حجية القياس في العقوبات ومدى معارضتها مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية

" دراسة أصولية فقهية مقارنة بالقانون الوضعي "

دكتور
جمال عبد الستار عبد الله
مدرس الشريعة الإسلامية كلية الحقوق جامعة بنها

مقدمة

- أسأل الله التوفيق –

الحمد لله رب العالمين ، وأصلي وأسلم علي سيد الآولين والآخرين محمد بن عبد الله وعلي آله وأصحابه والتابعين إلي يوم الدين وبعد :

فقد استقرت الانظمة الجنائية الوضعية علي وجوب الوقوف عند حدود النصوص القانونية المكتوبة ، بل التصريح القطعي بامتناع القياس في العقوبات لمصادمته مبدأ الشرعية الجنائية ومبدأ الفصل بين السلطات . هذا في حين تتميز أحكام الشريعة الإسلامية بالمرونة التي تقتضي الاحتجاج في العقوبات بالنص الشرعي ، إما بدلالة لفظه لغة ، أو بدلالة علته المعقولة قياساً ، دون أن يكون في ذلك مصادمة لمبدأ الشرعية الجنائية أو خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات .

لذ أردت إبراز موقف الشريعة الإسلامية في الاحتجاج بالقياس في العقوبات مقارنة بالقانون الوضعي في هذا البحث الذي جاء بعنوان : " حجية القياس في العقوبات ومدى معارضتها مبدأ الشرعية الجنائية دراسة أصولية فقهية مقارنة بالقانون الوضعي " .

وقد رتبته في مقدمة وتمهيد وثلاثة فصول وخاتمة .

أما المقدمة : ففي التعريف بموضوع البحث وخطته ومنهجه .

وأما التمهيد : ففي حقيقة القياس وحجيته في الشريعة الإسلامية .

وأما الفصل الأول : ففي موقف العلماء من حجية القياس في العقوبات في الشريعة الإسلامية .

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : تحرير محل الخلاف وسببه في حجية القياس في العقوبات في الشريعة الإسلامية .

المبحث الثاني : أدلة المذاهب في حجية القياس في العقوبات المقدرة .

المبحث الثالث : الترجيح وتحقيق نوع الخلاف .

وأما الفصل الثاني: ففي أثر الاختلاف في حجية القياس في العقوبات المقدرة في الفقه الإسلامي .

وفيه ستة مباحث :

المبحث الأول : عقوبة اللواط .

المبحث الثاني : عقوبة الردء في الحرابة .

المبحث الثالث : مدي وجوب القصاص في القتل بمثقل .

المبحث الرابع : مدي وجوب الكفارة علي المفطر في رمضان بالأكل والشرب عمداً .

المبحث الخامس : مدي وجوب الكفارة في القتل العمد .

المبحث السادس : دلالة الفروع الفقهية علي حقيقة موقف الجمهور والسادة الحنفية من العمل بالقياس في العقوبات المقدرة .

وأما الفصل الثالث : ففي مبدأ الشرعية الجنائية ومدي منافاته للاحتجاج بالقياس في العقوبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .

وفيه مبحثان :

المبحث الأول : مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .

المبحث الثاني : مدي منافاة مبدأ الشرعية للاحتجاج بالقياس في العقوبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .

منهج البحث :

١- قمت بتحرير محل الخلاف في حجية القياس في العقوبات ، وبيان سببه .

٢- حررت نسبة المذاهب إلي أصحابها وتوثيقها بأدلتها من مصادرها المعتمدة مع بيان وجه الدلالة منها ثم مناقشتها لترجيح ما قوي دليلة منها .

٣- ذكرت نماذج لأهم الفروع الفقهية التي توضح أثر الخلاف في قضية البحث في الفقه الإسلامي ، وذلك بعرض أقوال الفقه وادلتها في كل فرع فقهي مع مناقشتها وبيان الرأي الراجح منها ، ثم تخريج الخلاف الفقهي علي الخلاف الأصولي ، ثم بيان وجه دلالة تلك الفروع علي حقيقة موقف العلماء من العمل بحجية القياس في العقوبات .

٤- وضحت موقف القانون الوضعي من قضية البحث مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية .

٥- اعتنيت بعزو الآيات القرأنية الكريمة إلي مواضعها من السور ، وتخريج الأحاديث النبوية الشريفة من مصادرها المعتمدة .

والله العلي العظيم أسأل أن يمدني بعونه وتوفيقه إنه ولي ذلك والقادر عليه .

(وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ)

سورة هود (٨٨) .

تمهيد

حقيقة القياس وحجيته في التشريع الإسلامي

تقديم وتقسيم :

لما كان موضوع البحث خاصاً بجزئية دقيقة من دقائق القياس اقتضي المقـــام التمهيد لهذه الفكرة ببيان الحقيقة الشرعية للقياس وذلك بتعريفه وبيان أركانه وشروطه ، ثـــم بيـــان موقف العلماء من حجيته في استنباط الأحكام الشرعية ، وذلك في ثلاثة مطالب علي النحو التالي :

المطلب الأول : **تعريف القياس** .

المطلب الثاني : **أركان القياس وشروطه** .

المطلب الثالث : **حجية القياس** .

المطلب الأول

تعريف القياس

أولاً : القياس في اللغة : مصدر قاس أو قايس . ويطلق علي معنيين :

الأول : التقدير ، ومنه قولهم قست الأرض أو القماش أوغيرهما بالذراع أو المتر أو نحوهما أي قدرتها به .

الثاني : المساواة ، ومنه قولهم فلان لا يقاس بفلان ، أي لا يساويه في الصفات .[١]

وهذان المعنيان مناسبان للمعنى الاصطلاحي للقياس عند علماء أصول الفقه ؛ وذلك لأن القائس يقوم بتقدير الواقعة المطلوب التوصل إلي حكمها بواقعة أخرى معلوم حكمها بالنص أو الإجماع عند اشتراكهما في العلة ، وهذه حقيقة القياس الأصولي الآتي بيانها .

ثانياً : القياس في اصطلاح علماء أصول الفقه :

تباينت عبارات العلماء في تعريف القياس بسبب تباين وجهة نظرهم في كون القياس دليلاً شرعياً مستقلاً بذاته ، أو كونه عملاً من أعمال المجتهد ، فمن عده دليلاً شرعياً مستقلاً بذاته مع قطع النظر عن المجتهد وعمله به عرفه بالمساواة ونحوها ، ومن ذلك تعريف ابن الحاجب حيث

---

[١]- ينظر : مادة (مادة قاس وقايس) في لسان العرب لابن منظور ٦ / ١٨٦ ط / دار صادر بيروت ط / ثالثة ١٤١٤ هـ ، مختار الصحاح للرازي ٣ / ٩٦٧ ط / مكتبة لينان ١٩٨٧م ، المعجم الوجيز صادر عن مجمع اللغة العربية بمصر ص ٥٢٢ ط / وزراة التربية والتعليم ٢٠٠٦ م .

قال فيه :

" مساواة فرع الأصل في علة حكمه "[١]

ومن عد القياس عملاً يقوم به المجتهد عرفه بالإثبات ونحوه ، ومن ذلك تعريف القاضي البيضاوي ، حيث قال فيه : " إثبات مثل حكم معلوم في معلوم آخر لاشتراكهما في علة الحكم عند المثبت . "[٢]

والتحقيق : أنه لا تعارض بين الوجهتين ، لأننا إن اعتبرنا القياس دليلاً مستقلاً فهو مفتقر إلي إعمال المجتهد فكره فيه حتي يكشف عن المساواة المتحققة بين الواقعة المسكوت عنها والواقعة المنصوص علي حكمها .

وإن اعتبرناه عملاً من أعمال المجتهد ، فلا مانع أن ينصبه الشارع دليلاً علي الأحكام الشرعية ، مثلما نصب الإجماع وهو من عمل المجتهدين دليلاً شرعياً .[٣]

ويضاف إلي ذلك : أن الاتفاق حاصل بين الجميع علي أن الشارع الحكيم إنما هو المثبت للأحكام حقيقة إما بظواهر النصوص أو بمعانيها الخفية التي تظهر بالاجتهاد .

---

[١]- مختصر ابن الحاجب بشرح العضد ٢ / ٢٠٤ ط مكتبة الكليات الأزهرية ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م .

[٢] - منهاج البيضاوي بشرح الإبهاج للسبكي ٣ / ٦ ط مكتبة الكليات الأزهرية ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م .

[٣] ينظر : نشر البنود علي مراقي السعود للشنقيطي ٢ / ٦٥ ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / ثانية ١٤٢٦هـ – ٢٠٠٦م ، حاشية العطار علي جمع الجوامع ٢ / ٢٤٠ ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولي١٤٣٠ هـ – ١٩٩٩م .

ومن ثم يكون القياس مظهراً للحكم الشرعي في الواقعة غير المنصوص علي حكمها وكاشفاً عن المساواة الثابتة من الشارع الحكيم ابتداءً بينها وبين الواقعة المنصوص علي حكمها . [١]

وبناءً علي ذلك : تتلاشى حقيقة الخلاف في كون القياس دليلاً شرعياً مستقلاً أو عملاً من أعمال المجتهد ، ويظهر بجلاء كونه خلاف جهة واعتبار، ولكلٍ اصطلاح يناسبه ولا مشاحة في الاصطلاح كما هو معلوم .

وعلي أية حال فإن الاشتغال بتعداد تعريفات المتقدمين للقياس وتفنيد ما ورد عليها من مناقشات إغراق للقاريء في حدود واصطلاحات مجهدة للذهن بلا كبير فائدة ، وهذا مسلك العلماء المحدثين حيث ضبطوا حقيقة القياس بعبارات معاصرة تفيد في مجموعها كون القياس عبارة عن : إلحاق حادثة لا نص علي حكمها أو إجماع بحادثة أخري ورد حكمها بنص أو إجماع لاشتراكهما في علة هذا الحكم . [٢]

---

[١] قال عبد العزيز البخاري الحنفي : " جمبع الأحكام ثابتة مشروعة قبل الاجتهاد حقيقة بعضها بظواهر النصوص وبعضها بمعانيها الخفية ، إلا أن البعض كان خفياً فظهر بالإجتهاد ، لا أنه يثبت بالإجتهاد ، فإن القياس مظهر للحكم لا مثبت له . " كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٣ / ٢٦٠ ط / الفاروق الحديثة . القاهرة ط ثانية ١٤١٦هـ – ١٩٩٥م ، وينظر في معناه حاشية العطار علي جمع الجوامع ٢ / ٢٤٠

[٢] ينظر : علم أصول الفقه لفضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٥٢ ط مكتبة الدعوة الاسلامية دت ، أصول الفقه للإمام محمد أبي زهرة ص ٢٠٠ ط / دار الفكر العربي القاهرة ٢٠٠٦ م ، أصول الفقه للدكتور / زكي الدين شعبان ص ١٠٧ مطبعة دار التأليف القاهرة ١٩٦٤ – ١٩٦٥م .

وإيضاحاً لذلك بالمثال أقول :

إذا عرض على المجتهد واقعة لم يقف علي حكمها في نصوص الكتاب ولا السنة ولا مواطن الإجماع ثم وجد واقعة أخرى ورد حكمها في أحد تلك الأدلة وأدرك علة ذلك الحكم وفطن إلي وجودها في الواقعة الأولي غلب علي ظنه تعدية الحكم إليها ومساواة الواقعتين فيه .

مثال ذلك :

أن الشارع قد قضى بحرمان القاتل من الميراث ، ودليل ذلك قوله (ﷺ) (لا يرث القاتل) [١] وقد أدرك المجتهدون أن علة هذا الحكم – وهو حرمان القاتل من الميراث – إنما هي العدوان علي حياة مورثه بقصد استعجال الإرث قبل أوانه ، فرد الشارع عليه قصده وعاقبه بحرمانه منه .

فإذا عرض علي المجتهد حادثة عدوان بالقتل من الموصى له علي الموصي وأراد التعرف علي حكمها بطريق القياس ، فسيدرك بفطنته وجود علة حكم حرمان الوارث القاتل من الإرث في تلك الحادثة ، وحينئذ لابد أن يحكم بمساواة الحادثتين في الحكم ، وهو الحرمان مما يستحقه من التركة ميراثاً أو وصية لاشتراكهما في علة واحدة ، وهي : العدوان علي حياة المورث أو الموصي استعجالاً للشيء قبل أوانه. [٢]

---

[١] رواه البيهقي في سننه الكبري ك القسامه ، باب لا يرث القاتل ٨ / ١٣٢ ، تج / محمد عبد القادر عطا ط / مكتبة دار الباز مكة المكرمة ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م .

[٢] ينظر : فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٥٣ ط مرجع سابق ، د / زكي الدين شعبان ص ١٠٩ مرجع سابق .

وبناءً علي ما تقدم : يثبت كون القياس الدليل الشرعي المختص ببيان أحكام الفروع التي لا نـــص فيها ولا إجماع بإلحاقها بالأصول المنصوصة أو المجمع عليها بواسطة الاجتهاد في إدراك علـــل الأحكام والتعرف علي مدي اشتراك الفروع مع الأصول في تلك العلل ليلحق كل فرع بأصله .[١]

فهو إذن مفزع المجتهد وملاذه للوصول إلي حكم الشرع الذي لا تخلو عنه واقعة .[٢]

---

[١] ينظر : البحر المحيط للزركشي ٧ / ١٨ ط / دار الكتبي القاهرة ط / ثالثة ١٤٢٤هـــ – ٢٠٠٥م ، إرشاد الفحول للشوكاني ٤٥٧٩/٢ نح د / شعبان محمد اسماعيل ط / دار السلام القاهرة ط / ثانية ٢٠٠٦ م ، تسهيل الوصول إلي علم الأصول للشيخ محمد عبد الرحمن المحلاوي هي ١٧٩ ط / مصطفي الحلبي القاهرة ١٣٤١ هـــ

[٢] ينظر : نبراس العقول في تحقيق القياس عند علماء الأصول للشيخ عيسي منون ص ٦ ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولي ١٤٢٤هـــ – ٢٠٠٢م .

المطلب الثاني

أركان القياس وشروطه

الفرع الأول

أركان القياس

يقصد بأركان القياس : أجزاؤه المكونة لحقيقته الذهنية المحققة لهويته الخارجية . [١] وهي أربعة :

الأول : الأصل ، ويطلق عليه المقيس عليه . وهو: محل الحكم المشبه به ، أو الواقعة التي ثبت حكمها بنص أو إجماع .

ومثاله : قتل الوارث مورثه من حيث كونه مانعاً للإرث .

الثاني : حكم الأصل ، وهو : حكم الشرع الثابت للأصل بالنص أو الإجماع .

ومثاله : حرمان الوارث القاتل من الإرث ،أو مانعية القتل للإرث .

الثالث : الفرع ، ويطلق عليه المقيس .وهو: محل الحكم المشبه ، أو الواقعة التي لا نص فيها ولا إجماع ويراد التوصل لحكمها بالقياس علي الأصل .

ومثاله : قتل الموصى له للموصي من حيث كونه مانعاً من الوصية .

الرابع : العلة ،وهي: الوصف الجامع بين الأصل والفرع أو وجه الشبه بينهما .

مثاله : العدوان علي الغير (المورث أو الموصي) بقصد استعجال الحق المقرر شرعاً (ميراثاً أو وصية) في تركته .

---

[١] ينظر : شرح العضد علي مختصر ابن الحاجب ٢ / ٢٠٨

أما حكم الفرع الثابت بالقياس مثل حرمان الموصي له القاتل من الوصية فهو ثمرة القياس ، فـــلا يكون ركناً فيه لما هو معلوم أن ثمرة الشيء خارجة عن أركانه . [١]

الفرع الثاني

شروط القياس

يقصد بشروط القياس : الشروط اللازم توافرها في كل ركن من أركانه . [٢]

وقد آثرت الإشارة إلي أهم تلك الشروط بإيجاز ، حيث يحصل بهذا القدر المقصود من التمهيد لقضية البحث .

وسوف أبين تلك الشروط مضافة إلى كل ركن من أركان القياس على النحو التالي :

---

[١] ينظر: منتهى السول فى علم الأصول للأمدى ص٣٣٩ ومابعدها ط/دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٤٢٤هـــ – ٢٠٠٢ م ، شرح العضد ٢٠٨/٢ ، شرح الكوكب المنير للفتوحي ١٤/٤ تح د/ محمد الزحيلي و د / نزيه حماد ط/ مكتبة العبيكان بالرياض ط /١٤١٨ هـــ – ١٩٩٧ م ، تسهيل الوصول ص ١٨٧ ، نبراس العقول ص ١١٧ ومابعدها .

[٢] ينظر: تسهيل الوصول ص ١٩٠.

أولاً : شروط حكم الأصل : [١]

جمع كثير من العلماء تحت هذا العنوان بين شروط الأصل وشروط حكم الأصل وذلك لقوة ارتباطهما وشدة الصلة بينهما ، ومن أهم تلك الشروط ما يلي :

١- أن يكون حكم الأصل حكماً شرعياً عملياً ، وعليه : لا يصح القياس علي حكم شرعي اعتقادي باتفاق ؛ وذلك لأن القياس حجة ظنية ومبنى الاعتقادات علي الجزم واليقين .

٢- أن يكون حكم الأصل ثابتاً بالنص من القرأن أو السنة ، وكذا الإجماع في قول جمهور العلماء ، وعليه : لا يصح القياس علي حكم ثبت بالقياس عند الجمهور .

٣- أن يكون حكم الأصل ثابتاً غير منسوخ ؛ لأن نسخه يستلزم إهدار الشارع لعلته وهي ركن القياس .

٤- ألا يكون حكم الأصل مختصاً به لا يتعداه إلي غيره ، كقبول شهادة الصحابي خزيمة بن ثابت فيما لا تقبل فيه شهادة الواحد ، حيث دل قوله (ﷺ) (من شهد له خزيمة فهو حسبه) .[١] علي أن هذا الحكم خاص به ، ومن ثم لا يجوز قياس غيره عليه .

---

[١] ينظرفى استخلاص تلك الشروط ومزيد تفصيلها : المستصفى للغزالي ٣٤٧/٢ ومعه فواتح الرحموت ط / مؤسسة التاريخ العربي بيروت ط / ثالثة ١٤١٤ ه – ١٩٩٣ م ، منتهى السول ص ٣٢٩ ، شرح العضد ٢٠٨/٢ ، الإبهاج ١٦٧/٣ ومابعدها ، تقريب الوصول لعلم الاصول لابن جزي ص ١٢٣ تح د/عبدالله الجبوري ط / دار النفائس الأردن ط / أولى ١٤٢٢ه –٢٠٠٢ م ، شرح المحلي على جمع الجوامع بحاشية البناني٣٢٨/٢، فتح الغفار بشرح المنار لابن نجيم ١٤/٣ ومابعدها ط/مصطفى البابي الحلبي القاهرة ١٣٥٥ه – ١٩٣٦، البحر المحيط ١٠٤/٧ ومابعدها ، شرح الكوكب المنير ١٧/٤ ومابعدها، فواتح الرحموت٢٥٠/٢، إرشاد الفحول ٦٠٠/٢، تسهيل الوصول ص ١٩٠، د/زكى الدين شعبان ص ١٢١ ومابعدها مرجع سابق .

٥- أن يكون حكم الأصل معقول المعنى ، أي مما يتمكن العقل البشري من إدراك علته التي شرع لأجلها ؛ وذلك لأن مناط القياس التعرف علي علة حكم الأصل ووجودها في الفرع ، فـــإذا لـــم يدرك العقل ذلك امتنع القياس لانتفاء علته.

وعليه : لا يصح القياس في الأحكام المبنية علي التعبد المحض ، ولا التقديرات كأعداد ركعات الصلوات ومقادير الزكواث ، ونحو ذلك مما يتعذر على العقل إدراك علته .

٦- ألا يكون دليل حكم الأصل شاملاً لحكم الفرع ، إذ لو كان كذلك انتفت الحاجة إلي القياس لشمول الدليل لحكم الأصل والفرع معاً ، ومن ثم يكون جعل أحدهما أصلاً والأخر فرعاً تحكماً أو ترجيحاً بغير مرجح ، وهو باطل قطعاً .

---

[١] رواه الحاكم في المستدرك ك البيوع ٢/٢٢تح / مصطفي عبد القادر عطا ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولي ١٤١١هـــ - ١٩٩٠م .

ثانياً : شروط الفرع : [١]

يشترط في الفرع عدة شروط من أهمها ما يلي :

١- ألا يكون حكم الفرع ثابتاً بالنص ؛ لأنه إن كان القياس مخالفاً للنص كان باطلاً لمصادمته النص ، وذلك كقياس البنت على الابن في التساوي في الميراث لعلة تساويهما في درجة القرابة ، وإن كان القياس موافقاً للنص كان حكم الفرع ثابتاً بالنص ، فلا فائدة من القياس حينئذ عند أكثر العلماء ، وجوزه بعضهم من باب تعاضد الأدلة على الحكم الواحد .
وهذا ويأخذ الإجماع حكم النص في جميع ما ذكر .

٢- أن توجد علة حكم الأصل في الفرع إما علي سبيل القطع أو علي سبيل الظن ؛ وذلك لأن مناط تعدي الحكم من الأصل للفرع تعد العلة فيه .

٣- أن يكون الفرع مساوياً للأصل في علة الحكم ؛ وذلك لأن جوهر القياس المساواة بين الأصل والفرع في الحكم عند تساويهما في العلة ، فإذا انتفت المساواة بينهما في العلة امتنعت *المساواة بينهما في الحكم* ، ويوصف القياس حينئذ بأنه قياس مع الفارق .

---

[١] ينظر في استخلاص تلك الشروط ومزيد تفصيلها : شرح العضد ٢٣٢/٢ ، الإبهاج ١٧٥/٣ ، جمع الجوامع وشرح المحلي بحاشية البناني ٣٤١/٢ وما بعدها ، شرح الكوكب المنير ١٠٥/٤ -١١١ ، تسهيل الوصول ص ١٤٩ ، د / ذكي الدين شعبان ص ١٢٨ مرجع سابق ، أصول الفقه الإسلامي د / محمد سلام مدكور ص ١٥٣ط / دار النهضة العربية القاهرة ط / أولي ١٩٧٦ م .

ثالثاً : شروط العلة [١]

يشترط في العلة عدة شروط من أهمها ما يلي :

١- أن تكون وصفاً ظاهراً ، أي واضحاً يمكن إدراكه والوقوف عليه حتي يتمكن المجتهد من بناء الحكم عليه ، لذا لا يصح التعليل بالوصف الخفي كالتراضي بين المتعاقدين لنقل الملك ، حيث لا يمكن إدراكه لكونه أمراً خفياً لا يطلع عليه أحد ، لذا أقام الشارع الإيجاب والقبول مقامه .

٢- أن تكون وصفاً منضبطاً ، أي أمراً محدداً لا يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال والأزمنة والأمكنة ؛ لأنه لو كانت العلة غير منضبطة امتنع على المجتهد إعمال القياس لعدم تحق المساواة بين الأصل والفرع .

٣- أن تكون وصفاً مناسباً لتشريع الحكم ، بأن يكون بناء الحكم عليها مظنة تحقيق مصلحة أو دفع مفسدة ، فالإسكار في الخمر علة للتحريم ، وذلك لمناسبته مقصد الشارع في حفظ العقل من الزوال أو الفساد .

٤- أن تكون وصفاً متعدياً من الأصل إلي الفرع ، أي غير قاصر علي الأصل ، وذلك لأن مبنى القياس علي المساواة بين الأصل والفرع في العلة ، فإذا كانت العلة قاصرة على الأصل لم تتحقق المساواة فيمتنع القياس ، وذلك كتعليل إباحة الفطر للمسافر بالسفر ، فإن السفر علة قاصرة علي المسافر لا تتعداه إلى غيره من أهل الأعمال الشاقة .

وبعد هذا العرض الموجز لحقيقة القياس وأركانه والشروط اللازم توفرها في كل ركن منها ينتقل البحث في المطلب التالي إلي الحديث عن حجية القياس .

---

[١] ينظر فى استخلاص تلك الشروط ومزيد تفصيلها : المستصفى ٣٤٨/٢ ، الإحكام للأمدي ٣٢٣/٣ ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولي ١٤٠٤ هـ ، شرح العضد ١٢٩/٢،جمع الجوامع والمحلي بحاشية البنانى ٣٨٥/٢،شرح الكوكب المنير ٥١/٤ ومابعدها ، فواتح الرحموت ٢٨٩/٢ ، إرشاد الفحول ٦٠٧/٢، تسهيل الوصول ص ١٩٥،د/ زكي الدين شعبان ص١٤١ مرجع سابق.

المطلب الثالث

حجية القياس

تمهيد وتقسيم :

يقصد بحجية القياس : كونه دليلاً شرعياً نصبه الشارع للمجتهد ليستنبط منه الحكم الشرعي عند فقد النص والإجماع . [١]

هذا ولما كانت قضية حجية القياس في العقوبات – وهي صلب البحث – محل خلاف بين القائلين بحجية القياس ، بل اعتمد الفريق القائل بحجية القياس فيها علي عموم الأدلة المثبتة لحجية القياس في الأمور الشرعية عامةّ ، لزم الحديث في هذا المطلب من التمهيد عن حجية القياس عامة بالقدر اللازم لفهم حجيته في العقوبات ، وذلك في فرعين على النحو التالي :

الفرع الأول : تحرير محل النزاع بين العلماء في حجية القياس .

الفرع الثاني : المذاهب وأدلتها في حجية القياس .

---

[١] ينظر نبراس العقول ص ٥٢٥ .

الفرع الأول

تحرير محل النزاع بين العلماء في حجية القياس .

أولاً : اتفق العلماء علي حجية القياس في المواطن التالية :

١- الأمور الدنيوية ، وذلك كالأغذية والأدوية ونحوها ، كقياس غذاء علي غذاء أخر في نفعه للبدن ، وكذا دواء علي أخر في حصول الشفاء بتناوله .
ومعني حجية القياس فيها : أنه حجة صناعية اقتضها صناعة الغذاء والطب في ثبوت النفع أو الضرر عند تناول شئ منها لا كونه حجة شرعية ، حيث لا يعمل بالقياس في هذه الأمور لطلب حكم شرعي . [١]

٢- القياس الصادر من الرسول (ﷺ) . ومثاله : ما روي عن ابن عباس (رضي الله عنه) أن امرأة أتت إلى النبي (ﷺ) فقالت : إن أمي ماتت وعليها صوم شهر ، فقال (ﷺ) : (أرأيت لو كان عليها دين أكنت تقضيه ؟) قالت : نعم . قال (ﷺ) : (فدين الله أحق بالقضاء) .[٢]

٣- فقد قاس النبي (ﷺ) دين الله تعالى علي دين العبد في وجوب القضاء . [٣]

---

[١] ينظر : المحصول للإمام الرازي ٢ /٢٠ تح د / طه العلواني ط / مؤسسة الرسالة بيروت ط / ثالثة ١٤١٨هـ-١٩٩٧م جمع الجوامع والمحلي بحاشية البناني ٢ / ٣١١ ، شرح الكوكب المنير ٤ /٢١٨، إرشاد الفحول ٢ / ٥٨١ ، نبراس العقول ص٤٧، تسهيل الوصول ص ١٨٠ .

[٢] رواه مسلم في ك الصيام ، باب قضاء الصيام عن الميث ٢ /٨٠٤ تح / محمد فؤاد عبد الباقي ط / دار إحياء التراث العربي بيروت د ت .

[٣] ينظر : البحر المحيط ٧ / ١٩ ، تسهيل الوصول ص ٨٠ .

٤- القياس المنصوص علي علته . ومثاله : قوله (ﷺ) في الهرة : (إنها ليست بنجس إنها من الطوافين عليكم والطوافات) . [١]

فقد علل النبي (ﷺ) طهارة الهرة بكثرة حركتها وصعوبة التحرز منها ، فيقاس عليها في ذلك الفأرة ونحوها مما يشق التحرز منه لكثرة حركته بالبيت .[٢] ويلحق به القياس المجمع علي علته ، ومثاله : نهي النبي (ﷺ) عن قضاء القاضي وهو غضبان . [٣]

فقد اتفق أهل العلم علي أن علة هذا النهي ليست الغضب بخصوصه ، بل كل ما في معناه من عوارض وأسباب وأحوال تشوش ذهن القاضي وتشغله عن استيفاء النظر والفهم لما ينظره من دعاوى وخصومات . [٤]

لذا قال العلامة ابن القيم في التأكيد علي هذا المعنيى: " فمن قصر النهي على الغضب وحده دون الهم المزعج والخوف المقلق والجوع والظمأ الشديد وشغل القلب المانع من الفهم فقد قل فقهه وفهمه ." [٥]

---

[١] رواه أبو داود في ك الطهارة ، باب سؤر الهرة ١٩/١ تح / محمد محي الدين عبد الحميد ط / دار الفكر بيروت د ت ، والترمذي في أبواب الطهارة ، باب ما جاء في سؤر الهرة وقال : " هذا حديث حسن صحيح " ١٥٤/١ تح / أحمد محمد شاكر وآخرون ط / دار أحياء التراث العربي بيروت د ت .

[٢] ينظر : البحر المحيط ٧ / ٢٠ نبراس العقول ص ٥١ ، تسهيل الوصول ص ١٨١ .

[٣] روى البخاري في ك الأحكام ، باب هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان قوله (ﷺ) " لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان " ٢٦١٦/٦ تح / د/ مصطفي ديب البغا ط / دار ابن كثير بيروت ط / ثالثة د ت .

[٤] ينظر : العدة للقاضي أبي يعلي ١٤٣٠/٥ تح د / أحمد المباركي ط / دار الحديث القاهرة ط / أولي ١٤١٦ه – ١٩٩٦م ، تسهيل الوصول ص ١٨١ .

[٥] إعلام الموقعين ١ / ١٧٥ تح / عصام الدين الصبابطي ط / دار الحديث القاهرة ط ١٤٢٧هـ – ٢٠٠٦م .

ثانياً : اختلف العلماء في حجية القياس في الأمور الشرعية عدا الصور المذكورة في محل الاتفاق ، وقد توسع علماء أصول الفقه المتقدمون في تعداد المذاهب في المسألة إلا أن المحققين من المعاصرين قرروا – وبحق – أن مذاهب المتقدمين علي تعددها ترجع جميعها في واقع الأمر إلي مذهبين فقط . [١] وهما محل البحث في الفرع التالي .

[١] ينظر : فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٥٤ مرجع سابق د / زكي الدين شعبان ص ١١١ مرجع سابق ، تذكير الناس بما يحتاجون إليه من القياس لأستاذي الدكتور محمد إبراهيم الحفناوي ص ٤٥ ط / دار الحديث القاهرة ط / أولي ١٩٩٥م .

