



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المعهد العالي للقضاء
قسم الفقه المقارن
مرحلة الدكتوراه

الفروق الفقهية عند الحنفية في الحدود والجنايات والصلح

جمعاً ودراسةً

بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في قسم الفقه المقارن

إعداد الطالب

عاصم بن محمد بن عبد العزيز اللحيدان

إشراف

د. عقيل بن عبد الرحمن العقيل

الأستاذ المشارك في المعهد العالي للقضاء

العام الدراسي ١٤٣٤هـ / ١٤٣٥هـ



مُقَدِّمَةٌ

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ (١٠٢) ﴿١﴾.

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَجَدَّوْهُ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا

اللَّهَ الَّذِي نَسَاءُ لُونِ بِهِ ءَ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ (١) ﴿٢﴾.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾ (٧٠) يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ

يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾ (٧١) ﴿٣﴾.

أما بعد (٤):

فقد مدح الله العلم وأهله، وحث عليه وعلى التزود منه، كما في قوله تعالى: ﴿وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي

عِلْمًا﴾ (١١٤) ﴿٥﴾، والعلم من أفضل الأعمال الصالحة، ومن أجل العبادات، قال تعالى: ﴿يَرْفَعُ اللَّهُ

الَّذِينَ ءَامَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ﴾ (٦)، فالعلم فضله عظيم، وأجره كبير، وفيه يقول الله

سبحانه وتعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ﴾ (٩) ﴿٧﴾.

(١) سورة آل عمران: ١٠٢.

(٢) سورة النساء: ١.

(٣) سورة الأحزاب: ٧٠-٧١.

(٤) هذه خطبة الحاجة التي كان النبي ﷺ يعلمها أصحابه، كما جاء ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وقد خرَّج حديثها: أبو داود، كتاب النكاح، باب في خطبة النكاح، رقم (٢١١٨)، والترمذي وحسنه، كتاب النكاح، باب ما جاء في خطبة النكاح رقم (١١٠٥)، والنسائي، كتاب النكاح، باب ما يستحب من الكلام عند النكاح رقم (٣٢٧٧) وابن ماجه، كتاب النكاح، باب في خطبة النكاح، رقم (١٨٩٢)، والحديث حسنه ابن الملقن في البدر المنير ١٣٥/٧.

(٥) سورة طه: ١١٤.

(٦) سورة المجادلة: ١١.

(٧) سورة الزمر: ٩.

والعلوم الشرعية متعددة الموضوعات، ومن أهمها وأشرفها علم الفقه، فبه يعرف العبد ربه في عبادته، من صلاة وزكاة وصيام وحج ومعاملات للناس، لذا فقد أفنى العلماء أعمارهم فيه، بحثاً وتأليفاً، وشرحاً وتعليقاً .

والفقه أبوابه واسعة ومتعددة، ومنها: الفروق الفقهية، وترجع أهميتها إلى أن معرفة الفروق مما تترتب عليه معرفة الأحكام، وإزالة الأوهام، وشحذ الأذهان، ودراسة تلك الفروق تساعد الفقيه على ربط الفقه بأبوابه المتعددة؛ مما يسهم في حفظ الفقه وضبطه، كما أن دراسة الفروق الفقهية واستيعابها يعين القضاة والمفتين والحكام عند البحث عن حلول للمسائل والنوازل الطارئة بأيسر سبيل وأقرب طريق.

وقد يسر الله لي الدراسة في المعهد العالي للقضاء في مرحلة الدكتوراه، ومنَّ عليَّ بإكمال الدراسة الأكاديمية، وكان من متطلبات الدراسة أن يقدم الطالب بحثاً لنيل درجة الدكتوراه، وقد اخترت موضوعاً جديراً بالبحث، وهو ضمن مشروع علمي في دراسة الفروق الفقهية في المذهب الحنفي، ومقارنته مع المذاهب الثلاثة، قد قسم على ثلاثة عشر طالباً، وكان من نصيبي عنوان هذه الرسالة:

«الفروق الفقهية عند الحنفية في الحدود والجنايات والصلح»

جمعاً ودراسة.

❖ أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

وتجلى أهمية الموضوع وأسباب اختياره فيما يلي:

- ١- ما لهذه الفروق من أهمية فقهية عظيمة؛ إذ إن من الفقه معرفة الجمع والفرق، وعلى ذلك جل مناظرات السلف، حتى قال بعضهم: الفقه فرق وجمع^(١).
- ٢- أن كل فرق بين مسألتين مؤثر، ما لم يغلب على الظن أن الجامع أظهر، ولا يكتفى بالخيالات في الفروق^(٢).

(١) ينظر: المنشور ٦٩/١.

(٢) المرجع السابق.

- ٣- نأ نشأة علم الفروق هو نتيجة للقول بتعليل الأحكام، فالوقوف على الفرق فر ع
عن الوقوف على علة الحكم في الصور المفترقة.
- ٤- التمييز بين الفروق الباطلة، والفروق المؤثرة، وبالتالي ضبط الفتاوى والأحكام.
- ٥- منع التداخل والتشابه بين الصور الفقهية.
- ٦- الإسهام في دعم المكتبة الإسلامية بدراسات استقرائية حول الفروق الفقهية؛ خاصة
إذا عُلِمَ بالاستقراء حاجة المكتبة إلى هذه التصانيف.

❖ أهداف البحث:

يمكن تصور أهداف البحث من خلال الأمور الآتية:

- ١- جمع الفروق الفقهية الواردة في كتب الفقه الحنفي، في كتاب الحدود والجنايات والصلح.
- ٢- مناقشة صاحب الفرق؛ داخل المذهب وخارجه.
- ٣- المساهمة في إثراء الفقه الحنفي في الباب التأصيلي.
- ٤- بيان منهج المذهب الحنفي في الفروق الفقهية.
- ٥- بيان التكامل بين المذاهب الفقهية.

❖ الدراسات السابقة:

بعد البحث والاطلاع حول ما كتب في مجال الفروق الفقهية، لم أقف على دراسة علمية سابقة تناولت هذا الموضوع بخصوصه، وإنما كان هناك دراسات تشترك في الموضوع العام مع موضوع رسالتي هذه، وبيان ذلك على النحو الآتي:

- ١- الفروق الفقهية بين المسائل الفرعية في حد الزنا والقذف والسرقة، دراسة موازنة، إعداد سراج الدين بلال، رسالة دكتوراه، الجامعة الإسلامية، ١٤١٩ هـ.
- ٢- الفروق الفقهية بين المسائل الفرعية في الجنايات، دراسة مقارنة، إعداد محمد صالح فرج محمد، رسالة دكتوراه، الجامعة الإسلامية، ١٤٢١ هـ.

- ٣- الفروق بين الفروع الفقهية عند شيخ الإسلام ابن تيمية: من باب الجنايات إلى باب الإقرار، إعداد ابتهاج بنت عبد العزيز المبرد، رسالة ماجستير، جامعة الإمام محمد بن

سعود الإسلامية، ١٤٢٩هـ.

٤- الفروق الفقهية بين المسائل الفرعية في القضاء والشهادات، جمع ودراسة، إعداد سلمان بن رضا بن صبيان السهلي، رسالة دكتوراه، الجامعة الإسلامية، ١٤٣٠هـ.

وهذه الدراسات تختلف عن موضوع بحثي، فإنه أعم منها من وجه، وهو شموله لمسائل أكثر مما ذكر، وأخص منها من وجه، وهو أن في المذهب الحنفي خاصة.

ولم أقف -حسب اطلاعي- على دراسة متخصصة في الفروق الفقهية الواردة في كتب الفقه الحنفي عدا كتاباً متقدماً جمع الفروق الفقهية عند المذهب الحنفي، وهو كتاب الفروق للكرائسي.

وهذا الكتاب يفارق بحثي بأن بحثي جاء بـ (١٨١) فرقاً زائداً عليه، إضافة إلى أن بحثي مقارنة بالمذاهب الثلاثة.

❖ الصعوبات التي واجهت الباحث:

من الصعوبات التي واجهت الباحث ما يأتي:

- ١- فهم نصوص علماء الحنفية ودلالاتها، فيصعب فهم الفرق إلا بعد طول تأمل وإعادة قراءته مراراً.
- ٢- طول نص الفرق في بعض الفروق، فيكون الباب يندرج تحته عدة مسائل فقهية مرتبطة ببعض، فيأتي الفرق في جزء دقيق منها على مسألة أخرى في باب آخر.
- ٣- عدم وجود أكثر من مرجع للفرق، فبعض علماء الحنفية من خلال استقراء المذهب يستنبط فرقاً لا يذكره غيره.
- ٤- كتابة وجه الفرق بناء على غلبة الظن؛ لصعوبة نص علماء الحنفية.
- ٥- كون الفرق لأحد أفراد المذهب، كأن ينص زفر على الفرق ويكون المذهب الحنفي على خلافه.
- ٦- استنباط بعض أدلة وتعليقات الفرق، فبعضهم يذكر الفرق بناء على مسألة تم بسطها بدليلها ثم يذكر الفرق حالياً عن تعليقه في المسألتين.
- ٧- كون الفرق بين مسألتين متشابهتين في الصورة ومختلفتين في الحكم.
- ٨- كون الفرق بين مسألتين، كل مسألة في باب آخر كالقصاص والنكاح.

- ٩- البحث عن مظان الفرق في المذاهب الثلاثة، خاصة في المسائل الفرعية التي تأتي على صورة مثال أو مسألة فرعية دقيقة، وفي حال وجود مرجع في المسألة الأولى فلا يتيسر وجود مرجع في المسألة الثانية أو العكس.
- ١٠- عدم وجود اعتراضات على الفرق، بسبب أن الفرق لم يذكر بنصه إلا عند علماء الحنفية.

❖ منهج البحث:

المنهج الذي سرت عليه في إعداد هذا البحث هو كالأتي:

- ١- تصوير المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من دراستها.
- ٢- إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق، فأذكر حكمها بدليله مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتمدة.
- ٣- إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبع الآتي:
 - أ. تحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف وبعضها محل اتفاق.
 - ب. ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.
 - ج. الاختصار على المذاهب الفقهية المعتمدة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، وإذا لم أقف على المسألة في مذهب ما فأسلك فيها مسلك التخريج.
 - د. توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.
 - هـ. استقصاء أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها إن وجدت، وأذكر ذلك بعد الدليل مباشرة.
 - و. الترجيح مع بيان سببه، وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.
- ٤- الاعتماد على أمانات المصادر والمراجع الأصلية في التحرير والتوثيق والجمع والتخريج.

٥- تكون دراسة الفروق الفقهية في ثلاثة مطالب:

- **المطلب الأول: بيان مفردات الفرق:** ويتضمن المعنى اللغوي والاصطلاحي للمفردات المحورية للفرق.

- **المطلب الثاني: دراسة الفرق:** ويتضمن: من قال به من المذاهب الأربعة، ودليل الفرق إن وجد، والاعتراضات الواردة على الفرق مع جوابها؛ من داخل المذهب وخارجه، وذكر الاستثناءات من الفرق، وفوق أخرى.

- **المطلب الثالث: التطبيقات على الفرق:** ويتضمن المسائل التي ذكرها الحنفية، وغيرهم من أئمة المذاهب، كما يُعنى بالتخريج المعاصر على هذا الفرق.

٦- التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.

٧- العناية بضرب الأمثلة، خاصة الواقعية.

٨- تجنب ذكر الأقوال الشاذة.

٩- العناية بدراسة ما جد من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث.

١٠- ترقيم الآيات وبيان سورها مضبوطة بالشكل.

١١- تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية وإثبات الكتاب والباب والجزء والصفحة، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها - إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما - فإن كانت فيهما فأكتفي حينئذ بتخريجها منهما أو من أحدهما.

١٢- تخريج الآثار من مصادرها الأصلية، والحكم عليها.

١٣- التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المعتمدة.

١٤- توثيق المعاني اللغوية من معاجم اللغة المعتمدة وتكون الإحالة عليها بالمادة والجزء والصفحة.

١٥- العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم، ومنها علامات التنصيص للآيات الكريمة وللأحاديث الشريفة وللآثار ولأقوال العلماء وأميز العلامات أو الأقواس ليكون لكل منها علامته الخاصة.

١٦- تكون الخاتمة متضمنة أهم النتائج والتوصيات.

١٧- ترجمة الأعلام غير المشهورين بإيجاز بذكر اسم العلم ونسبه وتاريخ ولادته وتاريخ وفاته ومذهبه العقدي والفقهي والعلم الذي اشتهر به، وأهم مؤلفاته ومصادر ترجمته.

١٨- مراجع البحث:

أرتبها على حسب الترتيب الهجائي وعلى النحو الآتي:

أ- عنوان الكتاب.

ب- اسم المؤلف والمحقق إن وجد.

ت- الدار أو الناشر.

ث- سنة الطبع ورقم الطبعة.

١٩- أتبع البحث بالفهارس الفنية المتعارف عليها، وهي:

أ- فهرس الآيات القرآنية.

ب- فهرس الأحاديث والآثار.

ت- فهرس الأعلام.

ث- فهرس المراجع والمصادر.

ج- فهرس الموضوعات.

❖ خطة البحث:

قسمت هذا البحث إلى مقدمة وتمهيد وثلاثة أبواب وخاتمة.

المقدمة: وتشتمل على:

أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، وأهدافه، والدراسات السابقة في الموضوع، والصعوبات التي واجهت الباحث، ومنهج البحث، وخطة البحث.

التمهيد: وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الفروق الفقهية وأهميتها، وفيه أربعة مطالب:

- المطلب الأول: تعريف الفرق لغة واصطلاحاً .
- المطلب الثاني: تعريف الفقه لغة واصطلاحاً .
- المطلب الثالث: تعريف الفروق الفقهية لقباً .
- المطلب الرابع: أهمية الفروق الفقهية.
- المبحث الثاني: الفروق الفقهية عند الحنفية؛ النشأة والأطوار.**
- المبحث الثالث: كتب الفروق الفقهية، وفيه أربعة مطالب:**
- المطلب الأول: كتب الفروق الفقهية عند الحنفية.
- المطلب الثاني: كتب الفروق الفقهية عند المالكية.
- المطلب الثالث: كتب الفروق الفقهية عند الشافعية.
- المطلب الرابع: كتب الفروق الفقهية عند الحنابلة.
- المبحث الرابع: مصطلحات الفقه الحنفي، وفيه مطلبان:**
- المطلب الأول: المصطلحات العامة.
- المطلب الثاني: المصطلحات الخاصة.

الباب الأول:

الفروق الفقهية في كتاب الحدود، وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: فروق كتاب الحدود مع غيره من أبواب الفقه، وفيه ثلاثة عشر مبحثاً:

- المبحث الأول: الفرق بين الحدود والقصاص في حق الأخرس.
- المبحث الثاني: الفرق بين حد السرقة والغصب في مسألة الضمان وتغير العين.
- المبحث الثالث: الفرق بين حق العباد، والحدود الخالصة لله تعالى في ولاية الاستيفاء.
- المبحث الرابع: الفرق بين السرقة والهبة من الزوجة.
- المبحث الخامس: الفرق بين السرقة والوصية للزوجة.
- المبحث السادس: الفرق بين القصاص والتعزير.

- المبحث السابع: الفرق بين العقوبات والأموال في مسألة الحبس.
- المبحث الثامن: الفرق بين الحرى والباغى وقاطع الطريق.
- المبحث التاسع: الفرق بين السكر والجنون.
- المبحث العاشر: الفرق بين الشهادة بالزنا، والشهادة بالدين.
- المبحث الحادى عشر: الفرق بين الإقرار بالزنا، والإقرار بالدين.
- المبحث الثانى عشر: الفرق بين حد الزنا والبيع في مسألة الشهادة.
- المبحث الثالث عشر: الفرق بين حد السرقة والوديعة في مسألة الضمان.
- **الفصل الثانى: الفروق الفقهية المتعلقة بالحدود، وفيه تسعة عشر مبحثاً :**

- المبحث الأول: الفرق بين حد شرب الخمر وحد الزنا.
- المبحث الثانى: الفرق بين حد الزنا وحد القذف.
- المبحث الثالث: الفرق بين حد شرب الخمر وحد القذف.
- المبحث الرابع: الفرق بين حد الزنا وحد السرقة.
- المبحث الخامس: الفرق بين حد السرقة وحد القذف.
- المبحث السادس: الفرق بين حد السرقة وحد قطع الطريق.
- المبحث السابع: الفرق بين حد القذف والقصاص.
- المبحث الثامن: الفرق بين قطع الطريق، وسائر الحدود.
- المبحث التاسع: الفرق بين حد الزنا، وسائر الحدود.
- المبحث العاشر: الفرق بين حد القذف وسائر الحدود.
- المبحث الحادى عشر: الفرق بين المحصن وغير المحصن في الحدود.
- المبحث الثانى عشر: الفرق بين الحد والتعزير.
- المبحث الثالث عشر: الفرق بين الذمى والمستأمن في إقامة الحدود.
- المبحث الرابع عشر: الفرق بين الرجل والمرأة في الحدود.
- المبحث الخامس عشر: الفرق بين الأعمى والبصير في الحدود.

- المبحث السادس عشر: الفرق بين إقامة التعزير من قبل الزوج، وإقامته من قبل الإمام.

- المبحث السابع عشر: الفرق بين البينة والإقرار في مسائل الحدود.

- المبحث الثامن عشر: الفرق بين الإقرار والشهادة في مسائل الحدود.

- المبحث التاسع عشر: الفرق بين الحبس والكفالة في الحدود.

الفصل الثالث: فروق مسائل حد الزنا والقذف، وفيه ستة وعشرون مبحثاً :

- المبحث الأول: الفرق بين الرجل والمرأة في ثبوت حد الزنا.

- المبحث الثاني: الفرق بين دعوى الإكراه، ودعوى النكاح في مسائل حد الزنا.

- المبحث الثالث: الفرق بين المجنون والمكره في مسائل حد الزنا.

- المبحث الرابع: الفرق بين النكاح الفاسد والشرء الفاسد في مسائل حد الزنا.

- المبحث الخامس: الفرق بين الكافر والعبد في العدالة.

- المبحث السادس: الفرق بين اللمس والتقبيل، وبين الزنا.

- المبحث السابع: الفرق بين الأعمى والفاسق في الشهادة على الزنا.

- المبحث الثامن: الفرق بين المجنون والأعمى في مسائل حد الزنا.

- المبحث التاسع: الفرق بين الحربي والمجنون في مسائل حد الزنا.

- المبحث العاشر: الفرق بين الجلد والرجم.

- المبحث الحادي عشر: الفرق بين شبهة الرجوع، وصريح الرجوع عن الشهادة في مسائل حد الزنا.

- المبحث الثاني عشر: الفرق بين شبهة الفعل وشبهة المحل في مسائل حد الزنا.

- المبحث الثالث عشر: الفرق بين الخرس والغيبة في مسائل حد الزنا.

- المبحث الرابع عشر: الفرق بين قوله: ظننت أنها امرأتي، وقوله: هي امرأتي.

- المبحث الخامس عشر: الفرق بين الجلد والقطع.

- المبحث السادس عشر: الفرق بين الإقرار والشهادة بالزنا.

- المبحث السابع عشر: الفرق بين موت وعجز الشهود في مسائل حد الزنا.
- المبحث الثامن عشر: الفرق بين مَن غصب جارية فزنى بها فماتت، وبين مَن غصب حرة فزنى بها فماتت.
- المبحث التاسع عشر: الفرق بين من قال لامرأته: زيت قبل أن أتزوجك، وبين ما لو قال: كنت قدفتك بالزنى قبل أن أتزوجك.
- المبحث العشرون: الفرق بين قوله: أزنى الناس، وبين قوله: أزنى مني أو أزنى من فلان.
- المبحث الحادي والعشرون: الفرق بين قوله: لست لأملك، وقوله: لست لأبيك.
- المبحث الثاني والعشرون: الفرق بين قوله للرجل: يا زانية، وقوله للمرأة: يا زاني.
- المبحث الثالث والعشرون: الفرق بين العبد والكافر والمحدود، وبين الفاسق في حد القذف.
- المبحث الرابع والعشرون: الفرق بين الخصي والعين، وبين المحبوب في حد القذف.
- المبحث الخامس والعشرون: الفرق بين نفيه عن أبيه، ونفيه عن جده.
- المبحث السادس والعشرون: الفرق بين العتق والإسلام في قبول شهادة المحدود بالقذف.

الفصل الرابع: فروق مسائل حد السرقة وقطع الطريق، وفيه تسعة عشر مبحثاً:

- المبحث الأول: الفرق بين الحر الصغير والمملوك في السرقة.
- المبحث الثاني: الفرق بين ما يعبر عن نفسه، وبين ما لا يعبر عن نفسه في مسائل حد السرقة.
- المبحث الثالث: الفرق بين الطرار والنباش.
- المبحث الرابع: الفرق بين التراب والخشب في مسائل السرقة.
- المبحث الخامس: الفرق بين الحربي والذمي في مسائل السرقة وقطع الطريق.
- المبحث السادس: الفرق بين المرعى، وبين العطن والمراح في مسائل السرقة.

- المبحث السابع: الفرق بين سرقة الكوز وسرقة القمقمة.
- المبحث الثامن: الفرق بين سرقة الثوب وسرقة الجوالق.
- المبحث التاسع: الفرق بين نقصان السعر ونقصان العين في مسائل السرقة.
- المبحث العاشر: الفرق بين الصبي والمحرم، وبين الشريك في مسائل السرقة.
- المبحث الحادي عشر: الفرق بين السرقة من الغائب، والسرقة من الأب والوصي.
- المبحث الثاني عشر: الفرق بين السرقة من الحمام، والسرقة من المسجد.
- المبحث الثالث عشر: الفرق بين الهلاك والاستهلاك في مسائل السرقة.
- المبحث الرابع عشر: الفرق بين السرقة ليلاً، والسرقة نهاراً.
- المبحث الخامس عشر: الفرق بين الرجوع عن الإقرار، وتكذيب الحجة في مسائل قطع الطريق.
- المبحث السادس عشر: الفرق بين نقب البيت، وشق الجوالق في مسائل السرقة.
- المبحث السابع عشر: الفرق بين الدار الصغيرة والدار الكبيرة في مسائل السرقة.
- المبحث الثامن عشر: الفرق بين الصبي والمعتوه والأخرس، وبين العاقل في مسائل السرقة.
- المبحث التاسع عشر: الفرق بين ذي الرحم والحربي في مسائل قطع الطريق.

الباب الثاني:

الفروق الفقهية في كتاب الجنايات، وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: فروق كتاب الجنايات مع غيره من أبواب الفقه، وفيه تسعة عشر مبحثاً:

- المبحث الأول: الفرق بين القصاص والنكاح في مسألة الشبهة.
- المبحث الثاني: الفرق بين الجناية والنكاح في مسألة الولي.
- المبحث الثالث: الفرق بين ثبوت القصاص وثبوت المال في مسألة الشبهة.
- المبحث الرابع: الفرق بين القصاص والشفعة في مسائل الشراكة.
- المبحث الخامس: الفرق بين القصاص والصلح في حق العبد.
- المبحث السادس: الفرق بين القصاص والوصية في مسألة الزوجية.

- المبحث السابع: الفرق بين الصلح على الدية والبيع.
 - المبحث الثامن: الفرق بين القصاص والغصب في الإتلاف.
 - المبحث التاسع: الفرق بين القصاص وحد السرقة.
 - المبحث العاشر: الفرق بين القصاص والدية في الثبوت.
 - المبحث الحادي عشر: الفرق بين القصاص والدين في الثبوت.
 - المبحث الثاني عشر: الفرق بين الجناية والدين في زيادة الأصل.
 - المبحث الثالث عشر: الفرق بين الدية واللقيط في دار الإسلام.
 - المبحث الرابع عشر: الفرق بين الجناية والطلاق في مسألة التخيير.
 - المبحث الخامس عشر: الفرق بين الجناية والكفالة في مسألة التخيير.
 - المبحث السادس عشر: الفرق بين الجناية والغصب في التقييم.
 - المبحث السابع عشر: الفرق بين الدية والمهر في مسألة الوجوب.
 - المبحث الثامن عشر: الفرق بين العفو والمال في مسائل الجنايات.
 - المبحث التاسع عشر: الفرق بين القصاص والعتق في مسألة الشركة.
- الفصل الثاني: الفروق الفقهية المتعلقة بالجاني والمجني عليه، وفيه ستة وعشرون مبحثاً :**
- المبحث الأول: الفرق بين جناية الوالد وجناية الولد.
 - المبحث الثاني: الفرق بين المكاتب والمأذون في مسائل الجنايات.
 - المبحث الثالث: الفرق بين سائق الدابة وراكبها إذا جنت.
 - المبحث الرابع: الفرق بين الحر والعبد في الجنايات.
 - المبحث الخامس: الفرق بين المكاتب والعبد في مسائل الجنايات.
 - المبحث السادس: الفرق بين المكاتب والحر في مسائل الجنايات.
 - المبحث السابع: الفرق بين جناية المغصوب وجناية الرهن.
 - المبحث الثامن: الفرق بين جناية المكاتب وجناية المدبر وأم الولد.
 - المبحث التاسع: الفرق بين الوصي وبين الأب والجد في مسائل القصاص.
 - المبحث العاشر: الفرق بين المكاتب، وبين معتق البعض في مسائل الجنايات.
 - المبحث الحادي عشر: الفرق بين العبد، ومعتق البعض في مسائل الجنايات.

- المبحث الثاني عشر: الفرق بين جناية العبد على جماعة، وجنأيته على واحد له وليان.
 - المبحث الثالث عشر: الفرق بين الكسب والولد، وبين الأرش.
 - المبحث الرابع عشر: الفرق بين القن، والمدبر في مسائل الجنايات.
 - المبحث الخامس عشر: الفرق بين العبد والأجير في مسائل الجنايات.
 - المبحث السادس عشر: الفرق بين الصغير والكبير في مسائل الجنايات.
 - المبحث السابع عشر: الفرق بين الذمي والمسلم في مسائل الجنايات.
 - المبحث الثامن عشر: الفرق بين إقرار العبد بجناية موجبة للمال، وإقراره بالقصاص.
 - المبحث التاسع عشر: الفرق بين الكلب والسهم في مسائل الجنايات.
 - المبحث العشرون: الفرق بين إرسال الدابة في الطريق، وبين إرسال الكلب أو البازي للاصطياد في مسائل الجنايات.
 - المبحث الحادي والعشرون: الفرق بين الأب والزوج في الضرب.
 - المبحث الثاني والعشرون: الفرق بين الأب والمعلم في الضرب.
 - المبحث الثالث والعشرون: الفرق بين المحجور عليه والذمي في مسائل الجنايات.
 - المبحث الرابع والعشرون: الفرق بين اللابس والحامل في ضمان الجناية.
 - المبحث الخامس والعشرون: الفرق بين ما إذا صاح على امرأة فألقت جنيناً، وبين ما إذا خوفها بالضرب.
 - المبحث السادس والعشرون: الفرق بين الحفر والإشراع في مسائل الجنايات.
- الفصل الثالث: فروق مسائل كتاب الجنايات، وفيه أربعون مبحثاً :**
- المبحث الأول: الفرق بين ضمان الجناية وضمان المتلفات.
 - المبحث الثاني: الفرق بين الجناية على النفس، والجناية على ما دون النفس.
 - المبحث الثالث: الفرق بين الجناية على الآدمي، والجناية على المال.
 - المبحث الرابع: الفرق بين الشهادة والإقرار في مسائل الجنايات.
 - المبحث الخامس: الفرق بين الضربة والضربات في مسائل الجنايات.

- المبحث السادس: الفرق بين المثل والمحدد في مسائل الجنايات.
- المبحث السابع: الفرق بين الرهن والكفالة في توثيق الأرض.
- المبحث الثامن: الفرق بين القتل العمد والقتل الخطأ.
- المبحث التاسع: الفرق بين الإثبات والاستيفاء في مسائل الجنايات.
- المبحث العاشر: الفرق بين الاستيفاء والعفو في القصاص.
- المبحث الحادي عشر: الفرق بين الإبراء والاستيفاء.
- المبحث الثاني عشر: الفرق بين الدفع والفداء في مسائل الجنايات.
- المبحث الثالث عشر: الفرق بين وقوف الدابة وسيرها إذا جرت.
- المبحث الرابع عشر: الفرق بين إذا مال الحائط إلى ملك إنسان، وبين ما إذا مال إلى الطريق.
- المبحث الخامس عشر: الفرق بين ما إذا أعطى الأرض بغير قضاء القاضي، وبين ما إذا أعطاه بقضاء القاضي.
- المبحث السادس عشر: الفرق بين حق صاحب الدين، وحق ولي الجناية.
- المبحث السابع عشر: الفرق بين الحفر وغيره في مسائل الجنايات.
- المبحث الثامن عشر: الفرق بين الدفع بقضاء، والدفع بغير قضاء.
- المبحث التاسع عشر: الفرق بين الإبراء من الجناية قبل قضاء القاضي، وبعد قضاء القاضي.
- المبحث العشرون: الفرق بين الأمر بالقتل، والأمر بقطع الطرف.
- المبحث الحادي والعشرون: الفرق بين القتل مباشرة، والقتل تسليلاً.
- المبحث الثاني والعشرون: الفرق بين القتل والقطع بحق.
- المبحث الثالث والعشرون: الفرق بين العفو عن القطع، والعفو عن القتل.
- المبحث الرابع والعشرون: الفرق بين القطع بغير حق، وبين القطع بحق.
- المبحث الخامس والعشرون: الفرق بين الخلع والنكاح في مسائل الجنايات.
- المبحث السادس والعشرون: الفرق بين البيع والهبة في مسائل الجنايات.
- المبحث السابع والعشرون: الفرق بين التعدي، وعدم التعدي في مسائل

الجنايات.

- المبحث الثامن والعشرون: الفرق بين المماثلة، وعدم المماثلة في مسائل القصاص.
- المبحث التاسع والعشرون: الفرق بين الضرب والشجعة في مسائل الجنايات.
- المبحث الثلاثون: الفرق بين الشعر والعقل وبين غيرها في مسائل الجنايات.
- المبحث الحادي والثلاثون: الفرق بين السن وسائر العظام في مسائل الجنايات.
- المبحث الثاني والثلاثون: الفرق بين السم والحجر في الجنايات.
- المبحث الثالث والثلاثون: الفرق بين بدل المفاصل، وبدل الكف والزند.
- المبحث الرابع والثلاثون: الفرق بين ذهاب العقل بالشجعة، وذهاب السمع أو البصر.

- المبحث الخامس والثلاثون: الفرق بين الرزق والعطاء في مسائل الديات.
- المبحث السادس والثلاثون: الفرق بين البيع والعتق في مسائل الجنايات.
- المبحث السابع والثلاثون: الفرق بين ضمان الفعل وضمان القول في الجنايات.
- المبحث الثامن والثلاثون: الفرق بين العفو عن الجناية والعفو عن القطع.
- المبحث التاسع والثلاثون: الفرق بين الأب والأخ في ولاية القصاص.
- المبحث الأربعون: الفرق بين النقل والضم في مسألة العاقلة.

الفصل الرابع: فروق مسائل القسامة، وفيه ستة عشر مبحثاً:

- المبحث الأول: الفرق بين القسامة وسائر الدعاوى.
- المبحث الثاني: الفرق بين القسامة واللعان في الأهلية.
- المبحث الثالث: الفرق بين القسامة والدية في موضع القتل.
- المبحث الرابع: الفرق بين القسامة والقتل مباشرة.
- المبحث الخامس: الفرق بين القسامة والوكيل بالخصومة.
- المبحث السادس: الفرق بين القسامة والشفعة في الخصومة.
- المبحث السابع: الفرق بين القسامة والوصية في الخصومة.
- المبحث الثامن: الفرق بين المرأة والصبي في مسائل القسامة.
- المبحث التاسع: الفرق بين اليمين في القسامة، واليمين في سائر الحقوق.

- المبحث العاشر: الفرق بين المحلة والسفينة في مسألة القسامة.
- المبحث الحادي عشر: الفرق بين الدابة والدار في مسائل القسامة.
- المبحث الثاني عشر: الفرق بين الدار والمحلة في مسائل القسامة.
- المبحث الثالث عشر: الفرق بين الحضور والغيبة في مسألة القسامة.
- المبحث الرابع عشر: الفرق بين المسجد والسوق، وبين الفلاة في مسائل القسامة.
- المبحث الخامس عشر: الفرق بين المالك والساكن في مسائل القسامة.
- المبحث السادس عشر: الفرق بين المسلمين إذا اقتتلوا، وبين المسلمين والمشركين إذا اقتتلوا في القسامة.

الباب الثالث:

الفروق الفقهية في كتاب الصلح، وفيه فصلان:

الفصل الأول: فروق كتاب الصلح مع غيره من أبواب الفقه، وفيه ثمانية مباحث:

- المبحث الأول: الفرق بين الصلح والميراث في الشركة.
- المبحث الثاني: الفرق بين الصلح والإجارة في الهلاك.
- المبحث الثالث: الفرق بين الصلح والنكاح في العوض.
- المبحث الرابع: الفرق بين الصلح والوصية في الجهالة.
- المبحث الخامس: الفرق بين الصلح والبيع في الشروط.
- المبحث السادس: الفرق بين الصلح والإقالة في التكييف الفقهي.
- المبحث السابع: الفرق بين الاستيفاء والصلح في حق الوصي.
- المبحث الثامن: الفرق بين الصلح والعفو في مسألة الشبهة.

الفصل الثاني: فروق مسائل كتاب الصلح، وفيه واحد وعشرون مبحثاً:

- المبحث الأول: الفرق بين الصلح في الوصية، والصلح في الإجارة.
- المبحث الثاني: الفرق بين من صالح أن يكون السطح له، وبين من صالح على أن يبيت على سطح سنة.

- المبحث الثالث: الفرق بين الصلح عن الشفعة، والصلح عن القصاص.
- المبحث الرابع: الفرق بين المهادنة في غلة العبد الواحد، والمهادنة للخدمة.
- المبحث الخامس: الفرق بين الصلح في الوصايا، والصلح في الإعارة.
- المبحث السادس: الفرق بين الصلح في القصاص، والصلح في حد القذف.
- المبحث السابع: الفرق بين الصلح عن القود، والصلح عن المال.
- المبحث الثامن: الفرق بين الصلح عن القود، والصلح عن الخلع.
- المبحث التاسع: الفرق بين ولاية الأب وولاية الوصي في الصلح.
- المبحث العاشر: الفرق بين إذا كان لرجل على رجلين دين فصالحاه على عبد على أنه بالخيار ثلاثاً، وبين ما إذا كان الدين لرجلين على رجل فصالحهما على أنهما بالخيار ثلاثة أيام.
- المبحث الحادي عشر: الفرق بين الصلح في السلم، والصلح في البيع.
- المبحث الثاني عشر: الفرق بين الخط في الصلح، والغبن اليسير في البيع.
- المبحث الثالث عشر: الفرق بين الأموال الربوية والأموال غير الربوية في باب الصلح.
- المبحث الرابع عشر: الفرق بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة في الصلح.
- المبحث الخامس عشر: الفرق بين ما يصلح أن يكون عوضاً في الصلح، وبين ما لا يصلح أن يكون عوضاً .
- المبحث السادس عشر: الفرق بين خدمة السفر وخدمة الحضر.
- المبحث السابع عشر: الفرق بين بدل الصلح في باب الخطأ وشبه العمد، وبدل الصلح عن القصاص.
- المبحث الثامن عشر: الفرق بين الصلح على المعلوم، والصلح على المطلق.
- المبحث التاسع عشر: الفرق بين الابن والأخ في الصلح.
- المبحث العشرون: الفرق بين صلح المكاتب، وصلح الأب أو الوصي.
- المبحث الحادي والعشرون: الفرق بين قوله: برئت، وبين قوله: أبرأتك.

الخاتمة:

وتشمل أهم النتائج والتوصيات.

الفهارس العامة:

وتشتمل على:

- فهرس الآيات القرآنية.
- فهرس الأحاديث والآثار.
- فهرس الأعلام.
- فهرس المراجع والمصادر.
- فهرس الموضوعات.

شكر وتقدير

أحمد الله تعالى الذي بنعمته تتم الصالحات، وأشكره على ما أنعم به علي من نعم عظيمة، فقد وفقني لبحث هذا الموضوع، وأعاني على إنجازه، فله الحمد والشكر الأتمّان الأكملان، أولاً وآخراً مظهراً وباطناً .

ثم الشكر لوالدي ووالداتي على تربيتهما وعطفهما ونصحهما وتوجيههما وتشجيعهما على هذا البحث، ومهما شكرتهما فلن أوفيتهما حقهما

ثم أتقدم بالشكر والعرفان لمنبع العلم والعلماء جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية لخدمتها للعلم وطلابها وتهيئة السبل الملائمة لهم.

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى المعهد العالي للقضاء -قسم الفقه المقارن- ممثلاً في مشايخي الأجلاء، وأساتذته الأفاضل، على كل ما بذلوه لي ولزملائي الدارسين في برنامج الدكتوراه، وأخص منهم شيخني الوالد الفاضل الدكتور/ عقيل بن عبد الرحمن العقيل الذي تشرفت بإشرافه عليّ في هذا البحث، فقد استفدت من علمه وتواضعه ودماثة خلقه وحسن توجيهه وإرشاداته كثيراً، مما كان له بالغ الأثر في سير البحث وإعدادة، فجزاه الله عني خيراً الجزاء وأوفاه.

وصلّى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

التمهيد

وفيه أربعة مباحث:

- المبحث الأول: تعريف الفروق الفقهية وأهميتها.
- المبحث الثاني: الفروق الفقهية عند الحنفية؛ النشأة والأطوار.
- المبحث الثالث: كتب الفروق عند الحنفية.
- المبحث الرابع: مصطلحات الفقه الحنفي.

المبحث الأول

تعريف الفروق الفقهية وأهميتها

وفيه أربعة مطالب:

- المطلب الأول: تعريف الفرق لغة واصطلاحاً .
- المطلب الثاني: تعريف الفقه لغة واصطلاحاً .
- المطلب الثالث: تعريف الفروق الفقهية لقباً .
- المطلب الرابع: أهمية الفروق الفقهية .

المطلب الأول

تعريف الفرق لغةً واصطلاحاً

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف الفرق لغة:

قال ابن فارس^(١): "الفاء والراء والقاف، أصل صحيح يدل على تمييز وتزييل بين شيئين"^(٢). والفرق خلاف الجمع، وانفرق الشيء وتفرق وافترق، وجمعه أفرق. والتفرق والافتراق سواء، ومنهم من يجعل التفرق في الأبدان، والافتراق في الكلام، يقال: فرقت بين الكلامين فافترقا، وفرقت بين الرجلين فتفرقا^(٣).

قال القرافي^(٤): "فائدة: سمعت بعض مشايخي الفضلاء يقول: فرقت العرب بين رفق بالتخفيف، ورفق بالتشديد، الأول في المعاني، والثاني في الأجسام.

ووجه المناسبة فيه: أن كثرة الحروف عند العرب تقتضي كثرة المعنى أو زيادته أو قوته، والمعاني لطيفة والأجسام كثيفة فناسبها التشديد، وناسب المعاني التخفيف؛ مع أنه قد وقع في كتاب الله تعالى خلاف ذلك، قال الله تعالى: ﴿وَإِذْ فَرَقْنَا بِكُمُ الْبَحْرَ﴾^(٥)، فخفف في البحر وهو جسم،

(١) ابن فارس: هو أحمد بن فارس بن زكريا، الإمام، العلامة، اللغوي، المحدث، كان رأساً في الأدب، بصيراً بفقهِ مالك، مناظراً متكلماً على طريقة أهل الحق، ومذهبه في النحو على طريقة الكوفيين، جمع إتقان العلم إلى ظرف أهل الكتابة والشعر. توفي عام ٣٩٩هـ.

من مؤلفاته: كتاب المجمل، فقه اللغة، غريب إعراب القرآن، حلية الفقهاء.

ينظر: سير أعلام النبلاء ١٧/١٠٣، معجم الأدباء ١/٤١٢.

(٢) مقاييس اللغة، مادة فرق ٤/٤٩٣.

(٣) ينظر: لسان العرب مادة فرق ١٠/٢٩٩.

(٤) القرافي: هو أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أصله من صنهاجة، قبيلة من بربر المغرب، نسبته إلى القرافة، وهي الحلة المحاورة لقبر الإمام الشافعي بالقاهرة، من فقهاء المالكية، انتهت إليه رئاسة الفقه المالكي، توفي عام ٦٨٤هـ.

من مؤلفاته: الفروق، الذخيرة، شرح تنقيح الفصول.

ينظر: الديباج المذهب ص ٦٢، شجرة النور الزكية ص ١٨٨.

(٥) سورة البقرة، ٥٠.

وقال تعالى: ﴿فَأَفَرُّقْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الْقَوْمِ الْفَاسِقِينَ﴾^(١)، وجاء على القاعدة قوله تعالى: ﴿وَأِنْ يَفْرَقَا يَغْنِ اللَّهُ كَلَامًا مِنْ سَعَتِهِ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾^(٣)، و ﴿تَبَارَكَ الَّذِي نَزَّلَ الْفُرْقَانَ عَلَى عَبْدِهِ﴾^(٤)، ولا نكاد نسمع من الفقهاء إلا قولهم: ما الفارق بين المسألتين؟ ولا يقولون: ما الفرق بينهما بالتشديد، ومقتضى هذه القاعدة أن يقول السائل: افرق لي بين المسألتين، ولا يقول: فرق لي، ولا بأي شيء تفرق مع أن كثيرين يقولونه في الأفعال دون اسم الفاعل^(٥).

المسألة الثانية: تعريف الفرق اصطلاحاً :

لا يختلف تعريف الفرق اصطلاحاً عن تعريفه لغة^(٦).

المطلب الثاني

تعريف الفقه لغة واصطلاحاً

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: تعريف الفقه لغة:

قال ابن فارس: "الفاء والقاف والهاء أصل واحد صحيح، يدل على إدراك الشيء والعلم به.

تقول: فقهت الحديث أفقهه. وكل علم بشيء فهو فقه.

ثم اختص ذلك بعلم الشريعة، فقل لكل عالم بالحلال والحرام: فقيه. وأفقهتك الشيء، إذا

بينته لك"^(٧).

المسألة الثانية: تعريف الفقه اصطلاحاً :

(١) سورة المائدة ٢٥.

(٢) سورة النساء ١٣٠.

(٣) سورة البقرة ١٠٢.

(٤) سورة الفرقان: ١.

(٥) الفروق للقراي ٤/١.

(٦) ينظر: الفروق الفقهية والأصولية، د. يعقوب البا حسين ص ١٥.

(٧) مقاييس اللغة، مادة فقه ٤/٤٤٢، ينظر: الصحاح، مادة فقه ٧/٩٣، المعجم الوسيط، مادة فقه ٢/٦٩٨.

"هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"^(١).

فيدخل في "العلم" جميع العلوم.

وخرج بقول: "الأحكام" العلم بالذوات والصفات والأفعال.

وخرج بقول: "الشرعية" العلم بالأحكام غير الشرعية سواء كانت عقلية كأحكام الهندسة، أو غيرها كأحكام النجوم.

وخرج بقول: "العملية" العلم بالأحكام الشرعية التي تتعلق ببيان الاعتقاد كمسائل الأسماء والصفات.

وخرج بقول: "المكتسب" العلم بكون أركان الإسلام من ديننا؛ لأن كونها من الدين بلغ في الشهرة حدا علمه المتدين وغيره. وخرج به أيضا: علم الله بتلك الأحكام؛ فإنه غير مكتسب.

وخرج بقول: "الأدلة" علم الرسول ﷺ بالأحكام؛ فإنه مستفاد من الوحي، وعلم المقلد بها، كالأحكام التي يتلقفها العوام من أفواه الفقهاء.

وخرج بقول: "التفصيلية" علم أصول الفقه؛ فإن الأدلة المذكورة فيه إجمالية^(٢).

المطلب الثالث

تعريف الفروق الفقهية لقباً

اختلفت ألفاظ الفقهاء في تعريف علم الفروق الفقهية باعتباره علماً مستقلاً، إلا أن مؤدى هذه التعريفات واحد، فمن هذه التعريفات:

١. "الفن - المسمى بالفروق - الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحدة تصويراً ومعنى، المختلفة حكماً وعلّة"^(٣).

ومما يؤخذ عليه: الدور^(٤).

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٥/١، وقد عزاه الآمدي إلى الشافعي، وينظر: جمع الجوامع ٤٢/١، القواعد والفوائد الأصولية للسبكي ص ٤.

(٢) ينظر: البحر المحيط ١٥/١، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ص ٥٠، الكليات ص ٦٩٠.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧.

(٤) الدور: "هو توقف الشيء على ما يتوقف عليه"، التعريفات للخرجاني ص ١٠٥.

٢. "معرفة ما يجتمع مع آخر في حكم فأكثر، ويفترق معه في حكم آخر فأكثر، كالذمي والمسلم يجتمعان في أحكام ويفترقان في أحكام"^(١).
ومما يؤخذ عليه: الدور.
٣. "هو العلم الذي يبحث فيه عن وجوه الاختلاف وأسبابها بين المسائل الفقهية المتشابهة في الصورة والمختلفة في الحكم، من بيان معنى تلك الوجوه، ما له صلة بها، ومن حيث صحتها وفسادها، وبيان شروطها، ووجوه دفعها ونشأتها وتطورها وتطبيقاتها، والثمرات والفوائد المترتبة عليها"^(٢).
ومما يؤخذ عليه: الطول.
٤. "العلم ببيان الفرق بين مسألتين فقهيتين متشابهتين صورة، مختلفتين حكماً"^(٣).
ومما يؤخذ عليه: الدور.
- ولعل التعريف المختار هو أن يقال: "علم يعنى بالتمييز بين المسائل الفقهية المتشابهة صورة المختلفة حكماً".

المطلب الرابع

أهمية علم الفروق الفقهية

تظهر أهمية علم الفروق الفقهية من خلال أمرين:
الأمر الأول: ثناء العلماء عليه، ومن ذلك قول الطوفي^(٤): "إن الفرق من عمد الفقه وغيره من العلوم، وقواعدها الكلية، حتى قال قوم: إنما الفقه معرفة الجمع والفرق"^(٥).

(١) غمز عيون البصائر ٢٩/١.

(٢) الفروق الفقهية، د. يعقوب الباحسين ص ٢٥.

(٣) إيضاح الدلائل في الفرق بين المسائل للزيراني، مقدمة المحقق د. عمر السبيل ص ١٧.

(٤) الطوفي: هو سليمان بن عبد القوي، نجم الدين، الطوفي، فقيه حنبلي، أصولي، تفقه على الصرصري، وقرأ العربية على محمد بن الحسين الموصللي، والأصول على النصير الفارقي وغيرهم، توفي عام ٧١٦هـ.

من مؤلفاته: معراج الوصول إلى علم الأصول، الرياض النواضر في الأشباه والنظائر، شرح مختصر الروضة.

ينظر: ذيل طبقات الحنابلة ٣٦٦/٢، شذرات الذهب ٧١/٨.

(٥) علم الجدل في علم الجدل ص ٧١.

وقال الإسنوي^(١): "إن المطارحة بالمسائل ذوات المآخذ المؤتلفة المتفقة والأجوبة المختلفة المفترقة، مما يثير أفكار الحاضرين في المسالك، ويبعثها على اقتناص أفكار المدارك، ويميز مواقع أقدار الفضلاء، ومواضع مجال العلماء"^(٢).

وقال الزركشي^(٣): "والثاني - من أنواع الفقه - معرفة الجمع والفرق، وعليه جل مناظرات السلف، حتى قال بعضهم: الفقه فرق وجمع"^(٤).

الأمر الثاني: فوائد هذا العلم، فلهذا العلم فوائد عظيمة جليلة، ومنها:

١. أن الفقيه يطلع بهذا العلم على حقائق الفقه ومداركه وأسراره ومآخذه، فهو من أسباب اتساع نظر الإنسان وتعمقه في العلم.

٢. تتكون بذلك العلم للفقهاء ملكة فقهية تصقل فكره، وتشحذ ذهنه، فهو وسيلة إلى جودة تصور المسائل العلمية، ذلك أنه إذا عمد إلى المسائل المتشابهة وأمعن النظر أدرك ما بينها من اختلاف فزال الاشتباه وضح التصور، كما أن فيها تمريناً للذهن، وذلك مما يساعد في تنمية الملكة الفقهية.

٣. تساعده على التمييز بين المسائل المتشابهة، وإدراك ما بينها من وجوه الاتفاق والافتراق، فيكون بيانه لحكم المسألة على أسس واضحة، وبراهين ظاهرة، وهذا أقرب إلى إصابة الحق فيها وأبعد عن الخطأ والزلل.

٤. بدراسته تتحقق إزالة الأوهام التي أثارها بعض من اتهموا الفقه بالتناقض؛ بسبب إعطائه

(١) الإسنوي: هو عبد الرحيم بن الحسن بن علي، الإسنوي، الشافعي، فقيه أصولي، ولد بإسنا من صعيد مصر، وسمع الحديث واشتغل بأنواع العلوم، انتهت إليه رئاسة الشافعية، وولي الحسبة وتصدى للتصنيف، توفي عام ٧٧٢هـ.

من مؤلفاته: المبهمات على الروضة في الفقه، الأشباه والنظائر.

ينظر: شذرات الذهب ٢٢٣/٦، الدرر الكامنة ٣٥٤/٢.

(٢) مطالع الدقائق في تحرير الجوامع والفوارق ص ١.

(٣) الزركشي: هو أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله، بدر الدين، الزركشي. فقيه شافعي أصولي. أصله تركي، نشأ بمصر وتوفي فيها عام ٧٩٤هـ.

من مؤلفاته: البحر المحيط، إعلام الساجد بأحكام المساجد، الديباج في توضيح المنهاج.

ينظر: الأعلام للزركلي ٢٨٦/٦، الدرر الكامنة ٣٩٧/٣.

(٤) المنشور في القواعد ٦٩/١.

الأمر المتماثلة أحكاماً مختلفة، وتسويته بين المختلفات، فبمعرفة أسباب التفريق في الحكم بين الصور المتشابهة يدرك وهن مثل هذه الاعتراضات وسقوطها^(١).

(١) ينظر: الشرح الممتع ١٣٣/١١، الفروق الفقهية، د. يعقوب الباسين، ص ٣٢، الفروق في أصول الفقه، د. عبد اللطيف الحمد ص ٢٤، إيضاح الدلائل، مقدمة المحقق ص ١٨.

المبحث الثاني

الفروق الفقهية عند الحنفية؛ النشأة والأطوار

لقد مر علم الفروق الفقهية بمرحلتين:

المرحلة الأولى: كونه عملاً من أعمال المجتهد.

وهي مرحلة كونه في الأذهان والعمل به دون تصريح، وقد بدأت هذه المرحلة مع بداية الفقه الإسلامي، فقد ورد التفريق في الحكم بين المسائل المتشابهة في الصورة في الكتاب والسنة. ومن ذلك ما جاء في كتاب عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- إلى أبي موسى الأشعري -رضي الله عنه-، وفيه: "أعرف الأشباه والأمثال، ثم قس الأمور بعضها ببعض، وانظر أقربها إلى الله وأشبهها بالحق فاتبعه"^(١).

وفيه: "إشارة إلى أن من النظائر ما يخالف نظائره في الحكم لمدر ك خاص به، وهو الفن المسمى بالفروق الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحدة تصويراً ومعنى المختلفة حكماً" وعله"^(٢). **المرحلة الثانية:** مرحلة كونه علماً مستقلاً بالتصنيف.

وقد بدأت هذه المرحلة في نهاية القرن الثالث وبداية القرن الرابع الهجري، فأول من ألف فيه كتاباً مستقلاً هو الإمام أحمد بن سريج الشافعي^(٣)، واسم كتابه: الفروق، وفي الفترة نفسها ألف

(١) أخرجه الدارقطني، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، كتاب عمر -رضي الله عنه- إلى أبي موسى الأشعري ٣٦٧/٥، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب آداب القاضي، باب ما يقضي به القاضي ويفتي به المفتي ١٩٧/١٠. قال شيخ الإسلام في منهاج السنة ٧١/٦: "ورسالة عمر المشهورة في القضاء إلى أبي موسى الأشعري تداولها الفقهاء وبنوا عليها واعتمدوا على ما فيها من الفقه وأصول الفقه".

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧.

(٣) ابن سريج: هو أحمد بن عمر بن سريج، فقيه الشافعية في عصره، مولده ووفاته ببغداد، ولي القضاء بشيراز، ثم اعتزل، ثم عرض عليه فامتنع، وقام بنصرة المذهب الشافعي في كثير من الأمصار، توفي عام ٣٠٦ هـ. من مؤلفاته: الانتصار، الأقسام والخصال، الودائع لنصوص الشرائع، الفروق.

محمد بن صالح الكراييسي الحنفي كتابه الفروق، ثم تتابع العلماء في التأليف في ذلك حتى صار في كل مذهب عدة مؤلفات في الفروق.

وقد ذكر بعضهم أن محمد بن الحسن^(١) هو أول من ألف في الفروق في الفقه الإسلامي، والصحيح أن كتاب محمد بن الحسن هو في الفقه عامة، وقد ذكر بعض الفروق في بعض المسائل.

فالمقصود من الكلام عن الفروق، الكلام عليها أنها عِلْمٌ على عِلْمٍ أو فن خاص، وعلى التدوين في ذلك استقلالاً، سواء كان منفرداً أو ضمن متون أخرى^(٢).

ينظر: طبقات الشافعية ٨٧/٢، الأعلام للزركلي ١٧٨/١.

(١) هو محمد بن الحسن بن فرقد، ونسبته إلى بني شيان بالولاء، وأصله من خرستا من قرى دمشق، إمام في الفقه والأصول، ثاني أصحاب أبي حنيفة بعد أبي يوسف، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة بتصانيفه الكثيرة، مات بالري عام ١٨٩ هـ.

من مؤلفاته: الجامع الكبير، الجامع الصغير، المبسوط، الزيادات، وهذه كلها تسمى عند الحنفية كتب ظاهر الرواية، وله كتاب الآثار، والأصل. ينظر: تاريخ بغداد ٥٦١/٢، طبقات الفقهاء للشيرازي ص ١٣٥.

(٢) ينظر: الفروق في أصول الفقه للحمد ص ٢١، إيضاح الدلائل مقدمة المحقق ص ٢٢، الفروق الفقهية د. يعقوب الباحسين ص ٦٣.

المبحث الثالث

كتب الفروق الفقهية

وفيه أربعة مطالب:

- المطلب الأول: كتب الفروق الفقهية عند الحنفية.
- المطلب الثاني: كتب الفروق الفقهية عند المالكية.
- المطلب الثالث: كتب الفروق الفقهية عند الشافعية.
- المطلب الرابع: كتب الفروق الفقهية عند الحنابلة.

المطلب الأول

كتب الفروق الفقهية عند الحنفية

هناك عدة كتب عنت بالفروق الفقهية عند الحنفية لعل من أبرزها:

- ١ - الفروق^(١)، لمحمد بن صالح الكرايسي^(٢).
- ٢ - الأجناس والفروق^(٣)، لأبي العباس أحمد بن محمد الناطفي الطبري^(٤).
- ٣ - الفروق^(٥)، لأسعد بن محمد بن الحسين النيسابوري الكرايسي^(٦).
- ٤ - الأشباه والنظائر^(٧)، لابن نجيم^(٨).

(١) رتبته على أبواب الفقه مورداً تحت كل باب طائفة من المسائل المتشابهة موضحاً الفرق بين كل مسألتين متشابهتين بأسلوب سهل وعبرة واضحة، وقد حقق في رسالة دكتوراه في كلية الشريعة في جامعة أم القرى.

ينظر: الفوائد البهية ٣٦٠، معجم المؤلفين ٣/٣٥٥، مقدمة إيضاح الدلائل، ص ٢٦.

(٢) الكرايسي: هو أبو الفضل محمد بن صالح الكرايسي السمرقندي، من فقهاء الحنفية، ينسب إلى بيع الكرايس، وهي الثياب، توفي عام ٣٢٢هـ. من مؤلفاته: الفروق في الحنفية. ينظر: كشف الظنون ١٢٥٧، الأعلام للزركلي ٦/١٦٢.

(٣) وللكتاب عدة نسخ خطية في المكتبة السلিমانيّة بإسطنبول. ينظر: الأعلام ١/٢١٣، مقدمة إيضاح الدلائل، ص ٢٧.

(٤) الناطفي: هو أبو العباس أحمد بن محمد بن عمر، الناطفي الطبري، من أهل الري، وهو من فقهاء الحنفية، توفي عام ٤٤٦هـ.

من مؤلفاته: الوقعات، الأجناس، الفروق. ينظر: الجواهر المضية ١/١١٣، الأعلام للزركلي ١/٢١٣.

(٥) رتب المصنف الكتاب على أبواب الفقه مورداً تحت كل باب طائفة من المسائل المتشابهة موضحاً الفرق بين كل مسألتين متشابهتين، وقد يذكر أكثر من فرق بين المسألتين المتشابهتين، كما أنه ينص أحياناً على الكتب التي نقل عنها المسألة أو الفرق. ينظر: الأعلام ١/٣٠١، مقدمة إيضاح الدلائل، ص ٢٧.

(٦) أسعد الكرايسي: هو أبو المظفر جمال الإسلام أسعد بن محمد بن الحسين الكرايسي النيسابوري، لقبه جمال الإسلام، فقيه حنفي أديب، توفي عام ٥٧٠هـ. من مؤلفاته: الفروق، الموجز. ينظر: الجواهر المضية ٢/٢٦٦، الأعلام للزركلي ١/٣٠١.

(٧) جث جعل المؤلف قسماً خاصاً من كتابه بفن الفروق، وهو الفن السادس، ذكر فيه طائفة من الفروق تحت عدة أبواب نقلها من فروق المحبوبي، والكتاب توالى عليه عدة أعمال علمية ما بين ترتيب أو تعليق أو شرح، ومن أشهرها: كتاب غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي. ينظر: معجم المؤلفين، ١/٧٤٠، مقدمة إيضاح الدلائل، ص ٢٨.

(٨) ابن نجيم: هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم، مصري فقيه حنفي، توفي عام ٩٧٠هـ. من مؤلفاته: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الأشباه والنظائر. ينظر: التعليقات السنوية بحاشية الفوائد البهية، ص ١٣٤، شذرات الذهب ٨/٣٥٨.

المطلب الثاني

كتب الفروق الفقهية عند المالكية

هناك عدة كتب في المذهب المالكي عنت بعلم الفروق الفقهية، لعل من أبرزها:

١- فروق مسائل مشتبهة في المذهب^(١)، لأبي القاسم عبد الرحمن بن محمد الكناني

المعروف بابن الكاتب^(٢).

٢- المجموع والفروق^(٣)، للقاضي عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي

المالكي^(٤).

٣- النظائر الفقهية^(٥)، لأبي عمران موسى بن عيسى الفاسي القيرواني^(٦).

٤- النكت والفروق^(٧)، لأبي محمد عبد الحق بن محمد بن هارون القرشي الصقلي^(٨).

(١) ينظر: شجرة النور الزكية ١٠٦.

(٢) هو عبد الرحمن بن علي بن محمد بن الكناني، وكنيته أبو القاسم. المعروف بابن الكاتب. من فقهاء المالكية، اشتهر بالعلم والفقه والنظر، تفقه في مسائل مشتبهة من المذهب، توفي عام ٤٠٨ هـ. من مؤلفاته: كتاب كبير في الفقه وكتاب الفروق. ينظر: ترتيب المدارك ٢٥٢/٧.

(٣) قال عنه الطوفي: "وهذا كتاب لطيف، لكنه كثير الفوائد" ينظر: علم الجدل في علم الجدل، ص ٧٣، الأعلام ١٨٤/٤.

(٤) القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي، من فقهاء المالكية، وله نظم ومعرفة بالأدب، ولي القضاء في العراق، ثم توجه إلى مصر، فمات شهيداً وتوفي فيها عام ٤٢٢ هـ.

من مؤلفاته: عيون المسائل، النصرة لمذهب مالك، شرح المدونة. ينظر: تاريخ دمشق لابن عساكر ٣٣٧/٣٧، تاريخ بغداد ٣٧٨/٩.

(٥) ينظر: معجم المؤلفين ١٨٤/٣.

(٦) هو الإبلوم عمران موسى بن عيسى بن أبي حاج، واسمه يحيى، الفاسي البربري الفقيه المالكي، نزيل القيروان، وإليه انتهت بها رئاسة العلم. كان من أعلم الناس وأحفظهم، جمع حفظ الفقه إلى الحديث ومعرفة معانيه، وكان يقرأ القراءات ويجودها مع معرفته بالرجال، والجرح والتعديل. أخذ عنه الناس من أقطار المغرب، توفي عام ٤٣٠ هـ.

من مؤلفاته: التعاليق على المدونة، "ولم يكمله"، الفهرست.

ينظر: تاريخ الإسلام ٤٨٢/٩، سير أعلام النبلاء ٢٠٧/١٣.

(٧) والكتاب مرتب على أبواب الفقه، فإذا وردت مسألة متشابهة مع غيرها في الظاهر أوضح الفرق بينهما، وقد اعتمده ونقل عنه كثيراً الونشريسي في فروقه، وقد حقق رسالة دكتوراه بجامعة أم القرى.

ينظر: الأعلام ٢٨٢/٣، معجم المؤلفين ٥٩/٢، مقدمة إيضاح الدلائل، ص ٢٩.

- ٥- أنوار البروق في أنواء الفروق "المشهور بفروق القرافي"^(٢)، لأحمد بن إدريس القرافي^(٣).
- ٦- عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجُمُوع والفروق^(٤)، لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي^(٥).
- ٧- إدرار الشروق على أنواء الفروق^(٦)؛ لقاسم بن عبد الله بن محمد الأنصاري السبتي^(٧).

(١) هو أبو محمد عبد الحق بن محمد بن هارون، السهمي القرشي الصقلي، من فقهاء المالكية، تعلم في صقلية، وحج مرتين، ولقي إمام الحرمين الجويني بمكة، وكانت بينهما مسائل في فقه المالكية، توفي بالإسكندرية عام ٤٦٦هـ. من مؤلفاته: تهذيب المطالب في شرح المدونة، جزء في ضبط ألفاظ المدونة.

ينظر: تاريخ الإسلام ٢٣٤/١٠، الأعلام للزركلي ٢٨٢/٣.

(٢) أنوار البروق في أنواع الفروق لكنه اشتهر بالفروق وهو في القواعد الفقهية والفروق بين المسائل والمواضيع المتشابهة مع بيان أحكامها على المذهب المالكي والمقارنة أحيانا مع بقية المذاهب ويشتمل على ٢٧٤ فرقا فيها (٥٤٠) قاعدة وضح فيها القواعد الفقهية وما يناسبها من الفروع وقدم له بمقدمة عن علم أصول الفقه وفائدة القواعد ومعنى الفروق لغة واصطلاحا وبدأه بقاعدة الفرق بين الشهادة والرواية وختمه بالفرق بين قاعدة ما هو مكروه والدعاء وقاعدة ما ليس بمكروه وجاء الشيخ قاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاط (٧٢٣هـ) وعلق على كتاب الفروق لتصحيح بعض الأحكام وتنقيح بعض المسائل في كتاب سماه «إدرار الشروق على أنوار الفروق» وقام الشيخ محمد بن علي بن حسين مفتي المالكية بمكة المكرمة (١٣٦٧هـ) باختصر الفروق ولخصه وهذبه ووضح بعض معانيه في كتابه «تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية وقد نال اهتمام علماء المالكية؛ لما له من قيمة علمية كبيرة، فتوالى عليه عدة أعمال علمية.

ينظر: مقدمة تحقيق كتاب إيضاح الدلائل ص ٣٠.

(٣) القرافي: هو أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي القرافي: من علماء المالكية نسبته إلى قبيلة صنهاجة (من برابرة المغرب) وإلى القرافة (الحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي) بالقاهرة. وهو مصري المولد والمنشأ والوفاة.

له مصنفات جليلة في الفقه والأصول، منها أنوار البروق في أنواء الفروق، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرف القاضي والإمام، الذخيرة في فقه المالكية، اليواقيت في أحكام المواقيت. ينظر: الأعلام للزركلي ٩٤/١.

(٤) رتب المصنف كتابه على أبواب الفقه، وينص غالباً على من قال بحكم المسألة، ويورد أكثر من فرق بين المسألتين المتشابهتين، كما أنه يذكر بعض القواعد الفقهية، وتميز الكتاب بوضوح العبارة ودقتها.

(٥) هو أبو العباس أحمد بن يحيى بن محمد الونشريسي التلمساني الأصل والمنشأ، من فقهاء المالكية. أخذ عن علماء تلمسان، مات في فاس عام ٩١٤هـ. من مؤلفاته: إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، المعيار المعرب عن فتاوى أفريقية والمغرب، القواعد. ينظر: معجم المؤلفين ٢٠٥/٢، الأعلام ٢٥٥/١.

(٦) وهو كتاب تَعَقَّبَ فيه مصنفه القرافي بالنقد لتصحيح بعض الأحكام وتنقيح بعض المسائل. ينظر: مقدمة محقق إيضاح الدلائل، ص ٣١، الأعلام ١٧٧/٥.

(٧) أبو القاسم سراج الدين قاسم بن عبد الله بن محمد الأنصاري السبتي، ابن الشاط، فرضي فقيه مالكي، أقرأ الأصول والفرائض، والشاط لقب لجدّه، توفي ٧٢٣هـ.

المطلب الثالث

كتب الفروق الفقهية عند الشافعية

لفقهاء الشافعية مصنفات عدة في الفروق الفقهية، لعل من أبرزها:

- ١- الفروق^(١)، لأبي العباس أحمد بن سريج الشافعي.
- ٢- الوسائل في فروق المسائل^(٢)، لسلامة بن إسماعيل بن جماعة المقدسي الشافعي^(٣).
- ٣- الفروق، ويسمى بالمعاينة^(٤)، لأبي العباس أحمد بن محمد الجرجاني^(٥).
- ٤- الفروق^(٦)، لأبي المحاسن عبدالواحد بن إسماعيل الروياني الطبري الشافعي^(٧).
- ٥- الفروق^(٨)، لأبي محمد عبد الله بن يوسف الجويني^(٩).

من مؤلفاته: أدوار الشروق على أنواء البروق، غنية الرائض في علم الفرائض، برنامج ابن أبي الربيع الأندلسي.

ينظر: الأعلام للزركلي ١٧٧/٥، فهرس الفهارس والأثبات ومعجم المعاجم والمشيخات والمسلسلات ١٠٩٨/٢.

(١) يعتبر أول كتاب ألف مستقلاً بالفروق. ينظر: كشف الظنون ٢٥٨/٢٠، مقدمة محقق كتاب إيضاح الدلائل، ص ٣٢، الفروق الفقهية، د. يعقوب الباحسين، ص ٨٤.

(٢) قال عنه الزركشي: "إنه من أحسن ما صنف في هذا الفن". ينظر: المنثور في القواعد ٢٣٥/١، طبقات الشافعية للإسنوي ٤١١/٢، معجم المؤلفين ٧٧٢/١.

(٣) هو سلامة بن إسماعيل بن جماعة المقدسي الضرير، كان عديم النظر في زمانه؛ لأجل ما خصه الله به من حضور القلب وصفاء الذهن وكثرة الحفظ، توفي عام ٤٨٠هـ.

من مؤلفاته: الفروق سماه الوسائل في فروق المسائل، شرح المفتاح لابن القاص، مصنف مفرد في التقاء الختاتين. ينظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٩٩/٧، الأنس الجليل ٢٩٧/١.

(٤) وهو مرتب على الأبواب الفقهية، ويشتمل على أنواع من الامتحانات كالألغاز والفروق والاستثناءات من الضوابط.

ينظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٨٢/١، طبقات الشافعية الكبرى ٣١/٣، الأعلام ٢١٤/١.

(٥) الجرجاني: هو أبو العباس هو أحمد بن محمد بن أحمد الجرجاني، قاضي البصرة وشيخ الشافعية بها، تفقه على الشيخ أبي إسحاق الشيرازي، وكان من أعيان الأدباء، له النظم والنثر وسمع من جماعات كثيرة، توفي ٤٨٢هـ.

من مؤلفاته: كتاب الشافي، التحرير، البلغة. ينظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢٦٠/١، الواقي بالوفيات (٢١٦/٧). (٦) طبقات الشافعية الكبرى ٢٦٤/٤، الأعلام ١٧٥/٤.

(٧) هو أبو المحاسن الروياني الطبري عبد الواحد بن إسماعيل بن محمد القاضي الإمام، من وجوه الأئمة الشافعية في عصره، له الجاه العريض والقبول التام في تلك الديار، توفي عام ٥٠١هـ.

من مؤلفاته: بحر المذهب، الكافي، حلية المؤمن. ينظر: تاريخ الإسلام ٣٦/١١، المنتخب من كتاب السياق لتاريخ نيسابور، ص ٣٧١.

(٨) وقد ابتدأه بفروق أصول الفقه، ثم رتبته على أبواب الفقه، مورداً تحت كل باب طائفة من مسائل الفروق، موضحاً الفرق بين كل مسألتين متشابهتين بفرق واحد أو أكثر. قال عنه الطوفي: "وهو أكبر ما رأيت من كتب الفروق، وأكثرها مسائل

٦- مطالع الدقائق في تحرير الجوامع والفوارق^(٢)، لعبد الرحيم بن الحسن الإسنوي.

٧- الأشباه والنظائر^(٣)، لجلال الدين السيوطي^(٤).

المطلب الرابع

كتب الفروق الفقهية عند الحنابلة

لعلماء الحنابلة مصنفات عدة في الفروق الفقهية منها:

١- الفروق في المسائل الفقهية^(٥)، لإبراهيم بن عبد الواحد بن علي بن سرور

المقدسي^(٦).

٢- الفروق^(٧) لأبي عبد الله محمد بن عبد الله السامري^(٨).

وأجودها مدارك وألطفها مآخذ". ينظر: علم الجدل في علم الجدل ٧٣.

(١) الجويني: هو لمجد محمد الله بن يوسف ابن حيويه الجويني ثم النيسابوري، كان إماماً فقيهاً، بارعاً في مذهب الشافعي، مفسراً نحوياً أديباً، توفي عام ٤٣٨ هـ. من مؤلفاته: التبصرة، التذكرة، التفسير الكبير، التعليق. ينظر: تاريخ الإسلام ٥٧٤/٩، إنباه الرواة على أنباه النحاة ١٥٢/٢.

(٢) وقد تبه المصنف على أبواب الفقه، مورداً تحت كل باب طائفة كثيرة من المسائل المتشابهة، موضحاً الفرق بين كل مسألتين متشابهتين مع عزوه المسائل والفروق غالباً إلى المصادر التي نقل عنها، وقد اشتمل الكتاب على ٣٩٤، فرقا.

(٣) والكتاب في القواعد الفقهية، وقد جعل قسماً منه وهو الكتاب السادس خاصاً بالفروق. ينظر: مقدمة محقق إيضاح الدلائل، ص ٣٧.

(٤) السيوطي: هو أبو الفضل جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضير السيوطي أصله من أسيوط، كان عالماً شافعيًا مؤرخاً أديباً، وكان أعلم أهل زمانه بعلم الحديث والفقه واللغة، وكان سريع الكتابة في التأليف، ولما بلغ أربعين سنة أخذ في التجرد للعبادة، وترك الإفتاء والتدريس وشرع في تحرير مؤلفاته فألف أكثر كتبه، توفي عام ٩١١ هـ. من مؤلفاته: الحاوي للفتاوي، الإتيقان في علوم القرآن، اللآلئ المصنوعة في الأحاديث الموضوعة، همع الهوامع. ينظر: شذرات الذهب ٥١/٨، الأعلام للزركلي ٧١/٤.

(٥) ينظر: ذيل طبقات الحنابلة ٢٠٠/٣.

(٦) هو إبراهيم بن عبد الواحد بن علي بن سرور المقدسي أخو عبد الغني المقدسي، فقيه ورع عابد، رحل إلى بغداد مرتين، وتفقّه فيها، ثم رجع إلى دمشق وأقبل على أشغال الناس ونفعهم، كان عالماً بالقرآن والنحو والفرائض، توفي عام ٦١٤ هـ. ينظر: تاريخ الإسلام ٣٩٥/١٣، الذيل ١٩٨/٣.

(٧) قال عنه ابن رجب: "وفي كتابيه المستوعب والفروق فوائد جليّة ومسائل غريبة". ينظر: ذيل طبقات الحنابلة ١٢٠/٢، الأعلام ٢٣١/٦.

٣- الفروق^(٢) لأبي عبد الله محمد بن عبد القوي بن بدران المقدسي^(٣).

٤- نظم الفروق^(٤) لابن عبد القوي.

(١) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحسين السامري، نصير الدين، المعروف بابن سنيينة، فرضي، حنبلي، من كبار القضاة، ولد بسامراء، وولي قضاءها وأعمالها مدة، ثم ولي القضاء والحسبة ببغداد. ومات ببغداد عام ٦١٦هـ. من مؤلفاته: كتاب المستوعب، البستان، الفروق.

ينظر: تاريخ الإسلام ٤٨٥/٣، سير أعلام النبلاء ١٤٤/٢٢.

(٢) الأعلام ٢١٤/٦.

(٣) ابن عبد القوي: هو محمد بن عبد القوي بن بدران المقدسي، فقه حنبلي، كان عالماً بالعربية، دمث الأخلاق كثير الفائدة، توفي عام ٦٩٩هـ. من مؤلفاته: كناش طبع باسم عقد الفرائد وكنز الفوائد، منظومة الآداب. ينظر: الأعلام للزركلي ٢١٤/٦.

(٤) وهو نظم لفروق ابن سنيينة، وقيل: بل هو نظم لكتاب له في الفروق، وقد حقق رسالة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

المبحث الرابع

مصطلحات الفقه الحنفي

لعل من المناسب الحديث أولاً عن المصطلحات العامة التي يذكرها عامة الفقهاء ثم أتبع ذلك بالحديث عن المصطلحات الخاصة بالمذهب الحنفي وذلك من خلال المطلبين الآتيين:

- المطلب الأول: المصطلحات العامة.
- المطلب الثاني: المصطلحات الخاصة.

المطلب الأول

المصطلحات العامة

هناك مصطلحات فقهية أو أصولية عامة ينبغي على الراغب في الاطلاع على مثل هذه الكتب الفقهية أن يكون على إلمام بها، ولذا سوف أذكرها على وجه الاختصار والإيجاز، وهي كما يلي:

- ١- **الفرض:** "هو ما عرف وجوبه بدليل قاطع"^(١)، كأركان الإسلام الخمسة.
- ٢- **الواجب:** "ما عرف وجوبه بدليل مظنون"^(٢)، كصدقة الفطر.
- والفرض والواجب مترادفان بمعنى واحد عند الجمهور خلافاً للحنفية^(٣).
- ٣- **المندوب:** "مأمور لا يلحق بتركه ذم، من حيث تركه من غير حاجة إلى بدل"^(٤). كالسنن الرواتب.
- ٤- **الحرام:** "ضد الواجب"^(٥).
- وقال الحنفية: "ما ثبت المنع عنه بدليل قطعي"^(٦).
- ٥- **المكروه تحريماً:** "ما ثبت المنع عنه بظني وهو إلى الحرام أقرب، بمعنى أن فاعله يستحق محذوراً دون العقوبة بالنار"^(٧)، كحرمان الشفاعة. وحكمه: وجوب اجتنابه، وعقوبة فاعله^(٨).
- ٦- **المكروه تنزيهاً:** "ما كان تركه أولى، دون المنع عن فعله"^(٩)، كأكل لحوم الخيل؛ للحاجة إليها في الماضي في الجهاد، وحكمه: ثواب تاركه، ولوم فاعله دون عقاب.

(١) المحصول للرازي ص ٩٧، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب ٣٣٧/١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) العدة في أصول الفقه، للقاضي أبي يعلى ١٦٢/١، التبصرة في أصول الفقه للشيرازي ٩٤/١.

(٤) روضة الناظر وجنة المناظر ١٢٥/١، شرح مختصر الروضة ٣٥٣/١، البحر المحيط ٣٧٧/١.

(٥) روضة الناظر ١٩٣/١، البحر المحيط ٣٣٦/١.

(٦) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ٢٢/١.

(٧) المرجع السابق.

(٨) ينظر: نهاية السؤل شرح منهاج الوصول ٢٤/١.

(٩) شرح التلويح على التوضيح ١٧/١.

والمكروه عند غير الحنفية نوع واحد: وهو "ما طلب الشرع تركه لا على وجه الختم والإلزام"^(١).

وحكمه: أنه يمدح ويثاب تاركه، ولا يذم ولا يعاقب فاعله.

٧- **المباح:** "ما خير الشارع فيه بين الفعل والترك من غير اقتضاء ولا زجر"^(٢).

وحكمه: أنه لا ثواب ولا عتاب على فعله أو تركه"^(٣).

٨- **السبب:** "ما يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم لذاته"^(٤) فالقيد الأول احتراز

من الشرط، والقيد الثاني احتراز من المانع، والقيد الثالث احتراز من مقارنته فقدان

الشرط أو وجود المانع، فلا يلزم من وجوده الوجود أو إخلافه بسبب آخر، فلا يلزم

من عدمه العدم"^(٥).

٩- **الشرط:** "ما لزم من انتفائه انتفاء أمر على غير جهة السببية"^(٦)، كالإحصان

والحول، ينتفي الرحم والزكاة لانتفائهما. وهو عقلي، كالحياة للعلم، ولغوي، كدخول

الدار لوقوع الطلاق المعلق عليه. وشرعي، كالطهارة للصلاة. وعكسه المانع"^(٧).

١٠- **المانع:** "وهو ما يلزم من وجوده عدم الحكم، وهو عكس الشرط"^(٨).

١١- **الركن:** "جزء الذات أي الحقيقة الداخلة فيها كالركوع في الصلاة"^(٩).

(١) شرح التلويح على التوضيح ١٧/١ حيث قال: "وإن كان تركه أولى فمع المنع عن الفعل بدليل قطعي حرام وبدليل ظني مكروه كراهة التحريم وبدون المنع عن الفعل مكروه كراهة التنزيه هذا على رأي محمد - رحمه الله -، وهو المناسب هاهنا؛ لأن المصنف جعل المكروه تنزيهاً مما يجوز فعله والمكروه تحريماً مما لا يجوز فعله، بل يجب تركه كالحرام، وهذا لا يصح على رأيهما، وهو أن ما يكون تركه أولى من فعله فهو مع المنع عن الفعل حرام وبدونه مكروه كراهة التنزيه إن كان إلى الحل أقرب بمعنى أنه لا يعاقب فاعله لكن يثاب تاركه أدنى ثواب وكراهة التحريم إن كان إلى الحرام أقرب بمعنى أن فاعله مستحق محذوراً دون العقوبة بالنار كحرمان الشفاعة".

(٢) البرهان في أصول الفقه ١٠٨/١، المحصول للرازي ١٠٢/١.

(٣) العدة في أصول الفقه ١٢٤٨/٤، التحبير شرح التحرير ١٠٢١/٣.

(٤) شرح تنقيح الفصول، ص ٨١.

(٥) ينظر: شرح تنقيح الفصول، ص ٨١.

(٦) شرح مختصر الروضة ٤٣٠/١.

(٧) ينظر: شرح مختصر الروضة ٤٣٠/١، الإبهاج في شرح المنهاج ٢٠٦/١.

(٨) ينظر: شرح مختصر الروضة ٤٣٠/١.

١٢ - الصحيح والفاقد والباطل:

الصحيح: "ما استوفى أركانه وشروطه الشرعية"^(٢).

وصحة العبادة: وقوعها مسقطاً لطلب الشرع، على وجه يسقط القضاء.

وصحة المعاملات: ترتيب آثارها الشرعية عليها، فالمراد من صحة العقد هو ترتيب أثره عليه،

وهو ما شرع له، كحل الانتفاع في البيع، والاستمتاع في الزواج.

- ولا فرق بين الباطل والفاقد إلا في المعاملات عند الحنفية؛ فإنهم يرون القسمة

ثلاثية؛ لأن العقد غير الصحيح إما باطل أو فاسد والجمهور على عدم التفرقة بين

الفاقد والباطل^(٣).

- والباطل عند الحنفية: "ما انتفى ركنه أو شرطه سواء كان من قبيل العبادة أو

المعاملة كصلاة بلا وضوء ونكاح بلا شهود"^(٤).

- والفاقد عند الحنفية: "ما وجدت أركانه وشروطه دون أوصافه الخارجية المعتبرة

شرعاً كبيع خمر وصلاة بلا فاتحة"^(٥).

١٣ - الأداء والقضاء والإعادة:

- هذه الأمور تبحث عادة مع الواجب الموسع: وهو الذي يتسع وقته له ولغيره من

جنسه، كأوقات الصلوات المفروضة، فإن كل وقت يسع الفريضة صاحبة الوقت،

وأداء صلاة أخرى.

- والأداء: "فعل المأمور به في وقته المقدر له شرعاً"^(٦)، كفعل المغرب ما بين غروب

الشمس وغياب الشفق.

(١) الأصل الجامع لإيضاح الدرر المنظومة في سلك جمع الجوامع ١/٤١.

(٢) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي ١/٢٥٩.

(٣) ينظر: تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد ١/٧٢.

(٤) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ٣/٤٣٩.

(٥) المرجع السابق.

(٦) شرح مختصر الروضة ١/٤٤٧.

- والإعادة: "فعل المأمور به في وقته المقدر له شرعا لخلل في الأول، سواء كان الخلل في الأجزاء، كمن صلى بدون شرط أو ركن، أو في الكمال، كمن صلى منفردا، فيعيدها في جماعة في الوقت"^(١).
- والقضاء: "فعل المأمور به خارج الوقت؛ لفوات فعله في الوقت لعذر أو غيره"^(٢).

المطلب الثاني

المصطلحات الخاصة

مصطلحات الفقه الحنفي:

هناك مصطلحات يوردها فقهاء الحنفية ينبغي لمن رغب القراءة في الفقه الحنفي الاطلاع عليها وهي كثيرة ولعل من أبرزها:

الإمام الأعظم: يريدون به عند الإطلاق: أبو حنيفة.

الثلاثة: أبو حنيفة وأبو يوسف^(٣) ومحمد.

الشيخان: أبو حنيفة وأبو يوسف.

الطرفان: أبو حنيفة ومحمد.

الصاحبان: أبو يوسف ومحمد.

(١) شرح مختصر الروضة ٤٤٧/١.

(٢) شرح مختصر الروضة ٤٤٧/١. وفي اللمع في أصول الفقه للشيرازي ص ١٦: "إذا أمر بأمر بعبادة في وقت معين، ففعلها في ذلك الوقت سمي أداء على سبيل الحقيقة ولا يسمى قضاء إلا مجازا، كقوله **فَلَمَّا أَتَى الْقُضَيْيَاتِ** **﴿صَلَاةُ فَإِنَّهُ شَرُّهُ﴾** أو **﴿الْأَرْضِ﴾** أما إذا دخل فيها فأفسدها أو نسي شرطا من شروطها فأعادها والوقت باق سمي إعادة وأداء، وإن فات الوقت ففعلها بعد فوات الوقت سمي قضاء"، وفي المستصفى ص ٧٦: "اعلم أن الواجب إذا أدى في وقته سمي أداء، وإن أدى بعد خروجه وقته المضيق أو الموسع المقدر سمي قضاء، وإن فعل مرة على نوع من الخلل ثم فعل ثانيا في الوقت سمي إعادة. فالإعادة اسم لمثل ما فعل، والقضاء اسم لفعل مثل ما فات وقته (المحدود).

(٣) أبو يوسف: هو القاضي الإمام يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري، أخذ الفقه عن أبي حنيفة، وهو المقدم من أصحابه، ولي القضاء للهادي والمهدي والرشيد. وهو أول من سمي قاضي القضاة، وأول من اتخذ للعلماء زيا خاصا. وثقه أحمد وابن معين وابن المديني من مؤلفاته: الخراج، الجوامع، أدب القاضي. ينظر: تاريخ بغداد ٢٤٢/١، البداية والنهاية ١٨٠/١٠.

الصدر الأول: أهل القرون الثلاثة من الصحابة والتابعين وأتباعهم.

السلف: فقهاء الحنفية إلى محمد بن الحسن.

الخلف: من بعد محمد إلى شمس الأئمة الحلواني^(١)، والمتأخرون من بعد شمس الأئمة إلى حافظ الدين البخاري^(٢).

الأستاذ: عبد الله بن محمد بن يعقوب السبذموني^(٣).

برهان الإسلام: رضي الدين السرخسي^(٤).

برهان الأئمة: عبد العزيز بن عمر بن مازة، وقد يطلقون عليه: الصدر الكبير^(٥).

تاج الشريعة: محمود بن أحمد بن عبيد الله بن إبراهيم^(٦).

(١) شمس الأئمة: عبد العزيز بن أحمد بن نصر بن صالح الحلواني، الملقب شمس الأئمة، من أهل بخارى، إمام أصحاب أبي حنيفة بها في وقته، توفي عام ٤٤٨ هـ من مؤلفاته: المبسوط. ينظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفية ٣١٨/١، توضيح المشتبه ٢٩٢/٣، الأنساب للسمعاني ٢١٦/٤.

(٢) البخاري: هو أبو الفضل محمد بن محمد بن نصر حافظ الدين البخاري، تفقه على شمس الأئمة محمد ابن عبد الستار الكردي، وقرأ عليه الأدب وسائر العلوم، كان إماما عالما ربانيا زاهدا عابدا مفتيا مدرسا نحريرا فقيها قاضيا محققا مدققا محدثا، جامعا لأنواع العلوم، توفي عام ٦٩٣ هـ. ينظر: الجواهر المضية ١٢١/٢، تاريخ الإسلام ٧٦٣/١٥.

(٣) السبذموني: عبد الله بن محمد بن يعقوب بن الحارث بن الخليل الحارثي السبذموني، نسبة إلى قرية من قرى بخارى، مكث من الحديث ورحل إلى العراق والحجاز، توفي عام ٣٤٠ هـ.

