٧٤٨.

(٢) - انظر مجمع الأنهر: شيعي زاده، ٤٣٦/٢-٤٣٧.

(٣) - التشريع الجنائي: عودة، ٢٠٧/١.

(٤) - المرجع السابق.

قبل الشروع في بيان معنى التعارض والترجيح يُقال: لقد جزم بعض العلماء ومنهم إمام الحرمين الجويني بأن الترجيح متفق على العمل به بين العلماء عند التعارض؛ فقال في ذلك: (والدليل القاطع في الترجيح إطباق الأولين ومن تبعهم على ترجيح مسلك في الاجتهاد على مسلك؛ هذا ما درج عليه الأولون؛ قبل اختلاف الآراء.... وهذا أثبت بتواتر النقل في الأخبار والظواهر وجميع مسالك الأحكام؛ فوضح أن الترجيح مقطوع به).^(١)

وهناك قول آخر بوجود الخلاف في حالة التعارض؛ إذ نُقل أن العلماء في حالة التعارض على قولين:

الأول: التوقف أو التخيير دون الترجيح.

الثاني: مذهب الجمهور وهو صحة الترجيح ووجوب العمل بالراجح؛ متمسكين في ذلك بإجماع الصحابة والسلف على تقديم بعض الأدلة الظنية على البعض؛ إذا اقترن به ما يقوى به على المعارضة؛ فإنهم قدموا خبر عائشة رضي الله عنها في التقاء الختانين على خبر "لا ماء إلا من الماء".^(٢)

معنى التعارض

التعارضُ في اللغة مصدر الخماسيَّ (تعارضَ)، ولهذا المصدر في اللغة معانٍ منها: التقابل، والمنع من تحقيق المراد.^(٣)

وهو في الاصطلاح: (اقتضاء كل من الدليلين عدم مقتضى الآخر).^(٤) أو هو: (تقابل الدليلين على سبيل الممانعة).^(٥) إن التعارض المقصود إنما هو التعارض الحاصل في نظر المجتهد؛ لا في حقيقة الأمر؛ إذ إن أدلة الشرع لا تتعارض في الحقيقة، إنما تتعارض في نظر المجتهد فقط.^(٦)

معنى الترجيح

الترجيح في اللغة مصدر الرباعي (رجَّح)، ويطلق في اللغة على التميل، والتغليب، واختيار أحد طرفي الأمر، والراجح من الأمرين الوازن.^(٧)

أما في الاصطلاح فقد اختلفت عبارات العلماء فيه تبعاً لاختلافهم في طريقة الترجيح، ونأخذ للتعريف نموذجين؛ تعريف للحنفية وتعريف للشافعية.

الأول: تعريف الحنفية: (فعلٌ إظهارُ الزيادة لأحد المتماثلين على الآخر؛ بما لا يستقل).^(١)

(١) - البرهان في أصول الفقه: الجويني، ١٧٥/٢.

(٢) - انظر كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٧٦/٤، وانظر مختصر التحرير شرح الكوكب المنير: ابن النجار، ٦٠٥/٤، وانظر خبر التقاء الختانين في: صحيح البخاري: كتاب الغسل، باب: إذا التقى الختانان، ٦٦/١، وانظر خبر لا ماء إلا من ماء في: صحيح مسلم: كتاب الحيض، باب إنما الماء من الماء، ٢٦٩/١.

(٣) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ١٦٥/٧، تاج العروس: الزبيدي، ٣٧٧/١٨.

(٤) - تيسير التحرير: أمير بادشاه، ١٣٦/٣.

(٥) - مختصر التحرير شرح الكوكب المنير: ابن النجار، ٦٠٥/٤، إرشاد الفحول: الشوكاني، ٢٥٨/٢.

(٦) - انظر المستصفى: الغزالي، ص ٢٥٠، المنحول: الغزالي، ص ٥٢١، الموافقات: الشاطبي، ٣٤١/٥.

(٧) - انظر تهذيب اللغة: محمد بن أحمد أبو منصور الأزهرى، ٣٧٠ هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ٢٠٠١م، تحقيق: محمد عوض مرعب، ٨٧/٤، لسان العرب: ابن منظور، ٤٤٥/٢.

قولهم: (المتماثلين) يُخرج من تعريف الترجيح عندهم: النص مع القياس المعارض له؛ فلا يقال: النص راجح عليه، ولا يكون العمل بالنص ترجيحاً؛ لانتفاء المماثلة بين النص والقياس.^(٦) قولهم: (بما لا يستقل) يُخرج من تعريف الترجيح عندهم: الدليل المستقل؛ فإذا وافق دليلٌ مستقلاًً دليلاً مستقلاًً آخر فلا يرجح ما يفيد هذان الدليلان على غيرهما؛ إذ لا ترجيح بكثرة الأدلة عند الحنفية؛ لاستقلال كل من تلك الأدلة بإثبات المطلوب دون الحاجة إلى الدليل الآخر.^(٧) فالترجيح عند الحنفية يكون بأمرٍ تابعٍ لا هذا مستقل، وعلى هذا لا يصلح للترجيح عند الحنفية كثرة الأدلة ولا كثرة الطرق والرواة.^(٨)

الثاني: تعريف الشافعية: (اقتران أحد الصالحين للدلالة على المطلوب؛ مع تعارضهما بما يوجب العمل به وإهمال الآخر).^(٩)

قولهم: (الصالحين): أي الدليلين الصالحين؛ فيخرج بهذه الكلمة الأدلة غير الصالحة للدلالة.^(١٠) ويشترك المذهبان في معنى جامع للترجيح وهو: إظهار فضل أحد الدليلين المتعارضين على معادله.^(١١)

أو هو: إظهار قوة لأحد الدليلين المتعارضين على الآخر.^(١٢) بقي أن نشير إلى أن الترجيح يحصل بين مظنونين؛ لأن الظنون تتفاوت في القوة، ولا يتصور ذلك في القطعيين؛ إذ ليس بعض القطعي أقوى من بعض، وإن كان بعضها أجلى، وأقرب حصولاً، وأشدَّ استغناءً عن التأمل.^(١٣) وللترجيح شروط وفق كل مذهب؛ تراجع في مظانها.^(١٤)

ثانياً: الترجيح بالاحتياط بين النصوص في الفقه الجنائي

سيأتي في هذه الفقرة بعض جوانب الترجيح التي ظهر فيها عمل الاحتياط في الفقه الجنائي، مع ذكر بعض الأمثلة. ولكن قبل أن الشروع في بيان بعض القواعد القائمة على الاحتياط في الترجيح في الفقه الجنائي لا بدّ أن نبين أن العلماء اعتبروا الاحتياط من المرجّحات حال التعارض الحاصل بين الأدلة، وفي ذلك عبارة الشيرازي في كتابه اللمع وهو يعقد باباً في القول في ترجيح إحدى العلتين على الأخرى فيقول: (أن تكون إحداها تقتضي احتياطاً.. والأخرى لا تقتضي الاحتياط؛ فالتّي تقتضي الاحتياط أولى لأنها أسلم في الموجب).^(١٥)

(١) - التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ١٧/٣.

(٢) - انظر المرجع السابق: ١٧/٣.

(٣) - انظر التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ١٧/٣، تيسير التحرير: أمير بادشاه، ١٥٣/٣.

(٤) - انظر كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٧٨/٤-٧٩-٨٠.

(٥) - الإحكام: الأمدي، ٢٣٩/٤.

(٦) - انظر المرجع السابق.

(٧) - انظر تيسير التحرير: أمير بادشاه، ١٥٣/٣.

(٨) - انظر كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٧٨/٤.

(٩) - انظر المرجع السابق: ٧٧/٤.

(١٠) - انظر تفاصيلها في المراجع الأصولية التي ذكرناها سابقاً في هذه الفقرة، وفي إرشاد الفحول: الشوكاني، ٢٥٨/٢.

(١١) - اللمع في أصول الفقه: أبو إسحاق الشيرازي، ص ١٢٠.

ويقول الإمام الجويني: (إذا تعارض ظاهران أو نصان وأحدهما أقرب إلى احتياط؛ فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى أن الأحوط مرجح على الثاني، وزعموا أن الذي يقتضيه الورع واتباع السلامة هذا، واحتجوا بأن قالوا: اللائق بحكمة الشريعة ومحاسنها الاحتياط؛ فإذا تعارض لفظان غلب على الظن أن الذي نقله صاحب الاحتياط صدق، وكأنّ القواعد تغلب على الظن ذلك، وتؤازر الرأي في ذلك).^(١) ويقول الحنابلة: (يرجح ما كان أقرب إلى الاحتياط على غيره).^(٢) وفي باب الجنائيات خاصة يقول الإمام الغزالي في باب ترجيح بعض الأقيسة المتعارضة: (يُقدم ما يقتضي الاحتياط فيما وضعه على الاحتياط؛ كالأبضاع فيه والدماء).^(٣) وهذا نصٌّ على اعتبار الاحتياط من المرجحات في باب من أبواب الجنائيات وهو الدماء.

إن الترجيح بالاحتياط ثابتٌ عند علماء المذاهب الأربعة وإن اختلفوا في بعض التفاصيل.^(٤) وبعد أن عرفنا أن الاحتياط يعتبر عند جماهير الفقهاء أداة من أدوات الترجيح في الفقه بصورة عامة وفي الفقه الجنائي بصورة خاصة، وهو الذي يظهر فيه مزيد العناية بالاحتياط، بعد كل هذا ندرس صورة من صور الترجيح التي تقوم على الاحتياط في الفقه الجنائي، وهي صورة: تعارض الدليل الدائر للحد مع الدليل المثبت له.

مسألة: تعارض الدليل الدائر للحد مع الدليل المثبت له

صورة المسألة وأصل الخلاف

صورة المسألة: أن يكون أمام الحاكم أو القاضي أو المجتهد دليلان أحدهما يثبت الحد في حالة معينة، والآخر يدفع ويدرأ الحد في الحالة ذاتها، فأيهما يرجح؟، هل يرجح الدليل المثبت للحد؟، أو الدليل الدائر له؟.

أصل الخلاف في المسألة: يرجع إلى اختلاف العلماء في مسألة تعارض الدليلين الحاضر والمبني؛ حيث إن الدليل الدائر للعقوبة يعتبر دليلاً حاضراً للعقاب، في حين يعتبر الدليل المثبت للحد دليلاً مبيحاً للعقاب، وهذه المسألة ترجع بدورها إلى القاعدة الفقهية: (إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام).^(٥)

(١) - البرهان في أصول الفقه: الجويني، ٢/٢٠٣.

(٢) - مختصر التحرير شرح الكوكب المنير: ابن النجار، ٤/٧٠٧.

(٣) - المنحول: الغزالي، ص ٥٥٥.

(٤) - انظر تفاصيل هذا في: انظر مسألة صفة القراءة في صلاة الوتر وترجيح كونها واجبة في ركعاته كلها احتياطاً عند الحنفية في بدائع الصنائع: الكاساني، ١/٢٧٢، وانظر مسألة ترجيح كون الحمير والبغال محرمة عند بعض المالكية لما فيه من الاحتياط في منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٢/٤٦١، وانظر مسألة ترجيح المنع من صوم يوم الجمعة عند الشافعية احتياطاً في تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣/٤٥٨، وانظر مسألة ترجيح وجوب الوضوء على من خرج منه شيء لا يعلم هل هو مني أو لا عند الحنابلة في مطالب أولي النهى: مصطفى السيوطي الرحبياني، ١٢٤٣هـ، المكتب الإسلامي، دمشق، دبط، ١٩٦١م، ١/١٦٣.

(٥) - انظر القاعدة في انظر الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١/١١٧، الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٩٣، الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ١٠٥-١٠٦، وانظر تفاصيل الخلاف: المنتور في القواعد: ١/١٢٦، غمز عيون البصائر: شهاب الدين الحموي، ١/٣٣٦، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير: ابن النجار، ٤/٦٥٩، وخلاصة الخلاف: أن الجمهور على أن الدليل الحاضر يقدم على الدليل المبيح، وخالفهم بعض الأصوليين ومنهم ابن حمدان الحنبلي؛ فقدّم الدليل المبيح على الدليل الحاضر.

ويرجع أيضاً إلى مسألة تعارض الدليلين المثبت والنافي؛ حيث إن الدليل الدائر للحد يعتبر دليلاً نافياً للعقاب، ويعتبر الدليل الموجب للحد دليلاً مثبتاً للعقاب.^(١)

أقوال العلماء:

انقسم العلماء في المسألة إلى مذهبين:

المذهب الأول: وهو مذهب جمهور العلماء: قالوا بتقديم الخبر النافي للحد على الخبر الموجب له.^(٢)

المذهب الثاني: مذهب المتكلمين: يُقدّم الخبر الموجب للحد على الخبر النافي والدائر له.^(٣)

أبرز أدلتهم مع مناقشتها والترجيح:

نبدأ مع أدلة الجمهور: فقد استدلو بمجموعة من الأدلة تُحمل في النقاط التالية:

١ - مجموع الأدلة التي تفيد تقديم الخبر الحاضر على الخبر المبيح ومنها: ما يروى عن ابن مسعود في قوله: "ما اجتمع الحرام والحلال إلا غلب الحرام الحلال".^(٤)

٢ - الخبر النافي للحد فيه من اليسر ورفع الحرج الموافقين لقوله تعالى: (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ) [البقرة: ١٨٥]: (وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) [الحج: ٧٨].^(٥)

٣ - إن الحد عقوبة، والعقوبة يلزم منها العسر، وإذا تعارض ما يوجب العسر مع ما يوجب اليسر نختار موجب اليسر؛ لأنه الأصل العام كما تبين في السطور السابقة؛ فيقدم الدائر للحد على المثبت له.^(٦)

٤ - إن الخبر النافي موافق للأخبار التي تفيد درء الحدود بالشبهات؛ فكان أولى؛ لأنه أقرب إلى تحقيق المقصود من العقوبة؛ ثم إن ورود الخبر في نفي الحد إن لم يوجب الجزم بذلك النفي فلا أقل من أن يفيد شبهة فيه، وإذا حصلت شبهة سقطت الحدود.^(٧)

٥ - إن الخطأ في نفي العقوبة أولى من الخطأ في تحقيقها، على ما قاله عليه الصلاة والسلام: "لأن تخطيء في العفو خير من أن تخطيء في العقوبة".^(٨)

(١) - انظر تفاصيل الخلاف في: شرح مختصر خليل: الخرشي، ٩٤/٨، وخلاصة الخلاف: أن الجمهور على أن الخبر المثبت مقدم على النافي بصورة عامة مع بعض الاستثناءات؛ ومنها تقديم الدليل النافي للحد على الدليل المثبت له؛ فتكون مسألة بحثنا استثناءً من هذا الأصل عند الجمهور، وخالف المتكلمون فقالوا بتقديم الخبر المثبت على النافي في كل الأحوال. انظر المحصول: فخر الدين الرازي، ٤٤١/٥، نهاية السؤل: الإسنوي، ٣٨٧/١، الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، ٢٣٦/٣، التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ٢٤/٣، تيسير التحرير: أمير بادشاه، ١٤٥/٣، حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: ٤١٤/٢.

(٢) - انظر المحصول: فخر الدين الرازي، ٤٤١/٥، نهاية السؤل: الإسنوي، ٣٨٧/١، الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، ٢٣٦/٣، التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ٢٤/٣، تيسير التحرير: أمير بادشاه، ١٤٥/٣، حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: ٤١٤/٢.

(٣) - انظر المحصول: فخر الدين الرازي، ٤٤١/٥، نهاية السؤل: الإسنوي، ٣٨٨/١، حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: ٤١٤/٢. (٤) - السنن الكبرى: البيهقي، كتاب النكاح، باب الزنا لا يحرم الحلال، ٢٧٥/٧، والحديث ضعيف. انظر نصب الراية: أبو محمد الزيلعي، ٣١٤/٤.

(٥) - انظر التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ٢٤/٣.

(٦) - انظر حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: ٤١٤/٢.

(٧) - انظر المحصول: فخر الدين الرازي، ٤٤١/٥، الإحكام في أصول الأحكام: الأمدي، ٢٦٣/٤، التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ٢٤/٣.

(٨) - انظر الإحكام في أصول الأحكام: الأمدي، ٢٦٣/٤، التحبير شرح التحرير: المرادوي، ٤١٩٩/٨، والحديث سبق تخريجه ص ٩٢.

- ٦- إذا اشتبه المباح بالمحظور غلب جانب الحظر، والدارئ للحد حازر للعقاب فيُقدّم.^(١)
- ٧- إن الحد ضرر فتكون شرعيته على خلاف الأصل، والنافي له على وفق الأصل في رفع الضرر؛ فيكون النافي له راجحاً لموافقته الأصل.^(٢)
- ٨- يقول الإمام الرازي: إذا كان الحد يسقط بتعارض البينتين مع ثبوته في أصل الشرع؛ فلأن يسقط بتعارض الخبرين في الجملة أولى.^(٣)
- نلاحظ:** قوة مسلك الجمهور في المسألة واعتمادهم على الأصول العامة في الحدود لاختيار ترجيح الخبر الدارئ للحد على الخبر المثبت له؛ لما فيه من مزيد احتياط لصالح الأصول العامة النازمة لتطبيق الحدود، ومن هذه الأصول: اليسر، ورفع الحرج، ورفع الضرر، ودرء الشبهات.
- أدلة المتكلمين:**

- استدلّ المتكلمون لمذهبهم في تقديم الخبر الموجب على الخبر النافي ببعض الأدلة من المعقول ومنها:
- ١- إن فائدة العمل بالموجب التأسيس، والعمل بالنافي يفيد تأكيد براءة الأصل برفع العقاب، والتأسيس يفيد مزيد علم على التأكيد؛ فيُقدّم المثبت على النافي.^(٤)
- ٢- الدليل الموجب للحد ناقلٌ للحكم عن الأصل؛ والنافي يحافظ على الأصل، والأصل هو البراءة الأصلية؛ فالدليل النافي يحافظ على البراءة الأصلية؛ أما الدليل الموجب للحد فهو ناقل للحكم عن البراءة الأصلية؛ لذا يُقدّم الموجب على النافي؛ لأنه ناقل عن الأصل لما فيه من مزيد علم.^(٥)
- ويمكن الردّ على النقطة الأولى بأن الخبر النافي وافق الأصول العامة التي ذكرناها سابقاً ضمن أدلة الجمهور، وهذا ما يقويه على الدليل الموجب.
- ويمكن الردّ على النقطة الثانية أن النفي الشرعي مستفاد من الحكم الشرعي الثابت بالنص؛ لا من البراءة الأصلية فقط كما يقول المتكلمون؛ وبالتالي فلا يُقدّم الموجب على النافي.^(٦)

الترجيح

نلاحظ قوة ما ذهب إليه الجمهور لقيامه على الأصول الشرعية الثابتة في الحدود، ونلاحظ أيضاً ضعف مسلك المتكلمين في المسألة نظراً لما ذكرناه من الردّ على كلامهم؛ لذا يُرجح قول الجمهور على قول المتكلمين؛ لما فيه من احتياط للأصول العامة النازمة للحدود ومراعاة مبدأ اليسر ورفع الحرج ورفع الضرر ودرء الشبهات.

(١) - انظر المذهب في علم أصول الفقه المقارن: عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٩٩٩م، ٢٤٦٣/٥.

(٢) - انظر المحصول: فخر الدين الرازي، ٤٤١/٥، نهاية السؤل: الإسنوي، ٣٨٧/١، الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، ٢٣٦/٣.

(٣) - المحصول: فخر الدين الرازي، ٤٤١/٥.

(٤) - انظر التقرير والتحرير: ابن أمير الحاج، ٢٤/٣.

(٥) - انظر مذكرة في أصول الفقه: محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، ١٣٩٣هـ، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط٥، ٢٠٠١م، ص٣٨٩.

(٦) - انظر المرجع السابق.

ضابط الترجيح بين الدليل الموجب والنافي:

بعد ذكر أقوال العلماء وأدلتهم وترجيح قول الجمهور نصل إلى الضابط العام للترجيح بين الأدلة المتعارضة في الفقه الجنائي وهو: (يقدم الدليل الدارئ للعقوبة على الدليل المثبت لها عند التعارض).

تطبيق

سرقة الوالد من مال ولده

النصوص العامة تفيد معاقبة كل من يصدق عليه اسم السارق، ومنها قوله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) [المائدة: ٣٨]، فهي بهذا العموم تشمل كل الصور التي ينطبق عليها اسم السرقة، ومنها سرقة الوالد من مال ولده.

لكن هناك أدلة تفيد بإباحة مال الولد لوالده ومنها:

قوله ﷺ عن جابر بن عبد الله، أن رجلاً قال: يا رسول الله إن لي مالاً وولداً، وإن أبي يريد أن يجتاح مالي، فقال: "أنت ومالك لأبيك".^(١)

حيث يفيد هذا الحديث أن مال الولد لأبيه؛ وهذا يؤدي إلى حصول شبهة في الملك؛ خاصة أن الحديث الشريف قد اعتبر مال الولد مباحاً للأب؛ واللام في قوله ﷺ: "لأبيك" تفيد التملك مما يجعل الشبهة قوية.^(٢)

من أجل التعارض الحاصل في خصوص مسألة سرقة الوالد من ولده قدم الجمهور الدليل الدارئ للحد، على الدليل العام الموجب له، ومنهم الحنفية ومالك والشافعية والحنابلة؛ حيث قالوا بإسقاط الحد في هذه الحالة عن الوالد إذا سرق مال ولده؛ احتياطاً لتقديم الخبر الدارئ للحد على الخبر الموجب له؛ واحتياطاً لشبهة الملك التي أفادها الحديث الشريف.^(٣)

إن درء الحد في هذه المسألة يقوم على أصلين:

١- تقديم الخبر الدارئ للحد على الخبر الموجب له.

٢- درء الحد بالشبهة الحاصلة بالنصوص المبيحة لأخذ الوالد من مال ولده، وهي شبهة الملك.

ويمكن أن يدخل في التطبيقات التي تصلح لتقديم الخبر الدارئ على الخبر الموجب للحد، المسائل التي يقع فيها خلاف بين العلماء في حل الفعل المكوّن للجناية، فالاحتياط يكون بتقديم القول الذي يؤدي إلى درء الحد على القول الذي يوجب الحد.^(٤)

(١) - سنن ابن ماجه: كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، ٧٦٩/٢، والحديث ضعيف. انظر التلخيص الحبير: ابن حجر العسقلاني، ٤٠١/٣.

(٢) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٣٥/٧.

(٣) - انظر العناية شرح الهداية: البابرتي، ٢٢١/١٠، شرح مختصر خليل: الخرشى، ٩٦/٨، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٥٦/٤، كشاف القناع على متن الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ١٤١/٦.

(٤) - وقد درسنا هذا الكلام في شبهة الطريق في المبحث الثالث في الفصل الثاني تحت عنوان: مظاهر الأخذ بالاحتياط في الفقه الإسلامي، وفي المبحث الأول من الفصل الثالث تحت عنوان مسالك العمل بالاحتياط، انظر هذه التطبيقات في هذه المواضع.

المطلب الرابع: بعض القواعد الأصولية المرتبطة بالاحتياط

أولاً: تعريف القاعدة الأصولية

القاعدة الأصولية هي: الأسس والخطط والمناهج التي يضعها المجتهد نصب عينيه عند البدء بالاستنباط؛ من أجل أن يشيد عليها مذهبه.^(١) من مثل: الأمر للوجوب وللغور، ودليل الخطاب حجة، والنهي للتحريم.^(٢)

ثانياً: بعض القواعد الأصولية المرتبطة بالاحتياط

القاعدة الأولى: ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب

وهذه القاعدة الأصولية عرفت عند الأصوليين باسم مقدمة الواجب.

إن الفعل الواجب قد يستدعي القيام به وسائل لا بدّ منها للوصول إليه؛ فهل تأخذ الوسيلة حكم الواجب بناءً على هذا الارتباط بينها وبين الفعل الواجب؟. الإجابة على هذا هي: إن الوسيلة إلى الواجب إما أن يكون في مقدور المكلف فعلها، وإما ألا يكون؛ فإن كان بمقدور المكلف فعلها فتكون واجبة، ومثالها الطهارة للصلاة والسعي إلى الجمعة، وإن لم يكن في مقدور المكلف القيام بها فلا تكون واجبة، ومثالها اليد في الكتابة والرجل في المشي؛ فهذا لا يوصف بالوجوب؛ بل عدمه يمنع الإيجاب.^(٣) فالمقصود إذاً بهذه القاعدة الأصولية هو ما كان في مقدور المكلف القيام به؛ فإنه يصير واجباً بناءً على حكم غايته. يقول جلال الدين المحلي^(٤): (الأمر بإيجاد الفعل أمر به وبما لا يتم الفعل إلا به، كالأمر بالصلاة أمر بالطهارة المؤدية إليها، فإن الصلاة لا تصح بدون الطهارة).^(٥)

خلاصة معنى القاعدة: إذا أمر الله تعالى عبده بفعل من الأفعال وأوجبه عليه، وكان المأمور لا يتوصل إلى فعله إلا بفعل غيره؛ وكان في مقدور المكلف القيام به وجب عليه كل فعل لا يتوصل إلى فعل الواجب إلا به؛ سواء كان هذا الفعل سبباً أو شرطاً لذلك الواجب.^(٦) إن الاحتياط لتطبيق الواجب هو الذي يدفع إلى اعتبار وسيلته واجبة مثله.^(٧) وتقوم هذه القاعدة على مبدأ فتح الذرائع الذي مرّ في المبحث الثالث من الفصل الثاني، تحت عنوان مظاهر الاحتياط في الفقه الإسلامي.

تشريع أصل العقاب قائم على مراعاة مقدمة الواجب:

(١) - انظر أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء: مصطفى سعيد الخن، ص: ١١٧.

(٢) - انظر الفروق: القرافي، ٦/١، وانظر التحبير شرح التحرير: المرداوي، ١٢٦/١.

(٣) - انظر المستصفي: الغزالي، ص ٥٧.

(٤) - جلال الدين المحلي: محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم، جلال الدين، فقيه أصولي شافعي كبير، وهو مفسر أيضاً، له (البرر الطالع في حلّ جمع الجوامع)، و(شرح الورقات) في أصول الفقه، وهو شريك السيوطي في (تفسير الجلالين)، توفي: ٨٦٤هـ. انظر شذرات الذهب: ابن العماد، ٣٠٣/٧، الضوء اللامع: السخاوي، ٣٩/٧.

(٥) - شرح الورقات في أصول الفقه: جلال الدين المحلي، ص ١٢٥.

(٦) - انظر العدة في أصول الفقه: ابن الفراء، ٤١٩/٢، روضة الناظر: ابن قدامة المقدسي، ١١٨/١، الإحكام في أصول الأحكام: الأمدي، ١١٠/١، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية: علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد، المعروف بابن اللحام، ٨٠٣هـ، المكتبة العصرية، دط، ١٩٩٩م، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي، ص ١٢٠، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية: محمد صدقي بن أحمد البورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٤، ١٩٩٦م، ص ٣٩٣.

(٧) - انظر الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١٢٠/١، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٩٣/٨.

إن المحافظة على مصالح المجتمع وحماية الفضيلة وحفظ المقاصد الشرعية المعتبرة وخاصة الضروريات منها واجب؛ وهذا الواجب لا بدّ من حمايته بتشريع ما يكفل حمايته، والعقوبة الرادعة الزاجرة هي التي تحقق هذا الواجب فكان تشريعها واجباً لحماية تلك المقاصد العليا، ومن باب ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

وقد سبق لهذه الرسالة أن قامت بشرح هذه المصالح والمقاصد التي يقوم عليها تشريع العقاب في الفقه الجنائي في المبحث الثالث من الفصل الثالث.

القاعدة الثانية: ما لا يتم ترك الحرام إلا به فالواجب فعله.^(١)

ترجع هذه القاعدة إلى القاعدة السابقة، ومعناها: إن الفعل المحرم قد يستدعي تركه وسائل لا بدّ من القيام بها للوصول إلى ترك المحرم؛ فما هو حكم هذه الوسائل؟. الإجابة هي: حكم هذه الوسائل هو الوجوب؛ وذلك أن ترك الحرام واجب، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب؛ هذا يقتضي أن ما لا خلاص من الحرام إلا به فهو واجب.^(٢) وتقوم هذه القاعدة على مبدأ سدّ الذرائع، وقد مرّ الحديث عنها في غير موضع من هذا البحث.

تشريع أصل العقاب بناءً على أن ما لا يتم ترك الحرام إلا به فهو واجب

إن وقوع المفسد في المجتمع أمرٌ محرمٌ؛ ولا سبيل إلى إزالة هذا المحرم إلا بتشريع العقوبة على فعله؛ فكان تشريعها واجباً لأنها وسيلة إلى ترك الحرام. وقد مرّ الحديث عن المفسد التي تسعى العقوبة إلى درئها في كل نوع من أنواع الجريمة وذلك في المبحث الثالث من الفصل الثالث، وتحت عنوان مقاصد الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي.

وجوب ترك الجناية يستلزم وجوب ترك مقدماتها وأجزائها وضروراتها

إذا أوجب الشارع ترك فعلٍ ورّبّ على هذا الفعل جنائية؛ فيجب بأمره بالترك أن يترك المكلف مستلزمات الجنائية؛ سواء كانت من مقدمات الجنائية أو أجزائها أو ضروراتها؛ لأن هذا الترك وسيلة ضرورية لترك المحرم.

مثال وجوب ترك مقدمة الجنائية: وجوب ترك أسبابها؛ فعندما نهي الشارع عن الزنا دلّ ذلك على وجوب ترك مقدمات الوطء من المفاخضة، والقبلة، وسائر الدواعي بعد ذلك، ومثاله أيضاً وجوب ترك العقد على الأم، فإنه لما كان سبب الوطء، وهو منهي عنه كان العقد الذي هو سبب إليه منهيّاً عنه.^(٣) عنه.

(١) - انظر المذهب في علم أصول الفقه المقارن: عبد الكريم النملة، ٢٧٢/١.

(٢) - انظر الإحكام في أصول الأحكام: الأمدى، ١٢٤/١، المستصفى: الغزالي، ص ٥٦، وانظر شرح مختصر الروضة: الصرصري، ٣٨٩/١، تيسير التحرير: أمير بادشاه، ٢٢٦/٢، حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: ٢٢٤/١.

(٣) - انظر البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٣٣٩/١.

مثال وجوب ترك أجزاء الجنابة: عندما نهي الشارع عن الزنا فهذا يعني أن النهي عنه نهي عن أجزائه، وهي الإيلاجات والإخراجات، ويقول الأمدي: (ولا فرق بين أن يقول: لا تزن، وبين أن يقول: لا توبج، ولا تخرج).^(١)

مثال ترك ضروراتها: وعندما نهي الشارع عن الزنا كان نهي عنه نهيًا عن ضروراته؛ كما إذا اختلطت أخته بأجنبيات في بلدة صغيرة حرم عليه نكاحهن، وإن كنا نعلم أن نكاح الأجنبيات ليس بحرام؛ لكن لما اختلطت بهن الأخت، وعسر التمييز؛ كان تحريم الأجنبيات من ضرورات تحريم نكاح الأخت.^(٢)

(١) - انظر المرجع السابق.
(٢) - انظر المرجع السابق: ٣٤٠/١.

المبحث الثاني- ضوابط الاحتياط في قواعد الفقه الجنائي

ترجع بعض الفروع في الفقه الجنائي إلى قواعد فقهية يلحظ فيها ظهور الأخذ بالاحتياط، سيقوم هذا المبحث بدراسة بعض هذه القواعد، مع ربطها بالاحتياط من خلال ذكر بعض الفروع في الفقه الجنائي، مع ذكر بعض الاستثناءات لهذه القواعد إن وجدت.

المطلب الأول: قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"

أولاً: معنى القاعدة

سبق بيان معنى اليقين والشك.^(١) فاليقين لا يمكن أن يرتفع الحكم الذي يفيد مجرد وجود الشك الطارئ عليه؛ لأن اليقين القوي أقوى من الشك؛ فلا يرتفع اليقين القوي بالشك الضعيف، أما اليقين فإنما يزول باليقين الآخر.^(٢)

ومستند هذه القاعدة كما أفاد ابن نجيم والسيوطي هو حديث النبي ﷺ: "إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً، فأشكل عليه أخرج منه شيء أم لا، فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتاً، أو يجد ريحاً".^(٣) فإن أصل الطهارة المتقين يبقى على حاله، ولا عبرة بالشك به؛ إلا إن قام اليقين على زواله.

ثانياً: ربط القاعدة بالأخذ بالاحتياط

إن من أهم الطرق التي سار عليها الفقهاء للوصول إلى الاحتياط هو مبدأ بناء الأحكام على اليقين. لكن المتبع للفروع يجد أن الفقهاء عندما قالوا بالبناء على اليقين لم يقصدوا الاعتقاد الجازم المطابق للواقع فقط؛ بل ربما دخل في اليقين هنا غلبة الظن.^(٤) وفي ذلك نجد عبارة الحنفية: (اليقين لا يزول بالشك، والله أعلم؛ نعم إذا علم من طريق غلبة الظن)^(٥)، وقولهم أيضاً: (غلبة الظن تعمل عمل اليقين في حق وجوب العمل).^(٦)

إن البناء على اليقين يرجع إلى وجود الشك الذي هو دافع من دوافع العمل بالاحتياط؛ فعندما نكون مترددين بين أمرين نلجأ إلى البناء على اليقين.

(١) - راجع المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الثالث من هذه الرسالة.

(٢) - انظر غمز عيون البصائر: شهاب الدين الحموي، ١/١٩٣، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: علي حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت، تعريب: فهمي الحسيني، ١/٢٢، شرح القواعد الفقهية: أحمد الزرقاء، ص ٨٠، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد الزحيلي، ١/٩٧.

(٣) - صحيح مسلم: كتاب الحيض، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة، ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته تلك، ١/٢٧٦، وانظر الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ٥٠، الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٤٧.

(٤) - انظر الفصول في الأصول: الجصاص، ٢/٣٢٠، وانظر كفاية غلبة الظن في أحكام الفقه أصول الشاشي: ص ٣٣٨، حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: ١/٥٦، بدائع الصنائع: الكاساني، ١/٣٠٤.

(٥) - تبين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١/٨.

(٦) - المرجع السابق: ١/٤٤.

لذا قالوا في حال تردده بين أمرين يقوم: (بالغاء الشك، والبناء على اليقين).^(١) لقد ربط الفقهاء بين مبدأ البناء على اليقين وبين الأخذ بالاحتياط، ونجد في ذلك عبارة العز بن عبد السلام: يلزم (البناء على اليقين احتياطاً لتحصيل مصلحة الواجب).^(٢)

إن البناء على اليقين من باب الاحتياط مبدأ عمل به الفقهاء في كثير من المسائل وفي شتى فروع الفقه؛ وخاصة في العبادات.^(٣)

أما البناء على اليقين في الفقه الجنائي فيتمّ بالكيفيات التالية:

يكون البناء على اليقين: بالبناء على الأقل، أو بالبناء على الأصل بالحرمة، أو بالبناء على الوجوب، وقد مرّت دراسة هذه الكيفيات في المبحث الأول من الفصل الثالث، وتحت عنوان مسالك العمل بالاحتياط عند الفقهاء، مع دراسة تطبيقات هذه الكيفيات هناك فلا حاجة للتكرار هنا. يكفينا أن نخلص هنا إلى أن البناء على اليقين من أهم المسالك التي بنى عليها الفقهاء نظرية الاحتياط في الفقه عموماً وفي الفقه الجنائي خصوصاً؛ وكان البناء على اليقين من أهم الضوابط التي تنظّم العمل بالاحتياط؛ ويُقصد بهذا التنظيم حالة الشك التي تعتبر من أقوى الأسباب والدوافع إلى العمل بالاحتياط، وقد مرّ هذا أيضاً في المبحث الأول من الفصل الثالث تحت عنوان أسباب ودوافع العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي، مع بيانٍ للتطبيقات التي تشرح بوضوح حالة الشك الدافع إلى الاحتياط.

المطلب الثاني: قاعدة "الحدود تُدرأ بالشبهات"

من أهم القواعد الفقهية التي يظهر فيها الأخذ بالاحتياط هي قاعدة: (الحدود تُدرأ بالشبهات)؛ بل تشكّل هذه القاعدة ركيزة أساسية من ركائز الاحتياط. وقد فصلت هذه الرسالة فيها وفي تطبيقاتها كثيراً في غير موضع من هذا البحث، وسنكتفي بالإحالة إلى تلك المواضع هنا، وخاصة في المطلب الثالث من المبحث الثالث من الفصل الثاني وتحت عنوان الدرء بالشبهة؛ حيث مرّ بيان معنى هذه القاعدة وأقوال العلماء فيها وأدلتهم وكثيراً من التطبيقات المتصلة بهذه القاعدة.

استثناء من القاعدة

مرّ في شروط الأخذ بالاحتياط أنه لا بد من وجود شبهة قوية للأخذ به في الفقه الجنائي، وهذا يعني أن الشبهة الضعيفة لا تدرأ الحد وتكون استثناءً من عموم قاعدة الدرء بالشبهة، وقد فصلنا هذا ومثاله في المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الثالث؛ فراجع هناك.

المطلب الثالث: قاعدة "درء المفسد أولى على جلب المصالح"

(١) - انظر الفصول في الأصول: الجصاص، ٣/٣٥٧، الإحكام في أصول الأحكام: الأمدي، ١/١٥١، فتح القدير: ابن الهمام، ١/١٩١، الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١/١٥١.

(٢) - قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ٢/٢٠.

(٣) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ١/٣٢، حاشية ابن عابدين: ١/٢١٩.

أولاً: معنى القاعدة

إذا تعارضت مفسدة ومصلحة، أو مضرة ومنفعة؛ فرفع المفسدة يقدم في الغالب على جلب المصلحة؛ إلا أن تكون المفسدة مغلوبة؛ وذلك لأن الشرع دعا إلى الاهتمام بترك المنهيات أكثر من دعوته إلى الاهتمام بفعل المأمورات؛ لما يترتب على فعل المناهي من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي.

ودليل هذه العناية هو دليل القاعدة عموماً قوله ﷺ: "ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فافعلوا منه ما استطعتم" فإما أهلك الذين من قبلكم كثرة مسائلهم واختلافهم على أنبيائهم". (١) وقول النبي ﷺ: "إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم وإذا نهيتكم عن شيء فدعوه". (٢) فهذه النصوص تدلّ على أن الشارع قد اعتنى بالمنهيات أي بتركها ودرئها أكثر من اعتناؤه بالمأمورات أي بجلبها وتحصيلها؛ لما يترتب على فعل المناهي من الضرر المنافي لحكمة الشارع في النهي. وقد سبق بيان معنى الدرء والجلب والمفسدة والمصلحة في المبحث الأول من الفصل الثالث، وتحت عنوان أسباب ودوافع العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي، في السبب الثالث: جلب المصالح ودرء المفاسد.

ثانياً: ربط القاعدة بالأخذ بالاحتياط

إن الاحتياط في الفقه عموماً وفي الفقه الجنائي خصوصاً يقوم على تحقيق المصالح بالاحتياط لجلبها، ودرء المفاسد بالاحتياط لدرئها؛ ولكن إذا حصل تعارض بين مصلحة ومفسدة في محل واحد فكيف يكون الاحتياط؟.

أو بعبارة أخرى: إذا كانت المصلحة مقتضية حكماً احتياطاً لجلبها، وكانت المفسدة مقتضية حكماً مغايراً للحكم الأول احتياطاً لدرئها، فكيف يكون الاحتياط في هذه الحالة؟. الإجابة هي: أننا نطبق هذه القاعدة التي تقول: (درء المفاسد أولى من جلب المصالح).

فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة، أو مضرة ومنفعة، فرفع المفسدة يقدم في الغالب على جلب المصلحة؛ إلا أن تكون المفسدة مغلوبة. (٣) والاحتياط لدرء المفسدة في الفقه الجنائي يكون بتحريمها.

ثالثاً: مثال: تشريع العقاب على الجنائيات والجرائم وإن كان في باطنها منافع لأصحابها

تحريم الزنا والسرقه والحراة وشرب الخمر مع أن فيها منافع لأهلها، ولكن المضار الناتجة عنها أشد وأعظم. (٤) فربما كانت الجرائم مصالح لأهلها، ولكن الشريعة نحت عنها؛ لأدائها إلى المفاسد، فالزنا

(١) - صحيح مسلم: ١٨٣٠/٤، باب توقيره ﷺ وترك إكثار سؤاله عما لا ضرورة إليه، انظر الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٩٠، الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ٨٧، شرح القواعد الفقهية: أحمد الزرقاء، ص ٢٠٥.

(٢) - صحيح مسلم: كتاب الحج، باب فرض الحج مرة في العمر، ٩٧٥/٢، الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٩٠.

(٣) - انظر الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٩٠، الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ٨٧، شرح القواعد الفقهية: أحمد الزرقاء، ص ٢٠٥.

(٤) - انظر موسوعة القواعد الفقهية: بورنو، القسم الرابع: ص ٣١٦.

وشرب الخمر والسرقه واختلاس مال الغير وهجر الأسرة والامتناع عن إخراج الزكاة وهذه من الجرائم التعزيرية؛ كل ذلك قد يكون فيه مصلحة للأفراد، ولكنها مصالح ليس لها اعتبار في نظر الشارع.^(١) ونلاحظ أيضاً أن المفسدة المدفوعة في تشريع العقاب هي المفسدة القوية الغالبة؛ لأنها المفسدة العامة التي تضرّ بالجماعة، والمصلحة المهمة هي المصلحة الضعيفة المغلوبة؛ لأنها المصلحة التي تفيد الفرد فقط دون المجتمع.

لقد شرعت العقوبات بما فيها من التهديد والوعيد والزجر علاجاً لطبيعة الإنسان؛ إذ إنه بطبعه يؤثر مصلحته على مصلحة الجماعة، ولو أدى ذلك إلى الإضرار بالجماعة؛ فجاء العقاب بما فيه من التهديد والوعيد والزجر علاجاً له، فإن الإنسان إذا نظر إلى مصلحته الخاصة وما يترتب عليها من العقوبات نفر منها بطبعه، لرجحان المفسدة على المصلحة؛ فالعقوبات مقررّة لحمل الناس على ما يكرهون ما دام أنه يحقق مصلحة الجماعة، ولصرفهم عما يشتهون ما دام أنه يؤدي إلى إفساد الجماعة.^(٢) إن الاحتياط لصالح الجماعة هو من أهم الضوابط في الأخذ بالاحتياط في تشريع العقاب؛ ويكون هذا الاحتياط بمراعاة درء المفسدة العامة وتقديمه على جلب المصلحة الخاصة حين التعارض.

ضابط واستثناء

لا نلتفت في الاحتياط لدرء المفسدة الضعيفة؛ لأن المفسدة الضعيفة لا يُحتاط لها؛ وخاصة إذا كان في مقابلها مصلحة غالبة.^(٣) فلو كانت المصلحة تربو على المفسدة فإننا نقدم المصلحة على المفسدة، ولكن يجب أن ننتبه إلى أمر مهم وهو أن هذا التقديم للمصلحة فيما لو كانت المفسدة عائدة على الفاعل نفسه، أما لو كانت المفسدة متعديّة إلى الغير، فإنه يُمنع منها لمجرد وجود الضرر للغير، وإن كانت المنفعة تربو على المفسدة، ومثال ذلك: ليس لكلّ من صاحب السفلى والعلو التصرف تصرفاً مضرّاً بالآخر، وإن كان يتصرف في خالص ملكه وله منفعة في هذا التصرف، حتى وإن كانت تربو هذه المنفعة على المفسدة.^(٤)

ويقول العز بن عبد السلام: (إذا اجتمعت مصالح ومفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك؛ امتثالاً لأمر الله تعالى فيهما لقوله سبحانه وتعالى: (فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ) [التغابن: ١٦] وإن تعدّر الدرء والتحصيل؛ فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة.... وإن كانت المصلحة أعظم من المفسدة حصّلنا المصلحة مع التزام المفسدة).^(٥)

المطلب الرابع: قاعدة "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام"

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٩/١.

(٢) - انظر المرجع السابق.

(٣) - انظر المحصول: فخر الدين الرازي، ١٦٦/٦.

(٤) - انظر شرح القواعد الفقهية: أحمد الزرقاء، ص ٢٠٥-٢٠٦.

(٥) - قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ٩٨/١.

أولاً: معنى القاعدة

يُقصد بالحلال في القاعدة ما أحله الله تعالى، وبالحرام ما حرمه الله تعالى، فإذا اجتمع حكم الحلال والحرام ظاهراً أو في ظن المجتهد في شيء واحد يرجح جانب التحريم، لأنه محظور، ولأن الحرام ممنوع في جميع حالاته، ويمكن تحصيل الحلال من مصدر آخر.^(١) وأصل هذه القاعدة مأخوذة مما يروى عن ابن مسعود في قوله: "ما اجتمع الحرام والحلال إلا غلب الحرام الحلال".^(٢)

ثانياً: ربط القاعدة بالأخذ بالاحتياط

إن تغليب الحرام عند اجتماعه مع الحلال هو الاحتياط؛ وسبب هذا الاحتياط للمحرّم على حساب المبيح هو أن في المحرّم زيادة حكم، وهو نيل الثواب بالانتهاء عنه إضافةً إلى استحقاق العقاب بالإقدام عليه، وهذا غير موجود في المبيح.^(٣)

وأيضاً يرجع الاحتياط في تقديم الحرام على الحلال إلى مبدأ درء المفاسد أولى من جلب المصالح؛ فدفع الحرام الذي يحوي المفسدة أولى من جلب الحلال الذي يقتضي المصلحة؛ وهذا من الاحتياط بمكان.

ثالثاً: مثال

من فروع هذه القاعدة ما ذكره ابن نجيم في قوله: (من فروعها-أي هذه القاعدة- ما إذا تعارض دليلان أحدهما يقتضي التحريم، والآخر الإباحة قُدّم التحريم).^(٤)

مسألة ترجيح الدليل الدارئ للعقاب على الدليل المثبت له احتياطاً

لقد مرّت هذه المسألة باستفاضة في المطلب الثالث من المبحث السابق، وفيها خلاف العلماء وأبرز أدلتهم والقول الراجح ومبررات ترجيح الدليل الدارئ للعقاب على الدليل المثبت له، ووجه الاحتياط في ذلك؛ فلا حاجة إلى التكرار.

المطلب الخامس: قاعدة "الاحتياط أن نجعل المعدوم أو الموهوم كالموجود أو المحقق"

أولاً: معنى القاعدة

هذه القاعدة نصّ عليها ابن السبكي في الأشباه والنظائر ونصّها: (الاحتياط أن نجعل المعدوم كالموجود، والموهوم كالمحقق).^(٥)

وذكرها المرداوي الحنبلي على أنها من الأدلة والقواعد الفقهية التي يقول بها الحنابلة.^(٦)

(١) - انظر القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد الزحيلي، ٦٩٥/٢، وانظر القاعدة في: الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٧/١، الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٩٣، المنشور في القواعد الفقهية: بدر الدين الزركشي، ١٢٥/١.

(٢) - السنن الكبرى: البيهقي، ٢٧٥/٧، مصنف عبد الرزاق: ١٩٩/٧.

(٣) - انظر التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ١٠/٣.

(٤) - الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٩٣، وانظر المنشور في القواعد الفقهية: بدر الدين الزركشي، ١٢٥/١.

(٥) - الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٠/١.

(٦) - انظر التحبير شرح التحرير: المرداوي، ٣٨٣٥/٨، ومنه أيضاً: ٣٨٥٨/٨، وانظر أيضاً مختصر التحرير شرح الكوكب المنير: ابن النجار، ٤٥٣/٤، وانظر فتح القدير: ابن الهمام، ١٢٧/١٠.

ومعناها: إن الأشياء الموجودة يسبقها فترة تكون فيها معدومة، ويتوقع وجودها بعد ذلك، أو تكون على خطر الوجود واحتماله، وقد وضع الشرع بعض الأحكام للأمور المعدومة أو الموهومة، واعتبرها كالموجودة والمتحققة احتياطاً، ورتب عليها بعض الآثار.^(١) وأمثلة هذا الكلام في الفقه الإسلامي عموماً: في جعل المعدوم كالموجود: المنافع المعقود عليها في الإجارة؛ فإننا نجعل حكمها كالموجود ونورد العقد عليها.

وفي جعل الموهوم كالمحقق: أكثر أحكام الخنثى المشكل؛ في إلحاقه بأحد الجنسين.^(٢) وأيضاً مثال جعل الموهوم كالمحقق ما ذكره ابن الهمام؛ عند الحديث عن مسألة أكل الصيد إذا غاب عن الرامي؛ مستدلاً بحديث النبي ﷺ: "في الصيد يتوارى عن صاحبه، قال: "لعل هوام الأرض هي قتلته".^(٣) ثم قال: (لأن احتمال الموت بسبب آخر قائم؛ فما ينبغي أن يحل أكله؛ لأن الموهوم في هذا كالمحقق).^(٤) كالمحقق).^(٤)

واستدل ابن السبكي للقاعدة: بقوله تعالى: (اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ) [الحجرات: ١٢]، وفي وجه الاستدلال يقول ابن السبكي: (فلا يخفى أنه أمر باجتناب بعض ما ليس بإثم خشية من الوقوع فيما هو إثم؛ وذلك هو الاحتياط).^(٥)

فنتيجة الظن قد توقع في الإثم، فجعل الشارع الموهوم كالحقق؛ فمنع من مقدمته وهو اجتناب كثير من الظن، وهذا هو الاحتياط.

ثانياً: ربط القاعدة بالأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي

إن الاحتياط في الفقه الجنائي يقوم على فكرة تحصيل المصالح ودفع المفساد، وقد مرّ معنى هذا في غير موضع من هذا البحث. ويدخل تحت هذه القاعدة أن المصلحة المتهمة تُفعل احتياطاً، وأن المفسدة المتهمة تترك احتياطاً^(٦)، وفي ذلك نجد عبارة العز بن عبد السلام: (الورع حزم واحتياط لفعل ما يتوهم من المصالح، وترك ما يتوهم من المفساد، وأن يُجعل موهومتها كمعلوماتها عند الإمكان).^(٧)

ثالثاً: تطبيقات

مسألة: مراعاة المصالح الغالبة في تشريع العقاب

(١) - انظر القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد الزحيلي، ٧٧١/٢.

(٢) - انظر الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٠/١-١١١.

(٣) - السنن الكبرى: البيهقي، كتاب الصيد والذباح، باب الإرسال على الصيد يتوارى عنك ثم تجده مقتولاً، ٤٠٤/٩، والحديث مرسل. انظر نصب الراية: أبو محمد الزيلعي، ٣١٥/٤.

(٤) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ١٢٧/١٠.

(٥) - الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١١٠/١.

(٦) - انظر العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي: منيب شاكر، ص ٣٤٤.

(٧) - شجرة المعارف والأحوال: العز بن عبد السلام، ص ٢٠٩.

يمكن أن يُقصد بالموهوم في القاعدة معنى (الغالب)، قال ابن الهمام: (والغالب كالمحقق في مقام وجوب الاحتياط).^(١)

فالمصلحة المدومة (قبل وجودها) أو الموهومة إن كانت عامة وغالبة ينظر إليها الشارع كما ينظر إلى المصلحة الموجودة والمتحققة عند تشريع العقاب؛ فيحتاط لجلبها كأنها موجودة متحققة. والمفسدة المدومة (قبل وجودها) أو الموهومة إن كانت عامة وغالبة ينظر إليها الشارع كما ينظر إلى المفسدة الموجودة والمتحققة عند تشريع العقاب؛ فيحتاط لدرئها كأنها موجودة متحققة. هذا المسلك معروف لدى العلماء، والمصلحة والمفسدة يقدّر وجودها عند وجود الالتباس في حال عدم أو الوهم بالمعنى الذي بيناه، وفي ذلك كلام العز بن عبد السلام الذي ذكرناه آنفاً، ونضيف إليه قوله أيضاً: (والضابط أنه مهما ظهرت المصلحة الخلية عن المفسد يُسعى في تحصيلها، ومهما ظهرت المفسد الخلية عن المصلح يُسعى في درئها، وإن التبس الحال احتطنا للمصلح بتقدير وجودها وفعلناها، وللمفسد بتقدير وجودها وتركناها).^(٢) وهذا هو الحال في تشريع العقاب، كما بينا.

مسألة: توريث دية المجني عليه

دية القتل تورث عنه؛ مع أن الدية في الحقيقة تجب بموت المجني عليه، والتركة لا تورث عن الإنسان إلا إذا دخلت في ملكه قبل موته، فيقدّر دخولها إلى ملكها قبل موته، وتعتبر كأنها موجودة في تركته احتياطاً، ليتم نقلها إلى ورثته.^(٣)

إن توريث الدية وعدّها من التركة وتقسيمها وفق الفرائض الشرعية المقررة هو مذهب الجمهور من علماء المذاهب الأربعة؛ سواء كانوا رجالاً أو نساءً؛ باستثناء القاتل للمورث؛ فإنه يُحرم من الميراث.^(٤) ويروى عن سيدنا علي وعمر رضي الله عنهما أنهما كانا يقولان: إن الدية لعصابات المقتول الذين يعقلون عنه فقط؛ دون سواهم من الورثة، ويروى عن سيدنا عمر تراجعته عن هذا القول عندما بلغه أن النبي ﷺ أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها.^(٥) واستدل الجمهور لتوريث الدية حسب الفرائض الشرعية المقررة بقضاء رسول الله ﷺ: بأن "العقل ميراث بين ورثة القتل على فرائضهم".^(٦)

(١) - فتح القدير: ابن الهمام، ٥٤/١.

(٢) - قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ٥٩/١.

(٣) - انظر التحبير شرح التحرير: المرداوي، ٣٨٥٨/٨، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير: ابن النجار، ٤٥٣/٤.

(٤) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٤٢/١٠، البحر الرائق: ابن نجيم، ٣٦١/٨، حاشية العدوي: ٣١٣/٢، التاج والإكليل: العبدري، ٣٣٤/٨، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٥٦/٩، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٨٨/٦.

(٥) - انظر المراجع السابقة وبخاصة المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٨٨/٦، وانظر خبر توريث رسول الله المرأة من دية زوجها في سنن أبي داود: كتاب الديات، باب ديات الأعضاء، ١٨٩/٤، والحديث صحيح: انظر نصب الراية: أبو محمد

مسألة: دية الجنين

إن الجنين قبل أن تُنفخ الروح فيه وهو في بطن أمه -واختلفوا هل تنفخ فيه الروح بعد ستة أسابيع؟، أو بعد ستة عشر أسبوعاً؟- يعتبر موجوداً، وتثبت له بعض الأحكام، ومنها وجوب الدية على من تسبب بموته، على اختلاف في تفاصيل هذا الوجوب بين العلماء؛ والذي يهمنا أن الشارع اعتبر الجنين قبل نفخ الروح فيه كالموجود وأعطاه بعض الأحكام، ومنها وجوب الدية بقتله باتفاق فقهاء المذاهب الأربعة.^(٢)

إن اعتبار الشارع لحياة الجنين ليس اعتباراً كاملاً؛ فلو كان اعتباره كاملاً لأوجب القصاص على من قتله عمداً؛ لكنه أوجب الدية على قاتله احتياطاً؛ لإمكان وجود الحياة فيه سواء كان الضرب عمداً أو خطأً.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه في قول عند المالكية تُعتبر حياة الجنين حياة كاملة؛ ويُعطى حكم الموجود كاملاً؛ فقالوا: إن حصل ضرب بطن الأم عمداً فمات الجنين لهذا فيجب القصاص على الضارب؛ ففرى أنهم قد احتاطوا لحياة الجنين كما احتاطوا للإنسان الموجود حقيقة.^(٣)

المطلب السادس: قاعدة "عند تعارض الأصلين يؤخذ بالأحوط"

أولاً: معنى القاعدة

نقل الزركشي في المنثور هذه القاعدة من كلام الماوردي.^(٤) ويقصد بالأصل في هذه القاعدة ما ذكره الشيخ الزرقا في المدخل الفقهي العام عند الحديث عن المرححات الابتدائية والمثبتات القضائية فقال: الأصل هو (الحالة العامة التي هي بمثابة قانون مرعي ابتداءً؛ بلا حاجة إلى دليل خاص عليه؛ بل يعتبر مسلماً بنفسه).^(٥) ومثال ذلك قولهم: (الأصل في الأمور العارضة العدم، وفي الأمور الأصلية الوجود) وغيرها.^(٦)

الزيلعي، ٣٥٢/٤، أشيم الضبابي: من الصحابة الكرام مات في حياة رسول الله ﷺ، انظر الاستيعاب في معرفة الأصحاب: يوسف بن عبد الله بن عبد البر أبو عمر النمري القرطبي، ٤٦٣ هـ، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٩٩٢م، ٤٣/١.

(١) - سنن أبي داود: كتاب الديات، باب ديات الأعضاء، ١٨٩/٤، وفي الحديث ضعف. انظر فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار: الحسن بن أحمد الرباعي الصنعاني، ١٢٧٦هـ، دار عالم الفوائد، ط١، ١٤٢٧هـ، مجموعة بإشراف: علي العمران، ١٣٧٦/٣.

(٢) - انظر حاشية ابن عابدين: ٥٨٧/٦، التاج والإكليل: العبدري، ٣٣٣/٨، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٦٨/٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٠٤/٨، وانظر القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد الزحيلي، ٧٧١/٢.

(٣) - انظر المدونة: مالك بن أنس، ٦٣٢/٤، مختصر خليل: ص٢٣٢، وانظر تفاصيل أقوال المالكية في المسألة في التاج والإكليل: العبدري، ٣٣٤/٨، وانظر التلفين في الفقه المالكي: أبو محمد الثعلبي، ١٨٥/٢.

(٤) - انظر المنثور في القواعد الفقهية: بدر الدين الزركشي، ٣٣٠/١، وانظر حاشية العطار على شرح جمع الجوامع: ٣٩٠/٢، ولم أجدها في الحاوي الكبير ولا الأحكام السلطانية.

(٥) - انظر المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقا، ١٠٦٤/٢.

(٦) - انظر المرجع السابق.

فيكون معنى القاعدة: إن الحالة العامة التي هي بمثابة قانون مرعي إن تعارضت مع حالة عامة أخرى ولا دليل يشهد لأحد الأصلين؛ فيكون الترجيح بينهما لما وافق الاحتياط. ولا تخرج هذه القاعدة عما قرره الفقهاء في الترجيح عند التعارض وقد مرّ هذا في المبحث السابق في مطلب التعارض والترجيح.^(١)

ثانياً: تطبيقات

مسألة: فيما لو ادعى عليه الجناية دون دليل؛ فالقول قول المدعى عليه؛ لأن الأصل براءة الذمة من الجنايات؛ ففي هذه الحالة يكون جانب المدعى عليه أقوى لتمسكه بأصل براءة الذمة؛ فكان هو أقوى المتداعين باستصحاب هذا الأصل^(٢)، وهنا تعارض أصلاً؛ الأول وجوب معاقبة الجاني لوجود الادعاء، والثاني براءة ذمة الإنسان عن الجنايات؛ ولا دليل يشهد لأحد الأصلين؛ فيُرجَّح جانب براءة الذمة؛ لأنه الأحوط لحفظ الأبدان وترك معاقبة الأبرياء.

مسألة: فيما لو اختلف الجاني مع المجني عليه ولا بينة في سلامة العضو أو وجوده عند القيام بالجناية؛ فالقول قول من يدعي السلامة والوجود مع يمينه؛ لأنه الأصل، والظاهر سلامة أعضاء الناس ووجودها.^(٣) ففي هذه المسألة قد تعارض أصلاً؛ الأول عدم سلامة العضو وعدم وجوده، والثاني سلامة العضو ووجوده؛ ولا دليل لأحدهما؛ فنأخذ بالأحوط وهو سلامة الأعضاء ووجودها حال الاعتداء؛ ونحكم به.

مسألة: إذا قتل رجلاً في دار الإسلام، وادعى أنه قتله وهو عبد، فأنكر وليه، فالقول قول الولي مع يمينه؛ لأن الأصل الحرية، والظاهر في دار الإسلام الحرية.^(٤) وفي المسألة قول آخر عند الحنابلة وهو: أن القول قول الجاني؛ لأن الأصل براءة ذمته، وما ادعاه محتمل، فلا نزول عن اليقين بالشك.^(٥) ففي القول الأول: كان الأصل الراجح احتياطاً هو الحرية، وفي القول الثاني: كان الأصل الراجح احتياطاً هو براءة ذمة المجني عليه.^(٦) ورجَّح ابن قدامة القول الأول فقال: (الأصل حياة المجني عليه وحرية، فيجب الحكم ببقائه، كما لو قتل من كان مسلماً، وادعى أنه ارتد قبل قتله).^(٧)

المطلب السابع: قاعدة: "يتحمل الضرر الخاص لرفع الضرر العام"

أولاً: معنى القاعدة

(١) - انظر اللمع في أصول الفقه: أبو إسحاق الشيرازي، ص ١٢٠، البرهان في أصول الفقه: الجويني، ٢/٢٠٣، المنحول: الغزالي، ص ٥٥٥، مختصر التحرير شرح الكوكب المنير: ابن النجار، ٤/٧٠٧.
(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٢/٣٢٠، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد الزحيلي، ١/٦٦٠، وانظر الكافي في فقه أحمد بن حنبل: ٤/٤٨.
(٣) - انظر الذخيرة: القرافي، ١/١٥٨، الحاوي الكبير: الماوردي، ١٢/١٨٥، المذهب في فقه الإمام الشافعي: ٣/٢٤٤، نهاية المحتاج: الرمل، ٧/٢٩٥.
(٤) - الكافي في فقه أحمد بن حنبل: ٤/٤٨.
(٥) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٨/٤٣٤.
(٦) - انظر المرجع السابق.
(٧) - المرجع السابق.

معنى الضرر: الضرر في اللغة يطلق على نقص يدخل الأعيان.^(١) ولكن للضرر أسماء أخرى تتعلق به كالضرر بالضم؛ وهو كل ما كان فيه سوء حال وفقر وشدة في بدن.^(٢) والضرر بالفتح ما كان ضد النفع، والمضرة خلاف المنفعة.^(٣) فيكون معنى الضرر في اللغة جامعاً للمعاني السابقة فهو: نقص، وسوء وسوء حال، وشدة تنزل بالإنسان.

وأما في الاصطلاح فقد استعمل الفقهاء الضرر على معانٍ عدة قريبة من المعاني اللغوية، منها:

١ - نقيض النفع: فالضرر هو الألم الذي لا نفع فيه؛ يوازيه أو يزيد عليه، وهو نقيض النفع.^(٤)

٢ - إلحاق المفسدة بالغير مطلقاً.^(٥)

٣ - إنقاص الإنسان غيره شيئاً من حقه على عموم معنى الحق.^(٦)

وعلى هذا يمكن أن نقول: إن الضرر في المعنى الاصطلاحي يمكن أن يجمع المعاني السابقة

فهو: (إلحاق مفسدة تخل بمصلحة أو تنقص حقاً للغير).

ويجب رفع الضرر؛ لقيام الأدلة على ذلك، ومنها قوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار".^(٧)

لكن قد يصعب رفع الضرر نهائياً؛ فقد نكون أمام ضررين، وهنا لا بد أن يتفاوت الضرران، ويكون أحد الضررين لا يماثل الآخر، في حقيقته، أو في آثاره، فيزال الأعلى بالأدنى، وقد يكون عدم المماثلة لخصوص أحدهما، وعموم الآخر، فيرتكب الضرر الخاص، ويتحمله صاحبه، لدفع الضرر العام الذي يؤثر على المصلحة العامة؛ لأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، كما سيأتي في القاعدة التالية.^(٨)

ثانياً: ربط هذه القاعدة بالاحتياط

تتناول هذه القاعدة جانب درء المفسدات من الاحتياط في حال التعارض الحاصل بين ضررين؛ فنحن نعلم أن من مقاصد الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي درء المفسدات لما فيها من ضرر، ويكون درؤها بإزالة الضرر ورفع دفعه. ولكن لو حصل تعارض بين ضررين؛ أحدهما كان عاماً والآخر كان خاصاً؛

(١) - انظر المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، المقرئ الفيومي، ٣٦٠/٢، مادة (الضرر).

(٢) - انظر المرجع السابق.

(٣) - انظر لسان العرب: ابن المنصور، ٤٨٢/٤، مادة (ضرر)، المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، المقرئ الفيومي، ٣٦٠/٢، مادة (الضرر).

(٤) - انظر أحكام القرآن: ابن العربي، ٨١/١، وانظر حاشية الجمل على شرح المنهج: ٥٢٢/٢، كتاب الحج، باب ما حرم بالإحرام، سبل السلام: الصنعاني، ٨٤/٣.

(٥) - انظر فيض القدير: المناوي، ٤٣١/٦.

(٦) - انظر حاشية ابن عابدين: ٥٩٣/٦، باب ما يحدثه الرجل في الطريق وغيره، حاشية الجمل على شرح المنهج: ٢٠٦/٥، كتاب الجهاد.

(٧) - انظر سنن ابن ماجه: كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر جاره، ٧٨٤/٢، وموطأ مالك: كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، ٧٤٥/٢، والحديث صحيح عند ابن حجر. انظر التلخيص الحبير: ٤٧٥/٤.

(٨) - انظر القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد الزحيلي، ٢٣٥/١، وانظر شرح القواعد الفقهية: أحمد الزرقا، ١٩٧/١.

فلأيهما نحتاج؟، تجيب القاعدة: يكون الاحتياط لمراعاة الضرر العام، ولو أدى هذا الاحتياط إلى ارتكاب الضرر الخاص.

ثالثاً: تطبيق

من تطبيقات هذه القاعدة تشريع أصل العقاب؛ فصحيح أن العقاب في أصله ضرر ينزل بالجاني إلا إن هذا الضرر خاص؛ فيُتحمل لدفع الضرر العام الذي يمس المجتمع بسبب الجريمة التي ارتكبها المجرم والتي أضرت بالمجتمع، ويُتحمل الضرر الخاص أيضاً بمعاقبة المجرم لتحقيق الزجر عن ارتكاب الجريمة؛ مما يسهم في حماية مصالح المجتمع العامة.^(١)

ومن تطبيقاتها أيضاً: وجوب قتل قاطع الطريق إذا قتل بأي كيفية كانت بدون قبول عفو عنه من ولي القتل، دفعاً للضرر العام^(٢)؛ فصحيح أن حق القصاص من القاتل يثبت لولي الدم، ويسقط بعفوه إلا أنه

لا يسقط حدّ الحراية بعفو وليّ دم المقتول؛ لوجود حق المجتمع في الاقتصاص من مرتكب القتل حراً. وأيضاً: قتل كل مؤذ لا يندفع أذاه إلا بالقتل.^(٣) حيث إن المؤذي في الأصل لا يُقتل، ولكن إن تكرر منه الإيذاء ولم تتمكن من دفع أذاه إلا بالقتل فيجوز القتل؛ رفعا للضرر العام.

ويمكن أن يرادف معنى هذه القاعدة قاعدة أخرى، وهي قاعدة: "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف".^(٤) وذلك أن الضرر الأشد قد يرادف الضرر العام، والضرر الأخف قد يرادف الضرر الخاص عند التعارض.^(٥) فالضرر الأشد يُزال ويُرفع ويُجنب بارتكاب الضرر الأخف؛ وذلك لعظم الأول بالنسبة للثاني، وشدته في نفسه، أو لأن الضرر الأول عام يعم أثره، والضرر الثاني خاص ينحصر أثره.^(٦) أثره.

ومثال هذه القاعدة: ما ذكر من الأمثلة السابقة، أضف إلى هذا مسألة: جواز حبس من وجبت عليه النفقة إذا امتنع عن أدائها ولو نفقة ابنه، وجواز ضربه في الحبس إذا امتنع عن الإنفاق؛ وهذا مقيد فيما لو كان قادراً على الدفع ولم يدفع، لأن الحبس في الدين لم يشرع إلا لحمل المدين على الدفع؛ فإذا كان عاجزاً عن الدفع امتنع الحبس لانعدام سببه، أما إن لم يكن عاجزاً فعندها يجوز حبسه، ولو أدى إلى ضرر ينزل به؛ إلا أن هذا الضرر يكون أخف من ضرر منع مستحق النفقة من حقه؛ فيُحبس؛ لأنه حال بين صاحب الحق وبين حقه مع قدرته على إيفائه؛ فيجازى بمثله، وذلك بالحيلولة بينه وبين نفسه

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١٥٢/١.

(٢) - انظر شرح القواعد الفقهية: أحمد الزرقا، ١٩٧/١.

(٣) - انظر المرجع السابق.

(٤) - انظر المرجع السابق: ١٩٩/١، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد الزحيلي، ٢١٩/١.

(٥) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١٥٢/١.

(٦) - انظر القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد الزحيلي، ٢١٩/١.

وتصرفه؛ حتى يوفي ما عليه، وهذا ما قرره الحنفية والمالكية وفي قولٍ عند الشافعية.^(١) ومن مرادفات معنى هذه القاعدة: (يختار أهون الشرين، أو أخف الضررين، يُدفع أعظم الضررين باحتمال أخفهما، إذا اجتمع ضرران أسقط الأصغر الأكبر، يُدفع شرّ الشرين).^(٢)

المطلب الثامن: قاعدة "المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة"

أولاً: معنى القاعدة

من مقاصد الشرعية جلب المصالح للناس؛ ولكن إذا تعارض في محل الحكم مصلحتان؛ إحداها تتعلق بكل الناس، والأخرى تتعلق ببعضهم أو بفرد واحد منهم، فلمن يكون الترجيح؟، ولأي المصلحتين يميل الشرع جلباً؟. تجيب القاعدة على هذا السؤال: المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة.^(٣)

ثانياً: ربط القاعدة بالاحتياط

تتناول هذه القاعدة جانب جلب المصلحة من الاحتياط في حال التعارض الحاصل بين مصلحتين؛ فيقضي الاحتياط بتحصيل المصلحة العامة التي يتعدى أثرها إلى المجتمع بصورة عامة. فكما أن الضرر العام يُراعى احتياطاً لمصلحة الجماعة فكذا المصلحة العامة تُراعى احتياطاً لخير الجماعة وحماية الفضيلة والأخلاق فيها. فنلاحظ التداخل بين معنى هذه القاعدة والقاعدة السابقة؛ حيث إن المصلحة العامة مقدمة لما في تركها من ضرر عام، على المصلحة الخاصة لما في تركها من ضرر خاص.

ثالثاً: مثال

تشريع أصل العقاب: ربما كان في الجرائم مصالحٌ لمرتكبيها، ولكن الشريعة نَهت عنها وأوجبت العقاب عليها؛ لما في هذا العقاب من تحقيق مصالح الجماعة في حماية الفضيلة والأخلاق وغيرها من المصالح والمقاصد التي مرّت في المبحث الثالث من الفصل الثالث تحت عنوان مقاصد الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي.^(٤)

وفي الجرائم التي تكون العقوبة فيها رعاية لحق الله تعالى أو حق المجتمع تعتبر العقوبة حقاً لله كلما استوجبتها المصلحة العامة، وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم، وكل جريمة يرجع

(١) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٨٨/٥، المحيط البرهاني: ابن مازة، ٢٣٨/٨، حاشية ابن عابدين: ٣٩٠/٥، منح الجليل: أبو عبد الله عيش، ٤٣٠/٣، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٤٢/٥، وانظر شرح القواعد الفقهية: أحمد الزرقا، ١٩٩/١، التشريع الجنائي: عودة، ٧٠٧/١، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد الزحيلي، ٢٢٠/١.

(٢) - انظر القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد الزحيلي، ٢١٩/١.

(٣) - انظر الموافقات: الشاطبي، ٥٧/٣، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد الزحيلي، ٢١٩/١.

(٤) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٨/١.

فسادها إلى العامة، وتعود منفعة عقوبتها عليهم، تعتبر العقوبة المقررة عليها حقاً لله تعالى؛ تأكيداً لتحصيل المنفعة.^(١)

فجريمة الزنا قد يكون فيها مصلحة للزاني وهي إرواء الشهوة؛ لكن المصلحة العامة التي تقتضي حماية الفضيلة في المجتمع وحماية العرض والنسل تقتضي معاقبة الزاني؛ كي تتحقق مصلحة الردع والزجر عن ارتكاب هذه الجريمة، وعلى هذا قس سائر العقوبات التي تثبت حقاً لله تعالى.

التعزير للمصلحة العامة: يمكن التعزير باتخاذ أي إجراء لحماية أمن الجماعة وصيانة نظامها من الأشخاص المشبوهين والخطرين، ومعتادي الإجرام، ودعاة الفتن، وهذا يقوم على قواعد الشريعة العامة التي تقتضي بأن الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام، وأن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، وأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة.^(٢)

قد يكون في بعض الأفعال السابقة مصلحة للفاعل؛ لكن هذه المصلحة تعارض مصلحة المجتمع وحمايته من المفساد فتقدم المصلحة العامة ويُعاقب مرتكب هذه الأفعال بالتعزير احتياطاً للمصلحة العامة، وهذا ما أطلق عليه بعض المعاصرين: "نظرية التعزير للمصلحة العامة".^(٣)

العفو عن التعزير للمصلحة العامة: وفي مقابل الفقرة السابقة إذا عفا الحاكم أو القاضي عن العقوبة بعد وقوع الجريمة، أو عفا بعد الحكم بالعقوبة، وكانت المصلحة العامة تبرر هذا العفو فهو صحيح احتياطاً؛ لكن هذا العفو مقيد بقيود:

١- بأن يكون بعد ارتكاب الجريمة أو بعد الحكم بالعقوبة، ولا يجوز العفو قبل وقوعها فهو إباحة لها وليس عفواً عنها، ولا يملك ولي الأمر أن يحل ما حرمه الله، وأن يبيح ما لم يبيحه الله، فإذا فعل فعمله باطل ولا أثر له.

٢- بأن يكون العفو غير واقع على الجرائم المنصوص على عقوبتها في الشرع، وهي جرائم الحدود والقصاص.

٣- أن يكون تصرفه متفقاً مع المصلحة العامة وبغرض تحقيق هذه المصلحة.

٤- ألا يكون العفو عن جريمة متعلقة بحق من حقوق العباد.^(٤)

وأساس هذا الكلام ما قرره الفقهاء من أن (جرائم التعازير حُرمت وفرضت عليها العقوبات لمصلحة الجماعة، ولصيانة النظام العام، ولما كان ولي الأمر هو ممثل الجماعة الذي أقامته لحفظ مصالحها

(١) - انظر المرجع السابق: ٧٩/١.

(٢) - انظر المرجع السابق: ١٥٢/١.

(٣) - انظر المرجع السابق.

(٤) - انظر المرجع السابق: ٢٥٧/١.

وصيانة نظامها، فقد وجب عليه أن يعاقب على جرائم التعازير، إلا إذا اقتضى صالح الجماعة أو نظامها العام العفو عن الجريمة أو العقوبة؛ ففي هذه الحالة يسقط عن عاتق ولي الأمر واجب إقامة العقوبة.^(١)

مثال هذا: ترك معاقبة ذي المروءة والعفة والدين والصلاح إذا ارتكب هفوة لا تخرق الضوابط والقيود التي مرت آنفاً.^(٢) وقد وردت بعض النصوص التي تدلّ لهذا الحكم، ومنها: قوله ﷺ: "تجافوا عن عقوبة ذوي المروءة إلا في حد من حدود الله"، وقوله ﷺ: "أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم".^(٣)

والمصلحة العامة حماية المروءة والعفة في المجتمع بالتخفيف عن أهلها؛ لأنهم يمكن أن ينزجروا بأقل الزواجر؛ كالنصيحة مثلاً، أو الاكتفاء بجلبه إلى القاضي؛ لأن هذا يؤثر في أهل المروءة.^(٤)

المطلب التاسع: قاعدة "الخروج من الخلاف مستحب"

أولاً: معنى القاعدة

هذه القاعدة ذكرها السيوطي في الأشباه والنظائر.^(٥) والمقصود من الخلاف هنا الاختلاف الواقع بين المذاهب الفقهية، ومراعاته بترك قول مذهب، والأخذ بمذهب آخر؛ احتياطاً للخروج من الخلاف؛ فإنه مستحب ويندب؛ لأن فيه عوناً على الجماعة وعدم التفرق، وبه يتحقق الورع عن مواضع الشبهات.^(٦)

ثانياً: ربط القاعدة بالاحتياط

إن الخروج عن خلاف العلماء يحقق الاحتياط في النقاط التالية:

- ١ - التورّع عن الشبهة الحاصلة بسبب تعارض أدلة العلماء التي أدت إلى خلافهم؛ مما يحقق الاستبراء للدين.
- ٢ - الاحتياط بدفع الوهم عن النفس؛ بأنه قد أهمل دليلاً لعل مقتضاه هو الصحيح؛ فبالجمع والخروج عن الخلاف ينتفي ذلك.
- ٣ - الاحتياط لتحقيق مصلحة اجتماعية مهمة، وهي تحقيق الوحدة، وعدم التفرق من خلال الأخذ بقول المخالف مراعاة لخلافه.

ثالثاً: مثال

(١) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٣٩/٧، تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢١٠/٣، حاشية ابن عابدين: ٦٠/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٧٩/٩، الفروع: ابن المفلح، ٢٩٣/١٠، والعبارة مأخوذة من التشريع الجنائي: عودة، ٢٥٩/١.

(٢) - انظر حاشية ابن عابدين: ٧٥/٤، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٣٢٠/٦، نهاية المحتاج: الرملي، ٢٣/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٧٨/٩.

(٣) - انظر الحديث الأول في المعجم الصغير: سليمان بن أحمد أبو القاسم الطبراني، ٣٦٠هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ١، ١٩٨٥م، تحقيق: محمد شكور، باب الميم، من اسمه محمد، ١١٨/٢، ولم أجد من حكم على هذا الحديث، والحديث الثاني: سنن أبي داود: كتاب الحدود، باب في الحد يشفع فيه، ١٣٣/٤، والحديث ضعيف. انظر التلخيص الحبير: ابن حجر العسقلاني، ٢١٨/٤.

(٤) - انظر حاشية ابن عابدين: ٧٥/٤، البحر الرائق: ابن نجيم، ٤٩/٥، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٦١/١.

(٥) - انظر الأشباه والنظائر: ابن السبكي، ١٣٦/١.

(٦) - انظر القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد الزحيلي، ٧١٨/٢.

لقد درست هذه الرسالة أمثلة لهذه القاعدة وضبطها وذكر شروطها في المبحث الأول من الفصل الثالث وتحت أسباب الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي وفي السبب الثالث: الاحتياط في المسائل التي وقع فيها خلاف بين الفقهاء، فنحيل إلى هناك ولا حاجة إلى التكرار هنا.

المطلب العاشر: قاعدة: "الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم" أولاً: معنى القاعدة

إن الله تعالى أباح أشياء كثيرة، وحرم بعض الأشياء، وهذا متفق عليه، وسكت الشارع عن أشياء؛ فلم يرد نص بإباحتها ولا تحريمها؛ فجمهور العلماء على أن المسكوت عنه يدخل في حكم الإباحة.^(١) وهذا المختار في مذهب الحنفية كما حقق ذلك ابن عابدين، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة.^(٢) ومن أبرز الأدلة على هذه القاعدة: حديث النبي ﷺ: "إن أعظم المسلمين في المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم على السائل فحرم من أجل مسألته".^(٣)

وجه الاستدلال: الحديث ظاهر في أن الأصل في الأشياء الإباحة، وأن التحريم عارض.^(٤) أضف إلى هذا حديث النبي ﷺ: "ما أحل الله فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو، فاقبلوا من الله عافيته؛ فإن الله لم يكن لينسى شيئاً".^(٥) والاستدلال بالحديث ظاهر على أن المسكوت عنه مباح.