الفرع الثاني

المذاهب وأدلتها في ججية القياس

أولاً : المذاهب في حجية القياس :

قرر المحققون من العلماء المعاصرين – كما أشرت قبل قليل – أن مذاهب المتقدمين علي تعددها ترجع في واقع الأمر إلي المذهبين التاليين:

المذهب الأول : أن القياس حجة شرعية ودليل شرعي تستنبط منه الأحكام الشرعية العملية عند فقد النص والإجماع . وإليه ذهب جمهور العلماء .

بل نقل العلامة ابن القيم عن الإمام المزني من الشافعية قوله أن : " الفقهاء من عصر رسول الله (ﷺ) إلي يومنا وهلم جرًا استعملوا المقاييس في الفقه في جميع الأحكام من أمر دينهم ، فلا يجوز لأحد إنكار القياس ، لأنه التشبيه بالأمور والتمثيل عليها . " [١]

المذهب الثاني : أن القياس ليس بحجة شرعية ، ولا يصلح دليلاً شرعياً تستنبط منه الأحكام الشرعية وإليه ذهب النظام من المعتزلة والظاهرية وبعض فرق الشيعة . واصطلح علي تسميتهم بنفاة القياس [٢] ، بل بالغ ابن حزم الظاهري في إنكار القياس إلي حد قوله : " وهذا هو قولنا الذي ندين الله به وتسأله ﷻ أن يثبتنا فيه ويميتنا عليه بمنه ورحمته " . [٣]

---

[١] إعلام الموقعين ١ / ١٦٤

[٢] ينظر : التبصرة للشيرازي ص ٢٥٠ ، منتهي السول ص٣٣٨ ، شرح تنقيح الفصول للقرافي ص ٢٢٩ ط / دار الفكر بيروت ط / ٢٠٠٤م ، شرح العضد . / ٢٤٨ ، شرح المحلي علي جمع الجوامع بحاشية البناني ٢ / ٣١١ ، ٣١٩ شرح الكوكب المنير ٢١٥/٤ ، فواتح الرحموت ٣١١/٢ ، تسهيل الوصول ص ١٨٩ فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف ص٥٤ مرجع سابق ، د / زكي الدين شعبان ص١١١ مرجع سابق .

[٣] الإحكام في أصول الأحكام ٧ / ٣٧٠ ط / دار الحديث القاهرة ط / أولي ١٤٠٤هـ .

ثانياً : أدلة المذاهب في حجية القياس :

أدلة المذهب الأول :

استدل جمهور العلماء علي حجية القياس بأدلة عديدة منها ما يلي :

أولاً : القرأن الكريم : آيات عديدة تفيد حجية القياس منها :

١- قوله تعالي (فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ) . [١]

وجه الدلالة : أن الله عز وجل قد أمرنا بالاعتبار ، وهو العبور والمجاوزة والانتقال من وضع لأخر وذلك هو معني القياس ، لكونه مجاوزة بالحكم من الأصل إلى الفرع ، فيكون القياس مأموراً به ، ومعلوم أن الأمر المجرد عن القرائن للوجوب ، فيكون القياس حجة شرعية يجب العمل بها . [٢]

٢- قوله تعالي (يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُوْلِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ) . [٣]

وجه الدلالة : أن الله تعالي قد أمرنا برد المتنازع فيه إلى نصوص القرأن والسنة بالاجتهاد في استنباط الحكم منها ، ولا شك أن من وجوه الاجتهاد قياس مالا نص فيه علي ما هو منصوص عليه . [٤]

---

[١] سورة الحشر (٢) .

[٢] بنظر : المحصول ٢٦/٥ ، نهاية الوصول في دراية الأصول لصفي الدين الهندي ٣٠٧٨/٧ تح د / صالح بن سليمان اليوسف ، د/ سعد بن سالم السويح ط / مكتبة نزار مصطفي الباز بمكة المكرمة والرياض ط / ثانية ١٤٢٩ه – ٢٠٠٧م ، الإبهاج ١٢/٣ .

[٣] سورة النساء (٥٩) .

[٤] ينظر : الإحكام في أصول الأحكام للأمدي ٢٨/٤ ، فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف ص٥٤، ٥٥ مرجع سابق

ثانياً : السنة النبوية المطهرة : أحاديث كثيرة منها :

١- ما روي أن النبي (ﷺ) لما بعث معاذ بن جبل رضي الله عنه ضياً إلي اليمن قال له : (كيف تقضي إذا عرض لك القضاء ؟) قال : بكتاب الله ، قال (ﷺ) (فإن لم تجد ؟) قال : بسنة رسول الله ، قال (ﷺ) (فإن لم تجد ؟) قال : أجتهد رأيي ولا آلو ، فضربرسول الله (ﷺ) علي صدره وقال (الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسوله) . [١]

وجه الدلالة : أن النبي (ﷺ) قد أقر معاذ بن جبل رضي الله عنه علي الاجتهاد برأيه فيما لم يجد فيه نصاً يبين حكمه من القرأن والسنة ، ولا شك أن القياس نوع من الاجتهاد ومسلك من مسالكه ، فيكون القياس حجة شرعية ، وهو المدعى .

ولا يقال : إن هذا الحديث خبر أحاد فلا يصلح للاحتجاج به ، لأنه قد اشتهر وتلقته الأمة بالقبول فصلح بذلك للاحتجاج . [٢]

---

[١] رواه أبو داود في ك الأقضية ، باب اجتهاد الرأي في القضاء ٣٠٣/٣ ، والترمذي في ك الأحكام ، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي ، وقال : " وهذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس إسناده عندي بمتصل " ، والدارمي في باب الفتيا وما فيه من الشدة ٧٢/١ تح / فواز أحمد ، خالد السبع ط / دار الكتاب العربي بيروت ط / أولي ١٤٠٧هـ

[٢] ينظر : التبصرة للشيرازي ص٢٥٠ ، فواتح الرحموت ٣١٣/٢ ، إرشاد الفحول ٥٩٠/٢ ، ٥٩١ ، نبراس العقول ص٧٩ ، تسهيل الوصول ص١٨٣ .

٢- ما روي أن امرأة من جهينة سألت النبي (ﷺ) : إن أمي نذرت أن تحج فلم تحج حتي ماتت أفأحج عنها ؟ ، قال (ﷺ) (نعم حجي عنها ، أرأيت لو كان علي أمك دين أكنت قاضيته ؟

اقضوا الله فالله أحق بالوفاء).[١]

وجه الدلالة : أن النبي (ﷺ) قد عمل بالقياس في هذه الواقعة ، حيث قاس دين الله تعالي علي دين الأدمي في وجوب القضاء ، ومعلوم أن أدنى درجات فعله (ﷺ) لشيء جوازه ومشروعيته ، ما لم يثبت كونه من خصوصياته (ﷺ) ، فيكون القياس حجة شرعية لعمل النبي (ﷺ) به .[٢]

ثالثاً الإجماع :

إنه قد نقل عن كثير من الصحابة رضوان الله عليهم القول بالقياس بل العمل به في وقائع كثيرة ، واشتهر ذلك بينهم دون نكير فكان ذلك إجماعاً علي حجية العمل بالقياس ، ومن تلك الوقائع ما يلي :

١- قياسهم خلافة أبي بكر الصديق (رضي الله عنه) الخلافة العظمى للمسلين علي الإمامة الصغرى ، حيث استخلفه النبي (ﷺ) إماماً للسلمين في الصلاة في مرض موته (ﷺ) ، وقد بينوا أساس هذا القياس بقولهم : رضيه رسول الله (ﷺ) لديننا أفلا ترضاه لدنيانا .

٢- كتاب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) في القضاء إلي أبي موسي الأشعري (رضي الله عنه) .

ومما جاء فيه : " الفهم الفهم فيما أدلي إليك مما ورد عليك مما ليس في قرأن ولا سنة ، ثم

---

[١] رواه البخاري في ك الحج ، باب الحج والنذر عن الميت ٦٥٦/٢ .

[٢] ينظر : فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف ص٥٦ ، ٥٧ مرجع سابق .

قايس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق . "[١]

ومن الجدير بالذكر هنا : أن الإجماع يعد أقوى الأدلة التي اعتمد عليها جمهور العلماء في إثبات حجية القياس ، وهذا ما صرح به كثير منهم .[٢]

قال إمام الحرمين الجويني : " مستند وجوب العمل بالقياس الإجماع " .[٣]

رابعاً : المعقول :

وجوه عديدة أظهرها ما يلي :

١- أن المجتهد إذا ظن كون حكم الأصل معللاً بعلة وظهرت له في الفرع حصل لديه ظن بتعدية هذا الحكم إلى الفرع ، ووهم بعدم ذلك ، فيتعين عليه طرح الوهم ؛ لأنه مرجوح ، والعمل يمقتضى الظن ؛لأنه الراجح ، وهذا عين وجوب العمل بالقياس .[٤]

٢- أن الضرورة داعية إلي وجوب العمل بالقياس ؛ لأنه لو لم يجب العمل به لعجزت نصوص الشرع وهي متناهية عن الوفاء بأحكام الوقائع والحوادث غير المتناهية ، لكن ذلك باطل قطعاً

---

[١] ينظر : إعلام الموقعين ٧٦/١ .

[٢] ينظر : التبصرة للشيرازي ص ٢٥١ ، المحصول ٥٣/٥ ، نهاية الوصول ٧ / ٣١٠٨ ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢٨٠/٣ ، فواتح الرحموت ٣١٣/٢ ، نبراس العقول ص ٩٣ ، تسهيل الوصول ١٨٣ ، فضيلة الإمام محمد أبي زهرة ص ٢٠٤ ، مرجع سابق .

[٣] البرهان ٢ فقرة ٧٠٨ تح د / عبد العظيم الديب ط / دار الوفاء بالمنصورة ط / أولي ١٤٠٢هـ – ١٩٩٢م .

[٤] ينظر : الإبهاج ٣ / ١٧ ، نبراس العقول ص ١١٥ .

للاتفاق علي أن للشارع حكماً في أي واقعة ، فيلزم العمل بالقياس ضرورة وفاء الشريعة الإسلامية – وهي خاتمة الشرائع – بأحكام أفعال المكلفين .[١]

أدلة المذهب الثاني :

استدل نفاة القياس علي مدعاهم بأدلة عديدة منها ما يلي :

أولاً : القرأن الكريم : أيات عديدة منها :

١- قوله تعالي (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُقَدِّمُوا بَيْنَ يَدَيِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ**) .[٢]

وجه الاستدلال : قالوا إن القول بالقياس تقديم بين يدي الله ورسوله ؛ لأنه قول بغير القرأن والسنة فيكون ممنوعاً للنهي عنه في الأية الكريمة .[٣]

وأجيب عن ذلك : بأن القول بحجية القياس ليس تقديماً بين يدي الله ورسوله ، وإنما هو عمل بمقتضى القرأن والسنة ؛ حيث أوجبت نصوصهما العمل به علي ما تقدم بيانه في أدلة الجمهور .[٤]

٢- قوله تعالي (**مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ**) .[٥] ، وقوله تعالي (وَلا رَطْبٍ وَلا يَابِسٍ إلا فِي كِتَابٍ مُبِينٍ) [١]، وقوله تعالي (وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِكُلِّ شَيْءٍ) .[٢]

---

[١] ينظر : فضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ٥٨ مرجع سابق د / زكي الدين شعبان ص ١١٧ مرجع سابق .

[٢] سورة الحجرات (١) .

[٣] ينظر : المعتمد ٢٢٩/٢ ، المحصول ٣/٥ ، الإبهاج ٣ / ١٨ .

[٤] ينظر : الإبهاج ٣ / ١٩

[٥] سورة الأنعام (٣٨)

وجه الاستدلال : قالوا إن الآيات الكريمة صريحة الدلالة على أن القرأن الكريم قد اشتمل على بيان الأحكام الشرعية كافة ، وهذا يستلزم الاستغناء به عن القياس . [٣]

وأجيب عن ذلك : بأن القرأن الكريم قد اشتمل علي بيان جميع الأحكام الشرعية إما بدلالة ألفاظه من غير واسطة ، أو بواسطة الاستنباط ، أو دلالته علي حجية السنة والإجماع ، وقد دلا علي حجية القياس ، فيكون العمل بالقياس عملاً بالقرأن . [٤]

٣- قوله تعالي (إِنَّ الظَّنَّ لا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً) . [٥]

وجه الاستدلال : قالوا إن القياس قائم علي الظن ، أي ظن المجتهد علة حكم الأصل ووجودها في الفرع ، فلو كان القياس حجة لأغنى من الحق شيئاً ، وهو مناقض للآية الكريمة . [٦]

وأجيب عن ذلك : بأن استدلالكم بالآية حجة عليكم ؛ لأن نفيكم حجية القياس من قبيل الظن ، حيث لا يوجد دليل قاطع علي فساد الاحتجاج بالقياس .

ويضاف إلي ذلك: أن الظن غير المعتبر شرعاً إنما يكون في العقائد والأصول ؛ إذ لا يكتفي فيها إلا بالقطع واليقين، أما الفروع أو الأحكام العملية – وحجية القياس منها – فالظن فيها كافٍ باتفاق . [١]

---

[١] سورة الأنعام (٥٩) .

[٢] سورة النحل (٨٩)

[٣] المحصول ١٠٣/٥ ، نهاية الوصول ٣١٣٨/٧ ، الإبهاج ١٨/٣

[٤] ينظر : تسهيل الوصول ص ١٨٤ ، ١٨٥

[٥] سورة النجم (٢٨)

[٦] ينظر : نهاية الوصول ٣١٣٨/٧ .

ثانياً السنة : أحاديث كثيرة منها قوله (ﷺ) (تعمل هذه الأمة برهة بالكتاب ثم تعمل برهة بسنة رسول الله ثم تعمل بالراي فإذا عملوا بالراي فقد ضلوا وأضلوا) . [٢]

وجه الاستدلال : قالوا إن العمل بالقياس ضلال فيكون غير مشروع ، وإذا كان كذلك لم يكن حجة . [٣]

وأجيب عن ذلك: بأن هذا الحديث لا يصلح للاحتجاج لضعف سنده، ولو سلمنا بصحته فهو معارض بالأحاديث التي استدل بها الجمهور علي حجية القياس ، فيحمل علي القياس الفاسد جمعاً بين الأدلة [٤]

ثالثاً الإجماع : حيث نقل عن بعض الصحابة ذم العمل بالقياس ، ولم يظهر من الباقين إنكار فكان إجماعاً علي إنكار العمل بالقياس .[٥]

وأجيب عن ذلك : بأن هذا الإجماع معارض بالإجماع علي حجية القياس ، بل قد اشتهر عن الصحابة الذين نقلتم إنكار العمل بالقياس عنهم الإحتجاج به ، فيجب الجمع بين النقلين بأن يحمل ما

---

[١] ينظر : الإبهاج ١/٣

[٢] رواه أبو يعلي في مسنده من حديث أبي هريرة (رضي الله عنه) ٢٤٠/١٠ تح / حسين سليم ط / دار المأمون للتراث دمشق ط / أولي ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م ، وغي سنده عثمان بن عبد الرحمن الأزهري وهومتفق علي ضعفه .
ينظر مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي ١٧٩/١ ط / دار الريان للتراث القاهرة ١٤٠٧هـ

[٣] ينظر : نبراس العقول ص ١٥٥ .

[٣] ينظر : التبصرة ص ٢٥٥ ، نهاية الوصول ٧ / ٣١٥٥ ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ١٢٨/٣ ، نبراس العقول ص ١٦٠ وما بعدها.

[٥] ينظر : نهاية الوصول ٧ / ٣١٤٠ .

نقل عنهم من إنكار على القياس الفاسد الفاقد لشروطه ، لأن الجمع بين الأدلة أولى من إهدار أحدها . [١]

رابعاً : المعقول : قالوا إن القياس مبنٍ على الجمع بين المتماثلين في الحكم ، ومدار أحكام الشريعة علي الجمع بين المختلفين والتفريق بين المتماثلين ، حيث أوجبت الشريعة قطع يد سارق القليل إذا بلغ نصاب القطع دون غاصب الكثير ، وأوجبت الحد علي القاذف بالزنا دون القاذف بالكفر، فيكون العمل بالقياس ممتنعاً في الشريعة لما ذكر . [٢]

وأجيب عن ذلك : بأن ما ذكرتم من كون مدار الشريعة علي الجمع بين المختلفين والتفريق بين المتماثلين محض كذبٍ وافتراء ؛ وذلك لأنه يستلزم كون جميع أحكام الشريعة غير معقولة المعنى ، وهو أمر ظاهر فساده .

ولو سلمنا أن ما ذكروه من صور غير معقول المعنى فهو قليل نادر ، إذ الغالب في الأحكام الشرعية أنها معقولة المعنى ، ومن ثم يجوز جريان القياس فيها عند استيفاء شروطه . [٣]

المذهب الراجح :

يظهر جلياً من عرض الخلاف وأدلته رجحان ما ذهب إليه جمهور العلماء من حجية القياس ؛ لقوة أدلتهم وضعف أدلة نفاة القياس .

---

[١] ينظر:شرح تنقيح الفصول ص ٣٠٠ ، نهاية الوصول ٧ / ٣١٥٥ ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢٨١/٣ ، نبراس العقول ص ١٥٦ .

[٢] ينظر : الإبهاج ٢٢/٣ وما بعدها ، نبراس العقول ص ١٦٠ وما بعدها .

[٣] ينظر : المرجعان السابقان : ذات الموضع

ويضاف إلي ذلك : أن الاحتجاج بالقياس منهج السلف الصالح من الصحابة والتابعين انعقد عليه إجماعهم واعتمدوه في اجتهاداتهم أزمنةّ عديدةّ قبل ظهور نفاة القياس .

ورحم الله العلامة ابن القيم حيث وصف العمل بالقياس بأنه : " فطرة فطر الله عليها الناس. "[١]

هذا غير أن جمهور العلماء القاتلين بحجية القياس قد اختلفوا فيما بينهم في حجيته في العقوبات وتلك قضية البحث التي انعقد لأجلها ويهدف إلي بيانها من جميع جوانبها في الفصول التالية .

[١] إعلام الموقعين ١ / ١٧٤

الفصل الأول

خلاف العلماء في حجية القياس في العقوبات في الشريعة الإسلامية

تمهيد وتقسيم :

لما كانت العقوبة عبارة عن جزاء مقرر شرعاً زجراً عن ارتكاب محظور شرعي [١] ، كانت منقسمة باعتبار تقديرها شرعاً وعدمه إلي قسمين :

الأول :عقوبة مقدرة شرعاً : وهي الحد والقصاص والكفارة .

والثاني :عقوبة غير مقدرة شرعاً : وهي التعزير .

فهل يجوز الاحتجاج بالقياس في جميع تلك العقوبات أولا ؟ هذا ما يجيب عنه البحث تفصيلاً من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول : تحرير محل الخلاف وسببه في حجية القياس في العقوبات في الشريعة الإسلامية .

---

[١] هذا التعريف مستخلص من تعريف الإمام الماوردي للجريمة حيث قال : " الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالي عنها بحد أو تعزير." الأحكام السلطنية والولايات الدينية ص ٢٤٨ط / المكتبة التوفيقية القاهرة دت .

المبحث الثاني : أدلة المذاهب في حجية القياس في العقوبات المقدرة .

المبحث الثالث : الترجيح وتحقيق نوع الخلاف .

المبحث الأول

تحرير محل الخلاف وسببه في حجية القياس في العقوبات في الشريعة الإسلامية

تمهيد وتقسيم :

يقصد بحجية القياس في العقوبات : مدي كون القياس حجة شرعية يستند إليها المجتهد أو القاضي في تقرير عقوبة معينة لجريمة لا نص فيها ولا إجماع قياساً علي جريمة أخري ثبتت عقوبتها بنص أو إجماع عند اشتراك الجريمتين في علة واحدة .

مثال ذلك ما يلي :

١- أن الشارع الحكيم قد نص علي عقوبة الزنا وهي الرجم للمحصن والجلد لغير المحصن، فهل يمكن تقرير تلك العقوبة لجريمة اللواط قياساً علي الزنا لاشتراكهما في علة واحدة وهي إيلاج فرج محرم في فرج أخر محرم شرعاً ؟

٢- أن الشارع الحكيم قد أوجب عقوبة الكفارة في القتل الخطأ نصاً ، فهل تتقرر في القتل العمد قياساً بجامع كون القتل في النوعين بغير حق ومحظور شرعاً ؟

هذا ومن الثابت في منهجية بحث الخلاف العلمي في أي مسألة : ضرورة تحرير محل النزاع فيها ببيان محل الاتفاق ومحل الخلاف ، ثم عرض الخلاف في المسألة وبيان سببه . وهذا ما سيعرضه البحث من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : تحرير محل الخلاف في حجية القياس في العقوبات .

المطلب الثاني : سبب الخلاف في حجية القياس في العقوبات .

المطلب الأول

تحرير محل الخلاف في حجية القياس في العقوبات

أولا محل الاتفاق:

اتفق العلماء على حجية القياس فى عقوبة التعزير[١] ، ويقصد به : التأديب على جناية وقعت على حق الله تعالى أو حق آدمي ليس فيها حد أو كفارة ولا قصاص أو دية .[٢]

فهو عقوبة مقررة شرعاً على كل معصية لم ينص الشارع فى الكتاب او السنة على عقوبتها ، كمباشرة الأجنبيه دون جماع ، والقذف بغير الزنا ، والغش فى المعاملات ، وشهادة الزور، ونحو ذلك مما فيه مخالفة للشرع ومناقضة لمقاصده وقواعده العامة.

ولما كانت هذه الأفعال مما تتغير بتغير الأزمنة وتختلف باختلاف الأحوال والأمكنة ، سلك الشارع فى تقدير عقوبتها مسلكاً كلياً عاماً يناسب كمال الشريعة وعمومها لكل زمان ومكان ، ففوض أمر تقديرها إلى الحاكم أو من ينوبه بما يحقق الردع ويدفع المفاسد ويحفظ المصالح .[١]

---

[١] ينظر : أصول الفقه لفضيلة الإمام محمد أبي زهرة ص ٢٣٥ ، الجريمة والعقوبة (الجريمة) لفضيلته ص ١٦٦ ط / دار الفكر العربى القاهرة ١٩٩٨.

[٢] ينظرفى هذا المعنى: المغني لابن قدامه ٤٦٧/١٢ ط / دار الحديث القاهرة ط/اولى ١٤١٦ هـ / ١٩٩٦ م .

ولا شك أن القياس من مسالك الاجتهاد ، بل وأهم أبوابه التى يمكن للحاكم أو نائبه استعماله في التوصل إلى تقرير عقوبه التعزير في تلك الأفعال المحظورة شرعاً ، فإذا عرض عليه إحداها اجتهد في إلحاقها بما يشبهها في الاذى والإفساد إذا تحقق الردع بتلك العقوبة ، مستهدياً في ذلك بهدي الشارع الحكيم وإرشاده إلي بعض عقوبات الجرائم التعزيرية في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وعمل السلف رضوان الله عليهم . [٢]لذا قال الإمام محمد أبو زهرة –رحمه الله – :"وعلى ذلك يكون ثبوت التعزير بالقياس أمراً لا محل للنزاع فيه . " [٣]

ثانيا محل الخلاف:

اختلف العلماء فى حجة القياس في العقوبات المقدرة ، وهي : الحدود [٤] ، والكفارات [١] ، ولم تصرح كتب المتقدمين – فيما بحثت – بذكر القصاص [٢]

---

[١] ينظر فى هذا المعنى: شرح فتح القدير لابن الهمام ٣٤٥/٥ دار الفكر بيروت د ت ، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقى ٣٨٤/٤ ط / دار احياء الكتب العربية عيسى الحلبي القاهرة د ت ، مغني المحتاج للشربيني ٥٤٨/٥ ط / المكتبة التوفيقية القاهرة د ت .

[٢] وم.ن ذلك إرشاد الشارع الحكيم إلى عقوبة الهجر تعزيراً للمراة الناشز فى قوله تعالى " فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ " النساء (٣٤) ، كما أمر النبى (ﷺ) الصحابة بهجر الثلاثة الذين خلفوا عنه فى غزوة تبوك فهجروا خمسين يوما لا يكلمهم أحد حتى نزل قوله تعالى " وَعَلَى الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ خُلِّفُوا حَتَّىٰ إِذَا ضَاقَتْ عَلَيْهِمُ الْأَرْضُ بِمَا رَحُبَتْ وَضَاقَتْ عَلَيْهِمْ أَنفُسُهُمْ وَظَنُّوا أَن لَّا مَلْجَأَ مِنَ اللَّهِ إِلَّا إِلَيْهِ ثُمَّ تَابَ عَلَيْهِمْ لِيَتُوبُوا ۚ إِنَّ اللَّهَ هُوَ التَّوَّابُ الرَّحِيمُ " التوبة (١١٨) ، كما عاقب سيدنا عمر بن الخطاب–رضى الله عنه – بها بعض الناس . ينظر التشريع الجنائى الاسلامى مقارناً بالقانون الوضعي للاستاذ عبدالقادر عودة ٦٠٧/١ ط مكتبة دار التراث القاهرة ط / ٢٠٠٥ م .

[٣] أصول الفقه لفضيلته ص ٢٣٥.

[٤] الحدود فى اللغة : جمع حد ، وهو الحاجز بين الشيئين ، ومنتهى الشىء ، وطرفه الحاد، والمنع من الشيء أو الأمر به ، مختار الصحاح مادة (حدد)والمعجم الوجيزمادة (حدد) . وفي الشرع : عقوبة مقدرة واجبة حقا لله تعالى . فيخرج منه التعزيز لكونه غير مقدر شرعاً، والقصاص لكونه واجباً حقاً للعبد حيث يجري فيه العفو والصلح ، وسميت الحدود بذلك ؛ لأنها تمنع من ارتكاب مايوجبها ، وهى : الزنا ، والقذف ، وشرب الخمر ، والسرقة ،

في محل الخلاف مع الحدود والكفارات . لكن أدلة المانعين للاحتجاج بالقياس فى العقوبات تشير إلى دخول القصاص فى محل الخلاف ، حيث قال صدر الشريعة ولا يثبت ذا بالقياس ، اى ما يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص لا يثبت بالقياس " [٣] ، لذا صرح فضيلة الامام أبو زهرة

والحرابة ، والردة ، والبغي . ينظر : بدائع الصنائع للكاساني ٤٨٦/٥ط/ دار أحياء التراث العربي بيروت ط/ ثالثة ١٤٢١هـ –٢٠٠٠ م التشريع الجنائي الإسلامي ٦٨/١ .

[١] الكفارات فى اللغة : جمع كفارة وهى مأخوذة من الكفر أي الستر والتغطية ، فهى اسم للخصلة التي يكفر بها ، وسميت بذلك لأنها تكفر الذنوب ، أى تسترها وتمحوها . لسان العرب والمصباح المنير مادة (كفر) الجريمة ص ١٦٦ـ١٦٧ . وفي الشرع : اسم لمال أو صوم وجب بسبب من حلف أو قتل أو أفطار أو جماع فى نهار رمضان عمداً . حاشية البيجرمي على الخطيب ٦/٤ط دار الفكر بيروت ط/١٤١٥هـ –١٩٩٥م .

وهى من حقوق الله تعالى الخالصة ، ويجتمع فيها معنى العبادة ، حيث تؤدى بما هو عبادة كالصوم والإطعام ، ويؤديها المكلف اختياراً ، ومعنى العقوبة ، حيث لا تجب إلا بسبب مخالفة شرعية ، لذا لا تجب على الصبي والمجنون لعدم التكليف .

[٢] القصاص في اللغة : أن يوقع على الجاني مثل ما جنى . المعجم الوجيز مادة (قص) . وفي الشرع : مجازاة الجاني بمثل فعله . ينظر: التشريع الجنائي الاسلامي ١٠٠/٢.

ويتقرر القصاص عقوبة لجرائم الاعتداء على النفس بالقتل أو الجرح ، وينقسم الى قسمين : الاول: قصاص صورة ومعنى وهو أن ينزل بالجاني من العقوبة الحادثة مثل جنايته ، وهو الأصل في القصاص. والثانى: قصاص معنى فقط وهو دية النفس أو أحد الأعضاء وأرش الجروح . ولا يصار إليه إلا عند تعذر القصاص صورة ومعنى أو عند سقوطه بالشبهة أو لعدم استيفاء شروطه المقررة أو لنزول المجني عليه أو وليه عنه إلى الدية . ينظر : الجريمة للإمام محمد أبى زهرة ص ٧٨ .

[٣] التوضيح بصدر الشريعة ٢٥٥/١، ط / دار الكتب العلمية بيروت ط/ اولى ١٤١٦ هـ /١٩٩٦ م

بدخوله فى محل الخلاف قائلاً :"هل تثبت الحدود والقصاص بالقياس ؟ لقد قال بعضهم إنها تثبت بالقياس ، وقال بعض الفقهاء إن الحدود والقصاص والكفارات لاتثبت بالقياس. " [١].

وعليه :أرى دخول القصاص في محل الخلاف؛ وذلك لكونه عقوبة مقدرة ، ومبنى أدلة المانعين للاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة على أن التقديرات غير معقولة المعنى لذا يمتنع فيها القياس عندهم .

ويؤيد ذلك أيضا : خلاف الفقهاء في وجوب القصاص في القتل بمثقل قياساً على القتل بمحدد ، كما سيتبين في الآثار الفقهية المبنية على الخلاف الأصولي في المسألة .

وهذا وينحصر خلاف العلماء في حجية القياس في العقوبات المقدرة في القولين التاليين :

القول الاول :

حجية القياس في العقوبات المقدرة . واليه ذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة. [٢]
وسيطلق البحث عليهم : المثبتين لحجية القياس في العقوبات المقدرة .

القول الثاني:

---

[١] ينظر : تسهيل الوصول ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ .

[٢] ينظر: التبصرة للشيرازي ٢٦٠ ، التلخيص لإمام الحرمين ٢٩١/٣ ، المحصول ٣٤٩/٥ ، شرح تنقيح الفصول ص ٣٢٤ ، نهاية الوصول ٣٢٢/٧ ، شرح العضد ٢٥٤/٢ ، قواطع الأدلة ١٠٧/٢ ، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب للسبكي ٤٠٢/٤ ، البحر المحيط ٦٧/٧ ، إجابة السائل ص ١٧٦ .

عدم حجية القياس في العقوبات المقدرة . واليه ذهب السادة الحنفية . [١] وسيطلق البحث عليهم : النافقين لحجية القياس في العقوبات المقدرة.