من مؤلفاته: كشف الآثار في مناقب أبي حنيفة، مسند أبي حنيفة. ينظر: الجواهر المضية ٢٨٩/١.

(٤) السرخسي: محمد بن محمد بن محمد العلامة الملقب رضي الدين وبرهان الإسلام السرخسي، كان إماما كبيرا في الفقه الحنفي. من مؤلفاته: مصنف المحيط وهو أربع مصنفات: المحيط الكبير وهو نحو من أربعين مجلدا، والمحيط الثاني عشر مجلدات، والمحيط الثالث أربع مجلدات والمحيط الرابع في مجلدين أو ثلاثة. قدم حلب ودرس بالنورية والحلاوية بعد محمود الغزنوي.

ينظر: الجواهر المضية ١٢٨/٢، تاج التراجم لابن قطلوبغا ٢٤٨/١.

(٥) ابن مازة: هو أبو محمد عبد العزيز بن عمر بن مازة، المعروف ببرهان الأئمة ويعرف بالصدر الماضي والد عمر الملقب بالصدر الشهيد. ينظر: الجواهر المضية ٣٢٠/١.

(٦) محمود بن عبيد الله بن محمود، تاج الشريعة المحبوبي، عالم كامل، حبر فاضل. له: شرح الهداية المسمى بالكفاية، مختصر الهداية المسمى بالوقاية. ينظر: تاج التراجم لأبي الفداء زين الدين أبو العدل قاسم بن قُطْلُوبغا السوداني.

صدر الشريعة: عبيد الله بن مسعود بن تاج الشريعة^(١)، ويسمى بصدر الشريعة الأصغر أو الثاني.

صدر الشريعة الأكبر أو الأول: أحمد بن جمال الدين عبيد الله بن إبراهيم المحبوبي، والد تاج الشريعة.

ظاهر الرواية: يراد به في الغالب الشائع القول الراجح لأئمة الحنفية الثلاثة "أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد".

الثاني: هو أبو يوسف.

الثالث: هو محمد.

لفظ "له" أي لأبي حنيفة.

لفظ "لهما" أو "عندهما" أو "مذهبهما" أي مذهب الصاحبين.

إذا قالوا: أصحابنا، فالمشهور إطلاق ذلك على الأئمة الثلاثة: أبي حنيفة وصاحبيه.

المشايع: فالمراد بهم في الاصطلاح: من لم يدرك الإمام.

يفتى قطعاً بما اتفق عليه أبو حنيفة وأصحابه في الروايات الظاهرة، فإن اختلفوا: فإنه يفتى بقول الإمام أبي حنيفة على الإطلاق، وخصوصاً في العبادات، ولا يرجح قول صاحبيه أو أحدهما إلا للموجب: وهو - كما قال ابن نجيم - إما ضعف دليل الإمام، وإما للضرورة والتعامل، كترجيح قولهما في المزارعة والمساقاة "المعاملة" وإما بسبب اختلاف العصر والزمان.

ويفتى بقول أبي يوسف في القضاء والشهادات والمواريث، لزيادة تجربته. كما يفتى بقول محمد في جميع مسائل ذوي الأرحام، ويفتى بقول زفر في سبع عشرة مسألة^(٢).

إذا لم يوجد رواية للإمام في المسألة: يفتى بقول أبي يوسف، ثم بقول محمد، ثم بقول زفر، والحسن بن زياد.

(١) عبيد الله بن مسعود بن محمود بن أحمد المحبوبي البخاري بالحنفي، صدر الشريعة الأصغر ابن صدر الشريعة الأكبر: من علماء الحكمة والطبيعات وأصول الفقه والدين. له كتاب تعديل العلوم، التنقيح في أصول الفقه، وشرحه التوضيح، شرح الوقاية لجلده محمود، في فقه الحنفية، و النقاية، مختصر الوقاية مع شرح القهستاني، الوشاح في علم المعاني. توفي في بخارى. ينظر الأعلام للزركلي (١٩٧/٤)

(٢) ينظر: رد المختار لابن عابدين ٦٥/١، رسالة المفتي في مجموع رسائل ابن عابدين: ٣٥/١.

إذا كان في مسألة قياس واستحسان، فالعمل على الاستحسان إلا في مسائل معدودة مشهورة، هي اثنتان وعشرون مسألة^(١).

وإذا لم تذكر المسألة في ظاهر الرواية، وثبتت في رواية أخرى، تعين المصير إليها. وإذا اختلفت الروايات عن الإمام، أو لم يوجد عنه ولا عن أصحابه رواية أصلاً، يؤخذ في الحالة الأولى بأقواها حجة، ويؤخذ في الحالة الثانية بما اتفق عليه المشايخ المتأخرون، فإن اختلفوا يؤخذ بقول الأكثرين، فإن لم يوجد لهم قول أصلاً، نظر المفتي في المسألة نظرة تأمل وتدبر واجتهاد، ليجد فيها ما يقرب من الخروج عن العهدة، ولا يتكلم فيها جزافاً، ويخشى الله تعالى ويراقبه، لأن الجرأة على الفتيا بدون دليل أمر عظيم لا يتجاسر عليه إلا كل جاهل شقي.

إذا تعارض الصحيح والفتوى، فقليل: الصحيح كذا، والمفتي به كذا، فالأولى العمل بما وافق المتن، فإن لم توجد موافقة لها، فيؤخذ بالمفتي به؛ لأن لفظ الفتوى أكد "أقوى" من لفظ الصحيح والأصح والأشبه وغيرها. وإذا ورد في المسألة قولان مصححان جاز القضاء والإفتاء بأحدهما. ويرجح أحدهما بما هو أوفق للزمن أو العرف أو أنفع للوقف أو للفقراء، أو كان دليله أوضح وأظهر؛ لأن الترجيح بقوة الدليل.

ولفظ: "به يفتى" أكد من لفظ "الفتوى عليه"؛ لأن الأول يفيد الحصر.

ولفظ "الأصح" أكد من "الصحيح" و "الأحوط" أكد من "الاحتياط".

المراد بكلمة "المتون": أي متون الحنفية المعتبرة، مثل كتاب مختصر القدوري، والبداية، والنقاية، والمختار، والوقاية، والكنز، والملتقى فإنها وضعت لنقل ظاهر الرواية والأقوال المعتمدة.

لا يجوز العمل بالضعيف من الرواية، ولو في حق نفسه، بدون فرق بين المفتي والقاضي، إلا أن المفتي مخبر عن الحكم الشرعي، والقاضي ملزم به. وصح عن أبي حنيفة أنه قال: "إذا صح الحديث فهو مذهبي"، ونقل مثل ذلك عن غيره من أئمة المذاهب^(٢).

لكن يجوز الإفتاء بالقول الضعيف للضرورة تيسيراً على الناس.

الحكم الملفق عند الحنفية باطل^(٣)، كما أن الرجوع عن التقليد بعد العمل باطل، على ما هو المختار في المذهب، فمن صلى ظهرًا بمسح الرأس مقلداً للحنفي، فليس له إبطال صلاته باعتقاده لزوم مسح كل الرأس مقلداً للمالكي.

(١) رسم المفتي: ص ٣٥.

(٢) ينظر: الميزان للشعراني ٦٣/١، أعلام الموقعين ٢/٢٦٠.

(٣) حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح، ص: ١٧٩، وفيه: "الحكم الملفق باطل بالإجماع كما في ديباجة الدر".

وأجاز بعض الحنفية التقليد بعد العمل، كما إذا صلى ظانا صحة صلاته على مذهبه، ثم تبين بطلانها في مذهبه، وصحتها على مذهب غيره فله تقليده، ويجتزئ بتلك الصلاة، على ما قال في الفتاوى البرازية: روي عن أبي يوسف أنه صلى الجمعة مغتسلا من الحمام، ثم أخبر بفأرة ميتة في بئر الحمام، فقال: نأخذ بقول إخواننا من أهل المدينة: "إذا بلغ الماء قلتين - ٢٧٠ ليترًا أو ١٥ تنكة -، لم يحمل خبثًا". تعتبر حاشية ابن عابدين علامة الشام وهي "رد المختار على الدر المختار" خاتمة التحقيقات والترجيحات في المذهب الحنفي.

ما اتفق عليه الأصحاب في الروايات الظاهرة يفتى به قطعاً.

قال في "فتح القدير": وقد استقر رأي الأصوليين على أن المفتي هو المجتهد، فأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفت، والواجب عليه إذا سئل أن يذكر قول المجتهد كالإمام على وجه الحكاية، فعرف أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى، بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي.

وطريق نقله لذلك عن المجتهد أحد أمرين: إما أن يكون له سند فيه، أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها؛ لأنه بمنزلة الخبر المتواتر أو المشهور.

ومسائل الأصحاب من الحنفية على ثلاث طبقات:

الأولى: مسائل الأصول، وتسمى ظاهر الرواية أيضاً، وهي مسائل مروية عن أصحاب المذهب، وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد، ويلحق بهم زفر^(١) والحسن بن زياد^(٢) وغيرهما ممن أخذ عن الإمام، لكن الغالب الشائع في ظاهر الرواية أن يكون قول الثلاثة وكتب ظاهر الرواية، كتب محمد الستة: المبسوط أو الأصل والزيادات والجامع الصغير والجامع الكبير، والسير الصغير والسير الكبير، وإنما سميت بظاهر الرواية؛ لأنها رويت عن محمد بروايات الثقات، فهي ثابتة عنه إما متواترة أو مشهورة عنه.

(١) هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري، أبو الهذيل، أصله من أصبهان، فقيه إمام من المقدمين من تلاميذ أبي حنيفة وهو أقيسهم، كان قد جمع بين العلم والعبادة، وكان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي، تولى قضاء البصرة، وبها توفي عام ١٥٨.

ينظر: وفيات الأعيان ٣١٧/٢، الجواهر المضئية ص ٢٤٣.

(٢) الحسن بن زياد هو أبو علي اللؤلؤي الأنصاري مولاهم، أحد أصحاب أبي حنيفة، وحدث عنه، فقيه عراقي، وكان أحد الأذكياء البارعين في الرأي، ولي القضاء بعد حفص بن غياث ثم عزل نفسه، توفي عام ٢٠٤ هـ. من مؤلفاته: أدب القاضي، الخراج، الفرائض. ينظر: تاريخ بغداد ٢٧٥/٨، سير أعلام النبلاء ٥٤٣/٩.

الثانية: مسائل النوادر، وهي المروية عن أصحابنا المذكورين لكن ليست في الكتب المذكورة، بل إما في كتب آخر لمحمد كالكيسانيات والهارونيات والجرجانيات والرقيات، وإنما قيل لها غير ظاهر الرواية؛ لأنها لم ترو عن محمد بروايات ظاهرة ثابتة صحيحة كالكتب الأولى، ومنها كتب الأمالي^(١) المروية عن أبي يوسف.

الثالثة: الوقعات، وهي مسائل استنبطها المجتهدون المتأخرون لما سئلوا عنها ولم يجدوا فيها رواية^(٢).

كيفية الإفتاء مما في الكتب:

لا يجوز الإفتاء من الكتب المختصرة كالنهر وشرح الكنز والدر المختار شرح تنوير الأبصار، أو لعدم الاطلاع على حال مؤلفيها كشرح الكنز لمنلا مسكين وشرح النقاية للقهستاني، أو لنقل الأقوال الضعيفة فيها كالقنية للزاهدي، فلا يجوز الإفتاء من هذه إلا إذا علم المنقول عنه وأخذه منه. قال ابن عابدين: "وينبغي إلحاق الأشباه والنظائر بها، فإن فيها من الإيجاز في التعبير ما لا يفهم معناه إلا بعد الاطلاع على مأخذه، بل فيها في مواضع كثيرة الإيجاز المخل، يظهر ذلك لمن مارس مطالعتها مع الحواشي فلا يأمن المفتي من الوقوع في الغلط إذا اقتصر عليها فلا بد له من مراجعة ما كتب عليها من الحواشي أو غيرها"^(٣).

الفتوى على الإطلاق على قول أبي حنيفة، ثم قول أبي يوسف ثم قول محمد، ثم قول زفر والحسن بن زياد.

وقيل إذا كان أبو حنيفة في جانب وصاحبه في جانب فالمفتي بالخيار، والأول أصح إذا لم يكن المفتي مجتهداً^(٤).

متى كان في المسألة قولان مصححان جاز القضاء والإفتاء بأحدهما.

إذا اختلفت الروايات عن الإمام أو لم يوجد عنه ولا عن أصحابه رواية أصلاً، ففي الأول يؤخذ بأقواها حجة، وإذا لم يوجد في الحادثة عن واحد منهم جواب ظاهر وتكلم فيه المشايخ

(١) الأمالي: جمع إماء، وهو ما يقوله العالم بما فتح الله تعالى عليه من ظهر قلبه ويكتبه التلامذة وكان ذلك عادة السلف.

(٢) حاشية ابن عابدين ٦٩/١، الطبقات السننية في تراجم الحنفية ١٢/١، الجواهر المضية ٥٦٠/١.

(٣) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٦٧/١.

(٤) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٧٠/١.

المتأخرون قولاً واحداً يؤخذ به، فإن اختلفوا يؤخذ بقول الأكثرين ثم الأكثرين مما اعتمد عليه الكبار المعروفون منهم كالطحاوي وغيره ممن يعتمد عليه، وإن لم يوجد منهم جواب ألبتة نصاً ينظر المفتي فيها نظر تأمل وتدبر واجتهاد ليجد فيها ما يقرب إلى الخروج عن العهدة ولا يتكلم فيها جزافاً، ويخشى الله تعالى ويراقبه، فإنه أمر عظيم لا يتجاسر عليه إلا كل جاهل شقي.

جعل العلماء الفتوى على قول الإمام الأعظم في العبادات مطلقاً وهو الواقع بالاستقراء، ما لم يكن عنه رواية كقول المخالف كما في طهارة الماء المستعمل والتميم فقط عند عدم غير نبيذ التمر.

وقد صرحوا بأن الفتوى على قول محمد في جميع مسائل ذوي الأرحام.

والفتوى: على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء والشهادات.

وينبغي أن يكون هذا عند عدم ذكر أهل المتون للتصحيح، وإلا فالحكم بما في المتون كما لا يخفى؛ لأنها صارت متواترة.

وإذا كان في مسألة قياس واستحسان فالعمل على الاستحسان إلا في مسائل معدودة مشهورة.

صرح الحنفية أن ما في المتون مقدم على ما في الشروح، وما في الشروح مقدم على ما في الفتاوى، لكن هذا عند التصريح بتصحيح كل من القولين أو عدم التصريح أصلاً.

أما لو ذكرت مسألة المتون ولم يصرحوا بتصحيحها بل صرحوا بتصحيح مقابلها فالمرجح الثاني؛ لأنه تصحيح صريح، وما في المتون تصحيح التزامي، والتصحيح الصريح مقدم على التصحيح الالتزامي.

وكذا لا تخيير لو كان أحدهما قول الإمام والآخر قول غيره؛ لأنه لما تعارض التصحيحان تساقطا فرجعنا إلى الأصل وهو تقديم قول الإمام.

المضمرات:

أما العلامات للإفتاء فقولُه وعليه الفتوى، وبه يفتى، وبه نأخذ، وعليه الاعتماد، وعليه عمل اليوم وعليه عمل الأمة، وهو الصحيح، أو الأصح، أو الأظهر، أو الأشبه، أو الأوجه، أو المختار.

وبعض الألفاظ أكد من بعض، فلفظ الفتوى أكد من لفظ الصحيح، والأصح والأشبه وغيرها، ولفظ وبه يفتى أكد من الفتوى عليه، والأصح أكد من الصحيح، والأحوط أكد من الاحتياط.

الحكم إن اتفق عليه أصحابنا يفتى به قطعاً، وإلا فإما أن يصحح المشايخ أحد القولين فيه أو كلا منهما، أولاً وإلا ففي الثالث يعتبر الترتيب، بأن يفتى بقول أبي حنيفة ثم بقول أبي يوسف إلخ، أو يعتبر قوة الدليل.

وفي الأول إن كان التصحيح بأفعل التفضيل خير المفتي، وإلا فلا، بل يفتى بالمصحح فقط.

وفي الثاني إما أن يكون أحدهما بأفعل التفضيل أو لا.

ففي الأول قيل يفتى بالأصح وقيل بالصحيح، وفي الثاني يخير المفتي^(١).

طبقات الفقهاء:

الأولى: طبقة المجتهدين في الشرع كالأئمة الأربعة، ومن سلك مسلكهم في تأسيس قواعد الأصول، وبه يمتازون عن غيرهم.

الثانية: طبقة المجتهدين في المذهب كأبي يوسف ومحمد وسائر أصحاب أبي حنيفة، القادرين على استخراج الأحكام من الأدلة على مقتضى القواعد التي قررها شيخهم أبو حنيفة في الأحكام وإن خالفوه في بعض أحكام الفروع، لكن يقلدونه في قواعد الأصول.

الثالثة: طبقة المجتهدين في المسائل التي لا نص فيها عن صاحب المذهب كأبي جعفر الطحاوي^(٢) وشمس الأئمة الحلواني^(٣) وشمس الأئمة السرخسي^(١)، وأمثالهم، فإنهم لا يقدرّون على شيء من

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين ٧٤/١.

(٢) الطحاوي: هو أبو جعفر أحمد بن سلامة الأزدي الطحاوي، نسبته إلى طحا قرية بصعيد مصر، إمام فقيه حنفي، وكان ابن أخت المزني، وتفقه عليه، وكان عالماً بجميع المذاهب، توفي عام ٣٢١هـ. من مؤلفاته: أحكام القرآن، معاني الآثار، العقيدة الطحاوية المشهورة.

ينظر: الجواهر المضئية، ص ١٠٢، البداية والنهاية ١١/١٧٤.

(٣) عبد العزيز بن أحمد بن نصر بن صالح الحلواني البخاري الملقب بشمس الأئمة فقيه الحنفية منسوب إلى عمل الحلوان كان إمام أهل الرأي في وقته ببخارى من كتبه المبسوط في الفقه والنوادر في الفروع والفتاوى وشرح أدب القاضي لأبي يوسف ودفن ببخارى.

ينظر: الفوائد البهية ص ٩٥، الجواهر المضئية، ص ٣١٨/١.

المخالفة لا في الأصول ولا في الفروع لكنهم يستنبطون الأحكام في المسائل التي لا نص فيها على حسب الأصول والقواعد.

الرابعة: طبقة أصحاب التخريج من المقلدين؛ فإنهم لا يقدرّون على الاجتهاد أصلاً، لكنهم لإحاطتهم بالأصول وضبطهم للمآخذ يقدرّون على تفصيل قول مجمل ذي وجهين، وحكم مبهم محتمل لأمرين، منقول عن صاحب المذهب أو أحد من أصحابه برأيهم ونظرهم في الأصول والمقايضة على أمثاله ونظائره من الفروع.

الخامسة: طبقة أصحاب الترجيح من المقلدين، وشأنهم تفضيل بعض الروايات على بعض، كقولهم هذا أولى، وهذا أصح رواية، وهذا أوفق للناس.

والسادسة: طبقة المقلدين القادرين على التمييز بين الأقوى والقوي والضعيف وظاهر المذهب والرواية النادرة، كأصحاب المتون المعتبرة من المتأخرين، وشأنهم أن لا ينقلوا الأقوال المردودة والروايات الضعيفة.

والسابعة: طبقة المقلدين الذين لا يقدرّون على ما ذكر، ولا يفرقون بين الغث والسمين^(٢).

(١) هو أبو بكر شمس الأئمة محمد بن أحمد بن سهل، قاضٍ، من كبار الأحناف، مجتهد، من أهل سرخس (في خراسان). أشهر كتبه: المبسوط في الفقه والتشريع، ثلاثون جزءاً، أملاه وهو سجين بالجب في أوزجند (بفرغانة) وله: شرح الجامع الكبير للإمام محمد؛ منه مجلد مخطوط، شرح السير الكبير للإمام محمد، وهو شرح لزيادات الزيادات للشيباني، الأصول في أصول الفقه، شرح مختصر الطحاوي. وكان سبب سجنه كلمة نصح بها الخاقان ولما أطلق سكن فرغانة إلى أن توفي. ينظر في الأعلام للزركلي (٣١٥/٥)

(٢) ينظر: الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٧٧/١.

الباب الأول

الفروق الفقهية في كتاب الحدود

وفيه أربعة فصول :

الفصل الأول : فروق كتاب الحدود مع غيره من أبواب الفقه .

الفصل الثاني : الفروق الفقهية المتعلقة بالحدود .

الفصل الثالث : فروق مسائل حد الزنا والقذف .

الفصل الرابع : فروق مسائل حد السرقة وقطع الطريق .

الفصل الأول

فروق كتاب الحدود مع غيره من أبواب الفقه

وفيه ثلاثة عشر مبحثاً :

- المبحث الأول: الفرق بين الحدود والقصاص في حق الأخرس.
- المبحث الثاني: الفرق بين حد السرقة والغصب في مسألة الضمان وتغير العين.
- المبحث الثالث: الفرق بين حق العباد، والحدود الخالصة لله تعالى في ولاية الاستيفاء.
- المبحث الرابع: الفرق بين السرقة والهبة من الزوجة.
- المبحث الخامس: الفرق بين السرقة والوصية للزوجة.
- المبحث السادس: الفرق بين القصاص والتعزير.
- المبحث السابع: الفرق بين العقوبات والأموال في مسألة الحبس.
- المبحث الثامن: الفرق بين الحربي، وبين الباغي وقاطع الطريق.
- المبحث التاسع: الفرق بين السكر والجنون.
- المبحث العاشر: الفرق بين الشهادة بالزنا، والشهادة بالدين.
- المبحث الحادي عشر: الفرق بين الإقرار بالزنا، والإقرار بالدين.
- المبحث الثاني عشر: الفرق بين حد الزنا والبيع في مسألة الشهادة.
- المبحث الثالث عشر: الفرق بين حد السرقة والوديعة في مسألة الضمان.

المبحث الأول

الفرق بين الحدود والقصاص في حق الأخرس^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق:

في هذا الفرق مفردات ثلاث:

الأولى: الحدود.

أولاً: تعريف الحدود لغة:

الحدود جمع حد، وهو: المنع، يقال للبواب حداد، لمنعه الناس من الدخول.

وسمي الحد حداً؛ لأنه يمنع المقام عليه عن المعاودة، والحد: الحاجز بين الشيئين^(٢).

ثانياً: تعريف الحدود اصطلاحاً:

"عقوبة مقدرة واجبة حقاً لله تعالى"^(٣).

الثانية: القصاص.

أولاً: تعريف القصاص لغة:

قال ابن فارس: "القاف والصاد أصل صحيح يدل على تتبع الشيء، من ذلك قولهم:

اقتصصت الأثر، إذا تتبعته.

ومن ذلك: اشتقاق القصاص في الجراح، وذلك أنه يفعل به مثل فعله بالأول، فكأنه اقتص

أثره"^(١).

(١) ينظر: الفروق للكرابيسي ٢٩٦/١، فتح القدير ٥٢٦/١٠.

(٢) ينظر: مقاييس اللغة، مادة حد، ٤/٢، تاج العروس، مادة حد، ٣٣١/٢.

(٣) بدائع الصنائع ٣٣/٧، الاختيار لتعليل المختار ٧٩/٤.

ثانياً: تعريف القصاص اصطلاحاً :

"اسم الجناية الواقعة في النفس والأطراف من الآدمي"^(٢).

الثالثة: الأخرس.

تعريف الأخرس لغة:

الأخرس في اللسان: ذهاب النطق.

وقيل: الأخرس: الذي خلق ولا نطق له، والأبكم الذي له نطق ولا يعقل الجواب^(٣).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن الحدود لا تقام على الأخرس، بخلاف القصاص فيقام عليه.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما أخرس.

ب- كلتاهما فيهما عقوبة.

وافترقتا في الحكم: فالأخرس لا يقام عليه الحد، بخلاف القصاص فيقام عليه.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "لا يقام حد الزنا على الأخرس؛ سواء أقر بالزنا أو شهدوا عليه، وكذلك سائر الحدود، ويقام عليه القصاص"^(٤).

وأما المالكية^(٥) والشافعية^(٦) والحنابلة^(١) فذهبوا إلى وجوب إقامة الحد على الأخرس إذا ثبت عليه بإقراره أو بالشهادة، وعليه: لا يثبت الفرق عندهم.

(١) مقاييس اللغة، مادة قص ١١/٥، وينظر: مختار الصحاح، مادة قصص ص ٢٥٤.

(٢) البحر الرائق ٣٢٧/٨، ينظر: التعريفات للجرجاني ١٧٦/١.

(٣) مقاييس اللغة، مادة خرس ١٦٧/٢، ينظر: المصباح المنير، مادة خرس ص ١٦٦.

(٤) الفروق للكرائسي ٢٩٦/١، ينظر: المبسوط ١٧٢/١٨، البحر الرائق ٥٤٤/٨.

(٥) ينظر: المدونة ٧٨/٢، منح الجليل ٤١٧/٦.

(٦) ينظر: أسنى المطالب ١٣١/٤، مغني المحتاج ٢٨٤/٣.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الأخرس لا يقدر على إشارة يقع الفصل بها بين وطء يوجب الحد ووطء غير موجب للحد^(٢).
- ٢- أن أقصى ما يقدر عليه أن يشير إلى وطء حرام فصار كالناطق إذا قال: وطئت حراماً، ولو قال ذلك لا حد عليه، وكذلك الأخرس^(٣).
- ٣- أن الإشارة بدل عن العبارة، والحد لا يقام بالبدل^(٤).
- ٤- أنه لا بد من التصريح بلفظة الزنا في الإقرار، وذلك لا يوجد في إشارة الأخرس^(٥).
- ٥- أن الشهادة لا تصح إلا بالإنكار، وإنكاره أقيم مقام الغير فلو استوفينا الحد لاستوفيناه بإنكار أقيم مقام الغير، وهذا لا يجوز^(٦).
- ٦- أن الأخرس لا يسمع ما يشهدون به عليه فصار كالغائب^(٧).
- ٧- أنه لو كان ناطقاً ربما يدعي شبهة تدرأ الحد، وليس كل ما يكون في نفسه يقدر على إظهاره بالإشارة، فلو أقمنا عليه الحد كان إقامة الحد مع تمكن الشبهة، ولا يوجد مثله في الأعمى والأقطع^(٨)؛ لتمكنه من إظهار دعوى الشبهة^(٩).
- ٨- أن له إشارة مفهومة تنفذ تصرفاته بتلك الإشارة ويحتاج إلى المعاملة مع الناس فيصح إقراره بحقوق العباد^(١٠).

(١) ينظر: كشاف القناع ٤٥٣/٦، مطالب أولي النهى ١٩٤/٦.

(٢) ينظر: الفروق للكرابيسي ٢٩٦/١.

(٣) ينظر: الفروق للكرابيسي ٢٩٦/١.

(٤) ينظر: المبسوط ١٧٢/١٨، البحر الرائق ٥٤٤/٨.

(٥) ينظر: المبسوط ١٧٢/١٨، البحر الرائق ٥٤٤/٨.

(٦) ينظر: الفروق للكرابيسي ٢٩٧/١.

(٧) ينظر: الفروق للكرابيسي ٢٩٧/١.

(٨) الأقطع: المقطوع اليد، والجمع قُطْعَان، ينظر: مختار الصحاح، مادة ق ط ع ٢٥٦/١، تاج العروس، ٣٦/٢٢.

(٩) ينظر: المبسوط ١٧٢/١٨.

(١٠) ينظر: المبسوط ١٧٢/١٨.

٩- أن القصاص حق الآدمي، ولا يحتال في إبطاله وإسقاطه، ولا يبطل بالشبهة الممكنة، بدليل أنه لو أقر بالقصاص، ثم رجع لا يبطل القصاص^(١).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

١- حديث ابن عمر -رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ بين الشهر بالإشارة فقال: "الشهر هكذا وهكذا"^(٢).

وجه الدلالة: أن الإشارة إذا كانت بياناً من القادر على النطق فإن الأخرس من باب أولى. ويجب عنه: بأن هذا متعلق بحق الله في العبادات، وأما الحدود فيدرأ فيها الحد للشبهة، والأخرس شبهة في عدم إقامة الحد.

ويمكن أن يناقش: بأن ادعاء الشبهة تحكم بلا دليل.

٢- أن الأصل قبول إشارة الأخرس، وأنها تقوم مقام القول إذا كانت تفيد ما يفيد القول^(٣). ويجب عنه: بأن هذا مشروط عند الأحناف بشرطين: أن يكون قد ولد أخرس أو طراً عليه الخرس ودام حتى الموت، وألا يقدر على الكتابة^(٤).

٣- أن الأخرس له إشارة مفهومة تنفذ بها تصرفاته، ويحتاج إلى المعاملة مع الناس فيصح إقراره^(٥).

ويجب عنه: بأن الأخرس قد تكون له إشارة غير مفهومة.

ويناقش: أن المقصود بالفرق الإشارة المفهومة.

٤- أنه نفس مخاطبة، فهو كالأعمى أو أقطع اليدين أو الرجلين^(٦).

(١) ينظر: المبسوط ١٧٢/١٨.

(٢) أخرجه البخاري، كتاب الصوم، باب قول النبي ﷺ: (إذا رأيتم الهلال فصوموا، وإذا رأيتموه فأفطروا)، ٥٣/٣ ومسلم، كتاب الصيام، باب الشهر يكون تسعا وعشرين، ٧٦٣/٢.

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر ٣١٢/١، غمز عيون البصائر ٤٥٣/٣، مجمع الضمانات ٤٥٥/١، قواعد الأحكام ١٣٥/٢، المنشور ١٦٤/١.

(٤) ينظر حاشية ابن عابدين ٤٢٥/٢.

(٥) ينظر: المبسوط ١٧٢/١٨.

(٦) ينظر: المبسوط ١٧٢/١٨.

- و يجاب عنه: بأن الأعمى والأقطع يمكنهما ادعاء الشبهة^(١).
- ٥- أن الإشارة في حق الأخرس تقوم مقام العبارة إذا كانت معهودة^(٢).
- د. فروق أخرى:
- الفرق بين الحدود والقصاص في الحق المتعلق بها^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا أقر الأخرس عند القاضي بالسرقة الموجبة للقطع فلا يقام عليه الحد.
- ٢- إذا أقر الأخرس عند القاضي بقتل نفس معصومة فيقتل.

(١) ينظر: المبسوط ٩/٩٨.

(٢) ينظر: المبسوط ١٨/١٧٢.

(٣) أن الحدود حق لله بخلاف القصاص فهو حق للعباد.

المبحث الثاني

الفرق بين حد السرقة والغصب في مسألة الضمان وتغير العين^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق:

وفيه أربع مفردات:

الأولى: السرقة.

أولاً: تعريف السرقة لغة:

قال ابن فارس: "السين والراء والقاف أصل يدل على أخذ شيء في خفاء وستر، يقال: سرق يسرق سرقة"^(٢).

ثانياً: تعريف السرقة اصطلاحاً:

أخذ العاقل البالغ نصاباً محرزاً، أو ما قيمته نصاباً ملكاً للغير لا شبهة له فيه على وجه الخفية"^(٣).

الثانية: الغصب.

أولاً: تعريف الغصب لغة:

الغصب: أخذ الشيء ظلماً، غصب الشيء يغصبه غصباً، واغتصبه فهو غاصب، وغصبه على الشيء قهره وغصبه منه"^(٤).

(١) ينظر: فتح القدير ٤٢١/٥، تبين الحقائق ٢٣٤/٣.

(٢) مقاييس اللغة، مادة سرق، ١٥٤/٣، ينظر: الصحاح للجوهري، مادة سرق ١٤٩٦/٤.

(٣) الاختيار ١٠٢/٤، ينظر: فتح القدير ٣٥٤/٥.

(٤) ينظر: لسان العرب، مادة غصب، ٦٤٨/١، تهذيب اللغة، مادة غصب، ٦٢/٨.

ثانياً: تعريف الغصب اصطلاحاً :

"أخذ مال متقوم محترم من يد مالكة بلا إذنه"^(١).

الثالثة: الضمان.

أولاً : تعريف الضمان لغة:

قال ابن فارس: "الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه، من ذلك قولهم: ضمنت الشيء إذا جعلته في وعائه، والكفالة تسمى ضماناً من هذا"، كما أن الضمان يطلق على التعريم؛ يقال: ضمنت الشيء إذا غرمته فالتزمه"^(٢).

ثانياً: تعريف الضمان اصطلاحاً :

المراد به هنا: عبارة عن رد مثل المالك إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً"^(٣).

الرابعة: العين.

أولاً : تعريف العين لغة:

العين تقع بالاشتراك على أشياء مختلفة، منها: العين النازرة لكل ذي بصر. ومنها: عين الماء، ومنها - وهو المراد هنا-: المال الحاضر. يقال: إنه لعين غير دين، أي: مال حاضر"^(٤).

ثانياً: تعريف العين اصطلاحاً :

ما "يحتمل التعيين مطلقاً جنساً ونوعاً وقدرًا وصفةً واستحقاقاً كالعروض من الثياب والعقار من الأرضين والدور والحيوان من العبيد والدواب والمكيل من الحنطة والشعير والموزون من الصفر والحديد"^(٥).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن من سرق ثوباً لا يؤخذ منه الثوب، ولا يضمه، بخلاف الغاصب فإنه يؤخذ منه الثوب ويعطى قدر ما زاد في الصبغ.

(١) درر الحكام ٢/٢٦٢، وينظر: بدائع الصنائع ٧/١٤٣.

(٢) مقاييس اللغة، مادة ضمن، ٣/٣٧٢، وينظر: القاموس المحيط، مادة ضمن، ص ١٢١٢.

(٣) غمز عيون البصائر ٤/٦، وينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٤٤٨، المادة ٤١٦.

(٤) ينظر: العين، مادة عين، ٢/٢٥٤، مقاييس اللغة، مادة عين، ٤/٢٠٣.

(٥) بدائع الصنائع ٦/٤٢.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما أخذ لثوب الغير.

ب. كلتاها فيهما الأخذ بغير حق.

ج. كلتاها فيهما صبغ للثوب.

وافترقتا في الحكم: فمن سرق ثوباً لا يؤخذ منه الثوب، ولا يضمّنه، بخلاف الغاصب فإنه يؤخذ منه الثوب ويعطى قدر ما زاد في الصبغ.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو حنيفة وأبو يوسف على هذا الفرق فقالا: "إن سرق ثوباً فصبغه أحمر قطع ولم يؤخذ منه الثوب ولم يضمّن قيمة الثوب، بخلاف الغصب"^(١).

وأما محمد بن الحسن^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) فيرون وجوب الضمان في كل منهما، وعليه: فلا يثبت الفرق عندهم.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن حق المالك في السرقة قائم صورة لا معنى، بحيث لو استهلك السارق المال لا يضمّن^(٦).

٢- أن حق الغاصب الذي صبغه قائم صورة ومعنى^(٧).

٣- أن حق المغصوب منه لم ينقطع؛ لأن أصل الثوب ملكه^(٨).

(١) فتح القدير ٤٢١/٥، وينظر: تبين الحقائق ٢٣٤/٣.

(٢) ينظر: فتح القدير ٤٢١/٥، تبين الحقائق ٢٣٤/٣.

(٣) ينظر: التاج والإكليل ٣٢٧/٧، مواهب الجليل ٢٨٧/٥.

(٤) ينظر: الأم ٢١٧/٨، تحفة المحتاج ٤٢/٦.

(٥) ينظر: الإنصاف ١٦٤/٦، شرح منتهى الإرادات ٣٠٨/٢.

(٦) ينظر: فتح القدير ٤٢١/٥.

(٧) ينظر: فتح القدير ٤٢١/٥.

٤- أن حق السارق في الصبغ متقوم، وحق المالك في أصل الثوب ليس بمتقوم في حق السارق لأجل القطع^(١).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

١- حديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: "من أدرك ماله بعينه عند رجل -أو إنسان- قد أفلس فهو أحق به من غيره"^(٢)،

وجه الدلالة: أن لصاحب الحق أخذ حقه، لا فرق في ذلك بين مسروق ومغصوب.

٢- أن الصبغ من الغاصب لا ينقطع به حق المغصوب منه في الاسترداد، وكذا السارق؛ لأن ما اتصل به من الصبغ مال متقوم من الصباغ^(٣).

٣- أن كل واحد منهما جان، ومراعاة حقه بأداء قيمة الصبغ إليه ممكن فلا ضرورة في قطع حق صاحب الثوب عن الثوب^(٤).

د. فروق أخرى:

- الفرق بين السرقة والغصب في الحد^(٥).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا سرق رجل سيارة فصبغها فأقيم عليه الحد، فلا يرد المسروق.

٢- إذا غصب رجل حديداً وصبغه فيرد المغصوب.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٩٠/٧.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٩٠/٧.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به، ١١٨/٣، ومسلم، كتاب المساقاة، باب من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه، ١١٩٣/٣.

(٤) ينظر: فتح القدير ٤٢١/٥.

(٥) ينظر: فتح القدير ٤٢١/٥.

(٦) أن السرقة موجبة للحد بخلاف الغصب.

المبحث الثالث

الفرق بين حق العباد، والحدود الخالصة لله تعالى في ولاية الاستيفاء^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق:

وفي هذا الفرق مفردتان:

الأولى: الولاية.

أولاً: تعريف الولاية لغة:

قال ابن فارس: "الواو واللام والياء أصل صحيح يدل على قرب، يقال: تباعد بعد ولي أي: قرب، وكل من ولي أمر آخر فهو وليه"^(٢).

ثانياً: تعريف الولاية اصطلاحاً:

"تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي"^(٣).

الثانية: الاستيفاء.

أولاً: تعريف الاستيفاء لغة:

قال ابن فارس: "الواو والفاء والحرف المعتل كلمة تدل على إكمال وإتمام، ومنه الوفاء، وإتمام العهد وإكمال الشرط، ووفى أوفى، فهو وفى، ويقولون: وفيت كالشيء إذا قضيته إياه وافياً، ومنه يقال للميت توفاه الله"^(٤).

(١) ينظر: الفروق للكرائسي ١/١٥٧، فتح القدير ٥/٢٧٧.

(٢) مقاييس اللغة، مادة ولي، ٦/١٤١، المصباح المنير، مادة ولي، ٢/٦٧٢.

(٣) التعريفات للخرجاني، ص ٣٢٩.

(٤) مقاييس اللغة، مادة وفى ٦/١٢٩، ينظر: تهذيب اللغة، مادة وفى ١٥/٤١٩.

ثانياً: تعريف الاستيفاء اصطلاحاً :

لا يخرج استعمال الفقهاء لمعنى الاستيفاء عن المعنى اللغوي^(١).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن الحدود الخالصة تستوفى من قبل الإمام بخلاف حقوق العباد فلهم استيفؤها.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلاتهما فيهما حق.

ب- كلاتهما فيهما استيفاء.

وافترقتا في الحكم، فالحدود الخالصة تستوفى من قبل الإمام بخلاف حقوق العباد فلهم استيفؤها.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "الحدود حق لله، والإمام مكلف بإقامتها، بخلاف حقوق العباد كالقصاص والأموال؛ فلو استوفاه صاحبه جاز"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن الحدود حق لله، والإمام مكلف بإقامتها؛ لأنها من الأربعة المفوضة إلى الإمام^(٣).

٢- أن حق الاستيفاء لمن له الحق ولا يشترط فيه القضاء، بل لو استوفاه صاحبه جاز، وإنما يحتاج إلى الإمام ليتمكن من ذلك؛ لأنه قادر عليه بالمنعة والإمام فيه كغيره حتى لو استوفاه صاحبه من غير حكم حاكم جاز له ذلك^(٤).

(١) ينظر: تبين الحقائق ١٨٧/٣، التاج والإكليل ٣٢٥/٨، الأشباه والنظائر للسيوطي، ص ٤٨٥، الإنصاف ٤٨٧/٩.

(٢) ينظر: تبين الحقائق ١٨٧/٣، فتح القدير ١٨٧/٣. بتصرف.

(٣) ينظر: فتح القدير ٢٧٧/٥، تبين الحقائق ١٨٧/٣.

(٤) ينظر: فتح القدير ٢٧٧/٥، تبين الحقائق ١٨٧/٣.

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

١- عن وائل بن حجر - رضي الله عنه -، قال: إني لقاعد مع النبي ﷺ إذ جاء رجل يقود آخر بنسعة^(١)، فقال: يا رسول الله، هذا قتل أخِي، فقال رسول الله ﷺ: "أقتلته؟" فقال: إنه لو لم يعترف أقمت عليه البينة، قال: نعم قتلته. وفيه: وقال ﷺ: "دونك صاحبك"^(٢).

وجه الدلالة: أن صاحب الحق كان قادرا على أن يقوم بالقصاص بغير إذن النبي ﷺ؛ لأنه كان يقوده، وإنما ذهب إلى النبي ﷺ ولم يأمره النبي ﷺ بقتله، بل سأل المتهم عن صحة ما نسب إليه، فلما أقر أمر صاحب الحق أن يقتص منه؛ ولو جاز أن يقتص منه دون إذن الإمام لما جيء بالرجل إلى النبي ﷺ.

٢- أن أمر الدماء عظيم يحتاج إلى نظر واجتهاد فلا يستوفى إلا بإذن الإمام^(٣).

٣- أن من أنواع القصاص ما اختلف الفقهاء في استيفائه، وما كان كذلك فلا بد فيه من حكم الإمام^(٤).

٤- أن صاحب الحق قد يتعدى في استيفائه لحقه، فلم يكن له القصاص إلا بحضور من يزجره عن التعدي^(٥).

٥- أنه لو جعل حق القصاص لمن له الحق دون إذن الإمام؛ لأدى ذلك إلى اختلاف الناس، وزعزعة الأمن والفوضى، والتعدي على الآخرين.

د. فروق أخرى:

١- الفرق بين حقوق الله وحقوق العباد في مسألة العفو والصلح والإبراء^(١).

(١) قال ابن فارس: النون والسين والعين: كلمة تدل على جدل الشيء. فالنسع: سير مضفور كهيئة أعنة البغال. ويقال للعنق الطويل ناسع، كأنه طول وجدل جدلا. مقاييس اللغة ٤١٩/٥.

(٢) أخرجه مسلم، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب صحة الإقرار بالقتل وتمكين ولي القتل من القصاص، واستحباب طلب العفو منه، ١٣٠٧/٣.

(٣) ينظر: أسنى المطالب ٣٧/٤.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير ٣٥٣/١٥، حاشيتا فليوي وعميرة ١٢٤/٤.

(٥) ينظر: الحاوي الكبير ٣٥٣/١٥.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا زنى رجل فليس لأحد الناس إقامة الحد عليه، بل استيفاءه إلى الإمام.
- ٢- إذا قتل رجل آخر فلولي المقتول استيفاء القصاص بنفسه دون الرجوع إلى الإمام.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٥٥/٧، وفيه: (لا خلاف في حد الزنا والشرب والسكر والسرقعة أنه لا يحتمل العفو والصلح والإبراء بعد ما ثبت بالحجة؛ لأنه حق الله تعالى خالصا، لا حق للعبد فيه فلا يملك إسقاطه).

المبحث الرابع

الفرق بين السرقة والهبة من الزوجة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفيه مفردة واحدة وهي الهبة.

أولاً: تعريف الهبة لغة:

الهبةُ بكسر الهمزة، وجمعها مواهب، وواهبه فوهبه يهبه ويهبه كَأَكْثَرِ هِبَةٍ منه، والموهبة العطية^(٢).

والاقتباب: قبول الهبة، والاستيهاب: سؤاها، وتواهب القوم، إذا وهب بعضهم لبعض^(٣).

ثانياً: تعريف الهبة اصطلاحاً:

"هي تملك العين بلا عوض"^(٤).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن من سرق شيئاً من امرأة أجنبية ثم تزوجها قبل القطع فإنه لا يقطع؛ بخلاف من وهب لامرأة هبة ثم تزوجها فلا يبطل رجوعه في الهبة.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما زوجان.

(١) ينظر: تبين الحقائق ٢٢١/٣، بدائع الصنائع ٧٦/٧.

(٢) لسان العرب، مادة وهب ٨٠٤/١.

(٣) ينظر: الصحاح ٢٣٥/١، القاموس المحيط ص: ١٤٣.

(٤) تبين الحقائق ٩١/٥، العناية شرح الهداية ١٩/٩.

ب- كلاتهما فيهما زواج بعد التصرف.

وافترقتا في الحكم: ففي السرقة لا يقطع إذا تزوجها قبل القطع؛ بخلاف الهبة فله الرجوع بعد الزواج^(١).

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "لو سرق رجل من أجنبية ثم تزوجها قبل القطع لا يقطع؛ بخلاف ما إذا وهب لأجنبية ثم تزوجها حيث لا يسقط الرجوع"^(٢).
وأما المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) فذهبوا إلى أن قيام الزوجية بعد السرقة لا أثر له بالنسبة للحد.

وكذا لا يجوز للواهب الرجوع في هبته بعد القبض؛ إلا في مسائل خاصة ليست هذه منها؛ وعليه: فلا يثبت هذا الفرق لديهم.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- حديث ابن عمر -رضي الله عنهما-، عن النبي ﷺ أنه قال: "من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب منها"^(٦).

وجه الدلالة: أن المرأة لما كانت أجنبية منه حين الهبة علم أن مقصوده العوض.

٢- أن العارض بعد وجوب الحد قبل استيفائه كالمقترن بأصل السبب^(٧).

(١) ينظر: المبسوط ٦٠/١٢.

(٢) ينظر: تبين الحقائق ٢٢١/٣، بتصريف، وينظر: بدائع الصنائع ٧٦/٧.

(٣) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٩٨/٨، حاشية العدوي ٣٣٥/٢.

(٤) ينظر: تحفة المحتاج ١٣٠/٩، مغني المحتاج ٤٧٢/٥، المهذب للشيرازي ٤٤٧/١، حاشية البجيرمي على شرح المنهج ٢١٩/٣.

(٥) ينظر: المغني ١٣٥/٩، الإنصاف ٢٨٠/١٠، الفروع ٦٤٧/٤.

(٦) أخرجه البيهقي، كتاب الهبات، باب المكافأة في الهبة ٢٩٩/٦، وضعفه الألباني في السلسلة الضعيفة ٥٣٨/١.

(٧) ينظر: المبسوط ١٩٠/٩.

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

١- حديث ابن عباس رضي الله عنهما، قال: قال النبي ﷺ: "العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه"^(١).

وجه الدلالة: فيه تشبيه من يعود في هبته بالكلب، وهذا من أقبح التشبيه الدال على التحريم.

٢- قطع أحد الزوجين بسرقة مال الآخر المحرز عنه؛ لعموم الأدلة، وشبهة استحقاقها النفقة والكسوة في ماله لا أثر لها؛ لأنها مقدرة محدودة^(٢).

٣- أن النكاح عقد على منفعة فلا يؤثر في درء الحد كالإجارة لا يسقط بها الحد عن الأجير أو المستأجر إذا سرق أحدهما من الآخر^(٣).

د. فروق أخرى:

١- الفرق بين السرقة والهبة في الحق المتعلق بها^(٤).

٢- الفرق بين السرقة والهبة في حكمهما^(٥).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا سرق رجل من امرأة أجنبية طقم ذهب من حرز ثم تزوجها ثم ترافعا للمحكمة فلا يقام عليه الحد.

٢- إذا وهب رجل امرأة أجنبية جوالاً ثم تزوجها فله الرجوع عن هبته.

(١) أخرجه البخاري، كتاب الهبة، باب: باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها، ١٥٨/٣، ومسلم، كتاب: الهبات، باب: باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل، ١٢٤٠/٣.

(٢) ينظر: مغني المحتاج ٤٧٢/٥، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين ١٨٣/٤، حاشية البجيرمي على الخطيب ٢٠٢/٤.

(٣) ينظر: الغرر البهية في شرح البهجة الوردية ٩٦/٥، مغني المحتاج ٤٧٢/٥، أسنى المطالب ١٤١/٤.

(٤) أن السرقة حق لله بخلاف الهبة فهي بين العباد.

(٥) أن السرقة محرومة وموجبة للحد بخلاف الهبة فهي جائزة.

المبحث الخامس

الفرق بين السرقة والوصية للزوجة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق:

وفي هذا الفرق مفردة واحدة وهي الوصية.

أولاً: تعريف الوصية لغة:

قال ابن فارس: "الواو والصاد والحرف المعتل: أصل يدل على وصل شيء بشيء. ووصيت الشيء: وصلته. ويقال: وطئنا أرضاً واصمة، أي إن نبتها متصل قد امتلأت منه. ووصيت الليلة باليوم: وصلتها، وذلك في عمل عمله.

والوصية من هذا القياس، كأنه كلام يوصى أي يوصل. يقال: وصيته توصية، وأوصيته إيصال"^(٢).

ثانياً: تعريف الوصية اصطلاحاً:

"تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع"^(٣).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن من أوصى لامرأته ثم أبانها في حال الصحة ثم مات فالوصية تصح له ولو أوصى لأجنبية ثم تزوجها ثم مات فالوصية تبطل؛ بخلاف من سرق من امرأته ثم أبانها أو سرق من أجنبية ثم تزوجها قبل الترافع ثم ترافعا فلا يقطع.

(١) المحيط البرهاني ٢٠/٧.

(٢) مقاييس اللغة، مادة وصى، ١١٦/٦، وينظر: الصحاح، مادة ٢٥٢٥/٦ القاموس المحيط، مادة، ص ١٣٤٣.

(٣) تكملة فتح القدير ٤١٦/٨، حاشية ابن عابدين ٦٤٨/٦.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما زوجية.

ب- كلتاهما فيهما إبانة.

واختلفتا في الحكم: فمن أوصى لأجنبية ثم تزوجها ثم مات فالوصية تبطل؛ بخلاف من سرق من أجنبية ثم تزوجها قبل الترافع ثم ترافعا فلا يقطع.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق.

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو سرق رجل من أجنبية ثم تزوجها قبل القطع لا يقطع بخلاف الوصية"^(١).

وأما المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) فوافقوهم في الوصية.

وأما في السرقة: فذهبوا إلى أن قيام الزوجية بعد السرقة لا أثر له بالنسبة للحد^(٥).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن المانع من صحة الوصية وقوع حكمها للوارث، والوصية ثبتت عند الموت، فيعتبر فيها حالة الموت، فإن كان الموصى له وارثا للموصي يوم الموت فلا تصح الوصية وإن لم يكن وارثا له فتصح الوصية^(٦).

(١) ينظر: تبين الحقائق، ٢٢١/٣.

(٢) ينظر: التاج والإكليل، ٥٣٤/٨، المنتقى، ١٧٩/٦.

(٣) ينظر: الأم، ١٠٧/٤، أسنى المطالب، ٣٣/٣.

(٤) ينظر: المغني، ١٤٨/٦، الإنصاف، ٢٠٠/٧.

(٥) ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي، ٩٨/٨، حاشية العدوي، ٣٣٥/٢، تحفة المحتاج، ١٣٠/٩، مغني المحتاج، ٤٧٢/٥، المهذب للشيرازي، ٤٤٧/١، حاشية البحراني على شرح المنهج، ٢١٩/٣، المغني، ١٣٥/٩، الإنصاف، ٢٨٠/١٠، الفروع، ٦٤٧/٤.

(٦) ينظر: المحيط البرهاني، ٢٠/٧.

٢- حقيقة الملك للشارق في المسروق، أو شبهة الملك، فإذا كانت الزوجية قائمة وقت السرقة فالثابت حقيقة الملك للشارق في المسروق، وإذا كانت الزوجية طارئة فالثابت وقت طريان الزوجية شبهة الملك للشارق في المسروق^(١).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- قطع أحد الزوجين بسرقة مال الآخر المحرز عنه؛ لعموم الأدلة وشبهة استحقاقها النفقة والكسوة في ماله لا أثر لها؛ لأنها مقدرة محدودة^(٢).
- ٢- أن النكاح عقد على منفعة^(٣) فلا يؤثر في درء الحد كالإجارة لا يسقط بها الحد عن الأجير أو المستأجر إذا سرق أحدهما من الآخر.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا أوصى رجل لأجنبية ثم تزوجها ثم مات بطلت الوصية.
- ٢- إذا سرق رجل من أجنبية ثم تزوجها قبل الترافع فلا يقطع.

(١) ينظر: المحيط البرهاني ٢٠/٧، بدائع الصنائع ٧٦/٧.

(٢) ينظر: مغني المحتاج ٤٧٢/٥، روضة الطالبين ١٢٠/١٠.

(٣) ينظر: الغرر البهية ٩٦/٥.

المبحث السادس

الفرق بين القصاص والتعزير^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفي هذا الفرع مفردة واحدة وهي التعزير:

أولاً: تعريف التعزير لغة:

قال ابن فارس: "العين والزاء والراء: كلمتان: إحداهما: التعظيم والنصر.

والكلمة الأخرى: جنس من الضرب. والتعزير: هو "الضرب دون الحد"^(٢).

ثانياً: تعريف التعزير اصطلاحاً:

هو "تأديب دون الحد"^(٣).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن لصاحب الحق في القصاص أن يقيمه؛ بخلاف التعزير فلا يقيمه إلا الإمام.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- أن كليهما فيهما عقوبة.

وافترقتا في الحكم: ففي القصاص لصاحب الحق إقامة القصاص؛ بخلاف التعزير فلا يعزر إلا

الإمام.

(١) ينظر: البحر الرائق ٤٥/٥، بدائع الصنائع ٦٣/٧.

(٢) مقاييس اللغة، مادة عزز ٣١١/٤، تهذيب اللغة ٧٨/٢.

(٣) مجمع الأنهر ٦٠٩/١، غريب الحديث ٢٢/٤، المصباح المنير ٤٠٧/٢.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "فأما إقامة التعزير فللإمام بخلاف القصاص"^(١).
وأما الرواية الثانية للحنفية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) فيرون في القصاص أنه لا بد من إذن الإمام، وعليه: فالفرق لا يثبت عندهم.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن القصاص مقدر^(٥).

٢- أن صاحب الحق قد يسرف في التعزير غِلاً ظناً^(٦).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

١- أن التعزير يقيمه صاحبه كالقصاص^(٧).

٢- أن الانفراد باستيفاء القصاص محرك للفتن^(٨).

٣- أن القصاص يفتقر إلى اجتهاد ويحرم الحيف فيه، فلا يؤمن الحيف مع قصد التشفي^(٩).

د. فروق أخرى:

١- الفرق بين القصاص والتعزير فيما يتعلق به^(١).

(١) المبسوط ٦٥/٩، بتصرف، ينظر: البحر الرائق ٤٥/٥،

(٢) ينظر: البحر الرائق ٤٥/٥، المبسوط ٦٥/٩.

(٣) ينظر: نهاية المحتاج ٤٣٦/٨، قواعد الأحكام ١٩٧/٢.

(٤) ينظر: الإنصاف ٩٤٩/٩، المغني ٣٠٦/٨.

(٥) ينظر: البحر الرائق ٤٥/٥.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق.

(٨) ينظر: قواعد الأحكام ١٩٧/٢.

(٩) ينظر: المغني ٣٠٦/٨.

٢- الفرق بين القصاص والتعزير فيما يؤول إليه^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق:

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

إذا قتل رجل "آخر"، فلأولياء الدم القصاص منه دون إذن الإمام.

٢- إذا خلا رجل بامرأة فليس لأحد تعزيرهما إلا بإذن الإمام.

(١) أن القصاص حق مختص بالعباد بخلاف التعزير فإنه تارة يكون في حق الله وتارة في حق العباد.

(٢) أن القصاص عقوبة فيها إتلاف بخلاف التعزير فهي عقوبة تارة تكون بالإتلاف وتارة بدونه.

المبحث السابع

الفرق بين العقوبات والأموال في مسألة الحبس^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق:

وفي هذا الفرع ثلاث مفردات:

الأولى: العقوبة:

أولاً: تعريف العقوبة لغة:

قال ابن فارس:

"العين والقاف والباء أصلان صحيحان؛ أحدهما: يدل على تأخير شيء وإتيانه بعد غيره.

والأصل الآخر: يدل على ارتفاع وشدة وصعوبة.

ففي الأول: كل شيء يعقب شيئاً فهو عقبيه، كقولك خلف يخلف، بمنزلة الليل والنهار إذا

مضى أحدهما عقب الآخر، ومن الباب: عاقبت الرجل معاقبة وعقوبة وعقاباً. واحذر العقوبة والعقب.

وإنما سميت عقوبة؛ لأنها تكون آخرًا وثاني الذنب"^(٢).

ثانياً: تعريف العقوبة اصطلاحاً:

"جزاء بالضرب أو القطع أو الرجم أو القتل"^(٣).

الثانية: الأموال.

(١) ينظر: المبسوط ٦٢/٩، ٨٢، البحر الرائق ٦/٥.

(٢) مقاييس اللغة، مادة عقب ٧٧/٤ بتصرف، الكليات ص: ٦٥٣.

(٣) حاشية ابن عابدين ١٤٠/٣.

أولاً : تعريف الأموال لغة:

"الميم والواو واللام كلمة واحدة، هي تمول الرجل: اتخذ مالا، ومال يمال: كثر ماله"^(١).

والمال: ما ملكته من جميع الأشياء والجمع أموال^(٢).

ثانياً: تعريف الأموال اصطلاحاً .

"المال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة والمالية"^(٣).

الثالثة: الحبس.

أولاً : تعريف الحبس لغة:

الحبس: المنع والإمساك، وهو مصدر حبسته من باب ضرب، ثم أطلق على الموضع وجمع على حبوس مثفلش وفلوس وحبسته بمعنى وقفته والجمع حبس مثلاً: بريد وبرد.

والحبس والمحبس: موضعان للمحبوس، فالمحبس يكون سجنًا ويكون فعلاً كالحبس^(٤).

ثانياً : تعريف الحبس اصطلاحاً :

"الشخص ومنعه من التصرف بنفسه سواء كان في بيت أو مسجد، أو كان بتوكيل نفس الخصم أو وكيله عليه، وملازمته له"^(٥).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن الرجل إذا ادعى على آخر مالا وأقام عليه شاهدين لم يحبس المدعى عليه ولكن يؤخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن عدالة الشهود؛ بخلاف القصاص والحدود.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما شهود.

ب. كلتاهما فيهما دعوى.

(١) مقاييس اللغة ٢٨٥/٥، تاج العروس من جواهر القاموس ٤٢٧/٣٠.

(٢) ينظر: لسان العرب، مادة مول، ٢٨٥/٥، القاموس الفقهي، ص ٣٤٤

(٣) البحر الرائق ٢٧٧/٥، حاشية ابن عابدين ٥٠١/٤.

(٤) ينظر: العين ١٥٠/٣، تهذيب اللغة ١٩٨/٤، تاج العروس ٥٢٠/١٥.

(٥) ينظر: الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٠٢، مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٩٨/٣٥.

وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا ادعى على آخر مالا وأقام عليه شاهدين لم يحبس المدعى عليه ولكن يؤخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل عن عدالة الشهود؛ بخلاف القصاص والحدود.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "في دعوى المال لا يحبس ما لم تظهر عدالة الشهود؛ بخلاف القصاص والحدود"^(١).

ووافقهم المالكية^(٢) والشافعية^(٣).

وأما الحنابلة فيرون أنه يحبس في القصاص والمال^(٤).

وعليه فلا يثبت هذا الفرق عندهم.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن الحبس نهاية العقوبة في دعوى المال^(٥).

٢- أنه يجوز أخذ الكفالة^(٦) في باب الأموال، فجاز أن يؤخذ الكفيل احتياطاً ولا يحبس^(٧).

٣- أنه لا يؤمن أن يهرب قبيل القصاص، ثم لا يظفر به، فلم يكن بد من الحبس^(٨).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

(١) المبسوط ١٩٣/٢٠، تبين الحقائق ١٥٢/٤.

(٢) ينظر: البيان والتحصيل ٤٥٢/١٥، أنوار البروق في أنواء الفروق ٧٩/٤-١١٣، أحكام القرآن لابن العربي، ٢٤١/٢.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير ٣٣٩/١٣، حاشية قليوبي وعميرة ٣٠٦/٤، أسنى المطالب ١٥١/٤.

(٤) ينظر: الإنصاف ٢٩٢/١١، المغني ٢٨٩/١٠.

(٥) ينظر: المبسوط ١٩٣/٢٠، البناية شرح الهداية ٤٣٤/٨.

(٦) الكفالة: "ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة". البحر الرائق ٢٥٩/٦.

(٧) ينظر: الفروق ٢٨٦/١.

(٨) ينظر: الفروق ٢٨٦/١، فتح القدير ٢١٥/٥.

- ١- أن النبي ﷺ رجلاً في تهمته ثم خالته عنه^(١).
وجه الدلالة: أنه ﷺ لم يفرق في الحبس بين عقوبة أو مال.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا ادعى رجل على آخر في المحكمة مالاً وأحضر شاهدين فلا يحبس القاضي المدعى عليه حتى يسأل عن عدالة الشهود.
٢- إذا ادعى رجل على آخر قتل والده وأحضر شاهدين فإن المدعى عليه يحبس.

(١) أخرجه أبو داود كتاب الأقضية، باب في الحبس في الدين وغيره، رقم (٣٦٣٠)، والترمذي، كتاب الديات، باب ما جاء في الحبس في التهمة، رقم (١٤١٧)، والنسائي، كتاب السرقة، باب امتحان السارق بالضرب والحبس، ٦٧/٨، قال الترمذي حديث حسن. وحسنه الألباني في الإرواء ٢٣٩٧.

المبحث الثامن

الفرق بين الحربي، وبين الباغي وقاطع الطريق^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفي هذا الفرع مفردتان:

الأولى: الحربي.

أولاً: تعريف الحربي لغة:

قال ابن فارس:

"الحاء والراء والباء أصول ثلاثة: أحدها: السلب وهو الحرب، واشتقاقها من الحرب وهو السلب. يقال: حربته ماله، وقد حرب ماله، أي سلبه"^(٢).

ثانياً: تعريف الحربي اصطلاحاً:

أهل الحرب أو الحربيون: "هم غير المسلمين الذين لم يدخلوا في عقد الذمة، ولا يتمتعون بأمان المسلمين ولا عهدهم"^(٣).

الثانية: الباغي.

أولاً: تعريف الباغي لغة:

قال ابن فارس: "الباء والغين والياء أصلان: أحدهما: طلب الشيء، والثاني: جنس من الفساد.

فمن الأول: بغيت الشيء أبغيه: إذا طلبته. ويقال: بغيتك الشيء: إذا طلبته لك، وأبغيتك

الشيء: إذا أعنتك على طلبه.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٣١٥/٩.

(٢) ينظر: مقاييس اللغة، مادة حرب، ٤٨/٢ بتصرف.

(٣) فتح القدير ٢٧٨/٤.

والأصل الثاني: قولهم: بغى الجرح: إذا ترامى إلى فساد، ثم يشتق من هذا ما بعد الغالبغي^١ :
 الفاجرة، تقول: بغت تبغي بغاء، وهغبي^٢ . ومنه: أن يبغى الإنسان على آخر.

والبغى: الظلم^(١).

ثانياً: تعريف البغى اصطلاحاً :

"أهل البغى كل فئة لهم منعة يتغلبون ويجمعون ويقاثلون أهل العدل بتأويل يقولون الحق معنا ويدعون الولاية"^(٢).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن الحربي إذا قتل مسلماً ثم أسلم لا يدفع الدية بخلاف الباغي وقاطع الطريق.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما قتل.

ب. كلتاها فيهما توبة.

وافترقتا في الحكم: فالحربي إذا قتل مسلماً ثم أسلم لا يدفع الدية بخلاف الباغي وقاطع الطريق فيلزمان بدفع الدية.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: قُتل حربي مسلماً بعضاً^١، ثم أسلم لا يُنفى بدفع الدية إلى الولي، بخلاف الباغي، وقاطع الطريق^(٣).
 ووافقهم المالكية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦).

(١) مقاييس اللغة، مادة بغى، ٢/٢٧١، جمهرة اللغة ١/٣٧٠ بتصرف.

(٢) رد المحتار ٤/٢٦٢.

(٣) بدائع الصنائع، ٧/٨٩.

(٤) ينظر: الذخيرة، ٩/٤٠٥-٤١٥، مواهب الجليل، ٦/٣١٦، شرح مختصر خليل للخرشي، ٨/٢.

(٥) ينظر: حاشيتا قليوبي وعميرة، ٤/١٠٦، أسنى المطالب ٤/١٢.

(٦) ينظر: الإنصاف، ١٠/٢٩٩، مطالب أولي النهى، ٦/٣١.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- ما تواتر من فعله ﷺ والصحابة بعده من عدم القصاص ممن أسلم^(١).
- ٢- أن القتل من الحربي لم يقع سبباً لوجوب الضمان؛ لأن عصمة المقتول لم تظهر في حقه، فلا يجب بالإسلام لأنه يجب ما قبله^(٢)، قال الله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾^(٣).
- وجه الدلالة: أن الإسلام يهدم ما قبله.
- ٣- أن قاطع الطريق يقع فعله سبباً لوجوب الضمان إلا أنه لا يحكم بالضمان لمانع، وهو ضرورة إقامة الحد، إلا أن الحد إذا لم يجب لشبهة يحكم بالضمان فيظهر أثر المانع في الحكم^(٤).
- ٤- أن فعل الباغي وقع سبباً لوجوب الضمان لكن لم يحكم بالوجوب لمانع، وهو عدم الفائدة لقيام المنعة، وهذا المانع يخص الحكم، فكان الوجوب ثابتاً عند الله - سبحانه - وتعالى - فيقضى به^(٥).
- ٥- أن شرط القاتل الذي يقتص منه أن يكون ملتزماً للأحكام والحربي غير ملتزم لها^(٦).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل حربي مسلماً ثم أسلم فرفع ورثة المقتول الأمر للقاضي لطلب الدية فلا يحكم لهم بها.

(١) ينظر: أسنى المطالب ١٢/٤، مغني المحتاج ٨٩/٧.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، ٨٩/٧.

(٣) سورة الأنفال: ٣٨.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ٨٩/٧.

(٥) المرجع السابق.

(٦) ينظر: حاشيتا قليوبي وعميرة، ١٠٦/٤، مطالب أولي النهى، ٣١/٦.

٢- إذا قطع المسلم الطريق وقتل مسلماً آخر ثم تاب قبل القدرة عليه فیدفع الدية لأولياء المقتول.

المبحث التاسع

الفرق بين السكر والجنون^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفي هذا الفرع مفردتان:

الأولى: السكر:

أولاً: تعريف السكر لغة:

السكر من الشراب، و السَّكْرُ أيضاً نقيع التمر الذي لم تمسه النار.

و في التنزيل: ﴿وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالْأَعْنَابِ نَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾^(٢)، ورجل سكير، أي كثير السكر^(٣).

والسكر: نقيض الصحو^(٤).

والسكر: حالة تعترض بين المرء وعقله، وأكثر ما يستعمل ذلك في الشراب المسكر، وقد يكون

من غضب وعشق^(٥).

ثانياً: تعريف السكر اصطلاحاً :

عند الحنفية: السكر: "سرور يزيل العقل فلا يعرف به السماء من الأرض"^(١).

(١) حاشية ابن عابدين ٨٣/٤.

(٢) سورة النحل ٦٧.

(٣) المعجم الوسيط مادة سكر، ٨٩/٣.

(٤) تهذيب اللغة، مادة سكر، ٣٤/١٠.

(٥) تاج العروس، مادة سكر، ٥٥/١٢.

وقيل: "بل يغلب على العقل فيهذي في كلامه" (٢).

الثانية: الجنون.

أولاً: تعريف الجنون لغة:

قال ابن فارس:

"الجيم والنون أصل واحد، وهو الستر والتستر. والجنة: الجنون؛ وذلك أنه يغطي العقل. وجنان الليل: سواده وستره الأشياء... والجن سموا بذلك لأنهم متسترون عن أعين الخلق" (٣).
ثانياً: تعريف الجنون اصطلاحاً:

"اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة، والقبيحة، والمدركة للعواقب، بأن لا تظهر آثارها، وتتعلل أفعالها" (٤).

الفرع الثاني: بيان وجه هذا الفرق:

أن من شهد عليه بالسرقة وهو سكران فيقام عليه الحد بعد إفاقة بخلاف المجنون.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما حد.

ب. كلتاها فيهما مشهود عليه.

ج. كلتاها فيهما فقد للعقل.

وافترقتا في الحكم: فمن سرق حال سكره أقيم عليه الحد بخلاف المجنون.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إنه إذا كان يجن ويفيق، فإن سرق في حال إفاقة قطع وإلا فلا. هـ.

(١) ينظر: رد المحتار على الدر المختار ٤٢٣/٢، كشف الأسرار ٢٦٣/٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) مقاييس اللغة، مادة جن، ٤٢٢/١، المعجم الوسيط ١٤١/١.

(٤) رد المحتار على الدر المختار ٢٤٣/٣، البحر الرائق ٤٤/٦.

بقي لو جن بعد الأخذ هل يقطع أم تنتظر إفاقة؟

قال السيد أبو السعود^(١): ظاهر ما قدمه في النهر من أنه يشترط لإقامة الحد كونه من أهل الاعتبار يقتضي اشتراط إفاقة، إلا أن يفرق بين الجلد والقطع بأن الذي يحصل به الجلد لا فائدة فيه قبلها لزوال الألم قبل الإفاقة بخلاف القطع. ا.هـ.

قلت: لكن في حد الشرب من البحر: إذا أقر السكران بالسرقة ولم يقطع لسكره أخذ منه المال ثم قال شهدوا عليه بالشرب وهو سكران قبلت، وكذا بالزنا وهو سكران، كما إذا زنى وهو سكران وكذا بالسرقة وهو سكران، ويحد بعد الصحو ويقطع ا.هـ.

فهذا يفيد اشتراط صحوه إلا أن يفرق بين الجنون والسكر بأن السكر له غاية، بخلاف الجنون، لكن الظاهر انتظار إفاقة لاندراء الحد بالشبهة، وهي هنا احتمال إبداء ما يسقطه إذا أفاق كما لا يقطع الأخرس^(٢).

ووافقهم المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن إقامة الحد يقتضي كونه من أهل الاعتبار فيشترط إفاقة^(٦).

٢- أن السكر له غاية، بخلاف الجنون^(٧).

٣- أن الظاهر انتظار إفاقة لاندراء الحد بالشبهة^(٨).

(١) السيد أبو السعود: هو محمد (أبو السعود) بن علي إسكندر السيد الشريف، فقيه حنفي مصري، من مؤلفاته: عمدة الناظر على الأشباه والنظائر. توفي ١١٧٢ هـ. ينظر: الأعلام للزركلي ٢٩٦/٦.

(٢) حاشية ابن عابدين ٨٣/٤.

(٣) ينظر: المدونة ٥٣٤/٤، حاشية الدسوقي ٣٤٤/٤، حاشية العدوي ٣٣١/٢.

(٤) ينظر: مغني المحتاج ١٣٧/٤، تحفة المحتاج ٥٨٥/٧.

(٥) ينظر: المغني ٦٦٥/٧، منتهى الإرادات ٢٧٩/٣.

(٦) ينظر: حاشية ابن عابدين ٨٣/٤.

(٧) المرجع السابق.

(٨) المرجع السابق.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا سرق رجل وهو مكلف ثم سكر فيقام الحد عليه وهو سكران.
- ٢- إذا سرق رجل وهو مكلف ثم جن فلا يقام الحد عليه.

المبحث العاشر

الفرق بين الشهادة بالزنا والشهادة بالدين^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفيه ثلاث مفردات:

الأولى: الشهادة:

أولاً: تعريف الشهادة لغة:

الشهادة لغة:

"الشين والهاء والذال: أصل يدل على حضور وعلم وإعلام، لا يخرج شيء من فروعه عن الذي ذكرناه.

من ذلك الشهادة، يجمع الأصول التي ذكرناها من الحضور، والعلم، والإعلام.

يقال: شهد يشهد شهادة"^(٢).

والمشهد: محضر الناس^(٣).

ثانياً: تعريف الشهادة اصطلاحاً:

"إخبار صدق بإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء"^(١).

(١) فتح القدير ٢١٨/٥، ينظر: الفروق ٢٨٦/١.

تنبيه: مضمون هذا الفرق قد تقدم في هذا الفصل في المبحث السابع، نظراً لاختلاف لفظ الفرقين في كتب الحنفية، ولم يتبين لي إلا خلال دراسة الفرقين.

(٢) مقاييس اللغة، مادة شهد، ٢٢١/٣.

(٣) الصحاح، مادة شهد ٤٩٤/٢.

الثانية: تعريف الزنا.

أولاً : تعريف الزنا لغة:

د ويقصل الزنا نأين الرجل ، يَزِنِي زِنًى مقصوروزناء ممدود.
والزنا: الفجور^(٢).

ثانياً : تعريف الزنا اصطلاحاً:

هو وطء مكلف طائع مشتبهة حالاً أو ماضياً في القبل بلا شبهة ملك في دار الإسلام أو
تمكينه من ذلك أو تمكينها^(٣).

الثالثة: الدين.

أولاً : تعريف الدين لغة:

قال ابن فارس:

الذال والياء والنون أصل واحد إليه يرجع فروعه كلها. وهو جنس من الانتقياد، والذل.

ومن هذا الباب الدين يقالننت فلاناً، إذا عاملته ديناً، إما أخذاً وإما إعطاءً .

وأدنت أقرضتُ وأعطيتُ ديناً^(٤).

الدينُ : واحد الديون معروف. وكل شيء غير حاضر مبيع لأجله من مثل أعينُ وديون^(٥).

ثانياً : تعريف الدين اصطلاحاً:

"هو مال حكمي يحدث في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرهما"^(٦).

الفرع الثاني: بيان وجه هذا الفرق:

أن من شهد عليه بالزنا فإنه يحبس حتى يتم تعديل الشهود؛ بخلاف من شهد عليه بمال فلا
يحبس.

(١) ينظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي ٢٠٦/٤، العناية ٣٦٤/٧.

(٢) ينظر: لسان العرب، مادة زنا، ٣٥٩/١٤، القاموس المحيط ص ١٢٩٢.

(٣) البحر الرائق ٤/٥.

(٤) معجم مقاييس اللغة، مادة دين، ٣١٩/٢.

(٥) لسان العرب، مادة دين، ١٦٧/١٣.

(٦) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ٣٠٥.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما شهادة.

ب- كلتاهما فيهما تعديل الشهود.

وافترقتا في الحكم: فمن شهد عليه بالزنا فيحبس حتى يتم تعديل الشهود بخلاف من شهد عليه بمال فلا يحبس.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا شهد الشهود على رجل بالزنا حبس المشهود عليه إلى أن يزكى الشهود، ولو شهد الشهود بمال فإنه لا يحبس قبل التزكية"^(١).

وأما الشافعية فيرون أنه لا يحبس فيهما^(٢).

وأما الحنابلة فيرون الحبس في الأموال دون الحدود^(٣).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أنه لو أدى اجتهاد الحاكم إلى أنهم -أي الشهود- عدول جاز له أن يقيم عليه الحد، إذا وجد ما يوجب الحكم، إلا أنه يجب الاحتياط في إمضائه لجواز أن لا يعدلوا^(٤).

٢- أنه لا يجوز أن يخلى سبيله؛ لأنه لا يؤمن أن يهرب قبيل الحدود، ولا يجوز أن يكفل؛ لأن الكفالة في باب الحدود لا تجوز فلم يكن بد من الحبس^(٥).

٣- أنه يجوز أخذ الكفالة في باب الأموال^(٦).

(١) الفروق ٢٨٦/١.

(٢) ينظر: روضة الطالبين ٢٥٧/١١، تحفة المحتاج ١٥٧/١٠.

(٣) ينظر: المحرر ٢٠٧/٢، كشاف القناع ٣٥٢/٦، المبدع ٨٦/١٠.

(٤) ينظر: الفروق ٢٨٦/١، الفصول في الأصول ٥١/٣.

(٥) ينظر: الفروق ٢٨٦/١.

(٦) المرجع السابق.

- ٤- أن الحبس في الحدود لا يكون إمضاء للحكم؛ لأنه إذا وجدت الشهادة والتزكية أقيم عليه الحد، ولا يقتصر على الحبس فلم يكن الحبس إمضاء للحد، وإنما هو استيثاق فجاز^(١).
- ٥- أن الحبس في باب الأموال إمضاء للحكم؛ لأن القاضي بعد ظهور العدالة، وتام الشهادة لا يزيد على الحبس، وإمضاء الحكم قبل التزكية لا يجوز^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا شهد أربعة لدى القاضي بأن رجلاً قد زنا فيحبس المشهود عليه حتى يتم تعديل الشهود.
- ٢- إذا شهد اثنان لدى القاضي بأن رجلاً في ذمته لآخر مال فلا يحبس المشهود عليه.

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

المبحث الحادي عشر

الفرق بين الإقرار بالزنا، والإقرار بالدين^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات هذا الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفيه مفردة واحدة وهي الإقرار:

أولاً: تعريف الإقرار لغة:

قال ابن فارس: "القاف والراء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على برد، والآخر على تمكن. ومن الباب عندنا - وهو قياس صحيح - الإقرار ضد الجحود، وذلك أنه إذا أقر بحق فقد أقر^ه قرار^ه"^(٢).

يقال: أقر بالحق: اعترف به^(٣).

ثانياً: تعريف الإقرار اصطلاحاً:

"هو الإخبار بما عليه من الحقوق"^(٤).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن من أقر بالزنا ثم رجع عن إقراره فقبل رجوعه، بخلاف من أقر بدين فلا يقبل رجوعه.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما إقرار.

(١) فتح القدير ٣٠٠/٥، الأشباه والنظائر ٣٤٦/١.

(٢) معجم مقاييس اللغة، مادة قر ٧/٥.

(٣) مختار الصحاح مادة قرر ص ٢٥٠.

(٤) تبين الحقائق ٢/٥، الهداية في شرح بداية المبتدي ١٧٨/٣.

ب. كلتاهما فيهما رجوع.

وافترقتا في الحكم: فمن أقر بالزنا ثم رجع عن إقراره قبل رجوعه، بخلاف من أقر بدين فلا يقبل رجوعه.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "لو أقر بالإحصان ثم رجع عنه صح رجوعه كالزنا، بخلاف الإقرار بالدين فإن المقر له يكذبه في رجوعه"^(١).
ووافقهم المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن صحة الرجوع لا تتوقف على كون المقر به علة للعقوبة بل على كون المقر به لا مكذب له فيه إذا رجع عنه ولا مكذب له في سبب الحد^(٥).
- ٢- أن المقر له يكذبه في رجوعه^(٦).
- ٣- أنه صحت الحسبة فيه؛ لأنه من إظهار حق الله تعالى^(٧).

(١) فتح القدير ٣٠٠/٥، بدائع الصنائع ٢٨٠/٦.

(٢) ينظر: المدونة ٤٨٢/٤، التاج والإكليل ٤٢٥/٨.

(٣) ينظر: مغني المحتاج ٤٥٢/٥، البحر رمي على الخطيب ١٤٣/٣، المنشور ١٨٧/١.

(٤) ينظر: مطالب أولي النهى ٦٧٤/٦، كشف القناع ٤٧٥/٦.

(٥) ينظر: فتح القدير ٣٠٠/٥.

(٦) ينظر: فتح القدير ٣٠٠/٥.

(٧) مقاييس اللغة، مادة بيع ٣٢٧/١.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا أقر رجل عند القاضي بالزنا ثم رجع عن إقراره فلا يقام عليه الحد.
- ٢- إذا أقر رجل بأن في ذمته مالاً لرجل ثم رجع عن إقراره فلا يقبل رجوعه ويطالبه المقرر له بما أقر به.

المبحث الثاني عشر

الفرق بين حد الزنا والبيع في مسألة الشهادة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفي هذا الفرع مفردة واحدة: وهي البيع.

أولاً: تعريف البيع لغة:

بيع الشيء، وربما سمي الشرى بيعاً، والمعنى واحد. ويقال: بعت الشيء: شريته، أبيع به بيعاً ومبيعاً، وهو شاذ وقياسه مباحاً. وبعته أيضاً: اشتريته، وهو من الأضداد. الأصل في البيع مبادلة مال بمال لقولهم بيع رابح وبيع خاسر^(٢).

ثانياً: تعريف البيع اصطلاحاً:

"هو مبادلة المال بالمال بالتراضي"^(٣).

الفرع الثاني: بيان وجه هذا الفرق.

أن في شهادة أحد الشاهدين على أنه قذف فلاناً، والآخر على أنه أقر بالقذف فلا حد عليه، ولا تقبل هذه الشهادة بخلاف إذا شهد أحدهما على البيع، والآخر على الإقرار بالبيع قبلت وحكم بالبيع.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ووجه الشبه أن كليهما فيهما شهادة بالسمع أو المشاهدة، وشهادة أخرى بالإقرار.

(١) المصباح المنير ٦٩/١.

(٢) ينظر: مقاييس اللغة مادة بيع ٣٢٧/١، الصحاح مادة بيع ١١٨٩/٣.

(٣) البنائة ٤/٨، تبيين الحقائق ٢/٤.

وافترقتا في الحكم: فإذا شهد أحد الشاهدين على أنه قذف فلاناً، والآخر على أنه أقر بالقذف فلا حد عليه، ولا تقبل هذه الشهادة بخلاف إذا شهد أحدهما على البيع، والآخر على الإقرار بالبيع قبلت الشهادة وحكم بالبيع.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا شهد أحد الشاهدين على أنه قذف فلاناً، والآخر أنه أقر أنه قذفه فلا حد عليه، ولا تقبل هذه الشهادة. ولو شهد أحدهما على البيع، والآخر على الإقرار بالبيع قبلت الشهادة وحكم بالبيع"^(١).
وخالفهم الحنابلة فرأوا أن البيئة تجمع في الحد^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن الإقرار حكاية، وفي الحكاية معنى ابتداء القذف، فلو جمع بينهما لكان جمعاً بالمعنى، وإيجاب الحد بالمعنى لا يصح، كما لو قال فوطئت وطئاً حراماً^(٣).

٢- أن في حكاية البيع معنى الابتداء، فلو جمعنا لجمعنا بينهما بالمعنى وإيجاب البيع بالمعنى دون صريح لفظه جائز كما لو قال: ملكتك بكذا درهماً^(٤).

٣- أن لفظ الإخبار والابتداء لا يختلف في باب البيع بدليل أنك تقول في الإخبار: بعت، وفي الابتداء أيضاً يقول: بعت، فيجوز أنهما سمعا معاً فحمل أحدهما على

الابتداء، والآخر على الإقرار فلم يبين اختلاف؛ بخلاف القذف^(٥).

ج. فروق أخرى:

١- الفرق بين حد الزنا والبيع في حكمهما^(١).

(١) الفروق ١/٣٠٠.

(٢) ينظر: الإنصاف ٢٦/١٢، مطالب أولي النهى ١٩٣/٦.

(٣) ينظر: الفروق ١/٣٠٠.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

٢- الفرق بين حد الزنا والبيع في الحق المتعلق بهما^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- لو شهد شخص عند القاضي بأن فلاناً قد قذف فلاناً بالزنا وشهد الآخر بأن المتهم قد أقر عنده بالقذف لم يقيم الحد.
- ٢- لو شهد شخص عند القاضي بأن فلاناً قد باع آخر وشهد آخر بأن البائع قد أقر عنده بالبيع لزم البيع.

(١) أن الزنا محرم بخلاف البيع فهو جائز.

(٢) أن حد الزنا حق لله بخلاف البيع فهو بين العباد.

المبحث الثالث عشر

الفرق بين حد السرقة والوديعة في مسألة الضمان^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفي هذا الفرق مفردة واحدة وهي الوديعة:

أولاً: تعريف الوديعة لغة:

قال ابن فارس: "الواو والdal والعين: أصل واحد يدل على الترك والتخليّة، ودعه: تركه، ومنه: دع، ومنه: ودعته توديعاً. ومنه: الدعة: الخفض، كأنه أمر يترك معه ما ينصب. والموادعة: المصالحة والمتاركة"^(٢).

أو دَعَوْ قِيْلًا لَهَا: وَاسْتَوَدَعْتُه نَوَاءً.

وقيل أيضاً: أودعته مالا: دفعته إليه وديعة وأودعته: قبلت وديعته.

وأودعته أيضاً: قبلت ما أودعنيهِ^(٣).

ثانياً: تعريف الوديعة اصطلاحاً:

"التسليط على حفظ المال"^(٤).

وقيل: "تسليط الغير على حفظ ماله"^(٥).

الفرع الثاني: بيان وجه هذا الفرق:

(١) ينظر: الفروق ٣١٦/١.

(٢) مقاييس اللغة مادة ودع ٩٦/٦.

(٣) القاموس المحيط، مادة ودع ص ٧١٥.

(٤) العناية شرح الهداية، ٤٨٤/٨.

(٥) البحر الرائق ٢٧٣/٧، التوقيف على مهمات التعاريف ٦٧/١.

أن السارق إذا رد المسروق إلى أخ المسروق منه، أو أخته، أو أحد عياله لا يسقط الضمان بخلاف ما لو رد المودع الوديعة إلى أحد من هؤلاء سقط الضمان^(١).

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن وجه الشبه:

- كلتاها فيهما رد الحق إلى أهل صاحب الحق.

وافترقتا في الحكم: فالسارق إذا رد المسروق إلى أخ المسروق منه، أو أخته، أو أحد ممن هو في عياله لا يسقط الضمان؛ بخلاف ما لو رد المودع الوديعة إلى أحد من هؤلاء سقط الضمان^(٢).

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "السارق إذا رد المسروق إلى أخ المسروق منه، أو أخته، أو أجيده، أو عبده أو امرأته؛ أو أحد ممن هو في عياله لا يسقط الضمان.

ولو رد المودع الوديعة إلى أحد من هؤلاء سقط الضمان"^(٣).