ثانياً: ربط القاعدة بالاحتياط

إن المسكوت عنه يدخل في الإباحة؛ فلا يجوز تحريمه إلا بدليل؛ احتياطاً للنصوص التي ذكرناها سابقاً.

ثالثاً: مثال

قاعدة: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص

هي من أهم القواعد التي نص عليها المعاصرون في التحريم والعقاب في الفقه الجنائي، وتقوم هذه القاعدة التي ستمر في الفصل القادم على قاعدة: الأصل في الأشياء الإباحة.

فإن أفعال المكلفين المسكوت عنها الأصل فيها الإباحة؛ فلا يجوز الحكم بتحريم فعل وتحريمه والمعاقبة عليه إلا إذا قام النص على هذا التحريم والتجريم والمعاقبة؛ فكل فعل أو ترك مباح أصلاً بالإباحة

(١) - انظر المرجع السابق: ١٩٢/١.

(٢) - انظر حاشية ابن عابدين: ١٠٥/١، غمز عيون البصائر: شهاب الدين الحموي، ٢٢٣/١، الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ٦٠، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: زكريا الأنصاري، ٤٦/١، المنثور في القواعد الفقهية: بدر الدين الزركشي، ١٧٦/١، الفواكه الدواني: شهاب الدين النفرواي، ٢٨٤/٢، العدة في شرح العدة: ص ٤٨٥.

(٣) - صحيح البخاري: كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب ما يكره من كثرة السؤال وتكلف ما لا يعنيه، ٩٥/٩، صحيح مسلم: كتاب الفضائل، باب توقيره ﷺ، وترك إكثار سؤاله عما لا ضرورة إليه، أو لا يتعلق به تكليف وما لا يقع، ونحو ذلك، ١٨٣١/٤.

(٤) - انظر البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ١٠/٨.

(٥) - سنن أبي داود: كتاب الأطعمة، ٣٥٤/٣، مستدرک الحاكم: كتاب التفسير، تفسير سورة الأنعام، ٣٤٧/٢.

الأصلية؛ فما لم يرد نص بتحريمه فلا مسؤولية على فاعله أو تاركه.^(١) ولما كانت الأفعال المحرمة لا تعتبر جريمة في الشريعة بتحريمها وإنما بتقرير عقوبة عليها؛ سواء كانت العقوبة حداً أو قصاصاً، فإن المعنى الذي يُستخلص من ذلك كله هو أن قواعد الشريعة الإسلامية تقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.^(٢)

الفصل الخامس

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١١٥/١.

(٢) - انظر المرجع السابق: ١١٦/١.

ضوابط الاحتياط في التجريم والعقوبة

وفي هذا الفصل المبحثان التاليان:

المبحث الأول: ضوابط الاحتياط في التجريم

المبحث الثاني: ضوابط الاحتياط في العقوبة

قبل الشروع في مباحث هذا الفصل لا بدّ من بيان فكرة مهمة، وهي أن دراسة الفقهاء لمسائل الفقه الجنائي كانت وفق محورين؛ الأول: محور التجريم، والثاني: محور العقوبة؛ لذا كان تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين؛ الأول: في ضوابط الاحتياط في التجريم، والثاني: في ضوابط الاحتياط في العقوبة. وتجدد الإشارة إلى أن الحديث عن وسائل إثبات الجريمة يدخل ضمن الحديث عن التجريم؛ ولكن نظراً لأهمية وسائل الإثبات وظهور الأخذ بالاحتياط فيها بصورة جليّة من خلال التطبيقات والفروع الكثيرة فقد أفردناها بالبحث في فصل مستقلّ في آخر هذه الرسالة.

ثم سيكون الحديث في هذا الفصل مقتصرًا على الجريمة والعقوبة الجنائية، ولن نتحدث عن الجريمة والعقوبة المدنية؛ وذلك سيراً على الاصطلاح المعاصر في التجريم والعقوبة؛ فعندما تُطلق كلمة التجريم فيراد منها التجريم وفق المعنى الجنائي لا المدني.

لقد عرف الفقهاء موضوع الجريمة الجنائية والجريمة المدنية ولكنهم لم يطلقوا عليهما هذه التسمية التي يستعملها بعض المعاصرين اليوم؛ فالأصل في الشريعة أن الأموال والنفوس معصومة وغير مباحة، وكل فعل ضار بالإنسان أو بماله مضمون على فاعله إذا لم يكن له حق فيه؛ فإذا توفّر في الفعل الضار القصد الجنائي إلى إحداث النتيجة يكون الفعل جريمة، ويعاقب فاعله عقوبة جنائية، أما إذا لم يتوفّر في الفعل الضار القصد الجنائي إلى إحداث النتيجة وأدى ذلك إلى إتلاف نفس أو إتلاف مال؛ فتكون الجريمة مدنية، وتكون عقوبتها الضمان والتعويض المالي، كما هو الحال في جريمة القتل الخطأ التي تستوجب التعويض المالي والكفارة.^(١)

إن مفهوم التعويض المالي يدخل ضمن مفهوم الجريمة والعقوبة المدنية لا الجنائية؛ ويدخل ضمن مبدأ المسؤولية المدنية لا المسؤولية الجنائية، وحديثنا في هذا الفصل هو عن المسؤولية الجنائية لا عن المسؤولية المدنية؛ لذا لن نتحدث عن ضوابط الاحتياط في تجريم الخطأ ولا عن ضوابط الاحتياط في عقوبته، مع أن الفقهاء يدرسون الخطأ في باب الجنايات؛ ومع أن الجريمة المدنية تبقى على كل حال جريمة، لكن لن ندخلها في هذا البحث للسبب الذي ذكرناه سابقاً، وهو أن التجريم في حد ذاته مصطلح معاصر، ومعناه عند أهله مربوطٌ بالجريمة والمسؤولية الجنائية لا المدنية؛ لذا كان اختيار الباحث هو السير مع معنى هذا الاصطلاح عند أهله.^(٢)

المبحث الأول - ضوابط الاحتياط في التجريم

ويُقصد بالتجريم:

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٧٦/١، وانظر قريباً من هذا الجنايات في الفقه الإسلامي: حسن علي الشاذلي، ص ٣٦٩.

(٢) - انظر المراجع السابقة.

الحكم على تصرف بأنه جريمة يُعاقب عليها؛ وفق قواعد وأركان معينة تجتمع في النصّ المجرّم والفعل والفاعل.^(١)

فمن أجل الحكم على تصرف ما بأنه جريمة، أو على الفاعل له بأنه مجرم، لا بدّ من توفر شروط معينة

في النصّ المجرّم والتصرف والفاعل له تسمح بالحكم بالتجريم. إن هذه العملية التي تُسمى (التجريم) ويمكن اعتبارها في الأصل عملية احتياط لصالح حماية المجتمع من الجريمة، ولحماية الأبرياء من التجريم بغير حق.

ثم إن الشروط التي يجب توافرها للحكم بالتجريم هي ذاتها ضوابط الأخذ بالاحتياط في التجريم، وذلك وفق المعنى المختار للضابط في تمهيد هذه الرسالة؛ من أنه المعيار الناظم للأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي.

فيمكن القول: يُقصد من ضوابط الأخذ بالاحتياط في التجريم الشروط التي يجب توافرها في النصّ المجرّم أو الفعل أو الفاعل للحكم بالتجريم احتياطاً. لأن هذه الشروط تهدف إلى ضبط عملية التجريم وتقنينه؛ كي تكون هذه العملية واضحة لدى الحاكم والقاضي، وتؤدي مقصدها في نقطتين:

- ١ - حماية البريء من التجريم دون سبب.

- ٢ - حماية الفضيلة في المجتمع من خلال تجريم من يرتكب الفعل المحرّم ثم معاقبته.

تمهيد: أركان الجريمة

يُستعمل مصطلح أركان الجريمة وفق أحد معنيين: الأول الأركان العامة للجريمة، والأركان الخاصة للجريمة. أما الأركان العامة للجريمة؛ فهي ثلاثة:

- ١ - أن يكون هناك نص يحظر الجريمة ويعاقب عليها، وهو ما يسمى اليوم في الاصطلاح القانوني بالركن الشرعي للجريمة.

- ٢ - إتيان العمل المكون للجريمة؛ سواء كان فعلاً أو امتناعاً، وهذا ما يسمى في الاصطلاح القانوني بالركن المادي للجريمة.

- ٣ - أن يكون الجاني مكلفاً؛ أي مسؤولاً عن الجريمة، وهذا ما يسمى في الاصطلاح القانوني بالركن الأدبي للجريمة.^(٢)

هذه الأركان لا بدّ من توفرها في كل الجرائم التي يُعاقب عليها الشرع.

الأركان الخاصة للجريمة:

(١) - لم أجد من عرّف التجريم.
(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١١١/١.

توفر الأركان العامة لا يغني عن وجوب توفر الأركان الخاصة لكل جريمة على حدة؛ حتى يمكن العقاب عليها، كركن الأخذ خفية في السرقة، وركن الوطء في جريمة الزنا، وغير ذلك من الأركان الخاصة التي تقوم عليها الجرائم المعينة بذواتها.^(١)

الفرق بين الأركان العامة والأركان الخاصة: الأركان العامة واحدة في كل جريمة؛ بينما الأركان الخاصة تختلف باختلاف الجريمة.^(٢)

ويقول عبد القادر عودة: (وقد جرى الفقهاء... على بحث أركان الجريمة العامة وأركانها الخاصة بمناسبة بحث كل جريمة).^(٣)

فقد قام الفقهاء بالدمج بين المفهومين من خلال الدراسة والبحث؛ في حين قام معاصرون ومنهم عبد القادر عودة بالتفريق بين المفهومين؛ فقام بدراسة الأركان العامة في القسم الجنائي العام، وترك بحث الأركان الخاصة للقسم الجنائي الخاص الذي يتناول الكلام على الجرائم واحدة بعد واحدة بصفة خاصة.^(٤) وباجتماع الأركان العامة مع الأركان الخاصة لكل جريمة يتحقق معنى التجريم الذي نحن بصدد الحديث عن ضوابط الأخذ بالاحتياط فيه. هذا مدخل سريع يتحدث عن أركان التجريم عموماً، وها هنا يُطرح سؤالان:

السؤال الأول: ما هي ضوابط الأخذ بالاحتياط في الأركان العامة للجريمة؟.

السؤال الثاني: ما هي ضوابط الأخذ بالاحتياط في الأركان الخاصة لكل جريمة من جرائم القصاص والحدود والتعازير؟. هذا ما ستجيب المطالب القادمة عنه، ويتلخص العمل بذكر الضابط والتمثيل له بصورة مختصرة.

المطلب الأول: ضوابط الأخذ بالاحتياط في الركن الشرعي للجريمة

أولاً: معنى الركن الشرعي للجريمة

توجب الشريعة لاعتبار الفعل جريمة أن يكون هناك نصٌ يحرم الفعل المكوّن للجريمة، ويعاقب على إتيانه، وهذا فيما يتعلّق بجرائم الحدود والقصاص.^(٥) أما فيما يتعلّق بجرائم التعزير فالركن الشرعي فيها هو: أن يكون هناك نصٌ يحرم الفعل المكوّن للجريمة بوجه عام. هذا يعني أن الركن الشرعي للجريمة في التعزير لا يشترط فيه تعيين الفعل المكوّن للجريمة تعييناً حصرياً؛ إنما يكفي أن يُنصّ على تحريم الفعل بوجه عام.

(١) - انظر المرجع السابق.

(٢) - انظر المرجع السابق.

(٣) - المرجع السابق.

(٤) - انظر المرجع السابق.

(٥) - انظر المرجع السابق: ١١٢/١.

أضف إلى هذا أنه لا يُشترط في الركن الشرعي في جريمة التعزير أن يُنصَّ على عقوبة معينة محددة يتقيد بها القاضي كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص؛ فللقاضي أن يختار لكل جريمة ولكل مجرم العقوبة الملائمة من مجموعة من العقوبات التي شرعت لعقاب الجرائم التعزيرية كلها، وللقاضي أن يخفف العقوبة وأن يغلظها.^(١)

ثانياً: ضابط: لا جريمة إلا بنص

إن الأفعال المحرمة لا تعتبر جريمة في الشريعة بتحريمها فقط؛ وإنما بتقرير عقوبة عليها؛ سواء كانت العقوبة حداً، وذلك بالنص على العقوبة تحديداً، أو تعزيراً عن طريق النص على العقوبة جملة، والمعنى الذي يُستخلص من ذلك كله هو أن قواعد الشريعة الإسلامية تقضي بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.^(٢) هذا يعني أننا يمكن أن نعيد تسمية هذا الضابط بأنه: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص". وستكلم عنه وفق فروع، هي:

الفرع الأول: معنى الضابط

إن صيغة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" في اللغة هي صيغة حصر: (إلا)؛ فعندما تأتي (إلا) بعد نفي فإن الجملة حينها تفيد حصر الحكم فيما بعد (إلا).^(٣) فيكون معنى الضابط أن التحريم والعقاب محصورٌ بالنص؛ فلا يملك أحدٌ أن يعتبر فعلاً جريمةً ولا أن ينصَّ على عقاب هذه الجريمة إلا النص؛ وفق هذا الضابط.

المقصود بالنص في هذا الضابط.

إن المقصود بالنص هنا هو (المنصوص)؛ فيصير المعنى: لا جريمة ولا عقوبة إلا بوجود منصوص يدلّ على التحريم، ومنصوص يدلّ على العقاب.^(٤)

ومصادر النص على التحريم والعقاب هي: مجموعة الأدلة الشرعية الصالحة لتشريع أصل العقاب، ومدى صلاحية الدليل الشرعي لإثبات تشريع أصل العقاب يختلف باختلاف مذاهب الفقهاء، وقد اتفق الفقهاء على إثبات التحريم والعقاب بالقرآن والسنة والإجماع.^(٥)

واختلفوا في إثبات التحريم والعقاب بالقياس أو بالأدلة الاجتهادية عموماً، وقد مرّت هذه المسألة في المبحث الأول من الفصل الرابع في ضوابط الاحتياط في أصول الفقه الجنائي. ولكي نخلص إلى نتيجة في هذا الضابط نقول: إن مصادر النص على التحريم والعقاب الصالحة شرعاً لهذه المهمة باتفاق العلماء

(١) - انظر المرجع السابق: ١٢٦/١.

(٢) - انظر المرجع السابق: ١١٦/١.

(٣) - انظر شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك: عبد الله بن عبد الرحمن ابن عقيل الهمداني، ٧٦٩هـ، دار التراث، القاهرة، ط ٢٠، ١٩٨٠م، تحقيق: محمد عبد الحميد، ١٠٢/٢، شرح التصريح على التوضيح: ٤١٧/١.

(٤) - انظر الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، ٢٧١/٧.

(٥) - انظر قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر السمعاني، ٤٨٦/١، العدة في أصول الفقه: ابن الفراء، ١٢٩/١، أصول السرخسي: ١٣٨/٢، كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٢٩/٣، التشريع الجنائي: عودة، ١٦٥/١.

هي: القرآن والسنة والإجماع. فيكون معنى الضابط بصورة نهائية: لا جريمة ولا عقوبة إلا بدليل يرجع إلى نص الشارع؛ سواء كان بقرآن أو سنة أو إجماع.

ويقول عبد القادر عودة: (ومجال الاجتهاد واسع فيما لا نص فيه، فالجتهاد يبحث الواقعة التي لا نص فيها ليصل لمعرفة حكمها عن طريق القياس، أو الاستحسان، أو الاستصحاب أو العرف، أو المصالح المرسله، وهذا ممكن في المسائل المدنية والشخصية، وفي الإجراءات الجنائية، ولكنه غير ممكن في تقرير الجرائم والعقوبات؛ لأن الجرائم والعقوبات لا بد فيها من النص الصريح، ولا يؤخذ فيها بالقياس أو غيره).^(١) فلا يمكن اعتبار فعل أو ترك جريمة إلا بنص صريح يحرم الفعل أو الترك، فإذا لم يرد نص يحرم الفعل أو الترك؛ فلا مسؤولية ولا عقاب على فاعل أو تارك.^(٢) إن دور الأدلة الاجتهادية في التجريم والعقاب هو في الحقيقة مجرد كاشف ومظهر لحكم الله في الحادثة، ومبين للقيود والشروط والأوصاف، أما أصل الحكم حظراً وعقاباً؛ فمرده إلى الحكم الإلهي؛ إذ لا بد لصحة الاجتهاد من مستند شرعي يُعتمد عليه في الاستنباط.^(٣)

هل يشترط بناء على هذا الضابط أن يكون مقدار العقوبة ثابتاً بالنص؟

قد يُظن أن المقصود من الضابط أنه يجب أن يكون مقدار العقوبة ثابتاً بالنص في كل الجرائم، لكن الحقيقة أن ثبوت مقدار العقوبة بالنص شرط في جرائم الحدود فقط؛ إذ لا مدخل للرأي فيها كما اتفق على ذلك العلماء.^(٤)

إن جرائم الحدود ليس فيها جريمة إلا نص على تحريمها ونص على عقوبتها، بل لقد عينت الشريعة العقوبات في جرائم الحدود تعييناً دقيقاً؛ بحيث لم تترك للقاضي أية حرية في اختيار نوع العقوبة أو تقدير كمها، ومن ثم سميت هذه العقوبات بالعقوبات المقدرة حقاً لله تعالى؛ إشارة إلى أنها محددة النوع والمقدار، وأنها لازمة فلا يمكن المساس بها.^(٥)

أما في جرائم القصاص فالعقوبة لا تخضع لمقدار؛ إذ يشترط فيها فقط المماثلة والمساواة بين فعل الجاني والعقوبة، وهذا مستفاد من معنى القصاص في اللغة والاصطلاح. وأما جرائم التعازير فلا يشترط ثبوت مقدار العقوبة على جريمة بعينها بالنص؛ بل يشترط ثبوت العقوبة على الجريمة التعزيرية في الجملة؛ ثم يترك المقدار والكيفية للقاضي؛ فثبوت العقوبة بالجملة هنا يبيقي العقوبة التعزيرية خاضعة لهذا الضابط.^(٦)

(١) - التشريع الجنائي: عودة، ٢٠٧/١.

(٢) - انظر المرجع السابق: ١١٦/١.

(٣) - انظر الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، ٢٧٥/٧.

(٤) - انظر أصول السرخسي: ١١١/٢، الفصول في الأصول: الجصاص، ١٠٦/٤، المستصفي: الغزالي، ص ٣٢٦، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٤٨/٤، كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٤٠٣/٣، إرشاد الفحول: الشوكاني، ص ٣٥١.

(٥) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١٢١/١.

(٦) - انظر المرجع السابق: ١١٦/١-١٢٦.

الفرع الثاني: مستند الضابط وأصله

يستند هذا الضابط بصورة عامة إلى نصوص الشريعة العامة التي تأمر بالعدل والإحسان وتحرم الظلم والحيف.^(١) ثم يستند إلى نصوص خاصة صريحة ومنها: قوله تعالى: (وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا) [الإسراء: ١٥]، وقوله: (وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمَمٍ رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا) [القصص: ٥٩]، وقوله: (لَقَدْ كَانَ لِنَاسٍ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ) [النساء: ١٦٥]، وقوله: (لَا تُذِرْكُم بِهِ وَمَنْ بَلَغَ) [الأنعام: ١٩]، وقوله: (لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا) [البقرة: ٢٨٦]، وقوله: (قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ) [الأنفال: ٣٨].^(٢)

وجه الاستدلال: هذه النصوص قاطعة في أنه لا جريمة إلا بعد بيان، ولا عقوبة إلا بعد إنذار، وأن الله لا يأخذ الناس بعقاب إلا بعد أن يبين لهم وينذرهم على لسان رسله، وأنه ما كان ليكلف نفساً إلا بما تطيقه.^(٣)

ويقوم هذا الضابط على القواعد التالية:^(٤)

القاعدة الأولى: (لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص).^(٥)

القاعدة الثانية: (الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة).^(٦)

فالقاعدة الأولى تفيد: أن أفعال المكلف المسؤول لا يمكن وصفها بأنها محرمة ما دام لم يرد نص بتحريمها، ولا حرج على المكلف أن يفعلها أو يتركها حتى ينص على تحريمها.

والقاعدة الثانية تفيد: أن كل فعل أو ترك مباح أصلاً بالإباحة الأصلية؛ فما لم يرد نص بتحريمه فلا مسؤولية على فاعله أو تاركه.^(٧)

وهاتان القاعدتان تؤديان معنى واحداً، وهو أنه لا يمكن اعتبار فعل أو ترك جريمة إلا بنص صريح يحرم الفعل أو الترك؛ فإذا لم يرد نص يحرم الفعل أو الترك فلا مسؤولية ولا عقاب على فاعله أو تاركه.^(٨)

الفرع الثالث: ظهور معنى الاحتياط في الضابط

تظهر النزعة الاحتياطية في هذا الضابط في النقاط التالية:

(١) - انظر المرجع السابق: ١١٧/١.

(٢) - انظر المرجع السابق: ١١٧/١-١١٨، الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، ٦٣٨/٤.

(٣) - انظر المرجع السابق: ١١٧/١-١١٨.

(٤) - انظر المرجع السابق: ١١٥/١، وانظر الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، ٦٣٨/٤.

(٥) - البرهان في أصول الفقه: الجويني، ١٣/١، الإحكام: ٧٩/١، الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، ١٤٤/١، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٢٠٠/١.

(٦) - انظر حاشية ابن عابدين: ١٠٥/١، غمز عيون البصائر: شهاب الدين الحموي، ٢٢٣/١، الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ٦٠، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: زكريا الأنصاري، ٤٦/١، المنتور في القواعد الفقهية: بدر الدين الزركشي، ١٧٦/١، الفواكه الدواني: شهاب الدين النفراوي، ٢٨٤/٢، العدة في شرح العدة: ص ٤٨٥.

(٧) - انظر المراجع السابقة للقاعدتين.

(٨) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١١٥/١-١١٦.

١- إن حصر التجريم والعقاب بالشرع يعود إلى تحقيق مصالح وحكم احتياطية مهمة منها: إقامة ركائز وحصون أساسية في حياة المجتمع، تعدّ بمثابة القواعد الصلبة؛ لتوفير الأمن والاستقرار والطمأنينة في الأنفس والأموال والأعراض والعقول، وإقرار دين التوحيد الحق، ومنع الرذيلة، ودرء المفسدة، واستئصال نزعة الشر، وبتر أسباب المنازعات والأمراض والفوضى الأخلاقية عن الناس في أخطر ما يمسّ جوهر حياتهم الاجتماعية؛ التي لا بدّ لها من وجود نظام ثابت صحيح.^(١)

٢- إن حصر التجريم والعقاب بالنص فيه حماية لمصالح المجتمع؛ لأنه يتيح للناس تكوين تصور سابق للجريمة المنصوص على تجريمها، ومعرفة نوع العقوبة المقررة قانوناً من خلال الاطلاع على نصوص التشريع، وهذا يعدّ حاجزاً قوياً مانعاً من الإجرام والتفكير بالجريمة والتخطيط لها؛ إذ إنه يفترض من كل المسلمين تعلّم الحد الأدنى المفروض العلم به من الشريعة، وفي هذا ما فيه من الاحتياط لصالح الجماعة، ولا يصلح الاحتجاج بتقصير المسلمين في التعلم سبباً للقول بأن الأفراد لا يعلمون ما هو ممنوع من أنواع العقوبات؛ إذ إن كتب الشريعة؛ سواء القرآن والسنة ومصنفات الفقهاء المطولة والموجزة؛ فيها البيان الواضح المفصّل لكل المعاصي، والمخالفات، والكبائر، والصغائر، والتحذير من مخاطرها، وبيان مدى ضررها، والتصريح بالعقوبات الدنيوية والأخروية المقررة لها.^(٢)

٣- إن حصر التجريم والعقاب بالنص فيه حماية للمجتمع من تلاعب الحكّام والقضاء بالعقوبة؛ فيكون دور الحاكم أو القاضي مقتصرًا على التطبيق دون تشريع أصل العقاب، وهذا احتياط ظاهر للمصلحة العامة.

٤- العقوبة في حدّ ذاتها ضررٌ، وفي تركيز سلطة التجريم في يد الشارع أو من يفوضه في ذلك ضمن حدود معلومة حماية للبريء من أن يناله ذاك الضرر بحجة العقاب، وهذا احتياط ظاهر لحماية براءة الذمة في المجتمع.

٥- في حصر التجريم بالنص كفالة لحقوق الأفراد وحرّيتهم في أفعالهم وتصرفاتهم، إذ لو ترك أمر التجريم للقاضي؛ لأضحى الأفراد في حيرة من أمرهم، ثم إن العدالة والمنطق يقضيان به؛ حتى لا تواجه الدولة الأفراد بعقاب لا علم لهم به، وفي هذا ما فيه من الاحتياط لمصلحة الجماعة.^(٣)

٦- إن حصر التجريم بالنص يتحقق فيه التحرز عن الشبهة التي ربما أدى وجودها إلى درء الحد؛ فلو سمح الشرع بالتجريم بناء على الاجتهاد فلربما أدى هذا إلى حصول الشبهة، والحدود تُدْرَأ بالشبهات، ومن هنا كان الاحتياط بحصر التجريم بالنص.

الفرع الرابع: نطاق الضابط وتطبيقاته

(١) - انظر الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، ٢٧٧/٧.

(٢) - انظر الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، ٢٧١/٧-٢٧٣، ٦٣٨/٤، وانظر قريباً منه التشريع الجنائي: عودة، ١١٧/١-١٥٤.

(٣) - انظر الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، ٢٧١/٧.

إن أحكام الشريعة تقضي بتطبيق هذا الضابط على كل الجرائم؛ لكن لا يطبق هذا الضابط على غرار واحد في كل الجرائم، بل إن كيفية التطبيق تختلف باختلاف أنواع الجرائم؛ فيما إذا كانت الجريمة من جرائم الحدود، أو جرائم القصاص والدية، أو جرائم التعازير.^(١)

أ. لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم الحدود

طبقت الشريعة قاعدة لا جريمة ولا عقوبة بلا نص تطبيقاً دقيقاً في جرائم الحدود، وهذا ظاهر بجلاء من تتبع النصوص التي وردت في هذه الجرائم.^(٢)

وتستعرض فيما يلي باختصار شديد: إن جرائم الحدود وفق مذهب الجمهور هي: الزنا، القذف، الشرب، السرقة، الحراة، الردة.^(٣)

في الزنا: يقول الله تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَىٰ وَالزَّيْنَةَ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ) [النور: ٢]، ويقول الرسول ﷺ: "خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً؛ البكر بالبكر جلد مئة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مئة ورجم بالحجارة".^(٤)

فهذه النصوص تحرم الزنا وتعاقب عليه بالتغريب والجلد والرجم، وهي كل العقوبات المقررة للزنا في الشريعة.^(٥)

وفي القذف: يقول الله تعالى: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) [النور: ٤]؛ فهذا النص يحرم القذف ويعاقب عليه بعقوبة أصلية هي الجلد، وبالعقوبة تبعية هي الحرمان من حق أداء الشهادة، وليس للقذف في الشريعة عقوبة غير هاتين العقوبتين.^(٦)

في الشرب: في التجريم: يقول الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ) [المائدة: ٩٠]. هذه النصوص قاطعة في تحريم تناول الخمر والمسكرات.^(٧)

أما أصل العقوبة فثبت بالنص؛ فعن أبي هريرة رضي الله عنه أتي النبي ﷺ برجل قد شرب، قال: "اضربوه".^(٨) وأما مقدارها فقد ثبت بإجماع الصحابة عند الجمهور.^(٩)

وقال الحنفية العقوبة ثابتة بالنص إلا أن عمل الصحابة كان باختيار إحدى الروايات الواردة عن النبي ﷺ بالعقوبة؛ فقد ورد عن النبي ﷺ في إحدى الروايات أن أربعين رجلاً ضربوا الشارب كلُّ

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١١٨/١.

(٢) - انظر المرجع السابق: ١١٩/١.

(٣) - وقال الحنفية الحدود سبعة، وأضافوا لحدود الجمهور حد السكر، راجع التمهيد في بداية الرسالة، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ١١٩/١، الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، ٢١٧/٧.

(٤) - صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره، والنهي عن الشفاعة في الحدود، ١٣١٦/٣.

(٥) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١١٩/١.

(٦) - انظر المرجع السابق.

(٧) - انظر المرجع السابق.

(٨) - صحيح البخاري: كتاب الحدود، باب من أمر بضرب الحد في البيت، ١٥٨/٨، سنن أبي داود: كتاب الحدود، باب في حد القذف، ١٦٢/٤.

(٩) - انظر الأحكام للأمدى: ٦٥/٤، الإبهاج في شرح المنهاج: السبكي، ٣٩٢/٢.

واحد منهم بنعله ضربتين؛ بناء على أمر النبي ﷺ. (١) فكان المجموع ثمانين ضربة، وكان اجتهد الصحابة وسيدنا عليّ مقتصرًا على اختيار إحدى الروايات الواردة عن النبي ﷺ؛ فلم يكن اجتهداً في أصل الحد. (٢)

في السرقة: يقول الله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللَّهِ) [المائدة: ٣٨]؛ فهذا النص يحرم السرقة ويحدد عقوبتها. (٣)

في الحراقة: يقول الله تعالى: (إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ) [المائدة: ٣٣]، فهذا النص يحرم الحراقة والسعي بالفساد في الأرض، ويعاقب على ذلك بالنفي والقطع والقتل والصلب. (٤)

في الردة: في التجريم: يقول الله تعالى: (وَمَنْ يَتَّبِعْ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِيناً فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ) [آل عمران: ٨٥]، ويقول: (وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ) [البقرة: ٢١٧].

وفي العقاب: يقول النبي ﷺ: "من بدل دينه فاقتلوه". (٥)

ويقول أيضاً: "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة". (٦)

ب . لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم القصاص

طبقت الشريعة القاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص تطبيقاً دقيقاً في جرائم القصاص، وجرائم القصاص هي: جريمة القتل العمد، وإتلاف الأطراف عمداً، والجرح العمد. (٧)

وفيما يلي بعض النصوص المجرمة والمعاقبة في جرائم القصاص:

في جريمة القتل العمد: في التجريم يقول الله تعالى: (وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ) [الإسراء: ٣٣]، وفي العقاب يقول الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقَصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْمِ بِالْحَرْمِ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ) [المائدة: ٤٥]، ويقول النبي ﷺ: "من اعتبط مؤمناً بقتل فهو قود به إلا إن رضى ولي المقتول". (٨) فهذه النصوص تحرم القتل العمد وتجعل عقوبته القصاص؛ إلا إذا عفا ولي القتل. (٩)

(١) - انظر هذه الرواية في: صحيح مسلم : ١٣٣٠/٣.

(٢) - انظر التقرير والتحبير: ابن أمير الحاج، ٣٢٠/٣.

(٣) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١٢٠/١.

(٤) - انظر المرجع السابق.

(٥) - صحيح البخاري: كتاب الجهاد والسير، باب: لا يعذب بعذاب الله، ٦١/٤.

(٦) - صحيح البخاري: كتاب الديات، باب قول الله تعالى: (أن النفس بالنفس.. الآية)، ٥/٩، صحيح مسلم: كتاب القسامة، باب ما يباح به دم المسلم، ١٣٠٢/٣؛ فهذه النصوص تحرم الردة ويعاقب عليها بالقتل. انظر التشريع الجنائي: عودة، ١٢٠/١.

(٧) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١٢١/١-١٢٢.

(٨) - السنن الصغرى: النسائي، كتاب القسامة، ٥٧/٨، المستدرك على الصحيحين: الحاكم، كتاب الزكاة، ٥٥٢/١.

(٩) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١٢٢/١.

وفي جريمة إتلاف الأطراف عمداً والجرح العمد يقول الله تعالى: (وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَن لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) [المائدة: ٤٥]، ويقول أيضاً: (فَمَن اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ) [البقرة: ١٩٤] ، ويقول: (وَإِن عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ) [النحل: ١٢٦]؛ فهذه النصوص صريحة في تحريم إتلاف الأطراف والجراح، وفي جعل عقاب الجريمة القصاص في حالة العمد.^(١)

ج . لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعزير

طبقت الشريعة قاعدة أن لا جريمة ولا عقوبة بلا نص في جرائم التعازير أيضاً، ولكن على غير الوجه الذي طبقتها به على جرائم الحدود، أو جرائم القصاص، ولم تتقيد بالحدود التي قيّدت بها تطبيق القاعدة في هذه الجرائم، وإنما توسعت الشريعة في تطبيق القاعدة على جرائم التعازير إلى حد ما؛ لأن المصلحة العامة وطبيعة التعزير تقتضي هذا التوسع الذي جاء على حساب العقوبة في أغلب الأحوال، وعلى حساب الجريمة في القليل النادر.^(٢)

وبيان هذا التوسع في التجريم: أنه يجوز في بعض الجرائم التي تمتاز بصفات معينة أن لا ينصّ على الجريمة بحيث يعينها النص تعييناً كافياً؛ بل يكفي أن ينصّ عليها بوجه عام، وذلك كتجريم المعاصي التي فيها إتيان ما حرّمته الشريعة من الحرمات، وترك ما أوجبه من الواجبات، فالتجريم فيها يثبت بوجه عام؛ ومثاله: أكل الميتة والدم ولحم الخنزير، وخيانة الأمانة الواجبة ممن ائتمن عليها؛ فقد ثبت تحريمها بنصوص من القرآن الكريم.^(٣)

وبيان هذا التوسع في العقاب: أنه لا يشترط في جرائم التعازير أن يكون لكل جريمة عقوبة معينة محددة يتقيد بها القاضي كما هو الحال في جرائم الحدود أو جرائم القصاص والدية؛ فللقاضي أن يختار لكل جريمة ولكل مجرم العقوبة الملائمة من مجموعة من العقوبات شرعت لعقاب الجرائم التعزيرية كلها، وللقاضي أن يخفف العقوبة وأن يغلظها.

نموذج وتطبيق لثبوت التجريم والعقاب بالنص في جرائم التعزير:

من ذلك المعاقبة على جريمة اللواط بالقتل إذا عاود الارتكاب عند أبي حنيفة تعزيراً؛ وبالحبس إذا كان قد ارتكبه للمرة الأولى، وهذا هو الصحيح والمفتى به في المذهب الحنفي.^(٤)

نصوص التجريم: ثبت تحريم فعل اللواط في النصوص التالية:

(١) - انظر المرجع السابق: ١٢٢/١.

(٢) - انظر المرجع السابق، الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، ٦٣٨/٤.

(٣) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١٢٦/١-١٢٨-١٣٣.

(٤) - انظر مجمع الأنهر: شيخي زاده، ٣٥٠/٢، حاشية ابن عابدين: ٢٧/٤.

١- شَنَّعَ اللهُ تعالى فعل قوم لوط على لسان نبيه لوط عليه السلام، وسمى اللوط فاحشة، فقال تعالى: (وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ) [العنكبوت: ٢٨]، والفاحشة تكون في كل الشرائع كذلك.

٢- ومحدث: ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: "لا ينظر الله إلى رجل أتى رجلاً أو امرأة في الدبر".^(١)

إن هذا التشنيع على هذه المعصية واعتبارها فاحشة يجرم فاعلها. أما العقوبة: وهي الحبس؛ فقد ثبتت مشروعية الحبس جملةً بالأدلة التالية: ١- بقول الله تعالى: (تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ) [المائدة: ١٠٦]، وجه الاستدلال: في الآية إرشاد إلى حبس من توجب عليه الحق حتى يؤديه.^(٢)

٢- بفعل النبي ﷺ^(٣)، ثم بإجماع الصحابة ومن بعدهم على مشروعية الحبس، وقد حبس الخلفاء الراشدون والخلفاء والقضاة من بعدهم في جميع الأعصار والأمصار من غير إنكار؛ فكان ذلك إجماعاً.^(٤) ثم ثبتت عقوبة الحبس على جريمة اللواط بفعل عبد الله بن الزبير الذي كان يقول في اللائطين: "يُجْبَسَانِ فِي أَنْتَنِ الْمَوَاضِعِ حَتَّى يَمُوتَا نَتْنًا".^(٥) هذا النموذج الذي يبين لنا أن عقوبة التعزير على فعل بعينه لا بد أن ترجع إلى عقوبة مقررّة في أصلها، أقرّها الشارع والفقهاء في نصوصهم، وبهذا يظهر معنى ضابط لا جريمة ولا عقوبة إلا بالنص في جرائم التعزير، والأمثلة على هذا كثيرة، تراجع في مظانها الفقهية.

خلاصة ما سبق من نطاق الضابط:

تتلخص الطرق المختلفة التي اتبعتها الشريعة في تطبيق ضابط لا عقوبة ولا جريمة بلا نص في محورين:

محور التجريم: حددت الشريعة عين الفعل المكون للجريمة، وعيّنته تعييناً لا شك فيه في جرائم الحدود، وفي جرائم القصاص، أما في جرائم التعزير فقد حرّمت أفعالاً من حيث الجملة كونها معاص. و**محور العقاب:** نصّت الشريعة على العقوبات المقررة للجرائم في كل الأحوال، ولكنها عيّنت عقوبة كل جريمة على حدة، وجعلتها لازمة في جرائم الحدود وجرائم القصاص، أما في جرائم التعازير فقد عيّنت الشريعة مجموعة من العقوبات لهذه الجرائم، وتركت للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة.^(٦)

(١) - سنن الترمذي: أبواب الرضاع، باب ما جاء في كراهية إتيان النساء في أدبارهن، ٤٦١/٣، والحديث صحيح بطرقه. انظر الإمام بأحاديث الأحكام: محمد بن علي بن وهب بن مطيع تقي الدين أبو الفتح القشيري، المعروف بابن دقيق العيد، ٧٠٢هـ، دار المعراج، الرياض، ط ٢، ٢٠٠٢م، تحقيق: حسين إسماعيل الجمل، ٦٦٠/٢.

(٢) - انظر أحكام القرآن: ابن العربي، ٢٤١/٢. (٣) - انظر سنن أبي دود: كتاب الأقضية، باب في الحبس في الدين وغيره، ٣١٤/٣، والحديث صحيح. انظر نصب الراية: أبو محمد الزيلعي، ٣١٠/٣.

(٤) - انظر المبسوط: السرخسي، ٨٨/٢٠، حاشية ابن عابدين: ٣٧٧/٥، تبصرة الحكام: ابن فرحون، ٣١٠/٢. (٥) - انظر المبسوط: السرخسي، ٧٨/٩، مجمع الأنهر: شيخي زاده، ٣٥٠/٢، وبحث في متون الحديث فلم أجد هذا الأثر عنه كما نقله الحنفية.

(٦) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١٥٣/١-١٥٤.

الفرع الخامس: سلطة القاضي في التجريم

ويستلزم ضابط لا جريمة إلا بنص أن يكون هذا التجريم محصوراً بالنص، وأن القاضي لا يملك سلطة التجريم.^(١)

في جرائم الحدود نجد أن القاضي الجنائي مقيد بأن يحصر اجتهاده في تفسير النص وتطبيقه على الواقعة المعروضة عليه؛ فليس له أن يوجد جريمة أو عقوبة من طريق القياس أو العرف أو الاستحسان، ولو كانت الواقعة المعروضة عليه مما ينفر منها الخلق الفاضل.^(٢)

إن جرائم الحدود ليس فيها جريمة إلا ونص على تحريمها ونص على عقوبتها؛ بل لقد عيّنت الشريعة العقوبات في جرائم الحدود تعييناً دقيقاً؛ بحيث لم تترك للقاضي أية حرية في اختيار نوع العقوبة أو تقدير كمّها.^(٣)

وفي جرائم القصاص عيّنت الشريعة هذه العقوبات تعييناً دقيقاً؛ بحيث لم تترك للقاضي حرية في اختيار العقوبة وتقديرها؛ فكل مهمته أن يوقع العقوبة المقررة؛ إذا ثبت لديه أن الجاني هو الذي ارتكب الجريمة، ولا تفترق جرائم القصاص عن جرائم الحدود من حيث سلطة القاضي؛ إلا في نقطة أنه ملزم بأن لا يطبق عقوبة القصاص إذا عفا عنها الجاني عليه أو وليه.^(٤)

وعلى صعيد جرائم التعزير يكون عمل القاضي محصوراً في أن يختار لكل جريمة ولكل مجرم العقوبة الملائمة من مجموعة من العقوبات التي شرعت لعقاب الجرائم التعزيرية كلها، وللقاضي أن يخفف العقوبة وأن يغلظها.^(٥)

وعمل القاضي في التعزير مربوط بالمصلحة العامة التي احتاط الشارع لحمايتها في تشريع أصل العقاب، ومقيد أيضاً بأحكام الشريعة، وبما تضعه له الدولة من نظام؛ إذ ليس لأي مسلم سلطة التشريع، وإنما السلطان في الأحكام إنشاءً ووضعاً للشريعة وللمشرع وهو الله تعالى، كل ما في الأمر هو أن للقاضي سلطات تقديرية في التطبيق فقط؛ حسب ما يراه ملائماً لظروف الجريمة والجاني في دائرة جرائم التعزير.^(٦)

فإذا قال الفقهاء: إن التعزير مفوض لرأي الإمام أو الحاكم أو اجتهادهما^(٧)؛ فيكون معنى ذلك أن أن القاضي القائم مقام الإمام أو السلطان أو الحاكم ترك له حق اختيار عقوبة التعزير من بين العقوبات

(١) - الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، ٢٧١/٧.

(٢) - التشريع الجنائي: عودة، ٢٠٧/١.

(٣) - انظر المرجع السابق: ١٢١/١.

(٤) - انظر المرجع السابق: ١٢٥/١.

(٥) - انظر المرجع السابق: ١٢٦/١.

(٦) - انظر الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة الزحيلي، ٢٧٢/٧.

(٧) - انظر تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢٠٨/٣، حاشية ابن عابدين: ٦٠/٤، الفواكه الدواني: شهاب الدين النفراوي، النفراوي، ١٧٨/٢، المهذب: أبو إسحاق الشيرازي، ٣٧٣/٣، الإقناع في فقه الإمام أحمد: ٢٧٠/٤.

الموجودة في كتب الفقه على المعاصي التي نصّ الشارع على تحريمها، ثم يرجع له التقدير؛ طبقاً لما يراه من ظروف الجريمة وظروف الجرم، وطبقاً لما يؤديه إليه اجتهاده ورأيه الشخصي في تقدير هذه الظروف.^(١)

إن ما مرّ في المبحث الرابع من ضوابط الاحتياط في أصول الفقه الجنائي يمكن أن يدخل في ضوابط الركن الشرعي للجريمة، أضف إلى ذلك ضابط ضرورة ألا يخالف دليل التحريم دليل قطعي، ويمكن أن تُعرف تفاصيل هذا الضابط من خلال الرجوع إلى المطلب الثالث من المبحث الثاني في شروط العمل بالاحتياط في الفصل الثالث.

المطلب الثاني: ضوابط الأخذ بالاحتياط في الركن المادي للجريمة

أولاً: معنى الركن المادي للجريمة

هو إتيان الفعل المحظور الذي جرّمه النص سواء كان هذا الفعل إيجابياً أو سلبياً.^(٢)

ولهذا الإتيان أحوال ثلاثة:

- ١ - إما أن يتمّ الفعل؛ فتعتبر الجريمة تامة؛ كمن سرق متاعاً من آخر وخرج به من الحرز.
- ٢ - وإما ألا يتمّ الفعل؛ فتعتبر الجريمة غير تامة؛ كمن يضبط قبل الخروج بالمسروقات من الحرز أو بعد خروجه مباشرة، وهذا ما يسميه بعض المعاصرين بالشروع في الجريمة.^(٣)
- ٣ - وإما أن يقوم به شخص واحد، أو أن يشترك فيه أكثر من شخص فيتعاونون بينهم على ارتكاب الجريمة فينفذها أحدهم أو بعضهم، أو يحرّض بعضهم بعضاً، أو يساعد بعضهم البعض الآخر ويعينه حال ارتكابها، وهذا ما يسمى بالاشتراك في الجريمة.^(٤)

وسيتناول هذا المطلب دراسة ضوابط الاحتياط في هذه الأحوال؛ باستثناء الحالة الأولى، وهي حالة الجريمة التامة؛ حيث ستُدرس في المطلب الرابع والخامس والسادس من هذا المبحث؛ فلكل جريمة ضوابط الاحتياط الخاصة بها. أما في هذا المطلب فتُدرس الحالتان الثانية والثالثة؛ فندرس ضابط تجريم الشروع في الجريمة، وضابط تجريم الاشتراك في الجريمة.

ثانياً: ضابط تجريم الشروع في الجريمة

الفرع الأول: معنى الشروع

الشروع في اللغة مصدر للثلاثي: (شروع)، والشروع يأتي في اللغة على معانٍ منها معنى الأخذ في الشيء، ومباشرته، والبدء بالقيام به، والخوض فيه.^(٥) وهو في الاصطلاح الفقهي لا يخرج عن المعنى

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١٤٥/١.

(٢) - انظر المرجع السابق: ٣٤٢/١.

(٣) - ومنهم عبد القادر عودة. انظر المرجع السابق.

(٤) - انظر المرجع السابق.

(٥) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ١٧٥/٨، المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ٣١٠/١، مختار الصحاح: أبو عبد الله الله الرزاي، ص ١٦٣.

الغوي، وقد استعمله الفقهاء بهذا المعنى في أبواب فقهية عديدة؛ منها العبادات والمعاملات والجنائيات.^(١)

وقد استعمل أهل القانون مصطلح الشروع في الجريمة؛ ووضعوا نظريات خاصة به، في حين لم يهتم فقهاء الشريعة بوضع نظرية خاصة للشروع في الجرائم ولم يعرفوا لفظ الشروع كما عرفه أهل القانون وفق نظرية متكاملة؛ إلا أن الفقهاء عرفوا معنى الشروع في تطبيقاتهم وفروعهم، وهذا ما سنبينه في الفرع الرابع من هذه الفقرة.^(٢) وعدم اهتمام الفقهاء بوضع نظرية خاصة للشروع في الجرائم يرجع إلى النقاط التالية:

١- إن الشروع في الجرائم لا يُعاقب عليه بقصاص ولا حد وإنما يعاقب عليه بالتعزير أياً كان نوع الجريمة، وهم قد درسوا التعزير وبنوا له نظرية متكاملة فيدخل الشروع تحت نظرية التعزير.^(٣)

٢- الشروع جريمة كاملة في حد ذاته عند الفقهاء؛ وبيان ذلك أن قواعد التعازير التي وضعها الفقهاء كافية لبيان حكم جرائم الشروع؛ التي تعتبر كلَّ شروعٍ معاقبٍ عليه معصيةً في حد ذاته؛ أي جريمة تامة، ولو أنه كان في الوقت نفسه جزءاً من الأعمال المكونة لجريمة أخرى لم تتم؛ ما دام الجزء الذي تمَّ محرماً لذاته، ولا إشكال في أن يكون فعلٌ ما جريمةً معينةً إذا كان وحده، وأن يكون مع غيره جريمة من نوع آخر.^(٤)

لهايتين النقطتين لم تظهر نظرية الشروع في الجريمة عند الفقهاء بصورة مستقلة؛ إلا أنها ظهرت في الفروع والتطبيق والدخول تحت نظرية التعزير. والشروع عند علماء القانون هو: البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جريمة، إذا أوقف أو خاب أثره؛ لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها. فمن شرع بالجريمة وفق هذا المعنى يعاقب عقوبة الشروع لا عقوبة الجنائية الكاملة، ومثاله: كمن يصوب مقذوفاً لعدوه، يقصد قتله، فيطيش المقذوف، وتنعدم النتيجة تماماً. فإن كان للجاني دورٌ في التوقف عن الجريمة فلا يأخذ فعله عقاب الشروع.^(٥)

الفرع الثاني: مراحل ارتكاب الجريمة من حيث تجريم الفاعل

تمرّ الجريمة بمراحل معينة قبل أن يرتكبها المجرم، فهو أولاً يفكر فيها، ثم يعقد العزم على ارتكابها ويحضر لها، ثم يبدأ في التنفيذ؛ فالمراحل ثلاث إذاً.^(٦)

(١) - انظر العبادات في: بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٠/١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٣٣٥/١، روضة الطالبين: النووي، ٢٢٤/١، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٣٦/١، وانظر المعاملات في: بدائع الصنائع: الكاساني، ١٨٢/٦، العناية شرح الهداية: البابرتي، ٢١/٩، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٣٣٥/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٢٥٥/٤، وانظر الجنائيات في: مجمع الأنهر: شَيْخِي زاده، ٥٨٧/١، حاشية الصاوي: ٢٣٩/١، حاشية البجيرمي: ١٧٦/٤.

(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٤٢/١.

(٣) - انظر المرجع السابق: ٣٤٣/١.

(٤) - انظر المرجع السابق: ٣٤٤/١.

(٥) - انظر الشبهات وأثرها: ص ١٢٢-١٢٣.

(٦) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٤٦/١.

- ١- المرحلة الأولى: مرحلة التفكير والتصميم: لا تعتبر هذه المرحلة معصيةً، ولا يُجرّم فاعلها، ولا يعاقب بأي عقوبة؛ لأنها من باب حديث النفس الذي لا يؤاخذ الإنسان عليه.
- ٢- المرحلة الثانية: مرحلة التحضير وإعداد الوسائل: ولا تعتبر هذه المرحلة معصيةً؛ إلا إذا كانت حيازة الوسيلة أو إعدادها مما يعتبر معصية في حد ذاته، ولا عقاب على التحضير؛ لأنه ليس فيه اعتداء على حق من حقوق الله أو حق من حقوق العباد.
- ٣- المرحلة الثالثة: مرحلة التنفيذ: المرحلة الوحيدة التي تُعتبر فيها أفعال الجاني جريمة، ويعتبر الفعل جريمةً كلما كان معصيةً؛ أي اعتداءً على حق الجماعة أو حق الفرد، وليس من الضروري أن يكون الفاعل قد بدأ فعلاً في تنفيذ ركن الجريمة المادي؛ بل يكفي أن يكون الفعل الذي يباشره معصية؛ مثالها: النقب والتسلق وكسر الباب وفتحه بمفتاح مصطنع؛ كل ذلك يعتبر معصيةً تستحق التعزير، وبالتالي شروعاً في سرقة.^(١) فليست كل مراحل الجريمة تعتبر من الشروع المعاقب عليه؛ ثم هناك ضوابط لتجريم الشروع في المرحلة الثالثة، نعرفها في الفقرة التالية.

الفرع الثالث: ضوابط تجريم الشروع في الجريمة

- ليس كل شروع جريمة؛ فلا بدّ من ضوابط لهذا التجريم وهي:
- ١- أن يكون ما أتاه المتهم مكوّناً لمعصية؛ كالنقب ويستعان على معرفة ما إذا كان الفعل معصية أو غير معصية بنية الجاني وقصده من الفعل؛ لأن ثبوت هذه النية يزيل كل شك ويساعد على تحديد نوع المعصية.^(٢)
 - ٢- بناء على النقطة السابقة يشترط أن يكون الشروع المعاقب عليه في جريمة مقصودة، أما في الجرائم غير المقصودة، وهي الجرائم غير العمدية؛ فلا يتصور فيها شروع يُعاقب عليه؛ نظراً لأن إرادة الجاني لم تتجه إلى تحقيق النتيجة.^(٣) إذاً الضابطان في تجريم الشروع هما وجود المعصية ووجود القصد إلى النتيجة.
- بقي أن نشير إلى أن النية التي تكشف حقيقة قصد الجاني وكون فعله معصية يمكن التعرف عليها من خلال التصريح أولاً، ومن خلال القرائن التي تحفّ بفعل الجاني ثانياً، ومثال هذا: وجود الجاني بجوار محل السرقة ومعه مبرد أو منقب؛ يحتمل أن يكون الجاني قاصداً سرقة هذا المحل أو غيره، ويحتمل أن يكون أراد السرقة أو أراد عملاً آخر غير محرم، ولكن نية الجاني هي التي تُخرج الفعل من حيز الاحتمال إلى حيز اليقين وتعيّن المعصية.^(٤)

(١) - انظر المرجع السابق: ٣٤٧/١-٣٤٨.

(٢) - انظر المرجع السابق: ٦٣٧/٢.

(٣) - انظر الشبهات وأثرها في العقوبة: أبو زهرة، ص ٧٨، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٣٧/٢.

(٤) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٤٩/١.

الفرع الرابع: ظهور معنى الاحتياط في هذا الضابط

يظهر الاحتياط أولاً في تجريم الشروع، ثم بالمعاقبة على هذا الشروع ثانياً. وهذه المعاقبة تكون دائماً عقوبةً تعزيريةً، ويعتبر كل شروع معاقب عليه معصية في حد ذاته؛ أي جريمة تامة.^(١) وتختلف هذه العقوبة التعزيرية من فعل لآخر. ومن معاني الاحتياط التي تقوم بمعاقبة من يشرع في الجريمة:

- ١ - حماية المصالح العامة في تشريع العقاب؛ إذ إن عقوبة الشروع هي عقوبة وجبت مقابل معصية منع منها الشارع، ورتّب الفقيه عليها عقوبة تعزيرية لأنها معصية.
 - ٢ - سدّ ذريعة التهرب من العقاب بحجة أن جرمته لم تكتمل؛ فلو لم يكن هناك عقوبة تعزيرية على الشروع فلربما تجرأ الناس على الشروع في الجرائم دون رادع.
- ثم يُقال: إن عقوبة الشروع في الجريمة تخضع إلى ما تخضع له العقوبة التعزيرية من حيث مقاديرها وأكثرها وضوابطها.^(٢)

والسؤال الآن: هذه العقوبة التي تأتي بعد التجريم وفق الضابطين اللذين ذكرناهما سابقاً، هل تقع دائماً على الجاني؟، أو هل من الممكن أن تسقط العقوبة في حقه في بعض الأحوال؟، هذا ما سيأتي في الفقرة التالية.

الفرع الخامس: عدول الجاني عن الفعل

مرّ أن الاحتياط يكون بتجريم من يشرع بالجريمة ثم معاقبته عقوبة تعزيرية؛ لكن إذا كان عدم الشروع ناتجاً عن عدول الجاني عن إتمام الجريمة، فهل يعاقب أيضاً؟. الإجابة على هذا هي: إن العدول إما أن يكون عن توبة الجاني عن الفعل، أو عن غير توبته. فإن كان العدول ناشئاً عن غير توبة؛ سواء كان عدولاً اضطرارياً أو لأمر آخر كأن خشي أن يكشفه أحد؛ فإنه يبقى مسؤولاً عن شروعه ويعاقب عليه تعزيراً؛ لأنه ما زال مرتكباً لمعصية.^(٣) أما إن كان العدول ناتجاً عن توبة فإن العقاب يسقط عنه إذا كان شروعه بجريمة الحاربة اتفاقاً بين العلماء؛ لوجود النص فيها في قوله تعالى: (إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ) [المائدة: ٣٤].

أما في ما سوى الحاربة فالعلماء في سقوط عقوبة الشروع بالتوبة على مذهبين؛ الأول: مذهب الشافعي وأحمد في رواية؛ وهو سقوط العقوبة بالتوبة عموماً؛ لكن بشروط تُعرف في مظانها.^(٤) والثاني: مذهب أبي حنيفة ومالك وفي قول عند الشافعية والحنابلة أن التوبة لا تُسقط إلا الشروع في جريمة الحاربة.^(٥)

(١) - انظر المرجع السابق: ٣٤٤/١.

(٢) - انظر المرجع السابق: ٣٥٠/١-٣٥١.

(٣) - انظر المرجع السابق: ٣٥٢/١.

(٤) - انظر روضة الطالبين: النووي، ٩٧/١٠، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ١٣٢/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٥٢/٩، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٣١٤/١٠.

الفرع الخامس: تطبيقات

فيما يلي بعض التطبيقات تُدرس بصورة مختصرة لعقوبة الشروع، وندرس نموذجاً من الحدود وآخر من القصاص.

الشروع في السرقة

معنى السرقة في الاصطلاح: أخذ العاقل البالغ نصاباً محرزاً، أو ما قيمته نصاب؛ مملوكاً للغير لا شبهة له فيه؛ على وجه الخفية.^(١)

فإذا أتم الجاني سلسلة الأفعال المكونة لجريمة السرقة، وخرج بالمسروقات من الحرز، فإن كل الأفعال التي أتاها تكون مجتمعة جريمة السرقة، ويتمام جريمة السرقة تجب عقوبة الحد، وهي العقوبة المقررة للسرقة التامة؛ لأن كل الأفعال اندمجت وتكونت منها جريمة السرقة.^(٢)

أما إذا لم تتم الأفعال لتحصل بها السرقة؛ فإنه يعتبر شارعاً بالسرقة ويعاقب عقوبة تعزيرية، والضابط في هذا هو: (كلما أتى السارق فعلاً تجرمه عليه الشريعة فهو مرتكب لمعصية؛ أي جريمة تامة تستوجب العقاب، إذا نظرنا إليها على حدة).^(٣) وأمثلة هذا الأفعال التي تعتبر جريمة كثيرة منها: نقب البيت، وتسلق الحائط، وعندما يدخل البيت دون نقب أو تسلق بقصد السرقة يرتكب معصية، وإذا أذن له بدخول البيت فجمع متاعه ليسرقه فضبط قبل الخروج منه فهو مرتكب لمعصية.^(٤)

وعلى ذلك جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة، فإنهم يمنعون إقامة الحد إذا لم تتم السرقة، ولكنهم يوجبون التعزير على من يبدأ في الأفعال التي تكون مجموعها جريمة السرقة؛ ليس باعتباره شارعاً في السرقة، ولكن باعتباره مرتكباً لمعصية تستوجب التعزير.^(٥) قال أبو يعلى الفراء: (وإن جمع المتاع في الحرز واسترجع منه قبل إخراج، أو نقب الحرز ودخل ولم يأخذ، أو نقب الحرز ولم يدخل، ولم يأخذ، أو تعرض للنقب، أو ليفتح باباً ولم يفعل، عُرِّ أدنى الحدود ولم يبلغ به).^(٦)

وفي الأحكام السلطانية للماوردي فصل في مقادير التعازير حسب الفعل الذي باشره السارق؛ فقال: (فإذا سرق نصاباً من غير حرز ضرب أعلى التعزير خمسة وسبعين سوطاً، وإذا سرق من حرز أقل من نصاب ضرب ستين سوطاً، وإذا سرق أقل من نصاب من غير حرز ضرب خمسين سوطاً، فإذا جمع المال في الحرز واسترجع منه قبل إخراج ضرب أربعين سوطاً، وإذا نقب الحرز ودخل ولم يأخذ ضرب

(١) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ٣/٥، حاشية ابن عابدين: ٤/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٤، وشرحه الشرح الكبير: الدردير، ٣٤٧/٤، روضة الطالبين: النووي، ٩٧/١٠، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ١٣٢/٤.

(٢) - انظر الاختيار لتعليل المختار: مجد الدين أبو الفضل، ١٠٢/٤، شرح مختصر خليل: الخرشى، ٩١/٨، حاشية القليوبي: ١٨٧/٤.

(٣) - انظر التشرع الجنائي: عودة، ٣٤٥/١.

(٤) - المرجع السابق: ٣٤٤/١.

(٥) - انظر المرجع السابق.

(٦) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٦٥/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٨٩-٣٨٨/٥، الشرح الكبير: الدردير، ٣٤٤/٤، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد ابن تيمية الحراني أبو البركات، ٦٥٢هـ، مكتبة المعارف الرياض، ط ٢، ١٩٨٤م، ١٥٦/٢، الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٢٨١.

(٧) - الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٢٨١.

ثلاثين سوطاً، وإذا نقب الحرز ولم يدخل ضرب عشرين سوطاً^(١). وهذه المقادير التعزيرية ترجع إلى تقدير القاضي.

الشروع في القتل

إن الشروع في القتل إما أن يحدث أثراً مادياً في المجني عليه، وإما ألا يحدث. فإن أحدث أثراً؛ فإما أن يكون الأثر يمكن الاقتصاص له؛ فتكون العقوبة القصاص، وأما أن يكون الأثر لا يمكن الاقتصاص له فتكون العقوبة الدية. وهل يُضاف التعزير إلى هذه العقوبات أو لا؟، ذهب الحنفية والحنابلة إلى الاكتفاء بالقصاص في محله والدية في محلها^(٢). في حين ذهب المالكية إلى جواز الجمع بين التعزير والعقوبات الأخرى في هذه الحالة^(٣). وإما ألا يحدث الشروع أثراً؛ فعقوبته التعزير فقط، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء^(٤).

ويقول عبد القادر عودة: (وليس في الشريعة ما يمنع أن تكون عقوبة التعزير في جريمة القتل الإعدام، أو الحبس مدى الحياة)^(٥). وهذا الكلام لا يخالف ما عليه فقهاء المذاهب الأربعة؛ إذ إن فكرة التعزير بالقتل موجودة في فقه كل مذهب من المذاهب الأربعة^(٦).

ضابط: إن جريمة الشروع في القتل لا يكفي لوقوعها أن يقصد الجاني القتل؛ بل يجب أن تكون الوسيلة التي استخدمت من شأنها إحداث القتل، وما دامت الوسيلة لا تحدث القتل أصلاً؛ فلا تقع جريمة الشروع، ولا عقاب على جريمة لم تقع، وذلك أن استعمال هذه الوسيلة هو الذي يكشف عن حقيقة القصد^(٧).

خلاصة في مائة الشروع: إن الأفعال التي لم تتم تدخل في جرائم التعازير؛ كلما تكون منها معصية، وتعتبر جرائم تامة بذاتها، ولو أنها لم تكف لتكوين الجرائم المقصودة أصلاً؛ فليس هناك ما يدعو لتسميتها بالجرائم المشروع فيها؛ ما دام أن ما تم منها يعتبر في ذاته جريمة تامة مستقلة، وإذا عبرنا اليوم عن الجرائم غير التامة وقلنا إنها (جرائم الشروع) فلن نأتي بشيء جديد، وإنما هو إطلاق تسمية جديدة على بعض جرائم التعازير، وتمييز لبعض جرائم التعازير عن بعضها الآخر، دون أن تكون هناك حاجة ملحة لهذه التسمية أو لهذا التمييز، ودون أن يدفعنا إلى هذا التعبير إلا البيان والتصنيف، ومقارنة الشريعة بما يقابلها في القوانين الوضعية^(٨).

(١) - انظر المرجع السابق: ص ٣٤٥.

(٢) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٩٩/٧، المبدع في شرح المقنع: ابن مفلح المقدسي، ٤٢٤/٧، كشاف القناع: البهوتي، ١٢٢/٦.

(٣) - انظر التاج والإكليل: العبدري، ٣١٥/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٤٧/٦.

(٤) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٩٩/٧، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٤٧/٦، المبدع في شرح المقنع: ابن مفلح المقدسي، ٤٢٤/٧، كشاف القناع: البهوتي، ١٢٢/٦.

(٥) - التشريع الجنائي: عودة، ١٨٤/٢.

(٦) - انظر هذا في: فتح القدير: ابن الهمام، ٣٤٦/٥، حاشية ابن عابدين: ٦٢/٤، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٣٦٠/٩-٣٦١، المجموع: النووي، ٢٧/٢٠، كشاف القناع: البهوتي، ١٢٦/٦.

(٧) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٢/٢.

(٨) - انظر المرجع السابق: ٣٤٦/١.

ثالثاً: ضابط تجريم الاشتراك في الجريمة

الفرع الأول: صور الاشتراك في الجريمة

إن الجريمة قد يرتكبها أفراد متعددون فيساهم كل منهم في تنفيذها، أو يتعاون مع غيره على تنفيذها، وهذا الاشتراك يكون وفق صورتين؛ الأولى: الاشتراك في تنفيذ الفعل المكوّن للجريمة، والثانية: الاشتراك

في التسبب بالجريمة، وهذه الصورة يدخل تحتها كل فعل لا يباشر فيه الشريك تنفيذ الفعل المكوّن للجريمة، ومثاله: الاتفاق والتحريض والإعانة على الجريمة. تسمى الصورة الأولى: الاشتراك المباشر، وتسمى الصورة الثانية: الاشتراك بالتسبب، أو الاشتراك غير المباشر.^(١) وسندرس ظهور معنى الاحتياط وضوابطه في كلتا الصورتين.

الفرع الثاني: ضوابط تجريم الاشتراك في الفعل

من أجل اعتبار الاشتراك في صورتيه بالمباشرة وبالتسبب جريمة لا بدّ من توفر شروط معينة في هذا الاشتراك لتجريم الداخل فيه، وهي:

١ - أن يتعدد الجناة، فإذا لم يتعدّدوا فليس هناك اشتراك مباشر، ولا بالتسبب، وهذا شرط طبيعي يؤخذ من معنى الاشتراك في اللغة.

٢ - أن يُنسب إلى الجناة فعلٌ محرمٌ معاقبٌ عليه؛ فإذا لم يكن الفعل المنسوب إليهم معاقباً عليه؛ فليس هناك جريمة، وبالتالي لا اشتراك، وهذا شرط تقتضيه طبيعة التجريم أصلاً؛ فإن لم تكن هناك جريمة تُنسب إلى جان فكيف يوجد الاشتراك في شيء غير موجود أصلاً؟!.^(٢)

الفرع الثالث: تجريم الاشتراك المباشر وظهور معنى الاحتياط فيه

المباشر: هو الذي حصل الركن المادي للجريمة بفعله؛ بلا واسطة.^(٣)

والشريك المباشر: هو الذي يحصل الركن المادي للجريمة بفعله؛ بالاشتراك مع فعل غيره. ويظهر الاحتياط في حالة الاشتراك المباشر من خلال نقطتين؛ الأولى: تجريم المشترك المباشر، والثانية: معاقبته.

فمتى يجرم الشريك المباشر؟

الإجابة هي: يجرم في الحالتين التاليتين:

١ - كلما أتى فعلاً يعتبر معصية قاصداً به تنفيذ الجريمة.

(١) - انظر المرجع السابق: ٣٥٧/١.

(٢) - انظر المرجع السابق: ٣٥٩/١.

(٣) - انظر القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد الزحيلي، ٤٨٠/١.

٢- سواء تمت الجريمة أو لم تتم؛ لأن تمام الجريمة أو عدم تمامها ليس له أثر على التجريم في اعتباره شريكاً مباشراً، وإنما أثر التمام قاصراً على العقوبة، فإن تمت الجريمة وكانت حداً وجبت عقوبة الحد، وإن لم تتم وجبت عقوبة التعزير فقط.^(١)

مثال الشراكة بالمباشرة: إذا اشترك اثنان أو ثلاثة في قتل؛ فأطلق كل منها عياراً نارياً مثلاً على المجني عليه؛ فأصابه إصابة قاتلة فكل منهم مباشر لجريمة القتل، وإذا سرقوا من حرز أمتعة لآخر فكل منهم سارق.^(٢)

وقد تختلف نظرة الفقهاء إلى التجريم في بعض الحالات؛ كالاشتراك في السرقة مثلاً، ولكننا اكتفينا بذكر القاعدة العامة، وعلى كل حال نحيل إلى المراجع الفقهية لمعرفة التفاصيل.^(٣)

وكيف يعاقب الشريك المباشر؟

في حال عدم التمام تكون العقوبة تعزيراً، وهذا يدخل تحت الشروع الذي تحدثنا عنه في الفقرة السابقة.

أما في حال التمام وكانت عقوبة الجريمة المشترك فيها حداً وجبت عقوبة الحد، وإن كانت جريمة من جرائم التعزير فالعقوبة هي التعزير في حالة التمام وعدم التمام.^(٤)

ما سبق هو القاعدة العامة في عقوبة الشريك المباشر، وقد يختلف الحكم في بعض الحالات في بعض المذاهب، والمراجع الفقهية في الحواشي السابقة تبين هذا. أما إذا كانت عقوبة الجريمة المشترك فيها القصاص؛ فنحن أمام حالتين:

الأولى: حالة التوافق:

معنى التوافق: أن تتجه إرادة المشتركين في الجريمة إلى ارتكابها دون أن يكون بينهم اتفاق سابق؛ بل يعمل كل منهم تحت تأثير الدافع الشخصي والفكرة الطارئة، صورته: كما يحصل في المشاجرات التي تحدث فجأة ودون اتفاق سابق فيؤدي فعلهم إلى القتل.^(٥)

عقوبة التوافق: عند جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة لا يسأل الجاني إلا عن فعله فقط، ولا يتحمل نتيجة فعل غيره؛ فيعاقب بمقدار فعله.^(٦)

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٥٩/١.

(٢) - انظر المرجع السابق: ٣٦٠/١.

(٣) - انظر المذهب الحنفي: المبسوط: السرخسي، ١٤٣/٩، الهداية: المرغيناني، ٣٦٣/٢، وشرحه فتح القدير: ابن الهمام، ٣٦٣/٥، وانظر مذهب المالكية: الشرح الكبير: الدردير، ٣٣٥/٤، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٩٥/٨، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٣٠٣/٩، وانظر مذهب الشافعية: منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٨، وشرحه مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٦٨/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٢٧/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٤٢/٧، وانظر المذهب الحنبلي: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ٢٧٦/٤، وشرحه: كشف القناع: البهوتي، ١٣٢/٦.

(٤) - انظر المراجع الفقهية السابقة، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٦٢/١.

(٥) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٦٠/١-٣٦١.

(٦) - انظر تبيين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١١٤/٦، والبحر الرائق: ابن نجيم، ٣٥٤/٨، شرح مختصر خليل: الخرشي، ١٣/٨، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٢٧/٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٤٥/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٤٠٧/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٩٠/٨.

الثانية: حالة التمالؤ:

معنى التمالؤ: الاتفاق السابق بين الشركاء المباشرين على ارتكاب الجريمة؛ بمعنى أنهم يقصدون جميعاً قبل ارتكاب الحادث الوصول إلى تحقيق غرض معين، ويتعاونون أثناء وقوع الحادث على إحداث ما اتفقوا عليه؛ وصورته: إذا اتفق شخصان على قتل ثالث، ثم ذهبا لتنفيذ الجريمة؛ فضربه أحدهما بسكين؛ فقطع إصبع يده، وذبحه الثاني.^(١)

عقوبة التمالؤ: عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة ذهبوا إلى أن الاتفاق السابق بين الشركاء المباشرين على ارتكاب الجريمة يقتضي أنهم يعتبرون متماثلين في جريمة القتل، وكلهم مسؤولون عن القتل لهذا التمالؤ، ويقتص منهم لذلك.^(٢) في حين ذهب الحنفية وفي قول عند الشافعية والحنابلة إلى عدم التفريق بين التوافق والتمالؤ، فحكمهما عنده واحد، والجاني لا يسأل في الحالين إلا عن فعله فقط.^(٣)

استثناء من ضابط تجريم الاشتراك المباشر:

لو اشترك في القتل أشخاص، وكان أحد هؤلاء الأشخاص لو انفرد لا يجب عليه القصاص؛ لسبب من الأسباب كأن يكون صبيّاً أو مجنوناً أو مخطئاً أو أباً، وكان في باقي الشركاء من يثبت عليه القصاص لو انفرد، فما هو حكم القصاص في حق هذا الشريك في هذه الحالة؟. الإجابة: لا قصاص على أي واحد منهما، وهذا مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة.^(٤) وهو مذهب المالكية في شريك المخطئ والمجنون، أما في باقي الحالات فيجب عندهم القصاص على الشريك.^(٥)

واستدل الجمهور لسقوط القصاص بتمكن الشبهة في فعل كل واحد منهما؛ لأنه يمتثل أن يكون فعل من لا يجب عليه القصاص لو انفرد مستقلاً في القتل؛ فيكون فعل الآخر فضلاً.^(٦)

ويظهر في هذا الاستثناء معنى الاحتياط كما يظهر في الضابط أيضاً؛ فالاختياط في الاستثناء كان في درء القصاص احتياطاً لتمكن الشبهة في الركن المادي، مما يؤثر على القصاص فيدرأ.

إن من معاني الاحتياط التي تظهر في معاقبة الموافق والممالي الاحتياط لصالح الجماعة بإيقاع العقاب بالمشارك؛ فلو لم نوقع العقاب بالمشارك ربما صار هذا المنع وسيلة إلى زيادة وقوع الجرائم استناداً من المتشاركين على عدم وجود العقاب الرادع؛ خاصة أن القفهاء قالوا: القتل بطريق التغالب والتشارك

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٦١/١.

(٢) - انظر شرح مختصر خليل: الخرشي، ١٣/٨، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٢٧/٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٤٥/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٤٠٧/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٩٠/٨.

(٣) - انظر تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١١٤/٦، والبحر الرائق: ابن نجيم، ٣٥٤/٨.

(٤) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٢٤/٢٦، بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٣٥/٧، حاشية ابن عابدين: ٥٣٥/٦، مغني المحتاج: ٢٤٦/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٤٠٧/٨، نهاية المحتاج: الرملي، ٢٧٥/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٩٣/٨، شرح الزركشي على مختصر الخرقي: ٧٨/٦.

(٥) - مختصر خليل: ص ٢٣٠، وشرحه: الشرح الكبير: الدردير، ٢٤٦/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٣٠٨/٨، شرح مختصر خليل: الخرشي، ١١/٨.

(٦) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٢٤/٢٦، بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٣٥/٧.

غالب^(١). فالعقوبة شرعت لحقن الدماء؛ فلو لم يجب عند الاشتراك لكان كل من أراد أن يقتل شخصاً استعان بآخر على قتله واتخذ ذلك ذريعة لسفك الدماء؛ لأنه صار آمناً من القصاص.^(٢)

الفرع الرابع: تجريم الاشتراك بالتسبب وظهور معنى الاحتياط فيه

المتسبب: هو الذي لم يحصل الركن المادي للجريمة بمباشرة وفعله؛ بل كان فعله سبباً مفضياً إلى الركن المادي.^(٣)

ومن صور التسبب: الاتفاق والإعانة والتحريض على الفعل الجرمي.^(٤)

ومعنى الاتفاق على الجريمة هو: التفاهم السابق على ارتكاب الجريمة بين الشريك المتسبب والشريك المباشر، واتجاه إرادتهما واتحادهما على ارتكاب الجريمة.^(٥)

ومعنى الإعانة هو: إعانة غيره على ارتكاب الجريمة، ولو لم يتفق معه على ارتكابها من قبل، ومثالها: من يرقب الطريق للقاتل أو السارق يعتبر معيناً له، ومن يستدرج المجني عليه لمحل الحادث ثم يتركه لغيره يقتله.^(٦)

ومعنى التحريض هو: إغراء المجني عليه بارتكاب الجريمة.^(٧) يظهر الاحتياط في حالة الاشتراك بالتسبب من خلال نقطتين؛ الأولى: تجريم المشترك بالتسبب، والثانية: معاقبة المشترك بالتسبب. فمتى يُجرّم الشريك بالتسبب؟.

يُجرّم الشريك بالتسبب باجتماع النقاط التالية في فعله:

- ١- أن يكون مشاركاً في فعل معاقب عليه، هو الجريمة.
- ٢- أن يباشر وسائل من شأنها أن تعين على إيجاد الركن المادي للجريمة؛ كالاتفاق والتحريض والإعانة.

٣- أن يكون قاصداً من وسائله السابقة وقوع الفعل المعاقب عليه.

٤- قيام علاقة السببية بين الاشتراك والجريمة؛ فلا يعتبر الاشتراك موجوداً أي مجزئاً إلا إذا كان بينه وبين وقوع الجريمة علاقة السببية المباشرة؛ فيجب أن يقع الركن المادي للجريمة نتيجة للاتفاق أو التحريض أو الإعانة، وإلا لا مسؤولية لعدم قيام السببية أصلاً.^(٨)

وكيف يُعاقب الشريك المباشر؟

القاعدة العامة أن الشريك المتسبب إذا اشترك في جريمة ذات عقوبة مقدرة لم يعاقب بهذه العقوبة؛ لأن العقوبة المقدرة لا تقع إلا على الشريك المباشر فقط، إلا أنه يُعزّر؛ فجريمة الاشتراك بالتسبب هي من جرائم التعازير في كل حال؛ سواء اشترك الشريك المتسبب في جريمة من جرائم الحدود والقصاص، أو

(١) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ٣٥٤/٨، وانظر قريباً منه فتح القدير: ابن الهمام، ٢٤٤/١٠.

(٢) - انظر مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٤٥/٥.

(٣) - انظر القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد الزحيلي، ٤٨٠/١.

(٤) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٦٦/١.

(٥) - انظر المرجع السابق.

(٦) - انظر المرجع السابق: ٣٦٨/١.

(٧) - انظر المرجع السابق: ٣٦٧.

(٨) - انظر المرجع السابق: ٣٧١/١.

اشترك في جريمة من جرائم التعازير.^(١) هذه القاعدة العامة في تعزير الشريك تقوم على قاعدة فقهية وهي: (إذا اجتمع المباشر والمتسبب؛ يُضاف الحكم إلى المباشر).^(٢) مع ملاحظة أن هذه القاعدة أغلبية؛ فهناك بعض الحالات التي يتساوى فيها النظر إلى المباشر والمتسبب، لكننا لن نفصل في هذه الأحوال وسنحيل إلى المظان.^(٣)

وينتج عن هذه القاعدة: أن العقوبة المحددة لكل جريمة هي التي تُضاف إلى المباشر حال الاجتماع مع المتسبب؛ فإن كانت العقوبة حداً أو قصاصاً فإنها تُضاف إلى المباشر، ولكن هذا لا يعني أن يُترك المتسبب دون عقوبة رادعة؛ من أجل ذلك كانت عقوبته التعزير في كل الأحوال؛ لأن التعزير يثبت عقوبةً حال سقوط الحد، وذلك حسب القاعدة العامة في التعزير التي تقول: يعاقب الجاني بالعقوبة المحددة له؛ فإن لم يكن لفعله عقوبة مقدرة فيُصار إلى التعزير كلما كان الفعل معصية، وهذه القاعدة تؤخذ من تعريف التعزير، وكونه مشروعاً في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة.^(٤)

ويقول ابن نجيم: (الحاصل أن كل من ارتكب معصية ليس فيها حد مقدر... فإنه يجب التعزير).^(٥)

والشريك المتسبب في وقوع الجريمة يُعتبر فعله معصية وهذا ما ذكرناه في شروط التجريم، وإلا لم يكن متسبباً أصلاً.

ما ذكرناه هو القاعدة العامة في عقوبة الشريك بالتسبب عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، وإن اختلفوا في بعض تفاصيل تجريم الإعانة والاتفاق والتحريض، إلا أن ما ذكرناه هو الحكم العام عندهم.^(٦)

أما الإمام مالك: فقد انتهج منهجاً آخر في معاقبة الشريك المتسبب في جرائم الاعتداء على النفس وما دون النفس.^(٧) فقد اعتبر المتسبب كالمباشر؛ فمن اتفق مع آخر على ارتكاب جريمة وحضر أثناء ارتكابها يُعتبر شريكاً مباشراً لا شريكاً متسبباً، وهذه نظرية مالك في الشريك المتسبب على الإطلاق؛ سواء كانت وسيلة التسبب الاتفاق أو التحريض أو الإعانة، ولكن بشروط هي:

(١) - انظر المرجع السابق: ٣٥٨/١-٣٥٩.

(٢) - انظر الفروق: القرافي، ٢٠٦/٢، المنثور في القواعد الفقهية: بدر الدين الزركشي، ١٣٦/١، التحبير شرح التحرير: المرداوي، ١٠٦٣/٣، غمز عيون البصائر: شهاب الدين الحموي، ٤٦٦/١.