[١] واستثنى السادة الحنفية القياس المنصوص العلة ، لكونه في منزلة النص ، فالمنع خاص بالقياس ذي العلة المستنبطة ، أي التي يتوقف إدراكها على الرأي والاجتهاد . ينظر: أصول الجصاص ١٠٥/٤ ط / وزارة الاوقاف الكويتية ط ثانية ١٤١٤هـ / ١٤٩٤ م ، أصول السرخسي ٢٥٤/١ ومابعدها ، التوضيح لصدر الشريعة ٢٥٥/١ ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٧٤/١ ، ٢١٢/٢ ، فواتح الرحموت ٣١٧/٢ ، ٤١٠/١ التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٣٢٠/٢ ط / دار الفكر بيروت ١٤١٧ هـ / ١٩٩٦ م ، تسهيل الوصول ص ٢٢٦ .

المطلب الثاني

سبب الخلاف فى حجية القياس في العقوبات المقدرة

يرجع منشا الخلاف بين الجمهور والسادة الحنفية في الاحتجاج بالقياس في الحدود والكفارات والقصاص الى السببين التاليين :

السبب الاول:

مدى تعقل العلة ، أو (المعنى) في الحدود والكفارات والقصاص . [١]

وبعبارة اخرى: خلافهم في إمكان إدراك العلة فيها عقلاً ؛ ذلك لأن مدار القياس على كون الحكم الشرعي في الأصل معقول العلة او المعنى ، حتى يتمكن المجتهد من إدراك علته وبناء الحكم عليها في الفرع .

فيرى جمهور العلماء أنه لا توجد جملة من الأحكام الشرعية غير معللة ، بل ينبغى أن تستقرأ كل مسالة منها على حدة ، فإن أمكن إدراك معنى ملحوظ للشارع فيها كانت معللة ويصح فيها القياس ،

---

[١] قال فضيلة الشيخ محمد حسنين مخلوف –رحمه الله – : " والخلاف فيها راجع إلى الخلاف في العلة التي يبنى عليها القياس هل هي معقولة في هذه الامور أو لا ؟ " بلوغ السول ي مدخل علم الأصول ص ١٥٣ ط / مصطفى الحلبي القاهرة ط / ثانيه ١٩٩٦ م .

وإن لم يمكن ذلك لم تكن معللة ولا يصح فيها القياس ، سواء كانت من الحدود والكفارات والقصاص أو غيرها من أبواب الأحكام الشرعية . [١]

فإذا تعقل المجتهد علة وجوب حد الزنا كان له قياس اللواط عليه في وجوب الحد ، واذا تعقل علةَ وجوب الكفارة في القتل الخطأ كان له قياس العمد عليه في وجوب الكفارة ، وإذا تعقل علة وجوب القصاص في القتل بمحدد كان له قياس القتل بمثقل عليه في وجوب القصاص ...وهكذا شأن أي حكم شرعي أدرك العقل علته ، فليس في الحدود والكفارات والقصاص ما يمنع إجراء القياس فيها عند تعقل معناها . [٢]

هذا في حين رأى السادة الحنفية عدم تعقل العلة ، أو (المعنى) في تلك العقوبات ؛ وذلك لاشتمالها على تقديرات لا يدرك العقل معناها ، لذا يمتنع فيها القياس ضرورة كونها غير معقولة العلة . [٣]

قال أبو الحسين البصري : " والخلاف بين الناس: هل في الشريعة جملة من المسائل يعلم أنه لا يجوز أن تدل دلالة على علة احكامها ، فيمتنع استعمال القياس فيها في الجملة ، أو ليس كذلك ، بل ينبغى أن يستقريء مسألة مسألة ، فأصحاب أبي حنيفة يقولون: قد علمنا ذلك في جملة من المسائل

---

[١] قال السبكي : " وجماع القول عندنا : أن كل حكم يجوز أن يستنبط منه معنى مخيل من كتاب أونص سنة أو إجماع فانه يعلل ، وما لا يصح فيه فلا يعلل سواء كان من الحدود أو الكفارات أو غيرها . " رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب ٤٠٩/٤ .

[٢] ينظر رفع الحاجب ٤٠٩/٤ قواطع الأدلة ١٠٩/٢ ، ١١٠ ، الإبهاج ٣٢/٣ ، شرح العضد ٣٥٥/٢ ، إجابة السائل ص ١٧٦ .

[٣] ينظر: قواطع الأدلة ١٠٧/٢ ، فواتح الرحموت ٤٢٠/٢ التقرير والتجبير ٣٢٠/٢، تسهيل الوصول ص ٢٢٦ ، حاشية العطار على جمع الجوامع ٢٤٤/٢.

وهى التى ذكروها ، وغيرهم لا يحكم بذلك في أكثر هذه المسائل على سبيل الجملة ، بل يستقرؤن مسالة مسالة ." [١]

السبب الثاني :

خلاف الجمهور والسادة الحنفية في دلالة النص ، هل هى دلالة لفظية من قبيل دلالة النص الشرعى على الحكم بمعناه لغة ، أو دلالة قياسية من قبيل دلالة النص الشرعى على الحكم بمعناه الشرعي اجتهاداً واستنباطاً.[٢]

ويبان ذلك: أن دلالة النص تعد – عند الحنفية – أحد طرق استنباط الحكم الشرعي من النصوص، ويقصد بها : دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنطوق أو المنصوص عليه للمسكوت عنه لاشتراكهما فى علة واحدة تفهم بمجرد العلم باللغة دون حاجة إلى الاجتهاد والرأي . [٣]

ويطلق عليها الجمهور: مفهوم الموافقة ؛ لكون المسكوت عنه موافقا في الحكم للمنطوق. [٤]

وتنقسم دلالة النص عند السادة الحنفية إلى قسمين :

الأول : دلالة ضرورية أو قطعية ، وهى : ماكانت العلة فيها جلية معلومة في المنصوص عليه والمسكوت عنه على سبيل القطع ، لذا كانت محل اتفاق بين العلماء في إدراكها ، وذلك كدلالة قوله تعالى " فَلَا تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ " [١]

---

[١] المعتمد ٢٦٥/٢ ، وينظر في ذات المعنى : المحصول ٣٤٩/٥.

[٢] ينظر : بلوغ السول للشيخ مخلوف ص ١٥٣ .

[٣] ينظر : التوضيح لصدر الشريعة ٢٤٥/١ ، فتح الغفار لابن نجيم ٤٥/٢ ، إفاضة الأنوار وحاشية نسمات الأسحار عليه ص ١٠١ ط / دار الكتب العربية مصطفى وعيسى الحلبي القاهرة د ت ، تسهيل الوصول ص ١٠٣، الوسيط في أصول فقه الحنفية لفضيلة الدكتور / أحمد فهمي أبو سنة ص ١٠٣ مطبعة دار التاليف القاهرة د ت .

[٤] ينظر : شرح العضد ١٧١/٢ جمع الجوامع وشرح المحلي بحاشية البناني ٣٨٣/١ ، شرح الكوكب المنير ٤٨١/٣.

على تحريم إيذاء الوالدين بالسب والضرب ونحوهما ، إذ أن علة تحريم التأفيف المفهومة لغة الايذاء ، وهي متحققة في السب والضرب ونحوهما قطعاً . [٢]

والثاني : دلالة نظرية أو ظنية ، وهي : ما كانت العلة فيها غير جلية ، بل خفية في المنصوص عليه أو المسكوت عنه ، لذا كانت محل خلاف بين العلماء في إدراكها .وذلك كدلالة قوله تعالى " الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ " [٣] على وجوب حد الزنا على من عمل عمل قوم لوط عند الصاحبين من الحنفية والإمام الشافعى . [٤]

هذا ولما كانت العلة اللغوية في الدلالة الظنية خفية كانت مفتقرة إلى نوع من النظر والاجتهاد في تعيينها في المنصوص عليه ، وتحققها في المسكوت عنه ، ومن ثم كان هذا النوع محل خلاف بينهم في كون الحكم الثابت به مستنداً إلى النص بمعناه اللغوي أي دلالة النص ، أو مستنداً إلى الاجتهاد في العلة الشرعية للنص ، وهو عين القياس .

فذهب الجمهور وبعض الحنفية إلى أن هذه الدلالة من قبيل القياس ، لأن العلة فيها ليست مدركة باللغة لخفائها ، بل مدركة بالاجتهاد ، بدليل اختلاف الائمة فيها – ومنهم– الإمام الشافعى وهو من الماهرين المبرزين في اللغة .

وعليه : يكون الحكم الثابت بها مستنداً إلى القياس لا النص .

وذهب عامة السادة الحنفية إلى أن هذه الدلالة ليست من قبيل القياس ، بل هى من دلالة النص ؛ لأن مبناها على العلة التي يتضمنها النص لغة حتى وإن احتاجت إلى نوع من النظر في إدراكها .

---

[١] سورة الاسراء(٢٣)

[٢] ينظر : كشف ألاسرار ٧٣/١ ، دكتور أحمد فهمي أبوسنة ص ١٠٣ مرجع سابق .

[٣] سورة النور (٢) .

[٤] ينظر : د / أحمد فهمي أبو سنة ص ١٠٣ ، ١٠٤ مرجع سابق ،

وعليه: يكون الحكم الثابت بها مستنداً إلى معنى النص لغة [١] ، ومن ثم لا يمتنع الاحتجاج بها في العقوبات المقدرة ، أي الحدود والكفارات والقصاص . وقد قدم السادة الحنفية فروعاً فقهية عديدة بنوا الحكم فيها على ذلك الأصل ، بينما عد الجمهور ذلك النوع من الاستدلال قياساً ، واحتجوا به فى تلك العقوبات .

لكن الجدير بالذكر أن جميع الحنفية متفقون على الاحتجاج بتلك الدلالة في العقوبات المقدرة حتى من قال منهم إنها من قبيل القياس ، حيث أنزلوها منزلة القياس المنصوص على علته من جهة كون الحكم الثابت بها مستنداً إلى النص . [٢]

قال عبدالعزيز البخاري :" وسمعت عن شيخي قدس الله روحه وهو كان أعلى كعباً من أن يجازف أو يتكلم من غير تحقيق أنها – أي الحدود والكفارات والقصاص – تثبت بمثل هذا القياس عندهم – أي الحنفية – كما تثبت بالقياس الذي علته منصوصة ." [٣]

والخلاصة : أن للسادة الحنفية فروعاً فقهية من الحدود والكفارات مثل إلحاق اللواط بالزنا في الحد ، وإلحاق الفطر بالاكل والشرب عمداً في نهار رمضان بالجماع عمداً في وجوب الكفارة ، وإلحاق القتل

---

[١] ينظر : كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٧٣/١ ، ٧٤ ، التوضيح ٢٥٥/١، التلويح ٢٥٦/١، إفاضة الأنوار وحاشية نسمات الأسحار عليه ص ١٠١ ، ١٠٢ ، فتح الغفار ٤٦/٢ ، مباحث أصولية في تقسيمات الألفاظ لأستاذي الدكتور / محمد عبدالعاطي –رحمه الله– ص ٣٧٦ ط/ دار الحديث القاهرة ٢٠٠٧.

[٢] ينظر: شرح نور الأنوار على المنار للميوهي ٣٨٦/١ مطبوع مع كشف الأسرار للنسفي ط / دار الكتب العلمية بيروت د ت ، فواتح الرحموت ٤١٠/١ ، حاشية نسمات الأسحار ص ١٠٢ ، ١٠٣.

[٣] كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٧٤/١.

بمثقل بالقتل بمحدد في وجوب القصاص ، ونحوها مما اعتبروا استدلالهم على هذا الإلحاق من قبيل دلالة النص .

هذا في حين اعتبره الجمهور قياساً بحقيقته ومفهومه.

وسياتي تحقيق هذا الخلاف هل هو لفظي أو معنوي؟ في المبحث الثالث من هذا الفصل .

المبحث الثاني

أدلة المذاهب في حجية القياس في العقوبات المقدرة

المطلب الاول

أدلة الجمهور (المثبتين لحجية القياس في العقوبات المقدرة ومنافشتها)

استدل جمهور العلماء على حجية القياس في العقوبات المقدرة بعدة أدلة من أهمها ما يأتى:

الدليل الأول :

عموم الأدلة الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة على حجية القياس ، حيث يفيد إطلاق العمل بالقياس في جميع الأحكام الشرعية دون تفرقة بين باب وباب مالم يمنع من ذلك مانع ، ولامانع من العمل به في تلك العقوبات ، فيكون القياس فيها حجة متى عقلت علتها . [١]

ونوقش ذلك : بأننا نسلم بمقتضى عموم الأدلة على حجية القياس فيما هو مستوفٍ لشروطه ، وتلك العقوبات غير مستوفيةٍ لها لعدم تعقل علتها . [٢]

---

[١] ينظر : قواطع الأدلة ١٠٩/٢ ، نهاية الوصول ٣٢٢٠/٧ ،شرح العضد ٣٥٤/٢ ، رفع الحاجب ٤٠٦/٤

[٢] ينظر : التقرير والتجبير ٣٢٠/٢ ، فواتح الرحموت ٣١٧/٢.

وأجيب عنه : بأننا لا نحتج بالقياس إلا في الأحكام التي تعقل علتها ، وقد تعقلناها في مثل إلحاق اللواط بالزنا في الحد ، وإلحاق القتل العمد بالخطأ في الكفارة ، وإلحاق المثقل بالمحدد في القصاص ، ونحو ذلك من المواطن ، فصح لنا الاحتجاج فيها بالقياس لاستيفائها شروطه . [١]

الدليل الثانى:

أن الصحابة –رضوان الله تعالى عليهم – قد احتجوا بالقياس في تلك لعقوبات ، حيث تشاوروا في حد الشرب ، فقال الإمام علي رضي الله عنه " إنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى فأرى عليه حد الافتراء " [٢]

فأقام – رضي الله عنه –الشرب مقام القذف بجامع الافتراء ، ولم ينكر عليه أحد عمله بالقياس في عقوبة الحد فكان ذلك إجماعاً على حجية القياس فيه. [٣]

ونوقش ذلك من وجهين:

الوجه الاول: أن حد الشرب وهو الجلد ثمانين جلدة لم يثبت بالقياس ، بل بالإجماع المزيل لشبهة القياس ، فلا يلزم من ذلك جواز الاحتجاج بالقياس في عقوبة الحد مطلقا. [٤]

---

[١] ينظر : قواطع الأدلة ١٠٩/٢ ، ١١٠ .

[٢] أخرجه الحاكم في ك الحدود ، وقال : " هذاحديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه " ٤١٧/٤ ، والبيهقي في ك الأشربة والحد فيها ، باب ما جاء في عدد حد الخمر ٣٢٠/٨ .

[٣] ينظر: شرح العضد ٢٥٤/٢، نهاية الوصول ٣٢٢٠/٧ ، الابهاج ٣٣/٣

[٤] ينظر: مسلم الثبوت ٣٨١/٢.

وأجيب عنه: بأن الصحابة –رضوان الله تعالى عليهم – قد استندوا في إجماعهم على جعل حد الشرب ثمانين بالقياس ، فلا يكون مزال الشبهة أصلاً، لما هو معلوم أن الشبهة إنما تزول بعد انعقاد الإجماع ، فيثبت بذلك أن الشبهة في القياس غير مانعة من الاحتجاج به في عقوبة الحد. [١]

الوجه الثاني: أن الصحابة –رضوان الله تعالى عليهم– لم يجمعوا على كون القياس طريق وجوب حد الشرب ثمانين ، وإنما أجمعوا على وجوب الحكم ذاته وهو جلد الشارب ثمانين لاجتماع أدلة سمعية عليه ، حيث روي أن النبي (ﷺ) ضرب شارب الخمر بالجريد والنعال [٢] ، كما روي أنه ضربه أربعون رجلاً كل رجلٍ بنعليه ضربتين ". [٣]

وقد تحرى الصحابة في اجتهادهم موافقة أمر النبي (ﷺ) فجعلوا الحد ثمانين ، وليس ذلك بقياس بل هو اجتهاد وتحرٍ لمعنى التوقيف. [٤]

ويمكن أن يجاب عنه: بأن قول الإمام علي – رضي الله عنه –صريح في إلحاق الشرب بالقذف بجامع الافتراء ، وهو عين القياس ، ولم ينكر من أحد فكان إجماعاً على جعل الحد ثمانين بالقياس .

الدليل الثالث :

أن الاتفاق حاصل بين الجمهور والحنفية على ثبوت تلك العقوبات بخبر الواحد ، فتثبت ايضا بالقياس، بجامع إفادة الدليلين – خبر الواحد والقياس – للظن. [٥]

---

[١] ينظر: المرجع السابق ٣٨١/٢.

[٢] رواه الحاكم في ك الحدود ٤١٥/٤ .

[٣] رواه الترمذي في ك الحدود ، باب ما جاء في حد السكون عن أبي سعيد الحذري ولفظه : " أن رسول الله (ﷺ) ضرب الحد بنعلين أربعين " وقال " حديث حسن " ٤ / ٤٧

[٤] ينظر: التقرير والتجبير ٣٢٠/٢ ، مسلم الثبوت ٣١٨/٢.

[٥] ينظر: العدة فى أصول الفقه للقاضي أبي يعلى الحنبلي ١٤١١/٤ط / دار العزة للنشر ط رابعة ٢٠١١ ، رفع الحاجب ٤٠٧/٤.

قال الإمام الشيرازي: " القياس في معنى خبر الواحد ، ألا ترى أن كل واحد منها يقتضي الحكم من طريق الظن ، ويجوز السهو والخطأ في كل واحد منهما ، وإذا جاز إثبات هذه الأحكام بخبر الواحد جاز إثباتها بالقياس . [١]

المطلب الثاني

أدلة السادة الحنفية النافين لحجية القياس في العقوبات المقدرة ومناقشتها

استدل السادة الحنفية على عدم حجية القياس في العقوبات المقدرة بعدة أدلة من أهمها ما يأتى:

الدليل الاول :

أن العقوبات غير المقدرة ليست مستوفية لشرائط القياس ، وذلك لاشتمالها على تقديرات لايمكن تعقل علتها ، لذا يمتنع فيها القياس ضرورة كونها غير معقولة ، لما هو معلوم من ابتناء القياس على تعقل العلة . [٢]

وأجيب عنه: بأننا نسلم لكم أن التقديرات المنطوية عليها تلك العقوبات غير معقولة العلة ، لذا يمتنع القياس في التقديرات باتفاق. لكن لا نسلم لكم أن عدم تعقل التقديرات يستلزم عدم تعقل أصل

---

[١] التبصرة ص ٢٦٠.

[٢] ينظر: أصول الجصاص ١٠٦/٤ ، التقرير والتجبير ٣٢٠/٢ ، فواتح الرحموت ٣١٧/٢.

العقوبات ذاتها حتى يمتنع فيها القياس –كما قررتم– ؛ اذ ليس في تشريع تلك العقوبات خصوصية تمنع الاحتجاج فيها بالقياس.

قال السبكي : " واعلم أن نفس مقادير الحدود والكفارات لا يفهم فيها معنى ، فكيف يصح القياس فيها؟، وهذا بخلاف أصل الحدود ، فنحن نمنع القياس حيث لا يعقل المعنى ، وذلك في مقادير الحدود والكفارات لا أصلها ." [١]

فأصل تلك العقوبات، أي وجوبها شرعاً ليس فيه ما يمنع إجراء القياس فيها إذا أدرك المجتهد بعقله فيها معنى يصلح علة موجبة للحكم في الفرع .

وقد أدركنا ذلك المعنى وتعقلناه في مواطن عدة فصح لنا إجراء القياس فى تلك العقوبات .[٢] ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

١– قياس القتل بالمثقل على القتل بمحدد في وجوب القصاص بجامع القتل عمداً وعدواناً ، إذ إن معنى وجوب القصاص _ وهو حفظ النفس _ مناسب لوجوبه فيهما ، فكان الحكم معقول العلة وصح لنا فيه القياس .

٢–قياس اللواط على الزنا بجامع إيلاج فرج محرم في فرج محرم دون ملك أو شبهة ملك ، ولا شك أن هذا المعنى مناسب لوجوب الحد صيانة لمقصد الشارع في حفظ الفروج .

---

[١] رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب٤/٤١٠.

[٢] ينظر: قواطع الأدلة ٢/ ١١٠ ، شرح العضد ٢/٣٥٥ ، نهاية الوصول ٧/٣٢٢٣ .

٣-قياس القتل العمد على الخطأ في وجوب الكفارة بجامع القتل بغير حق ، إذ إن معنى وجوب الكفارة الزجر والتكفير عن معصية القتل ، وهو مناسب للعمد بل هو فيه أولى من الخطأ لعدم العذر.

فمدار القول بجريان القياس فى تلك المواضع ونحوها على تعقل معناها ، وقد حصل في نظر الجمهور ، لذا أعملوا فيها القياس ، وهم لا ينكرون أن ما لا تعقل علته من هذه العقوبات لا يصح فيه القياس كما هو الشأن في سائر الأحكام الشرعية. [١]

الدليل الثاني :

أن القياس دليل ظني ، فيحتمل الخطأ ، وذلك شبهة فيه تمنع تنصيبه دليلاً وحجة شرعية في العقوبات المقدرة لعظمها وخطورتها [٢]، لقوله (ﷺ) " إدرءوا الحدود بالشبهات " [٣]

وأجيب عنه: بأن القول بكون ظنية القياس شبهةً مانعةً من الاحتجاج به في تلك العقوبات منقوض بخبر الواحد والشهادة ، بل وظواهر النصوص الشرعية ، فهي جميعاً لا تفيد إلا الظن ومع ذلك تثبت بها الحدود والكفارات والقصاص باتفاق . [٤]

---

[١] ينظر: قواطع الأدلة ١١٠/٢،شرح العضد٣٥٥/٢، إجابة السائل ص ١٧٦ ، حاشية العطار٢٤٤/٢.

[٢] ينظر:كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢٢١/٢ ، شرح إفاضة الأنوار مع حاشية نسمات الاسحار ص ١٠٢ ، التقرير والتجبير ٣٢٠/٢ ، فواتح الرحموت ومسلم الثبوت ٣١٧/٢.

[٣] يرد هذا الحديث في كتب الفقه وأصوله بهذا اللفظ ، وأصله في كتب السنة : (ادرؤا الحدودعن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله) رواه الحاكم في ك الحدود ، وقال : (هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه) ٤٢٦/٤ ، والترمذي في ك الحدود ، باب ما جاء في درء الحد ٣٣/٤ .

[٤] ينظر : التبصرة للشيرازي ص٢٦١ ، التلخيص لإمام الحرمين ٢٩٢/٢، قواطع الأدلة ٢٠٩/٢، نهاية الوصول ٣٢٢٣/٧ ، شرح العضد ٣٥٥/٢ ، رفع الحاجب ٤٠٨/٤.

وإن سلمنا عدم النقض بخبر الواحد ونحوه مما يفيد الظن ويحتمل الخطأ ، فإن وجوب العمل بالقياس لما كان معلوماً بأدلة قطعية لم يحتمل أن يكون ذلك خطئاً . [١]

قال ابن السمعاني : "ثم المعتمد من الجواب : هو أن وجوب العمل بالقياس حجة بالدلائل القطعية " [٢].

الدليل الثالث :

أن الشارع الحكيم قد قصد بتشريع العقوبات المقدرة (الحدود والكفارات والقصاص) تحقيق الزجر والردع ومحو الآثام ، واستأثر بعلم المقادير التي يحصل عندها ذلك المقصود ، فيمتنع إدراكها عقلاً بالرأي ، ومن ثم يمتنع جريان القياس فيها ضرورة كونها غير معقولة المعنى. [٣]

وأجيب عنه: بأننا لا نقول بضرورة جريان القياس في جميع تلك العقوبات ، بل فيما يدرك العقل فيه معنى مناسب لتعليل الحكم به وبنائه عليه في الفرع فقط ، وقد أدركنا ذلك في عقوبات عدة وأجرينا القياس بناءً عليه ، كما في الأمثلة المتقدمة. [٤]

ويضاف إلى ذلك : أنه لو صح هذا الدليل للسادة الحنفية على امتناع القياس في الحدود والكفارات والقصاص لصح دليلاً على نفي القياس جملة ً في سائر الأحكام الشرعية، حيث قال نفاة القياس : إن الأحكام شرعت لمصالح العباد ، ولا يعلمها إلا الله تعالى . فلما لم يصح دليلاً على

---

[١] ينظر:الوصول إلى الأصول لابن برهان ٢٥٢/٢ ، د/ عبدالحميد أبو زنيد ط / مكتبة المعارف بالرياض ط/أولى ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤ م .

[٢] قواطع الأدلة ٢٠٩/٢ ، وينظرفي معناه الوصول إلى الأصول٢٥٢/٢

[٣] ينظر: قواطع الأدلة ١٠٩/٢، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢٢٠/٢.

[٤] ينظر: قواطع الأدلة ١٠٩/٢،شرح العضد٣٥٥/٢.

نفي القياس بالكلية

لم يصح هنا دليلاً على امتناع القياس في محل النزاع. [١]

الدليل الرابع : [٢]

إن مدار القياس في الأحكام الشرعية على الجمع بين المتماثلات ، وتلك العقوبات مشروعة على خلاف هذا الأصل ، فدل ذلك على أنها موضوعة شرعاً على منافاة القياس.

ومن أمثلة ذلك: أن الشارع أوجب قطع يد السارق في السرقة ولم يوجبه في مكاتبة الأعداء مع فداحتها وعظم جرمها عن السرقة ، فدل ذلك على امتناع القياس فيها لمنافاتها له بأصل وضعها الشرعي. [٣]

وأجيب عنه: بأن التماثل الذي عليه مدار القياس يعني كون حكم الأصل معللاً بعلة يمكن بناء الحكم عليها في الفرع ، وذلك منعدم في الصورة المذكورة ونحوها ، لذا امتنع فيها القياس.

وبيان ذلك: أن الشارع قد أوجب القطع في السرقة دون مكاتبة الأعداء لكثرة وقوع السرقة من أراذل الناس ، فاحتاج الأمر إلى الردع بعقوبة القطع حفظاً للأموال ، بخلاف مكاتبة الأعداء حيث لا يكثر وقوعها لما فى دين المسلم وطبعه من الوازع عن ارتكابها ، فاختلفت عن السرقة من هذه الجهة، ومن ثم لم يصح القياس لانعدام المماثلة . [٤]

---

[١] ينظر : التبصرة ص ٢٦١ ، روضة الناظر لابن قدامة ص ٣٣٨ ط/ جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض ط / ثانية ١٣٩٩ه .

[٢] يجدر التنبيه إلى أنه قد ورد هذا الدليل وغيره في كتب الجمهور منسوباً إلى السادة الحنفية على قولهم بمنع القياس في العقوبات المقدرة ، لكن لم أعثر على هذه الأدلة في كتب السادة الحنفية –حسب ما طالعت منها- لذا اقتصرت على هذا الدليل فقط كنموذج من تلك الأدلة . ينظر الوصول إلى الأصول لابن برهان ٢٥٣/٢ ، نهاية الوصول ٣٢٢٣/٧ .

[٣] ينظر: الوصول إلى الأصول ٢٥٣/٢ ، نهاية الوصول ٣٢٢٣/٧.

[٤] ينظر: الوصول إلى الأصول ٢٥٣/٢ ، نهاية الوصول ٣٠٦٨/٥

والخلاصة : أن ماذكرتم لا يصلح دليلاً على منع جريان القياس فى هذه الصورة ونظائرها ؛ لأننا لا نقول إلا بجريانه فيما تدرك علته فقط سواء أكان من العقوبات محل النزاع أم من سائر الأحكام الشرعية .[١]

وإلى هنا ينتهى الحديث عن أدلة الخلاف في المسألة ، وينتقل البحث فيما يلي الى الترجيح وتحقيق نوع الخلاف بين الفريقين.

المبحث الثالث

الترجيح وتحقيق نوع الخلاف

تمهيد وتقسيم:

[١] ينظر: الوصول إلى الأصول ٢٥٣/٢.

بعد عرض أقوال العلماء في حجية القياس في العقوبات المقدرة وعرض أدلة كل قول ومناقشتها يقدم البحث القول الراجح وسند ترجيحه ، ثم يقدم تحقيقّا علمياّ لطبيعة هذا الخلاف من حيث كونه حقيقياّ أو لفظياّ في مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول: الترجيح بين القولين .

المطلب الثاني: تحقيق نوع الخلاف .

المطلب الأول

الترجيح بين القولين

يظهر لي – والله تعالى أعلم بالصواب – من عرض أدلة القولين ومناقشتها رجحان قول جمهور العلماء بحجية القياس في العقوبات المقدرة اقتناعاً بقوة أدلتهم وسلامتها من المعارضة ، وضعف أدلة السادة الحنفية وعدم انتهاضها أمام المناقشة.

ويضيف البحث الأسانيد التفصيلية الأتية:

أولاً : إن عموم الأدلة الشرعية على حجية القياس فى جميع الأحكام الشرعية عند استيفائها شروطه يعد أقوى دليل للجمهور على حجية القياس في العقوبات المقدرة ؛ ذلك أنها من جملة الأحكام الشرعية فتكون داخلة في عموم تلك الأدلة مالم يمنع من ذلك مانع، ولم يقدم السادة الحنفية دليلاّ شافياّ سالماّ من المعارضة على استثناء تلك العقوبات من جملة الأحكام الشرعية التى يجري فيها القياس.

ولما كانت القاعدة الأصولية توجب بقاء العام على عمومه حتى يرد ما يخصصه كانت العقوبات المقدرة داخلة في عموم الأدلة على حجية القياس . خاصة أن أدلة السادة الحنفية لا تنتهض مانعاً من العمل بالقياس في تلك العقوبات .

ثانيا : أن السادة الحنفية قد شيدوا قولهم بمنع القياس في العقوبات المقدرة – على ما تقدم إيضاحه في سبب الخلاف – على أساس قولهم بإطلاق عدم تعقل العلة في العقوبات المقدرة بناءً على تقديرها ، اذ جعلوا التقدير في العقوبة مانعاً من تعقل معناها.

وهو أساس يظهر وهنه– وبوضوح – أمام دقة تفرقة الجمهور بين مقدار العقوبة وأصلها ، فالمقدار لا يعقل معناه باتفاق ، لذا يمتنع فيه القياس. أما أصل العقوبة فيمكن تعقل معناه ، ومن ثم لا يمتنع فيه القياس.

يقول فضيلة الإمام محمد أبو زهرة –رحمه الله – " التقدير هو الأمر الذى لا يرد فيه القياس ، ولكن موضوع التقدير لم يرد فيه القياس اللهم إذا قلنا : إن هذه العقوبة تعبدية ليست معقولة المعنى .