ووافقهم الحنابلة في رد الوديعة إلى من يحفظ ماله عادة^(٤).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن عياله حفظة وحرز له، فصارت أيديهم يدا له^(٥).

٢- أن الأجنبي ومن ليس في عياله أيديهم ليست بيد له، وليسوا بحرز له^(٦).

٣- أن المودع يضمن إذا دفع الوديعة للأجنبي ولا حق له في ماله^(٧).

(١) الفروق ٣١٦/١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الفروق، ٣١٦/١، مجمع الضمانات ٨٧/١، شرح مجلة الأحكام ٣١٠/٢.

(٤) الإنصاف ٣٢٤/٦، شرح منتهى الإرادات ٣٥٨/٢، كشف القناع ١٧٩/٤.

(٥) الفروق ٣١٦/١.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق.

- ٤ - أن الوديعة لم تكن مضمونة إلا بالخيانة، والدفع إلى هؤلاء ليس بخيانة؛ لأنهم حفظة له^(١).
- ٥ - أنه يحفظ الشيء لنفسه فيهم، فلم يصر برده إلى حفظته خيانة منه، فإذا لم يجن لم يضمن^(٢).

ج. فروق أخرى:

- ١ - الفرق بين السرقة والوديعة في الحكم^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا سرق شخص سيارة فردّها إلى أهل المسروق منه فتلفت عندهم يضمن.
- ٢ - إذا رد المودع إليه الوديعة إلى أهل المودع فتلفت فلا يضمن.

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

(٣) أن السرقة محرمة بخلاف الوديعة.

الفصل الثاني

الفروق الفقهية المتعلقة بالحدود : وفيه تسعة عشر مبحثاً

وفيهِ تسعة عشر مبحثاً :

- المبحث الأول: الفرق بين حد شرب الخمر وحد الزنا.
- المبحث الثاني: الفرق بين حد الزنا وحد القذف.
- المبحث الثالث: الفرق بين حد شرب الخمر وحد القذف.
- المبحث الرابع: الفرق بين حد الزنا وحد السرقة.
- المبحث الخامس: الفرق بين حد السرقة وحد القذف.
- المبحث السادس: الفرق بين حد السرقة وحد قطع الطريق.
- المبحث السابع: الفرق بين حد القذف والقصاص.
- المبحث الثامن: الفرق بين قطع الطريق، وسائر الحدود.
- المبحث التاسع: الفرق بين حد الزنا، وسائر الحدود.
- المبحث العاشر: الفرق بين حد القذف وسائر الحدود.
- المبحث الحادي عشر: الفرق بين المحصن وغير المحصن في الحدود.
- المبحث الثاني عشر: الفرق بين الحد والتعزير.
- المبحث الثالث عشر: الفرق بين الذمي والمستأمن في إقامة الحدود.
- المبحث الرابع عشر: الفرق بين الرجل والمرأة في الحدود.
- المبحث الخامس عشر: الفرق بين الأعمى والبصير في الحدود.

- المبحث السادس عشر: الفرق بين إقامة التعزير من قبل الزوج، وإقامته من قبل الإمام.
- المبحث السابع عشر: الفرق بين البينة والإقرار في مسائل الحدود.
- المبحث الثامن عشر: الفرق بين الإقرار والشهادة في مسائل الحدود.
- المبحث التاسع عشر: الفرق بين الحبس والكفالة في الحدود.

المبحث الأول

الفرق بين حد شرب الخمر وحد الزنا^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفي هذا الفرع مفردة واحدة: وهي الخمر:

أولاً: تعريف الخمر لغة.

خامَر الشيءَ قاربه وخالطه.

والتخمير التغطية، يقال خمر وجهه^(٢).

وسميت خمرًا؛ لأنها تخمر العقل وتستره^(٣).

ثانياً: تعريف الخمر اصطلاحاً.

"النبيء من ماء العنب إذا صار مسكراً"^(٤).

الفرع الثاني: وجه الفرق:

أن الرجل في حد الزنا يجرّد على إزار واحد عند ضربه؛ بخلاف ضربه في حد الخمر فإنه لا يجرّد.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

١ - كلتاها فيهما حد.

٢ - كلتاها فيهما ضرب وجلد.

وافترقتا في الحكم، فالرجل في حد الزنا يجرّد على إزار واحد؛ بخلاف ضربه في حد الخمر فإنه لا يجرّد.

(١) المبسوط ٤٧/٩، والمحيط البرهاني ٤٨٢/٦، والبحر الرائق ٢٩/٥، وحاشية ابن عابدين ٣٩/٤.

(٢) لسان العرب، مادة خمر ٢٥٤/٤.

(٣) القاموس المحيط، مادة خمر ص ٤٩٥.

(٤) الهداية مع فتح القدير، ٢٦/٩.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص محمد بن الحسن على الفرق فقال: "ويجرد الرجل في حد الزنا ويضرب على إزار واحد، وفي حد الشرب لا يجرد"^(١).

وأما الحنفية في المشهور عنهم^(٢)، والمالكية^(٣) فرأوا أنه يجرد فيهما.
وأما الشافعية^(٤) والحنابلة^(٥)، فرأوا عدم نزع الثياب في كلا الحدين.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١ - أن ضرب الشرب أخف من ضرب الزنا^(٦).

٢ - أنه لا بد من إظهار آية التخفيف وذلك بترك التجريد^(٧).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها:

١ - عن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - أنه قال: (ليس في ديننا مد ولا قيد ولا غل ولا تجريد)^(٨).

وجه الدلالة: عدم التجريد في الحدود.

ويجاب عنه: بأن الحديث ضعيف لا تقوم به حجة.

(١) بدائع الصنائع ٦٠/٧، المبسوط ٤٧/٩

(٢) الفروق ٢٨٧/١، بدائع الصنائع ٥٩/٧، تبين الحقائق ١٦٩/٣، العناية شرح الهداية ٢٢٩/٥.

(٣) الذخيرة، ٣٦٨/٩، حاشية الصاوي ٥٠٢٤/٤، المدونة ٤٨٧/٤.

(٤) الحاوي الكبير ٣٤٦/١٧، أسنى المطالب ١٦٠/٤.

(٥) المبدع ٣٦٨/٧، الروض المربع، ٤٦٢/١.

(٦) بدائع الصنائع ٥٩/٧.

(٧) المرجع السابق.

(٨) أخرجه البيهقي، كتاب الأشربة والحد فيها، باب ما جاء في صفة السوط والضرب، ٣٢٦/٨، وضعفه الألباني في الإرواء برقم ٢٣٣٠.

- ٢- جلد أصحاب رسول الله ﷺ فلم ينقل عن أحد منهم مد ولا قيد ولا تجريد، ولم نعلم عن أحد من الصحابة خلافه^(١).
- ٣- أن الله تعالى لم يأمر بتجريده، إنما أمر بجلده، ومن جلد من فوق الثوب فقد جلد^(٢).
- ٤- أنه قد جرى التخفيف فيه مرة في الضرب فلو خفف فيه ثانيا بترك التجريد لا يحصل المقصود من الحد وهو الزجر^(٣).
- ٥- أن التجريد عقوبة زائدة فلم تجز^(٤).
- ويجاب عن الجميع بما ورد في صحيح مسلم في قصة ماعز قال: فما أوثقناه ولا حفرنا له^(٥).
- د. فروق أخرى.**

- ١- الفرق بين حد الزنا وحد الخمر في الإتلاف^(٦).
- ٢- الفرق بين حد الزنا وحد الخمر في الجلد^(٧).
- ٣- الفرق بين حد الزنا وحد الخمر في الشهادة^(٨).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا ثبت الزنا على غير محصن فإنه يجرد حال إقامة الحد.
- ٢- إذا ثبت على شخص شرب خمر فإنه لا يجرد حال إقامة الحد عليه.

(١) المغني ١٦٧/٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) بدائع الصنائع ٦٠/٧.

(٤) المبسوط ٩٠/٢٠.

(٥) أخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، رقم ١٦٩٤.

(٦) أن حد الزنا للمحصن فيه إتلاف بخلاف حد الخمر.

(٧) أن حد الزنا يوجب مائة جلدة بخلاف حد الخمر فيوجب ثمانين جلدة.

(٨) أن إقامة حد الزنا يوجب أربعة شهود بخلاف إقامة حد الخمر فيوجب شاهدين.

المبحث الثاني

الفرق بين حد الزنا وحد القذف^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفي هذا الفرع مفردة واحدة وهي القذف:

أولاً: تعريف القذف لغة.

قال ابن فارس: "القاف والذال والفاء أصل يدل على الرمي والطرح. يقال: قذف الشيء يقذفه قذفاً، إذا رمى به.

وبلدة قذوف، أي طروح لبعدها تترامى بالسفر. ومنزل قذف وقذيف، أي بعيد. وناقمة مقذوفة باللحم، كأنها رميت به"^(٢).

يقال قذفه به: أصابه

وقذفه بالكذب كذالك.

وَالْقَذْفُ ظَلْسَبٌ وَهِيَ الْقَذِيفَةُ"^(٣).

ثانياً: تعريف القذف اصطلاحاً.

"نسبة من أحصن إلى الزنا صريحاً أو دلالة"^(٤).

(١) ينظر: فتح القدير ٣١٨/٥، والبحر الرائق ٢١/٥.

(٢) مقاييس اللغة، مادة قذف ٦٨/٥.

(٣) المحكم والمحيط الأعظم، مادة قذف، ٣٥٠/٦.

(٤) العناية شرح الهداية ٣١٦/٥، البنائة شرح الهداية ٣٦٢/٦.

الفرع الثاني: بيان وجه هذا الفرق.

أن من زنا بامرأة فحد ثم زنى بها مرة أخرى فيحد ثانياً ، بخلاف من قذف شخصاً فحد ثم قذفه بما قذفه به أولاً فلا يحد.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما حد.

ب. كلتاهما فيهما تكرار.

وافترقتا في الحكم: فمن زنا بامرأة فحد ثم زنى بها مرة أخرى فإنه يحد ثانياً ، بخلاف من قذف شخصاً فحد ثم قذفه بما قذفه به أولاً فإنه لا يحد.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "لو قذف شخصاً فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنا لا يحد ثانياً .

وأورد على هذا الوجه النقض بالزنا ثانياً بالمرأة التي زنى بها أولاً بعد أن جلد حداً بزناه الأول بها فإنه يحد ثانياً إجماعاً"^(١).

ووافقهم الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣).

وأما المالكية^(٤) فذهبوا إلى أن القاذف يحد مرة أخرى.

(١) فتح القدير ٣٤٠/٥، تبين الحقائق ٢٠٧/٣.

(٢) نهاية المحتاج ٤٢٢/٧، حاشية الجمل ٤٣٣/٤، المنشور ٢٧٦/١، أسنى المطالب ٣٨٢/٣، أسنى المطالب ٣٨٢/٣، مغني المحتاج ٧٠/٥.

(٣) الكافي ١٠١/٤، المغني لابن قدامة ٩٠/٨، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٢٠٩/٦.

(٤) شرح مختصر خليل للخرشي ٨٧/٨، منح الجليل ٢٦٩/٩.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- لما جلد عمر أبا بكره حين شهد على المغيرة بن شعبه بالزنا، أعاد قذفه، فهم عمر بإعادة الحد عليه، فقال له علي: إن جلدته فارجم صاحبه؛ فتركه^(١).
- ٢- إجماع العلماء على أن من زنا بامرأة فحد ثم عاود الزنا أن يحد ثانية^(٢).
- ٣- الحد الواحد يظهر الكذب ويدفع العار فلا يقع في النفوس تصديقه^(٣).
- ٤- أن المقصود إظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف وقد حصل ذلك بالمرة الأولى^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا أقيم حد القذف على رجل ثم قذفه أخرى فلا يحد.
- ٢- إذا أقيم حد الزنا على غير المحصن ثم عاود الزنا بتلك المرأة فإنه يحد مرة أخرى لزناه.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، باب شهود الزنا إذا لم يكملوا أربعة. وصححه الألباني في الإرواء برقم ٢٦٧٩.

(٢) فتح القدير ٣٤٠/٥، المغني ٧٤/٩.

(٣) مغني المحتاج ٧٠/٥.

(٤) المبسوط ١٦٥/٩، حاشية الجمل ٤٣٣/٤.

المبحث الثالث

الفرق بين حد شرب الخمر وحد القذف^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الذمي والمستأمن يقام عليهما حد القذف، بخلاف حد الشرب فلا يحدان به. فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

١ - كلتاهما فيهما حد.

٢ - كلتاهما فيهما ذمي ومستأمن.

وافترقتا في الحكم: فحد شرب الخمر لا يقام على الذمي والمستأمن؛ بخلاف حد القذف.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما أن الذمي التزمها مدة عمره، ولهذا يحد حد القذف بخلاف حد الشرب^(٢). ووافقهم المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

(١) ينظر: فتح القدير ٢٧٠/٥، البحر الرائق ١٩/٥.

(٢) المبسوط ٣١/٢٤، بدائع الصنائع ١١٣/٥.

(٣) الذخيرة، ٣٩٤/٩، حاشية الصاوي ٤٩٨/٤.

(٤) حاشية الدسوقي، ٣١٩/٤.

(٥) المبدع ٤١٥/٧، مطالب أولي النهى ٢١٣/٦.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أنه يعتقد حل الشرب فلا يجد به^(١).

٢- أن القذف حق العبد فيؤاخذ به^(٢).

ج. فروق أخرى.

١- الفرق بين حد الشرب وحد القذف في الشهادة^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- أن الذمي أو المستأمن إذا قذف أحدهما رجلاً فإنه يجد حد القذف.

٢- أن الذمي أو المستأمن إذا شرب خمرًا فإنه لا يجد حد الشرب.

(١) ينظر: فتح القدير ٢٧٠/٥.

(٢) ينظر: فتح القدير ٢٧٠/٥.

(٣) أن من أقيم عليه حد الخمر قبلت شهادته بخلاف من أقيم عليه حد القذف فلا تقبل شهادته.

المبحث الرابع

الفرق بين حد الزنا وحد السرقة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أنه إذا شهد على رجل أنه زنى بفلانة وهي غائبة فيحد، وكذا لو أقر بالزنا بغائبة؛ بخلاف إذا شهد على رجل أنه سرق من فلان وهو غائب لم يحد.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

- أ. كلتاهما فيهما حد.
- ب. كلتاهما فيهما شهادة.
- ج. كلتاهما فيهما غائب.

وافترقتا في الحكم: فإنه إذا شهد على رجل أنه زنى بفلانة وهي غائبة فيحد، وكذا لو أقر بالزنا بغائبة؛ بخلاف ما إذا شهد على رجل أنه سرق من فلان وهو غائب لم يحد.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وهي غائبة وكذا لو أقر بالزنا بغائبة يحد الرجل، وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع"^(٢).

(١) فتح القدير ٢٨٣/٥، وينظر: بدائع الصنائع ٥١/٧.

(٢) فتح القدير ٢٨٣/٥.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- عن بريدة بن الحصيب -رضي الله عنه-، قال: جاء ماعز بن مالك إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله، طهرني... وفيه فقال رسول الله ﷺ: «أزيت؟» فقال: نعم، فأمر به فرجم^(١).
- وجه الدلالة: أنه أقر بالزنا بغائبة ورجم^(٢).
- ٢- إجماع الفقهاء على أن من أقر بالزنا بغائبة فإنه يحد^(٣).
- ٣- أنه بالغية تنعدم دعوى السرقة^(٤).
- ٤- أن الدعوى شرط في السرقة للعمل بالبينة^(٥).
- ٥- أن الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه والشهادة للمرء على المرء لا تقبل بلا دعوى^(٦).

ج. فروق أخرى:

- الفرق بين حد الزنا وحد السرقة في الإقرار^(٧).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا أقر رجل عند القاضي بزنا امرأة غائبة أقيم عليه الحد.
- ٢- إذا شهد على رجل بالسرقة عند القاضي ولم يقيم المسروق منه دعوى لم يقيم عليه الحد.

(١) سبق تخريجه ص ١٠٥.

(٢) فتح القدير ٢٨٣/٥، وينظر: بدائع الصنائع ٥١/٧.

(٣) ينظر: فتح القدير ٢٨٣/٥.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

(٧) أن حد الزنا يوجب في إقامة الحد أربع إقرارات بخلاف السرقة.

المبحث الخامس

الفرق بين حد السرقة وحد القذف من حيث قبول الشهادة^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن من أقيم عليه حد السرقة تقبل شهادته إذا تاب؛ بخلاف من أقيم عليه حد القذف فلا تقبل شهادته.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما حد.

ب. كلتاهما فيهما شهادة.

ج. كلتاهما فيهما توبة.

وافترقتا في الحكم: فمن أقيم عليه حد السرقة إذا تاب تقبل شهادته بخلاف من أقيم عليه حد القذف فلا تقبل شهادته ولو تاب.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وتجوز شهادة المحدث في السرقة إذا تاب، بخلاف المحدث في القذف، فإنه لا تقبل شهادته وإن تاب"^(٢).

وخالفهم المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) فأروا قبول شهادة المحدث إذا تاب، إلا أن المالكية قيدوه بغير ما حد فيه.

(١) ينظر: المحيط البرهاني ٣٢٢/٨، البناية شرح الهداية ١٣٦/٩.

(٢) المحيط البرهاني ٣٢٢/٨، البناية شرح الهداية ١٣٦/٩.

(٣) الذخيرة ٢١٥/١٠، التاج والإكليل ١٦١/٦.

(٤) الأم ٢٠٩/٦، روضة الطالبين ٢٤٥/١١.

(٥) شرح الزركشي ٤٠٧/٣، المحرر ٢٥٢/٢.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١ - قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ (٤) (١).
- وجه الدلالة: أن القاذف لا تقبل شهادته مطلقاً .
- ٢ - أن أصل الحد لا يرتفع بالتوبة، فكذا ما كان من تمام الحد (٢).
- ٣ - أن رد شهادة السارق ليست من تمام الحد؛ لأن النص لم يرد به (٣).
- ٤ - أن القياس في الحدود لا يقبل (٤).
- ٥ - أن رد شهادة المحدث في القذف من تمام الحد (٥).

ج. فروق أخرى:

- الفرق بين حد السرقة وحد القذف في الإلتلاف (٦).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا سرق رجل فأقيم عليه الحد ثم تاب تقبل شهادته.
- ٢ - إذا قذف رجل آخر فأقيم عليه الحد ثم تاب لا تقبل شهادته.

(١) سورة النور الآية ٤ .

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ٣٢٢/٨ .

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) أن حد السرقة يوجب إلتافاً بخلاف حد القذف.

المبحث السادس

الفرق بين حد السرقة وحد قطع الطريق^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن حد السرقة يقام على المرأة إذا سرقت؛ بخلاف حد قطع الطريق فلا يقام عليها.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما حد.

ب. كلتاها فيهما امرأة.

وافترقتا في الحكم: ففي السرقة يقام الحد على المرأة إذا سرقت؛ بخلاف حد قطع الطريق فلا يقام عليها.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "لو كانت في القطاع امرأة فوليت القتال وأخذ المال دون الرجال لا يقام الحد عليها بخلاف السرقة"^(٢).

وخالفهم المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) فأروا المساواة بينهما في وجوب الحد.

(١) المبسوط ١٢٧/٩، بدائع الصنائع ٣٢٠/٩، فتح القدير ٤٣١/٥.

(٢) بدائع الصنائع ٩١/٧.

(٣) شرح الزرقاني على مختصر خليل ١٠٩/٨، المدونة ٥٥٥/٤.

(٤) روضة الطالبين للنووي ١٠٥٥/١٠، مغني المحتاج ١٨٠/٤.

(٥) المغني لابن قدامة ١٥٣/٩.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل اهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الذكورة شرط في إقامة حد قطع الطريق^(١).
- ٢- أن ركن القطع وهو الخروج على المارة على وجه المحاربة والمغالبة لا يتحقق من النساء عادة لركة قلوبهن وضعف بنيتهن فلا يكن من أهل الحراب^(٢).
- ٣- أن أخذ المال على وجه الاستخفاء ومسارقة الأعين يكون من المرأة^(٣).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- أن هذا حد يستوي في وجوبه الذكر والأنثى كسائر الحدود^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- لو أن امرأة قامت بخطف طفل فلا يقام عليها حد قطع الطريق.
- ٢- لو أن امرأة سرقت ذهباً من طفلة فيقام عليها الحد.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٩١/٧.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث السابع

الفرق بين حد القذف والقصاص^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الرجل إذا قتل زوجته ولها ابنان أحدهما منه والآخر من زوج آخر سقط القصاص؛ بخلاف ما إذا قذفها فلا يسقط حد القذف.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. الجاني في كليتهما هو الأب.

ب. المجني عليه في كليتهما هي الأم.

ج. المجني عليه في كليتهما ميت.

د. صاحب الحق في كليتهما هو الابن.

وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا قتل زوجته ولها ابنان أحدهما منه والآخر من زوج آخر سقط القصاص؛ بخلاف ما إذا قذفها فلا يسقط حد القذف.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "أنه لو كان للمقذوفة الميتة ابنان أحدهما من غير القاذف فله أن يطالب بالحد بخلاف القصاص"^(٢).

ووافقهم الحنابلة.^(٣)

(١) البحر الرائق ٣٨/٥، المبسوط ٢١٧/٩.

(٢) البحر الرائق ٣٨/٥.

(٣) شرح منتهى الإرادات ٣٥٢/٣، المغني ٧٩/٩.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- حديث عمر -رضي الله عنه- قال سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: لا يُقَادُ الوالد بالولد»^(١)،

وجه الدلالة: أن الوالد لا يقاد بولده^(٢) وعليه فلا حق للولد بمطالبة والده بقتل يستحقه الابن.

٢- أن الأب لا يعاقب بسبب ابنه^(٣).

٣- أن الابن يكون كالمقذوف، فقذف أمه قذف له، والأب إذا قذف ابنه لا يقام عليه الحد^(٤).

٤- أن ابن الميتة من غير الأب يطالب بحد القذف لعدم المانع في حقه^(٥).

٥- أن حد القذف يثبت لكل واحد منهم على الكمال، فسقوط حق بعضهم في الخصومة لا يسقط حق الباقيين^(٦).

٦- أن القصاص حق العبد يستحقه بالميراث ويثبت لجميع الورثة بقدر إرثهم، فلما ثبت الحق للابن سقط القصاص عن الأب^(٧).

ج. فروق أخرى.

- الفرق بين حد القذف والقصاص في الإتلاف^(٨).

(١) أخرجه أحمد في مسنده برقم ٩٩ مسند عمر بن الخطاب رضي الله عنه والترمذي، كتاب في الديات، باب ما جاء في الرجل

يقتل ابنه يقاد منه أم لا، رقم (١٤٠٠) وصححه الألباني في صحيح الجامع برقم ٢٨٥١.

(٢) البحر الرائق ٣٨/٥، المبسوط ٢١٧/٩.

(٣) البحر الرائق ٣٨/٥، المبسوط ٢١٧/٩.

(٤) المبسوط ٢١٧/٩.

(٥) البحر الرائق ٣٨/٥.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق.

(٨) أن حد القذف لا يوجب إتلافا بخلاف القصاص.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا ادعى ولد على أبيه قذف أمه فلا يقام عليه الحد إلا إذا كان لها أولاد من غيره وطالبوا به.
- ٢ - إذا ادعى ولد على أبيه قتل أمه قلا يقام عليه القصاص.

المبحث الثامن

الفرق بين قطع الطريق، وسائر الحدود^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن قاطع الطريق والسارق إذا تابا قبل أن يظفر بهما يسقط عنهما الحد، بخلاف سائر الحدود فإنها لا تسقط بالتوبة.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما حد.

ب. كلتاها فيهما توبة قبل الظفر به.

وافترقتا في الحكم: فقاطع الطريق والسارق إذا تابا قبل أن يظفر بهما يسقط عنهما الحد، بخلاف سائر الحدود فلا تسقط بالتوبة.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "قاطع الطريق إذا تاب قبل أن يظفر به يسقط عنه الحد، وكذلك السرقة الصغرى^(٢) إذا تاب السارق قبل أن يظفر به ورد المال إلى صاحبه يسقط عنه القطع بخلاف سائر الحدود فإنها لا تسقط بالتوبة"^(١).

(١) بدائع الصنائع ٣٣٣/٩

تنبيه: بعد بحث هذا الفرق الأولى أن يكون عنوانه: الفرق بين قطع الطريق والسرقة، وبين سائر الحدود.

(٢) السرقة نوعان؛ لأنه إما يكون ضررها بذي المال، أو به وبعمامة المسلمين، فالأول يسمى بالسرقة الصغرى، والثاني بالكبرى فقطع الطريق يسمى سرقة كبرى، أما تسميتها سرقة فلأن قاطع الطريق يأخذ المال سرا ممن إليه حفظ الطريق وهو الإمام الأعظم، كما أن السارق يأخذ المال سرا ممن إليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك أو من يقوم مقامه، وأما تسميتها كبرى فلأن ضرر قطع الطريق على أصحاب الأموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق، وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك بأخذ مالهم وهتك حرزهم ولهذا غلظ الحد في حق قطاع الطريق.

ينظر: مجمع الأنهر ٦١٣/١، تبين الحقائق ٢٣٥/٣.

ووافقهم المالكية^(٢) والشافعية^(٣).

وخالفهم الحنابلة في أن سائر الحدود تسقط بالتوبة^(٤).

أ. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- قوله تعالى في آية الحاربة: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ

غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾^(٥) وجه الدلالة: أن التائب من الحاربة إذا تاب قبل أن يظفر به يسقط عنه الحد.

٢- أن توبة القاطع برد المال على صاحبه إن كان أخذ المال لا غير مع العزم على أن لا يفعل مثله في المستقبل^(٦).

٣- أن القاطع إن أخذ المال وقتل لم يكن للإمام قتله ولكن يدفعه إلى أولياء القتل ليقتلوه قصاصاً^(٧).

٤- أن الخصومة شرط في السرقة الصغرى والكبرى^(٨).

٥- أن محل الجناية خالص حق العباد والخصومة تنتهي بالتوبة^(٩).

٦- أن سائر الحدود الخصومة فيها ليست بشرط فعدمها لا يمنع من إقامة الحدود^(١٠).

(١) بدائع الصنائع ٣٣٣/٩، فتح القدير ٤٢٩/٥.

(٢) المدونة، ٥٥٤/٤.

(٣) الأم ١٦٥/٦، المنتور ٤١٣/١.

(٤) الإنصاف ٢٩٩/١٠، المغني ١٥١/٩.

(٥) سورة المائدة آية ٣٤.

(٦) بدائع الصنائع ٣٣٣/٩.

(٧) المرجع السابق.

(٨) المرجع السابق.

(٩) المرجع السابق.

(١٠) المرجع السابق.

ب. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - أن الحدود خالص حق الله تعالى، فتسقط بالتوبة^(١).
ويجاب عنه: بأن قاطع الطريق تقبل توبته بالاتفاق مع أن فيه حق للعباد.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا اجتمع عشرة رجال على قطع الطريق بأخذهم المال بالقوة ثم تابوا وأرجعوا المال لصاحبه فلا يقام عليهم الحد.
- ٢ - إذا شرب رجل الخمر ثم تاب وتم القبض عليه بعد التوبة فيقام عليه الحد.

(١) المغني ١٥١/٩.

المبحث التاسع

الفرق بين حد الزنا، وسائر الحدود^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن حد الزنا يشترط له أربعة شهود بخلاف سائر الحدود.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما حد.

ب- كلتاهما فيهما شهود.

وافترقتا في الحكم: فحد الزنا يشترط له أربعة شهود؛ بخلاف سائر الحدود فيكتفى بشاهدين.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إن العدد شرط في الحوادث، وقسم منها يشترط الأربعة،

وهو: الزنا الموجب للحد، ولا يشترط ذلك في غيره"^(٢).

ووافقهم المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

(١) المحيط البرهاني ٤٠١/٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الذخيرة ٣٠٥/٤، مواهب الجليل ٢٠٦/٨.

(٤) روضة الطالبين ٢٩٤/١١، مغني المحتاج ١٤٣/٤.

(٥) المغني ٦٤/٩، حاشية الروض المربع ٦٠٦/٧.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

قوله تعالى بينة حد الزنا: ﴿لَوْلَا جَاءَ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾^(١).
وجه الدلالة: اشتراط أربعة شهود في الزنا، ولم يرد اشتراطه في باقي الحدود.

ج. فروق أخرى.

١ - الفرق بين حد الزنا وسائر الحدود في كيفية الإتلاف^(٢).

٢ - الفرق بين حد الزنا وسائر الحدود في الإقرار^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا شهد أربعة على رجل بالزنا فيقام عليه الحد.
- ٢ - إذا شهد اثنان على رجل بشرب الخمر فيقام عليه الحد.

(١) سورة النور آية ١٣.

(٢) أن حد الزنا للمحصن يوجب رميه بالحجارة حتى الموت بخلاف حد قطع الطريق.

(٣) أن إقامة حد الزنا يوجب أربع إقرارات بخلاف سائر الحدود.

المبحث العاشر

الفرق بين حد القذف وسائر الحدود^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن المحدود في القذف يضرب وعليه ثيابه؛ بخلاف سائر الحدود فيجرد.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما حد.

ب- كلتاهما فيهما ضرب وجلد.

وافترقتا في الحكم: ففي حد القذف يضرب وعليه ثيابه؛ بخلاف سائر الحدود فيجرد.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق وتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ويجرد في سائر الحدود فيضرب، وفي حد القذف يضرب، وعليه ثيابه"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أنه في سائر الحدود تيقنًا أنه باشر فعل المحرم، فوجب أن يباشر جلده الأذى^(٣).

٢- أنه في حد القذف لم نتيقن أنه باشر المحرم لجواز أن يكون صادقًا، فجاز أن لا يباشر إيلام جلده بالضرب^(١).

(١) ينظر: الفروق ٢٨٧/١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

ج. فروق أخرى:

١ - الفرق بين حد القذف وسائر الحدود في قبول الشهادة^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١ - إذا أقيم على رجل حد الشرب فيجرد من ثيابه حال ضربه.

٢ - إذا قيم على رجل حد القذف فلا يجرد من ثيابه.

(١) المرجع السابق.

(٢) أن المحدود في القذف لا تقبل شهادته بخلاف سائر الحدود.

المبحث الحادي عشر

الفرق بين المحصن وغير المحصن في الحدود^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه. وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفي هذا الفرع مفردة واحدة وهي: المحصن.

أولاً: تعريف المحصن لغة:

قال ابن فارس: "الحاء والصاد والنون أصل واحد منقاس، وهو الحفظ والحياطة والحرز.

فالمحصن معروف، والجمع حصون.

والحاصن والحصان: المرأة المتعفة الحاصنة فرجها.

والفعل من هذا حصن.

قال ثعلب^(٢) لكل امرأة عفيفة فهي محصنة ومحصة، وكل امرأة متزوجة فهي محصنة لا غير.

قال: ويقال لكل ممنوع محصن، وذكر ناس أن القفل يسمى محصنا. ويقال أحصن الرجل فهو

محصن. وهذا أحد ما جاء على أفعل فهو مفعل^(٣).

ثانياً: تعريف المحصن اصطلاحاً:

الإحصان نوعان: إحصان الرجم، وإحصان القذف.

(١) ينظر: الفروق ٣٠٧/١.

(٢) أبو العباس ثعلب أحمد بن يحيى بن زيد بن سيار الشيباني النحوي المعروف بثعلب، كان إمام الكوفيين في النحو واللغة في زمانه أصدق أهل القليليانا، وأعظمهم شأنًا، وأبعدهم ذكرًا، وأرفعهم قدرًا، وأوضحهم علمًا، وأرفعهم حلمًا، وأثبتهم حفظًا، وأوفرهم حظًا في الدين والدنيا. ينظر: نزهة الألباء في طبقات الأدباء ١٧٤/١.

(٣) مقاييس اللغة، مادة حصن، ٦٩/٢، وينظر: المحيط في اللغة ١٩٢/١.

والمراد هنا إحصان الرجم، وهو عند الحنفية عبارة عن اجتماع صفات اعتبرها الشرع لوجوب الرجم، وهي سبعة: العقل والبلوغ والحرية والإسلام والنكاح الصحيح وكون الزوجين جميعاً على هذه الصفات، وهو أن يكونا جميعاً عاقلين بالغين حرين مسلمين، فوجود هذه الصفات جميعاً فيهما شرط لكون كل واحد منهما محصناً، والدخول في النكاح الصحيح بعد سائر الشرائط متأخراً عنها، فإن تقدمها لم يعتبر ما لم يوجد دخول آخر بعدها^(١).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن غير المحصن إذا أقر بالزنا والسرقه وشرب الخمر وقذف المحصنة استوفى الجميع، فيبدأ بحد القذف، ثم إن شاء الإمام بدأ بحد الزنا، وإن شاء بدأ بالسرقه، ويؤخر حد الشرب؛ بخلاف المحصن إذا أقر بهذه الأشياء فيقدم حد القذف ثم رجم، وسقط حد السرقه والشرب.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما حدود مجتمعة.

ب. كلتاهما فيهما تقديم حد القذف على سائر الحدود.

وافترقتا في الحكم: فغير المحصن إذا أقر بالزنا والسرقه وشرب الخمر وقذف المحصنة استوفى الجميع، فيبدأ بحد القذف، ثم إن شاء الإمام بدأ بحد الزنا، وإن شاء بدأ بالسرقه، ويؤخر حد الشرب.

بخلاف المحصن إذا أقر بهذه الأشياء فيقدم حد القذف فيرجم، ويسقط حد السرقه والشرب.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وغير محصن إذا أقر بالزنا والسرقه وشرب الخمر وقذف المحصنة استوفى الجميع، فيبدأ بحد القذف، ثم إن شاء الإمام بدأ بحد الزنا، وإن شاء بدأ بالسرقه، ويؤخر حد الشرب."

(١) بدائع الصنائع ٣٧/٧.

وأما المحصن إذا أقر بهذه الأشياء قدم حد القذف ثم رجم، وسقط حد السرقة والشرب^(١).
ووافقهم المالكية^(٢) والحنابلة^(٣).

وأما الشافعية^(٤) فيرون إقامة سائر الحدود.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- عن عبد الله بن مسعود -رضي الله عنه- قال: "إذا اجتمع حدان، أحدهما القتل، أحاط القتل بذلك"^(٥).

٢- أن هذه حدود الله؛ إلا أن حد القذف اتصل بحق الآدميين؛ لأنه إليه الطلب^(٦).

٣- أن حق الله تعالى إذا اجتمع مع حق الآدميين قدم حق الآدميين^(٧).

٤- أنه إذا استوفى هذه الحدود بقيت حدود الله كلها ولا يمكن إسقاط بعضها ببعض، فاستوفى الكل^(٨).

٥- أن حد الزنا والسرقة استويا في التأكد؛ لأنهما حقان لله تعالى ثبتا بنص القرآن^(٩).

٦- أن حد الشرب إنما ثبت بالسنة فكان أضعف من الذي ثبت بالقرآن، فيجب أن يؤخر عنه^(١٠).

٧- أن في استيفاء بعض الحدود للمحصن إسقاط الباقي.

٨- أن الإمام مأمور بإسقاط الحدود ودرئها^(١).

(١) الفروق ٣٠٧/١.

(٢) المدونة ٤٨٥/٤.

(٣) المغني ١٥٤/٩، الفروع ٦١/٦.

(٤) الأم ٥٩/٦، حاشيتا قليوبي وعميرة، ٢٠٢/٤.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة ٤٧٨/٥ وضعفه الألباني في الإرواء برقم ٢٣٣٦.

(٦) الفروق للكرابيسي ٣٠٦/١.

(٧) المرجع السابق.

(٨) المرجع السابق.

(٩) المرجع السابق.

(١٠) المرجع السابق.

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- أن ما وجب مع غير القتل، وجب مع القتل^(٢).
 - ويجاب عنه: أن ما دون القتل لا فائدة في زجره مع وجود القتل.
- د. فروق أخرى:

- ١- الفرق بين المحصن وغير المحصن في الزنا^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا أقر غير المحصن بالزنا والسرقه والشرب والقذف استوفى الجميع.
- ٢- إذا أقر المحصن بالزنا والسرقه والشرب والقذف فيقدم حد القذف فيرجم، ويسقط حد السرقه والشرب.

(١) الفروق ٣٠٧/١.

(٢) المغني ١٥٤/٩.

(٣) أن حد الزنا للمحصن يوجب إتلافا بخلاف غير المحصن.

المبحث الثاني عشر

الفرق بين الحد والتعزير في تفريق الضرب^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الضرب في التعزير لا يفرق على الأعضاء، ولو ضرب على عضو واحد جاز ما لم يكن مقتلاً، بخلاف الحد فيفرق على الأعضاء.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما عقوبة.

ب- كلتاهما فيهما جلد.

وافترقتا في الحكم: فالضرب في التعزير لا يفرق على الأعضاء، ولو ضرب على عضو واحد جاز ما لم يكن مقتلاً، بخلاف الحد فيفرق.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "لا يفرق التعزير على الأعضاء، ولو ضرب على عضو واحد جاز، إذا لم يكن مقتلاً. وفي الحد يفرق الضرب"^(٢).

ووافقهم الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) في تفريق الضرب في الحد.

(١) ينظر: الفروق للكرائسي ٣٠٥/١، فتح القدير ٣٤٢/٥، البحر الرائق ١٠/٥، ٥٢، حاشية ابن عابدين ٥٢/٤.

(٢) الفروق ٣٠٥/١، البحر الرائق ٥١/٥.

(٣) الحاوي الكبير، ٣٤/١٧، معالم القرية ١٩٠/١.

(٤) كشف القناع، ٨١/٦، المبدع، ٣٦٨/٧.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن المقصود من التعزير إيصال الألم، وجمعه أبلغ في إيصال الألم، ولا يؤدي إلى التلف^(١).
- ٢- أنه يضرب في الحد ثمانون أو مائة، وفي التعزير لا يزداد على تسعة وثلاثين، فلا يؤدي إلى التلف غالباً^(٢).

ج. فروق أخرى:

- ١- الفرق بين الحد والتعزير فيمن قدر العقوبة^(٣).
- ٢- الفرق بين الحد والتعزير في شدة الضرب^(٤).
- ٣- الفرق بين الحد والتعزير في الشبهة^(٥).
- ٤- الفرق بين الحد والتعزير في ثبوته^(٦).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا شرب رجل الخمر فيضرب الحد مفرقاً.
- ٢- إذا خلا رجل بامرأة فيضرب تعزيراً في مكان واحد.

(١) الفروق ٣٠٥/١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) أن الحد مقدر من عند الله بخلاف التعزير.

(٤) بدائع الصنائع، ٦٤/٧، ففي التعزير الضرب أشد بخلاف الحدود.

(٥) يدرأ الحد بالشبهة بخلاف التعزير.

(٦) الحد لا يثبت إلا ببينة أو إقرار بخلاف التعزير.

المبحث الثالث عشر

الفرق بين الذمي والمستأمن في إقامة الحدود^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفي هذا الفرع مفردتان:

الأولى: الذمي:

أولاً: تعريف الذمي لغة:

الذِّمَّةُ العهد والكفالة، ذِمَّ مَأمٌ وفلان له ذِمَّةٌ أي حق. مَأمٌ ولِلذِّمَّةِ الحُرْمَةُ مَمةٌ.

ومن ذلك يسمى أهل العهال الذمَّةُ وهم الذين يؤدون الجزية من المشركين كلهم ورجل ذِمِّيٌّ معناه رجل له عهد، والذمُّ عهد منسوب إلى الذمَّةُ^(٢).

ثانياً: تعريف الذمي اصطلاحاً:

ويسمى الأمان المؤبد، وعقد الذمة، وهو "فعل يدل على قبول الجزية"^(٣).

الثانية: المستأمن:

تعريف المستأمن اصطلاحاً.

"هو من يدخل دار غيره بأمان مسلماً كان أو حربياً"^(٤).

(١) المبسوط ٤٨/٩، ١١٥، والبحر الرائق ١٩/٥.

(٢) لسان العرب، مادة ذمم ٢٢١/١٢، القاموس مادة ذمم ١١١٠.

(٣) بدائع الصنائع ١١٠/٧.

(٤) الدر المختار ٢٤٧/٣.

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

- أ. أن حد الزنا يقام على الذمي دون المستأمن.
- فلمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
- أ. كلتاها فيهما زنا.
- ب. كلتاها فيهما فعل الزنا من كافر.
- وافترقتا في الحكم: فالذمي يقام عليه حد الزنا، بخلاف المستأمن.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

- أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:
- نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإذا زنى المسلم أو الذمي بالمستأمنة حد المسلم والذمي دون المستأمنة"^(١).
- ووافقهم الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣).
- وعند أبي يوسف - رحمه الله تعالى - يحدان^(٤).
- وأما المالكية: فإنه يؤدب عندهم فقط، ولا يقام عليه الحد إلا إذا اغتصب امرأة مسلمة فإنه يقتل لنقضه العهد^(٥).
- ب. دليل هذا الفرق.
- استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١ - حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال: "إنَّ اليهود لمْجُوا إلى رسولِ الله ﷺ، فذكروا له أَلَمُ رَأَةٍ مِنْهُمْ وَرَجُلَا زَنِيَا، فَأَمَرَ بِمَا نَبِيٌّ ﷺ جَمَعَ"^(٦)

(١) المبسوط ٥٧/٩ بتصرف.

(٢) المهذب ٢٦٩/٢، مغني المحتاج ١٤٧/٤.

(٣) كشف القناع ٩١/٦.

(٤) المبسوط ٥٧/٩ بتصرف.

(٥) حاشية الدسوقي ٣١٤/٤، الفواكه الدواني ٢٨٤/٢.

(٦) أخرجه البخاري، كتاب المحاريب، باب أحكام أهل الذمة، ١٤٨/١٢، ومسلم، كتاب الحدود، باب رجم اليهود أهل الذمة

- ٢- أن الذمي من أهل دارنا وملتزم لأحكامنا^(١).
- ٣- أن الذمي يعتقد حرمة الزنى^(٢).
- ٤- أن المقصود من الحدود تطهير دار الإسلام عن ارتكاب الفواحش^(٣).
- ٥- أن من كان من أهل دارنا فهو تحت يد الإمام حقيقة وحكما حتى يمنعه من الرجوع إلى دار الحرب فيقيم الحد عليه.
- ٦- أن المستأمن ليس تحت يد الإمام حكما حتى لا يمنعه من الرجوع إلى دار الحرب^(٤).
- ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.**
- من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق ما يأتي:
- ٢- أن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات فيقام عليه الحد^(٥).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا زنا الذمي في دار الإسلام فيقام عليه الحد.
- ٢- إذا زنا المستأمن في دار الإسلام فلا يقام عليه الحد.

في الزنى، رقم (١٦٩٩).

(١) المبسوط ٤٨/٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المبسوط ٥٧/٩ بتصرف.

(٥) البحر الرائق ١٩/٥.

المبحث الرابع عشر

الفرق بين الرجل والمرأة في الحدود^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الحدود كلها تقام على الرجل بخلاف المرأة فلا يقام عليها حد قطع الطريق.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

ب - كلتاها فيهما حد.

وافترقتا في الحكم: فالحدود كلها تقام على الرجل بخلاف المرأة فلا يقام عليها حد قطع الطريق.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

لم ينص الحنفية على هذا الفرق، وإنما يفهم من كلامهم، ففي المبسوط: "أن حد قطع الطريق لا يجب على النساء"^(٢).

وخالفهم المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥)، فسووا بين الرجل والمرأة في ذلك.

(١) المبسوط ١٦٨/٩، بدائع الصنائع ٩١/٧.

(٢) المبسوط ١٩٧/٩، تبين الحقائق ٢٣٩/٣.

(٣) شرح الزرقاني على مختصر خليل ١٠٩/٨.

(٤) روضة الطالبين للنووي ١٥٥/١٠.

(٥) المغني لابن قدامة ١٥٣/٩.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لحد الفرق بما يأتي:

- ١- أن ركن القطع وهو الخروج على المارة على وجه المحاربة والمغالبة لا يتحقق من النساء عادة لركة قلوبهن وضعف بنيتهن فلا يكنّ من أهل الحراب^(١).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- أن هذا حد يستوي في وجوبه الرجل والمرأة كسائر الحدود^(٢).
- ٢- أنها تحد في السرقة ، فيلزمها حكم المحاربة كالرجل^(٣).
- ويجاب عنه: بأن السرقة أخذ المال على وجه الاستخفاء، ومسارقة الأعين، والأنوثة لا تمنع من ذلك، وكذا أسباب سائر الحدود تتحقق من النساء كما تتحقق من الرجال^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- لو أن امرأة قامت بخطف طفل فلا يقام عليها حد قطع الطريق.
- ٢- لو أن رجلاً قام بخطف طفل فيقام عليه حد قطع الطريق.

(١) بدائع الصنائع ٩١/٧.

(٢) بدائع الصنائع ٩١/٧.

(٣) المغني لابن قدامة ١٥٣/٩.

(٤) بدائع الصنائع ٩١/٧.

المبحث الخامس عشر

الفرق بين الأعمى والبصير في الحدود^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفي هذا الفرع مفردتان.

الأولى: الأعمى.

أولاً: تعريف الأعمى لغة:

قال ابن فارس: "العين والميم والحرف المعتل أصل واحد يدل على ستر وتغطية.

من ذلك العمى: ذهاب البصر كله من العينين. والفعل منه عمي يعمى عمى"^(٢).

الثانية: البصير.

وألاً: تعرف البصير لغة:

قال ابن فارس:

"الباء والصاد والراء أصلان: أحدهما العلم بالشيء؛ يقال: هو بصير به. ومن هذه البصيرة

البصر حاسة الرؤية، ورجل بصير مبصر: خلاف الضير"^(٣).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن الأعمى إذا وجد امرأة على فراشه فواقعها ظاناً أنها امرأته وهي أجنبية يدرأ الحد عنه بخلاف

البصير.

(١) المبسوط ٤٨/٩. الفتاوى الهندية ١٥١/٢.

(٢) مقاييس اللغة، مادة عمي، ١٣٣/٤، وينظر: لسان العرب، مادة عمي ٩٥/١٥، مختار الصحاح، مادة عمى ٢١٩/١.

(٣) مقاييس اللغة، مادة بصر ٢٥٣/١، وينظر: مختار الصحاح، مادة بصر ٣٥/١.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما وجود لامرأة على فراشه.

ب. كلتاهما فيهما ظنُّ أنها امرأته فبانت أجنبية.

ج. كلتاهما حصل فيهما وقاع لهذه المرأة الأجنبية.

وافترقتا في الحكم: فالأعمى إذا وجد امرأة على فراشه فواقعها ظاناً أنها امرأته وهي أجنبية يدرأ الحد عنه بخلاف البصير فيقام عليه الحد.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص زفر على هذا الفرق ففي المبسوط: "لو أن بصيراً وجد امرأة على فراشه فواقعها على ظن أنها امرأته وهي أجنبية فعليه الحد، وكذلك الأعمى عندنا. وقال زفر رحمه الله يدرأ الحد عن الأعمى بخلاف البصير"^(١).

وأما الحنفية فلا يرون الفرق بين الأعمى والبصير في إقامة الحد^(٢).

وأما المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) فلا يرون إقامة الحد على الأعمى والبصير، وقيدها الشافعية بأنه يصدق مع يمينه، وعليه: فلا يثبت هذا الفرق لديهم.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن الأعمى عَدِمَ آلة التمييز وهي البصر^(٦).

٢- أن الأعمى بنى على ظاهر الحال والظاهر أن لا يكون على فراشه إلا زوجته أو أمته^(١).

(١) المبسوط ٤٨/٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) أنوار البروق في أنواء الفروق ٤/١٧٢-٢٠٣.

(٤) أسنى المطالب ٤/١٢٦.

(٥) كشاف القناع ٦/٩٦، المبدع، ٧/٣٨٩.

(٦) المبسوط ٤٨/٩.

٣- أن ذلك يعد شبهة في حقه فيدراً الحد عنه^(٢).

٤- أن البصير يمكنه التحرز بالرؤية.

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

٣- أن الأعمى متمكن من سؤالها^(٣).

ويجاب عنه: ليس من عادة الزوج سؤال زوجته على فراشه.

- أن الشبهة موجودة في حق الأعمى والبصير، فلا يقام الحد عليهما^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- لو أن أعمى وجد امرأة على فراشه فواقعها ظاناً أنها امرأته فبانت أجنبية فلا يقام عليه الحد.

٢- لو أن بصيراً وجد امرأة على فراشه فواقعها ظاناً أنها امرأته فبانت أجنبية فيقام عليه الحد.

(١) المبسوط ٤٨/٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) كشف القناع، ٩٦/٦، المبدع، ٣٨٩/٧.

المبحث السادس عشر

الفرق بين إقامة التعزير من قبل الزوج، وإقامته من قبل الإمام^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الإمام إذا عزّر فيما يجب فيه التعزير فمات المعزّر من ذلك فلا شيء على الإمام ؛ بخلاف الزوج إذا عزّر زوجته.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما تعزير.

ب. كلتاهما فيهما موت المعزّر.

وافترقتا في الحكم: فالإمام إذا عزّر فيما يجب فيه التعزير فمات المعزّر من ذلك فلا شيء على الإمام؛ بخلاف الزوج إذا عزّر زوجته فماتت فعليه الضمان.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "أربعة شهدوا على رجل بشيء يجب فيه التعزير فعزّره الإمام فمات من ذلك فلا شيء على الإمام بخلاف الزوج إذا عزّر زوجته"^(٢). ووافقهم المالكية^(٣).

وأما الشافعية فيرون الضمان على الإمام والزوج^(٤).

(١) المبسوط ٥٤/٩.

(٢) المبسوط ٥٤/٩، فتح القدير ٣٥٢/٥.

(٣) منح الجليل ٥٨٩/٩، شرح مختصر خليل للخرشي ١١٠/٨، جواهر الإكليل ٢٩٦/٢.

(٤) أسنى المطالب ١٦٣/٤، حاشية الجمل ١٧٠/٥.

وأما الحنابلة فلا يرون الضمان لا على الإمام ولا على الزوج^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الإمام محق فيما أقام وهو مستوف حقا لله فيصير كأن من له الحق أماته^(٢).
- ٢- أن إقامة التعزير مستحق على الإمام شرعاً وما كان مستحقاً لا يتقيد بشرط ليس في وسعه التحرز عنه^(٣).
- ٣- أن الزوج يستوفي منفعة نفسه فما يتولد منه يكون مضافاً إليه^(٤).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق مع الإجابة عنها:

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- ما روي أن عمر -رضي الله عنه- بعث إلى امرأة في شيء بلغه عنها رسولا فأسقطت، فقال لعثمان وعبد الرحمن: ما تقولان؟ فقالا: لا شيء عليك، وإنما أنت مؤدب، فأقبل على علي فقال: ما تقول؟ فقال: إن كانا ما اجتهدا فقد غشا، وإن كانا قد اجتهدا فقد أخطأ. عليك الدية، فقال: عزمت عليك لا تبرح حتى تضربها على قومك، يعني: على قريش: لأنهم عاقلته^(٥).

ويجاب عنه: بأن الجنين الذي تلف لا جناية منه، ولا تعزير عليه، فكيف يسقط ضمانه؟ ولو أن الإمام حد حاملا، فأتلف جنينها، ضمنه، مع أن الحد متفق عليه بيننا، على أنه لا يجب ضمان المحدث إذا أتلّف به^(٦).

(١) المغني ١٧٩/٩.

(٢) المبسوط ٦٤/٩.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) أخرجه عبد الرزاق، كتاب العقول: باب من أفزعه السلطان، ٤٥٨/٩. قال الألباني في الإرواء، حديث رقم: ٢٢٤١ لم أره.

(٦) المغني ١٧٩/٩.

- ٢- عن علي -رضي الله عنه- قال: "ما أحد أقيم عليه الحد فيموت فأجد في نفسي منه شيئاً ألحق قتله إلا شارب الخمر، إنه رأي رأيناه بعد رسول الله ﷺ فمن مات منه فديته على عاقلة الإمام، أو قال: في بيت المال" ^(١).
- وجه الدلالة: أن يما زاد على الأربعين الذي رآه للمصلحة اختياراً، وتلك الزيادة تعزير.
- ويجاب عنه: بأنه قد خالفه غيره من الصحابة، فلم يوجبوا شيئاً به، ولم يعمل به الشافعي ولا غيره من الفقهاء، فكيف يحتج به مع ترك الجميع له ^(٢).
- ٣- أن التعزير مشروط بسلامة العاقبة ^(٣).
- ٤- أن الدية تجب في حق الإمام ^(٤).
- ٥- أن التعزير للتأديب لا الإتلاف ^(٥).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق:

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا عزر الإمام من يشرب المخدرات فمات من التعزير لم يضمه.
- ٢- إذا عزر الزوج زوجته الناشز فماتت ضمنها.

(١) أخرجه البخاري، كتاب الحدود: باب الضرب بالجريد والنعال، ٦٦/١٢، ومسلم، كتاب الحدود: باب حد الخمر،

١٣٣٢/٣.

(٢) المغني ١٢٨/٩.

(٣) حاشيتا قليوبي وعميرة ٢٠٩/٤.

(٤) المبسوط ٥٤/٩.

(٥) المرجع السابق.

المبحث السابع عشر

الفرق بين البيئة والإقرار في مسائل الحدود^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الحد يقام على العبد إذا ثبت بإقراره وإن كان مولاه غائباً؛ بخلاف ما إذا ثبت ببيئة فلا يقام عليه الحد إلا بحضور السيد.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما حد وعبد مملوك.

ب- كلتاهما فيهما ثبوت الحد ببيئة.

وافترقتا في الحكم: فالحد يقام على لعبد إذا ثبت بإقراره وإن كان مولاه غائباً؛ بخلاف ما إذا ثبت ببيئة فلا يقام إلا بحضور السيد.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

ذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن إلى القول بهذا الفرق، نقله عنهما السرخسي في المبسوط فقال: "ويقام الحد على العبد إذا أقر بالزنى أو بغيره مما يوجب الحد وإن كان مولاه غائباً وكذلك القطع والقصاص، وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يفرقان بين حجة البيئة والإقرار"^(٢). ووافقهم المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) في إقرار العبد.

(١) المبسوط ٨٤/٩.

(٢) المبسوط ٨٤/٩.

(٣) التاج والإكليل، ٤٢٥/٨، المدونة ٥٤٧/٤.

(٤) الأم، ٣٧١/٨، أسنى المطالب، ٢٨٩/٢.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن للمولى حق الطعن في البينة دون الإقرار^(٢).
- ٢- أن الإقرار موجب للحق بنفسه، والبينة لا توجب إلا بالقضاء^(٣).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عليها:

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- أن الوجوب عليه باعتبار النفسية في محل لا حق للمولى فيه، فإن حق المولى في المالية، والعبد في حكم النفسية هو والحر سواء^(٤)

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق:

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا أقر العبد عند القاضي بالسرقة فيقام الحد عليه دون الرجوع لسيده.
- ٢- إذا ثبت حد الشرب على العبد بشهادة الشهود فلا يقام عليه الحد إلا بحضور سيده.

(١) المغني ١٢٨/٩، الإنصاف، ١٤٣/١٢.

(٢) المبسوط ٨٤/٩.

(٣) المبسوط ٨٤/٩.

(٤) المبسوط ٨٤/٩.

المبحث الثامن عشر

الفرق بين الإقرار والشهادة في مسائل الحدود^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

- أ. أن الشهادة تكمن فيها التهمة والضغينة، بخلاف الإقرار.
فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
أ. كلتاهما في الحدود.
ب. كلتاهما بينة موجبة للحد.
وافترقتا في الحكم: فالشهادة تكمن فيها التهمة والضغينة، بخلاف الإقرار.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

- أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:
نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "الفرق بين الإقرار والشهادة وهو أن المانع في الشهادة تمكن التهمة والضغينة وهذا لا يوجد في الإقرار"^(٢).
ب. دليل هذا الفرق.
استدل لهذا الفرق بما يأتي:
١ - أن الإنسان غير متهم في الإقرار على نفسه^(٣).
٢ - أن الغير يمكن أن يخطئ أو يكذب في شهادته^(٤).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٢١٢/٩، فتح القدير ٢٢٢/٥.

(٢) بدائع الصنائع ٢١٢/٩، وينظر: فتح القدير ٢٢٢/٥.

(٣) بدائع الصنائع ٥١/٧.

(٤) المرجع السابق.

ج. فروق أخرى:

- ١ - الفرق بين الشهادة والإقرار في الاكتفاء بأحدهما^(١).
- ٢ - الفرق بين الشهادة والإقرار في العدد^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق:

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا أقر الرجل على نفسه بشرب الخمر فيقام عليه الحد دون وجود تهمة بالمقر.
- ٢ - إذا شهد اثنان على رجل بشرب الخمر فيقام الحد مع تمكن التهمة على الشهود.

(١) أن الإقرار كاف في ثبوت الحد بخلاف الشهادة.

(٢) يشمل عدد الشهود، وعدد الإقرارات.

المبحث التاسع عشر

الفرق بين الحبس والكفالة في الحدود^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق:

وفي هذا الفرع مفردة واحدة وهي الكفالة:

أولاً: تعريف الكفالة لغة:

قال ابن فارس: "الكاف والفاء واللام أصل صحيح يدل على تضمن الشيء للشيء، من ذلك الكفل"^(٢).

ثانياً: تعريف الكفالة اصطلاحاً:

"ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل على وجه التوثيق"^(٣).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أنه إذا قال المدعي: لي بينة على قذفه يحبس المدعى عليه القذف إلى قيام الحاكم من مجلسه، ولا يؤخذ منه كفيل بنفسه.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما طلب الضمان.

وافترقتا في الحكم: فإذا قال المدعي: لي بينة على قذفه يحبس المدعى عليه القذف إلى قيام الحاكم من مجلسه، ولا يؤخذ منه كفيل بنفسه.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٢١٦/٩.

(٢) مقاييس اللغة، مادة كفل، ١٨٧/٥.

(٣) المبسوط ١٤١/١٩.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإن قال المدعي: لي بينة حاضرة في المصر على قذفه يحبس المدعى عليه القذف إلى قيام الحاكم من مجلسه.

والمراد من الحبس الملازمة أي يقال للمدعي: لازمه إلى هذا الوقت، فإن أحضر البينة فيه وإلا خلى سبيله، ولا يؤخذ منه كفيلاً بنفسه"^(١).

ووافقهم المالكية^(٢).

وأما أبو يوسف ومحمد فعندهما يؤخذ منه الكفيل^(٣).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١ - حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً بالتهمة"^(٤).

وجه الدلالة: أن الحبس للتهمة مشروع^(٥)

٢ - أن الكفالة شرعت للاستيثاق، والحدود مبناهما على الدرء والإسقاط، فلا يناسبها

الاستيثاق بالكفالة^(٦).

(١) بدائع الصنائع ٥٣/٧

(٢) المدونة ١٨٢/٥

(٣) بدائع الصنائع ٥٣/٧

(٤) سبق تخريجه ص ٧٩

(٥) ينظر: بدائع الصنائع ٥٣/٧

(٦) بدائع الصنائع ٥٣/٧

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - أن الحبس جائز في الحدود فالكفالة أولى^(١).
- ٢ - أن معنى الوثيقة في الحبس أبلغ منه في الكفالة^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا ادعى رجل على آخر أنه قذفه ولديه بينة وطالب بحبسه فإنه يجب إلى طلبه.
- ٢ - إذا ادعى رجل على آخر أنه قذفه ولديه بينة وطلب كفيلاً فإنه لا يجب إلى طلبه.

(١) بدائع الصنائع ٥٣/٧.

(٢) المرجع السابق.

الفصل الثالث

فروق مسائل حد الزنا والقذف

وفيه ستة وعشرون مبحثاً :

- المبحث الأول: الفرق بين الرجل والمرأة في ثبوت حد الزنا.
- المبحث الثاني: الفرق بين دعوى الإكراه، ودعوى النكاح في مسائل حد الزنا.
- المبحث الثالث: الفرق بين المجنون والمكره في مسائل حد الزنا.
- المبحث الرابع: الفرق بين النكاح الفاسد والشراء الفاسد في مسائل حد الزنا.
- المبحث الخامس: الفرق بين الكافر والعبد في العدالة.
- المبحث السادس: الفرق بين اللبس والتقبيل، وبين الزنا.
- المبحث السابع: الفرق بين الأعمى والفاسق في الشهادة على الزنا.
- المبحث الثامن: الفرق بين المجنون والأعمى في مسائل حد الزنا.
- المبحث التاسع: الفرق بين الحربي والمجنون في مسائل حد الزنا.
- المبحث العاشر: الفرق بين الجلد والرجم.
- المبحث الحادي عشر: الفرق بين شبهة الرجوع، وصريح الرجوع عن الشهادة في مسائل حد الزنا.
- المبحث الثاني عشر: الفرق بين شبهة الفعل وشبهة المحل في مسائل حد الزنا.
- المبحث الثالث عشر: الفرق بين الخرس والغيبة في مسائل حد الزنا.
- المبحث الرابع عشر: الفرق بين قوله: ظننت أنها امرأتي، وقوله: هي امرأتي.

- المبحث الخامس عشر: الفرق بين الجلد والقطع.
- المبحث السادس عشر: الفرق بين الإقرار والشهادة بالزنا.
- المبحث السابع عشر: الفرق بين موت وعجز الشهود في مسائل حد الزنا.
- المبحث الثامن عشر: الفرق بين مَن غصب جارية فزنى بها فماتت، وبين مَن غصب حرة فزنى بها فماتت.
- المبحث التاسع عشر: الفرق بين من قال لامرأته: زني قبل أن أتزوجك، وبين ما لو قال: كنت قدفتك بالزنى قبل أن أتزوجك.
- المبحث العشرون: الفرق بين قوله: أزني الناس، وبين قوله: أزني مني أو أزني من فلان.
- المبحث الحادي والعشرون: الفرق بين قوله: لست لأملك، وقوله: لست لأبيك.
- المبحث الثاني والعشرون: الفرق بين قوله للرجل: يا زانية، وقوله للمرأة: يا زاني.
- المبحث الثالث والعشرون: الفرق بين العبد والكافر والمحدود، وبين الفاسق في حد القذف.
- المبحث الرابع والعشرون: الفرق بين الخصي والعنين، وبين المحبوب في حد القذف.
- المبحث الخامس والعشرون: الفرق بين نفيه عن أبيه، ونفيه عن جده.
- المبحث السادس والعشرون: الفرق بين العتق والإسلام في قبول شهادة المحدود بالقذف.

المبحث الأول

الفرق بين الرجل والمرأة في ثبوت حد الزنا^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الرجل إذا أكرهه السلطان حتى زنى يحد بخلاف إكراه المرأة.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما زنا.

ب. كلتاهما فيهما إكراه.

ج. كلتاهما المكره فيهما السلطان.

وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا أكرهه السلطان حتى زنى يحد بخلاف إكراه المرأة.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو حنيفة على الفرق ثم رجع عنه^(٢)، وهو قول زفر؛ جاء في فتح القدير: "ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه، وكان أبو حنيفة أولاً يقول يحد وهو قول زفر، بخلاف إكراه المرأة على الزنا"^(٣).

ووافقه المالكية^(٤) والحنابلة^(٥).

(١) ينظر: فتح القدير ٢٧٣/٥، حاشية ابن عابدين ٢٩/٤.

(٢) العناية ٣٧٣/٥.

(٣) فتح القدير ٢٧٣/٥، حاشية ابن عابدين ٢٩/٤.

(٤) ينظر: الشرح الكبير ٣١٨/٤، حاشية الدسوقي ٣١٨/٤.

(٥) ينظر: المبدع ٣٨٩/٧، المغني ٥٧/٩.

وأما الحنفية^(١)، والشافعية في المشهور عنهم^(٢) فيرون أنهما لا يحدان على السواء.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الزنا لا يتصور إلا بعد انتشار الآلة، وهذا آية الطوعية^(٣).
- ٢- أنه اقترن بالإكراه ما ينفيه قبل تحقق الفعل المكروه عليه بحيث كان حال فعله إياه غير مكروه فبطل أثر الإكراه السابق ووجب الحد^(٤).

٣- أن إكراه المرأة على الزنا بالتمكين وليس مع التمكين دليل الطوعية^(٥).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- قول النبي ﷺ: "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"^(٦).
- وجه الدلالة: أن الرجل والمرأة على حد سواء في رفع الحد عن المكروه.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا أكره السلطان رجلاً على الزنا يحد.
- ٢- إذا أكره السلطان امرأة على الزنا لا تحد.

(١) ينظر: شرح فتح القدير ٥/٥٢، حاشية ابن عابدين ٣/١٥٧.

(٢) ينظر: الحاوي الكبير ١٧/٨٤، ومغني المحتاج ٤/١٤٥.

(٣) ينظر: فتح القدير ٥/٢٧٣، حاشية ابن عابدين ٤/٢٩.

(٤) ينظر: فتح القدير ٥/٢٧٣.

(٥) المرجع السابق.

(٦) أخرجه ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب طلاق المكروه والناسي، ١/٦٥٩، وصححه الألباني في إرواء الغليل ١/١٢٣.

المبحث الثاني

الفرق بين دعوى الإكراه، ودعوى النكاح في مسائل حد الزنا^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفيه مفردتان.

الأولى: الدعوى:

أولاً: تعريف الدعوى لغة:

ادعى زيد كذا يدعى ادعاء: زعم أن له حقاً كان أو باطلاً. والاسم الدعوى، وجمع الدعوى دعاوى بكسر الواو وفتحها^(٢).

ثانياً: تعريف الدعوى اصطلاحاً .

"قول يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير لنفيه"^(٣).

الثانية: الإكراه.

أولاً: تعريف الإكراه لغة:

قال ابن فارس: "الكاف والراء والهاء أصل صحيح واحد، يدل على خلاف الرضا والمحبة.

يقال: كرهت الشيء أكرهه كرهاً. ويقال: بل الكره: المشقة، والكره: أن تكلف الشيء فتعمله كارهاً"^(٤).

(١) ينظر: المبسوط، ٥٢/٩، حاشية ابن عابدين ١٩/٤.

(٢) تاج العروس، مادة دعو ٤٩/٣٨، ينظر: لسان العرب ٢٦٠/١٤، المصباح المنير، مادة دعو، ص ١٩٤.

(٣) الاختيار لتعليل المختار ١٠٩/٢، و درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١٧٣/٤.

(٤) مقاييس اللغة، مادة كره ١٧٢/٥، وينظر: المصباح المنير، مادة كره ٥٣٢/٢.

ثانياً: تعريف الإكراه اصطلاحاً :

"هو إجبار أحد على أن يعمل عملاً بغير حق من دون رضاه بالإخافة"^(١).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن دعوى الإكراه في الزنا إذا ثبت ببينة غير مقبولة؛ بخلاف دعوى النكاح فإنها مسقطه للحد.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما زنا.

ب. كلتاهما فيهما دعوى.

وافترقتا في الحكم: فإن دعوى الإكراه في الزنا إذا ثبت ببينة غير مقبولة؛ بخلاف دعوى النكاح فإنها مسقطه للحد.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإذا شهد الشهود على رجل وامرأة بالزنا فادعت المرأة أنه أكرهها ولم يشهد الشهود بذلك ولكنهم شهدوا أنها طأعته فعليهما الحد، ولكن إن قالت: تزوجني، وقال الرجل: كذبت بل زنت بها فلا حد على واحد منهما"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن إنكارها صفة الطوعية لا يكون فوق إنكارها أصل الفعل ولا ينفعها ذلك بعد ما شهد الشهود به عليها^(٣).

٢- أنها تدعي عليه الصداق ولو ساعدها الزوج على ذلك لزمه الصداق فإذا أنكر كان لها أن تحلفه عليه فإذا نكل لزمه الصداق وإن حلف لم يلزمه الصداق ولا يحد واحد منهما؛

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٦٥٨/٢

(٢) المبسوط ٥٢/٩، بتصرف، وينظر: حاشية ابن عابدين ١٩/٤.

(٣) ينظر: المبسوط ٥٢/٩.

لأنه لو أقيم الحد إنما يقام بالحلف والحدود لا تقام بالأيمان بخلاف الأول فإنها بدعوي الإكراه لا تدعي الصداق؛ لأن الزنا بالمكرهة لا يوجب الصداق لها^(١).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا شهد الشهود عند القاضي أن رجلاً وامرأة قد زنيا طواعية فادعت المرأة أنها مكرهة لم تسمع دعواها وأقيم عليهما الحد.

٢- إذا زنا رجل بامرأة وادعى الرجل أنها زوجته ونفت المرأة ذلك لم يقيم القاضي عليهما الحد.

(١) ينظر: المبسوط ٥٢/٩.

المبحث الثالث

الفرق بين المجنون والمكره في مسائل حد الزنا^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن المجنون إذا زنا بمطوعة فإنه لا يقام عليها الحد؛ بخلاف ما إذا زنا المكره من السلطان بمطوعة فإنه يقام عليها الحد.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما زنا.

ب. كلتاهما فيهما شبهة.

ج. كلتاهما المرأة فيهما مطوعة.

وافترقتا في الحكم: فالمجنون إذا زنا بمطوعة فإنه لا يقام عليها الحد؛ بخلاف ما إذا زنا المكره من السلطان بمطوعة فإنه يقام عليها الحد.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، ففي المحيط البرهاني: "وإن كان يقول بوجوب الحد عليها إذا كانت مطوعة والرجل مكره يحتاج إلى الفرق بين المجنون والمكره.

ووجه الفرق: أن المتمكن بسبب الإكراه في فعل الرجل شبهة الإباحة لا حقيقة الإباحة بدليل أنه يأثم فيكون المتمكن في جانبها شبهة الشبهة لأنه لو تمكن في فعل الرجل حقيقة الإباحة بأن كان مجنوناً كان المتمكن في جانبها شبهة الإباحة وإذا كان المتمكن في جانب الرجل شبهة الإباحة يتمكن في جانبها دون ذلك، وذلك شبهة الشبهة وأما المتمكن بسبب الجنون في فعل الرجل حقيقة

(١) ينظر: المحيط البرهاني ٤٤٣/٦.

الإباحة ولهذا لم يَأْثَمَ، بقيت في جانبها شبهة الإباحة وقد ذكرنا غير مرة أن المانع للحد شبهة الحقيقة لا شبهة الشبهة هذا إذا كان الإكراه على الزنا من السلطان"^(١).

وأما المالكية فيرون وجوب الحد على المرأة إذا زنى بها مجنون^(٢).

ووافقهم الشافعية في زنا العاقلة بالمجنون^(٣).

وأما الحنابلة فرأوا أنها تحد في كلتا المسألتين^(٤).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن المتمكن بسبب الإكراه في فعل الرجل شبهة الإباحة لا حقيقة الإباحة، فالمطوعة مع

المكره يتمكن في جانبها شبهة الشبهة^(٥).

٢- أن المجنون مع المطوعة يتمكن جانبها شبهة الإباحة^(٦).

٣- أن التمكن في جانب الرجل فيه شبهة الإباحة فيتمكن في جانبها شبهة الشبهة^(٧).

٤- أن المانع للحد شبهة الحقيقة لا شبهة الشبهة^(٨).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا أكره الرجل على الزنا بامرأة مطوعة أقيم عليها الحد.

٢- إذا زنا المجنون بمطوعة لم يقيم عليها الحد.

(١) المحيط البرهاني، ٤٤٣/٦.

(٢) ينظر: التاج والإكليل ٣٩٢/٨، منح الجليل ٢٤٥/٩.

(٣) ينظر: الحاوي الكبير ٢٩/١٧.

(٤) ينظر: دقائق أولى النهى ٣٤٨/٣، مطالب أولى النهى ١٨٧/٦.

(٥) ينظر: المحيط البرهاني، ٤٤٣/٦.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق.

(٨) المرجع السابق.

المبحث الرابع

الفرق بين النكاح الفاسد والشراء الفاسد في مسائل حد الزنا^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفي هذا الفرع مفردتان.

الأولى: النكاح الفاسد.

تعريف النكاح الفاسد:

"هو ما فقد شرطاً من شروط الصحة"^(٢)

الثانية: الشراء الفاسد

تعريف الشراء الفاسد:

"كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة"^(٣).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن الرجل إذا نكح امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها فقد ذف فلا حد على القاذف بخلاف إذا اشترى جارية شراء فاسداً ووطئها فقذف فعليه الحد.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

١ - كلتاهما فيهما فساد.

٢ - كلتاهما فيهما وطء.

(١) ينظر: الفروق للكرابيسي ٢٩٩/١، حاشية ابن عابدين ٤/٤٦، فتح القدير ٣٣٧/٥.

(٢) حاشية ابن عابدين ٦/٧٦٢.

(٣) بدائع الصنائع ٥/٢٩٩.

٣- كلتاهما فيهما قذف.

وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا نكح امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها فقذف فلا حد على القاذف؛ بخلاف إذا اشترى جارية شراء فاسداً ووطئها فقذف فعليه الحد.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: إذا تزوج امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها فقذفه إنسان فلا حد على القاذف، وإن اشترى جارية شراء فاسداً ووطئها فقذفه إنسان فعليه الحد^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الشراء الفاسد إذا اتصل به القبض أفاد الملك^(٢).
- ٢- أنه ثبت أحكام الملك فيه^(٣).
- ٣- أن النكاح الفاسد لا يفيد الملك^(٤).
- ٤- أنه لو طلقها لا يقع طلاقه عليها، ولو خلعها لا يلزمها المال^(٥).
- ٥- أنه يسقط إحصانه بالوطء في النكاح الفاسد^(٦).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا تزوج رجل امرأة في نكاح فاسد فقذف رجل هذا الزوج فإنه لا يحد.

(١) الفروق للكرائيسي ٢٩٩/١، حاشية ابن عابدين ٤/٤٦، فتح القدير ٣٣٧/٥.

(٢) ينظر: الفروق للكرائيسي ٢٩٩/١.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) ينظر: الفروق للكرائيسي ٢٩٩/١، فتح القدير ٣٣٧/٥.

٢- إذا اشترى رجل جارية شراء فاسدا وقبضها فقتل رجل هذا المشتري فإنه يحد لقتله إياه.

المبحث الخامس

الفرق بين الكافر والعبد في العدالة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن شهادة الكافر المحدود في القذف لا تجوز فإن أسلم ثم شهد جازت شهادته بخلاف العبد إذا أقيم عليه حد القذف ثم أعتق لم تجز شهادته. فلمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه: أ. كلتاهما فيهما شهادة.

ب. كلتاهما فيهما زوال الصفة التي كان عليها حال إقامة الحد. وافترقنا في الحكم: فشهادة الكافر المحدود في القذف لا تجوز فإن أسلم ثم شهد جازت شهادته بخلاف العبد إذا أقيم عليه حد القذف ثم أعتق لم تجز شهادته.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولا تجوز شهادة الكافر المحدود في القذف فإن أسلم ثم شهد جازت شهادته بخلاف العبد"^(٢).

ووافقهم المالكية^(٣) في قبول شهادة الكافر إذا أسلم.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

(١) ينظر: المبسوط ٦٢/٩، والمحيط البرهاني ٣٢٧/٨

(٢) المبسوط ٦٢/٩، وينظر: المحيط البرهاني ٣٢٧/٨

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي ١٨٦/٧.

- ١- أن الكافر بإسلامه استفاد عدالة لم تكن موجودة قبل إقامة الحد^(١).
- ٢- أن عدالته -أي الكافر- لم تصر مجروحة^(٢).
- ٣- أن العبد بعد عتقه لم يستفد عدالة لم تكن موجودة وقت إقامة الحد^(٣).
- ٤- أن العبد عدل في دينه^(٤).

المطلب الثالث : تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا شهد الكافر بعد إسلامه عند القاضي بعد إقامة حد القذف عليه حال كفره قبلت شهادته.
- ٢- إذا شهد العبد بعد عتقه عند القاضي بعد إقامة حد القذف عليه حال رقه لم تقبل شهادته.

(١) المبسوط ٦٢/٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث السادس

الفرق بين اللمس والتقبيل، وبين الزنا^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفيه مفردتان.

الأولى: اللمس.

أولاً: تعريف اللمس لغة:

قال ابن فارس: "اللام والميم والسين أصل واحد يدل على تطلب شيء ومسيسه أيضاً.

تقول: تلمست الشيء، إذا تطلبت به يديك"^(٢).

ثانياً: تعريف اللمس اصطلاحاً .

"هو قوة منبهة في جميع البدن تدرك بها الحرارة والبرودة والرطوبة واليبوسة، ونحو ذلك عند التماس والاتصال به"^(٣).

الثانية: التقبيل.

أولاً: تعريف التقبيل لغة:

مصدر قبل، والاسم منه القبلة وهي اللثمة، والجمع القبل.

يقال: قبلها تقبيلاً أي: لثمتها^(٤).

ثانياً: تعريف التقبيل اصطلاحاً :

(١) المبسوط ٩/٩٩.

(٢) مقاييس اللغة، مادة لمس، ٥/٢١٠.

(٣) التعريفات ص: ١٩٣.

(٤) ينظر: لسان العرب مادة قبل ١١/٥٤٤، المحكم والمحيط الأعظم ٦/٤٣٣.

لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي^(١).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن اللمس والتقبيل موجب للحرمة احتياطاً ؛ بخلاف الزنا فإنه موجب للحرمة بالنص.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما فعل فيه شهوة.

ب. كلتاهما فيهما فعل محرم.

ج. كلتاهما فيهما إيجاب للحرمة.

وافترقتا في الحكم: فاللمس والتقبيل موجب للحرمة احتياطاً ؛ بخلاف الزنا فإنه موجب للحرمة بالنص.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو حنيفة على هذا الفرق، ففي المبسوط: "وأبو حنيفة رحمه الله يقول: كثير من الفقهاء لا يرون اللمس والتقبيل موجبا للحرمة، وليس في إثبات الحرمة نص ظاهر، بل نوع احتياط أخذنا به بخلاف المزني" بها فإن في ثبوت حرمة المصاهرة بالوطء نصاً^(٢).

ووافقهم الحنابلة في ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا دون اللمس والتقبيل^(٣).

وأما المالكية^(٤) والشافعية^(٥) فلم يروا اللمس والتقبيل والزنا موجبا للحرمة.

(١) المصباح المنير مادة قبل ٤٨٨/٢.

(٢) المبسوط ٩٩/٩، الاختيار لتعليل المختار ١٠٠/٤.

(٣) المغني ٥٧٩/٦، كشف القناع ٧٢/٦.

(٤) القوانين الفقهية ٢١٠، جواهر الإكليل ٢٨٩/١.

(٥) حاشية قليوبي ٢٤١/٣، نهاية المحتاج ١٧٤/٦.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن في ثبوت حرمة المصاهرة بالوطء نص وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ

ءَابَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(١).

وجه الدلالة: أن النكاح حقيقة للوطء ومع وجود النص لا يعتبر اختلاف العلماء^(٢).

٢- إقامة السبب الداعي إلى الوطء مقام الوطء^(٣).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

ب. أنه ليس في إثبات الحرمة نص ظاهر^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا قام رجل بتقبيل امرأة فتثبت المحرمة احتياطاً.

٢- إذا زنا رجل بامرأة فتثبت المحرمة بالنص.

(١) سورة النساء آية ٢٢

(٢) المبسوط ٩٩/٩

(٣) المبسوط ٩٩/٩ الاختيار لتعليل المختار ١٠٠/٤.

(٤) المبسوط ٩٩/٩

المبحث السابع

الفرق بين الأعمى والفساق في الشهادة على الزنا^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن العميان إذا شهدوا بالزنا يحدون، بخلاف الفساق إذا شهدوا لا يحدون.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما شهادة بالزنا.

ب. كلتاها فيهما عدم قبول الشهادة.

وافترقتا في الحكم: فالعميان إذا شهدوا بالزنا يحدون، بخلاف الفساق إذا شهدوا لا يحدون.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان لم يثبت بشهادتهم شبهة الزنا فصاروا قذفة فيحدون، بخلاف الفساق إذا شهد أربعة منهم على الزنا لا يحدون"^(٢).

ووافقهم الشافعية^(٣).

وأما المالكية^(٤) فيرون إقامة الحد على الفاسق.

وأما الحنابلة^(٥) فيرون إقامة الحد على الأعمى والفساق.

(١) ينظر: فتح القدير ٢٨٩/٥، بدائع الصنائع ٤٨/٧.

(٢) فتح القدير ٢٨٩/٥، بدائع الصنائع ٤٨/٧.

(٣) مغني المحتاج ٣٧٤/٦، نهاية المحتاج ٣١٦/٨.

(٤) المدونة ٥٠٦/٤.

(٥) شرح منتهى الإرادات ٣٤٩/٣، كشف القناع ١٠١/٦.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١ - أن العميان ليسوا أهلاً للأداء^(١).
- ٢ - أن الزنا يثبت بالأداء فصاروا قذفة فيحدون^(٢).
- ٣ - أن الفاسق من أهل الأداء والتحمل وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا شهد أربعة عميان بالزنا عند القاضي فإنهم يحدون.
- ٢ - إذا شهد أربعة فاسق بالزنا عند القاضي فإنهم لا يحدون.

(١) فتح القدير ٢٨٩/٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

المبحث الثامن

الفرق بين المجنون والأعمى في مسائل حد الزنا^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن المجنون إذا شهدوا أنه زنى حال إفاقته لا يقام عليه الحد، بخلاف الأعمى.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ - كلتاها فيهما حد.

ب - كلتاها فيهما شهادة.

وافترقتا في الحكم: فالمجنون إذا شهدوا أنه زنى حال إفاقته لا يقام عليه الحد، بخلاف الأعمى.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "لو أقر الأخرس بالزنا بكتابة أو إشارة لا يحد، كما لو

شهدوا على مجنون أنه زنى في حال إفاقته، بخلاف الأعمى صح إقراره والشهادة عليه"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١ - احتمال أن يدعي المجنون بعد إفاقته شبهة^(٣).

٢ - عدم وجود شبهة للأعمى^(٤).

٣ - أنه بمنزلة البصير في هذا الأمر^(١).

(١) ينظر: فتح القدير ٢١٨/٥، البحر الرائق ٧/٥.

(٢) فتح القدير ٢١٨/٥، البحر الرائق ٧/٥.

(٣) ينظر: فتح القدير ٢١٨/٥، البحر الرائق ٧/٥.

(٤) المراجع السابقة.

ج. فروق أخرى.

١ - الفرق بين المجنون والأعمى في التكليف^(٢).

٢ - الفرق بين المجنون والأعمى في العقل^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١ - إذا شهد أربعة عند القاضي بأن مجنوناً قد زنا حال إفاقته فلا يقام عليه الحد.

٢ - إذا شهد أربعة عند القاضي بأن أعمى قد زنا فيقام عليه الحد.

(١) فتح القدير ٢١٨/٥، البحر الرائق ٧/٥.

(٢) أن الأعمى مكلف بخلاف المجنون.

(٣) أن الأعمى له عقل يميز به بخلاف المجنون.

المبحث التاسع:

الفرق بين الحربي والمجنون في مسائل حد الزنا^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الحربي إذا زنا بمسلمة فيقام عليها الحد دونه، بخلاف ما إذا زنى مجنون بعاقلة فلا يقام عليهما الحد.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
أ- كلتاهما فيهما زنا.

وافترقتا في الحكم: فالحربي إذا زنا بمسلمة فيقام عليها الحد دونه، بخلاف ما إذا زنى مجنون بعاقلة فلا يقام عليهما الحد.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن.

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو حنيفة على هذا الفرق، ففي المحيط البرهاني: "يحتاج أبو حنيفة إلى الفرق بين الحربي إذا زنا بمسلمة أو ذمية وبين المجنون إذا زنا بعاقلة فإن هناك^(٢) كما لم يوجب الحد على الرجل لم يوجبه على المرأة، وهنا^(٣) أوجب الحد على المرأة ولم يوجبه على الرجل"^(٤).

(١) المحيط البرهاني ٤٤١/٦.

تنبيه: بعد دراسة الفرق تبين لي: أن صوب العنوان: "الفرق بين زنا الحربي بالمرأة وزنا المجنون بها"

(٢) أي: في مسألة زنا المجنون بالعاقلة.

(٣) أي: في مسألة زنا الحربي بالمسلمة.

(٤) المحيط البرهاني ٤٤١/٦.

تنبيه: بعد دراسة الفرق تبين لي: أن صوب العنوان: "الفرق بين زنا الحربي بالمرأة وزنا المجنون بها"

وأما المالكية^(١) والشافعية^(٢) الحنابلة^(٣) فرأوا أنها تحد في كلتا المسألتين.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن زنا المستأمن زنا حقيقة وشرعاً أما حقيقة فلا شك، وأما شرعاً فلا أنه حرام ليس فيه شبهة الإباحة^(٤).

٢- أن الحربي يعتقد حرمة الزنا؛ لأن الزنا حرام في الأديان كلها^(٥).

٣- إذا كان هناك شبهة إباحة في فعل الرجل فلا تتمكن شبهة الإباحة في فعل المرأة، لكن لم يجب الحد على الرجل مع كون فعله زنا لعدم التزام الحد، وهذا المعنى لم يوجد في جانب المرأة^(٦).

٤- ما فعل المجنون إن كان زنا حقيقة فهو ليس بزنا شرعاً؛ لأنه ليس بحرام على ما عرف، وإذا لم يكن فعل الرجل حراماً يتمكن في فعل المرأة شبهة الإباحة؛ لأن فعلها في باب الزنا تبع لفعل الرجل^(٧).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

١- حديث بريدة رضي الله عنه في قصة ماعز والغامدية وفيه: جاءته امرأة من غامد من الأزدي، فقالت: يا رسول الله، طهرني، فقال: "ويحك ارجعي فاستغفري الله وتوبي إليه" فقالت: أراك تريد أن ترددني كما رددت ماعز بن مالك، قال: "وما ذاك؟" قالت: إنها حبلى من الزنى، فقال: "آنت؟" قالت: نعم، فقال لها: "حتى تضعي ما في

(١) حاشية الدسوقي ٣١٣/٤، التاج والإكليل ٣٩٢/٨، منح الجليل ٢٤٥/٩.