(٣) - انظر التفاصيل في: الفروق: القرافي، ٢٠٦/٢، المنثور في القواعد الفقهية: بدر الدين الزركشي، ١٣٦/١، القواعد: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، ٧٩٥هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ب.، ص ٢٠٥.

(٤) - انظر روضة الطالبين: النووي، ١٧٤/١٠، بدائع الصنائع: الكاساني، ٦٦/٧، الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٤٥، ص ٣٤٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٢٥/٩، وانظر أيضاً التشريع الجنائي: عودة، ٦٦٥/٢.

(٥) - البحر الرائق: ابن نجيم، ٤٦/٥.

(٦) - انظر تفاصيل هذا في: المبسوط: السرخسي، ٧٢/٢٤، البحر الرائق: ابن نجيم، ٣٩٣/٨، حاشية ابن عابدين: ٥٤١/٦، ٥٤١/٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٢٠/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٨٦/٨، نهاية المحتاج: الرملي، ٢٥٧/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٦٤/٨، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ١٧٢/٤، مع شرحه كشاف القناع: البهوتي، ٥١٩/٥.

(٧) - انظر التلقين في الفقه المالكي: أبو محمد الثعلبي، ١٨٤/٢، الشرح الكبير: الدردير، ٢٤٥/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٣٠٦/٨، حاشية الصاوي: ٣٤٤/٤، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٢٥/٩.

- ١ - أن يكون الشريك بالتسبب حاضراً عند تنفيذ الجريمة الواقعة على النفس أو ما دون النفس.
- ٢ - وكان بحيث إذا لم ينفذها غيره نفذها هو، أو كان على الأقل ليشترك مع غيره في تنفيذها بصورة مباشرة.^(١)

ويمكن أن يُستدل للجمهور: بأن عدم المباشرة شبهة تمنع إيقاع العقوبة الأصلية على المتسبب.

ثم إن الشريك المتسبب أيا كان الحال أخف جرماً وأقل خطراً من مباشر الجريمة، ومن ثم لم تستو عقوبتهما.^(٢)

ويمكن أن يُستدل لمالك: بأن فرض عقوبة المباشر على المتسبب سدٌ لذريعة القتل، ومن أجل تحقيق معنى الزجر عن الاشتراك في القتل، ومن هنا يظهر مسلك الاحتياط عند مالك؛ فلو لم نعاقب المشترك بالعقوبة الرادعة التي تماثل عقوبة المباشر لأدى ذلك إلى انفتاح باب الجريمة، وانسداد باب العقوبة، وهذا قبيح؛ ولهذا ألحق التسبب بالمباشرة.^(٣) وللجمهور الرد أن في العقوبة التعزيرية ردعٌ وزجرٌ كافٍ؛ فلا نتجاوزها إلى ما هو أعلى منها لوجود شبهة عدم المباشرة. ويظهر أن مذهب الجمهور هو الراجح في المسألة؛ فالاحتياط لصالح المجتمع يكفي بفرض عقوبة التعزير؛ ولا حاجة في الردع والزجر إلى ما ذهب إليه مالك.

وفي نهاية هذا الفرع نطرح سؤالاً وهو: هل يكون الاشتراك بعمل سلمي؟، كالإعانة مثلاً؟.

وصورة ذلك: من رأى جماعة يسرقون منزلاً فسكت، أو رآهم يقتلون آخر فلم يمنعهم عنه؟.^(٤)

هل هذا يعتبر تسبباً واشتراكاً في الجريمة؟.

الإجابة هي: ذهب أغلب الحنابلة إلى أن ليس في هذه الحالات وأمثالها إعانة لمن باشر الجريمة؛ ولا تجب عليه بالتالي عقوبة الشريك المتسبب؛ فتسقط عنه العقوبة بالكلية.^(٥) وعللوا ذلك فقالوا: (لأن السكوت وإن أمكن اعتباره عوناً من الناحية الأدبية إلا أنه لا يمكن اعتباره اشتراكاً بالتسبب وإعانةً على الجريمة من الناحية الشرعية؛ إذ الإعانة المعاقب عليها تقتضي التفاهم بين المعين والمباشر، كما تقتضي أن يقصد الشريك من إعانته حدوث الجريمة، وأن تؤدي الإعانة إلى حدوثها).^(٦)

وذهب الحنابلة في قولٍ إلى التفريق بين القادر على منع الجريمة وبين من لا يقدر على منعها؛ فالقادر على المنع مسؤول ويأخذ حكم الشريك المتسبب، وغير القادر على المنع لا يعتبر مسؤولاً.^(٧)

استثناء من ضابط تجريم الشريك بالتسبب:

(١) - انظر مراجع المالكية السابقة.

(٢) - انظر مراجع الجمهور السابقة، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٧٣/١.

(٣) - انظر مراجع المالكية السابقة.

(٤) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٧١/١.

(٥) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٣٣/٨، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ٢٠٥/٤.

(٦) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٧٢/١.

(٧) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٣٣/٨، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ٢٠٥/٤.

كما يُستثنى الشريك المباشر لمن لم لا يجب عليه القصاص من عقوبة القصاص فكذا ها هنا.^(١)

المطلب الثالث: ضوابط الأخذ بالاحتياط في الركن الأدبي للجريمة

ستكلم في هذا المطلب بصورة عامة، ولن ندخل في تفاصيل أقوال الفقهاء في كل جريمة بصورة منفصلة، وسنكتفي بالقواعد العامة التي أقرها عند الحديث في كل فرع.

أولاً: معنى الركن الأدبي وحدود البحث فيه

يُقصد بالركن الأدبي: أن يكون الجاني مكلفاً أي مسؤولاً عن الجريمة.^(٢) فالحديث عن الركن الأدبي يعني الحديث عن المسؤولية الجنائية؛ سواء كان ذلك من حيث ثبوتها على المكلف، أو من حيث سقوطها عنه، وسيدرس في هذا المطلب الحديث عن ضوابط الاحتياط في كلتا الناحيتين.

معنى المسؤولية الجنائية: أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختاراً، وهو مدركٌ لمعانيها ونتائجها.^(٣) ومن هذا المعنى تنبثق أهم ضوابط الاحتياط في التجريم في الركن الأدبي، والتي ستأتي في الفقرات القادمة. ويظهر المعنى الاحتياطي في المسؤولية الجنائية من خلال حصر التجريم في حالات معينة؛ يظهر فيها استحقاق الجاني للعقوبة على الجريمة التي ارتكبها، أو من خلال إسقاط التجريم عنه احتياطاً لعدم توافر عناصر المسؤولية الجنائية في فعله.

وضوابط الأخذ بالاحتياط في هذا الباب هي:

ثانياً: ضابط: تجريم العاصي البالغ المختار

الفرع الأول: معنى الضابط وظهور معنى الاحتياط فيه

المسؤولية الجنائية هي: أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختاراً، وهو مدركٌ لمعانيها ونتائجها.^(٤) هذا يقود إلى أن المسؤولية الجنائية تقوم على ثلاثة أسس؛ لا بدّ من توافرها حتى نحكم بتجريم الفاعل احتياطاً لتحقيق مقاصد العقوبة في الشريعة الإسلامية، وهذه الأسس هي:

١- أن يأتي الإنسان فعلاً محرماً.

٢- أن يكون الفاعل مختاراً.

٣- أن يكون الفاعل مدركاً لما يفعل.^(٥)

إن اشتراط هذه الشروط لتجريم الفاعل تقوم على فكرة الاحتياط التي تهدف هنا إلى حماية الأبرياء من التجريم دون مبرر شرعي معتبر. وقد عرفنا معنى الأساس الأول في المطلب السابق، ونقصد به هنا:

(١) - راجع مراجع الاستثناء في الفرع السابق، ص ٣٦٨.

(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١١١/١.

(٣) - انظر المرجع السابق: ٣٩٢/١.

(٤) - انظر المرجع السابق.

(٥) - انظر المرجع السابق.

أن يقصد الإنسان الفعل المحرم، وهذا القصد قلبي لا يمكن الاطلاع عليه، والاختيار والإدراك علامتان عليه، وهما ما ستدرسه السطور التالية.

يُقصد بالإدراك: ما ذكره الأمدي: وهو ما يقوم على نقطتين:

١- الأولى فهم أصل الخطاب.

٢- والثانية فهم التفاصيل التي تقود إلى الامتثال من كونه أمراً ونهياً، ومقتضياً للثواب والعقاب، ومن كون الأمر به هو الله تعالى، وأنه واجب الطاعة.^(١)

وهذان المعنيان لا يتوفران في المجنون والصبي غير المميز.

أما الصبي المميز وإن كان يفهم ما لا يفهمه غير المميز؛ غير أنه أيضاً غير فاهم على الكمال ما يعرفه كامل العقل مما يتوقف عليه مقصود التكليف.^(٢)

ويُقصد بالاختيار أن لا يكون الجاني مكرهاً بحيث يخرج بالإكراه إلى حد الاضطرار، وتصير نسبة ما يصدر عنه من الفعل إليه نسبة حركة المرتعش إليه؛ فيصير الإكراه في هذه الحالة معدماً للرضا ومفسداً للاختيار، وأما إن لم ينته إلى حد الاضطرار فهو مختار، وتكليفه جائز عقلاً وشرعاً.^(٣)

والإكراه هو: فعلٌ يفعل المرء بغيره؛ فينتفي به رضاه، أو يفسد به اختياره.^(٤)

هذا وللإكراه شروط وأنواع، تراجع في مظانها الفقهية التي ذكرناها في الحاشيتين السابقتين، كالإكراه الملجئ وغير الملجئ، ونحن إذ نطرح فكرة الإكراه هنا فنقصد الإكراه الملجئ، وهذا النوع يؤثر في التجريم بصورة عامة فيبيح الإكراه الفعل؛ فلا يعتبر جريمة، وهذا الحكم عام في كل الجرائم؛ عدا جرائم القتل أو ضرب عضو أو قطع طرف، وهذا باتفاق علماء المذاهب الأربعة، وإن اختلفوا في مسائل وتفاصيل أخرى.^(٥)

فالمسؤولية الجنائية لا تقع إلا على مختار مدرك؛ ويخرج بهذا الضابط المكره والمجنون والصبي سواء كان مميزاً أو غير مميز؛ فلا مسؤولية جنائية على هؤلاء احتياطاً لأسس التكليف العامة.

ويظهر المعنى الاحتياطي من خلال إثبات المسؤولية على المختار المدرك، وعدم إثباتها على غيرهما؛ احتياطاً لأصل التكليف ولأصل براء الذمة، ومن هنا ننتقل إلى أسس هذا الضابط.

الفرع الثاني: أسس هذا الضابط وأدلته

(١) - انظر الإحكام في أصول الأحكام: الأمدي، ١٥٠/١.

(٢) - انظر المرجع السابق.

(٣) - انظر كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٣٨٤/٤، بدائع الصنائع: الكاساني، ١٧٨/٧، وانظر أيضاً التشريع الجنائي: عودة، ٣٨٩/١.

(٤) - انظر تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١٨١/٥، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٣٣/٩.

(٥) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ١٧٩/٧، حاشية ابن عابدين: ١٣٦/٦، الشرح الصغير على أقرب المسالك: سيدي أحمد بن محمد العدوي الدردير أبو البركات، ١٢٠١هـ، دار المعارف، القاهرة، د. ط، د. ت، ٥٤٩/٢، مختصر خليل: ص ١١٥، وشرحه: شرح مختصر خليل: الخرشي، ٣٦/٤، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: زكريا الأنصاري، ٢٤٩/٤، حاشية القليوبي: ١٩٦/٢، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٦٦/٨، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٢١٨/٧، وسيأتي حكم القصاص في نهاية هذا الضابط.

في جانب الإدراك: يقوم الاحتياط بتجريم المدرك الفاهم لأصل الخطاب، وعدم تجريم غير المدرك على ما اتفق عليه الفقهاء والعقلاء من أن المسؤولية والتكليف بصورة عامة لا يكون إلا على مدرك فاهمٍ للتكليف، وإن لم يكن كذلك فيكون تكليفه من المحال.

وفي ذلك نقل عبارة الآمدي: (اتفق العقلاء على أن شرط المكلف أن يكون عاقلاً فاهماً للتكليف؛ لأن التكليف وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال كالجماجم والبهيمة... كالجنون والصبي الذي لا يميز، فهو بالنظر إلى فهم التفاصيل كالجماجم والبهيمة؛ بالنظر إلى فهم أصل الخطاب، ويتعذر تكليفه أيضاً إلا على رأي من يجوز التكليف بما لا يطاق؛ لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب، فهو متوقف على فهم تفاصيله).^(١)

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن مناط التكليف في الإنسان هو البلوغ عاقلاً وليس التمييز، وأن الصبي المميز لا يجب عليه شيء من الواجبات ولا يعاقب بترك شيء منها، أو بفعل شيء من المحرمات في الآخرة.^(٢) واستدلوا بقول النبي ﷺ: "رفع القلم عن ثلاثة؛ عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل".^(٣)

وفي جانب الاختيار: يقوم الاحتياط بتجريم المختار، وعدم تجريم المكره على أساس عدم وقوع التكليف بما لا يُطاق. فإذا وصل بالإكراه إلى حد الاضطرار، وصار نسبة ما يصدر عنه من الفعل إليه نسبة حركة المرتعش إليه، كان تكليفه به غير جائز.^(٤)

ودليل ذلك حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه".^(٥) فمن أجل الاحتياط لهذه الأصول كان شرط الإدراك والاختيار لتجريم الجاني من الشروط الاحتياطية.

الفرع الثالث: استثناءات من هذا الضابط:

الاستثناء الأول: تعزيز الصبي المميز

(١) - الإحكام في أصول الأحكام: الآمدي، ١٥٠/١-١٥١، وانظر مسألة التكليف بما لا يُطاق في المستصفي: الغزالي، ص ٧٠، المحصول: فخر الدين الرازي، ٢١٩/٢، الإحكام: ١٣٥/١، كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ١٩١/١، البحر المحيط في أصول الفقه: الزركشي، ٥٣/٢. والمختار وهو قول الأشعرية فيها أنه يمكن التكليف عقلاً وعدم الوقوع شرعاً.

(٢) - انظر الاختيار لتعليل المختار: مجد الدين أبو الفضل، ٩٢/٣، فتح القدير: ابن الهمام، ٤٨٧/٣، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٤١٣/١، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٣٧٢/٥، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣١٣/١، حاشية القليوبي: ١٣٩/١، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٠/٦.

(٣) - سنن أبي داود: كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً، ١٤١/٤، سنن الترمذي: أبواب الحدود، ٣٢/٤، وصحح الحديث ابن معين وغيره. انظر نصب الراية: أبو محمد الزيلعي، ٣٣٣/٢.

(٤) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٨٩/١.

(٥) - سنن ابن ماجه: كتاب الطلاق، طلاق المعتوه والصغير والنائم، ٦٥٩/١، والحديث صحيح. انظر نصب الراية: أبو محمد محمد الزيلعي، ٦٤/٢.

إن العقوبة لا يستحقها إلا من كان مدركاً مختاراً من المكلفين؛ فإذا لم يكن المكلف مدركاً أو مختاراً فلا مسؤولية عليه وبالتالي لا عقاب، ولكن هذا لا يمنع الجماعة من أن تحمي نفسها من الشخص غير المسؤول بالوسيلة الملائمة لحاله وحال الجماعة، ولو كانت هذه الوسيلة عقوبة ما دامت تلائم حال المعاقب.^(١)

ومن ذلك تجويز جمهور العلماء تعزيز الصبي؛ بناءً على أن العقوبة التعزيرية فيها معنى التأديب، ويقول

في ذلك الكاساني: (الصبي العاقل... يُعزَّر تأديباً؛ لا عقوبة؛ لأنه من أهل التأديب... وذلك بطريق التأديب والتهديب لا بطريق العقوبة).^(٢)

نستفيد من هذا الكلام أن الجرم يمكن أن يُنسب إلى الصبي المميز إن كان جرمًا تعزيراً، ثم يعاقب على هذا الجرم، وإن سمي الفقهاء هذه العقوبة تأديباً.^(٣)

الاستثناء الثاني: تجريم المكره على القتل أو قطع الأطراف

ذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الإكراه على القتل أو الاعتداء على الأطراف حتى لو كان ملجئاً؛ فلا يُعَدُّ المسؤولية الجنائية، وإن اختلفوا في العقاب بعد ذلك، إلا أنهم متفقون على تجريم المكره على القتل.^(٤)

ثالثاً: ضابط: شخصية التجريم

معنى الضابط ومستنده وظهور الاحتياط فيه

(من القواعد الأولية في الشريعة الإسلامية أن المسؤولية الجنائية شخصية؛ فلا يُسأل عن الجرم إلا فاعله، ولا يؤخذ امرؤُ بجريمة غيره؛ مهما كانت درجة القرابة).^(٥)

ومستند هذا الضابط مجموعة من النصوص التي تؤكد فكرة شخصية المسؤولية ومنها:

١- قوله تعالى: (وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا) [الأنعام: ١٦٤].

٢- وقوله تعالى: (وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى) [الأنعام: ١٦٤] [الإسراء: ١٥] [فاطر: ١٨]

[الزمر: ٧].

٣- وقوله تعالى: (وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى) [النجم: ٣٩].

(١) - التشريع الجنائي: عودة، ٣٨٩/١.

(٢) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٦٤/٧، الاختيار لتعليل المختار: مجد الدين أبو الفضل، ٨٧/٤، حاشية ابن عابدين: ٦٠/٤، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٢٧٠/٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٦١/٥، نهاية المحتاج: الرملي، ٢٢/٨، المبدع في شرح المقنع: ابن مفلح المقدسي، ٢٨٢/٧، كشف القناع: البهوتي، ١٢٢/٦.

(٣) - انظر المراجع السابقة.

(٤) - انظر الهداية: المرغيناني، ٢٧٤/٣، وشرحه فتح القدير: ابن الهمام، ٢٣٩/٩، مختصر خليل: ص ١١٥، وشرحه: شرح مختصر خليل: الخرشي، ٣٦/٤، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: زكريا الأنصاري، ٢٤٩/٤، حاشية القليوبي: ١٩٦/٢، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٦٦/٨، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٢١٨/٧.

(٥) - التشريع الجنائي: عودة، ٣٩٤/١.

٤- وقوله تعالى: (مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا) [فصلت: ٤٦].

٥- وبقوله ﷺ: "لا يُؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه".^(١)

بناءً على هذا الضابط سار الفقهاء في منع أن يُعاقب غير الجاني؛ لدرجة أن الحنابلة منعوا من الكفالة ببدن من عليه حد لله؛ كحد الزنا، أو ببدن من عليه حد لآدمي؛ كحد القذف، أو ببدن من عليه القصاص، وعللوا هذا بأن هذه الكفالة لا تصح؛ لأنها تؤدي في حال تحلّف الجاني عن الحضور إلى معاقبة غير الجاني، واستيفاء العقاب من غير الجاني لا يجوز.^(٢)

ويظهر معنى الاحتياط في هذا الضابط في حماية غير الجاني من الضرر الذي يترتب على العقاب على أمرٍ لم يفعله؛ حيث إن العقوبة في أصلها ضرر ينزل بالجاني، ولا يجوز لهذا الضرر أن يتجاوز الجاني؛ فالعقوبة وضعها الشارع لزجر وإيلاء الجاني؛ وقد علمنا أن من شروط الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي ألا يؤدي العمل به إلى ضرر؛ ويدخل في هذا المنع عدم تجويز أن يتعدى الضرر الحاصل بالعقاب إلى غير الجاني.

ويظهر معنى الاحتياط في هذا الضابط أيضاً في الحفاظ على مبدأ العدالة الذي يعتبر من أهم مقاصد الاحتياط في الفقه الجنائي، وقد مرّ هذا في المبحث الثالث من الفصل الثالث.

رابعاً: ضوابط رفع المسؤولية الجنائية

مرّ أن الركن الأدبي يتناول في الدراسة والبحث جانبي ثبوت المسؤولية الجنائية ورفعها. ومرّ أن المسؤولية الجنائية -بمعنى التجريم- تقوم على أسس ثلاثة، وهي: الفعل المحرم، والاختيار، والإدراك. فإذا اجتمعت تحقّق التجريم، وإذا انتفى واحدٌ منها تُرفع المسؤولية الجنائية عن الفاعل. إن طلب توفّر هذه الشروط للتجريم يقوم على الاحتياط لحماية الأبرياء من التجريم دون مبرر شرعي؛ فيكون رفع المسؤولية عن الفاعل حال اختلال أحد هذه الشروط تحقيقاً لهذا الاحتياط أيضاً. وفيما يلي بعض الضوابط بصورة مختصرة؛ تلك التي يظهر فيها معنى الاحتياط في رفع المسؤولية عن الفاعل.

ملاحظة: سبق وأن مرّت مسألة رفع المسؤولية الجنائية عن المجنون والصغير والمكره في ضابط تجريم البالغ والمختار؛ فلا حاجة للتكرار هنا.

الفرع الأول: ضابط رفع التجريم بسبب الجهل والنسيان

أ. رفع التجريم بسبب الجهل وظهور معنى الاحتياط فيه

(١) - السنن الصغرى: النسائي، كتاب تحريم الدم، تحريم القتل، ١٢٧/٧، ورجال الحديث رجال الصحيح. انظر مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، ٨٠٧هـ، مكتبة القدسي، القاهرة، دط، ١٩٩٤م، تحقيق: حسام الدين القدسي، ٢٨٣/٦.

(٢) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤١٥-٤١٦هـ، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٩٩/٥، شرح منتهى الإرادات: البهوتي، ١٣١/٢.

من المبادئ الأولية في الشريعة الإسلامية أن الجاني لا يؤاخذ على الفعل المحرم إلا إذا كان عالماً علماً تاماً بتحريمه؛ فإذا جهل التحريم ارتفعت عنه المسؤولية.^(١) إن أساس الاحتياط حال الجهل هو وجود الشبهة الحاصلة بسببه، والتي تؤدي إلى رفع التحريم عن الجاهل وفق شروط وأحوال معينة مرت في أسباب ودوافع الاحتياط في الفقه الجنائي في المبحث الأول من الفصل الثالث؛ فلا داعي للتكرار هنا.

ونكتفي ببيان القاعدة العامة ومراجعتها الفقهية في رفع المسؤولية عن الجاهل: يُمنع من مؤاخذه من يجهل التحريم حتى يصبح العلم ميسراً له؛ فيكفي في العلم بالتحريم إمكانه؛ فمتى بلغ الإنسان عقلاً وكان ميسراً له أن يعلم ما حرم عليه؛ إما برجوعه للنصوص الموجبة للتحريم، وإما بسؤال أهل الذكر، اعتبر عالماً بالأفعال المحرمة، ولم يكن له أن يعتذر بالجهل أو يحتاج بعدم العلم، ولهذا يقول الفقهاء:

"لا يُقبل في دار الإسلام العذرُ بجهل الأحكام"^(٢)، ويعتبر المكلف عالماً بالأحكام بإمكان العلم لا بتحقيق العلم فعلاً، ومن ثم يعتبر النصّ المحرم معلوماً للكافة، ولو أن أغلبهم لم يطلع عليه أو يعلم عنه شيئاً، ما دام العلم به كان ممكناً لهم؛ ولم تشترط الشريعة تحقق العلم فعلاً؛ لأن ذلك يؤدي إلى الحرج ويفتح باب الادعاء بالجهل على مصراعيه ويعطل تنفيذ النصوص، وهنا يظهر الاحتياط لصالح حماية تشريع العقاب من عبث مدعي الجهل، وبناءً على هذا يرى الفقهاء قبول الاحتجاج بجهل الأحكام ممن عاش في بادية لا يختلط بمسلمين، أو ممن أسلم حديثاً ولم يكن مقيماً بين المسلمين، ورفع المسؤولية الجنائية عنهم، ونكتفي بهذا القدر.^(٣)

ب. رفع التحريم بسبب النسيان وظهور معنى الاحتياط فيه

معنى النسيان وخلاف العلماء في رفع التحريم به

النسيان هو ضد الذكر.^(٤) وهو في الاصطلاح: ترك الإنسان ضبط ما استودع-أي في ذاكرته-؛ إما لضعف قلبه، وإما عن غفلة، وإما عن قصد؛ حتى ينحذف عن القلب ذكره.^(٥) أو هو: عدم تذكر الشيء وقت حاجته إليه.^(٦) وفي أصل عدم المؤاخذه بالنسيان نجد قوله تعالى:

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٤٣٠/١.

(٢) - انظر الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ٢٠٠، الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٢٦١.

(٣) - انظر تفاصيل هذا في: انظر تيسير التحرير: أمير بادشاه، ٢٢٣/٤، الفروق: القرافي، ١٤٩/٢-١٥٠، قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر السمعاني، ٣٨٥/٢، الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ٢٠٠، الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٢٦١، وشرحه غمز عيون البصائر: شهاب الدين الحموي، ٣٠٠/٣، كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٣٤٦/٤، وانظر المراجع الفقهية: حاشية ابن عابدين: ١٠/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٢/٨، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٤/٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٨-٥٧/٩، العقوبة: أبو زهرة، ص ١٩٤-١٩٥، التشريع الجنائي: عودة، ٤٣٠/١-٤٣١.

(٤) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٣٢٢/١٥، مختار الصحاح: أبو عبد الله الرزاي، ص ٣١٠.

(٥) - انظر المفردات في غريب القرآن: الراغب الأصفهاني، ص ٨٠٣.

(٦) - الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٢٥٩.

(رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا) [البقرة: ٢٨٦]. وقوله ﷺ: "إن الله وضع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه".^(١) اتفق الفقهاء على أن النسيان يرفع المؤاخظة؛ بناء على هذا النص، ولكنهم اختلفوا في طبيعة المؤاخظة المرفوعة، هل هي مؤاخظة الدنيا أو مؤاخظة الآخرة؟.

واختلفوا أيضاً في محل الفعل الذي ترتفع المؤاخظة عليه بالنسيان.

وما يهمننا هو خلافهم في مسألة التجريم، فهل يُرفع التجريم بالنسيان؟.

لقد ذهب فريق من العلماء إلى أن النسيان عذر عام في العبادات والعقوبات، وأن القاعدة العامة في الشريعة أن من فعل محظوراً ناسياً؛ فلا إثم عليه ولا عقاب، لكن الناسي إذا أعفي من المسؤولية الجنائية؛

لا يعفى من المسؤولية المدنية؛ إذا تعلقت الجنائية بحق من حقوق العباد؛ لأن الأموال والدماء معصومة، والأعذار الشرعية لا تتنافى مع عصمة المحل؛ فيُطلب منه التعويض عما يتلفه بالضمان؛ لأن حقوق العباد محترمة لحاجتهم، ولأن الضمان من الجوابر، والجوابر لا تسقط بالنسيان، وكذلك الحكم إذا جنى جناية على النفس أو على ما دون النفس ناسياً، وهي مما يستوجب المال فتجب الدية.^(٢)

ويرى فريق آخر أن النسيان عذر بالنسبة للمؤاخظة في الآخرة؛ لأن العقوبة الأخروية تقوم على القصد، ولا قصد للناسي، أما بالنسبة لأحكام الدنيا فلا يعتبر النسيان عذراً معفياً من العقوبة الدنيوية.^(٣)

ويمكن اختيار قول الفريق الثاني لأن (نسيان الفعل المحرم نادر في ذاته؛ ولأن الجريمة التي تُنسى يجب أن يندفع إليها الناسي بدوافع طبيعية كما يجب أن لا يكون هناك ما يذكره بالتحريم، ويمكننا أن نتصور من أسلم حديثاً يعطش فيشرب الخمر ناسياً، ومن طلق امرأته طلاقاً بائناً يأتيها وهي في العدة ناسياً).^(٤)

أما أن ينسى الإنسان الفعل المحرم في الأحوال العادية فهذا أمرٌ مستبعدٌ غالباً؛ فلا يصلح أن يحتج بالنسيان للتهرب من العقاب. وطالما أن الأصل هو عدم النسيان فلا يكفي ادعاء المكلف النسيان كي يرتفع عنه التحريم؛ فلا بد أن يؤيد هذه الدعوى ببينة عند من اعتبره رافعاً للمسؤولية.^(٥)

(١) - سنن ابن ماجه: كتاب الطلاق، طلاق المعتوه والصغير والنائم، ٦٥٩/١، والحديث صحيح. انظر نصب الرأية: أبو محمد الزيلعي، ٦٤/٢.

(٢) - انظر قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ٤/٢، كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٢٧٦/٤، المنتور في القواعد الفقهية: بدر الدين الزركشي، ٢٧٤/٣، الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ١٩٢، الإحكام في أصول الأحكام: ابن حزم، ١٤٩/٥-١٥٠، إعلام الموقعين عن رب العالمين: ٦٣/٤-٦٤-٦٥، المنتور في القواعد الفقهية: بدر الدين الزركشي، ٢٧٢/٣، الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٢٦٠، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ٤٣٩/١، لم أجد في المراجع الفقهية في المذاهب الأربعة من تحدث عن هذا الخلاف، وإنما اقتصر الحديث عن النسيان في التجريم في كتب أصول الفقه وكتب القواعد الفقهية.

(٣) - انظر المراجع السابقة، هكذا ورد الحديث عن النسيان في هذه المراجع دون بيان تفاصيل القائلين من كل فريق.

(٤) - التشريع الجنائي: عودة، ٤٣٩/١.

(٥) - انظر الإحكام في أصول الأحكام: الأمدي، ٧٧/١.

ظهور معنى الاحتياط في رفع التجريم بسبب النسيان

يظهر معنى الاحتياط في رفع التجريم بسبب النسيان عند من قال به من خلال المحافظة على مقاصد الاحتياط في ترك العقوبة في مواضع الشبهة؛ فارتكاب الفاعل الجرم مع النسيان يورث شبهة في قصده، وهذا ما دفع قسماً من العلماء إلى رفع التجريم عنه احتياطاً لوجود هذه الشبهة. ويظهر معنى الاحتياط أيضاً في تجريم الناسي في الدنيا لأن الأصل عدم نسيان الفعل المحرم؛ واحتياطاً من تهرب الجاني من العقوبة بحجة النسيان.

الفرع الثاني: ضابط رفع التجريم حال رضا المجني عليه

معنى رضا المجني عليه

يطلق الرضا في اللغة ويراد منه معنى ضد السخط.^(١)

والرضا فعلٌ من أفعال القلوب.^(٢)

والرضا في الفقه الجنائي: يكون بمعنى الإذن السابق؛ أي أن يأذن المجني عليه للجاني بالاعتداء عليه، وهذا المعنى يحتمله الإطلاق اللغوي، فالإذن بالأمر مظهرٌ من مظاهر عدم السخط عليه؛ بشرط عدم وجود الإكراه، ويكون أيضاً بمعنى الرضا اللاحق في جرائم النفس وما دو ١.

وقد اعتمدنا هذا بناءً على دراسة الفروع الفقهية المتعلقة بمسألة البحث؛ حيث درس الفقهاء المسألة وفق هذه الصورة.^(٣)

مواضع رفع التجريم بسبب رضا المجني عليه

الأصل أن رضا المجني عليه بالجريمة وإذنه فيها لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على المسؤولية الجنائية^(٤)، إلا في موضعين، وهما السرقة التي تعتبر من جرائم الحدود، والغصب الذي يعتبر من الجرائم التي تجب لها عقوبة تعزيرية؛ فإن رضا المجني عليه فيهما يرفع المسؤولية الجنائية عن الآخذ عند الفقهاء؛ لأن السرقة أو الغصب يأخذ الجاني فيهما مال غيره بغير إذنه، فإذا حصل إذن الغير انعدم التجريم.^(٥)

وقد يُطرح إشكالٌ في رضا المجني عليه في القتل أو الجرح، ونص الإشكال هو:

أن بعض الفقهاء ومنهم الحنابلة في المعتمد وفي قولٍ عند المالكية وقولٍ عند الشافعية ذهبوا إلى أن القصاص يسقط عن الجاني وكذا الدية في حال رضا المجني عليه، وهذا يعني أن المسؤولية الجنائية تُرفع عن

(١) - انظر المحكم والمحيط الأعظم: أبو الحسن المرسي، أبو الحسن المرسي، ٢٤٣/٨، مادة (رضو).

(٢) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٣٢٣/١٤، مادة (رضي).

(٣) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٤٨/٧، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ١١/٤.

(٤) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٤٨/٧، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ١٠/٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٠/٤، كشف القناع: البهوتي، ٥٤٦/٥.

(٥) - الغصب هو: أخذ مال منقوم محترم بغير إذن المالك على سبيل المجاهرة، وعلى وجه يزيل يده أو يقصر يده. انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣١٥/٩، وانظر في سقوط العقاب حال رضا المجني عليه في السرقة والغصب: انظر الهداية: المرغيناني، ٣٦٧/٢، تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢١٤/٣، ١١٨/٦، حاشية ابن عابدين: ٦٨٤/٥، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٩٩/٨، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٢٩٢/٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٤٧/١، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٢٩/٩، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٤٢/٩، كشف القناع: البهوتي، ١٤٢/٦.

الجاني في غير السرقة والغصب؛ فلماذا قصرت في السطور السابقة الاستثناءات على السرقة والغصب فقط؟. والجواب على هذا هو: أنه عند هؤلاء الفقهاء يسقط القصاص والدية لوجود الشبهة؛ لكن يجب التعزير، وهذا يدل على أن المسؤولية الجنائية لم تُرفع، بدليل فرض التعزير؛ ولأن الفقهاء قد اتفقوا على أن رضا المجني عليه لا يؤثر في إباحة فعل القتل؛ فيبقى فعل القتل محرماً، وهذا يعني أن التجريم باقٍ.^(١) لذا فإن الرضا في جرائم النفس وما دون النفس يؤثر في الحقيقة في إسقاط العقاب، لا في إسقاط المسؤولية الجنائية، وسنقوم بإرجاء دراسة أثر هذا الضابط إلى مبحث العقوبة القادم.^(٢)

ظهور معنى الاحتياط في رفع التجريم حال رضا المجني عليه في السرقة والغصب

إن الرضا في هاتين الجريمتين يهدم ركنين من أركان السرقة والغصب، وهما الركن الشرعي والركن الأدبي؛ فيكون الاحتياط في رفع التجريم حاصلًا بسبب انتفاء ركنين من أركان الجريمة مما يعني أن الفاعل بريء من التجريم، فيكون الاحتياط لصالح هذه البراءة ولحماية الفاعل من العقوبة على أمرٍ مباح؛ إذ إن انتفاء الركن الشرعي يعني أن الفعل مباح؛ حيث إن المجني عليه في حالتي السرقة والغصب لما رضي بأخذ ماله يكون قد أباحه للفاعل فلا يكون أخذه معصية؛ بل يكون فعلاً مباحاً. ثم بالرضا ينعدم الركن الأدبي؛ إذ إن الآخذ لا يكون قد قصد من الآخذ السرقة أو الغصب إنما يكون قد أخذ بناءً على إباحة صاحب المال الآخذ له؛ فينعدم القصد الجرمي، وبالتالي ينعدم الركن الأدبي. وبذا يكون الآخذ بريئاً فيُحتاط لبراءته برفع التجريم عنه.

الفرع الثالث: ضابط رفع التجريم في حالة الدفاع الشرعي الخاص

معنى الدفاع الشرعي الخاص

هي مسألة دفع الصائل.^(٣)

الصَّيَالُ فِي اللُّغَةِ: الإقدام بجرأة وقوة، والاستطالة على الغير.^(٤)

وفي الاصطلاح: الصَّيَالُ الاستطالة، والثوب على الغير بغير حق.^(٥)

(١) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، الكاساني، ٢٤٨/٧، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ١٠/٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٠/٤، كشف القناع: البهوتي، ٥٤٦/٥.

(٢) - انظر الإنصاف للمرداوي: ١٠/١٠، التاج والإكليل: العبدري، ٢٣٥/٦، انظر نهاية المحتاج: الرملي، الرملي، ٣١١/٧.

(٣) - وسكتفي ببيان معنى الصيال، ولن ندخل في تفاصيل هذه المسألة، إنما سنظهر المعنى الاحتياطي في رفع المسؤولية الجنائية عن الموصول عليه فقط، وانظر مظان المسألة فيما يلي: انظر النية شرح الهداية: المرغيناني، العيني، ١٠٧/١٣، حاشية ابن عابدين: ٥٤٦/٦، مختصر خليل: ص ٢٤٦، وشروحه: الشرح الكبير: الدردير، ٣٥٧/٤، شرح مختصر خليل: الخرش، ١١٢/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٣٢٣/٦، روضة الطالبين: النووي، ١٨٦/١٠، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٥، وشروحه: مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٢٨/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٨٣/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٢٤/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٨٢/٩، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٣١٧/١٠، كشف القناع: البهوتي، ١٥٤/٦.

(٤) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٣٨٧/١١.

(٥) - تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٨١/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٢٣/٨.

فيكون معنى دفع الصائل هو: (دفع الاستطالة والوثوب من الغير؛ بغير حق)؛ كأن يريد أحد أن يعتدي على جسد إنسان أو على ماله أو عرضه؛ فيجوز له أن يردّ هذا الاعتداء، وترفع عنه المسؤولية الجنائية وفق شروط وتفاصيل تُراجع في المراجع التي ذكرناها في الحاشية الأولى في هذه الفقرة. وهو مشروع بقوله تعالى: (فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ). [البقرة: ١٩٤].

وبقوله ﷺ: "من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد".^(١)، وغيرها من النصوص.

ظهور الاحتياط في رفع التجريم في حالة الدفاع الشرعي الخاص

الأصل أن على الإنسان واجب حماية نفسه، أو نفس غيره، وله حق في حماية ماله أو مال غيره من كل اعتداء غير مشروع؛ بالقوة اللازمة لدفع هذا الاعتداء؛ فاحتياطاً لهذا الأصل واحتياطاً للنصوص الشرعية التي أباحت دفع الصائل تُرفع المسؤولية عمنّ باشر الدفاع عن نفسه؛ وفق الشروط التي ذكرها الفقهاء، والتي تراجع في مظانها.^(٢)

الفرع الرابع: ضوابط رفع التجريم لوجود الشبهة

تقوم هذه الضوابط على مبدأ درء الحدود بالشبهات، ذاك الذي مرّ فيه في غير موضع من هذه الرسالة، ومرّ أيضاً في شروط الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي أنه لا بدّ أن تكون الشبهة قوية كي تدرأ العقاب، ومرت أنواع الشبهات ومواقعها وأثرها في التجريم والعقاب في المبحث الأول من الفصل الثالث؛ وكيف أن بعض الشبهات كشبهة الدليل ترفع التجريم والعقاب؛ فنحيل إلى تلك المواضع ولا داعي للتكرار هنا.

بقي تحديد نطاق ضابط درء الحدود بالشبهات، إن درء الحدود بالشبهات يشمل جرائم الحدود والقصاص فقط، ولا يشمل جرائم التعزير. حيث إن التعازير يمكن أن تثبت مع وجود الشبهات؛ فيمكن تجريم من ارتكب فعلاً يوجب التعزير؛ حتى مع وجود الشبهة.^(٣)

ومصادق ما قلناه هو: أن العقوبة الحدّية إذا سقطت للشبهة فإن التعزير يحلّ محلّها، فلو لم يجز أن يثبت التعزير مع الشبهة لسقط مع سقوط الحد حال وجودها؛ لكن لما ثبت عند سقوط الحد حال وجود الشبهة دلّ على جواز ثبوته مع الشبهة، وهذا الكلام يخرج على المبادئ العامة في ثبوت التعزير حال سقوط الحد.^(٤)

(١) - سنن أبي داود: كتاب السنة، باب في قتال اللصوص، ٢٤٦/٤، سنن الترمذي: أبواب الديات، باب ما جاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد، ٢٩/٤، وصحح الترمذي الحديث.

(٢) - انظر المراجع الفقهية في الفقرة السابقة.

(٣) - انظر الأشباه والنظائر: ابن نجيم: ص ١١١، غمز عيون البصائر: شهاب الدين الحموي، ٣٨٨/١.

(٤) - انظر روضة الطالبين: النووي، ١٧٤/١٠، بدائع الصنائع: الكاساني، ٦٦/٧، الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٤٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٢٥/٩، وانظر أيضاً التشريع الجنائي: عودة، ٦٦٥/٢.

وتطبيقاً لهذا نجد مسألة: الأب يُدرأ عنه الحد في سرقة مال ولده؛ لوجود شبهة الملك، ولكنه يُعزّر بدلاً عن الحد حتى مع وجود الشبهة.^(١) وكذا مسألة تعزير الوالد لقتل ولده؛ فإنها تخرج وفق القاعدة العامة في التعزير.

المطلب الرابع: ضوابط الأخذ بالاحتياط في جرائم القصاص

بعد أن انتهينا من الضوابط العامة للتجريم، ننتقل إلى الضوابط الخاصة لكل جريمة بصورة مستقلة، ونبدأ مع جرائم القصاص.

وعندما يُقال: ضوابط الأخذ بالاحتياط في جرائم القصاص؛ فالمقصود به ضوابط الأخذ بالاحتياط في التجريم العمدي للاعتداء على النفس، وعلى ما دون النفس. فالقصاص مربوط بالعمدية؛ فهو عقوبة الجريمة العمدية نتيجة الاعتداء على النفس، أو على ما دون النفس.

أولاً: ضابط الاحتياط بتجريم العمد بناءً على قصد المعصية في الاعتداء

الفرع الأول: معنى القصد

إن أساس المسؤولية الجنائية هو العصيان، أي عصيان أمر الشارع، وإن مسؤولية الجاني تختلف باختلاف درجة العصيان؛ فإن قصد الجاني العصيان شددت العقوبة عليه، وإن لم يقصد العصيان خففت العقوبة عنه؛ فقصد العصيان عامل أولي في تعيين عقوبة الجاني في جرائم الدماء، ويلعب الدور الأساسي في تحديد نوع الجريمة، هل هي عمد أو خطأ؟.^(٢)

إن العصيان عنصر ضروري يجب توفره في كل جريمة من جرائم العمد أو جرائم الخطأ، فإذا لم يتوفر عنصر العصيان في الفعل فهو ليس جريمة، وفي جرائم العمد يطلب مع العصيان أن يقصده.^(٣)

الفرع الثاني: ضوابط القصد العمدي

كي يحصل التجريم العمدي لا بدّ من توفر الضوابط التالية:

- ١- تعمّد الجاني ارتكاب الجريمة مع علمه بأنه يرتكب محظوراً، وهذا الضابط يكفي لتجريم الاعتداء على ما دون النفس عمدياً.
- ٢- يُضاف إلى الضابط السابق أن يتعمّد بعد توفر القصد السابق نتيجةً معينة، وهي إزهاق الروح، وهذا الضابط خاصٌ لتجريم الاعتداء على النفس عمدياً.^(٤)

(١) - انظر العناية شرح الهداية: البابرتي، ٢٢١/١٠، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٩٦/٨، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٥٦/٤، كشاف القناع على متن الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ١٤١/٦.

(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٤٠٩/١.

(٣) - انظر المرجع السابق.

(٤) - انظر المرجع السابق: ٤١٣/١-٤١٤.

٣- يشترط المالكية فيما دون النفس أن يكون الجرح ناتجاً عن قصد الضرب عداوة، فالجرح الناتج عن اللعب، أو الأدب لا قصاص فيه.^(١)

الفرع الثالث: ظهور معنى الاحتياط في اشتراط قصد المعصية

يظهر معنى الاحتياط في اشتراط قصد المعصية للتحريم العمدي في المحافظة على مبدأ العدالة والمساواة بين الجريمة والعقاب.

فعقوبة العمد هي القصاص، وحتى تسلم هذه العقوبة من كل شك وريب لا بد أن يتساوى فعل الجاني مع العقاب الذي يناله وهو القصاص.^(٢)

هذا التساوي لا يمكن أن يكون سالماً من كل الشبه إلا إذا تمحّض قصد الجاني إلى إزهاق روح المجني عليه، ومن هنا يظهر الاحتياط لصالح قانون المساواة والعدالة؛ فحتى يستحق المجرم عقوبة القصاص التي هي أشد العقوبات لا بد أن يسلم فعله عن كل شائبة وشبهة، ويكون هذا بتمحّض قصد إحداث نتيجة إزهاق الروح في القتل، وتمحّض قصد المعصية والجرح والضرب في جرائم ما دون النفس.

ثانياً: ضابط الاحتياط بتجريم العمد بناءً على الآلة المستخدمة في الاعتداء

الفرع الأول: معنى الضابط وخلاف العلماء فيه

لما كان القصد فعلاً قليلاً لا يمكن الاطلاع عليه ومعرفة أقيم استعمال الآلة مقامه؛ فإن كانت الآلة المستخدمة في جرائم الاعتداء على النفس لا تظهر قصد التعمد فلا يعتبر القتل عمداً.^(٣) إن ضابط الآلة خاص بجريمة القتل، وليس له تأثير في جرائم القصاص الأخرى؛ كجرائم الاعتداء على

ما دون النفس؛ إذ إن الاعتماد في القصاص فيها يكون بناءً على النتيجة بغض النظر عن الآلة المستخدمة في الجرح أو الضرب؛ خلافاً لجمهور الحنابلة الذين يدخل ضابط الآلة عندهم في جرائم ما دون النفس أيضاً.^(٤)

إن الآلة التي تظهر قصد العمد هي الآلة التي تقتل غالباً، وهذا هو القدر المشترك المتفق عليه بين الجمهور القائلين بضابط الآلة.

إن ضابط الآلة التي تقتل غالباً ودلالته على القصد قال به جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة مع خلاف مع أبي حنيفة الذي اشترط أن تكون الآلة العمدية جارحة ومحددة، ولم يشترط

(١) - انظر حاشية العدوي على الخرشي: ١٤/٨، حاشية السوقي: ٢٤٣/٤.

(٢) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ٤٥.

(٣) - انظر القصاص في الفقه الإسلامي: بهنسي، ص ٨٣، وما نقله من أقوال.

(٤) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣١٧/٨، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٤٢٧/٩-٤٢٨، كشف القناع: البهوتي، ٥٤٧/٥.

الجمهور هذا الشرط.^(١) واستدل الجمهور لكفاية كون الآلة مما يقتل غالباً للتحريم العمد: "أن يهودياً قتل جارية على أوصاح لها بحجر، فقتله رسول الله ﷺ بين حجرين".^(٢)

ودليل أبي حنيفة: حديث النبي ﷺ: "ألا إن قتل العمد الخطأ بالسوط والعصا شبه العمد؛ فيه مئة من الإبل".^(٣) فقد سمى النبي ﷺ هذا القتل عمد الخطأ، وأوجب فيه الدية دون القصاص؛ هذا يعني أن السوط والعصا رغم أنها تقتل غالباً إلا أن عقوبة القتل بها لم تكن القصاص.

أما المالكية فإنهم لم يشترطوا ضابط الآلة للتحريم العمدي؛ والقاعدة عندهم هي: (كل ما أدى إلى القتل فهو عمدٌ موجب للقصاص).^(٤) فيكفي عندهم عموم القصد إلى إحداث نتيجة إزهاق الروح؛ فإن أدى الفعل إلى الموت والإزهاق فلا يُنظر إلى الآلة ويعتبر فعله قتلاً عمداً يوجب القصاص.^(٥)

واستدلوا لمذهبهم بقول سيدنا عمر رضي الله عنه: "لا يضرب أحدكم أخاه بمثل آكلة اللحم؛ ثم يرى ألا قود عليه، والله لا آخذ رجلاً فعل ذلك إلا أقدت منه".^(٦) ويمكن أن يُرجح مذهب الجمهور وهو أن الآلة التي تقتل غالباً هي التي يظهر من خلالها قصد العمد؛ وذلك لقوة دليل الجمهور، ولأنه أحوط للدماء من مذهب أبي حنيفة؛ فإن اشترطنا للعمدية التحديد كما فعل أبو حنيفة لربما كان القتل بالعصا الغليظة أو بالمشقل وسيلة للتهرب من القصاص.

أما مذهب المالكية فصحيح أن فيه احتياطاً للدماء إلا أن النصوص ومنها: نص قتل السوط والعصا، قد أعطت لنوع الآلة دوراً في تحديد العقاب.

الفرع الثاني: ظهور معنى الاحتياط في هذا الضابط

يقول في درر الحكام: (إن القصد فعل القلب لا يتوقف عليه؛ فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالباً مقامه تيسيراً).^(٧) فتيسيراً للاطلاع على القصد أقيمت الآلة التي تقتل غالباً مقامه احتياطاً للمحافظة على الدماء.

(١) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ٣٣٥-٣٣٥/٨، مجمع الأنهر: شيخ زاده، ٦٢٢/٢، حاشية ابن عابدين: ٥٢٨/٦، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٦٩، وشروحه: مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢١٢/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٧٥/٨، السراج الوهاج: ص ٤٧٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٦٠-٢٦١/٨، الإنصاف: المرداوي، ٤٣٦/٩، كشاف القناع: البهوتي، ٥٠٦/٥.

(٢) - انظر المراجع السابقة، والحديث موجود في: صحيح البخاري: كتاب الديات، باب إذا قتل بحجر أو بعصا، ٥/٩، صحيح مسلم: كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره من المحددات، والمتفلات، وقتل الرجل بالمرأة، ١٢٩٩/٣، والأوضح هي حلى من فضة. انظر شرح صحيح مسلم: النووي، ١٥٧/١١.

(٣) - انظر مراجع الحنفية السابقة، والحديث موجود في: مسند أحمد: مسند عبد الله بن عمر، ١٨٨/٨، والحديث صححه ابن القطان. انظر نصب الراية: أبو محمد الزيلعي، ٣٣١/٤.

(٤) - انظر التاج والإكليل: العبدري، ٢٥٦/٦، وانظر حاشية الدسوقي: ٢٦٥/٤.

(٥) - انظر حاشية الدسوقي: ٢٤٢/٤، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: ابن عبد البر، ١٦٤/٨.

(٦) - انظر الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: ابن عبد البر، ١٦٤/٨، لم أجد الأثر بهذا اللفظ في كتب المتون، وذكره في كنز العمال ثم قال: ابن سعد وأبو عبيدة في الغريب، انظر كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال: علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين الهندي، ٩٧٥ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١٩٩٨م، تحقيق: محمود عمر الدمياطي، ٣٢/١٥.

(٧) - درر الحكام شرح غرر الأحكام: ملا خسرو، ٨٨/٢.

عند الجمهور: اشتراط القتل غالباً في الآلة يكفي لضبط تجريم العمد؛ فليس أدلّ على قصد القتل من استعمال آلة تقتل غالباً؛ فهي مظنة القصد؛ احتياطاً للدماء وحفاظاً عليها، بفرض العقاب المناسب وهو القصاص.

أما عند أبي حنيفة: فالعمد لا يمكن اعتباره بنفسه؛ فيجب ضبطه بمظنته، ولا يمكن ضبطه بما يقتل غالباً؛ لحصول العمد بدون ضابط القتل غالباً في الجرح الصغير إن كان في مقتل؛ فإنه في هذه الحالة يحكم الجمهور بالعمدية رغم أن الجرح الصغير قد يحصل بآلة قد لا تقتل غالباً، وبالتالي فإن ضابط القتل غالباً غير مطرد وفق نظر أبي حنيفة؛ فوجب أن يكون الضابط مربوطاً بالآلة الجارحة؛ احتياطاً للدماء وحفاظاً عليها.^(١)

نلاحظ أن كلا الفريقين لامس معنى الاحتياط في مذهبه؛ لكن كل بطريقته.

الفرع الثالث: ما يدخل تحت معنى الآلة التي تقتل غالباً عند الجمهور احتياطاً

إن ما شرطه جمهور الفقهاء للتجريم العمدي هو الآلة التي تقتل غالباً؛ لكنهم لم يشترطوا أن يكون القتل بآلة معينة؛ فدخل عندهم تحت الآلة التي تقتل غالباً من باب الاحتياط لحفظ الدماء القتلُ بوسيلة تقتل غالباً؛ كاللطم واللكم والعضّ والرّفس، وقد يكون بأداة راضّة أو حادّة أو واخزة كالعصا والسيف والفأس والبلطة والسكين والرمح والمسلّة، وقد يرمي الجاني المجني عليه بشيء كالحجر والسهم والرصاص، أو أن يقتله بوسيلة معنوية أو نفسية كالترجيع وغيره؛ فالعقوبة في هذا كله القصاص عند الجمهور وفق ضابطهم؛ احتياطاً للدماء.^(٢) وهذا كله يخالف ما عليه أبو حنيفة؛ حيث إنه اعتبر القتل بهذه الوسائل مع قصد الإزهاق من باب شبه العمد.^(٣)

ثالثاً: ضابط الاحتياط بتجريم العمد بناءً على وجود السببية بين الاعتداء والنتيجة

الفرع الأول: معنى الضابط

في قتل النفس: يشترط أن يؤدي الفعل لوفاة المجني عليه؛ ويستوي أن تكون الوفاة على أثر الفعل، أو بعده بزمان طال هذا الزمن أو قصر؛ فإن طال سمي ذلك القتل بالسراية، ويكون فعل الجاني علة مباشرة للموت، أو أن يكون سبباً في علة الموت؛ فإذا انعدمت رابطة السببية فلا يسأل الجاني عن موت المجني عليه، وإنما يسأل باعتباره جارحاً أو ضارباً.^(٤)

(١) - انظر حاشية ابن عابدين: ٥٢٨/٦.

(٢) - انظر مراجع الجمهور السابقة.

(٣) - انظر مراجع الحنفية السابقة.

(٤) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٤٩/٢٦، الهداية: المرغيناني، ٤٩٢/٤، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٥٩/١٠، مختصر خليل: ص ٢٣٠، التاج والإكليل: العبدري، ٣١٨/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٤٨/٦، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ٣/٤، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٥٤/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٤١٣/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٣٩/٨، الإنصاف: المرداوي، ٣٠/١٠، كشاف القناع: البهوتي، ٥٦٠/٥، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ٩٨/٢، ومنه أيضاً: ١٠٢/٢، الجنايات في الفقه الإسلامي: حسن علي الشاذلي، ص ١١٧.

وفيما دون النفس: يعاقب بحسب ما انتهت إليه حالة المجني عليه؛ فإذا لم يمت المجني عليه من الفعل، وشفي؛ عوقب الجاني باعتباره ضارباً أو جارحاً أو قاطعاً.^(١)

الفرع الثاني: ظهور الاحتياط في هذا الضابط

إذا لم يتوفّر عنصر السببية بين الفعل والنتيجة فهذا يعني أن النتيجة حصلت بسبب غير هذا الفعل، وبالتالي ينمحي وصف الجريمة عن الذي باشر هذا الفعل، ويكون بريئاً، وهنا يظهر معنى الاحتياط لصالح براءة من لم تترتب نتيجة الإزهاق على فعله.

ويكفي أن يكون فعل الجاني هو السبب الأول في إحداث الوفاة، ولو تعاونت معه أسباب أخرى على إحداث الوفاة، وقد مرّ في الركن المادي ضابط الاشتراك فلا حاجة إلى التكرار هنا.^(٢)

المطلب الخامس: ضوابط الأخذ بالاحتياط في جرائم الحدود

مرّ أن الحدود عند الجمهور هي: حد الزنا والقذف والشرب والسرقة والحراقة والردة، وقد مرّ في المطالب الثلاثة الأولى من هذا المبحث ضوابط الاحتياط للتجريم العام الذي يدخل في كل الجرائم، وسندرس في هذا المطلب ضوابط الاحتياط في تجريم كل جريمة من جرائم الحدود على انفراد، ونبدأ مع ضوابط الاحتياط لتجريم الزنا. ولكن قبل الشروع في بيان ضوابط الاحتياط يُقال:

إن الاحتياط في الضوابط التالية يقوم على أساس حماية البراءة الأصلية، وحماية ذمة الإنسان من التجريم دون أن يكون هناك سبب يستدعي تجريمه حفاظاً على الأبدان، ومراعاة لمبدأ (الخطأ في العفو خير من الخطأ في العقوبة). هذه هي المعايير التي تنهض بالاحتياط في التجريم في جرائم الحدود التالية، نكتفي بسردها هنا، ولن نكررها في السطور القادمة.

أولاً: ضوابط الاحتياط في تجريم الزنا

في تعريف الزنا: عند الحنفية: (وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته).^(٣)

وعند المالكية: (وطء مكلفٍ مسلمٍ فرج آدمي؛ لا ملك له فيه باتفاق؛ تعمداً).^(٤)

وعند الشافعية: (إيلاج الذكر بفرج محرّمٍ لعينه؛ خالٍ عن الشبهة؛ مشتتهى طبعاً).^(٥)

وعند الحنابلة: (فعل الفاحشة في قبل أو دبر).^(٦)

فالمعنى الجامع للزنا عند الجميع هو: الوطء المحرّم المتعمد.

(١) - انظر المراجع السابقة، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ٩٨/٢.

(٢) - وانظر أيضاً التشريع الجنائي: عودة، ١٠٢/٢.

(٣) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٤٧/٥، حاشية ابن عابدين: ٤/٤.

(٤) - مختصر خليل: ص ٢٤٠.

(٥) - مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٢/٥.

(٦) - الإقناع في فقه أحمد: ٢٥٠/٤.

إن جريمة الزنا تقوم على ثلاثة أركان: الأول: الواطئ، الثاني: الموطوءة، الثالث: فعل الوطء.^(١)
أما بالنسبة لضوابط الاحتياط العامة للتجريم التابعة لكل واحد من هذا الأركان فقد سبقت دراستها في المطالب العامة، وسنقوم في هذا المطلب بدراسة الضوابط الخاصة فقط في هذه الأركان، وهي: الأول: الوطء المحرم، والثاني: تعمد الوطء.^(٢)
نلاحظ أن الوطء المحرم يرجع إلى الركن الثالث وهو فعل الوطء، وأن تعمد الوطء يدخل في الركنين الأول والثاني.

الفرع الأول: ضابط الوطء المحرم

لا بدّ للحكم بتجريم الزنا أن يكون الوطء الحاصل محرماً، ويكون محرماً إذا حصل على الشكل التالي:

إذا كان الوطء في الفرج؛ بحيث يكون الذكر في الفرج كاملياً في المكحلة والدلو في البئر، ويكفي اعتبار الوطء زناً أن تغيب الحشفة على الأقل في الفرج، أو مثلها إن لم يكن للذكر حشفة، ولا يشترط أن يكون الذكر منتشرراً.

وإدخال الحشفة أو قدرها يعتبر زناً، ولو دخل الذكر في هواء الفرج ولم يمس جداره؛ كما أنه يعتبر زناً سواء حدث إنزال أم لم يحدث، ويعتبر الوطء زناً ولو كان هناك حائل بين الذكر والفرج مادام هذا الحائل خفيفاً لا يمنع الحس واللذة، كل ما هذا متفق عليه بين الفقهاء.^(٣)

إذا لم يحصل الوطء وفق ما ذكرناه سابقاً؛ واختل ميزان الضابط فإن الفاعل له لا يعتبر زانياً؛ لكن يمكن أن يعاقب عقوبة تعزيرية على فعله، وذلك وفق القاعدة العامة في التعزير على المعصية التي لا حدّ فيها.^(٤)

ويعزّر على كلّ فعل يشكّل مقدمة من مقدمات الزنا كالمفاخضة؛ أي الإيلاج بين الفخذين، وكالمباشرة خارج الفرج؛ أو القبلة والعناق والخلوة بالمرأة الأجنبية والنوم معها في فراش واحد؛ لأن هذه جميعاً أفعال محرمة؛ كما أنها من مقدمات الزنا.^(٥)

(١) - انظر المفصل: عبد الكريم زيدان، ٣١/٥.

(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٤٩/٢.

(٣) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٤٧/٥، حاشية ابن عابدين: ٤/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٠، وشروحه: الشرح الكبير: الدردير، ٣١٣/٤، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٧٥/٨، التاج والإكليل: العبدري، ٣٨٧/٨-٣٨٨-٣٨٩، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٩٠/٦، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٥، وشروحه: مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٢/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٠٢/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٢٣/٧، المبدع شرح المقنع: ٣٨٠/٧، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ٢٥٠/٤، كشف القناع: البهوتي، ٨٩/٦، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٥٠/٢.

(٤) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٦٦/٧، روضة الطالبين: النووي، ١٧٤/١٠، الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٤٥، ص ٣٤٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٢٥/٩.

(٥) - انظر تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١٦٥/٣، البناية شرح الهداية: المرغيناني، العيني، ٢٥٩/٦، شرح مختصر خليل: الخرشي، ١٦٩/٣، حاشية العدوي: ١٢٦/٢، نهاية المطلب في دراية المذهب: الجويني، ٣٦١/١٧، مغني المحتاج:

إن الوطء في الدبر، والوطء في نكاح باطل عند جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين يعتبر من الزنا، فالوطء في الدبر عندهم مشارك للزنا في المعنى الذي يستدعى الحد وهو الوطء المحرم.^(١)

ويخرج إذا الضابط الوطء الحاصل في الصور التالية؛ حيث لا يُجرّم الفاعل في هذه الصور:

١- الوطء الحاصل بسبب الملك، ولو كان حراماً في الأصل: وطء الرجل زوجته الحائض أو النفساء أو الصائمة أو المحرمة أو التي ظاهر منها أو آلى منها؛ كل ذلك محرّم، ولكنه لا يعتبر زناً؛ لوجود الشبهة.^(٢)

٢- وطء الزوجة في الدبر في قول عند الشافعية؛ فإنه لا يعتبر زناً، في حين اعتبره الجمهور من الصاحبين والمالكية والحنابلة فعلاً يوجب الحد؛ لكن لوجود شبهة الزوجية يسقط الحد ويعاقب عقوبة تعزيرية.^(٣)

٣- وطء الأجنبية في الدبر عند أبي حنيفة، وحجته أن الإتيان في القبل يسمى زناً، والإتيان في الدبر يسمى لواطاً، واختلاف الأسامي دليل على اختلاف المعاني؛ فيُعزّر، في حين اعتبره الجمهور من الزنا.^(٤)

٤- وطء المرأة الأجنبية الميتة عند الحنفية وفي الأصح عند الشافعية والمعتمد عند الحنابلة؛ خلافاً للمالكية ومقابل الأصح عند الشافعية وقول عند الحنابلة؛ الذين اعتبروا هذا الفعل من الزنا، وحجة الحنفية ومن معهم: أن عضو الميت مستهلك، ولأنه عمل تعافه النفس ولا يُشتهي عادة؛ فلا حاجة إلى الزجر عن الفعل، والحد إنما يجب للزجر، ويدخل في حكم وطء الميتة الأجنبية استدخال المرأة ذكر الأجنبي الميت في فرجها.^(٥)

الخطيب الشربيني، ٤٤٣/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٠٤/٩، ومنه: ٢٤٦/١٠، نهاية المحتاج: الرملي، ٢٥/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٦٢/٩، الإنصاف: المرادوي، ١٨١/١٠، كشف القناع: البهوتي، ٩٥/٦.

(١) - انظر مختصر خليل: ص ٢٤٠، وشروحه: الشرح الكبير: الدريز، ٣١٣/٤، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٧٥/٨، التاج والإكليل: العبدري، ٣٨٧/٨-٣٨٨-٣٨٩، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٩٠/٦، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٥، وشروحه: مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٢/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٠٢/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٢٣/٧، المبدع شرح المقنع: ٣٨٠/٧، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ٢٥٠/٤، كشف القناع: البهوتي، ٨٩/٦.

(٢) - انظر حاشية ابن عابدين: ٥-٤/٤، حاشية الدسوقي: ٣١٤/٤، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٣/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٠٤/٩، شرح منتهى الإرادات: البهوتي، ٣٤٧/٣.

(٣) - انظر الهداية: المرغيناني، ٣٤٦/٢، وفتح القدير: ابن الهمام، ٢٦٢/٥، حاشية ابن عابدين: ٢٧/٤، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٧٦/٨، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٣/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٠٤/٩، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٧٩/٧.

(٤) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٦٢/٥، العناية شرح الهداية: البابرتي، ٢٦٢/٥، حاشية ابن عابدين: ٢٧/٤، وانظر مراجع تعريف الزنا عند الجمهور.

(٥) - انظر التفاصيل في: الهداية: المرغيناني، ٣٤٧/٢، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٦٥/٥، مختصر خليل: ص ٢٤٠، الشرح الكبير: الدريز، ٣١٤/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٣٨٩/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٥، وشروحه: مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٥/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٠٦/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٢٥/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٥/٩، الإنصاف: المرادوي، ١٨٣/١٠.

٥- وطء البهائم: لا يعتبر زنا عند جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة؛ لأن الطبع السليم يأباه؛ فلم يحتج إلى زجر بحد، ويعتبره الشافعية في قول من الزنا، ويوجبون عليه الحد.^(١)

٦- الوطء بشبهة: اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الوطء بالشبهة يسقط الحد، ولكنهم اختلفوا في طبيعة هذا الوطء، واختلفوا في الشبهات الحاصلة وكيفية تأثيرها، وقد مرّ هذا في مظاهر الاحتياط في الفقه الإسلامي، في الفصل الثاني من هذه الرسالة، وتحت مظهر الدرء بالشبهة؛ فيراجع هناك.

إن الوطء في النكاح الباطل عند أبي حنيفة، يُسقط العقاب لوجود شبهة صورة العقد، ولا يحو وصف التجريم بالزنا؛ فيعاقب فاعله عقوبة تعزيرية.^(٢)

لا يجب الحد في النكاح المختلف على صحته؛ كنكاح المتعة والشغار والتحليل، والنكاح بلا ولي أو شهود، ونكاح الأخت في عدة أختها البائن، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة البائن؛ لأن الاختلاف بين الفقهاء على صحة النكاح يعتبر شبهة في الوطء، والحدود تدرأ بالشبهات، ويمكن أن يعاقب الفاعل لهذا الوطء بعقوبة تعزيرية عند من يقول بحرمة هذا الوطء؛ فتكون الشبهة في هذه الحالة مسقطاً للحد، لا مسقطاً للتجريم؛ بدليل إمكان التعزير.^(٣)

الفرع الثاني: ضابط تعمد الوطء

يشترط في جريمة الزنا أن يتوفر لدى الزاني أو الزانية نية العمد أو القصد الجنائي: ويعتبر القصد الجنائي متوفراً إذا:

١- ارتكب الزاني الفعل وهو عالم أنه يطمأ امرأة محرمة عليه.

٢- إذا مكّنت الزانية من نفسها وهي تعلم أن من يطؤها محرّم عليها.^(٤)

٣- تحقق التعاصر والتزامن بين القصد والوطء المحرّم؛ فمن قصد أن يزني بامرأة ثم تصادف أن وجدها في فراشه فأتاها على أنها امرأته لا يعتبر زانياً؛ لانعدام القصد الجنائي وقت الفعل، وهذا شرطٌ منطقيٌّ للتجريم بالزنا تقتضيه القواعد العامة في التجريم.^(٥)

(١) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٦٥/٥، حاشية ابن عابدين: ٢٦/٤، الشرح الكبير: الدردير، ٣١٦/٤، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٧٥/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٥، وشروحه: مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٥/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٠٦/٩، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ١٧٧/١٠، الإنصاف: المرادوي، ١٧٨/١٠.

(٢) - انظر الاختيار لتعليل المختار: مجد الدين أبو الفضل، ٩٠/٤، البناية شرح الهداية: المرغيناني، العيني، ٢٩٨/٦، درر الحكام شرح غرر الأحكام: ملا خسرو، ٦٥/٢.

(٣) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٦٠/٥، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٧٦/٨، نهاية المطلب في دراية المذهب: الجويني، ٢٠٧/١٧، وانظر أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ١٢٦/٤، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٤/٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٧/٩.

(٤) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٧٤/٢.

(٥) - انظر المرجع السابق.

ملاحظة: لا يُقبل ادعاء الجهل بتحريم الزنا بصورة عامة من المسلم المقيم في دار الإسلام؛ إلا إن كان حديث عهد بإسلام؛ وذلك وفق القاعدة العامة: (لا عذر لجهل الأحكام في دار الإسلام).^(١)

يخرج هذا الضابط:

١- **الوطء بالخطأ:** ويقصد الفقهاء بالوطء بالخطأ (شبهة المحل)؛ حيث يخطئ الواطئ في اعتقاد حلّ المحل الموطوء، ومثاله: من زُفّت إليه غير زوجته، وقيل: هذه زوجته؛ فوطئها يعتقد أنها زوجته؛ فلا حد عليه باتفاق، وقد مرّت تفاصيل هذه المسألة في شبهة المحل عند فقهاء المذاهب الأربعة في الفصل الثاني من هذه الرسالة، وتحت عنوان مظاهر الاحتياط في الفقه الإسلامي في مظهر الدرء بالشبهة؛ فيراجع هناك.

٢- **التعمد مع عدم العلم بالتحريم:** فإن أتى أحدهما الفعل متعمداً وهو لا يعلم بالتحريم؛ فلا حد عليه؛ كمن تزوجت ولها زوج آخر كتمته عن زوجها الأخير؛ فلا مسؤولية على الزوج الأخير ما دام لا يعلم بالزواج الأول، وكمن مكّنت مطلقاً طلاقاً بئناً من نفسها وهي لا تعلم أنه طلقها، وقد سبق دراسة مسألة الجهل في الأحكام، في الفصل الثالث من هذه الرسالة وفي المبحث الأول: تحت عنوان أسباب ودوافع الأخذ بالاحتياط في الفقه الجنائي الإسلامي، تحت عنوان الجهل بالوقائع؛ فيراجع هناك.^(٢)

ثانياً: ضوابط الاحتياط في تجريم القذف

تعريف القذف:

في تعريف الحنفية والحنابلة القذف هو: (الرمي بالزنا).^(٣) وكذا عرفه الشافعية وأضافوا قيد: (في معرض التعيير).^(٤) وعرفه المالكية بأنه: (رمي مكلف حراً مسلماً بنفي نسب عن أب أو جد أو بنزاً).^(٥) تقوم جريمة القذف على أركان ثلاثة: الأول: الرمي بالزنا، الثاني: أن يكون المقدوف محصناً، الثالث: القصد الجنائي.^(٦) وتظهر معاني الاحتياط في اشتراط هذه الأركان فيما ذكرناه في بداية الحديث عن ضوابط الاحتياط في جرائم الحدود.

الفرع الأول: ضابط الرمي بالزنا للتجريم بالقذف

(١) - انظر تيسير التحرير: أمير بادشاه، ٢٢٣/٤، الفروق: القرافي، ١٤٩/٢-١٥٠، قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر السمعاني، ٣٨٥/٢، الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ٢٠٠، الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٢٦١، وشرحه غمز عيون البصائر: شهاب الدين الحموي، ٣٠٠/٣، كشف الأسرار: علاء الدين البخاري، ٣٤٦/٤، وانظر المراجع الفقهية: حاشية ابن عابدين: ١٠/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٢/٨، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٤/٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٨-٥٧/٩، العقوبة: أبو زهرة، ص ١٩٤-١٩٥، التشريع الجنائي: عودة، ٤٣٠/١-٤٣١.

(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٧٤/٢.

(٣) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣١٦/٥، حاشية ابن عابدين: ٤٣/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٨٣/٩، الشرح الكبير على متن المفتاح: أبو الفرج المقدسي، ٢١٠/١٠.

(٤) - انظر مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٦٠/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١١٩/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٣٥/٧.

(٥) - انظر الشرح الكبير: الدردير، ٣٥٢/٤، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٨٦/٨.

(٦) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٤٦١/٢.

لا بدّ لتجريم الإنسان بجرمة القذف أن يصدر منه في حق المحني عليه رمي بالزنا؛ لكن لا يُجرّم بهذا الرمي إلا بتوفر الضوابط التالية:

- ١- أن يرميه بالزنا، أو ينفي نسبه عمّن ينسب إليه.^(١)
- ٢- ثم يعجز عن إثبات الزنا على من رماه به، وهذا الشرط مأخوذ من قوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) [النور: ٤].^(٢)

ضوابط الاحتياط في صيغة الرمي بالزنا

إن الصيغة التي يمكن أن يقذف بها الإنسان غيره بالزنا؛ إما أن تكون صريحة أو كناية، أو تكون بالتعريض. والقاعدة العامة في تمييز هذه الصيغ عن بعضها هي أن اللفظ الذي يُقصد به القذف: إن لم يحتمل غيره فصريح، وإلا فإن فهم منه القذف بوضعه فكناية، وإلا فتعريض.^(٣)

ثم يقال: كي يجرّم الرامي بالزنا لا بدّ أن تتوفر في صيغة رميه ضوابط معينة، وهي:

- ١- أن يكون بلفظ صريح عند جميع الفقهاء.^(٤)
- ٢- فإن كان بلفظ كنائي أو بالتعريض: فعند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة يعزّر الرامي بالكناية، ولا يحدّ، ولكن يمكن أن يحدّ في بعض الصور عند الشافعية والمالكية، وتجدد الإشارة إلى أن الحنفية والحنابلة لا يعتبرون الرمي بالزنا موجبا للحد مطلقاً إلا إذا كان بلفظ صريح.^(٥)
- ٣- القاعدة العامة عند الفقهاء أن كل ما يوجب حد الزنا على فاعله يوجب حد القذف على القاذف به، وكل ما لا يوجب حد الزنا بفعله لا يجب الحد على القاذف به؛ فمن قذف إنساناً بمقدمات الزنا كالتيقيل والمباشرة دون الفرج أو بالوطء بالشبهة؛ فلا حد عليه، وإنما عليه التعزير؛ لأنه لم يقذفه بما فيه حد الزنا، ومن قذف امرأة بالمساحقة أو بالوطء مستكرهة فلا حد عليه، وعليه التعزير؛ لأنه قذفها بما ليس فيه حد الزنا، وغيرها من المسائل التي ترجع إلى اختلاف الفقهاء في ما يدخل في الزنا وما لا يدخل فيه، كالرمي باللواط وغيره، وقد سبق بيان ذلك في ضوابط الاحتياط في تجريم الزنا.^(٦)

(١) - انظر المراجع الفقهية الواردة في التعاريف.

(٢) - انظر أحكام القرآن: الجصاص: ٣/٤٨٨، تفسير القرطبي: ١٢/٢٠١.

(٣) - انظر الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: الخطيب الشربيني، ٢/٥٢٧.

(٤) - انظر المراجع الفقهية في التعريف.

(٥) - انظر الهداية: المرغيناني، ٢/٣٦٠، فتح القدير: ابن الهمام، ٥/٣٤٧، حاشية ابن عابدين: ٤/٦٩، التاج والإكليل: العبدري، ٨/٤٠٦، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٦/٣٠١، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٤٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥/٥٤، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٨/٢٠٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٩/٨٨، كشف القناع: البهوتي، ٦/١٠٩.

(٦) - انظر المبسوط: السرخسي، ٩/١٢١، فتح القدير: ابن الهمام، ٥/٣١٧، التاج والإكليل: العبدري، ٨/٤٠٥، منح الجليل: الجليل: أبو عبد الله عlish، ٩/٢٧٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٤٩، وشرحه: تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي،

لا يشترط أن يكون القذف قد وقع علناً؛ فلم ينصّ على هذا أحد من الفقهاء، وفي هذا ما فيه من الاحتياط لعرض المقدوف؛ حتى ولو لم يسمع أحد من الناس قذفه، ويقول عبد القادر عودة في حكمة هذا الحكم: (وأساس عدم اهتمام الشريعة بالعلانية أنها تزن كرامة الإنسان بميزان واحد، وترى أن قيمة الإنسان لا تتغير بتغير الظروف؛ فقيّمته أمام نفسه تساوى قيمته أمام الناس، وحرصه على كرامته في السر يجب أن لا يقل عن حرصه على كرامته في العلانية، والشريعة توجب على المرء أن يكون سره كعلنه... وقاعدتها الأساسية تحريم الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم والبغي بغير الحق... فهي لا تميز بين جريمة ارتكبت في السر وأخرى في العلانية؛ لأن الجريمة في الشريعة محرمة لذاتها؛ لا لظروفها).^(١)

الفرع الثاني: ضابط أن يكون المقدوف محصناً للتجريم بالقذف

أصل هذا الضابط ومستنده

الآية الشريفة: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) [النور: ٤].

شروط الإحصان وضوابطه

سنكتفي بذكر الشروط التي اتفق الفقهاء عليها في إحصان القذف، وسنعزو هذه الشروط إلى مراجعها في نهاية هذه الفقرة.

اتفق الفقهاء على أن المقدوف لا بدّ أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط التي تحقق كونه محصناً من أجل أن يعتبر قذفه جريمة يعاقب فاعلها.

وهذه الشروط هي:

- ١- الحرية: فلا حد على قاذف العبد والأمة.
- ٢- الإسلام: فلا حد على قاذف مرتدّ، أو كافر أصلي؛ لأنه غير محصن.
- ٣- العقل والبلو : خرج الصبي والمجنون؛ لأنه لا يتصور منهما الزنا، أو لأنه فعل محرم، والحرمة مربوطة بالتكليف.

٤- العفة عن الزنا: معنى العفة عن الزنا ألا يكون المقدوف وطئ في عمره وطءاً حراماً في غير ملك ولا نكاح أصلاً، ولا في نكاح فاسد فساداً مجمعاً عليه؛ فإن كان قد فعل شيئاً من ذلك سقطت عفته؛ سواء كان الوطء زناً موجباً للحد أو لا، وهذا عند الحنفية والمالكية والشافعية؛ أما عند الحنابلة

٢٠٨/٨، الفروع: ابن المفلح، ٤٠٧/٧، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ٢٦٢/٤، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ٤٦٤/٢.
(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٤٧٨/٢.

فإنهم يشترطون العفة الظاهرة فقط، وهي: أن لا يثبت عليه الزنا بينة أو إقرار، ومن لم يحدّ للزنا فهو عفيف عندهم.^(١)

وفي حال تخلف شرط من شروط القذف؛ فعلى القاذف التعزير.^(٢)

ظهور الاحتياط في اشتراط الإحصان في المقدوف

إن المحصن العفيف الذي استكمل شروط الإحصان السابقة يحصل له الأذى الكبير بالقذف؛ لذا كان في تجريم قاذفه احتياطاً لصالحه، ولصالح العفة والمحافظة عليها في المجتمع الإسلامي، ومنع إشاعة الفاحشة.

مسألة: في حال ادعى القاذف أن المقدوف غير محصن فمن المطالب بإثبات عدم الإحصان؟.

المطالب بإثبات عدم الإحصان هو القاذف؛ لأمرين: الأول: أنه هو المدعي، والبيئة على المدعي، والثاني: هو أن الأصل في المسلم هو الإحصان؛ فإذا ادعى القاذف خلاف هذا الأصل فيكلف بالبيئة على دعواه، وفي هذا احتياط لصالح المقدوف، ولصالح العفة في المجتمع؛ إذ الأصل في المجتمع المسلم العفة.^(٣)

الفرع الثالث: ضابط القصد الجنائي لتجريم القاذف

يعتبر القصد الجنائي متوفراً كلما رمى القاذف الجني عليه بالزنا أو نفى نسبه وهو يعلم أن ما رماه به غير صحيح. وهذا العلم بعدم الصحة يظهر لنا عن طريق عدم قدرة القاذف على إحضار البينة على قذفه.