ولكن الحقيقة غير ذلك ، بل هي عقوبة معقولة المعنى، وإذا كانت معقولة المعنى في ارتباطها بموضوعها من حيث إنها علاج لداء معين ، وهي حاسمة لمادته في المجتمع أو على الأقل مخففة لويلاته فيه ، فلماذا لا تكون صالحة لعلاج ما يشبهه من الأدواء ، وله كل مظاهره؟

فإذا كان الجلد مائة عقوبة رادعة للزنا ، فلماذا لا يكون عقوبة رادعة للعلاقة الشاذة بين رجل ورجل ؟ وللعلاقة الشاذة بين رجل وانثى؟

إنا لا نعتقد أن ذلك ينال التقدير في شيء ، ولكنه يعمم العقاب في كل موضوع يكون مشابهاً للموضوع الذي كان فيه العقاب ؛ لأن الحد حكم وهو معلل ليس حكماً تعبدياً ، فيصح أن يتعدى موضوعه إلى ما يشبهه في معناه . وكون الحدود حقاً لله تعالى لا يقتضي أن تكون في أصل شرعيتها تعبدية ، بل إنها كانت لتطهير المجتمع من الرجس ، وما كانت تسميتها حدوداً إلا لكونها لتطهير المجتمع من الرجس ، وما كانت تسميتها حدوداً إلا لكونها حق المجتمع وليست العقوبات لحق شخص . وإن كونها حقاً للمجتمع يجعلها معقولة المعنى أكثر من غيرها. " [١]

[١] الجريمة ص ١٦٨.

ثالثا: أن السادة الحنفية قد ناقضوا أصلهم المانع للقياس في العقوبات المقدرة ، حيث نقل كثير من العلماء عن الإمام الشافعي– رحمه الله – أنه ذكر مناقضة الحنفية لأصلهم في فروع فقهية عديدة ، ومنها : إيجاب الكفارة على المفطر عمداً بالأكل والشرب قياساً على المفطر عمداً بالجماع. [١]

كما نقل بعض الجمهور عن أئمة المذهب الحنفي فروعاً فقهية أخرى تثبت إعمالهم للقياس في العقوبات المقدرة ، ومن ذلك : وجوب الحد على الردء في الحرابة قياساً على استحقاقه الغنيمة ، ووجوب القصاص في القتل بمثقل قياساً على القتل بمحدد، ووجوب حد الزنا على اللائط قياساً على الزانى. [٢]

قال الإمام الإستوي بعد نقل بعض هذه الفروع : " واعتذرت الحنفية عن هذه الأمور بما لا ينفعهم ، فإن حقيقة القياس قد وجدت في هذه الأشياء." [٣]

وما كان دفع السادة الحنفية لتلك المناقضة إلا القول بثبوت تلك الأحكام بطريق دلالة النص لا القياس.

قال الإمام السرخسي: "فاوجبنا حد قطاع الطرق على الردء بدلالة النص ... وقال أبويوسف ومحمد–رحمهما الله– يجب الحد في اللواطة على الفاعل والمفعول به بدلالة نص الزنا .." . [٤]**وهنا يثور السؤال التالي :** هل يقبل دفع السادة الحنفية ببناء الحكم بوجوب العقوبة في تلك الفروع غلى دلالة النص كطريق مغاير للقياس ، أم أن استدلالهم بدلالة النص لا يخرج عن كونه

---

[١] ينظر:البرهان لإمام الحرمين ٢/فقرة (٨٧٠)، المحصول ٣٥٠/٥،نهاية الوصول٣٢٢٤/٧.

[٢] ينظر:التبصرة للشيرازي ص ٢٦٠،التمهيد للإسنوي ص١٤١،التلويح على التوضيح للتفتازاني ٢٥٧/١.

[٣] التمهيد ص ١٤١.

[٤] أصول السرخسي ٢٥٥/١ وينظر في معناه : التوضيح لصدر الشريعة ٢٤٩/١-٢٥٦، كشف الأسرار عن أصول البزدوى ٢٢١/١،٢٢٠، نبراس العقول ص ١٣٣.

تطبيقاً عملياً للاحتجاج بحقيقة القياس ومفهومه في العقوبات المقدرة ، ومن ثم يئول الخلاف إلى العبارة والاصطلاح؟

هذا ما يجيب البحث عنه في المطلب التالي .

المطلب الثاني

تحقيق نوع الخلاف

لقد خلص البحث إلى أن الأصل العام عند السادة الحنفية منع الإحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة، لكن أورد عليهم الجمهور فروعاً فقهية تعكر عليهم صفو أصلهم، بل تنقضه بوجود حقيقة القياس ومفهومه في استدلال السادة الحنفية في تلك الفروع.

وقد دفع السادة الحنفية ذلك النقض بقولهم : إن وجوب العقوبة في تلك الفروع قد بني على دلالة النص لا القياس .

والبحث الآن بصدد تحقيق هذا الدفع ، فأقول مستعيناً بالله تعالى:

إن السادة الحنفية يقصدون بدلالة النص: دلالة النص الشرعي على ثبوت حكم المنصوص عليه للمسكوت عنه لعلة مدركة لغة لا اجتهاداً ورأياً [١]

فمعيار مغايرة دلالة النص عن القياس عندهم طريق إدارك العلة أو المعنى الجامع بين المنصوص عليه والمسكوت عنه، فهو في دلالة النص فهم اللغة والعلم بدلالات ألفاظ النص الشرعي لغة، بينما طريق إدراكها في القياس الرأى والاجتهاد في المعنى الشرعي للنص.

---

[١] ينظر:التوضيح ٢٤٥/١، إفاضة الأنوار ص ١٠١.

وقد صرح السادة الحنفية ببناء الحكم بوجوب العقوبة المقدرة في تلك الفروع على دلالة النص [١]، ومن ثم لا يرون انتقاض أصلهم المانع من الإحتجاج بالقياس في العقوبات ؛ وذلك لأن مبنى دلالة النص على المعنى الذي تتضمنه عبارة النص الشرعي ونظمه لغةّ ، فكان المعنى مضافاً إلى النص الشرعي ، بخلاف القياس فهو مبنِ على الاجتهاد في المعنى الشرعي للنص ، لذا صح الاحتجاج في تلك العقوبات بدلالة النص ولم يصح الاحتجاج فيها بالقياس.

قال صدر الشريعة: "والثابت بدلالة النص كالثابت بالعبارة والإشارة إلا عند التعارض،وهو فوق القياس ؛ لان المعنى في القياس مدرك رأياّ لا لغةّ ، بخلاف الدلالة فيثبت بها ما يندريء بالشبهات ولا يثبت ذا بالقياس،أي ما يندريء بالشبهات كالحدود والقصاص " [٢]

ويناقش البحث استدلال السادة الحنفية بدلالة النص على وجوب العقوبة في تلك الفروع قائلاّ : إن معيار تغاير دلالة النص عن القياس – وهو كون العلة فيها مدركة باللغة – منعدم فى تلك الفروع.

ودليل انعدامه : احتدام الخلاف بين كبار الأئمة في تحديد العلة ، ومن بينهم الإمام الشافعى – وهو من هو في علوم اللغة– حيث اجتهد كل إمام في إدراك العلة، بل أتى بأدلة تدعم اجتهاده وتؤيد رأيه، ولا شك أن ذلك الخلاف المحتدم في إدراك العلة يخرج استدلال السادة الحنفية عن نطاق دلالة النص إلى القياس حيث العلة مدركة فيها اجتهاداً ورأياً. [٣]

---

[١] ينظر: أصول السرخسي ٢٥٥/١، التوضيح ٢٤٩،٢٥٦/١، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢٢٠،٢٢١/١، ٢٢١، إفاضة الأنوار ص ١٠١ ، ١٠٢ ، التلويح على التوضيح ٢٥٦/١.

[٢] التوضيح ٢٥٥/١.

[٣] ينظر : المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي د/ فتحي الدريني ص ٢٦٥ ،٢٦٦ ط/ مؤسسة الرسالة بيروت ط ثانية ١٤٣٤ ه -٢٠١٣ م .

ولا يقال : إن العلة في دلالة النص قد تكون خفية ، بحيث تحتاج فى معرفتها إلى نوع نظر[١]؛ لأن هذا الخفاء يجعلها علة ظنية لا تدرك إلا بالاجتهاد ، ومن ثم تكون علة قياسية ، ويكون بناء الحكم عليها في المسكوت عنه قياساً لا دلالة نص، والا فما الذى يصلح بعد ذلك فيصلاً فارقاً بين دلالة النص والقياس . [٢]

ولعل هذا ما دعى بعض الحنفية أن يعبر على استحياء عن عدم ارتضائه الدفع ببناء الحكم بالعقوبة في تلك الفروع على دلالة النص، حيث قال صاحب شرح نور الأنوار على المنار بعد ذكر خلاف الإمام الشافعي للحنفية في علة الكفارة في الفطر بالجماع عمداً : " إن عد أمثال هذه الأحكام في الدلالة لا يحسن ؛ لأن الشافعي – رحمه الله – لم يعرف هذا – يعني المعنى أو العلة – مع أنه من أهل اللسان، فكان ينبغي أن يعد في القياس ." [٣]

وهذا ما صرح به بعض العلماء المعاصرين ، ومنهم : فضيلة الدكتور/ أحمد فهمي أبو سنة – رحمه الله –حيث قال : " وبعض أمثلة الدلالة التي قدمنا كوجوب الحد بعمل قوم لوط والقصاص بالقتل بالمثقل في ثبوته بالدلالة كلام ، والظاهر أن علته ثابته بالاجتهاد لا باللغة لتركيبها من اعتبارات نظرية لا يدركها إلا أهل الفقه . " [٤] .

ويجدر بالبحث اختتام هذا التحقيق بما يقوض دفع السادة الحنفية السابق ، حيث صرح العلامة سعد الدين التنفتازاني بأن الفروع الفقهية التي قرر السادة الحنفية بناء الحكم بالعقوبة فيها على

---

[١] ينظر : كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٧٣/١.

[٢] ينظر : المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي ص ٢٦٦ .

[٣] نور الأنوار ٣٩٠/١ ، ٣٩١ . وينظر معه : تفسير النصوص في الفقه الإسلامي د/محمد اديب صالح ٥٣١/١ ط / المكتب الإسلامي بيروت ط رابعة ١٤١٣ ه – ١٩٩٣ م.

[٤] الوسيط فى أصول فقه الحنفية ص ١٠٩ ، ١١٠ ، وينظر معه د/شوكت العدوى ص ٧٥ هامش (١) مرجع سابق ، د/ محمد عبدالعاطى ص ٣٧٧ مرجع سابق.

دلالة النص إنما هي من القياس ؛ لأن علتها لم تفهم لغة بل راياً واجتهاداً ،غاية الأمر أن السادة الحنفية قد ادعوا –على حد تعبيره – استناد اجتهادهم إلى دلالة النص ، تخلصاً من الطعن بها فى أصلهم المانع من القياس في العقوبات المقدرة.

فيقول –رحمه الله– " واعلم أنه –يقصد صدر الشريعة – قد تابع القوم في إيراد الأمثلة المذكورة لدلالة النص ، وفي بعضها نظر كوجوب الحد باللواطة ، والقصاص بالمثقل ؛ لأن المعني الموجب ليس مما بفهم لغة بل رأياً ، فهو من قبيل القياس ، إلا أن القياس لما لم يكن مثبتاُ للحدود والقصاص ادعو فيه دلالة النص " . [١]

وبناءً علي ما تقدم : يكون السادة الحنفية قد تفضوا أصلهم وخالفوا قولهم في الأصول بمنع القياس في العقوبات المقدرة ، حيث احتجوا في مجال التطبيق الفقهي – بالقياس في تلك العقوبات لكن باصطلاح دلالة النص ، ومن ثم أرى خلافهم مع الجمهور في المسألة خلافاً لفظياً مرده إلي الاصطلاح والتسمية ، وسوف يزداد القارئ قناعة بهذه النتيجة من خلال دراسة الفروع الفقهية المبنية علي الخلاف الأصولي في المسألة وذلك في الفصل التالي من البحث .

---

[١] التلويح ٢٥٦/١ .

الفصل الثاني

أثر الاختلاف في حجية القياس في العقوبات المقدرة في الفقه الإسلامي

خلص البحث – فيما تقدم – إلى أن جمهور العلماء قرر الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة ، وأن السادة الحنفية وإن امنعوا ذلك في أصولهم إلا أنهم قد ناقضوا قاعدتهم في بعض الفروع الفقهية ، حيث بنوا الحكم فيها بوجوب العقوبة على القياس لكن وفق اصلاح آخر هو " دلالة النص " وقد كان لهذا الاختلاف العلمي في الأصول أثر كبير في فروع الفقه الإسلامي ، ظهر في اختلاف الحكم الفقهي بين الفقهاء تبعاً للخلاف الأصولي .

لذا سيعرض البحث أهم الفروع الفقهية التي توضح أثر الخلاف ، وذلك ببيان أقوال الفقهاء وأدلتها في كل فرع فقهي مع الترجيح الفقهي ، ثم التعقيب بتخريج الفرع الفقهي على الخلاف بما يوضح أثر الخلاف الأصولي في الفقه الإسلامي، وذلك كله من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول : عقوبة اللواط .

المبحث الثاني : عقوبة الردء في الحرابة .

المبحث الثالث : مدى وجوب القصاص في القتل بمثقل .

المبحث الرابع : مدى وجوب الكفارة على المفطر في رمضان بالأكل والشرب عمداً .

المبحث الخامس : مدى وجوب الكفارة في القتل العمد .

المبحث السادس : دلالة الفروع الفقهية على حقيقة موقف الجمهور والحنفية من العمل بالقياس في العقوبات المقدرة .

المبحث الأول

عقوبة اللواط

المطلب الأول
أقوال الفقهاء وأدلتها

يقصد باللواط : إدخال الحشفة فى دبر ذكر. [١]

وهو من الفواحش والكبائر، وقد أجمع العلماء على تحريمه استناداً للنصوص الشرعية الواردة بتحريمه ولعن فاعله [٢] ، لكنهم اختلفوا في عقوبته على ثلاثة اقوال : **القول الاول:** عقوبة اللواط القتل رجماً للفاعل والمفعول به مطلقا ، أي سواء كان محصناً أو غير محصن . واليه ذهب المالكية ، والشافعية في قول ، والحنابلة في رواية [٣].

---

[١] الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٣١٤/٤ .

[٢] ينظر : المغني لابن قدامه ٢٠١٩/١٢ ، نيل الأوطار ٢٨٧/٧ط / رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالسعودية د ت .

[٣] هذا وللشافعية أوجه أخرى في كيفية القتل بغير الرجم: أصحها : القتل بالسيف ، والثاني : أن يهدم عليه جدار أو يلقى من شاهق حتى يموت ، أخذاً من عذاب قوم لوط عليه السلام . ينظر: روضة الطالبين ٣١٥/٧ ، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار لتقي الدين الحصني ص٧٠٨ ط / المكتبة التوفيقية بالقاهرة . وينظرمعهما : الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقى ٣٢٠\٤ ، مغني المحتاج ٤٥٧\٥، المغني لابن قدامة ٢١٩\١٢، منار السبيل لابن ضويان ٢٧٢\٢ ط / دار الحديث القاهرة ١٤٢٢ه ٢٠٠١م .

واستدلوا على ذلك بقوله ﷺ: (من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به) [١].

وأجيب عنه : بأن الأمر بقتل الفاعل والمفعول به ليس نصاً في العقوبة ، بل هو مؤول بالقتل سياسة من الحاكم ، أو بالقتل لمن استحل فعله . [٢]

ويمكن الرد على هذا الجواب : بأن هذا تأويل لظاهر النص بغير دليل فيكون مردوداً .

القول الثاني: عقوبة اللواط كحد الزنا ، أي رجم المحصن وجلد غير المحصن . واليه ذهب الصاحبان (أبو يوسف ومحمد بن الحسن) من الحنفية ، والشافعية في الأظهر ، والحنابلة في رواية ثانية . [٣]

واستدلوا على ذلك بما ياتى :

١- أن اللواط نوع من الزنا ، لأنه إيلاج فرج محرم في فرج محرم ، ودليل ذلك قوله ﷺ : (إذا أتي الرجل الرجل فهما زانيان) [٤]، فيكون اللواط داخلاً في عموم النصوص الشرعية المقررة لحد الزنا وبأخذ حكمه ، وهو الرجم للمحصن والجلد لغير المحصن [٥].

وأجيب عن ذلك : بأن النصوص الشرعية الواردة بقتل الفاعل والمفعول به مخصصة لعموم نصوص الزنا . [٦]

---

[١] رواه أبو داود في ك الحدود ، باب في من عمل عمل قوم لوط ١٥٨/٤ ، والترمذي في ك الحدود ، باب ما جاء في حد اللوطي ٥٧\٤ ، وابن ماجة في ك الحدود ، باب من عمل عمل قوم لوط ٢/ ٨٥٦ تح / محمد فؤاد عبد الباقي ط / دار الفكر بيروت د ت ، والحاكم في ك الحدود ، وقال : " هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه . "٣٩٥/٤ .

[٢] ينظر : الهداية والعناية بهامش شرح فتح القدير ٢٦٣/٥ .

[٣] ينظر: الهدايه والعناية ٢٦٢/٥ ، بدائع الصنائع ٤٨٧\٥ ، روضة الطالبين ٣١٥/٧ ، مغني المحتاج ٤٥٧/٥ ، المغني لابن قدامه ٢٢٠/١٢ ، منار السبيل ٢٧٢/٢ .

[٤] رواه البيهقي في سننه الكبرى ك الحدود ، باب ما جاء في حد اللوطي ٢٣٣/٨ ،

[٥] ينظر: المغني لابن قدامه ١٢/ ٢٢٠ ، نيل الأوطار ٢٨٨/٧ .

[٦] ينظر: نيل الأوطار ٢٨٨/٧ .

٢- قياس اللواط على الزنا بجامع كونهما إيلاج فرج محرم في فرج محرم لا ملك فيه ولا شبهة ملك، فيكون اللواط زناً موجباً للحد كالإيلاج في فرج المرأة . [١]

وأجيب عن ذلك : بأن هذا القياس فاسد الاعتبار؛ لمصادمته النص الشرعي الوارد بقتل الفاعل والمفعول به . [٢]

هذا ويجدر التنويه إلي : أن الصاحبين قد ألحقا اللواط بالزنا في الحكم بدلالة النص لا بالقياس ؛ لأن السادة الحنفية يمنعون القياس في الحدود .

قال الكاساني : " فورود النص بإيجاب الحد هناك – أي الزنا – يكون وروداً ههنا – أي اللواط – دلالة . " . [٣]

وجه استدلالهما بدلالة النص: أنه يفهم لغة من النصوص الشرعية الموجبة لحد الزنا كون علته قضاء الشهوة بسفح الماء في محل محرم مشتهى ، وهذه العلة متحققة في اللواط ، بل هي أقوي وأشد فيه من الزنا من جهتين :

الأولى : أن سفح الماء في اللواط إهدار للنسل بالكلية ، لعدم صلاحية المحل _ أي الدبر _ له أصلاً.

والثانية : أن حرمة محل اللواط أبلغ وأشد من حرمة الزنا ؛ لأنها لا تزول أبداً ولا تنكشف بأي سبب مبيح ، بينما يمكن زوال حرمة محل الزنا وانكشافها بسبب مبيح وهو الزواج . [١]

---

[١] ينظر المغني لابن قدامه ٢٢٠/١٢ شرح منتهي الإرادات ٢١٢/٤ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولي ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م ، نيل الاوطار ٢٨٨/٧ .

[٢] ينظر : نيل الأوطار ٢٨٨/٧.

[٣] بدائع الصنائع ٥ /٤٨٧ .

وأجيب عن ذلك : بأننا لا نسلم أن علة وجوب حد الزنا مجرد قضاء الشهوة بسفح الماء في محل محرم فقط – كما قرر الصاحبان – حتى يقال بثبوت حد الزنا في اللواط بدلالة النص لتوافر علته فيه ؛ لأن علة وجوب حد الزنا _ كما قرر الإمام أبو حنيفة _ إنما هي قضاء الشهوة بسفح الماء في محل محرم على وجه يؤدى إلى إهلاك النسل حكماً وإفساد الفراش واشتباه النسب ، وهي غير متحققة في اللواط .

أما إهلاك النسل حكماً : فلأن ولد الزنا يضيع في الحياة لعدم ثبوت نسبه للزاني ، فيفقد بذلك النفقة والتربية فكان هالكاً حكماً . وهذا المعنى غير متحقق فى اللواط ؛ لأن غايته مجرد سفح الماء في غير محل النسل ، وهو قد يباح في صورة العزل عن الزوجة بإذنها . وأما إفساد الفراش واشتباه النسب : فلأن الزنا بزوجة الغير يوجب اللعان والفرقة واشتباه النسب ، وهذا المعنى أيضاً غير متحقق في اللواط ، حيث لا يتصور كون الرجل فراشاً . فلا يتبقى من معاني علة الزنا في اللواط سوى مجرد قضاء الشهوة بسفح الماء في محل محرم ، على أن الشهوة في الزنا أقوى لوجود دواعيها الفطرية من جانبي الرجل والمرأة ، وسفح الماء في الزنا أشد ضرراً على النسل – كما تبين – فكان الزنا أحوج إلى الزجر عنه بالحد. وإذا ثبت نقصان اللواط عن الزنا في علة وجوب الحد امتنع ثبوت حد الزنا فيه بدلالة النص .

قال الكاساني " فلم يكن– أي اللواط– في معنى الزنا ، فورود النص هناك ليس وروداً ههنا ."[٢].

---

[١] ينظر اصول السرخسي ٢٥٥/١ ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢٢٩/٢ ، الهداية والعناية ٢٦٣/٥ ، شرح فتح القدير ٢٦٤/٥ .

[٢] بدائع الصنائع ٤٨٨\٥ ، وينظر معه أيضاً : أصول السرخسي ٢٥٥/١ كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢٣٠/٢، الهداية والعناية ٢٦٣/٥.

القول الثالث: عقوبة اللواط التعزير بما يراه الحاكم مناسباً للزجر ولو بالقتل لمن اعتاده . وإليه ذهب الإمام أبو حنيفة . [١]

واستدل عليه : بأن اللواط مغاير للزنا ؛ لأن الزنا اسم للوطء في قبل المرأة ، لذا يقال: لاط فلان وما زنا ، كما يقال زنا فلان وما لاط . واختلاف الاسماء دليل اختلاف المعاني ، فلو كان اللواط زنا أو في معناه لأوجب الصحابة فيه حد الزنا ، لكنهم اجتهدوا في عقوبته واختلفو فيها بين التحريق والإلقاء من شاهق ونحو ذلك ، ومعلوم أن الاجتهاد في قدر العقوبة دليل على كونها تعزيرية ؛ حيث لا مجال للاجتهاد في الحدود لأنها لا تعرف إلا بالتوقيف . [٢]

واجيب عن ذلك : بأن القول بالتعزير معارض بالنص الوارد بعقوبة القتل ، ومعارض أيضاً بعموم النصوص والقياس الموجبين لحد الزنا ، ومعلوم أنه لا يصار إلى التعزير إلا عند فقد العقوبة المنصوصة . [٣]

القول الراجح : يظهر من عرض الأقوال وأدلتها ومناقشتها – والله أعلم – رجحان القول الأول بوجوب قتل الفاعل والمفعول به رجماً للمحصن وغير المحصن ، لقوة دليله من جهة وسلامته من المعارضة من جهة أخرى .

ويضاف إلى ذلك : أن القول بثبوت حد الزنا في اللواط بالقياس يخالف النص الشرعي ، فيكون قياساً باطلا، ويؤيد ذلك أن الله " ﷻ " قد عذب قوم لوط بالرجم فينبغي أن يعاقب

---

[١] ينظر الهداية والعناية٥/٢٦٣، شرح فتح القدير ٥/٢٦٢

[٢] ينظر : بدائع الصنائع ٥/٤٨٨ ، الهداية والعناية ٥/٢٦٣ ، شرح فتح القدير ٥/٢٦٤ .

[٣] ينظر: ينظر: نيل الاوطار ٧ / ٢٨٨ .

مرتكب هذة الفاحشة بمثل عقوبتهم في الشدة والشناعة زجراً له على فسقه وتمرده على الفطرة . [١]

[١] ينظر: المغني لابن قدامه ٢٢١/١٢، نيل الأوطار ٢٨٨/٧

المطلب الثاني

تخريج الخلاف الفقهي على الخلاف الأصولي

يظهر من عرض الخلاف الفقهي في عقوبة اللواط ارتباطه بالخلاف الأصولي بين الجمهور والحنفية في الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة من الأوجه التالية :

الوجه الأول : أن أصحاب القول الأول الذين ذهبوا إلى تقريرعقوبة القتل للفاعل والمفعول به – وهم من الجمهور القائلين بحجية القياس في العقوبات المقدرة – لم يخالفوا أصلهم ذلك ، حيث لم يمنعوا قياس اللواط على الزنا لأنه غير جائز في تلك العقوبات ، بل إنهم تركوا القياس لوجود نص في المسألة ، وهو حديث (اقتلوا الفاعل والمفعول به) ، فكان حكمهم الفقهي بتقرير عقوبة القتل مستنداً إلى هذا النص ، ومن ثم كان قياس اللواط علي الزنا في اجتهادهم فاسد الاعتبار لمصادمته النص ، وليس لعدم جوازالاحتجاج بالقياس فى عقوبة الحد .

الوجه الثاني : أن أصحاب القول الثاني الذين ذهبوا إلى تقرير حد الزنا في اللواط قد اختلفت مسالكهم في الاستدلال على ذلك الحكم الفقهي بالقياس تبعاً لاختلافهم في حجيته في العقوبات المقدرة و ذلك على النحو التالي :

أما الشافعية في الأظهر والحنابلة في رواية – وهم من الجمهور القائلين بحجية القياس فى تلك العقوبات – فاستدلوا بعد عموم نصوص الزنا بقياس اللواط على الزنا ، فكان حكمهم الفقهي بذلك مستنداً إلى القياس وموافقاً لأصلهم في الاحتجاج به في عقوبة الحد.

أما الصاحبان من الحنفية – وهم المانعون لحجية القياس في العقوبات المقدرة – فاستدلا بدلالة النص على إلحاق اللواط بالزنا في الحد ، فانتهوا إلى نفس الحكم الفقهي للشافعية والحنابلة لكن بطريق آخر غير القياس وهو دلالة النص .

مناقشة استدلال الصاحبين بدلالة النص :

من المعلوم أن أصول السادة الحنفية في منهجية الاستدلال بدلالة النص تقتضى تطبيقاً على هذا الفرع الفقهي وجود حالة منصوص على حكمها وهي هنا الزنا ووجود حالة مسكوت عنها وهي هنا اللواط تكون مساوية للحالة المنصوصة في العلة التي تدرك بمجرد معرفة اللغة دون احتهاد وتأمل.

وبناءً على ذلك : قرر الصاحبان مساواة اللواط للزنا في علة وجوب الحد ، وهي قضاء الشهوة بسفح الماء في محل محرم ، فحكموا بوجوب حد الزنا في اللواط استناداً إلى دلالة النص لا القياس .

ويمكن مناقشة ذلك بما يأتي :

١– أن الصحابة رضوان الله عليهم لم يدركوا علة وجوب الزنا مع معرفتهم باللغة ، بل هم العرب الخلص أهل اللسان والسليقة السليمة وأصحاب المدارك الفقهية القوية ، فلو كانت العلة لغوية لأدركوها وألحقوا اللواط بالزنا واستغنوا بالنص عن الاجتهاد ، لكن لم يرد عنهم شيء من ذلك بل اختلفوا في حكم اللواط ، فكان ذلك دليلاً قاطعاً على أن العلة ليست لغوية بل اجتهادية . [١]

---

[١] ينظر فى هذا المعنى : مفاتيح الغيب للإمام الرازي ١١٥/٢٣ ط / دار الكتب العلمية بيروت ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م اللباب فى علوم الكتاب لابن عادل ٢٧٩/١٤ تح / عادل عبد الموجود وعلي معوض ط / دار الكتب العلمية بيروت ط اولى ١٤١٩ ه ١٩٨٠ م ، شرح فتح القدير ٢٦٤/٥.

٢- أن الإمام أبا حنيفة شيخ الصاحبين قد خالفهما في تحديد علة وجوب حد الزنا ، حيث رأى أنها قضاء الشهوة بسفح الماء على وجه يؤدي إلى إهلاك النسل حكماً وإفساد الفراش واشتباه النسل ، فلو كانت العلة لغوية لاتفق كبار أئمة الفقه في إدراكها وتحديدها لكن اختلافهم فيها دليل آخر على كونها اجتهادية .

وإذا ثبت كون العلة اجتهادية لم يكن الاستدلال بها على هذا الحكم من دلالة النص ؛ لافتقادها أحد مقوماتها الأساسية في أصول السادة الحنفية – وهو كونها تدرك باللغة لا بالاجتهاد والرأي _ بل يكون استدلالاً بحقيقة القياس وعملاً بمفهومه في عقوبة الحد ؛ حيث ألحقا اللواط بالزنا في وجوب الحد لعلة اجتهادية كانت مثار خلاف بين الصحابة ثم كبار أئمة الفقه في تحديدها.

ومن ثم يكون اجتهاد الصاحبين في هذا الفرع الفقهي خروجاً من السادة الحنفية عن قاعدتهم الأصولية القاضية بمنع القياس في العقوبات المقدرة.

الوجه الثالث:

أما القول الثالث في المسالة – وهو للإمام أبي حنيفة– فقد تأول النص الوارد بقتل الفاعل والمفعول به بحمله على القتل سياسة أو لمستحل الفعل ، فقرر فيه التعزيز ؛ لكون مبناه على الاجتهاد فى تقدير العقوبة بما يحقق المصلحة المقصودة شرعاً ولا مجال للاجتهاد في الحدود لأنها توقيفية ؛ لذا لم يلحق اللواط بالزنا بطريق القياس.

ولم يلحق اللواط بالزنا بدلالة النص – كالصاحبين – ؛ لأنه لايراه زنا ولا في معنى الزنا، ولولا ذلك لألحقه به بدلالة النص .

ومن ثم أرى أن حكمه الفقهي بوجوب التعزير في اللواط وإن ظهرموافقاً لأصله المانع للاحتجاج بالفياس في العقوبات المقدرة إلا أنه ليس كذلك حقيقة ؛ إذ لوتحقق شرط دلالة النص في نظره لأوجب في اللواط حد الزنا كالصاحبين .