(٢) البيان ٣٦١/١٢، شرح روض الطالب ١٢٧/٤.

(٣) دقائق أولي النهى ٣٤٨/٣، مطالب أولي النهى ١٨٧/٦.

(٤) المحيط البرهاني ٤٤١/٦.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق.

بطنك"، قال: فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت، قال: فأتى النبي ﷺ، فقال: "قد وضعت الغامدية"، فقال: "إذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه"، فقام رجل من الأنصار، فقال: إلي رضاعه يا نبي الله، قال: فرجمها^(١).
وجه الدلالة: أن النبي ﷺ لم يستفصلها عن الزاني، ولو كان وجوب الحد يختلف باختلاف الزاني لاستفصل عنه؛ وترك الاستفصال في مقام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا زنا الحربي بمسلمة أقيم عليها الحد دونه.
- ٢- إذا زنا مجنون بعاقلة لم يقيم الحد على واحد منهما.

(١) سبق تخريجه ص ١٠٥.

المبحث العاشر

الفرق بين الجلد والرجم^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفيه مفردتان:

الأولى: الجلد.

أولاً: تعريف الجلد لغة:

الجلد بفتح الجيم في اللغة: الضرب بالسوط وهو مصدر جلده يجلده، يقال: رجل مجلود وجليد في حد أو تعزيز أو غيرهما، وامرأة مجلودة وجليد وجليدة^(٢).

والجلد في الاصطلاح لا يخرج عن المعنى اللغوي.

ثانياً: تعريف الجلد اصطلاحاً.

الجلد: ضرب الجلد^(٣).

الثانية: الرجم.

أولاً: تعريف الرجم لغة.

قال ابن فارس: "الراء والجيم والميم أصل واحد يرجع إلى وجه واحد، وهو الرمي بالحجارة، ثم يستعار ذلك. من ذلك الرجام، وهي الحجارة. يقال رجم فلان، إذا ضرب بالحجارة"^(٤).

(١) فتح القدير ٢٢٦/٥، حاشية ابن عابدين ٩٠/٤.

(٢) تاج العروس، مادة: جلد ٥٠٧/٧. وينظر: المحيط في اللغة ٢٠٠/٢.

(٣) التعريفات ص ٧٦.

(٤) مقاييس اللغة مادة رجم ٤٩٣/٢، لسان العرب ٢٢٧/١٢.

ثانياً: تعريف الرجم اصطلاحاً :

لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي^(١).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن الشهود إذا غابوا أو ماتوا في حد الزنا بالرجم لا يقام الحد بخلاف حد الجلد.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما حد الزنا.

ب. كلتاهما فيهما غياب أو موت الشهود.

وافترقتا في الحكم: فالشهود إذا غابوا أو ماتوا وكان حد الزنا بالرجم لا يقام الحد بخلاف ما إذا كان حد الزنا الجلد.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "في حد الزنا بالرجم إذا غاب الشهود أو ماتوا سقط الحد بخلاف الجلد"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- كان إذا شهد عنده الشهود على الزنا أمر

الشهود أن يرجموا ثم يرجم هو ثم يرجم الناس^(٣).

وجه الدلالة: أنه يشترط بدء الشهود بالرجم^(٤).

٢- عن علي رضي الله عنه قال: أيها الناس إن الزنا زناء إن زنا السر وزنا العلانية فزنا السر

أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمى ثم الإمام ثم الناس^(١).

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين ١٤٨/٣، المغني ١٦١/٨،

(٢) فتح القدير ٢٢٦/٥، حاشية ابن عابدين ٩٠/٤.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة، كتاب الحدود، باب فيمن يبدأ بالرجم، (٥٤٤/٥)، قال الألباني: وإسناده جيد، ينظر: الإرواء ٧/٨

(٤) فتح القدير ٢٢٦/٥، حاشية ابن عابدين ٩٠/٤.

وجه الدلالة: أنه يشترط بدء الشهود بالرجم^(٢).

٣- أن غياب الشهود أو موتهم شبهة تدرأ الحد^(٣).

٤- أن حد الجلد يقام حال غيبة الشهود^(٤).

ج. فروق أخرى.

١- الفرق بين الجلد والرجم في الإتلاف^(٥).

٢- الفرق بين الجلد والرجم في عدم الجمع بينهما^(٦).

٣- الفرق بين الجلد والرجم في حق المريض^(٧).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا شهد الشهود لدى القاضي بأن محصنا قد زنا فأقيم عليه حد الزنا بالرجم فغاب

الشهود حال بدء إقامة الحد فيدرأ الحد عنه.

٢- إذا شهد الشهود لدى القاضي بأن غير محصن قد زنا فأقيم عليه حد الزنا بالجلد فغاب

الشهود حال بدء إقامة الحد فلا يدرأ الحد عنه.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة، كتاب الحدود، باب فيمن يبدأ بالرجم، ٥٤٤/٥، وانظر نصب الراية، ٣٢٠/٣

(٢) فتح القدير ٢٢٦/٥، حاشية ابن عابدين ٩٠/٤.

(٣) فتح القدير ٢٢٦/٥.

(٤) فتح القدير ٢٢٦/٥، حاشية ابن عابدين ٩٠/٤.

(٥) أن الرجم فيه إزهاق النفس بخلاف الجلد.

(٦) حاشية ابن عابدين ١٤/٤.

(٧) فتح القدير ٢٤٥/٥.

المبحث الحادي عشر

الفرق بين شبهة الرجوع، وصريح الرجوع عن الشهادة في مسائل حد الزنا^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

في هذا الفرع مفردة واحدة وهي شبهة الرجوع.

والمراد بشبهة الرجوع: امتناع الشهود من رجم المشهود عليه بالزنا^(٢).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن شبهة الرجوع عن الشهادة في حد الزنا لا يقام فيه حد القذف على الشهود بخلاف صريح الرجوع.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما شهادة بالزنا.

وافترقتا في الحكم: فشبهة الرجوع عن الشهادة في حد الزنا لا يقام فيها حد القذف على الشهود بخلاف صريح الرجوع.

(١) ينظر: فتح القدير ٢٢٦/٥.

(٢) فتح القدير ٢٢٦/٥. بتصرف.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ويتبدئ الشهود برجمه ثم الإمام ثم الناس وهذا شرط، حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه ولا يحدون؛ بخلاف صريح الرجوع فإن به يظهر أن تلك الشهادة قذف"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه كان إذا شهد عنده الشهود على الزنا أمر الشهود أن يرمموا ثم يرحم هو ثم يرحم الناس^(٢).

وجه الدلالة: أنه يشترط بدء الشهود بالرحم^(٣).

٢- عن علي رضي الله عنه قال: أيها الناس إن الزنا زنا إن السر وزنا العلانية فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمى ثم الإمام ثم الناس^(٤).

وجه الدلالة: أنه يشترط بدء الشهود بالرحم^(٥).

٣- أن غياب الشهود أو موتهم شبهة تدرأ الحد^(٦).

٤- أن امتناعهم ليس صريحاً في رجوعهم^(٧).

(١) فتح القدير ٢٢٦/٥.

(٢) سبق تخريجه ص ١٧٦.

(٣) فتح القدير ٢٢٦/٥، وحاشية ابن عابدين ٩٠/٤.

(٤) سبق تخريجه ص ١٧٦.

(٥) فتح القدير ٢٢٦/٥، وحاشية ابن عابدين ٩٠/٤.

(٦) فتح القدير ٢٢٦/٥.

(٧) المرجع السابق.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا شهد الشهود عند القاضي بالزنا على محصن فحكم القاضي برجمه فامتنع الشهود من رجمه لم يحدوا حد القذف.
- ٢- إذا شهد الشهود عند القاضي بالزنا على محصن فحكم القاضي برجمه فرجع الشهود عن شهادتهم حدوا حد القذف.

المبحث الثاني عشر:

الفرق بين شبهة الفعل وشبهة المحل في مسائل حد الزنا^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق

في هذا الفرع مفردتان:

الأولى: شبهة الفعل.

تعريف شبهة الفعل:

المراد بشبهة الفعل: وتسمى شبهة اشتباه، أي شبهة في حق من حصل له اشتباه، وذلك إذا ظن الحل؛ لأن الظن هو الشبهة لعدم دليل قائم تثبت به الشبهة، كوطء معتدة الثلاث^(٢).

الثانية: شبهة المحل.

تعريف شبهة المحل:

المراد بشبهة المحل: الشبهة الحكمية، وسميت حكمية؛ لأن حل المحل ثبت بحكم الشرع، أو شبهة حكم الشرع بحل المحل؛ لأن نفس حكم الشرع ومحلّه لم يثبت، وإنما الثابت شبهته؛ لكون دليل الحل عارضه مانع، ويقال لها: أيضا شبهة الملك؛ لأن الشبهة واردة على كون المحل مملوكا، كوطء جارية ابنه^(٣).

(١) حاشية ابن عابدين ٥/٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

والفرق بين شبهة الفعل وشبهة المحل: أن الشبهة في شبهة المحل جاءت من دليل حل المحل فلا حاجة فيه إلى ظن الحل^(١).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن شرط كون الوطء زنا خُلُوهُ عن شبهة المحل بخلاف شبهة الفعل.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما وطء.

ب. كلتاهما فيهما شبهة.

وافترقتا في الحكم: فشرط كون الوطء زنا خلوه عن شبهة المحل بخلاف شبهة الفعل.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "أن شرط كون الوطء زنا خلوه عن شبهة المحل بخلاف شبهة الفعل"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:.

١- أن شبهة المحل توجب نفي الحد وإن لم يظن حله^(٣).

٢- أن شبهة الفعل لا تنفي الحد في كل الأحوال^(٤).

٣- أن شبهة الفعل إن ظن الحل نفي الحد، أما إن لم يظنه فيحد^(٥).

(١) حاشية ابن عابدين ٥/٤.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/٤، البحر الرائق ١٥/٥.

(٣) ينظر: البحر الرائق ١٥/٥.

(٤) ينظر: حاشية ابن عابدين ٥/٤.

(٥) المرجع السابق.

ج. فروق أخرى:

الفرق بين شبهة الفعل وشبهة المحل في النسب^(١).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا وطئ الرجل معتدة الثلاث ظانا أنها لا تحل له فيقام عليه الحد.
- ٢- إذا وطئ الرجل جارية ابنه لا يقام عليه الحد.

(١) البحر الرائق (١٥/٥) وفيه: "يثبت النسب في شبهة المحل بالدعوة ولا يثبت في شبهة الفعل وإن ادعاه"

المبحث الثالث عشر

الفرق بين الخرس والغيبة في مسائل حد الزنا^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الرجل إذا أقر بالزنا بخرساء لا يقام عليه الحد بخلاف ما لو أقر بالزنا بغائبة. فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

- كلتاهما فيهما إقرار بالزنا.

وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا أقر بالزنا بخرساء لا يقام عليه الحد بخلاف ما لو أقر بالزنا بغائبة.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "لو أقر أنه زنى بغائبة فإنه يحد قبل حضورها بخلاف الخرساء"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- عن بريدة رضي الله عنه قال: جاء ماعز بن مالك إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله، طهرني، وفيه: فقال رسول الله ﷺ: «أزيت؟» فقال: نعم، فأمر به فرجم^(٣). وجه الدلالة: أن المقر حد مع غيبة المرأة^(٤).

(١) حاشية ابن عابدين ٩/٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) سبق تخريجه ص ١٠٥.

(٤) فتح القدير ٢٨٣/٥، حاشية ابن عابدين ٩/٤.

- ٢- أنه لم يبد مسقطاً في حد الغائبة^(١).
- ٣- أن نفس الخرس شبهة محققة مانعة^(٢).
- ٤- أن الخرساء لو كانت تتكلم لأبدت مسقطاً^(٣).
- ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.
- من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق ما يأتي:
- ١- أن الغائبة لو كانت حاضرة لأبدت مسقطاً.
- ٢- أن الخرس شبهة محققة في حقها دون الرجل.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا أقر الرجل عند القاضي بزنا خرساء فلا يقام عليه الحد.
- ٢- إذا أقر الرجل عند القاضي بزنا غائبة أقيم عليه الحد.

(١) حاشية ابن عابدين ٩/٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) حاشية ابن عابدين ٢٩/٤.

المبحث الرابع عشر

الفرق بين قوله: ظننت أنها امرأتي، وقوله: هي امرأتي^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أنه إذا شهد أربعة بالزنا على رجل وأثبتوه ثم ادعى شبهة فقال: ظننت أنها امرأتي لا يسقط الحد بخلاف لو قال هي امرأتي أو أمتي لا حد عليه ولا على الشهود. فلمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما شهادة بالزنا.

ب- كلتاهما فيهما ادعاء الزوجية.

وافترقتا في الحكم: فإذا شهد أربعة بالزنا على رجل وأثبتوه ثم ادعى شبهة فقال: ظننت أنها امرأتي لا يسقط الحد بخلاف لو قال هي امرأتي أو أمتي لا حد عليه ولا على الشهود.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا شهد عليه أربعة بالزنا وأثبتوه ثم ادعى شبهة فقال ظننت أنها امرأتي لا يسقط الحد ولو قال هي امرأتي أو أمتي لا حد عليه ولا على الشهود"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن قوله ظننت يدل على إقراره بأنها أجنبية عنه فكان إقرارا بالزنا بأجنبية^(٣).

(١) حاشية ابن عابدين ٢٩/٤. ينظر: الفروق للكريسي رقم ٣٣٣.

(٢) حاشية ابن عابدين ٢٩/٤، بدائع الصنائع ٣٧/٧.

(٣) حاشية ابن عابدين ٢٩/٤.

- ٢- أن فعل الزنى قد تحقق عنه وظنه هذا ليس بصادر عن دليل فكان لغوا^(١).
- ٣- أن قوله هي امرأتي فإنه جازم به وبأن فعله غير زنا^(٢).
- ٤- أنه يدعي حقيقة الملك الذي لو ثبت لم يكن وطؤه فيه محرماً^(٣).
- ٥- أن سقوط الحد لشبهة صدقه في دعواه الملك^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا شهد أربعة عند القاضي بأن رجلاً قد زنا بامرأة فثبتت شهادتهما ثم ادعى الرجل قائلاً ظننتها امرأتي أقيم عليه الحد.
- ٢- إذا شهد أربعة عند القاضي بأن رجلاً قد زنا بامرأة فثبتت شهادتهما ثم ادعى الرجل قائلاً هي امرأتي لم يقيم عليه الحد.

(١) المبسوط ٩٦/٩.

(٢) حاشية ابن عابدين ٢٩/٤.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث الخامس عشر الفرق بين الجلد والقطع^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

إذا وجب حد الجلد على شخص فجن أو سكر فإنه لا يقام عليه حتى يفيق، بخلاف من وجب عليه حد القطع فجن أو سكر فإنه يقام عليه.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاها فيهما حد.

ب- كلتاها فيهما فقد للعقل بعد فعل الموجب.

وافترقتا في الحكم: فمن وجب عليه حد الجلد فجن أو سكر فإنه لا يقام عليه حتى يفيق، بخلاف من وجب عليه حد القطع فجن أو سكر فإنه يقام عليه.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "أنه إذا كان يجن ويفيق، فإن سرق في حال إفاقته قطع وإلا فلا، بقي لو جن بعد الأخذ هل يقطع أم تنتظر إفاقته؟ يشترط لإقامة الحد كونه من أهل الاعتبار يقتضي اشتراط إفاقته، إلا أن يفرق بين الجلد والقطع بأن الذي يحصل به الجلد لا فائدة فيه قبلها لزوال الألم قبل الإفاقة بخلاف القطع"^(٢).

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين ٨٣/٤.

(٢) حاشية ابن عابدين ٨٣/٤. بتصرف.

ووافقهم المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن إقامة الحد يقتضي كونه من أهل الاعتبار فيشترط إفاقة^(٤).

٢- أن السكر له غاية، بخلاف الجنون^(٥).

٣- أن الظاهر انتظار إفاقة لاندراء الحد بالشبهة^(٦).

المطلب الثالث : تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا سرق رجل وهو مكلف ثم سكر فيقام عليه حد القطع وهو سكران.

٢- إذا زنا شخص وهو مكلف ثم جن أو سكر فإنه لا يقام عليه الحد حتى يفيق.

(١) المدونة، ٥٣٤/٤، حاشية الدسوقي، ٣٤٤/٤، حاشية العدوي، ٣٣١/٢.

(٢) مغني المحتاج ١٣٧/٤، تحفة المحتاج ٥٨٥/٧.

(٣) المغني ٦٦٥/٧.

(٤) حاشية ابن عابدين ٨٣/٤.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

المبحث السادس عشر:

الفرق بين الإقرار والشهادة بالزنا^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الشهود إذا شهدوا على رجل أنه زنى بامرأة ولم يعرفوها فلا حد عليه؛ بخلاف إذا أقر أنه زنى بامرأة غير معروفة فعليه الحد.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما زنا.

ب. كلتاهما فيهما المرأة غير معروفة.

وافترقتا في الحكم: فالشهود إذا شهدوا على رجل أنه زنى بامرأة ولم يعرفوها فلا حد عليه؛ بخلاف إذا أقر أنه زنى بامرأة غير معروفة فعليه الحد.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا شهد الشهود على رجل أنه زنى بامرأة ولم يعرفوها فلا حد عليه، ولو أقر أنه زنى بامرأة غير معروفة فعليه الحد"^(٢).

(١) الفروق ٢٩١/١.

(٢) الفروق ٢٩١/١. فتح القدير ٢٨٤/٥.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الشاهد على فعل غيره، إذا شهد أنه زنى بامرأة غير معروفة فيجوز أنه زنا بامرأة غير موجب للحد كالجارية المشتركة^(١).
- ٢- أن الحد لا يجب بالشك^(٢).
- ٣- أن الإقرار حكى فعل نفسه^(٣).
- ٤- أن الإقرار لا يقع فيه الغلط في فعل نفسه^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا شهد الشهود عند القاضي بأن رجلاً قد زنا ولم يعرفوا المرأة فلا يقام الحد عليه.
- ٢- إذا أقر رجل عند القاضي بأنه زنا ولم يعرف المرأة فيقام الحد عليه.

(١) الفروق ٢٩١/١. فتح القدير ٢٨٤/٥.

(٢) الفروق ٢٩١/١.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث السابع عشر:

الفرق بين موت وعجز الشهود في مسائل حد الزنا^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الشهود على الزنا إذا ماتوا سقط الرجم بخلاف ما إذا أصابهم مرض، فعجزوا عن البداية، فالإمام يبدأ ثم الناس، ولا يسقط الرجم.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

١ - كلتاهما فيهما زنا.

٢ - كلتاهما فيهما شهود.

٣ - كلتاهما فيهما رجم.

وافترقتا في الحكم: فالشهود على الزنا إذا ماتوا سقط الرجم بخلاف ما إذا أصابهم مرض، فعجزوا عن البداية، فالإمام يبدأ ثم الناس، ولا يسقط الرجم.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا مات الشهود على الزنا سقط الرجم عند أبي حنيفة، ولو أصابهم مرض، بحيث عجزوا عن البداية، فإن الإمام يبدأ ثم الناس، ولا يسقط الرجم"^(٢).

وأما أبو يوسف في رواية عنه^(٣) والمالكية^(٤) والحنابلة^(١) فيرون إقامة الحد حال موت الشهود.

(١) الفروق ٣٠٤/١.

(٢) الفروق ٣٠٤/١. وينظر: المبسوط، ٥٠/٩، وبدائع الصنائع، ٥٩/٧.

(٣) المبسوط، ٥٠/٩، بدائع الصنائع، ٥٩/٧.

(٤) المدونة ٥٢٨/٤.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن الموت صار شبهة لجواز أنهم لو كانوا أحياء لامتنعوا عن البداية، أو رجعوا فلم يجر استيفاءه مع التحري^(٢).

٢- أن الامتناع من الرجم في المرض لعذر ظاهر فلم يشترط فعلهم مع التعذر^(٣).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

١- إحدى الروايتين عن أبي يوسف: إقامة الحد إذا مات الشهود؛ لأنه قد تعذر البداية بهم بسبب لا يلحقهم فيه تهمة فلا يمتنع إقامة الرجم^(٤).

ويجاب عنه: بأن علي بن أبي طالب رضي الله عنه كان إذا شهد عنده الشهود على الزنا أمر الشهود أن يرحموا ثم يرحم هو ثم يرحم الناس^(٥).

وجه الدلالة: أنه يشترط بدء الشهود بالرجم^(٦).

٢- كل شهادة جاز الحكم بها مع حضور الشهود، جاز مع غيبتهم كسائر الشهادات^(٧).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا شهد الشهود عند القاضي بزنا رجل محصن ثم ماتوا لم يقيم الحد عليه.

٢- إذا شهد الشهود عند القاضي بزنا رجل محصن ثم مرضوا أقيم الحد عليه.

(١) مطالب أولي النهى ١٩٣/٦، شرح منتهى الإرادات ٣/٣٥١، وينظر: المغني ٧٦/٩.

(٢) الفروق للكرائسي ٣٠٤/١.

(٣) الفروق للكرائسي ٣٠٤/١.

(٤) المبسوط، ٥٠/٩. بدائع الصنائع ٥٨/٧.

(٥) سبق تخريجه ص ١٧٦.

(٦) فتح القدير ٢٢٦/٥، وحاشية ابن عابدين ٩٠/٤.

(٧) المغني ٧٦/٩.

المبحث الثامن عشر

الفرق بين مَن غصب جارية فزنى بها فماتت، وبين مَن غصب حرة فزنى بها فماتت^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن من غصب جارية فزنا بها فماتت فعليه القيمة ولا حد عليه؛ بخلاف من غصب حرة فزنا بها فماتت فعليه الحد والدية.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاها فيهما زنا.

ب- كلتاها فيهما غصب.

ت- كلتاها فيهما موت المزني بها.

وافترقتا في الحكم: فمن غصب جارية فزنا بها فماتت فعليه القيمة ولا حد عليه؛ بخلاف من غصب حرة فزنا بها فماتت فعليه الحد والدية.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو غصب جارية فزنا بها فماتت فعليه القيمة ولا حد عليه، ولو غصب حرة فزنا بها فماتت فعليه الحد والدية"^(٢).

(١) بدائع الصنائع ٢٣٩/٩.

(٢) بدائع الصنائع ٢٣٩/٩، حاشية ابن عابدين ٣٠/٤.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أن عليه الحد وقيمة الجارية^(١)، ولكن النص الأول أصح الروايتين^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الضمان لا يجب بعد الهلاك وإنما يجب في آخر جزء من أجزاء الحياة وهي محتملة للملك في ذلك الوقت فيستند إلى وقت وجود السبب^(٣).
- ٢- أن حياة المحل تشترط لثبوت الملك فيه مقصودا بمبادلة مقصودة والمملك ههنا يثبت ضرورة استحالة اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد في عقد المبادلة فلا يشترط له حياة المحل فيثبت الملك في الميت وأنه يمنع وجوب الحد^(٤).
- ٣- أن ملك الضمان في الحرية لا يوجب ملك المضمون^(٥).
- ٤- أن المحل لا يحتمل التملك فلا يتمتع وجوب الحد^(٦).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- وجه رواية أبي يوسف: أن الضمان لا يجب إلا بعد هلاك الجارية وهي بعد الهلاك لا تحتمل الملك فلا يملكها الغاصب بالضمان فلا يتمتع وجوب الحد^(٧).

(١) بدائع الصنائع ٢٣٩/٩، حاشية ابن عابدين ٣٠/٤، الجوهرة النيرة ١٥٥/٢.

(٢) بدائع الصنائع ٢٣٩/٩ نص على ذلك الكرخي، وأن الرواية الأولى لأبي حنيفة وأبي يوسف.

(٣) بدائع الصنائع ٢٣٩/٩ الجوهرة النيرة ١٥٥/٢.

(٤) بدائع الصنائع ٢٣٩/٩.

(٥) المرجع السابق.

(٦) بدائع الصنائع ٢٣٩/٩، حاشية ابن عابدين ٣٠/٤.

(٧) بدائع الصنائع ٢٣٩/٩.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا غصب رجل جارية فزنا بها فماتت فعليه قيمتها ولا حد عليه.
- ٢- إذا غصب رجل حرة فزنا بها فماتت فعليه الحد والدية.

المبحث التاسع عشر:

الفرق بين من قال لامرأته: زني قبل أن أتزوجك، وبين ما لو قال:
كنت قدفتك بالزنى قبل أن أتزوجك^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن من قال لامرأته: زني قبل أن أتزوجك لاعنها؛ بخلاف من قال: كنت قدفتك بالزنا قبل أن أتزوجك فإنه يحد.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما قذف بالزنا.

ب. كلتاهما فيهما قذف للزوجة.

وافترقتا في الحكم: فمن قال لامرأته: زني قبل أن أتزوجك لاعنها؛ بخلاف من قال: كنت قدفتك بالزنا قبل أن أتزوجك فإنه يحد.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإن قال لامرأته: زني قبل أن أتزوجك لاعنها؛ بخلاف ما لو قال: كنت قدفتك بالزنى قبل أن أتزوجك فإنه يحد"^(٢).

وأما الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) فيرون أن من قال لامرأته: زني قبل أن أتزوجك حد ولا لعان.

(١) المبسوط ١٠١/٩.

(٢) المبسوط ١٠١/٩، بدائع الصنائع ٥٤/٧، الفتاوى الهندية ٥١٨/١.

(٣) الأم ٣١٢/٥.

(٤) الإنصاف ٢٤٤/٩، كشف القناع ٣٩٥/٥، المبدع ٤٩/٧.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١ - أنه قذف لها في حال الزوجية^(١).
- ٢ - أن قذف الزوج يوجب اللعان لا الحد^(٢).
- ٣ - أنه ظهر بإقراره قذف قبل التزوج فهو كما لو ثبت ذلك بالبينه^(٣).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

أن قذفه الزنا إلى حال كونها أجنبية، أشبه ما لو قذفها قبل أن يتزوجها^(٤).

المطلب الثالث : تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا قال الزوج لامرأته زنيته قبل أن أتزوجك لاعن ولم يقيم القاضي عليه الحد.
- ٢ - إذا قال الزوج لامرأته كنت قذفتك بالزنا قبل أن أتزوجك أقام القاضي عليه حد القذف.

(١) المبسوط ١٠١/٩، بدائع الصنائع ٥٤/٧، الفتاوى الهندية ٥١٨/١.

(٢) بدائع الصنائع ٥٤/٧، الفتاوى الهندية ٥١٨/١.

(٣) المبسوط ٥٠/٧.

(٤) الأم ٣١٢/٥، كشف القناع ٣٩٥/٥.

المبحث العشرون:

الفرق بين قوله: أزنى الناس، وبين قوله: أزنى مني أو أزنى من فلان^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن من قال لشخص: أنت أزنى الناس فيحد؛ بخلاف من قال: أنت أزنى مني أو من فلان فلا يحد.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما قذف بالزنا.

ب. كلتاهما فيهما صيغة مبالغة.

وافترقتا في الحكم: فمن قال: فلان أزنى الناس يحد؛ بخلاف من قال: فلان أزنى مني أو من فلان فلا يحد.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو يوسف على الفرق فقال: "فرق بين قوله: أزنى الناس، وبين قوله: أزنى مني أو من فلان ففي الأول يحد وفي الثاني لا يحد"^(٢).

وقيل: إن كلا القولين لا يوجب الحد^(٣).

وقيل: إذا قال: أنت أزنى الناس أو أزنى من فلان عليه الحد بخلاف أنت أزنى مني لا حد

(١) بدائع الصنائع ١٩٢/٩، حاشية ابن عابدين ٤٦/٤

(٢) المراجع السابقة.

(٣) حاشية ابن عابدين ٤٦/٤

عليه^(١).

وقيل: إذا قال: أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس لا حد عليه^(٢).
وأما المالكية: فقالوا: إذا قال شخص لآخر: يا زاني فقال: أنت أزنى مني، فلا حد على الأول، ويحد الثاني للزنا^(٣).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١ - أن قوله: أزنى الناس قذف صريح بالزنا^(٤).
- ٢ - ن قوله: أنت أزنى الناس يمكن حمله على ما يقتضيه ظاهر الصيغة في وجود فعل الزنا منه لتحقق الزنا من الناس في الجملة فيحمل عليه^(٥).
- ٣ - أن قوله: أنت أزنى مني لا يمكن حمله على الترجيح في وجود الزنا لجواز أنه لم يوجد الزنا منه أو من فلان فيحمل على الترجيح في القدرة أو العلم فلا يكون قذفاً بالزنا^(٦).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١ - أن قوله أنت أزنى الناس، معناه: أنت أقدر الناس على الزنا فلا يحد^(٧).
- ٢ - أنه إذا قال شخص لآخر: يا زاني فقال: أنت أزنى مني، فلا حد على الأول؛ لأنه قذف غير عفيف، بخلاف الثاني فيحد للزنا، والقذف^(٨).

(١) حاشية ابن عابدين ٤/٤٦، فتح القدير ٥/٣٤٣.

(٢) فتح القدير ٥/٣٤٣.

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي ٨/٩٠، حاشية الدسوقي ٤/٣٣٠.

(٤) بدائع الصنائع ٩/١٩٢.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

(٧) حاشية ابن عابدين ٤/٤٦.

(٨) شرح مختصر خليل للخرشي ٨/٩٠، حاشية الدسوقي ٤/٣٣٠.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

إذا قال رجل لآخر أنت أزنّي الناس فيقيم القاضي عليه الحد.

إذا قال رجل لآخر أنت أزنّي مني فلا يقيم القاضي عليه الحد.

المبحث الحادي والعشرون

الفرق بين قوله: لست لأملك، وقوله: لست لأبيك^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الرجل إذا قال لإنسان: لست لأملك لا حد عليه بخلاف قوله: لست لأبيك فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه: - كلتاهما فيهما نفي المقذوف عن أحد أبويه. وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا قال لإنسان لست لأملك لا حد عليه بخلاف قوله لست لأبيك.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. ويتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو قال لإنسان لست لأملك لا حد عليه بخلاف قوله لست لأبيك"^(٢).

وفي رواية عند الحنفية: الفرق بين قوله لست لأبيك في الغضب والرضا ففي الأولى يحد وفي الثانية لا يحد^(٣).

ووافق الحنفية في الفرق المالكية^(٤) والحنابلة^(٥) في إقامة الحد في نفي الأب.

ب. دليل هذا الفرق.

(١) بدائع الصنائع ١٩٧/٩، المبسوط ٢٢٠/٩ البحر الرائق ٣٦/٥.

(٢) بدائع الصنائع ١٩٧/٩، المبسوط ٢٢٠/٩.

(٣) البحر الرائق ٣٦/٥.

(٤) المدونة ٤/٤٩٢، البيان والتحصيل ١٦/٢٨٦.

(٥) الفروع ٦/٨٨.

١- أن نفي الأم كذب محض ولا يتصور^(١).

٢- أن نفي الأب نفي النسب عن الأب^(٢).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

١- أن قوله لست لأبيك في الغضب يراد به حقيقته سباً له، وفي الرضا يراد به المعاتبة بنفي مشابھته له في أسباب المروءة^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا ادعى شخص على آخر بقوله لست لأمك يطلب إقامة حد القذف فالقاضي يصرف النظر عن دعواه.

٢- إذا ادعى شخص على آخر بقوله لست لأبيك يطلب إقامة حد القذف فالقاضي يقيم الحد عليه.

(١) بدائع الصنائع ١٩٧/٩، المبسوط ٢٢٠/٩.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) البحر الرائق ٣٦/٥.

المبحث الثاني والعشرون

الفرق بين قوله للرجل: يا زانية، وقوله للمرأة: يا زاني^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أنه إذا قال لرجل: يا زانية، لا يكون قذفاً؛ بخلاف قوله للمرأة: يا زاني فيحد.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما وصف بالزنا.

ب. كلتاهما فيهما مخاطبة الجنس بغير اللفظ الصالح له.

وافترقتا في الحكم: فإذا قال لرجل: يا زانية لا يكون قذفاً؛ بخلاف قوله للمرأة: يا زاني فيحد.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو حنيفة وأبو يوسف على الفرق فقالوا: "إذا قال لرجل: يا زانية أنه لا يكون قذفاً، ولو قال لامرأة: يا زاني يجب الحد"^(٢).

وخالفهم محمد بن الحسن^(٣) والمالكية^(٤) والشافعية^(٥) والحنابلة^(٦) فيرون إقامة الحد عليهما جميعاً.

ب. دليل هذا الفرق.

(١) بدائع الصنائع ١٩٨/٩. فتح القدير ٣١٨/٥.

(٢) بدائع الصنائع ١٩٨/٩. فتح القدير ٣١٨/٥.

(٣) بدائع الصنائع ١٩٨/٩. فتح القدير ٣١٨/٥.

(٤) مواهب الجليل ٤١١/٨.

(٥) روضة الطالبين ١٠٦/١٠، مغني المحتاج ٣٦٧/٣.

(٦) الفروع ٧٩/١٠، المغني ٨٣/٩، كشف القناع ١٠٩/٦.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١ - أنه قذفه بما لا يتصور ويستحيل وهو قذفه بفعل المرأة وهو التمكين فيلغو كما لو قذف محبوباً^(١).
- ٢ - إذا قال لامرأة يا زاني أتى بمعنى الاسم وحذف الهاء وهاء التأنيث قد تحذف في الجملة كالحائض^(٢).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١ - أن الهاء قد تدخل صلة زائدة في الكلام كما قال الله مخبراً عن الكفار: ﴿مَا أَغْنَىٰ عَنِّي مَالِي﴾^(٣) هَلَاكَ عَنِّي سُلْطَانِيَّةٌ^(٤) وجه الدلالة: أن الأصل: مالي وسلطاني، والهاء زائدة فيحذف الزائد فيبقى قوله: يا زاني^(٥).
- ٢ - أن الهاء قد تدخل في الكلام للمبالغة في الصفة كما يقال علامة ونسابة ونحو ذلك فلا يختل به معنى القذف^(٥).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا ادعى رجل على آخر قوله له: يا زانية فلا يقيم القاضي عليه الحد.
- ٢ - إذا ادعت امرأة على رجل قوله لها: يا زاني فيقيم القاضي الحد.

(١) بدائع الصنائع ١٩٨/٩. فتح القدير ٣١٨/٥.

(٢) بدائع الصنائع ١٩٨/٩.

(٣) سورة الحاقة ٢٨

(٤) بدائع الصنائع ١٩٨/٩.

(٥) بدائع الصنائع ١٩٨/٩. فتح القدير ٣١٨/٥.

المبحث الثالث والعشرون:

الفرق بين العبد والكافر والمحدود، وبين الفاسق في حد القذف^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الشهود إذا علم أنهم عبيد أو كفار أو محدودون في قذف يحدون حد القذف بخلاف ما إذا علم أنهم فاسق فلا يحدون
فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
أ. كلتاهما فيهما شهادة بالقذف.
ب. كلتاهما فيهما علم بحال المقذوف.
وافترقتا في الحكم: فالشهود إذا علم أنهم عبيد أو كفار أو محدودون في قذف يحدون حد القذف بخلاف ما إذا علم أنهم فاسق فلا يحدون.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:
نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو علم أن الشهود الأربعة عبيد أو كفار أو محدودون في قذف يحدون حد القذف وإن علم أنهم فاسق لا يحدون"^(٢).
ب. دليل هذا الفرق.
استدل لهذا الفرق بما يأتي:
١ - أن العبد والكافر لا شهادة لهما أصلاً فكان كلامهما قذفاً^(٣).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٢٠٤/٩، حاشية ابن عابدين ١٢٦/٧.

(٢) بدائع الصنائع ٢٠٤/٩، وينظر: حاشية ابن عابدين ١٢٦/٧.

(٣) حاشية ابن عابدين ١٢٦/٧، فتح القدير ٤٠٢/٧.

- ٢- أن المحدود في القذف له شهادة سماع وتحمل لا أداء فكان كلامه قذفاً^(١).
- ٣- أن الفاسق له شهادة سماع وإذا كان كلام الفاسق شهادة لا قذفاً فلا يحد حد القذف^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا شهد أربعة كفار على المسلم بالزنا أقام القاضي على الكافر حد القذف.
- ٢- إذا شهد أربعة فساق على المسلم بالزنا لم يحدون حد القذف.

(١) بدائع الصنائع ٢٠٤/٩، الفروق للكرابيسي ٢٩٠/١، حاشية ابن عابدين ١٢٦/٧.

(٢) بدائع الصنائع ٢٠٤/٩، حاشية ابن عابدين ١٢٦/٧.

المبحث الرابع والعشرون

الفرق بين الخصي والعنين، وبين المجبوب في حد القذف^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الخصي والعنين تقبل الشهادة عليهما بالزنا ويحدون بخلاف المجبوب لا تقبل الشهادة عليه ولا يحد قاذفه.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما شهادة بالزنا.

ب. كلتاهما فيهما المشهود عليه والمقذوف ممن لا يأتي النساء عادة.

وافترقتا في الحكم: فالخصي والعنين تقبل الشهادة عليهما بالزنا ويحدون بخلاف المجبوب لا تقبل الشهادة عليه ولا يحد قاذفه.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "لو كان المشهود عليه خصياً أو عنيماً قبلت شهادتهم ويحد بخلاف المجبوب"^(٢).

وفي رواية للحنفية أن قاذف المجبوب يحد^(٣) وهو قول الحنابلة^(٤).

ووافق الحنفية في أن قاذف المجبوب لا يحد المالكية^(١).

(١) ينظر: البحر الرائق ٣٣/٥، المبسوط ١١٨/٩، تبين الحقائق ١٩٩/٣.

(٢) البحر الرائق ٣٣/٥، وينظر: المبسوط ١١٨/٩.

(٣) بدائع الصنائع ٤٨/٧.

(٤) كشف القناع ١٠٠/٦، شرح منتهى الإرادات، ٣٤٩/٣.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الحصري والعين يتصور الزنا منهما لقيام الآلة^(٢).
- ٢- أن المجهوب لا يتصور منه الزنا^(٣).
- ٣- أن المجهوب لا يلحقه عار بالقذف لظهور كذب القاذف^(٤).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- قوله تعالى: ﴿فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾^(٥).
- وجه الدلالة: أن قاذف المجهوب يحد لعموم هذه الآية^(٦).
- ٢- أن قاذف المجهوب يحد للقطع بكذبه^(٧).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا شهد أربعة بأن عينا قد زنى فيقام عليه الحد.
- ٢- إذا شهد أربعة بأن مجبواً قد زنا لم تقبل شهادتهم ولم يحدوا للقذف.

(١) الذخيرة ٣٦٥/٩، شرح مختصر خليل للخرشي ٨٥/٨، المدونة ٥٠٧/٤.

(٢) بدائع الصنائع ٤٨/٧، حاشية ابن عابدين ٤٦/٤.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) حاشية ابن عابدين ٤٦/٤.

(٥) سورة النور ٤.

(٦) مطالب أولي النهى ١٩٤/٦.

(٧) كشف القناع ١٠٠/٦، شرح منتهى الإرادات ٣٤٩/٣.

المبحث الخامس والعشرون

الفرق بين نفيه عن أبيه، ونفيه عن جده^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

- أ. أن النفي عن الأب صريح في القذف بخلاف النفي عن الجد. فلمسألثان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
 - أ. كلتاها فيهما قذف.
 - ب. كلتاها فيهما نفي عن أصل.
- وافترقتا في الحكم: فالنفي عن الأب صريح في القذف بخلاف النفي عن الجد.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

- أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:
 - نص بعض الحنفية على الفرق فقالوا: (نفيه عن أبيه قذف بخلاف نفيه عن جده)^(٢).
 - ويرى الحنفية أنه لا يحد إلا في حال نفيه حال الغضب بخلاف نفيه حال الرضا^(٣).
 - وأما المالكية فيرون أن كلا منهما موجب للحد^(٤).
- ب. دليل هذا الفرق.
 - استدل لهذا الفرق بما يأتي:
 - ١- أن النفي عن الأب هو المعنى الحقيقي للقذف^(١).

(١) حاشية ابن عابدين ٤/٤٨، فتح القدير ٥/٣٢١، البحر الرائق ٥/٣٦.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/٤٨.

(٣) حاشية ابن عابدين ٤/٤٨ فتح القدير ٥/٣٢١، البحر الرائق ٥/٣٦.

(٤) المنتقى ٧/١٥١، الفواكه الدواني ٢/٢١٠، شرح مختصر خليل للخرشي ٨/٨٦.

٢- أن النفي عن الجحد معناه الحقيقي ليس قذفاً، بل هو الصدق، فإذا قال: لست لجحدك فهذا في الحقيقة صحيح، فالجحد ليس أباً مباشراً له^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا ادعى رجل على آخر أنه نفاه عن أبيه أقام القاضي عليه حد القذف.
- ٢- إذا ادعى رجل على آخر أنه نفاه عن جده لم يقيم القاضي عليه حد القذف.

(١) حاشية ابن عابدين ٤/٤٨

(٢) المرجع السابق.

المبحث السادس والعشرون

الفرق بين العتق والإسلام في قبول شهادة المحدود بالقذف^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن العبد إذا ضرب حد القذف ثم عتق فشهد لم تجز شهادته بخلاف الكافر إذا أسلم.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما أقيم عليه الحد.

ب. كلتاهما شهد بعد قذفه.

ج. كلتاهما انتقل بعد قذفه إلى حال أفضل.

وافترقتا في الحكم: فالعبد إذا ضرب حد القذف ثم عتق فشهد لم تجز شهادته بخلاف الكافر إذا أسلم.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإذا ضرب العبد حد القذف ثم عتق فشهد لم تجز شهادته، وإذا ضرب الكافر حد القذف ثم أسلم فشهد تقبل شهادته"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن للعبد نوع شهادة، فلو شهد برؤية الهلال قبل قوله، فإذا حد بطل ذلك النوع من الشهادة^(١).

(١) ينظر: الفروق للكرائسي ٣٠١/١، المبسوط ١٢٧/٩.

(٢) الفروق للكرائسي ٣٠١/١، وينظر: المبسوط ١٢٧/٩.

٢- أن الكافر لا تقبل له نوع من الشهادة على المسلمين بحال فلم تبطل شهادته بإقامة الحد فإذا أسلم وشهد فهذه شهادة استفادها بالإسلام لم تبطل بإقامة الحد فجاز أن تقبل^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا شهد معتق -أقيم عليه حد القذف حال رقه- على الزنا لم تقبل شهادته.
- ٢- إذا شهد مسلم -أقيم عليه حد القذف حال كفره- على شرب الخمر قبلت شهادته.

(١) الفروق للكرابيسي ٣٠١/١.

(٢) المرجع السابق.

الفصل الرابع:

فروق مسائل حد السرقة وقطع الطريق:

وفيه تسعة عشر مبحثاً :

- المبحث الأول: الفرق بين الحر الصغير والمملوك في السرقة.
- المبحث الثاني: الفرق بين ما يعبر عن نفسه، وبين ما لا يعبر عن نفسه في مسائل حد السرقة.
- المبحث الثالث: الفرق بين الطرار والنباش.
- المبحث الرابع: الفرق بين التراب والخشب في مسائل السرقة.
- المبحث الخامس: الفرق بين الحربي والذمي في مسائل السرقة وقطع الطريق.
- المبحث السادس: الفرق بين المرعى، وبين العطن والمراح في مسائل السرقة.
- المبحث السابع: الفرق بين سرقة الكوز وسرقة القمقمة.
- المبحث الثامن: الفرق بين سرقة الثوب وسرقة الجوالق.
- المبحث التاسع: الفرق بين نقصان السعر ونقصان العين في مسائل السرقة.
- المبحث العاشر: الفرق بين الصبي والمحرم، وبين الشريك في مسائل السرقة.
- المبحث الحادي عشر: الفرق بين السرقة من الغائب، والسرقة من الأب والوصي.
- المبحث الثاني عشر: الفرق بين السرقة من الحمام، والسرقة من المسجد.
- المبحث الثالث عشر: الفرق بين الهلاك والاستهلاك في مسائل السرقة.

- المبحث الرابع عشر الفرق بين السرقة ليلاً ، والسرقة نهاراً .
- المبحث الخامس عشر: الفرق بين الرجوع عن الإقرار، وتكذيب الحجة في مسائل قطع الطريق.
- المبحث السادس عشر: الفرق بين نقب البيت، وشق الجوالق في مسائل السرقة.
- المبحث السابع عشر: الفرق بين الدار الصغيرة والدار الكبيرة في مسائل السرقة.
- المبحث الثامن عشر: الفرق بين الصبي والمعتوه والأخرس، وبين العاقل في مسائل السرقة.
- المبحث التاسع عشر: الفرق بين ذي الرحم والحربي في مسائل قطع الطريق.

المبحث الأول:

الفرق بين الحر الصغير والمملوك في السرقة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن سارق الحر الصغير لا يقطع؛ بخلاف من سرق مملوكا صغيرا قطع.
فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
أ. كلتاها فيهما سرقة.

ب. كلتاها المسروق فيهما إنسان.

وافترقتا في الحكم: فسارق الحر الصغير لا يقطع؛ بخلاف من سرق مملوكا صغيرا قطع.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: (لا قطع على سارق الحر الصغير، وإن سرق مملوكا قطع)^(٢).

ووافقهم الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤).

وأما أبو يوسف فيرى عدم قطع سارق المملوك الصغير^(٥).

وأما المالكية فيرون قطع سارق الحر الصغير^(١).

(١) ينظر: المبسوط ١٢٠/٩، فتح القدير ٣٧٠/٥.

(٢) المبسوط ١٢٠/٩، بتصرف، وينظر: فتح القدير ٣٧٠/٥.

(٣) الحاوي ٣٠٣/١٣، مغني المحتاج ١٦٤/٤.

(٤) الفروع ٦ ص ١٢٥، المغني، ٩٦/٩.

(٥) فتح القدير ٣٧٠/٥.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن الحر ليس بمال^(٢).

٢- أن المملوك مال^(٣).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

١- أن المملوك آدمي من وجهه، مال من وجهه فلم يقطع سارقه^(٤).

٢- أن النبي ﷺ أتى برجل يسرق الصبيان، ثم يخرج فيبيعهم في أرض أخرى، فأمر به رسول

الله ﷺ فقطعت يده^(٥).

وجه الدلالة: أن سارق الحر الصغير يقطع.

ويجاب عنه: بأن الحديث موضوع.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا أقام الأب دعوى على سارق ابنه الحر الصغير فلا يقطع.

٢- إذا أقام السيد دعوى على سارق عبده الصغير فيقطع.

(١) شرح مختصر خليل للخرشي، ٩١/٨، بداية المجتهد ٢٣٤/٤

(٢) المبسوط، ١٢٠/٩، فتح القدير، ٣٧٠/٥

(٣) المرجع السابق.

(٤) فتح القدير، ٣٧٠/٥

(٥) أخرجه البيهقي، كتاب السرقة، باب ما يكون حرزا وما لا يكون ٤٦٥/٨، وقال الألباني: موضوع ينظر: إرواء الغليل

٦٧/٨.

المبحث الثاني:

الفرق بين ما يعبر عن نفسه، وبين ما لا يعبر عن نفسه في مسائل حد السرقة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق:

وفيه مفردتان:

الأولى: من يعبر عن نفسه.

المراد بمن يعبر عن نفسه: العبد الكبير أو الصغير العاقل^(٢).

الثانية: من لا يعبر عن نفسه.

المراد بمن لا يعبر عن نفسه: العبد الصغير الذي لا يعقل ولا يتكلم^(٣).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن من سرق عبدا يعبر عن نفسه فلا يقطع؛ بخلاف من سرق عبدا صغيرا لا يعبر عن نفسه فإنه يقطع.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما سرقة.

ب. كلتاها فيهما سرقة آدمي.

(١) فتح القدير ٣٧٠/٥، جمع الأنهر ٦١٨/١.

(٢) جمع الأنهر ٦١٨/١.

(٣) جمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٦١٨/١، فتح القدير ٣٧٠/٥.

ج. كلتاها المسروق فيها عبد مملوك.

وافترقتا في الحكم: فمن سرق عبدا يعبر عن نفسه فلا يقطع؛ بخلاف من سرق عبدا صغيرا لا يعبر عن نفسه فإنه يقطع.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولا يقطع بسرقة عبد كبير، أو صغير يعقل؛ بخلاف سرقة العبد الصغير الذي لا يعبر عن نفسه ولا يتكلم ولا يعقل"^(١).
وأما أبو يوسف فيرى عدم قطع سارق العبد الصغير^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن من سرق من يعبر عن نفسه لا يقطع بالإجماع^(٣).

٢- أن من يعبر عن نفسه له يد على نفسه^(٤).

٣- أن سرقة من يعبر عن نفسه غصب وخداع^(٥).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

١- أن المملوك آدمي من وجه مال من وجه فلم يقطع سارقه^(٦).

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٦١٨/١، فتح القدير ٣٧٠/٥.

(٢) فتح القدير ٣٧٠/٥.

(٣) بدائع الصنائع ٧٩/٧.

(٤) المرجع السابق.

(٥) مجمع الأنهر ٦١٨/١.

(٦) فتح القدير ٣٧٠/٥.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا ادعى رجل على من سرق عبده الذي يعبر عن نفسه فلا يقطع.
- ٢- إذا ادعى رجل على من سرق عبده الذي لا يعبر عن نفسه فيقطع.

المبحث الثالث:

الفرق بين الطرار والنباش^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

الأولى: الطرار.

أولاً: تعريف الطرار لغة.

الذي يَبْطُ الجيب، فَالْعَلَلُ: من طَرَّ الشيء فهو طارٌّ، وطرَّار للتكثير، ولا يشترط هنا التكثير، بل لو فعل هذا مرة، فهُوَ طَرَّار، له حكمه^(٢).

ثانياً: تعريف الطرار اصطلاحاً:

"هو الذي يشق كم الرجل ويسل ما فيه"^(٣).

الثانية: النباش.

أولاً: تعريف النباش لغة.

قال ابن فارس: "النون والباء والشين أصل وكلمة واحدة تدل على إبراز شيء مستور.

ونباش القبر، وهو نباش ينبشه"^(٤).

ثانياً: تعريف النباش اصطلاحاً.

النباش: "من يفتش القبور عن الموتى ليسرق أكفانهم"^(٥).

(١) ينظر: المبسوط ١٣٧/٩

(٢) لسان العرب، مادة طرر، ٤/٤٩٩، تاج العروس، مادة طرر، ١٢/٤٢٣

(٣) النهاية في غريب الحديث ٣/١١٨، المطلع ص ٣٧٥

(٤) مقاييس اللغة، مادة نبش، ٥/٣٨٠

(٥) المعجم الوسيط مادة ٢/٨٩٧، النهاية في غريب الحديث ١/٣٢٥

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن الطرار يقطع بخلاف النباش فلا يقطع
فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
- كلتاهما فيهما سرقة.
وافترقتا في الحكم: فالطرار يقطع بخلاف النباش فلا يقطع.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو حنيفة ومحمد على الفرق فقالا: "الطرار يلزمه القطع، وأما النباش لا يلزمه القطع"^(١)
وأما أبو يوسف^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) فيرون القطع فيهما، عليه: الفرق لا
يثبت عندهم.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن اختصاص الطرار بهذا الاسم للمبالغة في سرقة^(٦).
- ٢- أن الطرار يسارق عين المنتبه في حال إقباله على الحفظ فهو زيادة حذق منه
في فعله فعرفنا أن فعله أتم ما يكون من السرقة فيلزمه القطع^(٧).

(١) المبسوط ١٣٧/٩ بتصرف، وينظر: بدائع الصنائع ٧٦/٧.

(٢) بدائع الصنائع ٧٦/٧.

(٣) حاشية الدسوقي ٣٤٠/٤.

(٤) الحاوي الكبير ٣١٣/١٣، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٤٤٧/١٢.

(٥) كشاف القناع ١٣٨/٦.

(٦) المبسوط ١٣٧/٩.

(٧) المرجع السابق.

- ٣- أن النباش لا يسارق عين المقبل على حفظ المال أو القاصد لذلك، بل يسارق عين من يهجم عليه من غير أن يكون له قصد إلى حفظ الكفن وذلك دليل ظاهر على النقصان في فعل السرقة فلهذا لا يلزمه القطع^(١).
- ٤- أن القبر ليس بحرر بنفسه أصلاً إذ لا تحفظ الأموال فيه عادة^(٢).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- أن النباش يقطع لأنه مال متقوم محرز بحرر مثله^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- إذا ادعى رجل على سارق بأنه شق جيبه وأخذ ماله فيقطع.
- إذا ادعى رجل على نابش قبر والده فلا يقطع.

(١) المبسوط ١٣٧/٩.

(٢) بدائع الصنائع ٧٦/٧.

(٣) الجوهرة النيرة ١٦٧/٢.

المبحث الرابع:

الفرق بين التراب والخشب في مسائل السرقة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن التراب المعمول منه وغير المعمول لا يقطع سارقه بخلاف الخشب فيقطع فيما صنع منه فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

- كلتاهما فيهما سرقة.

وأفترقتا في الحكم: فالتراب المعمول منه وغير المعمول لا يقطع سارقه؛ بخلاف الخشب فيقطع فيما صنع منه.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "فرق بين التراب، وبين الخشب، حيث سوى في التراب بين المعمول منه وغير المعمول، وفرق في الخشب"^(٢).

وأما الحنابلة فيرون القطع في التراب الذي له قيمة^(٣).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- عن عائشة رضي الله عنها: "كانت اليد لا تقطع في عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه"^(١).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٦٨/٧، البحر الرائق ٥٨/٥.

(٢) بدائع الصنائع ٦٨/٧، البحر الرائق ٥٨/٥.

(٣) كشاف القناع ١٢٩/٦، المغني ٩٧/٩.

وجه الدلالة: أن غير المصنوع من الخشب لا يتمول عادة، فكان تافها^(٢).

٢- أن الصنعة في التراب لم تخرجه عن كونه تافها^(٣).

٣- أن الصنعة في الخشب أخرجته عن حد التفاهة فكان متمولا^(٤).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق، والإجابة عنها:

من الاعتراضات على هذا الفرق ما يأتي:

١- أن الخشب غير المصنوع قد يكون غالي الثمن، وعليه: فيقطع سارقه.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا ادعى رجل على من سرق إناء من فخار لم يقطع.

٢- إذا ادعى على رجل أنه سرق مكتبا من خشب فيقطع.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة، كتاب الحدود، باب من قال لا تقطع في أقل من عشرة دراهم، ٤٧٦/٩. وينظر: نصب الراية

٣/٣٦٠، والتلخيص الحبير ٣/١٧٣

(٢) بدائع الصنائع ٧/٦٨

(٣) المرجع السابق.

(٤) بدائع الصنائع ٧/٦٨، البحر الرائق ٥/٥٨.

المبحث الخامس:

الفرق بين الحربي والذمي في مسائل السرقة وقطع الطريق^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن المسروق منه أو المقطوع عليه الطريق إن كان حربيا فلا حد على السارق أو القاطع بخلاف الذمي.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

- أ. كلتاهما فيهما سرقة أو قطع طريق.
 - ب. كلتاهما المسروق منه والمقطوع عليه كافر.
 - ج. كلتاهما فيهما السارق أو القاطع مسلم.
- وافترقتا في الحكم: فالمسروق منه أو المقطوع عليه الطريق إن كان حربيا فلا حد على السارق أو القاطع بخلاف الذمي.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

- أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.
- نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "فإن كان - المقطوع عليه - حربيا مستأمنا لا حد على القاطع بخلاف الذمي"^(٢).
- وقالوا: "يقطع المسلم بسرقة مال الذمي، كما لا يقطع في سرقة مال المستأمن"^(٣).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٩١/٧، تبين الحقائق ١٠٤/٦.

(٢) بدائع الصنائع ٩١/٧.

(٣) تبين الحقائق ١٠٤/٦.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- عن علي -رضي الله عنه- قال: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا"^(١).

وجه الدلالة: أن الذمي إذا سرق منه فتقطع يد السارق.

٢- أن مال الحربي المستأمن ليس بمعصوم مطلقاً، بل في عصمته شبهة العدم؛ لأنه من أهل دار الحرب"^(٢).

٣- أن عصمة الحربي بعارض الأمان مؤقتة إلى غاية العود إلى دار الحرب فكان في عصمته شبهة الإباحة فلا يتعلق الحد بالقطع عليه"^(٣).

٤- أن عقد الذمة أفاد له عصمة ماله على التأييد فتعلق الحد بأخذه كما يتعلق بسرقة"^(٤).

٥- أن المال تبع للنفس وأمر المال أهون من النفس"^(٥).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا ادعى حربي على مسلم أنه سرق منه أو قطع عليه الطريق لم يقيم الحد على المسلم.

٢- إذا ادعى ذمي على مسلم أنه سرق منه أو قطع عليه الطريق أقيم عليه الحد.

(١) قال الحافظ الزيلعي في نصب الراية ٣/٣٨١: "غريب"، قال الألباني في الإرواء ٥/١٠٣، يعني أنه لا أصل له.

(٢) بدائع الصنائع ٧/٩١.

(٣) المرجع السابق.

(٤) بدائع الصنائع ٧/٩١، تبين الحقائق ٦/١٠٤.

(٥) تبين الحقائق ٦/١٠٤.

المبحث السادس

الفرق بين المرعى، وبين العطن والمراح في مسائل السرقة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفيه ثلاث مفردات:

الأولى: المرعى.

أولاً: تعريف المرعى لغة.

قال ابن فارس: "الراء والعين والحرف المعتل أصلاً: أحدهما المراقبة والحفظ. فالأول رعيت الشيء، رقبته؛ ورعيت، إذا لاحظته. والراعي: الوالي والجميع الرعاء، وهو جمع على فعال نادر، ورعاة أيضاً. وراعى الأمر: نظرت إلام يصير. ورعيت النجوم: رقبته"^(٢).

ثانياً: تعريف المرعى اصطلاحاً.

لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي^(٣).

الثانية: العطن.

أولاً: تعريف العطن لغة.

قال ابن فارس: "العين والطاء والنون أصل صحيح واحد يدل على إقامة وثبات. من ذلك العطن والمعطن، وهو مبرك الإبل.

(١) بدائع الصنائع ٢٧٣/٩.

(٢) مقاييس اللغة، مادة رعى، ٤٠٨/٢، وينظر: تهذيب اللغة ١٠٣/٣.

(٣) بدائع الصنائع ٢٧٣/٩.

ويقال إن إعطائها أن تحبس عند الماء بعد الورد.
 ويقال: كل منزل يكون مألفا للإبل فهو عطن"^(١).
 ثانياً: تعريف العطن اصطلاحاً .
 لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي"^(٢).
 الثالثة: المراح.

أولاً: تعريف المراح لغة:
 المراحُ: "ما تأوي إليه الماشية بالليل"^(٣).
 ثانياً: تعريف المراح لغة:
 لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي"^(٤).
 الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن من سرق من المرعى لم يقطع؛ بخلاف من سرق من العطن أو المراح.
 فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
 أ- كلتاهما فيهما سرقة حيوان.
 وافترقنا في الحكم: فمن سرق من المرعى لم يقطع بخلاف من سرق من العطن أو المراح

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.
 نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "لو سرق من المراعي بعيراً لم يقطع سواء كان الراعي معها أو لم يكن، وإن سرق من العطن أو المراح الذي يأوي إليه يقطع"^(٥).

(١) مقاييس اللغة (٤/٣٥٢)، وينظر: المحيط في اللغة، مادة عطن ٧٢/١

(٢) بدائع الصنائع ٩/٢٧٣.

٣ يحمل اللغة لابن فارس، ١/٤٠٥، لسان العرب ٢/٤٦٥

(٤) بدائع الصنائع ٩/٢٧٣، وينظر: الكليات ١/٨٢٨

(٥) بدائع الصنائع ٩/٢٧٣.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١ - أن المراعي ليست بحرز للمواشي وإن كان الراعي معها^(١).
- ٢ - أن الحفظ لا يكون مقصودا من الرعي وإن كان قد يحصل به^(٢).
- ٣ - أن المواشي لا تجعل في مراعيها للحفظ بل للرعي فلم يوجد الأخذ من حرز^(٣).
- ٤ - أن العطن أو المراح يقصد به الحفظ ووضع له فكان حرزا^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا ادعى رجل على آخر أنه سرق شاته من المرعى لم يقطع.
- ٢ - إذا ادعى رجل على آخر أنه سرق ناقته من المراح أو العطن قطع.

(١) بدائع الصنائع ٩/٢٧٣.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث السابع

الفرق بين سرقة الكوز وسرقة القمقمة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفيه مفردتان:

الأولى: الكوز

أولاً: تعريف الكوز لغة.

قال ابن فارس: (الكاف والواو والزاء أصل صحيح يدل على تجمع.

ومنه اشتقاق بني كوز من ضبة. والكوز للماء من هذا، لأنه يجمع الماء. واكتاز الماء:

اغترفه)^(٢).

والكوز من الأواني، معروف، وهو مشتق من ذلك، والجمع أكواز و كيزان وكوزة^(٣).

ثانياً: تعريف الكوز اصطلاحاً.

"إناء بعروة يشرب به الماء"^(٤).

الثانية: القمقمة.

"وعاء من نحاس ذو عروتين"^(٥).

(١) ينظر: البحر الرائق ٥/٥٩، فتح القدير ٥/٣٧٠.

(٢) مقاييس اللغة، مادة كوز، ٥/١٤٦.

(٣) لسان العرب، مادة كوز ٥/٤٠٢.

(٤) المعجم الوسيط ٢/٨٠٤.

(٥) مختار الصحاح، ص: ٢٦٠، المعجم الوسيط ٢/٧٦٠.

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن من سرق قمقمة فيها ماء لا يقطع بخلاف من سرق كوزا فيه عسل فيقطع.
فلمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
أ- كلتاهما فيهما سرقة إناء فيه مشروب.

وافترقتا في الحكم: فمن سرق قمقمة فيها ماء لا يقطع بخلاف من سرق كوزا فيه عسل فيقطع

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا سرق قمقمة وفيها ماء تساوي عشرة لا يقطع؛ وبه فارق الكوز الذي فيه عسل"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- عن رجل من المهاجرين من أصحاب رسول الله ﷺ قال: غزوت مع رسول الله ﷺ

ثلاثا، أسمعته يقول: "المسلمون شركاء في ثلاث: في الماء، والكلاء، والنار"^(٢).

وجه الدلالة: أنه لما سرق القمقمة التي فيها الماء كان له شبهة في طلب الماء^(٣).

٢- أن سرقة القمقمة غير موجبة للقطع؛ لأنه سارق للماء^(٤).

٣- أن سارق القمقمة إذا شرب الماء في الحرز ثم سرق القمقمة فيقطع^(٥).

٤- أن سرقة الكوز موجبة للقطع^(٦).

٥- أن سرقة العسل موجب للقطع^(١).

(١) المحيط البرهاني ٢٨/٧. البحر الرائق ٥٩/٥، فتح القدير ٣٧٠/٥.

(٢) أخرجه أبوداود، كتاب الإجارة، باب في منع الماء، ٢٧٨/٣، وصححه الألباني في الإرواء ٧/٦.

(٣) المحيط البرهاني ٢٨/٧.

(٤) المحيط البرهاني ٢٨/٧. فتح القدير ٣٧٠/٥.

(٥) المحيط البرهاني ٢٨/٧.

(٦) البحر الرائق ٥٩/٥، فتح القدير ٣٧٠/٥.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا ادعى رجل على آخر أنه سرق قمقمة فيها ماء من حرز فلا يقطع.
- ٢- إذا ادعى رجل على آخر أنه سرق كوزا فيه عسل قطع.

المبحث الثامن

الفرق بين سرقة الثوب وسرقة الجوالق^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفيه مفردة واحدة: الجوالق.

أولاً: تعريف الجوالق.

"وعاء من صوف أو شعر أو غيرها"^(٢).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن من سرق ثوبا لا يساوي عشرة دراهم، وبجانبه مال عظيم مصرور ولم يعلم به السارق لم يقطع، وإن علم قطع، بخلاف من سرق جوالقا لا يساوي عشرة دراهم، وفيه مال قطع، علم به أو لم يعلم.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما سرقة.

ب. كلتاهما فيهما المسروق فيه مال.

وافترقتا في الحكم: فمن سرق ثوبا لا يساوي عشرة دراهم، وبجانبه مال عظيم مصرور ولم يعلم به السارق لم يقطع، وإن علم قطع، بخلاف من سرق جوالقا لا يساوي عشرة دراهم، وفيه مال قطع، علم به أو لم يعلم.

(١) الفروق للكرائيسي ٣١٠/١. وينظر: المحیط البرهاني ٢٨/٧، المبسوط ١٦١/٩، بدائع الصنائع ٧٩/٧.

(٢) مختار الصحاح ص ٥٩، المعجم الوسيط ١٤٨/١.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: إذا سرق ثوبا لا يساوي عشرة دراهم، وعلى جانبه مال عظيم مصرور ولم يعلم به السارق لم يقطع، وإن علم قطع.

وإن سرق كيسا أو جوالقا لا يساوي عشرة دراهم، وفيه مال قطع، علم به أو لم يعلم^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن المقصود من السرقة الثوب دون الدراهم إذا لم يعلم بها، والمقصود لا يساوي عشرة دراهم فلا يقطع به^(٢).

٢- أن الدراهم صارت تبعا له إذا لم يكن مقصوده^(٣).

٣- أن الجوالق المقصود منه ما فيه لا الجوالق في العرف والعادة^(٤).

٤- أن ما في الجوالق مما يجب القطع به فصار كما لو سرق الدراهم وحدها يقطع^(٥).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا ادعى رجل على سارق سرقة ثوبه الذي لا يساوي عشرة ريالات وفي الثوب خمسة آلاف ريال فلا يقطع إن لم يعلم بالمال.

٢- إذا ادعى رجل على سارق وعاء له من صوف لا يساوي عشرة ريالات وفي الوعاء ثلاثة آلاف ريال قطع.

(١) الفروق للكرائيسي ٣١٠/١. وينظر: المحيط البرهاني ٢٨/٧. المبسوط ١٦١/٩، بدائع الصنائع ٧٩/٧.

(٢) ينظر: المحيط البرهاني ٢٨/٧، الفروق للكرائيسي ٣١٠/١.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) المراجع السابقة.

(٥) المراجع السابقة.

المبحث التاسع

الفرق بين نقصان السعر ونقصان العين في مسائل السرقة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفيه مفردتان:

الأولى: نقصان السعر.

والمراد بنقصان السعر: أن ينقص سعر المسروق بعد سرقته^(٢).

الثانية: نقصان العين.

والمراد بنقصان العين: أن يدخل المسروق عيب، أو يذهب بعضه^(٣).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن نقصان السعر في المسروق لا يوجب القطع؛ بخلاف نقصان العين فيقطع.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما سرقة عين.

ب. كلتاهما فيهما نقصان العين المسروقة.

وافترقتا في الحكم: فنقصان السعر في المسروق لا يوجب القطع؛ بخلاف نقصان العين فيقطع.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٧/٧٨، فتح القدير ٥/٤٠٧.

(٢) بدائع الصنائع ٧/٧٨، بتصرف، وينظر: فتح القدير ٥/٤٠٧.

(٣) المراجع السابقة.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إن كان نقصان العين يقطع السارق، وإن كان نقصان السعر لا يقطع"^(١).

وأما محمد بن الحسن وزفر^(٢)، والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) فيرون أنه يقطع في الحالين.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن نقصان السعر يورث شبهة نقصان في المسروق وقت السرقة^(٦).

٢- أن نقصان السعر ليس بمضمون على السارق أصلاً فيجعل النقصان الطارئ كالموجود عند السرقة^(٧).

٣- أن كمال النصاب لما كان شرطاً يشترط كماله عند الإمضاء^(٨).

٤- أن نقصان عينه هلاك بعضه، وهلاك الكل لا يسقط القطع، فهلاك البعض أولى^(٩).

٥- أن نقصان العين هو هلاك بعض العين، وهو مضمون عليه في الجملة فلا يمكن تقدير وجوده وقت السرقة^(١٠).

(١) بدائع الصنائع ٧/٧٨، فتح القدير ٥/٤٠٧.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المدونة ٤/٥٢٦، المنتقى ٧/١٥٧.

(٤) الأم ٦/١٥٨، الحاوي الكبير ١٧/١٦٧.

(٥) الإنصاف ١٠/٢٦٤، الفروع ٦/١٢٦.

(٦) بدائع الصنائع ٧/٧٨.

(٧) المرجع السابق.

(٨) فتح القدير ٥/٤٠٧، المبسوط ٩/١٦٣.

(٩) بدائع الصنائع ٧/٧٨.

(١٠) المرجع السابق.

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١ - أنه تعتبر قيمته وقت الإخراج من الحرز^(١).
- ٢ - أن نقصان السعر لا يؤثر في المحل، ونقصان العين يؤثر فيه^(٢).
- ٣ - أن نقصان العين لم يؤثر في إسقاط القطع، فنقصان السعر أولى^(٣).
- ٤ - أن عموم الكتاب والسنة أنه نقصان حدث بعد وجوب القطع، فوجب أن لا يسقط به القطع كنقصان العين^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا ادعى رجل على سارق ساعة قيمتها تبلغ نصابا لقطع فأقر السارق ودفع بأن قيمتها لا توجب القطع لا يقطع.
- ٢ - إذا ادعى رجل على سارق بر يبلغ نصابا فأقر السارق ودفع بأن البر قد نقص فيقطع.

(١) بدائع الصنائع ٧٨/٧

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) الحاوي الكبير ١٦٧/١٧

المبحث العاشر

الفرق بين الصبي والمحرم وبين الشريك في مسائل السرقة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن السارق إذا شاركه صبي أو محرم للمسروق منه فإنه يقطع؛ بخلاف إذا شاركه الشريك فيدراً الحد عن الجميع.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما سرقة.

ب. كلتاهما فيهما اشتراك السارق مع من لا يحد بالسرقة من المسروق منه.

وافترقتا في الحكم: فالسارق إذا شاركه صبي أو محرم للمسروق منه فإنه يقطع بخلاف إذا شاركه الشريك فيدراً الحد عن الجميع.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة

نص أبو يوسف على الفرق، ففي المحيط البرهاني: "وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في صبي أو ذي رحم محرم من المسروق منه إذا شارك مع غيره في السرقة: لا قطع على واحد منهما. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يدرأ الحد عن الصبي والمحرم، ولا يدرأ عن الأجنبي. وإن كان أحدهما شريكاً للمسروق منه في المتاع فإنه لا يجب القطع على واحد منهما بالإجماع، فقد فرق أبو يوسف رحمه الله تعالى بين الصبي والمحرم وبين الشريك"^(١).

(١) ينظر: المحيط البرهاني ٣٧/٧، بدائع الصنائع ٦٧/٧.

تنبیه: بعد التأمل ودراسة الفرق تبين لي أن صواب العنوان: الفرق بين من سرق بمشاركة صبي أو محرم للمسروق منه وبين من سرق بمشاركة شريك المسروق منه.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١ - أن فعل الشريك ليس بسرقة أصلاً فإنه مأذون في الأخذ فلم يكن فعل الآخر أيضاً سبباً موجباً^(٢).

٢ - أن الصبي والمحرم فعل كل واحد منهما سرقة وقد امتنع وجوب القطع على أحدهما بمعنى اختصاص به فيجب على الآخر^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١ - إذا اشترك صغير أو ذو رحم محرم من المسروق منه مع آخر في السرقة: وجب القطع على الآخر.

٢ - إذا اشترك شريك المسروق منه مع آخر فإنه لا يجب القطع على واحد منهما بالإجماع.

(١) المحيط البرهاني ٣٧/٧، وينظر: بدائع الصنائع ٦٧/٧، الاختيار لتعليل المختار ١١٦/٤.

(٢) المحيط البرهاني ٣٧/٧.

(٣) المرجع السابق.

المبحث الحادي عشر:

الفرق بين السرقة من الغائب، والسرقة من الأب والوصي^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن السرقة من الغائب موجبة للقطع بخلاف السرقة من الأب والوصي فلا توجب القطع.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاها فيهما سرقة

وافترقتا في الحكم: فالسرقة من الغائب موجبة للقطع بخلاف السرقة من الأب والوصي فلا توجب القطع.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص أبو يوسف على هذا الفرق، ففي المحيط البرهاني: "والفرق أن السرقة من الغائب وقعت موجبة للقطع، فأما السرقة من الأب والوصي وقعت في غير موجبة للقطع"^(٢).

ووافقهم الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) في عدم القطع في السرقة من الأب.

وأما الحنفية فيرون عدم القطع من الغائب^(٥).

وأما المالكية^(١) فرأوا أن السارق من أبيه يقطع.

(١) ينظر: البحر الرائق ٦٨/٥.

(٢) المحيط البرهاني ٤٥/٧ بتصرف، وينظر: البحر الرائق ٦٨/٥.

(٣) مغني المحتاج ١٦٢/٤، نهاية المحتاج ٢٣/٧.

(٤) كشاف القناع ١١٤/٦، المغني ٢٨٦/١٠.

(٥) البحر الرائق ٦٨/٥.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن السرقة من الغائب وقعت موجبة للقطع^(٢).
- ٢- أنه إذا حضر وشهد عليه المشهود فإنه يستوفي منه القطع^(٣).
- ٣- أن الدعوى في الإقرار ليست بشرط^(٤).
- ٤- أن السرقة من الأب والوصي أورثت شبهة^(٥).
- ٥- أن الشركة تقتضي المساواة فإن لم تثبت المساواة حقيقة لمانع تثبت شبهة المساواة بسبب الشركة^(٦).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق، والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- أن السارق من أبيه يقطع لعموم الآية.
- ويجاب عنه: بأن للولد في مال أبيه شبهة.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا أقر سارق عند القاضي بأنه سرق من غائب فيقطع.
- ٢- إذا ادعى الأب على ابنه السرقة فأقر الابن لم يقطع.

(١) المدونة ٢٧٦/٦، شرح الزرقاني ٩٨/٨

(٢) المحيط البرهاني ٤٥/٧.

(٣) المرجع السابق.

(٤) البحر الرائق ٦٨/٥.

(٥) المحيط البرهاني ٤٥/٧.

(٦) المرجع السابق.

المبحث الثاني عشر

الفرق بين السرقة من الحمام، والسرقة من المسجد^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن من سرق من حمام قد أذن صاحبه للناس بالدخول فيه وصاحبه هناك لم يقطع؛ بخلاف ما لو سرق من مسجد وصاحبه في المسجد قطع.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما سرقة.

ب. كلتاهما فيهما صاحب المكان فيه.

وافترقتا في الحكم: فمن سرق من حمام قد أذن صاحبه للناس بالدخول فيه وصاحبه هناك لم يقطع؛ بخلاف ما لو سرق من مسجد وصاحبه في المسجد قطع.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا سرق من حمام أو حانوت^(٢) قد أذن صاحبه للناس بالدخول فيه وصاحبه هناك لم يقطع.

ولو سرق من مسجد وصاحبه هنا في المسجد قطع"^(٣).

ووافقهم المالكية^(٤) الشافعية^(١) والحنابلة^(٢).

(١) الفروق للكرائسي ٣٠٨/١، وينظر: فتح القدير ٣٨٥/٥، والبحر الرائق ٦٣/٥.

(٢) الحانوت: مكان البيع والشراء. الكليات ص: ٢٣٩.

(٣) الفروق للكرائسي ٣٠٨/١، وينظر: فتح القدير ٣٨٥/٥، والبحر الرائق ٦٣/٥.

(٤) البيان والتحصيل ٢١٢/١٦، جواهر الإكليل ٢٩٢/٢.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- عن صفوان بن أمية -رضي الله عنه- قال: "كنت نائما في المسجد على خميصة^(٣) لي ثمن ثلاثين درهما، فجاء رجل فاغتلسها مني، فأخذ الرجل، فأتي به النبي ﷺ، فأمر ليقطع، قال: فأتيته فقلت: أقطعني من أجل ثلاثين درهما؟ أنا أبيعته وأنسئه ثمنها، قال: فهلا كان هذا قبل أن تأتيني به"^(٤).

وجه الدلالة: أنه سرق من المسجد وصفوان حافظ عليه فأقيم عليه الحد

٢- أن الحمام حرز في نفسه، فلو أراد صاحبه أن يجمع الناس من الدخول فيه قدر عليه، وإذا كان حرزا في نفسه لم يؤثر كون صاحبه معه في الإحراز، فصار كما لو لم يكن، ولو لم يكن هناك حافظ لم يقطع^(٥).

٣- أن المسجد ليس في نفسه بحرزا، فلو أراد أن يغلق بابه ويمنع الناس من الدخول فيه لا يقدر، فصار حرزا بالحفاظ كالمفاضة فإذا سرق منه فقد سرق من حرز فقطع^(٦).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا ادعى رجل أن صاحبه دخل معه إلى ناد رياضي للسباحة وسرق منه لم يقطع.
- ٢- إذا ادعى رجل أن صاحبه دخل معه المسجد وسرق منه قطع.

(١) الحاوي الكبير ٣٠٩/١٣، روضة الطالبين للنووي ١٤١/١٠.

(٢) كشاف القناع ١٣٨/٦، مطالب أولي النهى ٢٣٨/٦.

(٣) الخميصة: الكساء الأسود. مقاييس اللغة ٢١٩/٢.

(٤) أخرجه أبو داود، كتاب الحدود، باب من سرق من حرز ١٣٨/٤، والنسائي، كتاب السرقة، باب الرجل يتجاوز للسارق عن سرقته بعد أن يأتي به الإمام، ٦٨/٨. وصححه الألباني في إرواء الغليل ٣٤٥/٧.

(٥) ينظر: الفروق للكرائسي ٣٠٨/١، البحر الرائق ٦٣/٥، المبسوط ١٥٠/٩.

(٦) ينظر: المراجع السابقة.

المبحث الثالث عشر

الفرق بين الهلاك والاستهلاك في مسائل السرقة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن السارق إذا قطع وقد استهلك العين المسروقة فإنه يضمنها، بخلاف ما إذا هلكت فإنه لا يضمنها.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما سرقة.

ب. كلتاهما فيهما قطع يد السارق.

ج. كلتاهما فيهما تلف العين المسروقة.

وافترقتا في الحكم: فإذا قطع السارق وقد استهلك العين المسروقة فإنه يضمنها، بخلاف ما إذا هلكت فإنه لا يضمنها.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة

نص أبو حنيفة على هذا الفرق فقال: "وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه، وإن كانت مستهلكة لم يضمن، وهذا الإطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور، وروى الحسن عنه أنه يضمن بالاستهلاك"^(٢).

(١) فتح القدير ٤١٣/٥.

(٢) المرجع السابق.

وأما المشهور عن أبي حنيفة أنه لا يضمن في الهلاك والاستهلاك^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك^(٢).

٢- أن الاستهلاك فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره^(٣).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

١- أن الاستهلاك إتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه^(٤).

٢- أن سقوط العصمة يظهر في حق الضمان لأنه من ضرورة سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة^(٥).

٣- أنه لما لم يضمن بالاستهلاك وله فيه جناية ثانية فلا أن لا يضمن بالهلاك ولا جناية أخرى له فيه أولى^(٦).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا ادعى المسروق منه على السارق بعد قطع يده أن العين مع السارق وقد هلكت فلا يضمن.

(١) البحر الرائق ٥/٧٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) فتح القدير ٥/٤١٣.

٢- إذا ادعى المسروق منه على السارق بعد قطع يده أن العين مع السارق وقد استهلكها فيضمن.

المبحث الرابع عشر

الفرق بين السرقة ليلا والسرقة نهاراً^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن السارق إذا سرق من الحمام نصاباً بالليل قطع؛ بخلاف ما لو سرق بالنهار فلا يقطع.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما سرقة من حمام.

وافترقتا في الحكم: فمن سرق من الحمام نصاباً بالليل قطع؛ بخلاف ما لو سرق بالنهار فلا

يقطع.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا سرق من الحمام نصاباً بالليل قطع، ولو سرق بالنهار

لا يقطع"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن الحمام حرز في نفسه، وإنما خرج من كونه حرزاً بوجود الإذن من جهة المالك، وقد وجد

بالنهار دون الليل، فخرج من كونه حرزاً بالنهار دون الليل^(٣).

(١) حاشية ابن عابدين ٩٩/٤، الفروق للكرائسي ٣١٤/١.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) حاشية ابن عابدين ٩٩/٤، الاختيار لتعليل المختار ١٠٤/٣. الفروق للكرائسي ٣١٤/١.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا ادعى صاحب حمام على سارق سرق بالنهار لم يقطع.
- ٢- إذا ادعى صاحب حمام على سارق سرق بالليل قطع.

المبحث الخامس عشر

الفرق بين الرجوع عن الإقرار، وتكذيب الحجة في مسائل قطع الطريق^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الرجوع عن الإقرار في قطع الطريق لا يصح في حق ضمان المال والقصاص بخلاف تكذيب الحجة فلا شيء عليهم

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما قطع طريق.

ب- كلتاهما فيهما رجوع.

وافترقتا في الحكم: فالرجوع عن الإقرار في قطع الطريق لا يصح في حق ضمان المال والقصاص بخلاف تكذيب الحجة فلا شيء عليهم.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "الرجوع عن الإقرار لا يصح في حق ضمان المال والقصاص، وأما إذا كان السقوط بتكذيب الحجة من الإقرار أو البينة لا شيء"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

(١) بدائع الصنائع ٩/٣٣٥.

(٢) المرجع السابق.

- ١- أن الأصل أن إقرار المقر حجة في حقه إلا أنه تعذر اعتباره بعد الرجوع في حق الحد درءا للحد بالشبهة فبقي معتبرا في حق ضمان المال والقصاص^(١).
- ٢- أن الإقرار معتبر في حق القاطع^(٢).
- ٣- أن سبب الوجوب لم يثبت لأن ثبوته بالحجة وقد بطلت أصلا ورأسا^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- إذا ادعى رجل على قاطع طريق أنه أخذ ماله، وقد أقر القاطع ثم رجع عن إقراره فيحكم على القاطع بدفع المال.
- إذا ادعى رجل على قاطع طريق أنه أخذ ماله وقد شهد على القاطع ثم بطلت الشهادة فلا يحكم للمدعي.

(١) بدائع الصنائع ٣٣٥/٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

المبحث السادس عشر

الفرق بين نقب البيت، وشق الجوالق في مسائل السرقة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفيه مفردة واحدة: النقب.

أولاً: تعريف النقب لغة:

قال ابن فارس: "النون والقاف والباء أصل صحيح يدل على فتح في شيء. ويقال: نقب الحائط ينقبه نقبا"^(٢).

ثانياً: تعريف النقب اصطلاحاً.

لا يخرج معنى النقب اصطلاحاً عن معناه اللغوي^(٣).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن من نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع وذهب لم يقطع؛ بخلاف ما لو شق الجوالق، وأدخل يده، وأخرج المتاع قطع.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

a. كلتاها فيهما سرقة.

وافترقتا في الحكم: فمن نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع وذهب لم يقطع؛ بخلاف ما لو شق الجوالق، وأدخل يده، وأخرج المتاع قطع.

(١) الفروق ٣٠٨/١، فتح القدير ٢٤٥/٤.

(٢) مقاييس اللغة، مادة نقب ٤٦٥/٥.

(٣) فتح القدير ٢٤٥/٤.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع وذهب لم يقطع، ولو شق الجوالق، وأدخل يده، وأخرج المتاع قطع"^(١).
وأما أبو يوسف^(٢)، والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) فيرون القطع في النقب.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

أ- أنه في باب البيت لم يهتك الحرز بأقصى ما قدر عليه؛ لأن أقصى ما يقدر عليه هتك حرز البيت بالولوج فيه وإخراج المتاع، ولم يدخله فلم يقطع، كما لو لم يدخل اليد ولكنه نقب فسقط منه المتاع^(٦).

ب- أن في الجوالق هتك الحرز بأقصى ما قدر عليه^(٧).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

١- أن دخول الحرز ليس شرطاً لتحقيق الأخذ وهتك الحرز^(٨).

٢- أن دخول الحرز ليس مقصوداً لذاته، بل لأخذ المال^(٩).

(١) الفروق ٣٠٨/١، فتح القدير ٢٤٥/٤.

(٢) فتح القدير على الهداية ٢٤٥/٤.

(٣) مواهب الجليل ٣١٠/٦، الذخيرة ١٥٩/١٢.

(٤) المهذب ٢٩٧/٢، مغني المحتاج ١٧٠/٤.

(٥) المغني ٢٥٩/١٠، الشرح الكبير ٢٦١/١٠.

(٦) الفروق ٣٠٨/١.

(٧) المرجع السابق.

(٨) فتح القدير ٢٤٥/٤.

(٩) المرجع السابق.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا ادعى رجل على من نقب باب بيته وسرق لم تقطع يده.
- ٢- إذا ادعى رجل على من شق جوالقه فيقطع.

المبحث السابع عشر

الفرق بين الدار الصغيرة والدار الكبيرة في مسائل السرقة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الرجلين إذا كانا في دار واحدة، وكل واحد منهما في مقصورة على حدة، فنقب أحدهما على صاحبه وأخذ متاعه يقطع إذا كانت دارا كبيرة؛ بخلاف إن كانت صغيرة فلا يقطع. فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما سرقة.

ب. كلتاها فيهما نقب.

ج. كلتاها فيهما دار واحدة، وكل واحد في مقصورة على حدة.

وافترقتا في الحكم: فالرجلان إذا كانا في دار واحدة، وكل واحد منهما في مقصورة على حدة، فنقب أحدهما على صاحبه وأخذ متاعه يقطع، إذا كانت دارا كبيرة؛ بخلاف إن كانت صغيرة فلا يقطع.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "رجلان كانا في دار، كل واحد منهما في مقصورة على حدة، فنقب أحدهما على صاحبه وأخذ متاعه قطع، إذا كانت دارا كبيرة، وإن كانت صغيرة لم يقطع"^(٢).