فيُعتبر العجز عن صحة إثبات القذف قرينة على علمه بعدم صحة القذف.^(٤)

إن البينة هي التي تظهر صدق دعوى القاذف بزنا المقدوف، وبدونها لا يُقبل كلامه؛ حتى لو رأى الزنا بعينه؛ فكان الاحتياط لحماية المجتمع من إشاعة الفاحشة وحماية الأبرياء من التهمة بأن اشترط الشارع إحضار الشهود الأربعة كي لا يدعي أي شخص الزنا على الشرفاء والعفيفين هكذا دون ضابط أو رادع.^(٥)

(١) - انظر تفاصيل الشروط: الهداية: المرغيناني، ٣٥٥/٢، البناية شرح الهداية: المرغيناني، العيني، ٣٦٢/٦، فتح القدير: ابن الهمام، ٣١٦/٥، البحر الرائق: ابن نجيم، ٣٥٥/٥، حاشية ابن عابدين: ٤٦/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٢، التاج والإكليل: العبدري، ٤٠١/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٩٨/٦، حاشية الدسوقي: ٣٢٥/٤، المجموع: النووي، ٥١/٢٠، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٤٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٤/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٢٠٥/٨، نهاية المحتاج: الرملي، ١٠٩/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٨٣/٩، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٢١١/١٠.

(٢) - انظر الهداية: المرغيناني، ٣٦٠/٢، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٤٧/٥، حاشية ابن عابدين: ٦٩/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤٠٦/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٣٠١/٦، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٤٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٤/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٢٠٥/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٨٨/٩، كشف القناع: البهوتي، ١٠٩/٦.

(٣) - انظر تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢٠٢/٣، البناية شرح الهداية: المرغيناني، العيني، ٣٦٧/٦.

(٤) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٤٧٧/٢-٤٧٨.

(٥) - انظر المرجع السابق: ٤٧٨/٢.

ثالثاً: ضوابط الاحتياط في تجريم الشرب

نبدأ مع أركان جريمة شرب الخمر، وهي: ركنان: الأول: الشرب، والثاني: القصد الجنائي.^(١)

الفرع الأول: ضابط الشرب لتجريم الشارب

عند جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة يحصل التجريم بالشرب إذا حصل شرب الجاني شيئاً مسكراً، ولا عبرة باسم المشروب ولا بالمادة التي استخرج منها؛ فيستوي أن يكون المشروب مستخرجاً من العنب أو التمر أو الحنطة أو الشعير أو أي مادة أخرى؛ كذلك لا عبرة بقوة الإسكار في المشروب؛ فما أسكر كثيره فقليله حرام، ولا عبرة أيضاً بالكمية؛ فالقطرة تساوي الأطنان عندهم؛ مادام الكثير من المشروب يؤدي إلى الإسكار؛ فإذا كان الكثير من الشراب لا يؤدي للسكر فهو غير محرم.^(٢) وعند أبي حنيفة: لا يجرم الشارب إلا إذا كان المشروب خمرًا فقط، والخمر عند أبي حنيفة هو: المتخذ من عصير العنب النيء إذا غلى واشتد وقذف بالزبد.^(٣)

أما غير الخمر إن أدى شربه إلى السكر عند أبي حنيفة فيُحدّ الشارب حد السكر.

ضوابط:

- ١- لا يشترط اتفاقاً للتجريم بالشرب أن يؤدي الشرب للسكر؛ فيكفي لقيام الجريمة بمجرد شرب المشروب المحرم عند كل فريق.^(٤)
- ٢- لكن في مذهب أبي حنيفة هناك عقوبة تسمى حد السكر، وهي خاصة بالمشروبات المباحة في الأصل عنده، وهي المشروبات ما عدا الخمر، وحتى يتم التجريم بالشرب عند أبي حنيفة لا بد أن يؤدي شرب المباح إلى السكر؛ فإن لم يؤد إلى السكر فلا جريمة ولا عقاب.^(٥)
- ٣- ضابط السكر في حد السكر عند الحنفية: عند أبي حنيفة السكران هو من فقد عقله فلم يعد يعقل قليلاً ولا كثيراً، ولا يميز الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة، وعند صاحبين: السكران هو الذي يغلب على كلامه الهذيان.^(٦)
- ٤- يشترط أن تكون المادة المسكرة مشروباً، فإن لم تكن كذلك فلا حد فيها؛ وإنما فيها التعزير كالحشيش.^(٧)

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٥٠١/٢.

(٢) - انظر الفواكه الدواني: شهاب الدين النفرواي، ٢٨٧/٢، مختصر خليل: ص ٢٤٦، الشرح الكبير: الدردير، ٣٥٢/٤ مع كلام حاشية الدسوقي في الفكرة نفسها، التاج والإكليل: العبدري، ٤٣٣/٨، شرح مختصر خليل: الخرشي، ١٠٨/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٣، وشروحه: مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥١٥/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٦٧/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ١٢/٨، مختصر الخرقى: ص ١٣٦، وشرحه شرح الزركشي: ٣٩٦/٦، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٧٠/٩، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٣٣٩/١٠.

(٣) - انظر المبسوط: السرخسي، ٤/٢٤، فتح القدير: ابن الهمام، ٨٩/١٠، البحر الرائق: ابن نجيم، ٢٤٧/٨، حاشية ابن عابدين: ٤٤٨/٦.

(٤) - انظر المراجع الفقهية السابقة.

(٥) - انظر المبسوط: السرخسي، ١١/٢٤، الهداية: المرغيناني، ٣٥٥/٢، فتح القدير: ابن الهمام، ٣١٤/٥، حاشية ابن عابدين: ٣٨/٤.

(٦) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ١١٨/٥، البناية شرح الهداية: المرغيناني، العيني، ٣٥٩/٦.

٥- يكفي لاعتبار الجاني شارباً أن يصل المشروب إلى حلقه؛ ومن باب أولى إلى جوفه؛ فإن لم يصل المشروب إلى الحلق؛ كأن تمضض به ثم مجّه فلا يُعتبر شارباً، ويشترط الحنيفة والمالكية أن تصل الخمر إلى الجوف عن طريق الفم؛ فإن وصلت عن غير هذا الطريق كالأنف أو الشرج مثلاً درئ الحد للشبهة؛ على أن درء الحد لا يمنع من التعزير في هذه الحالة.^(٢)

٦- التداوي بالخمر شرباً يوجب الحد عند مالك والشافعي وأحمد، ولا يوجبه عند أبي حنيفة.^(٣)

الفرع الثاني: ضابط القصد الجنائي لتجريم الشرب

يتوفر القصد الجنائي عند الفاعل كلما أقدم على الشرب علماً أنه يشرب خمرًا أو مسكرًا؛ فإن شرب المادة المسكرة وهو لا يعلم أن كثيرها مُسكر؛ فلا حد عليه، ولو سكر فعلاً؛ كذلك لا حد إذا شرب مادة مُسكرة وهو يظنها مادة أخرى لا تُسكر، ولا عقاب على الفاعل في هذه الحالة، لأن الجريمة العمدية يشترط فيها تعمد الفعل.^(٤)

ويعتبر القصد الجنائي غير متوفر إذا كان الجاني يجهل تحريم الشرب، ولو كان يعلم أن المشروب مسكر، ولكن لا يقبل الجهل من نشأ في بلاد المسلمين؛ لأن نشأته بينهم تجعل العلم بالتحريم مفروضاً فيه، أما من نشأ في بلاد غير إسلامية فيقبل منه الادعاء بالجهل؛ إذا ثبت أنه يجهل حقيقة تحريم الشرب.^(٥)

ويحدّ كذلك ولو لم يقصد من الشرب السُّكر؛ ما دام قد سكر وكان يعلم أن كثير المشروب مسكر؛ وذلك أخذاً بقصده الاحتمالي؛ إذ كان عليه أن يتوقع أن الشرب ربما أدى للسُّكر.^(٦)

وبالنسبة إلى حدّ السكر عند أبي حنيفة يحدّ الجاني على السكر إذا شرب المادة المسكرة؛ وهو عالم بأن كثيرها مسكر، ولو شرب منها قليلاً؛ ما دام أن الشرب قد أدى فعلاً للسُّكر.^(٧)

رابعاً: ضوابط الاحتياط في تجريم السرقة

تعريف السرقة: عند جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة هي بمعنى:

(أخذ العاقل البالغ نصاباً محرّزاً، أو ما قيمته نصاب؛ ملكاً للغير؛ لا شبهة له فيه؛ على وجه الخفية).^(١)

(١) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٠٨/٥، حاشية ابن عابدين: ٤٥٧/٦.

(٢) - انظر المبسوط: السرخسي، ٣٥/٢٤، حاشية ابن عابدين: ٣٧/٤، الشرح الكبير: الدردير، ٣٥٢/٤، حاشية الصاوي: ٤٩٩/٤، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٣، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥١٨/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٦٩/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ١٣/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٦٠/٩، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٣٣٣/١٠، كشف القناع: البيهوتي، ١١٨/٦.

(٣) - انظر حاشية ابن عابدين: ٢٢٨/٥، مختصر خليل: ص ٢٤٦، التاج والإكليل: العبدري، ٤٣٤/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٣، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥١٨/٥، الإنصاف: المرادوي، ٤٦٣/٢، كشف القناع: البيهوتي، ٧٦/٢.

(٤) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٤٠/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ١٨٣/٤، نهاية المحتاج: الرملي، ١٠/٨، شرح الزرقاني: ١١٣/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٣١/١٠، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ٢٦٧/٤، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ٥٠٥/٢.

(٥) - انظر المراجع السابقة.

(٦) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ١٨٣/٤.

(٧) - انظر المرجع السابق.

وأضاف المالكية للتعريف: أخذ مكلف طفلاً حراً لا يعقل؛ لصغره.^(٢)
أركان جريمة السرقة: لجريمة السرقة أركان أربعة: الأول: الأخذ خفية، الثاني: أن يكون المأخوذ مالاً،
الثالث: أن يكون المال مملوكاً للغير، الرابع: القصد الجنائي.^(٣)

الفرع الأول: ضابط الأخذ خفية للتجريم بالسرقة

المقصود بالأخذ خفية

المقصود من الأخذ خفية أمران: الأول: أن يأخذ الجاني الشيء دون علم المجني عليه، والثاني: أن يأخذ الشيء دون رضا المجني عليه.^(٤) وهذا الأخذ يتحقق بتوفر الأركان التالية باتفاق الفقهاء:^(٥)

١- أن يخرج السارق الشيء المسروق من حرزه المعد لحفظه.

٢- أن يخرج الشيء المسروق من حيازة المجني عليه.

٣- أن يدخل الشيء المسروق في حيازة السارق.

هذه الأركان متفق عليها بين الفقهاء وإن اختلفوا في بعض التفاصيل التي لن نذكرها هنا، ونحيل إلى مراجع تعريف السرقة. ويمكن أن يحصل الأخذ خفية والإخراج من الحرز إما بالمباشرة أو التسبب، وكلاهما لهما حكم واحد وهو القطع إذا تحققت ضوابط التجريم كاملة؛ حيث لم يفرق الفقهاء بين المباشرة والتسبب مع مراعاة ضابط المتك الكامل الذي سيأتي في السطور القادمة عند الحنفية. وصورة الأخذ خفية والإخراج من الحرز بطريق المباشرة: وهي (صورة الأخذ والإخراج):

أن يتولى السارق أخذ المتاع وإخراجه من الحرز بنفسه، أو أن يؤدي فعله مباشرة إلى إخراجه؛ كأن يدخل الحرز؛ فيحمل المسروق أو يلقي به إلى خارج الحرز، أو يكسر باباً أو شباكاً، أو أن يدخل يده في الحرز؛ فيأخذ المسروق أو يلتقطه بشيء.

أو أن يشق جيباً فيسقط منه المال، أو ينقب حرزاً فيه طعام؛ فينزل ما فيه إلى الخارج.^(٦)

وصورة الأخذ خفية والإخراج من الحرز بطريق التسبب: وهي (صورة الأخذ دون الإخراج):

معناه أن لا يباشر السارق إخراج المسروقات من الحرز بنفسه، وإنما يؤدي فعله بطريق غير مباشر إلى إخراج المسروقات مثل أن يضع المسروق على ظهر دابة ويسوقها فتخرج من الحرز: أو يلقي

(١) - انظر الاختيار لتعليل المختار: مجد الدين أبو الفضل، ١٠٢/٤، العناية شرح الهداية: البابر، ٣٥٤/٥، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٥٤/٥، البحر الرائق: ابن نجيم، ٥٤/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٢٤/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٣٩/٧، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ٢٧٤/٤، كشاف القناع: ١٢٩/٦، شرح منتهى الإرادات: البهوتي، ٣٦٧/٣.

(٢) - انظر الفواكه الدواني: شهاب الدين النفرواي، ٢١٣/٢، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٩١/٨، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٢٩١/٩.

(٣) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٥١٨/٢.

(٤) - انظر مراجع تعريف السرقة في المذاهب، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ٥١٨/٢.

(٥) - انظر مراجع تعريف السرقة في المذاهب.

(٦) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٤٧/٩، الهداية: المرغيناني، ٣٦٨/٢، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٩٠/٥، مختصر خليل: ص ٢٤٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤٢٤/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٣١٢/٦، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٠، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٦٧/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٢٧/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٤١/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١١٧/٩، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٢٦٩/١٠، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ٢٧٧/٤.

بالمسروق في ماء جار إلى خارج المنزل؛ فيخرجه التيار: أو يرميه في ماء راكد، ثم يفتح مجرى الماء أو يعرض المسروق لريح هابّة؛ فتطير المسروق إلى الخارج أو يربطه على طائر ويُطيره؛ فيخرج المسروق، وغيرها من الطرق.^(١)

يتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الأخذ تام في صورة التسبب؛ فيقام الحدّ على السارق، وخالفهم في ذلك زفر، حيث يرى أن الأخذ لا يتم إلا بالإخراج، والرمي ليس بإخراج، والأخذ من الخارج لا يعتبر أخذاً من الحرز عنده.^(٢)

ويدخل تحت ضابط الأخذ خفية عند الحنفية ضابط اهتك الكامل للحرز أو الدخول إليه؛ حتى يتحقق التجريم بالسرقة.

فهل يشترط الدخول إلى الحرز من أجل تجريم السرقة؟؛ بمعنى هل يشترط اهتك الكامل للحرز كي يُجرّم السارق؟. ذهب الحنفية باستثناء أبي يوسف إلى اشتراط اهتك الكامل للحرز لتجريم السارق؛ فمن نقب الحرز كما لو كان منزلاً مثلاً، وأدخل يده في الثقب وأخذ المتاع أو مدّ قصبه؛ فأخذه بها؛ فلا يُعتبر فعله هتكاً كاملاً للحرز لعدم وجود الدخول؛ فالأخذ لم يتم؛ لأن السارق لم يدخل الحرز، وهتك الحرز هتكاً متكاملاً شرطاً لتكامل الجناية عند الحنفية، ولا يتصور تكامل اهتك فيما يمكن الدخول إليه إلا بالدخول فعلاً، فلو كان الحرز من مثل الصندوق؛ فلا يمكن الدخول فيهما؛ فالأخذ التام منهما باليد دون دخول يعتبر هتكاً متكاملاً.^(٣)

وفي هذا احتياطٌ من الحنفية للتجريم؛ بحيث لا يقبلون بالتجريم في السرقة إلا إن كان اهتك والأخذ كاملاً. في حين لم يشترط جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف اهتك الكامل للحرز بالدخول؛ فدخول الحرز ليس مقصوداً لذاته؛ بل لأخذ المال؛ فإذا تحقق المقصود بمد اليد داخل الحرز وإخراج المال، كان ذلك كافياً في هتك الحرز وأخذ المال.^(٤)

ضابط: في كل الصور التي لا يحصل فيها الأخذ خفية والإخراج من الحرز يسقط الحد ويجب التعزير على الفاعل، وذلك وفق القاعدة العامة في التعزير.^(٥)

(١) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٤٨/٩، الهداية: المرغيناني، ٣٦٨/٢، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٨٨/٥، مختصر خليل: ص ٢٤٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤٢٠/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٣٠٩/٦، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٠، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٨٥/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٤٥/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٥٨/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١١٧/٩، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٢٦٩/١٠، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ٢٧٧/٤.

(٢) - انظر المراجع السابقة.

(٣) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٤٧/٩، الهداية: المرغيناني، ٣٦٨/٢، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٩٠/٥.

(٤) - انظر المراجع السابقة، مختصر خليل: ص ٢٤٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤٢٤/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٣١٢/٦، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٠، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٦٧/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٢٧/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٤١/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١١٧/٩، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٢٦٩/١٠، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ٢٧٧/٤.

(٥) - انظر روضة الطالبين: النووي، ١٧٤/١٠، بدائع الصنائع: الكاساني، ٦٦/٧، الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٤٥، ص ٣٤٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٢٥/٩، وانظر أيضاً التشريع الجنائي: عودة، ٦٦٥/٢.

الفرع الثاني: ضابط أن يكون المأخوذ مالاً للتجريم بالسرقة

وعند الملكية يجوز أن يكون محل السرقة غير مال؛ كالصبي غير المميز؛ سواء كان حراً أو عبداً، وعلى من يأخذه عقوبة القطع كسارق المال.^(١)

معنى الضابط

المقصود بالمال في باب السرقة ما توفرت فيه الشروط التالية:^(٢)

١- أن يكون مالاً منقولاً: يجب أن تقع السرقة على مال منقول؛ لأن السرقة تقتضي نقل الشيء وإخراجه من حرزه، ونقله من حيازة المحني عليه إلى حيازة الجاني، وهذا لا يمكن إلا في المنقولات؛ فهي بطبيعتها يمكن نقلها من مكان إلى آخر ويعتبر المال المسروق منقولاً كلما كان قابلاً للنقل، ولو لم يكن منقولاً بطبيعته؛ كمن سرق خشباً من سقف منزل؛ فيخرج من التجريم بهذا الضابط: سرقة الحقوق الشخصية.^(٣)

٢- أن يكون مالاً متقوماً: في نظر الشرع؛ فيخرج من التجريم بهذا الضابط: سرقة الخمر والخنزير وغيرها.^(٤)

٣- أن يكون مالاً محرراً: يشترط جمهور فقهاء المذاهب الأربعة أن يكون المال محرراً لوجوب القطع في سرقة، وحرز كل شيء بحسبه، وتراجع أحكام الحرز في محلها.^(٥)

٤- أن يبلغ المال نصاباً: جمهور الفقهاء على اشتراط النصاب؛ بوجوب القطع في السرقة، إلا ما روى عن الحسن البصري^(٦) من وجوب القطع في سرقة القليل والكثير إلا أنهم اختلفوا في تحديد مقدار هذا النصاب؛ فالجمهور على أن النصاب الذي يقطع فيه هو ربع دينار من الذهب، أو ثلاثة

(١) - انظر الفواكه الدواني: شهاب الدين النفراوي، ٢/٢١٣، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٨/٩١، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٩/٢٩١.

(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٢/٥٤٣.

(٣) - انظر مراجع تعريف السرقة، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ٢/٥٤٤.

(٤) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٧/٦٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٥/٣٦٣-٣٦٤، البحر الرائق: ابن نجيم، ٥/٥٨، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٨/٩٦، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٩/٣٢٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٠، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥/٤٧٤، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٩/١٣٣، نهاية المحتاج: الرملي، ٧/٤٦٠، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٩/١٠٧، الشرح الكبير: الدردير، ١٠/٢٤٢، الإنصاف: المرادوي، ١٠/٢٤٥-٢٤٦، كشف القناع: اليهودي، ٦/١٢٩.

(٥) - انظر المبسوط: السرخسي، ٩/١٣٦، حاشية ابن عابدين: ٤/٨٣، مختصر خليل: ص ٢٤٣، الشرح الكبير: الدردير، ٤/٣٣٨، التاج والإكليل: العبدري، ٨/٤١٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥/٤٧٤، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٩/١٣٣، نهاية المحتاج: الرملي، ٧/٤٤٨، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ٤/٢٧٧، كشاف القناع: ٦/١٣٤.

(٦) - الحسن البصري: الحسن بن يسار البصري أبو سعيد، من فقهاء التابعين، وكانت أمه ترضع لأُم سلمة، رأى بعض الصحابة، وسمع من قليل منهم، شهد له أنس بن مالك بالعلم وغيره، وكان إمام أهل البصرة، ولي القضاء بالبصرة أيام عمر بن عبد العزيز، توفي ١١٠ هـ. انظر وفيات الأعيان: ابن خلكان، ٢/٦٩، الوافي بالوفيات: الصفدي، ١٢/١٩٠.

دراهم من الفضة، أو ما قيمته ثلاثة دراهم من غيرهما، أما الحنفية فالنصاب عندهم: هو عشرة دراهم تساوي ديناراً، وأصل الخلاف راجع إلى اختلاف الروايات عن النبي ﷺ.^(١)

الفرع الثالث: ضابط أن يكون المال مملوكاً للغير للتجريم بالسرقة

يشترط لوجود جريمة السرقة أن يكون الشيء المسروق مملوكاً لغير السارق؛ فإن كان مملوكاً للسارق وقت السرقة وقبل الإخراج من الحرز فالفعل لا يعتبر سرقة ولو أخذه الفاعل خفية.^(٢) ويسقط الحد عند أبي حنيفة عن السارق إذا تملك المسروق بعد الإخراج من الحرز وقبل القضاء.^(٣)

ضابط مهم: لا يكفي لتكوين جريمة السرقة أن يكون الشيء المأخوذ غير مملوك لآخذه فحسب؛ بل يشترط أن يكون مملوكاً لغير السارق؛ فإن لم يكن مملوكاً لأحد؛ كالأموال المباحة أو المتروكة فإن أخذه لا يعتبر سرقة؛ ولو كان خفية، ولا يعتبر الشخص سارقاً للمال ولو لم يكن يملكه، والأموال المباحة كالماء والطير في الهواء الذي لا مالك له، والالآئ في قاع البحر والأسماك لا يعتبر سرقة؛ لأنها مال لا مالك له.^(٤) ويخرج من التجريم بهذا الضابط: إذا كان للسارق شبهة الملك في الشيء المسروق؛ فلا يُقطع، ومثال هذا: سرقة الوالد من ولده، وسرقة المال المشترك، وسارق الكفن عند الحنفية.^(٥)

الفرع الرابع: ضابط القصد الجنائي للتجريم بالسرقة

لا يعتبر الأخذ خفية سرقة إلا إذا توفر لدى الآخذ القصد الجنائي.^(٦)

ولا بدّ من توفر عناصر معينة لقيام القصد الجنائي:

١- أخذ الجاني الشيء وهو عالم أن أخذه محرم.

٢- أن يأخذه بقصد أن يملكه لنفسه دون علم الجاني عليه ودون رضاه.^(٧)

ويخرج من التجريم إذا الضابط: من يأخذ شيئاً على اعتقاد أنه مباح أو متروك؛ فلا عقاب عليه؛ لانعدام القصد الجنائي، وكذا من أخذ شيئاً دون أن يقصد تملكه كأن أخذه ليطلع عليه، أو ليستعمله ويرده، أو أخذ شيئاً وهو يعتقد أن الجاني عليه موافق على أخذه؛ فلا يُقطع.^(٨)

(١) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٣٦/٩، الهداية: المرغيناني، ٣٦٢/٢، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٥٥/٥، الفواكه الدواني: شهاب الدين النفرواي، ٢١٣/٢، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٩١/٨، منح الجليل: أبو عبد الله عيش، ٢٩١/٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٧٤/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٣٣/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٤٨/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٠٥/٩، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ٢٧٥/٤، بداية المجتهد: ابن رشد، ٢٣٠/٤.

(٢) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٥٦/٩، بدائع الصنائع: الكاساني، ٨٤/٧-٨٥، البناية شرح الهداية: المرغيناني، العيني، ٧٠/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٤١٣/٥.

(٣) - انظر المراجع السابقة.

(٤) - انظر مراجع تعريف السرقة.

(٥) - انظر العناية شرح الهداية: البابرتي، ٢٢١/١٠، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٩٦/٨، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٥٦/٤، كشاف القناع على متن الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ١٤١/٦، وانظر أيضاً الهداية: المرغيناني، ١٢١/٢، بدائع الصنائع: ٦٩/٧، البحر الرائق: ٦٠/٥، ومجمع الأنهر: شيخي زاده، ٣٨٥/٢.

(٦) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٠٨/٢.

(٧) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٧٠/٥، المجموع: النووي، ٧٥-٧٦، شرح منتهى الإرادات: البهوتي، ٣٨٦/٢.

(٨) - انظر المراجع السابقة.

خامساً: ضوابط الاحتياط في تجريم الحراية

تعريف الحراية:

هي البروز لأخذ مال، أو لقتل، أو لإرعاب؛ على سبيل المجاهرة؛ مكابرة؛ اعتماداً على القوة، مع البعد عن الغوث.^(١)

وزاد المالكية محاولة الاعتداء على العرض مغالبة.^(٢)

الفرع الأول: ضابط مكان الحراية لتجريم المحارب

ذهب المالكية والشافعية وأبو يوسف من الحنفية وكثير من الحنابلة إلى أنه لا يشترط للتجريم بالحراية البعد عن العمران، وإنما يشترط فقد الغوث فقط، وقد يحصل فقد الغوث بعدة وسائل منها: البعد عن العمران، أو غوث السلطان؛ فلو دخل قوم بيتاً وشهروا السلاح ومنعوا أهل البيت من الاستغاثة فهم قُطّاع طرق في حقهم.^(٣) وذهب الحنفية وفي المعتمد عند الحنابلة إلى اشتراط البعد عن العمران؛ فإن حصل الإرعاب وأخذ المال في القرى والأمصاير؛ فلا تجرم بالحراية، ويشترط الحنفية أن تحصل الحراية في دار الإسلام؛ فلا حراية في دار الحرب.^(٤)

الفرع الثاني: ضابط صفات قاطع الطريق لتجريمه

يشترط لتجريم الخارج على طريق المارة، مجموعة من الشروط، ومنها:

١- أن يكون ملتزماً بأحكام الشريعة؛ بأن يكون مسلماً، أو ذمياً، أو مرتدّاً، فلا يحسد الحربي، ولا المعاهد، ولا المستأمن.^(٥)

٢- اشترط الحنفية في المحارب الذكورة؛ لأن ركن الحراية هو: الخروج على وجه المحاربة والمغالبة، ولا يتحقق ذلك في النساء عادة؛ لرقّة قلوبهن وضعف بنيتهن؛ فلا يَكُنّ من أهل الحراية؛ في حين لم يشترطها الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة؛ فقد يكون للمرأة من القوة والتدبير ما للرجل؛ فيجري عليها ما يجري على الرجل من أحكام الحراية.^(٦)

(١) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٩٠/٧، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٣١٤/٦، حاشية البجيرمي: ٢١٢/٤، الشرح الكبير: الدردير، ٣٠٢/١٠، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ٢٨٧/٤.

(٢) - انظر المدونة: مالك بن أنس، ٥٥٦/٤، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٣٣٥/٩.

(٣) - انظر مختصر خليل: ص ٢٤٥، التاج والإكليل: العبدري، ٤٢٧/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٣١٤/٦، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠١، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٩٨/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٥٨/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٤٤/٩، الشرح الكبير: الدردير، ٣٠٣/١٠، الإنصاف: المرداوي، ٢٩١/١٠.

(٤) - انظر العناية شرح الهداية: البابرتي، ٤٣٢/٥، فتح القدير: ابن الهمام، ٤٣٢/٥، حاشية ابن عابدين: ١١٦/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٤٤/٩، الشرح الكبير: الدردير، ٣٠٣/١٠، الإنصاف: المرداوي، ٢٩١/١٠.

(٥) - انظر حاشية ابن عابدين: ١١٣/٤، المدونة: مالك بن أنس، ٥٢٩/٤، روضة الطالبين: النووي، ١٥٤/١٠، حاشية القليوبي: ٢٠٠/٤، كشف القناع: البهوتي، ١٤٩/٦.

(٦) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٩١/٧، التاج والإكليل: العبدري، ٤٢٧/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٧٢، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٥٧/٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٥٣/٩.

٣- اشترط الحنفية والحنابلة أن يكون المحارب مسلّحاً ولا يشترط المالكية والشافعية حمل السلاح؛ بل يكفي عندهم القهر والغلبة وأخذ المال ولو بالضرب بجمع الكف.^(١)

٤- اشترط الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة في المحارب المجاهرة؛ فإن أخذ المال متخفياً فهو سارق، وإن اختطف وهرب فهو منتهب، ولا قطع عليه.^(٢)

٥- المعين للقاطع بجأه أو بتكثير السواد أو بتقديم أي عون له، وإن لم يباشر القطع؛ ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن حكمه حكم المباشرة؛ لأنه متمالي، وقطع الطريق يحصل بالكل، ولأن من عادة القاطع أن يباشر البعض الفعل، ويدفع عنهم البعض الآخر؛ فسداً للذريعة يُحكم بتجريمهم احتياطاً، وقال الشافعية: لا يُجدد الردّ أي المعين، وإنما يُعزّر؛ كسائر الجرائم التي لا حد فيها.^(٣)

الفرع الثالث: ضابط صفات (المقطوع طريقه) لتجريم قاطعه

يشترط في المقطوع عليه أن يكون معصوماً، ويكون كذلك في الحراسة إذا كان مسلماً أو ذمياً أما إذا كان حرياً أو باغياً فلا عصمة له.^(٤)

سادساً: ضوابط الاحتياط في تجريم الردة

تعريف الردة:

هي: كفر المسلم بقول صريح أو لفظ يقتضيه أو فعل يتضمنه.^(٥)

أركان جريمة الردة: يقوم تجريم الردة على ركنين؛ الأول: الرجوع عن الإسلام: الثاني: القصد الجنائي.^(٦)

الفرع الأول: ضوابط الرجوع عن الإسلام لتجريم الردة

تقع الردة بإحدى الطرق التالية: الردة في الاعتقاد، والردة في الأقوال، والردة في الأفعال، والردة في الترك.^(٧)

ضابط الردة بالاعتقاد:

اتفق الفقهاء على تجريم الردة بالاعتقاد في الصور التالية:

(من أشرك بالله، أو جحده، أو نفى صفة ثابتة من صفاته، أو أثبت لله الولد؛ فهو مرتد كافر، ومن قال بقدوم العالم، أو بقائه، ومن جحد القرآن كله أو بعضه أو حرفاً منه، ومن اعتقد كذب حضرة

(١) - انظر حاشية ابن عابدين: ١١٥/٤، المدونة: مالك بن أنس، ٥٥٢/٤، روضة الطالبين: النووي، ١٥٦/١٠، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٤٤/٩، الشرح الكبير: الدردير، ٣٠٣/١٠.

(٢) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٩٠/٧، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٣١٤/٦، حاشية البجيرمي: ٢١٢/٤، الشرح الكبير: الدردير، ٣٠٢/١٠، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ٢٨٧/٤.

(٣) - انظر المراجع السابقة، والإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ١٥٨/١٧.

(٤) - انظر حاشية ابن عابدين: ١١٣/٤، المدونة: مالك بن أنس، ٥٢٩/٤، روضة الطالبين: النووي، ١٥٤/١٠، حاشية القليوبي: ٢٠٠/٤، كشاف القناع: البهوتي، ١٤٩/٦.

(٥) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ١٣٤/٧، شرح مختصر خليل: الخرش، ٦٢/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٣، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٢٧/٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣/٩.

(٦) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٧٠٦/٢.

(٧) - انظر الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٨٣/٢٢.

النبي محمد ﷺ، ومن اعتقد حلّ شيء مجمع على تحريمه؛ كالزنا وشرب الخمر، أو أنكر أمراً معلوماً من الدين بالضرورة^(١).

ضابط الردة بالأقوال:

اتفق الفقهاء على تجريم الردة بالأقوال في الصور التالية:

(من صرح باعتقاد الكفر، ومن سب الله تعالى كفر؛ سواء كان مازحاً أو جاداً أو مستهزئاً سب النبي ﷺ أو أحد الأنبياء المتفق على نبوتهم).^(٢)

ضابط الردة بالأفعال:

اتفق الفقهاء على تجريم الردة في الأفعال في الصور التالية: (إلقاء المصحف الشريف في أماكن القذارة استهزاءً، ومن أتى بفعل صريح فيه الاستهزاء بالإسلام؛ فقد كفر).^(٣)

ضابط الردة بالترك:

اتفق الفقهاء على أن من ترك فريضة من الفرائض الثابتة بالمتواتر كالصلاة والزكاة حجوداً لها فهو مرتد.^(٤)

الفرع الثاني: ضابط القصد الجنائي لتجريم الردة

يُشترط للتجريم بالردة أن يتعمد الجاني إتيان الفعل أو القول المكفر، وهو يعلم بأنه فعل أو قول مكفر؛ فمن أتى فعلاً يؤدي للكفر وهو لا يعلم معناه ومن قال كلمة الكفر وهو لا يعلم معناها؛ فلا يكفر ومن حكى كفراً سمعه وهو لا يعتقد أنه يكفر، وكذلك من جرى على لسانه الكفر سبقاً من غير قصد لشدة فرح أو وهن أو غير ذلك.^(٥)

هل يشترط مع إتيان الفعل الكفري قصداً أن ينوي الكفر؟

يشترط الشافعية أن يقصد الجاني أن يكفر؛ فلا يكتفي أن يتعمد إتيان الفعل أو القول الكفري؛ بل يجب أن ينوي الكفر مع قصد الفعل وحجته أن الأعمال بالنيات؛ فإذا لم ينو الكفر فلا كفر.^(٦) ولا

(١) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٦٨/٦، حاشية ابن عابدين: ٢٢١/٤، مختصر خليل: ص ٢٣٨، التاج والإكليل: العبدري، ٣٧١/٨، الشرح الكبير: الدردير، ٣٠١/٤، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٣، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٧٢/٥، نهاية المحتاج: الرملي، ٤١٤/٧، حاشية القليوبي: ١٧٥/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣/٩، الشرح الكبير: الدردير، ٧٤/١٠، الإنصاف: المرادوي، ٣٢٦/١٠.

(٢) - انظر المراجع السابقة.

(٣) - انظر المراجع السابقة.

(٤) - انظر ملتقى الأبحر: ابراهيم بن محمد بن ابراهيم الحلبي، ٩٥٦ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٨ م، تحقيق: خليل المنصور، ٢١٨/١، حاشية ابن عابدين: ٣٥٢/١، اللباب في شرح الكتاب: الميداني، ٥٥/١، الرسالة: القيرواني، ص ١٢٧، الفواكه الدواني: شهاب الدين النفرواي، ٩٤/١، الشرح الكبير: الدردير، ١٩٠/١، منهاج الطالبين: النووي، ص ٥٥، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٦١٢/١، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٢٨/٢، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٢٩/٢، شرح الزركشي على مختصر الخرقي: ٢٦٩/٢.

(٥) - انظر المراجع السابقة.

(٦) - انظر أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ٣٦٢/٣.

يشترط الحنفية والحنابلة توفر نية الكفر مع القصد إلى الفعل الكفري؛ فعندهم فعل الهازل وقوله كفر؛ فمن تكلم بلفظ مكفر أو أتى بفعل مكفر، وهو مختار يُعتبر كافراً، ولو لم يقصد معنى الفعل أو القول ما دام أنه عارف لمعناه.^(١)

المطلب السادس: ضوابط الأخذ بالاحتياط في جرائم التعزير

يحصل التجريم في جرائم التعزير بإحدى حالات ثلاث:

- ١- تعزير على المعاصي التي ليس فيها حد أو قصاص.
 - ٢- وتعزير للمصلحة العامة ومخالفة النظام العام.
 - ٣- وتعزير على المخالفات، بمعنى ترك الواجبات.^(٢)
- أما بالنسبة للحالة الأولى فأمرها واضح؛ فكل معصية نصّ الشارع على تحريمها ولم ينصّ على عقوبة مقدرة لعين هذه المعصية يجوز أن يعزر القاضي فاعلها.^(٣)
- أما الحالة الثانية وهي التعزير للمصلحة العامة فقد مرّت في المبحث الثالث من الفصل الثالث، وتحت عنوان مقاصد العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي، ومنها مراعاة المصالح الشرعية المعتبرة في تشريع التعزير؛ فلا داعي للتكرار هنا.

أما الحالة الثالثة وهي حالة ترك الواجبات فإن الاحتياط لصالح تنفيذ الواجبات والعناية بها كان من أحد أسباب تجريم تاركها ومعاقبته معاقبة تعزيرية، وأساس هذا التعزير أن ترك الواجبات والفرائض يدخل في باب المعاصي التي يجوز التعزير لفعالها.^(٤)

مثال التعزير لترك الواجب: التعزير على ترك أداء الأمانات؛ كالودائع وأموال الأيتام وغلات الوقوف وما تحت أيدي الوكلاء، وما شابه ذلك؛ فإنه يعاقب على ذلك كله حتى يؤدي ما يجب عليه.^(٥) ومثاله ومثاله أيضاً: التعزير على منع الزكاة، وترك قضاء الدين عند القدرة على ذلك، وعدم رد المغصوب، وكنم البائع ما يجب عليه بيانه؛ كأن يدلّس في المبيع عيباً خفياً ونحوه، والشاهد والمفتي والحاكم يعزرون على ترك الواجب.^(٦)

فإن هذه واجبات يترتب على تركها جواز التعزير.

(١) - انظر البناية شرح الهداية: المرغيناني، العيني، ٧١/١١، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٥٢/٩، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣/٩، الشرح الكبير: الدردير، ٧٤/١٠.

(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ١٢٨/١.

(٣) - انظر الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٤٤، تبين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢٠٨/٣، حاشية ابن عابدين: ٦٠/٤، الفواكه الدواني: شهاب الدين النفرواي، ١٧٨/٢، المهذب: أبو إسحاق الشيرازي، ٣٧٣/٣، الإقناع في فقه الإمام أحمد: ٢٧٠/٤.

(٤) - انظر الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٤٤، تبصرة الحكام: ابن فرحون، ٢٨٨/٢، المنتور في القواعد: ١٠٩/٣، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٢٢/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٧٥/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ١٩/٨، الشرح الكبير: الدردير، ٣٤٧/١٠، كشف القناع: البهوتي، ١٢١/٦، حاشية ابن عابدين: ٦٦/٤.

(٥) - انظر حاشية ابن عابدين: ٦٦/٤.

(٦) - انظر الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٤٤، تبصرة الحكام: ابن فرحون، ٢٨٨/٢، كشف القناع: البهوتي، ١٢١/٦.

ثانياً: ضابط الاعتياد للتجريم في بعض الأحوال

جريمة الاعتياد: هي التي تتكون من تكرار وقوع الفعل؛ أي أن الفعل بذاته لا يعتبر جريمة؛ لكن الاعتياد على ارتكابه هو الجريمة. وجرائم الاعتياد تدخل في جرائم التعازير؛ فإن كان يشترط للعقاب اعتياد الفعل؛ فالجريمة جريمة عادة.^(١)

مثالها: من اعتاد على سرقة أكفان الموتى فإنه يُعزّر سياسةً بالقطع عند الحنفية الذين لا يعتبرون سارق الأكفان سارقاً يستحق القطع في الأصل.^(٢) وأيضاً حبس من اعتاد سرقة أبواب المساجد، وحبس من اعتاد سرقة صنادير الماء في مِيَصُ المساجد، ومن يسرق نعال المصلين.^(٣)

ملاحظة: يقابل (جرائم الاعتياد) وفق مصطلح بعض المعاصرين كعبد القادر عودة (الجرائم البسيطة) ويقول في بيان معنى هذا النوع من الجرائم: الجريمة البسيطة: هي التي تتكون من فعل واحد كالسرقة والشرب، ويستوي أن تكون الجريمة مؤقتة أو مستمرة، وجرائم الحدود والقصاص كلها جرائم بسيطة.^(٤)

فجرائم الحدود والقصاص يكفي لتجريم مرتكبها أن يقوم بها مرة واحدة، أما بالنسبة للتعزيرات فإن التكرار قد يكون شرطاً للتجريم في بعضها. والحقيقة أنه لا يوجد في فروع الفقهاء ضابط دقيق لتحديد الجرائم التعزيرية التي يُشترط فيها التكرار لتجريم فاعلها، وقد قاموا بذكر بعض الفروع التي تشير إلى اعتبار التكرار في بعض الجرائم دون أن تكون مضبوطة بضابط دقيق.

قد يعاقب الفقهاء عقوبة التكرار التعزيرية لدى تكرار بعض جرائم الحدود، ومثال هذا: اللواط لغير المحسن؛ فالفاعل والمفعول به يعاقب كلاهما بالعقوبة المقررة للجريمة؛ فإن اعتاد الجريمة ولم تردعه العقوبة قُتل لشناعة جرمته، ولما تؤدي إليه من إفساد الأخلاق والفضيلة، وفي هذا ما فيه من الاحتياط لصالح المجتمع والفضيلة واستئصال الجريمة بالعقاب الرادع.^(٥)

والسارق إذا اعتاد السرقة يعاقب على الاعتياد بتخليده في الحبس حتى يموت أو تظهر توبته عند الحنفية.^(٦)

ظهور معنى الاحتياط في هذا الضابط:

قد تكون بعض الجرائم صغيرة ولا تستحق أن يعاقب فاعلها عقوبة قاسية؛ وخاصة إذا كان من ارتكبها قد فعلها للمرة الأولى، أو كان من أهل الشرف والأخلاق، فلا يُعاقب فاعلها سترًا له، وعسى

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٩٠/١.

(٢) - انظر درر الحكام شرح غرر الأحكام: ملا خسرو، ٨٠/٢.

(٣) - انظر تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢١٦/٣، البحر الرائق: ابن نجيم، ٥٩/٥، مجمع الأنهر: شيخي زاده، ٦١٧/١، حاشية ابن عابدين: ٩٣/٤.

(٤) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٩٠/١.

(٥) - انظر تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١٨١/٣، البحر الرائق: ابن نجيم، ١٨/٥، مجمع الأنهر: شيخي زاده، ٥٦٩/١، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٦٢/٥، حاشية ابن عابدين: ٢٧/٤، التشريع الجنائي: عودة، ٧٦٨/١.

(٦) - انظر تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢١٦/٣، البحر الرائق: ابن نجيم، ٥٩/٥، مجمع الأنهر: شيخي زاده، ٦١٧/١، حاشية ابن عابدين: ٩٣/٤.

أن لا يعود إليها مرة أخرى؛ لكن إن عاد إلى ارتكابها فيدلّ هذا على أنه قد استمرّ الجريمة وأصرّ على الإجرام، وعندها يستحق العقاب.^(١)

فمن أجل الاحتياط للمحافظة على مبدأ العدالة والمساواة بين الجريمة والعقاب كان هذا الضابط الاحتياطي في اشتراط التكرار لبعض الجرائم التعزيرية.

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٧٦٦/١.

المبحث الثاني- ضوابط الاحتياط في العقوبة

الاحتياط في جانب العقوبة يكون إما بتنفيذ العقوبة، أو في تخفيفها، أو في تشديدها، أو في سقوطها، وعلى هذا تكون ضوابط هذه الصور هي ضوابط الأخذ بالاحتياط في العقوبة، وعلى هذا الأساس سيكون العمل في هذا المبحث.

تمهيد:

لا عقوبة إلا بنص

مرّ في المبحث السابق أنه لا يمكن اعتبار فعل أو ترك جريمة إلا بنص صريح يحرم الفعل أو الترك؛ فإذا لم يرد نصٌّ يحرم الفعل أو الترك؛ فلا مسؤولية ولا عقاب على فاعل أو تارك، ولما كانت الأفعال المحرمة لا تعتبر جريمة في الشريعة بتحريمها وإنما بتقرير عقوبة عليها؛ سواء كانت العقوبة حداً أو قصاصاً أو تعزيراً؛ فإن المعنى الذي يُستخلص من ذلك كله هو أن قواعد الشريعة الإسلامية تقضي بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وقد استفضنا بشرح هذا الضابط في المبحث الأول من هذا الفصل.^(١)

المطلب الأول: ضوابط الاحتياط في تنفيذ العقاب

هناك مجموعة من الضوابط الاحتياطية لكيفية تنفيذ العقاب بعد ثبوته، والتي يظهر فيها مبدأ الاحتياط الذي يراعي المقاصد الأساسية لتنفيذ العقاب في الشريعة الإسلامية، وفيما يلي بعض هذه الضوابط مع إظهار المسلك الاحتياطي في كل ضابط.

أولاً: ضوابط الاحتياط في تنفيذ عقوبة الرجم

عقوبة الرجم هي عقوبة الزاني المحصن.

وقد اتفق الفقهاء على اشتراط الإحصان بصورة عامة لرجم الزاني، ثم اتفقوا أيضاً في بعض شروط الإحصان في جريمة الزنا، وهي العقل والبلو والحرية والوطء في نكاح صحيح، واختلفوا في بعض الشروط الأخرى ومنها الإسلام.^(٢)

الفرع الأول: ضابط الاحتياط في كون الرجم بالحجارة وحتى الموت

نجد في تعريف الرجم أنه: (الرجم بالحجارة حتى الموت).^(٣)

(١) - انظر المرجع السابق: ١١٦/١.

(٢) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٣٦/٥، البحر الرائق: ابن نجيم، ١١/٥، حاشية ابن عابدين: ١٦/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٠، الشرح الكبير: الدردير، ٣٢٠/٤، المجموع: النووي، ١٣/٢٠، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: الخطيب الشربيني، ٥٢٢/٢، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٨/٩.

(٣) - انظر الاختيار لتعليل المختار: مجد الدين أبو الفضل، ٨٤/٤، العناية شرح الهداية: البابرتي، ٢٣٧/٥، القوانين الفقهية: محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي، ٧٤١هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ط، د. ت، ٢٣٢/١، المجموع: النووي، ١٣/٢٠.

إن الفقهاء قد صرحوا بأن يكون الرجم بالحجارة، وأن تكون متوسطة كالکف، أي أن يملأ حجمها الكف؛ فلا ينبغي أن يُرجم بصخرات تجهز عليه فوراً احتياطاً؛ خشية فوات التكيل المقصود، وخشية حصول التشويه، ولا بحصيات خفيفة احتياطاً؛ لمنع تطويل تعذيبه.^(١)

ثم إن الاحتياط في كون عقوبة الزنا الرجم حتى الموت -إذا كان الحد قد ثبت بشهادة الشهود- يُحتاط فيه لجهة تحقيق المساواة بين الجريمة والعقاب؛ فيكون ثبوت حكم الرجم بقدر سببه؛ كما صرح الحنفية.^(٢)

الفرع الثاني: ضابط الاحتياط في كيفية الرجم

يظهر الاحتياط في كيفية الرجم في النقاط التالية:

- ١- شرط حضور طائفة من المؤمنين؛ لتحقيق الزجر عن ارتكاب المعصية بمشاهدة العقاب، والحضور ثابت بقوله تعالى: (وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ) [النور: ٢].^(٣)
- ٢- شرط الحنفية أن يحضر الشهود، وأن يبدؤوا بالرجم في اعتبار هذا الشرط احتياطاً في درء الحد؛ لأن الشهود إذا بدؤوا بالرجم؛ ربما استعظموا فعله؛ فيحملهم ذلك على الرجوع عن الشهادة؛ فيسقط الحد عن المشهود عليه؛ في حين لم يشترط باقي علماء المذاهب الأربعة بدء الشهود.^(٤)
- ٣- إن ثبت الحد بالبينة فحاول الجاني الهرب لا يمكن من ذلك؛ بل قال الشافعية: بأنه إن خيف هربه يقيد أو يحفر له احتياطاً لتنفيذ العقاب.^(٥)
- ٤- فإن كانت امرأة يُحفر لها، أو تربط عليها ثيابها حتى لا تتكشف؛ احتياطاً لحشمتها.^(٦)
- ٥- إن ثبت الحد بالإقرار فقد اتفقوا على أنه إن حاول الهرب لم يتبع، ويوقف التنفيذ؛ جلدًا كان أو رجماً، ويعتبر ذلك رجوعاً عن إقراره.^(٧)
- ٦- وإن كان الحد ثابتاً بالإقرار؛ فالحنفية على وجوب حضور الإمام والبدء بالرجم؛ كما هو حال اشتراطهم لحضور الشهود في حال الثبوت بالبينة، ولم يشترط ذلك الجمهور.^(٨)

(١) - انظر المراجع السابقة، وانظر حاشية الدسوقي: ٣٢٠/٤، حاشية الصاوي: ٤٤٥/٤، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٥٧/٥، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ٢٥٠/٤، كشف القناع: البهوتي، ٨٩/٦.

(٢) - انظر العناية شرح الهداية: البابر تي، ٢٣٧/٥.

(٣) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ٥٧/٥، حاشية ابن عابدين: ١١/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٠، التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٥/٨، الشرح الكبير: الدردير، ٣٢٠/٤، روضة الطالبين: النووي، ٩٩/١٠، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٦/٩، الشرح الكبير: الدردير، ١٧٠/١٠.

(٤) - انظر المراجع السابقة.

(٥) - انظر المبسوط: السرخسي، ٥١/٩، حاشية ابن عابدين: ١٠/٤، حاشية الصاوي: ٤٥٥/٤، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١١٨/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٣٤/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٧/٩، الشرح الكبير: الدردير، ١٣٨/١٠، كشف القناع: البهوتي، ٨٤/٦.

(٦) - انظر المراجع السابقة.

(٧) - انظر المراجع السابقة.

(٨) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ٥٧/٥، حاشية ابن عابدين: ١١/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٠، التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٥/٨، الشرح الكبير: الدردير، ٣٢٠/٤ و ١٧٠/١٠، روضة الطالبين: النووي، ٩٩/١٠، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٦/٩.

ثانياً: ضوابط الاحتياط في تنفيذ عقوبة الجلد

الجلد هو عقوبة الزاني غير المحسن، والقاذف، وشارب الخمر.

الفرع الأول: ضابط الاحتياط في كيفية الجلد وآلته

ضابط الاحتياط في كيفية الجلد يظهر في الصورة التالية:

اتفق الفقهاء على أنه يُجلد الصحيح القوي في الحدود بسوط معتدل؛ ليس رطباً ولا شديد اليبوسة، ولا خفيفاً لا يؤلم؛ احتياطاً لمصلحة الزجر في العقاب، ولا غليظاً يجرح، ولا يرفع الضارب يده فوق رأسه؛ بحيث يبدو بياض إبطه، ويفرقّ الجلدات على بدنه؛ احتياطاً لمنع إيقاع الضرر الزائد الممنوع حصوله بالعقاب، ويتّقي الوجه والأعضاء التناسلية والمقاتل؛ لأن في ضربها خطراً؛ ولأنها مواضع يسرع القتل إلى صاحبها بالضرب عليها، والقصد من الحدّ الردع والزجر لا القتل.^(١) ثم إن الجلد في الحدود يكون بالسوط؛ على أنه يجوز في حد الشرب الضرب بالأيدي أو النعال أو أطراف الثياب؛ احتياطاً لورود النص بذلك، وهو: عن أبي هريرة، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد شرب، فقال: "اضربه". قال أبو هريرة: فمنا الضارب بيده، ومنا الضارب بنعله، والضارب بثوبه".^(٢)

الفرع الثالث: ضابط تأخير تنفيذ عقوبة الجلد على الشارب حتى يزول سكره.

لا يقام حد الشرب على الشارب حتى يزول سكره لتحصيل الانزجار بالعقاب حال الصحو؛ فرمى كان السكر سبباً لتخفيف الشعور بالعقاب؛ فلا يحصل كمال الانزجار به، وهذا هو معنى الاحتياط في التأخير لصالح الزجر، هذا ما عليه علماء المذاهب الأربعة، وقيد المالكية منع تنفيذ الجلد على السكران حال كون سكره واضحاً جداً.^(٣)

ويقول ابن الهمام: (ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر؛ تحصيلاً لمقصود الانزجار، وهذا بإجماع الأئمة الأربعة؛ لأن غيبوبة العقل وغلبة الطرب والشرح يخفف الألم).^(٤)

وعلى هذا فلا يجوز أن يُعطى الجاني مخدراً موضعياً أو كلياً؛ لأن ذلك يحول دون شعوره بالألم مما يؤدي إلى الإخلال بحكمة الردع والزجر.

(١) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٣٠/٥، تبين الحقائق: ١٦٩/٣، حاشية ابن عابدين: ١٣/٤، مختصر خليل: ٢٤٦، الشرح الكبير: الدردير، ٣٥٤/٤، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٣١٨/٦، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٣، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٢١/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٧٣/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ١٧/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٦٨/٩، الشرح الكبير: الدردير، ١٢٨/١٠، شرح الزركشي على مختصر الخرقي: ٣٩٠/٦.

(٢) - مسند أحمد: مسند أبي هريرة، ٣٦٦/١٣، والحديث فيه انقطاع. انظر التلخيص الحبير: ابن حجر العسقلاني، ٢٠٨/٤، الخيرية، ط ١، ١٣٢٢هـ، ١٥١/٢، حاشية ابن عابدين: ١٣/٤، حاشية ابن عابدين: ٣٥٤/٤، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٣، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٢١/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٧٣/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ١٧/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٦٧/٩، الإنصاف: المرداوي، ١٥٥/١٠، كشف القناع: البهوتي، ٨٠/٦.

(٣) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٠٩/٥، حاشية ابن عابدين: ٣٩/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٦، التاج والإكليل: العبدري، العبدري، ٤٣٣/٨، منح الجليل: أبو عبد الله عlish، ٣٥١/٩، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٣، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٢١/٥، نهاية المحتاج: الرملي، ١٧/٨، الشرح الكبير: الدردير، ٨٨/١٠، شرح الزركشي: ٢٦٨/٦.

(٤) - فتح القدير: ابن الهمام، ٣٠٩/٥، وانظر قريباً منه في مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٢١/٥.

الفرع الرابع: ضابط

ينبغي في الجلد في حد الزنا أن يكون أشد منه في حد القذف، وأن يكون في حد القذف أشد منه في حد شرب الخمر، وذلك تبعاً لشدة الجريمة، واحتياطاً لتحقيق مبدأ المساواة بين الجريمة والعقوبة.^(١)

ثالثاً: ضوابط الاحتياط في التغريب والنفي

العقوبة الأولى: التغريب

التغريب في اللغة والاصطلاح: هو النفي عن البلد والإبعاد عنها.^(٢)

الفرع الأول: الاحتياط في مشروعية التغريب وكيفية

اتفق الفقهاء على مشروعية التغريب في الزنا، في الجملة على خلاف بينهم في اعتباره من حد الزنا، أو عدم اعتباره من الحد.^(٣)

فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن من حدّ الزاني إن كان بكرًا التغريب لمدة سنة لمسافة قصر فأكثر، واستدلوا بالحديث الشريف: "البكر بالبكر جلد مئة ونفي سنة".^(٤)

وذهب الحنفية إلى أن التغريب ليس من الحد، ولكنهم يجيزون للإمام أن يجمع بين الجلد والتغريب، إن رأى في ذلك مصلحة؛ فالتغريب عندهم عقوبة تعزيرية.^(٥)

وردّ الحنفية استدلال الجمهور بحديث التغريب وقالوا: لا يؤخذ به؛ لأنه لو أخذ به لكان ناسخاً للآية؛ لأن فيه زيادة على نص الآية، وهي قوله تعالى: (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةً جَلْدَةً) [النور: ٢]، والحديث السابق لا يقوى على نسخ الآية؛ لأنه خبر آحاد.^(٦)

وقالوا: في التغريب فتح لباب الفساد؛ ففيه نقص وإبطال للمقصود منه شرعاً.^(٧)

ويمكن ترجيح مذهب الحنفية؛ لما ذكره، وخاصة أن الآية الشريفة لم تذكر التغريب في حدّ الزاني.

ويظهر الاحتياط في مشروعية التغريب في النقاط التالية:

- ١- تحقيق كمال الزجر عن معصية الزنا؛ عن طريق معاقبة الزاني بالانقطاع عن أهله وولده ومعاشه؛ فيلحقه الذلّ عسى ألا يعود لمثلها.^(٨)

(١) - انظر مراجع الفرع الأول.

(٢) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٦٣٦/١-٦٣٧، حاشية ابن عابدين: ١٤/٤، حاشية الدسوقي: ٣٢١/٤، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ١٢٩/٤، كشف القناع: البهوتي، ٩٢/٦.

(٣) - انظر المراجع السابقة.

(٤) - صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب قطع السارق الشريف وغيره، والنهي عن الشفاعة في الحدود، ١٣١٦/٣، وانظر الشرح الكبير: الدردير، ٣١٩/٤، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٥٩، كشف القناع: البهوتي، ٩٢/٦.

(٥) - انظر حاشية ابن عابدين: ١٤/٤، بدائع الصنائع: الكاساني، ٣٨/٧.

(٦) - انظر المراجع السابقة.

(٧) - انظر المراجع السابقة.

(٨) - انظر حاشية الدسوقي: ٣٢٢/٤.

٢- المحافظة على العفة في المجتمع عن طريق التمهيد لنسيان الجريمة بأسرع ما يمكن: وهذا يقتضي إبعاد المجرم عن مسرح الجريمة- أما بقاؤه بين ظهري الجماعة؛ فإنه يحیی ذكری الجريمة ويحول دون نسيانها بسهولة.

٣- حماية الزاني من العودة إلى المعصية وهذا من مصلحته؛ ففي إبعاده عن مسرح الجريمة تجنب له من مضايقات كثيرة؛ لا بد أن يلقاها إذا لم يُبعد، وقد تصل هذه المضايقات إلى حد قطع الرزق، وقد لا تزيد على حد المهانة والتحقير؛ فالإبعاد يهيئ للجاني أن يحيا من جديد حياة كريمة.^(١) نلاحظ أن التغريب وإن كان عقوبة إلا أنه شرع لمصلحة الجاني أولاً، ولصالح الجماعة ثانياً. ثم اختلف من قال بالتغريب في كلفيته:

١- يقول الشافعية والحنابلة: التغريب هو النفي من البلد الذي حدث فيه الزنا إلى بلد آخر، دون حبس المغرَّب في البلد الذي نُفي إليه؛ إلا أنه يُراقب؛ احتياطاً؛ لئلا يرجع إلى بلده، وهذا خاص بمن زنى في وطنه، وأما الغريب الذي زنى بغير بلده، فيُغرَّب إلى غير بلده، ولا يجوز تغريبه لبلده.^(٢)

٢- ويقول المالكية: يغرب الزاني عن البلد الذي حدث فيه الزنا إلى بلد آخر، مع سجنه في البلد الذي غُرب إليه؛ احتياطاً للزجر والتأديب، وهذا إن كان متوطناً في البلد التي زنى فيها، وأما الغريب الذي زنى فور نزوله ببلده؛ فإنه يجلد ويسجن بها؛ لأن سجنه في المكان الذي زنى فيه تغريب له.^(٣)

الفرع الثاني: تغريب الذكر دون الأنثى

اتفق القائلون بالتغريب على وجوبه على الرجل الزاني الحر غير المحصن لمدة عام.^(٤) واختلفوا في تغريب المرأة غير المحصنة؛ فقال المالكية: لا تغريب على المرأة، ولو مع محرم أو زوج، ولو رضيت بذلك، والسبب في ذلك هو الاحتياط لمصلحة المرأة ومصلحة المجتمع؛ حيث إن المرأة إذا غُربت ربما وقعت في الفاحشة مرة أخرى؛ بسبب بعدها عن بلدها، وهذا يؤدي في النهاية إلى الإضرار بعفة المجتمع، وبالتالي يفوت المقصود من العقاب، ومن هنا يظهر احتياط المالكية في عدم السماح بتغريب المرأة.^(٥) في حين ذهب الشافعية والحنابلة إلى وجوب تغريبها ويكون معها زوج أو محرم.^(٦)

الفرع الثالث: تجويز أن يزيد التغريب عن مدة سنة

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٤٠/١.

(٢) - انظر مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٨/٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٤/٩.

(٣) - انظر الفواكه الدواني: شهاب الدين النفراوي، ٢٠٥/٢، حاشية العدوي: ٣٢٢/٢، حاشية الدسوقي: ٣٢١/٤-٣٢٢.

(٤) - انظر مراجع تعريف التغريب.

(٥) - انظر الفواكه الدواني: شهاب الدين النفراوي، ٢٠٥/٢، حاشية العدوي: ٣٢٢/٢، حاشية الدسوقي: ٣٢١/٤.

(٦) - انظر مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٤٨/٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٤/٩.

ذهب المالكية إلى أنه يجوز أن يزيد النفي للزاني غير المحصن على سنة، وأنه يجوز للإمام أن يزيد في التعزير على الحد، مع مراعاة المصلحة غير المشوبة بالهوى، وهذه المصلحة قد تكون في تحقيق المقصود من التغريب وهو تمام الزجر والتأديب؛ فإذا لم يتحصّل هذا بسنة فلا مانع من التمديد احتياطاً عندهم تعزيراً.^(١)

العقوبة الثانية: النفي

في اللغة هو: التغريب، والطرْد، والإبعاد.^(٢)

وفي الاصطلاح: ذهب الشافعية في قول والحنابلة إلى أنه التشريد في البلدان، والمطاردة والملاحقة.^(٣) وذهب الحنفية والشافعية إلى أنه الحبس والسجن.^(٤) وذهب المالكية إلى أنه الإبعاد إلى بلد آخر مع الحبس فيه.^(٥)

الفرع الأول: الاحتياط في مشروعية النفي

ثبتت مشروعية النفي في العقوبة على جريمة الحرابة في قوله تعالى: (إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ) [المائدة: ٣٣].

اتفق الفقهاء على وجوب النفي في حد الحرابة، ثم اختلفوا في تفاصيل هذه العقوبة؛ فالمالكية على أن الإمام مخيرٌ باختيار العقوبة المناسبة لكل جريمة من جرائم الحرابة، والجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة على تنويع العقوبات حسب تنويع الجرائم، وفق تفاصيل نحيل إليها في مظاهرها.^(٦) والخلاصة عند الجمهور أن النفي عقوبة المحارب الذي: أخاف الناس ولم يأخذ مالا ولم يقتل.

ويظهر الاحتياط في تشريع النفي في النقاط التالية:

١- إبعاد الجاني عن الأهل والبيت والسكن والحياة العادية، وفيه تنكسر النفس وتلين، وفيه إجحاش بالبعد عن الأهل والوطن.

٢- في النفي تأديب وعتاب، وهو تربية ووسيلة للإصلاح والندم والتوبة وتهدئة النفوس، وهو منع للاضطراب والثأر والانتقام، ووضع حد للجريمة والعصيان والمخالفات.^(٧)

(١) - انظر الفواكه الدواني: شهاب الدين النفرواي، ٢/٢٠٥، حاشية العدوي: ٣٢٢/٢، حاشية الدسوقي: ٣٢٢/٤.
(٢) - انظر مختار الصحاح: أبو عبد الله الرزائي، ص ٢٢٥، لسان العرب: ابن منظور، ١٥/٣٣٦-٣٣٧.
(٣) - انظر مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥/٤٩٩، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٩/١٥٩، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٩/١٥٠، الشرح الكبير: الدردير، ١٠/٣١٢.
(٤) - انظر النبابة شرح الهداية: المرغيناني، العيني، ٧/٨١، حاشية ابن عابدين: ٤/١١٤، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥/٤٩٩، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٩/١٥٩.
(٥) - انظر مختصر خليل: ص ٢٤٥، الشرح الكبير: الدردير، ٤/٣٤٩، التاج والإكليل: العبدري، ٨/٤٢٩.
(٦) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٧/٩٣، فتح القدير: ابن الهمام، ٥/٤٣٢، حاشية ابن عابدين: ٤/١١٣، مختصر خليل: ص ٢٤٥، الشرح الكبير: الدردير، ٤/٣٤٩، التاج والإكليل: العبدري، ٨/٤٢٩، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٢، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥/٥٠١، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٩/١٦٠، نهاية المحتاج: الرملي، ٨/٦، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٩/١٤٥، شرح الزركشي: ٦/٣٦٥.

٣- إن قاطع الطريق الذي يخيف الناس ولا يأخذ منهم مالا ولا يقتل منهم أحداً إنما يقصد الشهرة وبعده الصيت؛ فيعاقب بالنفي الذي يؤدي إلى الخمول وانقطاع الذكر.

٤- وإن قيامه بتخويف الناس قد أدى إلى نفي الأمن عن الطريق، وهو بعض الأرض؛ فعوقب بنفي الأمن عنه في كل الأرض؛ وهو إذا فكر في الجريمة ليخيف الناس وينفي الأمن عنهم في بعض الأرض ذكر العقوبة؛ فعلم أنه سينفى عنه الأمن في كل الأرض؛ فيكون في هذه العقوبة ردعاً نفسياً لمن يفكر في ارتكاب جريمة التخويف، وفي هذا ما فيه من الاحتياط لصالح الجماعة ولصالح الفرد.^(٢)

الفرع الثاني: ضابط الاحتياط بعدم تحديد مدة للنفي في حد الحرابة

ذهب جمهور علماء المذاهب الأربعة في المعتمد من مذاهبهم إلى أن مدة النفي في حد الحرابة غير محددة وإنما تتوقف على التوبة؛ لا بالقول؛ بل بظهور سيما الصلحاء، ويبقى في النفي، وهو الإبعاد أو الحبس، حتى تظهر توبته أو يموت؛ لأن المقصود من العقوبة التأديب والزجر؛ فإن لم يتحققا فلا مانع من ترك مدة النفي غير محددة لصالح هذه الحكم والمقاصد احتياطاً.^(٣)

الفرع الثالث: ضابط الاحتياط في إثناء النفي

طالما كانت مدة النفي غير محددة بأجل؛ فلا بد أن يكون هناك أسباباً لإنهاءه، وهذه الأسباب هي:

- ١- الموت والجنون: والإثناء في حالة الموت احتياطاً لانعدام محل التكليف، وفي حالة الجنون لأنه لم يعد مكلفاً، ولا أهلاً للعقوبة والتأديب، وهو لا يعقل المقصود من النفي لفقد الإدراك.^(٤)
- ٢- المرض: إن المرض غير الخطير يُعالج في الحبس، أما في حالة المرض المؤدي إلى الهلاك فذهب الحنفية في معتمد المذهب إلى أنه يجوز أن يُخرج الحاكم المنفي من السجن إذا لم يكن له من يخدمه ويقوم بشؤونه.^(٥)

٣- التوبة: فإذا تاب لا بالقول فقط؛ بل بظهور سيما الصلحاء عليه؛ فلا مانع من إنهاء نفيه؛ لأن المقصود من العقوبة التأديب والزجر، وبظهور التوبة قد حصل ذلك؛ فيوقف نفيه احتياطاً لهذا المعنى.^(٦)

رابعاً: ضوابط الاحتياط في عقوبة القطع

(١) - انظر تبصرة الحكام: ابن فرحون، ٣٠٩/٢، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام: علي بن خليل أبو الحسن الطرابلسي، ٨٤٤هـ، دار الفكر، د.ب، د.ت، ص ١٩١-١٩٦.

(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٥٩/١-٦٦٠.

(٣) - انظر مراجع الفرع الأول.

(٤) - انظر حاشية ابن عابدين: ٤٢٦-٤٢٧، حاشية الدسوقي: ٢٨٢/٣، الفروع: ابن المفلح، ١٠٧/١٠.

(٥) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٧٨/٧، حاشية ابن عابدين: ٣٧٨/٥، معين الحكام: أبو الحسن الطرابلسي، ص ١٩٢.

(٦) - انظر مراجع الفرع الأول.

إن المقصود بالقطع هنا هو القطع الذي يكون عقوبة للسرقة، والقطع الذي يكون عقوبة للحراقة.

العقوبة الأولى: الاحتياط في قطع السرقة

الفرع الأول: الاحتياط في مشروعية القطع للشارق

اتفق الفقهاء على أن عقوبة السارق قطع يده، وهو ثابت بقوله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) [المائدة: ٣٨]، وبفعل النبي ﷺ وبالإجماع.^(١) ويظهر الاحتياط في تشريع عقوبة القطع للشارق في النقاط التالية:

- ١ - حماية مصلحة حفظ المال؛ بمعاقبة المعتدي عليها، وردع من يفكر بالقيام بسرقة أموال الناس.
- ٢ - حينما يفكر السارق في السرقة إنما يفكر في أن يزيد كسبه بكسب غيره؛ فهو يستصغر ما يكسبه عن طريق الحلال ويريد أن ينمي من طريق الحرام، وهو لا يكتفي بثمرة عمله؛ فيطمع في ثمة عمل غيره؛ لذا حاربت الشريعة هذا الدافع في نفس الإنسان بتقرير عقوبة القطع؛ لأن قطع اليد يؤدي إلى نقص الكسب؛ إذ اليد أداة الكسب: ونقص الكسب يؤدي إلى نقص الشراء وهذا يؤدي إلى نقص القدرة على الإنفاق وعلى الظهور ويدعو إلى شدة الكدح وكثرة العمل والتخوف الشديد على المستقبل، والردع النفسي لكل من يفكر بأخذ أموال الناس، وفي هذا ما فيه من الاحتياط لصالح المجتمع وصالح الجاني.^(٢)

الفرع الثاني: ضابط الاحتياط في محل القطع

اتفق الفقهاء على وجوب قطع اليد اليمنى لمن سرق للمرة الأولى.^(٣) ثم اختلفوا في بعض المسائل التي ظهر فيها احتياط بعضهم لصالح العقوبة، ومن هذه المسائل؛ فيما لو وجب عليه القطع وكانت يده اليمنى غير صحيحة؛ بأن كانت شلاء أو ذهب أكثر أصابعها.

فقد ذهب المالكية إلى انتقال حكم القطع من اليد اليمنى إلى الرجل اليسرى احتياطاً؛ وتعليل هذا الاحتياط هو: أن مقصود الحد إزالة المنفعة التي يستعان بها على السرقة، والشلاء وما في حكمها لا نفع فيها؛ فلا يتحقق مقصود الشرع بقطعها؛ لأن منفعتها التي يراد إبطالها باطلة من غير قطع، ولذلك ينتقل القطع إلى الرجل اليسرى؛ فنجد أن المالكية قد احتاطوا لصالح العقوبة، وأرادوا أن تكون زاجرة محققة للمقصود من تشريعها فلم يرتضوا قطع اليد الشلاء.^(٤)

(١) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٨٦/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٩٣/٥، مختصر خليل: ص ٢٤٣، التاج والإكليل: العبدري، ٤١٣/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠١، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٩٤/٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٢٠/٩، الإنصاف: المرادوي، ٢٨٥/١٠.

(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٥٢/١.

(٣) - انظر مراجع المشروعية.

(٤) - انظر مختصر خليل: ص ٢٤٣، الشرح الكبير: الدردير، ٣٣٢/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤١٤/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٣٠٦/٦.

في حين ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في قول عندهم إلى إجزاء قطع اليد الشلاء لعموم النصوص الواردة التي لم تفرّق بين يد صحيحة وأخرى شلاء.^(١) وفي الاحتياط في الحل مسألة: فيما لو وجب عليه قطع اليمنى وكانت يسراه غير موجودة، فإن القطع في هذه الحالة يؤدي إلى زوال كلتا يديه. فذهب الحنفية وفي رواية عند الحنابلة إلى أنه لا تُقطع اليد اليمنى؛ لأن قطعها يؤدي إلى تفويت منفعة الجنس كلية، والحد إنما شرع زاجراً لا مهلكاً؛ فاحتياطاً لهذا المعنى لا تقطع يمناه وينتقل القطع إلى الرجل اليسرى.^(٢)

في حين لم يمنع المالكية والشافعية من قطع اليد في هذه الحالة.^(٣)

الفرع الثالث: ضابط الاحتياط في موضع القطع وكيفيته

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم إلى أن قطع اليد يكون من الكوع، وهو مفصل الكف، وذلك لفعل النبي ﷺ والخلفاء الراشدين من بعده؛ فاحتياطاً لهذه النصوص يجب الاقتصار عليها منعاً لتجاوز الحد في إقامة العقوبة.^(٤) والجمهور أيضاً على أن موضع قطع الرجل هو مفصل الكعب من الساق، وذلك لفعل سيدنا عمر رضي الله عنه ذلك.^(٥)

أما في الاحتياط في الكيفية:

فإن المقصود من العقاب هو الزجر بشرط عدم الضرر الزائد؛ لذا فقد اتفق الفقهاء على مراعاة الإحسان في إقامة الحد؛ وعلى ذلك ينبغي أن يتخير الحاكم الوقت الملائم للقطع، بحيث يجتنب الحر والبرد الشديدين، إن كان ذلك يؤدي إلى الإضرار بالسارق، ولا يقيم الحد أثناء مرض يُرجى زواله، ولا يقيم الحد على الحامل أو النفساء، ولا على العائد في السرقة قبل أن يندمل الجرح السابق. كما ينبغي أن يُساق السارق إلى مكان القطع سوقاً رقيقاً؛ فلا يعنف به، ولا يعير، ولا يُسب، فإذا وصل إلى مكان القطع يُجلس، ويُضبط لئلا يتحرك فيجني على نفسه، وتشد يده بحبل، ويجرّ حتى يبين مفصل الذراع، ثم توضع بينهما سكين حادة، ويدق فوقها بقوة ليقطع في مرة واحدة، أو توضع على المفصل وتمد مدة واحدة، وإن عُلِمَ قطعٌ أسرع من ذلك قطع به.^(٦) ورفعاً للضرر الزائد وخوفاً من أن يؤدي قطع اليد إلى أضرار خطيرة بالجاني تزيد عن المطلوب من العقاب فقد أوجب الفقهاء من الحنفية

(١) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٨٧/٧، حاشية ابن عابدين: ١٠٥/٤، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ١٥٢/٤، حاشية البجيرمي: ٢٠٦/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٣٢/٩، الإنصاف: المرداوي، ٢٨٥/١٠.

(٢) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٨٧/٧، حاشية ابن عابدين: ١٠٥/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٣٢/٩، الإنصاف: المرداوي، ٢٨٥/١٠.

(٣) - انظر الشرح الكبير: الدردير، ٣٣٢/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤١٤/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٣٠٦/٦، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ١٥٢/٤، حاشية البجيرمي: ٢٠٦/٤.

(٤) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٣٤/٩، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٩٣/٥، حاشية ابن عابدين: ١٠٤/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤١٣/٨، الشرح الكبير: الدردير، ٣٣٢/٤، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٩٢/٨، المجموع: النووي، ٩٧/٢٠، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ١٥٢/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٢٠/٩-١٢١، الإنصاف: المرداوي، ٢٨٥/١٠، كشاف القناع: البهوتي، ١٤٦/٦.

(٥) - انظر المراجع السابقة.

(٦) - انظر المراجع السابقة، وانظر الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٣٩/٢٤.

والحنابلة على القاطع وجوباً عينياً حسمَ اليد المقطوعة بعد القطع، وذلك باستعمال ما يسد العروق ويوقف نزف الدم؛ وذلك لفعل النبي ﷺ، أما المالكية فقد اعتبروا الحسم واجباً كفاً، واعتبر الشافعية الحسم مندوباً في الأصح؛ لأنهم اعتبروه حقاً للمقطوع لا جزءاً من الحد.^(١) واحتياطاً للردع فقد سنَّ الشافعية والحنابلة تعليق اليد المقطوعة في عنق السارق؛ ردعاً للناس؛ استناداً إلى ما روي من أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقطعت يده، ثم أمر بها فُعِّلَتْ في عنقه، وترك الحنفية أمر تعليق اليد لرأي الإمام.^(٢)

الفرع الرابع: ضابط الاحتياط في قطع العائد للسرقة بعد إقامة الحد عليه

إذا تكررت السرقة قبل إقامة الحد، وكانت في كل مرة توجب القطع، قطع السارق لجميعها قطعاً واحداً؛ لأن الحدود تتداخل، ولأن المقصود هو الردع والزجر، وذلك يحصل بإقامة الحد الواحد.^(٣) أما إذا أقيم عليه الحد وقُطِع ثم عاد، فكيف يكون العمل بعد ذلك؟.

ذهب الحنفية والحنابلة في المعتمد إلى قطع رجله اليسرى في السرقة الثانية؛ فإن عاد بعد ذلك فليس عليه قطع؛ بل يُجْبَس ويضرب حتى تظهر توبته أو يموت.^(٤) واستدلوا بقول سيدنا علي رضي الله عنه: "إذا سرق الرجل قطعُ يده اليمنى، فإن عاد قطعُ رجله اليسرى، فإن عاد ضمَّته السجن؛ حتى يحدث خيراً؛ إني لأستحيي من الله أن أدعه ليس له يد يأكل بها، ويستنجي بها، ورجل يمشي عليها".^(٥) عليها".^(٥) وفي هذا احتياطٌ لصالح الجاني؛ كي لا تؤدي إقامة الحد إلى إزالة أطرافه وتحويله إلى عاجز لا يقدر على القيام بشيء.

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة في الرواية الأخرى: إلى أن من سرق بعد أن قُطعت يده اليمنى في السرقة الأولى، تقطع رجله اليسرى، فإن عاد للمرة الثالثة قطع يده اليسرى، فإن سرق مرة رابعة قطع رجله اليمنى، فإن عاد بعد ذلك حُبِس حتى تظهر توبته أو يموت.^(٦) واستدلوا بفعل النبي ﷺ.^(٧)

(١) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٩٤/٥، حاشية ابن عابدين: ١٠٤/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٣، الشرح الكبير: الدردير، ٣٣٢/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤١٣/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠١، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٩٥/٥، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٦٧/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٢٠/٩-١٢١، الإنصاف: المرادوي، ٢٨٥/١٠، كشف القناع: البهوتي، ١٤٦/٦، وانظر فعل النبي للحسم سنن الدارقطني: ١٠٢/٣.

(٢) - انظر المراجع السابقة.

(٣) - انظر الميسوط: السرخسي، ٧١/٩، فتح القدير: ابن الهمام، ٤١٦/٥، مختصر خليل: ص ٢٤٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤٢٦/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٣١٣/٦، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠١، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٩٥/٥، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٦٧/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٢٣/٩، كشف القناع: البهوتي، ١٤٤/٦.

(٤) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٩٤/٥، حاشية ابن عابدين: ١٠٤/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٢٠/٩-١٢١، الإنصاف: المرادوي، ٢٨٥/١٠، كشف القناع: البهوتي، ١٤٦/٦.

(٥) - سنن الدارقطني: كتاب الحدود والديات، ٩٩/٤، ولم أجد من حكم على الحديث.

(٦) - انظر مختصر خليل: ص ٢٤٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤٢٦/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٣١٣/٦، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠١، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٩٥/٥، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٦٧/٧.

عليه السلام^(١) ويمكن اختيار قول الحنفية؛ لأن فيه احتياطاً لمنع الضرر الزائد، ولضعف دليل المالكية والشافعية كما قال ابن حجر^(٢).

العقوبة الثانية: ضابط الاحتياط في قطع المحارب

يراعى في كيفية القطع للمحارب ما مرّ من ضوابط الاحتياط في قطع السارق؛ إلا أن القطع في الحراية يكون بقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى من خلاف؛ إذا سرق قاطع الطريق المال، وفق خلاف العلماء في عقوبة الحراية هل هي للتنويع؟، وهو مذهب الجمهور، أو لتخيير الحاكم؟، وهو مذهب المالكية^(٣).

فتكون العقوبة أغلظ في الحراية منها في السرقة؛ احتياطاً لشدة الجريمة؛ فالحراية تُرتكب عادة في الطرق وبعيداً عن العمران؛ حيث كان قاطع الطريق في أغلب الأمر على ثقة من النجاح، وفي أمن من المطاردة، وهذا مما يقوي العوامل النفسية الداعية للجريمة ويرجحها على العوامل الصارفة التي تبعثها عقوبة السرقة العادية في النفس؛ فوجب من أجل ذلك تغليظ العقوبة حتى تتعادل العوامل النفسية التي تصرف عن الجريمة مع العوامل النفسية التي تدعو إليها؛ فعقوبة قاطع الطريق هنا تساوي عقوبة السارق إذا سرق مرتين، وهي عقوبة لا شك عادلة؛ لأن خطورة قاطع الطريق لا تقل عن ضعف خطورة السارق العادي، ولأن فرصة قاطع الطريق في النجاح والإفلات قد تزيد على ضعف فرصة السارق العادي^(٤).