المبحث الثاني

عقوبة الردء في الحرابة

المطلب الاول

أقوال الفقهاء وأدلتها

يقصد بالحرابة أو قطع الطريق : الخروج لأخذ مال أو لقتل او إرعاب مكابرة اعتماداً على الشوكة مع البعد عن الغوث . [١]

ويقصد بالردء هنا : المساهم في تلك الجريمة بطريق المساعدة بإعانة قطاع الطريق أو تكثير جمعهم أو مراقبة الطريق أو حفظ الأموال أو نحو ذلك من وجوه المساعدة ، فلا يباشر قطع الطريق بأخذ مال أو قتل نفس . [٢]

هذا وقد اتفق الفقهاء على وجوب حد الحرابة على المباشر لها [٣]، لكنهم اختلفوا في وجوب الحد على الردء كالمباشر على قولين:

---

[١] ينظر مغني المحتاج ٥١٩/٥.

[٢] ينظر مغني المحتاج ٥٢٢/٥، كشاف القناع ٣٠٥٥/٩.

[٣] اختلف الفقهاء في عقوبة حد الحرابة : فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنها على الترتيب بحسب الجريمة التى يرتكبها المحاربون على التفصيل التالي:

القول الاول : وجوب حد الحرابة على الردء كالمباشر . واليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة . [١]

وبناءً عليه : يثبت حكم القتل في الجماعة إذا قتل أحدهم وكان الباقون ردءاً له كما لو باشروا جميعا القتل . [٢]

أدلة هذا القول :

استدل أصحابه على وجوب حد الحرابة على الردء كالمباشر بالقياس من وجهين :

الاول : قياس الردء في الحرابة على الردء في الجهاد بجامع حصول المنعة والمعاضدة والمناصرة في كل بين المباشر والردء ، فكما يستوي الردء والمباشر من المجاهدين في استحقاق الغنيمة فكذا الردء والمباشر من المحاربين يستويان في حد الحرابة . [٣]

إن قتلوا فقط قتلوا ، وإن أخذوا المال فقط قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف ، وإن قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا عند الشافعية والحنابلة ، وعند الحنفية يخير الإمام بين قطع أيديهم وأرجلهم ثم قتلهم أوصلبهم دون قطع فى قول الإمام أبي حنيفة ، وقتلوا فقط في قول الصاحبين ، وإن أخافوا السبيل فقط فلم يقتلوا ولم يأخذوا مالاً نفوا من الأرض .
وذهب المالكية والظاهرية إلى أن عقوبة الحرابة على التخييربين العقوبات المنصوص عليها فى آية الحرابة ، ويجتهد الإمام أو نائبه في اختيار ما يحقق المصلحة منها ، لكن استثنى المالكية حالة القتل فلا يخير الإمام فيهم بالقطع والنفي ؛ لأن عقوبة القتل شرعاً القصاص فلا يصح العقاب عليه بالقطع أو النفي ، وإنما يخير فقط بين القتل والقتل مع الصلب .
ينظر : بدائع الصنائع ٥١/٦ ، الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٤٢٢/٥-٤٢٥ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣٥٠/٤ ، شرح كفاية الطالب الرباني مع حاشية العدوي ٣١٩/٢ط ، دار الفكر بيروت ١٤٢٤ ه – ٢٠٠٣ م ، روضة الطالبين ٣٦٩/٧-٣٧٠ ، مغني المحتاج ٥٢٠/٥ ـ ٥٢٢ ، كفاية الأخيار فى حل غاية الاختصار لتقي الدين الحصني ص ٧٢ ط / المكتبة التوفيقية بالقاهرة ، المغني لابن قدامه ٤١١/١٢-٤١٩ ، كشاف القناع ٣٠٥٤/٩ .

[١] ينظر: بدائع الصنائع ٤٧/٦ ، الهداية وشرح فتح القدير ٤٢٧/٥ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣٥٠/٤ ، شرح كفاية الطالب الرباني ٣١٩/٢ ، المغني لابن قدامه ٤٢٥/١٢ ، كشاف القناع ٣٠٥٥/٩ .

[٢] ينظر: المغني لابن قدامه ٤٢٥/١٢.

[٣] قال ابن قدامه " ولنا أنه حكم يتعلق بالمحاربة فاستوى فيه الردء والمباشر كاستحقاق الغنيمة ، لأن المحاربة مبنية على حصول المنعة والمعاضدة والمناصرة ، فلا يتمكن المباشر من فعله الا بقوة الردء . " المغني ٤٢٥/١٢ وينظر في معناه : الهداية وشرح فتح القدير ٤٢٧/٥ ، كشاف القناع ٣٠٥٥/٩.

الثانى : قياس الردء في الحرابة على الردء في السرقة بجامع حصول الجريمة في كلٍ بفعلهما ، فكما يجب قطع الردء في السرقة يجب حد الحرابه على الردء . [١]

القول الثانى: عدم وجوب حد الحرابة على الردء ، بل يكتفى فيه بالتعزير . وإليه ذهب الشافعية في الأصح . [٢]

وبناءً عليه : لا يثبت حكم القتل إلا لمن باشر القتل فقط دون ردئه ، ولا يثبت حكم قطع الأيدي والأرجل إلا لمن أخذ المال فقط دون ردئه ، وهكذا ...

أدلة هذا القول :

استدل أصحابه على عدم وجوب حد الحرابة على الردء بالقياس على الزنا بجامع كون الحرابة والزنا معصية تستوجب الحد ، فكما لا يقام حد الزنا على المعين ؛ لأنه لم يباشر الجريمة ، فكذا الردء في الحرابة . [٣]

وأجيب عنه : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن المحاربة لا تتحقق إلا بالمعاضدة والمناصرة ، فلا تحصل من المباشر إلا بقوة الردء بخلاف الزنا. [٤]

الترجيح الفقهي :

---

[١] قال الكاساني :" لأن القطع يحصل بالكل كما في السرقة ، ولأن هذا من عادة القطاع ، أعني المباشرة من البعض والإعانة من البعض " بدائع الصنائع ٤٧/٦.

[٢] قال الإمام النووي : "....، والثاني يغربه بنفيه إلى حيث يرى . قلت الأصح أنه إلى رأي الإمام وما اقتضته المصلحة . " روضة الطالبين ٣٧١/٧ ، وينظر معه : مغني المحتاج ٤٢٢/٥.

[٣] ينظر روضة الطالبين ٣٧١/٧ ، الحاوي الكبير للماوردي ٣٦٤/٣ ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٩٩٤ م .

[٤] ينظر المغني لابن قدامه ٤٢٥/١٢.

يظهر من عرض الخلاف الفقهي وأدلته رجحان قول الجمهور بكون حكم الردء حكم المباشر في وجوب حد الحرابة ، وذلك لقوة أدلته وضعف دليل القول الآخر .

ويضاف إلى ذلك : أن لفعل الردء عظيم الأثر في قيام الركن المادي لجريمة الحرابة ، كأن يمنع وصول الغوث إلى مسرح الجريمة ، فهو إذا مساهم بالمساعدة ، فلو لم يلحق بالمباشر في وجوب الحد لكان ذلك ذريعة إلى شيوع تلك الجريمة التي هي أعظم خطراً على المجتمع من سائر جرائم الحدود والقصاص ، لما يترتب عليها من ضياع النفس والمال المقصود حفظهما شرعا وشيوع الخوف في المجتمع ، بل اضطراب الحياة في شتى نواحيها ، وذلك منافٍ لمقصد الشارع الحكيم من الحدود عامةً ومن حد الحرابة خاصةً.

قال شيخ الاسلام ابن تيمية : " وهذا – أي قول الجمهور – هو المأثور عن الخلفاء الراشدين ، فإن عمر بن الخطاب قتل ربيئة المحاربين ، والربيئة : هو الناظر الذي يجلس على مكانٍ عالٍ ينظر فيه لهم من يجيء ؛ ولأن المباشر إنما تمكن من فعله بقوة الردء ومعونته ، والطائفة إذا انتصر بعضها ببعض حتى صاروا ممتنعين فهم مشتركون في الثواب والعقاب كالمجاهدين . " . [١]

[١] السياسة الشرعية لابن تيمية ٦٨ ط دار ط / دار المعرفة بيروت . د ت .

المطلب الثاني

تخريج الخلاف الفقهي على الخلاف الأصولي

يتخرج هذا الفرع الفقهي على قول جمهور الفقهاء بإلحاق الردء بالمباشر في وجوب حد الحرابة ، وليس بغريب أن يستدل غير الحنفية منهم على ذلك بالقياس ؛ لأن أصولهم غير مانعة من جريان القياس في العقوبات المقدرة ومنها الحدود ، بل الغرابة في استدلال السادة الحنفية على ذلك الحكم بالقياس وقد منعوه فى أصولهم .

لكنهم دفعوا تلك المناقضة فعللوا إلحاق الردء بالمباشر في الحد بدلالة النص لا القياس ، فقرروا أن النص الشرعي قد ورد بإيجاب الحد على المحارب ، وهو المباشر لعلة المحاربة . ومعناها لغة : قهر العدو والتخويف على وجه بتقطع به الطريق ، وهذا المعنى يتحقق في الردء فكان مباشراً للمحاربة فيجب عليه حد الحرابة بدلالة النص . [١]

ويمكن دفع جوابهم : بأن قولكم بإيجاب حد الحرابة على الردء بدلالة النص لا بالقياس إنما يقبل لو كانت العلة فيها لغوية مدركة بمجرد فهم اللغة كما قررتم فى منهجية الاستدلال بدلالة النص ، وهى ليست كذلك ؛ إذ لو كانت لغوية لوافقهم الشافعية في إدراكها وبناء الحكم عليها ، لكنهم لم يروا تحققها في جانب الردء كالمباشر، لذا اكتفوا بعقوبة التعزير ، ولا جدال أن ذلك الخلاف يخرج علة المحاربة عن كونها لغوية ويجعلها علة اجتهادية .

ومن ثم يكون بناء السادة الحنفية للحكم عليها من قبيل القياس لا دلالة النص ، وبذالك يكون هذا الفرع كسابقه من الفروع الفقهية التى ناقض السادة الحنفية فيه أصلهم القاضي بمنع القياس في

---

[١] قال الإمام السرخسي : " فأوجبنا حد قطع الطريق على الردء بدلالة النص ؛ لأن عبارة النص المحاربة وصورة ذلك بمباشرة القتال. ومعناها لغة: قهر العدو والتخويف على وجه ينقطع به الطريق ، وهذا معنى معلوم بالمحاربة لغة والردء مباشر لذلك كالمقاتل ، ولهذا اشتركوا فى الغنيمة ." أصول السرخسي ٢٥٥/١ وينظر في معناه : كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢٢٠/٢ ، ٢٢١ .

العقوبات المقدرة ؛ حيث أعملوا القياس في عقوبة حد الحرابة بحقيقته ومفهومه لكن باصطلاح دلالة النص ، وليس ما قالوه من باب دلالة النص بل من باب القياس على ما تم بيانه.

المبحث الثالث

مدى وجوب القصاص في القتل بمثقل

المطلب الاول

أقوال الفقهاء وأدلتها

لاخلاف بين أهل العلم في وجوب القصاص في القتل بمحدد ، وهو : ما يقطع ويجرح بدخوله فى البدن كالسيف والسكين والرمح ونحوها .

لكنهم اختلفوا في وجوب القصاص بالقتل بمثقل ، وهو : ما لا يقطع ولا يدخل في البدن كالحجر الكبير والعصا الغليظة ونحوهما . [١]

وحاصل خلافهم في ذلك قولان:

القول الأول : يجب القصاص في القتل بمثقل . وإليه ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين من الحنفية . [٢]

---

[١] ينظر: المغنى لابن قدامة ٣٢٥/١١ .

[٢] ينظر : الهداية والعناية مع تكملة شرح فتح القدير ٢١٠/١٠ ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ومعه الدر المنتقى في شرح الملتقى للحصكفي ٣٠٩\٤ ط /دار الكتب العلمية بيروت ط/ أولى ١٤١٩ه- ١٩٩٨م ، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢٤٢/٤ ، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٧٥٠/٤، روضة الطالبين ٧/٧، مغني المحتاج ٢١٧/٥ ، المغني لابن قدامة ٣٢٦،٣٢٨/١١ ، شرح منتهى الإرادات ١٠٩/٤، ١١٠ .

واستدلوا على قولهم بما يأتى :

١- عموم النصوص الشرعية الموجبة للقصاص في القتل العمد ، ومنها : قوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى" . [١]
وقوله تعالى " وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا " . [٢]

والمثقل كالحجر الكبير والعصا الغليظة يقتل غالباً ، فكان القتل به عمداً يتناوله هذا العموم. [٣]

٢- ما روى عن أنس بن مالك " رضي الله عنه " (أن يهودياً رجم رأس جارية بين حجرين ، فقيل لها : من فعل بك هذا ؟ فلان أو فلان حتى سمي اليهودي فأومات برأسها فجيء به فاعترف ، فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم فرض رأسه بين حجرين .) [٤] فهو نص في وجوب القصاص في القتل بمثقل . [٥]

٣- قياس المثقل على المحدد في وجوب القصاص بالقتل به بجامع كونهما مما يقتل غالباً. [٦]

٤- أن الضرب بمثقل مهلك عادةً ، لذا لا يستعمل إلا في القتل ، واستعماله فيه دليل القصد كاستعمال المحدد ، فإذا انضم إليه أصل القصد كان القتل به عمداً محضاً فيجب فيه القصاص. [١]

---

[١] سورة البقرة (١٧٨) .
[٢] سورة الإسراء (٣٣) .
[٣] ينظر : المغني لابن قدامة ٣٢٧/١١ ، شرح منتهى الإرادات ١١٠/٤.
[٤] رواه البخاري فى ك الخصومات ، باب مايذكر في الأشخاص والملازمة والخصومة بين المسلم واليهودي ٨٥٠/٢.
[٥] ينظر : مغني المحتاج ٢١٧/٥ .
[٦] ينظر : المغني لابن قدامة ٣٢٧/١١ ،شرح منتهى الإرادات/١١٠\٤ .

٥- وأخيرا دلالة النص – وهو للصاحبين من الحنفية – وتقريره : أن القتل بمثقل يلحق القتل بمحدد في وجوب القصاص بدلالة النص الشرعي لا القياس ، وهو قوله " ﷺ " لا قود إلا بالسيف ." [٢]

فهو يفيد بعبارته أن القصاص لا يجب إلا في القتل بالسيف. [٣] وعلة ذلك : أن النفس لا تطيق احتماله ويحصل به الهلاك ، وهي متحققة في القتل بمثقل ، بل هى فيه أقوى وأظهر ، من حيث إن المثقل يزهق الروح بنفسه ، أما المحدد كالسيف ونحوه فيزهق الروح بواسطة الجرح ، ومعلوم أن مايعمل القتل بنفسه أبلغ مما يعمله بواسطة ، وعليه : يكون القتل بمثقل أولى بوجوب القصاص من القتل بمحدد . [٤]

ويمكن أن يجاب عن ذلك : بأنه لا نسلم لكم ثبوت وجوب القصاص في القتل بمثقل بدلالة النص ، إذ يلزم أن تكون العلة فيها مفهومة لغة ، لا اجتهاداً ورأياً ، بحيث لا تكون محلاً للخلاف ، وهى ليست كذلك ، حيث وقع الخلاف فى تعيينها بين الصاحبين وشيخهما الإمام أبي حنيفة ، فقد قرر كون العلة في وجوب القصاص في القتل بالسيف : الجرح الذى ينقض بنية الآدمي ظاهراً بتخريب الجسد وباطناً بإزهاق الروح . وهى غير متحققة في القتل بمثقل ؛ لأنه ينقض الباطن فقط دون الظاهر، وعليه تكون العلة قاصرة في المثقل ، فلا يجب القصاص في القتل به لانعدام المماثلة بينهما ؛ لأن القصاص إفساد لظاهر البينة وباطنها معاً. [٥]

---

[١] ينظر: بدائع الصنائع ٢٧٤/٦.

[٢] رواه ابن ماجه في ك الديات ، باب لاقود الا بالسيف ٨٨٩/٢ ، والبهيقي يى السنن الكبرى ك الديات ، باب ماروى أن لاقود الا بحديدة ٦٢/٨ . والدار قطني في ك الحدود والديات ١٠٥/٣ تح / السيد عبدالله هاشم ط/ دار المعرفة بيروت ١٣٨٦ ه – ١٩٦٦ م

[٣] كما يفيد النص بعبارته معنى آخر وهو : أن القصاص لا يستوفى إلا بالسيف . لكن الكلام في إفادته لوجوب القصاص في القتل بمثقل مبنٍ على المعنى المذكور في الصلب . ينظر: التوضيح لصدر الشريعة ٢٥١/١.

[٤] قال الإمام السرخسي : " وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : المعنى المعلوم به لغة أن النفس لا تطيق احتماله ودفع أثره فيثبت الحكم بهذا المعنى في القتل بالمثقل ، ويكون ثابتا بدلالة النص ، قالا : لأن القتل نقض للبنية وذلك بفعل لا تحتمله البنية مع صفة السلامة ، وهذا المعنى في المثقل أظهر ، فإن إلقاء حجر الرحا والاسطوانة على إنسان لا تحتمله البنية بنفسها ، والقتل بالجرح لا تحتمله البنية بواسطة السراية ، وإذا كان هذا أتم في المعنى المعتبر كان ثبوت الحكم فيه بدلالة النص كما فى الضرب مع التأفيف . " ،أصول السرخسي ٢٥٦/١ وينظر في معناه : التوضيح لصدر الشريعة ٢٥١/١ ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢٢٦/٢ ، ٢٢٧ .

[٥] قال الإمام السرخسي : " قال أبو حنيفة رحمه الله: المعنى المعلوم بذكر السيف لغة أنه ناقض للبنية بالجرح وظهور أثره في الظاهر والباطن ، فلا يثبت هذا الحكم فيما لا يماثله في هذا المعنى وهو الحجر والعصا . " أصول السرخسي

القول الثانى: لايجب القصاص في القتل بمثقل ، بل تجب فيه دية شبه العمد . وإليه ذهب الإمام أبوحنيفة . [١]

واستدل عليه بما يأتى:

١- قوله (ﷺ) : ""ألا إن فى قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل" [٢]

وجه الدلالة : أن النبي (ﷺ) جعل قتل السوط والعصا والحجر مطلقاً شبه عمد ، فلم يفرق بين كونها صغيرة أو كبيرة وأوجب فيه الدية دون القصاص . [٣]

وأجيب عنه : بأنه محمول على المثقل الصغير ؛ لأنه لا يقتل غالباً حيث قرن النبي (ﷺ) الحجر بالعصا والسوط ، فدل على أنه اراد مايشبههما وهو الصغير، وذلك جمعاً بينه وبين أدلة الجمهور المفيدة لوجوب القصاص في القتل بمثقل. [٤]

٢٥٦/١ وينظر معه : التوضيح لصدر الشريعة ٢٥٦/١ ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢٢٦/٢ ، ٢٢٧ ، بدائع الصنائع ٢٧٤/٦

[١] ظاهر الرواية عن الإمام أبي حنيفة على استثناء القتل بمثقل الحديد كالعمود وصنجة الميزان ونحوهما مما لا حد له ، فهو قتل عمد فيجب فيه القصاص ؛ لأنه آلة معدة للقتل لقوله تعالى " وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاس (سورة الحديد (٢٥) ، لكن رواية الطحاوي على أنه ليس بعمد بل شبه عمد كمثقل الحجر والعصا ونحوهما . ينظر بدائع الصنائع ٢٧٢/٦ ، ٢٧٤ ، الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ٢١٠،٢١١/١٠

[٢] رواه ابن حبان في ك الديات ، في ذكر وصف الدية في قتيل الخطأ الذي يشبه العمد ٣٦٤/١٣ تح / شعيب الأرنؤوط . ط / مؤسسة الرسالة بيروت ط / ثانية ١٤١٤ ه – ١٩٩٣ م ، وابن ماجة في ك الديات ، باب دية شبه العمد مغلظة ٨٧٧/٢ ، والنساني في السنن الكبرى ك القسامة ، باب كم دية شبه العمد ٢٣١/٤ تح / عبدالغفار سليمان ، سيد كسروي ط/ دار الكتب العلمية بيروت ط/ أولى ١٤١١ ه – ١٩٩١ م والإمام أحمد في مسنده من حديث يعقوب بن أوس عن رجل من أصحاب النبي (ﷺ) ٤١١/٥ ط / مؤسسة قرطبة مصر د ت

[٣] ينظر: العناية مع تكمله شرح فتح القدير ٢١١/١٠ ، المغني لابن قدامه ٣٢٧/١١ .

[٤] ينظر : المغني لابن قدامة ٣٢٧/١١ ، شرح منتهى الإرادات ١١٠/٤ .

٢- أن المثقل غير معد للقتل ، والقتل بآلة غير معدة له دليل عدم القصد ، لما هو معلوم أن تحصيل الفعل إنما يكون بألته المعدة له ، لذا كان في القتل بمثقل شبهة مانعة من العمدية ، فلا يجب فيه القصاص . [١]

وأجيب عن ذلك : بأنه لا نسلم بأن المثقل غير معد للقتل ، بل هو معد له لما تقدم في أدلة الجمهور من كون الضرب بالمثقل لا يستعمل إلا في القتل لكونه مهلكاً في العادة ، لذا كان استعماله في القتل دليل القصد كاستعمال السيف ، وعليه : يخلص القتل به عن الشبهة ويتمحض عمداً فيجب فيه القصاص . [٢]

الترجيح الفقهى :

يظهر من عرض الأقوال الفقهية وأدلتها رجحان قول جمهور الفقهاء بوجوب القصاص في القتل بمثقل ، وذلك لقوة ادلته وضعف أدلة القول الآخر .

ويضاف إلى ذلك : أن الأدلة الشرعية على وجوب القصاص في القتل العمد قد جاءت عامة مطلقة دون تخصيص أو تفرقة بين محدد ومثقل ، فيكون القول بعدم وجوب القصاص في القتل بمثقل تخصيصاً لعمومها وتقييداً لإطلاقها دون دليل فلا يقبل. [٣]

كما أن قول الجمهور بوجوب القصاص في القتل بمثقل يتوافق مع مقصود الشارع من القصاص ، حيث شرع صيانه للأنفس من الإهدار ، والقتل بمثقل مساوٍ للقتل بمحدد في إتلافها ، فيجب فيه القصاص سداً للذريعة وصيانة لمقصد الشارع في حفظ النفس. [٤]

---

[١] ينظر : بدائع الصنائع ٢٧٤/٦

[٢] ينظر : المرجع السابق ذات الموضع .

[٣] ينظر : نيل الأوطار ١٦٦،١٦٧/٧.

[٤] ينظر : مغني المحتاج ٢١٧/٥ ، نيل الأوطار ١٦٦/٧ .

المطلب الثاني

تخريج الفرع الفقهى على الخلاف الأصولي

يتخرج هذا الفرع الفقهي على قول جمهور الفقهاء بوجوب القصاص في القتل بمثقل من الوجهين التاليين:

الوجه الاول : أن جمهور الفقهاء عدا الصاحبين قد استدلوا بعد النصوص على وجوب القصاص في القتل بمثقل بالقياس على القتل بمحدد بجامع حصول القتل بهما غالباً، ولا شك أن استدلالهم بالقياس على هذا الحكم الفقهي يأتي منسجماً مع أصولهم ، حيث أجازوا جريان القياس في العقوبات المقدرة ومنها القصاص .

الوجه الثانى : أن الصاحبين من الحنفية قد وافقا الجمهور في الحكم الفقهي ، لكنهما خالفا الجمهور في الاستدلال عليه بالقياس ، حيث صرحت كتب السادة الحنفية بأنهما ألحقا القتل بمثقل بالقتل بمحدد بطريق دلالة النص لا القياس ؛ لأن القصاص عقوبة مقدرة فيمتنع فيها القياس .

ويلاحظ اختلاف الإمام أبي حنيفة مع صاحبيه في إدراك علة الحالة المنصوص عليها وهي القتل بمحدد ، فضلاً عن تحققها في الحالة المسكوت عنها وهى القتل بمثقل على نحو ما تقدم فى استدلالهما ، وأمام اختلاف أئمة المذهب الحنفي – وهم كبار أئمة الفقه الإسلامي– في إدراك تلك العلة يتعين القول بأنها ليست لغوية كما تقتضيها قواعدهم في الاستدلال بدلالة النص، وإنما هي اجتهادية تفتقر في إداركها إلى الاجتهاد والتأمل .

وبناءً على ذلك : يكون استدلال الصاحبين عبارة عن قياس القتل بمثقل على القتل بمحدد فى وجوب القصاص ، إلا أنه لما كان السادة الحنفية يمنعون القياس في عقوبة القصاص باعتباره من العقوبات المقدرة قرروا أن ذلك استدلالاً بدلالة النص تخلصاً من الطعن عليهم بمخالفة أصلهم المانع للقياس فى العقوبات المقدرة .

وهذا ما صرح به العلامة سعد الدين التفتازاني، حيث قال في هذا الفرع ونظائره " ....؛ لأن المعنى الموجب ليس مما يفهم لغة بل رأياً فهو من قبيل القياس ، إلا أن القياس لما لم يكن مثبتاً للحد والقصاص ادعوا فيه دلالة النص." [١]

وبهذا يتعاضد هذا الفرع مع سابقيه في الدلالة على عمل السادة الحنفية بحقيقة القياس فى العقوبات المقدرة لكن باصطلاح دلالة النص .

[١] التلويح على التوضيح ٢٥٧/١ .

المبحث الرابع

مدى وجوب الكفارة على المفطر في رمضان بالأكل والشرب عمداً

المطلب الاول

أقوال الفقهاء وأدلتها

اتفق عامة أهل العلم على وجوب الكفارة على من أفطر في رمضان متعمداً بالجماع في الفرج [١]، لكنهم اختلفوا في وجوبها على من أفطر في رمضان بالأكل والشرب عمداً على قولين :

القول الاول: وجوب الكفارة [٢] على المفطر في رمضان بالأكل والشرب عمداً . وإليه ذهب الحنفية والمالكية . [٣]

---

[١] قال ابن قدامه : "إن الكفارة تلزم من جامع في الفرج في رمضان عامداً أنزل أو لم ينزل في قول عامة أهل العلم ، وحكي عن الشعبي والنخعي وسعيد بن جبير لا كفارة عليه . " المغني ١٩٣/٤

[٢] وخصالها كخصال كفارة الظهار ، وهي : عتق رقبة أوصيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً على الترتيب عند الحنفية ، وعلى التخيير عند المالكية . ينظر : بدائع الصنائع ٢٥٠/٤ ، القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٠٠ ، ١٠١ .

[٣] ينظر : بدائع الصنائع ٢٥٤/٢ ، الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٣٣٨/٢ ، ٣٣٩ ، القوانين الفقهية ص ١٠٠ ، كفاية الطالب الرباني بحاشية العدوي ٤٥٤/١ .

واستدلوا على ذلك بعدة أدلة من أهمها ما يأتي :

١- ما روى عن أبي هريرة (رضي الله عنه) " أن رجلاً أفطر في رمضان فأمره النبي (صلى الله عليه وسلم) أن يكفر بعتق رقبه ." [١]

وجه الدلاله: أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قد أوجب الكفارة على المفطر بغير عذر في رمضان مطلقاً ، حيث لم يسأله عما أفطر به من جماع أو تناول طعام أو شراب ، فدل ذلك على عدم اختلاف الحكم به ، فيكون سبب وجوب الكفارة مطلق الفطر عمداً بغير عذر . [٢]

٢- قوله (صلى الله عليه وسلم) : " من أفطر في رمضان متعمداً فعليه ما على المظاهر" . [٣]

وجه الدلالة : أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قد أوجب كفارة الظهار على المفطر في رمضان عمداً ، دون بيان لما أفطر به من جماع أو غيره ، فدل ذلك على أن سبب وجوب الكفارة مطلق الفطر عمداً بغض النظر عن كونه بجماع أو أكل وشرب. [٤]

وأجيب عن الاستدلال بهذين الحديثين : بأن سبب وجوب الكفارة قد ورد فيهما مطلقاً ، وقد ورد مقيداً في حديث الأعرابي بخصوص الفطر بالجماع ، فيحمل المطلق على المقيد جمعاً بين الأدلة. وعليه : لا تجب الكفارة إلا بالفطر بالجماع عمداً . [١]

---

[١] رواه مسلم في ك الصيام ، باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم ووجوب الكفارة فيه ٢/٧٨٢ .

[٢] ينظر : العناية على الهداية ٢/٣٣٩ ، تبيين الحقائق ١/٣٢٨ .

[٣] ورد الحديث بهذا اللفظ في كتب الفقه ، وأصله في كتب السنة ما رواه الدارقطني في سننه ك الصيام ، باب القبلة للصائم " عن أبي هريرة رضي الله عنه " أن النبي (ﷺ) أمر الذي أفطر في رمضان بكفارة الظهار. " ٢/١٩٠ .

[٤] ينظر : العناية على الهداية ٢/٣٣٩ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ١/٣٢٨ .

٣- قياس الفطر بالأكل والشرب عمداً على الفطر بالجماع عمداً في وجوب الكفارة بجامع إفساد الصوم عمداً وانتهاك حرمته دون سبب مبيح .[٢]

وأجيب عن ذلك : بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الحاجة إلى الزجر عن الجماع أمس ، والحكمة في التعدى به آكد ، لذا يجب به حد الزنا إذا كان في فرج محرم بلا شبهة ، كما يختص الجماع بإفساد الإحرام بنسك الحج والعمرة دون سائر المحظورات ، وإفساد صوم الرجل والمراة كذلك في الغالب بخلاف الأكل والشرب .[٣]

٤- واخيرا اختص السادة الحنفية بالاستدلال بدلالة النص الموجب للكفارة بالجماع عمداً ، وهو ما روي أن أعرابياً جاء إلى رسول الله (ﷺ) فقال : يارسول الله هلكت . قال (ﷺ) : "ما لك؟" قال : وقعت على امرأتي وأنا صائم . قال (ﷺ) : " هل تجد رقبة تعتقها ؟ " قال : لا ، قال (ﷺ) : " هل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين ؟ " قال : لا ، قال (ﷺ) : "هل تجد إطعام ستين مسكينا ؟ " قال : لا ، فمكث النبي (ﷺ) فبينما نحن على ذلك أتى بعرق فيه تمر ، فقال "أين السائل؟ " فقال أنا ، فقال (ﷺ) "خذ هذا فتصدق به " فقال الرجل : أعلى أفقر مني يا رسوال الله؟ فوالله ما بين لابتيها أهل بيت أفقر من أهل بيتي ، فضحك النبي (ﷺ) حتى بدت أنيابه ثم قال :" أطعمه أهلك".[٤]

وتقرير استدلالهم بدلالة نص هذا الحديث الشريف : أنه يفيد بعبارته وجوب الكفارة على المفطر بالجماع عمداً ، وعلة وجوبها – المفهومة لغة – الجناية على الصوم بتفويت ركنه ، وهو الإمساك

---

[١] ينظر : نبل الأوطار للشوكاني ٢٩٤/٤.