(١) الفروق للكرائسي ٣١٢/١، وينظر: تبين الحقائق ٢٢٢/٣.

(٢) المراجع السابقة.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الدار الكبيرة، فيها عدة بيوت، فكل بيت يكون فيها حرزا على حدة^(١).
- ٢- أن الإذن في دخول البيت لا يكون إذنا في دخول جميع البيوت في الدار^(٢).
- ٣- أن الدار الصغيرة حرزها حرز واحد^(٣).
- ٤- أن الإذن في دخول الدار الصغيرة إذن في دخول جميع بيوتها^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا ادعى رجل على آخر يسكن معه في بيته الكبير، وكل واحد منهما يسكن في بيت مستقل فالمدعى عليه نَقَبَ بيت المدعى فسرق فيقطع.
- ٢- إذا ادعى رجل على آخر يسكن معه في بيته الصغير أنه سرق منه فلا يقطع.

(١) الفروق للكرائسي ٣١٢/١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث الثامن عشر

الفرق بين الصبي والمعتوه والأخرس، وبين العاقل في مسائل السرقة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن السارق إذا أقر أنه سرق مع صبي، أو مع معتوه أو أخرس فلا قطع عليه، بخلاف ما إذا أقر أنه سرق مع فلان الناطق العاقل، وأنكر فلان قطع المقر.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما سرقة.

ب. كلتاها فيهما إقرار.

ج. كلتاها فيهما اشتراك في السرقة.

وافترقتا في الحكم: فالسارق إذا أقر أنه سرق مع صبي، أو مع معتوه أو أخرس فلا قطع عليه، بخلاف ما إذا أقر أنه سرق مع فلان الناطق العاقل، وأنكر فلان قطع المقر.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: (إذا أقر أنه سرق مع صبي، أو مع معتوه أو أخرس فلا قطع عليه، ولو أقر أنه سرق مع فلان الناطق العاقل، وأنكر فلان قطع المقر)^(٢).

وأما أبو يوسف^(٣) والمالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) فيرون قطع من سرق مع من لا يقطع، وعليه لا يثبت هذا الفرق عندهم.

(١) ينظر: الفروق للكرابيسي ٣١٣/١، وحاشية ابن عابدين ١١٦/٤، بدائع الصنائع ٦٧/٧.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) حاشية ابن عابدين ١١٦/٤.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أنه أقر بفعل مشترك بينه وبين غيره، وذلك الغير ممن لا يجوز وجوب القطع عليه بحال، فلا يجب على المقر أيضاً، كالمخطف والعامد إذا اشتركا في القتل، والأب والأجنبي إذا سرقا شيئاً من مال الابن^(٤).

٢- أنه أقر بفعل مشترك وذلك الشريك ممن يجوز وجوب القطع عليه، فجاز وجوبه على هذا أيضاً، إلا أنه بإنكاره يسقط الحد عن نفسه، فلا يسقط عن الآخر^(٥).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

أ. أنه ليس لمشاركتها شبهة تدرأ عنه الحد^(٦).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا أقر سارق أنه سرق مع صبي فلا يقطع.

٢- إذا أقر سارق أنه سرق مع مكلف فإنه يقطع.

(١) المدونة ٥٣٥/٤، شرح مختصر خليل للخرشي ٩٥/٨، التاج والإكليل ٤١٦/٨.

(٢) مغني المحتاج ٤٨٥/٥، أسنى المطالب ١٣٨/٤.

(٣) المغني ١٤٠/٩، الإنصاف ٢٦٧/١٠.

(٤) الفروق للكرائسي ٣١٣/١، بدائع الصنائع ٦٧/٧.

(٥) الفروق للكرائسي ٣١٣/١.

(٦) شرح مختصر خليل للخرشي ٩٥/٨.

المبحث التاسع عشر

الفرق بين ذي الرحم والحربي في مسائل قطع الطريق^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن قاطع الطريق إذا قطعه على قوم فيهم ذو رحم محرم منه لم يلزمه حكم قطاع الطريق، بخلاف ما لو كان فيهم حربي فإنه يلزمه حكم قطاع الطريق. فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه: أ. كلتاهما فيهما قطع للطريق.

وافترقتا في الحكم: فقاطع الطريق إذا قطعه على قوم فيهم ذو رحم محرم منه لم يلزمه حكم قطاع الطريق؛ بخلاف ما لو كان فيهم حربي فإنه يلزمه حكم قطاع الطريق.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: (إذا قطع الطريق على قوم، وفيهم ذو رحم محرم منه لم يلزمه حكم قطاع الطريق، ولو كان فيهم حربي فإنه يلزمه حكم قطاع الطريق)^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١ - أن العادة جرت بأن كل واحد من رفقة المسلمين كالملتزم نصرته صاحبه، فصار كالمستحفظ ماله إياه، فكأنهم أودعوا ماله عند ذي الرحم المحرم منه، فقطع عليه الطريق، ولو كان كذلك لا يقطع، كذلك هذا^(٣).

(١) ينظر: الفروق للكرائسي ٣١٤/١، بدائع الصنائع ٩١/٧.

(٢) المراجع السابقة.

٢- أن بينهما تبسطا في المال والحرز لوجود الإذن بالتناول عادة فقد أخذ مالا لم يحزره عنه الحرز المبني في الحضر^(٢).

٣- أن الحربي إذا كان معهم لم يلتزم أحدهم نصرة الحربي؛ إذ لا تناصر بين المسلم والكافر، فلم يصيروا كالمستحفظين ماله إياه، فصار كأنه في رفقة على حدة، والحربي في رفقة أخرى على حدة فقطع الطريق على المسلمين، فيلزمه حكم قطاع الطريق، كذلك هذا^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا ادعى رجل على قاطع طريق أنه سرق مالا وفيهم ذو رحم للقاطع فلا يقام الحد.
- ٢- إذا ادعى رجل على قاطع طريق أنه سرق مالا وفيهم حربي فيقام الحد على القاطع.

(١) الفروق للكرائسي ٣١٤/١.

(٢) بدائع الصنائع ٩٢/٧.

(٣) الفروق للكرائسي ٣١٤/١.

الباب الثاني

الفروق الفقهية في كتاب الجنايات

وفيه أربعة فصول :

الفصل الأول : فروق كتاب الجنايات مع غيره من أبواب الفقه .

الفصل الثاني : الفروق الفقهية المتعلقة بالجاني والمجني عليه .

الفصل الثالث : فروق مسائل كتاب الجنايات .

الفصل الرابع : فروق مسائل القسامة .

الفصل الأول

فروق كتاب الجنايات مع غيره من أبواب الفقه

وفيه تسعة عشر مبحثاً :

المبحث الأول: الفرق بين القصاص والنكاح في مسألة الشبهة.

المبحث الثاني: الفرق بين الجناية والنكاح في مسألة الولي.

المبحث الثالث: الفرق بين ثبوت القصاص وثبوت المال في مسألة الشبهة.

المبحث الرابع: الفرق بين القصاص والشفعة في مسائل الشركة.

المبحث الخامس: الفرق بين القصاص والصلح في حق العبد.

المبحث السادس: الفرق بين القصاص والوصية في مسألة الزوجية.

المبحث السابع: الفرق بين الصلح على الدية والبيع.

المبحث الثامن: الفرق بين القصاص والغصب في الإلتلاف.

المبحث التاسع: الفرق بين القصاص وحد السرقة.

المبحث العاشر: الفرق بين القصاص والدية في الثبوت.

المبحث الحادي عشر: الفرق بين القصاص والدين في الثبوت.

المبحث الثاني عشر: الفرق بين الجناية والدين في زيادة الأصل.

المبحث الثالث عشر: الفرق بين الدية واللقيط في دار الإسلام.

المبحث الرابع عشر: الفرق بين الجناية والطلاق في مسألة التخيير.

المبحث الخامس عشر: الفرق بين الجناية والكفالة في مسألة التخيير.

المبحث السادس عشر: الفرق بين الجناية والغصب في التقييم.

- المبحث السابع عشر: الفرق بين الدية والمهر في مسألة الوجوب.
- المبحث الثامن عشر: الفرق بين العفو والمال في مسائل الجنايات.
- المبحث التاسع عشر: الفرق بين القصاص والعق في مسألة الشركة.

المبحث الأول

الفرق بين القصاص والنكاح في مسألة الشبهة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن القصاص يقبل الرجوع فيه بالشبهة بعد القضاء وقبل الاستيفاء؛ بخلاف النكاح، فلا يقبل الرجوع فيه بالشبهة بعد القضاء وقبل الوطء.

فلمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

- أ. كلتاهما يدخلهما الشبهة.
- ب. كلتاهما فيهما حق للعبد.
- ج. كلتاهما الرجوع فيهما بالشبهة.
- د. كلتاهما الرجوع فيهما بعد القضاء.

وافترقتا في الحكم: فالقصاص يقبل الرجوع فيه بالشبهة بعد القضاء وقبل الاستيفاء؛ بخلاف النكاح فلا يقبل الرجوع فيه بالشبهة بعد القضاء وقبل الوطء.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإذا قضى القاضي بالدم بشهادة الشاهدين فلم يقتل حتى رجعا استحسنت أن أدرأ القصاص عنه، وإذا قضى بالنكاح ثم رجع الشهود لا يمنع استيفاء الوطء على الزوج"^(٢).

(١) ينظر: المبسوط ١٦٤/٢٦، المحيط البرهاني ٢١/٢٠.

(٢) المرجع السابق.

ووافقهم المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣).

ويرى أبو حنيفة في قوله الأول إقامة القصاص^(٤).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن القصاص عقوبة تدرى بالشبهات^(٥).

٢- أن الغلط فيه لا يمكن تداركه^(٦).

٣- أن القصاص بمنزلة الحدود فكما أنه في الحدود لا يتم القضاء بنفسه ويجعل رجوع الشهود مع القضاء قبل الاستيفاء بمنزلة الرجوع قبل القضاء فكذلك في القصاص^(٧).

٤- أن العقد في النكاح ينعقد بقضاء القاضي ظاهراً وباطناً^(٨).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق، والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

١- أن استيفاء القصاص هو القياس^(٩)، فالقصاص محض حق العبد فيتم القضاء بنفسه والرجوع بعد القضاء لا يمنع الاستيفاء كالمال والنكاح^(١٠).

ويجاب عنه: بأنه قياس مع الفارق؛ فالقصاص يدرى بالشبهة^(١١).

د. فروق أخرى.

(١) الفواكه الدواني ٣٠٩/٢، ومنح الجليل ٢٨٨/٤.

(٢) الحاوي الكبير: ٢٧١/٢١، حاشيتا قليوبي وعميرة ٣٣٣/٤.

(٣) الإنصاف ٩٩/١٢، المبدع ٣٤٥/٨، شرح منتهى الإرادات ٥٦٣/٣.

(٤) ينظر: المبسوط ١٦٤/٢٦.

(٥) ينظر: المبسوط ١٦٤/٢٦، المحيط البرهاني ٢١/٢٠.

(٦) المراجع السابقة.

(٧) المراجع السابقة.

(٨) المراجع السابقة.

(٩) ينظر: المبسوط ١٦٤/٢٦.

(١٠) المرجع السابق.

(١١) ينظر: المبسوط ١٦٤/٢٦، المحيط البرهاني ٢١/٢٠.

الفرق بين القصاص والنكاح في العقوبة^(١).

المطلب الثالث: تطبيقات على الفرق:

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا شهد اثنان عند القاضي على رجل بأنه قد قتل آخر ثم رجعا قبل الاستيفاء فلا يقتل.
- ٢- إذا شهد اثنان عند القاضي على نكاح، وبعد العقد رجعا فلا يقبل رجوعهما.

(١) وجه الفرق: أن القصاص فيه إتلاف، بخلاف النكاح.

المبحث الثاني

الفرق بين الجنائية والنكاح في مسألة الولي^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الأولياء إذا اجتمعوا وقتلوا كان كل واحد منهم قاتلاً؛ بخلاف النكاح، فالمرأة لو زوجت نفسها من جماعة لا يثبت النكاح لكل واحد منهم على هذه المرأة. فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما اشتراك.

ب- كلتاهما فيهما فعل محرم.

وافترقتا في الحكم: فالأولياء إذا اجتمعوا وقتلوا كان كل واحد منهم قاتلاً؛ بخلاف النكاح، فالمرأة لو زوجت نفسها من جماعة لا يثبت النكاح لكل واحد منهم على هذه المرأة.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن.

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "فإن الأولياء إذا اجتمعوا وقتلوا كان كل واحد منهم قاتلاً بكماله، وبه فارق النكاح؛ فإن المرأة لو زوجت نفسها من جماعة لا يثبت النكاح لكل واحد منهم"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

(١) المبسوط ١١٥/٢٦.

(٢) المرجع السابق ١١٤/٢٦، بتصرف.

- ١- أن المقصود بالقتل هو التشفي والانتقام فلا فرق بين الجزاء والعدوان وهو يتكامل لكل واحد من الأولياء^(١).
- ٢- أن المقصود في النكاح الفراش والنسل وذلك ينعلم بالاشتراك فلا يتكامل لكل واحد منهم^(٢).
- ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق، والإجابة عنها.
- من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:
- ١- أن الواجب على كل منهم عشر القتل.
- ويجاب عنه: بأنه كلام غير معقول؛ لأن القصاص في نفس واحدة كما لا يحتمل التجزي استيفاء لا يحتمل التجزي وجوبا فلا يجوز أن يستحق بعض نفسه قصاصا وكيف يستقيم هذا؟^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا ثبت للقاضي اشتراك مجموعة في قتل رجل قتلوا جميعا.
- ٢- إذا أنكحت المرأة نفسها من عدة رجال لم يثبت النكاح.

(١) المبسوط ١١٤/٢٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

المبحث الثالث

الفرق بين ثبوت القصاص وثبوت المال في مسألة الشبهة^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الرجوع في الشهادة على القصاص بعد الحكم وقبل الاستيفاء يقبل؛ بخلاف المال.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما يدخلها الشبهة.

ب. كلتاهما حق للعبد.

ج. كلتاهما فيهما رجوع بعد القضاء.

د. كلتاهما فيهما رجوع قبل الاستيفاء.

وافترقتا في الحكم: فالرجوع في الشهادة على القصاص بعد الحكم وقبل الاستيفاء يقبل بخلاف المال.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: (القصاص عقوبة تدرئ بالشبهات؛ بخلاف المال)^(٢).

ووافقهم المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

(١) المبسوط ١٦٤/٢٦، المحيط البرهاني ٤٢١/٢٠.

(٢) المبسوط ١٦٤/٢٦، ينظر: المحيط البرهاني ٢١/٢٠.

(٣) الفواكه الدواني ٣٠٩/٢، ومنح الجليل ٢٨٨/٤.

(٤) الحاوي الكبير: ٢٧١/٢١، حاشيتا قليوبي وعميرة: ٣٣٣/٤.

(٥) الإنصاف ٩٩/١٢، المبدع ٣٤٥/٨، شرح منتهى الإرادات ٥٦٣/٣.

ويرى أبو حنيفة في قوله الأول إقامة القصاص^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن القصاص عقوبة تدرئ بالشبهات^(٢).

٢- أن الغلط فيه لا يمكن تداركه^(٣).

٣- أن القصاص بمنزلة الحدود فكما أن في الحدود لا يتم القضاء بنفسه ويجعل رجوع الشهود

مع القضاء قبل الاستيفاء بمنزلة الرجوع قبل القضاء فكذلك في القصاص^(٤).

٤- أن العقد في المال ينعقد بقضاء القاضي ظاهراً وباطناً^(٥).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق، والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

١- أن استيفاء القصاص هو القياس^(٦)، فالقصاص محض حق العبد فيتم القضاء بنفسه

والرجوع بعد القضاء لا يمنع الاستيفاء كالمال والنكاح^(٧).

ويجاب عنه: قياس مع الفارق؛ فالقصاص يدرئ بالشبهة^(٨).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا شهد اثنان عند القاضي على رجل بأنه قد قتل آخر ثم رجعا قبل الاستيفاء فلا

يقتل.

(١) ينظر: المبسوط ١٦٤/٢٦.

(٢) ينظر: المبسوط ١٦٤/٢٦، المحيط البرهاني ٢١/٢٠.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) المراجع السابقة.

(٥) المراجع السابقة.

(٦) ينظر: المبسوط ١٦٤/٢٦.

(٧) المرجع السابق.

(٨) ينظر: المبسوط ١٦٤/٢٦، المحيط البرهاني ٢١/٢٠.

٢- إذا شهد اثنان عند القاضي على عقد إجارة وبعد العقد رجع الشهود فلا يقبل رجوعهم.

المبحث الرابع

الفرق بين القصاص والشفعة في مسائل الشركة^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أنه إذا اشترك اثنان في قصاص فتنازل أحدهما بعد القضاء بالقصاص درء القصاص؛ بخلاف الشفعة فإذا تنازل أحدهما عن حصته بعد القضاء لم يكن للآخر إلا النصف الآخر. فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما شركة.

ب. كلتاها فيهما تنازل بعد القضاء.

ج. كلتاها فيهما تنازل قبل الاستيفاء.

وافترقتا في الحكم: فإذا اشترك اثنان في قصاص فتنازل أحدهما بعد القضاء بالقصاص درء القصاص؛ بخلاف الشفعة فإذا تنازل أحدهما عن حصته بعد القضاء لم يكن للآخر إلا النصف الآخر.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "القصاص المشترك بين اثنين إذا سقط نصيب أحدهما بعفوه انقلب نصيب الآخر مالا، والفرق بين ما قبل القصاص وبين ما بعده، أن أحد الشفيعين لو

(١) المبسوط ١٢٧/٢٦.

سلم قبل أن يقضي القاضي لهما بالدار كان للآخر أن يأخذ جميع الدار بالشفعة ولو سلم أحدهما بعد قضاء القاضي لم يكن للآخر أن يأخذ إلا النصف^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

١- أن القصاص حق للورثة، فلما تنازل أحدهما وجب درؤه.

٢- أن القصاص لا يتجزأ.

ج. فروق أخرى:

١- الفرق بين القصاص والشفعة في الاعتياض بالمال^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا ادعى اثنان القصاص على قاتل أبيهما فحكم القاضي بالقصاص فتنازل أحدهما درء القصاص.

٢- إذا طالب الشريكان بالشفعة فقضى بها القاضي فتنازل أحدهما، فليس للآخر إلا النصف.

(١) المبسوط ٢٦/١٢٧.

(٢) أن القصاص حق يصح التنازل عنه بمال بخلاف الشفعة فلا يصح التنازل عنها بمال

المبحث الخامس

الفرق بين القصاص والصلح في حق العبد^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن العبد إذا جنى على شخص فصالح المولى المجني عليه بإعطائه العبد فأعتقه المجني عليه فسرت الجناية فمات المجني عليه صح العتق والصلح؛ بخلاف ما إذا لم يعتقه فسرت الجناية لم يصح الصلح ووجب القصاص.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

- أ. كلتاهما فيهما عبد.
- ب. كلتاهما فيهما جناية من العبد.
- ج. كلتاهما صالح المولى المجني عليه بإعطائه العبد.
- د. كلتاهما مات المجني عليه.

وافترقتا في الحكم: فالعبد إذا جنى على شخص فصالح المولى المجني عليه بإعطائه العبد فأعتقه المجني عليه فسرت الجناية فمات المجني عليه صح العتق والصلح بخلاف ما إذا لم يعتقه فسرت الجناية لم يصح الصلح ووجب القصاص.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "لو أن عبدا قطع يد إنسان فصالح مولاه عن القطع على أن يدفع العبد إليه فأعتقه المجني عليه ثم مات قال العتق نافذ والعبد صلح بالجناية، ولو لم يعتق العبد حتى سرى فالصلح باطل والقصاص واجب"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أنه إذا كان الصلح على القطع صلحا عن السراية فكذلك العفو^(٢).
- ٢- أنه في حال عدم عتق العبد حتى سرى فالقصاص واجب بالقياس^(٣).
- ٣- أن الصلح إذا كان مضافا إلى العبد فيصير ذلك شبهة في إسقاط القود^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا ادعى ورثة رجل قطعت يده من عبد فسرت فمات وقد صالحه المولى على أخذ العبد فأعتقه المجني عليه فيصرف النظر عن دعواه.
- ٢- إذا ادعى ورثة رجل قطعت يده من عبد فسرت فمات وقد صالحه المولى على العبد فيحكم القاضي ببطالان الصلح ووجوب القصاص.

(١) المبسوط ٢٦/١٤٠. بتصرف

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث السادس

الفرق بين القصاص والوصية في مسألة الزوجية^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

- أن حق القصاص يثبت للزوجين بخلاف الوصية.
فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
أ. كلتاهما فيهما زوجية.
ب. كلتاهما فيهما حق.
وافترقتا في الحكم: فحق القصاص يثبت للزوجين بخلاف الوصية.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

- أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب:
نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "يثبت حق الزوج والزوجة في القصاص عندنا، والدليل عليه أن استحقاق الإرث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة حتى لا يتوقف على القبول، ولا يترد بالرد وبه فارق الوصية"^(٢).
ووافقهم الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤).
وأما المالكية^(٥) فلا يرون للزوجين الحق في طلب القصاص.

(١) المبسوط ١٤١/٢٦.

(٢) المبسوط ١٤١/٢٦، ينظر: تبين الحقائق ١١٤/٦، البحر الرائق ٣٥٣/٨.

(٣) مغني المحتاج ٣٩/٤، ٥٠.

(٤) مطالب أولي النهى، ٤٥/٦، كشف القناع ٥٣٤/٥.

(٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٥٦/٤.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- قول النبي عليه الصلاة والسلام: "من ترك مالا أو حقا فلورثته"^(١).
- وجه الدلالة: أن القصاص من حق الزوجين؛ لأنه بدل نفسه فيكون ميراثا لجميع ورثته^(٢).
- ٣- حديث الضحاك بن سفيان الكلبي -رضي الله عنه- أنه أتاه كتاب رسول الله ﷺ فأمره أن يورث امرأة أشيم الضبابي -رحمه الله- من عقل زوجها أشيم^(٣).
- وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أمر بتوريث المرأة من زوجها والقصاص للورثة.
- ب. أن القصاص بدل نفسه كسائر أمواله حتى يقضي منه دينه فيرث منه جميع ورثته كسائر الأموال.
- ج. أن القصاص كالدية^(٤).
- د. أن استحقاق الإرث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة حتى لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد^(٥).
- هـ. أن الوصية عقد^(٦).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق، والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- أن سبب استحقاقهما العقد والقصاص لا يستحق بالعقد^(١).

(١) لم أحده بهذا اللفظ، وهو في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: "كان يؤتى بالرجل الميت عليه الدين، فيسأل: هل ترك لديه من قضاء؟ فإن حدث أنه ترك وفاء، صلى عليه، وإلا قال: صلوا على صاحبكم، فلما فتح الله عليه الفتوح، قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفى وعليه دين فعلى قضاؤه، ومن ترك مالا فهو لورثته". أخرجه البخاري ٦٢/٥، مسلم ٤٩٠/٦٠، ٣/٢.

(٢) المبسوط ١٤١/٢٦، البحر الرائق ٣٥٣/٨.

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب الفرائض، باب في المرأة ترث من دية زوجها، رقم ٢٩٢٧، والترمذي، كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث المرأة من دية زوجها، رقم ٢١١١، وصححه الألباني في صحيح أبي داود ٢٥٩٩.

(٤) المبسوط ١٤١/٢٦، تبين الحقائق ١١٤/٦.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

- ويجاب عنه: أن ابتداء الزوج بالعقد، لكن بعد استدامته والدخول فيه يكون كالأقارب.
- ٢- أن المقصود في القصاص التشفي والانتقام وذلك يختص به الأقارب الذين ينصر بعضهم بعضاً^(٢).
- ويجاب عنه: بأن الزوجين كالأقارب في هذا الأمر.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل امرأة قتل عمد وعدوان فللزوج الحق في المطالبة بالقصاص.
- ٢- إذا توفي رجل وأوصى لزوجته بمال فلا تصح الوصية.

(١) المبسوط ١٤١/٢٦.

(٢) المبسوط ١٤١/٢٦.

المبحث السابع

الفرق بين الصلح على الدية والبيع^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن للأب أن يصالح عن دم عمده واجب لابنه الصغير على الدية، ولا يجوز حطه منها ولو يسيراً؛ بخلاف البيع بالغبن اليسير.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

- أ. كلتاهما فيهما أب.
- ب. كلتاهما فيهما ابن صغير.
- ج. كلتاهما فيهما حق للابن الصغير.
- د. كلتاهما فيهما تصرف للأب في حق ابنه الصغير.

وافترقتا في الحكم: فللأب أن يصالح عن دم عمده واجب لابنه الصغير على الدية ولا يجوز حطه منها ولو يسيراً بخلاف البيع بالغبن اليسير.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وللأب أن يصالح عن دم عمده واجب لابنه الصغير على الدية، ولا يجوز حطه منها ولو يسيراً؛ بخلاف البيع بالغبن اليسير"^(٢).

(١) المبسوط ١٤٤/٢٦.

(٢) البحر الرائق، ٢٥٧/٧ بتصرف، وينظر: المبسوط ١٤٤/٢٦.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١ - أن الأب يملك الاستيفاء^(١).
- ٢ - القياس، وهو في ذلك كالقصاص الواجب له فكذلك الصلح على الدية^(٢).
- ٣ - أن الدية مقدرة، فالتقصان عنه يكون إسقاطاً فلا يصح منه قل أو كثر^(٣).
- ٤ - أن البدل في البيع غير مقدر شرعاً^(٤).

المطلب الثالث : تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا وجب لإن صغير دم فصالح عنه الأب بالدية فلا يجوز له الخط منها ولو يسيراً .
- ٢ - يجوز للأب البيع لابنه الصغير بالغبن اليسير.

(١) المبسوط ٢٦/١٤٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث الثامن

الفرق بين القصاص والغصب في الإتيلاف^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الحر الكبير إذا حمل العبد الصغير على الدابة ومثله يصرفها ويستمسك عليها ثم أمره أن يسير عليها فأوطأ إنساناً فذلك في عنق العبد يدفعه به مولاه أو يفديه؛ بخلاف إذا حمل حراً فلا يضمن.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما حر كبير.

ب. كلتاهما فيهما حمل على دابة.

ج. كلتاهما فيهما الصغير يصرف الدابة ويستمسك عليها.

د. كلتاهما فيهما أمر الحر الكبير للصغير بالسير.

هـ. كلتاهما وطئ فيهما الصغير إنساناً فمات.

وافترقتا في الحكم: فالحر الكبير إذا حمل العبد الصغير على الدابة ومثله يصرفها ويستمسك عليها ثم أمره أن يسير عليها فأوطأ إنساناً فذلك في عنق العبد يدفعه به مولاه أو يفديه بخلاف إذا حمل حراً فلا يضمن.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن.

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإذا حمل الحر الكبير العبد الصغير على الدابة ومثله يصرفها ويستمسك عليها ثم أمره أن يسير عليها فأوطأ إنساناً فذلك في عنق العبد يدفعه به مولاه أو يفديه بخلاف ما تقدم فالمحمول على الدابة هناك حر والحر لا يضمن بالغصب^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن جناية العبد بمنزلة جناية المولى بيده^(٢).
- ٢- أن المولى يرجع مولاه بالأقل من قيمته ومن الأرش على الغاصب^(٣).
- ٣- أن الغاصب حين حمله على دابته قد صار غاصباً له ويبقى حكم غصبه ما بقي على الدابة^(٤).
- ٤- أن العبد المغضوب إذا جنى في يد الغاصب كان للمولى أن يرجع على الغاصب بالأقل من قيمته ومن أرش الجناية^(٥).
- ٥- أن الغاصب غصبه فارغاً وردّه مشغولاً بالجناية^(٦).
- ٦- أن الحر لا يضمن بالغصب^(٧).
- ٧- أن الحر الصغير متلف للرجل بدابته حين أوطأها إياه ولا شيء على عاقلة الذي حمله عليها فالصغير أحدث السير باختياره^(٨).

(١) المبسوط ٣٤٤/٢٦، بتصرف، ينظر: البحر الرائق ٤١٣/٨، الفتاوى الهندية ٣٣/٦.

(٢) المبسوط ٣٤٤/٢٦.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق.

(٨) المبسوط ١٨٦/٢٦، الفتاوى الهندية ٣٣/٦.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا حمل رجل عبدا صغيرا على بغير وأمره أن يسير عليه فسار العبد وهو يحسن السير فوطئ إنسانا فمات فلورثة الميت مطالبة ولي العبد إما يفدى العبد أو يدفع ديته.
- ٢- إذا حمل رجل حرا صغيرا على بغير وأمره أن يسير عليه فسار الحر وهو يحسن السير فوطئ إنسانا فمات فلورثة الميت مطالبة عاقلة الحر الصغير.

المبحث التاسع:

الفرق بين القصاص وحد السرقة^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الرجل إذا قطع يدي رجل اليمنى واليسرى تقطع بهما؛ بخلاف السرقة فتقطع يد واحدة.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما إتلاف.

ب. كلتاهما فيهما تعد.

ج. كلتاهما عقوبة.

وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا قطع يدي رجل اليمنى واليسرى تقطع بهما؛ بخلاف السرقة فتقطع يد واحدة.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو قطع رجل يدي رجل اليمنى واليسرى قطعت يده بهما، وكذلك إن قطعهما من واحد^(٢)."

فإن قيل: هو ما فوت على كل واحد منهما منفعة الجنس، وإذا قطعنا يده كان فيه تفويت منفعة الجنس فلا يتحقق المماثلة.

(١) المبسوط ١٢٤/٢٦.

(٢) كذا في الأصل، ولعل صوابه "اثنين"، يدل له ما بعده. والله أعلم.

قلنا: في حق كل واحد منهما يعتبر ما يستوفيه هو وليس في استيفائه منفعة الجنس ثم هذا المعنى إنما يعتبر في السرقة؛ لأن تفويت منفعة الجنس استهلاك حكماً، والاستهلاك الحقيقي في حد السرقة غير مشروع فكذاك الحكمي.

فأما في القصاص فالاستهلاك الحقيقي مشروع إذا كانت المماثلة فيه فكذاك الاستهلاك الحكمي^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن المماثلة المشروطة في الفعل والحل والمأخوذ بالفعل موجود^(٢).
- ٢- أن في حق كل واحد منهما يعتبر ما يستوفيه هو وليس في استيفائه منفعة الجنس^(٣).
- ٣- أن تفويت منفعة الجنس استهلاك حكماً^(٤).
- ٤- أن الاستهلاك الحقيقي في حد السرقة غير مشروع فكذاك الحكمي^(٥).
- ٥- أن القصاص الاستهلاك الحقيقي فيه مشروع إن كانت المماثلة فيه فكذاك الاستهلاك الحكمي^(٦).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- رجل قطع يدي رجل اليمنى واليسرى فيقتص منه بقطع يديه كليهما.
- ٢- رجل سرق نصاباً من حرز فتقطع يده اليمنى فإن سرق مرة أخرى لم تقطع يده اليسرى.

(١) المبسوط ١٢٤/٢٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

المبحث العاشر

الفرق بين القصاص والدية في الثبوت^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

- أن القصاص يثبت للوارث ابتداء بخلاف الدية.
- فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
- أ. كلتاهما فيهما وارث.
- ب. كلتاهما فيهما تعويض.
- وافترقتا في الحكم: فالقصاص يثبت للوارث ابتداء بخلاف الدية.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

- أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:
- نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "القصاص يثبت للوارث ابتداء بخلاف الدية"^(٢).
- ب. دليل هذا الفرق.
- استدل لهذا الفرق بما يأتي:
- ١ - قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيٍّ سُلْطَانًا﴾^(٣).
- وجه الدلالة: نص على أن القصاص يثبت للوارث ابتداء^(٤).

(١) فتح القدير ٣٦٠/١٠، البحر الرائق ٣٦٥/٨.

(٢) البحر الرائق ٣٦٥/٨، ينظر: فتح القدير ٣٦٠/١٠، تبيين الحقائق، ١٢١/٦.

(٣) الاسراء ٣٣.

(٤) البحر الرائق ٣٦٥/٨.

- ٢- أن ملك القصاص إنما يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله لأنه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت^(١).
- ٣- أن الميت أهل لملك المال^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل آخر فللورثة المطالبة بالقصاص ابتداء.
- ٢- إذا قتل رجل آخر فلا يطالب ورثته بالدية ابتداء بل الثابت في حقهم القصاص فإن عفوا عن القصاص للدية فلهم ذلك.

(١) فتح القدير ١٠/٣٦٠.

(٢) تبين الحقائق، ٦/١٢١.

المبحث الحادي عشر

الفرق بين القصاص والدين في الشبوت^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

- أ. أن القصاص يثبت للوارث ابتداءً؛ بخلاف الدين.
فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
ب. كلتاهما فيهما وارث.
وافترقتا في الحكم: فالقصاص يثبت للوارث ابتداءً بخلاف الدين.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

- أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:
نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "القصاص يثبت للوارث ابتداءً؛ بخلاف الدين"^(٢).
ب. دليل هذا الفرق.
استدل لهذا الفرق بما يأتي:
١ - قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾^(٣).
وجه الدلالة: نص على أن القصاص يثبت للوارث ابتداءً^(٤).
١ - أن ملك القصاص إنما يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله لأنه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت^(٥).

(١) البحر الرائق ٣٦٥/٨، حاشية ابن عابدين ٦١٥/٦.

(٢) البحر الرائق ٣٦٥/٨، وينظر: فتح القدير ٣٦٠/١٠، تبيين الحقائق، ١٢١/٦، درر الحكام شرح غرر الأحكام ١٠٠/٢.

(٣) البحر الرائق ٣٦٥/٨.

(٤) البحر الرائق ٣٦٥/٨.

٢- أن الميت أهل لملك المال^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

ج. إذا قتل رجل آخر فللورثة المطالبة بالقصاص ابتداء.

(١) فتح القدير ١٠/٣٦٠.

(٢) تبين الحقائق ٦/١٢١.

المبحث الثاني عشر

الفرق بين الجناية والدين في زيادة الأصل^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الأمة إذا جنت جنابة خطأ ثم ولدت ولدا بعد ذلك ثم اختار المولى الدفع، فإنه يدفعها دون الولد؛ بخلاف من استهلك مالا ثم ولدت بعد ذلك ولدا فإنها تباع مع الولد بالدين. فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما أمة لها ولد.

ب. كلتاهما فيهما دفع الأمة عوضا عن حق.

وافترقتا في الحكم: فالأمة إذا جنت جنابة خطأ ثم ولدت ولدا بعد ذلك ثم اختار المولى الدفع فإنه يدفعها دون الولد بخلاف من استهلك مالا ثم ولدت بعد ذلك ولدا فإنها تباع مع الولد بالدين.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإذا جنت الأمة جنابة خطأ ثم ولدت ولدا بعد ذلك ثم اختار المولى الدفع فإنه يدفعها دون الولد، فرق بين هذا وبينما إذا استهلك مالا ثم ولدت بعد ذلك ولدا فإنها تباع مع الولد بالدين"^(٢).

(١) المحيط البرهاني ١٤٧/٢٠.

(٢) المحيط البرهاني ١٤٧/٢٠، ينظر: المبسوط ٣٧/٢٧ تبين الحقائق ١٥٨/٦، مجمع الأنهر ٣٨٥/٤.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن استحقاق نفسها بالجناية الخطأ كاستحقاق نفسها بالعمد قصاصاً وذلك لا يسري إلى الكسب والولد وهذا لأن حق ولي الجناية غير متأكد في عينها^(١).
- ٢- أن المولى مخير بين أن يدفعها أو يفديها بالأرش وإنما يسري إلى الولد ما يكون متأكداً في الأصل حين انفصل الولد عنها^(٢).
- ٣- أن الكسب إنما يملك بملك الأصل وعند الاكتساب كان ملك الأصل للمولى دون المجني عليه فإن جنى عليها فأخذ المولى لذلك أرشاً فإنه يدفع الأرش معها لأن الأرش عوض عن الجزء الفاتت منها بالجناية وحق ولي الجناية كان ثابتاً فيها بجميع أجزائها فيثبت في بدل جزء منها أيضاً والجزء معتبر بالكل ولو قتلت وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفع تلك القيمة إلى ولي الجناية^(٣).
- ٤- أن الدين متعلق برقبته لأن الدين عليها وهو وصف لها حكمي فيسري إلى الولد لأن الصفات الشرعية الثابتة في الأصل تسري إلى الفرع كالملك والرق والحرية^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا جنت أمة جناية خطأ بأن قطعت يد طفل ثم ولدت الأمة فاختار مولها الدفع فيدفعها دون ولدها.
- ٢- إذا استدانَت الأمة المأذون لها مالا ثم ولدت بعد ذلك فتباع مع الولد بالدين.

(١) ينظر: المبسوط ٣٧/٢٧.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) تبين الحقائق ١٥٨/٦، مجمع الأنهر ٣٨٥/٤.

المبحث الثالث عشر

الفرق بين الدية واللقيط في دار الإسلام^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الرجل إذا قتل عمدا وليس له ولي فللإمام أن يقتله قصاصا أو يصلح بالدية؛ بخلاف اللقيط إذا قتل عمدا فليس للإمام أن يقتله وإنما تجب الدية. فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلاتهما ليس فيهما ولي للمقتول.

ب. كلاتهما فيهما القتل عمدا.

وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا قتل عمدا وليس له ولي فللإمام أن يقتله قصاصا أو يصلح بالدية بخلاف اللقيط إذا قتل عمدا فليس للإمام أن يقتله.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن.

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب:

نص أبو يوسف على هذا الفرق فقال: "وإذا قتل الرجل عمدا وليس له ولي فللسلطان أن يقتله قصاصا، وفي اللقيط إذا قتل عمدا ليس له أن يقتله"^(٢).

وأما أبو حنيفة ومحمد فيرون أن الإمام مخير في المسألتين بين القصاص والدية^(٣).

(١) المحيط البرهاني ١٠٨/٢٠، بدائع الصنائع ٢٤٥/٧، فتح القدير ٣٠/٦.

(٢) المحيط البرهاني ١٠٨/٢٠، بتصرف، وينظر: بدائع الصنائع ٢٤٥/٧، فتح القدير ٣٠/٦، المبسوط ٣٧٨/١٠.

(٣) المحيط البرهاني ١٠٨/٢٠، بدائع الصنائع ٢٤٥/٧، فتح القدير ٣٠/٦.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١ - حديث عائشة - رضي الله عنها - مرفوعا: "السلطان ولي من لا ولي له" ^(١).
- وجه الدلالة: أن من قتل عمدا وليس له ولي فيدل الحديث على أن السلطان هو وليه ^(٢).
- ٢ - أن من لا ولي له في دار الإسلام تيقنا ثبوت ولاية الاستيفاء للإمام فيستوفيه ^(٣).
- ٣ - قال الله تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لَوَلِيَّهِ سُلْطَانًا﴾ ^(٤).
- وجه الدلالة: أن حق استيفاء القصاص يكون إلى الولي، وولي اللقيط موجود إلا أنه مجهول ^(٥).
- ٤ - أن اللقيط هو من دارنا إلا أنه مجهول النسب، فلعل له وليا في دارنا إلا أنا لا نعلم به، وعلى هذا التقدير لا يثبت ولاية الاستيفاء للإمام ^(٦).
- ٥ - أن وجود ولي اللقيط يعد شبهة مانعة للإمام من استيفاء القصاص وإذا تعذر استيفاء القصاص بشبهة وجبت الدية في مال القاتل ^(٧).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- أن العمومات الموجبة للقود تجعل الإمام له حق القصاص في حق من قتل لقيطا.

(١) رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب في الولي، رقم ٢٠٨٣، والترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم

١١٠٢، وصححه الألباني في إرواء الغليل ٢٤٣/٦.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ٢٤٥/٧.

(٣) ينظر: المبسوط ٣٧٨/١٠، بدائع الصنائع ٢٤٥/٧.

(٤) الإسراء: ٣٣.

(٥) ينظر: المبسوط ٣٧٨/١٠.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل آخر لا ولي له قتل عمد فإن السلطان مخير بين طلب القصاص أو الدية.
- ٢- إذا قتل رجل لقيطاً عملاً فليس للسلطان إلا الدية.

المبحث الرابع عشر

الفرق بين الجنائية والطلاق في مسألة التخيير^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الرجل إذا قال لعبدين له في صحته: أحكما حر، ثم إن أحدهما قتل رجلاً خطأ فالقاضي يخير المولى على البيان؛ بخلاف لو طلق إحدى امرأتيه في صحته ثلاثاً ثم مرض مرض الموت فأجبر على البيان فأوقع ذلك على أحدهما فإنه يصير فاراً وإن كان مضطراً في البيان.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

١ - كلتاها فيهما قول لاثنين.

٢ - كلتاها فيهما القول متعلق بحكم لأحد الاثنين.

٣ - كلتاها فيهما القول حال الصحة.

وافترقتا في الحكم: الرجل إذا قال لعبدين له في صحته: أحكما حر، ثم إن أحدهما قتل رجلاً خطأ فالقاضي يخير المولى على البيان؛ بخلاف لو طلق إحدى امرأتيه في صحته ثلاثاً ثم مرض مرض الموت فأجبر على البيان فأوقع ذلك على أحدهما فإنه يصير فاراً وإن كان مضطراً في البيان.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإذا قال الرجل لعبدين له في صحته أحكما حر ثم إن أحدهما قتل رجلاً خطأ فالقاضي يخير المولى على البيان، فرق بين هذا وبينما لو طلق إحدى امرأتيه

(١) المحيط البرهاني ١٦٥/٢٠.

في صحته ثلاثاً ثم مرض مرض الموت فأجبر على البيان فأوقع ذلك على أحدهما فإنه يصير فاراً وإن كان مضطراً في البيان"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الجناية لم تبطل ملكه ولا خياره فإن أوقع العتق على غير الجاني خير في الجاني بين الدفع والفداء وإن أقع العتق على الجاني صار مختاراً للفداء في الجاني^(٢).
- ٢- أن المولى قادر على إيقاع العتق على غير الجاني فصار بإيقاع العتق على الجاني معجزاً نفسه عن الدفع عن اختيار مع العلم بالجناية فصار مختاراً للفداء^(٣).
- ٣- أن حكم الفرار إنما يثبت باعتبار الظلم بإبطال حق المرأة وكون الإبطال ظلماً يعتمد العصمة وكونه مضطراً في إبطال حق الغير لا يبطل العصمة^(٤).
- ٤- أن المضطر لو أتلف مالا معصوما للغير ضمنه فإذا بقيت العصمة بعد الضرورة كان الإبطال ظلماً فثبت حكم الفرار^(٥).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قال الرجل لعبدين له في صحته أحكما حر ثم إن أحدهما قتل رجلاً خطأ فإن القاضي يخير المولى على اختيار أحدهما.
- ٢- إذا طلق رجل إحدى امرأته في صحته ثلاثاً ثم مرض مرض الموت فيجبر على البيان.

(١) المحيط البرهاني ١٦٥/٢٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

المبحث الخامس عشر

الفرق بين الجنائية والكفالة في مسألة التخيير^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الرجل إذا قال لعبدین له فی صحته: أحدكما حر ثم إن أحدهما قتل رجلاً خطأً فالقاضي يخیر المولى على البیان؛ بخلاف ما إذا قال الرجل لغيره فی صحته: ما وجب لك على فلان فهو علي ثم وجب والكفيل مريض فذاك يعتبر من المال. فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه: أ. - كلتاهما فيهما ضمان.

وافترقتا في الحكم: الرجل إذا قال لعبدین له فی صحته: أحدكما حر ثم إن أحدهما قتل رجلاً خطأً فالقاضي يخیر المولى على البیان؛ بخلاف ما إذا قال الرجل لغيره فی صحته: ما وجب لك على فلان فهو علي ثم وجب والكفيل مريض فذاك يعتبر من المال.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإذا قال الرجل لعبدین له فی صحته: أحدكما حر، ثم إن أحدهما قتل رجلاً خطأً فالقاضي يخیر المولى على البیان، فرق بين هذا وبينما إذا قال الرجل لغيره فی صحته: ما ذاب لك على فلان فهو علي ثم ذاب والكفيل مريض فذاك يعتبر من المال"^(٢).

(١) ينظر: المحيط البرهاني ١٦٧/٢٠.

(٢) المحيط البرهاني ١٦٧/٢٠. بتصرف

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الجناية لم تبطل ملكه ولا خياره فإن أوقع العتق على غير الجاني خير في الجاني بين الدفع والفداء، وإن وقع العتق على الجاني صار مختاراً للفداء في الجاني^(١)
- ٢- أن المولى قادر على إيقاع العتق على غير الجاني فصار بإيقاع العتق على الجاني معجزاً نفسه عن الدفع عن اختيار مع العلم بالجناية فصار مختاراً للفداء^(٢).
- ٣- أن الكفالة وإن كانت تبرعاً إلا أنها نفذت حال الصحة ولزمت ولهذا لا يقدر الكفيل على إبطالها قبل أن يذوب من غير رضا المكفول به^(٣).
- ٤- أن التبرع إذا نفذ في حال الصحة صار بمنزلة مال واجب في حال الصحة، فيعتبر من جميع المال^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قال الرجل لعبدين له في صحته: أحكما حر، ثم إن أحدهما قتل رجلاً خطأ فإن القاضي يخير المولى على اختيار أحدهما.
- ٢- إذا قال الرجل لغيره في صحته: ما وجب لك على فلان فهو علي ثم وجب والكفيل مريض فذاك يعتبر من المال.

(١) المحيط البرهاني ١٦٥/٢٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث السادس عشر

الفرق بين الجناية والغصب في التقويم^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن من قتل عبدا خطأ فيجب في قيمته أقل من عشرة آلاف درهم إذا زادت قيمته على دية الحر؛ بخلاف من غصب عبدا فمات عنده فيدفع قيمته مهما بلغت. فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما عبد.

ب. كلتاهما فيهما موت العبد.

ج. كلتاهما فيهما دفع قيمة العبد.

وافترقتا في الحكم: فمن قتل عبدا خطأ فيجب في قيمته أقل من عشرة آلاف درهم إذا زادت قيمته على دية الحر؛ بخلاف من غصب عبدا فمات عنده فيدفع قيمته مهما بلغت.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب:

نص أبو حنيفة ومحمد على هذا الفرق فقالا: "مسألة قتل العبد خطأ ومسألة غصبه في الحكم، حيث يجب في الأولى أقل من عشرة آلاف درهم إذا زادت قيمته على دية الحر عند أبي حنيفة ومحمد، ويجب في الثانية قيمته بالغة ما بلغت"^(٢).

(١) فتح القدير ١٠/٣٥٥.

(٢) فتح القدير ١٠/٣٥٦، البحر الرائق ٨/٤٣٥، تبين الحقائق ٦/١٦٢.

وأما أبو يوسف^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) فيرون دفع قيمته مهما بلغت في المسألتين.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- الإجماع على أن من غصب عبدا فمات عنده بأن يدفع قيمته مهما بلغت^(٥).
- ٢- أن الغصب ليس فيه إتلاف الآدمية أصلا، وإنما الحاصل به إتلاف المالية بإزالة اليد المحقة عنه وإثبات اليد المبطللة فيه.
- ٣- أن الغصب لا يرد إلا على المال، فحيث لم يوجد فيه إتلاف الآدمية لم يلزم فيه إهدار الأصل الذي هو الآدمية، فإن معنى إهداره أن لا يعطى لإتلافه حكم شرعي، فإذا لم يوجد إتلافه لم يتصور أن يترتب عليه حكم شرعي فمن أين يلزم إهداره تفكر.
- ٤- أن في قتل العبد إتلاف آدمية ومالية معا^(٦).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق، والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- عن عمر وعلي وابن عمر - رضي الله عنهم - أنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت^(٧).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

-
- (١) فتح القدير ٣٥٦/١٠، البحر الرائق ٤٣٥/٨.
 - (٢) شرح الزرقاني على مختصر خليل ٣١/٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٦٨/٤.
 - (٣) روضة الطالبين للنووي ٣١١/٩.
 - (٤) المغني ٦٨٢/٧، كشاف القناع ٢١/٦.
 - (٥) فتح القدير ٣٥٦/١٠، البحر الرائق ٤٣٥/٨.
 - (٦) فتح القدير ٣٥٦/١٠.
 - (٧) أخرجه ابن أبي شيبة، كتاب الديات، باب الحر يقتل العبد خطأ، ٣٨٦/٥.

- ١ - إذا قتل رجل عبدا خطأ قيمته عشرة آلاف درهم فيجب على القاتل أقل من عشرة آلاف درهم.
- ٢ - إذا غصب رجل عبدا قيمته خمسة عشر ألف درهم فمات العبد عنده فيدفع قيمته كلها.

المبحث السابع عشر

الفرق بين الدية والمهر في مسألة الوجوب^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن المهر دين وجب بالعقد؛ بخلاف الدية فوجبت بسقوط القود.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما مال.

ب. كلتاها فيهما عوض عن حق.

وافترقتا في الحكم: فالمهر دين وجب بالعقد؛ بخلاف الدية فوجبت بسقوط القود.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: (إذا صالح القاتل أولياء المقتول على مال عن القصاص سقط القصاص ووجب المال حالا قليلا كان المال أو كثيرا، وإنما وجب حالا؛ لأنه دين وجب بالعقد، والأصل في مثله الحل كالمهر؛ بخلاف الدية؛ لأنها لم تجب بالعقد وإنما وجبت بسقوط القود)^(٢).

ووافقهم في تأجيل الدية المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥)؛ بل حكي إجماعاً^(١).

(١) المحيط البرهاني ٣٦٨/٢٠، البحر الرائق ٣٥٣/٨.

(٢) تبين الحقائق ١١٣/٦، البحر الرائق ٣٥٣/٨.

(٣) حاشية الدسوقي ٢٨٥/٤.

(٤) نهاية المحتاج ٣٠١/٧.

(٥) المغني ٤٩٧/٩.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١ - أن الأصل في العقود الحلول^(٢).
- ٢ - أن المهر وجب بالعقد^(٣).
- ٣ - إجماع الصحابة على كون الدية مؤجلة إلى ثلاث سنين^(٤).
- ٤ - أنها مال وجب مواساة فلم يجب حالا كالزكاة^(٥).

ج. فروق أخرى:

الفرق بين الدية والمهر في التقدير^(٦).

المطلب الثالث : تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا عقد رجل على امرأة وجب المهر لها حالا .
- ٢ - إذا تنازل الورثة عن القصاص إلى الدية فلا تجب حالة.

(١) المغني ٩/٤٩٧.

(٢) تبين الحقائق ١١٣/٦، والبحر الرائق ٨/٣٥٣.

(٣) تبين الحقائق ١١٣/٦، والبحر الرائق ٨/٣٥٣.

(٤) المغني المطبوع مع الشرح الكبير ٩/٤٩٧.

(٥) المغني المطبوع مع الشرح الكبير ٩/٤٩٧.

(٦) أن الدية مقدرة شرعاً بخلاف المهر.

المبحث الثامن عشر

الفرق بين العفو والمال في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن القاتل إذا ادعى عفو غائب من أولياء الدم يمهل ثلاثاً؛ بخلاف المال فيمهل حتى آخر المجلس.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما دعوى للعفو.

ب. كلتاهما فيهما حق لمدعٍ.

ج. كلتاهما فيهما إمهال.

وافترقتا في الحكم: فالقاتل إذا ادعى عفو غائب من أولياء الدم يمهل ثلاثاً؛ بخلاف المال فيمهل حتى آخر المجلس.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الطواويس^(٢) من الحنفية على هذا الفرق، ففي المحيط البرهاني: (وإن قال القاتل: لي بينة حاضرة في المصر على عفو الغائب؛ فإنه يؤجل ثلاثة أيام، ولا يستوفى منه القصاص؛ لأنه لو ادعى البراءة عن الدين وقال: لي بينة حاضرة في المصر فإنه يؤجل ثلاثة أيام ولا يستوفى منه للحال، وإن

(١) المحيط البرهاني ٣٧٣/٢٠.

تنبيه: بعد التأمل ظهر لي أن يكون عنوان الفرق: "الفرق بين دعوى العفو عن القصاص ودعوى العفو عن المال".

(٢) هو أبو بكر أحمد بن محمد بن هاشم، الطواويس، فقيه حنفي، روى عن محمد بن نصر المروزي وعبد الله بن شيروية النيسابوري وغيرهما. روى عنه ابن محمد بن غريب الشاشي وأحمد بن عبد الله بن إدريس وغيرهما، والطواويس نسبة إلى طواويس قرية من قرى بخارى على ثمان فراسخ منها، توفي ٣٤٤هـ. ينظر: الجواهر المضيئة ١/١٠٠، والفوائد البهية ٣١

كان لو استوفى الدين للحال ووقع الغلط في الاستيفاء بأن ظهر أن صاحب الدين أبرأه يمكنه التدارك؛ فلأن يؤجل في القصاص - وإنه لو استوفى في الحال ووقع الغلط في الاستيفاء لا يمكن تداركه - كان أولى.

وذكر الشيخ الإمام الأجل الزاهد أحمد الطواويسى أن في المال يؤخر إلى آخر المجلس، وفرق بين مسألة العفو وبين المال قال: لأن باب الدم أعظم من باب المال^(١).
وأما الحنفية فيرون إمهاله ثلاثة أيام في العفو والمال^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن باب الدم أعظم من باب المال^(٣).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق، والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

١- قياس القصاص على المال^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا ادعى القاتل بأن غائباً من أولياء الدم عفا عنه فيمهله القاضي ثلاثاً لإحضار بينته.
- ٢ - إذا ادعى من عليه مال أن صاحب المال الغائب عفا عنه أمهله القاضي إلى نهاية المجلس.

(١) المحيط البرهاني ٣٧٣/٢٠.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥٥٤/٥، البحر الرائق ٢١١/٧، المبسوط ٢٩٧/٢٦، مجمع الأنهر ٣٥٤/٣.

(٣) المحيط البرهاني ٣٧٣/٢٠.

(٤) حاشية ابن عابدين ٥٥٤/٥، البحر الرائق ٢١١/٧.

المبحث التاسع عشر

الفرق بين القصاص والعق في مسألة الشركة^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الرجل إذا قتل رجلاً عمداً وله وليان فشهد أحدهما بأن الآخر قد عفا وصاحبه لا يشهد عليه بذلك فيجب للشاهد في مال القاتل نصف الدية مؤجلاً في ثلاث سنين؛ بخلاف ما إذا كان عبد بين شريكين فشهد أحدهما على صاحبه أنه أعتق نصيبه وكذبه العبد والمشهود عليه في شهادته فإن للشاهد أن يستسعى العبد في نصيبه إن شاء.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما شركة.

ب. كلتاهما فيهما شهادة على الشريك.

وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا قتل رجلاً عمداً وله وليان فشهد أحدهما بأن الآخر قد عفا وصاحبه لا يشهد عليه بذلك فيجب للشاهد في مال القاتل نصف الدية مؤجلاً في ثلاث سنين بخلاف ما إذا كان عبد بين شريكين فشهد أحدهما على صاحبه أنه أعتق نصيبه وكذبه العبد والمشهود عليه في شهادته فإن للشاهد أن يستسعى العبد في نصيبه إن شاء.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن.

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: (رجل قتل رجلاً عمداً وله وليان، فشهد أحدهما على صاحبه بالعفو، وصاحبه لا يشهد عليه بذلك فيجب للشاهد في مال القاتل نصف الدية مؤجلاً في

(١) المحيط البرهاني ٣٧٥/٢٠.

ثلاث سنين، فرق أبو حنيفة بين هذا وبين عبد بين شريكين شهد أحدهما على صاحبه أنه أعتق نصيبه وكذبه العبد والمشهود عليه في شهادته فإن للشاهد أن يستسعى العبد في نصيبه إن شاء^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن عفو المشهود عليه ثبت بإقراره والثابت بإقرار صاحب الحق كالثابت معاينة^(٢).
- ٢- أن الشاهد لما شهد بعفو صاحبه فقد أقر بسقوط القصاص في نصيبه ونصيب المشهود عليه فصح إقراره بسقوط القصاص في نصيبه؛ لأنه مالك لإسقاط نصيبه وإذا سقط نصيبه بإقراره سقط نصيب العافي^(٣).
- ٣- أن نصيب الشاهد من العبد مال متقوم وقد احتبس من مالك صاحب العبد عند العبد لمعنى في جهته لا باعتاقه^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا شهد أحد أولياء الدم على بعضهم بالعفو، ولم يشهدوا عليه بذلك فيجب للشاهد في مال القاتل نصيبه من الدية.
- ٢- إذا شهد أحد الشريكين على صاحبه أنه أعتق نصيبه وكذبه العبد والمشهود عليه في شهادته فإن للشاهد أن يستسعى العبد في نصيبه إن شاء.

(١) المحيط البرهاني ٣٧٥/٢٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

الفصل الثاني

الفروق الفقهية المتعلقة بالجاني والمجني عليه

وفيه ستة وعشرون مبحثاً :

- المبحث الأول: الفرق بين جناية الوالد وجناية الولد.
- المبحث الثاني: الفرق بين المكاتب والمأذون في مسائل الجنايات.
- المبحث الثالث: الفرق بين سائق الدابة وراكبها إذا جنت.
- المبحث الرابع: الفرق بين العبد والحر في الجنايات.
- المبحث الخامس: الفرق بين المكاتب والعبد في مسائل الجنايات.
- المبحث السادس: الفرق بين المكاتب والحر في مسائل الجنايات.
- المبحث السابع: الفرق بين جناية المغصوب وجناية الرهن.
- المبحث الثامن: الفرق بين جناية المكاتب وجناية المدبر وأم الولد.
- المبحث التاسع: الفرق بين الوصي، وبين الأب والجد في مسائل القصاص.
- المبحث العاشر: الفرق بين المكاتب، وبين معتق البعض في مسائل الجنايات.
- المبحث الحادي عشر: الفرق بين العبد، ومعتق البعض في مسائل الجنايات.
- المبحث الثاني عشر: الفرق بين جناية العبد على جماعة، وجنائته على واحد له وليان.
- المبحث الثالث عشر: الفرق بين الكسب والولد، وبين الأرش.
- المبحث الرابع عشر: الفرق بين القن، والمدبر في مسائل الجنايات.
- المبحث الخامس عشر: الفرق بين العبد والأجير في مسائل الجنايات.

- المبحث السادس عشر: الفرق بين الصغير والكبير في مسائل الجنايات.
- المبحث السابع عشر: الفرق بين الذمي والمسلم في مسائل الجنايات.
- المبحث الثامن عشر: الفرق بين إقرار العبد بجناية موجبة للمال، وإقراره بالقصاص.
- المبحث التاسع عشر: الفرق بين الكلب والسهم في مسائل الجنايات.
- المبحث العشرون: الفرق بين إرسال الدابة في الطريق، وبين إرسال الكلب أو البازي للاصطياد في مسائل الجنايات.
- المبحث الحادي والعشرون: الفرق بين الأب والزوج في الضرب.
- المبحث الثاني والعشرون: الفرق بين الأب والمعلم في الضرب.
- المبحث الثالث والعشرون: الفرق بين المحجور عليه والذمي في مسائل الجنايات.
- المبحث الرابع والعشرون: الفرق بين اللابس والحامل في ضمان الجناية.
- المبحث الخامس والعشرون: الفرق بين ما إذا صاح على امرأة فألقت جنيناً، وبين ما إذا خوفها بالضرب.
- المبحث السادس والعشرون: الفرق بين الحفر والإشراع في مسائل الجنايات.

المبحث الأول

الفرق بين جناية الوالد وجناية الولد^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

- أن الوالد لا يقاد بولده بخلاف الولد فيقاد بوالده.
فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
أ- كلتاهما فيهما قتل.
ب- كلتاهما فيهما والد وولد.
وافترقتا في الحكم: فالوالد لا يقاد بولده بخلاف الولد فيقاد بوالده.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

- أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:
نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "لا يجب القصاص على الوالد بقتل الولد بخلاف الولد إذا قتل والده فعليه القصاص"^(٢).
ووافقهم المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

(١) ينظر: المبسوط ٨٢/٢٦، البحر الرائق ٣٣٨/٨، فتح القدير ٣٢٥/٥.

(٢) المبسوط ٨٢/٢٦ بتصرف، وينظر: البحر الرائق ٣٣٨/٨، فتح القدير ٣٢٥/٥.

(٣) ينظر: حاشية العدوي ٢٨٨/٢، التاج والإكليل ٣٣٢/٨.

(٤) ينظر: الحاوي الكبير ١٦٣/١٥، البيان ٣٢١/١١.

(٥) ينظر: شرح الزركشي ٧٢/٦، الروض المربع، ص ٤٤٥.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَلَدَيْهِ حُسْنًا﴾^(١).

وجه الدلالة: التوصية للإنسان بوالديه بالبر بهما، والعطف عليهما^(٢)، والقتل ليس من الإحسان والمصاحبة بالمعروف في شيء.

٢- حديث عمر -رضي الله عنه- أن النبي ﷺ قال: "لا يقاد الوالد بولده"^(٣).

وجه الدلالة: أن الوالد لا يقتل إذا قتل ولده.

٣- حديث جابر بن عبد الله -رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ قال: "أنت ومالك لأبيك"^(٤).

وجه الدلالة: أن ظاهر هذه الإضافة يوجب كون الولد مملوكا لأبيه، وحقيقة الملك تمنع وجوب القصاص^(٥).

٤- أن الولد يقاد بما يقابل ما عليه من مراعاة حرمة الوالد بضده فعليه القصاص^(٦).

٥- أن الولد بمنزلة العبد إذا قتل مولاه يلزمه القصاص والمولى إذا قتل عبده لا يلزمه القصاص^(٧).

(١) سورة العنكبوت: ٨

(٢) فتح القدير للشوكاني ٢٢٣/٤

(٣) أخرجه الترمذي، كتاب الديات، باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا، رقم (١٤٠٠)، وصححه الألباني في الإرواء ٢٧٠/٧.

(٤) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده رقم (٣٥٣٠)، وابن ماجه، كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، رقم (٢٢٩٢)، قال ابن حجر في الفتح: ١٥٥/٥: فمجموع طرقه لا تحطه عن القوة وجواز الاحتجاج به.

(٥) ينظر: المبسوط ٨٢/٢٦.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا ادعت امرأة بالقصاص على طليقها لقتل ابنها منه وأقر بالقتل فلا يقتل.
- ٢- إذا ادعى أخ على أخيه بقتل والده عمدا وعدوانا وأقر بالقتل قتل.

المبحث الثاني

الفرق بين المكاتب والمأذون في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق:

وفيه مفردة واحدة: المأذون.

المراد بالعبد المأذون له: أن يقول السيد لعبده أذنت لك في التجارة^(٢).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن القتل لو وجد في دار المكاتب فعليه الأقل من قيمته ومن دية القتل بخلاف المأذون فإنه ليس له قول ملزم في الجناية فيجعل القتل الموجود في داره كالموجود في دار المولى. فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما عبد مملوك.

ب. كلتاها فيهما قتل.

ج. كلتاها لا يعلم القاتل.

وافترقتا في الحكم: فالقتل إذا وجد في دار المكاتب فعليه الأقل من قيمته ومن دية القتل بخلاف المأذون فإنه ليس له قول ملزم في الجناية فيجعل القتل الموجود في داره كالموجود في دار المولى.

(١) ينظر: المبسوط ١٠٨/٢٦، حاشية ابن عابدين ٦/٦٢٨، بدائع الصنائع ٧/٢٩٠.

(٢) ينظر: الاختيار ١٠١/٢، الهداية ٣/٤.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإذا وجد القتل في دار عبد مأذون له في التجارة فالقسامة والدية على عاقلة المولى، ولو وجد في دار المكاتب فعليه الأقل من قيمته ومن دية القتل بخلاف المأذون فإنه ليس له قول ملزم في الجناية فيجعل القتل الموجود في داره كالموجود في دار المولى"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن المكاتب عليه الأقل من قيمته ومن دية القتل لأنه بمنزلة ما لو باشر القتل بيده لأن المكاتب في حكم الجناية كالحر من حيث إن له فيه قولاً ملزماً^(٢).
- ٢- أن المأذون له: ليس له قول ملزم في الجناية حتى لو أقر على نفسه بالجناية خطأ لم يعتبر إقراره وللمولى عليه قول ملزم في ذلك فيجعل القتل الموجود في داره كالموجود في دار المولى^(٣).
- ٣- أن المأذون إنما يقوم بالتدبير في هذه الدار باستدانة المولى الإذن له في التجارة والمولى أخص بهذه الدار من الغرماء فإن له أن يقضي دينهم ويستخلص الدار منهم لنفسه وهذا مستحسن^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا وجد قتل في بيت عبد مأذون له في التجارة فالقسامة والدية على عاقلة المولى.
- ٢- إذا وجد قتل في بيت مكاتب فعلى المكاتب الأقل من قيمته ومن دية القتل.

(١) المبسوط ١٠٨/٢٦. بتصرف، وينظر: حاشية ابن عابدين ٦/٢٢٨، بدائع الصنائع ٧/٢٩٠.

(٢) ينظر: المبسوط ١٠٨/٢٦.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث الثالث

الفرق بين سائق الدابة وراكبها إذا جنت^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن من سار على دابته في ملكه فوطأت إنسانا فقتلته فعليه الدية والكفارة بخلاف ما لو كان سائقا فلا ضمان عليه.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما قتل.

ب. كلتاهما القتل من الدابة.

ج. كلتاهما الدابة وطأت إنساناً.

وافترقتا في الحكم: فمن سار على دابته في ملكه فوطأت إنسانا فقتلته فعليه الدية والكفارة بخلاف ما لو كان سائقا فلا ضمان عليه.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو سار على دابته في ملكه فأوطأت إنسانا بيد أو رجل فقتلته فعليه الدية والكفارة جميعا، وإن كان سائقا أو قائدا فلا ضمان عليه في ذلك"^(٢). ويرى بعض الحنفية^(٣) والمالكية^(٤) والشافعية^(١) والحنابلة^(٢) أن عليهما الضمان.

(١) ينظر: المبسوط ٦/٢٧، بدائع الصنائع ٢٧٢/٧.

(٢) المبسوط ٦/٢٧. بتصرف، وينظر: بدائع الصنائع ٢٧٢/٧.

(٣) الهداية للمرغيناني ٣٢٨/١٠، وينظر: المبسوط ٦/٢٧.

(٤) ينظر: بداية المجتهد ١٩٩/٤، المدونة ٦٦٦/٤.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال: "جرح العجماء جبار"^(٣). وجه الدلالة أن كل ما جرحته الدابة فهو هدر.
- ٢- أن الراكب مباشر للقتل فيما أوطأت^(٤).
- ٣- أن القائد تسبب بتقريب الدابة من محل الجناية^(٥).
- ٤- أن المتسبب إنما يكون ضامنا إذا كان متعديا بسببه وهو في ملك نفسه لا يكون متعديا في سوق الدابة ولا قودها^(٦).
- ٥- أن السائق والقائد في الطريق لا تلزمه الكفارة لانعدام مباشرة القتل منه والراكب تلزمه الكفارة^(٧).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق، والإجابة عنها.

- ١- أن السائق متسبب بمباشرة شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب^(٨).

(١) ينظر: روضة الطالبين ١٠/١٩٧، مغني المحتاج ٤/٢٠٤.

(٢) ينظر: المغني ٩/١٥٧، الروض المربع ٤/٢٢.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الديات، باب العجماء جبار، ٩/١٢، ومسلم، كتاب الحدود، باب جرح العجماء، ٣/١٣٣٤،

والعجماء: هي البهيمة، وجبار: هدر لا شيء فيه. فتح الباري ١٢/٢٥٥.

(٤) ينظر: المبسوط ٦/٢٧، الهداية ١٠/٣٢٨.

(٥) ينظر: المبسوط ٦/٢٧.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المبسوط ٦/٢٧.

(٨) ينظر: الهداية ١٠/٣٢٨.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا ركب الرجل بعيرا له في بستانه فسار بها فوطئ البعير إنسانا فمات هذا الإنسان فعليه الدية والكفارة.

٢- إذا ساق الرجل بعيرا له في بستانه فسار بها فوطئ البعير إنسانا فلا ضمان عليه.

المبحث الرابع

الفرق بين العبد والحر في الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن المولى إذا أمر عبده بحفر بئر في غير داره فما يقع فيها فضمانه في رقبة العبد يدفع به أو يفدى بخلاف الحر.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاها فيهما حفر للبئر.

ب- كلتاها فيهما الحفر خارج البناء.

وافترقتا في الحكم: فالمولى إذا أمر عبده بحفر بئر في غير داره فما يقع فيها فضمانه في رقبة العبد يدفع به أو يفدى بخلاف الحر.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإن كان الذي يحفر بئرا في فئائه فضمان ما يقع فيها على الحافر ولو كان في غير فئائه فالضمان في رقبة العبد يدفع به أو يفدى ولم يفصل ها هنا بين أن يكون العبد عالما بذلك أو غير عالم بخلاف الحر"^(٢).

(١) ينظر: المبسوط ١٦/٢٧، الفروق ٢/٢٠٤.

(٢) المبسوط ١٦/٢٧ بتصرف، ينظر الفروق ٢/٢٠٤.

وأما المالكية^(١) والحنابلة^(٢) فقالوا: لا يضمن إلا أن يكون متعدياً فيضمن كمن حفر بئراً في طريق المسلمين، أو في ملك غيره بغير إذنه فتلف فيها إنسان فيجب ضمانه على عاقلة حافرها، والكفارة في مال الحافر، وإن تلف بها غير الآدمي وجب ضمانه في مال الحافر.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن فعل العبد بأمر مولاه كفعله بنفسه^(٣).

٢- أن الغرور^(٤) لا يتمكن بين المولى وبين عبده^(٥).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق، والإجابة عنها:

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

١- حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال: "والبئر جبار"^(٦).

وجه الدلالة: أن كل ما يقع في البئر فهو هدر.

ويجاب عنه: بأن المقصود بالبئر البئر العادية القديمة أو البئر التي لم يتعد صاحبها بحفرها.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا حفر العبد بئراً في غير ملك مولاه بأمر مولاه فالضمان في رقبة العبد يدفع به أو يفدى.

٢- إذا حفر الحر بئراً في غير ملكه فيضمن الحر ما يقع فيه.

(١) ينظر: الذخيرة ٢٥٨/١٢، شرح مختصر خليل ٨/٨.

(٢) ينظر: المغني ٤٢٦/٨، الشرح الكبير ٤٤٨/٥.

(٣) المبسوط ١٦/٢٧.

(٤) الغرور: تزوين الخطأ بما يوهم أنه صواب، الكليات، ص: ٦٧٢.

(٥) المبسوط ١٩/٢٧.

(٦) سبق تخريجه ص ٣١٦.

المبحث الخامس

الفرق بين المكاتب والعبد في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق

أن العبد إذا أقر بجناية موجبة للمال ولم يصدقه المولى فلا يصح إقراره بخلاف المكاتب فإنه إذا أقر بالجناية الخطأ فيصح إقراره
فلمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
أ. كلتاهما فيهما رقيق.
ب. كلتاهما فيهما إقرار بالجناية خطأ.
وافترقتا في الحكم: فالعبد إذا أقر بجناية موجبة للمال ولم يصدقه المولى فلا يصح إقراره بخلاف المكاتب فإنه إذا أقر بالجناية الخطأ فيصح إقراره.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: (وإذا أقر العبد بجناية موجبة للمال فإنه لا يصح إقراره إذا لم يصدقه المولى في إقراره، وهذا بخلاف المكاتب إذا أقر بالجناية خطأ فإنه يصح إقراره)^(٢).
ووافقهم المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

(١) ينظر: المحيط البرهاني ١٥٦/٢٠، البحر الرائق (٤٢٩/٨).

(٢) المحيط البرهاني ١٥٦/٢٠، ينظر: البحر الرائق (٤٢٩/٨).

(٣) ينظر: المدونة ٦١١/٤، التاج والإكليل لمختصر خليل ٦٦٣/٦.

(٤) ينظر: فتح الوهاب ٢٦٤/١، تحفة المحتاج ٣٥٦/٥، البيان ٩٨/٦.

(٥) ينظر: المبدع ٣٧٠/٨، المغني ١١١/٥، الفروع ٤١٣/١١.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الجناية الموجبة للمال من المملوك موجبها الدفع أو الفداء، وإنما يتأدى بما هو مملوك المولى، فيكون العبد مقرا على المولى وإقرار الغير على الغير باطل^(١).
- ٢- أن موجب جناية المكاتب في كسبه وإقراره في كسبه صحيح^(٢).

ج. فروق أخرى:

- الفرق بين المكاتب والعبد فيما يؤول إليه^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

- ١- إذا أقر العبد بفعل الجناية خطأ ولم يصدقه مولاه فلا يصح إقراره.
- ٢- إذا أقر المكاتب بفعل الجناية خطأ صح إقراره وأخذ من كسبه.

(١) المحيط البرهاني ١٥٦/٢٠ البحر الرائق ٤٢٩/٨.

(٢) المحيط البرهاني ١٥٦/٢٠.

(٣) أن المكاتب يؤول إلى الحرية بخلاف الرقيق.

المبحث السادس

الفرق بين المكاتب والحر في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن المكاتب إذا وجد قتيلا في داره فلا شيء على مولاه ودمه هدر بخلاف الحر إذا وجد قتيلا في داره فديته على عاقلته.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما قتل.

ب. كلتاهما وجد فيهما المقتول في داره.

وافترقتا في الحكم: فالمكاتب إذا وجد قتيلا في داره فلا شيء على مولاه ودمه هدر بخلاف الحر إذا وجد قتيلا في داره فديته على عاقلته.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو حنيفة على هذا الفرق، جاء في المبسوط: (وإذا وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فعلى عاقلته الدية في قول أبي حنيفة رحمه الله، وأن المكاتب إذا وجد قتيلا في دار من كسبه لا يجب فيه شيء)^(٢).

وأما أبو يوسف ومحمد فيرون أن لا شيء على العاقلة^(٣)

(١) ينظر: المبسوط ١٠١/٢٦، المحيط البرهاني ٢٣٧/٢٠.

(٢) المبسوط ١٠١/٢٦ وينظر: المحيط البرهاني ٢٣٧/٢٠.

(٣) المبسوط ١٠١/٢٦ المحيط البرهاني ٢٣٧/٢٠.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- قول النبي ﷺ - : «المكاتب عبد، ما بقي عليه من كتابته درهم»^(١). وجه الدلالة أنه تجري عليه كل أحكام الرق ومنها ما يتعلق بالجنايات.
- ٢- أن موجب جنائية الحر على العاقلة^(٢).
- ٣- أن موجب جنائية المكاتب على نفسه فلا يستقيم أن يجب له على نفسه^(٣).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق ما يأتي:

- ١- أن الحر لو وجد غيره قتيلا في هذه الدار جعل هو كالمباشر لقتله في حكم الدية فإذا وجد هو قتيلا فيها يجعل كأنه باشر قتل نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدر^(٤).
- ويجاب عنه: بحديث محيصة وحويصة ابنا مسعود، وفيه: (فوداه من عنده)^(٥). وجه الدلالة: أن كل دم لمسلم لم يعرف قاتله فديته على بيت مال المسلمين.
- ٢- القياس على المكاتب^(٦).
- يجاب عليه: بأنه قياس في مقابلة النص، فكل من المكاتب والعبد إذا وجد قتيلا ولم يعرف قاتله فديته على بيت مال المسلمين.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا وجد المكاتب في بيته مقتولا ولا يعلم قاتله فدمه هدر.

(١) أخرجه أبو داود، كتاب العتق باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت ٢٠/٤، وحسنه الألباني في إرواء الغليل ١١٩/٦.

(٢) المبسوط ٢٤/٢٦.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المبسوط ١٠١/٢٦ المحيط البرهاني ٢٠/٢٣٧.

(٥) سيأتي تخرجه في باب القسامة.

(٦) المبسوط ١٠١/٢٦ المحيط البرهاني ٢٠/٢٣٧.

٢- إذا وجد الحر في بيته مقتولا ولا يعلم قاتله فيدفع ديته العاقلة.

المبحث السابع

الفرق بين جناية المغصوب وجناية الرهن^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن العبد المغصوب إذا جنى على المغصوب منه أو على ماله فجنائته معتبرة بخلاف جناية الرهن على نفس المرتهن فهدر.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلاتهما فيهما العبد ليس عند مولاه.

ب- كلاتهما فيهما جناية.

وافترقتا في الحكم: فالعبد المغصوب إذا جنى على المغصوب منه أو على ماله فجنائته معتبرة بخلاف جناية الرهن على نفس المرتهن فهدر.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو حنيفة على هذا الفرق فقال: (إذا جنى الرهن على المرتن جناية موجبة للمال أو على ماله فهدر؛ بخلاف جناية العبد المغصوب على المغصوب منه أو على ماله على أصل أبي حنيفة رحمه الله أنها معتبرة)^(٢).

ووافقهم الحنابلة^(٣)

وأما الشافعية فيرون جناية المغصوب هدرا.^(١)

(١) ينظر: المبسوط ٥١/٢٧، بدائع الصنائع ١٦٧/٦.

(٢) بدائع الصنائع ١٦٧/٦ بتصرف، وينظر: المبسوط ٥١/٢٧.

(٣) المغني ١٨٦/٥، الإنصاف ١٦١/٦.

وأما أبو يوسف ومحمد فيريان أن جناية الرهن والمغصوب معتبرة^(٢)

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن العبد ملكه والمولى لا يجب له على عبده دين.^(٣)
- ٢- أن ضمان الرهن ليس بضمان مال فإنه وإن تقرر لا يوجب الملك للمرتهن.^(٤)
- ٣- أن المضمونات تملك عند أداء الضمان من وقت الغصب.^(٥)
- ٤- أن تلك الجناية لم تكن جناية العبد على مولاه.^(٦)

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا جنى العبد المغصوب على المغصوب منه فجنايته معتبرة على الغاصب.
- ٢- إذا جنى الرهن على المرتهن فجنايته هدر.

(١) البيان ٣٩/٧.

(٢) بدائع الصنائع ١٦٧/٦.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المبسوط ٥١/٢٧.

(٥) بدائع الصنائع ١٦٧/٦.

(٦) المرجع السابق.

المبحث الثامن

الفرق بين جناية المكاتب وجناية المدبر وأم الولد^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن في جناية المكاتب يسعى في الأقل من قيمته ومن أرش الجناية بخلاف جناية المدبر وأم الولد فيجب على المولى الأقل من قيمتها ومن أرش الجناية.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ - كلتاهما فيهما رق.

ب - كلتاهما فيهما جناية خطأ.

ت - كلتاهما فيهما الأقل من القيمة.

وافترقتا في الحكم: فإن في جناية المكاتب يسعى في الأقل من قيمته ومن أرش الجناية؛ بخلاف جناية المدبر وأم الولد فيجب على المولى الأقل من قيمتها ومن أرش الجناية.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإذا جنى المكاتب جناية خطأ فعليه أن يسعى في الأقل من أرشها ومن قيمتها يوم جنى بخلاف المدبر وأم الولد"^(٢).

ووافقهم المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(١)

(١) ينظر: المبسوط ٥٥/٢٧، وبدائع الصنائع ٣٣٨/١٠، والمحيط البرهاني ١٣٧/٢٠،

(٢) المبسوط ٥٥/٢٧، بتصرف، وينظر: بدائع الصنائع ٣٣٨/١٠، والمحيط البرهاني ١٣٧/٢٠،

(٣) المدونة (٤/٦٠١).

(٤) البيان ٣٩٤/٨، المجموع ١٥/١٦.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن دفع المكاتب متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له فالواجب هو الأقل من القيمة ومن أرش الجناية^(٢).
- ٢- أن المكاتب بمنزلة الحر^(٣).
- ٣- أن مولى المدبر وأم الولد أحق بكسبهما^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق:

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا جنى المكاتب جناية خطأ فعليه أن يدفع الأقل من أرشها ومن قيمتها.
- ٢- إذا جنى المدبر جناية خطأ فعلى مولاه الأقل من قيمتها.

(١) شرح منتهى الإرادات ٥٩٥/٢

(٢) المبسوط ١٩٣/٧

(٣) المبسوط ٥٥/٢٧

(٤) المبسوط ١٩٣/٧

المبحث التاسع

الفرق بين الوصي، وبين الأب والجد في مسائل القصاص^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

- أ- أن للأب والجد استيفاء قصاص وجب لصغير بخلاف الوصي.
فلمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
أ- كلتاهما فيهما قصاص واجب لصغير.
ب- كلتاهما فيهما ولي للصغير.
وافترقتا في الحكم: فللأب والجد استيفاء قصاص وجب لصغير بخلاف الوصي

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

- أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:
نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "فللأب والجد أن يستوفي قصاصا وجب للصغير في النفس، وأما الوصي فلا يلي استيفاء القصاص في النفس"^(٢).
وأما المالكية فيرون أن للوصي استيفاء القصاص^(٣).
وأما الشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) فلا يرون لأحد أن يستوفي قصاصا ثبت للصغير مطلقا حتى يبلغ.
ب. دليل هذا الفرق.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٢٧٦/١٠، المحيط البرهاني ١٠٩/٢٠.

(٢) بدائع الصنائع ٢٧٦/١٠، المحيط البرهاني ١٠٩/٢٠.

(٣) المدونة ٦٦٣/٤، الشرح الكبير ٢٥٨/٤.

(٤) مغني المحتاج ٤٠/٤، المهذب ١٩٠/٣.

(٥) المغني ٣٩/٧، كشف القناع ٥٣٣/٥.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن هذه ولاية نظر ومصلحة كولاية النكاح فتثبت لمن كان مختصا بكمال الرأي والنظر والمصلحة في حق الصغير^(١).
- ٢- أن تصرف الوصي لا يصدر عن كمال النظر والمصلحة في حق الصغير لقصور في الشفقة الباعثة عليه^(٢).

ج. الاعتراضات الواردة على الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- أن للصغير حظا للقاتل بتأخير قتله وحظا للمستحق بإيصاله إلى حقه^(٣).
- ٢- أن للصغير استحقاق إتلاف نفس القاتل ومنفعته^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل امرأة ولها صغير فلأب استيفاء القصاص.
- ٢- إذا قتل رجل امرأة ولها صغير فليس للوصي استيفاء القصاص.

(١) بدائع الصنائع ١٠/٢٧٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) كشاف القناع ٥/٥٣٣.

(٤) المرجع السابق.

المبحث العاشر

الفرق بين المكاتب، وبين معتق البعض في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن المكاتب إذا قتل عمدا ولم يترك وفاء وله وارث غير المولى يجب القصاص على القاتل بخلاف معتق البعض إذا قتل ولم يترك وفاء حيث لا يجب القصاص. فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما جناية.

ب. كلتاهما قتل عمدا.

ج. كلتاهما يترك وفاءً.

د. كلتاهما فيهما رق.

وافترقتا في الحكم: فإن المكاتب إذا قتل عمدا ولم يترك وفاء وله وارث غير المولى يجب القصاص على القاتل بخلاف معتق البعض إذا قتل ولم يترك وفاء حيث لا يجب القصاص.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو حنيفة على هذا الفرق ففي بدائع الصنائع: (وذكر في المنتقى عند أبي حنيفة رضي الله عنه في معتق البعض إذا قتل عاجزا أنه لا قصاص، ففرق بينه وبين المكاتب، ووجه الفرق: أن موت المكاتب عاجزا يوجب انفساخ الكتابة، وجعلها كأن لم تكن، فالقتل صادفه وهو قن، وموت معتق البعض لا يوجب انفساخ العتق؛ إذ الإعتاق بعد وجوده لا يحتمل الفسخ، فالقتل صادفه ولا

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٢٧٦/١٠، والبحر الرائق ٣٣٩/٨.

ملك للمولى في كله، ولو قتل المكاتب وترك وفاء وورثة أحرارا سوى المولى لا قصاص بالإجماع؛ لأنه لا يستوفيه المولى لوقوع الشك في قيام المولى وقت القتل ولا الوارث؛ لاحتمال أنه مات عبدا لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم أنه يموت حرا أو عبدا فامتنع الوجوب^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن القتل صادم المكاتب وهو عبد^(٢).
- ٢- أن الإعتاق بعد وجوده لا يحتمل الفسخ فالقتل صادفه ولا ملك للمولى في كله^(٣).
- ٣- أن موت معتق البعض لا يوجب انفساخ العتق، إذ العتق بعد وجوده لا يحتمل الفسخ فالقتل صادفه ولا ملك للمولى في كله^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل المكاتب قتل عمد وعدوان ولم يترك وفاء فيجب القصاص للمولى.
- ٢- إذا قتل رجل معتق البعض قتل عمد وعدوان ولم يترك وفاء فلا يجب القصاص لمالك بعضه.

(١) بدائع الصنائع ٢٤٤/٧، وينظر: البحر الرائق ٢٥٤/٤.

(٢) البحر الرائق ٢٥٤/٤، بدائع الصنائع (٢٤٤/٧).

(٣) المرجع السابق.

(٤) بدائع الصنائع ٢٤٤/٧.

المبحث الحادي عشر

الفرق بين العبد، ومعتق البعض في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن العبد إذا قتل عمدا فيجب القصاص على القاتل بخلاف معتق البعض
فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
أ. كلاتهما فيهما جناية.

ب. كلاهما قتل عمدا.

ج. كلاتهما فيهما رق.

وافترقتا في الحكم: فالعبد إذا قتل عمدا فيجب القصاص على القاتل بخلاف معتق البعض

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق في المكاتب، والعبد من باب أولى فقالوا: "أن المكاتب إذا قتل
عمدا ولم يترك وفاء وله وارث غير المولى يجب القصاص على القاتل بخلاف معتق البعض إذا قتل ولم
يترك وفاء حيث لا يجب القصاص"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن الإعتاق بعد وجوده لا يحتمل الفسخ فالقتل صادفه ولا ملك للمولى في كله^(٣).