خامساً: ضوابط الاحتياط في القتل

عقوبة القتل في الحدود تكون في حالتين؛ الأولى هي عقوبة المحارب إذا قتل، والثانية هي عقوبة المرتد.

العقوبة الأولى: الاحتياط في عقوبة المحارب إذا قتل

إذا قتل المحارب فإنه يُقتل حداً لا قصاصاً، ويترتب على هذا أنه يُقتل، وإن قتل بمثل عند أبي حنيفة،

ولا يشترط التكافؤ بين القاتل والمقتول؛ فيقتل الحرّ بالعبد، والمسلم بالذمي، كما لا عبرة بعفو مستحق القود؛ احتياطاً؛ لوجود حق الله تعالى، وهذا هو مذهب الحنفية والمالكية وقول عند الشافعية وفي رواية عند الحنابلة^(٥).

في حين ذهب الشافعية في المعتمد وفي رواية عند الحنابلة إلى أنه يُغلب جانب القصاص؛ لأنه حق آدمي، وهو مبني على المضايقة؛ فيُقتل قصاصاً أولاً؛ فإذا عفا مستحق القصاص عنه يُقتل حداً، ويشترط

(١) - انظر سنن الدارقطني: ١٨١/٣، وضعفه ابن حجر انظر تلخيص الحبير: ابن حجر، ٦٨/٤.

(٢) - انظر تلخيص الحبير: ابن حجر، ٦٨/٤.

(٣) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٩٣/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٤٣٢/٥، حاشية ابن عابدين: ١١٣/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٥، الشرح الكبير: الدردير، ٣٤٩/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤٢٩/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٢، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٠١/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٦٠/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٦/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٤٥/٩، شرح الزركشي: ٣٦٥/٦.

(٤) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٥٨/١-٦٥٩.

(٥) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٩٣/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٤٣٢/٥، حاشية ابن عابدين: ١١٣/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٥، الشرح الكبير: الدردير، ٣٤٩/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤٢٩/٨.

التكافؤ بين القاتل والمقتول؛ وعلى هذا إذا قتل مسلمٌ ذمياً، أو الحرُّ غيرَ حرٍّ، ولم يأخذ مالاً، لم يُقتل قصاصاً، ويغرم دية الدمي.^(١)

العقوبة الثانية: الاحتياط في قتل المرتد

إذا ارتد مسلم، وكان مستوفياً لشرائط تجريم الردة، أهدر دمه، وقتله الإمام أو نائبه حداً.^(٢)

الفرع الأول: الاحتياط في قتل المرتد

يظهر الاحتياط في قتل المرتد في النقاط التالية:

١- حماية حرية الاعتقاد من الذين يعشون بالأديان؛ عن طريق الردة عن الإسلام؛ فإن هؤلاء إذا

عرفوا

ما يحلّ بهم إذا دخلوا في الإسلام وارتدوا لا يدخلون أصلاً في الإسلام، وبذلك تسلم عقيدتهم، ويسلم المجتمع من شرورهم وعيبتهم.

٢- حماية المجتمع من التضليل الذي يوقعه ارتداد المرتد عن دينه؛ فكانت عقوبة القتل لحماية دين المجتمع ومنع المتلاعبين من العبث، والشغب، وانتحال الأديان للأغراض الشخصية، وهذا من مصلحة الجماعة التي تجب حمايتها بتشريع العقوبة.^(٣)

الفرع الثاني: ضابط الاحتياط في استتابة المرتد

ذهب المالكية والشافعية في المعتمد والحنابلة في المعتمد إلى وجوب استتابة المرتد قبل قتله؛ وقيد المالكية والحنابلة مدة الاستتابة بثلاثة أيام، أما الشافعية فأوجبوها على الفور.^(٤)

أما الحنفية فقد اختاروا أن الاستتابة مستحبة كما يُستحب الإمهال إن طلب المرتد ذلك، فيُمهّل ثلاثة أيام.^(٥) وقد ثبتت استتابة النبي ﷺ للمرتد.^(٦) ويظهر الاحتياط في استتابة المرتد في أنه كان محترماً محترماً بالإسلام؛ فرمّا عرضت له شبهة؛ فيُسعى في إزالتها؛ لأن الغالب أن الردة تكون عن شبهة عرضت؛ فاحتياطاً لوجود هذه الشبهة يُستتاب.^(٧) ويمكن ترجيح مذهب الجمهور بوجوب الاستتابة؛ لأنه أحوط.

(١) - انظر منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٢، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٠١/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٦٠/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٦/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٤٥/٩، شرح الزركشي: ٣٦٥/٦.

(٢) - انظر المبسوط: السرخسي، ٩٨/١٠، حاشية ابن عابدين: ٢٤٥/٤، مختصر خليل: ص ٢٣٨، التاج والإكليل: العبدري، ٣٧١/٨، الشرح الكبير: الدردير، ٣٠١/٤، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٣، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٦٣/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٩٦/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤١٩/٧، الفروع: ابن المفلح، ١٩٢/١٠، الإنصاف: المرداوي، ٤٢٦/٩.

(٣) - انظر العقوبة: أبو زهرة، ص ٨٥-٨٦.

(٤) - انظر مختصر خليل: ص ٢٣٨، التاج والإكليل: العبدري، ٣٧١/٨، الشرح الكبير: الدردير، ٣٠١/٤، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٣، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٦٣/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٩٦/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤١٩/٧، الفروع: ابن المفلح، ١٩٢/١٠، الإنصاف: المرداوي، ٤٢٦/٩.

(٥) - انظر المبسوط: السرخسي، ٩٨/١٠، حاشية ابن عابدين: ٢٤٥/٤.

(٦) - سنن الدارقطني: كتاب الحدود، ١١٨/٣، في خبر استتابته لأم رومان، ولم أجد من حكم على الحديث.

(٧) - انظر مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٣٦/٥.

سادساً: ضوابط الاحتياط في القتل مع الصلب في حد الحاربة

إذا قتل المحارب وأخذ المال فتكون عقوبته القتل والصلب معاً، ولكن اختلف الفقهاء في أيهما يقدم، الصلب أو القتل؟ ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه يُصلب حياً، ثم يُقتل مصلوباً بطعنه بجرية؛ لأن الصلب عقوبة، وإنما يعاقب الحي لا الميت؛ ولأنه جزاء على المحاربة، فيُشرع في الحياة كسائر العقوبات؛ احتياطاً لتنفيذ العقوبة الواردة في النص.^(١)

أما الشافعية والحنابلة فذهبوا إلى أنه يُقتل أولاً، ثم يصلب بعد قتله؛ لأن الله تعالى قدّم ذكر القتل على ذكر الصلب؛ فيلتزم هذا الترتيب حيث اجتماعاً؛ ولأن القتل إذا أُطلق في الشرع كان قتلاً بالسيف؛ احتياطاً للابتعاد عن المثلة؛ إذ إن في قتله بالصلب تعذيباً له ومثلة، وقد نهي الشرع عنها.^(٢)

ويمكن ترجيح مذهب الحنفية والمالكية؛ لأنه أحوط لصالح الزجر والردع وأصل تشريع العقاب؛ فالعقوبة تكون للحي لا للميت؛ فيُصلب أولاً ثم يُقتل، والله أعلم. ويظهر الاحتياط في تشريع عقوبتي القتل والصلب معاً في النقاط التالية:

١- إنها عقوبة على جريمتين؛ كالتأهما اقتربت بالأخرى، أو ارتكبت إحداهما، وهي القتل تسهلاً للأخرى، وهي أخذ المال؛ فهي عقوبة على القتل والسرقة معاً.

٢- في كون هذه العقوبة حداً لا قصاصاً؛ فلا تسقط بعفو ولي المجني عليه.

٣- لما كان الحصول على المال هنا يشجع بطبيعة الحال على ارتكاب الجريمة وجب أن تغلظ العقوبة؛ بحيث إذا فكر الجاني في الجريمة وذكر العقوبة المغلظة وجد فيها ما يصرفه عن الجريمة المزدوجة.^(٣)

سابعاً: ضوابط الاحتياط في تنفيذ عقوبة القصاص في النفس وما دون النفس

العقوبة الأولى: ضوابط الاحتياط في تنفيذ القصاص في النفس

سبق أن مرّ الحديث عن المصالح الاحتياطية التي تظهر في عقوبة القصاص، وسيأتي في هذه الفقرة ضوابط الاحتياط في تنفيذ عقوبة القصاص.

الفرع الأول: ضوابط الاحتياط في كيفية تنفيذ القصاص

من أهم ضوابط الاحتياط في كيفية تنفيذ القصاص ضابط المماثلة والمساواة بين فعل الجاني وعقوبته، ويظهر أثر هذا الضابط في مسألة آلة استيفاء القصاص؛ فطالما أن القصاص هو المماثلة بين فعل الجاني وعقابه؛ فهل يشترط أن يكون القصاص منه بالآلة نفسها التي باشر فيها جناية القتل؟ وما هو وجه الاحتياط في آلة القصاص؟

(١) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٤٢٦/٥، البحر الرائق: ابن نجيم، ٧٣/٥، حاشية ابن عابدين: ١١٥/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٥، الشرح الكبير: الدردير، ٣٤٩/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤٢٩/٨.

(٢) - انظر منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٢، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٠١/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٦٠/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٦/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٤٦/٩، الشرح الكبير: الدردير، ٣٠٥/١٠.

(٣) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٥٧/١.

الإجابة على هذا هي: أن العلماء في آلة القصاص على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الحنفية وفي رواية عن أحمد إلى أن القصاص لا يستوفى إلا بالسيف؛ سواء كان الجاني قد قتل بالسيف أو بغيره، وسواء كان القتل حاصلاً بالمباشرة أو السراية.^(١) واختيار الحنفية للسيف كآلة وحيدة للقصاص يعود إلى الاحتياط للمعاني التالية:

١- إن المقصود من القصاص في النفس هو إتلاف نفس الجاني بأيسر ما يمكن ودون مثله؛ وفق القواعد العامة في العقوبة؛ فلا يُقصد بالعقاب التعذيب، والسيف أسرع في القتل، ويزهق روح الجاني

بأيسر ما يمكن من الألم والعذاب؛ فيتعين لهذا آلة للقصاص احتياطاً، وأصل هذا الكلام حديث النبي ﷺ الصحيح وهو دليل لهم: "إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح، وليحد أحدكم شفرته، فليرح ذبيحته".^(٢)

٢- الاحتياط للنصّ الوارد في المسألة، وهو دليلهم، وهو قوله ﷺ: "لا قود إلا بالسيف"، حيث حصر النص وقصر القود وهو القصاص على آلة واحدة وهي السيف.^(٣)

٣- صحيح أن شرط القصاص هو المماثلة بين فعل الجاني وعقوبته؛ لكن إذا كان فعله حاصلاً بالرضخ أو الرمي أو التحريق مثلاً؛ فكيف يمكن لنا أن نقتص منه بالوسيلة نفسها التي قتل بها؟، علماً بأن هذه الوسيلة غير منضبطة ولا مقدّرة؟، الإجابة: لا يمكن أن تتحقق المماثلة في مثل هذه الحالة، وبالتالي نلجأ إلى السيف احتياطاً؛ لأنه يحقق مقصود القصاص، وهو إتلاف النفس بأسرع الوجوه.^(٤)

نلاحظ أن الحنفية نظروا إلى القصاص من ناحية نتيجه وهي إزهاق روح الجاني، مع مراعاة مبادئ الإحسان والابتعاد عن المثلة؛ فرفضوا أن يكون القصاص إلا بالسيف؛ لأنه الآلة التي تحقق هذه المقاصد احتياطاً، وقد راعوا في الوقت نفسه مبدأ المماثلة؛ عندما نظروا إلى بعض أنواع القتل كالرضخ والرمي والتحريق؛ فلم يروها منضبطة بحيث يمكن أن يُعاقب بمثلها الجاني؛ فاختاروا السيف لانضباط تحقيق المقصود من القصاص به.

(١) - انظر الهداية: المرغيناني، ٤/٤٤٥، فتح القدير: ابن الهمام، ١٠/٢٢٣، حاشية ابن عابدين: ٦/٥٣٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٨/٣٠١، كشف القناع: البهوتي، ٥/٥٣٩.

(٢) - صحيح مسلم: كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل، وتحديد الشفرة، ٣/١٥٤٨، أبو داود: كتاب الضحايا، باب في النهي أن تصبر البهائم، والرفق بالذبيحة، ٣/١٠٠، وانظر المراجع السابقة.

(٣) - سنن الترمذي: أبواب الديات، باب ما جاء فيمن رضى رأسه بصخرة، ٤/١٥، سنن ابن ماجه: كتاب الديات، باب يقتاد من القاتل كما قتل، ٢/٨٨٩، وإسناد الحديث ضعيف وفق ابن حجر. انظر التلخيص الحبير: ابن حجر العسقلاني، ٤/٦١، وانظر المراجع الفقهية السابقة.

(٤) - انظر المراجع الفقهية السابقة، وانظر القصاص في الفقه الإسلامي: بهنسي، ص ١٦٧.

ثم إن أراد الولي أن يقتل بغير السيف لا يُمكن لوجود الحديث، ولو فعل يُعزّر؛ لكن لا ضمان عليه؛ لأن القتل حقه؛ فإذا قتله فقد استوفى حقه بأي طريق كان، إلا أنه يأثم بالاستيفاء بطريق غير مشروع، لمجاوزته حد الشرع.^(١)

المذهب الثاني: وهو مذهب الجمهور في معتمد المالكية والشافعية ورواية عند الحنابلة وهو أن القاتل يُفعل به مثل ما فعل بالمقتول؛ إلا إذا كان فعله محرماً؛ كأن يقتله بفعل غير مشروع كاللواط وسقي الخمر؛ فعندها يكون القصاص منه بالسيف.^(٢) ويظهر احتياط الجمهور في هذا القول في النقاط التالية:

- ١- الاحتياط لمبدأ المماثلة والمساواة التامة في القصاص بين الفعل والعقاب الثابت في قوله تعالى - وهو دليلهم - : (وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ) [النحل: ١٢٦].^(٣)
- ٢- الاحتياط لفعل النبي ﷺ، وهو دليلهم أيضاً عندما اقتص من اليهودي الذي قتل الجاريتين بالرض بالحجر، والحديث هو "أن يهودياً قتل جارية على أوضاع لها بحجر، فقتله رسول الله ﷺ بين حجرين".^(٤)

نلاحظ أن الجمهور لم يراعوا في القصاص إلا مبدأ المماثلة؛ فاحتاطوا له، وأوجبوا القصاص بالطريقة التي قتل بها القاتل. ويمكن ترجيح مذهب الحنفية؛ لأنه أحوط، وذلك لمراعاته مبدأ المماثلة مع مبدأ الإحسان والابتعاد عن المثلة في العقاب، في حين لم يراع مذهب الجمهور إلا مبدأ المماثلة فقط، والله أعلم.

مسألة: تفقد آلة القتل: وإذا أراد وليّ الدم استيفاء القصاص بنفسه فعلى السلطان أن يتفقد الآلة التي يستوفي بها؛ فإذا كانت كليفةً أي غير حادة، أو مسمومة؛ منعه الاستيفاء بها؛ احتياطاً؛ لئلا يؤدي إلى عذاب المقتول، وإن استوفى حقه بآلة كليفة أو مسمومة عزّره.^(٥)

مسألة: ضوابط الولي الذي يريد أن يستوفي القصاص بنفسه:

- ١- على الولي الذي يريد أن يستوفي بنفسه أن يكون خبيراً بالاستيفاء.
- ٢- وأن تكون الآلة التي يستوفي بها صالحة للاستيفاء، وكل ذلك قصد منه الاحتياط؛ كي لا يعذب الجاني، ولكي تزهق روحه بأيسر ما يمكن.^(٦)

(١) - انظر حاشية ابن عابدين: ٥٣٧/٦، كشف القناع: البهوتي، ٥٣٩/٥.

(٢) - انظر مختصر خليل: ص ٢٣٢، الشرح الكبير: الدردير، ٢٦٥/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٣٣١/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٧٧، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٨٢/٥، نهاية المحتاج: الرملي، ٣٠٥/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٠١/٨، كشف القناع: البهوتي، ٥٣٩/٥.

(٣) - انظر المراجع السابقة.

(٤) - صحيح البخاري: كتاب الديات، باب إذا قتل بحجر أو بعضاً، ٥/٩، صحيح مسلم: كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب ثبوت القصاص في القتل بالحجر وغيره من المحددات، والمتقلات، وقتل الرجل بالمرأة، ١٢٩٩/٣، وانظر المراجع الفقهية السابقة.

(٥) - انظر نهاية المطلب في دراية المذهب: الجويني، ١٤٧/١٦، المجموع: النووي، ٤٤٩/١٨.

(٦) - انظر المراجع السابقة.

والسؤال الآن في أية هذا الفرع: طالما أن الحنفية اختاروا أن يكون السيف آلة القصاص؛ لأنه الأسرع في تحقيق المقصود، وهو إزهاق روح الجاني؛ فهل يجوز استيفاء القصاص بما هو أسرع من السيف في تحقيق المراد؟.

يقول عبد القادر عودة مجيباً: (الأصل في اختيار السيف أداةً للقصاص أنه أسرع في القتل، وأنه يزهد روح الجاني بأيسر ما يمكن من الألم والعذاب، فإذا وجدت أداة أخرى أسرع من السيف وأقل إيلاًماً فلا مانع شرعاً من استعمالها).^(١)

الفرع الثاني: ضوابط الاحتياط في تأخير تنفيذ القصاص

الأصل أن يكون استيفاء العقوبات ومنها القصاص على الفور؛ لكن قد يعرض ما يؤخر هذا التنفيذ؛ فما هي هذه العوارض؟.

يؤخر تنفيذ القصاص بعد ثبوته؛ احتياطاً عند بعض الفقهاء في حالات ثلاث:

الأولى: إذا كان ولي الدم واحداً صغيراً أو مجنوناً:

ذهب الشافعية والحنابلة وفي قول عند الحنفية: إلى أنه يُنتظر البلوغ أو الإفاقة؛ احتياطاً لاحتمال العفو عند حصولهما.

وذهب المالكية إلى أنه لا يُنتظر؛ بل يكون الاستيفاء حينها ثابتاً لولي الصغير وللقيم على المجنون.

الثانية: إذا تعدد أولياء الدم وكان فيهم كبار وصغار:

ذهب الشافعية وأبو يوسف وفي رواية عند الحنابلة: إلى أنه يُنتظر بلوغ الصغير؛ احتياطاً لاحتمال العفو عند البلوغ.

وذهب المالكية وأبو حنيفة وفي رواية عند الحنابلة: إلى أنه يستوفيه الكبار.

الثالثة: إن كان بعض الأولياء غائبين

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة: إلى وجوب انتظار حضور الغائبين؛ احتياطاً لاحتمال العفو.

وفصل المالكية فقالوا: يُنتظر الغائب إن كانت غيبته قريبة دون الغيبة البعيدة، وكذلك المجنون جنوناً غير مطبق فإنه ينتظر عندهم.^(٢)

العقوبة الثانية: ضوابط الاحتياط في تنفيذ القصاص فيما دون النفس

الفرع الأول: ضوابط الاحتياط في كيفية تنفيذ القصاص فيما دون النفس

إن القصاص فيما دون النفس يكون في جرائم الاعتداء على الأطراف، وفي جرائم الشجاج والجراح عمداً، ومن أهم الضوابط الاحتياطية في تنفيذ عقوبة القصاص في كلا النوعين هو تحقيق المماثلة بين

(١) - التشريع الجنائي: عودة، ١/٧٦٠، وانظر الجنايات في الفقه الإسلامي: حسن علي الشاذلي، ص ٢٥٤.

(٢) - انظر مراجع الحالات الثلاث في: بدائع الصنائع: الكاساني، ٢/٤٣٣، فتح القدير: ابن الهمام، ١٠/٢٢٧، البحر الرائق: ابن نجيم، ٨/٣٤٢، مختصر خليل: ص ٢٣١، الشرح الكبير: الدردير، ٤/٢٥٧، التاج والإكليل: العبدري، ٨/٣٢١، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٧٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥/٢٧٤، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٨/٤٣٣، مختصر الخرقى: ص ١٢٥، شرح الزركشي: ٦/١٠٢، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٨/٣٤٩.

فعل الجاني وعقوبته. هذه المماثلة تظهر في آلة القصاص فيما دون النفس، وفي كيفية الاقتصاص عبر هذه الآلة. فيُشترط في الآلة أن تكون محددة كالسيف، وأن لا يؤدي استخدامها إلى الزيادة عن القدر المطلوب في القصاص، وهذا كله باتفاق علماء المذاهب الأربعة.^(١) ويُشترط في الكيفية الضوابط التالية:

١- في قصاص الأطراف والأعضاء: فإن كان للطرف مفصلٌ هو موضع الاعتداء؛ فيقطع من الجاني ما يقابه من المفصل، أما إذا لم يكن من المفصل، فالمالكية على أن القطع يكون بنسبة ما قُطع من الجاني عليه؛ احتياطاً للمماثلة، وعند الشافعية يُقطع من أقرب مفصل؛ احتياطاً لإمكان المماثلة، والحنفية والحنابلة على وجوب الدية في هذه الحالة؛ احتياطاً لعدم إمكان المماثلة؛ فكل المذاهب تهدف إلى الاحتياط كل حسب طريقته.^(٢)

٢- وفي قصاص الشجاج: وهي التي تكون في الرأس والوجه، وهي أنواع عديدة؛ اتفق الفقهاء على إجراء القصاص في نوع واحد منها هو ما يسمى بالموضحة، وهي التي تخرق السمحاق وتوضح العظم، أما غير الموضحة: فذهب المالكية وظاهر الرواية عند الحنفية وفي قول عند الشافعية أنه يجري القصاص فيها؛ احتياطاً لإمكان تحقيق المماثلة ولو بصعوبة، على اختلاف في بعض الشجاج فيما بينهم، أما الشافعية والحنابلة وفي رواية عند الحنفية؛ فلا قصاص عندهم في غير الموضحة؛ احتياطاً لصعوبة الضبط والتقدير وتحقيق المماثلة، ولأن الجرح الذي يمكن استيفاء القصاص فيه من غير حيف ولا زيادة هو كل جرح ينتهي إلى عظمٍ كالموضحة.^(٣)

٣- وفي قصاص الجراح: وهي التي تكون في سائر البدن؛ فقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجب فيها القصاص؛ احتياطاً؛ لأنه يصعب ضبطها وتقديرها؛ ولأنه لم يرد فيها نص شرعي.^(٤)

٤- الأمن من سرية القصاص إلى النفس؛ احتياطاً؛ لأن المقصود من القصاص فيما دون النفس لا يجوز أن يصل إلى إتلاف النفس.^(٥)

٥- المماثلة في قصاص الأعضاء في الحبل والمقدار والصفة؛ بأن لا يكون العضو المقتص منه أحسن حالاً من العضو التالف، وإلا يُعتبر إسرافاً؛ فلا تؤخذ يد صحيحة بيد شلاء، ولا رجل صحيحة برجل شلاء، ولا تؤخذ يدٌ كاملة بيد ناقصة؛ لأنه ليس للمجني عليه أن يأخذ فوق حقه.^(٦)

(١) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٩٧/٧، الهداية: المرغيناني، ٤٦٥/٤، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٨٥/١٠، حاشية ابن عابدين: ٥٨٢/٦، مختصر خليل: ص ٢٣١، الشرح الكبير: الدردير، ٢٥٩/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٣٢٥/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٧٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٧٧/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٤٣٦/٨، نهاية المحتاج: الرمل، ٣٠١/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣١٧/٨، شرح الزركشي: ٩٢/٦، كشف القناع: البهوتي، ٥٥٨/٥، موسوعة: ١٠٨/١، ٢٧٥/٦، ١٩٢/٤.

(٢) - انظر المراجع السابقة.

(٣) - انظر المراجع السابقة.

(٤) - انظر المراجع السابقة.

(٥) - انظر المراجع السابقة.

الفرع الثاني: ضابط الاحتياط في تأخير تنفيذ القصاص فيما دون النفس إلى ما بعد البرء

ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه لا يُقام القصاص فيما دون النفس قبل بُرء المجرم؛ احتياطاً لتحديد العقاب المناسب؛ فربما زاد ضرر الجرح أو نقص؛ أو ربما أدى إلى الموت؛ مما قد يؤدي إلى اختلاف العقوبة؛ من أجل هذا كان تأخير التنفيذ حتى حصول البرء فيه احتياطاً لهذا المعنى.^(٢) وقد استدلل الجمهور بالحديث الشريف: "لا يُستقَد من الجرح حتى يبرأ".^(٣) أما الشافعية فقالوا: يجوز القصاص من الجاني على الفور وإن لم يبرأ الجرح.^(٤)

الفرع الثالث: ضابط الاحتياط في حضور السلطان اتفاقاً

ولكي يؤمن الإسراف والتعدي، صرح الفقهاء أنه لا يُستوفى القصاص فيما دون النفس إلا بحضور السلطان أو نائبه؛ احتياطاً للحاجة إلى اجتهاد الحاكم في المماثلة والمقدار المطلوب في القصاص، واحتياطاً أيضاً لتلافي الحيف والجور الذي قد ينشأ من قصد التشفي، واحتياطاً أيضاً للحاجة إلى تفقد آلة الاستيفاء ومدى صلاحيتها للقصاص أو لا، ويلزم ولي الأمر تفقد آلة الاستيفاء.^(٥)

ثامناً: ضابط الاحتياط في تنفيذ العقوبة علانية

ثبت في تنفيذ حد الزنا نص يطلب العلانية، وهو قوله تعالى: (وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ) [النور: ٢]، وقد جرت السنة بذلك.^(٦) لم ينص الفقهاء على العلانية في تنفيذ كل الحدود؛ إنما كان نصهم على العلانية في تنفيذ عقوبة الزنا، واختلفوا في حكم طلب العلانية في التنفيذ، هل هي على الوجوب أو على الندب والاستحباب؟.

(١) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٩٧/٧، البحر الرائق: ابن نجيم، ٣٥١/٨، حاشية ابن عابدين: ١١٧/٧، مختصر خليل: ٢٣٠، الشرح الكبير: الدردير، ٢٥١/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٣١٣/٨، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٤٢٤/٨، نهاية المحتاج: الرملي، ٢٩٠/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣١٧/٨، شرح الزركشي: ٩٢/٦، كشف القناع: البهوتي، ٥٥٨/٥.

(٢) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٣١١/٧، حاشية ابن عابدين: ٥٥٠/٦، مختصر خليل: ص ٢٣١، الشرح الكبير: الدردير، ٢٥٩/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٤٠/٨.

(٣) - المعجم الأوسط: الطبراني، باب الألف، من اسمه أحمد، ٤٦/١، والحديث مرسل. انظر نصب الراية: أبو محمد الزيلعي، ٣٧٨/٤.

(٤) - انظر منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٧٧، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٧٣/٥.

(٥) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٩٧/٧، الهداية: المرغيناني، ٤٦٥/٤، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٨٥/١٠، حاشية ابن عابدين: ٥٨٢/٦، مختصر خليل: ص ٢٣١، الشرح الكبير: الدردير، ٢٥٩/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٣٢٥/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٧٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٧٧/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٤٣٦/٨، نهاية المحتاج: الرملي، ٣٠١/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣١٧/٨، شرح الزركشي: ٩٢/٦، كشف القناع: البهوتي، ٥٥٨/٥.

(٦) - انظر رجم النبي ﷺ لماعز والغامدية علناً في صحيح البخاري: كتاب الحدود، باب: هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمزت، ١٦٧/٨، سنن أبي داود: كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك، ١٤٨/٤، صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ١٣٢٣/٣.

فذهب الحنفية والحنابلة إلى وجوب العلانية؛ استدلالاً بالآية السابقة وأن الأمر فيها للوجوب.^(١)
وذهب المالكية والشافعية إلى استحباب العلانية، واعتبروا الأمر في الآية للإرشاد إلى كمال تحقيق
الزجر والردع.^(٢)

تاسعاً: ضابط الاحتياط في تنفيذ العقوبة على الفور

الأصل في الحدود والقصاص أنها تنفذ على الفور؛ احتياطاً؛ لتحقيق معنى الزجر والردع وإزالة
المنكر، وشفاءً لغيظ الجني عليه وأولياء دمه.^(٣)
ويقول العز بن عبد السلام: (العقوبات كلها شرعت على الفور؛ تحصيلاً لمصالح الردع والزجر؛ فإنها
لو أخرت لم يؤمن من ملابسة جرائمها).^(٤)
لكن هناك حالات يتم فيها تأخير التنفيذ احتياطاً نذكر منها:

- ١- يجب تأخير الحد بالجلد في الحر الشديد والبرد الشديد؛ احتياطاً لخوف الهلاك غير المطلوب أصلاً،
ويؤخر عن مريض يُرجى برؤه حتى يبرأ؛ احتياطاً؛ كي لا يجتمع عليه ألم المرض وألم العقاب؛ فرمى
أدى إلى الهلاك، كل ما سبق عند الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية وخالفهم الحنابلة، ويؤخر
عن النفساء حتى ينقضي النفاس؛ لأن النفاس نوع مرض كما عدّه الفقهاء، ويؤخر عن الحامل حتى
تضع وتطهر من النفاس؛ احتياطاً لخوف هلاك الولد والوالدة، وحتى يستغني ولدها عنها بمن
ترضعه؛ حفاظاً على حياة ولدها.^(٥)
- ٢- في القصاص وحد الرجم لا تأخير إلا للحامل كما السابق، هذا إذا كان الأولياء في القصاص
موجودين، أما إذا كانوا صغاراً أو غائبين فيؤخر القصاص حتى يكبر الصغار ويقدم الغائب.^(٦)
- ٣- يؤخر المرتد ثلاثة أيام وجوباً عند المالكية والشافعية والحنابلة، واستحباً عند الحنفية؛ احتياطاً لحزمة
دمه السابقة بإسلامه؛ وإمكان رجوعه عن الردة لوجود الشبهة التي دعت به إلى الردة.^(٧)

(١) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ٥٧/٥، حاشية ابن عابدين: ١١/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٦/٩، الشرح الكبير:
الرددير، ١٧٠/١٠.

(٢) - انظر مختصر خليل: ص ٢٤٠، التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٥/٨، الشرح الكبير: الرددير، ٣٢٠/٤، روضة الطالبين:
النووي، ٩٩/١٠.

(٣) - انظر قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ٢٥٠/١، الفروق: القرافي، ٧٩/٤، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي،
١٤٥/٦، التشريع الجنائي: عودة، ٢٠/٢-٢٣.

(٤) - قواعد الأحكام: العز بن عبد السلام، ٢٥٠/١.

(٥) - انظر الهداية: المرغيناني، ٣٤٤/٢، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٤٥/٥، البحر الرائق: ابن نجيم، ١١/٥، مختصر خليل:
ص ٢٤١، الشرح الكبير: الرددير، ٣٢٢/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٧/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٧٧، مغني
المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٧٩/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٤٣٩/٨، نهاية المحتاج: الرملي، ٣٠٣/٧،
المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٥٠/٨، كشاف القناع: البهوتي، ٨٢/٦.

(٦) - انظر الهداية: المرغيناني، ٤٤٦/٤، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٢٧/١٠، مختصر خليل: ص ٢٣١، الشرح الكبير:
الرددير، ٢٥٧/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٣٢١/٨.

(٧) - انظر المبسوط: السرخسي، ٩٨/١٠، حاشية ابن عابدين: ٢٤٥/٤، مختصر خليل: ص ٢٣٨، التاج والإكليل: العبدري،
العبدري، ٣٧١/٨، الشرح الكبير: الرددير، ٣٠١/٤، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٣، مغني المحتاج: الخطيب
الشربيني، ٤٦٣/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٩٦/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤١٩/٧، الفروع: ابن المفلح،
١٩٢/١٠، الإنصاف: المرداوي، ٤٢٦/٩.

٤- ويؤخر حد السكران باتفاق الفقهاء حتى يزول عنه السكر؛ تحصيلاً للمقصود من العقوبة وهو الإيلام والزجر: فلو حُدَّ قبل الإفاقة فإن الحد يعاد عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية في قول والحنابلة، وذهب الشافعية في قول إلى أنه لا إعادة.^(١)

عاشراً: ضابط الاحتياط في تولي الإمام تنفيذ الحدود

اتفق الفقهاء على أنه لا يقيم الحد والتعزير الخالص لله إلا الإمام أو نائبه.^(٢) وذلك احتياطاً للمصالح التالية:

١- تحقيق مصالح العباد، وهي صيانة أنفسهم وأموالهم وأعراضهم؛ حيث إن الإمام قادر على الإقامة لشوكته، ومنعته، وانقياد الرعية له قهراً وجبراً.

٢- سدّ ذريعة الاعتداء على الناس بحجة تطبيق الحدود، وتنظيم عملية العقاب؛ فيترك أمر تنفيذ العقاب للإمام لينفذه وفق الشروط والضوابط الشرعية.^(٣)

٣- تحقيق العدالة في تنفيذ الإمام للحدود؛ فتهمة الميل والمحابة والتواني عن الإقامة منتفية في حقه؛ فيقيمها على وجهها فيحصل الغرض المشروع من العقوبة وهو العدالة بيقين.^(٤)

إن المعاني السابقة للاحتياط تقوم أيضاً في تنفيذ نائب الإمام للحد؛ لأنه نائبه ويقوم مقامه ويمثله.

أما بالنسبة لاستيفاء القصاص في النفس وتنفيذه فالعلماء على مذهبين:

الأول: مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن الولي هو الذي يتولاه، وله أن يوكل فيه، وإن كانوا أكثر من واحد وكلوا أحدهم؛ وذلك احتياطاً لمنع التجاوز في تنفيذ القصاص. واستدلوا على أن الأصل في الاستيفاء لولي الدم هو قوله تعالى: (وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوَلِيِّهِ سُلْطَاناً فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ) [الإسراء: ٣٣]، وبفعل النبي ﷺ.^(٥)

الثاني: مذهب الشافعية: الأصل تولي الإمام أو من ينييه ذلك، فإن طلب المستحق استيفاء القصاص بنفسه، وراه الإمام أهلاً أجابه إلى ذلك، وإلا لم يجبه.^(٦)

(١) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٠٩/٥، حاشية ابن عابدين: ٣٩/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٦، التاج والإكليل: العبدري، ٤٣٣/٨، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٣٥١/٩، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٣، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٢١/٥، نهاية المحتاج: الرملي، ١٧/٨، الشرح الكبير: الدردير، ٨٨/١٠، شرح الزركشي: ٢٦٨/٦.

(٢) - انظر حاشية ابن عابدين: ٣١/٤، الفتاوى الهندية: ١٤٣/٢، مختصر خليل: ص ٢٤١، التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٨/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٩٦/٦، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٥٤/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١١٧/٩، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ١٢١/١٠، الإنصاف: المرادوي، ١٥٠/١٠، كشف القناع: البهوتي، ٧٨/٦.

(٣) - انظر المراجع الفقهية السابقة.

(٤) - انظر الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٤٤/١٧.

(٥) - انظر فعل النبي ﷺ في صحيح مسلم: ١٣٠٨/٢، وانظر مراجع المذاهب في: بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٤٢/٧، البحر الرائق: ابن نجيم، ٣٣٨/٨، حاشية ابن عابدين: ٥٣٨/٦، مختصر خليل: ص ٢٣١، الشرح الكبير: الدردير، ٢٥٩/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٣٢٥/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٠١/٨.

(٦) - انظر منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٧٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٧٧/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٤٣٦/٨، نهاية المحتاج: الرملي، ٣٠١/٧.

ويظهر الاحتياط أيضاً في صور أخرى في هذه المسألة فيما نصّ عليه بعض علماء المذاهب في المسائل التالية:

١ - سنّ الشافعية حضور القاضي الذي حكم بالقصاص؛ احتياطاً لإمكان أن يراجع حكمه فيما كان فيه شبهة.^(١)

٢ - أوجب الحنفية حضور صاحب الحق احتياطاً رجاء أن يعفو.^(٢)

أما بالنسبة لتنفيذ القصاص فيما دون النفس فهو للإمام؛ وليس للأولياء ذلك؛ احتياطاً؛ لأنه لا يؤمن منهم التجاوز أو التعذيب؛ ولأن القصاص فيما دون النفس قد يحتاج إلى خبرة ليكون مساوياً للجرمة، وهذا قد لا يتيسر للإنسان العادي؛ والإمام قادرٌ عليه من خلال الخبراء الذين يعملون بأمره.^(٣)

حادي عشر: ضابط الاحتياط في الإحسان في التنفيذ

إن الفقهاء متفقون على أن يتم التنفيذ دون تعذيب أو تمثيل؛ فأداة القتل يجب أن تكون قاطعة، والجلاد يجب أن يكون خبيراً بعمله، والتنفيذ يجب أن يتم بطريقة واحدة لجميع الناس مهما اختلفت مراتبهم وجرائمهم؛ لأن المقصود من الحد التأديب والزجر؛ لا التعذيب والمثلة.^(٤) وأصل هذا الضابط حديث النبي ﷺ: "إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح، وليُحدَّ أحدكم شفرته؛ فليُرح ذبيحته".^(٥)

ثاني عشر: ضابط الاحتياط في مكان تنفيذ العقوبة

يجوز استيفاء العقوبات في أي مكان إلا المسجد الحرام في مكة المكرمة، حتى لو وقعت الجناية فيه؛ احتياطاً؛ لحرمته. أما إذا وقعت الجناية في الحرم خارج المسجد فاتفقوا على أنه يجوز أن يقتص منه في الحرم. أما إذا وقعت في الحلّ ولجأ الجاني إلى الحرم؛ فقد اختلف فيه: فذهب الحنابلة ومحمد إلى أنه لا يُخرج، بل يُضطر للخروج بمنع الطعام والشراب عنه، واستدلوا بعموم قوله تعالى: (وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا). [آل عمران: ٩٧].

وذهب المالكية والشافعية وأبو يوسف إلى أنه يجوز إخراجه.^(٦)

المطلب الثاني: ضوابط الاحتياط في تخفيف العقاب

(١) - انظر مراجع الشافعية السابقة.

(٢) - انظر مراجع الحنفية السابقة.

(٣) - انظر مراجع المذاهب الفقهية الواردة في القصاص في النفس.

(٤) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٤٢٦/٥، البحر الرائق: ابن نجيم، ٧٣/٥، حاشية ابن عابدين: ١١٥/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٥، الشرح الكبير: الدردير، ٣٤٩/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤٢٩/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٢، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٠١/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٦٠/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٦/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٤٦/٩.

(٥) - صحيح مسلم: كتاب الصيد والذباح وما يؤكل من الحيوان، باب الأمر بإحسان الذبح والقتل، وتحديد الشفرة، ١٥٤٨/٣، أبو داود: كتاب الضحايا، باب في النهي أن تصبر البهائم، والرفق بالذبيحة، ١٠٠/٣.

(٦) - انظر مراجع كلا ما سبق في: حاشية ابن عابدين: ٥٧٤/٦، التاج والإكليل: العبدري، ٣٢٦/٨، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٢٥/٨، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٧٩/٥، نهاية المحتاج: الرملي، ٣٠٣/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٠٠/٩، الإنصاف: المرداوي، ١٦٧/١٠.

تمهيد: إن القصد الجنائي له دورٌ في تخفيف العقوبة قبل ثبوتها؛ فمسؤولية الجاني تختلف باختلاف درجة العصيان؛ فإن قصد الجاني العصيان شُدَّت العقوبة، وإن لم يقصد العصيان خُفِّفَت العقوبة؛ فقصد العصيان عامل أولي في تعيين عقوبة الجاني؛ فعقوبة الخطأ أخف من عقوبة العمد.^(١) لكن المقصود في البحث من هذا المطلب هو تخفيف العقوبة بعد ثبوتها وبعد تعيينها. إن المقصد الذي يتوخاه الشرع من تخفيف العقاب في بعض الحالات على بعض الأشخاص هو مراعاة الشرط الاحتياطي في ألا تُسبَّب العقوبة ضرراً زائداً ينزل بالجاني؛ فالهدف من العقاب هو الزجر والتأديب؛ فإذا كان الجاني في حالة قد يؤدي فيها عقابه إلى ضرر زائد يقع به غير مقصود في أصل العقاب فإن الشارع يخفف عنه العقاب؛ احتياطاً لهذا الشرط الاحتياطي.

لكن ما هي الكيفية التي يخفف فيها الشارع العقوبة؟.

الجواب على هذا هو: يخفف الشارع العقاب بعد ثبوته في كيفيات ثلاث احتياطاً، وهي: الأولى: التخفيف بالتأجيل، الثانية: التخفيف في آلة العقاب، الثالثة: التخفيف على العبيد.

أولاً: التخفيف بالتأجيل احتياطاً

يمكن أن يؤجل الشارع تنفيذ العقوبة احتياطاً لحال الجاني وذلك في الحالات التالية:

الفرع الأول: التأجيل للحامل

لا تخلو عقوبة الحامل إما أن تكون عقوبة مهلكة كالقصاص أو الرجم حتى الموت، وإما ألا تكون، فأما إن كانت مهلكة فالفقهاء متفقون على وجوب تأخير العقوبة حتى تضع حملها، والسبب في هذا هو الاحتياط لحياة الجنين؛ فما ذنبه أن يؤخذ بجريرة أمه؟. أما إن كانت العقوبة غير مهلكة كالجلد والرجم؛ فإن كانت المرأة قوية البنية وقادرة على تحمّل العقاب فيُقام عليها الحد، أما إن كانت ضعيفة البنية ويخشى أن تؤدي عقوبتها إلى إيذاء الجنين؛ فإن الحد يؤخّر عنها حتى تلد، وكل ما سبق باتفاق علماء المذاهب الأربعة.^(٢)

والسؤال الآن: لا تنتهي العلاقة بين الأم وابنها بمجرد الوضع؛ بل تمتد العلاقة بينهما إلى الفطام؛ لحاجته للبن أمه؛ فهل تؤخر العقوبة عنها حتى تظلم ولدها؟، أو أنها تقام فور الوضع؟. الإجابة على هذا: إن العقوبة لا تخلو من أن تكون مهلكة أو غير مهلكة؛ فإن كانت مهلكة كالرجم فيؤخر تنفيذ العقاب حتى تظلم ولدها؛ احتياطاً لحاجته إلى أمه كي لا يقع به الضرر، واستدل الفقهاء بحديث الغامدية: (فجاءت الغامدية، فقالت:

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٤٠٩/١.

(٢) - بدائع الصنائع: الكاساني، ٥٩/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٢٠/٥، تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١٧٥/٣، حاشية ابن عابدين: ١٦/٤، مختصر خليل: ص ٢٤١، التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٧-٣٢٦/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٩٦/٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٥٧/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١١٨/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٣٤/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٦/٩-٤٧، الشرح الكبير: الدردير، ١٣٣/١٠، كشاف القناع: البهوتي، ٨٢/٦.

يا رسول الله، إني قد زنيت فطهرني، وإنه ردّها؛ فلما كان الغد، قالت: يا رسول الله، لم تردني؟
لعلك أن تردني كما رددت ماعزاً؛ فو الله إني لحبلى، قال: "إما لا؛ فاذهي حتى تلدي"، فلما ولدت أتنه
بالصبي في خرقة، قالت: هذا قد ولدته، قال: "اذهي فأرضعيه حتى تطفميه"؛ فلما طفمته أتنه بالصبي
في يده كسرة خبز؛ فقالت: هذا يا نبي الله قد طفمته، وقد أكل الطعام؛ فدفع الصبي إلى رجل من
المسلمين، ثم أمر بها؛ فحضر لها إلى صدرها، وأمر الناس فرجموها.^(١) أما إن كانت العقوبة غير مهلكة
فإن العلماء في هذه الحالة على مذهبين:

الأول: مذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية وهو أن الحد يؤخر عنها حتى تطفم ولدها.^(٢)
واستدلوا بفعل سيدنا عليّ في عهد النبي ﷺ عندما قال: (إن أمةً لرسول الله ﷺ زنت؛ فأمرني أن
أجلدها؛ فأتيته؛ فإذا هي حديثة عهد بنفاس؛ فخشيت إن أنا جلدها أن أقتلها، أو قال: تموت؛ فأتيت
رسول الله ﷺ؛ فذكرت ذلك له؛ فقال: "أحسن").^(٣) نلاحظ الاحتياط في تأخير سيدنا عليّ العقاب،
عندما قال: (فخشيت إن أنا جلدها أن أقتلها، أو قال: تموت).

الثاني: مذهب الحنابلة وهو أن الحد يُقام عليها؛ لكن يخفف عنها في آلة العقاب.^(٤)
ودليلهم قياس حالها على حال المريض الذي لا يُرجى برؤه وسمّر حكمه قريباً.
ويمكن اختيار مذهب الجمهور؛ لأنه أحوط في درء الضرر الزائد عن الجاني.

الفرع الثاني: التأجيل للمريض مرضاً يُرجى برؤه

إذا كان الجاني مريضاً مرضاً يُرجى برؤه، ولم يكن العقاب المفروض عليه من العقوبات المهلكة
كالرجم والقصاص، وكان هناك خطرٌ في تنفيذ العقاب عليه؛ سواء كان بزيادة مرضه أو إهلاكه؛ فإن
الفقهاء في معتمد المذاهب الأربعة متفقون على تأخير العقاب عليه حتى يبرأ.^(٥) وفي رواية عن أحمد: لا
يؤخر العقاب عنه؛ بل يعاقب باستخدام آلة متوسطة القوة؛ فيضرب بها بشرط ألا تؤدي إلى تلفه.^(٦)

ثانياً: التخفيف في آلة العقاب احتياطاً

يمكن أن يخفف الشارع العقوبة بتخفيف قوة الآلة التي يُستوفى بها العقاب في حالة كون الجاني
مريضاً مرضاً لا يُرجى برؤه، أو أنه يُرجى لكن بعد زمن طويل؛ إذا كان عقوبته غير مهلكة؛ حيث إن
التأخير في هذه الحالة غير مفيد؛ فلا غاية تُنتظر من التأخير عليه؛ فيكون التخفيف في آلة الضرب هو
الأنسب في هذه الحالة.

(١) - صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ١٣٢٣/٣، وانظر المراجع السابقة.

(٢) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٥٩/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٢٠/٥، تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١٧٥/٣،
حاشية ابن عابدين: ١٦/٤، مختصر خليل: ص ٢٤١، التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٧-٣٢٦/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله
المغربي، ٢٩٦/٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٥٧/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١١٨/٩، نهاية المحتاج:
الرملي، ٤٣٤/٧.

(٣) - سنن الترمذي: أبواب الحدود، باب ما جاء في إقامة الحد على الإمام، ٤٧/٤، صححه الحاكم والذهبي. انظر التلخيص
الحبير: ابن حجر العسقلاني، ١٦٧/٤.

(٤) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٦/٩-٤٧، الشرح الكبير: الدردير، ١٣٣/١٠، كشاف القناع: البهوتي، ٨٢/٦.

(٥) - انظر المراجع الفقهية في الفرع السابق.

(٦) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٦/٩-٤٧، الشرح الكبير: الدردير، ١٣٣/١٠، كشاف القناع: البهوتي، ٨٢/٦.

لقد اتفق الفقهاء على أن المريض في هذه الحالة يخفف عنه العقاب بتخفيف الآلة الضاربة.^(١)
والأصل

في هذا ودليله هو فعل النبي ﷺ: عندما زنى رجلٌ ضعيف الجسد واهن الصحة؛ فأمر به رسول الله أن يُجلد فذكر الصحابة لرسول الله ضعفه وقالوا: ما رأينا بأحد من الناس من الضر مثل الذي هو به، لو حملناه إليك لتفسخت عظامه، ما هو إلا جلدٌ على عظم؛ "فأمر رسول الله ﷺ، أن يأخذوا له مئة شمراخ، فيضربوه بها ضربة واحدة".^(٢) فخفف عليه في الآلة لضعفه.

ثالثاً: التخفيف على العبيد

تخفف الحدود المربوطة بعدد معين كالجلد على العبيد إلى نصف العدد الواجب على الأحرار؛ فإن زنى العبد جُلد خمسين جلدة بدلاً من مئة، وإن قذف فحدّه أربعون بدلاً من ثمانين. ويمكن أن يخفف على العبد أيضاً في آلة الضرب؛ فيضرب بسوط أخف من السوط الذي يُضرب به الحر.^(٣)

وفي التعليل الاحتياطي لهذا التخفيف نجد عبارتي ابن نجيم والسيوطي: (النقص فإنه نوع من المشقة؛ إذ النفوس مجبولة على حب الكمال؛ فناسبه التخفيف في التكاليفات... وعدم تكليف الأرقاء بكثير مما على الأحرار؛ ككونه على النصف من الحر في الحدود والعدد).^(٤)

فالنقص يؤدي في الأصل إلى المشقة؛ فجاء التخفيف مناسباً لهذا النقص في عدد الحدود عن العبيد، وفي تخفيف الآلة عنهم.

المطلب الثالث: ضوابط الاحتياط في تشديد العقاب

تمهيد: إن القصد الجنائي له دورٌ في تشديد العقوبة قبل ثبوتها؛ فمسؤولية الجاني تختلف باختلاف درجة العصيان؛ فإن قصد الجاني العصيان شُدَّت العقوبة، وإن لم يقصد العصيان خُفِّت العقوبة، فقصد العصيان عامل أولي في تعيين عقوبة الجاني؛ فعقوبة العمد تكون أشد من عقوبة الخطأ.^(٥)

والمقصود في البحث من هذا المطلب هو تشديد العقوبة بعد ثبوتها وبعد تعيينها. إن المقصد الذي يتوخاه الشرع من تشديد العقاب في بعض الحالات على بعض الأشخاص هو مراعاة الاحتياط لصالح تحقيق الهدف من العقاب، وهو الزجر والتأديب؛ فإذا رأى الشارع أو الحاكم أو القاضي أن العقوبة لا

(١) - انظر مراجع الفقرة السابقة.

(٢) - سنن أبي داود: كتاب الحدود، باب في إقامة الحد على المريض، ١٦١/٤، والحديث مرسل. انظر التلخيص الحبير: ابن حجر العسقلاني، ١٦٥/٤.

(٣) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٢٤/٥، الهداية: المرغيناني، ٣٤٢/٢، حاشية ابن عابدين: ١٣/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٢، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٨٨/٨، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٢٧٨/٩، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٥٨/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١١٨/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٣٥/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٨٤/٩.

(٤) - الأشباه والنظائر: السيوطي، ص ٨٠، الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٧٠.

(٥) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٤٠٩/١.

تحقق المقصود منها في الزجر؛ فلا مانع حينها من تشديد العقاب على الجاني؛ احتياطاً لتحقيق المقصد. لكن ما هي الكيفية التي يشدد فيها الشارع العقاب؟.

الإجابة على هذا: أن التشديد يكون بضم عقوبة تعزيرية إلى العقوبة الأصلية، وهذا الضم يمكن أن يحصل عند الفقهاء في حالتين: الأولى: الجمع بين العقوبة التعزيرية والعقوبة الأصلية إذا اقتضت المصلحة العامة هذا، والثانية: الجمع بين العقوبة التعزيرية والعقوبة الأصلية في حال العود إلى ارتكاب الجريمة.

أولاً: الجمع بين العقوبة التعزيرية والعقوبة الأصلية إذا اقتضت المصلحة العامة هذا.

ذهب الفقهاء إلى جواز جمع الحبس تعزيراً مع غيره من العقوبات؛ احتياطاً إذا اقتضت المصلحة ذلك، ونذكر أمثلة لهذا:

١- مثال جمعه مع الحد: جلد الزاني البكر مئة حداً وحبسه سنة تعزيراً؛ للمصلحة إذا رأى ذلك الإمام؛ عند الحنفية فقط.^(١)

٢- مثال جمعه مع القصاص: قول المالكية بجواز تعزير الجاني مع عقوبة القصاص في الجنابة عمداً على ما دون النفس: وحجتهم في هذا أن القصاص جعل مقابلاً للجريمة، وهو حق المجني عليه، وأن التعزير للتأديب وهو حق الجماعة.^(٢)

٣- مثال جمعه مع عقوبة تعزيرية أخرى: تقييد السفهاء والمفسدين في سجونهم، وحبس من طلق في الحيض وضربه في سجنه؛ حتى يُراجع زوجته عند المالكية، وضرب المحبوس الممتنع من أداء الحقوق الواجبة، وحلق رأس شاهد الزور وحبسه، وغيرها.^(٣)

ثانياً: الجمع بين العقوبة التعزيرية والعقوبة الأصلية في حال العود إلى ارتكاب الجريمة

قد يميل الفقهاء إلى تشديد العقوبة على من تكررت جريمته؛ احتياطاً لتحقيق مقصد الزجر؛ فإن لم ينزجر بالعقوبة في المرة الأولى؛ بحيث يعود إلى ارتكاب الجريمة مرة أخرى؛ فهذا يدل على أن العقاب الأول لم يزجره؛ حينها يجوز الفقهاء تشديد العقوبة عليه احتياطاً لهذا المعنى. يقول عبد القادر عودة: (ومن المتفق عليه في الشريعة أن يعاقب المجرم بالعقوبة المقررة للجريمة؛ فإن عاد لها أمكن تشديد العقوبة؛ فإن اعتاد الإجرام استؤصل من الجماعة بقتله أو بكف شره عنها بتخليده في الحبس: واختيار إحدى العقوبتين متروك لولي الأمر بحسب ما يراه من ظروف الجريمة وأثرها على الجماعة).^(٤) ومثال هذا:

(١) - انظر حاشية ابن عابدين: ١٤/٤، بدائع الصنائع: الكاساني، ٣٨/٧.

(٢) - انظر الشرح الكبير: الدردير، ٢٥١/٤، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٤٦/٦-٢٤٧.

(٣) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٤٤/٥، حاشية ابن عابدين: ٦٢/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٦، الشرح الكبير: الدردير، ٣٥٥/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤٣٧/٨، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ١٦٢/٤، حاشية عميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للشيخ محيي الدين النووي: أحمد البرلسي عميرة، ٩٥٧هـ، دار الفكر، بيروت، د.ط، ١٩٩٥م، ٢٠٦/٤، الإنصاف: المرادوي، ٢٤٨/١٠، كشف القناع: البهوتي، ١٢٥/٦.

(٤) - التشريع الجنائي: عودة، ٧٦٨/١.

- ١- عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية يمكن تشديد العقوبة على من تكررت ردته، وضربه ضرباً موجعاً، وحبسه حتى تظهر عليه آثار التوبة؛ فيُخلى سبيله؛ فإن عاد فُعل به هكذا أبداً ما دام؛ حتى يرجع إلى الإسلام.^(١)
- ٢- عند الحنفية: اللواطه لغير المحصن، يُعاقب الفاعل والمفعول؛ كلاهما بالعقوبة المقررة للجريمة؛ فإن اعتاد الجريمة ولم تردعه العقوبة قُتل لشناعة جرمته، ولما تؤدي إليه من إفساد الأخلاق والتخنث.^(٢)
- ٣- وعند الحنفية السارق إذا اعتاد السرقة يُعاقب على الاعتياذ بتخليده في الحبس؛ حتى يموت أو تظهر توبته.^(٣)

المطلب الرابع: ضوابط الاحتياط في سقوط العقاب

تمهيد: إن المقصود من سقوط العقاب هنا هو السقوط الحاصل بعد ثبوت العقاب؛ ووفق هذا المعنى سيسير هذا المطلب.

إن الحدود تُدرأ بالشبهات؛ أي تسقط بها، وقد درسنا في المبحث الثالث من الفصل الثاني الدرء بالشبهة وتفصيل الأقوال فيها. ويُقصد هنا الشبهات التي تدرأ العقاب، ولا تمحو وصف الجريمة، وقد مرّ هذا الكلام في السبب الثاني من المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الثالث. ويضاف في هذا المطلب مسائل أخرى تسقط بها الحدود؛ لوجود الشبهات لم نتعرض لها في الفصول السابقة.

ثم إن سقوط العقاب قد لا يكون دائماً بسبب وجود الشبهة؛ فقد يكون بسبب موت الجاني؛ لذا سيقوم هذا البحث بدراسة ضوابط الاحتياط في سقوط العقوبة؛ سواء كانت راجعة إلى الشبهة أو لا.

وأسباب سقوط هي: موت الجاني، توبه الجاني، التقادم، العفو، الصلح، فوات محل القصاص، إرث القصاص.^(٤)

أولاً: ضوابط الاحتياط في سقوط العقوبة بموت الجاني

العقوبة إما أن تكون موجهة إلى شخص الجاني؛ كسائر عقوبات الحدود، والقصاص، والعقوبات المقيدة للحرية كالحبس، وإما أن تكون موجهة إلى ماله؛ كعقوبة الدية والضمانات.^(٥) وسقوط العقاب بالموت يحصل احتياطاً في الحالة الأولى، وهي حالة كون العقاب موجهاً إلى شخص الجاني، وسبب هذا هو أن محل العقوبة في هذه الحالة هو الجاني، ولا يُتصور تنفيذها بعد انعدام محلها.

(١) - انظر حاشية ابن عابدين: ٢٢٥/٤، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٨٢/٦، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ١٢٢/٤، فتح الوهاب: النووي، ١٨٨/٢.

(٢) - انظر تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١٨١/٣، البحر الرائق: ابن نجيم، ١٨/٥، مجمع الأنهر: شيخه زاده، ٥٦٩/١، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٦٢/٥، حاشية ابن عابدين: ٢٧/٤.

(٣) - انظر تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢١٦/٣، البحر الرائق: ابن نجيم، ٥٩/٥، مجمع الأنهر: شيخه زاده، ٦١٧/١، حاشية ابن عابدين: ٩٣/٤.

(٤) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٧٧٠/١.

(٥) - انظر المرجع السابق، الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٨٤/١٢.

أما في حالة كون العقوبة موجَّهة إلى مال الجاني فإن العقوبة لا تسقط احتياطاً؛ لأن محل العقوبة في هذه الحالة مال الجاني لا شخصه، ومن الممكن تنفيذ العقوبة على مال الجاني بعد موته.^(١)

لكن السؤال الآن: بعد سقوط العقوبة وخاصة في عقوبة القصاص فهل يُصار إلى عقوبة مالية بديلة هي الدية احتياطاً؟، أو لا يُصار؟. والإجابة على هذا راجعة إلى أصل الخلاف في موجب العمد، أي عقوبته،

هل هي القصاص فقط، فلا يُصار إلى غيره عند سقوطه؟، أو هل هي القصاص أو الدية من غير تعيين؛ ففي حال تعذر القصاص يُصار إلى الدية؟.

ذهب الحنفية وفي قول عند المالكية إلى أن موجب العمد هو القصاص فقط؛ وبالتالي فإذا مات الجاني بأي طريق كان؛ سواء بأفة سماوية أو بفعل فاعل؛ فتسقط العقوبة، ولا يُصار إلى الدية البديلة.^(٢)

وذهب الشافعية في قول والحنابلة وفي قول عند المالكية إلى أن موجب العمد هو القصاص أو الدية من غير تعيين؛ (فالواجب أحدهما؛ فإذا ترك أحدهما وجب الآخر)؛ فإذا سقط القصاص بموت الجاني فيُصار إلى الدية احتياطاً؛ خشية ضياع حق المجني عليه، وكى لا يفوت ضمان النفس المعصومة، وفي المعتمد عند الشافعية أن الواجب القصاص فقط؛ لكن يُصار إلى الدية عند تعذر القصاص.^(٣) ويمكن اختيار الانتقال إلى العقوبة البديلة عن القصاص وهي الدية؛ لأن في هذا القول احتياطاً للدماء.

ثانياً: ضوابط الاحتياط في سقوط العقوبة بتوبة الجاني

إن العقاب يسقط عنه إذا كان شروعه بجريمة الحُرابة اتفاقاً بين العلماء؛ احتياطاً لوجود النص فيها في قوله تعالى: (إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ) [المائدة: ٣٤]. وذلك وفق الضوابط التالية:

- ١- إذا تاب قبل القدرة عليه.
- ٢- إذا لم يكن قد ارتكب جرماً يتعلق بحق من حقوق العباد؛ كالقتل أو الجرح؛ فهذه لا تسقطها التوبة؛ احتياطاً لحقوق الناس، أما إن كان فعله يتعلق بالحق العام؛ كالتخويف فإن التوبة قبل القدرة عليه تسقط العقاب عنه.

(١) - انظر العناية شرح الهداية: البابرتي، ٣٤٠/١٠، البناية شرح الهداية: المرغيناني، العيني، ٢٧٩/١٣، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٤٠/١٠، شرح مختصر خليل: الخرشى، ١٤/٨، حاشية الصاوي على الشرح الصغير: ٤٠٢/٤، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٨٥/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٤٤٣/٨، نهاية المحتاج: الرملي، ٣٠٧/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٤١/٨، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٤٧٦/٩.

(٢) - انظر الهداية: المرغيناني، ١٥٨/٤، بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٤٦/٧، مختصر خليل: ص ٢٢٩، الشرح الكبير: الدردير، ٢٤٠/٤، منح الجليل: أبو عبد الله عيش، ١١/٩.

(٣) - انظر منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٧٧، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٨٧/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٤٥٥/٨، نهاية المحتاج: الرملي، ٣٠٩/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٦١/٨، الإنصاف: المرادوي، ٨/١٠، كشف القناع: البهوتي، ٥٤٢/٥، وانظر مراجع المالكية السابقة.

٣- ويشترط الشافعية في قولٍ والحنابلة للتوبة المسقط للعتاب أن تكون مصحوبة بإصلاح العمل.^(١)

أما فيما سوى الحراية؛ فللعلماء في سقوط العقوبة بالتوبة مذهبان.

الأول: مذهب الشافعي وأحمد في رواية: وهو سقوط العقوبة بالتوبة.^(٢)

واحتجوا أن الله عز وجل قد نصَّ على قبول التوبة وإسقاطها العتاب في الحراية؛ فلأن تُقبل في غيرها من الجرائم من باب أولى، ثم إن التوبة تؤدي إلى حصول الشبهة، والعقوبة تُدرأ بالشبهات.^(٣)

والثاني: مذهب أبي حنيفة ومالك وقول عند الشافعية والحنابلة: وهو أن التوبة لا تسقط إلا الشروع في جريمة الحراية.^(٤) وقالوا: الأصل أن التوبة لا تسقط العقوبة؛ فقد أمر رسول الله ﷺ برجم ماعز والغامدية وقطع الذي أقر بالسرقة، وكلهم جاؤوا تائبين معترفين على أنفسهم، يطلبون أن يتطهروا من ذنوبهم بإقامة الحد عليهم، وقد سمى الرسول فعلهم توبة فقال في حق المرأة: "لقد تابت توبة لو قُسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم"؛ فاحتياطاً لهذا الأصل الثابت في الحديث يمكن أن يرجح مذهب الجمهور في عدم إسقاط العتاب بالتوبة إلا في حد الحراية.^(٥)

ثالثاً: ضوابط الاحتياط في سقوط العقوبة بالتقادم

معنى التقادم: هو (مضي فترة معينة من الزمن على الحكم بالعقوبة دون أن تنفذ؛ فيمتنع بمضي هذه الفترة تنفيذ العقوبة).^(٦) ونحن هنا أمام مذهبين؛ الأول: لا يسمح بسقوط العقوبة بالتقادم، والثاني: يسمح بسقوطها بالتقادم في بعض العقوبات.

المذهب الأول: وهو مذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وزفر إلى أن الحد لا يسقط بالتقادم؛ احتياطاً للمعاني التالية:^(٧)

١- احتياطاً لمعنى الزجر المقصود من العتاب، والذي لا يرتبط بزمن على الإطلاق؛ فطالما أن العتاب قد ثبت بالدليل ثم تقرر بالحكم به فلا يُقبل سقوطه بتأخير التنفيذ.

٢- احتياطاً لكي لا يكون التقادم ذريعة إلى تعطيل حدود الله، وهذا ممنوع.^(٨)

(١) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ٣/٥، حاشية ابن عابدين: ٤/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٤، وشرحه الشرح الكبير: الدردير، ٣٤٧/٤، روضة الطالبين: النووي، ٩٧/١٠، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ١٣٢/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٥٢/٩، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٣١٤/١٠.

(٢) - انظر روضة الطالبين: النووي، ٩٧/١٠، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ١٣٢/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٥٢/٩، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٣١٤/١٠.

(٣) - انظر المراجع السابقة.

(٤) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ٣/٥، حاشية ابن عابدين: ٤/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٤، وشرحه الشرح الكبير: الدردير، ٣٤٧/٤، روضة الطالبين: النووي، ٩٧/١٠، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ١٣٢/٤.

(٥) - انظر المراجع السابقة، وانظر تخريج الحديث في صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ١٣٢٤/٣.

(٦) - التشريع الجنائي: عودة، ٧٧٨/١.

(٧) - انظر مختصر خليل: ص ٢٤٤، الشرح الكبير: الدردير، ٣٤٧/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤٢٦/٨، منح الجليل: أبو عبد الله عيش، ٣٣٣/٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٠٢/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٦٠/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٦/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٧٦/٩، الشرح الكبير على متن المقنع: ٢٠٥/١٠، كشف القناع: اليهودي، ١٠٣/٦.

المذهب الثاني: هو مذهب الحنفية عدا زفر، وهو أن: عقوبات التعازير تسقط بالتقادم أيًا كان الدليل الذي بني عليه الحكم؛ سواء ثبتت بالشهادة أو الإقرار، وأن عقوبات الحدود فيما عدا القذف تسقط بالتقادم إذا كان دليل الجريمة فيها هو الشهادة؛ فإذا كان دليل الجريمة الإقرار؛ فلا يسقط إلا حد شرب الخمر على رأي أبي حنيفة وأبي يوسف؛ وذلك احتياطاً للمعاني التالية:^(١)

١- هناك تلازم بين الشهادة والحكم؛ فكما أن التأخير في أداء الشهادة يسقط الحد حتى عند بعض فقهاء الجمهور كالمالكية والشافعية؛ فاحتياطاً لهذا التلازم يمكن أن تسقط العقوبة إذا تأخر تنفيذها عن وقت أداء الشهادة والحكم.

٢- إن حصول الخلل في هذا التلازم بين الشهادة والعقاب والحكم؛ يؤدي إلى حصول شبهة تعزري إثبات الحكم؛ وبالتالي هذا يؤدي إلى شبهة في الحكم؛ مما يسوّي الحكم بسقوط العقاب بسبب تأخير التنفيذ عن وقت الحكم بالشهادة.^(٢)

وبعد هذا العرض يمكن اختيار مذهب الجمهور؛ لأنه أكثر احتياطاً لصالح حماية المجتمع من الجريمة، وكما لا يكون التأخير ذريعة لتعطيل العقاب الزاجر والرادع، وربما يتخذ بعض المنتفذين التقادم وسيلة للتهرب من العقاب، وهذا غير مقبول.

رابعاً: ضوابط الاحتياط في سقوط العقوبة بالعتو

القاعدة العامة في العفو المسقط للعقاب هي: أنه لا يعتبر مسقطاً في الحدود؛ لوجود حق الله تعالى فيها، ويمكن أن يكون مسقطاً في جرائم القصاص والتعزير. وستؤخر دراسة العفو في القصاص إلى الفقرة التالية، وكذا العفو في التعزير ستؤخر إلى المطلب القادم.

أما العفو في الحدود: فإن الحدود منقسمة من حيث الحق الذي تتعلق به إلى حدود تتعلق بحق الله أي حق المجتمع، وحدود تتعلق بحق العباد.

والقاعدة في العفو هي: ما كان من الحدود مرتبطاً بحق من حقوق الله؛ فلا يجوز فيه العفو من أي شخص كان؛ سواء كان من المجني عليه، أو من السلطان أو القاضي؛ احتياطاً للمصالح التي شرع العقاب من أجلها، واحتياطاً للفضيلة والأخلاق العامة، ولأن العبد لا يملك فيها شيئاً على الإطلاق، أما ما كان من الحدود مرتبطاً بحق من حقوق العباد؛ فيجوز العفو عنه.^(٣) فمعنى كون الحدود من حقوق الله تعالى أنها لا تقبل الإسقاط

(١) - انظر المراجع السابقة.

(٢) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٧٦/٩، بدائع الصنائع: الكاساني، ٨٨/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٧٥/٥-٢٧٨.

(٣) - انظر المراجع السابقة.

(٤) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٥٥/٧-٥٦، فتح القدير: ابن الهمام، ٢١٢/٥، البحر الرائق: ابن نجيم، ٢/٥، حاشية ابن عابدين: ٥٣/٤، الفواكه الدواني: شهاب الدين النفرواي، ٢١٦/٢، حاشية العدوي: ٣٣٦/٢، الثمر الداني: الأزهرى، ص ٦٠٢، المهذب: أبو إسحاق الشيرازي، ٣٤٩/٣، المجموع: النووي، ٦٢/٢٠-٦٤، الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٣٥، الفروع: ابن المفلح، ٢٢٢/١٠، كشف القناع: البهوتي، ١٠٥/٦، الأحكام السلطانية: أبو يعلى، ص ٢٧٠.

لا من الأفراد ولا من الجماعة.^(١) لكن ما هي الحدود التي تتعلق بحقوق الله؟، وما هي الحدود التي تتعلق بحق من حقوق العباد؟. الإجابة: اتفق الفقهاء على أن سائر الحدود من حقوق الله، ثم اختلفوا في عقوبة القذف، هل هي من حقوق الله أو من حقوق العباد؟؛ مما أدى إلى اختلافهم في جواز العفو عنه.

فذهب الحنفية إلى أن حد القذف إذا ثبت بالبينة؛ فلا يجوز العفو عنه في أي حال، حتى ولو كان قبل رفع الأمر إلى القاضي احتياطاً؛ لوجود حق الله الخالص فيه على حد تعبيرهم، وهو حق المجتمع في منع انتشار الفاحشة بزجر القاذف بالعقوبة المناسبة.^(٢)

وذهب المالكية إلى أن حد القذف لا يجوز العفو عنه بعد بلو الدعوى للإمام، واستثنوا من هذا الحكم حالتين يجوز العفو فيهما بعد رفع الأمر للحاكم، وهما:

- ١- أن يكون القذف حاصلاً بين الأصول والفروع؛ فيجوز فيه العفو.
- ٢- أن يكون العفو حاصلاً من إنسان يريد الستر؛ احتياطاً؛ خشية أن تؤدي الدعوى حينها إلى إيذاء المجني عليه؛ أما قبل بلو الدعوى الإمام فلا مانع من العفو عند المالكية.^(٣)

وذهب الشافعية والحنابلة إلى جواز العفو في حد القذف؛ لأن الغالب فيه حق العبد؛ فيسقط بالعفو عنه احتياطاً؛ لوجود حق العبد فيه، واحتجوا بأن العلماء اتفقوا على أنه لا يُستوفى إلا بمطالبة المجني عليه؛ فكان له العفو كالقصاص.^(٤) ويمكن ترجيح مذهب الحنفية؛ لأنه الأحوط؛ حيث لاحظ الحنفية حق الله وحق المجتمع وضرورة منع نشر الفاحشة فيه؛ فلو فُتح باب العفو عن القاذف فلربما ضاع هذا المعنى.

خامساً: ضوابط الاحتياط في سقوط عقوبة القصاص

القصاص عقوبة ثابتة حقاً للعبد؛ فيجوز فيها الصلح والعفو احتياطاً، وفيما يلي ضوابط الاحتياط في هذا الباب.

الفرع الأول: ضابط الاحتياط بسقوط القصاص بالعفو

يمكن أن تسقط عقوبة القصاص؛ سواء كانت في النفس أو ما دون النفس بالعفو؛ احتياطاً؛ لأنها تتعلق بحق من حقوق العباد، ومن حقه أن يتنازل عنه.^(٥)

من يملك حق العفو عن القصاص؟.

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٧٩/١.
(٢) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٥٦-٥٥/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٢١٢/٥، البحر الرائق: ابن نجيم، ٢/٥، حاشية ابن عابدين: ٥٣/٤.
(٣) - انظر الرسالة: القيرواني، ص ١٣١، الفواكه الدواني: شهاب الدين النفراوي، ٢١٦/٢، حاشية العدوي: ٣٣٦/٢، الثمر الداني: الأزهرى، ص ٦٠٢.
(٤) - انظر المهذب: أبو إسحاق الشيرازي، ٣٤٩/٣، المجموع: النووي، ٦٤-٦٢/٢٠، الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٣٥، الفروع: ابن المفلح، ٢٢٢/١٠، كشف القناع: البهوتي، ١٠٥/٦، الأحكام السلطانية: أبو يعلى، ص ٢٧٠.
(٥) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٥٦-٥٥/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٢١٢/٥، الفواكه الدواني: شهاب الدين النفراوي، ٢١٦/٢، حاشية العدوي: ٣٣٦/٢، المهذب: أبو إسحاق الشيرازي، ٣٤٩/٣، المجموع: النووي، ٦٤-٦٢/٢٠، الفروع: ابن المفلح، ٢٢٢/١٠، كشف القناع: البهوتي، ١٠٥/٦.

في مادون النفس: المجني عليه هو الذي يملك القصاص وله أن يعفو إن شاء.^(١)

في النفس: عند جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة القصاص حق للمجني عليه، ثم ينتقل حقه للورثة؛ احتياطاً؛ لأن المجني عليه لم يعد موجوداً ليطالب بحقه.^(٢) وعند المالكية الحق للورثة ابتداءً.^(٣)

حاصل المسألة أن الورثة هم من يملكون حق العفو، لكن ماذا لو عفا المجني عليه قبل موته عن العقوبة، فهل يسقط القصاص؟، وفق الخلاف السابق يسقط القصاص عند الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة لأنه عفو صادر من أهله في محله؛ في حين ذهب المالكية إلى أن القصاص لا يسقط عن الجاني في حال عفو ورثته المجني عليه؛ لأنه عفو صادر عن غير أهله.^(٤)

الفرع الثاني: ضابط الاحتياط بسقوط القصاص بالصلح

في القصاص في النفس وفيما دون النفس: اتفق الفقهاء على جواز الصلح بين الجاني وولي القصاص على إسقاط القصاص بمقابل بدل يدفعه الجاني لولي القصاص؛ ويسمى هذا المبلغ المالي المدفوع بدل الصلح، ولهذا البدل شروط وأحوال تراجع في مظانها.^(٥)

الفرع الثالث: ضابط الاحتياط بسقوط القصاص لفوات محل القصاص

إذا فات محل القصاص في النفس أو ما دون النفس يسقط القصاص؛ لكن هل يُصار إلى العقوبة البديلة، أو لا يُصار؟. مرّت الإجابة عن هذا السؤال في الفقرة الأولى من هذا المطلب.

الفرع الرابع: ضابط الاحتياط بسقوط القصاص لوجود إرث القصاص

تسقط عقوبة القصاص إذا ورث القصاص من ليس له أن يقتص من الجاني؛ كورثة الأب حق القصاص من الابن، كما تسقط العقوبة إذا ورث الجاني نفسه كل القصاص أو بعضه؛ احتياطاً لوجود شبهة الجزئية.

ومثال هذا: إذا كان في ورثة المقتول ولدٌ للقاتل؛ فلا قصاص؛ لأن القصاص لا يتجزأ؛ وما دام لا يجب بالنسبة لولد القاتل؛ لأن الولد لا يقتص من أبيه؛ فهو لا يجب للباقيين، وإذا قتل أحد ولدين أباه ثم مات غير القاتل ولا وارث له إلا القاتل فقد ورث القاتل دم نفسه كله، ووجب القصاص لنفسه على

(١) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٥١/١٠، الدر المختار: الحصكفي، ٥٦٢/٦، الشرح الكبير: الدردير، ٢٤٠/٤، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ١١/٩، روضة الطالبين: النووي، ٢٤٢/٩، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٥٧/٨، الإنصاف: المرداوي، ٥٤٥/٥.

(٢) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٤٨/٧، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٩/٤، الكافي في فقه الإمام أحمد: ابن قدامة المقدسي، ٥٠/٤.

(٣) - انظر الشرح الكبير: الدردير، ٢٥٦/٤.

(٤) - انظر تحفة الفقهاء: ١٠٣/٣، بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٤٨/٧، التاج والإكليل: العبدري، ٢٣٥/٦، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ١٠/٩، منهاج الطالبين: النووي، ص ١٢٥، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٠/٤، نهاية المحتاج: الرملي، ٣١١/٧، الإنصاف: المرداوي، ١٠/١٠، الروض المربع شرح زاد المستقنع: ٢٧٠/٣.

(٥) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ٢٥٥/٧، مجمع الأنهر: شيخي زاده، ٣١١/٢، حاشية ابن عابدين: ٦٢٨/٥، التاج والإكليل: العبدري، ١٣/٧، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ١٨٣/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٣٦٩/٤، فتح العزيز بشرح الوجيز: الرافعي، ٢٩٨/١٠، روضة الطالبين: النووي، ٢٠٣/٤، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ٢١٨/٢، الإنصاف: المرداوي، ٢٤٦/٥، كشاف القناع: البهوتي، ٣٩٩/٣.

نفسه فيسقط القصاص، وكذلك الحكم لو ورث بعض القصاص فإن القصاص يسقط ولمن بقي من المستحقين نصيبهم من الدية.^(١)

المطلب الخامس: ضوابط الاحتياط في عقوبات جرائم التعازير

تنوع العقوبات التعزيرية في الفقه الجنائي، وفي هذا المطلب بعض الضوابط الاحتياطية في بعض عقوبات التعزير.

أولاً: الاحتياط في أن لا تكون العقوبة التعزيرية مهلكة

الأصل في الشريعة أن التعزير للتأديب، وأنه يجوز من التعزير ما أمنت عاقبته غالباً؛ فينبغي أن لا تكون عقوبة التعزير مهلكة، ومن ثم فلا يجوز في التعزير قتل ولا قطع. لكن بعض الفقهاء كالحنفية أجازوا أن يعاقب بالقتل تعزيراً؛ احتياطاً للمصلحة العامة وضرورة حماية المجتمع، وبشرط أن تراعى الضوابط الاحتياطية التالية:^(٢)

- ١- إذا اقتضت المصلحة العامة تقرير عقوبة القتل، أو كان فساد المجرم لا يزول إلا بقتله؛ كقتل الجاسوس والداعية إلى البدعة ومعتاد الجرائم الخطيرة؛ فلا بأس.
- ٢- لا يُعزَّر بالقتل إلا في حالات الضرورة؛ بأن كان المجرم قد تكررت جرائمه ويُس من إصلاحه.
- ٣- لا يُترك أمره للقاضي ككل العقوبات التعزيرية، بل يجب أن يعين ولي الأمر الجرائم التي يجوز فيها الحكم بالقتل.^(٣)

وأكثر من توسع بالتعزير بالقتل هم الحنفية، وسموه القتل سياسةً، أو القتل على سبيل السياسة، ووافق الحنفية كثير من المالكية والشافعية في قول وقول عند الحنابلة.^(٤) مثال التعزير بالقتل: إن لم تكن البدعة مكفرةً، وكان لها دعاء ورؤساء ينشطون في دعوة الناس إليها؛ فإن عقوبتهم التعزير باتفاق المذاهب، وأجاز الحنفية أن يبلغ هذا التعزير لهؤلاء الدعاء إلى حد القتل، ووافقهم كثير من المالكية والشافعية في قول والحنابلة.^(٥)

ثانياً: ضوابط الاحتياط في التعزير بالجلد

الفرع الأول: ضابط الاحتياط في عدم تجاوز عدد الحد في التعزير بالجلد

القاعدة العامة عند جمهور الفقهاء أنه لا يجوز أن يتجاوز عدد الجلدات في التعزير أقل عدد الحد، وإن اختلفوا في أقل عدد الحد؛ لكنهم متفقون على أن عدد جلدات التعزير لا ينبغي أن يتجاوز أقل

(١) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٥١/٧، الشرح الكبير: الدردير، ٢٣٣/٤، المهذب: أبو إسحاق الشيرازي، ١٨٦/٢.