[٢] ينظر : بدائع الصنائع ٢٥٤/٢ ، الشرح الصغير بحاشية الصاوي ٤٤٥/١ ، القوانين الفقهية ص ١٠٠ ، المغني لابن قدامه ١٨٦/٤.

[٣] ينظر : المغني لابن قدامه ١٨٧/٤.

[٤] رواه البخاري في ك الصوم ، باب إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء ٦٨٤/٢.

عن المفطرات من الطعام والشراب والجماع ، وهذه العلة متحققة في الفطر بالأكل والشرب عمداً فيلحق بالجماع في وجوب الكفارة بدلالة النص . [١]

بل رأى السادة الحنفية أن الفطر بالأكل والشرب عمداً أولى بوجوب الكفارة من الفطر بالجماع ، وذلك لشدة الحاجة إلى الطعام والشراب وقوة الرغبة فيهما خاصة بالنهار بخلاف الجماع ، لذا كان الفطر بهما أحوج إلى الزجر من الفطر بالجماع. [٢]

وأجيب عن ذلك : بانه لا نسلم لكم أن علة وجوب الكفارة في الفطر بالجماع الجناية على الصوم بتفويت ركنه حتى يدخل فيها الفطر بالأكل والشرب عمداً كما قررتم ، لأننا نرى أنها الجناية على الصوم بالجماع خاصة ؛ لأنه مورد النص ، والأكل والشرب عمداً ليس في معنى الجماع حتى تجب به الكفارة. [٣]

بل إن شهوة الفرج أشد هيجاناً ، والصبر عليها أشق على المرء بخلاف شهوة البطن ، لذا كان الفطر بالجماع أدعى إلى الزجر ، ولا يلحق به الأكل والشراب عمداً ؛ لأنه دونه في معناه ، فيكون دونه فى استدعاء الزجر بالكفارة. [٤]

القول الثانى : عدم وجوب الكفارة على المفطر فى رمضان بالأكل والشرب عمداً . وإليه ذهب الشافعية والحنابلة. [١]

---

[١] ينظر: بدائع الصنائع ٢٥٤/٢ ، شرح فتح القدير ٣٣٩/٢ ، تبيين الحقائق ٣٢٨/١.

[٢] ينظر : التوضيح لصدر الشريعة ومعه التلويح للتفتازاني ٢٥٠،٢٥١/١، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢٢١،٢٢٢/٢، تبيين الحقائق ٣٢٨/١ ، د/شوكت العدوي ص ٧١،٧٢ مرجع سابق .

[٣] ينظر : روضة الطالبين ٢٣٣/٢ ، مغني المحتاج ١٩١/٢ .

[٤] ينظر : تبيين الحقائق ٣٢٨/١ ، المغني لابن قدامه ١٨٦/٤ ، ١٨٧ .

واستدلوا على ذلك بعدة أدلة من أهمها ما يأتى :

١- إن الأصل عدم وجوب الكفارة إلا في ما ورد به الشرع نصاّ أو إجماعاّ ، وإنما ورد النص في الجماع عمداّ ، ولا يمكن قياس الأكل والشرب عليه؛ لأنهما ليسا في معنى الجماع ، لكونه أغلظ في انتهاك حرمة الصوم ، فكان إلى الزجر أحوج ، ولا يلزم من وجوب الكفارة فى الأعلى وجوبها في الأدنى .[٢]

قال ابن قدامة : " ولا يصح قياسه- أي الفطر بالأكل والشرب عمداّ- على الجماع ؛ لأن الحاجة إلى الزجر عنه أمس والحكم في التعدي به أكد ، ولهذا يجب به الحد إذا كان محرماّ ، ويختص بإفساد الحج دون سائر محظوراته ، ووجوب البدنة ، ولأنه في الغالب يفسد صوم اثنين بخلاف غيره . "[٣]

٢- "أنه أفطر بغير جماع فلم توجب الكفارة كبلع الحصاة أو التراب أو كالردة عند مالك ؛ لأنه لا نص في إيجاب الكفارة بهذا ولا إجماع ."[٤]

الترجيح الفقهي :

---

[١] وزاد الشافعية إمكان تعزيره من ولي الامر إن علم به ، لارتكابه محرماّ لا حد فيه ولاكفارة . ينظر: المهذب للشيرازي ٢٧٤/١ ط – مصطفى البابي الحلبي مصر ١٣٧٩ ه – ١٩٥٩ م ، روضه الطالبين ٢٣٣/٢ ، مغني المحتاج ١٩١/٢ ، المغني لابن قدامه ١٨٦/٤ ، كشاف القناع ٩٨٦/٣ .

[٢] المرجع السابق ١٨٦/٤.

[٣] ينظر : المهذب ٢٧٤/١ ، كشاف القناع ٩٨٦/٣ .

[٤] ينظر : المغني لابن قدامه ١٨٦/٤ ، ١٨٧ .

يظهر من عرض أقوال الفقهاء وأدلتها في المسألة رجحان قول الشافعية والحنابلة بعدم وجوب الكفارة على المفطر فى رمضان بالأكل والشرب عمداً لقوة أدلتهم –على قلتها– وضعف أدلة الحنفية والمالكية – رغم تعددها – أمام المناقشة .

المطلب الثاني

تخريج الخلاف الفقهي على الخلاف الأصولي

يتخرج الخلاف الفقهي في هذا الفرع على الخلاف الأصولي في حجية القياس في العقوبات المقدرة من الوجهين التاليين :

الوجه الاول :

أن السادة الحنفية والمالكية قد اتفقوا على إلحاق الفطر بالأكل والشرب عمداً بالفطر بالجماع عمداً في وجوب الكفارة ، غير أن هذا الإلحاق يعد قياساً عند المالكية ، ومن ثم يكون قولهم بوجوب الكفارة في الفطر بالأكل والشرب عمداً قياساً على الفطر بالجماع موافقاً لأصلهم القاضي بجواز القياس في العقوبات المقدرة ، بينما يعد هذا الإلحاق عند السادة الحنفية من قبيل دلالة النص لا القياس ؛ لأن اصولهم تمنع القياس في العقوبات المقدرة . [١]

لكن خلاف الشافعية والحنابلة معهم في العلة يجعلها اجتهادية لا لغوية ، ومن ثم يكون إلحاق الأكل والشرب بالجماع فيها قياساً لا دلالة نص . وبهذا يناقض السادة الحنفية أصولهم المانعة للقياس في العقوبات المقدرة ، حيث وجدت حقيقة القياس في استدلالهم بدلالة النص.

---

[١] قال الإمام السرخسي : "وأوجبنا في الإفطار بالأكل والشرب الكفارة أيضا بدلالة النص لا بالقياس ." اصول السرخسي ٢٥٧/١.

الوجه الثاني :

أن الشافعية والحنابلة لم يوجبوا الكفارة فى الفطر بالأكل والشرب عمداً ، حيث لانص ولا إجماع يفيدان وجوبها ، بل ولا قياس أيضاً ، حيث لم يصح – في نظرهم – قياس الأكل والشرب على الجماع لأنهما ليس في معناه .

وعليه : يكون منعهم للقياس هنا مستنداً إلى انعدام حقيقته وهى المساواة والمماثلة بين الأصل وهو الجماع والفرع وهو الأكل والشرب ، لا لكون القياس ممنوعاً في العقوبات المقدرة ، إذ لو تحققت المساواة لصح القياس عندهم، فليس في اجتهادهم ما يناقض أصولهم القاضية بجواز القياس فى العقوبات المقدرة.

المبحث الخامس

مدى وجوب الكفارة في القتل العمد

المطلب الاول

أقوال الفقهاء وأدلتها

اتفق الفقهاء على وجوب الكفارة في القتل شبه العمد والخطأ وما أجري مجرى الخطأ [١] ، لكنهم اختلفوا فى وجوبها في القتل العمد على قولين :

القول الاول: عدم وجوب الكفارة في القتل العمد. وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة في مشهور المذهب . [٢]

واستدلوا على ذلك بأدلة عديدة من أهمها ما يأتى:-

١- قوله تعالى " وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ "[٣] ، مع قوله تعالى " وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ ". [٤]

وجه الدلالة:

أن الله تعالى قد أوجب في الآية الأولى الكفارة في القتل الخطأ ، ثم نص في الآية الثانية على جزاء العمد وهو جهنم دون طلب الكفارة ، فدل مفهوم الآيتين معاً على عدم وجوب الكفارة في

---

[١] ينظر: شرح منتهى الإرادات ١٩١/٤.

[٢] وزاد السادة المالكية : أن يؤمر القاتل عمداً بالكفارة ندباً واستحباباً إن عفى عنه ولي الدم . ينظر : بدائع الصنائع ٢٩٩/٦، الهداية والعناية مع تكملة شرح فتح القدير ٢٠٩/١٠ ، شرح كفاية الطالب الرباني بحاشية العدوي ٣١٤/٢ ، الثمر الداني ص ٥٧٨، المغني لابن قدامه ٥٤/١٢ ، شرح منتهى الإرادات ١٩١/٤ .

[٣] سورة النساء (٩٢) .

[٤] سورة النساء (٩٣) .

العمد ، إذ لو كانت واجبة لنص عليها في مقام البيان لكن سكت عنها ، ومعلوم أن السكوت في مقام الحاجة إلى البيان بيان . [١]

٢- ان القتل العمد فعل يوجب القتل قصاصاً فلا تجب فيه الكفارة كزنا المحصن . [٢]

٣- إن معنى الكفارة غير مناسب للقتل العمد فلا يصح تعلقها به ؛ وذلك لأنها حق دائر بين العقوبة والعبادة ، إذ تشبه العقوبة من جهة كونها جزاءٌ عن ارتكاب محظور ، وتشبه العبادة من جهة كونها تؤدى بما هو عبادة كالصوم ونحوه ، لذا لزم أن يكون سببها دائراً بين الحظر والإباحة حتى يتعلق معنى العقوبة بوصف الحظر ويتعلق معنى العبادة بوصف الإباحة . وذلك متحقق ومتوافر فى القتل الخطأ دون العمد، حيث إن الخطأ يعني الحظر من جهة التفريط وعدم التثبت حتى هلكت نفس معصومة ، كما فيه معنى الإباحة من جهة عدم القصد إلى إهلاك النفس ، لذا كان صغيرة تمحوه الكفارة . بينما العمد كبيرة محضة ومحظور خالص من شبهة الإباحة ، فلا يصلح سبباً للكفارة ، لما فيها من معنى العبادة. [٣]

٤- أن في قتل العمد وعيداً محكماً ، فلا يمكن القول بارتفاع المأثم فيه بالكفارة مع شدة الوعيد عليه بنص قطعي لا شبهة فيه ، ومن ثم يكون ادعاء الكفارة فيه تحكماً لا دليل عليه وهو باطل قطعا ، فيبطل ما أدى اليه ولا تجب فيه الكفارة . [٤]

---

[١] ينظر : المغني لابن قدامه ٥٤/١٢ .

[٢] ينظر : المغني لابن قدامه ٥٤/١٢.

[٣] ينظر : أصول السرخسي ٢٥٩/١ ، الهداية والعناية ٢٠٩/١٠ ، تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة محمد الطورى القادرى ١١/٩ ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م ، تبيين الحقائق ١٠٠/٦.

[٤] ينظر : تكملة البحر الرائق ١١/٩ ، تبيين الحقائق ١٠٠/٦.

٥- وأخيرا اختص السادة الحنفية بهذا الدليل فقالوا : إن الكفارة من العقوبات المقدرة فيجب الوقوف بها عند النصوص ، وقد وردت بوجوبها في الخطأ فقط ، ويمتنع قياس العمد عليه لامتناع القياس في الكفارة كعقوبة مقدرة . [١]

القول الثاني : وجوب الكفارة في القتل العمد . واليه ذهب الشافعية والحنابلة في رواية. [٢]

واستدلوا على ذلك بأدلة عديدة من أهمها ما يأتى :

١- ماروي عن وائلة بن الأسقع رضي الله عنه قال أتينا النبي (صلى الله عليه وسلم) بصاحب لنا قد أوجب القتل ، فقال (صلى الله عليه وسلم) "أعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار " [٣]

وجه الدلالة : أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قد أوجب الكفارة في قتل يستوجب النار ، ولا يستوجبها إلا القتل العمد . [٤]

وأجيب عن ذلك :

---

[١] ينظر: المرجعان السابقان ذات الموضع ، الهداية والعناية ٢٠٩/١.

[٢] وقيد الإمام الشوكاني وجوب الكفارة على القاتل عمداً بما إذا عفي عن القصاص أو قبلت الدية ، فإذا اقتص منه لم تجب الكفارة بل يكتفى بالقصاص كفارة له ، وذلك لقوله (ﷺ) " تبايعونني على أن لا تشركوا بالله شيئًا ولا تزنوا ولا تسرقوا ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق فمن وفى منكم فأجره على الله ومن أصاب شيئًا من ذلك فعوقب به فهو كفارة له " رواه مسلم في ك الحدود ، باب الحدود كفارات لأهلها ١٣٣٣/٣ ، وينظر في هذا القول : روضه الطالبين ٢٣٥/٧ ، مغني المحتاج ٣٨٥/٥ ، المغني لابن قدامه ٥٣/١٢ ، نيل الأوطار ٢١٢/٧ .

[٣] رواه أبو داود في ك العتق ، باب في ثواب العتق ٢٩/٤ ، والبهيقي في ك القسامة ، باب الكفارة في القتل العمد ١٣٢/٨، والحاكم في المستدرك ك العتق وقال : "هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه "٢٣٠/٢

[٤] ينظر: مغني المحتاج ٣٨٦/٥.

بأننا لا نسلم أن القتل الذي أوجب النبي (ﷺ) فيه الكفارة كان عمداً ، حيث لادليل على ذلك ، إذ يحتمل أن يكون شبه عمد أو خطأ ، وإن سلمنا كونه عمداً فالأمر بالكفارة فيه ليس على سبيل الوجوب بل على سبيل التبرع ، بدليل أن المأمور بالعتق غير القاتل [١]

وعلى أية حال فالحديث لا يقوى على معارضة قوله تعالى : " وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ " [٢] ؛ لأنه يفيد بإشارته كون المذكور كل الجزاء ، فلو وجبت الكفارة في العمد بهذا الحديث لكان المذكور في الآيه بعض الجزاء وهو خلف . [٣]

٢- قياس القتل العمد على الخطأ ، وقد وجبت الكفارة في الخطأ مع وجود العذر النافى للإثم ، فتجب فى العمد بالأولوية لكونه أعظم إثماً وأكبر جرماً ، وحاجة القاتل إلى تكفير ذنبه أعظم . [٤]

وأجيب عن ذلك :

بأنه قياس مع الفارق ؛ لأن الخطأ دون العمد في الإثم ، ولا يلزم من وجوب الكفارة في الخطأ وهو أدنى في الإثم وجوبها في العمد ؛ لأنه أعظم إثماً من أن يكفر عنه . [٥]

فإن قيل : إن العمد لاحق بالخطأ بطريق دلالة النص . [٦]

---

[١] ينظر : المغني لابن قدامه ٥٤/١٢ .

[٢] سورة النساء (٩٣)

[٣] ينظر : العناية على الهداية وتكملة شرح فتح القدير ٢١٠/١٠ .

[٤] ينظر: مغني المحتاج ٣٨٦/٥ ، المغني لابن قدامه ٥٣/١٢ .

[٥] ينظر : تكملة البحر الرائق ١١/٩ ، حاشية الدسوقي ٢٨٦/٤ ، المغني لابن قدامه ٥٤/١٢.

[٦] جدير بالذكر: أن السادة الحنفية اعتبروا قياس الشافعية للقتل العمد على الخطأ من قبيل دلالة النص. قال الإمام السرخسي : " وبهذا الطريق – أب دلالة النص –وجبت الكفارة في قتل العمد ؛ لأن النص جاء بايجاب الكفارة في قتل الخطأ ولكن الخطأ عذر مسقط ، فعرفنا أن وجوب الكفارة باعتبار أصل القتل دون صفة الخطأ، وذلك موجود في العمد وزيادة ، فتجب الكفارة في العمد بدلالة النص." أصول السرخسي ٣٥٨/١. وينظر في معناه كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢٣١/٢.

قلنا : إن هذا استدلال غير صحيح ؛ لأن علة إيجاب الكفارة في الخطأ التكفير عن التقصير وترك التحرز عن القتل فناسبه الكفارة بثواب ما فيها من العبادة وما فيها من الزجر عن وقوع القتل ، لكون الخطأ دائراً بين الحظر والإباحة. وهذا المعنى غير متحقق في العمد ؛ لكونه كبيرة محضة فلا يصلح سبباً لوجوب الكفارة لعدم صلاحيته لعلتها لكون ذنبه مما لا يستر بها. [١]

الترجيح الفقهى :

يظهر من عرض أقوال الفقهاء وأدلتها رجحان قول جمهور الفقهاء بعدم وجوب الكفارة في القتل العمد ، وذلك لقوة أدلته وضعف أدلة القول الأخر .

لكن يجدر القول : بأنه لما كان القتل العمد من أعظم المأثم ، بل وأحد الكبائر المتوعد عليه بعظم العقوبة الأخروية فلا اقل من ندب الكفارة واستجابها للقائل إذا عفي عنه – كما قرر السادة المالكية – رجاءً لعفوه تعالى وغفرانه.

---

[١] قال صاحب العناية : " فإن قيل : هب أن القياس لا يصح فليلحق دلالة لأنهما مثلان في المناط وهو الستر ولا معتبر لصفة العمدية كالمحرم إذا قتل الصيد عمداً فإنه كقتله خطأ. فالجواب : أن المماثلة ممنوعة ، فإن ذنب العمد مما لا يستر بها لعدم صلاحيته لعلتها ." ٢١٠/١٠ ، وينظر معه : أصول السرخسي ٣٥٩/١ ، كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢٣١،٢٣٢/٢.

المطلب الثاني

تخريج الخلاف الفقهي على الخلاف الأصولي

يتخرج خلاف الفقهاء في وجوب الكفارة في القتل العمد على خلاف الأصوليين في الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة من الوجهين التاليين :

الوجه الاول :

أن جمهور الفقهاء قد اختلفت مناهجهم في الاستدلال بالقياس على وجوب الكفارة في القتل العمد تبعاً لاختلافهم في جواز الاحتجاج به في الكفارة كعقوبة مقدرة على النحو التالى :

أولا: منع السادة الحنفية قياس القتل العمد على الخطأ في وجوب الكفارة ، وذلك موافق – في الصورة – لمنعهم الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة .

لكن تجدر الملاحظة : أنهم منعوا أيضاً إلحاق العمد بالخطأ في وجوب الكفارة بطريق دلالة النص ، وعللوا ذلك : بعدم صلاحية العمد لعلة وجوب الكفارة.

ومن ثم يمكن القول: بأن منعهم إلحاق العمد بالخطأ ليس لخصوص منعهم القياس في العقوبات المقدرة ، بل لعدم إمكان هذا الإلحاق بطريق دلالة النص ، فلو تحققت في نظرهم علة الكفارة في العمد لألحقوه بالخطأ في وجوب الكفارة بدلالة النص التي لا تعدو أن تكون هنا – مع اختلاف العلماء في علتها– سوى قياساً بحقيقته ومفهومه.

ومعنى ذلك : ان قولهم الفقهي لا يخالف – في الصورة – أصولهم المانعة من القياس في العقوبات المقدرة بينما يخالفها في الحقيقة والمعنى ، حيث إنهم جعلوا دلالة النص طريقا بديلاً للقياس في الكفارة ؛ لأنها من الأحكام التي يمنعون القياس فيها . ثم اجتهدوا في إلحاق العمد بالخطأ في وجوب الكفارة بهذا الطريق ، فتعذر – في اجتهادهم – هذا الإلحاق لعدم تحقق علة دلالة النص في العمد . فلو أداهم اجتهادهم إلى تحقق علة الكفارة في العمد لأوجبوا فيه الكفارة إلحاقاً له بالخطأ بدلالة النص .

ثانيا: ان السادة المالكية والحنابلة في مشهور المذهب وإن وافقوا السادة الحنفية القول بعدم وجوب الكفارة فى العمد ، لكن مستندهم في ذلك مختلف عن الحنفية، حيث إنهم قد منعوا قياس العمد على الخطأ ، لوجود فارق بينهما بأن الخطأ أدنى إثماّ بينما العمد أعظم إثماّ فلا تناسبه الكفارة .

قال العلامة الدسوقي : " إنما لم تجب الكفارة في العمد ووجبت في الخطأ مع أن مقتضى الظاهر العكس ؛ لأنهم رأوا أن العامد لا تكفيه الكفارة لجنايته ؛ لانها أعظم من أن تكفر ." [١]

وبناءّ على ذلك : لا يكون منعهم قياس العمد غلى الخطأ في وجوب الكفارة خروجاّ عن أصلهم المجيز للاحتجاج بالقياس فى الكفارة كعقوبة مقدرة، بل لانعدام تحقق المماثلة والمساواة بين الاصل والفرع فى اجتهادهم.

الوجه الثاني:

أن السادة الشافعية والحنابلة في رواية قد ألحقوا العمد بالخطأ في الكفارة

وسواء قلنا : إن طريقهم في ذلك القياس ، أو دلالة النص – كما اعتبره الحنفية– فلا فارق بينهما في النتيجة ، إذ مع احتدام الخلاف بين الفقهاء في تحديد علة الكفارة ومدى تحققها في العمد تكون العلة اجتهادية ، ويكون بناء الحكم عليها قياساّ. ولا شك أن استدلالهم بالقياس على قولهم الفقهي بتوافق مع أصولهم المجيزة للاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة.

وبعد : كان هذا عرضاّ لأهم الفروع الفقهية المبنية على الخلاف الأصولي في الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة رجوت تقديمها كنموذج لاجتهادات الفريقين الفقهية بغية التوصل من

---

[١] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٨٦/٤ ، وينظر في معناه : المغني لابن قدامه ٥٤/١٢.

دراستها إلى حقيقة موقف كل فريق في جانب التطبيق الفقهي لرأيهم في الأصول . وهذا ماسيفصله البحث فى المبحث التالي .

المبحث السادس

دلالة الفروع الفقهية على حقيقة موقف الجمهور والحنفية

من العمل بالقياس في العقوبات المقدرة

لقد ظهر من دراسة الفروع الفقهية المتقدمة حقيقة موقف كل من الجمهور والحنفية من العمل بالقياس في العقوبات المقدرة والتى تبرز في النقاط التالية :

أولا: تشير الاجتهادات الفقهية لجمهور العلماء إلى اضطراد قولهم الأصولي بالاحتجاج بالقياس في تلك العقوبات، حيث عملوا بالقياس في جانب التطبيق الفقهي فيما ظهر لهم فيه وجه . واتضح ذلك من استدلالهم بالقياس على أقوالهم الفقهية على ما تقدم بيانه في كل فرع فقهي ، بينما تركوا العمل بالقياس في بعض المسائل عند عدم ظهور وجه له . وليس في ذلك نقض لأصولهم أو خروج عنها ؛ لأنهم إنما تركوا القياس لمانع من صحته ، لا لكونه ممنوع الجريان في تلك العقوبات .

ومن ذلك : وجود نص في المسالة يجعل القياس فيها باطلاً لمصادمته النص ، مثل ترك جمهور الفقهاء قياس اللواط على الزنا لمصادمته – في اجتهادهم – حديث (اقتلوا الفاعل والمفعول به)

ومنه أيضا : عدم حصول المماثلة – في نظرهم – بين الفرع والأصل في العلة . مثل ترك الشافعية والحنابلة قياس الفطر بالأكل والشرب عمداً على الفطر بالجماع عمداً في وجوب الكفارة.

فكان ترك الجمهور للقياس في نحو تلك المواطن مستنداً الى مسوغ يوجب – في اجتهادهم – فساد القياس ، لا منعه لكونه قياساً في عقوبة مقدرة ، وهذا يؤكد قول الجمهور في أصولهم بأن الاحتجاج بالقياس في تلك العقوبات إنما يكون فيما يدرك العقل علته فقط .

قال الإمام الصنعاني : "فإذا عقل المعنى وجب فيه الحكم بالقياس كما قيس القتل بالمثقل على القتل بالمحدد، وقطع النباش على قطع السارق ، فالعلة والحكم فيه معلومان. وأما ما لا يعلمان فيه فلا يجري فيه القياس " [١]

وعليه : يطمئن البحث إلى اضطراد قول جمهور العلماء بالاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة أصولاّ وفقهاّ.

ثانيا: تشير اجتهادات السادة الحنفية في التطبيق الفقهى إلى مخالفة قواعدهم الأصولية ، حيث عملوا بحقيقة القياس في العقوبات المقدرة .

وفي سبيل دفع مناقضة ذلك لأصولهم أكدوا في كل مسألة منها على أن استدلالهم ليس من قبيل القياس بل من دلالة النص .

وقد أجاب البحث عن دفعهم هذا نظرياّ أثناء تحقيق نوع الخلاف في المسألة ، وتطبيقياّ بمناقشة استدلالهم بدلالة النص في كل مسألة بما يثبت خروج استدلالهم عن نطاقها إلى القياس ؛ وذلك لكون العلة في ما اعتبروه دلالة نص غير مفهومة لغة كما اشترطوا في قواعد الاستدلال بها ، وإنما هي علة اجتهادية ، بدليل اختلاف كبار أئمة الفقه فيها .

وهذا ما صرح به بعض العلماء كالعلامة التفتازاني [٢] ، وغيره من المتقدمين [٣] ورجحه كثير من المعاصرين من أساتذة الفقه الحنفي و أصوله [٤] ، لذا نقل جمهور العلماء عن الإمام الشافعي

---

[١] إجابة السائل ص ١٧٦

[٢] ينظر : التلويح ٢٥٦/١.

[٣] شرح نور الأنوار على المنار ٣٩٠/١ ، ٣٩١ .

[٤] ومنهم أصحاب الفضيلة : د/ أحمد فهمي أبو سنة ص ١٠٩ ، ١١٠ مرجع سابق ، د/ شوكت العدوي ص ٧٥ هامش (١) مرجع سابق ، أستاذي الدكتور محمد عبد العاطي –رحمه الله- ص ٣٧٧ مرجع سابق ، د/ محمد أديب صالح ص ٥٣١ مرجع سابق ، د/ فتحي الدريني ص ٢٦٦ مرجع سابق .

– رحمه الله– أنه تتبع فقه السادة الحنفية فوجد عدم التزامهم بأصلهم المانع للقياس في تلك العقوبات .

قال ابن السمعاني : "وقد تتبع الشافعي –رحمه الله– مذاهبهم وأبان أنهم لم يفوا بشئ مما ذكروه ." [١]

وعليه: يطمئن البحث إلى عمل السادة الحنفية بحقيقة القياس في العقوبات المقدرة على خلاف ماصرحوا في أصولهم بمنعه .

والخلاصة :

أن اجتهادات الجمهور الفقهية موافقة لقواعدهم الأصولية في الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة . ولا يقدح في ذلك ترك بعضهم للقياس في بعض المسائل لوجود مانع من صحته أو لعدم استيفاء شروطه.

أما السادة الحنفية : فقد جاءت اجتهادتهم الفقهية مخالفة لقواعدهم الأصولية المانعة للقياس فى تلك العقوبات، حيث احتجوا بحقيقة القياس ومفهومه فيها لكن بمسمى دلالة النص .

ومعلوم أنه لا مشاحة في الاصطلاح إذا اتحدت الحقيقة والمعنى، ومن ثم تتلاشى حقيقة الخلاف في المسألة بينهم وبين الجمهور ، ويصفو للبحث القول : بجواز الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة في الشريعة الإسلامية دون منازعة حقيقية من أحد.

وهنا يثور السؤال التالي : هل يتعارض العمل بالقياس في تلك العقوبات مع مبدأ الشريعة الجنائية ؟ هذا مايجيب عنه البحث في الفصل التالي .

---

[١] قواطع الأدلة ١٠٧/٢ ، وينظر فى معناه : البرهان لإمام الحرمين ٢/فقرة (٨٧٠) ، المحصول للرازي ٣٥٠/٥ ، نهاية الوصول ٣٢٢٤/٧ ، رفع الحاجب ٤٠٩/٤.

الفصل الثالث

مبدأ الشرعية الجنائية ومدى منافاته للاحتجاج بالقياس في العقوبات

في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

تقديم وتقسيم:

لقد خلص البحث إلى اتفاق الفقهاء على الاحتجاج بالقياس في العقوبات غير المقدرة (التعزير) ، واحتجاج جمهور العلماء بالقياس في العقوبات المقدرة
(الحدود والقصاص والكفارات) أصولاً وفقهاً ، وعمل السادة الحنفية بحقيقة االقياس فيها لكن وفق اصطلاح دلالة النص وإن صرحوا بمنع الإحتجاج به فى أصولهم .

هذا فى حين تقرر التقنينات الجنائية الوضعية مبدأ الشرعية مرتكزاً أساسياً لقواعد التجريم والعقاب يستلزم منع الاحتجاج فيها بالقياس .

فما حقيقة مبدأ الشرعية في التقنينات الوضعية ؟ وهل عرفته الشريعة الإسلامية بنفس مفهومه القانوني أم بمفهوم أخر؟ وما مدى منافاة مبدأ الشرعية للاحتجاج بالقياس في العقوبات؟

هذا ما يجيب البحث عنه ويوضحه في دراسة مقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من خلال المبحثين التاليين :

المبحث الاول : مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .

المبحث الثاني : مدى منافاة مبدأ الشرعية للاحتجاج بالقياس في العقوبات

في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي .

المبحث الاول

مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

إن الحديث عن مبدأ الشرعية الجنائية يقتضي التقديم بتصور مفهومه أولاّ في القانون الوضعي ؛ وذلك لأنه مصطلح حديث النشأة حتى في النظم الوضعية .