(١) ينظر: البحر الرائق ٢٥٤/٤، بدائع الصنائع ٢٤٤/٧.

(٢) البحر الرائق ٢٥٤/٤، بتصرف، وينظر: بدائع الصنائع ٢٤٤/٧.

(٣) البحر الرائق ٢٥٤/٤، بدائع الصنائع ٢٤٤/٧.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل عبدا قتل عمد وعدوان فيجب القصاص للمولى.
- ٢- إذا قتل رجل معتق البعض قتل عمد وعدوان فلا يجب القصاص لمالك بعضه.

المبحث الثاني عشر

الفرق بين جناية العبد على جماعة وجنأيته على واحد له وليان^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن العبد إذا جنى على جماعة دفع إليهم فكان مقسوما بينهم وإن شاء المولى أمسكه وغرم الجنايات بخلاف ما لو قتل العبد رجلاً خطأ وله وليان فعفا أحدهما دفع المولى إلى الباقي نصفه أو فداه بنصف الدية

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما جناية.

ب. كلتاهما الجناية من العبد.

ج. كلتاهما الجناية على أكثر من واحد.

وافترقتا في الحكم: في أن العبد إذا جنى على جماعة دفع إليهم فكان مقسوما بينهم وإن شاء المولى أمسكه وغرم الجنايات بخلاف ما لو قتل العبد رجلاً خطأ وله وليان فعفا أحدهما دفع المولى إلى الباقي نصفه أو فداه بنصف الدية

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو قتل العبد قتيلاً وله وليان فعفا أحدهما دفع المولى إلى الباقي نصفه أو فداه بنصف الدية ولو قتل قتيلاً خطأ وفقاً عين آخر دفعه المولى إليهما أو فداه"^(١).

(١) ينظر: المبسوط (٥٨/٢)، المحيط البرهاني ١٧٦/٢٠ البحر الرائق ٤١٦/٨.

ووافقهم المالكية^(٢)

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن النصيب الذي لم يعف انقلب مالا عند عفو الشريك فيكون هذا في نصيبه كالجناية الموجبة للمال في الأصل وهو الخطأ^(٣).
- ٢- أن كل واحد منهما تصرف فيه بجميع حقه^(٤).
- ٣- أن تعلق حق الأول لا يمنع تعلق حق الباقيين وللمولى أن يفدي بعضهم ويدفع إلى بعض مقدار ما تعلق به حقه^(٥).
- ٤- أن الحق متحد يجب للمقتول أولاً ثم ينتقل إلى الورثة بطريق الخلافة عنه وهذا موجب الجناية المتحدة وهنا الجنايات مختلفة وللمولى خيار الدفع أو الفداء فملك تعيين أحد الموجبين في كل جناية^(٦).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا جنى العبد على جماعة فللمولى أن يفديهم العبد بينهم أو غرم الجناية.
- ٢- إذا جنى العبد على من له وليان فعفا أحدهما دفع المولى نصف العبد إلى الآخر أو فداه بنصف الدية.

(١) المبسوط ٥٨/٢٧ بتصرف، وينظر: والمحيط البرهاني ١٧٦/٢٠ البحر الرائق ٤١٦/٨.

(٢) المدونة ٦٦٨/٤.

(٣) المبسوط ٥٨/٢٧.

(٤) المرجع السابق.

(٥) البحر الرائق ٤١٦/٨.

(٦) المرجع السابق.

المبحث الثالث عشر

الفرق بين الكسب والولد، وبين الأرش^(١)

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفيه مفردة واحدة: الكسب

أولاً: تعريف الكسب لغة:

قال ابن فارس: "الكاف والسين والباء أصل صحيح، وهو يدل على ابتغاء وطلب وإصابة. فالكسب من ذلك. ويقال كسب أهله خيراً، وكسبت الرجل مالا فكسبه"^(٢).

ثانياً تعريف الكسب اصطلاحاً:

لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي^(٣).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن الأمة إذا جنت فولدت بعد الجناية فاختر المولى الدفع لم يدفع الكسب ولا الولد بخلاف الأرش فيدفع.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما جنابة أمة.

ب- كلتاهما الأمة ولدت بعد الجنابة.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٣٢١/١٠، المحيط البرهاني ١٤٨/٢٠، المبسوط ٦٥/٢٧.

(٢) مقاييس اللغة، مادة كسب ١٧٩/٥، وينظر: تاج العروس، مادة كسب، ١٤٥/٤.

(٣) ينظر: التعريفات للخرجاني ص ٢٣٦.

وافترقتا في الحكم: فالأمة إذا جنت فولدت بعد الجناية فاختر المولى الدفع لم يدفع الكسب ولا الولد بخلاف الأرض فيدفع.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو كسب العبد الجاني كسباً أو كان الجاني أمة فولدت بعد الجناية فاختر المولى الدفع لم يدفع الكسب ولا الولد بخلاف الأرض أنه يدفع"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن الملك ثبت لمولى الجانية بالدفع لا قبله فكان الدفع تمليكا للعبد فإذا اقتصر الملك على حالة الدفع لم يظهر في حق الكسب والولد^(٢).

٢- أن الأرض بدل جزء كان واجب الدفع وحكم البدل حكم المبدل^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا جنت الأمة جنابة خطأ ثم ولدت فاختر المولى الدفع فلا يدفع الولد.

٢- إذا جنت الأمة جنابة خطأ ثم قطعت يدها فأخذ مولاهم الأرض فإنه يدفعها مع أرضها.

(١) بدائع الصنائع ٣٢١/١٠، وينظر: المحيط البرهاني ١٤٨/٢٠، المبسوط ٦٥/٢٧.

(٢) البحر الرائق ٤١٦/٨.

(٣) بدائع الصنائع ٣٢١/١٠، البحر الرائق ٤١٦/٨.

المبحث الرابع عشر

الفرق بين القن، والمدبر في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن المدبر إذا مات بعد جنايته لم تبطل على المولى القيمة بخلاف القن فيبطل حكم الجناية أصلاً.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما جناية من عبد مملوك.

ب- كلتاهما فيهما موت الجاني بعد الجناية.

وافترقتا في الحكم: فالمدبر إذا مات بعد جنايته لم تبطل على المولى القيمة بخلاف القن فيبطل حكم الجناية أصلاً.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: (إذا مات المدبر بعد الجناية لم تبطل على المولى القيمة؛ بخلاف القن إذا جنى ثم هلك أنه يبطل حكم الجناية أصلاً)^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن حكم جناية المدبر يلزم مولاه فيستوي فيه بقاء المدبر وهلاكه^(٣).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٣٣٦/١٠، البحر الرائق ٤١٤/٨، تبيين الحقائق ١٥٤/٦.

(٢) بدائع الصنائع ٣٣٦/١٠ بتصرف، وينظر: البحر الرائق ٤١٤/٨، تبيين الحقائق ١٥٤/٦.

(٣) بدائع الصنائع ٣٣٦/١٠.

٢- أن حكم جناية القن وجوب الدفع وبالموت خرج عن احتمال الدفع^(١).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا جنى المدبر ثم مات لم تبطل على المولى قيمة الجناية.

٢- إذا جنى القن ثم مات بطل حق المجني عليه.

(١) بدائع الصنائع ٣٣٦/١٠

المبحث الخامس عشر

الفرق بين العبد والأجير في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن المولى إذا أمر عبده أن يحفر بئرا في غير فنائه فوقع فيها إنسان فالضمان على العبد يخير المولى بالدفع أو الفداء بخلاف الأجير فالضمان على الأمر.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما جناية.

ب. كلتاهما فيهما الجاني مأمور.

ج. كلتاهما الجناية فيهما حفر بئر.

د. كلتاهما حفر البئر في غير فناء الأمر.

هـ. كلتاهما سقط في البئر إنسان.

وافترقتا في الحكم: فالمولى إذا أمر عبده أن يحفر بئرا في غير فنائه فوقع فيها إنسان فالضمان على العبد يخير المولى بالدفع أو الفداء بخلاف الأجير فالضمان على الأمر.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو أمر عبده أن يحفر بئرا في الطريق فحفر فوقع فيها إنسان فإن كان الحفر في فنائه فالضمان على عاقلة المولى وإن كان في غير فنائه فالضمان في رقبة العبد يخاطب المولى بالدفع أو الفداء بخلاف الأجير"^(١).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٣٦٢/١٠، البحر الرائق ٤٠٠/٨.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الأمر بالحفر لا ينصرف إلى غير فئائه فصار مبتدئا في الحفر بنفسه سواء أعلم العبد أنه ليس من فئائه أو لم يعلمه^(١).
- ٢- أن وجوب الضمان على الأمر هنا لوجود الغرور^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا أمر المولى عبده بحفر بئر في غير بيته فسقط فيها إنسان فيخير المولى بين دفع العبد أو الفداء.
- ٢- إذا استأجر الرجل أجيرا ليحفر بئرا في غير بيته فسقط فيها إنسان فالضمان على المؤجر.

(١) بدائع الصنائع ٣٦٢/١٠. بتصرف وينظر: البحر الرائق ٤٠٠/٨.

(٢) بدائع الصنائع ٣٦٢/١٠.

(٣) المرجع السابق.

المبحث السادس عشر

الفرق بين الصغير والكبير في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الصغير إذا ضربت أسنانه فتحركت ينتظر سنة بخلاف الكبير فلا ينتظر.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ - كلتاها فيهما جناية

ب - كلتاها الجناية على الأسنان.

وافترقتا في الحكم: فالصغير إذا ضربت أسنانه فتحركت ينتظر سنة؛ بخلاف الكبير فلا ينتظر.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو يوسف على هذا الفرق فقال: "ولو ضرب أسنان رجل وتحركت ينتظر بها حولاً،

وقال أبو يوسف رحمه الله ينتظر في الصغير ولا ينتظر في الرجل"^(٢).

وأما أبو حنيفة فيرى أنه ينتظر سنة في الصغير والكبير^(٣).

وأما محمد فيرى أنه ينتظر إذا تحركت وإذا سقطت لا ينتظر^(٤).

وأما الحنابلة فيرون أن الجناية على الصغير كالجناية على المكلف^(٥).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٤٥٦/١٠.

(٢) بدائع الصنائع ٤٥٦/١٠. بتصرف

(٣) بدائع الصنائع ٤٥٦/١٠.

(٤) المرجع السابق.

(٥) الإقناع ٢١٨/٤، كشف القناع ٣٦/٦، مطالب أولي النهى ١٢٥/٦.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن سن الصغير يثبت ظاهراً وغالباً^(١).

٢- أن سن الكبير لا تثبت ظاهراً^(٢).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق ما يأتي:

١- حديث: "يستأني بالجراح حتى تبرأ"^(٣).

وجه الدلالة: أن تقديرها بالسنة؛ لأنها مدة يظهر فيها حقيقة حالها من السقوط والتغير والثبوت والنص عام في الصغير والكبير^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا ضرب صغير في أسنانه فتحركت فينتظر سنة.

٢- إذا ضرب كبير في أسنانه فتحركت فلا ينتظر سنة.

(١) بدائع الصنائع ٤٥٦/١٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) لم أجده بهذا اللفظ، وفي معناه: ما روى أحمد في مسنده عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً طعن رجلاً بقرن في ركبته، فقال: يا رسول الله أقدني، فقال له عليه السلام: "لا تعجل حتى يبرأ جرحك"، قال: فأبى الرجل، إلا أن يستقيد، فأقاده رسول الله ﷺ، قال: فخرج الرجل المستقيد، وبرأ المستقيد منه، فأتى المستقيد إلى النبي ﷺ، فقال له: يا رسول الله عرجت منه، وبرأ صاحبي، فقال عليه السلام: "ألم أمرك أن لا تسقيد حتى يبرأ جرحك، فعصيتني؟ فأبعدك الله، وبطل عرجك"، قال: ثم أمر رسول الله ﷺ بعد من كان به جرح أن لا يستقيد حتى تبرأ جراحته، فإذا برأ استقاد. مسند الإمام أحمد، مسند عبد الله بن عمرو (٦٠٦/١١) وصححه الألباني في الإرواء ٢٩٨/٧.

(٤) بدائع الصنائع ٤٥٦/١٠.

المبحث السابع عشر

الفرق بين الذمي والمسلم في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن المسلم إذا كان راكباً دابة وهي تسير في طريق المسلمين فرمحت^(٢) الدابة مسلماً فلا ضمان على الراكب؛ بخلاف ما إذا كان راكبها مشركاً وسيرها في معسكر المسلمين فنفتحت^(٣) الدابة فقتلت مسلماً لم يغسل وجعل كأن المشرك باشر القتل بنفسه.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما جناية.

ب. المحني عليه في كليتهما مسلم.

ج. المباشر للجناية في كليتهما الدابة.

د. الجناية في كليتهما في معسكر المسلمين.

وافترقتا في الحكم: فالمسلم إذا كان راكباً دابة وهي تسير في طريق المسلمين فرمحت الدابة مسلماً فلا ضمان على الراكب؛ بخلاف ما إذا كان راكبها مشركاً وسيرها في معسكر المسلمين فنفتحت الدابة فقتلت مسلماً لم يغسل وجعل كأن المشرك باشر القتل بنفسه.

(١) ينظر: الفروق للكرابيسي ٣٣٣/٢

(٢) ضربها إياه برجلها، ينظر: مقاييس اللغة مادة رمح ٤٣٧/٢.

(٣) رمت بحافرها فضربت به، ينظر: مقاييس اللغة مادة نفح ٤٥٨/٥.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا رحمت دابة وهي تمشي في طريق المسلمين، وصاحبها راكب عليها فلا ضمان على الراكب، وإذا ركب مشرك وساق دابته وسيرها في معسكر المسلمين فنفتحت الدابة وصاحبها راكبها فنفتحت برجلها أو بيدها فقتلت مسلماً لم يغسل وجعل كأن المشرك باشر القتل بنفسه"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن المشرك متسبب في إتلافه، وكونه شهيداً متعلق بوجوب سبب من جهته يقع التلف بتلك الجهة لا بمباشرة^(٢).

٢- أن المسلم لو رمى هذا الكافر بنار فذهبت يمينا وشمالاً فأحرقت مسلماً لم يغسل، لكونه متسبباً^(٣).

٣- أن الضمان إنما يجب لكونه متلفاً، ولم يوجد إتلاف، والدليل عليه أنه لو أوقد ناراً في ملك نفسه فأحرقت ملك جاره لم يضمن، ولم يجعل مباشراً، كذلك هذا^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا ركب المسلم دابة في طريق المسلمين فرمحت الدابة مسلماً فلا يضمن راكبها.

٢- إذا ركب المشرك دابة في معسكر المسلمين فنفتحت الدابة ضمن الراكب.

(١) الفروق للكرائسي ٣٣٣/٢ بتصرف

(٢) ينظر: الفروق للكرائسي ٣٣٣/٢

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث الثامن عشر

الفرق بين إقرار العبد بجناية موجبة للمال، وإقراره بالقصاص^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن العبد إذا أقر بجناية توجب مالا فلا يصح إقراره؛ بخلاف إقراره بالقصاص على نفسه.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ - كلتاها فيهما إقرار

ب - كلتاها فيهما العبد يقر بجناية.

وافترقتا في الحكم: فالعبد إذا أقر بجناية توجب مالا فلا يصح إقراره؛ بخلاف إقراره بالقصاص على نفسه.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإذا أقر العبد بجناية موجبة للمال فإنه لا يصح إقراره إذا لم يصدقه المولى في إقراره بخلاف ما إذا أقر العبد بالقصاص على نفسه حيث صح إقراره"^(٢). ووافقهم المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

(١) ينظر: المحيط البرهاني ١٥٦/٢٠، البحر الرائق ٧٠/٥.

(٢) المحيط البرهاني ١٥٦/٢٠. بتصرف، وينظر: البحر الرائق ٧٠/٥.

(٣) ينظر: المدونة ٦١١/٤، ٦١٤، التاج والإكليل ٦٦٣/٦، شرح مختصر خليل ٨٨/٦، منح الجليل ٤٥٤/٩.

(٤) المجموع ٢٩٩/٢٠، الأم ٢٣٥/٦، البيان ٩٨/٦.

(٥) الفروع ٤١٣/١١، المبدع ٣٧٠/٨.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن العبد يقر على غيره وهو مولاه، لأن موجبها الدفع أو الفداء^(١).
- ٢- أن العبد في القصاص أقر على نفسه، فإن المستحق بالقصاص الدم والدم بقي على ملك العبد بعد الرق كما قبل الرق^(٢).
- ٣- أن إقرار العبد ليس مملوكا للمولى بدليل أن المولى إذا أقر على عبده بالقصاص فلا يصح^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا أقر العبد بجناية توجب مالا فلا يصح إقراره.
- ٢- إذا أقر العبد بأنه قتل فيصح إقراره.

(١) المحيط البرهاني ١٥٦/٢٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

المبحث التاسع عشر

الفرق بين الكلب والسهم في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن من رمى سهمه في الحل وهو حلال فأصابه في الحرم فعليه الجزاء بخلاف ما لو أرسل كلبه على صيد في الحل فطرد الكلب الصيد فقتله في الحرم فلا يضمن فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما بدأ الصيد في الحل.

ب. كلتاهما فيهما الصائد حلالاً.

ج. كلتاهما وقع الصيد فيهما في الحرم.

وافترقتا في الحكم: فمن رمى سهمه في الحل وهو حلال فأصابه في الحرم فعليه الجزاء بخلاف ما لو أرسل كلبه على صيد في الحل فطرد الكلب الصيد فقتله في الحرم فلا يضمن.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "رجل رمى صيدا في الحل وهو في الحل فأصابه في الحرم كان عليه الجزاء بخلاف ما لو أرسل كلبه على صيد في الحل فطرد الكلب الصيد حتى قتله في الحرم حيث لا يضمن"^(٢).

ووافقهم الشافعية^(٣).

(١) ينظر: المبسوط ٣٤١/٤، البحر الرائق ٢٩/٣.

(٢) المبسوط ٣٤١/٤ بتصرف، وينظر: البحر الرائق ٢٩/٣.

(٣) مغني المحتاج ٥٢٩/١.

وأما الحنابلة^(١) فيرون أن العبرة بمكان الصائد.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن رمي الصيد من جانيته^(٢).
- ٢- أن ذهاب السهم حتى وصل إلى الصيد كان بقوة الرامي^(٣).
- ٣- أن الرامي مباشر لذلك الفعل، وفي مباشرة الفعل لا فرق بين أن يكون متعديا وبين أن يكون غير متعد فيما يلزمه من الجزاء^(٤).
- ٤- أن الرامي يستوجب القصاص إذا رمى إلى مسلم عمدا فقتله^(٥).
- ٥- أن فعل الكلب ليس من جانيته^(٦).
- ٦- أن طرد الكلب الصيد فعل أحدثه الكلب فلا يصير المرسل به جانيا على صيد الحرم^(٧).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا رمى الرجل سهمه في الحل وهو حلال فأصابه في الحرم فعليه الجزاء.
- ٢- إذا أرسل الرجل كلبه على صيد في الحل فطرد الكلب الصيد فقتله في الحرم فلا يضمن.

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٥٤.

(٢) المبسوط ٤/٣٤١.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق.

المبحث العشرون

الفرق بين إرسال الدابة في الطريق، وبين إرسال الكلب أو البازي للاصطياد في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفيه مفردة واحدة: البازي.

تعريف البازي: "جنس من الصقور الصغيرة أو المتوسطة الحجم تميل أجنحتها إلى القصر وتميل أرجلها وأذناها إلى الطول"^(٢).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن الإنسان إذا أرسل بهيمة وساقها فكل شيء أصابته في فورها فإنه يضمه؛ بخلاف ما إذا أرسل طيرا أو كلبا ولم يكن سائقا أو انفلتت دابته فأصاب ما لا أو آدميا ليلا أو نهارا لا يضم. فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما جناية حيوان.

ب. كلتاهما فيهما إنسان أرسل الحيوان.

وافترقتا في الحكم: فالإنسان إذا أرسل بهيمة وساقها فكل شيء أصابته في فورها فإنه يضمه؛ بخلاف ما إذا أرسل طيرا أو كلبا ولم يكن سائقا أو انفلتت دابته فأصاب ما لا أو آدميا ليلا أو نهارا لا يضم.

(١) ينظر: البحر الرائق ٤١٢/٨، فتح القدير ٣٣٢/١٠، حاشية ابن عابدين ٦٠٧/٦.

(٢) المعجم الوسيط ٥٥/١.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا أرسل إنسان بهيمة وساقها فكل شيء أصابته في فورها فإنه يضمنه، وإن أرسل طيرا أو كلبا ولم يكن سائقا أو انفلتت دابته فأصابته مالا أو آدميا ليلا أو نهارا لا يضمن"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن بدن الدابة يحمل السوق^(٢) فيعتبر فيها السوق^(٣).
- ٢- أن بدن الطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء فلا يضمن مطلقا^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

- ١- إذا أرسل الإنسان البهيمة وهو يسوقها فقتلت إنسان فإنه يضمن.
- ٢- إذا أرسل الإنسان الكلب ليصيد له فقتل إنسان فلا يضمن.

(١) البحر الرائق ٤١٢/٨ بتصرف، ينظر: فتح القدير ٣٣٢/١٠، حاشية ابن عابدين ٦٠٧/٦.

(٢) السوق: قال ابن فارس: "السين والواو والقاف أصل واحد، وهو حدو الشيء. يقال ساقه يسوقه سوقا. والسيقة: ما استيق من الدواب. ويقال سقت إلى امرأتي صداقها، وأسقتها. والسوق مشتقة من هذا، لما يساق إليها من كل شيء، والجمع سوق، إنما سميت بذلك لأن الماشي ينساق عليها. مقاييس اللغة ١١٧/٣.

(٣) البحر الرائق ٤١٢/٨.

(٤) البحر الرائق ٣٤٤/٨، ٤١٢، حاشية ابن عابدين ٦٠٧/٦.

المبحث الحادي والعشرون

الفرق بين الأب والزوج في الضرب^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الأب لا يضمن في ضرب ابنه لو مات من أثر ضربه بخلاف الزوج فيضمن.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما ضرب.

ب. كلتاهما فيهما موت المضروب.

وافترقتا في الحكم: فالأب لا يضمن في ضرب ابنه لو مات من أثر ضربه بخلاف الزوج فيضمن.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو يوسف ومحمد على هذا الفرق فقالا: "الأب إذا ضرب ابنه الصغير تأديبا مثل ما يضرب للتأديب فعطب من ذلك لا شيء عليه، بخلاف الزوج إذا ضرب زوجته^(٢)."

وأما أبو حنيفة: فيرى أن الأب ضامن أيضا^(٣).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١ - أنه مأمور بالضرب شرعا لمنفعة تعود إلى الصغير وهو إصلاحه.^(١)

(١) ينظر: البحر الرائق ٥/٥٣، المبسوط ١٦/١٣، حاشية ابن عابدين ٤/٧٩.

(٢) المحيط البرهاني ٢٠/٤٣٢. وينظر: البحر الرائق ٥/٥٣، المبسوط ١٦/١٣.

(٣) المحيط البرهاني ٢٠/٤٣٢، حاشية ابن عابدين ٦/٥٦٧.

٢- أن الأب نظير المعلم.^(٢)

٣- أن الزوج مأذون له بضرب الزوجة لاستيفاء حقه فكان ضامنا.^(٣)

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق ما يأتي:

- أن الأب مستوف حقه لأن منفعة ضرب الصغير وهي صلاحه تعود إلى أب

الصغير^(٤).

ويجاب عنه: أنه ضرب ابنه لمصلحته لا لحظ نفسه.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا ضرب الأب ابنه فمات فلا شيء عليه.

٢- إذا ضرب الزوج زوجته فماتت فيضمن.

(١) المحيط البرهاني ٤٣٢/٢٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث الثاني والعشرون

الفرق بين الأب والمعلم في الضرب^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الأب يضمن إذا ضرب ابنه بخلاف المعلم إذا كان مأذونا له.

فلمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما جناية.

ب. كلتاهما فيهما ضرب.

ج. كلتاهما فيهما موت المجني عليه.

وافترقتا في الحكم: فالأب يضمن إذا ضرب ابنه بخلاف المعلم إذا كان مأذونا له.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو حنيفة على هذا الفرق فقال: "الفرق بين المعلم وبين الأب: أن المعلم معين في الضرب، فأما الأب فليس بمعين، بل هو مستوف حقه".

وأما أبو يوسف ومحمد فلا يرون أن الأب يضمن^(٢).

وأما المالكية والحنابلة فقالوا بنفي الضمان عن المعلم بشرط أن يكون الضرب قد حصل بإذن الأب أو الوصي، فضلا عن كونه لم يخرج عن الضرب المعتاد كما وكيفما ومحلا، وخالفهم الشافعية

(١) المحيط البرهاني ٤٣٢/٢٠.. وينظر: البحر الرائق ٥٣/٥، المبسوط ١٣/١٦، حاشية ابن عابدين ٧٩/٤.

(٢) المحيط البرهاني ٤٣٢/٢٠. ابن عابدين ٣٦٣/٥، وبدائع الصنائع ٣٠٥/٧، والمبسوط ١٣/١٦.

فقالوا: يضمن وإن كان بإذن الولي وكان مثله معتادا للتعليم، لأنه مشروط بسلامة العاقبة؛ إذ المقصود التأديب لا الهلاك^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١ - أن الأب مستوف حقه لأن منفعة ضرب الصغير وهي صلاحه تعود إلى أب الصغير^(٢).

٢ - أن المعلم معين في الضرب^(٣).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق ما يأتي:

- أن الأب مأمور بالضرب شرعا لمنفعة تعود إلى الصغير وهو إصلاحه^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١ - إذا ضرب الأب ابنه فمات فعليه الدية والكفارة.

٢ - إذا ضرب المعلم الصغير وهو مأذون له بالضرب فلا يضمن.

(١) مغني المحتاج ١٩٩/٤، نهاية المحتاج، حاشية الشيراملسي ٣٠٨/٥، المغني لابن قدامة ٢٣٧/٥، غاية المنتهى ٢٨٥/٣، جواهر الإكليل ٢٩٦/٢.

(٢) المحيط البرهاني ٤٣٢/٢٠.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث الثالث والعشرون

الفرق بين المحجور عليه والذمي في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن المحجور عليه إذا تضرر من دكان في الطريق فيس له المطالبة بخلاف الذمي.
فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
أ- كلاتهما فيهما تضرر.

وافترقتا في الحكم: فالمحجور عليه إذا تضرر من دكان في الطريق فيس له المطالبة بخلاف الذمي.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ومن أخرج إلى طريق العامة دكانا فلكل نزعه، أي لكل أحد من أهل المرور الخصومة مطالبة بالنقض كالمسلم البالغ العاقل الحر والذمي؛ لأن لكل منهم المرور بنفسه وبدوا به، فتكون له الخصومة بنفسه، كما في الملك المشترك؛ بخلاف المحجور عليهم حيث لا يؤمر بالهدم بمطالبتهم، بخلاف الذمي هذا إذا بنى لنفسه"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن الذمي تكون المطالبة بماله^(٣).

(١) ينظر: البحر الرائق ٣٩٥/٨، تبين الحقائق ١٤٢/٦.

(٢) البحر الرائق ٣٩٥/٨، بتصرف وينظر: تبين الحقائق ١٤٢/٦.

(٣) البحر الرائق ٣٩٥/٨، تبين الحقائق ١٤٢/٦.

٢- أن خصومة المحجور عليه لا تعتبر في ماله^(١).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق ما يأتي::

١- إذا تضرر المحجور عليه من دكان في الطريق فليس له المطالبة.

٢- إذا تضرر الذمي من دكان في الطريق فله المطالبة.

(١) البحر الرائق ٣٩٥/٨، تبين الحقائق (١٤٢/٦)

المبحث الرابع والعشرون

الفرق بين اللابس والحامل في ضمان الجناية^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن من حمل شيئاً في الطريق فسقط على إنسان ضمن؛ بخلاف ما لو كان رداء قد لبسه فسقط فلا يضمن.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما سقوط شيء من إنسان في الطريق.

ب. كلتاهما فيهما موت المجني عليه.

وافترقتا في الحكم: فمن حمل شيئاً في الطريق فسقط على إنسان ضمن بخلاف ما لو كان رداء قد لبسه فسقط فلا يضمن.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ومن حمل شيئاً في الطريق فسقط على إنسان ضمن، فلو كان المحمول رداء قد لبسه فسقط على إنسان فعطب به لا يضمن"^(٢).

(١) البحر الرائق ٤٠٠/٨، وحاشية ابن عابدين ٥٩٥/٦.

(٢) البحر الرائق ٤٠٠/٨ بتصرف، وينظر: حاشية ابن عابدين، فتح القدير ٣١٧/١٠.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن حمل المتاع في الطريق مباح لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي إلى الهدف أو الصيد^(١).

٢- أن الحامل يقصد حفظه فلا يخرج بالتقييد بوصف السلامة^(٢).

٣- أن اللابس يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بوصف السلامة فجعل في حقه مباحا مطلقا^(٣).

المطلب الثالث : تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا حمل الرجل سلاحا فسقط السلاح على آخر فمات فيضمن.

٢- إذا لبس الرجل لباس الحرب فسقط من لباسه شيء على آخر فمات فلا يضمن.

(١) البحر الرائق ٨/٤٠٠.

(٢) البحر الرائق ٨/٤٠٠، فتح القدير ١٠/٣١٧.

(٣) المرجع السابق.

المبحث الخامس والعشرون

الفرق بين ما إذا صاح على امرأة فألقت جنيناً ، وبين ما إذا خوفها بالضرب^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن من صاح على امرأة فألقت جنيناً فإنه لا يضمن، بخلاف ما إذا خوفها بالضرب فإنه يضمن.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما تخويف.

ب- كلتاهما فيهما إلقاء جنين.

وافترقتا في الحكم: فمن صاح على امرأة فألقت جنيناً فإنه لا يضمن، بخلاف ما إذا خوفها بالضرب فإنه يضمن.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق فقالوا: "إذا صاح على امرأة فألقت جنيناً لا يضمن وإذا خوفها بالضرب يضمن.

وجه الفرق أن في موتها بالتخويف وهو فعل صادر منه نسب إليه وبالصيح موتها بالخوف الصادر منها وصرحوا أنه لو صاح على كبير فمات لا يضمن، وأنه لو صاح عليه فجأة فمات منها تجب الدية.

(١) حاشية ابن عابدين ٥٨٨/٦.

وأقول: لا مخالفة؛ لأنه في الأول مات بالخوف المنسوب إليه، وفي الثاني بالصيحة فجأة المنسوبة إلى الصائح والقول للفاعل أنه مات من الخوف، وعلى الأولياء البينة أنه من التخويف. وعلى هذا فلو صاح على المرأة فجأة فألقت من صيخته يضمن ولو ألقت امرأة غيرها لا يضمن لعدم تعديه عليها فتأمله فإنه تحرير جيد ا. هـ. ملخصاً^(١).
وأما المالكية فيرون أنه إن كان التخويف لوجه شرعي فلا شيء فيه، وإن كان لغير وجه شرعي ففيه الضمان^(٢).

و أما الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) فيرون أنه يضمن.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- أن في موتها بالتخويف وهو فعل صادر منه نسب إليه وبالصياح موتها بالخوف الصادر منها.

المطلب الثالث: التطبيقات على هذا الفرق.

من التطبيقات على هذا الفرق:

- ١- إذا صاح رجل على امرأة فألقت جنيناً فإنه لا يضمن،
- ٢- إذا خوف رجل امرأة بالضرب فألقت الجنين فإنه يضمن.

(١) حاشية ابن عابدين، ٥٨٨/٦

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ٣٧٧/٤

(٣) أسنى المطالب، ٦٩/٤، حاشيتا قليوبي وعميرة، ١٤٧/٤، ٣٣٦/٥

(٤) الفروع، ١٣/٦، الإنصاف، ٥٣/١٠، كشف القناع، ١٦/٦.

المبحث السادس والعشرون

الفرق بين الحفر والإشراع في مسائل الجنايات^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفيه مفردة واحدة وهي الإشراع.

أولاً: تعريف الإشراع لغة:

قال ابن فارس: "الشين والراء والعين أصل واحد، وهي شيء يفتح في امتداد يكون فيه، ويقال: أشرعت طريقاً إذا أنفذته وفتحته"^(٢).

ثانياً: تعريف الإشراع اصطلاحاً:

لا يخرج المعنى اللغوي عن المعنى الاصطلاحي^(٣).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن الأجير في الإشراع - إذا لم يعلم بكون الفناء ليست للآمر - ضمن، ورجع على الأمر؛ وبخلاف الأجير في الحفر لم يضمن أصلاً.

فالمسالتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فبهما أجير

ب. كلتاها فيهما عمل من الأجير.

(١) حاشية ابن عابدين ٥٩٦/٦.

(٢) مقاييس اللغة، مادة شرع، ٢٦٢/٣، وينظر: العين، مادة شرع، ٢٥٣/١.

(٣) البحر الرائق ٣٩٦/٨.

وافترقتا في الحكم: فالأجير في الإشرع - إذا لم يعلم بكون الفناء ليست للآمر - ضمن، ورجع على الأمر؛ وبخلاف الأجير في الحفر لم يضمن أصلاً.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن.

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ووجه الفرق بين الحفر والإشرع: فإن الأجير في الإشرع إذا لم يعلم ضمن، ورجع على الأمر؛ وفي الحفر لم يضمن أصلاً"^(١). ووافقهم المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) لأن الانتفاع بالشارع مشروط بسلامة العاقبة، بأن لا يضر بالمارة، وما تولد منه مضمون، وإن كان إشراعاً جائزاً.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الأمر متسبب ومشروع الجناح مباشر^(٥).
- ٢- أن الأمر في الحفر متسبب أيضاً، والمتسبب يضمن إذا كان متعدياً والمتعدي هنا هو الأمر فقط^(٦).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا استأجر رجل آخر لإشرع في غير فئائه ولم يعلم الأجير فعطب به أحد ضمن المباشر ورجع على المؤجر.

(١) حاشية ابن عابدين ٥٩٦/٦، البحر الرائق ٣٩٦/٨.

(٢) ينظر: جواهر الإكليل ١٢٣/٢، الفروق للقراي ١٦/٤.

(٣) ينظر: المهذب ١٤١/١ تحفة المحتاج ١١/٩.

(٤) المغني ٤٢٧/٨، الإقناع ٢٠٠/٤، شرح منتهى الإرادات ٢٩٣/٣.

(٥) حاشية ابن عابدين ٥٩٦/٦.

(٦) حاشية ابن عابدين ٥٩٦/٦.

٢- إذا استأجر رجل آخر لحفر بئر في غير فنائه ولم يعلم الأجير فعطب به أحد ضمن المتسبب.

الفصل الثالث

فروق مسائل كتاب الجنايات

وفيه أربعون مبحثاً:

- المبحث الأول: الفرق بين ضمان الجناية وضمن المتلفات.
- المبحث الثاني: الفرق بين الجناية على النفس، والجناية على ما دون النفس.
- المبحث الثالث: الفرق بين الجناية على الآدمي، والجناية على المال.
- المبحث الرابع: الفرق بين الشهادة والإقرار في مسائل الجنايات.
- المبحث الخامس: الفرق بين الضربة والضربات في مسائل الجنايات.
- المبحث السادس: الفرق بين المثلث والحديد في مسائل الجنايات.
- المبحث السابع: الفرق بين الرهن والكفالة في توثيق الأرض.
- المبحث الثامن: الفرق بين القتل العمد والقتل الخطأ.
- المبحث التاسع: الفرق بين الإثبات والاستيفاء في مسائل الجنايات.
- المبحث العاشر: الفرق بين الاستيفاء والعفو في القصاص.
- المبحث الحادي عشر: الفرق بين الإبراء والاستيفاء.
- المبحث الثاني عشر: الفرق بين الدفع والفداء في مسائل الجنايات.
- المبحث الثالث عشر: الفرق بين وقوف الدابة وسيرها إذا جنت.
- المبحث الرابع عشر: الفرق بين إذا مال الحائط إلى ملك إنسان، وبين ما إذا مال إلى الطريق.

- المبحث الخامس عشر: الفرق بين ما إذا أعطى الأرض بغير قضاء، وبين ما إذا أعطاه بقضاء القاضي.
- المبحث السادس عشر: الفرق بين حق صاحب الدين، وحق ولي الجناية.
- المبحث السابع عشر: الفرق بين الحفر وغيره في مسائل الجنايات.
- المبحث الثامن عشر: الفرق بين الدفع بقضاء، والدفع بغير قضاء.
- المبحث التاسع عشر: الفرق بين الإبراء من الجناية قبل قضاء القاضي، وبعد قضاء القاضي.
- المبحث العشرون: الفرق بين الأمر بالقتل، والأمر بقطع الطرف.
- المبحث الحادي والعشرون: الفرق بين القتل مباشرة، والقتل تسبباً .
- المبحث الثاني والعشرون: الفرق بين القتل والقطع بحق.
- المبحث الثالث والعشرون: الفرق بين العفو عن القطع، والعفو عن القتل.
- المبحث الرابع والعشرون: الفرق بين القطع بغير حق، وبين القطع بحق.
- المبحث الخامس والعشرون: الفرق بين الخلع والنكاح في مسائل الجنايات.
- المبحث السادس والعشرون: الفرق بين البيع والهبة في مسائل الجنايات.
- المبحث السابع والعشرون: الفرق بين التعدي، وعدم التعدي في مسائل الجنايات.
- المبحث الثامن والعشرون: الفرق بين المماثلة، وعدم المماثلة في مسائل القصاص.
- المبحث التاسع والعشرون: الفرق بين الضرب والشجة في مسائل الجنايات.
- المبحث الثلاثون: الفرق بين الشعر والعقل وبين غيرهما في مسائل

الجنايات.

- المبحث الحادي والثلاثون: الفرق بين السن وسائر العظام في مسائل

الجنايات.

- المبحث الثاني والثلاثون: الفرق بين السم والحجر في الجنايات.

- المبحث الثالث والثلاثون: الفرق بين بدل المفاصل، وبدل الكف والزند.

- المبحث الرابع والثلاثون: الفرق بين ذهاب العقل بالشجة، وذهاب السمع أو البصر.

- المبحث الخامس والثلاثون: الفرق بين الرزق والعطاء في مسائل الديات.

- المبحث السادس والثلاثون: الفرق بين البيع والعق في مسائل الجنايات.

- المبحث السابع والثلاثون: الفرق بين ضمان الفعل وضمن القول في الجنايات.

- المبحث الثامن والثلاثون: الفرق بين العفو عن الجناية والعفو عن القطع.

- المبحث التاسع والثلاثون: الفرق بين الأب والأخ في ولاية القصاص.

- المبحث الأربعون: الفرق بين النقل والضم في مسألة العاقلة.

المبحث الأول

الفرق بين ضمان الجناية و ضمان المتلفات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

- أ. أن ضمان الجناية مقدر شرعا بخلاف ضمان المتلف.
- فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
- أ. كلتاهما فيهما ضمان.
- ب. كلتاهما فيهما تعويض عن حق.
- وافترقتا في الحكم: ف ضمان الجناية مقدر شرعا بخلاف ضمان المتلف.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

- أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.
- نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ضمان الجناية إنما يفارق ضمان المتلفات في كونه مقدرًا"^(٢).

ووافقهم المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

(١) ينظر: المبسوط ٧٥/٢٦، بدائع الصنائع ٣١٣/٧.

(٢) المبسوط ٧٥/٢٦، بتصرف، وينظر: بدائع الصنائع ٣١٣/٧.

(٣) الذخيرة ٤٢٠/١٢، والشرح الصغير ٣٨٢/٤.

(٤) روضة الطالبين ٢٦٤/٣، مغني المحتاج ٢٤/٤.

(٥) المغني ١٤٥/٥، الإقناع ٢٠٩/٤.

١- أن ما دون أرش الموضحة في معنى ضمان المال، فإنه لا يجب إلا باعتبار التقويم وهو غير مقدر شرعاً^(١).

٢- أن ضمان الجناية إنما يفارق ضمان المتلفات في كونه مقدراً شرعاً، وأن أدنى ذلك أرش الموضحة فما دون ذلك بمنزلة ضمان المتلفات^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا جنى رجل على آخر بإتلاف عينه فالجني عليه مخير بين القصاص وبين الدية.
- ٢- إذا جنى رجل على آخر بشجه في رأسه فأتلف ما لا يقتص به فعلى الجاني ضمانه.

(١) ينظر: المبسوط ٧٥/٢٦.

(٢) المرجع السابق.

المبحث الثاني

الفرق بين الجناية على النفس، والجناية على ما دون النفس^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الرجل إذا قتل اثنين فقضي لأحدهما وقتل لم يجب للآخر شيء بخلاف ما لو قطع أيدهما فقطع لأحدهما فلا آخر دية يده.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما جناية.

ب. كلتاهما فيهما الجناية على اثنين.

ج. كلتاهما فيهما قضي لواحد.

وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا قتل اثنين فقضي لأحدهما وقتل لم يجب للآخر شيء بخلاف ما لو قطع أيدهما فقطع لأحدهما فلا آخر دية يده.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق وتضمن.

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإذا قتل واحد رجلين يقتص بهما ولا يغرم الدية، وإن حضر أحدهما والآخر غائب كان للحاضر أن يستوفي القصاص، ولو كان قطع اليدين لهما فقطع لأحدهما والمسألة بحالها فلا آخر دية يده؛ بخلاف القصاص بالنفس إذا قضى لأحدهما وقتله لم يجب للآخر شيء"^(٢).

(١) ينظر: البحر الرائق ٣٥٥/٨، حاشية ابن عابدين ٥٥٨/٦، المحيط البرهاني ٢٠/٢٠.

(٢) البحر الرائق ٣٥٥/٨ بتصرف، وينظر: حاشية ابن عابدين ٥٥٨/٦، المحيط البرهاني ٢٠/٢٠.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أنه بقتله صار كل واحد منهما مستوفيا حقه على الكمال^(١).
- ٢- أن حق كل واحد منهما في عدم الحياة وبقتل الواحد حصل لهما إعدام الحياة^(٢).
- ٣- أن لكل واحد حق في إتلاف كل النفس واستيفاء البعض لمكان المزاحمة ولا مزاحمة هنا^(٣).
- ٤- أن حق الحاضر قد ظهر عند القاضي وحق الغائب لم يظهر وصار كأحد الشفيعين إذا حضر فقضى له بالجميع فكذا هذا^(٤).
- ٥- أن فوات حقه بسبب قصور في المحل لا يضر عن إيفاء حق كل واحد منهما فيجب الضمان^(٥).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل اثنين عمدا وعدوانا فقضى للأول فقتل به فلا يغرم الدية للآخر.
- ٢- إذا قطع رجل يدي رجلين فقضى للأول فقطع فلا آخر دية يده.

(١) ينظر: البحر الرائق ٨/٣٥٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

المبحث الثالث

الفرق بين الجناية على الآدمي، والجناية على المال^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن المولى يخير في جناية عبده على الآدمي بين الدفع والفداء بخلاف جنايته على المال فيخير بين الدفع والبيع.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما جناية.

ب. كلتاهما فيهما الجاني عبد.

ج. كلتاهما فيهما تخيير المولى.

وافترقتا في الحكم: ففي جناية العبد على الآدمي يخير المولى بين الدفع والفداء؛ بخلاف جنايته على المال فيخير بين الدفع والبيع.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "فرق بين الجناية على الآدمي أو على المال ففي الأول خير المولى بين الدفع والفداء، وفي الثاني بين الدفع والبيع"^(٢).

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين، ٦/٦١٢، فتح القدير، ١٠/٣٣٩، المحيط البرهاني، ٢٠/١٢٢.

(٢) حاشية ابن عابدين، ٦/٦١٢ بتصرف، وينظر: فتح القدير، ١٠/٣٣٩، المحيط البرهاني، ٢٠/١٢٢.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- عن علي - رضي الله عنه - قال: (ما جنى العبد ففي رقبتة، ويخير مولاه، إن شاء فداه وإن شاء دفعه)^(١).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا جنى العبد على آخر ففقطعه يده خير مولاه بين الدفع والفداء.
- ٢ - إذا جنى العبد على مال آخر فأتلفه خير مولاه بين الدفع والبيع.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة، كتاب الديات، باب العبد يجني جناية، ٣٨٤/٥، ينظر نصب الراية، ٣٨٩/٤.

المبحث الرابع

الفرق بين الشهادة والإقرار في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الرجلين إذا أقر كل واحد منهما أنه قتل رجلاً منفرداً، فقال الولي: قتلاه جميعاً، فله قتلتهما بخلاف إن شهد اثنان على رجل أنه قتله، وشهد آخران على آخر أنه قتله بطلت الشهادة. فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما جنائية.

ب. كلتاهما فيهما الجنائية من اثنين.

ج. كلتاهما فيهما الجنائية فيها قتل.

وافترقتا في الحكم: فالرجلان إذا أقر كل واحد منهما أنه قتل رجلاً منفرداً، فقال الولي: قتلاه جميعاً، فله قتلتهما بخلاف إن شهد اثنان على رجل أنه قتله، وشهد آخران على آخر أنه قتله بطلت الشهادة.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإن أقر كل واحد منهم أنه قتله وقال الولي قتلاه جميعاً له قتلتهما، ولو كان مكان الإقرار شهادة لغت"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

(١) ينظر: البحر الرائق، ٣٧٠/٨، فتح القدير، ٢٦٦/١٠، حاشية ابن عابدين، ٥٧٠/٦.

(٢) البحر الرائق ٣٧٠/٨، وينظر: المحيط البرهاني ٤٠١/٢٠، فتح القدير، ٢٦٦/١٠، وحاشية ابن عابدين ٥٧٠/٦.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن كل واحد من الإقرار والشهادة يثبت أن كل القتل وجد من المقر والمشهود عليه^(١).
- ٢- أن معنى قوله: "أنا قتلت" انفردت بقتله، وكذا قول الشهود قتله فلان يوجب انفراده بالقتل، وقول الولي قتلاه تكذيب له حيث ادعى اشتراكهما في القتل فكأنه قال: لم ينفرد أحد كما يقتله بل شاركه الآخر، وهذا القدر من التكذيب يمنع صحة قبول الشهادة لادعائه فسقهم به^(٢).
- ٣- أن القتل لا يتكرر^(٣).
- ٤- أن فسق المقر لا يمنع صحة الإقرار^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا أقر رجلان بقتل رجل كل بمفرده ووليه يدعي اجتماعهما فإن المقرين يقتلان.
- ٢- إذا شهد اثنان على رجل أنه قتل آخر وشهد آخران على آخر أنه هو القاتل بطلت الشهادة.

(١) ينظر: البحر الرائق ٨/٣٧٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) ينظر: المبسوط ٢٦/٩٤.

(٤) ينظر: البحر الرائق ٨/٣٧٠.

المبحث الخامس

الفرق بين الضربة والضربات في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق:

أن التهديد بالضرب بالسوط مع المولاة كالتهديد في القتل في حكم الإكراه؛ بخلاف التهديد بضرب سوط واحد.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما تهديد بالضرب.

ب- كلتاهما الضرب بالسوط

وافترقتا في الحكم: فالتهديد بالضرب بالسوط مع المولاة كالتهديد بالقتل في حكم الإكراه بخلاف التهديد بضرب سوط واحد.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "التهديد بالضرب بالسوط مع المولاة كالتهديد بالقتل في حكم الإكراه بخلاف التهديد بضرب سوط واحد"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

(١) ينظر: المبسوط ١١١/٢٦، بدائع الصنائع ١٧٥/٧.

(٢) المبسوط ١١١/٢٦، بتصرف، وينظر: بدائع الصنائع ١٧٥/٧.

- ١- حديث عبد الله بن عمرو، رضي الله عنهما، قال: قال صلى الله عليه وسلم: "قتيل الخطأ شبه العمد، قتل السوط والعصا، مائة من الإبل"^(١).
- وجه الدلالة: أن قتل السوط، يكون قتل خطأ العمد، وإن الواجب فيه الدية، والمعنى فيه أن القتل حصل بمجموع أفعال لو حصل بكل واحد منها على الانفراد لا يتعلق به القصاص.
- ٢- أن شرب القليل من المثلث^(٢) لا يكون موجبا للحد، فإن استكثر منه حتى سكر لزمه الحد باعتبار أن القليل منه ممرئ للطعام، والكثير مسكر، وإذا حصل السكر بالكثير منه لا يميز بعض الفعل عن البعض، بل يجعل الكل كفعل واحد حتى يتعلق به ما يندرى بالشبهات، وهو الحد فهذا مثله^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا هدد رجل له سلطة بضرب رجل ضربات متوالية فهو كالتهديد بالقتل.
- ٢- إذا هدد رجل آخر بالضرب بسوط واحد فليس له حكم التهديد بالقتل.

(١) أخرجه ابن ماجه، كتاب الديات، باب شبه دية العمد مغلظة، ٨٧٧/٢، وصححه الألباني في إرواء الغليل، ٢٦٢/٧.

(٢) المثلث: عصير العنب يغلى حتى يتبخر ثلثه ويبقى ثلثه. معجم لغة الفقهاء ص: ٤٠٤.

(٣) ينظر: المبسوط ١١١/٢٦.

المبحث السادس

الفرق بين المثلث والحديد في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

- أ- أن القتل بالمثلث لا يوجب العمد؛ بخلاف القتل بالحديد.
فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
أ- كلتاهما فيهما قتل.
ب- كلتاهما فيهما استعمال آلة.
وافترقتا في الحكم: فالقتل بالمثلث لا يوجب العمد؛ بخلاف القتل بالحديد.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

- أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.
نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "القتل بآلة غير معدة للقتل دليل عدم القصد، والمثلث وما يجري مجراه ليس بمعد للقتل عادة؛ بخلاف القتل بحديد لا حد له"^(٢).
وأما أبو يوسف^(٣) ومحمد^(٤) والمالكية^(٥) والشافعية^(٦) والحنابلة^(٧) فيرون أن القتل بالحديد والمثلث من القتل العمد.

(١) ينظر: بدائع الصنائع، ٢٥٣/١٠، البحر الرائق، ٢١١/٢، فتح القدير، ٤٣١/٥.

(٢) بدائع الصنائع، ٢٥٣/١٠. بتصرف، وينظر: البحر الرائق، ٢١١/٢، فتح القدير، ٤٣١/٥.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٢٥٣/١٠.

(٤) المرجع السابق.

(٥) الذخيرة ٢٧٩/١٢، الشرح الكبير للدردير ٢٤٢/٤.

(٦) روضة الطالبين ١٢٣/٩، مغني المحتاج ٢/٤.

(٧) المغني ٢١٠/٨، الروض المربع ١٦٨/٧.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- قوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾^(١).
- وجه الدلالة: أن القتل بالعمود معتاد فكان القتل به دليل القصد فيتمحض عمدا^(٢).
- ٢- أن القتل بآلة غير معدة للقتل دليل عدم القصد^(٣).
- ٣- أن تحصيل كل فعل بالآلة المعدة له فحصوله بغير ما أعد له دليل عدم القصد^(٤).
- ٤- أن المثلث وما يجري مجراه ليس بمعد للقتل عادة فكان القتل به دلالة عدم القصد^(٥).
- ٥- أن المثلث يتمكن في العمدية شبهة العمد^(٦).
- ٦- أن الحديد آلة معدة للقتل^(٧).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- أن القتل بالمثلث يقتل مثله غالبا^(٨).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل آخر بمثلث فلا يقتل.
- ٢- إذا قتل رجل آخر بحديدة فيقتل.

(١) سورة الحديد، آية ٢٥.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع ١٠/٢٥٣.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق.

(٨) المغني ٨/٢١٠.

المبحث السابع

الفرق بين الرهن والكفالة في توثيق الأرض^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الرجل إذا جنى على اثنين فحكم لهما بالأرث وأخذاً به كفيلاً ، ثم عفا أحدهما لم يسقط حق الآخر في طلب القصاص ، بخلاف ما لو أخذاً به رهناً ، ثم عفا أحدهما سقط حق الآخر في القصاص.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما جناية على اثنين.

ب. كلتاهما فيهما أرث.

ج. كلتاهما فيهما عفو من أحد المجني عليهما.

وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا جنى على اثنين فحكم لهما بالأرث وأخذاً به كفيلاً ثم عفا أحدهما لم يسقط حق الآخر في طلب القصاص ، بخلاف ما لو أخذاً به رهناً ثم عفا أحدهما سقط حق الآخر في القصاص.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو لم يكونا أخذاً المال وأخذاً به كفيلاً ثم عفا أحدهما فالمسألة على الخلاف أيضاً، ولو كانا أخذاً بالمال رهناً كان هذا بمنزلة قبض المال إذا عفا أحدهما بعد ذلك لم يكن للآخر أن يستوفي القصاص، ألا ترى أنه يتم استيفاؤهما بهلاك الرهن وأنه يعتبر

(١) ينظر: المبسوط ١٢٨/٢٦.

قيمة الرهن وقت القبض فتقام يد الاستيفاء مقام حقيقة الاستيفاء في إرث الشبهة؛ بخلاف الكفالة^(١).

وفي رواية أخرى للحنفية أنه لا يسقط حق أحدهما في المسألتين^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١ - الاستحسان، فموجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء لهما^(٣).

٢ - أنه يتم استيفاؤهما بهلاك الرهن وأنه يعتبر قيمة الرهن وقت القبض فتقام يد الاستيفاء مقام حقيقة الاستيفاء في إرث الشبهة^(٤).

٣ - أن بالكفالة تزداد المطالبة ولا تثبت يد الاستيفاء فبقي كل حق واحد منهما بعد الكفالة في جميع القصاص كما كان قبله^(٥).

٤ - أن تأثير الكفالة في توجه المطالبة بالأرض على الكفيل، وذلك لا يكون أقوى من توجه المطالبة لهما بالأرض على الأصيل بقضاء القاضي ثم هناك لو عفا أحدهما كان للآخر القصاص فهذا مثله^(٦).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق، والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- أن الرهن وثيقة بالأرض كالكفالة فكما أن عفو أحدهما بعد كفالة الكفيل بالأرض لا يمنع الآخر من الاستيفاء أي استيفاء القصاص فكذلك بعد الرهن؛ لأن بالارتهان لم يتم ملكهما في الأرض ولا في بدله^(٧).

(١) المبسوط ١٢٨/٢٦، بتصرف.

(٢) المبسوط ١٢٨/٢٦.

(٣) ينظر: المبسوط ١٢٨/٢٦.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا جنى رجل على اثنين فحكم القاضي بالأرش لهما وجعلا لهما كفيلًا ، فعفا أحدهما لم يسقط حق الآخر في طلب القصاص.

٢- إذا جنى رجل على اثنين فحكم القاضي بالأرش لهما وأخذاه به رهناً ، ثم عفا أحدهما سقط حق الآخر في القصاص.

المبحث الثامن

الفرق بين قتل العمد وقتل الخطأ^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الشاهدين من الورثة إذا شهدا على أحدهم أنه عفا عن حصته في قتل الخطأ فشهادتهما جائزة بخلاف العمد.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما شهادتان.

ب. كلتاهما فيهما الشهادة من الورثة.

ج. كلتاهما فيهما الشهادة على عفو آخر.

وافترقتا في الحكم: فالشاهدان من الورثة إذا شهدا على أحدهم أنه عفا عن حصته في قتل الخطأ فشاهدتهما جائزة؛ بخلاف العمد.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا شهد شاهدان من الورثة على بعضهم أنه عفا عن حصته والقتل خطأ فشاهدتهما جائزة؛ بخلاف العمد"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

(١) ينظر: المبسوط ١٤٧/٢٦.

(٢) المبسوط ١٤٧/٢٦. بتصرف

- ١- أن الشاهدين لا يجبران إلى أنفسهما شيئاً بشهادتهما في قتل الخطأ^(١).
- ٢- أن الشاهدين في قتل العمد ينقلان حقهما من القصاص إلى الدية بشهادتهما^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل رجلاً خطأ وشهد اثنان من الورثة بأن أحد الورثة تنازل عن حصته فشهادتهما جائزة.
- ٢- إذا قتل رجل رجلاً عمداً وشهد اثنان من الورثة بأن أحد الورثة تنازل عن طلب القصاص فشهادتهما غير جائزة.

(١) ينظر: المبسوط ١٤٧/٢٦.

(٢) المرجع السابق.

المبحث التاسع

الفرق بين الإثبات والاستيفاء في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الوكالة تقبل في إثبات دم العمد من جانب المدعي والمدعى عليه بخلاف الاستيفاء.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما وكالة.

ب. كلتاها فيهما دم عمد.

وافترقتا في الحكم: فالوكالة تقبل في إثبات دم العمد من جانب المدعي والمدعى عليه بخلاف

الاستيفاء.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص أبو حنيفة على الفرق، ففي المبسوط: "وتقبل الوكالة في إثبات دم العمد من جانب

المدعي والمدعى عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله، وبه فارق الاستيفاء^(٢).

ووافقه المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) في أن الوكالة تقبل في الإثبات.

وأما في الاستيفاء فالمالكية^(١) والحنابلة^(٢) فيرون الجواز، وللشافعية^(٣) قولان: الجواز والبطلان.

(١) ينظر: المبسوط ١٥٤/٢٦، بداية المبتدي ص: ١٥٩.

(٢) المبسوط ١٥٤/٢٦، بتصرف، بداية المبتدي ص: ١٥٩.

(٣) جواهر الإكليل ١٢٥/٢، بداية المجتهد لابن رشد ٢٩٧/٢.

(٤) الحاوي في فقه الشافعي ٨٧/١٣، حاشية البجيرمي ١١٢/٣.

(٥) المغني ٦٦/٥، كشف القناع ٤٦٥/٣.

وأما أبو يوسف فيرى أن الوكالة لا تقبل في الإثبات^(٤).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن هذا أحد بدلي النفس فيجوز التوكيل في إثباته كالدية^(٥).
- ٢- أن الغلط متى وقع في الإثبات أمكن تداركه سواء كان الثابت القصاص أو المال^(٦).
- ٣- أن الاستيفاء إذا وقع الغلط فيه لا يمكن تداركه وتلافيه ولهذا لم يجز التوكيل فيه حال غيبة الموكل^(٧).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق، والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- أن الوكيل نائب عن الموكل ولا مدخل للنائب في إثبات دم العمد حتى لا يثبت بكتاب القاضي إلى القاضي^(٨).
 - ٢- أن الاستيفاء محض حقه ويدخله النيابة في الاستيفاء فيكون بمنزلة المال^(٩).
- وأجيب عنهما: بأن القصاص عقوبة تدرئ بالشبهات فلا يجوز استيفاؤها مع الشبهة ويجوز في استيفاء الوكيل مع غيبة الموكل وقد تتمكن شبهة العفو لجواز أن يكون الموكل عفا والوكيل لا يعلمه بذلك ومتى وقع الغلط في الاستيفاء لا يمكن تداركه فأما إذا كان الموكل حاضرا فشبهة العفو تنعدم بحضوره وقد تمس الحاجة إلى ذلك فمن الناس من لا يهتدي إلى القتل ومنهم من لا يتجاسر

(١) جواهر الإكليل ١٢٥/٢، بداية المجتهد ٢٩٧/٢.

(٢) المغني ٦٦/٥، والإنصاف ٣٦١/٥، والمبدع ٣٥٩/٤.

(٣) الحاوي في فقه الشافعي (٨٧/١٣)، حاشية البحريني ١١٢/٣.

(٤) ينظر: المبسوط ١٥٤/٢٦، بداية المبتدي (ص: ١٥٩).

(٥) ينظر: المبسوط ١٥٤/٢٦.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق.

(٨) المرجع السابق.

(٩) المرجع السابق.

عليه فللحاجة جوزنا التوكيل بالاستيفاء عند حضرة الموكل والقصاص فيما دون النفس كالقصاص في النفس في ذلك^(١).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل آخر قتل عمداً، فقام الورثة بتوكيل من يطالب بالقصاص صح.
- ٢- إذا قتل رجل آخر قتل عمداً، ثم حكم للورثة بالقصاص، فقام الورثة بتوكيل من يستوفي القصاص لم يصح.

(١) ينظر: المبسوط ١٥٤/٢٦.

المبحث العاشر

الفرق بين الاستيفاء والعفو في القصاص^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن القصاص لا يحتمل التجزي، فإما أن يتكامل فيه حق كل واحد منهم أو ينعلم بخلاف العفو عنه فإنه قابل للتجزي.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما قتل عمد.

ب. كلتاهما فيهما ورثة.

وافترقتا في الحكم: فالقصاص لا يحتمل التجزي، فإما أن يتكامل فيه حق كل واحد منهم أو ينعلم بخلاف العفو عنه فإنه قابل للتجزي.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "القصاص لا يحتمل التجزي، فإما أن يتكامل فيه حق كل واحد منهم أو ينعلم بخلاف ما إذا عفا أحدهم"^(٢).
ووافقهم المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) في أن القصاص لا يحتمل التجزي.

(١) ينظر: المبسوط ١٥٧/٢٦، بدائع الصنائع ٢٤٧/٧

(٢) المبسوط ١٥٧/٢٦، بتصرف، وينظر: بدائع الصنائع ٢٤٧/٧

(٣) مواهب الجليل ٢٥٣/٦ .

(٤) روضة الطالبين ٢٣٩/٩، المنشور في القواعد للزركشي ١٥٣/٣

(٥) المغني ٧٤٣/٧،

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن القصاص لا يمكن إثباته متجزئاً ولم ينعدم باتفاق فتكامل فيه حق كل واحد منهم لا على أنه تعدد القصاص في المحل ولكن بطريق أنه يجعل كل واحد منهم كأنه ليس معه غيره بمنزلة الأولياء في النكاح ينفرد كل واحد منهم بالتزويج كأنه ليس معه غيره^(١).
- ٢- أن القصاص لو استوفي من أحدهم، فإنه لم يضمن للباقيين شيئاً ولا للقاتل ولو لم يكن جميع القصاص واجبا له لكان ضامنا باستيفاء الكل^(٢).
- ٣- أن الواجب بعد العفو المال للباقيين، والمال يحتمل التجزؤ فيظهر حكم التجزؤ عند وجوب المال^(٣).
- ٤- أن القصاص لو أثبت لأحدهما بعد عفو الآخر كان من ضرورته تعدد القصاص الواجب في المحل، وهو غير متعدد في المحل^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل آخر قتل عمده وله ورثة، فعفا أحدهم سقط القصاص.
- ٢- إذا قتل رجل آخر قتل عمده وله ورثة، فتصالحوا للدية، فعفا أحدهم عن الدية لم يسقط حق الباقيين.

(١) ينظر: المبسوط ١٥٧/٢٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث الحادي عشر

الفرق بين الإبراء والاستيفاء^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الإبراء يسقط به الدين، بخلاف الاستيفاء فإنه لا يسقط به الدين. فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه: كلتاها متعلقتان بالوفاء بالدين. وافتترقتا في الحكم: فالإبراء يسقط به الدين، بخلاف الاستيفاء فإنه لا يسقط به الدين.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق وتضمن.

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة. نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "الفرق أن الإبراء يسقط به الدين أصلاً كما قدمه، وبلاستيفاء لا يسقط"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١ - أن الديون تقضى بأمثالها لا أنفسها^(٣).

(١) ينظر: فتح القدير ٢٠١/١٠.

هذا الفرق متعلق بكتاب الرهن، وليس في الجنايات، وقد بحثته؛ لأنه معتمد في الخطأ، وسبب ذكره في الخطأ، أن الجنايات بعد الرهن مباشرة، فذكر الفرق سهواً.

(٢) فتح القدير ٢٠١/١٠.

(٣) المرجع السابق.

٢- أن الدين وصف في الذمة لا يمكن أدائه، لكن إذا أدى المدين وجب له على الدائن مثله فتسقط المطالبة لعدم الفائدة، فإذا هلك الرهن بعده تقرر الاستيفاء الأول الحكمي وانتقض الثاني لئلا يصير مستوفيا مرتين^(١).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا كان لرجل على آخر مال فأبرأه سقط الدين.
- ٢- إذا كان لرجل على آخر مال فاستوفاه لم يسقط به الدين

(١) فتح القدير ١٠/٢٠١.

المبحث الثاني عشر

الفرق بين الدفع والفداء في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الأمة إذا قتلت رجلاً عمداً وله وليان فصالح المولى أحدهما على ولدها صار مختاراً للفداء في نصيب الآخر فيفديه بنصف الدية، وقيل: لا يصير مختاراً للفداء، ولو صالح أحدهما في ثلث الأمة كان الثاني له خيار أن يدفعه أو يفديه، وقيل: لا يكون منه اختيار. والفرق بين الدفع والفداء: أن الإنسان قد يضطر إلى أن يخرج بعض العبد عن ملكه ليعيد الزائل إلى ملكه في الثاني.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما جناية من الأمة.

ب. كلتاهما فيهما صلح.

ج. كلتاهما فيهما الصلح مع أحد الأولياء.

وافترقتا في الحكم: فالأمة إذا قتلت رجلاً عمداً وله وليان فصالح المولى أحدهما على ولدها صار مختاراً للفداء في نصيب الآخر فيفديه بنصف الدية، وقيل: لا يصير مختاراً للفداء، ولو صالح أحدهما في ثلث الأمة كان الثاني له خيار أن يدفعه أو يفديه، وقيل: لا يكون منه اختيار. والفرق بين الدفع والفداء: أن الإنسان قد يضطر إلى أن يخرج بعض العبد عن ملكه ليعيد الزائل إلى ملكه في الثاني.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن.

(١) البحر الرائق ٤١٩/٨.

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو قتلت أمة رجلا عمدا وله وليان فصالح المولى أحدهما على ولدها صار مختارا للفداء في نصيب الآخر فيفديه بنصف الدية، ولو صالح أحدهما في ثلث الأمة كان الثاني له خيار أن يدفعه أو يفديه ووجه رواية الصلح، وهو الفرق بين الدفع والفداء: أن الإنسان قد يضطر إلى أن يخرج بعض العبد عن ملكه لكي يعيد الزائل إلى ملكه في الثاني"^(١)

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن الإنسان قد يضطر إلى أن يخرج بعض العبد عن ملكه لكي يعيد الزائل إلى ملكه في الثاني"^(٢).

٢- أنه إذا وجد ثمن فلا يكون اختيار دفع النصف اختيار دفع النصف الآخر دلالة^(٣).

٣- أن اختيار بعض الفداء يدل على اختيار إمساك الأمة في ملكه رغبة في إمساك المنافع التي تحصل له منها والتي لا تحصل له من غيرها، وتلك المنافع تحصل من كلها لا من بعضها^(٤).

٤- أن اختيار إمساك الأمة يدل على اختيار الفداء ضرورة اختيار الصلح، أن يقول المولى اخترت الفداء أو الدلالة، كما لو تصرف فيه بالبيع أو بالهبة^(٥).

(١) البحر الرائق ٤١٩/٨، بتصرف.

(٢) ينظر: البحر الرائق ٤١٩/٨.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتلت الأمة رجلاً عمداً وله وليان فصالح المولى أحدهما على ولدها صار مختاراً للفداء في نصيب الآخر فيفديه بنصف الدية.
- ٢- إذا قتلت الأمة رجلاً عمداً وله وليان فصالح المولى أحدهما على ثلث الدية كان له الخيار بين الدفع والفداء.

المبحث الثالث عشر

الفرق بين وقوف الدابة وسيرها إذا جَنت^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الدابة إذا جنت أثناء سيرها في طريق المسلمين فإن مالکها لا یضمن إلا فیما یمکن التحرز عنه دون ما لا یمکن التحرز عنه بخلاف ما إذا جنت وهي واقفة فی طریق المسلمين فیضمن مطلقاً .

فالمسألان متشابهتان من حیث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- کلّتاها فیهما جناية من الدابة.

وافترقتا فی الحكم: فالدابة إذا جنت أثناء سيرها فی طریق المسلمين فإن مالکها لا یضمن إلا فیما یمکن التحرز عنه دون ما لا یمکن التحرز عنه بخلاف ما إذا جنت وهي واقفة فی طریق المسلمين فیضمن مطلقاً .

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "نقول فی الفرق بينهما هو ممنوع من إيقاف الدابة على الطريق بخلاف الأول فإن السير على الدابة فی الطريق مباح له"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن إيقاف الدابة مضر بالمارة^(١).

(١) ينظر: المبسوط ١٦٨/٢٦، الاختيار لتعليل المختار، ٥٢/٥، مجمع الضمانات، ص ١٨٦.

(٢) المبسوط ١٦٨/٢٦، بتصرف، وينظر: الاختيار لتعليل المختار، ٥٢/٥.

- ٢- أن الطريق ما أعد لإيقاف الدواب فيه فيكون هو في شغل الطريق بما لم يعد الطريق له متعديا والمتعدي في التسبب يكون ضامنا^(٢).
- ٣- أن الطريق معد للسير^(٣).
- ٤- أن سير الدابة مباح^(٤).

المطلب الثالث : تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا جنت الدابة أثناء سيرها في طريق المسلمين فمالكها لا يضمن.
- ٢- إذا جنت الدابة وهي واقفة في طريق المسلمين فيضمن مطلقاً .

(١) ينظر: المبسوط ١٦٨/٢٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث الرابع عشر

الفرق بين إذا مال الحائط إلى ملك إنسان، وبين ما إذا مال إلى الطريق^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الحائط إذا مال إلى ملك إنسان فلا يصح التقدم بالاعتراض إلا من المالك، وله التأخر والإبراء، بخلاف ما إذا مال على الطريق العام فإن التقدم من حق كل مارٍ به، ولو أخره الذي تقدم إليه فيه أو أبرأه هو أو غيره لم يصح ذلك.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما ميل للحائط.

ب. كلتاهما فيهما مطالبة بإزالة الميلاق.

وافترقتا في الحكم: فالحائط إذا مال إلى ملك إنسان فلا يصح التقدم بالاعتراض إلا من المالك، وله التأخر والإبراء، بخلاف ما إذا مال على الطريق العام فإن التقدم من حق كل مارٍ به، ولو أخره الذي تقدم إليه فيه أو أبرأه هو أو غيره لم يصح ذلك.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن.

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "والفرق بينما إذا مال الحائط إلى ملك إنسان وبين ما إذا مال إلى الطريق في موضعين: أحدهما: التقدم إليه ها هنا لا يصح إلا من المالك بخلاف الأول.

(١) ينظر: المبسوط ١٢/٢٧، البحر الرائق ٣٩٦/٨.

والثاني: أن صاحب الملك بعد ما تقدم إليه لو أخره أيما أو أبرأه من ذلك صح، وفي الطريق لو أخره الذي تقدم إليه فيه أو أبرأه هو أو غيره لم يصح ذلك^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١ - أنه أشغل بالحائط هواء ملكه^(٢).
- ٢ - أنه يتصرف في ملك نفسه بالإسقاط والتأخير^(٣).
- ٣ - أن الواحد ينوب عن العامة في المطالبة بحقهم لا في إسقاط حقهم، وقد صحت المطالبة منه فلا معتبر بإسقاطه بعد ذلك ولا بتأخيره^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا مال حائط إنسان إلى ملك إنسان فتقدم إليه المالك باعتراض صح وإن أبرأه صح.
- ٢ - إذا مال حائط إنسان إلى الطريق فتقدم أحد المارة باعتراض فأخر صاحب الحائط لم يصح ذلك.

(١) المحيط البرهاني ٢٠/٢٧٥، بتصرف، وينظر: المبسوط ١٢/٢٧.

(٢) ينظر: المبسوط ١٢/٢٧، المحيط البرهاني ٢٠/٢٧٥، البحر الرائق ٨/٣٩٦.

(٣) ينظر: المبسوط ١٢/٢٧، المحيط البرهاني ٢٠/٢٧٥.

(٤) المراجع السابقة.

المبحث الخامس عشر

الفرق بين ما إذا أعطى الأرض بغير قضاء، وبين ما إذا أعطاه بقضاء

القاضي^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الأرض إذا أعطى بقضاء القاضي فإن المجروح يخير خيارا مستقبلا بخلاف ما إذا أعطاه بغير قضاء القاضي فإن ذلك اختيار منه للدية طوعا.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما جراحة.

ب. كلتاها فيهما دفع للأرض.

وافترقتا في الحكم: فالأرض إذا أعطى بقضاء القاضي فإن المجروح يخير خيارا مستقبلا بخلاف ما إذا أعطاه بغير قضاء القاضي فإن ذلك اختيار منه للدية طوعا.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص أبو يوسف على الفرق فقال: "إذا أعطاه بقضاء القاضي فإن المجروح يخير خيارا مستقبلا؛ بخلاف ما إذا أعطاه بغير قضاء القاضي فإن ذلك اختيار منه للدية طوعا"^(٢)

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

(١) ينظر: المبسوط ٣٣/٢٧.

(٢) المبسوط ٣٣/٢٧.

- ١- إذا أعطاه بغير قضاء القاضي فإن ذلك اختيار منه للدية طوعا فيكون بمنزلة من اشترى دارا بعبد فأخذها الشفيع بقيمة العبد ثم استحق العبد^(١).
- ٢- أنه إذا أخذها بقضاء القاضي بطلت شفيعته ووجب عليه ردها^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا جنى رجل على عبد فأعطاه الأرش بقضاء القاضي فإن المجروح يخير خيارا مستقبلا.
- ٢- إذا جنى رجل على عبد فأعطاه الأرش بغير قضاء القاضي فإن ذلك اختيار منه للدية طوعا.

(١) ينظر: المبسوط ٣٣/٢٧.

(٢) المرجع السابق.

المبحث السادس عشر

الفرق بين حق صاحب الدين، وحق ولي الجناية^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن حق صاحب الدين يثبت في الكسب فيثبت في الولد بخلاف حق ولي الجناية فلا سبيل له على شيء من الولد.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "مكاتبة قتلت رجلاً خطأ ثم فقأت عين آخر ثم ولدت ولداً فقضى عليها للمفقوءة عينه بثلاث قيمتها ثم عجزت فإن حق ولي النفس في ثلثي رقبة الأم يدفع أو يفدى لأن المحول وهو القضاء لم يوجد في حقه ويبيع الثلث في دين المقضي له فإن لم يف الثلث بحقه يبيع ثلث الولد فيه أيضاً لأن حق الغريم حق قوي في الأم فيسري إلى الولد.

ألا ترى أن أمة مديونة لو ولدت يبيع ولدها معها في الدين بخلاف حق ولي الجناية وحق المفقوءة عينه صار ديناً بقضاء القاضي في الثلث فيثبت في ثلث الولد أيضاً فهو نظير مكاتبة عجزت وعليها دين وقد ولدت في مكاتبته فبيعت في دينها فلم يف ثمنها به يبيع ولدها فيه أيضاً بخلاف حق ولي النفس.

والذي يوضح الفرق: أن حق صاحب الدين يثبت في الكسب فكذلك يثبت في الولد بخلاف حق ولي الجناية وإن كان إنما قضى لولي المقتول على المكاتبة بالسعاية في ثلثي قيمتها ثم

(١) ينظر: المبسوط ٩٦/٢٧.

عجزت وقد ولدت في مكاتبها فحق المفقوءة عينه في ثلث رقبته إن شاء دفعه وإن شاء فداه ولا سبيل له على شيء من ولدها وبيع ثلثها للمقضي له، فإن وفى وإلا يبيع ثلثا الولد^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

- ١- أن حق صاحب الدين يثبت في الكسب فكذلك يثبت في الولد^(٢).
- ٢- أن حق صاحب الولد صار دينا بقضاء القاضي والدين يسري إلى الولد^(٣).
- ٣- أن حق صاحب العين في الجناية لم يصر دينا بعد فلا يسري إلى الولد^(٤).
- ٤- أن حق الغريم حق قوي في الأم فيسري إلى الولد^(٥).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا وجب على مكاتبه دين لم تستطع قضاءه ولها ولد يبيع ولدها معها في قضاء الدين.
- ٢- إذا جنت مكاتبه فقضي عليها بالأرث لم يدخل ولدها في الأرث.

(١) المبسوط ٩٦/٢٧.

(٢) ينظر: المبسوط ٩٦/٢٧.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

المبحث السابع عشر

الفرق بين الحفر وغيره في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الأرض المشتركة بين رجلين إذا أوقف أحدهما دابته فيها بغير إذن شريكه فأصابت إنساناً فلا يضمن بخلاف ما لو حفر فيها بئراً فيضمن نصف ديبته.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما جناية.

ب. كلتاهما وقعت الجناية في الأرض المشتركة.

ج. كلتاهما الجناية من أحد الشريكين.

وافترقتا في الحكم: فالأرض المشتركة بين رجلين إذا أوقف أحدهما دابته فيها بغير إذن شريكه فأصابت إنساناً فلا يضمن؛ بخلاف ما لو حفر فيها بئراً فيضمن نصف ديبته.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "أرض مشتركة بين رجلين أوقف أحدهما دابته فيها بغير إذن شريكه فأصابت إنساناً بيد أو رجل أو غير ذلك، فلا ضمان عليه.

ولو حفر فيها بئراً بغير إذن شريكه فوقع فيها إنسان فمات ضمن نصف ديبته"^(٢).

(١) ينظر: المبسوط ١٢٦/٢٧، الفروق للكرائسي، ٣٣٢/٢.

(٢) الفروق للكرائسي، ٣٣٢/٢، وينظر: المبسوط، ١٢٦/٢٧.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن له أن يرتفق بالأرض المشتركة بهذا القدر من غير إذن شريكه^(١).
- ٢- أنه ليس لأحد الشريكين حفر البئر في الموضع المشترك، فالحفر يهدم الأرض، فصار هدم السفل كهدم العلو، وهدم العلو جناية، كذلك السفل فصار متعديا فيه فغرم ما تلف به، كما لو لم يكن فيه ملك، وإذا كانت الجناية بالحفر والحفر نصفه في ملكه ونصفه في ملك غيره فغرم نصفه، ولم يغرم النصف الباقي^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا أوقف أحد الشريكين دابته في أرضهما المشتركة بغير إذن شريكه فأصابت إنسانا فلا يضمن.
- ٢- إذا حفر أحد الشريكين بئرا في أرضهما فسقط رجل ضمن نصف ديته.

(١) ينظر: الفروق للكرائسي، ٣٣٢/٢.

(٢) المرجع السابق.

المبحث الثامن عشر

الفرق بين الدفع بقضاء، والدفع بغير قضاء^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الإنسان إذا قتل إنساناً خطأ، ثم قتل آخر خطأ، ثم دفع المولى القيمة إلى ولي القتل الأول بقضاء القاضي، فلا سبيل لولي القتل الثاني على المولى بخلاف ما لو دفعه بغير قضاء القاضي، فولي القتل الثاني بالخيار، إن شاء ضمن المولى نصف القيمة، وإن شاء ضمن ولي القتل الأول. فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلاتهما فيهما قتل خطأ.

ب. كلاتهما فيهما دفع المولى القيمة إلى ولي القتل الأول.

وافترقتا في الحكم: فالإنسان إذا قتل إنساناً خطأ، ثم قتل آخر خطأ، ثم دفع المولى القيمة إلى ولي القتل الأول بقضاء القاضي، فلا سبيل لولي القتل الثاني على المولى بخلاف ما لو دفعه بغير قضاء القاضي، فولي القتل الثاني بالخيار، إن شاء ضمن المولى نصف القيمة، وإن شاء ضمن ولي القتل الأول.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو قتل إنساناً خطأ ثم قتل آخر خطأ ثم دفع المولى القيمة إلى ولي القتل الأول فالدفع لا يخلو إما أن كان بقضاء القاضي أو بغير قضاء القاضي. فإن كان بقضاء القاضي فلا سبيل لولي القتل الثاني على المولى.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٣٣٧/١٠، المبسوط، ٣١/٢١

وإن كان الدفع بغير قضاء القاضي فولي القتل الثاني بالخيار إن شاء ضمن المولى نصف القيمة وإن شاء ضمن ولي القتل الأول^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أنه كان مجبوراً على الدفع، والمجبور معذور، وله أن يتبع ولي القتل الأول بنصف القيمة، لأنه قبض نصف القيمة بغير حق وإن كانت الجنايتان مختلفتين بأن كانت إحداها نفساً والأخرى ما دون النفس فالثاني يتبع الأول بقدر حصته من القيمة^(٢).
- ٢- أن سبب وجود وجوب الضمان من كل واحد منهما؛ لأن المولى متعدد في دفع العبد والقابض متعدد في قبضه فإن ضمن المولى فإنه يرجع على القابض وإن ضمن القابض لا يرجع على المولى^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل إنسان آخر خطأ، ثم قتل آخر خطأ، ثم دفع المولى القيمة إلى ولي القتل الأول بقضاء القاضي، فلا سبيل لولي القتل الثاني على المولى.
- ٢- إذا قتل إنسان آخر خطأ، ثم قتل آخر خطأ، ثم دفع المولى القيمة إلى ولي القتل الأول بغير قضاء القاضي، فولي القتل الثاني بالخيار، إن شاء ضمن المولى نصف القيمة، وإن شاء ضمن ولي القتل الأول.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ١٠/٣٣٧.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

المبحث التاسع عشر

الفرق بين الإبراء من الجناية قبل قضاء القاضي، وبعد قضاء القاضي^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الذمي إذا أسلم ووالى رجلاً، ثم جنى جناية خطأ، فلم يقض بها القاضي على العاقلة بشيء، حتى أبرأ أولياء المجني عليه الجاني من الجناية، فللجاني أن يتحول بولائه عن الذي والاه؛ بخلاف ما لو كان الإبراء بعد ما قضى القاضي على العاقلة بالدية لم يكن له أن يتحول بولائه.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما ذمي أسلم.

ب. كلتاهما فيهما الذمي بعد ما أسلم والى رجلاً.

ج. كلتاهما فيهما جناية خطأ.

وافترقتا في الحكم: فالذمي إذا أسلم ووالى رجلاً، ثم جنى جناية خطأ، فلم يقض بها القاضي على العاقلة بشيء، حتى أبرأ أولياء المجني عليه الجاني من الجناية، فللجاني أن يتحول بولائه عن الذي والاه؛ بخلاف ما لو كان الإبراء بعد ما قضى القاضي على العاقلة بالدية لم يكن له أن يتحول بولائه.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "لو أن ذمياً أسلم ووالى رجلاً ثم جنى جناية خطأ فلم يقض بها القاضي على العاقلة بشيء حتى أبرأ أولياء المجني عليه الجاني من الجناية فللجاني أن يتحول

(١) ينظر: المبسوط ٢٧/١٢٨.

بولائه عن الذي والاه، ولو كان الإبراء بعد ما قضى القاضي على العاقلة بالدية لم يكن له أن يتحول بولائه"^(١)

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن بإبرائه سقط موجب الجناية ولم يجب شيء على الذي والاه لأن الوجوب عليه بقضاء القاضي"^(٢).

٢- أن بقضاء القاضي وجبت الدية على العاقلة لتأكد الولاية ثم بسقوطه عن العاقلة بالإبراء وسقوطه بالاستيفاء سواء"^(٣).

٣- أن موجب الجناية قبل القضاء على الجاني فالإبراء يكون إسقاطاً عن العاقلة"^(٤).

٤- أن موجب الجناية الثانية بإقراره يكون عليه لا على عاقلته فلم يوجد في حق العاقلة ما يتأكد به الولاء ولو لم يجن ولكنه التحق معهم في ديوانهم فجنى بعضهم فعقل عنه معهم لم يكن له أن يتحول بولائه عنهم لأن الذي والاه ليس له أن يحوله إذا عقل عنهم فكذلك لا يكون له أن يتحول عنهم"^(٥).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- أن الذمي إذا أسلم ووالى رجلاً ثم جنى جناية خطأ فلم يقض بها القاضي على العاقلة بشيء حتى أبرأ أولياء المجني عليه الجاني من الجناية فللجاني أن يتحول بولائه عن الذي والاه.
- ٢- أن الذمي إذا أسلم ووالى رجلاً ثم جنى جناية خطأ فقضى القاضي بالدية على العاقلة ثم أبرأه لم يكن له أن يتحول بولائه.

(١) المبسوط ١٢٨/٢٧.

(٢) ينظر: المبسوط ١٢٨/٢٧.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

المبحث العشرون

الفرق بين الأمر بالقتل، والأمر بقطع الطرف^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الرجل إذا قال لآخر: اقتلني، فقتله فعليه القصاص بخلاف ما لو أمره بقطع طرفه فقطعه فلا يجب القصاص عليه.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما جناية.

ب- كلتاهما الجناية بأمر من المجني عليه للجاني.

وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا قال لآخر: اقتلني، فقتله فعليه القصاص بخلاف ما لو أمره بقطع طرفه فقطعه فلا يجب القصاص عليه.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن.

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة

نص زفر على هذا الفرق، ففي بدائع الصنائع: "إذا قال الرجل لآخر: اقتلني فقتله، أنه لا قصاص عليه عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر يجب القصاص بخلاف الأمر بالقطع"^(٢).

ووافق زفر المالكية في قول لهم^(٣)

وأما الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) فيرون أنه لا قصاص على القاتل إذا طلب

المقتول منه قتله.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٢٥٧/١٠، حاشية ابن عابدين ٣٦٣/٥، درر الحكام شرح غرر الأحكام، ١٠٩/٢.

(٢) بدائع الصنائع ٢٥٧/١٠، بتصرف، ينظر: حاشية ابن عابدين ٣٦٣/٥، درر الحكام شرح غرر الأحكام ١٠٩/٢.