(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٨٨/١.

(٣) - انظر هذه الضوابط في: المبسوط: السرخسي، ١٤٥/١٦، بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٩٩/٧، تبين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١٧٤/٣، البحر الرائق: ابن نجيم، ٧٥-١٨/٥، حاشية ابن عابدين: ١٤/٤-٦٣-٢١٥، الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٢٤، تبصرة الحكام: ابن فرحون، ١٧/١، معين الحكام: أبو الحسن الطرابلسي، ص ١١، الطرق الحكيمة: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ٧٥١هـ، مكتبة دار البيان، دبط، دت، ص ٩١.

(٤) - انظر مراجع الحنفية السابقة، وانظر مختصر خليل: ص ٢٤٥، الشرح الكبير: الدردير، ٣٤٩/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤٢٩/٨، المجموع: النووي، ٢٧/٢٠، الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٢٦، الفروع: ابن المفلح، ١١١/١٠، الإنصاف: المرداوي، ٢٤٩/١٠، كشاف القناع: البهوتي، ١٢٦/٦.

(٥) - انظر المراجع السابقة.

عدد الجلدات في الحدود، ما ذكرناه هو مذهب الحنفية والشافعية ومعتمد الحنابلة؛ حيث قال أبو حنيفة ومحمد والإمام الشافعي وفي رواية عن الإمام أحمد: لا يتجاوز تسعاً وثلاثين ضربة، وهو أقل حدّ العبيد، وقال أبو يوسف:

لا يتجاوز تسعاً وسبعين ضربة، وهو أقل حدّ الأحرار.^(١) وأصل مذهب الجمهور الحديث الشريف: "من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين".^(٢) في حين ذهب المالكية في الراجح عندهم إلى أن الإمام له أن يزيد التعزير عن الحد؛ مع مراعاة المصلحة التي لا يشوبها الهوى.^(٣)

الفرع الثاني: ضابط الاحتياط في آلة التعزير بالجلد

الجلد في التعزير قد يكون بالسوط؛ كما في الحدود، أو بما يقوم مقامه مما يراه ولي الأمر— وذلك أن التعزير للتأديب؛ فلا يُشترط فيه آلة معينة؛ فكل ما يحقق التأديب يجوز التعزير به احتياطاً لمعنى التأديب.^(٤)

ثالثاً: ضابط الاحتياط في التعزير بالحبس

للتعزير بالحبس ضابط احتياطي واحد وهو: ألا يتجاوز مدة السنة، وهذا في قول عند الشافعية فقط؛ احتياطاً لمدة الحبس للزاني غير المحصن؛ كي لا يكون مثله.^(٥)

أما الجمهور من الحنفية والمالكية وفي قول عند الشافعية والحنابلة فقد ذهبوا إلى أن تقدير مدة الحبس يرجع إلى الحاكم؛ مع مراعاة ظروف الشخص والجريمة والزمان والمكان؛ فنلاحظ ظهور الاحتياط في هذا القول لصالح الزجر وحماية المجتمع من الجرم؛ من خلال عدم ربط حبسه بمدة معينة، وإنما بصلاحيته وانكفاء شره.^(٦)

ويقول الماوردي: (ويختلف حكمه باختلاف حاله وحال فاعله... فيتدرج في الناس على منازلهم... يُحبسون فيه على حسب ذنبهم وبحسب هفواتهم؛ فمنهم من يُحبس يوماً، ومنهم من يُحبس أكثر منه إلى غاية مقدرة).^(٧)

(١) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٤٨/٥، حاشية ابن عابدين: ٦٠/٤، نهاية المحتاج: الرملي، ٢٢/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٧٧/٩.

(٢) - سبق تخريجه ص: ٢٢٥.

(٣) - انظر مختصر خليل: ص ٢٤٦، الشرح الكبير: الدريز، ٣٥٥/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤٣٧/٨.

(٤) - انظر الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: الزبيدي اليمني، ١٥١/٢، حاشية ابن عابدين: ١٣/٤ ومنه ٣٥٤/٤، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٣، مختصر خليل: ص ٢٤٦، الشرح الكبير: الدريز، ٣٥٥/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤٣٧/٨، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٢١/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٧٣/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ١٧/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٦٧/٩، الإنصاف: المرداوي، ١٥٥/١٠، كشف القناع: البهوتي، ٨٠/٦.

(٥) - انظر مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٢٤/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٧٨/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٢١/٨، الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٤٤.

(٦) - انظر تبيين الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ١٧٩/٤، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٧٧/٧، حاشية ابن عابدين: ٦٠/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٦١٦/٦، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٥٩/٨، حاشية الدسوقي: ٢٩٦/٤، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٣-٣٠٤، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٢٤/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٧٨/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٢١/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٥١/٩، كشف القناع: البهوتي، ١٢٤/٦.

(٧) - انظر الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٤٤.

رابعاً: الاحتياط بالتعزير بالزواج والعقوبات النفسية

ويُقصد بالزواج والعقوبات النفسية: العقوبات التي تقع على نفس الإنسان دون جسمه؛ كالنصح والتوبيخ والتهديد.^(١) لأن المقصود من التأديب الزجر عن الجريمة وأحوال الناس مختلفة فيه؛ لذا كان منهم من ينزجر بالنصيحة، ومنهم من يحتاج إلى اللطمة والضرب، ومنهم من يحتاج إلى الحبس؛ هذا يؤدي إلى أن التأديب المشروع في التعزير لا بدّ أن يختلف باختلاف الأشخاص؛ فتأديب أهل الصيانة أخف من تأديب أهل البذاءة والسفاهة. ومن العقوبات النفسية نجد: (الإحضار إلى مجلس القضاء، والنصح، والتوبيخ، والهجر، والتهديد، وغيرها). وهذا كله متفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة.^(٢) ويرجع أصله إلى حديث النبي ﷺ:

"تجافوا عن عقوبة ذوي المروءة إلا في حد من حدود الله"، وقوله ﷺ: "أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم".^(٣)

خامساً: الاحتياط بتشريع كل عقوبة تؤدي لصالح الأفراد وحماية الجماعة

طالما أن التعزير غير مقيد بالنص في اختيار العقوبة وتحديد هذا يؤدي إلى أن كل عقوبة تؤدي لصالح الأفراد وحماية الجماعة هي عقوبة مشروعة، وذلك أن مقصد العقوبة هو حماية ضروريات وحاجيات الجماعة ومصلحتها؛ فلا ينبغي الاقتصار على عقوبات معينة دون غيرها؛ بشرط أن لا تخالف هذه العقوبة الضوابط الاحتياطية التي مرّت سابقاً.^(٤)

سادساً: الاحتياط بجواز العفو والتخفيف في العقوبة التعزيرية

الفرع الأول: الاحتياط بجواز العفو عن العقوبة التعزيرية

لما كان التعزير مفوضاً للإمام أو القاضي أمر تعيين العقوبة فيه، أو تحديد عدده وكيفيته فهل يجوز أن يعفو الإمام أو القاضي عن عقوبة بعض الجرائم التعزيرية احتياطاً لهذا التفويض؟. الإجابة على هذا: إن كانت الجريمة متعلقة بحق من حقوق العباد؛ فلا يقبل عفو الإمام أو القاضي عن العقوبة. أما إن تعلقت الجريمة بحق من حقوق الله؛ أي بحق من الحقوق العامة التي تمس الجماعة، فالفقهاء من علماء

(١) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٣٣/١.

(٢) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٦٤/٧، البحر الرائق: ابن نجيم، ٤٩/٥، حاشية ابن عابدين: ٧٥/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٦، الشرح الكبير: الدردير، ٣٥٤/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤٣٦/٨، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٢٤/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٧٨/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٢١/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٥١/٩، كشف القناع: البهوتي، ١٢٤/٦.

(٣) - انظر الحديث الأول في المعجم الصغير: الطبراني، باب الميم، من اسمه محمد، ١١٨/٢، ولم أجد من حكم على هذا الحديث، والحديث الثاني: سنن أبي داود: كتاب الحدود، باب في الحد يشفع فيه، ١٣٣/٤، والحديث ضعيف. انظر التلخيص الحبير: ابن حجر العسقلاني، ٢١٨/٤.

(٤) - انظر حاشية ابن عابدين: ٦٠/٤-٧٠، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٥١/٩، كشف القناع: البهوتي، ١٢٤/٦، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ٦١٠/١.

المذاهب الأربعة متفقون على أن الإمام إذا رأى أنه من المصلحة أن يعفو عن العقوبة التعزيرية الواجبة لحق من حقوق الله تعالى فله ذلك احتياطاً للمصلحة؛ فحيثما تميل المصلحة فللإمام أن يميل إما بالعفو أو بالعقوبة.

وقال الحنفية والحنابلة: إذا كان منصوباً من الشارع على التعزير وجب، وإلا فللإمام إقامته أو العفو عنه؛ احتياطاً للمصلحة العامة؛ فإن كانت المصلحة تقتضي العقاب عاقب، وإن كانت تقتضي العفو عفا، واحتياطاً لمعنى الانزجار أيضاً؛ فإن كان لا يحصل إلا بالعقاب عاقب احتياطاً، وإن كان يحصل دون عقاب؛ فله ألا يعاقب احتياطاً.^(١)

وقال المالكية: إن التعزير لحق الله واجبٌ تطبيقُ العقوبة فيه كالحدود، إلا أن يغلب على ظن الإمام أن غير العقوبة مصلحة.^(٢)

وذهب الشافعية قريباً من مذهب الجمهور أيضاً، لكنهم تساهلوا في العفو فقالوا: هو غير واجب على الإمام، إن شاء عفا وإن شاء ترك.^(٣)

الفرع الثاني: الاحتياط بجواز التخفيف في العقوبة التعزيرية

طالما أنه يجوز للإمام أن يعفو عن الحدود إذا رأى المصلحة في ذلك فيجوز له من باب أولى أن يخفف من الحدود احتياطاً؛ لذات المعنى أيضاً، وذلك بناءً على اعتماده على ظروف الجريمة والجرم وغيرها من الاعتبارات التي تمكنه من تخفيف العقاب احتياطاً.^(٤) ويمكن لنا أن نذكر قاعدة بينها عبد القادر عودة في تخفيف العقوبة التعزيرية وهي:

(إذا لم تكن ظروف الجاني تقتضي التخفيف روعي في تقدير العقوبة واختيار نوعها حماية الجماعة من الجريمة، ولم يراعَ فيها غير هذا الاعتبار، وإذا كانت ظروف الجاني تقتضي التخفيف روعي في تقدير العقوبة واختيار نوعها شخصية الجاني، وإذا كانت ظروف الجريمة تقتضي التشديد وظروف الجاني تقتضي التخفيف روعي بقدر الإمكان في اختيار العقوبة وتقدير كميتها أن تحمي الجماعة من الإجرام وأن تلائم شخصية المجرم).^(٥)

هذا الكلام يقوم على الاحتياط؛ فإن كان الاحتياط يقود إلى حماية مصلحة الجماعة الغالبة فلا تخفيف على الجاني، وإن كان الاحتياط يقود إلى تقدير ظروف الجاني فيمكن للإمام أن يخفف العقاب احتياطاً لهذه الظروف، وإن كان الاحتياط في مراعاة مصلحة الجماعة مع ظروف الجاني فيمكن للإمام أن يوفق بين المصلحتين حسب ما يؤدي إليه اجتهاده.

(١) - انظر حاشية ابن عابدين: ٧٣/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٥١/٩، كشاف القناع: البهوتي، ١٢٤/٦.

(٢) - انظر مختصر خليل: ص ٢٤٦، الشرح الكبير: الدردير، ٣٥٤/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤٣٦/٨.

(٣) - انظر مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٢٤/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٧٨/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٢١/٨.

(٤) - انظر مراجع الفرع السابق.

(٥) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٦١٥/١.

ملاحظة: في نهاية هذا المطلب يُقال: كل ما أغفل من الضوابط الاحتياطية في هذا المطلب فإنه يرجع إلى القواعد الاحتياطية العامة التي مرت في المطالب السابقة من هذا المبحث.

المطلب السادس: ضوابط أخرى

في هذا المطلب أهم الضوابط الاحتياطية في العقوبة مما لا يدخل تصنيفه في المطالب السابقة.

أولاً: ضابط الاحتياط في تحقيق العقوبة لمصلحة الجماعة

مرَّ أن من مقاصد الاحتياط في تشريع العقوبة في الفقه الجنائي تحقيق المصلحة العامة، وهذا يحصل بتوفّر العناصر التالية في العقوبة، والتي تظهر أكثر ما تظهر في العقوبات التعزيرية:

- ١- أن تكون العقوبة بحيث تكفي لتأديب الجاني وكفه عن معاودة الجريمة.
- ٢- أن تكون العقوبة كافية لزرع غير الجاني عن ارتكاب الجريمة؛ بحيث إذا فكّر في الجريمة وعقوبتها وجد أن ما يعود عليه من ضرر العقوبة قد يزيد على ما يعود عليه من نفع الجريمة، وهذا يقتضي أن تكون أنواع العقوبات وحدودها تنفر من الجريمة.^(١)
- ٣- أن يكون هناك تناسب بين الجريمة والعقوبة؛ بحيث تكون العقوبة على قدر الجريمة؛ فلا يصح أن يكون عقاب قطع الطريق كعقاب السرقة العادية، ولا يصح أن تكون عقوبة القتل العمد متساوية مع عقوبة القتل الخطأ، ولقد عاقبت الشريعة مثلاً على السرقة بقطع اليد، ولكنها لم تعاقب على القذف بقطع اللسان، ولا تعاقب على إتلاف الزنا بالإخصاء، وعاقبت على القتل العمد بالقصاص، ولكنها لم تعاقب على إتلاف الأموال بالقصاص، فالتناسب في جرائم الحدود والقصاص يحدده الشارع أصلاً، وفي جرائم التعازير يحدده الإمام أو القاضي.^(٢)
- ٤- أن تكون العقوبة عامة بحيث تطبق العقوبة المقررة للجريمة على كل من يرتكبها؛ فلا يُعفى منها أحد؛ لمركزه أو شخصه أو غير ذلك من الاعتبارات.^(٣)
- ٥- أن تكون العقوبة شخصية فلا تتناول غير الجاني، وهذا المبدأ يدخل أيضاً في مبدأ شخصية التجريم الذي درسناه في المبحث السابق، وتدخل أيضاً تحت القاعدة الفقهية: (لا تجري النيابة في العقوبات)؛ التي تفيد أنه لا يجوز إنزال العقاب بأحد نيابة عن غيره؛ احتياطاً؛ لأن الغرض من

(١) - انظر المرجع السابق: ٦٣٥-٣٨٥/١، المفصل: عبد الكريم زيدان، ١٨/٥.

(٢) - انظر الفروق: القرافي، ٨٠/٤، معين الحكام: أبو الحسن الطرابلسي، ص ١٩٩.

(٣) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٦٣٥-٣٨٥/١، المفصل: عبد الكريم زيدان، ٢٢/٥.

العقوبة الزجر؛ فإذا صح إنزال العقوبة بالغير؛ فلا يحصل الزجر المطلوب للفاعل، وهذا المبدأ يساهم في حماية البريء؛ مما يحمي المصلحة العامة أيضاً.^(١)

ثانياً: ضابط الاحتياط في تداخل العقوبات

المقصود من تداخل العقوبات هو انضواء عقوبة تحت عقوبة أخرى لتصيرا عقوبة واحدة على كلا الجرمين، وذلك بشرط أن لا يكون المجرم قد عوقب على جريمته الأولى؛ فإن عوقب فيعاقب مرة أخرى.^(٢)

هذا التداخل وفق هذه الكيفية يحصل وفق ضوابط وهي:

- ١- أن يكون التعدد قبل رفع الأمر إلى القضاء والحكم على المجرم.
 - ٢- أن يكون موجب العقوبتين متحداً وكذا جنسهما وقدرهما؛ كأن يكون زنا غير المحصن عدداً من المرات قبل أن يُقام عليه الحد، أما إن زنا وسرق وشرب؛ فيُقام عليه حدٌ مستقلٌ لكل جريمة.
 - ٣- أما لو اتحدت العقوبات في القدر الواجب واختلفت في الجنس؛ كالقذف والشرب مثلاً؛ فلا تداخل بينها عند غير المالكية، أما المالكية فيحصل عندهم التداخل، وتدخل العقوبة الأدنى تحت العقوبة الأعلى بصورة عامة.
 - ٤- أن لا يتعلق الجرم بحق لآدمي؛ فإن جرح أو قطع فيما دون النفس؛ فعليه عقوبة مستقلة لكل جريمة.
 - ٥- إذا اختلفت العقوبات وكان فيما بينها عند الجمهور عقوبة مهلكة كالقتل أو الرجم حتى الموت فإنها تكفي عن الجميع؛ لأنها العقوبة الأشد.^(٣)
- ويظهر الاحتياط في التداخل في أن المقصود من الحدود والعقوبات هو الزجر وهو يحصل بالمرة الواحدة؛ فلا حاجة للزيادة؛ لأن ما تكرر من الأفعال التي تدخل تحت جنس واحد يُعتبر فعلاً واحداً؛

(١) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤/٤١٥-٤١٦، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٥/٩٩، شرح منتهى الإرادات: البهوتي، ٢/١٣١، وانظر الموافقات: الشاطبي، ٢/٣٨٠، شرح التلويح على التوضيح: التفتازاني، ٢/٣٢٦، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام: علي حيدر، ١/٧٦٥، وانظر المفصل: عبد الكريم زيدان، ٥/٢١.

(٢) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٢/٦٢٨، الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٤/٣٤٠.

(٣) - انظر المبسوط: السرخسي، ٩/١٧٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٥/٣٤٠، مختصر خليل: ص ٢٤٤، الشرح الكبير: الدردير، ٤/٣٤٧، التاج والإكليل: العبدري، ٨/٤٢٦، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٦/٣١٣، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠١، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥/٤٩٦، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٩/١٥٧، نهاية المحتاج: الرملي، ٧/٤٦٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٩/١٢٣، الشرح الكبير على متن المقنع: ١٠/٢٨٤، كشف القناع: البهوتي، ٦/١٤٤، وانظر العقوبة: أبو زهرة، ص ٢٣٠-٢٣١، التشريع الجنائي: عودة، ٢/٦٢٨، الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٤/٣٤٠.

خصوصاً أن التداخل يحصل في حقوق الله تعالى التي يكفي فيها معنى الزجر ولا يشترط فيها أكثر من هذا.^(١)

الفصل السادس

ضوابط الاحتياط في وسائل الإثبات في الفقه الجنائي

(١) - انظر المراجع السابقة، وانظر العقوبة: أبو زهرة، ص ٢٣٠-٢٣١، التشريع الجنائي: عودة، ٦٢٨/٢، الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٤٠/٢٤.

وفي هذا الفصل المباحث التالية:

- المبحث الأول: ضوابط الأخذ بالاحتياط في الإثبات بالإقرار
- المبحث الثاني: ضوابط الأخذ بالاحتياط في الإثبات بالشهادة
- المبحث الثالث: ضوابط الأخذ بالاحتياط في الإثبات بالقسامة
- المبحث الرابع: ضوابط الأخذ بالاحتياط في الإثبات بالقرائن
- المبحث الخامس: وسائل إثباتٍ أخرى

تمهيد: عرفنا أن الحديث عن وسائل الإثبات يدخل ضمن الحديث عن التجريم، ولكننا أفردنا وسائل الإثبات بفصل خاص هنا؛ نظراً لأهميتها ولظهور الاحتياط في فروعها بصورة جلية. إن معظم الضوابط الاحتياطية في وسائل الإثبات تقوم على فكرة حماية الجنايات من الشبهة؛ فإن كان في وسيلة إثبات الجناية شبهة فلا مسوّ للتجريم والعقاب، وعلى هذا الأساس تقوم معظم الضوابط التي ستمرّ في هذا الفصل.

وسائل الإثبات في الفقه الجنائي

تعريف وسائل الإثبات

الإثبات في اللغة يأتي بمعنى اعتبار الشيء دائماً مستقراً وصحيحاً.^(١) أما في الاصطلاح فهو: إقامة الدليل الشرعي أمام القاضي في مجلس قضائه على حق، أو واقعة من الوقائع.^(٢) فيكون معنى وسائل الإثبات هو: الطرق الموصلة إلى الإثبات بمعناه السابق. ويكون معنى وسائل الإثبات في الفقه الجنائي هو: الطرق الموصلة إلى إقامة الدليل الشرعي أمام القاضي في مجلس القضاء على إثبات جريمة من الجرائم.

إن وسائل الإثبات متعددة في الفقه الإسلامي، وسندرس في هذا الفصل وسائل الإثبات المعتبرة في الفقه الجنائي؛ حيث إن الشريعة قد أحاطت الفقه الجنائي بسياج من الاحتياط، وهذا ما رأيناه في الفصول الخمسة السابقة، وقد قاد هذا الاحتياط إلى مجموعة من الضوابط في عملية إثبات الجريمة، وفي الطرق الموصلة إلى هذا الإثبات.

لكن السؤال الآن: ما هي وسائل الإثبات المعتبرة في الفقه الجنائي؟، وهل هناك اتفاق بين العلماء على هذه الوسائل؟، هذا ما سيجيب عنه المطلب التالي:

أقوال العلماء في وسائل الإثبات المعتبرة في الفقه الجنائي

انقسم العلماء بصورة عامة في قضية وسائل الإثبات المعتبرة في الفقه الجنائي إلى مذهبين: **المذهب الأول:** وهو مذهب الجمهور: ويرى أن وسائل الإثبات المعتبرة في الفقه الجنائي هي: الإقرار، والبينة، والقسامة.

المذهب الثاني: وهو مذهب المالكية أضافوا إلى وسائل الإثبات المعتبرة عند الجمهور وسيلة الإثبات بالقرائن.

وستمرّ تفاصيل هذه الأقوال وضوابطها الاحتياطية في المباحث القادمة.

المبحث الأول - ضوابط الأخذ بالاحتياط في الإثبات بالإقرار

المطلب الأول: معنى الإقرار ومشروعيته وحجيته

(١) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ١٩/٢، المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ٨٠/١.
(٢) - الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٣٢/١، وسائل الإثبات في الشريعة: محمد الزحيلي، ص ٢٣.

معنى الإقرار في اللغة: له عدة معانٍ، منها تثبيت الشيء وجعله مستقراً، ومن معانيه أيضاً الاعتراف، والإذعان للحق.^(١)

ومعناه في الاصطلاح: الإخبار عن حق أو الاعتراف به.^(٢) إن الإقرار حجة في الإثبات في مختلف أبواب الفقه الإسلامي، ومنها باب الجنائيات، وهذا باتفاق علماء المذاهب الأربعة.^(٣)

وأصل مشروعية الإقرار ثابت بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

فمن الكتاب: قوله تعالى: (فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ) [البقرة: ٢٨٢]، وفي وجه الاستدلال: لو لم يكن الإقرار حجة لما كان لإملائه معنى.^(٤)

ومن السنة: قبول النبي ﷺ إقرار ماعز والغامدية، وإقامته الحد عليهما بناءً على هذا الإقرار.^(٥)

ومن الإجماع: أجمعت الأمة على أن الإقرار حجة قاصرة على المقر؛ حتى أوجبوا عليه الحدود والقصاص بإقراره، وما دونها من الحقوق كالحقوق المالية.

ومن المعقول: من حيث إن العاقل في الغالب لا يقر كاذباً بما فيه ضرر على نفسه أو ماله؛ فترجحت جهة الصدق في حق نفسه؛ لعدم وجود التهمة، ولكمال ولايته على نفسه.^(٦)

وأما حجية الإقرار فتأتي من كونه خبراً؛ فكان محتملاً للصدق والكذب باعتبار ظاهره، ولكنه جعل حجةً لظهور رجحان جانب الصدق فيه؛ إذ المقر غير متهم فيما يقر به على نفسه.^(٧)

ضابط احتياطي مهم في أثر الإقرار:

الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر؛ لقصور ولاية المقر عن غيره؛ فيقتصر عليه؛ فلا يصح إلزام أحد بعقوبة نتيجة إقرار آخر بأنه شاركه في جريمته؛ احتياطاً لقصور ولاية الإنسان في الإقرار على نفسه، وهذا ما قضى به رسول الله ﷺ؛ فيروى أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ، فأخبره أنه قد زنى بامرأة -سماها للنبي- فأرسل النبي ﷺ إلى المرأة فدعاها فسألها عما قال؛ فأنكرت فحدّه حد الزنا وترك المرأة.^(٨)

(١) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٨٨/٥، المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ٤٩٦/٢، القاموس المحيط: الفيروز آبادي، ص ٤٦١.

(٢) - انظر تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢/٥، حاشية ابن عابدين: ٥٨٨/٥، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢١٦/٥، منهاج الطالبين: النووي، ص ١٣٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٦٨/٣، كشف القناع: البهوتي، ٤٥٢/٦.

(٣) - انظر المراجع السابقة.

(٤) - انظر أحكام القرآن: ابن العربي، ٣٢٩/١، تفسير القرطبي: ٣٨٩/٣.

(٥) - انظر صحيح البخاري: كتاب الحدود، باب: هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمزت، ١٦٧/٨، سنن أبي داود: كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك، ١٤٨/٤، صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ١٣٢٣/٣.

(٦) - انظر مراجع تعريف الإقرار اصطلاحاً.

(٧) - انظر المراجع السابقة.

(٨) - انظر العناية شرح الهداية: البابرتي، ٣٢١/٨، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٢٠/٨، البحر الرائق: ابن نجيم، ٢٤٩/٧، والحديث أخرجه أبو داود: كتاب الحدود، باب في إقامة الحد على المريض ١٦١/٤، والحديث ضعيف. انظر تنقيح التحقيق

المطلب الثاني: الشروط العامة لاعتبار الإقرار حجة في الإثبات

تعد الشروط العامة للإقرار من أهم الضوابط الاحتياطية لاعتبار الإقرار حجة في الإثبات بصورة عامة وفي الفقه الجنائي بصورة خاصة، ونستعرضها بصورة مختصرة؛ مع الاكتفاء ببيان الشروط التي تشكل نقطة التقاطع بين الضوابط العامة للإقرار والضوابط الخاصة بالفقه الجنائي، وهي شروط: **المقرّ، والصيغة، والمقرّ عنده.**

أما شروط المقر: فهي:

- ١- أن يكون عاقلًا: فلا يصح إقرار الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه والنائم، وكذا السكران في الجنائيات عند جمهور العلماء؛ خلافاً لقول عند الشافعية الذين قبلوا إقرار السكران في الجنائيات.^(١)
- ٢- أن يكون بالغًا: فلا يصح إقرار غير البالغ، وهذا شرط عند الشافعية فقط؛ دون الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة الذين لم يشترطوا البلوغ لصحة الإقرار بصورة عامة؛ لكنهم متفقون على اشتراطه في الإقرار في الجنائيات.^(٢)

٣- فهم المقر لما يُقرّ به: وإلا لا يُعتبر إقراره صحيحاً.^(٣)

- ٤- الاختيار: يشترط في المقر أن يكون مختاراً؛ فلو كان مكرهاً فلا يصح إقراره.^(٤)
- أما شروط الصيغة فهي:

- ١- أن تكون بما يُظهر الإرادة الباطنة؛ فلا يكفي الإقرار في القلب؛ فلا بد من اللفظ أو الكتابة أو الإشارة، واللفظ قد يكون صريحاً أو دلالةً، والكيفية المقبولة في الإقرار تختلف بين الحالة العامة وبين حالة الإقرار بالجنائية، وستمرّ تفاصيل هذا في المطلب القادم.^(٥)

في أحاديث التعليق: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ٧٤٨هـ، دار الوطن، الرياض، ط ١، ٢٠٠٠م، تحقيق: مصطفى عجيب، ٢٤٨/٢.

(١) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ٢٤٩/٧، حاشية ابن عابدين: ٦٢٢/٥، مختصر خليل: ص ١٨٤، الشرح الكبير: الدردير، ٣٩٧/٣، التاج والإكليل: العبدري، ٢١٥-٢١٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٥٦/٤، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٨/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٦/٩.

(٢) - انظر الشرط بصورة عامة في بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٢٢/٧، البحر الرائق: ابن نجيم، ٢٤٩/٧، مختصر خليل: ص ١٨٤، الشرح الكبير: الدردير، ٣٩٧/٣، التاج والإكليل: العبدري، ٢١٥-٢١٦، منهاج الطالبين: النووي، ص ١٣٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٦٨/٣، نهاية المحتاج: الرملي، ٦٦/٥، وانظر الشرط في الفقه الجنائي في الاختيار لتعليل المختار: مجد الدين أبو الفضل، ٩٢/٣، فتح القدير: ابن الهمام، ٤٨٧/٣، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٤١٣/١، منح الجليل: أبو عبد الله عيش، ٣٧٢/٥، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣١٣/١، حاشية القليوبي: ١٣٩/١، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٠/٦.

(٣) - انظر المنثور في القواعد: ١٤-١٣/٢.

(٤) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ٢٤٩/٧، حاشية ابن عابدين: ٦٢٢/٥، مختصر خليل: ص ١٨٤، الشرح الكبير: الدردير، ٣٩٧/٣، التاج والإكليل: العبدري، ٢١٥-٢١٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٥٦/٤، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٨/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢٦/٩.

(٥) - انظر المبسوط: السرخسي، ٤٦/١٣، بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٢٢/٧، التاج والإكليل: العبدري، ٢٢٧/٧، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٦٥/٥، كشف القناع: البهوتي، ٤٥٦/٦.

٢- عدم تعليق الإقرار على المشيئة متصلًا؛ سواء كانت مشيئة الله تعالى، أو مشيئة أحد من الناس؛ لأن التعليق على المشيئة يجعل الأمر محتملاً، والإقرار إخبار عن كائن واقع، والكائن لا يحتمل التعليق، وهذا الشرط عند الحنفية والشافعية.^(١)

وأما شرط المقرّ عنده: وهذا الشرط في قول عند الشافعية: ومفاده أن الإقرار بصورة عامة لا بدّ أن يكون أمام شاهد أو حاكم، ولم يقل بهذا الشرط في الإقرار عموماً أحدٌ إلا أن الشافعية في قول.^(٢) إضافة إلى الشروط العامة لقبول الإقرار ندرس الآن الضوابط الاحتياطية الخاصة بالإقرار في الجنايات.

المطلب الثالث: ضابط الاحتياط في قطعية الإقرار

لما أحاط الشارع الجنايات بسياج من الاحتياط طلب في الإقرار الذي يثبت الجناية وجود ضوابط احتياطية تزيد عن الضوابط العامة لقبول الإقرار؛ فكان الاحتياط ودفع الشبهات هما الدافعان وراء اشتراط هذه الضوابط، ومن أهم هذه الضوابط ضابط القطعية، الذي ذكره بعض المعاصرين، ومنهم عبد القادر عودة.^(٣)

وتتحقق هذه القطعية بتوفر الشروط العامة التي ذكرناها في المطلب السابق بالإضافة إلى العناصر التالية:

العنصر الأول: ضابط اللفظ الصريح المفصل

لا بدّ أن يكون الإقرار المقبول في إثبات الجناية باللفظ الصريح؛ فلا يُقبل الاعتراف بالجناية بالكتابة والإشارة؛ لأن الشرع علّق وجوب الحد بالبيان المتناهي في الوضوح والصراحة، ولذلك لو أقر بأنه وطئ حراماً؛ فلا يقام عليه الحد ما لم يصرّح بالزنا ويفصّل بالشرح.^(٤) أما بالنسبة لإقرار الأخرس بإشارته المعهودة المفهمة؛ فلم يقبلها الحنفية والمالكية، وقبلها الشافعية والحنابلة.^(٥) أضف إلى ما سبق احتياطاً في اللفظ الصريح أنه لا بدّ أن يكون مبنياً مفصلاً قاطعاً في ارتكاب الجاني الجناية، أما الاعتراف المجمل الذي يمكن أن يُفسّر على أكثر من وجه فلا تثبت به الجناية ويجب على القاضي أن يستفصل في هذه الحالة؛ حتى يكون الحكم مبنياً على قاعدة واضحة لا لبس فيها، ولا غموض.^(٦)

(١) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٠٩/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٥٧/٨، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٦٥/٥، نهاية المحتاج: الرملي، ٧٦/٥.

(٢) - انظر الحاوي الكبير: الماوردي، ٩/٧، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٥٤/٥، نهاية المحتاج: الرملي، ٦٥/٥، حاشية الجمل: ٤٢٨/٣.

(٣) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٠٤/٢.

(٤) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٤٩/٧-٥٠، القوانين الفقهية: ابن جزي، ص ٢٣٧، ٢٣٣، روضة الطالبين: النووي، ٩٥/١٠، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٦٥-٦٦.

(٥) - انظر المبسوط: السرخسي، ٩٨/٩، فتح القدير: ابن الهمام، ٢١٨/٥، الشرح الكبير: الدردير، ٣٩٩/٣، شرح مختصر خليل: الخرشي، ٨٧/٦، روضة الطالبين: النووي، ٩٤/١٠، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٦٧/٩.

(٦) - انظر حاشية الجبرمي: ٧٣/٤، حاشية القليوبي: ٣٩/٤.

والأصل في هذا ما ورد في البخاري من حديث ماعز إذ أقر بالزنا؛ فلم يرحمه النبي ﷺ إلا بعد أن استفصل منه فقال: "لعلك قبلت، أو غمزت، أو نظرت؟"، قال: لا يا رسول الله، قال: "أنكثها؟"، لا يُكْنِي، قال: نعم؛ فعند ذلك أمر برجمه، وفي زيادة في رواية أبي داود قال له النبي ﷺ بعد ذلك: "حتى غاب ذلك منك في ذلك منها؟"، قال: نعم، قال: "كما يغيب المروء في المكحلة، والرشاء في البئر؟" قال: نعم، قال: "فهل تدري ما الزنا؟"، قال: نعم، أتيت منها حراماً ما يأتي الرجل من امرأته حلالاً، قال: "فما تريد بهذا القول؟"، قال: أريد أن تطهرني، فأمر به فرجم.^(١)

تظهر لنا رواية أبي داود تمام المسلك الاحتياطي في استفصال النبي ﷺ من ماعز عن جرمته من خلال ما طلبه النبي ﷺ من الصراحة التامة في ألفاظ الإقرار.

وفي جريمة القتل: إذا أقر (بقتل شخص لا يمكن اعتباره مسؤولاً جنائياً إلا إذا فصل اعترافه عن كيفية القتل وأداته؛ فقد يكون الماعز طلب من القتل أن يؤدي عملاً، أو يذهب إلى مكان معين فقتل فيه؛ فاعتقد أنه تسبب في قتله، واعترف بالقتل على هذا الأساس، ويجب أن يبين إن كان القتل عمداً أو شبه عمد أو خطأ؛ لأن لكل نوع من أنواع القتل أركاناً وعقوبات خاصة، ويجب أن يبين ظروف القتل وسببه؛ فقد يكون القتل وقع استعمالاً لحق أو أداء لواجب، ولا مسؤولية في مثل هذه الحالة؛ فالإقرار الذي يؤخذ به الجاني هو الإقرار المفصل المثبت لارتكاب الجريمة ثبوتاً لا شك فيه)^(٢).

العنصر الثاني: ضابط تكرار الإقرار

وهذا الضابط خاص بالإقرار في حدي الزنا والسرقه، وقد اختلف العلماء في اشتراطه لصحة الإقرار.

ففي التكرار في الإقرار في حد الزنا:

ذهب الحنفية والحنابلة: إلى أنه يشترط أن يُقر الزاني أو الزانية أربع مرات.^(٣) واستدلوا: بما روي أن ماعزاً جاء إلى النبي ﷺ فأقر بالزنا؛ فأعرض عنه النبي ﷺ أربع مرات قبل أن يستفصل منه، فلو كان الإقرار مرة موجباً للحد لما أخره إلى الأربع^(٤). إن هذا المذهب ما هو إلا من باب الاحتياط في الإثبات، وإعمال مبدأ درء الحد بالشبهة، ومن جاء طالباً تطهير نفسه لن يثنى عن ذلك مراجعة وتعدّد إقرار، ومن حاول تبرئة نفسه لن يُعجزه ادعاء.^(٥)

(١) - انظر رواية البخاري: كتاب الحدود، باب: هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمزت، ١٦٧/٨، وانظر رواية أبي داود: كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك، ١٤٨/٤.

(٢) - التشريع الجنائي: عودة، ٣٠٤/٢.

(٣) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٥٠/٧، حاشية ابن عابدين: ٨/٤.

(٤) - صحيح البخاري: كتاب الأحكام، باب من حكم في المسجد، حتى إذا أتى على حد أمر أن يخرج من المسجد فيقام، ٦٩/٩، صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ١٣١٩/٣.

(٥) - انظر الشبهات وأثرها: ص ٥١٢.

ثم حصل الخلاف بين علماء هذا المذهب في اشتراط تعدد مجالس الإقرار، فزاد أبو حنيفة من احتياطة، واشترط أن يكون الإقرار في أربع مجالس من مجالس المقر، وذلك بأن يردده القاضي كلما أقر؛ فيذهب؛ حيث لا يراه، ثم يجيء فيقر، في حين لم يشترط بقية علماء هذا المذهب تعدد المجالس.^(١)

وذهب المالكية والشافعية إلى أن تكرار الإقرار ليس بشرط، ويكتفى بإقراره مرة واحدة.^(٢)

واستدل المالكية والشافعية بالحديث الشريف: "اغد يا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها" فعلق الرجم على مجرد الاعتراف.^(٣)

وقالوا: إن الإقرار إنما صار حجة في الشرع لرجحان جانب الصدق فيه على جانب الكذب، وهذا المعنى عند التكرار والتوحيد سواء.^(٤)

أما في التكرار في الإقرار في حد السرقة:

فذهب الحنفية (عدا زفر وأبي يوسف)، والمالكية، والشافعية إلى عدم اشتراط تكرار الإقرار لقبوله.^(٥)

ويرى الحنابلة وزفر وأبو يوسف من الحنفية اشتراط تكرار الإقرار مرتين قياساً على الشهادة.^(٦)

ملاحظة: يوجد ضابط عند أبي يوسف تلميذ الإمام أبي حنيفة في مسألة التكرار في الإقرار، وهذا الضابط هو: (كل ما يسقط بالرجوع فعدد الإقرار فيه كعدد الشهود).^(٧)

فالحدود الخالصة لله تعالى تسقط برجوع المقر عن إقراره وبالتالي فيشترط عند أبي يوسف تكرار الإقرار فيها؛ فالزنا لا بد من تكرار الإقرار فيها أربع مرات، والسرقة والشرب والسكر لا بد من تكرار الإقرار فيها مرتين، ويقول الكاساني معقلاً على هذه القاعدة: (فتلزم مراعاة الاحتياط فيه باشتراط العدد).^(٨) فالاحتياط هو أساس قول أبي يوسف وفق الكاساني.

المطلب الرابع: ضوابط الاحتياط في ضرورة انتفاء الشبهة في الإقرار

ما مر من الضوابط في المطالب السابقة مبني على طلب براءة الإقرار من الشبهة، ونضيف هنا بعض الضوابط الأخرى. فكل ما احتمل معه الإقرار اللبس أو التأويل أو شابه شيء من الغموض والخفاء اعتبر ذلك شبهة.

الفرع الأول: ضابط الاحتياط في كون الإقرار في مجلس القضاء

(١) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٥٠/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٦٤-٦٥/٩.

(٢) - انظر التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٤/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٩٤/٦، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٥١/٥.

(٣) - صحيح البخاري: كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود، ١٠٢/٣، صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، ١٣٢٤/٣.

(٤) - انظر التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٤/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٩٤/٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٥١/٥.

(٥) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٥٠/٧، القوانين الفقهية: ابن جزي، ص ٢٣٦، روضة الطالبين: النووي، ١٤٣/١٠.

(٦) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٥٠/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٣٧/٩.

(٧) - بدائع الصنائع: الكاساني، ٥٠/٧.

(٨) - المرجع السابق.

اشتراط علماء المذاهب الأربعة أن يكون الإقرار في حضرة القاضي في مجلس القضاء لقبول إثبات الجناية، وإلا كان الإقرار لغواً، وفي هذا احتياط لدرء الشبهة؛ ولأنه من الممكن أن يرجع عن إقراره قبل رفع الأمر إلى القضاء، وعندها لا يثبت الحد أصلاً.^(١)

وقد رأينا أنه عند البصريين من الشافعية: الإقرار بصورة عامة لا بد أن يكون أمام شاهد أو حاكم.^(٢)

الفرع الثاني: ضابط الاحتياط في منع التوكيل في الإقرار

الأصل أن التوكيل يجوز في كل ما يقبل النيابة، ومن ذلك الإقرار؛ لكن الإقرار بالجنايات لا يقبل النيابة؛ لأن هذا يؤدي إلى حصول الشبهة.^(٣)

الفرع الثالث: ضابط الاحتياط في سقوط الإقرار بالرجوع عنه

إن الأصل في الإقرار هو الزوم؛ لأنه على خلاف الطبع؛ لكن ما الحكم لو رجع المقر عن إقراره بالجناية؟. الإجابة: إن الإقرار بالجناية قد يكون إقراراً بجناية مرتبطة بحق من حقوق الله كالإقرار بالزنا، أو يكون مرتبطاً بحق من حقوق العباد؛ كالقصاص والقذف، ويختلف الحكم في سقوط الإقرار بين الحالتين.

ففي حالة ارتباط الجناية بحق من حقوق العباد إن أقر الجاني بهذا الحق ثم رجع في إقراره؛ فإنه لا يقبل رجوعه عنها؛ باتفاق علماء المذاهب الأربعة؛ احتياطاً لحق العبد، وذلك أنه قد ثبت بإقراره حق لغيره؛ فلا يملك إسقاطه بغير رضا من ثبت له الحق؛ لأن حق العبد بعد ما ثبت لا يحتمل السقوط بالرجوع، ولأن حقوق العباد مبنية على المشاحة.^(٤)

أما في حالة ارتباط الجناية بحق من حقوق الله تعالى كالإقرار بالزنا فإن المعتمد في المذاهب الأربعة أن الرجوع عن الإقرار في هذه الحالة يؤدي إلى سقوط الحد؛ وذلك احتياطاً للأسباب التالية:

١ - من شرط إقامة الحد بالإقرار البقاء عليه إلى تمام الحد؛ فإن رجع عن إقراره فقد أحل بهذا الشرط وأوجد الشبهة.

٢ - يحتمل أن يكون صادقاً في الرجوع بالإنكار، ويحتمل أن يكون كاذباً فيه؛ فإن كان صادقاً في الإنكار يكون كاذباً في الإقرار، وإن كان كاذباً في الإنكار يكون صادقاً في الإقرار، فيورث ذلك شبهة في ظهور الحد، والحدود لا تستوفي مع الشبهات.^(٥)

(١) - انظر المرجع السابق، التاج والإكليل: العبدري، ٣٨٥/٥، روضة الطالبين: النووي، ٩٥/١٠، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٦٥-٦٤/٩.

(٢) - انظر الحاوي: ٩/٧، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٥٤/٥، نهاية المحتاج: الرملي، ٦٥/٥، حاشية الجمل: ٤٢٨/٣.

(٣) - انظر حاشية ابن عابدين: ٥٣١/٥، الشرح الكبير: الدردير، ٣٧٧/٣، التاج والإكليل: العبدري، ٢١٤/٧، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٣٥/٣، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٠١/٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤١٥/٤-٤١٦، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٩٩/٥.

(٤) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٦١/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٢٣/٥، حاشية ابن عابدين: ١٠/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٠، الشرح الكبير: الدردير، ٣١٨/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٤/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٠٠، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٩١/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٥١/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٦٣/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١١٩/٥-١٢٠، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٢٩٩/٥، كشف القناع: اليهودي، ٤٧٥/٦.

(٥) - انظر المراجع السابقة.

٣- الإقرار إحدى بينتي الحد؛ فيسقط بالرجوع عنه؛ قياساً على الشهود إذا رجعوا قبل إقامة الحد.^(١) وفي رواية عن مالك غير معتمدة في المذهب قيد قبول رجوع المقر في حقوق الله التي تسقط بالشبهة بأن يكون الرجوع لوجود شبهة واضحة، أما لو رجع عن إقراره بغير شبهة واضحة؛ فلا يُعتدّ برجوعه.^(٢) ثم إن الرجوع قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة، والرجوع الصريح كأن يقول: رجعت عن إقرار، والرجوع دلالة كأن يهرب عند إقامة العقوبة؛ إذ الهرب دليل الرجوع، أو أن يقول: لا تحذوني، وفي كلتا صورتين يعتبر شبهة تسقط العقاب عند الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة.^(٣) وأبرز ما استدل به الجمهور هرب ماعز وقول النبي ﷺ بعد ذلك: "هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه؟".^(٤) ففي هذا أوضح الدلائل على أنه يقبل رجوعه.^(٥) أما الشافعية فاعتبروا الرجوع الصريح هو المسقط دون الرجوع دلالة.^(٦) واستدل الشافعية بأن النبي ﷺ لم يضمن من قتل ماعزاً بعد هروبه، وفي هذا دليل على أن الهروب ليس رجوعاً.^(٧) والجواب على هذا: بأن عدم التضمن بسبب أن الرجوع كان بالدلالة ولم يكن صراحة، وهذا لا يلزم عنه أن الرجوع بالهروب غير معتبر في إسقاط الحد.^(٨) ويمكن ترجيح مذهب الجمهور في الرجوع؛ لأنه الأحوط لدور العقاب لوجود الشبهة.

الفرع الرابع: ضابط الاحتياط في منع تأخير الإقرار

إذا تأخر المقر عن الإقرار بالجرمة؛ فهل يعتبر هذا التأخر شبهة تدفع العقاب عنه؟. الإجابة على هذا هي: إن تأخر الإقرار يعد شبهة فقط في حد الشرب، وفقط عند الحنفية، الذين اختلفوا في مدة التقادم في حد الشرب؛ فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يحدّ الشارب إلا إذا أقر بالشرب عند قيام

(١) - انظر المراجع السابقة، وانظر أيضاً منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٥٣/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١١٤/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٣١/٧.

(٢) - انظر الشرح الكبير: الدردير، ٣١٨/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٤/٨.

(٣) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٦١/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٢٣/٥، حاشية ابن عابدين: ١٠/٤، الشرح الكبير: الدردير، ٣١٨/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٤/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١١٩/٥-١٢٠، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٢٩٩/٥، كشف القناع: البهوتي، ٤٧٥/٦.

(٤) - سنن أبي داود: كتاب الحدود، باب رجم ماعز بن مالك، ١٤٥/٤، والحديث مرسل. انظر نصب الراية: أبو محمد الزيلعي، ٣١٣/٣.

(٥) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٢٠/٥.

(٦) - انظر منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٥٣/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١١٤/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٣١/٧.

(٧) - انظر المراجع السابقة.

(٨) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٦٢/٧.

الرائحة؛ فإن تأخر؛ فلا يقام عليه الحد.^(١) واستدل أبو حنيفة وأبو يوسف باشتراط أن يكون إقرار الشارب عند قيام الرائحة بفعل سيدنا عبد الله بن مسعود.^(٢)

وجه الاستدلال: أن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود رضي الله عنه، وقد شرط قيام الرائحة.^(٣)

فاحتياطاً لهذا المعنى تحصل الشبهة؛ لعدم دخول ابن مسعود في الإجماع فيسقط حد الشرب بالتقادم.

واختار محمد أن التقادم في حد الشرب يحصل بمرور شهر؛ فبعد الشهر لا يعتبر الإقرار.^(٤)

أما باقي الجنايات فالحنفية يوافقون الجمهور في قولهم التالي وهو:

إن التأخر في الإقرار بالجناية سواء كانت من حقوق الله تعالى، أو من حقوق العباد لا يعتبر شبهة

تؤثر في إسقاط العقاب؛ لأن الأصل في الحقوق ألا تتقادم في الشريعة الإسلامية مهما مرّ الزمن.^(٥)

(١) - انظر الهداية: المرغيناني، ٣٥٤/٢، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٠٤/٥، البحر الرائق: ابن نجيم، ٢٩/٥.

(٢) - مصنف عبد الرزاق: كتاب الطلاق، باب ضرب الحدود، ٣٧٠/٧، ولم أجد من حكم على الحديث.

(٣) - انظر الهداية: المرغيناني، ٣٥٤/٢، البحر الرائق: ابن نجيم، ٢٩/٥.

(٤) - انظر الهداية: المرغيناني، ٣٥٤/٢، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٠٤/٥، البحر الرائق: ابن نجيم، ٢٩/٥.

(٥) - انظر مراجع الحنفية السابقة وانظر: مختصر خليل: ص ٢٤٤، الشرح الكبير: الدردير، ٣٤٧/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٤٢٦/٨، منح الجليل: أبو عبد الله عlish، ٣٣٣/٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥٠٢/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٦٠/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٦/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٧٦/٩، الشرح الكبير على متن المقنع، ٢٠٥/١٠، كشف القناع: البهوتي، ١٠٣/٦.

المبحث الثاني - ضوابط الأخذ بالاحتياط في الإثبات بالشهادة

تمهيد: لقد عرف العلماء مصطلح الاحتياط في الشهادة، ونصوا على ذلك في كتبهم، وفيما يلي بعض هذه النصوص:

في أصول السرخسي عندما تحدث عن عدد شهود الزنا قال: (ومن بالغ في الاحتياط فقد اعتبر أقصى عدد الشهادة؛ لأن ما دون ذلك محتمل، وتتمام الرجحان عند انقطاع الاحتمال؛ بحسب الإمكان).^(١)

وفي قواطع الأدلة في الأصول لما تحدث أبو المظفر السمعاني عن الشهادة قال: (الاحتياط فيها أكثر، والاستقصاء فيها أشد).^(٢) حيث إن (مبنى الشهادة على الاحتياط، قال النبي عليه السلام: "أرأيت الشمس؟ على مثلها فاشهد أو دع").^(٣)

المطلب الأول: معنى الشهادة و مشروعيتها وحجيتها

الشهادة في اللغة: لها معان عدة، منها: الإقرار، وكلمة التوحيد، والموت في سبيل الله، والحضور، والمعاينة، والعلائية، والقسم، والخبر القاطع.^(٤)

والشهادة في الاصطلاح لها استخدامان؛ فقد استخدمت بمعنى عام وهو الإخبار بالحق، وفي المعنى الخاص هي الإخبار بالحق في مجلس القضاء، وقد اختلفت عبارات المذاهب في التعبير عن هذا الاستخدام، فعند الحنفية هي: (إخبار صدق؛ لإثبات حق؛ بلفظ الشهادة في مجلس القضاء)، وعند المالكية هي: (إخبار حاكم بعلمٍ ليقضي بمقتضاه)، وعند الشافعية: (إخبارٌ بحقٍ للغير على الغير؛ بلفظ أشهد)، وعند الحنابلة: (الإخبار بما علمه؛ بلفظ أشهد، أو شهدت).^(٥)

وتسميتها بالشهادة إشارة إلى أنها مأخوذة من المشاهدة المتينة؛ لأن الشاهد يخبر عن ما شاهده يقيناً، وأصل هذا عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: ذكر عند رسول الله ﷺ الرجل يشهد بشهادة، فقال لي:

(١) - أصول السرخسي: ٣٣١/١.

(٢) - انظر قواطع الأدلة في الأصول: أبو المظفر السمعاني، ٣٦٥/١، وانظر قريباً منه كلام الإمام الأمدي في الأحكام في أصول الأحكام: ١٢٨-١٠٢-٧٨/٢.

(٣) - تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة: محمد بن علي بن شعيب، أبو شجاع ابن الدهان، ٥٩٢ هـ، مكتبة الرشد، الرياض، ط ١، ٢٠٠١ م، تحقيق: صالح الخزيم، ١٠٢/٥، وانظر قريباً من هذا الكلام في المعتمد: أبو الحسين البصري، ١٤٨/٢، ولم أجد الحديث بهذا اللفظ إنما وجده عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: ذكر عند رسول الله ﷺ الرجل يشهد بشهادة، فقال لي: "يا ابن عباس، لا تشهد إلا على ما يضيء لك كضياء هذا الشمس" وأوماً رسول الله ﷺ بيده إلى الشمس. المستدرك على الصحيحين: الحاكم، ١١٠/٤.

(٤) - انظر مختار الصحاح: أبو عبد الله الرزائي، ص ١٦٩، لسان العرب: ابن منظور، ٢٣٩/٣، القاموس المحيط: الفيروز آبادي، ص ٢٩٢، تاج العروس: الزبيدي، ٢٥٢/٨.

(٥) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٣٦٤/٧، الشرح الكبير: الدردير، ١٦٤-١٦٥، حاشية القليوبي: ٣١٩/٤، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ٤٣٠/٤.

"يا ابن عباس، لا تشهد إلا على ما يضيء لك كضياء هذا الشمس"، وأوماً رسول الله ﷺ بيده إلى الشمس.^(١)

فهي في أصلها تقوم على الاحتياط كما مرّ في تمهيد هذا المبحث.
وتسمى الشهادة أيضاً بالبينة؛ لأنها تبين ما التبس، وتكشف الحق في ما اختلف فيه.^(٢)

وأما مشروعيتها:

فقد ثبتت مشروعية الشهادة بالقرآن والسنة والإجماع والمعقول:
في قوله تعالى: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ) [البقرة: ٢٨٢]، وقوله: (وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ) [الطلاق: ٢].
وفي السنة الشريفة: ثبتت حجيتها بحكم النبي ﷺ بها، وكذلك بكثير من أقواله، ومنها قوله: للمدعي: "شاهدك أو يمينه".^(٣)

وفي الإجماع: أجمعت الأمة على مشروعية العمل بها.^(٤)
وفي المعقول: نجد أن الحاجة داعية إليها لحصول التباحث بين الناس؛ فوجب الرجوع إليها.^(٥)
وأما حجية الشهادة:

إن الشهادة حجة شرعية تظهر الحق ولا توجهه؛ بمعنى أنها مظهر وكاشفة للحق لا منشئة له؛ لكنها توجب على القاضي أن يحكم وفقها؛ لأنها إذا استوفت شروطها كانت مظهر للحق، وكاشفة له، والقاضي مأمور بالقضاء بالحق الذي يثبت عنده.^(٦)

المطلب الثاني: الشروط العامة لاعتبار الشهادة حجة في الإثبات

تعتبر الشروط العامة لاعتبار الشهادة حجة شرعية الدعامة الأساسية لضوابط الاحتياط في قبول الشهادة في إثبات الجناية. وسيكتفي ببيان الشروط التي تشكل نقطة التقاطع بين الضوابط العامة للإقرار والضوابط الخاصة بالفقه الجنائي، وهي شروط الشاهد والشهادة نفسها.
الجدير بالذكر أن الشروط التي يقصد الحديث عنها هي شروط الأداء؛ إذ إن للشهادة شروط تحمّل، وشروط أداء.

أما شروط التحمل فهي: العقل، ومعاينة الشيء فيما لا يقبل فيه الشهادة بالتسامح.^(٧) ثم نعود إلى إلى شروط الأداء، والتي سيُدرس منها باختصار شروط الشاهد والشهادة.

(١) - المستدرك على الصحيحين: الحاكم، كتاب الأحكام، ١١٠/٤.

(٢) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٢٩/١٠.

(٣) - صحيح مسلم: كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، ١٢٢/١.

(٤) - انظر الشرح الكبير: الدردير، ١٦٤/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٢٨/١٠، العدة شرح العمدة: بهاء الدين المقدسي، ص ٦٨١.

(٥) - انظر المراجع السابقة.

(٦) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٨٢/٦، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٦٤/٧، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٣٨٥/٨، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: الحجاوي المقدسي، ٤٣٠/٤، الإنصاف: المرادوي، ٣/١٢.

(٧) - انظر الهداية: المرغيناني، ١٢١/٣، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٩٧/٧، حاشية ابن عابدين: ٤٦١/٥-٤٦٢، التاج والإكليل: العبدري، ١٦٦/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ١٥٤/٦، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٣٩٦/٨.

أما شروط الشاهد: فيُشترط في الشاهد أن يكون أهلاً للشهادة، ويكون ذلك بتوفر العناصر التالية فيه: الإبلو ، والعقل، والحرية، والبصر؛ وفيه خلاف في بعض الصور، والإسلام، والنطق، وذهب المالكية إلى قبول شهادة الأخرس إذا كانت إشارته مفهومة، وسمح الحنابلة بشهادة الأخرس المكتوبة، والعدالة، والضبط، وألا يكون محدوداً بقذف ولم يتب، وعدم التهمة لوجود قرابة، أو عداوة للمشهود عليه.^(١)

وأما شروط الشهادة نفسها فهي:

- ١- وجود الدعوى في الشهادة على حقوق العباد من المدعي أو نائبه؛ كقضايا القصاص، أما الشهادة على حقوق الله تعالى فلا يشترط فيها وجود الدعوى على رأي جمهور الفقهاء، وتقبل شهادة الحسبة في كل ما تمحّض حقاً لله تعالى؛ كالزنا، والشرب، والسرقة، وقطع الطريق.^(٢)
 - ٢- أن تؤدي بلفظ الشهادة، وذهب المالكية إلى قبول ما يدل على علم الشاهد بالمشهود عليه.^(٣)
- هذه هي الشروط العامة التي تتقاطع مع ضوابط الاحتياط في قبول الشهادة لإثبات الجنايات، وفيما يلي الضوابط الخاصة لقبول الشهادة في إثبات الجناية.

المطلب الثالث: ضوابط الاحتياط في قطعية الشهادة

لا بدّ أن تكون الشهادة المثبتة للجناية قائمة على القطع في التحمّل، وفي الأداء. ففي التحمل لا بدّ أن تكون قائمة على المعاينة والمشاهدة، وفي الأداء لا بدّ أن تكون مفصّلة واضحة، وينتج عن هذا ضابطان احتياطيّان يُدرسان في الفرعين التاليين؛ إضافةً إلى فروع أخرى.

الفرع الأول: ضابط المعاينة والمشاهدة

إن الأصل في الشهادة أن تكون عن مشاهدة وعيان؛ لقوله تعالى: (إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ) [الزخرف: ٨٦]. وحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: ذكر عند رسول الله ﷺ الرجل يشهد بشهادة؛ فقال لي: "يا ابن عباس، لا تشهد إلا على ما يضيء لك كضياء هذا الشمس"، وأوماً رسول الله ﷺ بيده إلى الشمس.^(٤) وهذا يدل على أن الشهادة يجب أن يكون مستنداً أقوى أسباب العلم وهي المشاهدة والعلم اليقيني. وطالما أن الجنايات قد أحاطها الشارع بسياج من الاحتياط كان لا بدّ أن تكون الشهادة لإثباتها قائمة على تمام العلم اليقيني. ولما كانت الجنايات من الأمور التي من شأنها

منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٤٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٦٣/٦، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٢٤١/١٠، نهاية المحتاج: الرملي، ٣٢٠/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٢٨/١٠-١٢٩، الإنصاف: المرادوي، ٣/١٢، أما ما يُقبل فيه التسامع كالشهادة على النكاح والنسب فلا يشترط له المعاينة. انظر المراجع السابقة.

(١) - انظر المراجع السابقة.
(٢) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٧٣-٢٨٢، حاشية ابن عابدين: ٤٦٣/٥، اللباب في شرح الكتاب: الميداني، ٥٤/٤، التاج والإكليل: العبدري، ١٢٦/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٨٨/٦، شرح مختصر خليل: الخرشي، ١٧٦/٧، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٦٣/٦، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٢٤١/١٠، نهاية المحتاج: الرملي، ٣٢٠/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٩٥/١٠، وانظر درر الحكام شرح غرر الأحكام: ملا خسرو، ٣٧١/٢.

(٣) - انظر مراجع المذاهب في الحاشية السابقة.
(٤) - سبق تخريجه ص ٤٩٤.

أن يعاينها الشاهد كان لا بد من المعاينة لقبول الشهادة فيها؛ فلا يصح أن يشهد الشاهد هذه الأمور إلا بالمعاينة ببصره.^(١)

الفرع الثاني: ضابط التفصيل والتوضيح

يجب أن تكون الشهادة مثبتة للجريمة بصفة قاطعة من خلال التفصيل الكامل، وإيضاح الربط بين الفعل المشاهد من قبل الجاني والنتيجة الحاصلة؛ كي تزول الشبهة عن لفظ الشهادة؛ فتثبت بها الجناية.^(٢)

وعلى القاضي أن يستفصل من الشهود عن ماهية الجريمة وكيفيةها؛ ليصل إلى القطع بحقيقة الشهادة؛ وبالتالي حقيقة الجناية؛ فيسأل الشهود عن زمان الجريمة، ومكانها، وكيفيةها، وعلى القاضي أن يستفصل

عن كل مسقطات الحد كما عليه أن يستفصل عن كل ما يشبهه، وأن يتحرى عدالة الشهود وصحة عقولهم وأبصارهم وانتفاء العداوة بينهم وبين المشهود عليه، وغير ذلك مما تردّ به الشهادة؛ حتى يأتي حكمه صحيحاً غير مشوب بعيب أو شبهة.^(٣)

ومثال التفصيل والتوضيح المطلوب: من شهد بأنه رأى جماعة يضربون شخصاً؛ قطع ذراعه أثناء الحادث، ولم يشهد بمن قطع الذراع؛ فلا يثبت قطع الذراع ضد أحدهم، ولكن يثبت الضرب عليهم؛ لأنه القدر المتيقن؛ أي المقطوع به في أقوال الشاهد.^(٤)

وأصل هذا ما يروى عن شريح القاضي^(٥) أنه شهد عنده رجل بالقتل؛ فقال: أشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه فمات؛ فقال له شريح: فمات منه؟، فأعاد الرجل قوله الأول، فقال له شريح: قم؛ فلا شهادة لك.^(٦)

ومثال الاستفصال في الشهادة ما شرطه العلماء في الزنا: فقد اشترطوا أن يصف الشهود كيفية الزنا؛ فيقولون: رأيناه مغيباً ذكره في فرجها، أو غيب حشفته، أو قدرها في فرجها؛ كالميل في المكحلة، أو الدلو في البئر؛ لأنه إذا اعتُبر التصريح في الإقرار كان اعتباره في الشهادة من باب أولى، ولأنه قد يعتقد الشاهد ما ليس بزنا زناً؛ فاعتُبر ذكر صفته؛ احتياطاً لتحقيق القطعية؛ كما عليهم أن يبينوا كيفية وضعية

(١) - انظر حاشية ابن عابدين: ٤٧٠/٥، روضة الطالبين: النووي، ٢٥٩/١١-٢٦٠، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٣٩/١٠، شرح الزركشي على مختصر الخرقى: ٣١٩/٧.

(٢) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥١٨/٨.

(٣) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٧٠/٦، حاشية ابن عابدين: ٧/٤ ومنه أيضاً ٤٦٦/٥، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٤٠، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٠٣/٦، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٥٦/١٠، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٧/١٠، الإنصاف: المرداوي، ٢٨٣/١١، تبصرة الحكام: ابن فرحون، ٣٠٩/١، معين الحكام: أبو الحسن الطرابلسي، ص ٨٥-٨٦.

(٤) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٢١/٢.

(٥) - شريح: شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، تابعي، وكان قاضياً للخلفاء الراشدين، توفي: ٧٨هـ. انظر تهذيب التهذيب: ابن حجر العسقلاني، ٣٢٦/٤.

(٦) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥١٨/٨، وقد بحثت عن هذا الأثر في المتون فلم أجده كما أورده ابن قدامة.

الزانيين من اضطجاع أو جلوس أو قيام، أو أنه كان فوقها أو تحتها؛ كما لا بد من تعيين البلد عند جميع فقهاء المذاهب الأربعة.^(١)

الفرع الثالث: الاحتياط في عدد الشهود

الأصل في عدد الشهود هو أن يكونا اثنين؛ لكن في سبيل تحقيق كمال الاحتياط في إثبات الجنائية بالشهادة فقد اشترط الشارع زيادة في عدد الشهود وذلك في جريمة واحدة هي جريمة الزنا؛ احتياطاً لحماية المجتمع من شيوخ الفاحشة؛ ولأن الزنا من أغلظ الفواحش فغلّظت الشهادة فيها؛ ليكون أقرب إلى الستر، وقد نقل ابن قدامة الإجماع على ذلك؛ فإن كملوا أربعة حدّ المشهود عليه، وإن لم يكملوا فهم قذفة، وعليهم حد القذف؛ احتياطاً؛ لئلا تتخذ صورة الشهادة ذريعة إلى الوقعة في أعراض الناس.^(٢)

والأصل في هذا: قوله تعالى: (وَاللَّائِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ) [النساء: ١٥].

وفعل النبي ﷺ: عندما قال سعد بن عبادَةَ لرسول الله ﷺ: يا رسول الله: إن وجدتُ مع امرأتِي رجلاً أَمَهله حتى آتي بأربعة شهداء؟، قال: "نعم".^(٣)

وفي اللوطة قال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين من الحنفية: ينبغي أن يكون عدد الشهود على جريمة اللوطة بعدد شهود الزنا؛ أي أربعة رجال، وخالفهم أبو حنيفة؛ فلم يشترط هذا العدد؛ لتفريقه بين الزنا واللوطة في الأحكام.^(٤)

المطلب الرابع: ضوابط الاحتياط في ضرورة انتفاء الشبهة في الشهادة

في هذا المطلب الضوابط الاحتياطية التي تساهم في دفع الشبهة عن الجنائية مما شرطه الفقهاء.

الفرع الأول: ضابط الاحتياط في الثبات على الشهادة

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على ضرورة اشتراط ثبات الشهود على شهادتهم، وعدم رجوعهم عن الشهادة؛ إلى حين تنفيذ العقوبة؛ فإن رجعوا عن شهادتهم، أو رجع واحد منهم عن الشهادة فنقص

(١) - انظر الهداية: المرغيناني، ٣٥٠/٢، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٨٤/٥، حاشية ابن عابدين: ٧/٤، مختصر خليل: ص ٢٢٤، الشرح الكبير: الدردير، ١٧٥/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٢٠٦/٨، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٤٤٥/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٥١/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١١٢/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٢٩/٧، مختصر الخرقى: ص ١٣٣، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٦٩/٩، كشف القناع: البهوتي، ١٠٠/٦.

(٢) - انظر الهداية: المرغيناني، ٣٥٠/٢، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٨٤/٥، حاشية ابن عابدين: ٧/٤، مختصر خليل: ص ٢٢٤، الشرح الكبير: الدردير، ١٧٥/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٢٠٦/٨، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٤٤٥/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٩٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٥١/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١١٢/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٤٢٩/٧، مختصر الخرقى: ص ١٣٣، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٦٩/٩، كشف القناع: البهوتي، ١٠٠/٦.

(٣) - صحيح مسلم: كتاب الطلاق، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها، وغيرها بوضع الحمل، ١١٣٥/٢.

(٤) - انظر الشرح الكبير: الدردير، ١٧٥/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٢٠٦/٨، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٤٤٥/٨، الموسوعة الفقهية الكويتية: ٣٤١/٣٥.

نصاب الشهود عن اثنين في سائر الجرائم، وعن أربعة في جريمة الزنا؛ فلا تستوفى العقوبة؛ لأنها تسقط بالشبهة؛ إذ إن الرجوع يورث شبهة، وهذا معتمد المذاهب الأربعة.^(١)

لذا اشترط الحنفية في عقوبة الزاني المحصن أن يبدأ الشهود بالرحم؛ احتياطاً في درء الحد؛ لأن الشهود إذا بدؤوا بالرحم ربما استعظموا فعله؛ فيحملهم ذلك على الرجوع عن الشهادة؛ فيسقط الحد عن المشهود عليه؛ في حين لم يشترط باقي علماء المذاهب الأربعة بدء الشهود.^(٢)

الفرع الثاني: ضابط الاحتياط في منع تأخير الشهادة وتقادمها

هذا الضابط خاص بمذهب الحنفية دون جمهور علماء المذاهب الثلاثة.

وبيان هذا الضابط عندهم هو ما يلي:

(إذا كانت الجناية فيها اعتداء على حق من حقوق الله تعالى؛ فلا يجوز للشاهد أن يتأخر في أدائها، أما إن كان في الجناية اعتداء على حق من حقوق العباد؛ فلا يضر تأخر الشاهد عن أدائها، والسبب في هذا هو أن الجنايات من هذا النوع تحتاج إلى دعوى من المجني عليه؛ فإذا تأخر الشاهد حتى رفعت الدعوى فلا تهمة، أما في حالة ارتباط الجناية بحق من حقوق الله فإن الشاهد له أن يتقدم لشهادته دون حاجة لشكوى من المجني عليه؛ لكن عندما يتأخر ويسكت عن الشهادة عن الحادث حتى يقدم عليه العهد؛ فإن هذا يدل على اختياره جهة الستر على الجاني؛ فإذا شهد بعد ذلك فهو دليل على أن الضغينة هي التي حملته على الشهادة، ومثل هذا لا تقبل شهادته للتهمة؛ فتحصل الشبهة لهذا والضغينة).^(٣)

واستدل الحنفية لمذهبهم بقول سيدنا عمر رضي الله عنه: (أما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته، فإنما شهدوا عن ضغن، ولا شهادة لهم).^(٤)

ضابط التأخير الدافع للعقوبة: التأخير الدافع للعقوبة هو الناتج عن غير عذر ظاهر؛ كبعد المسافة عن محل القاضي، أو كمرض الشاهد، أو غير ذلك من الموانع الحسية؛ فإن كان التأخر في الشهادة لعذر ظاهر قبلت الشهادة.^(٥)

(١) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٧٧/١٦، تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢٤٢/٤، فتح القدير: ابن الهمام، ٤٧٨/٧، مختصر خليل: ص ٢٢٦، التاج والإكليل: العبدري، ٢٤١/٨، منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٥٠٣/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٥٠، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٩٣/٦، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٢٨١/١٠، نهاية المحتاج: الرملي، ٣٢٩/٨، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢١٩/١٠، كشف القناع: البهوتي، ٤٤٣/٦.

(٢) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ٥٧/٥، حاشية ابن عابدين: ١١/٤، مختصر خليل: ص ٢٤٠، التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٥/٨، الشرح الكبير: الدردير، ٣٢٠/٤، روضة الطالبين: النووي، ٩٩/١٠، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٦/٩، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ١٧٠/١٠.

(٣) - انظر المبسوط: السرخسي، ٦٩/٩، بدائع الصنائع: الكاساني، ٤٦/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٢٧٩/٥، وانظر التشريع جنائي: ٤١٥/٢.

(٤) - ذكره الحنفية في المراجع السابقة، لكنني لم أجده في كتب متون الحديث.

(٥) - انظر مراجع الحنفية السابقة.

ضابط مدة التقادم المعتبر: ترك أبو حنيفة تحديد مدة التقادم للقاضي، واختار محمد أن التقادم المسقط هو مدة الشهر.^(١)

في حين ذهب المالكية والشافعية والحنابلة في الرواية المعتمدة عندهم، إلى أنه لا تقادم في الشهادة، وتقبل مهما تأخرت؛ سواء كان ذلك مرتبطاً بحق من حقوق الله تعالى، أو حق من حقوق العباد.^(٢) واستدل الجمهور بعموم النصوص المعاقبة التي لم تستثن حالة التأخر في أداء الشهادة، واستدلوا أيضاً بأن التأخير يجوز أن يكون لعذر أو غيبة، والحد لا يسقط بمطلق الاحتمال؛ فإنه لو سقط بكل احتمال لم يجب حد أصلاً.^(٣)

ويمكن ترجيح مذهب الحنفية لقول سيدنا عمر، ولأنه أحوط؛ لقيامه على فكرة درء العقاب بالشبهة.

الفرع الثالث: ضابط الاحتياط في منع الرجوع عن الشهادة

رجوع الشهود كلهم أو بعضهم إذا أدى إلى أن يقل عدد الباقيين عن النصاب المطلوب في إثبات كل جناية؛ إما أن يكون بعد استيفاء العقوبة، وإما أن يكون بعد الحكم وقبل الاستيفاء. فإن كان الرجوع بعد الحكم وقبل الاستيفاء فلا ينفذ العقاب؛ لأن رجوعهم شبهة؛ لاحتمال صدقهم في الرجوع. وبعد رجوعهم في هذه الحالة إن كانت القضية من قضايا القصاص؛ فيسقط القصاص وتجب الدية عند الشافعية والحنابلة؛ لأن الواجب بالقتل عندهم القصاص أو الدية. وإما أن يكون رجوعهم بعد الاستيفاء؛ فعليهم دية ما تلف بسبب شهادتهم.^(٤)

الفرع الرابع: ضابط الاحتياط في اتفاق الشهود على زمان الجريمة ومكانها وصفتها

لا بدّ لرفع الشبهة بصورة تامة عن الشهادة أن يتفق الشهود على زمان الجريمة ومكانها وصفتها، وإن اختلفوا في هذه العناصر فهذا يؤدي إلى حصول شبهة التعارض والتناقض؛ مما يؤدي إلى إسقاط الشهادة، وبالتالي لا تثبت الجريمة، وهذا باتفاق علماء المذاهب الأربعة.^(٥)

(١) - انظر المراجع السابقة.

(٢) - انظر القوانين الفقهية: ابن جزي، ص ٢٣٤، حاشية الصاوي: ٢٤٣/٤، روضة الطالبين: النووي، ٩٧/١٠، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٧٦/٩، كشف القناع: البهوتي، ١٠٣/٦.

(٣) - انظر المراجع السابقة.

(٤) - انظر تفاصيل كل ما سبق في: البحر الرائق: ابن نجيم، ١٠٢/٧، حاشية ابن عابدين: ٤٨٨/٥، مختصر خليل: ص ٢٢٦، الشرح الكبير: الدردير، ٢٠٦/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٢٤٠/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٥٠، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٩٢/٦، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٢٧٨/١٠، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢١٩/١٠، كشف القناع: البهوتي، ٤٤١/٦.

(٥) - انظر البحر الرائق: ابن نجيم، ١٠٢/٧، حاشية ابن عابدين: ٤٨٨/٥، الشرح الكبير: الدردير، ٢٠٨/٤، حاشية الصاوي: ٢٩٤/٤، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٩٢/٦، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٢٧٨/١٠، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢١٩/١٠، كشف القناع: البهوتي، ٤٤١/٦.

ويعود سبب اشتراط هذا الضابط إلى أن الشهود إن اختلفوا في زمان الجريمة، أو مكانها، أو صفتها؛ فيكون كلّ واحد منهم قد شهد على فعل مختلف عن الآخر؛ وبالتالي لم يتحقق النصاب المطلوب لعدد الشهود على فعل واحد يكون العنصر المادي للجريمة؛ فتحصل الشبهة ولا تثبت الجناية. ومثال ذلك: لو اختلف الشهود في زمان القتل أو مكانه؛ فإنه لا يثبت القتل بهذه الشهادة. ولو شهد أربعة أنه زنى بامرأة بمكان عند طلوع الشمس، وشهد أربعة أنه زنى بها بمكان آخر عند طلوع الشمس دُرئ الحد عنهم جميعاً؛ إذ لا يتصور من الشخص الزنا في ساعة واحدة في مكانين متباعدين.^(١)

الفرع الخامس: ضابط الاحتياط في اتحاد مجلس الشهادة

ذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه لا بدّ أن يكون الشهود مجتمعين في مجلس واحد عند أداء الشهادة؛ هذا يعني أنهم إن جاؤوا متفرقين يشهدون واحداً بعد واحد، لا تُقبل شهادتهم، ودليلهم أن التفرّق مظنة الشبهة؛ فلا تثبت الجريمة معها.^(٢) وذهب الشافعية إلى عدم اشتراط اتحاد المجلس، واستدلوا بعموم النصوص الواردة في التجريم والعقاب، والتي لم تشترط اتحاد مجلس الشهود.^(٣) ويمكن ترجيح مذهب الجمهور؛ لأنه أحوط في درء العقاب.

الفرع السادس: ضابط الاحتياط في جنس الشاهد

تُقبل شهادة المرأة في الفقه الإسلامي بصورة عامة؛ لكن ما هو حكم شهادتها في إثبات الجنايات؟.

الإجابة على هذا: اشترط علماء المذاهب الأربعة أن يكون الشهود في إثبات الجناية ذكوراً، ولم يقبلوا شهادة المرأة في الجنايات والدماء؛ لا مع ذكور ولا بمفردها. وسبب هذا أنهم اعتبروا وجودها بين الشهود شبهة تؤثر في إثبات الجناية؛ لاحتمال وجود السهو والخطأ منها.^(٤)

الفرع السابع: ضابط الاحتياط في منع الشهادة على الشهادة

(١) - انظر فتح القدير: ابن الهمام، ٢٨٥/٥-٢٨٦، البحر الرائق: ابن نجيم، ٢٣/٥-٢٤.
(٢) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٤٦/٧، حاشية ابن عابدين: ٧/٤، الشرح الكبير: الدردير، ١٨٥/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٢٠٦/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ١٧٩/٦، مختصر الخرقى: ص ١٣٣، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٦٩/٩.
(٣) - انظر روضة الطالبين: النووي، ٩٨/١٠، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٦٢/٥.
(٤) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٤٦/٧-٤٧، حاشية ابن عابدين: ٨-٧/٤، الشرح الكبير: الدردير، ١٨٥/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٢٠٦/٨-٢٣٧، روضة الطالبين: النووي، ٩٥/١٠، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٥١/٥، مختصر الخرقى: ص ١٣٣، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٦٩/٩.

إن الأصالة شرط في الشهادة على الجرائم؛ بمعنى أنه لا تُقبل الشهادة على الشهادة، لما في هذا من شبهة.

وما مرّ هو مذهب الحنفية والمعتمد عند الشافعية والحنابلة؛ فلا تُقبل عندهم الشهادة على الشهادة،

ولا كتاب القاضي إلى القاضي، لتمكّن الشبهة فيها.^(١) وأما مذهب المالكية وقول الشافعية وفي رواية عند الحنابلة فيجوز عندهم الشهادة على الشهادة في إثبات الجناية؛ ولكن بشرط تعذر أداء الشهادة من الشاهد الأول؛ لمرض أو غيبة أو موت، ويشترط الشافعية والحنابلة أيضاً دوام تعذر شهود الأصل إلى حين صدور الحكم.^(٢)

الفرع الثامن: ضابط الاحتياط في سقوط حد الرجم لموت الشهود عند الحنفية

مرّ أن الحنفية يشترطون في تنفيذ حدّ الرجم الذي ثبت بالشهادة بدء الشهود بالرجم؛ دفعاً للشبهة، وأمثلاً أن يدفعهم هذا إلى التراجع عن شهادتهم؛ فإن مات الشهود أو واحد منهم يسقط حد الرجم؛ لأنه بالموت قد فاتت البداية على وجه لا يتصور عودته؛ فيسقط الحد ضرورةً، ولأنه ربما كان ليرجع الميت عن شهادته؛ فيسقط الحد لهذه الشبهة.^(٣)

المبحث الثالث - ضوابط الأخذ بالاحتياط في الإثبات بالقسامة

يشكل تشريع القسامة بحد ذاته شكلاً من أشكال الاحتياط في الفقه الجنائي الإسلامي، وفي هذا المبحث أهم ضوابط الأخذ بالاحتياط في تشريع القسامة؛ كونها وسيلة من وسائل إثبات جريمة القتل.