فقد نشأ وراج سوقه خلال القرن الثامن عشر الميلادي استجابة لصيحات الفلاسفة والمناطقة الذين وقفوا بصلابة ضد تحكم القضاة وتعسفهم في إصدار الأحكام القضائية ، والذى تمثل في الخلط بين الجريمة الجنائية والرذيلة الخلقية والمعصية الدينية . [١]

ثم اكتسب المبدأ قوته وكيانه بتبنى الثورة الفرنسية له، وذلك بالنص عليه في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة ١٧٨٩م ، ثم النص عليه فى الدساتير الفرنسية اللاحقة ، ليجد سبيله كمبدأ أساسي يتعين تقريره في التقنينات الجنائية الحديثة بالنص عليه في دستور الدولة أو تشريعها الجنائي أو كليهما معاّ ، هذا بالإضافة إلى تقريره في المواثيق الدولية ، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة ١٩٤٨م المادة (٢/١١) ، والاتفاقية الأوربية لحقوق الانسان سنة ١٩٥٠ م المادة (٧) ، والاتفاقية الدولية لحقوق الانسان المدنية والسياسية سنة ١٩٦٦ م المادة (١٥) . [٢]

---

[١] ينظر شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات د / محمود مصطفى ص ٦٤ط /جامعة القاهرة ط /عاشرة ١٩٨٣م ، الفكر المنطقي في ضوء القانون د / محمود السقا ص ١٤٣ ط /دار الثقافة العربية القاهرة ٢٠٠٢م.

[٢] ينظر :شرح قانون العقوبات القسم العام د/محمد عيد الغريب مع د/عمر الفاروق الحسيني ص ٣٨ط/٢٠٠٥-٢٠٠٦د ن.

ثم انتقل المبدأ إلى غالب التقنينات الجنائية الحديثة ، ومنها التقنين المصري ، حيث نص قانون العقوبات الحالى الصادر سنة ١٩٣٧ م على أنه "يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره".

مضمون مبدأ الشرعية وفلسفته :

يقصد بمبدأ الشرعية الجنائية أو مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص : كون التشريع هو المصدر الوحيد لقانون العقوبات ، أى أن المشرع وحده هو الذى يملك سلطة التجريم والعقاب . [١]

فلا يملك القاضي بناءً على ذلك المبدأ أن يجرم فعلاً لم يجرمه القانون ولا أن يقضي بعقوبة غيرالمنصوص عليها في القانون [٢] ، وذلك إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يستلزم قصر التقنين على السلطة التشريعية وحدها، وحصر دور القاضي في تطبيق النص القانوني على الوقائع المعروضة ، بحيث إذا افتقد النص تعين عليه تبرئةَ المتهم مهما كان الفعل في نظره ضاراً بالمجتمع أو مخالفا للأخلاق والعدالة . [٣]

---

[١] ينظر : الوسيط في قانون العقوبات القسم العام د / احمد فتحي سرور ص ١٢٥ط /دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨١ م

[٢] ينظر: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات د / احمد شوقي أبو خطوة ص٣٨ ط /دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٣م

[٣] ينظر : د / محمود مصطفي ص ٦٣ مرجع سابق د/محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات القسم العام ص٧٢ط /دار النهضة العربية ط/خامسة ١٩٨٢م، د/أحمد شوقي أبو خطوة ص٤٤,٤٣ مرجع سابق.

لذا وجد مبدأ الشرعية الجنائية مبرراته الفلسفية والواقعية في كونه انعكاساً لمبدأ الفصل بين السلطات ، حتى لا تفتئت السلطة القضائية على اختصاصات السلطة التشريعية فتقاسمها مهمة التقنين ، فكان من شأن اعتناقه تثبيت مبدأ الفصل بين السلطات . [١]

هذا بالاضافة إلى كون مبدأ الشرعية ضمانة كبرى للحرية الفردية في مجال التجريم والعقاب ، وذلك أنه يضع الحدود الفاصلة بين ماهو مشروع وماهو مجرم من الأفعال بما يبث الطمأنينة في نفوس الأفراد داخل المجتمع ويحول دون استبداد الحكام وتعسف القضاة في تجريم أي سلوك لم ينص عليه القانون . [٢]

فضلا عن حمايته للمصلحة العامة من جهة إكساب العقوبة أهم خصائصها ، من كونها نابعة من إرادة المشرع ، حتى تنال قوة الردع في نظر الجميع باعتبارها رد فعل عادل ومشروع للسلوك المجرم . [٣]

وعلى الرغم من ذلك فقد تعرض مبدأ الشرعية لعدة انتقادات كان بعضها عاملاً في تطور المبدأ لمسايرة الاتجاهات الجنائية الحديثة في مراعاة مبدأ تقريد العقاب ، وذلك بوضع حد أقصى وأدنى للعقوبة في غالب العقوبات ، وتقرير العقوبات التخييرية ، ووقف التنفيذ ، والإفراج الشرطي ، ونحو ذلك من الوسائل المخففة لحدة المبدأ وحرفيته ، والتي تمكن القاضي من مراعاة اعتبار شخص المجرم ودرجة خطورته –لا جسامة جريمته – في الحكم بالعقوبة الملائمة . [٤]

---

[١] ينظر : الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون د/عبد الفتاح الصيفي ٧٣ط / دار النهضة العربية بالقاهرة ٢٠٠١م.

[٢] ينظر : د / أحمد فتحي سرور ص١٢٨ ، د / أحمد شوقي أبو خطوة ص ٤٠مرجعان سابقان.

[٣] ينظر : د / أحمد فتحي سرور ص ١٢٨ ، ١٢٩، د / عبد الفتاح الصيفي ص٧٤ مرجعان سابقان.

[٤] ينظر : د / أحمد فتحي سرور ص١٢٩,١٣٠، د/عبد الفتاح الصيفي ص٧٥ ، ٧٦، د/ أحمد شوقي أبو خطوة ص٤١,٤٢ مراجع سابقة .

وبهذا أضحى انتقاد مبدأ الشرعية بمجافاته مبدأ تفريد العقوبة في ذمة التاريخ وكتب للمبدأ الاستقرار كركيزة أساسية لقواعد التجريم والعقاب في التشريعات الجنائية الحديثة . [١]

لكن ظل النقد وارداً على مبدأ الشرعية بكونه يصيب القانون الجنائي بالجمود والعجز عن مسايرة تطور الجريمة بتطور الحياة ، ومع تقدير غالب الشراح لأهمية هذا النقد وخطورته لم يكن لهم سبيل في دفعه والتخلص منه نهائيا ، بل اتجهوا إلى التقليل من خطورته ، والحد من أثاره بالوسيلتين التاليتين:-

الأولى: دعوة المقنن الوضعي إلى اليقظة والمتابعة الدائمة لتطور السلوك الإجرامي وسرعة الاستجابة لآراء الفقه والقضاء بالنسبة لما يكتشفانه من نقص تشريعي لتداركه بالتقنين.

الثانية : مراعاة المقنن انتقاء ألفاظ واسعة في النص على الجرائم يسمح تفسيرها بتحقيق التوازن بين المحافظة على مبدأ الشرعية وبين تمكين القضاء من إنزال العقاب على كثير من الجرائم المستحدثة حتى لا يصاب القانون الجنائي بالجمود والعجز عن مسايرة تطور الجريمة . [٢]

هذا وبالرغم من تطور مبدأ الشرعية في التشريعات الجنائية الحديثة ومحاولة التخفيف من حدته وتلافى الانتقادات الموجهة إليه يظل القانون الجنائي عاجزاً في حالات النقص التشريعي عن تلبية حاجة القضاء إلى إنزال العقاب على مرتكبي الجرائم المستحدثة حتى صدور نص تشريعي ، لا سيما

---

[١] ينظر : د/عبد الفتاح الصيفي ص ٧٥ مرجع سابق .

[٢] ينظر : د/محمود مصطفى ص ٦٨ ، د/عبد الفتاح الصيفي ص ٨٩ وما بعدها ، د/أحمد شوقي أبو خطوة ص ٤١,٤٢ مراجع سابقة .

أن جانباً كبيراً من الشراح يرى – وبحق– أن المقنن قلما يبادر بالاستجابة إلى صيحات الفقه والقضاء بسد النقص التشريعي ، بل غالباً ما تأتي استجابته متأخرةً بسبب ما تمر به من إجراءات . [١]

وبعد هذا العرض اللازم لتصور حقيقة مبدأ الشرعية في القانون الوضعي وفلسفته ومراحل تطوره يمكن القول : إن الشريعة الاسلامية قد سبقت القوانين الوضعية بأكثر من الف وأربعمائة عام إلى تقرير مبدأ الشرعية لكن ليس بمفهومه القانوني الحاد الذي أصاب النصوص بالجمود والعجز عن مسايرة تطور الجريمة في كثير من الأحيان ، بل قررته الشريعة بمفهوم أوسع وأشمل جمع بين الضبط والدقة مع المرونة والمسايرة لتطورات الحياة واعتبار تجدد مصالح المجتمع المطلوب حفظها وصيانتها من السلوك الإجرامي ، وذلك على التفصيل التالي :

أولاً : مضمون مبدأ الشريعة الجنائية وفلسفته في الشريعة الإسلامية :

لقد قررت الشريعة الإسلامية أصل فكرة مبدأ الشرعية ، وهو انتفاء المسئولية والجزاء في الدنيا والاخرة ، بل انتفاء أصل التكليف الشرعي إلا بعد البلاغ والإنذار ، إذ إن منطق الشريعة الإسلامية قائم على أنه لا تكليف الا بوحي ورسالة ٠ [٢]

وعليه : لا حكم لافعال العقلاء إلا بعد ورود الشرع [١]، وذلك استناداً للنص والمعقول.

أما النص :

---

[١] ينظر: د/عبد الفتاح الصيفي ص ٧٧ مرجع سابق ، في الشرعية الجنائية د/ عبد الأحد جمال الدين ص١٤٩ بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية لكلية الحقوق جامعة عين شمس العدد (٢) سنة (١٦)١٩٧٤ م.

[٢] بل لا تعاقب الشريعة المسلم على ما ارتكبه من جرائم قبل اعتناق الإسلام وسريان التكليفات الشرعية بحقه، لقوله تعالى (قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف) سورة الانفال (٣٨) ، وقوله (ص) (الإسلام يهدم ما قبله) رواه مسلم في ك الإيمان ، باب الإسلام يهدم ما قبله ح٨٨٩/١ ، وقوله (ص) : (ألا كل شيء من أمر الجاهلية تحت قدمي موضوع ، ودماء الجاهلية موضوعة) رواه مسلم في ك الإيمان باب الإسلام يهدم ما قبله حـ١ /٨٨٩ وينظر فيما ذكر : الجريمة للإمام أبي زهرة ص١٣٥ ، ١٣٦ .

فآيات كثيرة منها : قوله تعالى (وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً) [٢] ، وقوله تعالى (وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث فن أمها رسولا يتلوا عليهم أياته) [٣] ، وقوله تعالى(رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل) [٤]،

فهذه الايات القرآنية الكريمة صريحة الدلالة على ان الشارع الحكيم لا يعاقب على أي سلوك إلا بتكليف شرعي يقتضيه .

قال ابن كثير : "إنه تعالى أنزل كتبه وأرسل رسله بالبشارة والنذارة وبين ما يحبه ويرضاه مما يكرهه ويأباه لئلا يبقى لمعتذر عذر . " [٥]

وأما المعقول :

فإن العقل السليم قاضٍ قبل ورود الشرع بكون الأصل في ذمة الإنسان البراءة ، فتبقى على ذلك الأصل حتى يرد التكليف الشرعي بدليل يفيد شغلها بطلب فعل معين أو تركه.

قال حجة الإسلام الغزالي : " اعلم أن الأحكام السمعية لاتدرك بالعقل ، ولكن دل العقل على براءة الذمة من الواجبات وسقوط الحرج عن الخلق في الحركات والسكنات قبل بعثة الرسل عليهم السلام وتأييدهم

---

[١] ينظر : المستصفى للغزالي ٦٣/١ وما بعدها .

[٢] سورة الاسراء (١٥).

[٣] سورة القصص (٥٩).

[٤] سورة النساء (١٦٥).

[٥] تفسير ابن كثير ٨٩/١ ط / دار الفكر بيروت ١٤٠١هـ.

بالمعجزات ، وانتفاء الأحكام معلوم بدليل العقل قبل ورود السمع ونحن على استصحاب ذلك إلى أن يرد السمع . " [١]

وبناءً على ما تقدم : تكون جميع أفعال المكلفين التي لا ينتظمها تكليف شرعي يقتضي حظرها مباحة على حسب الأصل ، وقد حكى شيخ الاسلام ابن تيمية الإجماع على ذلك قائلا : " إنى لست أعلم خلاف أحد من العلماء السالفين في أن ما لم يجيء دليل بتجريمه فهو مطلق غير محجور ، وقد نص علي ذلك كثير ممن تكلم في أصول الفقه وفروعه ، وأحسب بعضهم ذكر ذلك الإجماع يقيناً أو ظناً كاليقين. " [٢]

وتظهر الحكمة التشريعية من مبدأ الشرعية الجنائية في كونه أهم المباديء التشريعية المقررة ابتداءً من الشارع الحكيم تفضلاّ منه وكرماّ إظهاراّ واعلاناّ للعدل الإلهي بين الخالق عز وجل والمخلوقين قطعاّ لمعذرة العصاة المخالفين لتكاليفه ، وإلى هذا المعنى يشير قوله (ﷺ) (ليس أحد أحب إليه المدح من الله عز وجل من أجل ذلك مدح نفسه ، وليس أحد أغير من الله من أجل ذلك حرم الفواحش ،
ولا أحد أحب إليه العذر من الله من أجل ذلك بعث المبشرين والمنذرين) [٣]

هذا بينما تشير فلسفة مبدأ الشرعية في القانون الوضعي إلى عدم تقنينه ابتداءً ، بل ظهر كوسيلة دفاعية حادة في مواجهة تحكم القضاة وتسلطهم إعلاءً للحرية الفردية حتى ولو على حساب مصلحة

---

[١] المستضغى ٢١٧/١ ، ٢١٨ .

[٢] مجموع القناوى ٥٣٨/٢١ ط /الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية والافتاء بالمملكة العربية السعودية ، د ت.

[٣] متفق عليه : رواه البخاري في ك التوحيد ، باب قول النبي لا شخص أغير من الله ، واللفظ له ٢٦٩٨/٦ .ومسلم فى ك الذكر والدعاء ، باب غيرة الله وتحريم الفواحش بلفظ (وليس أحد أحب اليه العذر من الله ، من أجل ذلك أنزل الكتاب وأرسل الرسل)٢١١٤/٤.

الجماعة وفقا للمذهب الفردي السائد في اروبا وقتئذ ، ولعل ذلك سبب حدة مفهوم مبدأ الشرعية في القانون الوضعي التي اصابت نصوصه بالجمود

ثانياً : منهج الشريعة الإ سلامية في تطبيق مبدأ الشرعية الجنائية :

سبقت الاشارة إجمالاً إلى أن الشريعة الإسلامية قد قررت مضمون مبدأ الشرعية بمفهوم أوسع وأشمل جمع بين الدقة والمرونة ، ويتضح ذلك على التفصيل في جانبي المبدأ – شرعية الجرائم ، وشرعية العقوبات – على النحو التالي :

أما تطبيق المبدأ في جانب شرعية الجرائم :

فإنه لما كانت الشريعة الإسلامية شريعة عامة خالدة لم تكن قانوناّ مسطوراّ يحدد بنصوص جزئية الأفعال المجرمة – كما هو شأن أغلب التقنينات الوضعية – بل حددت الجرائم بالأوامر والنواهي الشرعية التي يعلم بعضها بالنص الصريح من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة وإجماع السلف الصالح ، ويظهر ذلك في جرائم الحدود والقصاص ، ويعلم بعضها الآخر من النصوص دلالةّ واستنباطاّ في ضوء القواعد الكلية للشريعة ومقاصدها العامة ، ويظهر ذلك في جرائم التعزير . [١]

وبهذا النهج ينطبق مبدأ الشرعية على الجرائم لا على النسق الجزئي المحصور في دائرة النصوص الوضعية ، بل على نسق أعم وأشمل يليق بكمال الشريعة وعمومها ومرونتها وصلاحيتها للتطبيق على تعدد الأزمنة واختلاف الأمكنة.

---

[١] ينظر : الجريمة للإمام أبي زهرة ص١٤٦

وأما تطبيق المبدأ في جانب شرعية العقوبات :

فقد اتسم منهج الشريعة الاسلامية بالدقة في تطبيق المبدأ في العقوبات المقررة لجرائم الحدود والقصاص ، حيث تكفلت النصوص الشرعية بتحديدها تحديداً دقيقاً ، على نحو لا يكون للقاضي فيه أى حرية فى اختيار نوع العقوبة أو تقدير كمها أو استبدالها بغيرها من العقوبات . [١]

ويجدر التنبيه إلى أن الشريعة الإسلامية قد تميزت –هنا–بأنه في حالتي سقوط الحد بشبهة ، والعفو عن القصاص مطلقاً أو إلى الدية بتخويل القاضي سلطة تقديرية في إنزال العقاب على المتهم تأديباً وزجراً حفظاً لمصلحة المجتمع حتى لا يقف القاضي مغلول اليد مضطراً إلى البراءة.

ثم تظهر المرونة والمسايرة لتطور السلوك الإجرامي بشكل أظهر وأتم في تطبيق المبدأ في العقوبات التعزيرية المقررة للمعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة ، حيث خولت القاضي سلطة تقديرية واسعة في اختيار العقوبة الملائمة لشخص المجرم وظروف ارتكابه الجريمة ، لكن هذه السلطة على سعتها ليست تحكمية مطلقة ، بل هى مقيدة بقواعد الشريعة ومقاصدها العامة من جهة ، وبما قرره جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة –من جهة أخرى– بأن لا تبلغ العقوبة المحكوم بها مبلغ الحد [٢] ، وذلك استناداً لقوله (ﷺ) من (بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين) [٣] .

---

[١] ينظر : الجريمة ص ١٣٩ والتشريع الجنائى الإسلامى ١٠٧/١.

[٢] وذلك على تفصيل في المقصود بالحد : فمنهم من قدره بأقل الحدود للحر وهو أربعين جلده وقيل ثمانين ، ومنهم من قدره بأقل الحدود للعبد وهو عشرين جلده أو أربعين ، ومنهم من قدره بالحد الذي هو جنس للجريمة التعزيرية ، أي لا تبلغ العقوبة التعزيرية فيما هو من جنس الزنا حد الزنا ، ولا تبلغ فيماهو من جنس القذف حد القذف ، وهكذا... ينظر : بدائع الصنائع ٥٣٤/٥ ، مغني المحتاج ٥٤٩/٥ ، المغني لابن قدامه ٤٦٧/١٢ ، الجريمة للإمام أبي زهرة ص ١٤١ ، ١٤٢ .

[٣] رواه البهيقي في ك الأشربة والحد فيها ، باب ما جاء في التعزير وأنه لا يبلغ به أربعين ، وقال :" والمحفوظ هذا الحديث مرسل " ٣٥٤/٢ ووافقة الزيلعي وابن حجر . ينظر : نصب الراية لأحاديث الهدايه ٣٥٤/٢ تح / محمد

وبهذا تنفرد الشريعة الإسلامية بالسبق التشريعي في ترسيخ مبدأ تفريد العقاب وتوسيع سلطة القاضي التقديرية في إيقاع العقوبة الملائمة لشخص الجاني وظروفه على نحو أدق وأفضل مما انتهت إليه الاتجاهات الجنائية الحديثة.

وبعد هذا العرض الملائم لمقصود البحث لمفهوم مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي يثور التساؤل عن مدى وجود منافاة بين مبدأ الشرعية والاحتجاج بالقياس في العقوبات ؟ وهذا ما يجيب عنه البحث ويوضحه من خلال المبحث التالي.

يوسف البنوري ط / دار الحديث القاهرة ١٣٥٧هـ ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ١٠٧/٢ تح / السيد عبد الله هاشم ط / دار المعرفة بيروت د ت .

المبحث الثاني

مدى منافاة مبدأ الشرعية للاحتجاج بالقياس في العقوبات

في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

لما كان مبدأ الشرعية في القانون الوضعي قائماً على حصر التجريم والعقاب في النصوص القانونية المكتوبة كان القياس ممنوعاً بالضرورة في قواعد التجريم والعقاب ، وذلك أن القياس في تلك القواعد يعني إنشاء جريمة أو تقرير عقوبة بغير نص تشريعي وهو ما ينافي مبدأ الشرعية . [١]

وتطبيقاً لذلك : يمتنع على القاضي قياس أية مادة مخدرة على تلك المواد المدرجة بالجداول المرفقة بقانون مكافحة المخدرات ، بل يتعين عليه في تلك الحالة تبرئة المتهم بحيازتها أو الاتجار فيها إعمالاً لمبدأ الشرعية ، حيث يخلو القانون من نص يجرم حيازة تلك المادة أوالاتجار فيها حتى وان فاق تاثيرها المخدر المواد المدرجة بالجداول المذكورة .

وعليه : فالمنافاة حاصلة بين مبدأ الشرعية والقياس في الجرائم والعقوبات ، إذ هي نتيجة مباشرة لإعمال مبدأ الشرعية . [٢]

هذا فى حين تنعدم المنافاة بين مبدأ الشرعية والقياس في القواعد الجنائية المتعلقة بأسباب الإباحة وامتناع المسئولية والعقاب ، والظروف المخففة ، ونحو ذلك

من القواعد غير المتعلقة بالتجريم والعقاب [٣] ؛ إذ لا تعارض بين القياس والغاية المقصودة باحترام مبدأ الشرعية ، فلا خطر على الحريات الفردية من إجراء القياس في تلك القواعد. [١]

---

[١] ينظر : د / أحمد فتحي سرور ١٥٨ . ١٥٩ ، د/عيد الغريب ص ٨٠ ، د / أحمد شوقس أبو خطوة ص٥٩ مراجع سابقة .

[٢] ينظر : النظرية العامة لقانون العقوبات د / جلال ثروت ص ٦ط مؤسسة الثقافة الجامعية بالأسكندرية دت.

[٣] د / أحمد فتحي سرور ص١٦٠مرجع سابق.

والخلاصة :

أن امتناع القياس في قواعد التجريم والعقاب في القانون الوضعي إنما هو ثمرة لضيق مفهوم مبدأ الشرعية وحدته حتى وفق نظرية التفسير الموسع للنصوص الجنائية ، إذ تبقى الأفعال غير المنصوص على تجريمها خارجة عن نطاق التجريم والعقاب حتى مع ثبوت ضررها المحقق بمصلحة المجتمع ، لذا يمتنع على القاضي إنزال العقاب على مرتكبيها احتراماً لمبدأ الشرعية ، وإلا كان مقتئتاً بسلطته القضائية على السلطة التشريعية .

لكن لما كان مفهوم مبدأ الشرعية في الشريعة الإسلامية قائماً على وجود تكليف شرعي بحظر الفعل أو الامتناع عنه ، يفهم صراحة من النصوص الشرعية ، أو استنباطاً من عللها المنضبطة بمقاصد الشريعة العامة وقواعدها الكلية لم يكن مبدأ الشرعية محصوراً في دائرة ضيق النصوص الجزئية كما هو الحال في القانون الوضعي ، بل يعتمد بجوار النصوص على مصادر شرعية أخرى كالقياس والمصلحة المرسلة وسد الذرائع .[٢]

وعليه : فإن مبدأ الشرعية لا ينافي الاحتجاج بالقياس في العقوبات سواء كانت غير مقدرة (التعزير) ، أو مقدرة (الحدود والقصاص والكفارات) وذلك على التفصيل التالى :

أولاً : عدم منافاة مبدأ الشرعية للقياس في العقوبات غير المقدرة :

معلوم أن الأصل التشريعي لجرائم التعزير قاضٍ بتخويل سلطة التجريم والعقاب على المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة إلى ولي الأمر أو قاضيه المفوض إليه ذلك ، وتستند تلك

---

[١] لذا استقر الفقه والقضاء في مصر علي اعتبار الدفاع الشرعي سبباً عاماً للإباحة في جميع الجرائم قياساً على جرائم القتل والضرب والجرح ، كما استقر أيضاً على استعمال القياس في الإعفاء من العقاب في جرائم النصب وخيانة الأمانة لقيام علاقة الزوجية أو البنوة بين الجاني والمجني عليه قياساً على الإعفاء من العقاب في جريمة السرقة . ينظر : د/ محمود مصطفى ص ٩٠، د/محمود نجيب حسني ص٩٥ ، د/أحمد فتحي سرور ص ١٦٠ ، د/عيد الغريب ص ٨٢ ، د/أحمد عوض بلال ص٥٦ مراجع سابقة .

[٢] ينظر في هذا المعنى الجريمة للإمام أبي زهرة ص ١٤٥ ، ١٤٦

السلطة إلى التكليف الشرعي الموجه لولي الأمر ونوابه بحفظ مصالح العباد ، ولكنها ليست سلطة تحكمية ، وإنما هي سلطة اختيار وتقدير قصد بها تمكين ولي الأمر وقضاته من تقدير خطورة الجريمة واختيار العلاج المناسب المحقق للمصلحة ، لذا كانت مقيدة كل التقييد في نطاق التجريم بأوامر الشرع وقواعده الموجبة لرفع الضرر ونفي الظلم ، فليس للقاضي أن يجرم فعلاً إلا بسند من الشرع الحنيف إما لضرر مؤكد أو غالب ينال المكلفين أو لأن مصلحة الأمة العليا تستلزم تجريمه .[١]

كما تتقيد في نطاق العقوبة بما يناسب حال المجرم وظروفه حين ارتكاب الجريمة ، وبألا تبلغ الحد وفقا لقول الجمهور السابق بيانه ، ولما كان هذا شأن التعزير كان ثبوته بالقياس محل اتفاق بين أهل العلم ، وذلك لابتنائه على السلطة التقديرية لولي الأمر وقضاته ، ولم يكن في الاحتجاج بالقياس هنا منافاة أو تعارض مع مبدأ الشرعية ، لكون تلك السلطة مستمدة من الشرع وكاشفة عن حكمه في تلك الجرائم ، ويباشرها ولي الأمر أو قضاته بتلك الصفة لا بصفتهم التنفيذية أو القضائية .

ثانياً : عدم منافاة مبدأ الشرعية للقياس في العقوبات المقدرة :

لقد خلص البحث إلى جواز الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة عند إدراك علتها وفقاً لقول جمهور العلماء ، ووفقاً لاجتهادات السادة الحنفية على ما سبق تحقيقه .

ولا منافاة بين مبدأ الشرعية والاحتجاج بالقياس في تلك العقوبات ، وذلك للأسانيد التالية :

١- إن العمل بالقياس في العقوبات المقدرة لا يعني إنشاء جريمة جديدة أو تقرير عقوبة بمعزل عن النصوص - كما هو الشأن في القانون الوضعي - لأن القياس أحد الأدلة الشرعية المتفق

---

[١] ينظر الجريمة للإمام أبي زهرة ص ١٤٦ ، والتشريع الجنائي الإسلامى للأستاذ عبد القادر عودة ١٣٠/١ .

على الاحتجاج بها بين جماهير أهل العلم ، فيكون العمل به في تلك العقوبات موافقا لمبدأ الشرعية .

ويضاف إلى ذلك : أن القياس سواء نظرنا إليه باعتباره دليلاً شرعياً مستقلاً أو نظرنا إليه باعتباره فعلاً للمجتهد – لا يعد في جميع الأحوال منشئاً للحكم الشرعي في الواقعة غير المنصوص عليها ، للاتفاق على أن الشارع الحكيم هو المنشيء لجميع الأحكام الشرعية سواء ثبت الحكم بالنص أو القياس أو غيرهما ، فالقياس إنما هو دليل كاشف عن حكم الشارع ومظهر للمساواة في الحكم بين الواقعتين المنصوصة وغير المنصوصة . [١]

فقياس القاضي اللواط على الزنا– مثلاً – لا ينشئ جريمة حدية جديدة تسمى جريمة اللواط ، كما لا يقرر فيها عقوبة حد الزنا بمعزل عن النص ، وإنما هو كاشف عن مساواة اللواط للزنا في التجريم والعقاب .

ومن ثم يكون ثبوت عقوبة الزنا في اللواط بالقياس مستنداً إلى النص الشرعي الوارد في جريمة الزنا ، فهو المنشيء حقيقة لهذا الحكم في الزنا صراحة وفي اللواط قياساً واستنباطاً ، وبهذا يكون عمل القاضي بالقياس في تلك العقوبات موافقاً لمبدأ الشرعية .

٢– أن القياس في الشريعة لا يعدو أن يكون وسيلة لتفسير النصوص الشرعية وشرحاً لها [٢] ، وقد صرح بهذا بعض العلماء ومنهم حجة الإسلام الغزالي مقرراً أن النصوص الشرعية من القرآن

---

[١] ينظر: كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٢٦٠/٣، البحر المحيط ١٧/٧ ، حاشية العطار على جمع الجوامع ٢٤٠/٢

[٢] ينظر : دراسات فى التشريع الجنائى على ضوء الكتاب والسنة لفضيلة الدكتور / إبراهيم عبد الحميد –رحمه الله – ص٢٦ مذكرات مطبوعة على الألة الكاتبة لطلبة الدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون عام ١٩٧٣

والسنة ويلحق بها الاجماع إنما هي الأدلة المثمرة للأحكام الشرعية ، والقياس طريق لاستثمار الحكم من معقول ألفاظها. [١]

كما صرح بعض العلماء المعاصرين بأن القياس في الجرائم والعقوبات ليس مصدراً تشريعياً مستقلاً عن النصوص ، وإنما هو مصدر تفسيري لها يساعد القاضي في تعيين الأفعال التي تدخل في نطاق النص ، وذلك كإلحاق اللواط بالزنا ، وإلحاق القتل بالمثقل بالقتل بالمحدد . [٢]

وعليه : يكون الاحتجاج بالقياس في تلك العقوبات موافقاً لمبدأ الشرعية ، بل منسجماً تمام الانسجام مع مفهومه حيث لم يخرج العمل به عن نطاق النصوص الشرعية .

٣- أن الاجتهاد من شروط أهلية القضاء في الشريعة الإسلامية [٣] ، فيكون عمل القاضي الجنائي الإسلامي بالقياس في العقوبات المقدرة كاشفاً عن حكم الشرع بأحد وسائل الاجتهاد المأمور به شرعاً ، وحينئذ لا يعد عمله بالقياس افتئاتاً منه كقاضٍ على السلطة التشريعية ولا خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ، وهذا على خلاف القاضي في النظم الوضعية لافتقاده تلك الصفة ومن ثم كان عمله بالقياس خروجاً على مبدأ الشرعية وجمعاً منه كقاضٍ بين سلطته القضائية والسلطة التشريعية.