(٣) منح الجليل ٣٤٦/٤، مواهب الجليل ٢٣٥/٦.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- الإجماع على عدم لزوم القصاص في قطع الطرف^(٥).
- ٢- أن الأمر بالقتل لم يقدح في العصمة لأن عصمة النفس مما لا تحمل الإباحة^(٦).
- ٣- أنه يَأْتَمُّ بالقول فكان الأمر ملحقا بالعدم^(٧).
- ٤- أن عصمة الطرف تحتل الإباحة في الجملة فجاز أن يؤثر الأمر فيها^(٨).
- ٥- أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال وعصمة الأموال تثبت حقا له فكانت محتملة للسقوط بالإباحة والإذن كما لو قال له اتلف مالي فأتلفه^(٩).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق، والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- أنها تمكنت في هذه العصمة شبهة العدم؛ لأن الأمر وإن لم يصح حقيقة فصيغته تورث شبهة والشبهة في هذا الباب لها حكم الحقيقة^(١٠).
- ويجاب عنه: بأن النفس ملك لله ولا تصح الشبهة، وعصمة النفس لا تحتل الإباحة.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٢٥٧/١٠، حاشية ابن عابدين ٣٦٣/٥.

(٢) منح الجليل ٣٤٦/٤، مواهب الجليل ٢٣٥/٦.

(٣) مغني المحتاج ١١/٤، روضة الطالبين ١٣٧/٩.

(٤) شرح منتهى الإرادات ٢٧٥/٣.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع ٢٥٧/١٠.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق.

(٨) المرجع السابق.

(٩) المرجع السابق.

(١٠) المرجع السابق.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا قال الرجل لآخر: اقتلني فقتله، فعليه القصاص.
- ٢ - إذا قال رجل لآخر: اقطع يدي فقطعه فلا قصاص.

المبحث الحادي والعشرون

الفرق بين القتل مباشرة، والقتل تسبباً^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

- أ. أن القتل مباشرة يوجب القصاص؛ بخلاف القتل تسبباً .
فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
أ. كلتاها فيهما قتل.
ب. كلتاها فيهما ضمان.
وافترقتا في الحكم: فالقتل مباشرة يوجب القصاص؛ بخلاف القتل تسبباً .

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

- أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.
نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وأما الذي يرجع إلى نفس القتل فنوع واحد وهو أن يكون القتل مباشرة فإن كان تسبباً لا يجب القصاص"^(٢).
ب. دليل هذا الفرق.
استدل لهذا الفرق بما يأتي:
١- أن القتل تسبباً لا يساوي القتل مباشرة والجزاء قتل بطريق المباشرة^(٣).
٢- أن القتل تسبباً قتل معنى لا صورة والقتل مباشرة قتل صورة ومعنى والجزاء قتل مباشرة^(٤).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٢٦٥/١٠، المبسوط، ٨١/٩، تبين الحقائق، ١٣/٦.

(٢) بدائع الصنائع ٢٦٥/١٠، وينظر: المبسوط، ٨١/٩، تبين الحقائق، ١٣/٦.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٢٦٥/١٠.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ٢٦٥/١٠، المبسوط، ٨١/٩، تبين الحقائق، ١٣/٦.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل آخر عمداً فعليه القصاص.
- ٢- إذا حفر رجل بئراً على قارعة الطريق فوقع فيها إنسان ومات فلا قصاص على الحافر.

المبحث الثاني والعشرون

الفرق بين القتل والقطع بحق^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الرجل إذا قتل آخر قتل عمد وعدوان ثم ارتد القاتل فأقيم عليه حد الردة سقط القصاص والدية بخلاف ما لو قطع رجل يد رجل آخر ثم سرق فقطعت يده وجب الأرش وسقط القصاص. فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما جناية بحق.

ب- كلتاهما الجاني أقيم عليه حد قبل القصاص وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا قتل آخر قتل عمد وعدوان ثم ارتد القاتل فأقيم عليه حد الردة سقط القصاص والدية بخلاف ما لو قطع رجل يد رجل آخر ثم سرق فقطعت يده وجب الأرش وسقط القصاص.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا قتل من عليه القصاص بغير حق أو بحق بالردة والقصاص بأن قتل إنسانا فقتل به قصاصا يسقط القصاص، ولا يجب المال؛ وإن قطع بحق بأن قطع يد غيره فقطع به أو سرق مال إنسان فقطع يسقط القصاص أيضا، لكن يجب أرش اليد"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن القصاص هو الواجب عينا، فإذا سقط سقطت الدية.^(١)

(١) بدائع الصنائع ١٠/٢٨٢.

(٢) المرجع السابق.

٢- أن القصاص فات محله. ^(٢)

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل آخر قتل عمد وعدوان ثم ارتد القاتل فأقيم عليه حد الردة سقط القصاص والدية.
- ٢- إذا قطع رجل يد رجل آخر ثم سرق فقطعت يده وجب الأرش وسقط القصاص.

(١) بدائع الصنائع ١٠/٢٨٢.

(٢) المرجع السابق.

المبحث الثالث والعشرون

الفرق بين العفو عن القطع، والعفو عن القتل^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن المجني عليه إذا قال: عفوت عن القطع وما يحدث منه كان عفوا عن دية النفس، فإذا مات سقط كل الدية فيه غير أنه يعتبر من الثلث في الخطأ؛ بخلاف ما إذا كان عمدا فإنه يصح من جميع المال.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاها فيهما جناية.

ب- كلتاها فيهما المجني عليه قد عفا.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا قال: عفوت عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه كان عفوا عند دية النفس حتى إذا مات سقط كل الدية فيه غير أنه يعتبر من الثلث في الخطأ، بخلاف ما إذا كان عمدا حيث يصح من جميع المال"^(٢).

ووافقهم المالكية^(٣) والشافعية^(٤) الحنابلة^(٥)

(١) فتح القدير ٢٥٨/١٠، والبحر الرائق ٣٦٠/٨.

(٢) فتح القدير ٢٥٨/١٠، والبحر الرائق ٣٦٠/٨.

(٣) التاج والإكليل ٨٦/٥، مواهب الجليل للحطاب ٢٥٥/٦.

(٤) روضة الطالبين ٢٤٣/٩، الأم ٨٩/٦.

(٥) كشاف القناع ٥٤٦/٥، المبدع ٣٠٤/٨.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن موجب الخطأ المال وقد تعلق به حق الورثة فيعتبر من الثلث كسائر أمواله^(١).
- ٢- أن موجب العمد القصاص ولم يتعلق بحق الورثة لأنه ليس بمال^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قطعت يد رجل خطأ فعفا عن القطع وما يحدث منه ثم سرت إلى النفس فمات سقطت الدية إن خرجت من الثلث.
- ٢- إذا قتل إنسان عمداً فعفى عن القاتل قبل موته سقطت للدية مطلقاً.

(١) فتح القدير ١٠/٢٥٨، والبحر الرائق ٨/٣٦٠.

(٢) المراجع السابقة.

المبحث الرابع والعشرون

الفرق بين القطع بغير حق، وبين القطع بحق^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الرجل إذا قطع عضو آخر فقطع عضوه بغير حق سقط القصاص من غير مال؛ بخلاف ما إذا قطع بحق فإنه يسقط القصاص لكن يجب الأرش.
فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
أ. كلتاهما فيهما قطع.

ب. كلتاهما فيهما سقوط القصاص.

وافترقتا في الحكم: أن الرجل إذا قطع عضو آخر فقطع عضوه بغير حق سقط القصاص من غير مال؛ بخلاف ما إذا قطع بحق فإنه يسقط القصاص لكن يجب الأرش.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "القطع بغير حق يسقط القصاص من غير مال، وإن قطع بحق بأن قطع يد غيره فقطع به أو سرق مال إنسان فقطع يسقط القصاص أيضا لفوات محله لكن يجب أرش اليد"^(٢).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٢٨٢/١٠.

(٢) بدائع الصنائع ٢٨٢/١٠.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أنه إذا قطع طرفه بحق فقد قضى حقا واجبا عليه فجعل كالقائم وجعل صاحبه ممسكا له تقديرا كأنه أمسكه حقيقة وتعذر استيفاء القصاص لعذر الخطأ^(١).
- ٢- أن هذا المعنى لم يوجد فيما إذا قطع بغير حق لأنه لم يقض حقا واجبا عليه وفي القتل إن قضى حقا واجبا عليه لكن لا يملك أن يجعل ممسكا للنفس بعد موته تقديرا لأنه لا يتصور حقيقة^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قطع رجل يد آخر فقطع عضو القاطع من غير حق سقط القصاص والأرش.
- ٢- إذا قطع رجل يد آخر فقطع عضو القاطع بحق سقط القصاص ووجب الأرش.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٢٨٢/١٠.

(٢) المرجع السابق.

المبحث الخامس والعشرون

الفرق بين الخلع والنكاح في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن المرأة إذا قطعت يد رجل فتزوجها على ذلك: إن برئ من ذلك جاز النكاح، وصار أرش ذلك مهراً لها؛ وإن سرى إلى النفس، فإن كان النكاح بلفظ الجناية وما يحدث منها وكان القطع خطأ جاز النكاح، وصار دم الزوج مهراً لها؛ وهذا إذا كان وقت النكاح صحيحاً، فإن كان مريضاً فبقدر مهر المثل يسقط عن العاقلة بخلاف ما لو كان مكان النكاح خلع بأن قطع يد امرأته فخلعها على ذلك فهو على ما ذكر أنها إن برئت جاز الخلع وكان بائناً، وإن سرى إلى النفس وكان خطأ فإن ذكر بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها جاز الخلع ويكون بائناً.

ثم إن كانت المرأة صحيحة وقت الخلع جاز ذلك من جميع المال وإن كانت مريضة صارت الدية بدل الخلع ويعتبر خروج جميع الدية من الثلث بخلاف النكاح حيث يعتبر هناك خروج الزيادة على قدر مهر المثل من الثلث لأن تلك الحال حال دخول البضع في ملك الزوج، وهذه حالة الخروج والبضع يعد مالا حال الدخول في ملك الزوج ولا يعد مالا حال الخروج عن ملكه وإن كان يخرج من الثلث سقط عن العاقلة وإن لم يكن لها مال يسقط والثلثان على العاقلة ويكون بمنزلة الوصية.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما جناية.

ب. كلتاها فيهما رجل وامرأة.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٢٩٢/١٠.

وافترقتا في الحكم: أن المرأة إذا قطعت يد رجل فتزوجها على ذلك: إن برئ من ذلك جاز النكاح، وصار أرش ذلك مهرا لها؛ وإن سرى إلى النفس فإن كان النكاح بلفظ الجناية وما يحدث منها وكان القطع خطأ جاز النكاح، وصار دم الزوج مهرا لها؛ وهذا إذا كان وقت النكاح صحيحا، فإن كان مريضا فبقدر مهر المثل يسقط عن العاقلة بخلاف ما لو كان مكان النكاح خلع بأن قطع يد امرأته فخلعها على ذلك فهو على ما ذكر أنها إن برئت جاز الخلع وكان بائنا، وإن سرى إلى النفس وكان خطأ فإن ذكر بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها جاز الخلع ويكون بائنا. ثم إن كانت المرأة صحيحة وقت الخلع جاز ذلك من جميع المال وإن كانت مريضة صارت الدية بدل الخلع ويعتبر خروج جميع الدية من الثلث بخلاف النكاح حيث يعتبر هناك خروج الزيادة على قدر مهر المثل من الثلث لأن تلك الحال حال دخول البضع في ملك الزوج، وهذه حالة الخروج والبضع يعد مالا حال الدخول في ملك الزوج ولا يعد مالا حال الخروج عن ملكه وإن كان يخرج من الثلث سقط عن العاقلة وإن لم يكن لها مال يسقط والثلثان على العاقلة ويكون بمنزلة الوصية.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "قطعت امرأة يد رجل أو جرحته فتزوجها على ذلك: إن برئ من ذلك جاز النكاح، وصار أرش ذلك مهرا لها، وإن سرى إلى النفس فإن كان النكاح بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها وكان القطع خطأ جاز النكاح، وصار دم الزوج مهرا لها، وهذا إذا كان وقت النكاح صحيحا، فإن كان مريضا فبقدر مهر المثل يسقط عن العاقلة. ولو كان مكان النكاح خلع بأن قطع يد امرأته أو جرحها جراحة فخلعها على ذلك فهو على ما ذكرنا أنها إن برئت جاز الخلع وكان بائنا؛ وإن سرى إلى النفس وكان خطأ فإن ذكر بلفظ الجناية أو بلفظ الجراحة وما يحدث منها جاز الخلع ويكون بائنا لأنه تبين أن الفعل وقع قتلا فتبين أنه وقع موجبا للدية فكان الخلع واقعا على ماله وهو الدية فيصح ويكون بائنا.

ثم إن كانت المرأة صحيحة وقت الخلع جاز ذلك من جميع المال وإن كانت مريضة صارت الدية بدل الخلع ويعتبر خروج جميع الدية من الثلث بخلاف النكاح حيث يعتبر هناك خروج الزيادة على قدر مهر المثل من الثلث لأن تلك الحال حال دخول البضع في ملك الزوج، وهذه حالة الخروج والبضع يعد مالا حال الدخول في ملك الزوج ولا يعد مالا حال الخروج عن ملكه وإن كان يخرج من الثلث سقطت عن العاقلة وإن لم يكن لها مال يسقط والثلثان على العاقلة ويكون بمنزلة الوصية^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أنه تبين أن موجب ذلك الأرش، سواء كان القطع عمداً أو خطأ؛ لأن القصاص بين الذكور والإناث لا يجري فيما دون النفس، فكان الواجب هو المال، فإذا تزوجها عليه فقد سمي المال فكان مهرها لها^(٢).
- ٢- أنه لما اتصلت به السراية تبين أنه وقع قتلاً موجبا للدية على العاقلة، فكان التزوج على موجب الجناية، وهو الدية، وسقطت عن العاقلة لصيرورتها مهرها لها^(٣).
- ٣- أنه تبين أنه خلعها على أرش اليد فصح الخلع وصار أرش اليد بدل الخلع والخلع على مال طلاق بائن ويستوي فيه العمد والخطأ^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على ذلك إن برئ من ذلك جاز النكاح، وصار أرش ذلك مهرها لها.
- ٢- إذا قطع رجل يد امرأته فخلعها على ذلك فإن برئت جاز الخلع وكان بائناً.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٢٩٢/١٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث السادس والعشرون

الفرق بين البيع والهبة في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن العبد إذا جنى على غيره وكانت الجناية فيما دون النفس فوهبه المولى من المجني عليه لا يصير مختاراً ولا شيء على المولى بخلاف ما إذا باعه من المجني عليه فإنه يكون مختاراً. فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه: أ- كلتاها فيهما جناية من العبد.

وافترقتا في الحكم: فالعبد إذا جنى على غيره وكانت الجناية فيما دون النفس فوهبه المولى من المجني عليه لا يصير مختاراً ولا شيء على المولى، بخلاف ما إذا باعه من المجني عليه فإنه يكون مختاراً.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا:

"ولو كانت الجناية فيما دون النفس فوهبه المولى من المجني عليه لا يصير مختاراً ولا شيء على المولى، ولو باعه من المجني عليه كان مختاراً"^(٢).

(١) بدائع الصنائع ٣٠/١٠.

(٢) المرجع السابق.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن التسليم بالهبة في معنى الدفع ؛ لأن كل واحد منهما تمليك بغير عوض فوقعت الهبة موقع الدفع^(١).
- ٢- أن البيع تمليك بعوض والدفع تمليك بغير عوض فلا يقوم مقامه فكان الإقدام على البيع منه اختياراً للفداء^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا جنى العبد على غيره و كانت الجناية فيما دون النفس فوهبه المولى من المجني عليه لا يصير مختاراً ولا شيء على المولى.
- ٢- إذا جنى العبد على غيره وكانت الجناية فيما دون النفس فباعه المولى من المجني عليه فإنه يكون مختاراً.

(١) بدائع الصنائع ٣٠/١٠.

(٢) المرجع السابق.

المبحث السابع والعشرون

الفرق بين التعدي وعدم التعدي في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الجناية إذا كانت على ما دون النفس فسرت إلى النفس وكان الجاني متعدياً والجناية بحديد أو بخشبة تعمل عمل السلاح فمات من ذلك فعليه القصاص؛ بخلاف ما إذا لم يكن متعدياً فيها فلا يجب القصاص للشبهة.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ - كلتاهما فيهما جناية.

ب - كلتاهما فيهما الجناية على ما دون النفس فسرت إلى النفس.

وافترقتا في الحكم: فالجناية إذا كانت على ما دون النفس فسرت إلى النفس وكان الجاني متعدياً والجناية بحديدة أو بخشبة تعمل عمل السلاح فمات من ذلك فعليه القصاص؛ بخلاف ما إذا لم يكن متعدياً فيها فلا يجب القصاص للشبهة.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو جنى على ما دون النفس فسرت الجناية، فالسرابة لا تخلو: إما إن تكون على النفس، وإما أن تكون على عضو آخر فإن كانت على النفس فالجاني لا يخلو إما أن يكون متعدياً في الجناية وإما أن يكون متعدياً فإن كان متعدياً في الجناية والجناية بحديدة أو بخشبة تعمل عمل السلاح فمات من ذلك فعليه القصاص سواء كانت الجناية مما توجب

(١) بدائع الصنائع ٣٨٠/١٠.

القصاص لو برئت أولاً توجب كما إذا قطع يد إنسان من الزند أو من الساعد أو جرحه جراحة مطلقة فمات من ذلك فعليه القصاص لأنه لما سرت الجناية بطل حكم ما دون النفس وتبين أنه وقع قتلاً من حين وجوده وللولي أن يقتله وليس له أن يفعل به مثل ما فعل حتى لو كان قطع يده ليس له أن يقطع يده عندنا، فأما إذا لم يكن متعدياً فيها فلا يجب القصاص للشبهة وتجب الدية في بعضها ولا تجب في البعض^(١).

ووافقهم المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أنه لما سرت الجناية بطل حكم ما دون النفس وتبين أنه وقع قتلاً من حين وجوده وللولي أن يقتله وليس له أن يفعل به مثل ما فعل حتى لو كان قطع يده ليس له أن يقطع يده^(٥).

٢- أن عدم القصاص في عدم التعدي للشبهة^(٦).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا جنى رجل على آخر بأن ضربه بحديدة مع رأسه متعمداً ثم سرت الجناية فمات فعليه القصاص.

٢- إذا جنى رجل على آخر بأن ضربه مع يده وليس متعدياً فسرت الجناية فمات فلا قصاص.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٣٨٠/١٠، بتصرف.

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي ٢٤/٨، الشرح الكبير للدردير ٢٦٠/٤.

(٣) نهاية المحتاج ٨/٨، مغني المحتاج ٤٨٣/٤.

(٤) المغني ٧٢٧/٧، كشاف القناع ٥٢٢/٥.

(٥) بدائع الصنائع ٣٨٠/١٠.

(٦) المرجع السابق.

المبحث الثامن والعشرون

الفرق بين المماثلة، وعدم المماثلة في مسائل القصاص^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن المماثلة معتبرة في القصاص في الأطراف؛ بخلاف النفوس، فالمعتبر هناك المساواة في الفعل. فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما جناية.

ب. كلتاها فيهما الجناية عمد.

وافترقتا في الحكم: للمماثلة معتبرة في القصاص في الأطراف؛ بخلاف النفوس، فالمعتبر هناك المساواة في الفعل.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "المماثلة معتبرة في القصاص في الأطراف؛ بخلاف النفوس، فالمعتبر هناك المساواة في الفعل"^(٢).

وأما المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) فلا يشترطون التكافؤ بين الجاني والمجني عليه في النوع، فيجري القصاص بين الذكور والإناث في النفس وما دون النفس.

(١) ينظر: المبسوط ١٣٦/٢٦، البحر الرائق ٣٤٩/٨.

(٢) المبسوط ١٣٦/٢٦، البحر الرائق ٣٤٩/٨.

(٣) مواهب الجليل ٣٥٠/٤، القوانين الفقهية ص ٣٤٥.

(٤) المهذب ١٧٤/٢، روضة الطالبين ١٧٨/٩.

(٥) المغني ٦٧٩/٧، كشف القناع ٥٤٧/٥.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن اليد الصحيحة لا تستوفي بالشلاء للتفاوت بينهما في البدل والمنفعة^(١).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق، والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

١- أنها تابعة للنفس وثبوت الحكم في التبع بثبوتها في الأصل فكما يجري القصاص بين الرجال، والنساء في النفوس فكذلك في الأطراف.

ويجاب عنه: بأنه لا مماثلة بين طرف الرجل وطرف المرأة في المنفعة ولا في البدل، والمماثلة معتبرة في القصاص في الأطراف بدليل أن الصحيحة لا تستوفي بالشلاء للتفاوت بينهما في البدل، والمنفعة^(٢).

٢- أن الشلاء ميتة لا روح فيها.

ويجاب عنه: بأن هذا لا معنى له؛ لأن استيفاءها في القصاص جائز وبقطعها يتألم صاحبها ويجب حكومة العدل لقطعها فعرفنا أن الحياة فيها باقية، ولكن التفاوت في البدل فلا تقطع الصحيحة بها بخلاف النفوس^(٣).

٣- التفاوت في البدل يمنع استيفاء الأكمل بالأنقص ولا يمنع استيفاء الأنقص بالأكمل حتى إن الشلاء تقطع بالصحيحة وعندكم في هذا الموضع لا تقطع يد المرأة بالرجل.

ويجاب عنه: نعم؛ إذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الأصابع، فهو كما قلنا فأما إذا كان التفاوت بمعنى حكومي فإنه يمنع استيفاء كل واحد منهما لصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا المعنى، وهو أن في التفاوت إذا كان بنقصان حسي فمن له الحق إذا رضي بالاستيفاء يجعل هو بالبعض حقه مستوفيا لما بقي وذلك جائز؛ ولهذا لا يستوفي الأكمل بالأنقص، وإن رضي

(١) المبسوط ٢٦/١٣٦، البحر الرائق ٨/٣٤٩

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المراجع السابقة.

به القاطع؛ لأنه بالرضا يكون باذلاً للزيادة ولا يجوز استيفاء الطرف بالبدل فأما إذا كان التفاوت لمعنى حكمي فلا وجه لتمكنه من الاستيفاء هاهنا بطريق إسقاط البعض ولا بطريق البدل^(١).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل امرأة قتل عمد فلا قصاص عليه.
- ٢- إذا قطع رجل يد امرأة عمدا فعليه القطع.

(١) المبسوط ١٣٦/٢٦، البحر الرائق ٣٤٩/٨.

المبحث التاسع والعشرون

الفرق بين الضرب والشجّة في مسائل الجنايات^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الرجل إذا شج رأس إنسان موضحة لم يقدر وقت لانتظارها بخلاف ما لو ضرب سن آخر فإنه يؤجل حولا.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

- كلتاهما فيهما ضرب.

واختلفتا في الحكم: فالرجل إذا شج رأس إنسان موضحة لم يقدر وقت لانتظارها بخلاف ما لو ضرب سن آخر فإنه يؤجل حولا.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "جرى التأجيل حولا في السن، والتأجيل مدة الحول لانتظار ما يكون من الضربة فإذا جاء في الحول، وقد سقطت سنه فقد جاء بما وقع له الانتظار من الضربة في مدة الانتظار فكان الظاهر شاهدا له فأما الشجة فلم يقدر في انتظارها وقت"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

(١) بدائع الصنائع ١٠/٤٥٨.

(٢) بدائع الصنائع ١٠/٤٥٨.

- عن جابر - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «يستأنى بالجراحات سنة»^(١).

وجه الدلالة: أن السن ينتظر سنة.

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق ما يأتي:

١- أن الحديث ضعيف، وعليه فلا يصح التأجيل حولا في السن.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا شج رجل رأس آخر موضحة فلا ينتظر سنة.

٢- إذا ضرب الرجل آخر في سنه فإنه ينتظر سنة.

(١) أخرجه الدارقطني، كتاب الحدود ٧٤/٤، وفيه يزيد بن عياض، قال عنه الدارقطني: ضعيف متروك. وقال البيهقي: لا يصح شيء من ذلك، السنن الصغير ٢٢٥/٣، ينظر نصب الراية ٣٧٧/٤.

المبحث الثلاثون

الفرق بين الشعْر والعقل وبين غيرهما في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن من شج رأسه فذهب عقله أو شعر رأسه دخل فيه أرش الموضحة بخلاف ما إذا ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لم تدخل، ويجب أرش الموضحة مع ذلك.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ومن شج رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه دخل فيه أرش الموضحة؛ وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لم تدخل، ويجب أرش الموضحة مع ذلك"^(٢). وخالفهم المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) فسووا بينهما في عدم الدخول.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن رجلاً رمى رجلاً بحجر في رأسه فذهب سمعه ولسانه وعقله وذكره فلم يقرب النساء فقضى فيه عمر بأربع ديات^(٦).

(١) بدائع الصنائع ١٠/٤٦٠، والمحيط البرهاني ٢٠/٩٤.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) النوار والزيادات، ١٣/٤٩٧، التاج والإكليل ٦/٢٦٤.

(٤) روضة الطالبين للنووي ٩/٣٠٦، ونهاية المحتاج ٧/٣٢٤.

(٥) شرح منتهى الإرادات، ٣/٣١٥، والمغني ٧/٦٨٥.

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة، كتاب الديات، باب إذا ذهب سمعه وبصره، ٥/٣٥٩، وحسنه الألباني الإرواء ٧/٣٢٢.

٢- أن العقل إذا فات فات منفعة جميع الأعضاء فصار كما إذا شجّه فمات، وأما الشعر فلا أن أرش الموضحة يجب لفوات بعض الشعر حتى لو نبتت سقط الأرش، والدية تجب بفوات جميع الشعر، وقد تعلقا بفعل واحد فيدخل الجزء في الكل كما لو قطع أصبعه فشلت يده^(١).

٣- أن منفعة كل عضو من هذه الأعضاء مختصة به لا تتعدى إلى غيره فأشبهه الأعضاء المختلفة بخلاف العقل فإن منفعته تتعدى إلى جميع الأعضاء^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا شج رجل آخر في رأسه موضحة فذهب عقله دخل أرش الموضحة في دية العقل.
- ٢- إذا شج رجل آخر في رأسه موضحة فذهب سمعه وبصره لم يدخل أرش الموضحة في ديتهما.

(١) بدائع الصنائع ١٠/٤٦٠، المحيط البرهاني ٢٠/٩٤.

(٢) المراجع السابقة.

المبحث الحادي والثلاثون

الفرق بين السن وسائر العظام في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن السن إذا ضربت فاسودت فقال الضارب: اسودت من مرض جد فيها بعد ضربي وكذبه المضروب فالقول قول المضروب مع يمينه بخلاف ما لو شجه موضحة فصارت منقلة، فقال المضروب: إنما صارت منقلة من ضربك، وقال الضارب: إنما صارت منقلة من شيء آخر فالقول قول الضارب.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما ضرب.

ب- كلتاهما فيهما انتقال الجناية إلى أعلى منها.

وافترقتا في الحكم: فالسن إذا ضربت فاسودت فقال الضارب: اسودت من مرض جد فيها بعد ضربي وكذبه المضروب فالقول قول المضروب مع يمينه بخلاف ما لو شجه موضحة فصارت منقلة، فقال المضروب: إنما صارت منقلة من ضربك، وقال الضارب: إنما صارت منقلة من شيء آخر فالقول قول الضارب.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق: وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا ضرب سن رجل فاسودت فقال الضارب: اسودت من مرض جد فيها بعد ضربي وكذبه المضروب فالقول قول المضروب مع يمينه.

(١) الفروق للكرائسي ٣٢٩/٢ رقم ٧٧٢.

ولو شجه موضحة فصارت منقلة، فقال المضروب: إنما صارت منقلة من ضربك، وقال الضارب: إنما صارت منقلة من شيء آخر فالقول قول الضارب^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن السواد إذا وجد عقيب الضرب فالظاهر أنه وقع منه، فإذا قال: إنه وقع من غيره، فقد ادعى خلاف الظاهر فلا يصدق^(٢).

٢- أن الظاهر أن الموضحة لا تصير منقلة بنفسها؛ لأن المنقلة أن تنقل العظم من محل إلى محل آخر، وهو لا يحصل بغير فعل أحد، وإنما تصير منقلة بفعل آخر، فصار الضارب يدعي والظاهر معه، فالقول قوله، والمضروب يدعي خلاف الظاهر فلم يقبل قوله^(٣).

المطلب الثالث: التطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا ضرب رجل آخر في سنه ثم اسود فادعى المضروب أنها اسودت من الضرب وكذبه الضارب فالقول قول المضروب.

٢- إذا ضرب رجل آخر موضحة فأصبحت منقلة فادعى المضروب أنها من الضارب وكذبه الضارب فالقول قول الضارب.

(١) الفروق للكرائسي ٣٢٩/٢ رقم (٧٧٢).

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

المبحث الثاني والثلاثون

الفرق بين السم والحجر في الجنايات^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن من سقى رجلاً سما فمات من ذلك فهو خطأ العمد؛ سواء كان مما يقتل غالباً أو مما لا يقتل؛ بخلاف ما لو قتله بحجر عظيم فهو عمد.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص بعض الحنفية على هذا الفرق فقالوا: "إذا سقى رجلاً سما فمات من ذلك يكون خطأ العمد؛ سواء كان مما يقتل مثله غالباً أو لا يقتل؛ بخلاف ما لو قتله بحجر عظيم"^(٢). ووافقهم في عدم القصاص في سقاية السم الشافعية^(٣). وأما المالكية^(٤) والحنابلة^(٥) فيرون القصاص في سقاية السم. ووافق بعض الحنفية في أن القتل بالحجر العظيم من القتل المالكية^(٦) والشافعية^(٧) والحنابلة^(٨) وأما أبو حنيفة فيرى أنه ليس بعمد^(٩).

(١) المحيط البرهاني ١٣/٢٠، بدائع الصنائع ٢٣٣/٧ بتصرف

(٢) المحيط البرهاني ١٣/٢٠، بدائع الصنائع ٢٣٣/٧

(٣) نهاية المحتاج ٢٥٤/٧، مغني المحتاج ٧/٤.

(٤) المدونة ٤٣٣/٦، مواهب الجليل ٢٤١/٦.

(٥) المغني ٦٤٣/٧، الشرح الكبير ٣٢٩/٩.

(٦) الشرح الصغير ٣٣٨/٤، القوانين الفقهية ٣٣٩.

(٧) حاشية والقلوبي ٩٦/٤، روضة الطالبين ١٢٣/٩.

(٨) كشف القناع ٥٠٤/٥، المغني ٦٣٩/٧.

(٩) بدائع الصنائع ٢٣٣/٧، الاختيار ٢٤/٥.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن السم القليل يجعل في بعض الأدوية للإصلاح، بهذا الاعتبار لا يثبت القصد إلى القتل إن ثبت القصد إلى القتل بالكثير منه^(١).

٢- أن إلقاء الحجر العظيم لا يقصد به إصلاح البدن بوجه من الوجوه^(٢).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات:

- أن السم مما يقتل غالباً، فوجب أن يكون من العمد.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا سقى رجلاً سما فمات من ذلك فهو خطأ العمد.

٢- إذا رمى رجلاً بحجر عظيم فهو عمد.

(١) المحيط البرهاني ١٣/٢٠.

(٢) المرجع السابق.

المبحث الثالث والثلاثون

الفرق بين بدل المفاصل وبدل الكف والزند^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الرجل إذا قطع لآخر المفاصل الأعلى وبرئ واقتص من القاطع ثم عاد وقطع المفاصل الثاني وبرئ يجب القصاص بخلاف رجلين مقطوعي الأصابع قطع أحدهما كف صاحبه لا يقطع كف القاطع، وكذلك إذا كانا مقطوعي الكف قطع أحدهما زند صاحبه لا يقطع زند القاطع.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ- من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو قطع المفاصل الأعلى وبرئ واقتص من القاطع ثم عاد وقطع المفاصل الثاني وبرئ يجب القصاص لوجود المساواة إذا أصبع كل واحد منهما وقت قطع المفاصل الثاني ناقص بمفصل.

فرق بين هذا وبين رجلين مقطوعي الأصابع قطع أحدهما كف صاحبه لا يقطع كف القاطع وكذلك إذا كانا مقطوعي الكف قطع أحدهما زند صاحبه لا يقطع زند القاطع.

والفرق هو أنه شرط جريان القصاص المساواة المطلقة وهي المساواة صورة ومعنى، وإنما تعرف المساواة بين الأطراف والأجزاء معنى بالمساواة في بدلها، وقد وجدت المساواة في بدل المفاصل؛ لأن بدل المفاصل الأرش، والأرش مقدر شرعا، فتحقق المساواة صورة ومعنى، أما بدل الكف والزند حكومة عدل، وإنه يعرف بالمظنة والاجتهاد، وما للاجتهاد فيه مجال لا يخلو عن نوع تفاوت، فلم

(١) المحيط البرهاني ٧٩/٢٠.

تتحقق المساواة معنى، ولهذا لا يجب القصاص^(١).

ب- دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن وجوب القطع لوجود المساواة^(٢).

٢- أن شرط جريان القصاص المساواة المطلقة، وهي المساواة صورة ومعنى، وإنما تعرف المساواة بين الأطراف والأجزاء معنى بالمساواة في بدلها، وقد وجدت المساواة في بدل المفاصل؛ لأن بدل المفاصل الأرش، والأرش مقدر شرعا، فتحقق المساواة صورة ومعنى^(٣).

٣- أن بدل الكف والزند حكومة عدل، وإنه يعرف بالمظنة والاجتهاد، وما للاجتهاد فيه مجال لا يخلو عن نوع تفاوت، فلم تتحقق المساواة معنى، ولهذا لا يجب القصاص^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قطع رجل لآخر المفصل الأعلى وبرئ واقتص من القاطع ثم أعاد الجناية وقطع المفصل الثاني وبرئ وجب القطع.
- ٢- إذا قطع رجل مقطوع الأصابع كف آخر لا يقطع كف القاطع.

(١) المحيط البرهاني ٧٩/٢٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث الرابع والثلاثون

الفرق بين ذهاب العقل بالشجة وذهاب السمع أو البصر^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أنه لو شجه فذهب من ذلك عقله فإنه يلزمه الدية باعتبار ذهاب العقل ويدخل فيه أرش الموضحة بخلاف ما إذا ذهب من الشجة سمعه أو بصره أو كلامه يلزمه الدية باعتبار هذه الأشياء، ولا يدخل أرش الشجة في ذلك.

فالمسألتان متشابهتان، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما شجة.

ب. كلتاهما فيهما دية.

ج. كلتاهما في ذهاب منفعة من منافع البدن.

وافترقتا في الحكم: فلو شجه فذهب من ذلك عقله فإنه يلزمه الدية باعتبار ذهاب العقل ويدخل فيه أرش الموضحة بخلاف ما إذا ذهب من الشجة سمعه أو بصره أو كلامه يلزمه الدية باعتبار هذه الأشياء، ولا يدخل أرش الشجة في ذلك.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ- من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو شجه فذهب من ذلك عقله فإنه يلزمه الدية باعتبار ذهاب العقل ويدخل فيه أرش الموضحة عندنا، بخلاف الشعر مع الموضحة، فأما إذا ذهب

(١) ينظر: البحر الرائق ٣٨٦/٨. المبسوط ٨٨/٢٦.

تنبيه: هذا المبحث تكرر للمبحث الثلاثين، وقد وقع هذا التكرار خطأً، ولم أشأ حذفه؛ للإبقاء على الخطة المعتمدة كما هي.

من الشجة سمعه أو بصره أو كلامه يلزمه الدية باعتبار هذه الأشياء، ولا يدخل أرش الشجة في ذلك" (١).

وخالفهم المالكية (٢) والشافعية (٣) والحنابلة (٤) فسووا بينهما في عدم الدخول.

ب- دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

أن ذهاب العقل في معنى تبديل النفس، وإلحاقه بالبهايم فيكون بمنزلة الموت ولو شجحه موضحة فمات من ذلك لزمه كمال الدية ودخل فيه أرش الشجة (٥).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا شج رجل آخر فذهب عقله فيلزمه الدية ويدخل فيه أرش الموضحة.
- ٢- إذا شج رجل آخر فذهب سمعه فيلزمه الدية، ولا يدخل أرش الشجة في ذلك.

(١) المبسوط ٨٨/٢٦ بتصرف، وينظر: البحر الرائق ٣٨٦/٨.

(٢) النوار والزيادات، ٤٩٧/١٣، التاج والإكليل ٢٦٤/٦.

(٣) روضة الطالبين للنووي ٣٠٦/٩، ونهاية المحتاج ٣٢٤/٧.

(٤) شرح منتهى الإرادات، ٣١٥/٣، والمغني ٦٨٥/٧.

(٥) ينظر: المبسوط ٨٨/٢٦.

المبحث الخامس والثلاثون

الفرق بين الرزق والعطاء في مسائل الديات^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفيه مفردتان:

الأولى: الرزق.

تعريف الرزق: ما يفرض للإنسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية^(٢).

الثانية: العطاء.

تعريف العطاء: ما يفرض كل سنة، ويقدر بخيره وغناؤه في أمر الدين^(٣).

الفرع الثاني: بيان وجه هذا الفرق.

إذا قتل رجل آخر فقضي على العاقلة وكان للعاقلة أرزاق وعطايا : فإن خرجت لهم أرزاق لأشهر مضت بعد القضاء بالدية يؤخذ منها الدية بالحصة، فينظر: إن كانت أرزاقهم تخرج في كل شهر يؤخذ من رزق كل شهر نصف سدس ثلث الدية، وإن كان يخرج في كل سنة نصف ثلث الدية وذلك سدس الدية، بخلاف فصل العطاء فإنه يؤخذ من كل عطاء يخرج ثلث الدية.

(١) ينظر: المحيط البرهاني ١٠٣/٢٠، فتح القدير ٤٠٠/١٠، حاشية ابن عابدين ٦/٦٤٢.

(٢) المحيط البرهاني ١٠٣/٢٠.

(٣) المرجع السابق.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "والفرق بين الرزق والعطاء أن الرزق: ما يفرض للإنسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية، يفرض له كل شهر أو كل يوم ما يكفيه، والعطاء ما يفرض كل سنة، ويقدر بخيره وغنائه في أمر الدين، ولا يقدر بالحاجة والكفاية، فإن خرجت لهم أرزاق لأشهر مضت بعد القضاء بالدية يؤخذ منها الدية بالحصصة، فينظر: إن كانت أرزاقهم تخرج في كل شهر يؤخذ من رزق كل شهر نصف سدس ثلث الدية، وإن كان يخرج في كل سنة نصف ثلث الدية وذلك سدس الدية، بخلاف فصل العطاء فإنه يؤخذ من كل عطاء يخرج ثلث الدية"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن الدية مؤجلة في ثلاث سنين، والعطاء يخرج كل سنة مرة، وكان في كل عطاء يخرج ثلث الدية^(٢).

٢- أن الرزق مختلف، قد يخرج كل شهر، وقد يخرج في كل ستة أشهر، فكان في كل رزق من ثلث الدية بحسابه^(٣).

٣- أن العاقلة إن كانت ممن لهم أرزاق في كل شهر وأعطيات في كل سنة فالدية تفرض في عطاياهم^(٤).

٤- أن العطاء أصل في فرض الدية^(٥).

(١) المحيط البرهاني ١٠٣/٢٠.

(٢) المحيط البرهاني ١٠٣/٢٠، فتح القدير ٤٠٠/١٠، حاشية ابن عابدين ٦٤٢/٦.

(٣) المحيط البرهاني ١٠٣/٢٠.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل خطأ ففرضت الدية على عاقلته فإن خرجت لهم أرزاق لأشهر مضت بعد القضاء بالدية يؤخذ منها الدية بالحصّة، فينظر: إن كانت أرزاقهم تخرج في كل شخر يؤخذ من رزق كل شهر نصف سدس ثلث الدية، وإن كان يخرج في كل سنة نصف ثلث الدية وذلك سدس الدية.
- ٢- إذا قتل رجل خطأ ففرضت الدية على عاقلته ولهم عطاء فيؤخذ من كل عطاء يخرج ثلث الدية.

المبحث السادس والثلاثون

الفرق بين البيع والعتق في مسائل الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الرجل إذا قال لعبد له في صحته : أحكما حر، ثم إن أحدهما قتل رجلاً خطأ فالقاضي يجبر المولى على البيان فإن أوقع العتق على غير الجاني خير في الثاني بين الدفع والفداء، وإن أوقع العتق على الجاني صار مختاراً للفداء في الجاني؛ بخلاف ما إذا باع عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام فجنى العبد في يد البائع جنابة موجبة للمولى في مدة الخيار بأن قتل رجلاً خطأ فأجاز البائع البيع فيه مع العلم بالجنابة لم يصر مختاراً للفداء وإن أعجز نفسه عن الدفع مع العلم بالجنابة. فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

- كلتاهما فيهما جنابة.

وافترقتا في الحكم: أن الرجل إذا قال لعبد له في صحته : أحكما حر، ثم إن أحدهما قتل رجلاً خطأ فالقاضي يجبر المولى على البيان فإن أوقع العتق على غير الجاني خير في الثاني بين الدفع والفداء، وإن أوقع العتق على الجاني صار مختاراً للفداء في الجاني؛ بخلاف ما إذا باع عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام فجنى العبد في يد البائع جنابة موجبة للمولى في مدة الخيار بأن قتل رجلاً خطأ فأجاز البائع البيع فيه مع العلم بالجنابة لم يصر مختاراً للفداء وإن أعجز نفسه عن الدفع مع العلم بالجنابة.

(١) المحيط البرهاني ٢٠/١٦٤، البحر الرائق ٨/٤٣٩.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ- من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا قال الرجل لعبد له في صحته أحدكما حر ثم إن أحدهما قتل رجلاً خطأ فالقاضي يجبر المولى على البيان فإن أوقع العتق على غير الجاني خير في الثاني بين الدفع والفداء وإن أوقع العتق على الجاني صار مختاراً للفداء في الجاني فرق بين هذا وبين ما إذا باع عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام فجنى العبد في يد البائع جناية موجبة للمولى في مدة الخيار بأن قتل رجلاً خطأ فأجاز البائع البيع فيه مع العلم بالجناية لم يصير مختاراً للفداء وإن أعجز نفسه عن الدفع مع العلم بالجناية"^(١).

ب- دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الجناية لم تبطل ملكه ولا خياره^(٢).
- ٢- أن الجاني صار خالصاً بحكم الجناية^(٣).
- ٣- أنه قادر على إيقاع العتق على غير الجاني، فصار بإيقاع العتق على الجاني معجزاً نفسه عن الدفع عن اختيار مع العلم بالجناية^(٤).
- ٤- أن التصرف المعجز عن الدفع إنما يجعل اختياراً للفداء إذا صدر التصرف عن اختيار^(٥).
- ٥- أن التصرف الصادر عن اضطرار لا يكون دليل اختيار للفداء^(٦).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من التطبيقات على هذا الفرق ما يأتي:

(١) المحيط البرهاني ١٦٤/٢٠، البحر الرائق ٤٣٩/٨.

(٢) المحيط البرهاني ١٦٤/٢٠.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

- ١- أن الرجل إذا قال لعبدين له في صحته: أحكما حر، ثم إن أحدهما قتل رجلاً خطأ فالقاضي يجبر المولى على البيان فإن أوقع العتق على غير الجاني خير في الثاني بين الدفع والفداء، وإن أوقع العتق على الجاني صار مختاراً للفداء في الجاني.
- ٢- أن الرجل إذا باع عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام فجنى العبد في يد البائع جناية موجبة للمولى في مدة الخيار بأن قتل رجلاً خطأ فأجاز البائع البيع فيه مع العلم بالجناية لم يصير مختاراً للفداء وإن أعجز نفسه عن الدفع مع العلم بالجناية.

المبحث السابع والثلاثون

الفرق بين ضمان الفعل وضمن القول في الجنايات^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

أن ضمان الفعل لا يختلف باختلاف صفات الفاعلين، فلا يفرق بين الصغير والكبير والمحجور والمأذون في ضمان الأفعال بخلاف ضمان القول حيث يختلف باختلاف حال القائل، فإنما يجب على من يصح منه القول شرعا.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

- كلتاهما فيهما ضمان.

وافترقتا في الحكم: فضمن الفعل لا يختلف باختلاف صفات الفاعلين، فلا يفرق بين الصغير والكبير والمحجور والمأذون في ضمان الأفعال بخلاف ضمان القول حيث يختلف باختلاف حال القائل، فإنما يجب على من يصح منه القول شرعا.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "أن ضمان الفعل لا يختلف باختلاف صفات الفاعلين، فلا يفرق بين الصغير والكبير والمحجور والمأذون في ضمان الأفعال؛ بخلاف ضمان القول حيث يختلف باختلاف حال القائل، فإنما يجب على من يصح منه القول شرعا"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

(١) ينظر: المحيط البرهاني ٢٠/٢٤٦.

(٢) المحيط البرهاني ٢٠/٢٤٦.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن ضمان الفعل مبني على تحقق الفعل، والفعل يتحقق من الكل بصفة واحدة، فلا يفرق بين الصغير والكبير^(١).
- ٢- أن ضمان القول يختلف باختلاف حال القائل؛ لأنه يبنى على صحة القول، وصحة القول باعتباره شرعاً، وإنما يجب على من يصح منه القول شرعاً^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل طفل رجلاً وجب الضمان.
- ٢- إذا قذف الصغير رجلاً لم يجب عليه شيء.

(١) المحيط البرهاني ٢٠/٢٤٦.

(٢) المرجع السابق.

المبحث الثامن والثلاثون

الفرق بين العفو عن الجناية والعفو عن القطع^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن من قطع يد غيره فعفا عن القطع ثم مات فعلى القاطع الدية في ماله، ولو عفا عن القطع وما يحدث منه فهو عفو عن النفس بخلاف العفو عن الجناية؛ فهو عفو عن النفس مطلقاً .
فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
أ. كلتاهما فيهما قطع لشيء من البدن.
ب. كلتاهما فيهما عفو.

وافترقتا في الحكم: فمن قطع يد غيره فعفا عن القطع ثم مات فعلى القاطع الدية في ماله، ولو عفا عن القطع وما يحدث منه فهو عفو عن النفس؛ بخلاف العفو عن الجناية؛ فهو عفو عن النفس مطلقاً .

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.
نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ومن قطع يد غيره فعفا عن القطع ثم مات فعلى القاطع الدية في ماله، ولو عفا عن القطع وما يحدث منه فهو عفو عن النفس بخلاف العفو عن الجناية"^(٢).

(١) المحيط البرهاني ٣٨٨/٢٠، الاختيار لتعليل المختار ٣٧/٥.

(٢) المحيط البرهاني ٣٨٨/٢٠.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله بأن العفو جائز، ولا شيء على المعفو عنه لا القصاص ولا الدية^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الجناية اسم عام يطلق على النفس وما دونها^(٢).
- ٢- أنه عفا عما ليس بحق له، فلا يصح العفو قياساً على ما لو عفا عن الرجل، وقد قطع يده، وقياساً على ما لو قال: أعفوك عن القطع ولا أعفوك عما يحدث منه^(٣).
- ٣- أنه عفا عن القطع والعفو عن القطع لا يكون عفواً عنه وعما يحدث منه^(٤).
- ٤- أن القطع ليس بحق له لما مات بل حقه القتل ولم يعف عن القتل^(٥).
- ٥- أن العفو عن الجناية عفو عن القطع وعما يحدث منه على ما مر^(٦).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق، والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- أن ما يحدث من القطع يطلق على النفس وعلى ما دونها؛ لأن كلا الأمرين حدث من القطع^(٧).
- ٢- القياس على ما إذا قال: عفوتك عن القطع وما يحدث منه أو عفوتك عن الجناية^(٨).

(١) المحيط البرهاني ٣٨٨/٢٠، الاختيار لتعليل المختار ٣٧/٥.

(٢) المحيط البرهاني ٣٨٨/٢٠.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق.

(٨) المرجع السابق.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قطع رجل يد آخر فقال: عفوت عن القطع ثم مات فعليه القصاص.
- ٢- إذا قطع رجل يد آخر فقال: عفوت عن القطع وما يحدث منه فلا قصاص عليه.

المبحث التاسع والثلاثون

الفرق بين الأب والأخ في ولاية القصاص^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الأخ يملك إنكاح المعتوه والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما؛ بخلاف الأب فإنه يملكهما معا.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما معتوه أو صبي ثبت له حق قصاص.

ب. كلتاهما فيهما ولي للمعتوه أو الصبي.

وافترقتا في الحكم: فالأخ يملك إنكاح المعتوه والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما، بخلاف الأب فإنه يملكهما معا.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "الأخ مثلا يملك إنكاح المعتوه والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما، بخلاف الأب فإنه يملكهما معا"^(٢).

وذكر بعض الحنفية أن الأخ يملك أيضا^(٣).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

(١) ينظر: فتح القدير ٢٢٥/١٠، حاشية ابن عابدين ٥٣٨/٦.

(٢) فتح القدير ٢٢٥/١٠، وينظر: حاشية ابن عابدين ٥٣٨/٦.

(٣) حاشية ابن عابدين ٥٣٨/٦.

١- القصاص شرع للتشفي ولأب شفقة كاملة، يعد ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما

يحصل له من التشفي كالحاصل للابن^(١).

٢- أن الأخ ليس فيه شفقة كاملة^(٢).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق، والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- أن الأخ يملكه أيضا إذا لم يكن ثمة أقرب منه، فإن كان ثمة أقرب منه لم يملك الإنكاح

أيضا؛ لأن من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر

والأنثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة^(٣).

ويجاب عنه: أنه إذا قتل ابن المعتوه مثلاً كان هو المستحق لدمه؛ لأنه المستحق لماله. وإذا كان

للمعتوه أخ أو عم ولا أب له كيف يقال أن الأخ أو العم يستحق دم ابن المعتوه في حياة المعتوه مع

أنه لا ولاية له على المعتوه أصلاً: على أن وصي المعتوه الذي له الولاية عليه ليس له القود فكيف

الأخ الذي لا ولاية له، نعم لو كان المقتول هو المعتوه نفسه صح ما قاله و كأنه اشتبه عليه الحال

ولهذا قال في السعدية إن الكلام فيما إذا قتل ولي المعتوه كابنه وأبو المعتوه حي لا فيما إذا قتل

المعتوه. اهـ^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا ثبت لمعتوه حق قصاص فليس لأخيه استيفاؤه.

٢- إذا ثبت لصبي حق قصاص فلا يبيح استيفاؤه.

(١) فتح القدير ١٠/٢٢٥.

(٢) المرجع السابق.

(٣) حاشية ابن عابدين ٦/٥٣٨.

(٤) المرجع السابق.

المبحث الأربعون

الفرق بين النقل والضم في مسألة العاقلة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق:

أن الدية لا يقضى بها على العاقلة من أهل البصرة - إذا انتقل إليها - إذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة - حال كونه مقيماً فيها -، بخلاف ما إذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب وإن كان بعد القضاء مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما قاتل.

ب. كلتاهما فيهما قضاء بالدية.

ج. كلتاهما فيهما انتقال القاتل بعد القضاء بالدية إلى بلد آخر.

وافترقتا في الحكم: فالدية لا يقضى بها على العاقلة من أهل البصرة - إذا انتقل إليها - إذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة - حال كونه مقيماً فيها -، بخلاف ما إذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب وإن كان بعد القضاء مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل.

(١) ينظر: فتح القدير ١٠/٤٠٥، البحر الرائق ٨/٤٥٨، المبسوط ٢٧/٢٤٣.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق وتتضمن:

أ- من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة إذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة، بخلاف ما إذا قتل العاقلة بموت بعضهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب وإن كان بعد القضاء مع أن فيه أيضاً نقل الدية من الموجودين وقت القضاء إلى أقرب القبائل"^(١).

ب- دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- أن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال، وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير حكم الأول لا إبطاله^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل آخر خطأ فقضى القاضي على عاقلته من أهل بلده بالدية ثم انتقل إلى بلد آخر فلا تنتقل الدية إلى عاقلته في البلدة الأخرى.
- ٢- إذا قتل رجل آخر خطأ فقضى القاضي على عاقلته فمات بعضهم ضم إليهم أقرب القبائل إليهم.

(١) فتح القدير ١٠/٤٠٥، وينظر: البحر الرائق ٨/٤٥٨.

(٢) فتح القدير ١٠/٤٠٥.

الفصل الرابع

فروق مسائل القسامة

وفيه ستة عشر مبحثاً:

- المبحث الأول: الفرق بين القسامة وسائر الدعاوى.
- المبحث الثاني: الفرق بين القسامة واللعان في الأهلية.
- المبحث الثالث: الفرق بين القسامة والدية في موضع القتل.
- المبحث الرابع: الفرق بين القسامة والقتل مباشرة.
- المبحث الخامس: الفرق بين القسامة والوكيل بالخصومة.
- المبحث السادس: الفرق بين القسامة والشفعة في الخصومة.
- المبحث السابع: الفرق بين القسامة والوصية في الخصومة.
- المبحث الثامن: الفرق بين المرأة والصبي في مسائل القسامة.
- المبحث التاسع: الفرق بين اليمين في القسامة، واليمين في سائر الحقوق.
- المبحث العاشر: الفرق بين المحلة والسفينة في مسألة القسامة.
- المبحث الحادي عشر: الفرق بين الدابة والدار في مسائل القسامة.
- المبحث الثاني عشر: الفرق بين الدار والمحلة في مسائل القسامة.
- المبحث الثالث عشر: الفرق بين الحضور والغيبة في مسألة القسامة.
- المبحث الرابع عشر: الفرق بين المسجد والسوق، وبين الفلاة في مسائل القسامة.
- المبحث الخامس عشر: الفرق بين المالك والساكن في مسائل القسامة.
- المبحث السادس عشر: الفرق بين المسلمين إذا اقتتلوا، وبين المسلمين والمشركين إذا اقتتلوا في القسامة.

المبحث الأول

الفرق بين القسامة وسائر الدعاوى^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفيها مفردة واحدة وهي: القسامة

أولاً: تعريف القسامة لغة:

قال ابن فارس: "القاف والسين والميم أصلان صحيحان، يدل أحدهما على جمال وحسن والآخر على تجزئة شيء.

فالأول القسام، وهو الحسن والجمال، وفلان مقسم الوجه، أي ذو جمال. والقسمة: الوجه، وهو أحسن ما في الإنسان.

والأصل الآخر القسم: مصدر قسمت الشيء قسماً.

والنصيب قسم بكسر القاف.

فأما اليمين: فالقسم.

قال أهل اللغة: أصل ذلك من القسامة، وهي الأيمان تقسم على أولياء المقتول إذا ادعوا دم مقتولهم على ناس اتهموهم به"^(٢).

ثانياً: تعريف القسامة اصطلاحاً:

"أن يقول خمسون من أهل الحلة إذا وجد قتيل فيها: بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً"^(٣).

(١) ينظر: المبسوط ٩٨/٢٦.

(٢) مقاييس اللغة، مادة قسم، ٨٧/٥، ينظر: أنيس الفقهاء، ص ١١٠، المصباح المنير، مادة ق س م ٥٠٣/٢.

(٣) بدائع الصنائع ٢٨٦/٧، ينظر: فتح القدير ٣٨٤/٨.

الفرع الثاني: بيان وجه هذا الفرق:

- أن الأيمان مكررة في القسامة بخلاف سائر الدعاوى.
فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
أ. كلتاهما فيهما أيمان.
ب. كلتاهما فيهما دعوى.
وافترقتا في الحكم: فالأيمان في القسامة مكررة بخلاف سائر الدعاوى.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق وتتضمن:

- أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:
نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "الأيمان مكررة في القسامة بخلاف سائر الدعاوى"^(١).
ووافقهم المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤).
ب- دليل هذا الفرق.
استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- حديث سهل بن أبي حثمة أنه أخبره هو ورجال من كبراء قومه: أن عبد الله بن سهل ومحبيصة خرجا إلى خير، من جهد أصابهم، فأخبر محبيصة أن عبد الله قتل وطرح في فقير أو عين، فأتى يهود فقال: أنتم والله قتلتموه، قالوا: ما قتلناه والله، ثم أقبل حتى قدم على قومه، فذكر لهم، وأقبل هو وأخوه حويصة - وهو أكبر منه - وعبد الرحمن بن سهل، فذهب ليتكلم وهو الذي كان بخير، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لمحبيصة: «كبر كبر» يريد السن، فتكلم حويصة، ثم تكلم محبيصة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إما أن يدوا صاحبكم، وإما أن يؤذنوا بحرب»، فكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إليهم به، فكتب ما قتلناه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحويصة ومحبيصة وعبد الرحمن: «أتخلفون، وتستحقون دم صاحبكم؟»، قالوا: لا، قال:

(١) المبسوط ٩٨/٢٦، ينظر: بدائع الصنائع ٢٨٦/٧.

(٢) ينظر: مواهب الجليل ٢٧٣/٦، القوانين الفقهية ص ٢٢٨، حاشية الدسوقي ٢٩٣/٤.

(٣) ينظر: مغني المحتاج ١١٥/٤، الأم للشافعي ١٠١/٦.

(٤) ينظر: منتهى الإرادات ٣٣٣/٣، المغني ٣٠/١٠.

(أفتحلف لكم يهود؟)»، قالوا: ليسوا بمسلمين، فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده مائة ناقة حتى أدخلت الدار^(١).

وجه الدلالة: أن اليمين مكررة في القسامة.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا ادعى رجل على أهل قرية أنهم قتلوا صاحبه حلف المدعى عليهم خمسون يميناً أو حلف المدعي.

٢- إذا ادعى رجل على آخر أنه اقترض منه ألف ريال وليس للمدعي بينة حلف المدعى عليه يمينا واحدة.

(١) أخرجه البخاري، كتاب الأحكام، باب كتاب الحاكم إلى عماله والقاضي إلى أمنائه ٧٥/٩، ومسلم، كتاب القسامة والمحاريق والقصاص والديات، باب القسامة ١٢٩١/٣.

المبحث الثاني

الفرق بين القسامة واللعان في الأهلية^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق

وفيه مفردتان:

الأولى: اللعان.

أولاً: تعريف اللعان لغة:

قال ابن فارس: "اللام والعين والنون أصل صحيح يدل على إبعاد وطرده.

ولعن الله الشيطان: أبعده عن الخير والجنة.

ويقال للذئب لعين، والرجل الطريد لعين.

ورجل لعنة بالسكون: يلعنه الناس، ولعنة: كثير اللعن.

واللعان: الملاعنة"^(٢).

ثانياً: تعريف اللعان اصطلاحاً:

"شهادات مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه-أي الزوج- ومقام

حد الزنا في حقها-أي الزوجة"^(٣).

الثانية: الأهلية.

أولاً: تعريف الأهلية لغة:

(٢) ينظر: المبسوط ٩٨/٢٦.

(٣) مقاييس اللغة، مادة لعن، ٢٥٢/٥، ينظر: لسان العرب، مادة لعن، ٣٨٨/١٣.

(٤) الهداية ٢٧٠/٢، ينظر: البحر الرائق، ١٢٢/٤.

قال ابن فارس: "الهمزة والهاء واللام أصلان متباعدان، أحدهما الأهل، والتأهل التزوج. وأهل الرجل أخص الناس به. وأهل البيت: سكانه. وأهل الإسلام: من يدين به. وجمع الأهل أهلون. والأهالي جماعة الجماعة.

وتقول: أهله لهذا الأمر تأهيلاً. ومكان أهل مأهول"^(١)

ثانياً: تعريف الأهلية اصطلاحاً:

"عبارة عن صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه"^(٢).

الفرع الثاني: بيان وجه هذا الفرق:

أن الأعمى والمحدود في القذف يقبلان في يمين القسامة بخلاف اللعان فلا يقبلان فيه

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما قسم.

ب. كلتاها فيهما دعوى.

وافترقتا في الحكم: فالأعمى والمحدود في القذف يقبلان في القسامة بخلاف اللعان فلا يقبلان فيه.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو اختاروا في القسامة أعمى، أو محدوداً في قذف كان ذلك لهم؛ وأراد بهذا الفرق بين هذا وبين اللعان فإن اللعان شهادة، والمحدود في القذف، والأعمى ليس لهما شهادة الأداء فأما هذه فيمين محضة"^(٣).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أنهما أسوة غيرهم في الأهلية لليمين والنكول فقبلا في القسامة^(١).

(١) مقاييس اللغة، مادة أهل ١/١٥٠، ينظر: المصباح المنير، مادة أهل، ١/٢٨.

(٢) كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٤/٢٣٧، ينظر: التعريفات ص ٤٠.

(٣) ينظر: المبسوط ٩٨/٢٦ بتصرف، ينظر: مجمع الأثر ٢/٦٧٨.

٢- أن اللعان شهادة، والمحدود في القذف والأعمى ليس لهما شهادة الأداء فأما القسامة فيمين محضة^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا ادعى رجل على قوم قتل صاحبه فطلب منهم اليمين فحلف أحدهم وهو أعمى أو محدود يقذف صحت يمينه.
- ٢- إذا ادعى أعمى أو محدود تقذف على زوجته الزنا فليس له الملاعنة.

(١) ينظر: المبسوط ٩٨/٢٦، مجمع الأنهر ٦٧٨/٢.

(٢) المراجع السابقة.

المبحث الثالث

الفرق بين القسامة والدية في موضع القتل^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن الرجل إذا وجد قتيلا في داره فالدية على عاقلته ولا قسامة، بخلاف ما إذا وجد رجل قتيلا في دار آخر فعلى صاحب الدار القسامة والدية.

فلمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاها فيهما قتيلا.

ب- كلتاها فيهما دية.

ج- كلتاها لا يعلم القاتل.

وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا وجد قتيلا في داره فالدية على عاقلته ولا قسامة، بخلاف ما إذا وجد رجل قتيلا في دار آخر فعلى صاحب الدار القسامة والدية.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا وجد غيره قتيلا في داره إنما يجعل الدية والقسامة عليه، وهذا لا يوجد فيما إذا وجد هو قتيلا فيها وجبت الدية على عاقلته لورثته"^(٢).

(١) ينظر: المبسوط ١٠١/٢٦.

(٢) المبسوط ١٠١/٢٦. بتصرف

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الظاهر أن غيره لا يتمكن من ذلك في ملكه^(١).
- ٢- أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فلهذا يجعل كأن غيره قتله وعند القتل كان التدبير في حفظ ذلك الموضع إليه فإذا فرط في ذلك وجبت الدية على عاقلته لورثته^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا وجد رجل قتيلا في داره فعلى عاقلته الدية لورثته.
- ٢- إذا وجد رجل قتيلا في دار آخر وجب على صاحب الدار الدية والقسامة.

(١) ينظر: المبسوط ١٠١/٢٦.

(٢) المرجع السابق.

المبحث الرابع

الفرق بين القسامة والقتل مباشرة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق:

أن القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم، إما باستقلال أو بالدخول في العاقلة؛ بخلاف القتل مباشرة فإنه قد لا يستلزم الدية. فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه: أ- كلتاها فيهما قتل. وافترقتا في الحكم: فالقسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم، إما باستقلال أو بالدخول في العاقلة؛ بخلاف القتل مباشرة فإنه قد لا يستلزم الدية.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:.. نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم، إما باستقلال أو بالدخول في العاقلة بخلاف القتل مباشرة"^(٢).
ب. دليل هذا الفرق.

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين ٦/٦٤٣، فتح القدير ١/٤٠٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ٦/٦٤٣، بتصرف، وينظر: فتح القدير، ١٠/٤٠٢، وفيه تعليق على الفرق: "فيه نظر، لأن استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا إما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة بالاستقراء ممنوع، فإنه إذا وجد القتل في قرية امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد يجب عليها القسامة ولا يجب عليها شيء من الدية على ما هو المنصوص عليه من محمد كما ذكر في غاية البيان والكفاية وغيرهما، والمتأخرون وإن قالوا: إن المرأة تدخل مع العاقلة في تحمل الدية في تلك المسألة إلا أن تعليلهم إياها بقولهم لأننا أنزلناها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة".

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١ - الاستقراء^(١).
- ٢ - أن المملوك تحقق، فيتحقق اللازم^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا وجد الرجل قتيلا في أرض قوم ولم يعلم قاتله فادعى ورثته على القوم فحلفوا خمسين يمينا وجبت عليهم الدية.
- ٢ - إذا قتل رجل آخر فادعى ورثته عند القاضي فأقر القاتل فإنه يقتص منه.

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين ٦/٦٤٣.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين ٦/٦٤٣، فتح القدير ١٠/٤٠٢.

المبحث الخامس

الفرق بين القسامة والوكيل بالخصومة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن القتل إذا وجد في محلة فشهد اثنان من أهل المحلة قبل دعوى وليه أن فلانا قتله من غيرها فلا تقبل شهادتهما، بخلاف ما إذا وكل إنسانا في الخصومة فعزله قبل الخصومة فتقبل شهادته. فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما شهادة.

ب. كلتاهما فيهما خصومة.

وافترقتا في الحكم: فالقتيل إذا وجد في محلة فشهد اثنان من أهل المحلة قبل دعوى وليه أن فلانا قتله من غيرها فلا تقبل شهادتهما، بخلاف ما إذا وكل إنسانا في الخصومة فعزله قبل الخصومة فتقبل شهادته.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو حنيفة على الفرق، ففي المحيط البرهاني: "وإذا وجد قتيلا في محلة وادعى ولي القتل على أحد من غير أهل المحلة أنه قتله وشهد له بذلك شاهدان عدلان من غير أهل المحلة التي وجد فيها القتل فإنه يقبل شهادتهما، وإن شهد له بذلك شاهدان عدلان من أهل المحلة التي وجد فيها

(١) ينظر: المحيط البرهاني ٢٠/٢٤١.

القتيل، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا تقبل شهادتهما حتى لا يثبت القتل بشهادتهما على المدعى عليه قتله، وهذا بخلاف الوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة^(١).

وأما أبو يوسف ومحمد فقالا: "تقبل شهادتهم ويقضى بالقتل على المدعى عليه قتله"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن أهل المحلة صاروا بمجرد وجود القتل في محلتهم خصوماً، وإن لم يدع عليهم ولي القتل^(٣).

٢- ألو كيل في الخصومة لا يكون خصماً بمجرد التوكيل دون مباشرة الخصومة^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا وجد قتل في محلة وادعى ولي القتل على أحد من غير المحلة وشهد له شاهدان من أهل المحلة فلا تقبل شهادتهما.

٢- إذا كان لرجل خصومة مع آخر فقام بتوكيل من يطالب له وقبل الجلسة الخصومة فسخ الوكالة وطلب المفسوخ منه الشهادة صحت شهادته.

(١) المحيط البرهاني، ٢٠/٢٤١، بتصرف.

(٢) المحيط البرهاني ٢٠/٢٤٢

(٣) ينظر: المحيط البرهاني ٢٠/٢٤٢.

(٤) المرجع السابق.

المبحث السادس

الفرق بين القسامة والشفعة في الخصومة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق:

أن القتل إذا وجد في محلة فشهد اثنان من أهل المحلة قبل دعوى وليه أن فلانا قتله من غيرها فلا تقبل شهادتهما، بخلاف الشفيع إذا شهد على البائع بالبيع للمشتري، وقد سلم الشفعة قبل الطلب فتقبل شهادته.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

- كلتاها فيهما شهادة.

وافترقتا في الحكم: فالقتل إذا وجد في محلة فشهد اثنان من أهل المحلة قبل دعوى وليه أن فلانا قتله من غيرها فلا تقبل شهادتهما، بخلاف الشفيع إذا شهد على البائع بالبيع للمشتري، وقد سلم الشفعة قبل الطلب فتقبل شهادته.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو حنيفة على الفرق، ففي المحيط البرهاني: "وإذا وجد قتيلا في محلة وادعى ولي القتل على أحد من غير أهل المحلة أنه قتله وشهد له بذلك شاهدان عدلان من غير أهل المحلة التي وجد فيها القتل فإنه يقبل شهادتهما، وإن شهد له بذلك شاهدان عدلان من أهل المحلة التي وجد فيها

(١) ينظر: المحيط البرهاني ٢٠/٢٤١.

القتيل، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا تقبل شهادتهم حتى لا يثبت القتل بشهادتهم على المدعى عليه قتله، بخلاف مسألة الشفعة"^(١).

وأما أبو يوسف ومحمد فقالا: "تقبل شهادتهم ويقضى بالقتل على المدعى عليه قتله"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن أهل المحلة صاروا بمجرد وجود القتل في محلتهم خصوماً، وإن لم يدع عليهم ولي القتل"^(٣).

٢- أن الشفيع لم يصر خصماً قبل الطلب، فهو لم يخاصم حقيقة، ولا يثبت له حق قبل الطلب"^(٤).

٣- أن حق الشفيع إنما يثبت بالطلب"^(٥).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا وجد قتل في محلة وادعى ولي القتل على أحد من غير المحلة وشهد له شاهدان من أهل المحلة فلا تقبل شهادتهما.

٢- إذا شهد الشفيع على البائع بالبيع للمشتري، وقد سلم الشفعة قبل الطلب فتقبل شهادته.

(١) المحيط البرهاني ٢٠/٢٤١، ٢٤٤، بتصرف.

(٢) المحيط البرهاني ٢٠/٢٤٢. بتصرف.

(٣) ينظر: المحيط البرهاني ٢٠/٢٤٢.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

المبحث السابع

الفرق بين القسامة والوصية في الخصومة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق:

أن القتل إذا وجد في محلة فشهد اثنان من أهل المحلة قبل دعوى وليه أن فلانا قتله من غيرها فلا تقبل شهادتهما، بخلاف الموصى له بالثلث إذا شهد بموت الموصي حال وقوع الإشكال في موته، وقد رد وصيته قبلت شهادته.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

- كلتاها فيهما شهادة

وافترقتا في الحكم: فالقتل إذا وجد في محلة فشهد اثنان من أهل المحلة قبل دعوى وليه أن فلانا قتله من غيرها فلا تقبل شهادتهما، بخلاف الموصى له بالثلث إذا شهد بموت الموصي حال وقوع الإشكال في موته، وقد رد وصيته قبلت شهادته.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو حنيفة على الفرق، ففي المحيط البرهاني: "وإذا وجد قتيلا في محلة وادعى ولي القتل على أحد من غير أهل المحلة أنه قتله وشهد له بذلك شاهدان عدلان من غير أهل المحلة التي وجد فيها القتل فإنه يقبل شهادتهما، وإن شهد له بذلك شاهدان عدلان من أهل المحلة التي وجد فيها

(١) ينظر: المحيط البرهاني: ٢٠/٢٤١.

القتيل، قال أبو حنيفة رحمه الله: لا تقبل شهادتهما حتى لا يثبت القتل بشهادتهما على المدعى عليه قتله، بخلاف الموصى له بالثلث^(١).

وأما أبو يوسف ومحمد فقالا: "تقبل شهادتهم ويقضى بالقتل على المدعى عليه قتله"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن أهل المحلة صاروا بمجرد وجود القتل في محلتهم خصوماً، وإن لم يدع عليهم ولي القتل^(٣).

٢- أن الموصى له لم يصر خصماً قبل القبول^(٤).

٣- أن الموصى له لم يخاصم حقيقة، ولا يثبت له حق قبل القبول^(٥).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا وجد قتل في محلة وادعى ولي القتل على أحد من غير المحلة وشهد له شاهدان من أهل المحلة فلا تقبل شهادتهما.

٢- إذا شهد الموصى له بالثلث بموت الموصي حال وقوع الإشكال في موته، وقد كان الموصي رد الوصية قبلت شهادته.

(١) المحيط البرهاني ٢٠/٢٤١. بتصرف.

(٢) المحيط البرهاني ٢٠/٢٤٢.

(٣) ينظر: المحيط البرهاني، ٢٠/٢٤٣.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

المبحث الثامن

الفرق بين المرأة والصبي في مسائل القسامة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن القتل إذا وجد في دار امرأة في مصر ليس فيه من عشيرتها أحد فالأيمان تتكرر على المرأة خمسين يمينا ثم تفرض الدية على أقرب القبائل منها، بخلاف الصبي. فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ- كلتاهما فيهما قتل.

ب- كلتاهما القتل في دار في مصر ليس فيه من عشيرة صاحب الدار أحد. وافترقتا في الحكم: فالقتل إذا وجد في دار امرأة في مصر ليس فيه من عشيرتها أحد فإن الأيمان تتكرر على المرأة حتى تحلف خمسين يمينا ثم تفرض الدية على أقرب القبائل منها، بخلاف الصبي.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:.

نص أبو حنيفة ومحمد بن الحسن على الفرق فقالا: "وإذا وجد القتل في دار امرأة في مصر ليس فيه من عشيرتها أحد فإن الأيمان تتكرر على المرأة حتى تحلف خمسين يمينا ثم تفرض الدية على أقرب القبائل منها بخلاف الصبي"^(٢).

(١) ينظر: المبسوط ١٠٧/٢٦.

(٢) المبسوط ١٠٧/٢٦، بتصرف.

وأما أبو يوسف فقال بقولهما ثم رجع عنه فقال: (يضم إليها أقرب القبائل منها فيقسمون ويعقلون)^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن وجوب القسامة في القتل الموجود في الملك باعتبار الملك والمرأة في الملك كالرجل^(٢).
- ٢- أن المرأة تختص بالتدبير في ملكها، وأن الولاية في حفظ ملكها إليها، فكانت كالرجل في حكم القسامة^(٣).
- ٣- أن الصبي لا تدبير له في ملك نفسه، ولا يقوم بحفظ ملكه بنفسه^(٤).
- ٤- أن للمرأة قولاً ملزماً في الجناية كالرجل حتى يصح منها الإقرار بالقتل، وليس للصبي قول ملزم في الجناية والقسامة في معنى قول ملزم فيثبت ذلك في حق المرأة دون الصبي^(٥).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق والإجابة عنها.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- أن المرأة في حكم القسامة كالصبي بدليل: أن في القتل الموجود في المحلة لا يدخل النساء والصبيان، ثم إذا وجد القتل في دار الصبي فالقسامة والدية على عاقلته، فكذلك في دار المرأة وعاقلتها هم أقرب القبائل إليها^(٦).
- ٢- أن المرأة ليست من أهل النصرة^(٧).

(١) المبسوط ١٠٧/٢٦.

(٢) ينظر: المبسوط ١٠٧/٢٦.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا وجد الرجل قتيلا في دار امرأة وليس من عشيرتها أحد في بلدتها فتحلف خمسين يمينا ثم تفرض الدية على أقرب القبائل منها.
- ٢- إذا وجد الرجل قتيلا في دار صبي وليس من عشيرته أحد في بلدته فلا يحلف خمسين يمينا.

المبحث التاسع

الفرق بين اليمين في القسامة، واليمين في سائر الحقوق^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن النكول في أيمان القسامة موجب للحبس حتى يقر أو يحلف ثم يلزم بالدية؛ بخلاف النكول في سائر الحقوق فإنه يحكم عليه.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما يمين.

ب. كلتاهما فيهما نكول.

وافترقتا في الحكم: فالنكول في أيمان القسامة موجب للحبس حتى يقر أو يحلف ثم يلزم بالدية؛ بخلاف النكول في سائر الحقوق فإنه يحكم عليه.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إن كون فائدة اليمين النكول إنما هو في الأموال لا في باب القسامة"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- أن اليمين في القسامة مستحقة لذاتها تعظيماً لأمر الدم، ولهذا يجمع بينها وبين الدية^(٣).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٣٨٢/١٠، فتح القدير ٣٧٥/١٠.

(٢) بدائع الصنائع ٣٨٢/١٠، فتح القدير ٣٧٥/١٠.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٣٨٢/١٠، ٣٨٩، فتح القدير ٣٧٥/١٠.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا وجد قتيل في أرض قوم فطلب منهم يمين القسامة فنكلوا فيوجب عليهم الحبس حتى يقرروا أو يحلفوا.
- ٢- إذا ادعى رجل على آخر دينا وليس لديه بينة وطلب يمين المدعى عليه فنكل حكم عليه.

المبحث العاشر

الفرق بين المحلة والسفينة في مسألة القسامة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن القسامة في الدار والمحلة على مالكةا بخلاف السفينة على من فيها من الركاب والملاحين.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما قتل لا يعلم قاتله.

ب. كلتاهما فيهما قسامة.

وافترقتا في الحكم: فالقسامة في الدار والمحلة على مالكةا، بخلاف السفينة فعلى من فيها من الركاب والملاحين.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو حنيفة ومحمد على هذا الفرق؛ ففي البحر الرائق: "وفي الفلك على من فيها من الركاب والملاحين؛ لأنه في أيديهم فيستوي المالك وغيره في الدار فيه، والفرق لهما: أن الفلك ينقل ويحول فيكون في اليد حقيقة بخلاف العقار؛ فإنه لا ينقل ولا يحول"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- أن الفلك ينقل ويحول فيكون في اليد حقيقة بخلاف العقار؛ فإنه لا ينقل ولا يحول^(٣).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٣٩٦/١٠، البحر الرائق ٤٥٢/٨، حاشية ابن عابدين ٦٣٤/٦.

(٢) بدائع الصنائع ٣٩٦/١٠، بتصرف، ينظر: البحر الرائق ٤٥٢/٨، حاشية ابن عابدين ٦٣٤/٦.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٣٩٦/١٠، البحر الرائق ٤٥٢/٨، حاشية ابن عابدين ٦٣٤/٦.

المطلب الثالث : تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا وجد قتيل في سفينة فالقسامة على الركاب والملاحين.
- ٢ - إذا وجد قتيل في محلة فالقسامة على أهل المحلة.

المبحث الحادي عشر

الفرق بين الدابة والدار في مسائل القسامة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق:

أن القتل إذا وجد على دابة ومعها راكبها أو سائقها أو قائدها فديته على عاقلة الراكب أو السائق أو القائد وإن لم يكونوا مالكين لها، بخلاف الدار فتجب الدية على مالكة دون ساكنها. فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما قتل لا يعلم قاتله.

ب. كلتاهما فيهما مالك ومستعمل.

وافترقتا في الحكم: فالقتل إذا وجد على دابة ومعها راكبها أو سائقها أو قائدها فديته على عاقلة الراكب أو السائق أو القائد وإن لم يكونوا مالكين لها، بخلاف الدار فتجب الدية على مالكة دون ساكنها.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق وتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "قتل على دابة ومعها سائق أو قائد أو راكب فديته على عاقلته دون أهل المحلة بخلاف الدار"^(٢).

ويرى بعض الحنفية أن القسامة والدية على مالك الدابة^(٣).

ب. دليل هذا الفرق.

(١) ينظر: البحر الرائق ٤٤٨/٨، حاشية ابن عابدين ٦/٦٢٩.

(٢) البحر الرائق ٤٤٨/٨، بتصرف، ينظر: حاشية ابن عابدين ٦/٦٢٩.

(٣) ينظر: البحر الرائق ٤٤٨/٨، حاشية ابن عابدين ٦/٦٢٩.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١ - أن القتل في يد الراكب فصار كما إذا كان في داره^(١).
- ٢ - أن تدبير الدابة إليهم وإن لم يكونوا مالكين لها، وتدبير الدار إلى مالكيها وإن لم يكن ساكنًا فيها^(٢).
- ٣ - أن الدار لا تنقطع يد ملكها عنها في الرأي والتدبير^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا وجد قتل على دابة ومعها راكبها فديته على عاقلة الراكب وإن لم يكونوا مالكين لها.
- ٢ - إذا وجد قتل في دار فتجب الدية على مالكيها دون ساكنها.

(١) ينظر: البحر الرائق ٤٤٨/٨، حاشية ابن عابدين ٦/٦٢٩.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المراجع السابقة.

المبحث الثاني عشر

الفرق بين الدار والمحلة في مسائل القسامة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق:

أن القتل إذا وجد في دار مشتركة بين مشتر وصاحب خطة فإنهما يستويان في القسامة والدية، بخلاف ما إذا وجد في المحلة فالقسامة والدية على أهل الخطة دون المشترين إلا إذا لم يبق أحد من أهل المحلة فتكون القسامة والدية على المشترين.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما قتل لا يعلم قاتله.

ب. كلتاهما فيهما مكان فيه أصل وفرع.

وافترقتا في الحكم: فالقتيل إذا وجد في دار مشتركة بين مشتر وصاحب خطة فإنهما يستويان في القسامة والدية، بخلاف ما إذا وجد في المحلة فالقسامة والدية على أهل الخطة دون المشترين إلا إذا لم يبق أحد من أهل المحلة فتكون القسامة والدية على المشترين.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، ففي البحر الرائق: "وهي على أهل الخطة دون السكان والمشرتين، هذا قول الإمام ومحمد بخلاف القرية والمحلة والدار، فإنه إذا وجد قتل في دار مشتركة بين مشتر وصاحب خطة فإنهما يستويان في القسامة والدية بالإجماع، وفي المحلة أوجب القسامة والدية

(١) ينظر: البحر الرائق ٨/٤٥٠، تبين الحقائق (١٧٣/٦)

على أهل الخطة دون المشترين مع أن كل واحد منهم لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته. فإن لم يبق واحد منهم فعلى المشترين، يعني إن لم يبق واحد من أهل الخطة فعلى المشترين^(١). وأما أبو يوسف فيرى أن الكل مشترك^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة في العرف، وكذا في الحفظ^(٣).
- ٢- أن صاحب الخطة أصيل والمشتري دخيل، وولاية الحفظ على الأصيل دون الدخيل، وفي الدار المشتركة ولاية تدبيرها إلى المالك مطلقاً^(٤).
- ٣- أن العرف جارٍ بأن تدبير المحلة لأهلها دون المشترين منه، وتدبير الدار للمشتري^(٥).
- ٤- أن الولاية انتقلت إلى المشترين لزوال من يراحمهم^(٦).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- أن الكل مشترك؛ لأن الضمان يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وهم في ذلك سواء فكذا في ترك الحفظ فصار كالدار المشتركة بين واحد من أهل الخطة وبين المشتري ولو كان للخطة تأثير في التقديم لما شاركهم المشتري^(٧).

(١) ينظر: البحر الرائق ٨/٤٥٠، تبين الحقائق ٦/١٧٣.

(٢) ينظر: البحر الرائق ٨/٤٥٠.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا وجد القتل في دار مشتركة بين مشتر وصاحب خطة فيستويان في القسامة والدية.
- ٢- إذا وجد القتل في محلة فيها أهلها فالقسامة والدية على أهل الخطة دون المشترين.

المبحث الثالث عشر

الفرق بين الحضور والغيبة في مسألة القسامة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن القتل إذا وجد في دار إنسان، وكانت العاقلة حاضرة في المصر فالقسامة والدية عليهم، بخلاف ما إذا كانت غائبة فالقسامة على صاحب الدار تكرر عليه الأيمان، والدية عليه وعلى عاقلته.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما قتل في دار إنسان لا يعلم قاتله.

ب. كلتاهما فيهما عاقلة.

وافترقتا في الحكم: فالقتيل إذا وجد في دار إنسان، وكانت العاقلة حاضرة في المصر دخلوا في القسامة، بخلاف ما إذا كانت غائبة فالقسامة على صاحب الدار تكرر عليه الأيمان.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "لو وجد قتل في دار إنسان، فإن كانت العاقلة حاضرة في المصر دخلوا في القسامة، وإن كانت غائبة فالقسامة على صاحب الدار تكرر عليه الأيمان، والدية عليه وعلى عاقلته"^(٢).

(١) ينظر: بدائع الصنائع، ٣٩٩/١٠، تحفة الفقهاء، ١٣٣/٣.

(٢) بدائع الصنائع ٣٩٩/١٠، بتصرف، ينظر: تحفة الفقهاء ١٣٣/٣.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن العاقلة إذا كانوا حاضرين في البلد يلزمهم حفظ الدار ونصرتها كما يلزم صاحب الدار^(١).

٢- أن معنى التهمة ظاهر الانتفاء من الغيب، وكذا معنى النصرة؛ لأنه لا يلحق ذلك الموضع نصرة من جهتهم^(٢).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا وجد القتل في دار رجل، وكانت العاقلة حاضرة في البلد فالقسامة والدية عليهم.
- ٢- إذا وجد القتل في دار رجل وكانت العاقلة غائبة فالقسامة على صاحب الدار تكرر عليه الأيمان، والدية عليه وعلى عاقلته.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٣٩٩/١٠.

(٢) المرجع السابق.

المبحث الرابع عشر

الفرق بين المسجد والسوق وبين الفلاة في مسائل القسامة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق.

وفيه مفردة واحدة: الفلاة

تعريف الفلاة لغة: قال ابن فارس: الفاء واللام والحرف المعتل كلمة صحيحة فيها ثلاث كلمات، منها: الأرض الخالية^(٢).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن القتل إذا وجد في فلاة من الأرض فليس فيه شيء، بخلاف ما إذا وجد قتيلا في مسجد أو سوق ففيه الدية في بيت المال.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلاتهما فيهما قتل لا يعلم قاتله.

ب. كلاتهما فيهما مكان ليس له مالك معين.

وافترقتا في الحكم: فالقتيل إذا وجد في فلاة من الأرض فليس فيه شيء، بخلاف ما إذا وجد قتيلا في مسجد أو سوق ففيه الدية في بيت المال.

(١) ينظر: المحيط البرهاني ٢٠/٢٢٥، ينظر: حاشية ابن عابدين ٦/٦٣٤.