المطلب الأول: معنى القسامة ومشروعيتها وحجيتها

أولاً: معنى القسامة: في اللغة: للقسامة بالفتح معانٍ متعددة، منها: (الأيمان، والهدنة بين المسلمين وعدوهم، والوسامة والحسن).^(٤)

وفي الاصطلاح: عرفها الحنفية: (بأن يقول خمسون من أهل المحلة إذا وُجد قاتل فيها: والله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً).^(٥)

وعرفها المالكية: (حلفُ خمسين يميناً، أو جزءاً منها على إثبات الدم).^(٦)

وعرفها الشافعية: (اسمٌ للأيمان التي تُقسم على أولياء الدم).^(١)

(١) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٤٦٧-٤٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٤٦١/٧، حاشية ابن عابدين: ٤٩٩/٥، المجموع: النووي، ٢٦٧/٢٠، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٥١/٥، مختصر الخرقى: ص ١٣٣، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٨٧/١٠، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ١٠٢/١٢.

(٢) - انظر الشرح الكبير: الدردير، ١٨٥/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٢٠٦/٨-٢٣٧، وانظر المراجع السابقة للشافعية والحنابلة.

(٣) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٦١/٧، حاشية ابن عابدين: ١١/٤.

(٤) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٤٨١/١٢، المصباح المنير: أبو العباس الفيومي، ٥٠٣/٢، تاج العروس: الزبيدي، ٢٧٠/٣٣.

(٥) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٨٦/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٧٣/١٠.

(٦) - انظر مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٧٣/٦.

وعرفها الحنابلة: (الأيمان المكررة في دعوى القتل).^(٢)

فبعد أن يوجد قتل في محلة ولا يُعلم قاتله تكون القسامة.

وهي: الأيمان المكررة في دعوى القتل، يقسم بها أولياء القتل لإثبات القتل على المتهم، في مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، أو يقسم بها المتهم لنفي القتل عنه، وهو مذهب الحنفية؛ فالقسامة إثبات عند الجمهور، ونفي عند الحنفية، وستمّر تفاصيل هذا في المطالب وال فقرات القادمة.

ثانياً: مشروعية القسامة

الأصل أنه لا يجوز أن تثبت الجنايات باليمين، وما يوافق هذا الأصل حديث النبي ﷺ: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه".^(٣)

والأصل ألا يحلف أحد إلا على ما علم قطعاً، أو شاهد حسّاً، وإذا كان كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتال؛ بل قد يكونون في بلد، والقاتل في بلد آخر؟!.

لكن ثبت الاستثناء بفعل النبي ﷺ.^(٤) فقد ورد عن رسول الله ﷺ أنه أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية، وفي رواية: وقضى بها رسول الله ﷺ بين ناس من الأنصار في قتل ادّعوه على اليهود.^(٥)

فبعد هذا صارت القسامة سنة مقررّة بنفسها مخصصة للأصول كسائر السنن المخصصة.^(٦)

ثالثاً: حجية القسامة

القسامة وسيلة إثبات مقبولة في جريمة واحدة هي جريمة القتل عند العلماء؛ لكن بشروط وضوابط ستبينها المطالب القادمة.^(٧)

المطلب الثاني: المعاني الاحتياطية في تشريع القسامة

(١) - انظر مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٧٨/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٥٠/٩.

(٢) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٨٧/٨، الإنصاف: المرادوي، ١٣٩/١٠.

(٣) - صحيح مسلم: كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه، ١٣٣٦/٣.

(٤) - نصّ الحادثة هو: (عن سهل بن أبي حثمة أنه أخبره عن رجال من كبراء قومه أن عبد الله بن سهل ومحبيصة خرجا إلى خيبر من جهد أصابهم؛ فأتى محبيصة فأخبر أن عبد الله بن سهل قد قُتل وطُرح في عين أو فقير؛ فأتى يهود فقال: أنتم والله قتلتموه، قالوا: والله ما قتلناه، ثم أقبل حتى قدم على قومه فذكر لهم ذلك ثم أقبل هو وأخوه حويصة وهو أكبر منه وعبد الرحمن بن سهل؛ فذهب محبيصة ليتكلم وهو الذي كان بخيبر، فقال رسول الله ﷺ لمحبيصة: "كَبُرَ كَبْرٌ" - يريد السن - فتكلم حويصة ثم تكلم محبيصة؛ فقال رسول الله ﷺ: إما أن يدوا صاحبكم وإما أن يؤذنوا بحرب؛ فكتب رسول الله ﷺ إليهم في ذلك؛ فكتبوا إنا والله ما قتلناه، فقال رسول الله ﷺ لحويصة ومحبيصة وعبد الرحمن: "أنحلفون وتستحقون دم صاحبكم؟"، قالوا: لا، قال: "فتحلف لكم يهود؟"، قالوا: ليسوا بمسلمين، فوداه رسول الله ﷺ من عنده؛ فبعث إليهم رسول الله ﷺ مئة ناقة حتى أدخلت عليهم الدار، فقال سهل: فلقد ركضتني منها ناقة حمراء). أخرجه البخاري: كتاب الأحكام، باب كتاب الحاكم إلى عماله والقاضي إلى أمنائه، ٧٥/٩، ومسلم واللفظ له في: كتاب القسامة والمحاربين، ١٢٩٢/٣.

(٥) - صحيح مسلم: كتاب القسامة والمحاربين، ١٢٩٥/٣.

(٦) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٢٥/٢.

(٧) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٨٦/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٧٣/١٠، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٧٣/٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٧٨/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٥٠/٩، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٨٧/٨، الإنصاف: المرادوي، ١٣٩/١٠.

إن الشريعة الإسلامية تحرص أشد الحرص على حفظ الدماء وصيانتها وعدم إهدارها، ولما كان القتل يكسر بينما تقل الشهادة عليه؛ لأن القاتل يتحرى بالقتل مواضع الخلوات؛ لذا شرعت القسامة احتياطاً، ويمكن تلخيص المعاني الاحتياطية في تشريع القسامة فيما يلي:

- ١- حفظ الدماء وعدم إهدارها، حتى لا يهدر دم في الإسلام أو يُطلّ، وكلي لا يُفلس بمجرّم من العقاب، قال علي لعمر رضي الله عنهما فيمن مات من زحام يوم الجمعة، أو في الطواف: (يا أمير المؤمنين لا يُطلّ دم امرئ مسلم، إن علمت قاتله، وإلا فأعطه ديتته من بيت المال).^(١)
- ٢- والقسامة عند الحنفية شرعت فوق ما سبق لعلاج التقصير في النصرة، وحفظ الموضع الذي وجد فيه القتيل؛ ممن وجب عليه النصرة والحفظ؛ لأنه إذا وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القدرة على الحفظ صار مقصراً بترك الحفظ الواجب؛ فيؤاخذ بالتقصير؛ احتياطاً وزجراً عن ذلك التقصير، وحماً على تحصيل الواجب، وكل من كان أخص بالنصرة والحفظ كان أولى بتحمّل القسامة والدية؛ لأنه أولى بالحفظ؛ فكان التقصير منه أبلغ.^(٢)

المطلب الثالث: نطاق الإثبات بالقسامة وأثرها

القسامة وسيلة لإثبات جريمة القتل فقط؛ سواء كان قتلاً عمداً أو خطأ، وعلى هذا فلا تدخل القسامة

في إثبات جرائم ما دون النفس؛ فلا قسامة في جرح ولا في قطع عضو، أو فقد منفعة، ولا قسامة في ضرب

أو إيذاء أو اعتداء؛ أيّاً كان نوعه؛ ما لم يؤد للموت.^(٣) وسبب هذا الحصر هو الاحتياط في الاقتصار على مورد النص؛ حيث وردت النصوص الشارعة للقسامة في جريمة القتل فقط؛ فلا نتجاوزها إلى غيرها. أما أثر القسامة فإن كان القتل المدعى خطأً فأثر القسامة هو وجوب الدية على عواقل المدعى عليهم.

أما إن كان القتل المدعى عمداً فذهب المالكية والحنابلة إلى وجوب القصاص على المدعى عليه بناءً على القسامة.^(٤) أما الحنفية والشافعية فذهبوا إلى وجوب الدية وعدم وجوب القصاص في كل الأحوال.^(٥)

المطلب الرابع: من الذي يحلف في القسامة؟

(١) - مصنف عبد الرزاق: كتاب العقول، باب من قتل في زحام، ٥١/١٠، ولم أجد من حكم على الحديث.
(٢) - انظر المراجع السابقة، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٢٧/٢-٣٢٨، الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٦٨/٣٣.
(٣) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٨٦/٧، فتح القدير: ابن الهمام، ٣٧٣/١٠، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٧٣/٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٧٨/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٥٠/٩، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٨٧/٨، الإنصاف: المرداوي، ١٣٩/١٠.
(٤) - انظر مختصر خليل: ص ٢٣٦، التاج والإكليل: العبدري، ٣٦٣/٨، منح الجليل: أبو عبد الله عيش، ١٩١/٩، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٨٧/٨، الإنصاف: المرداوي، ١٣٩/١٠.
(٥) - انظر المبسوط: السرخسي، ١١١/٢٦، فتح القدير: ابن الهمام، ٤٠٢/١٠، حاشية ابن عابدين: ٦٢٨/٦، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٨٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٩٠/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٥٨/٩.

من أهم الضوابط الاحتياطية للأخذ بالقسامة كوسيلة للإثبات في جناية القتل معرفة من الذي يحلف

في القسامة؟. ذهب جمهور العلماء إلى أن الذي يحلف في القسامة أولياء دم القتيل؛ فالقسامة عندهم هي وسيلة لإثبات جناية القتل. وأصل هذا عند الجمهور هو أن القسامة شرعت لإثبات الجريمة ضد الجاني؛ كلما انعدمت أدلة الإثبات الأخرى، أو لم تكن كافية بذاتها لإثبات الجريمة على الجاني؛ فإذا لم يكن مثلاً إلا شاهدٌ واحدٌ على القاتل، أو لم يكن هناك شهود ولكن وجدت قرينة على أن القتل حصل من المتهم كان لولاة القتيل أن يثبتوا الجريمة على المتهم بطريق القسامة.^(١)

أما الحنفية فيختلف قولهم عن الجمهور من حيث إنهم يعتبرون أن الذي يحلف في القسامة هم أهل المحلة الذين وجد القتيل فيها ليدرؤوا عن أنفسهم القصاص، وفي الوقت ذاته تجب عليهم الدية؛ لوجود القتيل بين أظهرهم.

وأصل هذا عند الحنفية أن البيئة دائماً على من ادعى، واليمين على من أنكر؛ فإذا لم يعترف أحدٌ من أهل المحلة بالقتل، وأنكروا كانت عليهم القسامة؛ لأنهم مدعى عليهم، وهم يدفعون بالقسامة التهمة الموجهة إليهم؛ فتكون القسامة دليل نفي لهم؛ لأنها يمين.^(٢)

فنخلص إلى أن القسامة وسيلة لإثبات جناية القتل عند الجمهور، أما عند الحنفية فهي وسيلة لنفي الجناية عن المدعى عليهم؛ لكنها أيضاً وسيلة لإيجاب الدية عليهم؛ لوجود القتيل بين أظهرهم.

وبناء على الخلاف السابق تُوجّه القسامة عند علماء المذاهب الثلاثة إلى الرجال الأحرار البالغين العقلاء من عشيرة المقتول الوارثين له؛ فلا تُوجّه إلى الصغار ولا المجانين اتفاقاً، واختلفوا في توجيهها إلى النساء فأجاز الشافعية ذلك مطلقاً، وأجاز الحنابلة ذلك في حالة كون أولياء الدم من النساء فقط، وأجاز المالكية ذلك في حالة القتل الخطأ دون العمد.^(٣) وعند الحنفية الذين يوجبون القسامة على المدعى عليه دون المدعي يختار الولي خمسين رجلاً من المحلة التي وجد فيها القتيل ويحلفهم، وله أن يختار الصالحين أو الفسقة؛ كما يحق له اختيار الشبان والشيوخ، ويكون الاختيار من أهل المحلة التي وجد فيها القتيل، وفي ظاهر الرواية تكون الدية على عواقلهم؛ أي عواقل كل من في المحلة.^(٤)

المطلب الخامس: ضوابط الاحتياط في شروط القسامة

(١) - انظر المدونة: مالك بن أنس، ٦٤٣/٤-٦٤٤، مختصر خليل: ص ٢٣٥، التاج والإكليل: العبدري، ٣٦١-٣٦٨/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٧٣/٦-٢٧٤، الأم: الشافعي، ١٠١/٦، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٨٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٩١/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٥٩/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٣٩٦/٧، مختصر الخرق: ص ١٣١، شرح الزركشي: ٢٠٣/٦، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٠٢/٨.

(٢) - انظر المبسوط: السرخسي، ١١٤/٢٦-١١٥، الاختيار لتعليل المختار: مجد الدين أبو الفضل، ٥٦/٥، بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٨٦/٧، حاشية ابن عابدين: ٦٣٤-٦٣٥.

(٣) - انظر مراجع الجمهور السابقة.

(٤) - انظر مراجع الحنفية السابقة.

إن اعتبار القسامة وسيلة للإثبات في الفقه الجنائي ليس على إطلاقه؛ بل هو مقيد بضوابط تُدرس في هذا المطلب.

ملاحظة: بعض الشروط التالية متفق عليه، وبعضها الآخر ليس كذلك، وسنبيّن هذا.

أما الشروط المتفق عليها؛ فهي:

الشرط الأول: أن يكون المدعي مكلفاً

وهذا شرط عام في الدعوى؛ فلا تُسمع دعوى صبي ولا مجنون.^(١)

الشرط الثاني: ألا تتناقض دعوى المدعي

وهذا شرط عام في الدعوى؛ فلا يجوز أن تتناقض دعوى المدعين؛ لأن ذلك يؤدي إلى الشبهة، والقصاص يُدرأ بالشبهة.^(٢)

أما الشروط المختلف فيها:

الشرط الأول: وجود اللوث

هذا الشرط خاص بالجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، ولم يشترطه الحنفية.^(٣) ومعنى اللوث كما عرفه النووي: (قرينة تثير الظن وتوقع في القلب صدق المدعي)^(٤)؛ كوجود العداوة الظاهرة بين المقتول وأهل المحلة التي وُجد فيها المقتول.^(٥)

الشرط الثاني: أن يكون المدعي عليه مكلفاً

هذا الشرط خاص بالشافعية والحنابلة؛ فقد اشترطوا أن يكون المتهم بالقتل مكلفاً حتى تصح الدعوى بالقسامة؛ فلا قسامة على الصبي والمجنون، ولم يشترطه غيرهم.^(٦)

الشرط الثالث: أن يكون المدعي عليه معيّناً

وهذا شرط عند الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة: فإن ادعى القتل على شخص أو جماعة معيّنين؛ فهي مسموعة، إذا عينهم للقاضي، أما إن كانت الدعوى على أهل مدينة، أو محلة، أو شخص غير معيّن، أو جماعة غير معيّنة؛ فلا تجب القسامة لعدم التعيين.^(٧) أما الحنفية فيمكن أن يكون المدعي

(١) - انظر مراجع المذاهب في المطلب السابق.

(٢) - انظر المراجع السابقة.

(٣) - انظر التاج والإكليل: العبدري، ٣٥٣/٨، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٨١/٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٩١/٨.

(٤) - روضة الطالبين: النووي، ١٠/١٠، وانظر قريباً تعريف المالكية في الفواكه الدواني: شهاب الدين النفراوي، ١٧٨/٢.

(٥) - انظر المراجع السابقة.

(٦) - انظر روضة الطالبين: النووي، ٤/١٠، شرح منتهى الإرادات: البهوتي، ٣٢٩/٣-٣٣٠، مطالب أولي النهى: الرحيباني، ١٤٨/٦.

(٧) - انظر التاج والإكليل: العبدري، ٣٦١/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٧٤/٦، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٣٩١/٥، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٥٩/٩، نهاية المحتاج: الرملي، ٣٩٦/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٨٩/٨، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ١٦/١٠.

عليه غير معين عندهم؛ لأن الشارع أوجب القسامة ابتداءً على أهل الحلة دون تعيين؛ فلا داعي لاشتراط التعيين.^(١)

الشرط الرابع: تفصيل دعوى القسامة

هذا شرط الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، والمقصود به أن يصف المدعي القتل قدر الإمكان، ولم يشترط الحنفية هذا الشرط لقبول دعوى القسامة.^(٢)

الشرط الخامس: أن يكون بالقتيل أثر قتل

شرط الحنفية وفي رواية عند الحنابلة أن يكون في القتل أثر القتل كي تقبل القسامة، وهذا الأثر قد يكون من جراحة أو أثر ضرب أو خنق؛ فإن لم يكن شيء من ذلك فلا قسامة فيه ولا دية؛ احتياطاً لشبهة أن يكون مات حتف أنفه؛ لأنه إذا لم يكن به أثر القتل فالظاهر أنه مات حتف أنفه.^(٣) أما الجمهور من المالكية والشافعية وفي معتمد الحنابلة فعلى عدم اشتراط هذا الشرط.^(٤)

الشرط السادس: أن يوجد القتل في محل مملوك لأحد أو في يد أحد

هذا الشرط خاص بالحنفية حيث إنهم اشتراطوا في القسامة أن يكون الموضع الذي وجد فيه القتل ملكاً لأحد أو في يد أحد؛ فإن لم يكن ملكاً لأحد ولا في يد أحد أصلاً فلا قسامة؛ كأن يوجد في الصحراء؛ فلا قسامة عندهم، وسبب هذا هو أن القسامة تكون بسبب ترك الحفظ اللازم، ولا يكون الترك للحفظ في حالة لم يكن المكان مملوكاً لأحد، أو في يد أحد.^(٥) أما الجمهور فلم يشترطوا هذا الشرط لا تشترطه.^(٦)

الشرط السابع: إنكار المدعى عليه

وهذا الشرط خاص بالحنفية؛ إذ إنهم يجعلون القسامة حجة المدعى عليه؛ لدفع القصاص عنه، والمدعى عليه لا بد أن يكون منكراً كي يحلف.^(٧)

الشرط الثامن: إسلام المقتول

(١) - انظر الهداية: المرغيناني، ٤/٤٩٨، فتح القدير: ابن الهمام، ١٠/٣٧٥، حاشية ابن عابدين: ٦/٦٢٩.
(٢) - انظر مختصر خليل: ص ٢٣٤، التاج والإكليل: العبدري، ٨/٣٥٥، مواهب جليل: ٦/٢٦٩، منهاج الطالبين: النووي، ص ٢٨٨، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥/٣٨١، نهاية المحتاج: الرملي، ٧/٣٨٩، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٨/٥١٠-٥١١، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ١٠/٣.
(٣) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٧/٢٨٦، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٨/٤٩٤، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ١٠/١٤.
(٤) - انظر التاج والإكليل: العبدري، ٨/٣٦٣، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥/٣٨١، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٨/٤٩٤، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ١٠/١٤.
(٥) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٧/٢٨٩، البناية شرح الهداية: المرغيناني، العيني، ١٣/٣٢٨.
(٦) - انظر مختصر خليل: ص ٢٣٤، الشرح الكبير: الدردير، ٤/٢٨٧، التاج والإكليل: العبدري، ٨/٣٥٣، روضة الطالبين: الطالبين: النووي، ١٠/١٠، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٥/٣٨١، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٨/٤٩١، شرح الزركشي على مختصر الخرقي: ٦/١٩٣.
(٧) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٧/٢٨٨.

اتفق الفقهاء على أنه لا قسامة في قتل الحربي، واختلفوا في القسامة في قتل الذمي؛ فالمالكية على اشتراط إسلام المقتول كي تصح القسامة؛ فلا قسامة إن كان المقتول ذمياً.^(١)

في حين ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم اشتراط إسلام المقتول؛ فيجوز أن يكون المقتول ذمياً كي يُعمل بالقسامة؛ لأن لهم ما للمسلمين، وعليهم ما عليهم، إلا ما نُصّ عليه بدليل؛ ولأن دم الذمي مصون في دار الإسلام لذمته.^(٢)

المبحث الرابع - ضوابط الأخذ بالاحتياط في الإثبات بالقرائن

المطلب الأول: معنى القرائن ومشروعيتها وحجيتها بصورة عامة

أولاً: معنى القرائن

القرينة في اللغة

تأتي من قرن الشيء بالشيء؛ أي شدّه إليه ووصله به؛ كجمع اللقمتين في الأكل؛ بمعنى المرافقة والمصاحبة، ومنه ما يطلق على الزوجة قرينة، وعلى الزوج قرين.^(٣)

القرينة في الاصطلاح

تُستعمل القرينة في الاصطلاح بمعنى الأمانة.^(٤) وعرفّها الجرجاني بأنها: (أمر يشير إلى المطلوب).^(٥)

وفي تعريف آخر هي: (كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه).^(٦) وهذا التعريف قريب من المعنى الذي استعمله الفقهاء في كتبهم.

ثانياً: مشروعية القرائن بصورة عامة

القرائن وفق المعنى الذي ذكرناه في التعريف مشروعة بصورة عامة في الفقه الإسلامي.^(٧)

ويمكن أن يستند العمل بالقرينة على النصوص التالية:

من القرآن الكريم في قوله تعالى: (وَجَاؤُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ) [يوسف: ١٨].

وفي وجه الاستدلال نجد عبارة القرطبي: (لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة على صدقهم قرن الله بهذه العلامة علامة تعارضها، وهي سلامة القميص من التنيب؛ إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص ويسلم القميص من التخريق، ولما تأمل يعقوب عليه السلام القميص فلم يجد فيه خرقاً ولا أثراً استدل بذلك على كذبهم).^(٨)

(١) - انظر مختصر خليل: ص ٢٣٦، التاج والإكليل: العبدري، ٣٦٣/٨-٣٦٤، منح الجليل: أبو عبد الله عيش، ١٩٣/٩.

(٢) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٢٨٩/٧، حاشية القليوبي: ١٦٥/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٥٠٦-٥٠٧.

(٣) - انظر المحكم والمحيط الأعظم: أبو الحسن المرسى، ٣٦٥/٦، لسان العرب: ابن منظور، ٣٤١/١٣، مختار الصحاح: أبو عبد الله الرزائي، ص ٢٥٢.

(٤) - انظر التعريفات: الجرجاني، ص ١٧٤.

(٥) - المرجع السابق.

(٦) - المدخل الفقهي العام: مصطفى الزرقا، ٩١٤/٢.

(٧) - انظر تبصرة الحكام: ابن فرحون، ١٢١/٢، وسائل الإثبات في الشريعة: محمد الزحيلي، ص ٤٩٩، التشريع الجنائي: عودة، ٣٣٩/٢، الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٥٦/٣٣-١٥٧.

(٨) - تفسير القرطبي: ١٤٩/٩.

فقال لهم أبوهم بعد أن لاحظ القرينة: (بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا) [يوسف: ١٨]. ومن السنة الشريفة: حديث النبي ﷺ: "الأيتم أحق بنفسها من وليها، والبكر تُستأمر، وإذنها سكوتها".^(١)

فقد جعل النبي ﷺ صمت البكر قرينة على رضاها، وبني عليه حكماً شرعياً. ومن عمل الصحابة: ما حكم به عمر بن الخطاب وابن مسعود رضي الله عنهما بوجوب الحد على من وجدت فيه رائحة الخمر، أو أنه تقيأها، وذلك اعتماداً على القرينة الظاهرة.^(٢) فقد اكتفى الصحابة بالقرينة على شرب الخمر لإقامة الحد، وفي هذا دليل على كون القرينة وسيلة من وسائل الإثبات. وفيما يلي بعض الأمثلة على استعمال الفقهاء للقرائن، وقد أخذت من كتاب تبصرة الحكام لابن فرحون^(٣):

(جواز وطء الرجل المرأة إذا أهديت إليه ليلة الزفاف، وإن لم يشهد عنده عدلان أن هذه فلانة بنت فلان التي عقد عليها، وإن لم يستنطق النساء أن هذه امرأته التي عقد عليها؛ اعتماداً على القرينة الظاهرة؛ المنزلة منزلة الشهادة، ومنها أيضاً اعتماد الناس قديماً وحديثاً على الصبيان والإماء المرسلات معهم الهدايا إليهم؛ فيقبلون أقوالهم، ويأكلون الطعام المرسل به، ومنها أيضاً جواز دفع اللقطة لواصف عفاصها ووكائها، وغيرها).^(٤)

ثالثاً: حجية القرائن بصورة عامة

العلماء في الاحتجاج بالقرائن على مذهبين: الأول: وهو مذهب الجمهور من المالكية والحنابلة. وهو الاحتجاج بالقرائن وجواز القضاء بها، واعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات عند فقد غيرها.^(٥)

(١) - صحيح مسلم: كتاب الحج، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، ١٠٣٧/٢.
(٢) - انظر أثر عمر في مصنف عبد الرزاق: كتاب العقول، ٢٨٨/٩، ولم أجد من حكم على الحديث، وانظر أثر ابن مسعود مسعود في صحيح مسلم: كتاب الحدود، ١٣٥٠/٣، وانظر تبصرة الحكام: ابن فرحون، ١٢٤/٢.
(٣) - ابن فرحون: إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون، من كبار فقهاء المالكية، ومن الأصوليين، من كتبه: (تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام)، و(الديباج المذهب في أعيان المذهب)، توفي: ٧٩٩هـ. انظر شذرات الذهب: ابن العماد، ٣٥٧/٦.
(٤) - انظر تبصرة الحكام: ابن فرحون، ١٢٢-١٢١/٢.
(٥) - انظر تبصرة الحكام: ابن فرحون، ٢٠٢/١، الطرق الحكمية: ابن قيم الجوزية، ٢١٢، معين الحكام: أبو الحسن الطرابلسي، ص ١٦١، حاشية ابن عابدين: ٣٥٤/٥.

الثاني: وهو قولٌ عند الحنفية وقولٌ عند الشافعية: وهو عدم الاحتجاج بالقرائن كوسيلة من وسائل الإثبات، وعدم جواز القضاء بها، ومن هؤلاء ابن نجيم من الحنفية والمزني من الشافعية.^(١) واستدل الجمهور لمذهبهم بما مرّ في فقرة المشروعية.

أما المانعون فقد استدلوا بمجموعة من الأدلة من السنة والمعقول

فمن السنة قول النبي ﷺ: عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: "لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة؛ فقد ظهر منها الريبة في منطقها وهيئتها ومن يدخل عليها".^(٢)

فلو جاز العمل بالقرائن لأقام النبي ﷺ الحد على المرأة بما ثبت لديه من أمارات وقوع الزنا منها، ولكنه لم يعمل بها؛ والنتيجة أنه لا يُعمل بالقرائن.^(٣) ويمكن الاعتراض على هذا الدليل بأنه جاء في مسألة خاصة من مسائل الحدود التي تُدرأ بالشبهات، والقرينة شبهة؛ فيُدرأ بها الحد.

ومن المعقول: أن القرائن غير منضبطة، وهي في أفضل حالاتها تفيد الظن، ولا يجوز الحكم بالظن.^(٤) ويمكن أن يُردّ على هذا الدليل بأن الجمهور قد اشتروا للعمل بالقرائن شروطاً ستمرّ بعد قليل؛ فالأمر ليس على إطلاقه عندهم. ويمكن ترجيح مذهب الجمهور نظراً لقوة أدلتهم، ولأن الاستدلال بالقرينة ليس على إطلاقه عندهم؛ بل هو مضبوط بشروط دقيقة.

ثم يقال: تختلف حجية القرائن حسب حال القرينة ونوعها، ويمكن تلخيص هذه الفكرة بالكلمات التالية:

إن القرينة إما أن يكون منصوباً عليها من قبل الشارع، وإما أن تكون قرينة غير منصوب عليها؛ لكنها قطعية تبلغ حد اليقين؛ كمن خرج من دار خالية خائفاً مدهوشاً، وفي يده سكين ملوثة بالدم، وفي الدار شخص مذبح في ذلك الوقت، وإما أن تكون قرينة اجتهادية يغلب على ظن القاضي صحتها؛ كما لو تنازع شخصان على شيء ولا بينة، فللقاضي أن يحكم بالشيء لمن كان في يده؛ لأن اليد قرينة على الملك.

والقول في حجية هذه القرائن هو: أنه يجب على القاضي أن يحكم بالقرينة المنصوبة والقطعية، ويجوز له أن يحكم بالقرينة الاجتهادية.^(٥)

المطلب الثاني: القرينة وسيلة إثبات احتياطية غير مباشرة

(١) - انظر الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٢١٠، مختصر المزني: ٤٢٧/٨.

(٢) - سنن ابن ماجه: كتاب الحدود، باب رجم اليهودي واليهودية، ٨٥٥/٢، والحديث صحيح. انظر التلخيص الحبير: ابن حجر العسقلاني، ٤٦٦/٤.

(٣) - انظر وسائل الإثبات في الشريعة: محمد الزحيلي، ص ٥٠٩.

(٤) - انظر مختصر المزني: ٤٢٧/٨، الأشباه والنظائر: ابن نجيم، ص ٢١٠.

(٥) - انظر وسائل الإثبات في الشريعة: محمد الزحيلي، ص ٥١٨، الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٥٧/٣٣.

يقول الدكتور محمد الزحيلي: (القاضي لا يلجأ إلى القرائن واستنباط الأحوال والحوادث إلا عندما يفقد الأدلة والحجج الظاهرة أمامه، أو تكون الأدلة المقدمة لديه غير مقنعة أو غير كافية؛ فيضطّر القاضي إلى البحث عن وسيلة للإثبات وإحقاق الحق وإقامة العدل؛ فيلجأ إلى الاستنباط والاستدلال للوصول إلى الحق، ولذلك كانت القرينة وسيلةً للإثبات احتياطيةً؛ عند فقد الأدلة الأخرى).^(١)

فالقرينة عند من يقول بها من العلماء هي وسيلة احتياطية يُلجأ إليها عند فقد وسائل الإثبات الأخرى، وتكون مقيّدة بالمصلحة كإحقاق الحق وإقامة العدل. لكن تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد ضابطٌ دقيقٌ في الحالة التي تُعتبر فيها وسائل الإثبات الأخرى مفقودة؛ لذا يبقى استخدام هذه الوسيلة خاضعاً لاجتهاد الحاكم في كل حالة.^(٢)

ثم يقول الدكتور الزحيلي: (القرينة دليل غير مباشر في الإثبات؛ لأن الحق يثبت بها بالاستنتاج والاستنباط من غيرها... ولذلك ينبغي للقاضي ألا يبعد في الاستنباط عما يظهر من الحوادث ولا يتوغل في الاستنباط المفرط).^(٣) فطالما أن القرينة تعتمد على الاستنتاج والاستنباط فهي وسيلة غير مباشرة.

المطلب الثالث: الاحتياط في حجية القرائن في إثبات الجنايات

يبنى الفقه الإسلامي كثيراً من أحكام الشريعة على أساس القرائن، وكذا في الفقه الجنائي؛ ومن ذلك أن القسامة تقوم على أساس القرينة؛ سواء وُجد لوث أم لم يوجد؛ فأساس القسامة عند من لا يشترطون اللوث وجود القتل في محلة المتهمين؛ لأن وجود الجثة في المحلة قرينة على أن القتل حدث من سكانها، وأساس القسامة عند من يشترطون اللوث أن وجود اللوث قرينة على أن المتهم هو القاتل؛ ف رؤية شخص على مقربة من الجثة ملوث بالدماء لوث، وهذا اللوث قرينة على أن هذا الشخص هو القاتل.^(٤)

فالإثبات بالقسامة يدخل في الإثبات بالقرينة، عند الجمهور وقد أفردت القسامة بالدراسة في المبحث السابق نظراً لقيامها على الدليل النقلي، ونظراً لتفاصيلها الكثيرة التي تقتضي إفرادها في مبحث مستقل.

بناءً على ما سبق يُقال: إن القرائن يمكن أن تكون وسيلة لإثبات الجنايات بصورة عامة؛ لكن لا بد من التفصيل في أقوال العلماء، وهذا ما سيمرّ في هذا المطلب.

والآن وبعد ما عرفناه من احتجاج جمهور العلماء بالقرائن واعتبارها وسيلة إثبات في الفقه عموماً؛ فهل يمكن اعتبار القرينة وسيلة إثبات مقبولة للجنايات؟.

(١) - وسائل الإثبات في الشريعة: محمد الزحيلي، ص ٥١٩.

(٢) - انظر المرجع السابق.

(٣) - المرجع السابق: ص ٥٢٠.

(٤) - انظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٣٩/٢.

الإجابة على هذا هي: بالرغم من إقامة كثير من أحكام الشريعة على القرائن واتجاه القضاء من إلى الأخذ بالقرائن؛ فإن جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة في قول على أنه لا يُسَلَّم باعتبار القرائن دليلاً عاماً من أدلة الإثبات في الجرائم إلا في ما ورد فيه نص كما القسامة.^(١) لكن هذا الحكم خاصٌ فيما يُدرأ بالشبهة من الجنايات، وهي جنايات الحدود والقصاص، أما في جرائم التعازير، وقد علمنا أنها يمكن أن تثبت مع الشبهة؛ فلا مانع من أن تكون القرينة وسيلة إثبات لهذا النوع من الجرائم التي لا يُحتاط في إثباتها ودرئها كما يُحتاط لجرائم الحدود والقصاص.^(٢) ثم إن الجمهور قد استدلووا لمنع إثبات الحدود والقصاص بالقرائن بحديث ابن عباس السابق: "لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة؛ فقد ظهر منها الريبة في منطقها وهيئتها ومن يدخل عليها".^(٣)

والدليل: أن القرائن في أغلب الأحوال قرائن غير قاطعة، وأنها تحتل أكثر من وجه؛ فإذا اعتمد عليها كدليل لإثبات الجريمة فقد اعتمد على دليل مشكوك فيه؛ لا يمكن التسليم مقدماً بصحته. ثم إن القرائن تُحدث الشبهة التي تؤثر في إثبات الجريمة. وفي المقابل نجد فريقاً من العلماء ومنهم المالكية وبعض الحنابلة كابن القيم^(٤) يعتبرون القرائن وسيلة إثبات مقبولة في الجنايات.^(٥)

وقد قيّد ابن القيم العمل بها بحالة الاعتدال؛ فهو لا يجيز الإفراط أو التفريط في قبول هذه الوسيلة. فإنه يرى أن الحاكم إذا أهمل الحكم بالقرائن أضاع حقاً كثيراً وأقام باطلاً كبيراً، وأنه إن توسّع وجعل معوّله عليها؛ دون الأوضاع الشرعية وقع في أنواع من الظلم والفساد.^(٦)

واستدل هذا الفريق بما حكم به عمر بن الخطاب وابن مسعود رضي الله عنهما بوجوب الحد على من وجدت فيه رائحة الخمر، أو أنه تقيأها، وذلك اعتماداً على القرينة الظاهرة.^(٧) فقد اكتفى الصحابة الصحابة بالقرينة على شرب الخمر لإقامة الحد، وفي هذا دليل على كون القرينة وسيلة من وسائل الإثبات.

(١) - انظر حاشية ابن عابدين: ٤٨/٤، نهاية المحتاج: الرملي، ١١١/٧، الإنصاف: المرداوي، ٤٤٢/٩.
(٢) - انظر بدائع الصنائع: الكاساني، ٦٦/٧، تبیین الحقائق: فخر الدين الزيلعي، ٢٠٨/٣، حاشية ابن عابدين: ٦٠/٤، الفواكه الدواني: شهاب الدين النفرواي، ١٧٨/٢، المذهب: أبو إسحاق الشيرازي، ٣٧٣/٣، روضة الطالبين: النووي، ١٧٤/١٠، المغني: ابن قدامة المقدسي، ١٢٥/٩، الإقناع في فقه الإمام أحمد: ٢٧٠/٤، وانظر أيضاً الأحكام السلطانية: الماوردي، ص ٣٤٥، الأشباه والنظائر: ابن نجيم: ص ١١١، غمز عيون البصائر: شهاب الدين الحموي، ٣٨٨/١، التشريع الجنائي: عودة، ٦٦٥/٢.

(٣) - سنن ابن ماجه: ٨٥٥/٢، المعجم الكبير: سليمان بن أحمد أبو القاسم الطبراني، ٣٦٠هـ، مكتبة الزهراء، الموصل، ط ٢، ١٩٨٣م، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، ٢٠٦/١١.

(٤) - ابن القيم: هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي، تلميذ ابن تيمية، وسجن معه بدمشق، وله تصانيف كثيرة، منها: (الطرق الحكمية) و(مدارج السالكين)، وغيرها كثير. الدرر الكامنة: ابن حجر العسقلاني، ٤٠٠/٣، الأعلام: الزركلي، ٢٨١/٦.

(٥) - انظر الشرح الكبير: الدردير، ١٥٥/٤، شرح مختصر خليل: الخرشبي، ٣٣/٨، الإنصاف: المرداوي، ٤٤٢/٩، الحكمية: ابن قيم الجوزية، ص ٦-٧-٨.

(٦) - انظر الطرق الحكمية: ابن قيم الجوزية، ص ٧.

(٧) - انظر أثر عمر في مصنف عبد الرزاق: ٢٨٨/٩، وانظر أثر ابن مسعود في صحيح مسلم: ٥٥١/١، وانظر تبصرة الحكام: ابن فرحون، ١٢٤/٢، الطرق الحكمية: ابن قيم الجوزية، ص ٩-١٠.

ويمكن مناقشة دليل هذا الفريق بأنه من عمل الصحابة؛ فلا يقوى على مقاومة مجموع الأدلة العامة في وجوب درء الحدود بالشبهات.

وبناءً على ما سبق يمكن ترجيح مذهب الجمهور؛ لأن مبنى الجنايات وخاصة الحدود والقصاص على الدرء؛ ولا تسلم القرائن غالباً من الشبهة التي تؤثر في إثبات الجناية.

تطبيق

مسألة ثبوت جنابة الزنا بظهور الحمل: فإذا ظهر الحمل على امرأة دون زواج؛ فهل يعتبر هذا الحمل وسيلة لإثبات زناها، وبالتالي إقامة الحد عليها بناءً على قرينة الحمل؟. اختلف الفقهاء في هذا بناءً على خلافهم في قبول القرائن في إثبات الجنايات. فذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم ثبوت حد الزنا بظهور الحمل في امرأة لا زوج لها.^(١)

واستدلوا بما يلي:

- ١ - روي أن امرأة رفعت إلى عمر ليس لها زوج وقد حملت، وسألها عمر فقالت: (إني امرأة ثقيلة الرأس؛ وقع عليّ رجل وأنا نائمة، فما استيقظت حتى نزع)؛ فدرأ عنها الحد.^(٢)
- ٢ - ربما كان الحمل ناتجاً عن وطء الشبهة أو الإكراه؛ مما يورث شبهة تدرأ الحد.^(٣) وذهب المالكية إلى ثبوت حد الزنا بظهور حمل المرأة غير المتزوجة؛ لكن بشروط:^(٤)
 - ١ - ألا يكون لدى المرأة قرينة تشهد على دعوى اغتصابها وإكراهها؛ كأن تأتي مستغيثة من الغاصب لها، أو تأتي البكر تدعي الغصب بعد الوطء فوراً.
 - ٢ - ألا تكون من أهل العفة والصلاح.^(٥)

واستدلوا بقول سيدنا عمر رضي الله عنه: (الرجم واجب على كل من زنى من الرجال والنساء؛ إذا كان محصناً؛ إذا قامت بينة، أو كان الحبل، أو الاعتراف).^(٦)

(١) - انظر العناية شرح الهداية: البابرني، ٢١٣/٥، فتح القدير: ابن الهمام، ٢١٣/٥، أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا الأنصاري، ١٣٠/٤، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٧٩/٩، الشرح الكبير على متن المقنع: أبو الفرج المقدسي، ٢٠٨/١٠.

(٢) - مصنف ابن أبي شيبة: كتاب الحدود، في درء الحدود بالشبهات، ٥١٢/٥، ولم أجد من حكم على الحديث.

(٣) - انظر المراجع السابقة للجمهور.

(٤) - انظر مختصر خليل: ص ٢٤٠، الشرح الكبير: الدردير، ٣١٩/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٣٩٤/٨. لكن بشروط:

(٥) - انظر المراجع السابقة.

(٦) - انظر المراجع السابقة، وانظر أثر عمر في صحيح البخاري: كتاب الحدود، باب الاعتراف بالزنا، ١٦٨/٨، صحيح مسلم: كتاب الحدود، باب حد الزنا، ١٣١٧/٣.

ويمكن الرد بأن هذا من اجتهاد الصحابة؛ فلا ينهض على رد أدلة درء الحدود بالشبهة، ويرد أيضاً بما استدل به الجمهور من فعل عمر المخالف لما استدل به المالكية؛ فلا يستقيم الاستدلال بحديث عمر لاختلاف الروايات عنه؛ فيُرجع إلى أصل المسألة، وهو درء الحد بالشبهة.^(١) وبالتالي يمكن ترجيح مذهب الجمهور؛ بناءً على الاختيار السابق لمنع اعتبار القرائن وسيلة لإثبات الحدود؛ نظراً لوجود الشبهة الدائرة للحد.

المطلب الرابع: شروط العمل بالقرينة

مرّ أن بعض العلماء كالمالكية والحنابلة في قولٍ قد اعتبروا القرينة من وسائل إثبات الجنائية، لكن هؤلاء شرطوا للعمل بالقرينة شروطاً، وهي:

١- أن يوجد أمرٌ ظاهرٌ ومعروفٌ وثابتٌ ليكون أساساً لاعتماد الاستدلال منه؛ لوجود صفات وعلامات فيه، ولتوفر الأمارات والعلامات عليه؛ كالغيم بالنسبة للمطر، وذلك أن الوقائع المادية والتصرفات الإنسانية تتألف من أمور ظاهرة ثابتة، وتنطوي على أمور باطنة يُستدل عليها بالأمارات المصاحبة لها.

٢- أن توجد الصلة بين الأمر الظاهر الثابت والقرينة التي أخذت منه؛ وسبيل الوصول إلى هذه الصلة هو التأمل والتفكير الناشئ عن فرط الذهن وقوة القرينة؛ بعيداً عن الوهم والخيال. بمجموع هذين الشرطين نحصل على القرينة القريبة من القطع، التي يمكن الاعتماد عليها في إثبات الجنائية.

لكن رغم كل ما سبق لا تعدو هذا القرائن عن كونها ناتجة عن اجتهاد القاضي واستنباطه وتفكيره وتأمله، وهذا يبقئها في دائرة الظن والاجتهاد، ويلحق بها الشبهة التي تمنع إثبات الجنائية.

مثال القرينة المحققة للشرطين السابقين

إذا شوهد شخص خارج من دار خالية خائفاً مدهوشاً؛ في يده سكين ملوثة بالدم، ثم دخل إلى الدار؛ فرئي فيها شخصٌ مذبوح في ذلك الوقت يتشخّط في دمائه؛ فلا يشتبه هنا في كون ذلك الشخص هو القاتل، لوجود هذه القرينة القاطعة.^(٢) فالأمر الظاهر في هذا المثال هو: وجود السكين في يد الخارج من الدار، ثم وجود المذبوح في الدار نفسها. والأمر الباطن الذي نريد أن نبته هو حصول القتل من حامل السكين.

(١) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٧٩/٩.

(٢) - انظر وسائل الإثبات في الشريعة: محمد الزحيلي، ص ٥١٨، الموسوعة الفقهية الكويتية: ١٥٧/٣٣.

والصلة بين الظاهر والباطن هي القرينة، وهي في مثالنا: تلوث السكين بالدم؛ مع حالة الخوف والدهشة عند الخروج من الدار.

المطلب الخامس: الاحتياط بإثبات الجناية بالنكول

أولاً: معنى النكول

النكول في اللغة يأتي بمعنى الجبن عن الشيء، والانصراف عنه.^(١)

والنكول في الاصطلاح هو: الامتناع عن اليمين ممن وجبت عنه، وترك الإقدام عليها.^(٢)

ثانياً: إثبات الجنایات بالنكول

النكول حجة بصورة عامة عند بعض الفقهاء في بعض المسائل، وهذا ليس موضوع بحثنا. وما يهمنا هنا هو هل يمكن أن تثبت الجناية بنكول المدعى عليه عن الحلف إذا وجه إليه اتهام بارتكاب جناية ما؟. والإجابة على هذا بداية هي أنه يمكن اعتبار إثبات الجناية بنكول المدعى عليه عن الحلف داخلاً تحت الإثبات بالقرائن، والسبب في هذا هو: أن النكول في الحقيقة ليس إلا قرينة تدل على أن الاتهام الموجه للمتهم صحيح؛ فلو لم يكن صحيحاً لما نكل.^(٣) لكن رغم ذلك لم تقم أحكام الفقهاء في قضية النكول على حكمهم في القرائن. فقد اختلفت أقوال المذاهب الأربعة في اعتبار النكول عن اليمين وسيلة من وسائل إثبات الجناية.

ونبدأ بمذهب الحنفية وهو كما يلي:

- في جنایات الحدود: لا يُعتبر النكول وسيلة إثبات؛ لأنه يورث الشبهة التي تدرأ الحد.
- في جنایات القصاص: عند أبي حنيفة يُقضى بالقصاص على الناكل؛ لتعلق الجناية بحق الآدمي، أما عند الصاحبين فيلزم الناكل الضمان لا القصاص.
- في جرائم التعازير: عند أبي حنيفة يُقضى بالنكول إذا كانت العقوبة مالية؛ دون العقوبة البدنية؛ لأن النكول عنده بذل، وهو ممكن في الأموال، وأما عند الصاحبين فيُقضى بالنكول في كل جرائم التعزير؛ لأن النكول عندهما إقرار، وهو ممكن في دعاوى الأموال والأبدان.^(٤)

ثم مذهب المالكية:

وهو أن النكول لا يكون وسيلة إثبات للجناية على الإطلاق؛ سواء كانت حدوداً، أو قصاصاً، أو تعزيراً، وسواء أوجبت عقوبة بدنية أو عقوبة مالية؛ لوجود الشبهة.^(٥)

(١) - انظر مختار الصحاح: أبو عبد الله الرزائي، ص ٣١٩، لسان العرب: ابن منظور، ٦٧٧/١١.

(٢) - انظر منح الجليل: أبو عبد الله عليش، ٥٧١/٥.

(٣) - انظر نهاية المحتاج: الرملي، ٣٧٦/٧، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٦/١٠، وانظر التشريع الجنائي: عودة، ٣٣٩/٢.

(٤) - انظر الهداية: المرغيناني، ١٥٦/٣، فتح القدير: ابن الهمام، ١٨١/٨، البحر الرائق: ابن نجيم، ٢٠٧/٧-٢٠٨، حاشية ابن عابدين: ٥٤٩/٥-٥٥٠.

(٥) - انظر مختصر خليل: ص ٢٢٨، الشرح الكبير: الدردير، ٢٣٢/٤، التاج والإكليل: العبدري، ٢٧٣/٨، مواهب الجليل: أبو عبد الله المغربي، ٢٢٠/٦.

ثم مذهب الشافعية:

- في جنایات الحدود: لا يُعتبر النكول وسيلة إثبات؛ لأنه يورث الشبهة التي تدرأ الحد.
- في جنایات القصاص: يُعتبر النكول وسيلة إثبات؛ لتعلق الجنایة بحق الآدمي.
- في جنایات التعازير: يُعتبر النكول وسيلة إثبات في جرائم التعزير المتعلقة بالمصلحة العامة؛ كطرح الأذى في طريق المسلمين مثلاً.^(١)

نلاحظ: أن مذهب الشافعية قريبٌ من مذهب الحنفية؛ إلا أن الشافعية أكثر تشدداً من الحنفية في قبول النكول كوسيلة للإثبات في بعض جرائم التعزير؛ كالجرائم المتعلقة بالمصالح غير العامة؛ في حين لم يفرق الحنفية في قبول الإثبات في النكول بين جرائم التعزير.

ثم مذهب الحنابلة:

- في جنایات الحدود: لا يُعتبر النكول وسيلة إثبات؛ لوجود الشبهة الدائرة للحد.
 - في جنایات القصاص: يُعتبر النكول وسيلة إثبات؛ لتعلق الجنایة بحق الآدمي؛ لكن العقوبة تكون ضماناً.
 - في جنایات التعازير: يُعتبر النكول وسيلة إثبات في الجرائم التي تكون عقوبتها الضمان فقط.^(٢)
- ويمكن اختيار مذهب المالكية لأنه الأحوط لمبدأ درء العقاب؛ الذي يشكل مبدأ هاماً من مبادئ الفقه الجنائي.

المبحث الخامس - وسائل إثبات أخرى

هناك وسائل قد يعمل بها الفقهاء في إثبات الأحكام عموماً؛ لكنهم رفضوا العمل بها في الفقه الجنائي، وسيتناول هذا المبحث دراسة هذه الوسائل. إن عدم قبول بعض وسائل الإثبات العامة في الفقه الجنائي يقوم على مبدأ الاحتياط لدرء العقاب بالشبهة. فإذا لم تكن الوسيلة مفيدة القطع أو قريباً من القطع ومحقة لغلبة الظن؛ فلا تُقبل في إثبات الجنایة. وفيما يلي نموذجان لهذا الكلام:

المطلب الأول: قضاء القاضي بعلمه

أولاً: معنى قضاء القاضي بعلمه

يُقصد بعلم القاضي الظن المؤكد؛ الذي يجوز له الشهادة؛ مستنداً إليه.^(٣) إن هذا الظن المؤكد الذي حصل للقاضي، والذي يسوّ له أن يشهد بناءً عليه قد يكون وسيلة إثبات في بعض المسائل عند بعض الفقهاء، وهذا ليس موضوع بحثنا. لكن هل يمكن لهذا الظن وحده -

(١) - انظر منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٥٤، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٤٢٥/٦، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ٣٢٣/١٠، نهاية المحتاج: الرملي، ٣٥٩/٨.

(٢) - انظر المغني: ابن قدامة المقدسي، ٢١١/١٠، الإنصاف: المرادوي، ٢٥٥/١١، كشف القناع: البهوتي، ١٤١/٦.

(٣) - انظر تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٤٨/١٠.

دون أن يكون معه وسيلة إثبات أخرى- أن يكون وسيلة إثبات مقبولة للجنايات؟، هذا ما ستجيب عنه الفقرة التالية.

ثانياً: الاحتياط في منع قبول قضاء القاضي بعلمه في إثبات الجنايات

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة في معتمد مذاهبهم على أن القاضي لا يجوز له أن يقضي بعلمه في إثبات الجنايات عموماً، وإن كان هناك بعض الأقوال المرجوحة في المذاهب تجيز القضاء بعلم القاضي في بعض الصور وبشروط خاصة، ولو أراد القاضي أن يشهد فعليه أن يتنحى عن القضاء ثم يشهد بعد ذلك؛ مع من يتم معه نصاب الشهادة؛ وفق نوع الجناية المشهود عليها، أما إذا لم يتنح عن القضاء فليس له أن يعتبر علمه متمماً لشهادة الشهود.^(١) وتظهر المعاني الاحتياطية بمنع قضاء القاضي بعلمه من خلال النقاط التالية:

١- إن الجنايات يُحتاط لدرء ثبوتها على الجاني عند وجود الشبهات، وليس من الاحتياط الاكتفاء بعلم القاضي.

٢- وسبب حصول هذا الاشتباه هو أنه لو افترضنا أنه قد وُجد في علم القاضي معنى البيئة أو الشهادة؛ إلا أنه قد فاتت صورتها، وهي النطق، وفوات الصورة يورث شبهة؛ إذ إن القضاء بالبيئة لا يجوز إلا بعد النطق بالشهادة؛ والقاضي كغيره من الأفراد لا يجوز له أن يتكلم بما شاهده ما لم تكن لديه البيئة الكاملة؛ وما لم يشهد معه من يكمل نصاب الشهادة فلا يكفي له أن ينطق بالشهادة، ولا يجوز القضاء بالشاهد الواحد في إثبات الجنايات على أي حال؛ مما يؤدي إلى وجود الشبهة التي تدفع إثبات الجناية، وتثير التهمة حول القاضي.^(٢) واستدل الجمهور لهذا المذهب بعموم الأدلة التي تمنع التجريم مع وجود الشبهات.

وبما يروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه: (لو وجدت رجلاً على حد من حدود الله لم أحده أنا ولم أدع له أحداً حتى يكون معي غيري).^(٣)

واستدلوا أيضاً بالمعقول في المنع في الحدود خاصة: بأن الحدود من حقوق الله تعالى، ولا مطالب لها من جهة العباد، وليس فيها مدع؛ فالحكم فيها بعلم القاضي يورث شبهة في قضائه، وتثور حوله التهم؛ مما يقود إلى ضرورة امتناع القاضي عن القضاء بعلمه؛ دفعاً لهذا المحذور.

(١) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٢٤/٩، فتح القدير: ابن الهمام، ٢١٧/٥، البحر الرائق: ابن نجيم، ٦/٥، حاشية ابن عابدين: ٨٦/٤، مختصر خليل: ص ٢٢٠، التاج والإكليل: العبدري، ١٣٨/٨، منح الجليل: أبو عبد الله عيش، ٣٤٦/٨، منهاج الطالبين: النووي، ص ٣٣٩، مغني المحتاج: الخطيب الشربيني، ٢٦٩/٦، تحفة المحتاج: ابن حجر الهيتمي، ١٤٧/١٠، نهاية المحتاج: الرملي، ٢٥٩/٨، مختصر الخرقى: ص ١٤٥، المغني: ابن قدامة المقدسي، ٤٨/١٠-٤٩، شرح الزركشي على مختصر الخرقى: ٢٥٣/٧.

(٢) - انظر المراجع السابقة.

(٣) - السنن الكبرى: البيهقي، كتاب آداب القاضي، باب من قال: ليس للقاضي أن يقضي بعلم، ٢٤٢/١٠، والحديث منقطع. انظر التلخيص الحبير: ابن حجر العسقلاني، ٤٧٤/٤، وانظر شرح الزركشي على مختصر الخرقى: ٢٥٦/٧، كشف القناع: البهوتي، ٣٣٥/٦.

ثم إن حقوق الله في الحدود تُبنى على المسامحة، ويفضّل فيها الستر على الناس، والقاضي أولى من غيره بهذا الستر.^(١) وطالما كان سبب منع قبول قضاء القاضي بعلمه يقوم على الاحتياط للدرء بالشبهة؛ فيكون هذا المنع خاصاً بما يندرج بالشبهة، وهي جرائم الحدود والقصاص، أما بالنسبة لجرائم التعزير؛ فلا مانع من ثبوتها بعلم القاضي؛ لأنها مما يمكن أن يثبت مع وجود الشبهة، وقد مرّ هذا أثناء الحديث عن الإثبات بالقرائن في المبحث السابق.

المطلب الثاني: وسائل الإثبات المعاصرة

إن وسيلة إثبات الجناية المقبولة في الشريعة لا بدّ أن تكون خالية عن الشبهات التي تؤدي إلى درء التجريم والعقاب عن الإنسان؛ فطالما كانت وسيلة الإثبات تحمل الشبهة فلا يثبت بها حد أو قصاص، مع إمكانية ثبوت الجرائم ذات العقوبات التعزيرية بها؛ فنحن إذ نمنع وسيلة من الوسائل التالية فنقصّد أن يكون هذا المنع في إثبات جرائم الحدود والقصاص دون جرائم التعازير.

هذه هي القاعدة العامة التي يمكن أن تُستخلص مما سبق دراسته في هذه الرسالة، ومن هذه القاعدة ننتقل في دراسة هذا المطلب.

أولاً: المقصود بوسائل الإثبات المعاصرة

مقدمة:

أحدثت وسائل الاتصالات الحديثة تغييراً في أنماط حياة الناس، وفي زيادة إنتاجية الأفراد والمجتمعات، ودخلت هذه الوسائل مختلف المؤسسات الإدارية والاجتماعية.^(٢) ومع التطور الهائل الذي حصل في وسائل الاتصال برزت عديد من القضايا التي ارتبطت بمسائل الفقه الجنائي، وذلك كإثبات الجريمة عن طريق التسجيل المرئي أو المسموع للوقائع مثلاً. لكن وسائل الإثبات الحديثة للجرائم لا تقتصر فقط على وسائل الاتصال؛ بل تعتمد أيضاً على وسائل أخرى، ويمكن ذكر بعض هذه الوسائل المعاصرة لإثبات الجريمة، وهي:

١ - البصمات الوراثية والتحليل المخبرية.

٢ - الكلاب البوليسية.

٣ - التسجيل المرئي أو الصوتي للجريمة.^(٣)

تجدر الإشارة إلى أن هذه الوسائل معروفة لدى القانونيين؛ لكن ما هو حكم الشرع في إثبات الجنايات بهذه الوسائل؟.

ثانياً: إثبات الجنايات هذه الوسائل

الفرع الأول: إثبات الجناية عبر البصمات الوراثية والتحليل المخبرية

(١) - انظر المبسوط: السرخسي، ١٠٤/١٦، حاشية ابن عابدين: ٤٨٤/٧، المذهب: أبو إسحاق الشيرازي، ٣/٣٥٢، الحاوي الكبير: الماوردي، ٧٠/١١، وانظر وسائل الإثبات في الشريعة: محمد الزحيلي، ص ٥٨٧.

(٢) - انظر مقدمة في تكنولوجيا المعلومات: أحمد أنور بدر، دار الثقافة العلمية، الاسكندرية، ط ١، ٢٠٠٣م، ص ٦٥.

(٣) - انظر البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً أو نفيّاً: نجم عبد الواحد، دار المعارف، د. ط، د. ط، ص ٥.

يُقصد بالبصمات الوراثية ما يدل علي هوية كل إنسان بعينه، وما يميزه عن غيره عن طريق الأخذ من أي خلية من خلايا جسم الإنسان: من الدم أو اللعاب، أو المني، أو البول، ثم تحليله وفق شروط مخصوصة؛ للوصول إلى نتيجة تثبت هوية الإنسان من خلال هذه المواد.^(١)

إذ يمكن أخذ ما يسقط في مكان ارتكاب الجريمة من الأشياء التي سبق ذكرها؛ كالدم واللعاب أو آثار بصمات الأصابع، ثم إجراء التحاليل الوراثية على تلك العينات، ثم إجراء عملية مطابقة على البصمات الوراثية المحفوظة لدى الجهات المختصة؛ فإن تطابقت البصمة الوراثية للعينات المأخوذة من محل الجريمة، مع النتيجة المحفوظة لأحد من الناس؛ فإننا نكاد نصل إلى شبه يقين بأنه مرتكب الجريمة.^(٢)

لكن سبب عدم الحكم باليقين في هذه الحالة؛ هو أننا حتى لو أثبتنا يقيناً أن هذه الآثار ترجع إلى شخص بعينه وعرفنا هذا الشخص؛ إلا أننا لا نقدر على الجزم بأنه هو الذي أحدث نتيجة الجناية دون سواه؛ فربما كان متواجداً في المكان ساعة الجريمة لكنه لم يشترك فيها، ونظراً لوجود الاحتمال فإننا لا نقدر على الحكم بيقين كونه مجرمًا. هذا الكلام يقودنا إلى بيان حكم إثبات الجناية عبر هذه الوسائل. فوفق القواعد الاحتياطية العامة في الإثبات فإنه لا يجوز أن تكون البصمة الوراثية وسيلة لإثبات جرائم الحدود والقصاص؛ نظراً لوجود الشبهة التي تحدثنا عنها سابقاً، ويمكن أن تكون وسيلة لإثبات جرائم التعزير؛ نظراً إلى أنها -أي التعازير- يمكن أن تثبت مع الشبهة. وأصل هذا الكلام هو أنه يمكن أن اعتبار البصمة الوراثية من **القرائن** وتكييفها على أنها كذلك؛ وقد عرفنا أن القرينة عند جمهور العلماء لا يمكن أن تكون وسيلة لإثبات جرائم الحدود والقصاص؛ في حين يمكن أن تكون وسيلة مقبولة لإثبات جرائم التعزير. ويمكن أن نجد أصلاً آخر للبصمة الوراثية في الفقه الإسلامي وهو ما يُسمى **بالقيافة**، وهي مصدر قاف بمعنى تتبع أثره ليعرفه، يقال: فلان يقوف الأثر، ويقتافه قيافة، والقائف في اللغة والاصطلاح الفقهي هو: الذي يتتبع الآثار ويعرفها، ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه.^(٣) وقد أعطى الفقهاء القيافة وتتبع الأثر دوراً محدوداً جداً في إثبات الجنايات شبيهاً بحكم القرائن، ويقتصر هذا الدور على المواضع التالية:

١- في جرائم التعزير مع عدم وجود وسيلة إثبات أخرى، وهذا هو الأصل العام للإثبات بالقرائن.

٢- في تتبع أثر الجرم وإحضاره إلى مجلس القضاء.

٣- في جمع الأدلة والكشف عن طريقة ارتكاب الجناية.

٤- في الدعوى الجنائية يمكن أن يكون كلام القائف قرينة ترجح قول أحد جانبي الخصومة.^(٤)

الفرع الثاني: الكلاب البوليسية

(١) - انظر المرجع السابق.

(٢) - انظر المرجع السابق.

(٣) - انظر لسان العرب: ابن منظور، ٢٩٣/٩، التعريفات: الجرجاني، ص ١٧١، بداية المجتهد: ابن رشد، ١٤٢/٤، فتح الباري شرح صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني، ٥٦/١٢.

(٤) - انظر الفتاوى الكبرى: ابن تيمية، ٥٠٩/٥، الطرق الحكمية: ابن قيم الجوزية، ص ٣٠-٣٨، تبصرة الحكام: ابن فرحون، ١٢٧/٢.

قد يتم اللجوء للتعرف على مرتكب الجريمة إلى الكلاب المدربة على تحسس آثار المجرم عبر حاسة الشم؛ فقد حباها الله قدرة عالية جداً على تحسس الروائح؛ فيُسمح للكلب المدرب أن يشم رائحة آثار المجرم، ثم يعرض على مجموعة من المتهمين من أجل أن يطابق بين الروائح؛ فإن كان مرتكب الجريمة من بين المتهمين يستطيع الكلب المدرب أن يتعرف عليه من خلال مقارنة الرائحة.

هذه الوسيلة تلجأ إليها القوانين الوضعية، ولكن رغم لجوئها لها إلا أنها ما زالت لا تحكم بقطعيتهما، وتعترف بأن هناك مجالاً للخطأ في عمل الكلب المدرب في اكتشاف المجرم، ولا تعتبرها أمراً مسلماً؛ إذ إنها منعت القضاة من الاعتماد عليها وحدها كدليل في الدعوى، ولا يؤخذ بها إلا إذا عضدتها قرائن أخرى.^(١)

وهذا ما يفيد إلى أن هذه الوسيلة لا تعدو عند أصحابها مرحلة الظن؛ وبالتالي لا يمكن لها أن تكون وسيلة مقبولة لإثبات الجنايات في الفقه الإسلامي؛ لتمكّن الشبهة فيها؛ لكن وفق القواعد العامة يمكن أن تكون وسيلة مقبولة لإثبات جرائم التعازير، وبشرط عدم وجود وسيلة إثبات أخرى.^(٢)

الفرع الثالث: التسجيل المرئي أو الصوتي للجريمة

بعد التطور الذي شهدته وسائل الاتصال صار من الممكن تسجيل الوقائع بالصوت والصورة، والجريمة واقعة من الوقائع؛ فهل يمكن أن يكون هذا التسجيل دليلاً يُقدّم للقاضي على ارتكاب الجناية؟. قبل الإجابة عن السؤال نقول: إن هذه الوسائل يمكن أن يدخلها التزييف والتلاعب؛ فقد أتاحت بعض البرامج الحاسوبية إمكانية التلاعب بالصوت والصورة، وتزييفها، وتركيب الصور والأصوات؛ وفق ما يشاء مستخدم البرنامج، وقد يترتب على إمكان التزييف الإساءة إلى بعض الأشخاص من أجل النيل من سمعتهم ومكانتهم الاجتماعية.

وبناء على هذا الكلام فإن حكم الإثبات بهذه الوسائل يكون المنع في جرائم الحدود والقصاص نظراً لتمكّن الشبهة القوية الناتجة عن احتمال التزوير والتلاعب بالصوت أو الصورة.

ويمكن أن تكون هذه الوسائل قرينة لإثبات جرائم التعزير ولكن وفق الضوابط التالية:

١ - الاستيثاق الكامل عن طريق مختصين في كشف التزوير والتلاعب؛ من أجل أن يكون الدليل سليماً قدر الإمكان عن الشبهة.

٢ - عدم وجود وسيلة أخرى؛ وفق القاعدة العامة للإثبات بالقرائن؛ التي تنصّ على أن القرينة وسيلة إثبات احتياطية.

(١) - انظر نظرية الإثبات: ٦٤/٤، حسين مؤنس، دار الشروق، بيروت، ط١، ١٩٩٩م، أثر القرينة في الحكم الجنائي: عوض أبو بكر، دار الكتاب العربي، دط، دب، ص ١٠٤.
(٢) - انظر المرجعين السابقين.

الخاتمة

في نهاية هذه الرسالة يمكن تسطير النتائج التالية:

- ١- إن الذين تصدوا لبيان معنى الاحتياط من الفقهاء لم يقوموا بتعريفه على أنه مصطلح مستقل؛ حيث إنهم تكلموا في الأغلب عن الاحتياط أثناء مناقشتهم لبعض الفروع.
- ٢- أغلب تعاريف الفقهاء لمصطلح الاحتياط لم تخرج عن بيان المعنى اللغوي للاحتياط، وكانت في الأغلب غير جامعة، أو غير مانعة.
- ٣- إدخال المصلحة الشرعية وكذا المقصد في تعريف الاحتياط مأخوذ من كلام الفقهاء؛ كالعز بن عبد السلام، والسبكي، والآمدي، والزركشي.
- ٤- يمكن اعتبار الاحتياط أصلاً في الفقه الجنائي؛ بدليل اعتماد الفقهاء على مفهومه كمصدر مقبول في أصول الجنايات وفروعها وقواعدها.
- ٥- يمكن أن نسمي الاحتياط دليلاً شرعياً؛ إذ يمكن من خلال النظر فيه التوصل إلى أحكام شرعية تكليفية؛ كالوجوب والتحريم والندب.
- ٦- الأصل في الجانب التطبيقي أن علماء الأمة بمجموعهم يعملون بالاحتياط، أما في اعتبار الاحتياط أصلاً معتبراً في جانب الترك خاصة؛ فقد اختلفوا؛ فالجمهور على اعتباره، وابن حزم على عدم اعتباره، وهذا يقود إلى القول بأن الخلاف بين الجمهور وابن حزم ليس واسعاً، وخاصة من الناحية العملية.
- ٧- تختلف أركان الاحتياط تبعاً لاختلاف محل الاحتياط.
- ٨- المحتاط في تشريع العقوبة هو الشارع أو المجتهد، ويكون المحتاط في تطبيق العقوبة هو الحاكم أو القاضي.
- ٩- محل الاحتياط في الفقه الجنائي يكون في تشريع العقوبة، أو في تطبيقها، أو في سقوطها، أو في تخفيفها، أو في تشديدها.
- ١٠- إن المحتاط من أجله في الفقه الجنائي هو المصلحة الشرعية المعتبرة؛ سواء كان ذلك في جانب تحصيل المصلحة، أو درء المفسدة، وسواء كان ذلك في تشريع العقوبة أو في جانب درئها وتخفيفها.
- ١١- جماهير علماء الأمة على العمل بمبدأ درء الحدود بالشبهات، هذا المبدأ الذي تلقته الأمة بالقبول؛ تطبيقاً للعمل بالاحتياط؛ لجهة حماية الأبرياء من العقوبة، إن الدرء بالشبهة احتياطاً يقوم على فكرة مهمة وهي إزالة الضرر، وهذه الإزالة مطلوبة شرعاً؛ فالعقوبة مع وجود الشبهة التي تُحدث الشك قد توقع في الخطأ بعقاب من لا يستحق العقاب، وهذا ضرر تجب إزالته، وطريق إزالته هو درء العقوبة بالشبهة.
- ١٢- ثم إن العقاب في أصله محظورٌ إلا بوجود ما يبرره من نص أو مصلحة عامة تامة؛ فإذا قامت الشبهة على درئه فهذا يعني أنها موافقة للأصل في المنع والحظر؛ فيُعمل بها ويُدرأ الحد احتياطاً.

- ١٣- احتياط الشارع لمصالح العباد هو الذي يبرر لفكرة إقامة مظنة الأشياء مقام حقيقتها؛ من حيث الاحتياط لجلب المصالح للعباد ودفع المفاسد عنهم.
- ١٤- إن مقاصد العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي تشكل جزءاً مهماً من الضوابط التي يقوم عليها الاحتياط في الفقه الجنائي؛ حيث تُظهر الغاية والحكمة من وراء الأخذ به؛ مما يساهم في ضبط هذه العملية بصورة دقيقة، ويساعد الحاكم أو القاضي في عمله؛ فما حقق هذه المقاصد يُعمل به ويُؤخذ بالاحتياط من أجله، وما لم يحقق هذه المقاصد لا يُعمل به.
- ١٥- تتجلى مقاصد درء العقاب في النقاط التالية: حفظ الأبدان وحمايتها من العقوبة؛ خوفاً من احتمال البراءة لوجود الشبهة، ودرة الضرر الزائد، ودرة الضرورة والخرج.
- ١٦- إن المصادر الشرعية غير القرآن والسنة والإجماع لم تقرر جريمة أو عقوبة بشكل مستقل؛ إنما كانت تابعة ومفسرة ومؤكدة للنص التشريعي الذي يجرّم ويعاقب.
- ١٧- الاحتياط أصلٌ هام من أصول الترجيح بين الأدلة عند التعارض فيما بينها.
- ١٨- إذا أوجب الشارع ترك فعلٍ ورتّب على هذا الفعل جنائية؛ فيجب بأمره بالترك أن يترك المكلف مستلزماً الجنائية؛ احتياطاً؛ سواء كانت من مقدماتها، أو أجزائها، أو ضرورتها؛ لأن هذا الترك وسيلة ضرورية لترك المحرم.
- ١٩- في الجرائم التي تكون العقوبة فيها رعاية لحق الله تعالى أو حق المجتمع تعتبر العقوبة حقاً لله كلما استوجبته المصلحة العامة، وهي دفع الفساد عن الناس وتحقيق الصيانة والسلامة لهم، وكل جريمة يرجع فسادها إلى العامة، وتعود منفعة عقوبتها عليهم، تعتبر العقوبة المقررة عليها حقاً لله تعالى؛ تأكيداً لتحصيل المنفعة- وكل هذا من باب الاحتياط.
- ٢٠- إن شروط التجريم هي ذاتها ضوابط الأخذ بالاحتياط في التجريم، وهي تهدف إلى ضبط عملية التجريم وتقنينه؛ كي تكون هذه العملية واضحة لدى الحاكم والقاضي.
- ٢١- توجب الشريعة لاعتبار الفعل جريمة أن يكون هناك نصٌ يجرّم الفعل المكوّن للجريمة، ويعاقب على إتيانه، وهذا فيما يتعلّق بجرائم الحدود والقصاص، أما فيما يتعلّق بجرائم التعزير فالركن الشرعي فيها هو: أن يكون هناك نصٌ يجرّم الفعل المكوّن للجريمة بوجه عام، هذا يعني أن الركن الشرعي للجريمة في التعزير لا يُشترط فيه تعيين الفعل المكوّن للجريمة تعييناً حصرياً؛ وكذا لا يُشترط فيه تعيين العقوبة؛ إنما يكفي أن يُنصّ على تحريم الفعل بوجه عام.
- ٢٢- إن جرائم الحدود ليس فيها جريمة إلا نصٌّ على تحريمها ونصٌّ على عقوبتها؛ بل لقد عينت الشريعة العقوبات في جرائم الحدود تعييناً دقيقاً.

- ٢٣- أما في جرائم القصاص فالعقوبة لا تخضع لمقدار؛ فيشترط فيها فقط المماثلة والمساواة بين فعل الجاني والعقوبة، وهذا مستفادٌ من معنى القصاص في اللغة والاصطلاح.
- ٢٤- وأما جرائم التعازير فلا يُشترط ثبوت مقدار العقوبة على جريمة بعينها بالنص؛ بل يُشترط ثبوت العقوبة على الجريمة التعزيرية في الجملة؛ ثم يترك المقدار والكيفية للقاضي، ولا بد أن ترجع العقوبة التعزيرية إلى عقوبة مقررّة في الشرع في الجملة، وقد تساهل الفقهاء في تطبيق قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في جرائم التعازير إلى حد ما؛ لأن المصلحة العامة وطبيعة التعزير تقتضي هذا التساهل الذي جاء على حساب العقوبة في أغلب الأحوال، وعلى حساب الجريمة في القليل النادر.
- ٢٥- الركن المادي للجريمة هو إتيان الفعل المحظور الذي جرّمه النص؛ سواء كان هذا الفعل إيجابياً أو سلبياً.
- ٢٦- يعتبر الشروع في الجريمة في الفقه الإسلامي جريمة كاملة ومستقلة يُعاقب عليها بالتعزير، وإن كان جزءاً من جريمة أخرى لم تتم؛ إذ لا مانع أن يكون فعلٌ ما جريمةً معيّنة إذا كان وحده، وأن يكون مع غيره جريمة من نوع آخر.
- ٢٧- ليس كل شروع جريمة؛ فلا بدّ من ضوابط لهذا التجريم، وهي: أن يكون ما أتاها المتهم مكوناً لمعصية، وأن يكون الشروع المعاقب عليه في جريمة مقصودة، ويظهر الاحتياط في ضابط الشروع في الجريمة في نقطتين؛ أولاً في تجريم الشروع، ثم بالمعاقبة على هذا الشروع ثانياً.
- ٢٨- الاشتراك في الجريمة يكون وفق صورتين؛ الأولى: الاشتراك في تنفيذ الفعل المكوّن للجريمة، والثانية: الاشتراك في التسبب بالجريمة، وهذه الصورة يدخل تحتها كل فعل لا يباشر فيه الشريك تنفيذ الفعل المكوّن للجريمة، وتسمى الأولى: الاشتراك المباشر، والثاني: الاشتراك بالتسبب.
- ٢٩- ومن معاني الاحتياط التي تظهر في معاقبة الموافق والممالي (المشارك) الاحتياط لصالح الجماعة بإيقاع العقاب بالمشارك؛ فلو لم نوقع العقاب بالمشارك ربما صار هذا المنع وسيلة إلى زيادة وقوع الجرائم استناداً من المشاركين على عدم وجود العقاب الرادع.
- ٣٠- يظهر الاحتياط في حالة الاشتراك بالتسبب من خلال نقطتين؛ الأولى: تجريم المشترك بالتسبب، والثانية: معاقبة المشترك بالتسبب.
- ٣١- المسؤولية الجنائية -بمعنى التجريم- تقوم على أسس ثلاثة، وهي: الفعل المحرم، والاختيار، والإدراك.
- ٣٢- إن الإدراك والاختيار لتجريم الجاني من الشروط الاحتياطية التي تقوم على حماية الأصول العامة في منع التكليف بالحال، وبما لا يُطاق، وهذا من باب الاحتياط.
- ٣٣- من القواعد الأولية الاحتياطية في الشريعة الإسلامية أن المسؤولية الجنائية شخصية؛ فلا يُسأل عن الجرم إلا فاعله، ولا يؤخذ امرؤٌ بجريمة غيره؛ مهما كانت درجة القرابة.
- ٣٤- من المبادئ الأولية الاحتياطية في الشريعة الإسلامية أن الجاني لا يؤاخذ على الفعل المحرم إلا إذا كان عالماً علماً تاماً بتحرّمه؛ أو قادراً على العلم بتحرّمه بتوفّر إمكانية العلم؛ فإذا جهل التحريم ارتفعت عنه

لا عذر لجهل الأحكام في دار الإسلام.

٣٥- المختار أن النسيان عذر بالنسبة للمؤاخذه في الآخرة؛ لأن العقوبة الأخروية تقوم على القصد، ولا قصد للناسي، أما بالنسبة لأحكام الدنيا فلا يُعتبر النسيان عذراً معفياً من العقوبة الدنيوية؛ لأن الأصل عدم نسيان الفعل المحرم؛ واحتياطاً من تحرّب الجاني من العقوبة بحجة النسيان.

٣٦- الأصل في الشريعة الإسلامية أن رضا المجني عليه بالجريمة وإذنه فيها لا يبيح الجريمة ولا يؤثر على المسؤولية الجنائية إلا في موضعين، وهما السرقة التي تعتبر من جرائم الحدود، والغصب الذي يعتبر من الجرائم التي تجب لها عقوبة تعزيرية؛ فإن رضا المجني عليه فيهما يرفع المسؤولية الجنائية عن الآخذ عند الفقهاء.

٣٧- الرضا في جرائم النفس وما دون النفس يؤثر في الحقيقة في إسقاط العقاب؛ لا في إسقاط المسؤولية الجنائية؛ عند الجمهور القائلين بإسقاط العقاب في هذه المسألة؛ خلافاً للمالكية.

٣٨- إن درء الحدود بالشبهات يشمل جرائم الحدود والقصاص فقط، ولا يشمل جرائم التعزير؛ حيث إن التعازير يمكن أن تثبت مع وجود الشبهات؛ فيمكن تجريم من ارتكب فعلاً يوجب التعزير حتى مع وجود الشبهة.

٣٩- العصيان عنصر ضروري يجب توفره في كل جريمة من جرائم العمد أو جرائم الخطأ، فإذا لم يتوفر عنصر العصيان في الفعل فهو ليس بجريمة، وفي جرائم العمد يطلب أن يقصد إلى هذا العصيان يظهر معنى الاحتياط في اشتراط قصد المعصية للتجريم العمدي في المحافظة على مبدأ العدالة والمساواة بين الجريمة والعقاب.

٤٠- تيسيراً للاطلاع على القصد أقيمت الآلة التي تقتل غالباً مقامه احتياطاً للمحافظة على الدماء، ولأن الشريعة

لا تعلل الأحكام إلا بأمر ظاهر محسوس، والقصد ليس كذلك؛ فأقيمت الآلة التي تقتل غالباً محلّه؛ لأنها تدلّ عليه، وهذا أيضاً من باب الاحتياط.

٤١- إن معظم الضوابط الاحتياطية في وسائل الإثبات تقوم على فكرة حماية الجنايات من الشبهة؛ فإن كان في وسيلة إثبات الجنائية شبهة فلا مسوّ للتجريم والعقاب؛ لذا كان لا بدّ أن تكون وسائل الإثبات تفيد اليقين، أو غلبة الظن الخالي عن الشبهة على الأقل.

٤٢- فطالما كانت وسيلة الإثبات تحمل الشبهة فلا يثبت بها حد أو قصاص، مع إمكانية ثبوت الجرائم ذات العقوبات التعزيرية بها.

٤٣- يشكل تشريع القسامة بحد ذاته شكلاً من أشكال الاحتياط في الفقه الجنائي الإسلامي.

٤٤- وفق القواعد الاحتياطية العامة في الإثبات فإنه لا يجوز أن تكون البصمة الوراثية وسيلة لإثبات جرائم الحدود والقصاص نظراً لوجود الشبهة التي تحدثنا عنها سابقاً، ويمكن أن تكون وسيلة لإثبات جرائم التعزير؛

نظراً إلى أنها -أي التعازير- يمكن أن تثبت مع الشبهة، وكذا حكم استعمال الكلاب البوليسية ووسائل الاتصال الحديثة.

ويمكن أيضاً ذكر بعض التوصيات في ختام هذه الرسالة، ومنها: ضرورة تقنين عملية التجريم والعقاب في الفقه الإسلامي؛ في جانب التعزيرات خاصة بما يتناسب مع تطور التقنين الجزائي، وضرورة العناية بأصول الفقه الجنائي وقواعده في الدراسة والتصنيف.