والخلاصة :

---

[١] كما صنف ابن قدامه الحنبلي القياس ضمن أبواب استنباط الحكم من اللفظ بفحواه ينظر : المستصفى١ / ٦ ، ٧ ، ٩ ،البحر المحيط ٣٧/٧ ، روضة الناظر ص ٢٧٥ .

[٢] ينظر: التشريع الجنائي الإسلامي ١٦٠/١

[٣] يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة اشتراط الاجتهاد وجوباً في القاضي ، وذلك لقوله تعالى : "فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول " سورة النساء (٥٩) ، وقياساً على الإفتاء بجامع كونهما اخباراً عن حكم الشرع ، بل القضاء أهم وأكد لكونه فتيا على سبيل الإلزام ، هذا بينما يرى السادة الحنفية اشتراط الاجتهاد في القاضي على سبيل الندب والاستحباب ؛ وذلك لأنه متمكن من القضاء بتقليد المجتهدين ، وقياساً للقضاء على الإمامة العظمى بجامع كونهما ولاية عامة حيث لا يشترط لها الاجتهاد . ينظر : بدائع الصنائع ٤٣٩/٥ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي١٢٩/٤ ، المغني لابن قدامه ٣٠٥/١٣ .

أن مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية لا ينافي الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة لكون القياس وسيلة معتبرة لتفسير نصوص الشارع كاشفة عن أحكامه ، لذا لم يكن استناد القاضي إليه افتئاتاً منه بسلطته القضائية على السلطة التشريعية أو خرقاً منه لمبدأ الفصل بين السلطات على خلاف ماهو مقرر في النظم الوضعية .

ولا يقال : إن التعزير يغنى القاضي عن الحاجة إلى القياس في العقوبات المقدرة [١] ؛ لأن في عدول القاضي عن القياس إلى التعزير جموداً على حرفية النصوص الشرعية واهداراً لمعانيها وعللها ، وهو أمر مجافٍ لقواعد الشريعة منافٍ لمقاصدها العامة .

ويضاف إليه : أن الزجر كمقصودٍ عامٍ للشارع من تقرير العقوبات إنما يتحقق بشكل أبلغ وأتم في العقوبات المقدرة لا سيما على قول أكثر العلماء بتقييد مقدار التعزير بألا يبلغ مبلغ الحد.

تتمة :

تجدر الإشارة في ختام البحث إلى قول بعض أساتذة القانون الجنائي بإطلاق منع تفسير النصوص الشرعية الجنائية بالقياس على غرار منعه في القانون الوضعي لمصادمته مبدأ الشرعية [٢] ، مستدلين على ذلك تارة بترجيح قول السادة الحنفية في أصولهم بمنع القياس في العقوبات المقدرة ، وتارة أخرى بتأويل اجتهادات الفقهاء المتضمنة إعمال القياس في العقوبات بأنها لا تعدو أن تكون تفسيراً للنصوص بمقتضى دلالة النص. [٣]

ويمكن الجواب عن ذلك بما يأتي :

---

[١] ينظر : الفقه الجنائي الإسلامي د/محمود نجيب حسني ص ٩٣ د ن ، د/نجاتي سند ص٥١ مرجع سابق.

[٢] د/عبد الفتاح الصيفي ص ١١٤-١١٦ ، د/نجاتي سند ص٤٥ -٥١ مرجعان سابقان.

[٣] ينظر : د/عبد الفتاح الصيفي ص١١٤ مرجع سابق

إن إطلاق القول بمنع تفسير القياس للنصوص الشرعية الجنائية لمصادمته لمضمون مبدأ الشرعية ، إنما هو مؤسس على تفسير مبدأ الشرعية بما هو مقرر في القانون الوضعي مع تغاير مضمونه في الشريعة الإسلامية عن القانون الوضعي على ما تقدم إيضاحه.

ويضاف إلى ذلك : أن إطلاق القول بمنع تفسير النصوص الشرعية بالقياس على غرار منعه في القانون الوضعي يستلزم منع القياس في عقوبة التعزير مع الاتفاق على جوازه.

أما تأويلهم عمل الفقهاء بالقياس في العقوبات المقدرة بكونه لا يعدو أن يكون إعمالاً لدلالة النص ، فليس بجديد ، اذ سبقهم بذلك السادة الحنفية تخلصاً من الطعن عليهم بانتقاض أصولهم المانعة من القياس في العقوبات المقدرة ،

وقد انتهى البحث من تحقيق ذلك إلى خروج تلك الاجتهادات الفقهية عن نطاق العمل بدلالة النص إلى العمل بالقياس الأصولي ، وهذا ماجزم به كثير من علماء الشريعة المحققين متقدمين ومعاصرين. [١]

وأخيرا يهمس البحث في أذن أصحاب هذا الاتجاه قائلاً :

إن الشريعة الاسلامية كنظام قانوني مستمد من الوحي الإلهى لها من الخصوصية عن الأنظمة الوضعية ما يجعلها نظاماً فريداً في قواعده وأحكامه بحيث يمتنع معها جر أحكام الشريعة وقواعدها إلى قواعد القانون الوضعي.

ودليل ذلك :

---

[١] ينظر : البحث في تحقيق الخلاف بين الجمهور والحنفية .

أن تلك الخصوصية اقتضت اعتبار كليات الشريعة ومقاصدها العامة مصدراً للتجريم والعقاب بجوار النصوص الجزئية ، فكانت الجرائم والعقوبات التعزيرية التي اعترف القانونيون أنفسهم بكونهما سبقاً تشريعياً في مجال تفريد العقاب وتوسيع السلطة التقديرية للقاضي لم يصل أهل التقنين إلى بعضه إلا بعد سنوات عديدة وجهد جهيد .

هذا كله مع ملاحظة أن منطق قواعدهم القانونية يأبى التعزير ويرفضه لخروجه عن مبدأ الشرعية وفق مفهومه القانوني المحصور في دائرة النصوص القانونية المكتوبة .

لذا يجدر القول : إن منع تفسير النصوص الشرعية الجنائية بالقياس على غرار منعه في القانون الوضعي مع اختلاف النظامين إنما هو لي لعنق أحكام الشريعة وقواعدها لتتوافق مع مبدأ الشرعية بمفهومه الوضعي الذي أصاب نصوص القانون الجنائي بالجمود، بل العجز من مسايرة تطور الجريمة انتظاراً لصدور التشريع المكتوب .

ولا شك أن ذلك مقاربة يأباها المنطق لخصوصية الشريعة الإسلامية وتفرد أحكامها وقواعدها التي تسلتزم الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة وغير المقدرة دون أن يكون في ذلك خروج عن مضمون مبدأ الشرعية او خرقا لمبدأ الفصل بين السلطات على نحو ما سبق إيضاحه تفصيلاً ضرورة كمال الشريعة ووفائها بأحكام الحوادث على تجدد الأزمنة واختلاف الامكنة ،،،

والله تعالى اعلم.

الخاتمة

- أسأل الله تعالي حسنها -

الحمد لله ذي الفضل والمنة والصلاة والسلام على خير رحمة للامة ، وبعد فقد توصلت من خلال البحث إلي عدة نتائج ، من أهمها ما يأتي :

١- جواز الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة في الشريعة الإسلامية باتفاق العلماء ، وذلك لابتنائها علي السلطة التقديرية لولي الأمر وقضاته المستمدة من الشرع الحنيف صيانة للمصالح ودفعاً للمفاسد .

٢- اختلاف العلماء في جواز الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة (الحدود والقصاص والكفارات) بناءً علي اختلافهم في مدي تعقل علة النصوص الشرعية الواردة بتلك العقوبات ، واختلافهم في دلالة النص من حيث كونها دلالة لفظية لذات النص الشرعي أو كونها دلالة قياسية .

٣- أسس جمهور العلماء قولهم بجواز الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة علي إمكان تعقل علة النصوص الشرعية الواردة بها ، ومن ثم امتناع القياس فيها جملة .

٤- اضطراد قول جمهور العلماء في الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة ، ولا يقدح في ذلك تركهم القياس في بعض الفروع الفقهية لوجود مانع من صحته .

٥- عدم اضطراد قول السادة الحنفية بمنع الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة ، حيث أعملوا حقيقة القياس في فروع فقهية عديدة لكن بمسمي دلالة النص بما يخرج الخلاف عن كونه حقيقياً .

٦- أن الاحتجاج بالقياس في العقوبات المقدرة وغير المقدرة لا يتعارض مع مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية ولا مبدأ الفصل بين السلطات لسعة مفهوم مبدأ الشرعية ومرونته في النظام الجنائي الإسلامي ولكون القياس دليلاً شرعياً كاشفاً عن الحكم الشرعي لا منشئاً له .

بينما يتعارض الاحتجاج بالقياس في العقوبات في الأنظمة الوضعية مع هذين المبدأين ، نظراً لضيق مفهوم مبدأ الشرعية وحدته وجموده في تلك الأنظمة ، وذلك لكونه محصوراً في النصوص القانونية المكتوبة فقط .

٧- إن عقوبة التعزير لا تغني القاضي في النظام الجنائي الإسلامي عن الحاجة إلي القياس ؛ لأن في ذلك جموداً علي حرفية النصوص وإهداراً لعللها ؛ وهو ما ينافي قواعد الشريعة ومقاصدها العامة .

٨- سبق الشريعة الإسلامية للأنظمة الوضعية في تقرير مبدأ تفريد العقوبة وتوسيع سلطة القاضي التقديرية .

٩- تفتقردراسة علم الفقه إلي فهم القواعد الأصولية للمذاهب الفقهية ، وتحقيق الخلاف فيها ، كما تعظم دراسة علم الأصول في ضوء الاجتهادات الفقهية للمذاهب .

هذا والله العلي العظيم أسأل أن يجعل هذا البحث سبباً لاتصال الصالح من العمل إذا فرع الأجل وانقطع العمل وفي غير رحمة الله انقطع الرجاء والأمل . وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وصلى الله وسلم علي خاتم النبيين والمرسلين وعلي آله وصحبه أجمعين .

المؤلف

دكتور

جمال عبد الستار عبد الله

مدرس الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة بنها

ثبت لأهم مراجع البحث

أولا كتب التفسير وعلوم القرأن :

- التفسير الكبير المسمى مفاتيح الغيب : الإمام فخر الدين الرازى ت ٦٠٤ هـ ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٤٢١ هـ – ٢٠٠٠ م .
- اللباب فى علوم الكتاب : أبو حفض عمر بن على بن عادل الدمشقى ت ٨٨٠ هـ تح / عادل أحمد عبدالموجود وعلى محمد معوض ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٤١٩ هـ – ١٩٨٠ م .
- تفسير القران العظيم : إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقى ت ٧٧٤ هـ ط / دار الفكر بيروت ١٤٠١ هـ .

ثانيا كتب الحديث الشريف وعلومه :

- المستدرك على الصحيحين : محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابورى تح / مصطفى عبدالقادر عطا ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٤١١ هـ – ١٩٩٠ م .
- الدراية فى تخريج أحاديث الهداية : أحمد بن على بن حجر العسقلاني تح / السيد عبدالله هاشم اليمانى ط / دار المعرفة بيروت د ت .
- سنن أبى داود : سليمان بن الأشعت أبو دواد السجستاني ت ٢٧٥ هـ تح / محمد محيي عبدالحميد ط / دار الفكر بيروت د ت .
- سنن الترمذى : محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذى السلمى تح / أحمد محمد شاكر وأخرون ط / دار إحياء التراث العربى بيروت د ت .
- سنن ابن ماجة : محمد بن يزيد أبو عبدالله القزوينى تح / محمد فؤاد عبدالباقى ط / دار الفكر بيروت د ت .
- سنن البيهقى الكبرى: أحمد بن الحسن بن على بن موسى أبو بكر البيهقى تح محمد عبدالقادر عطا / مكتبة دار الباز مكة المكرمة ١٤١٤هـ – ١٩٩٤ م .
- سنن النسائي الكبرى: أحمد بن شعيب أبو عبدالرحمن التسائي تح / د/عبدالغفار سليمان البنداري وسيد كسروي حسن ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٤١١ هـ

- سنن الدار قطني : على بن عمر أبو الحسن الدارقطني تح / السيد عبدالله هاشم يماني ط/ دار المعرفة بيروت ١٣٨٦ هـ – ١٩٦٦ م .
- صحيح البخاري : محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري تح / د مصطفى ديب البغا ط / دار ابن كثير ودار اليمامة بيروت ط ١٤٠٧ هـ – ١٩٨٧ م .
- صحيح مسلم : مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري تح / محمد فؤاد عبدالباقي ط / دار إحياء التراث العربى بيروت د ت .
- صحيح ابن حبان : محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي تح / شعيب الارنؤوظ ط / مؤسسة الرسالة بيروت ط / ثانية ١٤١٤ هـ – ١٩٩٣ م .
- مسند الإمام أحمد : أحمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني ط / مؤسسة قرطبة مصر د ت .
- مسند أبي يعلى : أحمد بن علي بن المثنى أبو يعلى الموصلي تح / حسن سليم أسد ط / دار المأمون للتراث دمشق ط / أولى ١٤٠٤ هـ – ١٩٨٤ م .
- نصب الراية لأحاديث الهداية : عبدالله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي تح / محمد يوسف البنوري ط / دار الحديث القاهرة ١٣٥٧ هـ .
- نيل الأوطار : محمد بن علي بن محمد الشوكاني ط / إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية د ت .

ثالثا كتب أصول الفقه وقواعده :

- أصول السرخسي : أبو بكر محمد بن أحمد بن أبى سهل السرخسي تح د / وفيق العجم ط / دار المعرفة بيروت ط / أولى ١٤٢٨ هـ – ١٩٩٧ م .
- المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي : د / فتحى الدريني ط / مؤسسة الرسالة بيروت ط / ثانية ١٤٣٤ هـ – ٢٠١٣ م .
- الإبهاج في شرح المنهاج : شيخ الإسلام علي بن عبدالكافي السبكي وولده تاج الدين عبدالوهاب السبكي تح / د شعبان محمد اسماعيل ط / مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة ١٤٠١ هـ – ١٩٨١ م .
- أصول الفقه : الإمام محمد أبو زهرة ط / دار الفكر العربي القاهرة ١٤٢٧ هـ – ٢٠٠٦م.

- أصول الفقه د / زكي الدين شعبان ط / مطبعة دار التأليف القاهرة ١٩٦٤ – ١٩٦٥ .
- المستصفى من علم الأصول : حجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ط / مؤسسة التاريخ العربي بيروت ط / ثالثة ١٤١٤ هـ – ١٩٩٣ م.
- المعتمد في أصول الفقه : أبو الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي ط / دار الكتب العلمية بيروت د ت .
- الإحكام في أصول الأحكام : علي بن أحمد بن حزم الأندلسي ط / دار الحديث القاهرة ط / أولى ١٤٠٤ هـ .
- الإحكام في أصول الأحكام : علي بن محمد الأمدي تح / سيد الجميلى ط / دار الكتاب العربي بيروت ط / أولى ١٤٠٤ هـ .
- البرهان في أصول الفقه : إمام الحرمين عبدالملك الجويني تح د / عبد العظيم الديب ط / دار الوفاء بالمقصورة ط / ثالثة ١٤١٢ هـ – ١٩٩٢ م .
- التوضيح لمتن التنقيح : صدر الشريعة عبدالله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي مطبوع مع التلويح للتفتازاني ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٤١٦ هـ – ١٩٩٦ م .
- التلخيص في أصول الفقه : إمام الحرمين عبدالملك الجويني تح / عبدالله جويلم ، بشير أحمد العمري ط / دار البشاير الإسلامية بيروت .
- التلويح على التوضيح : سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني مطبوع مع التوضيح لصدر الشريعة ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٤١٦ هـ – ١٩٩٦ م .
- أصول الفقه الإسلامي : د/ محمد سلام مدكور ط / دار النهضة العربية القاهرة ط / أولى ١٩٧٦ م .
- البحر المحيط : الامام بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي ط/ دار الكتبي القاهرة ط / ثالثة ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٥ م .
- إعلام الموقعين عن رب العالمين : ابن قيم الجوزية تح / عصام الدين الصبابطي ط / دار الحديث القاهرة ١٤٢٧ هـ – ٢٠٠٦ م .
- إرشاد الفحول إلي تحقيق الحق من علم الأصول : محمد بن علي بن محمد الشوكاني تح د/ شعبان محمد اسماعيل ط / دار السلام القاهرة ط / ثانية ٢٠٠٦.

- إفاضة الأنوار على متن أصول المنار : محمد علاء الدين الحصني مطبوع مع حاشية نسمات الأسحار لابن عابدين ط / دار الكتب العربية الكبرى مصر دت .
- المحصول فى علم أصول الفقه : الإمام فخر الدين محمد بن عمر الرازي تح د/ طه جابر فياض العلوانى ط / مؤسسة الرسالة بيروت ط / ثالثة ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧ م .
- العدة في أصول الفقه : القاضي أبو يعلى محمد بن الحسن الحنبلي تح د/ أحمد بن علي المباركي ط / دار العزة للنشر والتوزيع ط/ رابعة ٢٠١١ م .
- التبصرة في أصول الفقه : أبوإسحاق ابراهيم بن علي الشيرازي تح / محمد حسن محمد حسن اسماعيل ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ٢٠٠٢ م .
- أصول الجصاص : أحمد بن علي الجصاص ط / وزارة الاوقاف الكويتية ط / ثانية ١٤١٤ هـ – ١٩٩٤ م .
- أصول الفقه المسمى : إجابة السائل شرح بغية الأمل : محمد بن اسماعيل الأمير الصنعاني تح / القاضي حسين أحمد السباعي ، د/ حسن محمد مقبولي ط / مؤسسة الرسالة بيروت ط / أولى ١٩٨٦ م .
- التقرير والتحدير : ابن أمير الحاج ط / دار الفكر بيروت ١٤١٧ هـ ١٩٩٦ م
- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول : جمال الدين عبدالرحيم الإسنوى ط / مكتبة النهضة العربية مكة المكرمة ط / ثانية ١٣٨٧ هـ .
- الوسيط في أصول فقه الحنفية : د / أحمد فهمي أبو سنة مطبعة دار التاليف بمصر ط / أولى ١٣٧٤ هـ – ١٩٥٥ م د ق.
- الوصول إلي الأصول : ابن برهان تح / عبد الحميد أبو زنيد ط / مكتبة المعارف بالرياض ط / أولى ١٤٠٤ هـ – ١٩٨٤ م .
- بلوغ السول في مدخل علم الأصول : محمد حسنين مخلوف ط / مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ط / ثانية ١٣٨٦ هـ – ١٩٩٦ م .
- تفسير النصوص في الفقه الإسلامى : د / محمد أديب صالح ط / المكتب الإسلامي بيروت ط / رابعة ١٤١٣ هـ – ١٩٩٣ م .

- تسهيل الوصول إلي علم الأصول : الشيخ محمد عبدالرحمن المحلاوي ط / مصطفى البابي الحلبي القاهرة ١٣٤١ هـ .
- تقريب الوصول إلى علم الأصول : ابن جزي المالكي تح د/ عبدالله الجبوري ط / دار النفائس الأردن ط/ أولى ١٤٢٢ هـ – ٢٠٠٢ م .
- تذكر الناس بما يحتاجون إليه من القياس : د / محمد إبراهيم الحفناوي ط / دار الحديث القاهرة ط / أولى ١٤١٥ هـ – ١٩٩٥ م .
- حاشية العطار على شرح جلال الدين المحلي على جمع الجوامع : الشيخ حسن بن محمد بن محمود العطار الشافعي ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٤٢٠ هـ – ١٩٩٩ م
- شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول : شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي ط / دار الفكر بيروت ١٩٢٤ هـ – ٢٠٠٤ م .
- شرح العضد على مختصر ابن الحاجب : عضد الملة والدين الإيجي ط / مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة ١٤٠٣ هـ – ١٩٨٣ م .
- شرح الكوكب المنير : محمد بن أحمد بن عبدالعزيز بن علي الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار تح د/ محمد الزحيلي ود/ نزيه حماد ط/ مكتبة العبيكان الرياض ١٤١٣هـ–١٩٩٣ م
- شرح المحلي على جمع الجوامع : جلال الدين المحلي مطبوع مع حاشية البناني ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٤١٨ هـ – ١٩٩٨ م .
- شرح نور الأنوار علي المنار : شيخ أحمد المعروف بملاجيون الحنفي الميوهي مطبوع مع كشف الأسرار للنسفي ط / دار الكتب العلمية بيروت د ت .
- علم أصول الفقه : الشيخ عبدالوهاب خلاف ط / مكتبة الدعوة الإسلامية د ت .
- غاية الوصول شرح لب الأصول : الشيخ زكريا الأنصاري د ت .
- فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت : العلامة عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري مطبوع مع المستصفى مؤسسة التاريخ العربي بيروت ط / ثالثة ١٤١٤ هـ – ١٩٩٣ م .
- فتح الغفار بشرح المنار : زين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم الحنفي ط / مصطفى البابي الحلبي مصر ١٣٥٥ هـ – ١٩٣٦ م

- قواطع الأدلة في الأصول : أبو المظفر منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعانى تح / محمد حسن محمد حسن اسماعيل ط / دار الكتب العلمية بيروت ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧ م .
- كشف الأسرار عن أصول البزدوي : علاء الدين البخاري ط / الفاروق الحديثة القاهرة ط / ثابتة ١٤١٦ هـ – ١٩٩٥ م .
- رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب : تاج الدين عبد الوهاب السبكي تح / علي محمد عوض ، عادل أحمد عبد الموجود ط/ عالم الكتب بيروت ١٤١٩ هـ – ١٩٩٩ م .
- روضة الناظر وجنة المناظر : عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي تح د/ عبدالعزيز عبدالرحمن السعيد ط / جامعة الإمام محمد بن سعود الرياض ط / ثانية ١٣٩٩ هـ .
- مختصر ابن الحاجب : ابن الحاجب المالكي مطبوع بشرح العضد ط / مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة ١٤٠٣ هـ – ١٩٨٣ م .
- منهاج البيضاوي : القاضي ناصر الدين البيضاوي مطبوع بشرح الإبهاج للسبكي ط / مكتبة الكليات الأزهرية القاهرة ١٤٠١ هـ – ١٩٨١ م .
- مباحث أصولية في تقسيمات الألفاظ : د / محمد عبد العاطي محمد علي ط / دار الحديث القاهرة ١٤٢٨ هـ – ٢٠٠٧ م .
- محاضرات فى أصول الفقه للحنفية : د/ محمود شوكت العدوي ط ١٤٠١ هـ – ١٩٨١ م د ن .
- منتهي السول في علم الأصول : علي بن محمد الآمدي ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٢ م .
- نشر البنود علي مراقي السعود : عبد الله بن ابراهيم العلوي الشنقيطي ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / ثانية ١٤٢٦ هـ – ٢٠٠٥ م .
- نبراس العقول في تحقيق القياس عند علماء الأصول : الشيخ عيسى منون ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٢ م .
- نهاية الوصول في دراية الأصول : صفي الدين الهندي تح د/ صالح بن سليمان اليوسف ، د / سعد بن سالم السويح ط / مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة والرياض ط / ثانية ١٤٢٩ هـ – ٢٠٠٧ م .

رابعا : كتب الفقه الإسلامي :

أ- المذهب الحنفي :

- البحر الرائق شرح كنز الدقائق : ابن نجيم الحنفي ومعه تكملة البحر الرائق للعلامة محمد الطوري ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧ م .
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ط / مؤسسة التاريخ العربي مع دار إحياء التراث العربي بيروت
ط / ثالثة ١٤٢١ هـ– ٢٠٠٠م.
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : الزيلعي مطبوع مع حاشية الشلبي
ط / المطبعة الكبرى الأميرية مصر ١٣١٤ هـ .
- شرح العناية على الهداية : أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي مطبوع مع الهداية وشرح فتح القدير ط / دار الفكر بيروت د ت .
- شرح فتح القدير : كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ومعه تكملة شرح فتح القدير القاضي زاده مطبوع مع الهداية ط / دار الفكر بيروت د ت .
- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر : شيخي زاده الحنفي المعروف بداماد أفندي ومعه الدر المنتقى في شرح الملتقى للحصكفي ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ٤٠١٩ هـ – ١٩٩٨ م.
- الهداية شرح بداية المبتدي : شيخ الاسلام برهان الدين المرغيناني مطبوع مع شرح فتح القدير ط / دار الفكر بيروت د ت .

ب- المذهب المالكي:

- الشرح الكبير : أبو البركات أحمد الدردير مطبوع مع حاشية الدسوقي
ط / دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي مصر د ت .
- الشرح الصغير : أحمد بن محمد الدردير مطبوع مع حاشية الصاوي
ط / الدار السودانية للكتب الخرطوم ط / أولى ١٤١٨ هـ – ١٩٩٨ م .
- الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبى زيد القيرواني : الشيخ صالح عبد السميع الآبى ط / دار المعرفة بيروت د ت .

- القوانين الفقهية : أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي المالكي تح / عبد الله المنشاوي ط / دار الحديث القاهرة ١٤٢٦ هـ – ٢٠٠٥ م .
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : محمد عرفة الدسوقي مطبوع مع الشرح الكبير ط / دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي مصر دت.
- حاشية الصاوي المسماة : بلغة السالك لأقرب لمسالك الى مذهب الإمام مالك الشيخ أحمد بن محمد الصاوي مطبوع مع الشرح الصغير الدار السودانية للكتب الخرطوم ط / أولى ١٤١٨ هـ – ١٩٩٨ م .
- شرح كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني : أبو الحسن المالكي ومعه حاشية العدوي ط / دار الفكر بيروت ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٣ م .

جـ– المذهب الشافعي :

- الحاوي في فقه الشافعي : الإمام الماوردي ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى١٩٩٤ م .
- المهذب : الإمام أبو إسحاق إبراهيم بن محمد الشيرازي ط / مصطفى البابي الحلبي مصر ١٣٧٩ هـ – ١٩٥٩ م .
- حاشية بيجرمي على الخطيب : الشيخ سليمان البيجرمي ط / دار الفكر بيروت ١٤١٥ هـ– ١٩٩٥ م .
- كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار : تقي الدين أبو بكر محمد الحسيني الحصني ط / المكتبة التوفيقية القاهرة د ت .
- روضة الطالبين : يحى بن شرف النووي ط / المكتبة التوفيقية القاهرة د ت .
- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج : شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ط / المكتبة التوفيقية القاهرة دت .

د– المذهب الحنبلي :

- الروض المربع شرح زاد المستقنع : الإمام البهوتي تح / عماد عامر ط / دار الحديث القاهرة ١٤٢٥ هـ – ٢٠٠٤ م .

- الشرح الكبير : ابن قدامه المقدسي مطبوع مع المغني ط / دار الحديث القاهرة ١٤١٦ هـ – ١٩٩٦ م .
- المغني : ابن قدامة ويليه الشرح الكبير لابن قدامه المقدسي تح / د/ محمد شرف الدين خطاب ، د/ السيد محمد السيد ، الأستاذ سيد إبراهيم صادق
ط / دار الحديث القاهرة ط / أولى ١٤١٦ هـ –١٩٩٦ م .
- شرح منتهى الإرادات : الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ط / دار الكتب العلمية بيروت ط / أولى ١٤٢٦ هـ – ٢٠٠٥ م .
- كشاف القناع عن متن الإقناع : الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي
تح / إبراهيم أحمد عبدالحميد ط / مكتبة نزار مصطفى الباز مكة المكرمة
ط / ثانية ١٤١٨ هـ١٩٩٧م.
- منار السبيل في شرح الدليل : إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضوبان ط / دار الحديث القاهرة ١٤٢٢ هـ – ٢٠٠١ م .
- مجموع الفتاوى : شيخ الإسلام أحمد بن تيميه ط / الرئاسة العامة لإدارة البحوث العلمية والإفتاء بالمملكة العربية السعودية د ت .

خامسا : كتب السياسة الشرعية :

- السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية : أحمد بن عبد الحليم بن تيميه
ط / دار المعرفة بيروت د ت .
- الأحكام السلطانية والولايات الدينية : أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ط / المكتبة التوفيقية القاهرة د ت .

سادسا : كتب فقهية معاصرة :

- الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامي (الجريمة) : الإمام محمد أبو زهرة
ط / دار الفكر العربي القاهرة ١٩٩٨ م .
- الفقه الجنائي الإسلامي د / محمود نجيب حسني د ن .
- الجرائم في التشريع الجنائي الإسلامي : د نجاتي سيد أحمد سند د ن .

- التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي : الأستاذ عبدالقادرعودة ط / مكتبة دار التراث القاهرة ٢٠٠٥ م .
- دراسات في التشريع الجنائي على ضوء الكتاب والسنة : د / إبراهيم عبد الحميد مذكرات لطلبة الدراسات العليا بكلية الشريعة والقانون مطبوعة على الألة الكاتبة ١٩٧٣ د ن .

سابعا : كتب القانون الوضعي :

- الفكر المنطقي فى ضوء القانون د / محمود السقا ط / دار الثقافة العربية القاهرة ٢٠٠٢ م .
- الوسيط في قانون العقوبات القسم العام د / أحمد شوقي أبو خطوة ط / دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٣ م .
- النظرية العامة لقانون العقوبات د/ جلال ثروت ط/ مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية د ت .
- الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون د/ عبدالفتاح الصيفي ط / دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠١ م .
- شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات د / محمود مصطفى ط / جامعة القاهرة ط / عاشرة ١٩٨٣ م .
- شرح قانون العقوبات القسم العام د / محمد عيد الغريب مع د / عمر الفاروق الحسيني ط ٢٠٠٥ – ٢٠٠٦ دون دار نشر.
- شرح قانون العقوبات القسم العام د / محمود نجيب حسني ط/ دار النهضة العربية ط / خامسة ١٩٨٢ م .
- في الشرعية الجنائية د/ عبد الأحد جمال الدين بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة عين شمس العدد (٢) سنه (٦) ١٩٧٤ م .

ثامنا : كتب اللغة والمعاجم :

- المعجم الوجيز: مجمع اللغة العربية بمصر ط / وزارة التربية والتعليم بمصر ٢٠٠٦ م .
- لسان العرب : ابن منظور ط / دار صادر بيروت ط / ثالثة ١٤١٤ هـ .
- مختار الصحاح : الرازي ط / مكتبة لبنان ١٩٨٧ م .