(٢) مقاييس اللغة مادة فلو ٤/٤٤٧، وينظر: القاموس المحيط ص: ١٣٢٢.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق، وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص بعض الحنفية على الفرق، ففي المحيط البرهاني: "وإذا وجد القتل في فلاة من الأرض فليس فيه شيء، هكذا قال في الأصل وذكرنا مسألة الفلاة على سبيل الفرق قبل هذا، وذكرنا أن فيه الدية في بيت المال فصار في المسألة روايتان، كان ينبغي على رواية الأصل أنه يقال: إنه تجب الدية في بيت المال كما في مسألة المسجد الجامع والسوق التي للعمامة، والمعنى الجامع بينهما أن الفلاة على ملك عامة المسلمين... فصار كالمسجد والسوق فوجب أن يجب فيه الدية أيضا"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الفلاة إذا انقطع عنها منفعة المسلمين لا تكون تحت أيديهم ورأيهم وتديرهم^(٢).
- ٢- أن المسجد والسوق بقرب المسلمين فيمكنهم أن يصونوها عن مثل هذا، وإذا لم يصونوها فقد صاروا جناة، فتجب الدية في بيت المال، بخلاف الفلاة فإنها بعيدة عنهم فلا يمكنهم صونها عن مثل هذا^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا وجد القتل في فلاة من الأرض فلا دية ولا قسامة.
- ٢- إذا وجد القتل في مسجد أو سوق ففيه الدية في بيت المال.

(١) المحيط البرهاني ٢٠/٢٢٥، ينظر: حاشية ابن عابدين ٦/٦٣٤.

(٢) ينظر: المحيط البرهاني ٢٠/٢٢٥.

(٣) ينظر: المحيط البرهاني ٢٠/٢٢٥.

المبحث الخامس عشر

المبحث الخامس عشر: الفرق بين المالك والساكن في مسائل

القسامة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن القتل إذا وجد بملك لرجل وبه ساكن فإن الدية والقسامة على الساكن، بخلاف ما إذا وجد بملك رجل نزل به العسكر فالدية والقسامة على المالك.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما قتل لا يعلم قاتله.

ب. كلتاهما فيهما مالك وساكن.

وافترقتا في الحكم: فالقتل إذا وجد بملك لرجل وبه ساكن فإن الدية والقسامة على الساكن، بخلاف ما إذا وجد بملك رجل نزل به العسكر فالدية والقسامة على المالك.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو يوسف من الحنفية على الفرق، فقال: "وإن كان العسكر في أرض رجل فالقسامة والدية عليه؛ لأن العسكر في هذا المكان بمنزلة السكان والقسامة والدية على الملاك دون السكان بالإجماع وهما سويا بين هذه وبين الدار. وأبو يوسف رحمه الله تعالى فرق؛ فإن عنده في الدار تجب على السكان دون الملاك. والفرق: أن العسكر نزلوا في هذا المكان للانتقال والارتحال لا للقرار، وما لا قرار له وجوده وعدمه بمنزلة، فأما السكان في الدار للقرار لا للانتقال والفرار فلا بد من

(١) ينظر: المحيط البرهاني ٢٠/٢٢٧، ٢٣١، البحر الرائق ٨/٤٤٩.

اعتباره" ^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن العسكر نزلوا المكان للانتقال لا للقرار وما لا قرار له وجوده وعدمه بمنزلة، فكأنهم مارون ^(٢).

٢- أن الساكن في الدار والمحلة إنما نزل للقرار لا للانتقال ^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا وجد القتيل بملك لرجل وفيه ساكن فالدية والقسامة على الساكن.
- ٢- إذا وجد القتيل بملك رجل نزل به العسكر فالدية والقسامة على المالك.

(١) المحيط البرهاني ٢٠/٢٢٧، البحر الرائق ٨/٤٤٩.

(٢) ينظر: المحيط البرهاني ٢٠/٢٢٧، البحر الرائق ٨/٤٤٩.

(٣) المراجع السابقة.

المبحث السادس عشر

الفرق بين المسلمين إذا اقتتلوا، وبين المسلمين والمشركين إذا اقتتلوا في القسامة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه هذا الفرق.

أن القتال إذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الإسلام ولا يدرى أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين، بخلاف ما إذا كان القتال بين طائفتين من المسلمين فتجب الدية والقسامة على أهل ذلك المكان.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما قتال بين طائفتين.

ب. كلتاهما فيهما قتل من المسلمين لا يدرى قاتله.

وافترقتا في الحكم: فالقتال إذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الإسلام ولا يدرى أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين، بخلاف ما إذا كان القتال بين طائفتين من المسلمين فتجب الدية والقسامة على أهل ذلك المكان.

المطلب الثاني: دراسة هذا الفرق وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "القتال إذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الإسلام ولا يدرى أن القاتل من أيهما يرجح جانب احتمال قتل المشركين، وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة وجه الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلاً

(١) ينظر: فتح القدير ٣٩٠/١، البحر الرائق ٤٥٤/٨.

فأوجبنا القسامة والدية"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- حمل أمر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكفار في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين^(٢).

٢- أنه إذا كان بين المسلمين فليس ثمة وجه الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلاً فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل إليهم عند الإشكال وكان العمل بما ورد به النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا اقتتل المسلمون والكفار في مكان المسلمين فوجد قتيل من المسلمين لا يدري قاتله فيحمل قتله على الكفار.

٢- إذا اقتتل طائفتان من المسلمين فوجد قتيل منهم لا يدري قاتله فعلى أهل المكان القسامة والدية.

(١) فتح القدير ١٠/٣٩٠، البحر الرائق ٨/٤٥٤.

(٢) ينظر: فتح القدير ١٠/٣٩٠، البحر الرائق ٨/٤٥٤.

(٣) المراجع السابقة.

((الباب الثالث))

الفروق الفقهية في كتاب الصلح

وفيه فصلان :

الفصل الأول : فروق كتاب الصلح مع غيره من أبواب الفقه .

الفصل الثاني : فروق مسائل كتاب الصلح .

الفصل الأول

فروق كتاب الصلح مع غيره من أبواب الفقه.

وفيه ثمانية مباحث:

- المبحث الأول: الفرق بين الصلح والميراث في الشركة.
- المبحث الثاني: الفرق بين الصلح والإجارة في الهلاك.
- المبحث الثالث: الفرق بين الصلح والنكاح في العوض.
- المبحث الرابع: الفرق بين الصلح والوصية في الجهالة.
- المبحث الخامس: الفرق بين الصلح والبيع في الشروط.
- المبحث السادس: الفرق بين الصلح والإقالة في التكييف الفقهي.
- المبحث السابع: الفرق بين الاستيفاء والصلح في حق الوصي.
- المبحث الثامن: الفرق بين الصلح والعفو في مسألة الشبهة.

المبحث الأول

الفرق بين الصلح والميراث في الشركة^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الدار إذا كانت في أيدي ورثة ادعى رجل فيها حقاً وبعضهم غائب فصالح الشاهد منهم المدعي على شيء مسمى من جميع حقه فهو جائز بخلاف ما لو أن رجلين ادعيا داراً في أيدي رجل وقالوا ورثناها عن أبينا وجحدهما الرجل، ثم صالح أحدهما عن حصته من هذه الدعوى على مائة درهم فأراد شريكه أن يشركه في هذه المائة لم يكن له ذلك.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما صلح.

ب. كلتاهما فيهما دعوى.

ج. كلتاهما فيهما شركة.

وافترقتا في الحكم: فالدار إذا كانت في أيدي ورثة ادعى رجل فيها حقاً وبعضهم غائب فصالح الشاهد منهم المدعي على شيء مسمى من جميع حقه فهو جائز بخلاف ما لو أن رجلين ادعيا داراً في أيدي رجل وقالوا ورثناها عن أبينا وجحدهما الرجل، ثم صالح أحدهما عن حصته من هذه الدعوى على مائة درهم فأراد شريكه أن يشركه في هذه المائة لم يكن له ذلك.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

(١) ينظر: المبسوط ١٣١/٢٠

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو أن دارا في يدي ورثة ادعى رجل فيها حقا وبعضهم غائب فصالح الشاهد منهم المدعي على شيء مسمى من جميع حقه فهو جائز، ولو أن رجلين ادعيا دارا في يدي رجل وقالا ورثناها عن أبينا وجحدتهما الرجل، ثم صالح أحدهما عن حصته من هذه الدعوى على مائة درهم فأراد شريكه أن يشركه في هذه المائة لم يكن له ذلك"^(١).
وأما أبو يوسف فقال: يشاركه^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أنه في حصة شركائه متبرع بالصلح^(٣).
- ٢- أن صلح المتبرع جائز إذا التزم العوض والدار الموروثة على حالها^(٤).
- ٣- أن المدعي مستقط لحقه بما يأخذ من العوض غير متملك شيئا ممن يأخذ منه العوض فلا يرجع هذا الصلح عليهم بشيء^(٥).
- ٤- أن الملك لو كان ظاهرا لهما في الدار فباع أحدهما نصيبه لم يكن للآخر أن يشاركه في ثمنه فكذلك إذا صالح أحدهما من نصيبه مع إنكار ذي اليد فليس للآخر أن يأخذ من الدار شيئا إلا أن يقيم البينة؛ لأن ذا اليد بقبوله الصلح مع الإنكار لا يصير مقرا بحق المصالح فيما صالحه عنه فكيف يصير مقرا بحق غيره فيما لم يقع الصلح عنه^(٦).

(١) المبسوط ١٣١/٢٠ بتصرف.

(٢) ينظر: المبسوط ١٣١/٢٠.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- أن المصالح يزعم أنه يأخذ بجهة الميراث عن أبيه ولهذا كان مصروفاً إلى دين الأب لو ظهر عليه دين ولا يختص أحد الابنين بشيء من ميراث الأب فلآخر حق المشاركة معه في المقبوض باعتبار زعمه^(١).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا كانت الدار عند ورثة وادعى رجل فيها حقاً وبعضهم غائب فصالح الشاهد منهم المدعي على شيء مسمى من جميع حقه جاز.
- ٢- إذا ادعى رجلان داراً في يدي رجل وقالوا ورثناها عن أبينا وجحدتهما الرجل، ثم صالح أحدهما عن حصته من هذه الدعوى على مائة درهم فأراد شريكه أن يشاركه في هذه المائة لم يكن له ذلك.

(١) المبسوط ١٣١/٢٠ .

المبحث الثاني

الفرق بين الصلح والإجارة في الهلاك^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الرجل إذا ادعى حقا في دار رجل فصالحه على خدمة عبد بعينه شهرا فمات العبد لا يبطل الصلح بخلاف العبد المستأجر فإنه إذا قتل بطلت الإجارة. فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما عبد.

ب. كلتاها فيهما هلاك العبد.

وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا ادعى حقا في دار رجل فصالحه على خدمة عبد بعينه شهرا فمات العبد لا يبطل الصلح بخلاف العبد المستأجر فإنه إذا قتل بطلت الإجارة.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص أبو يوسف على الفرق، ففي المبسوط: "ولو ادعى حقا في دار في يدي رجل فصالحه عن ذلك على خدمة عبد بعينه شهرا فهو جائز فإن مات العبد قبل أن يخدمه فعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يبطل الصلح ولكن للمدعي الخيار إن شاء أبطل الصلح وعاد على رأس الدعوى وإن شاء أمضى الصلح واشترى له بالقيمة عبدا آخر ليعلمه، ولو قتل العبد المستأجر بطل عقد الإجارة"^(٢).

(١) المبسوط ١٢٦/٢٠. وينظر: بدائع الصنائع ٥٤/٦، الفروق للكرائسي ٣٠٠/٢.

(٢) المبسوط ١٢٦/٢٠. وينظر: بدائع الصنائع ٥٤/٦.

وأما الحنفية فيرون أن الصلح باطل^(١).

ووافق أبا يوسف في أن العبد المستأجر إذا قتل بطلت الإجارة الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن المصالح ملك المنفعة بعقد يجوز أن يملك به العين فإذا هلكت العين وأخلفت بدلا لا يبطل الصلح^(٦).

٢- أن الإجارة ملك المنفعة بعقد فلا يجوز أن تملك به العين فلا يمكن إقامة بدل العين هناك مقام بدل المنفعة في الاستحقاق بحكم ذلك العقد وإذا كان العقد بحيث يجوز أن يملك به العين يمكن إقامة بدل العين فيه مقام بدل المنفعة في إيفاء العقد^(٧).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- أن الصلح باطل لتحقق فوات المعقود عليه لا على عوض فيعود على رأس الدعوى وإن مات بعد ما خدمه نصف الشهر كان على دعواه في النصف اعتبارا للبعض بالكل^(٨).
- ٢- أن الصلح على المنفعة بمنزلة الإجارة^(٩).

(١) المبسوط ١٢٦/٢٠.

(٢) بدائع الصنائع ٥٤/٦، الفروق للكرائسي ٣٠٠/٢.

(٣) المدونة ٤٨٣/٣ المنتقى ٥/١١٣.

(٤) المجموع ٥/٥٠٦، أسنى المطالب ١/٣٥٧.

(٥) المغني ج ٥/٣٥٢، الإنصاف ٦/٦٠.

(٦) المبسوط ١٢٦/٢٠.

(٧) المرجع السابق.

(٨) المرجع السابق.

(٩) المرجع السابق.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا ادعى رجل حقا في دار آخر فصالحه على خدمة عبد بعينه شهرا فمات العبد لا يبطل الصلح.
- ٢- إذا استأجر رجل عبدا لخدمته فمات العبد إذا بطلت الإجارة.

المبحث الثالث

الفرق بين الصلح والنكاح في العوض^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن القاتل لو صالح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شيء آخر، بخلاف ما لو تزوج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية ويجب مهر المثل. فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما عين محرمة.

ب. كلتاهما فيهما عوض محرم.

وافترقتا في الحكم: فالقاتل لو صالح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شيء آخر، بخلاف ما لو تزوج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية ويجب مهر المثل.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: لو صالح عن القصاص على خمر أو خنزير لا يصح ولا يجب شيء آخر ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير لا تصح التسمية ويجب مهر المثل^(٢). ووافقهم في وجوب مهر المثل في حال كون الصداق محرماً الشافعية^(٣) والحنابلة^(٤). وأما المالكية فيرون أنه قبل الدخول يفسخ النكاح وبعده يجب مهر المثل^(٥).

(١) بدائع الصنائع ٤٨٤/٧.

(٢) بدائع الصنائع ٤٨٤/٧.

(٣) مغني المحتاج ١٤٣/٣، تحفة المحتاج ٢٦٣/٧.

(٤) المغني ١٣٠/٧، الروض المربع ٣٦٩/٦.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن الخمر إذا لم تصلح بدل الصلح بطلت تسميته وجعل لفظة الصلح كناية عن العفو وذلك جائز؛ لأن العفو الفضل وفي الصلح معنى الفضل فأمكن جعله كناية عنه وبعد العفو لا يجب شيء آخر^(٢).

٢- أن النكاح لا يحتمل العفو، ولو احتمله فالعفو عن حق الغير لا يصح فيبقى النكاح من غير تسمية فيجب مهر المثل كما إذا سكت عن المهر أصلاً^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل آخر قتل عمد وعدوان فصالحه الورثة عن القصاص على خمر فلا يصح ولا يجب شيء آخر.
- ٢- إذا تزوج رجل امرأة على مهر مسمى خمر فلا تصح التسمية ويجب مهر المثل.

(١) الشرح الكبير للدردير ٢/٢٣٨، حاشية الصاوي ٢/٣٨٥.

(٢) بدائع الصنائع ٧/٤٨٤.

(٣) بدائع الصنائع ٧/٤٨٤.

المبحث الرابع

الفرق بين الصلح والوصية في الجهالة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الصلح على مجهول كثمرة النخل فاسد؛ بخلاف الوصية بالمجهول ف جائزة. فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه: أ. كلتاهما فيهما مجهول.

وافترقتا في الحكم: فالصلح على مجهول كثمرة النخل فاسد؛ بخلاف الوصية بالمجهول ف جائزة.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "الصلح على ثمرة النخل فاسد؛ بخلاف الوصية"^(٢). ووافقهم المالكية^(٣) والشافعية^(٤) في عدم صحة الصلح على مجهول. وأما الحنابلة فيرون صحة الصلح على مجهول^(٥). ووافق الحنفية في جواز الوصية بمجهول المالكية^(٦) والشافعية^(٧) والحنابلة^(٨).

(١) المبسوط ١٦٥/٢٠، فتح القدير ٤٣٥/٨.

(٢) المبسوط ١٦٥/٢٠، فتح القدير ٤٣٥/٨، تبين الحقائق ٦/ ١٨٩.

(٣) حاشية الدسوقي ٣٠٩/٣، شرح مختصر خليل ٦/ ١.

(٤) الأم ٣/ ٢٢٦، نهاية المحتاج ٦/ ٧٣.

(٥) المغني ٤/ ٣٦٧، الإنصاف ٧/ ١٣٢.

(٦) المنتقى ٦/ ١٧٤، أنوار البروق في أنواء الفروق ٧٢/٤-١١٨.

(٧) مغني المحتاج ٣/ ٤٥، أسنى المطالب ج ٣/ ٣٥.

(٨) المغني ٦/ ٦٤، كشف القناع ٤/ ٣٦٩.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الصلح على شيء مجهول وهو على خطر الوجود^(١).
- ٢- أن الصلح بمنزلة البيع والإجارة فيما يقع الصلح عليه ومثل هذه الجهالة تمنع الاستحقاق بالبيع والإجارة^(٢).
- ٣- أن الوصية أخت الميراث فمثل هذه الجهالة لا تمنع صحتها^(٣).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق ما يأتي:

- حديث أم سلمة - رضي الله عنها - قالت: أتى رسول الله ﷺ رجلان يختصمان في موارث لهما، لم تكن لهما بينة إلا دعواهما، فقال النبي ﷺ: "إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن^(٤) بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له من حق أخيه بشيء، فلا يأخذ منه شيئاً، فإنما أقطع له قطعة من النار"، فبكى الرجلان، وقال: كل واحد منهما حقّي لك، فقال لهما النبي ﷺ: "أما إذ فعلتما ما فعلتما فاققسما، وتوخيا الحق، ثم استهما^(٥)، ثم تحالا^(٦)" وجه الدلالة: أن هذا صلح على مجهول^(٧).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

- ١- إذا صالح الرجل على ثمر نخل مجهول لم يصح الصلح.

(١) المبسوط ١٦٥/٢٠

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) اللحن: قال ابن فارس: "اللام والحاء والنون له بناءان يدل أحدهما على إمالة شيء من جهته" مقاييس اللغة، مادة لحن

٢٣٩/٥، ويقال للمخطئ: لاحن: لأنه يعدل بالكلام عن الصواب. الكليات ص: ٧٩٧.

(٥) استهما: أي اقتزعا يعني ليظهر سهم كل واحد منكما. لسان العرب ٣٠٨/١٢.

(٦) أخرجه أبو داود، كتاب الأقضية، باب في قضاء القاضي إذا أخطأ، ٣٠١/٣، وصححه الألباني في الإرواء ٢٥٢/٥.

(٧) المغني ٤/ ٣٦٧.

٢- إذا أوصى رجل لآخر بشمر نخل مجهول صحت الوصية.

المبحث الخامس

الفرق بين الصلح والبيع في الشروط^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن من اشترى من إنسان شيئاً بدين له عليه فله أن يبيعه مرابحة^(٢) من غير بيان بخلاف ما لو أخذ شيئاً صلحاً عن دين له على إنسان لا يبيعه مرابحة حتى يبين.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما شراء.

ب. كلتاهما فيهما مرابحة.

وافترقتا في الحكم: فمن اشترى من إنسان شيئاً بدين له عليه فله أن يبيعه مرابحة من غير بيان بخلاف ما لو أخذ شيئاً صلحاً عن دين له على إنسان لا يبيعه مرابحة حتى يبين.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو اشترى من إنسان شيئاً بدين له عليه له أن يبيعه مرابحة من غير بيان ولو أخذ شيئاً صلحاً عن دين له على إنسان لا يبيعه مرابحة حتى يبين"^(٣).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

(١) المبسوط ٣٣/٢١، وبدائع الصنائع ٤٨٤/٧، والمحيط البرهاني ٤٢١/١٧.

(٢) المرابحة: نقل ما ملكه بالعقد الأول، بالثمن الأول مع زيادة ربح. درر الحكام ١٨٠/٢.

(٣) بدائع الصنائع ٤٨٤/٧.

- ١- أن مبنى الصلح على الخط والإغماض والتجاوز بدون الحق فلا بد من البيان ليعلم المشتري أنه سامح أم لا فيقع التحرز عن التهمة^(١).
- ٢- أن مبنى الشراء على المضايقة والمماكسة فلا حاجة إلى البيان^(٢).
- ٣- أن في الشراء لا تتصور الخيانة لأن الشراء لا يقع بذلك الدين بعينه بل بمثله وهو أن يجب على المشتري مثل ما في ذمة المديون فيلتقيان قصاصا لعدم الفائدة والدليل على أنه كذلك أنه لو اشترى ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه دين لم يبطل الشراء ولو وقع الشراء بذلك الدين بعينه لبطل الشراء وإذا لم يقع الشراء بذلك الدين بعينه لا تتقدر الخيانة كما إذا اشترى منه ثوبا بعشرة دراهم ابتداء.
- ٤- أن الصلح يقع بما في الذمة على البدل المذكور^(٣).
- ٥- أنهما لو تصادقا بعد عقد الصلح على أنه لم يكن عليه دين يبطل الصلح فاحتمل تهمة المسامحة والتجاوز بدون الحق فوجب التحرز عن ذلك بالبيان^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا اشترى رجل من آخر سيارة بدين على البائع فباعه مرابحة من غير بيان صح.
- ٢- إذا ادعى رجل على آخر مالا فاصطلحا على نصفه فباعه مرابحة لم يصح.

(١) بدائع الصنائع ٧/٤٨٤.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث السادس

الفرق بين الصلح والإقالة في التكيف الفقهي^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الصلح يوجب ملكاً مبتدأ بخلاف الإقالة فهي رفع.
فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
أ. كلتاهما فيهما نوع رفع.
وافترقتا في الحكم: فالصلح يوجب ملكاً مبتدأ بخلاف الإقالة فهي رفع.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

- أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:
نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "الصلح بخلاف الإقالة؛ لأن الصلح يوجب ملكاً مبتدأ، لا قديم الملك كالبيع"^(٢).
ب. دليل هذا الفرق.
استدل لهذا الفرق بما يأتي:
١- أن الصلح محتمل معنى الإقالة، فإن الإقالة لرفع العقد وفي الصلح معنى الرفع^(٣).
٢- أن الإقالة بلفظ الصلح جائزة، وغير جائزة بلفظ البيع^(٤).
٣- أن الصلح كما يحتمل الإقالة فيحتمل البيع^(١).

(١) المبسوط ٤٤/٢١، المحيط البرهاني ١٨/١٤، ١٨، وفتح القدير ٤٣٩/٨.

(٢) المحيط البرهاني ١٨/١٨.

(٣) المحيط البرهاني ١٨/١٤، ١٨.

(٤) المرجع السابق.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا ادعى رجل على آخر مالا وليس له بينة فصالحه على نصفه فهذا ملك مبتدئ.
- ٢- إذا اشترى رجل من آخر سيارة ثم طلب المشتري ردها فهذه إقالة.

المبحث السابع

الفرق بين الاستيفاء والصلح في حق الوصي^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الوصي لا يملك استيفاء القصاص في النفس بخلاف المصالحة عليه فيملكه.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما وصي.

ب. كلتاها فيهما قصاص في النفس ثبت للصغير.

وافترقتا في الحكم: فالوصي لا يملك استيفاء القصاص في النفس؛ بخلاف المصالحة عليه فيملكه.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص على هذا الفرق، فقالوا: "لا يملك الوصي استيفاء القصاص في النفس، وهل يملك الصلح عن القصاص في النفس ذكر في كتاب الصلح أنه لا يملك، وذكر في الجامع الصغير أنه يملك، فعلى رواية الجامع يحتاج إلى الفرق بين الاستيفاء وبين الصلح"^(٢).

(١) بدائع الصنائع ٤٦٧/٧، والمحيط البرهاني ١١١/٢٠.

(٢) بدائع الصنائع ٤٦٧/٧.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ﴾^(١) وجه الدلالة: أن منفعة التشفي راجعة إلى نفسه، ولأب ولاية على نفس الصغير، ولا ولاية للوصي عليها^(٢).
- ٢- أن استيفاء القصاص تصرف على نفس الصغير بالإحياء، وتحصيل التشفي راجعة إلى نفسه^(٣).
- ٣- أن الصلح تصرف في المال وللوصي ولاية التصرف في المال^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل آخر قتل عمد وعدوان وللمقتول ورثة قد وصي عليهم فالوصي لا يملك استيفاء القصاص.
- ٢- إذا قتل رجل آخر قتل عمد وعدوان فتصالح الورثة مع القاتل فالوصي المصالحة.

(١) البقرة: ١٧٩.

(٢) بدائع الصنائع ٤٦٧/٧.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث الثامن

الفرق بين الصلح والعفو في مسألة الشبهة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن من قطعت يده فصالح عليها ثم مات فعلى القاتل القصاص ولا يورث صلحه شبهة بخلاف ما إذا وقع العفو عن العبد ثم سرت الجناية ومات.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما جناية على اليد.

ب. كلتاهما فيهما سريان الجناية للموت.

وافترقتا في الحكم: فمن قطعت يده فصالح عليها ثم مات فعلى القاتل القصاص ولا يورث صلحه شبهة بخلاف ما إذا وقع العفو عن العبد ثم سرت الجناية ومات.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص بعض الحنفية على هذا الفرق، ففي المحيط البرهاني: "إذا عفا عن اليد ثم مات من ذلك، فعلى قول أبي حنيفة: يجب على القاتل القصاص؛ قياساً، ولا يعتبر العفو مورثاً للشبهة، ففي الصلح يجب أن يكون كذلك إذ لا يعرف بينهما فرق. ومنهم من قال: هذا الصلح لا يورث شبهة عنده بخلاف ما إذا وقع العفو عن العبد ثم سرى"^(٢).

ب. دليل هذا الفرق.

(١) ينظر: المحيط البرهاني ١٧٢/٢٠.

(٢) المحيط البرهاني ١٧٢/٢٠.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١ - أنه يجب على القاتل القصاص قياساً فلا يعتبر العفو مورثاً للشبهة^(١).
- ٢ - أن الحق كان ثابتاً في اليد من حيث الظاهر فصح عفوه من الظاهر، فبعد ذلك وإن بطل حكماً يبقى موجوداً حقيقة، ووجوده يكفي لمنع وجوب القصاص؛ لأنه عقوبة، أما هنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث يصلح عنها على مال وإذا كان الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها لا يمنع وجوب العقوبة فيجب القصاص^(٢).
- ٣ - أن العقوبات تمتنع وجوباً لوجود صورة العفو^(٣).
- ٤ - أن الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث يصلح عنها على مال وإذا كان الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها لا يمنع وجوب العقوبة فيجب القصاص^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا قطعت يد رجل فعفا عن الجاني ثم مات من ذلك فلا قصاص.
- ٢ - إذا قطعت يد رجل فصالحه على مال ثم مات من ذلك فعليه القصاص.

(١) المحيط البرهاني ١٧٢/٢٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

الفصل الثاني

فروق مسائل كتاب الصلح

وفيه واحد وعشرون مبحثاً :

- المبحث الأول: الفرق بين الصلح في الوصية، والصلح في الإجارة.
- المبحث الثاني: الفرق بين من صالح أن يكون السطح له، وبين من صالح على أن يبني على سطح سنة.
- المبحث الثالث: الفرق بين الصلح عن الشفعة، والصلح عن القصاص.
- المبحث الرابع: الفرق بين المهياة في غلة العبد الواحد، والمهياة للخدمة.
- المبحث الخامس: الفرق بين الصلح في الوصايا، والصلح في الإعارة.
- المبحث السادس: الفرق بين الصلح في القصاص، والصلح في حد القذف.
- المبحث السابع: الفرق بين الصلح عن القود، والصلح عن المال.
- المبحث الثامن: الفرق بين الصلح عن القود، والصلح عن الخلع.
- المبحث التاسع: الفرق بين ولاية الأب وولاية الوصي في الصلح.
- المبحث العاشر: الفرق بين إذا كان لرجل على رجلين دين فصالحاه على عبد على أنه بالخيار ثلاثاً، وبين ما إذا كان الدين لرجلين على رجل فصالحهما على أنهما بالخيار ثلاثة أيام.
- المبحث الحادي عشر: الفرق بين الصلح في السلم، والصلح في البيع.
- المبحث الثاني عشر: الفرق بين الخط في الصلح، والغبن اليسير في البيع.

- المبحث الثالث عشر: الفرق بين الأموال الربوية والأموال غير الربوية في باب الصلح.
- المبحث الرابع عشر: الفرق بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة في الصلح.
- المبحث الخامس عشر: الفرق بين ما يصلح أن يكون عوضاً في الصلح، وبين ما لا يصلح أن يكون عوضاً .
- المبحث السادس عشر: الفرق بين خدمة السفر وخدمة الحضر.
- المبحث السابع عشر: الفرق بين بدل الصلح في باب الخطأ وشبه العمد، وبدل الصلح عن القصاص.
- المبحث الثامن عشر: الفرق بين الصلح على المعلوم، والصلح على المطلق.
- المبحث التاسع عشر: الفرق بين الابن والأخ في الصلح.
- المبحث العشرون: الفرق بين صلح المكاتب، وصلح الأب أو الوصي.
- المبحث الحادي والعشرون: الفرق بين قوله: برئت، وبين قوله: أبرأتك.

المبحث الأول

الفرق بين الصلح في الوصية، والصلح في الإجارة^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن العبد الموصى بخدمته إذا قتل لا تبطل الوصية، ولكن يشتري بقيمته عبداً آخر ليعمل الموصى له؛ بخلاف العبد المؤجر إذا قتل فإن الإجارة تبطل. فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما عبد مقتول.

ب. كلتاهما فيهما صلح.

وافترقتا في الحكم: فالعبد الموصى بخدمته إذا قتل لا تبطل الوصية، ولكن يشتري بقيمته عبداً آخر ليعمل الموصى له؛ بخلاف العبد المؤجر إذا قتل فإن الإجارة تبطل.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص أبو يوسف على الفرق فقال: "العبد الموصى بخدمته إذا قتل لا تبطل الوصية، ولكن يشتري بقيمته عبداً آخر ليعمل الموصى له؛ بخلاف الإجارة وهي ملك المنفعة بعقد لا يجوز أن تملك به العين، فلا يمكن إقامة بدل العين هناك مقام بدل المنفعة في الاستحقاق بحكم ذلك العقد"^(٢).

(١) ينظر: المبسوط ١٢٦/٢٠.

(٢) المبسوط ١٢٦/٢٠ بتصرف.

ب. دليل هذا الفرق.

- ١- أن دفع الضرر عن الموصى له هناك غير ممكن بإعادة عوضه إليه فلأجل الضرورة أقمنا بدل العين مقام بدل المنفعة^(١).
- ٢- أن العبد من وجه كأنه موصى به ولهذا يعتبر خروجه من الثلث^(٢).

المطلب الثالث : تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا أوصى رجل بأن يخدم عبده فقتل العبد الموصى بخدمته فلا تبطل الوصية.
- ٢- إذا استأجر رجل عبدا ليخدمه فقتل بطلت الإجارة.

(١) ينظر: المبسوط ١٢٦/٢٠.

(٢) المرجع السابق.

المبحث الثاني

الفرق بين من صالح أن يكون السطح له، وبين من صالح على أن يبيت على سطح سنة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الرجل إذا كان في يده بيت له سطح فادعى رجل فيه دعوى فاصطلحا على أن يكون البيت لأحدهما ويكون سطحه للآخر فهذا لا يجوز، بخلاف ما لو صالح على أن يبيت على سطح سنة فهو جائز.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما صلح.

ب. كلتاهما فيهما سطح بيت.

ج. كلتاهما فيهما دعوى.

وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا كان في يده بيت له سطح فادعى رجل فيه دعوى فاصطلحا على أن يكون البيت لأحدهما ويكون سطحه للآخر فلا يجوز بخلاف ما لو صالح على أن يبيت على سطح سنة فهو جائز.

(١) المبسوط ١٣٦/٢٠، المحيط البرهاني ٣٤٢/١٧.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن :

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو كان بيت في يد رجل له سطح فادعى رجل فيه دعوى فاصطلحا على أن يكون البيت لأحدهما ويكون سطحه للآخر فهذا لا يجوز، ولو صالح على أن يبيت على سطح سنة فهو جائز"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن السطح لا بناء عليه، وبيعه لا يجوز، فإنه بيع الهواء، فكذلك لا يجوز الصلح عليه^(٢).
- ٢- أن في الصلح على أن يبيت سنة على السطح فهو يستوفي ملك المنفعة باعتبار ملك الأصل^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا كان بيت في ملك رجل فادعى رجل آخر فيه دعوى فاصطلحا على أن يكون البيت لأحدهما ويكون السطح للآخر لم يجز.
- ٢- إذا كان بيت في ملك رجل فادعى رجل آخر فيه دعوى فاصطلحا على أن يبيت على السطح سنة فهو جائز.

(١) المبسوط ١٣٦/٢٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المبسوط ١٣٠/٢٠.

المبحث الثالث

الفرق بين الصلح عن الشفعة، والصلح عن القصاص^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الشفيع إذا صالح المشتري على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشتري فتبطل الشفعة ولا يجب المال بخلاف الصلح عن القصاص.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما صلح

ب. كلتاهما فيهما حق

وافترقتا في الحكم: فالشفيع إذا صالح المشتري على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشتري فتبطل الشفعة ولا يجب المال بخلاف الصلح عن القصاص.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "أن صلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة أوجه، وفي وجه تبطل شفعته ولا يجب المال، وهو أن يصالح على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشتري فهنا تبطل شفعته بخلاف القصاص"^(٢).

ووافقهم الحنابلة^(٣).

ووافقهم المالكية^(١) والشافعية^(٢) في الصلح في القصاص.

(١) ينظر: المبسوط ١٤١/٢٠، بدائع الصنائع ٤٨٥/٧.

(٢) المبسوط ١٤١/٢٠، بتصرف، وينظر: بدائع الصنائع ٤٨٥/٧.

(٣) المغني ٣٢٢/٤، ٤٤٢، الروض المربع ١٤٦/٥.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن أخذه للمال يعتبر إعراضاً منه عن الشفعة^(٣).
- ٢- أن ملك المشتري في الدار لا يتغير بهذا الصلح بل يبقى على ما كان قبل الصلح^(٤).
- ٣- أن ترك الشفعة ليس بمال ولا يؤول مالا بحال فلاعتياض عنه بالمال لا يجوز^(٥).
- ٤- أن الشفيع لا حق له في الحل إنما الثابت له حق التملك^(٦).
- ٥- أن نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح تحدث له العصمة في حقه فيجوز أن يلزمه بمقابله^(٧).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا باع نصيبه في أرضه المشتركة مع آخر على رجل ثالث فطلب الشريك الثاني بيع حق الشفعة على المشتري بطلت الشفعة ولا مال له.
- ٢- إذا قتل رجل آخر عمدا فصالحه الورثة على مال جاز.

(١) الشرح الصغير ٤١٨/٣، مواهب الجليل للحطاب ٨٥/٥.

(٢) المهذب ١٨٩/٢، روضة الطالبين ٢٤٠/٩.

(٣) المبسوط ١٤١/٢٠.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) ينظر: بدائع الصنائع ٤٨٥/٧.

(٧) المبسوط ١٤١/٢٠.

المبحث الرابع

الفرق بين المهايأة في غلة العبد الواحد، والمهايأة للخدمة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق:

وفي هذا الفرع مفردة واحدة وهي: المهايأة.

أولاً: تعريف المهايأة لغة:

المهايأة: تهاياً القوم تهايؤاً من الهيئة، جعلوا لكل واحد هيئة معلومة، والمراد التوبة^(٢).

ثانياً: تعريف المهايأة اصطلاحاً:

"قسمة المنافع على التعاقب والتناوب"^(٣).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن المهايأة في غلة العبد الواحد لا تجوز بخلاف المهايأة للخدمة.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

- كلتاهما فيهما مهايأة.

وافترقتا في الحكم: فالمهايأة في غلة العبد الواحد لا تجوز بخلاف المهايأة للخدمة.

(١) المبسوط ١٥٠/٢٠، المحيط البرهاني في الفقه النعماني ٣٨٣/٧، فتح القدير ٤٦١/٩.

(٢) لسان العرب مادة "هياً"، ١٨٩/١، المصباح المنير مادة "ه ي ء" ٦٤٥/٢.

(٣) التعريفات للحرثاني ص ٣٠٣، وينظر: العناية شرح الهداية ٣٧٨/٨.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "لا تجوز المهايأة في غلة العبد الواحد بخلاف المهايأة للخدمة"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن القسمة لا تجري في غلة العبد الواحد^(٢).
- ٢- أن اعتبار المعادلة في قسمة الخدمة بالزمان ممكن^(٣).
- ٣- أن المنفعة هنا دون المالية فجاز ذلك في العبد الواحد والعبد^(٤).
- ٤- أن التهايو في الخدمة جواز ضرورة، ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها عينا، ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة^(٥).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا كان عبد لرجل فأراد آخر أن يشاركه أن يعقد معه على غلة العبد لم يجز.
- ٢- إذا كان عبد لرجل فأراد آخر أن يشاركه خدمة العبد جاز.

(١) المبسوط ١٥٠/٢٠.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني ٣٨٣/٧.

(٥) فتح القدير ٤٦١/٩.

المبحث الخامس

الفرق بين الصلح في الوصايا، والصلح في الإعارة^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الرجل إذا أوصى بخدمة عبده سنة لرجل وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث عن الخدمة على دارهم فهو جائز استحسانا بخلاف المستعير فغير جائز. فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه: أ. كلتاها فيهما صلح. ب. كلتاها الخدمة من العبد.

وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا أوصى بخدمة عبده سنة لرجل وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث عن الخدمة على دارهم فهو جائز استحسانا بخلاف المستعير فغير جائز.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإذا أوصى الرجل بخدمة عبده سنة لرجل وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من الخدمة على دارهم أو على سكنى بيت أو على خدمة خادم آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز استحسانا بخلاف المستعير"^(٢). ويرى بعض الحنفية أن كلا المسألتين غير جائزة^(٣).

(١) المبسوط ٣/٢١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) ينظر: المبسوط ٣/٢١.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أنه إذا أوصى الرجل بخدمة عبده سنة لرجل فصالحه الوارث على دارهم فجائز استحساناً^(١).

٢- أن الصلح يصح بطريق الإسقاط إذا تعذر تصحيحه بطريق المبادلة^(٢).

٣- أن إسقاط الحق بعوض ممكن لأنه استحق على الورثة تسليم العبد له في المدة ليستوفي خدمته وهو حق لازم لا يملك الوارث إبطاله فيجوز إسقاطه بعوض^(٣).

٤- أن المستعير لا يستوجب على المعير حقاً لازماً فلا يمكن تصحيح الصلح معه اعتياضاً عن إسقاط الخدمة^(٤).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- أن القياس لا يجوز؛ لأن الموصي له بالخدمة في حكم الاعتياض كالمستعير ولهذا لا يملك أن يؤاجره كالمستعير وهذا لأنه يملك الخدمة بغير عوض في الموضعين^(٥).
- ٢- أن المستعير لا يعتاض عن الخدمة مع المعير فكذلك الموصي له^(٦).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا أوصى الرجل بخدمة عبده سنة لرجل وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث عن الخدمة على مبلغ مالي فهو جائز.

(١) ينظر: المبسوط ٣/٢١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

٢- إذا استعار الرجل عبدا من رجل فصالحه أولاد المعير على الخدمة لم يكن له ذلك.

المبحث السادس

الفرق بين الصلح في القصاص، والصلح في حد القذف^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الصلح من كل جنابة فيها قصاص على ما قل من المال أو كثر فيها فهو جائز بخلاف حد القذف فإنه لا يؤول مالا بحال.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما تعد.

ب. كلتاهما فيهما طلب الصلح.

وافترقتا في الحكم: فالصلح من كل جنابة فيها قصاص على ما قل من المال أو كثر فيها فهو جائز بخلاف حد القذف فإنه لا يؤول مالا بحال.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "والصلح من كل جنابة فيها قصاص على ما قل من المال أو كثر فيها فهو جائز بخلاف حد القذف فإنه لا يؤول مالا بحال"^(٢). ووافقهم المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) في الصلح في القصاص.

(١) ينظر: المبسوط ٩/٢١، درر الحكام شرح غرر الأحكام ٣٩٦/٢، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٣٢٦/٤.

(٢) المبسوط ٩/٢١. بتصرف، وينظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٣٢٦/٤.

(٣) الشرح الصغير ٤١٨/٣، مواهب الجليل للحطاب ٨٥/٥.

(٤) روضة الطالبين ٢٤٠/٩، مغني المحتاج ٥٠/٤.

(٥) المغني ٤٤٢/٤، الروض المربع ١٤٦/٥.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَتْبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ﴾^(١) وجه الدلالة: أن من أعطى له من دم أخيه شيء وذلك بطريق الصلح^(٢).
- ٢- قوله ﷺ: "ومن قتل له قتيلا فهو بخير النظرين إما يودي وإما يقاد"^(٣). وجه الدلالة: أن الاختيار في أخذ الدية أو الاقتصاص راجع إلى أولياء المقتول^(٤).
- ٣- أن حق استيفاء القود قد يؤول إلى المال عند تعذر الاستيفاء فيجوز إسقاطه بمال بطريق الصلح كحق الرد بالعيب^(٥).
- ٤- أن حد القذف من حقوق الله والمصالحة على حقوق الله لا تجوز، حتى وإن كان للعبد فيه حق فالغالب حق الله والمغلوب ملحق بالمعدوم شرعا^(٦).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل آخر قتل عمد وعدوان فصالح الورثة القاتل على مال جاز.
- ٢- إذا قذف رجل آخر فصالح المقدوف القاذف على مال لم يصح.

(١) سورة البقرة: ١٧٨.

(٢) المبسوط ٩/٢١.

(٣) أخرجه البخاري، كتاب الديات، باب من قتل له قتيلا فهو بخير النظرين ٥/٩.

(٤) ينظر: فتح الباري لابن حجر ٢/٢٠٥.

(٥) المبسوط ٩/٢١.

(٦) درر الحكام شرح غرر الأحكام ٣٩٦/٢.

المبحث السابع

الفرق بين الصلح عن القود، والصلح عن المال^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق

وفيه مفردة واحدة وهي القود

أولاً: تعريف القود لغة:

قال ابن فارس: "القاف والواو والذال أصل صحيح يدل على امتداد في الشيء، ويكون ذلك امتداداً على وجه الأرض وفي الهواء. والقود: قتل القاتل بالقتيل، وسمي قوداً لأنه يقاد إليه"^(٢).
ثانياً: تعريف القود اصطلاحاً:

أن القود رديف للقصاص، وقد سبق تعريف القصاص^(٣).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن الصلح عن القود لا يحتمل الفسخ بالتراضي بخلاف الصلح عن المال.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما صلح

وافترقتا في الحكم: فالصلح عن القود لا يحتمل الفسخ بالتراضي بخلاف الصلح عن المال.

(١) ينظر: المبسوط ١١/٢١. حاشية ابن عابدين ٥٦٩/٤، بدائع الصنائع ٥٥٠/٦، ٥٦.

(٢) مقاييس اللغة، مادة قود، ٣٨/٥، لسان العرب مادة قود ٣٧٢/٣.

(٣) ينظر ص ٥٥.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "الصلح عن القود لا يحتمل الفسخ بالتراضي كالنكاح بخلاف الصلح عن المال"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن الصلح عن القود يستفيد القاتل العصمة^(٢).
- ٢- أن إسقاط القود لا يحتمل التعليق ولا الشرط^(٣).
- ٣- أن إسقاط القود غير مصون عن التبذل فلهذا لا يجب المال إلا باعتبار تسمية عوض هو مال متقوم^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا صالح الورثة القاتل عمدا على مال فلا يحتمل الصلح الفسخ
- ٢- إذا صالح المدعي المدعى عليه على مال في أرض تنازعا فيها فلهما الفسخ

(١) المبسوط ١١/٢١.

(٢) المبسوط ٢١/٢١.

(٣) المبسوط ١٢/٢١، حاشية ابن عابدين ٢٥٢/٥.

(٤) المبسوط ٢٣/٢١.

المبحث الثامن

الفرق بين الصلح عن القود، والصلح عن الخلع^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن القاتل عمدا إذا صالح الورثة على ما في بطن أمته لم يجز بخلاف الخلع فيجوز.
فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
أ. كلتاها فيهما صلح.

ب. كلتاها فيهما الصلح على مجهول.

وافترقتا في الحكم: فالقاتل عمدا إذا صالح الورثة على ما في بطن أمته لم يجز بخلاف الخلع فيجوز.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو صالحه من دم العمد على سكنى دار جاز، والعوض بمنزلة الصداق، والسكنى والخدمة إذا كانت معلومة ببيان المدة تثبت صداقا في النكاح، وإن صالحه على ما في بطن أمته لم يجز وهذا بخلاف الخلع وإنها لو اختلعت نفسها على ما في بطن أمتها صحت التسمية"^(٢).

ووافقهم في صحة الخلع على مجهول المالكية^(٣) والحنابلة^(٤).

(١) المبسوط ١٢/٢١، البحر الرائق ٢٥٧/٧.

(٢) المبسوط ١٢/٢١، حاشية ابن عابدين ٥٦١/٢.

(٣) حاشية الدسوقي ٣١٠/٢، القوانين الفقهية ص ١٥٤.

(٤) المغني ٦١/٧.

وأما الشافعية^(١) فيرون عدم صحة الخلع على مجهول.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن المصالحة على ما في بطن الأمة لا يثبت صداقا بالتسمية في النكاح فكذلك لا يستحق عوضا عن دم العمد في الصلح^(٢).
- ٢- أن الصلح عن القود يستفيد القاتل العصمة^(٣).
- ٣- أن فساد التسمية لا يمنع سقوط القود كما أن فساد التسمية لا يمنع صحة النكاح وإذا سقطت القود وجبت الدية لأن الولي ما رضي بسقوط حقه مجانا وقد صار مغرورا من جهة القاتل بما سمى له فيرجع عليه ببذل ما سلم له وهو العصمة والتقوم في نفسه وبذل النفس الدية^(٤).
- ٤- أن إسقاط القود لا يحتمل التعليق ولا الشرط^(٥).
- ٥- أنه بالخلع عن المرأة لا تستحق شيئا هو متقوم ولكن يبطل ملك الزوج عنها والبضع عند خروجه من ملك الزوج غير متقوم فكان التزامها بالوصية^(٦).
- ٦- أن المنفعة المعلومة يجوز استحقاقها عوضا في الصلح عن المال ففي الصلح عما ليس بمال أولى^(٧).
- ٧- أن الجنين لا يصلح عوضا في مثله^(٨).

(١) ومغني المحتاج ٣/٢٦٥، المهذب ٢/٧٤.

(٢) المبسوط ٢١/١٢.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المبسوط ٢١/١٢، حاشية ابن عابدين ٥/٢٥٢.

(٦) المبسوط ٢١/١٢.

(٧) المرجع السابق.

(٨) المرجع السابق.

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- ١- أن الخلع عقد معاوضة فلم يجز إلا معلوما كالبيع والنكاح، فإن طلقها على شيء من ذلك وقع الطلاق لأن الطلاق يصح مع عدم العوض فصح مع فساده كالنكاح، ويرجع عليها بمهر المثل لأنه تعذر رد البضع فوجب رد بدله^(١).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا صالح القاتل أولياء الدم على ما في بطن الأمة لم يصح الصلح.
- ٢- إذا صالحت المخالعة على ما في بطن الأمة جاز.

(١) المهذب ٢/٧٤.

المبحث التاسع

الفرق بين ولاية الأب وولاية الوصي في الصلح^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

- أن للأب الصلح عن قصاص وجب لصغير بخلاف الوصي.
- فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:
- أ. كلتاهما فيهما قصاص.
 - ب. كلتاهما وجب القصاص لصغير.
 - ج. كلتاهما فيهما صلح.
- وافترقتا في الحكم: فللأب الصلح عن قصاص وجب لصغير بخلاف الوصي.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن

- أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.
- نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وللوصي ولاية التصرف في مال اليتيم استيفاء فكذلك فيما يسلك به مسلك الأموال فليس للوصي أن يستوفي القود رواية واحدة بخلاف الأب"^(٢).
- وأما المالكية فيرون أن للوصي استيفاء القصاص^(٣).

(١) ينظر: المبسوط ١٤/٢١، بدائع الصنائع ٤٦٦/٧، المحيط البرهاني ١٠٩/٢٠.

تنبيه: هذا الفرق سبق البحث عنه في الباب الثاني في الفصل الثاني في المبحث التاسع بعنوان: الفرق بين الوصي، وبين الأب والجد في مسائل القصاص، إلا أن هذا في الصلح وذاك في ولاية الاستيفاء، ولكن يظهر من نص الحنفية أن كلا الفريقين في ولاية الاستيفاء وليس في الصلح.

(٢) المبسوط ١٤/٢١ (بتصرف)، وينظر: بدائع الصنائع ٤٦٦/٧، المحيط البرهاني ١٠٩/٢٠.

(٣) المدونة ٦٦٣/٤، الشرح الكبير ٢٥٨/٤.

وأما الشافعية^(١) والحنابلة^(٢) فلا يرون لأحد أن يستوفي قصاصا ثبت للصغير مطلقا حتى يبلغ.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن هذه ولاية نظر ومصلحة كولاية النكاح فتثبت لمن كان مختصا بكمال الرأي والنظر والمصلحة في حق الصغير^(٣).

٢- أن تصرف الوصي لا يصدر عن كمال النظر والمصلحة في حق الصغير لقصور في الشفقة الباعثة عليه^(٤).

٣- أن ولاية الوصي ولاية قاصرة تثبت في المال دون النفس والقصاص في النفس ليس بمال حقيقة ولا حكما فيكون الوصي في استيفائه كأجنبي آخر^(٥).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا قتل رجل امرأة ولها ولد صغير فلأب الصلح عن القصاص.
- ٢- إذا قتل رجل امرأة ولها ولد صغير فليس للوصي الصلح عن القصاص.

(١) مغني المحتاج ٤/٤٠، المهذب ٣/١٩٠.

(٢) المغني ٧/٧٣٩، كشف القناع ٥/٥٣٣.

(٣) بدائع الصنائع ١٠/٢٧٦، والمحيط البرهاني ٢٠/١٠٩.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المبسوط ٢١/١٤.

المبحث العاشر:

الفرق بين إذا كان لرجل على رجلين دين فصالحاه على عبد على أنه
بالخيار ثلاثاً وبين ما إذا كان الدين لرجلين على رجل فصالحهما على أنهما
بالخيار ثلاثة أيام

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الرجل إذا كان له دين على رجلين فصالحاه على عبد على أن له الخيار ثلاثاً فأوجب
الصلح على أحدهما ورد على الآخر كان له ذلك بخلاف ما إذا كان الدين لرجلين على رجل
فصالحهما على أنهما بالخيار ثلاثة أيام لا ينفرد أحدهما بالرد.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما دين.

ب. كلتاها فيهما صلح.

ج. كلتاها فيهما عبد.

د. كلتاها فيهما خيار.

هـ. كلتاها فيهما رد.

وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا كان له دين على رجلين فصالحاه على عبد على أن له الخيار
ثلاثاً فأوجب الصلح على أحدهما ورد على الآخر كان له ذلك بخلاف ما إذا كان الدين لرجلين
على رجل فصالحهما على أنهما بالخيار ثلاثة أيام لا ينفرد أحدهما بالرد بخيار الشرط.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو كان لرجل على رجلين دين فصالحاه على عبد على إنه بالخيار ثلاثاً فأوجب الصلح على أحدهما ورد على الآخر كان له ذلك بخلاف ما إذا كان الدين لرجلين على رجل فصالحهما على أنهما بالخيار ثلاثة أيام لا ينفرد بالرد بخيار الشرط"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١ - أن الرجل مشتر للعبد منهما وقد شرط كل واحد منهما له الخيار في النصف الذي باعه منه فكان له الرد على أحدهما في نصيبه دون الآخر^(٢).
- ٢ - أن الرجلين في معنى المشتريين للعبد منه وأحد المشتريين لا ينفرد بالرد بخيار الشرط^(٣).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا كان رجل له دين على رجلين فصالحاه على عبد على أن الرجل له الخيار فلصاحب الدين قبول الصلح من أحدهما.
- ٢ - إذا كان رجلان لهما دين على رجل فصالحهما على عبد فلا ينفرد بالرد .

(١) المبسوط ٢١/٢٩.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

المبحث الحادي عشر

الفرق بين الصلح في السلم، والصلح في البيع^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن رب السلم إذا صالح المسلم إليه على أن يرد عليه رأس المال وبعض المسلم فيه لم يجوز بخلاف ما إذا كان رأس المال عرضاً فصالحه فباعه المسلم إليه من رب السلم بطعام مثل طعامه أو أكثر جاز

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما سلم.

ب. كلتاهما فيهما صلح.

وافترقتا في الحكم: فرب السلم إذا صالح المسلم إليه على أن يرد عليه رأس المال وبعض المسلم فيه لم يجوز بخلاف ما إذا كان رأس المال عرضاً فصالحه فباعه المسلم إليه من رب السلم بطعام مثل طعامه أو أكثر جاز.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإذا صالح رب السلم المسلم إليه على أن يرد عليه رأس المال وبعض المسلم فيه لم يجوز، وإذا كان رأس المال عرضاً فصالحه فباعه المسلم إليه من رب السلم بطعام مثل طعامه أو أكثر جاز"^(٢).

(١) ينظر: المبسوط ٤٣/٢١.

(٢) المبسوط ٤٣/٢١، بتصرف.

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن هذا استبدال للمسلم فيه فإن بمقابلة نصف المسلم فيه نصف رأس المال وهو قد صالحه على أن يرد عليه بمقابلة نصف المسلم فيه جميع رأس المال فيكون هذا استبدالاً وذلك باطل^(١).

٢- أن الأصل في البيوع الحل.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا صالح رب السلم المسلم إليه على أن يرد عليه رأس المال وبعض المسلم فيه لم يجز.
- ٢- إذا صالح رب السلم المسلم إليه على أن يبيعه رأس مال السلم بطعام مثل طعامه أو أكثر جاز.

(١) ينظر: المبسوط ٤٣/٢١.

المبحث الثاني عشر

الفرق بين الحط في الصلح، والغبن اليسير في البيع^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان مفردات الفرق ووجهه.

وفيه فرعان:

الفرع الأول: بيان مفردات الفرق:

وفيه مفردة واحدة: الحط.

أولاً: تعريف الحط لغة:

قال ابن فارس: "الحاء والطاء أصل واحد، وهو إنزال الشيء من علو. يقال حططت الشيء أحطه حطاً"^(٢)، والحط الوضع^(٣).

ثانياً: تعريف الحط اصطلاحاً:

لا يخرج التعريف الاصطلاحي عن التعريف اللغوي^(٤).

الفرع الثاني: بيان وجه الفرق.

أن الأب إذا صالح على الحط من دية ابنه في الخطأ وشبه العمد لا يجوز بخلاف الغبن اليسير في البيع.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما صلح.

ب. كلتاها فيهما حط.

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٤٦٧/٧، البحر الرائق ٢٥٧/٧، المبسوط ١٤/٢١.

(٢) مقاييس اللغة، مادة حط ١٣/٢.

(٣) لسان العرب، مادة حطط ٢٧٢/٧.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ٤٦٧/٧، المبسوط ١٤/٢١.

ج. كلتاهما من الأب.

وافترقتا في الحكم: فالأب إذا صالح على الخط من دية ابنه في الخطأ وشبه العمد لا يجوز بخلاف الغبن اليسير في البيع.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو صالح الأب على أقل من الدية في الخطأ وشبه العمد لا يجوز بخلاف الغبن اليسير في البيع"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

١ - حديث: "أنت ومالك لأبيك"^(٢).

وجه الدلالة: أن الغبن اليسير في البيع جائز لأنه يملكه^(٣).

٢ - أن الخط تبرع والأب لا يملك التبرع بمال اليتيم^(٤).

٣ - أن الخط القليل والكثير سواء في التحريم^(٥).

٤ - أن الخط نقصان متحقق فالدية مقدرة بمقدار معلوم فالنقصان عنه متحقق وإن قل^(٦).

٥ - أن النقصان في البيع غير متحقق لأن العوض فيه غير مقدر لاختلافه بتقويم المقومين فإذا لم يتقدر العوض لا يتحقق النقصان^(٧).

(١) بدائع الصنائع ٤٦٧/٧، البحر الرائق ٢٥٧/٧، المبسوط، ١٤/٢١.

(٢) أخرجه ابن ماجة، كتاب، باب ما للرجل من مال ولده، ٧٦٩/٢ وصححه الألباني في الإرواء ٣٢٣/٣.

(٣) بدائع الصنائع ٤٦٧/٧.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

(٦) المرجع السابق.

(٧) المرجع السابق.

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا صالح الأب من قتل ابنه خطأ على أقل من الدية فلا يجوز.
- ٢- إذا صالح الأب على مال ابنه بغبن يسير جاز.

المبحث الثالث عشر

الفرق بين الأموال الربوية والأموال غير الربوية في باب الصلح^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أ. أن من صالح على أقل من حقه قدرا لا وصفا بأن صالح من ثوب رديء على نصف ثوب جيد جاز بخلاف الأموال الربوية بأن صالح من ذهب رديء على نصف من جيد فلا يجوز. فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاها فيهما صلح.

ب. كلتاها فيهما الصلح على أقل من حقه.

وافترقتا في الحكم: فمن صالح على أقل من حقه قدرا لا وصفا بأن صالح من ثوب رديء على نصف ثوب جيد جاز بخلاف الأموال الربوية بأن صالح من ذهب رديء على نصف من جيد فلا يجوز.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإن صالح على أقل من حقه قدرا لا وصفا بأن صالح من ثوب رديء على نصف ثوب جيد جاز بخلاف الدراهم والدنانير والمكيل والموزون الموصوفين بأن صالح من حديد رديء على نصف من جيد أنه لا يجوز، والفرق أن المانع من الجواز هو

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٤٧٧/٧، وفتح القدير ٤٢٢/٨، والبحر الرائق ٢٥٦/٧.

الاعتياض عن الجودة هنا جائز لأن الجودة في غير الأموال الربوية عند مقابلتها بجنسها لها قيمة بخلاف الأموال الربوية"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن المانع من الجواز هو الاعتياض عن الجودة وهنا جائز لأن الجودة في غير الأموال الربوية عند مقابلتها بجنسها لها قيمة^(٢).
- ٢- أن الأصل في الأموال الربوية أن تكون الجودة متقومة في الأموال كلها لأنها صفة مرغوبة يبذل العوض في مقابلتها إلا أن الشرع أسقط اعتبارها في الأموال الربوية تعبدًا^(٣) فبقيت متقومة في غيرها على الأصل فيصح الاعتياض عنها^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا صالح الرجل على أثواب له قديمة بأخذ نصفها جديدة جاز.
- ٢- إذا صالح الرجل على كيس رز رديء وزنه ثلاثين كيلو بأخذ نصفه خمسة عشر كيلو من الجيد لم يجز.

(١) بدائع الصنائع ٤٧٧/٧، بتصرف

(٢) بدائع الصنائع ٤٧٧/٧،

(٣) المشروعات ضربان: أحدهما ما ظهر لنا أنه جالب لمصلحة أو دارئ لمفسدة، أو جالب دارئ لمفسدة، أو جالب دارئ لمصلحة، ويعبر عنه بأنه معقول المعنى. الضرب الثاني: ما لم يظهر لنا جلبه لمصلحة أو درؤه لمفسدة، ويعبر عنه بالتعبد. وفي التعبد من الطوعية والإذعان مما لم تعرف حكمته ولا تعرف علته ما ليس مما ظهرت علته وفهمت حكمته، فإن ملاسه قد يفعله لأجل تحصيل حكمته وفائدته، والمتعبد لا يفعل ما تعبد به إلا إجلالا للرب وانقيادا إلى طاعته، ويجوز أن تتجرد التعبدات عن جلب المصالح ودرء المفاسد، ثم يقع الثواب عليها بناء على الطاعة والإذعان، من غير جلب مصلحة غير مصلحة الثواب، ودرء مفسدة غير مفسدة العصيان، فيحصل من هذا أن الثواب قد يكون على مجرد الطوعية من غير أن تحصل تلك الطوعية جلب مصلحة أو درء مفسدة، سوى مصلحة أجر الطوعية. قواعد الأحكام

في مصالح الأنعام ٢٢/١.

(٤) بدائع الصنائع ٤٧٧/٧.

المبحث الرابع عشر

الفرق بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة في الصلح^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن المغضوب إذا كان يحتمل القسمة كعشرة أوعية من تمر وهي حاضرة والغاصب جاحد للغصب فصالحه على نصفها فإنه يجوز بخلاف ما إذا كان المغضوب شيئاً لا يحتمل القسمة كالسيارة فلا يجوز.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما غصب.

ب. كلتاهما فيهما الغاصب جاحد.

ج. كلتاهما فيهما صلح.

وافترقتا في الحكم: فالمغضوب إذا كان يحتمل القسمة كعشرة أوعية من تمر وهي حاضرة والغاصب جاحد للغصب فصالحه على نصفها، فإنه يجوز بخلاف ما إذا كان المغضوب شيئاً لا يحتمل القسمة كالسيارة فلا يجوز.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا كان المغضوب كـ^(٢) حنطة أو ما أشبهها من الأشياء التي تحتمل القسمة إذا كان حاضراً والغاصب جاحد الغصب فصالحه على نصفه فإنه يجوز

(١) المحيط البرهاني ٣١٠/١٧.

(٢) الكر: يطلق على عدة أشياء، والمراد به هنا: مكيال معروف. ينظر: العين، مادة كر، ٢٧٧/٥، والمعجم الوسيط مادة كر،

فأما إذا كان المغضوب شيئاً لا يحتمل القسمة فلم يصح^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن المغضوب إذا كان شيئاً يحتمل القسمة فهذا الصلح إن لم يفد الملك في النصف الذي بقي عند الغضب للغاصب أفاد قطع المنازعة لأنهما يقتسمان فيمسك الغاصب النصف الذي بقي عنده فلا يقع في يد المال حتى يمسكه ويمنعه عنه بعله أنه ملكه^(٢).
- ٢- أن الصلح مشروع لقطع الخصومة وإفادة الملك فإذا أفاد أحد حكميه وجب تجويزه كبيع المضارب من رب المال^(٣).
- ٣- أن الصلح لم يفد الملك في النصف الذي بقي عند الغاصب فيما لا يحتمل القسمة ولا أفاد قطع المنازعة^(٤).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق:

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا غصب رجل آخر مائة صاع من تمر وهي حاضرة فصالحه صاحب التمر على اقتسامها صح.
- ٢- إذا غصب رجل آخر سيارته وأنكر أنها له فصالحه صاحب السيارة على اقتسامها لم يصح.

(١) المحيط البرهاني ٣١٠/١٧.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

المبحث الخامس عشر

الفرق بين ما يصلح أن يكون عوضاً في الصلح، وبين ما لا يصلح أن يكون عوضاً^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الشفيع إذا صالحه على أن يسلم الشفعة بدراهم مسماة يعطيه المشتري كان الصلح باطلاً ويصير مسلماً للشفعة بخلاف ما إذا وقع الصلح بينهما على أن يأخذ بيتاً منها بما يخصه من الثمن على أن يخصه أن يسلم لا شفعة في الباقي ذكر أنه على شفעתه في جميع الدار ما لم يسلم له ما شرط بإيزاء التسليم فالتسليم جائز.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما شفعة.

ب. كلتاهما فيهما صلح.

وافترقتا في الحكم: فإن الشفيع إذا صالحه على أن يسلم الشفعة بدراهم مسماة يعطيه المشتري كان الصلح باطلاً ويصير مسلماً للشفعة بخلاف ما إذا وقع الصلح بينهما على أن يأخذ بيتاً منها بما يخصه من الثمن على أن يخصه أن يسلم لا شفعة في الباقي ذكر أنه على شفעתه في جميع الدار ما لم يسلم له ما شرط بإيزاء التسليم فالتسليم جائز.

(١) المحيط البرهاني ٤/١٨.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "فأما إذا صالحه على أن يسلم الشفعة بدراهم مسماة يعطيه المشتري كان الصلح باطلا ويصير مسلما للشفعة أما الصلح باطل لأنه اعتياض عن حق الشفعة وإنه باطل على ما بينا في كتاب الشفعة على الاستقصاء ويصير مسلما للشفعة وإن كان التسليم بشرط العوض ولم يسلم له العوض.

فرق بين هذا وبين ما إذا وقع الصلح بينهما على أن يأخذا بيتا منها بما يخصه من الثمن على أن يخصه أن يسلم لا شفعة في الباقي ذكر أنه على شفעתه في جميع الدار ما لم يسلم له ما شرط بإيزاء التسليم وقال هناك بأن التسليم جائز ووجه الفرق بينهما أن في مسألة البيت سمي بإيزاء التسليم في الباقي ما يصلح أن يكون عوضا لأنه سمي بعض الدار وأنه يصلح عوضا ألا ترى أنه لو وقع عوضا الصلح على أن يأخذ الثلث أو النصف فسلم الشفعة في الباقي كان جائزا وإنما فسد لجهالة الثمن والأصل أنه متى سمي في العقد ما يصلح أن يكون عوضا إلا أنه فسدت التسمية في الجهالة فإنه لا يجعل ذكر العوض والسكوت عنه بمنزلة"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أنه اعتياض عن حق الشفعة والاعتياض عن حق الشفعة باطل^(٢).
- ٢- أن في مسألة البيت سمي بإيزاء التسليم في الباقي ما يصلح أن يكون عوضا لأنه سمي بعض الدار وأنه يصلح عوضا^(٣).
- ٣- أنه لو وقع عوضا الصلح على أن يأخذ الثلث أو النصف فسلم الشفعة في الباقي كان جائزا وإنما فسد لجهالة الثمن^(٤).

(١) المحيط البرهاني ٤/١٨.

(٢) المرجع السابق.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

٤- أن الأصل أنه متى سمى في العقد ما يصلح أن يكون عوضاً إلا أنه فسدت التسمية في الجهالة فإنه لا يجعل ذكر العوض والسكوت عنه بمنزلة^(١).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا صالح الشفيع على أن يسلم الشفعة بدراهم للمشتري فالصلح باطل ويصير مسلماً للشفعة.

٢- إذا وقع الصلح بين الشفيع والمشتري على أن يأخذ بيتاً منها بما يخصه من الثمن على أن يخصه أن يسلم لا شفعة في الباقي ذكر أنه على شفيعته في جميع الدار ما لم يسلم له ما شرط بإيذاء التسليم فجائز.

(١) المحيط البرهاني ٤/١٨.

المبحث السادس عشر

الفرق بين خدمة السفر وخدمة الحضر^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن من صالح على عبد للخدمة في الحضر لم يكن له أن يسافر به للفتاوت بين خدمتي السفر والحضر.

فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما صلح.

ب. كلتاهما فيهما خدمة.

ج. كلتاهما فيهما عبد.

وافترقتا في الحكم: فمن صالح على عبد للخدمة في الحضر لم يكن له أن يسافر به للفتاوت بين خدمتي السفر والحضر.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة

نص الحنفية على هذا الفرق ، فقالوا: "أن من استأجر عبدا للخدمة لم يكن له أن يسافر به للفتاوت بين خدمتي السفر والحضر"^(٢).

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٧/٤٨١.

(٢) بدائع الصنائع ٧/٤٨١.

ب. دليل هذا الفرق.

- ١- أن في السفر بالعبد للخدمة إلحاق الضرر بالمصالح لأن مؤنة^(١) الرد في باب الإجارة عليه فكذا في الصلح^(٢).
- ٢- أن فيه دفع للضرر عنه^(٣).
- ٣- أن خدمة السفر أشق من خدمة الحضر فليس له أن يكلفه فوق ما التزم^(٤).
- ٤- أن السفر شقة من العذاب فليس له أن يكلفه بمطلق العقد^(٥).

المطلب الثالث : تطبيقات على هذا الفرق.

- ١- إذا صالح على عبد للخدمة فأراد له للسفر فلا يسافر به.
- ٢- إذا صالح على عبد للخدمة في الحضر جاز وعليه مؤنة الرد.

(١) المؤنة: الثقل. المصباح المنير ٥٨٦/٢.

(٢) بدائع الصنائع ٤٨١/٧.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المبسوط ٤٨/١٦.

(٥) المرجع السابق.

المبحث السابع عشر

الفرق بين بدل الصلح في باب الخطأ وشبه العمد، وبدل الصلح عن القصاص^(١).

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الصلح في القصاص يجوز في القليل والكثير بخلاف القتل الخطأ وشبه العمد فلا يصلح على أكثر من الدية.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما قتل.

ب. كلتاهما فيهما مال.

ج. كلتاهما فيهما صلح.

وافترقتا في الحكم: فالصلح في القصاص يجوز في القليل والكثير بخلاف القتل الخطأ وشبه العمد فلا يصلح على أكثر من الدية.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة.

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "جواز الصلح من القصاص على القليل والكثير وهذا بخلاف القتل الخطأ وشبه العمد أنه إذا صلح على أكثر من الدية لا يجوز"^(٢).

ووافقهم المالكية^(٣) والحنابلة^(٤) في جواز الصلح على القصاص على القليل والكثير.

(١) بدائع الصنائع ٤٨٥/٧، تبين الحقائق ١١٣/٦.

(٢) بدائع الصنائع ٤٨٥/٧.

(٣) مواهب الجليل ٨٥/٥، التاج والإكليل ٨٥/٥.

(٤) شرح منتهى الإرادات ٢٦٥/٢، المغني ٥٤٥/٤.

وأما في دية الخطأ فيرى الحنابلة أنه إن صالح بأكثر من الدية من جنسها فلا يجوز فإن كان من غير جنسها جاز^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١ - قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَأَتْبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءُ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ﴾^(٢) وجه الدلالة: أمر

الله الولي بالاتباع بالمعروف إذا أعطى له شيء، واسم الشيء يتناول القليل والكثير.

٢ - أن بدل الصلح عن القصاص عوض عن القصاص، والقصاص ليس من جنس المال حتى يكون البديل عنه زيادة على المال المقدر فلا يتحقق الربا^(٣).

٣ - أن بدل الصلح في باب الخطأ وشبه العمد عوض عن الدية وهي مقدرة بمقدار معلوم لا تزيد عليه، والزيادة على المقدر تكون ربا^(٤).

ج. الاعتراضات الواردة على هذا الفرق.

من الاعتراضات الواردة على هذا الفرق:

- أن الدية في الخطأ كالبيع، فيجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته أو أقل^(٥).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١ - إذا قتل رجل آخر خطأ فتصالحا بمقدار قيمة الدية على سيارة جاز.

٢ - إذا قتل رجل آخر قتل عمد وعدوان فصالح أهل الميت على مبلغ مليون ريال جاز.

(١) المغني ٤/٥٤٥

(٢) سورة البقرة: ١٧٨.

(٣) بدائع الصنائع ٧/٤٨٥.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المغني ٤/٥٤٥.

المبحث الثامن عشر

الفرق بين الصلح على المعلوم، والصلح على المطلق^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن من شج رجلا شجة عمدا فيها قصاص فصالحه على الشجة وما يحدث منها على مال فبرئ فالصلح جائز، ولا ينتقص من الصلح شيء، بخلاف من شج رجلا موضحة فصالحه على الشجة وما يحدث منها إلى النفس على مال ثم برئ من الشجة ينتقض من الصلح بقدر التسعة الأعشار ونصف العشر.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما شجة عمدا

ب. كلتاهما فيهما صلح.

ج. كلتاهما فيهما برؤ.

وافترقتا في الحكم: فمن شج رجلا شجة عمدا فيها قصاص فصالحه على الشجة وما يحدث منها على مال فبرئ فالصلح جائز، ولا ينتقص من الصلح شيء، بخلاف من شج رجلا موضحة فصالحه على الشجة وما يحدث منها إلى النفس على مال ثم برئ من الشجة ينتقض من الصلح بقدر التسعة الأعشار ونصف العشر.

(١) ينظر: المحيط البرهاني ٤٠٣/١٧

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إذا جرح الرجل جراحة عمدا فيها قصاص فصالحه من ذلك على مال، فإن قال: وما يحدث منها الصلح جائز، مات من ذلك أو برئ، أما إذا مات فلا شك لأن الصلح وقع عن القائم وعن الحادث، وقد وجد الحادث ههنا، وأما إذا برئ فكذلك الصلح جائز، هكذا ذكر في الكتاب، ولم يقل: ينتقص منه شيء، وكان يجب أن ينتقص الصلح متى برئ، لأن الصلح وقع عن القائم وعن الحادث جميعا وقد سلم للخارج أحدهما، ولم يسلم له الآخر، وكان ينبغي أن ينتقص بعض الصلح بقدر ما لم يسلم له.

والدليل على صحة ما قلنا ما ذكر محمد رحمه الله في آخر كتاب الوكالة: رجل شج رجلا موضحة ثم إن المشجوج وكل رجلا يصلح مع الشاج عن الشجة وما يحدث منها إلى النفس على ألف درهم ففعل الوكيل ذلك ثم برئ من الشجة قال: ينتقص الصلح بقدر التسعة الأعشار ونص العشر، ويبقى بقدر نصف العشر؛ لأن الألف جعل بإزاء الموضحة وبإزاء الباقي بقيمة الموضحة نصف عشر دية النفس، بقيمة الباقي تسعة أعشار دية النفس، ونص عشرها فههنا يجب أن يكون كذلك. بين المسألتين فرق" (١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١- أن في مسألة الوكالة جعل الألف بدلا عن القائم وما يحدث منها إلى النفس معلوم، فأمكن قسمة البدل على القائم وما يحدث، فانقسم البدل عليهما، ولم يسلم الحادث للشاج فلا يسلم للمشجوج بدله. وههنا جعل المال بدلا عن القائم وما يحدث مطلقا لا ما يحدث منها إلى النفس فإن النفس غير مذكورة في هذه المسألة، ومطلق الحادث مجهول، لا يعرف مقداره فلم يمكن انقسام البدل ههنا، بل جعل كل البدل بمقابلة القائم (٢).

(١) المحيط البرهاني ٤٠٣/١٧، بتصرف

(٢) ينظر: المحيط البرهاني ٤٠٣/١٧

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- أن من شج رجلا شجة عمدا فيها قصاص فصالحه على الشجة وما يحدث منها على مال فبرئ فالصلح جائز، ولا ينتقض من الصلح شيء.
- ٢- أن من شج رجلا موضحة فصالحه على الشجة وما يحدث منها إلى النفس على مال ثم برئ من الشجة ينتقض من الصلح بقدر التسعة الأعشار ونصف العشر.

المبحث التاسع عشر

الفرق بين الابن والأخ في الصلح^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن الرجل إذا قتل عمدا فجاء أخوه يطلب دمه وأقام البينة أنه وارثه لا وارث له غيره، وأقام القاتل بينة أن له ابنا وأنه قد صالح على الدية وقبضها منه، فإن جاء الابن الغائب وأنكر الصلح فالقاتل يحتاج إلى إعادة البينة على الصلح وعلى البينة إن أنكر الأخ بنوته وإن أقر بنوته يحتاج إلى إقامة البينة على الصلح إذا أنكر الابن الصلح، ولا ينتصب الأخ الحاضر خصما عن الابن الغائب في حق إثبات الصلح عن الغائب؛ بخلاف إذا كانا أخوين غاب أحدهما وادعى القاتل على الأخ الحاضر أنه صالح مع أخيه الغائب على مال وأقام على ذلك بينة، فالأخ الحاضر ينتصب خصما عن الأخ الغائب حتى لو حضر الأخ الغائب وأنكر الصلح لم يحتج القاتل إلى إعادة البينة على الغائب.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما قتل عمد.

ب. كلتاهما فيهما دعوى صلح من القاتل مع أحد ورثة الدم.

وافترقتا في الحكم: فالرجل إذا قتل عمدا فجاء أخوه يطلب دمه فأقام البينة أنه وارثه لا وارث له غيره وأقام القاتل بينة أن له ابنا وأنه قد صالح على الدية وقبضها منه، فإن جاء الابن الغائب وأنكر الصلح فإن القاتل يحتاج إلى إعادة البينة على الصلح وعلى البينة إن أنكر الأخ بنوته وإن أقر بنوته يحتاج إلى إقامة البينة على الصلح إذا أنكر الابن الصلح، ولا ينتصب الأخ الحاضر خصما عن الابن الغائب في حق إثبات الصلح عن الغائب؛ بخلاف إذا كانا أخوين غاب أحدهما وادعى

(١) ينظر: المحيط البرهاني ٣٧٠/٢٠.

القاتل على الأخ الحاضر أنه صالح مع أخيه الغائب على مال وأقام على ذلك بينة، فإن الأخ الحاضر ينتصب خصما عن الأخ الغائب حتى لو حضر الأخ الغائب وأنكر الصلح لم يحتاج القاتل إلى إعادة البينة على الغائب.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "وإذا قتل الرجل عمدا فجاء أخوه يطالب دمه فأقام البينة أنه وارثه لا وارث له غيره وأقام القاتل بينة أن له ابنا وأنه قد صالح على الدية وقبضها منه درأت القصاص حتى أنظر فيه، وقد مر هذا، فإن جاء الابن الغائب وأنكر الصلح فإن القاتل يحتاج إلى إعادة البينة على الصلح وعلى البنوة إن أنكر الأخ بنوته وإن أقر بنوته يحتاج إلى إقامة البينة على الصلح إذا أنكر الابن الصلح، ولا ينتصب الأخ الحاضر خصما عن الابن الغائب في حق إثبات الصلح عن الغائب.

فرق بين هذا وبين أخوين غاب أحدهما ادعى القاتل على الأخ الحاضر أنه صالح مع أخيه الغائب على خمسة آلاف درهم وأقام على ذلك بينة، فإن الأخ الحاضر ينتصب خصما عن الأخ الغائب حتى لو حضر الأخ الغائب وأنكر الصلح لم يحتاج القاتل إلى إعادة البينة على الغائب"^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

١ - أن القاتل أقام البينة على الصلح على غير خصم؛ لأنه أقامها على أخ المقتول وأنه ليس بخصم له في حق الصلح؛ لأنه لم يدع على الأخ بغير حقه في القصاص وانقلابه مالا حتى ينتصب خصما له في ذلك، وإنما ادعى قصر يده عن نفسه لا غير على ما مر، وما ادعى على الأخ من قصر يده يثبت بمجرد البنوة من غير صلح، فلا ينتصب الأخ خصما عن الغائب في حق الصلح ولا حاجة للقاتل إلى ذلك"^(٢).

(١) المحيط البرهاني ٣٧٠/٢٠.

(٢) ينظر: المحيط البرهاني ٣٧٠/٢٠.

٢- أن القاتل إذا لم يكن الأخ خصما له فيما ادعى من الصلح على الابن صار إقامة البينة على الصلح على الأخ وعلى أجنبي آخر سواء^(١).

٣- أن الأخ الحاضر انتصب خصما له فيما ادعى من الصلح على الغائب؛ لأنه ادعى على الحاضر تغير حصته عن القصاص وانقلابه مالا يصلح ادعاه على أخيه الغائب ولا يثبت ما ادعى على الحاضر من تغير حقه في القصاص وانقلابه مالا إلا بعد ثبوت ما ادعى من الصلح على الغائب، فانتصب الحاضر خصما عن الغائب فيما ادعى على الغائب من الصلح كمن ادعى عينا في يد غيره أنه اشتراه عن فلان الغائب وأنكر الذي في يده انتصب الحاضر خصما عن الغائب في مسألة الشراء، فكذا هذا^(٢).

المطلب الثالث : تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

١- إذا قتل الرجل عمدا فجاء أخوه يطلب دمه فأقام البينة أنه وارثه لا وارث له غيره وأقام القاتل بينة أن له ابنا وأنه قد صالح على الدية وقبضها منه، فإن جاء الابن الغائب وأنكر الصلح فإن القاتل يحتاج إلى إعادة البينة على الصلح وعلى البينة إن أنكر الأخ بنوته وإن أقر بنوته يحتاج إلى إقامة البينة على الصلح إذا أنكر الابن الصلح، ولا ينتصب الأخ الحاضر خصما عن الابن الغائب في حق إثبات الصلح عن الغائب.

٢- إذا قتل الرجل عمدا وكان له أخوان غاب أحدهما وادعى القاتل على الأخ الحاضر أنه صالح مع أخيه الغائب على مال وأقام على ذلك بينة، فإن الأخ الحاضر ينتصب خصما عن الأخ الغائب حتى لو حضر الأخ الغائب وأنكر الصلح لم يحتج القاتل إلى إعادة البينة على الغائب.

(١) ينظر: المحيط البرهاني ٣٧٠/٢٠.

(٢) المرجع السابق.

المبحث العشرون

الفرق بين صلح المكاتب، وصلح الأب أو الوصي^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن المكاتب إذا ادعى عليه رجل ديناً فجحدته المكاتب ثم صالحه على إن أدى إليه بعضه وخط عنه بعضاً فهذا جائز بخلاف الأب والوصي يصلح بشيء من مال الصغير وليس للمدعي بينة فلا يجوز.

فالمسألتان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما دعوى.

ب. كلتاهما فيهما المدعي لا بينة له.

ج. كلتاهما فيهما صلح.

وافترقتا في الحكم: فالمكاتب إذا ادعى عليه رجل ديناً فجحدته المكاتب ثم صالحه على إن أدى إليه بعضه وخط عنه بعضاً فهذا جائز بخلاف الأب والوصي يصلح بشيء من مال الصغير وليس للمدعي بينة فلا يجوز.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "ولو ادعى رجل على المكاتب ديناً فجحدته المكاتب ثم صالحه على أن أدى إليه بعضه وخط عنه بعضاً فإن هذا جائز، فرق بين هذا وبينما إذا صالح الأب

(١) المحيط البرهاني ٤٣/١٨ .

أو الوصي بشيء من مال الصغير مع مدعي الدين على الصغير وليس للمدعي بينة قالوا: لا يجوز^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١- أن هذا تبرع على المكاتب، والتبرع على المكاتب جائز^(٢).
- ٢- أن المكاتب إذا أقر صح إقراره فجاز صلحه^(٣).
- ٣- أن الأب لا يملك الإقرار عن الصبي^(٤).
- ٤- أن صلح الأب ضرر محض على الصغير فلا يملكه الأب^(٥).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١- إذا ادعى رجل على مكاتب دينا فأنكر المكاتب وليس للمدعي بينة ثم صالحه على بعضه جاز.
- ٢- إذا ادعى رجل على صغير دينا فأنكر الأب وليس للمدعي بينة لم يكن للأب المصالحة بدفع البعض.

(١) المحيط البرهاني ٤٣/١٨ بتصرف

(٢) ينظر: المحيط البرهاني، ٤٣/١٨.

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) ينظر: بدائع الصنائع، ٤١/٦.

المبحث الحادي والعشرون

الفرق بين قوله: برئت، وبين قوله: أبرأتك^(١)

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: بيان وجه الفرق.

أن من قال بعد الخصومة في دار: برئت من هذه الدار أو من دعواي ثم بعد ذلك جاء بيينة فلا تقبل بخلاف من قال: أبرأتك عن هذه الدار فقوله باطل وله أن يخصم. فالمسألان متشابهتان من حيث الصورة، ومن أوجه الشبه:

أ. كلتاهما فيهما لفظ الإبراء بعد خصومة.

ب. كلتاهما في دار.

ج. كلتاهما فيهما دعوى.

د. كلتاهما خاصم بعد ذلك

وافترقتا في الحكم: فمن قال بعد الخصومة في دار برئت من هذه الدار أو من دعواي ثم بعد ذلك جاء بيينة فلا تقبل بخلاف من قال أبرأتك عن هذه الدار فقوله باطل وله أن يخصم.

المطلب الثاني: دراسة الفرق. وتتضمن:

أ. من قال بهذا الفرق من المذاهب الأربعة:

نص الحنفية على هذا الفرق، فقالوا: "إن قلت: كيف صورة البراءة؟ قلت: هي أن يقول: قد برئت من هذه الدار، أو يقول: قد برئت من دعواي في هذه الدار، فهذا جائز، حتى لو ادعى

(١) ينظر: فتح القدير ٤١٢/٨، البحر الرائق ٢٦١/٧، حاشية ابن عابدين ٦٣١/٥.

بعد ذلك وجاء ببينة لا تقبل. أما لو قال: أبرأتك عن هذه الدار، أو قال: قد أبرأتك عن خصومتي في هذه الدار، فهذا وأمثاله باطل، وله أن يخاصم فيها بعد ذلك^(١).

ب. دليل هذا الفرق.

استدل لهذا الفرق بما يأتي:

- ١ - أن قوله: أبرأتك إنما أبرأه من ضمانه لا من الدعوى^(٢).
- ٢ - أن العبد إذا كان في يد رجل فقال له رجل: برئت منه، كان بريئاً منه، ولو قال: أبرأتك منه، كان له أن يدعيه، وإنما أبرأه من ضمانه^(٣).
- ٣ - أن الإبراء إنما ينصرف إلى الديون لا الأعيان^(٤).
- ٤ - أن قوله برئت فيه إضافة البراءة لنفسه فتعم^(٥).
- ٥ - أن قوله أبرأتك خطاب الواحد فله مخاصمة غيره^(٦).

المطلب الثالث: تطبيقات على هذا الفرق.

من تطبيقات هذا الفرق ما يأتي:

- ١ - إذا ادعى المدعي على المدعى عليه في أرض، فقال المدعي للمدعى عليه: برئت، فقد برئ المدعى عليه.
- ٢ - إذا ادعى المدعي على المدعى عليه في أرض، فقال المدعي للمدعى عليه: أبرأتك، لم يبرأ المدعى عليه.

(١) فتح القدير ٤١٢/٨، وينظر: البحر الرائق ٢٦١/٧، حاشية ابن عابدين ٦٣١/٥.

(٢) ينظر: فتح القدير ٤١٢/٨.

(٣) المرجع السابق.

(٤) ينظر: البحر الرائق ٢٦١/٧.

(٥) ينظر: حاشية ابن عابدين ٦٣١/٥.

(٦) المرجع السابق.