الفهارس العلميّة

أولاً : فهرس الآيات القرآنية

ثانياً: فهرس الأحاديث الشريفة

ثالثاً: فهرس الأعلام

رابعاً: فهرس المصادر والمراجع

خامساً: الفهرس العام

أولاً : فهرس الآيات القرآنية

سأذكر الآية الشريفة أو طرفها حسب ترتيب الورد في المصحف الشريف، متبعاً ذلك بعزوها إلى موقعها من القرآن الكريم، ثم أذكر رقم الصفحة التي وردت فيها الآية في هذه الرسالة:

(هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً) [البقرة: ٢٩] ٦٩ ١٢٠.

(وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ الَّذِينَ اعْتَدُوا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ) [البقرة: ٦٥]: ٨٥.

فَهَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ) [البقرة: ١٧٣]: [المائدة: ٣]: [الأنعام: ١٤٥]:

[النحل: ١١٥]: ١٥٢.

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ)

[البقرة: ١٧٨] ١٣ ١٧١ ٢٠٤.

(وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ) [البقرة: ١٧٩] ١٢٣ ١٧١.

(يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ) [البقرة: ١٨٥] ١٢٠.

(فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ). [البقرة: ١٩٤] ٢٠٤.

(وَمَنْ النَّاسُ مَنْ يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيُشْهَدُ اللَّهُ عَلَى مَا فِي قَلْبِهِ وَهُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ) [البقرة: ٢٠٤] ٥٢.
(وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ) [البقرة: ٢١٧] ٢١٢.
(تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا) [البقرة: ٢٢٩] ٩١.
(فَلْيَكْتُِبْ وَلِيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ) [البقرة: ٢٨٢] ٢٨٥.
(وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ) [البقرة: ٢٨٢] ٢٩٣.
(لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا) [البقرة: ٢٨٦]: ٢٠٠.
(رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نُسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا) [البقرة: ٢٨٦] ٢٢٣.
(وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ) [آل عمران: ٨٥] ٢٠٣.
(وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا). [آل عمران: ٩٧] ٢٦٨.
(وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنْكُمْ) [النساء: ١٥] ٢٩٥.
(وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً) [النساء: ٩٢]: ١٣٦.
(إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ) [النساء: ١٦٥] ٢٠٩.
(إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ) [المائدة: ٣٣] ٢٠٣.
(إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ) [المائدة: ٣٤] ٢١٠.
(وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) [المائدة: ٣٨] ٩٢ ١٠٩ ١٧٨.
٢٥٥.
(وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَّمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) [المائدة: ٤٥] ١٧١ ٢٠٤.
(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ) [المائدة: ٩٠] ٢٠٣.
(تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ) [المائدة: ١٠٦] ٢٠٥.
(قُلْ لِمَنْ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ قُلْ لِلَّهِ كَتَبَ عَلَى نَفْسِهِ الرَّحْمَةُ) [الأنعام: ١٢] ١٥٢.
(لَا نُنذِرَكُمْ بِهِ وَمَنْ بَلَغَ) [الأنعام: ١٩] ٢٠٠.
(وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ). [الأنعام: ١٠٨] ٥٧.
(وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لِّيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ) [الأنعام: ١١٩] ٦٩.
(وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا) [الأنعام: ١٦٤] ٢٢١.
(وَلَا تَزِرْ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى) [الأنعام: ١٦٤] [الإسراء: ١٥] [فاطر: ١٨] [الزمر: ٧] ٢٢١.
(وَرَحْمَتِي وَسِعَتْ كُلَّ شَيْءٍ) [الأعراف: ١٥٦] ١٥٢.
(قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ) [الأنفال: ٣٨] ٢٠٠.
(قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا قُلْ اللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ) [يونس: ٥٩] ٦٩.

(وَجَاؤُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ) [يوسف: ١٨] ٣٠٥.

(بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا) [يوسف: ١٨] ٣٠٥.

(وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ) [النحل: ١١٦] ٦٩.

(وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً (وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ) [النحل: ١٢٦] ٢٠٢.

(وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا) [الإسراء: ١٥] ٢٠٠.

(وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَى) [الإسراء: ٣٢] ٢٠٢.

(وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ) [الإسراء: ٣٣] ٢٠٤.

(وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ) [الإسراء: ٣٣] ٢٦٧.

(وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ) [الأنبياء: ١٠٧] ١٢٠.

(وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) [الحج: ٧٨] ١٢٠.

(وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ) [النور: ٢] ٢٥٠.

(الرَّانِيَةُ وَالرَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ) [النور: ٢] ٢٥٢ ٢٠٢.

(فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) [النور: ٤] ٢٠٢.

(فَقَالَ أَحَطْتُ بِمَا لَمْ تُحِطْ بِهِ وَجِئْتُكَ مِنْ سَبَإٍ بِنَبِيٍّ يَقِينٍ) [النمل: ٢٢] ١٨.

(وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولًا يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا) [القصص: ٥٩] ٢٠٠.

(وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ إِنَّكُمْ لَأَتَاتُوكُمُ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ الْعَالَمِينَ) [العنكبوت: ٢٨] ٢٠٥.

(بَلْ ظَنَنْتُمْ أَنْ لَّنْ يَنْقَلِبَ الرَّسُولُ وَالْمُؤْمِنُونَ إِلَىٰ أَهْلِيهِمْ أَبَدًا وَزَيَّنَّ ذَٰلِكَ فِي قُلُوبِكُمْ وَظَنَنْتُمْ ظَنًّا سَوْءًا وَكُنْتُمْ قَوْمًا بُورًا) [الفتح: ١٢] ٦٧.

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَرْفَعُوا أَصْوَاتَكُمْ فَوْقَ صَوْتِ النَّبِيِّ وَلَا تَجْهَرُوا لَهُ بِالْقَوْلِ كَجَهْرِ بَعْضِكُمْ لِبَعْضٍ أَنْ تَحْبَطَ أَعْمَالُكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تَشْعُرُونَ) [الحجرات: ٢] ٥٨.

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْحَبُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ) [الحجرات: ٦] ٥٩.

(وَلَا تَحْسَبُوا وَلَا يَغْتَبَ بَعْضُكُم بَعْضًا) [الحجرات: ١٢] ١٤٣.

(اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ) [الحجرات: ١٢] ٤٠ ٥١.

(مَنْ عَمِلَ صَالِحًا فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاءَ فَعَلَيْهَا) [فصلت: ٤٦] ٢٢١.

(إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ) [الزخرف: ٨٦] ٢٩٤.

(وَإِذَا قِيلَ إِنَّ وَعْدَ اللَّهِ حَقٌّ وَالسَّاعَةُ لَا رَيْبَ فِيهَا قُلْتُمْ مَا نَدْرِي مَا السَّاعَةُ إِنْ نُظُنُّ إِلَّا ظَنًّا وَمَا نَحْنُ بِمُستَقِينَ) [الجاثية: ٣٢] ٦٧.

(إِنْ هِيَ إِلَّا أَسْمَاءٌ سَمِيَّتُوهَا أَنْتُمْ وَأَبَاؤُكُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِهَا مِنْ سُلْطَانٍ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَمَا تَهْوَى الْأَنْفُسُ وَلَقَدْ جَاءَهُمْ مِنْ رَبِّهِمُ الْهُدَى) [النجم: ٢٣] ٦٧.

(وَمَا لَهُمْ بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا) [النجم: ٢٨] ٦٧.

- (وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى) [النجم: ٣٩] ٢٢١.
- (وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون) [الذاريات: ٥٦] ١٢٤.
- (لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ) [الحديد: ٢٥]: ١٥٤.
- (فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ) [التغابن: ١٦] ١٨٤.
- (وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ) [الطلاق: ٢] ٢٩٣.

ثانياً : فهرس الأحاديث الشريفة

سأذكر طرف الحديث أو الأثر مع ذكر الصفحة التي ورد تخريجه بها في البحث؛ مرتباً النصوص حسب ترتيب الأحرف الهجائية للحرف الأول من الكلمة الأولى:

- أتشفع في حد من حدود الله: ١٥٦.
- أتي برجل قد شرب: ٢٥١.
- ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم: ٥٦.

إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده: ٥٩.
 إذا دخل أحدكم على أخيه المسلم، فأطعمه طعاماً: ٧٠.
 إذا سرق الرجل قطعت يده اليمنى: ٢٥٧.
 إذا وجد أحدكم في بطنه شيئاً: ١٨١.
 أرسله، فما من أحد إلا وله في هذا المال حق: ١١١.
 استتابه النبي ﷺ المرتد: ٢٥٩.
 اضربوه: ٢٠٣.
 اغد يا أنيس إلى امرأة هذا: ٢٨٨.
 أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم: ١٩٢.
 ألا احتطت يا أبا بكر: ٦٢.
 ألا إن قتيل العمد الخطأ بالسوط والعصا شبه العمد فيه مئة من الإبل: ٢٢٩.
 إن أعظم المسلمين جرماً، من سأل عن شيء لم يحرم: ٦٩.
 إن الله كتب الإحسان على كل شيء: ٢٦٣.
 إن الله وضع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه: ٢٢٠.
 إن أمة لرسول الله ﷺ زنت: ٢٦٩.
 أن عمر بن الخطاب كان يضمن الصنّاع: ٦٥.
 أن ماعزاً جاء إلى النبي ﷺ فأقر بالزنا: ٢٨٨.
 إن وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟: ٢٩٦.
 أن يهودياً قتل جارية على أوضاع لها بحجر: ٢٢٩.
 أنت ومالك لأبيك: ٩٣.
 أورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها: ١٨٧.
 إياكم والظن، فإن الظن أكذب الحديث: ٦٧.
 الأيم أحق بنفسها من وليها: ٣٠٥.
 أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته: ٢٩٧.
 البكر بالبكر جلد مئة ونفي سنة: ٢٥٢.
 تحافوا عن عقوبة ذوي المروءة إلا في حد من حدود الله: ١٩٢.
 التقاء الختانين: ١٧٣.
 الشيب بالشيب جلد مئة والرجم: ١٦٨.
 جلدتها بكتاب الله، ورجمها بسنة رسول الله ﷺ: ١٦٨.

- حبس رجلاً اتهم بسرقة بعير: ١٤٩.
- حديث الغامدية: ١٤٩.
- الحلال بين، والحرام بين: ٥٢.
- خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلاً: ٢١١.
- دع ما يريبك إلى ما لا يريبك: ٥٥.
- الرجم واجب على كل من زنى من الرجال والنساء: ٣١٦.
- رفع القلم عن ثلاثة: ٢٢٨.
- روي أن امرأة رفعت إلى عمر ليس لها زوج وقد حملت: ٣١٦.
- سموا الله وكلوا: ٧٠.
- شاهدك أو يمينه: ٣٠٠.
- العقل ميراث بين ورثة القتل على فرائضهم: ١٩٦.
- فأخبره أنه قد زنى بامرأة سماها للنبي -: ٢٩٢.
- فإذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم: ١٩٢.
- فأمر رسول الله ﷺ، أن يأخذوا له مئة شراخ: ٢٧٧.
- فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة: ٥٦.
- فلا تأكل، فإنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب آخر: ٦٠.
- قضاء الخلفاء الراشدين المهديين أنه من أغلق باباً وأرخى ستراً: ٦٤.
- قضى في المرأة إذا تزوجها الرجل أنه إذا أرخيت الستور: ١٠٤.
- كان علي يضمن الخياط، والصبّا : ٦٥.
- كتاب الله القصاص: ١٨٠.
- لا قود إلا بالسيف: ١٧٣.
- لا ماء إلا من الماء: ١٧٣.
- لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه: ٢٢٩.
- لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: ٢١٢.
- لا يستفاد من الجرح حتى يبرأ: ٢٦١.
- لا يصلين أحد العصر إلا في بني قريظة: ١٢٤.
- لا يضرب أحدكم أخاه بمثل أكلة اللحم: ٢٣٧.
- لا يقطع في عذق ولا عام السنة: ١٥٢.
- لا ينظر الله إلى رجل أتى رجلاً أو امرأة في الدبر: ٢١٣.

- لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات: ٩٣.
- لعل هوام الأرض هي قتلته: ١٩٤.
- لعلك قبلت، أو غمزت: ٢٩٤.
- لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم: ٨٨.
- لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم: ٢٨٠.
- لو اشترك فيها أهل صنعاء لقتلتهم: ٨٩.
- لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمت فلانة: ٣١٣.
- لو وجدت رجلاً على حد من حدود الله لم أحده أنا: ٣٢٠.
- لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم: ٣٠٧.
- لولا أي أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها: ٦٠.
- ما اجتمع الحرام والحلال إلا غلب الحرام الحلال: ١٨٥.
- ما أحل الله فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو: ٢٠٣.
- ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فافعلوا منه ما استطعتم: ١٩٢.
- من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد: ٢٣٤.
- من اعتبط مؤمناً بقتل فهو قود به: ٢١٢.
- من بدل دينه فاقتلوه: ٢١٢.
- من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين: ١٣٦.
- نفى شاباً حسن الوجه من المدينة: ١٥٨.
- هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه: ٢٩٧.
- وعفا عن أشياء رحمة بكم لا عن نسيان فلا تبحثوا عنها: ٦٩.
- وقضى بها رسول الله ﷺ بين ناس من الأنصار في قتل ادّعوه على اليهود: ٣٠٧.
- الولد للفراش وللعاهر الحجر: ٦١.
- يا ابن عباس، لا تشهد إلا على ما يضيء لك كضياء هذا الشمس: ٢٩٩.
- يا أمير المؤمنين لا يُطل دم امرئ مسلم، إن علمت قاتله، وإلا فأعطه دينه من بيت المال: ٣٠٧.
- يا معشر من أسلم بلسانه ولم يدخل الإيمان قلبه: ١٥١.
- يحبسان في أنتن المواضع حتى يموتا نتناً: ٢١٤.
- يغسل الثوب كله: ٦٣.

ثالثاً : فهرس الأعلام المترجم لهم ^(١)

أحمد بن حنبل: ٤٦.

أسامة بن زيد: ١٦٤.

الإسنوي: ١٠٣.

أشيم الضبابي: ١٩٦.

(١) - رُتِبَتْ أَسْمَاءُ الْأَعْلَامِ حَسَبَ التَّرْتِيبِ الْمَحَاضِي، دُونَ مَرَاعَاةِ أَلِ التَّعْرِيفِ وَكَلِمَةِ ابْنِ وَأَبٍ، وَذَكَرْتُ رَقْمَ الصَّفْحَةِ الَّتِي تُرْجِمَتْ فِيهَا لِلْعِلْمِ.

أصبغ: ١٣٥.
 إلكيا الهراسي: ٥٢.
 الأمدى: ١٩.
 ابن أمير الحاج: ١٧٠.
 أنس بن مالك: ٤٧.
 البخاري: ٤٧.
 البغوي: ٥٣.
 البويطي: ١٣٥.
 البيضاوي: ٥٩.
 البيهقي: ٦٤.
 ابن تيمية: ٣٧.
 الثوري: ١٢٠.
 جابر: ٨٠.
 الجرجاني: ٢١.
 جرهد: ٤٧.
 الجصاص: ٢١.
 جلال الدين المحلي: ١٨٨.
 الجويني: ٢٥.
 ابن حبان: ٤٨.
 ابن حجر العسقلاني: ٤٨.
 ابن حزم: ٢١.
 حسان بن أبي سنان: ٥٥.
 الحسن البصري: ٢٥٠.
 أبو الحسن الكرخي: ١٧٦.
 الحصكفي: ٣٧.
 أبو حنيفة: ٤٣.
 الخرشبي: ١٥٥.
 الخطابي: ٥٣.
 أبو داود: ٦٠.
 الدردير: ١٠٠.
 ابن دقيق العيد: ٥٣.
 ابن رجب: ٥٥.
 ابن رشد: ١٢.

- زراعة بن أوفى: ٦٤.
- الزركشي: ٢٥.
- زفر: ١٢١.
- زكريا الأنصاري: ٨٣.
- زين الدين العراقي: ٦١.
- ابن السبكي: ١٥.
- السبكي: ١٥.
- السرخسي: ٣٥.
- ابن سريح: ٤٨.
- سعد بن أبي وقاص: ٦١.
- سودة بنت زمعة: ٦١.
- السيوطي: ٤٦.
- الشاطبي: ٣٥.
- الشافعي: ٢٥.
- الشرييني: ٨٣.
- شريح: ٣٠٢.
- الشعبي: ٥٣.
- الشعراني: ٤٣.
- الشوكاني: ٩٣.
- الشيرازي: ١٧٥.
- الصدقي: ٦٢.
- الصنعاني: ٥٣.
- الطحاوي: ٦٤.
- عائشة: ٥٦.
- ابن عابدين: ٤٤.
- عبادة بن الصامت: ١٢٨.
- ابن عباس: ٩٩.
- ابن عبد البر: ٤٧.
- عبد الرزاق: ٦٥.
- عبد الله بن عمر: ٦٣.
- عبد الله بن مسعود: ٩٣.
- عبد بن زمعة: ٦١.
- عتبة بن أبي وقاص: ٦١.

ابن العربي المالكي: ٣٥.
العز بن عبد السلام: ٢٠.
العضد الإيجي: ١٥٣.
علي: ٦٤.
عمر بن الخطاب: ٦٤.
العيني: ٦١.
الغزالي: ٢٤.
الفخر الرازي: ١٩.
ابن فرحون: ٣١٢.
أبو فروة: ٥٣.
الفيومي: ٢٠.
قدامة بن مظعون: ١٠٣.
ابن قدامة: ٩.
القرطبي: ٥٢.
ابن القيم: ٣١٥.
الكاساني: ٦٥.
الكفوي: ٢١.
الكمال بن الهمام: ١٢.
الليث بن سعد: ٤٧.
ابن ماجه: ٨٠.
ماعز: ٩٣.
مالك: ٣٦.
الماوردي: ١٠.
محمد: ٤٣.
المخزومية: ١٦٣.
المرداوي: ١٠٤.
أبو المظفر السمعاني: ١٦٨.
المنائوي: ٢٠.
ابن المنذر النيسابوري: ٩٣.
ابن نجيم: ٨.
نصر بن الحجاج: ١٥٨.
النعمان بن بشير: ٥٢.
النووي: ٨.

أبو هريرة: ٥٩.

أبو يعلى الفراء: ١٧٧.

أبو يوسف: ٤٣.

رابعاً : فهرس المصادر والمراجع^(١)

أولاً : القرآن الكريم

(١) - قمت بترتيب المصادر ترتيباً موضوعياً ثم رتبها هجائياً بالنسبة للحرف الأول من اسم الكتاب تحت كل موضوع.

كتب التفسير وعلوم القرآن

- أحكام القرآن: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، ٣٧٠هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.
١٤٠٥هـ، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي.
- أحكام القرآن: علي بن محمد بن علي الملقب بعماد الدين والمعروف بالكيّ الهراشي، ٥٠٤هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢- ١٤٠٥هـ، تحقيق: موسى محمد علي.
- أحكام القرآن: محمد بن عبد الله أبو بكر ابن العربي، ٥٤٣ هـ، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، د. .
تحقيق : محمد عبد القادر عطا.
- الجامع لأحكام القرآن: (تفسير القرطبي): محمد بن أحمد أبو عبد الله الأنصاري القرطبي، ٦٧١هـ، دار الفكر، بيروت، ط ١ ١٩٩٩م، ضبط مراجعه: صدقي العطار، خرّج أحاديثه: عرفان العشا.
- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني: شهاب الدين محمود بن عبد الله الحسيني الألوسي، ١٢٧٠هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ ١٤١٥هـ، تحقيق: علي عطية.
- مفاتيح الغيب: محمد بن عمر بن الحسين أبو عبد الله فخر الدين الرازي، ٦٠٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ ٢٠٠٠م.
- المفردات في غريب القرآن: الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني، ٥٠٢هـ، دار القلم، دمشق، ط ١ ١٤١٢هـ، تحقيق: صفوان الداودي.

كتب السنة وعلومها وكتب التخرّيج

- الإمام بأحاديث الأحكام: محمد بن علي بن وهب بن مطيع تقي الدين أبو الفتح القشيري، المعروف بابن دقيق العيد، ٧٠٢هـ، دار المعراج، الرياض، ط ٢ ٢٠٠٢م، تحقيق: حسين إسماعيل الجمل.
- بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام: علي بن محمد بن عبد الملك أبو الحسن الفاسي، المعروف بابن القطان، ٦٢٨هـ، دار طيبة، الرياض، ط ١ ١٩٩٧م، تحقيق: الحسين آيت سعيد.
- تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ٩١١هـ، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، د. . ت، تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف.
- التقييد والإيضاح شرح مقدمة ابن الصلاح: زين الدين عبد الرحيم أبو الفضل العراقي، ٨٠٦هـ، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، ط ١: ١٩٦٠م، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان.
- التلخيص الحبير في تخرّيج أحاديث الرافعي الكبير: أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر أبو الفضل العسقلاني، ٨٥٢هـ، مؤسسة قرطبة، القاهرة، ط ١ ١٩٩٥م، تحقيق: حسن بن عباس بن قطب.
- جامع الأصول في أحاديث الرسول: المبارك بن محمد بن محمد بن محمد مجد الدين أبو السعادات الجزري، ابن الأثير ٦٠٦هـ، مكتبة الحلواني ودار الفكر، ط ١، اعتباراً من عام ١٩٦٩-١٩٧٢م، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط.

الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه: (صحيح البخاري) محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، ٢٥٦هـ، دار طوق النجاة، ط ١٤٢٢هـ، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر.

حاشية السيوطي على سنن النسائي: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ٩١١هـ، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، ط ١٩٨٦م.

سنن ابن ماجه: محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، ٢٧٥هـ، دار الفكر، بيروت، د. ت. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

سنن أبي داود: سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، ٢٧٥هـ، دار الفكر، د. ت. تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد.

سنن الترمذي: محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي، ٢٧٩هـ، دار الجيل ودار العرب الإسلامية، بيروت، ط ١٩٩٨م، تحقيق: د. بشار معروف.

سنن الدارقطني: علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني، ٣٥٨هـ، دار المعرفة، بيروت، د. ت. تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني المدني.

السنن الصغرى: أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، ٣٠٣هـ، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، ط ١٩٨٦م، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة.

السنن الكبرى: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر الخراساني البيهقي، ٤٥٨هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢٠٠٣م، تحقيق: محمد عبد القادر عطا.

السنن الكبرى: أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، ٣٠٣هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١٩٩١م، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري سيد كسروي حسن.

شرح السنة: الحسين بن مسعود البغوي، ٥١٦هـ، المكتب الإسلامي، دمشق، ط ١٩٨٣م، تحقيق: شعيب الأرناؤوط.

شرح صحيح مسلم: يحيى بن شرف أبو زكريا محيي الدين النووي، ٦٧٦هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ١٣٩٢هـ.

صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان: محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، ٣٥٤هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١٩٩٣م، تحقيق: شعيب الأرناؤوط.

صحيح مسلم: مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، ٢٦١هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ت. تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

طرح التثريب في شرح التقريب: زين الدين عبد الرحيم بن الحسين أبو زرعة العراقي، ٨٠٦هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ت. تحقيق: د. ت.

عمدة القاري شرح صحيح البخاري: محمود بن أحمد بدر الدين العيني، ٨٥٥هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ت. : د. ت.

- فتح الباري شرح صحيح البخاري: أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر أبو الفضل العسقلاني، ٨٥٢هـ، دار المعرفة، بيروت، ١٣٧٩هـ، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي.
- فيض القدير شرح الجامع الصغير: عبد الرؤوف المناوي، ١٠٣١هـ، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط١: ١٣٥٦هـ.
- كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال: علاء الدين علي المتقي بن حسام الدين الهندي، ٩٧٥هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١ م، تحقيق: محمود عمر الدمياطي.
- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد: نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، ٨٠٧هـ، مكتبة القدسي، القاهرة، د. ١٩٩٤م تحقيق: حسام الدين القدسي.
- المستدرک علی الصحیحین: محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، ٤٠٥هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١. ١٩٩٠م، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا.
- مسند أبي يعلى: أحمد بن علي بن المثنى أبو يعلى الموصلي، ٣٠٧هـ، دار المأمون للتراث، دمشق، ط١: ١٩٨٤م تحقيق: حسين سليم أسد.
- مسند أحمد بن حنبل: أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، ٢٤١هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢ ١٩٩٩م تحقيق: شعيب أرنؤوط.
- مسند الشافعي: محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، ٢٠٥هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ١. ت.
- معالم السنن، شرح سنن أبي داود: حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستي المعروف بالخطابي، ٣٨٨هـ، المطبعة العلمية، حلب، ط١: ١٩٣٢م.
- المعجم الأوسط: سليمان بن أحمد أبو القاسم الطبراني، ٣٦٠هـ، دار الحرمين، القاهرة، د. ١. ت، تحقيق: طارق بن عوض.
- المعجم الصغير: سليمان بن أحمد أبو القاسم الطبراني، ٣٦٠هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، ط١: ١٩٨٥م، تحقيق: محمد شكور.
- المعجم الكبير: سليمان بن أحمد أبو القاسم الطبراني، ٣٦٠هـ، مكتبة الزهراء، الموصل، ط٢: ١٩٨٣م، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي.
- معرفة أنواع علوم الحديث (مقدمة ابن الصلاح): عثمان بن عبد الرحمن أبوعمر المعروف بابن الصلاح، ٦٤٣هـ، دار الفكر، دمشق، د. ١٩٨٦م، تحقيق: نور الدين عتر.
- موطأ مالك برواية الليثي: مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي، ١٧٩هـ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢ ١٩٩٧م، تحقيق: بشار عواد معروف.
- نزہة النظر في توضیح نخبۃ الفکر في مصطلح أهل الأثر: أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر أبو الفضل العسقلاني، ٨٥٢هـ، مطبعة الصباح، دمشق، ط٣: ٢٠٠٠م، تحقيق: نور الدين عتر.
- نصب الراية لأحاديث الهداية: عبد الله بن يوسف أبو محمد الزيلعي، ٧٦٢هـ، دار الحديث، القاهرة، ١٣٥٧هـ، تحقيق: محمد يوسف البنوري.
- النهاية في غريب الحديث والأثر: المبارك بن محمد بن محمد بن محمد مجد الدين أبو السعادات الجزري، ابن الأثير ٦٠٦هـ، المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي.

نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ١٢٥٠هـ، دار الجليل، بيروت، د. ١٩٧٣م.

كتب أصول الفقه

- الإمام شرح المنهاج: علي بن عبد الكافي السبكي ٧٥٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١٤٠٤هـ.
- إجابة السائل شرح بغية الآمل: محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، ١١٨٢هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١٩٨٦م، تحقيق: القاضي حسين بن أحمد السياغي والدكتور حسن محمد مقبولي الأهدل.
- الإحكام في أصول الأحكام: علي بن أبي علي بن محمد أبو الحسن الآمدي، ٦٣١هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، د. ت، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي.
- الإحكام في أصول الأحكام: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم أبو محمد الأندلسي القرطبي الظاهري، ٤٥٦هـ، دار الآفاق الجديدة، بيروت، د. ت، تحقيق: أحمد محمد شاكر.
- إرشاد الفحول: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ١٢٥٠هـ، دار الكتاب العربي، دمشق، ط ١٩٩٩م، تحقيق: أحمد عزو عناية.
- الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع: حسن بن عمر بن عبد الله السيناوي المالكي، ١٣٤٧هـ، مطبعة النهضة، تونس، ط ١: ١٩٢٨م.
- أصول السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي، ٤٩٠هـ، دار المعرفة، بيروت، ط ١: ١٩٩٣م.
- أصول الشاشي: أحمد بن محمد بن إسحاق أبو علي الشاشي، ٣٤٤هـ، دار الكتاب العربي، بيروت، د. ١٤٠٢هـ.
- النجم الزاهرات على حل ألفاظ الورقات في أصول الفقه: شمس الدين محمد بن عثمان بن علي المارديني الشافعي، ٨٧١هـ، مكتبة الرشد، الرياض، ط ٣: ١٩٩٩م، تحقيق: عبد الكريم النملة.
- البحر المحيط في أصول الفقه: محمد بن عبد الله بن بهادر أبو عبد الله بدر الدين الزركشي، ٧٩٤هـ، دار الكتي، ط ١: ١٩٩٤م.
- البرهان في أصول الفقه: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف أبو المعالي الجويني، ٤٧٨هـ، دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط ٤: ١٤١٨هـ، تحقيق: د. عبد العظيم محمود الديب.
- بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب: محمود بن عبد الرحمن أبو الثناء الأصفهاني، ٧٤٩هـ، دار المدني، الرياض، ط ١: ١٩٨٦م، تحقيق: محمد مظهر بقا.
- التبصرة في أصول الفقه: إبراهيم بن علي بن يوسف أبو اسحاق الشيرازي، ٤٧٦هـ، دار الفكر، دمشق، ط ١: ١٤٠٣هـ، تحقيق: د. محمد حسن هيتو.
- التحبير شرح التحرير في أصول الفقه: علي بن سليمان أبو الحسن المرداوي، ٨٨٥هـ، مكتبة الرشد، الرياض، ط ١: ٢٠٠٠م، تحقيق: عبد الرحمن الجبرين وعوض القرني وأحمد السراح.
- التقرير والتحرير في علم أصول الفقه: موسى بن أمير حاج بن محمد التبريزي، ٧٣٦هـ، دار الفكر، بيروت، د. ١٩٩٦م.
- التلخيص في أصول الفقه: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف أبو المعالي الجويني، ٤٧٨هـ، دار البشائر الإسلامية، بيروت، د. ت، تحقيق: عبد الله النبالي وبشير العمري.

- التمهيد في تخریج الفروع على الأصول: عبد الرحيم بن الحسن بن علي أبو محمد الإسنوي، ٧٧٢هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١، تحقيق: د. محمد حسن هيتو.
- تيسير التحرير: محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه، ٩٧٢هـ، دار الفكر، بيروت، د. ت.
- تيسير علم أصول الفقه: عبد الله بن يوسف العنزلي، مؤسسة الريان، بيروت، ط ١: ١٩٩٧م.
- حاشية العطار على جمع الجوامع: حسن بن محمد العطار ١٢٥٠هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١: ١٩٩٩م.
- رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب: عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي تاج الدين السبكي، ٧٧١هـ، عالم الكتب، بيروت، ط ١: ١٩٩٩م، تحقيق: علي معوض.
- روضة الناظر وجنة المناظر: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المعروف بابن قدامة المقدسي، ٦٢٠هـ، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، ط ٢: ١٣٩٩هـ، تحقيق: د. عبد العزيز عبد الرحمن السعيد.
- شرح التلويح على التوضيح: سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، ٧٩٣هـ، مطبعة صبيح، القاهرة، د. ت.
- شرح الورقات في أصول الفقه: جلال الدين محمد بن أحمد المحلي، ٨٦٤هـ، مكتبة العبيكان، ط ١: ٢٠٠١م، تحقيق: حسام الدين عفانة.
- شرح تنقيح الفصول: شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس المالكي الشهير بالقراي، ٦٨٤هـ، شركة الطباعة الفنية، ط ١: ١٩٧٣م، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد.
- شرح مختصر الروضة: سليمان بن عبد القوي الصرصري، ٧١٦هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١: ١٩٨٧م، تحقيق: عبد الله التركي.
- العدة شرح العمدة: عبد الرحمن بن إبراهيم بهاء الدين المقدسي، ٦٢٤هـ، دار الحديث، القاهرة، د. ت. (٢٠٠٣م).
- العدة في أصول الفقه: محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، ٤٥٨هـ، الناشر المحقق: أحمد بن علي المبارك، ط ٢: ١٩٩٠م.
- غاية الوصول في شرح لب الأصول: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، ٩٢٦هـ، دار الكتب العربية الكبرى، مصر، د. ت.
- الفصول في الأصول: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، ٣٧٠هـ، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، ط ٢: ١٩٩٤م.
- الفوائد في اختصار المقاصد: عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، ٦٦٠هـ، دار الفكر، دمشق، ط ١: ١٤١٦هـ، تحقيق: إياد الطباع.
- قواطع الأدلة في الأصول: منصور بن محمد بن عبد الجبار أبو المظفر السمعاني، ٤٨٩هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ت. ١٩٩٧م، تحقيق: محمد حسن وإسماعيل الشافعي.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام: عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، ٦٦٠هـ، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، طبعة جديدة ومنقحة، ١٩٩١م، تحقيق: طه سعد.
- كشف الأسرار شرح أصول البزدوي: عبد العزيز بن أحمد بن محمد علاء الدين البخاري الحنفي، ٧٣٠هـ، دار الكتاب الإسلامي، د. ت.

- كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار: أبو بكر بن محمد الحصري، ٨٢٩هـ، دار الخير، دمشق، ط ١ : ١٩٩٤ : تحقيق: علي بلطحي.
- كنز الوصول إلى معرفة الأصول: (أصول البزدوي): علي بن محمد البزدوي الحنفي، ٣٨٢هـ، دار جاويد برس، كراتشي، د. ت.
- اللمع في أصول الفقه: إبراهيم بن علي أبو إسحاق الشيرازي، ٤٧٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ : ١٩٨٥م.
- الخصول في أصول الفقه: محمد بن عبد الله أبو بكر ابن العربي، ٥٤٣ هـ، دار البيارق، عمان، ط ١ : ١٩٩٩م.
- الخصول في علم الأصول: محمد بن عمر بن الحسين أبو عبد الله فخر الدين الرازي، ٦٠٦هـ، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ط ١ : ١٤٠٠هـ، تحقيق: طه جابر فياض العلواني.
- مختصر التحرير شرح الكوكب المنير: محمد بن أحمد بن عبد العزيز، المعروف بابن النجار الحنبلي، ٩٧٢هـ، مكتبة العبيكان، ط ٢ : ١٩٩٧م، تحقيق: محمد الزحيلي.
- المستصفى في علم الأصول: محمد بن محمد أبو حامد الغزالي، ٥٠٥هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ : ١٤١٣هـ، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي.
- المسودة في أصول الفقه: أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام تقي الدين أبو العباس الحراني، المعروف بابن تيمية، ٧٢٨هـ، دار الكتاب العربي، بيروت، د. ت. تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد.
- المعتمد في أصول الفقه: محمد بن علي بن الطيب أبو الحسين البصري، ٤٣٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ : ١٤٠٣هـ، تحقيق: خليل الميس.
- المنحول: محمد بن محمد أبو حامد الغزالي، ٥٠٥هـ، دار الفكر، بيروت، ط ٣ : ١٩٩٨م، تحقيق: محمد حسن هيتو.
- المهذب في علم أصول الفقه المقارن: عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، مكتبة الرشد، الرياض، ط ١ : ١٩٩٩م.
- الموافقات: إبراهيم بن موسى بن محمد اللحي الغرناطي الشهير بالشاطبي، ٧٩٠هـ، دار ابن عفان، الرياض، ط ١ : ١٩٩٧م، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان.
- أية السؤل شرح منهاج الوصول: عبد الرحيم بن الحسن بن علي أبو محمد الإسنوي، ٧٧٢هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ : ١٩٩٩م.

كتب الفقه الحنفي

- الاختيار لتعليل المختار: عبد الله بن محمود مجد الدين أبو الفضل، ٦٨٣هـ، مطبعة الحلبي، القاهرة، د. : ١٩٣٧م.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، ٩٧٠هـ، دار الكتاب الإسلامي، ط ٢ : ت.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، ٥٨٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢ : ١٩٨٦م.
- البنية شرح الهداية: محمود بن أحمد بدر الدين العيني، ٨٥٥هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ : ٢٠٠٠م.
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: عثمان بن علي بن محسن البارعي، فخر الدين الزيلعي، ٧٤٣هـ، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط ١ : ١٣١٣هـ.

- الجوهرة النيرة على مختصر القدوري: أبو بكر بن علي بن محمد الزبيدي اليمني، ٨٠٠هـ، المطبعة الخيرية، ط ١
١٣٢٢هـ.
- حاشية الشلي على تبين الحقائق: شهاب الدين أحمد بن محمد الشلي، ١٠٢١هـ، مطبوع مع تبين الحقائق للزليعي،
المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط ١ ١٣١٣هـ.
- حاشية الطحطاوي على الدر المختار: أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي، ١٢٣١هـ، دار الكتب العلمية،
بيروت، د. ت.
- حاشية رد المختار على الدر المختار: (حاشية ابن عابدين)، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي،
١٢٥٢هـ، دار الفكر، بيروت، ط ٢ ١٩٩٢م.
- الدر المختار: محمد بن علي علاء الدين الحصفكي ١٠٨٨هـ، دار الفكر، بيروت، ط ٢ ١٩٩٢م.
- درر الحكام شرح غرر الأحكام: محمد بن فرامرز بن علي الشهير بـ (ملا خسرو): ٨٨٥هـ، دار إحياء الكتب العربية،
د. ت. □.
- العناية شرح الهداية: محمد بن محمد بن محمود أكمل الدين أبو عبد الله البابري، ٧٨٦هـ، دار الفكر، بيروت، د. ت. □.
- فتح القدير: كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، ٦٨١هـ، دار الفكر، بيروت، ط ٢
د. ت.
- اللباب في شرح الكتاب: عبد الغني بن طالب الدمشقي الميداني، ١٢٩٨هـ، المكتبة العلمية، بيروت، د. ت. :
تحقيق: محمد عبد الحميد.
- المبسوط: شمس الدين محمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي ٤٨٢هـ، دار المعرفة، بيروت، د. ت. ١٩٨٩م.
- مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليوبي، المدعو بشيخي زاده ١٠٧٨هـ، دار
الكتب العلمية، بيروت، ط ١ ١٩٩٨م، خرج آياته وأحاديثه: خليل عمران المنصور.
- الخط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه: برهان الدين محمود بن أحمد بن مازة البخاري،
٦١٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١: ٢٠٠٤م، تحقيق: عبد الكريم الجندي.
- ملتقى الأبحر: إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي، ٩٥٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت ١: ١٩٩٨م، تحقيق: خليل
المنصور.
- الهداية شرح بداية المبتدي: علي بن أبي بكر أبو الحسن المرغيناني، ٥٩٣هـ، المكتبة الإسلامية، د. ت. □.

كتب الفقه المالكي

- بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير): أحمد بن محمد أبو العباس الخلوتي، الشهير
بالصاوي المالكي، ١٢٤١هـ، دار المعارف، د. ت. □.
- التاج والإكليل لمختصر خليل: محمد بن يوسف بن أبي القاسم أبو عبد الله العبدري ٨٩٧هـ، دار الفكر، بيروت،
ط ٢: ١٣٩٨هـ.
- التلقين في الفقه المالكي: عبد الوهاب بن علي أبو محمد الثعلبي، ٤٢٢هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط □
٢٠٠٤م، تحقيق: أبو أويس التطواني.

- الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني: صالح عبد السميع الآبي الأزهرى، ١٣٣٥هـ، مكتبة الثقافية، بيروت، د. □. ت.
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ١٢٣٠هـ، دار الفكر، بيروت، د. □. ت. وبهامشها تقارير: محمد عlish.
- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني: علي الصعيدي العدوي المالكي، ١١٨٩هـ، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي.
- الرسالة: عبد الله بن أبي زيد أبو محمد القيرواني، ٣٨٦هـ، دار الفكر، بيروت، د. □. ت.
- الشرح الصغير على أقرب المسالك: سيدي أحمد بن محمد العدوي الدردير أبو البركات، ١٢٠١هـ، دار المعارف، القاهرة، د. □. ت.
- الشرح الكبير: سيدي أحمد بن محمد العدوي الدردير أبو البركات، ١٢٠١هـ، دار إحياء التراث العربي، عيسى بابي الحلبي وشركاه، د. □. ت. وبهامشه حاشية الدسوقي مع تقارير الشيخ محمد عlish.
- شرح مختصر خليل: محمد بن عبد الله أبو عبد الله الخرشى المالكي، ١١٠١هـ، دار الفكر، بيروت، د. □. ت.
- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني: أحمد بن غانم شهاب الدين النفراوي، ١١٢٦هـ، دار الفكر، بيروت، د. □. ١٩٩٥م.
- القوانين الفقهية: محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي، ٧٤١هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، د. □. ت.
- مختصر خليل في فقه إمام دار الهجرة: خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين أبو المودة المالكي، ٧٦٧هـ، دار الفكر، بيروت، د. □. ١٤١٥هـ، تحقيق: أحمد علي حركات.
- المدونة الكبرى: عن الإمام مالك بن أنس برواية سحنون عن ابن القاسم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩٤م.
- منح الجليل على مختصر سيد خليل: محمد بن أحمد أبو عبد الله عlish، ١٢٩٩هـ، دار الفكر، بيروت، د. □. ١٩٨٩م.
- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: محمد بن عبد الرحمن أبو عبد الله المغربي، ٩٥٤هـ، دار الفكر، بيروت، ط ٢: ١٣٩٨هـ.

كتب الفقه الشافعي

- أسنى المطالب في شرح روض الطالب: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، ٩٢٦هـ، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، د. □. ت.
- إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين: أبو بكر بن محمد شطا الدمياطي، ١٣٠٢هـ، دار الفكر، ط ١: ١٩٩٧م.
- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، ٩٧٧هـ، دار الفكر، بيروت، د. □. ١٤١٥هـ، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات.
- الأم: محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، ٢٠٥هـ، دار المعرفة، بيروت، ط ٢: ١٣٩٣هـ.

- تحفة المحتاج في شرح المنهاج: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، ٩٧٤هـ، المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، د. ١٩٨٣م.
- حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد): سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي ١٢٢١هـ، المكتبة الإسلامية، ديار بكر، د. ١٩٨٣م.
- حاشية الجمل على شرح المنهاج: سليمان بن عمر أبو داود العجيلي المصري المعروف بالجمل، ١٢٠٤هـ، دار الفكر، بيروت، د. ١٩٨٣م.
- حاشية الشربيني على الغرر البهية: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، ٩٧٧هـ، مطبوع مع الغرر البهية لتركيا الأنصاري، المطبعة الميمنية، د. ١٩٨٣م.
- حاشية القليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين: أحمد بن أحمد بن سلامة شهاب الدين القليوبي، ١٠٦٩هـ، دار الفكر، بيروت، ط ١ ١٩٩٨م، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات.
- حاشية عميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للشيخ محيي الدين النووي: أحمد البرلسي عميرة: ٩٥٧هـ، دار الفكر، بيروت، د. ١٩٩٥م.
- الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي: علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن البصري البغدادي الماوردي، ٤٥٠هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ ١٩٩٩: تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين: يحيى بن شرف أبو زكريا محيي الدين النووي، ٦٧٦هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٢ ١٤٠٥هـ.
- الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، ٩٢٦هـ، المطبعة الميمنية، د. ١٩٨٣م.
- فتح العزيز بشرح الوجيز: عبد الكريم بن محمد أبو القاسم الرافعي، ٦٢٣هـ، دار الفكر، د. ١٩٨٣م.
- فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: يحيى بن شرف أبو زكريا محيي الدين النووي، ٦٧٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ ١٤١٨هـ.
- المجموع: يحيى بن شرف أبو زكريا محيي الدين النووي، ٦٧٦هـ، دار الفكر، بيروت، د. ١٩٩٧م.
- مختصر المزني: إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل أبو إبراهيم المزني، ٢٦٤هـ، دار المعرفة، بيروت، د. ١٩٩٠م.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، ٩٧٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ ١٩٩٤م.
- منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه: يحيى بن شرف أبو زكريا محيي الدين النووي، ٦٧٦هـ، دار المنهاج، ط ١ ٢٠٠٥م، عني به: محمد محمد طاهر شعبان.
- المهذب: إبراهيم بن علي بن يوسف أبو اسحاق الشيرازي، ٤٧٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ١٩٨٣م.
- أية المحتاج إلى شرح المنهاج: محمد بن أبي العباس شمس الدين الرملي، الشهير بالشافعي الصغير، ١٠٠٤هـ، دار الفكر للطباعة، بيروت، د. ١٩٨٤م.
- أية المطلب في دراية المذهب: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف أبو المعالي الجويني، ٤٧٨هـ، دار المنهاج، ط ١ ٢٠٠٧م، تحقيق: عبد العظيم الديب.

الوسيط في المذهب: محمد بن محمد بن محمد أبو حامد الغزالي، ٥٠٥هـ، دار السلام، القاهرة، ط ١ (هـ)، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر.

كتب الفقه الحنبلي

الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل: موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ٩٦٨هـ، دار المعرفة، بيروت، د. ت، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي.

الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: علي بن سليمان أبو الحسن المرداوي، ٨٨٥هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ١ ١٤١٩هـ، تحقيق: محمد حامد الفقي.

حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي، ١٣٩٢هـ، طباعة المؤلف، ط ١ ١٣٩٧هـ.

شرح الزركشي على مختصر الخرقي: محمد بن عبد الله أبو عبد الله شمس الدين الزركشي المصري، ٧٧٢هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ٢٠٠٢م.

الشرح الكبير على متن المقنع: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد أبو الفرج المقدسي، ٦٨٢هـ، دار الكتاب العربي، د. ت.

الشرح الممتع على زاد المستقنع: محمد بن صالح بن محمد العثيمين، ١٤٢١هـ، دار ابن الجوزي، الرياض، ط ١ ١٤٢٨هـ.

شرح منتهى الإرادات (المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى): منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ١٠٥١هـ، عالم الكتب، بيروت، ط ٢ ١٩٩٦م.

الفروع: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج أبو عبد الله المرداوي الحنبلي، ٧٦٣هـ، عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط ١: ٢٠٠٣م.

الكافي في فقه الإمام أحمد: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المعروف بابن قدامة المقدسي، ٦٢٠هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ ١٩٩٤م.

كشف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ١٠٥١هـ، دار الفكر، بيروت، د. ١٤٠٢هـ، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال.

المبدع في شرح المقنع: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح المقدسي، ٨٨٤هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ ١٩٩٧م.

الحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد ابن تيمية الحراني أبو البركات، ٦٥٢هـ، مكتبة المعارف الرياض، ط ٢ ١٩٨٤م.

مختصر الخرقي: عمر بن الحسين الخرقي، ٣٣٤هـ، دار الصحابة للتراث، د. ١٩٩٣م.

مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى: مصطفى السيوطي الرحباني، ١٢٤٣هـ، المكتب الإسلامي، دمشق، د. ١٩٦١م.

المغني: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد، المعروف بابن قدامة المقدسي، ٦٢٠هـ، مكتبة القاهرة، القاهرة، د. ١٩٦٨م.

كتب السياسة الشرعية والقضاء

- الأحكام السلطانية والولايات الدينية: علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن البصري البغدادي الماوردي، ٤٥٠هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ١٩٨٥م.
- الأحكام السلطانية: أحمد بن علي بن المثنى أبو يعلى الموصلي، ٣٠٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢، ٢٠٠٠هـ، صححه وعلّق عليه: محمد حامد الفقي.
- بدائع السلك في طبائع الملك: محمد بن علي بن محمد الأندلسي ابن الأزرق، ٨٩٦هـ، وزارة الإعلام، العراق، ط ١، د.ت، تحقيق: علي سامي النشار.
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمرى، ٧٩٩هـ، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط ١، ١٩٨٦م.

كتب القواعد الفقهية وشروحها

- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان: زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، ٩٧٠هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ١٩٨٠م.
- الأشباه والنظائر في قواعد فروع الشافعية: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ٩١١هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، د. ١٤٠٣هـ.
- الأشباه والنظائر: عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي تاج الدين السبكي، ٧٧١هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٩١م.
- تهذيب الفروق: محمد علي بن حسين بن إبراهيم المالكي، ١٨٧٠هـ، مطبوع مع الفروق، عالم الكتب، د. : .ت.
- درر الحكم في شرح مجلة الأحكام: علي حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت، تعريب: فهمي الحسيني.
- شرح القواعد الفقهية: أحمد الزرقا، ١٣٦٧هـ، دار القلم، دمشق، ط ٢: ١٩٨٩م، تعليق: مصطفى أحمد الزرقا.
- غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم: شهاب الدين أحمد بن محمد مكّي أبو العباس الحسيني الحموي الحنفي، ١٠٩٨هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٩٨٥م، تحقيق: شرح السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي.
- الفروق أو (أنوار البروق في أنواء الفروق): شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس المالكي الشهير بالقرافي، ٦٨٤هـ، عالم الكتب، د. .ت.
- الفروق: أسعد بن محمد بن الحسين، أبو المظفر الكرايسسي الحنفي، ٥٧٠هـ، وزارة الأوقاف الكويتية، ط ١، ١٩٨٢هـ، تحقيق: محمد طوموم.
- قواعد الفقه: محمد عميم الإحسان المحددي البركتي، دار الصدف، كراتشي، ط ١، ١٩٨٦م.
- القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط ١، ٢٠٠٦م.
- القواعد الفقهية: علي أحمد الندوي، دار القلم، دمشق، ط ٥، ١٤٢٠هـ.
- القواعد الفقهية: يعقوب عبد الوهاب البأحسن، اللجنة الوطنية، بغداد، د. .ت.

القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية: علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد، المعروف بابن اللحام، ٨٠٣هـ، المكتبة العصرية، د. ١٩٩٩م، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي.

القواعد: زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، ٧٩٥هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، د. : [ت].

المنتور في القواعد الفقهية: محمد بن عبد الله بن بشار أبو عبد الله بدر الدين الزركشي، ٧٩٤هـ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط ٢: ١٤٠٥هـ، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود.

موسوعة القواعد الفقهية: محمد صدقي بن أحمد البورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١: ٢٠٠٣م.

الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية: محمد صدقي بن أحمد البورنو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٤: ١٩٩٦م.

كتب اللغة والمعاجم والمصطلحات

الأصول في النحو: محمد بن السري بن سهل النحوي المعروف بابن السراج، ٣١٦هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، تحقيق: عبد الحسين الفتلي.

أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة: قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي، ٩٧٨هـ، دار الكتب العلمية، د. : ٢٠٠٤م، تحقيق: يحيى حسن مراد.

تاج العروس من جواهر القاموس: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، الملقب بمرتضى الزبيدي، ١٢٠٥هـ، دار الهداية، د. : [ت].

تحرير ألفاظ التنبيه: يحيى بن شرف أبو زكريا محيي الدين النووي، ٦٧٦هـ، دار القلم، دمشق، ط ١: ١٤٠٨هـ، تحقيق: عبد الغني الدقر.

التعريفات: علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، ٨١٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١: ١٩٨٣م.

تهذيب الأسماء واللغات: يحيى بن شرف أبو زكريا محيي الدين النووي، ٦٧٦هـ، دار الفكر، بيروت، ط ١: ١٩٩٦م، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات.

تهذيب الكمال: يوسف بن الزكي أبو الحجاج المزي، ٧٤٢هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١: ١٩٨٠م، تحقيق: بشار عواد معروف.

تهذيب اللغة: محمد بن أحمد أبو منصور الأزهرى، ٣٧٠هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط م، تحقيق: محمد عوض مرعب.

التوقيف على مهمات التعريف: عبد الرؤوف المناوي، ١٠٣١هـ، عالم الكتب، القاهرة، ط ١: ١٩٩٠م.

جامع العلوم في اصطلاحات الفنون: القاضي عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١: ٢٠٠٠م، عرب عباراته الفارسية: حسن فحص.

الحدود الأنيفة والتعريفات الدقيقة: زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، ٩٢٦هـ، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط ١: ١٤١١هـ، تحقيق: مازن المبارك.

شرح ابن عقيل على ألفية ابن مالك: عبد الله بن عبد الرحمن ابن عقيل الهمداني، ٧٦٩هـ، دار التراث، القاهرة، ط ٢٠: ١٩٨٠م، تحقيق: محمد عبد الحميد.

شرح قطر الندى وبل الصدى: عبد الله بن يوسف ابن هشام، ٧٦١هـ، دار الكتب العلمية، ط ٢: ١٩٩٩م، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد.

الصحيح تاج اللغة وصحاح العربية: إسماعيل بن حماد الجوهري أبو نصر الفارابي، ٣٩٣هـ، دار العلم للملايين، بيروت، ط ٤ ١٩٨٧م، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار.

القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً: سعدي أبو حبيب، دار الفكر، دمشق، ط ٢ ١٩٨٨م.

القاموس المحيط: محمد بن يعقوب مجد الدين الفيروز آبادي، ٨١٧هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، د. □ ت.

الكليات: أيوب بن موسى أبو البقاء الحسيني الكفوي، ١٠٩٤هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، د. □ ١٩٩٨م، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري.

لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، ٧١١هـ، دار صادر، بيروت، ط ٣ ١٤١٤هـ.

الحكم والمحيط الأعظم: علي بن إسماعيل بن سيده أبو الحسن المرسى، ٤٥٨هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١: ٢٠٠٠م، تحقيق: عبد الحميد هندراوي.

مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر أبو عبد الله الرازي، ٦٦٦هـ، المكتبة العصرية، بيروت، ط ٥ ١٩٩٩م، تحقيق: يوسف الشيخ محمد.

المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: أحمد بن محمد بن علي أبو العباس الفيومي، ٧٧٠هـ، المكتبة العلمية، بيروت، د. □ ت.

المعجم الوسيط: إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، دار الدعوة، مجمع اللغة العربية.

معجم لغة الفقهاء: محمد رواس قلنجي وحامد صادق قنيبي، دار النفائس، الرياض، ط ٢: ١٩٨٨م.

معجم مقاليد العلوم في الحدود والرسوم: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ٩١١هـ، مكتبة الآداب، القاهرة، ط ١ ٢٠٠٤م، تحقيق: محمد إبراهيم عبادة.

مقاييس اللغة: أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين القزويني الرازي، ٣٩٥هـ، دار الفكر، ١٩٧٩م، تحقيق: عبد السلام محمد هارون.

كتب التراجم والطبقات

الاستيعاب في معرفة الأصحاب: يوسف بن عبد الله بن عبد البر أبو عمر النمري القرطبي، ٤٦٣هـ، دار الجيل، بيروت، ط ١: ١٩٩٢م.

أسد الغابة في معرفة الصحابة: المبارك بن محمد بن محمد بن محمد مجد الدين أبو السعادات الجزري، ابن الأثير ٦٠٦هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١: ١٩٩٤م.

الإصابة في تمييز الصحابة: أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر أبو الفضل العسقلاني، ٨٥٢هـ، دار الكتب العلمية، بيروت □ ١: ١٤١٥هـ.

الأعلام: خير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، بيروت، ط ٥ ١٩٨٠م.

البداية والنهاية: إسماعيل بن عمر بن كثير أبو الفداء القرشي، ٧٧٤هـ، دار إحياء التراث العربي، طبعة جديدة محققة ط ١: ١٩٨٨م، تحقيق: علي شيري.

البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ١٢٥٠هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ (١٩٩٨م).

- تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والأعلام: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ٧٤٨هـ، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ١: ١٩٨٧م، تحقيق: عمر عبد السلام تدمري.
- تاريخ بغداد: أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي، ٤٦٣هـ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ١: ٢٠٠٢م، تحقيق: بشار عواد معروف.
- تذكرة الحفاظ: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ٧٤٨هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١: ٢٠٠٠م، تحقيق: مصطفى عجيب.
- تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ٧٤٨هـ، دار الوطن، الرياض، ط ١: ٢٠٠٠م، تحقيق: مصطفى عجيب.
- تهذيب التهذيب: أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر أبو الفضل العسقلاني، ٨٥٢هـ، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، ط ١: ١٣٢٦هـ.
- الثقات: محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، ٣٥٤هـ، دائرة المعارف العثمانية، الهند، ط ١: ١٩٧٣م.
- الجواهر الحضية في طبقات الحنفية: عبد القادر بن أبي الوفاء أبو محمد القرشي، ٧٧٥هـ، دار مير محمد كتب خانه، كراتشي، د. ت.
- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء: أحمد بن عبد الله بن أحمد أبو نعيم الأصبهاني، ٤٣٠هـ، دار السعادة، القاهرة، د. ١٩٧٤م.
- خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر: محمد أمين بن فضل الله المحي الحموي، ١١١١هـ، دار صادر، بيروت، د. ت.
- الدرر الكامنة في أعيان المئة الثامنة: أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر أبو الفضل العسقلاني، ٨٥٢هـ، مجلس دائرة المعارف العثمانية، الهند، ط ٢: ١٩٧٢م، تحقيق: محمد عبد المعيد ضان.
- الديباج المذهب في أعيان علماء المذهب: إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، برهان الدين اليعمري، ٧٩٩هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١: ١٩٩٦م، تحقيق: مأمون بن محيي الدين الجنان.
- سير أعلام النبلاء: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ٧٤٨هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٩: ١٤١٣هـ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ومحمد نعيم العرقسوسي.
- شذرات الذهب في أخبار من ذهب: عبد الحي بن أحمد بن محمد ابن العماد العكري الحنبلي، ١٠٨٩هـ، دار ابن كثير، دمشق، ١٤٠٦هـ، ط ١، تحقيق: عبد القادر ومحمود الأرنؤوط.
- الضوء اللامع لأهل القرن التاسع: محمد بن عبد الرحمن شمس الدين السخاوي، ٩٠٢هـ، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، د. ت.
- طبقات الحنابلة: محمد بن محمد أبو الحسين ابن أبي يعلى، ٥٢٦هـ، دار المعرفة، بيروت، د. ت، تحقيق: محمد حامد الفقي.
- الطبقات السنية في تراجم الحنفية: تقي الدين بن عبد القادر الغزي، ١٠١٠هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، د. ت.
- طبقات الشافعية الكبرى: عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي تاج الدين السبكي، ٧٧١هـ، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٣هـ، ط ٢، تحقيق: محمود محمد الطناحي وعبد الفتاح محمد الحلو.

طبقات الشافعية: أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة ٨٥١ هـ، عالم الكتب، بيروت، ١٤٠٧ هـ، ط ١، تحقيق: الحافظ عبد العليم خان.

طبقات الفقهاء: إبراهيم بن علي بن يوسف أبو اسحاق الشيرازي، ٤٧٦ هـ، دار القلم، بيروت، د.ط. ت، تحقيق: خليل الميس.

طبقات المفسرين: أحمد بن محمد الداودي، ١١٣٦ هـ، مكتبة العلوم والحكم، السعودية، ط ١ ١٩٩٧ م، تحقيق: سليمان بن صالح الخزي.

العبر في خبر من غير: شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ٧٤٨ هـ، مطبعة حكومة الكويت، الكويت، ط ٢: ١٩٨٤ م، تحقيق: د. صلاح الدين المنجد.

معجم المؤلفين: عمر رضا كحالة، مكتبة المثنى، ودار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ت.

الوفاي بالوفيات: صلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي، دار إحياء التراث، بيروت، ٢٠٠٠ م، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركلي مصطفى.

وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان: أحمد بن محمد بن أبي بكر أبو العباس شمس الدين ابن خلكان، ٦٨١ هـ، دار الثقافة، بيروت، تحقيق: إحسان عباس.

مراجع متفرقة

أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء: مصطفى سعيد الخن، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٧ ١٩٩٨ م.

أثر القرينة في الحكم الجنائي: عوض أبو بكر، دار الكتاب العربي، د. ت.

الاجتهاد والتجديد في الفقه الإسلامي: محمد مهدي شمس الدين، المؤسسة الدولية، بيروت، ط ١: ١٩٩٩ م.

إحياء علوم الدين: محمد بن محمد أبو حامد الغزالي ٥٠٥ هـ، دار المعرفة، بيروت، د. : . ت.

الاختيارات الفقهية: أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام تقي الدين أبو العباس الحراني، المعروف بابن تيمية، ٧٢٨ هـ، دار المعرفة، بيروت، د. : ١٩٧٨ م.

الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار: يوسف بن عبد الله بن عبد البر أبو عمر النمري القرطبي، ٤٦٣ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط م، تحقيق: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض.

أصول الفقه الإسلامي: الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط ١: ١٩٨٦ م.

الاعتصام: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، ٧٩٠ هـ، دار ابن عفان، الرياض، ط ١ ١٩٩٢ م، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي.

إعلام الموقعين: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ٧٥١ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١: ١٩٩١ م، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم.

إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ٧٥١ هـ، مكتبة المعارف، الرياض، د.ط. ت، تحقيق: محمد حامد الفقي.

إثبات الحق على الخلق في رد الخلافات إلى المذهب الحق من أصول التوحيد: محمد بن إبراهيم بن علي الحسيني القاسمي، ٨٤٠ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢: ١٩٨٧ م.

- بداية المجتهد و إاية المقتصد: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد أبو الوليد القرطبي، ٥٩٥ هـ ، دار المعرفة، بيروت، ط ٦ ١٩٨٢م.
- بدائع الفوائد: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ٧٥١ هـ، دار الكتاب العربي، بيروت، د. □.ت.
- البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتاً أو نفيّاً: نجم عبد الواحد، دار المعارف، د. □.ت.
- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل: محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد القرطبي، ٥٢٠ هـ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط ٢: ١٩٨٨م، تحقيق: محمد حجي وآخرون.
- التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي: عبد القادر عودة، دار الكاتب العربي، سلسلة الثقافة العامة، بيروت، د. □.ت.
- تقوم النظر في مسائل خلافة ذائعة: محمد بن علي بن شعيب، أبو شجاع ابن الدهان، ٥٩٢ هـ، مكتبة الرشد، الرياض، ط ١: ٢٠٠١م، تحقيق: صالح الخزيم.
- جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم: زين الدين عبد الرحمن السّلامي، البغدادي، ٧٩٥ هـ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٧: ٢٠٠١م، تحقيق: شعيب الأنطوط.
- جامع بيان العلم وفضله: يوسف بن عبد الله بن عبد البر أبو عمر النمري القرطبي، ٤٦٣ هـ، دار ابن الجوزي، الرياض، ط ١ ١٩٩٤م، تحقيق: أبو الأشبال الزهيري.
- جزيل الموهب في اختلاف المذاهب: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، ٩١١ هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١ ١٩٩٦م، تحقيق: حسن اسماعيل.
- الجائيات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون: حسن علي الشاذلي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ط ٢. □.ت.
- الذخيرة: شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن أبو العباس المالكي الشهير بالقراقي، ٦٨٤ هـ، دار الغرب، بيروت، د. □.ت. ١٩٩٤م، تحقيق: محمد حجي.
- رعاية المصلحة والحكمة في تشريع نبي الرحمة: محمد طاهر حكيم، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، العدد ١١٦ السنة ٣٤ ٢٠٠٢م.
- سبل السلام: محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، ١١٨٢ هـ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ط ٤: ١٩٦٠م.
- السييل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، ١٢٥٠ هـ، دار ابن حزم، ط ١. □.ت.
- الشبهة وأثرها في الحدود والقصاص: إلهام محمد علي طوير، أطروحة ماجستير، مقدّمة لجامعة النجاح الوطنية: نابلس، فلسطين، ٢٠٠٨م.
- شجرة المعارف والأحوال: عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، ٦٦٠ هـ، بيت الأفكار، الرياض، د. □.ت.
- تحقيق: حسان عبد المنان.
- شجرة النور الزكية: محمد مخلوف، دار الكتاب العربي، بيروت، د. □.ت.

- شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية: محمد بن علي بن وهب بن مطيع تقي الدين أبو الفتح القشيري، المعروف بابن دقيق العيد، ٧٠٢هـ، مؤسسة الريان، الرياض، ط٦: ٢٠٠٣م.
- صفة الفتوى والملقي والمستفتي: أحمد بن حمدان بن النميري الحراني، ٦٩٥هـ، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٣: ١٣٩٧هـ، تحقيق: الألباني.
- الطرق الحكمية: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ٧٥١هـ، مكتبة دار البيان، د.ت.
- العقوبة: محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، د.ت.
- علم أصول الفقه: عبد الوهاب خلاف، ١٣٧٥هـ، مكتبة الدعوة شباب الأزهر عن الطبعة الثامنة لدار القلم.
- علم المقاصد الشرعية: نور الدين بن مختار الخادمي، مكتبة العبيكان، ط١: ٢٠٠١م.
- العمل بالاحتياط في الفقه الإسلامي: منيب شاكر، دار النفائس، الرياض، ط١: ١٩٩٨م.
- الفتاوى الفقهية الكبرى: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، ٩٧٤هـ، المكتبة الإسلامية، بيروت، د.ت.
- الفتاوى الكبرى: أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام تقي الدين أبو العباس الحراني، المعروف بابن تيمية، ٧٢٨هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١: ١٩٨٧م.
- فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار: الحسن بن أحمد الرباعي الصنعاني، ١٢٧٦هـ، دار عالم الفوائد، ط١: ١٤٢٧هـ، مجموعة بإشراف: علي العمران.
- الفقه الإسلامي وأدلته: وهبة مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط٤: د.ت.
- الفقه على المذاهب الأربعة: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، ١٣٦٠هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢: ٢٠٠٣م.
- الفوائد الجنية: محمد ياسين بن عيسى الفاداني، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط٢: ١٩٩٦م.
- القصاص في الفقه الإسلامي: الدكتور أحمد في بهنسي، دار الشروق، ط١: ١٩٨٩م.
- مجموع الفتاوى: أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام تقي الدين أبو العباس الحراني، المعروف بابن تيمية، ٧٢٨هـ، دار الوفاء، ط٣: ٢٠٠٥م، تحقيق: أنور الباز وعامر الجزار.
- الحلى: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم أبو محمد الأندلسي القرطبي الظاهري، ٤٥٦هـ، دار الآفاق الجديدة، بيروت، د.ت، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي.
- المدخل الفقهي العام: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط١: ١٩٩٨م.
- المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية: علي جمعة محمد عبد الوهاب، دار السلام، القاهرة، ط٢: ٢٠٠١م.
- مذكورة في أصول الفقه: محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي، ١٣٩٣هـ، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط٥: ٢٠٠١م.
- المذهب الحنفي: أحمد النقيب، مكتبة الرشد، الرياض، ط١: ٢٠٠١م.
- مسائل الإمام أحمد: أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، ٢٤١هـ، الدار العلمية، الهند، د.ت.
- المصلحة المرسله محاولة لبسطها: علي محمد جريشة، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، ١٩٧٧م.

معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة: محمد بن حسين بن حسن الجيزاني، دار ابن الجوزي، الرياض، طه ١٤٢٧هـ.

معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام: علي بن خليل أبو الحسن الطرابلسي، ٨٤٤هـ، دار الفكر، د. ت.

المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم: عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ١٩٩٣م.

مقدمة في تكنولوجيا المعلومات: أحمد أنور بدر، دار الثقافة العلمية، الاسكندرية، ط ٢٠٠٣م.

الموسوعة الفقهية الكويتية: صادر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، اشتركت عدة دور في طباعة أجزائها على مدار عدة سنوات.

الميزان: عبد الوهاب بن أحمد الشعراي، ٩٧٣هـ، الدار العلمية، مومباي، الهند، د. ط. ت.

نظرية الإثبات: حسين مؤنس، دار الشروق، بيروت، ط ١: ١٩٩٩م.

نظرية الاحتياط الفقهي: محمد عمر سماعي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٦م.

نظرية المقاصد عند الشاطبي: أحمد الريسوني، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، ط ٢ ١٩٩٢م.

الورع برواية المروزي: أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، ٢٤١هـ، دار الصميعي، الرياض، تحقيق: سمير الزهيري.

وسائل الإثبات في الشريعة: محمد الزحيلي، مكتبة دار البيان، دمشق، ط ١ ١٩٨٢م.

خامساً : الفهرس العام

١ المقدمة

٨ المبحث التمهيدي: مفاهيم ومصطلحات أساسية في البحث

٨	المطلب الأول: معنى الفقه
٨	المطلب الثاني: معنى الجنائية
١٠	المطلب الثالث: معنى الجريمة
١١	المطلب الرابع: معنى العقوبة
١١	المطلب الخامس: معنى الفقه الجنائي
١١	المطلب السادس: معنى الحدود
١٣	المطلب السابع: معنى القصاص
١٣	المطلب الثامن: معنى التعزير
١٤	المطلب التاسع: معنى الدية
١٤	المطلب العاشر: معنى الضابط
١٦	المطلب الحادي عشر: معنى الشبهة
١٧	الفصل الأول : معنى الاحتياط وحجتيه
١٨	المبحث الأول: تعريف الاحتياط لغة واصطلاحاً
١٨	المطلب الأول: تعريف الاحتياط لغة
١٩	المطلب الثاني: تعريف الاحتياط اصطلاحاً
٢٦	المطلب الثالث: معنى الاحتياط في الفقه الجنائي
٢٨	المبحث الثاني: ألفاظ ذات صلة بالاحتياط
٢٨	المطلب الأول: الفرق بين الاحتياط والأحوط
٢٩	المطلب الثاني: الفرق بين الاحتياط والتوقف والتحرز والتورّع
٣٢	المطلب الثالث: الفرق بين الاحتياط والدرء بالشبهة وسدّ الذرائع
٣٤	المبحث الثالث: علاقة الاحتياط بمفهوم الأصل والدليل والقاعدة
٣٤	المطلب الأول: الاحتياط والأصل
٣٦	المطلب الثاني: الاحتياط والدليل
٣٨	المطلب الثالث: الاحتياط والقاعدة
٤١	المبحث الرابع: حجية الاحتياط
٤٢	المطلب الأول: القائلون بحجية الاحتياط
٤٩	المطلب الثاني: القائلون بعدم حجية الاحتياط

٥٠	المطلب الثالث: الأدلة والمناقشة والترجيح
٥٠	أولاً: أدلة القائلين بحجية الاحتياط ومناقشتها
٦٧	ثانياً: أدلة القائلين بعدم حجية الاحتياط ومناقشتها
٧٢	المطلب الرابع: حكم الاحتياط عند القائلين به
٧٤	الفصل الثاني: أنواع الاحتياط وأركانه ومواضع العمل به ومظاهره
٧٥	المبحث الأول: أنواع الاحتياط
٧٥	المطلب الأول: أنواع الاحتياط من حيث من يحكم به
٧٦	المطلب الثاني: أنواع الاحتياط من حيث الفعل وعدمه
٨٠	المطلب الثالث: أنواع الاحتياط باعتبار مشروعيته
٨١	المبحث الثاني: أركان الاحتياط
٨١	المطلب الأول: المحتاط
٨١	المطلب الثاني: المحتاط فيه
٨٢	المطلب الثالث: المحتاط به
٨٢	المطلب الرابع: المحتاط من أجله، أو المحتاط له
٨٤	المبحث الثالث: مظاهر الاحتياط في الفقه الإسلامي
٨٤	المطلب الأول: العمل بمبدأ سد الذرائع
٨٦	المطلب الثاني: العناية بالمقاصد الشرعية من خلال تشريع وسائلها
٨٩	المطلب الثالث: الدرء بالشبهة
٩٦	المطلب الرابع: تشديد الشروط في بعض الأحكام لأهميتها وشرفها
٩٧	المطلب الخامس: إقامة مَظَنَّة الشيء مقام حقيقته
٩٩	المطلب السادس: مظاهر الاحتياط في الفقه الجنائي
١٠٠	الفصل الثالث: أسس الاحتياط وشروط العمل به ومقاصده في الفقه الجنائي
١٠١	المبحث الأول: أسس العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي
١٠١	المطلب الأول: أسباب العمل بالاحتياط ودوافعه في الفقه الجنائي
١٠١	السبب الأول: الاحتياط في حالات الشك
١٠٨	السبب الثاني: الاحتياط في حالات وجود الاشتباه
١١٥	السبب الثالث: الاحتياط في المسائل التي وقع فيها خلاف بين الفقهاء ...
١١٩	السبب الرابع: جلب المصالح ودرء المفاسد

المطلب الثاني: مسالك العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي عند الفقهاء...	١٢٦
أولاً: النصوص الشرعية التي بنى عليها الفقهاء العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي.....	١٢٧
ثانياً: بناء الأحكام على اليقين.....	١٢٧
ثالثاً: سدّ الذرائع	١٢٩
رابعاً: فتح الذرائع	١٢٩
خامساً: الخروج من الخلاف	١٣٠
المبحث الثاني: شروط العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي	١٣٢
المطلب الأول: الشرط الأول: وجود الشبهة القوية	١٣٢
المطلب الثاني: الشرط الثاني: ألا يُبنى العمل بالاحتياط على أصل غير صحيح	١٣٤
المطلب الثالث: الشرط الثالث: ألا يخالف العمل بالاحتياط قطعياً	١٣٦
المطلب الرابع: الشرط الرابع: أن يترتب على العمل بالاحتياط مقصود شرعيّ معتبر	١٣٧
المطلب الخامس: الشرط الخامس: ألا يؤدي العمل بالاحتياط إلى محذور أو خلل بالمصلحة العامة	١٣٩
المطلب السادس: الشرط السادس: فقد دليل النص على قول من منع توارد الأدلة.....	١٤٥
المبحث الثالث: مقاصد العمل بالاحتياط في الفقه الجنائي	١٤٦
المطلب الأول: مراعاة المصالح الشرعية المعتبرة	١٤٦
المطلب الثاني: مراعاة الرحمة في تشريع العقاب	١٥٢
المطلب الثالث: مراعاة العدالة والمساواة بين الجريمة والعقاب	١٥٤
المطلب الرابع: مراعاة كفاية العقاب للردع	١٥٦
المطلب الخامس: مراعاة الأسس التي قام عليها الأخذ بالاحتياط	١٥٦
الفصل الرابع: ضوابط الاحتياط في أصول الفقه الجنائي وقواعده	١٥٨
المبحث الأول: ضوابط الاحتياط في أصول الفقه الجنائي	١٥٩
المطلب الأول: ضابط النقل.....	١٥٩
المطلب الثاني: ضابط غلبة الظن.....	١٦٥
المطلب الثالث: الاحتياط في التعارض والترجيح في الفقه الجنائي.....	١٧٣
المطلب الرابع: بعض القواعد الأصولية القائمة على الاحتياط.....	١٧٩
المبحث الثاني: ضوابط الاحتياط في قواعد الفقه الجنائي	١٨١
المطلب الأول: قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك".....	١٨١
المطلب الثاني: قاعدة "الحدود تُدرأ بالشبهات".....	١٨٢

المطلب الثالث: قاعدة "درء المفسد أولى على جلب المصالح".....	١٨٢
المطلب الرابع: قاعدة "إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام".....	١٨٤
المطلب الخامس: قاعدة "الاحتياط أن نجعل المعدوم أو الموهوم كالموجود أو المحقق"	١٨٥
المطلب السادس: قاعدة "عند تعارض الأصلين يؤخذ بالأحوط".....	١٨٨
المطلب السابع: قاعدة: "يُتحمّل الضرر الخاص لرفع الضرر العام".....	١٨٩
المطلب الثامن: قاعدة "المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة"....	١٩١
المطلب التاسع: قاعدة "الخروج من الخلاف مستحب".....	١٩٣
المطلب العاشر: قاعدة: "الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم"	١٩٣
الفصل الخامس: ضوابط الاحتياط في التجريم والعقوبة.....	١٩٥
المبحث الأول: ضوابط الاحتياط في التجريم	١٩٧
المطلب الأول: ضوابط الأخذ بالاحتياط في الركن الشرعي للجريمة.....	١٩٨
المطلب الثاني: ضوابط الأخذ بالاحتياط في الركن المادي للجريمة.....	٢٠٧
المطلب الثالث: ضوابط الأخذ بالاحتياط في الركن الأدبي للجريمة.....	٢١٨
المطلب الرابع: ضوابط الأخذ بالاحتياط في جرائم القصاص.....	٢٢٧
المطلب الخامس: ضوابط الأخذ بالاحتياط في جرائم الحدود.....	٢٣١
المطلب السادس: ضوابط الأخذ بالاحتياط في جرائم التعزير.....	٢٤٦
المبحث الثاني: ضوابط الاحتياط في العقوبة	٢٤٩
المطلب الأول: ضوابط الاحتياط في تنفيذ العقاب.....	٢٤٩
المطلب الثاني: ضوابط الاحتياط في تخفيف العقاب.....	٢٦٨
المطلب الثالث: ضوابط الاحتياط في تشديد العقاب.....	٢٧٠
المطلب الرابع: ضوابط الاحتياط في سقوط العقاب.....	٢٧٢
المطلب الخامس: ضوابط الاحتياط في عقوبات جرائم التعازير.....	٢٧٧
المطلب السادس: ضوابط أخرى.....	٢٨١
الفصل السادس: ضوابط الاحتياط في وسائل الإثبات في الفقه الجنائي.....	٢٨٣
وسائل الإثبات في الفقه الجنائي	٢٨٤
تعريف وسائل الإثبات.....	٢٨٤
أقوال العلماء في وسائل الإثبات المعتمدة في الفقه الجنائي.....	٢٨٤

٢٨٥	المبحث الأول: ضوابط الأخذ بالاحتياط في الإثبات بالإقرار.....
٢٨٥	المطلب الأول: معنى الإقرار ومشروعيته وحجيته.....
٢٨٦	المطلب الثاني: الشروط العامة لاعتبار الإقرار حجة في الإثبات.....
٢٨٧	المطلب الثالث: ضابط الاحتياط في قطعية الإقرار.....
٢٨٩	المطلب الرابع: ضوابط الاحتياط في ضرورة انتفاء الشبهة في الإقرار....
٢٩٢	المبحث الثاني: ضوابط الأخذ بالاحتياط في الإثبات بالشهادة.....
٢٩٢	المطلب الأول: معنى الشهادة ومشروعيته وحجيتها.....
٢٩٣	المطلب الثاني: الشروط العامة لاعتبار الشهادة حجة في الإثبات.....
٢٩٤	المطلب الثالث: ضوابط الاحتياط في قطعية الشهادة.....
٢٩٦	المطلب الرابع: ضوابط الاحتياط في ضرورة انتفاء الشبهة في الشهادة...
٢٩٩	المبحث الثالث: ضوابط الأخذ بالاحتياط في الإثبات بالقسامة.....
٢٩٩	المطلب الأول: معنى القسامة ومشروعيته وحجيتها.....
٣٠٠	المطلب الثاني: المعاني الاحتياطية في تشريع القسامة.....
٣٠١	المطلب الثالث: نطاق الإثبات بالقسامة وأثرها.....
٣٠١	المطلب الرابع: من الذي يحلف في القسامة؟.....
٣٠٢	المطلب الخامس: ضوابط الاحتياط في شروط القسامة.....
٣٠٤	المبحث الرابع: ضوابط الأخذ بالاحتياط في الإثبات بالقرائن.....
٣٠٤	المطلب الأول: معنى القرائن ومشروعيته وحجيتها بصورة عامة.....
٣٠٧	المطلب الثاني: القرينة وسيلة إثبات احتياطية غير مباشرة.....
٣٠٧	المطلب الثالث: الاحتياط في حجية القرائن في إثبات الجنايات.....
٣١٠	المطلب الرابع: شروط العمل بالقرينة.....
٣١٠	المطلب الخامس: الاحتياط بإثبات الجناية بالنكول.....
٣١٢	المبحث الخامس: وسائل إثبات أخرى.....
٣١٢	المطلب الأول: قضاء القاضي بعلمه.....
٣١٣	المطلب الثاني: وسائل الإثبات المعاصرة.....
٣١٦	الخاتمة.....
٣٢٠	الفهارس العلمية.....
٣٢١	أولاً : فهرس الآيات القرآنية.....

٣٢٤		ثانياً : فهرس الأحاديث الشريفة
٣٢٨		ثالثاً : فهرس الأعلام
٣٣٢		رابعاً : فهرس المصادر والمراجع
٣٥٠		خامساً : الفهرس العام